تأملات في بعض مستحدثات قانون العمل الكويتي الجديد

(دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور/ مرضي عبيد العياش*
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

صدر أول قانون لتنظيم العمل في الكويت عام (١٩٥٩)، ثم ألغي بمقتضى القانون رقم (٣٨) لسنة (١٩٦٤) في شأن العمل في القطاع الأهلي، ولأن قانون العمل يستهدف غاية أساسية تعمد إلى عمل موازنة عادلة بين مصلحة العمال وحمايتهم من جهة ومصلحة أصحاب الأعمال من جهة أخرى، وذلك لما لهذه الموازنة من آثار إيجابية على الساحة الكويتية، سيما في ظل المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية في الساحتين العربية والدولية اللتين تشهدان كثيرًا من المستجدات في معايير العمل.

لذلك جاء القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٠ في شأن العمل في القطاع الأهلي مستحدثاً أحكاماً جديدة؛ ليتفادى عيوباً جمة وجسيمة في القانون القديم، أوقعت القضاء والفقه في حرج وصعوبات عديدة، وكان بمثابة طوق النجاة المنتظر لإنقاذ العمال من تلك العيوب، ومن هنا تبرز أهمية هذه الدراسة وتبدو دوافعها، كونها تسلط الضوء على أهم المستحدثات التي جاء بها القانون لاستظهار فلسفته الجديدة، وبيان قصوره وعيوبه، وتقييم مدى تطوره سواء من حيث الصياغة أو من جهة المضمون، وإذا ما كان يلبي الطموحات المرجوة.

* alayash@hotmail.fr

مقدمة البحث:

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله صلوات الله وسلامه عليه، ثم أما بعد:

صدر أول قانون لتنظيم العمل في الكويت عام (١٩٥٩)، ثم ألغي بمقتضى القانون رقم (٣٨) لسنة (١٩٦٤) في شأن العمل في القطاع الأهلي، ولأن قانون العمل يستهدف غاية أساسية تعمد إلى عمل موازنة عادلة بين مصلحة العمال وحمايتهم من جهة ومصلحة أصحاب الأعمال من جهة أخرى، وذلك لما لهذه الموازنة من آثار إيجابية على الساحة الكويتية، سيما في ظل المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية في الساحتين العربية والدولية اللتين تشهدان كثيرًا من المستجدات في معايير العمل.

ونظراً لطبيعة قانون العمل الذي يكتسب في كل يوم آفاقاً جديدة نتيجة لتقدم الحركات العمالية، ولما كان من أهم ما يشغل بال المشرع، تحقيق أكبر ضمانة للعامل بما لا يخل بمبادئ قواعد العدالة الاجتماعية، وهو ما كرسته المواثيق الدولية والدستورية[١]، وباعتبار ذلك الفلسفة الأساسية التي قام عليها قانون العمل، فقد أصبحت الحاجة ملحة إلى تعديل القانون القديم رقم (٣٨)

(١) فلكل شخص الحق في العمل، وله حرية اختياره بشروط عادلة مرضية، كما أن له حق الحماية من البطالة، وله دون أي تمييز الحق في أجر متساو للعمل، كما له الحق في أجر عادل مرض يكفل له ولأسرته عيشة لائقة بكرامة الإنسان تضاف إليه، عند اللزوم، وسائل أخرى للحماية الاجتماعية (المادة (٢٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ أما على المستوى المحلي، فالمادة (١٦) من الدستور تنص على أن:" الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية، وهي جميعا حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون"؛ كما تنص المادة (٢٢) منه على أنه:" ينظم القانون، على أسس اقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية، العلاقة بين العمال وأصحاب العمل، وعلاقة ملاك العقارات بمستأجريها".

لسنة (١٩٦٤) بما يتلاءم مع المتغيرات الجديدة، سيما في التشريعات المقارنة ومعايير العمل الدولية.

فدولة الكويت – كشأن غالبية دول العالم – عضو في منظمتي العمل العربية والعمل الدولية، وقد صدقت على العديد من الاتفاقيات المنبثقة من إحدى المنظمتين، وبذلك التصديق تكون للاتفاقية قوة القانون، وتعتبر جزءاً من نظامها الداخلي(٢)، ويلزم نفاذها(٣).

وقد كان يتنازع تعديل القانون القديم اتجاهان، يهدف أولهما إلى تعديل بعض نصوص القانون القائم بما يتناسب مع ما أفرزته المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والدولية، ويتوالى التعديل تباعاً كلما جدت مقتضياته، وأما الاتجاه الثاني فيهدف إلى إصدار قانون جديد يتناسب مع ظروف المرحلة الحالية بما يطرأ عليها من مستجدات، وقد كانت الغلبة للاتجاه الثاني.

لذلك جاء القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٠ في شأن العمل في القطاع الأهلي(٤) مستحدثاً أحكاماً جديدة ليتفادى عيوباً جمة وجسيمة في القانون القديم، أوقعت القضاء والفقه في حرج وصعوبات عديدة، وكان بمثابة طوق النجاة المنتظر لإنقاذ العمال من تلك العيوب، وليس المقام هنا مقام إبراز جميع العيوب، ويكفي أن نجتزئ البعض منها؛ لندرك أهمية صدور قانون عمل جديد لمعالجة هذا التردي في متاهات علاقات العمل.

فقد بدا الاضطراب والتردد واضحين على المشرع في تنظيم استقدام العمالة الوافدة عن طريق مكاتب العمل الأهلية أو تتولاها الدولة مباشرة؛ كما أغفل تنظيم عقد التلمذة والتدريب المهني؛ واتضح من خلال التطبيق العملي القصور في تقرير بعض الضمانات الملائمة لحماية العامل في ظل تطور

(٢) راجع المادة (٧٠) من الدستور.

(٣) للتعرف على الاتفاقيات التي صدقت عليها دولة الكويت انظر جدول ملحق الدراسة.

(٤) الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، العدد (٩٦٣)، السنة (٥٦)، يوم الأحد ٧ ربيع الأول ١٤٣١ هـ، الموافق ٢١ فبراير ٢٠١٠.

تشريعات العمل على المستويين العربي والدولي سواء من حيث تكوين عقد العمل أو انقضائه؛ كما بدا عليه القصور في النظام القانوني المناسب للعامل سواء من حيث حماية الأجرة، الذي له أثر بالغ على مستوى معيشة العامل، أو من جهة ضمان سلامة وصحة العامل الوقائية أو بعد تعرضه لإصابة عمل؛ وبالمجمل العديد من المثالب التشريعية سواء من ناحية فن الصناعة التشريعية أو مضامين النصوص وأثرها على أصحاب العلاقة العمالية.

ومن أهم الأحكام التي استحدثها المشرع في القانون الجديد – ليتلافى العيوب سالفة البيان – أنه نظم عقد التلمذة والتدريب المهني ؛ وعزز من ضوابط تشغيل الأحداث والنساء؛ كما حدّث في تنظيم عقد العمل الفردي؛ واستزاد في ضمانات الجزاءات التأديبية؛ أضف إلى ذلك تلك المتغيرات التي طالت نظام وظروف العمل سواء من حيث تقديم حماية أفضل لنظام الأجرة، أو من خلال تنظيم ساعات العمل و الإجازات، أو من جهة تطوير قواعد السلامة والصحة المهنية، سيما الاحتياطات اللازمة أثناء العمل، وتقويم مفهوم إصابة العمل.

وإن كان يمكن القول – دون تردد – بأن المشرع الكويتي كان موفقاً بإصدار قانون جديد في شأن العمل في القطاع الأهلي، فإنه لا يمكن لنا أن نجزم في مدى توفيقه في كل ما استحدثه من أحكام جديدة سواء من حيث ملاءمتها لواقع الحياة العمالية، أو من حيث أصول فن الصناعة التشريعية؛ ورغم ما بدا من تحسن وتطور في القانون الجديد، مقارنة بالقانون القديم، سواء من حيث خطته[٥] أو أسلوب صياغته أو مضمونه، إلا أن الكمال صعب فكان لنا بعض الملاحظات[٦].

(٥) فبعد أن كان القانون القديم يحتوي على (١٥) باباً أصبح القانون الجديد يحوي (٧) أبواب، حيث تم دمج بعض الأبواب مع بعضها لتكون أكثر اتساقاً وانسجاماً.

(٦) مثلما أن الكمال صعب في دراستنا هذه.

هذه الملاحظات تبرز من خلال تقييم تلك المستحدثات التي ارتآها المشرع، ودراستها بتأمل للتنبؤ في ضوء ما سيواجهه أطراف العلاقة العمالية من إشكالات في التطبيق مستقبلا، سواء بسبب عدم مواكبة بعض هذه المستحدثات للتطورات الحديثة في معايير العمل الدولية أو التشريعات المقارنة، أو بسبب عدم الالتزام بأصول فن الصياغة القانونية في بعض النصوص، وكل هذا سوف ينعكس سلباً على القضاء فيضطر لممارسة دور يفوق الدور المنوط به.

ومن هنا تبرز أهمية هذه الدراسة وتبدو دوافعها، كونها تسلط الضوء على أهم المستحدثات التي جاء بها القانون لاستظهار فلسفته الجديدة، وبيان قصوره وعيوبه وتقييم مدى تطوره سواء من حيث الصياغة أو من جهة المضمون، وإذا ما كان يلبي الطموحات المرجوة؛ وقد جاءت هذه الدراسة لعلها تسهم في تقديم بعض الحلول للإشكالات التي وقفنا عليها، وتكون تحت نظر المشرع حين تواتيه الفرصة لتنقيحها، وفي المكتبة القانونية لتسد بعض النقص في دراسة نصوص القانون الجديد، سيما وأنه لا توجد أحكام منشورة تتناول القانون الجديد بالتطبيق لحداثة صدوره(٧)؛ مع التأكيد على أن هذه الدراسة لا تنال من الجهد والدور البارز للقائمين على هذا القانون، فمن الطبيعي أن تخلف الحركة التشريعية بعض السلبيات.

ولعله من المناسب أن نتخذ الأسلوب التحليلي النقدي منهاجاً لنا، وهذا يقتضي في كل مرة، مقارنة الوضع في القانون الجديد مع الوضع في النظام القديم لاستظهار الفلسفة التشريعية الحديثة للمشرع، ومدى التطور الذي جاء به، مع التعريج إلى التشريعات المقارنة الأخرى كلما اقتضى الأمر ذلك؛ على

(٧) وتأخر المكتب الفني في محكمة التمييز بتضمين إصداراتهم الأحكام الحديثة، حيث كانت آخر مجلة للقانون والقضاء تحتوي على الأحكام الصادر في الفترة ما بين ٢٠١١/١/١ إلى ٢٠١١/٣/٣١، إصدار يوليو ٢٠١٣ السنة التاسعة والثلاثون، الجزء الأول، ص٥٧٢. وهي بطبيعة الحال لا تكفي لصدور أحكام جديدة في قانون العمل الجديد.

أننا ارتأينا – لإعطاء هذه الدراسة حقها – أن نبين مدى انسجام تلك الأحكام مع معايير العمل الدولية، سيما الاتفاقيات العربية والدولية النافذة في دولة الكويت.

وينبغي ملاحظة أنه من الصعوبة بمكان تقييم كل مستحدثات قانون العمل الجديد، فقد أملت علينا مقتضيات البحث العلمي الاقتصار على تناول أهم المستجدات التي جاء بها القانون في نطاق علاقة العمل الفردية، دون أن نسلم أنفسنا للإسهاب في شرح النصوص(٨)؛ كما اضطرتنا طبيعة الموضوع ومستلزماته – وحتى تؤتي الدراسة ثمارها – أن نساير تسلسل المشرع ونتتبع منهجه في خطته التي سار عليها كلما كان ذلك ممكناً، وذلك لسببين: الأول، أن منهجية تبويب القانون الجديد تعتبر جيدة مقارنة بالقانون القديم؛ أما الثاني، فإنها – بتقديرنا – سوف تكون أكثر يسراً للقارئ في تلقي الملاحظات المطروحة من خلال هذه الدراسة(٩)؛ ولنحيط بأغلب المستحدثات – بمنهجية علمية – حاولنا قدر المستطاع تقريب بعض الأبواب مع بعضها لتكون هذه الدراسة في مبحثين: الأول، يُعنى بمستحدثات عقد العمل، والثاني، يتعلق بمستجدات نظام وظروف العمل.

في ضوء ما تقدم سوف نقسم دراستنا إلى مبحثين:

المبحث الأول: مستحدثات تنظيم عقد العمل، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تقييم موقف المشرع من مرحلة ما قبل عقد العمل

(٨) والحقيقة أنه لا يعنينا مباشرة الاستزادة في شرح النصوص التي نحيل بشأنها إلى القواعد العامة بقانون العمل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك، بقدر ما يعنينا تقييم موقف المشرع الكويتي بشأنها وتفحصها وبيان قصورها، إن وجد، ووزنها بميزان التشريعات المقارنة والمعايير الدولية، ذلك أن نطاق هذا البحث لا يُعنى بالبديهيات وإنما يناقش الجدليات.

(٩) كان عدد الأبواب في القانون القديم يقدر بخمسة عشر بابا، في حين أن القانون الجديد يتضمن سبعة أبواب.

المطلب الثاني: تقييم موقف المشرع من مرحلة إبرام عقد العمل

المطلب الثالث: تقييم موقف المشرع من مرحلة انقضاء عقد العمل

المبحث الثاني: مستحدثات نظام وظروف العمل، ويشتمل أيضاً على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تقييم موقف المشرع من نظام حماية الأجرة

المطلب الثاني: تقييم موقف المشرع من مواعيد العمل

المطلب الثالث: تقييم موقف المشرع من قواعد السلامة والصحة المهنية

المبحث الأول
مستحدثات تنظيم عقد العمل

أهمية عقد العمل بالنسبة لصاحب العمل والعامل دعت المشرع – لخلق أكبر قدر من التوازن – إلى عدم الاكتفاء بإعادة تنظيمه سواء من حيث استحداث العديد من الأحكام الجديدة أو تعديل بعضها الآخر في مراحله التمهيدية (المطلب الأول)؛ وإنما إلى استحداث العديد من الأحكام التي تتعلق بالعقد ذاته سواء في مرحلة انعقاده (المطلب الثاني) أو مرحلة انقضائه (المطلب الثالث)؛ هذه المستحدثات تطمح بالدرجة الأولى إلى حماية العامل والارتقاء به، كما تصبو إلى مواكبة هذا التشريع – الجديد – للتشريعات المقارنة وانسجامه مع معايير العمل الدولية؛ وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن مدى تحقق تلك الطموحات المرجوة؛ وبناء على ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول فيها – على التوالي – أهم المستحدثات بالتحليل والتمحيص لبيان أوجه التطوير والتقصير.

المطلب الأول
تقييم موقف المشرع من مرحلة ما قبل عقد العمل

قد يتقدم انعقاد عقد العمل بعض الأمور التي تهدف إلى التمهيد له، على أن هناك بعض الحالات التي استلزمت طبيعتها تدخل المشرع لتقييد بعض الفئات – بنصوص خاصة – قبل الدخول في مرحلة إبرام العقد، وفي حالات ذكرها المشرع على سبيل الحصر؛ ومن أهم هذه الأمور التي نستطيع أن نطلق عليها أيضا المراحل التمهيدية للعقد، والتي تخصنا في هذه الدراسة، هي الوساطة في التعاقد، عقد التلمذة أو التدريب المهني، وأخيرا القيود الواردة على عقد العمل(١٠). وسوف نتناول هذه الموضوعات – على التوالي – في ثلاثة أفرع.

(١٠) وقد درج بعض الفقه - وسايره في ذلك قانون العمل الكويتي الجديد- بدراسة هذه القيود ضمن مقدمات عقد العمل، وحتى تؤتي الدراسة ثمارها فقد انتهجنا ذات النهج في مسايرة خطة القانون الجديد.

الفرع الأول
اضطراب موقف المشرع في الوساطة في إبرام عقد العمل

يبدو أن الاضطراب كان واضحا في موقف المشرع الكويتي بشأن استقدام العمالة، أو كما كان يسميها المشرع (التخديم)(١١)؛ فعند صدور القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ في شأن العمل في القطاع النفطي (قانون العمل القديم) كانت الدولة تحظر – بحق– أن يتولى الأفراد مهمة استقدام العمالة(١٢)، لأن توكيل الدولة بهذه المهمة يمنع ابتزاز أموال العمال، ويساعد من رفع كفاءة العمل ويخفف من حدة البطالة(١٣)؛ إلا أن المشرع عاد وتراجع عن هذا التوجه في التعديل الوارد على المادة ١١ بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٩٥ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ في شأن العمل في القطاع الأهلي؛ وفي ذلك قضت المادة ١١ أنه: "يجوز لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل أن ترخص بفتح مكاتب تكون مهمتها تسهيل حصول أصحاب الأعمال على العمالة الوافدة من الخارج أو الداخل طبقا للخبرات والتخصصات المصرح لهم باستخدامها؛ ويحظر على أصحاب هذه المكاتب تقاضي أية مبالغ من العمال مقابل تشغيلهم أو استبقائهم لديهم سواء بطريق مباشر أو غير مباشر؛ ويبين وزير الشؤون الاجتماعية والعمل بقرار يصدره شروط إجراءات منح هذا الترخيص ومدة سريانه ورسوم منحه أو تجديده وحالات سحبه أو إلغائه، وكذلك تنظيم أعمال هذه المكاتب والدفاتر والسجلات التي تلتزم بالاحتفاظ بها".

---

(١١) والمقصود بالتخديم هو الوساطة في إبرام عقد العمل، التي تقوم على تقديم العامل لصاحب العمل.

(١٢) باستثناء الجمعيات الخيرية والنقابات بشرط الحصول على ترخيص وألا تتقاضى مقابلا لذلك المادة ١١ من قانون العمل الجديد.

(١٣) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ (قانون العمل القديم).

وتبرير هذا التعديل – كما تقول المذكرة التفسيرية وقتذاك – أن حظر إنشاء مكاتب التخديم الأهلية أو التعهد بتوريد العمال قد أدى إلى قيام نشاط عشوائي كأمر واقع اعتمد عليه أصحاب الأعمال للحصول على العمالة الوافدة عن طريق ممارسة هذا النشاط، مما أدى إلى أضرار بكل من العمال وأصحاب الأعمال وكان له أثر سلبي على سمعة الكويت في الخارج؛ لذلك فقد رُئِي تعديل هذا النص والسماح بفتح هذا النشاط على أن يكون ذلك وفق ضوابط محددة ورقابة حازمة، يصدر بها قرار وزاري يضمن مصالح العمال وأصحاب الأعمال، ويتلافى أية سلبيات تجاه سمعة الكويت(١٤).

إلا أن المشرع، بعد هذا التعديل قد تراجع عنه مرة أخرى وقرر عدم جواز فتح مكاتب أهلية لاستقدام العمالة، بحيث عهد بهذا الأمر إلى الدولة للأسباب التي ذكرناها سلفا، حتى استقر الوضع النهائي في قانون العمل الجديد بإنشاء الهيئة العامة للقوى العاملة، يشرف عليها وزير الشؤون الاجتماعية والعمل، تتولى استقدام العمالة الوافدة بناء على طلبات أصحاب العمل، ويصدر بتنظيمها قانون(١٥)؛ ورغم الاضطرابات التي مرت بالتشريع إلا أن موقف المشرع النهائي، وبلا شك، هو الأصح لأنه يمنع ابتزاز أصحاب المكاتب لأموال العمال، سيما في دولة خدمية كالكويت.

ذلك هو موقف المشرع الكويتي الذي بدا عليه التردد والاضطراب إلى أن استقر نهائيا، وسنتناول الآن موقفه من عقد التلمذة والتدريب المهني.

---

(١٤) المذكرة الإيضاحية للتعديل الوارد على المادة (١١) من القانون القديم في القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٩٥.

(١٥) المادة (٩) من القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٠ في شأن القطاع الأهلي (قانون العمل الجديد). وبالفعل صدر القانون يحمل رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٣ في شأن الهيئة العامة للقوى العاملة. انظر في ذلك: خالد الضفيري، أهم الأسباب التي تحد من هيكلة القوى العاملة الوطنية في ظل قانون العمل الكويتي الجديد، مجلة الحقوق، العدد (١) السنة (٣٧)، مارس ٢٠١٣، ص ٥١.

الفرع الثاني
تطور قانون العمل في التلمذة والتدريب المهني

لم يكن المشرع الكويتي – في موقف منتقد – ينظم عقد التلمذة أو التدريب في قانون العمل القديم، وقد اكتفى بالإشارة إليه باقتضاب وهو يتحدث عن تشغيل الأحداث في المادة (٢٠) من قانون العمل القديم(١٦)؛ ومؤدى هذا النص أنه يجوز لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل أن تصرح بإلحاق الحدث – إذا كان بغرض التلمذة المهنية – بإحدى الصناعات غير الخطرة أو المضرة بالصحة(١٧).

ورغم أن عقد التلمذة أو التدريب المهني لم ينظم إبان القانون القديم، وهذا يقطع بأنه لا يخضع لقانون العمل، لأن المتدرب أو التلميذ المهني ليس عاملا ولا يوجد نص يجعله كالعامل، وهذا ما يجعله خاضعا للقواعد العامة في القانون، التي لا يتمتع فيها بأية خصوصية، إلا أن البعض وفي ذلك الوقت، أي حتى قبل صدور القانون الجديد، يرى عكس ذلك(١٨)، وهو ما لا نسلم به، وهو ما تنبه إليه المشرع في قانون العمل الجديد فأفرد له، في تطور طال انتظاره، تنظيما خاصا في المواد من (١٢ إلى ١٨)(١٩)؛ وهذا التنظيم الجديد يواكب

---

(١٦) والمقصود بعقد التلمذة والتدريب المهني ذلك العقد الذي يتعاقد فيه شخص مع صاحب عمل لتلقين التلميذ أو المتدرب أصول صنعة أو مهنة معينة.

(١٧) وفي هذه الأحوال تراعى الشروط التالية: ١– أن لا تقل سن الحدث عن ١٤ سنة. ٢–أن تثبت لياقته الصحية للعمل بهذه الصناعة. ٣– أن تطبق عليه الإجراءات والشروط التي قد يصدر بها قرار بشأن التلمذة المهنية.. ولم يصدر قرار بذلك إطلاقاً.

(١٨) جمال النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، ص ٩٥.

(١٩) وربما يكون هذا من الأسباب التي دعت المشرع إلى تنظيمه في قانون العمل، للبعد عن الجدل والاختلافات التي لن تصب في النهاية في مصلحة العامل وهو الطرف الأضعف. على أننا سنرى أن قانون العمل لا ينطبق عليه في كل أحكامه سوى ما نص عليه صراحة.

معايير العمل الدولية التي حثت على التدريب المهني؛ ويبدو ذلك جلياً في نص المادة (١/١٥) من الجزء السادس المعنون بالتعليم والتدريب المهني، من الاتفاقية الدولية رقم (١١٧) لسنة ١٩٦٢ بشأن الأهداف والمعايير الأساسية للسياسة الاجتماعية، الذي قضى بأنه: "تتخذ إجراءات كافية إلى أبعد حد... بغية وضع نظم واسعة النطاق للتعليم والتدريب المهني والتلمذة... بغرض إعداد الأطفال والأحداث من الجنسين إعداداً فعالاً من أجل مهنة مفيدة".

ورغم أن قانون العمل الجديد حديث عهد بعقد التلمذة والتدريب المهني إلا أنه لم يعرفه بشكل صريح، ومع ذلك يمكننا أن نستلهمه من تعريف التلميذ المتدرب؛ وفي ذلك تنص المادة (١٢) من قانون العمل الجديد على أنه:" يعتبر تلميذاً مهنياً كل شخص أتم الخامسة عشرة من عمره، يتعاقد مع المنشأة بقصد تعلم مهنة خلال مدة محددة، وفقاً للشروط والقواعد التي يتفق عليها.."[٢٠]. معنى ذلك أن عقد التلمذة والتدريب في قانون العمل الكويتي عقد خاص بصغار السن فقط، وهو ما ينسجم مع فكرته وفقا لنص المادة (١/١٥) من الاتفاقية رقم (١١٧) سالفة الذكر، ويلاحظ أن المشرع لم يضع حداً أقصى لعمر التلميذ أو المتدرب، ولكن يمكن لنا أن نجزم بأنه مقصور على الأحداث ممن لم يتجاوزوا سن الثامنة عشرة؛ وهذا يفهم من نهاية نص المادة (١٢)، التي تقضي بأنه: "وفيما لم يرد فيه نص خاص في هذا الباب تسري على عقد التلمذة المهنية الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث الواردة في هذا القانون"؛ ويبدو أن المشرع أخطأ في صياغة النص حيث أورد في النص لفظة "الباب"

(٢٠) وقد اتخذ المشرع البحريني في قانون العمل الجديد - رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم (٣٠٣٦) الصادرة في ٢٠١٢/٨/٢ - ذات المنهج من حيث تعريف التلميذ المهني الذي عن طريقه يمكن تعريف العقد. وفي ذلك قضت المادة (١٥) منه على أنه: "يعتبر تلميذاً مهنياً كل من يتعاقد مع صاحب عمل بقصد تعلم حرفة أو مهنة أو صناعة خلال مدة محددة يلتزم خلالها بالعمل تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر أو مكافأة". إلا أنه لم يضع سنا معينة لعقد التلمذة كالقانون الكويتي، وهو بذلك لن يكون قاصراً على الأحداث.

في حين أننا بصدد فصل خاص يتعلق بالتلمذة والتدريب المهني وليس باباً، في حين كان يفترض أن يورد لفظة "الباب" محل لفظة "القانون"، ذلك أن الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث وردت في هذا الباب أي الباب الثاني، وكان من الأفضل أن يكون النص على النحو الآتي: "وفيما لم يرد فيه نص خاص في هذا الفصل تسري على عقد التلمذة المهنية الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث الواردة في هذا الباب".

أما قانون العمل الفرنسي فقد عرف عقد التلمذة(٢١)، في المادة L. 6221-1 بأنه عقد عمل من نوع خاص يلتزم به صاحب العمل، فضلا عن أداء الأجرة، بتكوين وإعداد ممنهج وكامل للصبي العامل، الذي يلتزم بالمقابل بالعمل لدى صاحب العمل خلال مدة العقد(٢٢)؛ وكان قد اشترط ألا يقل سن المتدرب أو التلميذ عن (١٦) سنة، ولا يزيد عن (٢٥) سنة عند إبرام عقد التدريب(٢٣).

---

(٢١) J. PELISSIER: formation d'apprenti junior, RTD, 2006, 20; G. PIGNARRE: L'apprentissage, Litec, 1991; J.-B PAILLISSER: L'apprentissage, Sem. Soc. Lamy, 1996, n 798.

(٢٢) Voir l'article L. 6221-1 du code de travail. G. BUSEINE: L apprentissage: Dr. Ouvrier, 1998, 1446.

(٢٣) القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ هو من غير الحد الأدنى للسن في عقد التدريب من سن ١٦ سنة إلى ١٤ سنة. راجع في الحد الأقصى لسن المتدرب نص المادة L. 6222-2 من قانون العمل الفرنسي. وقد تعرض عقد التلمذة للعديد من التعديلات في فرنسا ابتداء بصدور قانون ١٦ يوليو لسنة ١٩٧١ المعدل في ٢٣ يوليو لسنة ١٩٨٧ و ١٧ يوليو لسنة ١٩٩٢ و ٢٠ ديسمبر لسنة ١٩٩٣ و ١٧ يناير لسنة ٢٠٠٢ و ٤ مايو لسنة ٢٠٠٤ و ٣٠ ديسمبر لسنة ٢٠٠٤ و ١٨ يناير لسنة ٢٠٠٥ و ٣١ مارس لسنة ٢٠٠٦ و٢٤ نوفمبر لسنة ٢٠٠٩ و ٢٨ يوليو لسنة ٢٠١١ و ٨ يوليو لسنة ٢٠١٣. وهذا يدل على الاهتمام البالغ من قبل المشرع الفرنسي للتدريب في دولة كفرنسا حيث يعمل فيها الغالبية في القطاع الخاص، ويشعر فيها المشرع بخطر البطالة؛ فكان لزاما عليهم تطوير القوى البشرية لسهولة الحصول على عمل.
J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES: Droit du travail, 26 édition, 2012, Dalloz, p. 173.

ما لم يكن قد بلغ سن (١٥)، وأثبت أنه أكمل المرحلة الأولى من دراسته الثانوية، فهنا يستطيع إبرام عقد التدريب استثناء[٢٤].

كما يبدو أن القانون الجديد تعمد عدم تحديد سن معينة للمدرب أو المعلم في عقد التلمذة، ولا تثور أي صعوبة، لأن مفهوم ذلك أنه تركها للقواعد العامة، وهي بطبيعة الحال لا تقل عن سن الحادية والعشرين؛ ومع ذلك فقد أحسن المشرع الكويتي في تحديد حد أقصى لعمر التلميذ أو المتدرب حتى لا يكون هناك ثغرة ينفذ منها أصحاب العمل للتهرب من التقيد بالحد الأدنى للأجور[٢٥]؛ ذلك أن القانون، يفرض حداً أدنى للأجور – كما سنرى – يجب على أصحاب الأعمال الالتزام بها، باستثناء التلاميذ أو المتدربين، لأنه من المتصور أن يتحايل صاحب العمل على الحد الأدنى للأجر عن طريق إضفاء صفة العامل على التلميذ أو المتدرب مهما كان عمره، بقصد تخفيض الأجر دون الحد المقرر قانونا[٢٦] .

ومن خلال استقراء النصوص المنظمة للتلمذة والتدريب المهني تبين لنا أن القانون لم يتطلب شروطاً معينة تعنى بالضمانات الأخلاقية لصاحب العمل أو المدربين والمعلمين الذين يستخدمهم في تدريب وتعليم الصغار، كشرط حسن السمعة أو حسن الخلق أو عدم الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف والأمانة، حيث تعتبر هذه الشروط غاية في الأهمية خصوصاً وأن التلاميذ أو المتدربين

---

(٢٤) سبق أن تم تعديل قانون التعليم بحيث سمح لإبرام عقد التلمذة ببلوغ (١٤) سنة بالتعديل الوارد في ٢٤ سبتمبر ٢٠٠٩ على المادة L. 337-3 بالقانون رقم ١٤٣٧/ ٢٠٠٩، إلا أن هذا التعديل تم إلغاؤه في ٨ يوليو ٢٠١٣ بالقانون رقم ٢٠١٣/٥٩٥ بحيث أبقى السن (١٥).

(٢٥) وإن كان التحديد غير مباشر ولكنه يفهم من الإحالة الواردة في المادة (١٢) من قانون العمل، كما سبق أن رأينا.

(٢٦) ناظم أحمد عارف، الشروط القانونية اللازمة لإبرام عقد التدريب المهني، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٢، الطبعة الثانية ١٩٩٤، ص ٢٣٢-٢٣٣.

من صغار السن، ويتأثرون بسلوك وتصرفات المدربين أو المعلمين[٢٧]؛ وتجدر الإشارة إلى أن القانون لم يتضمن شروطاً عن المؤهلات العلمية والخبرة العملية التي يجب أن تتوافر في صاحب العمل، إلا أنه وبالرجوع لنص المادة (١٦) من قانون العمل الجديد يمكن أن نفهم أنه أحال في ذلك إلى الوزير المختص، ويبدو أن هذا القرار لم يصدر حتى الآن.

كما يمكن أن يؤخذ على القانون أنه لم يلزم صاحب العمل بتدريب نسبة معينة من العمالة الكويتية تحقيقاً لأهداف قانون دعم العمالة الوطنية رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠؛ ذلك أن أصحاب الأعمال شركاء في عملية التنمية البشرية للقوى العاملة؛ وهذا يقتضي جعل عقد التلمذة إجبارياً بالنسبة لصاحب العمل إزاء نسبة معينة من العمالة الوطنية؛ وفي هذا الإلزام تشجيع للعمالة الوطنية في إبرام عقود العمل سيما وأن مكافأة التدريب سوف تحل محل مكافأة بدل البحث عن العمل[٢٨]؛ وهذا النظام أخذت به العديد من التشريعات الخليجية. فالمادة (١٢) من قانون العمل القطري رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤ تلزم صاحب العمل بتدريب نسبة (٥٪) من العمال القطريين من مجموع عمال المنشأة إذا كان يستخدم خمسين عاملاً فأكثر[٢٩].

وخروجا عن الأصل العام في عقود العمل، فقد أوجب المشرع في المادة (١٣) من قانون العمل الجديد أن يكون عقد التلمذة المهنية، لكون التلميذ أو المتدرب صغير السن، مكتوباً ومحرراً من ثلاث نسخ، واحدة لكل من التلميذ وصاحب العمل، أما الثالثة فيتم إيداعها بالجهة المختصة بوزارة الشؤون

---

(٢٧) بل أن الضمانات الأخلاقية يجب أن تزداد فعالية إن كان التلامذة المهنيون أو المتدربون من الفتيات القصر.

(٢٨) خالد الضفيري، نطاق تطبيق دعم العمالة الوطنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٢)، السنة (٣٥)، ص١٠٩.

(٢٩) انظر كذلك: المادة (١١) من القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٧ بشأن التدريب المهني في البحرين، الذي يشترط ألا تقل العمالة البحرينية المدربة عن (١٠٪) من مجموع عمال المنشأة.

الاجتماعية والعمل خلال أسبوع للتصديق عليها؛ وحسنا فعل المشرع عندما أوجب أن يحدد في العقد بعض البيانات الأساسية: كالمهنة، مدة تعلمها، وبيان مراحلها المتتابعة، وذلك لحماية المتدرب أو التلميذ من أي تلاعب يقع عليه، فالكتابة ليست مطلوبة بذاتها إن لم يتدخل المشرع في تحديد البيانات الأساسية التي من أجلها تطلب أن يكون العقد مكتوبا.

ونعتقد أن شرط الكتابة الوارد في المادة (١٣) هو شرط من شروط صحة العقد، وليس مجرد شرط لإثباته كما هو الحال في عقد العمل الفردي؛ ذلك أن نص المادة (٢٨) من قانون العمل الجديد وبعد أن أوجبت أن يكون عقد العمل ثابتاً بالكتابة، عادت بأدراجها لتقضي بخيار عدم الكتابة، وفي ذلك نصت على أنه:" فإن لم يكن العقد (أي عقد العمل الفردي) ثابتاً في محرر، اعتبر العقد قائماً ويجوز للعامل في هذه الحالة إثبات حقه بكافة طرق الإثبات"؛ وإذا كان خيار (عدم الكتابة) في عقد العمل الفردي متاحاً صراحة بالنص، فإن هذا الخيار لم يتح في النصوص المتعلقة في عقود التلمذة المهنية؛ ولما كان النص لم يرتب جزاء على تخلف شرط الكتابة في عقد التلمذة صراحة، فإنه وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني فإننا نجدها تقضي ببطلان العقد إذا تخلف الشكل الذي نص عليه القانون(٣٠).

أما القانون الفرنسي، فبدوره تطلب أيضا الكتابة في عقد التدريب، حيث اعتبر، في المادة L. 6222-4، أن عقد التدريب عقداً كتابياً يجب أن يحتوي على الشروط والبيانات الإلزامية(٣١). ويجب أن يكون موقعاً مسبقاً من الطرفين في عقد التدريب؛ وعلى خلاف النصوص السابقة الملغاة(٣٢)، فإن النص الجديد لم يشر صراحة إلى البطلان في حال تخلف شرط الكتابة، إلا أن ذلك يبدو واضحاً

(٣٠) راجع المادتين: (٢/٦٥) و (٦٩) من القانون المدني الكويت.

(٣١) ويكتفي بالإعلان وفقا لنص المادة L. 6222-5 إذا كان صاحب العمل من أصول المتدرب.

(٣٢) L. 117-12 al. 1 et 3 du code du travail.

من خلال الفقرة الثانية من النص المذكور الذي يتطلب أن يكون العقد موقعاً أولاً من الطرفين، فإن لم يكن كذلك تخلف شرطه القانوني، ولن يكون بالإمكان تسجيله في الجهة المختصة(٣٣).

وقد حرص المشرع في المادة (١٣) على تنظيم طريقة المكافأة، لضمان عدم استغلاله، فأوجب تحديدها بصورة متدرجة في كل مرحلة من مراحل التعليم على ألا تقل في المرحلة الأخيرة عن الحد الأدنى المقرر لأجر العمل المماثل، غير أن قانون العمل الجديد لم يحدد مدة كل مرحلة من مراحل التدريب وإنما ترك ذلك لاتفاق الطرفين؛ وتقدير ذلك يعود – في تقديرنا – إلى أن مدد مراحل الحرف أو المهن تختلف باختلاف نوعيتها وطبيعتها؛ أضف إلى ذلك أن المتدربين أو التلاميذ يختلفون بإمكانياتهم عن بعضهم البعض؛ والجدير بالتدقيق أن المشرع في المادة (١٣)، استخدم مصطلح "مكافأة" ولم يستخدم مصطلح "الأجر"، والمصطلح الأول هو الأكثر دقة حيث إننا بصدد عقد تلمذة أو تدريب وليس عقد عمل، وهي دقة تلاقي الاستحسان من جانبنا.

إلا أن هذا الاستحسان لم يدم طويلاً فقد عاد المشرع واستخدم مصطلح "الأجر" عندما ألزم المنشأة في المادة (١٧) الخاضعة لأحكام هذا الباب (وكان يفترض أن يقول الفصل)، بأن تؤدي للعامل (وكان من الأدق أن يقول التلميذ أو المتدرب)، أجره كاملاً عن فترة تدريبه (وكان من المفترض أن يستمر باستخدام مصطلح المكافأة كما في المادة (١٣) سالفة البيان)(٣٤). من جهة أخرى تجدر الإشارة إلى أن إلزام المنشأة بأداء مكافأة للتلميذ أو المتدرب ينسجم مع متطلبات معايير العمل العربية، حيث أوجبت المادة (١٦) من الاتفاقية العربية رقم (١٨) لسنة ١٩٨١ بشأن عمل الأحداث مكافأة شهرية مناسبة للأحداث الذين يعملون بمقتضى عقد التدريب أثناء فترة تدريبهم.

---

(٣٣) Voir aussi J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES: précité, p.174.

(٣٤) يلاحظ أن قانون العمل الفرنسي يستخدم مصطلح الأجر في عقد التدريب. المادة L. 6221-1.

ويرى البعض أنه يؤخذ على المشرع أنه لم يضع مدداً قصوى للتدريب، بحيث يتفادى إطالة أمد التدريب من قبل أصحاب العمل، فيقع المتدرب فريسة سهلة لاستغلالهم في العمل مقابل أجر لا يتناسب مع العمل(٣٥)، أما الرأي عندنا فإن هذا الأمر يفترض أنه عولج في نص المادة (١/١٦) من قانون العمل الجديد التي تقضي بأن يحدد الوزير الحدود المقررة لمدد التدريب، والبرامج النظرية والعملية الدنيا والقصوى، إلا أن هذا القرار – على ما يبدو– لم يصدر حتى الآن، وهذا أمر منتقد بشدة(٣٦).

أما القانون الفرنسي فالمدة متغيرة بحسب طبيعة العمل ومستواه كل على حدة، ولكن الأصل العام وفقا للمادة L. 6222-7 تبدأ من سنة إلى ثلاث سنوات، تقل أحيانا إلى ستة أشهر(٣٧) وتزيد في أحيان أخرى بحيث تصل إلى أربع سنوات(٣٨)؛ كما حظر المشرع تحديد المكافأة على أساس الإنتاج أو القطعة، وذلك إبرازا للطبيعة التعليمية لعقد التلمذة المهنية، واختلافه عن التشغيل العادي أي عقد العمل(٣٩)؛ وربما ضماناً لما قد يشوبه من استغلال صاحب العمل للمتدرب فيخضع أجره على أساس كم الإنتاج وهو مازال متدربا، ويتحول مضمون عقد التلمذة المهنية (خفية) من عقد تدريب إلى عقد عمل.

---

(٣٥) خالد الهنديانى وعبد الرسول عبد الرضا، شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص١٩٩.

(٣٦) وكنظيره الكويتي، فقد أحالت المادة (١١) من قانون العمل القطري إلى الوزير المختص تحديد مدة عقد التدريب، ولكن يعاب على النص أنه أحال إلى الوزير صراحة بتحديد الحد الأقصى، وكان يفترض أن يترك له الباب مفتوحا من حيث تحديد الحد الأدنى والأقصى دون قصره على أحد الحدين، وذلك كنظيره المصري في المادة (١٤٢). وقد حددت المادة (٣) من قرار وزير القوى العاملة رقم (١٧٥) لسنة ٢٠٠٣ الصادر في ٢٠٠٣/٩/٢٧ في شأن القواعد والإجراءات المنظمة لعقد التدرج المهني مدة العقد بما لا يقل عن سنتين ولا تزيد على ثلاث سنوات.

(٣٧) المادة L. 6222-9.

(٣٨) المادة L. 6222-11.

(٣٩) المذكرة الإيضاحية لقانون العمل الجديد.

على أن كل تلك الضمانات لا تحول، وفقاً لنص المادة (١٤) من قانون العمل الجديد، دون حق رب العمل في أن ينهي عقد التلمذة بسبب إخلال التلميذ المهني في الوفاء بالتزاماته أو لعدم استعداده للتعليم، بشرط ثبوت ذلك في تقاريره الدورية؛ كما أجاز المشرع للتلميذ المهني إنهاء العقد دون إبداء الأسباب أو المبررات؛ وفي ذلك ميز المشرع – بحق – بين صاحب العمل والتلميذ أو المتدرب؛ ولكنه ساوى بينهما في اشتراط مدة الإنذار التي حدد مقدارها بسبعة أيام على الإنهاء، وقد كان من الأفضل – برأينا – أن تقلل عن التلميذ المهني بما لا يتجاوز يومين.

أما من جانب المشرع الفرنسي فقد أعطت المادة L. 6222-18 من قانون العمل حق الإنهاء لكل من صاحب العمل أو المتدرب، خلال أول شهرين من العقد دون أن يرتب ذلك تعويضاً، سواء تم تسجيل العقد في الجهة المختصة من عدمه(٤٠)؛ ولكن هذا لا يعني أن يتعسف أحد الطرفين في استعمال حقه في الإنهاء، فإذا ما ثبت ذلك التعسف، حق التعويض للطرف المتضرر(٤١)؛ فإذا انتهت مدة الشهرين دون أن يعلن أحد الطرفين رغبته في الإنهاء لزم العقد طرفيه بشكل نهائي، فلا يجوز إنهاؤه إلا بموافقة طرفيه كتابة؛ وبدون ذلك الاتفاق يبقى العقد قائماً، ولا يمكن إنهاؤه إلا عن طريق مجلس العمال في حالة الخطأ الجسيم، أو إخلال أحد الطرفين المتكرر بالتزاماته، أو بسبب عدم قدرة المتدرب صحياً على ممارسة الحرفة التي يتدرب عليها.

وبطبيعة الحال فإن للتدريب والتلمذة نهاية وأهداف، وعليه فقد ألزمت المادة (١٨) كلاً من التلميذ المهني والمتدرب بالعمل بعد انتهاء مدة التعليم أو التدريب لدى صاحب العمل مدة مماثلة لمدة التلمذة أو التدريب، على ألا تتجاوز وبحد أقصى خمس سنوات؛ ورتبت على الإخلال بذلك أحقية صاحب العمل في

(٤٠) Cass. Soc. 30 sept. 2009, n 08-40, 362, JCP S, 2009, p. 1530, note L. DRAI.

(٤١) Cass. Soc. 29 janv. 2008, n 06-43, 906, RJS 4/08, n 463; Cass. Soc. 16 mars 2004, Dr. Soc. 2004. P. 661.

استرداد المصروفات التي تحملها في سبيل التعليم أو التدريب بنسبة ما تبقى من المدة الواجب قضاؤها في العمل؛ هذا وقد يثير هذا النص بعض الملاحظات.

فمن جهة انتقد البعض هذا النص لأنه – على حد وصفهم – يفتح الباب للمنازعات القضائية، ويزيد من العبء على الدوائر العمالية بسبب الاختلاف بين طرفي العقد حول حجم المصاريف التي تحملها صاحب العمل في سبيل تعليم أو تدريب العامل المتدرب؛ لذلك يرون بأنه كان حرياً بالمشرع تضمين كل عقد يبرم للتدريب شرطاً جزائياً يعالج هذه الجزئية، وضرورة إخضاع هذا الشرط لرقابة الجهات الإدارية لضمان عدم المبالغة فيه من قبل صاحب العمل(٤٢)؛ ونحن لا نتفق مع هذا الرأي، بل ونرى العكس تماما، فقد أحسن المشرع الكويتي بتحديد سقف معين لتعويض صاحب العمل عند عدم التزام العامل بالعمل مدة مماثلة، لأنه غالباً ما يمكن تحديد حجم التكاليف التي تكبدها صاحب العمل أثناء فترة عقد التلمذة أو التدريب؛ بل إنها – في الغالب – واضحة ومحددة، من خلال البرامج التي يحدد شروطها الوزير أو العقد المعتمد من قبل وزارة الشؤون(٤٣) .

ثم إنه قد فات أصحاب هذا الرأي أن المادة (١٨) لم تطلق العنان في مدة العمل المماثلة، بل هي محددة بمدة خمس سنوات في أقصى حالاتها، وبطبيعة الحال لن يتجاوز سقف التعويض هذه المدة، لأنه لا يجوز – أصلاً – أن تتجاوز مدة العمل بعد التلمذة أو التدريب هذه المدة، أي مدة الخمس سنوات كحد أقصى؛ كما أن اقتراح تضمين العقد شرطاً جزائياً قد يفتح الباب على مصراعيه لتحكم صاحب العمل والمبالغة فيه، ولا يمكن تجنب هذا التحكم في الشرط الجزائي لمجرد إخضاعه لرقابة الوزارة؛ فهي ليست جهة قضائية، ولا

(٤٢) ورقة عمل مقدمة من لجنة مراجعة القوانين المدنية في جمعية المحامين بعنوان:" ملاحظات حول قانون العمل الجديد رقم ٦/٢٠١٠، منشورة في جريدة الوطن الكويتية، العدد (٦٧٥٢)، ٨ أبريل لسنة ٢٠١٠، السنة (٤٨).

(٤٣) كل ذلك وفقا لنصي المادتين (١٣ و١٦) من قانون العمل الجديد.

واقع الحال يشير إلى إمكانيتها في السيطرة على مضامين تلك الشروط بسبب تعدد وتنوع طبيعة الأعمال التدريبية أو المهنية.

ومن جهة أخرى، فباستقراء نص المادتين (١٤ و ١٨) سالفتي الذكر يتبن أن للتلميذ المهني أو العامل المتدرب، وفي أي فترة من فترات التدريب أن ينهي العقد، ولا يشترط سوى الالتزام بمدة السبعة أيام التي حددها المشرع؛ وهذا الأمر يعني أن ذاك التلميذ المهني أو هذا العامل المتدرب يستطيع معه أن يتملص من تطبيق حكم المادة (١٨) التي تقضي بالتزامه بالعمل لمدة مماثلة لمدة التلمذة أو التدريب، لأنها تفيد أن هذا الالتزام بالعمل يشترط أن يكون بعد انتهاء مدة التلمذة أو التدريب؛ لذا فإن أراد التلميذ أو المتدرب أن يتهرب من التزامه بالعمل لمدة مماثلة بعد التلمذة أو التدريب، فما عليه سوى أن ينهي عقده قبل انتهاء مدة التلمذة أو التدريب بوقت قصير وربما قصير جدا؛ وبطبيعة الحال فلن يكون ملزماً بتبرير إنهائه للعقد عملا بنص المادة (٢/١٤) من القانون كما سبق أن أسلفنا؛ ونعتقد أن صاحب العمل يستحق التعويض وفقا لأحكام التعسف في استعمال الحق إن كان لها مقتضى؛ لذلك كان من الواجب على المشرع أن يقيد المسألة بمدة زمنية معينة، أو يخضعها لشروط أشد حتى لا يتعسف التلميذ أو المتدرب في استعمال حقه(٤٤).

تلك هي الأحكام الخاصة التي استحدثها المشرع في قانون العمل الجديد في التلمذة والتدريب المهني كتمهيد للدخول في علاقة عمل بالمعنى الدقيق؛ هذه العلاقة العمالية تفترض وقبل قيامها بشكل نهائي احترام بعض القيود الخاصة التي يمكن ردها إلى اعتبارات معينة؛ وهذا ما سوف نتعرف عليه الآن.

(٤٤) فخصوصية قواعد قانون العمل ما وضعت إلا لحماية العامل وهو الطرف الأضعف ضد تحكم صاحب العمل وهو الطرف الأقوى، وليس لإساءة العامل في استعمال حقه.

الفرع الثالث
تعزيز القيود الواردة على عقد العمل لاعتبارات إنسانية

أورد المشرع بعض النصوص الخاصة التي تُعنى بالاعتبارات الإنسانية، قاصداً منها حماية الضعف الإنساني، وهذه الضعف يمكن رده إلى سن العامل أو إلى جنسه؛ وحماية لهذه الفئة استحدث المشرع بعض القيود الواردة على تشغيل الأحداث (أولاً) وعلى تشغيل النساء (ثانياً) قاصداً تعزيز تلك الحماية المقررة لهما.

أولاً – في تشغيل الأحداث:

حظرت المادة (١٩) من قانون العمل الجديد تشغيل من يقل سنهم عن خمس عشرة سنة ميلادية(٤٥)، وهي بذلك رفعت من الحد الأدنى الذي كان وارداً في قانون العمل القديم(٤٦)، حيث كانت تعتبر أن الحد الأدنى لجواز تشغيل العامل هو سن الرابعة عشرة؛ معنى ذلك أن مفهوم الحدث وفقاً للقانون هو ذلك الشخص الذي لا يقل سنه عن خمس عشرة سنة ولم يبلغ، وفقاً للمادة (٢٠) من ذات القانون، سن الثامنة عشرة؛ وهذا التعديل يأتي متوافقاً مع القواعد العامة الواردة في القانون المدني بشأن عقد العمل(٤٧)، بحيث يتمتع من يبلغ سن الخامسة عشرة بأهلية كاملة في إبرام عقد العمل منفرداً.

---

(٤٥) على خلاف قانون العمل الفرنسي الذي يعتبر سن التشغيل (١٦) سنة كأصل عام وفقا للمادة .L. 4153-1 مع مراعاة الاستثناءات الواردة في ما يلي المادة سالفة البيان وعقد التدريب المهني كما رأينا. والجدير بالذكر أنه لا يوجد تعريف عام للحدث العامل وفقا للقانون أو القضاء الفرنسي سوى ما قرره قانون العمل الجديد من أنه العامل الذي يقل عمره عن (١٨) سنة.

A.Barège, FORMATION ET CLAUSES, JurisClasseur Travail Traité, fascicule: 6 Avril 2010 Date de la dernière mise à jour: 11 Avril 2014,n 17-12; De nombreuses dérogations très encadrées sont toutefois prévues sur les jeunes: M. RICHEVAUX, JEUNES, JurisClasseur Travail Traité, fascicule: 1 Janvier 2010 Date de la dernière mise à jour: 8 Janvier 2014, n 9-15.

(٤٦) المادة (١٨) من قانون العمل القديم.

(٤٧) المادة (٩٤) من القانون المدني.

وبالرجوع إلى القرار الوزاري رقم (١٩٦/ ع) لسنة ٢٠١٠م بشأن عمل الأحداث[٤٨] نجد أن تشغيل الأحداث محظور بدون إذن وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، عملاً بالمادة (٢٠) من قانون العمل الجديد، ولا خلاف في ذلك؛ وهذا الإذن يُعطي للوزارة الحق في فحص كل حالة على حدة وبالنظر لظروف كل حدث، دون أن يتجاوز ذلك بفرض شروط جديدة أو يعلق مسألة إبرام عقد العمل رهن موافقة شخص آخر غير الحدث نفسه على خلاف ما نص عليه المشرع.

هنا يكمن الخلاف، وذلك عندما اشترط القرار المذكور آنفاً – وفقاً للمادتين (٢) و (٣)– من موافقة ولي الأمر[٤٩] لكل حدث يريد العمل، فأصبح إبرام عقد العمل– من الناحية الواقعية – مرهوناً بموافقة ولي الأمر، التي وإن علقت إبرام عقد عمل الأحداث على إذن الوزارة، إلا أن هذا الإذن يجب ألا يكون عاماً عن طريق قرار لائحي يتضمن شروطاً عامة تسري على كل الأحداث، بل يجب أن يكون الإذن خاصاً وإلا أصبح قراراً لائحياً يعوزه تفويض من المشرع، وهو ما لا يجب أن يسمى إذناً بل قراراً لائحياً، وهذا ما لم ينص عليه المشرع، سيما وأنه تطلب مثل هذا القرار في بعض الشروط التي نص عليها صراحة في المادة (٢٠)؛ وسندنا في ذلك حجتان:

---

(٤٨) الكويت اليوم، العدد ٩٩٣ – السنة السادسة والخمسون، الأحد ١٠ شوال ١٤٣١هـ- ١٩ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٠م.

(٤٩) تنص المادة (٢) من القرار الوزاري بشأن عمل الأحداث على أنه: "يجوز تشغيل الأحداث من الجنسين ممن بلغوا الخامسة عشرة ولم يبلغوا الثامنة عشرة بعد الحصول على إذن من وزارة الشئون الاجتماعية والعمل، بناءً على طلب صاحب العمل، ويجدد هذا الإذن سنوياً، ويجب أن يتضمن الطلب البيانات التالية: – اسم صاحب العمل – عنوان المنشأة وفروعها – نوع العمل الذي سيقوم به الحدث – أسماء رؤساء العمل الذين يشرفون على الحدث في أداء العمل – ما يفيد موافقة ولي أمر الحدث على التحاقه بالعمل". كما تنص المادة (٣) من القرار الوزاري بشأن عمل الأحداث على أنه: – يجب أن يتضمن الإذن بالعمل للحدث البيانات التالية: – اسم الحدث – سنه – محل سكنه– نوع العمل الذي سيقوم به – اسم ولي أمره وموافقته وتاريخها – لياقته الطبية وتاريخ توقيع الكشف الطبي عليه.

الأولى: أن المشرع – وفقاً للمادة (٢٠) من القانون – لم يشترط في تشغيل الأحداث إلا شرطين، وهما أن يكون تشغيلهم في غير الصناعات والمهن الخطرة أو المضرة بالصحة التي يصدر بها قرار من الوزير؛ وتوقيع الكشف الطبي عليهم قبل إلحاقهم بالعمل بعد ذلك في فترات دورية لا تجاوز ستة أشهر، ويصدر الوزير قراراً بتحديد هذه الصناعات والمهن والإجراءات والمواعيد المنظمة للكشف الطبي الدوري؛ ولو أراد المشرع اشتراط موافقة ولي الأمر – وهو شرط جوهري ومهم بالنسبة إلى الأحداث – لنص على ذلك صراحة.

الثاني: أن المشرع نص في المادة (٢٧) من القانون نفسه – وهي لاحقة على النص السالف – على أنه: "يكون لمن بلغ سن الخامسة عشرة من العمل أهلية إبرام عقد العمل إذا كان غير محدد المدة، فإن كانت مدته محددة فلا يجوز أن تجاوز السنة وذلك حتى يبلغ الثامنة عشرة من العمر"؛ وهذا يثبت بما لا يدع مجالاً للشك بأن أهلية العامل هي بلوغ سن (١٥)، وأن أي قيد على هذا النص العام يجب أن يُنص عليه صراحة في هذا القانون أو في قرار وزاري بتفويض منه، وهذا ما لم يحدث؛ والقول بغير ذلك يعني أن هذا النص لا قيمة له ويتعارض مع نص المادة (٢٠)؛ ولا يصح القول بأن نص المادة (٢٧) نص عام يقيد نص المادة (٢٠) باعتباره نصاً خاصاً، لأنه لا مجال في تطبيقه إلا على الأحداث نظراً لتعلقه بالسن، فلا يوجد حالة واحدة ينطبق عليها نص المادة (٢٧) إلا الأحداث، ونتيجة لذلك لا يمكن اعتباره نصاً عاماً.

نخلص مما تقدم أن القرار الوزاري سالف البيان مخالف للمادتين (٢٠) و (٢٧) من قانون العمل، وهو ما يصمه بعدم الشرعية؛ والحل مستقبلا – من وجهة نظرنا – يكمن في تعديل نص المادة (٢٠) بأن يتضمن شرط موافقة ولي الأمر مع إلغاء نص المادة (٢٧) حيث لن يعد له أية قيمة، بل أن وجودها سيحمل في طياته تعارضاً مع نص المادة (٢٠) بعد تعديله؛ وهذا ما ينسجم مع متطلبات المادة (٢٣) من الاتفاقية العربية رقم (١٨) لسنة ١٩٩٦ بشأن الأحداث التي تلزم صاحب العمل بالحصول على موافقة كتابية من الولي أو الوصي قبل تشغيل الحدث.

وقد جاء رفع السن متوافقاً مع معايير العمل الدولية؛ حيث تعهدت الكويت باتباع سياسة وطنية ترمي إلى القضاء فعلياً على عمل الأطفال، وإلى رفع الحد الأدنى لسن الاستخدام[٥٠]، وذلك بانضمامها للاتفاقية رقم (١٣٨) لسنة ١٩٧٣ بشأن الحد الأدنى لسن الاستخدام[٥١]؛ وفي ذلك قضت المادة (٣/٢) على أنه:" لا يجوز أن يكون الحد الأدنى للسن المقررة.. أدنى من سن إنهاء الدراسة الإلزامية، ولا يجوز في أي حال أن يقل عن ١٥ سنة"؛ على أنه استثناء من ذلك يجوز أن يصل الحد الأدنى إلى أربع عشرة سنة للدول الأعضاء إذا لم يبلغ اقتصادها وتسهيلاتها التعليمية درجة كافية من التطور[٥٢].

وذلك على خلاف ما ورد في الاتفاقية العربية رقم (١٨) لسنة ١٩٩٦ بشأن الأحداث؛ حيث قضت المادة (الأولى/١، ٢) بأن المقصود بالحدث هو الشخص الذي أتم الثالثة عشرة ولم يكمل الثامنة عشرة، ثم حظرت صراحة عمل من لم يتم الثالثة عشرة من عمره (الأولى/٢)؛ ويبدو لنا وجه التعارض بين اتفاقية العمل الدولية واتفاقية العمل العربية في الحد الأدنى من سن العمل؛ ففي حين لا تسمح اتفاقيات العمل الدولية المذكورة بالعمل (إلا باستثناءات صريحة) لأقل من سن الخامسة عشرة، إلا أن اتفاقية العمل العربية تجيز ذلك لمن أتم الثالثة عشرة، سيما إذا علمنا بوجود بعض الاستثناءات الواردة على هذا الحد الأدنى، كالاستثناء الوارد في المادة (الثانية/٢) الذي يجيز للسلطة الوطنية النزول عن الحد الأدنى للسن في الأعمال الزراعية غير الخطرة؛ وربما

---

(٥٠) المادة (١) من الاتفاقية.

(٥١) بدأ نفاذ هذه الاتفاقية في ١٩٧٦/٦/١٩.

(٥٢) بشرط أن تقرر هذا السن منذ البداية وذلك مقيد بالتشاور مع المنظمات العمالية. راجع: المادة (٤/٢) من الاتفاقية. انظر أيضاً: في الاستثناءات الواردة في المادة (٦)، (٧)، (٨) من الاتفاقية. كما جاء ذلك منسجماً مع الاتفاقية الدولية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٧ بشأن الحد الأدنى للسن في الأعمال الصناعية التي حظرت أيضاً بدورها تشغيل الأحداث الذين تقل سنهم عن خمسة عشر عاما، على أنه تجدر الإشارة إلى أن الكويت لم تنضم إلى هذه الاتفاقية.

يخفف من حدة هذا التعارض بين الاتفاقية الدولية والاتفاقية العربية ما تطلبته الاتفاقية الأخيرة من وجوب عدم تعارض عمل الحدث مع التعليم الإلزامي (المادة الثالثة)، وعدم جواز تشغيل الحدث في الأعمال الصناعية قبل أن يتم سن الخامسة عشرة (المادة السابعة/١)[٥٣].

يقابل هذه النصوص تلك الاستثناءات التي قررتها الاتفاقية الدولية رقم (١٣٨) لسنة ١٩٧٣ بشأن الحد الأدنى لسن الاستخدام[٥٤]، في المواد (٦، ٧، ٨)، الذين يسمحون بالنزول بالحد الأدنى لسن تشغيل الأحداث من خمس عشرة سنة إلى سن الرابعة أو الثالثة أو الثانية عشرة بحسب الأحوال وفقاً لضوابط معينة، كالتشغيل في الأعمال الخفيفة التي لا تعطل مواظبتهم في المدرسة، أو تشغيلهم في المدارس ومؤسسات التدريب الأخرى لأغراض التعليم العام أو المهني أو التقني.

ورغم الاتفاقيات الدولية والعربية التي تبيح للكويت النزول عن هذا السن لاعتبارات معينة، إلا أن القانون الجديد فضل رفع سن العمل متبعاً في ذلك التوجيهات الدولية؛ على أن هاتين الاتفاقيتين والقانون الكويتي يجمعان على عدم جواز تشغيل الحدث قبل سن الثامنة عشرة من عمره في الأعمال الخطرة أو الضارة بالصحة أو الأخلاق[٥٥]؛ وتطبيقا لذلك حظرت المادة (٢/١١) من الاتفاقية الدولية رقم (١٣٦) لسنة ١٩٧١ بشأن الوقاية من مخاطر التسمم الناجم عن البنزين تشغيل الأحداث في مثل هذه الأعمال حماية لصحتهم وسلامتهم[٥٦].

---

(٥٣) ويجوز النزول إلى سن الرابعة عشرة إذا كانت الأعمال الصناعية خفيفة وتتولاها أسرته، على أن يكون أحد أفرادها مسؤولا عنه في العمل، وألا يؤثر ذلك على دراسته أو صحته أو أخلاقه.

(٥٤) والتي بدورها تساهم أيضا في التخفيف من حدة التعارض بين الاتفاقيتين.

(٥٥) المادة (٢٠/أ) من قانون العمل الكويتي الجديد، المادة (١/٣) من الاتفاقية الدولية رقم (١٣٨) لسنة ١٩٧٣، والمادة العاشرة من الاتفاقية العربية رقم (١٨) لسنة ١٩٩٦.

(٥٦) يستثنى من ذلك أولئك الأحداث المدربون إذا كانوا موضوعين تحت إشراف تقني وطبي ملائمين (المادة ١/١١).

ورغم هذا الانسجام بين القانون الكويتي الجديد والمعايير الدولية إلا أننا نعتقد أن المشرع الكويتي فاته أن ينص على وجوب عدم تعارض عمل الحدث مع متطلبات التعليم الإلزامي؛ صحيح أن المشرع قد وضع سناً يتناسب مع الحد الأدنى لسن إكمال مرحلة التعليم الإلزامي (سن الخامسة عشرة) إلا أن ذلك لا يكفي، فقد يبلغ الحدث هذه السن دون أن يكون قد تجاوز المرحلة التعليمية الإلزامية، وهي وفقاً للقانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٥ في شأن التعليم الإلزامي وتعديلاته، المرحلة المتوسطة كحد أدنى.

والسؤال الذي يثار ماذا لو أكمل الحدث سن الخامسة عشرة قبل أن ينهي المرحلة الدراسية الإلزامية وأراد أن يلتحق بعمل ما؟ هل نصوص قانون العمل الجديد يمكنها أن تمنعه من ذلك؟ سيما وأن المشرع غلظ من العقوبات الجزائية تجاه ولي الأمر المسؤول في حال تخلف الحدث الذي يعوله عن المرحلة الإلزامية، وجعل من عقوبته الحبس لمدة سنة بعد أن كانت لا تتجاوز أسبوعاً! معنى ذلك أن السياسة التشريعية تقتضي عدم تخلف الشخص عن الدراسة في سن مبكرة لانعكاس ذلك سلباً على المجتمع، وهذا ما يقتضي – منطقاً – ألا يعمل الحدث في أي عمل يتعارض مع تعليمه الإلزامي.

وفي ظل الفراغ التشريعي في قانون العمل، أعتقد أن الحل الوحيد يكمن في اللجوء إلى الاتفاقية العربية بشأن الأحداث، وإعمال نص المادة الثالثة منها الذي يقضي بوجوب عدم تعارض عمل الحدث مع التعليم الإلزامي المرسوم في كل دولة فهي جزء من نظامنا القانوني الداخلي(٥٧).

(٥٧) وقد يثير رأينا الجدل والعديد من المشكلات حيث قد يرى البعض، جدلا، أن تفسير نص المادة الثالثة لا يجب أن يفهم هكذا، فليس المقصود منه إنهاء المرحلة التعليمية الإلزامية بقدر ما أن يكون سن العمل للحدث متناسبا مع سن إكمالها، أي إذا كانت المرحلة الإلزامية تنتهي وفقا للوضع الطبيعي بانتهاء الصف الثامن، كما في الكويت، فإن السن الطبيعي لإنهاء هذه المرحلة هو سن الرابعة عشرة، لذا يكفي أن ينص المشرع على سن لا تقل عن هذه، وهو ما فعله المشرع الكويتي، الذي احتاط لذلك ونص على ألا يقل عن سن الخامسة عشرة. =المشكلة التي قد تثار هي ألا يكمل =

وتلك الاعتبارات الإنسانية التي لعبت دوراً في سن التشغيل يجب أن تلعب ذات الدور في ظروف ونظام العمل(٥٨)؛ لذا فقد تفادى قانون العمل الجديد القصور الذي كان يشوب القانون القديم بشأن ساعات العمل الإضافية أو العمل أيام الراحة الأسبوعية أو العطل الرسمية؛ فبعد صمت طويل في قانون العمل القديم عن مدى جواز تشغيل الأحداث ساعات عمل إضافية أو في أيام الراحة الأسبوعية وأيام العطل الرسمية، جاء القانون الجديد في المادة (٢/٢١)، ليملأ هذا الفراغ بحظره ذلك صراحة؛ وهذا النص يتوافق تماما مع نص المادة (١٩) من الاتفاقية العربية في شأن الأحداث الذي قرر بأنه:" لا يجوز تكليف الحدث بأي عمل إضافي، أو تشغيله أيام الراحة الأسبوعية أو العطلات الرسمية".

كما أنه – من ناحية أخرى – أزال ما كان يثار؛ من لبس ولغط في تحديد كلمتي الغروب والليل الواردتين في نص المادة (٢١) من القانون القديم، وذلك بتحديد كلمة الليل تحديداً دقيقاً عندما اعتبره من الساعة السابعة مساء وحتى الساعة السادسة صباحاً(٥٩)، فلا يجوز تشغيل الحدث فيما بين هاتين

= هذا الحدث تعليمه الإلزامي بالمخالفة للقانون، فهل يظل ممنوعاً عن العمل حتى إذا تجاوز هذه السن؟ والإجابة بالتأكيد نعم، ولكن هذا المنع يزول ببلوغه سن الثامنة عشرة من عمره، لأن ببلوغه هذه السن، لم يعد حدثاً، ويصبح كامل الأهلية وفقا لقانون العمل، وبالتالي لا يسري عليه الحظر الوارد في تشغيل الأحداث والخاص بهم فقط.

(٥٨) تجدر الإشارة إلى انسجام الحد الأقصى لساعات العمل للحدث مع معايير العمل الدولية، حيث لا يجوز تشغيل الحدث أكثر من ست ساعات يومية، بشرط عدم تشغيله أربع ساعات متوالية تتلوها فترة راحة لا تقل عن ساعة، ولذلك لم يرد عليه أي تعديل في القانون الجديد. المادة (١/٢١) من القانون الجديد والمادة (٢٢) من القانون القديم. لاحظ توافق النص المذكور مع نص المادة (١٧) من الاتفاقية العربية بشأن الأحداث.

(٥٩) انظر في نقد ذلك: عبد الفتاح عبدالباقي، أحكام قانون العمل الكويتي، بدون دار نشر، وبدون طبعة، ١٩٩٣، هامش (٢) ص٢٢٩. السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل الكويتي، وحدة التأليف والترجمة والنشر، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، ص١٣٤. أما وفقاً للقانون الفرنسي فقط فرق بين الحدث الذي يزيد عن =

الساعتين؛ وهذا التعديل ينسجم مع المعايير الدولية، سيما وأن المادة (٢/١٥) من الاتفاقية العربية بشأن الأحداث قد خولت التشريع الوطني تحديد المقصود بكلمة (الليل)؛ ويلاحظ أن مفهوم الليل في النصوص الخاصة بالأحداث يختلف عن مفهوم الليل في تشغيل النساء، وهذا ما سوف نعرفه عند تناول التنظيم الخاص في تشغيل النساء.

ثانياً – في تشغيل النساء:

من خلال التطبيق العملي لنصوص القانون القديم، تبين أن هناك بعض القصور الذي شاب التنظيم القانوني لحقوق المرأة العاملة، مما استدعى المشرع، ولو متأخرا، لإضافة وتعديل بعض النصوص لتحقيق ضمانات أكبر للمرأة تتناسب مع طبيعتها؛ لم يكن التغيير كبيراً، ولكنه، بكل تأكيد كان مهماً، فعلى خطى المستحدث في تشغيل الأحداث بتحديد لفظة (الليل)، نص القانون الجديد على حظر تشغيل النساء ليلاً، ولكنه اعتبر فترة الليل تبدأ من الساعة العاشرة مساء إلى الساعة السابعة صباحاً؛ وهذا خلاف تحديده الوارد فيما يخص قواعد تشغيل الأحداث، وخلاف ما كان منصوصاً عليه في المادة ٢٣ من القانون القديم، الذي كان يعتبر الليل من الفترة ما بين الساعة الثامنة مساء والسابعة صباحا؛ معنى ذلك أن القانون الجديد زاد ساعتين على بداية فترة الليل(٦٠).

= (١٦) ومن يقل عن ذلك سنه، فاعتبر الليل بالنسبة للأول يبدأ من الساعة العاشرة ليلاً وحتى السادسة صباحاً، أما الثاني فيبدأ من الساعة الثامنة مساء. راجع في ذلك:
M. RICHEVAUX, JEUNES, article précité, n 9-15, al. 123. V. le décret n 2006-42 du 13 janvier 2006 relative au travail de nuit des jeunes travailleur et apprentis de moins de dix-huit ans.

(٦٠) تجدر الإشارة إلى أن استثناءات العمل الليلي للنساء الواردة في نص المادة (٢٢) من القانون الجديد لا تختلف عنها في نص المادة (٢٣) من القانون القديم، ومن ثم نكتفي بالإحالة إليها، وهي تنسجم مع الاستثناءات الواردة في المادة (٨) من الاتفاقية، حيث لا تنطبق هذه الاتفاقية على النساء اللاتي يشغلن مراكز مسؤولية ذات طابع إداري أو تقني، وكذلك النساء المستخدمات في أقسام الصحة والرعاية الاجتماعية ولا يشتغلن عادة في أعمال يدوية.

والتعديل الجديد ينسجم تماماً مع الاتفاقية الدولية رقم (٨٩) لسنة ١٩٤٨ في شأن تشغيل النساء ليلاً[٦١]؛ وحددت فترة الليل بين الساعة العاشرة مساء والسابعة صباحا، ولكنها أجازت للسلطة الوطنية المختصة أن تقرر فترات مختلفة كتلك التي تختلف باختلاف المناطق أو المنشأة بشرط استشارة المنظمات العمالية إن بدأت الفترة بعد الساعة الحادية عشرة مساء[٦٢].

وقد حظرت هذه الاتفاقية عمل النساء ليلاً، أيا كانت أعمارهن، ولكنها استثنت حالتي القوة القاهرة والحالات الضرورية التي يقتضي العمل فيها استعمال مواد أولية أو مواد في طور المعالجة وتكون عرضة للتلف[٦٣]؛ كما أنها أجازت للحكومات أن توقف حظر عمل المرأة، بعد التشاور مع المنظمات العمالية، عندما تقتضي المصلحة الوطنية ذلك لمواجهة ظروف طارئة خطيرة[٦٤]؛ ولم تحدد الاتفاقية مفهوم "المصلحة الوطنية"، وهي عبارة مطاطة غير منضبطة، ولكنها قيدتها "بمواجهة ظروف طارئة خطيرة".

معنى ذلك أن هذا الاستثناء لا يمكن إعماله إلا في ظروف طارئة ومستعجلة لا تحتمل تأخيرا، وإلا وقعت خسارة فادحة، كحالات الضرورة والقوة القاهرة؛ والمقصود بحالة الضرورة هنا، والمنصوص عليها في المادة (٥) من الاتفاقية المذكورة، هي تلك التي تخص المصلحة الوطنية أي الدولة وليس المنشأة، فالأخيرة ينطبق عليها ما ورد في نص المادة (٣/أ) كما أسلفنا.

أضف إلى ما سبق ونظراً لخصوصية المرأة فقد منحها القانون الجديد، في المادة (٢٤) منه، إجازة وضع مدفوعة الأجر، لا تحتسب من إجازاتها الأخرى، لمدة سبعين يوما بشرط أن يتم الوضع خلالها؛ وفي فقرة مستحدثة تماما أجاز لها، بناءً على طلبها، إجازة بدون أجر لمدة لا تزيد على أربعة أشهر

(٦١) بدأ نفاذ هذه الاتفاقية في ١٩٥١/٢/٢٧.
(٦٢) المادة (٢) من الاتفاقية.
(٦٣) المادة (٣) من الاتفاقية.
(٦٤) المادة (١/٥) من الاتفاقية.

لرعاية الطفولة، إلا أن الإجازة الأخيرة جوازية لصاحب العمل، فله أن يقبلها وله أن يرفضها بحسب ظروف وطبيعة العمل في مشروعه.

ويبدو من ذلك النص الجديد أن المشرع في القانون الجديد تلافى العيوب الواردة في المادة (٢٥) من القانون القديم؛ حيث كانت المادة المذكورة – في صياغة معيبة – تقرر بأن: "للحامل الحق في إجازة أقصاها ثلاثون يوماً قبل الوضع وأربعون يوماً بعد الوضع..". والحقيقة أنه، وإن كان من السهل تحديد بدء سريان مدة الأربعين يوماً لأنها تحسب من اليوم التالي للوضع، إلا أنه من الصعب، ولو باستخدام الخبرة الطبية، تحديد تاريخ مؤكد للوضع، وبالتالي يتعذر تحديد بدء سريان مدة الثلاثين يوما السابقة على الوضع.

كما تنبه المشرع لنص المادة (٢٦) من القانون القديم الذي كان يقضي بسقوط حق المرأة العاملة في الإجازة السنوية إذا أفادت من الامتيازات التي كفلتها المادة (٢٥) سالفة البيان؛ فعلاوة على تخلفه عن ركب التطور في التشريعات العمالية الحديثة، أثار أيضاً جدلاً في تفسيره[٦٥]؛ لذلك فقد ألغى المشرع هذا النص ولم يضمنه مرة أخرى القانون الجديد. لم يكتف المشرع بذلك بل نص صراحة، في المادة (٢٤)، على عدم احتساب إجازة الوضع من ضمن الإجازات الأخرى.

وقد توج المشرع موقفه، لتعزيز أكبر قدر من الحماية للمرأة العاملة، بعدم جواز إنهاء خدمة العاملة أثناء إجازة الوضع أو بسبب مرضها الثابت بشهادة طبية نتيجة الحمل أو الوضع، لتفادي أي تعسف من قبل صاحب العمل[٦٦]؛ وإن كان واضحاً أن المشرع اشترط لإجازة المرأة المرضية – في هذه الحالة – أن تكون نتيجة للحمل أو الوضع، وأن تكون مثبتة بشهادة طبية معتمدة، إلا أنه لم يضع لها حداً أقصى كما كان معمولاً به في نص المادة (٢٥) من

(٦٥) انظر في ذلك: عبد الفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص٣٣٧.
(٦٦) المادة (٣/٢٤) من القانون الجديد.

القانون القديم، حيث كانت تقضي بألا تتجاوز مدة الانقطاع في أقصاها عن مائة يوم متصلة أو متقطعة.

ويؤخذ على المشرع أنه لم يصرح عما إذا كان هذا الانقطاع المرضي مقابل أجر أو بدون أجر، ولكننا نعتقد أنه بدون أجر، ذلك إن ذات المادة (٢٤) في فقرتها (١) ذكرت صراحة أن إجازة الوضع مدفوعة الأجر، في حين أنها التزمت الصمت في الفقرة (٣)؛ ومؤدى ذلك – بمفهوم المخالفة – أنها غير مدفوعة الأجر، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى يمكن استنباط ذلك من موقف المشرع في عدم تحديد مدة قصوى لفترة الانقطاع، فلو كانت بأجر لتضرر صاحب العمل ضرراً كبيراً من جراء ذلك، أما وإنها بغير أجر، فهذا يبرر إلى حد ما عدم تحديد مدتها، لأن المتضرر الأكبر في هذه الحالة هي العاملة التي لا تحصل على أجر مقابل انقطاعها المرضي، فنضمن بذلك عدم تعسفها أو تحايلها على صاحب العمل.

وأخيراً، استحدث المشرع نصاً جديداً يقضي بمنح المرأة العاملة ساعتين لإرضاع صغيرها، كما ألزم صاحب العمل بإنشاء دور حضانة للأطفال أقل من أربع سنوات للمؤسسات التي يزيد عدد عاملاتها على ٥٠ عاملة، أو يتجاوز عدد العاملين فيها ٢٠٠ عامل(٦٧).

وإذا كان النص واضحاً في وجوب إنشاء دور الحضانة في المؤسسات التي يتجاوز عدد العاملات فيها ٥٠ عاملة، إلا أنه يثير الشك في المقصود بعدد (٢٠٠) عامل؛ بعبارة أخرى هل يكفي لإنشاء دار الحضانة في المنشأة وجود عدد (٢٠٠) عامل بصرف النظر عن عدد النساء اللاتي من بينهم؟ أي حتى لو كان عدد النساء أقل من (٥٠) ؟ أو أقل من ذلك بكثير جداً؟ أو حتى بدون وجود نساء ضمن الـ (٢٠٠) عامل؟

(٦٧) المادة (٢٥) من قانون العمل الجديد.

الحقيقة أن صراحة النص تفيد بعدم الاكتراث بعدد العاملات لوجوب إنشاء حضانة، والمنطق يقول إنه لا يستلزم أن يكون عدد العاملات (٥٠) ضمن الـ (٢٠٠) عامل، لأن هذا النص لن يكون له أي معنى ولن يحقق جديدا، حيث يكفيه ما نصت عليه المادة من اشتراط عدد (٥٠) عاملة، ومع ذلك فمن غير المعقول أن تنشأ دار حضانة من أجل (٢٠٠) عامل ليس من ضمنهم أية امرأة أو وجدت واحدة أو اثنتان(٦٨)! سيما وأن هذا النص قد ورد في النصوص الخاصة بتشغيل المرأة، وكأنه يخصها دون غيرها.

وقد كان قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ أكثر وضوحا وانضباطا في هذا الخصوص، حيث ألزمت المادة (٩٦) منه "صاحب العمل الذي يستخدم مائة (عاملة) فأكثر في مكان واحد أن ينشئ داراً للحضانة..". وعلى ذلك فإنه، وعلى خلاف القانون الكويتي، فإن إنشاء دور الحضانة يتطلب عدداً معيناً من العاملات وليس العاملين.

كما يؤخذ على المشرع أنه لم يحدد ما إذا كانت الخدمات التي تقدمها دور الحضانة مجانية أو بمقابل؛ وأمام صمت المشرع فلا يسعنا إلا أن نقرر أنها بمقابل اشتراكات تدفع من قبل العاملين سواء كانوا رجال أم نساء، وما النص على إنشائها إلا للتسهيل على العمال، وخصوصاً العاملات اللاتي يضطلعن بطبيعتهن بتربية ومتابعة أولادهن؛ وهذا يقتضي أن تكون تلك الحضانات في مراكز العمل أو على الأقل بالقرب منه؛ لكل ما سبق أعتقد أن هذا النص معيب ويحتاج إلى إعادة نظر في المستقبل بأقرب فرصة ممكنة.

تطرقنا في هذا المطلب إلى المراحل التمهيدية التي تسبق إبرام عقد العمل من وساطة و تدرج لإبرامه، وتناولنا بعض القيود التي استلزمت لاعتبارات

(٦٨) معلوم أن دور الحضانة تخدم العمال الذكور أيضا، لكن الواقع العملي يشير إلى أن هذه الدور ما وضعت في المنشآت إلا لخدمة العاملات، لأنهن من يضطلعن بتربية ومتابعة أولادهن الصغار، فكان إنشاء حضانة في مراكز عملهن ميزة لهن، أضف إلى ذلك أن هذا النص ورد في النصوص الخاصة بتشغيل النساء وبالتالي يخصهن أكثر من غيرهن، وإن استفاد منه العمال الذكور عرضاً.

معينة تدخل المشرع لتقييد عقد العمل، قبل أن نقدم على مرحلة إبرام العقد، سيما تشغيل الأحداث والنساء. أما الآن سوف نقترب أكثر من عقد العمل ذاته لنتعرف على مستحدثات قانون العمل الجديد في هذه المرحلة.

المطلب الثاني
تقييم موقف المشرع من مرحلة إبرام عقد العمل

لا يتكون عقد العمل بين صاحب العمل والعامل إلا بعد أن يتفق الطرفان على شروطه، ولا يتأتى ذلك، في الواقع العملي، إلا بعد أن يقع اختيار صاحب العمل على العامل الذي يرغب به، فإذا ما اتفق الطرفان وبلغا الأهلية المطلوبة أُبرم العقد وبدأ ينتج آثاره ومن أهمها احترام الالتزامات المتبادلة بين الطرفين؛ وقد رتب القانون بعض الجزاءات في حال تقاعس أحدهما في ذلك، ولكنه لم يترك تلك الجزاءات لمحض إرادة صاحب العمل بل قرر بعض الضمانات لحسن سير عقد العمل؛ ولما كان القانون الجديد قد استحدث بعض الأمور خلافاً للقانون القديم، فكان لزاما أن نتناولها بالفحص والتقييم؛ ولعله من المناسب – كي تؤتي هذه الدراسة بثمارها – أن نساير خطة وتسلسل نصوص مواد قانون العمل، ونقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ نتطرق فيهما إلى بعض المثالب التشريعية في طور إبرام عقد العمل (الفرع الأول) قبل أن نقيم المستحدثات التي أتى بها المشرع في بعض الضمانات اللازمة لحماية العامل (الفرع الثاني).

الفرع الأول
بعض المثالب التشريعية في طور إبرام عقد العمل

رأينا أن المادة (٢٧) من قانون العمل الجديد حددت، صراحة، أهلية العامل في إبرام عقد العمل بأن يكون قد بلغ سن الخامسة عشرة إذا كان العقد غير محدد المدة، فإذا كان محدد المدة فلا يجوز أن تتجاوز مدته سنة، وذلك حتى يبلغ الثامنة عشرة من العمر؛ وبذلك يكون المشرع قد عدل عن موقفه في قانون العمل القديم الذي كان يعتبر أهلية إبرام عقد العمل هي سن الرابعة

عشرة[٦٩]. ولم يعرض القانون الجديد، كحال العديد من التشريعات، إلى أهلية صاحب العمل، وهذا يعني ردها إلى القواعد العامة في القانون المدني.

أما من حيث العقد ذاته؛ لم يحدث التشريع الجديد تغييراً كبيراً في محتوى النص القديم[٧٠]، سوى في صياغته ووجوب أن يكون العقد من ثلاث نسخ، فما زال عقد العمل عقدا رضائيا[٧١]؛ وفي ذلك قضت المادة (١/٢٨) من قانون العمل الجديد على أنه: "يجب أن يكون عقد العمل ثابتاً بالكتابة، ويبين فيه على وجه الخصوص تاريخ إبرام العقد وتاريخ نفاذه وقيمة الأجر، ومدة العقد إذا كان محدد المدة وطبيعة العمل، ويحرر من ثلاث نسخ تعطى واحدة لكل من طرفيه وتودع النسخة الثالثة بالجهة المختصة بالوزارة، فإن لم يكن عقد العمل ثابتاً في محرر اعتبر العقد قائماً ويجوز للعامل في هذه الحالة إثبات حقه بكافة طرق الإثبات"؛ ويلاحظ أنه، وعلى الرغم من أن المشرع أوجب أن يكون عقد العمل ثابتاً بالكتابة، إلا أنه لم يلزم أياً من أطراف العلاقة العمالية بشرط الكتابة؛ ويبدو ذلك عندما عاد بأدراجه في نهاية النص ليقول: ".. فإن لم يكن عقد العمل ثابتاً

---

(٦٩) ولن نطيل في ذلك فقد سبق لنا الحديث عن الأهلية إبان تصدينا لأحكام تشغيل الأحداث، وسبق أن رأينا أن هذا الحكم يتفق وحكم المادة (٩٤) من القانون المدني ويتماشى مع معايير العمل الدولية.

(٧٠) المادة (١٢) من قانون العمل القديم وما يليها.

(٧١) Le contrat de travail est un contrat consensuel qui n'est soumis, par principe, à aucune forme particulière. "Il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter"(C. trav., art. L. 1221-1). A. Barège, FORMATION ET CLAUSES, précité, n 12-17, n 43.
وهذا يعني أن الوضع هو ذاته في القانون الفرنسي الذي لم يتطلب شكلاً خاصاً له ويخضع لاتفاق الطرفين. وبالتالي يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها:
Cass. soc., 17 avr. 1991: Bull. civ. 1991, V, nº 200; JurisData nº 1991-001140. - Cass. soc., 19 déc. 2000: Bull. civ. 2000, V, nº 437; JurisData nº 2000-007570; Dr. soc. 2001, p. 227, note A. Jeammaud; Dr. ouvrier 2001, p. 241, note A. de Senga. - Cass. soc., 3 juin 2009: JCP S 2009, 1714, note B. Thouzellier.

في محرر اعتبر العقد قائماً، ويجوز للعامل في هذه الحالة إثبات حقه بكافة طرق الإثبات".

ويحق لنا أن نتساءل عن مدى جدوى ما نص عليه في بداية المادة من أنه:" يجب أن يكون عقد العمل ثابتا بالكتابة.."؛ بعبارة أخرى، إن المشرع يوجب كتابة العقد في بداية النص ثم ينسف ذلك في نهايته، وإنه لأمر مستغرب(٧٢)؛ ليس لأنه وضع قاعدة ثم استثناها، فهذا حال كثير من النصوص القانونية؛ ولكن النصوص الأخرى تضع الاستثناءات على القواعد لمبررات أو لحالات معينة، وهذا ما لم يحدث في النص محل الانتقاد، لأنه "أوجب" في بداية النص ثم نزل عن ذلك "الوجوب" في نهايته دون أن يرتب جزاء على مخالفة ما تطلبه؛ وهذا لا يعني أننا نطالب بجزاء عن تخلف شرط الكتابة(٧٣)، بقدر ما ننبه إلى صياغة نعتقد بعدم جدواها قبل عدم سلامتها، لذا نرى من الأفضل تعديل النص من الوجوبية إلى الجوازية(٧٤).

أضف إلى ما سبق أن المشرع قد خرج – في العقد غير المكتوب – عن القواعد العامة في الإثبات، سيما قواعد الإثبات المتطلبة في حال بلوغ القيمة مبلغاً معيناً، لمّا قال:".. فإن لم يكن عقد العمل ثابتاً في محرر اعتبر العقد قائماً،

---

(٧٢) وذلك على خلاف قانون العمل الفرنسي الذي ترك ذلك لحرية الأطراف، كأصل عام، وفقا للمادة L. 1221-1 التي تقضي بخضوع العقد للقواعد العامة، ويمكن إثباته بحسب الطريقة التي يتفق عليها الأفراد. راجع الهامش السابق.

(٧٣) الحقيقة أننا لا نعتقد بوجوب كتابة العقد أو ترتيب جزاء إزاء مخالفة شرط الكتابة في كل عقود العمل، لأن في ذلك عنت ومشقة على كل من العامل وصاحب العمل، فكم من العقود التي لا تتجاوز مدتها يوم أو بضع يوم يسترزق منها العمال، هذه النوعية من العقود البسيطة قصيرة المدة تحتاج السرعة في إبرامها. لذا فإننا نرى أنه يجب أن نقصر هذا الشرط على تلك العقود التي لا تقل عن مدة معينة ينص عليها المشرع، المهم فيها ألا تكون عقوداً قصيرة المدة، كما نرى بأن الجزاء يجب أن يقتصر على صاحب العمل دون العامل إلا إذا كان للأخير يد في تخلف شرط الكتابة.

(٧٤) يقابل هذا النص المادة (٣٢) من قانون العمل المصري، ونعتقد أن النقد الموجه لنص المادة (١/٢٨) كويتي ينسحب أيضا على النص المصري لتشابه النصين.

ويجوز للعامل في هذه الحالة إثبات حقه بكافة طرق الإثبات". ونعتقد بأن العامل يفيد من هذا النص وحده دون صاحب العمل؛ بحيث يستطيع أن يثبت عقده غير المكتوب بجميع طرق الإثبات دون الاعتداد بقيمة العقد، أي حتى لو تجاوزت قيمة العقد خمسة آلاف دينار؛ كما نظن أن المشرع قد أراد أن ييسر للعامل قدر المستطاع وسيلة الإثبات نظراً لخصوصية مركزه القانوني في عقد العمل تجاه المركز القوي الذي يتمتع به صاحب العمل، وذلك على خلاف القانون الفرنسي الذي لا يميز بين العامل وصاحب العمل في ذلك(٧٥).

ولا نتفق مع ما ذهب إليه البعض من أن هذه الميزة يفيد منها كل من العامل وصاحب العمل(٧٦)، ذلك أن النص قصر هذه الميزة على العامل دون غيره، ولو أراد غير ذلك لنص صراحة على استفادة كل من العامل وصاحب العمل(٧٧)، أو على الأقل التزم الصمت ولم ينص على أي منهما لنبرر ذلك في قاعدة أن المطلق يؤخذ على إطلاقه؛ ويقابل هذا النص المادة (٣٢) من قانون العمل المصري، ولعلها كانت أكثر صراحة من النص الكويتي لما قررت: ".. وإذا لم يوجد عقد مكتوب للعامل (وحده) إثبات حقوقه بكافة طرق الإثبات..".

الجدير بالملاحظة أن المشرع الكويتي لم يقيد صاحب العمل في نطاق إبرام عقد العمل بأية ضوابط تتعلق بطبيعة العقد المراد إبرامه، فله – أي صاحب العمل – الحرية الكاملة في اختيار طبيعة عقد العمل بين إبرام عقد محدد المدة أو عقد غير محدد المدة(٧٨). ولأن الغلبة لصاحب العمل فإنه سوف يختار العقد الذي يتمشى مع مصالحة دون اعتبار لمصلحة العامل.

---

(٧٥) المادة. L. 1221-1 انظر في ذلك: الهامشين من هذه الدراسة: (٦١) و (٦٢).

(٧٦) خالد الهنديانى وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق٢٠١٠،، ص ٢٤٢.

(٧٧) كما فعل في القانون القديم. حيث قضت المادة (١٢) منه: ".. فإن كان العقد شفهياً جاز للعامل أو (صاحب العمل) إثبات حقه بجميع طرق الإثبات".

(٧٨) خالد الضفيري، مرجع سابق، ص ٦٤.

أما قانون العمل الفرنسي فقد ميز – في مدى حرية صاحب العمل – في سلطة الإبرام بين العقد غير محدد المدة والعقد محدد المدة؛ وحرصاً منه على العامل، في استقرار العمل، جعل من العقد الأول القاعدة العامة في حين لم يجز إبرام العقد الثاني إلا في أحوال استثنائية(٧٩)؛ وفي مقتضى ذلك تطلب بعض الضوابط الشكلية والموضوعية لإمكان إبرام العقد محدد المدة(٨٠)؛ وبطبيعة الحال فلا تقوم لعقد العمل محدد المدة قائمة إلا إذا تم الالتزام بتلك الضوابط، فإن هي تخلفت عُد العقد غير محدد المدة، كل ذلك من أجل ضمان أكبر استقرار للعامل.

ومواكبة للتطورات التشريعية العمالية الحديثة، وإضفاء لضمانة أكبر للعامل، أوجبت المادة (٢/٢٨)، في نص مستحدث، عدم جواز تخفيض أجر العامل خلال فترة سريان العقد، سواء أكان عقد العمل محدد المدة أم غير محدد المدة، واعتبرت كل اتفاق سابق على سريان العقد أو لاحق لسريانه يخالف ذلك باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام؛ وهو موقف تشريعي يستحق الإشادة.

يضاف إلى ما سبق، أن المادة (٣/٢٨) قضت بأنه لا يجوز لصاحب العمل تكليف العامل القيام بعمل لا يتفق مع طبيعة العمل المبينة في العقد، أو لا يتناسب مع مؤهلاته وخبراته التي تم التعاقد معه على أساسها؛ ولنا في ذلك شيء من التفصيل: فإن هذا النص وإن كان جميلا في ظاهره ومتوافقا مع القواعد العامة في أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث لا يجوز لأحد أطراف العقد (صاحب العمل) أن يعدل عليه بدون موافقة الطرف الأخر (العامل)، وينطلق من

---

(٧٩) المادة L. 1221-2 من قانون العمل الفرنسي.

(٨٠) ولا يجوز إبرام عقد عمل محدد المدة إلا في حالات معينة حددها المشرع؛ فلا يسمح القانون الفرنسي بهذا العقد إلا إذا وجد مبررا لذلك، وبحيث يكون محل العقد واقعا على نشاط مؤقت بطبيعته أو لغرض معين، فإذا كان العقد منصبا على نشاط طبيعي مستمر فلا يرتب عقد العمل محدد المدة أي أثر؛ على أن يكون العقد مكتوبا وشرط الكتابة هنا شرط صحة وليس شرط إثبات. انظر: المادة L. 1242-1 من قانون العمل وما يليها.

فكرة القوة الملزمة للعقد التي بموجبها لا يجوز لطرف منفرداً – دون موافقة الطرف الآخر – أن يعدل على العقد، إلا أنه يجب أن نأخذ في الحسبان أن طبيعة هذا العقد الذي يعتبر عقدا عماليا، يلعب فيه الزمن دوراً كبيراً، قد يكون عرضة لحدوث ظروف لم يكن يتوقعها أي من المتعاقدين، كحاجة المنشأة لتغيير نشاطها أو تنويعه أو زيادة حجم إنتاجها أو تخفيضه؛ لذا كان لزاما أن ينزل منزلة تتواءم مع طبيعته العمالية، مع الأخذ بالاعتبار المصالح المشتركة لكل من صاحب العمل والعامل؛ وعليه لا يمكن – في جميع الأحوال – إسقاط تلك القواعد العامة، الواردة على العقود المدنية والتجارية على العقود العمالية على إطلاقها لخصوصيتها(٨١).

ولذلك، فإننا لا نتفق مع الصياغة المطلقة لهذا النص، لأنه – وبكل تأكيد – سوف يفتح الباب على مصراعيه إلى العديد من المشكلات في المستقبل بين صاحب العمل والعمال، لأنه أطلق النص – دون أي قيد – في عدم جواز تكليف العامل القيام بعمل لا يتفق مع طبيعة العمل المبينة في العقد، وجعل منه قاعدة دون أن يقرر لها أية استثناءات تتناسب مع الظروف التي قد تطرأ على المشروع، كأن يجيز لصاحب العمل تكليف العامل بعمل، لا يتفق مع طبيعة عمله، إذا ما دعت له حالة ضرورة أو قوة قاهرة، أو إذا كان العمل المكلف به لا يختلف اختلافاً جوهرياً عن طبيعة العمل المتفق عليه، مادام ليس من شأنه المساس بحقوق العامل ومزاياه الأساسية كالأجر والترقيات(٨٢)؛ بل أن هذا ما

---

(٨١) F. Hénot, MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL, JurisClasseur Travail Traité, Date du fascicule 19-40: 1er Avril 2007 Date de la dernière mise à jour: 13 Juillet 2007, n; B. Teyssié, La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise: Dr. soc. 1988, p. 852; J.-C. Javillier, Droit du travail: LGDJ, 1999, nº 247.

(٨٢) للمزيد راجع: أنور الفزيع، سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية عشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٨، ص ٨٣. انظر أيضا: جمال النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، مؤسسة دار الكتب، الطبعة =

تفرضه سلطة رب العمل في تنظيم وإدارة مشروعه(٨٣)، وتفرضه – أيضا – القواعد العامة في مبدأ حسن النية وشرف التعامل في تنفيذ العقود(٨٤)؛ وقد اعتبر القضاء الكويتي أن العامل الذي يرفض التعديلات غير الجوهرية متعسفاً في استعمال حقه(٨٥)؛ ولكن هذا لا يعني أن العامل مجبر دائما على تقبل هذا التغيير، بل يحق له فسخ عقد العمل بعد تعديله من قبل صاحب العمل بشرط ألا يكون قد تعسف في حقه(٨٦).

= الثالثة، ٢٠٠٩، ص ٢٤٣. خالد الهنديانى وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص٢٤٨ وما بعدها. بدر اليعقوب، إنهاء عقد العمل غير محدد المدة في القانون الكويتي، مطابع الرسالة، الطبعة الأولى ١٩٨٤، ص ١٤٤ وما بعدها. على أنه يجدر التنويه إلى أنه لم يتسن لنا استطلاع توجه القضاء الكويتي، سيما وأن القانون الجديد صدر قبل فترة لا تكفي غالباً لصدور الكثير من أحكام التمييز ربما في هذا الموضوع وإن هي صدرت فلم تنشر بعد. انظر في ذلك توجه القضاء الفرنسي:
Cass. soc., 8 oct. 1987: Bull. civ. 1987, V, nº 451; D. 1988, jurispr. p. 58, note Y. Saint-Jours; Dr. soc. 1988, p. 140, note J. Savatier.

(٨٣) أنور الفزيع، مرجع سابق، ص ١٠٧ وما بعدها. انظر في ذلك توجه القضاء الفرنسي:
pouvoir de direction de l'employeur et s'impose au salarié: Cass. soc., 10 mai 1999: TPS 1999, comm. 262; Juris-Data nº 1999-001879; RJS 1999, nº 791.

سيما وأن الصعوبة تثور أكثر في تعديل طبيعة العمل وليس فقط شروطه. انظر: توجه أقره القضاء الفرنسي الذي أقر ذلك في العديد من أحكامه لمواجهة بعض الظروف الاقتصادية:
Cass. soc., 11 janv. 2006, arrêt SA Pages jaunes: Juris-Data nº 2006-031627; LPA, nº 15, 20 janv. 2006, p. 3; Semaine sociale Lamy 2006, nº 1244, p. 5 et p. 12. - V. aussi Cass. soc., 11 janv. 2006: Juris-Data nº 2006-031556.

(٨٤) المادتان (١٩٥) و (١٩٧) من القانون المدني الكويتي.

(٨٥) استئناف عليا (عمالي)، رقم ١٩٨٥/٦، تحكيم صادر في ١٩٨٨/٧/١٢، تحكيم غير منشور. مشار إليه لدى: أنور الفزيع، مرجع سابق، ص ١٠٧ هامش (٦٨). وقد أجاز القضاء الفرنسي فصل العامل واعتبره مخلاً بالتزاماته العقدية:
Cass. soc., 24 juin 1992: Bull. civ. 1992, V, nº 413; JCP E 1992, pan. 1096; D. 1992, inf. rap. p. 200: et que ce refus "constitue un manquement aux obligations contractuelles, que l'employeur a la faculté de sanctionner, au besoin en procédant au licenciement de l'intéressé" Cass. soc., 25 juin 1992: Dr. soc. 1992, p. 825.

(٨٦) تمييز عمالي، رقما ٢٦و٣٢/١٩٩٩، الصادران بجلسة ٢٠٠٠/١٢/١٤، مجلة القضاء والقانون، الجزء الأول، يونيو ٢٠٠٣، ص ٣١٨.

وكان على المشرع الكويتي في القانون الجديد أن يضمن قاعدة عدم جواز تكليف العامل القيام بعمل لا يتفق مع طبيعة العمل المبينة في العقد، أو لا يتناسب مع مؤهلات وخبرات العامل التي تم التعاقد معه على أساسها – الواردة في نص المادة (٣/٢٨) – بعض الاستثناءات، كما فعل نظيره المصري في نص المادة (٧٦) من قانون العمل، حيث قرر، بعد أن حظر على صاحب العمل أن يخرج على القيود المشروطة في عقد العمل الفردي أو اتفاقية العمل الجماعية أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه، الخروج عن هذه القاعدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعاً لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو في حالة القوة القاهرة، ولم يجعل المشرع المصري باب الاستثناء مفتوحاً على مصراعيه، بل أوجب أن يكون ذلك بصفة مؤقتة(٨٧).

وفي حكم مستحدث – يثير الدهشة – قررت المادة (٣٠) من قانون العمل الجديد أنه إذا كان عقد العمل محدد المدة، وجب ألا تزيد مدته على خمس سنوات ولا تقل عن سنة واحدة، مع جواز تجديد مدته عند انتهائها بموافقة الطرفين؛ ومن خلال هذا النص نستطيع أن نستنتج بأن القانون الجديد عرّف عقد العمل محدد المدة بأنه ذلك العقد الذي لا تقل مدته عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات؛ وهذا التعريف محل نظر، لأنه يثير – من وجهة نظرنا – بعض المشكلات العملية؛ فأول سؤال يتبادر إلى الذهن، ماذا لو تعاقد طرفان على مدة تزيد عن خمس سنوات أو مدة تقل عن سنة؟

الإجابة متيسرة تماماً في حال زادت المدة عن خمس سنوات، وهي ارتداد العقد فيما زاد عن مدة الخمس سنوات ليعود إلى المدة المقررة قانونا، أي لا يعتد بالمدة التي تزيد عن خمس سنوات، ولا جديد في ذلك؛ لكن هذه الإجابة ليست بهذه السهولة في حال لو أبرم العقد لمدة تقل عن سنة؛ بمعنى آخر ماذا

(٨٧) أكثر من ذلك بل أجاز المشرع المصري لصاحب العمل، في ذات النص، أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً، بشرط عدم المساس بحقوق العامل، وهو ما أخذ به القضاء الكويتي منذ زمن بعيد وقبل صدور القانون الجديد. تميز عمالي تجاري، رقمي ٩٤ و ١٩٧٨/٩٦، الصادر في جلسة ١٩٧٩/٥/٧، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في الفترة ما بين ١٩٧٢/١١/١ إلى ١٩٧٩/١٠/١، رقم (٦٨) ص ٢٠٣.

لو تعاقد طرفان على عمل (وتوافرت كل خصائص عقد العمل) لمدة أقل من سنة كشهر مثلا، فهل يعتبر العقد عقداً محدد المدة؟ والإجابة الأكيدة وفقا للنص السالف أنه ليس عقدا محدد المدة وفقا لصريح النص، إذن ما هي طبيعة هذا العقد؟ والإجابة لا تخرج عن اثنتين وكلتاهما مرة:

- إما أنه ليس عقد عمل، وهنا يثار التساؤل عن طبيعة هذا العقد؟ وهذا غير متصور، لأن كل خصائص عقد العمل متوافرة.
- وإما أنه عقد غير محدد المدة وهذا لا يتماشى مع العقل والمنطق، لأنه محدد المدة.

الحقيقة أننا في حيرة من أمرنا، لذا أعتقد أن المشرع لم يكن موفقاً في وضع حد أدنى لعقد العمل، ولا أظن أن هناك مبرراً جدياً لذلك، وكان الأجدى أن يبقي على الوضع القديم كما ورد في نص المادة (١٣) من القانون القديم، حيث قيدت العقد بمدة خمس سنوات، ولكنها لم تضع حداً أدنى كما هو الحال في القانون الجديد(٨٨)؛ وهذا هو الوضع في قانون العمل المصري الذي لم يضع حداً أدنى للعقد محدد المدة؛ وفي ذلك قضت المادة (١٠٤): "ينتهي عقد العمل محدد المدة بانقضاء مدته، فإذا أبرم العقد لمدة تزيد على الخمس سنوات، جاز للعامل إنهاؤه دون تعويض – عند انقضاء خمس سنوات – وذلك بعد إخطار صاحب العمل قبل الإنهاء بثلاثة أشهر(٨٩).

(٨٨) ويثار ذات التساؤل في العقود التي تبرم لإنجاز عمل معين وتنتهي بانتهاء الغرض المحدد، وهذه العقود بطبيعتها تعتبر عقوداً محددة المدة ولا خلاف في ذلك، ولكن مع النص الجديد الذي عرف العقد محدد المدة بأنه لا يقل عن سنة تنتابنا حيرة شديدة. انظر في ذلك، على سبيل المثال، المادة (١٠٧) من قانون العمل المصري:" إذا أبرم عقد العمل لإنجاز عمل معين، انتهى العقد بإنهاء هذا العمل، فإذا استغرق الإنجاز مدة تزيد على خمس سنوات لا يجوز للعامل إنهاء العقد قبل إتمام إنجاز العمل".

(٨٩) انظر كذلك ما نصت عليه المادة (١٠٦) من قانون العمل المصري:" إذا انتهى عقد العمل محدد المدة بانقضاء مدته، جاز تجديده باتفاق صريح بين طرفيه وذلك لمدة أو لمدد أخرى؛ فإذا زادت مدد العقد الأصلية والمجددة على خمس سنوات، جاز للعامل إنهاؤه وفقا لأحكام المادة ١٠٤ من هذا القانون.

وفي نص جديد، يتماشى مع القواعد العامة في القانون المدني[٩٠]، حسمت المادة (٣١) مدة التجديد الضمني للعقد وما يترتب عليه من آثار، وقررت أنه إذا كان عقد العمل محدد المدة واستمر الطرفان في تنفيذه بعد انقضاء مدته، اعتبر العقد مجدداً لمدة مماثلة وبالشروط الواردة فيه (ما لم يتفق الطرفان على تجديده بشروط أخرى)، وهذا على خلاف القانون القديم الذي كان يفترض التجديد لمدة غير محددة، أي أن العقد الجديد يعتبر عقدا غير محدد المدة[٩١]؛ ومما لا شك فيه إن التعديل الجديد، باعتبار العقد المجدد محدد المدة، يعطي العامل ضمانة واستقرار أفضل، حيث إن العقد محدد المدة يخضع للعديد من الضوابط لإنهائه كما سنرى.

وعلى خلاف القانون القديم، لم تكتف المادة المشار إليها بهذا الحد، بل أضافت إلى ما سبق، حكماً جديداً عندما قررت فيه أن هذا التجديد – في كل الأحوال – يجب ألا يؤثر على الحقوق المكتسبة التي نشأت للعامل في ظل العقد السابق، لتفادي أن يتفق الطرفان على شروط أخرى غير تلك الواردة في العقد القديم؛ وهذا يعني أن العامل يستحق كل الحقوق التي اكتسبها بموجب العقد السابق، بحيث لا يجوز لرب العمل إلغاء أي مزايا أو حقوق مقررة للعامل في العقد القديم، بشرط أن تكون تلك المزايا مكتسبة وليست مجرد أمل، وأي إلغاء لها يعد باطلا؛ ويبدو أن المشرع العمالي في هذا النص حاول أن يتجاوز الجدل والاختلافات المقارنة، بتحديد مكتسبات العامل.

وفي النهاية، يتضح لنا أن المشرع الكويتي لم يضمن جديده من النصوص القانونية أي ضوابط تقيد صاحب العمل في عملية اختيار عماله، معنى ذلك أن صاحب العمل يتمتع بحرية مطلقة في كيفية اختيار عماله[٩٢]؛ فالمشرع لم

(٩٠) حيث إن التجديد لا يفترض وفقا للقواعد العامة في القانون المدني (المادة ٤١٨).
(٩١) المادة (٥٢) من القانون القديم.
(٩٢) ما عدا تلك القيود التقليدية الواردة في قانون العمل كتشغيل الأحداث أو النساء.

يلزمه – على سبيل المثال – بالإعلان عن حاجته للقوى العاملة بوسائل معينة، أو إلزامه بالتعاقد مع نسبة معينة من العمال المتقدمين وفق شروط أو ضوابط معينة، أو إلزامه بالتعاقد عن طريق المسابقات مع تقيده بما تسفر عنها نتائج هذه المسابقات(٩٣).

وقد كان المشرع الفرنسي سباقاً في ذلك، بحيث قيد حرية صاحب العمل في اختيار عماله ولم يتركها لمحض إرادته كما فعل المشرع الكويتي؛ وتطبيقا لذلك نص صراحة في المادة L.11321-1 من قانون العمل على عدم جواز استبعاد أي شخص من إجراءات الاختيار بسبب يعود إلى أصله أو جنسيته أو حالته العائلية أو آرائه السياسية أو غيرها من الأسباب التي يمكن أن نردها في مجملها إلى حالة التمييز أو العنصرية(٩٤)؛ ونتيجة للصعوبات العملية التي تواجه العامل في إثبات احترام صاحب العمل لمبدأ عدم التمييز، فقد قرر المشرع الفرنسي نقل عبء إثبات هذه المسألة من العامل إلى صاحب العمل(٩٥).

ولعل عدم النص على مثل تلك الضوابط والتدابير يضعف من مدى التزام الكويت بالاتفاقية رقم (١١١) بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة لسنة ١٩٥٨، حيث تعهدت الكويت بصياغة وتطبيق سياسة وطنية ترمي إلى تشجيع تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة في الاستخدام والمهنة بغية نبذ التمييز بكل أشكاله(٩٦)؛ وقد عرفت الاتفاقية المقصود بمصطلح التمييز أي تفريق أو

(٩٣) هذا وقد منع المشرع الفرنسي، في المادة L. 1142-1 من قانون العمل، أي إعلان لاختيار العمال يتضمن أي إشارة إلى الجنس أو الحالة العائلية في الشروط المطلوبة في العامل.

(٩٤) وإعمالا لذلك فقد فرض المشرع الفرنسي بعض العقوبات الجزائية ضد كل صاحب عمل يخالف مبدأ عدم التمييز في مرحلة اختيار العمالة. انظر المواد (٢٢٥-١ و٢٢٥-٢) من قانون العقوبات الفرنسي.

(٩٥) المادة L. 122-45 من قانون العمل الفرنسي

(٩٦) المادة (٢) من الاتفاقية.

استبعاد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل الوطني أو الأصل الاجتماعي، ويكون من شأنه إبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص أو المعاملة في الاستخدام أو المهنة(٩٧)، ومن ثم فعلى دولة الكويت لإعمال ذلك أن تنتهج سياسة وطنية في خدمات التوظيف وإبرام عقود العمل.

والأمر كذلك في الاتفاقية رقم (١١٧) في شأن الأهداف والمعايير الأساسية للسياسة الاجتماعية(٩٨)، التي يشمل أحد أهم أهدافها السياسية المتبعة القضاء على جميع أنواع التمييز بين العمال على أساس العرق أو اللون أو التبعية القبلية أو العقيدة أو الانتماء النقابي..الخ، في شروط التعيين وغيرها مما نصت عليهم المادة (١٤) من الاتفاقية.

تلك هي المثالب التشريعية التي لاحظناها على النصوص المتعلقة في إبرام العقد، وهي لا تحول دون إبرام العقد، فإن هو أبرم أصبح العامل تحت إشراف رب العمل، وحق له أن يرتب الجزاءات المناسبة عليه إذا ما خالف العقد أو تعليماته، وهذا يستدعي أن تكون تلك الجزاءات مقيدة بضوابط معينة؛ هذا ما سوف نتناوله الآن لنرى ما أهم الأحكام التي طالها التغيير؟

الفرع الثاني
نحو المزيد من الضمانات في إطار عقد العمل

لضمان تحقيق أكبر قدر من الحماية للعامل (الضعيف) في مواجهة صاحب العمل (القوي)، استحدث قانون العمل الجديد العديد من الضمانات الجديدة في الجزاءات التأديبية، فأوجب على صاحب العمل التقيد بها قبل توقيع أي جزاء على عامله، كالضمانات اللازمة لحفظ حق العامل في الدفاع عن نفسه لدرء المخالفات المنسوبة إليه، والتزام صاحب العمل باعتماد لائحة الجزاءات

(٩٧) المادة (١/أ) من الاتفاقية.
(٩٨) بدأ نفاذ هذه الاتفاقية في ٢٣/٤/١٩٦٤.

قبل تطبيق أحكامها من الوزارة المختصة التي لها الحق في إجراء أية تعديلات عليها تتفق وطبيعة العمل أو ظروفه[٩٩].

كما أضافت مبدأ عدم جواز توقيع جزاء على العامل إلا بعد إبلاغه كتابة بما هو منسوب إليه وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، وتطلبت إثبات ذلك في محضر يودع بملفه الخاص، كما أوجبت إبلاغ العامل كتابة بما وقع عليه من جزاءات ونوعها ومقدارها وأسباب توقيعها والعقوبة التي يتعرض لها في حالة العود[١٠٠]؛ ومما لا شك فيه أن هذه القواعد الجديدة تحمل مزيداً من الضمانات التي تساهم في ضبط سلوك صاحب العمل تجاه عامله، وتحقق قدراً كبيرا من الرقابة على سلطته في توقيع الجزاءات بما يتناسب وقدر المخالفة.

أضف إلى ما سبق أن القانون الجديد حسم بعض الإشكالات التي كانت تحوم حول القانون القديم؛ فعلى سبيل المثال كانت المادة (٥١/٥) من قانون العمل القديم تقضي بأنه لا يجوز أن يزيد الخصم عن أجر خمسة أيام شهريا، ولكنها لم تقطع الشك في بعض التساؤلات: فهل يمتنع على الإطلاق توقيع الخصم، في الشهر الواحد، لأكثر من خمسة أيام؟ أو أن ذلك جائز على أن يخصم القدر الزائد من أجر الشهر المقبل أو الأشهر المقبلة؟ بمعنى آخر، هل تنفيذ الخصم يجب ألا يتجاوز مقدار خمسة أيام في الشهر، أو أن مقدار الخصم هو الذي يجب ألا يتجاوز خمسة أيام؟

لقد اختلف الفقهاء في هذا الشأن فمنهم من رأى أنه يمتنع على الإطلاق توقيع عقوبة الخصم لمدة تتجاوز خمسة أيام في الشهر[١٠١]، في حين ذهب رأي آخر إلى أنه يجوز لأكثر من خمسة أيام على أن يخصم القدر الزائد في الشهر المقبل[١٠٢]؛ وقد حسم هذا الغموض – الذي كان يكتنف النص القديم –

---

(٩٩) المادة (٣٦) من قانون العمل الجديد.

(١٠٠) المادة (٣٧) من قانون العمل الجديد.

(١٠١) وهذا رأي: عبد الفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

(١٠٢) وفي عكس الرأي الآخر: محمود جمال الدين زكي، قانون العمل الكويتي، بدون ناشر، بدون رقم طبعة، ١٩٧١، ص ١٨٩.

نص المادة (٣٨)؛ وفي ذلك قضى بأنه: "لا يجوز تنفيذ الخصم من أجر العامل لمدة تجاوز خمسة أيام شهرياً، فإذا تجاوزت العقوبة ذلك يخصم القدر الزائد من أجر الشهر المقبل أو الأشهر التالية"(١٠٣).

كما استحدثت المادة (٣٩) من قانون العمل الجديد مبدأ الوقف الاحتياطي لمصلحة التحقيق(١٠٤): حيث أجاز المشرع لصاحب العمل وقف العامل لمصلحة التحقيق؛ ويعتبر هذا الوقف جوازياً لصاحب العمل الذي يملك في شأنه سلطة تقديرية، في حال ارتكب العامل أية مخالفة؛ على أن هذه السلطة ليست مطلقة لصاحب العمل وإنما مقيدة بأن يكون الوقف لمصلحة التحقيق وألا يتجاوز عشرة أيام؛ وهذا يعني أن هذا الوقف يفترض – ابتداء – وجود مخالفة ارتكبت أو في الأقل اتهام منسوب إلى العامل يستوجب التحقيق معه؛ ويفترض – أيضاً – أن العامل غير محبوس على ذمة قضية معينة(١٠٥)، ثم استخدم صاحب العمل سلطته في وقف العامل لمصلحة التحقيق الذي يجريه؛ الأمر الذي يترتب عليه إيقاف أجرة العامل أثناء التحقيق معه لمدة عشرة أيام، كحد أقصى، لحين انتهاء التحقيق؛ فإن ثبتت عدم مسؤوليته استعاد كامل الأجرة المُوقفة(١٠٦)؛ وعلى العكس من ذلك، فإن ثبتت مسؤوليته فإنه لا يستحق الأجر المُوقف(١٠٧).

بعد هذا العرض يتبن لنا أن هذا الوقف يعتبر وقفاً احتياطياً، وليس – كما يرى البعض – أنه وقف عقابي(١٠٨). حيث يبدو أن سبب اللبس – في اعتباره

---

(١٠٣) انظر في ذات صياغة نص المادة (٥/٥١) من القانون الكويتي القديم نص المادة (٧٣) من قانون العمل المصري.

(١٠٤) انظر في ذلك تفصيلا: خالد الهنديايني، وقف عقد العمل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة (٣٤)، ديسمبر ٢٠٠٠، ص ١٧٣وتحديدا ص ٢٥١.

(١٠٥) وإلا طبق في شأنه الوقف القانوني، وسنأتي لدراسة هذا النوع من أنواع الوقف.

(١٠٦) يلاحظ ان التحقيق يُجرى عن طريق صاحب العمل، معنى ذلك أن المخالفة يجب أن تتصل بالعمل وليس غيره.

(١٠٧) انظر: جمال النكاس، مرجع سابق، ص ١١٤.

(١٠٨) خالد الهنديايني وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

وفقاً عقابياً – هو ما كان الوضع عليه في النص القديم قبل تعديله؛ ذلك أنه وإن صح هذا القول وفقا للقانون القديم إلا أنه لا يمكن أن يصح في النص الجديد.

ولمزيد من الإيضاح يقتضي الأمر أن نعرض للنص القديم؛ لقد قضت المادة (٦/٥١) على أنه: "يراعى في إعداد لوائح الجزاءات وتطبيقها القواعد التالية:.. ٦- أن لا يزيد الإيقاف عن عشرة أيام شهرياً.."؛ ومن خلال استقراء النص يتبن أنه أورد الإيقاف، هنا، كعقوبة تأديبية لا يستحق عنها العامل أجراً، وهو ما يختلف عن مضمون الوقف الذي ورد في نص المادة (٣٩) من القانون الجديد الذي يقطع بأنه وقفاً احترازياً من أجل مصلحة مجريات التحقيق؛ وسندنا في ذلك هو أن التحقيق مقيد بمصلحة التحقيق، كأن يوقفه كي لا يؤثر على الدليل المستمد من طبيعة عمله، ومن ثم فإنه – وبمفهوم المخالفة – لا يجوز لصاحب العمل وقف العامل إذا كان استمراره في العمل لا يؤثر على مجريات التحقيق، هذا من ناحية[١٠٩].

ومن ناحية أخرى، صرح المشرع بحق العامل في اقتضاء أجوره إذا ما انتهى التحقيق إلى عدم مسؤوليته التأديبية، وهذا دليل آخر على أن الوقف وقف احتياطي وليس عقابيا؛ وأخيراً قد يعود سبب اللبس إلى أنه في حال ثبوت مسؤولية العامل فإنه لا يستحق الأجر، ومن ثم فقد يوجد من يبشرنا بأن الوقف – في هذه الحالة – قد تحول من وقف احتياطي إلى وقف عقابي (أو تأديبي) كنتيجة لعدم استحقاق العامل للأجرة أثناء فترة الوقف.

بيد أننا لا نتفق وهذا القول، ذلك أن عدم استحقاق الأجرة كان بسبب عدم العمل وفقاً لقاعدة (العمل مقابل الأجر)؛ بل أكثر من ذلك، إن اعتبار الوقف في هذه الحالة وقفاً عقابياً قد يصل بنا إلى نتائج غير مشروعة: فإما أن تؤدي إلى ازدواجية العقوبة عن ذات الفعل، إذا ما ثبتت مسؤولية العامل فأوقع عليه رب

(١٠٩) انظر للخلط الذي وقع بين الوقف الاحتياطي والوقف العقابي ما قضت به محكمة التمييز تصحيحا للحكم المطعون فيه: تمييز عمالي (٣)، رقم ٢٠٠٧/٩٨، الصادر بجلسة ٢٠٠٧/١٢/٥، أنظمة صلاح الجاسم.

العمل عقوبة تتناسب مع مخالفته بعد الوقف، وهو ما يحظره القانون صراحة(١١٠). وإما غل يد صاحب العمل عن تقدير العقوبة التي تتناسب مع المخالفة، وهو ما يعني تحديدها بما لا يتجاوز عشرة أيام(١١١). لكل ما تقدم نستطيع أن نجزم بأن الوقف الوارد في نص المادة (٣٩) ليس إلا وقفاً احتياطياً ولا يمكن وصفه بأنه وقف عقابي(١١٢).

---

(١١٠) المادة (٣٥/ج) من قانون العمل الجديد.

(١١١) وأخيراً ثمة خطورة تكمن في التحايل على أحد الجزاءات التي رتبها القانون وحدد مداها، وهي عقوبة الخصم التي يجب ألا تتجاوز خمسة أيام في الشهر (المادة ٣٨) من القانون الجديد. ففي تكييف الوقف على أنه عقوبة قد يسمح بالتحايل على عقوبة الخصم التي يجب ألا تتعدى خمسة أيام. وهذا ما لم يرده المشرع.

(١١٢) بقي أن نقول أن القضاء الكويتي كان قد اعترف لصاحب العمل بجوازية الوقف الاحتياطي قبل تنظيمه في قانون العمل الجديد: "وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه من المقرر أن الوقف الاحتياطي هو إجراء تحفظي يملكه صاحب العمل قبل العامل، بقصد إبعاده عن المنشأة التي يعمل فيها إلى أن يبت في تهمة منسوبة إليه، ولصاحب العمل حق ممارسته من تاريخ إبلاغ السلطة المختصة بالاتهام المسند إلى العامل إلى أن يتحدد مصير العامل من ذلك الاتهام، سواء بصدور قرار من هذه السلطة بعدم تقديمه للمحاكمة أو أن يقضى ببراءته، لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت بأنها استعملت حقها في وقف المطعون ضده عن العمل احتياطياً بمناسبة اتهامه في وقائع جزائية.... دون أن تنهي علاقة العمل معه.... وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى أن علاقة العمل بين الطرفين انتهت من تاريخ وقف العامل عن العمل.... تأسيساً على أن مدة الوقف جاوزت الحد المسموح به في المادة ٦/٥١ من قانون العمل، وأنه قضي ببراءة العامل في الجنحة رقم ٢٠٠٤/٦١٧ الشويخ الصناعية، ولم تسمح له الشركة بالعودة إلى العمل، خالطا بين أحكام الوقف التأديبي الذي جعل المشرع حده الأقصى باعتباره جزاء تأديبياً عشرة أيام شهرياً وفقاً للمادة ٥١ سالفة الذكر، وبين أحكام الوقف الاحتياطي الذي يرتبط في مدته وعلى ما سلف بيانه بمصير الاتهام المسند إلى العامل.... وهو ما يعيب الحكم بمخالفه القانون والخطأ في تطبيقه ويوجب تمييزه". تمييز عمالي (٣)، رقم ٢٠٠٧/٩٨، الصادر بجلسة ٢٠٠٧/١٢/٥، أنظمة صلاح الجاسم. إلا أن القضاء لم يكن يلبي الطموح حيث لا يلتزم صاحب العمل قانونا بأن يؤدي الأجرة إلى العامل عن مدة الوقف لأنه، وعلى

في ذات السياق عالج قانون العمل الجديد، في نص المادة (٤٣) مسألة جديدة، لم يسبق له تنظيمها، في غاية الأهمية تُعنى باستحقاقات العامل في حالة حبسه احتياطياً أو تنفيذاً لحكم قضائي غير نهائي بسبب اتهام صاحب العمل له، فقرر اعتبار العامل موقوفاً عن العمل، وبالتالي لا يجوز لصاحب العمل إنهاء عقده لمجرد ذلك وإلا اعتبر مخطئاً، إلا إذا أدين بحكم نهائي؛ فإذا صدر الحكم ببراءته التزم صاحب العمل بصرف أجره عن مدة وقفه مع تعويضه تعويضاً عادلاً تقدره المحكمة نتيجة اتهامه له؛ ولا يفوتنا أن نشير إلى أن الوقف وفقاً لنص المادة (٤٣)، يعتبر وقفاً قانونياً – أي يقع بقوة القانون – ولا يملك صاحب العمل حياله أية سلطة تقديرية، وذلك على خلاف الوقف المنصوص عليه في المادة (٣٩) الذي يعد جوازياً كما أسلفنا.

هذا النص وضع حداً لممارسات صاحب العمل في مواجهة عامله في مثل هذه الظروف، كما قيد سلطاته إزاء حبس العامل، بل وربما احتياله على العامل عن طريق توجيه اتهام له كي يجعل لنفسه مخرجاً لإنهاء عقده؛ ذلك أنه كان يكفي – في القانون القديم – كي يفصل العامل أن يدان ولو بحكم ابتدائي، بجريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق(١١٣).

كما استحدثت المادة (٤٠) من قانون العمل الجديد قواعد جديدة في تحصيل الخصومات الموقعة على العامل، حيث ألزمت صاحب العمل تخصيص حصيلة الجزاءات الموقعة على عماله للصرف منها على الأغراض الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، والتزام صاحب العمل بإمساك سجل للخصومات الموقعة على العمال، على أنه يجب توزيع حصيلة الجزاءات الموجودة في الصندوق على

= حد وصف المحكمة: "لم يؤد العمل خلال فترة الوقف ذلك أن الأجر مقابل العمل". وقد استثنى القضاء من ذلك حالة ما إذا كان اتهام العامل بتدبير من صاحب العمل، فإنه يتعين في هذه الحالة أداء الأجرة إلى العامل عن مدة وقفه. استئناف عالي تجاري (١)، موسوعة عبد الخالق، الجزء الأول، القاعدة رقم (١٢)، ص ٢٠.

(١١٣) ولا نرى أن المشرع قد وفق في استخدام لفظ "الأخلاق" وقد كان يكفيه معيار "الشرف أو الأمانة" (م.٥٥/د).

جميع العمال الموجودين في المنشأة بالتساوي في حالة تصفيتها لأي سبب من الأسباب، وأحالت إلى القرار الذي يصدر من الوزير المختص بالضوابط المنظمة لهذا الصندوق وطريقة التوزيع(١١٤).

ومقتضى هذا التنظيم المستحدث لحصيلة الخصومات يمنع – أو يقلل – من جشع أصحاب الأعمال في استغلال عقوبة الخصم إذا ما كانت بهدف الذهاب إلى جيوبهم، كما هو الشأن إبان قانون العمل القديم حيث لم ينص المشرع على مصير هذه الخصومات(١١٥). لهذا السبب تدخل المشرع وحظر مآل هذه المبالغ المخصومة إلى خزينة المنشأة أي إلى جيب صاحب العمل، وأمر بأيلولتها إلى ما يعود بالنفع إلى المنشأة في النواحي الاجتماعية والاقتصادية والثقافية(١١٦).

---

(١١٤) وقد صدر القرار الوزاري رقم (٢٠٩/ع) لسنة ٢٠١١ بشأن ضوابط تنظيم صندوق الخصومات بالمنشآت العمالية.

(١١٥) وتجدر الإشارة إلى أن المذكرة التفسيرية لقانون العمل القديم قررت:" ومن المعلوم أن حصيلة أموال الغرامات الموقعة على العمال توضع في صندوق مخصص للصرف منه سنويا على نواحي اجتماعية تعود على العمال بالفائدة". والحقيقة أنه ليس للمذكرة التفسيرية أي إلزام؛ لذا كان من الواجب أن يكون هذا وارداً في القانون نفسه، وهو ما تحقق في قانون العمل الجديد.

(١١٦) انظر في عكس هذا الرأي ورقة عمل مقدمة من لجنة دراسة القوانين المدنية في جمعية المحامين بعنوان ملاحظات حول قانون العمل الجديد رقم ٦/٢٠١٠، في الندوة المنعقدة في جمعية المحامين حول قانون العمل الجديد، مشار إليها مسبقا: حيث ترى اللجنة أن هذا النص أفرغ الجزاء التأديبي من محتواه، وأهدر مبدأ العدالة والإنصاف بين العمال.. حيث أن العامل المخطئ الذي خصم من مرتبه قد استفاد منها، وأحياناً يسترد منها قسطا كبيرا في حال تصفية المنشأة شأنه شأن العامل المخلص المجد، فضلاً عن أن مثل هذا النص سيكون مدعاة لتحريض العمال على ارتكاب الأخطاء الجسيمة، والإهمال في العمل طالما أن الخصم من الراتب سيعود على العمال جميعا بالنفع بما فيهم العمال الذين خصم من رواتبهم نتيجة ارتكابهم الأخطاء الجسيمة أثناء العمل وبمناسبته.

تلك هي الضمانات التي استحدثها المشرع للعامل في الجزاءات التأديبية بعد أن دخل مع صاحب العمل في علاقة تبعية أساسها عقد العمل؛ هذا العقد سواء أكان محدد المدة أم غير محدد المدة لا بد له أن ينتهي، طال الزمان أو قصر؛ وقد استحدث المشرع الكويتي في القانون الجديد بعض الأحكام المتعلقة بانقضاء عقد العمل وأثرها على مكافأة نهاية الخدمة؛ هذا ما سوف نتعرف عليه الآن.

المطلب الثالث
تقييم موقف المشرع من مرحلة انقضاء عقد العمل

بطبيعة الحال إن عقد العمل ليس مؤبداً فلا بد له أن ينتهي في يوم من الأيام؛ هذه النهاية قد تكون نتيجة فصل العامل تأديبياً إزاء مخالفة القانون أو تعليمات رب العمل(الفرع الأول)، وقد تنقضي – لأسباب غير الفصل – بإرادة أحد أطراف العلاقة بإرادة أحد الطرفين (الفرع الثاني)؛ وأخيرا قد تنتهي بقوة القانون إذا ما أراد المشرع ذلك (الفرع الثالث)؛ ولما كان قانون العمل الجديد قد استحدث بعض النصوص المغايرة لما كان عليه الوضع في القانون القديم، فكان لزاما أن نتناولها بالدراسة والفحص لنسجل ما نراه من ملاحظات. قد تنتهي الرابطة العمالية بعقوبة الفصل جراء،. وإعمالاً لمنهجية البحث فإننا سوف نقتصر على دراسة تلك الحالات التي تناولها المشرع بالتغيير دون غيرها في ثلاثة أفرع على التوالي.

الفرع الأول
الفصل

على خلاف نص المادة (٥٥) من القانون القديم التي أجازت لصاحب العمل فصل العامل في جميع الأحوال التي وردت في النص بدون إعلان وبدون مكافأة نهاية خدمة[١١٧]، فقد ميّز القانون الجديد – في نص المادة (٤١) – من

(١١٧) جمال النكاس، مكافأة نهاية الخدمة في قانون العمل الكويتي بين الجدوى والجدية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٩٦، ص ٧٤.

حيث الإخطار والتعويض ومدى استحقاق المكافأة، بين طائفتين من الأفعال[١١٨]، فأجاز لصاحب العمل أن يفصل العامل دون إخطار أو تعويض أو مكافأة نهاية خدمة في طائفة واحدة فقط تحتوي على ثلاث حالات فقط[١١٩].

وفي طائفة أخرى – تحتوي على خمس حالات – أكد صراحة على أنه لا يترتب على قرار الفصل حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة[١٢٠]. بمعنى أن المشرع، في القانون الجديد، قلص من الحالات التي كان يجوز فيها حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة[١٢١]؛ ويعتبر توجه المشرع – بدون أدنى شك – توجهاً محموداً، ذلك أن عقوبة الفصل تعتبر من أقسى العقوبات، فكان لزاماً

(١١٨) وكان ذلك نتيجة للآثار السلبية التي انعكست على الواقع العملي في الكويت، حيث ازدادت حالات الفصل والحرمان من المكافأة فارتفعت الأصوات مطالبة بتعديل المادة (٥٥) من القانون القديم، سيما من المنظمات العمالية.

(١١٩) مع مراعاة أحكام المادة (٣٧) من هذا القانون: أ- لصاحب العمل أن يفصل العامل دون إخطار أو تعويض أو مكافأة إذا ارتكب العامل أحد الأفعال الآتية: ١) إذا ارتكب العامل خطأ نتجت عنه خسارة جسيمة لصاحب العمل. ٢) إذا ثبت أن العامل قد حصل على العمل نتيجة غش أو تدليس. ٣) إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالمنشأة مما تسبب أو كان من شأنه أن يتسبب بخسارة محققة لها.

(١٢٠) ب – لصاحب العمل فصل العامل في إحدى الحالات الآتية: ١– إذا حكم عليه نهائياً بجريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق. ٢– إذا ارتكب عملاً مخلاً بالآداب العامة في مكان العمل. ٣– إذا وقع منه اعتداء على أحد زملائه أو على صاحب العمل أو من ينوب عنه أثناء العمل أو بسببه. ٤– إذا أخل أو قصر في أي من الالتزامات المفروضة عليه بنصوص العقد وأحكام هذا القانون. ٥– إذا ثبتت مخالفته المتكررة لتعليمات صاحب العمل. وفي هذه الحالات لا يترتب على قرار الفصل حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة.

(١٢١) لفت نظرنا أن المشرع وإن كان قد قلص من حالات الفصل دون إخطار أو الحرمان من مكافأة نهاية الخدمة، إلا أنه أضاف إلى هذا الحرمان، حرمانهم أيضا صراحة من التعويض، وقد كان من الأفضل، من وجهة نظرنا، ترك هذه المسألة إلى القواعد العامة ومن ثم لتقدير القضاء، ولكن يبدو أن المشرع وكأنه أراد أن يقطع الطريق على العامل في استحقاق أي تعويض نظراً لارتكابه إحدى المخالفات الجسيمة.

أن يحد من آثارها الوخيمة التي تنال من رزق العامل(١٢٢)؛ ولنا في هذا النص الجديد بعض الملاحظات:

عدّل المشرع على النص الخاص بإفشاء الأسرار، وعلى خلاف النص القديم (المادة ٥٥/ر)، أوجب المشرع، في المادة (٤١/أ/٣) القانون الجديد، أن يكون من شأن إفشاء الأسرار أن تسبب خسارة محققة لصاحب العمل أو كان من شأنها أن تسبب ذلك؛ ونعتقد أنه كان من الأفضل الإبقاء على النص القديم الذي يبرر الفصل لمجرد إفشاء الأسرار، لأن مجرد إفشاء الأسرار في القطاعات الخاصة سوف يؤثر على سمعة المنشأة لطبيعتها الأهلية، سيما إذا كانت تجارية، وليس شرطاً أن تكون الخسارة خسارة مالية.

أضف إلى ذلك أن عبء إثبات تحقق الخسارة (أو ما كان من شأنه أن يحقق خسارة) سوف يصبح ثقيلاً جداً على صاحب العمل بل ربما يكون مستحيلا، على اعتبار أن واقعة (تحقق الخسارة أو إمكان تحققها) واقعة سلبية

(١٢٢) انظر عكس هذا الرأي: ورقة العمل المقدمة من لجنة دراسة القوانين المدنية في جمعية المحامين بعنوان ملاحظات حول قانون العمل الجديد رقم ٢٠١٠/٦ مشار إليها سابقا: حيث ترى اللجنة أن النص السابق (المادة ٥٥ من القانون القديم) كان أكثر عدالة وانضباطاً ووضوحاً حيث ذكر تسع حالات تمثل أخطاء جسيمة يرتكبها العامل تؤدي حتما إلى منطقية وعقلانية اتخاذ قرار الفصل من قبل صاحب العمل بدون إعلان، مع حرمانه من مكافأة نهاية الخدمة؛ وانحصرت أسباب اللجنة بالآتي: "..فكيف يمكن تخيل صاحب العمل وهو يقدم مكافأة نهاية الخدمة للعامل بعد أن قام الأخير بالاعتداء عليه لا سيما عندما لا يقف الاعتداء على صاحب العمل عند حد السب والقذف أو الضرب البسيط بل قد يتعداه إلى الأذى البليغ وإحداث العاهة برب العمل، فهل يستقيم ذلك مع العقل والمنطق؟؟!!" ويلاحظ مدى تشنج هذا الرأي حيث يريد أن يعيد النص القديم من أجل حالة واحدة فقط، لأنه لو افترضنا صحتها، فإنها لا تستحق أن نعيد نصاً قديماً بتسع حالات يعيدنا إلى التخلف في مجال التشريعات العمالية. الجدير بالذكر أن ملاحظات هذه اللجنة مملوءة بانتقادات النصوص التي تقدم مزايا للعامل فقط دون تلك التي تمنح سلطات لرب العمل أو تقلص حقوق العامل وهو أمر يثير الدهشة.

في الغالب، فكيف يستطيع أن يثبت صاحب العمل أن ركود التعامل معه كان بسبب العامل، أو كان من شأن واقعة الإفشاء أن تسبب له تلك الخسارة[١٢٣].

يلاحظ أن المشرع، في (المادة ٤١/ب/١) من القانون الجديد، لم يفرق في الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، بين تلك المتعلقة بالعمل والأخرى غير المتعلقة به، وساواهما في استحقاق العامل (المدان) لمكافأة نهاية الخدمة، بعد أن كان، في القانون القديم يساويهما في الحرمان من المكافأة (المادة ٥٥/د)[١٢٤]؛ وهذا المسار منتقد – من وجهة نظرنا – في كلا القانونين، وكان يجب عليه – باعتقادنا – أن يفرق بين الجرائم المتصلة بالعمل وغيرها مما لا تتصل به، سيما في جرائم الأموال.

في قول آخر، لنفترض فرضيتين: الأولى أن يستولي أمين الصندوق، في عمله، على المال الذي بعهدته ويدان نهائياً بذلك؛ أما الثانية: هي أن يستولي على مال أحد الأفراد، في غير عمله. فهل من المنطق، ومن منطلق التناسب بين الجزاءين، أن يتساوى العامل في استحقاق مكافأة نهاية الخدمة في كلتا الحالتين كما في القانون الجديد، أو يحرم منها كما في القانون الجديد؟! وما يؤكد وجهة نظرنا أن المادة (٤٣) من القانون الجديد، التي تتيح إنهاء خدمة العامل لإدانته النهائية بسبب اتهام صاحب العمل له، أنها لم تحرم العامل من المكافأة؛ ومع كل ما تقدم، لا بد لنا أن نشيد بموقف المشرع الذي أحسن، بعدم إطلاق النص في صدور حكم، أياً كانت درجته كي يكون مبرراً لفصله، بل قيّده بصدور حكم نهائي، وليس كما كان الحال في القانون القديم، وهذا موقف يستحق الإشادة لأنه أغلق بابا من أبواب الظلم التي قد يتعرض لها العامل بفصله ثم تثبت بعد ذلك عدم مسؤوليته.

---

(١٢٣) تنص المادة (٥٥) على أن: "لصاحب العمل أن يفصل العامل بدون إعلان وبدون مكافأة في الأحوال الآتية: .. ر- إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالمحل الذي يعمل فيه".

(١٢٤) تنص المادة (٥٥) على أن: "لصاحب العمل أن يفصل العامل بدون إعلان وبدون مكافأة في الأحوال الآتية: د- إذا حكم عليه في جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق".

كما تنص المادة (٤١/ب/٤)، من القانون الجديد أن لصاحب العمل فصل العامل: "إذا أخل أو قصر في أي من الالتزامات المفروضة عليه بنصوص العقد وأحكام هذا القانون"؛ وهذا النص مقتبس تماماً من نص المادة (٥٥/ز) من القانون القديم؛ وباستقراء النص نستطيع أن نعلن – ودون غلو – أنه يكاد يكون قد نسف كل الضمانات التشريعية المقررة للعامل والتي وجد من أجلها أساساً قانون العمل، لأنه – وبكل بساطة – توسع كثيراً في إمكانية سلطة صاحب العمل بالفصل لمجرد الإخلال أو التقصير في الالتزامات الملقاة على عاتق العامل، دون أيما تحديد أو قيد، أو حتى بيان لنوعية هذه الالتزامات عما إذا كانت جوهرية أو غير ذلك.

لما كان النص – على ما يبدو لنا – يستوعب غالبية (أو كل) الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل فصل العامل، فإن أول سؤال يتبادر إلى الذهن هو ما الفائدة من النصوص الأخرى في ظل وجود نص كهذا؟! كما نتساءل عن مدى جدوى النص على الجزاءات وضوابطها[١٢٥]، كتحديد الجزاءات وتدرجها مادام صاحب العمل يستطيع فصل العامل لمجرد الإخلال بالعقد أو القانون؟!

الحقيقة أننا لا نستطيع الجزم بالإجابة عن هذه التساؤلات، ولكننا نعتقد أن المشرع أراد أن يضع نصاً يغطي فيه جميع الحالات التي قد تطرأ في المستقبل، ولا يكفي بشأنها الحالات التي أوردها على سبيل الحصر في نص المادة (٤١) كما رأينا، أو ربما – رغم أن صراحة النص لا تسعفنا – ابتغى أن ينطوي هذا النص على المخالفات الجسيمة أو الإخلال بالالتزامات الأساسية فقط[١٢٦]؛ على أية حال، نعتقد أن هذا النص سوف يفتح باب النزاع على مصراعيه – الذي كان مفتوحاً أصلاً منذ القانون القديم – ونرى وجوب الاستغناء عنه تماماً، فلا يكفي

(١٢٥) انظر في مثل تلك الضمانات: المادة (٣٥) من القانون الجديد وما بعدها.

(١٢٦) جلال محمد إبراهيم، فصل العامل لإدانته في جريمة وفقاً للمادة ١٢٠/ز من قانون العمل الاتحادي (تعليق على حكم محكمة تمييز دبي الصادر في الطعنين رقمي (٤١٤ و ١٥٥ لسنة ٢٠٠٣ عمالي)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٢)، السنة (٣١)، يونيو ٢٠٠٧، ص ٤٠٥، وتحديداً ص ٤٥٣.

من وجهة نظرنا حتى حصره في الالتزامات الجوهرية أو المخالفات الجسيمة؛ على أنه وإلى حين التنبه إلى خطورة النص فإن للقضاء الدور الأبرز في الرقابة على قرارات الفصل التي يكون سندها هذا النص(١٢٧).

لا ينبغي أن تفوتنا الإشارة إلى أن القانون الجديد، ورغم خطورة الفصل، إلا أنه لم يُخضع صاحب العمل لأي رقابة مسبقة من أي جهة من الجهات الرسمية أو النقابية(١٢٨)، سيما وأن الأخير مفوض بصلاحية إجراء التحقيق، ذلك أن المشرع لم يحدد جهة رسمية تختص به؛ مقتضى ذلك أن صاحب العمل يتمتع بسلطة تقديرية شبه مطلقة في توقيع العقوبة، ولا يحد منها سوى الرقابة القضائية اللاحقة(١٢٩)؛ بمعنى آخر فإذا كان صاحب العمل يملك سلطتي التحقيق وتوقيع العقوبة فهو في حقيقته الخصم والحكم(١٣٠).

---

(١٢٧) وهذا الدور هو ما قامت به فعلاً محكمة التمييز حين قررت عدم مشروعية الفصل الذي يجد أساسه في التزامات غير جوهرية "لما كان تقدير قيام المبرر لفصل العامل لأي سبب من الأسباب، وكذا تقدير توافر إخلال العامل بالتزاماته وتحديد الضرر الذي يصيب العامل من جراء إنهاء عقده قبل نهاية مدته، وأيضاً تقدير التعويض الذي يتناسب مع ذلك الضرر من إطلاقات محكمة الموضوع متي أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه للمطعون ضده بالمبلغ المحكوم به على ما خلص إليه من أوراق الدعوى من خلو قرار إنهاء خدمة المطعون ضده من سبب ذلك، وما اشتملت عليه شهادة الخبرة من أنه كان يقوم بعمله على نحو طبيعي مما يدل على أنه لم يخل بالتزاماته الجوهرية الناتجة عن عقد العمل وأن فصله كان بغير مبرر بما يستحق معه التعويض". تمييز عمالي (١)، قرار فى الطعن رقم ٢١١ لسنة ٢٠٠٦ عمالي/١، الصادر في جلسة ٢٠٠٧/١١/١٨. انظر أيضا: تمييز عمالي، طعن رقم ١٩٩٩/١٣٧، الصادر في جلسة ٢٠٠٢/٤/٢٩، أنظمة صلاح الجاسم.

(١٢٨) سوى ما نصت عليه المادة (٣٦) من القانون الجديد في وجوب اعتماد لائحة الجزاءات من قبل وزارة الشؤون قبل تطبيقها.

(١٢٩) ولا يخفى علينا قدر الوقت الذي سيمضي، وقدر المشقة التي قد تصيب العامل إلى حين ثبوت فصله غير المشروع بحكم قضائي بات.

(١٣٠) خالد الضفيري، مرجع سابق، ص ٩٣.

أما المشرع المصري – وحرصاً منه على حماية العامل – فقد غل يد صاحب العمل في توقيع عقوبة الفصل وجعلها من اختصاص لجنة ذات اختصاص قضائي والتي لها – إن لم تر أن عقوبة الفصل مستحقة – إلزام صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله مع أداء جميع مستحقاته(١٣١)، فإذا ما رفض الأول ذلك اعتبر الرفض بمثابة فصل تعسفي يستلزم التعويض(١٣٢).

وقبيل النهاية فإن المشرع في نص المادة (٤٢) من القانون الجديد، على ما يبدو قد رأف بالعامل الذي ينقطع عن العمل، لمدة سبعة أيام متصلة أو عشرين يوماً متفرقة خلال سنة، عندما أجاز اعتباره مستقيلاً بحكم القانون ويستحق مكافأة نهاية الخدمة(١٣٣)، على أن اعتبار العامل في حكم المستقيل يخضع لسلطة صاحب العمل، الذي له أن يعتبره كذلك أو لا، فهذه الميزة جوازية وليست إجبارية؛ في حين أن القانون القديم كان يجيز فصله بدون إعلان، ويحرمه من مكافأة نهاية الخدمة(١٣٤).

خلاصة القول أن القانون الجديد حاول منح ضمانات أكبر للعامل في توقيع عقوبة الفصل، فنجح في أحيان وأخفق في أحيان أخرى كما رأينا؛ على أن إنهاء عقد العمل بإرادة أحد أطرافه ليس متوقفا على توقيع عقوبة الفصل بل قد يكون بإرادة أحد الأطراف؛ فما جديد المشرع في ذلك؟ وما هي الملاحظات التي يمكن تسجيلها؟ هذا ما سوف نتعرف عليه الآن.

---

(١٣١) انظر: المواد (٦٦) وما بعدها من قانون العمل المصري.

(١٣٢) إذا أنهى أحد الطرفين العقد دون مبرر مشروع وكاف، التزم بأن يعوض الطرف الأخر عن الضرر الذي يصيبه من جراء هذا الإنهاء، فإذا كان الإنهاء بدون مبرر صادر من جانب صاحب العمل، فلا يجوز أن يقل التعويض المستحق للعامل عن أجر شهرين من الأجر الشامل عن كل سنة من سنوات الخدمة.

(١٣٣) وفي هذه الحالة تسري عليه أحكام المادة (٥٣) من القانون الجديد في شأن استحقاقه مكافأة نهاية الخدمة.

(١٣٤) المادة (٥٥/ج) من قانون العمل القديم.

الفرع الثاني
إنهاء عقد العمل بإرادة أحد طرفيه

يميز المشرع في تنظيم قواعد الإنهاء عما إذا كان العقد غير محدد المدة (أولاً) أو محدد المدة (ثانياً)؛ على أن للعامل ترك العمل وفق المادة (٤٨) من قانون العمل (ثالثاً).

أولاً – عقد العمل غير محدد المدة:

تنص المادة (٤٤) من القانون الجديد على أنه: "إذا كان عقد العمل غير محدد المدة جاز لكل من طرفيه إنهاؤه بعد إخطار الطرف الآخر، ويكون الإخطار على الوجه الآتي: أ – قبل إنهاء العقد بثلاثة أشهر على الأقل بالنسبة للعمال المعينين بأجر شهري؛ ب – قبل إنهاء العقد بشهر على الأقل بالنسبة للعمال الآخرين، فإذا لم يراع الطرف الذي أنهى العقد مدة الإخطار فإنه يلتزم بأن يدفع للطرف الآخر بدل مهلة الإخطار مساوياً لأجر العامل عن نفس المدة؛ ج – إذا كان الإخطار بالإنهاء من جانب صاحب العمل، يحق للعامل أن يتغيب يوماً كاملاً في الأسبوع أو ثماني ساعات أثناء الأسبوع وذلك للبحث عن عمل آخر، مع استحقاقه لأجره عن يوم أو ساعات الغياب؛ ويكون للعامل تحديد يوم الغياب وساعاته بشرط أن يخطر صاحب العمل بذلك في اليوم السابق للغياب على الأقل؛ د – لصاحب العمل أن يعفي العامل عن العمل أثناء مهلة الإخطار مع احتساب مدة خدمة العامل مستمرة إلى حين انتهاء تلك المهلة؛ مع ما يترتب على ذلك من آثار خصوصاً استحقاق العامل أجره عن مهلة الإخطار.

أول ما يلاحظ على النص أن القانون الجديد استخدم لفظة "إنهاء"، ولم يستخدم مصطلح "الفسخ" كما هو الحال في القانون القديم[١٣٥]، وهي اللفظة الأدق قانوناً برأينا، ذلك أن الفسخ يفترض، بداهة، إخلال أحد الطرفين بالتزاماته، أما الإنهاء وفقاً لنص المادة (٤٤) فيفترض أنه لظروف أخرى غير المنصوص

(١٣٥) انظر: المادة (٥٣) من القانون القديم.

عليها في المادتين (٤١، ٤٨)؛ ذلك أن الإخلال بالالتزامات وفقاً للمادة (٤١) المذكورة يخول صاحب العمل فصل العامل، ناهيك أنه، وفي المقابل، يخول العامل ترك العمل، كما رأينا(١٣٦).

كما يلاحظ أن النص الجديد، وعلى خلاف (نص المادة ٥٣/١) من القانون القديم(١٣٧)، أجاز لكل من طرفي العلاقة العمالية(١٣٨)، أن ينهي العقد بإخطار الطرف الآخر، قبل ثلاثة أشهر، على الأقل، بالنسبة للعمال المعينين بأجر شهري، وقبل شهر، على الأقل، بالنسبة للعمال الآخرين؛ والجدير بالذكر أن القانون الجديد لم يتطلب شكلاً معيناً للإخطار، فيجوز أن يكون شفوياً أو كتابياً، وهذا يختلف عما كان عليه الوضع في القانون القديم، حيث كان يوجب أن يكون الإخطار كتابياً لسهولة إثباته؛ وقد كان من الأفضل – في تقديرنا – أن يحافظ القانون الجديد على شرط الكتابة لسهولة الإثبات عند النزاع.

ومن محاسن القانون الجديد، أنه زاد من مدة الإخطار التي كانت، وفقاً للقانون القديم، قبل خمسة عشر يوماً، على الأقل، بالنسبة للعمال المعينين بأجر

---

(١٣٦) أضف إلى ما سبق أن الفسخ هو انحلال للعلاقة العقدية بأثر رجعي نتيجة إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته، ويستوي أن يكون للعقد محدد المدة أو غير محدد المدة، ولكن ولما كان عقد العمل من العقود الزمنية التي يستعصي عليها الأثر الرجعي فقد أصبح الفسخ ذا أهمية ثانوية بالنسبة للعقود غير محددة المدة، ذلك أن لكل من طرفيه إمكانية إنهائه. ونظراً لتعذر الأثر الرجعي في كل من الإنهاء والفسخ في العقود الزمنية، تساوى كلا الأثرين وأدى ذلك إلى الخلط في المصطلحين في التشريع والفقه والقضاء. بدر اليعقوب، مرجع سابق، ص ١٥.

(١٣٧) إذا كان العقد غير محدد المدة جاز لكل من الطرفين فسخه بعد إعلان الطرف الآخر كتابة، ويكون الإعلان على الوجه التالي: أ – قبل فسخ العقد بخمسة عشر يوماً على الأقل في حالة العمال المعينين بأجر شهري. ب – قبل فسخ العقد بسبعة أيام على الأقل في حالة العمال الآخرين، ويجوز أن يؤدي الطرف الذي فسخ العقد بدل إعلان للطرف الثاني مساوياً لأجر العامل عن المدة المحددة للإعلان في الفقرة (أ)، (ب) من هذه المادة.

(١٣٨) وهذا يعني أن المشرع ساوى بالأحكام القانونية بين العامل وصاحب العمل.

شهري، وقبل سبعة أيام، على الأقل، بالنسبة للعمال الآخرين؛ وهو موقف يستحق الإشادة، ذلك أن إطالة مدة الإخطار، تنسجم مع طريقة الإنهاء، في عقد العمل غير محدد المدة، التي تكون وفقاً لإرادة أحد طرفيه، في أي وقت يشاء، مع مراعاة مواعيد الإخطار؛ ولا شك أن ذلك سوف يسبب ربكة لصاحب العمل الذي ربما يتضرر من مباغتته في الإنهاء، أو للعامل الذي توقف مصدر رزقه ويحتاج وقتاً للبحث عن عمل آخر، فكان لزاما أن يترك لكليهما وقتاً كافياً ومعقولاً لتدبر أمورهما(١٣٩).

لم يتوقف المشرع عند هذا الحد، بل استحدث ميزة أخرى للعامل عندما أجاز له أن يتغيب عن العمل مدة محددة، للبحث عن عمل آخر، مع استحقاقه للأجر عن مدة الغياب (م.٤٤/ج)؛ كما أجاز له أن يُعفى من العمل أثناء مهلة الإخطار مع استحقاقه للأجر خلال هذه المدة واحتساب مدة خدمته مستمرة._

وفي حكم مستحدث، يستحق الثناء، حظرت المادة (٤٥) على صاحب العمل استخدام حق الإنهاء المخول له بمقتضى المادة (٤٤) سالفة الذكر أثناء تمتع العامل أو العاملة بأي من الإجازات المنصوص عليها في هذا القانون، حماية للعامل من أن يفاجأ خلال تمتعه بأي من هذه الإجازات بإنهاء عقد عمله.

إضافة إلى ما سبق، فبعد صمت دام طويلاً لزمه المشرع الكويتي – وإثر جدل قانوني كبير – أورد القانون الجديد تطبيقاً صريحاً لنظرية التعسف في استعمال الحق في إنهاء علاقات العمل؛ وفي ذلك قضت المادة (٤٦) أنه "لا يجوز إنهاء خدمة العامل من دون مبرر أو بسبب نشاطه النقابي أو بسبب المطالبة أو التمتع بحقوقه المشروعة وفقاً لأحكام القانون، كما لا يجوز إنهاء

(١٣٩) انظر عكس ما نرى، ورقة العمل المقدمة من لجنة دراسة القوانين المدنية في جمعية المحامين، مشار إليها سابقا: فاللجنة ترى أن هذه المدد مبالغ فيها وتجعل - على حد وصفهم - صاحب العمل يكف عن إنهاء عقد العمل غير محدد المدة حتى في الحالات التي لا يرغب في الاستمرار في العلاقة العمالية نظرا لبدل الإعلان المرتفع الذي سوف يدفعه صاحب العمل في حالة إذا ما اختار التخلي عنه!

خدمة العامل بسبب الجنس أو الأصل أو الدين"؛ لا سيما وأن القانون القديم لم يتضمن نصا على التعويض عن الإنهاء التعسفي للعقد غير محدد المدة، بل كان يجيز إنهاءه دون قيود سوى مراعاة مواعيد الإخطار المنصوص عليها، مما أدى إلى اضطراب القضاء في الأخذ بها تارة، وإهمالها تارة حتى استقر إلى عدم الأخذ بها لأن حالات الفسخ الواردة في نص المادة (٥٣) جاءت مطلقة لا تتعدى ميعاد الإعلان أو بدل الإعلان(١٤٠).

فقد حظر النص إنهاء عقد العمل من جانب صاحب العمل ما لم يستند إلى قدرة العامل أو سلوكه أو مقتضيات تشغيل المؤسسة أو المنشأة، ولم تعتبر المادة (٤٦) بشكل خاص الأسباب التي أوردتها سبباً لإنهاء عقد العمل من جانب صاحب العمل، وذلك لتعلقها بحقوق أساسية مكفولة بموجب الدستور والاتفاقيات الدولية التي قررت للعامل حق الانضمام للنقابات العمالية وممارسة الحق النقابي وحرية الاعتقاد والتقاضي وعدم المساس بحقوقه بسبب الانتماء العرقي أو العقائدي، وبذلك حسمت مسألة مدى استحقاق العامل التعويض في الفصل التعسفي.

ولعل هذا النص جعل من قانون العمل الكويتي أكثر انسجاماً مع المعايير الدولية سيما الاتفاقية رقم (٨٧) في شأن الحرية النقابية وحماية التنظيم لسنة ١٩٤٨؛ حيث منحت المادة (٢) منها العمال الحق في الانضمام إلى المنظمات النقابية؛ وبالتالي تلتزم الكويت باتخاذ كل التدابير اللازمة والمناسبة لضمان ممارسة العمال حقهم في العمل النقابي، ومنها النص صراحة على حقه في

(١٤٠) تمييز عمالي، طعن رقم ١٩٩٥/٨١، الصادر بجلسة ١٩٩٦/١٢/٢٣، مجلة القضاء والقانون، السنة (٢٤)، الجزء الثاني، مارس ٢٠٠٠، ص٦٠١؛ راجع: عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٤١٢. انظر للأحكام المشار إليها في الهوامش في ص ٤١٢ و ص ٤١٣؛ حيث يتبين من توجه القضاء الكويتي أنه لا يعول على نظرية التعسف في استعمال الحق الواردة في المادة (٣٠) من القانون المدني، لأنه يراها لا تتفق مع أحكام قانون العمل فيما يخص العقد غير محدد المدة الذي لا يجب أن يتعدى التعويض فيه بدل الإخطار أو الإعلان كم كان يطلق عليه في القانون القديم.

ممارسة هذه الحقوق، ومن ثم لا يجوز إنهاء خدمته لممارسته الحقوق التي كفلها له القانون(١٤١).

وهذا الانسجام ينسحب على الاتفاقية رقم (٩٨) في شأن تطبيق مبادئ حق التنظيم والمفاوضة الجماعية لسنة ١٩٤٩، حيث أكدت الاتفاقية على تمتع جميع العمال بحماية كافية من كل عمل ينطوي على تمييز بسبب نشاطهم النقابي(١٤٢)، ومن ثم لا يجوز تسريح العامل أو الإساءة إليه بسبب انضمامه إلى نقابة أو مشاركته في أنشطة نقابية(١٤٣).

والأمر كذلك في الاتفاقية رقم (١١٧) في شأن الأهداف والمعايير الأساسية للسياسة الاجتماعية(١٤٤)، التي تشمل أحد أهم أهدافها السياسية المتبعة القضاء على جميع أنواع التمييز بين العمال على أساس العرق أو اللون أو الانتماء النقابي.. إلخ في الإجراءات التأديبية وغيرها مما نصت عليهم المادة (١٤) من الاتفاقية.

خلاصة القول أن المشرع قد استحدث، فيما يخص عقد غير العمل محدد المدة، العديد من النصوص التي لم يكن لها مثيل، ووضع حداً لبعض المسائل الجدلية لإنصاف العامل كما رأينا، وهو بذلك قد انسجم مع الاتفاقيات الدولية المصدق عليها من الكويت؛ فإذا كان الأمر كذلك، فما الوضع فيما يخص العقد محدد المدة؟

ثانياً – عقد العمل محدد المدة:

بينت المادة (٤٧) من قانون العمل الجديد قواعد التعويض التي يلتزم بها طرفا العقد محدد المدة الذي ينهيه أحدهما قبل حلول أجله دون أن يكون له

(١٤١) انظر: المادة (١١) من الاتفاقية.
(١٤٢) المادة (١/١) من الاتفاقية.
(١٤٣) المادة (١/٢/ب) من الاتفاقية.
(١٤٤) بدأ نفاذ هذه الاتفاقية في ٢٣/٤/١٩٦٤.

الحق في ذلك، بما يساوي أجر العامل عن المدة المتبقية في العقد على أن يراعي القاضي عند تحديد الضرر بالنسبة إلى طرفي العقد العرف الجاري وطبيعة العمل وكافة الاعتبارات التي تؤثر في الضرر من حيث وجوده ومداه؛ ويتضح من ذلك أن النص الجديد قد ساوى، بين العامل وصاحب العمل، في حدود سقف التعويض المستحق لأي منهما، ولم يفرق بين ما إذا كان طلب الإنهاء من قبل صاحب العمل أو العامل[١٤٥].

وهذا على خلاف ما كان مقرراً في نص المادة (٢/٥٣) من القانون القديم الذي كان يغاير – في إنهاء العقد – بين طرفي العلاقة؛ فان كان هذا الفسخ من جهة رب العمل[١٤٦] فإنه يكون ملزماً بالتعويض عما أصاب العامل من ضرر، مع مراعاة العرف الجاري وطبيعة العمل ومدة العقد، وبوجه عام في جميع الأحوال التي يتحقق معها وقوع الضرر ويتحدد مداه؛ ولكنه وبعد أن وضع المشرع أسس تقدير التعويض، قيده بحيث اشترط ألا يتجاوز مبلغ التعويض – بأية حال من الأحوال – ما يساوي بقية الأجر عن المدة الباقية من العقد.

أما إذا كان الفسخ من جهة العامل[١٤٧]، فإن العامل يكون ملزماً بتعويض صاحب العمل عن الخسارة التي لحقت به نتيجة فسخ العقد، دون أن يضع المشرع حداً أقصى للتعويض؛ معنى ذلك أن المشرع في القانون القديم حدد سقفا أعلى للتعويض لمصلحة صاحب العمل ولن يستطيع العامل – في أفضل الأحوال – الحصول على تعويض أكبر، في حين ترك العامل دون تحديد أي سقف تعويضي، ومن ثم يكون تقدير التعويض المستحق عليه متروكاً كلياً إلى القضاء!

(١٤٥) كما أجازت المادة (٤٧)، في حكم مستحدث، مبدأ المقاصة بين ما يستحقه العامل من تعويض وما تنشغل به ذمته من ديون أو قروض مستحقة لصاحب العمل.

(١٤٦) ولغير الأسباب المنصوص عليها في المادة (٥٥) من القانون القديم.

(١٤٧) ولغير الأسباب الواردة في المادة (٥٧) من القانون القديم.

ومن جانبنا نعتقد أن المشرع لم يوفق في كلا النصين سواء القديم أو الجديد، من حيث تحديد سقف أعلى للتعويض لمصلحة صاحب العمل، وكان يجب عليه أن يترك مسألة تقدير التعويض إلى القضاء وفقاً للقواعد العامة؛ ذلك أن وضع حد أقصى للتعويض عن المدة المتبقية في العقد، قد لا يتناسب البتة مع حجم الضرر؛ وذلك كأن يقوم صاحب العمل بفصل العامل –على سبيل المثال – قبل نهاية مدة العقد بشهر أو شهرين، ففي هذه الحالة فإن التعويض في أقصاه لن يتجاوز أجرة الشهر أو الشهرين المتبقية من العقد حتى لو كان الضرر الذي أصاب العامل أكثر من ذلك بكثير(١٤٨).

صحيح أن هذا التحديد للسقف التعويضي ما وضع – ربما – إلا لمصلحة العامل كي لا يتحمل كل الأضرار التي قد تقع بسبب إنهائه العقد، وهي أحياناً أضرار كبيرة جداً لا يستطيع العامل تحملها، لا سيما في المنشآت الضخمة التي قد يتسبب خروج أحد موظفيها المهمون بخسارة جسيمة، إلا أن هذا التحديد غير مبرر لمصلحة صاحب العمل، وكان بإمكان المشرع أن يميز بين الإنهاء بغير حق من قبل العامل فيحدد سقفه التعويضي، ويترك تقدير ذلك للقضاء إذا ما كان الإنهاء من قبل صاحب العمل؛ ولا نرى في ذلك غضاضة حيث إن قانون العمل ما وجد إلا لتمييز العامل عن صاحب العمل لضعف الأول مقابل الثاني.

بعد أن تعرفنا على القواعد التنظيمية المستحدثة لكل من العقد محدد المدة والعقد غير محدد المدة، بقي لنا أن نعرج على تلك الحالة التي خص بها المشرع العامل، وهي ما سوف نتطرق إليها الآن.

---

(١٤٨) ولا يغير من رأينا أن العقد في كل الأحوال سوف ينتهي في غضون شهر أو شهرين؛ لأن مسألة التعويض تختلف من ظروف لأخرى سيما أن عنصر المباغتة يلعب دوراً في الغالب في مثل هذه الحالات انظر: جمال النكاس، مرجع سابق، حول تحديد سقف أعلى للتعويض ص ١١٩؛ خالد الهنديانى وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٣٩٣.

ثالثاً – إنهاء العقد وفقا للمادة (٤٨) من القانون الجديد:

يقابل نص المادة (٤١) من القانون الجديد، الذي يمنح صاحب العمل صلاحية الفصل، نص المادة (٤٨) من القانون نفسه التي تبين الأحوال التي يجوز فيها للعامل إنهاء عقد العمل دون إخطار مع استحقاقه لمكافأة نهاية الخدمة كاملة[١٤٩]؛ ويلاحظ أن القانون الجديد أضاف ثلاث حالات جديدة علاوة على الثلاث حالات القديمة المنصوص عليها في المادة (٥٧) من القانون القديم، حيث أجازت المادة (٤٨) سالفة الذكر للعامل إنهاء العقد، سواء محدد المدة أو غير محدد المدة: إذا أدخل صاحب العمل أو من ينوب عنه غشاً أو تدليساً وقت التعاقد فيما يتعلق بشروط العمل، أو إذا اتهمه صاحب العمل بارتكاب فعل معاقب عليه جزائياً وحكم نهائياً ببراءته، أو إذا ارتكب صاحب العمل أو من ينوب عنه أمراً مخلاً بالآداب نحو العامل.

هذه الحالات تضاف إلى سجل الضمانات التي أتى بها المشرع في القانون الجديد لتحقيق أكبر قدر من التوازن بين صاحب العمل والعامل، فإن جاز للأول فصل الثاني دون إخطار ودون مكافأة في بعض الحالات، فإن الثاني يملك خيار ترك العمل دون إخطار مع استحقاقه مكافأة نهاية الخدمة وفقاً لنص المادة (٥٢/ج)[١٥٠]؛ على أن حق العامل في مباشرته لحق الإنهاء ليس حقاً مطلقاً،

---

(١٤٩) Quand l'employeur dispose du seul licenciement pour rompre le contrat de travail à durée à indéterminée, le salarié dispose de plusieurs voies de droit; V. J.-Y FROUIN, Les rupture à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail, la semaine juridique social, 15 Juillet 2008, n. 29, p. 1407.

(١٥٠) وتنص الفقرة (ج) من المادة (٤١) على أن: "للعامل المفصول لإحدى الحالات المذكورة في هذه المادة (أي المادة ٤١) حق الطعن في قرار الفصل أمام الدائرة العمالية المختصة، وذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، وإذا ثبت بموجب حكم نهائي أن صاحب العمل قد تعسف في فصله للعامل استحق الأخير مكافأة نهاية الخدمة وتعويضاً عما لحقه من أضرار مادية وأدبية"؛ معنى ذلك أن القانون الجديد نص صراحة على أن صاحب العمل غير مجبر على إعادة العامل، كل ما هنالك هو أنه يستحق التعويض عن هذا الفصل إن كان تعسفياً.

بل مقيداً بألا يتجاوز حدود الحالات المنصوص عليها في المادة (٤٨) سالفة البيان، وهو في ذلك يخضع لرقابة القضاء لضمان عدم إسرافه أو تعسفه(١٥١).

أما قانون العمل المصري فيعتبر أن الإنهاء من قبل العامل في مثل بعض تلك الحالات بمثابة إنهاء من جانب صاحب العمل؛ وفي ذلك قضت المادة (١٢١) على أنه: "يجوز للعامل إنهاء العقد إذا أخل صاحب العمل بالتزام من التزاماته الجوهرية الناشئة عن القانون، أو عقد العمل الفردي أو الجماعي أو لائحة النظام الأساسي للمنشأة، أو إذا وقع على العامل أو أحد ذويه اعتداء من صاحب العمل أو ممن يمثله، ويعتبر الإنهاء في هذه الحالة بمثابة إنهاء للعقد من جانب صاحب العمل بغير مبرر مشروع"؛ فإذا كان إذا الإنهاء من قبل صاحب العمل (أو عُد كذلك قانوناً) دون مبرر مشروع وكاف، التزم بأن يعوض العامل عن الضرر الذي يصيبه من جراء هذا الإنهاء، ولا يجوز أن يقل التعويض المستحق للعامل عن أجر شهرين من الأجر الشامل عن كل سنة من سنوات الخدمة(١٥٢)؛ يبدو لنا أن المشرع المصري قدر أن هاتين الحالتين – المنصوص عليهما في المادة (١٢١) – بمثابة إنهاء تعسفي يستحق العامل عنهما التعويض دوماً بنص القانون.

وهذا على خلاف القانون الكويتي الذي ترك ذلك لظروف كل حالة على حدة، وهو ما نؤيده فمهما كانت الجسامة التي ينهى بسببها العقد في مثل هذه الظروف، فإنها لا تبرر أن نحكم على صاحب العمل مسبقاً بأن الإنهاء بمثابة إنهاء غير مشروع من جانبه؛ وفي تقديرنا يجب أن تترك هذه المسألة إلى القضاء لوزن كل حالة على حدة، سيما وأن النص المصري يتضمن في طياته "الإخلال بالالتزامات الجوهرية" وهي عبارة غير منضبطة مهما بذل القضاء مجهوداً في ضبطها؛ إضافة إلى أن النص السالف لا ينطبق على الاعتداء الواقع

(١٥١) وهذا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، حيث ينبغي أن تتقيد الحقوق بوظيفتها الاجتماعية.

(١٥٢) المادة (١٢٢) من قانون العمل المصري.

من صاحب العمل على العامل فحسب، بل إذا وقع الاعتداء – أيضاً – ممن يمثل الأول على أحد ذوي الثاني.

وأخيراً فإننا نحيل بشأن نقد بعض الحالات التي تضمنها نص المادة (٤٨) سيما فقرة (أ) إلى ذات النقد الموجه للمادة (٤١/ب/٤) وذلك منعاً للتكرار(١٥٣).

تلك هي الملاحظات على المستحدثات التي ينتهي بها العقد بإرادة أحد أطرافه، على أن هناك بعض الحالات ينتهي فيها عقد العمل بقوة القانون أي دون أن تتجه إرادة أحد أطرافه لإحداث ذاك الأثر؛ ويهمنا في القانون الجديد تحول موقف المشرع تجاه أثر تغير صاحب العمل على عقد العمل.

الفرع الثالث
تحول موقف المشرع من المادة (٥٩) في القانون القديم

كان قانون العمل القديم – كما يبدو – يَعتبر عقد العمل غير قائم على الاعتبار الشخصي للعامل بل قائماً على مراعاة شخصية صاحب العمل، حيث قضت المادة (٥٩) من القانون القديم على أن: "ينتهي عقد العمل في حالة حل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها أو إفلاسها أو إدماجها في غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع أو التنازل أو غير ذلك من التصرفات القانونية، وتصبح مكافآت العمال ديناً واجب الوفاء على الخلف، ويجوز أن يستمر العمال في خدمة الخلف مع الاحتفاظ لهم بمكافآتهم عن المدة السابقة"(١٥٤). معنى ذلك أن عقد العمل ينتهي قانوناً بتغير صاحب العمل، وفي ذلك خروج على قواعد قانون العمل المقارن التي تجري على استمرار عقد العمل – حتى على الخلف –

(١٥٣) انظر: البند "أولا" من هذا الفرع الذي يتعلق بالفصل.

(١٥٤) لدراسة معمقة راجع: عبدالحميد الحفني، أثر تغير صاحب العمل على عقود العمل في القانونين الفرنسي والمصري، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٧؛ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٢٧٣. جمال النكاس، مرجع سابق، ص ١٣٥. تمييز عمالي، طعنان برقم ٦٤ و ٩٦، الصادران في جلسة ١٩٩٧، مجلة القضاء والقانون، السنة الخامسة والعشرون، الجزء الثاني، نوفمبر ٢٠٠٠، ص ٤١٥.

إذا ما انتقلت ملكية المنشأة من صاحب العمل إلى شخص غيره، سواء، بالميراث أو بأي تصرف قانوني آخر، كالبيع أو الهبة أو غيره(١٥٥).

مما تقدم، يتضح أن نص المادة (٥٩) يتناقض مع ضمانات العمال، ويتعارض مع استقرارهم ويهددهم في مصدر رزقهم، سيما أنه يفتح باب التحايل للتخلص من العمال عن طريق صورية انتقال ملكية المنشأة، وبهذا يستطيع صاحب العمل الجديد تسريح العمال دون رقابة أو قيد؛ أضف إلى ذلك أن هذا النص يخالف القواعد العامة، لأن العقد إذا كان محدد المدة يجب أن يستمر – إعمالا بقوته الملزمة – إلى أن تنتهي مدته، ولا يجوز لصاحب العمل أن ينهيه دون موافقة العامل؛ أما إذا كان العقد غير محدد المدة، وإن كان لأي من طرفيه إنهاؤه بإرادته المنفردة، إلا أنه ليس للتنازل أثر على العقد، ففي كل الأحوال يبقى الخلف الذي آلت إليه المنشأة أجنبياً عن العقد(١٥٦).

نتيجة لذلك، وإثر النقد الحثيث لنص المادة (٥٩) عاد المشرع الكويتي إلى أحضان القانون المقارن، سيما القانون الفرنسي والمصري(١٥٧)، وعدَّل على

(١٥٥) هذا ويشترط لانقضاء عقد العمل وفقا لنص المادة (٥٩) من القانون القديم أن يتغير صاحب العمل من خلال تصرف ناقل لملكية المنشأة، وليس عند الإيجار كما يفهم ضمنا من رأي بعض شراح القانون الكويتي، بل ومن أسلوب صياغة النص القديم أيضا الذي تضمن عبارة "..أو غير ذلك من التصرفات القانونية الأخرى.." وهو برأينا نص معيب لا يجب أن نتوقف في تفسيره على ظاهره بل إلى محتواه ومقصوده عملاً بقواعد التفسير. خالد الهنديانى وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٣٧٦. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

(١٥٦) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

(١٥٧) Art. L. 1224-1" Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise". [Anc. art. L. 122-12, al. 2.]; B. Ines observation sur cass, soc. 23 septembre 2009, nº 07-40.844 (nº 1957 FP-P+B), Recueil Dalloz 2009, Jurisprudence p. 2430. Tourreil. obs. cass, =

النص المذكور بما يتناسب مع التطور الاقتصادي الحديث والتشريعات المقارنة؛ وهو موقف يستحق الإشادة، ذلك أن صلة العامل بصاحب العمل تكاد تفقد – في زمننا – الاعتبار الشخصي، حيث أضحت علاقة العامل بالمشروع هي الأقوى والأبقى.

وفي ذلك قضت المادة (٥٠) من القانون الجديد على أن:" ينتهي عقد العمل في الأحوال التالية: أ- صدور حكم نهائي بإشهار إفلاس صاحب العمل. ب- إغلاق المنشأة نهائياً. أما في حالة بيع المنشأة أو إدماجها في غيرها أو انتقالها بالميراث أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات القانونية، فإن عقد العمل يسري في مواجهة الخلف بالشروط ذاتها الواردة فيه، وتنتقل التزامات وحقوق صاحب العمل السابق تجاه العمال إلى صاحب العمل الذي حل محله".

وتطبيقاً لذلك فإن عقود العمل(١٥٨) التي مازالت قائمة تبقى سارية في مواجهة صاحب العمل الجديد، وملزمة له بذات الشروط الواردة فيه بقوة

= soc. 30 mars 2010: JS Lamy 2010, nº 278-6. V. aussi les art. 3, 4 de la Directive CE 2001/23 du 12 mars 2001, Concernant le rapprochement des Etat membres relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JOCE nº L 83 du 22 mars). La Dir. du 12 mars 2001 reprend l'ensemble des dispositions de la Dir. du 14 févr. 1977 et de la Dir. du 29 juin 1998, tout en les abrogeant.

التوجيه الأوروبي رقم (١٢) لسنة ٢٠٠١ مأخوذ أو مقتبس من التوجيه الأوروبي الصادر في ٢٩ يونيو ١٩٩٨ والتوجيه الأوروبي الصادر في ١٤ فبراير ١٩٧٧، وقد تم إلغاؤهما واستبدالهما بالتوجيه الأوروبي رقم (١٢) لسنة ٢٠٠١.

أما قانون العمل المصري فقد نصت المادة (٩) منه على أنه: "لا يمنع من الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة طبقاً للقانون، حل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها أو إفلاسها، ولا يترتب على إدماج المنشأة في غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع – ولو كان بالمزاد العلني – أو النزول أو الإيجاز أو غير ذلك من التصرفات، إنهاء عقود استخدام عمال المنشأة، ويكون الخلف مسؤولاً بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن هذه العقود".

(١٥٨) أياً كانت سواء محددة المدة أو غير محددة المدة.

القانون، أياً كان نوع التصرف القانوني الناقل لملكية المنشأة سواء أكان بيعاً أم دمجاً أم حتى عن طريق الميراث، أو نحو ذلك، ومن ثم فإن سريان تلك العقود لا يتوقف على موافقته – أي موافقة صاحب العمل الجديد – كما هو الشأن في القانون القديم(١٥٩)؛ على أن هذا الإلزام، كما ذهب إليه البعض(١٦٠)، لا يمتد للعامل الذي يجوز له أن ينهي العقد في مواجهة صاحب العمل الجديد، وقد استند أنصار هذا الرأي إلى المذكرة الإيضاحية.

وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية تبين أنها لا تشير من قريب ولا من بعيد إلى مدى حق العامل في عدم استمراره بالعمل مع صاحب العمل الجديد؛ بل أنها، وباستغراب شديد، تقرر التالي: "بينت المادة (٥٠) حالات انتهاء عقد العمل، وتتمثل تلك الحالات في انتقال المنشأة إلى الغير عن طريق البيع أو الاندماج أو الإرث أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات القانونية، أو إغلاقها نهائياً أو بصدور حكم نهائي بإشهار إفلاس صاحب العمل، وفي حالة انتقال المنشأة إلى الغير بالطرق المشار إليها قضت المادة (٥٠) بأن حقوق العمال تصبح ديناً واجب الوفاء على الخلف والسلف بالتضامن، وأجازت للعمال أن يستمروا بالعمل لدى من انتقلت إليه المنشأة، مع إلزام الأخير بما رتبه عقد العمل المبرم مع السلف من آثار".

ويبدو جلياً أن المذكرة الإيضاحية وهي بصدد تفسير المادة (٥٠) قد ارتكبت خطأً فادحاً(١٦١)، وذلك عندما قلبت النص رأساً على عقب وقررت – وبمخالفة صارخة لنص المادة (٥٠) محل التفسير – أن عقد العمل ينتهي بانتقال المنشأة إلى الغير عن طريق البيع أو الاندماج أو الإرث أو الهبة أو غير

(١٥٩) يشترط لاستمرار عقد العمل في المنشأة التي انتقلت ملكيتها أن تستمر في مزاولة ذات النشاط دون تغيير، أما إذا تغير النشاط تغيراً جوهرياً فإن المنشأة تكون فقدت كيانها وحل محلها منشأة أخرى. حسام كامل الأهواني، شرح قانون العمل، طبعة أبناء وهبة حسان، ١٩٩١، ص ٦٠٥.

(١٦٠) خالد الهنديانى وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(١٦١) لم ينتبه له أحد من قبل.

ذلك من التصرفات القانونية، أو إغلاقها نهائياً أو بصدور حكم نهائي بإشهار إفلاس صاحب العمل(١٦٢)؛ وهذا على العكس تماماً فيما ورد في النص، حيث ميز بين الحالات المذكورة في الفقرة الأولى والتي ينتهي عقد العمل بسببها وهي: (أ) صدور حكم نهائي بإشهار إفلاس صاحب العمل، (ب) إغلاق المنشأة نهائياً، والحالات الواردة في الفقرة الثانية التي لا ينتهي بها عقد العمل وذلك عندما قررت: "أما في حالة بيع المنشأة أو إدماجها في غيرها أو انتقالها بالميراث أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات القانونية، فإن عقد العمل يسري في مواجهة الخلف بالشروط ذاتها الواردة فيه، وتنتقل التزامات وحقوق صاحب العمل السابق تجاه العمال إلى صاحب العمل الذي حل محله".

إذا تجاوزنا ما سبق وعدنا من حيث تساؤلنا في مدى حق العمل بإنهاء عقد العمل، فإننا لا نجد صعوبة فيما إذا كان عقد العمل غير محدد المدة، فبإمكان العامل إنهائه وفقاً للإجراءات المتبعة في المادة (٤٤) من قانون العمل الجديد، بشرط عدم تعسفه كما سبق أن رأينا؛ ولكن المسألة تدق إذا ما كان العقد محدد المدة؛ بمعنى آخر هل يجوز للعامل أن ينهي عقد العمل محدد المدة نتيجة لتغير صاحب العمل؟ وما الأساس القانوني لذلك؟ وما الإجراءات المتبعة

(١٦٢) راجع في هذا الخطأ: مجموعة التشريعات الكويتية، الفتوى والتشريع، الجزء التاسع، الطبعة الثامنة ٢٠١٠، ص ٣٨٦. التشريعات الكويتية (٧)، قانون العمل، سلسلة تصدرها جمعية المحامين الكويتية، طبعة ٢٠١٠، ص ١١٢-١١٣؛ مجموعة التشريعات الكويتية، وزارة العدل، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١، ص ٢٧١؛ الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد (٩٦٣)، السنة السادسة والخمسون – ٢١، الصادرة في ٢١/فبراير/٢٠١٠؛ وبطبيعة الحال فإن تكرار هذا الخطأ كان نتيجة الخطأ الوارد في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) حيث ينقل عنها الطبعة الأصلية للقوانين ومذكراتها الإيضاحية؛ الجدير بالذكر أن المذكرة الإيضاحية ليست ملزمة، حيث لا يتم التصويت على إقرارها مع القانون، وهي مجرد تفسير أو إيضاح للنصوص القانونية. وبدأت المذكرة الإيضاحية أو التفسيرية كما تسمى أحياناً تفقد أهميتها بسبب تكرارها للنصوص القانونية دون أي إيضاح أو تفسير، وأضحت يوماً بعد يوم اسم على غير مسمى.

لمثل هذا الإنهاء؟ وهل يتطلب هذا الإنهاء إخطار صاحب العمل خلال مدة معينة؟ وهل لهذا الإخطار – إن وجد – شكل معين؟ أم أن الإنهاء لا يتطلب كل ذلك بحيث يكفي أن يترك العامل عمله؟ ثم من يضمن مشروعية تركه العمل ما دام قائماً، فقط، على أساس تغير صاحب العمل؟

الحقيقة أن النص الوحيد الذي أجاز للعامل إنهاء عقد العمل – بعد أن استبعدنا العقود غير محددة المدة – أيا كانت طبيعة العقد هو نص المادة (٤٨)، وهو كما رأينا حصرها في حالات معينة يجمعها (الإخلال الواقع من قبل صاحب العمل)، لذا فإنها لا يمكن أن تنطبق على حالتنا محل النقاش؛ سيما أننا سبق واستبعدنا نص المادتين (٤٤) و(٤٨) ولم يتبق لنا نص قانوني يجيز للعامل إنهاء العقد سوى نص المادة (٤٧) وهي حالة الإنهاء بغير وجه حق؛ هذه المادة بينت قواعد التعويض التي يلتزم بها طرفا العقد (سواء صاحب العمل أو العامل) محدد المدة الذي ينهيه أحدهما قبل حلول موعد انتهائه دون أن يكون له الحق في ذلك، وهي التي تنطبق على تساؤلنا.

بعد هذا العرض نستطيع أن نستنتج أن العامل ليس له حق إنهاء العقد إثر تغير صاحب العمل؛ فعلاوة على ما سبق فلا يوجد إطلاقاً في صياغة نص المادة (٥٠) ما يوحي حتى بذلك؛ بل العكس تماماً فهي صريحة في سريان عقد العمل بقوة القانون ليس على صاحب العمل فحسب بل على العامل أيضا، ذلك أن النص قرر سريان العقد في مواجهة الخلف بالشروط ذاتها الواردة فيه، ومن هذه الشروط (المدة المتفق عليها) في العقد محدد المدة، يعني بالضرورة سريانه على طرفي العلاقة إلى أن تنتهي المدة المحددة.

نخلص مما تقدم أن المسألة محل النقاش لا تثير مشكلة في حال اتفق الطرفان – وديا – على الإنهاء، ولكنها بالتأكيد ستكون محل جدل في حال ما إذا أقدم العامل على إنهاء العقد بدون موافقة صاحب العمل؛ أو بعبارة أكثر دقة في ظل حاجة صاحب العمل الجديد الملحة لهذا العامل، كأن يكون جل العمل متوقفاً على هذا العامل، فإن هو أقدم على ذلك اعتبر – من وجهة نظرنا – متعسفاً وحق عليه تعويض صاحب العمل.

بعد أن تعرضنا إلى مكونات عقد العمل في مراحله التي يمر بها، وتفحصنا مستحدثات القانون الجديد بشأنها، ولمسنا تطوراً ملحوظاً مقارنة بالقانون القديم وبعض التشريعات الأخرى، سيما بالنظر إلى الاتفاقيات الدولية النافذة في دولة الكويت، لم يتبق لنا سوى معالجة نظام العمل وظروفه الذي يعيشه العامل فعلاً باعتبارها من أهم الأمور التي يقوم عليها عقد العمل، وهذا ما دفع المشرع إلى محاولة تنظيمها تنظيماً دقيقاً حماية للعامل.

المبحث الثاني
مستحدثات نظام العمل وظروفه

يعتبر نظام العمل وظروفه أحد أهم النواحي التي قام من أجلها قانون العمل الحديث، حيث استهدف التطور التشريعي – على المستويين الدولي والمحلي – توفيره للعامل على نحو إنساني كريم؛ وقانون العمل الكويتي ليس بمعزل عن هذا التطور فوصل في هذا الطريق بالفعل إلى الكثير من التقدم وهو ما يستوجب التأمل فيه.

فها هو القانون الكويتي الجديد شأنه كشأن التشريعات المقارنة الأخرى، يضفي حماية خاصة على نظام الأجرة التي يتلقاها العامل مقابل عمله، باعتبارها ركناً أساسياً في عقد العمل (المطلب الأول)، ويفرض على صاحب العمل الكثير من الالتزامات التي تتغيا توفير الظروف المناسبة في أداء العامل لعمله، وحقه في أن يستريح من مشقة العمل وعنائه (المطلب الثاني)، أو تلك التي تتيح للعامل أن يؤدي عمله وهو مطمئن آمن على نفسه وصحته (المطلب الثالث)؛ وللتعرف على ما سبق يحسن بنا تقييم المستحدثات التي أتى بها المشرع في القانون الجديد لعرض أهم الملاحظات في هذا الشأن، سيما وأن الكويت قد صدقت على العديد من الاتفاقيات الدولية التي تُعنى بنظام وظروف أداء العمل؛ فما موقف القانون الجديد منها؟

المطلب الأول
تقييم موقف المشرع من نظام حماية الأجرة

تعتبر الأجرة من أهم عناصر عقد العمل، فهي مقابل مشقة العامل، وبها يمكن له أن يعيش حياة كريمة؛ فكان لزاماً على المشرع أن يتدخل في تنظيمها حماية للعامل الضعيف، وتفادياً لتحكم أصحاب العمل الأقوياء في علاقات العمل؛ فما المقصود بالأجرة وما هي مكوناتها؟ (الفرع الأول)؛ وما القيود التي استحدثها المشرع – في النظام القانوني للأجرة – لمنع تحكم أصحاب الأعمال؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول
المفهوم القانوني للأجرة وفقا للقانون الجديد

عرفت المادة (٢٨) من القانون القديم الأجر بأنه: "ما يتقاضاه العامل من أجر أساسي – مضافاً إليه كل ما قد يتقاضاه عادة من علاوات ومكافآت أو عمولة أو منح أو هبات دورية"؛ ويمكن توجيه العديد من الانتقادات إلى هذا التعريف من حيث الصياغة؛ لأنه قد يوحي بأن المقصود بالأجر هو الأجر الأساسي بالإضافة إلى كل ما يتقاضاه العامل من علاوات ومكافآت أو عمولة أو منح أو هبات دورية، وكأنه يشير إلى أن العناصر الأخرى كالعلاوات أو العمولات لا تصلح أن تكون أجراً بحد ذاتها؛ وهذا غير صحيح فبعض تلك العناصر يمكن أن تكوّن أجراً وحدها كالعمولة، هذا من ناحية(١٦٣).

ومن ناحية أخرى، فإن النص قد اقتصر على ذكر العلاوات والمكافآت والعمولة والمنح والهبات الدورية دون غيرها، وكأن هذه العناصر هي وحدها فقط التي يمكن أن يقوم الأجر بها، وهذا أيضاً غير صحيح حيث أغفل المشرع تضمين النص بعض المزايا النقدية أو العينية، والمشاركة بالأرباح ونحوه(١٦٤)؛ وقد كان يقتضي على المشرع أن يضع تعريفاً مرناً يتسع للعناصر الأخرى دون تقنينها بصيغة قد تفيد الحصر.

لما تقدم حاول المشرع في القانون الجديد تفادي الصياغة السابقة في تعريف الأجر؛ وفي ذلك قضت المادة (٥٥) منه بأن المقصود بالأجر هو "ما يتقاضاه العامل من أجر أساسي أو ينبغي له أن يتقاضاه لقاء عمله وبسببه، مضافاً إليه كافة العناصر المنصوص عليها في العقد أو لوائح صاحب العمل"؛ ومن خلال هذا التعريف يتبين أن المشرع قد حاول أن يتدارك بعض

(١٦٣) بدر اليعقوب، النظام القانوني للأجر في قانون العمل الكويتي، الكويت، ١٩٨٨، ص ١٧. عبدالعزيز اللصاصمة، التعريف بالأجر وطرق حمايته، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (٢٣)، العدد (١)، مارس ١٩٩٩، ص ٥٧.

(١٦٤) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٦٦. عبد الفتاح عبد الباقي، ص٢٥٥.

العيوب التي شابت التعريف السابق، إلا أنه – وبنظرنا – قد أخفق مرة أخرى؛ فالمشرع وإن كان – في صياغة مرنة – لم يحصر العناصر التي يتكون منها الأجر ليحيط بها كلياً، إلا أنه ردد أن المقصود بالأجر هو "ما يتقاضاه من أجر أساسي.. مضافاً إليه كافة العناصر.."، وهو بذلك يخضع لذات النقد الذي سبق أن وجهناه إلى النص القديم، بل أكثر منه حينما حاول، من حيث لا يدري، ترسيخ هذا الإيحاء عندما قرر – وهو يضفي صفة الأجر على العلاوات التي يتلقاها العامل من الدولة – بأنه: "ودون الإخلال بالعلاوة الاجتماعية وعلاوة الأولاد المقررتين وفقاً للقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه يدخل في حساب الأجر ما يتقاضاه العامل بصفة دورية من علاوات أو مكافآت أو بدلات أو منح أو هبات أو مزايا نقدية"؛ وبإيجاز شديد، كأنه يقول بأن العناصر الأخرى، غير الأجر الأساسي، إنما عناصر تكميلية لا يقوم بها الأجر مستقلاً.

ومما يخفف من حدة النقد الموجهة لهذا النص – وهو موقف يستحق الإشادة إمعاناً من المشرع الكويتي في حماية العمال – هو ما استحدثه القانون الجديد في الفقرة الثانية من المادة (٥٥) من قانون العمل الجديد، خلال معالجة موضوع تحديد الأجر عندما يأخذ شكل حصة من صافي الأرباح؛ حيث قضت المادة المذكورة في عجزها أنه إذا لم تحقق المنشأة التي يشتغل بها العامل أرباحاً، أو كانت الأرباح ضئيلة بحيث لا تتناسب حصة العامل مع العمل الذي قام به، فعندها يتقرر أجر العامل بأجر المثل وذلك مع مراعاة عرف المهنة ومقتضيات العدالة؛ ولا شك أن في ذلك ضمانة للعمال تجاه بعض المشروعات التي يكون فيها الأجر احتمالياً وليس ثابتاً، أي مرتبطاً بحصة من صافي الأرباح[١٦٥].

(١٦٥) يلاحظ أن القانون الجديد رد كافة عناصر الأجر إلى العقد أو لوائح صاحب العمل، ومعلوم أن العناصر التي يتكون منها الأجر يمكن ردها أيضا إلى القانون مكتوبا كان أو غير مكتوب كالعرف؛ ورغم أن الصياغة لن تغير – عملياً – في شيء، إلا أننا كنا نتمنى أن يضاف عليها عبارة أو بمقتضى القانون أو العرف لنقطع أي شك أو جدل في استحقاق كافة العناصر الأخرى التي تتكون بمقتضى العرف؛ وإن كان البعض يرى بأن هذا التحديد تعوزه الدقة، حيث يرفض ذلك ولا يعتبر أن العرف هنا هو =

كما أن هذا النص يجرنا إلى مسألة أخرى قد تسبب ربكة في مستحقات العامل، فالقانون الجديد – خروجاً على التوجه العام في قوانين العمل – يجعل من المزايا الدورية التي تمنحها الدولة للعامل(١٦٦) (كالعلاوة الاجتماعية أو علاوة الأولاد أو علاوة غلاء المعيشة أو نحوه) تدخل من ضمن عناصر الأجر رغم أن الدولة هي التي تمنحها وليس صاحب العمل(١٦٧)؛ وهي بذلك سوف تدخل في احتساب مكافأة نهاية الخدمة رغم عدم الاتفاق عليها مسبقا في عقد العمل؛ على أن ما يخفف من وطأة المبالغة في المكافأة التي يتكبدها صاحب العمل للمبالغ التي لم يكن قد اتفق عليها، هو أن الواقع العملي يشير إلى أن أصحاب الأعمال يحددون أجورهم مع الأخذ بالاعتبار تلك العلاوات والمزايا التي تقدمها الدولة للعامل، وبذلك انخفض سقف الرواتب في القطاع الخاص لما للدول من دور في منح تلك المزايا(١٦٨).

= المكون لها، بل أنها تتكون بمقتضى نظام العمل الذي يضعه صاحب العمل عندما يدرج على إعطاء العمال مكافآت معينة على وجه موضوعي ومطرد ولا مناص أن يلتزم به، وهي فكرة مبهمة يصعب الأخذ بها. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص٢٥٨، هامش (١).

(١٦٦) وفقا للمادة (٣) من القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة الوطنية الصادر في ٢١/٥/٢٠٠٠.

(١٦٧) يلاحظ أن المشرع، في القانون الجديد، لم يحدد سقفاً للعلاوات الدورية كما فعل نظيره المصري الذي حددها، وفقا للمادة (٣٤)، بمقدار ٧٪ من الأجر الأساسي الذي تحسب على أساسه اشتراكات التأمينات الاجتماعية، وفى حالة تعرض المنشأة لظروف اقتصادية يتعذر معها صرف العلاوة الدورية المشار إليها، يعرض الأمر على المجلس القومي للأجور لتقرير ما يراه ملائماً مع ظروفها في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ عرض الأمر عليه.

(١٦٨) يلاحظ أن هذه المزايا يختص بها العامل الكويتي فقط وفقاً لضوابط معينة، وقد تدخلت الدولة للحد من البطالة ولتشجيع الكويتيين للانخراط في القطاع الخاص. راجع في ضوابط وشروط تطبيق قانون دعم العمالة: خالد الضفيري، مرجع سابق، ص ٩٥.

ورغم ما تقدم من نقد، إلا أنه لا ينال من محاسن المشرع في القانون الجديد لتفادي بعض القصور الذي شاب القانون القديم بفرض بعض القيود على صاحب العمل لحماية الأجرة. وهذا ما سوف ندرسه الآن.

الفرع الثاني
القيود الواردة على صاحب العمل لحماية الأجرة

حرصاً على تحقيق حماية أفضل للعامل تتمشى مع التطورات الحديثة في قطاعات العمل وتواكب التشريعات المقارنة، جاءت المادة (١٤٥) من القانون الجديد بحكم مستجد يجعل لحقوق العمال المقررة وفقاً لأحكام هذا القانون حق امتياز على جميع أموال صاحب العمل من منقول أو عقار – عدا السكن الخاص – وتستوفى بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والإصلاح؛ والجدير بالذكر أن حق الامتياز هنا يصدق على كل الحقوق العمالية المقررة وفقا لأحكام هذا القانون، ولا يتوقف على حق معين كالأجر، وهذا يفهم من صياغة النص الذي قرر:".. يكون لحقوق العمال المقررة وفقاً لأحكام هذا القانون حق امتياز على جميع أموال صاحب العمل.."[(١٦٩)].

وتحاشياً للإضرار بالعمال لم تجز المادة (٥٨) نقل عامل بالأجر الشهري إلى فئة أخرى بغير موافقته كتابة على ذلك؛ لم تتوقف عند هذا النحو، بل اشترطت عدم الإخلال بالحقوق التي اكتسبها خلال فترة عمله بالأجر الشهري، بحيث لا يجوز المساس بأي ميزة كانت مقررة له مسبقاً، وهذا على خلاف ما كان منصوصاً عليه في المادة (٢٩) من القانون القديم التي لم تكن تراعي في متطلباتها شرط الكتابة، ولم تكن تذود عن حقوق العامل المكتسبة من مركزه القانوني السابق؛ وبذلك يكون النص الجديد أغلق باباً للتحايل على تخفيض أجور العمال عن طريق نقلهم من فئة إلى فئة أخرى لمبررات غير جدية، سيما وأن القانون القديم لم يكن يتضمن نصاً صريحاً يحظر تخفيض الأجور[(١٧٠)].

---

(١٦٩) وذلك استثناء من حكم المادة (١٠٧٤) من القانون المدني الكويتي.

(١٧٠) وإن كانت القاعدة أن التخفيض لا يجوز انطلاقاً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وهذا ما تفاداه القانون الجديد صراحة ليقطع دابر كل خلاف أو نزاع، بحيث قضى في نهاية المادة (٦٢) بعدم جواز تخفيض أجر العامل خلال مدة عمله لأي سبب من الأسباب؛ أضف إلى ذلك ما استحدثته المادة (٦٣) من حكم مستجد يوجب – بقرار من الوزير المختص – وضع جداول بالحد الأدنى للأجور طبقاً لطبيعة المهن والصناعات، وذلك استجابة لمتطلبات المستقبل وتمشياً مع الاتجاهات الحديثة في وضع حد أدنى للأجور لضمان مستوى معيشي معقول للعمال، وبما يكون دافعاً للقوى العاملة ومشجعاً لها على النزول إلى ميدان العمل في القطاع الخاص(١٧١).

على أن النص المذكور لم يطلق العنان لمُصدر القرار بوضع الحد الأدنى دون ضابط أو قيد، بل قيده بأن يصدر قراراً كل خمس سنوات كحد أقصى ليحدد فيه الحد الأدنى للأجور، ويجب عليه أن يستهدي بنسب التضخم التي تشهدها البلاد، وذلك بعد التشاور مع اللجنة الاستشارية لشؤون العمل والمنظمات المختصة(١٧٢)؛ وبالفعل صدر قرار وزارة الشئون الاجتماعية والعمل رقم (١٨٥/ع) لسنة ٢٠١٠ بوضع حد أدنى لأجور العاملين في القطاع الأهلي، والذي نصت المادة (١) منه على أن: "يحدد الحد الأدنى لأجر العاملين في القطاع الأهلي بمبلغ ٦٠ د. ك (ستون ديناراً كويتياً) شهرياً، ولا يجوز استخدام أي عامل في القطاع الأهلي بأجر يقل عن ذلك".

هذا وتأتي مستحدثات القانون الجديد، سيما تحديد حد أدنى للأجر، متمشية مع التزامها بالاتفاقية الدولية رقم (١١٧) لسنة ١٩٦٢ بشأن الأهداف

---

(١٧١) وبدأ مثل هذا التدخل، الذي لم تكن تعرفه دولنا العربية، من قبل الدول الصناعية الغربية التي فرضت قوانينها – بعد الضغوط الحثيثة من المنظمات العمالية – حداً أدنى مرتبطاً بمستوى غلاء المعيشة، بعد ذلك تبنته العديد من البلدان العربية في قوانين العمل. كالمادة (٢٨) من قانون العمل القطري، والمادة (٧٧) من قانون العمل البحريني.

(١٧٢) انظر في عدم وجود مثل هذه القيود: المادة (٥٢) من قانون العمل الأردني، مما أدى إلى نقده في ذلك الوقت: عبدالعزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص ٩٣.

والمعايير الأساسية للسياسة الاجتماعية[١٧٣]؛ وهذه الاتفاقية تهدف إلى كفالة رفاهة وتنمية السكان ورفع مستويات المعيشة؛ حيث أوجبت المادة (٢/٥) مراعاة الاحتياجات الأساسية لأسر العمال كالطعام والسكن والملابس والرعاية الطبية..إلخ عند تحديد الحد الأدنى لمستويات المعيشة.

ولا شك أن القانون الجديد الذي منح وزير الشؤون تحديد حد أدنى للأجور – والقرار الصادر بذلك – ينسجم مع المادة (١٠) من الاتفاقية المذكورة التي نصت: (١) على أن يشجع تحديد الأجور الدنيا عن طريق الاتفاقات الجماعية التي يتم التفاوض بشأنها بحرية بين النقابات الممثلة للعمال.. (٢) وفي حال عدم وجود ترتيبات ملائمة لتحديد الأجور الدنيا عن طريق الاتفاقات الجماعية، يوضع ما يلزم من ترتيبات يمكن بموجبها تحديد معدلات دنيا للأجور بالتشاور مع ممثلي العمال؛ كما يتمشى أيضاً مع الاتفاقية العربية رقم (١٣) لسنة ١٩٨١ بشأن بيئة العمل من خلال نص المادة (٢/١٠) التي تفرض منح العامل أجراً عادلاً يتناسب مع جهده وإمكاناته، ويضمن له ولأسرته مستوى معيشياً مناسباً؛ وهذا لا يمكن أن يُضمن إلا من خلال تحديد حد أدنى للأجر تُراعى فيه مستويات المعيشة ونسبة التضخم.

واستكمالاً لمستحدثات المشرع في شأن توفير أكبر قدر من الحماية القانونية لنظام الأجرة، يلتزم صاحب العمل – وفقاً للمادة (٦١) – بدفع أجور عماله خلال فترة الإغلاق إذا تعمد غلق المنشأة لإجبار العمال على الرضوخ والإذعان لمطالبه؛ كما يلتزم بدفع أجور عماله طوال فترة تعطيل المنشأة كلياً أو جزئياً لأي سبب آخر لا دخل للعمال فيه، طالما رغب صاحب العمل في استمرار عملهم لديه.

وهذا الحكم يمكن أن نشيد به في شقه الأول من حيث استحقاق العمال الأجور بسبب عنت يعود إلى صاحب العمل؛ لكن يؤخذ عليه في شقه الثاني، أنه لم يفرق بين ما إذا كان السبب الذي عطل المنشأة يعود إلى صاحب العمل

(١٧٣) بدأ نفاذ هذه الاتفاقية في ٢٣/٤/١٩٦٤.

نفسه، أو يعود لسبب أجنبي خارج عن إرادته بحيث يجب ألا يدفع الأجرة أو يدفع جزءا منها؛ بل أننا نذهب إلى أبعد من ذلك، ونرى أنه وإن كان السبب يعود لرب العمل فهذا لا يعني – دوما – أن يدفع الأجرة كاملة، وقد كان يقتضي أن يفرق المشرع بين ما إذا كان لدى صاحب العمل سبب وجيه لإغلاق المنشأة لفترة محددة، وبين ما إذا كان الإغلاق بغير مبرر، فيستحق العمال جزء من الأجر في الحالة الأولى، في حين يستحقوا الأجر كاملا في الحالة الثانية.

هذا لا يعني أننا نساوي بين الإغلاق الذي يعود لصاحب العمل لسبب وجيه، والآخر الذي يعود لسبب خارج عن إرادته في الأجرة؛ بل نعتقد بأن العامل لا يستحق أجرة إذا كان إغلاق المنشأة خارجاً عن إرادة صاحب العمل، وإذا قرر المشرع منحه جزءاً من الأجرة فيجب أن يكون مقدارها – برأينا – أقل من حالة إغلاق المنشأة لسبب وجيه من قبل صاحب العمل، كأن يستحق نصف الأجرة عن الحالة الأولى والثلث أو الربع عن الحالة الثانية(١٧٤).

حاصل القول: أنه رغم أن المشرع – في قانون العمل الجديد – حاول أن ينظم الوضع القانوني للأجرة في نصوص قانونية بشكل أفضل من القانون القديم، ليحمي العامل من جور صاحب العمل المحتمل، إلا أنه لم يلزم الأخير بوضع نظام أو لائحة تعنى بحقوق العمال المالية، من درجات وعلاوات ومكافآت وما نحوها، وباستقراء نصوص القانون الجديد فإن كل ما يلتزم به صاحب العمل هو لائحة الجزاءات ولائحة الدوام التي تعنى بتحديد أوقات الدوام والراحة والإجازات وما شابه، ولا يهتم بالحقوق المالية للعمال؛ هذا ما سوف نتعرف عليه الآن.

(١٧٤) أما المشرع المصري، وفقاً للمادة (٤١)، فإنه يفرق بين حالتين: فإذا حضر العامل إلى مقر عمله في الوقت المحدد للعمل وكان مستعدا لمباشرة عمله، وحالت دون ذلك أسباب ترجع إلى صاحب العمل، اعتبر كأنه أدى عمله فعلاً واستحق أجره كاملاً؛ أما إذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل استحق نصف أجره.

المطلب الثاني
تقييم موقف المشرع من مواعيد العمل

من أبرز النواحي التي يهتم بها المشرع العمالي هي الأوقات التي يجوز تشغيل العمال خلالها (الفرع الأول)، وتلك التي يحق له أن يستريح فيها من عناء العمل ومشقته (الفرع الثاني). فما أبرز التطورات التي استحدثها قانون العمل في هذا الشأن؟

الفرع الأول
النظام القانوني لساعات العمل

حددت المادة (٦٤) من القانون الجديد ساعات العمل الأسبوعية بثمان وأربعين ساعة كأصل عام، بحيث لا يجوز تشغيل العامل أكثر من ثماني ساعات في اليوم(١٧٥)؛ وقد رأى المشرع تعديل نص المادة (٣٣) في القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ بما كان ينص عليه من أنه: "لا يجوز تشغيل العامل أكثر من ثماني ساعات يومياً أو ثمان وأربعين ساعة في الأسبوع" حيث اختلف الرأي حول كلمة "أو" التخييرية من حيث مدى جواز زيادة عدد ساعات العمل اليومية عن ثماني ساعات اكتفاء بالحد الأقصى لساعات العمل بثمان وأربعين ساعة في الأسبوع؛ وحسماً لهذا الجدل – على حد وصف المذكرة الإيضاحية – تم استبدال النص القديم بالنص الجديد الوارد في القانون(١٧٦)، حيث أفادت

---

(١٧٥) باستثناء الأحداث ست ساعات كما رأينا.

(١٧٦) حيث تبنت بعض المحاكم فعلا القول بجواز التخيير، وفي ذلك قضت الدائرة العمالية أن رب العمل:" حر في تشغيل العامل ثماني ساعات يومياً، أو تنظيم ساعات العمل بنظام الورادي بحيث لا تزيد على ٤٨ ساعة في الأسبوع، وهذا المستفاد من نص المادة ٣٣ من قانون العمل، إذ إن عبارتها تفييد التخيير بين تشغيل العامل ثماني ساعات في اليوم أو ٤٨ ساعة في الأسبوع". عمالي، رقم ١٩٧٢/١١، موسوعة سعيد عبدالخالق، الجزء (١)، القاعدة رقم (٢٨)، ص ٩٥. راجع في ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٣٠٨ وهوامشها، والصفحات التي تليها.

المادة (٦٤) منه بأن تكون ساعات العمل للعمال ثمان وأربعين ساعة أسبوعياً، ولا يجوز أن تزيد على ثماني ساعات يومياً إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون، وذلك تغليباً للرأي القائل بحماية العامل في كل يوم من أيام عمله، ومن ثم النص على عدم تجاوز ساعات العمل اليومية عن ثماني ساعات إلا في حدود الاستثناءات المنصوص عليها في القانون(١٧٧).

على أننا لم نتلمس ذلك الحسم من النص الجديد، حيث إن التعديل الجديد – كما يبدو لنا – لم يقطع أبدا في إمكان التخيير، بل أن الصياغة أعادت نفسها عندما استخدمت حرف (أو) الذي يفيد التخيير، ولا أدري من أين أتت المذكرة الإيضاحية أن النص بعد تعديله يحسم أو ينهي الجدل السائد؛ فكل ما فعله المشرع في النص الجديد هو أنه قدم عبارة الـ٤٨ ساعة أسبوعياً على الثماني ساعات يومياً(١٧٨)؛ ورغم أن الرأي السائد والمستقر عليه(١٧٩) هو عدم إمكان تجاوز الثماني ساعات يوميا كحد أقصى، إلا أن النص لم يقطع بذلك، بل إن حرفيته تقود لعكس ما سبق.

ومع ذلك فقد أحسن المشرع لما استحدث حكماً جديداً يقضي بأن تكون ساعات العمل في شهر رمضان المبارك ستاً وثلاثين ساعة أسبوعياً مراعاة لظروف هذا الشهر الكريم، وما يتخلله من عنت ومشقة على العامل؛ مقتضى

(١٧٧) انظر المذكرة الإيضاحية في معرض تفسيرها لنص المادة (٦٤) من قانون العمل الجديد.

(١٧٨) تنص المادة (٣٣) من قانون العمل القديم على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة الثانية والعشرين من هذا القانون لا يجوز تشغيل العامل أكثر من ثماني ساعات يوميا أو ثمان وأربعين ساعة في الأسبوع إلا في الحالات المنصوص عليها في هذا القانون..". أما النص الجديد، المادة (٦٤)، من قانون العمل فإنها تنص على: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢١) من هذا القانون لا يجوز تشغيل العامل أكثر من ثمان وأربعين ساعة أسبوعياً أو ثماني ساعات يومياً إلا في الحالات المنصوص عليها في هذا القانون..".

(١٧٩) عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص١٧٥. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص١١٤-١١٥. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٣٠٨ وما بعدها.

ذلك أن عدد ساعات العمل اليومية في شهر رمضان لا يجوز أن يتجاوز ست ساعات يوميا؛ هذا الحكم يسري على جميع العمال في شهر رمضان، فلم يميز النص بين ما إذا كان العمل مسلماً أو غير مسلم، وهو ما يتفق مع المعايير الدولية التي تعهدت دولة الكويت بالالتزام بها، سيما الاتفاقية رقم (١١١) لسنة ١٩٥٨ في شأن التمييز في الاستخدام والمهنة، والجزء الخامس من الاتفاقية رقم (١١٧) لسنة ١٩٦٢ في شأن الأهداف والمعايير الأساسية للسياسة الاجتماعية(١٨٠).

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية النافذة في الكويت – لفحص مدى توافق القانون الجديد مع المعايير المنصوص عليها فيها – يتضح لنا أن الاتفاقية الدولية رقم (١) لسنة ١٩١٩ في شأن تحديد ساعات العمل في المنشآت الصناعية(١٨١)، تنص في مادتها الثانية على أنه: "لا تزيد ساعات عمل العمال عن ثماني ساعات في اليوم وعن ثمان وأربعين ساعة في الأسبوع.."؛ وكذلك ما نصت عليه المادة (٣) من الاتفاقية الدولية رقم (٣٠) لسنة ١٩٣٠ في شأن تنظيم ساعات العمل في التجارة والمكاتب(١٨٢) التي وضعت القاعدة العامة في ساعات العمل اليومية والأسبوعية بحيث لا تتجاوز في الأولى ثماني ساعات وفي الثانية ثمان وأربعين ساعة؛ ويلاحظ على نصي الاتفاقيتين أنهما أضبط في الصياغة من النص الكويتي نظراً لعدم استخدامهما الأسلوب التخييري؛ إلا أننا لا ننكر عليه – أي القانون الكويتي – أنه انسجم معهما بحيث يتحقق به الالتزام الدولي الذي تعهدت به دولة الكويت أمام المجتمع الدولي.

كما أن القانون الكويتي – كان وما زال – يتفق ومتطلبات المادة (١/١٠) من الاتفاقية العربية رقم (١٣) لسنة ١٩٨١ في شأن بيئة العمل، التي توجب تنظيم ساعات العمل اليومية؛ إلا أنه يؤخذ على هذه الاتفاقية – في تقديرنا –

(١٨٠) انظر على وجه الخصوص المادة (١٤) من الاتفاقية.
(١٨١) بدأ نفاذها في ١٩٢١/٦/١٣.
(١٨٢) بدأ نفاذها في ١٩٣٣/٨/٢٩.

عدم الفعالية ذلك إنها وإن تطلبت تنظيم ساعات العمل، إلا أنها لم تضع حداً أقصى لساعات العمل اليومية ولم تشر إطلاقاً لتنظيم ساعات العمل الأسبوعية، وبهذا فإن الاتفاقيات الدولية المنبثقة عن مؤتمر العمل الدولي تكون أكثر جدية من تلك الاتفاقية الصادرة عن منظمة العمل العربية؛ وهذا يعني أن التشريعات الوطنية تفوقت على الاتفاقية العربية في حين كان يفترض العكس.

وبرغم التحديد الأقصى لساعات العمل بثماني ساعات يومياً، إلا أن هذا لا يعني أنها متواصلة في كل الحالات، فبعد أن أقرت المادة (٦٥) من القانون الجديد حكم الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من القانون القديم، بعدم جواز تشغيل العامل أكثر من خمس ساعات متتالية يومياً دون أن يعقبها فترة راحة لا تقل عن ساعة ولا تحسب فترات الراحة ضمن ساعات العمل، استثنت من ذلك القطاع المصرفي والمالي والاستثماري فتكون ساعات العمل ثماني ساعات متصلة (أ)؛ ثم جاءت بحكم جديد اقتضته الضرورات العملية – كما تقول المذكرة الإيضاحية – حيث أجازت تشغيل العمال دون فترة راحة لأسباب فنية أو طارئة أو في الأعمال المكتبية، شريطة أن يقل مجموع ساعات العمل اليومية بساعة على الأقل عما هو منصوص عليه في المادة (٦٤)، ولكنها قيدت ذلك بموافقة الوزير المختص، الذي له أن يراقب الشروط القانونية المطلوبة لمثل هذا العمل، كي لا يتعسف صاحب العمل في استخدام هذه الرخصة؛ على أنه يجب التأكيد على أن هذه الرخصة رخصة استثنائية، وبالتالي يجب أن يتم استخدامها في أضيق الحدود ولا يتوسع فيها(١٨٣).

وعلى خلاف نص المادة (٣٤) من القانون القديم، الذي أغفل النص على ضوابط التحديد الأسبوعي والسنوي وفي وضع حد أقصى للساعات الإضافية

(١٨٣) ويلاحظ أن فترات الراحة المنصوص عليها في المادة (٦٥) والاستثناءات الواردة عليها هو تطور تشريعي وطني دون أي التزام دولي في ذلك، حيث لم تصادق الكويت على أي اتفاقية تحدد وقت الراحة إبان فترة العمل اليومي كما هو الشأن في الاتفاقيات الدولية بشأن الأحداث؛ وهذا يحسب إلى المشرع الكويتي.

الإجمالية، وضعت المادة (٦٦) من القانون الجديد ضوابط تشغيل العمال فترات إضافية، حيث تطلبت أن يكون ذلك بأمر كتابي من صاحب العمل إذا كان ذلك لازماً لمنع وقوع حادث خطر، أو إصلاح ما نشأ عنه، أو تفادي خسارة محققة، أو مواجهة أعمال تزيد على القدر اليومي العادي، وحددت عدد ساعات العمل الإضافية في اليوم الواحد بساعتين، وفي الأسبوع بما لا يتجاوز ثلاثة أيام، وفي السنة بتسعين يوما، وكله – في مجمله – بما لا يتجاوز كحد أقصى، مائة وثمانين ساعة في السنة(١٨٤).

ويتضح من ذلك أن هذه الضوابط، المستحدثة، قيدت من الصلاحية، التي كانت شبه مطلقة، لصاحب العمل في تشغيل العمال بأعمال إضافية، حيث كان بإمكانه – أي صاحب العمل – وفقاً للنص القديم تشغيل العامل لساعات إضافية ولو بشكل يومي طوال سنوات الخدمة دونما أي قيد زمني(١٨٥)، ولا شك أن في ذلك مشقة كبيرة على العامل؛ أكثر من ذلك بل أعتقد أنها – وفقاً لصريح النص – قيدت العامل نفسه أيضا؛ فلا يجوز له، ولو بمحض إرادته، أن يتجاوز الحد الأقصى للساعات المقررة عملاً بالحظر المنصوص عليه، لأن هذا الحظر ما وجد إلا تحقيقاً لمصلحته وضماناً لصحته، وتفاديا لاستنزاف جهده ببذل جهد متواصل قد ينعكس سلبا عليه وعلى العمل الذي يجب أن يؤديه بإتقان.

وفي تقديرنا، فإن الاستثناء الوارد في المادة (٦٦) من قانون العمل الكويتي الجديد ما هو إلا تطبيق لمعايير العمل الدولية؛ فبعد أن وضعت الاتفاقية رقم (١) لسنة ١٩١٩ في شأن تحديد ساعات العمل في المنشآت

(١٨٤) كما يلاحظ أن القانون الجديد، وعلى خلاف القانون القديم، قد تحفظ في صدد الساعات الإضافية بالنسبة للعمال الأحداث، حيث لا يسري عليهم حكم الشغل بالساعات الإضافية عليهم وإنما يسري على البالغين فقط، وهذا ما قضت به المادة (٢/٢١). وهذا الحكم ينسجم مع نص المادة (١٩) من الاتفاقية العربية رقم (١٨) لسنة ١٩٨١ في شأن الأحداث.

(١٨٥) سوى ما نصت عليه المادة سالفة الذكر من الالتزام بالساعتين في اليوم.

الصناعية القاعدة العامة في عدد ساعات العمل، عادت وقررت بعض الاستثناءات التي تفرضها طبيعة العمل أو الظروف المصاحبة له(١٨٦). وفي ذلك قضت المادة (٣) منها على أنه: "يجوز تجاوز الحد الأقصى لساعات العمل الذي تنص عليه المادة (٢) في حالة وقوع حادث أو ترجيح حدوثه، أو إذا لزم أداء أشغال عاجلة تتعلق بالآلات أو بالمصنع، أو في حالة القوة القاهرة.." ؛ وكذلك ما أجازته الاتفاقية، في المادة (٦/١/ب)، من صلاحيات للسلطة العامة في الاستثناءات المقررة لمواجهة ضغط العمل في الحالات غير العادية(١٨٧)؛ وهذا هو الشأن في الاتفاقية رقم (٣٠) لسنة ١٩٣٠ في شأن تنظيم ساعات العمل في التجارة والمكاتب، حيث تجيز المادة (٤) منها أن يعاد توزيع الحد الأقصى لساعات العمل بما لا يجاوز عشر ساعات يومياً؛ كما أجازت المادة (٥) أن يزيد العمل عن ثماني ساعات في حالة التوقف بسبب الأعياد أو الحوادث الطارئة أو القوة القاهرة أو الأحداث التي تسبب تلفاً مادياً جسيماً إلخ(١٨٨).

هذا ويلاحظ أن المادة (٦٦) من القانون الجديد لم تتضمن حكماً صريحاً، بالنسبة إلى الأجر الإضافي، إلا على الساعات الإضافية الإجبارية، أي تلك الساعات الإضافية التي تكون بأمر كتابي من قبل صحاب العمل، ويجبر عليها العامل دون الساعات الاختيارية، أي تلك التي يكلف بها صاحب العمل عامله، ويؤديها العامل باختيار منه، ودون أن يجبره عليها صاحب العمل بأمر كتابي وفقا للنص المذكور؛ فما الحكم الذي ينطبق في هذه الحالة؟

نعتقد أن نص المادة (٦٦) يتعين تطبيقه أيضا على الساعات الإضافية الاختيارية، فيكون ما يستحقه هنا بما يوازي أجره العادي الذي يستحقه في الساعة مضافاً عليه ٢٥٪ على الأقل، وذلك بشرطين: ١) أن تتجاوز الساعات التي عمل بها الحد المقرر قانوناً، أي أن يعمل زيادة عن العمل المقدر له؛ ٢) أن

(١٨٦) ويهمنا في هذا الشأن تلك الاستثناءات التي تبناها القانون الكويتي.
(١٨٧) للمزيد من الاستثناءات راجع المادتين: (٢/أ، ب، ج) و (٤) من الاتفاقية المذكورة.
(١٨٨) راجع للمزيد: المادتين (٧) و (٨) من الاتفاقية المذكورة.

يكون هذا العمل الزائد بتكليف من صاحب العمل، ولا يشترط هنا أن يكون التكليف بأمر كتابي كما هو الشأن في الساعات الإضافية الإجبارية، بل يكفي أن يكون شفهيا(١٨٩).

وأخيراً – وتحوطاً من أي جدل – قرر القانون الجديد صراحة أن العامل يستطيع إثبات تكليفه بالعمل الإضافي بكافة طرق الإثبات، ولا يحول دون ذلك أن تكليفه قد صدر بأمر كتابي، لأن هذا الأمر متطلب قانوني فقط لإجبار العامل على العمل خلال الساعات الإضافية، وفي ذلك تسهيل على العامل في طرق الإثبات؛ وهو ما أغفله المشرع في نص المادة (٣٤) من القانون القديم(١٩٠).

---

(١٨٩) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(١٩٠) إلا أن الفقه والقضاء الكويتي – منذ زمن – مستقران على جواز إثبات العامل اشتغاله ساعات إضافية بكل طرق الإثبات بما فيها القرائن وشهادة الشهود. تمييز عمالي ٢، طعن رقم ١٨٦/٢٠٠٥، الصادر في جلسة ٢٠٠٧/١١/١٢ أنظمة صلاح الجاسم، حيث قضت محكمة التمييز بأنه: ".. وحيث إنه عن طلب مقابل ساعات العمل الإضافية والعمل بأيام الراحة الأسبوعية والأجازات الرسمية، فإن مفاد نص المواد ٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦ من قانون العمل فى القطاع الأهلي، وأحكام قرار وزير الشئون الاجتماعية والعمل رقم ١٠٤ لسنة ١٩٩٤ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن مناط استحقاق الأجر عن ساعات العمل الإضافية والعمل أيام الراحة الأسبوعية والإجازات الرسمية ألا يكون هناك ثمة اتفاق مسبق بين رب العمل والعامل على القيام بالعمل ساعات أضافية وخلال الأيام المشار إليها، فإذا وُجِدَ مثل هذا الاتفاق تعين إعماله وبرئت ذمة صاحب العمل من الأجر عن ذلك العمل وفى الحدود المتفق عليها. وتستخلص المحكمة من أقوال شهود طرفي النزاع أمام الخبير المندوب فى الدعوى السابقة رقم ٩٢٠ لسنة ٢٠٠٣ عمالي، وأقوال الشاهد الثاني للمستأنف أمام الخبير المندوب فى الدعوى الراهنة، ومن صور كشوف رواتب العاملين في المنشأة أن أجر المستأنف كان ملحوظاً في تقديره منذ بداية العمل – شأنه شأن العاملين الواردة أسماؤهم في كشوف الرواتب – العمل لساعات أضافية وخلال أيام الراحة الأسبوعية والأجازات الرسمية باعتبار أن طبيعة عمل المنشأة – مطعم – يقتضى ذلك.." . تمييز تجاري، طعن رقم ٧٧/١ الصادر في جلسة ١٩٧٨/٦/١٢؛ تمييز عمالي، رقم ١٩٧٧/٦٩، الصادر في جلسة ١٩٧٩/٣/١٢. انظر أيضاً: الأحكام المشار إليها لدى: عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٣١٩ هامش ١.

تلك هي الملاحظات التي رصدناها في التنظيم التشريعي الجديد لنظام ساعات العمل، والآن نتطرق إلى الراحة الأسبوعية ونظام الإجازات لنقلّب ما استحدثه المشرع في ذلك.

الفرع الثاني
تطور نظام الإجازات

ونظراً للقصور الذي كان يعتور القانون القديم من حيث الراحة الأسبوعية، أو نظام الإجازات بشكل عام سواء الرسمية أو السنوية أو المرضية، الذي لم يفرد لهم سوى مواد قليلة (٣٥-٣٩)، فقد حقق القانون الجديد تطوراً ملحوظاً مقارنة بالقانون القديم الذي كان يشوبه الكثير من القصور، سواء من حيث تنظيم وتحديد الحقوق وضوابط التمتع بها لتفادي أية نزاعات مستقبلية، أو من حيث تحقيق ضمانات وميزات أكبر للعمال تتناسب مع التطور الذي ساد قانون العمل في التشريعات المقارنة وبما يتماشى مع المعايير الدولية؛ وهذا ما سوف نسلط عليه الضوء الآن.

أولاً - الإجازة الأسبوعية (الراحة الأسبوعية):

أعطت المادة (٦٧) للعامل الحق في راحة أسبوعية، مدفوعة الأجر، تحدد بأربع وعشرين ساعة متصلة عقب كل ستة أيام عمل، إلا أنه إذا اقتضت ظروف العمل تشغيل العامل في يوم راحته الأسبوعية[١٩١]، فقد قررت المادة المذكورة على ضرورة تعويض العامل بيوم راحة آخر في الأسبوع التالي مباشرة حتى يتحقق ليوم الراحة المقصود منه، وهو تجديد نشاط العامل على فترات دورية متقاربة[١٩٢]؛ والملاحظ أن النص الجديد جاء ليتلافى العيوب التي شابت نص المادة (٣٥) من القانون القديم سواء من حيث الصياغة أو المضمون.

---

(١٩١) ولا يكون ذلك إلا في حالة الضرورة، ويستحق العامل أجره عن هذا اليوم مضافاً إليه ٥٠٪ منه على الأقل.

(١٩٢) وأكدت المادة (٦٧) في فقرتها الثانية على أن هذا الحكم لا يخل بحساب حق العامل بما فيها أجره اليومي وإجازاته، حيث يجري حساب هذا الحق بقسمة راتبه على عدد أيام العمل الفعلية دون أن تحسب من ضمنها أيام راحته الأسبوعية، على الرغم من كون أيام الراحة هذه مدفوعة الأجر.

ولإيضاح ما سبق نقول بأن القانون القديم لم يكن يحتسب أجراً للعامل عن يوم الراحة، كما أنه لا يعوض العامل عن يوم راحته بيوم راحة آخر إذا ما تم تشغيله بعمل إضافي عند الضرورة خلال يوم الراحة الأسبوعية(١٩٣)؛ وقد تنبه الشارع لذلك وتم تعديل النص بما يتماشى مع قانون العمل المقارن والاتفاقيات الدولية(١٩٤)؛ حيث تعهدت الكويت وفقا للمادة (٦) من الاتفاقية رقم (١٠٦) لسنة ١٩٥٧ في شأن الراحة الأسبوعية في التجارة والمكاتب على أن يتمتع جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الاتفاقية بالحق في فترة راحة أسبوعية متصلة لا تقل عن أربع وعشرين ساعة متصلة خلال فترة سبعة أيام(١٩٥)؛ وهي على خلاف الاتفاقية العربية رقم (١٣) لسنة ١٩٨١ بشأن بيئة العمل التي لم تتطلب سوى اتخاذ الإجراءات والوسائل اللازمة للتقيد بفترات الإجازة الأسبوعية التي تضمن استقرار العامل نفسياً واجتماعياً.

---

(١٩٣) ونظراً لعدم شمول الراحة الأسبوعية بمقابل فقد كان الأجر يقسم على ٢٦ يوم فقط لاستبعاد الأربعة أيام غير مدفوعة الأجرة.

(١٩٤) رغم أن ذلك لم يفته في قانون العمل في القطاع النفطي الذي كانت فيه الراحة الأسبوعية مقابل أجر، ونحن نظن أن المشرع لم يكن يعطي اهتماماً لقانون العمل في ذلك الوقت لقلة الكويتيين المستفيدين من قانون العمل في القطاع الأهلي، وربما أن القلة العاملة التي كانت تعمل في القطاع الأهلي من الكويتيين كانت تقرر لهم هذه الميزة بعقد العمل أو اللائحة، ولذلك كان هذا القانون يخص في أغلب جوانب تطبيقه الأجانب.

(١٩٥) يجوز للسلطات استبعاد بعض الفئات من تطبيق هذه الإجازة؛ انظر في ذلك: الفئات التي نصت عليها المادة (٥) من الاتفاقية؛ انظر أيضا في بعض الظروف التي تحول دون تطبيق الراحة الأسبوعية وفقا للمادة (٦) ما نصت عليه المادة (٧)؛ كما لا يفوتنا أن نشير إلى الإعفاءات الواردة في المادة (٨) في حالات الضرورة أو الخطر أو القوة القاهرة أو الضغط غير العادي للعمل؛ انظر في مثل هذا التطبيق ما نصت عليه المادة (٦٧) من قانون العمل الجديد التي تجيز تشغيل العامل في يوم راحته في حالة الضرورة بشرط تقاضي ٥٠٪ إضافة على أجره الأصلي مع تعويضه بيوم راحة آخر.

إلا أن القانون الجديد لم يُلزم صاحب العمل بأن تتخذ الراحة الأسبوعية يوماً معيناً، كما أنه لم يضع بعض المعايير التي يمكن الاستئناس بها في تحديد هذا اليوم، كأن يكون يوم الراحة هو اليوم المتعارف عليه عرفاً وبحسب عادات وتقاليد البلد؛ إلا أن التزام الكويت بمثل تلك المعايير والإرشادات سوف يكون نابعاً من نصوص الاتفاقية رقم (١٠٦) سالفة الذكر؛ وتطبيقاً لذلك فقد تطلبت الاتفاقية – كلما أمكن – أن تمنح الراحة الأسبوعية في وقت واحد لجميع العاملين في المنشأة؛ كما أنها توجه الدول الأعضاء بمنح الراحة الأسبوعية، نحو الأيام المتعارف عليها بحكم التقاليد أو العادات في البلد أو المنطقة، كيوم الجمعة بالنسبة للكويت، أو يومي السبت والأحد لبعض الأجانب، بحيث تحترم تقاليد وعادات الأقليات الدينية قدر المستطاع(١٩٦).

من جهة أخرى، فقد كان القانون القديم ينص على أن تكون الراحة الأسبوعية يوماً واحداً، وليس أربعاً وعشرين ساعة متصلة كما في القانون الجديد والمادة (٦) من الاتفاقية رقم (١٠٦) سالفة الذكر، ولا شك أن تحديد الراحة بالساعات أكثر انضباطاً من تحديدها بلفظة "اليوم الواحد"، فالأخيرة قد تثير الجدل في وقت بدايتها وفي وقت انتهائها، في حين أن الثانية لا تثير مثل ذلك الجدل لانضباطها؛ ويبدو لنا عدم الانضباط أيضاً، في عدم تحديد يوم الراحة الأسبوعية بدقة في القانون القديم، سوى ما قرره بأن تكون أسبوعية، بمعنى مرة واحدة في الأسبوع، في حين أن القانون الجديد نص صراحة على أن تكون عقب كل ستة أيام عمل.

وأخيراً لا بد أن نشير إلى أننا لا نتفق مع صياغة النص الجديد من حيث تقاضي نسبة ٥٠٪ من الأجر في حال عمل العامل يوم راحته للظروف المنصوص عليها في المادة (٦٧) من القانون الجديد؛ ذلك أنه – وفي صياغته – كأنه يقصر أجر العامل على الـ ٥٠٪ دون الأجر الأصلي عندما قررت المادة

(١٩٦) انظر في ذلك الفقرات: ٤، ٣، ٢ من نص المادة (٦) من الاتفاقية.

(٦٧) من القانون الجديد على أنه: ".. ويتقاضى العامل ٥٠ في المئة على الأقل من أجره الأصلي..".

فما المقصود من الأجر في هذا النص؟ هل المقصود أجره العادي مضافاً إليه ٥٠٪؟ أم ٥٠٪ فقط دون الأجر الأصلي؟ ولا يساورنا الشك بأن المقصود به الأولى دون الثانية دون أن نفوت الفرصة في تسليط الضوء على سوء صناعة النص، في حين أن النص القديم، وهو الذي نفضله، كان أكثر وضوحاً لما نص في المادة (٣٥) من القانون القديم على أنه: ".. يتقاضى أجراً عن هذا اليوم يوازي الأجر العادي الذي يستحقه مضافاً إليه ٥٠٪ على الأقل..".

ثانياً – الإجازات الرسمية والمرضية:

وما أن نستهل باستقراء النصوص المتعلقة بالإجازات الرسمية للعامل، حتى يتبن لنا بوضوح التطور الملحوظ الذي جرى بشأنها؛ فعلى خلاف المادتين (٣٦) و (٣٧) من القانون القديم، أضافت المادتان (٦٨) و (٦٩) من القانون الجديد بعض أنواع الإجازات الرسمية التي غفل عنها القانون القديم تارة، وضاعفتا تارة أخرى من مدد الإجازات لتحقيق أكبر قدر من الراحة للعامل، وبما يتناسب مع طبيعة المجتمع الذي يجب أن يراعي العمال الأهليين مقارنة بنظرائهم في القطاع العام، سيما وأن الدولة بدأت تشجع الأفراد للانخراط في القطاع الخاص، وبطبيعة الحال لن يتأتى ذلك إلا بتشجيعهم عن طريق تقرير العديد من المميزات أهمها شعورهم بعدم التفاوت الكبير بينهم وبين موظفي القطاع العام.

لذلك فقد أصبحت الإجازات الممنوحة للعامل في القانون الجديد تفوق ما كان موجوداً في القانون القديم؛ فبالنسبة للإجازات الرسمية فقد أصبحت (١٣) يوما بعد أن كانت في ظل القانون القديم (٨) أيام؛ أما بالنسبة للإجازة المرضية فقد زادت أيام احتساب الأجر الكامل أو التدريجي عما كان منصوصاً عليه في القانون القديم، بحيث أصبح العامل يستحق أجراً كاملاً عن (١٥) يوم و(١٠) أيام بثلاثة أرباع الأجر و(١٠) أيام بنصف أجر و(١٠) أيام بربع أجر و(٣٠)

يوماً بدون أجر، وليس (٦) أيام كما كان عليه الوضع في المادة (٣٧) من القانون القديم(١٩٧).

(١٩٧) المادة (٣٦) من القانون القديم تنص على أن: "الإجازات الرسمية التي تمنح للعامل باجر كامل هي: عيد رأس السنة الهجرية يوم واحد، عيد الإسراء يوم واحد، عيد الفطر يومان، عيد الأضحى يومان، عيد المولد النبوي يوم واحد، العيد الوطني يوم واحد، وإذا استدعت ظروف العمل تشغيل العامل في أحد أيام الإجازات الرسمية يقرر له أجر مضاعف." أما المادة (٣٧) كانت تنص على أن: "للعامل الذي يثبت مرضه بموجب شهادة الطبيب الذي يعينه صاحب العمل أو الطبيب المسؤول بإحدى الوحدات الصحية الحكومية في الإجازات المرضية التالية خلال السنة: ستة أيام بأجر كامل، ستة أيام بثلاثة أرباع الأجر، ستة أيام بنصف الأجر، ستة أيام بربع الأجر، ستة أيام بدون أجر، فإذا وقع خلاف حول تحديد مدة العلاج فإن شهادة طبيب الوحدة الصحية الحكومية تجب شهادة الطبيب الأهلي الذي عينه صاحب العمل". أما المادة (٦٨) من القانون الجديد فقد قررت: "الإجازات الرسمية المقررة للعامل بأجر كامل هي: أ – يوم رأس السنة الهجرية يوم واحد. ب – يوم الإسراء والمعراج يوم واحد. ج – عيد الفطر السعيد ثلاثة أيام. د – وقفة عيد الأضحى المبارك يوم واحد. هـ – عيد الأضحى المبارك ثلاثة أيام. و – المولد النبوي الشريف يوم واحد. ز – اليوم الوطني ٢٥ فبراير يوم واحد. ح – يوم التحرير ٢٦ فبراير يوم واحد. ط – يوم رأس السنة الميلادية يوم واحد. وإذا استدعت ظروف العمل تشغيل العامل في أحد هذه الأيام قرر له أجر مضاعف عنه مع تعويضه بيوم بديل. كما أن المادة (٦٩) من القانون الجديد نصت على أنه: "مع مراعاة حكم المادة (٢٤) من هذا القانون للعامل الحق في الأجازات المرضية الآتية خلال السنة: – خمسة عشر يوماً بأجر كامل. – عشرة أيام بثلاثة أرباع الأجر. – عشرة أيام بنصف الأجر. – عشرة أيام بربع الأجر. – ثلاثون يوماً من دون أجر. ويثبت المريض الذي يقتضي الإجازة بشهادة من الطبيب الذي يعينه صاحب العمل أو الطبيب المسئول في الوحدة الصحية الحكومية، فإذا وقع خلاف في شأن استحقاق الإجازة أو مدتها فإن شهادة الطبيب الحكومي تكون هي المعتمدة. أما ما يخص الأمراض المستعصية فتستثنى بقرار من الوزير المختص، يحدد فيه نوع هذه الأمراض".

ثالثاً – الإجازات السنوية:

لقد زادت المادة (٧٠) من قانون العمل الجديد من حق العامل في الإجازة السنوية بجعلها ثلاثين يوماً عن كل سنة من سنوات الخدمة، تستحق بعد تسعة أشهر في الخدمة، بعد أن كانت مدة الإجازة (١٤) يوماً وفقاً للقانون القديم (المادة ٣٨) تستحق بعد سنة كاملة؛ ولا يخفى على أحد أن المشرع الكويتي كان – بحق – سخياً في زيادة مدة الإجازة الممنوحة للعامل مقارنة بالتشريعات المقارنة ومعايير العمل الدولية[١٩٨]؛ فبالرجوع إلى الاتفاقية الدولية رقم (٥٢) لسنة ١٩٣٦ بشأن الإجازات السنوية مدفوعة الأجر نجد أن المادة (١/٢) تقضي بأنه: "لكل شخص.. الحق في إجازة سنوية مدفوعة الأجر من ستة أيام عمل على الأقل"[١٩٩]؛ واضح جداً أن الاتفاقية وضعت حداً أدنى للإجازة وقدرته بـ(٦) أيام، ومع ذلك فإن المشرع الكويتي قد تجاوز هذا الحد الأدنى بكثير.

لم يتوقف المشرع عند هذا الحد بل عالج العيوب التي انتابت النص القديم الذي كان مقتضباً جداً، بحيث حسم النص الجديد صراحة، مسألتين في غاية الأهمية، كانت الآراء تتضارب فيهما بين مؤيد ومعارض، وهذا الاختلاف سوف يؤدي – بلا أدنى شك – إلى الإضرار بالعامل.

المسألة الأولى: أقر قانون العمل الجديد – في نص المادة (٧٠) من القانون الجديد – صراحة استحقاق العامل إجازة عن كسور السنة بنسبة ما قضاه منها في العمل، حتى ولو كانت الكسور واقعة خلال السنة الأولى من الخدمة؛ وهذا على خلاف ما كان سائداً في القانون القديم الذي أغفل ذلك كلية، وترك المسألة لمحض اجتهاد الفقه والقضاء الذي يرفض منحه إجازة عن كسور

---

(١٩٨) انظر على سبيل المثال: المادة (٤٧) من قانون العمل المصري؛ المادة (٧٩) من قانون العمل القطري؛ المادة (٧٥) من قانون العمل الإماراتي.

(١٩٩) بدأ نفاذ هذه الاتفاقية في ١٩٣٩/٩/٢٢.

السنة الأولى[٢٠٠]، ولا شك أن في ذلك ميزة جديدة للعامل تضاف إلى الميزات التي أتى بها القانون الجديد.

أما المسألة الثانية: فقد حسم أي جدل أو اجتهاد حول تداخل الإجازات السنوية مع الإجازات الأخرى كالإجازة المرضية أو أي من الإجازات الرسمية التي تقع وقت سريان الإجازة الأولى (السنوية)؛ وفي ذلك قضت المادة (٧٠) على أن "..لا تحسب ضمن الأجازة السنوية أيام العطل الرسمية وأيام الأجازات المرضية الواقعة.." خلال الإجازة السنوية[٢٠١]؛ ومما لا شك فيه أن هذا النص ينسجم مع معايير العمل الدولية، حيث قضت المادة (٣/٢) من الاتفاقية الدولية رقم (٥٢) لسنة ١٩٣٦ بشأن الإجازات السنوية مدفوعة الأجر على أنه: "لا تدرج الفترات التالية في الإجازة السنوية مدفوعة الأجر: (أ) العطلات الرسمية والقانونية. (ب) الانقطاع عن العمل بسبب المرض".

ولما كانت الإجازة السنوية لا تؤتي ثمارها بدون الحصول على مقابلها النقدي مقدماً أي قبل التمتع بها، وهو ما غفل عنه القانون القديم تاركاً المسألة

---

(٢٠٠) "وحيث إنه عن طلب مقابل الإجازة السنوية فإذ كانت المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ في شأن العمل في القطاع الأهلي، إذ نصت على أن لكل عامل أمضى في خدمة صاحب العمل سنة كاملة متصلة الحق في إجازة لمدة ١٤ يوماً تزداد إلى ٢١ يوماً بعد خمس سنوات متصلة، فقد دلت على أن الشرط الوحيد للاستحقاق العامل للإجازة السنوية هو اتصال خدمته لدى صاحب العمل سنة كاملة، فإن تحقق ذلك استحق العامل الإجازة السنوية عنها وعن السنوات التالية أو أجزائها التي يمضيها في خدمة ذات صاحب العمل حتى ولو كان بعقد جديد، مادامت خدمة العامل لديه اتصلت دون أن يتخللها مدة زمنية". تمييز تجاري، الطعن رقم ١٩٩٣/٩، الصادر في جلسة، ١٩٩٤/٢/١٤، موقع "محامو الكويت". www.mohamoon-kw.com.

(٢٠١) وأياً ما كان الرأي تجاه هذه المستحدثات فهي وإن كانت مستقرة في دول أخرى، كمصر، نظراً لتطور النظام القانوني والقضائي فيها إلا أنها بالنسبة لبلد مثل الكويت تعتبر حسماً لجدل عن طريق أداة التشريع التي لا تقبل أي نقاش، وذلك على خلاف الحسم الذي يكون عن طريق الفقه والقضاء لأنهما وإن علا شأنهما يبقيان مصادر احتياطية غير ملزمة وغير حاسمة.

برمتها لاتفاق صاحب العمل مع عامله، ولا شك أن الأول هو صاحب الكلمة الأولى، فقد سارع القانون الجديد – تقديراً لمركز العامل وتمشياً مع مقتضيات العمل وحسماً لأي نزاع – إلى إلزام صاحب العمل وفقاً للمادة (٧١)، بأن يؤدي إلى العامل الأجرة المستحقة عنها قبل التمتع بها؛ وهو موقف تشريعي يستحق الإشادة.

والجدير بالذكر أن القانون القديم لم ينص على أحقية العامل في تجميع إجازاته، إلا أننا وكما نعلم أن حقه في الإجازات السنوية لا يسقط؛ ولذلك فقد استقر الفقه والقضاء، على جواز تجميع العامل إجازاته بشرط موافقة صاحب العمل، وله أن يطالب الأخير بمقابل نقدي عن كل إجازة لم يأخذها رغم إغفال المشرع تنظيم هذا الشأن صراحة(٢٠٢)؛ كما يلاحظ أن القانون القديم لم ينص على مدة قصوى لتجميع الإجازات المتراكمة إلا ما نصت عليه المذكرة التفسيرية، في معرض تفسيرها للمادة (٣٩)، من أنه: ".. ولم تمنع المادة صراحة تراكم الإجازات السنوية إلا أنه لا يجب التوسع في هذا المبدأ فيكفي التراكم عن الإجازة السنوية لمدة سنتين شريطة أن يكون ذلك بناء على رغبة العامل كتابة".

ومعلوم أن المذكرة التفسيرية ليس لها أية قوة ملزمة، ومؤدى ذلك أن للعامل تجميع الإجازات لمدة غير معلومة دون أي قيد يذكر، وقد كان هذا موقفاً منتقداً من المشرع العمالي الذي ما كان ينبغي أن يترك مسألة تراكم الإجازات إلى ما لا نهاية؛ ولئن كانت فلسفة قانون العمل هي حماية العامل، فإنها حماية ليست في مواجهة صاحب العمل دوما فقط بل ربما تجاه العامل نفسه إذا أفرط في عدم الالتفات لسلامته وصحته، ولذلك كانت معظم قواعد قانون العمل قواعد متعلقة بالنظام العام.

---

(٢٠٢) إلا وفقاً للقواعد العامة بمضي ١٥ سنة من ثبوتها له مع مراعاة ما يقضي به قانون العمل من عدم سماع الدعوى العمالية بعد مضي سنة من وقت انتهاء عقد العمل. تمييز عمالي ٣، طعن رقم ٢٠٠٦/١٤٩، الصادر في جلسة ٢٠٠٧/١٢/١٢، أنظمة صلاح الجاسم. تمييز عمالي، طعنان برقمي ٤٧ و٢٠٠٠/٥٨، الصادر في جلسة ٢٠٠١/٣/١٩، أنظمة صلاح الجاسم. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

ومن هنا تدخل المشرع في القانون الجديد وحاول أن يتلافى تلك العيوب؛ وفي ذلك قضت المادة (٧٢) على أنه: "لصاحب العمل حق تحديد موعد الأجازة السنوية كما يجوز له تجزئتها برضاء العامل بعد الأربعة عشر يوماً الأولى منها. وللعامل حق تجميع إجازاته بما لا يزيد على أجازة سنتين وله بعد موافقة صاحب العمل القيام بها دفعة واحدة، ويجوز بموافقة الطرفين تجميع الإجازات السنوية لأكثر من سنتين"[٢٠٣]؛ ويبدو جلياً من هذا النص أن المشرع أجاز صراحة للعامل تجميع إجازاته السنوية لمدة سنتين، أو لأكثر من سنتين بشرط موافقة الطرفين؛ ولنا في المادة المستحدثة بعض الملاحظات.

من يتأمل جيد النص سالف الذكر، يتضح له أن المشرع استخدم لفظة (حق) عندما قال: ".. وللعامل حق تجميع إجازاته.."؛ معنى ذلك أن العامل يستطيع أن يُراكم إجازاته لمدة سنتين، ودون موافقة صاحب العمل، وفي ذلك خروج على الأصل العام الذي يقضي بعدم جواز أن يجمع العامل إجازاته رغماً عن إرادة رب العمل، لأن القاعدة أن لصاحب العمل أن يصر على حصول العامل على إجازته السنوية[٢٠٤]، كما أن مقتضيات المشروع تتطلب أن يحدد صاحب العمل توقيت الإجازات السنوية للعمال مع مراعاة ظروفهم ومتطلبات العمل؛ على أن بعض الأعمال تتطلب أن يأخذ العامل قسطاً من الراحة كي يعاود ممارسة عمله بهمة ونشاط وهو ما ينعكس إيجاباً على العمل.

---

(٢٠٣) كانت المادة (٣٩) من القانون القديم لا تجيز لصاحب العمل تجزئة الإجازة السنوية، بعد موافقة العامل طبعا، إلا للبالغين وقد حظرت، صراحة، مثل هذه التجزئة بالنسبة إلى الأحداث. إلا أن القانون الجديد، عملاً بالمادة (٧٢)، قد رفع هذا الحظر وأصبحت تجزئة الإجازات بعد الأربعة عشر يوماً الأولى منها مسموح بها للأحداث كما للبالغين.

(٢٠٤) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٣٣١. بل أن المقرر في قضاء محكمة التمييز: "إن حق العامل في الإجازة السنوية.. يقابله التزام على عاتق صاحب العمل بمنحه تلك الإجازة حتى ولو لم يطلبها". تمييز عمالي (٣)، طعن رقم ١٣٩/٢٠٠٦، الصادر في جلسة ٢٦/٩/٢٠٠٧، أنظمة صلاح الجاسم.

ولا نظن أن هذا النص – بهكذا صياغة – ينم عن عدم حسن الصناعة التشريعية، بل نكاد نجزم بأن الشارع تعمد هذه الصياغة بحيث يكون تجميع الإجازات حق خالص للعامل، والدليل على ذلك نستمده من ذات النص الذي قضى في نهايته على أنه ".. ويجوز بموافقة الطرفين تجميع الإجازات السنوية لأكثر من سنتين"؛ معنى ذلك أن تجميع الإجازة لمدة لا تزيد على سنتين يُكتفى فيها بموافقة العامل فقط دون صاحب العمل، وهو ما ذكرته المادة صراحة في بدايتها عندما استخدمت عبارة "وللعامل حق.." كما أسلفنا(٢٠٥).

لكل ما تقدم، فإن موقف المشرع الكويتي منتقد، من وجهة نظرنا، لأنه سمح بتجميع الإجازات السنوية دون الحصول على موافقة صاحب العمل؛ وإذ ننتقد ذلك لا يعني أننا نميل لمركز صاحب العمل، بل لأن قانون العمل ما وضع لحماية العامل من صاحب العمل فحسب، بل حماية له من نفسه عندما يتقاعس في حماية سلامته وصحته في العمل بمقابل الأجر؛ ثم أنه يجب أن يناط تنظيم العمل وإدارته بصاحب العمل وليس العامل، مادام ذلك يصب في مصلحة العمل ولا يؤدي إلى تجاوز حقوق العمال.

لذلك كنا نتمنى لو كان النص كالآتي: "للعامل تجميع إجازاته السنوية، بعد موافقة صاحب العمل، بما لا يزيد على إجازة سنتين". أي أننا نقترح ألا يكون تجميع الإجازات إلا بعد موافقة صاحب العمل، على ألا تتجاوز إجازة سنتين في كل الأحوال(٢٠٦).

---

(٢٠٥) والتدليل، المذكور من جانبنا، ليس إلا تأكيداً على أن الصياغة كانت مقصودة بهذا الشكل ولهذا المفهوم تحسباً أن يقول البعض – في المستقبل – أن المشرع لم يكن يقصد ذلك، أي لم يكن يريد أن يكون تجميع الإجازات حقاً خالصاً للعامل.

(٢٠٦) ويلاحظ أن المشرع لم يفرض شكلاً معيناً، كالكتابة، لتجميع الإجازات السنوية، على أن الغالب الأعم -عملا - أن الإجازات تكون بطلب يقدم من العامل، ويجيبه صاحب العمل بخطاب مكتوب، حيث يوجد سجل كتابي أو إلكتروني في غالبية المؤسسات الخاصة؛ انظر في ذلك: المواد (٨٠،٨١،٨٢) من قانون العمل الجديد.

ورأينا السالف ينطلق من فكرة عدم جواز تنازل العامل عن إجازته السنوية مقابل عوض أو بغير عوض، وهو نص مستحدث لم يكن له مقابل في القانون القديم (المادة ٧٤)[٢٠٧]؛ ولتوضيح ذلك نقول إن السماح بتراكم الإجازات إلى ما لا نهاية – بموافقة العامل وصاحب العمل أو لمدة سنتين دون موافقة الأخير – سوف يؤدي في نهاية المطاف إلى إمكان التحايل على هذا النص وتعطيله؛ ومعلوم أن هذا النص متعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، حيث يستطيع الطرفان أن يتفقا على تجميع الإجازات لمدة غير معلومة، فينتهي العقد أو يُنهى دون حصول العامل على إجازاته السنوية، ومن ثم عدم تحقق الغايات السامية التي قصدها المشرع من النص المذكور ومن تقرير هذه الإجازة وهي – بحسب الأصل – راحة العامل وتجديد نشاطه، وليس المقابل النقدي عنها.

وإذا كان يمكن صرف النظر عن جواز تجميع الإجازات لمدة سنتين لضآلة المدة، إلا أن السماح بتجميع الإجازات السنوية لمدة غير معلومة غير مبرر إطلاقاً من وجهة نظرنا، لأنه – وكما أسلفنا – ليس إلا تنازلاً عن الإجازة السنوية بعوض أي مقابل بدل نقدي؛ لا سيما وأن المشرع استحدث نصاً في القانون الجديد – لم يكن له مقابل في القانون القديم – يجيز البدل النقدي كمقابل عن أيام الإجازات السنوية المجتمعة (المادة ٧٣)[٢٠٨]؛ وبصريح النص

(٢٠٧) على أن القضاء مستقر على هذا المبدأ قبل صدور القانون الجديد؛ ذلك أنه من المقرر في قضاء محكمة التمييز أنه: "إن حق العامل في الإجازة السنوية يتعلق بالنظام العام ولا يجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمناً": تمييز عمالي (٣)، طعن رقم ١٣٩/٢٠٠٦، الصادر في جلسة ٢٦/٩/٢٠٠٧، أنظمة صلاح الجاسم.

(٢٠٨) لقد سبقه في ذلك قانون العمل في القطاع النفطي الذي نص في مادته (١٣) يجوز لصاحب العمل تجميع إجازة العامل المستحقة خلال مدة لا تجاوز سنتين إذا أبدى العامل رغبته في ذلك كتابة؛ كما أن القضاء الكويتي مستقر – ومنذ زمن – على جواز البدل النقدي ولمدة غير معلومة: تمييز تجاري، طعن رقم ١٤/١٩٧٣، الصادر في جلسة ١٢/٦/١٩٧٤، مجلة القضاء والقانون، السنة (٥)، القاعدة رقم (١٧)، ص٨٨؛ تمييز عمالي (٣)، طعن رقم ١٣٩/٢٠٠٦، الصادر في جلسة ٢٦/٩/٢٠٠٧، أنظمة صلاح الجاسم؛ تمييز عمالي، طعنان برقمي ٤٧ و ٥٨/٢٠٠٠، الصادر في جلسة ١٩/٣/٢٠٠١، أنظمة صلاح الجاسم.

يبدو جلياً أنه أجاز المقابل النقدي عند انتهاء العقد، وبذلك يستطيع العامل أن يجمع إجازاته، دون حد زمني معين، ليستبدلها بعوض وهو ما يمثل – من وجهة نظرنا – تنازلاً بعوض حظره المشرع في المادة (٧٤)؛ حيث تنص المادة سالفة البيان على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٧٢) لا يجوز للعامل أن يتنازل عن أجازته السنوية بعوض أو بغير عوض، ولصاحب العمل أن يسترد ما أداه له من أجر عنها إذا ثبت اشتغاله خلالها لدى صاحب عمل آخر"؛ والحقيقة أننا لا نفهم ما هو وجه التناسق التشريعي في النص المذكور حيث ينص في مقدمته على عدم جواز التنازل عن الإجازة السنوية، ثم يقرر أن لصاحب العمل أن يسترد ما أداه من أجر إذا ثبت أن العامل اشتغل خلال إجازته السنوية لدى شخص آخر، ونعتقد أنه كان من الأفضل أن يجزأ النص على مادتين.

وحق العامل في إجازته وعدم التنازل عنها يتوافق مع نص المادة (٤) من الاتفاقية الدولية رقم (٥٢) بشأن الإجازات السنوية مدفوعة الأجر، التي قضت ببطلان أي اتفاق للتخلي عن الإجازة أو التنازل عنها؛ وتطبيقاً لهذه الاتفاقية فقد استوحى المشرع الكويتي حق صاحب العمل بحرمان العامل من الأجر إذا اشتغل لدى الغير؛ وفي ذلك قضت المادة (٥) منها على أنه: "يجوز للقوانين أو اللوائح الوطنية أن تنص على إمكان حرمان الشخص (العامل) الذي يؤدي عملا بأجر أثناء إجازته السنوية من حقه في تقاضي أجر عن مدة هذه الإجازة"؛ بمعنى أن الاتفاقية تقضي بعدم استحقاق العامل الأجر إذا اشتغل لدى شخص آخر أثناء إجازته السنوية لدى صاحب العمل الأصلي، وهو ما استحسنه المشرع الكويتي؛ على أن ذلك في تقديرنا ما هو إلا تطبيق لقواعد حسن النية وشرف التعامل في العقود.

لم يكتف المشرع بإعادة تنظيم الإجازات السنوية والرسمية وتعزيزها ليعيش العامل حياة كريمة، بل استحدث العديد من الإجازات الأخرى التي تتطلبها ظروف معينة كالتحصيل العلمي أو الحج أو الوفاة أو ظروف خاصة.

رابعاً – الإجازات المستحدثة الأخرى:

لقد استحدث المشرع أنواعاً جديدة من الإجازات، كالإجازة الدراسية وإجازة الحج وإجازة الوفاة والإجازة الخاصة؛ ويحسن بنا أن نتناولها بالدراسة والتقييم.

١ – الإجازات الدراسية والثقافية:

تشجيعاً للعمال على الدراسة والتحصيل العلمي استحدثت المادة (٧٥) حكماً يقضي بجواز منح العامل إجازة دراسية بأجر للحصول على مؤهل أعلى في مجال عمله شريطة أن يلتزم بالعمل لدى صاحب العمل مدة مماثلة لمدة الدراسة، وبحد أقصى قدره خمس سنوات، وفي حالة إخلال العامل بذلك يلتزم برد جميع الأجور التي صرفت له أثناء الإجازة بنسبة ما تبقى من المدة الواجب قضاؤها في العمل.

ورغم جوازية النص السالف للإجازة الدراسية، إلا أنه يعتبر تطوراً كبيراً في تنظيم العمل في القطاع الأهلي، سيما في بلد مثل الكويت يعتمد غالبية مواطنيه على العمل في القطاع العام، وميزات كهذه سوف تكون دافعة للانخراط في القطاع الخاص هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فقد أحسن المشرع عندما جعل الإجازة الدراسية مرتبطة بمؤهل دراسي أعلى في مجال العمل الذي يعمل فيه، وليس في مجال غيره، لأن المنطق يقول: إن هذه التكلفة لهذا النوع من الإجازات يجب أن يعود بالنفع على مشروع صاحب العمل أيضا، فزيادة حقوق العمال وميزاتهم يجب ألا تنسينا أيضاً أننا ندور في فلك القطاع الخاص وليس القطاع العام.

وهذا ما يبرر اشتراط النص أن يعمل العامل لدى صاحب العمل لمدة مماثلة وبحد أقصى خمس سنوات، وإلا التزم برد ما تقاضاه من أجر بحسب ما بقي من المدة التي من الواجب عليه أن يعمل لديه خلالها. ويلاحظ أن النص جاء مطلقاً فلم يحدد ما إذا كانت الدراسة المطلوب الإجازة عنها في خارج البلاد أو في داخلها، ولانعدام التقييد فهذا يعني، من وجهة نظرنا، أنها تشمل الحالتين سواء خارج البلاد أو داخلها؛ بيد أنه يؤخذ على المشرع – رغم سخائه – أنه لم يتطرق من قريب ولا من بعيد لنوع آخر من أنواع الإجازات المرتبطة

بالدراسة، وهي إجازة مرافقة الزوج خلال فترة دراسته خارج البلاد، سيما أن الإجازة الدراسية بالخارج – في الغالب – تمتد لسنوات عديدة، إلا أن الواضح أنها متروكة لمحض إرادة صاحب العمل.

وعلى صعيد متصل استحدث المشرع في المادة (٧٨) إجازة أخرى بأجر كامل لحضور المؤتمرات واللقاءات الدورية والاجتماعية العمالية وفقاً للقواعد والشروط التي يصدر بها قرار من الوزير؛ على أن قراراً لم يصدر بهذا الشأن، وهو ما يدعونا للتنبيه بألا يقتصر هذا النوع من الإجازات على الكويتي فنكون قد وقعنا في مخالفة للاتفاقيات الدولية التي التزمنا بها، سيما الاتفاقية رقم (١١١) لسنة ١٩٥٨ بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة[٢٠٩]، والاتفاقية رقم (١١٧) لسنة ١٩٦٢ بشأن الأهداف والمعايير الأساسية للسياسة الاجتماعية[٢١٠].

٢ – إجازة الحج:

وفي تطور ملحوظ، ينسجم وشريعتنا السمحاء، استحدثت المادة (٧٦) إجازة لأداء فريضة الحج للعامل الذي أمضى سنتين متصلتين في خدمة صاحب العمل ولم يكن قد أدى هذه الفريضة من قبل، فجعلت له الحق في الحصول على إجازة مدفوعة الأجر مدتها واحد وعشرون يوماً؛ وبمطالعة النص المذكور يتبن لنا أنها إجازة يحصل عليها العامل، بقوة القانون، فلا يملك صاحب العمل في منحها من عدمه أية سلطة تقديرية، وإن كان له بطبيعة الحال سلطة تقديرية في توقيتها وفقاً لمقتضيات ظروف العمل.

ويتضح من النص[٢١١] أن المشرع تطلب صراحة، بالإضافة لشرط السنتين المتصلتين في الخدمة، ألّا يكون العامل قد أدى فريضة الحج من قبل،

---

(٢٠٩) انظر على وجه الخصوص: المواد (١) و (٢) و (٣) من الاتفاقية.

(٢١٠) انظر على وجه الخصوص: الجزء الخامس من الاتفاقية، وتحديداً المادة (١٤) منها.

(٢١١) تنص المادة (٧٦) من قانون العمل الكويتي الجديد: "للعامل الذي أمضى سنتين متصلتين في خدمة صاحب العمل الحق في أجازة مدفوعة الأجر مدتها واحد وعشرون يوماً لأداء فريضة الحج شريطة ألا يكون قد أدى الفريضة قبل ذلك".

والمقصود بالشرط هنا هو أداء الفريضة في ذاتها، وليس حصوله من قبل على إجازة عنها.

ولمزيد من الإيضاح، لو افترضنا أنه لم يسبق للعامل أن حصل على إجازة حج من عمل سابق إطلاقاً، ولكنه سبق أن أدى فريضة الحج، فلا يجوز له الحصول على هذه الإجازة(٢١٢)؛ ورغم أن النص لم يتطرق صراحة لعدد مرات حصول العامل على هذه الإجازة(٢١٣)، إلا أن مؤداه يقطع بأن هذه الإجازة لا تكون إلا لمرة واحدة طوال مدة خدمته سواء في ذات المنشأة أو في منشأة غيرها.

على أنه يؤخذ على هذا النص أنه غاير بين العمال المسلمين وغير المسلمين، لأن فريضة الحج لا تثبت إلا للمسلمين، وبالتالي فإن هذه الإجازة من حق المسلمين فقط، وفي ذلك مخالفة للاتفاقية الدولية رقم (١١١) بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة سالفة الذكر، وكان الأجدى على المشرع أن ينص – بالإضافة إلى الحج – على زيارة بيت المقدس؛ وهذا المنهاج هو ما اتخذه قانون العمل المصري(٢١٤).

كما يعاب على هذا النص تطلبه مدة السنتين المتصلتين في الخدمة للحصول على الإجازة وقد كان الأفضل – من وجهة نظرنا – أن يتركها لسلطة صاحب العمل التقديرية وألا يقيدها بمدة معينة(٢١٥)؛ فمعلوم أنه وإن كانت هذه

---

(٢١٢) وهي بصريح النص - كما نراها - تتطلب ألا يكون العامل قد أدى فريضة الحج بأي شكل من الأشكال، ولا توحي بذلك كما يرى البعض: خالد الهنديايني، عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

(٢١٣) كنظيره المصري في المادة (٥٣) ونظيره القطري المادة (٨٣)، اللذان نصا صراحة على أنها تمنح للعامل مرة واحدة فقط طوال مدة خدمته.

(٢١٤) تنص المادة (٥٣) من قانون العمل المصري على أن:" للعامل الذي أمضى في خدمة صاحب العمل خمس سنوات متصلة الحق في إجازة بأجر كامل لمدة شهر لأداء فريضة الحج أو زيارة بيت المقدس، وتكون هذه الإجازة مرة واحدة طوال مدة خدمته".

(٢١٥) على أننا نرى بأن الخدمة يجب أن تكون متصلة في ذات المشروع وليس في مشروع آخر، ولكننا نقر باتصال الخدمة في حال تغير صاحب العمل أو تغير نشاط المشروع مع استمراره في ذات المشروع. انظر في عكس رأينا: همام محمد محمود زهران، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٩، ص٦٥٩.

الإجازة حقاً للعامل إلا أن تنظيم القيام بها متروك لتنظيم صاحب العمل، والأخير بالتأكيد سوف يختار التوقيت المناسب لحصول العامل عليها وفقاً لنظم العمل، وفي غالب الأحيان لن يمنحها صاحب العمل إلى عامله إلا بعد استقراره في المشروع(٢١٦).

٣ – إجازة الوفاة:

واستكمالاً لتطور نظام الإجازات استحدث المشرع – وفقاً لنص المادة (١/٧٧) – نوعاً آخر من الإجازات فجعل للعامل، في حالة وفاة أحد أقاربه من الدرجة الأولى أو الثانية، الحق في إجازة بأجر كامل لمدة ثلاثة أيام؛ ويبدو أن المشرع قصر هذا النوع من الإجازات – صراحة – على درجة القرابة فقط دون درجة المصاهرة؛ وكما نعلم – وباختصار شديد – أن القانون الكويتي يعتبر المصاهرة مجرد صلة أو رابطة مصاهرة وليست قرابة مصاهرة فلم يصل بها القانون إلى حد درجة القرابة، لأن صفة القرابة وفقاً للقانون المدني الكويتي لا تطلق إلا على من يجمعهم أصل مشترك(٢١٧)؛ وتطبيقاً لذلك فإننا نرى، وعلى خلاف ما ذهب إليه البعض(٢١٨)، أن إجازة الوفاة لا يستفيد منها العامل في حال وفاة أحد أصهاره مهما كانت درجة الصلة به، ولو أراد المشرع غير ذلك لنص عليه صراحة(٢١٩).

---

(٢١٦) وهذا لا يعني أننا نسلم بالسلطة التحكمية لصاحب العمل في منح الأجازة بل نستسلم لحكم القانون الذي أوكله مهمة تنظيم القيام بها باعتباره رئيس العمال.

(٢١٧) انظر: المواد (١٥ حتى ١٧) من القانون المدني الكويتي، وهذا على خلاف القانون المدني المصري، كما يرى البعض، الذي يعتبرها نوعاً من أنواع القرابة "قرابة المصاهرة". راجع في ذلك: إبراهيم الدسوقي أبوالليل، أصول القانون (نظرية الحق)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ص٢٣٦.

(٢١٨) خالد الهنديانى وعبدالرسول عبدالرضا، مرجع سابق، ص٣٠٩.

(٢١٩) كما فعل ذلك في كثير من المواضع، حيث كان يذكر صراحة درجتي القرابة والمصاهرة، انظر على سبيل المثال: المادة (١/٨٠١) من القانون المدني، والمادتين (١٠٢،١٠٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

كما أعطى القانون الجديد – وفقاً لنص المادة (٣،٢/٧٧) للمرأة العاملة المسلمة التي يتوفى عنها زوجها الحق في إجازة عدة بأجر كامل لمدة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة؛ ومنح المرأة غير المسلمة المتوفى عنها زوجها إجازة لمدة واحد وعشرين يوماً مدفوعة الأجر؛ ويلاحظ أن نص المادة (٧٧) – كسابقه نص المادة (٧٦) – قد ميز في إجازة الوفاة بين المسلمة وغير المسلمة من حيث المدة؛ وقد انتقد البعض ذلك التمييز لأنه مخالف للاتفاقية الدولية رقم (١١١) بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة سالفة البيان التي تتطلب المساواة بين العمال في الاستخدام والمهنة؛ ويبقى لهذا النقد دوافعه القانونية – على حد وصفهم – وإن وجد هذا التمييز تبريراً اجتماعياً ودينياً[٢٢٠].

وإن كنا نتفق مع هذا الرأي في أن الأسباب التي تعول فقط على الظروف الاجتماعية والدينية البحتة لا تبرر مخالفة القانون (أو الاتفاقية النافذة)؛ بيد أننا نختلف معه في النتيجة التي توصل إليها، ذلك أن المساواة في القانون تفترض – ابتداء – المساواة في المراكز القانونية، وهو ما ليس موجوداً في حالتنا الماثلة؛ إذ أن التمييز الحاصل في المادة (٧٧) بين المرأة المسلمة وغير المسلمة، استند على اختلاف المراكز القانونية بين العاملة المسلمة وغير المسلمة وليس على الظروف الاجتماعية أو الدينية؛ وسندنا في اختلاف الحكم بينهما ينبثق من قانون الأحوال الشخصية الكويتي – المستمد من الشريعة الإسلامية – الذي يجعل من مدة عدة الوفاة للمرأة أربعة أشهر وعشراً؛ لذا كان قانون الأحوال الشخصية هو الأساس القانوني لهذا التمايز[٢٢١]، في حين أنه لا يوجد مثل هذا السند القانوني للمرأة غير المسلمة أياً كانت ديانتها، ولو وجد نص بين ثنايا القانون يقضي بمدة عدة مغايرة وغفل عنه قانون العمل، لأضحى هذا التمايز يشكل مخالفة قانونية.

---

(٢٢٠) خالد الهنديانى وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص٣١٠.

(٢٢١) المادة (١٥٧/أ) من قانون الأحوال الشخصية.

بقي أن نشير إلى نقطة مهمة لاحظناها في النص توحي بعدم حسن الصناعة التشريعية، وهي أنه وبعد أن صرح النص في فقرته الثانية بمدة إجازة عدة الوفاة للمرأة المسلمة، اشترط عليها ألا تمارس أي عمل لدى الغير طوال فترة الإجازة، ثم عاد ونص في الفقرة الثالثة على مدة إجازة المرأة العاملة غير المسلمة دون أن يشير إلى شرط عدم ممارسة العمل.

وهذه الصياغة – على ما يبدو لنا – تفتقر لأصول فن صناعة التشريع في شكلها وفي مضمونها، فمن حيث الشكل: لا يوجد تناسق أو انسجام شكلي بين الفقرتين الثانية والثالثة من حيث اشتراط عدم العمل لدى الغير أثناء فترة الإجازة للمرأة المسلمة في الفقرة الثانية دون الثالثة، وكان من الأفضل أن يكون الشرط بعد الفقرتين تماماً لأنه سوف ينطبق على كلتيهما؛ أما من حيث المضمون: فقد أوحى العيب الشكلي للقارئ بأن هذا الشرط – أي شرط عدم العمل لدى الغير إبان فترة الإجازة – إنما شرط قاصر على الفقرة الثانية التي تُعنى بالمرأة المسلمة، وكأنها هي فقط من لا يجوز لها العمل لدى الغير دون المرأة غير المسلمة، وهذا بالتأكيد غير صحيح.

٤ – الإجازة الخاصة:

نظرا لعدم إمكان المشرع حصر كل الحالات التي قد تتطلب حصول العامل على إجازة لظروف ما، وذلك لصعوبة الإلمام بجميع الظروف الإنسانية، فقد استحدث المشرع نصاً يوازن بين تلك الظروف والمتطلبات الإنسانية من جهة ومصلحة صاحب العمل من جهة أخرى، حيث أجازت المادة (٧٩) منح العامل – بناءً على طلبه – إجازة خاصة بدون أجر على خلاف الإجازات المنصوص عليها في هذا الفصل.

وهذا أمر محمود وموقف يستحق الإشادة لوجود العديد من المبررات التي تحبذ وجود هذا النص؛ ذلك أن العامل قد يتعرض في بعض الأحيان لظروف، غير تلك المنصوص عليها، قد تضطره لطلب إجازة، كأن يتوفى له صهر أو قريب من الدرجة الثالثة أو أبعد أو حتى صديق عزيز، أو كأن يحتاج إجازة لحضور حدث أو فاعلية معينة كزواج أحد أقاربه أو أصدقائه أو نحو ذلك؛ هذه

الأنواع من الإجازات – كما رأينا – لم يتبناها المشرع الكويتي ولا تسري في شأنها النصوص سالفة البيان؛ هنا يأتي دور الإجازة الخاصة كي تسد حاجة العامل في مثل هذه الظروف وتلك الحالات، وكأنما المشرع أوقف العقد لمدة قصيرة بدون أجر تلبية لحاجات وضرورات إنسانية من الصعب حصرها.

وقبيل أن نختم حديثنا عن الإجازات لابد أن ننوه إلى ضمانة مستحدثة في غاية الأهمية تضاف إلى جميع الضمانات الأخرى استوجبت طبيعتها العمومية في الانطباق أن نوردها في نهاية عرض النصوص المنظمة للإجازات، وهي أن القانون الجديد – في نص المادة (٤٥) – منع صاحب العمل من فصل العامل خلال فترة الإجازات المنصوص عليها في هذا القانون؛ ولم يفرق المشرع في نوعية تلك الإجازة بين ما إذا كانت مدفوعة الأجر أو غير ذلك، وسواء أكانت إجازة مرضية أم اعتيادية.

وفي الختام يليق لنا أن نعرج على انتقاد البعض لمدد الزيادات في الإجازات وتلك الميزات لعدة حجج؛ منها أن مدة الإجازة السنوية المنصوص عليها في القانون القديم كانت أصلاً "سبباً لدعاوى كثيرة نظراً لعدم تقيد أرباب الأعمال بها، فما بالنا بالزيادة المضاعفة للمدة والتي لم تنص عليها أي من التشريعات سوى الكويت ودول الخليج.. ولذلك توصي اللجنة بالإبقاء على النص السابق..". هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فهم يرون أن هذا السخاء – والكلام مازال منسوباً إليهم – محفوف بمناخ وعقلية القطاع العام وليس القطاع الخاص، لأن المشرع – في وجهة نظرهم – لم يراع قيمة الوقت وأثرها على إنتاجية المؤسسات الخاصة، ولم يلتفت إلى التكلفة المالية المرهقة لأيام الإجازات والعطل الرسمية على ميزانية الشركات في القطاع الخاص[٢٢٢].

بيد أننا لا نقر بهذا الرأي إطلاقاً للعديد من المبررات؛ فالقول بأن زيادة الإجازات تفتح باباً للنزاع ما هو إلا حجه ضعيفة، فكيف نجعل من عدم الالتزام

(٢٢٢) ورقة عمل مقدمة من لجنة دراسة القوانين المدنية في جمعية المحامين الكويتية بعنوان ملاحظات حول قانون العمل الجديد، سبقت الإشارة إليها.

بالقانون، من قبل أصحاب الأعمال اعتباراً لعودتنا إلى الوراء؟ وكيف – وبفرض مخالفة أرباب الأعمال – نجعل مسلكهم سنة حميدة نستأنس بها في صياغة القوانين وإقرارها؟ أوليس الاستسلام لتصرفات أصحاب الأعمال يفتح باباً لتحكمهم في حقوق العمال وضماناتهم؟ ولنفترض – جدلاً – أن التشريع الكويتي الوحيد الذي ضاعف في مدد الإجازات، فهو ليس ملزما بالتمشي مع التشريعات المقارنة في كل صغيرة وكبيرة، فالتشريعات الوطنية يجب أن يكون لها خصوصيتها وفقاً لظروف كل مجتمع سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية، وحتى إن فعل ذلك فإنه يجب أن يقتدي بالتشريع الأفضل؛ ثم إن هو فعل ذلك، أي المشرع الكويتي، فيكون سباقاً في زيادة حقوق وضمانات العمال وتحسين ظروف معيشتهم، وكان لزاما أن نشد على يده ونشيد باستباقيته، لأنه ينسجم – بحق – مع فلسفة قانون العمل الذي ما وجد إلا لحماية العمال وزيادة حقوقهم وهم الطرف الأضعف في العلاقة العمالية.

ذلك هو التنظيم القانوني للإجازات الذي استحدثه المشرع الكويتي معززاً إياه بنصوص قوية – مقارنة بالتشريع القديم – تواكب التطور في التشريعات العمالية المقارنة وتتمشى مع المعايير الدولية؛ وإعمالا لخطة البحث، وانسجاما مع خطة القانون الجديد، بقي لنا أن نعرض بالتقييم لقواعد السلامة والصحة المهنية وهو ما تناولها المشرع في الفصل الرابع من الباب الرابع، وهو ما سنتناوله حالاً.

المطلب الثالث

تقييم موقف المشرع من قواعد السلامة والصحة المهنية

مما لا شك فيه أن على صاحب العمل توفير البيئة المناسبة للعامل حتى يتمكن من ممارسة عمله بكل جد ونشاط، وهذا يحتم على صاحب العمل أن يوفر لعامله كل الاحتياطات اللازمة لوقايته من مخاطر المهنة، وهذا لا يتأتى إلا إذا نص المشرع صراحة على القواعد والأسس السليمة، والتزم صاحب العمل بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية؛ فإذا ما تعرض العامل – ورغم تلك

الاحتياطات – لأية إصابة من جراء عمله حق على صاحب العمل تعويضه باعتباره ملتزماً بضمان سلامته، على أن هذا التعويض يختلف من القانون القديم عنه في القانون الجديد؛ لذا يليق بهذا هذا المطلب أن ينقسم إلى فرعين، فنتناول مدى تطور قواعد الاحتياطات اللازمة لضمان سلامة العامل (الفرع الأول)، قبل أن نأتي إلى الكلام عن تحول موقف المشرع الكويتي في مفهوم إصابات العمل وأمراض المهنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول
مدى تطور قواعد الوقاية والاحتياطات اللازمة

بادئ ذي بدئ يبدو لنا حسن التناسق التشريعي في القانون الجديد عندما أفرد المشرع لقواعد حفظ السلامة والصحة المهنية فرعاً مستقلاً تحت أحد الفصول التي تقع في باب نظام وظروف العمل، عالج فيه كل ما يتعلق بهذا الشأن بخصوصية تامة؛ وهذا على خلاف القانون القديم الذي كان ينظمها تحت باب ظروف العمل(٢٢٣)، وإن كان مازال هذا الفرع تحت باب نظام وظروف العمل، الذي يضم أيضاً فصولاً أخرى، إلا أننا نرى أن الوضع الجديد أكثر تناسقاً في الترتيب والتبويب مقارنة بالوضع في القانون القديم.

ومع ذلك فقد ثارت حفيظتنا منذ مطالعة المادة الأولى من هذا الفصل؛ نعني تحديداً الشذوذ البيّن لموضع المادة (٨٠) في هذا الفصل التي تقضي بأنه: "يجب على كل صاحب عمل أن يحتفظ لكل عامل بملف عمل يحتوي على نسخة من إذن العمل ونسخة من عقد العمل وصورة عن البطاقة المدنية والمستندات الدالة على الإجازات السنوية والمرضية وساعات العمل الإضافية وإصابات العمل وأمراض المهنة والجزاءات التي وقعت عليه وتاريخ انتهاء الخدمة وأسباب انتهائها ونسخة من إيصالات استلامه لما يكون قد أودعه لدى صاحب العمل من أوراق وأدوات وشهادات الخبرة التي سلمت إليه بعد انتهاء

(٢٢٣) حيث كان قانون العمل القديم ينقسم إلى خمسة عشر باباً.

عمله". ولأن النص المذكور على ما يبدو يتعرض لالتزام صاحب العمل بفتح ملف لكل عامل في حالات معينة أوردها النص، فإننا نرى أن مكانه المناسب هو الفصل الثاني من الباب الثالث، الذي يُعنى بالتزامات العامل وصاحب العمل أو على رأس النصوص في الباب الرابع كنص تمهيدي(٢٢٤).

وهذا ما قام به المشرع في القانون الجديد – فعلاً – تجاه بعض النصوص التي كانت في القانون القديم متسلسلة مع المواد المتعلقة بالسلامة والصحة المهنية، ومترابطة معها عندما رحلها إلى الفصل الخاص بالتزامات صاحب العمل كالمادة (٣٤) من القانون الجديد، وهي التي كانت تقابلها المادة (٤٦) من القانون القديم؛ فإن كان موضع المادة (٤٦) مبررا في القانون القديم، لأنها كانت تحت باب ظروف العمل والذي كان يتضمن أيضا النصوص المتعلقة بالسلامة المهنية، فإن هذا الوضع غير مبرر في القانون الجديد لوجود فصل مستقل تماماً خاص يُعنى بالسلامة والصحة المهنية(٢٢٥).

---

(٢٢٤) قد يقول قائل أن هذا يعتبر من قبيل نظام العمل، وهذا الكلام صحيح لكن الخطة التي تبناها المشرع في القانون الجديد تحت باب نظام وظروف العمل كانت على أربعة فصول: الفصل الأول: في الأجر، الفصل الثاني: في ساعات العمل والراحة الأسبوعية، الفصل الثالث: في الإجازات السنوية، والفصل الرابع: في الصحة والسلامة المهنية؛ لذا لا يصح أن يدخل نص المادة (٨٠) تحت أي فصل، فإما أن يكون في الجزء الخاص بالتزامات صاحب العمل أو كنص تمهيدي يترأس نصوص الباب الرابع المتعلق بنظام وظروف العمل.

وتفادياً للتكرار: تجدر الإشارة إلى أن كل ما قيل في المادة (٨٠)، يقال أيضاً في المادة (٨٢) التي تقضي بأنه: "يجب على صاحب العمل أن يعلق في مكان ظاهر بمقر العمل لائحة معتمدة من إدارة العمل المختصة تتضمن على وجه الخصوص أوقات العمل اليومية وفترة الراحة خلالها والراحة الأسبوعية والإجازات الرسمية". حيث نرى أن موضعها الحالي لا يتناسب والتناسق التشريعي، ويصدق عليها كل ما ذكرناه بخصوص المادة (٨٠).

(٢٢٥) تنص المادة (٣٤) من القانون الجديد على أنه: "يلتزم صاحب العمل المتعاقد لتنفيذ مشروع حكومي أو يقوم باستخدام عماله في المناطق البعيدة عن العمران بتوفير السكن المناسب للعمال، وكذلك وسائل الانتقال للمناطق البعيدة عن العمران دون =

أما من الناحية الموضوعية – وعلى خلاف الملاحظات الشكلية – لم يكن القانون القديم سيئاً من حيث اشتراطات الوقاية في السلامة والصحة المهنية التي تتيح للعامل ممارسة عمله وهو مطمئن على نفسه وسلامته، ومحاطاً بالرعاية اللازمة في ذلك الوقت؛ إلا أن اتساع دائرة المخاطر وتطور أنماط العمل في العالم الحديث يفترض بالمشرع أن يواكب المستجدات في ذلك، وكأي تشريع جديد، تدارك القانون الجديد بعض المسائل التي أغفلها القانون القديم تارة، وأهملها تارة أخرى(٢٢٦).

ولئن كان الالتزام بسلامة العامل من التزامات صاحب العمل إلا أن القانون القديم لم يكن يجبر صاحب العمل أن يحتفظ بسجلات للسلامة المهنية حتى جاء القانون الجديد، في المادة (٨١) منه، ليوجب ذلك صراحة وفقا للضوابط التي يصدر بشأنها قرار من وزير الشؤون؛ كما كرر القانون الجديد – في المادة (١/٨٣) – ما كان وارداً في نص المادة (٤٠) من القانون القديم، دون إضافة تذكر سوى ما استحدثه من حماية "للمترددين" على المنشأة من الآلات والمواد المتداولة؛ معنى ذلك أن المشرع وسع من التزام صاحب العمل في اتخاذ الاحتياطات اللازمة حينما جعلها تمتد ليس فقط لعمال المشروع فحسب، بل لأولئك الآخرين الذين يترددون على تلك الآلات والمواد في المنشأة من

= مقابل وفي حالة عدم توفير السكن يمنح لهم بدل سكن مناسباً، وتحدد بقرار من الوزير المناطق البعيدة عن العمران وشروط السكن المناسب وبدل السكن، وفي جميع الأحوال الأخرى التي يلتزم فيها صاحب العمل بتوفير سكن لعماله تسري عليه أحكام القرار المنصوص عليه في الفقرة السابقة في شأن شروط السكن المناسب وتحديد بدل السكن".

(٢٢٦) إلا أن الواقع العملي يشير إلى عدم الجدية في تطبيق اشتراطات السلامة من قبل أصحاب الأعمال بسبب عدم وجود رادع حقيقي في الجزاءات التي نص عليها القانون القديم كما سنرى؛ ويكفي أن نشير إلى إحصائيات وزارة الشؤون في إصابات العمال نتيجة لعدم توفر وسائل الوقاية اللازمة كما تطلبها القانون لعام ٢٠٠٤ حيث بلغ عدد الإصابات ٢٢٠٤، مشار إليه لدى جمال النكاس، مرجع سابق، ص ٢٨٠ هامش (١).

فنيين ومستخدمين وجمهور ونحوهم، وفقاً لقرار وزير الشؤون، وبالفعل صدر قرار وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل رقم (١٩٨/ ع) لسنة ٢٠١٠م بشأن الاحتياطات والاشتراطات اللازم توافرها في مناطق وأماكن العمل لحماية المشتغلين والمترددين عليها من مخاطر العمل(٢٢٧)، حيث احتوى القرار على تفاصيل وسائل وطرق وضوابط الاحتياطات الوقائية(٢٢٨).

وهذا التنظيم ينسجم مع معايير العمل الدولية، سيما الاتفاقية العربية رقم (١٣) لسنة ١٩٨١ بشأن بيئة العمل التي تلزم كل دولة من الدول الأعضاء بحماية وتحسين بيئة العمل، وجعله أكثر إنسانية وملاءمة للقدرات البشرية للعاملين، ووضع معايير خاصة للعوامل المؤثرة في البيئة(٢٢٩)؛ وهذا لا يمكن أن يؤتي ثماره دون أن تتوافر في أماكن العمل الشروط الصحية خاصة من حيث النظافة والسلامة(٢٣٠)، والتأكد من ملاءمة العوامل الطبيعية كالنور والتهوية ونحوه(٢٣١)، وحماية العمال من أخطار المواد الكيميائية وتفاعلاتها(٢٣٢).

كما يتوافق – هذا التنظيم – مع الاتفاقية الدولية رقم (١١٩) لسنة ١٩٦٣ بشأن الوقاية من الآلات(٢٣٣) التي تحظر، في المادة (١/٦) منها، استعمال الآلات دون وقاية كافية بمقتضى القوانين أو اللوائح الوطنية؛ فكان لزاماً على

---

(٢٢٧) وبالفعل صدر قرار وزارة الشئون الاجتماعية والعمل رقم (١٩٨/ع) لسنة ٢٠١٠م بشأن الاحتياطات والاشتراطات اللازم توافرها في مناطق وأماكن العمل لحماية المشتغلين والمترددين عليها من مخاطر العمل، الكويت اليوم، العدد ٩٩٦، السنة السادسة والخمسون، الأحد ٢ ذو القعدة ١٤١٣هـ الموافق ١٠ أكتوبر ٢٠١٠.

(٢٢٨) تضمن القرار (٦٥) مادة بدأت بالأحكام العامة ثم عرجت على اشتراطات الوقاية للعديد من المخاطر، كالوقاية من مخاطر الإضاءة الطبيعية ومخاطر الكهرباء وتداول وتخزين المواد... إلخ.

(٢٢٩) المادة (١) من الاتفاقية.

(٢٣٠) المادة (٤) من الاتفاقية.

(٢٣١) المادة (٥) من الاتفاقية.

(٢٣٢) المادة (٦) من الاتفاقية.

(٢٣٣) بدأ نفاذ الاتفاقية في ٢١/٤/١٩٦٥.

الدول الأعضاء أن يضمنوا تشريعاتهم هذه الاشتراطات، وهذا ما قامت به الكويت فعلاً تنفيذاً لالتزامها الدولي؛ على أن هذه الالتزامات الوقائية – كما هو الشأن في القانون الكويتي – تقع على عاتق صاحب العمل بحيث يضمن تنفيذها[٢٣٤]، ويتخذ كل ما من شأنه أن يكفل عدم تعرض العمال للأخطار، وعليه أن يحافظ على دوام الظروف المناسبة للعمل[٢٣٥]. كما تتواكب النصوص الكويتية مع متطلبات الاتفاقية الدولية رقم (١٣٦) لسنة ١٩٧١ بشأن الوقاية من مخاطر التسمم الناجم عن البنزين، حيث تعهدت الكويت باتخاذ التدابير الصحية والمهنية والتقنية لضمان حماية فعالة للعامل المعرض للبنزين أو غيره من المنتجات التي تحتوي على البنزين[٢٣٦].

ولتوفير أكبر قدر من الحماية، استحدث القانون الجديد، في المادة (٨٣/ ٢) منه، نصاً يحظر على أصحاب الأعمال استقطاع مبالغ مالية نظير توفير وسائل الحماية للعمال، خشية من أن يدرج بعض أصحاب الأعمال – عملاً – على تحميل العمال نفقات احتياطات السلامة اللازمة قانوناً، وهي التي يفترض أن يتحملها صاحب العمل دون غيره؛ ورغم عدم الحاجة إلى مثل هذا النص صراحة – من وجهة نظرنا – لأن اشتراطات السلامة والوقاية المهنية تعتبر التزاماً قانونياً على صاحب العمل كما رأينا – فمن غير المعقول أن يحمله غيره – إلا أن خصوصية قانون العمل الذي يجب أن يتسم بالبساطة والوضوح تتطلب أحيانا ذلك، سيما وأنه يخاطب شريحة العمال، وكي يقطع الطريق أمام أصحاب الأعمال لاستغلال العمال، خاصة أن الكثير منهم – في الغالب – لن يلجأ لمقاضاتهم، كما يُصد به دابر أي اختلاف قد يثار في المستقبل أمام الجهات القانونية المختصة.

ومن النصوص المستحدثة على الإطلاق، هي ما قضت به المادة (٨٤) من القانون الجديد من إضافة التزام مستجد على صاحب العمل، حيث يجب عليه أن

(٢٣٤) انظر: المادة (٧) من الاتفاقية.
(٢٣٥) انظر: المادة (٢/١٠) من الاتفاقية.
(٢٣٦) انظر: المادة (٥) من الاتفاقية.

يبين للعامل وقبل مزاولة العمل المخاطر التي قد يتعرض لها، ووسائل الوقاية التي يجب عليه اتخاذها، ويصدر الوزير القرارات الخاصة بالتعليمات والعلامات التحذيرية التي توضع في أماكن ظاهرة بمكان العمل، وأدوات السلامة الشخصية التي يلتزم صاحب العمل بتوفيرها في الأنشطة المختلفة(٢٣٧)؛ والنص – صراحة – على الالتزام بتبصير العامل، من حيث المخاطر التي قد يتعرض لها، لم يكن موجوداً في قانون العمل القديم(٢٣٨)، كل ما هنالك هو بعض النصوص الخاصة التي تلزم صاحب العمل بتوفير الوسائل والاحتياطات اللازمة لحماية صحة العامل وسلامته.

والحقيقة أن هذه النصوص وإن كانت توجب فقط على صاحب العمل اتخاذ الوسائل والاحتياطات اللازمة لوقاية العامل من التعرض لأي إصابة أو مرض، دون أن تفصح عن الالتزام بتبصيره قبل مزاولة العمل، إلا أنها تشير – في مفهومها – إلى الالتزام بالتبصير، ذلك أن "الوقاية وتوفير الاحتياطات اللازمة" تفترض أن ينبه صاحب العمل عامله ويحذره من مخاطر المهنة قبل مزاولة العمل(٢٣٩)؛ إلا أن التوجه في التشريعات المقارنة هو معاودة تكراره، بل والتفصيل فيه، وذلك لأهميته في سلامة العامل وصحته ووقايته من أخطار

(٢٣٧) "يجب على صاحب العمل استخدام العلامات والإرشادات التحذيرية والملصقات الجدارية بمواقع العمل بحيث تكون ظاهرة ويمكن رؤيتها بوضوح كنوع من الوسائل التحذيرية منعاً للمخاطر". المادة (٧) من قرار وزارة الشئون الاجتماعية والعمل رقم (١٩٨/ ع) لسنة ٢٠١٠م بشأن الاحتياطات والاشتراطات اللازم توافرها في مناطق وأماكن العمل لحماية المشتغلين والمترددين عليها من مخاطر العمل، الكويت اليوم، العدد ٩٩٦، السنة السادسة والخمسون، الأحد ٢ ذو القعدة ١٤١٣هـ الموافق ١٠ أكتوبر ٢٠١٠.

(٢٣٨) كنصوص المواد (٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣) من القانون القديم.

(٢٣٩) أضف إلى ذلك أن الالتزام بالتبصير أو الإعلام كما يحلو للبعض تسميته هو التزام عام تفرضه القواعد العامة في جميع العقود لأنه من مستلزماته وتحتمه قواعد حسن النية وشرف التعامل. هذا والالتزام بالتبصير قد يتشدد به القضاء أو المشرع بحسب الأحوال تبعاً لنوعيته كعقود الاستهلاك أو عقد العمل.

المهنة[٢٤٠]؛ وإذ نحبذ توجه المشرع الكويتي في تضمينه قانون العمل الجديد صراحة، لأنه يجب أن يتميز بوضوح قواعده القانونية لخصوصية الأشخاص المخاطبين به (العامل وصاحب العمل) لسهولة تطبيقه والالتزام بقواعده، وهذا يمكن بلوغه كلما كانت النصوص القانونية واضحة ومباشرة؛ فمهما كانت المهمة يسيرة للمشتغلين بالقانون لإنصاف العامل أو صاحب العمل، إلا أنها سوف تكون مضنية للعامل وربما صاحب العمل لأنها تتطلب وقتاً وجهداً، ناهيك عن أتعاب المحاماة، للوصول إلى الحقيقة؛ لذا كانت الوقاية أفضل من العلاج حتى لو كان الأخير سهل المنال[٢٤١].

وهذا بالفعل ما سبق أن ألزمت به الاتفاقية الدولية رقم (١١٩) لسنة ١٩٦٣ بشأن الوقاية من الآلات سالفة الذكر الدول الأعضاء؛ وبذلك يأتي النص صراحة على الالتزام بالتبصير في قانون العمل الكويتي الجديد، متوافقاً مع معايير العمل الدولية؛ وفي ذلك أوجبت المادة (١/١٠) من الاتفاقية على صاحب العمل أن يتخذ الخطوات التي تكفل إخطار العمال بالقوانين أو اللوائح الوطنية المتعلقة بالوقاية من أخطار المهنة، وعليه أيضاً أن يوضح لهم الأخطار التي تترتب على استعمال الآلات والاحتياطات التي يجب مراعاتها عند الاستعمال، كل ذلك من أجل توفير بيئة سليمة تكفل للعامل عدم تعرضه لأخطار المهنة.

والحقيقة أن المشرع لم يشأ أن يثقل كاهل صاحب العمل ويحمله كل سبل الوقاية والاحتياطات اللازمة وإلا عد مخلاً بالتزامه بسلامة العامل، فمهما

---

(٢٤٠) ولرقابة فعالة – عملاً على أرض الواقع – استحدث القانون الجديد، في المادة (٨٥) منه، نصاً يلزم بتحديد أنواع الأنشطة التي تلتزم بتوفير المعدات والوسائل اللازمة للسلامة والصحة المهنية للعاملين في المنشآت، مع تعيين فنيين أو متخصصين في الرقابة على مدى توافر اشتراطات السلامة والصحة المهنية للمنشأة.

(٢٤١) بل أننا في حال تعارض القواعد الوقائية التي تتسم بالمباشرة والوضوح (والتكرار إلى حد معين غير مبالغ فيه) التي تحقق العدالة وتقي النزاع، نقول في حال تعارضها مع أصول فن صناعة التشريع، فإننا نغلب الأولى حتى لو وصمها البعض بالبعد عن حسن فن الصياغة التشريعية.

كان الأول حريصاً فقد تقع إصابة العمل إذا كان الثاني غير متعاون في اتخاذ الاحتياطات اللازمة، أو غير حريص على اتباع إرشادات الوقاية؛ لذلك أوجب المشرع، صراحة في نص المادة (٨٧) من القانون الجديد، على العامل أن يستعمل وسائل الوقاية ويتعهد باستعمال ما بحوزته منها بعناية، وأن ينفذ التعليمات الموضوعة لسلامته وصحته ووقايته من الإصابات وأمراض المهنة[٢٤٢]؛ بمعنى أنه يقع على العامل التزام وقائي كما يقع على صاحب العمل؛ وهذا النص ينسجم مع الاتفاقية الدولية رقم (١١٩) بشأن الوقاية من الآلات، حيث يلتزم العامل بوسائل الوقاية المطلوبة لضمان صحته، ولا يجوز له العمل دون توافر الاشتراطات الوقائية المناسبة وفقا للقانون[٢٤٣].

والسؤال الذي يمكن أن يطرح ما الإجراءات التي اتخذها المشرع لكي يضمن تطبيق المعايير التي نص عليها في قواعد الصحة والسلامة؟ وهل اختلف الوضع في القانون الجديد عنه في القانون القديم؟

تنص التشريعات العمالية – في الغالب – على جزاءات معينة في حال تجاوز صاحب العمل تدابير السلامة والوقاية التي فرضها القانون؛ والمشرع الكويتي – كغيره من التشريعات – قرر بعض الجزاءات القانونية؛ وفي ذلك قضت المادة (٩٧) من القانون القديم على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها في أي قانون آخر، يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له على الوجه التالي: أ – يوجه إلى المخالف إخطار بتلافي المخالفة خلال فترة تحددها وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل على ألا تزيد على ثلاثة أشهر. ب – إذا لم تتلاف المخالفة خلال الفترة المحددة يعاقب المخالف بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على مائتي دينار عن كل عامل

(٢٤٢) وسنأتي لدراسة جزاء إخلال العامل بهذا الالتزام في الفرع القادم المتعلق بإصابة العمل.

(٢٤٣) راجع: المادتين (٦) و (١١) من الاتفاقية.

ممن وقعت بشأنهم المخالفة، وتضاعف العقوبة في حالة العود إلى ارتكاب المخالفة ذاتها خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور حكم نهائي فيها.."

هذه المادة كانت تشكل جلَّ الجزاءات التي يمكن توقيعها على أية مخالفة يمكن أن تقع بالمخالفة لهذا القانون؛ مفهوم ذلك أن المشرع أهمل تماما خصوصية كل مخالفة بحسب نوعها ومدى جسامتها(٢٤٤)، وهي سياسية تشريعية خاطئة لا تتفق حتى مع الوضع السائد إبان تلك الحقبة؛ وربما هذا ما يبرر البساطة المفرطة في تلك الجزاءات التي لا تتناسب وحجم المخالفات التي قد تُقترف، سيما في شأن السلامة والصحة المهنية، سواء من حيث الجزاءات الإدارية أو الجزائية.

وتطبيقاً لذلك لم يكن لمفتش العمل الحق في وقف العمل أو إغلاق المنشأة، كل ما هنالك أن يوجه لصاحب العمل إخطاراً بإزالة المخالفة خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر، فإن هو لم يمتثل لذلك عوقب بغرامة لا تزيد عن مائتي دينار؛ معنى ذلك أن المنشأة سوف تكون مستمرة في عملها رغم المخاطر الصحية التي تحوم حول سلامة العمال إلى أن يتم تلافي المخالفة (أو حتى عدم تلافيها ومن ثم ينطبق الجزاء المنصوص عليه في الفقرة (ب) من المادة سالفة البيان) وهو بحق أمر شديد الغرابة(٢٤٥).

وظل بنا هذا الحال، منذ صدور قانون العمل القديم عام ١٩٦٤، إلى حين صدور قانون العمل الجديد عام ٢٠١٠ الذي حاول أن يتلافى عيوب القانون السابق.

---

(٢٤٤) سوى الفقرة التي كانت تنص على أنه: "ج – وتكون العقوبة بالنسبة لمن يخالف أحكام المادتين (٢٣، ٢٤) من هذا القانون الغرامة التي لا تقل عن مائة دينار ولا تجاوز خمسمائة دينار، وإغلاق المحل المخالف لمدة لا تجاوز شهراً".

(٢٤٥) أما من حيث أصول فن الصياغة التشريعية، يبدو أن النص سيء في صياغته، فهو يقرر أنه "... يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له على الوجه التالي.." وهو بذلك يحمل إلى الاعتقاد أن مخالفة العامل لقانون العمل أو قراراته تعتبر جريمة، ولا ينبغي أن تطرح هذه الفكرة لأن المقصود بالنص هنا مخالفات صاحب العمل فقط. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص١٥٩ هامش (١).

فمن حيث الجزاء الإداري، أجاز القانون الجديد وقف عمل المنشأة أو إغلاقها كليا؛ وفي ذلك قضت المادة (١٣٥) من القانون الجديد على أنه: "يكون للموظفين المختصين بالتفتيش، في حالة مخالفة صاحب العمل أحكام المواد (٨٣، ٨٤، ٨٦) (وهي المواد المتضمنة قواعد الصحة والسلامة المهنية) من هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له على نحو يهدد تلوث البيئة والصحة العامة أو بصحة العمال أو سلامتهم، أن يحرروا محضراً بالمخالفة ورفعه إلى الوزير المختص الذي له بالتنسيق مع الجهات المختصة أن يصدر قراراً بغلق المحل كلياً أو جزئياً أو وقف استعمال آلة أو آلات معينة لحين تلافي المخالفة".

ويلاحظ أن القانون الجديد أفرد عقوبة إدارية خاصة في حال مخالفة قواعد السلامة والصحة المهنية، وذلك بعكس القانون القديم الذي لم يميز هذه القواعد بعقوبات معينة، وتركها للجزاءات العامة التي تخضع لها أية مخالفة – كما رأينا – دون أدنى اعتبار لطبيعة المخالفة؛ ولكن يؤخذ عليه – أي النص الجديد – أنه أطلق العنان للوزير، ولم يقيده بأي قيد[٢٤٦]، فللوزير أن يصدر قراراً بغلق المحل كلياً أو جزئياً وله ألا يفعل، فصلاحية الإغلاق – على ما يبدو– في النص مطلقة للوزير، فلم يحدد له المشرع الضوابط في صلاحية الإغلاق.

ولنا الحق في أن نتساءل ما معيار الإغلاق الكلي ومتى يكون جزئيا؟ وهل يوجد مدد زمنية قصوى أو دنيا؟ وما المقصود بالإغلاق الكلي هنا؟ هل المقصود وقف العمل كلياً أي بجميع قطاعات المنشأة وفروعها لحين تلافي المخالفة فقط أو إغلاق المنشأة نهائياً؟ وما المقصود بالإغلاق الجزئي؟ هل المقصود وقف العمل جزئياً أي في مكان أو فرع معين في المنشأة لحين تلافي المخالفة فقط أو المقصود إغلاق المنشأة لمدة زمنية مؤقتة؟

صياغة النص – من وجهة نظرنا – تؤكد بأن المقصود هنا هو أن الإغلاق وقائي وليس إغلاقاً عقابياً رغم أن المشرع استخدم مصطلح الإغلاق، والدليل

(٢٤٦) سوى ما تطلبه النص من تنسيقه مع الجهات المختصة، وهو أيضاً لا يشكل قيداً جدياً وإنما إجراء إدارياً روتينياً لدواعي الغلق.

على ذلك هو ما قاله: ".. أن يصدر قراراً بغلق المحل كلياً أو جزئياً أو وقف استعمال آلة أو آلات معينة لحين تلافي المخالفة". أي سيزول أثر الإغلاق حين يتم "تلافي المخالفة"؛ بعبارة أخرى نستطيع أن نستنتج من النص أن المقصود بالإغلاق – في كل الأحوال سواء أكان كلياً أم جزئياً – هو ذلك الوقف المؤقت لكل أو بعض قطاعات وأفرع المنشأة ،ودلالة لفظي الإغلاق "الكلي" و"الجزئي" لا يجب أن تفهم على أنه إغلاق نهائي أو مؤقت للمنشأة؛ أما الفرق بين الإغلاق النهائي والإغلاق الكلي يكمن في أن الأول يعتبر عقوبة في حين أن الثاني يعتبر إجراء وقائياً، وإن كنا نفضل استخدام لفظ وقف العمل في المنشأة مكانياً وليس الإغلاق، حتى لا يفهم على أنه إغلاق عقابي.

وقد يعترض البعض – جدلاً – على ذلك، لأن الإغلاق الوقائي يهدف إلى منع وقوع المخالفة في حين أن الإغلاق في حالتنا الماثلة جاء بعد وقوع المخالفة؛ ومع ذلك لا نسلم بهذا الرأي ويبقى في نظرنا الإغلاق الوارد في النص المشار إليه إغلاقاً وقائياً وإن أتى بعد المخالفة؛ لأن الوقاية هنا ليست لمنع المخالفة بل لمنع استمرارها؛ ثم أن المشرع وضع هذا النص في فصل خاص يتعلق بتفتيش العمل، في حين كان بإمكانه أن ينص عليه في الفصل الذي عُني بالعقوبات كما سنرى؛ مؤدى ذلك يجرنا إلى استنتاج ملاحظة مهمة، وهي أن الوزير ليس من صلاحياته إطلاقاً – وفقاً لقانون العمل – إغلاق المنشأة نهائياً كعقوبة، مهما ارتكب صاحب العمل من مخالفات[٢٤٧].

أما من حيث الجزاءات الجنائية، ففي الفصل الخاص بالعقوبات (١٣٧–١٤٢) من القانون الجديد، تلافى المشرع الوضع الذي كان سائداً في القانون

(٢٤٧) وباستقراء جميع نصوص قانون العمل الجديد والقديم لم نلحظ أي نص صريح يعطي صلاحية الإغلاق النهائي للمنشأة سواء أكان إغلاقاً كلياً أم جزئياً في أحد قطاعاتها أو فروعها نتيجة لمخالفة لقانون العمل، كل ما هنالك أن الجهة المختصة في وزارة الشؤون تستطيع إن انتفت الشروط والضوابط المنصوص عليها إيقاف أذونات العمل أو تجديدها، وهذا سوف يؤدي بالتأكيد إلى وقف عمل المنشأة في الغالب؛ راجع في ذلك الفصل الخاص بالاستخدام: المواد (٧–١١).

القديم[٢٤٨]، بحيث تنوع في العقوبات بحسب الواقعة أو النص الذي أراد تعزيز حمايته عن طريق تقرير عقوبة له تختلف عن العقوبات العامة الأخرى. وفي ذات الوقت اقتبس نص المادة (٩٧) من القانون القديم في فقرتيه (أ و ب)، في المادة (١٤١) من القانون الجديد، ليطبقه على كل مخالفة لم يرد بشأنها جزاء معين بنص خاص؛ وفيما يتعلق بقواعد السلامة والصحة المهنية فلم يخصها القانون الجديد بجزاء معين، وهذا يعني أن الوضع الجديد لم يتغير كثيراً عنه في الوضع القديم، سوى ما نصت عليه المادة (١٤٢) من القانون الجديد من أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أمر الوقف أو الغلق الصادر، عملاً بأحكام المادة (١٣٥) دون تلافي المخالفات التي أعلنه بها المفتش المختص".

وتطبيقاً لذلك سوف تسري على مخالفة قواعد السلامة والصحة المهنية العقوبات نفسها التي كان منصوصاً عليها في المادة (٩٧) من القانون القديم، ولا جديد في الأمر سوى العقوبة المقررة لمن يخالف أمر الوقف أو الإغلاق الممنوح صلاحيته للوزير المختص؛ وهذا موقف منتقد حيث كان يجب على المشرع أن يغلظ العقوبة أكثر في حال إخلال صاحب العمل بالاحتياطات اللازمة بسلامة وصحة العمال، وألا يكتفي بجزاء الإغلاق الإداري الذي سوف يزول بمجرد تلافي المخالفة، فهو في النهاية ليس عقوبة وإنما – كما أسلفنا – إجراء وقائي لتفادي المخالفة، وهذا لا يكفي من وجهة نظرنا؛ وفوق ذلك، فإننا نرى أن على المشرع أن يفرق بين حالتين: حالة إذا ما لم ينتج عن مخالفة قواعد الصحة والسلامة المهنية ضرر بسلامة أحد العمال، وحالة إذا ما نتج عنها ضرر، فتكون عقوبة الأولى أغلظ من عقوبة الثانية.

ومع كل هذا إلا أن الوضع قد يتفق – ولو ظاهرياً – والاتفاقية الدولية

---

(٢٤٨) انظر: المادتن (٩٧) و (٩٧) مكرر من قانون العمل القديم، حيث يساوي القانون القديم في العقوبات بين جميع المخالفات المقترفة دون أن يعير أي اهتمام لطبيعة المخالفة، وعما إذا كانت تصيب العامل في صحته وسلامته من عدمه، باستثناء زيادة الحد الأعلى للغرامة المالية لمن يخالف المادتين (٢٣) و (٢٤) المتعلقتين بتشغيل النساء، وتغليظ عقوبة المتاجرة بالعمالة وفقاً لنص المادة (٣/ب) من هذا القانون.

رقم (١١٩) لسنة ١٩٦٣ سالفة البيان؛ حيث تعهدت الكويت وفقا للمادة (١٥) منها، باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة بما في ذلك توقيع العقوبات المناسبة لضمان تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية؛ على أن المادة المذكورة تطلبت صراحة أن تضمن الدول الأعضاء في الاتفاقية "التنفيذ (الفعال) لأحكام هذه الاتفاقية".

والسؤال الذي يطرح هل هذه العقوبات المنصوص عليها في المادة (١٤١) من قانون العمل الجديد تعتبر فعالة لوقاية العمال من أخطار الآلات؟ الإجابة من وجهة نظرنا: لا، لأنها في حدها الأقصى لن تتجاوز ٢٠٠ دينار كويتي؛ ومع ذلك فإن هذا النص لن يثير مشكلة في التزام دولة الكويت، ذلك أن مسألة تقدير الفعالية صعبة وغير منضبطة وترجع لكل دولة على حدة، ومن غير اليسير تفسير موقف الكويت بأنه غير فعال، سيما وأنه فرض عقوبات ولو كانت غير رادعة برأينا الشخصي، خاصة وأن النص المذكور لم يضع ضوابط معينة للعقوبات سوى ما قرره بأن تكون مناسبة.

لم يكتف المشرع بالإجراءات الاحترازية والجزاءات الجنائية لضمان حماية سلامة العامل وصحته كما رأينا، بل قرر ضمانة جديدة تضمن فاعلية أكبر حين استحدث حكماً جديداً طال انتظاره؛ فبعد نقد شديد ومتواصل من شراح قانون العمل الكويتي، ألزم قانون العمل الجديد، في المادة (٨٨) منه، صاحب العمل بالتأمين على عماله لدى شركات التأمين ضد إصابات العمل وأمراض المهنة، ليضع حداً لتقصير تشريعي دام لسنين، وأدى إلى حرمان عدد كبير من العمال من الحصول على التعويض لصعوبة تحقق شروطه أحيانا، أو تكبيد صاحب العمل مبالغ طائلة لتعويض العمال في أحيان أخرى؛ وكلا الوضعين كانا خاطئين، مما حدا بالمشرع الكويتي بإقرار نظام التأمين الإجباري على العمال كي تتكفل شركة التأمين بتعويض العمال عن الأضرار التي لحقت بهم مقابل اشتراكات يدفعها صاحب العمل(٢٤٩)؛ وهذا التغيير المحمود انعكس إيجاباً على

(٢٤٩) وقد بررت المذكرة التفسيرية عدم إقرار التأمين الإجباري وفي ذات الوقت دعت إليه بقولها: ولما كانت هذه الحقوق قد يعجز الكثيرون من أصحاب المحال الصغيرة عن القيام بها فإن خير علاج لهذه الحالة هو التأمين ضد إصابات العمل لأنه ييسر =

موقفه في تقويم مفهوم إصابات العمل ومن ثم استحقاق التعويض عنها؛ وهو ما سوف نعرج عليه في الفرع القادم.

الفرع الثاني
من المفهوم المتشدد إلى المفهوم الموسع في التعويض عن إصابات العمل وأمراض المهنة

رأينا أن توجه المشرع – في القانون الجديد – قد أقر التأمين الإجباري لصالح العمال، فما كان منه – نتيجة لذلك – إلا أن يعدل عن موقفه المتشنج في شروط التعويض عن إصابات العمل ليعود إلى خانة القانون المقارن بعد اضطراب قضائي دام سنوات بسب متطلبات النص القديم(٢٥٠)؛ وفي ذلك كانت

= على أصحاب العمل دفع التعويضات، وقد رأى المشرع عدم النص على وجوب قيام أصحاب العمل بالتأمين على سلامة عمالهم، وذلك لاختلاف طبيعة الأعمال في الكويت ووجود كثير من المقاولين بالباطن، وصعوبة وضع قائمة مفصلة تبين الأعمال والصناعات التي يجب أن يشملها هذا التأمين. وحتى إذا أخذنا بسريان هذا النص على الصناعات والأعمال التي يكون العامل فيها أكثر عرضه للأخطار، فإن المشرع رغب عن ذلك أيضا حتى لا يصبح الموضوع هو فرض ضريبة عامة على أصحاب الأعمال في مصلحة شركات التأمين. وعلى أية حال فإن مثل هذا الاحتياط المرغوب عن طريق التأمين على سلامة وأمن العمال ضد إصابات وأمراض المهنة، متروك تقديره لأصحاب العمل أنفسهم.

(٢٥٠) على أنه يجدر الإشارة إلى أن هذا التقصير أو التشنج كان تجاه العمالة الأجنبية في القطاع الأهلي فقط، أما العمالة الكويتية فإن قانون التأمينات الاجتماعية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ وتعديلاته كان أكثر سخاء عليهم عندما شمل بتغطيته الإصابة بسبب العمل أو في أثنائه. انظر: الفصل الرابع من القانون المذكور (المواد ٣٢ حتى ٥٢، وكذلك المادة ٣٩). انظر في مفهوم إصابة العمل بالنسبة للكويتيين: جمال النكاس وعبد الرحمن الرضوان، شرح أحكام قانون التأمينات الاجتماعية في الكويت، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠١١، ص ١٢٩؛ وانظر أيضاً:
Th. HUMBERT, Accident de travail et maladies professionnelle, la semaine juridique social, 26 fevrier 2013, n 9, p. 1096.

المادة (٦١) من القانون القديم تقضي بأنه: " إذا أصيب العامل في حادث بسبب العمل وفي أثنائه، على صاحب العمل إبلاغ الحادث فوراً.."؛ معنى ذلك النص أن العامل لا يستحق التعويض عن إصابة العمل إلا بتوافر شرطين: ١) أن تكون الإصابة أثناء العمل. ٢) وبسببه؛ على أنه يجب أن يتوافر الشرطان مجتمعين، فلا يغني أحدهما عن الآخر وهذا هو مظهر الشدة والقسوة في النص؛ ومقتضى هذين الشرطين – بإيجاز شديد – هو أن تكون الإصابة أثناء تأدية العمل أي في وقت العمل، وأن تكون هناك علاقة سببية بين الإصابة والعمل، وهو ما أثار جدلاً كبيراً في الفقه(٢٥١).

(٢٥١) نحيل في شرح هذه الشروط إلى المؤلفات العامة في قانون العمل؛ على أنه وإن كان جميع فقهاء القانون الكويتي وشراحه متفقين على توافر الشرطين مجتمعين لصراحة النص ووضوحه وعدم إمكان القفز عليه بحجة حماية العامل، إلا أنهم انقسموا في تفسير النص؛ بعبارة أوضح اختلفوا في تفسير عبارة "الإصابة أثناء العمل وبسببه"، فمنهم من حذر من الحذو حذو التفسير الموسع الذي سار عليه القانونان الفرنسي والمصري بحجة أن نظام التعويض في القانونين الأخيرين يعتمد على نظام التأمين الإجباري الذي أصبح من اختصاص هيئات التأمين وليس إلزاماً على صاحب العمل، في حين أن القانون الكويت يفتقر إلى مثل هذا النظام حيث يتكبد صاحب العمل الالتزام بالتعويض وحده، وهو التزام ثقيل على حد قولهم؛ انظر في ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص٣٧٠-٣٧١. وكذلك في ذات المعنى: خالد الهنداوي وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٣١٩؛ ويناهض هذا الاتجاه فقهاء آخرون في تفصيل لا يسمح لنا نطاق بحثنا عرضه بإسهاب، ولكن نشير إلى أن هذا الرأي ينتهي لدحض حجج الرأي الأول ويعتبره يقوم على مصالح رب العمل، وهو بذلك يضاد الهدف الذي ابتغاه المشرع من اعتناق فكرة حوادث العمل، ثم أن التفرقة القائمة على أساس التعويض في كل من مصر وفرنسا بتحميل هيئات التأمين الالتزام بالتعويض حجة لا تخلو من النقد؛ ذلك أن هذه الهيئات لا تقدم خدماتها مجانا بل مقابل اشتراكات يدفعاها صاحب العمل، وبالتالي يكون هو الملتزم بها سواء بشكل مباشر كما في النظام القانوني الكويتي أو بشكل اشتراكات كما في مصر وفرنسا؛ ولذا يدعو أنصار هذا الرأي إلى اتباع المنهج المتسع في تفسير النص سيما وأن القانون الكويتي لم يضع تعريفاً محدداً لعبارة "أثناء وبسبب العمل"؛ انظر في تفصيل هذا الرأي: جلال محمد ابراهيم، الحادث أثناء وبسبب العمل (القسم الأول)،

وقد انعكس ذلك على القضاء الكويتي مما دعا إلى اضطرابه في تفسير النص؛ فتارة يتشدد لظاهر النص وصراحته التي لا تحتمل أي تأويل(٢٥٢)، وتارة أخرى يتوسع كثيراً فيحمل النص ما لا يحتمل(٢٥٣)، في حين أمكن أن

= مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (١١)، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٧، ص٢٥٠ وما بعدها، وقد نشر القسم الثاني في نفس المجلة، السنة (١١)، العدد الثالث، ص١٩٩؛ راجع أيضا: جلال محمد ابراهيم، حماية العمال ضد حوادث الطريق (الجزء الثاني)، مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، السنة (١١)، الأعداد: =يناير/فبراير/مارس ١٩٨٨، ص١٠٣. انظر كذلك في نفس المعنى: عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص١٨٩. وكذلك: محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص٢١.

(٢٥٢) تمييز عمالي، طعن رقم ٢١٧/٢٠٠٤، الصادر في جلسة ٢٦/٩/٢٠٠٥، أنظمة صلاح الجاسم. حيث قضت المحكمة بأنه: "لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق – وبما لا خلاف عليه بين الطرفين – أن المطعون ضده الثاني كان يعمل لدى المطعون ضدها الأولى بمهنة عامل نظافة، وأن إصاباته نتجت عن امتداد النار من موقد إليه أثناء محاولته إشعاله في المطبخ، وقد خلت الأوراق من دليل على أن إشعاله للموقد أمر يتصل بعمله كعامل نظافة". ويبدو لنا هنا التفسير المتشدد لشرط "سبب العمل"؛ انظر أيضاً: استئناف طعن رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٨٥ الصادر في جلسة ٢٠/ ١٩٨٦/٢. انظر في ذات التفسير الضيق: الفتوى رقم ٤٦١/٢ الصادرة بتاريخ ١٢/ ١٩٧٦/٦، مجموعة المبادئ التي أقرتها إدارة الفتوى والتشريع، سبق الإشارة إليها، نبذة رقم (١٠٠) ص ٨٣.

(٢٥٣) تمييز عمالي، الصادر في جلسة ١٧/٤/١٩٧٤، مجلة القضاء والقانون لسنة ١٩٧٤، ص ١٠٠، قاعدة رقم٢٢٧. استئناف عمالي، طعن رقم ٢ لسنة ١٩٨٣ (غير منشور) مشار إليه لدى جلال محمد إبراهيم، الحادث أثناء وبسبب العمل، مرجع سابق ص ٢٧١. وفي هذا الصدد لا تفوتنا الإشارة إلى أننا لم نقع على حكم حديث أفرط في التوسع في التعويض عن إصابات العمل، وهذا يعني أن هذا الاتجاه لم يستقر عليه هذا من جهة. ومن جهة أخرى تبنت إدارة الفتوى والتشريع في إحدى الفتاوى إلى ذات النهج الموسع جداً عندما قررت:" أن الإصابة بسبب العمل وفي أثنائه تشمل ما يحدث للعامل من إصابات في الطريق من منزله إلى مقر عمله أياً كانت وسيلة المواصلات، مادام قد خرج من المنزل قاصداً العمل دون أن يتوقف أو ينحرف عن الطريق الطبيعي إلى هذا العمل". فتوى رقم ٢٤٦٧/٢ الصادرة في ١٤/٧/١٩٧٦، مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع، من أكتوبر ١٩٧٥ – سبتمبر =

نجد قضاء معتدلا[٢٥٤].

وقد استمر هذا الجدل الفقهي والقضائي إلى أن جاء قانون العمل الجديد الذي توسع كثيرا فيما يعتبر من إصابات العمل، فلم يعد يستلزم – كما هو الحال في القانون القديم – أن تقع الإصابة بسبب العمل أو في أثنائه، بل اكتفى بإحدى الحالتين؛ بعبارة أخرى اكتفى أن تكون الإصابة بسبب العمل (أو) في أثنائه، وفوق ذلك بل أضاف إلى الحالتين السالفتين حالة ثالثة وهي الحادث الذي يقع في الطريق إلى العمل أو العودة منه؛ وفي ذلك قضت المادة (٩٠) من القانون الجديد على أنه: "إذا أصيب العامل في حادث بسبب العمل أو في أثنائه أو في الطريق إلى العمل والعودة منه كان على صاحب العمل إبلاغ الحادث فور وقوعه أو فور علمه به..". وهذا النص يعتبر نقلة نوعية لتشريع العمل الجديد جعل من الكويت تصطف مصاف الدول المتقدمة وتزيد[٢٥٥].

= ١٩٧٧، نبذة رقم (١١٤) ص ٩٣.

(٢٥٤) تمييز، عمالي ٣، قرار في الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٦عمالي/٣ بالجلسة المنعقدة بغرفة المشورة بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٢٠. حيث رفضت محكمة التمييز بحث موضوع الإصابة التي وقعت أثناء الطريق بعد أن قضت محكمة الاستئناف القضاء بالتعويض في حوادث الطرق. وفي ذلك قضت المحكمة أنه لما:" كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ما خلص إليه من سائر الأوراق وأقوال الشهود أن إصابة الطاعن قد حدثت في الطريق أثناء توجهه إلي مكان عمله قبل بدايته، وكان هذا الاستخلاص سائغاً وله معينة من الأوراق ومن شأنه أن يؤدي إلي النتيجة التي انتهى إليها". تمييز عمالي ١، طعنا رقما ٢٨٥ و =٢٨١ لسنة ٢٠٠٥ الصادر في جلسة ٢٠٠٧/٤/٢. تمييز عمالي، طعن رقم ١٦٧ لسنة ١٩٩٨ الصادر في جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٧، أنظمة صلاح الجاسم.

(٢٥٥) غني عن البيان أن حق العامل في التعويض عن الإصابة يسقط إذا ثبت من التحقيق أن العامل قد تعمد إصابة نفسه، أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من العامل، ويعتبر في حكم ذلك كل فعل يأتيه المصاب تحت تأثير الخمر أو المخدرات، وكل مخالفة للتعليمات الخاصة بالوقاية من أخطار العمل وأضرار المهنة المعلقة في مكان ظاهر من أماكن العمل، هذا ما لم تنشأ عن الإصابة وفاة العامل أو تخلف عجزاً مستديماً تزيد نسبته على (٢٥ في المائة) من العجز الكلي (المادة ٩٥ من القانون الجديد) يقابلها نص المادة (٦٥) من القانون القديم.

ومع ذلك فلا نظن أن الكويت خطت هذه الخطوة نتيجة لنقد فقهي أو تضارب قضائي أو ضغط نقابي في إصابة العمل تحديدا، بل لأن ذلك أتى نتيجة لفرض نظام التأمين الاجتماعي الإجباري، بحيث أصبح لزاماً على صاحب العمل أن يؤمن على عمالته ضد أخطار المهنة؛ فلولا تقرير نظام التأمين الإجباري لما تشجع المشرع – بنظرنا – في ذلك، وهذا ما يفسر عدم إقدامه على هذه الخطوة رغم النقد الذي تعرض له خلال أكثر من ثلاثة عقود؛ ومع ذلك فإن هذا التوجه التشريعي لا يخلو من الإشادة والثناء المستحقين، حيث يحسب للمشرع أنه تجاوب للنقد في فرض نظام التأمين على العمال الذي سوغ تحول موقف المشرع من الضيق المشدد إلى المتسع اليسير على العمال، ويبدو ذلك جلياً في إضافة حالة ثالثة مستحدثة وهي حالة الحادث الذي يقع في الطريق إلى العمل أو منه[٢٥٦].

وحادث الطريق، وفقا لقانون العمل الجديد[٢٥٧]، يفترض أن يتوافر شرطان: الأول: وكما هو الحال في إصابة العمل بصفة عامة: يجب أن يصاب العامل في جسده، أي يتضرر جسمانياً، فلا يكفي تلك الإصابة التي تلحق بالأموال؛ وثانياً: أن يقع الحادث في الطريق الطبيعي للعمل، أي أن يسلك الطريق المعتاد للعمل أو منه دون انحراف[٢٥٨].

---

(٢٥٦) للمزيد حول حوادث الطريق: راجع بدر اليعقوب، حوادث الطريق ومدى اعتبارها إصابات عمل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (٥)، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٨٧. جلال محمد إبراهيم، حماية العمال ضد حوادث طريق العمل، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٢٥٧) ويلاحظ أن المشرع استحدث نصاً جديداً يقضي بأنه يجب على كل صاحب عمل أن يوافي الوزارة المختصة بإحصائية عن حوادث إصابات العمل وأمراض المهنة التي وقعت بمنشأته بشكل دوري. ويصدر الوزير قراراً بالمواعيد المحددة لذلك. المادة (٩٢).

(٢٥٨) تمييز عمالي ١، رقمي ٢٨٥ و ٢٨١ لسنة ٢٠٠٥ الصادر في جلسة ٢٠٠٧/٤/٢. انظر أيضاً في ذلك: صالح العتيبي، التعويض عن إصابة العمل في الوظائف العامة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٥، ص ٦٣ وما بعدها. انظر في المعيار الموضوعي والشخصي لحادث الطريق بالتفصيل: جلال محمد إبراهيم، حماية العمال ضد حوادث الطريق، مرجع سابق، ص١٠٨. خالد الهنديانى وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص٣٢٩.

وفي حكم مستحدث – يستحق الإشادة – لوحظ أن المشرع توسع في أمراض المهنة، حيث أجاز للعامل حق الرجوع في التعويض خلال سنة من تركه العمل؛ بمعنى أن العامل يستطيع الرجوع على صاحب العمل خلال الفترة من تاريخ انتهاء مدة خدمته إلى أن تنقضي مدة سنة كحد أقصى إذا أصيب بأحد أمراض المهنة، أو يكفي حتى ظهور هذه الأعراض خلال فترة السنة المذكورة؛ أما بعد ذلك فليس له الحق في الرجوع على صاحب العمل وفقاً لقواعد قانون العمل؛ وفي ذلك قضت المادة (٩٦) من أنه: "إذا أصيب العامل بأحد أمراض المهنة أو ظهرت أعراض أمراض المهنة عليه أثناء الخدمة أو خلال سنة من ترك العمل، سرت عليه أحكام المواد (٩٣، ٩٤، ٩٥) من هذا القانون".

في حين أن القانون القديم – في المادة (٦٧) منه – لم يكن يأخذ إلا بأمراض المهنة التي تحدث أو تظهر عوارضها أثناء العمل؛ ويبدو ذلك جلياً من إحالتها إلى المادة (٦١) التي تقضي بأن الإصابة يجب أن تقع "أثناء" العمل "وبسببه"؛ على أنه يجب ألا نفهم من عبارة "أثناء الخدمة أو خلال سنة" الواردة في عجز المادة (٩٦) أن القانون الجديد يجيز الرجوع بالتعويض على صاحب العمل في كل مرض يصيبه خلال سنة لوجود (أو) خلال سنة، ذلك أن النص مقيد – وكما ورد به – بأمراض المهنة فقط دون غيرها، وبعبارة أخرى بالأمراض التي تنشأ بسبب العمل.

غني عن البيان أن قواعد الالتزام بالتعويض عن إصابات العمل وأمراض المهنة تتقرر للعمال المرتبطين بعقد عمل، بمعنى آخر لصالح العمال الذين يخضعون لقانون العمل دون غيرهم؛ لذا يحق لنا أن نتساءل عن مدى انطباق أحكام قواعد إصابات العمل على كل من عقد التلمذة أو التدريب المهني و العقد تحت الاختبار؟ فجميع هؤلاء قد يتعرضون لإصابة أو مرض أثناء فترة التعليم أو التدريب أو الاختبار؛ فهل إصابة أحدهم أو مرضه يمكن تكييفها على أنها إصابة عمل أو مرض مهني؟

الحقيقة أن الإجابة متيسرة في حالة العقد تحت الاختبار، لأن صياغة نص المادة (٣٢) من القانون الجديد تؤكد على أنه عقد عمل نافذ فور إبرامه ولكنه

معلق على شرط فاسخ وهو عدم الرضاء عن التجربة. ومؤدى ذلك انطباق أحكام قانون العمل عليه دون أدنى شك، ومنها قواعد التعويض عن إصابات العمل وأمراض المهنة(٢٥٩)؛ أما في حالة عقد التلمذة أو التدريب المهني فإن الإجابة غير متيسرة، ذلك أن الفقه شبه مُجمع على أن هذه النوعية من العقود لا تعتبر عقود عمل وإن اقتربت منه، لأن الغاية منها – على خلاف قانون العمل – مجرد التدريب أو التعليم(٢٦٠)؛ لذلك فإن هذه الفئة لا تستفيد من قواعد التعويض عن إصابات وأمراض المهنة، لأن هذه العقود لا تنطبق عليها أحكام قانون العمل، إلا إذا نص الأخير صراحة على ذلك(٢٦١)؛ ولا يوجد نص في قانون العمل الجديد يقضي بسريان أحكامه على هذه الفئة من العقود – أي عقود التلمذة والتدريب المهني – وبالتالي يحكم التعويض في مثل هذه الإصابات القواعد العامة في القانون المدني.

على أن البعض يرى عكس ذلك، وإن كان يقر باختلاف طبيعة عقد التلمذة أو التدريب عن عقد العمل بمعناه الدارج، إلا أنه يسلم بخضوع عقد التدريب والتعليم لجميع أحكام قانون العمل المنظمة لعقد العمل في كل ما لم يرد به

---

(٢٥٩) راجع في تفصيل عقد العمل تحت الاختبار: محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص١٣٨. وكذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص٢٤٦-٢٤٧.

(٢٦٠) راجع في أحكام عقد التلمذة والتدريب المهني الفرع الثاني من المطلب الأول في المبحث الأول.

(٢٦١) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص٣٦٦. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص١٣٧. وهذا ما تؤيده إدارة الفتوى والتشريع حيث لم تعتبر، في إحدى فتاويها، عقد التلمذة أو التدريب عقد عمل ولا تسري عليه أحكام عقد العمل. فتوى مشار إليها لدى: خالد الهنداياني وعبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص١٩٥-١٩٦ كما يرى الأخيران عدم انطباق أحكام عقد العمل، إلا أن بعض أحكام قانون الأخرى تنطبق عليه وخصوصاً فيما يتعلق بالأحداث وساعات العمل.. على أننا نرى أن انطباق أحكام الأحداث (ونظام ساعات العمل الخاص بهم) كان بسبب نص صريح قضى بسريانهما على عقد التلمذة والتدريب ولم يكن ذلك تأويلاً، أو لاعتباره عقد عمل وفقاً لقانون العمل (المادة ١٢) من قانون العمل الجديد.

نص، والغرض من ذلك هو حماية العامل المتدرب والحفاظ على حقوقه[٢٦٢]؛ ومن ناحيتنا وإن كنا ندرك الغايات النبيلة لهذا الرأي، إلا أننا لا نتفق معه لأنه، كما يبدو لنا، يخالف نطاق سريان قانون العمل الجديد المنصوص عليه في المادة (٢) من هذا القانون، فضلا عن مخالفته لنص المادة (٣/١) منه؛ لذا ندعو المشرع إلى تفادي هذا الفراغ والنص على سريان أحكام قواعد التعويض عن إصابات وأمراض المهنة عليهم[٢٦٣].

خاتمة:

تطرقنا في هذه الدراسة لأهم المستحدثات، التي جاء بها قانون العمل الجديد، في مكونات عقد العمل الفردي: سواء في المرحلة السابقة عليه أو في مرحلة إبرامه أو انقضائه. كما تناولنا مستجدات نظام وظروف العمل: سيما نظام حماية الأجرة ومواعيد العمل و قواعد السلامة والصحة المهنية. وكأي عمل إنساني، فإن تشريع العمل الحديث لا يخلو من إيجابيات وسلبيات، وهي ما رصدناها من خلال هذه الدراسة المتواضعة.

وفي ضوء ما تقدم سوف نعرض لأهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات:

- أنشأ القانون الجديد هيئة عامة للقوى العاملة تتولى استقدام العمالة الوافدة، يشرف عليها وزير الشؤون الاجتماعية والعمل، تتولى استقدام

(٢٦٢) جمال النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، مرجع سابق، ص٩٥؛ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها حيث يلخص آراء الفقه حول مدى انطباق قانون العمل على عقد التلمذة والتدريب المهني، وينتهي رأيه إلى انطباق قانون العمل على عقد التلمذة رغم أنه عقد تعليمي.

(٢٦٣) حيث تعرف المادة (١/٣) العامل بأنه: "كل ذكر أو أنثى يؤدي عملاً يدوياً أو ذهنياً لمصلحة صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر". وما نصت عليه المادة (٢) من أنه: "تسري أحكام هذا القانون على العاملين في القطاع الأهلي". ولا يدخل في مفهوم العاملين وفقا للمادة (٣/١) سالفة البيان التلميذ أو المتدرب.

العمالة الوافدة، ورغم الاضطرابات التي مرت بالتشريع إلا أن موقف المشرع النهائي، وبلا شك، هو الأصح لأنه يمنع ابتزاز أصحاب المكاتب لأموال العمال، سيما في دولة خدمية كالكويت.

- نظم المشرع لأول مرة عقد التلمذة والتدريب المهني بشيء من التفصيل، بعد أن كان يشير إليه باقتضاب شديد في معرض الحديث عن تشغيل الأحداث؛ ورغم أن المشرع لم يذكر صراحة الحد الأقصى للتلميذ أو المتدرب إلا أنه قد تأكد لدينا أنه مقصور على الفئة العمرية ما بين (١٥-١٨) سنة، وذلك من خلال الإحالة إلى نصوص المتعلقة بتشغيل الأحداث؛ ومع ذلك فقد أحسن المشرع الكويتي في تحديد حد أقصى لعمر التلميذ أو المتدرب حتى لا يكون هناك ثغرة ينفذ منها أصحاب العمل للتهرب من التقيد بالحد الأدنى للأجور.

- كما توصلنا إلى أن شرط الكتابة الوارد في المادة (١٣) هو شرط من شروط صحة العقد وليس مجرد شرط لإثباته كما هو الحال في عقد العمل الفردي، وأن القانون لم يلزم صاحب العمل بتدريب نسبة معينة من العمالة الكويتية تحقيقا لأهداف قانون دعم العمالة الوطنية رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠، لذا نوصي المشرع بجعل عقد التلمذة إجبارياً بالنسبة لصاحب العمل إزاء نسبة معينة من العمالة الوطنية.

- رفع المشرع سن تشغيل الحدث من سن (١٤) إلى سن (١٥) وهذا التعديل ينسجم مع القواعد العامة في القانون المدني وينسجم مع التطلعات الدولية في معايير العمل؛ وتبين أن أهلية عقد العمل تكتمل ببلوغ سن (١٥) وفقاً للمادتين (٢٠) و(٢٧)، إلا أن القرار الوزاري رقم (١٩٦/ع) لسنة ٢٠١٠ بشأن تشغيل الأحداث حظر تشغيلهم دون موافقة ولي الأمر، وهو ما يصمه بعدم الشرعية بالمخالفة للمادتين (٢٠) و (٢٧) من القانون؛ ورغم عدم شرعيته إلا أنه ينسجم مع المادة (٢٣) من الاتفاقية العربية رقم (١٨) لسنة ١٩٩٦ بشأن الأحداث؛ وعليه نوصي بتعديل

القرار ليتمشى مع القانون أولاً، ومن بعد تعديل القانون لينسجم مع الاتفاقية.

- طوّر المشرع من المزايا الممنوحة للمرأة العاملة كعدم جواز إنهاء خدمة العاملة أثناء إجازة الوضع أو بسبب مرضها، ومنحها ساعتين لإرضاع صغيرها، كما ألزم صاحب العمل بإنشاء دور حضانة للأطفال.
- تبين لنا أن المشرع الكويتي لم يقيد صاحب العمل في نطاق إبرام عقد العمل بأية ضوابط تتعلق بطبيعة العقد المراد إبرامه، فله – أي صاحب العمل– الحرية الكاملة في اختيار طبيعة عقد العمل بين إبرام عقد محدد المدة أو عقد غير محدد المدة؛ ولأن الغلبة لصاحب العمل فإنه سوف يختار العقد الذي يتمشى مع مصالحة دون اعتبار لمصلحة العامل؛ لذا نوصي بأن يضع المشرع نصب عينه التطورات الحديثة التي واكبها المشرع الفرنسي في تقييد صاحب العمل.
- نستطيع أن نستنتج، من خلال نص المادة (٣٠)، أن القانون الجديد عرّف عقد العمل محدد المدة بأنه ذلك العقد الذي لا تقل مدته عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات؛ ونعتقد أن المشرع لم يكن موفقا في وضع حد أدنى للعقد، لذا ندعوه لإعادة النظر في النص وإلغاء الحد الأدنى للعقد.
- طوّر المشرع من الضمانات الخاصة في الجزاءات التأديبية قبل توقيعها كالضمانات اللازمة لحفظ حق العامل في الدفاع عن نفسه لدرء المخالفات المنسوبة إليه، والتزام صاحب العمل باعتماد لائحة الجزاءات قبل تطبيق أحكامها من الوزارة المختصة، وألزم صاحب العمل تخصيص حصيلة الجزاءات الموقعة على عماله للصرف منها على الأغراض الاجتماعية والاقتصادية والثقافية؛ كما استحدث نظام الوقف الاحتياطي للعامل لمصلحة التحقيق، ونظام الوقف القانوني في حال حبس العامل احتياطياً أو تنفيذاً لحكم قضائي غير نهائي.
- ميّز القانون الجديد من حيث الإخطار والتعويض ومدى استحقاق المكافأة بين طائفتين من الأفعال، فأجاز لصاحب العمل أن يفصل العامل دون

إخطار أو تعويض أو مكافأة نهاية خدمة في طائفة واحدة فقط تحتوي على ثلاث حالات؛ وفي الطائفة الأخرى – وتحتوي على خمس حالات – أكد صراحة على أنه لا يترتب على قرار الفصل حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة؛ بمعنى أن المشرع – في القانون الجديد – قلص من الحالات التي كان يجوز فيها حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة.

- لم يفرق المشرع في الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، بين تلك المتعلقة بالعمل والأخرى غير المتعلقة به، وساواهما في استحقاق العامل (المدان) لمكافأة نهاية الخدمة، بعد أن كان، في القانون القديم يساويهما في الحرمان من المكافأة (المادة ٥٥/د)؛ وهذا المسار منتقد – في وجهة نظرنا – في كلا القانونين؛ وعليه نوصي المشرع بأن يأخذ بعين الاعتبار التفرقة في الأحكام بين الجرائم المتصلة بالعمل وغيرها ممن لا تتصل به، سيما في جرائم الأموال.

- تبين لنا أن نص المادة (٤١/ب/٤) من القانون الجديد – المقتبس تماماً من نص المادة (٥٥/ز) من القانون القديم – يكاد يكون قد نسف كل الضمانات التشريعية المقررة للعامل والتي وجد من أجلها، أساساً، قانون العمل، لأنه توسع كثيراً في إمكانية سلطة صاحب العمل بالفصل لمجرد الإخلال أو التقصير في الالتزامات الملقاة على عاتق العامل، وبالتالي يستوعب غالبية (أو كل) الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل فصل العامل؛ لذلك نوصي بإلغائه لأنه يفتح باب الصراع على مصراعيه؛ ومن هذا الوقت إلى تحقق ذلك ينبغي الحذر من التوسع في تطبيقه.

- رغم خطورة الفصل إلا أن القانون الجديد لم يُخضع صاحب العمل لأي رقابة مسبقة من أي جهة من الجهات الرسمية أو النقابية، سيما وأن الأخير مفوض بصلاحية إجراء التحقيق؛ معنى ذلك أن صاحب العمل يتمتع بسلطة تقديرية شبه مطلقة في توقيع العقوبة؛ ولذلك نوصي بغل يد صاحب العمل في توقيع عقوبة الفصل، وجعلها من اختصاص لجنة ذات اختصاص قضائي أسوة بالمشرع المصري.

- استخدم القانون الجديد، في الفصل الخاص بانتهاء عقد العمل، لفظ "إنهاء"، ولم يستخدم مصطلح "الفسخ" كما هو الحال في القانون القديم، وهو اللفظ الأدق قانونا، ذلك أن الفسخ يفترض – بداهة – إخلال أحد الطرفين بالتزاماته.
- أورد القانون الجديد تطبيقاً صريحاً لنظرية عدم التعسف في استعمال الحق في إنهاء في علاقات العمل، وبذلك أغلق باب الجدل وأوقف الاضطراب القضائي.
- عاد المشرع الكويتي إلى أحضان القانون المقارن، وعدل عن موقفه في انتقال ملكية المنشأة إثر تغير صاحب العمل بما يتناسب مع التطور الاقتصادي الحديث؛ إلا أن المذكرة الإيضاحية مازالت تعيش في فلك النص القديم حيث شابها خطأ فادح يقلب النص رأساً على عقب، فنوصي بالتنبه منه وتصحيحه.
- طوّر المشرع من نظام الحماية القانونية للأجرة، فجعلها من حقوق الامتياز على جميع أموال صاحب العمل؛ كما استحدث المشرع حكماً جديداً يوجب – بقرار من الوزير المختص – وضع جداول بالحد الأدنى للأجور طبقاً لطبيعة المهن والصناعات وذلك استجابة لمعايير العمل الدولية وتمشياً مع الاتجاهات الحديثة.
- لم يلزم المشرع صاحب العمل بوضع نظام أو لائحة تُعنى بحقوق العمال المالية، من درجات وعلاوات ومكافآت وما نحوها؛ وهو ما نناشد المشرع بتداركه في المستقبل.
- وقع المشرع في القانون الجديد بتعريف الأجرة في الخطأ ذاته الذي وقع به في القانون القديم، فاستحق ذات النقد؛ فإن كان – القانون الجديد – في صياغة مرنة لم يحصر العناصر التي يتكون منها الأجر ليحيط بها كليا، إلا أنه مازال يوحي بأن العناصر الأخرى، غير الأجر الأساسي، إنما هي عناصر تكميلية لا يقوم بها الأجر مستقلاً؛ وهو ما نضعه نصب عيني المشرع لأخذه بعين الاعتبار.

- انسجم المشرع الكويتي في تحديد ساعات العمل الأصلية والإضافية مع معايير العمل الدولية؛ وفي حكم مستجد وضع قيداً زمنياً غل من صلاحية صاحب العمل في تشغيل العمال بأعمال إضافية، بعد أن كان بإمكانه – أي صاحب العمل – وفقاً للقانون القديم تشغيل العامل لساعات إضافية ولو بشكل يومي طوال سنوات الخدمة دون أي قيد زمني.
- طوّر المشرع من نظام الإجازات، فمنح العامل راحة أسبوعية مدفوعة الأجر تحدد بأربع وعشرين ساعة متصلة عقب كل ستة أيام عمل، بعد أن كانت بدون أجر؛ وزاد من عدد أيام الإجازات الرسمية والسنوية، فتفوق بذلك على المعايير الدولية وأغلبية التشريعات المقارنة؛ كما رفع من نسبة استحقاق الأجر في الإجازات المرضية.
- أعطى العامل الحق في تجميع إجازاته السنوية لمدة سنتين، أو لأكثر من سنتين بشرط موافقة الطرفين؛ وفي ذلك خروج على الأصل العام الذي يقضي بعدم جواز أن يجمع العامل إجازاته رغماً عن إرادة رب العمل، لأن القاعدة أن لصاحب العمل أن يصر على حصول العامل على إجازته السنوية؛ والسماح بتراكم الإجازات إلى ما لا نهاية، بموافقة العامل وصاحب العمل، سوف يؤدي في نهاية المطاف إلى إمكان التحايل على النص الذي يقضي بعدم جواز تنازل العامل عن إجازته السنوية مقابل عوض أو بغير عوض؛ ولذلك فإننا نناشد المشرع بإعادة النظر في هذا النص لأنه بالإمكان تعطليه باتفاق الطرفين، وهذا لا يجوز لتعلقه بالنظام العام.
- استحدث المشرع العديد من الإجازات الأخرى التي لم تكن موجودة على الإطلاق في القانون القديم كالإجازة الدراسية والثقافية وإجازة الحج وإجازة الوفاة والإجازة الخاصة.
- عزز المشرع من قواعد السلامة والصحة المهنية واتخاذ التدابير الاحتياطية لسلامة العمال وكل من في المنشأة متمشياً في ذلك مع الاتفاقيات الدولية النافذة، وحظر على أصحاب الأعمال استقطاع مبالغ

مالية نظير توفير وسائل الحماية والسلامة للعمال خشية أن يحملها صاحب العمل عليهم؛ كما ألزم صاحب العمل بتبصير العامل قبل مزاولة العمل بالمخاطر التي قد يتعرض لها، ووسائل الوقاية التي يجب عليه اتخاذها.

- تلافى المشرع الوضع الذي كان سائداً في القانون القديم، الذي أهمل طبيعة كل مخالفة وفرض عقوبات عامة على كل أنواع المخالفات كأصل، بحيث تنوع القانون الجديد في العقوبات بحسب الواقعة أو النص الذي أراد تعزيز حمايته عن طريق تقرير عقوبة له تختلف عن العقوبات العامة الأخرى.
- ألزم قانون العمل الجديد صاحب العمل بالتأمين على عماله لدى شركات التأمين ضد إصابات العمل وأمراض المهنة، ليضع حداً لتقصير تشريعي دام لسنين.
- عدل المشرع في القانون الجديد عن موقفه المتشنج في شروط التعويض عن إصابات العمل ليعود إلى خانة القانون المقارن بعد اضطراب قضائي دام لسنوات بسبب النص على أن إصابة العمل يجب أن تكون بسبب العمل وأثنائه، بحيث أصبحت تعتبر إصابة عمل فيما لو وقعت بسبب العمل أو في أثنائه أو في الطريق إلى العمل والعودة منه؛ وبذلك قوّم المشرع من مفهوم إصابات العمل وتحول بها من المفهوم المتشدد إلى المفهوم الموسع.
- توسع المشرع في أمراض المهنة بحيث أجاز للعامل حق الرجوع بالتعويض على صاحب العمل خلال سنة من تركه العمل؛ بمعنى أن العامل يستطيع الرجوع على صاحب العمل خلال الفترة من تاريخ انتهاء مدة خدمته إلى أن تنقضي مدة سنة كحد أقصى، إذا أصيب بأحد أمراض المهنة أو يكفي حتى ظهور هذه الأعراض خلال فترة السنة المذكورة، أما بعد ذلك فليس له الحق في الرجوع على صاحب العمل وفقا لقواعد قانون العمل.

المراجع

أولاً – المراجع العربية:

- إبراهيم الدسوقي أبوالليل، أصول القانون (نظرية الحق)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- أنور الفزيع، سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية عشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٨.
- بدر اليعقوب، إنهاء عقد العمل غير محدد المدة في القانون الكويتي، مطابع الرسالة، الطبعة الأولى ١٩٨٤.
- بدر اليعقوب، حوادث الطريق ومدى اعتبارها إصابات عمل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (٥)، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٨٧.
- بدر اليعقوب، النظام القانوني للأجر في قانون العمل الكويتي، بدون دار نشر، الكويت، ١٩٨٨.
- جلال محمد إبراهيم، فصل العامل لإدانته في جريمة وفقا للمادة ١٢٠/ز من قانون العمل الاتحادي (تعليق على حكم محكمة تمييز دبي الصادر في الطعنين رقمي (٤١٤ و ١٥٥ لسنة ٢٠٠٣ عمالي)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٢)، السنة (٣١)، يونيو ٢٠٠٧.
- جلال محمد إبراهيم، الحادث أثناء وبسبب العمل (القسم الأول)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (١١)، العدد (٢)، يونيو ١٩٨٧.
- جلال محمد إبراهيم، حماية العمال ضد حوادث الطريق (الجزء الثاني)، مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، السنة (١١)، الأعداد: يناير/ فبراير/مارس ١٩٨٨.
- جمال النكاس وعبد الرحمن الرضوان، شرح أحكام قانون التأمينات الاجتماعية في الكويت، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠١١.

- جمال النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩.
- جمال النكاس، مكافأة نهاية الخدمة في قانون العمل الكويتي بين الجدوى والجدية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٤)، ديسمبر ١٩٩٦.
- حسام كامل الأهواني، شرح قانون العمل، طبعة أبناء وهبة حسان، ١٩٩١.
- خالد الضفيري، أهم الأسباب التي تحد من هيكلة القوى العاملة الوطنية في ظل قانون العمل الكويتي الجديد، مجلة الحقوق، العدد (١) السنة (٣٧)، مارس ٢٠١٣.
- خالد الضفيري، نطاق تطبيق دعم العمالة الوطنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٢)، السنة (٣٥)، يونيو ٢٠١١.
- خالد الهنديانى وعبد الرسول عبد الرضا، شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
- خالد الهنديانى، وقف عقد العمل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٤)، السنة (٣٤)، ديسمبر ٢٠٠٠.
- السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل الكويتي، وحدة التأليف والترجمة والنشر، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
- صالح العتيبي، التعويض عن إصابة العمل في الوظائف العامة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٥.
- عادل بهبهاني، ورقة عمل مقدمة من لجنة مراجعة القوانين المدنية في جمعية المحامين بعنوان:" ملاحظات حول قانون العمل الجديد رقم ٦/ ٢٠١٠، منشورة في جريدة الوطن الكويتية، العدد (٦٧٥٢)، ٨ أبريل لسنة ٢٠١٠، السنة (٤٨).
- عبد الحميد الحفني، أثر تغير صاحب العمل على عقود العمل في القانونين الفرنسي والمصري، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٧.

- عبدالعزيز اللصاصمة، التعريف بالأجر وطرق حمايته، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (٢٣)، العدد (١)، مارس ١٩٩٩.
- عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام قانون العمل الكويتي، بدون دار نشر، وبدون طبعة، ١٩٩٣.
- محمود جمال الدين زكي، قانون العمل الكويتي، بدون ناشر، بدون رقم طبعة، ١٩٧١.
- ناظم أحمد عارف، الشروط القانونية اللازمة لإبرام عقد التدريب المهني، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٢، الطبعة الثانية ١٩٩٤.
- همام محمد محمود زهران، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٩.

ثانياً – المراجع الأجنبية:

- G. BUSEINE: L apprentissage: Dr. Ouvrier, 1998.
- L. DRAI. note sur Cass. Soc. 30 sept. 2009, n 08-40, 362, la semaine juridique social, 2009, p. 1530.
- J.-Y FROUIN, Les rupture à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail, la semaine juridique social, 15 Juillet 2008, n. 29.
- F. Hénot, Modification du contrat de travail, JurisClasseur Travail Traité, Date du fascicule 19-40 : 1er Avril 2007 Date de la dernière mise à jour : 13 Juillet 2007.
- Th. HUMBERT, Accident de travail et maladies professionnelle, la semaine juridique social, 26 fevrier 2013, n 9.
- B. Ines observation sur cass, soc. 23 septembre 2009, nº07-40.844 (nº1957 FP-P + B), Recueil Dalloz 2009.
- J.-C. Javillier, Droit du travail : LGDJ, 1999.

- J.-B PAILLISSER: L'apprentissage, Sem. Soc. Lamy, 1996.
- J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES: Droit du travail, 26 édition, Dalloz 2012.
- J. PELISSIER: formation d'apprenti junior, RTD, 2006, 20.
- G. PIGNARRE: L'apprentissage, Litec, 1991.
- Y. Saint-Jours Cass. soc., 8 oct. 1987 : Bull. civ. 1987, V, nº451 ; Dalloz 1988, jurispr. p. 58.
- Savatier note sur Cass. soc., 8 oct. 1987 : Bull. civ. 1987 ; Dr. soc. 1988, p. 140.
- B. Teyssié, La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise : Dr. soc. 1988.
- J-.E Tourreil. obs. cass, soc. 30 mars 2010: JS Lamy 2010, nº278-6.

(ملحق)
جدول بالاتفاقيات العربية والدولية التي صدقت عليها دولة الكويت

منظمة العمل العربية
إدارة الحماية الاجتماعية

تصديقات الدول الأعضاء على اتفاقيات العمل العربية حتى 2014 / 1 / 15

م	اسم الدولة	بيان اتفاقيات العمل العربية والتصديق عليها																						عدد الاتفاقيات التي صدقت عليها الدول
		الاتفاقية رقم 1 لعام 1966	الاتفاقية رقم 2 لعام 1967	الاتفاقية رقم 3 لعام 1971	الاتفاقية رقم 4 لعام 1975	الاتفاقية رقم 5 لعام 1976	الاتفاقية رقم 6 لعام 1976	الاتفاقية رقم 7 لعام 1977	الاتفاقية رقم 8 لعام 1977	الاتفاقية رقم 9 لعام 1977	الاتفاقية رقم 10 لعام 1979	الاتفاقية رقم 11 لعام 1979	الاتفاقية رقم 12 لعام 1980	الاتفاقية رقم 13 لعام 1981	الاتفاقية رقم 14 لعام 1981	الاتفاقية رقم 15 لعام 1983	الاتفاقية رقم 16 لعام 1983	الاتفاقية رقم 17 لعام 1993	الاتفاقية رقم 18 لعام 1996	الاتفاقية رقم 19 لعام 1998	
1	الأردن	1970	1970	-	1975	-	-	-	-	-	1980	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	6
2	الإمارات	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2004	2004	2004	2004	2
3	البحرين	-	-	-	-	-	-	1994	-	-	-	-	-	-	-	-	1984	1996	1998	-	-	-	5
4	تونس	-	-	-	-	-	-	1987	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
5	الجزائر	-	-	-	-	-	-	2005	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2005	-	-	-	-	3
6	جيبوتي	-	-	-	2012	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
7	السعودية	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2000	-	1
8	السودان	1972	1972	1978	-	2011	2011	-	2011	-	-	-	-	-	-	2011	-	2011	-	-	-	-	10
9	سورية	1967	1969	1973	2001	-	1982	1979	-	1978	-	-	-	2001	-	2011	2001	2001	-	-	2002	-	11
10	الصومال	-	-	-	1976	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2001	-	1
11	العراق	1970	-	1976	1977	1978	-	1978	1978	-	1981	1980	1982	1982	1988	1984	1984	-	-	* 2006	-	-	16
12	سلطنة عمان	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2004	2004	1999	1999	4
13	فلسطين	1976	1976	1976	1976	1976	1976	1977	1977	1976	1976	1976	2010	1981	1981	1983	1983	1993	2004	2004	* 1999	2004	7
14	قطر	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2013	-	-	-	-	1
15	الكويت	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2003	2003	2003	2004	2003	5
16	لبنان	2003	-	-	-	-	-	2004	-	-	2003	-	-	-	2004	-	-	-	-	-	-	-	2
17	ليبيا	1974	1974	1975	-	* 2004	-	2004	-	-	2004	-	-	-	1991	1996	1991	1994	1991	2001	-	2013	6
18	مصر	1979	1969	1977	1976	-	1977	-	-	-	1990	1991	1991	-	-	1992	-	-	-	-	-	-	3
19	المغرب	1969	1995	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
20	موريتانيا	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0
21	اليمن	-	-	-	1988	1988	-	1990	-	1988	-	-	1999	-	-	-	-	1999	-	2001	-	-	5
	المجموع	9	7	6	8	5	4	9	3	8	2	6	3	9	5	5	3	11	8	11	3	5	122

- تصبح الاتفاقية محلا لمتابعة التنفيذ من قبل الأجهزة المختصة في المنظمة متى صدقت عليها ثلاث دول أعضاء ((المادة الخامسة عشرة من نظام اتفاقيات وتوصيات العمل العربية)) .
- اتفاقيات العمل العربية جميعها موضع متابعة باستثناء الاتفاقية (10) .
- (*) اتفاقية عليها تصديق جزئي .

Ratifications des conventions de l'OIT: Ratifications pour

Organisation Internationale du Travail | Promouvoir l'emploi, protéger les personnes

NORMLEX Information System on International Labour Standards | Recherche | Guide de l'utilisateur

Ratifications pour Koweït

19 Conventions

- Conventions fondamentales: **7 sur 8**
- Conventions de gouvernance (prioritaires): **2 sur 4**
- Conventions techniques: **10 sur 177**
- Sur **19** Conventions ratifiées par Koweït, dont **19** sont en vigueur, **aucune** convention n'a été dénoncée; **aucune** n'a été ratifiée au cours des 12 derniers mois.

Voir aussi

Conventions non ratifiées

Afficher la liste par: ○ Type ◉ Numéro ○ Sujet ○ Statut

Numéro

Convention	Date	État actuel	Note
C001 - Convention (n° 1) sur la durée du travail (industrie), 1919	21 sept. 1961	En vigueur	
C029 - Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930	23 sept. 1968	En vigueur	
C030 - Convention (n° 30) sur la durée du travail (commerce et bureaux), 1930	21 sept. 1961	En vigueur	
C052 - Convention (n° 52) sur les congés payés, 1936	21 sept. 1961	En vigueur	
C081 - Convention (n° 81) sur l'inspection du travail, 1947	23 nov. 1964	En vigueur	
C087 - Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948	21 sept. 1961	En vigueur	
C089 - Convention (n° 89) sur le travail de nuit (femmes) (révisée), 1948	21 sept. 1961	En vigueur	
C098 - Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949	09 août 2007	En vigueur	
C105 - Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957	21 sept. 1961	En vigueur	
C106 - Convention (n° 106) sur le repos hebdomadaire (commerce et bureaux), 1957	21 sept. 1961	En vigueur	
C111 - Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958	01 déc. 1966	En vigueur	
C116 - Convention (n° 116) portant révision des articles finals, 1961	23 avr. 1963	En vigueur	
C117 - Convention (n° 117) sur la politique sociale (objectifs et normes de base), 1962	23 avr. 1963	En vigueur	
C119 - Convention (n° 119) sur la protection des machines, 1963	23 nov. 1964	En vigueur	

Ratifications des conventions de l'OIT: Ratifications pour

Convention	Date	État actuel	Note
C136 - Convention (n° 136) sur le benzène, 1971	29 mars 1974	En vigueur	
C138 - Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973 *Age minimum spécifié: 15 ans*	15 nov. 1999	En vigueur	
C144 - Convention (n° 144) sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail, 1976	15 août 2000	En vigueur	
C159 - Convention (n° 159) sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées, 1983	26 juin 1998	En vigueur	
C182 - Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999	15 août 2000	En vigueur	

© Droit d'auteur et autorisations 1996-2012 Organisation internationale du Travail (OIT) | Déclaration de protection de la vie privée | Déni de responsabilité

تعليق على حكم محكمة التمييز "الدائرة الإدارية الثالثة" في الطعن رقم: ١٦١ لسنة ٢٠١٠م الصادر جلسة: ١٦/ ٢/ ٢٠١٢م "حكم غير منشور"

الدكتور/ عبدالله حباب الرشيدي
مجلس الوزراء - دولة الكويت

ملخص:

تنصب هذه الدراسة على تحليل حكم صدر عن دائرة طلبات رجال القضاء – الدائرة الإدارية الثالثة بمحكمة التمييز والتي تستوي على القمة فى مدارج التنظيم القضائي، ويعد قضاؤها محل التعليق من طلائع الأحكام القضائية، التي تصدر عن القضاء الإداري الكويتي في هذا الشأن. وهو يلقي الضوء على ثلاث مسائل منفصلة غاية في الأهمية؛ الأولي تتعلق بمدى جواز التفويض في المجال التأديبي، والثانية تتعلق بتدخل محكمة التمييز في تعديل القرارات التأديبية، بطريقة يمكن معها القول: إن القضاء الإداري في الكويت أضحى واضح المعالم، بشأن تطبيق الاستثناء الوارد على مبدأ عدم حلول قاضي الإلغاء محل الإدارة، أما المسألة الثالثة فقد شهدت بشأنها معركة بين "قلم الرصاص" واستخدام الحاسب الآلي في كتابة الأحكام القضائية، وثار حولها الجدل في إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وقضاء المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري، عن مدى قانونية كتابة الأحكام القضائية بالحاسب الآلي. وقد استهدفت الدراسة إلقاء الضوء على تلك المسائل في النظام القانوني والقضائي في الكويت بالمقارنة مع النظام المصري.

تمهيد :

أصدرت الدائرة الإدارية الثانية بمحكمة الاستئناف حكمها في الاستئناف رقم: ٨٥١ لسنة ٢٠٠٨م، بجلسة ٢٠١٠/٢/٢٢م تناولت في شق منه مسألة استخدام الكومبيوتر في كتابة مسودة الأحكام القضائية.

وقد طعن على هذا القضاء بطريق التمييز، وقيد برقم: ١٦١ لسنة ٢٠١٠م. والدائرة الإدارية الثالثة بمحكمة التمييز، وبجلسة: ٢٠١٢/٢/١٦م قضت بتمييز الحكم المطعون فيه، وتعديل القرار التأديبي الصادر بحق الطاعن.

وهذان الحكمان يعدان – على حد علمنا – من طلائع الأحكام القضائية، التي تصدر عن القضاء الإداري الكويتي في هذا المجال؛ لذا فإنهما يستحقان في تقديرنا التعليق عليهما ؛ لسببين: أحدهما عام، والآخر خاص.

أما السبب العام، فهو أن التعليق على الأحكام القضائية – ولا ريب – يثري الدراسة القانونية، وهو أمر يحقق فائدة أكيدة لرجل القانون على المستوي النظري والعملي.

أما السبب الخاص، فهو أن هذين الحكمين يلقيان الضوء على ثلاث مسائل منفصلة غاية في الأهمية؛ المسألة الأولى تتعلق بمدى جواز التفويض في المجال التأديبي، أما المسألة الثانية فتتعلق بتدخل محكمة التمييز في تعديل القرارات التأديبية، بطريقة يمكن معها القول: إن القضاء الإداري في الكويت أضحي واضح المعالم، بشأن تطبيق الاستثناء الوارد على مبدأ عدم حلول قاضي الإلغاء محل الإدارة.

أما المسألة الثالثة فقد شهدت بشأنها معركة بين "قلم الرصاص" والكومبيوتر في كتابة الأحكام القضائية، وثار حولها الجدل في إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وقضاء المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري، عن مدى قانونية كتابة الأحكام القضائية بالحاسب الآلي.

وسينصب اهتمامنا على هذه المسائل من خلال الحكم محل التعليق، فمن الأهمية البالغة أن نسبر أغوار هذه القضية من بدايتها حتى صدور حكم محكمة التمييز فيها.

لذا نقسم هذا البحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: وقائع النزاع وأساسه والأحكام الصادرة بشأنه.

المطلب الثاني: استخلاص الإشكاليات التي يثيرها الحكم والتعليق عليها.

المطلب الأول
وقائع النزاع وأساسه والأحكام الصادرة بشأنه

إن استعراض وقائع النزاع محل التعليق، وأساسه، والأحكام الصادرة بشأنه على نحو تفصيلي، تبدو أهميته لسببين: الأول سبب منطقي، تداوله العلماء والفقهاء، وهو أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره. أما السبب الثاني فيكمن في الوقوف على ممارسة قاضي الإلغاء لرقابته على القرار محل الطعن لمعرفة ما إذا كانت رقابته عادية، اقتصرت على ماديات الوقائع، أو الوجود المادي، أو القانوني لها، أم إنها اشتملت على مستوى أكثر عمقاً واتساعا، بتقدير أهمية الوقائع، وجسامة الإجراء موضوع القرار.

لذا رأينا من الملائم استعراض وقائع القضية محل التعليق أمام محكمة أول درجة (فرع أول) وأمام محكمة الاستئناف (فرع ثان) وأمام محكمة التمييز (فرع ثالث) على النحو الآتي:

الفرع الأول
القضية أمام محكمة أول درجة

تخلص الوقائع إلى أن المدعي، وهو محام في إدارة الفتوى والتشريع، عقد الخصومة فيها، بموجب صحيفة موقعة من محام، أودعت وقيدت بإدارة كتاب المحكمة الكلية في تاريخ: ٢٠٠٨/٣/٥م برقم: ٢٠٠٨/٣١٨م إداري/٨، وأعلنت قانوناً للمدعي عليهما بصفتهما؛ بغية القضاء:

بقبول الدعوى شكلا، وإلزام الجهة الإدارية بتقديم ملف خدمته والتحقيقات التي أجريت معه، والتي تشكل من القرار التأديبي ركن السبب، تمهيداً لإلغاء القرار رقم ١٧٢/ ٢٠٠٧ الصادر في تاريخ: ٢٠٠٧/١٠/٤م من رئيس الفتوى والتشريع، مع ما ترتب عليه من آثار وشمول الحكم بالنفاذ المعجل بلا كفالة، وتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلان واتخاذ أية إجراءات أخرى، وإلزام المدعي عليهما بصفتهما بالمصروفات.

وقال تبياناً لدعواه: إنه بموجب القرار الإداري رقم ٦ لسنة ٢٠٠٢م عين عضواً فنياً بإدارة الفتوى والتشريع بدرجة محام (ب) بقسم القضاء الجزئي، وفي عام: ٢٠٠٦م تم ترقيته وزملائه بموجب المرسوم رقم: ٢٠٠٦/٣٨١م لدرجة محام (أ) بذات الإدارة والقسم، وكان يؤدي عمله على أكمل وجه، وفي شهر: ٢٠٠٧/٨م خلال الإجازة القضائية أصدر نائب رئيس الإدارة تعميماً، تم بموجبه توزيع العمل على أعضاء الإدارة، حيث أسند له مباشرة متابعة الحضور في بعض الدوائر المستعجلة، وقد أحيل بعد ذلك للتحقيق بواقعة عدم حضوره الجلسات بإحدى الدوائر المستعجلة المكلف بمباشرتها، مما ترتب عليه أضرار بالجهة الإدارية.

وعلى أثره أصدر المستشار رئيس الإدارة، القرار الإداري المطعون فيه رقم: ٢٠٠٧/١٧٢م في تاريخ: ٢٠٠٧/١٠/٤م والذي جاء نصه:

مادة أولى: تخفيض درجة العضو... من درجة محام (أ) إلى درجة محام (ب) ويحدد راتبه بأول مربوط درجة محام (ب).

مادة ثانية: يعمل بهذا القرار اعتباراً من تاريخ صدوره، ويبلغ لمن يلزم لتنفيذ أحكامه.

واستطرد أنه علم بالقرار بتاريخ: ٢٠٠٧/١٠/٨م، وتظلم منه في تاريخ: ٢٠٠٧/١١/٨م، ولم ترد الجهة الإدارية على تظلمه، وهو ما يعتبر بمثابة رفض ضمني.

وأن الجزاء الإداري الواقع عليه لا يتناسب مع ما أتاه من مخالفات إدارية، مما يوصم القرار بعدم المشروعية؛ لأن الإدارة قفزت إلى أقصى العقوبات الإدارية بحقه دون مسوغ واقعي.

لقد تداول نظر الدعوى أمام المحكمة، وقدم المدعي حافظة مستندات.... ومذكرة شارحة طويت على الدفوع الآتية: ببطلان التفويض الكلي الصادر من نائب رئيس مجلس الوزراء إلى رئيس الفتوى رقم: ٢٠٠٣/٩٥م مما يستتبع بطلان كافة إجراءات التحقيق التي تمت بالبناء عليه لعيب عدم الاختصاص؛ إذ

لا يجوز قانوناً التفويض الكلي بالاختصاص، ولا يجوز التفويض بالتأديب، كما أن حلول نائب رئيس الفتوى محل الرئيس هو في جوهره اغتصاب للسلطة، وليس حلولاً بالمعنى القانوني. فضلاً عن عدم مشروعية قرار الجزاء لابتنائه على تحقيقات باطلة ؛ لعدم حيدة المحقق ولمباشرة إجراءات التحقيق من ذات المستشار المحقق، مقدم الشكوى ولعدم إخطاره بجلسة التحقيق، وعدم منحه فرصة كافية للدفاع عن نفسه مما ترتب عليه صدور القرار على أسباب ووقائع غير صحيحة. فضلاً عن عدم تناسب بين درجة خطورة الذنب المرتكب على فرض حدوثه والجزاء الموقع عنه.

بجلسة: ٢٠٠٨/٤/٢١م قدمت جهة الإدارة مذكرة بدفاعها، طلبت في ختامها رفض الدعوى ؛ لما ثبت من أن المدعي أحيل إلى التحقيق وفقا للأوضاع المقررة قانونا، ومن خلال السلطة المخولة بذلك، حيث بوشر التحقيق معه – قبل إصدار القرار المطعون عليه – و سمعت فيه أقواله وتحقق بموجبه دفاعه، وخلص إلى ثبوت ارتكابه للمخالفات المنسوبة إليه، فأقر بحصولها جميعا وبمسؤوليته عنها، وقد صدر القرار التأديبي المطعون عليه – من السلطة المخولة بإصداره – بمجازاته بعقوبة تخفيض درجته من محام (أ) إلى محامٍ (ب)، وهي عقوبة تتناسب مع المخالفات الثابتة قبله.

حكم محكمة أول درجة:

حكمت الدائرة الإدارية الثانية بالمحكمة الكلية في جلستها بتاريخ ٢٠٠٨/١٠/٢٧م بـ: قبول الدعوى شكلاً،

بجلسة: ٢٠٠٨/١٠/٢٧م حكمت الدائرة الإدارية الثامنة بالمحكمة الكلية "بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع برفضها، وألزمت المدعي المصروفات ومبلغ ٥ د.ك خمسة دنانير مقابل أتعاب المحاماة"[(١)].

(١) راجع: حكم المحكمة الكلية في القضية رقم ٢٠٠٨/٣١٨ إداري/٨ جلسة ٢٠٠٨/١٠/٢٧ "حكم غير منشور".

الفرع الثاني
القضية أمام محكمة الاستئناف

لم يرتض المدعي قضاء محكمة أول درجة، فطعن عليه بالاستئناف رقم ٢٠٠٨/٨٥١م إداري/٢ قيد بتاريخ: ٢٠٠٨/١١/٢٥م؛ لما ثبت لديه أن مسودة الحكم الأصلية قد كتبت على الكمبيوتر، وليس بخط يد القاضي.

فاستهل استئنافه ".. شهدت الدعوى المستأنف حكمها إخلالاً بضمانات التقاضي، أهدرت معه اعتبارات الأمن القانوني، التي هي إحدى دعامات الاستقرار في المجتمعات.. إن من حق المتقاضي الذي أقام دعواه بهدف إرجاع حق مسلوب منه، أن تدرس قضيته دراسة معمقة من قبل القاضي الموكل به تحقيق العدالة، لذا يتعين عليه أن يتبع أفضل الطرق التي تقربه من الوصول إلى هذه الغاية، غاية تحقيق العدالة. وقد درجت المحاكم عموماً، والقضاء الكويتي خصوصاً على تحرير مسودة الحكم بخط يد القاضي، باعتبار أن ذلك يمثل ضمانة جوهرية للمتقاضي".

وسطر المستأنف بصحيفة طعنه أسباباً قانونية من بينها: مخالفة الحكم المستأنف للعرف القضائي من حيث وجوب كتابة المسودة بخط يد القاضي، وخلص إلى طلب: قبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجددا.

أولاً: إلزام جهة الإدارة تقديم أصل كشف تسلم المستأنف القضايا، والسجل العام لقيد القضايا عن عام: ٢٠٠٧م. لإثبات عدم استلامه للقضايا محل التحقيقات، ومن ثم انتفاء المخالفة المنسوبة إليه من عدم حضوره الجلسات طوال شهر: ٢٠٠٧/٨م.

ثانياً: إلغاء القرار رقم: ١٧٢/ ٢٠٠٧م الصادر بتاريخ: ٢٠٠٧/١٠/٤م من رئيس إدارة الفتوى والتشريع، مع ما يترتب عليه من آثار وإلزام المستأنف ضدهما المصروفات، ومقابل أتعاب المحاماة الفعلية عن درجتي التقاضي.

حكم محكمة الاستئناف:

وبجلسة: ٢٠١٠/٢/٢٢ قضت المحكمة: "برفض الاستئناف، وبتأييد الحكم المستأنف".

وشيدت المحكمة قضاءها على أسباب حاصلها[١]:

١ – عن نعي المستأنف بالسبب الأول وهو مخالفة الحكم المستأنف للقانون؛ لكتابة مسودته بالكمبيوتر وليس بخط اليد، فأن هذا السبب مردود؛ وذلك بنشوء عرف قانوني جديد، وفي ضوء الأجهزة الحديثة– فإن كتابة الحكم بواسطة الحاسوب لا تخالف صحيح القانون فى شيء طالما أنه لم يثبت أن أحدا غير القاضي المختص هو الذي قام بكتابته، فضلا على أنه يجب للقول ببطلان ذلك أن يكون هناك نص قانوني قطعي ينص ويقضي بالبطلان وهو ما أجدبت فيه القوانين المتعلقة بالسلطة القضائية المتعلقة بالأحكام. وأخيرا فإن الحاسوب الآن أصبح هو التطور الطبيعي في عصر العلم، وبديلاً من القلم الرصاص، وشأنه شأن قلم الرصاص؛ لأن الحاسوب أصبح لصيقاً بالقاضي في حياته الوظيفية.

٢ – عن نعي المستأنف بالسبب الثاني، وهو بطلان التحقيق، فإن هذا النعي مردود بما هو ثابت، حيث إنه بالاطلاع على أوراق التحقيق أنها استوفت سائر إجراءاتها المقررة قانونا، وجاء اعتراف المستأنف بما هو منسوب إليه على نحو تفصيلي، وأنه تغيب عن الجلسات التي لم يحضرها بغير عذر مقبول، وقد كان يعلم بأهمية حضوره في هذه الجلسات، وكذا عدم إخطاره لجهة عمله لتوفير البديل عنه، وجاء القرار المطعون فيه مناسباً للذنب الإداري الذي ارتكبه.

٣ – عن نعي المستأنف ببطلان قرار إحالته للتحقيق الصادر من نائب رئيس

---

(١) راجع: حكم محكمة الاستئناف في الطعن رقم ٢٠٠٨/٨٥١ استئناف إداري/٢ جلسة ٢٠١٠/٢/٢٢ "حكم غير منشور".

الفتوى والتشريع ؛ لأنه لا يملك ذلك، ولانطوائه على غصب السلطة، فإن هذا السبب مردود عليه على النحو الذي قام بالرد عليه الحكم المستأنف، والتي تؤيد هذه المحكمة ما انتهى إليه الحكم المستأنف فى هذا الشأن؛ لصحة أسبابه التي أشار إليها، فضلاً على أن القرار رقم: ٢٠٠٣/٩٥م المشار إليه لم يتضمن تفويض رئيس الفتوى والتشريع جميع اختصاصات نائب رئيس الوزراء، ووزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء، وأنه قد فوضه في اختصاصات محددة على سبيل الحصر، فضلاً على تفويضه في مسائل التأديب.

٤ – عن نعي المستأنف بمخالفة الحكم المستأنف للقانون ؛ لأنه لم يحصل الوقائع بطريقة سليمة، وأنه استند إلى تحقيق باطل باعتبار أن المستأنف لم يخطر بجلسة التحقيق معه، فإن هذا النعي مردود عليه ؛ لأن الثابت من الاطلاع على الحكم المستأنف أنه قد حصل الوقائع بدقة، وقام بتطبيق صحيح حكم القانون عليها، وجاء قول المستأنف في هذا الصدد مرسلا ليس عليه دليل. وحيث إن الحكم المستأنف قد ذهب هذا المذهب، وقضي برفض دعوى المستأنف لصحة المخالفات المنسوبة إليه وثبوتها في حقه، ومناسبة قرار الجزاء المطعون فيه للذنب الإداري الذي ارتكبه – فإنه يكون قد واكب الصواب مستوجبا الحكم بتأييده، ورفض الاستئناف، وإلزام رافعه المصروفات.

الفرع الثالث
القضية أمام محكمة التمييز

لم يلق حكم الاستئناف قبولاً لدي المستأنف، فطعن عليه بطريق التمييز، وقيد برقم: ٢٠١٠/١٦١م. وعرض على المحكمة – في غرفة مشورة – وحددت جلسة لنظره، وفيها طلب الحاضر عن المطعون ضدهما رفض الطعن، والتزمت النيابة رأيها المبدي برفض الطعن.

وأقيم الطعن على ثلاثة أسباب، ينعى الطاعن بالسببين الأول والثاني، والأوجه من الأول إلى الرابع من السبب الثالث – على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت بالأوراق والقصور، وفي بيان ذلك يقول: إنه تمسك أمام محكمة الموضوع بدلالة المستندات المقدمة منه، والتي تثبت حضوره للجلسات، التي تسلم ملفات قضاياها عند دائرتي مستعجل/٥، ومستعجل/٧، عن شهر أغسطس من عام: ٢٠٠٧م والمتمثلة بمحاضر هذه الجلسات، وهو ما تنتفي معه المخالفة المنسوبة إليه أصلا ؛ وهي عدم حضوره جلسات ذلك الشهر، وأيضاً بما يثبت عدم تسلمه للملفات محل التحقيق على ما يبين من صورة كشف تسلم القضايا الخاصة به عن ذات الشهر، مما يوجب إلزام الإدارة بتقديم أصل هذا الكشف ؛ حتى يثبت صحة عدم تسلمه لتلك الملفات، وكان هذا الدفاع جوهرياً من شأنه – إن صح – تغيير وجه الرأي في الدعوى، إلا أن الحكم المطعون فيه أغفل الرد على عدم تسلمه لملفات القضايا محل التحقيق، مما يجعله قاصراً ومخالفاً للثابت بالأوراق، معيباً بما يستوجب تمييزه.

كما ينعي بالأوجه من الخامس حتى الحادي عشر، من السبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان ذلك يقول: رغم أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بجلسة: ٢٠٠٩/٩/١٣م بدفاع جوهري، مؤداه بطلان قرار الجزاء ؛ لابتنائه على تحقيقات باطلة ووقائع غير صحيحة، باعتبار أن مذكرة العرض على رئيس الإدارة قد تضمنت اتهامات غير صحيحة، ولم يسبقها إجراء تحقيق إداري، وبطلان قرار إحالته للتحقيق لبطلان قرار نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء رقم: ٢٠٠٣/٩٥م بتفويض رئيس الفتوى والتشريع في اختصاصات الوزير؛ لما أفضى إليه من جمع رئيس الفتوى والتشريع لسلطة الإحالة إلى التحقيق وتوقيع الجزاء، وهو ما لا يجوز قانوناً، فضلاً على عدم إخطاره بجلسة التحقيق الذي أجري معه في: ٢٠٠٧/٩/٥م؛ حتى يستعد للدفاع عن نفسه، واستطرد بأن من تولى مباشرة التحقيق الثاني معه هو ذاته المستشار رئيس القسم، مقدم الشكوى بواقعة عدم حضور الجلسات، مما أفقده الحيدة المطلوبة للقيام بعمله، واعتصم

ببطلان قرار نائب رئيس الفتوى والتشريع بإحالته للتحقيق لصدوره من غير مختص؛ ولعدم صدور تفويض كتابي له في هذا الاختصاص، وأن حلوله محل رئيس الفتوى والتشريع يقتصر على تسيير دفة الأمور دون مسائل التأديب، التي لا يجوز التفويض أو الحلول فيها، فضلاً عن قيام هذا التفويض بالأصل على قرار باطل، وهو قرار نائب رئيس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء المشار إليه، بتفويض رئيس الفتوى والتشريع بجميع اختصاصات الوزير، ومنها الإحالة للتحقيق؛ لأنه تفويض كلي شامل غير جائز قانوناً، ولا يجوز للوزير أن يتنازل عن سلطة التأديب المنوطة به، إلا أن الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على ذلك مما يعيبه ويستوجب تمييزه.

وينعي بالوجه الأخير من السبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون؛ إذ قرر بأن العقوبة الموقعة عليه لم يشوبها أي غلو، وأنها تتناسب مع ما ارتكبه من ذنب؛ لأن الأصل في العقوبة معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها، وإذ لم يمحص الحكم التحقيقات التي ابتنى عليها قرار الجزاء، ولم يعمل رقابته عليها للتحقق من مطابقتها للقانون، وأعرض عن ذلك كله بأسباب قاصرة، فضلاً على قصوره في إظهار التباين بين المخالفة والجزاء، فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق، مما جره إلى مخالفة القانون بما يستوجب تمييزه.

بجلسة: ١٦/٢/٢٠١٢م حكمت المحكمة[١]:

أولاً: بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه، على النحو المبين بالأسباب، وألزمت المطعون ضده الثاني المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة.

---

(١) راجع: حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠١٠/١٦١ تمييز إداري /٣ جلسة ٢٠١٢/٢/١٦ لم ينشر بعد ضمن مطبوعات المكتب الفني بوزارة العدل، ومنشور في مؤلفنا الإلكتروني، موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية. يراجع: www.adala-soft.com.

ثانياً: وفي موضوع الاستئناف رقم: ٢٠٠٨/٨٥١م إداري، بإلغاء الحكم المستأنف، وإلغاء قرار الجزاء المطعون فيه، والقضاء بمجازاة المستأنف بجزاء الخصم من الراتب لمدة خمسة عشر يوماً، مع ما يترتب على ذلك من آثار، وألزمت المستأنف بالمصروفات المناسبة وعشرة دنانير مقابل أتعاب المحاماة.

المطلب الثاني
استخلاص الإشكاليات التي يثيرها الحكم والتعليق عليها

نحاول في هذا المطلب المساهمة في بيان أهم الإشكاليات التي يمكن استخلاصها من الحكم محل التعليق، وهي في نظرنا: مسألة مدى جواز التفويض في مجال التأديب (فرع أول)، ومدى سلطة القضاء في تعديل القرارات التأديبية (فرع ثانٍ)، ومدى جواز استخدام الكمبيوتر في كتابة مسودات الأحكام القضائية (فرع ثالث).

الفرع الأول
مدى جواز التفويض في مجال التأديب

تمهيد وتقسيم:

القاعدة في مجال القانون العام أنه إذا أناط القانون بسلطة معينة اختصاصاً فلا يجوز لها أن تنزل عنه، أو تفوض فيه، إلا إذا أجاز القانون ذلك. لكنه استثناء من الأصل حيث تأخذ الكثير من القوانين بفكرة التفويض في الاختصاصات؛ للإسهام في حسن سير الجهاز الإداري، وتخفيف الأعباء التي يتحملها الرئيس الإداري، عن طريق قيام من هم أدنى مرتبة منه في مباشرة بعض اختصاصاته.

وإذا كان الأصل جواز التفويض في الاختصاصات الإدارية، فيثور التساؤل عن مدى جواز التفويض في الاختصاصات التأديبية ؟

وللإجابة عن ذلك يتعين بيان مدى جواز التفويض في مجال التأديب في مصر و الكويت (غصن أول)، ومن ثم التعليق على الحكم محل الدراسة (غصن ثانٍ) على النحو الآتي:

الغصن الأول
مدى جواز التفويض في مجال التأديب في مصر والكويت

اقتصر المشرع في مصر والكويت على تحديد السلطة التأديبية المختصة بممارسة الاختصاصات المنصوص عليها قانوناً، كما أحجم عن النص صراحة على جواز التفويض في الاختصاصات التأديبية.

ولمزيد البيان، نتناول الوضع في مصر (أولاً) وفي الكويت (ثانياً) على ما يلي:

أولاً – مدى جواز التفويض في مجال التأديب في مصر:

يستند النظام العام للتفويض في الاختصاصات الإدارية في مصر إلى قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم: ٤٢ لسنة ١٩٦٧م، كما أن قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم: ٤٧ لسنة ١٩٧٨م، اقتصر على تحديد السلطة التأديبية المختصة بممارسة الاختصاصات المنصوص عليها في القانون، وسكت عن النص على جواز التفويض في الاختصاصات التأديبية.

وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة المصري على أن سلطة التأديب لا يملكها إلا الجهة التي حددها المشرع، وعدم جواز التفويض في توقيع هذه الجزاءات؛ احتراما للضمانات التي قررها المشرع في هذا الصدد، ومنها الاعتبار الشخصي لمصدر القرار، ومن ثم لا يجوز التفويض في هذه الاختصاصات بالنسبة للسلطة التأديبية، وذلك على الرغم من وجود قانون يسمح بالتفويض العام، وهو القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧م[١].

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم: ١٥٨٤ لسنة ٣٢ بجلسة: ١٢/٨/ ١٩٨٧. منشور بالمجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٣، الجزء الأول، صفحة ٣٧٩ القاعدة رقم (٥٥) حيث قررت المحكمة: ".. ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن ولاية التأديب لا تملكها سوى الجهة التي ناط بها المشرع بهذا =

= الاختصاص في الشكل الذى حدده لما في ذلك من ضمانات قدر أنها لا تتحقق إلا بهذه الأوضاع، وترتيباً على ذلك فإن قانون العاملين بالقطاع العام رقم: ٤٨ لسنه ١٩٧٨م قد حدد السلطات التأديبية التى تملك توقيع الجزاءات على العاملين على سبيل الحصر، ولم يخول هذه السلطات التفويض في اختصاصها هذا، كما كان الشأن في القانون رقم: ٦١/ ١٩٧١م، فمن ثم لا يجوز للسلطات التأديبية أن تنزل عن هذا الاختصاص أو تفوض فيه تحقيقا للضمانات التى توخاها المشرع باعتبار أن شخص الرئيس المنوط به توقيع الجزاء محل اعتبار، ولقد عنى المشرع في المادة (٨٤) من القانون رقم: ٤٨/١٩٧٨م سالف الذكر على أن يحدد الاختصاص في توقيع الجزاءات التأديبية تحديداً جامعاً ومانعاً أيضاً لا يتأتى معه أى قول بجواز التفويض فيه، فقد حدد المشرع في هذه المادة لشاغلى الوظائف العليا سلطة توقيع جزاء الإنذار أو الخصم من المرتب بما لا يجاوز ثلاثين يوما في السنة، وناط رئيس مجلس الإدارة سلطة النظر في التظلم من هذه الجزاءات، وخول رئيس مجلس الإدارة بالنسبة لشاغل وظائف الدرجة الثالثة فما دونها سلطة توقيع الجزاءات التأديبية الواردة في البند من: ١- ٨ من الفقرة الأولى من المادة (٨٢)، وناط برئيس مجلس إدارة الشركة الاختصاص بالنظر في التظلم من توقيع هذه الجزاءات، على أن تعرض التظلمات من هذه الجزاءات على لجنة ثلاثية مشكلة وفقا للقانون، كما خول القانون مجلس إدارة الشركة سلطة توقيع أى من الجزاءات الواردة في المادة (٨٢) من هذا القانون بالنسبة لشاغلى وظائف الدرجة الثانية فما فوقها عدا أعضاء مجلس الإدارة المعينين والمنتخبين وأعضاء مجلس إدارة التشكيلات النقابية، ويكون التظلم من توقيع هذه الجزاءات أمام المحكمة التأديبية المختصة، كما خول المشرع توقيع أحد جزائي التنبيه أو اللوم، وله توقيع أى من الجزاءات الواردة في البنود من: ١-٨ على أعضاء مجلس إدارة التشكيلات النقابية، وذلك فيما عدا جزاء الوقف عن العمل فيكون بناء على حكم من السلطة القضائية المختصة، ونص المشرع على أن يكون التظلم من توقيع هذه الجزاءات أمام المحكمة التأديبية المختصة، وتقضي تحديد اختصاصات توقيع الجزاء على هذا النحو أن تتولى كل سلطة الاختصاص المنوط بها دون أن يكون لها الحق في الخروج عليه صعودا أو نزولا، والقول بغير ذلك يؤدى إلى الخلط بين الاختصاصات المحددة لكل سلطة تأديبية، ويمتنع لذلك قانونا ومنطقا الخروج على هذا التقسيم والأخذ بنظام التفويض في الاختصاصات المنصوص عليه في القانون رقم: ٤٢/١٩٦٧م، ذلك أن تحديد الاختصاص في توقيع الجزاءات التأديبية آنف الذكر يتنافى مع التفويض في الاختصاصات المنصوص عليه في القانون رقم: ٤٢/١٩٦٧م، وبالتالي لا يجوز الجمع بين هذين النظامين؛ ذلك لأنه حيث يوجد تنظيم خاص في أمر تحديد الاختصاصات بالنسبة للسلطات التأديبية لا يسوغ الأخذ بنظام التفويض العام المنصوص عليه في القانون رقم: ٤٢ لسنه ١٩٦٧م".

ومع هذا فقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه: يشترط لإباحة التفويض فى الاختصاصات التأديبية ألا يفضى التفويض إلى الجمع بين سلطة توقيع الجزاء وسلطة التعقيب عليه، أو التداخل فى توقيع الجزاءات، أو الجمع بينها، أو أن يملك الأدنى وظيفة سلطة توقيع جزاء أشد مما يعلوه وظيفة من جراء هذا التفويض(١).

غير أن المحكمة الإدارية العليا قد أكدت من جديد مبدأها الرافض للأخذ بنظام التفويض العام الوارد في القانون، وتطلبت لجواز ذلك وجود نص خاص في القانون يسمح بتوقيع الجزاءات في التفويض(٢).

---

(١) راجع: فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري فتوى رقم ٧٤٤ بتاريخ ١٩٩٧/٧/٧ ملف رقم: ٧٩/١/٥٨ وفتوى رقم: ٧٤٥ بتاريخ: ١٩٩٧/٧/٧م ملف رقم: ٨٦ /٢٦٦/٦.

(٢) على سبيل المثال انظر: حكم المحكمة الإدارية في الطعن: الطعن رقم ٢٢١٦ لسنة ٤٠ ق جلسة: ١٩٩٨/٢/١٤، حيث قضت بأن"ولاية التأديب لا تملكها سوى الجهة التي أناط بها المشرع بهذا الاختصاص في الشكل الذي حدده؛ لما في ذلك من ضمانات قدر أنها لا تتحقق إلا بهذه الأوضاع، وترتيباً على ذلك تواترت التشريعات المنظمة لشئون العاملين على تحديد السلطات التي تملك توقيع الجزاءات على سبيل الحصر، ولم يخول هذه السلطات التفويض في اختصاصها، ومن ثم لا يجوز للسلطات التأديبية أن تنزل عن هذا الاختصاص أو التفويض فيه؛ تحقيقاً للضمانات التي توخاها المشرع باعتبار أن شخص الرئيس المنوط به توقيع الجزاء محل اعتبار، وعليه يتعين أن تتولى كل سلطة الاختصاص المنوط بها دون أن يكون لها الحق في الخروج عليه صعوداً أو نزولاً، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الخلط بين الاختصاصات المحددة لكل سلطة تأديبية، ويمتنع لذلك قانوناً ومنطقاً الخروج على هذا التقسيم والأخذ بنظام التفويض في الاختصاص المنصوص عليه في القانون رقم: ٤٢ لسنة ١٩٦٧م في شأن التفويض في الاختصاص، وبالتالي لا يجوز الجمع بين هذين النظامين؛ ذلك لأنه حيث يوجد تنظيم خاص في أمر تحديد الاختصاصات بالنسبة للجزاءات التأديبية لا يجوز الأخذ بنظام التفويض العام المنصوص عليه في القانون رقم: ٤٢ لسنة ١٩٦٧م سالف البيان".

ثانياً – مدى جواز التفويض في مجال التأديب في الكويت:

لم تعرف دولة الكويت نظام التفويض في الاختصاصات الإدارية إلا بصدور قانون الوظائف العامة رقم: ٧ لسنة ١٩٦٠م، حيث نصت المادة (١٨) منه على أنه يجوز لرئيس الدائرة أن يعهد بكل اختصاصاته المخولة له أو بعضها بمقتضى أحكام القانون لوكيل الوزارة، ولوكيل الوزارة أن يعهد لوكيل الوزارة المساعد بكل أو بعض الاختصاصات المخولة بمقتضى هذا القانون أو بعضها.

وبصدور القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٩م والخاص بنظام الخدمة المدنية في الكويت جرى نص المادة (السادسة) منه على أنه: "يجوز للوزير أن يعهد ببعض الاختصاصات المخولة له بمقتضى القوانين واللوائح إلى وكيل الوزارة، أو وكيل الوزارة المساعد، وللوكيل المساعد أن يفوض بعض اختصاصاته المخولة بالقوانين واللوائح إلى مديري الإدارات".

وبتاريخ: ٢٠ سبتمبر ١٩٩٢م صدر مرسوم بالقانون رقم (١١٦) لسنة ١٩٩٢م في شأن التنظيم الإداري، وتحديد الاختصاصات والتفويض فيها؛ ليضع نظاماً متكاملاً للتفويض.

وإزاء ما تقدم، يقول البعض إن الملاحظ بقضاء محكمة التمييز أنه طبق أحكام التفويض في مجال التأديب، شأنه في ذلك شأن كافة الاختصاصات المخولة للسلطات الإدارية وكل ما تطلبه أن يكون ذلك وفقاً للضوابط والقواعد والإجراءات الواردة بالقانون رقم: ١١٦ لسنة ١٩٩٢م، فإذا خولفت الضوابط كان القرار الصادر بالمخالفة باطلاً[١].

---

(١) راجع: المستشار/ مسعد عبدالحميد أبو النجا – المستشار بالمكتب الفني لوزارة العدل – مقال بعنوان: "التفويض الإداري في ظل أحكام القانون رقم: ١١٦ لسنة ١٩٩٢م"، منشور في مجلة معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية -العدد الثاني عشر. وقد استشهد سيادته بحكم محكمة التمييز في الطعن رقم: ٢٠٠٣/٣٨٧م إداري جلسة: ٢٠٠٤/٤/٢٩م، والطعن رقم: ٢٠٠٣/٣٦٣م إداري جلسة: ٢٠٠٥/١/٣م أحكام غير منشورة في مجموعات وزارة العدل. وهي متاحة في مؤلفنا الإلكتروني موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية، يراجع: www.adala-soft.com.

ونرى أن هذا القول تعوزه الدقة؛ إذ إن الطعن بالتمييز – باعتباره مخاصمة للحكم النهائي الذي يصدر في الخصومة – هو طعن لم يجزه القانون في الأحكام الانتهائية إلا في أحوال بينها بيان حصر، ولا تنظر المحكمة إلا في الأسباب التي ذكرها الطاعن في تقرير الطعن، مما يتعلق بهذه الوجوه من المسائل القانونية البحتة. وبالرجوع إلى الأحكام المستشهد بها وتمحيصها، تبين أن مسألة جواز التفويض بالتأديب لم تعرض على المحكمة بصورة دفع أو دفاع، ولم تفصل فيها محكمة التمييز بقضاء حاسم.

لذلك وباستقراء منهج المشرع في المرسوم بقانون رقم: ١١٦ لسنة ١٩٩٢م، في شأن التنظيم الإداري، وتحديد الاختصاصات والتفويض فيها يظهر وبوضوح اتباعه المفهوم العام للتفويض على الوارد بالقانون المصري في القانون رقم: ٤٢ لسنة ١٩٦٧م، إذ لم يقتصر التفويض في الكويت على الاختصاصات الوظيفية في ظل هذا المرسوم(١)، وإنما امتد ليشمل كافة الاختصاصات الإدارية على الترتيب الوارد في نص المادة (السادسة) منه.

---

(١) حيث نصت المادة (٥) منه على أنه: "للوزير أن يعهد ببعض اختصاصاته المخولة له بمقتضى القوانين واللوائح إلى المحافظين، ويرفع المحافظ تقريرًا سنويًا إلى الوزير عن مباشرة هذه الاختصاصات في دائرة المحافظة، كما يجوز للوزير أن يعهد ببعض هذه الاختصاصات إلى: (أ) وكيل الوزارة أو وكيل الوزارة المساعد. (ب) رؤساء الجهات الحكومية القائمة بذاتها التابعة له. (ج) مجالس إدارات الهيئات والمؤسسات العامة التي يشرف عليها، أو رؤسائها أو مديريها". ونصت المادة (٨) من ذات المرسوم على أنه: "يكون للجهة التي فوض إليها الاختصاص... أن تفويض الجهة الأدنى منها في مباشرته إذا أذنت لها الجهة التي فوضتها في ذلك". والمادة (١٠) على أنه: "وفي حالة غياب وكيل الوزارة، أو خلو الوظيفة يباشر وكيل الوزارة المساعد الاختصاصات المخولة له في القوانين واللوائح". والمادة (١٢) منه نصت على إلغاء المادتين (٦، ٧) من المرسوم بالقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٩م، وإلغاء كل نص يخالف أحكام هذا القانون.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بالقانون رقم (١١٦) لسنة ١٩٩٢م في شأن التنظيم الإداري، وتحديد الاختصاصات والتفويض فيها، ما نصه: "وقد أصبح من =

= المسلم به، والمجمع عليه في التشريعات المقارنة والفقه والقضاء، أن التفويض الإداري ركيزة من الركائز التي يقوم عليها نظام الإدارة الحديثة، والذي يكفل المرونة اللازمة لمواجهة متطلبات العمل، والذي أصبح ضرورة يقتضيها توزيع العمل بين المسئولين عن المرافق العامة، وتدريب القيادات الإدارية، على أن تتولى بعض مسئوليات المناصب الأعلى حتى يمكن لهم بعد ذلك مباشرة أعمال هذه المناصب بثقة واقتدار... ولقد أخذ القانون الكويتي بمبدأ التفويض الإداري في نص المادة (٦) من قانون الخدمة المدنية، إلا أن هذا النص يقتصر فقط على التفويض من الوزير، أو وكيل الوزارة، أو الوكيل المساعد دون أن يتسع للسلطات الأخرى كمجلس الوزراء، أو المجالس المختصة. هذا ومن المسلم به أن التفويض في الاختصاصات لا يرد على الاختصاصات المقرة بالدستور، وإنما يرد التفويض على الصلاحيات والاختصاصات المقررة بالقوانين، أو المراسيم أو اللوائح. كما أن نظرية التفويض الإداري تسير في خط متوازٍ مع نظرية الاختصاص، فالقانون هو الذي يقوم بتحديد الاختصاص وهو بالتالي الذي يمكنه أن يعدل في هذا الاختصاص، أو يعهد بإمكانية التعديل إلى سلطة أخرى، وقد تضمن نص المادة (٤) من المشروع المقترح الأحكام الخاصة بتفويض مجلس الوزراء في اختصاصاته إلى رئيس مجلس الوزراء، أو إلى لجنة وزارية، أو إلى أحد الوزراء، أو إلى مجلس متخصص، تكون أغلبيته من الوزراء، ونصت الفقرة الثانية على جواز تفويض رئيس مجلس الوزراء بعض اختصاصاته المنصوص عليها في القوانين واللوائح إلى لجنة وزارية، أو أحد الوزراء، كما نصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على جواز تفويض المجالس المتخصصة؛ كمجلس الخدمة المدنية مثلاً في بعض اختصاصاتها إلى رئيسها، أو وزير من أعضائها، أو إلى لجنة فرعية فيها، وهو ما يتفق أيضًا مع القاعدة العامة في التفويض الإداري، وقد رتبت المادة الخامسة أحكام تفويض الوزراء لبعض اختصاصاتهم إلى المحافظين، كما أجازت للوزير أن يعهد ببعض اختصاصاته إلى وكيل الوزارة، أو وكيل الوزارة المساعد، وإلى رؤساء الجهات الحكومية القائمة بذاتها التابعة له، وإلى مجالس إدارات الهيئات، والمؤسسات العامة التي يشرف عليها أو رؤسائها أو مديريها. وتضمنت المادة السادسة أحكام التفويض في الهيئات والمؤسسات العامة بما يكفل المرونة واليسر في أداء العمل، وتحقيق الأغراض التي أُنشئت من أجلها. وبينت المادة السابعة صلاحيات وكيل الوزارة، ووكيل الوزارة المساعد في التفويض في بعض اختصاصاتهما. وأجازت المادة الثامنة للجهة التي فوض إليها الاختصاص وفقًا للبندين (أ، ب) من المادة الخامسة والمادة السابعة أن تفوض الجهة الأدنى منها مباشرته إذا أذنت لها الجهة التي فوضتها في ذلك، على أن يكون هذا التفويض في الحدود التي يقررها الوزير المختص وفقًا لمقتضيات مصلحة =

كما أن المشرع في الكويت، وفي كافة قوانين التوظف، كنظيره المصري قد أحجم عن النص صراحة على جواز التفويض في الاختصاصات التأديبية.

الغصن الثاني
التعليق على الحكم

لما كان حكم محكمة التمييز محل التعليق، فقد قرر إلغاء الجزاء التأديبي واستبداله بعقوبة أخف، لكنه لم يعالج مسألة التفويض في مسائل التأديب على نحو واضح وجلي، وبمطالعة أسبابة المرتبطة بمنطوقة تبين أنها لم تواجه مسألة عدم جواز التفويض في التأديب، ولم تُعن بالرد على ما أثير بأن التفويض الصادر من وزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء أفضى إلى جمع رئيس إدارة الفتوى بين سلطة الإحالة إلى التحقيق وتوقيع العقوبة.

حيث قررت المحكمة، أنه:

".. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه والمؤيد لقضاء أول درجة قد خلص وبما له من سلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى، وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة فيها أن التحقيقات التي أجريت مع الطاعن جاءت مستوفية سائر أركانها القانونية، وتكاملت فيها جميع ضمانات التحقيق، إذ تم سؤال الطاعن ومواجهته بما هو منسوب إليه، ولا يعيبه مباشرة مذكرة واقعة تخلفه عن حضور جلسة الإشكال المرفوع من الإدارة العامة للإطفاء والتحقيق معه؛ ذلك أن هذه المذكرة لا تعدو أن تكون تسجيلاً وإيراداً للواقعة حسبما تم الإبلاغ عنها،

= العمل، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة على أن يحدد نظام التفويض وشروطه بقرار من الوزير. وإزالةً لأي لبس أو غموض فيما يتعلق بالتفويض، فقد أكدت المادة التاسعة على وجوب أن يصدر التفويض ويلغى بقرار كتابي من الجهة المفوضة، ويبلغ إلى الجهة المفوض إليها. ومنعًا للازدواجية في الاختصاص، وما يترتب عليه من مشاكل عملية، فقد نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على ألا يجوز للجهة التي عهدت ببعض اختصاصاتها إلى جهة أخرى وفقًا للمواد السابقة مباشرة هذه الاختصاصات أثناء سريان التفويض".

ولم يضمنها رأيه فيها، وما خلص إليه الحكم سائغاً، ويرتد إلى أصل ثابت بالأوراق بغير مخالفة للقانون، ويتضمن الرد المسقط لما يثيره الطاعن من بطلان قرار إحالته للتحقيق؛ لابتنائه على قرار باطل بتفويض نائب رئيس مجلس الوزراء، ووزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء بموجب قراره رقم: ٩٥ لسنة ٢٠٠٣م رئيس إدارة الفتوى في اختصاصات الوزير في مجال التأديب؛ ذلك أن هذا القرار قد جاء صريحاً وواضحاً – لا لبس فيه – في تخويل رئيس إدارة الفتوى في بعض اختصاصات الوزير، ومنها الإحالة إلى التحقيق.. كما أنه ليس صحيحاً ما أثاره الطاعن من أن التفويض المشار إليه أفضى إلى جمع رئيس إدارة الفتوى بين سلطة الإحالة إلى التحقيق وتوقيع العقوبة، ذلك لأن سلطة توقيع العقوبات محددة طبقاً لنص المادة (٦١) من مرسوم الخدمة المدنية، والتي ناطت بوكيل الوزارة جميع الجزاءات المنصوص عليها في المادة (٦٠) من هذا المرسوم، فيما خلا جزاء الفصل من الخدمة، الذي يصدر به قرار من الوزير، وإزاء خلو قانون إنشاء إدارة الفتوى والتشريع من تنظيم مجال تأديب أعضاء الإدارة، رغم أهمية الاختصاصات المنوطة بها وعظم مسؤولياتها، مما يقتضي تفردها بنظام تأديبي خاص، يتسق مع طبيعة هذه الاختصاصات والمسؤوليات، بما يفضي إلى المحافظة على هيبة الإدارة، وحماية كرامة أعضائها؛ مما يستتبع تدخل المشرع لإقرار هذا التنظيم، بإزاء ذلك كله فإنه لا مناص من استدعاء أحكام المرسوم بقانون في شأن الخدمة المدنية، وكذلك مرسوم الخدمة المدنية في هذا المجال بحسبانهما يشكلان الشريعة العامة في مجال الوظيفة العامة، ومن ثم فإن هذا النعي برمته يغدو على غير أساس"(١).

(١) إن الحكم محل التعليق أصاب الحق في أسبابه النافلة حينما قرر أنه: ".. وإزاء خلو قانون إنشاء إدارة الفتوى التشريع من تنظيم مجال تأديب أعضاء الإدارة، رغم أهمية الاختصاصات المنوطة بها وعظم مسئولياتها، مما يقتضي تفردها بنظام تأديبي خاص يتسنى مع طبيعة هذه الاختصاصات والمسئوليات، بما يفضي إلى المحافظة على هيبة الإدارة وحماية كرامة أعضائها، مما يستتبع تدخل المشرع لإقرار هذا التنظيم.. ".. ذلك أن القانون المنظم لإدارة الفتوى والتشريع رقم: ١٢ لسنة ١٩٦٠م، =

وعلى ذلك، نرى عدم جواز التفويض في التأديب في القانون الكويتي للأسباب الآتية:

أولاً: إن المشرع وفي كافة القوانين العامة للتوظف في الكويت، والتي تعالج موضوع التأديب (قانون الموظفين وكادر عمال الحكومة ١٩٥٥م – قانون الوظائف العامة المدنية ١٩٦٠م – وكادر عمال الحكومة رقم ١٨ لسنة ١٩٦٠م – حتى صدور القانون الحالي للخدمة المدنية رقم: ١٥ لسنة ١٩٧٩م) – قدر أن ولاية التأديب لا يملكها سوى الجهة التي ناط بها المشرع هذا الاختصاص فى الشكل الذي حدده ؛ لما فى ذلك من ضمانات لا تتحقق إلا بهذه الأوضاع، لذلك لم ينص أي منها على جواز التفويض في الاختصاصات التأديبية، ولو كان المشرع يرغب في تفويض السلطة التأديبية، لما أعياه شيء من النص على جواز التفويض في مسائل التأديب.

= يضطلع برسالة جليلة القدر في تحقيق العدالة الإدارية، وحماية الحقوق والحريات، وتأكيد سيادة القانون، وأثره أكبر من مواده، ومغزاه يتجاوز حدود ألفاظه، ومرماه يعدو الخير الذي وضع له بين مختلف قوانين الدولة، وهو بهذه المثابة ليس قانوناً ولا تشريعاً عادياً، بل هو استكمال لضمانات نص عليها الدستور، في المواد (١٦٩) "ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون". و(١٧٠) على أنه "يرتب القانون الهيئة التي تتولى إبداء الرأي القانوني للوزارات والمصالح العامة، وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح، كما يرتب تمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء". و(١٧١) على أنه "يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين". وقد سبق ونادينا بوجوب إقامة مجلس الدولة، والذي من خلاله تقرر الضمانات، ويخلق مناخاً جديداً من الشعور بالاستقلال، فيبرز الإحساس بالذاتية، وتنتشر الطمأنينة، وتبث السكينة، ويظلل حراس العدالة الإدارية، بالمحكم من ضماناته، باعتبار أن إدارة الفتوى والتشريع في شقها الاستشاري ما هي إلا نواة لإنشاء هذا المجلس. راجع: حول المبررات القانونية والواقعية لإنشاء مجلس الدولة في دولة الكويت: راجع ملحق مؤلفنا: تطور القضاء الإداري في دولة الكويت "نحو ميلاد مجلس الدولة" الطبعة الأولى: ٢٠١٢ – ص ١٢١٣ وما بعدها.

ثانياً: إن المتتبع لمسلك المشرع في المرسوم بالقانون رقم: ١٥ لسنة ١٩٧٩م في شأن الخدمة المدنية، يجد أنه حدد مفهوم السلطة المختصة في تطبيقه، وقصد بذلك مستويات التنظيم الإداري من الوزير أو وكيل الوزارة، وفي مجال تحديد السلطة الإدارية التي تملك سلطة إنزال العقاب، يبين أنها موزعة بين الوزير والوكيل على نحو متفاوت، بقصد تخويل كل منهما قدراً من الهيمنة والسيطرة على الموظفين، بما يحقق مصلحة العمل من الناحية الأخرى، وينأى عن الجمع والتركيز، سواء بالنسبة لسلطة إنزال العقاب، أو التعقيب عليه.

وهو ما يتبين معه أن هذا التنظيم الإداري لم يكن بحاجة إلى توزيع السلطات العامة، التي تتداول تحريك نظام العقاب التأديبي؛ لذلك نري أن ولاية التأديب ومنها الإحالة للتحقيق باعتبارها أول إجراءات التأديب، لا يجوز للوزير أن ينزل عنها أو يفوض فيها، إلا بنص قانوني، يجيز له التفويض فى ممارسة هذا الاختصاص، وذلك لما للسلطة التأديبية من طبيعة خاصة، حَدَتْ بالمشرع إلى قصر مزاولتها على سلطات معينة، يمتنع عليها التفويض إلا بنص خاص؛ تحقيقا للضمانات المتوخاة من جعل شخص الوزير المنوط به الإحالة للتحقيق محل اعتبار، لذا يتعين أن يتولى بنفسه اختصاصه المنوط به[١].

---

(١) تنص المادة (٥٤) في شأن مرسوم نظام الخدمة المدنية على أنه: "يكون الوقف عن العمل لمصلحة التحقيق طبقا للبند (١) من المادة (٣٠) من قانون الخدمة المدنية المشار إليه بقرار من الوزير بالنسبة لشاغلي مجموعتي الوظائف القيادية والعامة. أما بالنسبة لشاغلي الوظائف الأخرى، فيصدر القرار من وكيل الوزارة، وفي جميع الأحوال يكون الوقف عن العمل للمصلحة العامة بقرار من الوزير". وبِشأن إحالة الموظف للتحقيق، جاء نص المادة (٥٦) في شأن مرسوم نظام الخدمة المدنية على أنه: "تكون إحالة الموظفين من شاغلي مجموعتي الوظائف القيادية والعامة إلى التحقيق بقرار من الوزير، وتكون الإحالة بقرار من وكيل الوزارة بالنسبة لشاغلي الوظائف الأخرى..." كما نصت المادة (٥٩) على أنه: "إذا بدت للمحقق أثناء التحقيق شبهة جريمة من جرائم القانون العام وجب عليه عرض الأمر على وكيل الوزارة ليتولى عرضه على الوزير للنظر في إبلاغ السلطات القضائية وفي استمرار التحقيق أو وقفه". ونصت المادة (٦١) على أنه: "يختص وكيل الوزارة بتوقيع جميع =

ثالثاً: سبق البيان أن المشرع في الكويت، وفي كافة قوانين التوظف كنظيره المصري، قد أحجم عن النص صراحة على جواز التفويض في الاختصاصات التأديبية، وعلى ذلك فإن القول بتسويغ الحكم محل التعليق، لفكرة جواز التفويض بالتأديب، ومنها الإحالة للتحقيق بالنسبة لأعضاء إدارة الفتوى والتشريع من غير الوزير المختص قانوناً، استناداً إلى نصوص المواد (٥) و(٨) و(١٠) من المرسوم بقانون رقم: ١١٦ لسنة ١٩٩٢م في شأن تنظيم الإدارة وتحديد الاختصاصات والتفويض فيها – مجانب للصواب، حسب النطاق التأديبي الذي حدده القانون لسلطات التأديب، ولا يجوز المساس به ؛ لما قد يؤدى إليه من تعديل فى هذه السلطات، وإدماج جهات توقيع الجزاء فى جهات التعقيب عليه.

وغير خافٍ أن نظرية التفويض الإداري تسير في خط متوازٍ مع نظرية الاختصاص، ومن هنا كانت سلطة الإدارة بالنسبة لركن الاختصاص سلطة مقيدة، كما أن أهمية تحديد الاختصاص ضرورة لاحترام قواعد التدرج القانوني؛ وتعد من قبيل النصوص الآمرة؛ لتعلقها بالنظام العام.

فإذا كان التفويض وهو إسناد للسلطة ونقل للولاية استثناء لا يتوسع فيه، ولا يقاس عليه، ويخضع لقاعدة التفسير الضيق، فإننا نري أن التفويض في

= العقوبات التأديبية المشار إليها في المادة السابقة بالنسبة إلى شاغلي مجموعتي الوظائف الفنية المساعدة والمعاونة. أما بالنسبة لشاغلي مجموعة الوظائف العامة فيختص وكيل الوزارة بتوقيع جميع العقوبات التأديبية عدا الفصل من الخدمة فيصدر به قرار من الوزير، ويكون للوزير في جميع الأحوال تعديل القرار الصادر من وكيل الوزارة لتخفيف العقوبة أو تشديدها، كما يكون له إلغاء القرار وحفظ التحقيق". وتنص المادة (٦٣) على أنه: "تكون إحالة شاغلي مجموعة الوظائف القيادية إلى مجلس الخدمة المدنية كهيئة تأديبية بقرار من الوزير يتضمن بياناً بالمخالفات المنسوبة للموظف، والأدلة التي تؤيد الاتهام، ويبلغ الموظف بصورة من قرار الإحالة قبل الموعد المحدد لانعقاد المجلس بخمسة عشر يومأ على الأقل، ويكون للموظف حق الاطلاع على التحقيقات وعلى جميع الأوراق المتعلقة بها والحصول على صورة منها".

مسائل التأديب يعد استثناء، والاستثناء لا يجوز القياس عليه، بحسبانه خروجاً على الأصل لدواعي أو ظروف معينة، ولو قيس على الاستثناء لتحول من استثناء إلى أصل، أو كان في هذا إضافة لاستثناء آخر ومرجع ذلك أنه خروج على الأصل العام، ومن ثم وجب حصر هذا الخروج في نطاقه، ومؤدى ذلك أن التفويض بمسائل التأديب يتوجب لصحته وجود نص خاص صريح يقرره؛ صوناً للضمانات المقررة بقانون ونظام الخدمة المدنية، بحسبان تحديد الاختصاص فى توقيع الجزاءات التأديبية – وأولها الإحالة – يتنافى مع التفويض فى الاختصاصات، وبالتالي لا يجوز الجمع بين هذين النظامين(١).

رابعاً: إن شراح القانون العام في الكويت على اتفاق بعدم جواز التفويض في مسائل التأديب(٢)؛ لذلك نرى أن المشرع الكويتي مطالب بالتدخل بنصوص

---

(١) ليس من شك أن المرسوم بالقانون رقم (١١٦) لسنة ١٩٩٢م في شأن التنظيم الإداري وتحديد الاختصاصات والتفويض، قد جاء بعد فترة تحرير دولة الكويت من الغزو العراقي الغاشم لمواجهة مشكلات، ليس من بينها التفويض في مسائل التأديب، أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية من أنه: ".. قد تطرأ ظروف أو تطورات أو تعديلات في تشكيل الوزارة تقتضي نقل تبعية إحدى الهيئات العامة أو المؤسسات العامة من وزير إلى آخر، وقد ثارت مشكلات عملية في إجراء هذا النقل خاصة إذا كان قانون الهيئة أو المؤسسة ينص على تبعيتها إلى وزير معين مما يقتضي تعديل القانون ذاته، كلما رُئِي نقل هذه التبعية إلى وزير آخر. وكذلك فقد تقتضي الضرورة أو حسن أداء العمل تفويض إحدى السلطات في بعض اختصاصاتها إلى سلطة أخرى، كل ذلك يتطلب مرونة وسرعة في معالجة الأمور وفقاً لقرارات ولوائح تنظيمية تواجه أية مشكلة في سهولة ويسر، وهو ما تؤكده وتركز عليه نظم الإدارة الحديثة، ولقد بدأت الكويت الأخذ بهذه النظم في بعض نصوص متفرقة في قوانين مختلفة، إلا أنه قد حان الوقت خاصة في ظل الاتجاه القوي في الدولة نحو تطوير الإدارة الحكومية وإزالة التنازع والتشابك في الاختصاصات بين الجهات الحكومية، إلى استصدار تشريع متكامل يعالج هذا الموضوع ويجمع النصوص المتفرقة ويضيف إليها ما كشف التطبيق العملي عن الحاجة إليه، وتحقيقاً لهذا الغرض فقد أعد مشروع المرسوم بالقانون المعروض..".

(٢) يرى أ. د. صبري محمد السنوسي محمد، أنه: ".. وفقاً للقواعد العامة في تفويض =

= الاختصاص فإنه يشترط وجود نص قانوني يسمح بالتفويض في ممارسة الاختصاص، وأن مرسوم التفويض في الكويت: ١١٦ لسنة ١٩٩٢م لا ينطبق على ممارسة الاختصاصات التأديبية التي يتوجب لإعمالها نص صريح يقررها في القانون، وما دام القانون لم يتحدث عن التفويض في هذه الاختصاصات (ومنها الإحالة للتحقيق) فهو غير جائز قانوناً، احتراماً للضمانات التي نص عليها القانون بجعل هذه السلطة الخطيرة في يد الوزير، فضلاً عن أن السماح بالتفويض كأصل عام لا يجوز أن يخل بالتوزيع القانوني للاختصاص الذي تم بموجب نصوص قانونية محددة لاختصاص كل موظف". راجع بحثه "ركن الاختصاص في القرار الإداري الكويتي والرقابة القضائية عليه" منشور في مجلة الحقوق - العدد ٤ - السنة - ٣١ ديسمبر ٢٠٠٧م - ص١١٠ وما بعدها. ويري د. سعد نواف العنزي "..أن المشرع عندما أسند الاختصاص التأديبي لجهات معينة اتبع مركزية الاختصاص، وهو بذلك استهدف حكمة معينة ألا وهى أن تلك السلطات أقدر من غيرها على ممارسة هذا الاختصاص، وتوفير الضمانات للموظف، فالقول بجواز التفويض من شأنه تعطيل الضمانات التي قررها القانون، كما أن من شأن التفويض في الاختصاصات التأديبية تفتيت السلطة التأديبية بدلاً من تركيزها في جهة واحدة، وهو ما قد يؤدي إلى تفاوت الجزاءات التأديبية بين طوائف الموظفين، الأمر الذي من شأنه الإخلال بمبدأ المساواة الذي ينبغي أن يسود على الجميع، كما أن من شأن القول بجواز التفويض في إصدار الجزاء التأديبي تخلي السلطة التأديبية المختصة عن اختصاصها التأديبي إلى سلطات أخرى، تهرباً من تحمل مسئولية العقاب التأديبي، وهو أمر غير معقول لاسيما في بعض الجزاءات الجسيمة". راجع مؤلفه الضمانات الإجرائية في التأديب - دراسة مقارنة - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٧م ص٣١٤. وترى أ. د عزيزة الشريف أن: "..القضاء الإداري الحديث قد اتجه إلى عدم جواز التفويض في الاختصاصات في أمور معينة، كما لو حدد القانون بمناسبة موضوع معين اختصاص كل من الوزير، أو وكيل الوزارة، فلا يجوز أن يفوض أيهما إلى غيره اختصاصه المحجوز له، وإلا أخل هذا التفويض بالتوزيع الذي أرادة القانون. وخرج به عن الغاية المحددة له، كما لا يجوز للوزير أن يفوض اختصاصه هذا إذا كان من شأنه أن يعطل الضمانات التي قررها القانون للموظفين، بل يجب أن يقتصر دوره على مجرد توزيع الاختصاصات داخل الإدارات والمصالح العامة، إذا أضفنا إلى ذلك أن طبيعة مهمة التأديب تنتمي إلى مهام القضاء وهي من الأمور التي يعد الاختصاص فيها من النظام العام، وإذا تقرر بقانون فلا يجوز تعديله أو الخروج على أحكامه إلا بقانون، ومن ثم لا يجوز لأي من الوزير أو وكيل الوزارة وهو يمارس هذا الاختصاص ذا الطبيعة القضائية أن يتنازل عنه أو يفوض فيه من لم يحدده المشرع القيام بهذه =

صريحة، تجعل نطاق التأديب نطاقاً خاصاً، لا يجوز التفويض فيه إلا بنص صريح، بحيث يسري هذا النطاق على سائر مناحي التأديب في الوظيفة العامة ابتداءً من الإحالة للتحقيق والتصرف فيه وحفظه، وانتهاءً بتوقيع الجزاء، مع ضرورة سن القانون الإجرائي التأديبي المقنن لكافة الضمانات التأديبية المصاحبة لمختلف مراحل المساءلة، من لحظة الكشف عن ارتكاب الخطأ التأديبي، وحتى توقيع العقوبة التأديبية لمنع ما قد يحدث من تعسف أو شطط من قبل جهة الإدارة، وضرورة تقييد سلطتها في شأن تطبيق القواعد والحدود

= المهمة، فضلاً عن أنه إذا كان للوزير حق توقيع العقاب ابتداءً فإنه يملك أيضاً حق التعقيب على القرارات التأديبية التي تصدر من وكيل الوزارة إذا ما قدر عدم صحة ما نسب إلى الموظف من أخطاء أو أن مصلحة المرفق تقتضي غير ذلك. وأخيراً يملك الوزير إصدار القرار بحفظ التحقيق في القضية التأديبية وهو يؤدي بذلك دوراً رقابياً، ويعطي الموظف فرصه التظلم من قرارات وكلاء الوزارات وهو دور لا يسمح بالتفويض فيه، وبناء عليه فلا يجوز للوزير أن يفوض الاختصاص بالفصل إلى وكيل الوزارة؛ لإخلال ذلك بالضمانات التي قررها القانون للموظف من ناحية، كما أن على الوزير أن يباشر هذا الاختصاص شخصياً لا أن يفوضه إلى غيره من ناحية أخرى". راجع: مؤلفها في: مساءلة الموظف العام في الكويت المسؤولية المدنية والجنائية والإدارية – مطبوعات جامعة الكويت – ١٩٩٧م – ص٢٠٣. ويرى أ. د. عادل الطبطبائي أنه: "..لا يجوز للوزير أن يفوض اختصاصاته بالفصل إلى وكيل وزارته؛ لإخلال ذلك بالضمانات التي قررها القانون للموظف لأن المشرع إنما أراد إعطاء الوزير هذا الحق في تقرير قدر من الضمان ولو شكلياً للموظف، أما إذا قلنا أن الوزير قد فوض هذا الاختصاص إلى وكيل الوزارة فيصبح هو الخصم والحكم في آن واحد" راجع: مؤلفه الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي – الطبعة الثالثة ١٩٩٨م – ص٤٥٣.

وقد تحققت هذه الفرضية في الحكم محل التعليق، بأن كان التفويض الممنوح لرئيس الفتوى والتشريع مفضياً إلى جمعه بين سلطة توقيع الجزاء وسلطة التعقيب، ويبين ذلك من خلال رد رئيس الإدارة على تظلم الطاعن بكتابه الموجه لأمين عام مجلس الوزراء، والذي انتهى فيه بقبوله شكلاً ورفضه موضوعاً. وهو ما يقطع بجمع رئيس الإدارة لهاتين السلطتين وهو أمر غير جائز قانوناً إذ جعلت الإدارة نفسها خصماً وحكماً في آن واحد وأهدرت العدالة بقصد أو بغير قصد.

الضابطة لممارستها لسلطة التأديب، اتفاقاً مع الطبيعة العقابية لنظام التأديب من ناحية، وضمان لتحقيق العدالة في القواعد والحدود الضابطة لممارسة هذه السلطة من ناحية أخرى.

الفرع الثاني
سلطة القضاء الإداري في تعديل القرارات التأديبية

تمهيد وتقسيم:

الأصل أن دور القاضي بصدد نظر دعوى الإلغاء إما أن يحكم بإلغاء القرار إذا كان غير مشروع، وإما أن يقضي بعدم قبول الدعوى، أو يرفضها بحسب الأحوال إذا كان القرار مشروعا، وليس للقاضي الإداري تجاوز هذا الدور إلا فى حالات محدودة على سبيل الاستثناء.

لذلك يثور التساؤل عن مدى سلطة القضاء في تعديل القرارات التأديبية ؟

وللإجابة عن ذلك يتعين بيان مدى سلطة القضاء في تعديل القرارات التأديبية في مصر، وفي الكويت (غصن أول)، ومن ثم التعليق على الحكم محل الدراسة (غصن ثانٍ) على النحو الآتي:

الغصن الأول
مدى سلطة القضاء الإداري في تعديل القرارات التأديبية في مصر وفي الكويت

نتناول هذا الغصن في بيان الوضع في مصر (أولاً) وفي الكويت (ثانياً) على ما يلي:

أولاً – مدى سلطة القضاء الإداري في تعديل القرارات التأديبية في مصر:

سبق لدائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة المصري أن تعرضت لمسألة: ما إذا كانت المحاكم التأديبية تملك – بعد إلغاء القرار التأديبي المطعون فيه

لعدم مشروعيته – توقيع العقوبة التي تراها مناسبة للمخالفة التي ارتكبها العامل، وكان ذلك نتيجة تعارض بعض أحكام الإدارية العليا.

فبينما ذهبت بعض الدوائر إلى أنه لا يجوز للمحكمة التأديبية عند نظر دعوى إلغاء القرار التأديبي الموقع على العامل من رئاسته – أن تجنح إلى محاكمته تأديبياً وتوقيع جزاء عليه، ويتعين أن يقف قضاؤها عند حد الفصل في الطلب المطروح عليها.

ذهبت دائرة أخرى إلى أن المحكمة التأديبية تملك بعد أن تقضي بإلغاء قرار الجزاء المناسب باعتبارها صاحب الولاية العامة في مسائل تأديب العاملين.

وقد انتهت المحكمة في منطوق حكمها إلى أن: "رقابة المحكمة التأديبية على قرارات السلطات الرئاسية التأديبية تمتد عند إلغائها إلى الفصل في الموضوع بنفسها متى كان صالحاً للفصل فيه، وحينئذ عليها أن توقع الجزاء الذي ترى مناسبته، والأمر كذلك في رقابة المحكمة الإدارية العليا على أحكام المحكمة التأديبية الصادرة في نطاق هذا الاختصاص، وقررت إعادة الطعن إلى الدائرة المختصة"(١).

---

(١) راجع حكمها في الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٣٣ ق.ع - جلسة ٩/ ٤ /١٩٨٨ مجموعات المكتب الفني السنة ٣٣ - ص ١٣ القاعدة رقم ٢. وقد شيدت المحكمة قضاءها على أنه ".. ومن حيث أن الأصل في قضاء الإلغاء قصر اختصاص المحكمة على بحث مشروعية القرار المطعون فيه، فإذا ما تبينت مشروعيته رفضت الطعن وإذا تبينت عدم مشروعيته حكمت بإلغائه، ولكنها لا تملك حتى في هذه الحالة أن تستبدل به قراراً آخر يحقق نفس هدفه ويتلافى ما أدى إلى عدم مشروعيته، ومن ثم إلغاءه فتحل بذلك محل مصدر القرار في اتخاذه، ولا تملك ذلك من باب أولى إن رأت عدم ملاءمة القرار حتى ولو في مداه دون قيام ما يمس مشروعيته إذ يحل قاضي الإلغاء محل مصدر القرار وهو ما لا يجيزه الدستور احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات، ولا تجيزه القوانين المنظمة لاختصاص قضاء الإلغاء. ولا شك في أصل شمول هذا المبدأ قرارات السلطة التأديبية الرئاسية، ومع ذلك فإن رقابة قضاء الإلغاء ومحلها الوحيد هو المشروعية، وهو أمر قانوني بحت لا يخرج أي عنصر من عناصره ولا يتأبى على رقابة المشروعية، وبذلك تنبسط هذه الرقابة على كافة عناصر المشروعية =

= في القرار المطعون فيه وتتناولها من كافة أوجهها ونواحيها. ورقابة المشروعية وهى رقابة قانون مناطها الجوهري مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله والبطلان، فهي رقابة تامة كاملة، وهى بذاتها وفى جوهرها رقابة المشروعية التي يتولاها قضاء النقض مدنياً كان أو إدارياً على الأحكام القضائية التي يتناولها، فجوهر رقابة النقض على مشروعية الأحكام هو جوهر رقابة قضاء الإلغاء الإداري، والمقصود هنا رقابة النقض الإدارية التي تمارسها المحكمة الإدارية العليا وهى تختلف عن رقابة النقض المدنية على ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا منذ إنشائها، وما قررته في حكمها الصادر بجلسة ٥ من نوفمبر سنة ١٩٥٥ (طعن رقم ١٥٩ لسنة ١ القضائية) من تطابق النظامين من حيث بنيان حالات الطعن بالنقض واختلافها من حيث ميعاد الطعن وشكله وإجراءاته وكيفية الحكم فيه، فلكل من النظامين قواعده الخاصة مما يمتنع معه إجراء القياس لوجود الفارق إما من النص أو من اختلاف طبيعة الطعنين اختلافا مرده أساسا التباين بين طبيعة الروابط التي تنشأ بين الإدارة والأفراد في مجالات القانون العام، وتلك التي تنشأ بين الأفراد في مجالات القانون الخاص وسلطة المحكمة المطعون في حكمها في فهم الواقع أو الموضوع في دعوى الإلغاء ليست سلطة قطعية تقصر عنها سلطة المحكمة الإدارية العليا (طعن رقم ١٥٩٦ لسنة ٧ القضائية جلسة ٣ من أبريل سنة ١٩٦٥) فيجوز إبداء سبب جديد أمام المحكمة الإدارية العليا ولو لم يتعلق بالنظام العام (طعن رقم ١٥٩ لسنة ١ القضائية السالف الإشارة إليه)، والطعن في أحد شقق الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا يثير المنازعة برمتها أمامها ما دام الطلبان مرتبطين ارتباطا جوهريا (الطعن ١٦١ لسنة ٣ القضائية - جلسة ٢٩ من يونيو سنة ٩ القضائية - جلسة ٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٥، ٥٨٢ لسنة ١٧ القضائية جلسة ١٧ من مايو سنة ١٩٧٥) وبطلان الحكم للقصور المخل في أسبابه لا يمنع سلامة النتيجة التي انتهى إليها منطوقه في ذاتها، وأن تقضي بها هذه المحكمة إذا كانت الدعوى صالحة للحكم فيها ورأت الفصل فيها بنفسها (طعن ٩٦٠ لسنة ٢ القضائية جلسة الأول من ديسمبر سنة ١٩٥٦ بصدد قرار إداري) وإذا كانت الدعوى المطروحة أمام المحكمة الإدارية العليا مهيأة للفصل فيها، وكان موضوعها قد سبق طرحه برمته على المحكمة وتم استيفاء دفاع الخصوم فيها، فللمحكمة الإدارية العليا أن تتصدى للفصل في هذا الموضوع ولا وجه لإعادة الدعوى إلى المحكمة للفصل فيها من جديد (طعن ١٥١لسنة ٣ القضائية جلسة ١٥ من يونيو سنة ١٩٥٧ بشان قرار تأديبي) وبهذا رسمت المحكمة الإدارية العليا السمات الخاصة للطعن بالنقض الإداري وهى سمات جوهرية في رقابة المشروعية الإدارية محل الطعن بالإلغاء، وجوهر ما تقرره المحكمة الإدارية العليا نفسها في حدود هذه الرقابة في شأن =

= ما يطعن فيه أمامها من أحكام هو ذاته جوهر رقابة قاضي إلغاء القرار الإداري بدوره، فجوهر الرقابة واحد لا يختلف إلا باختلاف ما تقتضيه حدود الرقابة أو يمليه نص القانون. ويكتمل ذلك بما قررته المحكمة نفسها في الفرق بين رقابتها على أحكام المحاكم الإدارية ومحكمة القضاء الإداري من ناحية ورقابتها على أحكام المحاكم التأديبية من ناحية أخرى وهى تباشر سلطات التأديب فقررت أنها رقابة قانونية لا تعني استئناف النظر في الحكم بالموازنة والترجيح بين الأدلة المقدمة إثباتاً أو نفياً، فذلك تستقل به المحكمة التأديبية وحدها لا تتدخل فيه المحكمة الإدارية العليا وتفرض رقابتها عليه إلا إذا كان الدليل الذي اعتمد عليه قضاء الحكم المطعون فيه غير مستمد من أصول ثابتة في الأوراق، أو كان استخلاص هذا الدليل لا تنتجه الواقعة المطروحة على المحكمة، فهنا فقط يكون التدخل لأن الحكم يكون غير قائم على سببه (طعن ٩٨٩ لسنة ١٤ القضائية جلسة ٢٢من ديسمبر سنة ١٩٧٣، ٨٣١ لسنة ١٩ القضائية جلسة ١١ من مايو سنة ١٩٧٤) أما اختلال التناسب بين المخالفة والجزاء فهو من أوجه عدم المشروعية. وبتحديد المحكمة لدور رقابة المشروعية في كل من الحكم الإداري في دعوى الإلغاء والحكم التأديبي الصادر في الدعوى التأديبية، حيث تباشر المحكمة بنص القانون اختصاصاً من الاختصاصات الأصلية للسلطة الإدارية وهو اختصاص التأديب تتحدد معايير رقابة المشروعية بالنسبة لنوعي الأحكام والقرارات. فرقابة المشروعية التي تمارسها المحكمة الإدارية العليا على قضاء الإلغاء تختلف عن ذات الرقابة على قضاء التأديب في أن عنصر الواقع الذي تستقل به الأخيرة هو عنصر الموازنة والترجيح بين الأدلة المقدمة إثباتاً ونفياً إلا إذا كان الدليل الذي اعتمده الأخير غير مستمد من أصول ثابتة في الأوراق، أو كان استخلاصه لا تنتجه الواقعة المطروحة على المحكمة، وبهذا التحديد يتحدد أيضاً دور المحكمة التأديبية فهي سلطة تأديب مستقلة بنص القانون استناداً إلى ما تقضي به المادة ١٧٢ من الدستور من اختصاص مجلس الدولة كهيئة قضائية في الدعاوى التأديبية، وهنا ليس ثمة قرار من جهة الإدارة تباشر عليه رقابة ما، وإنما هي سلطة ذاتية تخضع لرقابة المحكمة الإدارية العليا، وهى في نفس الوقت سلطة رقابة مشروعية بالإلغاء في قرارات التأديب الصادرة من السلطات الإدارية، وإذا كانت هذه الرقابة الأخيرة رقابة مشروعية فهي تجرى في نطاق وحدود رقابة المشروعية التي تباشرها المحكمة الإدارية العليا على المحكمة التأديبية كسلطة تأديبية، وتتسم الرقابة بنفس السمات وتجرى على ذات الوجه وتحدها ذات الحدود، وبذلك تتناول هذه الرقابة كل ما تعلق بمشروعية القرار التأديبي من كافة الأوجه، وتثبت لها كافة السلطات التي تثبت للمحكمة الإدارية العليا في نطاق المشروعية بما في ذلك الإخلال الجسيم بين المخالفة الثابت ارتكابها والجزاء الموقع.

وبعد هذا المبدأ من دائرة توحيد المبادئ استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على: "أن رقابة المحكمة التأديبية على قرارات السلطات الرئاسية تمتد عند إلغائها إلى الفصل في الموضوع بنفسها، متى كان صالحاً للفصل فيه، وحينئذ عليها أن توقع الجزاء الذي تراه مناسباً، واستندت المحكمة في هذا القضاء إلى أن رقابة المشروعية التي تمارسها المحكمة التأديبية تخضع لذات القواعد، التي تسرى على رقابة المشروعية التي تباشرها المحكمة الإدارية العليا على المحكمة التأديبية كسلطة تأديبية، وبذلك تتناول هذه الرقابة كل ما يتعلق بمشروعية القرار التأديبي من جميع الأوجه، وتثبت للمحكمة التأديبية جميع السلطات التي تثبت للمحكمة الإدارية العليا في نطاق رقابة المشروعية، بما في ذلك الإخلال الجسيم بين المخالفة الثابت ارتكابها والجزاء الموقع؛ وأنه إذا كان قضاء المحكمة الإدارية العليا قد استقر على أنه إذا تبين تعيب الحكم التأديبي المطعون فيه، وقامت بإلغائه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، وجب عليها أن تحكم في الموضوع، على أن تحكم في موضوع الدعوى التأديبية المطعون في

= وإذا كانت المحكمة الإدارية العليا قد استقر قضاؤها في هذه الرقابة إذا تبين لها تعيب الحكم التأديبي المطعون فيه وأخذا بالأصل المنصوص عليه في المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات من أنه: "إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحا للفصل فيه.... وجب عليها أن تحكم في الموضوع، على أن تحكم في موضوع الدعوى التأديبية المطعون في حكمها، فتوقع بنفسها الجزاء الذي تراه مناسبا مع المخالفة التي تبين لها ثبوت ارتكابها أو تقضي بالبراءة إذا كانت لديها أسبابها، وجب الأخذ بذات الأصل في رقابة المشروعية التي تباشرها المحكمة التأديبية في قرارات السلطة الإدارية التأديبية، فإذا انتهت في رقابتها إلى عدم مشروعية القرار كان لها أن تفصل في الموضوع على ذات الوجه الذي ثبت للمحكمة الإدارية العليا في رقابتها على أحكامها كسلطة تأديبية ويخضع حكمها الصادر في هذا الشأن لرقابة المشروعية التي تمارسها المحكمة الإدارية العليا في نطاق قضاء الإلغاء، فإذا ما تبينت المحكمة الإدارية العليا تعيب الحكم المطعون فيها أمامها بأي عيب وتبينت صلاحية الدعوى للفصل فيها وجب عليها أن تحكم في موضوعها بنفسها دون إعادة إلى المحكمة التأديبية".

حكمها فتوقع الجزاء الذي تراه مناسباً، مع المخالفة التي تبين لها ثبوت ارتكابها، أو أن تقضى بالبراءة إذا كان لديها أسبابها. وخلصت المحكمة إلى أنه يجب الأخذ بذات الأصل في رقابة المشروعية التي تباشرها المحكمة التأديبية في قرارات السلطات التأديبية، فإذا انتهت في رقابتها إلى عدم مشروعية القرار كان لها أن تفصل في الموضوع"[(١)].

ثانياً – مدى سلطة القضاء الإداري في تعديل القرارات التأديبية في الكويت:

المتأمل في أحكام القضاء الإداري في الكويت، يجد أن القضاء لا يطبق مبدأ حظر حلول القاضي الإداري محل الإدارة بشكل مطلق، وإنما توجد استثناءات عديدة تخفف من حدة هذه القاعدة.

ففي إطار دعوى الإلغاء يقوم القاضي الإداري بإصدار حكم، يبدو وكأنه تضمن تعديلاً في القرار المطعون فيه، ويتخذ التعديل صوراً متعددة يبدو فيها القاضي وكأنه سلطة تحل محل جهة الإدارة في إحداث تغيير في القرار المطعون فيه.

ومن تطبيقات ذلك تحديد كيفية تنفيذ حكم الإلغاء، والإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية[(٢)]، وتعديل القرارات التأديبية.

---

(١) راجع: على سبيل المثال: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم: ٦٤٧٣ لسنة ٤٤ قضائية جلسة: ٢٣ أبريل ٢٠٠٠م والطعن رقم: ٤٠ لسنة قضائية جلسة٣٠ أبريل ٢٠٠٠م. وحكمها في الطعن رقم: ٦٤٧٣ لسنة ٤٤ قضائية جلسة: ٢٣ أبريل ٢٠٠٠م والطعن رقم: ٤٠ لسنة قضائية جلسة: ٣٠ أبريل ٢٠٠٠م.

(٢) في تطبيقات ذلك راجع أحكام محكمة التمييز: في الطعنين رقمي: ٨٠ و٢٠٠٩/٩٢م إداري جلسة: ٢٠١٠/١/٥م. في الطعون أرقام: ٨٣٩ و٨٦١ و٢٠٠٥/٨٧٨م إداري جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٠م. في الطعن رقم: ٢٠٠٤/٨٥٨م إداري جلسة: ٢٠٠٥/١٢/٢٠م. في الطعن رقم: ٢٠٠٤/٨٥٨م إداري جلسة: ٢٠٠٥/١٢/٢٠م. والطعن رقم: ٢٠٠٤/٩٣١م إداري جلسة ٢٠٠٥/٥/٩م منشور في مجلة القضاء والقانون ج ٢ سنة ٣٣ صفحة ٨٦. هذه الأحكام منشورة في موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية.

الغصن الثاني
التعليق على الحكم

لم أجد – حسب علمي وإطلاعي – حكماً في القضاء الإداري في الكويت تعرض لمسألة تعديل القرارات التأديبية، لكني ألفيت الحكم محل التعليق، قد قرر في أسبابه المرتبطة بمنطوقه أحد تطبيقات الاستثناء الوارد على مبدأ حلول القاضي الإداري محل جهة الإدارة، حينما تصدى لتعديل القرار التأديبي المطعون فيه.

حيث قررت المحكمة أنه:

".. للجهة المختصة بالتأديب سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري، وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن يشوب تقديرها غلو، الذي من صوره عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، وللقضاء التحقق من سبب القرار، ومن صحة الوقائع التي بني عليها، وصحة تكييفها القانوني، ومن ملاءمة الجزاء وتناسبه مع المخالفة الثابتة في حق الموظف ؛ ليكون الجزاء عادلاً، واستخلاص ذلك هو مما تستقل بتقديره محكمة الموضوع بلا معقب عليها بما لها من سلطة في فهم وتحصيل الواقع في الدعوى، إلا أن شرط ذلك أن يكون استخلاصها سائغاً، له سنده الثابت بالأوراق، ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها. ولما كان ذلك، وكانت المخالفة المنسوبة إلى الطاعن مدارها عدم حضور الجلسات بإحدى الدوائر المستعجلة في القضايا المكلف بمباشرتها، مما ترتب على ذلك صدور نظام بشطب إشكالات التنفيذ، مما أحدث ضرراً ببعض الجهات الحكومية، فإن هذه المخالفة على الرغم من درجة خطورتها، فإن الجزاء الذي قدرته الإدارة بتخفيض درجته الوظيفية، وتبعاته المالية، يشوبه الغلو، وعدم تناسب ظاهر، أو تفاوت صارخ بين ما ثبت في حق الطاعن وبين الجزاء الذي وقع عليه، حال ارتكابه مخالفات بالغة الجسامة، ويأتي قبل الجزاء الأخير الفصل من الخدمة في قائمة الجزاءات التأديبية التي توقع على الموظفين، فضلا على أثاره السلبية على مستقبله الوظيفي، واضطراب حياته الاجتماعية، وينبني على ذلك أن تقدير الجزاء يخرج

من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية، في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء ومقداره، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى أن القرار محل الطعن قام على سببه الصحيح الذي يبرره في غير غلو، فإنه يكون قد جانبه الصواب وصحيح القانون بما يوجب تمييزه. وحيث إنه عن موضوع الاستئناف رقم ٢٠٠٨/١٨٥١ إداري، ولما تقدم، وكانت المحكمة قد قضت بتمييز الحكم المطعون فيه، وكان الموضوع صالحاً للفصل، وفي هذا الصدد، تجري المحكمة الرقابة في نطاق وحدود الرقابة التي تباشرها على محكمة أول درجة، فإذا تبين لا تعيب الحكم قضت بإلغائه، وتمتد – في هذه الحالة – إلى الفصل في الموضوع بنفسها، والنظر في توقيع الجزاء الذي تراه مناسباً مع المخالفة التي تبين لها ثبوت ارتكابها، ويقوم الجزاء على أساس التدرج تبعاً لجسامة المخالفة التأديبية؛ ذلك أنه إذا كان مبنى نقض الحكم هو الغلو في توقيع الجزاء التأديبي، فإن مضي المحكمة في رد هذا الغلو والاستبدال به بتوقيع جزاء آخر تجد أساسه، فإن المحكمة منوط بها استقرار الأوضاع الوظيفية، وفي ذلك اقتصاد في الإجراءات، ومنعاً من إثارة المنازعة مجدداً، فيما لو ترك لجهة الإدارة توقيع الجزاء، مما يفضي إلى استقرار الأوضاع الإدارية، وخلق الظروف المناسبة لحسن أداء العمل وانتظامه. وترتيباً على ذلك، فإن المحكمة، وإذا ثبت لديها غلو قرار الجزاء الموقع على المستأنف ولم يتبين الحكم المستأنف وجه هذه المخالفة، فإنها تقضي بإلغائه، وإلغاء قرار الجزاء المطعون فيه، وتقضي بتوقيع جزاء الخصم من الراتب لمدة خمسة عشر يوماً الذي تراه مناسباً ؛ لما ثبت في حق المستأنف لما ارتكبه من مخالفة مع ما يترتب على ذلك من آثار".

وفي مقام التعليق على الحكم نسجل رأينا حول جواز تصدي المحكمة لتعديل القرارات التأديبية للأسباب التالية:

أولاً: يتعين التقرير بادئ الرأي، أن القضاء الإداري في الكويت يراقب تكييف سبب الجزاء التأديبي، بإعطاء الواقعة وصفاً قانونياً، يتعلق بالعمل المرتكب، هل

يشكل خطأ تأديبيا أو لا ؟ وآخر يتصل بخطورة السبب بأن يقوم بإدخال محل القرار، بالخطأ المرتكب، هل يبرر الجزاء؟ وبناء عليه، يقدر الملاءمة حين يبحث في التناسب بين خطورة الوقائع الثابتة وأهميتها، والإجراء المتخذ على أساس منها. ويتعين التقرير أن القضاء ابتدع من رقابة الملاءمة ابتدع – فكرة الغلو في مجال التأديب، فأخضع الجزاءات التأديبية لرقابته؛ ليقيم ميزان الحق بين درجة خطورة الذنب الذي اقترفه الموظف، وبين نوع الجزاء الموقع عليه من الإدارة، ومقداره.

ثانياً: إن الحكم محل التعليق، رغم القيود المفروضة عليه بشأن الطعن بالتمييز وإجراءاته، وعلى الرغم من عدم وجود محاكم تأديبية في الكويت – يكشف عن اتجاه محمود بتصدي المحكمة لتعديل القرار التأديبي، واستبداله بقرار آخر، وهو محض تطبيق للاستثناء الوارد على مبدأ حلول القاضي الإداري محل جهة الإدارة[١].

(١) وبيان ذلك أن الطعن بالتمييز باعتباره جزءاً من النظام القضائي، طريق استثنائي من طرق الطعن في الأحكام خصص له المشرع الفصل الرابع من الباب التاسع من الكتاب الثاني من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم: ٣٨ لسنة ١٩٨٠م، وعرض لأحكامه في المواد من (١٥٢-١٥٧) إلا أنه قصره على الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف في الأحوال الآتية: إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، وقرر للخصوم أن يطعنوا بالتمييز أيضاً في أي حكم انتهائي، أياً كانت المحكمة التي أصدرته، فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي.. وغير خاف أن مهمة محكمة التمييز – الرقابة على ما قد يكون قد أخطأ فيه قاضي الموضوع في حكم القانون – غير أنه يتعين التقرير بأنه لا توجد قاعدة عامة تحدد مسائل القانون الخاضعة لرقابة محكمة التمييز، وما يعتبر من مسائل الواقع التي تخرج عن هذه الرقابة وتختص بها محكمة الموضوع.
والمتتبع لقضاء محكمة التمييز يلحظ التزام المحاكم نطاق الطعن المعروض، وفي ذلك قضي بأن:
"مهمة محكمة التمييز – وهي بصدد مراقبة محكمة الموضوع- محددة بفحص ما كان معروضاً على هذه المحكمة لا فيما لم يسبق طرحه عليها، ومن ثم لا يجوز التحدي لأول مرة أمام محكمة التمييز بسبب يقوم على واقع لم يسبق إثارته أمام =

ولا يوهن من ذلك ما قد يثار من مخالفة الحكم لمبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والإدارية، وحلول المحكمة محل السلطة الإدارية في التأديب بما يخرجها بالكلية عن اختصاصها القضائي لتمارس اختصاصاً إدارياً، يجعلها بمثابة سلطة رئاسية للسلطة الإدارية التأديبية.

ذلك أن مقتضى مبدأ الفصل بين السلطات أن يكون بين السلطات الثلاث تعاون، وأن يكون لكل منها رقابة على الأخرى في نطاق اختصاصها، بحيث يكون نظام الحكم قائماً على أساس أن السلطة تحد السلطة، ومؤدى ذلك أن للمحاكم في نطاق وظيفتها القضائية أن تحد من تجاوز السلطة التنفيذية، وتضبط إيقاع ممارستها لسلطاتها في التأديب بحسب رقابة القاضي الإداري، وهي رقابة قانونية، محلها المشروعية، ومناطها مخالفة القانون، أو الخطأ في

= محكمة الموضوع". راجع حكم محكمة التمييز في الطعن رقم: ٢٠٠١/٤٦٨م تجاري جلسة: ٢٠٠٣/١٠/١٨م منشور في مجلة القضاء والقانون السنة (٣١) – الجزء الثالث - ص٩٠". كما لا يقبل التحدي أمام محكمة التمييز لأول مرة بدفاع جديد يقوم على واقع لم يطرح على محكمة الموضوع ولا يتصل بالنظام العام "راجع حكم محكمة التمييز في الطعن رقم: ٢٠٠١/٧٧٧م تجاري جلسة: ٢٠٠٢/٦/٢٩م منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ٣٠ -الجزء الثاني - ص٩٠". وأن دليل الدعوى يجب تقديمه لمحكمة الموضوع لتقول كلمتها فيه، أما محكمة التمييز فهي لا تنظر إلا في مخالفة محكمة الموضوع للقانون فيما كان معروضا عليها، وعلى ذلك فإن تقديم الدليل إليها لا غناء فيه ولا جدوى منه" راجع حكم محكمة التمييز في الطعن رقم: ٣٢٧/٢٠٠٠م مدني جلسة: ٢٠٠١/٤/٣٠م منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ٢٩ –الجزء الأول – ٤٤١. "وأن الطعن بالتمييز لا يؤدي إلى طرح نفس القضية التي نظرت فيها محكمة الموضوع، وإنما إلى طرح قضية أخرى هي البحث حول مخالفة الحكم للقانون. ووظيفتها تقتصر على محاكمة الحكم المطعون فيه في حدود ونطاق هذه الأسباب لمراقبة مدى التزام محكمة الموضوع حكم القانون وسلامة تطبيقه دون أن تتطرق فيها إلى موضوع الخصومة ذاتها بالفصل فيه إذ تعتبر محكمة طعن في الحكم النهائي وليست محكمة الموضوع". راجع حكم محكمة التمييز في الطعن رقم: ٢٠٠٨/٨٦٠م تجاري جلسة: ٢٠٠٩/١٠/٢٩م منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ٣٧ – ص٧٢.

تطبيقه، أو في تأويله والبطلان، وتنبسط على كافة عناصر القرار المطعون فيه وتتناوله من كافة نواحيه، إعلاء لمبدأ المشروعية ونزولاً على سيادة القانون؛ ضماناً لتحقيق حريات الأفراد وحقوقهم.

ثالثاً: أن ولاية التأديب التي تباشرها جهة الإدارة على موظفيها لا تعدو أن تكون اختصاصاً، يباشر وفقا لنصوص القانون ويخضع لرقابة المشروعية التي تباشرها محكمة التمييز، وتتناول هذه الرقابة كل ما يتعلق بمشروعية القرار التأديبي من جميع الأوجه، وتثبت للمحكمة جميع السلطات التي تثبت لمحكمة الموضوع حين تمييز الحكم، في نطاق رقابة المشروعية، بما في ذلك الإخلال الجسيم بين المخالفة الثابت ارتكابها والجزاء الموقع.

بحسبان أن دخول العقوبة التأديبية نطاق السلطة التقديرية لسلطة التأديب لا يعني إفلاتها من الرقابة القضائية؛ ولذلك فإنه لا على المحكمة – إن هي رأت تجاوزاً أو تطرفاً في حدود معقولية اختيار العقوبة التأديبية – أن تتدخل بإحلال تقديرها محل تقدير العقوبة التأديبية، للنأي بسلطة التأديب عن التعسف، ولتحقق اعتبارات الفاعلية، والضمان بهدف المصلحة العامة.

رابعاً: يبين من الحكم محل التعليق أن المحكمة قد مارست رقابتها الواسعة على تقدير جهة الإدارة للجزاءات الإدارية التي يخولها القانون حق توقيعها على الطاعن. وإذا تصدت المحكمة إلى إلغاء العقوبة التأديبية محل الطعن، واستبدلتها بعقوبة أخرى من بين العقوبات المنصوص عليها في المادة (٦٠) من المرسوم بشأن الخدمة المدنية، فإن هذا التصدي هو محض تطبيق لنص المادة (١٥٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ الذي يجري على أنه: "إذا قضت المحكمة بتمييز الحكم المطعون فيه، كان عليها أن تفصل في الموضوع". و لا يمثل مضمون العمل الذي صدر عن المحكمة، وإنما هو إجراء لرقابته المشروعة حين تمييز الحكم؛ استشعاراً منها بأن سلطة التأديب يتسم موقفها دائماً وأبداً بظلال كثيفة من الريبة والظن، من حيث الحيدة والنزاهة العقابية، بالنظر إلى حملها صفتي الخصم والحكم في نفس الوقت، واضطلاعها بإجراءات التحقيق، والاتهام وتوقيع العقاب في الوقت

الذي تعد فيه خصماً للطاعن محل المساءلة التأديبية؛ لذلك فإن مسلك المحكمة في توقيع الجزاء الذي رأته مناسباً، مع المخالفة التي تبين لها ثبوت ارتكابها، بإقامتها على أساس التدرج تبعاً لجسامتها ما هو إلا النتيجة التي ترتبت على تدخلها، وقيامها بعملها القضائي الذي لم تتجاوز صلاحيتها باعتبارها قاضياً للمشروعية.

الفرع الثالث
مدى جواز استخدام الكمبيوتر في كتابة مسودات الأحكام القضائية

تمهيد وتقسيم:

أدى ظهور الحاسب الإلكتروني وانتشاره إلى إحداث "ثورة" حقيقية في المعلومات، وبدء الحديث عن مجتمع المعلومات والمعلوماتية، وغيرها من المصطلحات الجديدة، وكان من نتيجة ذلك أن ساد الاعتقاد بأننا على أعتاب حضارة جديدة تماماً، تكون الغلبة فيها لمجتمع المعلومات كبديل للمجتمع الصناعي الذي مرّت به البلدان المتقدمة خلال القرن الماضي(١).

(١) انظر: د. محمد أبو زهرة - مدي حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية - بحث مقدم لمؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي المعقود في الفترة من ٤ إلى ٧ نوفمبر ١٩٨٩م.
والذي تولت كلية الحقوق بجامعة الكويت إعداده وتنظيمه بدعم من مؤسسة الكويت للتقدم العلمي. ص٤٣٢.
يذكر أنه مع تطور علم الحاسوب استخدمت أجهزة الكمبيوتر والأنظمة والبرمجيات في كل مرفق من مرافق الحياة. سعت كثير من الدول ومنها دولة الكويت، إلى تدريس هذا العلم في مدارسها منذ المرحلة الابتدائية إيمانا منها بأهمية إعداد الجيل القادر على مواكبة التطور المتسارع في مجال التقنية. وفي المجال القضائي اتجهت الكثير من الدول المتقدمة، ومنها دولة الكويت مع بداية الألفية الثالثة إلى تطوير أساليب العمل بالأجهزة الحكومية باستخدام التكنولوجيا المتقدمة في مجالات الاتصالات

لذلك يثور التساؤل عن مدى جواز استخدام الكمبيوتر في كتابة مسودات الأحكام القضائية.

وللإجابة عن ذلك يتعين بيان مدى جواز استخدام الكمبيوتر في كتابة مسودات الأحكام القضائية في مصر والكويت (غصن أول)، ومن ثم التعليق على الحكم محل الدراسة (غصن ثانٍ) على النحو الاتي:

الغصن الأول
مدى جواز استخدام الكمبيوتر في كتابة مسودات الأحكام القضائية في مصر والكويت

نتناول هذا الغصن في بيان الوضع في مصر (أولاً) وفي الكويت (ثانياً) على ما يلي:

أولاً – مدى جواز كتابة مسودة الحكم القضائي بالكمبيوتر في مصر:

شهد مجلس الدولة المصري إفتاءً وقضاءً معركة بين "قلم الرصاص" والكومبيوتر، بشأن مدى جواز كتابة مسودات الأحكام القضائية بالكمبيوتر، فقد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى عدم جواز كتابة مسودة الحكم القضائي باستخدام جهاز الكمبيوتر.

= والمعلومات، وتمشيا مع هذا الاتجاه فقد تبنت وزارة العدل تطبيق مفهوم الحكومة الإلكترونية E-government التي تعمل على خدمة المواطن وتقديم كافة التسهيلات له عند التعامل مع الأجهزة القضائية وقطاعات العمل بالوزارة، بالإضافة إلى دعم السلطة القضائية بما يساعد على تحقيق رسالة الوزارة وتوفير العدالة والمحافظة على أمن المجتمع ورعاية القوانين. ولذلك أنشئ مشروع "بوابة العدل الإلكترونية" كأحد الدعائم الأساسية لخدمة المجتمع حيث تستخدم الأساليب التكنولوجية المتطورة لتقديم المعلومات والخدمات للمواطنين من خلال الشبكة العالمية للمعلومات Internet الإنترنت، إلا أن هذه المحاولات لا تزال خجولة لا تفي بالغرض المأمول.

وسايرت هذا الإفتاء المحكمة الإدارية العليا، التي قضت ببطلان الأحكام المطعون فيها أمامها ؛ بسبب أن مسودة الحكم كتبت باستخدام جهاز كمبيوتر، وليس بيد خط القاضي.

وبناء على طلب وزير العدل أعيد عرض ذات الموضوع على الجمعية العمومية، فأكدت على سابق إفتائها.

والدائرة الإدارية الرابعة بالمحكمة الإدارية العليا استشعرت أن عدداً يفوق الحصر من شباب قضاة محاكم مجلس الدولة يستخدمون جهاز الكمبيوتر بأنفسهم في كتابة مسودات أحكامهم ؛ تمشياً مع ضرورات التقدم في المجالات المختلفة، ورأت أن الأمر يستدعي العدول عن مبدأ سابق وأقرته ألغت فيه المحكمة الأحكام المطعون فيها ؛ استناداً إلى ما اعتور مسودات هذه الأحكام من بطلان ؛ لكتابتها باستخدام جهاز الكمبيوتر، على سند من أن العدول عن هذا القضاء يحقق فائدة جلية في سرعة إنجاز الأحكام، ويتمشى مع التطور الطبيعي، والتقدم العلمي الذي شاع وذاع حتى أصبح جهاز الكمبيوتر أداة، يستخدمها بعض القضاء لكتابة مسودات أحكامهم بأنفسهم، وقررت إحالة الطعن إلى دائرة توحيد المبادئ، حيث قضت بجواز كتابة الأحكام القضائية بواسطة جهاز الكمبيوتر، إذا تمت كتابة المسودة بمعرفة أحد أعضاء الدائرة التي أصدرته، متي تضمنت البيانات الأساسية ومنطوق الحكم بخط اليد، وأمرت بإعادة الطعن إلى الدائرة المختصة للفصل فيه.

ولما كان بعض تلك الفتاوى أو الأحكام لم تنشر بعد، لذا ارتأينا إيرادها بالكامل تعميماً للفائدة، وفق ترتيبها الزمني:

١ – فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في جلستها المعقودة في: ١٠/٣/١٩٩٩م:

طلب السيد الأستاذ المستشار/ أمين عام مجلس الدولة من إدارة الفتوى لوزارات الداخلية والخارجية والعدل، بكتابه رقم: ٥٧٣ المؤرخ: ٢٧/٦/١٩٩٨م، الإفادة بالرأي في مدى جواز الموافقة على الطلب المقدم من السيد الأستاذ

المستشار المساعد/.....، عضو المحكمة التأديبية بالإسكندرية، والذي يطلب فيه كتابه مسودة الأحكام الخاصة بسيادته باستخدام جهاز كمبيوتر ولديه إمكانية الكتابة بمجرد التحدث إليه؛ وذلك نظراً لإصابة سيادته في يده اليمنى، إثر حادث بسيط، ترتب عليه صعوبة في الكتابة بيده اليمنى، وإهدار وقت طويل جدا في عملية الكتابة، وذلك على نحو ما ذكر سيادته في الطلب المقدم منه، في حين أن ملف خدمته يخلو من أية تقارير طبية تفيد إصابة يده اليمنى.

أعدت إدارة الفتوى المختصة تقريراً بالرأي القانوني، وعرض على اللجنة الأولى من لجان قسم الفتوى، فقررت إحالة الموضوع- لما آنسته فيه من أهمية وعمومية- إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع. وقد **انتهت الجمعية العمومية إلى عدم جواز كتابة مسودة الحكم باستخدام جهاز كمبيوتر في** الحالة المعروضة(١).

---

(١) راجع: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري – فتوى رقم: ٣١٧ بتاريخ: ١٩٩٩/٤/٢٨م ملف رقم: ٥٤٩/٦/٨٦ – جلسة: ١٩٩٩/٣/١٠م منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة – العدد الأول – السنة السادسة والأربعون – يناير مارس ٢٠٠٢ ص ١٩٤ وما بعدها.. وجاء نص الفتوى "..وأسست الرأي على أن: "قانون مجلس الدولة أحال فيما لم يرد بشأنه نص في الإجراءات أمام محاكم مجلس الدولة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية، وأن المشرع في قانون المرافعات أوجب أن تتم المداولة بين جميع قضاة الدائرة الذين سمعوا المرافعة، لأن المقصود من المداولة هو المشاورة والمناقشة لتنجلي غوامض الأمور في القضية المطروحة، وتحصل المداولة سرا ضمانا لحرية رأي القضاة، ومعنى سرية المداولة ألا يشترك فيها غير قضاه الدائرة فيما بينهم دون سماعها من جانب غيرهم. وأنه لما كان الحكم كغيره من الأعمال الإجرائية، هو عمل شكلي، وتتمثل الشكلية في النطق به وكتابته، فقد استلزم المشرع أن يكتب الحكم في مسودة ونسخة أصلية، وغاير في الأحكام المتعلقة بكل منهما. فالمسودة تكتب قبل النطق بالحكم، وتشتمل على منطوقه وأسبابه ويوقع عليها القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة، وتودع عند النطق بالحكم، وإلا كان الحكم باطلا، وتحفظ بملف الدعوى، ولا تعطى منها صور لأحد، وإنما يجوز للخصوم الاطلاع عليها، كما يجوز استثناء تسليمها للمحضر للتنفيذ بمقتضاها وإعادتها بعد الانتهاء من التنفيذ في الأحوال التي تأمر =

٢- إعادة عرض الموضوع على الجمعية العمومية بناء على طلب وزير العدل، وفتاواها في جلستها المعقودة في: ٢٠٠٦/٦/٧م "غير منشورة":

= المحكمة فيها بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلانه، في حين أن نسخة الحكم الأصلية تكتب بعد النطق بالحكم، ويوقعها رئيس الدائرة التي أصدرت الحكم وكاتبها، وتعطى منها صور بسيطة لمن يطلبها، وصورة تنفيذية للمحكوم له. ولاحظت الجمعية العمومية، أن المغايرة بين مسودة الحكم ونسخته الأصلية، لم تقتصر على ما قرره المشرع على نحو ما سلف بيانه، وأن ثمة مغايرة أخرى أنشأها العرف القضائي، تمثلت فيما استقر عليه العمل منذ إنشاء القضاء الأهلي، من كتابة مسودة الحكم بخط يد القاضي أو أحد القضاة الذين اشتركوا في المداولة وأصدروا الحكم، وذلك ضمانا لسرية المداولة، في حين أن نسخة الحكم الأصلية لا يشترط فيها ذلك، ويكتفي بالنسبة لها بتوقيع رئيس الدائرة التي أصدرت الحكم وكتابتها، وصار ذلك من المسلمات التي لا خلاف عليها. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بجلستها المنعقدة في: ٦/٥/ ١٩٨٣م، في الطعن رقم: ٥٠٥ل سنة ٢٨ القضائية، ببطلان الحكم المطعون فيه تطبيقا للمادة (١٧٥) من قانون المرافعات، تأسيسا على أن المسودة الخطية الخاصة بالحكم المطعون فيه لم تكن مودعة ملف الدعوى عند النطق به، وإنما استعيض عنها بتصوير مسودة حكم آخر، وأجرى التعديل اللازم على تلك الصورة. كما ذهبت دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بجلستها المعقودة بتاريخ: ١٩٨٧/٦/٢٨م، في الطعن رقم: ٥٠٢ لسنة ٣١ القضائية، إلى أن قانون مجلس الدولة قطع في المادة (٤٣) منه بوجوب صدور أحكام المحاكم التأديبية مقترنة بأسبابها الموقعة من قضاتها عند النطق بها، شأن سواها من محاكم القسم القضائي بمجلس الدولة، وذلك تأكيدا لمقتضى المادة (٣) من قانون إصداره بتطبيق حكم المادة (١٧٥) من قانون المرافعات، بما رمت إليه هذه المادة من كفالة إتمام الدولة والاستقرار على الحكم وتحرير أسبابه والتوقيع عليها قبل إصداره، كضمانة أساسية لأطراف النزاع، حتى يقر في روعهم أن الحكم صدر وتم النطق به بعد دراسة متأنية ومداولة قانونية، تمخضت عن أسباب مسطورة في مسودة ممهورة عند النطق به. وعلى هدى ما تقدم، فإنه يتعين كتابة مسودة الحكم بخط يد القاضي. ولا ريب في أن كتابة القاضي لمسودة الحكم بخط اليد أو في الحفاظ على سرية المداولة، وفي توفير فرصة أكبر للقاضي للتأمل الهادي في الموضوع الذي يعالجه، والتفكير العميق فيما يسطره، ومعاودة النظر مرة بعد أخرى فيما ينتهي إليه ".

بتاريخ: ١٩٩٩/٥/٢٣م أرسل السيد الأستاذ المستشار/ وزير العدل، كتابا إلى السيد المستشار الدكتور/ رئيس مجلس الدولة، يرجو فيه التفضل بالنظر في إعادة عرض طلب الرأي الخاص بمدى جواز كتابة مسودة الحكم باستخدام جهاز الكمبيوتر؛ نتيجة بدء محكمة شمال القاهرة الابتدائية بعمل نظام لنسخ مسودات الأحكام القضائية، وإيداعها بالمحكمة، وأرفق بطلبه مذكرة بوجه النظر، أعدها السيد المستشار مساعد أول وزير العدل، وتقريرين فنيين مقدمين من مركز المعلومات القضائي بوزارة العدل، ومن مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء.

أعيد عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، والتي انتهت إلى تأكيد إفتائها السابق بعدم جواز كتابة مسودات الأحكام القضائية بواسطة جهاز الكمبيوتر(١).

---

(١) راجع: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم: ٦٧٤ بتاريخ: ٢٠٠٦/٦/٢٩م ملف رقم ٥٤٩/٦/٨٦ - جلسة: ٢٠٠٦/٦/٧م "غير منشورة". وجاء نص الفتوى ".. نفيد أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى: ٧ من يونيه سنة ٢٠٠٦م الموافق: ١١ من جمادى الأول سنة ١٤٢٧هـ فاستعرضت الجمعية إفتاءها السابق بجلسة: ١٩٩٩/٣/١٠م ملف رقم: ٥٤٩/٦/٨٦ والذي خلصت فيه إلى أن قانون مجلس الدولة أحال فيما لم يرد بشأنه نص في الإجراءات أمام محاكم مجلس الدولة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية، وأن المشرع في قانون المرافعات أوجب أن تتم المداولة بين جميع قضاة الدائرة الذين سمعوا المرافعة، لأن المقصود من المداولة هو المشاورة والمناقشة لتنجلى غوامض الأمور في القضية المطروحة، وتحصل المداولة سراً ضماناً لحرية رأى القضاة، ومعنى سرية المداولة ألا يشترك فيها غير قضاة الدائرة فيما بينهم دون سماعها من جانب غيرهم. وأنه لما كان الحكم كغيره من الأعمال الإجرائية هو عمل شكلي وتتمثل الشكلية في النطق به وكتابته، فقد استلزم المشرع أن يكتب الحكم في مسودة ونسخة أصلية، وغاير في الأحكام المتعلقة بكل منهما، فالمسودة تُكتب قبل النطق بالحكم وتشتمل على منطوقه وأسبابه ويوقع عليها القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة وتودع عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً، وتُحفظ بملف الدعوى ولا تُعطى منها صور لأحد، وإنما يجوز للخصوم =

= الاطلاع عليها، كما يجوز استثناءً تسليمها للمُحضر للتنفيذ بمقتضاها وإعادتها بعد الانتهاء من التنفيذ في الأحوال التى تأمر المحكمة فيها بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلانه، في حين أن نسخة الحكم الأصلية تُكتب بعد النطق بالحكم ويوقعها رئيس الدائرة التى أصدرت الحكم وكاتبها، وتُعطى منها صور بسيطة لمن يطلبها، وصورة تنفيذية للمحكوم له. ولاحظت الجمعية العمومية أن المغايرة بين مسودة الحكم ونسخته الأصلية لم تقتصر على ما قرره المشرع على نحو ما سلف بيانه، وأن ثمة مغايرة أخرى أنشأها العرف القضائي، تمثلت فيما استقر عليه العمل منذ إنشاء القضاء الأهلي من كتابة مسودة الحكم بخط يد القاضي أو أحد القضاة الذين اشتركوا في المداولة وأصدروا الحكم، وذلك ضماناً لسرية المداولة، في حين أن نسخة الحكم الأصلية لا يُشترط فيها ذلك ويُكتفى بالنسبة لها بتوقيع رئيس الدائرة التى أصدرت الحكم وكاتبها، وصار ذلك من المسلمات التى لا خِلاف عليها. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بجلستها المنعقدة فى: ١٩٨٣/٦/٥م في الطعن رقم: ٥٠٥ لسنة ٢٨ القضائية ببطلان الحكم المطعون فيه تطبيقاً للمادة (١٧٥) من قانون المرافعات، تأسيساً على أن المسودة الخطية الخاصة بالحكم المطعون فيه لم تكُن مودعة ملف الدعوى عند النطق به، وإنما استعيض عنها بتصوير مسودة حكم آخر وأجرى التعديل اللازم على تلك الصورة. كما ذهبت دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا بجلستها المنعقدة بتاريخ: ١٩٨٧/٦/٢٨م في الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٣١ القضائية إلى أن قانون مجلس الدولة قطع في المادة (٤٣) منه بوجوب صدور أحكام المحاكم التأديبية مقترنة بأسبابها الموقعة من قضاتها عند النطق بها شأن سواها من محاكم القسم القضائى بمجلس الدولة، وذلك تأكيداً لمقتضى المادة (٣) من قانون إصداره بتطبيق حكم المادة (١٧٥) من قانون المرافعات، بما رمت إليه هذه المادة من كفالة إتمام المداولة والاستقرار على الحكم وتحرير أسبابه والتوقيع عليها قبل إصداره كضمانة أساسية لأطراف النزاع، حتى يقر في روعهم أن الحكم صدر وتم النطق به بعد دراسة متأنية ومداولة قانونية، تمخضت عن أسباب مسطورة في مسودة ممهورة عند النطق به. وفضلاً على ما تقدم فإن الواقع القضائى يكشف عن تكون عرف يقضي بوجوب إعداد مسودة لكل حكم تكتب بخط يد القاضي، وتمهر من باقي أعضاء المحكمة، وإذ كان الإفتاء القانوني هاديه الكشف عن صحيح حكم القانون الذى يعيِّنه التشريع المسنون لحكم المسألة، أو العرف القانوني الذى يتكون في غيبة التنظيم التشريعي، فمن ثم لا يكون للإفتاء من مكنة تجاوز حدود الشرعية المؤصلة على روافد التشريع وفق القانون أو العرف إن لم يوجد التشريع باعتبار العرف مصدراً فرعياً للمشروعية القائمة، ومن ثم فلا يكون من فكاك من وجوب النزول على مقتضى هذا =

٣ – حكم دائرة توحيد المبادئ بجلسة: ٢٠٠٩/١/١٠م: "غير منشور"

درج قضاء المحكمة الإدارية العليا مسايراً فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأحكام عديدة – على إلغاء الأحكام المطعون فيها استناداً إلى ما اعتور مسوداتها من بطلان بكتابتها باستخدام جهاز الكمبيوتر(١).

وبمناسبة نظر الطعن رقم: ١٨٠٠٦ لسنة ٥٣ عليا، طعناً على الحكم الصادر من المحكمة التأديبية لوزارة التربية والتعليم، وملحقاتها في الدعوى رقم: ٢٠٤ لسنة ٤٨ ق جلسة: ٢٠٠٧/٥/٢٨م أمام دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا – الدائرة الرابعة، أودعت هيئة مفوضي الدولة تقريراً مسبباً برأيها القانوني، رأت فيه قبول شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه فيما قضي به من مجازاة الطاعن بغرامة تعادل ثلاثة أضعاف الأجر الذي كان يتقاضاه في الشهر عند انتهاء خدمته، وبإعادة الدعوى التأديبية إلى المحكمة التأديبية للتعليم وملحقاتها ؛ لمحاكمة الطاعن مجدداً عما نسب إليه

= العرف، ويكون ما سبق وانتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإفتائها السابق، هو الأقرب لصحيح القانون، والألصق بمقتضيات الشرعية القائمة، الأمر الذي تؤكد عليه الجمعية".

يذكر أنه وبمناسبة بحث الموضوع للمرة الثانية من قبل الجمعية العمومية ثارت بشأنه ثلاثة آراء، أولها: يرى عدم ملاءمة إبداء الرأي في الموضوع من جانب الجمعية العمومية، ذلك أن مجال هذا الموضوع هو الطعن بالبطلان في الأحكام التي تكتب مسوداتها بالكومبيوتر. الثاني: هو ما تضمنته المذكرة التي حررها السيد المستشار مساعد أول وزير العدل، من جواز كتابة مسودة الأحكام باستخدام جهاز الكومبيوتر. الثالث: هو ما تبنته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في جلستها المعقودة في: ١٩٩٩/٣/١٠م، من عدم جواز كتابة مسودة الحكم باستخدام جهاز الكومبيوتر في الحالة المعروضة. راجع في تفصيل ذلك المستشار الدكتور/ فاروق عبدالبر – نائب رئيس مجلس الدولة "رحمه الله" – دراسات في حرية التعبير – ٢٠٠٦ ص ٢٩٣ وما بعدها.

(١) راجع: على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٨٢٣ لسنة ٤٥ ق. عليا بجلسة ١ من فبراير سنة ٢٠٠٣م ببطلان حكم المحكمة التأديبية.

من هيئة أخري، واستندت في ذلك إلى أنه بالاطلاع على مسودة الحكم المطعون فيه تبين أنها كتبت كاملة بواسطة جهاز الكمبيوتر، ولم يكتب القاضي منها أي شيء بيده سوى التوقيعات مما يشوب الحكم بالبطلان.

حيث قررت تلك الدائرة وبجلسة: ٢٠٠٨/٣/١٢م إحالة الطعن إلى دائرة توحيد المبادئ المنصوص عليها بالمادة (٥٤) مكرر من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤م؛ ابتغاء العدول عن مبدأ سابق، أقرته ذات الدائرة الرابعة بالمحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بجلسة: ٢٠٠٣/٢/٢١م في الطعن رقم: ٣٨٢٣ لسنة ٤٥، وكذلك في طعون أخرى في جلسات عديدة، ألغت فيها المحكمة الأحكام المطعون فيها استناداً إلى ما اعتور مسودات هذه الأحكام من بطلان بكتابتها باستخدام جهاز الكمبيوتر؛ إذ لاحظت الدائرة أن عدداً يفوق الحصر من شباب قضاة محاكم مجلس الدولة يستخدمون جهاز الكمبيوتر بأنفسهم في كتابة مسودات أحكامهم؛ تمشياً مع ضرورات التقدم في المجالات المختلفة، ورأت الدائرة أن الأمر يستدعي العدول عن المبدأ الذي درجت عليه الدائرة الرابعة عليا، وسايرت فيه فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة: ١٩٩٩/٣/١٠م وجلسة: ٢٠٠٦/٦/٧م ملف رقم: ٥٤٩/٦/٨٦ التي انتهت إلى عدم جواز كتابة مسودات الأحكام باستخدام جهاز الكمبيوتر، على سند من أن العدول عن هذا القضاء يحقق فائدة جلية في سرعة إنجاز الأحكام، ويتمشى مع التطور الطبيعي والتقدم العلمي الذي شاع وذاع حتى أصبح جهاز الكمبيوتر أداة، يستخدمها بعض القضاء لكتابة مسودات أحكامهم بأنفسهم.

وبجلسة: ٢٠٠٩/١/١٠م حكمت دائرة توحيد المبادئ:

(بجواز كتابة الأحكام القضائية بواسطة جهاز الكمبيوتر إذا تمت كتابة المسودة بمعرفة أحد أعضاء الدائرة، التي أصدرته متى تضمنت البيانات الأساسية، ومنطوق الحكم بخط اليد، وأمرت بإعادة الطعن إلى الدائرة المختصة للفصل فيه).

وشيدت المحكمة قضاءها على أنه:

"يتبين من استقراء هذه النصوص أنه يتعين الرجوع في الإجراءات أمام محاكم مجلس الدولة، فيما لم ينص عليه قانون مجلس الدولة – إلى أحكام قانون المرافعات. ومن حيث إن قانون المرافعات أوجب أن تكون المداولة في الأحكام القضائية سراً بين قضاة الدائرة، وأن تشتمل مسودة الحكم على منطوقه وأسبابه، وتوقع من جميع القضاة الذين استمعوا المرافعة، واشتركوا في المداولة. ومن حيث إن مسودة الحكم لا تعدو أن تكون ورقة من أوراق المرافعات، تكتب عقب انتهاء المداولة وقبل النطق بالحكم، تمهيداً لتحرير نسخة الحكم الأصلية، التي يوقع عليها رئيس الدائرة، وكاتبها، وتكون هي وحدها – دون مسودة الحكم – المرجع في أخذ الصور الرسمية والتنفيذية، وعند الطعن عليه من ذوي الشأن باعتبار أن نسخة الحكم الأصلية هي التي يحاج بها، ولا تقبل المجادلة في بياناتها إلا عن طريق الطعن عليها بالتزوير، وقد تبين من مطالعة قوانين المرافعات والإجراءات الجنائية أن المشرع لم يشأ مطلقاً تحديد ماهية مسودة الحكم، أو تنظيم وسيلة كتابتها، وإنما أورد لفظ المسودة في نصوص قوانين المرافعات والإجراءات بصورة عامة، وأن المشرع طلب فحسب أن تشمل مسودة الحكم على منطوقه وأسبابه، وتوقيع القضاة الذين سمعوا المرافعة، واشتركوا في المداولة، ولم يشأ المشرع أن يرتب أي بطلان على الوسيلة التي تكتب بها مسودة الحكم، ولم ينص صراحة أو ضمناً على كتابة مسودة بخط يد القاضي، أو القضاة الذين أصدروا الحكم. ومن حيث إنه ولئن كان العمل قد جرى على أن تكتب مسودة الحكم بخط يد أحد القضاة الذين اشتركوا في المداولة، فإنه لا يجب الوقوف على المعنى الحرفي للفظ "كتابة" وتجريده من مضمونه وغايته ؛ إذ يجب أن تفهم هذه الكلمة في إطار الهدف منها، فليس المقصود بكتابة مسودة الحكم بيد القاضي أن يكون ذلك باستعمال أي من الأقلام، أو الأحبار فحسب، بل يكون القاضي كاتباً لمسودة الحكم إذا توصل إلى ذلك باستخدام الكمبيوتر، أو آلة الكتابة طالما أنه قام بذلك بنفسه، ولا يعهد إلى آخرين من غير القضاة الذي اشتركوا معه في المداولة، فإذا أجاد القاضي استخدام جهاز الكمبيوتر بنفسه في كتابة مسودة الحكم عندئذ يكون

الحكم نابعاً من شخص القاضي، ومكتوباً بيده لا بيد غيره؛ ذلك أن كتابة القاضي مسودة الحكم بجهاز الكمبيوتر لا تتم إلا بضغط من أنامله وأصابعه على الحروف مستكملاً الكلمة توصلاً إلى الجملة التي يصوغ بها وقائع الحكم وأسبابه ومنطوقه بنقل الصوت على الورقة كتابة، فهو إذن وسيلة للكتابة لا تختلف عن وسيلة الكتابة باستعمال القلم بأنواعه المختلفة. وقد غدا استخدام جهاز الكمبيوتر في يد القضاة وخاصة الشباب منهم وسيلة فعالة ؛ لإنجاز العديد من الأحكام، وليس من عيب في استخدام جهاز الكمبيوتر في كتابة مسودة الأحكام، بل هناك محاسن كثيرة إذ تسهل قراءة المسودة، ولا تختلط عباراتها، أو تضطرب، كما يسهل على القاضي تسجيل أفكاره وترتيبها، وتنسيقها، وسرد الوقائع إلى نحو أفضل، وإن إلزام القاضي بكتابة مسودة الحكم بخط اليد، وباستخدام القلم وحده مع حظر استخدام الكمبيوتر في الكتابة، بعد أن اتصل العديد من القضاة بالثورة المعلوماتية والتقنية العلمية، حتى غدا استعمال جهاز الكمبيوتر جزءاً من منظومة عمله القضائي، مما يجب أن يترك للقاضي حرية التعبير عن أفكاره في كتابة مسودة الأحكام بالوسيلة التي تحقق له اليسر والسهولة، والعبرة تكمن في المحافظة على سرية الأحكام قبل النطق بها علانية، وعدم إفشائها أو مشاركة غير القضاة في كتابتها.

ومن حيث إن مركز المعلومات القضائي بوزارة العدل، وكذلك مركز المعلومات، ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء قد أعد كل منهما دراسة فنية انتهت إلى أن استخدام الحاسب الآلي في كتابة مسودة الأحكام لا يؤثر في سرية المداولة، وأنه يؤدي إلى سهولة التحرير، والمراجعة والتعديل قبل طباعة المسودة، بجانب توفير أكبر فرصة للقاضي للتأمل الهادئ في الموضوع الذي يعالجه، وأن استخدام القاضي لجهاز الكمبيوتر في كتابة مسودة الحكم لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة من وسائل الكتابة ؛ لترجمة ما استقر في وجدانه، فالقلم والكمبيوتر كلاهما وسيلة للتعبير، ولن تتغير طبيعة المسودة وسريتها أنها كتبت بخط اليد، أو على الآلة الكاتبة، أو على الحاسب الآلي؛ لأن السرية ليس لها علاقة بوسيلة الكتابة، وإنما تتوقف على إفشاء سر المداولة من أحد القضاة

الذين حضروا المداولة، ووقعوا على المسودة، وأنه في حالة استخدام القاضي لجهاز الحاسب الآلي في كتابة المسودة، حيث توجد برامج للسرية تمنع غيره من الاتصال، أو الاطلاع، أو استرجاع ما سطره بمسودة الحكم مادام هو الذي يستخدمه بنفسه، ويستحيل على غيره أن يطلع على ما دونه على حاسبه بدون استخدام كلمة السر التي لا يعلمها غير القاضي.

فإذا كان الأمر كذلك، وكانت الجهات الفنية قد أكدت على نحو ما تقدم، أن كتابة مسودة الحكم بجهاز الحاسب الآلي المزود ببرامج السرية، تحول دون اتصال الغير، أو الاطلاع، أو استرجاع ما دونه القاضي بمسودة الحكم، بما يجعل كتابة المسودة بجهاز الكمبيوتر أمراً لا غبار عليه. كذلك فإنه يكتفي بالتوقيعات الممهورة بها مسودة الحكم، وورودها في نهاية المسودة دون اشتراط تعددها بتعدد أوراق وصفحات المسودة، وهو الأمر الذي استقر عليه الفقه، والقضاء العادي، وكذلك القضاء الإداري، فليس بلازم أن تتعدد توقيعات القضاة بتعدد صفحات المسودة، إلا أن المحكمة ترى مع ذلك أنه يلزم على القاضي أن يكتب البيانات الأساسية للحكم، وهى رقم الدعوى وتاريخ إيداع العريضة، وأسماء الخصوم، وكذلك منطوق الحكم بخط يده دون استخدام جهاز الكمبيوتر".

تعقيب:

لئن كانت كتابة مسودة الحكم بخط يد القاضي تضمن عدم إفساد سرية المداولة، وتزيد الاطمئنان إلى أن القاضي هو الذي كتب المسودة بنفسه دون الاستعانة بآخرين من غير القضاة الذين اشتركوا معه في المداولة، كما تضمن عدم إمكانية تزوير الأحكام في غياب مرجع ثابت لكشف هذا التزوير وهو مسودة الحكم المكتوبة بخط يد القاضي، وذلك لتمايز خطوط اليد بعضها عن بعض.

إلا أن البعض يعتبر في فتوى الجمعية العمومية، التي انتهت إلى عدم جواز كتابة مسودات الأحكام بالكمبيوتر، وبعض الأحكام التي سايرتها – تعارضاً مع فكرة الحكومة الإلكترونية، وخطة ميكنة القضاء، وإدخال الكمبيوتر

إلى جميع المحاكم والهيئات القضائية في إطار مواكبة عصر التكنولوجيا ؛ لإلغاء التعامل الورقي.

ويلاحظ أنه وبعد إرساء دائرة توحيد المبادئ لمبدأ قانوني بوجوب "كتابة أسماء أعضاء المحكمة، ومنطوق الحكم، وكذلك توقيع الأعضاء على الكمبيوتر". فإن معنى ذلك أن الأحكام التي تمت كتابتها على الكمبيوتر لا بدّ من الطعن لبطلانها وتصحيحها ؛ لتتفق مع ما انتهت إليه دائرة توحيد المبادئ.

ويرى البعض أن هذا المبدأ يشكل نقلة نوعية واعية ؛ تكشف عن معايشة المبادئ القانونية للواقع المتطور، وإن كانت لا تزال محاولة خجولة للحاق بعصر تكنولوجيا المعلومات في مجال العمل القضائي وتطوره(١).

---

(١) راجع: المستشار حمدي ياسين عكاشة - موسوعة المرافعات الإدارية والإثبات - الكتاب الخامس - الأحكام الإدارية وطرق الطعن فيها في قضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف ٢٠١٠ - ص ٧٨ وما بعدها.
ويبدي سيادته تحفظه على العبارة الأخيرة من الحكم التي أثقلته وابتعدت به عن حقيقة مغزاه وغاياته، وهي العبارة التي قررت فيها دائرة توحيد المبادئ "إلا أن المحكمة ترى مع ذلك أنه يلزم على القاضي أن يكتب البيانات الأساسية للحكم، وهي رقم الدعوى وتاريخ إيداع العريضة وأسماء الخصوم، وكذلك منطوق الحكم بخط يده دون استخدام جهاز الكمبيوتر"... وأنه إذا أجاز الحكم كتابة أهم البيانات الأساسية بواسطة جهاز الكمبيوتر وهي (وقائع الدعوي وطلبات المدعي وأسانيدها) فإن غير ذلك من البيانات الأساسية يكون أولى بالكتابة بواسطة جهاز الكمبيوتر، فضلاً على أن هذه العبارة الأخير (إلا أن المحكمة ترى مع ذلك أنه... لا ينسج مع مجمل حيثيات الحكم التي حددت ضوابط الكتابة للمسودة بالكمبيوتر وهي كافية، وفي ضوء رقابة محكمة الطعن على صحة تلك البيانات سواء كتبت بخط يد القاضي أو بواسطة جهاز الكمبيوتر، فالحكم ذاته يؤكد في أكثر من موضع أن (كتابة القاضي مسودة الحكم بجهاز الكمبيوتر لا تتم إلا بضغط من أنامله وأصابعه على الحروف، مستكملاً الكلمة توصلاً إلى الجملة التي يصوغ بها وقائع وأسباب ومنطوق الحكم) كما يؤكد (وأن استخدام القاضي لجهاز الكمبيوتر في كتابة مسودة الحكم لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة من وسائل الكتابة لترجمة ما استقر في وجدانه، فالقلم والكمبيوتر كلاهما =

ثانياً – مدى جواز كتابة مسودة الحكم القضائي بالكمبيوتر في القضاء الكويتي:

لا ريب أن النصوص الخاصة ببطلان العمل الإجرائي لعيب شكلي تنطبق على الأحكام، رغم أن الأحكام أعمال قضائية، وليست إجرائية.

كما تنطبق أحكام البطلان المنصوص عليها في المادتين (١٩، ٢٠) مرافعات على بطلان الأحكام(١)، فيحكم ببطلان الحكم إذا وجد نص يقضي ببطلانه، أو إذا لم يوجد هذا النص، ولكن شاب الحكم عيب جوهري، وينطبق

= وسيلة للتعبير ولن تتغير طبيعة المسودة وسريتها أنها كتبت بخط اليد أو على الآلة الكاتبة أو على الحاسب الآلي؛ لأن السرية ليس لها علاقة بوسيلة الكتابة) وهو ما يصدق على كتابة القاضي لجميع بيانات الحكم ووقائعه وأسبابه ومنطوقة، حيث إن العبرة – كما جاء بأسباب الحكم – تكمن في (المحافظة على سرية الأحكام قبل النطق بها علانية وعدم إفشائها أو مشاركة غير القضاء في كتابتها)، وليست بيانات أسماء الخصوم المكتوبة بخط اليد وبيانات تاريخ الإيداع بأكثر أهمية من أسباب الحكم ومنطوقه، ولعل الأمل معقود على تفسير محكمة الطعن لتلك العبارة ووضعها في موضوعها الصحيح، إذ لا يتصور أن يكتنف الحكم بالبطلان لكتابة الأسماء الصحيحة للخصوم أو كتابة تاريخ الإيداع للصحيفة بجهاز الكمبيوتر، بل إن كتابة الأسماء أو تاريخ الإيداع بخط اليد متى اكتنفها خطأ مادي تتولى المحكمة تصحيحه، ولا يرقى عند حصوله إلى مرتبة البطلان، ويكون لهذا المبدأ جولة أخرى أمام دائرة توحيد المبادئ، إذا ما انتهجت محكمة الطعن التفسير الضيق لهذا العبارة التي لم تستقم مع أسباب الحكم وغاياته".

(١) تنص المادة (١٩) من المرسوم بالقانون رقم: ٣٨ لسنة ١٩٨٠م بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه، أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا لم يترتب على الإجراء ضرر للخصم". كما تنص المادة (٢٠) من ذات المرسوم على أنه: "لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، ويزول البطلان إذا نزل عنه – صراحة أو ضمناً – من شرع لمصلحته، وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها بالنظام العام".

نص المادة (٢٠) من حيث عدم التمسك بالبطلان إلا ممن شرع لمصلحته، أو تنازله عنه، وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام ولا يشترط حدوث ضرر جوهري للتمسك ببطلان الحكم؛ لأنه من عمل القاضي، وليس الخصوم(١).

وحيث تنص المادة (١١٥) من المرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠م بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: ".. ويجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة، كما يجب أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه مُوَقَّعاً عليها من الرئيس، والقضاة عند النطق بالحكم وإلا كان باطلاً...".

والمادة (١١٧) من ذات المرسوم تنص على أنه: "يوقع رئيس الجلسة وكاتبها على نسخة الحكم الأصلية المشتملة على وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق، وذلك في ظرف ثلاثة أيام من إيداع المسودة، وتحفظ تلك النسخة فوراً في ملف الدعوى، ويسوغ إعطاء صورة بسيطة منها لأي شخص ولو لم يكن له شأن في الدعوى، على ألا تذكر فيها أسماء الخصوم أو صفاتهم.."(٢).

---

(١) انظر: أ. د. عزمي عبدالفتاح – الوسيط في قانون المرافعات الكويتي – الكتاب الثاني – الطبعة الثانية ٢٠١٠-٢٠١١ - ص ٧٠٦، الناشر مؤسسة دار الكتب.

(٢) أضيفت الفقرة الأخيرة منها بموجب بالقانون رقم: ٣٦ لسنة ٢٠٠٢م المنشور في الكويت اليوم بالعدد: ٥٦٣ السنة ٤٨، وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا النص أنه: "وأضيفت إلى المادة (١١٧) فقرة ثالثة تتصدى لمعالجة ما تكشف في العمل من فقد مسودات الأحكام ونسخها الأصلية من ملفات بعض القضايا، بل ومن ضياع هذه الملفات بكل ما تحتويه من أوراق ومستندات بسبب كارثة أو حادث قهري كالحريق أو طفح المياه أو انهيار المباني أو العدوان المسلح أو فعل فاعل عمداً أو تقصيراً كالإتلاف أو السرقة أو ما أشبه، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي: (١- حالة فقد مسودة الحكم ونسخته الأصلية مع وجود صورة بسيطة منه مأخوذة من النسخة الأصلية، وكون الحكم جائز التنفيذ لنهائيته أو قابليته للتنفيذ، مع ثبوت منطوق الحكم في النسخة البسيطة أو في محضر الجلسة وسجلات المحكمة الدفترية أو الإلكترونية... ٤- حالة فقد ملف الدعوى بما أودع فيه من مستندات قبل صدور الحكم فيها، وفي =

وترتيباً على ذلك، فقد حفلت تطبيقات أحكام محكمة التمييز ببيان أسباب البطلان، التي نصت عليها المادتان سالفتا البيان(١).

واضح مما تقدم أن المشرع في قانون المرافعات لم يستلزم كتابة القاضي مسودة الحكم بخط يده، ولم يرتب البطلان على كتابة المسودة بغير خط القاضي، وأن القاعدة وفق نص المادة (١٩) مرافعات أنه: " لا بطلان بغير نص"، فإن أول ما يتبادر إلى الذهن أنه ليس ثمة مانع قانوني من كتابة مسودة الحكم على الكومبيوتر.

غير أن ثمة عرفاً استقر بوجوب كتابة مسودة الحكم القضائي المكتوب بخط يد القاضي، منشؤه وقوامه ما اعتاد على تطبيقه بصورة مستمرة القضاء الكويتي منذ إنشائه، على نحو ما سيأتي بيانه في التعليق على الحكم محل الدراسة.

= هذه الحالة تعتبر الدعوى قائمة أمام المحكمة وتستأنف سيرها بطلب تعجيل عادي، ويقبل إثبات مضمون المستندات المفقودة وفحواها بجميع طرق الإثبات، كما لو كان مضمون المستند أو صورته المطابقة للأصل ثابتاً في ورقة أخرى رسمية أو غير منكورة أو سبق الاستناد إليها في دعوى أو مناسبة أخرى، أو موجوداً تحت يد شخص من الغير أو لدى جهة إدارية، أو مسجلاً بطريقة ما على الأجهزة الإلكترونية، مع جواز الإثبات بشهادة الشهود استثناء فيما كان يجب إثباته بالكتابة، وجواز توجيه اليمين الحاسمة).

(١) منها على سبيل المثال. وقوع خطأ في تشكيل المحكمة التي أصدرت الحكم أو اشتراك قاضي بالمداولة وهو لم يسمع المرافعة راجع الطعن: ١٨٠/٢٠١٠م تمييز إداري جلسة: ١٥/٠٦/٢٠١١م، أو النطق بالحكم دون إيداع المسودة، راجع الطعن رقم: ٤٦٨/٢٠٠٩م إداري جلسة: ١٥/٠٦/٢٠١١م، أو عدم توقيع القضاة أو أحدهم على المسودة، أو خلو الحكم من التاريخ، أو عدم ذكر أسماء بعض القضاة الذين أصدروا الحكم، راجع الطعن: ١٨٥/٢٠١٠م تمييز إداري جلسة: ١٥/٠٦/٢٠١١م هذه الأحكام منشورة في موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية.

الغصن الثاني
التعليق على الحكم

لم أجد – حسب علمي واطلاعي وحتى كتابة هذه السطور – حكم في القضاء الكويتي تعرض لمسألة مدى جواز كتابة مسودة الحكم القضائي بالحاسب الآلي، غير حكم محكمة الاستئناف الصادر بشأنه حكم التمييز محل التعليق.

وقد أسست محكمة الاستئناف قضاءها في هذا الشأن على أنه:

".. وعن نعي المستأنف بالسبب الأول، وهو مخالفة الحكم المستأنف للقانون؛ لكتابة مسودته بالكمبيوتر، وليس بخط اليد، فإن هذا السبب مردود وذلك بنشوء عرف قانوني جديد، وفي ضوء الأجهزة الحديثة فإن كتابة الحكم بواسطة الحاسوب لا تخالف صحيح القانون في شيء، طالما أنه لم يثبت أن أحداً غير القاضي المختص هو الذي قام بكتابته، فضلاً على أنه يجب للقول ببطلان ذلك أن يكون هناك نص قانوني قطعي، ينص ويقضي بالبطلان وهو ما أجدبت فيه القوانين المتعلقة بالسلطة القضائية المتعلقة بالأحكام، وأخيراً فإن الحاسوب الآن أصبح هو التطور الطبيعي في عصر العلم بديلاً من القلم الرصاص، وشأنه شأن قلم الرصاص؛ لأن الحاسوب أصبح لصيقاً بالقاضي في حياته الوظيفية".

ومما يجدر التنويه إليه أن هذا الشق من قضاء حكم الاستئناف المتقدم، لم يطرح على محكمة التمييز؛ لأن الطاعن لم يتمسك بهذا الوجه من دفاعه، ولم يورده بصحيفة طعنه بطريق التمييز، ولما كان هذا الدفاع غير متعلق بالنظام العام، فإن محكمة التمييز لم تقل كلمتها فيه، ونظراً لأهميته من الناحيتين العملية والعلمية، آثرنا التعليق عليه.

أولاً: يتبين من تحليل أسباب الحكم الاستئنافي، وفي معرض رده على دفاع المُستأنف، أن المحكمة أقامت قضاءها بتسويغ كتابة مسودة الحكم المطعون فيه بجهاز الكمبيوتر، على دعامات ثلاث، الأولي: أن كتابة الحكم

بواسطة الحاسوب لا تخالف صحيح القانون في شيء، طالما أنه لم يثبت أن أحداً غير القاصي المختص هو الذي قام بكتابته. والثانية: يجب للقول ببطلان ذلك أن يكون هناك نص قانوني قطعي، ينص ويقضي بالبطلان، وهو ما أجدبت فيه القوانين المتعلقة بالسلطة القضائية المتعلقة بالأحكام. والثالثة: أن الحاسوب الآن أصبح هو التطور الطبيعي في عصر العلم بديلاً من القلم الرصاص، وشأنه شأن قلم الرصاص ؛ لأن الحاسوب أصبح لصيقاً بالقاضي في حياته الوظيفية.

وفيما يتعلق بالدعامة الأولي، فإن مسألة ثبوت أن أحداً غير القاضي المختص قام بكتابة الحكم، لا تتفق مع المنطق العقلي لاستحالة خضوعها للإثبات من الناحية العملية. وأما الدعامة الثانية لم يكن لها محل من الحكم باعتبار أن دفاع المستأنف قد انصب على مخالفة الحكم للعرف (وهو القانون غير المكتوب)، ولم يشر من قريب أو بعيد لمسألة البطلان تلك المتعلقة بشروط صحة الأحكام، والتي تتصل بأساس النظام القضائي، وتتعلق بالنظام العام. وأما الثالثة فإنه ولئن كان الحاسوب شأنه شأن قلم الرصاص، وأصبح لصيقاً بالقاضي في حياته الوظيفية، فإنه أسباب الحكم لم تعن إيراداً أو رداً على الدفاع المتعلق بمخالفة الحكم المستأنف للقانون ؛ لنشوء قاعدة إجرائية قضائية، تقضي بوجوب كتابة مسودة الأحكام بخط يد القاضي.

ثانياً: إن المتأمل في نص المادتين (١١٥) و(١١٧) من المرسوم بالقانون رقم: ٣٨ لسنة ١٩٨٠م بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، يخلص إلى أن المشرع لم يبين طريقة تحرير الأحكام القضائية، وإنما اكتفى بالنص على أن تكون المسودة موقعة من رئيس الجلسة والقضاة ؛ للتحقق من صدور الحكم عن القضاة الذين سمعوا المرافعة وتداولوا فيه ونطقوا به، وعلى ذلك، وإذ لم يستلزم المشرع في قانون المرافعات كتابة القاضي مسودة الحكم بخط يده، ولم يرتب البطلان على كتابة المسودة بغير خط القاضي، وأن القاعدة وفق نص المادة (١٩) مرافعات أنه: " لا بطلان بغير نص"، فإن أول ما يتبادر إلى الذهن أنه ليس ثمة مانع قانوني من كتابة مسودة الحكم على الكومبيوتر، بحسبانه لا يعدو أن يكون وسيلة من وسائل الكتابة، لترجمة ما وقر في وجدان القاضي بعد

قراءته ملف القضية، واستخلاصه وقائعها ومقطع النزاع فيها. وليس ثمة فارق يذكر بين أن يكتب القاضي مسودة الحكم بقلم الرصاص، أو باستخدام الكومبيوتر الخاص به، فكلاهما وسيلة للتعبير.

ولئن كان ذلك فإن ثمة عرفاً استقر بوجوب كتابة مسودة الحكم القضائي المكتوب بخط يد القاضي، منشؤه وقوامه ما اعتاد على تطبيقه بصورة مستمرة القضاء الكويتي منذ إنشائه بمقتضى المرسوم الأميري رقم: ١٩ لسنة ١٩٥٩م الصادر: ١٩ من ديسمبر سنة ١٩٥٩م وتعديلاته؛ أي منذ أكثر من نصف قرن، بحيث بات القضاة يعتقدون في قرارة أنفسهم أنهم ملزمون بكتابة مسودة أحكامهم بهذه الطريقة. ومما يرسخ ذلك العرف ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بالقانون رقم: ٣٨ لسنة ١٩٨٠م بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية المعمول به اعتباراً من أول نوفمبر سنة ١٩٨٠م. من أنه: ".. وتعالج المادة (١٩١) من المشروع التنفيذ بمسودة الحكم والمقصود بذلك المسودة التي تحرر بخط القاضي"[(١)].

ثالثاً: ترتيباً على ذلك، ولما كان نص المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م بإصدار القانون المدني[(٢)] يجري على أنه: (تسري

---

(١) ولئن كان المفهوم التقليدي للمذكرات الإيضاحية للقوانين، أنها لا تضيف إلى التشريع أحكاماً جديدة أو تعدل في الأحكام التي يتضمنها، بل تعمل على تفسير بعض الألفاظ التي قد تؤدي إلى الخلاف لما تنطوي عليه من مرونة عند التطبيق، وتقتصر على إيضاح مدلول النص وحقيقة قصد المشرع منه، إلا إنها تكتب بشيء من التفصيل وتكشف عن أمور لا تذكر عادة في النصوص القانونية وبخاصة الأهداف التي يراد تحقيقها أي حكمة التشريع.

(٢) نشر المرسوم بقانون في جريدة الكويت اليوم العدد: ١٣٣٥ الصادر بتاريخ: ٢٩ صفر ١٤٠١هـ الموافق ٥ يناير (كانون الثاني) ١٩٨١م. غير أن نص المادة الأولي عدلت بالقانون رقم: ١٥ لسنة ١٩٩٦م الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٥/٢٢م والمنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٢٥٩ بتاريخ ١٩٩٦/٦/٢م والنص قبل التعديل "فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي العرف فإن لم يوجد عرف، اجتهد القاضي رأيه مستهديا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها".

النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها، أو مفهومها، فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف).

الأمر الذي يظهر معه أن كتابة مسودة الأحكام بخط اليد تعد من قبيل العرف في نطاق الإجراءات القضائية، وقد استقر الرأي على أن العرف هو قانون غير مكتوب، أو هو سنة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً. فالعرف هو اطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين، اطراداً مقترناً بإحساسهم بوجود جزاء قانوني، يكفل احترام هذا السلوك. والعرف باعتباره سلوكاً يتواتر الناس على اتباعه، هو واقعة مادية، وهذه الواقعة المادية تمثل العنصر الأول من أركان العرف. وإذا كانت الواقعة المادية لا تنشئ أمراً، فإنه لابد أن يضاف إلى هذا الركن المادي ركن معنوي؛ هو الشعور بضرورة اتباع هذا السلوك، وهذا الشعور بالإلزام هو الذي يجعل من الواقعة أمراً، ومن التواتر قاعدة قانونية. والركن المادي في العرف هو الاعتياد المستمر طويل الأجل، والاعتياد ينطوي على تكرار مستمر، لا ينقطع، ولا يتخلف بما يؤكد قوته واستقراره. وبجانب الاستمرار فإن الاعتياد المكون للعرف ينبغي أن يكون لمدة طويلة، كما أن هذا الاعتياد يجب أن يكون مشهوراً وشائعاً بحيث يمكن التحقق من وجود العرف بطريقة لا تدع مجالاً للشك. أما الركن المعنوي، فهو ركن نفسي غير مادي، ويقصد به إحساس الأشخاص الذين يتبعون السلوك المعتاد، بأن هذا السلوك ملزم لهم قانوناً، وبمقتضى الركن المعنوي فإن العرف يصبح قاعدة مفروضة بواسطة تصرف فردي وجماعي في نفس الوقت، وهذا التصرف الإرادي هو الذي يتضمن القاعدة القانونية العرفية، قد تكون قاعدة دستورية عرفية تعلو في التشريع، وقد تكون في مرتبة التشريع، كما قد تكون في مرتبة اللوائح التنظيمية، كل ذلك بحسب ما إذا كانت هذه القاعدة تدخل في مجال الموضوعات التي ينظمها الدستور، أو التشريع، أو اللوائح التنظيمية. ومن حيث إن قواعد الإجراءات القضائية المدنية والجنائية تتقرر أصلاً عن طريق التشريع ؛ باعتبارها تتعلق بحق التقاضي، وتمس حقوق المواطنين، لذا فإن القاعدة القانونية العرفية

هي التي تقضي بكتابة مسودة الحكم بخط يد القاضي، وهي قاعدة إجرائية قضائية، لها طبيعة التشريع وتأخذ مرتبته(١).

رابعاً: فإذا كان ذلك، فإن الذي يحسم الموضوع هو تكوين عرف قضائي جديد مغاير للعرف السائد، أو صدور تشريع مخالف لهذا العرف؛ لأن حكماً واحداً – ولو صدر من محكمة التمييز – لا يملك تغيير العرف القضائي الذي استقر منذ نصف قرن على كتابة مسودة الحكم بخط يد القاضي. بحسبان استبدال قاعدة قانونية عرفية بأخرى، يتطلب ضرورة توافر شروط معينة سبق أن ألمحنا إليها. وإذا كان قانون السلطة القضائية في الكويت، قد لحقته بعض التعديلات على فترات متفاوتة، لكنها لم تكن كافية لملاحقة التطور السريع للنظم القضائية الإلكترونية في دول العالم المتحضر. فإن حسبي في بيان هذه الرأي وإيضاحه، الإسهام في نقل بصر المشرع، ليس من النظر الجزئي المحدد لإلغاء العرف القضائي، وإنما إلى النظر الكلي الشامل؛ لمطالعة ملامح التطور التكنولوجي، ورؤية المستقبل في المجال القضائي والقانوني الإلكتروني، الذي غدا سمة هذا العصر، ومع الاهتمام بكافة التشريعات التي تهيئ السبل لبيئة قضائية إلكترونية ناضجة.

(١) انظر: المستشار الدكتور: فاروق عبدالبر – نائب رئيس مجلس الدولة (رحمه الله). في مؤلفه دراسات في حرية التعبير – ٢٠٠٦ ص ٢٩٣ وما بعدها.

المراجع

أولاً – المراجع:

١ – المستشار حمدي ياسين عكاشة – نائب رئيس مجلس الدولة – موسوعة المرافعات الإدارية والإثبات – الكتاب الخامس – الأحكام الإدارية وطرق الطعن فيها في قضاء مجلس الدولة – الناشر منشأة المعارف ٢٠١٠م.

٢ – المستشار الدكتور: فاروق عبدالبر – نائب رئيس مجلس الدولة – دراسات في حرية التعبير – ٢٠٠٦م.

٣ – د. عزمي عبدالفتاح – الوسيط في قانون المرافعات الكويتي – الكتاب الثاني – الطبعة الثانية ٢٠١٠–٢٠١١م، الناشر مؤسسة دار الكتب.

٤ – د. عبدالله حباب الرشيدي – تطور القضاء الإداري في دولة الكويت نحو ميلاد مجلس الدولة. " دراسة مقارنة " ٢٠١٢م.

ثانياً – المجلات ومجموعات الأحكام:

في مصر:

- مجلة هيئة قضايا الدولة.
- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – المكتب الفني.
- مجموعة فتاوي مجلس الدولة – المكتب الفني.

في الكويت:

- مجلة القضاء والقانون – محكمة التمييز – المكتب الفني.
- مجلة معهد القضاء – معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بوزارة العدل.
- موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية – موسوعة إلكترونية على الإنترنت: www.adala_soft.com

لما كان الحكم محل التعليق لم ينشر بعد، لذا آثرنا إيراده كاملاً تعميماً للفائدة

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم صاحب السمو أمير الكويت

الشيخ/ صباح الأحمد الجابر الصباح

محكمة التمييز

الدائرة الإدارية الثالثة

بالجلسة المنعقدة علنا بالمحكمة بتاريخ ٢٤ من ربيع الأول ١٤٣٣هـ الموافق ٢٠١٢/٢/١٦م

برئاسة السيد المستشار/ يوسف جاسم المطاوعة – وكيل المحكمة

وعضوية السادة المستشارين:

فؤاد الزويد – وكيل المحكمة ومحمد السيد يوسف الرفاعي – وكيل المحكمة

و د/ حسني درويش عبدالحميد ومتولي محمد الشراني

وحضور الأستاذ/ محمد أمين – رئيس النيابة

وحضور السيد/ خالد فيصل العزران – أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي

في الطعن بالتمييز المرفوع من:....

ضـد

وزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء بصفته.

رئيس إدارة الفتوى والتشريع بصفته.

والمقيد بالجدول برقم ٢٠١٠/١٦١ إداري٣.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع – وعلى ما يبينه من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل في أن الطعن أقام على المطعون ضدهما بصفتهما الدعوى رقم ٢٠٠٨/١٣١٨ إداري/٨، بطلب إلغاء القرار رقم ١٧٢ لسنة ٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/١٤ فيما تضمنه من تخفيض درجته من محام (أ) إلى محام (ب) بإدارة الفتوى والتشريع، مع ما يترتب على ذلك من آثار، تأسيساً على أنه يشغل وظيفة محام (أ) بإدارة الفتوى والتشريع ينقسم القضاء الجزائي، وأنه في شهر أغسطس من عام ٢٠٠٧ – خلال فترة الإجازة القضائية – أصدر نائب رئيس الإدارة تعميماً تم بموجبه توزيع العمل على أعضاء الإدارة، وحيث أسند إليه مباشرة ومتابعة والحضور في بعض الدوائر المستعجلة بالإضافة إلى عمله، وقد أحيل للتحقيق معه بدعوى عدم حضور الجلسات بإحدى الدوائر المستعجلة المكلف بمباشرتها، مما تترتب عليه أضرار بمصالح بعض الجهات الحكومية، وصدر قرار رئيس الإدارة المطعون فيه بتخفيض درجته من محام (أ) إلى درجة محام (ب) وتحديد مرتبه بأول مربوط الدرجة الأخيرة، وأنه تظلم من هذا القرار بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٨، دون أن يتلقى رداً فأقام دعواه ناعياً على القرار المطعون فيه، مخالفة القانون وإساءة استعمال السلطة أو عدم تناسب العقوبة والمخالفة بما يوصمه بعدم مشروعيته، وبتاريخ ٢٠٠٨/١٠/٢٧ حكمت محكمة أول درجة برفض الدعوى. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠٠٨/٨٥١ إداري/٢، وبجلسة ٢٠١٠/٢/٢٢ قضت محكمة الاستئناف برفضه وبتأييد الحكم المستأنف.

فطعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز، أودعت نيابة التمييز مذكرة في الطعن أبدت فيها الرأي برفضه، وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة – في غرفة المشورة – حددت جلسة لنظره وفيها طلب الحاضر عن المطعون ضدهما رفض الطعن، والتزمت النيابة رأيها الذي سبق أن أبدته في مذكرتها سالفة البيان.

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعى الطاعن بالسببين الأول والثاني والأوجه من الأول إلى الرابع مسبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت بالأوراق والقصور، وفي بيان ذلك يقول أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بدلالة المستندات المقدمة منه والتي تثبت حضوره للجلسات التي استلم ملفات قضاياها عند دائرتي مستعجل ٥-٧ - من شهر أغسطس من عام ٢٠٠٧ والمتمثلة بمحاضر هذه الجلسات، وهو ما تنتفي معه المخالفة المنسوبة إليه أصلاً، وهي عدم حضوره جلسات ذلك الشهر، وأيضاً بما يثبت عدم تسلمه للملفات محل التحقيق على ما يبين من صورة كشف استلام القضايا الخاصة به عن ذات الشهر، مما يوجب إلزام الإدارة بتقديم أصل هذا الكشف حتى يثبت صحة عدم تسلمه لتلك الملفات، وكان هذا الدفاع جوهرياً من شأنه - إن صح - تغيير وجه الرأي في الدعوى، إلا أن الحكم المطعون فيه أغفل الرد عليه مكتفياً باعترافه عدم حضوره للجلسات دون ذكر أسباب ذلك، وهو عدم تسلمه أصلاً لملفات القضايا محل التحقيق، مما يجعل هذا الحكم قاصراً ومخالفاً للثابت بالأوراق والإخلال بحق الدفاع، ومعيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن النعي مردود، ذلك أنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع سلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى، وتعرف حقيقتها وبحث ما يقدم فيها من الدلائل والمستندات وموازنة بعضها بالبعض الآخر، وترجيح ما تطمئن إليه منها، ولها متى وجدت بالدعوى من الأدلة والشواهد ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها، فإنها لا تكون كافية بعد ذلك إلى اتخاذ مزيد من إجراءات الإثبات، ولا عليها إن هي لم تجب الخصوم إلى طلب اتخاذ شيء منها متى رأت في أوراق الدعوى عناصرها الأخرى، ما يكفي لاقتناعها بالرأي الذي انتهت إليه.

لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ومن التحقيق الثاني الذي أجري مع الطاعن بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٥ - عن واقعة تخلفه عن حضور جلسة ٢٠٠٧/٨/٢٠ مستعجل "إن في الإشكال المرفوع من الإدارة العامة للإطفاء أنه أقر صراحة بتسلمه ملفات الدوائر المكلفة بحضور جلساتها خلال شهر أغسطس من عام

٢٠٠٧ من الحضور المعني، ولم يتسلمها من الموظف المختص بالإدارة ابتدائي، كما هو الحاصل من الحضور الأصيل – على الوجه الذي ينظمه قرار نائب رئيس إدارة الفتوى رغم ١٥ لسنة ٢٠٠١ بشأن الإجراءات والأعمال الواجب القيام بها من الأعضاء في ملفات القضايا، وهو ما يكفي إثبات المخالفة بحقه، فإنه لا على الحكم إذا التفت من دفاعه ظاهر الفساد، ومن ثم فإن النعي عليه – بما تقدم – يغدو على غير أساس.

وحيث إن حاصل الطعن بالأوجه من الخامس حتى الحادي عشر من السبب الثالث ينعي الطاعن بها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان ذلك يقول رغم أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بجلسة ٢٠٠٩/٩/١٣ بدفاع جوهري مؤداه بطلان قرار الجزاء؛ لابتنائه على تحقيقات باطلة ووقائع غير صحيحة، باعتبار أن مذكرة العرض على رئيس الإدارة قد تضمنت اتهامات غير صحيحة، ولم يسبقها إجراء تحقيق إداري، وبطلان قرار إحالته للتحقيق ببطلان قرار نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء رقم ٢٠٠٣/٩٥ القاضي بتفويض رئيس الفتوى والتشريع في اختصاصات الوزير، لما أفضى إليه من جمع رئيس الفتوى والتشريع لسلطة الإحالة إلى التحقيق وتوقيعه الجزاء، وهو ما لا يجوز قانوناً، فضلاً عن عدم إخطار الطاعن بجلسة التحقيق الذي أجري معه فيه في ٢٠٠٧/٩/٥ حتى يستعد للدفاع عن نفسه، وأن من تولى مباشرة التحقيق الثاني معه هو ذاته المستشار رئيس القسم، مقدم الشكوى بواقعة عدم حضور الجلسات؛ مما أفقده الحيدة المطلوبة للقيام بعمله، واعتصم ببطلان قرار نائب رئيس الفتوى والتشريع بإحالته للتحقيق لصدوره من غير مختص؛ ولعدم صدور تفويض كتابي له في هذا الاختصاص، وأن حلوله محل رئيس الفتوى والتشريع يقتصر على تسيير دفة الأمور دون مسائل التأديب التي لا يجوز التفويض أو الحلول فيها، وقيام هذا التفويض بناء على قرار باطل وهو قرار نائب رئيس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء المشار إليه، بتفويض رئيس الفتوى والتشريع بجميع اختصاصات الوزير ومنها الإحالة للتحقيق؛ لأنه تفويض كلي شامل غير جائز قانوناً، إذ لا يجوز للوزير أن يتنازل عن سلطة التأديب المنوطة به، إلا أن الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على ذلك مما يعيبه ويستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة إذ كان المشرع لم يستلزم إتباع إجراءات محددة أو شكل معين من التحقيق الذي تجريه جهة الإدارة، إلا أنه يشترط أن تتوافر كافة المقومات الأساسية للتحقيق القانوني السليم باعتباره من أهم الضمانات في مجال التأديب، وينعى التحقيق – بصفة عامة – الغرض والبحث والتقصي الموضوعي والمحايد والنزيه لاستبانة وجه الحقيقة واستجلائها فيما يتعلق بصحة حدوث وقائع محددة ونسبتها إلى شخص معين، والإحاطة التامة بمختلف جوانب المخالفة بالتمحيص، وصولاً إلى وجه الحق والعزلة، كما أنه من المقرر أيضاً أن أي سلطة من السلطات الإدارية أنيط بها اختصاص معين بمقتضى القانون، فلا يجوز لها أن تنزل عنه أو تفوض فيه، لأن مباشرة الاختصاص – عندئذ – يكون واجباً عليها، وليس حقاً لها، فلا يجوز أن تعهد به لغيرها.

إلا أنه يجوز استثناء التفويض في الاختصاص أو الحلول فيه، متى أجاز القانون ذلك، وفي هذه الحالة، يتعين أن يكون التفويض محدداً، وليس كلياً، وبطريقة واضحة لا لبس فيها، فلا يجوز افتراضه ضمناً، ولما كان النص في المادة (٥) من المرسوم بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٩٢ في شأن تحديد الاختصاصات والتفويض فيها على أن: "للوزير أن يعهد ببعض اختصاصاته المخولة له بمقتضى القوانين واللوائح إلى المحافظين.... كما يجوز أن يعهد ببعض هذه الاختصاصات إلى وكيل الوزارة أو الوكيل المساعد وكذلك رؤساء الجهات الحكومية القائمة بذاتها التابعة له. وفي المادة (٨) منه على أنه: "يكون للجهة التي فوض إليها الاختصاص... أن تفوض الجهة الأدنى منها في مباشرته إذا أذنت لها الجهة التي فوضتها في ذلك"، وفي المادة (١٠) على أنه: "وفي حالة غياب وكيل الوزارة أو خلو الوظيفة يباشر وكيل الوزارة المساعد الاختصاصات المخولة له في القوانين واللوائح "يدل على أن إحالة الموظفين إلى التحقيق لا يكون – بحسب الأصل – إلا بقرار من الوزير، ولا يجوز لسلطة أدنى منه ممارسة هذا الاختصاص إلا بصدور قرار كتابي صريح من الوزير، وفي الحدود التي يقررها القانون وفقاً لما يقتضيه صالح العمل.

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه والمؤيد لقضاء أول درجة قد خلص وبما له من سلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى، وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة فيها أن التحقيقات التي أجريت مع الطاعن جاءت مستوفية سائر أركانها القانونية، وتكاملت فيها جميع ضمانات التحقيق، إذ تم سؤال الطاعن ومواجهته بم هو منسوب إليه، ولا يعيبه مباشرة من مذكرة واقعة تخلفه عن حضور جلسة الإشكال المرفوع من الإدارة العامة للإطفاء، التحقيق منه، ذلك أن هذه المذكرة لا تعدو أن تكون تسجيلاً وإيراداً للواقعة حسبما تم الإبلاغ عنها ولم يضمنها رأيه فيها، وما خلص إليه الحكم سائغاً، ويرتد إلى أصل ثابت بالأوراق بغير مخالفة للقانون، ويتضمن الرد المسقط لما يثيره الطاعن من بطلان قرار إحالته للتحقيق؛ لابتنائه على قرار باطل بتفويض نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء بموجب قراره رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ رئيس إدارة الفتوى في اختصاصات الوزير في مجال التأديب، ذلك أن هذا القرار قد جاء صريحاً وواضحاً – لا لبس فيه – في تخويل رئيس إدارة الفتوى في بعض اختصاصات الوزير ومنها الإحالة إلى التحقيق، وتمت إحالة الطاعن للتحقيق بموجب قرار نائب رئيس إدارة الفتوى الذي أحل محل الرئيس بلا قواعد الحلول المنصوص عليها في المادة (١١) من المرسوم بقانون رقم ١٩٩٢/١١٦ لغياب الأخير بمناسبة حصوله على إجازة خلال شهر أغسطس من عام ٢٠٠٧، كما أنه ليس صحيحاً ما أثاره الطاعن من أن التفويض المشار إليه أفضى إلى جمع رئيس إدارة الفتوى بين سلطة الإحالة إلى التحقيق وتوقيع العقوبة، ذلك لأن سلطة توقيع العقوبات محددة طبقاً لنص المادة (٦١) من مرسوم الخدمة المدنية، والتي ناطت بوكيل الوزارة جميع الجزاءات المنصوص عليها في المادة (٦٠) من هذا المرسوم، فيما خلا جزاء الفصل من الخدمة الذي يصدر به قرار من الوزير، وإزاء خلو قانون إنشاء إدارة الفتوى والتشريع من تنظيم مجال تأديب أعضاء الإدارة، رغم أهمية الاختصاصات المنوطة بها وعظم مسؤولياتها، مما يقتضي تفردها بنظام تأديبي خاص يتسق مع طبيعة هذه الاختصاصات والمسؤوليات، بما يفضي إلى المحافظة على هيبة الإدارة

وحماية كرامة أعضائها؛ مما يستتبع تدخل المشرع لإقرار هذا التنظيم، فإنه لا مناص من استدعاء أحكام المرسوم بقانون في شأن الخدمة المدنية وكذلك مرسوم الخدمة المدنية، في هذا المجال بحسبانهما يشكلان الشريعة العامة في مجال الوظيفة العامة، ومن ثم فإن هذا النعي برمته يغدو على غير أساس.

وحيث إن الطاعن ينعي بالوجه الأخير من السبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون، وفي بيان ذلك يقول أن الحكم المطعون فيه قضى بأن العقوبة الموقعة عليه لم يشوبها أي غلو وأنها تتناسب مع ما ارتكبه من ذنب، فالأصل في العقوبة معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها، وإذ لم يمحص الحكم التحقيقات التي ابتنى عليها قرار الجزاء، ولم يعمل رقابته عليها للتحقق من مطابقتها للقانون، وأعرض عن ذلك كله بأسباب قاصرة، فضلاً على قصوره في إظهار التباين بين المخالفة والجزاء، فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى مخالفة القانون بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن السبب في القرار التأديبي – بوجه عام – هو استغلال الموظف لواجبات وظيفته أو قيامه بعمل من الأعمال المحرمة عليه، سلباً أو إيجاباً، وبسلوكه سلوكاً معيناً ينطوي على تقصير أو إهمال في القيام بعمله أو في أداء واجبات وظيفته، أو خروج على مقتضياتها أو إخلال بكرامتها، أو بالثقة الواجب توافرها فيمن يقوم بأعبائها، وكان من المقرر أنه للجهة المختصة بالتأديب سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن يشوب تقديرها غلو، والذي من صوره عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، وللقضاء التحقق من سبب القرار ومن صحة الوقائع التي بني عليها، وصحة تكييفها القانوني ومن ملاءمة الجزاء وتناسبه مع المخالفة الثابتة في حق الموظف؛ ليكون الجزاء عادلاً، واستخلاص ذلك هو مما تستقل بتقديره محكمة الموضوع بلا معقب عليها بما لها من سلطة في فهم وتحصيل الواقع في الدعوى، إلا أن شرط ذلك أن يكون استخلاصها سائغاً، له سنده الثابت بالأوراق، ويؤدي إلى النتيجة التي

انتهى إليها. ولما كان ذلك وكانت المخالفة المنسوبة إلى الطاعن مدارها عدم حضور الجلسات بإحدى الدوائر المستعجلة في القضايا المكلف بمباشرتها؛ مما ترتب على ذلك صدور نظام بشطب إشكالات التنفيذ، مما أحدث ضرراً ببعض الجهات الحكومية، فإن هذه المخالفة على الرغم من درجة خطورتها، إلا أن الجزاء الذي قدرته الإدارة بتخفيض درجته الوظيفية وتبعاته المالية، يشوبه الغلو وعدم تناسب ظاهر، أو تفاوت صارخ بين ما ثبت في حق الطاعن وبين الجزاء الذي وقع عليه، حال ارتكابه مخالفات بالغة الجسامة، ويأتي قبل الجزاء الأخير الفصل من الخدمة في قائمة الجزاءات التأديبية التي توقع على الموظفين فضلاً على آثاره السلبية على مستقبله الوظيفي، واضطراب حياته الاجتماعية، وينبني على ذلك أن تقدير الجزاء يخرج من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية، في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء ومقداره، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى أن القرار محل الطعن قام على سببه الصحيح الذي يبرره في غير غلو، فإنه يكون قد جانبه الصواب وصحيح القانون، بما يوجب تمييزه.

وحيث إنه عن موضوع الاستئناف رقم ٢٠٠٨/١٨٥١ إداري، ولما تقدم، وكانت المحكمة قد قضت بتمييز الحكم المطعون فيه، وكان الموضوع صالحاً للفصل وفي هذا الصدد، تجري المحكمة الرقابة في نطاق وحدود الرقابة التي تباشرها على محكمة أول درجة، فإذا يتعين لا تعييب الحكم قضت بإلغائه، وتمتد – في هذه الحالة – إلى الفصل في الموضوع بنفسها والنظر في توقيع الجزاء الذي تراه مناسباً مع المخالفة التي تبين لها ثبوت ارتكابها، ويقوم الجزاء على أساس التدرج تبعاً لجسامة المخالفة التأديبية، ذلك أنه إذا كان مبنى نقض الحكم هو الغلو في توقيع الجزاء التأديبي، فإن مضي المحكمة في رد هذا الغلو الاستبدال به بتوقيع جزاء آخر تجد أساسه، فإن المحكمة منوط بها استقرار الأوضاع الوظيفية. وفي ذلك اقتضاء في الإجراءات، ومنعاً من إثارة المنازعة مجدداً، فيما لو ترك لجهة الإدارة توقيع الجزاء، مما يفضي إلى استقرار الأوضاع الإدارية، وخلق الظروف المناسبة لحسن أداء العمل وانتظامه.

وترتيباً على ذلك، فإن المحكمة، وإذ ثبت لديها غلو قرار الجزاء الموقع على المستأنف ولم يتبين الحكم المستأنف وجه هذه المخالفة، فإنها تقضي بإلغائه وإلغاء قرار الجزاء المطعون فيه، وتقضي بتوقيع جزاء الخصم من الراتب لمدة خمسة عشر يوماً الذي تراه مناسباً لما ثبت في حق المستأنف لما ارتكبه من مخالفة مع ما يترتب على ذلك من آثار.

لذلك

حكمت المحكمة أولاً: بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه، على النحو المبين بالأسباب، وألزمت المطعون ضده الثاني المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة.

ثانياً: وفي موضوع الاستئناف رقم ٢٠٠٨/٨٥١ إداري، بإلغاء الحكم المستأنف وإلغاء قرار الجزاء المطعون فيه، والقضاء بمجازاة المستأنف بجزاء الخصم من الراتب لمدة خمسة عشر يوماً، مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزمت المستأنف بالمصروفات المناسبة وعشرة دنانير مقابل أتعاب المحاماة.

أمين سر الجلسة وكيل المحكمة

الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية كعقوبة تعزيرية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي(*)

الدكتور/ إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي
أستاذ مساعد بقسم الفقه المقارن
والسياسة الشرعية - كلية الشريعة
جامعة الكويت

ملخص:

يعالج هذا البحث موضوع الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية كعقوبة تعزيرية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، وتكمن مشكلته في أن إجراء حرمان الإنسان من ممارسة حقوقه السياسية يعد من الإجراءات التي قررها القانون الوضعي كعقوبة تبعية على ارتكاب بعض الجرائم والمخالفات، ولكن هذا الإجراء مما لم يوجد له نظير في كتب الفقه الإسلامي، فما مدى مشروعية هذا الإجراء من وجهة نظر الفقه الإسلامي؟ وهل يجوز اعتبار هذا الإجراء عقوبة تنضوي تحت العقوبات الحدية أو التعزيرية التي أجازتها الشريعة الإسلامية؟ ويتكون البحث من مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة، تناول المبحث الأول: شرح مصطلحات عنوان البحث، وهي: الحرمان، الحقوق السياسية، التعزير، وتناول المبحث الثاني: مشروعية ممارسة الإنسان حقوقه السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي وأنواع الحقوق السياسية، وتناول المبحث الثالث: التكييف الفقهي والقانوني لعقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، وتناول المبحث الرابع: حكم التعزير بالحرمان من الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، أما المبحث الخامس فتناول أثر التوبة في عود الحق للإنسان في ممارسة الحقوق السياسية.

(*) تم تمويل هذا البحث من قبل جامعة الكويت برقم (٠٤/١٢) HC.

مقدمة :

الحمد لله وكفى، وصلاة وسلاماً دائمين دائبين على نبيه المصطفى، وعلى أصحابه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين،

وبعد،،

فلا ريب أن قضية ممارسة الإنسان حقوقه السياسية أصبحت تحظى بأهمية كبرى على جميع الأصعدة السياسية والاجتماعية والقضائية والإعلامية، وقد ازداد الاهتمام بهذه الحقوق في القرن العشرين وما بعده بعد أن أصبحت أغلب المناصب في جميع دول العالم تتم عن طريق الاقتراع، وبعد أن حازت أغلب شعوب المعمورة على قسط كبير من الحرية، وأهمها – بالطبع – حرية التعبير عن الموقف السياسي والمساهمة في حكم البلاد عن طريق الترشح أو الانتخاب.

ومن هنا يصبح الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية أمراً بالغ الصعوبة على من توقع عليه هذه العقوبة، خاصة إذا كان المعاقب ممن يتطلع إلى لعب دور أو شغل منصب سياسي، فتأتي عقوبة الحرمان من ممارسة هذا الحق لتحول بينه وبين هدف طالما تطلع إليه وخطط له، وقد يكون بذل من أجله الكثير من الجهد والوقت.

هذا، وقد عرفت القوانين الوضعية–ومن ضمنها القانون الكويتي– عقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، جزاء على بعض الجرائم أو المخالفات التي يرتكبها هؤلاء الأشخاص الذين يطالهم مثل هذا النوع من العقوبات.

فما موقف الفقه الإسلامي من هذه العقوبة؟ وهل تجيز الشريعة الإسلامية حرمان المسلم أو غيره من ممارسة حقوقه السياسية؟ هذا ما نتطلع إلى معالجته في هذا البحث، بإذن الله تعالى.

مشكلة البحث:

يعد إجراء حرمان الإنسان من ممارسة حقوقه السياسية من الإجراءات التي قررها القانون الوضعي كعقوبة تبعية على ارتكاب بعض الجرائم والمخالفات،

ولكن هذا الإجراء مما لم يوجد له نظير في كتب الفقه الإسلامي، فما مدى مشروعية هذا الإجراء من وجهة نظر الفقه الإسلامي؟ وهل يجوز اعتبار هذا الإجراء عقوبة تنضوي تحت العقوبات التعزيرية التي أجازتها الشريعة الإسلامية؟

أسباب اختيار الموضوع:

١ – ازدياد الاهتمام بممارسة الحقوق السياسية في القرن العشرين والذي بعده يجعل من الأهمية تناول القضايا العلمية الخاصة بممارسة هذه الحقوق من وجهة نظر الفقه الإسلامي.

٢ – الرغبة في استجلاء موقف الفقه الإسلامي من العقاب بالحرمان من ممارسة الحقوق السياسية.

٣ – الرغبة في الوقوف على أوجه الفرق بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي فيما يخص عقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية.

٤ – إن هذا الموضوع يطرح نفسه–بصورة مستمرة– على بساط البحث العلمي في دولة الكويت، بل ويشغل ساحات القضاء والإعلام، بسبب كثرة حالات العقوبة بالحرمان من الترشح التي توقع على المرشحين لمجلس الأمة أو المجلس البلدي.

٥ – إن هذا الموضوع لم يتناوله أحد من قبل، ببحث مستقل، على حسب علمي واطلاعي.

٦ – لعل هذا الموضوع يضيف إسهاماً متواضعاً إلى الجهود المباركة التي تقوم بها لجنة العمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، والتابعة للديوان الأميري بدولة الكويت، فيما يخص تقديم تصور واضح وشامل عن كافة القضايا والقوانين.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى ما يلي:

١ – بيان مشروعية ممارسة الإنسان حقوقه السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

٢ – بيان مدى جواز التعزير بالحرمان من ممارسة الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

٣ – الوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بين رأيي الفقه الإسلامي والقانون الكويتي فيما يخص هذا الموضوع.

منهج البحث:

١ – جمع مادة البحث من المصادر الأصيلة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

٢ – التعريف بجميع مصطلحات البحث قبل الولوج إلى التعرف على رأي الفقه الإسلامي والقانون الكويتي في المسألة.

٣ – توثيق جميع الأقوال والنقولات من مصادرها المباشرة، وعدم اللجوء إلى النقل بالواسطة إلا عند عدم وجود الأصل.

٤ – عقد المقارنات بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي في جميع مواضيع البحث.

٥ – بينا الرأي الراجح في المسألة بناء على قوة الأدلة، واعتبارات الواقع.

٦ – عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في المصحف الشريف، بذكر السورة ورقم الآية.

٧ – تخريج الأحاديث والآثار الواردة من كتب السنة المعتبرة، مع ذكر اسم الكتاب والباب، ورقم الجزء والصفحة، ورقم الحديث أو الأثر، ودرجته إن أمكن ذلك.

الدراسات السابقة:

هناك دراستان سابقتان قريبتا الصلة بهذا البحث، وهما:

١ – العقوبة بالحرمان دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة (١٤٢٨هـ/ ١٢٤٩هـ):

بحث من إعداد/ عبد العزيز بن سليمان الغسلان، نال به درجة الدكتوراه في السياسية الشرعية من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

وهي دراسة غير منشورة، حول عقوبة الحرمان، تقع في (١٠٣٠) صفحة، وقد تطرق الباحث فيها لعقوبة الحرمان من العودة إلى الوظيفة والحرمان من الترشح، لكنه لم يبلور عقوبة الحرمان من الحقوق السياسية، ولم يؤطر هذه المسألة بإطار يبرزها ويبين معالمها، كما أنه لم يتعرض لبيان موقف القانون الكويتي في الموضوع.

٢ – أثر الحكم الجنائي على ممارسة الحقوق السياسية (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨):

وهو بحث من إعداد/محمد بن عبد الرحمن الشدي، نال به درجة الماجستير من كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية، وقد اقتصر الباحث فيه على معالجة الموضوع من الناحية القانونية البحتة، فلم يتعرض لبيان المسألة في الفقه الإسلامي إلا في مواضع قليلة، كما أنه اقتصر في المعالجة القانونية على القانون المصري، ولم يتعرض للقانون الكويتي.

الجديد في هذا البحث:

يتميز هذا البحث في كونه أول دراسة تتناول بالمقارنة موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الكويتي من مسألة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية كعقوبة تعزيرية، وذلك على حد علمنا؛ إذ لم يسبق أن تناول أحد من الباحثين هذه المقارنة في دراسة مستقلة.

خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة.

المبحث الأول: شرح مصطلحات عنوان البحث.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الحرمان لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الحقوق السياسية.

المطلب الثالث: تعريف التعزير.

المبحث الثاني: مشروعية ممارسة الإنسان حقوقه السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية ممارسة الإنسان حقوقه السياسية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مشروعية ممارسة الإنسان حقوقه السياسية في القانون الكويتي.

المطلب الثالث: أنواع الحقوق السياسية.

المبحث الثالث: التكييف الفقهي والقانوني لعقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التكييف الفقهي لعقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية.

المبحث الرابع: حكم التعزير بالحرمان من الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم التعزير بالحرمان من الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: حكم التعزير بالحرمان من الحقوق السياسية في القانون الكويتي.

المبحث الخامس: أثر التوبة في عود الحق للإنسان في ممارسة الحقوق السياسية.

وأخيراً الخاتمة، وتتضمن أهم النتائج التي توصل إليها البحث، والتوصيات.

المبحث الأول
شرح مصطلحات عنوان البحث

المطلب الأول
تعريف الحرمان لغة واصطلاحاً

الحرمان لغة: اسم مصدر من حرَمه يحرِمه حرماً بكسر الراء كسرقه يسرقه سرقاً، وحِرمة بكسر الحاء وحريمة بفتحها وحرماناً، وأَحْرَمَهُ أيضاً، إذا منعَه إياه، ومنعه العطية، فهو حارم، وذاك محروم، وأحرمه أيضاً: إذا منعه إياه، والحريمة: ما فات من كلِّ مطموعٍ فيه، وحرمني معروفه حرماً، وحرماناً، وفلان محروم: غير مرزوق، والمحروم: الممنوع عن الخير، وقال الأزهري: هو الذي حرم الخير حرماناً، والمنع أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده(١).

والخلاصة أن الحرمان في اللغة هو المنع، سواء من الخير أو الرزق.

ولا يختلف معنى الحرمان في استعمال الفقهاء عن معناه في اللغة(٢).

وأيضاً لا يختلف معنى الحرمان في القانون الكويتي عن معناه في اللغة، حيث استعمل القانون مصطلح الحرمان بمعنى المنع من استعمال الحق(٣).

---

(١) تهذيب اللغة، للأزهري (١٤/٣)، الصحاح، للجوهري (١٨٩٧/٥)، مادة (ح ر م)، وأساس البلاغة للزمخشري (١٨٥/١)، ولسان العرب، لابن منظور (٣٤٣/٨)، وتحرير التنبيه، للنووي (ص٩٦)، وتاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي (٤٥٧/٣١)، مادة (ح ر م).

(٢) انظر في ذلك: تحفة الملوك، لزين الدين الرازي (ص٢٥٧)، الاختيار لتعليل المختار، للموصلي (١١٦/٥)، منح الجليل شرح مختصر خليل، للشيخ عليش (٣٢٦/٧). وانظر أيضاً: شرح مختصر خليل للخرشي (١٠٥/٧، ١٨٩)، والشرح الكبير للدردير (١٧٦/٤)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٣٨٤/٢)، المغني، لابن قدامة (٢٣١/٩). وينظر أيضاً (٢٣٤/٩، ٢٧٢).

(٣) انظر مثلا: المادة (٥٧٧) من القانون المدني الكويتي، والمواد (٦٦، ٦٨، ٦٩، ٧٠، ٧٢) من قانون الجزاء.

المطلب الثاني
تعريف الحقوق السياسية

لم يعرف الفقهاء قديماً مصطلح الحقوق السياسية، كما لم يعرفه الفقهاء المحدثون قبل صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ١٠/١٠/١٩٤٨م، حيث قسم علماء القانون حقوق الإنسان إلى مجموعات من أجل تيسير دراستها، على خلاف ما جرى عليه الإعلان المشار إليه من الخلط بينهما في مواده الثلاثين.

والحقوق السياسية مصطلح مكون من مفردتين، ولهذا فسوف نتناول أولاً تعريف الحق، ثم تعريف السياسة، لندلف بعد ذلك إلى تعريف الحقوق السياسية كعلم.

الفرع الأول
تعريف الحق لغة واصطلاحاً وقانوناً

أولاً – تعريف الحق لغة:

الحق لغة: نقيض الباطل، وجمعه حقوق، ويأتي مصدراً مؤكداً لغيره، تقول: هذا عبد الله حقاً، وتكرر لزيادة التأكيد، كما في حديث التلبية: "لبيك حقاً حقاً"(٤) أي :غير باطل، والحق: الثبوت والوجوب: كما يطلق الحق أيضاً على الثبوت والوجوب، والعدل، والحظ والنصيب. والحق: التبع للشيء: تقول: حقوق الدار، أي: مرافقها التابعة لها، و(الحق) في العادة يذكر تبعاً للمبيع، ولابد منه، كحق الطريق، وحق الشرب بالنسبة للأرض(٥).

(٤) كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، للمتقي الهندي ١٤٩/٥ رقم (١٢٤١٦)، وعزاه الهندي إلى ابن عساكر وابن النجار والديلمي والخطيب البغدادي، وفيه ضعف.

(٥) انظر: لسان العرب، لابن منظور (٤٩/١٠–٥٠)، والمصباح المنير، للفيومي (ص٧٨)، مادة (ح ق ق).

ثانياً – تعريف الحق اصطلاحاً:

عرفه الباحثون المحدثون، بعدة تعريفات باعتبارات مختلفة، منها:

١ – تعريف الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة بقوله: "هو ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى على الغير"(٦) أي: بمعنى الثبوت.

٢ – ومنها ما جاء مركزاً على مفهوم المصلحة، كتعريف الشيخ الخفيف بقوله: "كل مصلحة مستحقة لصاحبها شرعاً"(٧).

ويبدو أن هذا التعريف قصر الحق على المصلحة، وهي في الحقيقة ثمرة الحق، وليست الحق ذاته، كما أنه تثبت حقوق – كما في حق الله تعالى – ولا مصلحة له – سبحانه وتعالى – في هذه الحقوق.

٣ – وعرفه الشيخ الزرقا، بقوله: "الحق: اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"(٨). ويبدو أن هذا التعريف أكثر دقة من غيره، وأقرب إلى جوهر الحق، وأكثر رعاية لتفصيلات التشريع الإسلامي، ويمكن أن يقال عنه: إنه جامع مانع.

شرح التعريف:

اختصاص: معناه: الانفراد بالشيء، ويخرج به المباح، كالكلأ، ومياه الأنهار ونحوها، فهي عامة، لا يختص بها أحد.

يقرر به الشرع: قيد، أخرج الاختصاص الذي لا يقره الشرع، كاختصاص الغاصب بالمال المغصوب، والسارق بالمال المسروق.

سلطة: إما أن تكون على شخص، كحق الحضانة، والولاية على النفس، وإما أن تكون على شيء معين، كحق الملكية.

تكليفاً: التزام على إنسان، إما مالي، كوفاء الدين، وإما لتحقيق غاية معينة، كقيام الأجير بعمله(٩).

---

(٦) الفروق، للقرافي (١/ ١٤٠)، الفرق الثاني والعشرون.
(٧) نظرية الحق ص (٤٢).
(٨) المرجع السابق ص (٤٤).
(٩) المدخل الفقهي، للزرقا (٣/ ١٠).

ثالثاً – تعريف الحق في القانون الكويتي:

لم يتعرض القانون الكويتي لتعريف مصطلح الحق، تاركاً ذلك لاجتهادات فقهاء القانون الذين تعددت تعريفاتهم لهذا المصطلح، بما لا يسمح المجال بعرضه، ولكننا نختار أحد هذه التعريفات الذي نراه وافياً بالمقصود، بسبب دقته وشموله، حيث عرفه أحدهم بقوله: "استئثار أو اختصاص شخص بقيم أو بأشياء معينة استئثاراً يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء، بهدف تحقيق مصلحة لهذا الشخص يراها المجتمع جديرة بالرعاية والحماية"(١٠).

الفرع الثاني
تعريف السياسة لغة واصطلاحاً

أولاً – تعريف السياسة لغة:

السياسة لغة: مصدر الفعل ساسَ الأَمْرَ يسوسه سِيَاسَةً: إذا قامَ به، وساس يسوس فهو سائس، إذا أحسن النظر، وساس الراكب الدابة: أحسن رياضتها وأدبها، والسِّيَاسَةُ: القِيامُ على الشْيءِ بما يُصْلِحُه، وسُسْتُ الرَّعِيَّةَ سِيَاسَةً، بالكَسْرِ: أَمَرْتُهَا ونَهَيْتُهَا(١١).

ويستنتج من هذه المعاني: أن السياسة في اللغة: هي استعمال اللطف والتدريب في ترويض الأشياء، والقيام على الشيء بما يصلحه، والقيادة والزعامة.

ثانياً – تعريف السياسة اصطلاحاً:

أوردت كتب الفقه تعريفات للسياسة متشابهة في ألفاظها ومعناها، مثل قولهم:

---

(١٠) أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، د. بدر جاسم اليعقوب، (ص١١٩).

(١١) القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص٧١٠)، تاج العروس، للزبيدي (١٦/١٥٦–١٥٧)، المطلع على أبواب المقنع، للبعلي (ص٢٧٣).

١ – السياسة هي: "إصلاح أمور الرعية، وتدبير أمورهم"(١٢).

٢ – وقولهم: "السياسة: استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة"(١٣).

وهذان التعريفان يتناولان السياسة بالمعنى العام، أي بوصفها وظيفة الإمام الأكبر أو الخليفة أو الحاكم، وسلطاته في تدبير شؤون الدولة، وقيادة الرعية.

الفرع الثالث
تعريف الحقوق السياسية لقباً

سبق أن قلنا: إن مصطلح الحقوق السياسية إنما ظهر مع شروح القانونيين وتعليقاتهم على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وقد تعددت التعريفات التي قدمت للحقوق السياسية، ومنها:

١ – الحقوق السياسية: "هي السلطة المقررة للأشخاص باعتبارهم أعضاء في هيئة سياسية والتي تمكنهم من الاشتراك في الحكم. وأهم هذه الحقوق هي حق الانتخاب، وحق الترشح، وحق تولي الوظائف العامة"(١٤).

٢ – وقيل في تعريفها: هي الحقوق التي يكتسبها الشخص باعتباره عضواً في هيئة سياسية(١٥).

٣ – وقريب من هذا التعريف: تعريف البدراوي بقوله: «هي تلك الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضواً في جماعة سياسية بقصد المشاركة في حكم هذه الجماعة»(١٦).

---

(١٢) حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب (٣/٢٦)، حاشية البجيرمي على المنهج (٢/١٧٨)، فقه المعاملات لعبد العزيز عزام، (ص٣٢).

(١٣) حاشية ابن عابدين (٤/١٥)، قواعد الفقه للبركتي (ص٣٣٠).

(١٤) نظرية الحق، د. محمد سلام مدكور، (ص١٠).

(١٥) أصول القوانين، د. عبد الرزاق السنهوري، د. أحمد حشمت (ص٢١٢).

(١٦) النظرية العامة للحق، عبد المنعم البدراوي ص ٤٥١.

ويؤخذ على هذه التعريفات الثلاثة أنها تعريفات دورية، حيث إنها أوردت اللفظ المعرف (السياسة) في التعريف، كما يؤخذ على التعريف الأول استطراده إلى الشرح والتمثيل، والتعريفات ينبغي أن تكون مركزة وخالية من الحشو.

٤ – الحقوق السياسية: "هي تلك الحقوق التي تثبت للفرد باعتباره مواطناً في دولة معينة، وتخول له المساهمة في حكم الدولة، كحق الترشيح في المجالس النيابية وحق التصويت في الانتخابات العامة(١٧).

ويؤخذ على هذا التعريف أيضاً استطراده إلى الشرح والتمثيل.

وتلافياً للمؤاخذات على التعريفات السابقة، يمكننا صياغة تعريف للحقوق السياسية على النحو التالي:

الحقوق السياسية هي: "الاستحقاقات التي تجب للشخص باعتباره مواطناً في دولة معينة، وتخول له المشاركة في حكم الدولة".

المطلب الثالث
تعريف التعزير

الفرع الأول
تعريف التعزير لغة

التعزير لغة: مصدر قياسي للفعل الثلاثي المزيد بالتضعيف (عزَّر)، والعَزْرُ: اللَّوْمُ، يُقال: عَزَرَه يَعْزِرُه بالكسر عَزْراً وعزَّرَه تعزيراً: لامه وردَّه، وعزّره ضربه، وقيل: والتعزير شبه التأديب، وأصل العزر الرد والمنع؛ كأنه يؤدبه تأديباً يمنعه عن ارتكاب مثل ما ارتكب من القبيح، ويردعه عن العود إليه(١٨).

(١٧) مقدمة الدراسات القانونية، د. محمود جمال الدين زكي، ص٢٦٥.

(١٨) تاج العروس، للزبيدي (٢٠/١٣)، الزاهر في غريب لغة الشافعي، للأزهري (ص٢٥٢–٢٥٣)، المفردات في غريب القرآن، للراغب (ص٣٣٣).

الفرع الثاني
تعريف التعزير اصطلاحاً

تعددت تعريفات الفقهاء لمصطلح التعزير على النحو التالي:

١ – عرفه الحنفية بقولهم: «هو التأديب دون الحد»[١٩].

٢ – وعرفه المالكية بأنه: «تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات»[٢٠].

٣ – وعرفه الشافعية بأنه: «تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود»[٢١].

٤ – وعرفه الحنابلة بأنه: «هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها»[٢٢].

وهذه التعريفات تتفق جميعها على أن التعزير عقوبة تأديب على الذنوب التي لا حدَّ مقدراً فيها.

(١٩) فتح القدير لابن الهمام (٥/٣٤٥)، وتبيين الحقائق للزيلعي (٣/٢٠٧)، والبحر الرائق لابن نجيم (٥/٤٤).

(٢٠) تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/٢٨٨)، حاشية الدسوقي (٤/٣٥٤).

(٢١) الأحكام السلطانية، للماوردي (ص٣٤٤)، والأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٩٨)، وحاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي (٤/٢٠٦).

(٢٢) المغني، لابن قدامة (٩/١٧٦)، والمبدع، لابن مفلح (٧/٤٢٣)، وكشاف القناع، للبهوتي (٦/١٢١).

المبحث الثاني
مشروعية ممارسة الإنسان حقوقه السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

المطلب الأول
مشروعية ممارسة الإنسان حقوقه السياسية في الفقه الإسلامي

كرست الشريعة الإسلامية العديد من المبادئ وأقرت العديد من الحقوق السياسية التي تكفل لجميع المسلمين في المجتمع حق المشاركة السياسية والمساهمة في إدارة شؤون دولتهم.

ولا يتسع المقام ههنا للاستطراد في بيان هذه الحقوق، ولكننا نشير إليها بإيجاز يفي بالمطلوب في هذا البحث إن شاء الله تعالى:

١ – إيجاب مبدأ الشورى(٢٣) في الحكم:

وهو ما ورد في قوله تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾(٢٤) وفي قوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ۖ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ۚ﴾(٢٥).

وهذا المبدأ أدى إلى رفع مستوى الجماعة، وحملهم على التفكير في المسائل العامة والاهتمام بها، والنظر إلى مستقبل الأمة الإسلامية نظرة جدية والاشتراك في الحكم ومراقبة الحكام عن كثب.

---

(٢٣) تعددت تعريفات العلماء للشورى، فقال الراغب الأصفهاني – رحمه الله –: "هي استخراج الرأي، بمراجعة البعض إلى البعض". ويقول ابن العربي – رحمه الله –: "هي الاجتماع على الأمر، ليستشير كل واحد منهم صاحبه، ويستخرج ما عنده". وقال الطاهر بن عاشور – رحمه الله –: "هي أن قاصد عمل يطلب ممن يظن فيه صواب الرأي والتدبير، أن يشير عليه بما يراه في حصول الفائدة المرجوة من عمله". المفردات في غريب القرآن (مادة شَوَر)، (ص ٢٧٣)، أحكام القرآن، لابن العربي (١/ ٣٨٩)، والتحرير والتنوير، (٢٥/ ١١٢).

(٢٤) سورة الشورى، الآية ٣٨.

(٢٥) سورة آل عمران، الآية ١٥٩.

ولهذه الاعتبارات اكتفت الشريعة بتقرير الشورى كمبدأ عام، وتركت لأولياء الأمور في الجماعة أن يضعوا القواعد المنظمة لتنفيذ هذا المبدأ؛ ذلك لأن تلك القواعد تختلف باختلاف الجماعات والأمكنة والأوقات، مع مراعاة القواعد والأسس التي وضعها الرسول – صلى الله عليه وسلم – قال تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾(٢٦).

وقد امتثل النبي ﷺ مبدأ الشورى في تعامله مع أصحابه، خاصة في أمور الحروب والمدلهمات، ومن ذلك: استشارته للمهاجرين والأنصار في ملاقاة جيش قريش في غزوة بدر(٢٧)، وفي قبوله مشورة الحباب في النزول عند ماء بدر(٢٨)، واستشارته في شأن الأسرى(٢٩)، وكذلك استشارة النبي ﷺ لأصحابه في غزوة أحد في مكان ملاقاة العدو، أفي المدينة أم يخرجون خارجها لقتاله؟ وقد رأت الأغلبية الخروج؛ حتى لا يقال عنهم إنهم جبنوا عن لقاء العدو(٣٠). واستشار أصحابه قبل غزوة الأحزاب، فأشار عليه سلمان الفارسي بحفر خندق يحول بين العدو وبين المدينة(٣١).

ولا شك أن مبدأ الشورى إجراء واسع يكاد يستوعب جميع الضمانات الموجودة في الإجراءات، التي تكفل لأفراد الأمة جميعهم فرصاً متساوية للمساهمة في إدارة شؤون الحكم في أجهزة الدولة المختلفة، وفق الضوابط الشرعية التي تناولها الفقهاء.

---

(٢٦) سورة الحشر، الآية ٧. انظر: الحقوق الدستورية للإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د. محمد عبد الله الفلاح، (ص١٦١).

(٢٧) رواه مسلم في صحيحه: كتاب الجهاد والسير، باب غزوة بدر (١٤٠٣/٣)، برقم (١١٧٩)، من حديث أنس.

(٢٨) تاريخ الرسل والملوك، لابن جرير (٤٤٠/٢).

(٢٩) رواه مسلم في صحيحه: كتاب الجهاد والسير، باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر ١٣٨٥/٣، برقم ١٧٦٣، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣٠) السيرة النبوية، لابن هشام (٦٣/٢)، تاريخ الرسل والملوك، لابن جرير(٥٠٢/٢).

(٣١) مغازي الواقدي (٣٩٢/١)، فتح الباري، لابن حجر (٣٩٣/٧).

٢ – إفساح المجال أمام الأمة لاختيار حكامها:

وهذا يتضح من ترك النبي – ﷺ – الأمر للأمة لاختيار الخليفة من بعده، حيث لم يوص النبي بأمر الخلافة إلى أحد من أصحابه، مفسحاً المجال أمام الصحابة لاختيار من يحكمهم، وكذلك فعل الخليفة الراشد عمر بن الخطاب –رضي الله عنه – حيث لم يعين أحداً بعده للخلافة، وإنما أوصى بستة من خيار أصحاب النبي – ﷺ – وترك لهم حرية اختيار أحدهم ليكون الخليفة(٣٢).

٣ – تقرير مبدأ رقابة الأمة على الحاكم:

ومن مظاهر اعتراف الشريعة الإسلامية بالحقوق السياسية: هو تقريرها لمبدأ رقابة الأمة على الحكام، حتى لا يحيد هؤلاء الحكام عن الجادة في أمور الحكم، وحتى تبقى الأمة هي صاحبة الكلمة العليا في تسيير أمورها، بعيداً عن تقاليد الاستبداد والجور التي قد يفكر بعض الحكام في ممارستها على الأمة.

ويستمد مبدأ رقابة الأمة على الحكام مشروعيته من ثوابت عديدة في الشريعة الإسلامية، منها النصوص التي توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، مثل قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾(٣٣)، وقوله سبحانه: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾(٣٤)، وقوله – ﷺ – : «من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان"(٣٥).

---

(٣٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأحكام، باب الاستخلاف (٦/٢٦٣٨)، برقم (٦٧٩٢)، وانظر: العواصم من القواصم، لابن العربي (ص١٩٣).

(٣٣) سورة آل عمران، الآية ١٠٤.

(٣٤) سورة آل عمران، الآية ١١٠.

(٣٥) رواه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان وأن الإيمان يزيد وينقص وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان، (١/٦٩)، حديث رقم (٤٩).

وعن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أفضل الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر، أو أمير جائر»(٣٦).

كما امتثل الخلفاء الراشدون لمبدأ رقابة الأمة، فها هو أبو بكر الصديق – رضي الله عنه – يقول في أول خطبة له بعد مبايعته بالخلافة: "أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم"(٣٧).

المطلب الثاني
مشروعية ممارسة الإنسان حقوقه السياسية في القانون الكويتي

كان أول تنظيم حقيقي وجاد لحقوق الإنسان السياسية في القوانين الوضعية هو ما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨، حيث نصت المادة الحادية والعشرون منه على أن:

- لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده، إما مباشرة، وإما بواسطة ممثلين يختارون اختياراً حرّاً.
- لكل شخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف في البلاد.
- إن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة، ويعبر عن هذه الإرادة بانتخابات نزيهة دورية تجري على أساس الاقتراع السري، وعلى قدم المساواة بين الجميع، أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت"(٣٨).

---

(٣٦) أخرجه أبو داود في السنن – كتاب الملاحم – باب الأمر والنهي (١٢٤/٤)، الحديث رقم (٤٣٤٤)، والترمذي في الجامع – كتاب الفتن – باب ما جاء أفضل الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر (٤٧١/٤)، الحديث رقم (٢١٧٤)، وابن ماجه في السنن – كتاب باب (١٣٢٩/٢)، الحديث رقم (٤٠١١)، وقال الترمذي: حديث حسن غريب. وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير (٢٤٨/١).

(٣٧) جامع معمر بن راشد (٣٣٦/١١).

(٣٨) راجع ما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لاسيما المادة الحادية والعشرون منه.

وأكد على هذه الحقوق ما جاء في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦ في المادة ٢٥ ما يلي:

"لكل مواطن الحق في الفرصة دون تمييز في:

- أن يشارك في سير الحياة العامة إما مباشرة أو عن طريق ممثلين مختارين بحرية.
- أن ينتخب أو ينتخب في انتخابات أصلية وعامة وعلى أساس من المساواة على أن يتم الانتخابات بطريق الاقتراع السري وأن تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين"(٣٩).
- أن يكون له الحق في الحصول على الخدمة العامة في بلاده على أسس عامة من المساواة.

وقد وقعت دولة الكويت على كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، بما يعني أن ما ورد في هاتين الوثيقتين أصبح جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني المحلي لدولة الكويت.

وقد انعكست المبادئ السابقة في القوانين الكويتية، حيث جاء في المادة (٢٩) من الدستور الكويتي أن: "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين".

ونصت المادة (٤٣) من الدستور على أن: "حرية تكوين الجمعيات والنقابات على أسس وطنية وبوسائل سلمية مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي جمعية أو نقابة".

(٣٩) راجع: نص المادة ٢٥ من العهد الدولي الأول للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦.

ونصت المادة الأولى من القانون رقم (١٧) لسنة (٢٠٠٥) بتعديل المادة (١) من القانون رقم ١٩٦٢م، في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة (١٧/٢٠٠٥)، على أن: "لكل كويتي بالغ من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة حق الانتخاب...".

المطلب الثالث
أنواع الحقوق السياسية

يقسم فقهاء القانون الحقوق السياسية إلى ما يلي(٤٠):

١ – حق تكوين الأحزاب والجمعيات السياسية أو الدخول في عضويتها:

الأحزاب عبارة عن قوى سياسية منظمة تضم أفراداً من نفس الاتجاه السياسي من أجل تجنيد الرأي العام حول بعض الأهداف والمشاركة في السلطة لتحقيق هذه الأهداف أو الضغط على السلطة لتحقيق هذه الأهداف(٤١).

ولا يكفل النظام السياسي في الكويت حرية قيام أحزاب أو جمعيات على أسس سياسية، كما لم يرد مصطلح الحزب في الدستور الكويتي، وإنما ورد مصطلح الجمعيات والنقابات المؤسسة على أسس وطنية، كما نصت عليه المادة (٤٣) من الدستور الكويتي بقولها: (حرية تكوين الجمعيات والنقابات على أسس وطنية وبوسائل سلمية مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي جمعية أو نقابة).

وتشير المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي إلى أن هذه المادة لا توجب إنشاء الأحزاب السياسية ولا تحظرها، وتبرر المذكرة التفسيرية هذا المسلك

---

(٤٠) انظر: الحقوق السياسية الواردة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦م.

(٤١) انظر: الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، لإدريس بوبكر، (ص ١٧٧ – ١٧٨).

بقولها: "تقرر هذه المادة – حرية تكوين الجمعيات والنقابات – دون النص على –الهيئات– التي تشمل في مدلولها العام بصفة خاصة الأحزاب السياسية، وذلك حتى لا يتضمن النص الدستوري الإلزام بإباحة إنشاء هذه الأحزاب، كما أن عدم إيراد هذا الإلزام في صلب المادة ليس معناه تقرير حظر دستوري يقيد المستقبل لأجل غير مسمى ويمنع المشرع من السماح بتكوين أحزاب إذا رأى محلاً لذلك، وعليه فالنص الدستوري المذكور لا يلزم بحرية الأحزاب ولا يحظرها، وإنما يفوض الأمر للمشرع العادي دون أن يأمره في هذا الشأن أو ينهاه".

٢ – حق الترشيح لرئاسة الدولة ولعضوية المجالس النيابية:

وحق الترشح هو: حق أبناء الدولة في ترشيح أو تقديم أنفسهم لتولي عضوية المجالس النيابية أو المحلية أو المناصب السياسية أو الوظائف العامة(٤٢).

و نظام الحكم في الكويت هو نظام وراثي في ذرية الشيخ مبارك الصباح – رحمه الله – كما نصت على ذلك المادة (٤) من الدستور الكويتي بقولها: (الكويت إمارة وراثية في ذرية المغفور له مبارك الصباح).

أما حق الترشح لعضوية المجالس النيابية فقد كفله القانون الكويتي، حيث نصت المادة الأولى من القانون رقم (١٧) لسنة (٢٠٠٥) بتعديل المادة (١) من القانون رقم ١٩٦٢م، في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة (١٧/ ٢٠٠٥)، على أن: "لكل كويتي بالغ من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة حق الانتخاب...".

(٤٢) حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، د. حمدي عطية، (ص٥٠٤).

٣ – حق الانتخاب وإبداء الرأي في الاستفتاء:

ويعرف هذا الحق بأنه قيام الشعب باختيار أفراد يمثلونه في مباشرة أو مزاولة السيادة نيابة عنه، والقيام بإحدى وظائف الدولة التي تتعلق بعملية التشريع في غالب الأمور(٤٣).

أي حق الشخص في اختيار نواب الشعب لتولي بعض سلطات الدولة، ويمارس الشخص حق الانتخاب عن طريق الإدلاء بصوته لصالح من يختاره ممثلاً ونائباً عن الشعب في تولي سلطة معينة(٤٤).

٤ – حق تولي الوظائف العامة في الدولة:

إن حق تولي الوظائف العامة – ومنها بالطبع المناصب السياسية والدبلوماسية – هو أحد جوانب ممارسة الفرد لحقوقه السياسية، ولهذا، أكدت على هذا الحق مواثيق حقوق الإنسان كما أكد عليه الدستور الكويتي والقوانين التابعة له.

كما نص الدستور الكويتي في المادة رقم (٢٩) على أن: "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين". ولا شك أن من هذه المساواة: المساواة في شغل الوظائف العامة.

(٤٣) انظر: حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية، د. حمدي عطية مصطفى عامر، (ص٤٨٦).

(٤٤) انظر: نظرية الالتزام، د. عبد الناصر توفيق العطار، ص ٣٦٦.

المبحث الثالث
التكييف الفقهي والقانوني لعقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية

المطلب الأول
التكييف الفقهي لعقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية

لا شك أن معاقبة الشخص بحرمانه من ممارسة حقوقه السياسية قد يندرج تحت العقوبات الحدية، إذا كان الشخص مرتكباً لإحدى جرائم الحدود التي يصير بها فاسقاً، مثل جريمة الزنا أو القذف أو شرب المسكر، وثبتت عليه التهمة، وأقيم عليه الحد، فإنه لا تقبل شهادته، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾(٤٥)، وبالتالي يكون محروماً من ممارسة حقوقه السياسية.

وقد تندرج عقوبة الحرمان من الحقوق السياسية تحت العقوبات التعزيرية التي يفوض أمر تقديرها إلى الحاكم أو ولي الأمر، يوقعها على الأشخاص الذين يرتكبون بعض الجرائم والذنوب دون الحدود، والتي يرى فيها الحاكم أن مرتكبها يستحق حرمانه من ممارسة الحقوق السياسية، أو إبعاده عن المساهمة في الحياة السياسية في بلده، لكون آرائه مثلاً قد تجر فتناً أو تنشئ عداوات بين طبقات المجتمع، أو لكون من وقع عليه عقوبة التعزير بالحرمان يدعو إلى الابتداع في الدين، أو يتبنى الأفكار المصادمة لصحيح العقيدة الإسلامية، يقدرها حسبما تقتضيه المصلحة.

---

(٤٥) سورة النور، الآية ٤. وانظر في عدم قبول شهادة المحدود في القذف: المبسوط، للسرخسي ٦٤/١٦، والهداية للمرغيناني ١٢١/٣، والبيان والتحصيل لابن رشد ١٤٩/١٠، والمهذب للشيرازي ٤٣٧/٣، والمغني لابن قدامة ١٧٨/١٠.

فقد ذهب المالكية والحنابلة – وهو الراجح عند الحنفية – إلى أن التعزير عقوبة مفوضة إلى رأي الإمام، يقدرها حسبما يقتضيه الحال من نوع الجريمة وحجمها، وطبيعة المجرم وغير ذلك من الظروف التي تحدد جنس العقوبة، وحجمها من حيث التخفيف أو التشديد.

ومن ذلك قول الزيلعي: «وليس فيه (يعني التعزير) شيء مقدر، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقتضي جنايتهم؛ فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية، فينبغي أن تبلغ غاية التعزير في الكبيرة كما إذا أصاب من الأجنبية كل محرم سوى الجماع، أو جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجه. وكذا ينظر في أحوالهم؛ فإن من الناس من ينزجر باليسير، ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير»(٤٦).

وقال ابن فرحون: «ولما كان الناس لا يرتدعون عن ارتكاب المحرمات والمنهيات إلا بالحدود والعقوبة والزواجر، شرع ذلك على طبقات مختلفة، فالعقوبة تكون على فعل محرم أو ترك واجب أو سنة أو فعل مكروه، ومنها ما هو مقدر، ومنها ما هو غير مقدر، وتختلف مقاديرها وأجناسها وصفاتها باختلاف الجرائم وكبرها وصغرها، وبحسب حال المجرم في نفسه، وبحسب حال القائل والمقول فيه والقول»(٤٧).

وقال القرافي: «إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار فرب تعزير في بلاد يكون إكراماً في بلد آخر»(٤٨).

وقال ابن قيم الجوزية: «اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناية في العظم والصغر، وحسب الجاني في الشر وعدمه»(٤٩).

---

(٤٦) تبيين الحقائق، للزيلعي (٣/٢٠٨)، وينظر: معين الحكام للطرابلسي (ص١١٥).
(٤٧) تبصرة الحكام، لابن فرحون (٢/٢٨٩).
(٤٨) الفروق للقرافي بحاشيته إدرار الشروق لابن الشاط(٤/١٨٢-١٨٣).
(٤٩) الطرق الحكمية،لابن القيم (ص٤٥١).

وهذه النصوص واضحة الدلالة على أن تقدير عقوبة التعزير أمر مفوض إلى رأي الإمام، فللإمام أو المسؤول أو ولي الأمر أن يقدر العقوبة على قدر الجرم، وعلى حسب طبيعة الجاني، وعلى حسب المكان والزمان أيضاً، بل إن للحاكم أن يستحدث من العقوبات التعزيرية ما يراه مناسباً وناجعاً في الردع الذي هو الغرض من التعزير.

المطلب الثاني
التكييف القانوني لعقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية

بالاطلاع على نصوص القانون الكويتي – وخاصة قانون الجزاء – يتبين أن عقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية تنضوي تحت العقوبة التبعية في جميع حالاتها، وقبل أن نبين هذه الحالات يجدر بنا – قبل ذلك – بيان أنواع العقوبة في القانون الكويتي؛ من حيث أصالتها وتبعيتها، حيث إن العقوبة في القانون تنقسم – من حيث أصالتها وتبعيتها – إلى ثلاثة أقسام:

١ – عقوبة أصلية: هي العقوبة التي يجوز الحكم بها بصفة أساسية، أي منفردة، من غير أن يكون الحكم بها معلقاً على الحكم بعقوبة أخرى، ولا يمكن تنفيذ هذه العقوبات إلا إذا نص عليها القاضي في الحكم(٥٠).

وعرفتها محكمة النقض المصرية بقولها: "العقاب الأصلي أو الأساسي المباشر للجريمة، والتي توقع منفردة، من غير أن يكون القضاء بها معلقاً على الحكم بعقوبة أخرى"(٥١).

(٥٠) معوقات تنفيذ العقوبات البدنية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. شحاتة عبد المطلب، (ص٤١).

(٥١) انظر: مبادئ قانون العقوبات المصري – القسم العام، أ. د. أحمد عوض بلال، (ص٧٧٣)، والوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، د. عبد الوهاب حومد (ص٣٤٦) وما بعدها.

٢ – عقوبة تبعية: وقد عرفها قانون الجزاء الكويتي في المادة (٦٧)، بقوله: "تعد العقوبة تبعية إذا كان القانون يقضي بها كأثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية".

أي أن العقوبة التبعية تستحق وتلحق المحكوم عليه بقوة القانون، تبعاً لمجرد النطق بعقوبة أصلية محددة، دون الحاجة إلى النص عليها في الحكم، ودون أن تترك للقاضي سلطة تقديرية في شأن تحديد مبدأ استحقاقها، ولا في تحديد نطاقها، ولا في إيقاف تنفيذها(٥٢).

٣ – عقوبة تكميلية: عرفها قانون الجزاء الكويتي في المادة (٦٧) بقوله: "وتعد– أي العقوبة – تكميلية إذا كان توقيعها متوقفاً على نطق القاضي بها، سواء أوجب القانون عليه ذلك، أو أجازه له".

ومفاد هذا التعريف أن العقوبة التكميلية لا تستحق ولا تلحق بالمحكوم عليه بقوة القانون، وإنما يلزم لذلك النطق بها في الحكم كجزاء إضافي إلى جانب العقوبة الأصلية المقررة، ومن ثم لا يتصور النطق بها استقلالاً عن هذه الأخيرة(٥٣).

وبتطبيق هذه المفاهيم لأنواع العقوبة من حيث الأصالة والتبعية، وبمراجعة نصوص القانون الكويتي التي تضمنت حالات العقوبة بالحرمان من الحقوق السياسية، يتبين لنا أن الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية يقع – قانوناً – ضمن العقوبات التبعية، حيث نص قانون الجزاء الكويتي في المادة (٦٨) منه على أن: "كل حكم بعقوبة جناية(٥٤) يستوجب حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق الآتية: ١– تولي الوظائف العامة أو العمل كمتعهد أو كملتزم لحساب الدولة. ٢– الترشيح لعضوية المجالس والهيئات العامة أو التعيين عضواً بها. ٣– الاشتراك في انتخاب أعضاء المجالس والهيئات العامة".

---

(٥٢) مبادئ قانون العقوبات المصري – القسم العام، أ. د. أحمد عوض بلال، (ص٧٧٦).

(٥٣) المرجع السابق (ص٧٧٦).

(٥٤) الجنايات: هي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، أو بالحبس المؤبد، أو بالحبس المؤقت، مدة تزيد على ثلاث سنوات. مادة (٣) من قانون الجزاء الكويتي.

ونصت المادة (٦٩) على أنه: " إذا كان المحكوم عليه بعقوبة جناية يتمتع وقت صيرورة الحكم واجب النفاذ بحق من الحقوق المنصوص عليها في المادة السابقة، تعين حرمانه فوراً من ذلك".

كما نصت المادة (٢) من قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي على أن: "يحرم من الانتخاب المحكوم عليه بعقوبة جناية أو في جريمة مخلة بالشرف أو بالأمانة، إلى أن يرد إليه اعتباره".

المبحث الرابع
حكم العقوبة بالحرمان من الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

المطلب الأول
حكم العقوبة بالحرمان من الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي

إن العقوبة من ممارسة الحقوق السياسية قد تكون عقوبة حدية، نتيجة فسق الجاني بارتكاب إحدى جرائم الحدود، وهذه العقوبة (أعني رد شهادة الفاسق، ويقاس عليها عدم جواز ممارسته لحقوقه السياسية) مقررة في كتب الفقه بناء على نص الآية الكريمة ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾(٥٥). وقد اتفق الفقهاء على عدم قبول شهادة الفاسق المحدود في حد(٥٦).

وقد تكون عقوبة تعزيرية، وهي بهذا تندرج تحت العقوبات المستجدة، مما يمكن عدها إحدى مسائل النوازل في العصر الحديث، إلا أن هذه العقوبة تستمد مشروعيتها أيضا في الفقه الإسلامي من القياس على كثير من مقررات الفقه الإسلامي وثوابته. وهو ما سوف نعرض له تفصيلاً في السطور التالية:

الفرع الأول
الاستدلال على جواز العقوبة بالحرمان من الحقوق السياسية بجواز التعزير على وجه العموم

سبق أن انتهينا إلى أن التكييف الفقهي لعقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية هو أنها قد تكون عقوبة حدية، إذا كان الجاني مرتكباً لأي من

(٥٥) سورة النور، الآية ٤.

(٥٦) انظر في ذلك: المبسوط، للسرخسي ١٦/٦٤، والهداية للمرغيناني ٣/١٢١، والبيان والتحصيل لابن رشد ١٠/١٤٩، والمهذب للشيرازي ٣/٤٣٧، والمغني لابن قدامة ١٠/١٧٨.

جرائم الحدود التي يصير بها فاسقاً، وقد تكون عقوبة تعزيرية، وبذلك تستمد هذه العقوبة مشروعيتها من جواز التعزير الذي اتفق العلماء على أنه مشروع في كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناية في العظم والصغر وحسب الجاني في الشر وعدمه(٥٧).

والتعزير مشروع بالقرآن والسنة وإجماع الأمة.

١ - **فمن القرآن الكريم:** قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾(٥٨).

وجه الاستدلال من الآية: أنها نص في النهي عن قبول شهادة القاذف لفسقه(٥٩)، ويقاس عليه حرمانه من ممارسة حقوقه السياسية.

٢ - **ومن السنة** ما روي أنه - عليه الصلاة والسلام - عزّر رجلاً قال لغيره يا مخنث(٦٠)، وحبس رجلاً بالتهمة(٦١).

---

(٥٧) في صفة هذا الضرب ومتى يمكن اللجوء إليه كلام كثير للفقهاء والمفسرين، ينظر في مظانه.

(٥٨) سورة النور، الآية ٤. وانظر في عدم قبول شهادة المحدود في القذف: المبسوط، للسرخسي ٦٤/١٦، والهداية للمرغيناني ١٢١/٣، والبيان والتحصيل لابن رشد ١٤٩/١٠، والمهذب للشيرازي ٤٣٧/٣، والمغني لابن قدامة ١٧٨/١٠.

(٥٩) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢٧٨/٥، وأحكام القرآن لابن العربي ٣٤٥/٣.

(٦٠) هذا الحديث مشهور في كتب الفقه، ولم أجده بهذا اللفظ في دواوين السنة، وإنما روي عن ابن عباس عن النبي ﷺ بلفظ: "إذا قال الرجل للرجل: يا مخنث، فاجلدوه عشرين. وإذا قال الرجل للرجل: يا لوطي، فاجلدوه عشرين". أخرجه الترمذي في السنن: كتاب، باب ما جاء فيمن يقول لآخر يا مخنث (٦٢/٤)، رقم(١٤٦٢)، وابن ماجه في السنن: كتاب الحدود، باب حد القذف(٨٥٧/٨)، حديث رقم(٢٥٦٨)، والدارقطني في السنن (١٢٦/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٥٢/٨)، رقم (١٦٩٢٥). قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وإبراهيم بن إسماعيل يضعف في الحديث.

(٦١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٣٠٦/٨)، رقم(١٥٣١٣)، وأبو داود في السنن:

٣ – ما ثبت في الصحيحين من قوله – ﷺ – : «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلّا في حد من حدود الله تعالى»(٦٢).

٤ – وروي عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: «لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطاً». وروي عنه ثلاثين وروي عنه ما بين الثلاثين والأربعين»(٦٣).

وهو دليل على أن التعزير يكون بالفعل ويكون كذلك بالقول، ودليله ما ثبت في سنن أبي داود عن أبي هريرة أن رسول الله – ﷺ – «أُتي برجل قد شرب فقال: اضربوه. فقال أبو هريرة: فمنا الضارب بيده، والضارب بنعله، والضارب بثوبه»(٦٤).

وفي رواية بإسناده ثم قال رسول الله – ﷺ – : «بَكِّتُوه»(٦٥). فأقبلوا عليه

= كتاب، باب في الحبس في الدين وغيره (٣/ ٣١٤)، رقم (٣٦٣٠)، والترمذي في السنن: كتاب الديات، باب في الحبس في التهمة (٤/ ٢٨)، رقم (١٤١٧) وقال الترمذي: حديث بهز عن أبيه عن جده حديث حسن، والنسائي في الكبرى: كتاب، باب الحبس في التهمة (٤/ ٣٢٨)، رقم (٧٣٦٢)، وفيه إبراهيم بن خثيم وهو ضعيف. الحاكم في المستدرك (١/ ٢١٤)، رقم (٤٣٢)، عن بهز بن حكيم في قصة طويلة. وأخرجه أيضا في (٤/ ١١٤)، رقم (٧٠٦٣)، وابن الجارود في المنتقى (ص٢٥١)، رقم (١٠٠٣)، والطبراني في الأوسط (١/ ٥٥) رقم (١٥٤)، بلفظ: "أن النبي ﷺ حبس رجلا في تهمة" وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شواهد من حديث أبي هريرة ومن حديث أنس ومن حديث نبيشة، وينظر: نصب الراية(٣/ ٣١٠)، والتلخيص الحبير (٣/ ٤٠).

(٦٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب، باب كم التعزير والأدب (٦/ ٢٥١٢)، رقم(٦٤٥٨)، ومسلم في صحيحه: كتاب، باب قدر أسواط التعزير (٣/ ١٣٣٢)، رقم(١٧٠٨) من حديث أبي بردة الأنصاري رضي الله عنه.

(٦٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٤١٣)، رقم(١٣٦٧٤).

(٦٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب، باب الضرب بالجريد والنعال (٦/ ٢٤٨٨)، رقم(٦٣٩٥).

(٦٥) بكته: عيَّره وقبَّح فعله، والتبكيت: التقريع والتوبيخ، يقال له: يا فاسق، أما استحييتَ؟ أما اتقيت الله؟ المصباح المنير للفيومي (ص٥٨)، والنهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات بن الأثير (١/ ١٤٨).

يقولون: ما اتقيت الله؟ ما خشيت الله؟ وما استحييت من رسول الله – ﷺ –؟»[٦٦].

ووجه الدلالة من الحديث: هو قوله – ﷺ – «بَكِّتُوه»، والتبكيت تعزير بالقول.

وأما الإجماع:

فقد قال الزيلعي: «اجتمعت الأمة على وجوبه في كبيرة لا توجب الحد وجنايةٍ لا توجب الحد»[٦٧].

ويُستنتَج من الأدلة السابقة ثبوت الاتفاق على مشروعية التعزير في الشريعة الإسلامية، وأن تقديره متروك للحاكم، ومنه التعزير بالمنع من ممارسة الحقوق السياسية.

الفرع الثاني
قياس جواز الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية على عدم قبول شهادة الفاسق وعدم جواز توليته

وقد اختلف الفقهاء في حكم تولية الفاسق على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز تولية الفاسق شيئاً من المناصب، وهو مذهب المالكية[٦٨] والشافعية[٦٩] والحنابلة[٧٠].

وقد استدل هذا الفريق بالأدلة التالية:

---

(٦٦) أخرجه الإمام الشافعي في المسند (ص٢٨٥)، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٩/٨)، رقم(١٧٣١٥)، و أخرجه أبو داود في سننه: كتاب، باب الحد في الخمر(١٦٣/٤)، رقم(٤٤٧٨)،

(٦٧) تبيين الحقائق، للزيلعي (٢٠٧/٣).

(٦٨) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون ٣٣/١، ٢٤، ومواهب الجليل، للحطاب ٨٧/٦.

(٦٩) انظر: الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٨٣، وروضة الطالبين، للنووي ٩٥/١١-٩٦.

(٧٠) انظر: شرح مختصر الخرقي، للزركشي، ٢٣٦/٧، ومطالب أولي النهى، للرحيباني ٦/ ٤٦٦.

١ – قوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾[٧١].

وجه الدلالة: أنه سبحانه أمر بالتبين عند قول الفاسق، ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله، ويجب التبين عند حكمه[٧٢].

٢ – حديث أبي هريرة – رضي الله عنه – عن النبي –ﷺ– أنه قال: "أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[٧٣].

ووجه الدلالة: أن غير العدل لا يوجد فيه هذه الصفات، فالذي لا يؤدي الأمانة لا يستطيع تحملها، والمنصب أمانة، لأن في عنق الحاكم حماية الأرواح، والأموال فلا يصح أن يتولاه إلا من كمل ورعه وتمت تقواه، فلا يصح أن يتولى غير العدل القضاء.

٣ – ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً، فلئلاً يكون حاكماً أولى[٧٤].

وإذا كان الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً ولا حاكماً، فلا يجوز أن يمارس حقوقه السياسية التي توصله إلى أن يكون حاكماً.

القول الثاني: أن العدالة شرط كمال، لكن إذا ولي غير العدل صحت ولايته، ونفذ حكمه، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية وأبو بكر الأصم[٧٥].

وقد استدل هذا الفريق بالأدلة التالية:

---

(٧١) سورة الحجرات، آية (٦).

(٧٢) المغني، لابن قدامة ١٠/٣٧.

(٧٣) أخرجه أبو داود في السنن: كتاب البيوع – باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده (٣/٢٩٠)، الحديث رقم (٣٥٣٥)، والترمذي في السنن: كتاب البيوع – بلا باب (٣/٥٥٦)، الحديث رقم (١٢٦٤)، والدارمي في السنن: كتاب البيوع – باب في أداء الأمانة واجتناب الخيانة (٣/١٦٩٢)، الحديث رقم (٢٦٣٩)، والبزار في المسند (١٥/٣٨٩)، الحديث رقم (٩٠٠٢)، والحكم في المستدرك (٢/٥٣)، الحديث رقم (٢٢٩٦). قال الترمذي: حديث غريب. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبي.

(٧٤) المغني، لابن قدامة، ١٠/٣٧.

(٧٥) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني ٧/٣، وفتح القدير، لابن الهمام ٥/٤٥٤.

١ – قوله – ﷺ – : «سيكون بعدي أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها، فصلوها لوقتها، واجعلوا صلاتكم معهم سبحة[٧٦].

وجه الدلالة من الحديث: أن إمامته في الصلاة صحت، وجاز اتباعه فيها، فكذلك الحكم[٧٧].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه – ﷺ – أخبر بوقوع كونهم أمراء، لا بمشروعيته، والنزاع في صحة توليته، لا في وجودها[٧٨].

٢ – إن كل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء، والفاسق أهل للقضاء لأهليته للشهادة[٧٩].

٣ – قال ابن عابدين – رحمه الله –: «ولو اعتبر هذا – أي اشتراط العدالة لتولي منصب القضاء لانسد باب القضاء خصوصاً في زماننا، فلذا كان ما جرى عليه المصنف – أي صحة توليه الفاسق – هو الأصح[٨٠].

قلت: ويمكن أن يرد على هذا الدليل بأن أهل العدل موجودون في كل زمان ومكان، ولله الحمد، ولا يخلو زمان من وجود أناس يصلحون لمنصب القضاء، فالزعم بانسداد باب القضاء لعدم وجود من يصلح، كلام في غير محله.

وبهذا يتبين أن الراجح من القولين هو عدم جواز تولي الفاسق القضاء، وبالتالي عدم جواز ممارسته الحقوق السياسية، إلا إذا تاب وثبت صلاح حاله.

---

(٧٦) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب كراهية تأخير الصلاة عن وقتها المختار ١/٤٨٨، ح ٦٤٧، والدارمي في سننه: كتاب الصلاة، باب الصلاة خلف من يؤخر الصلاة عن وقتها ١/٣٠٤، ح ١٢٢٨.

(٧٧) الحاوي، للماوردي، ٢/٣٥٣.

(٧٨) انظر: المغني، لابن قدامة ١٠/٣٧.

(٧٩) الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني، ٣/١٠١. والعناية، للبابرتي، ٧/٢٥٤.

(٨٠) حاشية رد المحتار ٥/٣٥٦.

الفرع الثالث
قياس الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية على عزل عمر للولاة بسبب عدم رضائه عن سياساتهم

ومن ذلك أن عمر – رضي الله عنه – عزل خالد بن الوليد لما قام خالد – رضي الله عنه – بتوزيع المال على بعض الوجهاء، فقد جاء في المنتظم "خرج خالد بن الوليد وعياض بن غنم، فسارا في دروب المشركين، فأصابا أموالاً عظيمة، فلما قفل خالد انتجعه الأشعث بن قيس فأجازه بعشرة آلاف، وكان عمر لا يخفى عليه من عماله شيء، فكتب إليه بما يجري، فدعا البريد وكتب معه إلى أبي عبيدة أن يقيم خالداً ويعقله بعمامته، وينزع عنه قلنسوته حتى يعلمكم من أين إجازة الأشعث، أمن ماله، أم من إصابة أصابها؟ فإن زعم أنها من إصابة أصابها فقد باء بجناية، وإن زعم أنها من ماله فقد أسرف، فاعزله على كل حال"[٨١].

الفرع الرابع
قياس الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية على عزل القاضي المرتشي

وقد ذهب الحنفية وابن القصار من المالكية إلى أن الحاكم ينعزل بفسقه، ومن ذلك قبوله الرشوة[٨٢].

---

(٨١) المنتظم في التاريخ، لابن الجوزي (٤/٢٣٠)، ومثله في الكامل في التاريخ لابن الأثير (٢/٣٦٠).

(٨٢) البناية، للعيني (٩/٧)، الذخيرة، للقرافي (١٠/٨٣)، تبصرة الحكام، لابن فرحون، (١/٧٨)، مغني المحتاج، للشربيني (٤/٣٨١)، مطالب أولي النهى، للرحيباني (٦/٤٦٨).

قال أبو حنيفة: إذا ارتشى الحاكم انعزل في الوقت وإن لم يعزل، وبطل كل حكم حكم به بعد ذلك. ومذهب الآخرين أنه لا ينعزل بذلك، بل ينعزل بعزل الذي ولاه(٨٣).

قلت: ويقاس بقية وظائف الدولة على وظيفة القضاء في جواز العزل بسبب الرشوة، والجامع بينهما أن كلاً منهما وظيفة عامة، ارتكب صاحبها جريمة الرشوة.

يضاف إلى ما سبق أن بعض فقهاء الحنفية نصوا على عزل موظفي الدولة كعمال بيت المال، ونظار الأوقاف، إذا تضخمت ثرواتهم، وظهر عليهم الثراء الذي لا يتناسب مع دخولهم، فقد جاء في كتب الحنفية:"ذكر الطرسوسي في مؤلف له أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال... وأراد بعمال بيت المال: خَدَمته الذين يجبون أمواله، ومنهم كَتَبَته إذا توسعوا في الأموال؛ لأن ذلك دليل على خيانتهم، ويلحق بهم كتبة الأوقاف ونظارها، إذا توسعوا في الأموال، وتعاطوا أنواع اللهو وبناء الأماكن، فللحاكم في هذا الحال: أخذ الأموال منهم، وعزلهم، فإن عرف خيانتهم في وقف معين رد المال إليه، وإلا وضعه في بيت المال(٨٤).

ويتفق القانون الكويتي مع الفقه الإسلامي في عزل القاضي المرتشي، وعدم جواز توليته أي منصب حكومي آخر بعد عزله، فالحكم بعقوبة جناية يستتبع حرمان المحكوم عليه حتماً من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٦٨) من قانون الجزاء، فيعزل الموظف، وتسقط العضوية النيابية وما إليها، ولا يقبل المرتشي بعد ذلك كمتعهد لحساب الدولة أو مشترك في انتخاب المجالس والهيئات العامة(٨٥).

---

(٨٣) انظر: مواهب الجليل، للحطاب (٦/٨٧)، منح الجليل، للشيخ عليش، (٨/٢٥٦-٢٥٨)، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٤/٢٨٩-٢٩٠)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٢/٢٢٦).

(٨٤) انظر: حاشية الشلبي على البحر الرائق (٦/٢٣٦)، حاشية رد المحتار، لابن عابدين (٥/٣٣٥).

(٨٥) انظر: الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، عبد المهيمن سالم (ص٥٨-٥٩).

ونص قانون الخدمة المدنية الكويتي في مادته الأولى الفقرة السابعة، كشرط من شروط التعيين في الوظيفة العامة، كما نص في المادة ٧١ منه في الفقرة الخامسة على هذا الأمر كسبب من أسباب إنهاء الخدمة الوظيفية.

الفرع الخامس
قياس الحرمان من الحقوق السياسية على عدم جواز تولية من عرف بالبغي والظلم

اتفق علماء الإسلام كافة على عدم جواز تولية من عرف بالظلم والبغي(٨٦).

بل ذهب الإمام مالك إلى القول بأنه في حالة عدم وجود مستجمع لشروط الوظيفة، يكفي اختيار من يتوفر فيه الإسلام والورع(٨٧).

بل إن البعض يذهب إلى اعتبار الرفق والرحمة بالناس من دلائل حسن السمعة التي يجب أن يتصف بها المرشح للوظيفة(٨٨)، مما ترتب على ذلك أن اعتبر سيدنا عمر القسوة والغلظة سبباً يحول دون الاختيار للوظيفة العامة، فعندما اختار – رضي الله عنه – أحد الأشخاص لعمل معين، وأثناء جلوسه معه أقبل أحد أبناء عمر فجلس في حجره، وأخذ يداعبه عمر ويقبله، فقال: أتقبل يا أمير المؤمنين هذا الصبي وأنت خليفة؟ والله إن لي عشرة أولاد ما قبلت أحداً منهم قط، وهنا قام عمر على الفور فمزق كتاب الولاية، وقال له: أنت والله إذن أقل رحمة بالناس، فما ذنبي إن كان الله قد نزع الرحمة منك، وإنما يرحم الله عباده الرحماء، والله لن تعمل لنا على عمل أبداً(٨٩).

---

(٨٦) أصول الحكم في الإسلام، د. السنهوري، ص ٩٧.

(٨٧) التاج والإكليل، للمواق (٦٣/٨)، شرح الخرشي على مختصر خليل، بحاشية العدوي (١٣٩/٧).

(٨٨) المطول في القانون الإداري، د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٦٠، ص ١٣٥.

(٨٩) أخرجه هناد في الزهد (٦١٩/٢)، ووكيع في الزهد (٦١٩/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى – كتاب السير – باب ما على الوالي من أمر الجيش (٧٢/٩)، برقم (١٧٩٠٦)، وابن الجوزي في مناقب أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب، (ص ١٢٠).

والخلاصة أن الفقه الإسلامي لا ينكر إمكان العقوبة بالحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، بل تستند هذه العقوبة على أسس متينة من مقررات وثوابت هذا الفقه ومبادئه.

المطلب الثاني
حكم التعزير بالحرمان من الحقوق السياسية في القانون الكويتي

على الرغم من أن الدستور الكويتي والقوانين التابعة له، قد احتفل بحرية المواطنين في ممارسة الحقوق السياسية، وكرس الضمانات الكفيلة بممارسة المواطنين هذه الحقوق دون تمييز أو انتقاص لأي شخص أو فئة، على الرغم من ذلك إلا أن القوانين الكويتية اعتمدت الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية كعقوبة جزائية تبعية في الكثير من الجرائم والمخالفات.

فقد نصت المادة (٦٨) على أن: "كل حكم بعقوبة جناية يستوجب حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق الآتية: ١- تولي الوظائف العامة أو العمل كمتعهد أو كملتزم لحساب الدولة. ٢- الترشيح لعضوية المجالس والهيئات العامة أو التعيين عضواً بها. ٣- الاشتراك في انتخاب أعضاء المجالس والهيئات العامة".

ونصت المادة (٦٩) على أنه: "إذا كان المحكوم عليه بعقوبة جناية يتمتع وقت صيرورة الحكم واجب النفاذ بحق من الحقوق المنصوص عليها في المادة السابقة، تعين حرمانه فوراً من ذلك".

كما نصت المادة (٢) من قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي على أن: "يحرم من الانتخاب المحكوم عليه بعقوبة جناية أو في جريمة مخلة بالشرف أو بالأمانة، إلى أن يرد إليه اعتباره".

وهكذا يتضح أن القانون الكويتي أقر عقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، جزاء على ارتكاب جرائم الجنايات، أو الجرائم المخلة بالشرف والأمانة.

المطلب الثالث

الموازنة بين حكم العقوبة بالحرمان من الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

بعد استعراض حكم عقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية في كل من الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، نستطيع أن نرصد بعض أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه والقانون على النحو التالي:

أولاً – أوجه الاتفاق:

١ – جواز العقوبة بالحرمان من ممارسة الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

٢ – اتفاق الفقه الإسلامي والقانون الكويتي على أن الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية هو إجراء استثنائي يتعارض مع الأصل في حرية الشخص في ممارسة هذه الحقوق وتمتعه بها، وبالتالي فلا يجوز حرمان الشخص من هذه الحقوق إلا بناء على ارتكابه جريمة أو حداً أو مخالفة تستوجب هذا النوع من العقاب.

ثانياً – أوجه الاختلاف:

١ – إن العقوبة بالحرمان من ممارسة الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي غير محددة من حيث كم الجرائم التي يكون ارتكاب أي منها سبباً لنيل عقوبة الحرمان، كما أنها غير محددة من حيث كم هذا الحرمان، ما إذا كان حرماناً من جميع الحقوق السياسية أم من بعضها كالعزل من الوظيفة فقط، أو الحرمان من حق الترشح فقط.

أما في القانون الكويتي فقد حدد الجرائم التي يجب على أساسها حرمان الشخص من ممارسة حقوقه السياسية، كما عدد أنواع الحقوق السياسية التي يحرم منها الشخص جراء الحكم عليه بارتكاب تلك الجرائم.

٢ – إن العقوبة بالحرمان من ممارسة الحقوق السياسية في الفقه الإسلامي قد تكون عقوبة حدية جزاء على ارتكاب إحدى جرائم الحدود، وقد تكون عقوبة جوازية، متروك أمر توقيعها للحاكم أو القاضي اللذين قد يوقعانها وقد لا يحكمان بها، أما في القانون الكويتي فهي عقوبة تبعية، يقع أثرها مباشرة جراء الحكم على الجاني في الجنايات التي جعل المقنن الكويتي ارتكابها سبباً للحرمان من هذه الحقوق.

المبحث الخامس
أثر التوبة في عود الحق للإنسان في ممارسة الحقوق السياسية

إن الشخص الذي حرم – بموجب عقوبة حدية أو تعزيرية – من ممارسة حقوقه السياسية، بسبب ارتكابه بعض المعاصي والذنوب، يجوز أن ترجع إليه كامل حقوقه السياسية إذا ثبت لدى القاضي أنه تاب، وظهر صلاحه بعد التوبة، فلا بأس من أن يرجع له كامل أهليته في ممارسة الحقوق السياسية.

وكذلك الشخص الذي حرم – بموجب عقوبة تعزير – من ممارسة حقوقه السياسية، بسبب ارتكابه بعض المخالفات التي رأى فيها ولي الأمر ما يستوجب التعزير، فعاقبه بسببها من باب السياسة الشرعية، يجوز لهذا الشخص أن يرجع إلى ممارسة حقوقه السياسية إذا عفا عنه ولي الأمر أو الحاكم من استقامة أمره وصلاح حاله ما يسمح برفع العقوبة عنه. والدليل على ذلك ما يلي:

١ – إن الحدود كفارة لأهلها:

فإذا ارتكب المسلم عقوبة حدية، وأقيم عليه الحد، فإن هذا الحد كفارة له، ويسقط عنه الإثم[٩٠]، فإن تاب بعد إقامة الحد عليه، رجع كأي مسلم له كامل حقوقه في المجتمع، ومنها بالطبع الحقوق السياسية، ودليله ما روي عن عبادة بن الصامت – رضي الله عنه – قال: كنا عند النبي – صلى الله عليه وسلم – في مجلس، فقال: «بايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئا، ولا تسرقوا، ولا تزنوا – وقرأ هذه الآية كلها – فمن وفى منكم فأجره على الله، ومن أصاب من ذلك شيئا فعوقب به فهو كفارته، ومن أصاب من ذلك شيئا فستره الله عليه، إن شاء غفر له، وإن شاء عذبه»[٩١].

---

(٩٠) شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٢٢٤).

(٩١) أخرجه البخاري في صحيحه – كتاب الحدود – باب الحدود كفارة (٦/ ٢٤٩٠)، الحديث رقم (٦٤٠٢)، ومسلم في صحيحه – كتاب الحدود – باب الحدود كفارات لأهلها (٣/ ١٣٣٣)، الحديث رقم (١٧٠٩).

قال ابن بطال: "أكثر العلماء ذهب إلى أن الحدود كفارة على حديث عبادة"[٩٢]. وقال القاضي عياض: "قال أكثر العلماء الحدود كفارة استدلالاً بهذا الحديث"[٩٣].

ويتأيد هذا الرأي بقوله – ﷺ – : "التائب من الذنب كمن لا ذنب له"[٩٤].

٢ – قياساً على قبول شهادة شاهد الزور والقاذف إذا تابا:

أما قبول شهادة شاهد الزور، إذا تاب، فهو القول المفتي به عند الحنفية[٩٥]، وأحد القولين عند المالكية بشرط أن يزداد خيراً بعد توبته[٩٦] وهو مذهب الشافعية[٩٧] والحنابلة[٩٨].

وأما قبول شهادة القاذف إذا تاب فهو مذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف[٩٩]، وهو قول عمر بن الخطاب[١٠٠] وعبيد الله بن عتبة بن

---

(٩٢) شرح صحيح البخاري، لابن بطال (٨/٤٠٢).

(٩٣) شرح صحيح مسلم للنووي (١١/٢٢٤).

(٩٤) أخرجه ابن ماجه في السنن – كتاب الزهد – باب ذكر التوبة (٢/١٤١٩)، الحديث رقم (٤٢٥٠)، والطبراني في الدعاء (١/٥١٠)، الحديث رقم (١٨٠٧)، وفي المعجم الكبير (١٠/١٥٠)، وأبو نعيم في الحلية (٤/٢١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى – كتاب الشهادات – باب شهادة القاذف (١٠/٢٥٩)، الحديث رقم (٢٠٥٦١)، وحسنه ابن حجر انظر: فتح الباري (١٣/٤٧١).

(٩٥) انظر: الفتاوى الهندية (٣/٤٦٨)، والجوهرة النيرة، للحدادي (٢/٢٣٧).

(٩٦) المنتقى شرح الموطأ، للباجي (٥/١٩٠)، والذخيرة للقرافي (١٠/١٠٣)، وشرح الخرشي (٧/١٥٢).

(٩٧) انظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٤/٣٥٨)، ومغني المحتاج (٦/٣٦٤).

(٩٨) المغني، لابن قدامة (١٠/٢٣٤)، وكشاف القناع، للبهوتي (٦/٤٤٦).

(٩٩) انظر: موانع الشهادة في الفقه الإسلامي، لأيمن بن سالم الحربي، (ص٥٧٢) وما بعدها.

(١٠٠) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٥٣)، والطبري في جامع البيان، (١٩/١٠٣)، وله طرق كثيرة، أوردها الألباني في الإرواء، وصحح الأثر (٨/٢٨).

مسعود[١٠١] وغيرهم من الصحابة والتابعين، وهو المذهب عند الشافعية[١٠٢] والحنابلة[١٠٣]، وقال به ابن حزم من الظاهرية[١٠٤]، وبعض المالكية[١٠٥].

٣ – إن عقوبة التعزير غير مؤبدة: فالذي حرم تعزيراً من ممارسة حقوقه السياسية، من الممكن أن يعود إليه حقه في ممارسة هذه الحقوق؛ لأن عقوبة التعزير ليست عقوبة مؤبدة، وإنما هي عقوبة متروك أمر تقديرها للحاكم أو ولي الأمر أو القاضي، يقدرونها على حسب المصلحة، فإن رأوا المصلحة في استمرارها ردحاً من الزمن، كان ذلك، وإن رأوا أنها قد أوفت بمقصودها، وحققت نتائجها من الزجر والردع، كان لهم أن يرفعوها، فيعود من وقعت عليه هذه العقوبة كأي مسلم آخر له كامل حقوقه السياسية.

والدليل على أن عقوبة التعزير تقديرية في كيفها ووقتها ما ذهب إليه الحنفية – في الراجح عندهم – والمالكية والحنابلة من أن التعزير عقوبة مفوضة إلى رأي الإمام، يقدرها حسبما يقتضيه الحال من نوع الجريمة وحجمها، وطبيعة المجرم وغير ذلك من الظروف التي تحدد جنس العقوبة، وحجمها من حيث التخفيف أو التشديد[١٠٦].

وهذه النصوص واضحة الدلالة على أن تقدير عقوبة التعزير أمر مفوض إلى رأي الإمام، فللإمام أو المسؤول أو ولي الأمر أن يقدر العقوبة على قدر الجرم، وعلى حسب طبيعة الجاني، وعلى حسب المكان والزمان أيضاً، بل إن

---

(١٠١) جامع البيان، للطبري (١٩/١٠٤).

(١٠٢) انظر: البيان للعمراني (١٣/٣١٧)، ونهاية المحتاج للرملي (٨/٣٠٧).

(١٠٣) المغني، لابن قدامة، (١٠/١٧٨)، والإنصاف للمرداوي، (١٢/٥٩).

(١٠٤) المحلى، لابن حزم، (٨/٥٢٩).

(١٠٥) المنتقى شرح الموطأ، للباجي (٥/٢٠٧).

(١٠٦) تبيين الحقائق، للزيلعي (٣/٢٠٨)، وينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة (٨/٢٠٠)، معين الحكام للطرابلسي (ص١١٥)، وتبصرة الحكام، لابن فرحون (٢/٢٨٩)، والفروق للقرافي بحاشيته إدرار الشروق لابن الشاط(٤/١٨٢-١٨٣)، والطرق الحكمية، لابن القيم (ص٤٥١).

للحاكم أن يستحدث من العقوبات التعزيرية ما يراه مناسباً وناجعاً في الردع الذي هو الغرض من التعزير.

الخاتمة:

أولاً – النتائج:

١ – أكد هذا البحث بطريقة عملية على أصالة الفقه الإسلامي، المنبثق من الوحيين الشريفين، ومرونته، واستيعابه جميع المسائل، وقابليته لبيان الأحكام للمسائل المستجدة والمعاصرة.

٢ – اتفاق معنى الحرمان في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، وهو المنع.

٣ – التعريف الذي انتهينا إليه في تحديد معنى الحقوق السياسية هو أنها: " الاستحقاقات التي تجب للشخص باعتباره مواطناً في دولة معينة، وتخول له المساهمة في حكم الدولة ".

٤ – التكييف الفقهي لحرمان الشخص من ممارسة حقوقه السياسية هو أنها قد تكون عقوبة حدية، وقد تكون عقوبة تعزيرية، يفوض أمر تقديرها إلى الحاكم أو ولي الأمر، يوقعها على الأشخاص الذين يرتكبون بعض الجرائم والذنوب دون الحدود.

٥ – عقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية في القانون الكويتي تنضوي تحت العقوبة التبعية في جميع حالاتها.

٦ – إن العقوبة من ممارسة الحقوق السياسية قد تكون عقوبة حدية، نتيجة فسق الجاني بارتكاب إحدى جرائم الحدود، وهذه العقوبة (أعني رد شهادة الفاسق، ويقاس عليها عدم جواز ممارسته لحقوقه السياسية) مقررة في كتب الفقه بناء على نص الآية الكريمة ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾. وقد اتفق الفقهاء على عدم قبول شهادة الفاسق المحدود في حد. وقد تكون عقوبة تعزيرية، وهي بهذا تندرج تحت العقوبات المستجدة، مما يمكن عدها إحدى مسائل النوازل في العصر الحديث، إلا أن هذه العقوبة

تستمد مشروعيتها أيضاً في الفقه الإسلامي من القياس على كثير من مقررات الفقه الإسلامي وثوابته، وعمل الصحابة والخلفاء الراشدين المقتدى بهم، مثل جواز التعزير، والقياس على عدم قبول شهادة الفاسق وعدم جواز توليته، والقياس على أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بهجر الثلاثة الذين تخلفوا عنه في غزوة تبوك، واستحباب هجران أهل البدع والمعاصي الظاهرة وترك السلام عليهم ومقاطعتهم تحقيراً لهم وزجراً، وعلى عزل عمر – رضي الله عنه – للولاة بسبب عدم رضائه عن سياساتهم، والقياس على عزل القاضي المرتشي، والقياس على عدم جواز تولية من عرف بالبغي والظلم.

٧ – اتفاق الفقه الإسلامي مع القانون الكويتي على مشروعية العقوبة بالحرمان من ممارسة الحقوق السياسية.

ثانياً – التوصيات:

١ – أوصي إخواني الباحثين بمواصلة الدراسات الشرعية ذات الصلة بالواقع المعاصر، وذلك للمساهمة في حل المشاكل العملية والواقعية التي تعاني منها المجتمعات الإسلامية، وتقديم حلول لتلك المشاكل تتفق مع مبادئ وأصول الفقه الإسلامي.

٢ – كما أوصي إخواني الباحثين بضرورة مواصلة الدراسات الشرعية المقارنة بالقانون الوضعي، وذلك للعمل على إزالة ما قد يتعارض مع التشريع الإسلامي في القوانين الوضعية.

المراجع

١ – الأحكام السلطانية، لأبي الحسن علي بن حبيب الماوردي، تحقيق عصام فارس الحرستاني، المكتب الإسلامي– بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ).

٢ – أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المالكي (ت٥٣٤هـ). تحقيق محمد عبد القادر عطا. دار الفكر للطباعة – بيروت.

٣ – الاختيار لتعليل المختار، تأليف عبدالله بن محمود الموصلي، دار الكتب العلمية– بيروت.

٤ – إرواء الغليل فـي تخريج أحاديث منار السبيل. تأليف: محمد ناصر الدين الألباني. المكتب الإسلامي – بيروت. الطبعة الأولى (١٣٩٩هـ).

٥ – أساس البلاغة، لجار الله محمود بن عمر الزمخشري، بيروت – دار الفكر، (١٣٩٩هـ).

٦ – أسنى المطالب، للشيخ زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي – القاهرة.

٧ – الأشباه والنظائر، للإمام تاج الدين عبد الوهاب السبكي، ت٧٧١هـ، ط. الأولى، ١٩٩١م، تحقيق عادل عبد الموجود – علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت.

٨ – أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، د. بدر جاسم اليعقوب، الطبعة الرابعة، الكويت، (١٩٩٤م).

٩ – أصول الحكم في الإسلام، د. السنهوري.

١٠– أصول القوانين، د. عبد الرزاق السنهوري، د. أحمد حشمت أبو ستيت، (١٩٥٠).

١١– الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الشربيني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، (١٣٥٩هـ).

١٢– الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن

حنبل، لعلي بن سليمان المرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م).

١٣- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة – بيروت.

١٤- البحر الزخار الشهير بمسند البزار، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم – المدينة المنورة، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ).

١٥- بدائع الصنائع، لمسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية.

١٦- البناية شرح الهداية: تأليف: محمود بن أحمد المعروف بالعيني الحنفي، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م).

١٧- البيان في مذهب الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني (ت ٥٥٨هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، نشر: دار المنهاج، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ –٢٠٠٠م).

١٨- تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد بن محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني الزبيدي (١٢٠٥). تحقيق مجموعة من المحققين. وزارة الإعلام بالكويت، الطبعة الأولى (١٣١٤هـ).

١٩- التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المشهور بالمواق، (ت٨٩٧هـ)، الناشر: دار الفكر – بيروت – الطبعة الثانية (١٣٩٨هـ).

٢٠- تاريخ الرسل والملوك: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت ٣١٠هـ)، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، نشر: دار المعارف، القاهرة – مصر، الطبعة الثانية.

٢١- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لبرهان الدين إبراهيم محمد بن فرحون، بيروت: دار الكتب العلمية.

٢٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ت٨٥٥هـ - الناشر: دار الكتاب الإسلامي - الطبعة الثانية.

٢٣- تحرير التنبيه، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ). تحقيق عبد الغني الدقر. دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ).

٢٤- تحفة الملوك (ص٢٥٧).

٢٥- تفسير التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور. الدار التونسية للنشر - تونس، ١٩٨٤هـ، (١١٢/٢٥).

٢٦- التلخيص الحبير. تأليف: أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ). تحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني المدني. المدينة المنورة (١٣٨٤هـ).

٢٧- تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى (٢٠٠١م).

٢٨- جامع البيان في تأويل القرآن: للإمام محمد بن جرير الطبري، تحقيق: أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة - بيروت.

٢٩- الجامع الصحيح. تأليف: أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت٢٦١هـ). تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي - بيروت. د. ت.

٣٠- الجامع الصحيح. تأليف: أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي (ت٢٧٩هـ). تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرين. دار الكتب العلمية - بيروت. الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ).

٣١- الجامع الصحيح. تأليف: الإمام محمد بن إسماعيل البخاري (ت٢٥٦هـ). مطبوع مع شرحه فتح الباري.

٣٢- جامع معمر بن راشد، مطبوع في ذيل المصنف لعبد الرزاق الصنعاني.

٣٣- الجوهرة النيرة، لأبي بكر محمد بن علي الحدادي، المطبعة الخيرية - مصر.

٣٤- حاشية البجيرمي المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، لسليمان بن محمد البجيرمي، دار الفكر -بيروت.

٣٥- حاشية الجمل على شرح المنهج: سليمان بن عمر بن منصور الجمل، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٠٥هـ.

٣٦- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي (د.ت).

٣٧- حاشية رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر - بيروت، (١٤٢١هـ).

٣٨- حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين، وهما حاشيتان للشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، طبع دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر، د. ت.

٣٩- الحاوي الكبير شرح مختصر المزنى، الطبعة الأولى، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي الشافعي (ت٤٥٠هـ). تحقيق: علي محمد عوض. بيروت: دار الكتب العلمية. (١٤١٤هـ).

٤٠- الحقوق الدستورية للإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د. محمد عبد الله الفلاح، دار الكتب الوطنية - بنغازي، (٢٠١٢م).

٤١- الحقوق السياسية الواردة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦م.

٤٢- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء: لأبي نعيم أحمد بن عبدالله الأصبهاني (ت ٤٣٠هـ)، نشر: دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ.

٤٣- حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، د. حمدي عطية مصطفى عامر، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، الطبعة الأولى، (٢٠١٠).

٤٤- الدستور الكويتي.

٤٥- الدعاء، لسليمان بن أحمد الطبراني. تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ).

٤٦- الذخيرة، لشهاب الدين القرافي، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي – بيروت (١٩٩٤م).

٤٧- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المكتب الإسلامي – بيروت.

٤٨- الزاهر في غريب ألفاظ الإمام الشافعي. تأليف: أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (٢٨٢-٣٧٠هـ) تحقيق محمد جبر الألفي. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت. الطبعة الأولى (١٣٩٩هـ).

٤٩- الزهد، لهناد بن السري. تحقيق: عبدالرحمن الفريوائي. الكويت: دار الخلفاء (١٤٠٦هـ).

٥٠- الزهد، لوكيع بن الجراح الرؤاسي. حققه وقدم له وخرج أحاديثه وآثاره: عبد الرحمن عبد الجبار الفريوائي. مكتبة الدار – المدينة المنورة. الطبعة الأولى (١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤م).

٥١- سنن ابن ماجه. تأليف: أبي عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (٢٧٥هـ). تحقيق فؤاد عبدالباقي، دار الفكر – بيروت. د. ت.

٥٢- سنن أبي داود. تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٧٥هـ). تحقيق عزت عبيد دعاس. مكتبة محمد علي السيد – حمص. الطبعة الأولى (١٣٨٩هـ).

٥٣- سنن الدارمي. تأليف: الإمام عبدالله بن عبدالرحمن الدارمي (٢٥٥هـ). تحقيق: مصطفى ديب البغا. دار القلم – دمشق، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ).

٥٤- السنن الصغرى (المجتبى). تأليف: أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي

(ت٣٠٣هـ)، تحقيق عبدالفتاح أبو غدة. دار البشائر الإسلامية – بيروت. الطبعة الثالثة (١٤٠٩هـ).

٥٥- السنن الكبرى، الطبعة الأولى، لأبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي (٣٠٣هـ). تحقيق الدكتور عبدالغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي حسن. بيروت: دار الكتب العلمية. (١٤١١هـ – ١٩٩١م).

٥٦- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي (٤٥٨هـ). تحقيق محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، (١٤١٤-١٩٩٤م).

٥٧- السنن. لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني. دار الكتب العلمية-بيروت.

٥٨- السيرة النبوية: لأبي محمد عبد الملك بن هشام، تحقيق وشرح: مصطفى السقا، وإبراهيم الابياري، وعبدالحفيظ شلبي، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٥٩- شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر – بيروت.

٦٠- شرح الزركشي على مختصر الخرقي.. تأليف: محمد بن عبدالله بن محمد الزركشي، المصري، الحنبلي (٧٢٢هـ). تحقيق: عبدالله الجبرين. بدون بيانات.

٦١- شرح السنة: لأبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي (ت ٥١٦هـ)، تحقيق وتعليق: شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش، نشر: المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٦٢- الشرح الكبير للدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي.

٦٣- شرح صحيح البخاري: لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال البكري (ت ٤٤٩هـ)، تحقيق: أبي تميم ياسر بن إبراهيم، نشر: مكتبة الرشد، الرياض – السعودية، الطبعة الثانية، ٤١٢٣هـ – ٢٠٠٣م.

٦٤- شرح صحيح مسلم بن الحجاج – تأليف: الحافظ يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦) – دار إحياء التراث العربي – بيروت (١٣٩٢هـ).

٦٥- شرح فتح القدير، محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، بيروت – دار الفكر. الطبعة الثانية.

٦٦- شرح معاني الآثار، للطحاوي، تحقيق محمد زهري النجار. دار الكتب العلمية – بيروت. الطبعة الأولى (١٣٩٩ هـ).

٦٧- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبدالغفور عطار، نشر: دار العلم للملايين، بيروت – لبنان، الطبعة الرابعة، ١٩٩٠م.

٦٨- صحيح الجامع الصغير، لمحمد ناصر الدين الألباني. بإشراف: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي- بيروت. الطبعة الثالثة، (١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م).

٦٩- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تأليف: شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، تحقيق: صالح أحمد الشامي. المكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ).

٧٠- نظرية الالتزام، د. عبد الناصر توفيق العطار، الكتاب الأول، بدون بيانات.

٧١- العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد البابرتي، مطبوع على هامش فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر – بيروت.

٧٢- العواصم من القواصم في تحقيق مواقف الصحابة بعد وفاة النبي – صلى الله عليه وسلم – لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي، قدم له وعلق عليه: محب الدين الخطيب رحمه الله، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد – المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، (١٤١٩هـ).

٧٣- الفتاوى الهندية، لمجموعة من علماء الهند الأحناف، دار الفكر –بيروت.

٧٤- فتح الباري شرح صحيح البخاري. تأليف: أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ). تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. دار الريان للتراث – القاهرة. الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ).

٧٥- فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام، دار الفكر - بيروت.

٧٦- الفروق: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، بيروت - عالم الكتب.

٧٧- فقه المعاملات لعبد العزيز عزام.

٧٨- القاموس المحيط. تأليف: مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر المعروف بالفيروزآبادي (ت٨١٧هـ). مؤسسة الرسالة - بيروت. الطبعة الثانية (١٤٠٧هـ).

٧٩- قواعد الفقه، لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي (ت ١٤٠٢هـ)، نشر: دار الصدف، كراتشي - باكستان، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ -١٩٨٦م.

٨٠- قانون الجزاء الكويتي.

٨١- القانون المدني الكويتي.

٨٢- الكامل في التاريخ، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم الشيباني "المعروف بابن الأثير" (ت ٦٣٠هـ)، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري. دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان

٨٣- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية - بيروت.

٨٤- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: لعلاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي البرهان فوري (ت ٩٧٥هـ)، تحقيق: محمود عمر الدمياطي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ -١٩٩٨م.

٨٥- لسان العرب. تأليف: محمد بن مكرم المعروف بابن منظور الإفريقي. دار صادر - بيروت. الطبعة الثالثة (١٤١٤هـ).

٨٦- مبادئ قانون العقوبات المصري - القسم العام، أ. د. أحمد عوض بلال، دار النهضة العربية - القاهرة.

٨٧- المبدع شرح المقنع، لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المكتب الإسلامي -بيروت (١٤٠٠هـ).

٨٨- المحلى، لأبي محمد علي بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الفكر - بيروت.

٨٩- المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تأليف: أبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد بن مَازَةَ البخاري الحنفي، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان

٩٠- المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا، دار الفكر - بيروت، الطبعة التاسعة، (١٩٦٧م).

٩١- المستدرك على الصحيحين. تأليف: أبي عبدالله محمد بن عبدالله بن محمد بن حمدويه الضبي النيسابوري الشهير بالحاكم (ت٤٠٥هـ). تحقيق: عبدالقادر عطا. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١١هـ).

٩٢- المسند، لأبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ). دار الكتب العلمية - بيروت.

٩٣- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. تأليف: أحمد بن محمد بن علي المقري المعروف بالفيومي (ت٧٧٠هـ). دار الهجرة - إيران. الطبعة الثانية (١٤١٤هـ).

٩٤- المصنف. تأليف: أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (٢١١هـ). تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي. المكتب الإسلامي - بيروت. الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ).

٩٥- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للإمام مصطفى السيوطي الرحيباني، نشر: المكتب الإسلامي، دمشق - سوريا، ١٩٦١م.

٩٦- المطلع على أبواب المقنع، لأبي عبدالله محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي،

تحقيق: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي – بيروت، (١٤٠١هـ/ ١٩٨١م).

٩٧- المطول في القانون الإداري، د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٦٠.

٩٨- المعجم الأوسط، لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (٣٦٠هـ). تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني. القاهرة: دار الحرمين، (١٤١٥هـ).

٩٩- المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد بن أيوب أبي القاسم الطبراني، تحقيق حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم – الموصل، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ – ١٩٨٣م).

١٠٠ -معوقات تنفيذ العقوبات البدنية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. شحاتة عبد المطلب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (٢٠٠٥م).

١٠١ -معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين أبو الحسن علي الطرابلسي، مصطفى البابي الحلبي-مصر، الطبعة الثانية (١٣٩٣هـ).

١٠٢ -المغازي، لمحمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي الواقدي، تحقيق: مارسدن جونس

١٠٣ -مغني المحتاج، لمحمد بن أحمد الشهير بالخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية – بيروت.

١٠٤ -المغني شرح مختصر الخرقي، لأبي محمد عبد الله بن قدامة، مكتبة القاهرة.

١٠٥ -مفردات ألفاظ القرآن. تأليف: أبي القاسم الحسين بن محمد الأصفهاني، (٥٠٢هـ). تحقيق: صفوان داودي. دار القلم – دمشق. الطبعة الأولى (١٤١٢هـ).

١٠٦ –مقدمة الدراسات القانونية، د. محمود جمال الدين زكي.

١٠٧ –المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، لأبي الفرج عبدالرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي (ت٥٩٧هـ)، تحقيق أحمد عبدالقادر عطا ومصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت. د. ت.

١٠٨ –المنتقى، لسليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب الإسلامي –القاهرة، الطبعة الثانية.

١٠٩ –المنتقى، لابن الجارود، تحقيق عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب – بيروت، ط (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).

١١٠ –منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد عليش، دار الفكر – بيروت.

١١١ –موانع الشهادة في الفقه الإسلامي، لأيمن بن سالم الحربي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة بجامعة أم القرى، (١٤٢١–١٤٢٢هـ).

١١٢ –مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد الحطاب، دار الفكر –بيروت.

١١٣ –الموسوعة الفقهية الكويتية، إصدار وزارة الأوقاف الكويتية، مطبعة النظائر – الكويت.

١١٤ –نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية. تأليف: جمال الدين عبدالله بن محمد بن يوسف الزيلعي (٧٦٢هـ). المكتبة الإسلامية – بيروت. الطبعة الثانية (١٣٩٣هـ).

١١٥ –نظرية الحق، د. محمد سلام مدكور، دار الفكر العربي – القاهرة.

١١٦ –النظرية العامة للحق، عبد المنعم البدراوي، بيروت، (١٩٦٨م).

١١٧ –نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أبي العباس الرملي، دار الفكر، بيروت، ط. الأخيرة، (١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م).

١١٨ –النهاية في غريب الحديث والأثر. تأليف: أبي السعادات المبارك بن محمد بن

محمد بن عبدالكريم الجزري، المعروف بابن الأثير (ت٦٠٦هـ). تحقيق محمود الطناحي. فيصل عيسى البابي الحلبي – القاهرة. د. ت.

١١٩ –الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، لإدريس بو بكر، الكتاب الحديث – القاهرة، (١٤٢٣هـ).

١٢٠ –الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، د. عبد الوهاب حومد. مطبوعات جامعة الكويت. ١٩٧٢م.

١٢١ –الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، د. عبد المهيمن سالم بكر.

ماهية الحقوق المدنية للجنين
"دراسة مقارنة"
(القسم الثاني)

أ. د. خالد جمال أحمد حسن
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة أسيوط
جمهورية مصر العربية

الفصل الثاني
حقوق الجنين منذ صيرورته نطفةً أمشاجاً

يتحقق للجنين وجوده ككائن حي له حرمته المصونة منذ بداية وجوده كنطفة أمشاج على إثر حدوت التلقيح بين النطفة الذكرية (الحيوان المنوي الذكري) والنطفة الأنثوية (البويضة الأنثوية)، سواء تم التلقيح داخل الرحم (كما هو الحال في التلقيح الطبيعي أو عن طريق التلقيح الصناعي الداخلي) أم تم التلقيح خارج الرحم (كما هو الحال في التلقيح الصناعي الخارجي أو ما يسمى بجنين الأنابيب) ثم أعيدت النطفة بعد تلقيحها للرحم لتتابع نموها وتطورها بداخله، فتثبت له على إثر ذلك منذ تلك اللحظة وخلال مراحل النمو المتعاقبة داخل الرحم حقوق كثيرة إلى حين انفصاله كاملاً عن بطن أمه حياً، فتبدأ بولادته حياً حماية قانونية جديدة لحقوقه باعتباره إنساناً وليس بوصفه جنيناً.

وتتجلى معالم حقوق الجنين ظاهرة في تلك الحقوق الآتية:

المبحث الأول : حق الجنين في الحياة.

المبحث الثاني : حق الجنين في النمو بصورة طبيعية وسليمة داخل الرحم.

المبحث الثالث : حق الجنين في النسب.

المبحث الرابع : حق الجنين في الميراث والوصية والوقف.

المبحث الخامس: حق الجنين في الهبة و الشفعة و الاستفادة من التأمين.

وسنوالي – بمشيئة الله تعالى – عرض هذه الحقوق بشيء من التفصيل تباعاً على النحو الآتي:

المبحث الأول
حق الجنين في الحياة

المطلب الأول
ماهية حق الجنين في الحياة ووقت بداية تمتعه به

أولاً – ماهية حق الجنين في الحياة:

يقصد بحق الجنين في الحياة أن للجنين ككائن حي خلقه الله –عز وجل– من نطفتي الرجل والمرأة على إثر حدوث التلقيح بينهما حقاً في أن ينعم بحياة مصونة يحميها القانون أو الشرع الحنيف، في مواجهة أي اعتداء ينهي له تلك الحياة، أيا كان شخص المعتدي (أي سواء أكان أباً أم أماً أو غيرهما)، بحيث يتعرض المعتدي على هذا الحق لجزاء معين (سواء أكان جزاء مدنياً أم جنائياً، في إطار القانون أم في إطار الشريعة الإسلامية) كأصل عام، ما لم يكن ثمة عذر مبيح لمثل هذا الاعتداء على سبيل الاستثناء.

فالجنين له حق في الحياة مستقل عن غيره من الناس ولو كان هذا الغير هما والديه صاحبي البويضة الملقحة أو حتى أمه التي يعيش بين أحشائها ويتغذى من دمها ويتنفس بتنفسها، ولذا لم يجز لأي منهما حرمان الجنين من حقه في الحياة بإسقاطه أو الترخيص لأحد بذلك، كما أن المعتدي على الجنين يستحق جزاء مغايراً للجزاء الذي يستحقه بسبب الاعتداء على أمه وعليه في آن واحد، فحياة الجنين – في اعتقادي – هبة من الله له كمخلوق خلقه الله – عز وجل – ليكون نواة وبذرة في تكوين الإنسان وفق مشيئة الله سبحانه وتعالى، وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿أَفَرَءَيْتُم مَّا تُمْنُونَ ﴿٥٨﴾ ءَأَنتُمْ تَخْلُقُونَهُۥٓ أَمْ نَحْنُ ٱلْخَٰلِقُونَ﴾[1]، وأمانة بين يدي والديه ومن سواهم من الناس، لا يرخص لأحد أن يعتدي عليها كقاعدة عامة، أو يعوق سير نموها وتطورها داخل الرحم إلى أن

(١) الآيتان رقم ٥٨، ٥٩ من سورة الواقعة.

يخرج الجنين بشراً سوياً كامل الخلقة والتكوين كطفل أو وليد ينعم بكافة مظاهر الحياة الإنسانية.

كما لا يملك أحد أن يبيح الاعتداء على حياة الجنين ولو كان أحد والديه أو كليهما، لأن حياته – كحياة الإنسان – لا يملكها إلا خالقها سبحانه الذي يملك وحده أمر إحيائها وإماتتها.

ثانياً – وقت بداية تمتع الجنين بحق الحياة:

ينعم الجنين بحقه في الحياة منذ لحظة تكوينه كنطفة مخصبة، وفقاً للرأي الراجح على صعيد فقه الشريعة الإسلامية[1] أو فقه القانون

(١) إذ يرى جمهور الفقهاء (فقهاء المالكية والحنيفة وبعض فقهاء الشافعية، والشيعة الإمامية والأباضية) أن الجنين ينعم بالحماية الشرعية منذ لحظة نشأته وتكوينه داخل الرحم باعتباره نطفة مخصبة وتستمر معه تلك الحماية طوال فترة وجوده داخل الرحم، وذلك على أساس أنه كائن معد للحياة فتثبت له حرمة الحي قياسا عليه، وأن مثله في ذلك كمثل بيض الصيد الذي يقاس حرمة المساس به على المحرم (بضم الميم وسكون الحاء وكسر الراء) على حرمة المساس بالصيد نفسه (انظر في ذلك إلى: مواهب الجليل للحطاب، ج٣، ص ٤٧٧، طبعة عام ١٩٧٨هـ- ١٩٥٨م، مطبعة مصطفى الحلبي، فتح القدير للكمال بن الهمام، ج١٠، ص ٣٠٠، طبعة عام ١٣٨٩هـ. مصطفى الحلبي، "نهاية المحتاج" للإمام محمد بن أحمد الرملي، ج٨، ص ٤٤٢، طبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة) ولعل هذا هو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة المحدثين (انظر في ذلك إلى كل من: أ. د. حسن الشاذلي" حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة بالكويت، السنة الثالثة، العدد الأول عام ١٩٧٩م ص ٧٦، أ. د. محمد عبد الشافي إسماعيل" الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون، ص ٤٨، طبعة عام م، أ. د. عبد الفتاح إدريس "الإجهاض من منظور إسلامي" ص ٣٢ وما بعدها، وقد خلصت إلى ذلك الرأي ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام معلنة عن أن".... الجنين حي من بداية الحمل، وأن حياته محترمة في كافة أدوارها خاصة بعد نفخ الروح، وأنه لا يجوز العدوان عليها بالإسقاط إلا للضرورة الطبية القصوى" (مشار إلى تلك الندوة في كتاب" الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة"، الإنجاب في الإسلام، ص ٣٥١، طبعة عام ١٩٨٣م. الكويت).

الوضعي[1]، فيحظر الاعتداء على هذا الحق في أي مرحلة من مراحل الجنين، سواء أكان في مستهل مراحله (أي في مرحلة النطفة) أم في آخر مرحلة من مراحل نموه وتطوره (أي مرحلة نفخ الروح فيه)، وذلك باعتباره كائناً حياً معصوم الدم، وله حق الحياة كجنين من بدايته كنطفة مخصبة إلى أن يخرج كاملاً حياً من بطن أمه، فيتواصل على إثر ولادته حقه في الحياة دون انقطاع ولكن بوصفه إنساناً لا جنيناً.

(١) انظر في ذلك إلى: أ. د. محمود نجيب حسني "شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص بند ٦٨٥، ص ٥٠٣، طبعة عام ١٩٨٦م، دار النهضة العربية، حيث يقول سيادته "تبدأ حياة الجنين بالإخصاب، أي تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة، فبمجرد اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين ويستحق الحماية"، أ. د. فوزية عبد الستار" شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بند ٥٦٩، ص ٤٤٩-٥٠٠، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٠م، حيث تقول"..والحمل هو البويضة الملقحة منذ لحظة التلقيح"، أ. د. حسن صادق المرصفاوي "قانون العقوبات الخاص"، ص ٦٣٧، طبعة عام ١٩٧٥م، أ. د. رؤوف عبيد" جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، ص ٢٢٨، طبعة عام ١٩٨٥، دار الفكر العربي، أ.د.عبد المهيمن بكر" القسم الخاص في قانون العقوبات، بند رقم ٣١٩، ص ٦٦٥، الطبعة السادسة عام ١٩٧٧م، دار النهضة العربية، أ. د. محمود مصطفى " شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص، بند رقم ٥٢٩، ص ٢٩٤، الطبعة الثامنة عام ١٩٤٨م، مطبعة جامعة القاهرة، أ. د. محمد المرسي زهرة" الطبيعة القانونية للجنين" دراسة مقارنة، مجلة المحامي التي تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة الثالثة عشر عام ١٩٩٠م، ص ٧٦، ٧٧، أ.د. عمر السعيد رمضان" شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص بند رقم ٣٠٢، ص ٣٢١، طبعة عام ١٩٨٦م، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، أ. د. حسن محمد ربيع "الإجهاض في نظر المشرع الجنائي"، ص ٣٠، طبعة عام ١٩٩٥م دار النهضة العربية، أ. د. محمد عبد الشافي إسماعيل- المرجع السابق ص ٢٠، د. محمد سامي الشوا" الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم" ص ٨٩، رسالة دكتوراه عام ١٩٨٦م، كلية الحقوق. جامعة عين شمس، د. عبد العزيز محمد محسن" الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" دراسة مقارنة، ص ٢٩، ٣٠، الناشر دار البشير بالقاهرة للنشر والتوزيع.

المطلب الثاني
جزاء الاعتداء على حق الجنين في الحياة

إذا اعتدى على حق الجنين في الحياة دون سبب أو مبرر قانوني أو شرعي مرخص في هذا الاعتداء قامت مسؤولية المعتدي عن هذا الاعتداء أياً كان شخصه، أي سواء أكان أماً أم أباً أو أحداً غيرهما، وأيا كانت وسيلة الاعتداء أو صورته، أي سواء أكانت وسيلة مادية (كالضرب أو إعطاء مادة مسقطة أو مجهضة للجنين) أم وسيلة معنوية (كإفزاع الحامل بصورة تؤدي إلى إسقاط جنينها[١]، وأياً كان عمر الجنين (أي سواء أكان في أيامه الأولى كنطفة أمشاج أم قبل انتهاء مدة حمله ولو بقليل من الوقت[٢].

---

(١) ولقد روي عن سيدنا عمر بن الخطاب – رضي الله تعالى عنه – أنه بعث ذات مرة في استدعاء إمرأة. فقالت المرأة: يا ويلي ما لي وعمر، فبينما هي في الطريق خائفة وفزعة من الخوف إذ ضربها الطلق فألقت جنينها ولداً صاح صيحتين ثم مات، فاستشار سيدنا عمر أصحابه فقالوا له: ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب، فلك أن تستدعي من تشاء في سبيل أداء وظيفتك، وصمت سيدنا علي –رضي الله عنه – فجاءه عمر قائلاً: ما تقول في هذا يا أبا الحسن؟ فقال له: يا أمير المؤمنين إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته، فقال يا عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى نقسمها على قومك(المغنى لابن قدامة، ج٩، ص ٥٧٩، طبعة دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع).

(٢) ذلك أن حرمة قتل الجنين ثابتة منذ بداية تكوينه وإن كانت درجتها تتعاظم كلما وقع القتل في المراحل الأخيرة من عمر الجنين، على أساس أنه أضحى قاب قوسين أو أدنى من صيرورته إنساناً كامل الإنسانية، فيتعرض المعتدي عليه عند ذلك لعقوبة القتل العمد أو القتل الخطأ، وما أعظم قول الإمام أبي حامد الغزالي في هذا الشأن إذ يقول عن الجناية على الجنين: "وإفساد ذلك (أي النطفة المخصبة) جناية، فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجناية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشاً، ومنتهى التفاحش بعد الانفصال حياً" (إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد الغزالي، ج٢، ص ٥٤). =

أولاً – جزاء الاعتداء على حق الجنين في الحياة في التشريع الجنائي الوضعي:

لقد نظم قانون العقوبات المصري جريمة الإجهاض في المواد من ٢٦٠ حتى ٢٦٤ تحت عنوان "إسقاط الحوامل وصنع وبيع الأشربة والجواهر المغشوشة المضرة بالصحة". حيث تنص المادة ٢٦٠ عقوبات مصري على أن: "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة".

كما تنص المادة ٢٦١ عقوبات مصري على أن: "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها سواء كان برضائها أم لا يعاقب بالحبس".

وتنص المادة ٢٦٢ عقوبات مصري على أن: "المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت بالوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها".

كما تنص المادة ٣٦٣ عقوبات مصري على أنه: "إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة".

كما نصت المادة ٢٦٤ عقوبات مصري على أنه: "لا عقاب على الشروع في الإسقاط".

= ومما يدل على استحقاق المعتدي على حياة الجنين للجزاء القانوني أو الشرعي أياً كان عمر الجنين المعتدي عليه، أن النصوص القانونية الجنائية – كما سبق أن رأينا – قد قررت تجريم هذا الاعتداء بصورة عامة ومطلقة عن التخصيص أو التقييد بعمر معين لهذا الجنين، كما أن أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم – على ما سوف نرى – قد أثبتت أن في الجنين غرة دون تفصيل أو تقييد بفترة زمنية معينة يكون الجنين قد استغرقها في بطن أمه، والعام يحمل على عمومه والمطلق يحمل على إطلاقه، ما دام لم يخصصه مخصص أو يقيده مقيد.

ويبدو واضحاً من النصوص سالفة الذكر[١] أن قانون العقوبات المصري يجرم كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى موت الجنين (سواء بإماتته داخل الرحم أو إسقاطه من بطنها ميتاً) أو إلى خروجه من الرحم قبل موعده الطبيعي (إي قبل اكتمال نموه الطبيعي داخل الرحم)، لأنه عادة ما يموت على إثر إخراجه مبتسرا، وذلك أيا كانت وسيلة الاعتداء[٢] (أي سواء أكانت من الوسائل الكيميائية كإعطاء الحامل دواءً يحدث تقلصات في عضلات الرحم فيؤدي إلى قذف الجنين خارج الرحم قبل نموه أو يؤدي إلى إماتته أم كانت من الوسائل الميكانيكية كدفعه بآلة أو أداة تميته داخل الرحم أو تخرجه منه أم كانت بتوجيه أشعة إلى جسم الحامل تميته أو تخرجه ميتاً أم كانت الوسيلة ممثلة في ضرب الحامل أو دفعها من مكان مرتفع أو رميها على الأرض أو ممارسة الحامل نفسها لإحدى الرياضات العنيفة)، وسواء أكان فعل الاعتداء المؤدي إلى إجهاض الحامل واقعاً عليها من الغير أم من الحامل على نفسها، وسواء أكان ذلك الغير مرتكب هذا السلوك الإجرامي يحمل صفة خاصة (كطبيب أو صيدلي أو غيرهما) أم لا، وسواء أكان ذلك الغير قد قام بفعل الإسقاط أم كان دوره مقصوراً على مجرد دلالة الحامل على الوسيلة المؤدية إلى إجهاضها (وذلك خروجاً على القواعد العامة في المساهمة الجنائية) حيث يعتبر الدال في هذه

---

(١) انظر في نفس هذا المعنى إلى: أ. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٦٩٤، ص ٥١٠، ٥١١.
أ. د. فوزية عبد الستار - المرجع السابق - بند ٥٧١، ص ٥٠١، ٥٠٢، أ. د. محمود مصطفى – المرجع السابق – بند ٢٦٤، ص ٢٩٥، أ. د. حسن محمد ربيع – المرجع السابق – ص٤٩.

(٢) ومما تجدر الإشارة إليه أن وسائل الاعتداء المؤدية إلى إسقاط الحامل لم ترد تحت حصر أو عد بالقانون، بل ذكر بعضا منها على سبيل المثال مع إيراد عبارة "...بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء..." (م٢٦٠ عقوبات مصري)، وعبارة "...أو استعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها.." (م ٢٦١ عقوبات مصري)، على نحو يفيد استيعاب هذه النصوص لكافة وسائل الاعتداء المؤدية إلى الإجهاض أياً كانت طبيعتها.

الحالة فاعلاً أصلياً، بالرغم من أن الدلالة لا تعدو عن كونها مجرد مساعدة على إسقاط الحامل لنفسها كإحدى صور الاشتراك في الجريمة[١].

وينظر قانون العقوبات المصري[٢] إلى جريمة إسقاط الحامل – كقاعدة عامة– باعتبارها جنحة، ما دام قد وقعت من الحامل على نفسها أو وقعت على الحامل من الغير في صورتها البسيطة (وذلك بوقوعها من الغير دون أن يستعمل في ارتكابها أية وسيلة من وسائل العنف كضرب أو نحوه، ودون أن

---

(١) ولا جرم أن اعتبار من يدل الحامل على وسيلة إجهاضها فاعلاً أصلياً في جريمة الإجهاض وليس مجرد مساعدة فقط يمثل توسعة ظاهرة في نطاق الفاعل في هذه الجريمة تجد تبريرها في عظم الدور الذي تلعبه الدلالة في ارتكاب مثل هذه السلوك الإجرامي، فيكون لها دور رئيسي في وقوع الإجهاض، بحيث يتصاغر بجانبها دور الحامل في استعمال تلك الوسيلة (انظر في نفس المعنى: أ. د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٦٩٨، ص ٥١٤).
وينبغي التمييز بدقة بين دلالة الغير للحامل على الأدوية أو الوسيلة المؤدية إلى الإجهاض والتي يصير صاحبها بها فاعلاً أصلياً لجريمة الإجهاض بموجب نص القانون خروجا على القاعدة العامة، وبين الدلالة التي يقدمها الغير للحامل ليدلها على من يتولى عملية إجهاضها والتي يصير معها صاحبها مجرد شريك في عملية الإجهاض إذا ما وقعت وفقاً للقواعد العامة في المساهمة الجنائية (انظر في هذا المعنى إلى كل من: أ. د. محمود مصطفى "شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص، ص٢٩٦، هامش ١، الطبعة السابعة عام ١٩٧٥م، د. عبد العزيز محمد محسن – المرجع السابق – ص ٧٩).

(٢) وقد نظم قانون العقوبات البحريني جريمة الإجهاض في المواد ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، والتي تعد جنحة متى وقعت من الحامل على نفسها دون مشورة طبيب أو الخضوع لإشرافه، ويكون العقاب عليها هو الحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة التي لا تتجاوز خمسين ديناراً (م ٣٢١ عقوبات حيث تنص هذه المادة على أن "تعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة التي لا تتجاوز خمسين ديناراً من تجهض نفسها بغير مشورة الطبيب أو بمعرفته)، وتعد جناية في حالتين: **الحالة الأولى**: إذا كان المجهض شخصاً آخر غير المرأة الحامل ووقع فعل الإجهاض بغير رضاء من الحامل. وعندئذ تكون العقوبة هي السجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات. =

يكون ذلك الغير ذا صفة خاصة باعتباره طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة)، فيكون العقاب عليها بالحبس، في حين تعد جريمة إسقاط الحامل جناية إذا وقعت من الغير باستعمال إحدى وسائل العنف أو الإيذاء[١]، أو وقعت من الغير وكان ذا صفة خاصة باعتباره طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، فيعاقب عليها بالأشغال الشاقة المؤقتة[٢].

ويستوي أن تكون الوسيلة المستعملة في ارتكاب هذه الجريمة من الوسائل الإيجابية وهذا هو المألوف لها، أو من الوسائل السلبية مثال ذلك امتناع الحامل عن الحيلولة دون ممارسة أي فعل من أفعال الإجهاض على جسمها[٣] ومثال ذلك أيضاً امتناع الممرضة عن إعطاء المريضة الحامل دواءها

= **الحالة الثانية:** إذا أفضى الإجهاض إلى موت المرأة الحامل. وعندئذ تكون العقوبة هي السجن (م ٣٢٢ عقوبات بحريني حيث تنص على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات من أجهض امرأة بغير رضاها وتكون العقوبة السجن إذا أفضت مباشرة إلى موت المجني عليها). هذا مع مراعاة أن الجاني إذا جاوز قصده إماتة الجنين أو إسقاطه، بأن كان قاصداً قتل المرأة الحامل، لكونها حملت جنينها سفاحا مثلا، فعندئذ يكون مرتكباً لجريمة قتل عمد (انظر في نفس المعنى: أ.د/ هلالي عبد اللاه أحمد "شرح قانون العقوبات البحريني"، القسم الخاص، ص ٢٠٠، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٣، طبعة جامعة البحرين).

(١) ويبرر التشديد في هذه الحالة أن مثل هذا العنف عادة ما يمس سلامة جسم الحامل إلى جانب اعتدائه على الجنين.

(٢) ويبرر هذا التشديد في تلك الحالة ما يلعبه أي من هؤلاء من دور خطير في تسهيل ارتكاب مثل هذه الجريمة النكراء، هذا فضلا عن قيامه باتخاذ سبيل هذه الجريمة مصدراً وموردا للرزق والتكسب، فناسبه أن يغلظ عقابه على سلوكه الإجرامي ليرتدع عن تكراره ويردع غيره عن مقارفة نفس هذا السلوك (انظر في نفس المعنى: أ.د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٧٠٨، ص ٥٢١).

(٣) انظر في هذا المعنى: أ. د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٦٩٤، ص ٥١١، نقض جنائي مصري ٢٧ ديسمبر عام ١٩٧٠م- مجموعة أحكام محكمة النقض - س ٢١ رقم ٣٠٢، ص ١٢٥٠، ونقض جنائي مصري ٦ يونيو ١٩٧٦م – مجموعة أحكام محكمة النقض – س ٢٧، رقم ١٣٢، ص ٥٩٦.

بقصد إجهاضها متى كان ذلك مؤدياً إلى الإجهاض فعلاً[١]، ولعل هذا مما عبر عنه واضع القانون في المادة ٢٦٢ عقوبات عند إشارته إلى الحامل التي "..مكنت غيرها من استعمال وسائل الإسقاط".

بل إنه من المتصور أن تقع هذه الجريمة عن طريق ممارسة وسيلة معنوية مؤدية إلى فعل الإسقاط، مثال ذلك التهديد والترويع بالقتل أو بالضرب أو بالصياح في وجه الحامل فجأة لإسقاطها، أو تعمد إلقاء نبأ مفزع إلى مسامعها أو دخول ذي شوكة عليها أو طلبه إياها في أمر خطير يدعو إلى الفزع والرهبة الشديدة[٢].

ويعتد بسلوك الغير المؤدي إلى إسقاط الحامل أو إجهاضها كجريمة جنائية – وفقاً لصريح نص المادة ٢٦١ عقوبات مصري – سواء أكانت الحامل راضية بهذا السلوك أم غير راضية به، إذ لا تأثير لرضائها أو عدم رضائها في قيام الجريمة أو انتفائها، وذلك لأن علة التجريم تكمن بصفة رئيسية في الرغبة في الحفاظ على حياة الجنين ضد أي اعتداء يقع عليه ولو من الحامل نفسها، فحقه في الحياة من الحقوق التي لا تملك الحامل التصرف فيه[٣].

---

(١) انظر في ذلك المعنى: أ. د. حسن محمد ربيع – المرجع السابق – ص ٥٦ ويعلل سيادته على أساس أن ثمة التزاماً على عاتق الممرضة بإعطاء المريضة الدواء في مثل هذه الحالة، فإذا ما خالفت ذلك بقصد إجهاض المريضة فإنها تسأل عن جريمة الإجهاض إذا ما تسبب ذلك في إنهاء الحمل قبل أوانه.

(٢) انظر في ذلك المعنى إلى: د. عبد العزيز محمد محسن "الحماية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" ص ٤٦، طبعة عام ١٩٩٣، دار البشير للنشر والتوزيع.

(٣) انظر في هذا المعنى إلى كل من: أ. د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٦٨١، ص٥٠٢، أ. د. رؤوف عبيد "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، ص٢٨٨، طبعة عام ١٩٨٥م، دار الفكر العربي، أ. د. عمر السعيد رمضان "قانون العقوبات"، القسم الخاص، بند ٣٠٢، ص٣٢٠، طبعة عام ١٩٨٦م، دار النهضة العربية، أ. د. عبد المهيمن بكر "القسم الخاص في قانون العقوبات"، بند ٣١٩، ص٦٦٥، أ. د. حسن محمد ربيع – المرجع السابق – ص٢٦.

ويظهر من خلال النصوص القانونية سالفة الذكر أن جريمة الإجهاض تفترض وجود الحمل بوصفه يمثل ركناً أساسياً من أركان الجريمة، بحيث إذا انتفى الحمل لم تقع الجريمة، حتى وإن كان الفعل موجهاً من صاحبه على امرأة يعتقد أنها حامل على خلاف الحقيقة، ففي النصوص القانونية توصف المرأة التي تقع عليها الجريمة بكونها حبلى، وهذا يفيد وجوب وجود الحمل كركن لازم لقيام الجريمة وإلا تعذر قيامها لتخلف ركن الحمل، كما لا يجوز اعتبار الفعل شروعاً في الإجهاض، وذلك بسبب استحالة وقوع الجريمة استحالة مطلقة بالنظر إلى انعدام موضوعها(١).

ولعل هذا هو عين ما كان ينص عليه القانون الفرنسي إلى أن صدر قانون ٢٧ مارس عام ١٩٢٣، ثم قانون عام ١٩٣٩م فلم يشترط وجود الحمل، وأضحى وقوع هذه الجريمة أمراً متصوراً حتى وإن انتفى الحمل، ما دام أن الغير قد باشر فعل الإجهاض معتقداً وجود الحمل على خلاف الحقيقة.

وتتحقق هذه الجريمة بخروج الجنين ميتاً أو بموته داخل الرحم مما يشكل اعتداء على حقه في الحياة، وقد تتحقق بانفصاله عن بطن أمه حياً قبل موعد ولادته الطبيعية، حتى وإن بقي بعدها حياً ولم يمت، لما في ذلك الخروج قبل موعد الولادة الطبيعية من اعتداء على حق الجنين في النمو داخل الرحم إلى أن يكتمل نموه وتطوره فيه، فضلاً عن افتئاته على حقه في الولادة الطبيعية بإنهاء حمله في رحم أمه قبل تمام مدته.

---

(١) وإذا كانت غالبية الفقهاء تعتبر وجود الحمل ركناً أساسياً من أركان هذه الجريمة، فإن بعض الفقهاء يعتبره مجرد شرط مفترض لقيام هذه الجريمة، وذلك على أساس أن ما يحميه القانون وهو الحمل لا يمكن إدخاله ركنا فيما يجرمه (انظر في ذلك إلى: أ.د. هلالي عبد اللاه أحمد (الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة) ص١٦٧، ١٦٨، (حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية) دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ص٤٦٦، طبعة عام ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م، أ. د. محمد عبد الشافي إسماعيل – المرجع السابق – ص ٩٨).

ويميل قانون العقوبات المصري إلى عدم العقاب على الشروع في الإجهاض سواء أكان هذا الشروع من قبل الغير أم من الحامل على نفسها، حيث نصت المادة ٢٦٤ منه صراحة على ذلك، بعكس القانون الفرنسي الذي نص صراحة على أن الشروع في جرائم الإجهاض يعاقب عليه بذات العقوبات المقررة لهذه الجرائم.(١)

ويثور التساؤل حول حكم سلوك الجاني الذي يؤدي إلى تشويه الجنين داخل الرحم دون أن يؤدي إلى إماتته في بطن أمه أو إسقاطه خارج الرحم ميتاً أو إسقاطه حياً قبل أوانه الطبيعي، مما يشكل صوراً للنتيجة الإجرامية في جريمة الإجهاض.

لقد كان مأمولاً في النصوص العقابية الحديثة – لا سيما مع تنوع وتعدد الوسائل العلمية الحديثة التي قد تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى تشويه الجنين وإيذائه – أن تتضمن نصوصاً عقابية صريحة تجرم الاعتداء على الجنين أيا كانت صورته، أي سواء أكان هذا الاعتداء متمثلا في الاعتداء على حقه في الحياة أو على حقه في النمو داخل الرحم طوال المدة المعتادة والطبيعية لفترة الحمل، أم كان متمثلاً في مجرد إيذائه داخل الرحم أو تشويهه بأي صورة من صور الإيذاء والتشويه، وهذا أمر يقتضيه المنطق والعقل والرغبة في المحافظة على الأجنة ككائنات حية واجبة الاحترام والتقدير بتوفير كافة صور الحماية الجنائية اللازمة لها ضد أي مظهر من مظاهر الاعتداء عليها.

بيد أن النصوص العقابية الموجودة حالياً لا تسعف في توفير هذه الحماية الجنائية المتكاملة، ذلك أن الاعتداء على الجنين بالتشويه أو الإيذاء داخل الرحم

---

(١) فقد تضمنت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٣ - ١١ هذا المعنى بقولها:
La tentative des delits prévus au present article est punie des memes peines''.
ولعل هذا الاتجاه الذي سلكه واضع القانون الفرنسي قد حذا حذوه بعض واضعي القوانين العربية كقانون العقوبات السوري وقانون العقوبات اللبناني وقانون العقوبات الليبي (انظر في ذلك: د. منال مروان منجد – المرجع السابق – ص٨٣، ٨٤، د. عبد العزيز محمد محسن – المرجع السابق – ص٥٣).

لا يشكل جريمة إجهاض وفقاً لنصوص قانون العقوبات المصري وغيره من القوانين العربية الأخرى، لأن هذا الاعتداء لا تتوافر فيه أية صورة من صور الإجهاض، كما أنه لا يمكن أن يمثل شروعاً في الإجهاض في ظل هذا القانون على أساس أن الشروع في الإجهاض لا عقاب عليه بنص المادة ٢٦٤ منه، ولا يمكن أن تعاقب المعتدى على هذا الجنين بالتشويه أو الإيذاء وفقاً للنصوص القانونية المتعلقة بجرائم الإيذاء البدني مثل جرائم الضرب أو الجرح أو إعطاء مواد ضارة، لأن هذه النصوص مقررة لحماية جسم الإنسان الحي، والجنين سواء قبل تمام ولادته حيا بانفصاله كاملاً عن أمه – وفقاً للرأي الذي نرجحه – أو قبل بدء إحساس الأم بآلام وضعه – وفقاً للرأي المرجوح – لا يعد إنساناً فلا يمكن أن ينعم بالحماية الجنائية التي تقررها أو تكلفها تلك النصوص، كما لا يمكن أن تعتبر هذا الاعتداء صورة جديدة من صور التجريم ونقرر لها عقاباً جديداً يناسب جرم هذا الاعتداء (مثلما يحدث في فقه الشريعة الإسلامية الغراء حيث توجد الجرائم التعزيرية والعقوبات التعزيزية لملاحقة السلوكيات الإجرامية الجديدة ولتقرير الجزاءات المناسبة لها والرادعة لمرتكبيها[١] ويردع مرتكبه لاصطدام ذلك بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص قانوني يقرر ذلك، وهذا يشكل قصوراً في التشريعات العقابية يجب تداركه سريعاً حفاظاً على الأجنة من الاعتداءات التي قد تتعرض لها من الأشخاص، دون أن تشكل جرائم إجهاض، فيفلتون مع اعتداءاتهم من العقاب، ويضرون بتلك الأجنة بالتشويه أو المسخ أو الإتلاف،

(١) يقصد بالجرائم التعزيرية: الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير، ومعنى التعزير التأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود، أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبة مقدرة، وهي تبدأ بأتفه العقوبات كالنصح والإنذار، وتنتهي بأشد العقوبات كالحبس والجلد، بل قد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة ولحال المجرم ونفسيته وسوابقه (المستشار عبد القادر عودة "التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي"، بند ٥١، ص ٨٠، بند ٤٧٧، ص ٦٨٥).

وهم في مأمن من التجريم والعقاب، وذلك سواء أكان الاعتداء المؤدي إلى تشوه الجنين واقعاً من الغير أم من الحامل نفسها(١).

ولعل الرباط العضوي الظاهر بين الحامل والجنين باعتباره قطعة منها ومستقراً في رحمها، وغير منفصل عن جسدها طوال مدة حمله جعل من إيذاء الجنين إيذاء للحامل – رغم ما قد يعترف به للجنين من كيان ووجود مستقل عن الحامل – بصورة قد تجعل من فعل الإجهاض – كسلوك إجرامي – فعلاً متعدياً يضر بالحامل والجنين في آن واحد، كما لو أدى فعل الإسقاط إلى إنهاء الحمل قبل أوانه وإصابة الحامل بعاهة مستديمة أو بمرض أو بأذى معين، وعندئذ تتعدد جرائم الجاني تعدداً معنوياً، بحيث يكون الجاني مسؤولاً عن جريمتي الإجهاض والضرب أو الجرح أو إعطاء المادة الضارة، وتوقع عليه أشد العقوبتين المقررتين لهاتين الجريمتين(٢).

ثانياً – تقييم الحماية الجنائية الموضوعية المقررة للجنين:

وإذا أردنا أن نجري تقييماً فاحصاً لمدى فاعلية أو عدم فاعلية الحماية الموضوعية المقررة للجنين في قانون العقوبات المصري (وغيره من القوانين العقابية العربية الأخرى التي حذت حذوه كقانون العقوبات البحريني)، لوجدنا أن هذه الحماية وإن شابها قدر كبير من المآخذ والمعايب التي أضعفت من فاعليتها، إلا أنها لم تخل من قدر غير قليل من المزايا التي تشكل جوانب مضيئة في إطار تلك الحماية، فما هي مزايا ومعايب هذه الحماية في نقاط محددة:

---

(١) انظر في هذا المعنى إلى كل من: أ. د. فوزية عبد الستار – المرجع السابق – بند ٥٧٢، ص٥٠٤، أ. د. حسن محمد ربيع – المرجع السابق – ص٦١، ٦٢، د. عبد العزيز محمد محسن – المرجع السابق – ص٥٣، ٥٤.

(٢) انظر في ذلك المعنى: أ. د. فوزية عبد الستار – المرجع السابق – بند ٥٧٢، ص٥٠٣.

فيما يتعلق بالجوانب المضيئة في نطاق الحماية الموضوعية الجنائية للجنين :

يمكن أن نذكر محاسن القواعد القانونية المقررة لتلك الحماية في النقاط الآتية:

– لم تقصر القواعد القانونية نطاق التجريم على الاعتداء الواقع على الجنين بإماتته في بطن أمه أو إخراجه ميتاً، بل بسطته ليشمل أيضاً مجرد تهديد الجنين بالخطر، ومن أجل ذلك فهي تجرم الفعل المؤدي إلى إخراج الجنين قبل موعده الطبيعي ولو خرج حياً وقابلاً للحياة، إلى جانب تجريمها للاعتداء على حياة الجنين.

ذلك أن الإجهاض كسلوك مجرم يتحقق ليس فقط بالاعتداء على حياة الجنين بإماتته داخل الرحم أو إخراجه من الرحم ميتاً، وإنما بالاعتداء أيضاً على حق الجنين في النمو داخل الرحم نمواً طبيعياً إلى حين حلول الموعد الطبيعي لولادته(١).

ويرجع إضفاء وصف الجريمة على الفعل المؤدي إلى إنهاء الحمل قبل أوانه رغم خروجه حياً وقابلاً للحياة، إلى أن هذا الفعل الإجرامي يحرم الجنين

---

(١) ولذلك نرى فقهاء القانون الجنائي يعرفون الإجهاض بأنه: (إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته أو قتله عمداً في الرحم) (أ. د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٦٧٩، ص ٥٠١)، أو هو (الإخراج المبكر المحرض إرادياً لمحصول الحمل أو ثمرته").

(GARRAUD (R): "Traité théorique et pratique du droit pénal Francais." 3 ème. éd. sirey.paris.,Tome: V., N: 2019., éd. 1924.

أو هو (جريمة مكونة من أفعال إجرامية تتخذ بقصد إخراج محصول أو ثمرة الحمل).

MERLE (R) et VITU (A): "Traité de droit ciminel, droit pénal spéaial". éd. cujas paris. éd. 1982., N: 2095, p: 1699.

أو هو (استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة) (أ. د. رؤوف عبيد "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال" ص٢٢٦، الطبعة الثانية عام ١٩٨٥، دار الفكر العربي بالقاهرة).

من حقه في النمو داخل الرحم طوال المدة الطبيعية للحمل[١]، فيجعله رغم خروجه حياً وقابلاً للحياة عرضة للموت، أو على الأقل عرضة للإصابة بعدد من الأمراض التي تصيب المبتسرين عادة[٢].

– لقد جرم القانون فعل الإجهاض أياً كانت وسيلته وأياً كان فاعله، بل حتى ولو كانت الفاعلة هي الأم الحامل نفسها، بل إنه يعدها مرتكبة لجريمة الإجهاض ولو لم يقع منها فعل الإجهاض، وذلك إذا مكنت الغير من إجهاضها، وذلك ليؤكد واضع القانون على التزام الحامل بالمحافظة على جنينها، بعدم السماح للغير بالاعتداء عليه عن طريق إجهاضها، فضلاً عن التزامها هي شخصياً بعدم المساس بالجنين عن طريق إجهاض نفسها.

وبذلك يكون القانون قد حقق الحماية الواجبة للجنين ضد أي معتد ينال من حياته أو نموه داخل الرحم، ولو كان هذا المعتدي هو أمه التي هي سبب وجوده كنطفة، ومصدر الحياة له خلال مراحله اللاحقة على النطفة (أي باعتباره علقة فمضغة حتى تكتمل له بقية مراحله الأخرى)، مقرراً عقابها باعتبارها مرتكبة لجريمة إجهاض متى أتت فعل الإجهاض أو سمحت لغيرها بإتيانه.

أما فيما يتعلق بجوانب القصور في الحماية الموضوعية الجنائية المقررة للجنين : **فيمكن إجمالها في النقاط الآتية:**

---

(١) ومن البديهي أن إخراج الجنين الذي يفترض أن تظل حياة الجنين باقية رغم حدوثه، هو ذلك الذي يقع بعد مرور ستة أشهر على الأقل على حمله، باعتبارها تمثل الحد الأدنى لمدة الحمل والتي يمكن بقاء المولود حياً عند خروجه بعدها إذا أراد الله له الحياة، أما الذين يخرجون من بطون أمهاتهم قبل هذا الموعد فعادة ما يخرجون أمواتاً، أو يكون مصيرهم هو الموت فور خروجهم من أرحام أمهاتهم.٢)

(٢) انظر في هذا المعنى: أ. د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٦٨٦، ص٥٠٥، حيث يقول سيادته (ولا تعليل لخطة الشارع غير أن هذا الفعل – أي إنهاء الحمل قبل أوانه رغم حياة الجنين – يهدد حياة الجنين بالخطر، فالغالب فيمن يخرجون من الأرحام قبل الموعد الطبيعي أن يكون الموت مصيرهم، وإن كتبت لهم الحياة فهي في الغالب حياة قصيرة مثقلة بالضعف والمرض).

– إن هذه الحماية لا تنسحب إلا للجنين داخل الرحم، ومن ثمَ لا تسمح قواعدها بامتدادها لتشمل الفترة الأولى من نمو الجنين خارج الرحم في حالة التلقيح الصناعي الخارجي، وبذلك تقصر قواعد قانون العقوبات في مصر أو غيرها من البلاد العربية كالبحرين عن توفير الحماية اللازمة للنطفة الأمشاج أو البويضة الملقحة أو المخصبة خارج الرحم، والذي يسميه الفقهاء في الطب والقانون بطفل الأنابيب، وأفضل تسميته بجنين الأنابيب (باعتبار أن لفظ الجنين من الاجتنان أي الاستتار وهو أمر يتحقق للنطفة المخصبة داخل الرحم أو داخل الأنبوب، ففي كلا الحالين هي مستترة داخل الرحم أو داخل الأنبوب، هذا فضلا عن أن لفظ الجنين لفظ معبر عن واقع النطفة باعتبارها أولى مراحل نمو الجنين، بعكس لفظ الطفل فهو لفظ يعبر عن المآل ولا يعبر عن واقع الحال)، ضد أي اعتداء قد يقع عليها لإتلافها وإفسادها، وهذا قصور في التشريع يتعين سرعة التدخل لسده، حماية للأجنة من أى معتدٍ ليست له مصلحة في تتابع مراحل نموها، فيعمدون إلى إتلافها وهم في مأمن من المؤاخذة والعقاب لانتقاء وصف التجريم عن سلوكهم ضد هذه الأجنة خارج الأرحام.

كما أن قانون العقوبات المصري – وغيره من القوانين العربية الأخرى – قد خلت نصوصه من أحكام تجرم صور التلقيح الصناعي التي تتنافى مع أحكام الدين الحنيف ومبادئ الأخلاق وتضع العقوبات التي تناسب خطورتها على الأعراض والأنساب ومصالح الأطفال ثمار تلك الصور، صحيح أن الناس يحرصون من تلقاء أنفسهم على نقاء أنسابهم فلا يعمدون إلى الصور المحرمة شرعا من صور التلقيح الصناعي، لكن هل تأمن كل الناس، وهل تأمن حيل بعض الأطباء وتلاعبهم بالنطف داخل معاملهم الطبية، الأمر الذي يحتم سرعة التدخل لسد هذا القصور التشريعي.

– إن القانون لا يجرم كل صور الاعتداء على الجنين، بل يقتصر على تجريم الاعتداء الذي يؤدي إلى قتل الجنين عمدا داخل الرحم أو إخراجه عمدا من الرحم قبل أوانه الطبيعي للخروج، وبالتالي يخرج الاعتداء على الجنين بالتشويه أو الإيذاء داخل الرحم عن دائرة التجريم، رغم خطورته وبشاعة آثاره،

فلا يصدق عليه وصف الإجهاض، لأنه لا يعد صورة من صور الإجهاض، كما لا يمكن اعتباره جريمة ضرب أو جرح أو إعطاء مادة ضارة، لأنها مقصورة على الإنسان، والجنين لا يصدق عليه وصف الإنسان ما دام في رحم أمه، وهذا يشكل قصوراً واضحاً في التشريعات العقابية يتعين سرعة التدخل لعلاجه بالنص على تجريم هذا الاعتداء وغيره من صور الاعتداء المحتمل تعرض الجنين لها، حفاظاً على الأجنة كمخلوقات حية واجبة الاحترام والتقدير باعتبارها عدة المستقبل وعتاده.

– لم يجرم قانون العقوبات المصري (وغيره كثير من القوانين العقابية العربية كقانون العقوبات البحريني) الشروع في الإجهاض، على الرغم من إتيان المرء كافة الأفعال المادية المؤدية إلى الإجهاض، لكن النتيجة الإجرامية التي قصدها واتخذ وسائلها اللازمة لحدوثها لم تتحقق بسبب تدخل ظروف خارجية عنه حالت دونه وتحقيق هذه النتيجة،[1] الأمر الذي يجعله صورة حقيقية من صور تهديد حياة الجنين بالخطر.

وقد حاول بعض الفقهاء أن يلتمس لواضع القانون عذراً في تجاهله لتجريم الشروع في الإجهاض رغم ما يكتنفه من تهديد خطير لحياة الجنين،

(١) وهذا النوع من الشروع يسمى الشروع التام La tentative complète، ويوجد نوع آخر يسمى بالشروع الناقص La tentative incomplète ويحدث ذلك حينما يكون الجاني قد بدأ في تنفيذ فعل الإجهاض، وقبل استنفاد سلوكه الإجرامي يوقف هذا السلوك نتيجة لتدخل سبب خارجي لا دخل لإرادته فيه (انظر في ذلك المعنى إلى: د.سمير الشناوي "الشروع في الجريمة"، الطبعة الثالثة عام ١٩٩٢، دار النهضة العربية. ويترتب على عدم العقاب على الشروع في الإجهاض عدم العقاب على الاشتراك في هذا الشروع، فضلاً عن عدم العقاب على الإجهاض المستحيل، بحيث ينجو من العقاب من يباشر وسيلة من وسائل الإسقاط على امرأة معتقداً أنها حامل ثم يتبين له أنها غير حامل، أو من يستعمل وسيلة لا تؤدي إلى الإجهاض معتقداً أنها تؤدي إلى الإجهاض (انظر في ذلك أ. د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٦٩٨، ص٥١٣، هامش ١).

بحجة أن الجنين لم ينله اعتداء حقيقي فتضاءلت بذلك الأهمية الاجتماعية للفعل، هذا بالإضافة إلى أن البحث في جرائم الإجهاض يكشف النقاب عن أسرار عائلية أو أخلاقية يكون من المصلحة التستر عليها ما دام لم يقع الإجهاض فعلاً[١]، غير أن هذه الأسباب لا تنهض حججاً كافية لتبرير تجاهل تجريم الشروع في الإجهاض بوصفه صورة مخيفة من صور الخطر المهدد لحياة الجنين، إذ قد يترتب عليه في بعض الأحايين إصابة الجنين بأذى أو تشوه ينتفي عنه وصف التجريم نظراً لما يعتور نصوص التجريم من قصور في استيعابه كسلوك إجرامي معاقب عليه قانوناً[٢].

بل إن واضع قانون العقوبات المصري – كما يرى البعض وبحق – حينما عمد إلى عدم العقاب على الشروع في الإجهاض كان متناقضاً مع نفسه بصورة كبيرة وواضحة، إذ كيف يستقيم مسلكه ويقبل نهجه الذي يتسم بالإفراط والشدة في العقاب على جريمة الإجهاض في بعض صورها إلى حد اعتبارها جناية، مع مسلكه المتسم بالتفريط والتهاون تجاه الشروع في الإجهاض من خلال الإعفاء من العقاب عليه، رغم ما قد يترتب عليه من ضرر بليغ بالنسبة للجنين[٣].

– لم يفرق واضع قانون العقوبات المصري (وغيره من القوانين العقابية الأخرى في فرنسا وسوريا ولبنان والبحرين مثلاً) في تجريمه لفعل الإجهاض بين وقوع هذا الفعل في بداية الحمل ووقوعه في أواخره، فجعل بذلك درجة تجريمه واحدة وعقوبته واحدة، دون أدنى تفاوت أو تدرج في الوصف أو العقاب

(١) انظر عرض المعنى: أ. د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٦٩٧، ص٥١٢، ٥١٣، أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد "الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة"، ص ١٨٣.

(٢) انظر في نفس المعنى: أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد "حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية"، ص١٢٩٥، د. منال مروان منجد – المرجع السابق – ص٩٠.

(٣) انظر في نفس المعنى: أ.د/ هلالي عبد اللاه أحمد "الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة" ص ١٨٣، "حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية" ص ١٢٩٥، ١٢٩٦.

بحسب تفاوت مدد حدوثه خلال فترة الحمل، وهذا أمر منتقد لأنه وإن بدا فعل الإجهاض سلوكاً مستهجناً يستأهل العقاب عليه في جميع الأحوال، إلا أنه ليس من المقبول عقلاً ولا منطقاً أن نسوي في العقاب بين وقوع هذا الفعل في أول الحمل ووقوعه في وسطه أو آخره.

فحرمة الجنين كما يقول البعض وبحق – ككائن حي واجب الاحترام والتقدير – في بداية تخلقه وتكوينه لا يمكن أن تستوي مع حرمته بعد نفخ الروح فيه، الأمر الذي يستوجب على واضع القانون ضرورة التدخل لمراعاة هذا التفاوت في درجة حرمة هذا الكائن عند وضع العقوبة، بحيث يضع لفعل الإجهاض عقوبة محددة عند وقوعه في الأشهر الأولى من بداية تكوين الجنين، ثم تزداد شدتها كلما ارتقى الجنين من مرحلة لأخرى من مراحل النمو والتطور ليصل بالعقوبة إلى أقصى حد لها ببلوغ الجنين ستة أشهر فأكثر، على أساس أن مدة الستة أشهر هي أقل مدة يكون فيها الجنين قابلاً للحياة خارج الرحم(١).

ولعل هذا المسلك المتدرج المحمود والذي نؤمل في واضع قانون العقوبات المصري أن ينتهجه قد أخذ به واضع قانون العقوبات السوداني، حيث تدرج في العقاب على جريمة الإجهاض تبعاً لتدرج عمر الجنين المعتدي عليه، فقد نص في المادة ٢٦٢ منه أن يكون العقاب على فعل الإجهاض المتعمد هو السجن لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو الغرامة أو العقوبتين معاً، فإذا بلغ الحمل مرحلة التحرك كانت العقوبة هي السجن لمدة لا تتجاوز سبع سنوات أو الغرامة، كما نص في المادة ٢٦٦ منه على أنه إذا ارتكب فعل الإجهاض قبل ولادة الجنين كان العقاب عليه بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً(٢).

– لقد جاءت النصوص القانونية المنظمة لجرائم الإجهاض في قانون العقوبات المصري (وغيره من القوانين العقابية العربية كقانون العقوبات

(١) د. عبد العزيز محمد محسن – المرجع السابق – ص ٣١، ٣٢.
(٢) د. عبد العزيز محمد محسن – المرجع السابق – ص ٩٧، ٩٨.

البحريني) خالية من نص واحد يرخص في إتيان فعل الإجهاض حتى في تلك الحالة الضرورية التي درجت – كما يقول البعض وبحق – غالبية التشريعات العقابية الحديثة على إباحة الإجهاض حالة توافرها، ألا وهي الحالة التي يكون فيها استمرار الحمل معرضاً الأم لخطر محقق في نفسها وحياتها أو صحتها البدنية والنفسية، واضطر الفقه إلى معالجة هذا القصور التشريعي من خلال استقراره على القول بامتناع مسؤولية الفاعل للإجهاض طبقاً للمبادئ العامة ولتوافر حالة الضرورة وفق نص المادة ٦١ عقوبات مصري، حينما يكون الحمل خطراً يهدد الأم في حياتها أو صحتها تهديداً جسيماً، وكان الإسقاط هو السبيل الوحيد لدرء هذا الخطر الذي لم يكن للجاني دخل في حلوله(١).

ثالثاً – جزاء الاعتداء على حق الجنين في الحياة في التشريع الجنائي الإسلامي:

إذا اعتدى على حق الجنين في الحياة سواء بإماتته في بطن أمه أو بإسقاطه خارج بطنها ميتاً، وجبت فيه – وفقاً لرأي جمهور الفقهاء(٢) –

(١) أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد "حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية"، ص ١٢٩٣.

(٢) انظر في ذلك إلى المراجع الآتية:
– في الفقه الحنفي: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" للإمام الكاساني، ج٧، ص ٣٢٥، ج١ ٢ عام ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م، دار الكتاب العربي، بيروت. لبنان، "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" للإمام الزيلعي، ج٦، ص ١٣٩، دار المعرفة للطباعة والنشر.
– في الفقه المالكي: "أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك" للإمام أبي بكر حسن الكشناوي، ج٣، ص ١٤٢، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت. لبنان، "الفواكه الدواني"، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا المالكي الأزهري النفراوي، ج٢، ص ٢٧٠، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت. لبنان.
– في الفقه الشافعي: "المجموع شرح المهذب" للإمام النووي، ج١٨، ص ٥٤، طبعة دار الفكر، بيروت. لبنان، "مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج" للشيخ الإمام الشربيني، ج٤، ص ١٠٤، طبعة عام ١٣٧٧هـ ١٩٥٨م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، دار الفكر.
=

الغرة[1] كاملة عبداً كان أو أمة أيا كان عمره الزمني (وبالتالي لا مجال لتجزئة الغرة وفقا لعمر الجنين أو الطور الذي حدث خلاله الاعتداء[2] ومن ثم ليس ثمة

= – في الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة المقدسي، ج٩، ص ٥٣٩، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، "المبدع في شرح المقنع" لابن مفلح، ج٨، ص ٣٥٦، ٣٥٧، المكتب الإسلامي لصاحبه زهير الشاوين عام ١٩٨٠م.

– في الفقه الظاهري: "المحلى" لابن حزم الظاهري، ج١٢، ص ٣٧٨، تحقيق وتصحيح: حسن زيدان طلبة، مكتبة الجمهورية العربية لصاحبها عبد الفتاح عبد الحميد مراد عام ١٣٩٢هـ – ١٩٧٢م، طبعة دار الآفاق الجديدة، بيروت. لبنان.

– في الفقه الزيدي "البحر الزخار الجامع لعلماء المذاهب والأمصار" لابن المرتضى، ج٥، ص ٢٤٧، الطبعة الأولى عام ١٣٦٦هـ – ١٩٤٧م، مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان.

(١) الغرة لغة (بضم الغين وفتح الراء مع التشديد) هي بياض في جبهة الفرس يقال: فرس أغر. والأغر أيضاً الأبيض، ورجل أغر: أي شريف. وفلان غرة (بضم الغين وفتح الراء مع التشديد) قومه: أي سيدهم. غرة كل شيء أوله وأكرمه. والغرة: العبد والأمة، وفي الحديث" قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الجنين بغرة" وكأنه عبر عن الجسم كله بالغرة (مختار الصحاح للرازي، ص ٤٧١، طبعة دار القلم).

ويقصد بالغرة في اصطلاح الفقهاء "اسم للضمان المالي الذي يجب على الجناية على الجنين"، وقد قيل أنه سمي غرة، لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية (أ. د. حسن علي الشاذلي – المرجع السابق – ص ٣٦).

(٢) إذ يرى بعض الفقهاء (وهم الإمامية) أن الجنين حينما يكون نطفة ففيه عشرون ديناراً، فإذا صار علقة كان فيه أربعون ديناراً، فإذا صار عظماً ففيه ثمانون ديناراً، فإذا أصبح مكسوا عليه باللحم وصار خلقاً سوياً شق الله له عينه وأذنيه وأنفه، من قبل أن تلج فيه الروح ففيه مائة دينار، حتى إذا ولجته الروح كانت فيه دية كاملة (انظر في ذلك إلى: "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام" لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى، ج٤، ص ٢٨١، تحقيق وتعليق عبد الحسن محمد، الطبعة الأولى عام ١٣٨٩هـ – ١٩٦٩م، مطبعة الآداب في النجف الأشرف العراق.

مجال ها هنا لإيجاب القصاص أو الدية كاملة (أي دية قتل إنسان) ولو وقع الاعتداء على الجنين بعد نفخ الروح فيه[1].

(١) ذلك أن من الفقهاء (وهم الظاهرية) من يرى أن الجزاء على الجناية على الجنين يتوقف بحسب ما إذا كانت هذه الجناية قد وقعت قبل نفخ الروح (أي قبل بلوغه أربعة أشهر)، أم بعد نفخ الروح فيه (أي بعد بلوغه أربعة أشهر)، ففي الحالة الأولى تجب على الجاني الغرة فقط سواء أكانت الجناية على الجنين عمداً أم خطأً، على أساس أن الرسول – صلى الله عليه وسلم – قد قضى في ذلك بالغرة، وأن القصاص لا يجب إلا عند إزهاق الروح، والجنين قبل بلوغه الأربعة أشهر لا روح فيه، ومن ثم لا تزهق روح الجاني لأنه لم يزهق روح أحد.
أما في الحالة الثانية (أي بعد نفخ الروح في الجنين) فعندئذ يجب القصاص في القتل العمد، وتجب الدية(وهي الغرة) إذا كان القتل خطأ، ووجوب القصاص عند قتل الجنين عمدا، فيرجع إلى كون الجنين المعتدى عليه نفساً، وإزهاقها عمداً يوجب القصاص، عملاً بقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ﴾، وفي قوله تعالى: ﴿وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾، ويكون أهل الجنين بالخيار بين القصاص أو الدية (المفاداة)، فإذا رضوا بالدية كان الواجب هو دية الجنين وليست دية النفس، ذلك أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بين لنا أن دية من خرج إلى الدنيا (وهو المولود) فقتل هو مائة من الأبل، أما دية الجنين فقد بين لنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنها الغرة" انظر في ذلك إلى: "المحلى لابن حزم الظاهري، ج١١، ص ٣١ وما بعدها" وفي ذلك يقول: "إن لم ينفخ فيه الروح فالغرة عليها (أي الأم)، وإن كان قد نفخ فيه الروح فإن كانت لم تعمد قتله فالغرة أيضاً على عاتقها أو المفاداة في مالها، فإن ماتت هي في كل ذلك قبل إلقاء الجنين ثم ألقته فالغرة واجبة في كل ذلك في الخطأ على عاقلة الجاني هي كانت أو غيرها، وكذلك في العمد قبل أن ينفخ فيه الروح، وإما إن كان نفخ فيه الروح فالقود على الجاني إن كان غيرها، وأما إن كانت هي فلا قود ولا غرة ولا شيء، لأنه لا حكم على ميت وماله قد صار لغيره".
ويرى البعض الآخر (وهم الأمامية والأباضية) أن الجنين إذا بلغ أربعة أشهر (أي نفخت فيه الروح) وجبت فيه الدية (أي دية قتل النفس)، ولا يجب فيه القصاص ولا الغرة، أما قبل بلوغ الجنين الأربعة أشهر، فتجب فيه عند الإمامية في النطفة عشرون ديناراً، وفي العلقة أربعون ديناراً، وفي المضغة ستون دينارا، وفي ابتداء الخلقة من المضغة ثمانون دينارا، وفي تمام الخلقة قبل نفخ الروح فيه مائة دينار وهي الغرة – =

ودليل إيجاب الغرة على قاتل الجنين، ما روي عن أبي هريرة – رضي الله تعالى عنه – أنه قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن دية جنينها غرة: عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها. وورثها ولدها ومن معهم. فقال حمل بن النابغة الهذلي: يا رسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما هذا من إخوان الكهان". من أجل سجعه الذي سجع(١).

وقد روي عن المسور بن مخرمة – رضي الله عنه – أنه قال: استشار عمر بن الخطاب الناس في ملاص المرأة. فقال المغيرة بن شعبة: شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى فيه بغرة: عبد أو أمه، قال: فقال عمر: ائتني بمن يشهد معك، قال: فشهد له محمد بن مسلمة(٢).

وإذا بات من المتعذر حالياً في العصر الحديث أداء الغرة بحسب دلالتها لغة واصطلاحاً كعبد أو أمة، فيتعذر على الجاني إيجاد عبد أو أمة، بعد أن

= (انظر في ذلك إلى: "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام" للحلى، ج٤، ص ٢٨١، "النهاية في مجرد الفقه والفتاوى" للطوسي، ص ٧٧٨).
في حين يرى الأباضية إن الجنين إذا اعتدي عليه بالإسقاط ولم يبلغ أربعة أشهر، فإن كان نطفة فعلى الجاني عشرة دنانير، أو ممتزجاً فأربعة عشر، أو علقة فأربعة وعشرون، أو مضغة فأربعون، أو ممتداً فستون، أو مصوراً فثمانون، أو نابت الشعر فمائة دينار (انظر في ذلك شرح النيل وشفاء العليل محمد يوسف أطفيش، جـ.....).

(١) رواه الإمام مسلم في صحيحه وغيره (انظر إلى صحيح مسلم) – المرجع السابق – حديث رقم ١٦٨١/ ٣٦، ص ٧٥٤، سنن أبي داود المجلد الثاني، ج٤، رقم الحديث ٤٥٧٦، ص ١٩٢، ١٩٣، سنن الدرامي ج٢، ص ١٩٧).

(٢) رواه الإمام مسلم في صحيحه (انظر إلى صحيح مسلم) – المرجع السابق – حديث رقم ٣٩/١٦٨٩، ص ٧٥٥. ويقصد بملاص المرأة: أي سقطها أو جنينها الذي انزلق أو انفلت من بطنها يقال: ملص الشيء من يدي وانملص الشيء: أي أفلت، والملص (بفتح الميم واللام) الزلق (بفتح الزاي مع التشديد). راجع في ذلك مختار الصحاح، ص ٦٣٢، طبعة دار القلم بيروت. لبنان.

أضحى الرق محرماً في المجتمع الدولي[١]، فإنه يمكن أداء قيمة الغرة، والتي تقدر بنصف عشر دية الرجل إن كان الجنين ذكرا وعشر دية الأنثى إن كان الجنين أنثى، وكل منهما خمسمائة درهم أو خمسة من الإبل، وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية والزيدية[٢] وقرب ذلك المالكية[٣] كما يعد هو الأصح من مذهب الشافعية[٤]، وإليه أيضاً مال الحنابلة[٥].

---

(١) ومما ينبغي لفت الانتباه إليه أن الإسلام جاء فوجد الرق نظاماً اجتماعياً سائداً لدى العرب في الجاهلية، تعتمد عليه حركة الحياة اليومية بصورة واضحة في كثير من جوانبها الاجتماعية والاقتصادية، فكان من حكمته ورشاده أنه لم يدع في بادئ الأمر إلى هدمه أو تفويضه، بل أقر وجوده وسن له أحكاماً تنأى به عن شوائبه المعهودة ومساوئه المشهودة، فحفظ للأرقاء كرامتهم وللأسياد أموالهم وممتلكاتهم، فلم يجز إذلال العبيد أو تعذيبهم أو تكليفهم فوق طاقتهم، وحض على حسن معاملتهم والإحسان إليهم، ورغب في عتقهم لنيل جزيل الثواب وعظيم الأجر، بل أوجبه كأحد مظاهر التكفير عن الذنوب والآثام، ليقضي عليه بصورة تدريجية، ولو اختار الإسلام منذ البداية إلغاء نظام الرق لهاجت عليه مشاعر العرب وصادف صدوداً كبيراً واعتراضاً.

(٢) انظر في الفقه الحنفي إلى: "المبسوط" للسرخسي، ج٢٦، ص ٨٧، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" للزيلعي، ج١، ص ١٣٩، "شرح فتح القدير" للإمام كمال الدين محمد بن عبيد الواحد، المعروف بابن الهمام، ج٩، ص ٢٣٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان، "مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر" للشيخ الإمام عبد الرحمن الشيخ محمد بن سلمان، المعروف بداماد أفندي، ج٢، ص ٦٤٩، دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان.
وانظر في الفقه الزيدي إلى: "البحر الزخار" لابن المرتضى، ج٥، ص٢٥٨.

(٣) حيث يرى المالكية أن الغرة هي نصف عشر دية الحرة، وتقوم بخمسين ديناراً أو ستمائة درهم (انظر في ذلك إلى: "المدونة الكبرى" للإمام مالك بن أنس الأصبحي، ج٤، ص ٤٨٤، طبعة دار الفكر، "أسهل المدارك" – المرجع السابق – ص ١٤٢، "الفواكه الدواني" – المرجع السابق ج٢، ص ٢٧٠،" مواهب الجليل لشرح مختصر خليل" للحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، ج٤، ص ٣٩٩، ٤٠٠، الطبعة الثانية عام ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، طبعة دار الفكر بيروت. لبنان.

(٤) انظر في ذلك إلى: "المجموع شرح المهذب" للإمام النووي، ج١٨، ص ٥٩، "مغنى المحتاج"، ج٤، ص ١٠.

(٥) انظر في ذلك إلى: "المغني" لابن قدامة، ج٩، ص٥٤١، "شرح منتهى الإرادات" للشيخ الإمام منصور بن يونس البهوتي، ج٢، ص٤٣١، "المبدع في شرح المقنع" ج٨، ص٣٥٦.

وقد اختلف الفقهاء على من تجب عليه الغرة، فمنهم من يرى أنها تجب على العاقلة[١] مطلقاً (وهم الحنفية، والشافعية في الأصح عنهم، والزيدية والظاهرية قبل نفخ الروح)[٢]، أي سواء أكان الجاني متعمداً أم مخطئاً، وذلك على أساس أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين دون تمييز بين العمد والخطأ. وروي أن أبا القاتلة قال: أندى ما لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهل، مثل ذلك يطل[٣] فقال النبي – صلى الله عليه وسلم: "أسجع الجاهلية وكهانتها: أدِّ في الصبي غرة"[٤].

ومنهم من يرى أن الغرة تجب على الجاني في ماله مطلقاً (وهم المالكية والأباضية[٥]) وذلك سواء أكانت الجناية على الجنين عمداً، لأن العاقلة لا تتحمل العمد بنص حديث الرسول – صلى الله عليه وسلم – الذي رواه عنه سيدنا

---

(١) والعاقلة: من مادة عقل، يقال عقل القتيل: أي أعطى ديته، وعقل له دم فلان: إذا ترك القود أو القصاص للدية، وعقل من فلان: أي غرم عنه جنايته وذلك إذا لزمته دية فأداها عنه، وعاقلة الرجل: هم عصبته أو قرابته من قبل الأب الذين يعطون دية من قتله خطأ (مختار الصحاح، ص ٤٤٧).

(٢) انظر ذلك إلى: في الفقه الحنفي: "بدائع الصنائع" للكاساني ج٧، ص٢٥٥، ٢٥٦، في الفقه الشافعي: "مغنى المحتاج" للشربيني، ج٤، ص ٩٥، ٩٦، وفي الزيدي" البحر الزخار الجامع لعلماء المذاهب والأمصار" لابن المرتضى، ج٥، ص ٢٥٦، في الفقه الظاهري: "المحلى" لابن حزم الظاهري، ج١١، ص٤٧.

(٣) يطل: أي يهدر، أي لا دية له، يقال طل (بضم الطاء وفتح اللام مع التشديد) دمه فهو مطلول: أي مهدور الدم، وأطل دمه وطله الله تعالى وأطله: أي أهدره (مختار الصحاح، ص ٣٩٦).

(٤) "صحيح البخاري" للإمام محمد إسماعيل بن إبراهيم البخاري، ج٩، ص ١٥، كتاب الديات، باب جنين المرأة، طبعة دار الشعب، صحيح مسلم – المرجع السابق – رقم الحديث ١٦٨١ (الرقم العام)، باب القسامة (حديث رقم ٣٨ من هذا الباب) طبعة ١ عام ١٤٢٠هـ-٢٠٠م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

(٥) انظر في ذلك إلى: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد، ج٢، ص ٤١٦، الطبعة الخامسة عام ١٤٠١هـ–١٩٨١م مطبعة مصطفى الباب الحلبي، "شرح منح الجليل على مختصر خليل" للشيخ محمد عليش، ج٤، ص ٤٠٠، مكتبة النجاح، طرابلس.

عبد الله بن عباس – رضي الله عنه – إذ يقول فيه: "لا تحمل العاقلة عمداً، ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً" ولا ما جنى المملوك قال: وقال ذلك الليث إلا أن تشاء[١]، ولما روي عن مالك بن أنس عن ابن شهاب أنه قال: "مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من دية العمد إلا أن تعينه العاقلة عن طيب النفس"[٢]، أم كانت الجناية على الجنين خطأ، لأن الغرة نصف عشر الدية، ولا تتحمل العاقلة ما دون ثلث الدية، وذلك لما روي عن سيدنا عمر – رضي الله تعالى عنه – أنه قضى في الدية ألا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل (دية) المأمومة[٣]، والمأمومة فيها ثلث الدية.

ومن الفقهاء من يفرق بين العمد وشبه العمد والخطأ، حيث يرون وجوب الغرة على الجاني وحده في ماله في حالة العمد، ووجوبها على العاقلة في حالة الخطأ وشبه العمد (وهذا هو رأي الحنابلة، والإمامية، وقول للشافعية[٤])، وإن

---

(١) رواه البيهقي في سننه الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، رقم الحديث ١٦٣٦١، ص١٨٢.

(٢) رواه البيهقي في سننه (السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج٨، رقم الحديث ١٦٣٦٣، ص ١٨٢. كما ذكر البيهقي أيضا في سننه عن سيدنا عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه قال: "العمد والعبد والصلح والاعتراف لا يعقل العاقلة" (السنن الكبرى، ج٨، رقم الحديث ١٦٣٥٩، ص ١٨١، تحقيق محمد عبد القادر عطا، طبعة عام ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م. دار الكتب العلمية بيروت لبنان).
وذكر ابن قدامة في كتابه العظيم المغني عن سيدنا عمر أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء (أي لا تحمل العاقلة شيئاً منها) حتى تبلغ عقل المأمومة (المغني لابن قدامة ج١٢، ص ٢٨ وما بعدها، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الرابعة عام ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م. دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. المملكة العربية السعودية).

(٣) المأمومة: شجاج الرأس وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ، وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ لأنها تجمعه، فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ(انظر في ذلك إلى: "المغني" لابن قدامة المقدسي، ج٧، ص ٧٠٩، الناشر: مكتبة الجمهورية العربية، ومكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة).

(٤) انظر في ذلك إلى: في الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة، ج٩، ص ٥٤٤، دار الكتاب =

كان منهم من اختلف في شبه العمد، حيث رأى بعضهم وجوب الغرة على الجاني (الإمامية[١])، ويرى البعض الآخر وجوبها على العاقلة (الشافعية[٢])، هذا مع مراعاة أن الإمامية يرون وجوب الغرة قبل نفخ الروح، ووجوب دية النفس كاملة بعد نفخ الروح فيه[٣]، بخلاف الشافعية والحنابلة إذ يرون وجوب الغرة مطلقا، أي سواء قبل نفخ الروح أو بعد نفخها[٤].

وأخيراً فمن الفقهاء من فرق بين موت الجنين وحده أو موته مع أمه أو بعدها، فإذا مات الجنين وحده وجبت الغرة على الجاني بصورة مطلقة (أي سواء كانت جنايته على الجنين عمدا أو شبه عمد أو خطأ)، وإن مات الجنين مع أمه أو بعدها، فإن كانت الجناية على الأم عمدا، وجبت الغرة على الجاني وحده، لأن العاقلة لا تتحمل ما دون ثلث الدية والغرة نصف عشر الدية، أما إن كانت الجناية على الأم خطأ أو شبه عمد، وجبت على العاقلة دية الأم وغرة الجنين، وذلك لما روي عن المغيرة بين شعبة أنه قال: أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قضى في الجنين بغرة: عبد أو أمة، على عصبة القاتلة، وهذا هو رأي الحنابلة[٥].

وتستحق الغرة عن موت الجنين لورثته الشرعيين مثلها في ذلك مثل الدية وفقاً لرأي جمهور الفقهاء (الأحناف، المالكية، الشافعية، الحنابلة، الزيدية،

= العربي للنشر والتوزيع، إذ يقول: "وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد... وإن كان قتل الأم عمدا أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة".

وفي فقه الإمامية: انظر إلى "شرائع الإسلام في مسائل الحرام والحلال" للحلى، ج٤، ص ٢٨٠ حيث جاء فيه "ودية الجنين إن كان عمداً أو شبه عمد ففي مال الجاني، وإن كان خطأ فعلى العاقلة".

(١) شرائع الإسلام للحلى، ج٤، ص٢٨٠.

(٢) المغني لابن قدامة، جـ٩، ص ٥٤٤، ٥٥٥.

(٣) شرائع الإسلام للحلي، ج٤، ص٢٨٠.

(٤) "المبدع في شرح المقنع" لابن مفلح، ج٤، ص٢١٢، المغني لابن قدامة، ج٩، ص٥٤٤.

(٥) المغني لابن قدامة، ج٩، ص ٥٤٤.

الإمامية[١]، في حين يرى البعض الآخر أنها تجب للأم بالنظر إلى كون الجنين جزءاً منها، فيكون بدله وهو غرته مستحقاً لها كبدل أعضائها، وهذا هو مذهب ربيعة والليث بن سعد[٢]، ويذهب رأي ثالث إلى إنه إن وقعت الجناية قبل مائة وعشرين يوما كانت الغرة لأمه، وإن وقعت بعد هذه المدة كانت الغرة حكم المواريث، وهذا هو رأي الظاهرية[٣].

وإذا تعددت الأجنة المعتدى عليها تعددت الغرر المستحقة على الجناية عليها باتفاق الفقهاء، بحيث إذا وقعت الجناية على جنينين وجبت فيهما غرتان، وذلك قياساً على الجرائم على الأشخاص، فمن أصاب شخصين بضربة واحدة ضمن كل واحد منهما، كما أن الغرة متعلقة باسم الجنين فتتعدد بتعدده[٤].

---

(١) انظر في ذلك إلى: في الفقه الحنفي بدائع الصنائع للكاساني، ج٧، ص ٣٢٦، حيث يقول: "وأما من تجب له فهي ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله تعالى"، وفي الفقه المالكي: بداية المجتهد لابن رشد، ج٢، ص٤١٦، وجاء فيه "قال مالك هي لورثة الجنين، وفي فقه الشافعي" مغني المحتاج للشربيني، ج٤، ص ١٠٥، وجاء فيه "هي لورثة الجنين"، وفي الفقه الحنبلي "المغني لابن قدامة"، ج٩، ص ٥٤٢، ٥٤٣، وجاء فيه "أن الغرة موروثة عن الجنين"، وفي الفقه الزيدي"البحر الزخار"لابن المرتضى، ج٥، ص ٢٥٦، ٢٥٧، وفي فقه

(٢) انظر في ذلك إلى "المبسوط للسرخسي"، ج٢٦، ص ٨٨، "المغني لابن قدامة"، ج٩، ص ٥٤٢، ٥٤٣.

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري، ج١١، ص٣٣، ٣٤. حيث جاء فيه "وأما نحن فإن القول عندنا... هو أن الجنين إن تيقن أنه قد تجاوز الحمل به مائة وعشرين ليلة فإن الغرة موروثة لورثته الذين كانوا يرثونه لو خرج حياً فمات على حكم المواريث، وإن لم يوقن أنه تجاوز الحمل مائة وعشرين ليلة فالغرة لأمه فقط".

(٤) انظر في ذلك إلى: في الفقه الحنفي: "بدائع الصنائع" للكاساني، ج٧، ص ٣٢٦، إذ جاء فيه "فأما إذا ألقت جنينين فإن كانا ميتين ففي كل واحد منهما غرة، وإن كانا حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما غرة ودية... فإن ألقت أحدهما ميتاً والآخر حياً ثم مات، فعليه في الميت الغرة وفي الحي الدية".
وفي الفقه المالكي "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للدسوقي، ج٤، ص ٢٦٩.
وفي الفقه الشافعي: "مغني المحتاج" للشربيني، ج٤، ص ١٠٤، إذ جاء فيه "ولو أن =

وفي وجوب الكفارة مع الغرة خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يرى عدم وجوبها أصلاً مع الغرة (وهم الأحناف والمالكية)، هذا مع مراعاة أنه يندب لدى البعض منهم (وهم الأحناف[١]) ويستحسن لدى البعض الآخر (وهم المالكية[٢]) أداؤها، في حين يرى البعض الآخر وجوبها إذا بلغ الجنين أربعة أشهر (الظاهرية[٣]) والراجح لدى الإمامية[٤].

ومما ينبغي لفت الانتباه إليه أنه إذا انفصل الجنين حياً – وتأكد بثبوت ذلك بعلامات دالة عليه كاستهلال ونحوه – وكان قد ولجته الروح ببلوغه أربعة أشهر فأكثر، وثبت موته بسبب الجناية عليه، فعندئذ تجب الدية فيه كاملة[٥].

= ألقت جنينين فغرتان.... ولو ألقت ميتاً وحياً واستمر ألم الحي حتى مات فغرة للأول ودية للثاني. وفي الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة، ج٩، ص ٥٥٤، إذ يقول: "وإذا ضرب بطن امرأة فالقت أجنة ففي كل واحد غرة... وإن ألقتهم أحياء... ثم ماتوا ففي كل واحد دية كاملة، وإن كان بعضهم حياً فمات وبعضهم ميتاً، ففي الحي دية وفي الميت غرة". وفي الفقه الظاهري: "المحلى" لابن حزم الظاهري، ج١٢، ص ٣٨٣، إذ جاء فيه" فإن كانا اثنين ففيهما غرتان". وفي الفقه الزيدي: "البحر الزخار" لابن المرتضى، ج٥، ص ٢٥٧، إذ جاء فيه" وتتعدد الغرر بتعدد الجنين".

(١) انظر في ذلك إلى: "تبيين الحقائق" للزيلعي، ج٦، ص ١٤١، "المبسوط" للسرخسي، ج٦، ص ٨٨، "مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر" لداماد أفندي، ج٢، ص ٦٥٠.

(٢) انظر في ذلك: "المدونة الكبرى"للإمام مالك، ج٦، ص ٤٠٠، حيث جاء فيها "قال مالك: وأنا استحسن أن يكون في الجنين الكفارة"، "بداية المجتهد" لابن رشد، ج٢، ص٤١٦، ٤١٧، حيث جاء فيه "واستحسنها مالك ولم يوجبها".

(٣) "المحلى" لابن حزم الظاهري، ج١١، ص ٢٩، ٣٠، حيث جاء فيه "فصح أن من ضرب حاملاً فأسقطت جنيناً فإن كان قبل الأربعة الأشهر قبل تمامها فلا كفارة في ذلك... وإن كان بعد تمام الأربعة الأشهر فالكفارة واجبة بعتق رقبة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين".

(٤) "الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية" للجبعي الشهيد الثاني العاملي، ج٢، ص ٤٤٥، طبعة دار الفكر.

(٥) انظر في ذلك إلى المراجع الآتية: "بدائع الصنائع" للكاساني، ج٧، ص٣٢٦، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للدسوقي، ج٤، ص ٢٦٩، و"أسهل المدارك شرح =

ويراعي أن القاتل لا يرث شيئاً، ومن ثم إذا أسقطت الأم جنينها أو أسقطه أبوه فلا ميراث لأي منهما، عملاً بحديث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – "لا يرث القاتل شيئاً"(١)، وقد نقل ابن قدامة إجماع العلماء على ذلك، فقال: "وإذا شربت الحامل دواء فألقت جنينها، فعليها غرة، لا ترث منها شيئاً، لا نعلم بين أهل العلم خلافا في ذلك..."(٢).

ولا جرم أنه من مظاهر العناية بحق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية (أو حتى في التشريعات الوضعية)، عدم توقيع عقوبة الإعدام على الأم الحامل حتى تضع حملها، بل وينتظر بعد الوضع والولادة مدة الرضاعة كاملة (أو مدة شهرين فقط من الولادة وفقاً للمادة ٤٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، أو مدة ثلاثة أشهر من الولادة وفقاً للمادة ٣٣٤ عقوبات بحريني)، وكذلك الحال عند تنفيذ حد الرجم، عملاً بالحديث المروي في قصة الغامدية – رضي الله عنها – سالف الذكر(٣)، وكذلك الحال عند تنفيذ حد الزنا لغير المحصنة أو عند تنفيذ حد القذف، حتى لا يضار الجنين بإيلام أمه الحامل، فينتظر حتى تلده وتستجمع صحتها وقوتها بعد الولادة.

كما تتجلى معالم تلك العناية والرعاية في إباحة الفطر للحامل في رمضان، عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الله – عز وجل – وضع عن المسافر شطر الصلاة والصيام وعن الحامل والمرضع"(٤)، وذلك حتى يتسنى للحامل من

= إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك" للكشناوي، ج٣، ص ١٤٢، "الأم" للإمام الشافعي، ج٦، ص١٠٨، دار المعرفة بيروت. لبنان، "المغني" لابن قدامة، ج٩، ص ٥٤٤، "المحلى" لابن حزم الظاهري، ج١٢، ص ٣٨٣، "البحر الزخار" لابن المرتضى، ج٥، ص ٢٥٧.

(١) أخرجه البيهقي والدار قطني وأبو داوود والنسائي (السنن الكبرى، ج٦، ص ٢٢٠)، سنن الدار قطني، ج ٤، ص ٢٣٧ نيل الأوطار ٦، ص ٧٥.

(٢) المغنى لابن قدامة، ج٦، ص ٥٥٦، ٥٥٧.

(٣) الحديث سبق تحريجه.

(٤) رواه النسائي في سننه، ج٤، ص١٨٠.

خلال تغذيتها ضمان توفير الغذاء اللازم لبناء الجنين، وكفالة المحافظة على حياته وصحته[١]بل يجب على الحامل أن تفطر إذا تأكد خوفها على الجنين من الصوم، أو قرره لها طبيب مسلم ثقة في طبه ودينه، حتى لا يموت الجنين أو يتعرض للهلاك أو الخطر وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ﴾ فالجنين نفس محرمة لا يجوز التفريط فيها أو ارتكاب ما يؤدي بها إلى الموت[٢].

رابعاً – جزاء الاعتداء على حق الجنين في الحياة في القانون المدني:

لا جرم أنه عند وقوع أي مظهر من مظاهر الاعتداء على حياة الجنين تنعقد في إطار القانون الوضعي مسؤولية المعتدي مدنياً عن خطئه العقدي أو خطئه التقصيري (بحسب طبيعة مسؤوليته المدنية)، فيلتزم على إثر ذلك بتعويض المضرور عن موت الجنين، هذا المضرور عادة ما يكون والدي الجنين (وذلك حينما يقع الخطأ العقدي أو التقصيري من جانب غيرهما، كطبيب معالج ارتكب خطأً عقدياً أدى إلى إسقاط الجنين، أو شخص ضرب الأم الحامل على بطنها أو ركلها بقدمه فأسقطها على الأرض فأودى بحياة جنينها)، وقد يكون أحد الوالدين (وذلك إذا وقع الخطأ العقدي أو التقصيري من الوالد الآخر كما لو كان الأب طبيباً وتسبب بخطئه العقدي في موت الجنين، أو مارست الأم حركة رياضية عنيفة أدت إلى إسقاط الجنين).

ومن البديهي أنه يلزم لكي تكون مسؤولية المعتدي على حق الجنين في الحياة مسؤولية عقدية Une responsabilité contractuelle أن يتوافر هذان الشرطان: أولهما وجود علاقة عقدية صحيحة بين المسؤول (وهو المعتدي على حياة الجنين) وبين المضرور صاحب المصلحة في حياة الجنين، والذي أضير بموته، وثانيهما أن يكون الاعتداء على حق الجنين في الحياة يمثل إخلالاً

(١) انظر في ذات المعنى إلى: د. مسفر القحطاني – المرجع السابق – ص ٣٤٦.

(٢) أ. د. يوسف القرضاوي "فتاوى معاصرة" ج١، ص ٣٠٢، الطبعة الثامنة عام ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م، دار القلم للنشر والتوزيع بالكويت والقاهرة.

بالالتزام العقدي الملقى على عاتق المسؤول[1]، كما لو أهمل الطبيب الذي يجري عملية التلقيح الصناعي الخارجي (جنين الأنابيب) في العناية الواجبة بالنطفة الملقحة داخل الأنبوبة مما أدى إلى فسادها وتلفها، أو تعمد هذا الطبيب إعدام النطفة بعد تلقيحها داخل الأنبوبة لبيعها لإحدى شركات الأدوية لاستعمالها في بعض أدوات ومستحضرات التجميل، أو بيعها لأحد الأطباء لاستعمالها في عمليات التجميل أو زراعة الأعضاء، أو في مجال الأبحاث والتجارب العلمية، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين أو كلاهما كانت مسؤولية المسؤول عند اعتدائه على حياة الجنين مسؤولية تقصيرية Une responsabilité délictuelle.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا تقوم مسؤولية المعتدي على حياة الجنين سواء أكانت عقدية أم تقصيرية في مواجهة المضرور من موت الجنين إلا إذا توافرت عناصر هذه المسؤولية ممثلة في ركن الخطأ، وركن الضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وجدير بالملاحظة أن قواعد المسؤولية المدنية بنوعيها العقدي والتقصيري ذات نطاق واسع ورحب يتسع لاستيعاب كافة مظاهر وصور الخطأ العقدي والتقصيري، بحيث لا نتصور معها إفلات المرء مرتكب الخطأ من خطئه الضار بغيره، ولذا لم نجد صعوبة تذكر للقول بانعقاد المسؤولية المدنية في مواجهة المعتدي على حق الجنين في الحياة، أياً كان شخصه، وأياً كانت صورة هذا الاعتداء، وذلك نظراً لخضوع هذه المسؤولية أيا كانت طبيعتها أو نوعها (أي سواء أكانت عقدية أم تقصيرية) لمبدأ عام مؤداه أن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بتعويض ذلك الغير (م ١٦٣ مدني مصري، ١٥٨ مدني بحريني).

وذلك بعكس ما رأينا في إطار المسؤولية الجنائية، حيث يصعب قياس ما ليس بمنصوص عليه من مظاهر الاعتداء على حياة الجنين، على ما هو منصوص عليه من جنس هذه المظاهر، حتى مع اتحادهما في العلة (فلم يستطع تجريم قتل أو إفساد جنين الأنابيب وفقا للنصوص العقابية الموجودة

(١) انظر في ذلك: مؤلفنا في "مصادر الالتزام" – المرجع السابق –، ص ٢٧٣، ٢٧٤.

الآن وفق ما رأينا سابقا، نظرا لأن النصوص القانونية القائمة التي تجرم إسقاط الجنين تفترض وجوده في بطن أمه وليس في مرحلة سابقة على ذلك، كما في جنين الأنابيب الذي يكون فيها الجنين كنطفة ملقحة موجوداً لفترة مؤقتة أثناء عملية التلقيح داخل أنبوبة معدة لذلك، مما يتصور معه إفلات الجاني من العقاب حتى وإن تعمد قتل هذه النطفة المخصبة)، وذلك مرده إلى خضوع المسؤولية الجنائية لمبدأ دستوري وقانوني مفاده أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وبالتالي لا يتصور قيام المسؤولية الجنائية إلا إذا كنا بصدد فعل يعده القانون جريمة بصورة حرفية، كما لا توقع بشأنه إلا العقوبة المنصوص عليها قانوناً لذلك الفعل.

بيد أنه يعاب على بعض القوانين أنها تسمح للأم الحامل بالتخلص من الحمل خلال مدة معينة دون مبرر معقول لهذا التصرف، فتنجو بذلك من كافة مظاهر المؤاخذة جنائياً ومدنياً على حد السواء، مثال ذلك القانون الفرنسي الصادر في ١٧ يناير عام ١٩٧٥م، والذي يرخص للمرأة في اتخاذ قرار تنهي به حملها بإرادتها المنفردة، دون معقب عليها في ذلك من أي شخص أو جهة طبية معينة، بل ولو كان ذلك على غير رغبة من زوجها، متى تم ذلك خلال مدة معينة (هي العشرة أسابيع الأولى من الحمل، ثم عدلت هذه المدة بوجوب وقوع إنهاء الحمل قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من بداية الحمل، وذلك بالقانون رقم ٢٠٠١/٥٨٨م والصادر في ٤ يوليو عام ٢٠٠١م، والمعدل بالمادة ١/٢١٢ من تقنين الصحة العامة الفرنسي)، شريطة أن يجري ذلك في مركز صحي مرخص له بذلك تحت إشراف طبيب أخصائي(١).

وأعتقد من جانبي أن هذا القانون لا يسلم من أوجه الانتقاد الآتية:

١ – أنه يسمح بالاعتداء على حق الجنين دون مبرر يستوجب ذلك من خطر على

(١) انظر في ذلك إلى: أ. د. ثروت عبد الحميد "مدى المسؤولية عن الخطأ في اكتشاف تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية" بحث مقدم في مؤتمر "الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بالعين" بالإمارات، المجلد الثالث، ص ١٠٨٢، عام ٢٠٠٢م.

حياة الأم أو صحتها، لمجرد أن الأم لا ترغب في هذا الجنين فيرخص لها في التخلص منه خلال فترة معينة ولو انعدمت لديها أسباب هذا القرار، وهذا لا يخلو من الإفراط الممقوت في منح الرخصة.

٢ – أنه يؤدي إلى حرمان المجتمع من حقه في التكاثر والتزايد البشري اللازم لبقاء النوع الإنساني دون مقتضى يحتم ذلك، وهذا حق جدير بالاحترام، لا ينبغي النيل منه بالترخيص للأم أو حتى للوالدين بالإنهاء الاختياري للحمل إلا لضرورة علاجية أو صحية للأم.

٣ – يتولد عن وجود مثل هذا القانون إهدار كل حق للزوج على هذا الجنين الذي يمثل علمياً قطعة منه (وقد أثبت العلم أن الحيوان المنوي هو عصارة كل جزء من أجزاء جسم الإنسان، ولذلك يجد مكثر الجماع وجعاً في جسمه كله وليس في بعضه فقط)، من خلال الترخيص للزوجة بقرار منفرد من جانبها في أن تتخلص من هذا الجنين دون اتفاق مسبق مع الزوج أو حتى استئذانه في ذلك، بل ولها أن تنفذ قرارها ولو على غير رغبة من زوجها. ولا شك أن هذا حكم جائر جوراً واضحاً، وتزداد حدة جوره وظلمه حينما تعمد الزوجة في كل حمل لها إلى إنهائه خلال المدة المسموح خلالها بالإنهاء الاختياري للحمل، فتحرم بذلك زوجها من حقه في أن يصير أباً رغم قدرته على السبب المؤدي إلى ذلك، وهذا له خطورته الكبيرة على الأزواج بل على المجتمع نفسه، إذا ما اتسعت دائرة استعمال الحوامل لهذه الرخصة(١).

كما أنه يتنافى مع مقتضى العقل والمنطق اللذين يوجبان إذا ما أريد الإنصاف في منح رخصة بشأن جنين تكون (من حيث السببية المؤدية إلى خلق الجنين) من نطفتي الزوجين – وهذا أصلاً ما لا نجيزه ولا نقبله لما ينطوي عليه من اعتداء صارخ على مخلوق من خلق الله – عز وجل – دون

(١) ولقد انتقد بعض الفقه الفرنسي هذه الرخصة الممنوحة للمرأة وحدها، وذلك على أساس أن الجنين كائن مشترك بين الرجل والمرأة، وليس للمرأة حق في الانفراد وحدها في تقرير مصيره دون الرجل.

عذر مبيح لمثل هذا الاعتداء – أن يكون لهما معاً قرار التخلص منه، ولا ينبغي أن يقصر على الزوجة وحدها، لإخلاله بمبدأ المساواة بين الزوجين في أمر يتصل بحياتهما المشتركة(١).

٤ – وأخيراً فإن هذا لا يسلم من مظاهر الاعتداء – دون ضرورة ملجئة – على حق الله – عز وجل – في كائن حي جعله الله بذرة للإنسان وبداية لوجوده، بل هو في الحقيقة إنسان مصغر ما يلبث مع مرور الوقت أن يكبر وينمو شيئاً فشيئاً فتتكامل أجزاؤه وأعضاؤه، أو هو إنسان بحكم المآل، وهذا المخلوق الإنساني لا ينبغي أن يرخص لأحد – ولو خلال الأسابيع الأثنى عشر الأولى من بداية حمله – ولو كانت أمه أو حتى والديه اللذين كانا سبباً في إيجاده ونشأته، فمثل هذه السببية التي شاء الله أن يجعلها بحوله وطوله السبب الظاهر في الإيجاد والخلق، لا تكسب الأم أو الأب أو كليهما حقاً في إنهاء حياة الجنين لمجرد عدم الرغبة في استقباله كجنين للتخلص من أعباء حمله وولادته بالنسبة للأم، أو من تبعات ما بعد الولادة على الأب والأم من إنفاق ورعاية – من وجهة نظر الغربيين(٢)، وصدق الله العظيم إذ يحاجج

---

(١) لأننا كمسلمين نؤمن يقينا أننا لا نرزق أنفسنا حتى نخشى رزق أولادنا، فالله هو الرزاق المتين، وسبحانه القائل جل في علاه: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُم مِّنْ إِمْلَٰقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ...﴾ (الآية رقم ١٥١ من سورة الأنعام)، وقوله تعالى ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا ۚ كُلٌّ فِي كِتَٰبٍ مُّبِينٍ﴾ (الآية رقم ٦ من سورة هود)، ويقول أيضاً ﴿وَكَأَيِّن مِّن دَآبَّةٍ لَّا تَحْمِلُ رِزْقَهَا ٱللَّهُ يَرْزُقُهَا وَإِيَّاكُمْ ۚ وَهُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ﴾ (الآية رقم ٦٠ من سورة العنكبوت).

(٢) وقد حاول أحد الأزواج في فرنسا مقاضاة أحد المستشفيات العامة التي أجريت لزوجته عملية الإجهاض وفقاً لنظام الإنهاء الاختياري للحمل المقرر للمرأة الحامل، على أساس أن المستشفى قد ارتكبت في حقه خطأ ألحق به ضرراً حينما أجرت عملية الإسقاط دون أن تكون حالة المريض الصحية تستدعي ذلك، لكن مجلس الدولة الفرنسي رفض دعواه على أساس أن إنهاء زوجته لحملها خلال المدة المسموح فيها بإجرائه أمر شخصي تقدره الزوجة بإرادتها المنفردة دون إبداء أسباب لذلك، وليس لإدارة المستشفى مناقشتها في اختيارها في هذا الخصوص. =

جميع خلقه ممن يدعون أن لهم حقاً على الأجنة منذ خلقها الله – عز وجل – قائلاً لهم: ﴿أَفَرَءَيْتُم مَّا تُمْنُونَ ﴿٥٨﴾ ءَأَنتُمْ تَخْلُقُونَهُۥٓ أَمْ نَحْنُ ٱلْخَٰلِقُونَ﴾(١).

خامساً – متى يرخص في الاعتداء على حق الجنين في الحياة:

يرخص فقهاء المسلمين القدامى منهم والمحدثون في إسقاط الجنين إنقاذاً لحياة أمه (متى ثبت طبياً أن بقاءه في بطن أمه مؤد إلى هلاكها) أو درءاً لخطر شديد محدق بصحتها (كما لو كانت الأم مريضة بمرض مزمن خطير يخشى معه على صحتها مع وجود الحمل، كأمراض الكلى المزمنة وأمراض القلب، وأكد الأطباء على خطورة الحمل على صحتها)، سواء أكان هذا الحمل في بداية تكوينه أم في مراحله الوسطى أم حتى بعد نفخ الروح فيه، وذلك على أساس أنه الفرع وأمه أصل له، ولا ينبغي أن يضحى بالأصل إبقاء على الفرع، بل العكس هو الصحيح، ومن ناحية أخرى فإن الأم سبب في وجود الجنين، ولا ينبغي أن يكون الجنين سبباً في هلاك من كان سبباً في وجوده، كما أن موت الجنين أخف ضرراً من موت الأم، لأن حياتها محققة، في حين أن تنعم الجنين بالحياة خارج الرحم أمر ظني، فقد يخرج حياً وقد يخرج ميتاً، ومن ثم تبقى حياته بعد خروجه من الرحم – حتى مع غلبة الظن في تحققها – أمراً ظنياً غير مؤكد، ولا يجوز التضحية بالمحقق حفاظاً وإبقاء على الظني المحتمل.

وفي ذلك المعنى يقول فضيلة الإمام الشيخ محمود شلتوت:"إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاءه بعد تحقق حياته هكذا (أي بعد نفخ الروح فيه) يؤدي لا محالة إلى موت الأم، فإن الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين، فإذا كان في بقائه موت للأم، وكان لا منقذ لها سوى إسقاطه،

= Conseil d'état français.31 oct. 1981. p:38. et-j-c.p-1981-11-p:1973.Conseil d'état français.31 oct. 1981. p:38. et-j-c.p-1981-11-p:1973.

مشار إليه لدى: أ. د. ثروت عبد الحميد – المرجع السابق – المجلد الثالث عن مؤتمر "الهندسة الوراثية بين الوراثة والقانون" سالف الذكر، هامش ٢، ص ١٠٩٦.

(١) الآيتان ٥٨، ٥٩ من سورة الواقعة.

كان إسقاطه في تلك الحالة متعيناً، ولا يضحى بها في سبيل إنقاذه، لأنها أصله، وقد استقرت حياتها، ولها حظ مستقل في الحياة، ولها حقوق وعليها واجبات، وهي بعد هذا عماد الأسرة وليس من المعقول أن نضحي بها في سبيل الحياة لجنين لم تستقل حياته، ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات"(١).

كما يقول في ذلك أيضاً فضيلة الإمام شيخ الأزهر الشريف سابقاً المرحوم الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: "إذا كان الحمل قد نفخت فيه الروح وصارت له ذاتية الإنسان وحقوقه الضرورية، صار من النفس التي حرم قتلها في صريح القرآن الكريم في آيات كثيرة، منها قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ﴾(٢)، وبهذا الاعتبار ومتى أخذ الجنين خصائص الإنسان صار نفساً من الأنفس التي حرم الله قتلها، حرم قتله بالإجهاض بأية وسيلة من الوسائل المؤدية إلى نزوله من بطن أمه قبل تمام دورته الرحمية؛ إلا إذا دعت ضرورة لهذا الإجهاض، كما إذا كانت المرأة عسرة الولادة وقرر الأطباء المختصون أن بقاء الحمل ضار بها(٣)، فعندئذ يباح

---

(١) الفتاوى للإمام الأكبر محمود شلتوت "دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة"، ص ٢٩٠، ط ١٨ عام ٢٠٠١م. دار الشروق.

(٢) الآية رقم ١٥١ من سورة الأنعام.

(٣) ولا ينبغي أن يفهم من عبارة "عسرة الولادة" الواردة في فتوى شيخ الأزهر أن مجرد احتمال تعرض الأم للولادة القيصرية يعد عذراً مرخصاً لإسقاط الجنين كما تصور البعض(حيث يقول الدكتور/ عبد الفتاح محمود أدريس في مؤلفه سالف الذكر في صفحة رقم ٦٨، ما هو نصه" ولست أتفق مع فضيلة الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق فيما مثل به من اعتبار عسر الولادة الطبيعية ضرورة تحتم الإجهاض وهو ولله الحمد من معاصري زماننا الذي ابتكرت فيه طريقة الولادة بفتح الرحم جراحياً "الولادة القيصرية" والتي يعتبرها بعض المتخصصين أيسر على الحامل وأحفظ على المولود من الولادة الطبيعية مما لا يعد معه مجال للقول بأن ثمة ولادة عسرة، ومن ثم فلا يعد عسر الولادة – إن كان متصورا في زماننا – حالة ضرورة أو حاجة تبيح الإجهاض أو توجبه)، ذلك أن مضمون الفتوى في مجمله لا يؤدي إلى مثل هذا الفهم وإن كان ظاهر العبارة المستعملة "عسر الولادة" يسانده، بل إن الذي يتفق مع =

الإجهاض بل إنه يصير واجباً حتما إذا كان يتوقف عليه حياة الأم عملاً بقاعدة يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف، وبعبارة أخرى إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما. ولهذه القاعدة أمثلة كثيرة أوردها الفقهاء، ولا شك أنه إذا دار الأمر بين موت الأم الحامل بسبب الحمل وبين موت هذا الحمل وإسقاطه، كان الأولى بقاء الأم لأنها الأصل، ولا يضحى بها في سبيل إنقاذ حياته، بل هو في الجملة كعضو من أعضائها، وقد أباح الفقهاء قطع العضو المتآكل أو المريض بمرض لا شفاء منه حماية لباقي الجسم"(١).

وتتجه معظم التشريعات الوضعية إلى إجازة إنهاء الحمل في أي مرحلة من مراحله متى كان الحمل مهدداً لحياة الأم بالزوال أو لصحتها بالضرر الجسيم(٢)، سواء بإيراد نصوص قانونية خاصة تقرر ذلك (مثال ذلك ما نصت

= فحوى الفتوى ومضمونها أن لفظ العسرة في الولادة لا يعني الظاهر منه لأول وهلة وهو الانتقال من الولادة الطبيعية إلى الولادة القيصرية – حسب اعتقادي – بل يقصد منه خطورة الحمل على حياة الأم وخطورة الولادة أيضاً ولو كانت ولادة طبيعية، كما لو كانت الأم مريضة بمرض خطير مزمن يخشى على حياتها – وفق رأي الأطباء الثقات – مع وجود الحمل والولادة، لا سيما وأن الإمام شيخ الأزهر لم يكن في عصر تشكل فيه الولادة القيصرية خطورة على حياة الأم – كما يقول صاحب الرأي منتقد الفتوى – وهذا يؤكد سلامة استنتاجنا لمراد الشيخ من فتواه، ثم على فرض أن الإمام قصد من العبارة المنتقدة حقيقة المستفاد من ظاهر لفظها وعبارتها، فما المانع من أن تكون عسرة الولادة خطراً على حياة الأم مما يرخص في إسقاط الحمل ولو كانت طبيعية، كما لو كانت الأم مريضة بمرض مزمن في القلب وأكد الأطباء خطورة الحمل والولادة عليها، وأن حياتها مهددة بالزوال إذا ما استمر حملها، أو جاءت آلام الوضع والولادة وتعذر تخديرها بسبب مرضها لما يؤدي إليه من هلاك محقق تجنباً لمخاطر هذه الولادة، ألا تكون هذه العسرة أو تلك الخطورة عندئذ عذراً مبيحاً للإجهاض، على أن يراعى أن الضرورة تقدر بقدرها. هذا والله أعلى وأعلم.

(١) انظر إلى الفتاوي الإسلامية، ج٩، ص ٢٠٩٩. وهذه الفتوى صادرة عن دار الإفتاء المصرية للشيخ جاد الحق علي جاد الحق في ١٩٨٠/١٢/٤م.

(٢) وإذا كان رأي غالبية الفقهاء أن مدلول صحة الأم في هذا المقام يقتصر على الصحة الجسدية دون الصحة النفسية درءا للتحاليل على حالات الإجهاض المرفق به، =

عليه المادة ٢٤ من نظام مزاولة المهنة – أي مهنة الطب – في المملكة العربية السعودية الصادر في١٤٠٩/٢/٢١هـ من أنه: "يحظر على الطبيب إجهاض امرأة حامل إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة إنقاذ حياتها، ومع ذلك يجوز الإجهاض إذا لم يكن الحمل قد أتم أربعة أشهر، وثبت بصورة أكيدة أن استمرار الحمل يهدد صحة الأم بضرر جسيم، ويتم إثبات هذا الأمر بقرار من لجنة طبية تشكل طبقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام"، وما نصت عليها المادة ١٦٢ من قانون الصحة الفرنسي، وقانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة في إنجلترا الصادر في عام ١٩٩، والمادة ٢١٤ من قانون العقوبات التونسي) أو من خلال إدراج ذلك في ظلال حالة الضرورة المنصوص عليها في التشريعات العقابية كسبب معف من العقاب (كنص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري)[١].

ولا يجوز في غير الحالتين السابقتين الترخيص بإجهاض الحمل، ومن ثم لا يجوز السماح بإسقاط الحمل بقصد التستر على الفاحشة، ذلك أن الرخص لا تناط بالمعاصي، وفي ذلك يقول الإمام القرافي: "فأما المعاصي فلا تكون أسباباً للرخص، ولذلك العاصي بسفره لا يقصر ولا يفطر، لأن سبب هذين السفر وهو في هذه الصورة معصية، فلا يناسب الرخصة، لأن ترتيب الترخيص على المعصية سعي في تكثير تلك المعصية بالتوسعة على المكلف بسببها"[٢]، كما أنه لا يخلو من الظلم لكائن مستقل لا ذنب له وهو الجنين بتحميله جريرة أمه،

= لا سيما مع مرونة وعدم انضباط مفهوم الصحة النفسية، إلا أن بعض التشريعات اتجهت صراحة إلى التسوية بين هذين النوعين من صحة الأم الحامل، بحيث يرفض أن يرخص في الإجهاض إذا كان الحمل مهدداً بخطر جسيم يقع بأي من الناحيتين الجسدية أو النفسية على السواء، مثال ذلك المادة ٢١٤ من قانون العقوبات التونسي، وقانون الخصوبة البشرية علم الأجنة في إنجلترا الصادر في عام ١٩٩٠م (انظر في ذلك إلى: د. منال مروان منجد – المرجع السابق – ص ١١٦، ١١٧).

(١) انظر في المعنى نفسه: د. منال مروان منجد – المرجع السابق – ص ١١٦–١١٨.

(٢) "الفروق" للإمام القرافي، ج٢، ص ٣٣.

وهذا ينافي قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[1]، كما أن ذلك لا يخلو من أثر سيئ في التشجيع على الفاحشة مادام رخص في الإجهاض الناشئ عنه للتستر على الجريمة[2]، وقد أقام رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الحد على الغامدية التي جاءته معترفة بالزنا وألزمها بالانتظار حتى تلد رعاية لحق الجنين في الحياة، ولم يبح إجهاض حملها بقصد التستر عليها.

ولا يتغير الحكم حتى وإن وقعت الفاحشة كرهاً عن المرأة (أي بطريق الاغتصاب) وذلك لما في الإجهاض في هذه الحالة أيضاً من اعتداء على كائن حي لا ذنب له، وإن كان من الفقهاء المحدثين من يرخص في الإسقاط في هذه الحالة معتبراً أن الاغتصاب عذر مبيح له، دفعاً للعار عن المرأة لا سيما وأنها مكرهة على الفاحشة، على أن تراعى في ذلك مظاهر التثبت من وجود حالة الاغتصاب، وبالتأكد من سلامة الأم عند إجهاضها، فضلاً عن إجرائه سريعاً قبل نفخ الروح في الجنين[3].

كما لا يرخص في الإجهاض أيضاً لمجرد احتمال إصابة الجنين بالإيدز (نقص المناعة البشرية) من أمه، على الرغم من مخاطر هذا المرض الخطير، وذلك لأنه ليس يقيناً أن ينتقل المرض إليه، فقد ينتقل وقد لا ينتقل، وهذا أمر ظني حتى وإن رجحت نسبة انتقاله، ولا ينبغي أن يضحى بالجنين لمجرد الظن، ومن ناحية أخرى حتى ولو فرضنا انتقال المرض إليه حتماً فإنه توجد مصلحة في الإبقاء عليه أملاً في علاجه، حيث يتوقع مع سرعة عجلة التطور والتقدم في

---

(١) الآية رقم ١٥من سورة الإسراء.

(٢) انظر في هذا المعنى على كل من: أ. د. عبد الفتاح محمود إدريس – المرجع السابق – ص ٣٧، ٣٨، د. مسفر ابن علي بن محمد القحطاني "إجهاض الجنين المشوه" بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الأول، ص ٣٥٦ وما بعدها.

(٣) انظر في ذلك إلى: "التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي" للمستشار عبد القادر عودة، ج١، ص ٤٧٣، طبعة رقم ١٤ عام ١٩٩٧م، مؤسسة الرسالة بيروت. لبنان.

مهنة الطب إيجاد علاج نافع له في المستقبل، لا سيما وأن الواقع يصدق ذلك الظن ويؤيده، فكم من أمراض كانت من غير المتصور وجود علاجات لها، ثم مَنَّ الله على العلماء بالاهتداء إلى الأدوية المعالجة لها(١)، وصدق رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حيث يقول: "تداووا فإن الله – عز وجل – لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء الهرم"(٢).

كما لا يجوز التذرع بتشوه الجنين كعذر مبيح لإسقاط الجنين، في أي مرحلة من مراحل الجنين، لأنه لا يرقى إلى مرتبة الضرورة التي ترخص في الاعتداء على حق الجنين في الحياة، هذا بالإضافة إلى أنه يمكن مع تقدم العلم وتطوره المتلاحق اكتشاف علاج لإصلاح بعض التشوهات، لا سيما وأنها عادة ما تكون من رحمة الله – تعالى – تشوهات بسيطة يسهل التأقلم معها، وليس ثمة خطورة من ورائها على الجنين المشوه بعد ولادته أو على أحد الأفراد المحيطين به(٣)، وإن كان من الفقهاء من يرى جواز إسقاط الجنين المشوه متى ثبت يقيناً وجود هذا التشوه وكان تشوهاً خطيراً لا بسيطاً، وكان الإسقاط قبل نفخ الروح في الجنين(٤).

---

(١) انظر في ذلك إلى: أ. د. عبد الفتاح إدريس، ص ٥٤، ٥٥، د. مسفر القحطاني – المرجع السابق – ص ٣٦٩، ٣٧٠.

(٢) سنن الترمذي، ج٤، رقم الحديث ٢٠٣٨، ص ٣٣٥، ٣٣٦، سنن أبي داود، المجلد الثاني، ج٤، رقم الحديث ٣٨٥٥، ص ٣ وسنن ابن ماجة، ج٢، رقم الحديث ٣٤٣٦، ص ١١٣٧.

(٣) انظر في المعنى نفسه: د. مصباح المتولي السيد حماد "حكم الإجهاض وما يثار حوله من أقوال بعض المعاصرين" دراسة فقهية مقارنة، ص ٢٩٤، الطبعة الأولى عام ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م، أ. د. عبد الفتاح إدريس – المرجع السابق ص ٥٨، ٥٩.

(٤) انظر في ذلك إلى: أ. د. يوسف القرضاوي "فتاوى معاصرة" ج٢، ص ٥٤٨، طعام ١٤٢١هـ – ٢٠٠١م، دار القلم للنشر والتوزيع بالكويت وبالقاهرة، أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد "الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة" ص ٢٣، "حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية"، ص ٤٩١، د. مسفر القحطاني – المرجع السابق – ص ٣٦٥، ٣٦٦.

ولا يصلح عذراً مبيحاً لإسقاط الجنين مجرد الرغبة في تحديد النسل أو الخوف على الرضيع من زوال لبن الرضاعة أو نقصانه أو ضعف قيمته الغذائية بسبب الحمل، وذلك لأن السبب الأول يصلح عذراً للعزل لمنع حدوث الحمل، لا لوأده وقتله بعد حدوثه، ولذا جاء قرار مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة مقرراً لذلك المعنى: "إن الإجهاض بقصد تحديد النسل أو استعمال الوسائل التي تؤدي إلى العقم لهذا الغرض أمر لا يجوز ممارسته شرعا للزوجين أو غيرهم"(١)، كما أن الخوف على الرضيع من الحمل الجديد (والذي كان يدعو بعض العلماء قديما إلى اعتباره عذراً مبيحاً لإجهاض الجنين قبل نفخ الروح فيه(٢)بحيث يخشى معه على الرضيع من الهلاك أو الضياع) لم يعد قائماً الآن في العصر الحديث، لا سيما بعد تنوع البدائل الصناعية من منتجات الألبان، مع كفاءتها وقدرتها في نفس الوقت في الحفاظ على حياة الرضيع ونموه نمواً طبيعياً خال إلى حد ما من مخاطر جسيمة محققة قد تحيق بالجنين من جرائها.

وأخيراً لا يرخص مطلقاً بأي حال من الأحوال في الإجهاض بسبب الفقر، لأن أحدا لا يرزق أحدا إنما الله هو الرزاق ذو القوة المتين، الذي يرزق كل أحد، وقد حرم الله – عز وجل – قتل الوالد لولده (ذكراً كان أو أنثى) مخافة الرزق، فقال عز من قائل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُم مِّنْ إِمْلَٰقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ ۖ﴾(٣)، وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ

(١) مشار إليه لدى د/ مسفر القحطاني – المرجع السابق – ص ٣٥٦.

(٢) فقد رخص بعض علماء الأحناف في جواز إجهاض الحمل قبل نفخ الروح فيه حتى لا ينقطع لبن المرضع وليس لأبي الطفل المرضع ما يستأجر به ظئرا ترضعه وخاف عليه من الهلاك (حاشية ابن عابدين ج١، ص ٢٠١، ج٥، ص ٢٧٦، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ، طبعة دار الفكر بيروت. لبنان. ولعل لهذه الفتوى مبررها وقت صدورها حيث لم تكن آنذاك بدائل صناعية من منتجات الألبان المعروفة حاليا، وأعتقد أنه لو وجد صاحب الفتوى في عصرنا ما رخص في الإسقاط بسبب الخوف على الرضيع، وقد زال هذا الخوف بسبب وجود منتجات الألبان أو على الأقل تضاءل حجمه وتوارى بصورة تنأى عن أن يكون عذراً مبيحاً للإسقاط.

(٣) الآية رقم ١٥١ من سورة الأنعام.

إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾[1]، كما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: سألت النبي – صلى الله عليه وسلم – أي الذنب أعظم عند الله؟ قال: "أن تجعل لله نداً وهو خلقك"، قلت: إن ذلك لعظيم، قلت ثم أي؟ قال: "ثم إن تقتل ولدك تخاف أن يطعم معك" قلت ثم أي. قال: "ثم أن تزاني بحليلة جارك"[2].

(١) الآية رقم ٣١ من سورة الإسراء.

(٢) رواه البخاري في صحيحه وأحمد في مسنده، انظر إلى "فتح الباري شرح صحيح البخاري" لابن حجر العسقلاني، ج١٣، رقم الحديث ٧٥٢٠، ص ٤٩١، ومسند الإمام أحمد بن حنبل، ج١، ص ٣٨٠، ٤٣١، ٤٣٤، ٤٦٤.

المبحث الثاني
حق الجنين في النمو بصورة طبيعية وسليمة داخل الرحم

لا جرم أنه مما يتكامل مع حق الجنين في الحياة – والذي سبق عرضه آنفاً – أن يعترف لهذا الجنين بحقه في النمو داخل الرحم ليتابع أطواره ومراحله بصورة طبيعية وبشكل آمن، ولبلوغ تلك الغاية فإنه من اللازم فرض التزامات إيجابية وسلبية لإيجاد الأجواء الملائمة لسلامة الجنين خلال مراحل نموه المختلفة إلى أن يخرج من الرحم بشراً سوياً.

ذلك أن الجنين خلق مصون من خلق الله – عز وجل – لا يحل المساس به أو الاعتداء على حقه في الحياة أو حقه في النمو داخل الرحم (سواء أكان موجوداً بالرحم ابتداء كما هو الحال في التلقيح المباشر أو الطبيعي، وفي التلقيح الصناعي الداخلي، أم وجد فيه انتهاء بعد تمام تلقيحه خارج الرحم كما هو الحال في التلقيح الصناعي الخارجي أو ما يسمى بجنين الأنابيب) إلا لضرورة ملحة لإنقاذ حياة الأم أو صحتها (على أن تقدر الضرورة بقدرها)، كما أنه أمانة الله – عز وجل – لوالديه أودعها في رحم أمه وعهد إليهما بحسن رعايته والعناية به من خلال توفير كافة صور الأجواء الصحية والنفسية اللازمة لنموه نمواً صحياً آمناً خالياً من مظاهر الإفساد أو الإعاقة التي تنال من سلامة هذا النمو، وأوجب عليهما وعلى غيرهما عدم إتيان أي تصرف إيجابي أو سلبي يضر بالجنين في نموه أو يعوقه في تكوينه داخل الرحم أو خارجه كالطبيب وغيره ممن قد تتاح لهم فرص الاحتكاك بالجنين بشكل مباشر[١] أو غير مباشر[٢].

---

(١) لقد أتاح التقدم العلمي المذهل في مجال الطب فرصة الاحتكاك المباشر بالجنين من خلال وسائل فحص الأجنة للكشف عن التشوهات الجنينية أو التشوهات الخلقية (بكسر الخاء وسكون اللام)، كفحص الجنين عن طريق الفحص بالموجات فوق الصوتية، أو عن طريق تحليل السائل الأمنيوسي أو فحص عينة من المشيمة وما قد يحف هذا الاحتكاك من مخاطر قد تضر بالجنين أو تعوق نموه بصورة صحيحة وآمنة، ومسؤولية المتسبب عن هذه الأضرار التي أصابت الجنين لتعويض والدي الجنين، بل وتعويض الجنين أيضاً لجبر الأضرار التي حدثت له.

(٢) فقد يحدث أن يضار الجنين بصورة غير مباشرة على إثر الإضرار بالأم الحامل، =

المطلب الأول
الالتزام بفحص الجنين بشكل دوري للتأكد من صحته وسلامة نموه

لا جرم أنه إذا كانت جميع أعضاء الجنين تعمل بصورة جيدة، فإن هذا يدل على أن الجنين ينمو داخل الرحم نمواً طبيعياً، في حين أنه إذا كانت تحركات الجنين داخل الرحم مقيدة أو قليلة – ويحدث هذا في حالات نادرة إذا كانت كمية السائل الأمنيوسي المحيطة بالجنين(١) أقل من الكمية الطبيعية –

= سواء وقع الإضرار عليها من قبل الطبيب المعالج لها أو من قبل زوجها أو من قبل أي شخص آخر ارتكب في مواجهة الأم الحامل سلوكاً غير مشروع أضرَّ بها، ثم ارتد أثره على الجنين فأضر ببنائه الجسدي أو النفسي، متى كان هذا الضرر محقق الوقوع وكان نتيجة طبيعية للسلوك غير المشروع الصادر عن شخص المسؤول، سواء أكان هذا السلوك غير المشروع يصدق عليه وصف الخطأ العقدي فانعقدت بسببه المسؤولية العقدية أم كان خطأ تقصيرياً – لكونه منبت الصلة عن العقد أو لانعدام وجود العقد الصحيح بين المسؤول والمضرر – فانعقدت على إثره المسؤولية التقصيرية.

فمثلاً إذا أعطى الطبيب المعالج للأم الحامل دواء Thalidomide (وهو دواء يستعمل لعلاج القيء) خطأ فيما بين الأسبوع الخامس والأسبوع التاسع من بداية الحمل، فأصيب الجنين على إثر ذلك بتشوه خلقي، كان هذا الطبيب مسؤولاً مسؤولية عقدية عن هذا التشوه، وصار ملتزماً بتعويض الوالدين عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بهما من جراء ذلك، ذلك أنه من الناحية العلمية يوجد احتمال كبير عند إعطاء الأم مثل هذا الدواء خلال هذه الفترة الزمنية من الحمل أن يصاب الجنين بتشوه خلقي، كأن يكون له كفان من غير ذراعين أو قدمان من غير ساقين، وقد يصاب بانشطار العمود الفقري، أي عدم اكتمال نموه (انظر في ذلك إلى كتاب طبي بعنوان "كيف أتأكد من صحة جنيني" تأليف لاكلان دي كرسبني، وراندا دريدج، ترجمه بتصرف د. أحمد بن محمد مكي الكردي، ص ٢٠، الطبعة الأولى عام ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض. السعودية).

(١) ومما تجدر الإشارة إليه أنه في الأسبوع الثامن أو التاسع تبدأ كليتا الجنين في إنتاج السائل الأمنيوسي، ثم يقوم الجنين بابتلاعه وامتصاصه من خلال الأمعاء الدقيقة ثم تكريره من خلال الكليتين وتفريغه من خلال المثانة مشكلاً بذلك دورة مائية تتغير =

فإنه قد يؤثر بصورة كبيرة في نمو عضلات الجنين(١).

ويمكن للطبيب المعالج التعرف على الحالة الصحية للجنين للتأكد من سلامته وعدم وجود أي تشوهات خلقية أو أمراض وراثية به عن طريق إحدى هذه الوسائل الآتية:

أولاً- الفحص بجهاز الأشعة الصوتية: بداية ينبغي التنويه إلى استقرار رأي الأطباء على أن أفضل وقت لفحص المرأة الحامل بجهاز الأشعة الصوتية يكون في الأسبوع الثامن عشر، حيث يسهل ذلك على الطبيب مهمته في تحقيق الأهداف المرجوة من هذا الفحص، والتي تتمثل في الآتي(٢):

١ - **تحديد عمر الجنين ومعرفة تاريخ ولادته:** وتتجلى أهمية هذا الأمر إذا تعذر على الحامل معرفة تاريخ آخر دورة شهرية لها، حيث يعتمد الطبيب المعالج على معرفة هذا العمر للتغلب على كثير من مشاكل وتعقيدات الحمل والولادة.

٢ - **معرفة عدد الأجنة داخل الرحم:** الأمر الذي يسهم في تجنب ما كان يحدث قديما من مخاطر لهذه الأجنة بسبب الاكتشاف المتأخر لها عند الولادة.

٣ - **تحديد موقع المشيمة:** ذلك أنه إذا وجدت المشيمة أسفل الرحم قد يحدث ذلك نزيفاً في أواخر الحمل مما يتطلب لتفاديه إخضاع الحامل للملاحظة والعلاج على إثر ذلك.

٤ - **اكتشاف التشوهات الخلقية للجنين(٣):** على أن يراعي أن جهاز الأشعة

= تغيراً كاملاً مرة كل أربع وعشرين ساعة، وتبلغ كمية هذا السائل في الأسبوع السادس حوالي ملي لتراً واحداً، ثم تزداد في الأسبوع العاشر لتصل إلى أربعة وثلاثين ملي لترا، وتزداد في الأسبوع السادس عشر إلى مائتين ملي لتر (د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٩).

(١) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٩.

(٢) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٣٦ وما بعدها.

(٣) ولقد أثبت الأبحاث والدراسات العلمية أن التشوهات الخلقية في الأجنة ترجع إلى =

الصوتية لا يكشف إلا التشوهات الخلقية التي تظهر من مجرد مطالعة المظاهر الخارجية لأعضاء الجنين، ولذلك نجد أن هذا الجهاز يوضح مثلاً أن تركيبات مخ الجنين تبدو طبيعية، لكن لا يستطيع معرفة ما به من قصور ذهني، هذا بالإضافة إلى أن وضع الجنين في اتجاه معين يساعد أو يعيق في اكتشاف التشوهات الخلقية، فمثلاً إذا كان الجنين متجهاً إلى بطن أمه يمكن معرفة ما يعانيه الجنين من تشوهات خلقية في القلب أو معاناته من الشفاة المشقوقة أو المتفلجة، في حين يتعذر اكتشاف ذلك إذا كان الجنين متجهاً إلى ظهر أمه.

ثانياً – فحص السائل الأمنيوسي: يجري هذا الفحص فيما بين الأسبوع الخامس عشر والسابع عشر من خلال تمرير إبرة عبر جلد بطن الحامل وجدار الرحم ليسحب عينة من الكيس الذي يحتوي على السائل الأمنيوسي، ويستعان بجهاز الأشعة الصوتية لتفادي مخاطر إدخال الإبرة بشكل غير صحيح أو بطريقة غير دقيقة، ويستعمل هذا النوع من الفحص عن تشوهات الكروموزمات لدى الجنين، ومدى إصابته بانشطار العمود الفقري(١).

ويستطيع الطبيب المعالج معرفة الحالة الصحية للجنين من خلال عينة السائل الأمنيوسي، لأن هذا السائل يحتوي على خلايا الجنين التي تسقط من جلده، كما أنه يحتوي على بعض الأغشية المخاطية الموجودة بالممرات الهوائية، وعلى الرغم من أن معظم الخلايا الموجودة بهذا السائل تكون ميتة، إلا أن بعضها يكون حياً فيسمح ذلك بزراعتها في المختبرات لمعرفة عدد الكروموزمات (الصبغات الوراثية) ومعرفة أعداد كبيرة من الأمراض الوراثية، كما توجد بهذا

= وجود كرموزمات غير طبيعية في تلك الأجنة المشوهة سواء أكان ذلك راجعاً إلى خلل في عدد هذه الكروزومات أم في شكلها، أم كان ذلك راجعاً إلى وجود جينات غير طبيعية بهذه الأجنة نتيجة تأثير بعض الأدوية أو التعرض للإشعاعات أو حدثت التشوهات بسبب إصابة الأم الحامل بالحصبة الألمانية أو بسبب سوء التغذية أو نقص الفيتامينات.

(١) د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص١٧٣–١٧٧.

السائل أنواع عديدة من البروتينات والأملاح والهرمونات، وبالتالي يمكن معرفة بعض التشوهات الخلقية للجنين إذا تم معرفة مستوى هذه البروتينات(١).

ثالثاً – فحص عينة من المشيمة: يلجأ الأطباء إلى هذا النوع من الفحص للتثبت من عدم وجود بعض الأمراض الوراثية أو بعض التشوهات الخلقية، والتي لا يمكن ظهورها على الجنين فيسهل كشفها عن طريق جهاز الأشعة الصوتية مثلاً إلا في أطوار متقدمة من الحمل أو بعد الولادة، ويتم هذا الفحص بأخذ عينة من نسيج المشيمة لتحليل الصبغات الوراثية حتى يمكن الكشف مبكراً عن التشوهات الخلقية التي تصيب الجهاز العصبي كتشوهات المخ والعمود الفقري، ومعرفة مدى إصابة الجنين بملازمة دوان (المنغولية) أو أي أمراض وراثية أخرى، وذلك نظراً لأن أنسجة المشيمة تحتوي على خلايا الجنين(٢).

ويتم أخذ عينة من المشيمة إما عن طريق تمديد إبرة عبر عنق الرحم وصولاً إلى المشيمة أو عبر جلد جدار البطن وعبر الرحم وصولاً إلى المشيمة، أو عبر عنق الرحم وعبر جدار الرحم حتى تصل إلى المشيمة، وهذه الطريقة الأخيرة يشيع استعمالها لأنها أقل خطورة من الطريقتين السابقتين(٣)، ويفضل إجراء ذلك في الفترة ما بين الأسبوع التاسع والحادي عشر من الحمل(٤).

---

(١) د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص ٢٩–٣١.

(٢) انظر في ذلك إلى: د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص ٢٢.

(٣) د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص ٢٠٥–٢٠٧.

(٤) ويمكن فحص عينة من المشيمة في أي مرحلة من مراحل الحمل منذ الأسبوع السادس من بدء الحمل، لكن المشيمة تنتشر في هذه الفترة بشكل رقيق حول كامل كيس الحمل الآخذ في النمو، مما يزيد من صعوبة الفحص وربما يزيد من خطورته، في حين أنه بدءا من الأسبوع التاسع تزداد سماكة المشيمة في إحدى المناطق ويسهل على الطبيب معرفة موقع المنطقة التي تشكلت من المشيمة بالكامل (د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص٢٠٣).

وتوجد إلى جانب الوسائل الرئيسية الثلاثة سالفة الذكر للكشف عن تشوهات الأجنة، وسائل أخرى ثانوية تستعمل لفحص هذه الأجنة بحثاً عن بعض تشوهاتها مثل الأشعة السينية X-RAYS (والتي تستعمل للكشف عن التشوهات في الهيكل العظمي للجنين، والنظر إلى وضعه داخل الرحم، ومعرفة عدد الأجنة في حالة تعددها، فضلاً عن فحص حوض الحامل، وأخيراً تستعمل للكشف عن بعض الأمراض التي تصيب الأم أثناء الحمل(١)، ومثل التصوير بالرنين المغناطيسي (حيث يتم وضع المريض في مجال مغناطيسي كبير، ثم يدار هذا المجال ويتم قياس الطاقة التي تطلقها جزيئات الجسم عند إيقاف الجهاز)، وهو أسلوب آمن للفحص لأنه لا يشتمل على أي إشعاع لكن يقل استعماله لارتفاع تكاليف إجرائه نظراً لكونه جهازاً باهظ الثمن، ويمتاز عن الأشعة الصوتية بأنه يبين وظائف الأنسجة وهذا أمر لا توضحه هذه الأشعة(٢)، وأخيراً قد يتم الكشف عن هذه التشوهات عن طريق فحص عينة من دم الجنين (ويتم ذلك عن طريق تمرير إبرة عبر جلد الحامل والرحم حتى الوصول إلى الأوعية الدموية للجنين، وتؤخذ العينة من الحبل السري للجنين، ويتم اللجوء إلى هذا الفحص عند الحمل المعرض للخطر، كما لو كان بعد سن الخامسة والثلاثين، وعند اكتشاف تشوه خلقي بالجنين بعد فحصه بالأشعة الصوتية، وعند تعرض الجنين لخطر الإصابة ببعض الأمراض مثل بعض حالات فقر الدم، وعند حالات العدوى التي تصيب المريض مثل داء المقوسات، وعند وجود نقص شديد في نمو الجنين بسبب وجود تشوه خفي في الكروموزات أوعند الزيادة أو النقص الشديد في كمية السائل الأمنيوس ويمكن إجراء هذا الفحص بعد الأسبوع السادس من الحمل في أي مرحلة من مراحل الجنين(٣).

---

(١) ومما تجدر ملاحظته أنه ينبغي عند استعمال هذه الأشعة ضرورة أن تكون جرعات الإشعاع مخفضة جداً، نظراً لأن استعمال جرعات عالية من هذه الأشعة، قد يؤدي إلى إصابة الجنين بالتشوهات أو بالسرطان د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص ٢٦٥.

(٢) د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص٢٦٦، ٢٦٧.

(٣) د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١.

المطلب الثاني
طرق علاج تشوهات الجنين

لقد بذل العلماء محاولات عديدة – ولا تزال محاولاتهم مستمرة – في سبيل اكتشاف العديد من التشوهات الخلقية للأجنة ومعرفة أسبابها، وسعوا بكل طاقتهم لإيجاد الطرق الملائمة لعلاج مثل هذه التشوهات أو على الأقل الحد من تفاقم آثارها خلال فترة وجودها داخل الأرحام.

ولعل من أبرز طرق العلاج المباشر لبعض التشوهات الخلقية للأجنة إعطاء الأم أدوية تمر عبر المشيمة إلى الجنين، وقد استعملت هذه الطريقة على مدى سنوات طويلة للمساعدة في نضج رئتي الجنين الخديج قبل ولادته، ذلك أنه حينما تعطى الأم مادة الكرتيزون، فإن هذه العقاقير تمر عبر المشيمة، على نحو يؤدي إلى إفراز السائل الذي يغلف الفجوات الهوائية في الرئتين ويحول دون انطباقهما بعد الولادة، هذا بالإضافة إلى أنه إذا كانت ضربات قلب الجنين غير منتظمة فإنه يمكن علاج هذه المشكلة عن طريق إعطاء الأم الأدوية اللازمة للعمل على تنظيم هذه الضربات(١).

كما قد يلجأ إلى وسيلة نقل الدم، وذلك إذا لم يكن ثمة توافق في الزمر الدموية بين الجنين وأمه، والذي قد يؤدي – إذا لم يتم علاجه عن طريق نقل الدم – إلى انحلال الكرات الحمراء في دم الجنين، وهذا يؤدي إلى إصابة الجنين بفقر الدم وتورم أنسجة جسمه على إثر تجمع السوائل، الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى موته، حيث يتم حقن الدم في الجنين فيمنع حدوث هذه النتائج المأساوية ويسمح بولادة طفل طبيعي وبحالة صحية جيدة، سواء جرى هذا الحقن في بطن الجنين مباشرة حتى يسهل امتصاصه ببطء في دورته الدموية أو في أحد الأوعية الدموية للجنين عن طريق الحبل السري(٢).

كما أن من طرق علاج الأجنة اللجوء إلى العمليات الجراحية لها، وهذا

---

(١) د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص٢٧٥، ٢٧٦.

(٢) د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص ٢٧٥، ٢٧٦.

يقتضي شق بطن الأم وفتح الرحم وإخراج الجنين جزئياً من الرحم لإجراء الجراحة اللازمة له، وقد لجأت كثير من المراكز الطبية في العالم إلى مثل هذه الطريقة لإصلاح الفتق في الحجاب الحاجز للجنين(١).

وقد يجري علاج التشوهات الخلقية للأجنة عن طريق الهندسة الوراثية، أو ما تسمى بتكنولوجيا تطوير الجينات(٢)، والتي تسمح بحذف أو تعديل أو

---

(١) د. أحمد الكردي – المرجع السابق – ص ٢٧٧، وقد ثبت في إحدى الحالات وجود انسداد بولي لدى أحد الأجنة بسبب نقص السائل الأمنيوسي – والذي يتكون أصلاً من بول الجنين، والذي يجري تكريره من خلال الكليتين وتفريغه عن طريق المثانة، مشكلاً دورة مائية تتغير كل أربع وعشرين ساعة مرة – مدة – مما أدى إلى عدم قدرة الجنين على إخراج البول، فتم إخراج الجنين جزئياً وأجريت له عملية جراحية ناجحة أعيد خلالها تشغيل حالبيه ثم أعيد الجنين إلى مكانه، فواصل نموه إلى أن تمت ولادته بعملية قيصرية، لكن مات بعد ولادته بتسع ساعات بسبب أن كليتيه قد أصيبتا إصابات بالغة من تراكم البول قبل إجراء العملية الجراحية، مما أدى إلى وفاته وقد حدثت هذه الحالة بجامعة كاليفورنيا بسان فرانسيسكو.
كما حدثت حالة أخرى بجامعة كلورادو الأمريكية حيث أظهر فحص الأم الحامل بالأشعة الصوتية معاناة الجنين من استسقاء بالمخ من خلال ظهور رأسه ككرة قدم منتفخة، الأمر الذي يهدده بالتخلف العقلي فيضحى نزيل المستشفيات العلاجية مدى حياته، ولعلاج هذه الحالة فقد تم إدخال أنبوبة شبيهة بالمكرونة الأسباجيتي ذات صمام ذي اتجاه واحد من خلال إبرة ملفوفة إلى جمجمة الجنين لتكون ممراً لخروج السائل الضاغط على المخ إلى السائل الأمنيوسي المحيط بالجنين، وقد تم إدخالها إلى الأم عن طريق البطن ثم إلى الجنين بالاستعانة بحاسة اللمس والموجات فوق الصوتية من قبل الجراحين، ونجحت العملية وعاش الجنين إلى أن تمت ولادته بطريقة طبيعية (انظر عرض الحالتين السابقتين لدى د. منى فريد عبد الرحمن "تجارب على الجنين" ص ٦٦، طبعة عام ١٩٩٢م، المكتبة الأكاديمية).

(٢) ومما تجدر الإشارة إليه أن الهندسة الوراثية تعني بمعرفة طبيعة الجينات المسؤولة عن نقل الصفات أو الأمراض الوراثية في جميع الكائنات الحية، الأمر الذي يساعد على فتح آفاق جديدة للاستفادة من تلك المعلومات في المجالات، فعلى سبيل المثال يمكن في المجال الإنساني من خلال فحص الجينات الإحاطة بكافة الجوانب عن حياة الإنسان ليس فقط على المستوى العضوي، بل حتى على المستوى العاطفي (انظر =

تحسين بعض الصفات الوراثية، الأمر الذي يساعد على إمكانية استخدام هذه الهندسة الوراثية لعلاج بعض التشوهات الخلقية والأمراض الوراثية التي تصيب الجنين(١)، حيث تم فعلاً في نهاية القرن الماضي معالجة بعض الأجنة عن طريق استنساخ أو زرع بعض الجينات المعالجة للمرض نفسه، ثم يجري إدخال الجينات إلى الخلية المطلوبة ثم تعاد إلى الجنين مرة ثانية(٢)، فمثلاً حينما يكون المرض الوراثي بخلايا كبد الجنين، فإنه يتم علاج هذه الخلايا عن طريق أخذ بعض الخلايا من كبد الأجنة المجهضة، وتتم زراعتها مرة ثانية في الأجنة قبل ولادتها، لتتجه هذه الخلايا مباشرة إلى الكبد وتعمل على تصنيع البروتين اللازم، فتغطى بذلك المرض الوراثي الموجود في الكبد(٣).

المطلب الثالث

المسؤولية المدنية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين أو عند علاج هذه التشوهات

لا غرو أن تنعقد مسؤولية الطبيب المعالج أو معامل التحليل عن الخطأ في التشخيص الذي يكشف عن وجود تشوهات خلقية بالجنين أو أمراض وراثية(٤)،

= في ذلك إلى الأخ الفاضل الدكتور أشرف توفيق شمس الدين "الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية" بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية والقانون سالف الذكر، المجلد الثالث، ص ١٠٩٩).

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. نزيه الصادق المهدي "المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون"، المجلد الثالث، ص ٩٨٩، ٩٩٠.

(٢) انظر في هذا المعنى إلى: المستشار علي أحمد الندي "الهندسة الوراثية وتطبيقاتها" بحث مقدم مؤتمر الهندسة الوراثية سالف الذكر، المجلد الأول، ص ١٩٢.

(٣) انظر في هذا المعنى: أ. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد "المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية" دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، ص ١٤، مطبعة حمادة الحديثة بقويسنا، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة.

(٤) لمزيد من البيان والتفصيل حول هذا الموضوع يمكن الرجوع إلى البحوث التالية: =

لما ينطوي عليه من إخلال واضح بالتزامه بإعلام الوالدين وتبصيرهم بظروف الحمل وما يكتنفه من تشوهات خلقية أو أمراض وراثية، هذا فضلاً عن كونه مؤديا إلى حرمانهما من ممارسة الرخصة المقررة قانوناً للإنهاء الاختياري للحمل خلال المدة المقررة قانونا لإجرائه خلالها (هذا في الدول التي تسمح بمثل هذه الرخصة كما هو الحال في فرنسا[١]، وحرمانهما من فرصة معالجة مثل هذه التشوهات الخلقية أو الأمراض الوراثية بالطرق المعروفة في هذا الشأن[٢]، الأمر الذي يؤدي إلى انعقاد المسؤولية المدنية (عقدية كانت أم تقصيرية حسب توافر شروط كل منها) في حقه لتعويض الوالدين عن الأضرار التي لحقت بهما من جراء هذه التشوهات أو الأمراض التي أصابت الجنين داخل الرحم، فضلاً عن حق الطفل المعاق في التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء الإعاقة التي حدثت له من جراء هذه التشوهات الخلقية أو الأمراض الوراثية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف فرساي بفرنسا بمسؤولية الطبيب المعالج عن الخطأ في التشخيص حيث لم يؤد موجبات التزامه بتبصير الوالدين بالمخاطر المحتملة للتشوهات الخلقية للجنين، مما أدى إلى حرمانهما من إجراء الإجهاض العلاجي خلال المدة المقررة له قانوناً، الأمر الذي يجعل لهما الحق في التعويض عن فقد فرصة توقي إنجاب طفل معاق، بيد أن المحكمة رفضت الاعتراف بحق الطفل في التعويض عن ولادته معاقاً، على أساس أن السبب في

= أ. د. ثروت عبد الحميد "مدى المسؤولية عن الخطأ في اكتشاف تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية" بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية سالف الذكر، المجلد الثالث، ص ١٠٨١ وما بعدها.

– أ. د. رضا عبد الحليم – المرجع السابق – ص ٤٣ وما بعدها.

– أ. د. أسامة أبو الحسن مجاهد "تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً"، ص ١٩ وما بعدها، طبعة عام ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية بالقاهرة.

(١) انظر إلى هذه الرخصة والقانون المنظم لها في موضعها من هذا البحث.

(٢) انظر إلى صور علاج هذه التشوهات الخلقية والأمراض الوراثية في موضعها من هذا البحث.

إعاقته لا يرجع إلى خطأ الطبيب إنما يرجع إلى الخلل في الكروموزمات وهو سبب داخلي بين الطفل وأمه(١).

وذهبت إحدى المحاكم الفرنسية إلى أن حرمان الأبوين من فرصة توقي إنجاب طفل مشوه، يعد ضرراً يمكن تعويضهما عنه، متى وجدت العلاقة المباشرة بين هذا الضرر وخطأ كل من الطبيب المعالج ومعمل التحليل(٢).

وعلى الرغم من رفض المحاكم الفرنسية في كثير من أحكامها تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً، على أساس أنه ليس من حقه أن يتضرر من ميلاده ولو كان معاقا، والقول بغير ذلك يسمح بأن ينشأ للطفل حق في عدم الميلاد Droit de ne pas naître، هذا بالإضافة إلى أن الإعاقة التي تلحق بالطفل ترجع إلى أسباب داخلية أو خارجية مردها إلى علاقته بوالديه، الأمر الذي ينفي علاقة السببية بين إعاقته وأخطاء الأطباء أو معامل التحليل، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قضت في أحد أحكامها بحق الطفل المصاب بتشوهات خلقية جسيمة في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، على أساس أن الطبيب المعالج أخطأ حينما لم يصف للأم عند الفحص السابق على الزواج مصل الحصبة الألمانية على الرغم من لزومه، مما أدى إلى إصابة الأم بفيروس هذه الحصبة ثم انتقلت إلى جنينها أثناء حمله، مما فوت على الطفل فرصة تجنب معاناة نتائج الحصبة الألمانية التي أصابته من خلال أمه، ومن ثم توافرت في هذه الحالة علاقة السببية بين خطأ الطبيب وفوات فرصة الطفل في تجنب نتائج هذه الحصبة(٣).

ويفرض التساؤل نفسه حول مدى حق الطفل في الرجوع على والديه بالتعويض إذا اتخذا قرار إنجابه رغم تبصير الطبيب لهما بالمخاطر المتوقعة لأى حمل منهما، وأنه سوف يثمر طفلاً معاقاً. ذهب البعض إلى عدم جواز مساءلة

(١) cour d'appel de verssai 8 juillet 1993-D-1995;som p:98.

(٢) cour d'appel de paris 17 decembre 1993-D-1995;som p:99.

(٣) Cass.civ la première chambre 16 juillet 1991-j.c.p-1992-11-21947.

الوالدين مدنياً عن ذلك؛ لما فيه من تعد على حقهما في الإنجاب، هذا فضلاً عن أن تقدير مسؤولية الوالدين عن إنجاب طفل معاق سيؤدي إلى نتائج غير مقبولة، منها أنه سيجعل إجهاض الجنين على عاتق والديه أو على عاتق أمه التزاماً وليس مجرد رخصة مقررة للأم تنفرد باتخاذ القرار بشأنها أو بالاتفاق مع الأب، كما يؤدي إلى التمييز بين الوالدين الأصحاء والوالدين المرضى، كما أن من شأنه أن يحرم الطفل من حنان والديه ورعايتهما، خاصة وأنه لظروف إعاقته يكون أحوج إلى الحنان والرعاية والحب من والديه أكثر من حاجته إلى مالهما الذى يحصله منهما في صورة التعويض[١] في حين يرى البعض الآخر – وبحق – ضرورة تقرير مسؤولية الوالدين تجاه الطفل المعاق، إذا ثبت تقصيرهما أو إخلالهما بالالتزامات الطبية التي توجب إجراء بعض الفحوص الدورية على الجنين ومتابعة ظروفه الصحية خلال فترة حمله، مما أدى إلى إصابته بإعاقة جسدية أو عقلية، من خلال المناداة بتدخل واضع القانون بوضع عقوبة جنائية لهذين الوالدين في صورة الغرامة ، هذا إلى جانب مسؤوليتهما المدنية عن تعويض طفلهما المعاق، لأنه لا يتصور أن تكون دعوى تعويضه في مواجهة الطبيب أو المعمل أو المستشفى مقبولة، في حين أن دعواه لا تكون مقبولة في حق الوالدين، على الرغم من أنهما قد تسببا في إعاقته مثلهم[٢].

المطلب الرابع
الالتزام بتغذية الجنين

تحرص التشريعات والقوانين قاطبة (سواء السماوية وغير السماوية) على العناية بغذاء الجنين من خلال عنايتها بغذاء الأم، لا سيما وأن صحة الأم تتأثر بدرجة كبيرة بالغذاء الذي تتناوله، وقد أثبتت الدراسات العلمية أن صحة الجنين

(١) انظر في ذلك إلى: أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين"، ص١٥٣.

(٢) انظر في ذلك إلى: أ. د. محمد سعد خليفة – المرجع السابق – ص ١١٧.

من حيث القوة والضعف تتناسب طردياً مع صحة الأم، ولذا نجد أن الدول التي تنتشر بها المجاعة أو يعاني أفرادها من سوء التغذية ينتشر في أطفالها الكثير من الأمراض والتشوهات الخلقية، في حين لا يتعرض الأطفال في غيرها من الدول التي لا تعاني من مظاهر المجاعة أو سوء التغذية لأي من مظاهر الضعف العام في حالتهم الصحية، ولا تكثر فيهم الأمراض العضوية أو التشوهات الخلقية.

وكيف لا يعنى بغذاء الأم الحامل مع ما يترتب على نقصانه أو ضعفه من آثار وخيمة على صحتها وصحة جنينها، ولذا يقول البعض – وبحق –" أن نقص غذاء الأم خاصة نقص البروتين وعدم اتزانه ونقص الفيتامينات خاصة فيتامين "ب" المركب يؤدي إلى تعب الأم الحامل، وإلى نقص غذاء جسمي لدى الجنين كالكساح أو البلاجرا وفقر الدم أو الهزال، ويؤدي إلى تأثر الجهاز العصبي والضعف العقلي والاضطرابات النفسية والتعرض للأمراض، وقد لوحظ أن نقص وزن الأم الشديد مع بداية الحمل وأثناء الحمل قد يؤثر تأثيراً سيئاً على نمو الجنين، وقد يحدث الإخراج (أي الولادة المبكرة)، وقد يصل الحال إلى الإجهاض"[١].

ولذلك ينبغي على الوالدين العناية بغذاء الجنين من خلال اهتمام الأم بغذائها، وحرصها على أن يكون غذاء متكاملاً بحيث يحتوي على كافة العناصر الأساسية من البروتينات والكالسيوم والحديد والفيتامينات وأملاح اليود، لتزويد الأم الحامل بالسعرات الحرارية المطلوبة لها ولجنينها حرصاً على صحتها وصحة هذا الجنين طوال مدة الحمل[٢].

---

(١) أ. د. حامد عبد السلام زهران "علم نفس النمو – الطفولة والمراهقة" ص ٨٧، طبعة ٤ عام ١٩٧٧م، عالم الكتب بالقاهرة. مشار إليه لدى: أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين بين التجريم الجنائي والإباحة"، ص ١٠٠، ١٠١.

(٢) انظر في ذلك المعنى: د. محمد مرسي "حمل سهل وولادة بلا ألم" ص ٥٠، طبعة عام ١٩٨٣م، مكتبة القرآن بالقاهرة. مشار إليه لدى أستاذي الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين"، ص ١٠١.

ولعل من رحمة الله – عز وجل – على خلقه أن الغذاء المتكامل ليس حكراً على الأغنياء دون الفقراء، فهو موجود بقدر كاف، بل وبصورة معتدلة لا إفراط فيها ولا تفريط في سلع وأغذية في متناول أيدي جميع الناس فقيرهم وغنيهم، ذلك أن العبرة في التغذية خلال فترة الحمل كما يقول البعض – وبحق – ليست في جودة الطعام ورفاهيته بقدر ما تعتمد على نوعيته وجنسه وطبيعته(١).

والمرأة الحامل يلتزم زوجها بالإنفاق عليها بحكم الزوجية القائمة بينهما وليس بسبب الحمل، فإنفاق الرجل على زوجته يعد مظهراً من مظاهر القوامة الثابتة للرجل على زوجته، وحقاً من حقوق الزوجة على زوجها، حيث يقول الله عز وجل: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ﴾(٢) بل إن الإسلام جعل هذا الإنفاق الواجب على الزوج لزوجته من أجلّ الطاعات وأفضل القربات لله تعالى، وفي ذلك يقول النبي – صلى الله عليه وسلم – في الحديث الذي رواه عنه ثوبان رضي الله عنه: "دينار أنفقته في سبيل الله، ودينار أنفقته في رقبة، ودينار تصدقت به على مسكين، ودينار أنفقته على أهلك، أعظمها أجراً الذي أنفقته على أهلك"(٣).

ويتعين قدر هذا الإنفاق وحدوده على قدر سعة الزوج وطاقته، وذلك عملا بقول الله تعالى: ﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا﴾(٤).

---

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد- المرجع السابق – ص ١٠٠ حيث يقول: "فالعبرة في التغذية خلال فترة الحمل لا تعتمد على الجودة بقدر ما تعتمد على النوعية".

(٢) الآية ٣٤ من سورة النساء.

(٣) رواه الإمام مسلم في صحيحه (انظر في ذلك إلى صحيح مسلم – المرجع السابق – رقم الحديث ٩٩٥، ص ٤٢٤).

(٤) الآية رقم ٧ من سورة الطلاق.

وإذا طلقت الزوجة وكانت حاملاً وجب على زوجها الإنفاق عليها حتى تضع حملها، وذلك عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1]، وفي هذا رعاية لها أثناء حملها ورعاية لصحة جنينها ليجد الغذاء اللازم له طوال مدة حمله، مع اختلاف بين الفقهاء حول سبب وجوب هذا الإنفاق هل هو للحامل طوال مدة عدتها أم للحمل حتى يولد[2].

كما حرص الإسلام على غذاء الجنين وأمه معاً، فرخص للأم الحامل الفطر في رمضان رعاية لصحتها وصحة جنينها، فقال عز من قائل: ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ....﴾[3]، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "**إن الله وضع عن المسافر شطر الصلاة وعن الحامل والمرضع الصوم**"[4]، بل إنه إذا كان الصوم مهلكاً للحامل أو لجنينها (بشهادة طبيب مسلم متخصص)، كان الفطر عزيمة في حقها وليس مجرد رخصة، فيجب عليها الفطر عندئذ عملا بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[6]، هذا مع اختلاف بين الفقهاء حول ما يجب على الحامل عند الفطر، هل يجب عليها القضاء فقط، أم يجب عليها القضاء والكفارة، أم لا يجب عليها القضاء ولا الكفارة"[7].

---

(١) الآية رقم ٦ من سورة الطلاق.

(٢) انظر إلى هذا الخلاف في مراجع الفقهاء على اختلاف مذاهبهم الفقهية سالفة الذكر في كتب كل مذهب منها على حدة.

(٣) الآية رقم ١٨٤ من سورة البقرة.

(٤) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة (انظر في ذلك إلى سنن النسائي، المجلد الثاني، الجزء الرابع، ص ١٨٠، طبعة هام ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، دار الحديث بالقاهرة).

(٥) الآية رقم ١٩٥ من سورة البقرة.

(٦) الآية رقم ٧٨ من سورة الحج.

(٧) لمزيد من البيان والتفصيل يمكن الرجوع في هذا الخصوص إلى الكتب الفقهية في باب الصوم. وقد ذكر الفقيه المالكي ابن رشد: أن في الحامل والمرضع إذا فطرتا أربعة مذاهب للعلماء: أحدها: أنهما يطعمان ولا قضاء عليهما، وهذا هو المروي عن عبد الله بن عمر

المطلب الخامس
الاهتمام بالصحة النفسية للحامل

إن من أبرز العوامل المؤثرة في صحة الجنين النفسية إيجاباً أو سلباً سلامة أو سوء الصحة النفسية لأمه، حيث تنعكس حالة الأم النفسية على جنينها بطريقة غير مباشرة، فالخوف والغضب والتوتر والقلق لدى الأم يستثير جهازها العصبي الذاتي وينعكس ذلك على النواحي الفسيولوجية لديها، مما يؤدي إلى حدوث اضطراب في إفراز الغدد وتغير في التركيب الكيميائي للأم، وهذا يكون له أثره السلبي على نمو الجنين(١).

فالجنين يتأثر بأمه وبمواصفاتها النفسية، وما يطرأ عليها في مرحلة الحمل من عوامل إيجابية أو سلبية، فالاضطرابات العصبية للأم توجه ضربات قاسية إلى مواهب الجنين قبل مولده، إلى درجة أنها تحوله إلى موجود عصبي

= وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، والثاني: أنهما يقضيان فقط ولا إطعام، وبه قال الإمام أبو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور، والثالث: أنهما يقضيان ويطعمان وبه قال الإمام الشافعي، والرابع: إن الحامل تقضي ولا تطعم، والمرضع تقضي وتطعم".
ثم بين أن سبب اختلافهم يرجع إلى ترددهم في إلحاقهما على الذي يجهده الصوم أو على المريض، فمن شبههما بالمريض قال: عليهما القضاء فقط، ومن شبههما بالذي يجهده الصوم قال عليهما الإطعام فقط بدليل قراءة من قرأ: "وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين"، أما من جمع عليهما الأمرين معا فذلك مرده إلى أن فيهما شبهاً من المريض من جهة، وشبهاً من الذي يجهده الصوم من جهة أخرى (انظر في ذلك إلى: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ج٢، ص٥٨٥، ٥٨٦، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه ماجد الحموي، الطبعة الأولى عام ١٤١٦هـ ١٩٩٥م، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت. لبنان).

(١) انظر في نفس هذا المعنى: د. آمال صادق، د. فؤاد أبو حطب "نمو الإنسان من مرحلة الجنين إلى مرحلة المسنين"، ص ١٦١، الطبعة الأولى عام ١٩٨٨، مشار إلى ذلك لدى: أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد – المرجع السابق – ص ٤٥.

لا أكثر، ومن هنا يجب التوصل إلى مدى أهمية التفات الأم في أطوار الحمل المختلفة إلى الابتعاد بنفسها عن الأفكار المقلقة ومظاهر الهم والغم، والاحتفاظ بجو الهدوء والسكينة والاستقرار، وأن حالتها النفسية خلال شهور الحمل تؤثر في الثبات العاطفي للجنين إيجاباً وسلباً(١).

وحتى نساعد الأم الحامل على العناية بصحتها خلال شهور الحمل حفاظاً عليها وعلى جنينها يتعين على المحيطين بها ابتداء ألا يقحموا بالفتاة إلى الزواج فيحملونها أعباءه ومشاقه إلا بعد التأكد من نضجها الجسمي والعقلي على نحو يضمن حسن تهيئتها لدورها كزوجة وأم لما يرزقه الله بها من ذرية(٢)، وأن يدرك المحيطون بها طبيعة ظروفها النفسية خلال فترة الحمل، حيث يطرأ عليها بعض المتغيرات النفسية أثناء الحمل، فتكون أكثر حساسية من ذي قبل، وأسرع إلى الانفعال والتأثر، وأميل إلى الهموم والأحزان لأتفه الأسباب، بسبب التغيرات الفسيولوجية التي حدثت لها على إثر الحمل، فيبذلون قصارى جهدهم – لاسيما الزوج – إلى استيعابها وغض الطرف عن انفعالاتها وإحاطتها بجو من الحنان والعطف والبعد بها عن مواطن الانفعال والحزن، وذلك للحيلولة دونها والتعرض لأي من مظاهر الاضطراب النفسي فيرتد أثر ذلك بصورة إيجابية على جنينها(٣).

---

(١) محمد تقي فلسفي "الطفل بين الوراثة والتربية" ص ١٠٦، طبعة عام ١٣٨١هـ. دار التعارف.

(٢) وأرى ضرورة أن يكون سن الفتاة مناسباً للزواج بلا إفراط أو تفريط وذلك في ضوء تكوينها الجسماني والعضوي والنفسي لتدرك مسؤوليتها وأمانتها التي ستتحملها بالزواج، وإعانة لها على حسن الاضطلاع بها، وشفقة ورحمة بها حتى لا نكلفها بما لا تطيق فتفشل في أداء مهمتها.

(٣) د. كلير فهيم "الحمل والصحة النفسية للأم والجنين" ص ١٠١، ١٠٢، طبعة عام ١٩٨٩م، مكتبة المحبة بالقاهرة. مشار إليه لدى: أ. د. هلالي عبد اللاه أحمد – المرجع السابق – ص ٥١.

كما يجب على الزوج أن يدخل السرور على زوجته بحسن التعامل معها، ويكثر من ذلك أثناء حملها حيث يشعرها ذلك بالارتياح النفسي والروحي والإحساس بالطمأنينة والاستقرار، ويجنبها مواطن القلق والاضطراب النفسي في قلبها وروحها، كما ينبغي عليه أن يغدق عليها في الإنفاق ليوسع عليها ويحقق له رغبتها دون إسراف أو تبذير، فذلك أدعى إلى إدخال البهجة على قلبها ونفسها، وكل ذلك يكون له مردوده الإيجابي على الصحة النفسية للجنين.

المبحث الثالث
حق الجنين في النسب

لا جرم أن انتساب المرء إلى أسرة معينة يعد مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، ولذا فهو يخضع في كل أحكامه للقواعد المستقاة من قواعد الديانات السماوية في معظم الدول العربية، سواء ما قنن منها في قواعد قانونية منظمة لعلاقة الفرد بأسرته (أي لمسائل الأحوال الشخصية) والتى يطلق عليها اصطلاح "قانون الأحوال الشخصية" وهذا هو الغالب، أم كان لا يزال غير مقنن في قانون خاص ينظم هذه المسائل، بحيث يرجع القاضي فيها مباشرة إلى استنباط الأحكام المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية من قواعد الديانة السماوية واجبة التطبيق، كما هو الحال في مملكة البحرين، حيث لا يوجد قانون خاص منظم لمسائل الأحوال الشخصية حتى الآن.

وعلى أية حال فإن المعاين لقواعد النسب وأحكامه المقررة في الشريعة الإسلامية يجد أنها محاطة بسياج محكم من الحماية التي تكفل للأنساب نقاءها وتحفظ عليها طهرها من مظاهر الدنس أو شوائب الاختلاط وكدوره، ولعل من أبرز هذه الأمارات والعلامات الدالة على عناية الإسلام بالنسب بصفة عامة ونسب الجنين بصفة خاصة أن الإسلام جاء فوجد عدة أنكحة فاسدة فأبطلها جميعاً ولم يبق منها إلا الزوج الصحيح المعروف لدينا الآن بصورته الحالية(١).

(١) ولقد ذكرت السيدة عائشة – رضي الله تعالى – عنها الأنكحة التي كانت في الجاهلية، فقد روى عن عروة أن السيدة عائشة أخبرته أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء، فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر كان الرجل يقول لامراته إذا طهرت من طمثها: أرسلي إلى فلان فاستبعضي منه فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح يسمى نكاح الاستبضاع، ونكاح آخر يجتمع الرهط دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم فيصيبونها فإذا حملت ووضعت ومر ليال بعد أن تضع حملها أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها فتقول لهم: قد علمتم الذي كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان فتسمي من =

كما أن من مظاهر العناية بنسب الجنين أن الإسلام أوجب العدة للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها، ضماناً لبراءة رحمها للتأكد من عدم انشغاله بماء الزوج أو المتوفى، فقال عز من قائل في عدة المطلقة غير الحامل: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ...﴾(١)، أي بعد ثلاث حيضات أو ثلاثة طهور، فإن كانت المطلقة حاملا فعدتها أن تضع حملها، وفي ذلك يقول الحق تبارك وتعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾(٢)، وإن كانت المطلقة ممن يئسن من المحيض لكبر سنها فعدتها ثلاثة أشهر، وذلك عملاً بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾(٣).

أما المتوفى عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر وعشراً، وذلك عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾(٤).

= أحبت باسمه فيلحق به ولدها لا يستطيع أن يمتنع منه الرجل، ونكاح رابع يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لاتمتنع ممن جاءها وهن البغايا ينصبن على أبوابهن الرايات وتكون علماً فمن أرادهن دخل عليهن فإذا حملت إحداهن ووضعت جمعوا لها ودعوا لها القافة (وهي جمع قائف وهو من يعرف الآثار أو يدرك التشابه بين الأعضاء، وقد روى عروة عن عائشة أيضا أنها قالت: أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– دخل علي مسروراً، فقال يا عائشة: ألم تري أن مجززاً المدلجي وهو قائف مشهور آنذاك – دخل علي فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض" رواه مسلم في صحيحه –المرجع السابق– رقم الحديث ١٤٥٩، ص٦٣١) ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون فالتاط به (يلحق به) ودعى ابنه لايمتنع من ذلك، فلما بعث الله محمداً –صلى الله عليه وسلم– بالحق فهدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم" رواه البخاري وأبو داود (انظر في ذلك إلى: صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، ج٧، ص١٩، ٢٠، طبعة دار الشعب، "نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار" للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ج٦، ص ٣٠٠، طبعة عام ١٩٧٣م، دار الجيل بيروت. لبنان).

(١) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٢) الآية رقم ٤ من سورة الطلاق.

(٣) الآية رقم ٤ من سورة الطلاق.

(٤) الآية رقم ٢٣٤ من سورة البقرة.

ويقول الإمام ابن القيم – رحمه الله تعالى – في الحكمة من هذه المدة: "إن الأربعة أشهر وعشراً جاءت على وفق الحكمة والمصلحة، إذ لا بد من مدة مضروبة، وأولى المدد بذلك المدة التي يعلم فيها بوجود الولد وعدمه، فإنه يكون أربعين يوماً نطفة، ثم أربعين يوماً علقة ثم أربعين يوماً مضغة، فهذه أربعة أشهر ثم ينفخ الروح في الطور الرابع فقدر بعشرة أيام لتظهر حياته بالحركة إن كان ثمة حمل[١].

وقد حرم الإسلام على الرجل أن ينكر نسب ولده ويجحد صلته به ظلماً وعدواناً، وحرم على المرأة أن تنسب لزوجها من ليس ولداً له، وتوعد المخالف منهما لهذا التحريم بالعذاب الشديد والوعيد الأليم، حيث يقول النبي صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق بين الأولين والآخرين"[٢].

كما توعد الإسلام الولد الذي ينتسب إلى غير أبيه وهو يعلم بذلك بالعذاب الشديد والطرد من رحمة الله تعالى، حيث يقول في ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"[٣]، ويقول أيضاً: "من انتسب إلى غير أبيه وتولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"[٤].

(١) ابن قيم الجوزية في كتابه "إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق وتعليق عصام الدين الصبابطي" المجلد الأول، الجزء الثانى، ص٦٧، الطبعة الأولى عام ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م، طبعة دار الحديث بالقاهرة.

(٢) رواه البيهقي في سننه (السنن الكبرى للبيهقي، ج٧، ص ٤٠٣).

(٣) رواه ابن ماجة في سننه (سنن ابن ماجة، ج٢، رقم الحديث ٢٦١٠، ص ٨٧٠).

(٤) رواه ابن ماجة في سننه (سنن ابن ماجة، ج٢، رقم الحديث ٢٦٠٩، ص٨٧٠).

المبحث الرابع
حق الجنين في الميراث والوصية والوقف

المطلب الأول
حق الجنين في الميراث

يجدر بنا قبل بيان حق الجنين في الميراث أن نقف على معنى الميراث لغة واصطلاحاً، ثم نبين بعد ذلك دليل ميراث الجنين وحالاته في الإرث في كافة الفروض التي يحتمل أن يكون فيها وارثاً، وذلك كله على التفصيل الآتي:

الفرع الأول
المعنى اللغوي والاصطلاحي للميراث

أولاً – المعنى اللغوي للميراث:

يقصد بالميراث لغة: تركة الميت وأصله موارث (بكسر الميم) قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة. وهو مشتق من مادة ورث. أقول: ورث أباه يرثه ورثاً (وإرثاً وإرثة ووراثة وورثة وتراثاً) أي انتقل إليه ماله بعد وفاته، وورثه أبوه مالاً توريثاً: أي جعله ميراثاً له. والوارث: صفة من صفات الله – عز وجل – وهو الباقي الدائم الذي يرث الخلائق ويبقى بعد فنائهم، أو هو الباقي بعد فناء الخلق، وقد جاء في دعاء النبي صلى الله عليه وسلم: "اللهم امتعني بسمعي وبصري واجعله الوارث مني" أي أبقه معي حتى أموت"(١).

ثانياً – المعنى الاصطلاحي للميراث:

لقد أورد الفقهاء تعريفات كثيرة للميراث تتلاقى جميعها حول دلالة واحدة

(١) انظر في ذلك إلى: "محيط المحيط" قاموس مطول للغة العربية بطرس البستاني، ص ٩٦٤، ٩٦٥، طبعة عام ١٩٧٧م، مطابع مؤسسة جواد للطباعة. لبنان، بيروت، "لسان العرب" لابن منظور، ج٦، ص٤٨٩٨، طبعة دار المعارف.

مؤداها أنه ذلك العلم الذي يعني ببيان الأنصبة المقدرة شرعاً للورثة في تركة مورثهم، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

فقد عرفه بعض الشافعية بأنه: "الفقه المتعلق بالإرث ومعرفة الحساب الموصل إلى معرفة ذلك، ومعرفة قدر الواجب من التركة لكل ذي حق"(١).

وعرفه بعض الحنابلة بأنه: "العلم بقسمة المواريث"(٢).

ويعرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه: "ما يستحقه الوارث من نصيب في تركة المورث بعد إخراج الحقوق المتعلقة بها التي يجب إخراجها قبل التوزيع على الورثة، كتجهيز المورث وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه في الحدود التي رسمها الشارع"(٣).

ويعرفه البعض الآخر بأنه: "مجموعة من القواعد الفقهية التي يمكن التوصل بها إلى معرفة الحقوق المتعلقة بالتركة وأسباب الميراث وموانعه وأحوال الورثة وبيان الأنصبة الشرعية لهم والحجب سواء أكان الحجب حجب حرمان أم حجب نقصان والعول والرد والتخارج...إلخ"(٤).

---

(١) انظر في ذلك إلى: "مغني المحتاج" للشربيني، ج٣، ص٣، "السراج الوهاج" للشيخ محمد الزهري الغمراوي، ص ٣١٩، طبعة دار المعرفة بيروت، لبنان

(٢) انظر في ذلك إلى: "المغنى لابن قدامة"، ج٧، ص ٢، طبعة دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، "الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل" للشيخ المحقق أبي النجار شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، ج٣، ص ٨٢، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت، لبنان.

(٣) أ. د. محمد زكريا البرديسى "الميراث والوصية في الإسلام" ص ١٣، طبعة عام ١٣٨٣هـ-١٩٦٤م، الناشر الدار القومية للطباعة والنشر.

(٤) د. إسماعيل محمود عبد الباقي "أحكام الجنين في الشريعة الإسلامية" ص ٣٧٦، رسالة دكتوراه عام ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م، كلية الشريعة والقانون بالأزهر الشريف.

الفرع الثاني
دليل ميراث الجنين

لقد أثبتت السنة النبوية المطهرة ميراث الجنين، ويتجلى ذلك واضحاً من الحديث الذي رواه أبو داود عن أبي هريرة – رضي الله عنه – عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: "إذا استهل المولود ورث"(١)، ومما رواه الإمام أحمد عن جابر بن عبد الله والمسور بن مخرمة قالا: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث الصبي حتى يستهل صارخاً"(٢)، ويفهم من هذين الحديثين أن الجنين لا يرث إلا إذا ثبتت حياته، ويستدل على هذه الحياه بعلامات تدل عليها منها الاستهلال، واستهل: أي صرخ بالبكاء عند ولادته، مما يفيد في خروجه من بطن أمه حياً غير ميت، وإن كان هذا لا يمنع من وجود أمارات أخرى غير الاستهلال يمكن الاستدلال بها على حياة المولود، لكن عبر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالاستهلال باعتباره الأمارة الغالبة في الدلالة على حياة الوليد.

ولقد اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على ميراث الجنين(٣)، وقد نقل هذا الإجماع الإمام القرطبي في تفسيره قائلاً: "أجمع أهل العلم على أن الرجل إذا مات وزوجته حبلى، أن الولد الذي في بطنها يرث ويورث إذا خرج حياً

---

(١) "سنن أبي داود" للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي المولود في عام ٢٠٢هـ - المتوفي عام ٢٧٥هـ، المجلد الثاني، الجزء الثالث، ص ١٢٨.

(٢) سنن ابن ماجة، ج٢، كتاب الفرائض، رقم الحديث ٢٧٥١، ص٩١٩، نيل الأوطار للشوكاني، باب ميراث الحمل، ج٦، ١٨٥، وجاء بلفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لايرث الصبي حتى يستهل" طبعة عام ١٩٧٣، دار الجيل بيروت. لبنان.

(٣) انظر في ذلك إلى المراجع الفقيه الآتية: في الفقه الحنفي: "المبسوط" للسرخسي، ج٣٠، ص٥٠، في الفقه المالكي: "أسهل المدارك إلى مذهب الإمام مالك" للإمام أبي بكر حسن الكشناوي، ج٣، ص٢٨٩، الطبعة الثانية، دار الفكر، في الفقه الشافعي: "المجموع" للنووي، ج١٦، ص١٠٩، في الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة ج٧، ص ١٩٧، ١٩٨.

واستهل"[١]، كما أشار إليه الإمام الشوكانى قائلاً: "أن المولود إذا وقع منه الاستهلال أو ما يقوم مقامه ثم مات ورثه قرابته وورث هو منهم، وذلك مما لا خلاف فيه"[٢].

الفرع الثالث
شروط ميراث الجنين

ينظر الإسلام إلى الجنين في بطن أمه على أنه ممن يثبت له الإرث من قريبه المتوفى متى قام به سبب من أسباب الإرث، فيوقف له نصيب من التركة حتى يتبين أمره بولادته حياً، ولكن لا يستحق شيئاً من التركة إلا إذا توافر فيه شرطان هما[٣]:

١ – الشرط الأول – أن يكون موجوداً في بطن أمه عند موت مورثه: ويتحقق له ذلك الوجود منذ صيرورته نطفة مخصبة أو نطفة أمشاج، خارج الرحم أو داخله، وذلك على أساس أن الإرث فيه معنى الخلافة، حيث يخلف الوارث مورثه فيما يتركه من أموال، والمعدوم لا يتصور أن يكون خلفاً لأحد، لذا لزم أن يتحقق للجنين معنى الوجود ليكون أهلاً للإرث من غيره[٤].

ويمكن من تحقق وجود الجنين لحظة وفاة مورثة إذا ولد حياً لمدة يتعين أو يغلب على الظن فيها أنه كان موجوداً كنطفة أمشاج لحظة وفاة مورثه، وذلك

---

(١) "الجامع لأحكام القرآن" للإمام القرطبي، ج٥، ص ٦٥، طبعة عام ١٣٨٧هـ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع بالقاهرة.

(٢) انظر في ذلك إلى: "نيل الأوطار" للشوكاني، ج٦، ص١٨٦.

(٣) فقد ذكر ابن قدامة في كتابه العظيم "المغني" قائلاً: "ولا يرث الحمل إلا بشرطين: أحدهما أن يعلم أنه موجود حال الموت، والثاني أن تضعه حياً" (المغني، ج٧، ص١٩٧، ١٩٨).

(٤) انظر في ذلك المعنى: أ. د. بدران أبو العينين بدران" الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون"، ص ٢٧٤، طبعة عام ١٩٧١م، دار المعارف بمصر.

بولادته بعد وفاة مورثة بمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة من تاريخ هذه الوفاة.

٢ – الشرط الثاني: أن ينفصل كاملاً عن بطن أمه حياً: ولقد اختلف الفقهاء بعد أن اتفقوا على استحقاق الحمل للإرث بتوافر شروط الإرث فيه فيما إذا كانت التركة توقف إلى ما بعد الولادة أو تقسم كلها ابتداء على غيره من الورثة، فإن ولد أعيد تقسيمها أو تقسم ويحجز له نصيب منها إلى أن يولد فيأخذه (أي يأخذ هذا النصيب المحجوز) أو يأخذ منه نصيبه ويرد الباقي على من نقصت أنصباؤهم، بل إن القائلين بحجز نصيب له مختلفون في مقدار ما يحجز له أيراعي فيه كون الحمل واحداً أم أكثر وإذا كان أكثر فكم يكون[١].

وعلى أية حال يمكن القول بأن المفتى به عند الحنفية قول أبي يوسف والذي مؤداه أن يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أكثر، وذلك لأن الغالب والأعم ألا تلد المرأة إلا ولداً واحداً في بطن واحد، والأحكام تبنى على الغالب[٢]، واحتياطاً لمراعاة التعدد المحتمل، فإنه يؤخذ كفيل من الورثة الذين تتأثر أنصباؤهم بالتعدد لكفالة رد الزيادة في حالة التعدد، وإلا يحرمون من نصيبهم حتى يتبين أمر الحمل بالولادة.

---

(١) فقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن يوقف له نصيب أربع بنين أو أربع بنات أيهما أكثر، وذهب صاحبه محمد بن الحسن إلى أن يوقف له نصيب ثلاثة ذكور أو ثلاثة إناث أيهما أكثر، وفي رواية أخرى عن محمد يوقف له نصيب ابنين أو بنتين أيهما أكثر، وهذه هي رواية عن أبي يوسف وإليه يميل الحنابلة (انظر في ذلك إلى المراجع الآتية: في الفقه الحنبلي "المبسوط" للسرخسي، ج٣، ص ٥٢، وفي الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة، ج٧، ص ١٩٥)، وذهب أبو يوسف في الراجح عنه إلى أن يوقف له نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أكثر ("المبسوط" للسرخسي، ج٣٠، ص٥٢)، وذهب الشافعي إلى أن يعطى نصيبه من الورثة من لا يتغير له إلى أن يتضح الأمر بالولادة، وذلك على أساس أن الحمل مما لا ينضبط (انظر في ذلك محمد جواد مغنية "الفقه على المذاهب الخمسة"، ص ٥٢٩، دار التعارف، ط٧ عام ١٩٨٢م).

(٢) انظر في ذلك إلى: "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" للإمام الزيلعي، ج٦، ص٢٤١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان.

ولعل هذا هو عين ما أخذ به قانون المواريث الصادر بقانون رقم ٧٧ لعام ١٩٤٣م في المادة ٤٢ منه حيث تنص على أن: "يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أم أنثى".

الفرع الرابع
الأحوال المحتملة للجنين في الميراث:

تكون للحمل عند وجوده حالات خمس هي:

١ – الحالة الأولى: ألا يكون وارثاً باعتبار أنه ذكر أو أنثى:

عندئذ لا يلتفت إليه وتقسم التركة على الورثة الموجودين.

مثال ذلك: كما لو توفيت المرأة عن زوج وبنت وأم حامل وجد لأب، فإن الحمل في هذه المسألة لا يرث لأنه إما أن يكون أخاً شقيقاً أو أختاً شقيقة إن كان الحمل من أبي المتوفاة لأنه عاصب وكان المفروض أن يقاسم الجد فيما بقي إلا أن القسمة تنقص الجد عن السدس فلا يرث معه لأن الباقي بعد الفروض الأخرى هو حيث إن المسألة من ١٢ يأخذ الزوج ربعها وهو ٣ والأم سدسها وهو ٢ والبنت نصفها وهو ٦.

وإما أن يكون أخاً أو أختاً لأم إن كان الحمل من غير أبي المتوفاة وعندئذ سيكون محجوباً بالفرع الوارث وبالجد.

٢ – الحالة الثانية: أن يكون وارثاً على أحد الاعتبارين دون الآخر:

في هذه الحالة ننظر إلى الاعتبار الذي يرث فيه وتقسم التركة على أساسه ويحتفظ بنصيب الحمل لدى أمين، فإن ولد على هذا الاعتبار أعطى له نصيبه وإلا رد ما حجز إلى الورثة الذين تغيرت أنصباؤهم بفرض وراثته.

ومن ثم نجد أن الحمل هنا قد يكون وارثاً على تقدير أنه ذكر دون التقدير الآخر، وقد يكون الأمر بالعكس فيكون وارثاً على تقدير أنه أنثى ولا يرث على التقدير أنه ذكر.

مثال الصورة الأولى: كما لو توفى رجل عن زوجته وأم وابن أخ شقيق وزوجة أخ شقيق حامل وترك ٢٤٠٠ جنيهاً، فإننا لو فرضنا الحمل أنثى لا ترث شيئاً لأنها من ذوي الأرحام، وإن فرضناه ذكراً شارك ابن الأخ في الباقي. وعلى ذلك نقسم التركة على اعتبار أنه ذكر كالآتي:

زوجة	أم	أبناء أخ شقيق	أصل المسألة
١/٤	١/٣	الباقي	١٢
٣	٤	٥	١٢

ولما كانت سهام ابني الأخ لا تنقسم عليهما قسمة صحيحة، نصححها بضرب أصلها في ٢ فيصير الأصل ٢٤، تأخذ الزوجة منها ٦ والأم ٨ وابنا الأخ ١٠ ومقدار السهم الواحد: ٢٤٠٠ ٨ ٢٤ = ١٠٠

نصيب الزوجة = ١٠٠ × ٦ = ٦٠٠ جنيه

نصيب الأم = ١٠٠ × ٨ = ٨٠٠ جنيه

نصيب ابني الأخ = ١٠٠ × ١٠= ١٠٠٠ جنيه

يأخذ ابن الأخ الموجود ٥٠٠ جنيه ويحتفظ للحمل ٥٠٠ جنيه، فإن كان ذكراً أخذها وإن كان أنثى ردت إلى ابن الأخ الموجود من المبلغ ما يجعل نصيبه ضعف نصيبها (فيقسم الألف جنيه أثلاثاً يأخذ ابن الأخ ثلثيه، وتأخذ بنت الأخ ثلثه) وإن ولدت ابنتين رجعنا على ابن الأخ بما يكمل نصيب الحمل، وبهذا الاعتبار يؤخذ من ابن الأخ كفيل يلتزم برد ما أخذه زيادة عن نصيبه عند تعدد الحمل.

مثال الصورة الثانية: كما لو توفيت إمرأة عن زوج وأخت شقيقة وزوجة أب حامل فإننا لو فرضنا الحمل ذكراً لما استحق شيئاً لأنه يرث بالتعصيب ولن يبقى له شيء بعد أصحاب الفروض، أما لو فرضناه أنثى فتكون أختاً لأب ترث السدس تكملة للثلثين فتقسم التركة على النحو التالي:

الورثة:	زوج	أخت شقيقة	أخت لأب (الحمل)	أصل المسألة
الفروض:	١/٢	١/٢	١/٦	٦
السهام:	٣	٣	١	٧

فيحتفظ للحمل بسبع التركة، فإن جاء أنثى أخذته وإن جاء ذكراً رد إلى الزوج والأخت الشقيقة مناصفة لتساوي فرضهما.

٣ – الحالة الثالثة: أن يكون وارثاً على الاعتبارين ولا يتغير نصيبه فيهما:

وهي لا تكون إلا إذا كان الحمل من أولاد الأم كما لو توفى عن أخت شقيقة وأخت لأب وأم حامل من غير أبيه، فالحمل هنا إما أخ لأم أو أخت لأم ونصيبه السدس في الحالين فتقسم التركة على النحو التالي:

أم	أخت شقيقة	أخت لأب	الحمل (أخ لأم أو أخت لأم)	أصل المسألة
١/٦	١/٢	١/٦	١/٦	٦
١	٣	١	١	٦

فيحتفظ للحمل بالسدس ويؤخذ كفيل من كل الورثة لاحتمال أن يكون الحمل أكثر من واحد فيكون نصيبه الثلث وتتغير سهام الورثة الباقين لأن المسألة ستعول إلى سبعة، ويصير السدس سبعاً والنصف $\frac{٣}{٧}$ فيدخل النقص على الجميع.

٤ – الحالة الرابعة – أن يكون وارثاً على اعتبارين ويختلف نصيبه في أحدهما عن الآخر:

ففي هذه الحالة تقسم التركة على فرضين، أحدهما على فرض أنه ذكر وآخر على فرض أنه أنثى، ويعطى لكل وارث من الموجودين أقل النصيبين في التقسيمين، ويحفظ للحمل أكبر النصيبين مع فروق الأنصباء، ومن يتأثر نصيبه بتعدد الحمل يؤخذ منه كفيل يلتزم برد ما أخذ عن المستحق.

ومن أمثلة ذلك:

أن يتوفى امرؤ عن أب وأم وبنت وزوجة حامل ويترك ٨٦٤ جنيهاً، فعندئذ إذا فرضنا أن الحمل أنثى سيكون التقسيم كالآتي:

الورثة:	أب	أم	بنتان	زوجة	أصل المسألة
الفروض:	١/٦	١/٦	٢/٣	١/٨	٢٤
السهام:	٤	٤	١٦	٣	عالت إلى ٢٧

مقدار السهم ٨٦٤ ÷ ٢٧ = ٣٢ جنيهاً

نصيب الأب ٣٢ × ٤ = ١٢٨ جنيهاً

نصيب الأم ٣٢ × ٤ = ١٢٨ جنيهاً

نصيب الزوجة ٣٢ × ٣ = ٩٦ جنيهاً

نصيب البنت ٣٢ × ٨ = ٢٦٥ جنيهاً

نصيب الحمل ٣٢ × ٨ = ٢٥٦ جنيهاً

وإذا فرضناه ذكراً يكون التقسيم كالآتي:

الورثة:	أب	أم	زوجة	بنت وابن أصل	المسألة
	١/٦	١/٦	١/٨	الباقي تعصيبا	٢٤
	٤	٤	٣	١٣	٢٤

وبما أن سهام الابن والبنت لا تنقسم عليهما قسمة صحيحة فتصبح المسالة بضرب أصلها ٢٤ في ٣ = ٧٢، يأخذ الأب والأم ١٢ والزوجة ٩ والبنت والابن ٣٩.

مقدار السهم ٨٦٤ ÷ ٧٢ = ١٢ جنيهاً

نصيب الأم ١٢ × ١٢ = ١٤٤ جنيهاً

نصيب الأب ١٢ × ١٢ = ١٤٤ جنيهاً

نصيب الزوجة ١٢ × ٩ = ١٠٨ جنيهات

نصيب البنت ١٢ × ١٣ = ١٥٦ جنيهاً

نصيب الحمل ١٢ × ٢٦ = ٣١٢ جنيهاً

وبالموازنة بين الأنصباء في التقسيمين نجد أن أقل النصيبين لكل واحد ما يلي:

الزوجة ٩٦ والأب ١٢٨ والبنت ١٥٦ فيعطى لكل واحد منهم ذلك النصيب، ويحفظ للحمل أكبر النصيبين وهو ٣١٢ بالإضافة إلى فروق الأنصباء وهي ٤٤.

فإذا ولد ذكراً أخذ ٣١٢ والبنت لا تأخذ شيئاً آخر مما جحز بل تقسم الفروق على الأب والأم والزوجة فيأخذ الأب ١٦ والأم ١٦ والزوجة ١٢، وإذا ولد أنثى أعطيناها ٢٥٦ جنيهاً، ويكمل للبنت الأخرى نصيبها فتعطى باقي المحجوز وهو ١٠٠ جنيه.

ولاحتمال تعدد الحمل في هذه الصورة فإنه يؤخذ من البنت كفيل ليضمن ما أخذته زيادة عن نصيبها الحقيقي؛ لأنها الوحيدة في الورثة التي تتأثر بتعدد الحمل.

٥ – الحالة الخامسة – أن يكون وارثاً على التقديرين وحاجباً لمن معه من الورثة حجب حرمان ولو على أحد التقديرين فلا تقسم التركة بل توقف إلى حين ولادة الجنين:

كما لو توفي شخص وترك أخاً شقيقاً أو لأب وعماً وأخوة لأم وزوجة ابن حامل فإن الإخوة لأم لا يرثون مع ولد الابن ذكراً كان أم أنثى والأخوة الأشقاء أو لأب والأعمام لا يرثون مع ابن الابن فيكون بعض الورثة محجوبين على التقديرين والبعض الآخر محجوباً على أحدهما فقط، عندئذ توقف التركة إلى وقت الولادة فإن ولد ميتاً أخذ الأخوة لأم ثلث التركة، والأخ الشقيق يأخذ الباقي تعصيباً، وإن ولد حياً أخذ كل التركة إن كان ذكراً بالتعصيب، وإن كان أنثى أخذت النصف فرضاً والأخ الشقيق الباقي تعصيباً.

وإذا ولد الجنين حياً أعطى نصيبه المفروض له، فإن كان الموقوف للحمل أقل من المستحق له(كما لو أوقف له نصيب ولد ثم أتضح أن الحمل ولدان مثلا)، فعندئذ يتم الرجوع على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة، أما إذا تبين العكس فكان الموقف زائداً عن المستحق للجنين على إثر ولادته (كما لو أوقف له نصيب على فرض أنه ذكر ثم أتضح أنه أنثى)، وجب رد الزائد على من يستحقه من بين الورثة.

ولعل هذا عين ما نصت عليه المادة ٤٤ من قانون الميراث إذ جاء فيها "إذا نقص الموقوف لحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة".

المطلب الثاني
حق الجنين في الوصية

يجدر بنا قبل إبراز مدى ثبوت حق الجنين في تلقي الوصية، أن نلقي الضوء سريعاً على معنى الوصية لغة واصطلاحاً، فضلاً عن بيان دليل مشروعيتها والحكمة منها، وذلك كله على التفصيل الآتي:

الفرع الأول
المعنى اللغوي والاصطلاحي للوصية

أولاً – المعنى اللغوي للوصية:

الوصية لغة هي العهد، يقال أوصى الرجل ووصاه: أي عهد إليه، وتواصى القوم: أي أوصى بعضهم بعضاً. وفي الحديث "استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عندكم عوان" والاسم الوصاة والوَصاية (بفتح الواو)، والوِصاية (بكسر الواو)، والوصية: أي ما أوصيت به.

والوصي هو الذى يوصى، كما أنه هو الذى يوصى له، وهو من الأضداد، والوصية : ما أوصيت به، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت[١] ويقال أيضاً : وصاه واليه بكذا توصية وأوصاه إليه إيصاء. أي عهد إليه وفوض إليه أمره، ووصى فلان لفلان بكذا : أى ملكه إياه بعد موته، فهو موصى، وذلك موصى له أو موصى إليه، والشيء محل الوصية موصى به[٢].

ثانياً – المعنى الاصطلاحي للوصية :

لقد أورد فقهاء المذاهب الإسلامية تعريفات كثيرة للوصية نذكر منها على سبيل المثال ما يلي :

يقول البعض "الوصية هى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع عيناً كان أو ديناً"[٣]، أو هي "تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة"[٤] أو هي "هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح"[٥].

ويعرفها البعض الآخر بأنها: "إقامة المكلف مكلفاً آخر مقام نفسه بعد الموت في بعض الأمور"[٦].

---

(١) انظر في ذلك: "لسان العرب" لابن منظور، جـ٦، ص ٤٨٥٣، ٤٨٥٤، طبعة دار المعارف.

(٢) انظر في ذلك إلى: "محيط االمحيط" لبطرس البستاني، ص٩٧٣.

(٣) انظر في ذلك إلى: "حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار" للشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين، جـ٢، ص٦٤٨، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ – ١٩٦٦م، مطبعة مصطفى البابى الحلبي.

(٤) انظر في ذلك إلى: "المختصر النافع" للحلى، ص١٦٣.

(٥) انظر في ذلك إلى: "بداية المجتهد" لابن رشد، ج٤، ص١٥٤٩، ١٥٥٠، تحقيق وتعليق وتخريج ماجد الحموي، الطبعة الأولى عام ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

(٦) انظر في ذلك إلى: "شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار في فقه الأئمة الأطهار" للشيخ أبى الحسن بن عبد الله بن مفتاح، ج٤، ص٤٦٩، طبعة عام ١٣٥٧هـ. مطبعة حجازي بالقاهرة. دار الكتب المصرية.

ويعرفها قانون الوصية بأنها: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"(١).

ولقد أثنى الإمام محمد أبو زهرة على تعريف القانون للوصية مفضلاً إياه على سائر التعريفات الفقهية سالفة الذكر، على أساس أن هذا التعريف يعد أجمع من كل هذه التعريفات السابقة، لأن فيه من المرونة ما يجعله شاملاً لكل أنواع الوصايا، فهو يشمل التمليكات والإسقاطات وتقرير مرتبات، ويشمل تقسيم التركة بين الورثة، ويشمل ما يكون بالمنافع وما يكون بالأعيان، بل يشمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق إن كان قد بين ذلك الوفاء، فإن هذا وغيره يعد تصرفاً في التركة، إذ أن كلمة تصرف الواردة في هذا التعريف جاءت عامة فتشمل هذا وغيره(٢).

الفرع الثاني
الحكمة من مشروعية الوصية ودليل جوازها

لقد شرع الإسلام الوصية صدقة من الله – عز وجل – على عباده ليتسنى للموصي أن يزداد بها صلة وقرباً من الله سبحانه وتعالى، وأن يصل بها حسناته بعد موته بوصفها من قبيل الصدقات الجارية أو من الباقيات الصالحات، ولا سيما وأن المرء عادة ما يستشعر عند دنو أجله جانب التقصير في طاعة ربه وفي مكافأة من أسدوا إليه معروفاً أو جميلاً من غير ورثته، ولم يتسن له رد الجميل لهم، فيجد في الوصية ضآلته، حيث يستطيع من خلالها أن

(١) انظر إلى نص المادة الأولى من قانون الوصية الصادر بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م.

(٢) انظر في ذلك إلى: "شرح قانون الوصية" للإمام محمد أبو زهرة، ص١٠، دار الفكر العربى. وفي نفس المعنى يقول الشيخ محمد سلام مدكور في مرجعه سالف الذكر عن تعريف قانون الوصية للوصية في باب المدح والثناء على هذا التعريف "وهو تعريف شامل لكل ضروب الوصايا التي اشتمل عليها القانون" (راجع في ذلك محمد سلام مدكور – المرجع السابق – ص٢٩٤، هامش٢).

يوصي بجزء من ماله (لا يجوز أن يزيد عن ثلث ما ترك من مال عند وفاته) دون خشية أن يصيبه ضرر من جراء هذا التصرف لأن ملكية الموصى به لا تنتقل إلى الموصى له إلا بعد موته، فيحقق بذلك معادلة صعبة بين مصلحته في الانتفاع بكل ماله حال حياته ومصلحته في الأجر والثواب من الله وفي إعانة أو مكافأة من يرغب في إعانته أو مكافأته بعد موته، فيحتفظ مع وجود الوصية بكل ماله طوال حياته ولا ينتقل الجزء الموصى به إلى الموصى له إلا بعد الموت(١).

وقد روى رسول الله ﷺ أنه قال: "**إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم**"(٢).

أما بالنسبة لأدلة جواز الوصية من القرآن الكريم أو السنة المطهرة فكثيرة نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُۥ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي الثُّلُثِ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾(٣).

---

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. محمد زكريا البرديسى "الميراث والوصية في الإسلام" ص١٠٣، طبعة عام ١٣٨٣ هـ-١٩٦٤م، الناشر الدار القومية للطباعة والنشر بالقاهرة.

(٢) رواه ابن ماجة في سننه (سنن ابن ماجة، جـ٢، رقم الحديث ٢٧٠٩، ص٩٠٤).

(٣) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

فقد بينت الآية الكريمة أن نصيب الورثة من تركة مورثهم يكون فيما تبقى من بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، فدل ذلك على جواز الوصية.

ب – قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾(١).

فقد دلت الآية الكريمة على أن الله – تعالى – يحض من عاين الموت وأراد أن يعقب لنفسه خيراً بأن يوصي بجزء من ماله.

ج – قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ﴾(٢).

فقد دلت الآية الكريمة على حض المؤمنين على الإشهاد على الوصية، والله – عز وجل – لا يأمر بالإشهاد إلا على شيء مشروع، فدل ذلك على مشروعية الوصية.

د – قول النبى صلى الله عليه وسلم: "**إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم**"(٣).

هـ – ما روى عن عامر بن سعد عن أبيه **قال:** "**مرضت عام الفتح حتى أشفيت على الموت (أى قاربت فيه الموت)، فعادني رسول الله ﷺ، فقلت أى رسول الله إن لى مالاً كثيراً وليس يرثنى إلا ابنة لى أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا، قلت فالشطر قال : لا، قلت فالثلث : قال: "الثلث والثلث كثير إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس**"(٤).

---

(١) الآية رقم ١٨٠ من سورة البقرة.

(٢) الاية رقم ١٠٦ من سورة المائدة.

(٣) رواه ابن ماجة في سننه، جـ٢، رقم الحديث ٢٧٠٩، ص٩٠٤.

(٤) رواه ابن ماجة في سننه، جـ٢، رقم الحديث ٢٧٠٨، ص٩٠٤. ويقصد بعبارة يتكففون الناس: أى يشحذون فيسألون الناس بأكفهم.

فالحديثان واضحان في الدلالة على مشروعية الوصية بثلث مال المرء زيادة في الأجر والثواب.

و – ما روي عن ابن عمر – رضي الله تعالى عنهما – أن رسول صلى الله عليه وسلم قال: "**ما حق امرئ مسلم يبيت ليلته وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه**"(١).

وقد ذكر الإمام الشوكاني أن البعض قد استدل بهذا الحديث مع قول الله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ على وجوب الوصية، وبه قال جماعة من السلف منهم عطاء والزهدي وأبو مجلز وطلحة بن مصرف وحكاه البيهقي عن الشافعي في القديم، وقال به إسحاق وداود وأبو عوانة الأسفراينى وابن جرير، وذهب الجمهور إلى أنها مندوبة وليست بواجبة، ونسب ابن عبد البر القول بعدم الوجوب إلى الإجماع، أجاب الجمهور عن الآية سالفة الذكر بأنها منسوخة كما في البخاري عن ابن عباس قال: "**كان المال للولد وكانت الوصية للوالدين فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل لكل واحد من الأبوين السدس**"(٢).

ثم أجاب القائلون بالوجوب بأن الذى نسخ الوصية للوالدين والأقارب الذين يرثون، وأما من لا يرث فليس في الآية ولا في تفسير ابن عباس ما يقتضي النسخ في حقه.

ثم أجاب الجمهور عن الحديث بأن قوله: "ما حق" لا يفهم منه الوجوب فقد جاء على هذا النحو للحزم والاحتياط لأنه قد يفاجئه الموت وهو على غير

(١) انظر في ذلك إلى "نيل الأوطار" للإمام الشوكاني، جـ٦، كتاب الوصايا، ص١٤٢، دار الجيل.

(٢) انظر في ذلك إلى: نيل الأوطار للإمام الشوكاني، جـ٦، كتاب الوصايا، ص١٤٣، ١٤٤.

وصية، وقيل الحق لغة الشيء الثابت ويطلق شرعاً على ما يثبت به الحكم وهو أعم من أن يكون واجباً أو مندوباً، وقد يطلق على المباح قليلا قاله القرطبي(١).

والصحيح – من وجهة نظري – هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فيندب إليها لمن لا يرث من الأقارب لا سيما الفقراء منهم(٢).

الفرع الثالث
مدى جواز الوصية للجنين

لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء على جواز الوصية للجنين(٣)، على أساس أن الوصية له تجرى مجرى الميراث بوصفها تمثل انتقالاً للمال الموصى به إلى الموصى له بعد موت الموصي بغير عوض، كانتقال المال من المورث إلى وارثه بموت المورث، وما دام أن الحمل يرث فإن الوصية له تكون جائزة من باب أولى، لا سيما وأن الوصية أوسع في باب الخلافة على المال من الميراث، لأنها تصح للمخالف في الدين وللعبد بعكس الميراث، وبذلك تكون الوصية أظهر في الإجازة للجنين من الميراث، وفي ذلك المعنى يقول الإمام ابن قدامه المقدسي: "والحمل يرث فتصح الوصية له، ولأن الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف في الدين بخلاف الميراث، فإذا ورث الحمل فالوصية له أولى".

---

(١) نيل الأوطار للإمام الشوكاني، جـ٦، ص١٤٣، ١٤٤.

(٢) انظر في نفس المعنى: أ. د. وهبه الزحيلي "الوصايا والوقف في الفقه الاسلامي"، ص١٢، الطبعة الأولى عام ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧م، طبعة دار الفكر. دمشق، سوريا.

(٣) انظر في ذلك إلى كتب المذاهب الفقهية الآتية: في الفقه الحنفي "بدائع الصنائع" للكاساني، جـ٧، ص٣٣٦، في الفقه المالكي: "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للدسوقي، جـ٤، ص٤٢٣، وفي الفقه الشافعي: "مغني المحتاج" للشربيني، جـ٣، ص٤٠، وفي الفقه الحنبلي "الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل" للشيخ أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوى المقدسى، جـ٣، ص٥٨، دار المعرفة: بيروت، لبنان، في الفقه الزيدي "البحر الزخار" لابن المرتضى، جـ٥، ص٣٠٩.

ولعل هذا هو عين ما استقر عليه فقهاء القانون إذ يجيزون الوصية للجنين (سواء أولئك الذين يقصرون أهلية الجنين على اكتساب الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، والوصية واحدة من هذا النوع من الحقوق، أو أولئك الذين يعترفون للجنين بصلاحية اكتساب جميع الحقوق سواء ما كان لا يحتاج منها إلى قبول كالوصية أو كان يحتاج منها إلى قبول فينوب عنه أو وصيُه في هذا القبول)، بلا خلاف بينهم على اعتبار أنها من قبيل الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول لنشأتها لصالح الجنين(١).

الفرع الرابع
شروط صحة الوصية للجنين

لكي تصح الوصية للجنين يلزم أن تتوافر الشروط الآتية :

١ – الشرط الأول – أن يكون الجنين موجوداً وقت إنشاء الوصية :

وهذا شرط منطقي إذا لا تصح الوصية للجنين مع انعدام وجوده وقت إنشائها، وانصراف نية الموصي إلى أنه موجود وقت الإيصاء على خلاف الحقيقة.

وهذا يقتضي أن يتحقق للجنين الوجود لحظة الإيصاء له، ولو كان مجرد نطفة أمشاج (أو نطفة مخصبة) خارج الرحم (كما لو كان الجنين جنين أنابيب تم تلقيحه صناعياً في أنبوبة معدة لذلك الغرض تمهيداً لإعادته إلى الرحم على إثر هذا التلقيح ليتابع نموه داخل هذا الرحم) أو داخله (وذلك حينما يكون التلقيح طبيعياً أو صناعياً ولكن جرى له التلقيح داخل الرحم كما هو الحال في الإخصاب الصناعي الداخلي).

---

(١) انظر في ذلك: أ. د. إسماعيل غانم "محاضرات في النظرية العامة للحق" ص ١٧٣، ١٧٤، طبعة عام ١٩٥٨م، أ. د. جلال العدوي "المراكز القانونية"، ص ١٣٤، طبعة عام ١٩٨٨م، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، أ. د. حسن كيرة – المرجع السابق – بند ٣٦٤، ص ٥٠٧.

وقد فصلت المادة ٣٥ من قانون الوصية المصري في بيان كيفية التثبت من وجود الحمل وقت الإيصاء، حيث تنص على أن: "تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية :

"إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة...".

ومن ثمَ لو صدرت الوصية لحمل امرأة معينة ثم تبين عدم حملها لحظة الإيصاء كانت الوصية باطلة، باعتبارها وصية لمعدوم، حتى وإن حملت بعد صدور الوصية، لتخلف شرط الوجود في الحمل لحظة الإيصاء.

وقد اختلف الفقهاء حول صحة الوصية لحمل غير موجود وقت الوصية ولكنه سيوجد في المستقبل، فذهب جمهور الفقهاء (وهم الأحناف – والشافعية – والحنابلة – والزيدية[١] إلى عدم جواز هذه الوصية، وذلك باعتبارها وصية لمعدوم، ووصية المعدوم غير جائزة، في حين ذهب المالكية إلى جواز هذا النوع من الإيصاء، على أساس أن الحمل وإن لم يكن موجوداً وقت الإيصاء إلا أنه في طريقه إلى الوجود، وبالتالى فإنه يكون صالحاً للتملك، فتوقف الوصية له إلى حين ولادته حياً، فإن استهل صارخاً عقب الولادة استحق الوصية وإن لم يستهل بطلت الوصية له ولم يستحق شيئاً[٢].

ويترجح في نظرى مسلك الجمهور على أساس أن هذه الوصية تكون عند صدورها في هذه الحالة قد صدرت لمعدوم أى غير موجود وقت الإيصاء فلم تصح لذلك.

---

(١) انظر في ذلك إلى: في الفقه الحنفى: "بدائع الصنائع" للكاساني، جـ٧، ص٣٣٦، وفي الفقه الشافعي "المجموع شرح المهذب" للنووي، جـ١٨، ص٤٢٠، وفي الفقه الحنبلي: "شرح منتهى الإرادات" للبهوتي، جـ٢، ص٤٣، وفي الفقه الزيدي: "البحر الزخار" لابن المرتضى، جـ٥، ص٣٠٩.

(٢) "حاشية الدسوقى على الشرح الكبير" جـ٤، ص٤٢٣، مكتبة زهران، مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٢ – الشرط الثاني – ولادة الجنين حيا :

لم يختلف الفقهاء حول اشتراط صفة الحياة في الجنين كشرط لازم لاستحقاقه الوصية، ولكن اختلفوا في حقيقة الحياة اللازمة لذلك، فمن الفقهاء من يكتفي بولادة أكثر الجنين حياً، بدعوى أن الأكثر له حكم الكل وهم الأحناف[١]، في حين يرى جمهور الفقهاء ضرورة ثبوت الولادة الكاملة أو الانفصال التام حياً لاستحقاق الجنين الوصية، وهم المالكية والشافعية والحنابلة[٢] وينبغى أن يكون ماثلاً في الذهن أنه وفقا لأحكام قانون الوصية فإنه إذا انفصل الجنين حياً ثم مات بعد ذلك كانت وصيته لورثته بالأعيان، أما إذا كانت الوصية بالمنافع فإن حصته تكون لورثة الموصي وليس لورثة الجنين (م ٣٦ من هذا القانون).

٣ – الشرط الثالث – أن يوجد الحمل على الصفة التي حددها الموصـي :

كما لو أوصى لحمل رجل معين، فعندئذ يلزم ثبوت نسبه من ذلك الشخص المعين، وإلا لم يستحق شيئاً من هذه الوصية، ورجعت إلى ورثة الموصي، وهذا عن ما نصت عليه المادة ٢/٣٥ من قانون الوصية المصري.

٤ – الشرط الرابع – ألا يكون الجنين وارثاً:

ذلك أن الأصل في الوصية ألا تكون لوارث، وذلك عملاً بحديث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذ يقول: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"[٣]. فإذا صدرت الوصية لوارث حملاً كان أو غيره صحت

---

(١) انظر في ذلك إلى: "المبسوط" للسرخسي، جـ ٢٨، ص٨٦، ٨٧.

(٢) انظر في ذلك إلى: في الفقه المالكي "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" جـ٤، ص٤٢٣، في الفقه الشافعي "نهاية المحتاج" للرملي، جـ٦، ص٤٤ وما بعدها، وفي الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة جـ٦، صـ٤٧٥.

(٣) رواه ابن ماجة في سننه، جـ٢، رقم الحديث ٢٧١٣، ص٩٠٥.

موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإلا لم تنفذ في حقهم، وإن أجازها البعض من الورثة ولم يجزها البعض الآخر نفذت في حق من أجازها فقط ولم تنفذ في حق الباقين.

ولعل هذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة(١)، في حين يرى فريق من الزيدية والإمامية صحة الوصية للوارث وإن لم يجزها الورثة، ذلك أن حكمها حكم الوصية للأجنبى فتصح في حدود الثلث وإن لم يجزها الورثة، فإن زادت عن الثلث أوقفت الزيادة على موافقة الورثة فإن أجازوها نفذت هذه الزيادة وإلا لم تنفذ في حقهم إلا في حدود الثلث فقط(٢).

ولعل هذا الرأي الأخير هو ما أخذ به قانون الوصية المصري في المادة ٣٧ منه حيث نصت على ذلك بقولها: "تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه".

"وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة".

ويترجح في نظري مسلك جمهور الفقهاء لا سيما وقد روي عن سيدنا عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما – أنه قال: "وددت أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع، لأن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: الثلث كبير أو كثير"(٣).

---

(١) انظر في ذلك إلى: المغني لابن قدامة، جـ٦، ص ١٦٢، الطبعة الأولى عام ١٤٠٥هـ، دار الفكر. بيروت. لبنان، المحلى لابن حزم الظاهري، جـ٩، ص ٣١٧، تحقيق لجنة إحياء التراث، دار الآفاق الجديدة، بيروت. لبنان.

(٢) انظر في ذلك إلى: شرائع الإسلام، جـ٢، ص ٢١٥، البحر الزخار، جـ ٤، ص ١٥٨.

(٣) سنن ابن ماجة، جـ٢، رقم الحديث ٢٧١١، ص ٩٠٥.

٥ – الشرط الخامس – ألا يكون الحمل حربياً:

فلا تجوز وصية المسلم أو الذمي أو المستأمن للحربي حملاً كان أو غيره، حتى لا تكون الوصية له عوناً على قتال المسلمين(١).

ويراعى أنه وفقاً لقانون الوصية المصري إذا أوصى لحمل معين ثم جاءت الحامل بولدين أو أكثر (ويراعى أن الولد يطلق على الذكر أو الأنثى) أحياء سواء حدث ذلك في وقت واحد أو في وقتين مختلفين خلال مدة لا تقل عن ستة أشهر كانت الوصية بينهما أو بينهم بالتساوي ما لم يرد في الوصية توزيع آخر للأنصباء في حالة التعدد، في حين أنه إذا انفصل الآخر ميتاً أو انفصل الآخرون موتى استحق الحي منهما أو منهم كل الوصية (م ٣٦ من هذا القانون).

المطلب الثالث
حق الجنين في الوقف

الفرع الأول
المعنى اللغوي والاصطلاحي للوقف

أولاً – المعنى اللغوي للوقف:

الوقف لغة هو الحبس، وهو مصدر قولك وقفت الدابة ووقفت الكلمة وقفاً. ووقف الأرض على المساكين وقفاً: أى حبسها عليهم(٢).

ووقفت الدار له وعليه: أي حبستها في سبيل الله، والواقف هو الحابس لعينه إما على ملكه أو ملك الله تعالى، والوقف هو حبس العين على ملك الله تعالى، وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر والموقوف اسم مفعول وهو العين المحبوسة إما على ملكه أو على ملك الله(٣).

---

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. محمد زكريا البرديسى – المرجع السابق – ص ١١٣.

(٢) انظر في ذلك إلى: "لسان العرب" لابن منظور، جـ٦، ص٤٨٩٨، طبعة دار المعارف.

(٣) انظر في ذلك إلى: "محيط المحيط" للمعلم بطرس البستاني، ص ٩٨٢.

ثانياً – المعنى الاصطلاحي للوقف:

لقد أورد فقهاء المذاهب الإسلامية تعريفات كثيرة للوقف نختار منها التعريفات الآتية :

يعرفه صاحبا أبى حنيفة (أبو يوسف ومحمد بن الحسن) بأنه: "حبس العين على ملك الله – تعالى – وصرف منفعتها على من أحب"(١). وعرفه بعض الشافعية بأنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح"(٢) وهذا التعريف أدق من التعريف الذى قبله لأنه يقيد صرف منفعة المال المحبوس على مصرف مباح، فيخرج بهذا القيد من دائرة الجواز والإباحة الوقف الذى يخصص لمصارف غير مباحة شرعاً، كالوقف على أهل الحرب أو الوقف على مسابقات غير شرعية كمسابقات ملكات الجمال مثلاً التي تحض على العري وامتهان المرأة.

وعرفه بعض الحنابلة بأنه: "تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة" أي بحبس الأصل وهو المال الموقوف فيمنع صاحبه من التصرف فيه بعيدا عن نطاق مصرفه الذى أوقف لأجله، على أن يجري تسبيل المنفعة فيه أى صرفها في سبيل الله على سبيل البر أو القربى من الله تبارك وتعالى(٣).

---

(١) انظر في ذلك إلى: "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" لابن نجيم الحنفي، جـ٥، ص٢٠٢ طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" للإمام فخر الدين عثمان ابن على الزيلعى، جـ٣، ص٣٢٥، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت، لبنان.

(٢) انظر في ذلك إلى: "مغني المحتاج" للشربيني، جـ٢، ص٣٧٦ "نهاية المحتاج" للرملي، جـ٥، ص ٣٥٨.

(٣) انظر في نفس المعنى: أ. هشام معروف الحسيني "الوصاية والأوقاف وإرث الزوجة" ص١٢٨. حيث يقول "ومعنى تحبيس الأصل عدم توريثه والتصرف في العين الموقوفة بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإجارة أو الإعارة وما إلى ذلك، والمراد من إطلاق المنفعة أو تسبيلها هو صرفها واستعمالها في الجهة التى يعينها الواقف من دون عوض". الطبعة الأولى عام ١٩٨٠م، طبعة دار القلم. بيروت. لبنان.

ويرى البعض[١] رجحان تعريف الحنابلة للوقف، لا سيما وأنه مأخوذ من حديث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الذى قال فيه لسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: "احبس أصلها وسَبِّل ثمرتها"[٢].

وأرى أفضلية كلاً من تعريف الشافعية لدقته، ووضوح وتعريف الحنابلة لكونه مستمدا من حديث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – سالف الذكر الذى وهبه الله – عز وجل – جوامع الكلام.

الفرع الثاني
دليل جواز الوقف

توجد أدلة كثيرة تفيد في صحة الوقف نذكر منها ما يلي:

١ – قول الله تعالى: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ﴾[٣]، فقد روي أنه لما نزلت هذه الآية الكريمة قال أبو طلحة – رضي الله تعالى عنه – يا رسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك أنى جعلت أرضي بيرحاء لله، فقال رسول صلى الله عليه وسلم: "اجعلها في قرابتك" قال فجعلها في حسان بن ثابت وأبى كعب"[٤]، وفي رواية أخرى عن أنس قال: "أن أبا طلحة قال يا رسول الله: إن الله يقول: لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون، وأن أحب أموالي إلى بيرحاء وأنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله، فقال رسول الله بخ بخ ذلك مال رابح مرتين، وقد

(١) د. إسماعيل محمود عبد الباقي – المرجع السابق – ص ٤٢٢.
(٢) رواه النسائي وابن ماجة (سنن النسائي، جـ٦، ص٢٣٢، سنن ابن ماجة، جـ ٢، رقم الحديث ٢٣٩٧، ص ٨٠١).
(٣) الآية رقم ٩٢ من سورة آل عمران.
(٤) انظر في ذلك إلى: "نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار" للشيخ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى عام ١٢٥٥هـ، جـ٦، ص١٣٤، طبعة عام ١٩٧٣م، دار الجيل. بيروت – لبنان.

سمعت أرى أن تجعلها في الأقربين، فقال أبو طلحة أفعلُ يا رسول الله فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه"[١].

٢ – قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾[٢] فهذه الآية الكريمة تفيد الحض على الإنفاق في وجوه البر والخير، وهذا ما يتحقق في الوقف باعتباره حبساً للمال لصرف منافعه في وجوه البر والخير.

٣ – قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له"[٣].

وقد ذكر الإمام الصنعاني هذا الحديث في باب الوقف مقلداً في ذلك غيره

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني، جـ٦، ص١٣٤.

(٢) الآية رقم ٢٦٧ من سورة البقرة.

(٣) "سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام" للشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعاني المتوفى عام ١١٨٢هـ، جـ٣، رقم الحديث ٨٧١، ص٩٣٤، تحقيق: إبراهيم عصر، دار الحديث بجوار إدارة الأزهر.

وقد ورد هذا الحديث بصيغة جامعة تضم ألواناً شتى من وجوه البر في الإنفاق، ذكرها ابن ماجة في سننه، فقد روي عن سيدنا أبي هريرة – رضي الله تعالى عنه – أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن مما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته علماً علمه ونشره، وولداً صالحاً تركه، ومصحفاً ورثه، أو مسجداً بناه، أو بيتاً لابن السبيل بناه، أو نهراً أجراه، أو صدقة أخرجها من ماله في صحته وحياته يلحقه من بعد موته" (سنن ابن ماجة، جـ١، رقم الحديث ٢٤٢، ص٨٨، ٨٩) وقد نظم الحافظ السيوطي – رحمه الله تعالى – هذه الوجوه الخيرة من وجوه الإنفاق في أبيات شعرية قائلاً:

إذا مات ابن آدم ليس يجري ... عليه من فعال غير عشر

علوم بثها ودعاء نجل ... وغرس النخل والصدقات تجري

وراثة مصحف ورباط ثغر ... وحفر البئر أو إجراء نهر

وبيت للغريب بناه يأوي ... إليه أو بناء محل ذكر

(انظر في عرض ذلك كله لدى الإمام الصنعاني في سبل السلام، جـ٣، ص٩٣٥).

من العلماء، قائلاً عن هذا الحديث: "ذكره في باب الوقف لأنه فسر العلماء الصدقة الجارية بالوقف، وكان أول وقف في الإسلام وقف عمر رضي الله عنه"(١).

روى نافع عن ابن عمر، قال: أصاب عمر بن الخطاب – رضي الله تعالى عنه – أرضاً بخيبر، فأتى النبي – صلى الله عليه وسلم – فاستأمره فقال يا رسول الله إني أصبت مالاً بخيبر لم أصب مالاً قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ فقال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها" قال فعمل بها عمر على أن لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، تصدق بها للفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف. لا جناح على من وليها أن يأكلها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول"(٢) وفي رواية أخرى زيد فيها "غير متمول مالاً"(٣).

٤ – روي عن أبى هريرة – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً، فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات"(٤).

٥ – روي عن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال: أراد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الحج فقالت امرأة لزوجها أحجني مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال ما عندي ما أحجك عليه، قالت احجني على جملك فلان، قال ذلك حبيس في سبيل الله، فأتى رسول الله – صلى الله عليه وسلم

---

(١) انظر في ذلك إلى "سبل السلام" للصنعاني، جـ٣، باب الوقف، ص٩٣٤. وقد ذكر الصنعاني في نفس الموضع عن الإمام الترمذي قوله لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل الفقه خلافاً في جواز وقف الأرضين، وأشار الشافعي أنه من خصائص الإسلام لا يعلم في الجاهلية.

(٢) "نيل الأوطار" للشوكاني، جـ٦، كتاب الوقف، ص١٢٧.

(٣) انظر في ذلك إلى: "سبل السلام" للصنعاني، جـ٣، رقم الحديث ٨٧٢، ص ٩٣٥.

(٤) انظر في ذلك إلى (صحيح البخاري – المرجع السابق – جـ٣، ص ١٠٤٨، طبعة دار ابن كثير اليمامة، مسند الإمام أحمد بن حنبل - المرجع السابق - جـ٢، ص ٣٧٤.

(٥) انظر في ذلك إلى: نيل الأوطار للشوكاني، جـ٦، ص ١٣٢.

– فسأله فقال له "أما إنك لو أحججتها عليه كان في سبيل الله"[١]، وقد صح أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال في حق خالد بن الوليد: "قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله" متفق عليه[٢].

الفرع الثالث
مدى جواز الوقف على الجنين

بادئ ذى بدء ينبغي أن نوضح أن من أبرز الشروط الواجب توافرها في الموقوف عليه سواء أكان جنيناً أم غيره أن يكون موجوداً، وأن يكون أهلاً للتملك[٣] وهذان الشرطان هما مدار الخلاف وسنده في القول بجواز أو عدم جواز الوقف على الجنين، ذلك أن من يرى أن الجنين موجود وليس بمعدوم، وأنه أهل للتملك يجيز الوقف له، ومن يرى أن الجنين معدوم وليس أهلاً للتملك لم يجز الوقف له، على ما سوف نرى عند بيان حكم الفقهاء في الوقف على الجنين في ضوء الصورة التي يتم عليها الوقف.

ذلك أن حكم الفقهاء في الوقف على الجنين ليختلف باختلاف الصورة التي يتحقق من خلالها الوقف عليه، فقد يكون الوقف على الجنين أصالة أي على وجه الاستقلال أو الانفراد، وقد يكون على وجه التبعية مع آخرين، وذلك على التفصيل الآتي:

١ – الصورة الأولى: الوقف للجنين على وجه الاستقلال:

لقد اختلف الفقهاء حول حكم الوقف للجنين إذا تم الوقف له أصالة أو على وجه الاستقلال والانفراد، وذلك بأن يقول الواقف: وقفت هذه الدار على

---

(١) انظر في ذلك إلى كل من: نيل الأوطار للشوكاني، جـ ٦، ص١٣٢، وسبل السلام للصنعاني، جـ٣، رقم الحديث ٨٧٣، ص ٩٣٦، ٩٣٧.

(٢) هذا إلى جانب وجود شرطين آخرين: وهما ضرورة أن يكون الموقوف عليه معيناً غير مجهول، فضلاً عن ضرورة أن يكون الوقف عليه غير محرم، أو بمعنى آخر لابد أن يكون الوقف لغاية مشروعة.

هذا الحمل بعينه أو على من سيولد لى، على رأيين :

أ – الرأي الأول :

يرى أنصاره وهم (جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية[١]) عدم صحة الوقف في هذه الصورة، وذلك إما على أساس أن الحمل ليس أهلاً للتملك، كما أنه ليس لأحد أن يتملك له في نظر البعض منهم ، وإما على أساس أن الحمل معدوم فلا يصح له الوقف ابتداء في نظر البعض الآخر[٢].

ب – الرأي الثاني :

يرى أنصاره وهم (المالكية[٣] والشيعة الزيدية[٤]) صحة الوقف في هذه الصورة، وذلك على أساس أن الوقف يصح لمن كان أهلاً للتملك، سواء أكان موجوداً وقت الوقف أم كان سيوجد كالجنين الذى سيولد.

---

(١) انظر في ذلك الرأي إلى المراجع الآتية: في الفقه الحنفي "حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٤٧٢، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ–١٩٦٠م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، وفي الفقه الشافعي: مغني المحتاج للشربيني، جـ٢، ص ٣٧٩، طبعة دار الفكر، وفي الفقه الحنبلي "الاقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل" للمقدسي، جـ٣، ص ٢٠، وفي فقه الإمامية "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام"، للحلبي، جـ٢، ص ٢١٤.

(٢) حيث جاء هذا المعنى لدى الشيعة الإمامية وفي ذلك يقول الحلبي في كتابه "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام".

(٣) نصه "ولو وقف على معدوم ابتداء لم يصح كمن يقف على من سيولد له أو على حمل لم ينفصل"، جـ٢، ص ٢١٤.
انظر في ذلك إلى: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك" لأبي بكر حسن الكشناوي، جـ٣، ص ١٠٠، طبعة ٢، دار الفكر.

(٤) انظر في ذلك إلى: "البحر الزخار الجامع لعلماء المذاهب والأمصار" لأحمد بن يحيى ابن المرتضى، جـ٤، ص ١٥٧،١٥٨، الطبعة الأولى عام ١٣٩٦هـ – ١٩٤٧م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

وأرى من جانبي رجحان الرأي الثاني على أساس أن الجنين أهل للتملك بوصفه موجوداً لحظة الوقف عليه، ما دام قد ثبت له هذا الوجود في رحم أمه منذ صيرورته نطفة أمشاج، ويسهل الآن في العصر الحديث التثبت بدقة متناهية من مدى وجود الجنين أو انتفاء وجوده لحظة صدور الوقف لصالحه.

٢ – الصورة الثانية – الوقف للجنين أو لمن سيولد بطريق التبع لمن يصح الوقف عليه:

وتتخذ هذه الصورة في واقع الحياة أحد هذين الفرضين:

أ – **الفرض الأول**: أن يوقف إنسان داره أو عقاره على المعدوم تبعاً للموجود، كأن يقول وقفت الدار أو العقار على من سيولد لي وعلى الموجودين من أولادي، فمن الفقهاء من يرى صحة هذا الوقف، بحيث إذا وجد من لم يكن موجوداً وقت الوقف بعد انقراض من كان موجوداً من الموقوف عليهم انتقل الوقف إليه، وإن وجد مع بقائهم اشترك معهم في الأعيان الموقوفة(١)، في حين يرى البعض الآخر صحة الوقف بالنسبة للموجود فقط وعدم صحته بالنسبة لمن سيوجد بوصفه كان معدوماً حين الوقف، وبالتالي لا يصح الوقف عليه حتى وإن وجد بعد ذلك.

ب – **الفرض الثاني** : أن يوقف إنسان داره ابتداء على من سيولد له ثم على أولاده الموجودين أو على الفقراء، حيث يرى جمهور الفقهاء صحة الوقف

---

(١) انظر في ذلك إلى كل من: في الفقه الحنفي: "شرح فتح القدير" للكمال بن الهمام، جـ ٥، ص٤٥٢، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان.

(٢) انظر في ذلك إلى كل من: الفقه الحنفي: "شرح فتح القدير" لابن الهمام جـ٥، ص ٤٥٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد أمين المعروف بابن عابدين، جـ٤، ص ٤٧٢، الطبعة الثانية ١٣٨٩هـ، ١٩٦٦م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، في الفقه المالكي: "الخرشي على مختصر خليل"، جـ٧، ص ٨٠، دار صادر، بيروت، لبنان، في الفقه الحنبلي: "شرح منتهى الإرادات" للبهوتي، جـ٢، ص ٦، طبعة عام ١٣٦٦هـ، مطبعة أنصار السنة المحمدية، الناشر عالم الكتب.

في هذا الفرض، وذلك على أساس أنه حينما أوقف على أولاده فكأنما وقف على الفقراء ابتداء فصح وقفه[١] وذلك خلافاً لرأي بعض الفقهاء كالشافعية والشيعة الإمامية حيث لم يجيزا مثل هذا الوقف باعتباره وقفاً على معدوم فكان باطلاً[٢].

وأرى من جانبي صحة الوقف على الجنين متى ثبت وجوده يقيناً لحظة الوقف، ولو كان مجرد نطفة أمشاج، سواء جرى الوقف له ابتداء بطريق الأصالة أم كان بطريق التبع مع من كان موجوداً عند الوقف، وذلك قياساً على صحة ميراث الحمل، حيث يفترض صلاحية هذا الحمل للتملك أو على الأقل صلاحيته لتلقى الإرث من مورثه فيشارك الورثة الموجودين في الميراث ويوقف له أوفر النصيبين على فرض الذكورة أو الأنوثة، فكذلك في الوقف حيث يصح الوقف عليه.

ولا شك في أن إلحاق الوقف على الحمل بالوقف على المعدوم أو الوقف على من سيولد ممن ليس موجوداً وقت الوقف فيه مجافاة للحقيقة والواقع ولا يخلو من المغالطة، ذلك أن الحمل موجود حقيقة وفعلاً منذ صيرورته نطفة أمشاج باعتبارها تمثل الطور الأول من أطوار الحمل وجوداً وتكويناً، فلا يصح وصفه بالعدم أو معاملته معاملة المعدوم، بعكس من سيولد ممن ليس موجوداً بالرحم فعلا كجنين أو حمل فهو ليس موجوداً لحظة الوقف، فلا يصح الوقف عليه لأنه معدوم فعلاً، والمعدوم لا يصح الوقف عليه.

(١) انظر في ذلك إلى كل من: في الفقه الشافعي: "مغنى المحتاج" للشربينى، جـ ٢، ص ٣٧٩، طبعة عام ١٣٧٧هـ – ١٩٥٨م، دار الفكر، في فقه الإمامية: "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام" للحلبي، جـ٢، ص ٢١٤، الطبعة الأولى عام ١٣٨٩ هـ – ١٩٦٩م، مطبعة الآداب في النجف الأشراف.

المبحث الخامس
حق الجنين في تلقي الهبة والشفعة والاستفادة من التأمين

المطلب الأول
حق الجنين في تلقي الهبة

الفرع الأول
المعنى اللغوي والاصطلاحي للهبة

أولاً – المعنى اللغوي للهبة:

الهبة لغة هى العطية الخالية من الأعواض والأغراض، فإذا كثر صدورها من صاحبها سمي وهاباً وهو من أبنية المبالغة، ولذا فإن من صفات الله – عز وجل – الوهاب أي كثير الإنعام على العباد، وأن كل ما وهب لك من ولد وغيره فهو موهوب. والموهوب (بفتح الواو) هو الرجل كثير الهبات، وتواهب الناس: أى وهب بعضهم البعض، والاستيهاب: أى سؤال الهبة واتهب: أى قبل الهبة، والاتهاب: قبول الهبة(١).

ووهب مالاً يهب وهْباً (بسكون الهاء) ووهباً (بفتح الهاء) وهبة (بكسر الباء): أي أعطاه إياه بلا عوض، فهو واهب ووهاب وواهبة ووهوب والآخر موهوب له، والمال موهوب، والهبة مصدر ويقصد بها شرعاً تمليك عين بلا عوض.

وقد قيل إن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة، إلا أن الصدقة والهدية متغايران، فقد كان رسول الله –ﷺ– يأكل من الهدية ولا يأكل من

(١) لسان العرب لابن منظور، جـ٦، ص ٤٩٢٩.

الصدقة[١]، فالظاهر أن من يعطي شيئاً ينوي به التقرب إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة، في حين أن من يدفع شيئاً إلى إنسان للتقرب إليه فهو هدية، ولذلك قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في اللحم الذى جاء صدقة إلى بريرة "هو عليها صدقة ولنا هدية"[٢].

ثانياً – المعنى الاصطلاحي للهبة :

لقد أورد الفقهاء تعريفات عديدة للهبة نتخير منها التعريفات التالية : يعرفها الحنفية على أنها: "تمليك العين بلا شرط العوض في الحال"[٣] ويعرفها المالكية بأنها: "تمليك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وحده وتسمى هدية"[٤].

ويعرفها الحنابلة بأنها: "تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه، موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في هذه الحياة بلا عوض"[٥].

---

(١) فقد روى أبو هريرة – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا أتي بطعام سأل عنه، فإن قيل: هدية أكل منها، وإن قيل صدقة لم يأكل منها. (رواه مسلم في صحيحه، حديث رقم ١٠٧٧، ص ٤٥٦).

(٢) رواه الإمام مسلم في صحيحه، حديث رقم ١٠٧٤، ص ٤٥٥.

(٣) وقولهم تمليك العين تعبير قصد به إخراج تمليك المنافع من الإجارة والعارية ونحوهما. وقولهم بلا شرط العوض تعبير قصد به إخراج البيع ونحوه مما يشترط فيه العوض. وهذا لا ينافى أن للمالك أن يهب عيناً معينة لآخر بشرط أن يأخذ منه عوضاً لذلك فتكون هبة بشرط العوض، لأن الغرض هو نفي كون العوض مشروطاً لصحة الهبة.

(٤) انظر في ذلك إلى: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة – المرجع السابق – ص ٢٣١

(٥) يقصد بعبارة "جائز التصرف" أي أن يكون الواهب صاحب المال أهلاً للتصرف فيه فيكون بالغاً رشيداً. ويقصد بعبارة "معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه" أى يجب أن يكون المال الموهوب معلوماً فلا تصح هبة المجهول، إلا إذا تعذر العلم به، كأن يهب جار قمحه الذى اختلط بقمح جاره، وقوله "موجوداً" قصد به إخراج المعدوم (غير الموجود) فلا يصح هبة ولد البقرة قبل أن تحمل به، والمراد من قوله "مقدوراً على تسليمه" إخراج ما ليس بمقدور التسليم كالطير في الهواء، والسمك في الماء، فإن هبته لا تصح، والمراد من عبارة "في هذه الحياة" إخراج الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

الفرع الثاني
دليل جواز الهبة

الهبة تصرف مندوب إليه لما فيها من الإحسان والبر من الواهب للموهوب له، وصدق رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذ يقول في الحديث الذى رواه عنه أبو هريرة رضي الله تعالى عنه: "تهادوا تحابوا"(١) كما روي عن السيدة عائشة – رضي الله تعالى عنها – أنها قالت: "كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقبل الهدية ويثيب عليها"(٢).

بيد أن الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول جواز الهبة للجنين، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة الهبة للجنين على أساس أن الهبة يلزم فيها القبول والقبض وليس للجنين ولي يتولى ذلك نيابة عنه، حيث لا تبدأ الولاية عليه إلا بعد ولادته حياً(٣)، في حين يرى المالكية جواز الهبة للجنين بحيث يكون له المال الموهوب كله إن ولد حياً، ويكون لورثته إن ولد حياً ثم مات، ويبقى على ملك الواهب إن ولد ميتاً(٤)، كما يجيزها للجنين الإمام ابن حزم

---

(١) الحديث رواه البخاري في الأدب المفرد، وأبو يعلى بإسناد حسن (انظر في ذلك إلى "سبل السلام" للصنعاني، جـ٣، حديث رقم ٨٨١، ص ٩٤٤.

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه (انظر في ذلك إلى "سبل السلام" للصنعاني، جـ٣، رقم الحديث ٨٧٧، ص ٩٤٠).

(٣) وفي ذلك يقول الإمام الحنفي شمس الدين السرخسي "والقبول من الجنين لا يتحقق وليس لأحد عليه ولاية القبول، الأم وغيرها فيه سواء، لأن القابل لا يمكن أن يجعل نائباً، فإن نيابة الغير شرعاً فيما يكون متصوراً من المنوب عنه" (انظر في ذلك إلى "المبسوط" ج٨، ص ٢٩، طبعة عام ١٣٢٤هـ، مطبعة السعادة بمصر لصاحبها محمد إسماعيل)، وفي نفس المعنى انظر أيضاً إلى "الإمام الكاساني في كتابه" بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، ج٧، ص ٣٣٦، الطبعة الثانية عام ١٩٧٤م، دار الكتاب العربي.

(٤) وفي ذلك يقول الإمام التسولي في كتابه "البهجة في شرح التحفة": "في المجلس عليه ولا أن يكون أهلاً للتملك حقيقة كزيد والفقراء أو حكماً كقنطرة ومسجد، ولا يشترط كوناً كبيراً ولا موجوداً، بل للكبار والصغار – يعقد وللجنين الموجود في =

الظاهري[١]، وذلك على أساس أن من تلفظ بالهبة فقد عقد عقداً أو عمل عملاً، فلزمه لذلك الوفاء به، ولا يحل له إبطاله إلا بنص، ولا يوجد نص بذلك، بل النص على وجوب الوفاء عملاً بقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبۡطِلُوٓاْ أَعۡمَٰلَكُمۡ﴾[٣].

ويبدو لي من رأي من لم يجز الهبة للجنين أن ذلك مرده إلى قولهم بغياب الولاية أو النيابة الشرعية عن هذا الجنين، بدعوى أنها لا تبتدئ أصلاً إلا مع تمام ولادته حياً، ومن ثم ليس هناك من ولي أو نائب شرعي ينوب عن الجنين، يملك ولاية القبول عنه حتى تصح الهبة له، ومثل هذا الرأي قد فقد الآن مبرر فكره واتجاهه حيث تعمد معظم قوانين الولاية على المال في العصر الحديث على النص صراحة على حق الأب في إقامة وصي عن الحمل المستكن، وإلا عين له وصي من قبل المحكمة[٤].

وأرى من جانبي صحة الهبة للجنين قياساً على صحة الهبة للصبي غير المميز، حيث لا يصح من الصبي غير المميز – لانعدام إرادته – قبض الهبة أو قبولها، فينوب عنه في ذلك وليه أو وصيُّه، فكذلك الجنين ينوب عنه في قبض

= بطن أمه، بل ولمن لم يوجد في البطن ولكن سيولد في المستقبل، والهبة والصدقة والوصية مثل الحبس في ذلك، ويتم ذلك ويلزم باستهلاك من في البطن أو سيوجد" ص ٢٢٥، دار الفكر.

(١) انظر في ذلك إلى "المحلى" للإمام ابن حزم الظاهري، ج٦، ص١٢٦، طبعة دار الفكر، بيروت. لبنان.

(٢) الآية رقم ١ من سورة المائدة.

(٣) الآية رقم ٣٣ من سورة محمد.

(٤) انظر في ذلك إلى المادتين ٢٨،٢٩ من قانون الولاية على المال المصري، والمادتين ٢٣، ٢٤ من قانون الولاية على المال البحريني، والمادتين ١٠١، ١٠٢ من مدونة الأحوال الشخصية.

الهبة وقبولها وليه أو وصيُه، ولا يقال عن الجنين أنه معدوم فهو موجود حقيقة في الرحم أو خارجه (كما في جنين الأنابيب) منذ صيرورته نطفة مخصبة.

وإذا كانت بعض القوانين المدنية الحديثة لم تنص صراحة على جواز الهبة للجنين (كالقانون المدني المصري وغيره من القوانين التي حذت حذوه كالقانون المدنى البحريني) مما حمل بعض الفقهاء على القول بعدم جواز الهبة للجنين باعتبارها من قبيل الحقوق التي تحتاج إلى قبول، والجنين لا يتصور صدور القبول منه، وقصر أهليته من ثم على اكتساب الحقوق التي لا تحتاج إلى قبوله لثبوتها لها[١]، إلا أن بعض القوانين المدنية الحديثة كالقانون المدني الكويتي قد نصت صراحة على جواز الهبة للجنين، بل لم تكتف بالاعتراف له بأهلية اكتساب مثل هذا النوع من الحقوق، بل جعلت له أهلية التحمل بالالتزامات التي تستوجبها إدارة أمواله أو حقوقه (م ٢/١٠ مدني كويتي[٢])، وهذا ما اتجه إليه – وبحق – بعض الفقهاء وذلك تحقيقا لمصلحة الجنين في اكتساب مثل هذه الحقوق، لا سيما وأنه يمكن أن ينوب عنه وليه أو وصيه في قبول ما يحتاج إلى القبول من الحقوق لثبوتها له[٣].

---

(١) أ.د. عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجدي"د، ج٥ ص١٠٢، طبعة عام ١٩٩٨، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. لبنان، أ. د. توفيق حسن فرج "النظرية العامة للحق"، ص١٥٤ طبعة عام ١٩٨٧، مؤسسة الثقافة الجامعية.

(٢) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها: "مع ذلك تجوز له الهبة الخالصة، وتجب عليه الالتزامات التي تقتضيها إدارة ماله". كما تنص على ذلك أيضاً المادة ٥١٨ من قانون الموجبات اللبناني بقولها: "الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم"، كما أجاز ذلك القانون المدني الفرنسي في المادة ٩٠٣ منه بشرط القابلية للحياة.

(٣) انظر في ذلك إلى: أ. د. جلال العدوي – المرجع السابق – ص ١٣٥ وما بعدها.

المطلب الثاني
حق الجنين في الشفعة[1]

الفرع الأول
المعنى اللغوي والاصطلاحي للشفعة

أولاً – المعنى اللغوي للشفعة :

الشفع : ضد الوتر، يقال كان وتراً فشفعه، والشفعة في الدار والأرض، والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة[2].

---

(١) ومما تجدر الإشارة إليه أنه وإن كانت بعض التشريعات المدنية تطلق على الشفعة وصف الحق مثل المادة ٨٦٠ مدني بحريني التي تعرفها قائلة: "الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية"، والمادة ١١٢٨ مدني عراقي حيث تقول: "الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة"، والمادة ١١٥٠ مدني أردني حيث تقول: "الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه الثمن والنفقات" كما يتجه بعض الفقهاء إلى إطلاق نفس الوصف على الشفعة (مثل أ. د. أحمد إبراهيم في مؤلف" المعاملات الشرعية المالية" ص ٥٢، طبعة عام ١٩٣٦م القاهرة، حيث يعرف الشفعة بأنها: "حق تمليك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه الثمن والمؤن") إلا أن الفقه يكاد يجمع على كون الشفعة رخصة وليست حقاً، ويعد إطلاق وصف الحق عليها على سبيل التجوز لا بقصد دلالة الحق ولكن بقصد دلالة الرخصة (انظر في ذات المعنى أ.د. عبد الحميد عثمان محمد "المفيد في أحكام حق الملكية" بند ٢٤٠، ص ٣١١، طبعة جامعة البحرين عام ٢٠٠٤م أ. د. محمود محمد حسن "الملك بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني" ص ٧٠ وما بعدها، رسالة دكتوراه عام ١٩٧٨م، كلية الشريعة والقانون بالأزهر الشريف بالقاهرة). ولعل هذا هو عين ما أخذ به التقنين المدني المصري حيث أضفى على الشفعة وصفها الحقيقي باعتبارها رخصة وليست حقاً، إذ تنص المادة ٩٣٥ مدني مصري على ذلك بقولها "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية" ومن الفقه من اعتبر الشفعة في مرحلة وسطى بين الحق والرخصة، فهي ليست رخصة محضة ولا حقاً محضاً (انظر في ذلك إلى: أ. د. عبد الرزاق السنهوري "الوسيط" ج٩، بند رقم ١٦٢، ص ٥٨٩.

(٢) مختار الصحاح للرازي، ص ٣٤١.

والشُفْعة (بضم الشين وسكون الفاء وفتح العين) أو الشفعة (بضم الشين والفاء وفتح العين) في الدار والأرض: القضاء بها لصاحبها، والشفعة: الزيادة، وقد سئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال: الشفعة الزيادة: وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها، أي أن تزيده بها، أي أنه كان وتراً واحداً فضم إليه ما زاده وشفعه به، وقال القتيبي: كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بَعُدَ سببه فسميت شفعة وسمي طالبها شفيعاً(١).

ثانياً – المعنى الاصطلاحي للشفعة:

توجد للشفعة في الاصطلاح الفقهي والقانوني تعريفات كثيرة، نذكر منها ما يلى من التعريفات، يعرفها ابن قدامة المقدسي في كتابه المغني: "بأنها استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه"(٢) ويعرفها بعض الفقهاء المحدثين بأنها: "حق تمليك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن"(٣).

وتعرفها المادة ٩٣٥ مدني مصري بقولها: "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

وتعرفها المادة ١١٢٨ مدني عراقي بقولها: "الشفعة هى حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة".

وتنص المادة ٩٥ من كتاب مرشد الحيران على أن: "الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات".

---

(١) لسان العرب لابن منظور، ج٤، ص ٢٢٨٩، ٢٢٩٠.

(٢) انظر في ذلك إلى: المغني لابن قدامة، جـ ٥، ص ١٧٨، دار الفكر. بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.

(٣) الشيخ أحمد إبراهيم "المعاملات الشرعية المالية" ص ٥٢، طبعة عام ١٩٣٦م القاهرة.

وتعرفها المادة ٨٦٠ مدني بحريني بقولها: "الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية"[١].

الفرع الثاني
دليل مشروعية الشفعة والحكمة منها

تعد الشفعة جائزةً شرعاً بالسنة والإجماع.

– ففي السنة النبوية المطهرة، وردت أحاديث كثيرة في إجازة الشفعة نذكر منها ما يلي:

١ – ما روي عن جابر بن عبد الله – رضي الله عنهما – قال: قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود[٢] وصرفت الطرق[٣] فلا شفعة"[٤].

---

(١) وقد يوحي هذا النص أنه يثبت الشفعة لأسباب عدة مثلما فعل القانون المدني المصري وغيره من القوانين المنظمة للشفعة، غير أنه لم يثبت الحق في الشفعة إلا في حالة الشيوع فقط، حيث نصت المادة ٨٦١/أ منه على أن: "يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء" في حين تنص المادة ٩٣٦ مدني مصري على أنه: "يثبت الحق في الشفعة: أ...ب.....ج.....د.....هـ....."

(٢) ومعنى ذلك أنه إذا حصلت قسمة الحدود في المبيع واتضحت بالقسمة مواضعها. (نيل الأوطار للشوكاني، جـ٥، ص ٨١).

(٣) وصرفت بضم الصاد وتخفيف الراء المكسورة وقيل بتشديدها أي بينت مصارفها وكأنه من التصريف والتصرف. قال ابن مالك معناه خلصت وبانت وهو مشتق من الصرف بكسر المهملة وهو الخالص من كل شيء، سمي بذلك لأنه صرف عنه الخلط (انظر في ذلك: نيل الأوطار للشوكاني، جـ٥، كتاب الشفعة، ص ٨١).

(٤) الحديث متفق عليه واللفظ للبخاري (انظر إلى صحيح البخاري للإمام البخاري، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، جـ٢، ص ٧٧٠، كتاب بدء الوحي، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، وفي رواية مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في كل شركة لم تقسم ربعة (أي الدار) =

٢ – ما روي عن أنس بن مالك – رضي الله عنه – قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم: "جار الدار أحق بالدار"(١) ما روي عن أبى رافع رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بصقبه"(٢).

٣ – ما روي عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من كان له شريك في ربعة أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك"(٣).

٤ – ما روي عن جابر – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها – وإن كان غائباً – إذا كان طريقهما واحداً"(٤).

أما الإجماع فقد نقل الإمام ابن قدامة المقدسي عن ابن المنذر قوله: "أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط"(٥).

= أو حائط (أي بستان) لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه. فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به (صحيح مسلم، باب الشفعة رقم الحديث ١٦٠٨/١٣٤، ص ٧١١، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان).

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه، جـ ١١، ص ٥٨٥ من حديث أنس بن مالك (انظر في ذلك صحيح ابن حبان للإمام ابن حبان البستي التميمي، تحقيق شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثانية عام ١٤١٤ هـ – ١٩٩٣، كما أخرجه المقدسي في كتابه الأحاديث المختارة، تحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، جـ ٧، ص ١٢٢، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.

(٢) أخرجه البخاري والحاكم (انظر إلى صحيح البخاري، جـ ٦، ص ٢٥٥٩، ٢٥٦٠).

(٣) رواه الإمام مسلم في صحيحه، باب الشفعة، حديث رقم ١٦٠٨/١٣٣، ص ٧١٠.

(٤) رواه الإمام أحمد وغيره ورجاله ثقات (مسند الإمام أحمد بن حنبل، جـ ٣، ص ٣٠٣، مؤسسة قرطبة مصر).

(٥) انظر في ذلك إلى: "المغني" لابن قدامة المقدسي، تحقيق د. محمد شرف الدين خطاب، د. السيد محمد السيد، الأستاذ سيد إبراهيم صادق، جـ٧، ص ١٤٢، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م، الناشر دار الحديث بالقاهرة. =

وتتجلى الحكمة من إثبات الشفعة للشفيع (سواء أكان شريكاً أم جاراً)[1] في الرغبة في درء ما يحتمل وقوعه به من ضرر من جراء بيع المشفوع فيه (ذلك أن درء المفسدة التي قد تحدث للشفيع مقدم على جلب المنفعة التي كان

= ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا أبو بكر الأصم الذي أنكر جوازها لما تؤدي إليه من مضار بأرباب الأملاك، فقد يحدث أن يتقاعس الشريك عن الشراء فيضر بالمالك، ومن يرى أيضاً أن الشفعة تثبت على خلاف القياس، وذلك لأن الشفيع يملك المبيع بغير رضاء صاحبه وهذا ما لا يجوز أصلاً عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" (رواه البيهقي في سننه، جـ٦، ص ١٠٠، تحقيق محمد عبد القادر عطا، طبعة عام ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م، دار الباز. مكة المكرمة. السعودية).

(١) ذلك أن الفقهاء وإن كان قد انعقد إجماعهم على ثبوت الشفعة للشريك، إلا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم حول ثبوتها للجار بين مثبت ومنفٍ، حيث يرى الأحناف ثبوت الشفعة للجار إلى جانب ثبوتها للشريك مستدلين في ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "جار الدار أحق بشفعة الدار"، وقوله: "الجار أحق بصقبه"، في حين يرى جمهور الفقهاء أن الشفعة لا تثبت للجار وإنما تثبت فقط للشريك، على أساس أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يثبت الشفعة إلا عند الاختلاط أو الشركة، فقد قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، بل إن من أصحاب هذا الرأي من الجمهور من ذهب إلى حمل الأحاديث القاضية بثبوت الشفعة للجار بأن المراد بها الجار الأخص وهو الشريك المخالط، لأن كل شيء قارب يقال له جار كما قيل لامرأة الرجل جارة لما بينهما من المخالطة (انظر في ذلك إلى: نيل الأوطار للشوكاني، جـ٥، ص ٨١، ٨٢، طبعة عام ١٩٧٣م، دار الجيل بيروت، لبنان).

وأميل من جانبي إلى رأي الأحناف خاصة وأن الحكمة من إثبات الشفعة للشريك تتحقق أيضاً ذاتها في جانب الجار، بل هي للجار أولى، وذلك أن الشفعة ما ثبتت في الشركة إلا لإفضائها إلى المجاورة، ولذا وجب أن تكون حقيقة المجاورة أولى بثبوت الشفعة فيها من هذه الشراكة (انظر في نفس المعنى: "إعلام الموقعين عن رب العالمين" لابن قيم الجوزية، تحقيق عصام الدين الصبابطي، جـ٢، ص ٤٠٥، طبعة عام ١٤٢٢هـ – ٢٠٠٢ م، دار الحديث بالقاهرة).

ومن الفقهاء من جعل الشفعة في كل شيء سواء أكان منقولاً أم عقاراً، وهم الأحناف، وذهب الجمهور إلى قصرها على العقار دون المنقول، على أساس أن الضرر في المنقول نادر (انظر تفصيل ذلك إلى كتاب: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية، جـ٢، ص ٤٠٣، ٤٠٤).

ينشدها المشتري من شراء المشفوع فيه، عملاً بالقاعدة التي تقضي بأن "درء المفاسد مقدم على جلب المنافع")[1]، هذا فضلاً عما يحققه إثبات الشفعة للشفيع من مزايا اقتصادية وقانونية، حيث تسهم في جمع شتات ما تفرق من حق الملكية من حقوق متفرعة عنه (كأن يضم مالك الرقبة حق الانتفاع أو حق الحكر أو يضم المحتكر أو المنتفع حق الرقبة)، فضلاً عن دورها البارز في إنهاء حالة الشيوع فينعكس ذلك إيجاباً في بذل مزيد من العناية والرعاية بشأن المال الذى زالت عنه حالة الشيوع (فالناس قد جبلوا عادة على العناية بملكياتهم المفرزة أكثر من ملكياتهم الشائعة) وتفادى كثير من مظاهر الصراع والاختلاف حول إدارة واستغلال المال الشائع بين الشركاء[2].

---

(١) فإن قيل إن الضرر لا يدفع بالضرر بدعوى أن المشتري سيلحقه ضرر من جراء حرمانه من العقار المشفوع فيه، بل قد يقال أيضاً إن الضرر الذى يحيق بالمشتري ضرر فعلي، في حين أن الضرر الذى يراد درؤه بالشفعة ضرر محتمل، ومن غير المقبول عقلاً ومنطقاً الترخيص في إنزال الضرر الفعلي لدرء الضرر المحتمل، فإننا نرد على ذلك بالقول بأن هذا الضرر وإن بدا لعدم وقوعه بعد غير جدير بالاعتبار لأول وهلة لتبرير إنزال ضرر فعلي بمشتري العقار المشفوع فيه، إلا أنه نظراً لجسامة وقعه حين حدوثه، وتعذر دفعه بعد قوعه، فيكون من المناسب، بل من المتعين تقديم درئه على درء ذلك الضرر الذي يحيق بالمشتري، خاصة وأن المشتري سيسترد ما دفعه في العقار المشفوع فيه من ثمن وما تكبده بشأن شرائه من مصروفات أو نفقات معتادة، مما يجعل ضرره لأخذ العقار منه وإن لم ينتف أخف وطأة من ضرر حرمان الشفيع من الأخذ بالشفعة، والقاعدة الأصولية تقضي بارتكاب أخف الضررين إذا تعين وقوع الضرر أو حدوثه (انظر في نفس هذا المعنى إلى: أستاذنا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار "شرح أحكام حق الملكية"، ص ١٩٠.

(٢) انظر في نفس المعنى إلى: أ. د. نبيل إبراهيم سعد "الشفعة علماً وعملاً" بند ١، ص٧ طبعة عام ١٩٩٧ م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، أ. د. السيد العربي حسن "حق الشفعة في الأعراف القبلية والشرائح القديمة"، ص ٨٣، طبعة عام ٢٠٠١م، دار النهضة العربية بالقاهرة، أ. د. عبد الحميد عثمان محمد، "المفيد في شرح القانون المدني البحريني"، "أحكام حق الملكية"، بند ٢١٦، ص ٢٧٣، طبعة عام ٢٠٠٣، مطبوعات جامعة البحرين.

الفرع الثالث
مدى ثبوت الشفعة للجنين

لا جرم أن الجنين إذا تحقق فيه موجب الشفعة لكونه شريكاً أو جاراً للعقار المشفوع فيه، ثبت له الحق في الأخذ بالشفعة درءاً للضرر الذي سيحيق به في المستقبل من جراء حرمانه من ممارسة هذه الرخصة، وينوب عنه في طلبها نائبه القانوني ولياً كان أو وصياً.

وقد عني بعض فقهاء المسلمين بتناول حق الشفعة للجنين، وذلك حينما يكون الشريك في العقار جنيناً، كما لو مات امرؤ وكان شريكاً في عقار وترك زوجته حاملا، ثم باع شريكه نصيبه في هذا العقار قبل ولادة الجنين، فذهب المالكية وبعض الحنابلة والأحناف إلى ثبوت حق هذا الجنين – من خلال وليه أو وصيُه – طلب الشفعة في هذا العقار، وذلك قياساً على حقه في الإرث، فضلا عن مراعاة مصلحة الشفيع في دفع الضرر عنه وتحقيق مصلحته في الأخذ بالشفعة سواء أكان جنيناً أم وليداً[1].

في حين أن الإمام مالك لم يجز الشفعة للجنين، فقد قيل لابن القاسم (وهو الإمام عبد الرحمن بن قاسم الذي كان يروي عن الإمام مالك) "أرأيت الوصي أيأخذ للحبل بالشفعة في قول مالك أم لا؟ قال: لا يأخذ له بالشفعة

(١) انظر في ذلك المعنى إلى كل من: "المغني" لا بن قدامة المقدسي، تحقيق عبيد التركي ومحمد الحلو، جـ٧، ص ٥١١، الطبعة الأولى عام ١٤٠٦هـ، مطبعة دار هجر القاهرة، "قواعد ابن رجب" رجب الحنبلي، ص ١٧٦، الطبعة الأولى عام ١٤١٣هـ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان الإمام السرخسي في كتابة المبسوط/ ج١٤، باب الوكالة في الفعية ص ١٤٦ حيث يقول: "إذا كان الشفعة لورثة الصغير والكبير والحمل الذي لم يولد بعد فهم في الشفعة سواء...."، د. مسفر بن علي القحطاني – المرجع السابق – ص ٣٤٣ من المجلد الأول من مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بالإمارات سالف الذكر.

حتى يولد لأنه لا ميراث له إلا بعد الولادة في رأيي فكذلك لا شفعة له إلا بعد الولادة وبعد الاستهلال صارخاً"[١].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الإمام مالك يجيز الشفعة للصبي فينوب عنه وليه أو وصيُّه أو السلطان، وكان من المفروض قياس الجنين عليه لاتحادهما في العلة دفعا للضرر، فقد قيل لابن القاسم" أرأيت لو أن صبياً وجبت له الشفعة من يأخذ له بالشفعة في قول مالك، قال: الوالد، قيل له فإن لم يكن له والد، قال فالوصي، قيل فإن لم يكن له وصي، قال فالسلطان، قيل فإن كان في موضع لا سلطان فيه ولا أب ولا وصي، قال: فهو على شفعته إذا بلغ[٢].

المطلب الثالث
حق الجنين في الاستفادة من التأمين

لقد عرفت المادة ٧٤٧ من التقنين المدني المصري التأمين بأنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"[٣].

بيد أنه أوخذ على هذا التعريف أنه وإن كان قد أبرز الجوانب القانونية لعقد التأمين (والتي تتمثل في الخطر المؤمن منه، والقسط الذي يدفعه المؤمن له، والعوض المالي الذي يتحمله المؤمن عند تحقق الخطر، فضلاً عن المصلحة في التأمين) إلا أنه غفل عن الإشارة إلى الأسس الفنية لعقد التأمين على الرغم من

---

(١) انظر في ذلك إلى: "المدونة الكبرى" للإمام مالك بن أنس الأصبحي، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، ج٤، ص ٢٣٦، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت. لبنان.

(٢) المدونة الكبرى – المرجع السابق – ج٤، ص ٢٠٨.

(٣) هذه المادة تقابل المادة ٦٨٦ من القانون المدني البحريني.

دخولها في العناصر المكونة لهذا العقد (والتي تتمثل في مبدأ التعاون بين المؤمن لهم والمقاصة التي تجري بين المخاطر وفقاً لقوانين الإحصاء)، وعمد معظم الفقهاء[١]، إلى الأخذ بتعريف الفقيه الفرنسي "هيمار" الذي يعرف عقد التأمين بأنه" عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن، يدفع بمقتضاه هذا الأخير أداء معيناً عند تحقق خطر معين، وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة بينهما وفقاً لقوانين الإحصاء"[٢].

ولعل التساؤل الذي يفرض نفسه ههنا يتعلق بمدى جواز التأمين على الجنين وصور هذا التأمين؟

أما فيما يتعلق بجواز التأمين على الجنين فإن من الفقهاء من يرى عدم جواز التأمين على الجنين، على أساس أنه لا يجوز أن يتعلق الخطر به، ومن ثم لا يمكن إجازة التأمين عليه إلا إذا أجاز واضع القانون ذلك[٣].

ومن الفقه من يرى – وبحق – جواز التأمين على الجنين أياً كانت صورته، فقد يجري التأمين على الجنين لحال البقاء، وقد يجري التأمين على الجنين لحال الوفاة، ويكون شرط استحقاق مبلغ التأمين في الحالة الأولى أن

---

(١) انظر في ذلك إلى: أ. د. أحمد شرف الدين "أحكام التأمين في القانون والقضاء" ص١٦، ٢٥، طبعة عام ١٩٨٦، ١٩٨٧م، مطبعة حسان بالقاهرة، أ. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله "التأمين (قواعده، أسسه الفنية، والمبادئ العامة لعقد التأمين)"، ص ١٤، ١٥، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، أ. د. عبد الناصر توفيق العطار "أحكام التأمين"، ص ٢١، بدون تاريخ نشر، مطبعة السعادة بالقاهرة، أ. د. محمد حسام لطفي "الأحكام العامة لعقد التأمين" ص ٦-٧، الطبعة الثانية عام ١٩٩٠م، د.حمدي عطيفي، "العقود المسماه" الكتاب الثالث" عقد التأمين ص ٩، طبعة عام ١٩٩٩م، د. خالد جمال أحمد "الوسيط في عقد التأمين البحريني" ص ٣٣، ٣٤ طبعة عام ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م.

(٢) راجع في ذلك المراجع السابقة في نفس المواضع سالفة الذكر.

(٣) المستشار الدكتور مفتاح محمد أقزيط – المرجع السابق – ص ١٣٧. =

يولد الجنين حياً، وشرط استحقاق مبلغ التأمين في الحالة الثانية أن يولد الجنين ميتاً ويغطي مبلغ التأمين نفقات الجنازة(١)، ذلك أن للجنين شخصية قانونية – وإن كانت ناقصة – تؤهله لأن يكون صالحاً لاكتساب كافة الحقوق – بحسب الرأي الذي رجحناه(٢)– ومنها حقه في تلقي مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن ضده.

ومما تجدر ملاحظته أن ثمة فرقاً واضحاً بين التأمين على الجنين لحال البقاء أو حال الوفاة، وبين التأمين ضد خطر الحمل أو التأمين ضد خطر الإنجاب، ذلك أن التأمين على الجنين لحال البقاء أو الوفاة يتعلق الخطر فيه بشخص الجنين، في حين أن الخطر في التأمين من خطر الحمل أو خطر الإنجاب يتعلق بشخص الحامل عند وقوع الحمل فيجري لتغطية نفقات العلاج والرعاية للمرأة الحامل، أو عند حصول الإنجاب أو الولادة بهدف تغطية النفقات اللازمة لتغذية المولود ورعايته(٣).

كما يختلف التأمين على الجنين أيضاً عن التأمين ضد خطر الإجهاض بوصفه تأميناً يتعلق بشخص المرأة الحامل بهدف تغطية ما يترتب على خطر الإجهاض من أضرار مثل نفقات عملية الإجهاض ونفقات علاج آثار الإجهاض للعناية والرعاية بصحة المرأة بعد حدوث الإجهاض(٤).

وقد يحدث أن يجري التأمين لا على الجنين ولكن على غيره مع اشتراط مبلغ التأمين لصالح الجنين، فنكون في هذا الفرض بصدد عقد التأمين متضمناً اشتراطاً لمصلحة الجنين، كان يؤمن الزوج على حياته مشترطاً مبلغ التأمين

---

(١) أ. د. عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق – ص ١٤٣١.

(٢) ذلك الرأي الذي يجعل للجنين أهلية في اكتساب وتلقي كافة الحقوق سواء ما كان لا يحتاج منها إلى قبول لنشأته مثل الميراث والوصية أو ما كان يحتاج إلى قبول لثبوته ونشأته مثل الهبة.

(٣) انظر في نفس المعنى إلى: د. محمد مؤمن – المرجع السابق – ص ٥٠٣، ٥٠٤.

(٤) انظر في نفس المعنى إلى: المستشار الدكتور مفتاح محمد أقريط – المرجع السابق – ص١٣٧.

لصالح الجنين أو الحمل المستكن في رحم زوجته[١]، وهذا أمر جائز قانوناً عملا بنص المادة ١٥٦ من التقنين المدني المصري التي تنص على أنه: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة"[٢].

وقف التقادم في حق الجنين:

وتجدر الإشارة إلى أن رعاية حقوق الجنين وحمايتها من بعض الأسباب التي قد تؤدي إلى زوالها أو اكتسابها تقتضي الحكم بوقف سريان التقادم في حق هذا الجنين ما دام ليس له نائب قانوني يمثله، قياساً على وقف سريان التقادم في حق عديم الأهلية أو ناقصها إذا لم يكن له نائب قانوني يمثله[٣]

(١) انظر في نفس المعنى إلى: د. محمد مؤمن – المرجع السابق – ص ٥٠٣.

(٢) هذه المادة تقابل المادة ١٩٦/ ب من القانون المدني البحريني.

(٣) إذ تنص المادة ٣٨٢ مدني مصري على أنه: "١– لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبياً، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب".

"٢- ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا".

بيد أنه يؤخذ على النص السابق أنه بعد أن قضى بوقف سريان التقادم عند وجود مانع يحول دون الدائن والمطالبة بحقه ولو كان المانع أدبياً، عاد وقصر الوقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة الجنائية الذي ليس له نائب قانوني يمثله، على التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات أي على التقادم الطويل فقط دون التقادم السنوي أو الثلاثي أو الخمسي، وكان حرياً به أن يقرر الوقف في حق هؤلاء أياً كانت مدة التقادم لاتحادهم جميعاً في علة الوقف، ولعل هذا هو ما سلكه واضع التقنين المدني البحريني حيث جعل الوقف عاماً للتقادم كله أياً كانت مدته، حيث تنص المادة ٣٧٣ منه على ذلك بقولها: "أ– لا تسري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، كما أنها لا تسري كذلك فيما بين الأصيل والنائب".

وذلك لاتحادهما في العلة(١).

خاتمة:

لا غرو أن تولي الدراسات القانونية عنايتها بالجنين وما يتصل به من أحكام تنتظم من خلالها حقوقه، فهو النواة الأولى للكائن البشري، وسيكسب عما قريب – أي فور ولادته كاملاً حياً – شخصية قانونية كاملة بوصفه إنساناً كامل الإنسانية، ولذا لم يكن من المقبول أن نتجاهل شخصيته بوصفه كيانا مستقلاً عن أمه حتى وإن تغذى بغذائها وسكن داخل رحمها، فهو ليس جزءاً منها بحيث تتوارى شخصيته خلف أو داخل شخصيتها، وفي الوقت نفسه ليس من المنطق أن نسويه بالوليد الذي انفصل عن بطن أمه كاملاً حياً في الشخصية القانونية فنعترف له بأهلية وجوب كاملة، ولكن نعترف له بشخصية قانونية ناقصة تؤهله لاكتساب الحقوق فتكون له من ثمَّ أهلية وجوب ناقصة.

ولا جرم أنه في غياب النصوص التشريعية التي تنظم حقوق الجنين وتُفَصِّلُ ما يتصل بها من قواعد وأحكام، يتعين الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية الغراء بوصفها المصدر الرئيسي الذي ينبغي على واضع القانون أن

= "ب – ويعتبر مانعاً يتعذر معه المطالبة بالحق عدم توفر الأهلية في الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً". وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٣٧٩ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

(١) انظر في نفس هذا المعنى إلى: د. سعيد أدغيمر "قطع التقادم ووقفه في ضوء قانون الالتزامات والعقود" رسالة دكتوراه عام ١٩٨٤م، جامعة محمد الخامس بالرباط، ص ١٨٩، د. محمد مؤمن "أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة الحقوق، بجامعة الكويت العدد الثالث، السنة الثالثة والعشرين شعبان ١٤٢٥هـ سبتمبر ٢٠٠٤م، ص ٤٦٩، ٤٧٠، المستشار الدكتور مفتاح محمد أقزيط "الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، ص ١٢٧، ١٢٨، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٤م، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية.

يستلهم من معينه الصافي ما يسنه من قواعد التشريع المنظمة لحقوق الجنين بصفة خاصة ولغيره من الموضوعات الأخرى بصفة عامة.

وقد حاولت من خلال هذا البحث أن أعرض بقدر من البيان والتفصيل لما يتمتع به الجنين من حقوق مدنية في ظل أحكام الشريعة الإسلامية (والتي فاقت كعادتها كل النظم القانونية القديمة والمعاصرة في عنايتها ورعايتها لحقوق الجنين كماً وكيفاً) وغيرها من النظم القانونية المعاصرة (والتي يغلب على ما قل أو ما ندر لديها من أحكام تتعلق بالجنين طابع القصور في معالجة كثير من الجوانب المتعلقة به) فتبين لي أن الشريعة الإسلامية الغراء لم تبسط عنايتها بتلك اللبنة الأولى للكائن البشري (الجنين) منذ بداية النشأة والتكوين فحسب (أي ابتداء من صيرورته نطفة أمشاج أو مخصبة) بل مدت ظلال تلك العناية حتى من قبل أن يلتقي أحد الزوجين بالآخر فيصير في رحم أمه شيئاً مذكوراً.

إذ تدعو الشريعة الإسلامية الراغبين في الزواج ابتداءً إلى حسن اختيار الزوج الآخر ليكون ثمرة هذا الزواج أجنة صحيحة قوية، تكون عدة الجيل البشري وعتاده في المستقبل القريب، فحث الرسول الكريم على حسن اختيار مواضع النطف ليخرج منها نسل صحيح وسليم بدنياً ونفسياً، ثم بعد أن تتكون النطفة أوجبت لها تلك الشريعة الإسلامية الغراء كل مظاهر الرعاية والعناية اللازمة لحمايتها وضمان حسن نموها وتطورها داخل الرحم إلى أن تتكامل لهذا النمو مراحله ودرجاته.

ثم أثبتت تلك الشريعة الإسلامية الغراء للجنين وفقاً للرأي الراجح فيها منذ بداية تكوينه كنطفة أمشاج أهلية اكتساب كافة الحقوق سواء ما كان منها لا يحتاج إلى قبول لثبوتها له أو ما كان منها يحتاج إلى هذا القبول فينوب عنه في ذلك نائبه، فأوجبت أن يوقف له نصيبه من الميراث أو الوصية إلى أن يولد كاملاً حيا، وجعلت له أهلية تلقى الهبة أو طلب الشفعة عن طريق نائبة الشرعي،

كما أجازت الوقف له سواء على وجه الاستقلال أو بالتبعية مع آخرين، وأثبتت له الحق في الانتساب لأبيه، كما كفلت له حماية جنائية فاعلة طوال مدة وجوده بالرحم.

ورغبة مني في وضع تصور متكامل لمشروع قانون خاص بحماية الجنين، أقدم توصياتي في هذا الخصوص في شكل مواد عسى أن تصادف قبولاً لدى المعنيين بتقديم مشروعات القوانين فيجعلونها في مشروع قانون مقترح لحماية هذا الجنين الذي يمثل بداية حقيقية للوجود الإنساني داخل الرحم، وذلك على النحو الآتي:

المادة الأولى:

الجنين هو ذلك الكائن البشري الناتج عن عملية التلقيح بين الحيوان المنوي الذكري والنطفة الأنثوية أياً كانت طبيعته (أي سواء أكان تلقيحاً طبيعياً أم صناعياً) ما بقي في الرحم طوال مدة الحمل.

المادة الثانية:

أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها سنة ميلادية كاملة.

المادة الثالثة:

تبدأ الحماية القانونية للجنين منذ صيرورته نطفة أمشاج خارج الرحم أو داخله، وتستمر معه طوال مدة حمله في بطن أمه إلى أن ينفصل عنها كاملاً بتمام ولادته حياً.

المادة الرابعة:

للجنين شخصية قانونية ناقصة تؤهله لاكتساب الحقوق التي يسمح له القانون باكتسابها.

المادة الخامسة:

للجنين أهلية اكتساب كافة أنواع الحقوق المحضة بما فيها الحقوق التي يحتاج لثبوتها إلى قبول منه فيصدر القبول عنه بواسطة من ينوب عنه، كما له أهلية التحمل بالواجبات الناشئة عن أعمال الإدارة اللازمة لهذه الحقوق.

المادة السادسة:

للجنين حياة مصونة منذ بداية تكوينه كنطفة أمشاج بحيث يمتنع المساس بها إلا بهدف الحفاظ على حياته أو صحته أو على حياة أمه أو صحتها الجسدية أو النفسية من خطر جسيم محدق محقق الوقوع.

المادة السابعة:

يلتزم الوالدان بالكشف على الجنين شهرياً طوال مدة الحمل للتأكد من سلامة نموه، ويعهد إلى مكتب الصحة الواقع بدائرة موطن الوالدين بمهمة الإشراف والرقابة على تنفيذ هذا الالتزام.

المادة الثامنة:

ينوب عن الجنين في قبول الحقوق التي تحتاج إلى قبول، وفي إدارة جميع أمواله محل هذه الحقوق أحد والديه، فإن لم يكن فجده لأبيه، فإن لم يكن فجده لأمه، وإلا من تعينه المحكمة لهذا الغرض.

المادة التاسعة:

إذا انفصل الجنين كاملا حياً استقرت له حقوقه التي ثبتت له منذ بداية وجوده في بطن أمه، وتنتقل هذه الحقوق إلى ورثته بموته ولو مات بعد انفصاله بلحظة، إما إذا انفصل ميتاً لم يثبت له أي من هذه الحقوق الموقوفة.

المادة العاشرة:

يجوز الوقف على الجنين سواء على وجه الاستقلال أو بالتبعية مع آخرين ما دام قد ثبت وجوده كنطفه أمشاج أو ما يعقبها من مراحل النمو الأخرى.

المادة الحادية عشرة:

يثبت للجنين الحق في طلب الشفعة متى تحقق فيه موجب الشفعة من شراكة أو جيرة بالعقار المشفوع فيه، وينوب عنه وليه أو وصيه في طلبها.

المادة الثانية عشرة:

تصح الهبة للجنين بإرادة الواهب كموجب وإرادة النائب القانوني عن الجنين كقابل، متى كانت هبة محضة.

المادة الثالثة عشرة:

يجوز أن يكون الجنين مستفيداً في عقد اشترط لصالحه، متى كانت للمشترط مصلحة شخصية مشروعة في هذا الاشتراط.

المادة الرابعة عشرة:

تسري على ميراث الجنين أحكام المواد ٤٢، ٤٣، ٤٤، من **القانون المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بشأن المواريث**(١).

---

(١) تنص المادة ٤٢ من قانون الميراث المصري على أن: "يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى".
وتنص المادة ٤٣ من هذا القانون على أنه: "إذا توفى الرجل عن زوجته أو معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة".
"ولايرث الحمل من غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين:
الأولى: أن يولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إذا كانت أمه معتدة عدة موت أو فرقة ومات الموروث أثناء العدة.
الثانية: أن يولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة الموروث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة".
وتنص المادة ٤٤ من ذات القانون على أنه: "إذا نقص الموقوف لحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة".

المادة الخامسة عشرة:

تسري على الوصية للجنين أحكام المادتين ٣٥، ٣٦ من **القانون المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م بإصدار قانون الوصية**(١).

المادة السادسة عشرة:

يعاقب من يعتدي على حق الجنين في الحياة خارج الرحم أو داخله بالحبس لمدة سنة أو بالغرامة التي لا تقل عن ألفي جنيه، وتكون العقوبة هي الحبس لمدة ثلاث سنوات أو الغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه في أي من هاتين الحالتين:

أ – إذا حدث بعد الشهر الرابع.

---

(١) حيث تنص المادة ٣٥ من هذا القانون على أنه: "تصح الوصية للحمل في الأحوال التالية:

١ – إذا أقر الموصي بوجود الحمل في وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية".

٢ – إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية، مالم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة".

وإذا كانت الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين".

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له.

وتنص المادة ٣٦ من القانون نفسه على أنه: "إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر، كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك".

وإن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية، وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع".

ب – إذا وقع من طبيب دون مبرر قانوني يقتضيه وفق المادة السادسة سالفة الذكر.

المادة السابعة عشرة:

إذا كانت مرتكبة الجريمة حبلى أو صارت حبلى بعد ارتكابها، وكانت عقوبتها الإعدام أو العقوبة السالبة للحرية، أرجئ تنفيذ العقوبة إلى أن تتم ولادة الجنين وتكتمل مدة السنتين اللازمتين للرضاعة، فإن ولد ميتاً أو سقطاً كان الإرجاء فقط لحين تماثل الأم للشفاء بعد الولادة أو الإسقاط وفق رأي لجنة طبية متخصصة.

معيار تجاريـة الشركة
(دراسة مقارنة)

الدكتور/ إبراهيم صبري الأرناؤوط
أستاذ القانون التجاري المشارك
كلية إدارة الأعمال - جامعة المجمعة
المملكة العربية السعودية

ملخص:

فقدت نظرية الأعمال التجارية الكثير من أهميتها في نطاق الشركات التجارية، والتي تميز بين الشركات التجارية والشركات المدنية، على أساس المعيار الموضوعي الذي ينظر إلى نشاط أو غايات الشركة لثبوت الصفة التجارية، وبالتالي خضوعها لأحكام قانون التجارة، وذلك على ضوء الاتجاهات القانونية الحديثة، واعتناق المشرع في القانون المقارن (مصر، الكويت، فرنسا، انجلترا)، للمعيار الشكلي (الحديث) الذي ينظر إلى شكل الشركة الوارد في القانون كأساس لاكتسابها الصفة التجارية، ومن ثم خضوعها لأحكام قانون التجارة، وبصرف النظر عن غايات إنشائها أو قيامها بالأعمال التجارية من عدمه.

أما في قانون التجارة الأردني فلا يزال المشرع يأخذ بالمعيار الموضوعي (التقليدي) لاكتساب الشركة الصفة التجارية، ويضع تفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية – التي تتخذ ذات الشكل أو النموذج المقرر في قانون الشركات –، استناداً إلى الغاية من إنشائها. على الرغم من عدم دقة هذا المعيار، وما يثيره من آثار قانونية متباينة، وصعوبات عملية جمة.

مقدمة :

يُفرق قانون التجارة الأردني بين الشركة التجارية والشركة المدنية على أساس التفرقة بين التاجر وغير التاجر استناداً إلى نظرية الأعمال التجارية التي تتخذ من المعيار الموضوعي أساساً لهذه التفرقة، والذي يدور حول مفهوم طبيعة النشاط أو الأعمال التجارية لثبوت الصفة التجارية للشركة، الأمر الذي ينتج عنها آثار قانونية مختلفة، فالشركات التجارية تخضع لأحكام قانون التجارة بما في ذلك نظام الإفلاس والصلح الواقي، في حين تخضع الشركات المدنية والتي تكون غاياتها أو نشاطها القيام بالأعمال المدنية لأحكام القانون المدني، بما في ذلك نظام الإعسار حتى وإن اتخذت شكل الشركة التجارية، ولا تلتزم بالواجبات المفروضة على التجار.

غير أن هذا المعيار (الموضوعي) وإن كان يصلح ابتداءً للتفرقة بين التاجر وغير التاجر، إلا أنه لم يعد كذلك فيما يتعلق بالشركات المدنية ذات الشكل التجاري. فقد وُجه إليه الكثير من الانتقادات الفقهية والقضائية، ويُعتبر معياراً قديماً جداً والذي جاء به التشريع الفرنسي الصادر عام ١٨٠٧، ثم تراجع عنه نتيجة الصعوبات والمشاكل القانونية الناتجة عن تطبيقه، وأخذ بالمعيار الشكلي الذي يستند إلى شكل الشركة، بحيث تكتسب الصفة التجارية بمجرد اتخاذها أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات، دون النظر إلى طبيعة نشاط الشركة. ويستتبع ذلك أن جميع الشركات (مدنية، تجارية)، تخضع لقانون التجارة والقوانين المكملة له، وهو ما تبنته التشريعات الحديثة في قانون التجارة المصري والكويتي والفرنسي، وبتنظيم مختلف في القانون الإنجليزي – كما سنرى –.

وتهدف الدراسة إلى معالجة المعيار الموضوعي، وبيان أوجه النقد والقصور فيه، ومناقشة كافة جوانبه بدراسة مقارنة تقوم على التأصيل والتحليل وأحكام القضاء. ونشير إلى أنه سوف تظهر بعض المراجع والأحكام القضائية القديمة بحسب موضوع الدراسة.

وعند إثارة هذا الموضوع يطرح العديد من التساؤلات والفرضيات التالية:

١ – ماهية كل من المعيارين الموضوعي والشكلي، والآثار الناتجة عن كلٍ منهما.

٢ – ثم حين الأخذ بالمعيار الموضوعي ما هو موقف القانون من الشركات المختلطة التي تزاول نشاطاً تجارياً ومدنياً في ذات الوقت؟ وما هو القانون الذي تخضع له ؟

٣ – كذلك يمكن التساؤل عن الشركات المدنية ذات الشكل التجاري الواردة في قانون الشركات الأردني، والشركات التي لا تستهدف تحقيق الربح التي وردت في ذات القانون وضابط التمييز بينهما، وإلى أي تنظيم قانوني تخضع له كلٌ منهما، وهل يسري عليهما نظام الإفلاس والصلح الواقي ؟

٤ – ما هو موقف قانون التجارة الأردني من الشركات والمشروعات التجارية التي تُشكلها وتقوم بها أو تشارك فيها أشخاص القانون العام (الدولة)، هل تكتسب صفة التاجر وتخضع لأحكام قانون التجارة بما في ذلك نظام الإفلاس ؟، وما إلى ذلك من مسائل.

تقسيم:

تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث متتالية كما يأتي:

المبحث الأول: التفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية

المبحث الثاني: الآثار الناشئة عن الأخذ بالمعيار الموضوعي

المبحث الثالث: موقف القانون المقارن من معيار تجارية الشركة

المبحث الأول
التفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية

للتفرقة بين نوعي الشركات التجارية والمدنية أثر بالغ الأهمية، ويظهر ذلك في الأساس القانوني لهذه التفرقة وما يترتب عليه من تحديد القانون الذي يسري على كل منهما، والآثار الناشئة عن ذلك – كما سنرى –.

ولذا قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع متتالية. نعالج في الأول: ماهية المعيار الموضوعي للتفرقة بين نوعي الشركات، وفي الثاني: الشركات المدنية ذات الشكل التجاري، وفي الثالث: ماهية المعيار الشكلي.

الفرع الأول
ماهية المعيار الموضوعي للتفرقة بين نوعي الشركات

نتكلم في هذا الفرع عن ماهية المعيار الموضوعي، ثم الشركات ذات الطبيعة المختلطة، وأخيراً أثر صفة الشركة على صفة الشركاء وذلك كما يأتي:

أولاً – ماهية المعيار الموضوعي:

هناك خلاف فقهي حاد حول نظرية الأعمال التجارية وضابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني، ويعود ذلك إلى أن المشرع في القانون المقارن لم يضع تعريفاً شاملاً للعمل التجاري، وإنما قام بسرد بعض الأعمال واعتبرها تجارية، واستقر الفقه والقضاء على أن هذه الأعمال قد وردت على سبيل المثال لا الحصر وبالتالي جواز القياس عليها. أضف إلى ذلك أن التطور الهائل الذي يشهده العمل التجاري بصفة عامة وظهور أعمال لم تكن في خلد المشرع عند وضع التقنين التجاري قد زاد الأمر تعقيداً للتفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني، ولن نخوض في الجدل الفقهي حول طبيعة العمل التجاري والنظريات

التي قيلت في هذا الصدد[١]، وما يعنينا في هذا المقام هو البحث في نظرية الأعمال التجارية في الشق المتعلق بضابط التمييز بين المعيار الموضوعي والمعيار الشكلي لثبوت الصفة التجارية للشركات – على وجه الخصوص –.

وتقوم التفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية في التشريع الأردني على نفس معيار التفرقة بين التاجر وغير التاجر[٢]، أي على طبيعة نشاطها وما تقوم به من أعمال، وهو ما يُعبر عنه بالمعيار الموضوعي.

ويقصد بهذا المعيار ثبوت الصفة التجارية للشركة إذا كان موضوعها القيام بالأعمال التجارية، وهذا ما يستفاد من نص المادة (٩/١/ب) من قانون التجارة الأردني، حيث جاء فيها: (١- التجار هم: ب – الشركات التي يكون موضوعها تجارياً). وقد أكد المشرع الأردني أخذه بالمعيار الموضوعي في قانون الشركات، حيث نصت صدر المادة (٣) منه على: (تسري أحكام هذا القانون على الشركات التي تمارس الأعمال التجارية...)[٣].

---

(١) راجع: أ. د. محسن شقيق (الموجز في القانون التجاري) الجزء الأول ١٩٦٧ – ١٩٦٨، دار النهضة العربية، ص ٣٩ وما بعد، و أ. د. سميحة القليوبي (القانون التجاري) ١٩٧٥ – ١٩٧٦، دار النهضة العربية، ص ٤١ وما بعد، و أ. د. رزق الله أنطاكي، و د. نهاد السباعي (الوجيز في الحقوق التجارية) ص ٢٧ وما بعد، وانظر الفقه الفرنسي:
- Hamel et Lagard: Traite de Droit Commercial. p. 28 - 36.
- M. de juglart: B. IP polit Cours de Droit Commercial. Paris, 1983: p. 48.
- Ripert et Robot: Encyclopédie Dalloz Société Commercial. P. 31.
- R. Houin, R. Rodiere: Droit Commercial. P. 56- 71.

(٢) راجع: نص المادة (٩/١/أ) من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦، نشر في الجريدة الرسمية، العدد ١٩١٠، صفحة ٤٧٢، الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠. وانظر: قرار محكمة التمييز الأردنية (١٩٦٠/١٥٧) مجلة نقابة المحامين الأردنيين ص ٣٧٥ لسنة ١٩٦١، وفي ذات الاتجاه نص المادة (٩/١/ب) من قانون التجارة السوري لسنة ١٩٤٩ وتعديلاته، ونص المادة (٩/٢) من قانون التجارة اللبناني لسنة ١٩٤٢ وتعديلاته.

(٣) راجع: قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ نشر في الجريدة الرسمية العدد رقم ٤٢٠٤ صفحة ٢٠٣٨ بتاريخ ١٩٩٧/٥/١٥، المعدل بالقانون المؤقت رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم ٤٥٣٣ صفحة رقم ٣٧٣ =

وطبقاً لهذا المعيار تعتبر الشركة تجارية متى كان موضوعها أو غرضها أو النشاط الذي تزاوله هو القيام بالأعمال التجارية، ويمكن التعرف على موضوع الشركة من خلال الرجوع إلى عقد تأسيسها، الذي يحدد طبيعة النشاط الذي تزاوله. وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص: (بأن العبرة في تحديد صفة الشركة هي بطبيعة العمل الرئيسي الذي تقوم به وبالغرض الذي تسعى إلى تحقيقه حسبما حددته في عقد تأسيسها، فالشركة التي تقوم بالاتجار في أدوات ولوازم المعمار وبأعمال ومقاولات البناء ومقاولات بيع الأراضي بصفتها وكيلة بالعمولة، وهي أعمال تجارية بطبيعتها، تعتبر شركة تجارية)[٤].

= الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٢/١٧، المعدل بالقانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم ٤٥٥٦ صفحة رقم ٣٣١٩، الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٧/١٦، المعدل بالقانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٢، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم ٤٥٧٧ صفحة رقم ٦٢٠٤، الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٧/١٦، المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٣ المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم ٤٥٨٩ صفحة رقم ١٢٠١، الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١٦، المعدل بالقانون رقم ٥٧ لسنة ٢٠٠٦ المنشور في الجريدة الرسمية العدد، رقم ٤٧٩٠ صفحة رقم ١٢٠١، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/١١/١، المعدل بالقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٨ المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٤٩١٩ صفحة رقم ٣٠٣٨.

(٤) (نقض ١٩ نوفمبر لسنة ١٩٧٤) مجموعة أحكام النقض المصرية س ٢٥ ص١٢٢٧. يذكر في هذا الصدد أن هذا الحكم كان في ظل قانون التجارة المصري الملغى. وانظر: في ذات المعنى (تمييز حقوق رقم ١٩٨٣/٦٠٦) مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد ١ ص ٧٠ لسنة ١٩٨٤، وكذلك نقض فرنسي قديم في ظل التشريع الملغى:
- Cass., 10 mai 1932, Pas., 233. - m. de juglart: B. IP polît Cours de Droit Commercial. Paris, 1983, p. 16.

وراجع : أ. د. أبو زيد رضوان (الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن) الطبعة الأولى ١٩٧٨ دار الفكر العربي – القاهرة ص ٢٦، و أ. د. علي جمال الدين عوض (القانون التجاري) دار النهضة العربية ١٩٧٣ – ١٩٧٤ ص ١٢٠ وما بعد، وأ.د.فوزي محمد سامي (الشركات التجارية) دار الثقافة – عمان ١٩٩٩ ص ٦٧، و أ. د. محمود سمير الشرقاوي (الشركات التجارية في القانون المصري) دار النهضة العربية ١٩٨٦ ص ٨ وما بعد.

فإذا كان الغرض من إنشاء الشركة هو القيام بأي من الأعمال الواردة في المادتين (٦، ٧) من قانون التجارة الأردني، أو مشابهاً لها في طبيعتها أو صفاتها أو غاياتها، تعتبر الشركة تجارية[٥] – نظراً لأن هذه الأعمال المذكورة قد وردت على سبيل المثال لا الحصر –، كأعمال الصناعة والتوريد والتأمين بأنواعه والتخزين العام وشراء البضائع وغيرها من المنقولات المادية لأجل بيعها بربح، وأعمال الصرافة، وإجارة السفن، وسائر العقود المختصة بالتجارة البحرية.

ولا يشترط لاعتبار الشركة تجارية أن تحترف القيام بالأعمال التجارية، وإنما يكفي أن يكون غرضها تجارياً بموجب عقد تأسيسها[٦].

وإضافة إلى العنصر الموضوعي المتمثل بنشاط الشركة، فقد تطلب المشرع عنصر شكلي وهو أن تتخذ الشركة أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات حتى تكتسب الصفة التجارية، وقد عدّدت المادة (٦) منه هذه الأشكال على وجه الحصر وهي: شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، شركة التوصية بالأسهم، الشركة المساهمة الخاصة، الشركة المساهمة العامة. كما تطلب القانون خضوع الشركات التجارية لإجراءات القيد والشهر في السجل التجاري، حتى تثبت لها الشخصية القانونية الاعتبارية[٧].

ويلاحظ أن شركة المحاصة وهي التي تنعقد بين شخصين أو أكثر، حيث يقوم بممارسة أعمالها شريك ظاهر يتعامل مع الغير، وتتسم بالسرية

---

(٥) راجع نص المادتان (٦، ٧) من قانون التجارة الأردني. وتنص الفقرة (٢) من المادة (٦) من ذات القانون: (وتعد كذلك من الأعمال التجارية البرية بحكم ماهيتها الذاتية الأعمال التي يمكن اعتبارها مماثلة للأعمال المتقدمة لتشابه صفاتها وغاياتها).

(٦) (تمييز حقوق ١٩٨٧/٤٥٧) مجلة نقابة المحامين، العدد ٦ ص ٥٦٩ – موسوعة تشريعات المحامين.

(٧) راجع المواد (١١، ٤٨، ٥٧، ٨٠، ٦٧ مكرر، ٩٢) من قانون الشركات الأردني، وانظر: (تمييز حقوق رقم ١٩٩٩/٦٠٥) مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد ٧ ص ٣٢٦٣ لسنة ٢٠٠٠، وكذلك (تمييز حقوق رقم ١٩٩٩/٣٦٧) من مجلة النقابة العدد ١ ص ٩٨٠ لسنة ٢٠٠٠.

ولا تخضع لإجراءات الشهر والتسجيل، تعتبر شركة تجارية إذا كان غرضها تجارياً، إذ تكتسب وصف التاجر بنص القانون، ويجوز إثبات الشركة بجميع طرق الإثبات(٨). كما أن الشركات التجارية التي لا تتخذ إجراءات التسجيل والشهر لا ينزع عنها وصف التاجر حماية للوضع الظاهر والمتعاملين معها، وهي ما تُعرف بالشركة الفعلية، إذ تكتسب الصفة التجارية ويجوز شهر إفلاسها، كما استقر على ذلك الفقه والقضاء(٩).

وعلى العكس مما سبق تعتبر الشركة مدنية إذا كان نشاطها القيام بالأعمال المدنية حتى وأن اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات – كما سيأتي –، ولا تكتسب وصف التاجر وتسري عليها أحكام القانون المدني، كما لو تأسست شركة بين ذوي أصحاب المهن كالمحامين أو الأطباء أو المهندسين، أو كان نشاطها القيام بزراعة الأرض وبيع حاصلاتها أو استغلال المناجم والمحاجر أو المهن التعليمية والثقافية والاجتماعية، وما إلى ذلك(١٠).

ثانياً – الشركات ذات الطبيعة المختلطة:

اختلف الفقه والقضاء حول طبيعة الشركات المختلطة، أي تلك التي يكون لها غرضاً مدنياً وآخر تجارياً، وسواء أكان عقد تأسيسها ينص على أنها شركة مدنية أم تجارية، ومدى اعتبارها تجارية أو مدنية ؟

---

(٨) راجع: نص المادة (٤٩) من قانون الشركات الأردني.

(٩) أ. د. محمود مختار بريري (الشخصية المعنوية للشركة التجارية) دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٢ ص ٨٨، و أ. د. محمود سمير الشرقاوي – السابق ص ٥٥ وما بعد، و أ. د. رضا محمد عبيد (الشركات التجارية في القانون المصري) الطبعة السادسة ١٩٩٨ دار الثقافة ص ٨٢ وما بعد، وانظر: (تمييز حقوق رقم ١٤٨٧/١٩٩٣) مجلة نقابة المحامين، العدد ١ ص ٨٦٤ لسنة ١٩٩٤، وانظر أيضاً: نقض فرنسي:
- Cass., 5 mai 1911, Pas., 233 - Pierre Dembour. (Les Faillites Et La Cour De Cassation) Bruxelles 1974. p. 18.
- Cass., 12 mars 1885, Pas., 91 - Pierre Dembour. p. 18.

(١٠) راجع: نص المادة (٧/ج) من قانون الشركات الأردني. وانظر: أ. د. فوزي محمد سامي – السابق ص ٤٢.

وينبغي التفرقة بين عدة فروض على النحو التالي:

الفرض الأول: الشركة التي يكون غرضها تجارياً وتزاول نشاطاً مدنياً:

قد يحدث في الواقع العملي أن يكون غرض الشركة مختلطاً بأن يكون لها غرضاً تجارياً ولديها نشاطاً مدنياً تزاوله بصورة تبعية، ويتفق الفقه والقضاء على أن العبرة بالنشاط الرئيسي للشركة، فمتى كان غرض الشركة الأساسي هو القيام بالأعمال التجارية، فإنها تظل محتفظة بهذا الوصف حتى وإن قامت بممارسة أعمال مدنية، ويستندون في ذلك إلى نظرية الأعمال التجارية بالتبعية، ولأن الغير ليس مجبراً على التحقق من أن الواقع يخالف عقد تأسيس الشركة المُشهر(١١).

وقد أكد ذلك نص المادة (٨) من قانون التجارة الأردني: (١- جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لغايات تجارته تعد تجارية أيضاً في نظر القانون. ٢- وعند قيام الشك تعد أعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية إلا إذا أثبت العكس).

الفرض الثاني: أن يكون غرض الشركة مدنياً ولكنها تزاول النشاط التجاري:

وقد يحدث عكس الفرض السابق، بأن تكون الشركة مدنية ولكنها تمارس النشاط التجاري، مثال ذلك: أن تؤسس شركة زراعية ومن ضمن غاياتها تسويق المنتجات الزراعية سواء عن طريق الشراء من أجل البيع بربح، أو الوساطة بين المزارعين والتجار لبيع المنتجات الزراعية وتحقيق الربح، ويتفق الفقه والقضاء على أنه إذا كانت الشركة غرضها القيام بأعمال مدنية ولكنها زاولت بصورة فعلية نشاطاً تجارياً إلى حد الاحتراف فإنها تعد شركة تجارية، لأن العبرة

(١١) أ. د. رضا عبيد – السابق ص ٣٣. و أ. د. مصطفى كمال طه (القانون التجاري) الدار الجامعية ١٩٨٨ ص ٢٨٣، و أ. د. ثروت عبد الرحيم (القانون التجاري المصري) بدون سنة نشر دار النهضة العربية ص ٢١٢. وانظر: نقض فرنسي:
- Cass., 3 février 1902, D.,p. 90. 1- 516. - R. Houin, R., Rodiere: Droit Commercial. p. 128.

بحقيقة الواقع وليس بالصفة التي أسبغها عليها الشركاء، مثلها في ذلك مثل الموظف أو المحامي الذي يقوم بالتجارة بالمخالفة للقوانين والأنظمة، ويرون أنه يلزم لصحة استمرارها تعديل عقد التأسيس بأن تصحح غاياتها، وأن تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية وفقاً لقانون التجارة وقانون الشركات(١٢). وفي ذلك قضت محكمة بورسعيد الجزئية المصرية: (الشركات التعاونية تعتبر مدنية إذا اقتصر عملها وبيعها على الأعضاء المشتركين فيها معاً، وتجارية إذا فتحت أبوابها للجمهور غير المشترك لشراء ما يلزمه منها من البضائع في مقابل ربح تجنيه من ذلك)(١٣).

الفرض الثالث: إذا كان غرض الشركة القيام بالأعمال التجارية والمدنية معاً:

ويتفق الفقه الغالب على أنه إذا كان النشاط التجاري والمدني متقاربين في الأهمية، فتعتبر الشركة تجارية كذلك في هذه الحالة بسبب الغرض التجاري الذي تمارسه، ولا يرفع عنها هذا الوصف وجود غرض آخر مدني لها، ولا يجب أن تفلت من تطبيق أحكام القانون التجاري والقوانين المكملة له(١٤).

الفرض الرابع: إذا كان غرض الشركة الأساسي القيام بالأعمال المدنية ولكنها زاولت الأعمال التجارية بصورة متفرقة:

هناك خلاف لدى الفقه والقضاء حول هذا الفرض، فقد ذهب جانب من الفقه مؤيداً بحكم القضاء إلى اعتبار الشركة مدنية طالما أن الغرض الأساسي من إنشائها هو القيام بأعمال مدنية، وكانت الأعمال التجارية فرعية أو بصورة

(١٢) أ. د. محمد سامي مدكور (أحكام القانون التجاري) بدون دار نشر ١٩٧١ ص ١٠٠، و أ. د. أحمد محمد محرز (القانون التجاري الجزء الأول) دار الثقافة ١٩٨٧ ص ٣٥٧.

(١٣) (محكمة بورسعيد الجزئية في ١٩٣٣/٤/٣٠ – المحاماة ١٢ السنة ١٤ ص ٢١٦ رقم ١٠٩) – أ. عبد المعين جمعة (موسوعة القضاء في المواد التجارية) دار الثقافة ١٩٦٧، فقرة ١٠٨٢ ص ٥٠٨.

(١٤) أ. د. علي جمال الدين عوض – السابق ص ١٢١، و أ. د. محمد سامي مدكور – السابق ص ٩٩ وما بعد، و أ. د. أحمد محرز – السابق ذات الصفحة.

متفرقة أو ما تقتضيه طبيعة نشاطها، ويكفي لتكوينها من الناحية الشكلية أن يكون عقد الشركة مكتوباً وفقاً لأحكام القانون المدني(١٥).

في حين يرى الفقه الراجح – وهو ما نؤيده – أن الشركات في هذه الحالة تعتبر تجارية دائماً ويجب عليها اتباع الإجراءات التي تخضع الشركات التجارية في تكوينها لها وإشهارها، ويضيفون إلى أنه يكفي لاعتبار الشركة تجارية أن تقوم بعمل تجاري واحد، إذ لم يتطلب قانون التجارة قيام الشركة بممارسة الأعمال التجارية على وجه الاعتياد (الاحتراف)(١٦).

وأخيراً فإن مسألة تجارية أو مدنية الشركة، يترخص فيها قاضي الموضوع تحت رقابة محكمة التمييز(١٧).

ثالثاً – أثر صفة الشركة على صفة الشركاء وفقاً للمعيار الموضوعي:

تقضي القواعد العامة أن شخصية الشركة منفصلة عن شخصية الشركاء، فلا علاقة بين نشاط الشركة وصفة الشركاء، إذ ليس بالضرورة لثبوت تجارية الشركة أن يتخذ الشركاء صفة التاجر، والعكس صحيح إذ لا يغير من وصف الشركات المدنية اتخاذ الشركاء فيها صفة التاجر، وتظل خاضعةً لأحكام القانون المدني وما يرتبه من آثار.

وفي ذلك قالت محكمة استئناف القاهرة: (العبرة بمدنية الشركة أو تجاريتها ترجع إلى الغرض الذي من أجله أسست الشركة، ولا يتوقف التفريق

---

(١٥) أ. د. مصطفى كمال طه – السابق ص ٢٨٣، و أ. د. ثروت عبد الرحيم – السابق ص ٢١١. وراجع: قرار محكمة استئناف القاهرة – الدائرة التاسعة التجارية – ١٩٥٥/٦/٢١، قضية رقم ١٣٤ سنة ٧١) – أ. عبد المعين جمعة – السابق رقم ١٠٨٤ ص ٥٠٩.

(١٦) أ. د. علي يونس (الشركات التجارية) دار الفكر العربي، بدون سنة نشر ص ١٢. و أ. د. علي جمال الدين عوض – السابق ص ١٢١، وفي ذات الاتجاه أيضاً انظر: الفقه الفرنسي:

- Hamel et Lagard: Traite de Droit Commercial. p. 131.
- Ripert et Robot: Encyclopédie Dalloz Société Commercial. P. 422.

(١٧) أ. د. رضا عبيد – السابق ص ٣٤، و أ. د. علي يونس – السابق ص ١٣.

بين الشركة المدنية أو الشركة التجارية على صفة الشركاء الذين يكونونها، لأن فيصل التفرقة هو موضوع عقد الشركة، ولذلك تكون الشركة تجارية مع أن الشركاء غير تجار، وقد يكون الأمر بالعكس)[١٨].

ويستثنى مما تقدم مسألتان: الأولى تتعلق بالشركة التجارية إذا اتخذت شكل شركة التضامن إذ يعتبر الشركاء فيها تجاراً ويسألون مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة، سواء أكانت شركة تضامن أم توصية بسيطة أم شركة توصية بالأسهم، والسبب في ذلك أن ائتمان الشركة من ائتمانهم، وفي هذه الحالة ينطبق عليهم أحكام قانون التجارة ويجوز شهر إفلاسهم[١٩]. وذلك على عكس اتخاذ الشركة شكل شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة مساهمة عامة أو خاصة، إذ تكون مسؤوليتهم محدودة بقدر ما يقدمونه من حصص أو أسهم في رأسمالها[٢٠].

المسألة الثانية تتعلق بالشركة المدنية التي تتخذ شكل شركة التضامن أو التوصية البسيطة أو التوصية بالأسهم الواردة في قانون الشركات، فيطرح التساؤل هنا حول صفة الشريك المتضامن، هل يكتسب صفة التاجر على الرغم من مدنية الشركة؟ ويذهب الرأي الغالب إلى اعتبار الشريك مسؤولاً مسؤولية تضامنية في أمواله الخاصة عن ديون الشركة، حماية للغير الذي تعامل مع هذه الشركة على أساس الشكل الذي اتخذته، إضافة إلى أن الشركاء باتخاذهم شكل شركة التضامن قد قصدوا ترتيب الآثار الشخصية لهذه الشركة على الشركاء، ويعتبر ذلك بديلاً عن النص صراحة على التضامن الذي لا يتقرر إلا بنص في

---

(١٨) (محكمة استئناف القاهرة – الدائرة التاسعة التجارية – ١٩٥٧/٣/٢٦، القضايا أرقام ٣٤، ٣٥، ١٠٧ سنة ٧٤ ق) أ. عبد المعين جمعة – السابق رقم ١٠٥٨ ص ٥٠٩. وانظر الفقه: أ. د. علي جمال الدين عوض – السابق ص ١٢١، و أ. د. علي يونس – السابق ص ١٢ وما بعد، و أ. د. محمود سمير الشرقاوي – السابق ص ١٣.

(١٩) راجع: نصوص المواد (٩/ج، ٤١/أ، ٨٢) من قانون الشركات الأردني.

(٢٠) راجع: نصوص المواد (٥٣/أ، ٩١، ٦٥/ب مكرر) من قانون الشركات الأردني.

القانون أو بشرط صريح في العقد[٢١]. ومع ذلك فإن الشريك المتضامن لا يكتسب وصف التاجر[٢٢].

الفرع الثاني
الشركات المدنية ذات الشكل التجاري

إن السؤال الجوهري المطروح والمتعلق بأساس الدراسة، كالآتي: هل تعتبر الشركة مدنية أو تجارية فيما إذا كان موضوعها هو مزاولة الأعمال المدنية، ولكن تم تأسيسها تحت شكل من أشكال الشركات الواردة في قانون الشركات ؟

وللإجابة عن التساؤل المطروح نتكلم أولاً عن القواعد العامة للشركات في القانون المدني، ثم عن تنظيم الشركات المدنية في قانون الشركات الأردني ثانياً، ونعرض للشركات التي لا تستهدف تحقيق الربح في ثالثاً، وأخيراً نتكلم عن مدى اكتساب الدولة لصفة التاجر في رابعاً.

أولاً – القواعد العامة للشركات في القانون المدني الأردني:

من الرجوع إلى أحكام القانون المدني الأردني الذي يضع قواعد عامة للشركات، يلاحظ أنه لم يرد في هذا القانون تحديد للأشكال التي يجب أن تكون عليها الشركات المدنية، وقد تناول المشرع هذا الموضوع في المواد (٥٨٢ – ٦٣٥) منه.

والقاعدة العامة أن الشركة عبارة عن عقد بين الشركاء، للدخول في مشروع مالي بهدف تحقيق الربح. وفي ذلك نصت المادة (٥٨٢) منه: (الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي

(٢١) راجع: نص المادتين (٢/٥٨٧، ٢/٥٩٩) من القانون المدني الأردني وتعديلاته المنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢٦٤٥ ص ٢، تاريخ ١٩٧٦/٨/١.

(٢٢) أ. د. علي يونس – السابق ص ٢٠، و أ. د. ثروت عبد الرحيم – السابق ص ٢١٥، و أ. د. علي جمال الدين عوض – السابق ص ١٢٥.

بتقديم حصته من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة) ويجب أن يكون مكتوباً، ولم يتطلب المشرع المدني أكثر من ذلك، وفي هذا تنص المادة (١/٥٨٤) من ذات القانون: (١- يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً).

ويترتب على ذلك اكتساب الشركة الشخصية الحكمية، إذ تنص المادة (١/٥٨٣) من ذات القانون (١- تعتبر الشركة شخصاً حكمياً بمجرد تكوينها)، وتسري عليها كافة أحكام القانون المدني، من حيث إدارة الشركة وآثارها وانقضائها وتصفيتها وما إلى ذلك.

ويرى الفقه المدني، في طبيعة الشركة أنها عقد مسمى، يجب توافر أركانه العامة وفقاً لنظرية الالتزامات المدنية، من الأهلية والرضا والمحل والسبب، وهو عقد شكلي يتطلب الكتابة – كما أسلفنا –، وملزم لجميع أطرافه، كما أنه من عقود المعاوضة، فكل شريك يقدم حصته في رأس المال ويستولي على نصيب في الأرباح، وهو من العقود المحددة وليس من العقود الاحتمالية. وبالنتيجة فالشركة بوجه عام عبارة عن مشروع مالي يستهدف تحقيق الربح(٢٣).

ويُقسم الفقه الشركات عموماً إلى أربعة أنواع كالآتي:

١ – الجمعيات والمؤسسات وتلحق بها جمعيات التعاون والنقابات:

وهذه تحقق أغراضاً مدنية مختلفة ذات شأن عام، فقد تكون غاياتها إنسانية تقوم على أعمال البر، مثل جمعيات مساعدة الأيتام والفقراء وجمعيات الهلال الأحمر. أو غايات اجتماعية، مثل جمعيات الاتحادات النسائية وجمعيات الخدمة الاجتماعية. أو أدبية، مثل اتحاد الأدباء والمفكرين. أو علمية، مثل جمعيات مكافحة الأمراض وجمعيات إعداد الدراسات التاريخية والاقتصادية. أو

(٢٣) د. عبد الرزاق السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) الجزء الخامس في العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة) دار النهضة العربية – الطبعة الثانية ١٩٨٧ – ص ٢٧٤ وما بعد. وانظر: (نقض مدني ١٨ مايو لسنة ١٩٧١). مجموعة أحكام النقض المصرية السنة ٢٢ رقم ١٠٣ ص ٦٣٣.

دينية، مثل جمعيات تحفيظ القرآن. أو رياضية، مثل الأندية الرياضية. وقد تقوم الدولة بإنشاء مؤسسات عامة لتحقيق غرض ذي نفع عام، مثل صندوق الزكاة وما إلى ذلك. وتشترك جميعاً في أن أغراضها لا يدخل فيها الربح وبالتالي تعتبر أعمالها مدنية.

٢ – الشركات المدنية:

وهي عبارة عن شركات تقوم بمشروعات مالية تستهدف من جراء إنشائها تحقيق الربح – كما سبق القول –، وهي لا تختلف عن الشركات التجارية في هذا الصدد. وكل ما هنالك أن المُشرع في قانون التجارة (قانون خاص)، قام بتعداد الأعمال التي يعتبرها تجارية في المادتين (٦، ٧) من قانون التجارة الأردني، أخذاً بنظرية الأعمال التجارية، وقام بوضع معيار للتفرقة بينهما ألا وهو المعيار الموضوعي – موضوع البحث –، وأسبغ عليها الصفة المدنية.

٣ – الشركات التجارية:

وهذه مشروعات مالية هدفها تحقيق الربح، تماماً كالشركات المدنية، ولكن ضابط التمييز بينهما هو طبيعة الأعمال، فالأغراض أو الأعمال التي تقوم بها مختلفة عن المشروعات التي تقوم بها الشركات المدنية – كما أشرنا –، وتدخل في مفهوم قانون التجارة والقوانين المكملة له.

٤ – الشركات المدنية التي تتخذ شكلاً تجارياً:

وهذه شركات مدنية، تسعى لتحقيق الربح أيضاً، ولكنها تختلف عن الشركات المدنية – المشار إليها –، في أنها تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية، من أجل دعم نظامها، وتيسير نشاطها، والاستفادة من مميزات السرعة والائتمان في قانون التجارة، والشكل الوارد في قانون الشركات[٢٤].

(٢٤) انظر: تفصيلاً في التفرقة بين أنواع الشركات بوجه عام، الأستاذ العلامة/ الدكتور عبد الرزاق السنهوري – السابق ص ٢٨٦ وما بعد.

وعلى ذلك ليس ثمة ما يمنع من اتخاذ الشركة المدنية لأي شكل تراه، ويكون محققاً لمصالحها كمشروع مالي، بما في ذلك الشكل التجاري وفق القواعد العامة الواردة بالقانون المدني، ولكن في هذه الحالة الأخيرة عليها اتباع ما نصت عليه القوانين الخاصة بالتجارة والشركات.

ثانياً – تنظيم الشركات المدنية في قانون الشركات الأردني:

بالرجوع إلى قانون الشركات الأردني، نجد أنه قد عدّد حصراً الأشكال التي يجب أن تكون عليها الشركات التجارية، وهي شركة التضامن والتوصية بنوعيها والمساهمة بنوعيها والشركة ذات المسؤولية المحدودة – كما رأينا –، كما أنه أجاز صراحة للشركات المدنية أن تتخذ أحد الأشكال الواردة في قانون الشركات، وأن يتم تسجيلها في سجل خاص معد لهذه الغاية، وتبقى خاضعة لأحكام القانون المدني.

فقد نصت المادة (٧ /ج/١) منه: (١– تسجل الشركات المدنية لدى المراقب بسجل خاص يسمى "سجل الشركات المدنية" وهي الشركات التي تؤسس بين شركاء من ذوي الاختصاص والمهن، وتخضع لأحكام القانون المدني وأحكام القوانين الخاصة بها وأنظمتها وعقودها الداخلية).

وذلك أخذاً بالمعيار الموضوعي الوارد في قانون التجارة، الذي يتخذ من غرض الشركة أساساً للتفرقة بين نوعي الشركات التجارية والمدنية، وذلك على عكس الوضع في القانون المقارن الذي اعتمد المعيار الشكلي، والذي بموجبه تعتبر الشركات التي تسجل في سجل الشركات تجارية، دون النظر إلى طبيعة نشاطها – كما سيأتي –.

وبناءً عليه تستطيع الشركة المدنية التي يكون غرضها القيام بالأعمال المدنية، كالشركات الزراعية وتلك التي يكون موضوعها استخراج المعادن وما شابه، أن تتخذ أي من الأشكال الواردة في قانون الشركات، كأن تسجل في صورة شركة تضامن أو مساهمة عامة أو ذات مسؤولية محدودة، ولا ينزع عنها هذا الشكل صفتها المدنية ولا تكتسب وصف التاجر، فلا تلتزم بمسك

الدفاتر التجارية، ويكون إثبات معاملاتها بالطرق المدنية، وإذا وجد لديها دفاتر منظمة فلا يكون لها حجية الدفاتر التجارية في الإثبات، ولا يجوز شهر إفلاسها، ولا تخضع لأحكام قانون التجارة، وقانون الشركات الذي نشأت في ظله، وإذا كانت شركة تضامن فلا يكتسب الشريك صفة التاجر(٢٥).

ولكن يلاحظ على النص السابق عرضه أن المشرع قد استخدم تعبيراً غير دقيق للشركات المدنية حين وصفها بتلك التي تتكون من ذوي الاختصاص وأصحاب المهن، فهل يمكن اعتبار بعض المهن كالسماسرة مثلاً أعمالاً مدنيةً مع أنها أعمال تجارية بنص قانون التجارة(٢٦)؟ فلو تأسست شركة بين سماسرة فهي تجارية، أما إذا تأسست شركة بين بعض أصحاب المهن التي تعتمد على الكفاءة العلمية كالمحامين والمهندسين والأطباء مثلاً فهي تعتبر شركة مدنية وفقاً لقانون التجارة(٢٧).

- الاستثناء الوارد على شكل الشركة المدنية:

وإذا كان المشرع قد اعتمد على المعيار الموضوعي كأساس للتفرقة بين نوعي الشركات بموجب المادة (٩/١/ب) من قانون التجارة، وأجاز للشركات المدنية اتخاذ شكل الشركات التجارية، وأبقى على تطبيق أحكام القانون المدني عليها بموجب المادة (٧/ج/١) من قانون الشركات الأردني، إلا أنه أورد

(٢٥) أ. د. مصطفى كمال طه – السابق ص ٢٨٥، و أ. د. رضا عبيد – السابق ص ١٣٧.

(٢٦) راجع: نص المادة (٦/١/ح، ٢) من قانون التجارة الأردني.

(٢٧) راجع: نص المادتين (٦، ٧) من قانون التجارة الأردني، وانظر: أ. د. فوزي محمد سامي – السابق ص ٦٧ وما بعد (٢٨) كان قانون الشركات الملغى رقم ١٢ لسنة ١٩٦٤ يُطلق تعبير (الشركة العادية) بدلاً من شركة التضامن والتوصية البسيطة، (والشركة المساهمة المحدودة) بدلاً من الشركة المساهمة العامة، وقد ألغي بقانون الشركات المؤقت رقم ١ لسنة ١٩٨٩، الذي ألغي بدوره بقانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته النافذ المفعول، الذي حدد أشكال الشركات، ويستخدم المصطلحات المشار إليها.

استثناءً مهماً يتعلق بتطبيق بعض أحكام قانون التجارة على بعض أنواع هذه الشركات، فقد نصت المادة (٢/٩) من قانون التجارة الأردني: (أما الشركات التي يكون موضوعها مدنياً ولكنها اتخذت صفة الشركات المساهمة المحدودة والعادية فتخضع لجميع التزامات التجار المعينة في الفصلين الثاني والثالث من هذا الباب)[٢٨].

ومن الرجوع إلى الفصلين الثاني والثالث من الباب الثالث من قانون التجارة نجد أنهما يتعلقان بالتزامات التجار بمسك الدفاتر التجارية، والتسجيل في سجل التجارة[٢٩].

ومعنى ذلك أن المشرع قد أخذ استثناءً بالمعيار الشكلي وفي حدود ضيقة، فألزم الشركات المدنية المذكورة – المساهمة والتضامن –، للواجبات المفروضة على التجار، من مسك الدفاتر التجارية، والتسجيل في سجل التجار فقط، ولكنها لا تكتسب وصف التاجر، ولا تلتزم بالانضمام إلى الغرفة التجارية[٣٠]، ولا تخضع لأحكام الإفلاس والصلح الواقي الوارد في البابين الأول والثاني من الكتاب الرابع في قانون التجارة، وإنما إلى نظام الإعسار الوارد في القانون المدني[٣١]. وهو أمر غير مفهوم لأننا أصبحنا أمام ازدواجية في تطبيق جزء من قانون التجارة على هذه الشركات وجزء من تطبيق القانون المدني عليها، هذا فضلاً عن عدم ورود النص بإخضاع هذه الشركات لنظام الإفلاس والصلح الواقي، إنما يهدر الحماية القانونية التي يقصدها المشرع من هذا النظام – كما

---

(٢٨)

(٢٩) راجع: المواد (١٦ – ٢٥) من قانون التجارة الأردني.

(٣٠) راجع: القرار التفسيري رقم (٩) لسنة ١٩٧٦ للمادة الثالثة من قانون الغرفة التجارية الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين، والمنشور في مجموعة قانون التجارة الأردني ص ٢٩٥. وانظر: د. محمد حسين إسماعيل (القانون التجاري الأردني) دار عمار ١٩٨٥ ص ١٣٧.

(٣١) راجع: موضوع الإعسار المدني الوارد في المواد (٣٧٥ – ٣٨٦) تحت عنوان الحجر على المدين المفلس من القانون المدني الأردني.

سيأتي –. كذلك لم يشمل الاستثناء الشركات ذات المسؤولية المحدودة والتوصية بالأسهم، ويعود ذلك لقدم قانون التجارة حيث لم يكن سائداً في ذلك الوقت مثل هاتين الشركتين – وسيأتي بيان ذلك –.

ثالثاً – الشركات التي لا تستهدف تحقيق الربح:

أضاف المشرع الأردني في قانون الشركات نوعاً جديداً من الشركات المدنية، أطلق عليها تسمية (الشركات التي لا تستهدف تحقيق الربح)، حيث نصت المادة (٧/ د) منه على ما يأتي: (د– يجوز تسجيل شركات لا تهدف إلى تحقيق الربح وفق أي من الأنواع المنصوص عليها في هذا القانون في سجل خاص يسمى (سجل الشركات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح) وتحدد أحكامها وشروطها وغاياتها والأعمال التي يحق لها ممارستها والرقابة عليها وأسلوب وطريقة حصولها على المساعدات والتبرعات ومصادر تمويلها وأسلوب إنفاقها وتصفيتها، وأيلولة أموالها عند التصفية والوفاة، والبيانات التي يجب أن تقوم بتقديمها للمراقب، وسائر الأمور المتعلقة بها بموجب نظام خاص يصدر لهذه الغاية).

وقد أوضحت الأعمال التحضيرية لقانون الشركات الجديد الحكمة من إيجاد هذا النوع من الشركات المدنية، إذ جاء فيها: "يحدث أحياناً أن تجتمع إرادة بعض الأفراد على تأسيس شركة لا تسعى لتحقيق الربح، وذلك بهدف تحقيق فكرة يسعون إليها، وأن القول في هذه الحالة بأن باب الجمعيات الخيرية مفتوح لهم لولوجه لا يخلو من مبالغة، نظراً لما يتضمنه هذا القانون من تعقيدات تصرفهم في كثير من الأحيان عن اللجوء إليه، وبالتالي التخلي عن الفكرة كلياً" (٣٢).

(٣٢) راجع: الأعمال التحضيرية لقانون الشركات الأردني وتعديلاته النافذ المفعول. مشار إليها د. عزيز العكيلي (شرح القانون التجاري – الجزء الرابع – في الشركات التجارية) مكتبة دار الثقافة ١٩٩٨ بعمان – في الهامش ص ٥.

وبالرجوع إلى نظام الشركات غير الربحية اللاحق في صدوره لقانون الشركات، نجد أنه قد أورد في المادة (٣) منه، خضوع هذه الشركات للتشريعات النافذة فيما لم يرد فيه نص في النظام، كما حددت المادة (٥) غايات الشركة، فاشترطت أن تكون تقديم الخدمات الاجتماعية أو الإنسانية أو الصحية أو البيئية أو التعليمية أو الثقافية أو الرياضية[٣٣].

والحقيقة أن هناك عدة ملاحظات تسترعي التوقف عندها ومناقشتها حول هذه الشركات:

١ – أن المشرع الأردني قد أوجد ثلاثة سجلات رسمية في وزارة الصناعة والتجارة، الأول: يتعلق بالشركات التجارية الواردة أشكالها وتنظيمها وقواعدها الخاصة في قانون الشركات، والثاني: يتعلق بالشركات المدنية الوارد تنظيمها والأحكام التي تخضع لها في القانون المدني، والثالث: خاص بالشركات غير الربحية التي لم يورد المشرع لها تنظيماً قانونياً تخضع له، فلم يرد نص في قانون الشركات (مادة ٧/د) بخضوعها للقانون المدني، كما لم يرد نص بخضوعها لقانون التجارة والقوانين المكملة له، ويفهم من حرفية وفحوى النص هو حظر إخضاع هذه الشركات لأي قانون إلا ما نص عليه النظام، وما يزيد الوضع تعقيداً أن نظام الشركات غير الربحية – المشار إليه –، لم يرد فيه أية إشارة إلى التنظيم القانوني التي تخضع له هذه الشركات، من حيث الإدارة والانقضاء والتصفية والإعسار أو الإفلاس، وما إلى ذلك.

٢ – لنا أن نتساءل عن جدوى التفرقة بين نوعي الشركات المدنية، والشركات غير الربحية فيما يتعلق بالغاية أو طبيعة النشاط، فكلاهما – إعمالاً للمعيار الموضوعي – لا يستهدفون تحقيق الربح ولا يقومون بأعمال تجارية، ونرى أنها تفرقة في غير مكانها.

٣ – أكثر من ذلك فإن المشرع قد أوجد خلطاً وازدواجاً في المصطلحات، فالتعليم

(٣٣) راجع: نظام الشركات غير الربحية رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٧، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٤٨٢٨ صفحة ٣٧٩٢، تاريخ ٢٠٠٧/٥/٣١.

مثلاً قد تنشأ به شركة مدنية تقوم بين أصحاب المهن التعليمية، وكذلك الشأن بالنسبة للمهن الصحية فهي تقوم بين الأطباء، وهذه المهن وغيرها منصوص عليها في المادة (٧/ج/١) من قانون الشركات – السابق عرضها –، حينما حددت غايات الشركات المدنية بمصطلح (ذوي الاختصاص والمهن) فلماذا هذا الخلط والازدواج ؟.

٤ – وإذا كان المشرع يقصد من وراء الشركات غير الربحية – وهي في حقيقتها جمعيات ومهن – تبسيط الإجراءات، وإزالة التعقيدات الناتجة عن الشكليات المتبعة في تشكيل الجمعيات الخيرية – كما ورد في الأعمال التحضيرية –، فيمكنه تعديل قانون الجمعيات الخيرية وإزالة العقبات الشكلية، لا أن يتم إعطاؤها وصفاً تجارياً على غير حقيقتها، مما قد يوقع الجمهور والمتعاملين معها في خطأ حول أهداف هذه الشركات. ومن ناحية أخرى، قد يكون منفذاً لبعض الأشخاص المكونين لهذه الجمعيات للاستفادة من شكل الشركة التجاري، لتحقيق أرباح تحت ستار العمل المدني.

٥ – أخيراً نعتقد أن نوعي الشركات – المدنية وتلك التي لا تهدف إلى تحقيق الربح –، والتي تتخذ شكل الشركات التجارية، لا تتفق وأحكام قانون التجارة أساساً، الذي تهدف قواعده إلى دعم الائتمان التجاري وتقويته، وتنفيذ الأعمال التجارية بالسرعة التي تتفق وطبيعة النشاط التجاري[٣٤]. وبالتالي فلا نرى فائدة قانونية من اتخاذها أشكال الشركات التجارية.

رابعاً – مدى اكتساب الدولة صفة التاجر:

أخذت الدولة وأشخاص القانون العام في العصر الحديث بممارسة بعض الأعمال التجارية، وإنشاء المشروعات الاقتصادية الكبيرة التي يعجز عنها القطاع الخاص، من أجل تحقيق المنفعة العامة. مثل شركات الكهرباء والماء

(٣٤) د. عزيز العكيلي – السابق ص ٥ في الهامش. و أ. د. فوزي محمد سامي – (شرح القانون التجاري الأردني) مكتبة دار الثقافة – ١٩٩٦ ص ١٢ وما بعد، و د. محمد حسين إسماعيل – السابق ص ٣٤ وما بعد.

وشركات النقل العام أو شركات الطيران والمؤسسات الاستهلاكية وما إلى ذلك، وقد تقوم الدولة بالتأميم للقضاء على الاحتكارات، وقد تشترك الدولة مع الأفراد في رأس مال شركات تسمى بشركات الاقتصاد المختلط، كما هو الشأن في شركة الأسمنت الأردنية، وشركة مصفاة البترول الأردنية وغيرها. وهذه الشركات تقوم بأعمال تجارية في طبيعتها وتحقق أرباحاً. ولذا يتم السؤال عن مدى اكتساب الدولة لصفة التاجر، والنظام القانوني الذي تخضع له هذه الشركات، ثم عن مدى خضوعها لنظام الإفلاس.

وقد أجاب عن ذلك نص المادة (١٣) من قانون التجارة الأردني إذ جاء فيه: (لا تعد الدولة ودوائرها ولا البلديات واللجان والنوادي والجمعيات ذات الشخصية الاعتبارية من التجار وإن قامت بمعاملات تجارية، إلا أن معاملاتها المذكورة تكون خاضعة لأحكام قانون التجارة).

ومقتضى ذلك أن الأعمال التجارية للدولة تخضع لقانون التجارة في معاملاتها، ولذلك يعتبر مشروع النقل العام، كمؤسسة النقل العام للركاب، وشركات الطيران عملاً تجارياً، ويكون خاضعاً لأحكام المادة السادسة من قانون التجارة، ويطبق عليها أحكامه.

ويسري ذات الحكم بالنسبة للشركات المؤممة، وذات الامتياز العام، وشركات الاقتصاد المختلط، طالما أن موضوعها تجاري، عملاً بأحكام المادة (٢/٩) من قانون التجارة الأردني، ولذا تلتزم بمسك الدفاتر التجارية ويكون لها حجية في الإثبات، وبالقيد في السجل التجاري، ولكنها لا تكتسب صفة التاجر، ولا يمكن شهر إفلاسها وفق أحكام المادة (١٣) من قانون التجارة – المعروضة –. وهو أمر منطقي لأن الدولة ضامنة لهذه المشاريع.

وعلى النقيض من ذلك، يرى الفقه أن الشركات الاقتصادية العامة، والشركات الممنوحة امتيازاً من الدولة، وشركات الاقتصاد المختلط، والتي يساهم فيها الأفراد والدولة، يتوقف الحكم فيها بالنسبة للصفة التجارية على طريقة إدارتها، فإن كانت تدار من قبل الدولة مباشرة، فلا تكتسب وصف التاجر، وإن كانت تدار من قبل الأفراد أو الشركات، فإنها تعد تجارية، حيث يكتسب فيها

الأفراد والشركات صفة التاجر، وتسري عليهم أحكام القانون التجاري بما في ذلك نظام الإفلاس(٣٥).

الفرع الثالث
ماهية المعيار الشكلي

إذا كان المعيار الموضوعي لاكتساب الشركة الصفة التجارية يقوم على أساس طبيعة النشاط أو الغاية من تأسيس الشركة – كما تقدم –، فإن المعيار الشكلي يقوم على أساس شكل الشركة، إذ ينصرف مفهومه إلى اكتساب الشركة الصفة التجارية إذا اتخذت أحد الأشكال الواردة في قانوني التجارة والشركات والأنظمة الصادرة بهذا الخصوص(٣٦).

ولذا فإن طبيعة النشاط الواردة في عقد تأسيس الشركة ليست محل اعتبار، فالشركة التي تتخذ شكل شركة تضامن أو التوصية بنوعيها (البسيطة وبالأسهم) أو ذات مسؤولية محدودة أو مساهمة عامة تُعد شركة تجارية حتى وإن كان النشاط الذي تقوم به ذا طبيعة مدنية، وليس من الأعمال التجارية التي وردت في نطاق قانون التجارة.

ومعنى ذلك أن هذا المعيار يعتد بالشكل الذي اتخذه الشركاء للشركة، فإذا اختاروا شكل شركة التضامن أو المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة أو أي شكل مما هو منصوص عليه في قانوني التجارة والشركات، انسحب ذلك على القواعد القانونية التي تخضع له هذه الشركات، بحيث تخضع لأحكام قانون التجارة والقوانين المكملة له.

---

(٣٥) أ. د. علي يونس – السابق ص ١٢، د. محمد حسين إسماعيل – السابق ص ١٣٨ وما بعد، و أ. د. فوزي محمد سامي – السابق ص ١٠٢ وما بعد.

(٣٦) أ. د. محمود سمير الشرقاوي – السابق ص ٥٦، و أ. د. مصطفى كمال طه – السابق ص ٢٨٢ وما بعد.

ويرى الفقه التجاري أن ذلك يعد قرينة على انصراف نية الشركاء إلى تجارية الشركة وليس مدنيتها طالما اتخذ الشركاء شكل الشركة التجارية، ولا عبرة في هذه الأحوال بطبيعة النشاط أو الغاية الواردة في عقد تأسيس الشركة(٣٧).

ومع ذلك فإن المعيار الشكلي ليس على إطلاقه، إذ أن التشريعات التي أخذت به لإسباغ الصفة التجارية على الشركات استثنت من نطاقه شركة المحاصة والتي هي عبارة عن شركة مستترة بين الشركاء لا تخضع للقيد والشهر – كما تقدم –، حيث تعتبر شركة مدنية أو تجارية بالنظر إلى طبيعة نشاطها، وكذلك الشأن بالنسبة للجمعيات والاتحادات والمهن العلمية وما شابه إذا كان نشاطها مدنياً ولم تتخذ شكل الشركات التجارية(٣٨).

وقد أخذت التشريعات الحديثة بالمعيار الشكلي لاكتساب الشركة الصفة التجارية، في كل من مصر والكويت وفرنسا وانجلترا – كما سيأتي تفصيلاً –.

(٣٧) أ. د. رضا عبيد – السابق ص ٣٤ وما بعد، و أ. د. أبو زيد رضوان – السابق ص ٢٧.

(٣٨) أ. د. علي قاسم (دروس في قانون الأعمال – الجزء الأول نظرية المشروع والأعمال التجارية) دار النهضة العربية ٢٠٠٥ ص ١١٨ وما بعد، وانظر: الفقه الفرنسي:
- René Rodier & Claude Fournie (La Faillite Dans La Jurisprudense) Paris 1974 - p.191.
- Hamel et Lagard - p. 131.
- Ripert et Robot -. p. 424.
- www.legiofrans.com

المبحث الثاني
الآثار الناشئة عن الأخذ بالمعيار الموضوعي

استناداً لنظرية الأعمال التجارية، فإن هناك عدة آثار متباينة تترتب على التفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية، تطبيقاً للمعيار الموضوعي، وهي ذات التفرقة التي تترتب على التاجر وغير التاجر، نذكر منها ما يأتي:

١ – تحديد القانون الذي يسري على نوعي الشركات التجارية والمدنية:

من الآثار الهامة للمعيار الموضوعي الذي يفرق بين العمل التجاري والعمل المدني في نطاق الشركات – كما رأينا –، هو سريان أحكام قانون التجارة والقوانين المكملة له، على الشركات التجارية التي يكون نشاطها القيام بالأعمال التجارية بكافة قواعده، كما تسري عليها أيضا أحكام القانون المدني فيما لم يرد فيه نص خاص في قانون التجارة(٣٩).

وتطبق أحكام القانون المدني على الشركات المدنية، والتي يكون نشاطها القيام بالأعمال المدنية، ولا يؤثر في ذلك اتخاذها شكل الشركات التجارية، حيث لا يُنزع عنها الوصف المدني، فلا أثر لشكل الشركة على صفتها وفقاً للمعيار الموضوعي(٤٠).

٢ – الخضوع للالتزامات المفروضة على التجار:

تلتزم الشركات التجارية – وحدها دون الشركات المدنية – بالواجبات المفروضة على التجار والتي تتفق مع صفتها كأشخاص لها شخصية اعتبارية، كمسك الدفاتر التجارية، وإجراء القيد في السجل التجاري، واتخاذ أحد الأشكال

(٣٩) راجع: نص المادتين (١، ٢) من قانون التجارة الأردني.
(٤٠) راجع: نص المادة (٧/ج، د) من قانون الشركات الأردني.

الواردة في قانون الشركات، باستثناء شركة المحاصة التي لا شخصية قانونية لها(٤١).

أما الشركات المدنية فلا تجب عليها هذه الالتزامات كقاعدة عامة، باستثناء التسجيل في سجل الشركات المدنية وذلك إن اتخذت أحد الأشكال الواردة في قانون الشركات، إضافة إلى أن اتخاذها شكل شركة مساهمة أو التضامن، فإنها تلتزم بمسك الدفاتر التجارية، والقيد في السجل التجاري واتباع إجراءات شكل الشركة، دون الخضوع لأحكام الإفلاس – كما سبق الإشارة –.

٣ – الشخصية الاعتبارية للشركة:

طالما أن الشركة عبارة عن عقد بمفهوم القانون المدني وهو الشريعة العامة، فان الشركة سواء أكانت مدنية أم تجارية تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمجرد إبرام عقدها، ولكن لا يجوز الاحتجاج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات القيد والشهر والعلانية، كما هو مقرر في قانون الشركات بالنسبة للشركات التجارية(٤٢).

أما بالنسبة للشركات المدنية فيتم الاحتجاج بشخصية الشركة على الغير بمجرد تكوين العقد(٤٣) مع مراعاة الشركات المدنية التي تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية، ويتم تسجيلها في السجل الخاص بها في وزارة الصناعة والتجارة – كما أشرنا –.

---

(٤١) راجع: الفصلين الثاني والثالث من الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون التجارة الأردني، وراجع: نظام سجل التجارة رقم (١٣٠) لسنة ١٩٦٦، وراجع: المادة (٤٩/ب) من قانون الشركات الأردني، وانظر: في ذلك د. محمد حسين إسماعيل – السابق ص ١٣٧، و أ. د. فوزي محمد سامي – السابق في الشركات التجارية ص ٦٩.

(٤٢) راجع: المادة (٢٢) وما بعد من قانون التجارة.

(٤٣) راجع: نص المادة (٥٨٣) من القانون المدني الأردني، وانظر: تفصيلاً د. عبد الرزاق السنهوري، حيث يرى (عدم وجوب التسجيل والشهر للشركات المدنية حيث تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوين العقد وللغير التمسك بهذه الشخصية). السابق ص ٢٧٤ وما بعد، وفي ذات الاتجاه أ. د. رضا عبيد – السابق ص ٣٤ وما بعد.

٤ – التضامن بين المدينين:

تعتبر رابطة التضامن مفترضة بين المدينين في الشركات التجارية إذا كان الشركاء لهم صفة التضامن، كما هو الشأن في الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي للشركاء كشركة التضامن والتوصية البسيطة وبالأسهم، فالشركاء المتضامنون في هذه الشركات يسألون عن تسديد ديون الشركة ليس فقط بمقدار نصيب كل منهم في رأسمالها وإنما أيضاً في أموالهم الخاصة(٤٤). وبالنسبة للشريك الموصي والشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمساهم في شركة المساهمة، فإن مسؤولية هؤلاء عن تسديد ديون الشركة تكون محدودة بمقدار حصته أو مساهمته في الشركة(٤٥). وفيما يتعلق بالشركات المدنية وبالتطبيق لحكم القواعد العامة في القانون المدني فإن رابطة التضامن غير مفترضة، إذ أن كل شريك يتحمل بمقدار نصيبه في الربح والخسارة، ما لم يكن هناك نص في العقد أو اتفاق خاص بين الشركاء على التكافل والتضامن فيما بينهم لتسديد ديون الشركة في أموالهم الخاصة(٤٦).

٥ – نظام الإفلاس والصلح الواقي:

الإفلاس نظام يتسم بالقسوة في التعامل مع التاجر الذي يتوقف عن الوفاء بديونه المستحقة، قصد به المشرع حماية الائتمان ودعمه وتنشيط البيئة التجارية، وينصرف مفهومه إلى اتخاذ الإجراءات الجماعية لتصفية أموال التاجر وتجارته تحت إشراف ورقابة المحكمة، فالتاجر الذي يتوقف عن تسديد ديونه التجارية، يتم شهر إفلاسه بحكم يصدر عن المحكمة المختصة، يترتب عليه رفع يد التاجر عن إدارة أمواله والتصرف فيها، حيث تتولى المحكمة تصفية أموال التاجر وتوزيعها على الدائنين قسمة غرماء، هذا عدا عن الآثار القانونية المتصلة بشخص المفلس والدائنين وأصحاب الحقوق والمشروع التجاري والعاملين

(٤٤) راجع: المواد (٢٦، ٤٨، ٨٢) من قانون الشركات الأردني.
(٤٥) راجع: المواد (٤١/ب، ٥٣/أ، ٩١) من قانون الشركات الأردني.
(٤٦) راجع: المواد (٢/٥٨٧، ٢/٥٩٩) من القانون المدني الأردني.

فيه[٤٧]. وقد قضت محكمة التمييز: (يعتبر الإفلاس نظاماً خاصاً بالتجار، لا ينطبق على سواهم، ويهدف إلى تصفية أموال التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية عند حلول آجالها)[٤٨].

كما أن قانون التجارة قد منح التاجر حسن النية فرصة تجنب الإفلاس وإجراءات التصفية، بالتقدم للمحكمة المختصة بطلب الصلح الواقي من الإفلاس، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ التوقف عن الدفع، وذلك ضمن الشروط الواردة في القانون[٤٩]. وقد قضت محكمة التمييز بهذا الخصوص: (يحق للشركة التجارية في خلال عشرة أيام تلي التوقف عن الدفع أن تتقدم إلى محكمة البداية بطلب الصلح الواقي من الإفلاس إذا توافرت شرائطه القانونية)[٥٠].

أما الشركات المدنية فتخضع لنظام الإعسار الوارد في القانون المدني، وهو أقل قسوة من نظام الإفلاس، والذي بمقتضاه يتم الحجر على المدين المعسر (المفلس)، بحكم يصدر عن المحكمة المدنية المختصة إذا توقف عن

---

(٤٧) راجع: الباب الثاني من الكتاب الرابع المواد (٣١٦) وما بعد من قانون التجارة الأردني.

(٤٨) (تمييز حقوق رقم ٢٠٠٣/٤١٥٢ تاريخ ٢٠٠٤/٥/١٩) منشورات مركز عدالة ص ١، وفي ذات المعنى (الطعنان رقما ٣٤٤، ٣٦٧ لسنة ٧٣ ق – جلسة ٢٠٠٣/١٢/٢٢) المستحدث من المبادئ الصادرة عن محكمة النقض المصرية ٢٠٠٣ – ٢٠٠٤ ص ٢٤، ٢٥، وانظر أيضاً: نقض وفقه فرنسي:
- Cass., com.24oct.1950 Duscheres - René Rodier & Claude Fournier - p.57, 58.
- Cass., 26 Avril 1962, Pas., 930 - Pierre Dembour - p. 14.
- Maurice Lagarde & Louise Maganes: Faillite et du Règlement Judiciaire décret - loi du 20 mai 1955 p. 59 - 66.
- Fernand Derrida: La Reforme du Règlement Judiciaire Et De la Faillite - Paris 1968. p. 8-21.

(٤٩) راجع: الباب الأول من الكتاب الرابع المواد (٢٩٠) وما بعد من قانون التجارة الأردني. وانظر: ما يقابله في قانون التجارة المصري وشرحه والتعليق عليه، أ. د. سميحة القليوبي (الموجز في أحكام الإفلاس) دار النهضة العربية ٢٠٠٣ ص ٦٤ وما بعد.

(٥٠) (تمييز حقوق رقم ٨٦/٤٣١) مجلة نقابة المحامين ص١٩٦٢ سنة ١٩٨٩، و(تمييز حقوق ٩٩/٢٦٩٨ فصل ٢٠٠٠/٥/١١) موسوعة تشريعات المحامين.

تسديد ديونه، وبشرط أن تكون هذه الديون تزيد عن قيمة أصوله، بعكس نظام الإفلاس الذي لا يشترط سوى التوقف عن الدفع للحكم بالإفلاس دون النظر إلى الذمة المالية للمدين(٥١). وقد قضت محكمة التمييز: (تقتضي أحكام المادة (٣٧٥) من القانون المدني لجواز الحجر على المدين من قبل المحكمة أن يكون الدين مستحق الأداء تزيد على حاله، ولا يتوقف ذلك على مطالبة الدائن للمدين، وأن يثبت امتناعه عن الوفاء، بل يكفي في ذلك أن يكون الدين مستحق الأداء، وأن تكون أموال المدين غير كافية للوفاء بالدين)(٥٢).

٦ – وسائل الإثبات:

تقضي القواعد العامة في إثبات المواد المدنية: (إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية تزيد قيمته على مائة دينار، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)(٥٣).

وعلى العكس من ذلك، فإن القاعدة في المواد التجارية هي حرية الإثبات بكافة الطرق: (يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التجارية مهما بلغت قيمتها...)(٥٤)،

---

(٥١) راجع: المواد (٣٧٥ – ٣٨٦) من القانون المدني الأردني، وانظر: أ. د. محسن شفيق (القانون التجاري المصري – الجزء الثاني في الإفلاس) مطبعة دار نشر الثقافة ١٩٥١ ص ٢٥ وما بعد.

(٥٢) (تمييز حقوق رقم ٩٦/١٥٣٨) مجلة نقابة المحامين، العدد ٩ ص٣٥٤٠ لسنة ٢٠٠٧.

(٥٣) راجع: المادة (٢٨/١/أ) من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢ المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم ١١٠٨، صفحة ٢٠٠ تاريخ ١٩٥٢/٥/١٧، المعدل بالقانون رقم (٦٤) لسنة ١٩٦١ المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ١٥٦٣، صفحة ٩٤٤ تاريخ ١٩٦١/٨/١، المعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٤٧٠٩ صفحة ٢١٨٨ تاريخ ٢٠٠٥/٦/١.

(٥٤) راجع: المادة (٢٨/١/ب) من قانون البينات الأردني، وانظر: (تمييز رقم ٩٩/١١٧٢ فصل ١٩٩٩/٣/٢٦) موسوعة التشريعات وقرارات المحاكم الأردنية الصادرة عن نقابة المحامين.

وقد قضت محكمة التمييز: (تعتبر المدعية بتعاطيها أعمال السمسرة، ذات صفة تجارية، وأن المدعى عليهما مالك العقار والمشتري يعتبران ذوا صفة مدنية، وبالتالي فإن طبيعة العلاقة بينهما وبين المدعية هي تصرف مختلط، فهو بالنسبة للمدعية تصرف تجاري وبالنسبة للمدعى عليهما تصرف مدني، ويترتب على ذلك أن القواعد التجارية في الإثبات تسري على من كان التصرف مدنياً بالنسبة له، ويكون للمدعى عليهما الإثبات في مواجهة المدعية وتصرفها تجاري بالبينة الشخصية والقرائن أياً كانت قيمة التصرف، أما المدعية فلا تستطيع الإثبات بمواجهة المدعى عليهما بما يزيد على عشرة دنانير إلا بالكتابة في حال اعتراض الخصم باعتبار تصرفهما مدنياً)[٥٥].

ومن المقرر أن إثبات جميع المسائل التجارية إذا كانت بين تاجرين يجوز إثباتها بغير البينة الخطية ومن ذلك شهادة الشهود، وهذا ما يقضي به العرف التجاري[٥٦].

أيضاً فإن مسك الدفاتر التجارية الإجبارية المنظمة حسب الأصول، تكون لها حجية في الإثبات بالنسبة للشركات التجارية، أما في المواد المدنية فلا يكون لها هذا الأثر بالنسبة لدفاتر الشركات المدنية[٥٧].

٧ – الاختصاص القضائي:

تختص الغرف التجارية في محكمة البداية والاستئناف والتمييز – دون غيرها – بالنظر والبت في المسائل التجارية بموجب قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني[٥٨]، وفي مصر ينعقد الاختصاص القضائي بالنظر والبت في

---

(٥٥) (تمييز حقوق ٩٩/٩٦ فصل ١٩٩٩/١١/٢٠) موسوعة التشريعات وقرارات المحاكم الأردنية.

(٥٦) أ. د. علي قاسم – السابق ص ٤٦، و أ. د. رضا عبيد – السابق ص ٣٤.

(٥٧) راجع: المادة (١٦) من قانون البينات الأردني، وانظر: (تمييز رقم ٩٩/٩١٨ فصل ١٩٩٩/١١/٢) موسوعة التشريعات وقرارات المحاكم الأردنية.

(٥٨) راجع: قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني المعدل رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٨ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٤٩١٠ تاريخ ٢٠٠٨/٦/١. المواد (٤/ج) و (٦/ب) و (٩/ب) منه.

المسائل التجارية للمحاكم الاقتصادية[٥٩]، وكذلك الشأن في فرنسا إذ إن هناك قضاء تجارياً متخصصاً ومنفصلاً عن القضاء المدني[٦٠].

أما في المسائل المدنية فتختص محاكم البداية الحقوقية، بفصل القضايا الناشئة عن جميع المسائل المدنية بما في ذلك قضايا الشركات المدنية، وهناك نصاب للاختصاص، فإذا كانت قيمة الدعوى تقل عن مبلغ سبعة آلاف دينار أردني فالاختصاص ينعقد لمحاكم الصلح، وإذا زاد النصاب عن هذا المبلغ تختص به محاكم البداية[٦١].

٨ - الضرائب على الأرباح:

بموجب قوانين ضريبة الدخل والمبيعات، فإن الشركات التجارية تخضع لضرائب الدخل[٦٢] والمبيعات[٦٣]، عن أرباحها المتحققة من نشاطها التجاري. أما بالنسبة للشركات المدنية فهي معفاة من هذه الضرائب بالنظر إلى نشاطها المدني[٦٤].

---

(٥٩) راجع: قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية في مصر رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ المنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢١ تاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨. المادة (٦) منه.

(٦٠) انظر في ذلك:

- René Rodiere & Claude Fournier - p. 55.
- Roger Huin. R. Rodiere p. 101.
- Fernand Derrida - p. 51.
- Maurice Lagarde & Louise Maganes - p. 89.

(٦١) راجع: قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني، وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته، وقانون محاكم الصلح رقم ١٥ لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته.

(٦٢) راجع: المادة (٣/أ) من قانون ضريبة الدخل رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٥٠٠٥، صفحة رقم ٧١٣١ لسنة ٢٠٠٩.

(٦٣) راجع: قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم (٦) لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٣٩٧٠، صفحة ١٠٣٧ لسنة ١٩٩٤.

(٦٤) راجع: المادة (٤) من قانون ضريبة الدخل، والمادة (١٣) من قانون الضريبة العامة على المبيعات.

٩ – التقادم:

تتقادم الدعاوى التي يقيمها دائنو الشركات التجارية على الشركاء فيها بمضي خمس سنوات من تاريخ استحقاق الدين(٦٥). في حين تتقادم الدعاوى التي يقيمها دائنو الشركة المدنية على الشركاء فيها، بمضي خمس عشرة سنة(٦٦).

– الشركات وفقاً للمعيار الشكلي تكتسب الصفة التجارية وتخضع لقانون التجارة:

ليس هناك محل للتفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية ذات الشكل التجاري فيما يتصل بالآثار المتقدمة والتي تُدّق بالنسبة للمعيار الموضوعي دون الشكلي، حيث تكتسب الشركات على اختلاف أشكالها وفقاً للمعيار الشكلي الصفة التجارية دائماً – كما أشرنا –.

ويترتب على ذلك خضوعها لأحكام قانون التجارة والقوانين المكملة له، فتخضع للالتزامات المفروضة على التجار من القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية، وتكتسب الشخصية الاعتبارية بمجرد اتخاذ إجراءات القيد والشهر، وتسري عليها قواعد الإثبات التجارية، ونظام الإفلاس والصلح الواقي منه، ويُعد الشركاء في الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي – المتضامنون في شركات التضامن والتوصية بنوعيها – مسؤولين بالتكافل والتضامن عن تسديد ديون الشركة، وتختص المحاكم التجارية – دون غيرها – بفصل الدعاوى المتعلقة بالشركة، وتسري على هذه الشركات الضرائب على الأرباح، وأحكام التقادم التجاري، وما إلى ذلك.

---

(٦٥) راجع: المادتين (٢١٤، ٢٧١) من قانون التجارة الأردني، وانظر: (تمييز حقوق ١٦٥٣/٩٩ فصل ١٢/٣/٢٠٠٠) موسوعة التشريعات وقرارات المحاكم.

(٦٦) راجع: المادة (٤٤٩) من القانون المدني الأردني، وانظر: أ. د. علي جمال الدين عوض – السابق ص ١٤، و أ. د. أحمد محرز – السابق ص ٣٥٩.

ولم يتم إهمال المعيار الموضوعي نهائياً، إذ ترد الاستثناءات – المشار إليها – المتعلقة بشركة المحاصة وغير الخاضعة للقيد والشهر والتي يكون موضوعها مدنياً، حيث تطبق عليها أحكام القانون المدني إذا كان نشاطها مدنياً، وكذلك الجمعيات والاتحادات والمهن العلمية وما إلى ذلك والتي تزاول أعمالاً مدنية بطبيعتها دون أن تتخذ أشكال الشركات التجارية(٦٧).

(٦٧) انظر:

- Pierre Dembour - p. 18.
- René Rodier & Claude Fournie - p.191.
- Hamel et Lagard - p. 131.
- www.legiofrans.com

المبحث الثالث
موقف القانون المقارن من معيار تجارية الشركة

نعالج في هذا المبحث موقف القانون المقارن من المعيارين الموضوعي والشكلي لاكتساب الشركة الصفة التجارية، فنعرض للقوانين في الأردن، مصر، الكويت، فرنسا، انجلترا، وذلك في خمسة فروع متتالية.

الفرع الأول
القانون الأردني

عرضنا لموقف القانون الأردني من معيار تجارية الشركة، وأنه يأخذ بالمعيار الموضوعي دون تردد لاكتساب الشركة الصفة التجارية أو المدنية. وإمعاناً في اعتناق هذا المعيار الموضوعي، فقد رأينا أن المشرع في قانون الشركات، قد نص على تنظيم سجلات رسمية للشركات المدنية، وأضاف إليها سجلات أخرى للشركات التي لا تستهدف تحقيق الربح، ونص صراحة على أن الشركات المدنية تخضع لأحكام القانون المدني والقوانين الخاصة بها(٦٨).

والواقع أن أصل قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦، يرجع في نشأته إلى القانونين السوري واللبناني، الذي يرجع أصلهما إلى المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة في عام ١٨٠٧ والمعدلة بالقانون الصادر عام ١٨٣٨(٦٩). والتي كانت تتخذ من المعيار الموضوعي مناطاً للتفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني في نطاق التجار الأفراد والشركات، مع وجود بعض الاستثناءات للشركات المدنية التي تتخذ الشكل التجاري من حيث خضوع بعضها – الشركات المساهمة والتضامن – للقيد في السجل التجاري ومسك

(٦٨) راجع: نص المادة (٧) من قانون الشركات الأردني، وانظر: أ. د. فوزي محمد سامي – السابق في الشركات التجارية. ص ٦٧ وما بعد.

(٦٩) د. إسماعيل محمد حسين – السابق ص ٢١، و أ. د. مصطفى كمال طه – السابق ص ٤٦.

الدفاتر التجارية، دون البعض الآخر – التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة –، ولم يُخضع الشركات المدنية لنظام الإفلاس.

والحقيقة أن هذا العجز والقصور مرده أن قانون التجارة الفرنسي القديم – المشار اليه – المنقول عنه قانون التجارة الأردني، لم يكن يعرف في ذلك الوقت نوعي الشركات (التوصية المساهمة وذات المسؤولية المحدودة)، فلم يُخضعهما لواجبات التجار، كما أنه لم يُخضع الشركات المعروفة في ذلك الوقت (التضامن والمساهمة) لنظام الإفلاس.

ولم يواكب المشرع الأردني في قانون التجارة، التعديلات العديدة التي طرأت على القانون الفرنسي حول المعيار الموضوعي أولاً، ثم هجره لهذا المعيار واعتناقه المعيار الشكلي أخيراً منذ عام ١٩٦٦ –كما سيأتي تفصيلاً –، ولم يقم بتعديله منذ صدوره حتى الآن، فأصبح لدينا قانون تجاري نافذ تعود جذوره إلى القرون الوسطى.

وينبني على ما تقدم أن مدراء الشركات المدنية ورئيس وأعضاء مجلس الإدارة في الشركات التي تسجل كشركة المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة، لا يخضعون للإفلاس لأنهم لا يكتسبون صفة التاجر، وذلك فيما إذا ارتكبوا أخطاءً أو انحرافات أدت لتعثر الشركة التي يعملون بها، وذلك بالنظر إلى أن حكم الإفلاس ضدهم يصدر بالتبعية لصدور حكم الإفلاس ضد الشركة التي يعملون بها، كما لا يسألون عن جرائم الإفلاس بالتقصير والاحتيال الواردة في قانون العقوبات(٧٠).

ونعتقد أن تبني المشرع الأردني للمعيار الموضوعي ينشأ عنه صعوبات وتناقضات ومشاكل لا تقع تحت حصر، هذا عدا ما قد ينشأ عن تطبيقه من تضارب في الأحكام القضائية، زد على ذلك الآثار السلبية على البيئة التجارية

(٧٠) راجع: المادتين (٤٣٩، ٤٤٠) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ١٤٨٧، صفحة ٣٧٤ سنة ١٩٦٠.

والاقتصادية الناتجة عن إفلات الشركات المدنية من الخضوع لأحكام قانون التجارة، لا سيما نظام الإفلاس وما يتولد عنه من آثار – كما رأينا –.

فمثلاً وبالتطبيق للمعيار الموضوعي فإن الشركة التي تقوم بالأعمال الزراعية وتسويق هذه المنتجات، وتُسجل كشركة مساهمة في سجل الشركات المدنية، تعتبر شركة مدنية بالنظر إلى طبيعة النشاط الذي تقوم به، على الرغم من أنها قد تستغل مساحات شاسعة من الأراضي، وقد تحقق أرباحاً طائلةً جراء تسويق هذه المنتجات، وكذلك الشأن بالنسبة لشركات المناجم والتعدين، والشركات التي تعمل في حقل التعليم وتنشئ مدارس وجامعات خاصة ضخمة، وتجني أرباحاً قد تكون بملايين الدنانير، تعتبر أيضاً شركات مدنية، وتفلت من تطبيق أحكام قانون التجارة، وما ينشأ عنه من آثار، في حين نجد أن البائع الصغير الذي يفتتح (كشكاً) لبيع بعض الحلوى أو دكاناً صغيراً لبيع الخضروات، ويحقق دنانير قليلة لينفق منها على أسرته، يعتبر تاجراً، تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية (المعيار الموضوعي)، ويخضع للتسجيل في سجل التجارة، وتسري عليه أحكام قانون التجارة[٧١].

وإزاء هذه المفارقات العجيبة الناتجة عن الجمود التشريعي، نعتقد أن هذا الخلل يجب ألّا يستمر ويقتضي عدول المشرع الأردني عن مسلكه، وتبني المعيار الشكلي الذي ينظر إلى شكل الشركة كأساس للتفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية.

---

(٧١) انظر: أ. د. محسن شفيق – السابق ص ٤٣ وما بعد، و أ. د. أبو زيد رضوان – السابق ص ٢٦ وما بعد، و أ. د. ثروت عبد الرحيم – السابق ص ٢١٢، وانظر أيضاً: انتقادات الفقه الفرنسي حول المعيار الموضوعي:

- Hamel et Lagard -. p. 114.
- Ripert et Robot -. P. 382.
- Roger Huin. R. Rodiere - P. 88.
- Fernand Derrida - P. 22.

الفرع الثاني
القانون المصري

صدر قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩[٧٢]، وقد احتوى على الكثير من الأحكام القانونية الجديدة، وما يعنينا في هذا المقام هو تبني المشرع للمعيار الشكلي لإسباغ الصفة التجارية على الشركات التي تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية، وبذلك عدل المشرع المصري عن الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي كان وارداً في قانون التجارة الملغى الصادر في عام ١٨٨٤ وتعديلاته، والذي يعود أصله إلى القانون الفرنسي الصادر عام ١٨٣٨[٧٣]، وتلاشى بذلك مساوئ المعيار الموضوعي والانتقادات الفقهية الموجهة له[٧٤]، وتخلص من التفرقة العقيمة بين الشركات التجارية والشركات المدنية ذات الشكل التجاري في نطاق قانون الشركات، وسار على نهج القانون الفرنسي الحديث في هذا الصدد.

فقد نصت المادة (٢/١٠) من قانون التجارة الجديد: (يكون تاجراً: ٢- كل شركة اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذي أنشئت من أجله). وبموجبه تعتبر شركة تجارية كل شركة تتخذ أحد الأشكال التجارية الواردة في قانون الشركات بصرف النظر عن طبيعة نشاطها، أي سواء أكانت تقوم بأعمال ذات طبيعة مدنية أم تجارية.

---

(٧٢) قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣٨ تاريخ ١٩٩٩/٩/٢٧.

(٧٣) أ. د. سميحة القليوبي – السابق ص ٦ وما بعد، و أ. د. محمود مختار بريري (قانون المعاملات التجارية – الإفلاس) دار النهضة العربية ٢٠٠٨ ص ٦ وما بعد.

(٧٤) أ. د. أبو زيد رضوان – السابق ذات الصفحات، و أ. د. ثروت عبد الرحيم – السابق ذات الصفحة، و أ. د. رضا عبيد – السابق ص ٣٥ وما بعد، و أ. د. مصطفى كمال طه – السابق ص ٢٨٦.

وبناءً عليه إذا اتخذت الشركة المدنية شكل شركة التضامن أو التوصية البسيطة بنوعيها أو ذات المسؤولية المحدودة أو شكل شركة المساهمة، فإنها تخضع لأحكام القانون التجاري، فتلتزم بواجبات التجار الواردة في الفصل الثالث من الباب الأول، وهي التزام التاجر أو الشركة بمسك الدفاتر التجارية إذا كان رأس المال يزيد على عشرين ألف جنيه مصري، والقيد في السجل التجاري الوارد في الفصل الرابع من ذات الباب(٧٥).

وفيما يتصل بحالة الإفلاس التي أثير حولها خلاف كبير لدى الفقه والقضاء، فقد حسم المشرع المصري هذه المسألة ونص على إخضاع كافة الشركات التي تتخذ الشكل التجاري لنظام الإفلاس، حيث نصت المادة (٦٩٩/ ١) من قانون التجارة الجديد: (١- فيما عدا شركة المحاصة، تعد في حالة إفلاس، كل شركة اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات إذا توقفت عن دفع ديونها إثر اضطراب أعمالها المالية، ويلزم شهر إفلاسها بحكم يصدر بذلك). كما أخضعها لنظام الصلح الواقي من الإفلاس بموجب المادة (٣/٧٢٥) من ذات القانون.

ويستثنى من ذلك شركة المحاصة التي لا شخصية قانونية لها – كما سبق الإشارة –، والتي لا تعدو أن تكون عقداً ينظم العلاقة بين الشركاء، فالشريك المحاص يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي ولحساب نفسه، ويترتب على ذلك أن كافة آثار التصرفات التي يجريها تلحق بذمته المالية، ومن ثم لا تستمد شركة المحاصة الوصف التجاري من شكلها، وإنما من طبيعة الغرض أو النشاط الذي تزاوله، فإذا قامت بإعمال تجارية (كالسمسرة أو الشراء من أجل البيع) أصبحت شركة تجارية، والعكس صحيح(٧٦).

---

(٧٥) راجع: الفصلين الثالث والرابع من الباب الأول والباب الخامس من قانون التجارة المصري.

(٧٦) أ. د. علي قاسم – السابق ص ١١٩ وما بعد، و أ. د. علي جمال الدين عوض – السابق ص ٢١١ وما بعد، و أ. د. محمد سامي مدكور – السابق ص ١٥١ وما بعد.

وتكريساً للمعيار الشكلي، فقد استحدث المشرع المصري نص المادة (٧٠٤) من قانون التجارة، التي أجاز فيها إفلاس القائمين على الشركات من المديرين وأعضاء مجلس الإدارة وغيرهم، بحيث يتم شهر إفلاسهم بالتبعية لشهر إفلاس الشركات التي يمثلونها أو يعملون بها، وكذلك إلزامهم بتسديد ديون الشركة المفلسة، وإسقاط حقوقهم السياسية والمهنية، وبصرف النظر عن اكتسابهم الصفة التجارية من عدمه طالما انحرفوا بأداء أعمالهم، وقاموا تحت ستار الشركة بالاستيلاء على أموال الشركة وتصرفوا بها كأنها أموالهم الخاصة(٧٧).

ويجب ألّا يفهم مما سبق أن المشرع المصري أزال التفرقة نهائياً بين نوعي الشركات التجارية والمدنية، وتخلى عن نظرية الأعمال التجارية – كما هو الشأن في القانون الانجليزي – كما سيأتي –، فإن ذلك غير صحيح على إطلاقه، وإنما توسع في مفهوم الشركات التجارية على أساس الشكل بالنظر إلى ضعف أهمية نشاط الشركة كمناط لتجاريتها، ومن أجل إعطاء ضمانات القانون التجاري للشركاء والدائنين المتعاملين مع هذه الشركات، وحتى لا تتأثر مصالح الجمهور من جراء تضارب الأحكام القضائية حول مدنية الشركة أو تجاريتها(٧٨). فألغى التفرقة فقط فيما يتعلق بشكل الشركة في نطاق قوانين الشركات، فلا زالت الشركات المدنية التي لم تتخذ شكل الشركات التجارية لها صفتها المدنية، وتخضع في تصرفاتها لأحكام القانون المدني ولا تلتزم بالواجبات المفروضة على التجار، ويسري عليها نظام الإعسار المدني، تماماً مثل التفرقة بين التاجر وغير التاجر القائمة على أساس النشاط(٧٩).

---

(٧٧) أ. د. سميحة القليوبي – السابق ص ٢٦٦، و أ. د. محمود مختار بريري – السابق ص ٢٠٢ وما بعد.

(٧٨) أ. د. مصطفى كمال طه – السابق ص ٢٨٦ وما بعد، و أ. د. أحمد محرز – السابق ص ٣٥٦.

(٧٩) تنص المادة (١/١٠) من قانون التجارة المصري: (يكون تاجراً ١– كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً).

والخلاصة أن المشرع المصري يأخذ بالمعيار الموضوعي فيما يتصل بالتجار الأفراد والشركات المدنية التي لا تتخذ الشكل التجاري، ويأخذ بالمعيار الشكلي فيما يتصل بالشركات التي تتخذ شكل الشركات التجارية، دون النظر إلى نشاطها.

الفرع الثالث
القانون الكويتي

لا يفرق المشرع الكويتي بين الشركة التجارية والشركة المدنية التي تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية، فقد اعتنق المعيار الشكلي في قانون التجارة رقم ٦٨ الصادر في عام ١٩٨٠ النافذ المفعول(٨٠)، وبموجبه تكتسب الشركة الصفة التجارية بمجرد تكوينها، وتخضع لأحكام قانون التجارة والقوانين المكملة له، بصرف النظر عن الغاية أو النشاط الذي تزاوله، إذ نص في المادة (٢/١٣) منه: (٢- وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة، ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية).

وقد نظم قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته أشكال الشركات التجارية – وهي ذاتها الواردة في القانون المصري –، وتتنوع إلى شركة التضامن والتوصية بنوعيها (البسيطة، وبالأسهم) والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة(٨١).

ويترتب على ذلك خضوع كافة أشكال الشركات لمسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري، ويسري عليها نظام الإفلاس الوارد في المادة (١/٦٧١) من ذات القانون، إذ نصت: (١- فيما عدا شركات المحاصة، يجوز شهر إفلاس أية شركة إذا اضطربت أعمالها المالية فتوقفت عن دفع ديونها)، كما تخضع لنظام الصلح الواقي من الإفلاس، إذ تنص المادة (٧٤٥) منه: (١- فيما

(٨٠) صدر قانون التجارة الكويتي بالأمر الأميري في ٢٤ أغسطس سنة ١٩٨٠، وبدء العمل به اعتباراً من ٢٥ فبراير سنة ١٩٨١.

(٨١) راجع: قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته.

عدا شركات المحاصة، يجوز منح الصلح الواقي من الإفلاس لكل شركة توافرت فيها الشروط المنصوص عليها في المادة (٧٤٣)، ومع ذلك لا يجوز منح الصلح للشركة وهي في دور التصفية).

كذلك نص قانون التجارة في المادتين (٦٨٣، ٦٨٤) على مد شهر إفلاس الشركة إلى رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة والمديرين وكل من يعمل تحت ستار الشركة، ويتصرف بأموالها كما لو كانت أمواله الخاصة مما أدى لتوقفها عن تسديد ديونها، ولم يتطلب القانون ثبوت الصفة التجارية لهؤلاء، كما ألزمهم بتسديد ديون الشركة، وكل ذلك تطبيقاً للمعيار الشكلي(٨٢).

الفرع الرابع
القانون الفرنسي

يعود أصل المعيار الموضوعي إلى المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة في عهد نابليون عام ١٨٠٧ وتعديلاته، حين أخذت بنظرية الأعمال التجارية على إطلاقها، وأقامت التفرقة بين الشركة التجارية والشركة المدنية على ذات الأسس التي أقامتها للتفرقة بين التاجر وغير التاجر، أي إلى طبيعة النشاط أو الغرض من تأسيس الشركة.

غير أنه وعلى ضوء الفضائح المالية التي حدثت نتيجة انحراف الشركات المدنية عن غاياتها، وجمود المعيار الموضوعي عن معالجة المشاكل الناجمة عن تطبيقه، فقد ثار خلاف ونقاش عنيف بين الفقه والقضاء في فرنسا، وكان السؤال يدور حول صلاحية هذا المعيار لتطبيقه على الشركات المدنية التي تتخذ الشكل التجاري مما يؤدي إلى إفلاتها من أحكام قانون التجارة، وعلى الأخص تطبيق نظام الإفلاس عليها باتخاذ الإجراءات الجماعية للتصفية من أجل تحقيق المساواة بين الدائنين بدلاً من نظام الإعسار المدني.

---

(٨٢) راجع: نص المادتين (٦٨٣، ٦٨٤) من قانون التجارة الكويتي، وانظر: أ. د. أبو زيد رضوان – المرجع السابق ص ٢٦ وما بعد.

ولذلك عدل المشرع الفرنسي عن الأخذ بالمعيار الموضوعي، وتوصل إلى الأخذ بالمعيار الشكلي الذي ينظر إلى شكل الشركة لاكتسابها الصفة التجارية.

وفي بادئ الأمر قضت محكمة النقض الفرنسية في عام ١٨٨٨ بإعطاء الصفة التجارية للشركة المغفلة التي تقوم باستثمار المعادن، مع أن الشركة اتخذت في عقد تأسيسها شكل الشركة المدنية(٨٣).

كما قضت ذات المحكمة في عام ١٨٩٢ بأن الشركة التي يقوم موضوعها على استثمار مشاريع المصانع ومشاريع النقل براً أو على سطح الماء أو التنوير بالكهرباء، تعتبر شركة تجارية وليست مدنية(٨٤).

وفي أول يوليو من عام ١٨٩٣ حدثت قضية شهيرة تتعلق بتصفية شركة قناة بنما، وهي شركة مساهمة مدنية، واختلفت المحاكم حول طبيعة هذه الشركة، إذ اعتبرتها محكمة باريس الابتدائية المدنية، شركة مدنية يطبق عليها نظام الإعسار المدني على أساس أن الأعمال التي تقوم بها من طبيعة عقارية، ثم عرضت القضية على محكمة باريس التجارية، التي أصدرت قراراً اعتبرت بموجبه أن الشركة تجارية يطبق عليها نظام الإفلاس استناداً إلى قيامها بأعمال تجارية، ثم فصلت محكمة استئناف باريس في هذا الخلاف فاعتبرت الشركة مدنية.

وبما أن الشركة في حالة إعسار، فقد ترتب على ذلك استحالة شهر إفلاسها وتنظيم تصفية جماعية لأموالها، فتسابق الدائنون أصحاب حملة السندات في الحصول على أحكام قضائية بديونهم وقيدها للانتفاع من الرهن القضائي، ونتج عن هذا التسابق والتزاحم لاستيفاء الحقوق أن اختلت قاعدة المساواة بين الدائنين، وازداد عدد القضايا المرفوعة وتعذر تصفية أموال الشركة.

---

(٨٣) انظر نقض فرنسي:
- Cass, 11 Juin 1988. Dalloz 1888, p 293 - Pierr Coppens: L'extension de la faillite au maître de la Société. p. 121.

(٨٤) نقض فرنسي:
- Cass, 8 Oct 1892. Dalloz 1892 , p 181 - Pierr Coppens. p. 123.

فتدخل المشرع الفرنسي ليضع حداً لهذه الكارثة، فأصدر قانوناً في أول أغسطس عام ١٨٩٣، حيث نصت المادة (٦٨) منه: (شركات التوصية وشركات المساهمة التي تنشأ في الأشكال التجارية تعتبر شركات تجارية وتخضع للقوانين والأعراف التجارية).

وبموجب هذا القانون تم إلغاء جميع الإجراءات الفردية التي اتخذها الدائنون المتعلقة بتصفية شركة قناة بنما، وأقام وكيلاً عنهم لاتخاذ الإجراءات الجماعية لتصفية أموال الشركة وفق أحكام الإفلاس، وتوزيع الناتج على الدائنين الحاضرين والغائبين قسمة غرماء، وعهد إلى هذا الوكيل حصر وتحقيق الديون. وبهذا الوضع أمكن تصفية أموال الشركة وفقاً لأصول العدالة والمساواة(٨٥).

وفي قضية أخرى قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الشركات الزراعية التي يكون لها غرضاً مختلطاً، وتقوم بجانب الأعمال الزراعية بنشاط يتعلق بالمبادلات التجارية والمالية بقصد تحقيق الربح تعتبر شركات تجارية، وإن كان عقد تأسيسها يستند إلى غرض مدني(٨٦).

وفي سنة ١٩١٩ أصدر المشرع الفرنسي قانوناً، اعتبر بموجبه أن استغلال المناجم يعد عملاً تجارياً، ويطبق على هذه الشركات أحكام القانون التجاري بما في ذلك قواعد الإفلاس(٨٧).

---

(٨٥) انظر: قرار محكمة استئناف باريس:

- Paris, 1889, Sirey, 1889, 2, p 225.

مشار إليه: د. عبد الرزاق السنهوري – السابق ص ٢٩٦، و أ. د. محسن شفيق – السابق ص ٤٥ في الهامش.

(٨٦) انظر نقض فرنسي:

- Cass, 22 Décembre 1922. journal des Sociétés 1923 p.93 - Jean Dabin: Idée's novellas' dens le droit de la faillite - Bruxelles - 1969. p.185.

(٨٧) انظر:

- Jean Dabin - p. 181.
-Pierr Coppens. p. 128.

وفي ٢٥ مارس ١٩٢٥ اعتبر المشرع الفرنسي أن الشركات ذات المسؤولية المحدودة تعتبر شركات تجارية(٨٨).

وفي ٨ أغسطس لسنة ١٩٣٥، صدر مرسوم بإفلاس مديري الشركات التي يعملون تحت ستار الشركة لحسابهم الخاص، على الرغم من عدم اكتسابهم صفة التاجر، وذلك على أثر فضيحة قيام مديري بعض الشركات باستغلال الشركات التي يعملون بها والتصرف بأموالها كما لو كانت ملكاً لهم، والتي على أساسها قامت محكمة النقض الفرنسية، ومحكمة باريس بإصدار أحكام الإفلاس ضدهم، والحكم عليهم بالإفلاس التقصيري والاحتيالي(٨٩).

وأخيراً حينما صدر قانون الشركات الفرنسي رقم (٥٣٧) في ٢٤ يوليو لسنة ١٩٦٤ نص في مادته الأولى على المعيار الشكلي، حيث اعتبر أن جميع الشركات التي تتخذ أحد الأشكال الواردة بالقانون (شركات التضامن، والتوصية بنوعيها، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركات المساهمة العامة)، تجارية دون النظر إلى غرضها أو طبيعة نشاطها، ومن ثم تخضع لقانون التجارة ونظام الإفلاس(٩٠).

---

(٨٨) انظر:

- Roger Huin, René Rodier. p. 52.
- m. de juglart. p. 19.
- Hamel et Lagard. p. 138.

(٨٩) انظر: أحكام محكمة النقض الفرنسية ومحكمة باريس:

- Cass, Mary-Reynaud., 29 Juin 1908, Sirey, 1908 I, 87.
- Cass, Hôtels de Provence., 13 mai 1929, Sirey, 1929, I,287.
- Vidal paris,9 janvier1930,Journ soc.,1931,note cordonnier, et cass.,9 Fevrier1932, Sirey, 1932,I.

177 - Pierr Coppens - p.186-187.

(٩٠) انظر:

- René Rodier & Claude Fournie - p.191.
- Hamel et Lagard - p. 131.
- Ripert et Robot -. p. 424.

وانظر: أ. د. أبو زيد رضوان – السابق ص ٢٦ وما بعد، و أ. د. ثروت عبد الرحيم – السابق ص ٢١٦ وما بعد.

بيد أن تكريس المعيار الشكلي في القانون الفرنسي، لم يلغِ المعيار الموضوعي نهائياً، فشركة المحاصة مثلاً، تخضع لطبيعة نشاطها لكونها غير مسجلة. أيضاً أجاز المشرع الفرنسي تكوين شركات مدنية مهنية، وشركات للاستغلال الزراعي. ولكن يلاحظ أن هذه الشركات المدنية إذا باشرت الأعمال التجارية، فإنها تكتسب وصف التاجر وفقاً للمعيار الموضوعي، وتخضع لأحكام شركة التضامن بوصفها شركة فعلية، وتسري عليها أحكام القانون التجاري، أما الجمعيات التي تقوم بخدمة عامة فهذه تعتبر شركات مدنية، وتسري عليها أحكام القانون المدني(٩١).

الفرع الخامس
القانون الإنجليزي

يُمثل القانون الإنجليزي المدرسة الأنجلوسكسونية في القانون، وله تنظيم مختلف عن المدرسة اللاتينية الفرنسية في القانون والتي تستند إلى القانون المكتوب، فهو قانون عرفي في نشأته، ولا يعرف التفرقة بين التاجر وغير التاجر، كما لا يقيم التفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية. فهناك القانون العام (Common Law)، وهو عبارة عن قواعد عرفية تسري على جميع الأشخاص من تجار ومدنيين على حد سواء(٩٢).

---

(٩١) راجع: أ. د. علي سيد قاسم – السابق ص ١١٨ وما بعد، وانظر أيضاً:
- Pierre Dembour - p. 18.
www.legiofrans.

(٩٢) انظر:
- Kenneth Smith & Denise J. Keenan: English Law - Printed in Great Britain At The Pitman Press, Bath, Sixth edition 1980 p. 12 - 28.
- Viscount Hailsham: Laws of England Bankruptcy and Insolvency, second Edition 1931. P. 47.
- Lord Chorley, M. A. & O. C. Giles, LL.M: Slater's Mercantile Law - Printed in London The fifteenth edition 1965. P. 350 - 352.
- Paul Dobson: Business Law - Printed in Great Britain 1997. p. 760.

وبالنسبة للشركات (Companies) – موضوع البحث –، فيجري تقسيمها وفقاً لقانون الشركات الإنجليزي الصادر في عام ١٩٨٥ وتعديلاته، وهي على نوعين كما يأتي:

النوع الأول: شركات أشخاص (Partner Ship)، وهي شركات غير مسجلة (unregistered companies)، وهذه الشركات لا تتمتع بالشخصية المعنوية وتقوم على الاعتبار الشخصي ويتم تسجيلها في سجل الأسماء التجارية، وتسمى شركات عادية، وتتنوع إلى شركات عادية غير محدودة (Unlimited Partner Ship)، وتكون مسؤولية الشركاء فيها غير محدودة. وشركات محدودة (Limited Partner Ship) وتضم نوعين من الشركاء، شركاء يسألون عن ديون الشركة مسؤولية شخصية وغير محدودة، وشركاء يسألون عن ديون الشركة بمقدار حصصهم في رأس المال.

النوع الثاني: الشركات المسجلة (Registered Companies) وهي شركات الأموال التي تتمتع بالشخصية المعنوية ويتم تسجيلها في السجل التجاري، وتتخذ عدة أشكال: الشركات العامة المحدودة (Public Limited Companies)، والشركات المحدودة (Private Limited Companies)، وبالأسهم (By Shares)، أو بالضمان (By Guarantee)، وشركة الشخص الواحد (Single Member Private Company)، والشركة ذات المسؤولية المحدودة (Limited Liability Partner Ship)، وكذلك الشركة غير المحدودة (Unlimited Company).

وإضافة إلى ذلك هناك الجمعيات غير المسجلة (Association)، ويدخل في نطاقها النقابات والاتحادات، والتي نظمها قانون الشركات الإنجليزي الصادر عام ١٩٨٥ المشار إليه(٩٣).

(٩٣) راجع فيما سبق:
- Ben Pettit - Company law - Longman British Library 2001. P. 429- 440.
- Robert. R. Pennington: Pennington Ton's Corporate Insolvency Law - Printed in London By Butterworth's 1991. p. 71 - 78.

وجميع أنواع هذه الشركات والجمعيات تخضع للأنظمة والأعراف والعادات والقوانين التجارية، دون النظر إلى غاياتها أو طبيعة النشاط الذي تزاوله، كما أنها تخضع لنظام التصفية القضائية للشركات الواردة في قانون الإعسار الإنجليزي الصادر عام ١٩٨٦ (Insolvency Act)، حيث يصدر ضدها أمر التصفية القضائية (Winding up Companies By The Court)، باتخاذ الإجراءات الجماعية لتصفيتها إذا توقفت عن دفع ديونها(٩٤).

كما أن مدراء الشركات ومن في حكمهم من المحاسبين والمصفين وغيرهم يخضعون للتصفية، وذلك إن هم ارتكبوا أخطاءً أو مخالفات أدت لتعثر الشركات التي يعملون بها، كما يتم إلزامهم بتسديد العجز في أموال الشركة تحت التصفية(٩٥).

أخيراً فإن الأفراد من تجار ومدنيين، يخضعون لأوامر الإفلاس (Bankruptcy Order)، إذا توقفوا عن تسديد ديونهم المستحقة، دون تفرقة في هذا الخصوص، ولا يتم النظر إلى طبيعة الديون(٩٦).

---

(٩٤) انظر:

- Robert. R. Pennington- Ibid - p. 10.
- Paul Dobson - Ibid - P. 772.

(٩٥) انظر:

- Williams & Muir Hunter: The Law and Practice in Bankruptcy - Printed in Great Britain London By Stevens and Sons, Nineteenth Edition 1979. p.60-65.
- Robert. R. Pennington - Ibid. P. 18 - 22.
- Michael Crystal, QC: Butterworth's Insolvency Law Hand Book- Printed in London by Butterworth 1987. p. 77, 78.

(٩٦) انظر:

- Williams - Ibid. P.98, 99.
- Paul Dobson - Ibid. P 760 - 765.
- Lord Chorley - Ibid. P. 352 - 356
- www. British council. org. jo.

الخاتمة:

تعرضنا في هذا البحث إلى موضوع (معيار تجارية الشركة) في قانون التجارة الأردني، الوارد في نص المادة (٩/١/ب) منه والمتعلق بالشركات التجارية، والذي يتخذ من المعيار الموضوعي (الغاية أو طبيعة النشاط) أساساً للتفرقة بين نوعي الشركات التجارية والمدنية. وقمنا بمعالجته – بدراسة مقارنة –، في محاولة للوقوف على مدى صلاحية هذا المعيار لتطبيقه على الشركات ذات الشكل التجاري.

وقد رأينا أنه معيار تنقصه الدقة والوضوح، وترتد أصوله إلى المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة في عهد نابليون والذي مضى على صدورها أكثر من مائتي عام، وأن المشرع الفرنسي ذاته قد تراجع عنه وأخذ بالمعيار الشكلي (شكل الشركة) لثبوت الصفة التجارية منذ أكثر من أربعين عاماً.

وتكلمنا عن الآثار القانونية الناشئة عن الأخذ بكلا المعيارين، وخلصنا إلى العيوب التي تنشأ عن الأخذ بالمعيار الموضوعي وأهمها: ازدواجية المعايير القانونية التي تطبق على الشركات ذات الشكل التجاري، وما ينشأ عن ذلك من إفلات الشركات المدنية من الخضوع لأحكام القانون التجاري، وعلى وجه الخصوص نظام الإفلاس والصلح الواقي منه، مما يؤدي بالنتيجة إلى ضياع حقوق الأشخاص الذين يتعاملون مع هذه الشركات، دون علمهم بحقيقة غاياتها ونشاطها الأساسي فيما إذا تعرضت هذه الشركات للإفلاس، هذا عدا عن عدم خضوع مديري هذه الشركات ومن في حكمهم لأحكام القانون التجاري مما يؤثر سلباً على استقرار المعاملات.

ووجدنا من خلال الدراسة أن المشرع الأردني قد أجاز اتخاذ الشركات المدنية شكل الشركات التجارية، ولم يضع حماية للغير لأنه لم يُخضعها لأحكام قانون التجارة والقوانين المكملة له، ولم يكتفِ بذلك بل أوجد مشكلة كبيرة – نعتبرها لا تقل حجماً عن وضع الشركات المدنية ذات الشكل التجاري –، وتتعلق بالشركات التي لا تستهدف تحقيق الربح التي لم نرى لها نظيراً في القانون المقارن، فلم يضع لنا مفهوماً واضحاً لهذه الشركات وطبيعتها، كما لم

يضع ضابطاً للتمييز بينها وبين الشركات المدنية، ولم يبين القوانين التي تسري على هذه الشركات.

وقد رأينا أيضاً أن نظرية الأعمال التجارية قد ضعفت أهميتها في العصر الحديث، بدليل أن القانون المقارن في (مصر، الكويت، فرنسا، إنجلترا)، قد هجر المعيار الموضوعي وأخذ بالمعيار الشكلي لإسباغ الصفة التجارية على الشركات ذات الشكل التجاري، وما يترتب على ذلك من إخضاعها لقانون التجارة والقوانين المكملة له.

وعلى ضوء ذلك نرى ما يأتي:

أولاً – العدول عن الأخذ بالمعيار الموضوعي في نطاق الشركات ذات الشكل التجاري، الواردة في نص المادة (٩/١/ب) من قانون التجارة الأردني، والأخذ بالمعيار الشكلي، بحيث تصبح جميع الشركات والتي تأخذ شكل أو نموذج الشركات الواردة في قانون الشركات تجارية، أياً كان موضوعها أو طبيعة الأعمال التي تقوم بها. ضماناً لمصالح الغير المتعاملين مع هذه الشركات على أنها تجارية، وتحقيقاً لمبدأ العدالة والمساواة، إضافة إلى القضاء على تضارب الأحكام القضائية التي قد تنشأ حول مدنية الشركة أو تجاريتها.

ثانياً – إلغاء ما يسمى بسجل الشركات المدنية ذات الشكل التجاري، وسجل الشركات التي لا تستهدف تحقيق الربح الواردتين في نص المادة (٧/ ج، د) من قانون الشركات الأردني، تطبيقاً للمعيار الشكلي الذي ندعو إليه – كما هو الشأن في القانون المقارن –، عدا عن أن وجود هذين السجلين في وزارة الصناعة والتجارة لتسجيل هذه الشركات وإعطائها الشكل التجاري دون مسوغ، فيه تعارض واضح لأحكام قانون التجارة الأردني الذي تستهدف قواعده حماية الائتمان التجاري بتطبيق قواعد الإفلاس والصلح الواقي، بالإضافة إلى السرعة التي تقوم عليها المعاملات التجارية والتي لها قواعد خاصة بالإثبات والتقادم والاختصاص القضائي وقوانين الضرائب وما إلى ذلك من أحكام، وهي أحكام لا تطبق على هذه الشركات المدنية بالنظر إلى غرضها الوارد في عقد تأسيسها.

ثالثاً – ويقتضي ذلك أيضاً تعديل نص المادة (٣) من قانون الشركات المتعلقة بنطاق تطبيق القانون، وسريانه على الشركات التي تزاول الأعمال التجارية – دون غيرها – بحيث يشمل نطاقه جميع الشركات أياً كان نشاطها طالما اتخذت الشكل التجاري.

رابعاً – وإعمالاً للمعيار الشكلي، وجوب تعديل نص المادة (٣١٦) من قانون التجارة المتعلقة بالإفلاس، والتي تقصر الإفلاس على التجار، ولزوم شمولها للشركات ذات الشكل التجاري، وذات الأمر بالنسبة للمادة (٢٩٠) من ذات القانون، والمتعلقة بالصلح الواقي من الإفلاس.

خامساً – إلغاء نص المادة (٢/٩) من قانون التجارة الأردني، والتي تضع استثناء على شكل الشركات (المساهمة والتضامن)، بخضوعهما للقيد في السجل التجاري، ومسك الدفاتر التجارية؛ لعدم لزومه بعد الأخذ بالمعيار الشكلي.

المراجع

أولاً – باللغة العربية:

١ – أ. د. أبو زيد رضوان (الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن) الطبعة الأولى ١٩٧٨، دار الفكر العربي – القاهرة.

٢ – أ. د. أحمد محمد محرز (القانون التجاري الجزء الأول) دار الثقافة ١٩٨٧.

٣ – أ. د. ثروت عبد الرحيم (القانون التجاري المصري) بدون سنة نشر، دار النهضة العربية.

٤ – أ. د. رضا محمد عبيد (الشركات التجارية في القانون المصري) الطبعة السادسة ١٩٩٨، دار الثقافة.

٥ – أ. د. رزق الله أنطاكي و د. نهاد السباعي (الوجيز في الحقوق التجارية) ١٩٦٢.

٦ – أ. د. سميحة القليوبي (الموجز في أحكام الإفلاس) دار النهضة العربية ٢٠٠٣.

٧ – أ. د. سميحة القليوبي (القانون التجاري) ١٩٧٥ – ١٩٧٦، دار النهضة العربية.

٨ – د. عبد الرزاق السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) الجزء الخامس في الهبة والشركة، دار النهضة العربية – الطبعة الثانية ١٩٨٧.

٩ – د. عزيز العكيلي (شرح القانون التجاري – الجزء الرابع – في الشركات التجارية) مكتبة دار الثقافة ١٩٩٨ عمان.

١٠– أ. د. علي جمال الدين عوض (القانون التجاري) دار النهضة العربية ١٩٧٣ – ١٩٧٤.

١١– أ. د. علي قاسم (دروس في قانون الأعمال – الجزء الأول نظرية المشروع والأعمال التجارية) دار النهضة العربية ٢٠٠٥.

١٢– أ. د. علي يونس (الشركات التجارية) دار الفكر العربي بدون سنة نشر.

١٣- أ. د. فوزي محمد سامي (شرح القانون التجاري الأردني) مكتبة دار الثقافة ١٩٩٦ عمان.

١٤- أ. د. فوزي محمد سامي (الشركات التجارية) دار الثقافة - عمان ١٩٩٩.

١٥- أ. د. محسن شفيق (القانون التجاري المصري - الجزء الثاني في الإفلاس) مطبعة دار نشر الثقافة ١٩٥١.

١٦- أ. د. محسن شقيق (الموجز في القانون التجاري) الجزء الأول ١٩٦٧ - ١٩٦٨، دار النهضة العربية

١٧- د. محمد حسين إسماعيل (القانون التجاري الأردني) دار عمار ١٩٨٥.

١٨- أ. د. محمد سامي مدكور (أحكام القانون التجاري) بدون دار نشر ١٩٧١.

١٩- أ. د. محمود سمير الشرقاوي (الشركات التجارية في القانون المصري) دار النهضة العربية ١٩٨٦.

٢٠- أ. د. محمود مختار بريري (الشخصية المعنوية للشركة التجارية) دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٢.

٢١- أ. د. محمود مختار بريري (قانون المعاملات التجارية - الإفلاس) دار النهضة العربية ٢٠٠٨.

٢٢- أ. د. مصطفى كمال طه (القانون التجاري) الدار الجامعية ١٩٨٨.

- الموسوعات القضائية:

١ - موسوعة التشريعات وأحكام القضاء الصادرة عن نقابة المحامين الأردنيين.

٢ - منشورات مركز عدالة للأحكام القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية.

٣ - أ. عبد المعين جمعة (موسوعة القضاء في المواد التجارية) دار الثقافة بمصر ١٩٦٧.

٤ - المستحدث من الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض المصرية ١٩٩٩- ٢٠٠٨.

ثانياً – باللغة الفرنسية:

1 - Fernand Derrida: La Reforme du Règlement Judiciaire Et De la Faillite - Paris 1968.

2 - Hamel et Lagard: Traite de Droit Commercial.

3 - Jean Dabin: Idées nouvelles dans le droit de la faillite - Bruxelles - 1969.

4 - Maurice Lagarde & Louise Maganes: Faillite et du Règlement Judiciaire décret - loi du 20 mai 1955.

5 - M. de juglart: B. IP polit Cours de Droit Commercial. Paris, 1983.

6 - Pierr Coppens: L'extension de la faillite au maître de la Société.

7 - Pierre Dembour.: Les Faillites Et La Cour De Cassation - Bruxelles 1974.

8 - René Rodier & Claude Fournier: La Faillite Dans La Jurisprudense - Paris 1974.

9 - Ripert et Robot: Encyclopédie Dalloz Société Commercial.

10 - R. Houin, R. Rodiere: Droit Commercial.

11 - www.legiofrans.

ثالثاً – باللغة الانجليزية:

1 - Ben Pettit: Company law - Longman British Library 2001.

2 - Kenneth Smith & Denise J. Keenan : English Law - Printed in Great Britain At The Pitman Press, Bath, Sixth edition 1980.

3 - Lord Chorley, M. A. & O. C. Giles, LL.M : Slater's

Mercantile Law - Printed in London The fifteenth edition 1965.

4 - Michael Crystal, QC: Butterworth's Insolvency Law Hand Book- Printed in London by Butterworth 1987.

5 - Paul Dobson : Business Law - Printed in Great Britain 1997.

6 - Robert. R. Pennington: Pennington Ton's Corporate Insolvency Law - Printed in London By Butterworth's 1991.

7 - Viscount Hailsham: Laws of England Bankruptcy and Insolvency, second Edition 1931.

8 - Williams & Muir Hunter: The Law and Practice in Bankruptcy - Printed in Great Britain London By Stevens and Sons, Nineteenth Edition 1979.

9 - www. British council. org. jo.

وسائل الحماية الجنائية الدولية للقدس والمسجد الأقصى

أ. د. محمد شلال العاني
أستاذ القانون الجنائي
كلية القانون - جامعة الشارقة
دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص:

يعد الاختصاص الجنائي الشامل من الوسائل الجنائية الدولية التي تمثل الرد المناسب على الانتهاكات الخطيرة لمبادئ العدالة وسيادة القانون وحقوق الإنسان، لذا فإن بشاعة هذه الانتهاكات وما تمثله من جرائم خطيرة على الأمن والسلم الدوليين، كانت هي السبب في تجريم هذه الأفعال بناء على مبدأ الاختصاص الجنائي الشامل.

ومن هنا فإن وصف هذا الاختصاص بالشامل هو من أجل ملاحقة مقترفي هذه الجرائم باعتباره واجباً ملقى على عاتق جميع الدول لتحقيق التعاون الدولي في مكافحة الجريمة.

ونظراً إلى الانتهاكات الخطيرة التي ترتكبها قوات الاحتلال الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية المحتلة ولا سيما في القدس والمسجد الأقصى، والتي تستهدف وجود الفلسطينيين وهويتهم من خلال طرد المقدسيين وإبعادهم، وفرض التشريعات الإسرائيلية عليهم، ومصادرة أراضيهم وتدمير مزارعهم، وغيرها من الانتهاكات التي يتعذر ذكرها في هذا الملخص – فإن ذلك يقتضي تفعيل الوسائل والإجراءات القانونية لتحقيق الحماية الجنائية والدولية للقدس والمسجد الأقصى.

المقدمة :

كان الحديث عن وسائل المقاومة القانونية في المعركة المستمرة ضد الاحتلال الإسرائيلي من قبيل الترف الفكري في المجالس، وبفضل المتغيرات والمستجدات في الظروف والأحداث أضحت المعركة القانونية تمثّل إحدى أبرز وسائل المقاومة التي يجدر بالقانونيين العرب التمسك بها، بعدما أثبتت الأيام فاعلية هذه الوسيلة في مواجهة الاحتلال ورموزه من مسؤولين سياسيين وقادة عسكريين، حيث إن حرب غزة الأخيرة (ديسمبر ٢٠٠٨ – يناير ٢٠٠٩) قد عززت دعاوى المنادين باللجوء إليه في ظل فشل الوسائل الأخرى من دبلوماسية وسياسية واقتصادية (المقاطعة) أو حتى شبه العسكرية في قهر الاحتلال وإعادة الحق إلى أهله. من هنا فإننا في هذا البحث سنعالج ابتداءً موضوع الاختصاص الشامل (الصلاحيات الشاملة) كوسيلة قانونية يمكننا اللجوء إليها على صعيد الأنظمة القانونية في دول غربية، حيث يظهر فيها للتأثير الإسرائيلي حضور فاعل، ويبدو فيها الرأي العام الداخلي متعاطفا بشدة مع العدو، وما يطرحه من حجج قانونية تسوِّغ استخدامه للقوة المفرطة تجاه الشعب الفلسطيني، وبناء على ذلك فإننا سنعالج الاختصاص الشامل تحديداً وفقا لرؤية المشرع والقضاء في سويسرا وفرنسا وأسبانيا وبلجيكا وبريطانيا، ثم نعالج لاحقا موضوع إمكانية التقدم بدعاوى أمام المحكمة الجنائية الدولية من خلال طلب يتقدّم به الأردن العضو العربي الثالث في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وفي الحديث عن الاختصاص الشامل نقول إننا، ومن خلال لجوئنا إلى هذا النظام، فإننا لا نتوقع حصول محاكمات فعلا للقادة الإسرائيليين السياسيين والعسكريين، بل يمكن أن نقيّد حركتهم وعدم سفرهم للدول المذكورة بسبب الدعاوى التي تُرفع ضدهم، وذلك يعني عدم دخولهم إلى دول الاتحاد الأوربي خشية تحريك مذكرة توقيف أو قبض بحقهم، وكذلك سقوط الذرائع القانونية التي يتبجح بها دائماً الإسرائيليون ومن ورائهم الغربيون بأنهم كانوا يحترمون حقوق الإنسان والمدنيين أثناء النزاعات المسلحة، وأن الفلسطينيين هم وحدهم دائما من يخالفون القانون الدولي والإنساني منه.

أما الدول الأوربية الخمس، فإن بإمكان المواطنين الفلسطينيين المتواجدين فيها وتحديدا الحاصلين على جنسية هذه البلدان أن يتقدموا بشكوى أمام محاكمها، ولا يُشترط كونهم من حاملي جنسيات الدول الخمس لكي يتقدموا بشكاوى منفصلة أمام محاكم هذه الدول الخمس، حيث يطالبون فيها بالتعويض عما أصابهم من أضرار نتيجة الوضع في القدس المحتلة، على أن تكون هذه الشكاوى مدعمة بالأدلة والحجج كتقارير طبية حديثة، تؤكد جدية وخطورة الأضرار النفسية التي أصابتهم بسبب الاحتلال لهذه المدينة المقدسة طيلة (٤٣) سنة، فضلا عن الأضرار الإضافية التي سبّبها الجدار العازل بسبب الآثار المدمرة له، سواء من حيث مصادرة الأراضي أم تقطيعها أم تفتيت الملكيات الزراعية وتمزيق الأسر المقدسية والحيلولة دون اتصالها، والفصل بين المزارعين ومصادر المياه، وبين الطلبة ومدارسهم[١] وكذلك الأحداث الأخيرة في القدس والمسجد الأقصى، وآخرها فتوى الحاخمات المتشددين من إمكانية قتل أي شخص مادام أنه غير يهودي، يُشك أو يُشتبه بأنه يمثّل خطراً على أمن إسرائيل، وإن كان طفلاً صغيراً أو رضيعاً.

كل هذه الأضرار والأحداث والفتاوى من شأنها أن تحمّل إسرائيل المسؤولية الدولية عن الآثار المترتبة عن هذه التصرفات غير المشروعة، لأن تحميل إسرائيل المسؤولية الدولية لغرض التعويض يُعّد مدخلاً مهماً لإقرار المسؤولية الجنائية على قادتها، واتهامهم لاحقاً بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب وفقاً لما هو منصوص عليه في قوانين العقوبات في هذه الدول الخمس، أو لكونها انتهاكات للقانون الدولي الإنساني، وحينئذ يمكن تحميل المسؤولية الجنائية الفردية لمرتكبي هذه الأعمال غير الشرعية. ونؤكد هنا أيضاً على ضرورة حصر حالات الاتهام بالمسئولين الفعليين عن إدارة عمليات الاعتقال غير القانوني للسكان المدنيين من أهالي القدس الشرقية، وكذلك

(١) د. عبدالله الأشعل، قضية الجدار العازل أمام محكمة العدل الدولية، دار نصر للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٦، ط٢، ص ١٦ ومابعدها.

تحميلهم جريمة التغيير الديموغرافي في القدس من خلال طرد سكان المدينة وإسكان عائلات يهودية في منازلهم، وهو ما يُعّد جريمة حرب بامتياز، وانتهاكاً لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، أما الفئة الأخرى التي يمكن توجيه الاتهام إليها فهي المؤسسات الإدارية والتنفيذية المسؤولة عن أعمال المصادرة للممتلكات الخاصة بالمواطنين الفلسطينيين في القدس، والمتمثلة ببلدية القدس المعيّنة من قبل سلطات الاحتلال والإدارات التنفيذية المرتبطة فيها من دوائر المساحة وهيئات تنفيذ القانون في المدينة. نضيف إلى كل ما سبق ما تم ويحصل من أعمال الحفر تحت المقدسات والأوقاف الإسلامية، وهدمها في أحيان أخرى من قِبل سلطات الاحتلال وإداراته المدنية، وعليه فإن المطلوب في كل ما سبق حصر الاتهام بهؤلاء الذين أشرنا إليهم دون الآخرين؛ وذلك لغرض إضفاء نوع من المشروعية والجِدية على طلب الشكوى.

ولغرض إيفاء هذا الموضوع حقه، فقد قمت بتقسيمه إلى الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: توفير الحماية القانونية عملاً بمبدأ الاختصاص الشامل.

الفصل الثاني: التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية.

الفصل الأول
توفير الحماية القانونية عملاً بمبدأ الاختصاص الشامل

من المقرر قانوناً أن خضوع الأشخاص للقانون الداخلي للدولة إنما يكون مستنداً إلى مبدأ الاختصاص الإقليمي أو الشخصي في بعض الأحيان وهذه هي القاعدة العامة، ولا شك أن لكل قاعدة استثناء، من هنا فإن مبدأ الاختصاص الشامل يكون ذلك الاستثناء، ويعود السبب في ظهور هذا الاستثناء إلى الأثر القوي الذي تتركه بعض الانتهاكات الخطيرة للقانون على الشعور الإنساني، وضرورة تكاتف كل الدول في ملاحقة مرتكبيها ومحاكمتهم، إنصافاً للعدالة وللضحايا، وإن بشاعة الجرائم المرتكبة وخطورتها على الإنسانية، أو على الأمن والسلم الدوليين كانتا وراء تجريم بعض الأفعال، فضلا عن مساس هذه الأفعال بقيم إنسانية مشتركة أرجعها بعض الفقهاء – وفي مقدمتهم الأستاذ محمود شريف بسيوني – إلى ما جاءت به مدرسة القانون الطبيعي، وأنه لابد من حمايتها بشتى الطرق القانونية المتاحة(١). وأكثر من ذلك فإن هناك من أرجع واجب حماية هذه القيم إلى ما جاء به الفقيه غروسيوس في كتابه المسمى (قانون الحرب والسلام) سنة ١٦٢٥، عندما ناقش فكرة الحرب العادلة والظالمة، وإيراده مصطلح (أعداء الجنس البشري)، ولكنه حصرهم بالذين يحاربون التجارة البحرية ويعرّضون سلامتها للخطر، وفي مقدمتهم كما هو معلوم القراصنة الذين كانوا ومازالوا في مقدمة المشمولين بالاختصاص الشامل، لأن الإبحار في البحار العالية كان وما يزال عالمي التطبيق كما

(١) Bassiouni, Cherif, The History of Universal Jurisdiction and its place in International Law, in:Macedo, Stephano, Universal Jurisdiction, University of Pennsylvania Press, 2004, p.43 etc.

سنبين ذلك لاحقاً، وهو ما أكده لاحقاً الفقيه والدبلوماسي السويسري فاتيل والأسباني كافارفياس(١).

ومن هنا فإن وصف هذا الاختصاص الجنائي بـ (الشامل) أو العالمي إنما هو لغرض جعل موضوع ملاحقة مرتكبي هذه الأفعال واجباً ملقى على عاتق جميع الدول دون استثناء، بغض النظر عن مكان ارتكاب الفعل أو جنسية الفاعل أو الضحية. ونشير هنا إلى أن الفقهاء منذ ذلك الحين يدافعون عن هذا المبدأ وأهميته على صعيد مكافحة نوع من الجرائم اصطُلح على تسميتها لاحقا بالجرائم الدولية، وعلى الرغم من دفاعهم عن هذا المبدأ فأنهم لم يعطوا تفسيراً للفلسفة أو الأساس القانوني الذي يستند إليه مبدأ الاختصاص الشامل، بالمقابل فقد قاموا بتعداد الجرائم التي تخضع لهذا الاختصاص في كل التشريعات الوطنية في العالم، وهو ما أدى فعلاً إلى تزايد مضطرد في عدد التشريعات الجنائية التي تتبنى هذا الاختصاص، وننبه هنا كما ذهب الأستاذ الفقيه دوناديو دو فابر في كتابه القيم (المبادئ الحديثة في القانون الدولي الجنائي) إلى تضمين التشريعات الجنائية لدول مثل النمسا وروسيا وسويسرا وبولندا منذ عام ١٨٥٣ مبدأ الاختصاص الشامل لبعض أنواع الجرائم المرتكبة.

وفيما يتصل بممارسة هذا الاختصاص نقول إننا هنا أمام اختصاص استثنائي منح للقضاء الجنائي الوطني ملاحقة مرتكبي بعض الجرائم أقل ما توصف بأنها (غير عادية)، وأن هذه الجرائم غير العادية إنما تعود إلى أسباب عديدة، فمنها ما هو متصل بانعدام الرابطة بين الجريمة المرتكبة والدولة التي تطبِّق هذا الاختصاص هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن فظاعة وبشاعة الجريمة المرتكبة يُعّد أيضاً سبباً لتوصيفها بغير العادية، فجريمة القرصنة أو الاتجار بالرقيق، أو الجرائم ضد الإنسانية أو جريمة الإبادة أو جرائم الحرب تحوز جميعها وصف غير العادية.

(١) Bassiouni, Cherif, op. cit,p.46.

أما جريمة القرصنة فإن الفقيه الانكليزي جيمس برايرلي عرّفها بقوله: (إن جريمة القرصنة البحرية التي تُرتكب في أعالي البحار تُعّد عدواناً ضد القانون الدولي، فالقرصان يصبح عدواً للإنسانية جميعاً، وهو سوف يتخلى عن كل الفوائد المترتبة عن وجود المجتمع والدولة، وبالتالي فإنه يُعيد نفسه مجدداً إلى حالة من التوحش من خلال إعلانه الحرب على كل الإنسانية، وبالمقابل فكل الإنسانية عليها أن تعلن الحرب ضده، ولذلك فكل دولة لديها الحق لإيقاع العقوبة اللازمة عليه من خلال حقها بالدفاع الشرعي[١].

وجريمة القرصنة، وحسب ما يذهب إليه الفقهاء، تمثِّل بداية تطبيق مبدأ الاختصاص الشامل الذي أسس لمكافحة هذا النوع من الجرائم، ويعود أصل كلمة القرصنة (Piracy) إلى عهد هوميروس حيث ظهرت في ملحمتي الإلياذة والأوديسة، ومنها انتقلت إلى الأدب الروماني، ويكفي هنا الإشارة إلى الحوار الذي جرى بين الإسكندر الأكبر وأحد قراصنة البحر الذي يُذكر في كتب التاريخ، حيث سأل الإسكندر القرصان لماذا يقوم بهذا الفعل؟ فرَدّ عليه بأنه قرصان يسرق سفناً، أما الإسكندر فإنه يسرق بلداناً وشعوباً بأكملها!!

وفي عهود متأخرة حين ظهرت فكرة تجريم القرصنة ضمن إطار الاختصاص الشامل كانت مثار جدل واختلاف بين الفقهاء، فهاهو الفقيه الهولندي غروسيوس (Hugo Grotius)) يؤسس تجريمه لها على اعتبار مساسها بطرق التجارة البحرية، وضرورة بقاء هذه الأخيرة بعيداً عن كل أشكال التهديد، لا سيما أنه من مؤيدي فكرة حرية البحار المفتوحة التي يجب أن ترفع كل سفينة علم دولتها، وهو ما تفتقده سفن القراصنة. أما الفقيهان غنتلي وبالثزار فإن تبنيهما لإدانة القرصنة عالمياً إنما استند إلى قواعد القانون الدولي العرفي التي كانت تسير عليه كل الدول في تلك المدة، أما حديثاً فالملاحظ أن هذا الفعل قد لقي تجريماً مطلقاً، وأضحى من واجب كل الدول

(١) Bantekas, Ilas, International Criminal Law, London, Cavendish Publishing, 2nd Edition, 2003, p. 156.

العمل على مكافحته بكل الوسائل، وحينئذ فإن أي دولة تلقي القبض على أي من القراصنة أو سفنهم فإنها ملزمة بمحاكمتهم وفقاً لقانونها الوطني، لوقوع القرصنة ضمن نطاق جرائم الاختصاص الشامل(١).

ويعود تطبيق الدول لمبدأ الاختصاص الشامل بالنسبة للجرائم ضد الإنسانية إلى ما ذهب اليه العرف الدولي، حيث إن وجود هذا العُرف قد اعتمد على مصادر عديدة في تأكيد ذلك. فبالإضافة إلى أثر العرف في تجريم القرصنة يلاحظ أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تُعتبر مصادر مهمة في الكشف عن مبدأ الاختصاص الشامل الذي يمكن ممارسته بالنسبة للجرائم ضد الإنسانية، كما هو الحال مع القرار (٣٠٧٤) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٧٣/١٢/٣ الذي نص في مادته الأولى على: (أن الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب أياً كان مكان ارتكابها يجب أن تكون محلاً للملاحقة، وأن الأفراد الذين ارتكبوها يجب أن يتم البحث عنهم وتقديمهم للمحاكمة، وفي حالة ثبوت التهمة عليهم يتم معاقبتهم)(٢).

ونظراً إلى صعوبة بيان تطبيقات مبدأ الاختصاص الشامل في التشريعات كافة، فإننا سنقتصر على دراسة تطبيقات هذا المبدأ في التشريع والقضاء في دول معينة فقط، وهي كما بينا أسبانيا وسويسرا وبلجيكا وبريطانيا وفرنسا، وذلك في المباحث الخمسة الآتية :

المبحث الأول: تطبيق مبدأ الاختصاص الشامل أمام القضاء الأسباني.
المبحث الثاني: تطبيق مبدأ الاختصاص الشامل أمام القضاء السويسري.
المبحث الثالث: تطبيق مبدأ الاختصاص الشامل أمام القضاء البلجيكي.
المبحث الرابع: تطبيق مبدأ الاختصاص الشامل أمام القضاء البريطاني.
المبحث الخامس: تطبيق مبدأ الاختصاص الشامل أمام القضاء الفرنسي.

---

(١) Bassiouni, Cherif, Op.cit, p. 47.

(٢) Les principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, Rés. 3074 (XXVII) du 3 décembre 1973, p.85.

المبحث الأول
تطبيق مبدأ الاختصاص الشامل أمام القضاء الأسباني

ارتبطت فكرة الاختصاص الشامل في أسبانيا بما يُعرف بالقانون التنظيمي الصادر عن البرلمان الأسباني عام (١٩٨٥) والخاص بالسلطة القضائية في أسبانيا. وهذا القانون (الذي تم تعديله في ١٩٩٩) عَرف في البنود أ، ب، ز، من الفقرة الرابعة من المادة (٢٣) منه نظام الاختصاص الشامل للمحاكم الوطنية في أسبانيا فيما يتصل بأفعال الإبادة والجرائم ضد الإنسانية. وفي هذا السياق فإن هذه المادة تكفلت بتحديد حدود اختصاص القضاء الجنائي الأسباني ومداه في النظر بالجرائم الدولية(١). ومما جاء في هذا التنظيم أن القضاء الأسباني يكون أيضاً مختصاً بالمُحاكمة عن أفعال أرُتكبت من مواطنين أسبان أو أجانب خارج التراب الوطني الأسباني، وهذه الأفعال قابلة لتكون – حسب القانون الوطني الأسباني – كواحدة من الأفعال الآتية: ١ – الإبادة ٢– أي فعل آخر يكون وفقاً للاتفاقيات والمعاهدات الدولية قابلاً للملاحقة في أسبانيا. ويمكن أيضاً لهذا النص أن يُغطي الاعتداءات المختلفة على حقوق الإنسان، ومن ضمنها التعذيب ومصادرة أملاك الغير دون مسوغ قانوني، أو إبعاد المدنيين لخارج مناطق سكناهم، أو الاعتداء ومصادرة الممتلكات التابعة للمراكز الثقافية والدينية (وهي فكرة يمكن لها أن تشمل المراكز الإسلامية في القدس من مساجد ومراكز ثقافية إسلامية، حيث يُعبّر عنها في القانون الأسباني خصوصاً والأوروبي عموماً بالمراكز الثقافية التي تحظى بحماية قانونية مهمة)(٢).

ويكون القضاء الأسباني مختصاً بالمُحاكمة عن الأفعال المرتكبة من المواطنين

(١) Cassese, Antonio, When may Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo V.Belgium Case, European Journal of International law, vol.13, nº4, 2002, p.860.

(٢) Ascensio, Hervé, L'argument de la nécessité militaire devant les tribunaux pénaux internationaux, Acte présenté au colloque international de la SFDI, 8-10 juin 2006, Grenoble.

الأسبان أو الأجانب خارج الأراضي الأسبانية، وهذه الأفعال قد تكيّف كانتهاكات للقانون الجنائي الأسباني، وهي على الشكل الآتي: ١- الإبادة ٢- الإرهاب ٣- القرصنة والخطف غير المشروع للطائرات ٤ - تزوير النقود الأجنبية ٥- أعمال الدعارة واستغلال القصر أو المعاقين ٦- تهريب المخدرات ٧- أي فعل آخر يكون وفقاً للاتفاقيات والمعاهدات الدولية قابلاً للملاحقة في أسبانيا. ويمكن أيضاً لهذا النص أن يُغطي الاعتداءات المختلفة على حقوق الإنسان ومن ضمنها التعذيب(١).

هذا فيما يتصل بموقف المشرع الأسباني من تطبيق الاختصاص الشامل في أسبانيا، أما فيما يخص موقف القضاء الأسباني من تطبيق الاختصاص الشامل عن الجرائم الدولية، فإنه يظهر لنا أن هذا القضاء قد أعلن صراحة عن حقه بممارسة الاختصاص الشامل في مواجهة جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية في أكتوبر من عام ٢٠٠٥، ففي هذا التاريخ أعلنت المحكمة الدستورية العليا في أسبانيا في قرار شجاع لها: (إن مبدأ الاختصاص الشامل له الأولوية على وجود أو عدم وجود مصالح وطنية في ممارسته)(٢).

---

(١) وفيما يلي الترجمة الفرنسية للنص الأسباني:
La juridiction espagnole sera également compétente pour connaître des faits commis par des Espagnols ou par des étrangers hors du territoire national susceptibles d'être considérés, selon la loi pénale espagnole, comme certains des délits suivants:
a) Génocide.
b) Terrorisme.
c) Piraterie et prise de possession illicite d'aéronefs.
d) Falsification de monnaie étrangère.
e) Les délits relatifs à la prostitution et ceux de corruption de mineurs ou d'incapables.
f) Trafic illégal de drogues psychotropes, toxiques et stupéfiants.
g) Et tout autre qui, selon les traités et conventions internationales, doit être poursuivi en Espagne.

(٢) Roht _ Arriaza, Naomi Guatemala Genocide Case- Spanish Constitutional Tribunal decision on universal jurisdiction over genocide claimes, American Journal of International law, vol.100, nº1, 2006, p. 207.

ولتسويغ هذا التحول الكبير والمهم، فإن المحكمة وفي معرض تسويغها للقرار رأت أن ارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية يُعدُّ (جرحاً) ليس فقط لضحايا هذه الجرائم وأقاربهم بل أيضاً للمجتمع الدولي أجمع بدون استثناء، بغض النظر عن جنسية مرتكبيها أو جنسية الضحايا أو حتى مكان ارتكابها، وقد ترتّب على هذا القرار الشجاع الصادر عن القضاء الأسباني إعادة تقديم دعوى كانت قد رُدتَ سابقاً من قبل محكمة أسبانية، وهذه الدعوى رفعتها إحدى مواطنات جمهورية غواتيمالا، وهي السيدة مينشو، ضد حكومة بلادها حيث اتهمت فيها السلطات الحكومية بارتكاب أعمال إبادة راح ضحيتها أكثر من مائتي ألف شخص من أفراد شعب المايا الهندي (السكان الأصليين لغواتيمالا) بين عامي ١٩٧٨/١٩٨٦. وبناء على ذلك فإنه يمكن للفسلطينيين عموماً، والمقدسيين خصوصاً، التقدّم بشكوى أمام محكمة مدريد المركزية ضد المسؤولين المدنيين والعسكريين الإسرائيليين، الذين اقترفوا جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية في فلسطين المحتلة عموماً والقدس الشرقية خصوصاً.

المبحث الثاني
تطبيق مبدأ الاختصاص الشامل أمام القضاء السويسري

ظل قانون العقوبات الجنائية السويسرية صامتاً إزاء موضوع الاختصاص الشامل عن جرائم الإبادة، فسويسرا لم توقِّع على معاهدة حظر الإبادة عام ١٩٤٨، لكن ذلك لم يمنع المحكمة الجنائية العسكرية في لوزان من إدانة مواطن رواندي عما ارتكبه من جرائم الاغتيال بحق عددٍ من مواطنيه، حيث لاحقته هذه المحكمة مستندة في ذلك إلى معاهدات جنيف لعام ١٩٤٩، وقد نجحت المحكمة في هذه القضية بإثبات وجود عنصر القصد الإبادي، على الرغم من تلك الفجوة القانونية الموجودة بين القرار وقانون العقوبات المتعلقة بالإبادة. وهذا الإثبات تحقق من خلال استخدام المتهم مصطلحات مُحددة ودالة في تلك المدة على قصده في إفناء قبائل التوتسي برواندا[١].

(١) Biguma, Nicolas, La reconnaissance conventionnelle de la compétence universelle des tribunaux internes à l'égard de certains crimes et délits, Thèse de doctorat, Paris, 1998, p. 103.

ووفقاً لهذه القضية فإن السيد فيوجنس نيانتز العمدة السابق لمدينة موشوباتي أُدين بالسجن مدى الحياة، وهي عقوبة صَدرت وفقاً للمادة ١٧٦ من التشريع الجنائي العسكري السويسري. وهذا المدان كان قد التجأ إلى سويسرا منذ انتهاء أعمال الإبادة في رواندا، لكن في لحظة اندلاع المجازر كان في مهمة رسمية في فرنسا ثم عاد إلى رواندا ليلتحق بمركزه الوظيفي في ١٨ مايو من عام ١٩٩٤، أي في ذروة عمليات الإبادة.

وعليه فإننا نرى أنه يمكننا التأسيس على هذه الواقعة في التقدم بشكوى أمام القضاء الجنائي السويسري والعسكري منه تحديدا، صحيح أن سويسرا ليست من الدول التي تطبّق نظام السوابق القضائية، لكن يمكننا الاستئناس بقرار المحكمة هذا، ولاسيما أننا لن نزعم وقوع جرائم إبادة في القدس، بل نؤسس على انتهاك إسرائيل لالتزاماتها الدولية وفقا لاتفاقية جنيف الرابعة، وتحديدا المواد ٤٩[١] و٦٤[٢] من اتفاقية جنيف الرابعة التي صادقت عليها

(١) نصت المادة ٤٩ على أنه: "يحظر النقل الجبري الجماعي أو الفردي للأشخاص المحميين، أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي أي دولة أخرى، محتلة أو غير محتلة، أيا كانت دواعيه".
ومع ذلك، يجوز لدولة الاحتلال أن تقوم بإخلاء كلي أو جزئي لمنطقة محتلة معينة، إذا اقتضى ذلك أمن السكان أو لأسباب عسكرية قهرية، ولا يجوز أن يترتب على عمليات الإخلاء نزوح الأشخاص المحميين إلا في إطار حدود الأراضي المحتلة، ما لم يتعذر ذلك من الناحية المادية، ويجب إعادة السكان المنقولين على هذا النحو إلى مواطنهم بمجرد توقّف الأعمال العدائية في هذا القطاع.
وعلى دولة الاحتلال التي تقوم بعمليات النقل أو الإخلاء هذه أن تتحقق إلى أقصى حد ممكن من توفير أماكن الإقامة المناسبة لاستقبال الأشخاص المحميين، ومن أن الانتقالات تجري في ظروف مرضية من وجهة السلامة والشروط الصحية والأمن والتغذية، ومن عدم تفريق أفراد العائلة الواحدة.
ويجب إخطار الدولة الحامية بعمليات النقل والإخلاء بمجرد حدوثها.
لا يجوز لدولة الاحتلال أن تحجز الأشخاص المحميين في منطقة معرضة بشكل خاص لأخطار الحرب، إلا إذا اقتضى ذلك أمن السكان أو لأسباب عسكرية قهرية.
لا يجوز لدولة الاحتلال أن ترحّل أو تنقل جزءا من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها.

(٢) تبقى التشريعات الجزائية الخاصة بالأراضي المحتلة نافذة، ما لم تلغها دولة الاحتلال =

إسرائيل عام ١٩٥١، أي حصر التهم بتلك المتصلة بإبعاد السكان المدنيين من سكان القدس الشرقية إلى الضفة الغربية أو غزة أو نفيهم خارج فلسطين المحتلة، وكذلك إجراءات المصادرة غير القانونية للممتلكات من مساكن ومحلات وأراضٍ زراعية للسكان المدنيين، إضافة إلى فرض القوانين والأنظمة الإسرائيلية عليهم، وهي بالمجمل تُعدّ انتهاكاً صارخاً لهذه الاتفاقية، حيث بالإمكان في هذا المجال أن يتقدم السويسريون من أصل فلسطيني بمِثل هذه الشكوى، وهذه الانتهاكات ترقى في بعض الأحيان إلى مرتبة جرائم حرب، وهذا المطلوب في هذه المرحلة، فمجرد توجيه التهم أو مجرد طرح أسماء كبار الضباط والمسؤولين الكبار أمام القضاء السويسري سيكون له أثر كبير في بلد مثل سويسرا(١).

المبحث الثالث
تطبيق مبدأ الاختصاص الشامل أمام القضاء البلجيكي

لقد أضحى من المعلوم أن القانون البلجيكي كان قد نص على مبدأ الاختصاص الشامل للمحاكم البلجيكية بشكل مُستقل تماماً عن كل فكرة أخرى. وهذا القانون قد مثّل نقطة انطلاق مُتقدمة على مستوى القوانين الوطنية في مجال قمع الجرائم في إطار قانون جنائي دولي بلا حدود، ولأجل القيام بواجبه

= أو تعطلها إذا كان فيها ما يهدد أمنها أو يمثّل عقبة في تطبيق هذه الإتفاقية، ومع مراعاة الاعتبار الأخير، ولضرورة ضمان تطبيق العدالة على نحو فعال، تواصل محاكم الأراضي المحتلة عملها فيما يتعلق بجميع المخالفات المنصوص عنها في هذه التشريعات.

على أنه يجوز لدولة الاحتلال إخضاع سكان الأراضي المحتلة للقوانين التي تراها لازمة لتمكينها من الوفاء بالتزاماتها بمقتضى هذه الاتفاقية، وتأمين الإدارة المنتظمة للإقليم وضمان أمن دولة الاحتلال وأمن أفراد وممتلكات قوات أو إدارة الاحتلال، وكذلك المنشآت وخطوط المواصلات التي تستخدمها.

(١) Gillet, Eric, La compétence universelle, in De Nuremberg à La Haye et Arusha, sous la direction de Destexhe, Alain et Fort, Michel, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 113.

العالمي، فإن البرلمان البلجيكي قد نقل إلى القانون الداخلي عام ١٩٩٩ المبادئ المنصوص عليها في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (١٩٤٨) لأجل ملء الفجوة التشريعية في أول قانون للاختصاص الشامل صدر عام ١٩٩٣، لكن السؤال الممكن طرحه هنا هو لماذا تبنت بلجيكا هذا الاتجاه التشريعي لقمع الانتهاكات الخطيرة على المستوى العالمي[١]

وحسب رأي العديد من الفقهاء والقضاة البلجيك فإن هذا القانون إنما كَرس الالتزام الأخلاقي لبلادهم، فدولة مثل بلجيكا أصبحت تُمارس ما عُرِف بالدبلوماسية الأخلاقية، هذه الدولة الصغيرة ذات العشرة ملايين نسمة أصبح بإمكانها أن تسمع صوتها بقوة لمقترفي جرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية، أما المعارضون لهذا القانون في خارج بلجيكا فأنهم يرون أنها قد شرّعت هذا القانون لتخفي من خلاله مسؤوليتها (المُفترضة) عن الدور المشبوه الذي قامت به العائلة المالكة أثناء الحرب العالمية الثانية فيما يتصل بسكوتها عن العديد من جرائم النازيين في بلجيكا[٢]. وبرأينا أن ما طُرح على لسان عددٍ من المُعارضين لقانون الاختصاص الشامل في بلجيكا قد تلقفه المحامي البلجيكي ميشيل هيرش عن أريل شارون رئيس الوزراء الإسرائيلي الأسبق في قضية مجازر مخيمي صبرا وشاتيلا للاجئين الفلسطينيين عام ١٩٨٢ التي ارتكبتها الميليشيات المسيحية المسماة بـ (القوات اللبنانية) بمساعدة وتسهيلات إسرائيلية[٣].

لقد كان لدخول هذا القانون حيز النفاذ قبل عشر سنوات من الآن أثره في تدفق موجة من ضحايا هذه الجرائم أو أقربائهم لأجل تقديم شكواهم أمام محكمة الجنايات في بروكسل، ذلك أن أكثر من عشرين دعوى قُدِّمت ضد رؤساء

(١) Cot, Jean-Pierre, L'affaire du mandat d'arrêt du 11 Avril 2000: République Démocratique du Congo C. La Belgique, RTDH, nº50, 2002, pp. 948-949.

(٢) El-Zeidy, Mohamed, Universal Jurisdiction in Absentia: Is it a Legality Valid Option for Repressing Heinous Crimes? OUCLF, vol.4, 2003, p.9.

(٣) Stroobants, Jean-Pierre, Il n'appartient pas à la Belgique de juger Ariel Sharon, in le monde, Section internationale, 9 août 2001, p. 4.

دول وزعماء سياسيين آخرين وعسكريين أيضاً منهم: أريل شارون وأوغستو بينوشيه Pinochet وكولن باول ودونالد رامسفيلد وهاشمي رفسنجاني وجورج بوش (الأب) والجنرال نورمان شوارزكوف وديك تشيني وفيدل كاسترو والجنرال تومي فرانكس وجورج بوش (الابن) وأخيراً لوران باكبو(١).

وعلى الرغم من الضجة الإعلامية الكبيرة التي صاحبت القضايا التي قُدِّمت للقضاء البلجيكي، فإن التطبيق الفعلي لهذا القانون لم يتجاوز القضيتين فقط، حيث إن عدداً قليلاً من الروانديين قد أُدينوا في هاتين القضيتين أمام القضاء البلجيكي عن ارتكابهم لجرائم في بلادهم أثناء المجازر التي وقعت هناك عام ١٩٩٤. وبالنسبة للقضية الأولى فإنها تتعلق بمحاكمة أربعة روانديين اتهِموا بالمشاركة في الإبادة عام ١٩٩٤. إذ للمرة الأولى تقف هيئة محلفين في بروكسل بتاريخ ٢٠٠١/٤/١٧ وتعلن اختصاصها في النظر عن جرائم إبادة ارتُكبت خارج الأراضي البلجيكية من لدن أجانب، وبين هؤلاء المتهمين الأربعة نجد اثنين منهم من العاملات في مؤسسة دينية وهي هنا الكنيسة الكاثوليكية، حيث اتُهِمتا بتسليم ميليشيات الهوتو الآلاف من اللاجئين التوتسي في ديرسوفا الواقع في جنوب رواندا لغرض إعدامهم، أما الاثنان الآخران فكان أحدهما وزيراً سابقاً والآخر أستاذاً جامعياً، حيث أُدينا بالتحريض على القتل العمد والتحريض على إفناء التوتسي، وحُكم عليهما بالسجن مدداً تتراوح بين ١٢/ ٢٠ عاماً لكل منهم. وبالنسبة للقضية الثانية فهي تتعلق باثنين من التجار الروانديين اللذين اتهما بالمُساهمة في الإبادة في رواندا عام ١٩٩٤، وقد مَثَلا أمام محكمة الجنايات في بروكسل عن سلسلة جرائم إبادة ارتكبوها بحق أفراد من قبائل التوتسي، إذ أصدرت حُكمها عليهما في التاسع من حزيران عام ٢٠٠٥ بالسجن اثنى عشر عاماً للأول، وعشر سنوات للثاني(٢).

(١) Bekou olypia, Cryer, Robert, The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter International and Comparative law Quartery, vol.56, 2007, p. 56.

(٢) Zechini, Laurent, En Belgique, un jury populaire est saisi du génocide rwandais, in le monde, section internationale, 19 avril 2001, p. 2.

وقد كان لجميع الضغوطات التي مارستها الولايات المتحدة على بلجيكا أثر كبير في إرغام الحكومة البلجيكية على إجراء تعديلات جذرية على قانون الاختصاص الشامل عامي ١٩٩٣/١٩٩٩، وذلك من خلال التهديدات والضغوطات الكبيرة التي مورست ضد هذه الدولة منها: نقل مقر حلف شمال الأطلسي (الناتو) خارج بلجيكا، إضافة إلى تهديد اقتصادي تمثّل بتغيير وجهة التجارة البحرية الأمريكية من ميناء أنفيرس في بلجيكا إلى روتردام في هولندا. وتحت وطأة هذه الضغوطات (غير الأخلاقية)، فإن قانوناً جديداً معدِّلاً للاختصاص الشامل أقرته السلطات البلجيكية في عام ٢٠٠٤، حيث اشترط هذا القانون الجديد لأجل ممارسة الاختصاص توافر عدة شروط صعبة التحقيق منها: أن يكون الضحايا أو الفاعلون لهذه الجرائم مواطنين بلجيكيين أو من الأجانب المقيمين فيها منذ لا يقل عن ثلاث سنوات لأجل القبول بتسجيل دعاواهم هناك، كما وعدَ القانون الجديد أن مواطني (الدول الديمقراطية) لا يمكن أن يكونوا محل ملاحقة قضائية في بلجيكا، وهذا الشرط يعني إعفاء كل مواطني الدول التي تسمي نفسها دولاً ديمقراطية من المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي حددها القانون الجنائي الدولي، إضافة إلى ذلك فإن القانون الجديد اشترط أن تكون قواعد الحصانة المنصوص عليها في القانون الدولي محل احترام وتطبيق في بلجيكا، وذلك من خلال دمجها بقانون الاختصاص الشامل.

وعلى الرغم من خيبة الأمل من هذا التعديل الجذري للقانون إلا أن ذلك – في رأينا – لن يكون حائلاً دون رفع دعاوى ضد الإسرائيليين – مدنيين كانوا أو عسكريين – المسؤولين عن ارتكاب الانتهاكات الجسيمة لاتفاقية جنيف الرابعة، أو المتهمين الإسرائيليين بارتكاب الجرائم ضد الإنسانية في القدس الشرقية وفق الشروط التي جاء بها التعديل أعلاه.

المبحث الرابع
تطبيق القضاء البريطاني لمبدأ الاختصاص الشامل

من الواضح أن تطبيق الاختصاص الشامل على المستوى الوطني، وبشكلٍ جاد، كان قد بدأ مع المناقشات الفقهية والقضائية المُتصلة بقضية اتهام الرئيس

التشيلي السابق أوغستو بينوشيه في عدة دول أوروبية، وتحديداً في كل من أسبانيا وبريطانيا وبلجيكا. إذ ذُكر بأنها أول مناقشات تتناول إمكانية توجيه اتهام جنائي لرئيس دولة سابق بارتكاب جرائم دولية، على الرغم من أنه ظل متمتعاً بالحصانة القضائية حتى بعد خروجه فعلياً من السلطة، هذه الحصانة التي منحه إياها برلمان بلاده منذ عام ١٩٧٨، أي عندما كان في السلطة في تشيلي.

إن الاتهامات التي وُجّهت للجنرال بينوشيه (Pinochet) تركزت بمُجملها حول المسؤولية عن الجرائم ضد الإنسانية التي ارتُكبت بين عامي ١٩٧٣-١٩٩٠ في تشيلي، وخصوصاً جرائم الإخفاء القسري للآلاف من المعارضين السياسيين لنظامه العسكري، وكذلك أعمال التعذيب المُرتكبة على أيدي ضباط الجيش وأجهزة الأمن السرية أثناء فترة حكمه(١).

لكن وبعد مناقشات طويلة ومُستفيضة ومذكرات جلب واعتقال صدرت بحقه في عِدة دول أوروبية، فإن العوامل السياسية لعبت دوراً محورياً في منع محاكمته أو حتى تسليمه لدول مثل بلجيكا أو أسبانيا، عما اقترفه نظامه من جرائم تعذيب بحق مواطنين تشيليين أقاموا هم أو عوائلهم دعاوى ضده، لكن هذه المعركة ذات الأوجه القانونية والقضائية المُتعددة ضد الدكتاتور السابق وأركان نظامه السابق ما زالت مستمرة ومفتوحة على كل الاحتمالات، حتى يومنا هذا وخاصة في بلده تشيلي، والتي عاد إليها بعد أن تم رفع الحصانة التي ظل يتمتع بها لسنوات قبل وفاته في العاشر من كانون الأول من العام ٢٠٠٦(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه هنا بهذا الصدد: هو أن من القواعد المهمة التي ينبغي التذكير بها هي أن ممارسة الاختصاص الشامل لا يمثّل اعتداءً على سيادة الدولة، فقد اعتبر هذا القضاء أن ممارسة الاختصاص الشامل بعيدة جداً

(١) Kissinger, Henri, La nouvelle puissance américaine, Paris, Fayard, 2003, p. 405.

(٢) Prudencio, Garcia, Comment Pinochet a été lâché par l'armée, Courrier International,nº741, du 13 au 19 janvier 2005, p. 24.

عن انتهاك سيادة الدول الأجنبية التي أرتُكبت الجريمة الدولية على أراضيها. ورغم خيبة الأمل الكبيرة التي صاحبت إصدار القرار السلبي للقضاء البريطاني والمُتمثّل برفضه لطلب التسليم المُقدّم من كل من أسبانيا وبلجيكا أو حتى محاكمته أمام القضاء البريطاني، فإن المؤيدين لممارسة الاختصاص الشامل ما زالوا يتابعون طريقهم لأجل الوصول لهدفهم بمنع مُرتكبي الجرائم الدولية الأخرى من الهرب من قبضة العدالة الجنائية، بغض النظر عن جنسياتهم أو المواقع السياسية أو العسكرية التي شغلوها أو مازالوا يشغلونها في دولهم(١).

المبحث الخامس
تطبيق القضاء الفرنسي لمبدأ الاختصاص الشامل

عند عرض موضوع الموقف الفرنسي التشريعي والقضائي من الاختصاص الشامل ينبغي ألا نغفل حقائق أساسية، إذا كنا حريصين على الاستفادة مما يتيحه القضاء الفرنسي من إمكانية تقديم شكوى ضد المسؤولين الإسرائيليين، عما ارتكبوه ويرتكبونه من انتهاكات خطيرة للقانون الدولي في القدس الشرقية خصوصاً وفلسطين عموماً، وهذه الحقائق تتجلى في أن السوابق الفرنسية في هذا الأمر وإن كانت غير مشجعة وعلى عدة مستويات، إلا أنه علينا الاستفادة من التفهم للحقوق الفلسطينية المشروعة في القدس وعدالة قضية فلسطين سواء أكان من جانب الكثير من القانونيين الفرنسيين أم من جانب الوجود العربي والإسلامي المتمثل بالجالية العربية والإسلامية الكبيرة، والتي تمثل أكبر جالية أجنبية في فرنسا، إذ يبلغ عددها تسعة ملايين نسمة تقريباً.

ومن خلال التطبيقات العملية يمكن القول إن الحكومة الفرنسية كانت متواطئة نوعاً ما مع مَنْ هم أقل حظوة لديها من المسؤولين الإسرائيليين، وهنا نشير إلى تهريبها للجنرال خالد نزار رجل الحكم القوي في الجزائر سابقاً

(١) Daglish, Kristen, The Crime of Genocide, ICLQ, vol. 50, 2001, p. 406.

بعدما تقدّم عدد من الجزائريين،[١] ومن خلال المنظمات الحقوقية بشكوى لغرض توقيفه بتهم تتعلق بالتعذيب والإخفاء القسري لمواطنين جزائريين أثناء الحرب الأهلية في تسعينات القرن الماضي، وكذلك ما يُعرف بقضية الكونغو برازفيل و قضية تسليم حسين حبري بالاشتراك مع السنغال، وأخيرا موقف الشرطة الفرنسية من تهريب العقيد ولد دادة المتهم بتعذيب جنود موريتانيين[٢] اتهموا بالاشتراك بمحاولة انقلابية ضد حكم الرئيس الأسبق معاوية ولد سيد أحمد الطايع في مطلع التسعينات، وعلى الرغم من الجرائم التي اقترفها الأخير إلا أن محكمة نيس أصدرت حكماً غيابياً بسجنه عشر سنوات بتهم تتعلق بارتكابه التعذيب ضد مواطنين موريتانيين في موريتانيا[٣].

وبعد أن أنهينا رؤيتنا للتطبيقات والمواقف القضائية والقانونية للدول الخمس التي ذكرناها يمكن القول بأنه: يحق لنا نحن القانونيين العرب تقديم شكوى إلى قضاء هذه الدول الأوروبية مستندين إلى معطيات الاختصاص الشامل، أي مطالبين بتطبيق القانون الداخلي لهذه الدول على أشخاص متهمين بارتكاب جرائم دولية من خلال رفع دعاوى ضد مقترفي جرائم الحرب أو جرائم ضد الإنسانية، ليحال هؤلاء على قضاء تلك الدول لينالوا ما يستحقون من أحكام تصدر بحقهم وفقاً لقوانين الدول المذكورة.

---

(١) Bantekas, Ilas, International Criminal Law, London, Cavendish Publishing, 2nd Edition, 2003, p. 160

(٢) Garapan, Antonio, Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner, Paris, Odile Jacob, 2002, p.33.

(٣) Goldman, Olivia, Recent Developments in International Criminal Law, ICLQ, vol.54, 2005, p. 699.

الفصل الثاني

التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية

لما كانت المشاكل التي تتعرض لها الإنسانية اليوم جسيمة، والتحديات التي تواجه القانون الدولي الإنساني كبيرة، والانتهاكات لأحكامه كثيرة، والفجوة بين الطموح والواقع عميقة، والحلول والمعالجات على أرض الواقع ضعيفة وعاجزة عن الارتقاء إلى المستوى المطلوب.

وبناءً على ذلك فإن دراسة تاريخ ومسيرة القضاء الجنائي الدولي، وأسلوب التنظيم القضائي للمحاكم الدولية والجنائية، وتحديد اختصاصاتها وكيفية ممارسة عملها لا يحقق الهدف من مناقشة هذا الموضوع.

والمطلوب هو مناقشة قدرة الضمانات القانونية على حماية مبادئ القانون الدولي وقواعده، أو بيان مدى قابلية القضاء الدولي متمثلاً بالمحكمة الجنائية الدولية في مواجهة الخروقات والانتهاكات لهذه المبادئ والقواعد، باعتبار أن هذه المحكمة تمثّل أفضل آلية لتنفيذ القانون الجنائي الدولي بمعطياته الجديدة، لا سيما وقد دخلنا القرن الواحد والعشرين، الذي يتسم بالذكاء البشري والمعرفي الحاد، إذ تجلى فيه كمٌّ هائل من إنجازات العلم والتقنية التي أحدثت ثورة حقيقية قلبت الموازين في طريقة تفكير الإنسان ونمط عيشه، مما طوّر ووثّق عرى التواصل والعلاقات بين الناس، ووصل الأمر إلى القول إننا نعيش في قرية عالمية كما يقول العالم الكندي مارشال مكنوهان.

ولكن مما يؤسف إن الإنجازات المادية والتطورات العمرانية وتطور العلوم الإنسانية لم توظّف كلها لخدمة الإنسان في هذا العصر، بل جعلت القيمة للمال مقابل هدر القيم والكرامة الإنسانية، مما أثّر سلباً في احترام الإنسان للنظام والقيم الإنسانية المنظمة لتلك العلاقات، واستُخدمت المعرفة والعلم للشر وليس للخير، وأوضح دليل على ما نقول الدمار والخراب الذي تحقق عبر حربين عالميتين يُطلق عليها بحق عولمة الموت، كان ضحاياها ملايين من الأطفال والنساء والشيوخ والمدنيين من القتلى والجرحى لا ذنب لهم سوى أنهم كانوا

شعوباً لحكام طغاة متعطشين لسفك الدماء، فضلاً عن الاستعباد والإذلال الذي لحق بالناجين من الموت تحت مسمى عولمة الحياة، ولا يقل خراباً ما لحق بالعالم العربي والإسلامي في هذا الزمن بسبب الحروب التي طالت العديد من أقطاره، كونه يمثّل ساحة المنافسة والصراع الحضاري على مر التاريخ.

وننوه بهذا الصدد إننا لا نتناول بالبحث محكمة العدل الدولية International Court of Justice (ICJ) لأنها كما هو معلوم تُعنى بالنزاعات التي تنشأ بين الدول، ولا يوجد اختصاص جنائي للمحكمة، ولهذا فإنها لا تحاكم الأفراد أياً كانت الجرائم التي اقترفوها، كما أن نظامها الأساسي يمثّل كثيراً من العقبات التي تحول دون تحقيق مقتضيات القضاء الجنائي الدولي.

ومع الأخذ بنظر الاعتبار اتفاقية منع جرائم الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨، والتي تعطي لمحكمة العدل الدولية صلاحية النظر في أي خلاف بشأن تطبيق وتفسير ينشأ بين الدول الأطراف بسبب جريمة الإبادة، أو المسؤولية عن جريمة الإبادة الجماعية من عدمه، كما حصل مع قضية تفسير معاهدة حظر الإبادة والتي نظرتها محكمة العدل الدولية عام ١٩٥١، وحديثاً قضية انتهاك يوغسلافيا السابقة صربيا حالياً لالتزاماتها الدولية وفقاً لمعاهدة ١٩٤٨ بشأن جرائم الإبادة التي ارتكبت في البوسنة، ومن خلال قرار المحكمة الصادر في نيسان من عام ٢٠٠٧ والخاص بجرائم الإبادة التي ارتكبتها صربيا في البوسنة والهرسك وبعد ١٤ عاماً من رفعها من قبل حكومة جمهورية البوسنة[١].

(١) Dubois, Sandrine, L'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine C. Yougoslavie) arrêt du 11 juillet 1996-Exceptions préliminaires, AFDI, XLII, 1996, p. 358 ss. Voir également: Boisson de Chazournes, Laurence, Les ordonnances indications de mesures conservations dans l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, AFDI, XXXIX, 1993, p. 516. Voir egalment: Revue general de droit international public, To. 4, 2007, P. 143.

ولذا فإن ما يهم بحثنا هو المحكمة الجنائية الدولية التي تُعنى بمقاضاة الأشخاص مهما كانت مراكزهم ومواقعهم؛ لتحديد مسؤوليتهم عن الجرائم التي اقترفوها، وفقاً لما حدده النظام الأساسي من اختصاص هذه المحكمة، وعدم إفلاتهم من العقاب، أي محاكمة الأفراد عن ارتكاب الجرائم الأربع التي حددها النظام الأساسي، وقد اتُفق على ثلاث منها ولم يتفق على الرابعة، وذلك بعد تحديد مسؤوليتهم عن المساهمة والأمر والتحريض والمشاركة والسيطرة وضمن المسؤوليات والواجبات عن تلك الجرائم، وهذا ما نبينه في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية لإسرائيل عن جرائمها في القدس المحتلة.

المبحث الأول
الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية

المحكمة الجنائية الدولية هي المؤسسة القضائية الدولية الدائمة التي أنشئت بموجب معاهدة روما لعام ١٩٩٨ لتكون هيئة دائمة[١] وفقاً لما نصت عليه المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة: (تنشأ بهذا محكمة جنائية دولية (المحكمة) وتكون المحكمة هيئة دائمة)، لغرض التحقيق والمحاكمة مع الأشخاص مرتكبي أشد الجرائم خطورة، والتي تثير اهتمام المجتمع الدولي، وقد أكدت الفقرة التاسعة من الديباجة على هذا الاختصاص: (إن الدول الأطراف في هذا النظام الأساسي.. قد عقدت العزم من أجل بلوغ هذه الغايات ولصالح الأجيال الحالية والمقبلة على إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة.. وذات اختصاص على الجرائم الأشد خطورة التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره).

(١) د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي، المعهد الدولي لحقوق الإنسان بجامعة دي بول بشيكاغو، دار الشروق، ص: ١٨.

وتبدو أهمية التأكيد على الصفة الدائمة للمحكمة الجنائية الدولية في تفاقم أزمة الشرعية الدولية، إذ لم يستطع القانون الدولي في كثير من الأحوال أن يقدم حلاً لإلزام الدول الكبرى باحترامه، حتى ساد التساؤل عن سبب ازدياد عدد الوثائق الدولية التي تنظّم مختلف الموضوعات التي تهم المجتمع الدولي، ومنها القانون الجنائي الدولي، وما دام أن بعض الدول تعتمد استخدام القوة لحماية مصالحها وفرض استراتيجيتها وتبرير سياستها، إذ شهد الواقع المرير أن قوة القانون قد تحولت إلى قانون القوة(١)، وعلى الرغم من ذلك فإن ذلك لا يبرر التخلي عن الشرعية الدولية بمفهومها الحقيقي، إذ نجح المجتمع الدولي في بناء حصون القيم والكرامة الإنسانية(٢)، وتعميق معاني السلم والأمن الدوليين جنباً إلى جنب مع نشر ثقافة الشرعية الدولية والالتزام بمبادئها والعمل على تفعيلها، من خلال التبصير بالآليات الدولية التي تعمل على حماية هذه القيم وهذه المعاني الإنسانية، والتي تبلورت بظهور المحكمة الجنائية الدولية الدائمة إلى حيز الوجود.

إن فكرة إنشاء قضاء دولي متجسد في محكمة جنائية دولية ليست جديدة، إذ ظهرت الحاجة إليها بظهور المشاكل القانونية والانتهاكات الخطيرة لمبادئ القانون الدولي، إذ مضى على الاقتراح الذي قدّمه الفقيه السويسري غوستاف موينيه أكثر من ١٣٨ عاماً، فقد اقترح عام ١٨٧٢ تأسيس محكمة جنائية دولية

(١) كلمة د. أحمد فتحي سرور، رئيس مجلس الشعب المصري سابقاً، في الجلسة الافتتاحية للدورة الإقليمية الرابعة، ٢٠٠٧/٦/١٨، القاهرة، ص: ٢.

(٢) وقد أكد هذه المعاني من قَبل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة وأصدرته في ١٩٤٨/١٢/١٠، إذ نصت الفقرة الأولى من ديباجته على أنه: "لما كان الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام في العالم". انظر:
Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948, Doc. ONU, A/Rés/217/A (III).

نظامية لمحاكمة مجرمي الحرب، وقد قدّم مشروعه إلى العديد من المحافل الحقوقية على المستوى الدولي.

فالمحكمة الجنائية الدولية هي كيان دولي مستقل، نشأ بموجب معاهدة ولم ينشأ بموجب قرار صادر عن مجلس الأمن أو توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وبالتالي فهي ليست كالمحاكم الدولية الجنائية المؤقتة أو الخاصة كمحكمة يوغسلافيا السابقة ورواندا أو سيراليون أو كمبوديا وأخيراً لبنان)[1]. والتي اتفق أطرافها على ضرورة التحقيق والمحاكمة لمرتكبي أشد الجرائم خطورة وأكثرها اهتماماً من جانب المجتمع الدولي، وهي جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجرائم العدوان.

وبناء على ما تقدم يمكن القول: إن إقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يمثّل أحد أهم الأحداث في تاريخ القانون الدولي بصورة عامة، والقانون الدولي الجنائي بصورة خاصة في القرن العشرين، فأصبحت المحكمة حقيقة واقعة ولم تعد مجرد أمل، إذ تمتد الولاية القضائية لها إلى معظم الجرائم الخطيرة المذكورة التي تثير قلق المجتمع الدولي ككل، فوجود عدالة جنائية دولية حقيقية من شأنه أن يمنع الجرائم والانتهاكات لأحكام القانون الدولي الإنساني، والتي يتم ارتكابها بعد اليوم الأول من يوليو عام ٢٠٠٢، وتستطيع الدول الأطراف – كما يستطيع مجلس الأمن – إحالة المواقف والحالات التي تستدعي إجراء التحقيق فيها إلى المدعي العام، كما أن المدعي العام له سلطة بدء التحقيقات بنفسه على أساس معلومات يتلقاها من مصادر موثوقاً بها، وذلك تحقيقاً لهدف المحكمة الجنائية الدولية في أن تصبح مؤسسة موثوقاً بها للقضاء الجنائي الدولي باعتبارها مؤسسة من مؤسسات العدالة الجنائية الدولية، لها دورها الأساسي في القيام بمهام القضاء الدولي وتطبيق أحكام القانون الدولي وتحقيق العدالة الجنائية الدولية.

---

(١) Romano, Cesare, Tribunaux pénaux internationalises: Etat des lieux d'une justice «Hybride», Revue Générale de Droit International Public «RGDIP» To. 107/1, 2003, p.113.

وقد أكد رئيس جمعية الدول الأطراف في دورتها الثالثة هذه الحقيقة بقوله: (إننا نعتبر المحكمة الجنائية الدولية المؤسسة الجديدة الوحيدة التي تمنحنا الأمل في أن يكون القرن الحادي والعشرون جديراً بالشرف أكثر من القرون السابقة). كما أكد السكرتير العام السابق للأمم المتحدة كوفي أنان على أن: (المشاركة العالمية في النظام الأساسي لمعاهدة روما سوف تكون مساهمة لا نظير لها في قضية العدالة، في عالم مازال الكثيرون فيه يقترفون – دون ما عقاب – جرائم خطيرة تؤرق الضمير الإنساني، ويجب أن تبقى هذه المشاركة هي الهدف الأسمى)[١].

بناء على ما تقدم يمكن القول: إن تحديد المسؤولية الجنائية لمقترفي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية يُعدّ الطريق الثاني الذي يمكن من خلاله التقدم بشكوى ضد المسئولين الإسرائيليين من عسكريين ومدنيين، فيمكن سلوك هذا الطريق من خلال التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية، إذ يمكن الاستفادة من عضوية الأردن في هذه المحكمة التي انضمت إليها في ١١ أبريل ٢٠٠٢، وحيث أتاحت المادة ١٣ من النظام الأساسي للمحكمة للدول الطرف في النظام الأساسي التقدم بطلب لغرض القيام بتحقيق بشأن (الحالة) في القدس، مرفقاً بطلبها هذا دواعي القلق والخشية التي تبديها على سلامة رعايا الأردن وأقاربهم من الفلسطينين، الذين يمتلكون وثائق أردنية من وقوع انتهاكات جسيمة للقانون الإنساني، مستندة إلى كون الحالة في القدس قد تمثّل تهديداً للسلم والأمن الدوليين. يضاف إلى ذلك أن الأردن يستطيع أن يدعم طلبه بإرفاق عدد من الشكاوى المقدمة من مواطنيه، الذين أصابهم ضرر حقيقي وجسيم جراء ما أصاب أقاربهم وممتلكاتهم في القدس من أضرار مباشرة ناجمة عن الاحتلال، والخسائر المادية التي تصيبهم من جراء سياسات الإغلاق المتعمد للقوات المحتلة، وأثرها في حركة سير السكان المدنيين وتجارتهم على مدار ثلاثة وأربعين عاماً من عمر الاحتلال، ولا سيما إذا علمنا أن القدس الشرقية

(١) Congras, Isabelle, La question d'un tribunal pénal international permanent, Lille, éditions Anthèses, Lille, 2000, p. 131.

كانت جزءاً من أراضي المملكة الأردنية حتى عام ١٩٨٨، من منطلق الالتزام التعاهدي المنصوص عليه في اتفاقية السلام الأردنية الإسرائيلية في وادي عربة، حيث أصبح له بموجبها الولاية (حق إدارة) على الأماكن الإسلامية المقدسة في القدس الشريف، وهو ما يُلزِم الأردن بضرورة عدم إخلالها بالتزاماتها التعاهدية وفقاً لهذه المعاهدة، وهنا فإن الأردن يمكن له ادّعاء إخلال إسرائيل بالتزامها التعاهدي(١)، وهذا الطلب يمكن أن يُدعم من العضوين العربيين الآخرين في المحكمة الجنائية الدولية وهما جيبوتي وجزر القمر، إذ يحق لهما أن يقدما طلباً إلى الادعاء العام في المحكمة الجنائية الدولية، فتكون ثلاث دول أعضاء تتقدم إلى الادعاء العام، بحيث لا يستطيع معه الادعاء العام رفض ثلاثة طلبات يؤكد فيها على اعتبار ما يحصل انتهاكات جسيمة على درجة كبرى من الخطورة، والتي أشارت إليها الفقرة ٢ من المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة، والتي تستدعي من الدول الأطراف في النظام الأساسي التقدم بطلب التحقيق في ارتكابها، سواء من دولة طرف أو غير طرف في المحكمة(٢) قد يرى البعض صعوبة مقاضاة المسؤولين الإسرائيليين وهذا كلام صحيح، لكن المطلوب هو رفع غطاء الشرعية القانونية عنهم، وإثبات أننا لسنا أمام دولة ديمقراطية كما يدعون، بل أمام عصابة إجرامية منتهكة لحقوق الإنسان والقانون الدولي معا، أي بعبارة أخرى إن الكيان الصهيوني لا يُمثّل نظاماً أو دولة ديمقراطية كما يدعي البعض، وإنما هو كيان ديكتاتوري وإرهابي ينتهك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وضماناته الشخصية، وأن المسؤولين عن هذا الكيان مدنيين وعسكريين وسياسيين وحاخمات متطرفون يجب أن يقدَّموا إلى المحكمة الجنائية الدولية لاقترافهم جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية كما فصلنا سابقاً، ويجب كذلك أن يُطرد هذا الكيان من كل المنظمات

(١) Congras, Isabelle, La question d'un tribunal pénal international permanent, Lille, éditions Anthèses, Lille, 2000, p. 59.

(٢) Bassiouni, Cherif, Negotiations The Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court, Cornell International law journal, vol.32, nº3, 1999, p.456.

الدولية، ولا سيما عضوية الأمم المتحدة لإرثها السيئ في عدم الالتزام بالقرارات التي أصدرها مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة، إذ أن النظام الإسرائيلي لا يقل عن الأنظمة في المنطقة بانتهاكه للقانون الدولي ولحقوق الإنسان.

المبحث الثاني
المسؤولية الجنائية لإسرائيل عن جرائمها في القدس المحتلة

وفقاً لما سبق أن بيناه فقد أصبح من المعلوم للجميع حجم الانتهاكات الجسيمة التي ترتكبها قوات الاحتلال الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية المحتلة، ومنذ أكثر من ٤٣ عاما، هذه الانتهاكات استهدفت ولا تزال تستهدف بشكل شمولي ومنهجية واضحة جميع مقومات الهوية الفلسطينية في كافة أنحاء فلسطين، لكن هذه المنهجية والشمولية في الهجوم الإسرائيلي تأخذ أبعاداً أعمق وأشكالاً أخرى عندما يتعلق الأمر بالقدس الشريف، حيث تطول قائمة الانتهاكات لقواعد القانون الدولي الإنساني ممثلاً باتفاقيات جنيف عام ١٩٤٩ وتحديداً الاتفاقية الرابعة منها، ولذلك فإننا سنحاول في الأسطر التالية طرح بعض هذه الانتهاكات الجسيمة التي تُرتكب بشكل منهجي وعام من لدن قوات الاحتلال والإدارة المدنية، وحتى القضاء والبرلمان الإسرائيلي.

١ – إبعاد السكان المدنيين:

يُعتبر الالتزام بقواعد القانون الإنساني أحد أهم ملامح سلوك الدول أثناء الحروب التي تخوضها، وحتى في المدة التي تعقبها، ونلحظ في هذا الشأن أن الكثير من دول العالم قد عملت منذ ما لا يقل عن نصف قرن على الانضمام لاتفاقيات جنيف الأربع عام ١٩٤٩، حيث وصل عدد الدول المنضمة إلى ١٩٢ حتى هذا اليوم. لكن الملاحظ أنه حتى هذه اللحظة مازال كثير من الدول على الرغم من انضمامها لهذه الاتفاقيات تمارس بقصد واضح ممارسات تقود إلى عدم احترام التزاماتها المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات، سواء من حيث

معاملة جرحى الحروب البرية أم البحرية أم الأسرى في الحروب، وأخيرا فيما يتصل بالمدنيين أثناء وبعد انتهاء العمليات العسكرية ولا سيما فيما يتصل بإدارتها للمناطق الخاضعة لاحتلالها المباشر، كما حصل ومازال يحصل مع إسرائيل التي منذ ٤٣ عاماً مستمرة في انتهاك التزامها القانوني الذي جاءت به المادة ٤٩ من اتفاقية جنيف الرابعة من حيث اعتبار القدس الشرقية منطقة محتلة، وحينئذ يخضع سكانها وممتلكاتهم في هذه الحالة لقواعد القانون الدولي الإنساني، والتي توجب على دولة الاحتلال توفير الحماية الكاملة لهم وعدم تعريض حياتهم للخطر، بل وحظر القيام بترحيلهم من مناطقهم إلا في حالات تتعلق بحمايتهم من أخطار محدقة، أو لضرورات عسكرية قصوى، يتم إعادتهم بمجرد زوال الخطر أو الضرورة لذلك، وقد استعمل المشرع الدولي مصطلح الحظر في هذا الشأن.

لكن (الالتزام) الإسرائيلي بالاتفاقية يكون عكسيا، فالإبعاد هو العقوبة التي أشاعتها إسرائيل بين السكان المدنيين في القدس الشرقية، واستخدمته سلاحاً فتاكاً لمواجهة مقاومته المشروعة لاحتلالها العسكري لأراضيهم في القانون الدولي. وهنا يجب علينا التوقف عند قرارات الإبعاد التي تصدرها السلطات الإسرائيلية فهي من وجهة النظر الإسرائيلية مسَوغة وشرعية ولا تخالف القانون الدولي الإنساني، وأولها اتفاقية جنيف الرابعة التي انضمت إليها إسرائيل عام ١٩٥١، سواء تعلق الأمر بالسلطات الحكومية أم العسكرية أم التشريعية وحتى القضائية ممثلة بالمحكمة العليا، فالسلطات التشريعية هناك أصدرت قانوناً يعلن ضم القدس الشرقية (الذي يسميه القانون بإعادة توحيد الأراضي الإسرائيلية) إلى القدس الغربية، وهو يمثل انتهاكاً صارخاً ليس فقط لاتفاقية جنيف الرابعة بل لعشرات القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، والتوصيات المتخذة من لدن الجمعية العامة للأمم المتحدة ابتداء بالتوصية ٢٢٥٣.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفقاً للمادة (٧) من نظام روما الأساسي فإنه يُعتبر جريمة ضد الإنسانية "د- إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان" ووفقاً للفقرة (د) من ذات المادة يعني إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان "نقل

الأشخاص المعنيين قسراً من المنطقة التي يوجدون فيها بصفة مشروعة، بالطرد أو بأي فعل قسري آخر، دون مبررات يسمح بها القانون الدولي".

أما أثر القضاء الإسرائيلي في دعم ارتكاب هذه الانتهاكات الخطيرة، والتي وصفها نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بالجرائم الدولية الأكثر خطورة، فقد تجسد من خلال إضفاء الشرعية على هذه العقوبة. فقرارات محكمة العدل العليا في إسرائيل أكدت في مناسبات كثيرة على قانونية الإبعاد إلى خارج فلسطين المحتلة، لكنها قيدته بألا يكون جماعياً فقط، وأكثر من ذلك فإن هذه المحكمة – باعتبارها أعلى هيئة قضائية – ترى أن القدس الشرقية لا ينطبق عليها وصف الأراضي المحتلة كما هو عليه الحال مع قطاع غزة أو الضفة الغربية، بل هي أراض أعادتها إسرائيل إليها.

ونشير في هذا الجانب إلى مسألة أخرى تتعلق بالإبعاد، فهو وإن وقع لفلسطينيين حائزين على أوراق إسرائيلية (سواء أكانت الجنسية أم إقامات سنوية التجديد في القدس الشرقية) فإن تشريع قرارات إبعادهم وتأكيدها قضائياً يمكن إدانته، ليس من خلال اتفاقية جنيف الرابعة فقط التي أدانته بالإطلاق في المادة ٤٩ سواء أكان فردياً أم جماعياً، بل من خلال اتفاقية حظر جريمة الابارتهيد (التمييز العنصري) سنة ١٩٧٣ التي عدت السلطات التشريعية والقضائية والإدارية وحتى العسكرية متواطئة في ارتكاب جريمة الفصل العنصري، وبما إن إبعاد الفلسطيني يتم لأسباب عرقية فإننا نطالب الأمم المتحدة والمنظمات الدولية الحقوقية بمد تطبيق هذه الاتفاقية على إسرائيل، لأنها اتفاقية دولية عامة وليس خاصة بحالة التمييز العنصري الذي وقع في جنوب أفريقيا في العقود الماضية، وعالميتها هو رأي يقول به الكثير من فقهاء القانون الدولي المعاصر.

٢ – فرض التشريعات والأنظمة الإسرائيلية على السكان المدنيين:

يعد هذا الأمر أحد أهم الإجراءات التي اتخذتها سلطات الاحتلال على السكان المدنيين في القدس الشرقية بعد احتلالها عام ١٩٦٧، والذي عدَّه القانون الدولي الإنساني، ومن خلال معاهدة جنيف الرابعة، انتهاكاً جسيماً

لالتزام دولة الاحتلال بعدم تغيير القوانين المطبّقة في الدولة أو الأراضي المحتلة، أو حتى إضافة قوانين جديدة لتطبّق على هذه الأراضي وسكانها، أو فرض قيود جدية عليهم. وفي هذا المجال نشير إلى فرض الهويات الإسرائيلية على السكان المدنيين الفلسطينيين في القدس الشرقية، وهو أمر يتعارض تعارضاً مطلقاً مع قواعد القانون الدولي، حيث يُعد سكان المناطق المحتلة مدنيين يتمتعون بحماية القانون الدولي الإنساني، وهنا فإن من غير المعقول نشوء علاقة ولاء بينهم وبين دولة الاحتلال تحت أي ظرف، وهؤلاء لا يُعدون أبداً من مواطني دولة الاحتلال.

وقد حظرت اتفاقية جنيف في المادة ٦٤ إجراء أي تغيير على القوانين والتشريعات المدنية والإدارية والمالية والجنائية التي تطبّق في الأراضي التي تقع تحت احتلال دولة أخرى، وعلى هذا فإن دولة الاحتلال تكون ملتزمة بتطبيق هذه القوانين، وإننا نتساءل عما قامت وتقوم به سلطات الاحتلال على هذا الصعيد؟

والإجابة عن هذا التساؤل صعبة لسبب واحد، وهو أنه لكثرة القوانين والتشريعات والأنظمة التي فرضتها سلطات الاحتلال على السكان المدنيين في القدس، فإن من الصعب الإلمام بها في هذه الدراسة الموجزة، ولكن سنشير هنا لبعض النماذج، منها: حين صدر قانون ضم القدس الشرقية عُدَّ جميع المحامين الفلسطينيين تلقائياً ورغماً عن إرادتهم أعضاءً في نقابة المحامين الإسرائيلين، على الرغم من عضويتهم في نقابة المحامين الفلسطينية والأردنية، في مخالفة واضحة للمادة ٥٤[١] من اتفاقية جنيف الرابعة، ومن الأمثلة الأخرى نشير إلى قرار آخر لسلطات الاحتلال يتعارض مطلقاً مع التزامات قوات الاحتلال تجاه

(١) تنص المادة ٥٤ على أنه: "يحظر علي دولة الاحتلال أن تغير وضع الموظفين أو القضاة في الأراضي المحتلة، أو أن توقع عليهم عقوبات أو تتخذ ضدهم أي تدابير تعسفية أو تمييزية إذا امتنعوا عن تأدية وظائفهم بدافع من ضمائرهم.
على أن هذا الحظر لا يعوق تطبيق الفقرة الثانية من المادة ٥١، ولا يؤثر على حق دولة الاحتلال في إقصاء الموظفين العموميين من مناصبهم".

الأراضي التي تحتلها، وهو قانون المصادرة لأراضي الفلسطينيين الغائبين خارج القدس، سواء من العاملين في الدول العربية أم الذين لجؤوا إلى الدول المجاورة مثل سوريا والأردن. كما نشير إلى انتهاك آخر صارخ لالتزاماتها الدولية، وهو إلغاء سريان القوانين الأردنية السارية في القدس الشرقية باعتبارها جزءاً من الأراضي الأردنية، وكذلك إلغاء المحاكم الأردنية في القدس على الرغم من أن السيادة القانونية والقضائية تعود إلى الأردن باعتبار أن القدس شأنها شأن الضفة كانت جزءاً من الأردن حتى عدوان (يونيو) ١٩٦٧، على الرغم من حظر اتفاقية جنيف إلغاء القوانين العقابية والمحاكم في الأراضي المحتلة في المادة ٦٤ منها. يضاف إلى ذلك إلغاء الأنظمة المالية والمصرفية الأردنية المطبّقة في القدس، وأخطر من كل ما سبق إلغاؤها للنظام التعليمي الأردني في مدارس القدس واستبداله بالنظام التعليمي الإسرائيلي، ومن هنا فإن قوات الاحتلال قد تجاوزت كل الحدود في انتهاكها، حيث يصل عملها الأخير إلى مرتبة الإبادة الثقافية.

٣ – سياسة الإستيطان الصهيونية في القدس:

عمدت قوات الاحتلال دوماً على تفريغ القدس من أهلها، ولم تكتفِ بذلك فحسب، بل تقوم بإحلال مستعمرين يهود محلهم في القدس، وذلك بهدف تهويد القدس والتأكيد على كونها العاصمة الموحدة (كما يذكر قرار الكنيست الباطل) لإسرائيل، وهذه السياسة مرفوضة وفقاً لقواعد القانون الدولي التي لا تُجيز الأعتداء على سلامة الأراضي ووحدتها[١].

وتجدر الأشارة إلى أن نظام روما الأساسي يعتبر هذه السياسة جريمة حرب، فوفقاً للمادة ٨/٢/ب/٨ يُعتبر من جرائم الحرب "قيام دولة الاحتلال" على نحو مباشر أو غير مباشر، بنقل أجزاء من سكانها المدنيين إلى الأرض التي تحتلها".

(١) راجع تفصيل ذلك: المادة ٢/د من ميثاق الأمم المتحدة.

والحقيقة إن هذه الأعمال غير القانونية التي قامت ومازالت تقوم بها القوات الإسرائيلية تشكّل إلغاءً عملياً لسيادة الدولة الأردنية على جزء من أراضيها (حتى عام ١٩٨٨ كانت الضفة والقدس الشرقية جزءاً من أراضي المملكة الأردنية الهاشمية). ويكفي أن نشير إلى ما قامت به من فرض ضرائب جديدة بموجب القوانين الإسرائيلية تعود حصيلتها المالية إلى الميزانية الإسرائيلية، مثل ضرائب الدخل وضريبة القيمة المضافة، وضريبة الأملاك على البيوت وعلى الأراضي التي تقوم بلدية القدس الإسرائيلية بجبايتها، وهذه الضرائب وغيرها إنما تشكل انتهاكاً آخر للقانون الدولي الإنساني، ويبقى السؤال مطروحاً إلى متى تبقى إسرائيل خارج دائرة المساءلة القانونية الدولية عما ترتكبه من مخالفات جسيمة للقانون الدولي الجنائي والإنساني؟؟؟

الخاتمة:

من خلال البحث تبين لنا أن الأيام الصعبة التي تعيشها القدس الآن تقتضي منا العمل على وقف العدوان ورده، هذا العدوان الذي يتميز بطابع الوحشية التي لا سابق لها من قَبل منذ ثلاثة وأربعين عاماً، وهو ما يستدعي منا العمل على كل المستويات لأجل تعزيز مقاومة الأبطال في أرض الرباط كل حسب قدرته، إذ يجب علينا عدم الاستهانة بأي جهد يبذل، ولا نقلل من شأن أي عمل يحاول التصدي بأي وسيلة كانت للهجمة الصهيونية البشعة، ومن هنا فإن المعركة ضد هؤلاء المجرمين تقتضي تكوين جبهتين قانونية وقضائية، ولابد أن يكون لنا حضور فعال في مواجهتهم وإقامة الحجة عليهم، وقد بيّن البحث بعض الطرق أو الوسائل القانونية التي يمكن من خلالها لنا دولاً وحكومات وشعوباً عربية ومسلمة أن نتصدى للمخططات الصهيونية بشأن القدس، والانتقال من حالة الدفاع إلى الهجوم المضاد عليهم باستخدام أسلحتهم ذاتها، وهي الوسائل القضائية والقانونية.

وقد بيَنا الوسائل التي يمكن من خلالها تجريم المسؤولين الإسرائيليين مدنيين وعسكريين عما ارتكبوه من انتهاكات فظيعة وجرائم دولية منذ احتلالها

حتى يومنا هذا، لكن تنفيذ هذه الوسائل يتوقف على عوامل من أبرزها توافر الإرادة الحقيقية لدى الجهات المختصة رسمية أم شعبية في مقاومة التهويد، وفضح مخططات الإسرائيليين، والصمود أمام الضغوطات السياسية والاقتصادية المتوقعة، كما حصل لبلجيكا قبل سنوات عندما أُجبرت على تعديل أحكام قانونها الجنائي فيما يتعلق بالاختصاص العالمي الشامل لهذا القانون عن الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة.

وقد اقتصر بحثنا على وسيلتين وجدناهما فعالتين ومؤثرتين في كل الظروف الصعبة والمعقدة:

أما الوسيلة الأولى: فهي المطالبة بمقاضاة المسؤولين الإسرائيليين مدنيين وعسكريين وفقاً للاختصاص القانوني والقضائي الشامل لكل من أسبانيا وسويسرا وبلجيكا وبريطانيا وفرنسا، وقد بيّنا بأنه بإمكان الفلسطينيين من الذين لديهم جنسية أوروبية أو مقيمين في إحدى الدول الأوروبية التقدم بشكاوى منفصلة أمام المحاكم الوطنية لهذه الدول الخمس، للمطالبة بتعويضهم عن الأضرار المادية والمعنوية المباشرة وغير المباشرة التي أصابتهم بسبب الجرائم الفظيعة التي اقترفتها إسرائيل، ومازالت تقترفها في القدس مشفوعة بتقارير طبية وكتب رسمية موثّقة عن أثر هذه الجرائم عليهم، يطالبون فيها الإقرار بمسؤولية إسرائيل الدولية عن هذه الجرائم، وتعويض الضحايا عن جميع الأضرار التي أصابتهم نتيجة اقتراف إسرائيل لهذه الجرائم، وهو مدخل مهم لإقرار المسؤولية الجنائية لقادتها المدنيين والعسكريين، وما يستتبع ذلك من إصدار مذكرات استدعاء أو توقيف بحق هؤلاء المسؤولين.

أما **الوسيلة الثانية**: فتتمثل بمطالبة الدول العربية المنضّمة للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهي المملكة الأردنية الهاشمية وجمهورية جيبوتي وجمهورية جزر القمر الاتحادية إذ انضمت الأولى بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١١ والثانية في ٢٠٠٢/١١/٥ والثالثة في ٢٠٠٦/١١/١، والدول الإسلامية وهي: النيجر (التي انضمت في ٢٠٠٢/٤/١١) والبوسنة والهرسك (التي انضمت في ٢٠٠٢/٤/١١) وألبانيا (التي انضمت في ٢٠٠٣/١/٣١)، وبنغلاديش (التي

انضمت في ٢٠١٠/٣/٢٣). (مطالبة هذه الدولة باللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية لمقاضاة المسؤولين الإسرائيليين مدنيين وعسكريين) وفقاً لأحكام المادة (١٣) من النظام الأساسي التي تعطي الحق لهذه الدول بطلب إجراء التحقيق، لأنها دول أطراف في نظام روما الأساسي.

وحسب المادة ١٣ فإن الأردن على سبيل المثال يستطيع أن يطلب من المدعي العام القيام بإجراء تحقيق حول (الحالة) في القدس، مشفوعاً بقلقه (أي الأردن) من حصول انتهاكات فعلية للقانون الدولي الإنساني، ومدعوماً بكون الحالة في القدس تمثّل تهديداً للسلم والأمن الدوليين. كما أن الأردن يستطيع دعم طلبه بإرفاق شكاوى مقدمة من مواطنيه الذين أصابهم ضرر حقيقي وجسيم جراء ما أصاب أقاربهم وممتلكاتهم في القدس من أضرار مباشرة وغير مباشرة، فضلاً عن القرارات بالمصادرة المتخذة من جانب الدولة المحتلة، خاصة إذا ما علمنا أن القدس الشرقية كانت جزءاً من الأراضي الأردنية حتى عام ١٩٨٨، يضاف إلى ذلك أن المملكة الأردنية تستطيع دعم طلبها بالتزامها التعاهدي مع إسرائيل وفقاً لاتفاقية وادي عربة التي أعطتها الولاية على الأماكن الإسلامية المقدسة في القدس الشريف، وهو ما يلزمها بضرورة عدم إخلالها بالتزاماتها التعاهدية وفقاً لهذه المعاهدة. كما أن هذا الطلب الأردني إذا ما حصل فإن له أن يُدعم بطلبين يقدّمان إلى الادعاء العام للمحكمة من جزر القمر وكذلك من جيبوتي؛ لكي يوضع الادعاء العام بموقف لا يستطيع معه رفض ثلاثة طلبات، يؤكد فيها على اعتبار ما ورد فيه تهديداً للأمن والسلم الدوليين، إضافة لكون ذلك يمثل انتهاكات على درجة كبرى من الخطورة التي أشارت إليها الفقرة ٢ من المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة، والتي تستدعي من الدول الأطراف في النظام الأساسي التقدم بطلب التحقيق في ارتكابها سواء من دولة طرف أم غير طرف في المحكمة. وقد يرى البعض صعوبة مقاضاة المسئولين الإسرائيليين، وهذا كلام صحيح لكن المطلوب هو سحب غطاء الشرعية القانونية منهم، وإثبات أننا لسنا أمام دولة ديمقراطية كما يدعون، بل هو نظام منتهك لحقوق الإنسان والقانون الدولي معاً، أي بعبارة أخرى أن النظام الإسرائيلي لا يقل عن الأنظمة القمعية في انتهاكه للقانون الدولي ولحقوق الإنسان.

المقترحات:

١ – وضع إستراتيجية قانونية فلسطينية وعربية وإسلامية موحدة من أجل دعم صمود الفلسطينين عموماً والمقدسيين خصوصاً للثبات في أرضهم، والالتصاق بها وعدم تركها تحت أي ظرف أو نتيجة لأي ضغط.

٢ – تبني موقف فلسطيني عربي وإسلامي موحد من قضية تهويد القدس والمقدسات الدينية، بما ينسجم مع تطلعات الشعوب العربية ويحفظ الأمن القومي العربي.

٣ – مقاومة الاستيطان في القدس بكافة أشكاله ومواقعه، باعتباره أهم أدوات تهويد المدينة المقدسة.

٤ – تعزيز صمود المرابطين والمقيمين في القدس، وتقديم كافة المساعدات المادية والمعنوية لهم لمجابهة الضغوط والتحديات التي تدفعهم لترك مدينتهم، والحفاظ على تماسكهم الاجتماعي ونسيجهم الوطني.

٥ – تكثيف الندوات والمحاضرات والمؤتمرات للتأكيد على الأهمية الدينية والتاريخية والجغرافية لمدينة القدس.

٦ – توسيع وسائل وأدوات صمود المقدسيين ورفع معنوياتهم وتحقيق الأمن النفسي والاجتماعي لهم من خلال إقامة المراكز الثقافية والدينية الفلسطينية والعربية والإسلامية.

٧ – تشكيل هيئة قانونية من الخبراء والقضاة وأساتذة القانون والمحامين من كافة الدول العربية والإسلامية وغير الإسلامية، على أن تكون مهمة هذه الهيئة رصد ومتابعة وتوثيق الجرائم الصهيونية ضد مدينة القدس، ومن ثمَّ بذل الجهد في رفع الدعاوى القضائية ضد مرتبكي انتهاكات القانون الدولي الإنساني. ويُمكن أن توضع هذه الهيئة تحت مظلة جامعة الدول العربية أو منظمة دول عدم الانحياز.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

أولاً – المراجع باللغة العربية:

١ – د. عبد الله الاشعل، قضية الجدار العازل أمام محكمة العدل الدولية، دار نصر للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٦، ط٢،

٢ – د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي، المعهد الدولي لحقوق الإنسان بجامعة دي بول بشيكاغو، دار الشروق

٣ – د. أحمد فتحي سرور، رئيس مجلس الشعب المصري السابق، مداخلته في الجلسة الافتتاحية للدورة الإقليمية الرابعة للقانون الدولي الإنساني، القاهرة، ١٨–٢٨/٦/٢٠٠٧م.

ثانياً – المراجع باللغات الأجنبية:

1 - -Arriaza, Roht, Guatemala Genocide Case- Spanish Constitutional Tribunal decision on universal jurisdiction over genocide claimes, (claims) American Journal of International law, vol.100, n»1, 2006.

2 - -Ascensio, Hervé, L'argument de la nécessité militaire devant les tribunaux pénaux internationaux, Acte prȩsentȩ au colloque international de la SFDI, 8-10 juin 2006, Grenoble /France.

3 - -Bantekas, Ilas, **International Criminal Law**, London, Cavendish Publishing, 2nd Edition, 2003.

4 - -Bassiouni, Cherif, **Negotiations The Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court, CILJ**, vol.32, nº3, 1999.

5 - Bassiouni, Cherif, The History of Universal Jurisdiction and its place in International Law, in:Macedo, Stephano, Universal Jurisdiction, University of Pennsylvania Press, 2004.

6 - -Biguma, Nicolas, **La reconnaissance conventionnelle de la compétence universelle des tribunaux internes à l'égard de certains crimes et délits**, Thèse de doctorat, Paris, 1998.

7 - -Cassese, Antonio, **When may Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo V.Belgium Case**, European Journal of International Law, vol.13, nº4, 2002.

8 - -Congras, Isabelle, **La question d'un tribunal pénal international permanent**, Lille, éditions Anthèses, Lille, 2000.

9 - -Cot, Jean-Pierre, **L'affaire du mandat d'arrêt du 11 Avril 2000: République Démocratique du Congo C. La Belgique**, Revue trimestrielle des droits de L'homme, nº50, 2002.

10 - -Cryer, Robert, **The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter**? International and Comparative Law Quarterly, vol.56, 2007.

11 - Daglish, Kristen, **The Crime of Genocide**, ICLQ, vol. 50, 2001.

12 - -El-Zeidy, Mohamed, **Universal Jurisdiction in Absentia: Is it a Legality Valid Option for Repressing Heinous Crimes**, Oxfoed university comparative law forum, vol.4, 2003.

13 - -Garapan, Antonio, **Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner**, Paris, Odile Jacob, 2002.

14 - -Gillet, Eric, **La compétence universelle**, in De Nuremberg à La Haye et Arusha, sous la direction de Destexhe, Alain et Fort, Michel, Bruxelles, Bruylant, 1997.

15 - -Goldman, Olivia, **Recent Developments in International Criminal Law**, International and Comparative Law Quarterly, vol.54, 2005.

16 - -Kissinger, Henri, **La nouvelle puissance américaine**, Paris, Fayard, 2003.

17 - -Prudencio, Garcia, **Comment Pinochet a été lâché par l'armée**, Courrier International,nº741, du 13 au 19 janvier 2005.

18 - -Stroobants, Jean-Pierre, **Il n'appartient pas à la Belgique de juger Ariel Sharon**, in le monde, Section internationale, 9 août 2001.

19 - -Zechini, Laurent, **En Belgique, un jury populaire est saisi du génocide rwandais**, in le monde, section internationale, 19 avril 2001.

تقييم أحكام العقوبات التأديبية الخاصة بالصحفيين في القانون الأردني

الدكتور/ هيثم حامد المصاروة
كلية الأعمال برابغ - جامعة الملك عبدالعزيز
المملكة العربية السعودية

ملخص:

يعد مبدأ حرية الصحافة من أهم المبادئ التي تحكم العمل الصحفي، غير أن هذا المبدأ ليس بالمبدأ المطلق، بل أن هناك حدوداً وضوابط تحُده، إذ ينبغي على من يزاول العمل الصحفي الالتزام بها واحترامها، فلا يجوز له أن يحيد عنها أو يغفلها، وهو ما ينطبق على الحدود والضوابط المتعلقة بجملة من الواجبات المهنية الملقاة على عاتق الصحفي، فإن حصل وقام الصحفي بتجاوز أي من تلك الحدود والضوابط، فإنه قد يترتب على فعله هذا انعقاد مسؤوليته القانونية، وهذه المسؤولية على صور ثلاث، فهي إما أن تكون مسؤولية جنائية، أو مسؤولية مدنية، أو مسؤولية تأديبية.

وإذا كان أمر انعقاد المسؤولية الجنائية والمدنية منوطاً بالقضاء بما يتوافر له من خبرات وضوابط وضمانات، فإن المسؤولية التأديبية تكون منوطة بمجلس تأديبي يتم تشكيله في نقابة الصحفيين ومن أعضائها، بحيث يتولى هذا المجلس التحقيق والسير في الشكوى المقدمة ضد الصحفي وتوقيع العقوبة المناسبة عليه ووفق الإجراءات التي يرتئي تبنيها، إذ يستطيع هذا المجلس معاقبة الصحفي بإحدى العقوبات الأربعة الآتية: التنبيه، الإنذار، المنع من ممارسة المهنة لمدة معينة، وشطب اسم الصحفي من سجل الصحفيين.

وتحاول هذه الدراسة البحث في هذه العقوبات التأديبية، ولا سيما من حيث مدى اتساقها وكفايتها لضمان التزام الصحفيين بواجباتهم المهنية والحدود المقررة لها.

المقدمة

تعد مهنة الصحافة من أهم المهن وأكثرها تأثيراً على المجتمع والدولة، وسواء تعلق الأمر بالنواحي السياسية أم الاقتصادية أم الاجتماعية أم الثقافية أم الفكرية أم غيرها، ذلك أنه قد يتاح الاطلاع على ما يكتبه الصحفي الواحد من قبل أشخاص كُثر، قد يربو عددهم على الآلاف أو مئات الآلاف أو أكثر، ومن ثم فقد يكون لاطلاع مثل هؤلاء الأشخاص آثار إيجابية هو عين ما يصبو إليه الصحفي المبدع المتترس بشرف المهنة، كما قد يولّد ذلك الاطلاع أصداءً سلبية هو ما يجب أن يتجنبه ويبتعد عنه أي صحفي يمارس مهنته.

لذلك يمكن القول بأن مهنة الصحافة قد تكون في يد من يمتهنها سلاحاً ذا حدين، ذلك أنها قد تكون في يد البعض أداة للإصلاح والتغيير ومحاربة السلبيات السائدة، في الوقت الذي قد يخشى من مزاولة البعض لها، لأن في مزاولتها من قبله تهديداً للنظام العام في أحد جوانبه، فهي بمثابة أداة هدم وتخريب وتدمير للجوانب الإيجابية في المجتمع.

غير أن الحدود الفاصلة بين ما هو إيجابي، وما هو سلبي، قد تدق أحيانا، فيصعب التفريق بينها وتمييزها بسهولة، خصوصاً وأن الأصل الذي تقوم عليه ممارسة هذه المهنة بالذات يتصل بحرية الفكر والرأي والتعبير، ومن ثم فقد لا يغدو مستبعداً أن يعد ما هو إيجابي في نظر البعض سلبي في نظر البعض الآخر.

ومع ذلك، فثمة جملة من المبادئ والضوابط تتعلق بالمهنة أضحت أدنى إلى الاستقرار وأقرب إلى الثبات، الأمر الذي حدا بالمشرع إلى النص عليها مباشرة في بعض التشريعات وعلى رأسها الدستور وقانون نقابة الصحفيين والتشريعات الصادرة بموجبه كالنظام الداخلي للنقابة، بالإضافة إلى ميثاق

الشرف الصحفي، في حين أن بعضها الآخر ما يزال في حيز الأعراف المهنية، أو حتى في طور التكوين والنشوء.

ولما كان الحفاظ على مثل هذه المبادئ والضوابط يعد ضرورة ويكتسب أهمية بالغة، فقد تولى المشرع حمايتها وكفالة احترامها بواسطة فرض جزاءات قانونية مختلفة على مَن يقوم بخرقها أو الإخلال بواجباته المنصوص عليها في القانون، ومن قبيل هذه الجزاءات: الجزاءات المدنية المتمثلة بإلزام الصحفي بتعويض سائر الأضرار التي يتسبب بها عند ممارسته للمهنة، والجزاءات الجنائية التي تسمح بفرض عقوبة الحبس أو السجن أو الغرامة على الصحفي إذا ما كان فعله يشكل جريمة، غير أن وجود مثل هذه الجزاءات قد لا يخص الصحفي بمفرده، فقد تنطبق على الصحفي كما تنطبق على غيره، كما أنها قد لا تكفي لمواجهة بعض ما يرتكبه الصحفي من أخطاء أو على الأقل قد لا تكون كافية لمنع تكرار تلك الأخطاء في بعض الأحيان، لذلك كان لا بد من إقرار نوع آخر من الجزاءات، نوع يراعي الخصوصية التي تضطلع بها مهنة الصحافة ويتلاءم معها ولا يشيع الإرباك أو الاضطراب عند ممارستها، ويمكن من خلاله تقويم أخطاء الصحفي والمحافظة على المهنة ودورها الفاعل، بحيث يبقى الصحفي عند ممارسته للمهنة بعيداً عن الانحراف عن رسالة الصحافة أو الخروج عليها، وبمنأى عن خرق أحكام التشريعات النافذة التي تنظمها، هذه الجزاءات هي ذاتها التي درجت التنظيمات المهنية المماثلة على النص على مثلها، وهي ما يعرف بالجزاءات التأديبية "العقوبات التأديبية".

وإذا كان المشرع الأردني قد نظم أحكام الجزاءات التأديبية للصحفيين في قوانين نقابة الصحفيين التي أصدرها في عام ١٩٥٣، ثم في عام ١٩٨٣، وآخرها في عام ١٩٩٨ "النافذ"، فقد يكون ما يحث المشرع على إعادة تنظيم وإجراء تغيرات أو إدخال تعديلات عليها يرجع إلى التطور الحاصل على مستوى مهنة الصحافة وعلى مستوى المجتمع والدولة بصفة عامة، بالإضافة إلى وجود بعض أوجه الخلل أو النقص في بعض الأحكام والتي يلاحظ وجودها أو يرى ضرورة تداركها، إلا أن ما يُهمنا في الوقت الحاضر هو الوقوف على أحكام

الجزاءات التأديبية في القانون "النافذ"، أي قانون نقابة الصحفيين رقم (١٥) لسنة ١٩٩٨، فهل فعلا تكفي هذه الأحكام وتتنوع بحيث يمكن من خلالها الإبقاء على الصحفي بعيداً عن ارتكاب الأخطاء المهنية، أو تحول فعلاً دون تكراره لها إن هو فعلاً أقدم على ارتكاب واحدة منها؟ وهل تطبق هذه العقوبات على الصحفيين كافة، بحيث تحقق مبدأ المساواة بينهم، أم أنه يمكن استثناء بعض منهم من نطاقها؟ وفي المقابل هل توفر هذه الأحكام من الإجراءات والضمانات ما يكفي لحماية الصحفي عند التحقيق معه وإيقاع العقوبة التأديبية بحقه؟ وهل يُتطلب بالسلطة القائمة على التأديب شروط كافية لضمان أدائها لمهامها بكفاءة؟ وبعبارة أشمل فإن التساؤلات المثارة حول الجزاءات التأديبية قد تتنوع وتتعدد، كما في التساؤلات السابقة وغيرها، إلا أنه يمكن القول بأن أغلبها يدور حول مدى كفاية وفاعلية أحكام الجزاءات التأديبية في تحقيق الغايات المنوطة بها، فما مدى كفاية هذه الجزاءات وفاعليتها في الحيلولة دون وقوع الأخطاء المهنية من قِبل الصحفيين؟

لعل الإجابة عن مثل هذه التساؤلات يحتاج إلى تقييم الأحكام المتعلقة بالجزاءات التأديبية وتحليلها، وهو ما يتطلب بدوره دراسة مضمون الجزاءات التأديبية، ليتسنى من بعد ذلك البحث في الضوابط والمبادئ التي تحكمها، بيد أنه يجدر بنا قبل ذلك المرور على مفهوم الصحافة والصحفي وإيراد تعريف لكل منهما، لذلك فإن دراستنا ستتوزع على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: مفهوم الصحافة والصحفي.

المبحث الأول: مضمون العقوبات التأديبية.

المبحث الثاني: ضوابط فرض العقوبات التأديبية.

المبحث التمهيدي
مفهوم الصحافة والصحفي

يرتبط مصطلح الصحافة والصحفي بمصطلحات عديدة أخرى[١]، كما قد يندرج تحت كل منهما جملة من المصطلحات نظراً لتطور وتشعب وتنوع مجالات العمل الصحفي وصوره، والذي بدت وتيرة اتساعه وازدهاره أكثر تسارعاً أثناء القرن الماضي ومع بدايات القرن الحالي، أي بالتزامن مع انتشار الآلة ووسائل الاتصال الحديثة، ولا سيما شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت)، وما أفضت إليه من سرعة شديدة في انتقال المعلومات ومعرفة الأخبار وانتشارها.

ونتولى من خلال هذا المبحث تعريف كل من الصحافة والصحفي في مطلب مستقل كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم الصحافة.

المطلب الثاني: مفهوم الصحفي.

المطلب الأول
مفهوم الصحافة

تعرف المادة (٢) من قانون نقابة الصحفيين الأردنيين الصحافة بأنها: (مهنة إعداد المطبوعات الصحفية وتحريرها وإذاعتها)[٢].

---

(١) جاء في المعجم حول كلمة صحف ما نصه: (...الصحيفة قطعة من جلد أو قرطاس كتب فيه، وإذا نسب إليها قيل رجل صَحَفي "بفتحتين" ومعناه يأخذ العلم منها دون المشايخ...). أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٠٠.

(٢) المادة (٢) من قانون نقابة الصحفيين.

أما المقصود بالمطبوعات الصحفية المشار إليها في التعريف السابق فهو: المطبوعة التي تصدر بصورة مستمرة أو منتظمة وتكون معدة للتوزيع على الجمهور(٣).

واستناداً إلى هذا التعريف فإنه يمكن تصور أشكال متعددة للمطبوعات الصحفية، ومن أمثلتها: الصحف (الجرائد) وسواء أكانت يومية أم أسبوعية، بالإضافة إلى المجلات والدوريات والنشرات.

والجمهور المشار إليه في التعريف لا يعني بالضرورة سائر الناس، بل يكفي أن تكون تلك المطبوعة تهم جانباً من الجمهور كالمختصين والمهتمين بمجال أو موضوع أو علم معين، كما في المطبوعات المختصة بالموضوعات السياسية أو الاقتصادية أو الرياضية أو الفنية، أو حتى أحد أنواع أو صور أي منها: كالسياسة الدولية، أو الاقتصاد المحلي، أو الرياضة العالمية، أو فن المسرح.

المطلب الثاني
مفهوم الصحفي

يعرف الصحفي بحسب ما جاء في المادة (٢) من قانون نقابة الصحفيين كالآتي: (الصحفي: عضو النقابة المسجل في سجل الصحفيين واتخذ الصحافة مهنة له وفق أحكام هذا القانون)(٤).

---

(٣) جاء في المادة (٢) من قانون المطبوعات والنشر ما يأتي: (المطبوعة الصحفية وتشمل ما يلي:
المطبوعة اليومية: المطبوعة التي تصدر يومياً بصورة مستمرة باسم معين وأرقام متتابعة وتكون معدة للتوزيع على الجمهور.
المطبوعة غير اليومية: المطبوعة التي تصدر بصورة منتظمة مرة في الأسبوع أو على فترات أطول وتكون معدة للتوزيع على الجمهور).

(٤) انظر كذلك: المادة (٢) من قانون المطبوعات والنشر رقم (٨) لسنة ١٩٩٨.

يلاحظ من خلال هذا التعريف بأنه يجب لاكتساب صفة الصحفي توافر الشرطين الآتيين:

أ – أن يكون الشخص عضواً مسجلاً في نقابة الصحفيين[٥]، وبذلك يستبعد الأشخاص غير المسجلين في النقابة أو الذين لم ترد أسماؤهم في السجل الخاص بالصحفيين وبغض النظر عن سبب ذلك، أي سواءً أكان ذلك بناء على طلب من الصحفي، أم من خلال جزاء أوقع بحقه[٦].

ب – أن يتخذ الشخص الصحافة مهنة له، أي مهنة فعلية وأساسية له[٧]، وهو ما يستلزم عادة أن تكون مورداً للرزق بالنسبة له[٨]، وهذا يتطلب بدوره ألا يكون الشخص منشغلاً بمهنة أساسية أخرى أو يمارس الصحافة عرضاً.

نستنتج من ذلك بأنه ليس كل من كتب مقالاً أو نشر خطاباً في صحيفة يمكن أن يكون صحفياً، فالانقطاع للعمل الصحفي والانصراف إليه هو الذي يكسب الشخص الهوية الصحفية، كما أن وصف الصحفي لا يقتصر فقط على من يقوم بإصدار الصحيفة أو تحرير المقالات والأخبار بها، وإنما يشمل أيضاً

---

(٥) جاء في المادة (٥) من قانون نقابة الصحفيين ما يأتي: (يشترط في من يسجل في النقابة أن يكون:
أ– أردني الجنسية. ب– غير محكوم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف. ج– متمتعاً بالأهلية القانونية. د– حاصلاً على أحد المؤهلات العلمية.... هـ– كل من يحمل مؤهلات أقل مما ذكر سابقاً وأمضى في العمل الصحفي داخل الأردن قبل نفاذ هذا القانون مدة لا تقل عن ثماني سنوات... و– أن يكون متفرغاً لممارسة العمل الصحفي ممارسة فعلية). انظر كذلك: المادة (١٢) من القانون ذاته.

(٦) انظر: المادتين (١١)، (٤٦) من قانون نقابة الصحفيين.

(٧) انظر: الفقرة (و) من المادة (٥) من قانون نقابة الصحفيين.

(٨) لم يصرح المشرع بضرورة أن يتخذ الصحفي من مهنته مصدراً للرزق، إلا أن التوصل إلى مثل هذه النتيجة يبدو ممكناً من نصوص عدة، وخصوصاً المادة (٤٢) من قانون نقابة الصحفيين والتي جاء فيها ما نصه: (يحظر على الصحفي: أ– ممارسة أي عمل آخر غير المهنة الصحفية بما في ذلك الأعمال التجارية وتمثيل الشركات في أعمالها التجارية أو الصناعية. ب– الجمع بين عضوية النقابة وأي نقابة أخرى...).

كل من يشارك بفنه واختصاصه في قسم من أقسام الصناعة الصحفية بحيث يكون له دور في إصدار المطبوعات، وبهذا فإن لقب الصحفي يطال كل من يعمل في ميدان الصحافة عملاً منتظماً في التحرير أو التصوير أو الرسم(٩)، وهو بذلك ينطبق على أشخاص كُثر(١٠)، ومن أمثلتهم: صاحب الصحيفة، رئيس المؤسسة، رئيس التحرير، الصحفي المحرر، المراسل، المصور، الرسام، وكل من يكون له دور في إصدار الصحيفة(١١).

(٩) انظر: د. عادل زيادات، دراسة تحليلية لقانون نقابة الصحفيين الأردنيين لعام ١٩٨٣، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد: الثالث، العدد: الثاني، المفرق، ١٩٩٨، ص٢٢.

(١٠) لقد حددت المادة (٨) من قانون نقابة الصحفيين الأعمال الصحفية صراحة، فنصت على الآتي: (لغايات هذا القانون تعتبر الأعمال التالية ممارسة للعمل الصحفي: أ- رئيس التحرير أو مدير التحرير أو المدير العام لمؤسسة صحفية أردنية أو المحرر المسؤول أو المحرر أو المصور الصحفي أو رسام الكاريكاتير أو المراسل الصحفي أو المندوب الصحفي لها داخل المملكة أو خارجها. ب- المحرر أو المندوب الصحفي أو المراسل الصحفي لوكالة أنباء معتمدة بصورة قانونية في المملكة أو المندوب الصحفي المعتمد لمطبوعة صحفية. ج- رئيس التحرير أو المحرر أو المندوب الصحفي أو المراسل الصحفي أو المصور الصحفي أو رسام الكاريكاتير في الوزارة أو في أي دائرة أو مؤسسة إعلامية رسمية. د.ع ضو هيئة التدريس لمادتي الصحافة أو الأعلام في جامعة أردنية. هـ- عمل الصحفي المسجل في أي من الوظائف الإعلامية في الوزارة أو في أي دائرة إعلامية رسمية).

(١١) انظر: د. عباس علي محمد الحسيني، المسؤولية المدنية للصحفي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٣، ص١١.

المبحث الأول
مضمون العقوبات التأديبية

لقد مرت العقوبات التأديبية بمراحل تاريخية مختلفة، فمن مرحلة لم تكن فيها معروفة أو مقرة أصلاً، إلى مراحل أخرى وجدت فيها هذه العقوبات على الرغم من اختلاف عددها ونطاقها وإجراءاتها وغير ذلك من المسائل المتعلقة بها(١٢).

وما يهمنا في هذا الصدد هو التعرف على أحكام العقوبة في القانون النافذ لنقابة الصحفيين، إذ تثار العديد من التساؤلات حول معنى العقوبة التأديبية ونطاقها وموجبات فرضها، بالإضافة إلى أنواعها، ويشار هنا إلى أن جانباً من هذه المسائل لا يتعلق فقط بالقانون المذكور، وإنما قد يرتبط بتشريعات أخرى

(١٢) بالنظر إلى التطور التاريخي للتشريعات المتعلقة بالصحافة والمسؤولية الناجمة عن مزاولتها في الأردن، نجد أنها وفي ظل الحكم العثماني للأردن (من عام ١٥١٦-١٩١٨)، كانت محدودة وضئيلة الأهمية، وذلك نتيجة التردي والقصور الثقافي والاجتماعي الذي كان سائدا آنذاك، الأمر الذي استمر في عهد الانتداب البريطاني، إذ بقيت هذه الأوضاع على حالها، بل ازدادت سوءاً، غير أن ثمة تطور كبير حدث في الأردن بعد عام ١٩٢٠، إذ بدأ الاهتمام بالصحافة والتشريعات الناظمة لها، وبدأت بوادر التنظيم القانوني للمسؤولية الصحفية تظهر، فصدر في عام ١٩٢٧ تعليمات مديرية المطبوعات، والتي تضمنت بدورها قواعد شمولية لجميع المطبوعات، ثم تلا ذلك صدور جملة من التشريعات سواء تعلقت بالمطبوعات والنشر أو بنقابة الصحفيين، وقد كان من أهمها قانون نقابة الصحفيين الأردنيين رقم (١٧) لسنة ١٩٥٣، وقانون نقابة الصحفيين المؤقت رقم (١) لسنة ١٩٨٣، أما آخرها فكان قانون نقابة الصحفيين رقم (١٥) لسنة ١٩٩٨ "النافذ".
للمزيد من التفصيل انظر: أميمة بشير شريم، الصحافة الأردنية وعلاقتها بقوانين المطبوعات، الطبعة الأولى، ١٩٨٤، ص٣. مازن العرموطي وعادل الزيادات، البيئة القانونية للصحافة في المملكة الأردنية الهاشمية، دراسات (سلسلة العلوم الإنسانية) الجامعة الأردنية، المجلد السادس عشر، العدد الثالث، عمان، ١٩٨٩، ص٢٧٠.

كقانون المطبوعات والنشر والنظام الداخلي لنقابة الصحفيين، فضلاً عن القواعد الواردة في ميثاق الشرف الصحفي.

وعليه فإن دراسة مضمون العقوبات التأديبية يمكن أن تتم من خلال توزيع الدراسة على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف العقوبة التأديبية.

المطلب الثاني: نطاق العقوبات التأديبية.

المطلب الثالث: موجبات فرض العقوبة التأديبية.

المطلب الرابع: أنواع العقوبات التأديبية.

المطلب الأول
تعريف العقوبة التأديبية

العقوبة لغة: المجازاة عن فعل السوء(١٣).

أما التأديب لغة فيعني: التهذيب، إذ أن مصدره أدب من باب ضرب، وجاء

(١٣) جاء في المعجم: (اعتقب الرجل خيراً أو شراً بما صنع: كافأه به. والعقاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سوءاً؛ والاسم العقوبة. وعاقبه بذنبه معاقبة وعقاباً: أخذه به. وتعقبت الرجل بذنب كان منه). ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع، ص٣٠٢٧.
كما قد يعبر عن العقوبة بمصطلح آخر هو "الجزاء". والجزاء لغة: المكافأة على الشيء، والجزاء يكون ثواباً ويكون عقاباً. لسان العرب، المرجع السابق، ص٦١٩.
وإذا كان الجزاء يستخدم للثواب والعقاب لغة، فقد يذهب البعض إلى القول بأن استخدام مصطلح "العقوبة" أكثر دقة من مصطلح "الجزاء". ومع ذلك نعتقد بأن استخدام كلا المصطلحين يؤدي إلى المعنى ذاته، فكلاهما يجب أن يقترن بمصطلح "التأديب"، والتأديب لغة يتضمن معنى المعاقبة على الإساءة.
غير أننا آثرنا استخدام مصطلح العقوبة التأديبية انسجاماً مع ما ورد في قانون نقابة الصحفيين والنظام الداخلي الخاص بها.

في المعجم أدبته أدباً: (علمته رياضة النفس ومحاسن الأخلاق... وقيل أدبته تأديباً إذا عاقبته على إساءته لأنه سبب يدعو إلى حقيقة الأدب)[١٤].

أما اصطلاحاً فلم يورد قانون نقابة الصحفيين أو النظام الداخلي للنقابة تعريفاً خاصاً للعقوبة التأديبية[١٥] للصحفي، إذ اقتصرت النصوص الواردة في كل منهما على إيراد الأحكام المتعلقة بهذه العقوبة وما يتصل بها من إجراءات وصلاحيات[١٦].

---

(١٤) المصباح المنير، المرجع السابق، ص١١.

(١٥) يعد مصطلح العقوبة التأديبية من المصطلحات الأكثر استعمالاً في القانون العام، وتحديداً في القانون الإداري الذي يتولى بالتنظيم أحكام الوظيفة العامة.
وقد أورد الفقه القانوني تعريفات عدة للعقوبة التأديبية في مجال الوظيفة العامة، إذ عرفها البعض بأنها: (إجراء إصلاحي عقابي في الوقت ذاته، يهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها نظام المرافق العامة التي هي جزء من الأسس العامة لنظام الدولة والمجتمع). د.عبد القادر الشيخلي، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر، عمان، ١٩٨٣، ص٥٧١. في حين عرفها البعض الآخر بقوله: (إجراء عقابي، محدد بالنص، توقعه السلطة التأديبية المختصة، على الموظف الذي يخل بواجباته الوظيفية، وينالـه في مزاياها). د. منصور إبراهيم العتوم، المسؤولية التأديبية للموظف العام، الطبعة الأولى، مطبعة الشرق ومكتبتها، عمان، ١٩٨٤، ص١٢٠. كما عرفها البعض بأنها: (وسيلة الإدارة في ردع وإصلاح مرتكبي المخالفات التأديبية داخل المجتمع الوظيفي بقصد الحفاظ على النظام فيه). د. أحمد سلامة بدر، التحقيق الإداري والمحاكمة التأديبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٠٠.

(١٦) يندرج موضوع العقوبة التأديبية ضمن أحكام المسؤولية التأديبية، إذ يترتب على انعقاد المسؤولية التأديبية للصحفي إمكانية إيقاع إحدى العقوبات عليه، غير أن ذلك يبقى منوطا بتوافر ركنين – عنصرين – وهما:
أ- الركن المادي: وهو الفعل الذي يقترفه الصحفي ويكون له مظهر خارجي ملموس ومحدد، وسواء أكان ذلك الفعل إيجابياً أم سلبياً. وهذا يعني أنه لا يكفي لقيام الركن المادي مجرد النوايا أو التفكير بارتكاب خطاء ما.
ب- الركن المعنوي: ويعني صدور الفعل الخاطئ عن إرادة آثمة من الصحفي. إذ يستوي في ذلك أن يكون هناك قصد من وراء تلك الإرادة بتحقيق نتيجة معينة، أو كانت الإرادة لا تنصرف إلا إلى النشاط ذاته، أي دون نظر إلى نتيجة، بحيث تعبر فقط =

ومع ذلك فإنه يمكن من خلال الأحكام الواردة في قانون نقابة الصحفيين ونظامها الداخلي تعريف العقوبة التأديبية للصحفي بأنها: الجزاء الذي يوقع على الصحفي بسبب ارتكابه خطأ ذا صلة بمهنته.

يتضح من هذا التعريف بأن الغاية من إيقاع العقوبة التأديبية على الصحفي هي محاسبته بقصد إصلاح وتقويم السلوك المنافي لأصول وضوابط المهنة الصحفية(١٧)، وهذا معناه أن إيقاع العقوبة التأديبية يرتبط بانحراف الصحفي عن السلوك المهني الذي يفترض به اتباعه، وهذا الانحراف هو ما عبر عنه التعريف السابق بالخطأ(١٨)، ولا يهم من بعد ذلك ماهية ذلك الخطأ التأديبي

= عن الإهمال والتقصير، وبعبارة فإن الأخطاء التأديبية قد تكون عمدية أو غير عمدية. قارن بصدد الخطأ التأديبي في الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، النظام التأديبي في الوظيفة العامة، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص٣٠-٣١. وانظر كذلك: بريك بن عائض القرني، مسؤولية المحامي التأديبية والمدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية ونظام المحاماة السعودي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤، ص١١٤-١١٧.

(١٧) للمزيد حول أهداف التأديب بصفة عامة انظر: د. محمد مختار محمد عثمان، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣، ص٤٩.

(١٨) قد يوصف الخطأ هنا بالتأديبي، كما قد يسمى أيضاً بالمخالفة التأديبية أو الجريمة التأديبية. ويشار أيضاً إلى أن ميثاق الشرف الصحفي استخدم في ديباجته مصطلحاً مناظراً هو: (المخالفة المسلكية).
وقد أورد الفقه تعريفات عدة للجريمة التأديبية في مجال الوظيفة العامة، فعرفها البعض بأنها: (كل ما يصدر عن العامل داخل العمل أو خارجه من تصرفات إيجابية أو سلبية، من شأنها أن تشكل مخالفة إما لقاعدة قانونية صريحة، أو لما تم التعارف على اعتباره كذلك – أي مخالفة – في العمل أو لدى القضاء). د. محمد محمود ندا، انقضاء الدعوى التأديبية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص١٠. في حين عرفها البعض الآخر كالآتي: (كل فعل أو امتناع عن فعل مخالف لقاعدة قانونية، أو لمقتضى الواجب، يصدر عن العامل أثناء أداء الوظيفة أو خارجها بما ينعكس عليها، بغير عذر مقبول). د. محمد مختار محمد عثمان، المرجع السابق، ص٦٦. =

المرتكب من قبل الصحفي، ذلك أنه عادة ما يتوافر لدى السلطة القائمة على التأديب صلاحيات واسعة في تحديد ما يعد خطأ تأديبياً يستوجب المساءلة من عدمه[١٩]، لا سيما وأنه يتعذر من الناحية العملية بيان جميع الأخطاء المهنية وحصرها من قِبل المشرع.

المطلب الثاني
نطاق العقوبات التأديبية

الأصل في فرض العقوبات التأديبية أن يكون شاملاً لجميع العاملين في مهنة الصحافة[٢٠]، بحيث يتم إيقاع العقاب التأديبي على كل صحفي يثبت ارتكابه لأحد الأخطاء التأديبية (المخالفات التأديبية).

= ومما يجدر ذكره في هذا المقام أن البعض يسمي الجريمة المرتكبة من قبل المهني – كالصحفي – بالجريمة المهنية، مع أنه وفي الوقت ذاته يصنفها بوصفها جريمة تأديبية. انظر: د. محمد محمود ندا، المرجع السابق، ص٢٨.

(١٩) انظر المادة (٤٦/أ) من قانون نقابة الصحفيين. وما يجدر ذكره هو أن ثمة جدل في الفقه القانوني أثير حول مدى ضرورة تحديد المخالفات التأديبية التي تستوجب المساءلة، إذ انقسم الفقه إلى فريقين، فريق يرى وجوب تقنين وحصر المخالفات التأديبية على نحو ما هو عليه الحال في الجرائم الجنائية، فيما ارتأى فريق آخر - وعلى خلاف أصحاب الرأي السابق- ضرورة ترك الإدارة حرة في أن تمارس سلطتها التقديرية في اعتبار أو عدم اعتبار الفعل المرتكب مخالفة تأديبية. للمزيد قارن بصدد الوظيفة العامة: علي خليل إبراهيم، جريمة الموظف العام الخاضعة للتأديب في القانون العراقي، دار واسط، لندن، ١٩٨٥، ص٣٤.

(٢٠) يكون إيقاع العقوبة التأديبية على كل من ينطبق عليه وصف الصحفي وفقاً للتحديد الذي ذكرناه في المبحث التمهيدي، أما غيرهم من الأشخاص كالمزاولين للمهنة دون تصريح فإنه توقع بحقهم عقوبات جنائية -لا تأديبية، فقد نصت المادة (١٨) من قانون نقابة الصحفيين على الآتي:
(أ- يحظر على غير الصحفيين الممارسين أو الصحفيين المنصوص عليهم في المادة (٩) من هذا القانون مراسلة الصحف الأجنبية والإعلان عن أنفسهم بصفة صحفي أو بأي عبارة تعطي هذا المعنى، كما يحظر على مكاتب الدعاية، والإعلان، والنشر =

غير أن المشرع الأردني ارتأى الخروج على هذا الأصل، فسمح باستثناء طائفة من الصحفيين الممارسين لمهنة الصحافة، فلم يجز إيقاع العقوبات التأديبية على الصحفيين العاملين في القطاع العام.

وعلى نحو مماثل وعلى خلاف الأصل، فإنه يجوز في بعض الحالات إيقاع العقوبات التأديبية بحق طائفة من الصحفيين غير الممارسين.

وبتعبير آخر، فأن نطاق الجزاءات التأديبية التي تفرض على الصحفيين تشمل طائفتين منهم، وهما: الصحفيون الممارسون العاملون في القطاع الخاص، والصحفيون غير الممارسين.

أولاً – الصحفيون الممارسون في القطاع الخاص:

لقد جعل المشرع الأردني من نطاق العقوبات التأديبية محصوراً في الصحفيين العاملين في القطاع الخاص فقط، وبذلك أخرج من نطاق هذه العقوبات الصحفيين العاملين في القطاع العام، فقد جاء في الفقرة (أ) من المادة (٤٦) من قانون نقابة الصحفيين ما نصه: (إذا أخل الصحفي أو الصحفي المتدرب من العاملين في القطاع الخاص بواجبات مهنته... يعرض نفسه للعقوبات التالية...).

بيد أن ذلك لا يعني بالضرورة عدم إيقاع أية عقوبة تأديبية بحق الصحفي العامل في القطاع العام إذا ما ثبت ارتكابه خطأ يتصل بمهنته، بل أن قانون نقابة الصحفيين نفسه أتاح لمجلس النقابة الطلب من الجهة المختصة بمعاقبة

= والتوزيع، إضافة أي كلمة أو عبارة إلى عنوانها أو نشراتها أو إعلاناتها تفيد هذا المعنى، ما لم تكن مرخصة بإصدار المطبوعات الصحفية.

ب- تتولى النقابة إصدار البطاقة الصحفية طبقاً لسجلاتها.

ج- كل من يخالف أحكام الفقرة (أ) السابقة يعاقب بغرامة لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بالحبس لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، أو بكلتا العقوبتين مع الحكم بإزالة المخالفة، وتتضاعف العقوبة في حالة التكرار).

ذلك الصحفي، فقد نصت الفقرة (ب) من المادة (٤٦) من القانون نفسه على الآتي: (لمجلس النقابة أن يطلب إلى الجهة ذات الاختصاص ملاحقة الصحفي العامل في القطاع العام تأديبياً إذا تبين له أنه ارتكب ما يوجب الملاحقة).

وقد تكمن الحكمة من وراء موقف المشرع الأردني هذا في عدم السماح بازدواجية العقوبة التأديبية بحق الصحفي العامل في القطاع العام، ذلك أنه يتصور في حال ارتكابه خطأً ما إيقاع عقوبة تأديبية عليه بوصفه عضواً في نقابة الصحفيين، بالإضافة إلى إيقاع العقوبة التأديبية عليه بوصفه موظفاً عاماً[٢١]، ولكن مثل هذا القول لا يستقيم مع حسن السياسة التشريعية التي تفترض دائما المساواة بين الأشخاص الحائزين على مركز قانوني مماثل.

وبعبارة أخرى فإن مثل القول السابق لا يبدو مقبولاً إذا ما نظرنا في الجانب الآخر للصحفيين العاملين في القطاع الخاص، إذ يتصور ازدواجية العقوبة التأديبية بحقهم أيضا، فقد يوقع بحق أحدهم عقوبة تأديبية بوصفه عضواً في نقابة الصحفيين، وعقوبة تأديبية أخرى بوصفه عاملاً[٢٢]، ومع ذلك

---

(٢١) يجيز نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧ توقيع العقوبات التأديبية على الموظف العام في حال ارتكابه مخالفة تأديبية، والعقوبات التي يمكن إيقاعها على الموظف العام أكثر تعدداً وتنوعاً من نظيرتها الواردة بقانون نقابة الصحفيين، إذ يصل عددها إلى سبع عقوبات كآلاتي:
١- التنبيه ٢- الإنذار ٣- الحسم من الراتب الشهري الأساسي ٤- حجب الزيادة السنوية لمدة سنة واحدة ٥- حجب الزيادة السنوية لمدة سنتين ٦- الاستغناء عن الخدمة ٧- العزل.
انظر: المادة (١٤٠) من نظام الخدمة المدنية.

(٢٢) تطرق المشرع الأردني للعقوبات التأديبية للعامل في قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦، حيث أجاز لصاحب العمل توقيع عقوبات عدة على العامل، وهذه العقوبات هي:
أ- الإنذار ب- الغرامة ج- الوقف عن العمل د- الفصل من العمل.
انظر: المادة (٢٨)، (٤٨) من قانون العمل، وللمزيد من التفصيل انظر: د. هيثم حامد المصاروة، الجزاءات التأديبية في علاقات العمل الفردية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠١١، ص٦٧.

فإن المشرع لم يضفِ عليهم حماية من ازدواجية العقوبة التأديبية كما فعل بالنسبة لنظرائهم من الصحفيين العاملين في القطاع العام.

ومن جهة أخرى، فإن التسليم بضرورة الحيلولة دون ازدواجية العقوبة التأديبية ليس بالأمر الهين، فليس ثمة ما يمنع من تطبيق نظامين قانونيين تأديبيين على شخص واحد يحوز في آن واحد صفتين تخضعانه لهذه الأنظمة(٢٣)، وسواء تعلق الأمر بالموظف العام أو العامل، ذلك أن المصالح التي تمثلها نقابة الصحفيين(٢٤) والتي تستطيع على أساسها فرض العقوبة التأديبية،

(٢٣) هناك حالات كثيرة يخضع فيها الشخص نفسه لأكثر من نظام تأديبي، ومثال ذلك المحامي إذا كان يعمل أستاذاً في الجامعة، إذ يخضع للنظام التأديبي الخاص بنقابة المحامين والنظام التأديبي الخاص بالعاملين في الجامعة، الأمر الذي ينطبق على المهندس والطبيب – وغيرهما – في كثير من الأحيان، إذ يخضع كل منهما للنظام التأديبي الخاصة بالنقابة إضافة إلى النظام التأديبي الخاص بصاحب العمل كالمصنع الذي يعمل فيه المهندس أو المستشفى التي يعمل فيها الطبيب.

(٢٤) يمكن الوقوف على أبرز المصالح التي قامت من أجلها نقابة الصحفيين من خلال النظر إلى الأهداف والمهام الملقاة على عاتقها والتي تولت تحديدها المادة (٤) من قانون نقابة الصحفيين، إذ قضت بأن نقابة الصحفيين تمارس نشاطها بغية تحقيق ما يأتي:

أ- تمكين الصحفيين من أداء رسالتهم الصحفية والعمل على ضمان الحرية اللازمة للقيام بها وفقاً لأحكام القانون، وفي إطار المسؤولية الأدبية والوطنية والقومية.

ب- المحافظة على آداب المهنة ومبادئها وتقاليدها وتنظيم ممارستها، والعمل على رفع مستواها والمساهمة في تطوير المهنة وتدريب الصحفيين.

ج- المساهمة مع سائر المؤسسات والأجهزة الإعلامية في نشر الثقافة والمعرفة الإنسانية بجميع صورها المتميزة، وتعميق الوعي بمسؤوليات المواطن، والعمل على إذكاء الاعتزاز الوطني والقومي والإسلامي، وإشاعة الفضيلة والقيم الإنسانية الرفيعة المستمدة من الهوية الحضارية العربية الإسلامية.

د- توثيق الصلات وعرى التعاون بين الصحفيين الأردنيين في سبيل الارتقاء بالمهنة والعمل على تسوية المنازعات المهنية بينهم.

هـ- توثيق العلاقات وتنمية التعاون مع اتحاد الصحفيين العرب ونقابات الصحفيين

قد تفارق مصالح الحكومة أو صاحب العمل[٢٥]، وبالتالي فقد لا يرى أي منهما ضرورة لإيقاع العقوبة التأديبية وفقا للصلاحيات الممنوحة له، فالمصالح المحمية في قانون نقابة الصحفيين قد لا تطابق أو تماثل تلك المحمية بموجب القانون الإداري أو قانون العمل.

ولنا أن نتصور استنادا إلى ما سبق في اختلاف المصالح التي تمثلها النقابة عن غيرها من المصالح، قيام أحد الصحفيين بارتكاب خطأ ما من خلال مقالة يكتبها، إذ قد يمس ذلك شرف المهنة الصحفية وضوابطها مما يستدعي تدخل النقابة بالجزاء التأديبي، في الوقت الذي يرى فيه صاحب العمل "مالك الصحيفة" أن فعل ذلك الصحفي لا يتضمن خطأً، بل عملاً جيداً وجاذباً للقرّاء؛ الأمر الذي قد تتكرر صورته – وإن بدا وجود بعض الاختلاف في التفاصيل– في علاقة الحكومة مع الصحفي التابع لها.

= في البلاد العربية والأجنبية.
وحماية الحقوق المهنية للأعضاء، وتقديم الخدمات الاجتماعية والثقافية لهم، وتوفير التأمينات الاجتماعية لمواجهة حالات الشيخوخة والعجز والوفاة دون أن يؤثر ذلك على حقهم في تقاضي أي راتب تقاعدي آخر، وتقديم المساعدة عند الحاجة وتوفير الرعاية الصحية بما يكفل للأعضاء وعائلاتهم حياة كريمة، وتأسيس الأندية والجمعيات التعاونية للأعضاء وإدارتها.

(٢٥) يترتب على اختلاف المصالح التي تمثلها كل من نقابة الصحفيين والدولة والمنشأة التابعة لصاحب العمل اختلاف في نطاق الخطأ التأديبي الذي تتم المساءلة عنه. وفي مثل هذا يقول البعض: (..والأخطاء التأديبية المحضة في نطاق المهن الحرة، أضيق منها في نطاق الوظيفة العامة، والسبب في ذلك، عدم خضوع المهني لسلطة رئاسية (على نحو ما يخضع الموظف العام) تتعقبه في عمله ونشاطه، وتحاسبه إذا هو لم يبلغ في أداء هذا العمل قدراً معيناً من الإتقان. غير أن الأخطاء التأديبية المحضة، أوسع في نطاق المهن الحرة منها في نطاق العلاقات العمالية، نظراً لأن المهني يلتزم باحترام كرامة المهنة وشرفها، وهو ما يعني تغلغل الاعتبارات الأدبية، في نطاق التأديب المهني، على نحو غير معروف في نطاق العلاقات العمالية، وإن كان أقل مدى مما هو عليه في نطاق الوظيفة العامة...). بريك بن عائض القرني، المرجع السابق، ص١١٠.

لذلك كله فإنه يجدر بالمشرع الأردني إعادة النظر في موقفه من استثناء الصحفيين العاملين في القطاع العام من إيقاع العقوبة التأديبية وفقا لقانون نقابة الصحفيين، ليس لأنهم يعدون أعضاء في النقابة مثلهم كمثل الصحفيين العاملين في القطاع الخاص، أو لأن مبدأ المساواة يقضي بمنح نفس الحقوق والواجبات للأشخاص الذي يشغلون مراكز قانونية متماثلة(٢٦)، بل لأن المصالح التي تمثلها النقابة قد تفترق عن المصالح الأخرى التي تمثلها الحكومة أو أصحاب العمل، ونقترح لهذا الغرض تعديل الفقرة (أ) من المادة (٤٦) من قانون نقابة الصحفيين لتصبح على النحو التالي بعد رفع الفقرة (ب) من النص نفسه: (إذا أخل الصحفي أو الصحفي المتدرب بواجبات مهنته... يعرض نفسه للعقوبات التالية...).

وما نود التأكيد عليه هنا هو أن اختصاص المجلس التأديبي يشمل الصحفيين – العاملين في القطاع الخاص – كافة، الأردنيين منهم وغير

(٢٦) يعد مبدأ المساواة من المبادئ ذات الأهمية البالغة، لذلك نجد أن الدستور وجانب من التشريعات تنص عليه صراحة. فلا يجوز التمييز بين الأشخاص على أساس الانتماء الديني أو الطائفي أو المذهبي أو العرقي أو غير ذلك من الأسس.
الأمر الذي ينطبق في مجال العقوبات التأديبية أيضاً، فلا يجب أن تختلف العقوبة التأديبية باختلاف الأشخاص ومراكز مرتكبي المخالفات التأديبية، سواء على مستوى السلم الاجتماعي أو على المستوى الطبقي أو المهني أو غير ذلك، مادام أنه قد توافرت لهم نفس الأوضاع والملابسات المتعلقة بوحدة نوع المخالفة المرتكبة ودرجة جسامتها، وما يلازمها من ظروف مشددة أو مخففة. وهذا يعني أنه لا يتنافى مع مبدأ المساواة في العقوبة التأديبية اعتداد السلطة التأديبية ببعض الظروف الخاصة بمرتكب المخالفة، كالضغوط المختلفة التي كان يخضع لها، وما إذا كان له سوابق تأديبية من عدمه.
للمزيد من التفصيل حول هذا المبدأ قارن بصدد الوظيفة العامة: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٨٧.

الأردنيين الذين رُخص لهم بمزاولة المهنة في الأردن[٢٧]، كما يشمل كل من ارتكب مخالفة تأديبية، حتى وإن كان يشغل مركزاً ما في النقابة، كعضوية مجلس النقابة، أو إحدى اللجان، أو حتى المجلس التأديبي نفسه، على أن يراعى في مثل هذه الحالات استبعاد ذلك الصحفي من إجراءات اتخاذ القرارات المتعلقة به، وبغض النظر عن الجهة التي تتخذ هذا القرار.

وعلى صعيد آخر، فإن التساؤل الذي قد يثار هنا فيما يتعلق بإمكانية إيقاع أكثر من جزاء تأديبي من جراء خطأ واحد صادر عن الصحفي، أو بالأحرى مقالة أو صورة أو رسم تضمن مخالفة تأديبية، لا نقصد من ذلك بالطبع إيقاع عقوبتين تأديبيتين على الصحفي نفسه، فذلك محظور بداهة لتنافيه مع مبدأ وحدة العقوبة، وإنما نقصد التساؤل عن مدى إمكانية معاقبة الصحفي بالإضافة إلى معاقبة شخص آخر إلى جانبه، كرئيس التحرير إذا ما ثبت وقوع أحد الصحفيين في مخالفة تأديبية، فهل يمكن معاقبة كل منهما عن تلك المخالفة؟

نعتقد بأنه لا مانع يحول دون ذلك، ذلك أن أساس معاقبة كل منهما منفصل ومختلف عن الآخر، إذ ينسب لكل منهما مخالفة مستقلة عن الأخرى، بمعنى أن كتابة مقالة ما من قبل صحفي تتضمن مخالفة تأديبية قد تكون سبباً لإيقاع العقوبة التأديبية عليه لأنه هو من كتب تلك المقالة، كما أن هذه المقالة نفسها قد تكون سببا في معاقبة رئيس التحرير تأديبياً إذا ما ثبت تقصيره في واجب الإشراف والرقابة على ما يتم نشره في الصحيفة[٢٨]، حيث كان بإمكانه،

---

(٢٧) يجيز القانون الأردني للصحفيين غير الأردنيين ممارسة مهنة الصحافة في الأردن، ولكن حال تحقق شروط معينة، وهو ما صرحت بمثله المادة (٩) من قانون نقابة الصحفيين، إذ جاء فيها ما نصه: (للمجلس بموافقة الوزير، أن يسمح لأي صحفي يحمل جنسية إحدى الدول العربية أو الأجنبية بممارسة المهنة في المملكة بالموقع الذي يحدده المجلس وللمدة التي يقررها، شريطة وجود نص قانوني مماثل في تشريع تلك الدولة التي يحمل جنسيتها...).

(٢٨) لا ينبغي الخلط بين العقوبات التأديبية والعقوبات الإدارية التي يمكن إيقاعها بحق المؤسسة الصحفية بوصفها شخصاً معنوياً في حال ثبوت مخالفة قانونية. =

بل ومن واجبه، الحيلولة دون ارتكاب تلك المحالفة التأديبية، الأمر الذي نصت على مثله المادة (٢٣/ب) من قانون المطبوعات والنشر، إذ جاءت على النحو الآتي: (رئيس التحرير مسؤول عما ينشر في المطبوعة التي يرأس تحريرها، كما يعتبر مسؤولاً مع كاتب المقال عن مقاله).

وهو ما طبق مثله المجلس التأديبي بنقابة الصحفيين وأقرته محكمة العدل العليا، إذ جاء في أحد قراراتها ما يأتي: (إن المجلس التأديبي وبالاستناد إلى الصلاحيات المخولة إليه بمقتضى أحكام المادتين (٣٣/د) و (٤٦/أ/٣) من قانون نقابة الصحفيين قد قرر منع المستدعي من ممارسة المهنة لمدة شهرين باعتباره محرراً مسؤولاً في جريدة العرب اليوم؛ لسماحه بنشر مقالة تمس بمجلس نقابة الصحفيين وتتهمه بالانحراف عن مسار عمله النقابي)[٢٩].

= فالعقوبة الإدارية تعني: الجزاءات التي توقعها السلطات الإدارية على مرتكبي المخالفات الإدارية، وهي تهدف إلى حماية النظام العام، وقد تكون مالية أو أدبية أو مهنية.
وقد أجاز المشرع الأردني بموجب قانون المطبوعات والنشر إيقاع جملة من العقوبات الإدارية كالآتي:
أ- الإشعار. ب- منع إتمام طبع الصحيفة ج- منع تداول الصحيفة د- مصادرة الصحيفة هـ- تعليق إصدار الصحيفة و- تجميد وإلغاء ترخيص الصحيفة.
أما موجبات فرض الجزاءات الإدارية فيمكن إرجاعها إلى ثلاث طوائف من المخالفات، كالآتي:
أ- مخالفة قيم المجتمع ب- مخالفة الصحيفة لأهدافها ج- المخالفات المتعلقة بالنيل من هيبة الدولة والدستور والقضاء.
للمزيد من التفصيل انظر: د. سليم سلامة حتاملة، الجزاءات الإدارية وموجبات فرضها بحق الصحف طبقاً لقانون المطبوعات والنشر الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٨، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد (٢)، العدد (٢)، الكرك، ٢٠١٠، ص٣٥ وما بعدها.

(٢٩) قرار رقم (٩٩/٣٧٥) عدل عليا، مجلة نقابة المحامين، العددان (٩-١٠)، السنة الثامنة والأربعون، عمان، ٢٠٠٠، ص٢٩٦١.

ثانياً – الصحفيون غير الممارسين:

قد يتوقف الصحفي عن ممارسة المهنة برغبة منه أو بناء على قرار يصدر بحقه، وفي مثل هذه الحالة ينقل اسم الصحفي من سجل الصحفيين الممارسين إلى سجل الصحفيين غير الممارسين(٣٠)، والتساؤل المطروح هنا قد يتعلق بمدى مسؤولية الصحفي عن أخطائه المهنية التي يرتكبها أثناء ممارسته للمهنة إذا تم نقل اسمه إلى سجل الصحفيين غير الممارسين، فهل يجوز إيقاع العقوبات التأديبية بحقه أم لا؟

لا نعتقد بأنه يجب التساهل مع الصحفي في مثل هذه الحالة، ذلك أن التسامح فيها قد يفضي إلى تشجيع البعض – ممن يرغبون بنقل أسمائهم إلى سجل غير الممارسين – على ارتكاب الأخطاء المهنية، بل أكثر من ذلك، فإن الصحفي قد يعمد إلى ارتكاب خطأ مهني، ومن ثم يقوم بنقل اسمه إلى سجل غير الممارسين بهدف الإفلات من العقوبة التأديبية، فهل يكون من الملائم بعد ذلك إعطاء حصانة لمثل هؤلاء الصحفيين!؟

---

(٣٠) تقضي المادة (١٤/ب) من قانون نقابة الصحفيين بنقل اسم الصحفي من سجل الصحفيين الممارسين إلى سجل الصحفيين غير الممارسين وبقرار من مجلس النقابة في حالات عدة، بعضها يرجع لرغبة الصحفي، وبعضها الآخر يتم دون إرادته، والحالات التي يجوز فيها النقل هي:

١– إذا لم يقم الصحفي بدفع الرسوم السنوية والعوائد المتحققة عليه لمدة سنتين متتاليتين.

٢– إذا توقف الصحفي عن ممارسة المهنة بصورة فعلية لمدة تزيد على سنة.

٣– إذا أقام الصحفي خارج المملكة ولم يمارس العمل الصحفي مدة تتجاوز سنة.

٤– إذا أقام الصحفي خارج المملكة ومارس العمل الصحفي في صحف غير أردنية لمدة تزيد على سنتين.

كما تلغى عضوية الصحفي في النقابة إذا استمر تسجيله في سجل غير الممارسين لأكثر من خمس سنوات متتالية، انظر: المادة (١٤/هـ) من القانون ذاته.

لا نعتقد ذلك، فالأصل أن الصحفي يبقى مسؤولاً عن جميع أخطائه التي ارتكبها أثناء ممارسته المهنة، حتى وإن تم نقل اسمه إلى سجل غير الممارسين، خصوصاً وأنه سيكون بوسعه العودة مجدداً إلى سجل الصحفيين الممارسين ومزاولة المهنة كالسابق(٣١).

الأمر الذي تم الالتفات إليه في النظام الداخلي لنقابة الصحفيين، والذي قضى صراحة بجواز معاقبة الصحفي تأديبياً في مثل هذه الأحوال، إذ نصت المادة (٣٤) من النظام على ما يأتي: (إذا توقف العضو عن ممارسة المهنة فإن ذلك لا يمنع مساءلته تأديبياً عن أعمال ارتكبها خلال ممارسته للمهنة).

المطلب الثالث
موجبات فرض العقوبة التأديبية

يتمتع الصحفي بالعديد من الحقوق والحريات التي أقر الدستور الأردني ببعضها مباشرة، إذ يعد من أبرزها حرية الرأي والتعبير، بالإضافة إلى حرية الصحافة(٣٢)، وفي المقابل فقد رتب قانون نقابة الصحفيين ونظامها الداخلي العديد من الواجبات التي يفترض بالصحفي تحملها ومراعاتها، وإلا فإنه يكون

(٣١) انظر: الفقرة (د) والفقرة (و) من المادة (١٤) من قانون نقابة الصحفيين.

(٣٢) لقد جاءت المادة (١٥) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ لتقرر صراحة مبدأ حرية الصحافة ومبدأ حرية الرأي، إذ نصت على الآتي:
(١- تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون.
٢- الصحافة والطباعة حرتان ضمن حدود القانون. ٣- لا يجوز تعطيل الصحف ولا إلغاء امتيازها إلا وفق أحكام القانون.
٤- يجوز في حالة إعلان الأحكام العرفية أو الطوارئ أن يفرض القانون على الصحف والنشرات والمؤلفات والإذاعة رقابة محدودة في الأمور التي تتصل في السلامة العامة وأغراض الدفاع الوطني.
- ينظم القانون أسلوب المراقبة على موارد الصحف).

عرضة لإيقاع العقوبات التأديبية، الأمر الذي نصت عليه صراحة المادة (٤٦/أ) من القانون المذكور، إذ جاء فيها ما يأتي: (إذا أخل الصحفي أو الصحفي المتدرب من العاملين في القطاع الخاص بواجبات مهنته المبينة في هذا القانون، أو في أي نظام صادر بمقتضاه، أو خالف ميثاق الشرف الصحفي، أو تجاوز أو قصر في أداء واجباته المهنية، أو أقدم على عمل أو تصرف ينال من شرف المهنة يعرض نفسه للعقوبات التالية...).

وبالنظر إلى الواجبات المهنية التي تقع على عاتق الصحفي نجد أنه يمكن التمييز بشأنها بين نوعين، أحدهما (إيجابي) على صورة التزامات يتوجب على الصحفي القيام بها، والآخر (سلبي) على صورة نواهي يتوجب على الصحفي الامتناع عن القيام بها.

أولاً – الواجبات المهنية الإيجابية:

يترتب على الصحفي الالتزام بالعديد من الواجبات، إذ نص على بعضها قانون نقابة الصحفيين، فيما أشار إلى بعضها الآخر ميثاق الشرف الصحفي، إذ يعد من أهمها الآتي:

أ – الدفاع عن قضايا الحرية وتعميق ممارسة الديمقراطية، وتأكيد حق المواطن في المشاركة إيجابياً في أمور وطنه(٣٣).

ب – مساندة عدالة القضاء وتأكيد سيادة القانون، وهو ما يستلزم عدم التحيز لجانب على آخر أو قضية على أخرى من القضايا التي لم يصدر فيها حكم(٣٤).

---

(٣٣) انظر: المادة (١) من ميثاق الشرف الصحفي.

(٣٤) انظر: المادة (٣) من ميثاق الشرف الصحفي. وانسجاماً مع هذا الالتزام فإنه يتوجب على الصحفي – بموجب المادة (٣) نفسها – ألا ينشر معلومات حصل عليها من مصادر غير قضائية إذا كانت الهيئات القضائية منعت خطياً نشرها، على أن هذا الحظر لا يشمل نشر المادة الصحفية إذا كانت تسلط الضوء على الفساد الظاهر في الإجراءات التي تسبق المحاكمة.

ج – احترام الأديان وقيم المجتمع، وهو ما يقتضي العمل على عدم إثارة النعرات العنصرية أو الطائفية(٣٥)، وعدم التحريض على العصيان أو ارتكاب الجرائم(٣٦).

د – احترام حقوق الملكية الفكرية لأعمال الآخرين، إذ لا يجوز اقتباس أي عمل من أعمال الغير أو زملاء المهنة دون الإشارة إلى(٣٧).

هـ – الالتزام بالمحافظة على سرية مصادر المعلومات(٣٨).

و – الالتزام بالدقة والموضوعية عند ممارسة المهنة الصحفية، وهو ما يستلزم من الصحفي التحقق من صحة المعلومات والأخبار قبل نشرها(٣٩).

---

(٣٥) وانسجاماً مع التزام الصحفي بعدم إثارة النعرات الطائفية أو العنصرية، فإنه يتوجب على الصحفي العمل على تأكيد الوحدة الوطنية والدعوة إلى التضامن الاجتماعي، وتجنب الإشارة المؤذية والمسيئة لعرق الشخص أو لونه أو دينه أو جنسه أو أصله، أو أي مرض جسدي أو عقلي أو إعاقة يعاني منها، انظر: المادة (٥) من ميثاق الشرف الصحفي.)

(٣٦) انظر: المادة (٤) من ميثاق الشرف الصحفي.

(٣٧) انظر: المادة (٦) من ميثاق الشرف الصحفي.

(٣٨) انظر: المادة (٤٣) من قانون نقابة الصحفيين. وجدير بالذكر أن المادة (٧) من ميثاق الشرف الصحفي أشارت إلى التزام الصحفي بالمحافظة على سرية مصادر معلوماته، واللافت للنظر هو أنها بينت العلة من إيراد هذا الحكم، إذ نصت على الآتي: (..ويلتزم الصحفيون بحماية مصادر معلوماتهم، ولا يفشي الصحفي عن مصادر أخباره السرية للناس أو لزملاء المهنة، لأن ذلك قد يؤدي إلى بعض الضرر لهذه المصادر، أو يجعلها تحجم عن الكلام تدريجياً، مما يضر بمستوى سريان المعلومات إلى المجتمع).

(٣٩) انظر: المادة (٤٣) من قانون نقابة الصحفيين. وتأكيداً لما ورد في هذه المادة فقد جاءت المادة (٩) من ميثاق الشرف الصحفي لتفصل في بيان ماهية التزام الصحفي بالتحقق من صحة المعلومات والأخبار، فنصت على الآتي: (رسالة الصحافة تقتضي الدقة والموضوعية، وإن ممارستها تستوجب التأكد من صحة المعلومات والأخبار قبل نشرها).

واستكمالاً لذلك فقد أوردت المادة (٢٩) نفسها صوراً وتطبيقات لما يجب على الصحفيين الالتزام به في هذا السياق، فألزمتهم بالآتي: =

ثانياً – الواجبات المهنية السلبية:

الواجبات المهنية السلبية التي يتوجب على الصحفي الالتزام بها كثيرة ومتعددة، إذ يعد من أبرزها ما ورد في المادة (٤٢) من قانون نقابة الصحفيين، والتي قضت بحظر إتيان الصحفي لأي من الأفعال الآتية:

أ – ممارسة أي عمل آخر غير المهنة الصحفية، بما في ذلك الأعمال التجارية وتمثيل الشركات في أعمالها التجارية أو الصناعية.

الأمر الذي أكدته محكمة العدل العليا في أحد قراراتها، إذ جاء فيه ما نصه: (يستفاد من نصوص المواد (٥، ٤٢، ١١) من قانون نقابة الصحفيين أنه لا يجوز الجمع بين مهنة الصحافة وأي عمل تجاري)(٤٠).

= أ- الامتناع عن نشر المعلومات غير المؤكدة أو المضللة أو المشوهة أو التي تستهدف أغراضاً دعائية، بما في ذلك الصور والمقالات والتعليقات، كما يجب التمييز بوضوح بين الحقيقة والتعليق أو بين الرأي والخبر.

ب- الالتزام بتصحيح ما سبق نشره إذا تبين خطأ في المعلومات المنشورة، ويجب على المؤسسة الصحفية أو الإعلامية أن تنشر فوراً التصويب أو الاعتذار عن أي تشويه أو خطأ كانت طرفا فيه، وإعطاء الحق في الرد على أي معلومة غير صحيحة للأفراد ومؤسسات المجتمع الرسمية والمدنية ذات الصلة بموضوع النشر وحيثما يتطلب الأمر ذلك، كما يجب عليها نشر الاعتذار في الحالات المناسبة وحسب الأصول.

ج- ممارسة المهنة بأقصى درجات الموضوعية في "عزو" المواد التي تنشرها الصحف إلى مصادرها، وأن يذكر الصحفي مصدر كل مادة صحفية أو نص يتم نشره، وعليه أيضاً أن يراعي عدم "العزو" إلى مصادر مجهولة، إلا إذا كان ذلك يحقق هدفاً وصالحاً عاماً، أو استحال الحصول على المعلومات بغير هذه الوسيلة.

د- الالتزام بأن يكون العنوان معبراً بدقة وأمانة عن المادة الصحفية المنشورة، وعلى الصحفي بيان مكان الحدث ومصدره، وسواء أكان خارج المملكة أم داخلها.

(٤٠) قرار رقم (٢٠٠١/٢٨) عدل عليا، مجلة نقابة المحامين، العددان العاشر والحادي عشر، السنة التاسعة والأربعون، عمان، ٢٠٠١، ص٢٠٠١، كما جاء في القرار ذاته ما يأتي: (بما أن الثابت أن المستدعي شريك في شركة تضامن باسم شركة نضال منصور وشركاه مسجلة لدى وزارة الصناعة والتجارة تحت الرقم (١٨) تاريخ ١٩٩٨/١١/٣٠، فإنه لا يجوز تسجيله صحفياً في نقابة الصحفيين ويكون القرار المشكو منه إذا قضى برفض تسجيله موافقا للقانون). =

ب – الجمع بين عضوية النقابة وأي نقابة أخرى، كنقابة المحامين أو المهندسين أو الأطباء.

ج – ممارسة المهنة الصحفية بصورة تخالف التشريعات النافذة وميثاق الشرف الصحفي.

ونعتقد بأنه من المهم التأكيد هنا على ضرورة مراعاة قواعد النظام العام(٤١) والآداب العامة علاوة على التشريعات النافذة وميثاق الشرف الصحفي، فلا يجوز مثلا نشر الأعمال ذات المساس بمقومات المجتمع السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية، كتلك التي تحض على الرذيلة أو الجريمة أو تهدد قيمه وأخلاقياته(٤٢).

= كما جاء في قرار آخر لها: (اشترطت المادة الخامسة من قانون نقابة الصحفيين رقم ١٥ لسنة ١٩٩٨ فيمن يسجل في نقابة الصحفيين أن يكون متفرغاً لممارسة العمل الصحفي...). قرار رقم (٤٣٣/ ٢٠٠٠) عدل عليا، مجلة نقابة المحامين، الأعداد السابع والثامن والتاسع، السنة التاسعة والأربعون، عمان، ٢٠٠١، ص١٣٣٨.

(٤١) يلاحظ أن ميثاق الشرف الصحفي يشير إلى اعتبار القواعد الواردة فيه من قبيل قواعد النظام العام، ويرتب على مخالفته إيقاع العقوبات التأديبية، فقد جاء في ديباجة الميثاق ما نصه: (...أن هذا الميثاق يعتبر جزءاً من النظام العام، وأن أي مخالفة له تعتبر مخالفة مسلكية وتصرف ينال من شرف المهنة).

(٤٢) لقد أوردت المادة (١٠) من ميثاق الشرف الصحفي بعض التطبيقات للأعمال التي قد تمس بقواعد النظام العام والآداب العامة، إذ جاء فيها: (يلتزم الصحفيون بعدم نشر الأعمال ذات المستوى الفني الهابط التي تثير نزعة الشهوانية أو تشجع على الرذيلة أو الجريمة، أو إثارة المشاعر المريضة التي يكون نشرها مخالفاً لقيم المجتمع وأخلاقياته). بيد أن ميثاق الشرف الصحفي لم يكتف بهذا القدر لبيان ماهية هذا الالتزام، فذهب في المادة نفسها إلى تحديد بعض الصور التي يتوجب على الصحفي الامتناع عنها، ومن قبيل ذلك إلزام الصحفي بالآتي:

أ– الابتعاد عن الإثارة في نشر الجرائم التي تقع في المجتمع والفضائح التي تثار بشأنها وتجنب استخدام الألفاظ البذيئة والنابية.

ب– الامتناع عن نشر أخبار المشعوذين والدجالين في القضايا الروحية والطبية وعدم تشجيعها.

د – القيام بأي عمل أو تصرف يتنافى مع كرامة المهنة[٤٣] أو يسيء إلى النقابة أو إلى أعضائها.

هـ – الخروج على قواعد اللياقة وتقاليد المهنة في التعامل مع زملائه أو مع الآخرين.

ولعل من بين أهم الواجبات التي تأتي في هذا السياق بشأن التعامل مع الآخرين ضرورة المحافظة على سرية المعلومات الخاصة بالمواطنين

= ج– الامتناع عن تركيب الصور للأفراد أو استخدام الصور المركبة لهم والتي تحط من قيمتهم أو تؤدي إلى تشويه سمعتهم.

د– الامتناع عن المبالغة في تغطية الأخبار وكتابة التقارير أو تحريف البيانات التي يتلقونها، أو إحداث تغيير في الوثائق التي تصل إليه؛ كما يتوجب عليه لزيادة مصداقيته الاستعانة بالوثائق والمنشورات الرسمية واللجوء إلى مصادر متعددة وإجراء اللقاءات مع الأشخاص المعنيين مباشرة واستخدام التسجيل إذا لزم الأمر.

(٤٣) قد تتخذ الأعمال التي تنال من كرامة المهنة وشرفها صوراً كثيرة بحيث يتعذر معها حصرها بدقة، غير أن ميثاق الشرف الصحفي تولى بيان الكثير من هذه الأعمال المحظورة على الصحفي في المادة (١٢) منه، إذ جاء فيها ما نصه: (رسالة الصحافة مقدسة، لا تخضع للانتهازية أو الاستغلال الشخصي أو الافتراء أو التشهير المتعمد أو الوشاية أو التهم الجزافية التي لا تستند إلى دليل أو تلفيق أقوال ونسبها إلى الغير). واستكمالا لذلك فقد أورد الميثاق تطبيقات وصور عدة لهذا الالتزام، ومن قبيل ذلك ما يأتي:

أ– الامتناع عن الحصول على المعلومات أو نشرها من خلال استخدام أساليب ملتوية أو اتباع وسائل غير مشروعة.

ب– الامتناع عن قبول الهبات والتبرعات المالية أو العينية أو المساعدات الأخرى مهما كان نوعها أو صورتها.

ج– ألا يتم انتحال أي شخصية للحصول على المعلومات، اللهم إلا إذا كان ذلك الأمر ملحاً وضرورياً وللصالح العام فقط، أو إذا كان يتعذر الحصول على المادة الصحفية بأي طريقة أخرى.

د– الامتناع عن دفع أية أموال أو العرض بدفعها لمصادر المعلومات مهما كان نوعها، سواء مباشرة أو من خلال وسطاء، كما يشمل الحظر أيضاً الدفع لأي شاهد يستدعى لإعطاء دليل أمام المحاكم أو الهيئات القضائية. =

واحترام سمعة أسرهم، الأمر الذي جاء ميثاق الشرف الصحفي ليفصل فيه(٤٤).

= هـ- أن يتم التأكد من المعلومات التي يجري تسريبها إليه لغايات النشر، ولا سيما لجهة أنها لا تخدم مآرب شخصية أو تستهدف ممارسة نفوذ شخصي على أفراد أو جهات أو هيئات بقصد إرهابها أو الإساءة إليها، ومع ذلك فإنه يمكن استخدام مثل هذه المعلومات إذا ما تأكد الصحفي من أن هذه المعلومات تستهدف تصحيح أوضاع خاطئة في المجتمع.

و- التعريف بأنفسهم عند إجراء التحقيقات والمقابلات الصحفية أو القيام بأعمالهم لدى أي جهة كانت.

ز- ألا يتم استخدام المعلومات المالية التي يحصلون عليها قبل نشرها للجميع طمعاً في تحقيق مكسب خاص.

ح- تجنب الكتابة عن الأسهم أو السندات التي يعلم الصحفي أنه قد يستفيد منها هو أو أي من أقاربه المباشرين. انظر: المادة (١٢) من ميثاق الشرف الصحفي.

(٤٤) لقد تولى ميثاق الشرف الصحفي بيان العديد من القواعد الواجب مراعاتها في نشر المعلومات والأخبار المتعلقة بالأشخاص والأسر، إذ جاء في المادة (١١) منه ما يأتي: (يلتزم الصحفيون باحترام سمعة الأسر والعائلات والأفراد وسرية الأمور الخاصة بالمواطنين، وذلك طبقاً للمبادئ الدولية وأخلاقيات العمل الصحفي والقوانين المعمول بها في المملكة).

وقد أوردت المادة (١١) نفسها العديد من التطبيقات لهذا الالتزام، ومن قبيل ذلك إلزام الصحفي بما يأتي:

أ- احترام حق كل شخص في حياته الشخصية أو العائلية أو الصحية أو مراسلاته، كما يجب الامتناع عن التشهير بهم أو توجيه الاتهام لهم بالباطل أو السب والقدح والقذف ونشر أسرارهم الخاصة والتقاط الصور لهم بأي وسيلة للأشخاص دون موافقة منهم في أماكن خاصة.

ب- الامتناع عن الحصول على المعلومات أو الصور من خلال التخويف أو المضايقة أو الملاحقة، وعلى الصحفي ألا ينشر مواد صحفية من مصادر أخرى لا تلتزم بهذه المتطلبات.

ج- التفريق في النشر بين الخبر العام والحقيقة الخاصة التي لا تهم الرأي العام، كما يجب أن يراعي في كل الأوقات الخصوصية الفردية، وأن يحسن التعامل مع الأشخاص الذين تتناولهم الأخبار، إلا إذا كانت هذه الخصوصية ذات مساس بالمصلحة =

و – قبول أي هبات أو تبرعات مالية أو عينية أو مساعدات أخرى مهما كان نوعها أو صورتها[٤٥].

بقي أن نشير إلى أن مجرد ارتكاب الصحفي لبعض الجرائم يفضي إلى إيقاع العقوبة التأديبية بحقه، حتى وإن كانت تلك الجريمة تتعلق بحياته الخاصة أو لا تتصل بالمهنة الصحفية اتصالاً مباشراً، فقد جاء في المادة (٤٩) من قانون نقابة الصحفيين ما نصه: (يترتب على المجلس اتخاذ إجراءات تأديبية بحق الصحفي أو الصحفي المتدرب الذي يدان بحكم قطعي في جناية أو جنحة في جريمة أخلاقية أو مخلة بالشرف، ويعتبر ذلك الحكم بمثابة توصية بإدانته من المجلس التأديبي وفرض العقوبات التأديبية المناسبة عليه).

أما العلة من إقرار مثل هذا الحكم في قانون نقابة الصحفيين فلعله يرجع إلى السببين الآتيين:

١ – أنه يشترط فيمن يسجل في نقابة الصحفيين ألا يكون محكوماً بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف[٤٦]، فإذا ما ارتكب الصحفي شيئاً من ذلك انتف عنه أحد شروط التسجيل في النقابة، وبالتالي فإنه يتوجب إيقاع العقوبة التأديبية بحقه.

٢ – أن المحافظة على شرف مهنة الصحافة وعدم الحط من قدرها يقتضي من الصحفي الامتناع عن ارتكاب الجرائم، ولا سيما الجرائم الأخلاقية والمخلة بالشرف.

= العامة أو الحياة السياسية داخل المجتمع.

د– يجب الابتعاد عن ذكر أقارب أو أصدقاء الأشخاص المدانين أو المتهمين بجريمة ما دون الحصول على موافقة أي منهم، كما يجب الامتناع عن ذكر أسماء ضحايا الإساءة الجنسية أو تحديدهم، كما يتوجب الانتباه بشكل خاص إلى الأطفال الشهود أو الضحايا.

(٤٥) انظر: المادة (١٢) من ميثاق الشرف الصحفي، انظر كذلك: قرار رقم (٤٣٣/ ٢٠٠٠) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.

(٤٦) انظر: المادة (٥/ب) من قانون نقابة الصحفيين.

المطلب الرابع
أنواع العقوبات التأديبية

لقد حرص المشرع الأردني على جعل العقوبات التأديبية للصحفيين متعددة ومتنوعة، فجعلها على أربعة أنواع، بحيث تستطيع السلطة التأديبية اختيار واحدة منها بحسب طبيعة وجسامة المخالفة التأديبية المرتكبة من قبل الصحفي، فقد جاء في المادة (٤٦/أ) من قانون نقابة الصحفيين ما نصه: (إذا أخل الصحفي أو الصحفي المتدرب من العاملين في القطاع الخاص بواجبات مهنته المبينة في هذا القانون أو في أي نظام صادر بمقتضاه، أو خالف ميثاق الشرف الصحفي، أو تجاوز أو قصر في أداء واجباته المهنية، أو أقدم على عمل أو تصرف ينال من شرف المهنة يعرض نفسه للعقوبات التالية:

١ – التنبيه

٢ – الإنذار

٣ – المنع من ممارسة المهنة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات

٤ – شطب اسم الصحفي من سجل الصحفيين الممارسين أو المتدربين ومنعه نهائياً من ممارسة المهنة الصحفية)[٤٧].

(٤٧) لقد تضمن قانون نقابة الصحفيين السابقين عقوبات تأديبية على غرار ما هي عليه الحال في القانون النافذ، غير أنه يلاحظ أن عددها كان أكبر في قانون نقابة الصحفيين لسنة ١٩٥٢، فقد كان عددها خمسة، إذ قضت المادة (٣٢) منه بجواز معاقبة الصحفي بالعقوبات الآتية: أ- التنبيه ب- التوبيخ أمام المجلس ج- الإنذار د- الوقف عن العمل لمدة لا تزيد على سنة واحدة هـ- شطب الاسم من سجل النقابة.
أما قانون نقابة الصحفيين لسنة ١٩٨٣ فقد جاء بأربع عقوبات تأديبية فقط، إذ يلاحظ عليها أنها توفر تدرجاً منطقياً أكثر من القانون السابق أو حتى التالي له، فقد قضت المادة (٥٠) منه بإمكانية إيقاع العقوبات التالية على الصحفي: ١- التنبيه ٢- التوبيخ ٣- المنع من ممارسة المهنة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ٤- شطب اسم الصحفي من سجل الصحفيين الممارسين ومنعه نهائياً من ممارسة المهنة الصحفية.

وما يجدر ذكره هنا هو أن العقوبات الواردة في المادة السابقة واردة على سبيل الحصر لا المثال، وهذا يعني حظر إيقاع أية عقوبة تأديبية أخرى غير منصوص عليها في المادة السابقة، وبغض النظر عن أي مبرر أو اعتبار آخر، ولا سيما قناعات السلطة القائمة على التأديب، فلا يجوز لها مثلاً إيجاد عقوبة أخف أو أشد من العقوبات المنصوص عليها.

ومن جانب آخر فإنه يلاحظ عدم وجود عقوبات مالية – كالغرامة – بين العقوبات التي فرضها المشرع الأردني على الصحفيين، وهو ما عله يصب في مصلحة الصحفي من الناحية المالية، الأمر الذي يلقي بأثره على أسرة الصحفي أيضاً لأنها ستضار حتما لو كان بالإمكان بتغريمه.

وبالنظر إلى الآثار الناجمة عن العقوبات التأديبية التي يمكن إيقاعها بحق الصحفيين، فإنه يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسين هما(٤٨): العقوبات التحذيرية، والعقوبات الاستبعادية.

أولاً – العقوبات التحذيرية:

العقوبات التأديبية التحذيرية: هي العقوبات التي تنطوي على تنبيه الصحفي إلى الخطأ الذي ارتكبه أثناء ممارسة عمله.

(٤٨) يمكن تقسيم العقوبات التأديبية الواردة في قانون نقابة الصحفيين تقسيمات عدة، وذلك على النحو الآتي:
أولاً – تقسيم العقوبات التأديبية من حيث شدتها: إذ تقسم إلى قسمين هما:
أ – العقوبات التأديبية البسيطة: وتشمل هذه الطائفة من العقوبات عقوبتين هما: التنبيه، والإنذار.
ب – العقوبات التأديبية المشددة: وتشمل هذه الطائفة عقوبتين أيضاً هما: المنع من ممارسة المهنة، وشطب اسم الصحفي من سجل الصحفيين الممارسين.
ثانياً – تقسيم العقوبات التأديبية من حيث طبيعتها: إذ تنقسم إلى قسمين هما:
أ – العقوبات التأديبية المعنوية (الأدبية): وتشمل عقوبتي التنبيه والإنذار.
ب – العقوبات التأديبية المادية: وتشمل عقوبتي: المنع من ممارسة المهنة، وشطب اسم الصحفي من سجل الصحفيين الممارسين.

ويتميز هذا النوع من العقوبات في أن تأثيره يكون معنوياً فقط، وهي تشمل نوعين من الجزاءات الواردة في قانون نقابة الصحفيين، وهما: التنبيه والإنذار.

أ – التنبيه:

المراد بالتنبيه هو حث الصحفي الذي يرتكب خطأ ما إلى ضرورة مراعاة واجبه المهني عند ممارسة عمله(٤٩).

ويعد التنبيه أبسط وأخف أنواع العقوبات التأديبية الموقعة بحق الصحفي، فهو لا يتضمن سوى أثر معنوي على من يوقع بحقه.

والدليل على أن هذه العقوبة هي الأبسط والأخف بين العقوبات التأديبية هو ترتيبها بين هذه العقوبات بحسب نص المادة (٤٦/أ) من قانون نقابة الصحفيين، إذ جاءت في المرتبة الأولى وقبل أية عقوبة أخرى، ذلك أنه يفترض في هذا الترتيب الذي ترد به هذه العقوبات أن يكون تصاعدياً من العقوبة الأخف إلى العقوبة الأشد، بمعنى أن يكون الأثر العقابي الذي تنطوي عليه العقوبة أكبر من نظيره الذي تنطوي عليه العقوبة السابقة، وهذا ما اصطلح على تسميته بمبدأ التدرج في العقوبة(٥٠)، والحكمة منه كما يبدو ترتبط بمنح السلطة التأديبية حرية اختيار العقوبة الملائمة للمخالفة المرتكبة من قبل الصحفي.

وبناء عليه، وبما أن عقوبة التنبيه تعد الأخف بين العقوبات التأديبية، فإنه يفترض إيقاعها بشأن المخالفة التأديبية البسيطة والأقل جسامة.

ومن قبيل المخالفات التي قد تستحق إيقاع عقوبة التنبيه عدم التزام الصحفي عند كتابة مقال له بالدقة أو الموضوعية في بعض المسائل ذات الأهمية المحدودة.

---

(٤٩) يعرف البعض عقوبة التنبيه في مجال الوظيفة العامة كالآتي: (حث الموظف إلى ضرورة مراعاة واجبه الوظيفي). د. عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص٣٧٦.

(٥٠) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص١٤٢. محمد بن صديق أحمد الفلاتي، الجزاءات التأديبية على الموظف العام في نظام المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٥، ص٧١.

ب – الإنذار:

يقصد بالإنذار تبصير الصحفي بالخطأ الذي ارتكبه وتحذيره من تكراره أو ارتكاب غيره(٥١).

وعلى غرار عقوبة التنبيه، فإن الإنذار لا يتضمن سوى أثر معنوي بالنسبة للصحفي، إلا إن هذا الأثر أشد وأكثر جسامة بالنسبة له(٥٢)، فهو يتضمن تحذيراً له من مغبّة العود للخطأ مرة أخرى، لذا فهو يوقع بحق الصحفي عن أخطاء أشد جسامة من تلك التي يوقع فيها التنبيه، أو في حالة العود لارتكاب مخالفة بعينها.

وعلى الرغم من ذلك نعتقد بأن الفارق بين عقوبتي التنبيه والإنذار بسيط ومحدود، وكان الأجدر بالمشرع النص على إحداهما والأخذ بعقوبة تحذيرية ومعنوية أخرى أشد وقعاً على الصحفي كما في عقوبة اللوم(٥٣) أو التأنيب أو التوبيخ(٥٤) أو التكدير.

---

(٥١) يعرف البعض الإنذار في مجال الوظيفة العامة كالآتي: (تبصير الموظف وتحذيره من العودة لارتكاب الخطأ أو الوقوع في خطأ أشد مستقبلاً). د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص١١٥.

(٥٢) يشير البعض بأن عقوبة الإنذار هي العقوبة الأخف بين العقوبات التأديبية على أساس من القول بأن عقوبة التنبيه لا توقع إلا على كبار الموظفين. قارن بصدد الوظيفة العامة: د. عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص ٢٧٥–٣٧٦. محمد بن صديق احمد الفلاتي، المرجع السابق، ص٨٥.
ومع ذلك، لا نعتقد بضرورة تبني أو انطباق مثل هذا الرأي بشأن العقوبات التأديبية للصحفيين أو المهنيين بصفة عامة، ذلك أنه تكتسب طبيعة خاصة ومختلفة عن نظيرتها في باقي صور المسؤولية التأديبية.

(٥٣) تطابق عقوبة التوبيخ عقوبة الإنذار من وجوه متعددة، إلا أنها تختلف عنها من حيث الصياغة، إذ يكون التوبيخ أشد لهجة من الإنذار. قارن بصدد الوظيفة العامة: د. يوسف الياس، المرجع العملي في شرح قوانين الخدمة المدنية والانضباط والتقاعد المدني، دار الكتب للطباعة والنشر بجامعة الموصل، ١٩٨٣، ص٢١٥.

(٥٤) يراد بعقوبة اللوم: استنكار واستهجان السلوك الذي آتاه الصحفي خلال عمله. قارن بصدد الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص١١٨.

ومع ذلك فقد لا يجانب الصواب أيضاً إضافة إحدى هذه العقوبات (كاللوم أو التأنيب) إلى المادة (٤٦/أ) من قانون نقابة الصحفيين، وذلك بغية إفساح المجال بصورة أكبر أمام السلطة التأديبية في إيقاع الجزاء الأكثر ملاءمةً واتساقاً مع المخالفة التأديبية، فيكون بوسعها الاختيار بين عقوبات أكثر تعدداً وتنوعاً، وهو ما عله يسهم في تفعيل ووضع مبدأ تناسب العقوبة مع المخالفة موضع التطبيق من الناحية العملية.

ثانياً – العقوبات الاستبعادية:

العقوبات التأديبية الاستبعادية: هي العقوبات التي تتضمن إقصاء الصحفي عن ممارسة المهنة.

لذا فإنه يصح أيضاً تسميتها بالعقوبات الاقصائية(٥٥).

والاستبعاد عن ممارسة المهنة قد يكون استبعاداً مؤقتاً أو استبعاداً دائماً، فإن كان الاستبعاد مؤقتاً، كان مقتضى ذلك منع الصحفي من ممارسة المهنة المدة المقررة من قبل السلطة التأديبية، أما إن كان الاستبعاد دائماً، فإنه يفضي إلى شطب اسم الصحفي من سجل الممارسين أو المتدربين نهائياً.

أ – المنع من ممارسة المهنة لمدة معينة:

يقصد بالمنع من ممارسة المهنة لمدة معينة: إيقاف الصحفي مؤقتاً عن مزاولة العمل الصحفي جراء ارتكابه مخالفة ما.

فقد أجاز المشرع الأردني إيقاع عقوبة المنع من ممارسة المهنة على الصحفي الذي يرتكب مخالفات تتميز بقدر معين من الجسامة لا يلائمها إيقاع عقوبة التنبيه أو الإنذار، أما الهدف من ذلك فيكمن في تنبيه الصحفي إلى

(٥٥) يستخدم البعض للدلالة على هذا النوع من الجزاءات وصف "الاستبعادية". قارن بصدد الوظيفة العامة: د. عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص٣٩٩، فيما يستخدم البعض الآخر وصف آخر هو "الاستقصائية". قارن بصدد الوظيفة العامة: محمد بن صديق أحمد الفلاتي، المرجع السابق، ص٨٨.

خطورة المخالفة التي ارتكبها، وخطورة تكرارها، مما استدعى إيقافه عن ممارسة المهنة مؤقتاً، وفي ذلك من التلويح ما يكفي لإفهام الصحفي بإمكانية إيقاع العقوبة الأشد من ذلك وهي الإيقاف عن ممارسة المهنة نهائياً في المرات القادمة، أي عند تكرار المخالفة أو عند ارتكاب مخالفات أشد جسامة.

وقد يرى البعض بأن ثمة أثراً مالياً ينجم عن إيقاع هذه العقوبة على الصحفي، بحيث يحرم من أجره طوال مدة منعه من ممارسة المهنة، فالمؤسسة التي يعمل لديها غير ملزمة بإعطائه أجراً طوال مدة منعه من ممارسة المهنة، وهو ما لا نشك بصحته في الكثير من الأحوال، غير أن ذلك ليس بالأمر الحتمي في كل الأحوال، فقد يمنع الصحفي من ممارسة المهنة ولا يقتطع من أجره شيئاً، إذ تتعلق هذه المسألة بطبيعة العلاقة التي تربطه بالمؤسسة التي يعمل بها وطريقة احتساب أجره، لا سيما إذا ما كانت مدة المنع من ممارسة المهنة قصيرة.

ولعل ذلك يقودنا للتساؤل عن المدة التي يجوز منع الصحفي من ممارسة المهنة فيها، فهل حددها المشرع؟ وكم مقدارها؟

لقد حدد المشرع الحد الأقصى لمدة هذه العقوبة بثلاث سنواتٍ، إذ قضت المادة (٤٦/أ) من قانون نقابة الصحفيين بجواز معاقبة الصحفي بعقوبة (المنع من ممارسة المهنة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات).

وهذا يعني أن معاقبة الصحفي تبقى مرهونة بتقدير السلطة التأديبية، إذ يجوز لها معاقبة الصحفي بما لا يجاوز مدة الثلاث سنوات، وبغض النظر عن طريقة تحديد المدة، فقد تحدد بالسنوات، لسنة أو سنتين أو ثلاثة مثلاً، كما قد تحدد بالأشهر وذلك بجعل مدة المنع عشرة أشهر أو عشرين شهراً مثلاً، كما قد تحدد بالأسابيع أو الأيام بجعل مدة المنع عشرين أسبوعاً أو مائتي يوم مثلاً.

وإذا كان المشرع يحدد المدة القصوى لمنع الصحفي من ممارسة المهنة، فإن التساؤل هنا قد يثار عن المدة الدنيا التي يجوز خلالها منع الصحفي من ممارسة المهنة، فما أقصر مدة يمكن أن يعاقب بها الصحفي؟

نعتقد بأن للسلطة التأديبية مطلق الحرية في تحديد مدة المنع من ممارسة المهنة، فلا قيد في القانون يحول بينها وبين جعل مدة العقوبة لشهرٍ أو أسبوعٍ مثلاً.

ولعله يتضح من خلال ذلك مدى المرونة التي تتسم بها هذه العقوبة، وبالتالي مقدار الفاعلية التي يمكن أن تضطلع بها، فسلطة التأديب تملك من خلالها فرض عقوبات مختلفة من حيث الأمد ومن ثم الجسامة والأثر، وهذا بالطبع يمكنها من اختيار العقوبة الأكثر ملاءمةً وتناسباً مع المخالفة المرتكبة، فهي تنظر وقد ترى مثلاً أنه من المجدي إيقاع عقوبة المنع من ممارسة المهنة لمدة عشرة أيام إذا ما كانت المخالفة متعلقة بقواعد اللياقة في التعامل مع الزملاء، كما أنها تستطيع – مثلاً – معاقبة الصحفي بالمنع لمدة سنة لارتكابه مخالفة بشأن حقوق الملكية الفكرية.

وبتعبير آخر فإن هذه العقوبة تعد من أفضل العقوبات وأكثرها اتساعاً وحيويةً بالنسبة للسلطة التأديبية، وهي تستطيع من خلالها أن تدرك ما لا يمكن إدراكه بواسطة العقوبات الأخرى، التي قد لا تخلو من البساطة والتخفيف "كالتنبيه والإنذار"، أو الجسامة والتشديد "كالشطب من سجل الصحفيين الممارسين".

وقد طبق المجلس التأديبي بنقابة الصحفيين هذه العقوبة بشأن رئيس تحرير إحدى الصحف؛ لسماحه بنشر مقال يطال مجلس نقابة الصحفيين ويتهمه بالتقصير عن أداء واجباته، إذ قضى القرار بمنعه من ممارسة المهنة لمدة شهرين، وهو ما أقرته محكمة العدل العليا(٥٦).

(٥٦) جاء في قرار لمحكمة العدل العليا ما يأتي: (إن المجلس التأديبي وبالاستناد إلى الصلاحيات المخولة إليه بمقتضى أحكام المادتين ٣٣/د و ٤٦/أ/٣ من قانون نقابة الصحفيين قد قرر منع المستدعي من ممارسة المهنة لمدة شهرين باعتباره محرراً مسؤولاً في جريدة العرب اليوم لسماحه بنشر مقالة تمس بمجلس نقابة الصحفيين وتتهمه بالانحراف عن مسار عمله النقابي). قرار رقم (٩٩/٣٧٥) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.

كما أقرت محكمة العدل العليا إيقاع هذه العقوبة لمدة أطول في قرار لها، إذ جاء فيه ما يأتي: (وحيث أن المستدعي قد اعترف بقبوله تمويلاً ومساعدات من جهة أجنبية وداخلية خلافاً للمادة (٤٢/و) من قانون نقابة الصحفيين، فيكون منعه من مزاولة المهنة لمدة سنة متفقا وأحكام المادة (٤٦/أ/٣) من ذات القانون...)[٥٧].

وجدير بالذكر أن الآثار المترتبة على إيقاع هذه العقوبة لا تقتصر على منع الصحفي من ممارسة مهنته فقط، بل أنها تمتد لتشمل آثاراً أخرى حددتها المادة (٤٦/ج) من قانون نقابة الصحفيين، إذ نصت على الآتي: (لا يجوز للصحفي الممنوع من ممارسة المهنة بصورة مؤقتة القيام بأي عمل يدخل ضمن أعمال المهنة الصحفية خلال مدة المنع، ولا تحسب هذه المدة لغايات التقاعد أو الترشيح لمجلس النقابة).

نستنتج من النص السابق أنه يترتب على إيقاع هذه العقوبة جملة من الآثار، وبما يمكن إجماله على النحو الآتي:

أ – منع الصحفي من ممارسة العمل الذي كان يمارس قبل فرض العقوبة بحقه، فإذا كان ذلك الصحفي رئيساً للتحرير، فإنه يحظر عليه القيام بأي من أعماله خلال مدة المنع.

ب – منع الصحفي من ممارسة أي عمل صحفي آخر، فلا يجوز – إن كان الصحفي يعمل في الرسم – أن ينتقل أثناء مدة العقوبة ليزاول عملاً آخر كالتصوير.

ج – إن مدة المنع لا تحسب لغايات استكمال مدة التقاعد.

د – إن مدة المنع لا تحسب لغايات الترشيح لمجلس نقابة الصحفيين[٥٨].

---

(٥٧) قرار رقم (٤٣٣/٢٠٠٠) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.)

(٥٨) بحسب المادة (٢٩/١) من قانون نقابة الصحفيين فإنه يشترط فيمن يرشح نفسه لمركز النقيب أن يكون قد مضى على تسجيله في سجل الصحفيين الممارسين في النقابة مدة لا تقل عن عشر سنوات، أما من يرشح نفسه لعضوية مجلس نقابة الصحفيين فإنه يشترط به بحسب المادة (٢٩/٢) من القانون نفسه أن يكون قد مضى على تسجيله في سجل الصحفيين الممارسين في النقابة مدة خمس سنوات على الأقل.

بقي أن نشير إلى أن المشرع كفل احترام العقوبة الموقعة على الصحفي بالمنع من ممارسة المهنة من خلال عقوبة جنائية هي الغرامة المالية، إذ حددت مقدارها المادة (٥١) من قانون نقابة الصحفيين فنصت على الآتي: (كل من لم يتقيد بالقرار التأديبي الذي يقضي بمنعه من ممارسة المهنة يعاقب من المحكمة المختصة بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار وفي حالة التكرار تضاعف العقوبة).

ب – الشطب من سجل الصحفيين:

الشطب من سجل الصحفيين يعني رفع اسم الصحفي نهائياً من سجل الصحفيين بحيث يمتنع عليه مزاولة مهنة الصحافة بعد ذلك.

وسجل الصحفيين المقصود هو سجل الصحفيين الممارسين للمهنة إذا كان الصحفي ممارساً، أو سجل الصحفيين المتدربين إن كان الصحفي متدرباً(٥٩).

وعقوبة الشطب هذه تعد أشد وأقسى عقوبة تأديبية يمكن إيقاعها بحق الصحفي، لذا فلا يتم اللجوء إليها إلا في المخالفات الكبيرة والأشد جسامة.

---

(٥٩) لقد ألزم قانون نقابة الصحفيين في المادة (١٠) منه كل شخص يرغب بممارسة المهنة بتقديم طلب للانتساب للنقابة، إذ لا يجوز له ممارسة المهنة قبل تسجيل اسمه في سجل الصحفيين الممارسين أو المتدربين، انظر: المادة (١٢) والمادة (١٦) من القانون نفسه.
ولهذا الغرض فقد ألزم قانون نقابة الصحفيين النقابة بتنظيم عدد من السجلات الخاصة بالصحفيين، إذ نصت المادة (١٤/أ) منه على الآتي: (تنظم النقابة السجلات التالية:
١- للصحفيين الممارسين
٢- للصحفيين غير الممارسين
٣- للصحفيين تحت التدريب
٤- للصحفيين غير الأردنيين الذي رخص لهم ممارسة المهنة بموجب أحكام هذا القانون).

وهو ما قررت مثله محكمة العدل العليا في أحد قراراتها، إذ جاء فيه ما يأتي: (إن القرار الصادر عن مجلس نقابة الصحفيين بفرض عقوبات تأديبية على المستدعي وصلت في حدها الأعلى إلى شطب اسمه نهائياً من سجل الصحفيين وهي أشد عقوبة يمكن إيقاعها على الصحفي من بين العقوبات المنصوص عليها في قانون نقابة الصحفيين الساري المفعول، وهي بالتالي عقوبة لها مساس بحرية المستدعي وكرامته وسمعته وحقوقه المادية والمعنوية، الأمر الذي يقتضي ألا تصدر إلا وفق القانون وفي الحالات التي نص عليها القانون ومن الهيئة التي تملك إيقاعها حسب أحكام القانون)[٦٠].

وما لا يجب أن يغيب عن البال في هذا المقام هو أنه قد يشطب اسم الصحفي من سجل الصحفيين إذا فقد أحد الشروط اللازمة لتسجيله في النقابة، وفي مثل هذه الحالة لا يمكن اعتبار الشطب عقوبة توقع بحق الصحفي، بدليل أن الشطب هنا يتم حكماً – بقوة القانون – وبقرار من مجلس نقابة الصحفيين[٦١] ومن دون تدخل المجلس التأديبي[٦٢].

---

(٦٠) قرار رقم (١٩٩٢/١٥) عدل عليا، منشورات مركز عدالة.

(٦١) انظر: قرار رقم (١٩٩٦/٨١) عدل عليا، منشورات مركز عدالة.
انظر: المادة (٣٣/د) من قانون نقابة الصحفيين.

(٦٢) جاء في المادة (١١) من قانون نقابة الصحفيين ما نصه: (..يلغى انتساب العضو حكماً ويشطب تسجيله بقرار من المجلس، إذا ثبت أن شرطاً أو أكثر من شروط العضوية المنصوص عليها في هذا القانون لم يكن متوافراً فيه عند قبول انتسابه للنقابة، وكذلك إذا فقد تلك الشروط أو أياً منها بعد قبول انتسابه للنقابة، ويتولى النقيب إبلاغ ذلك العضو).
وهو ما طبقته محكمة العدل العليا في أحد قراراتها، إذ جاء فيه ما يأتي: (اشترطت المادة الخامسة من قانون نقابة الصحفيين رقم (١٥) لسنة ١٩٩٨ فيمن يسجل في نقابة الصحفيين أن يكون متفرغاً لممارسة العمل الصحفي، كما عددت المادة الثامنة من ذات القانون الأعمال التي تعتبر ممارسة للعمل الصحفي، وعرفت المادة الثانية المؤسسة الصحفية بأنها الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يصدر مطبوعة صحفية، ولا تشمل هذه العبارة المؤسسات الرسمية والأحزاب والأندية والنقابات والجمعيات =

ومن الأمثلة على المخالفات التي تستدعي إيقاع عقوبة الشطب من سجل الصحفيين كتابة مقالة تحض على الفتنة أو الثورة أو قلب نظام الحكم، لا سيما إذا ما كانت البلاد تواجه أخطاراً معينة من قبيل الحروب والاستهداف من قبل العدو.

وعلى نحو مماثل لعقوبة المنع المؤقت من ممارسة المهنة، فإن مخالفة قرار السلطة التأديبية بالمنع الدائم من ممارسة المهنة يستوجب إيقاع العقوبة الجنائية التي نصت عليها المادة (٥١) من قانون نقابة الصحفيين وهي الغرامة التي لا يقل مقدارها عن مائة دينار ولا يزيد على خمسمائة دينار، مع مضاعفة العقوبة في حالة التكرار.

ويشار هنا إلى أنه يفضل إعادة تسمية هذه العقوبة لتتلاءم مع ما سبقها، إذ نقترح تسميتها كالآتي: "المنع النهائي من ممارسة المهنة".

وبناء على ما سبق، وبغية تعميق المعنى الذي ينطوي عليه مبدأ التدرج في العقوبة، فإنه يجدر بالمشرع الأردني إعادة النظر في العقوبات التأديبية الواردة في المادة (٤٦/أ) من قانون نقابة الصحفيين، وتوفير قدر أكبر من المرونة، وتنوع أكثر في العقوبات المتاحة أمام السلطة التأديبية عند انتقائها للعقوبة الملائمة للصحفي الذي يرتكب مخالفة تأديبية، لا سيما وأن الالتزامات

= والمدارس والجامعات والهيئات المحلية والدبلوماسية التي تصدر مطبوعة صحفية، ويلغى انتساب العضو حكماً ويشطب تسجيله بقرار من مجلس النقابة إذا ثبت أن شرطاً أو اكثر من شروط العضوية المنصوص عليها في هذا القانون لم يكن متوفراً عند قبول انتسابه للنقابة، أو إذا فقد تلك الشروط أو أي منها بعد قبول انتسابه للنقابة، ويتولى النقيب إبلاغ العضو ذلك، وذلك عملاً بالمادة (١١) من ذات القانون... كما أن أحد شروط العضوية الواجب استمرار توافرها في العضو ليبقى عضواً مسجلاً في النقابة قد فقد وهو ممارسة عمل آخر غير المهنة الصحفية، فيكون القرار المطعون فيه المتضمن شطب تسجيله في النقابة موافقاً للقانون). قرار رقم (٤٣٣/٢٠٠٠) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.

انظر كذلك: قرار رقم (١٣٨/١٩٩٥) عدل عليا، منشورات مركز عدالة.

الملقاة على عاتق الصحفي كثيرة ومتباينة، ومن ثم فإنه يتصور ارتكاب مخالفات على درجة كبيرة من التفاوت والاختلاف، ويمكن لهذا الغرض تبني النص الآتي:

(إذا أخل الصحفي أو الصحفي المتدرب بواجبات مهنته المبينة في هذا القانون أو في أي نظام صادر بمقتضاه، أو خالف ميثاق الشرف الصحفي، أو تجاوز أو قصر في أداء واجباته المهنية، أو أقدم على عمل أو تصرف ينال من شرف المهنة يعرض نفسه للعقوبات التالية:

١ – الإنذار

٢ – اللوم

٣ – المنع المؤقت من ممارسة المهنة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات

٤ – المنع النهائي من ممارسة المهنة).

المبحث الثاني
ضوابط فرض العقوبات التأديبية

لم يغفل المشرع الأردني عن الطريقة والإجراءات التي يجب اتباعها في إيقاع العقوبات التأديبية، إذ لم يشأ تركها لتقدير القائم على إيقاعها؛ لما في ذلك من خطورة على حقوق الصحفي الخاضع للتأديب، لذلك تولى المشرع ذكر الكثير من الأحكام المتعلقة بكيفية إيقاع العقوبة التأديبية، فبدأ أول ما بدأ بالجهة صاحبة الاختصاص بتوقيع الجزاء التأديبي، ثم تولى تحديد الكيفية التي يتم فيها تحريك الشكوى التأديبية وصاحب الاختصاص في تلقي تلك الشكوى والإجراءات اللازم اتباعها في التعامل معها، ليتطرق من بعد ذلك إلى بعض المدد والإجراءات الواجب اتخاذها أثناء سير الدعوى التأديبية وعند إصدار الحكم فيها.

غير أن الأمر لا يقف عند هذا الحد، بل يمتد ليطال بعضاً من الجوانب التالية لإصدار العقوبة، وتحديداً عند التصديق على هذه العقوبة، أو حتى في حال الطعن بالعقوبة التأديبية لدى القضاء.

وما نود الإشارة إليه قبل الخوض في تفاصيل أحكام وإجراءات فرض العقوبة والقواعد والمبادئ التي تحكمها، هو أن هذه الأحكام تشكل في الوقت ذاته ضمانات لحق الصحفي أثناء التحقيق وفي الخضوع لمحاكمة عدالة، ليس فقط عند تحريك الشكوى بحقه، وإنما أثناء نظرها، وعقب البت بها أيضاً، وهو ما أشارت إلى جانب منه محكمة العدل العليا، إذ جاء في قرار لها الآتي: (وقد نص هذا القانون – أي قانون نقابة الصحفيين – على كيفية الإجراءات التأديبية ومحاكمة الصحفي تأديباً وتمكينه من مواجهة ما يوجه إليه من تهم وتقديم دفاعه ضدها؛ مما يشكل ضمانة للصحفي وتحقيقاً للمصلحة العامة)[٦٣].

وبناء عليه فإن دراسة الضوابط الخاصة بفرض العقوبات التأديبية يمكن أن تتم من خلال التقسيم الآتي:

(٦٣) قرار رقم (١٩٩٢/١٥) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.

المطلب الأول: اختصاص فرض العقوبات التأديبية.

المطلب الثاني: إجراءات فرض العقوبات التأديبية.

المطلب الثالث: المبادئ التي تحكم اختيار العقوبات التأديبية.

المطلب الرابع: الرقابة على العقوبات التأديبية.

المطلب الأول
اختصاص فرض العقوبات التأديبية

السلطة صاحبة الاختصاص بإيقاع العقوبة التأديبية على الصحفيين هي – بالدرجة الأساس – المجلس التأديبي بنقابة الصحفيين، إلا أن المجلس التأديبي هذا لا يستطيع مباشرة مهامه إلا إذا تم إحالة أحد الصحفيين إليه بشأن مخالفة تأديبية(٦٤)، فلا بد لقيام اختصاص المجلس التأديبي من تحريك الدعوى التأديبية.

لذا نعرض تالياً للمجلس التأديبي، وطريقة تشكيله، ثم نتطرق إلى كيفية تحريك الدعوى التأديبية بحق الصحفي.

أولاً – المجلس التأديبي:

قضى قانون نقابة الصحفيين بضرورة تشكيل المجلس التأديبي في نقابة الصحفيين(٦٥)، وقد حدد عدد أعضائه بثلاثة أعضاء، على أنه يجوز إضافة

(٦٤) انظر: المادة (٣٣/د) من قانون نقابة الصحفيين.

(٦٥) لم يكن قانون نقابة الصحفيين لسنة ١٩٥٢ يتضمن أحكاماً تقضي بإنشاء مجلس للتأديب، فقد كانت المادة (٣٠) منه تقضي بمنح مجلس النقابة صلاحية تأديب الصحفيين ومحاكمتهم على تصرفاتهم المسلكية... إذ بقي الأمر على هذا النحو حتى صدور قانون نقابة الصحفيين لسنة ١٩٨٣، والذي قضى في المادة (٣٦) منه بتشكيل المجلس التأديبي، ومما يلاحظ هنا أن تشكيل المجلس التأديبي واختصاصاته في هذا القانون نقلت إلى القانون النافذ مع إدخال بعض التعديلات المحدودة عليها.

عضو احتياطي أو أكثر بغرض الاشتراك في المجلس التأديبي في حالة تغيب أي من أعضائه الأصليين، أما الجهة التي أنيط بها تشكيل وانتخاب المجلس التأديبي فهي بحسب المادة المذكورة – أيضاً – تتمثل في مجلس نقابة الصحفيين، وقد استلزمت لذلك مراعاة الضوابط الآتية:

أ – أن يكون أعضاء مجلس التأديب من بين أعضاء الهيئة العامة للنقابة.

ب – ألا يكون أعضاء مجلس التأديب من أعضاء مجلس النقابة.

ج – أن يتم اختيار أعضاء مجلس التأديب بالاقتراع السري(٦٦).

أما الحكمة من إيراد مثل هذه الضوابط في اختيار أعضاء المجلس التأديبي فترجع إلى التحقق من توافر قدر من الخبرة والاطلاع على شؤون المهنة فيمن يتم اختياره لهذه المهمة، بالإضافة إلى ضمان الحيدة في هؤلاء الأعضاء والبعد بهم عن الشبهات التي قد تثيرها الغايات والمآرب الانتحابية لمن يشغل رئاسة مجلس النقابة أو عضويته.

ومع ذلك فقد عاد المشرع ليضع في يد مجلس نقابة الصحفيين صلاحية اختيار رئيس المجلس التأديبي من بين الأعضاء المنتخبين للمجلس(٦٧)، وذلك بغية قطع أوجه الاختلاف التي قد تثار بين أعضاء المجلس التأديبي حول اختيار الرئيس من بينهم، فعدد أعضاء المجلس التأديبي ليس بالكبير، ولا يستبعد أن يرغب كل منهم بتولي رئاسة المجلس التأديبي، لذلك فقد تحرز المشرع من مثل هذا الاحتمال، فجعل اختيار الرئيس من مهام مجلس النقابة مباشرة.

ومما يلاحظ في هذا المقام هو أن المشرع لم يشترط في مَن يشغل عضوية المجلس التأديبي أو رئاسته أي شرط خاص به على المستوى الشخصي، فلم يشترط فيه توافر خبرة معينة، أو حتى إمضائه في عضوية

(٦٦) انظر: المادة (٣٣/ب) من قانون نقابة الصحفيين.
(٦٧) انظر: المادة (٣٣/هـ) من قانون نقابة الصحفيين.

النقابة مدة ما، في الوقت الذي لم يشترط في أي من الأعضاء أن يكون حائزاً على شهادة في القانون "الحقوق"، وهذا يعني إتاحة المجال أمام مجلس النقابة لاختيار أي عضو من أعضاء الهيئة العامة لشغل عضوية أو رئاسة المجلس التأديبي، حتى وإن كانت خبرته قليلة أو عدد سنوات عضويته محدودة، وهو ما نعتقد بضرورة تداركه بإضافة نص يلزم بتوافر مثل هذه الشرط، ونقترح لهذا الغرض تعديل نص المادة (٣٣/ب/٢) لتصبح على النحو الآتي:

(المجلس التأديبي من ثلاثة أعضاء من الصحفيين الممارسين ممن أمضوا في ممارسة المهنة مدة لا تقل عن خمس سنوات لمن يشغل عضوية المجلس وعشر سنوات لمن يشغل رئاسة المجلس، ولمجلس النقابة تعيين عدد آخر من الأعضاء الاحتياط لا يزيد عددهم على ثلاثة).

فإذا ما تم تشكيل المجلس التأديبي فإن له مباشرة صلاحيته بالنظر في الشكاوى المقدمة له بشأن الصحفيين، وإيقاع العقوبات التأديبية الملائمة بحق أي منهم[٦٨]، وهو ما قضت بمثله محكمة العدل العليا في أحد قراراتها، إذ جاء فيه: (إن صلاحية اتخاذ القرارات التأديبية وفرض العقوبات التأديبية في نقابة الصحفيين من اختصاص مجلس التأديب الذي ينتخب من بين أعضاء الهيئة العامة للنقابة بالاقتراع السري...)[٦٩].

ويشترط لصحة الجلسات التي تعقد لغايات النظر في الشكاوى التأديبية توافر النصاب القانوني للمجلس التأديبي، وذلك بحضور جميع أعضائه بالإضافة إلى رئيسه، أما القرار الصادر عنه فيجب أن يتوافر فيه إجماع أصوات المجلس بأعضائه ورئيسه، فإن تعذر ذلك اكتفي بالأكثرية المطلقة للأصوات[٧٠]. وعندها

(٦٨) انظر: المادة (٣٣/د) من قانون نقابة الصحفيين.

(٦٩) قرار رقم (١٩٩٢/١٥) عدل عليا، مشار إليه سابقاً، وانظر كذلك: قرار رقم (١٩٩٩/٣٧٥) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.

(٧٠) انظر: المادة (٣٣/و) من قانون نقابة الصحفيين.

يصدر القرار عن المجلس التأديبي، إلا أنه لا ينفذ إلا بعد التصديق عليه من قبل مجلس النقابة[٧١] – كما سيأتي.

وبغية تمكين المجلس التأديبي من مباشرة مهامه بيسر وسهولة، فإنه يجب على النقابة توفير المكان الملائم لعقد جلسات المجلس التأديبي، إذ يفترض أن يكون ذلك المكان في مقر النقابة نفسها، إلا أن مانعاً لا يحول دون انعقاده في أي مكان آخر إن اقتضت الحاجة ذلك.

كما يجب على نقيب الصحفيين تعيين كاتبٍ لجلسات المجلس التأديبي من بين موظفي النقابة، إذ يناط بهذا الكاتب تدوين محاضر الجلسات وتوقيعها من أعضاء المجلس التأديبي[٧٢].

ومن جهة أخرى فإنه يجب حفظ سائر الملفات والوثائق المتعلقة بالقضايا التأديبية في النقابة[٧٣]، وذلك بهدف إتاحة المجال للرجوع إليها في أية مرحلة من مراحل النظر في الشكوى التأديبية، أو أي وقت لاحق إن دعت الحاجة إلى ذلك.

والمجلس التأديبي المُشكل من قبل مجلس النقابة عليه أن يمارس مهامه طوال فترة ولاية مجلس النقابة، فإذا ما انتهت ولاية الأخير اعتبر المجلس التأديبي منتهياً حكماً، ولكن هل يجوز لمجلس النقابة حل المجلس التأديبي بعد تشكيله قبل انتهاء مدة ولايته؟

نعتقد بأن من يملك سلطة التعيين له سلطة العزل أو الحل، ومن ثم فإن لمجلس النقابة حل المجلس التأديبي قبل انتهاء المدة المقررة له، كما أن له إعفاء أي من أعضاء المجلس التأديبي الأصليين أو الاحتياط من مهامه، الأمر الذي يصدق أيضا بشأن رئيس المجلس التأديبي، وفي مثل هذه الحالة فإن على مجلس النقابة أن يبادر إلى تشكيل المجلس التأديبي من جديد إن كان قد حله،

(٧١) انظر: المادة (٤٨/و) من قانون نقابة الصحفيين.
(٧٢) انظر: المادة (٢٩) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين.
(٧٣) انظر: المادة (٢٩) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين.

أو انتخاب رئيس أو عضو جديد – بحسب الأحوال – بدلاً من ذلك الذي تم إعفاؤه من مهامه، وهو ما ينطبق أيضا على حالة استقالة أي منهم.

ثانياً – تحريك الدعوى التأديبية:

إن اختصاص المجلس التأديبي لا يقوم تلقائياً بمجرد وقوع مخالفة تأديبية من أحد الصحفيين أو علمه بذلك، وإنما يجب أن تحال إليه شكوى بتلك المخالفة من قبل مجلس نقابة الصحفيين.

أما مجلس نقابة الصحفيين فقد يحيل الصحفي إلى المجلس التأديبي مباشرة وبناء على قرار يتخذه بذلك إذا ما لاحظ ارتكاب ذلك الصحفي لخطأ تأديبي(٧٤).

كما أنه يستطيع إحالة الصحفي إلى المجلس التأديبي بناء على شكوى مقدمة فيه لإخلاله بأي من واجباته المهنية، وهذا يعني أنه يكون بوسع مجلس النقابة النظر في إحالة الصحفي من عدمه إلى المجلس التأديبي إذا ما قدمت شكوى حول ارتكابه مخالفة ما، فالأمر يبقى خاضعاً لتقديره ووفقاً لتقديره وقناعاته بوجود أسباب تدعو لمتابعة الشكوى بحق الصحفي من عدمها(٧٥)، فالأصل في الإحالة ألا تتم بصورة تلقائية، بل عقب تمحيص ودراسة من مجلس النقابة، وهو ما عله يحول دون متابعة بعض الشكاوى المقدمة بحق الصحفي، لا سيما إذا ما لوحظ أنها كيدية، أو أن ما هو منسوب للصحفي لا يشكل مخالفة تأديبية، أو كان بالإمكان حل النزاع ودياً بين المشتكي والصحفي(٧٦).

---

(٧٤) انظر: المادة (٤٧/ج) من قانون نقابة الصحفيين.

(٧٥) انظر: المادة (٤٧/ب) من قانون نقابة الصحفيين.

(٧٦) لقد سمح قانون نقابة الصحفيين لمجلس النقابة التدخل في النزاعات التي تثار في إطار المهنة الصحفية، لا بل أنه صرح بأن ذلك يعد أحد مهامه، فقد جاء في المادة (٣٦/ز) منه ما نصه: (يمارس المجلس الصلاحيات والمهام التالية:... المساهمة في حل الخلافات المهنية بين أعضاء النقابة أو بينهم وبين الأفراد والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة).

أما الشخص الذي يحق له تقديم الشكوى، فهو بحسب ما جاء في المادة (٤٧/أ) من قانون نقابة الصحفيين متاح لأي شخص كان، بمن في ذلك الزملاء الصحفيين أو الأشخاص الآخرين، كالمتضررين من إخلال الصحفي بواجباته المهنية، وما لا يجب إغفاله هنا هو ضرورة إعادة صياغة المادة المذكورة لتتلاءم مع الظروف الحالية التي أفضت إلى إلغاء وزارة الإعلام، إذ يمكن إعادة صياغتها لتصبح كالآتي:

(ترفع الدعوى التأديبية إلى المجلس بطلب خطي من أحد الصحفيين أو من أي شخص آخر).

على أنه يتوجب على من يرغب بتحريك الدعوى التأديبية ضد الصحفي مراعاة الآتي:

أ – رفع الدعوى التأديبية بطلب خطي من المشتكي، إذ لا يصح تقديمها شفاهة[٧٧].

ب – رفع الدعوى التأديبية إلى مجلس نقابة الصحفيين بواسطة نقيب الصحفيين، إذ يتوجب على نقيب الصحفيين في مثل هذه الحالة وقبل عرض الأمر على مجلس النقابة أن يطلب من الصحفي المشكو منه الإجابة على الشكوى خلال خمسة عشر يوماً[٧٨].

وما نود الإشارة إليه هنا هو أن المشرع لم يحدد المدة الواجب خلالها على نقيب الصحفيين الطلب من الصحفي الإجابة عن الشكوى، كما لم يحدد المدة التي يمكن خلالها لمجلس النقابة اتخاذ القرار بإحالة الشكوى إلى المجلس التأديبي، وهو ما نعتقد بضرورة تلافيه لما قد يترتب عليه من إرباك للصحفي وتأثير على نفسيته ومعنوياته، لذا فالأولى إدخال تعديل على نص المادة (٤٧/ب) من قانون الصحفيين، ونقترح لهذه الغاية تعديل النص المذكور ليصبح على النحو الآتي:

(٧٧) انظر المادة (٤٧/أ) من قانون نقابة الصحفيين.

(٧٨) انظر المادة (٤٧/أ/ب) من قانون نقابة الصحفيين.

(تقدم الشكوى إلى النقيب، وعلى النقيب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الشكوى إليه أن يطلب من الصحفي أو المتدرب المشكو منه الإجابة عن الشكوى خلال خمسة عشر يوماً، وللنقيب بقرار من مجلس النقابة إذا وجد أسباباً تدعو لمتابعة الشكوى إحالتها إلى المجلس التأديبي للتحقيق، وذلك وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم إجابة الصحفي عن الشكوى).

والتساؤل الذي قد يثار في بال البعض هنا قد يتعلق بمدى إمكانية قيام المشتكي باللجوء إلى القضاء إذا ما اتخذ قرار بعدم إحالة الصحفي إلى المجلس التأديبي، فهل يجوز للمشتكي رفع دعوى للمطالبة بإحالة الصحفي إلى المجلس التأديبي؟

نعتقد أن غاية المشتكي ستصبح يسيرة المنال إذا ما تسنى استصدار حكم قطعي صادرٍ عن المحاكم النظامية بإدانة ذلك الصحفي، إذ يتوجب في مثل هذه الحالة على المجلس التأديبي إيقاع عقوبة تأديبية بحق ذلك الصحفي إذا ما كانت الجريمة تشكل جناية أو جنحة في جريمة أخلاقية أو مخلة بالشرف[٧٩]،

وهذا معناه أنه يجب تحريك الدعوى التأديبية في مواجهة الصحفي بناء على الحكم القضائي الصادر بحقه، ونكون بذلك أمام طريق آخر من طرق تحريك تلك الدعوى التأديبية، إضافة إلى ما سبق ذكره من طرق.

المطلب الثاني
إجراءات فرض العقوبات التأديبية

تمر إجراءات النظر في الدعوى التأديبية وفرض العقوبة من قبل المجلس التأديبي بمراحل عدة، يتعلق بعضها بالتحقيق مع الصحفي، فيما يرتبط بعضها الآخر بعقد جلسات المحاكمة، ومن ثم إصدار القرار الملائم في الدعوى.

(٧٩) انظر: المادة (٤٩) من قانون نقابة الصحفيين.

وما يجب الالتفات إليه هنا وقبل عرض هذه الإجراءات هو أن المشرع الأردني منح المجلس التأديبي صلاحيات واسعة أثناء إجراء التحقيق والمحاكمة، إذ مكنه من السير في إجراءات التحقيق والمحاكمة بعد أن أطلق له الحرية في اختيار الطرق الأنسب لذلك، فنص في المادة (٤٨/أ) من قانون نقابة الصحفيين على الآتي: (يتبع المجلس التأديبي في التحقيق أو المحاكمة الطرق التي يرى فيها ضمانة لحقوق الدفاع وتأميناً للعدالة...).

إن أبرز ما يلاحظ من خلال هذا النص هو أنه منح المجلس التأديبي حرية في اختيار إجراءات التحقيق والمحاكمة، ولعل منحه مثل هذه الحرية يمكنه من تحقيق العديد من المزايا والأهداف، فهو يكسب إجراءاته المرونة التي تمكنه من الفصل في موضوع الشكوى بسرعة وسهولة.

وجدير بالذكر أن النص السابق تضمن الإشارة إلى العدالة بوصفها أحد المصادر التي يستطيع المجلس التأديبي الركون إليه عند نظره الدعوى التأديبية وإصداره لقراراته.

وعلى أية حال فإنه يمكن إجمال إجراءات فرض العقوبة التأديبية كالآتي:

أولاً – تبليغ المشتكي بالدعوى:

تبدأ مهمة المجلس التأديبي في نظر الدعوى التأديبية من لحظة إحالتها إليه من مجلس النقابة، فكما ذكرنا آنفا يتوجب على نقيب الصحفيين بعد استلام الشكوى المقدمة ضد الصحفي الطلب من ذلك الصحفي الإجابة عن الشكوى قبل عرضها على مجلس النقابة وإحالتها إلى المجلس التأديبي(٨٠).

فإذا ما قرر مجلس النقابة إحالة الشكوى إلى المجلس التأديبي، فإنه يتوجب عليه إرسال كافة الأوراق والمستندات المتعلقة بها، ابتداءً من الشكوى، مروراً بالإجابة الواردة من الصحفي بشأنها، وانتهاء بالقرار الصادر عن مجلس النقابة بإحالة الشكوى إلى المجلس التأديبي.

(٨٠) انظر: المادة (٤٧/ب) من قانون نقابة الصحفيين.

وبعد ذلك يتولى المجلس التأديبي الاطلاع على الشكوى وما تعلق بها من مسائل وأوراق بغية تحديد الوقائع المنسوبة للمشتكى عليه من حيث صحتها وتكييفها القانوني والأفعال التي قد تستوجب العقوبة التأديبية وتقديرها بما يتناسب وموضوع الشكوى(٨١)، فإذا ما فرغ من ذلك كان عليه تبليغ الصحفي المشتكى عليه بمذكرة الدعوى وتاريخ الحضور أمام المجلس التأديبي، فقد نصت المادة (٣١/ب) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين على الآتي: (تبلغ مذكرات الدعاوى الجزائية والقرارات الصادرة عن المجلس التأديبي بواسطة محضر أو أحد موظفي النقابة حسب مقتضى الحال، على أن تراعى في ذلك أحكام التبليغ المنصوص عليها في القانون).

نستنتج من خلال النص الأخير أن التبليغ من قبل المجلس التأديبي يتم بإحدى طريقتين وبحسب تقدير المجلس، إحداهما: بواسطة محضر، والأخرى بواسطة أحد موظفي النقابة، ونعتقد بأنه كان من الأولى بالمشرع ترك الأمر كاملاً لتقدير المجلس التأديبي وعدم حصره بهاتين الطريقتين فقط، بمعنى أنه قد يجد طرقاً أخرى غير هذه الطرق تتسم باليسر والسرعة.

كما يلاحظ على النص السابق ورود خطأ في صياغة عبارته، إذ ورد في صدره عبارة (تبلغ مذكرات الدعاوى الجزائية...)، مع أننا لسنا بصدد دعوى "جزائية"، بل "تأديبية"، الأمر الذي يقتضي تعديل النص، ونقترح لهذا الغرض إيراد النص الآتي:

(تبلغ مذكرات الدعاوى التأديبية والقرارات الصادرة عن المجلس التأديبي بالطريقة التي يختارها بواسطة محضر أو أحد موظفي النقابة أو بأية طريقة أخرى يرى المجلس اتباعها).

ثانياً – انعقاد جلسات التأديب:

هناك قواعد وإجراءات متعددة ومتنوعة أشار قانون نقابة الصحفيين والنظام الداخلي للنقابة إلى وجوب مراعاتها عند انعقاد جلسات المجلس

(٨١) انظر: المادة (٣٠) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين.

التأديبي، إذ يتعلق بعضها بحضور المشتكى عليه للجلسات، ورد أعضاء المجلس التأديبي، ووقف الصحفي احتياطيا عن ممارسة المهنة، فيما يتعلق بعضها الآخر بمباشرة التحقيق مع الصحفي وسماع الشهود، وهو ما يمكن إجماله كالآتي:

أ – حضور المشتكى عليه للجلسات:

يتوجب على المشتكى عليه الحضور في الموعد المحدد للجلسة أمام المجلس التأديبي، كما يجوز له أن يوكل محامياً للدفاع عنه(٨٢).

أما إن تغيب الصحفي المشتكى عليه عن الحضور في ذلك الموعد أو في أية جلسة من جلسات المجلس التأديبي دون عذر مشروع فإن المجلس يتابع السير في الدعوى إلى أن يصدر قراره بشأنها، على أنه لا يجوز للمشتكى عليه في هذه الحالة الاعتراض على القرار الصادر بحقه لدى أي من الجهات الإدارية، فقد جاء في المادة (٣٢) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين ما نصه: (إذا تغيب المشتكى عليه عن أي جلسة من جلسات المجلس التأديبي دون عذر مشروع فلا يجوز له في هذه الحالة الاعتراض على القرار الصادر بحقه في هذه الحالة(٨٣) لدى أي من الجهات الإدارية).

واللافت للانتباه في النص الأخير إشارته إلى عدم جواز الاعتراض على قرار المجلس التأديبي لدى أي من الجهات الإدارية، والتساؤل المطروح هنا ما هي تلك الجهات الإدارية التي يجوز الاعتراض لديها؟

لا نعتقد بصحة هذا النص، فلا يوجد جهة إدارية يجوز الاعتراض لديها، اللهم إلا إذا كان المقصود من ذلك مجلس النقابة، وكان من الأولى في مثل هذه الحالة ذكره صراحة.

---

(٨٢) انظر: المادة (٤٨/أ) من قانون نقابة الصحفيين.

(٨٣) لقد وردت عبارة (في مثل هذه الحالة) مرتين في النص نفسه، وهو ما كان يقتضي رفع أحدهما من النص.

ب – رد أعضاء مجلس التأديب:

لما كانت المهمة التي يضطلع بها أعضاء المجلس التأديبي تماثل تلك التي يتولاها القضاة، فإنه يجوز للمشتكى عليه طلب رد العضو الذي يتوافر فيه أحد أسباب الرد، كما لو كان بين المشتكي وبين أحد أعضاء المجلس التأديبي عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل(٨٤)، فقد جاء في المادة (٢٨/أ) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين ما نصه: (يجوز رد أي من أعضاء مجلس التأديب عند وجود سبب من أسباب رد القضاة، وينظر مجلس النقابة في طلب الرد ويفصل فيه وفقاً لأصول رد القضاة).

فإذا ما ثبت قيام أحد أسباب الرد بالنسبة لأحد أعضاء المجلس التأديبي، فإنه يتوجب على مجلس النقابة استبدال العضو الذي تم رده، إذ يتم اختيار عضو آخر بدلا عنه للنظر في الشكوى(٨٥).

---

(٨٤) لقد نص المشرع على أسباب رد القضاة في المادة (١٣٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨، إذ جاء فيها ما يأتي: (يجوز رد القاضي لأحد الأسباب التالية:
١- إذا كان له أو لزوجه دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجه بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه.
٢- إذا كان لمطلقته التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجه، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده.
٣- إذا كان أحد الخصوم يعمل عنده.
٤- إذا كان قد اعتاد مساكنة أحد الخصوم أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.
٥- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل).

(٨٥) انظر: المادة (٢٨/ب) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين.

وإذا كان النظام الداخلي لنقابة الصحفيين قد أشار إلى جواز رد أعضاء المجلس التأديبي، فإن التساؤل الذي يثار قد يدور حول سكوته عن حالات عدم صلاحية أعضاء المجلس التأديبي[٨٦]، فلماذا لم يتم الأخذ بها كما في أسباب الرد؟

لا نجد مبرراً لذلك، لذا نعتقد بأنه من الأولى النص أيضاً على الحالات التي يكون فيها أعضاء مجلس التأديب غير صالحين للنظر في الشكوى، وعلى نحو ما هو عليه الحال بالنسبة لحالات الرد، ونقترح لهذا الغرض تبني النص الآتي:

(أ – يكون عضو المجلس التأديبي غير صالح للنظر في الشكوى إذا توافرت فيه أي من حالات عدم صلاحية القضاة.

ب – يتعين على مجلس النقابة تعين عضوٍ آخر للنظر في الشكوى بدلاً من العضو غير الصالح للنظر في الشكوى).

---

(٨٦) حددت المادة (١٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الحالات التي يكون فيها القاضي غير صالح للنظر في الدعوى المعروضة أمامه، فنصت على الآتي: (يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال الآتية:
١– إذا كان زوجاً لأحد الخصوم أو كان قريباً أو صهراً له إلى الدرجة الرابعة.
٢– إذا كان له أو لزوجه خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو مع زوجه.
٣– إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنونة وراثته له أو كان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصمة أو أحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى.
٤– إذا كان له أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة.
٥– إذا كان بينه وبين أحد قضاة الهيئة صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة أو كان بينه وبين المدافع عن أحد الخصوم صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الثانية.
٦– إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى ولو كان ذلك قبل اشتغاله في القضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها.
٧– إذا رفع دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الاختصاص).

ج – الوقف الاحتياطي:

الوقف الاحتياطي أو ما يسمى بكف اليد هو إجراء يتم بموجبه منع الصحفي من ممارسة المهنة بصورة مؤقتة(٨٧).

أما السبب الذي يتم على أساسه اتخاذ قرار الوقف الاحتياطي فيرتبط بارتكاب الصحفي مخالفة تأديبية وتقديمه إلى المجلس التأديبي، إذ يستلزم تيسير النظر في الشكوى إبعاد الصحفي عن ممارسة المهنة كي لا يقوم بأعمال تفاقم أو تؤثر على الشكوى المقدمة ضده، فضلاً عن الحيلولة دون التأثير على مجلس التأديب أثناء التحقيق(٨٨)، وذلك من خلال أعمال يقوم بها ككتابة مقالة تنتقد المجلس أو أعضاءه.

والجهة المختصة باتخاذ قرار بوقف الصحفي احتياطياً هي مجلس النقابة نفسه بتنسيبٍ من المجلس التأديبي، فقد جاء في المادة (٤٨/ج) من قانون نقابة الصحفيين ما نصه: (لمجلس النقابة بناءً على تنسيب المجلس التأديبي أن يوقف الصحفي أو المتدرب عن ممارسة المهنة مؤقتاً لحين صدور القرار النهائي...).

وعلى الرغم من ذلك فقد تكون نتيجة الشكوى التأديبية الحكم بثبوت ارتكاب الصحفي لمخالفة تأديبية، وفي مثل هذه الحالة تحتسب مدة الوقف الاحتياطي من مدة العقوبة إن كانت العقوبة الصادرة بحقه تتمثل بالمنع من ممارسة المهنة لمدة معينة(٨٩)، أما إن صدر قرار المجلس بغير ذلك كما لو لم يثبت ارتكاب الصحفي للمخالفة أو عوقب بالإنذار أو التنبيه، فإن قرار الوقف يعتبر منتهياً حكماً وبصورة تلقائية دون الحاجة إلى اتخاذ قرارٍ جديد يقرر ذلك.

---

(٨٧) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٧، ص٢٢٣. د. يوسف الياس، المرجع السابق، ص٢٣٠.

(٨٨) قارن بصدد الوظيفة العامة: محمد بن صديق أحمد الفلاتي، المرجع السابق، ص١٠٩.

(٨٩) انظر: المادة (٤٨/ج) من قانون نقابة الصحفيين.

د – مباشرة التحقيق:

التحقيق يعني قيام السلطة التأديبية بالبحث والتقصي عن حقيقة وقوع مخالفة تأديبية ومدى نسبتها إلى الصحفي(٩٠).

فإذا ما حضر الصحفي المشتكى عليه في الموعد المحدد للجلسة، فإن للمجلس التأديبي بعد إفهامه التهمة الموجهة إليه مباشرة التحقيق معه، وذلك بتوجيه الأسئلة حول تلك التهم المسندة إليه.

كما يتوجب على المجلس التأديبي السماح للصحفي بالدفاع عن نفسه وإيضاح المسائل التي يعتقد بضرورة إطلاع المجلس عليها(٩١).

ومن جهة أخرى، فإنه يتوجب عمل محضر بمجريات التحقيق كاملة، وسواء تعلق الأمر بتوجيه الأسئلة إلى الصحفي أو دفاعه عن نفسه، ومن ثم فإنه يتوجب التوقيع على ذلك المحضر من قبل الصحفي.

ومع ذلك فإنه لا ينال من صحة إجراءات التحقيق امتناع الصحفي عن الإدلاء بأقواله رغم إبلاغه بما نسب إليه أو الطلب منه الإجابة عن أسئلة معينة، الأمر الذي ينطبق أيضاً على رفضه التوقيع على محضر التحقيق.

وما لا يجب إغفاله هنا هو أن جلسات المجلس التأديبي يجب أن تكون سرية(٩٢)، وهو ما يقتضي امتناع أعضاء المجلس التأديبي عن التصريح بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن أية معلومةٍ أو أمرٍ يتعلق بالشكوى التأديبية المعروضة على المجلس لأي من أطراف الدعوى أو أي من وسائل الأعلام أو أي شخصٍ آخر، وذلك تحت طائلة المسؤولية القانونية(٩٣)، أما الحكمة من ذلك

---

(٩٠) قارن بصدد الوظيفة العامة تعريف التحقيق الإداري، إذ عرفه البعض بأنه: تحقيق في المخالفات الانضباطية وتحديد المسؤولين عنها. انظر: د. عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص١٠٤.

(٩١) انظر: المادة (٤٨/أ) من قانون نقابة الصحفيين.

(٩٢) انظر: المادة (٤٨/هـ) من قانون نقابة الصحفيين.

(٩٣) انظر: المادة (٣١/أ) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين.

فتتجلى – بالدرجة الأساس – في عدم المساس باعتبار الصحفي[٩٤] والمحافظة على مكانته وسمعته.

هـ – سماع الشهود:

لقد مكن المشرع الأردني المجلس التأديبي من الطلب من أي شخص المثول أمامه بوصفه شاهداً إذا كان الفصل في الشكوى التأديبية يستلزم سماع أقواله، فقد جاء في المادة (٤٨/أ) من قانون نقابة الصحفيين ما نصه: (..للمجلس -التأديبي- أن يقرر سماع الشهود، وفي حالة تخلف أحدهم عن الحضور يصدر بحقه مذكرة حضور تنفذ بواسطة النيابة العامة).

ويستوي في هذا الشأن أن يكون طلب سماع الشهود بناء على قرار يتخذه المجلس التأديبي من تلقاء ذاته، أو أن يكون ذلك بناء على طلب من الصحفي المشتكى عليه نفسه.

ولكن ماذا يستطيع أن يفعل المجلس التأديبي فيما لو حضر الشاهد ورفض الإدلاء بشهادته، أو رفض حلف اليمين قبل الإدلاء بشهادته، أو أدلى بشهادة تبين بأنها كاذبة؟

لقد أجابت عن جانب من هذه التساؤلات المادة (٤٨/ب) من قانون نقابة الصحفيين، إذ نصت على الآتي: (إذا حضر الشاهد وامتنع عن أداء الشهادة أو شهد كذباً، يقرر المجلس إحالته إلى النيابة، ويعتبر في مثل هذه الحالة كأنه امتنع عن أداء الشهادة أو كأنه أدى شهادة كاذبة أمام محكمة نظامية).

غير أن النص الأخير لا يجيب صراحة عن الموقف من الشاهد الذي يمتنع عن حلف اليمين قبل سماع شهادته!

---

(٩٤) قارن بصدد الوظيفة العامة: أيمن بن إبراهيم بن محمد السنيدي، المسؤولية التأديبية لأعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام بالمملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧، ص١٧٢.

ومع ذلك نعتقد بأنه يمكن اعتباره ممتنعاً عن أداء الشهادة، أسوة بالامتناع الصادر عن الشاهد أمام المحاكم النظامية التي أشار إليها النص صراحة، وبالتالي فإنه يمكن إحالته إلى النيابة العامة.

الأمر الذي أكدت مثله محكمة العدل العليا في قرار حديث لها، إذ جاء فيه: (يستفاد من المادة (٤٨) من قانون نقابة الصحفيين رقم (١٥) لسنة ١٩٩٨ أن سماع أقوال الشهود أمام المجلس التأديبي كسماعهم أمام أية محكمة نظامية، يجب أن تكون تحت تأثير القسم القانوني، إذ أن حلف الشاهد للقسم القانوني فيه ضمانة لحق الدفاع وتأمين للعدالة، كما أن إحالة الشاهد الذي يشهد أمام المجلس التأديبي إلى النيابة إذا امتنع من أداء الشهادة أو شهد كذباً لا يكون إلا بعد حلفه القسم القانوني، وحيث لم يؤدِ الشهود القسم القانوني أمام المجلس التأديبي الأمر الذي يشكل بطلاناً لإجراءات المجلس ومخالفة لنص المادة (٤٨) المذكورة)[٩٥].

ثالثاً – البت في الدعوى التأديبية:

إذا ما أكمل المجلس التأديبي التحقيق مع الصحفي بشأن المخالفة المنسوبة إليه، فإن عليه أن يصدر قراره في الشكوى المنظورة أمامه، فقد جاء في المادة (٤٨/د) من قانون نقابة الصحفيين ما نصه: (يصدر المجلس التأديبي قراره في الشكوى خلال مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إحالتها إليه).

لقد حددت المادة السابقة المدة اللازمة للبت في الشكوى التأديبية بخمسة وأربعين يوماً كحد أقصى، فالأصل ألا يجاوز المجلس التأديبي هذه المدة، وهو ما عله يطرح تساؤلاً حول الأثر المترتب على تجاوز هذه المدة، هل هو بطلان الإجراءات التي قام بها المجلس التأديبي؟ أم أن هذه المدة تعد مدة تنظيمية الغرض منها حث المجلس التأديبي على إنهاء مهامه خلالها؟

(٩٥) قرار رقم (١٢٨/٢٠١٠) عدل العليا، منشورات مركز عدالة.

نعتقد بأن على المجلس التأديبي مراعاة المدة التي حددها المشرع قدر الإمكان، خصوصا إذا ما كانت الشكوى بسيطة ويمكن النظر فيها وإنهاؤها في غضون تلك المدة المحددة، أما إن كانت بخلاف ذلك، بأن كانت تتطلب وقتاً أكبر لما قد يشوبها من تعقيدات أو ظروف تحول دون إكمال النظر فيها ضمن المدة المحددة، فإن القول بأن تجاوز تلك المدة يرتب البطلان يصعب التسليم به، فالمشرع لم يذكر ذلك في النص السابق، كما أنه قد لا يخلو من تشدد وتحميل للمجلس بما يفوق طاقته، وهو ما قد لا يحمد عقباه، لاسيما وأن القاعدة تقضي بألا تكليف بمستحيل، لذا نعتقد بأنه من الأولى اعتبار هذه المدة من قبيل المدد التنظيمية.

ومن جانب آخر فإن القرار الصادر عن المجلس في مثل هذه الحالة إما أن يكون بالبراءة أو الإدانة.

فإذا ما صدر القرار وكان يقضي بثبوت ارتكاب الصحفي للمخالفة ومعاقبته عنها سمي هذا القرار بالقرار التأديبي(٩٦).

ويشار هنا إلى أنه يتوجب على المجلس التأديبي عند إصداره للقرار التأديبي القيام بتسبيبه، أي تضمين القرار التأديبي العناصر الأساسية التي تقوم عليها العقوبة التأديبية، ولا سيما الوقائع والظروف التي أحاطت بارتكاب المخالفة، وكان لها وزن في تقدير تلك العقوبة، بالإضافة إلى الأسانيد القانونية التي ارتكز إليها القرار(٩٧).

وتسبيب القرار التأديبي يعد ضمانة هامة من ضمانات التأديب، ذلك أن من شأنه أن يحمل السلطة التأديبية مصدرة القرار على التدبر والتفكير والابتعاد عن التعجل والتحكم في إصداره، هذا بالإضافة إلى تحري تلك السلطة لأسباب القرار والوقائع والأسانيد القانونية التي ترتكز عليها في توقيع العقوبة، وهو ما

(٩٦) يمكن تعريف القرار التأديبي بأنه: قرار تصدره السلطة التأديبية بحق الصحفي المخالف. قارن بصدد الوظيفة العامة: د. عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص٣٣١.

(٩٧) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص٢٨٤، ٢٨٥، ٢٩١.

يفضي إلى سهولة إعمال الجهات المختصة بالرقابة على القرار التأديبي - كالقضاء – لمهامها المتعلقة بالرقابة، والتحقق من تطبيق القانون وسلامة الإجراءات المتخذة في سبيل إصدار القرار التأديبي، ومن جانب آخر فإن للتسبيب أهمية بالغة أيضاً للصحفي الذي صدر بحقه القرار التأديبي، ذلك أنه يمكنه من التعرف على الأسباب الحقيقة التي أفضت إلى إيقاع العقوبة بحقه، وهو ما عله يسهم في تيسير مهمة الصحفي في الطعن بذلك القرار أمام القضاء، وإلا فإنها لن تخلو من فائدة لجهة تدارك ذلك الصحفي لأخطائه وتلافي الأسباب المفضية إليها[٩٨].

لذلك كله نقول بأنه يجدر بالمشرع الأردني النص على إلزام السلطة التأديبية بالقيام بتسبيب القرارات التأديبية، لذا نقترح إدخال تعديل على نص المادة (٤٨/د) من قانون نقابة الصحفيين ليصبح على النحو الآتي:

(يصدر المجلس التأديبي قراره في الشكوى مسبباً خلال مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إحالتها إليه).

ولما كان قرار مجلس التأديب خاضعاً للتصديق عليه من قبل مجلس النقابة[٩٩]، فإن عليه – إذا ما فرغ من إصدار القرار – إرساله مع ملف الشكوى وجميع الوثائق والمستندات المتعلقة به إلى مجلس النقابة[١٠٠]، والذي يحق له أن يقرر نشر هذا القرار إذا ما اكتسب الدرجة القطعية[١٠١]، وارتأى أن في نشره تحقيقاً لمصلحة المهنة والنقابة[١٠٢].

أما طريقة نشر القرار فلم يتطرق لها المشرع، كما لم يضع لها شكلاً معيناً، وبالتالي يكون تقرير ذلك كله خاضعاً لتقدير مجلس النقابة، يقرره وفق ما

(٩٨) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص٢٨٦.
(٩٩) انظر: المادة (٤٨/و) من قانون نقابة الصحفيين.
(١٠٠) انظر: المادة (٣٣) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين.
(١٠١) انظر: المادة (٤٨/هـ) من قانون نقابة الصحفيين.
(١٠٢) انظر: المادة (٤٨/و) من قانون نقابة الصحفيين.

يراه ملائماً، فقد يقرر نشر القرار التأديبي كاملاً، أو بعض الأجزاء المهمة منه والتي يتولى انتقاءها وتحديدها، بحيث يتم نشرها على لوحة الإعلانات في النقابة، أو في النشرة الخاصة بالنقابة، أو بأي طريقة أخرى يقتنع بجدواها وفاعليتها.

وما يجب الالتفات إليه في هذا الصدد هو أنه لا يفضل التوسع في اللجوء إلى نشر القرارات التأديبية، بل يجب استعماله في أضيق الحدود، ذلك أن نشر القرار التأديبي قد يفضي إلى التأثير على معنويات الصحفي وتحقيره أمام زملائه(١٠٣)، وأمام القرّاء، وفي المجتمع بصفة عامة، لا سيما إذا ما كان ذلك الصحفي من أولئك الذين يتمتعون بشهرة واسعة.

المطلب الثالث

المبادئ التي تحكم اختيار العقوبات التأديبية

قد تواجه السلطة التأديبية بعض الصعوبات في اختيار العقوبة التأديبية التي يتم فرضها على الصحفي الذي يرتكب مخالفة تأديبية، إذ تجد نفسها أمام مخالفات متباينة وتختلف عن بعضها البعض في كثير أو قليل، على الرغم من أن المشرع حدد العقوبات التي يمكن إيقاعها على الصحفي بأربع صور (التنبيه، الإنذار، المنع المؤقت من ممارسة المهنة، الشطب من سجل الصحفيين)، عندها قد يثار التساؤل عن مدى إمكانية فرض عقوبات أخرى غير هذه المشار إليها؟ لا سيما إن كانت أكثر ملاءمة للمخالفة التأديبية المعروضة؟ أو حول مدى إمكانية معاقبة الصحفي بأكثر من عقوبة تأديبية؟ الأمر الذي ينطبق على كيفية تحديد العقوبة الأكثر تناسباً مع المخالفة التأديبية؟

لعل الإجابة عن مثل هذه التساؤلات ترتبط بمبادئ قانونية عدة باتت ثابتة ومستقرة في نطاق أحكام التأديب، إذ يتاح على ضوئها للسلطة التأديبية التمكن من اختيار العقوبة التأديبية في الشكوى المنظورة أمامها.

(١٠٣) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. محمد مختار محمد عثمان، المرجع السابق، ص٤٣٨.

وعليه فسنعرض إلى أهم المبادئ القانونية التي تسهم في اختيار العقوبة التأديبية(١٠٤).

أولاً – مبدأ شرعية العقوبة التأديبية:

يعد مبدأ شرعية العقوبة التأديبية أعظم المبادئ التي تحكم اختيار العقوبة التأديبية؛ لذلك فهو يتصدرها(١٠٥)، ويتفرع عنه عدد من المبادئ المهمة أيضاً.

ويقصد بهذا المبدأ عدم جواز إيقاع عقوبة تأديبية غير منصوص عليها قانوناً، فالعقوبات التأديبية واردة على سبيل الحصر، ويجب عند ثبوت التهمة على الصحفي معاقبته بإحدى هذه العقوبات المحددة حصراً، فالمشرع الأردني أخذ في هذا السياق بما يسمى: "مبدأ حصر العقوبات التأديبية".

ومن ثم فإنه لا يجوز للسلطة التأديبية معاقبة الصحفي المذنب بأية عقوبة أخرى غير واردة في قانون نقابة الصحفيين، حتى وإن بدى لها أن العقوبة مطبقة في قوانين أخرى، أو أنها أكثر ملاءمة للحالة المعروضة أمامها، كما لا تستطيع ابتكار عقوبة أخرى غير موجودة في التشريع، فلا تستطيع مثلا معاقبة الصحفي بعقوبة الغرامة أو معاقبته بالمنع من ممارسة المهنة لمدة عشر سنوات، بل يجب على السلطة التأديبية أن تلتزم بالحدود التي قررها المشرع للعقوبة من حيث النوع والمقدار والمدة(١٠٦)، وما قيل سابقاً هو ما يعبر عنه عادة بمبدأ "لا عقوبة إلا بنص".

وينبني على مبدأ شرعية العقوبة التأديبية أيضاً ضرورة فرضها بالطريقة التي حددها المشرع ومن قبل السلطة المختصة تحديداً، فلا يجوز مثلا إيقاع

---

(١٠٤) ثمة مبادئ أخرى تنطبق على العقوبات التأديبية لن نعرض لها في هذا المقام لسبق التعرض لها، ونقصد بذلك على وجه التحديد: مبدأ المساواة في العقوبة، ومبدأ التدرج في العقوبة.

(١٠٥) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. منصور العتوم، المرجع السابق، ص١٦٣.

(١٠٦) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص١٣٨.

العقوبة التأديبية من قبل رئيس المجلس التأديبي منفرداً، كما لا يجوز للمجلس التأديبي هذا تفويض اختصاصاته إلى أية جهة أخرى.

وعلى نحو مماثل فإنه يجب تفسير النصوص المتعلقة بالعقوبات التأديبية تفسيراً مضيقاً لا توسع فيه ولا قياس عليه(١٠٧).

وعليه فإنه يحظر القياس في مجال العقوبات التأديبية لأنها واردة على سبيل الحصر، خصوصا وأن القياس قد يفضي إلى خلقٍ وابتداعٍ في مجال العقاب، وهو ما يحرم فعله على السلطة التأديبية(١٠٨)، لذلك فقد وجد مبدأ آخر أمكن تسميته: "مبدأ حظر القياس"(١٠٩).

ثانياً – مبدأ شخصية العقوبة:

مبدأ شخصية العقوبة مبدأ مهم ومسلم به في أنظمة التأديب كافة، فهو يحقق أسمى درجات العدالة، وسواء تعلق الأمر بالأشخاص الذين يمارسون مهناً حرة كالصحفيين، أم تعلق بالوظيفة العامة(١١٠) أو علاقات العمل الفردية، لا بل أنه يمتد ليشمل التشريعات العقابية بصفة عامة – تأديبية كانت أم جنائية، الأمر الذي حدا إلى إقراره والنص عليه مباشرة في بعض الدساتير(١١١).

ومؤدى هذا المبدأ ألا توقع العقوبة التأديبية إلا على من ارتكب المخالفة التأديبية نفسه، فلا يؤخذ أحد بجريرة غيره، ومن ثم فإنه لا يصح مساءلة صحفي عن مخالفة ارتكبها آخر.

---

(١٠٧) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص١٤٢. أيمن بن إبراهيم السنيدي، المرجع السابق، ص١١١.

(١٠٨) قارن بصدد الوظيفة العامة: علي خليل ابراهيم، المرجع السابق، ص٤٦.

(١٠٩) للمزيد من التفصيل حول هذا المبدأ بصدد الوظيفة العامة انظر: د.عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص٢٨٦.

(١١٠) قارن بصدد الوظيفة العامة: أيمن بن إبراهيم السنيدي، المرجع السابق، ص١١٧.

(١١١) انظر: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص١٣٨.

صحيح أنه قد يساءل شخصان عن مقالة واحدة في العمل الصحفي، كالصحفي كاتب المقال، ورئيس التحرير الذي سمح بنشره، إلا أن ذلك لا يعد استثناءً على مبدأ شخصية العقوبة، فكل منهما قد ثبت ارتكابه لخطأ محدد ومنفصل عن الآخر، فالصحفي لكتابته مقال تضمن خطأً تأديبياً، ورئيس التحرير لإهماله وتقصيره في رقابة المقالات المنشورة(١١٢) – كما مر معنا سابقاً.

ثالثاً – مبدأ وحدة العقوبة التأديبية:

يراد بمبدأ وحدة العقوبة التأديبية: عدم جواز إيقاع أكثر من عقوبة تأديبية واحدة عن المخالفة الواحدة.

وهذا يعني أن للسلطة التأديبية اختيار عقوبة واحدة فقط إذا ما أرادت معاقبة الصحفي المذنب، فيحظر عليها معاقبته بعقوبتين أو أكثر عن المخالفة نفسها، وسواء ظهر هذا التعدد في قرار تأديبي واحد أو أكثر، فلا يجوز مثلا معاقبة الصحفي عن مخالفة ما بعقوبة التنبيه أو الإنذار إلى جانب عقوبة المنع من ممارسة المهنة لمدة سنة، بل يجب اختيار إحدى هذه العقوبات فقط.

لذلك فإن البعض يرى تسمية هذا المبدأ تسميات أخرى من قبيل: "مبدأ عدم جواز تعدد العقوبة التأديبية"(١١٣)، "مبدأ تفريد العقوبة"(١١٤).

ومع ذلك فإنه لا يعد خرقاً لهذا المبدأ القيام بمعاقبة الصحفي بعقوبات أخرى إذا ما اختلف سبب أو وقت إيقاعها، وبعبارة أخرى فإنه لا يعد من قبيل ازدواج أو تعدد العقوبات التأديبية حدوث أي من الحالات الآتية(١١٥):

---

(١١٢) انظر: قرار رقم (٩٩/٣٧٥) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.

(١١٣) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص١٣٨. أيمن بن إبراهيم السنيدي، المرجع السابق، ص١١٥.

(١١٤) قارن بصدد الوظيفة العامة: علي خليل ابراهيم، المرجع السابق، ص٤٧.

(١١٥) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. منصور العتوم، المرجع السابق، ص١٦٣، د. عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص٣١٩، أيمن بن إبراهيم السنيدي، المرجع السابق، ص١١٧.

أ – معاقبة الصحفي بعقوبة تأديبية أخرى إذا ما استمر في ارتكاب المخالفة التأديبية نفسها، إذ يكشف تصرف الصحفي هنا عن جموح وإصرار لا يصلح معه الاكتفاء بما تم إيقاعه من عقوبة، إذ يتوجب إيقاع عقوبة أخرى عليه، ولا شك بأنها يجب أن تتضمن قسوة وشدة أكثر من سابقتها، ففي مثل هذه الحالة لا يوجد ازدواج في العقوبة الموقعة على الصحفي، ذلك أن وقت وسبب إيقاع كل من العقوبتين مختلف عن الآخر، حتى وإن كانت المخالفة في كلا المرتين من ذات النوع، أو أنها بدت استمراراً في مخالفة واحدة.

ب – معاقبة الصحفي بعقوبة تأديبية أصلية يترتب عليها آثار تبعية، وهو ما يمكن ملاحظة مثله عند إيقاع عقوبة المنع المؤقت من ممارسة المهنة على الصحفي، إذ يترتب على ذلك عدم احتساب مدة المنع لغايات التقاعد أو الترشيح لمجلس النقابة(١١٦).

ج – معاقبة الصحفي بعقوبات أخرى وفقا لقوانين أخرى كقانون العقوبات، فلا مانع مثلا من انعقاد المسؤولية التأديبية للصحفي إلى جانب المسؤولية الجنائية أو المسؤولية المدنية أو جميعها معاً إذا ما توافرت أركان كل منها، كما لو قام الصحفي بكتابة مقال تضمن ذماً أو قدحاً لأحد الأشخاص، إذ يتصور اجتماع المسؤوليات الثلاث، فيعاقب تأديبياً من قبل السلطة التأديبية، ويُحكم من قبل المحكمة بالعقوبة الجنائية بالإضافة إلى تعويض المتضرر.

د – إعادة فرض العقوبة التأديبية بعد إلغائها بسبب إيقاعها بصورة مخالفةٍ للقانون، كإيقاعها دون مراعاة الضوابط والإجراءات المنصوص عليها قانوناً أو فرضها من قبل سلطة غير مختصة، الأمر الذي ينطبق على حالة عدم التصديق على العقوبة من قبل مجلس النقابة لوجود عيب أو نقص شاب الإجراءات، ففي مثل هذه الحالات لا مانع من إعادة فرض العقوبة وفقاً للأوضاع القانونية الصحيحة.

(١١٦) انظر: المادة (٤٦/ج) من قانون نقابة الصحفيين.

رابعاً – مبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة:

يعد مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التأديبية من أهم المبادئ التي تحكم اختيار العقوبة التأديبية، أما السبب في ذلك فيرجع إلى عدم تحديد المشرع للمخالفات التأديبية(١١٧) على الرغم من تحديده العقوبات، وهو ما يمنح السلطة التأديبية صلاحيات واسعة في تقدير العقوبة الموقعة بحق الصحفي عما يرتكب من مخالفات.

ويقوم هذا المبدأ على إيجاد قدرٍ من الملاءمة بين درجة خطورة المخالفة المرتكبة من الصحفي من جهة، ونوع ومقدار العقوبة الموقعة بحقه من جهة أخرى.

ومؤدى ذلك أن على السلطة التأديبية النظر في طبيعة المخالفة ومدى خطورتها وجسامتها لتقرير العقوبة المناسبة من بين العقوبات المحددة قانوناً، ذلك أن هذه العقوبات – وطبقاً لمبدأ التدرج – تتفاوت في الأثر العقابي المترتب على كل منها، إذ يتوجب على هذه السلطة ألا تتشدد في إيقاع العقوبة، في الوقت الذي يتوجب عليها ألا تتساهل في ذلك، فالعقوبة المناسبة هي العقوبة التي تكافئ المخالفة التأديبية، بلا إفراط أو تفريط، بلا قسوة في مواضع تتطلب الرأفة واللين، وبلا رأفة في مواضع تتطلب الحسم والشدة.

لذلك يمكن القول بأن كفاءة السلطة التأديبية المختصة بتوقيع العقوبة تقاس بمدى قدرتها على تفهم أبعاد المخالفة التأديبية وخطورتها، ومن ثم إيقاع العقوبة الملائمة(١١٨).

فلا يجوز مثلا معاقبة الصحفي عن مخالفة بسيطة كعدم اتباع قواعد اللياقة في الحديث مع أحد الزملاء بعقوبة شديدة كشطب اسم الصحفي من سجل الصحفيين ومنعه من ممارسة المهنة نهائيا، إذ يبدو الشطط والغلو في

(١١٧) قارن بصدد الوظيفة العامة: محمد بن صديق الفلاتي، المرجع السابق، ص٧٣.

(١١٨) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. محمد مختار محمد عثمان، المرجع السابق، ص٤٤١–٤٤٢.

مثل هذه العقوبة، الأمر الذي يصدق على المخالفات الجسيمة والخطيرة كما لو أصّر الصحفي – رغم سبق معاقبته بالتنبيه – على كتابة مقالات تثير الفتنة الطائفية أو الدينية في المجتمع، فلا يكون من الملائم في مثل هذا الفرض معاقبته بالإنذار مثلاً.

وعليه فإنه يجب على السلطة التأديبية توخي الدقة في تقدير العقوبة التأديبية[١١٩]، ويفترض بها لهذا الغرض الأخذ بعين الاعتبار الكثير من المسائل والاعتبارات، ولا سيما الظروف المخففة أو المشددة في العقاب، ومن قبيل الظروف المخففة التي تستوجب اللين في العقاب: بساطة المخالفة التأديبية وضآلة أهميتها، أو عدم تعمد الصحفي ارتكاب المخالفة، أو عدم ترتب أضرارٍ من جراء ارتكاب المخالفة، أو كون تلك الأضرار بسيطة ويسيرة، الأمر الذي ينطبق أيضاً على نقاء صفحة الصحفي وعدم مثوله أمام السلطة التأديبية أو عدم سبق معاقبته بأية عقوبة تأديبية، أو حداثة عهد الصحفي في المهنة أو حداثة العهد بمخالفة تأديبية ما، بالإضافة إلى تعاون الصحفي مع السلطة التأديبية والمبادرة إلى الاعتراف بما نسب إليه من أخطاء، وعلى النقيض من ذلك يعد من قبيل الظروف المشددة التي تستوجب الشدة في العقاب: تعمد ارتكاب المخالفات التأديبية، وكثرة السوابق والعود بتكرار المخالفات والإصرار عليها، أو الاستهتار بالعقوبات والسلطة التأديبية[١٢٠].

المطلب الرابع
الرقابة على العقوبات التأديبية

لا يمارس المجلس التأديبي عمله بصورة منعزلة، بل إن القرار التأديبي الذي يصدره لا ينفذ إلا إذا تم تصديقه، وصاحب الاختصاص بالتصديق هو مجلس نقابة الصحفيين.

(١١٩) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. منصور العتوم، المرجع السابق، ص١٤٨.
(١٢٠) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص١٥٣–١٥٣.

ومن جهة أخرى، فإن ما يصدر من قرارات تأديبية يبقى خاضعاً للطعن أمام القضاء، إذ يستطيع الصحفي اللجوء إلى المحكمة المختصة طالباً منها النظر في صحة القرار التأديبي.

وعليه نستطيع القول بأن العقوبات التأديبية الصادرة عن المجلس التأديبي ليست بالقرارات النهائية، فهي لا تصبح نهائية إلا إذا تم التصديق عليها، ولم يطعن بها أمام القضاء، وهذا معناه أن هناك نوعين من الرقابة على العقوبات التأديبية، نعرض لهما كل على حدة.

أولاً – التصديق:

لا قيمة للقرار التأديبي الصادر عن المجلس التأديبي ما لم يتم التصديق[١٢١] عليه من قبل مجلس نقابة الصحفيين، فقد نصت المادة (٤٨/و) من قانون نقابة الصحفيين على الآتي: (يكون قرار المجلس التأديبي خاضعاً لتصديق المجلس، وله أن يقرر نشر القرارات التأديبية أو عدم نشرها وفقاً لمصلحة المهنة والنقابة).

وعلى نحو أوضح تطرق النظام الداخلي لنقابة الصحفيين إلى صلاحيات مجلس النقابة تجاه القرار التأديبي الذي يطلب منه التصديق عليه، حيث منحته الحق في الرقابة على قرارات التأديب بغية تدارك ما قد يقع من أخطاء في عمل المجلس التأديبي، بالإضافة إلى حثه على الحرص ومراعاة الدقة والموضوعية عند أدائه لمهامه، فقد نصت المادة (٣٣) من النظام الداخلي على ما يأتي: (إذا اكمل المجلس التأديبي التحقيق، يرسل ملف الشكوى إلى المجلس، متضمناً قراره ومرفقاً به الوثائق والمستندات، وللمجلس أن يعيد الملف إلى المجلس التأديبي مشفوعاً بملاحظاته لاستكمال أي إجراءات تتعلق بالتحقيق).

---

(١٢١) يعرف التصديق في القانون الإداري بأنه: (موافقة جهة إدارية على عمل قانوني اتخذته جهة إدارية أدنى، بحيث لا يكون هذا العمل نافذاً أو نهائياً إلا بهذه الموافقة). انظر: د. عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص١١٥.

يتضح من خلال النص الأخير أن صلاحيات مجلس النقابة بشأن القرار التأديبي تتمثل – بالإضافة إلى إصدار قرار بنشره – في إعادة ملف الشكوى للمجلس التأديبي والطلب منه استكمال ما يرى من نقص في إجراءات التحقيق، ليس لمرة واحدة فقط، ذلك أن مانعاً لا يحول دون إعادته إلى المجلس التأديبي أكثر من مرة وللغاية ذاتها، ولعل هذا ما يثير التساؤل حول مدى إمكانية تعديل قرار المجلس التأديبي أو إلغائه، فهل يجوز تعديل هذا القرار أو إلغائه؟ ومن الذي يجوز له القيام بذلك؟

نعتقد بأن الإجابة عن ذلك تتطلب التمييز بين صلاحيات المجلس التأديبي من جهة، وصلاحيات مجلس النقابة من جهة أخرى.

ولا شك هنا في أن للمجلس التأديبي – خلال مدة معقولة – إعادة النظر في القرار الصادر عنه إذا ما أعيد له من مجلس النقابة لاستكمال بعض النواقص في الإجراءات، فيكون بوسعه تخفيف العقوبة أو تشديدها، مع أن له أيضاً القيام باستكمال تلك الإجراءات دون أن يكون لذلك تأثير على قراره التأديبي، أي إبقاؤه على حاله دون تعديل.

أما مجلس النقابة فإنه قد يثار شك حول قدرته على القيام بمثل هذا التغيير، وسواء تعلق الأمر بتشديد العقوبة أو تخفيفها، ذلك أن نص المادة (٣٣) من النظام الداخلي تشير إلى حقه في إعادة الملف إلى المجلس التأديبي مع طلب استكمال الإجراءات، وهو ما يعني عدم إمكانية وصحة تدخله المباشر على القرار التأديبي.

وهو ما قررت مثله محكمة العدل العليا الأردنية، إذ جاء في قرار لها ما يأتي: (لا يوجد في قانون نقابة الصحفيين ما يخول مجلس النقابة صلاحية إيقاع العقوبة التأديبية، وذلك أن الصلاحيات واختصاصات مجلس النقابة مذكورة في المادتين (٣٩) و (٤٠) من قانون النقابة، وليس من بينها صلاحية تأديب الصحفيين)[١٢٢].

(١٢٢) قرار رقم (١٩٩٢/١٥) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.

على أن الأمر قد لا ينتهي عند هذا الحد، ذلك أن مجلس النقابة يملك التأثير على المجلس التأديبي بالإصرار على موقفه المتمثل في عدم التصديق على القرار التأديبي، إذ لا يوجد ما يجبره على ذلك، ولا حتى مدة يصبح بعدها ذلك القرار نافذاً.

الأمر الذي يصدق بشأن موقف المجلس التأديبي، إذ يستطيع الإصرار على موقفه المتمثل بعدم تغيير العقوبة، فيكون مؤدى مثل هذه الحالة تعطيل القرار التأديبي وعدم نفاذه، وهو ما يجدر بالمشرع الأردني حسمه وإدخال تعديل عليه، إذ يتصور لحل مثل هذه المعضلة اتخاذ أحد موقفين، أحدهما: وضع مدة – ثلاثين يوماً مثلاً – يصبح بعدها القرار التأديبي نافذاً حتى ولو لم يصادق عليه مجلس النقابة إذا ما تم إعادته إليه من المجلس التأديبي؛ والآخر: إعطاء مجلس النقابة صراحة حق تعديل قرارات المجلس التأديبي.

وبالموازنة بين الموقفين السابقين، فإنه يلاحظ بأن كل منهما يحقق ميزةً لا يحققها الآخر، ذلك أن وضع مدة للمصادقة على القرار التأديبي بعد إعادته إلى مجلس النقابة يحصنه من شبهة التأثر بالأغراض والمآرب الانتحابية التي قد يأخذها مجلس النقابة بالحسبان عند اتخاذ قراره، كما أنه يعطي للمجلس التأديبي صلاحيات واسعة تمكنه من فرض العقوبة الأكثر ملاءمة وفقاً لقناعته، وبناء على اطلاعه على مجريات التحقيق التفصيلية والدقيقة، وهو ما يفضي بدوره إلى إعطاء المجلس التأديبي فرصة للتدبر وإعادة النظر في قراره بعد إعادته إليه من مجلس النقابة، ومن ثم الإصرار عليه إن اقتنع بأنه يتناسب مع المخالفة المرتكبة وموافق للعدالة.

أما منح مجلس النقابة الحق في التدخل المباشر على القرارات التأديبية، فإنه يتوفر على ميزة أساسية تتمثل في سرعة حسم الشكاوى التأديبية، علاوة على أنه يؤدي إلى حسن سير العلاقة بين المجلسين وانتظامها، بالإضافة إلى جعل المجلس التأديبي أكثر واقعية عند إصدار قراراته وأكثر حرصاً على عدم تعطيلها من قبل مجلس النقابة.

وبالمفاضلة بين الموقفين السابقين نعتقد بأن تبني الموقف الثاني المتمثل بمنح مجلس النقابة حق تعديل القرار التأديبي أدنى للقبول وأجدى من الناحية العملية، ليس فقط لما يحققه من مزايا، بل ولأن طبيعة العلاقة بين المجلسين تقضي بذلك، لا سيما وأن طريقة تشكيل المجلس التأديبي وفضه تبقى مرهونة بإرادة مجلس النقابة[١٢٣]، هذا فضلا عن أن تدخل مجلس النقابة على القرار التأديبي في مثل هذه الحالات قد يصب في مصلحة الصحفي، وإلا فإنه لن يؤدي إلى إضاعة حقوق الصحفي أو هدرها، فما زال أمامه اللجوء إلى القضاء للطعن بالقرار التأديبي إن شعر بأنه غير صحيح أو مجحف بحقه.

لذا نقترح إدخال تعديل على نص المادة (٤٨) من قانون نقابة الصحفيين، وذلك برفع الفقرة (و) منه وجعلها مادة مستقلة، ونقترح لهذا الغرض تبني النص الآتي:

أ – يكون قرار المجلس التأديبي خاضعاً لتصديق المجلس، وله أن يقرر إعادة النظر به تشديداً أو تخفيفاً أو إلغاءً.

ب – للمجلس أن يقرر نشر القرارات التأديبية أو عدم نشرها وفقاً لمصلحة النقابة أو المهنة.

ثانياً – الطعن في القرار التأديبي:

يستطيع الصحفي الذي صدر بحقه عقوبة تأديبية اللجوء إلى القضاء لرفع الغبن والظلم عن كاهله، فهو ملاذه الأخير، ولكن إلى أية محكمة يلجأ الصحفي؟ إلى المحاكم النظامية العادية كمحكمة الصلح أو البداية، أم إلى محكمة القضاء الإداري أو بالأحرى محكمة العدل العليا؟ وعلى مَن يرفع الدعوى؟ على المجلس التأديبي أم على نقابة الصحفيين؟

قد يرى البعض أن تحديد المحكمة المختصة بنظر الطعن بالقرار التأديبي

(١٢٣) انظر: المادة (٣٣) من قانون نقابة الصحفيين.

يحتاج إلى تحديد الطبيعة القانونية لنقابة الصحفيين، وما إذا كانت تعد من أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام(١٢٤).

غير أن المشرع الأردني كفانا مؤونة الاجتهاد في مثل هذه المسألة وحسمها صراحة عندما جعل اختصاص النظر في القرار التأديبي الصادر عن

---

(١٢٤) تعرف النقابات المهنية بأنها: تنظيمات مهنية تقوم على إدارة مرفق عام، وتخول سلطات وامتيازات عامة لرعاية مصالح المهنة والإشراف عليها، بغية تحقيق نفع عام لأعضائها والمجتمع.

وقد أثير جدل فقهي متسع النطاق حول الطبيعة القانونية للنقابات المهنية، إذ انقسم الفقه بشأنها إلى قسمين اثنين، كالآتي:

أ- النقابة تعد أحد الأشخاص المعنوية الخاصة، وتخضع لقواعد القانون الخاص، على الرغم من أنها مكلفة بإدارة مرفق عام.

ويلاحظ هنا بأن موقف القضاء المصري يماثل هذا الاتجاه، إذ يعد النقابات المهنية من قبيل المؤسسات الخاصة ذات النفع العام مثل الجمعيات الخيرية. وهو ما نجده أيضاً في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية بخصوص نقابة الصحفيين تحديداً، إذ جاء في قرار لها ما نصه: (تعتبر نقابة الصحفيين أحد أشخاص القانون الخاص على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي...). قرار رقم (٢٠٠٥/٣٨٧) عدل عليا، منشورات مركز عدالة.

ب- النقابة تعد أحد الأشخاص المعنوية العامة، فعلى الرغم من أنه يتعذر اعتبارها من قبيل المؤسسات العامة، إلا أنها تعد نوعية جديد من الأشخاص الإدارية تقوم إلى جانب أشخاص القانون العام التقليدي.

وتميل محكمة العدل العليا الأردنية إلى مثل هذا الرأي بحسب ما يشير البعض، على الرغم من أنها خرجت عليه في بعض الأحيان، إذ تستند في ذلك إلى معيارين، أولهما: معيار المرفق العام، وثانيهما: وجود نص صريح في القانون المنشأ للنقابة يعطيها الحق في إصدار قرارات إدارية تختص محكمة العدل العليا في النظر بمدى مشروعيتها.

للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر: د.محمد جمال ذنيبات، اتجاهات القضاء الإداري الأردني في تكييف النقابات المهنية، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، سلسلة العلوم الإنسانية، جامعة العلوم التطبيقية، المجلد السابع، العدد الثاني، عمان، ٢٠٠٤، الصفحات: ١٠٦، ١٠٨، ١٠٩، ١١٢.

المجلس التأديبي منعقداً لمحكمة العدل العليا[١٢٥]، فقد نصت المادة (٥٠) من قانون نقابة الصحفيين على الآتي:

(يكون القرار التأديبي بالإدانة خاضعاً للطعن لدى محكمة العدل العليا)[١٢٦].

وكما هو واضح من النص السابق فإن الطعن بالقرار التأديبي مقصور فقط على القرارات الصادرة بالإدانة، فلا يطال غيرها من القرارات، كالقرارات الصادرة بالبراءة أو حفظ ملف الدعوى.

---

(١٢٥) لقد كان قانون نقابة الصحفيين لسنة ١٩٥٢ يقضي بإمكانية استئناف بعض قرارات التأديب الصادرة بحق الصحفي، فقد قضت المادة (٣٤) منه بأن القرارات التأديبية الوجاهية التي تتضمن التوقيف عن العمل مؤقتاً أو شطب الاسم يجوز استئنافها إلى اللجنة الاستئنافية المنصوص عنها في المادة (٢٧) من القانون نفسه، وهذه المادة - أي المادة (٢٧)- بينت بدورها كيفية تشكيل اللجنة الاستئنافية، إذ قضت بتأليف اللجنة الاستئنافية من رئيس محكمة الاستئناف في عمان رئيساً، وأحد قضاة محكمة الاستئناف يعينه كل سنة وزير العدلية، ومن النائب العام أو مساعده، وعضو يعينه كل سنة وزير الداخلية، ونقيب الصحفيين أو نائبه ومن ينتدبه مجلس النقابة أعضاء للفصل في الاستئنافات المرفوعة ضد قرارات المجلس، ويشترط في ذلك ألا يكون النقيب أو نائبه قد اشتركا في إصدار القرار المطعون فيه.

(١٢٦) لقد عرضت محكمة العدل العليا إلى اختصاصاتها بالنظر في الطعون المقدمة بالقرارات الصادرة بموجب قانون نقابة الصحفيين، إذ جاء في قرار لها الآتي: (تعتبر نقابة الصحفيين أحد أشخاص القانون الخاص على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، ولذلك فإن ما يخضع للطعن لدى محكمة العدل العليا من قراراتها هو ما نص قانونها على جواز الطعن فيه، وقد حدد قانون نقابة الصحفيين رقم (١٥) لسنه ١٩٩٨ على سبيل الحصر القرارات الصادرة عن مجلس نقابة الصحفيين التي يجوز الطعن فيها لدى محكمه العدل العليا وهي:

١- قرارات مجلس النقابة برفض طلب الانتساب للنقابة والصادرة بمقتضى المواد (١٠، ١٢، ١٤) من هذا القانون.

٢- قرارات المجلس التأديبي بالإدانة (المادة ٥٠) من هذا القانون.

٣- قرارات الهيئة العامة (المادة ٥٢) من هذا القانون). قرار رقم (٢٠٠٥/٣٨٧) عدل عليا، منشورات مركز عدالة.

أما الشخص الذي ترفع الدعوى عليه فهو المجلس التأديبي نفسه بوصفه الشخص الذي أصدر[١٢٧] القرار التأديبي، وليس نقابة الصحفيين، وهو ما قضت بمثله محكمة العدل العليا، إذ جاء في قرار لها: (تقام الدعوى لدى محكمة العدل العليا بمقتضى أحكام قانونها على الشخص الذي أصدر القرار المطعون فيه، وتشمل كلمة (الشخص) لأغراض هذا القانون الشخص الطبيعي والمعنوي وأية هيئة من الأشخاص تشكل مجلساً أو لجنةً بموجب القانون أو النظام، وذلك عملاً بنص المادة العاشرة من قانون محكمة العدل العليا المؤقت...)[١٢٨].

ومن جهة أخرى فإن الطعن في القرار التأديبي جائز ولأسباب مختلفة، إذ يعد من أبرز هذه الأسباب ما يأتي:

١ – عدم الاختصاص في فرض العقوبة: فالأصل أن يصدر القرار التأديبي من المجلس التأديبي، ومن ثم تصديقه من قبل مجلس النقابة، فإن وقع بخلاف ذلك كانت العقوبة غير صحيحة.

فلا يجوز مثلا تفويض أمر إيقاع العقوبة إلى مجلس النقابة أو إلى لجنة أخرى من لجان النقابة.

وقد طبقت محكمة العدل العليا ذلك، فقررت صراحة أن قرار مجلس النقابة بإيقاع العقوبة التأديبية يعد معيباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم، واعتبرته من قبيل غصب السلطة، إذ جاء في قرارها ما نصه: (إن قرار مجلس نقابة الصحفيين القاضي بشطب اسم المستدعي من سجلات نقابة الصحفيين، وهو غير مختص بإصداره، الأمر الذي يشكل خروجاً على قواعد الاختصاص وغصباً للسلطة، وعليه فإن هذا القرار يكون معيباً بعيب عدم

(١٢٧) انظر: المادة (٤٨/د) من قانون نقابة الصحفيين.

(١٢٨) قرار رقم (١٩٩٢/١٥) عدل عليا، مشار إليه سابقاً. كما جاء في القرار نفسه ما يأتي: (إذا كان القرار المطعون فيه صادراً عن مجلس نقابة الصحفيين والدعوى مقامة على نقابة الصحفيين، فإنها تكون مقامة على غير خصم، وخلافاً لما نصت عليه المادة العاشرة من قانون محكمة العدل العليا رقم ١١ لسنة ١٩٨٩).

الاختصاص الجسيم بصورة تفقده خصائص القرار الإداري وتنحدر به إلى درجة الانعدام، والقرار المعدوم لا يتقيد الطعن فيه بميعادٍ تطبيقاً لأحكام المادة ١٢/ج من قانون محكمة العدل العليا رقم ١١ لسنة ١٩٨٩)[١٢٩].

٢ – عدم اتباع الشكل والإجراءات: فلا يجب مخالفة أو تجاوز أي إجراء يفرضه القانون، وسواء تعلق الأمر بالإجراءات السابقة على صدور العقوبة كما في التحقيق[١٣٠]، أم تعلق بالإجراءات المعاصرة أو اللاحقة لصدور القرار التأديبي، ذلك أن الشكل والإجراءات المحددة من قبل المشرع تشكل ضمانات لحق الصحفي أثناء التحقيق والمحاكمة.

والأمثلة على عدم اتباع الشكل والإجراءات كثيرة، ومنها أن يتم عقد المجلس التأديبي دون رئيسه، أو أن يتم إجراء تحقيق دون تبليغ الصحفي بالشكوى على وجه صحيح، أو دون منح الصحفي حق الدفاع عن نفسه.

٣ – اختلال محل القرار التأديبي: فمحل القرار التأديبي هو العقوبة التأديبية، وينبغي في هذه العقوبة أن تكون ممكنة وألا تخالف أحكام القانون[١٣١]، فلا يجوز – مثلاً – معاقبة الصحفي بغير العقوبات المنصوص عليها أو معاقبته بأكثر من واحدة منها – كما أسلفنا.

٤ – عدم وجود سبب للقرار التأديبي: فمناط إيقاع العقاب على الصحفي هو إخلاله بالتزام محدد من التزاماته، أي ارتكاب مخالفة تأديبية، وهو ما يتم البحث عن مدى ثبوته بواسطة التحقيق.

ومؤدى ذلك هو أنه يتوجب على السلطة التأديبية أن تستند عند إصدارها للقرار التأديبي إلى أدلة حقيقية وواضحة وكافية لنسبة المخالفة إلى الصحفي، بحيث يسهل فهمها ومراقبتها، فلا يجدي نفعاً الاستناد إلى أدلة

---

(١٢٩) قرار رقم (١٩٩٢/١٥) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.

(١٣٠) انظر: المادة (٣٤) من قانون نقابة الصحفيين.

(١٣١) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص٢٤٧. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص٣١٩.

عامة أو وهمية أو مشكوك في صحتها[١٣٢]، كما يبطل القرار التأديبي من باب أولى إذا صدر خلواً من سببه[١٣٣].

ومن الأمثلة على هذا العيب استناد السلطة التأديبية إلى أسباب زائفة أو عامة في الإدانة، كالقول بإخلال الصحفي بواجباته المهنية دون تحديد صورة ذلك الإخلال لانعدامه، أو ارتكابه مخالفة لميثاق الشرف الصحفي دون تحديد تلك المخالفة بوضوح لعدم وجودها.

وعلى نحو وثيق الصلة بمحل القرار الإداري وسببه في آن واحد، فإنه القرار التأديبي يكون معيباً إن تضمن معاقبة الصحفي بعقوبة لا تناسب الخطأ المرتكب من قبل الصحفي، كما لو تم معاقبته على مخالفة بسيطة بعقوبة المنع من ممارسة المهنة لثلاث سنوات، ففي مثل هذه الحالة يكون للصحفي اللجوء إلى القضاء للنظر في مدى ملاءمة العقوبة للمخالفة المرتكبة.

٥ – إساءة استعمال السلطة التأديبية: ويقع هذا العيب عندما يكون هناك انحراف في استعمال السلطة التأديبية لصلاحياتها وسلطاتها، كما لو كان الهدف من إصدار القرار التأديبي يتعلق بتحقيق أغراض غير تلك المقصودة من قبل المشرع[١٣٤].

ومن الأمثلة على العقوبات التأديبية التي تتضمن إجحافاً بحق الصحفي، تلك الموقعة بحقه نتيجة ممارسته حقه في ممارسة حرية الرأي أو التعبير أو المعتقد، فقد تتخذ العقوبات التأديبية في بعض الأحيان ذريعة للتنكيل وإلحاق الأذى بالصحفي ليس لارتكابه مخالفة تأديبية، وإنما بقصد محاسبته أو ثنيه عن فكر يعتنقه، أو رأي أدلى به، أو موقف تبناه، سواء أكان سياسياً أم مهنياً أم يتصل بشؤون النقابة أم غير ذلك، وفي مثل هذه الحالة يستطيع الصحفي

(١٣٢) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص٢٤٥. د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص٣١٥.

(١٣٣) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص٣٢٥.

(١٣٤) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص٣١٦. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص٣٢٩.

اللجوء إلى القضاء مطالباً إياه برفع الظلم والحيف عنه، والحكم بعدم مشروعية العقوبة، وهو ما يصدق أيضاً على الإفراط في إيقاع العقوبة جراء مخالفة بسيطة ولذات الأسباب المنوه عنها، إذ لا مناص من طلب تدخل القضاء.

وبعبارة مختصرة فإن رقابة محكمة العدل العليا على العقوبات التأديبية تمتد لتشمل مدى مشروعيتها، بالإضافة إلى مدى تناسبها مع المخالفة المرتكبة.

أما العلة من منح المحكمة مثل هذه السلطات فتتجلى في ضمان استخدام السلطات التأديبية في محلها وعلى وجه يوافق القانون، لا سيما وأنه من غير المستبعد أن يشوبها عيب التعسف في استعمال السلطة، إذ يجب ألا تكون العقوبات التأديبية سيفاً مسلطاً على رقاب الصحفيين، بحيث تثنيهم عن إبداء آرائهم والتمتع بحرياتهم، أو تحول دون ممارسة الصحفيين لمهامهم بمهنية.

وما يلاحظ هنا هو أن المادة (٥٠) من قانون نقابة الصحفيين لم تحدد المدة التي يجب فيها تقديم الطعن لدى محكمة العدل العليا، وهو ما يجعلها خاضعة للأحكام العامة المنصوص عليها في قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢[١٣٥]، مع أنه يجدر بالمشرع تحديد مدة خاصة بهذه الدعوى وذكرها في قانون نقابة الصحفيين مباشرة، وذلك بغرض تنبيه الصحفي إليها لكي لا تفوته، ونقترح لذلك الأخذ بالنص الآتي: (يكون قرار المجلس التأديبي قابلاً للطعن أمام محكمة العدل العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تفهيمه إذا كان وجاهياً، أو من تاريخ تبليغه إذا كان غيابياً).

وعلى أية حال فإنه يتوجب عند الطعن بالقرارات التأديبية الصادرة عن المجلس التأديبي بنقابة الصحفيين اتباع سائر الإجراءات والمدد والأحكام المنصوص عليها في القوانين ذات العلاقة، ونقصد على وجه الخصوص قانون محكمة العدل العليا[١٣٦]، وهو ما أكدت مثله محكمة العدل ذاتها، فنصت في

(١٣٥) انظر: المادة (١٢) من قانون محكمة العدل العليا.

(١٣٦) انظر: على وجه الخصوص المواد (١٢-١٦) من محكمة العدل العليا.

قرار لها على الآتي: (تقام الدعوى لدى محكمة العدل العليا بمقتضى أحكام قانونها على الشخص الذي أصدر القرار المطعون فيه...)[١٣٧].

بقي أن نشير إلى أن سلطات المحكمة عند نظرها القرار التأديبي تنحصر في إلغاء ذلك القرار، ودون أن يكون لها الحق في استبدال العقوبة التي تضمنها، وسواء تبيّن لها شدة تلك العقوبة أو ضعفها. كما يترتب على إلغاء القرار التأديبي زوال كافة الآثار المترتبة عليه وبأثر رجعي من تاريخ صدوره، هذا كله مع عدم الإخلال بحق الصحفي في التعويض عما لحقه من أضرار إذا كانت ناجمة عن ذلك القرار[١٣٨].

الخاتمة:

بعد أن أنهينا دراسة الأحكام المتعلقة بتأديب الصحفيين، فإنه يجدر بنا عرض أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

النتائج:

لقد توصلت الدراسة في أحكام الجزاءات التأديبية ومدى كفايتها إلى نتيجة رئيسية مفادها أن هذه الأحكام يعتريها بعض جوانب النقص والقصور، الأمر الذي يستدعي المعالجة وسد بعض الثغرات، وعلى نحو أكثر تفصيلاً فإنه يمكن ملاحظة ما يأتي بشأنها:

أولاً – يشمل نطاق العقوبات التأديبية الصحفيين كافة، أردنيين كانوا أم غير أردنيين، أعضاء في الهيئة العامة كانوا أم في أي مجلس أو لجنة أخرى، إلا أن المشرع الأردني خرج على مبدأ المساواة الذي يفترض إعماله في هذا المقام باستثنائه الصحفيين العاملين بالقطاع العام من نطاقها.

---

(١٣٧) قرار رقم (١٩٩٢/١٥) عدل عليا، مشار إليه سابقاً.

(١٣٨) قارن بصدد الوظيفة العامة: د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص٣١٩.

ثانياً – قد يفضي ارتكاب الصحفي لمخالفة ما إلى مساءلة أكثر من شخص في الوقت ذاته، وذلك باعتبار أن الصحفي هو من ارتكب المخالفة أي الفاعل، إلى جانب مساءلة رئيس التحرير بوصفه مقصراً بواجب الرقابة والإشراف، وهي مخالفة منفصلة ومستقلة عن غيرها.

ثالثاً – يسأل الصحفي عن إخلاله بواجباته المهنية، إيجابية كانت أو سلبية، وسواء أكان مصدرها التشريع أم ميثاق الشرف الصحفي أم مقتضيات للنظام العام.

رابعاً – حدد المشرع أربع عقوبات تأديبية يمكن إيقاعها بحق الصحفي المذنب وبحسب الأحوال، لم يرد من بينها عقوبات مالية كالغرامة، وهذه العقوبات: اثنتان منها ذات أثر "تحذيري"، الفارق بينهما محدود جداً وهما التنبيه والإنذار، واثنتان ذات أثر "استبعادي"، إحداهما تتميز بمرونة عالية وهي "المنع المؤقت من ممارسة المهنة"، والأخرى شديدة وقاسية وهي "المنع النهائي من ممارسة المهنة"، وهو ما يتيح للسلطة التأديبية هامش من الحرية في انتقاء العقوبة على الصحفي الذي يرتكب مخالفة تأديبية.

خامساً – لم يشترط المشرع بأعضاء المجلس التأديبي إمضاء مدة معينة في ممارسة مهنة الصحافة، كما تستمر ولاية هذا المجلس إلى وقت انتهاء ولاية مجلس النقابة الذي شكله، والذي يملك أيضا حله.

سادساً – أغفل المشرع إيراد بعض المدد للإجراءات التي تلي تقديم الشكوى بالصحفي، وهو ما عله يؤثر على نفسية الصحفي ويربكه.

سابعاً – منح المشرع المجلس التأديبي حرية اختيار إجراءات التحقيق والمحاكمة، غير أنه عاد بعد ذلك ليفرض بعض القيود الخاصة بجوانب مختلفة كالتبليغ، كما أنه أغفل مسألة تكتسب أهمية بالغة وهي ضرورة تسبيب قرارات التأديب.

ثامناً – يتوجب على السلطة التأديبية مراعاة بعض المبادئ الخاصة بأحكام التأديب، ومن أهمها المبادئ الآتية: مبدأ الشرعية، مبدأ الشخصية، مبدأ وحدة العقوبة، ومبدأ تناسب العقوبة مع المخالفة.

تاسعاً – منح المشرع الأردني لمجلس النقابة الحق في التصديق على القرار التأديبي الصادر من المجلس التأديبي دون حق تغيير ذلك القرار، وهو ما عله يفضي إلى خلق اضطراب في إصدار ونفاذ القرار التأديبي بجعله عرضة للأخذ والرد بين المجلسين ومن ثم تعطيله أو تأخير صدوره.

عاشراً – أجاز المشرع الطعن في القرار التأديبي لدى محكمة العدل العليا ضماناً لتحقيق العدالة وحقوق الصحفي، إلا أنه أغفل تحديد مدة خاصة للتقدم بهذا الطعن، على الرغم من أهمية تنبيه الصحفي لمثل هذه المدة.

التوصيات:

لقد توصلت الدراسة إلى توصيات عدة على صعيد ضرورة قيام المشرع الأردني بإعادة النظر في تنظيم وصياغة الأحكام المتعلقة بتأديب الصحفيين، إذ اقترحت لهذا الغرض تبني ما يأتي:

أولاً – إضافة بعض الأحكام الخاصة بتشكيل المجلس التأديبي، وذلك بإدخال تعديل على نص المادة (٣٣/ب/٢) من قانون نقابة الصحفيين لتصبح على النحو الآتي:

يشكل المجلس من بين أعضاء الهيئة العامة من غير أعضائه بالاقتراع السري:

١ – لجنة العضوية من خمسة أعضاء.

٢ – المجلس التأديبي من ثلاثة أعضاء من الصحفيين الممارسين ممن أمضوا في ممارسة المهنة مدة لا تقل عن خمس سنوات لمن يشغل عضوية المجلس وعشر سنوات لمن يشغل رئاسة المجلس، ولمجلس النقابة تعيين عدد آخر من الأعضاء الاحتياط لا يزيد عددهم على ثلاثة.

ثانياً – تعديل نص المادة (٤٦) من قانون نقابة الصحفيين لتصبح على النحو التالي:

أ – إذا أخل الصحفي أو الصحفي المتدرب بواجبات مهنته المبينة في هذا القانون أو في أي نظام صادر بمقتضاه، أو خالف ميثاق الشرف الصحفي، أو تجاوز أو قصر في أداء واجباته المهنية، أو أقدم على عمل أو تصرف ينال من شرف المهنة يعرض نفسه للعقوبات التالية:

١ – الإنذار

٢ – اللوم

٣ – المنع المؤقت من ممارسة المهنة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات

٤ – المنع النهائي من ممارسة المهنة

ب – لا يجوز للصحفي الممنوع من ممارسة المهنة بصورة مؤقتة القيام بأي عمل يدخل ضمن أعمال المهنة الصحفية خلال مدة المنع، ولا تحسب هذه المدة لغايات التقاعد أو الترشيح لمجلس النقابة.

ثالثاً – تعديل الفقرتين (أ) و(ب) من المادة (٤٧) من قانون نقابة الصحفيين لتصبحا كالآتي:

أ – ترفع الدعوى التأديبية إلى المجلس بطلب خطي من أحد الصحفيين أو من أي شخص آخر.

ب – تقدم الشكوى إلى النقيب، وعلى النقيب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الشكوى إليه أن يطلب من الصحفي أو المتدرب المشكو منه الإجابة عن الشكوى خلال خمسة عشر يوماً، وللنقيب بقرار من مجلس النقابة إذا وجد أسباباً تدعو لمتابعة الشكوى إحالتها إلى المجلس التأديبي للتحقيق، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم إجابة الصحفي عن الشكوى.

رابعاً – تعديل الفقرة (د) من المادة (٤٨) من قانون نقابة الصحفيين لتصبح كالآتي:

يصدر المجلس التأديبي قراره في الشكوى مسبباً خلال مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إحالتها إليه.

خامساً – رفع الفقرة (و) من المادة (٤٨) من قانون نقابة الصحفيين وجعلها مادة مستقلة كالآتي:

أ – يكون قرار المجلس التأديبي خاضعاً لتصديق المجلس، وله أن يقرر إعادة النظر به تشديداً أو تخفيفاً أو إلغاءً.

ب – للمجلس أن يقرر نشر القرارات التأديبية أو عدم نشرها وفقاً لمصلحة النقابة أو المهنة.

سادساً – تحديد مدة الطعن التي تطرقت لها المادة (٥٠) من قانون نقابة الصحفيين وتعديلها لتصبح كما يأتي:

يكون قرار المجلس التأديبي قابلاً للطعن أمام محكمة العدل العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تفهيمه إذا كان وجاهياً، أو من تاريخ تبليغه إذا كان غيابياً.

سابعاً – تعديل المادة (٣١/ب) من النظام الداخلي لنقابة الصحفيين وإيراد النص الآتي:

تبلغ مذكرات الدعاوى التأديبية والقرارات الصادرة عن المجلس التأديبي بالطريقة التي يختارها بواسطة محضر أو أحد موظفي النقابة أو بأية طريقة أخرى يرى المجلس اتباعها.

ثامناً – إضافة مادة جديدة إلى النظام الداخلي لنقابة الصحفيين بخصوص حالات عدم صلاحية أعضاء المجلس التأديبي، إذ يمكن تبني النص الآتي:

أ – يكون عضو المجلس التأديبي غير صالح للنظر في الشكوى إذا توافرت فيه أي من حالات عدم صلاحية القضاة.

ب – يتعين على مجلس النقابة تعين عضو آخر للنظر في الشكوى بدلاً من العضو غير الصالح للنظر في الشكوى.

المراجع

١ – د. أحمد سلامة بدر، التحقيق الإداري والمحاكمة التأديبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢ – أميمة بشير شريم، الصحافة الأردنية وعلاقتها بقوانين المطبوعات، الطبعة الأولى، ١٩٨٤.

٣ – أيمن بن إبراهيم بن محمد السنيدي، المسئولية التأديبية لأعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام بالمملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧.

٤ – بريك بن عائض القرني، مسؤولية المحامي التأديبية والمدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية ونظام المحاماة السعودي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤.

٥ – د. سليم سلامة حتاملة، الجزاءات الإدارية وموجبات فرضها بحق الصحف طبقا لقانون المطبوعات والنشر الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٨، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد (٢)، العدد (٢)، الكرك، ٢٠١٠.

٦ – د. عادل زيادات، دراسة تحليلية لقانون نقابة الصحفيين الأردنيين لعام ١٩٨٣، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد: الثالث، العدد: الثاني، المفرق، ١٩٩٨.

٧ – د. عباس علي محمد الحسيني، المسؤولية المدنية للصحفي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٣.

٨ – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٩ – د. عبد القادر الشيخلي، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر، عمان، ١٩٨٣.

١٠- د. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٧.

١١- علي خليل إبراهيم، جريمة الموظف العام الخاضعة للتأديب في القانون العراقي، دار واسط، لندن، ١٩٨٥.

١٢- مازن العرموطي وعادل الزيادات، البيئة القانونية للصحافة في المملكة الأردنية الهاشمية، دراسات (سلسلة العلوم الإنسانية) الجامعة الأردنية، المجلد السادس عشر، العدد الثالث، عمان، ١٩٨٩.

١٣- محمد بن صديق أحمد الفلاتي، الجزاءات التأديبية على الموظف العام في نظام المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٥.

١٤- د. محمد جمال ذنيبات، اتجاهات القضاء الإداري الأردني في تكييف النقابات المهنية، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية – سلسلة العلوم الإنسانية، جامعة العلوم التطبيقية، المجلد السابع، العدد الثاني، عمان، ٢٠٠٤.

١٥- د. محمد محمود ندا، انقضاء الدعوى التأديبية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١.

١٦- د. محمد مختار محمد عثمان، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣.

١٧- د. منصور إبراهيم العتوم، المسؤولية التأديبية للموظف العام، الطبعة الأولى، مطبعة الشرق ومكتبتها، عمان، ١٩٨٤.

١٨- د. نواف كنعان، النظام التأديبي في الوظيفة العامة، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

١٩- د. يوسف الياس، المرجع العملي في شرح قوانين الخدمة المدنية والانضباط والتقاعد المدني، دار الكتب للطباعة والنشر بجامعة الموصل، ١٩٨٣.

معاجم اللغة العربية:

١ – ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع.

٢ – أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٠.

التشريعات:

١ – الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.

٢ – قانون المطبوعات والنشر رقم (٨) لسنة ١٩٩٨.

٣ – قانون نقابة الصحفيين الأردنيين رقم (١٧) لسنة ١٩٥٣.

٤ – قانون نقابة الصحفيين المؤقت رقم (١) لسنة ١٩٨٣.

٥ – قانون نقابة الصحفيين رقم (١٥) لسنة ١٩٩٩

٦ – قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦

٧ – قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨

٨ – قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.

٩ – نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧.

١٠– النظام الداخلي لنقابة الصحفيين.

١١– ميثاق الشرف الصحفي.

القرارات القضائية:

١ – قرار رقم (١٩٩٢/١٥) عدل عليا.

٢ – قرار رقم (١٩٩٥/١٣٨) عدل عليا.

٣ – قرار رقم (١٩٩٦/٨١) عدل عليا.

٤ – قرار رقم (١٩٩٩/٣٧٥) عدل عليا.

٥ – قرار رقم (٢٠٠٠/٤٣٣) عدل عليا.

٦ – قرار رقم (٢٠٠١/٢٨) عدل عليا.
٧ – قرار رقم (٢٠٠٥/٣٨٧) عدل عليا.
٨ – قرار رقم (٢٠١٠/١٢٨) عدل العليا.

المجلات والمجموعات القضائية:

١ – مجلة نقابة المحامين، العددان التاسع والعاشر، السنة الثامنة والأربعون، عمان، ٢٠٠٠.
٢ – مجلة نقابة المحامين، الأعداد السابع والثامن والتاسع، السنة التاسعة والأربعون، عمان، ٢٠٠١.
٣ – مجلة نقابة المحامين، العددان العاشر والحادي عشر، السنة التاسعة والأربعون، عمان، ٢٠٠١.
٤ – منشورات مركز عدالة.

استجواب المتهم في قوانين الإجراءات الجزائية العربية – دراسة تحليلية مقارنة

الدكتور/ سعيد البرك السكوتي
أستاذ مشارك - جامعة حضرموت للعلوم والتكنولوجيا
الجمهورية اليمنية

ملخص:

تتناول هذه الدراسة موضوع استجواب المتهم ومواجهته بغيره من المتهمين أو المجني عليه أو الشهود باعتبارها من أعمال التحقيق الهامة، واستعرضت الضمانات التي كفلتها القوانين الإجرائية للمتهم المتصلة بإجراء الاستجواب والمواجهة، وإجراء الاستجواب جوازاً ووجوباً.

كما تضمنت دراسة ومقارنة وتحليل أحكام الاستجواب والمواجهة في قوانين كل من: دولة الإمارات العربية المتحدة، المملكة الأردنية الهاشمية، الجزائر، الجمهورية اليمنية، دولة الكويت، جمهورية مصر العربية، الجمهورية العربية السورية، المملكة العربية السعودية ودولة قطر*. وخلصت إلى جملة من النتائج والتوصيات، منها:

الاستجواب ليس توجيه الاتهام إلى المتهم، كما أنه ليس إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، إنما هو عمل من أعمال التحقيق يضع المحقق بموجبه المتهم وجهاً لوجه أمام أدلة اتهامه، ويدخل معه في مناقشة تفصيلية لهذه الأدلة تفضي إلى تحديد موقف المتهم منها، إما بالتفنيد والدحض أو الرفض أو الاعتراف.

اتهام شخص بارتكاب جريمة أو بمساهمته في ذلك لا يجوز أن يتقرر إلا بتوجيه هذا الاتهام من الجهة المخولة قانوناً بذلك، أي سلطة الاتهام

(*) اتبع في هذا التسلسل الحروف الأبجدية مع إهمال ال التعريف أينما وجدت.

(النيابة العامة) إلى شخص أو أشخاص معينين، ونقترح أن تفرد قوانين الإجراءات الجزائية أحكاماً مستقلة لإجراء منفصل، يعد من إجراءات التحقيق، يسمى "إعلان الاتهام"، بدلاً عن "إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه".

إن إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه وسماع أقواله التي تلي هذه الإحاطة لا تعتبر استجواباً، وبالتالي لا تخضع لنفس الشروط التي يخضع لها الاستجواب، بما في ذلك "حضور محام" إذ إن وجوب حضور هذا الأخير (بحسب أغلبية القوانين) مقصور على الاستجواب والمواجهة فقط.

المقدمة

يعتبر استجواب المتهم ومواجهته بغيره من المتهمين والشهود من أخطر إجراءات التحقيق الجزائي، وقد أحاطته قوانين الإجراءات الجزائية بسياج من الضمانات لم تحط بها غيره من تلك الإجراءات، تأكيداً لحق المتهم في الدفاع عن نفسه، ودرءاً لأي تعسف محتمل قد يتعرض له طلباً في اعتراف منه بارتكابه الجريمة موضوع التحقيق، واستناداً إلى هذه الخصوصية للاستجواب كإجراء هام من إجراءات التحقيق كان اختيارنا له موضوعاً لدراستنا هذه.

ولما كان الاستجواب يمثل مناقشة المتهم مناقشة تفصيلية لأدلة الجريمة فإن إجراءه لا يتطلب فقط التزاماً دقيقاً بأحكام القانون بما في ذلك تلك الضمانات التي قررها لهذا الإجراء، وإنما أيضاً التزاماً مهنياً وأخلاقياً، بحيث إن نتجت عنه أدلة (كالاعتراف) مثلاً، فيجب أن تكون هذه الأدلة صحيحة ومنتجة في الدعوى، وبغير هذا فلن يكون مصيرها إلا البطلان.

وولوجاً إلى الاستجواب، باعتباره إجراء لا يتخذ إلا في مواجهة متهم بارتكاب جريمة، فقد كان لزاماً علينا التعرض لمفهوم المتهم، وبما يحقق الارتباط الإجرائي الذي ذكرنا بين المتهم وإجراءات التحقيق المختلفة، ومنها الاستجواب والمواجهة.

وقد هدفت هذه الدراسة إلى بيان ومقارنة وتحليل الأحكام الواردة في قوانين الإجراءات الجزائية العربية[١] حول الاستجواب (والمواجهة) وضماناته، وحالات جوازه ووجوبه، والجهة المختصة بإجرائه أصلا واستثناء، كل هذا في ضوء الخصوصية الإجرائية لاستجواب المتهم.

تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين وخاتمة:

المبحث الأول: الخصوصية الإجرائية للاستجواب (و المواجهة).

المبحث الثاني: ضمانات الاستجواب (والمواجهة).

خاتمة البحث.

(١) اقتصر البحث على دراسة قوانين الإجراءات الجزائية في كل من: دولة الإمارات العربية المتحدة (القانون الإماراتي)، المملكة الأردنية الهاشمية (القانون الأردني)، الجزائر (القانون الجزائري)، الجمهورية اليمنية (القانون اليمني)، دولة الكويت (القانون الكويتي)، جمهورية مصر العربية (القانون المصري)، الجمهورية العربية السورية (القانون السوري)، المملكة العربية السعودية (القانون السعودي)، ودولة قطر (القانون القطري). (اتبع في هذا التسلسل الحروف الأبجدية مع إهمال ال التعريف أينما وجدت).

المبحث الأول
الخصوصية الإجرائية للاستجواب (والمواجهة)

يظل استجواب المتهم إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي ذا طبيعة إجرائية خاصة، ليس فقط بسبب حصر إناطته بجهة التحقيق في الإجراءات الجزائية – النيابة العامة أو قضاة التحقيق – ولكن أيضا لأنه مواجهة المتهم بصورة مباشرة بالأدلة المتحصلة في الدعوى الجزائية – موضوع التحقيق، ومناقشته فيها تفصيلا، ولخطورته من حيث ما يترتب عليه من نتائج، وأهم تلك النتائج اعتراف المتهم بالتهم المنسوبة إليه، أو تفنيد تلك التهم. ومن ناحية ثالثة فالاستجواب لا يكون إلا في مواجهة متهم بارتكاب جريمة حركت في مواجهته الدعوى الجزائية، وهذه الدعوى تحرك بـ "أول عمل تباشره النيابة العامة بوصفها سلطة تحقيق أو اتهام"(٢). وقد ورد في بعض القوانين العربية ما يصبغ صفة الدعوى الجزائية على إجراءات مرحلة التحري وجمع الاستدلالات(٣)، فذلك – حسب رأينا – من قبيل عدم الدقة في التفريق بين جوهر إجراءات التحري وجمع الاستدلالات من جهة وإجراءات التحقيق من جهة أخرى.

وعلى هذا الأساس فإنه في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات (مع عدم القيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق) لا يجوز النظر إلى الشخص المشتبه فيه بارتكاب جريمة كطرف في دعوى جزائية، ما لم يوجه إليه الاتهام من الجهة المختصة قانونا بذلك، أو يتخذ في مواجهته إجراء من إجراءات التحقيق. ولما كان الاستجواب لا يكون إلا في مواجهة متهم، وكذلك مواجهته بغيره من المتهمين والشهود. فإن المتهم "هو من حركت ضده الدعوى الجزائية بتوجيه التهمة إليه من سلطة مختصة صراحة أثناء الاستجواب أو ضمنا بكل إجراء

(٢) انظر: د. محمد محمد سيف شجاع. شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز الصادق، ط٦، ٢٠٠٤–٢٠٠٥، ص٣٩.

(٣) انظر: القانون الأردني (المادة ١٣٠)، القانون الجزائري (المادة ١٦٦، ١٦٤)، القانون السعودي (المادة ١٢٦).

مقيد للحرية بناء على دلائل كافية منسوبة ضده"[٤]، ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يوفق في الربط بين صفة المتهم وقيد الحرية، فذلك ليس لازماً، فالكثير من المتهمين لا يتخذ بشأنهم أي إجراء مقيد للحرية، ومع ذلك فهم متهمون، كما أنه لم يصب أيضاً عندما قرر أن توجيه التهمة إلى المتهم لا يكون إلا أثناء الاستجواب، وأصاب أيضاً من أشار إلى أن نشوء المركز القانوني للمتهم يتحقق بثبوت صفة المتهم التي تنسب لشخص معين[٥]، ويعرف د. سليمان عبد المنعم المتهم بأنه: "الشخص الذي تتهمه النيابة العامة بارتكاب الجرم وتطالب بإنزال العقاب به"[٦] وقضت محكمة نقض في أحد أحكامها بأن: "المتهم في حكم الفقرة الأولى من المادة ١٢٦ من قانون العقوبات هو كل من وجه إليه الاتهام بارتكاب جريمة معينة ولو كان ذلك أثناء قيام مأموري الضبط القضائي بمهمة البحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق والدعوى على مقتضى المادتين ٢١ و٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية ما دامت قد حامت حوله شبهة أن له ضلعاً في ارتكاب الجريمة التي يقوم أولئك المأمورون بجمع الاستدلالات فيها"[٧]، ويبدو من سياق هذا النص أنه جمع بين صفتي المشتبه به والمتهم في وصف واحد هو: المتهم، إذ كيف يمكن اعتبار شخص ما متهماً بارتكاب جريمة لمجرد أن "شبهة" حامت حوله، وأوجزت بعض القوانين العربية في تعريف المتهم، فقالت أنه كل من اتهم في ارتكاب جريمة (جناية) أو جنحة[٨]. لكنها لم تبين على وجه الدقة متى يكون الاتهام.

---

(٤) انظر: د. محمد محمد سيف شجاع. (م. س) ص٤٢.

(٥) انظر: د. مطهر علي صالح أنقع. شرح قانون الإجراءات الجزائية، القسم الأول – مكتبة الصادق، ط١، ٢٠٠٤–٢٠٠٥، ص١٠٣.

(٦) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٢٥.

(٧) انظر: نقض جنائي مصري: الطعن رقم ١٣١٤ لسنة ٣٦ – جلسة ١٩٦٦/١١/٢٨ في: http://elsaftylaw.jeeran.com/Temp/%D8%AA%D8%B9%D8%B0%D9%8A%D8%A8.html

(٨) انظر: القانون الأردني، المادة ٤.

ومن المفيد – هنا – التفريق بين صفتين: المتهم والمشتبه به، فهذا الأخير لا يعدو كونه واقعاً في دائرة الاشتباه ليس إلا، وكان القانون الجزائري مصيباً عندما وصف حالة المشتبه به بأنها "مبنية على افتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة" (المادة ٤١). ولاحقاً إما تنتفي هذه الشبهة كما في حالة البلاغ الكاذب أو كانت الدلائل قبل المشتبه به غير كافية وتحفظ عندئذ الأوراق، وإما أن إجراءات التحري وجمع الاستدلالات رجحت هذا الاشتباه فيكون "متهماً"، وقد عبر د. محمود نجيب حسني عن هذا الانتقال بالقول: "أن الاتهام يبتدئ في صورة شك فيما إذا كان شخص قد ارتكب جريمة وصار مسؤولاً عنها، وتستهدف قواعد الإثبات تمحيص هذا "الشك" وتحري الوقائع التي انبثق عنها"(٩)، وأشير في هذا الصدد أنه "لا يعتبر متهماً كل من قدم ضده بلاغ أو شكوى أو أجرى بشأنه مأمور الضبط القضائي بعض التحريات أو الاستدلالات وإنما يعتبر مشتبهاً فيه"(١٠)، والواقع أن هذا الاشتباه (أو الشك) لا يعمر طويلاً، إذ سرعان ما ينتقل إلى الاتهام بفعل الإجراءات التي تقوم بها النيابة العامة. وارتباطاً بمبدأ "المتهم بريء حتى تثبت إدانته المنصوص عليه في معظم القوانين الجزائية فإن التطبيق العملي لهذا المبدأ ينطلق أساساً من لحظة الاتهام، لأن الشخص قبل هذا الاتهام كان بريئاً على الإطلاق "فالأصل في الإنسان البراءة"، غير أن اتهامه بارتكاب جريمة أضاف إليه صفة مؤقتة جديدة – متهم، وهي تمس ولو بقدر ضئيل هذه البراءة، ومع ذلك وبالرغم من هذا المساس الطفيف لحالة البراءة تلك بسبب هذا الاتهام(١١)، تظل براءته هي الظاهرة قانوناً، ومعلوم أنه في أحيان كثيرة لا تفضي المحاكمة إلا إليها، فتظل

(٩) انظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية-القاهرة، ط٢، ١٩٨٨ ص ٤٠٦.

(١٠) انظر: د. إلهام محمد حسن العاقل، الإجراءات الجنائية اليمني، الجزء الأول – الدعوى الجنائية والدعوى المدنية، مكتبة مركز الصادق – صنعاء، ط٤، ٢٠٠٦، ص ١٣٧.

(١١) بالرغم من كل هذا إلا أنه يمكن أن تتعرض حرياته لمساس كبير، كالقبض والحبس، تستلزمها حماية المجتمع من الجريمة.

سائدة. أما إن أفضت المحاكمة إلى الإدانة، فالأمر يكون إلى ما أفضت إليه بشرط التسبيب السائغ للحكم، وأن يكون له سند من الأوراق، وأنه بني على أدلة عرضت ونوقشت أمام المحكمة، فللمسألة – إذن – جانبان فقط: جانب البراءة، ويقع فيه المتهم، وجانب الإدانة، ولا يقع فيه إلا من أدين بحكم بات صحيح.

أشار د. رءوف عبيد(١٢) إلى أن "إجراءات الاستدلال.. لا تتطلب حتماً اتجاه الشبهات إلى متهم معين بالذات، لذا يشترط فيها دائما ألا تتضمن معنى المساس بحرمة شخص المتهم أو مسكنه، وهذا هو ما يميزها عن إجراءات التحقيق بمعناه الضيق، إذ إن هذه الأخيرة لا تكون إلا بعد أن تظهر الجريمة ويتجه فيها التحقيق بالفعل إلى متهم معين دون غيره". وأورد بعضهم أن من شروط ثبوت صفة المتهم "أن يكون قد أسند إليه ارتكاب الجريمة أو المشاركة في ارتكابها" (١٣).

وخلاصة القول أن المتهم بارتكاب جريمة – هو كل شخص وجه إليه اتهام من قبل الجهة المخولة قانوناً بذلك بارتكاب جريمة أو المساهمة في ارتكابها، استناداً إلى الأسس التي حددها القانون، أو اتخذ في مواجهته إجراء من إجراءات التحقيق. ونرى أن توجيه الاتهام في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات من قبل مأموري الضبط القضائي لا يعدو كونه إجراء من إجراءات هذه المرحلة، فهو ليس سوى اشتباه، ولا يرقى إلى الاتهام، الذي تختص بإعلانه أو توجيهه (النيابة

(١٢) مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، ط١٤، ١٩٨٢، ص٢٦٤.

(١٣) انظر:
http://ar.jurispedia.org/index.php.%D8%A7%D9%84%-D8%A5%AF%D8%B9%D8%A7%D8%A1_%D9%88%D8%A7%D9%84%-D8%A5%D8%AA%D9%87%D8%A7%D9%85_%D9%8A_%-D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B9%D9%88%D9%89_%-D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A5-D8%A9%_(eg).

العامة)، ما لم تقتض الضرورة القيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق، إذ في هذه الحالة يكون الاتهام ضمنياً. والأصل أنه في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات يتم جمع وحفظ الأدلة والمعلومات المتعلقة بالجرائم وتعقب مرتكبيها، ويشار في الفقه إلى أن أعمال الاستدلال ليست من إجراءات الدعوى الجنائية، وإنما هي "إجراءات أولية سابقة عليها"(١٤)، والاتهام ما هو إلا إجراء من إجراءات الدعوى الجزائية، وتبعاً لهذا فإنه "لا يجوز التوجه بالاستجواب إلا للشخص الذي تثبت له صفة المدعى عليه"(١٥) (أي المتهم)، ومن الناحية العملية فإن الشخص المشتبه به بارتكابه جريمة وقبل أن يواجه باتهام محدد من الجائز وصفه بالمتهم مجازا، لكن متى وجه إليه اتهام فهو – عندئذ – متهم وفق الأحكام المقررة في القانون، فالاتهام إجراء من إجراءات التحقيق لا يصدر إلا من سلطة التحقيق. وقد نصت المادة (٣٠) من القانون الإماراتي باختصاص مأموري الضبط القضائي بتقصي الجرائم والبحث عن مرتكبيها وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والاتهام. بمعنى أن دورها يتمثل في بناء قاعدة للتحقيق والاتهام.

واستئناساً بما سبق فإننا نجنح إلى التقرير بأن اتهام شخص صراحة بارتكاب جريمة أو بمساهمته في ذلك لا يجوز أن يتقرر إلا بتوجيه هذا الاتهام من الجهة المخولة قانوناً بذلك (أي سلطة الاتهام – وهي النيابة العامة) إلى شخص أو أشخاص معينين. ونرى أن تفرد قوانين الإجراءات الجزائية أحكاماً مستقلة لإجراء منفصل، يعد من إجراءات التحقيق، يسمى "إعلان الاتهام"، بدلاً عن "إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه" ويوثق هذا الإعلان بمحاضر التحقيقات، ويلزم المحقق بعد هذا بالاستماع إلى أقوال المتهم وتدوينها إن رغب في الإدلاء بأقوال – أياً كانت هذه الأقوال – فهي من عناصر حق المتهم في الدفاع عن نفسه، ولربما وجد فيها المحقق شيئاً ما كان ليجده إلا فيها، وغني عن البيان أن هذا ليس استجواباً.

---

(١٤) انظر: د. محمود نجيب حسني (م. س) ص ١٠٥.

(١٥) انظر: د. حسن الجوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة . عمان، ط١، الإصدار الأول، ٢٠٠٨ ص ٢٤٠.

ما قررته القوانين العربية من إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه بعد التثبت من شخصيته، ثم سماع أقواله، وذلك عند أول حضور للمتهم أمام المحقق[١٦] هو صورة مما أشرنا إليه للتو: "إعلان الاتهام"، غير أن التأكيد على ذلك كإجراء منفصل من إجراءات التحقيق بهذا الوصف يضع الأمور – كما نحسب – في نصابها، وأن يكون هناك وضوح في تحديد مراحل الإجراءات الجزائية. هذه الإحاطة علما تشبه كثيرا توجيه الاتهام من حيث: إنها تصدر عن جهة التحقيق (النيابة العامة أو قاضي التحقيق) وأنه يعقبها الاستماع إلى أقوال المتهم بشأن ما وجه إليه من اتهام. وهذا "الإعلان بالاتهام" الذي نقصده – في رأينا – يضع حدا بين مرحلتين: الأولى ما قبل الاتهام، والأخرى بعده، وهنا تبدأ صفة المتهم تأخذ معناها الدقيق، فبدون توجيه الاتهام بالصورة التي بينا، أي حديث عن متهم بارتكاب جريمة لن يكون قائماً إلا على أساس ضمني، كما أشارت إلى ذلك محكمة النقض المصرية في إشارتها التي ذكرنا.

على أن يتضمن إعلان الاتهام إلى المتهم وسماع أقواله بشأنه محضر تحقيق واحد، لأنه بمثابة تسجيل لواقعة توجيه التهمة إلى المتهم، وإثبات – في ذات الوقت – لما يقوله المتهم بشأن ذلك، بمعنى آخر أن هذا المحضر سيعطي صورة عن واقعة الاتهام الصريح للمتهم من مسألة اتهامه بارتكابه فعلا معينا، يعد جريمة، ورده على هذا الاتهام، أو بعبارة أخرى تدوين أقواله بشأن ذلك الاتهام، وقد سمي هذا الإجراء مجازاً "بالاستجواب الشكلي"[١٧]، لأنه يسبق الاستجواب الحقيقي (أو الموضوعي)، ولأنه ملزم بالنسبة للمحقق وحق للمتهم، إذ بناء عليه يطلع المتهم على ما يتهم به، ويعد دفاعه على ذلك الأساس، كما أنه يعتبر مقدمة لابد منها للاستجواب الحقيقي، فكل استجواب لم تسبقه إحاطة المتهم علماً بحقيقة التهمة والوقائع المسندة إليه وإثبات أقواله في محضر التحقيق بشأنها يكون باطلاً.

---

(١٦) القانون الإماراتي (المادة ٩٩)، الأردني (المادة ٦٣)، اليمني (المادة ١٨٢)، المصري (المادة ١٢٣)، الجزائري (المادة ١٠٠).

(١٧) انظر: د. حسن الجوخدار (م.س)، ص ٢٤٤.

تعريف الاستجواب والمواجهة:

أولاً: الاستجواب. لم تتضمن القوانين العربية – موضوع دراستنا – تعريفاً للاستجواب، باستثناء القانون اليمني، الذي نص[١٨] على أنه: "يقصد بالاستجواب علاوة على توجيه التهمة إلى المتهم مواجهته بالدلائل والأدلة القائمة على نسبة التهمة إليه، ومناقشته فيها تفصيلاً". أما بعض القوانين العربية الأخرى فقد أشارت إلى الاستجواب بألفاظ وعبارات أرادتها أن تدل عليه، لكنها لم تلامس المعنى الحقيقي للاستجواب، ومنها القانون السوري الذي سماه "تحقيقاً" (المادة ٦٩)، أما القانون الجزائري، فقد نص في المادة (١٠١) بجواز إجراء استجوابات أو مواجهات بمقتضى "حالة استعجال" استثناء مما نصت عليه المادة (١٠٠) منه، لكن بالرجوع إلى هذه المادة لم نجد أية إشارة إلى الاستجواب أو المواجهة، كل ما هنالك هو أحكام إحاطة المتهم علما بالوقائع المنسوبة إليه، وأن يتلقى قاضي التحقيق أقوال المتهم إن أراد أن يدلي بأقواله، والواقع أن ما ورد في هذه المادة هي تلك الأحكام التي سبق وأن اطلعنا عليها بشأن إحاطة المتهم علما بما يتهم به وسماع أقواله بشأنه، ولم يكتف بهذا بل أشار هذا القانون (الجزائري) في المادة (١٥٧) بوجوب مراعاة الأحكام المقررة في المادة (١٠٠) المتعلقة باستجواب المتهمين.. وإلا ترتب على مخالفتها البطلان، وهذا – بحسب رأينا – يتطلب إعادة النظر في نص المواد المتصلة بالاستجواب والمواجهة التي يتضمنها، وخاصة المادة (١٠٠) منه، التي جمعت بين أحكام سماع أقوال المتهم وبعض أحكام الاستجواب والمواجهة، بصورة لا يتحقق فيها التنظيم المطلوب لإجراءات التحري وجمع الاستدلالات والتحقيق، والذي يجب أن يتسم بالدقة كلما أمكن ذلك.

وعُرِفَ الاستجواب بأنه "يتطلب فضلاً عن توجيه التهمة إليه [إلى المتهم] مجابهته بالأدلة المختلفة القائمة قبله"[١٩]، ويرى بعضهم أن "الاستجواب هو

(١٨) المادة (١٧٧).

(١٩) انظر: د. رءوف عبيد. مبادئ الإجراءات الجنائية (م. س) ص٣٩٢.

توجيه الاتهام للمتهم عن طريق مجابهته ومناقشته تفصيلياً في التهمة المسندة إليه.."[٢٠]. وقال جندي عبد الملك في الاستجواب بأنه: "إجراء من إجراءات التحقيق يستعان به على كشف الحقيقة، سواء بظهور براءة المتهم أو إدانته، فهو يسمح للمتهم بأن يوضح حقيقة الوقائع المسندة إليه، ويفند الأدلة المقامة ضده"[٢١]. وعرفه د. محمود نجيب حسني بأنه: "مناقشة المتهم تفصيلاً في الأدلة والشبهات القائمة ضده، ومطالبته بالرد عليها، إما بإنكارها وإثبات فسادها، وإما بالتسليم بها، وما يستتبعه ذلك من اعتراف بالجريمة"[٢٢] وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "مجابهة المتهم بالأدلة المختلفة ومناقشته مناقشة تفصيلية، كيما يفندها إن كان منكراً للتهمة أو يعترف بها إذا شاء الاعتراف"[٢٣] وفي حكم آخر لها قالت: "في الاستجواب يواجه المتهم بأدلة الاتهام التي تساق عليه دليلاً دليلاً ليقول كلمته فيها تسليماً بها أو دحضاً لها"[٢٤]. وعلى أي حال ما أمدنا به التشريع والفقه والقضاء من تعريفات للاستجواب – مما عرضنا للتو – يتبين منها أن من عرف الاستجواب انقسموا إلى قسمين: الأول يرى أن الاستجواب يتداخل فيه عنصران، هما: مواجهة المتهم بالأدلة القائمة قبله والمناقشة التفصيلية لهذه الأدلة. أما "توجيه التهمة"

---

(٢٠) انظر: د. محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان، ط١، الإصدار الأول ٢٠٠٦ ص ٢٦٩.

(٢١) انظر: جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، دار إحياء التراث العربي، بيروت – ١٩٧٦، ج ٢، ص ص ٢٨٠– ٢٨١.

(٢٢) انظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية – القاهرة، ط٢، ١٩٨٨ ص ٦٧٨.

(٢٣) انظر: الطعن رقم ٢٧٩ سنة ٣٦ ق – جلسة ٦٦٩١/٦/٢١ س ١٧ ع ٢ ص ٨٦٢. منشور في: قضاء النقض في الأدلة الجنائية في خلال اثنين وسبعين عاماً ١٩٣١ – ٢٠٠٢، المستشار سعيد أحمد شعلة. منشأة المعارف، الإسكندرية. ٢٠٠٥ ج ١، ص ١٠٠١.

(٢٤) الطعن رقم ١١٨سنة ٤٢ ق – جلسة ١٩٧٢/٣/١٢ س ٢٣ ع ١ ص ٣٦٩ أورده المستشار سعيد أحمد شعلة (م. س) ص ١٠٠٤.

أو الاتهام فهو إجراء سابق على الاستجواب، فلا يستجوب إلا من أتهم، فمن لم يتهم لا يجوز استجوابه، ومن هؤلاء: جندي عبد الملك، د. محمود نجيب حسني ومحكمة النقض المصرية[٢٥] أما القسم الثاني فيزيد على ما سبق توجيه التهمة إلى المتهم ومن هؤلاء: القانون اليمني، د. رءوف عبيد، د. محمد صبحي نجم،[٢٦] و د. حسن الجوخدار[٢٧] ونحن نتفق مع ما قال به القسم الأول، إذ توجيه التهمة إلى المتهم ليست من الاستجواب في شيء، فهي إجراء مستقل من إجراءات التحقيق، وهو ما يسمى في قوانيننا العربية بإحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، فالمحقق ملزم بتوجيه التهمة إلى المتهم (الإحاطة)، وليس ملزماً بإجراء الاستجواب، وقد ورد في الفقه تقرير لا نرى وجهاً له ولا يستند إلى أساس مفاده أن: "غالبية القوانين الجزائية تجعل من الاستجواب إجراء إلزامياً في مرحلة التحقيق الابتدائي"[٢٨] إلا في حالات استثنائية. القانون الكويتي فقط (المادة ٩٨) أوجب استجواب المتهم المنكر، على أن بعض الفقه ذهب مذهباً بعيداً كل البعد عن حقيقة الاستجواب فقرر "أن عدم استجواب المتهم وإن كان ينتقص من حق الدفاع فمن الممكن تداركه في المراحل اللاحقة"[٢٩] على الرغم من استشهاده بقضاء لمحكمة النقض المصرية، قالت فيه: "لا مانع في القانون من رفع الدعوى الجنائية بدون استجواب المتهم"[٣٠]، مؤسساً فكرته تلك[٣١] على قضاء لمحكمة النقض الفرنسية قالت فيه: "لا يجوز محاكمة شخص أو اتهامه إلا بسماع أقواله" ويبدو مما أسلفنا أنه تم الخلط بين الاستجواب وبين

(٢٥) انظر: الهوامش: ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣.

(٢٦) انظر: الهوامش: ١٧، ١٨، ١٩.

(٢٧) د. حسن الجوخدار (م، س)، ص ٢٣٥.

(٢٨) د. محمد صبحي نجم (م. س) ص٢٦٩، ود. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٧٢٩.

(٢٩) د. سليمان عبد المنعم (م. س).

(٣٠) نقض جنائي ١١ ديسمبر ١٩٩٦، مجموعة أحكام النقض، س ٤٧، ق ١٩٠، ص ١٣٢٦.

(٣١) كما أشار هو في هامش ص ٧٢٩ من المرجع المشار إليه.

وجوب سماع أقوال المتهم عند إحاطته علماً بالتهمة المنسوبة إليه، وهذا فعلاً مرتبط بحقه في الدفاع.

الاستجواب – إذن – هو وضع المتهم وجهاً لوجه أمام أدلة الاتهام، والدخول معه في مناقشة تفصيلية دقيقة لها، فيها يسعى المحقق إلى التثبت منها، و يكون للمتهم الرد عليها والتخلص منها، وتختص بإجرائه جهة التحقيق كقاعدة عامة، ويجوز في حالات استثنائية أن يقوم به مأمور الضبط القضائي وبضوابط معينة، والأصل جواز إجرائه، وواجب في بعض الحالات، وهو "يهدف إلى الوصول إلى معرفة الحقيقة من مصدرها الأول"(٣٢).

أما المواجهة – فهي قيام المحقق بمواجهة المتهم بمتهم آخر أو بمجني عليه أو بشاهد حول الجريمة – موضوع الاتهام – وأدلتها، والظروف والملابسات المتصلة بها، وتهدف إلى تحري الدقة والحقيقة وإزالة التناقضات في أقوال المتهم من ناحية، وأقوال أي من أولئك من ناحية أخرى، وهو إجراء من إجراءات التحقيق. "يقصد بالمواجهة [بحسب محمد محمد سيف شجاع] ذلك الإجراء الذي يقوم به المحقق، وبمقتضاه يواجه المتهم بشخص متهم آخر أو شاهد آخر فيما يتعلق بما أدلى به كل منهما من أقوال"(٣٣). ولما أن الاستجواب والمواجهة تتحدان في الطبيعة الإجرائية وهي المواجهة والمناقشة للأدلة من قبل المحقق في وجه المتهم، فقد اتحدا في التنظيم القانوني، فما ينطبق على الاستجواب ينطبق على المواجهة، والفرق الوحيد بين الاستجواب والمواجهة (إن صح تسميته فرقاً) في أن هذه الأخيرة تقتصر على دليل واحد أو أكثر، أو واقعة بعينها(٣٤)، ارتبطت بالشخص الذي يواجه به المتهم، ولا تشمل كل أدلة الدعوى وظروفها، فهذا يتكفل به الاستجواب.

---

(٣٢) انظر: د. مطهر عبده محمد الشميري، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، أوان للخدمات الإعلامية – صنعاء، ط٣، ٢٠٠٧، ص ٢١٩.

(٣٣) انظر: د. محمد محمد سيف شجاع. (م. س) ص٣٣١.

(٣٤) د. رءوف عبيد (م. س)، ص ٣٩٥.

كما هو الحال بالنسبة للاستجواب لم تعرف القوانين العربية المواجهة بتعريف معين، لكنها تذكرها ذكراً "مرادفاً" للاستجواب من حيث الطبيعة الإجرائية، وأحكام القيام بهما وضماناتهما، ويجتمعان في نصوص واحدة، من هذه القوانين: القانون الجزائري المادتان (١٠١، ١٠٥) والقانون اليمني (المادتان ١٨٠، ١٨١)، والقانون المصري، المادتان (١٢٤، ١٢٥) والقانون السعودي، المادة (١٠١) والقانون القطري، المادتان (١٠١، ١٠٢). ومن القوانين العربية ما لم تشر إلى المواجهة لا من قريب ولا من بعيد، كالقانون الإماراتي والأردني والكويتي والسوري.

المواجهة كالاستجواب (بل هي صورة أخرى له) إجراء من إجراءات التحقيق ذات الأهمية البالغة، فهي محاولة حل تناقض بين شخصين (في إفادتيهما)، مرتبط بوقائع جريمة ارتكبت، قد تتعارض مصالحهما، وتوجيه هذه المحاولة بما يخدم أهداف التحقيق الجزائي عامة وبما يحقق الغاية المرجوة من هذه المواجهة على وجه الخصوص، وهي إيضاح وقائع وإزالة تناقضات وردت في الأقوال، ومحاولة الوقوف على الصورة الحقيقية للواقعة، التي يمكن تحقيقها في كثير من الأحيان من خلال هذه المواجهة.

ونرى أن المواجهة وإن كانت تتطابق مع الاستجواب (كما أشرنا) إلا أنها تظل إجراء من إجراءات التحقيق يتسم بخصوصية تتمثل في مواجهة المتهم بأدلة الاتهام وبأقوال أشخاص آخرين قد لا تتفق مصالح أي منهم مع الآخر (متهمين، شهود، مجني عليهم) وذلك وجها لوجه، ونرى بأن القوانين العربية ستحسن صنعاً إن هي أفردت لهذا الإجراء نصاً مستقلاً تجد لها مكاناً فيه ضمانات حقوق الدفاع، بدلاً من إشراكها مع الاستجواب في نصوص مشتركة.

والنص على جواز مواجهة المتهم بغيره من المتهمين والشهود لاستجلاء الحقيقة، وإزالة التناقضات ثابت في القوانين العربية بأحكام صريحة، من هذه القوانين: القانون اليمني (المادة ١٨١)، والقانون المصري (المادة ١٢٤)، والقانون السعودي (المادة ١٠١)، والقانون القطري (المادة ١٠١)، أما القانون الجزائري فأجاز مواجهة المتهم بالشاهد وبالمدعي المدني، المادتان (١٠١،

١٠٥). وغني عن البيان أن صحة المواجهة (كما هو الحال في الاستجواب) مشروطة بتلك الضمانات المتصلة بحقوق المتهم التي نص عليها القانون. جاء في أحد أحكام النقض "أن القانون لا يرتب البطلان إلا على قيام المحقق في جناية بمواجهة المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود دون أن يتبع الضمانات المنصوص عليها في القانون"(٣٥).

(٣٥) انظر: الطعن رقم ٥٤ لسنة ٣٩ ق – جلسة ١٩٦٩/٤/٢٨، س ٢٠، ص ٥٧٨. أورده: المستشار معوض عبد التواب. الموسوعة الجنائية الشاملة. الجزء الأول – قانون الإجراءات الجنائية، ٢٠٠٠ ص ٤٧٩.

المبحث الثاني
ضمانات الاستجواب (والمواجهة)

الاستجواب (والمواجهة) إجراء من إجراءات التحقيق لا يقل أهمية وخطورة عن إجراءات مثل القبض والتفتيش والحبس، إذ الاستجواب هو مواجهة جادة وخطيرة تفرض على المتهم بشأن ما جمع من أدلة ترى الجهة القائمة على التحقيق مواجهته بها، وقد جعلته التشريعات العربية إجراء من إجراءات التحقيق لضمان القيام به وفق الضوابط التي نظمها القانون بالنسبة لإجراءات التحقيق، ولأنه تقوم به أصلاً جهة قضائية، ولأنه لا يكون إلا في حق شخص اتهم بارتكاب جريمة.

والقول بأن الاستجواب إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي – نستبعد بذلك الاستجواب الذي يتم إجراؤه أثناء المحاكمة (أو التحقيق النهائي) ومن باب أولى لا يدخل ضمن إجراءات التحري وجمع الاستدلالات إلا على سبيل الاستثناء ووفق تحقق ظروف معينة. ونجد أن القوانين العربية انقسمت على نفسها بشأن استجواب المتهم أثناء المحاكمة، فالبعض منها لم يجزه خوفاً من أن هذا الاستجواب قد يفضي إلى اعتراف تحت وطأة ظروف المحاكمة، وهو ما قد يعني وجود ما يشبه الإكراه على المتهم، وقد بررت محكمة النقض المصرية هذا الحكم في القانون بأن الاستجواب أثناء المحاكمة "له خطورة ظاهرة"[٣٦] فالقانون الإماراتي نص في مادته (١٦٥) على أن المتهم "يسأل [فقط] عما إذا كان معترفاً بارتكاب الواقعة المسندة إليه"، أما القانون اليمني فقرر أنه: "لا يجوز للمحكمة أن تستجوب المتهم إلا إذا قبل ذلك.." (المادة ٣٦٠)، وفي القانون المصري نفس هذا الحكم (المادة ٢٧٤)، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الأردني (المادة ١٧٢)، بل إن القانون الكويتي (المادة ١٥٥) ألزم المحكمة

(٣٦) انظر: أحكام الطعن س ٣٠ ق١٤٦ ص٦٨٥ (١٩٧٩/٦/١٤) ورد في: حسن صادق المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١، ص٦٢٠.

بتوجيه نظر المتهم إلى أنه غير ملزم بالكلام أو الإجابة، وأن أقواله قد تكون حجة عليه. أما الموقف الآخر، المتمثل بجواز ووجوب استجواب المتهم أثناء المحاكمة فقد وجد له مكاناً في نظام الإجراءات الجزائية السعودي (المادة١٦٣) الذي ألزم المحكمة باستجواب المتهم تفصيلاً، وكذلك القانون السوري، ففي المادة (١٩١) منه أجاز استجواب المدعى عليه باعتباره إجراء من إجراءات المحاكمة، والحال كذلك بالنسبة للقانون الجزائري، فقد نص على أن: "يأمر الرئيس [أي رئيس الجلسة] كاتب الجلسة بتلاوة قرار الإحالة ويستجوب المتهم ويتلقى تصريحاته". (المادتان: ٣٠٠، ٣٠٢)، ويعتبر هذا الموقف من قبل قوانين كل من: السعودية وسوريا والجزائر موقفاً خارجاً على الإجماع العربي، فهذا الاستجواب يمثل ضغطاً "مقيتاً" على المتهم قد يحمله على قول ما ليس في صالحه، ومثل هذا الوضع لا ينسجم مع المبادئ الإنسانية للإجراءات الجزائية. ونرجح الاتجاه الأول: وهو عدم جواز استجواب المتهم أثناء المحاكمة، والسبب – في رأينا – يتمثل في الآتي:

أولاً: أن المحاكمة ليس هدفها المباشر التفتيش وإظهار أدلة جديدة في الدعوى المعروضة أمامها، لكن إذا ما ظهرت تلك الأدلة في سياق المحاكمة، فهي من أدلة الدعوى، وكل دليل يجب أن يطرح على الخصوم أثناء المحاكمة وتتم مناقشته لكي يكون منتجاً في الدعوى، واستجواب المتهم يهدف دائماً إلى الحصول على أدلة تثبت حصول بالواقعة وظروفها ونسبة الفعل إلى المتهم، بما في ذلك الاعتراف. وكان القانون قد أناط بالنيابة العامة (أو قاضي التحقيق) وظيفة التحقيق في الجرائم وجمع أدلتها من خلال القيام بإجراءات التحقيق المختلفة، بما فيها الاستجواب والمواجهة، فإن كانت تلك الأدلة كافية لإحالة المتهم إلى المحكمة قررت الإحالة، وإن كانت ليست كذلك فلها (أي النيابة العامة) إصدار الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية قبل ذلك المتهم، ومن هنا فإن الأصل في التعاطي مع الاستجواب والمواجهة هو في مرحلة التحقيق الابتدائي، وصلاحية القيام به منوطة أيضاً بجهة التحقيق، فلها أن تستجوب المتهم، ولها ألا تستجوبه، وفي حالات أخرى ألزمها القانون بهذا الاستجواب،

بمعنى آخر أن استجواب المتهم يجب أن يظل إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي، وفي هذه المرحلة بالذات وبما لجهة التحقيق من اختصاص وقدرة على تتبع أحداث الفعل الإجرامي، والمتهمين بارتكابه، وجمع الأدلة بشأن ذلك، يمكن أن تنتج عن الاستجواب والمواجهة النتائج المرجوة.

ثانياً: أن وظيفة المحكمة محددة بالفصل في الدعوى الجزائية والدعوى المدنية إذا كانت مرتبطة بها وأقيمت أمامها، وتعرض عليها الأدلة دليلاً دليلاً من قبل الخصوم، بما في ذلك النيابة العامة، التي منحها القانون حق الرقابة على أعمال التحري وجمع الاستدلالات ثم التحقيق في الواقعة ومباشرة الدعوى الجزائية، وإجراءات التحقيق الابتدائي هي التي تستهدف البحث (أو التنقيب) عن الأدلة بشأن الجريمة المرتكبة، وكثيراً ما يفضي الاستجواب إلى وقائع غير معلومة للمحقق فيحتاج إلى التثبت منها. وهذا كله في نطاق التحقيق الابتدائي، الذي يتحرك في الزمان والمكان بحرية نسبية، وله من أدوات السلطة التنفيذية ما يعينه على ذلك، وفق الصلاحيات الممنوحة له في قانون الإجراءات الجزائية. هذا كله إذا ما تصورناه داخل قاعة المحكمة فإنه من الصعب ممارسته، ولو افترضناه فرضاً فإن ذلك سيحرف مسار المحاكمة باتجاه استكمال التحقيق، وهذا كله في نهاية الأمر تعطيل للفصل في الدعوى ومساس بالعدالة.

وعلى أساس ما سلف كان تحديد نطاق هذه الدراسة بالاستجواب والمواجهة باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي، أما الاستجواب الذي يخضع له المتهم أثناء المحاكمة بحسب القوانين التي تجيز ذلك فيخرج عن نطاق هذه الدراسة.

وقد عرفنا في سياق هذا المبحث أن القوانين التي منحت المحكمة صلاحية استجواب المتهم، وألزمتها أحياناً بذلك محدودة، ولو أن هذه القوانين نحت منحى القوانين العربية الأخرى في التقرير بعدم جواز استجواب المتهم أثناء المحاكمة لحصل إجماع حسن – كما نرى – بشأن هذه المسألة، وهي ترتكز على الفكرة الثابتة: "أن الأصل في الإنسان البراءة"، ولو كان متهماً بارتكاب جريمة، وأن البينة على من ادعى (وهو هنا النيابة العامة).

ضمانات الاستجواب:

نظراً للأهمية الخاصة للاستجواب، فإن معظم القوانين العربية تعاملت معه بحرص، وكما أشرنا، لما قد يترتب عليه من اعتراف بجريمة. فتضمنت أحكامها ضمانات، هي ضمانات الاستجواب (والمواجهة) لا نجدها في إجراءات التحقيق الأخرى، وهذه الضمانات هي:

أولاً: عدم جواز ندب أحد مأموري الضبط القضائي للقيام باستجواب المتهم، فيظل هذا الإجراء – في الأصل – إجراء لا تقوم به إلا جهة التحقيق لخطورته، وخطورة النتائج التي قد تترتب عليه، وفي ذلك يقول د. محمود نجيب حسني: "أن خطورة الاستجواب واحتمال أن يفضي إلى "اعتراف" قد تكون له أهمية حاسمة في الدعوى يقتضيان ألا تقوم به غير سلطة تتوافر فيها الثقة في أن تهيئ للمتهم أثناء استجوابه الضمانات التي قررها له القانون"(٣٧) فوق هذا وذاك فهو المواجهة المباشرة بين الأدلة التي تثبت أو ترجح ثبوت نسبة الفعل الإجرامي إلى المتهم، وبحكم طبيعة سير الإجراءات المتصلة بتحقيق الجريمة فإن المحقق (عضو النيابة العامة أو قاضي التحقيق) أكثر الأشخاص استيعاباً للواقعة واتصالاً بها، ويتعين عليه فيما بعد إحالتها كدعوى جزائية أمام المحكمة (إذا كان هو المختص بالإحالة)، وعادة ما يكون الاستجواب والمواجهة استعراضاً للواقعة الجزائية وتفاصيلها، ونظرة عميقة إلى الجزئيات المتعلقة بالإثبات، وربط بعضها ببعض ثم المواجهة بينها وبين المتهم، وأشار د. محمد سعيد نمور إلى أن أهمية الاستجواب تكمن في كونه يربط بين جميع وقائع الدعوى الجزائية، "ومن خلاله يتبين مدى جديتها [الأدلة] لتحقيق الهدف منها"(٣٨) هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى لا تشوب الاستجواب شائبة لها

---

(٣٧) (م. س) ص ٦٨٤.

(٣٨) د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية – شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع – القاهرة، ط١، الإصدار الأول، ٢٠٠٥ ص ٣٦١.

علاقة بانتزاع اعتراف قسراً، وأورد د. حسن الجوخدار نقلاً عن د. رمسيس بهنام ما يراه هذا الأخير سبباً من أسباب عدم إنابة مأمور الضبط القضائي لإجراء الاستجواب أو المواجهة، فرجال الشرطة – كما يرى محقاً – "تحيط بهم مظاهر السلطة من عتاد وسلاح، مما قد يجعلهم يستبدون بالمتهم ويسيئون معاملته بالتحقير والتهديد والتعذيب حملاً له على الاعتراف بفعل قد يكون بريئاً منه"[٣٩] من هنا يأتي حرص المشرع على أن يتم إجراء الاستجواب والمواجهة بمعرفة المحقق نفسه، ولم تستثن من الندب أية أعمال أخرى إلا الاستجواب والمواجهة، فقد نص القانون الإماراتي (في المادة ٦٨) أن "لعضو النيابة العامة أن يكلف أحد مأموري الضبط القضائي القيام بعمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق عدا استجواب المتهم.." ونفس الحكم أورده القانون الأردني (المادة ٤٨)، والقانون اليمني (المادة ١١٧)، والقانون المصري (المادة ٧٠)، والقانون السعودي (المادة ٦٥)، والقانون القطري (المادة ٦٨)، والقانون السوري (المادة ١٠١)، والقانون الجزائري (المادة ١٣٩).

أما القانون الكويتي فنظم المسألة بحكمين متناقضين، وردا في المادتين (٣٦و ٩٨) [ينبغي له – كما نرى – تدارك هذا التناقض]، وذلك حين قرر أنه إذا ما تضمنت أقوال المتهم أمام رجل الشرطة (في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات) اعترافاً منه بارتكاب جريمة، فله (أي لرجل الشرطة) أن يدون هذا الاعتراف في محضره ثم يحال المتهم إلى المحقق لاستجوابه والتثبت من صحة هذا الاعتراف (المادة ٣٦)، ثم أن في المادة (٩٨) جاء: "إذا اعترف المتهم بارتكاب الجريمة.. أثبت اعترافه في محضر التحقيق فور صدوره ونوقش فيه تفصيلياً، وإذا أنكر المتهم وجب استجوابه تفصيلاً.." ويلاحظ أن هذا القانون قرن الاستجواب بالاعتراف في الحالة الأولى وبالإنكار في الثانية، والواقع أن الاعتراف لا يستلزم استجواباً، بل على العكس يظل الاعتراف هدفاً للاستجواب، والصحيح – كما نرى – ما جاء في المادة (٩٨)، ذلك أن المحقق

(٣٩) د. حسن الجوخدار، (م. س)، هامش (٢) ص ٢٦١.

لا يكتفي بسماع وتدوين اعترافات المتهم، بل عليه أن يتثبت منها تفصيلاً للتحقق من صحتها (وهذا ليس استجواباً)، ولينتفي عنها غموضها – إن وجد –، وفي ذلك بيان وعون للمحكمة التي سيتعين عليها الحكم في هذه الدعوى لاحقا. كما أن هذا القانون (أي القانون الكويتي) خرج عن إجماع القوانين العربية التي لم تجز للمحقق ندب أحد مأموري الضبط القضائي للقيام باستجواب المتهم، فالمادة (٤٥) منه نصت على أنه: "يجوز للمحقق أن يصدر قراراً مكتوباً بندب أحد رجال الشرطة لتحقيق قضية معينة أو للقيام بعمل معين من أعمال التحقيق". ومن الواضح أن صيغة هذا الحكم عامة، فلم تستثن الاستجواب منه، فهو (بحسب النص) كالقبض والتفتيش وغيرها من إجراءات التحقيق الأخرى.

ويؤخذ على هذا – من وجهة نظرنا – أن رجال الشرطة (بحسب نص المادة) أو مأموري الضبط القضائي هم في الأصل سلطة تحر وجمع استدلالات، وإذا ما رأت جهة التحقيق – بحسب طبيعة وظروف كل واقعة يجري التحقيق فيها – أن تندب أحد مأموري الضبط القضائي للقيام بإجراء من إجراءات التحقيق فإنما هذا استثناء، إذ إن جهة التحقيق نفسها ملزمة بالتحقيق في الواقعة والقيام بكافة الأعمال الداخلة في نطاق هذه المرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، على أن من أكثر الأمور حسماً في هذه المرحلة وأخطرها من حيث النتائج المترتبة عليها هي أعمال المحقق المتصلة بتوجيه الاتهام إلى المتهم واستجوابه ومواجهته بغيره من المتهمين والشهود. وهذه الإجراءات – كما هو بين – لا تهدف فقط إلى الحصول على أدلة بشأن الواقعة ومرتكبها، وإنما الحصول عليها بطريقة تنقيبية خاصة (عن طريق الاستجواب والمواجهة)، وهو الأمر الذي يجب – بحسب رأينا – أن يقوم به المحقق بنفسه.

من ناحية أخرى فإن الجمع بين أعمال التحري وجمع الاستدلالات من جهة والتحقيق من جهة أخرى من قبل مأمور الضبط القضائي يوقعه في حالة قد تتأثر بها سلبا حقوق المتهم، خاصة إذا كانت تلك التحريات وأعمال جمع الاستدلالات قد بذل فيها من الجهد الكثير، فيصعب على مأمور الضبط

القضائي تقبل أن تنتهي إلى لا شيء، فينعكس ذلك على إجراءات التحقيق اللاحقة إذا ما انتدب للقيام بها. على أن بعض إجراءات هذه المرحلة (أي مرحلة التحقيق) شديدة الصلة بإجراءات التحري وجمع الاستدلالات، كالقبض والضبط والتفتيش، فإن مثل هذه الإجراءات ربما سيقوم بها مأمور الضبط القضائي بذات الكفاءة التي سيقوم بها المحقق، لكن الأمر يختلف عند استجواب المتهم أو مواجهته بغيره من المتهمين والشهود، فلقد أحاط القانون الاستجواب والمواجهة بسياج من الضمانات، وهذه الضمانات قابلة للتطبيق بصورة أفضل، وبموضوعية أكثر عند قيام المحقق المختص (عضو النيابة العامة أو قاضي التحقيق) بإجرائها أكثر مما لو أجراها مأمور الضبط القضائي.

الاستثناءات:

وردت في القوانين العربية – موضوع الدراسة – استثناءات من عدم جواز الندب للقيام بالاستجواب، وقد سبقت الإشارة إلى أن المحقق (عضو النيابة العامة أو قاضي التحقيق) لم يجز له القانون – في الأصل – انتداب أحد مأموري الضبط القضائي لإجراء الاستجواب والمواجهة (باستثناء القانون الكويتي) ومع ذلك أجازت بعض القوانين لمأمور الضبط القضائي كاستثناء إجراء استجواب المتهم (والقيام بأية إجراءات أخرى من إجراءات التحقيق) دون ندب من جهة التحقيق، غير أن هذه الصلاحية مقيدة بقيود هي:

أ – أن يكون مأمور الضبط القضائي هذا قد ندب من جهة التحقيق للقيام بإجراء واحد – على الأقل – من إجراءات التحقيق، كالقبض أو التفتيش مثلا، بمعنى آخر أنه بهذا الندب قد اكتسب مؤقتا صفة المحقق وسلطاته، فإذا لم يكن قد انتدب لأي عمل من أعمال التحقيق، فإن قيامه بأي منها – ناهيك عن الاستجواب – يكون تصرفاً باطلاً وغير قانوني. وهذا الحكم أورده القانون الإماراتي (المادة ٦٩) والقانون اليمني (١١٨) والقانون المصري (٧١) والقانون السعودي (المادة٦٦).

ب – تحقق أحد شرطين آخرين هما:

١ – أن يكون ذلك "في الأحوال التي يخشى فيها من فوات الوقت [وسماها القانون اليمني، المادة ١١٨، أحوال الضرورة].

٢ – متى كان هذا العمل لازماً لكشف الحقيقة " (انظر المادة ٦٩ إماراتي)، وبحسب القانون المصري (المادة ٧١) والسعودي (المادة ٦٦) "متى كان متصلاً بالعمل المندوب له.."[1].

ويلاحظ من خلال هذه الأحكام أن المشرع في كل من الإمارات واليمن ومصر والسعودية منح صلاحية استثنائية لمأمور الضبط القضائي المنتدب للقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أن يقوم – أيضاً – بالاستجواب عند تحقق حال من أحوال الضرورة أو حال من الأحوال التي يخشى فيها من فوات الوقت، أو وجود صلة بين الإجراء الذي انتدب للقيام به والاستجواب.

ولما كان تحديد مدى تحقق حال من تلك الأحوال أمراً ذا صلة بالواقع، وكل حالة لها خصوصيتها وتفردها، فإن هذا التحقق منوط بما يراه مأمور الضبط القضائي المنتدب، لأنه لا يوجد ما يلزمه بالعودة إلى جهة التحقيق التي انتدبته، ولا توجد عناصر محددة إن هي تحققت تحقق بالتالي حال من أحوال الضرورة، أو من الأحوال التي يخشى فيها من فوات الوقت، كل ما في الأمر أنه يظن أن هذه الحالة متحققة فيما يقوم به من إجراءات، وأن هذا الظن يقوم على أسس منطقية وعملية.

غير أنه يمكن أن تتصور تلك الحالات [من وجهة نظر هذه التشريعات] بأنها الحالات التي تكون فيها الخشية من ضياع أو تلف أدلة الجريمة لها ما يبررها، أو الخوف من تردي حالة المتهم أو أحد الشهود لاحقاً بصورة يتعذر معها بعدئذ إجراء الاستجواب أو المواجهة. وقد أفصح القانون الجزائري (في المادة ١٠١) عن مثالين لحالة الاستعجال [وإن كان الأمر يتعلق بموضوع آخر] هما:

١ – حالة استعجال ناجمة عن وجود شاهد في خطر الموت.

٢ – أو وجود أمارات على وشك الاختفاء.

ويترتب على ممارسة هذا الحق من قبل مأمور الضبط القضائي إثبات وجود حالة واحدة على الأقل من تلك الحالات، لأن سلطته في إجراء الاستجواب أو المواجهة بنيت على تحقق إحدى تلك الحالات، فإن لم يستطع إثبات تحقق حالة منها كان قيامه بتلك الأعمال تجاوزاً لحدود صلاحياته، فتبطل هي ويبطل كل ما ينتج عنها، وهو الأمر الذي يجب أن يؤخذ في الاعتبار في كل مرة يتخذ مأمور الضبط القضائي المناب للقيام ببعض إجراءات التحقيق قراراً بإجراء الاستجواب أو المواجهة بناء على تحقق حالة من الحالات التي أشير إليها.

نحت بعض القوانين العربية (الأردن، سوريا، قطر) منحى آخر من هذا الاستثناء، يقوم على أساس أن الاستجواب إجراء من إجراءات التحقيق ولا يجوز القيام به من قبل مأمور الضبط القضائي. جاء في المادة (٦٨) من القانون القطري أنه: "يجوز للمندوب [من مأموري الضبط القضائي] أن يجري أي عمل آخر من أعمال التحقيق عدا استجواب المتهم، في الأحوال التي يخشى فيها فوات الوقت"، موقف القانون القطري هذا من عدم جواز انتداب أحد مأموري الضبط القضائي لإجراء استجواب المتهم دوناً عن بقية إجراءات التحقيق على الرغم من انتدابه للقيام بإجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق يعد موقفاً صارماً يعزز النواحي المتصلة بضمان حقوق المتهم، كما أنه ينأى بمأمور الضبط القضائي عن شبهة التحيز، ويثبت السلطة الخاصة لجهة التحقيق في تحقيق الواقعة الجنائية.

موقف القانونين الأردني والسوري من هذا الاستثناء:

جاء موقف كل من القانونين الأردني والسوري من هذا الاستثناء أكثر حزماً حتى من القانون القطري، فهما إذ يؤكدان عدم جواز الإنابة في استجواب المتهم يصران على أنه لا يجوز لمأمور الضبط القضائي الخروج عن نطاق الإجراءات المستناب فيها. جاء في المادة (٩٢) من القانون الأردني أنه: "يجوز للمدعي العام" أن ينيب أحد موظفي الضابطة العدلية لأية معاملة تحقيقية [أي إجراء من إجراءات التحقيق] عدا استجواب المشتكى عليه [أي المتهم]". و"يتولى المستناب وظائف المدعي العام في الأمور المعينة في الاستنابة". أما

القانون السوري فقد نص على أنه: "١- يمكن لقاضي التحقيق أن ينيب أحد موظفي الضابطة العدلية لأية معاملة تحقيقية عدا استجواب المدعى عليه. ٢- يتولى المستناب وظائف قاضي التحقيق في الأمور المعينة في الاستنابة" (المادة ١٠١). وما قلناه بشأن موقف القانون القطري ينطبق أيضا على موقفي كل من القانونين الأردني والسوري، بل إن موقف هذين الأخيرين قيد مأمور الضبط القضائي في القيام بإجراءات التحقيق فقط في حدود المنصوص عليها في قرار الندب، دون الخروج عليها، وهو بهذا يجعل من مأمور الضبط القضائي منتدبا في نطاق ما انتدب له، لا أن يتجاوز أمر الانتداب إلى إجراءات أخرى لم ينتدب لها، فإن هو فعل ذلك يبطل الاستجواب بطلاناً متعلقاً بالنظام العام "لانعدام الولاية بإجرائه"(٤٠)، وهذا – في رأينا – من الدقة في التنظيم، خاصة وأن إجراءات التحقيق تمس حقوق وحريات المتهمين، وأن أي أخطاء فيها قد تهدد هذا النشاط الموجه نحو كشف الجريمة، فيكون البطلان نتيجة لتلك الأخطاء، ونرى أن موقف قوانين كل من الأردن وسوريا وقطر من المسألة المشار إليها حري بقوانيننا العربية الأخرى أن تتبعه.

ثانياً (من ضمانات الاستجواب):

أن يجري الاستجواب بعد دعوة محامي المتهم لحضوره:

معظم القوانين العربية قررت هذا الحق الشديد الصلة بحقوق المتهم بارتكاب جريمة، بل إن جزءاً من الضمانات التي كفلتها الدساتير والقوانين لهذا المتهم تجد انعكاساً لها في أن يجري الاستجواب بعد دعوة المحامي لحضوره، فحضور هذا الأخير يمثل عاملاً من عوامل حماية المتهم من المخاطر التي يمكن أن تنشأ أثناء الاستجواب، وأهمها الانزلاق إلى الاعتراف بارتكابه أو اشتراكه في ارتكاب جريمة، سواء أكان هذا الاعتراف صحيحاً أم كان خلاف

(٤٠) انظر: د. محمد محمد سيف شجاع. شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز الصادق، ط٦، ٢٠٠٥، ص٣٣٨.

ذلك. فالمحامي الحاضر مع المتهم أثناء الاستجواب أو المواجهة يسعى إلى الشد من أزره، وثبات موقفه خلال هذا الاستجواب، وتأكيد ثقته في نفسه و"ينأى بموكله عن كل تأثير سلبي يمكن أن يمارس على حريته"(٤١)، و"يبعث الهدوء والاطمئنان إلى نفس المتهم، فيجعله يحسن الرد والمناقشة"(٤٢)

صحة الاستجواب (من حيث المبدأ) مشروطة بدعوة محامي المتهم لحضوره (كما ورد في تلك القوانين) وأجيز (كاستثناء) في بعض القوانين العربية إجراء الاستجواب بمعزل عن المحامي إذا تمت دعوته ولم يحضر. إذ "يكفي دعوة المحامي دون اشتراط حضوره بالفعل بشرط أن تكون هذه الدعوة في وقت مناسب تمكنه من الحضور"(٤٣)، أو استجواب المتهم قبل دعوة محاميه لحضور هذا الاستجواب.

"إذا سمح للمتهم – يقول د. رءوف عبيد – بدخول غرفة المحقق فإن من حقه أن يكون محاميه معه"(٤٤) فحضور المحامي جلسة الاستجواب لا شك أنه يعد ضمانة هامة للمتهم من احتمال تعرضه لإكراه بدني أو نفسي يحمله على الاعتراف، كما أنه من جهة أخرى يمثل رقابة خارجية على بعض الإجراءات ذات الخطورة البالغة التي تقوم بها الجهات المناط بها مكافحة الجريمة وضبط مرتكبيها، ومن هذه الإجراءات الاستجواب والمواجهة، حتى لا يدفعها حماسها ورغبتها في تحقيق نتائج إيجابية في نشاطها هذا إلى المساس بحقوق وحريات المتهم. وقد لخصت محكمة النقض المصرية الحكمة من وجوب دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب أو المواجهة في كونها "تطميناً للمتهم وصوناً لحرية الدفاع عن نفسه"(٤٥). وقد وجدت لها مكاناً هذه الضمانة في القوانين

(٤١) انظر: د. حسن الجوخدار (م.س) ص ٢٦٤.
(٤٢) انظر: د. محمود نجيب حسني، (م.س) ص ٦٨٥.
(٤٣) انظر: نفس المرجع. ص ٣٣٧.
(٤٤) مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، (م. س) ص ٣٩٦.
(٤٥) انظر: أحكام النقض س٢١ ق١٤٧ ص٦١٧ (١٩/٤/١٩٧٠) في: المرصفاوي. (م. س) ص٣٤٥.

العربية بمعاني مختلفة، ربما قد يكون ذلك بسبب الحاجة إلى تحديد نطاق واضح لهذه الضمانة. فالقانون الإماراتي (المادة ١٠٠) أوجب تمكين محامي المتهم من حضور التحقيق (أي الاستجواب)، غير أنه قيد هذا التمكين بما يراه عضو النيابة العامة، فله أن يمكنه وله أيضا عدم تمكينه "لمصلحة التحقيق"، ثم أنه لما كان الأمر يتعلق برأي عضو النيابة العامة، وليس استناداً إلى وقائع مادية معينة، فإنه ليس هناك ما يضمن استخدام هذا الحق من قبل عضو النيابة العامة على الوجه الذي قصده القانون، وبما أن حضور الاستجواب من قبل المحامي موجه نحو ضمان إجراءات عادلة وقانونية بحق المتهم، وهو حق معلوم ومعتبر، فإن التضحية به في مقابل "مصلحة التحقيق" أمر يتنافى مع المبادئ العامة للمسؤولية الجزائية، وأهمها أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته. ونصت المادة (٦٣) من القانون الأردني على حكم يتضمن معنى وجوب حضور محامي عند الاستجواب، فقد ألزم القانون المدعي العام وهو يواجه المشتكى عليه بالتهمة المنسوبة إليه أن ينبهه إلى: "أن من حقه ألا يجيب عنها إلا بحضور محام". وأمهل القانون المذكور المتهم هذا أربعاً وعشرين ساعة فقط لإحضار محام، فإن لم يفعل ذلك سقط هذا الحق وأصبح للمدعي العام استجوابه منفرداً (دون محاميه). ويلاحظ أن هذا التنبيه في صيغته وفي وجوب تدوينه في محضر التحقيق هو تأكيد لحرص المشرع في إعلان المتهم بحقوقه، وترك له – بعدئذ – حق ممارسة هذا الحق من عدمه. ولم تتضمن القوانين العربية الأخرى مثل هذا الحكم ما عدا القانون السوري (المادة ٦٩) وقد تطابقت ألفاظ النصين في القانونين، وإذا كان هناك من مأخذ على هذا الحكم فهو من جهة المدة التي منحت للمتهم لإحضار محام. فأخذاً بعين الاعتبار خصوصية اختيار محام – إذا لم يكن قد اختير من قبل – وأية عوائق أخرى محتملة، فإن مدَّ هذه المدة إلى يومين (ثمان وأربعين ساعة) سيكون – في رأينا – أكثر عدلاً. وعكس هذا تماماً ما ورد في القانون الكويتي (المادة ٩٨) أن "للمتهم أن يطلب تأجيل الاستجواب لحين حضور محاميه أو لأي وقت آخر، ولم يحدد أجلاً لهذا الانتظار. مثل هذا الحكم (غير المقيد بمدة) يلقي عبئاً

إضافياً على جهة التحقيق، يلزمها بانتظار حضور المحامي – انتظاراً غير محدد الأجل – وتبعاً لذلك يؤثر سلباً على جهود كشف الجرائم، وهو ما يجب – حسب رأينا – على المشرع الكويتي تحديد تلك المدة، ولا بأس لو كانت ثمان وأربعين ساعة، كما هو الحال في القانونين الأردني والسوري، وأن عدم تحديدها أمر غير مستحب أيضا، ويؤكد د. سليمان عبد المنعم أن مدة يوم واحد غير كافية بين إبلاغ المحامي وبين موعد الاستجواب، لأن هذه المدة – حسب رأيه – "لا تمكنه من تحضير دفاعه وتهيئة نفسه"، ويسترشد بالحكم الوارد في القانون الفرنسي والذي يقضي بوجوب إبلاغ المحامي قبل خمسة أيام على الأقل من إجراء الاستجواب(٤٦). ونرى أنه لئن كان اليوم الواحد مدة قصيرة فإن خمسة أيام زمن طويل، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن التعامل مع الجريمة والمجرمين يتطلب جهداً يتسم بأقصى سرعة ممكنة.

قضى القانون الجزائري (المادة ١٠٩) بعدم جواز سماع (استجواب) المتهم .. إلا بحضور محاميه "لكن إذا تنازل المتهم صراحة عن حقه هذا أو لم يحضر محاميه بعد دعوته فلقاضي التحقيق إجراء هذا الاستجواب في غياب المحامي"، واشترط القانون المدة اللازمة لدعوة المحامي بيومين على الأقل قبل استجواب المتهم.

وفي القانون اليمني الأصل في الحكم أنه "لا يجوز للمحقق في الجرائم الجسيمة أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد.." (المادة ١٨١)، وواضح من هذا الحكم أنه يقتصر على الحالات التي يواجه فيها المتهم اتهاماً بارتكابه أو مساهمته في ارتكاب جريمة جسيمة(٤٧). أما إذا كانت الجريمة المتهم بها تعد من الجرائم

(٤٦) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، (م.س) ص٧٣٣.

(٤٧) الجريمة الجسيمة بحسب المادة (٢) من هذا القانون "هي ما عوقب عليها بحد مطلق أو بالقصاص بالنفس أو بإبانة طرف أو أطراف، وكذلك كل جريمة يعزر عليها بالإعدام أو بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات".

غير الجسيمة[٤٨] فإن المحقق يكون في حل من هذا الإلزام، إذ لا يوجد سند من القانون يلزمه بذلك.

أما القانون الكويتي (المادة ٩٨) فقد جاء حكمه في هذا الأمر بطريقة مختلفة، وذلك بدلاً من أن يلزم جهة التحقيق بدعوة المحامي لحضور الاستجواب أو المواجهة نراه يلقي بالحمل على المتهم نفسه، فله أن يرفض الكلام وله أن يطلب تأجيل الاستجواب لحين حضور محاميه، بمعنى آخر ليس على المحقق حرج إن هو أجرى الاستجواب أو المواجهة بدون دعوة محامي المتهم لحضوره، ما دام لم يطلب المتهم تأجيل الاستجواب لحين حضور محاميه. ونرى أن هذا الحكم كان يمكن أن يكون معقولاً – بدرجة ما – لو كان لدى الناس الثقافة القانونية اللازمة التي يكون في ظلها كل شخص عالماً بما له من حقوق، وخاصة في مجال الإجراءات الجزائية، ولما كانت هذه الثقافة لا زالت بعيدة المنال (على الأقل في الوقت الحالي) فإن المشرع الكويتي مناط به حماية الأشخاص ممن تتخذ بشأنهم إجراءات جزائية، وذلك بأن يجعل من حضور محامي المتهم عند استجواب المتهم أو مواجهته بغيره من المتهمين أو الشهود واجباً على جهة التحقيق تلتزم به، وحقاً في نفس الوقت للمتهم يمكن منه. ونصت المادة (١٢٤) من القانون المصري[٤٩] على أنه: "لا يجوز للمحقق في الجنايات[٥٠] والجنح[٥١] المعاقب عليها بالحبس وجوباً أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور، عدا حالة

(٤٨) هي ما عوقب عليها بالدية أو بالإرش أو بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة. (المادة ٢ من القانون اليمني).

(٤٩) المعدلة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦.

(٥٠) الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية: الإعدام، السجن المؤبد، السجن المشدد، السجن. (المادة ١٠ من قانون العقوبات المصري بعد تعديلها بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣).

(٥١) الجنح هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية: الحبس، الغرامة التي يزيد أقصى مقدار لها عن مائة جنيه. (مادة ١١ قانون العقوبات).

التلبس وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة"، أما إذا كان التحقيق بشأن مخالفة[٥٢] فليس على المحقق التقيد بهذا الحكم. والنص نفسه ورد في القانون القطري (المادة ١٠٠). أما القانون السعودي فلم يتضمن نصاً خاصاً بهذا الحكم ضمن النصوص المتعلقة بالاستجواب والمواجهة، لكنه أورد حكماً شاملاً في المادة (٦٩) منح الحق "لمحامي المتهم بحضور جميع إجراءات التحقيق" لكنه (أي هذا القانون) سرعان ما حدَّ من هذا الحق عندما قرر وفي النص نفسه "للمحقق أن يجري التحقيق في غيبة المذكورين أو بعضهم متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة"، وبهذا يكون حضور محامي المتهم الاستجواب أو المواجهة مرهوناً بما يراه المحقق، فإن قرر عدم حضوره فليس عليه إلا أن يقرر بالمقابل أن ذلك ضروري لإظهار الحقيقة.

وسبق وأن عرضنا حكماً مشابهاً ورد في القانون الإماراتي (في المادة ١٠٠) وما قلناه بشأنه ينطبق تماماً على ما أوردناه للتو بشأن القانون السعودي.

سبق وأن أثار الفقه مسألة مهمة، وهي ما إذا لم يكن للمتهم محام عند اللحظة التي يتقرر فيها إجراء الاستجواب أو المواجهة، فرأى البعض[٥٣] استجواب المتهم "على الفور" أي لا حاجة لدعوة محام، إذ أن هذا المحامي لا وجود له بالنسبة لجهة التحقيق، فوجوده مرتبط – كما يرى هؤلاء – بالإعلان عنه في دائرة كتاب النيابة العامة أو المحكمة أو عند مأمور السجن أو في محضر الاستجواب، وكان ذلك الرأي لا يفي بمتطلبات الحرص على حق الدفاع المخول للمتهم، فالمنطق يقتضي إبلاغ المتهم بموعد الاستجواب لعله يكلف محامياً للحضور معه، حتى ولو لم يكلف محامياً قبل هذا. من ناحية أخرى فإن

(٥٢) المخالفات هي الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التي لا يزيد أقصى مقدار لها على مائة جنيه. (مادة ١٢ قانون العقوبات المصري).

(٥٣) انظر: د. رءوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار الفكر العربي – القاهرة، ط٣، ١٩٨٠، ص ٥٣٣.

المشرع المصري (في تعديل المادة ١٢٤) نص على أنه: "إذا لم يكن للمتهم محام، أو لم يحضر محاميه بعد دعوته وجب على المحقق من تلقاء نفسه أن يندب له محامياً"، وهذا يعد قفزة نوعية باتجاه الحرص على حق الدفاع بالنسبة للمتهمين، لكنه في ذات الوقت يثقل كاهل المحقق بعبء جديد، لكن العزاء في ذلك هو قطع الطريق على أية ادعاءات محتملة باستخدام وسائل في الاستجواب كان لها تأثير سلبي على إرادة المتهم.

الاستثناءات من دعوة المحامي لحضور الاستجواب (والمواجهة):

في سياق الحديث عن وجوب دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب والمواجهة – وهو الأصل الذي اعتمدته معظم القوانين العربية – أشير إلى استثناءات من هذا الأصل، نعرض لها فيما يأتي:

الاستثناء الأول – جواز استجواب المتهم قبل دعوة محاميه لحضور الاستجواب:

أجازت معظم القوانين العربية[٥٤] إجراء الاستجواب والمواجهة قبل دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب كاستثناء، وذلك "في حالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة" بحسب نص القانونين الأردني (المادة ٦٣) والسوري (المادة ٦٩) وقوانين كل من: اليمن (١٨١)، ومصر (المادة ١٢٤) وقطر (المادة ١٠١)، بسبب تلك الحالة وحالة التلبس (أو حالة الجرائم المشهودة). أما القانون الجزائري (١٠١) فقد فصل قليلاً في المسألة فالاستثناء عنده هي "حالة استعجال ناجمة عن وجود شاهد في خطر الموت أو وجود أمارات على وشك الاختفاء".

(٥٤) القانون الأردني (المادة ٦٣)، القانون الجزائري (المادة ١٠١)، القانون اليمني (المادة ١٨١)، القانون المصري (المادة ١٢٤)، القانون السوري (المادة ٦٩)، القانون القطري (المادة ١٠١).

أما قوانين كل من الإمارات (المادة ١٠٠) والسعودية (المادة ٦٩) فالاستثناء لديها مطلق، غير محدد، ما دام يرى المحقق مصلحة التحقيق في إجراء الاستجواب أو المواجهة دون دعوة محامي المتهم للحضور، ويشمل هذا الإطلاق كل ما يتعلق بالحالات التي أشارت إليها القوانين العربية الأخرى، كما عرفنا للتو.

وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه: ".. إذا كان تقدير هذه السرعة [بسبب الخوف من ضياع الأدلة] متروكاً للمحقق تحت رقابة محكمة الموضوع. فما دامت هي أقرته عليه.. ودللت بها على توافر الخوف من ضياع الأدلة فلا يجوز للطاعن – من بعد – مصادرتها في عقيدتها أو مجادلتها فيما انتهت إليه"(٥٥).

وعلى أي حال، فإن هذا الاستثناء لا يرتكز على قاعدة متينة في الإجراءات الجزائية، لأن طبيعة الاستجواب والمواجهة إجراءات تحتمل التأجيل في الغالب، وهي (إن صح القول مناقشة لما هو موجود مسبقاً من أدلة أو وقائع)، مع الأخذ بعين الاعتبار الحالات التي يكون فيها إجراء الاستجواب وجوباً، كالتقرير بحبس المتهم حبساً احتياطياً. ولذا نرى أن المواجهات – في الواقع – لا يلجأ إليها كثيراً، بل إن بعض القوانين العربية ذهبت بعيداً عندما أوجبت إجراء الاستجواب بعد سماع شهود الإثبات (كالقانون اليمني، المادة ١٨٣، والقانون الكويتي، المادة ٩٨). والواقع أن هذا الحكم لا ينظم شيئاً، بل لا حاجة له، إذ المحقق حر في اختيار الوقت والظروف الملائمة لإجراء الاستجواب أو المواجهة، ولا توجد ضرورة إجرائية لربط الاستجواب أو المواجهة بسماع شهادة الشهود.

(٥٥) انظر: طعن رقم ١٧٩٧ لسنة ٤٥ق وجلسة ١٩٧٦/٢/١٥ س٢٧ ص٢٠١ في: الموسوعة الجنائية الشاملة، المستشار معوض عبد التواب، جزء ١ – قانون الإجراءات الجنائية، ٢٠٠٠، ص٤٨١.

وإذا أمعنا النظر – مرة أخرى – في الاستجواب والمواجهة من ناحية خطورة هذه الإجراءات وطبيعتها لوجدنا أن عذر "الخوف من ضياع الأدلة" مسألة حملها القانون أكبر مما تحتمل، أما تلك القوانين التي أجازت عدم دعوة محامي المتهم للحضور لأن المحقق يرى أن في ذلك مصلحة للتحقيق فقد بالغت – كما نرى –، فأي مصلحة للتحقيق يمكن أن تطغى على حماية حقوق وحريات المتهم، ومع ذلك فإن كان لابد من وضع ضابط معين لهذا الاستثناء فهو – في نظرنا – تحديد تلك الحالات على سبيل الحصر وفي أضيق الحدود تتناسب مع الحاجة العملية عند القيام بهذه الإجراءات على غرار ما فعل القانون الجزائري.

الاستثناء الثاني – إجراء التحقيق بمعزل عن المحامي:

يختلف هذا الاستثناء عن سابقه في كون عدم دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب ناتجاً ليس عن أسباب تتعلق "بالخوف من ضياع الأدلة" أو توافر حالة الجريمة المشهودة، وإنما تتعلق أسبابه بالمتهم نفسه، سواء أكان ذلك برفضه توكيل محام أم عدم حضور محاميه. هذا الاستثناء يبرئ ساحة المحقق من حيث إنه مكن المتهم من حضور محاميه أثناء الاستجواب أو المواجهة إلا أن هذا المتهم لسبب أو لآخر كان هو العلة في عدم حضور المحامي، أو كان المحامي نفسه قد تخلف عن الحضور، لذا فإن هذا العذر يمنح المحقق الحق في إجراء التحقيق بمعزل عن المحامي. وقد قررت هذا الحكم عدد محدود من قوانين الدول العربية: هي القانون الأردني، الذي نص في المادة (٦٣) على أنه: "إذا رفض المشتكى عليه (أي المتهم) توكيل محام أو لم يُحضر محامياً في مدة أربع وعشرين ساعة يجري التحقيق بمعزل عن المحامي، وهذا النص نفسه ورد في القانون السوري (المادة ٦٩). أما القانون الجزائري (المادة ١٠٥) فيشترط لإجراء التحقيق بمعزل عن محامي المتهم عدم حضور المحامي بعد دعوته أو تنازل المتهم صراحة عن هذا الحق، ويقرر مدة يومين (ثمان وأربعين ساعة) فقط لمباشرة هذا الحق.

بعض القوانين العربية الأخرى قررت هذا الحكم ولكن بصورة ضمنية، فمثلا القانون اليمني عندما لم يجز استجواب المتهم أو مواجهته بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور (المادة ١٨١) لم يبين المدة اللازمة الفاصلة بين الدعوة وبين موعد الاستجواب، والتي يكون بعدها المحقق في حل من هذا الإلزام. وكذلك الأمر في القانون المصري (المادة ١٢٤) والقانون القطري (المادة ١٠١)، ونرى أن المدة التي حددها القانون الجزائري وهي دعوة محامي المتهم قبل موعد الاستجواب بيومين على الأقل هي مدة كافية، فإذا ما تحددت هذه المدة في قوانيننا العربية فإنه سيسد باب إشكال يتعلق بها، وبوجه عام فإن ظروف كل تحقيق تلقي على كاهل المحقق تقدير المدة اللازمة بين الدعوة وموعد إجراء الاستجواب أو المواجهة، بشرط أن يكون هذا التقدير موضوعياً، ويحقق إمكانية حضور المحامي الاستجواب والمواجهة.

إذا أجري الاستجواب أو المواجهة بمعزل عن المحامي أو قبل دعوة المحامي لحضور هذا العمل، فإن القانون في كل من: الأردن (المادة ٦٣) والسعودية (المادة ٦٩) قرر حقاً لمحامي المتهم في الاطلاع على التحقيق بعد ذلك ابتداء من اليوم التالي للاستجواب أو المواجهة، أو بمجرد انتهاء الضرورة من إجراء التحقيق في غيبة محامي المتهم، أما معظم القوانين العربية فلم تقرر مثل هذا الحكم.

وتنتفي مسؤولية المحقق من إجراء التحقيق بمعزل عن المحامي ويكون استجوابه صحيحا " مادام لم يُعلن اسم المحامي سواء في محضر الاستجواب أو الاستجواب أو بتقرير في قلم كتاب المحكمة أو أمام مأمور السجن "[٥٦].

(٥٦) محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٢٦٦٣٤ لسنة ٧١ق – جلسة ٢٠٠٣/٢/١ في: http://www.arablaws.org/arab/law/in/nkd-g.n.htm

كيفية دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب (والمواجهة) وعلى من تقع هذه الدعوة:

بشكل عام انقسمت القوانين العربية بشأن هذا الأمر إلى قسمين:

القسم الأول – وهو القسم الغالب وقد قرر أن جهة التحقيق هي من تقوم بدعوة محامي المتهم، وتدخل فيه كل من الجزائر ومصر وقطر واليمن. وتشير الأحكام الواردة في هذه القوانين إلى أن المحقق هو من تقع عليه مهمة دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب أو المواجهة، وقد اشترطت قوانين الدول المذكورة (باستثناء الجزائر) لتحقق هذا الالتزام أن يقوم المتهم أو محاميه بالإفصاح عن اسم المحامي بتقرير في دائرة الكتاب (أو قلم الكتاب) أو إلى مأمور المنشأة العقابية (أو مأمور السجن) متى كان المتهم مودعاً فيها، بحسب القانون اليمني (المادة ١٧٩) والقانون المصري (المادة ١٢٤)، وقد أضاف هذا القانون(٥٧) "إخطار المحقق من قبل المتهم" باعتبارها وسيلة للإعلان عن اسم محاميه، أو "في محضر التحقيق أو في قلم كتاب النيابة العامة التي يجري التحقيق في دائرتها أو للقائم على إدارة المكان المحبوس فيه المتهم" بحسب القانون القطري (المادة ١٠١).

أما القانون الجزائري (المادة ١٠٥) فلا يتضمن شرطاً مماثلاً وإنما المسألة عنده أكثر بساطة، فبالإمكان استدعاء المحامي شفاهة، مع إثبات ذلك في محضر التحقيق، أو "يستدعى بكتاب موصى عليه يرسل إليه قبل يومين على الأقل من استجواب المتهم". ونرى أن تعامل القانون الجزائري مع هذه النقطة كان تعاملاً موفقاً وبأسلوب يتسم بالعملية والمباشرة، بخلاف تلك القوانين (التي أشرنا إليها)، على أن هذا التنظيم في القانون القطري يشكل حالة أفضل، وذلك عندما اعتبر محضر التحقيق أيسر السبل للإعلان عن اسم محامي المتهم، وهذا أقرب ما يكون إلى ملامسة الواقع واليسر في التطبيق، وأيضاً "في

(٥٧) بعد تعديل المادة الذكورة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٦.

قلم كتاب النيابة العامة التي يجري التحقيق في دائرتها"، لأن النيابة وليس المحكمة هي من تقوم بالتحقيق الابتدائي.

ولما كانت الإجراءات الجزائية يجب أن تتسم بالسرعة والديناميكية، كونها تعتبر مواجهة مع الجريمة والمجرمين فإنا نرى أن إعلان اسم محامي المتهم في محضر تحقيق الواقعة هو الأكثر ملاءمة، فالإجراءات تتم أمام محقق وفي محضر تحقيق، وكذلك في مقر نيابة معينة، وإعلان اسم محامي المتهم يجب أن يكون أمام ذات المحقق وفي ذات محضر التحقيق، أما دائرة الكتاب في المحكمة فلا صلة لها بالتحقيق أو الاستجواب ولذلك فلا يجب إقحامها في أمر كإعلان اسم محامي المتهم تمهيداً لإعلانه لحضور الاستجواب أو المواجهة.

القسم الثاني – المتهم هو من يجب عليه إحضار محام، وهذا الحكم ورد في قوانين كل من الإمارات والأردن وسوريا، فالعبء– إذن– في مسألة دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب أو المواجهة يقع على المتهم نفسه، ويبقى المحقق في منأى عن هذا، فالمتهم من خلال اتصال المحامي به أو أي من الأشخاص الآخرين أو اتصاله هو بهم يتولى هذا الأمر، وكل ما على المحقق أن يمكن هذا المحامي من حضور الاستجواب أو المواجهة إن حضر، أو يُجري الاستجواب والمواجهة بدونه(٥٨). ونرى أن إلقاء عبء دعوة المحامي على المتهم مسألة غير عملية، خاصة إذا كان المتهم معزولاً عن الاتصال بالآخرين، أو كان هذا المتهم لا يستطيع تكليف محام، ويبقى – في رأينا – أن دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب والمواجهة مجدية عملياً إذا تكفلت بها جهة التحقيق (النيابة العامة أو قاضي التحقيق)، بشرط أن يكون المتهم قد أعلن اسم محاميه، أو تولى ذلك عنه غيره بأية طريقة من الطرق التي سبق ذكرها، ولو كان في محضر الاستجواب نفسه.

(٥٨) انظر: القانون الإماراتي (المادة١٠٠)، القانون الأردني (المادة٦٣)، والقانون السوري (المادة٦٩).

الثالث (من ضمانات الاستجواب) – أن يمكن المحامي من الاطلاع على أوراق التحقيق قبل الاستجواب أو المواجهة

باطلاع محامي المتهم على الأوراق التي يتضمنها ملف الواقعة – موضوع التحقيق – يكون هذا المحامي على بينة بكل ما يحتويه هذا الملف من وقائع وأدلة، ما كان منها ضد المتهم، وما كان منها لصالحه، وبدون هذا الاطلاع يصبح حضور المحامي الاستجواب أو المواجهة حضوراً ينتقص من قدرة المحامي على الدفاع عن المتهم، وتبعاً لهذا تتأثر سلباً حقوق المتهم. وأخذاً بعين الاعتبار أن المحامي هو وكيل للدفاع عن المتهم، فإن طبيعة الحرص على مصالح المتهم تقتضي من هذا المحامي استعداداً للدفاع عنه، ومن هذا الاستعداد الإلمام الدقيق والمفصل بكافة وقائع وأدلة وظروف التهمة، فيؤكد ما يرجح براءته، ويفند ما يمكن أن يثبت الاتهام ضده، وهذا كله لن يتأتى إلا باطلاع عميق لكافة الأوراق التي يتضمنها ذلك الملف، فيكون إذا ما حضر الاستجواب أو المواجهة فيما بعد قادراً على تأدية دوره بشكل مُرضٍ. وقد أصاب د. رءوف عبيد عندما أكد أن حرمان المحامي من الاطلاع على التحقيق (ملف الدعوى) قبل الاستجواب أو المواجهة "يجعل حضوره بعدئذ أثناءهما أمراً محدود القيمة والأثر"(٥٩) وأكد هذا د. حسن الجوخدار بالقول أنه بدون تمكين المحامي من الاطلاع على ملف التحقيق قبل موعد الاستجواب بوقت كاف "لا يكون لحضور استجواب موكله من فائدة تذكر، طالما أنه يجهل بما تم اتخاذه من إجراءات التحقيق، وبالأدلة والشبهات القائمة ضد موكله"(٦٠).

ونرى أن تعبير المشرع عن أهمية عدم المساس بحقوق المتهم بارتكاب جريمة يجد له مكاناً في تمكين المحامي من الاطلاع على التحقيق قبل إجراء الاستجواب أو المواجهة، فقد قضت بعض قوانين الدول العربية بحق المحامي

(٥٩) مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، (م. س) ص ٣٩٧.

(٦٠) التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، (م. س) ص ٢٧٠.

في الاطلاع على أوراق التحقيق (ملف الإجراءات) قبل الاستجواب أو المواجهة، غير أن تمكينه من هذا الحق – كما ورد في هذه القوانين – مقيد برأي المحقق، وهذا يعني أن المحامي لا يمكنه ممارسة هذا الحق إلا مروراً عبر موافقة من يقوم بالتحقيق في الواقعة. جاء في القانون الإماراتي (المادة ١٠٠) ".. ما لم يرى عضو النيابة العامة غير ذلك.."، وفي القانون اليمني (المادة ١٨٠) ".. ما لم يقرر المحقق غير ذلك.."، وهكذا الحال في القانونين المصري (المادة ١٢٥)، والقطري (المادة ١٠٢)، ويرى د. محمود نجيب حسني أن إجازة المشرع للمحقق في تقرير عدم اطلاع المحامي على التحقيق يجب أن يستند إلى سبب موضوعي، وبالتالي "فإن لمحكمة الموضوع أن تراقب تقدير المحقق في ذلك، فإذا لم تقره عليه بطل الاستجواب"(٦١) أما القانون الجزائري فهو القانون الوحيد الذي كفل للمحامي هذا الحق، ولم يقيده برأي المحقق أو بأي قيد آخر، وهو موقف متقدم من بين القوانين العربية الأخرى، اتسم بالصرامة والانحياز نحو ضمان حقوق المتهم "يجب أن يوضع ملف الإجراءات تحت طلب محامي المتهم قبل كل استجواب بأربع وعشرين ساعة على الأقل". (المادة ١٠٥ منه). وأما باقي قوانين الدول العربية فلم تمنح هذا الحق لمحامي المتهم، وهو الأمر الذي نعتقد أنه يؤثر سلباً على قدرة المحامي على القيام بواجبه تجاه المتهم على أكمل وجه، ومن ثم فإن تأثيره هذا ينصب على حقوق المتهم في الدفاع، وتبعاً لهذا فإننا نرى أن على القوانين التي لم تتضمن حكماً يقضي بوجوب تمكين محامي المتهم من الاطلاع على الأوراق قبل الاستجواب أو المواجهة أن تفعل ذلك عند أول تعديل فيها، وغني عن البيان أن عدم إعمال هذه الضمانة ينسف الاستجواب ونتائجه، فقد قضت محكمة النقض المصرية "أن القانون لا يرتب البطلان إلا على قيام المحقق في جناية بمواجهة المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود دون أن يتبع الضمانات المنصوص عليها.. بدعوة محامي

(٦١) انظر: د. نجيب حسني، (م. س) ص ٦٨٥.

المتهم للحضور إن وجد، والسماح له بالاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على المواجهة ما لم يقرر المحقق غير ذلك"(٦٢).

الرابع (من ضمانات الاستجواب)- تحريم استخدام أية أساليب غير قانونية لحمل المتهم على الاعتراف

في أحيان كثيرة، وأمام ضعف الإجراءات والأدلة عن الواقعة ومرتكبيها يكون اللجوء إلى الاستجواب هو الملاذ الوحيد للحصول على أدلة تكفي لإثبات الواقعة ونسبتها إلى شخص أو أشخاص معينين، ومعلوم أن الاعتراف نتيجة محتملة – في كثير من الحالات – للاستجواب، فيسعى المحقق للحصول على هذا الاعتراف، ومن أجل ذلك قد يلجأ إلى أساليب ووسائل تتضمن مساساً بحقوق وحريات وكرامة الإنسان (المتهم هنا). ولولا المبادئ الإنسانية العظيمة التي تقوم عليها الإجراءات الجزائية لبلغت حالات التعذيب البدني والنفسي التي يتعرض لها الكثير ممن يشتبه فيهم أو يتهموا بارتكاب جرائم حدوداً لا توصف. ومن تلك المبادئ: "البينة على من ادعى" و"المتهم بريء حتى تثبت إدانته" و"لا إدانة إلا بناء على أدلة جائزة قانونا وبالإجراءات المقررة في القانون" وغيرها. بل إن معظم القوانين العربية تضمنت نصوصاً صريحة بوجوب معاملة المتهم معاملة إنسانية لائقة بإنسانيته، وكمثال على تلك النصوص: ما جاء في المادة (٢) من القانون الإماراتي من أنه: "يحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً، كما يحظر تعريض أي إنسان للتعذيب أو المعاملة الحاطة بالكرامة"، ومثل هذا النص ورد في القانون السعودي (المادة ٢ أيضاً)، وفي القانون الكويتي (المادة ١٢) ورد النص الآتي: "لا يجوز لمحقق أو لأي شخص ذي سلطة قضائية أن يستخدم التعذيب أو الإكراه للحصول على أقوال متهم أو شاهد، أو لمنعه من تقرير ما يريد الإدلاء به أثناء إجراءات المحاكمة أو التحقيق أو التحري..". وفي القانون اليمني (المادة٦) "يحظر تعذيب المتهم أو معاملته بطريقة غير إنسانية أو إيذائه بدنياً أو معنوياً لقسره على الاعتراف..".

(٦٢) طعن رقم ٥٤ لسنة ٣٩ق، جلسة ١٩٦٩/٤/٢٨ س٢٠ ص٥٧٨. ورد في: الموسوعة الجنائية الشاملة. معوض عبد التواب (م. س) ص٤٧٩.

صرحت بعض قوانين الدول العربية عندما عرضت للاستجواب باعتباره من أخطر أعمال التحقيق، باحترام حقوق المتهم وتجنب أي تصرف يمس كرامته، وهذا التصريح جميل من حيث التذكير بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وأن كرامته الآدمية مصانة شرعاً وقانوناً في كل ظرف، من تلك القوانين القانون الكويتي، فقد نص على أنه: "لا يجوز تحليف المتهم اليمين، ولا استعمال أي من وسائل الإغراء أو الإكراه ضده" (المادة ٩٨)، كما تضمن القانون السعودي صيغة لخصت الحالة التي يجب أن تكون عليها إفادات المتهم من حيث إن له مطلق الحرية في إبداء تلك الإفادات، "يجب أن يتم الاستجواب في حال لا تأثير فيها على إرادة المتهم في إبداء أقواله، ولا يجوز تحليفه ولا استعمال وسائل الإكراه ضده، ولا يجوز استجواب المتهم خارج مقر جهة التحقيق إلا لضرورة يقدرها المحقق". (المادة ١٠٢). أما القانون اليمني فقد نص في المادة (١٧٨) على أنه: "لا يجوز تحليف المتهم اليمين الشرعية ولا إجباره على الإجابة، ولا يعتبر امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده، كما لا يجوز التحايل أو استخدام العنف أو الضغط بأي وسيلة من وسائل الإغراء والإكراه لحمله على الاعتراف". أما بقية القوانين العربية فيلاحظ أنها اكتفت بالمبادئ العامة للإجراءات الجزائية التي توصل إلى هذا المعنى، ولم ترَ (كما يبدو) حاجة للتذكير بهذا مرة أخرى، غير أنها – بحسب رأينا – لو قررت ذلك لكان من باب التأكيد المستحسن.

ومعلوم أن استخدام أية وسائل غير قانونية (بدنية أو نفسية أو غيرها) لحمل متهم على الاعتراف بجريمة يعد جريمة مستقلة بذاتها، ترتكب ليس فقط بحق المتهم، وإنما أيضا بحق العدالة والإنسانية. ويتفق فقهاء المسلمين على "عدم جواز تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف بالجريمة، واعتبروا الإقرار الذي يصدر منه لا يعتد به على الإطلاق، حتى وإن كان الإقرار صادقاً مطابقاً للحقيقة"[٦٣]. وفي كل الحالات فإن استخدام وسائل التعذيب والترغيب والترهيب

(٦٣) من عرض لدراسة علمية للباحث سامي أحمد محمد سعيد في: صحيفة "نيوزيمن" – صنعاء، العدد ٢٦٦٩٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢١.

هو انعكاس لحالة غير سوية واقعة فيها الجهة القائمة بالتحقيق. وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه يعول على الاعتراف إذا كان اختيارياً، أي صادراً عن إرادة حرة من قبل المتهم "وهو لا يعتبر كذلك [ولا يعول عليه] – ولو كان صادقاً – إذا صدر إثر ضغط أو إكراه كائناً ما كان"(٦٤).

آثار عدم التقيد بضمانات الاستجواب والمواجهة:

الأحكام الواردة في القوانين العربية – موضوع دراستنا – والخاصة بضمانات الاستجواب والمواجهة موضوعة في المقام الأول حماية للمتهم من أي تعسف أو إجراء قد يطال حقوقه وحرياته، وبالدرجة الثانية تأكيداً لعدالة الإجراءات الجنائية لتتعمق ثقة الأشخاص بتلك العدالة، وأي شخص قد يجد نفسه في أية لحظة طرفاً في هذه الإجراءات – مشتبهاً به أو متهماً. ولذلك فالقانون وهو ينظم تلك العلاقات ذات الصلة بالتحقيق الابتدائي في الواقعة الجنائية يلزم الجهات التي يقع على عاتقها القيام بتلك الإجراءات والأعمال بالضمانات التي سنها، فهي ملزمة لهم، وعليهم (مأمور الضبط القضائي، عضو النيابة العامة وقاضي التحقيق) الالتزام والتقيد الصارم بها، وبخلاف ذلك فإن تلك الاستجوابات والمواجهات التي تم القيام بها دون مراعاة لما أوجبه القانون من ضمانات يجعل منها أعمالاً باطلة، لمخالفتها للقانون، وبالتالي بطلان كل ما أسفرت عنه من اعترافات أو حبس احتياطي أو غيرها، ويعتبر دفع المتهم "ببطلان اعترافه لأنه وليد إكراه" من صور الدفوع الجوهرية(٦٥).

وسواء أفصحت تلك الأحكام عن بطلان كل عمل يخالف تلك الضمانات أو لم تفصح فإن البطلان هو نتيجة لا مفر منها لإجراء تم خلافاً للقانون، فالقانون

---

(٦٤) طعن رقم ١٠٥٦ سنة ٤١ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢٦ س٢٢ ع٣ ص٨٠٥ في: قضاء النقض في الأدلة الجنائية في خلال اثنين وسبعين عاماً ١٩٣١–٢٠٠٢ المستشار: سعيد أحمد شعلة. منشأة المعارف ٢٠٠٥، ج١، ص٢٤١.

(٦٥) انظر: د. حسام محمد جابر، طرق الطعن في الأحكام الجنائية. دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات . القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٧٢.

الأردني – على سبيل المثال – قضى بأنه يترتب على عدم تقيد المدعي العام (النيابة العامة) بأحكام وضمانات الاستجواب "بطلان الإفادة التي أدلى بها المشتكى عليه" (أي المتهم). (المادة ٦٣)، وجاء في القانون الجزائري (المادة ١٥٧): "تراعى الأحكام المقررة في المادة (١٠٠) المتعلقة باستجواب المتهمين.. وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات". ورجوعاً إلى الأحكام العامة للبطلان في القوانين العربية نجد عدم دقة في صياغة هذا الحكم، إذ إن البطلان ليس بالضرورة يجب أن يشمل كل إجراء تلى الاستجواب أو المواجهة الباطلة، ولكن متى كان الإجراء أو النتيجة مرتبطة بهذا الإجراء الباطل فإن البطلان يطالها هي أيضا. وهو ما قررته المادة (٢٢٨) من القانون الإماراتي، وقد نصت على أنه: "لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه والإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه"، وكذلك القانون اليمني (المادة ٤٠٢) وقرر أن: "التقرير ببطلان أي إجراء يشمل بطلان كل الآثار المباشرة له.."، وأهم ما يبطل ببطلان الاستجواب الاعتراف الذي أدلى به المتهم أثناء الاستجواب الباطل، وكذلك يبطل الحبس الذي أعقبه"(٦٦). وفي القانون السعودي (المادة ١٩٠) إذا كان البطلان راجعاً إلى عيب لا يمكن تصحيحه فتحكم المحكمة ببطلان الإجراء، كما أن القانون القطري هو الآخر قضى ببطلان الإجراءات إذا خالفت صراحة القانون، وبالتالي يشوبها العيب لهذا السبب (المادة ٢٥٦).

ومعلوم أن الحكم ببطلان أي إجراء يسقط قيمته في الإثبات، وهو ما يمكن أن يؤدي – في كثير من الأحيان – إلى نسف كلي لجهود كانت قد بذلت في سبيل كشف الجرائم وضبط مرتكبيها، وتقرير البطلان في الإجراءات – من ناحية أخرى – يعد من أكثر أسباب نقض الأحكام من قبل محاكم النقض.

متى ما أرهق المتهم، أو عومل معاملة نتج عنها ضغط نفسي شديد عليه ثم بعد ذلك جرى استجوابه، يكون هذا الاستجواب باطلاً، وهذا ما قررته محكمة

(٦٦) انظر: ممدوح خليل البحر. مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨، ص٢٤٣.

النقض المصرية في قضاء حديث لها (جلسة ٢٣/٤/٢٠٠٣)، فقد قضت أن: "استجواب المتهم.. بعد سؤال محرر محضر الضبط واستجواب متهم آخر وتركه لساعات طويلة بمقر هيئة الرقابة الإدارية وإرهاقه على الرغم من أنه المتهم الرئيس في الدعوى – يبطل الاستجواب" (٦٧).

ومن الدفوع التي توليها المحاكم عناية خاصة في الدعاوى الجزائية الدفع ببطلان استجواب المتهم واعترافه المستمد منه، فقد قضت محكمة النقض المصرية أن: "الدفع ببطلان استجواب المتهم في جناية واعترافه المستمد منه لعدم دعوة محاميه للحضور – رغم عدم تنازله عن هذه الدعوة صراحة – هو دفع جوهري لتعلقه بحرية الدفاع وبالضمانات الأصيلة التي كفلها القانون صيانة لحقوق هذا المتهم مما يقتضي من المحكمة أن تعنى بالرد عليه بما يفنده، فإن هي أغفلت ذلك فإن حكمها يكون معيباً بالقصور في التسبيب" (٦٨).

أما موضوع طبيعة البطلان الناتج عن عدم التقيد بضمانات الاستجواب والمواجهة، فقد اختلف في ذلك، فيرى د. رءوف عبيد أن: "البطلان المترتب على عدم اتباع أحكام الاستجواب أو المواجهة نسبي، ينبغي الدفع به أمام محكمة الموضوع حتى يقضي به، ولا تملك هذه أن تحكم به من تلقاء نفسها" (٦٩)، وخلافاً لذلك يرى د. محمد صبحي نجم أن الإخلال بضمانات الاستجواب والمواجهة "يستوجب بطلان الاستجواب أو المواجهة وكل ما ارتبط بهما بطلاناً مطلقاً، لأن قواعد الاستجواب من النظام العام ومقررة للمصلحة العامة" (٧٠) ويرى د. محمد زكي أبو عامر ود. حسن الجوخدار ود. محمد محمد سيف شجاع أن هذا البطلان مطلق، متعلق بالنظام العام في حالات؛ ونسبي متعلق بمصلحة المتهم في حالات أخرى؛ فعند إجراء الاستجواب ممن لا ولاية له في

(٦٧) الطعن رقم ٣٠٦٣٩ سنة ٧٢ق http://www.arablaws.org/arab/law/in/nkd-g.n.htm

(٦٨) الطعن رقم ١٧٥٢ س٣٨ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ س١٩ ع٣ ص٨٩١ ورد في: المستشار سعيد أحمد شعلة..(م. س) ص١٠٠٢.

(٦٩) المشكلات العملية الهامة (م. س) ص ٥٣٧.

(٧٠) انظر: الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، (م. س) ص ٢٧٤.

ذلك مثلاً، أو صاحبه إكراه مادي أو معنوي فهذا يوصمه بالبطلان العام، والبطلان العام كما هو معلوم من النظام العام يجوز للمتهم التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، كما أن للمحكمة الحكم به من تلقاء نفسها؛ أما عدم دعوة محاميه لحضور الاستجواب أو المواجهة أو عدم تمكينه من الاطلاع على الأوراق (أو التحقيق) فهذا من البطلان النسبي[٧١]،[٧٢]،[٧٣]، ويتفق مع هذا الرأي د. كامل السعيد، الذي يرى أنه بالاستناد إلى القواعد العامة في البطلان "بطلان الاستجواب إذا خولفت في إجرائه قاعدة جوهرية، أو شاب الإجراء عيب جوهري لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ويكون البطلان مطلقاً إذا كانت القاعدة الجوهرية التي خولفت تحمي مصلحة عامة، وفيما عدا ذلك يكون البطلان نسبياً"[٧٤]، وهذا الرأي الثالث هو ما يتفق والقانون.

إجراء الاستجواب (والمواجهة) – جوازاً ووجوباً:

الاستجواب مثله كمثل بقية إجراءات التحقيق يقوم به المحقق متى ما كان التحقيق يتطلب القيام به، ما لم يوجب القانون – في حالات حددها حصراً – إجراءه.

القيام بالاستجواب أمر جوازي، والمحقق هو من يقرر إجراءه من عدمه وفق التحقيق الذي يجريه، فإذا ما رأى المحقق أن لا حاجة لإجرائه، وأن الأدلة الثابتة في ملف الإجراءات كفيلة بإثبات الفعل والفاعل، على النحو الذي يتطلبه القانون، فليس هناك ما يلزم المحقق بضرورة إجرائه، وقضت محكمة النقض المصرية أنه: "من المقرر أن عدم سؤال المتهم في التحقيق (المقصود

(٧١) انظر: الإجراءات الجنائية (م. س) ص ٥٧٠.
(٧٢) انظر: التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، (م. س) ص ٣٣٤- ٣٣٥.
(٧٣) انظر: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني (م. س) ص ص ٣٣٨–٣٣٩.
(٧٤) شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية (م. س) ص ص ٤٩٣–٤٩٤.

استجوابه) لا يترتب عليه بطلان الإجراءات، إذ لا مانع في القانون يمنع من رفع الدعوى الجنائية بدون استجواب المتهم"[٧٥]، وتبعاً لهذا فإن الأصل في الاستجواب (والمواجهة) هو جواز القيام به، وإن رأى المحقق أن إجراءه لا حاجة إليه فالأمر كما يرى ولا إلزام عليه بإجرائه.

ولم نجد في القوانين العربية (موضوع الدراسة) أية إشارة إلى وجوب استجواب المتهم إلا في حالات التكليف بالحضور والقبض والحبس، وهذه الحالات – كما نرى – ذات صلة بقيد حرية المتهم. واستثناء من هذه القوانين قرر القانون الكويتي (المادة ٩٨)، وجوب استجواب المتهم "تفصيلياً" إذا ما أنكر ارتكابه الجريمة، وبمعنى المخالفة لهذا الحكم أنه لو اعترف المتهم بارتكاب الجريمة فلا يلزم إجراء الاستجواب.

ويختلف الأمر بشأن سماع وإثبات أقوال المتهم في محضر التحقيق، وإبداء أية أقوال من شأنها إظهار الحقيقة بشأن الواقعة الجنائية – موضوع التحقيق، وهذا الإجراء ليس استجواباً، وهو وثيق الصلة بحقوق المتهم في الدفاع عن نفسه، كما أنه إجراء يسبقه "إحاطة المتهم علماً بحقيقة التهمة والوقائع المسندة إليه"، ويثبت الواقع أن المتهم – في أحيان كثيرة – وهو يدلي بأقواله أمام المحقق يسهم مساهمة كبيرة في تحقيق أهداف التحقيق الجنائي، ويفصح عن معلومات لم تكن متوفرة لجهة التحقيق حول الفعل أو ظروف ارتكابه أو الفاعل (أو الفاعلين) إلى غير ذلك من المعلومات المهمة في مرحلة التحقيق هذه، إذ ليس من المنطق أن يتهم شخص بارتكابه جريمة ولا يسمع قوله بشأن هذا الاتهام.

أما إثبات أقوال المتهم في محضر التحقيق فهو واجب على المحقق، وهو عمل يسبق الاستجواب بحسب تسلسل أعمال التحقيق، وقد ربطته القوانين العربية بإحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، والبعض منها أوجبت على

(٧٥) طعن رقم ١٨٩٠٠ سنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١١ س٤٧ أورده: سعيد أحمد شعلة (م. س) ج١ ص١٠١٧.

المحقق تنبيه المتهم "بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار" كالقانون الجزائري، المادة (١٠٠)، واليمني، المادة (١٨٢)، بل إن البعض الآخر من هذه القوانين أوجبت على المحقق تنبيه المتهم "أن من حقه أن لا يجيب عن [أسئلته] إلا بحضور محام" كالقانون الأردني، المادة (٦٣)، والسوري، المادة (٦٩)، وهو الأمر الذي لا نرى وجهاً له، فحسبما بينا، لا يعدو أن يكون الأمر إعلام المتهم بما يتهم به، وإثبات أقواله بشأن ذلك، وأما إشراك المحامي في عملية إثبات أقوال المتهم بشأن التهمة الموجهة إليه فأمر لا مبرر له، وحبذا لو تخلى القانونان الأردني والسوري عن هذا الحكم، خاصة وأنه لا توجد قوانين عربية أخرى تؤيد ما ذهبا إليه، ثم إن هذا العمل الإجرائي "إثبات أقوال المتهم" لا يشكل خطورة على المتهم مثلما يشكلها الاستجواب، فيتطلب الأمر – على هذا الأساس – إحاطتها بما أحيط الاستجواب به من ضمانات، ومنها حضور المحامي. على أن غالبية قوانين الدول العربية اكتفت بإلزام المحقق بإثبات أقوال المتهم في محضر التحقيق دون أية شروط إضافية، فقد عبرت قوانين كل من الإمارات (المادة ٩٩)، وقطر (المادة ١٠٠)، والسعودية (المادة ١٠١) عن هذا بحكم، مفاده أن على المحقق إثبات ما قد يبديه المتهم في شأن التهمة من أقوال. أما القانون المصري فقد حصر واجب المحقق في "إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، ويثبت أقواله في المحضر (المادة ١٢٣). وفي حكم لمحكمة النقض المصرية أشارت إلى "وجوب استماع المحقق لأقوال المتهم التي يريد إبداءها سواء أكانت صادقة أم مخالفة للحقيقة"[(٧٦)] وهذا الاستماع (أو إبداء الأقوال) كما أنه واجب على المحقق تمكين المتهم منه، هو في الوقت نفسه حق من حقوق المتهم لا يمكن تجاوزه.

وقرر القانون اليمني (في المادتين ٧٦، ١٨٤) وجوب استجواب المتهم في حالتين، هما:

---

(٧٦) طعن رقم ٣٠٦٣٩ سنة ٧٢ ق جلسة ٢٣م ٤م ٢٠٠٣، نقلاً عن: www.arablaws.org/arab/law/in/nkd-g.n.html

الأولى – بعد القبض على المتهم أو ضبطه وإحضاره من قبل مأمور الضبط القضائي، أو عند مثول المتهم المكلف بالحضور أو المقبوض عليه بأمر النيابة العامة.

الثانية – قبل الأمر بحبس المتهم.

في الحالة الأولى وفي مرحلة التحري وجمع الاستدلالات وفي حالة التلبس بالجريمة (أو الجريمة المشهودة) أجاز القانون لمأموري الضبط القضائي القبض على المتهم أو ضبطه وإحضاره، ولما كان القبض أو ضبط المتهم يمس مباشرة حرية الشخص المقبوض عليه، وكانت ضرورات ضبط الجرائم والمجرمين تحتم مثل هذه الإجراءات، إلا أنه بالمقابل يجب التعامل مع هذه المسائل بما يضمن الحفاظ على حقوق وحرية الشخص المقبوض عليه وفق الضوابط التي قررها القانون، وأهمها "وجود دلائل كافية على ارتكابه جريمة"(٧٧) وتحديد سلطة مأمور الضبط القضائي بإبقاء هذا المشتبه به في أماكن الاحتجاز مدة زمنية محدودة.

وقد ذهبت معظم قوانين الدول العربية إلى أنه لا يجوز إبقاء المشتبه به أكثر من أربع وعشرين ساعة في أماكن الاحتجاز دون إحالته إلى النيابة العامة، بمعنى أن أقصى مدة يمكنها من احتجاز المشتبه به قبل عرض أمره على النيابة العامة هي هذه المدة المشار إليها فقط. من هذه القوانين: القانون اليمني والمصري والقطري والسعودي، فأما القانون اليمني فقد ألزم النيابة العامة بالتصرف في أمر المتهم خلال أربع وعشرين ساعة دون أن يذكر استجواب المتهم(٧٨). وأما بقية تلك القوانين فقضت بوجوب استجواب المتهم في ظرف أربع وعشرين ساعة بعد إحالة المتهم إلى النيابة العامة(٧٩). وأما القانون

(٧٧) من المادة (٤٥) من القانون الإماراتي وهي تتشابه مع نصوص القوانين العربية الأخرى بصورة عامة.

(٧٨) المادة ١٠٥.

(٧٩) المادة (٣٦) مصري، والمادة (٤٣) قطري، والمادتان (٣٣و٣٤) سعودي.

الكويتي فقد ذهب أبعد من ذلك حين جعل مدة إبقاء المشتبه به أربعة أيام في أماكن الحجز دون أمر من النيابة العامة(٨٠). وكذلك عندما يمثل من كلفه عضو النيابة العامة (أو قاضي التحقيق) بالحضور أو المقبوض عليه بأمر النيابة العامة. فلئن كانت الحالة الأولى تتطلب رقابة مباشرة من جهة التحقيق، حيث إن القائم بعملية القبض والضبط مأمور الضبط القضائي، فإن في هذه الحالة الثانية الأمر يصدر مباشرة من جهة التحقيق نفسها، والأصل أن الأمر بالتكليف بالحضور أو القبض لا يكون إلا إذا تحققت أسباب سائغة تدفع المحقق إلى إصدار هذا الأمر.

وقد ألزمت القوانين العربية المحقق باستجواب المتهم المكلف بالحضور أو المقبوض عليه بأمر النيابة العامة (أو قاضي التحقيق) وفي مدة زمنية محددة، توخى المشرع ألا يضار المشتبه به بالإجراءات، وخاصة في تقييد حريته إلا في الحدود الدنيا، وحسب ما يقتضيه إجراء الاستجواب لا أكثر. ونجد أن القانون وهو يجيز لعضو النيابة العامة (وقاضي التحقيق) إصدار أمر التكليف بالحضور أو القبض والإحضار، ألزمه باستجواب المتهم على الفور "وعند تعذر ذلك إيداعه الحبس إلى حين استجوابه، ويجب ألا تزيد مدة إيداعه على أربع وعشرين ساعة"(٨١). وإمعاناً من المشرع القطري في ضمان التقيد بهذه المدة، فقد أوجب على القائم على إدارة المكان المخصص للحبس إرسال المتهم إلى النيابة العامة، "وعليها أن تستجوبه خلال أربع وعشرين ساعة وإلا أمرت بإخلاء سبيله"، ويلاحظ أن هذا الحكم يتضمن مدة ثمان وأربعين ساعة كحد أقصى لتتخذ النيابة العامة قراراً بشأن ذلك المتهم، نصف المدة تلي القبض مباشرة والنصف الآخر تأتي بعدها بعد أن تتدخل إدارة مكان الحبس حسبما ألزمها القانون بذلك، وجاء حكم القانون السعودي مطابقاً لهذا الحكم (المادة

(٨٠) المادة (٦٠) كويتي.

(٨١) قانون الإمارات، المادة (١٠٤) والقانون المصري، المادة (١٣١)، والقانون القطري، المادة (١٠٧).

١٠٩) إلا أنه أكثر مرونة بشأن وجوب إبلاغ رئيس الدائرة التي يتبعها المحقق بمضي المدة، وعلى هذه الدائرة إما "أن تستجوبه حالاً أو تأمر بإخلاء سبيله".

"ولعل الحكمة [بحسب كامل السعيد] من ضرورة سماع أقوال المتهم المقبوض عليه فوراً أو استجوابه في ظرف أربع وعشرين ساعة من إرساله إلى المدعي العام، هو إحاطته علماً بالسرعة الممكنة بأسباب القبض وتمكينه من دحض الشبهات القائمة ضده"(٨٢). وفرق القانونان الأردني والسوري في الحكم بين حالة المشتبه به "المطلوب بمذكرة حضور" والمشتبه به "الذي جلب بمذكرة إحضار"، ففي حين ألزم استجواب الأول "في الحال" أمهل المدعي العام (وقاضي التحقيق) أربع وعشرين ساعة، في غضونها يجب أن يستجوب من أحضر بمذكرة إحضار(٨٣). ونظم القانون الجزائري هذا الأمر بحيث أن "كل من سيق أمام قاضي التحقيق تنفيذاً لأمر إحضار وجب أن يستجوب في الحال"، واعتبر هذا القانون بقاء المتهم المضبوط بمقتضى أمر إحضار أكثر من ثمان وأربعين ساعة محبوساً حبساً تعسفياً(٨٤)، وهذه إشارة واضحة إلى وجوب مراعاة المدة، وتحمل مسؤولية عدم مراعاتها. وفي القانون اليمني جاء الحكم عاماً بشأن "كل من يقبض عليه بصفة مؤقتة بسبب الاشتباه في ارتكابه جريمة"، فقد ألزم القانون عضو النيابة العامة (والقاضي) باستجواب هذا الشخص المشتبه به، لكنه لم يحدد المدة القصوى اللازمة لإجراء الاستجواب، غير أنه ألزمه بإصدار أمر "على الفور" إما بحبسه احتياطياً أو الإفراج عنه(٨٥).

أما الحالة الثانية التي يكون فيها استجواب المتهم وجوباً فهي عندما يتخذ قرار بحبس المتهم احتياطياً، فاتخاذ مثل هذا القرار يجب – بحسب القانون –

---

(٨٢) انظر: كامل السعيد. شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية.، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٣، ٢٠١٠ص ٣٩٧.

(٨٣) القانون الأردني، المادة (١١٢) والسوري، المادة (١٠٤).

(٨٤) القانون الجزائري، المادتان (١١٢،١١٣).

(٨٥) القانون اليمني، المادة (٧٦).

أن يسبقه استجواب للمتهم، والحكمة من هذا أن قرار الحبس من القرارات الصارمة الماسة بقوة بحرية الشخص، وإن كان متهماً بارتكاب جريمة، وقد حرص المشرع على ألا يتخذ هذا القرار قبل أن يناقش المتهم مناقشة تفصيلية في كافة الأدلة والقرائن التي تدعم اتهامه، فلربما تمخض ذلك الاستجواب عن وضوح أمور لم تكن من قبل واضحة لجهة التحقيق، سواء أكانت بشأن الواقعة وظروفها، أم بشأن المتهمين بارتكابها. وقد سبق أن رأينا أن من حق المشتبه به والمتهم قانوناً أن تسمع أقوالهما، وعلى جهة التحقيق إثبات تلك الأقوال في محضر التحقيق، لكن عملية جمع الأدلة بشأن الواقعة ومرتكبيها هي عملية مستمرة إلى أن يتخذ عضو النيابة العامة (أو قاضي التحقيق) قراراً بالتصرف في التحقيق، ومن الإنصاف وضع المتهم بعدئذ في الصورة من كل تلك الأدلة والقرائن التي تساق إثباتاً لذلك الاتهام، وليقول فيها قوله، فهو – أولاً وأخيراً – المعني بها، خاصة إذا كان من بين قرارات المحقق قرار بحبس المتهم احتياطيا. وقد أراد المشرع استنفاذ أية وسيلة يمكن أن تسهم في إيضاح الحقيقة بشأن الواقعة – موضوع التحقيق. كما أن الحبس الاحتياطي "أمر قضائي استدعته الضرورة، ولا يمكن أن يكون صحيحاً إلا إذا توافرت له شروط صحته التي فرضها القانون، وهي الدلائل الكافية على الاتهام وتوفر أحد دواعي حبس المتهم احتياطياً"(٨٦) وعليه، فإن الاستجواب من هذه الناحية يمكن أن يكون تأكيداً لتلك الدلائل أو دحضاً لها. في هذا الصدد قال د. محمد سعيد نمور: الاستجواب يتيح للمتهم فرصة الدفاع عن نفسه... ويسمح له أن يفسر ويوضح الظروف التي أحاطت باتهامه، فيمكنه من خلال هذا الاستجواب أن يتجنب تحريك دعوى الحق العام ضده"(٨٧) بما في ذلك اتخاذ قرار بحبسه احتياطياً.

(٨٦) محمد زكي أبو عامر. الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط٨، ٢٠٠٨، ص٥٩٦.

(٨٧) (م. س) ص ٣٧٨.

وهذا ما عبر عنه د. رءوف عبيد بالقول أن إجراء الاستجواب قد يعطي المتهم فرصة لمساعدة العدالة، "وربما على الوصول إلى الفاعل الحقيقي"(٨٨).

وعلى النحو الذي بينا فقد نصت المادة (١١٠) من القانون الإماراتي بأن "الأمر بالحبس الصادر من النيابة العامة يكون بعد استجواب المتهم.." وكذلك القانون الأردني (المادة ١١٤) الذي قضى بأن إصدار مذكرة توقيف [حبس] من قبل المدعي العام يكون بعد استجواب المشتكى عليه [المتهم] والحكم نفسه تضمنه القانون اليمني والمصري والسوري والقطري والسعودي(٨٩). وخلافاً لذلك فإن القانون الكويتي (المادة ٧١) ربط قرار الحبس أو تجديده بوجوب سماع أقوال المتهم، ومعلوم أن سماع أقوال المتهم ليس استجوابه، وغاية الاستجواب هنا أو السماع إنما لكي يقول المتهم ما يرغب في قوله للمحقق وخاصة ما ينفي أدلة اتهامه، وعلى هذا الأساس نرى أن سماع أقوال المتهم قبل الأمر بحبسه يؤدي الغرض من الحكم، بل إننا لا نرى ضرورة للاستجواب فقط لمجرد الأمر بالحبس، لأن هذا الأخير قد يبنى على أسس وأدلة أخرى، ربما لا يستوجب الأمر استجواب المتهم، أما سماع أقواله – خاصة إذا لم تسمع من قبل – فمسألة ضرورية ترتبط بحقوق المتهم.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة التحليلية المقارنة لأحكام الاستجواب والمواجهة – كإجراء من إجراءات التحقيق التي تضمنتها قوانين الإجراءات الجزائية العربية تبين لنا وجود بعض الخلط أو عدم الوضوح في المفاهيم الاصطلاحية التي تعرضت لها الدراسة ووجود بعض ما يمكن تسميته بالقصور في الدقة في الأحكام في تلك القوانين، أو في إغفال بعض الأحكام، ولأن النتائج التي سنعرض لها فيما يأتي هي نتيجة دراسة تحليلية اجتهادية، فإننا نسلِم بأن بعضا منها يحتمل المناقشة والمخالفة في الرأي:

---

(٨٨) مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري (م.س) ص ٣٩٣.

(٨٩) المواد ١٤٨، ١٣٤، ١٠٦، ١١٧، ١١٣ على التوالي.

- لم تحدد القوانين الجزائية العربية المتهم تحديداً واضحاً من حيث تعريفه وبدء صفته كمتهم وتداخلت في هذه الصفة معاني المتهم والمشتبه به ومرتكب الجريمة، مما يستوجب تحديد وصف دقيق ومحدد للمتهم ومتى – إجرائياً – تبدأ صفته هذه. ونرى أن المتهم بارتكاب جريمة – هو كل شخص طبيعي وجه إليه اتهام بارتكاب جريمة أو مساهمته في ارتكاب جريمة من قبل الجهة المختصة قانونا بتوجيه الاتهام (النيابة العامة أو قاضي التحقيق) استنادا إلى الأسس التي حددها قانون الإجراءات الجزائية، وبالشكل الإجرائي المنصوص عليه فيه، ولا تبدأ صفة المتهم إلا بتوجيه هذا الاتهام إليه في محضر تحقيق رسمي (تقوم مقامه الإحاطة علماً بالتهمة المنسوبة إليه)، أو اتخذ في مواجهته قبل هذا إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق.

- الاستجواب ليس توجيه الاتهام إلى المتهم، وإن كان يتضمن في جوهره هذا المعنى أيضا، كما أنه ليس إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، فهذا الإجراء يسبقه، إنما هو إجراء من إجراءات التحقيق يضع المحقق بموجبه المتهم وجهاً لوجه أمام أدلة اتهامه، ويدخل معه في مناقشة تفصيلية لهذه الأدلة تفضي إلى تحديد موقف المتهم منها، إما بالتفنيد والدحض أو الرفض أو الاعتراف.

- اتهام شخص صراحة بارتكاب جريمة أو بمساهمته في ذلك لا يجوز أن يتقرر إلا بتوجيه هذا الاتهام من الجهة المخولة قانوناً بذلك، أي سلطة الاتهام (النيابة العامة) إلى شخص أو أشخاص معينين. ونقترح أن تفرد قوانين الإجراءات الجزائية أحكاماً مستقلة لإجراء منفصل، يعد من إجراءات التحقيق، يسمى "إعلان الاتهام"، بدلاً عن "إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه".

- الاستجواب هو وضع المتهم وجهاً لوجه أمام أدلة الاتهام، والدخول معه في مناقشة تفصيلية دقيقة لها، فيها يسعى المحقق إلى التثبت منها، ويكون للمتهم الرد عليها والتخلص منها، وتختص بإجرائه جهة التحقيق

كقاعدة عامة، ويجوز في حالات استثنائية أن يقوم به مأمور الضبط القضائي وبضوابط معينة، والأصل جواز إجرائه، ووجوب ذلك في بعض الحالات.

- المواجهة هي إجراء من إجراءات التحقيق (تجتمع مع الاستجواب في الأحكام القانونية ومنها ضمانات المتهم) تتمثل في قيام المحقق بمواجهة المتهم بمتهم آخر أو بالمجني عليه أو بشاهد مواجهة مباشرة، وتهدف إلى استيضاح أسباب التناقض في إفادات المتهم ومن تتم به مواجهته، وإزالة ذلك التناقض، والوصول إلى الصورة الحقيقية للوقائع والأحداث بشأن الواقعة – موضوع التحقيق. ونرى أن القوانين الجزائية حسناً ستفعل لو خصصت للمواجهة أحكاماً مستقلة بها عن الاستجواب، باعتبارها إجراء من إجراءات التحقيق مستقلاً عن الاستجواب بطبيعته وأهدافه، وأن تتضمن هذه الأحكام ما يتعلق بخصوصية المواجهة وأطرافها.
- أورد القانون الكويتي حكماً في المادة (٣٦) يقضي بأنه إذا ما اعترف "المتهم" أمام رجل الشرطة بارتكابه جريمة، فله (أي لرجل الشرطة) أن يدونه في محضره، ثم يحال "المتهم" إلى المحقق لاستجوابه والتثبت من صحة هذا الاعتراف.

ويجب أن نعترف أن تداخلاً فرضه القانون في هذا الحكم بين وظيفة مأمور الضبط القضائي ووظيفة المحقق، إذ أن التثبت من صحة الاعتراف يمكن أن يقوم به مأمور الضبط القضائي بموجب صلاحياته في التحري وجمع الاستدلالات، أما الاستجواب بسبب الاعتراف وحده فأمر غير ضروري لأن مرحلة التحقيق اللاحقة لها من الوسائل والأدوات ما يستطيع فيها المحقق من التثبت من صحة الاعتراف بما في ذلك الاستجواب. كما أن المحقق قد لا يرى ضرورة لهذا الاستجواب. ونرى أن زوال هذا الحكم من هذا القانون خير من بقائه.

- لا يجوز أن ينتدب مأمور الضبط القضائي للقيام بالاستجواب أو المواجهة (وهو ما قضت به أغلبية القوانين العربية لتعلق ذلك بمساس مباشر

بضمانات حقوق الدفاع بالنسبة للمتهم، ونرى أن القوانين التي لم تفصح عن ذلك بشكل صريح (كالقانون الكويتي، المادة ٤٥) آن لها تقرير هذا الأمر. أما الاستثناء الوارد في القانون الإماراتي (المادة ٦٩) وبعض القوانين العربية الأخرى(٩٠)، فتقتضيه الحاجة العملية في مواجهة الجرائم بشرط تحقق الشروط التي يتطلبها القانون بصورة صحيحة وإلا بطل.

- لم يوفق – في نظرنا – كل من القانونين الإماراتي (المادة١٠٠) والسعودي (المادة ٦٩) عندما أجازا لعضو النيابة العامة إجراء الاستجواب دون دعوة محامي المتهم للحضور إن رأى ذلك، وبدلا من هذا كان عليها أن تبين حالات بعينها (أو شروط واضحة) إذا ما تحققت أجاز له القانون ذلك، أما ترك الأمر برمته لرأي المحقق فقد يؤدي ذلك إلى المساس بحقوق المتهم .
- إن طلب تأجيل الاستجواب من قبل المتهم لحين حضور محاميه، وعدم تحديد هذه المدة (كما جاء في القانون الكويتي، المادة ٩٨) عيب يقتضي تصحيحه، إذ لا يمكن جعل هذا التأجيل غير محدد المدة. ومن جهة أخرى فإن هذا القانون بدلا من إلقاء مسؤولية إجراء الاستجواب بحضور المحامي على جهة التحقيق نراه يفعل العكس، فيلقي بها على المتهم نفسه، واستناداً إلى هذا الحكم فإنه إذا لم يطلب المتهم تأجيل الاستجواب لحين حضور محاميه فليس على المحقق حرج في أن يجريه بدونه، وهذا الحكم أيضاً – حسب رأينا – يحتاج إلى تصحيح، بحيث يكون حضور المحامي شرطاً لازماً لإجراء الاستجواب و المواجهة – (كقاعدة عامة).
- نرى أن تحديد مدة ثمان وأربعين ساعة كمهلة لإحضار أو حضور المحامي كافية ليجري بعدها المحقق الاستجواب (أو المواجهة) حضر المحقق أو لم يحضر، اتباعاً لنهج القانونين الأردني والسوري (المادتان ٦٣ و٦٩ على التوالي). وهذا الأمر – بحسب رأينا – أقرب إلى المنطق

(٩٠) القانون اليمني والسعودي والمصري.

وإلى أهداف السياسة الجنائية، ولو اتبعته القوانين العربية الأخرى لكان ذلك أفضل.

- إن الطريقة العملية للإعلان عن محامي المتهم بغرض الدعوة لحضور الاستجواب أو المواجهة، تحتاج إلى تبسيط أكثر مما هو قائم في معظم القوانين العربية، فيكون الإعلان عن اسم هذا المحامي مقتصراً على محضر التحقيق أو الموظف المختص في مقر جهة التحقيق.
- تمكين محامي المتهم من الاطلاع على ملف الإجراءات قبل الاستجواب أو المواجهة ضمانة من ضمانات الاستجواب والمواجهة لا يجوز التقليل من شأنها، فإذا كان القانون الجزائري هو القانون الوحيد من بين القوانين العربية – موضوع الدراسة، الذي قرر هذا الحق للمتهم ومحاميه، فإن عدداً آخر من قوانين الدول العربية قررت هذا الحق "على استحياء"، فعلقته على ما يرى عضو النيابة العامة، فله أن يمكن المحامي من ذلك، وله أيضا عدم تمكينه (قوانين كل من: الإمارات، اليمن، مصر وقطر) وبالمقابل أدى هذا في الواقع إلى الإغفال شبه الكلي لهذا الحق.

ونعتقد أن الخشية من إطلاع المحامي على ملف الإجراءات قبل الاستجواب ليس لها ما يبررها على الأقل الآن، بعد كل هذا التطور الحاصل في مجالات علوم اكتشاف الجريمة، وتبعاً لهذا نرى أن على القوانين العربية أن ترسخ هذه الضمانة في نصوصها بصورة صريحة وغير مشروطة.

إن إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه وسماع أقواله التي تلي هذه الإحاطة لا تعتبر استجواباً، وبالتالي لا تخضع لنفس الشروط التي يخضع لها الاستجواب، بما في ذلك "حضور محام" إذ إن وجوب حضور هذا الأخير مقصور على الاستجواب والمواجهة فقط. و – بحسب ما نرى – فإن الحكم الوارد في القانونين الأردني (المادة ٦٣) والسوري (المادة ٦٩) بشأن عدم الإجابة إلا بحضور محام عند سماع أقوال المتهم يحتاج إلى إعادة نظر.

المراجع

أولاً – القوانين:

١ – قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢، دولة الإمارات العربية المتحدة.

٢ – قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١، المملكة الأردنية الهاشمية.

٣ – قانون الإجراءات الجزائية، بالأمر رقم ٦٦–١٥٥ الموافق ١٩٦٦/٦/٨، الجمهورية الجزائرية.

٤ – قانون الإجراءات الجزائية، قرار بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤، الجمهورية اليمنية.

٥ – قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠، دولة الكويت.

٦ – قانون الإجراءات الجنائية، رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠، جمهورية مصر العربية.

٧ – قانون أصول المحاكمات الجزائية، المرسوم التشريعي ١١٢ لسنة ١٩٥٠، الجمهورية السورية.

٨ – نظام الإجراءات الجزائية، بالمرسوم الملكي رقم ٣٩ لسنة ١٤٢٢هـ، المملكة العربية السعودية

٩ – قانون الإجراءات الجنائية، رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤، دولة قطر.

١٠– قانون العقوبات، رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧، جمهورية مصر العربية.

١١– قانون الجرائم والعقوبات، قرار بقانون رقم ١٢لسنة ١٩٩٤، الجمهورية اليمنية.

ثانياً – الفقه:

١ – إلهام محمد حسن العاقل، الإجراءات الجنائية اليمني، الجزء الأول – الدعوى الجنائية والدعوى المدنية، مكتبة مركز الصادق – صنعاء، ط٤، ٢٠٠٦.

٢ – جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، دار إحياء التراث العربي، بيروت – ١٩٧٦.

٣ – حسام محمد جابر، طرق الطعن في الأحكام الجنائية. دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات – القاهرة، ٢٠٠٩.

٤ – حسن الجوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة – عمان، ط١، الإصدار الأول، ٢٠٠٨.

٥ – حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١.

٦ – رءوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، ط ١٤، ١٩٨٢.

٧ – سامي أحمد محمد سعيد، عرض لدراسة علمية في: صحيفة "نيوزيمن" – صنعاء، العدد ٢٦٦٩٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢١.

٨ – سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٩ – سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في الأدلة الجنائية في خلال اثنين وسبعين عاماً ١٩٣١ – ٢٠٠٢، منشأة المعارف، الإسكندرية. ٢٠٠٥.

١٠– محمد محمد سيف شجاع. شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز الصادق، ط٦، ٢٠٠٥.

١١– محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية – شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان، ط١، الإصدار الأول، ٢٠٠٥.

١٢– محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان، ط١، الإصدار الأول، ط ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥.

١٣– محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية – القاهرة، ط٢، ١٩٨٨.

١٤– كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٣، ٢٠١٠.

١٥- محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط٨، ٢٠٠٨.

١٦- مطهر عبده محمد الشميري، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، أوان للخدمات الإعلامية - صنعاء، ط٣، ٢٠٠٧.

١٧- مطهر علي صالح أنقع، شرح قانون الإجراءات الجزائية، القسم الأول - مكتبة الصادق، ط١، ٢٠٠٤-٢٠٠٥.

١٨- معوض عبد التواب، الموسوعة الجنائية الشاملة، الجزء الأول - قانون الإجراءات الجنائية، ٢٠٠٠.

١٩- ممدوح خليل البحر، مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

ثالثاً - قضائية :

١ - محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٢٦٦٣٤ لسنة ٧١ق - جلسة ٢٠٠٣/٢/١ في: www.arablaws.org/arab/law/in/nkd-g.n.html170

٢ - انظر:
http://ar.jurispedia.org/index.php/%D8%A7%D9%84%D8%A5%AF%D8%B9%D8%A7%D8%Al_%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%87%D8%A7%D9%85_%D9%81%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B9%D9%88%D9%89_%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%A8%D8%A9_(eg)

٣ - الطعن رقم ٣٠٦٣٩ سنة ٧٢ ق في:
http://www.arablaws.org/arab/law/in/nkdg.n.htm

٤ - طعن رقم ٣٠٦٣٩ سنة ٧٢ ق جلسة ٢٣ م ٤ م ٢٠٠٣، نقلاً عن:
www.arablaws.org/arab/law/in/nkd-g.n.html170

٥ - نقض جنائي مصري: الطعن رقم ١٣١٤ لسنة ٣٦ - جلسة ١٩٦٦/١١/٢٨.

النظام القانوني للرجوع القضائي لحامل الكمبيالة في قانون التجارة الأردني(*)

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء
الدكتور/ عبدالسلام محمد عوض الرجوب
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية الحقوق - جامعة الإسراء
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

جاء هذا البحث لبيان ماهية الاحتجاج القضائي في الكمبيالة وأثره للمطالبة بقيمة الكمبيالة، مع إلقاء الضوء على الآثار المترتبة عند إغفال تحرير ورقة الاحتجاج، وأشكال المطالبة بقيمة الكمبيالة عند رفض الوفاء. وقد توصل البحث إلى عدم سقوط الحق للحامل عند عدم تحرير ورقة الاحتجاج، مع ترتيب الحق للملتزمين الرجوع عليه بالتعويض لما لحقهم من ضرر بما لايتجاوز قيمة الكمبيالة، وأن الرجوع على محرر الكمبيالة والضامن الاحتياطي لا يتطلب معه تحرير ورقة الاحتجاج، ويستثنى من ذلك حالة طلب إيقاع الحجز الاحتياطي وشرط الرجوع بلا مصاريف. كما توصلت الدراسة إلى وجود بعض التعارض في المواد التي تنظم الرجوع القضائي للحامل وهو ما يحتاج معه إلى ضرورة إجراء تعديل تشريعي.

المقدمة

تقوم الأوراق التجارية بدور هام في تسوية الديون والوفاء بها، ولكي تقوم الأوراق التجارية بوظائفها كأداة وفاء أو ائتمان للديون، كان لابد للمشرع من أن ينظم أحكامها بما يتفق مع متطلبات العمل التجاري من توفير سرعة وائتمان وسهولة التداول. ومن ذلك ما جاء به المشرع الأردني من ضمانات تؤمن هذا الحق

للحامل، ومن أهمها اعتبار جميع الموقعين على الكمبيالة ضامنين للوفاء بقيمتها، أي أنه كلما زادت التواقيع على الكمبيالة زادت ضمانات الوفاء بها. إلا أن هذه الضمانات يقابلها التزام الحامل بالعديد من الالتزامات، ومن أهمها تقديم الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق للوفاء، وفي حال رفض الوفاء قيامه بتحرير ورقة احتجاج حتى يثبت الامتناع عن الوفاء؛ فتحرير الاحتجاج مسألة ضرورية لإثبات الامتناع حتى يمارس حقه في الرجوع القضائي على بقية الملتزمين بموجب الكمبيالة.

أهمية البحث:

جاء تناول الحديث عن حق الرجوع القضائي كونها أهم الضمانات القانونية لحماية حق حامل الكمبيالة في الحصول على قيمة الكمبيالة، والذي لا يستطيع ممارسة هذا الحق إلا بعد اتخاذ هذا الإجراء وتحرير ورقة الاحتجاج بعدم الوفاء، لكي يتمكن من ممارسة الحق في الرجوع القضائي على المدينين الضامنين لحامل الكمبيالة.

مشكلة البحث:

على ما تقدم يمكن إثارة مجموعة من التساؤلات، منها: إذا لم يقم الحامل بتحرير ورقة احتجاج في ميعادها القانوني، هل له أن يطالب بقيمة الكمبيالة من خلال الرجوع القضائي؟ أم أن حقه في المطالبة يكون قد سقط؟ أم قد يتحمل التزامات جديدة بمواجهة الموقعين على الكمبيالة؟ وما هذه الالتزامات إن وجدت؟ وإن كانت هنالك التزامات بالتعويض للموقعين عند إغفال تحرير ورقة الاحتجاج فهل هنالك سقف أعلى للتعويض أم يلزم بجبر الضرر الذي لحق بهم بلغ ما بلغ؟ وهل يستوي سائر الموقعين في هذا الحق أم أن الأحكام القانونية تختلف عند الإغفال عن تحرير ورقة الاحتجاج للمحرر أو للضامن الاحتياطي إن وجد؟ وهل هنالك أية آثار قد تترتب عند طلب إيقاع الحجز الاحتياطي غير المسبوق بتحرير الاحتجاج؟ وهل يجوز أن يتم الاتفاق على أساس أن يتم الرجوع القضائي بدون تحرير ورقة احتجاج؟ وما صور الرجوع على الملتزمين؟

أسلوب البحث:

سيتم اعتماد الأسلوب الوصفي التحليلي لموضوع الدراسة، حيث سيتم التعرض لنصوص القانون فضلاً عن الآراء الفقهية التي ستثري موضوع البحث، وذلك من خلال تناولها في الدراسة والتحليل بما يخدم أهداف البحث.

نطاق البحث:

سيقتصر البحث حول الرجوع القضائي الصرفي كإحدى طرق الرجوع التي منحها المشرع الأردني لحامل الكمبيالة، حيث نستبعد من هذه الدراسة الرجوع الودي وسند الرجوع، كما نستبعد الرجوع على أساس العلاقة الأصلية، وذلك طبقاً لمبدأ استقلال الدين الصرفي عن الدين الأصلي.

هيكلية البحث:

بناء على ما ذكر سيتم تناول هذا البحث من خلال مبحثين، نتعرض في المبحث الأول لماهية الاحتجاج، وإلى من يوجه، وما هي مواعيده، وحالات الإعفاء من تحريره. في حين سيتم في المبحث الثاني تسليط الضوء على بيان ماهية الرجوع القضائي لحامل الكمبيالة، وشروطه، وصوره، وموضوعه، وأثر الرجوع القضائي دون الالتزام بالواجبات التي فرضها عليه القانون؛ فضلا عن بيان أهمية الالتزام بالإجراءات القانونية للمتعاملين. حسب التقسيم الآتي:

المبحث الأول: الاحتجاج كشرط للرجوع القضائي

المبحث الثاني: كيفية الرجوع القضائي

النتائج والتوصيات.

المبحث الأول
الاحتجاج كشرط للرجوع القضائي

يعد تحرير ورقة الاحتجاج العمود الفقري والأساس الذي يستند إليه للرجوع قضائياً على الضامنين للورقة التجارية، إلا أن المشرع قد أعفى الحامل في بعض الحالات من تحرير ورقة الاحتجاج. فما هي هذه الحالات؟ وما هي ورقة الاحتجاج بداية؟ هذا ما سنجيب عنه في هذا المبحث الذي سنقسمه إلى مطلبين. نتناول في المطلب الأول ماهية الاحتجاج، وفي المطلب الثاني حالات الرجوع القضائي بدون تحرير ورقة الاحتجاج بعدم الوفاء.

المطلب الأول
ماهية الاحتجاج

لغايات بيان ماهية الاحتجاج؛ فسنتعرض لكل من مفهومه، ومواعيد تحريره، وأخيراً إلى من يوجه، وذلك من خلال ثلاثة فروع.

الفرع الأول
مفهوم الاحتجاج

يعرف الاحتجاج بعدم الوفاء بأنه: إجراء يقوم به حامل الكمبيالة لإثبات امتناع المدين عن دفع قيمة الكمبيالة، ويقوم موظف عام بتحريرها، فهي ورقة رسمية يثبت الموظف المختص فيها هذا الامتناع ويتم تبليغها للمدين في محل إقامة[1].

في تعريف آخر بأنه: "ورقة رسمية تحرر بواسطة موظف مختص وهو كاتب العدل، وتبلغ بواسطة أحد المحضرين، وتثبت امتناع المسحوب عليه عن

(١) د. محمود الكيلاني، القانون التجاري – الأوراق التجارية، عمان – الأردن، سنة النشر ١٩٩٠، ص ٢٥٩.

الوفاء بقيمة سند السحب، بوصفه ورقة رسمية لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير، ومنذ تحرير احتجاج عدم الوفاء تبدأ الفوائد القانونية على المبلغ في سند السحب"[٢].

يشار إلى امتداد هذه المفاهيم إلى الكمبيالة مع عدم وجود مسحوب عليه في الكمبيالة.

من خلال ما تقدم يمكن أن نعطي تعريفاً للاحتجاج بعدم الوفاء بأنه: عبارة عن وثيقة رسمية تثبت امتناع الملتزم بموجب الكمبيالة عن الوفاء بقيمتها، ويتم تحرير الاحتجاج من قبل الكاتب العدل، بناء على طلب حامل الكمبيالة، وفقاً للأوضاع المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية.

على الرغم من أن الأصل في المواد التجارية هو حرية الإثبات بجميع طرق الإثبات[٣]، إلا أن المشرع قد خرج عن هذا الأصل وحدد طريقة وحيدة لإثبات امتناع المدين عن الوفاء في تحرير احتجاج بعدم الوفاء، وبذلك فإنه لا يمكن إثبات هذا الامتناع بالشهادة أو غيرها من طرق الإثبات[٤] يستثنى من ذلك حالة ضياع الكمبيالة حيث حدد المشرع الأردني إجراءات معينة يجب اتباعها في حالة الضياع[٥].

(٢) د. عبدالقادر العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري – الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط١، سنة ١٩٩٨، ص ١٩٤.

(٣) انظر: المادة (٥١) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦، المنشور على الصفحة (٤٧٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (١٩١٠) بتاريخ ١٩٩٦/٣/٣٠.

(٤) د. مختار البريري، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، بدون طبعة ١٩٩٦، ص ٢٣١، انظر: المادة (١٩٤) من قانون التجارة الأردني، انظر: نص المادة (١٧٦) قانون التجارة المصري.

(٥) انظر: نص المادة (١٩٤) من قانون التجارة الأردني.

الفرع الثاني
مواعيد تحرير الاحتجاج بعدم وفاء الكمبيالة

يعد ميعاد الاستحقاق المعيار المعتمد لجواز تقديم الكمبيالة للوفاء للمطالبة بقيمتها، وما يندرج تحتها من التزام يقع على عاتق الحامل في تحرير ورقة الاحتجاج بعدم الوفاء في حال امتناع الملتزم بموجب الكمبيالة عن الوفاء بقيمتها. هذا وقد نظم المشرع الأردني في قانون التجارة شروط ومواعيد تحرير الاحتجاج بعدم الوفاء في المادة (١٨٢).

من خلال استقراء المادة أعلاه نجد:

١ – أن الكمبيالة المستحقة الأداء في يوم معين أو بعد مدة معينة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع عليها يجب تقديم الاحتجاج بعدم الوفاء بها في أحد يومي العمل التاليين ليوم استحقاقها(٦).

٢ – الكمبيالة المستحقة الأداء لدى الاطلاع: أحال القانون التجارة الأردني هذه المسألة على تطبيق أحكام الاحتجاج بعدم القبول، حيث أوجب المشرع تحرير الاحتجاج بعدم الوفاء في اليوم التالي لرفض الوفاء(٧). بشرط أن يتم تقديم الكمبيالة للوفاء خلال المدة المحددة قانونا وهي سنة من تاريخ تحريرها(٨). وفي حال تقديم الكمبيالة للوفاء في آخر يوم فإنه يتم عمل احتجاج بعدم الوفاء في اليوم التالي لعرضها للوفاء.

يلاحظ أنه لا يجوز تحرير الاحتجاج بعدم الوفاء في يوم الاستحقاق، ذلك أن هذا اليوم شرع لمصلحة المدين كي يتمكن من الوفاء بقيمة الكمبيالة، وبذلك يقع تحرير الاحتجاج في يوم الاستحقاق باطلاً(٩). كما لا يجوز تحرير

---

(٦) انظر: المادة (١٨٢/ ٤) من قانون التجارة الأردني.

(٧) انظر: المادة (١٨٢/ ٥/ ٣) من قانون التجارة الأردني.

(٨) انظر: المادة (١٦٥/ ٢) من قانون التجارة الأردني.

(٩) د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري/ الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط، ٢٠٠٧، ١، ص١٧٢.

الاحتجاج في يوم عطلة رسمية، وإذا صادف يوم استحقاق الكمبيالة عطلة رسمية، فإن ميعاد تحرير الاحتجاج بعدم الوفاء يكون في أول يوم عمل يلي العطلة الرسمية. كما أنه لا يجوز تحرير الاحتجاج قبل ميعاد الاستحقاق؛ لأن الملتزم لا يلتزم بدفع قيمة الكمبيالة إلا في تاريخ استحقاقها(١٠).

كما أضاف المشرع حالة أخرى لامتداد مواعيد عمل احتجاج بعدم الوفاء؛ تتمثل بوقوع حائل لا يمكن التغلب عليه حال دون تقديم الاحتجاج بعدم الوفاء في الكمبيالة في المواعيد المعينة، وهو ما يتحقق معه امتداد المهلة إلى حين انقضائه، شريطة أن يشعر الحامل من ظهر له الكمبيالة – دون إبطاء – بالحادث القهري، وأن يثبت هذا الإشعار مؤرخاً وموقعاً عليه منه، وعلى من أرسل له الإشعار إبلاغ من ظهر له الكمبيالة، ويجب على كل مظهر أن يحيط مظهره علماً بالإشعار الذي تلقاه، مبيناً له أسماء وعنوانين من قاموا بالإشعارات السابقة، وذلك خلال يومي عمل تاليين ليوم تسلمه الإشعار، وهكذا حتى يتبلغ محرر الكمبيالة(١١). وبعد زوال الحادث القهري يجب على الحامل تحرير احتجاج بعدم الوفاء، مع إعفاء الحامل من تحرير الاحتجاج بعدم الوفاء في حال استمرار الحادث أكثر من ثلاثين يوماً مستمرة(١٢).

الفرع الثالث
لمن يتم توجيه الاحتجاج بعدم الوفاء

تنص المادة (٢/١٩٢) من قانون التجارة الأردني على أنه: "يجب أن يوجه الاحتجاج إلى موطن الملتزم بوفاء السند، أو إلى آخر موطن معروف له، وإلى موطن الأشخاص المعينين في السند لوفائه عند الاقتضاء، وإلى موطن من قبله بطريق التدخل....".

(١٠) د. علي جمال عوض، القانون التجاري، دار النهضة العربية ومطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة – مصر، بدون طبعة، ١٩٨٢ص ٣١٥.
(١١) انظر: المادة (٣/٢١٨) من قانون التجارة الأردني.
(١٢) انظر: المادة (١٩١) من قانون التجارة الأردني.

عالج النص الشخص الذي يتم توجيه الاحتجاج بعدم الوفاء بمقابلته، كما نظم العنوان الذي يتم تبليغه إليه، مع العلم أنه في حال أن اشتملت الكمبيالة على شرط الدفع في محل مختار فإن الاحتجاج بعدم الوفاء يتم توجيهه لموطن الشخص المعين لوفاء الكمبيالة في هذا المحل المختار(١٣).

إلا أن هناك من يرى أن الاحتجاج بعدم الوفاء يجب توجيهه لموطن المحرر، وذلك باعتباره المدين الأصلي بالكمبيالة. يستند هذا الرأي إلى نص المادة (٢٢٧) من قانون التجارة الأردني التي جاء فيها "يلتزم محرر سند الأمر بمثل ما يلتزم به قابل السند السحب" أي يعتبر محرر سند الأمر بمركز المسحوب عليه القابل(١٤)، يمكن القول أن مقصود المشرع من نص المادة(٢٢٧) من قانون التجارة الأردني أنه لا يمكن لساحب الكمبيالة من أن يتمسك بسقوط حق الحامل إذا تخلف عن القيام بالإجراءات التي أوجبها عليه قانون التجارة، وذلك كي لا يثرى على حساب الغير بلا سبب.

ويبقى السؤال ما المقصود بالملتزم بالوفاء بقيمة الكمبيالة؟

إن جميع الموقعين على الكمبيالة ضامنون للوفاء بقيمتها، وهذا يستفاد من نص المادة (١٨٥) من قانون التجارة الأردني؛ مما يعني أن كل موقع على الكمبيالة وممتنع عن الوفاء بقيمتها في ميعاد الاستحقاق، سواء أكان محرراً أم ضامناً أو مظهراً فإن للحامل الحق بالرجوع عليه، كما يملك الحق في تحرير احتجاج بعدم الوفاء قي مواجهته، وذلك لإثبات امتناعه.

أما المظهر الذي اشترط عدم تحرير احتجاج فإنه لا يوجه إليه؛ حيث يجوز الرجوع عليه ولو لم يتم تحرير ورقة احتجاج متى كان قد تم تقديم الكمبيالة للوفاء في المهلة القانونية، مع استثناء هذا الحكم في حال اشتراط عدم ضمان الوفاء(١٥)–

(١٣) د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة عين شمس، دون طبعة، دون سنة نشر، ص ٤١٩.

(١٤) د. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(١٥) يعتبر شرط عدم ضمان الوفاء من الشروط الاختيارية التي يجوز أن يضعها المظهر دون الساحب؛ لأن الساحب ملزم بوفاء قيمة الورقة وإلا سيثرى بلا سبب.

ولا يستفيد من الشرط إلا المظهر الذي اشترط هذا الشرط لنفسه في مواجهة الحامل حتى ولو كان حسن النية؛ لأن الشرط ظاهر في الكمبيالة ويمكن ملاحظته بمجرد الاطلاع عليه(١٦).

وبالتالي فان الاحتجاج بعدم الوفاء يتم توجيهه إلى ساحب الكمبيالة والمظهرين والضامنين لحامل الكمبيالة، وقد يتم توجيه الاحتجاج بعدم الوفاء لأحد المظهرين الضامنين له دون غيره.

ويتم تبليغ الاحتجاج بعدم الوفاء عن طريق محضر، وهذا يتطلب اتباع قواعد التبليغ المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية المنصوص عليها في المواد (٤-١٦)، كما يجوز أن تتولى عملية التبليغ شركات خاصة حيث يعد موظف الشركة الخاصة محضراً (١/٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ويتم التبليغ قي موطن الملتزم أو أي ملتزم يملك الحامل حق الرجوع عليه، وليس أينما وجد فهذا استثناء عما هو وارد في نص المادة (١/٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية(١٧).

المطلب الثاني
حالات الرجوع القضائي بدون تحرير ورقة احتجاج بعدم الوفاء

على الرغم من توجه المشرع الأردني إلى أن الطريقة الوحيدة لإثبات الملتزم بامتناعه عن سداد قيمة الكمبيالة يتم من خلال الاحتجاج، إلا أنه أجاز الرجوع قضائي للمطالبة بقيمة الكمبيالة دون اتخاذ هذا الإجراء، وذلك إما اتفاقاً لوجود شرط في متن الكمبيالة يفيد بهذا المعنى، أو لوجود نص في القانون، وهو ما سيتم تناوله من خلال فرعين.

---

(١٦) د. فياض القضاة، مرجع سابق، ص ٨٧.

(١٧) د. رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ج٢، المطبعة التعاونية، دمشق – سوريا، بدون طبعة، ١٩٦٤، ص ٤٣٤.

الفرع الأول
شرط الرجوع بدون ورقة الاحتجاج "مصاريف"

يقصد بشرط إعفاء الحامل من تحرير احتجاج بعدم الوفاء[١٨]: إعفاء الحامل الذي يرغب باستعمال حقه في الرجوع القضائي على الملتزمين له بموجب الكمبيالة عند امتناع الملتزم بالكمبيالة التجارية عن الوفاء بقيمتها من تحرير ورقة احتجاج[١٩]. وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى صحة هذا الشرط في إعفاء الحامل من تحرير ورقة الاحتجاج عندما قررت أنه: "لا يكلف حامل الكمبيالة بتقديم الاحتجاج لعدم الوفاء إذا ما ورد على الكمبيالة عبارة تفيد إعفاء الحامل من تقديم الاحتجاج عملاً بالمادة ١٨٤ من قانون التجارة..."[٢٠].

هذا ويختلف أثر سريان هذا الشرط باختلاف واضعه؛ فإذا كان واضع الشرط الساحب فإن أثر الشرط يسري على جميع الملتزمين وفقاً للمادة (١٨٤\٤) من قانون التجارة الأردني. أما إذا اشترطه أحد المظهرين أو أحد الضامنين فلا يمتد أثره إلى البقية[٢١]. بينما ذهب المشرع المصري خلاف ذلك حيث ذهب إلى امتداد أثر اشترط الرجوع بدون مصاريف من قبل أحد المظهرين إلى جميع المظهرين اللاحقين له[٢٢].

وإذا ما خالف الحامل هذا الشرط وقام بتحرير الاحتجاج فإنه يتحمل مصاريفه وحده[٢٣]، وفي حالة إذا ما أثبت الملتزمون أن قصد الحامل من

---

(١٨) تناولت المادة ١٨٤ من قانون التجارة الأردني هذا الشرط.

(١٩) د. إدوارد عيد، الإسناد التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٨، ص ١٨٥.

(٢٠) انظر: قرار محكمة التمييز ١١١٢/١٩٩٤ تاريخ ٢٣/٨/١٩٩٤.

(٢١) انظر: المادة (١٨٤/٥) من قانون التجارة الأردني.

(٢٢) انظر: نص المادة (١٦٣/٢) من قانون التجارة المصري.

(٢٣) د. حسين محمد سعيد، التزامات وحقوق حامل الورقة التجارية، عالم الكتب، القاهرة – مصر، بدون طبعة، بدون سنة نشر، ص ١٩١.

تحرير الاحتجاج بعدم الوفاء الإضرار بهم والتشهير بسمعتهم فإنهم يستطيعون الرجوع عليه بالتعويض حسب القواعد العامة(٢٤).

إلا أن هناك استثناء على هذا الشرط بضرورة تحرير احتجاج بعدم الوفاء، وهو إذا ما أراد الحامل توقيع حجز احتياطي على منقولات أحد الملتزمين بالكمبيالة حيث يكون تحرير الاحتجاج بعدم الوفاء في هذا الفرض إجباريا(٢٥).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن شرط الرجوع بدون مصاريف لا يعفي الحامل معه من واجب تقديم الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق. كما لا يعفيه من توجيه إشعار إلى الملتزمين بموجب الكمبيالة بعدم الوفاء(٢٦) وذلك خلال أربعة أيام من اليوم التالي لاستحقاق الكمبيالة(٢٧).

مع العلم أن عدم إرسال الإشعار خلال المدة المعينة في القانون لا يرتب سقوط أي حق من حقوق الحامل، ولكنه يكون مسئولا عن تعويض الضرر الذي ترتب على إهماله أو تخلفه بشرط ألا يتجاوز التعويض قيمة الكمبيالة التجارية(٢٨).

يكمن الهدف من الإشعار في إعلام الملتزمين بموجب الكمبيالة بعدم حصول الوفاء وذلك كي يتدبروا أمرهم في الوقت المناسب وحتى لا يتفاجئوا بالمطالبة القضائية، فهو وسيلة إعلام للملتزمين بموجب الكمبيالة بعدم تحقق الوفاء به(٢٩).

---

(٢٤) د. حسين محمد سعيد، مرجع سابق، ص ١٩١.

(٢٥) انظر: المادة (١٩٨) من قانون التجارة الأردني.

(٢٦) د. عزيز العكيلي، الأوراق التجارية في القانون التجاري الأردني واتفاقيات جنيف الموحدة، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط ١، ١٩٩٣، ص ٢٥٨.

(٢٧) انظر: المادة (١/١٨٣) من قانون التجارة الأردني.

(٢٨) انظر: المادة (١٠/١٨٣) من قانون التجارة الأردني.

(٢٩) انظر: د. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص...

الفرع الثاني
حالات الإعفاء القانوني من تقديم ورقة الاحتجاج

أعفى قانون التجارة الأردني الحامل من تحرير ورقة الاحتجاج بعدم الوفاء في حالات محددة، حيث سمح له الرجوع القضائي على الملتزمين دون تقديم ورقة احتجاج بعدم الوفاء. إن هذه الحالات قد ورد النص عليها في باب سند السحب، إلا أنها تنطبق على الكمبيالة بموجب نص المادة (٢٢٤) من قانون التجارة الأردني، وتتمثل هذه الحالات بما يلي:

١ – إفلاس الساحب أو المسحوب عليه – نصت المادة (٨/١٨٢) من قانون التجارة الأردني على أنه: "في حالة إفلاس المسحوب عليه سواء قبل القبول أو بعد القبول، وكذلك في حالة إفلاس الساحب المشترط عدم تقديمه للقبول، ويكون تقديم حكم شهر الإفلاس كافياً بذاته لتمكين الحامل من استعمال حقوقه في الرجوع على الضامنين" إن هذا النص ينطبق في حالة إفلاس محرر الكمبيالة. حيث إنه في هذه الحالة لا يطلب من الحامل تحرير احتجاج كشرط مسبق للرجوع القضائي؛ بل يكفي منه تقديم حكم شهر الإفلاس والذي يقوم بهذه الحالة مقام الاحتجاج(٣٠). ذلك أن الحامل فقد إحدى ضماناته وهو ما يؤدي إلى سقوط الأجل، وله بذلك الرجوع على الملتزمين قبل موعد الاستحقاق، وقد اعتبر المشرع إن فقدان الثقة في شخص المدين الأصلي لا يقل أثره عن ضياع الضمان؛ فأجاز الرجوع قبل موعد الاستحقاق في حالة إفلاس المدين المسئول عن الوفاء(٣١).

٢ – القوة القاهرة – حيث إن وقوع قوة قاهرة تحول معها دون قيام حامل الكمبيالة بتحرير احتجاج بعدم الوفاء – شريطة توافر شروط القوة القاهرة المنصوص عليها في المادة (١٩١) من قانون التجارة الأردني، واستمرار

(٣٠) د. رزق الله أنطاكي، د. نهاد السباعي، مرجع سابق، ٤٩٣.

(٣١) د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة عين شمس، دون طبعة، دون سنة نشر، ص ٢٨٨ – ٢٨٩.

القوة القاهرة أكثر من ثلاثين يوماً مستمرة[٣٢] من تاريخ الاستحقاق. حيث يعود تقدير ذلك للمحكمة[٣٣].

٣ – الرجوع على المظهرين وضامنيهم الاحتياطيين – إن هذا الحالة مستقاة من قرارات محكمة التمييز، وتوجهها بأن تحرير الاحتجاج بعدم الوفاء ليس شرطاً للرجوع على المدين الأصلي وضامنه الاحتياطي؛ بل هو شرط للرجوع على المظهرين وضامنيهم الاحتياطيين؛ حيث ذهبت إلى أنه: "تعتبر الجهة المدعية غير ملزمة بتحرير الاحتجاج المنصوص عليه في المادة (١٨٢) من قانون التجارة الأردني، لأن تحرير الاحتجاج شرط الرجوع على المظهرين وضامنيهم إن وجدوا، ولكنه ليس شرطاً للرجوع على المدين الأصلي أو ضامنه الاحتياطي[٣٤].

إن الاجتهاد القضائي الأردني مستقر على أن الرجوع على محرر الكمبيالة التجارية وضامنه الاحتياطي لا يتطلب تحرير احتجاج بعدم الوفاء، وقد أيد جانب من الفقه هذا الاتجاه[٣٥].

(٣٢) د. فياض القضاة، شرح القانون التجاري الأردني الأوراق التجارية، دار وائل، عمان – الأردن، ط١، سنة ٢٠١٠، ص١٧٧.

(٣٣) انظر: د. محمد راتب، السندات الإذنية، مكتبة النهضة العربية المصرية، القاهرة -مصر ط١، ١٩٤٨، ص ٣٣٤ – ٣٣٥.

(٣٤) انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠١/٢٦٤٩ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠١/١٠/١٧، قرار رقم ٢٠٠٥/١٥٠٤ تاريخ ٢٠٠٥/٩/٤ وقرار ١٩٩٢/١٣٠١ تاريخ ١٩٩٣/٢/٢٠ منشورات مركز عدالة.

(٣٥) د. مصلح الطراونة، مرجع سابق، ص ٢٧، د. فائق الشماع، مرجع سابق، ص٣٣، د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٣١٣.

المبحث الثاني
كيفية الرجوع القضائي

يعد الرجوع القضائي على الملتزم بالكمبيالة وسيلة احتياطية لإجبار الملتزمين على الوفاء عن الامتناع عند الوفاء ودياً. ولأهمية هذه الوسيلة في حماية حق الحامل فسنتعرض من خلال هذا المبحث لماهية الرجوع، وصوره، وأثره إذا تم بدون ورقة احتجاج، وذلك من خلال ثلاثة مطالب.

المطلب الأول
ماهية الرجوع

يقصد بالرجوع: هو رجوع حامل السند على الملتزمين به بعد امتناع المسحوب عليه أو المحرر عن الوفاء أو القبول، سواء في حالات الرجوع بعد ميعاد الاستحقاق أو قبل ميعاد الاستحقاق المنصوص عليها في المادة (١٨١)[٣٦]، وقيام الحامل بعمل احتجاج عدم القبول أو عدم الوفاء، متى كان تحريره واجباً وبادر إلى إشعار الآخرين بهذا الأمر، كان من حقه الرجوع على من يشاء من الضامنين، ويطالبه بالوفاء بمبلغ السند. إما من خلال إقامة الدعوى المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، أو التنفيذ المباشر عن طريق دائرة التنفيذ وفقاً لقانون التنفيذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ وتعديلاته. وقد يختار الحامل الرجوع إلى سحب سند جديد يسمى (سند الرجوع) وهي تخرج من نطاق دراستنا هذه.

أما الرجوع القضائي فيعرف: بأنه لجوء حامل الكمبيالة التجارية إلى القضاء للمطالبة من جميع الملتزمين أو بعضهم بقيمة الكمبيالة، وذلك عن طريق

(٣٦) د. بسام الطراونة، د. باسم ملحم، الأوراق التجارية، دار المسيرة، ط١، سنة النشر ٢٠١٠، ص ٢٦٢.

إقامة دعوى قضائية لدى المحكمة المختصة، أو تقديم الكمبيالة إلى دائرة التنفيذ لكي تقوم الدائرة بتحصيل قيمتها.

ولكن هل للرجوع شروط معينة؟ وما موضوعه؟ وعند الرغبة بالرجوع فعلى من يتم؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال ثلاثة فروع.

الفرع الأول
شروط الرجوع القضائي

حتى يتمكن حامل الكمبيالة من الرجوع على الضامنين والمظهرين فإنه يتعين توافر مجموعة من الشروط هي:

١ – تقديم الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق إلى الملتزم، وإثبات امتناع الملتزم بالكمبيالة عن الوفاء بقيمتها من خلال وثيقة رسمية تسمى ورقة الاحتجاج بعدم الوفاء(١٨٢\١). كونها تعد الوسيلة الوحيدة لإثبات امتناع الملتزم بموجب الكمبيالة عن الوفاء بقيمتها[٣٧]، ولا تقوم مقامها أي طريقة من طرق الإثبات إلا في حال ضياع الكمبيالة، حيث رسم المشرع إجراءات خاصة نص عليها المشرع في المواد (١٧٥–١٨٠) من قانون التجارة الأردني – في الميعاد القانوني لإثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق، وأن يتم إشعار المظهر بواقعة الامتناع عن الوفاء.
وإذا ما أغفل أي من الشروط الواجبة في الاحتجاج اعتبر باطلاً لعيب في الشكل[٣٨]، وهي مسألة متروكة للقاضي في كون ما تم إغفاله جوهري أم لا[٣٩].

٢ – تحقق حالة من حالات الرجوع القانوني السابق ذكرها[٤٠].

---

(٣٧) انظر: نص المادة (١٩٤) من قانون التجارة الأردني.
(٣٨) انظر: المادة (١٩٣) من قانون التجارة الأردني.
(٣٩) د. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ١٧٤.
(٤٠) انظر: حالات الإعفاء القانوني من تقديم الاحتجاج.

٣ – رفع الدعوى بمواجهة الساحب والمظهرين خلال سنتين من تاريخ الاحتجاج المقدم في الوقت المجدي، أو من تاريخ الاستحقاق، إذا اشتمل السند على شرط الرجوع بلا مصاريف(٤١).

الفرع الثاني
موضوع دعوى الرجوع القضائي

لا بد هنا من التفرقة بين رجوع حامل الكمبيالة، ورجوع أحد المظهرين الذي أوفى بقيمتها للحامل.

أولاً – المبلغ الذي يرجع فيه الحامل:

يرجع الحامل على من يرغب من الموقعين على الكمبيالة إعمالاً لنص المادة (١٨٦) من قانون التجارة الأردني والذي يتمثل بما يلي:

١ – قيمة الكمبيالة غير المدفوعة مع الفوائد إن كانت مشروطة.

٢ – الفوائد التأخيرية بسعرها القانوني اعتباراً من تاريخ الاستحقاق فيما يتعلق بالكمبيالة المستحقة الدفع في أراضي المملكة الأردنية.

٣ – مصاريف الاحتجاج والإشعارات ورسوم الدعوى وغيرها، بشرط أن يكون قد سبقها تحرير احتجاج.

٤ – إذا أقيمت الدعوى قبل ميعاد الاستحقاق وذلك لأي سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة(١٨١) من قانون التجارة الأردني، فإنه يخصم من قيمة الكمبيالة ما يوازي سعر الخصم الرسمي في الأردن في تاريخ الرجوع، وبالجهة التي يقع فيها موطن الحامل وذلك عن الأيام الواقعة بين تاريخ الرجوع وتاريخ الاستحقاق(٤٢).

---

(٤١) انظر: المادة (٢/١٨٤) من قانون التجارة الأردني.

(٤٢) د. بسام الطراونة، د. باسم ملحم، مرجع سابق، ص٢٦٣.

ثانياً – رجوع الموفي على الضامنين:

يستطيع الموفي أن يرجع على الموقعين السابقين له لأنهم ضامنون له، بشرط مراعاة الإجراءات والمواعيد القانونية، ويتمثل حقه في الرجوع بما يلي:

أ – جميع ما أوفى.

ب – فوائد المبلغ الذي أوفى بالسعر القانوني ابتداءً من يوم الوفاء بالنسبة للورقة.

ج – جميع المصاريف التي تكبدها الموفي(٤٣).

الفرع الثالث
على من يتم الرجوع القضائي

إن نطاق حق الحامل في الرجوع على الأشخاص الذين يحق له الرجوع عليهم ينحصر في الساحب والمظهرين. وبذلك سينقسم هذا الفرع إلى بندين، يناقش في البند الأول رجوع الحامل على الساحب، وفي البند الثاني رجوع الحامل على المظهرين.

البند الأول – رجوع الحامل على الساحب:

للحامل الرجوع على المدين الأصلي بالكمبيالة وهو محررها وضامنه الاحتياطي إذا كان له ضامن احتياطي، وفي حالة رجوع الحامل على المدين الأصلي وضامنه الاحتياطي فإنه لا يتقيد بشرط تقديم الاحتجاج بعدم الوفاء؛ فحقه تجاههم لا يسقط إلا بالتقادم(٤٤). ذلك أن محرر الكمبيالة التجارية ملزم بدفع قيمة الكمبيالة في ميعاد استحقاقها، وبالتالي فإنه إذا ما امتنع عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق كان للحامل الحق في الرجوع عليه إما بدعوى قضائية أو

(٤٣) انظر: المادة (١٨٧) من قانون التجارة الأردني.

(٤٤) د. مصلح أحمد الطراونة، المركز القانوني للحامل المهمل للورقة التجارية في القانون الأردني – دراسة مقارنة، مؤتة للبحوث والدراسات، ص ٢٤، المجلد التاسع عشر والعدد السادس، سنة ٢٠٠٤.

أن يطرح الكمبيالة للتنفيذ مباشرة لدى دائرة التنفيذ المختصة لتحصيل قيمة الكمبيالة[٤٥].

أما إذا لم تقدم الكمبيالة للساحب في ميعاد الاستحقاق أو بعد ميعاد الاستحقاق فإنه يلتزم بدفع قيمة الكمبيالة دون المبالغ الأخرى لأن الحامل لم يقدم له الكمبيالة للوفاء، – وذلك تطبيقاً لقاعدة الحق مطلوب لا محمول – كما أنه إذا ما أثبت الساحب بأن ادعاء الحامل من باب التشهير فإنه يحق له أن يرجع عليه من خلال دعوى إساءة السمعة أو التشهير وفق القواعد العامة.

البند الثاني – رجوع الحامل على المظهرين وغيرهم من الملتزمين:

إن جميع الموقعين على الكمبيالة ضامنون للوفاء بقيمتها وذلك تطبيقاً لقاعدة استقلال التواقيع[٤٦]، وذلك يستفاد من نص المادة (١٨٥) من قانون التجارة الأردني، وهذا يعني أن كل موقع على الكمبيالة وممتنع عن الوفاء بقيمتها في ميعاد الاستحقاق، سواء أكان محرراً أم ضامناً أم مظهراً فإن للحامل الحق بالرجوع عليه؛ حيث يملك الحق في تحرير احتجاج بعدم الوفاء في مواجهته، وذلك لإثبات امتناعه. كما للحامل مطالبة الملتزمين منفردين أو مجتمعين دون أن يلتزم بمراعاة ترتيب معين؛ أي بمعنى لا يكلف بالرجوع على الساحب أولاً، أو بمراعاة أي ترتيب معين في الرجوع عليهم. كما لا يترتب على الرجوع على أحدهم سقوط حق الحامل في الرجوع على من يليه باستثناء المظهر الذي اشترط عدم ضمان الوفاء[٤٧]، والذي اشترط هذا الشرط لنفسه في مواجهة الحامل حتى ولو كان حسن النية؛ لأن الشرط ظاهر في الكمبيالة، ويمكن تبينه بمجرد الاطلاع عليه[٤٨]. وبذلك يكون الرجوع على الملتزمين

(٤٥) انظر: المادة (١/٢٢٧) من قانون التجارة الأردني.

(٤٦) انظر: المادة(١٣٠) من قانون التجارة الأردني.

(٤٧) يعتبر شرط عدم ضمان الوفاء من الشروط الاختيارية الذي يجوز إن يضعها المظهر دون الساحب؛ لأن الساحب ملزم بوفاء قيمة الورقة وإلا سيثرى بلا سبب، انظر: المادة (١/١٤٥) من قانون التجارة الأردني.

(٤٨) د. فياض القضاة، مرجع سابق، ص ٨٧.

الآخرين من خلال توجيه احتجاج بعدم الوفاء[٤٩]، مع التقيد بالإجراءات والمواعيد التي حددها القانون[٥٠].

المطلب الثاني
صور الرجوع القضائي

يظهر مما سبق تناوله أن صور المطالبة القضائية للكمبيالة التجارية إما أن تتم من خلال إقامة دعوى قضائية، أو من خلال تقديم الكمبيالة لدائرة التنفيذ لكي تقوم الدائرة بتحصيل قيمتها، وعليه سنتناول هذين الموضوعين من خلال فرعين.

الفرع الأول
إقامة دعوى قضائية بقيمة الكمبيالة

حددت المادة (٦٠)[٥١] من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني الإجراءات الواجب اتباعها لرفع دعوى المطالبة بقيمة الكمبيالة، حيث اعتبرت هذه الدعوى من الدعاوى المستعجلة التي لا تتطلب تبادلاً للوائح.

بناء على ذلك فإن لحامل الكمبيالة – في حال لم يتقدم أحد من المدينين الضامنين له للوفاء بقيمتها في تاريخ استحقاقها بعد أن قدم الكمبيالة لهم، أو تحققت حالة من حالات الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق – الحق في أن يقوم برفع دعوى بمواجهة سائر الملتزمين الضامنين له، أو على واحد منهم حسب اختياره. إن الدائن غير مجبر على مراعاة ترتيب معين، كما أن إقامة الدعوى

---

(٤٩) د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ٢٠٠٤، ص .

(٥٠) د. إدوار عيد، مرجع سابق، ص ٥٧٣.

(٥١) قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وتعديلاته رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ المنشور على الصفحة (٧٣٥) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٣٥٤٥) بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢.

ضد أحد المدينين الضامنين له لا يمنعه من رفعها على مدين آخر[٥٢]؛ أي بمعنى أنه لا يسقط حقه برفع الدعوى على الآخرين[٥٣].

وهو الاتجاه الذي انتهجته محكمة التمييز الأردنية من خلال القرار الذي جاء فيه: "يحق لحامل الكمبيالة مطالبة محررها أو مظهرها منفردين أو مجتمعين دون أن يلتزم بمراعاة ترتيب التزام كل منهما، عملاً بالمادة (١٨٥/ ٢) من قانون التجارة الأردني....." [٥٤].

في حال أن قام أحد المظهرين أو الضامن الاحتياطي أو موفٍ بالتدخل بوفاء قيمة الكمبيالة للحامل فإنه يحل محل الشخص المضمون، أي لمن تم الضمان لمصلحته، وبعد ذلك يتمتع كل من الضامن الاحتياطي أو الموفي بالتدخل بنفس الحقوق، وتترتب عليه نفس الواجبات التي يتمتع بها من حصل الوفاء لمصلحته أو الوفاء بالتدخل لمصلحته[٥٥]، وإذا لم يحدد الموفي سواء أكان الضامن الاحتياطي أو الموفي بالتدخل لمصلحة من تدخل أو ضمن فيكون الوفاء لمصلحة ساحب الكمبيالة التجارية[٥٦].

كما منح المشرع الأردني حامل الكمبيالة الحق بان يطلب إيقاع الحجز الاحتياطي على الأموال المنقولة للمدين بالكمبيالة[٥٧]، وقد أحال المشرع تطبيق

---

(٥٢) انظر: المادة (٢/١٨٥) من قانون التجارة الأردني، وهي تسري بموجب المادة (٢٢٤) من قانون التجارة الأردني.

(٥٣) د. فياض القضاة، مرجع سابق، ص ٢٦٣، مصطفى كمال طه، القانون التجاري/ الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية. سنة ١٩٨٨، ص ٢٠١.

(٥٤) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١٩٩٣/٩٠٩ تاريخ ١٩٩٣/١٠/١٦ المنشور على الصفحة ٢٩٠ من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١٩٩٤/١/١.

(٥٥) د. رزق الله أنطاكي، د. نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ج٢، المطبعة التعاونية، دمشق – سوريا، بدون طبعة، ١٩٦٤، ص ٤٤٨.

(٥٦) انظر: المادة (١/٢٠٦) من قانون التجارة الأردني.

(٥٧) انظر: المادة (١٩٨) من قانون التجارة الأردني.

أحكام الحجز الاحتياطي بضرورة توافر شروط الحجز الاحتياطي على الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالكمبيالة التجارية المنصوص عليها في المادة (١٩٨) من قانون التجارة الأردني، بأن يكون طالب الحجز التحفظي الحامل الشرعي للكمبيالة قد حرر احتجاجاً بعدم الوفاء في الميعاد المحدد قانونا، عند إغفال ذلك يكون للمدين الحق في التمسك بمواجهة الحامل بالسقوط، ما لم يكن المدين بالكمبيالة هو المحرر لها حيث يكتفى بعمل احتجاج ولو بعد الميعاد القانوني. وفي حال أن تضمنت الكمبيالة شرط الرجوع بلا مصاريف فإنه يجب تحرير ورقة احتجاج قبل توقيع الحجز التحفظي(٥٨)، وأن يكون المدين الذي تتخذ إجراءات الحجز على أمواله ملتزماً صرفياً(٥٩).

الفرع الثاني
تقديم الكمبيالة التجارية للتنفيذ مباشرة لدى دائرة التنفيذ

تنص المادة (٦) من قانون التنفيذ الأردني(٦٠) على أنه: "لا يجوز التنفيذ إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء، وتشمل السندات التنفيذية ما يلي أ.....ب..... الأوراق التجارية القابلة للتداول".

من نص المادة السابق ذكره يتضح أن هناك عدة شروط ينبغي توافرها في السند التنفيذي الذي يتم تنفيذه عن طريق دائرة التنفيذ، وهذه الشروط هي:

(٥٨) د. سميحة القيلوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية ومطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة – مصر، ط٢، ١٩٩٢، ص ١٨١.

(٥٩) د. عبد القادر العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري – الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط١، ١٩٩٨، ص٣٩٨ – ٤٠٣.

(٦٠) قانون التنفيذ الأردني رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٧ المنشور على الصفحة رقم (٢٢٦٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤٨٢١) بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦.

١ – أن يكون الحق محقق الوجود: وهذا يعني أن يكون ثابتاً، وغير متنازع فيه، وألا يكون معلقاً على شرط لم يتحقق، وغير احتمالي أو مؤقت(٦١).

٢ – أن يكون الحق معين المقدار: يجب أن يكون مقدار الدين معلوماً من حيث مقداره تعييناً كافياً، فعدم تحديد مبلغ الكمبيالة يؤدي إلى بطلانها(٦٢).

٣ – أن يكون الحق حال الأداء؛ أي أن يكون الدين مستحق الأداء. ذلك أن المدين لا يلتزم بوفاء الدين قبل حلول أجله(٦٣).

٤ – أن يكون قد حرر ورقة احتجاج بعدم الوفاء(٦٤) إذا ما رجع على المظهرين والكفلاء ما لم يقم محرر الكمبيالة بوضع شرط الرجوع بلا مصاريف.

٥ – وقد أوجبت المادة (٧) من قانون التنفيذ الأردني على حامل الكمبيالة الذي يطالب بالتنفيذ على أموال الملتزمين أن يكون قد حرر ورقة احتجاج بعدم الوفاء في ميعادها القانوني، وأن يقدم الطلب إلى دائرة التنفيذ خلال ١٥ يوماً من تاريخ تحرير ورقة الاحتجاج(٦٥).

إن المدة المذكورة أعلاه هي مدة سقوط، وبالتالي فإذا ما انقضت تلك المدة فإنه لا تصح مراجعة دائرة التنفيذ مباشرة لطلب تحصيل قيمة الكمبيالة؛ بل لا بد من الاحتصال على حكم من المحكمة المختصة حتى يصار إلى تنفيذ الحكم من خلال دائرة التنفيذ(٦٦).

---

(٦١) د. مفلح القضاة، أصول التنفيذ وفقاً لأحدث التعديلات لقانون التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط١، ٢٠٠٨، ص ١٠٤.

(٦٢) د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج١، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت – ط٢، ١٩٨٥، ص ٣٧٥.

(٦٣) د.. مفلح القضاة، مرجع سابق، ص١٠٦.

(٦٤) انظر: المادة (٧/أ) من قانون التنفيذ الأردني.

(٦٥) انظر: المادة(٧/أ) من قانون التنفيذ الأردني.

(٦٦) د. مفلح القضاة، مرجع سابق، ص ٧٥.

المطلب الثالث

أثر الرجوع القضائي على المدينين دون الالتزام بالواجبات المنصوص عليها في القانون

يعتبر تقديم الاحتجاج أساس ممارسة حق الرجوع القضائي على الضامنين – ما لم يكن السند محتوياً على شرط الرجوع بدون مصاريف أو توافرت حالة من حالات الإعفاء القانوني – وفي حال أن تم الرجوع على المدينين دون اتخاذ هذا الإجراء، أو لم يقم الحامل بالإجراءات القانونية، فإن الأثر المترتب على ذلك قد جاء متناقضاً في قانون التجارة الأردني؛ حيث رتبت المادة (١٩٠) من القانون المذكور جزاء سقوط الحق في الرجوع الصرفي(٦٧) في المطالبة بقيمة الكمبيالة اتجاه الشخص المتمسك به "يسقط ما لحامل السند من حقوق تجاه مظهريه وساحبه وغيرهم من الملتزمين (ما عدا قابله) بمضي المواعيد المعينة لإجراء ما يأتي ..... (ب– تقديم الاحتجاج بعدم القبول أو بعدم الوفاء" و"إنما لا يقع السقوط تجاه الساحب إلا إذا أثبت أنه أوجد مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق....." .

كما أوجبت المادة سالفة الذكر مراعاة أحكام الفقرة (١٠) من المادة (١٨٣) والتي تضمنت تعويض المتضرر دون الحق في التمسك بالسقوط.

يلاحظ التناقض الذي رتبه المشرع الأردني في حال إغفال توجيه الاحتجاج بين سقوط الحق في الرجوع الصرفي والتعويض، دون أن يمتد هذا الحق إلى سقوط الحق في الرجوع الصرفي.

على ما تقدم سنتناول هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، نتعرض في الأول منها إلى ماهية السقوط، في حين نتناول في الثاني الحالات التي يسقط معها حق الحامل في الرجوع على الملتزمين، وفي الثالث سنلقي الضوء على الأشخاص الذين لهم الحق في التمسك بسقوط حق الحامل.

---

(٦٧) د. مصطفى كمال، مرجع سابق، ص ٢١٢.

الفرع الأول
ماهية السقوط

يعرف السقوط بأنه: "عقوبة تلحق بالحامل المهمل الذي يتوانى عن القيام بالإجراءات التي يفرضها القانون في المدد المقررة"(٦٨).

في حين عرفه آخر بأنه: "سقوط حق الحامل المهمل في الرجوع على بعض الملتزمين في الكمبيالة التجارية، فلا يكون له الحق في إجبارهم على الوفاء بالالتزام الصرفي في حالة امتناع المسحوب عليه في الكمبيالة والمحرر في السند للأمر عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق"(٦٩).

وفي تعريف آخر بأنه: "دفع يحتج به على من يطالب بوفاء الكمبيالة إذا قصر في القيام بما فرضه القانون من القيام بإجراءات معينة في مواعيدها القانونية، ويترتب على هذا الدفع حرمانه من الرجوع على الملتزمين بالوفاء"(٧٠).

ومن جانبنا فإنه يمكن تعريفه: أنه الجزاء الذي يترتب على عدم قيام حامل الكمبيالة بتحرير احتجاج بعدم الوفاء، أو تحريره خارج المواعيد القانونية، أو تحريره احتجاجاً باطلاً.

إن هدف المشرع من تقرير هذا الجزاء هو إقامة نوع من الموازنة بين المراكز القانونية لكل من حامل الكمبيالة والملتزمين بالوفاء بقيمتها.

هذا ويتمتع الدفع بالسقوط بمجموعة من الخصائص:

١ – إن سقوط حق الحامل نتيجة إهماله بعدم تحرير ورقة احتجاج لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالسقوط من تلقاء

(٦٨) د. إدوارد عيد، مرجع سابق، ص ٦٠٥.

(٦٩) د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة عين شمس، دون طبعة، دون سنة نشر، ص٤٥٩.

(٧٠) د. صفوت بهنساوي، مرجع سابق، ص ١٧٩.

نفسها، فلا بد من طلب صاحب المصلحة، كما أنه يمكن الاتفاق على عدم سقوط حق الحامل إذا لم يحرر الحامل ورقة احتجاج مثل شرط الرجوع بدون مصاريف(٧١)، كما أنه إذا ما تنازل أحد المدينين – سواء أكان تنازلاً صريحاً أم تنازلاً ضمنياً – عن حقه في التمسك بالسقوط، فإن هذا التنازل ينحصر بينه وبين الحامل فقط(٧٢) ويبقى للملتزمين الآخرين حق التمسك بإهمال الحامل والدفع بالسقوط بمواجهة الموفي أنه دفع ما لا يجب دفعه، نتيجة تنازله عن حقه والتمسك بإهمال الحامل(٧٣).

٢ – الدفع بسقوط حق الحامل المهمل هو دفع موضوعي، ويمكن التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى(٧٤).

٣ – يجوز للمدين الملتزم أن يتمسك بالسقوط ولو لم يصبه ضرر نتيجة عدم قيام الحامل بالإجراءات القانونية في ميعادها؛ فالسقوط هو جزاء إهمال الحامل(٧٥).

٤ – إن السقوط الذي يجوز التمسك به والذي يلحق الحامل هو الرجوع الصرفي المتعلق بالدعوى الصرفية فقط، أما رجوع الحامل على المظهر وفقا للعلاقة الأصلية فإنه لا يملك هنا الدفع بمواجهته بسقوط حقه تجاهه كون الرجوع ليس صرفيا؛ بل متعلقاً بالعلاقة الأصلية وفقاً للقواعد العامة(٧٦) والتي تم تحرير أو تظهير الكمبيالة بمناسبتها.

(٧١) د. رزق الله أنطاكي، د. نهاد السباعي، مرجع سابق، ص ٤٥٢
(٧٢) د. عبدالقادر العطير، مرجع سابق، ص ٤١٤.
(٧٣) د. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ١٩٤.
(٧٤) د. عبدالقادر العطير، مرجع سابق، ص ٤١٤.
(٧٥) د. فائق الشماع، مرجع سابق، ص٥٠.
(٧٦) د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص١٨١.

الفرع الثاني
نطاق السقوط

نتناول هذا الفرع من خلال بندين، نتعرض في الأول منهما لحالات السقوط، وفي الثاني للأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالسقوط.

البند الأول – حالات سقوط حق الحامل في الرجوع القضائي على الملتزمين:

يعتبر الحامل مهملاً ويجوز للملتزمين الدفع في مواجهته بالسقوط إذا ما توافر أي من الحالات التالية:

١ – إهمال الحامل بتقديم السند المستحق للوفاء في تاريخ معين، أو بعد مضي مدة من تاريخ إنشائه أو من تاريخ الاطلاع عليه، أو أحد يومي العمل التاليين له، وخلال سنة من تاريخه في السند المستحق لدى الاطلاع ما لم تمدد هذه المدة أو تقصر إذا اشترط ذلك الساحب أو المظهر، أو توافرت حالة من حالات الإعفاء القانوني.

٢ – إذا لم يحرر الحامل احتجاجاً بعدم الوفاء خلال المواعيد التي حددها القانون، أو كان الاحتجاج باطلاً شكلاً، حيث يعتبر الحامل معه مهملاً.

٣ – إذا لم يقدم السند المشروط فيه عدم تحرير ورقة احتجاج في تاريخ الاستحقاق، ويقع عبء الإثبات على من يتمسك به في مواجهة الحامل، ويسقط أيضاً في الرجوع على الضامنين إذا تخلف بدون عذر(٧٧).

البند الثاني – الأشخاص الذين لهم الحق في التمسك بسقوط حق الحامل:

إذا كان المشرع – من جانب – قد تشدد في حالات اعتبار الحامل مهملاً وسقوط حقه الصرفي، فإنه – من جانب آخر – قد قيد التمسك بهذا الحق

(٧٧) انظر: حالات الإعفاء القانوني من تحرير ورقة احتجاج.

لبعض الملتزمين دون الملتزمين الآخرين، وذلك على أساس صفة الملتزم وعلاقته بالحامل. وهو ما سنتناوله تباعاً.

أولاً – حق الساحب في التمسك بالإسقاط:

إن كل من الساحب وهو المدين الأصلي بقيمة الكمبيالة التجارية وضامنه الاحتياطي، لا يمكنهما التمسك بسقوط حق الحامل في حال توافر إحدى حالات السقوط السابق ذكرها، ويبقى ملتزماً بالوفاء بقيمة الكمبيالة. وفي هذا المجال ذهب رأي إلى أن وصف الإهمال لا يلحق الحامل مطلقاً، طالما أنه يرجع على المدين الحقيقي؛ أي المسحوب عليه القابل أو الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء(٧٨).

وهذا يعني أنه لا يجوز لمحرر الكمبيالة أن يستفيد من عدم قيام الحامل بتحرير احتجاج بعدم الوفاء أو تخلف عن إرسال الإشعار. إن أساس هذا الحرمان هو أن محرر الكمبيالة قد استفاد من قبض قيمة الكمبيالة من المستفيد، ولم يقدم مقابل ما قبضه منه، وبذلك أثري على حسابه، كما أنه لم يتأذى من إهمال الحامل أو تراخيه في المطالبة، ومن ثم لا يجوز له أن يتمسك بالسقوط تجاه الحامل(٧٩).

إن هذا الرأي يتفق مع توجه المشرع الأردني، والذي كما سبق ذكره في أن عدم إرسال الاحتجاج أو عدم إرسال الإشعارات لإبلاغ الملتزمين بعدم الوفاء لا يؤثر على حقوق حامل الكمبيالة، ولكن للمتضرر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إهمال الحامل (١٨٣/ ١٠).

---

(٧٨) د. مختار البريري، مرجع سابق، ص ٢٤١.

(٧٩) د. فائق الشماع، سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، المجلد السادس، العدد الأول والثاني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٧، ص ٣٣، د. صفوت ناجي بهنساوي، القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، دون طبعة، سنة النشر ١٩٩٣، ص ١٨٢.

ثانياً – حق الحامل بمواجهة المظهرين وضامنيهم الاحتياطيين (حق المظهرين وضامنيهم بالتمسك بالسقوط):

يتمتع كل من المظهر والضامن الاحتياطي في ذات المركز القانوني في حق التمسك بسقوط حق الحامل في حال تخلفه عن القيام بعمل احتجاج بعدم الوفاء، أو الإجراءات القانونية في مواعيدها القانونية.

إن أساس هذا الحق للمظهر يرجع إلى كونه ليس مديناً أصلياً في الكمبيالة، كما أن المظهر لم يحصل على الكمبيالة إلا بعد أداء ما يقابله ويسترد ما أداه عند قيامه بإعادة تظهير الكمبيالة إلى مظهر آخر(٨٠)، ولكن يكون أثر هذا السقوط على حقوق الحامل، هو المطالبة بالتعويض عما لحق بهم من ضرر نتيجة ذلك بشرط أن لا يتجاوز قيمة الكمبيالة، كما يمتد هذا الأثر في التمسك بالسقوط(المطالبة بالتعويض) في مواجهة كل من حل محل هذا الحامل لوفائه بقيمة الكمبيالة عند مطالبة هذا الأخير بقيمة الكمبيالة وأراد الرجوع على الضامنيين له(٨١)، والتعويض مشروط بتحقق الضرر وهي مسألة ترجع لسلطة المحكمة التي تحكم بالتعويض عن الضرر إذا وجد، وقد لا تحكم بأي تعويض إذا قدرت بأن المدين لم يصب بأي ضرر نتيجة إهمال الحامل في عدم القيام بتحرير احتجاج بعدم الوفاء. ويبرر هذا الحكم للمظهرين أن كل مظهر دفع قيمة الكمبيالة عند تظهيرها إليه، فلا يترتب على تمسكه بسقوط حق الحامل إثراء له بدون سبب(٨٢).

وبالنتيجة يمكن القول أن المشرع الأردني في نص المادة (١٩٠) من قانون التجارة الأردني المقيدة بالفقرة ١٠ من المادة ١٨٣ من قانون التجارة قد ألغى مبدأ السقوط، وبذلك لا مجال للقول بسقوط حق الحامل المهمل والذي

(٨٠) د. مصلح الطراونة، مرجع سابق، ص٢١.

(٨١) د. سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٨٢) د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة عين شمس، دون طبعة، دون سنة نشر، ص ٤٧٠.

يتخلف عن تحرير احتجاج بعدم الوفاء في التشريع الأردني؛ أي بمعنى أن المادة ١٨٣ قد ألغت المادة ١٩٠، والتي كرست مبدأ سقوط حق الحامل المهمل.

الخاتمة:

تناول هذا البحث أحكام الرجوع القضائي لحامل الكمبيالة التجارية، حيث تم التعرض لماهية الاحتجاج بعدم الوفاء من حيث مفهوم الاحتجاج بعدم الوفاء، ومواعيده، ولمن يقدم. بالإضافة إلى حالات الإعفاء من تحرير الاحتجاج بعدم الوفاء. ثم تناول البحث صور الرجوع القضائي لحامل الكمبيالة التجارية، من إقامة الدعوى، وطرح الكمبيالة التجارية للتنفيذ، وكذلك مدى إمكانية الرجوع القضائي دون الالتزام بالواجبات القانونية، وقد خلص هذا البحث إلى العديد من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً – النتائج:

١ – لا يترتب على حامل الكمبيالة التجارية الذي تخلف عن عمل تحرير ورقة احتجاج في ميعادها القانوني سقوط حقه في الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة، وكل ما يمكنهم المطالبة به هو طلب التعويض بما لا يتجاوز قيمة الكمبيالة شريطة حصول ضرر لهم وإثبات هذا الضرر.

٢ – يمكن الرجوع القضائي على محرر الكمبيالة التجارية، وضامنه الاحتياطي دون أن يتم الالتزام بالإجراءات القانونية كونه المدين الأصلي بقيمة الكمبيالة، وإذا ما أثبت المحرر بأن الحامل لم يراجعه في موعد الاستحقاق فقد ضمن القانون له حق عدم دفع النفقات الزائدة عن قيمة الكمبيالة، وعلى هذا استقر اجتهاد محكمة التمييز الأردنية الموقرة.

٣ – إذا ما أراد حامل الكمبيالة التجارية طلب الحجز الاحتياطي، سواء كان مشترط في الكمبيالة التجارية شرط الرجوع بلا مصاريف أم لا، فلا بد من تحرير ورقة احتجاج لكي تستجيب المحكمة لطلبه.

٤ – لم يأخذ المشرع الأردني بنظرية السقوط تجاه الحامل الذي لم يتخذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بقيمة الكمبيالة.

٥ – إذا قام الحامل بتأدية بعض الالتزامات وتخلف عن القيام بالالتزامات الأخرى فإنه يضفى عليه صفة الحامل المهمل.

٦ – يمكن الرجوع القضائي على الملتزمين من خلال صورتين هما إقامة دعوى، أو من خلال طرح الكمبيالة لدائرة التنفيذ مباشرة.

ثانياً – التوصيات:

١ – نتمنى على المشرع الأردني إزالة التعارض المنصوص عليه في المادة (١٩٠) وذلك بإلغاء مطلعها والذي ينص على تطبيق الفقرة (١٠) من المادة (١٨٣).

٢ – نتمنى على المشرع الأردني أن يقصّر مدة إقامة دعوى الرجوع، بدلاً من ترك الحرية للحامل إلى ميعاد انقضاء مدة التقادم الصرفي، وذلك من أجل تسوية الحقوق الناشئة عن السند، حتى لا تبقى ذمم الملتزمين مشغولة لمثل هذه المدة، وذلك تطبيقاً لمبدأ السرعة في العمل التجاري.

المراجع

١ – د. إدوارد عيد، الأسناد التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٨.

٢ – د. بسام الطراونة، د. باسم ملحم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار المسيرة، ط١، سنة ٢٠١٠.

٣ – د. حسين محمد سعيد، التزامات وحقوق حامل الكمبيالة التجارية، عالم الكتب، القاهرة – مصر، بدون طبعة، بدون سنة نشر.

٤ – د. رزق الله أنطاكي، د. نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ج٢، المطبعة التعاونية، دمشق– سوريا، ١٩٦٤.

٥ – د. سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية ومطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة – مصر، ط٢، ١٩٩٢.

٦ – د. صفوت ناجي بهنساوي، القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، دون طبعة، سنة النشر ١٩٩٣

٧ – د. عبد القادر العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري – الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط١، ٢٠٠٧.

٨ – د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري– الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط١، ٢٠٠٧.

٩ – د. علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، دار النهضة العربية ومطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة – مصر، بدون طبعة، ١٩٨٢.

١٠– د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة عين شمس، دون سنة نشر.

١١– د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ٢٠٠٤.

١٢- د. فياض القضاة، الأوراق التجارية، دار وائل للنشر، عمان – الأردن ط١، ٢٠٠٩.

١٣- د. محمد علي راتب، السندات الإذنية، مكتبة النهضة العربية المصرية، القاهرة – مصر، ١٩٤٨.

١٥- د. محمود الكيلاني، القانون التجاري الأردني، الأوراق التجارية، عمان، ١٩٩٠.

١٤- د. مختار البريري، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر١٩٩٦،

١٥- د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٨.

١٦- د. مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ وفقاً لأحدث التعديلات لقانون التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط١، ٢٠٠٨.

١٧- د. الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج١، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت – ط٢، ١٩٨٥.

الأبحاث:

١٨- د. فائق الشماع، سقوط حق حامل الكمبيالة التجارية المهمل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، المجلد السادس، العدد الأول والثاني، مطبعة العاني، بغداد .١٩٨٧،

١٩- د. مصلح أحمد الطروانة، المركز القانوني للحامل المهمل للورقة التجارية في القانون الأردني – دراسة مقارنة، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد التاسع عشر، العدد السادس ٢٠٠٤.

التشريعات:

٢٠- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وتعديلاته رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ المنشور على الصفحة (٧٣٥) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٣٥٤٥) بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢.

٢١- قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ المنشور على الصفحة (٤٧٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (١٩١٠) بتاريخ ١٩٩٦/٣/٣٠.

٢٢- قانون التنفيذ الأردني رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٧ المنشور على الصفحة (٢٢٦٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم(٤٨٢١) بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦.

الأحكام القضائية:

أحكام محكمة التمييز الأردنية/ منشورات مركز عدالة.

الجهود الدولية لمواجهة هجمات القراصنة قبالة سواحل الصومال وبحر العرب (أسباب الإخفاق وعوامل النجاح - رؤية قانونية وواقعية)

الدكتور/ محمد علي علي الحاج
كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء
الجمهورية اليمنية

ملخص:

تبرز أهمية هذا البحث، في كونه يستعرض الجهود الدولية المختلفة لمحاربة القرصنة، وفي سبيل ذلك، تطرق إلى تعريف القرصنة في اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢، والتطور القانوني في تعريفها، مبيناً عجزه عن استيعاب التطورات الجديدة في أساليب القرصنة، ثم أشار إلى الجهود الدولية المختلفة لمواجهتها بدءاً بفرض الولاية العالمية على القرصنة، مشيراً إلى دور المنظمات الدولية المختلفة في محاربة القرصنة (المنظمة البحرية الدولية، والاتحاد الأوربي وحلف الناتو، والأمم المتحدة)، كما استعرض بعض الحلول والإجراءات الإقليمية المتخذة لمحاربة القرصنة مبيناً أهميتها مع أمثلة تطبيقية لها، وعند استعراضه لتلك الجهود، بين المثالب والعيوب المتنوعة التي شابتها، مقترحاً الحلول والإجراءات التي ينبغي اتخاذها للقضاء عليها، مؤكداً أن الحل العملي لمحاربة القرصنة، لا يتمثل في القوة العسكرية، بل يتمثل في إعادة بناء البنية الأساسية التحتية للحكومة الصومالية المنهارة، وخلق حياة أفضل للشعب الصومالي، فالحل الحقيقي هو "إعادة بناء الأمة الصومالية".

مقدمة :

لا شك أن القرصنةَ تعد جريمة عالمية، تؤدي إلى الإضرار بجميع الأمم، ونظرا لخطورة تلك الجريمة، فقد تصدى لها المجتمع الدولي قديماً، عبر الجهود والإجراءات التي فرضتها كل دولة على حدة، أو من خلال الإجراءات الجماعية لكل الأمم، عبر إقرار الولاية العالمية لكل دولة في قمع القرصنة.

وفي هذا الصدد، يعد قمع القرصنة قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي a jus cogens، وبناء عليه، تلتزم كُلّ الدول باستئصال ومُعَاقَبَة القراصنة، ولذا أعاد المجتمع الدولي تأكيد ذلك في اتفاقية جنيفِ ١٩٥٨ لأعالي البحار، فالمادة (١٤) تطلب من الدول التَعَاوُن – لأقصى حدٍّ ممكن – في قمعِ القرصنةِ، بينما تعطي المادة (١٩) لكُلّ دولة الحق في أن تَستولى على سفينة القراصنة وتعتقلهم وتحاكمهم، وهذه النصوص نفسها وضعت في المواد (١٠٠، ١٠٥) من اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار، وبموجب الاتفاقيتين، يتم وضع العقوبات ضد القراصنةِ مِنْ قِبَلْ الدول كلا على حدة(١).

غير أن القرصنة أطلت برأسها – مرة أخرى – في السنوات الأخيرة، نتيجة للعديد من الأسباب، ورغم الجهود المتعددة التي تبذل للقضاء عليها، فإن أغلب النتائج كانت مخيبة للآمال، حيث لم تفلح تلك الجهود في استئصال القرصنة.

ومن هنا تبرز أهمية هذا البحث، في كونه يستعرض الجهود الدولية المختلفة لمحاربة القرصنة، سواء على المستوى الاقتصادي أو العسكري أو القانوني، وسواء أكانت تلك الجهود فردية أم إقليمية أم دولية.

وبعد استعراض تلك الجهود، يبين البحث المثالب والعيوب المتنوعة التي شابتها، مما حد من فعاليتها، بل وإخفاقها في القضاء على ظاهرة القرصنة، وأسباب استمرار وتصاعد القرصنة وازدهارها، والحلول والإجراءات التي ينبغي تطبيقها للقضاء عليها.

---

(١) Robert M. Jarvis, Maritime Piracy in the Modern World, Insights on Law & Society, 6.3, American Bar Association, Spring 2006, pp. 2-3.

وعلى ضوء ما سبق، فإن أسباب اختيار الموضوع، تتضح من خلال متابعة القرصنة وتطورها في السنوات الأخيرة، وآثارها على الاقتصاد العالمي أو الإقليمي أو الوطني، وأنه رغم ضخامة الجهود والإجراءات المتخذة لقمعها، سواء من قبل بعض الدول فرادى أو من قبل بعض التجمعات الإقليمية، أو ما قررته العديد من المنظمات الدولية – على رأسها الأمم المتحدة –، فقد فشلت تلك الجهود – تقريباً – في القضاء عليها.

ومن هنا نشأ التساؤل عن سبب إخفاق تلك الجهود، والتفكير في إبراز أسباب القصور، ومحاولة إيجاد المعالجات المناسبة لذلك.

وسيتم ذلك وفقاً للخطة التالية:

المطلب الأول: ماهية القرصنة والتطور القانوني في تعريفها

الفرع الأول: القرصنة طبقاً لاتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار

الفرع الثاني: القرصنة المعاصرة وإستراتيجيتها

المطلب الثاني: الاختصاص أو الولاية العالمية ضد القرصنة

الفرع الأول: مفهوم الاختصاص أو الولاية العالمية وأسبابها

الفرع الثاني: عناصر الولاية القضائية العالمية

المطلب الثالث: دور المنظمات الدولية في محاربة القرصنة

الفرع الأول: دور المنظمة البحرية الدولية

الفرع الثاني: دور الاتحاد الأوربي ومنظمة حلف الأطلسي

الفرع الثالث: جهود مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

المطلب الرابع: الحلول الإقليمية لمحاربة القرصنة

الفرع الأول: أهمية الاتفاقيات الإقليمية لقمع القرصنة

الفرع الثاني: أمثلة تطبيقية للاتفاقيات والترتيبات الإقليمية

الخاتمة

المراجع

المطلب الأول
ماهية القرصنة والتطور القانوني في تعريفها

يمكن القول إن القرصنة البحرية تعد واحدة من أقدم المِهَن الإجرامية في العالم، فقد لازمت المجتمعات الإنسانية لآلاف السَنين، كما عُرف خطرها على التجارةِ البحريةِ منذ أيامِ اليُونان القَدِيمَةِ والإمبراطورية الرومانيةِ(١).

كما أنها تعد جريمة عالمية (ذات طابع دولي)(٢)، وتعبير "القرصنة" "piracy" يشير – عادة – إلى "مجموعة من الأَفْعالِ غير القانونية المصحوبة

---

(١) ظهرت القرصنة قبل أكثر مِنْ ٣٠٠٠ سنة، كما أن مصطلح "قرصان pirate" ظهر مِنْ حوالي ١٤٠ سنة قبل الميلاد، عندما استعمل المؤرخُ الرومانيُ بوليبيوس Polybius كلمة peirato (في اللغة اللاتينيةِ pirata بمعنى "محاولة اعتداء أو يحاول الاعتداء" "to attempt")، وفي القرنين العاشر والحادي عشر الميلاديين، عُرف المهاجمون النرويجيون بـ "الفايكنغ Vikings"، بينما في إنجلترا – منذ القرون الوسطى – استخدمت كلمةَ "قرصان pirate" للإشارة إلى أيّ نوع من أنواع السرقة في البحر، ولكن على الرغم مِنْ شعبيتِها، فإن كلمة "القرصان" لا تصِفُ بدقّة كُلّ شخص تنطبق عليه، ففي العام ١٠٠ بعد الميلاد، قدم المؤرخ اليوناني بلوتارش Plutarch ما أصبح - عموماً - التعريف المقبول للقراصنةِ الذي ينص على أنهم: "أولئك الأفراد الذين يُهاجمُون مِنْ السُفنِ بدون سلطة قانونية". للمزيد من التفاصيل، انظر:
Robert M. Jarvis, Maritime Piracy in the Modern World, op. cit. pp. 1-2.)

(٢) لماذا كَانتْ القرصنة جريمة دولية؟ الجوابَ يتمثل في أنه لا توجد دولة يُمْكِنُ أَنْ تُسيطرَ على ما يحدث في أعالي البحار، ولا توجد أمة - لوحدها - يمكن أن تقوم بالمراقبة الفعّالة لأعمال القراصنة في أعالي البحار، فلا يمكن أن تكون الدولة مسؤولة عن أَفْعالِ القرصنةِ التي ارتكبت مِن قِبل مواطنيها، وبسبب ضعف سيطرة الدول على أعالي البحار، فإنها لا تَستطيع رَدْع مواطنيها – عملياً – من ممارسة القرصنةِ – على الأقل لَيسَ لوحدها – فضلاً عن أن علم سفينة القراصنة من غير المحتمل أنْ يَكُونَ مؤشراً موثوقاً على جنسية القراصنةَ في أية حالة، ولذا يشجّعُ القانونَ الدوليَ جميع الدول على محاربة القرصنةِ بإعْطاء كُلّ الدول الحقَّ في منع ومعاقبة القراصنة، بغض النظر عن جنسيتِهم وعَلَم سفينتِهم. للمزيد، انظر:
Eric A. Posner and Alan O. Sykes, An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law, American Law and Economics Review V9, N1, 2007, p. 124.

بالعنف في البحار"، مثلها مثل تجارة العبيد، ومهاجمة السفن والطائرات أو خطفها، وبعض أعمال الإرهاب(١)، فالقرصنة تُعتَبرُ عدو الجنس البشري hostis humani generis، لأن القراصنة يَرتكبُون أَفْعالَ القتلِ، والسرقة، والنهب، أَو أي عمل إجرامي آخر في البحر – بقسوة – ضدّ الإنسانيةِ جمعاء(٢).

غير أن القرصنة المعاصرة اختلفت عن القرصنة المعروفة قديماً، وفي اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار في العديد من السمات والخصائص. وسيتم بيان ذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول
القرصنة طبقا لاتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار

كررت اتفاقية الأُمم المتّحدةَ لقانونِ البحارِ ١٩٨٢ نفس البنودَ المتعلقة بالقرصنة في اتفاقية جنيفِ لأعالي البحار ١٩٥٨(٣)، فالمادة (١٥) من اتفاقية جنيف، والمادة (١٠١) من اتفاقية ١٩٨٢ نصت على أن أي عمل من الأعمال التالية يشكل قرصنة:

أ – أي عمل غير قانوني من أعمال العنف أو الاحتجاز أو أي عمل سلب يرتكب لأغراض خاصة من قبل طاقم أو ركاب سفينة خاصة أو طائرة خاصة، ويكون موجهاً:

---

(١) Harold Hongju Koh, Transnational Public Law Litigation, The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 8, Symposium: International Law (Jun., 1991), pp. 2385. Footnote. 193.; Zou Keyuan, Issues of Public International Law Relating to the Crackdown of Piracy in the South China Sea and Prospects for Regional Cooperation, Singapore Journal of International & Comparative Law, (1999) 3, p. 527.

(٢) Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, Journal of International Affairs, Vol, 59, No. 1. Fall/ Winter 2005, P. 117.; Robert M. Jarvis, Maritime Piracy in the Modern World, op. cit. p. 2.

(٣) Malvina Halberstam, Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety, The American Journal of International Law, Vol. 82, No. 2 (Apr., 1988), p. 284.

١ – في أعالي البحار ضد سفينة أو طائرة أخرى أو ضد أشخاص أو ممتلكات على ظهر تلك السفينة أو على متن تلك الطائرة.

٢ – ضد سفينة أو طائرة أو أشخاص أو ممتلكات في مكان يقع خارج ولاية أية دولة.

ب – أي عمل من أعمال الاشتراك الطوعي في تشغيل سفينة أو طائرة مع العلم بوقائع تضفي على تلك السفينة أو الطائرة صفة القرصنة.

ج – أي عمل يحرض على ارتكاب أحد الأعمال الموصوفة في إحدى الفقرتين (أ) أو (ب) أو يسهل عن عمد ارتكابها.

ومن خلال النصوص الواردة في الاتفاقية الأخيرة، نلاحظ أنها أكدت على أن القرصنة يجب أن تكون للأهداف الخاصة، وأن يكون الفعل من الأعمال الإجرامية المنطوية على استعمال العنف، وأن تتم في أعالي البحار، من سفينة ضد سفينة أخرى – "متطلب سفينتين two ship requirement" –، أو ضد أشخاص أو ممتلكات على ظهر تلك السفينة، ويجب أن تكون خارج نطاق ولاية أية دولة، وأن ينوي مرتكبوها قصد فعل القرصنة (م١٠٣)، فإذا تحقق ذلك، فللدولة اعتقال سفينة القراصنة[١] ومحاكمتهم، وأن يكون الاعتقال عن طريق السفن الحربية أو غيرها من السفن والطائرات الحكومية لتلك الدولة (م ١٠٥، ١٠٧)[٢].

---

(١) نصت المادة (١٠٣) من الاتفاقية على أن تعتبر السفينة أو الطائرة سفينة أو طائرة قرصنة إذا كان الأشخاص الذين يسيطرون عليها سيطرة فعلية ينوون استخدامها لغرض ارتكاب أحد الأعمال المشار إليها في المادة (١٠١)، وكذلك الأمر إذا كانت السفينة أو الطائرة قد استخدمت في ارتكاب أي من تلك الأعمال، ما دامت تحت سيطرة الأشخاص الذين اقترفوا ذلك العمل.

(٢) Michael H. Passman, Protections Afforded to Captured Pirates Under the Law of War and International Law, Tulane Maritime Law Journal, 33 Tul. Mar. L. J. 1, Winter, 2008, pp. 12-13.; Timothy H. Goodman, LEAVING THE CORSAIR'S NAME TO OTHER TIME:" How To ENFORCE THE LAW OF SEA PIRACY IN THE 21sT CENTURY THROUGH REGIONAL INTERNATIONAL AGREEMENTS, Case Western Reserve Journal of International Law; Winter 1999; 31, 1, pp. 149-150.

ونستنتج مما سبق أن تعريف تلك الاتفاقية للقرصنة[١] اشتمل على خمسة عناصرِ، هي: (١) وجوب أَنْ تَكُونَ الأفعال – التي تشكل قرصنة – جرائمَ عنف مثل السرقةِ أو القتلِ أو الهجومِ أو الاغتصاب؛ (٢) وأن ترتكب في أعالي البحار، أي ما بعد إقليم الدولة، والبحرِ الإقليمي أو خارج الولاية القضائية الإقليمية الأخرى؛ (٣) مِن قِبل سفينة خاصّة، أو سفينة عامّة خلال تمرّد أو لَمْ تَعُدْ تحت سيطرة الدولة التي تمتلكها وتحت مراقبتها الفعالة؛ (٤) للأهداف الخاصّةِ؛ و(٥) مِنْ سفينةِ أو طائرةِ ضد سفينة أخرى، فعلى الأقل يجب أن يكون هناك سفينتان مشمولتان بعملية القرصنة.

كما يتبين لنا، أن الاتفاقية تقر تطبيق أحكام القرصنة على الجرائم التي تقع في أعالي البحار فقط، بالرغم من أنَّ أكثر الهجمات تحدثُ في المياه الإقليمية، فالهجماتِ التي تحدث في البحرِ الإقليمي تدخل في نطاق اختصاص الدولة الساحليةِ[٢]، ورغم أن الأشخاص الذين يَرتكبونَ "القرصنةَ" في أعالي

(١) يلاحظ أن مقرر لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي – الذي قام بالدور الأساسي في إعداد اتفاقية ١٩٥٨ وصياغتها، قد اعتمد – بقوة – على مسودة اتفاقية القرصنة المعدة بواسطة مركز أبحاث هارفارد في القانون الدولي، التي كانت أساساً لاتفاقيتي ١٩٥٨، و١٩٨٢، وقد نصت تلك المسودة على أن أي فعل من الأفعال التالية يشكل جريمة قرصنة: أيّ عمل من أعمال العنف أَو النهبِ ارتكب بنيةِ السَرِقَة، أو الاغتصاب، أو الجرح، أو الاستعباد، أو الَسْجنُ أَو القَتْلُ لشخص أَو بنيةِ سَرِقَة أَو تدمير الممتلكات، بدون سند صريح أو إدعاء بالحقِّ، بشرط أن يرتبط الفعل بهجومِ على البحر أَو مِنْه أَو في الهواء أَو مِنْه. للمزيد، انظر:
Malvina Halberstam, Terrorism on the High Seas...., op. cit. p. 277.

(٢) George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy, Tulane Law Review, 81 Tul. L. Rev. 1433, June, 2007. pp. 1442-1443.; Angelos Syrigos, Developments on Interdiction of Vessels on the High Seas, in: ANASTASIA STRATI, MARIA GAVOUNELI, and NIKOLAOS SKOURTOS, Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea: Time Before and Time After, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2006, p. 175.; Bj?rn M?ller, PIRACY, MARITIME TERRORISM AND NAVAL STRATEGY, DANISH INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES (DIIS), 2009, p. 18.

البحار أو خارج الولاية القضائيةِ لأيّة دولة، وأولئك الذين يَرتكبون "القرصنةَ" ضمن المياه الإقليمية للدولة يكونون في أغلب الأحيان نفس الأشخاص(١).

وقد استُعمل مصطلح "للأهداف الخاصّةِ" "for private ends"، لكي تُستثنى – من تعريف القرصنة – الأَفْعالَ ذات الأغراض السياسية، مثل الأفعال التي يقوم بها المتمرّدون غير المعترف بهِم unrecognized insurgents أو الثوار غير المنظمين unrecognized insur، الذين وجهوا هجماتهم وحدّدوها وقيدوها بالدولةِ التي يُريدونَ الاستقلال عنها أو غير معترفين بشرعيتها، أي الذين يقصرون هجماتهم على الدولة التي يرغبون في الاستقلال عنها(٢).

ولاعتبار الفعل قرصنةً – طبقاً للاتفاقية – فإن المهاجمين لا بدَّ أنْ يهاجموا السفينةَ مِنْ سفينة أخرى (اشتراك سفينتين)، وهذا الأمر يستثني الهجمات التي ارتكبت مِن قِبل القراصنةِ المتنكرين كمسافرين أو متخفين على ظهر السفينة(٣).

---

(١) Michael H. Passman, Protections Afforded to Captured Pirates Under..., op. cit. p. 5.; Bj?rn M?ller, PIRACY, MARITIME TERRORISM ...., op. cit. p. 18.; George D. Gabel, Jr, op. cit. p. 1443.

(٢) فضّلتْ لجنة القانونِ الدولي – التي قامت بإعداد مسودة اتفاقية قانون البحار – تعريف القرصنةِ بمعنى ضيّق لا يَتجاوزُ مفهومَ السرقة، وفي الوقت نفسه يَستثنى الجرائمَ المستندة على دوافع سياسية، للمزيد، انظر:
Wojciech Stankiewicz, International Terrorism at Sea as a Menace to the Civilization of the 21st Century, The American Behavioral Scientist, Vol. 48, No. 6, February 2005, p. 689.; Zou Keyuan, Issues of Public International Law Relating to the Crackdown of Piracy in the South China Sea and Prospects for Regional Cooperation, op. cit. p. 528.; Timothy H. Goodman, LEAVING THE CORSAIR'S NAME TO OTHER TIME...., op. cit. pp. 149-150. Footnote. 53.

(٣) وهذا الموضوع من الصعب مُعَالَجته، لأنه ما لم يكن المهاجمون مسافرين متخفين أَو أعضاء في الطاقم stowaways or crew members، فليس هناك تفسير معقول لسفينة يُمْكِنُ أَنْ تُهاجمَ في المياه الدوليةِ خارج ولاية أيّ دولة مِنْ أيّة طريقة ما عدا من سفينة إلى سفينةٍ، للمزيد، انظر:
=

وبناء على ما سبق، يمكن القول إن المسافرين المتخفين وأفراد الطاقم لغز لم يُعالج بالكامل مِن قِبل اتفاقية قانون البحار، فهؤلاء المهاجمون يَجِبُ – بلا شك – أَنْ يعتبروا إرهابيين بالإضافة إلى اعتبارهم قراصنةً، فإذا كان المسافرون المتخفون وأفرادِ الطاقم المتمردون مشمولين فقط في قائمة أعمال القرصنة(١)، فإن الولاية القضائية ستُعرقل – بشدَّة – بهذا التصنيفِ(٢)، فالسَماح بتصنيف هؤلاء المهاجمين "كإرهابيين بحريين" maritime terrorists، سيسمح بفرض عقوباتِ أقسى عليهم لجرائمِهم، بالمقارنة مع التسليمِ المحتملِ إلى وطنهم مَع عقاب قليل أو لا عقابَ(٣).

كما استثنت الاتفاقية – من أفعال القرصنة – الهجوم الذي يشن بواسطة المراكب والسفن التابعة للدولة سواء أكانت محاربة أم لا، فالسفن الخاصة – فقط – يمكن أن تقوم بأعمال القرصنة، فالجنود الذين يتبعون الدولة، وسفنها العامة لا يمكن أن يكونوا قراصنة، غير أنه في حالة استيلاء أفراد طاقم سفينة أو طائرة حكومية على السفينة أو الطائرة أو تمردهم واستخدامها في أعمال القرصنة، فإنها تعامل – في هذه الحالة – معاملة السفن الخاصة التي ترتكب أعمال القرصنة (م ١٠٢) من اتفاقية ١٩٨٢.

= Bj?rn M?ller, PIRACY, MARITIME TERRORISM..., op. cit. p. 18.; Jason Power, THE BEST OF BARRY: BARRY STUDENT ARTICLE: MARITIME TERRORISM: A NEW CHALLENGE FOR NATIONAL AND INTERNATIONAL SECURITY, Barry Law Review, 10 Barry L. Rev. 111, Spring, 2008. p. 119.

(١) تطبيقاً لما يعرف "بمتطلب سفينتين" "two ship requirement"، يلاحظ أن الفعل غير الشرعي الذي ارتكب مِن قِبل فرد من الطاقم على متن سفينة ولَيسَ ضدّ سفينةٍ أخرى لَيس قرصنةً. للمزيد، انظر:
Michael H. Passman, Protections Afforded to Captured Pirates., op. cit. pp. 12-13.

(٢) هذه المشاكلِ تعالج جزئياً باتفاقية ١٩٨٨ لقمع الأَفْعالِ غير القانونيةِ ضدّ سلامة الملاحةِ البحريةِ (اتفاقية سلامة الملاحة البحرية)، التي تغطّي الأَفْعال نفسها، بغض النظر عن الباعث على ارتكابها، وبدون "معيار اشتراك سفينتَينِ"، وسيتم التطرق إلى ذلك فيما بعد.

(٣) Jason Power, THE BEST OF BARRY....., op. cit. p. 120.

ويبدو أن أي فعل من أفعال العنف، يرتكب في أعالي البحار، ينبغي أن يعد جريمة قرصنة، لأن عدم القول بغير ذلك سيخرج الأفعال المماثلة التي ترتكب بدافع القتل أو الاسترقاق أو الجرح أو تدمير الممتلكات من عداد الأفعال التي تكون جريمة القرصنة، بل إن بعض هذه الأفعال تستحق عقوبة وملاحقة أكبر من القرصنة نظراً لأضرارها الكبيرة، وبالتالي تستحق أن تقمع وتحارب من عموم أشخاص القانون الدولي، بدلا من قصر ذلك على الدول التي تحرم تلك الأفعال في قانونها الوطني فقط، كما أن تلك الأفعال – مثلها مثل القرصنة – تهدد أمن الملاحة البحرية، وحرية الانتقال للسلع والأفراد وغيرها.

ونخلص مما سبق – كما أشار بعض الفقهاء[١] – إلى أن تعريف اتفاقية ١٩٨٢ للقرصنةِ قَدْ يُؤدّي إلى استنتاج أن ما يحدث من أعمال قرصنة في سواحل الصومال وخليج عدن، ليست مشكلة مهمة اليوم، بسبب ظهور القرصنة في شكل جديد، وأعمال وأساليب أخرى لم ترد في ذلك التعريف، وهو ما يطلق عليه "القرصنة المعاصرة".

ولا شك أن هذا الأمر يحتاج إلى تعديل لاتفاقية قانون البحار ١٩٨٢ ليشمل تعريف القرصنة الجرائم السابقة وما شابهها من أفعال تضر بالملاحة البحرية، لمواكبة التطورات الحاصلة في أعمال القرصنة، وتغطية جميع تلك الجرائم بأشكالها وأنواعها الجديدة.

الفرع الثاني
القرصنة المعاصرة وإستراتيجيتها

يمكن القول إن شكل القرصنة المعاصرة Contemporary piracy، قد اختلف عن شكلها في الماضي، فقد جذبت القرصنة المُعاصرة إليها الأنظار،

(١) Jason Abbot and Neil Renwick, "Pirates? Maritime Piracy and Societal Security in Southeast Asia," Global Change, Peace & Security (formerly Pacifica Review) 11, no. I (1999): I I.

مشار إليه في Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. p. 120.

وحازت على الكثير من الانتباه المُتزايد، رغم أن البيانات المتوفرة – حالياً – عن القرصنةِ بعيدة عن الإقناع وتساوي بين القرصنة والسرقة بقوّة السلاح مِنْ السُفنِ، وهذا الأمر يَتجاهلُ الاختلافات القانونيةَ بين الصنفين(١).

ولذلك – لأغراض إحصائية – قام المكتب البحري الدولي the International Maritime Bureau (IMB) – الذي أُسّسَ في ١٩٨١ – بتَعريف القرصنةِ(٢) على أنها: "فعل الصعود أو مُحَاوَلَة الصعود على أيّة سفينة بقصد ارتكاب السرقةِ أو أيّة جريمة أخرى، على أن يقترن ذلك بالنيةِ الواضحة لاستعمال القوةِ في تعزيزِ ذلك الفعلِ"(٣).

---

(١) فأغلب البيانات تؤكد أن أكثر الهجماتِ حَدثتْ ضد السُفن الراسية، وأكثرها أَخذَ شكلَ الصعود غير القانوني على ظهر السفينة، وفي أكثر الحالاتِ استعملت السكاكين، وتلا ذلك مباشرةً الأسلحة النارية، ورغم ذلك، فإن الخسائر في الأرواحِ كانت بسيطة جداً، ففي ٢٠٠٧ – على سبيل المثال – فَقدَ ٥ من طواقم السفن حياتهم بسبب عنف القراصنة، وأصيب حوالي ٣٥ شخصاً، وأكثر الهجماتِ كانت في نطاق ضيق، فحوالي النِصْف منها تم بأقلِ مِنْ ١٠ قراصنة، الذين نادراً ما لجؤوا إلى العنف الفعلي، كما أن الكثير من الهجمات كانت غير مخطّطة، حيث كانت تهاجم السفن التي صادفَ أنها كَانَت تمْرُّ في منطقة نشاط القراصنة، "أهداف الفرصة" "targets of opportunity"، للمزيد، انظر:
Bj?rn M?ller, PIRACY, MARITIME TERRORISM...., op. cit. p. 6.

(٢) هناك صعوبة في تصنّيف أَفْعال القرصنة بشكل واضح، وهذه الصعوبةِ ناتجة عن عدم القدرة على وضع تعريف واحد وواضح للقرصنة، وهذا يعد انعكاسا للطبيعةِ الواسعةِ للقرصنةِ المعاصرة، فأفعال القرصنةِ اليوم تتم عبر سلسلةَ مِنْ السرقات الصغرى في المياه الإقليمية من الجماعات الإجراميةِ المتطوّرةِ التي تهدف إلى حجز السفينةَ نفسها. للمزيد، انظر:
George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead, op. cit. pp. 1434-1435.

(٣) Report for the Period 1 January-30 June 2005 (London, International Maritime Bureau: 19 July 2005), 3.; Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY IN THE STRAITS OF MALACCA AND SINGAPORE, Journal of International Affairs, Vol. 59, No. 1, Fall/Winter 2005, P. 101. Footnote. 15.; Int'l Maritime Bureau, Piracy and Armed Robbery Against Ships: 2006 Annual Report, INT'L CHAMBER OF COMM. (2007), 'For statistical purposes, the 1MB defines "piracy and armed robbery against ships" as: "An act of boarding or attempting to board any ship with the apparent intent to commit theft or any other crime and with the apparent intent or capability to use force in the furtherance of that act'.

وهذا التعريفِ يغطّي كُلّ "الهجمات الفعلية أو المُحَاوَلة سواء أكانت السفينة في المرسى أو في المياه الإقليمية أو أعالي البحار"، حيث يستعمل تعبيرَ "القرصنة والسرقة ضدّ السُفنِ" "piracy and robbery against ships" لوَصْف كُلّ الأَفْعال ضدّ السفن التجاريةِ حيثما كانت، سواء أكان الفعل يتلاءمُ مع التعريف القانوني للقرصنةِ الوارد في اتفاقية ١٩٨٢، أم لا، في حين أن تعريف اتفاقية ١٩٨٢ يُصوّرُ القرصنة بأنها يُمْكِنُ أَنْ تَتضمّنَ مركباً بحرياً أو طائرة، ما دام يحدث الحجز أو النهب خارج الولاية القضائيةِ لأيّة دولة، أي في أعالي البحار(١).

كما أنه يتلاءم مع نمط هجماتِ القراصنة المعاصرة، فبينما أن القراصنة في الماضي كانوا يهاجمون السفن لسَرِقَة المالِ أو الموادِ الثمينةِ، فإن قراصنة اليوم يُحاولونَ اختطاف كامل السُفُنِ أو الحمولةِ، وطبقاً لذلك، هناك ثلاثة أنواعِ من القراصنةِ، تشمل: (أ) الأشخاص على ظهر السُفنِ في البحر أو في المرسى الذين يَسْرقُون أيّ شيء له قيمة؛ (ب) العصابات المُنظَّمة والمسلّحَة تسليحا جيدا التي تَستقلُّ السُفنَ، في المرسى أو أثناء الملاحة لكي تسْرقَ المالَ مِنْ الطاقم أو الموادِ الثمينةِ من الحمولة أو أجهزة السفينةِ؛ و(ج) مُخْتَطِفو السُفنِ والحمولةِ(٢).

بالإضافة إلى أن مجلس الأمن الدولي – الذي يملك سلطة إصدار قرارات ملزمة – يتعامل مع القرصنة في سواحل الصومال وفقاً لتعريف المكتب البحري الدولي، بعيدا عن التعريف الوارد في اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢(٣).

(١) Jason Power, THE BEST OF BARRY...., op. cit. p. 113.

(٢) John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTH-EAST ASIAN WATERS, ASIAN SURVEY, VOL. XLVIII, NO. 3, MAY/ JUNE 2008, p. 476.; International Maritime Bureau's Piracy Reporting Centre, Attacks on Ships. Background Information,

(٣) انظر على سبيل المثال: القرار ١٨٠١ الصادر في ٢٠ فبراير ٢٠٠٨، والقرار رقم ١٨١٦ بتاريخ ٢ يونيو ٢٠٠٨، والقرار ١٨٤٦ الصادر في ٢ ديسمبر ٢٠٠٨.

علماً بأن القرصنة التي تتمثل في اختطاف السُفنِ وشحناتها تتزايد باستمرار[١]، وهذا النوعِ مِنْ الهجومِ أيضاً هو الأكثر خطورةً على الأطقمِ، كما أنه سائد جداً في منطقةِ بحر جنوب الصين وفي سواحل الصومال[٢].

وبالإضافة إلى ما سبق، ينبغي الإشارة إلى أن هناك اتفاقيات أخرى ضِدِّ القرصنةَ، منها: (١) اتفاقية ١٩٨٨ لقمع الأعمال التي تهدد سلامة الملاحة البحرية (اتفاقية سلامة الملاحة البحرية)[٣]، و(٢) بروتوكول قمع الأَفْعالِ غير

---

(١) إنّ اختطاف السُفُنِ بأكملها يشكلُ القرصنة الأكثر تطرفاً وشيوعا في الوقت الحالي، حيث يؤخذ أفراد الطاقم كرهائن، أَو يتم قتلهم، ويُستولى على السفينة وحمولتها، وبعد التخلص من الحمولة بالبيع أو التفريغ، فإن القراصنة إمّا يَتْركونَ السفينةَ أَو يعدّلُون هويتُها لكي تَباع أَو تستعملَ في الأنشطة الإجرامية الأخرى، فعلى سبيل المثال، في قضية الناقلة الماليزية "بتشيم "Petchem، التي كانت تحمل شحنة عبارة عن خليط من الوقودِ الخفيفِ ووقود الطيرانَ، وحدث في ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٠ أن سيطرت عصابة من القراصنةِ المُسلَّحينِ على السفينةِ في شرق ماليزيا، وقام القراصنة بكتابة اسم مزيف على مؤخَّرةِ السفينةَ، وغيّرَوا لونَ مدخنتها، وبعد ذلك أبحرَوا إلى منطقة أخرى، حيث ضَخّوا زيتَ الوقود الخفيفَ في سفينة ثانية. للمزيد، انظر:
John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY..., op. cit. p. 476.; Angelos Syrigos, Developments on Interdiction of Vessels on the High Seas, op. cit. p. 174, footnote 112.

(٢) Angelos Syrigos, op. cit. pp. 174-175.

(٣) بعد حادثة اختطاف السفينة الإيطالية Lauro"" عام ١٩٨٥ انقسمت الآراء القانونية حول الموضوعِ، فقد رأى العديد من المسؤولين في الولايات المتّحدةِ وبريطانيا أنّ أيّ فعل مقترن بالعنف في البحر ومُفْتَقر إلى التفويضِ الرسمي يُمْكِنُ أَنْ يُعتَبرَ قرصنةَ، وأن "القرصنة يجب أنْ تُعرّفَ بأنها كُلّ عمل من أعمال العنف غير المرخص ضدّ الأشخاصِ أَو السلعِ، أُرتكب في البحرِ المفتوحِ، إمّا مِن قِبل سفينة خاصّة ضدّ السفينةِ الأخرى أَو مِن قِبل الطاقمِ أَو المسافرين المتمرّدينِ ضدّ سفينتِهم الخاصة"، وقد اتفق المجتمع الدولي على اتفاقية سلامة الملاحة البحرية التي جرمت الأعمال التي ترتكب "للأهداف السياسيةَ" وأدخلتها في الأنشطة غير القانونية ضدّ أمانِ الملاحةِ التي تشمل أَفْعالَ القرصنة. للمزيد من التفاصيل، انظر:
Daniel Heller-Roazen, The Enemy of All: Piracy and the Law of Nations, Zone Books, New York, 2009. p. 172.; George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead, op. cit. p. 1442.

القانونيةِ ضدّ أمانِ الأرصفةِ الثابتةِ الكائنة في الجرف القاري (بروتوكول ١٩٨٨)، وبروتوكول ٢٠٠٥[١]، وهذه الاتفاقيات تغطّي كُلّ الأَفْعال غير القانونية ذات العلاقة سواء الناجمة عن الأهداف السياسيةِ أو الخاصّةِ[٢]، كما أنها تهدف لمُعَاقَبَة أيّ شخص يَرتكبُ مخالفةً بشكل غير قانوني وعمدي تتمثل في: الاستيلاء على السفينة أو السيطرة عليها بالقوة أو التهديد بها؛ أو ممارسة عمل من أعمال العنفَ ضدّ شخصِ آخرِ على متن السفينةِ، خصوصاً إذا كان العمل من المحتمل أَنْ يُعرّضَ الملاحةَ الآمنةَ لتلك السفينةِ للخطر؛ أو القيام بتدمير السفينة أو إلحاق الضرر بها أو بحمولتها؛ أو الإقدام – بأية وسيلة – على وضع مادة على ظهر السفينة يمكن أن تؤدي إلى إلحاق الضرر بها أو بحمولتها، وفي سبيل ذلك تؤكد على أنّ كُلّ "طرف متعاقد" يَجِبُ أَنْ يَتّخذَ الإجراءاتَ الضروريةَ لبسط ولايته القضائيةِ على تلك المخالفاتِ، أو يسلّمُ الجاني أو المتهم المزعومَ إلى الطرف المتعاقد الآخرِ الذي يمتلك اختصاصا قضائيا على تلك الجرائم[٣].

إضافة إلى ذلك، تطبق الاتفاقية على المخالفاتِ والجرائم التي ارتكبت على السفينةِ إذا كانت تبحر أو تزمع الإبحار في مياه واقعة وراء الحدود الخارجيةِ للبحرِ الإقليمي لدولة ساحلية أو الحدود الجانبية لهذا البحر مع الدول المتاخمة أو عبر تلك المياه أو منها (م ١/٤ من اتفاقية سلامة الملاحة البحرية ١٩٨٨)، كما تَنطبقُ أيضاً متى وجد المجرم أو المشتبه به في إقليم طرف متعاقد ما عدا الحالة السابقة (م ٢/٤)[٤].

---

(١) سمي اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة التي تهدد سلامة الملاحة البحرية لعام ٢٠٠٥ (النص الجامع لاتفاقية قمع الأعمال التي تهدد سلامة الملاحة البحرية ولبروتوكول عام ٢٠٠٥).

(٢) George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead, op. cit. pp. 1444-1445.

(٣) المواد (٣، ٤، ٥، ٦) من اتفاقية سلامة الملاحة البحرية ١٩٨٨.
Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. P. 121.

(٤) Ibid. pp. 121-122.

ويلاحظ أن اتفاقيات سلامة الملاحة البحرية تتمم الإجراءات القانونية ضِد القرصنةَ الواردة في اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢، غير أن مجال التطبيقِ الإقليمي بين اتفاقية ١٩٨٢ واتفاقية سلامة الملاحة البحرية مختلف[١]، فبينما تنطبقُ اتفاقية ١٩٨٢ – فقط – على أعالي البحار والمنطقةِ الاقتصادية الخاصّةِ، فإن اتفاقيات سلامة الملاحة البحرية تَنطبقُ لَيس فقط على المياهِ في أعالي البحار، لكن أيضاً على المياهِ ضمن الولاية القضائية لدولة طرف but also to waters within the national jurisdiction، (أيضاً إذا كان الفاعل أو المشتبه به (الظنين) موجوداً في أرضِ دولة طرف متعاقدة) (م ٢/٤)، وهذه المجالات المختلفة للتطبيق قَدْ تُصبحُ صعبة من الناحية الواقعية عندما يراد تطبيق الاتفاقيات المذكورة أعلاهَ[٢].

(١) رأى البعض أن الإطار القانوني الدولي الحالي لقَمْع القرصنةِ يُعتَبرُ كافيا لأكثر الدول وشركات الشحن البحري، وليس هناك حاجة ماسة لفَرْض التعاريفِ القانونيةِ الشاملةِ – مثل تعريف المكتبِ البحري الدولي – وعلى أية حال، هناك إدراك لحاجةِ الحكوماتِ الوطنيةِ لتَشريع وفرضْ قوانينَ محليةَ لتطابق المسؤولياتِ التي فرضتْ بالاتفاقيات الدوليةِ مثل اتفاقية ١٩٨٢ لقانونِ البحارِ، واتفاقية سلامة الملاحة البحرية ١٩٨٨، وفي الوقت الحاضر، ليس هناك إشارات تفيد بأن الدول – واقعياً – تمتلك القوانين الضروريةُ لتَنفيذ التزاماتها بموجب هاتين الاتفاقيتين، وهذا بالتأكيد الشّيء الذي يجب أَنْ يُعالج بشكل كاف ومفيد. للمزيد، انظر:
Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, Notes from a RAND Workshop to Discuss the Best Approaches for Dealing with Piracy in the 21st Century, RAND Corporation, 2009, pp. 1-2.

(٢) Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. P. 122.

المطلب الثاني
الاختصاص أو الولاية العالمية في اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار

يمكن القول إنه أثناء عصرِ تشكّيلِ وصياغة القانونِ الدوليِ الحديثِ، لم يكن هناك دولة لها سلطة قضائية خاصّة على أعالي البحار، فإذا ظهر نزاع، أو إذا حدثت جريمة على سفينة، فإن الدولة التي يرفرف عَلَمها على السفينةِ سَيكونُ لها الاختصاص القضائي عليها(١).

غير أن المادة (١٠٥) من اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢ أقرت الولاية العالمية ضد القرصنة حيث يكون لكل دولة في أعالي البحار، أو في أيّ مكان آخر خارج الولاية القضائيةِ لأيّة دولة، أن تستولي على سفينة أو طائرة القراصنة أو سفينة أو طائرة وقعت تحت سيطرتهمِ، وتعتقل الأشخاصَ وتستولي على الممتلكات الموجودة عليها.

وعليه، سيتم تناول تلك الولاية العالمية من حيث مفهومها وأسبابها وعناصرها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول
مفهوم الاختصاص أو الولاية العالمية وأسبابها

أولاً – مفهوم الولاية العالمية universal jurisdiction:

من المعروف أن القانون الدولي يعرف صنفين رئيسيين مِنْ الاختصاص أو الولاية لتطبيق الاختصاص القضائي والتنفيذي، يتمثل الصنفُ الأولُ في المبدأ

(١) Eric A. Posner and Alan O. Sykes, An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law, op. cit. p. 123.

الإقليمي territorial principle، الذي بسبب سيادةِ الدول على إقليمها، يُسْمحُ لها بتَنظيم الأنشطة التي تَحْدثُ ضمن ذلك الإقليم والرقابة عليها(١).

أما الصنف الثاني فيعرف بالمبدأِ الخارجي (خارج الإقليم) extra-territorial principle الذي يَسْمحُ للدول بممارسة الولاية القضائيةِ على: أ) الأنشطة التي تَحْدثُ خارج إقليم الدولة، لكن لَها تأثيرات على إقليمها، ويعرف كذلك بِمبدأِ التأثيراتَ effects principle؛ ب) الأنشطة التي ارتكبت مِن قِبل مواطنيها الخاصينِ في أي مكان، ويعرفُ أيضاً بمبدأ الشخصيةَ personality principle؛ ج) الأنشطة التي تُهدّدُ أمنَها، الذي يعرف كذلك بِالمبدأِ الوقائي protective principle؛ د) جرائم التطرّف الخطرة التي تُؤثّرُ على مصالحِ المجموعة الدوليةِ ككل، ويعرف كذلك بِمبدأِ العالميّة universality principle(٢).

فدولة علم السفينة – بسبب مبدأ الشخصية – تمتلك اختصاصا قضائيا على السفن التي ترفع علمها، أما الدول الساحلية فيمكنها تطبيق اختصاصها أو ولايتها على الجرائم التي تقع في إقليمها – مثل انتهاك معايير التلوث في

---

(١) المبدأ القانوني الأساسي يقضي بأنّ السلطة القضائيةِ لا تُمارسُ في أرضِ دولة أخرى بدون موافقةِ تلك الدولة، وقد قررت ذلك محكمة العدل الدوليةِ الدائمة في قضية اللوتسِ S.S. Lotus، بقولها: إن الدولة لا تمارسُ سلطاتَها بأيّ شكل في أرضِ الدولةِ الأخرى it may not exercise its powers in any form in the territory of another State، وبهذا المعنى يمكن القول إن الاختصاص القضائي إقليمي جداً؛ فهو لا يُمْكن أنْ يُمارسَ مِن قِبل الدولة خارج أراضيها ماعدا استناداً إلى قاعدة تجيز ذلك. للمزيد، انظر:

Case of the S.S. 'Lotus' (France v Turkey), Permanent Court of International Justice, Judgment of 7 September 1927, Series A, No. 10 (1927), p. 18.

(٢) Robert M. Jarvis, Maritime Piracy in the Modern World, Insights on Law & Society, op. cit. p. 2.; Zeynep Uear, PLACES OF REFUGE AND THE OBLIGATION TO ACCOMMODATE SHIPS IN DISTRESS, A Thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial fulfillment of the requirements of the Degree of Masters of Laws (LL.M.), Faculty of Law, McGill University, Montreal, Quebec, Canada, February 2006. p. 70.

مياهها الداخلية والإقليمية – استناداً إلى قاعدة مبدأ الإقليمية، وفي المنطقة الاقتصادية الخالصة بموجب مبدأ الآثار، وأخيراً، تملك كل الدول الاختصاص بمحاكمة أفعال القرصنة استنادا إلى مبدأ العالمية(١).

وبالتالي، فإن مُمَارَسَة الولاية القضائيةِ في حالة القرصنةِ، تَعْني الحقَّ في الاقتراب من السفينة والصعود على ظهرها وتفتيشها ومطاردتها وحجزها والاستيلاء عليها واعتقال القراصنة ومحاكمتهم(٢).

ثانياً – أسباب فرض الولاية القضائية العالمية على القرصنة:

تم فرض الولاية القضائية العالمية على القرصنة بسبب التهديدِ الكائن على التجارةِ الناتج عن أَفْعالِ القرصنةِ، فالقراصنة أعداء لكُلّ البشرية، ولذا فإن الولاية القضائيةِ العالمية ملائمة لمحاربتهم(٣).

وقد قبلت الدول تلك الولاية لملاحقة ومتابعة القراصنة، للأسباب التالية(٤):

أ – لأن القراصنة يهاجمون سفن كل الدول دون تمييز، وهذا الأمر يعد تهديداً لكل الدول.

ب – ولأن القراصنة ليسوا موضوعاً ولا خاضعين لسلطة أي دولة، ولذا لا توجد دولة يُمْكِنُ أَنْ تتحمل مسؤوليةَ أَفْعالَهم.

وهذان السببان خَلقا الحاجةَ العمليةَ وقدما التبريرَ النظريَ للولاية القضائيةِ العالميةِ على القرصنة، فهذه الولاية بُررت – نظرياً – تأسيساً على أن القراصنة أعداء لكل البشرية، ولا توجد دولة يمكن أن تتحمل المسؤولية عن أعمالهم،

---

(١) Zeynep Uear, op. cit. pp. 70-71.

(٢) Mark Pallis, Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes, International Journal of Refugee Law Vol. 14 No. 2/3, 2002. pp. 350-351.

(٣) Natalie Klein, The Right of Visit and the 2005 Protocol on the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, Denver Journal of International Law and Policy, 35 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 287, Spring, 2007, p. 298.

(٤) Malvina Halberstam, Terrorism on the High Seas....., op. cit. p. 288.

وعليه فعندما لا يكون الفاعل مهدداً لكل الدول، أو أن الفعل يرتكب بناء على ترخيص من دولة أو جماعة، فإن الاختصاص الدولي ينعدم، وهكذا نستنتج أن الأفعال بواسطة سفن الدولة، أو بواسطة ثوار معترف بهم، أو على ظهر سفينة مستمرة في قبول سلطة دولة العلم، لا تشكل أفعال قرصنة(١).

كما أن المخاوف البيئية لها بَعْض الصلةِ أيضاً بالقرصنةِ، فأي هجوم قرصاني على ناقلةِ نفط – على سبيل المثال – يُمْكِنُ أَنْ يُسبّبَ كارثةَ تلوث بيئي، فمن البديهي إمكانية حدوث ضرر هائل catastrophic accident يَتضمّنُ واحدة أو أكثرَ من السفن التي تَحْملُ حمولةَ تدميرية ضخمة بيئياً، وليس من باب المصادفة، وقوع الكثير من الحوادث القرصانية في مناطقِ تتميز بالجمال الطبيعي أو لها أهمية بيئية دولية، مثل بحر جنوب الصين، وخليج عدن وغيرها(٢).

الفرع الثاني
عناصر الولاية القضائية العالمية

بموجب الولاية القضائية العالمية على القراصنة، يكون لكل دولة في أعالي البحار، أو في أيّ مكان آخر خارج الولاية القضائيةِ لأيّة دولة، أن تستولي على سفينة أو طائرة القراصنة أو سفينة أو طائرة وقعت تحت سيطرتهم، وتعتقل الأشخاصَ وتستولي على الممتلكات الموجودة عليها (م ١٠٥ من اتفاقية ١٩٨٢)، كما أن السفن الحكومية لكُلّ الدول تمتلك الحق في زيارة وتفتيش وحجز وتوقيف السفن المشتغلة في القرصنة، وتُخضع القراصنةَ المعتقلين

---

(١) Ibid.

(٢) Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy: Exploring the Options in International Law, A Workshop Report, one earth Future, Washington, DC, 16 - 17 October 2009, p. 2.; Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, P. 118.

لسلطتها القضائيةِ لمحاكمتهم سواء عند القبض عليهم أو متى ما وجدوا على إقليمها (مواد ١٠٥ و١١٠ من اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار)[١]وسيتم دراسة عناصر الولاية القضائية العالمية، كالتالي:

أولاً – حق الاقتراب والزيارة والتفتيش والحجز:

اتفقت المجموعة الدولية على حقِّ السفينة الحربية أو طائرة أو سفينة مرخص لها، وتحمل إشاراتِ مميزة ومعروفة تؤكد أنها تقوم بأداء واجباتِ دولة ما وتعمل في خدمتها، باعتراض السُفُن التجارية الأجنبية في أعالي البحار وتفقّدها (م ١١٠/٤، ٥) من اتفاقية ١٩٨٢[٢]، وقد نصت المادة (١١٠/١) على الحالات التي يجوز فيها ذلك، كالتالي:

أ) أن السفينة تعمل في القرصنة؛ ب) أو أنها تعمل في تجارة الرقيق؛ ج) أنها تعمل في البث الإذاعي غير المرخص؛ د) أو أنها بدون جنسية؛ هـ) أو أن السفينة، على الرغم من رفعها لعلم أجنبي أو رفضها إظهار علمها، هي في الواقع سفينة من نفس جنسية السفينة الحربية.

فبسبب النتائج السلبية التي ترتبت على مبدأِ حرية الملاحة، ظهرت العديد من الاستثناءات عليه، فالمدى الواسع (غير المقيّد) لحريةِ الملاحةِ تم تعديله

---

(١) بالإضافة إلى ما ورد أعلاه، يلاحظ أن تطبيقِ الولاية القضائيةِ العالميةِ يعني أن كُلّ الدول تَمتلكُ الحقّ، أَو يقع عليها واجب، اعتقال القراصنةِ ومُحَاكَمَتهم بشكل قانوني، لأن القرصنة تعد من الجرائم الماسة بحقوق الكافة، ولذا يَجِبُ أَنْ يَكُون القرصان مُحَاكَماً مِن قِبل كُلّ شخصٍ، وهذا يُشكّلُ التزاماً على الكافة بغض النظر عن أيّ تشريع وطني أَو دولي أَو أي من ذلك، للمزيد، انظر:
Bj?rn M?ller, PIRACY, MARITIME TERRORISM...., op. cit. pp. 16-17.

(٢) A.L. Kolodkin, Y.V. Bobrova and G.G. Shinkaretskaia, Peaceful Uses of the Seas in the Light of New Challenges and Threats, in: Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum and Chie Kojima, Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes (ads), Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2007. P. 438.

لاستثناء القرصنةِ وتجارة العبيدِ وتجارة المخدّراتِ، ومنحت الدول جميعها اختصاصاً قضائياً تتمثل عناصره في حقّ الصعود والتفتيش، وحقّ المطاردة الحارة وغيرها(١).

فالدولة – تحت ظروف معيّنة واستثنائية – قَدْ تَتدخّلُ في سفينةِ دولة أخرى في أعالي البحار(٢)، وهذا التدخلِ قَدْ يَأْخذُ عِدّة أشكال، ويُمْكِنُ أَنْ يُصنّفَ تحت صنفين عامّين، الأول الحقَّ في الاقتراب the right of approach، والثاني الحقَّ في الفحص أو البحثِ والزيارةِ the right of search and visit، علما بأن حقَّ الاقتراب ناتج عن قاعدة عرفية في القانونِ الدولي، وبموجب هذا الحقِّ، يمكن لأيّة سفينة حربية – لكُلّ دولة – أن تَقترب من سفينة في أعالي البحار لكي تتحقّقَ من هويتَها وجنسيتَها، وهذا عمل بسيط جداً وأقلّ تعويقاً للرحلة البحريةِ للسفينة، وعادةً ما تطلب السُفُن الحربية تعريف السُفنِ التجاريةِ بالراديو، كما أن حقّ الاقتراب حقّ طبيعي ويُشكّلُ ممارسةً يوميةً في أعالي البحار، وعلى النقيض من ذلك، فإن حقّ الزيارةِ والبحثِ يعد حقاً مختَلفا(٣).

ويمكن لحقّ الزيارةِ والبحثِ أَنْ يتميز عن حقِّ الاقتراب في المراحل التالية:

---

(١) United Nations, "Memorandum on the Regime of the High Seas, prepared by the Secretariat," Doc. A/CN. 4/32, 14 July 1950, pp. 70-72.

مشار إليه في Francisco Orrego Vicun?a, The Changing International Law of High Seas Fisherie, Cambridge University Press, 2004. P. 6.

(٢) لأن الاختصاص الرسمي لدولة العلم في أعالي البحار أَصْبَحَ محدودا وآلياته عديمة الفائدة - في أغلب الأحيان - للرقابة الكافيةِ، فقد بَدأتَ بدائلُ أخرى بالظُهُور، مثل حق الزيارة والمطاردة الحارة، كاستثناء تقليدي على اختصاص دولة العلم في أعالي البحار، وقد تجلى ذلك في اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢ التي تضمنت قواعد لولاية عالمية على مجموعة من الجرائم من ضمنها القرصنة. للمزيد، انظر:
Francisco Orrego Vicun?a, op. cit. pp. 240-241.

(٣) Angelos Syrigos, Developments on Interdiction..., op. cit. p. 154.

١ – حقّ التحققِ من العَلَمِ Right of investigation of flag

فأثناء هذه المرحلةِ، ترسل السفينة الحربية مركباً تحت قيادةِ ضابط لفحص وثائقَ السفينةِ المشتبه بها، وبدلاً مِن ذلك، قد يُطالب ربان السفينةِ بإرسال وثائقه للفحص والتفتيشِ إلى السفينة الحربية(١).

٢ – حقّ البحثِ أو التفتيش Right of search

إذا بقي الشك بعد تدقيق الوثائق وفحصها، فقد تمضي السفينة الحربية إلى فحص وبحث أعمق على سطح السفينةِ، وإذا رفض الربان التَوَقُّف للفحص، فيمكن إطلاق طلقتين ناريتين فارغتين، وإذا اَستمرّت السفينة في الرَفْض، فيمكن للسفينة الحربيةِ أَنْ تُطلقَ النار على مقدمة السفينةِ المشكوك فيها، ومن الواضح أن حق البحث يقلق السفينةِ ورحلتها البحرية، ولذا يَجِبُ أَنْ يُنفّذَ مع مراعاة كافة الاعتبارات بما فيها عدم الإضرار بحمولتها(٢).

٣ – حقّ الحجزِ Right of seizure

في حالة أن هناك دليلا على أن السفينة مشتركة في أحد الأنشطة المعاقب عليها في أعالي البحار، فإن السفينة الحربية لها الحقّ في حجز السفينةِ ومصادرة حمولتها(٣).

ويطبق حقِّ زيارةِ وتفتيش السفن الأجنبية في حالة القرصنةِ، وغيرها من الحالات الواردة في (م ١/١١٠) من اتفاقية ١٩٨٢، إذا اعتقدت السفن أو الطائرات الحربية لدولة ما أو توفر لديها سبب معقول أن تلك السفن تعمل في تلك الأنشطة المحظورة(٤).

---

(١) Ibid. p. 155.

(٢) Ibid.

(٣) المادة (١٠٥) من اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار.

(٤) Jean-Pierre Cot, The Law of the Sea and the Margin of Appreciation, in: Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum and Chie Kojima, Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes (ads), Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2007. P. 397.

كما أنه، عندما تحمل السفينة – في الواقع – نفس جنسيةِ السفينة الحربية، حتى إذا كانت ترفع عَلَماً أجنبياً أو تَرْفضُ عرض عَلَمِها، فإن للسفينة الحربية الحق في الصعود على ظهر تلك السفينة للتأكد من جنسيتها (م ١١٠/ ١ من اتفاقية ١٩٨٢)[١]، وهذا الحقِّ تم تبريرهَ باعتباره جزءاً مِنْ جُهودِ الدول لاكتشاف القرصنةِ ومحاربتها[٢].

ويلاحظ أن حقّ زيارةِ السفينة عديمة الجنسية لم يكن معروفاً بموجب اتفاقية قانون البحار ١٩٥٨، ولذا اختلفت الآراء حول مدى الولاية القضائيةِ الجائزة ضدّ السُفنِ عديمة الجنسية، فتلك السفينةَ تُعطي مبرراً للسفن الحربية لدولة ما بالصعود على ظهرها، لكن هذا لا يعني حقّ سَحْب السفينة إلى جزء آخر من البحرِ، فقد انتقد البعض[٣] حجز السفن في أعالي البحار التي لا ترفع

(١) يلاحظ أنّ الحالاتَ المحددة بموجب المادة (١١٠) من اتفاقية ١٩٨٢ لضْمان حقّ الزيارةِ مِن قِبل سفينة حربية في أعالي البحار ضدّ سفينة أجنبية تعد قَلِيلة في العَدَدِ، ولَيستْ موحّدة عند تَأسيس الولاية على هذه السُفُنِ، فحقِّ الزيارةِ فيما يتعلق بالإذاعة غير المرخصة وتجارةِ العبيد، يوجب أن يكون للسفينة الحربية أساس تعتمد عليه لتَبرير توقيف السفينةِ وتفتيشها، كما أن حقّ الزيارةِ للتأكد من جنسيتها أَو فيما يتعلق بالسُفُنِ عديمة الجنسية يُعزّزانِ أهميةَ ولاية دولة العَلَم التي تَبقى على سُفُنِها الخاصةِ، ومع ذلك فقد وجدت الولاية العالميةِ، حيث تملك كُلَّ السُفُن الحربية الحقّ بالزيَارَة، والبَحث واعتقال السفينة التي لا تُرفع عَلَمَها الخاصَ، فالمصلحة العامة فرضت بَعْض الاستثناءات على سلطةِ دولة العَلَم المُطلقِة؛ لأن هناك اهتماماً شاملاً بقَمْع القرصنة وغيرها، مما أدى لتَأكيد الولاية العالمية على السُفُنِ عديمة الجنسية أو التي لا ترفع أي علم، وعلى الرغم من أن تلك المادة تُدرجُ أربع حالاتَ معيّنةَ فقط لممارسة حقَّ الزيارةِ، ولكنها تَعترفُ بأنّ هناك أسساً إضافية لممارسة حقِّ الزيارةِ يمكن وضعها عن طريق اتفاقيات أخرى، حيث يمكن للدول الدُخُول في اتفاقيات رسميةِ لتَقييد سيادتِها فيما يتعلق بسلطتِها على السُفُنِ التي تحمل علمها في أعالي البحار. للمزيد، انظر:

Natalie Klein, The Right of Visit and the 2005 Protocol..., op. cit. pp. 302-303.

(٢) Ibid. p. 301.

(٣) Angelos M. Syrigos, Developments on Interdiction...., op. cit. p. 150.

علماً، والتي لم ترتكب أية جريمة، ورأى أن هذا الأمر قد يعد فعلا من أفعال القرصنة.

بينما رأى آخر(١) أن الإجراءات الاستثنائية – بما فيها حجز السفينة – مسموح بها فيما يتعلق بالسُفن عديمة الجنسية، فالشائع عموماً أن تلك السُفن أو السفن التي تحمل جنسية مزورة تكون بدون حماية.

فيما رأى البعض أن السُفن عديمة الجنسية تقع في موقع دقيق، فانعدام الجنسية في حد ذاته لن يخول كُلّ دولة تطبيق الولاية العالمية عليها، فليس هناك قاعدة معترف بها تعطي الحق بالولاية لدولة ما على السُفنِ عديمة الجنسية في أعالي البحار، فهناك حاجة لرابطة قضائية لكي تبسط الدولة قوانينَها على تلك السفن، ونظراً لانعدامها فإن تلك السفن تتمتع بالحماية حتى عند انعدام الجنسية، فاحتمالية الحماية الدبلوماسية diplomatic protection تظل مطبقة بواسطة دولة جنسية الأفراد الموجودين على السفينة(٢).

وهذا صحيح، لكن عملياً بالنسبة للاجئين – الذين يعرفون بأنهم "الأشخاص الذين لا يَتمتّعونَ بحمايةِ بلد الأصلpeople who do not enjoy the protection of their country of origin" – فإن مثل تلك الحمايةِ غير قائمة، وهذا لا يعني – بحق – أن تلك السُفُنِ قَدْ تُمارسُ عليها ولاية قضائيةَ غير مقيدة، لأن السفن التي قَدْ تَكُون بدون حمايةِ، يقيد عليها الاختصاص

(١) M. S. McDougal and W. T. Burke, The Public Order of the Oceans (Yale University Press: New Haven and London, 1962), pp. 1084-1085.

مشار إليه في Mark Pallis, Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea, op. cit. p. 351.

(٢) R. Churchill and A.V. Lowe, The Law of the Sea (Manchester University Press: Manchester, 3rd edn., 1999), p. 63&214.

مشار إليه في Mark Pallis, Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea, op. cit. p. 351.

القضائي للدول، ليس فقط بحقيقة أنّ لها مجرّد حقّ الزيارةِ، لكن أيضاً بالاحتفاظ بأعالي البحار للأغراض السلمية، بالإضافة إلى وجوب احترام حقوق الإنسان(١).

وفي كل الحالات السابقة، ينبغي الإشارة إلى أنه إذا كانت الشكوك بعد التدقيق والبحثَ عديمة الأساس، فإن الدولة التي تتبعها السفينة الحربية تلتزم بالتعويض عن أيّة خسارة أو ضرر تم إلحاقه بالسفينة المتضررة، أي أنه إذا ثبت أن الشبهات لم يكن لها أساس، وأن السفينة لم ترتكب أي عمل قد يبرر تلك الشبهات، فإنه يجري تعويضها عن أية خسائر أو أضرار تكون قد تكبدتها (م ٣/١١٠) من اتفاقية ١٩٨٢.

ولتَفادي الزيارة والتفتيش غير الضروريين للسفن الأجنبيةِ في أعالي البحار، فإن لجنة القانونِ الدولي في تعليقِها على المادة ذات الصلةِ مِنْ اتفاقية أعالي البحار، ذَكرتْ بأن التعويض "يبْدو مُبَرَّراً لكي يمْنع انتهاك حقَّ الزيارةِ" the severe penalty of the State to which the warship belongs ''seems justified in order to prevent the right of visit being abused''، أي لعدم الإساءة في استعمال ذلك الحق(٢).

ثانياً – المطاردة الحارة أو الحثيثة Hot pursuit

عندما يكون لدى الدولة الساحلية أساس معقول للاعتقاد بأن سفينة أجنبية انتهكت قوانينَها وتعليماتَها، فإنه يجوز لها مطاردة تلك السفينة مطاردة حارِة بموجب المادة (١١١) من اتفاقية ١٩٨٢، وهذه المطاردة يُمكنُ أَنْ تَكُونَ موجهة نحو السُفُنِ المشكوك في اشتراكها في القرصنةِ، ويمكن أن تبدأ المطاردة الحارة في المياهِ الداخليةِ والبحار الإقليمية، والمناطق المتاخمة، أو في المنطقة

(١) Mark Pallis, op. cit. p. 351.

(٢) Angelos Syrigos, Developments on Interdiction...., op. cit. p. 155.

الاقتصادية الخالصة للدول الساحليةِ، وتَتوقّفُ حالما تدخل السفينةِ المتبوعة البحرَ الإقليميَ للدولة التي تحمل جنسيتها أو لدولة أخرى(١).

وفي هذا الصدد، أشار البعض(٢) إلى أن تطبيق الولاية القضائيةِ العالميةِ – بما فيها المطاردة الحارة – يَخُصُّ – فقط – جريمة القرصنةِ المذكورة في المادة (١٠١) من اتفاقية ١٩٨٢، رغم أن هناك ميلا خارج الدوائرِ القانونيةِ لاستعمال تعبير "القرصنةِ" للإشارة إلى الجرائم التي ترتكب ضدّ أو على السُفُنِ المبحرة أو على المياه الإقليمية، فلَيسَ كُلّ هذه الجرائم تعد قرصنةً وفقاً للتعريفِ القانونيِ الدقيق لها، لأن هذه الجرائم تَقِعُ ضمن الولاية القضائيةِ – في أغلب الأحيان – للسيادة الإقليمية a territorial sovereign.

وطبقا لتعريف المكتب البحري الدولي للقرصنة – السابق ذكره – فإننا لا نؤيد الرأي الذي يقصر تطبيق الولاية العالمية على أفعال القرصنة الواردة في المادة (١٠١) فقط، خصوصاً إذا كانت الدولة التي تمتلك الولاية القضائية على تلك الجرائم عاجزة عن ممارستها (مثل الصومال كنموذج للدولة الفاشلة)، كما أن العمل الدولي جرى مؤخراً على تصنيفها باعتبارها جرائم قرصنة، ولذا أصدر مجلس الأمن العديد من القرارات المتعلقة بقمع تلك الجرائم – كما سنرى فيما بعد.

ثالثاً – المحاكمة:

سبق القول أن القرصان يعامل كعدو للمجتمع الدولي، ويستحق معاقبته

---

(١) في الحالاتِ التي تَحْدثُ فيها هجماتَ القرصنة ضمن بحار إقليميةِ، ويهرب المهاجمون إلى البحرِ الإقليمي للدول الأخرى، فإن القضية أو المشكلة يمكن معالجتها من خلال ترتيب تعاوني إقليمي بين الدول المتأثّرةِ، يسمح بالمطاردة الحارة داخل مياهها الإقليمية. للمزيد، انظر:
Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. pp. 128-129.

(٢) Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy, op. cit. p. 8.

من قبله أجمع[١]، وبالتالي فإن مبدأ الولاية القضائيةِ العالميةِ يعطي الدول اختصاصاً بمحاكمة القراصنة في محاكمِها الخاصةِ[٢] بدون اعتبار للإقليم أو أيّة صلات أخرى[٣].

فالقراصنة لا يتمتعون بحماية الدولة التي تحمل سفينتهم علمها، فإذا كانت سفينة القراصنة ترفع العلم الفرنسي، فإن البريطانيين (مثلاً) يُمْكِنُهم الصعود على السفينة الفرنسية، واعتقال القراصنةَ ومحاكمتهم، بغض النظر عن كون أيّ من الرعَايا البَريطَانيين جانياً أو مجنياً عليه[٤].

غير أن ما يعيب اتفاقية ١٩٨٢ في تناولها للقرصنة، أنها أعطت الحق لكُلّ

---

(١) Arrest Warrant of 11 April 2000 case, Democratic Republic of Congo v. Belgium, Preliminary objections and merits, Judgment, ICJ Reports 2002, Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, paragraph 61.

(٢) من ذلك أن الولايات المتحدة قامت بتقديم مجموعة من القراصنة (تضم ١١ صومالياً) للمحاكمة في بداية عام ٢٠١٠، كما قضت محكمة هولندية – في شهر يوليو ٢٠١٠ – بسجن خمسة صوماليين لخمس سنوات بعد إدانتهم بتهمة محاولة خطف سفينة كانت تحمل علم جزر الأنتيل الهولندية، فضلاً عن أن محكمة هولندية أخرى قضت في وقت سابق من الشهر نفسه بتسليم ألمانيا عشرة صوماليين أوقفهم بحارة هولنديون في المياه الصومالية، ليواجهوا تهم محاولة خطف سفينة تجارية ألمانية، وقد حوكم حتى منتصف عام ٢٠١٠، عدد ١١٠ من القراصنة في كينيا، كما حكم على ستة بالإعدام في اليمن في مايو من العام ذاته، بعد أن أدينوا بتهمة محاولة خطف ناقلة نفط يمنية. للمزيد من التفاصيل، انظر:
http://www.albalqanews.net/NewsDetails.aspx?Lng=2&PageID=8&NewsID=2652.; http://quan.maktoob.comvb/quran64596/; http:/arabic.cnn.com/2010/middle_east/4/24/somalia.usacourt/inded.html.

(٣) Michael H. Passman, Protections Afforded to Captured Pirates..., op. cit. pp. 13-14.; Angelos Syrigos, Developments on Interdiction...., op. cit. p. 155.; Stuart Kaye, International Measures To Protect Oil Platforms, Pipelines, and Submarine Cables from Attack, Tulane Maritime Law Journal, 31 Tul. Mar. L. J. 377, Summer, 2007, p. 415.

(٤) Eric A. Posner and Alan O. Sykes, An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law, op. cit. pp. 123-124.

الدول في اعتقال القراصنةِ ومُحَاكَمَتهم، لكنها لم توجب العمل بذلك، فبينما أن هناك واجباً بالتَعَاوُن لقَمْع القرصنةِ (م ١٠٠)، إلا أن الدول تستطيع النظر في محاكمة القراصنة من عدمها (م ١٠٥)، كما أن الاتفاقية لم تحتوِ على آلية لنقل القراصنة أو تسليمهم إلى الدول الأخرى(١) ذات الاختصاص(٢).

كما أن هناك فجوات في تطبيق الولاية العالمية الواردة في اتفاقية ١٩٨٢، فهي لا تُطبّق إذا ارتكبت الجريمة في المياه الإقليمية لدولة ما، ولا تَسْمحُ للسلطاتِ بمُتَابَعَة القراصنةِ إلى ملاجئِهم ومعاقلهم داخل الحدود الإقليمية أو على الأرض(٣).

---

(١) أقرت المادة (٨) من اتفاقية السلامة البحرية لعام ١٩٨٨، إمكانية التسليم، غير أنها لم توجبها.

(٢) Dr Douglas Guilfoyle, The legal challenges in fighting piracy, University College London, p. 1.
http://ucl.academia.edu/documents.0032/9843/clingendael_note_guilfoyle.pdf

(٣) في ضوء التاريخ الاستعماري، تظل الدول الساحلية مُهتمّة بالحفاظ على سيادتِها وسلامة أراضيها الإقليميةِ من التدخل الخارجي، وعلى الرغم مِنْ ذلك، فإن قرار مجلس الأمن رقم (١٨٥١) يسمح للدول بملاحقة القراصنة إلى الأرضِ الصوماليةِ لاعتقالهم، أما خارج الصومال، فقد يكون هناك حاجة لتوافر الرابطة التي تجيز ذلك، مثل وضع الركاب على السُفُنِ الذين قد يكونون من مواطني الدول التي ترغب في المُحَاكَمَة، وفي أكثر الحالاتِ، يجب أن تكون الدول المعنية راغبةً في المُسَاعَدَة، لأنه حتى حيث يسود قرار مجلس الأمن، هناك تردّد في انتهاك السيادةِ الصوماليةِ لأسبابٍ سياسية وعملية، خصوصاً على الأرض، ولذا فالولاية العالمية أكثر فاعليةً عندما تَوجد بالترادف مع الدول القويةِ والراغبةِ، أما عندما تكون الحكومة ضعيفة، فإن القراصنة يمكن أن يلجئوا إلى مكان ما داخل أراضيها، مما يحول دون القضاء على أنشطتهم. للمزيد، انظر:
Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY...., op. cit. p. 102.; Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy, op. cit. p. 9.

علماً بأن هناك خلافاً حول: هل يُلزمُ أَم يَسْمحُ مبدأ الولاية القضائيةِ العالميةِ للدول بمُحَاكَمَة القراصنةِ[١]؟

للإجابة عن هذا التساؤل، يمكن القول إن اتفاقية ١٩٨٢ أوردت بعض الإشارات حول هذه القضية، فالمادة (١٠٠) تنص على أنّ: "جميع الدول تَتعاونُ لأقصى حدٍّ ممكن في قمعِ القرصنةِ في أعالي البحار، أو في أي مكان خارج ولاية أية دولة"، كما أن المادة (١٠٥) تجيز للدولة التي قامت بالاعتقال (الدولة المعتقلة) بمحاكمة القراصنة، ومع ذلك، فإن الحقّ في المحاكمة لا يكون – بشكل خاص – للدولة المعتقلة، لأن الاتفاقية تعطي الولاية العالميةَ لكُلّ الدول، وبناءً عليه، فإن دولة عَلَم السفينةَ أو الدولة التي يحمل القرصان جنسيتها، يُمْكِنُ أَنْ تحاكمَه[٢].

وبينما يبدو أن هذا الإطار القانوني يقدم أساساً وقاعدة كافية لمُحَاكَمَة القراصنةِ، فإن تطبيقَه العملي يعتمد على أن الحكومات الوطنية لَديها تشريع محلي كاف وإرادة سياسية لتقديم القراصنةِ – حقيقةً – إلى العدالة، مع العلم أن الكثير منها لا يتوفر لها ذلك، فهناك، عدد مِنْ القوات البحريةِ – في القرن الأفريقي – أُجبرتْ على إطْلاق سراح القراصنةِ المعتقلين، لأنه لم يكن واضحاً أنّهم يُمْكِنُ أَنْ يُحاكموا وفقاً لاختصاص دولة عَلَمِ السفينة المعتقلة، بينما

(١) قد تكون بعض الدول غير راغبة في محاكمة القراصنة، لأنها تستفيد من نشاطهم، أو بسبب التبعات المالية والسياسية والاجتماعية المترتبة على محاكمتهم وسجنهم وتحريرهم بعد ذلك. للمزيد، انظر:
Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, op. cit. p. 9.)

(٢) بناء على ذلك، فقد رأى البعض أن تلك النصوص تنشئ واجباً على الدولة بإجراء المحاكمة عند إهمال الكثيرين لها، فكينيا . على سبيل المثال . بهذا التفسيرِ، سَترى بأنها تقوم بواجبها التوكيدي بمُحَاكَمَة القراصنة على إقليمها، فيما رفض البعض هذا التفسيرِ، تأسيساً على أن مفهومَ الولاية القضائيةِ العالميةِ يَسْمحُ لها، لكن لا يَتطلّب أو لا يلزمها بمُحَاكَمَة القراصنة. للمزيد، انظر:
Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy, op. cit. pp. 8-9.

إعادتهم إلى الصومال – بلد المنشأ الرئيسي لأغلب هؤلاء الأفرادِ – لَيسَ خياراً عملياً؛ بسبب الافتقار إلى أيّ نظام عدالة إجرامي محلي فعّال(١).

ولذا ينبغي تعديل الاتفاقية للنص على وجوب محاكمة القراصنة، رغم أن الإصلاحات القانونية قَدْ لا تؤدي إلى رَدْع الناسِ مِنْ التحول إلى القرصنة، لَكنَّها على الأقل مهمة لتَحسين تطبيقِ القانون والنظام القضائي، فكُلّ أشكال القرصنةِ – وبالتحديد واسعة النطاقَ والمُنظَّمةَ خصوصاً – معتمدة على شبكة على اليابسة لدعمها، ولذا فإن هذه الإجراءاتِ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ شاملة، لكي تَكُونَ – حقاً – فاعلة في القضاء على القرصنةِ في العالم بأكمله(٢).

(١) Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. p. 1.

(٢) Bjørn Møller, PIRACY, MARITIME TERRORISM....., op. cit. p. 20.

المطلب الثالث
دور المنظمات الدولية في محاربة القرصنة

لا شك أن هجمات القراصنة الصوماليين أدّت إلى تغطية إعلامية واسعة وإلى ردود أفعال قوية، بحكم أن القراصنة يعملون في منطقة ذات أهمية إستراتيجيةِ عالية، حيث تملك العديد مِنْ الدول مصالح تجارية كبيرة، ولذا نُشرت أكثر مِنْ ١٥ قوة بحرية للقيَام بأعمال الدوريَّة في بحر العرب وخليج عدن(١)، وهذه القوات إما أنها تعمل من طرف واحد أو ضمن المؤسسات الدوليَّةِ، كما أن عملياتها مَدْعُومة بقراراتِ مجلس الأمن المتعددة (١٨١٤، ١٨٤٦، ١٨٥١)، التي يخول – بعضها – الحق بالتَدَخُّل لمُطاردة واعتقال القراصنة في المياهِ والأرض الصومالية، لكنها تشترطُ على الدول المتدخلة الحصول على ترخيص مِن الحكومة الانتقالية الصومالية قبل ذلك(٢).

وقد اتخذت المنظمات الدولية المتنوعة العديد من الإجراءات لمحاربة القرصنة، سيتم دراسة بعضها من خلال التالي:

---

(١) هناك أكثر من ١٥ قوة بحريةِ دوليةِ بَعثتْ سُفناً حربية إلى المنطقة، وقد قدرت تكلفة التشغيل المتوسطةِ لكلّ فرقاطةِ في حدود ٥٠،٠٠٠ دولار في اليوم الواحد، ولذا رأى البعض – بحق – أن هذا الرَدِّ ليس – فقط – غير متناسب مع المشكلةِ، لأنه في ٢٠٠٨، هوجمت – فقط – (٠,٥٪) مِنْ الشحنات المنقولة عبر خليج عدن، بل يُمثّلُ أيضاً سوءاً في تخصيص الموارد، لأن جزءاً من هذا المالِ يُمكنُ أَنْ يصرف بشكل أكثر فائدة؛ لمعالجة "البواعث" الاقتصادية والاجتماعية للقرصنة على الأرضِ the socio-economic ''push'' factors، التي تعد سبّبْ القرصنةِ الأساسي في المقام الأول. للمزيد، انظر:

Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. pp. 2-3.

(٢) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, International Security Service, ISIS Europe - October 2009, pp. 2-3.; Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, op. cit. p. 3)

الفرع الأول
دور المنظمة البحرية الدولية

تعد المنظمة البحرية الدولية وكالة متخصصة من وكالات الأمم المتحدة، وقد مارست اختصاصها حول تنظيم قواعد الأمان ومعايير الملاحة البحرية التجارية، كما كان دورها فعالاً في الجُهودِ متعددة الأطرافِ لمُحاربة القرصنةِ والسرقة بقوّة السلاحِ في البحر(١)، وكذلك في تَحسين سلامةِ الملاحةِ والحمايةِ البيئيةِ في المضايق straits، فقد أصدرت عِدّة وثائق، تتضمن توصيات للحكومات ومالكي ومشغلي وربابنة وأطقم السفن، لتنظيم الملاحة البحرية(٢).

ويلاحظ أن تلك المنظمة قيدت مدى اختصاصها على الجرائمِ في البحر بقرار مجلسها رقم ٥٨٤ (١٤) لعام ١٩٨٣، الذي احتوى على توصيات عامّة لاتخاذ إجراءات لمَنْع القرصنةِ والسرقة بقوّة السلاحِ ضدّ السفن والمراكب الصغيرة المرتكبة في البحر، أو في المياهِ المجاورة أو المتاخمة من قبل

(١) للمزيد من التفاصيل عن دور المنظمة البحرية الدولية، انظر:
Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY...., op. cit. p. 106.; "High level IMO conference on Malacca Strait," Business Times, 9 May 2005, http://www.malaysiuanshipowners.org/news/2005/5_may.html; IMO, Routeing Measures other than Traffic Separation Schemes, SN/Circ.198, 26 May 1998, http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/datajd0/03D8752/198.PDF; IMO, Mandatory Ship Reporting Systems, SN/Circ.20 I, 26 May 1988, blastDataOnly.asp/data_idO/03D8753/201.PDF

(٢) IMO, Recommendations to Governments for combating piracy and armed robbery against ships, MSC/Circ.622!Rev.l, 16 June 1999 http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp.data_idO/03DI951/622REV1.PDF; IMO, Guidance to shipowners and ship operators, shipmssters and crews on preventing and suppressing acts of piracy and armed robbery against ships, MSC/Circ.623/Rev.3, 29 May 2002, http://www.imo.org/includes/blastData.asp/doc_id=941/623rec3.pdf;; IMO, Draft code of practice for the investigation of the crimes of piracy and armed robbery against ships, MSCICirc.984, 20 December 2000, 984.pdf; IMO, Information Resources on Piracy and Armed Robbery at Sea, Information Sheet No. 29, revised 16 August 2005, at http://www.imo.org/includes/blastData.asp/doc_id=1153.

الحكومات المعنية[١]، وبعد سنتين – بعد اختطاف السفينة الإيطالية Achille Lauro من قبل ثوار فلسطينيين – تم تبني قرار آخر (A. 584/14)، أشار لَيسَ فقط إلى القرصنة والسرقة بقوّة السلاح، لكن أيضاً إلى أنواع أخرى من الجرائم التي وصفتْ "كأَفْعال غير قانونية"، تهدّدُ أمانَ السفنِ والمسافرين والأطقم؛ كما استبدل الإشارةَ إلى الجرائم التي ارتكبت "في المياه الإقليمية أو المنطقة المجاورة" بالمفهومِ الأوسعِ للجرائم "ضدّ أو في سطح السفن سواء في المرسى أو المجرى، أي المياه الدولية[٢].

وإضافة مفهومِ الجرائم ضدّ السُفنِ "في المرسى"، يَدْلُّ على توسيعِ مفهوم الأمنِ ليتضْمن الموانئ بما فيها من تجهيزات، بعيداً عنْ تَقييد الدول لنفسها بالجرائمِ التي ارتكبت في مياهها الإقليمية أو المياه المجاورة، كما كَانَ الحال في القرارِ رقم ٥٨٤ (١٤) الفقرة (١) لعام ١٩٨٣، الذي دعا كُلّ الحكومات وسلطات وإدارات الموانئ، وأصحاب السفن، ومشغليها وأطقمها لاتخاذ الخطواتِ "لمُرَاجَعَة وتقوية الأمن في الموانئ وعلى ظهر السفن"[٣].

علماً بأن تجاوز المنظمة لقيودها التقليدية – التي كانت محددة "بالقواعد المطبقة على السُفنِ فقط" – لتَوسع ولايتها إلى إجراءاتِ الموانئ، سمح لها بتنظّيم أمنَ الموانئ والسفن معاً، وقد أُكملَ ذلك مؤخراً بتبني تعديلاتِ على اتفاقية ١٩٧٤ حول أمن الحياةِ في البحر the 1974 Safety of Life at Sea Convention (SOLAS)، ومسودة اتفاقية تسهيلات الأمن في الموانئ والسفن الدولية[٤].

---

(١) Res. A. 545(13) adopted by the IMO Assembly at its 13th session. مشار إليه في Agust?n Blanco-Baz?n, Suppressing Unlawful Acts: IMO Incursion in the Field of Criminal Law, in: Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum and Chie Kojima, Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes (ads), Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2007. pp. 713-714.

(٢) Agust?n Blanco-Baz?n, Suppressing Unlawful Acts...., op. cit. p. 715.

(٣) Ibid.

(٤) Ibid.

وفي عام ١٩٨٦ تبنت لجنة أمان الملاحة البحرية في المنظمة، في الجلسة (٥٣)، إجراءات لمَنْع الأعمال غير القانونيةِ ضدّ المسافرين والأطقمِ على سطح السفن[١]، التي احتوت على العناصر الرئيسية لاتفاقية تسهيل الأمن في الموانئ والسفن الدولية، غير أنها افتقرت إلى جزء واحد – فقط – هو: وجوب إنشاء اتفاقية دولية "للمحاكمة أو التسليم" مشابهة لاتفاقية ١٩٧١ حول قمع الأعمال غير القانونية ضد أمن الطيران المدني، التي أنشأتها منظمة الطيران المدني الدولي[٢].

وفي عام ١٩٩٩ أقرت المنظمة مسودة اتفاقية تعاونٍ ضِدّ القرصنة[٣]، نصت على الاحترام الكامل للسيادةِ الوطنيةِ لكُلّ البلدان، وقدمت الأسس للتعاونِ الإقليميِ بين دول الإقليم المعني، كما تضمّنت بنوداً لتطبيقِ القانون البحريِ في وعلى المياهِ الدوليةِ والوطنيةِ[٤].

كما أصدر مجلس المنظمة البحرية الدولية القرار (أ–١٠٠٢ (٢٥)، حث فيه الحكومات بقوة على أن تقوم – ضمن أحكام القانون الدولي – بتكثيف جهودها لقمع أعمال القرصنة والسطو المسلح على السفن حيثما ارتُكبت.

---

(١) MSC/Circ.443 issued on 26 September 1986

مشار إليه في Agust?n Blanco-Baz?n, op. cit. p. 716.

(٢) Agust?n Blanco-Baz?n, op. cit. pp. 715-716.

(٣) IMO, Draft Agreement on Co-operation in Preventing and Suppressing Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships, MSC/Circ.622/Rev.l Annex 5, 16 June 1999, at http://www.imo.org/ includes/blastData.asp/doc_id-940/ 622REVl.PDF

(٤) Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY...., op. cit. p. 106.

الفرع الثاني
دور الاتحاد الأوربي ومنظمة حلف الأطلسي

أولاً – دور الاتحاد الأوربي:

١ – (هل القرصنة الصومالية جريمة منظمة)؟

لا شك أن المستوى الأدنى مِنْ التنظيم يعد شرطاً ضرورياً لأيّ نشاط قرصاني منظّمِ، ولذا يلاحظ أن بعض القراصنة الصوماليين منظمون بشكل جيد well-organized، في حين أن البعض الآخر لديه التنظيم الأساسي الكافي – فقط – لمُهَاجَمَة السفن التجارية.

لكن هَلْ تعد القرصنة الصومالية جريمة مُنظَّمة؟

للإجابة عن هذا السؤال، ينبغي الإشارة إلى أن اللجنة الأوروبية في ٢٠٠١، وافقت على قائمة مكونة مِن ١١ شرطاً أو خاصية وضعها الاتحاد الأوربي "للجريمة المنظمة organized crime"، فلكي يصبح النشاط الإجرامي "جريمة مُنظَّمة"، يَجِبُ أَنْ يتوافر فيه – على الأقل – ست مِنْ تلك الخصائصِ، علماً بأن الخصائص الأربع رقم (١، ٣، ٥، ١١) يَجِبُ أَنْ تكونَ بين الخصائص التالية(١):

١ – الاشتراك والتعاون بين أكثر مِنْ شخصين Collaboration of more than two people.

٢ – أن يعمل الكُلّ بمهامِ معيَّنةِ خاصةِ، أي أن يعمل وينفذ كل فرد المهام الخاصة الموكلة إليه Each with own appointed tasks.

٣ – العمل لفترة زمنية مطوّلة أو غير محددة For a prolonged or indefinite period of time.

(١) Karl S?renson, State Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, FOI Somalia Papers: Report 3, November 2008, p. 23.

٤ – استعمال نوع من الانضباط أو السيطرة Using some form of discipline or control.

٥ – الاشتباه في ارتكاب المخالفاتِ الإجراميةِ الخطيرة Suspected of the commission of serious criminal offences.

٦ – العمل على المستوى الدولي Operating at an international level.

٧ – استعمال العنفِ أو الوسائلِ الأخرى المناسبة للتخويفِ Using violence or other means suitable for intimidation.

٨ – استعمال الهياكل التجارية أو النظامية Using commercial or businesslike structures.

٩ – الاشتراك في غسيلِ الأموال Engaging in money laundering.

١٠– مُمَارَسَة تأثير على السياسةِ وأجهزة الإعلام والإدارة العامة، والسلطات القضائية أو الاقتصاد Exerting influence on politics, the media, public administration, judicial authorities or the economy.

١١– أن يكون الأشخاص قاصدين أو أن نشاطهم يستهدف الحصول على الربحِ أو السلطة Determined by the pursuit of profit and/or power.

وطبقاً لهذه الخصائص، يمكن أن ينظر للقرصنة الصومالية كجريمة مُنظَّمة، فالقراصنة الصوماليون – أساساً – مَدفوعون بالأرباحِ التي يُمْكِنُ أَنْ يتم الحصول عليها بعد اختطاف السُفُنِ التجاريةِ، فإمكانية الحصول على الربحِ يعد أحد بواعث القرصنة الصومالية، ولكي تَتم بنجاح فلا بد من اشتراك عِدّة أشخاص فيها، وفي حالة القرصنة الصومالية قد تتورّطَ بعض الجماعات السكانية أحياناً، كما أن هناك مهاماً مختلفة أيضاً لتلك الجماعات المعنية بالقرصنةِ، ومثال على ذلك: الإبحار، الحِراسَة، التفاوض الخ، وعلى الرغم من أن مستوى المنظمةِ يَختلفُ من مجموعةِ إلى أخرى، فهناك عادة نوع من القيادة التي تُسيطرُ على عمليات القرصنة[١].

(١) Karl S?renson, State Failure on the High Seas..., op. cit. pp. 23-24.

فطرق القراصنةِ الصوماليينِ والوسائلِ التي يستخدمونها، تُشيرُ إلى أنّهم يُمكنُ أَنْ يَكُونوا مُنظَّمينَ بشكل جيد، فعلى سبيل المثال، يلاحظ أن القراصنة الذين ينتمون إلى جنود البحرية الصومالية (قبل تفكك الدولة) كَانوا مثالاً للجماعة التي تعمل على قاعدة أكثر تنظيماً، في حين أن القراصنة الآخرين قد يَكُونونَ أقل بكثير من الجماعة المنظّمَة(١).

كما أن الشكل الجديد للقرصنةِ، الذي يَتضمّنُ اختطاف السُفنِ بكاملها hijacking of entire ships، يبين أنَّ حوادث القرصنة التي حَدثتْ في شرق آسيا والمحيط الهندي، تَتضمّن مجرمين مُنظَّمينَ قادرين على ارتكاب مثل هذه السرقات الواسعة النطاقِ، لأن إعادة البيع اللاحقة للحمولات، وحماية السفن في المرسى حتى يتم دفع الفدية، يَتطلّبُ مصادر جيدة وتخطيطاً متطوّراً وإمكانيات لا تتوافر للقراصنة الفرديين(٢).

ويبدو أن المستوى المختلف للتطوّرِ في انتشار التقنياتِ المستعملةِ والأماكن الجغرافيةِ للهجماتِ، يُشيرُ بأنّ القراصنةَ الصوماليينَ لَيسوا فرقةً واحدة أو مجموعة تتصرّف طبقاً لخطةِ واحدة ويتبعون التعليمات من قيادة واحدة، كما أن الإنجازات السابقة للقراصنةِ الصوماليينِ والزيادةَ في نشاطهم خلال السَنَوات الماضية، لا يؤشر على زيادةِ الأفرادِ الراغبينِ – فقط – بالمُشَارَكَة في أعمال القرصنةِ، لكن أيضاً إلى دعم بعض المجتمعات على طول الساحلِ الصومالي، فالناس يَتّجهونَ إلى القرصنةِ أو إلى تسهيل أنشطتهم، بيد أنه من الصّعبِ تَعميم مفهوم المنظمةِ بين القراصنةِ الصوماليينِ(٣).

٢ – اتفاقيات إنشاء محاكم القراصنة الإقليمية:

وقّع الاتحاد الأوروبي – بالإضافة إلى الولايات المتّحدة والدانمرك – اتفاقيات مَع كينيا، تسْمحُ بنقلِ القراصنةِ الصوماليينِ لمحاكمتهم على

(١) Ibid. p. 20.

(٢) Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. p. 118.)

(٣) Karl S?renson, op. cit. p. 20.

أراضيها[١]، وقد أكدت تلك الاتفاقيات على أنّ الحجز والمحاكمة لا يمكن أن يتضمنا استعمال التعذيبِ، ويَجِبُ أَنْ تكونَ المحاكمة عادلة، كما يَجِبُ أَنْ تلتزمَ بمعايير حقوق الإنسانِ الدوليةِ، ويبقى الشك بالنسبة إلى القانون الذي يَجِبُ أَنْ يُطبّقَ في كُلّ حالة؟ كما تثار قضية أخرى حول التعويضِ أو المساعدةِ المالية بالنفقاتِ التي يتم تكبدها عند محاكمة القراصنةَ، ولذا التزم الاتحاد الأوربي بدعم حكومةِ كينيا في جُهودِها القضائيةِ بمبلغ (٢,٤ مليون يورو)، كما أن التعويض يُمْكِنُ أَنْ يَأْخذَ أيضاً شكلَ "بناء القدرات أو تنمية الخبرات لدى المختصين في ذلك البلد"[٢].

كما أن جزر سيشل – الواقعة على المحيط الهندي – قامت بدعم من الأمم المتحدة بإنشاء مركز لمحاكمة القراصنة[٣]، ويعتبر مركز سيشيل الإقليمي هو الثاني من نوعه، بعد المركز الذي تأسس في كينيا، وسيقوم بمحاكمة الأشخاص المتورطين في عمليات القرصنة، الذين يتم إلقاء القبض

---

(١) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy..., op. cit. p. 3.

(٢) Emiliano Alessandri, Report of the Conference ‘‘Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", Organized by the Istituto Affari Internazionali (IAI) and the International Institute of Humanitarian Law, in collaboration with and with the support of Italian Ministry of Foreign Affairs, NATO and European Commission, Rome, 16 June 2009. P. 6.

(٣) يعمل المركز مع برنامج مكافحة القرصنة - أسسه الاتحاد الأوروبي - ومكتب الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومكافحة المخدرات على التأكد من وجود القوانين اللازمة لمثل تلك المحاكمات، ويهدف إلى مساعدة الشرطة وحرس السواحل ومكتب النائب العام والمحاكم والسجون في التعامل مع التحديات التي تمثلها القرصنة، وقد شرع في مارس ٢٠١٠ بمحاكمة ١١ شخصاً من المتورطين في القرصنة بعد قيام حرس السواحل في سيشيل بالقبض عليهم بمساعدة القوات البحرية، وقام كل من الاتحاد الأوروبي ومكتب الأمم المتحدة بتوفير مترجمين صوماليين ليتمكن المتهمون من الدفاع عن أنفسهم. للمزيد، انظر:
http://www.un.org/arabic/news/fullstorynews.asp?newsID = 12930.

عليهم من قبل القوات البحرية التابعة للاتحاد الأوروبي المنتشرة بالقرب من سواحل الصومال(١).

وتظهر أهمية هذه الاتفاقيات والمراكز في أنّها تقدم لدول الاتحاد الأوربي، خيار حجز القراصنةِ في المكان الذي وقعت فيه القرصنة، ويُمْكِنُ أَنْ تتم فيه العواقب القانونية (المحاكمة والعقوبة)، أو بالقرب منها(٢).

غير أن البعض رأى أن تلك الاتفاقيات تخص – فقط – الأطراف الموقعة عليها، بمعني أنّ القوات البحريةِ الدوليةِ الأخرى التي تعمل في المنطقةِ، لَيْسَ لها صلة بتلك الاتفاقيات، بالإضافة إلى أن دولتي كينيا وسيشل تعانيان من مشكلة ضعف القدرةِ أو الأهلية a capacity problem، بما يعني أن نظام السجون والنظام القضائي ككل، غير كفء ومملوء بالفساد، كما أن القانون الكيني يتطلب وجوب أنْ يُقدّم (يمثل) جميع المجرمين أمام القاضي خلال ٢٤ ساعة من اعتقالهم، وهذا الاشتراط يمْكِنُ أَنْ يُشكّلَ العديد من الصعوباتَ اللوجستيةَ الهائلةَ(٣).

كما أن هناك عقبات تحول دون نجاح هذه المحاكم، مثل طول الإجراءات وتأخر الأحكام، وإجبارية توفير الدلائل التي تُدين القراصنة، بالإضافة إلى عدم توفر الوسائل التقنية الضرورية لمرور هذه المحاكمات في أحسن الظروف، والشكاوى التي تدين انتشار الفساد، واتهامات لكبار المسؤولين بالبلاد الذين قد يستفيدون من القرصنة ويغضون الطرف عنها(٤).

---

(١) http://www.un.org/arabic/news/fullstorynews.asp?newsID=12930.

(٢) Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. p. 1.)

(٣) للمزيد من التفاصيل، انظر:
Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, op. cit. p. 1.; http://www.mzv.cz/nairobi/en/news_and_events/eu_kenya_agreement_of_transfer_-of.html; http://www.consilium.europa.eu/showpage.aspx?id=1519&lang=EN

(٤) على سبيل المثال، أكد ذلك البرلماني الكيني "فريد كابوندي (Fred Kapondi)" رئيس مجلس الإدارة والأمن الداخلي في البرلمان، عندما قال: "لدينا انطباع بأن هناك =

ثانياً – دور حلف الأطلسي (الناتو) (العمليات العسكرية):

كلف حلف شمال الأطلسي قوة المهمات المشتركة (سي تي إف ١٥٠، CTF-150) – المكلفة أصلاً بالمُشَارَكَة في الحربِ على الإرهابِ – بمساعدة السُفنَ التي تَعْبرُ خليجَ عدن ضدّ القرصنةِ، وفي ٢٠٠٧، أخذت فرنسا زمام المبادرة لعمليةِ (أليكون) Alycon، لغرضِ حِماية حمولات سفن برنامج الغذاءِ العالمي World Food Program's (WFP) إلى الصومال(١).

كما ساعدتْ الولايات المتّحدة في تَأسيس لجنةَ عمل مشتركة (سي تي إف–١٥١) (CTF-151)، كرست لتَنسيق الدوريات البحرية الدولية على طول الممراتِ البحرية في خليجِ عدن(٢).

كما شرع كل من حلف الناتو والاتحاد الأوربي في عمليات لردعْ القراصنة خارج ساحل الصومال، ففي ديسمبر ٢٠٠٨، بَدأَ الاتحاد الأوربي أول عملية بحرية "نافور NAVFOR"، وعملية "المزود المتحالف Operation Allied Provider"، لحماية السُفُن المعرضة للهجوم مِنْ مياه وسواحل الصومال، بحيث ترافق سُفنَ برنامج الغذاء العالمي التي تقدم مساعدة غذائية للصومال،

= زمرة من كبار رجال الأعمال في الحكومة الذين يستمدون الأرباح من أعمال القرصنة والمال الذي يسهله المجتمع الدولي بواسطة "أونيدوك (l'ONUDC) "، ولذا رأى أن الحل الأنسب لكينيا هو إلغاء تلك الاتفاقات وابتعادها عن القرصنة وما تخلفه من مشاكل تتمثل في امتلاء السجون بالمعتقلين الصوماليين، الأمر الذي يهدد أمن كينيا ويوسع مخاوفها من اتحاد القراصنة والمعارضين للحكومة. للمزيد، انظر: موقع مجلة مدارك:

http://www.madarik-press.com/

(١) Karl S?renson, State Failure on the High Seas....., op. cit. p. 8.

(٢) فضلاً عن أن عِدّة دول أخرى أرسلت فرقاطات بحرية إلى المنطقةِ، ومن بين تلك الدول، روسيا، الهند، الصين، السعودية، ماليزيا، وكوريا الجنوبية، وإيران، وغيرها، للمزيد، انظر:

Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. p. 3.

بحيث اشترك في هذه العمليات حوالي ١٢ سفينةِ أوروبيةِ، وقد توسع نطاق العمليةِ مؤخراً إلى سيشيل، وجنوب البحر الأحمر، وخليج عدن وجزء من المحيط الهندي، كما تم إنشاء مركز الأمن البحري a Maritime Security Centre، لمراقبة السُفُنِ العابرة على مدار اليوم، من خلال شبكة اتصالات خاصة، حيث يتلقى المركز البلاغات، ويطلق تحذيراتِ ضِدّ القرصنة، ويُشجّعُ شركات الشحن لتَسجيل سُفُنِها وعبورِها في مجموعات، لتَسهيل تنسيقِ المرورِ البحريِ ومراقبة تلك السفن، وقد حددت فترة تلك العمليات باثني عشر شهراً، غير أن التفويض لها مُدد حتى ديسمبر ٢٠١٠، وقد سُلّمتْ جميع المسؤولياتِ إلى الاتحاد الأوربي فيما بعد(١).

وفي مارس ٢٠٠٩، قرر حلف الناتو نشر قوة بحرية جديدة لمدة أطول، وبدأت عملية "الحامي المتَحالف Allied Protector"، وفي أغسطس ٢٠٠٩، شرع الحلف(٢) في عملية ثالثة سميت "عملية درع المحيط Operation Ocean Shield"، بحيث تميّزت عن الجُهودِ السابقةِ في أنها سعت إلى تَطوير قدرات دول شرق أفريقيا لمحاربة القرصنة، حيث أكد كل من منظمتي الناتو والاتحاد الأوربي على بناءِ قدرةِ تلك الدول، لكن المُناقشاتَ ما زالَتْ في مرحلةِ مبكّرةِ ولم تُتخذ أعمال ملموسة إزاء ذلك، وبناء على مبادرةِ مِن فرنسا، فقد أعلنَ الاتحاد الأوربي خططًا لتَدريب قوّاتِ الأمن الصوماليةِ في جيبوتي المجاورة، بيد أن تلك

(١) Emiliano Alessandri, Report of the Conference....., op. cit. p. 10.; Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia, op. cit. p. 3.)

(٢) على الرغم مِنْ التزامه المُتزايدِ بالأمنِ البحريِ، يعترف حلف الأطلسي بأنّه لا يَستطيعُ هَزيمة القرصنةِ في القرن الأفريقي لوحده، وأن الوسائل العسكريةَ لوحدها غير كافية، فالعمليات الحالية تُركّزُ على "الأعراض بدلاً مِنْ أسباب المشكلةِ current operations concentrate on the symptoms' rather than the 'causes' of the problem"، لِهذا فإن الحلف يَدْعمُ تبني نظرة شمولية تجاه الصومال، تعتمدُ على مساهمات المنظمات والمؤسسات الدوليةِ الأخرى. للمزيد، انظر:
Emiliano Alessandri, op. cit. p. 11.

الخطط تفتقر إلى الدعم السياسي بين الدول الأوربية الأعضاء، ففرنسا هي الدولةُ الوحيدةُ الراغبةُ في المُسَاهَمَة(١).

ومما ينبغي التأكيد عليه، أن الباعث على هذه الإجراءاتِ لم يكن اقتصادياً (أي بسبب الخسائر الاقتصادية التي تكبدتها الدول المشاركة)، فالخسائر والتهديد المالي الفعلي مِنْ القرصنةِ يعد هامشياً، فقد أثّر على أقل مِنْ (١٪) مِنْ الشحن التجاري الذي يمر من القرن الأفريقي، وبالتالي يمكن القول إن المحفّز أو الباعث كان سياسياً بالدرجة الأولى، فدول مثل فرنسا، والهند، والصين، وروسيا، شاركت – فقط – بعدما هوجمت السفن التي ترفع عَلَمها، كما أن الحكومة الأمريكية أُجبرتْ – بشكل كبير – على اتخاذ بعض الإجراءات بعد اختطاف السفينة "إم/في سيريس ستار the M/V Sirius Star"، كما أن الضغط الوطني والدولي أصبحَ ملحوظاً أكثر بعد الهجوم على السفينة الأوكرانية "إم/في فيانا the Ukrainian-registered M/V Fiana"، الذي عزز المخاوفَ المتعلقة بأن الأسلحة المتقدّمة ستَجِدُ طريقَها إلى المتطرفين الذين يُحاربونَ في الصومال(٢).

الفرع الثالث
جهود مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة

أولاً – قرارات مجلس الأمن المتعلقة بالقرصنة:

اتجه انتباه مجلسِ الأمن إلى المشكلةِ المُتزايدةِ للقرصنةِ والسرقة بقوّة السلاحِ ضدّ السُفنِ خارج ساحل الصومال، بعد القرارِ (أ. ٩٧٩) الذي تم تبنيه في الجلسةِ (٢٤) للجمعيةِ العامة للمنظمة البحرية الدولية في نوفمبر ٢٠٠٥، حيث أبدى قلقاً خاصاً عند إشارته إلى أن هدف الهجماتِ ضد السُفنِ المبحرة

(١) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy..., op. cit. p. 3.

(٢) Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. p. 4.

خارج ساحل الصومال، تمثل في ضمان الحصول على الفدية التي تستخدم لتَزويد الجناة بالأموالِ لشراء الأسلحةِ، وهذا يعد انتهاكاً لحظر تصدير الأسلحةِ والأجهزةِ العسكريةِ إلى الصومال بموجب قرار مجلسِ الأمن الصادر في ١٩٩٢، وعند رفع قرار المنظمة لأمين عامِ الأُمم المتّحدةِ ومجلس الأمن، أشار أمين عام المنظمة البحرية الدولية IMO إلى أن هناك صلات محتملة بين القرصنةِ والأنشطة الإرهابيةِ(١).

ورداً على القرصنة المتصاعدة المنطلقة من سواحل الصومال، أصدر مجلس الأمن في مارس ٢٠٠٦، بياناً رئاسياً حول الصومال، لاحظ فيه – من بين أمور أخرى – استمرار هجمات القراصنِة على الشحن التجاري، وشجّعَ المجلسُ الدول ذات الأساطيل البحريةِ في المنطقةِ على الانتباه والتيقظ لأَفْعالِ القرصنةِ، واتخاذ الإجراءات الملائمةِ لحِماية الشحن التجارِي(٢)، ولاحقاً في ٢٠٠٨، أصدر المجلس القرار رقم (١٨١٦، ٢ يونيو ٢٠٠٨) الذي نص في الفقرة (٧) على أنه يجوز – لمدة ستة أشهر اعتبارا من تاريخ القرار – أن تقوم الدول بالتعاون مع الحكومة الاتحادية الانتقالية لمكافحة القرصنة والسطو المسلح قبالة سواحل الصومال، والتي تقدم الحكومة الاتحادية الانتقالية إشعاراً مسبقاً بشأنها إلى الأمين العام، من خلال ما يلي:

أ – دخول المياه الإقليمية للصومال بغرض قمع أعمال القرصنة والسطو المسلح، بشكل يتسق مع الإجراءات المتعلقة بالقرصنة التي تسمح الأحكام المناسبة من القانون الدولي باتخاذها في أعالي البحار.

ب – استخدام جميع الوسائل اللازمة داخل المياه الإقليمية للصومال، وبشكل متسق مع الإجراءات المتعلقة بالقرصنة التي تسمح الأحكام المناسبة من

(١) Agust?n Blanco-Baz?n, Suppressing Unlawful Acts...., op. cit. p. 723.

(٢) JOHN R. CROOK, CONTEMPORARY PRACTICE OF THE UNITED STATES RELATING TO INTERNATIONAL LAW, The American Journal of International Law, Vol.100, No. 3 (Jul., 2006), p. 700.

القانون الدولي باتخاذها في أعالي البحار، لقمع أعمال القرصنة والسطو المسلح(١).

كما أصدر المجلس القرار رقم (١٨٣٨، في ٧ أكتوبر ٢٠٠٨)، قرر فيه أن حوادث القرصنة والسطو المسلح على السفن في المياه الإقليمية وفي أعالي البحار قبالة سواحل الصومال تؤدي إلى تفاقم الوضع في ذلك البلد، وأن هذا الوضع ما زال يشكل خطراً على السلم والأمن الدوليين في المنطقة، كما أنه شجّع المجتمع الدولي على المُشَارَكَة – بشكل نشط – في إدارةِ وضبط الأمنِ في خليجِ عدن وخارج ساحل الصومال، وهذه القرارات وما تلاها تقدم الإطارَ القانونيَ لاستهداف ومحاربة القراصنة(٢).

فبالإضافة إلى تبني الاتفاقيات الدولية وفَرْضها، فإن للأُمم المتّحدة الحق في مَنْح تفويضٍ خاصٍّ لقَمْع القرصنةِ باستخدام القوة في جزء معين من العالم، كما تم مؤخراً في حالة الصومال، فقد تبنى مجلس الأمن عِدّة قرارات تهيب وتحث الدول على اتخاذ الإجراءات اللازمة لقَمْع القرصنة بكُلّ الوسائل الضرورية (١٨١٨، ٢ يونيو ٢٠٠٨)، (١٨٣٨، ٧ أكتوبر ٢٠٠٨)، أما القرارات (١٨٤٦، ٢ ديسمبر ٢٠٠٨)، والقرار (١٨٥١، ١٦ ديسمبر ٢٠٠٨)، والقرار

---

(١) نصت الفقرة (٩) من القرار نفسه على أنه: "يؤكد أن الإذن الممنوح في هذا القرار لا يسري إلا فيما يتصل بالوضع في الصومال، ولا يمس حقوق الدول الأعضاء أو التزاماتها أو مسؤولياتها المقررة بموجب القانون الدولي، بما في ذلك أية حقوق أو التزامات تنص عليها الاتفاقية، فيما يتعلق بأي وضع آخر، ويشدد بصفة خاصة على أن ذلك الإذن لا يُعتبر منشِئاً لقانون دولي عرفي، ويؤكد كذلك أن الإذن المذكور لم يُمنح إلا عقب تلقي الرسالة المؤرخة ٢٧ فبراير ٢٠٠٨ الموجهة إلى رئيس مجلس الأمن من الممثل الدائم لجمهورية الصومال لدى الأمم المتحدة التي أشار فيها إلى موافقة الحكومة الاتحادية الانتقالية على ذلك. كما نصت الفقرة (١٥) على أن المجلس يعرب عن اعتزامه استعراض الوضع والنظر، حسب الاقتضاء، في تجديد السلطة التي تنص عليها الفقرة (٧) لمدد إضافية، بناء على طلب الحكومة الاتحادية الانتقالية.

(٢) Karl Sörenson, State Failure on the High Seas...., op. cit. p. 8.

(١٨٩٧، ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٩)[١]، فبسبب غيابَ قوات خفر السواحل وعدم وجود السلطات الرسمية المستقرة الفعّالة القادرة على فَرْض القانونِ ومحاكمُة القراصنة، فقد سمحت – لمدة ١٢ شهراً من تاريخ صدور القرار ١٨٤٦[٢] – بمطاردة القراصنة في الأراضي والمياه الصومالية نفسها، وكُلّ ذلك بناء على ترخيص من الحكومة الاتحادية الانتقالية الصومالية، التي تعد – على أية حال – شبه حكومة بدون أيّ سيطرة فعلية على البلاد[٣].

---

(١) يلاحظ أن القرارين – لحد الآن – لم يستعملا، فلم تتدخل أية قوات في الأراضي الصومالية لملاحقة القراصنة وقمعهم.

(٢) نصت الفقرة (١٠) من القرار ١٨٤٦ على أنه: "يجوز، ولمدة ١٢ شهراً اعتباراً من تاريخ هذا القرار، أن تقوم الدول والمنظمات الإقليمية التي تتعاون مع الحكومة الاتحادية الانتقالية على مكافحة القرصنة والسطو المسلح في البحر قبالة سواحل الصومال، والتي تقدم الحكومة الاتحادية الانتقالية إشعاراً مسبقاً بشأنها إلى الأمين العام، بما يلي:
(أ) دخول المياه الإقليمية للصومال بغرض قمع أعمال القرصنة والسطو المسلح في البحر، بشكل يتسق مع الإجراءات المتعلقة بالقرصنة التي تسمح الأحكام ذات الصلة من القانون الدولي باتخاذها في أعالي البحار.
(ب) استخدام جميع الوسائل اللازمة لقمع أعمال القرصنة والسطو المسلح في البحر داخل المياه الإقليمية للصومال، بشكل يتسق مع الإجراءات المتعلقة بالقرصنة التي تسمح الأحكام ذات الصلة من القانون الدولي باتخاذها في أعالي البحار".
– كما نصت الفقرة (٦) من القرار ١٨٥١ على أنه: "يشجع الدول الأعضاء، على مواصلة التعاون مع الحكومة الانتقالية في مكافحة القرصنة والسطو المسلح في البحر، ويقرر أنه يجوز، لمدة ١٢ شهراً اعتباراً من تاريخ اتخاذ القرار ١٨٤٦، أن تقوم الدول والمنظمات الإقليمية المتعاونة مع الحكومة الانتقالية في مكافحة القرصنة والسطو المسلح في البحر قبالة سواحل الصومال على أساس إخطار مسبق توجهه الحكومة الانتقالية إلى الأمين العام، باتخاذ جميع التدابير المناسبة في الصومال، من أجل قمع أعمال القرصنة والسطو المسلح في البحر، بناء على طلب الحكومة الانتقالية، شريطة أن تتماشى أي تدابير تتخذ عملاً بالإذن المنصوص عليه في هذه الفقرة مع القانون الإنساني وقانون حقوق الإنسان الدولي المنطبق.

(٣) Emiliano Alessandri, Report of the Conference....., op. cit. pp. 4-5.; Bjørn Møller, PIRACY, MARITIME TERRORISM...., op. cit. p. 19.

كما أصدر المجلس القرار رقم (١٩١٨، في ٢٧ أبريل ٢٠١٠)، أشار فيه إلى قراراته السابقة، كما أكد أن عدم محاكمة الأشخاص المسؤولين عن أعمال القرصنة والسطو المسلح في البحر قبالة سواحل الصومال يقوض جهود مكافحة القرصنة التي يبذلها المجتمع الدولي؛ كما أهاب بجميع الدول – بما في ذلك دول المنطقة – تجريم القرصنة في قوانينها الوطنية والنظر بشكل إيجابي في مسألة محاكمة القراصنة المشتبه فيهم الذين يُلقى القبض عليهم، وسجن المدانين منهم، بما يتسق والقواعد المعمول بها في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ولكن مشكلة القرصنة استمرت، ولذلك اقتُرح أَنْ يمدد تعريف القرصنةِ ليشمل السرقة بقوّة السلاحِ والاختطاف في المياه الإقليمية للدولة الفاشلة، ولكن هذا الاقتراح يُعارضُ بشدة من قبل بَعْض الأعضاء الدائمينِ في مجلس الأمن – خصوصاً الصين – فقد قامت الحكومة الصينية بالتحذير من اعتبار قرارات مجلس الأمن ١٨١٦، ١٨٣٨ "كسابقة a precedent"، فالمبدأ الذي تَبْدو إرادة الصين للدِفَاع عنه بشكل أساسيّ هو "عدم التدخل في الشؤون الداخلية لدولة ذات سيادة noninterference in the internal affairs of a sovereign state"[١].

وبعيداً عن اعتراض الصين، يمكن استنتاج أن مجلس الأمن تبنى التعريف الذي يسوي بين القرصنة والسطو المسلح، ويتضح ذلك من العديد من القرارات، مثل الفقرة (١٠) في القرار رقم ١٨٤٦، والقرار بتاريخ أكتوبر ٢٠٠٨، كما أنه سمح بالتدخل لملاحقة القرصنة داخل الأراضي الصومالية، وأهاب بجميع الدول تجريم القرصنة في قوانينها المحلية، ومحاكمة القراصنة الذين يتم القبض عليهم قبالة سواحل الصومال (الفقرة ٢ من القرار رقم ١٩١٨ بتاريخ ٢٧ أبريل ٢٠١٠).

علاوة على ذلك، يشير بَعْض فقهاء القانونِ الدولي إلى أن مجلس الأمن يَجِبُ أَنْ – في أيّ حالٍ منَ الأحوالِ – يَمتنع عن تَبنّي الأحكام التشريعيةِ

(١) Emiliano Alessandri, op. cit. pp. 4-5.

الدوليةِ، فسلطته بتقرير الاستخدام القانوني للقوة لا يَجْعلُه مشرّعاً a legislator**، فإذا رغبت الدول الرئيسية في ذلك، فإن التعريفَ القانونيَ للقرصنةِ يَجِبُ أَنْ يُوسّعَ، ثمّ يَجِبُ أَنْ يُدْمَجَ في اتفاقية دولية جديدة، وبشكل خاص سيلزم – فقط – الدول التي سَتكُونُ طرفاً فيه، كما أن المجالات الأخرى في القانونِ الدوليِ ستحتاج مزيداً من التوضيحِ والتطويرِ، وبالذات المجالات التي تغطي الاعتقال والحجز والسجن، والادّعاء والمحاكمة**[١].

ويبدو أن هذا الرأي الأخير يعد قريباً من الصواب والواقع، إذ كان الأحرى بمجلس الأمن ممثلاً بالأمم المتحدة أن يدعو إلى تعديل اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار، خاصة ما يتعلق منها بالمواد المعنية بتعريف وتحديد الأفعال التي توصف بالقرصنة، وجميع النصوص – سواء بالتعديل أو الإضافة – التي تتعامل مع القرصنة والمستجدات التي طرأت في أساليبها، بما يضمن مواكبة الاتفاقية لهذه المتغيرات، ومنح اليقين القانوني لقمع القرصنة، وتجاوز المخاوف والشبهات والعقبات التي تحد من محاربة تلك الظاهرة، وذلك على غرار اتفاقية سلامة الملاحة البحرية ١٩٨٨ التي تم إقرارها بعد حوادث الاختطاف والإرهاب في البحار.

ثانياً – إمكانية استخدام القوة لقمع القرصنة:

من المهم ملاحظة أن المادة (٣٠١) من اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢[٢]، تؤكد على منعَ استخدامِ القوة في العلاقاتِ الدوليةِ، مما قد يُفْهَمُ عموماً بمَنْع الأعمالِ العدوانيةِ العسكرية في البحر، بأسلوب يتناقض مع ميثاق الأمم

---

(١) Ibid. P. 5.

(٢) تنص المادة (٣٠١) على استخدام البحار في الأغراض السلمية، بحيث تمتنع الدول الأطراف في ممارستها لحقوقها وأدائها لواجباتها بموجب هذه الاتفاقية، عن أي تهديد باستعمال القوة، أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة، أو بأي صورة أخرى تتنافى ومبادئ القانون الدولي المذكورة في ميثاق الأمم المتحدة.

المتحدة، لكن هل كُلّ حالات استخدام القوة سَتكونُ "عملاً عدوانياً واضحاً" unambiguous 'aggressive action بهذا المعنى؟[١]، وما مدى إمكانية استخدام القوة لقمع القرصنة في أعالي البحار؟

يمكن القول إن القانونِ الدولي العرفي يَقْبلُ – كافتراض عام – أنّ سفينة حربية قَدْ تَمْضي في الزيارةِ والبحث والتدقيق في السُفنِ الأجنبيةِ في أعالي البحار على أساس الدفاع عن النّفس الوطني، أي بموجب حق الدفاع عن النفس[٢]، فبناء على وجهةِ النظر التقليديةِ، قد يُسمح للدولة باتخاذ إجراءاتِ الدفاع عن النّفسِ عندما يكون هناك خطر فوري، وقاهر، لا يترْك فرصة لاختيار الوسائلِ ولا لحظة للتأني والتشاورِ"، غير أن العمل المتخذ لمواصلةِ الدفاع عن النّفس، لا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مفرطاً أو غير معقول، "لأن ذلك الفعلِ، مُبَرَّر بضرورةِ الدفاع عن النّفسِ، ويجب أنْ يُقيد بتلك الضرورةِ ويبقى – بشكل واضح – ضمنها"[٣].

ولكن هل يمكن تبرير استخدام القوة لقمع القرصنة وفقا للمادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة؟

---

(١) Patricia Jimenez Kwast, Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorization of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award, Journal of Conflict & Security Law, Vol. 13 No. 1, (2008), p. 59.

(٢) يمكن تأصيل استخدام القوة المسلحة في البحر الإقليمي لدولة ما، بحقها في الدفاع الشرعي الوارد في المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة، التي تنص على أنه: "ليس في الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي". للمزيد، انظر:
Patricia Jimenez Kwast, op. cit. pp. 67-68.

(٣) Letter from Mr. Daniel Webster to Lord Ashburton, 17 July 1842, reprinted in R. Jennings, The Caroline and McLeod cases, 32 AJIL 1938, p. 89.
مشار إليه في Angelos Syrigos, Developments on Interdiction...., op. cit. pp. 159-160.

ما زال الفقهاء يُناقشونَ المعاييرَ التي تُنظّمُ استعمال القوةِ ضدّ القراصنةِ، حيث اقترح البعض(١) ما يسمى بـ "الرَدّ المتدرج graduated response"، الذي بموجبه يُمْكِنُ استعمال القوة للتَعَامُل مع القرصنة حتى قبل الهجوم الفعلي، بشرط احترام المبادئ الإنسانية humanitarian principles، وهذا المذهب مستند على الفارق المهم بين استخدامِ القوة للدفاع عن النّفسِ واستخدامها لتطبيق القانون البحري(٢).

فيما رأى البعض أنّ المادة (٥١) لا شيء فيها ولا في ميثاق الأمم المتحدةِ يُقيد الحق المتأصّلَ والمألوفَ للدول في استخدام القوة دفاعاً عن النفس، فالقيودَ الوحيدةَ ذات العلاقة "هي اللجوء إلى إجراءاتِ التسوية السلمية والخضوع للسلطات الممَنوحة لمجلسِ الأمن بموجب الفصلين السادس والسّابع، وإلى الجَمعِيَّة العامّةِ بموجب الفصلِ الرّابع، فمن الواضح أنّه إذا كانت الإجراءاتِ غير كافية، فإن استخدام القوَّة يظل باقياً في التَصَرُّف دفاعاً عن النفس، ويَجِبُ أَنْ يبقى حتى عندما لم يحصل هجوم مُسلَّح فعلي even when no actual armed attack has taken place"، وهكذا، فإن الحق في الدفاع عن النّفسَ يتجاوز الحق في الرَدّ على الهجوم المُسلَّح، ففي مثل هذه الحالة يسمح للدولة باللجوء إلى استخدام القوة للدفاع عن نفسها، وإحدى هذه الإجراءاتِ التدخلُ في حريةِ الملاحةِ في أعالي البحار(٣).

بينما رأى آخرون – بحق – أن المادة (٥١) مِنْ ميثاق الأمم المتحدةِ تفرض بعض القيودِ على حقّ الدّفاع عن النّفسِ في حالاتِ الهجوم المُسلَّحِ بشكل عام، وبالتالي سيكون غريباً فَرْض قيود في حالة الهجوم المُسلَّح الفعلي،

---

(١) D. P. O'Connell, The Influence of Law on Sea Power (Annapolis, Naval Institute Press, 1975); The International Law of the Sea (New York-Oxford: Clarendon Press, 1982).

مشار إليه في Emiliano Alessandri, op. cit. P. 6. Footnote. 9.

(٢) Emiliano Alessandri, op. cit. pp. 5-6.

(٣) Angelos Syrigos, Developments on Interdiction...., op. cit. p. 161.

وعدم فرض تلك القيود للدّفاع عن النّفسَ في كُلّ الظروفِ الأخرى، فالمادة السابقة تفْرضُ قيوداً على ذلك الحق، لذا بموجب المادة (٥١)، وبالارتباط مع المادة (٢/ ٤)، فإن الدفاع عن النّفس يُمْكِنُ – فقط – أَنْ يتم اللجوء إليه "إذا حْدث الهجوم المُسلَّحَ" وليس في الظروف الأخرى(١).

وقد سبق القول أنه من الصعب تبرير استخدام القوة إذا لم يكن مرتبطاً بتهديد مباشر(٢)، ولكن في حالة الهجوم الُمسلَّحَ الفعليَ ضدّ أيّة سفينة في

---

(١) J. de Arechaga, International law in the past third of a century, 159 RCADI 1978-I, pp.87-98.

مشار إليه في Angelos Syrigos, op. cit. p. 161.

(٢) يمكن النظر في إمكانية استخدام القوة لتطبيق القوانين في البحر، على ضوء حكم غويانا/ سورينام، فبسبب أنشطة لسفن تعمل في حفر آبار النفط في البحر مرخصة من غويانا، اقترب الأسطول السوريانامي منها، لأنها تعمل في الجرف القاري المتنازع عليه بين الدولتين، وقد أنذر الأسطول تلك السفن بمغادرة المنطقة وإلا سيستخدم القوة لطردها، وقد استجابت لذلك، ولم يتم إطلاق أي نيران، وحازت الحادثة على اهتمام لم يسبق له مثيلِ من ناحية التكييف القانوني الدولي لاستخدام القوة في البحر، فبعد المساعي الدبلوماسيةِ لحَلّ النزاعِ التي تَلت الحادثةَ وكانت غير مثمرةَ، أسست محكمة تحكيم في ٢٠٠٤ بموجب المادة (٢٨٧) من اتفاقية قانون البحار، وقد طلب من المحكمة إعْلان سورينام بأنها انتهكت ميثاق الأمم المتحدةَ بتهديدها باستخدام قواتها المسلحةِ في علاقاتها الدولية ضدّ سلامة الأراضي الإقليميةِ لغويانا، غير أن سورينام ادعت بأنّ إجراءاتها لَمْ تشكّلْ مثل هذا (التهديد)، بل بالأحرى، كَانت تستخدم التطبيقِ المعقولِ والمتكافئِ لمَنْع الحفر غير المرخص في منطقةَ الجرف القاري المتنازع عليه، وقد أكدت المحكمة، أولاً: أنه في القانون الدولي قد تستعمل القوة في تطبيقِ القانون بشرط أن مثل هذه القوةِ تكون ضروريةُ ومعقولة ومستحيلة التجنب، كما قررت بالإجماع أن العمل من قِبل سورينام في ٣ يونيو ٢٠٠٠ كان قريباً أكثرَ إلى التهديد بالعمل العسكري بدلاً مِنْ تطبيقِ القانون المجرّدِ، ولذلك شكل تهديداً باستخدام القوة في انتهاك لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي العام. للمزيد من التفاصيل، انظر:
The Award of Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in Accordance with Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the Matter of an Arbitration Between Guyana and Suriname, in the 17 September 2007, paras. 410, 445, 269 & 488.; Patricia Jimenez Kwast, Maritime Law Enforcement and the Use of Force, op. cit. pp. 49-53.

أعالي البحار، فيمكن للسفينة والدولة التي تتبعها مُمَارَسَة حقّ الدّفاع عن النّفسِ واللُجُوء إلى القوّة لصَدّ الهجوم(١)، غير أن هناك أيضاً قيوداً على استخدامِ القوة، منها: أن تَكُونَ ضرورية ومتكافئةً، وألا تستعمل بشكل وقائي.

وفيما يتعلق باستخدام القوة بالمخالفة لأحكام المادة (٢/ ٤) من ميثاق الأمم المتحدة (لمحاربة القرصنة)(٢)، فقد تم إثارة هذا الموضوع من قبل أسبانيا أمام محكمة العدل الدولية ضد كندا في قضية Fisheries Jurisdiction (1995)، حيث ادعت أن كندا بإطلاقها الطلقات التحذيرية للتَوَقُّف والصعود وحجز سفينةَ الصيدِ الإسبانيةِ في أعالي البحار، قد انتهكت – بشكل صارخ – القاعدة الآمرة في القانون الدولي peremptory norm التي تمْنعُ استعمال والتهديدِ بالقوة، وقد رفضت محكمة العدل الدولية الاختصاص في تلك القضيةِ(٣).

وقد رأى البعض أن استخدام القوة لَنْ يَنتهكَ المادة (٢/ ٤)، لأن الاستخدام غير المشروع هو الذي يكون ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأيّة دولة، أو بأيّ أسلوب آخر متناقض مع أغراضِ وأهداف الأُمم المتّحدةِ(٤).

---

(١) Angelos Syrigos, Developments on Interdiction...., op. cit. p. 160.

(٢) من المهم التأكيد على أن المادة (٢/ ٤) من ميثاق الأمم المتحدة تمنع الأعضاء من استخدام أو التهديد بالقوة المسلحة ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد "الأمم المتحدة"، كما تأكد هذا الأمر من قبل محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية ضد نيكاراغوا Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua، فلا يجوز التهديد أو استخدام القوات المسلحة ضدّ دولة أخرى لغرضِ إجْبارها على فعل شيء أو الامتناع عنه، للمزيد، انظر:
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America), International Court of Justice, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p. 14.; Patricia Jimenez Kwast, op. cit. pp.58

(٣) Rosemary Rayfuse, COUNTER MEASURES AND HIGH SEAS FISHERIES ENFORCEMENT, Netherlands International Law Review, LI: 41-76, 2004. P. 73.

(٤) Ibid.

كما يُمْكِنُ تبرير استخدام القوة والتدخّل أيضاً داخل السواحلِ، بموجب الحقِّ في الدفاع عن النّفسِ ضدّ الفاعلين غير الحكوميين أو بالاستناد إلى الحقِّ في حِماية المواطنين في الخارج، لكن هذا يَتطلّبُ دليلا على أن الرهائنِ وضعوا في مثل هذه الأماكنِ، ففي هذه الحالةِ، يمكن استخدام القوة لإطْلاق سراح الرهائنِ فقط إذا كان ذلك ضرورياً تماماً(١).

كما أن هناك سوابق تم فيها استخدام القوة أو التهديد بها لقمع القرصنة، ومن ذلك حجز السلطات الصينية – في شمال شرق آسيا – لسفينة صيدِ سمك روسيةِ في المياهِ الإقليمية الصينيةِ شرق الصين، وقد بعثت روسيا طرّادا بحريا إلى المنطقةِ لإيقاْف هجماتِ "القراصنة" على سُفُنِها Russia dispatched a Kara class cruiser to the area to halt 'pirate' attacks on its vessels، وأيضاً – ربما ردّاً على أعمالِ الصين – قامت روسيا بحجز سفينة صيد صينية لصيدِ السمك بشكل غير شرعي في المياه الإقليمية الروسيةِ، وقد تم حل النزاع مِن قِبل وزراءِ خارجية البلدين(٢).

وبالتالي، هناك حاجة للإجراءاتِ العسكرية الفعالة التي قد تتضمن؛ اللجوء إلى الإجراءات الهجوميَة، عن طريق البدء بعمليات بحرية يعهد إليها بمهمّة إغراق سفن القراصنة، وعمليات أرضية وجوية لتَدمير عرائن (أماكن) القراصنة على اليابسة(٣)، مع التأكيد على أن مُهَاجَمَة القراصنة على اليابسة – خصوصاً إذا

---

(١) Emiliano Alessandri, Report of the Conference....., op. cit. P. 5.

(٢) Mark J. Valencia, Asia, the Law of the Sea and International Relations, International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-), Vol. 73, No. 2, Asia and the Pacific (Apr., 1997), p.273.

(٣) أكد البعض – بحق – أن استعمال العمل العسكري المباشرِ ضدّ عرائنِ القراصنِة على الأرضِ، على الرغم من أنه نظرياً أقرَّ بقرارِ مجلس الأمن التابع للأمم المتحدةِ رقم ١٨٥١، فيَجِبُ أَنْ يتم تفاديه بأي ثمن، خصوصاً إذا كان سيؤدي إلى أضرار إضافية مدنيةِ واسعة الانتشار، فقد يأتي ذلك بنتائج عكسية، وربما يدفع بظاهرة القرصنة التي ظهرت نتيجة لأسباب اقتصادية على الأغلب، لتتفاقم وتتحول إلى مشكلة =

قام به أطراف أخرى غير وطنية – يَنتهكُ القانون الدولي، أو قد يَكون غير متوافق مع اتفاقيات حقوقِ الإنسان وقوانين الحربِ، كما قد يستلزمُ تحطّيم أهداف مدنية بتعمد، وكل هذا مخالف للقانون الدولي(١).

وعلى المستوى التكتيكي، قد تستلزم العمليات الهجومية القيام بهجمات إجهاضية ضدّ القراصنةِ درءاً لهجماتهم، لكن هذا يَتطلّبُ دليلاً قوياً على حدوث هجوم القراصنة الوشيك، الذي قَدْ لا يَكْفي لإقْناع القضاة في المحاكمة القانونية اللاحقة لاعتقال القراصنة، وهذه المشكلةِ، ستختفي – بالطبع – بَعْدَ حدوث الهجوم الفعلي، سواء بقى القراصنةَ على متن السفينة المَسْرُوقة أو بعد مغادرتِهم(٢).

وعلى أية حال، يلاحظ أن الصعود على السفينة التي تَحْتَ سَيْطَرَة القراصنةِ سيكون صعباً، لأنه سَيُعرّضُ للخطر أمانَ الطاقمِ والمسافرين، الذين – عادة – لَيسَوا في أيّ خطر داهم في أيدي القراصنةِ الذين يهمهم المالِ ولَيس لديهم دافع معيّنَ لقَتْل أي شخص، لِذلك، فإن كُلّ منظمات وشركات الشحن والسفن تَنْصحُ – بقوة – بعدم استعمال أيّة أسلحةِ ضدّ القراصنةِ على متن السفن، فتَركَ القراصنةُ يغادرون بسلبِهم، سيؤدي إلى مُتَابَعَتهم لاسترداد السلبِ ومعاقبة المذنبين، ناهيك عن رْدع الهجماتَ المستقبليةَ(٣).

ثالثاً – إمكانية استخدام شركات أمنية خاصة لقمع القرصنة:

بعيداً عن الإجراءات الحكومية، يلاحظ أن الزيادة في هجمات القرصنةِ دَفعتْ إلى تقديم مبادرات من القطاع الخاصّ للمساهمة في القضاء عليها،

= سياسية من الصعب السيطرة عليها. للمزيد، انظر:
Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, op. cit. p. 7.

(١) Bjørn Møller, PIRACY, MARITIME TERRORISM....., op. cit. p. 21.

(٢) Ibid.

(٣) Ibid.

فبعض الشركات البريطانية التي تقدم خدمات الحماية التجارية، مثل Eos، Hollowpoint، عرضت تقديم الحلول الأمنية الخاصة لقمع القرصنة البحرية، إذ أكدت استعدادها تقديم الموظفين المدربين عسكرياً – مُسلَّحين وغير مسلّحين – للمُسَاعَدَة في حِماية السُفنِ في خليج عدن، كما أن شركة الأمن الأمريكية بلاك ووتر (ما يسمى الآن بإي آي) ((Blackwater ((EI))، قدمت مقترحات مماثلة، بالإضافة لتقديم – على الأقل – مركبٍ واحد، للقيام "بواجباتِ المرافقِ" للناقلاتِ اللاتي يَعبرنَ المنطقةَ، ولكن شركات الشحن رفضت هذه العروض، لأن السعر المطلوبَ أكبر وأكثر من رغبة الملاكِ والمشغلين للدَفْع، (خصوصاً عندما يكون احتمال شن الهجمات أو التعرض لها منخفضاً نسبياً)، فكلفة ثلاثة رجال أمن – على سبيل المثال – تقدر بحوالي ٢١،٠٠٠ دولار في اليوم(١).

كما أنه إذا رغب أي مركب خاص مرافقِ بالصعود على ظهر سفينة القراصنة وتفتيشها إذا كانت تُهدّدُ السفينة المملوكة لعميلهم، فليس من الواضح ما هي السلطة أو الترخيص الذي يستند إليه، فالسفُن الحربية – فقط – التي تُميّزُ بشكل واضح وتَكون في الخدمةِ الحكومية تمتلك هذا الحق، فطبقاً لاتفاقية قانون البحار ١٩٨٢ (م ١٠٧)، يلاحظ أن بَعْض السفنِ – فقط – يكون لَها الحق في التَدَخُّل لقمع القرصنة، وبمعنى آخر يكون التدخل للسفُن الحربية أو الطائرات العسكرية، أو السُفن أو الطائرات الأخرى التي وضعت عليها علامة مميّزة تثبت أنها تعمل في الخدمة العامة ومرخص لها بذلك، وبناء عليه، فإنه يمنع استعمال الجيوش الخاصّة أو شركات الأمنِ لاعتقال القراصنةِ، كما يمنع استعمال الأفراد أو الشركات الأمنية على ظهر وداخل السفينة لحمايتها(٢).

وعلى أية حال، لا شك أن استخدام شركات الأمن البحري سيثير العديد من المشاكل على عِدّة جبهات: فاستعمال الحرّاسِ المُسلَّحين – على أقل تقدير

(١) Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, op. cit. pp. 4-5.

(٢) Bjørn Møller, PIRACY, MARITIME TERRORISM ...., op. cit. p. 18.; Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, op. cit. p. 5.

– سيكون لَهُ عواقب فورية على حقِّ المرورِ البريء the right of innocent passage، لأن أكثر الدول الساحليةِ لن تَسْمح للسُفنِ بدُخُول مياهها الإقليمية إذا كان لديها أسلحة في داخلها، كما أن أكثر دول العالم التقليدية لا تَسْمح بتواجد الموظفين المُسلَّحينِ على السُفُنِ المسجلة لديها، فهذا يُمْكِنُ أَنْ يكون حافزا لمالكي السفن على الإبْحار حاملين الأعلامِ التي تناسبهم (أعلام الملاءمة)، ومثل هذا الاتجاه سيضر ويغير نظم الصناعة والشحن بشكل سيئ، فضلا عن أن موت أو جرح أي شخص بريءِ – كنتيجة لتبادلِ إطلاق النار – سيُعرّض مالكي السفينةِ – بالتأكيد – إلى إدّعاءاتِ التعويضِ الباهظةِ (التي لَنْ تُغطّى بالتأمينِ)، كما يمكن أَنْ تُؤدّي إلى اتهامهم بارتكاب جرائم جنائية، فالتُهم الجرمية يمكن أَنْ تُوجه ضدّهم(١).

كما أن استخدام شركات الأمنِ البحري الخاصة قد يوفر الإمكانية الحقيقية للقراصنةِ، ويعطيهمَ الفرصة لرْفع درجة العنف، فقد يَقتحمُون السُفُنَ بنيةِ مؤكدة لاستعمال القوة القاتلة ضدّ أيّ شخص يواجههم (من ضمن ذلك الطاقم)، ولذا فإن هناك صعوبات حقيقية متأصّلة في استخدام الحرّاسِ المُسلَّحين، وقد تم إدراك ذلك من قبل شركاتِ الشحن التجاريةِ الرئيسيةِ، (من ضْمنها أي. بي. موللر ماركس A. P. Moeller Maersk، مشغل سفن الشحن الأكبر في العالم)، بالإضافة إلى بعض المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، مثل المنظمة البحرية الدولية (IMO)، والمجلس البحري الدولي البلطيقي the Baltic International Maritime Council (BIMCO)، فكل هذه المؤسسات ترى – عند المقارنة – بأنّ أيّ ردع محتمل سيستفاد من استعمال شركات الأمنِ الخاصة، سيكون باهظاً وبعيداً عن كلف استخدامهم(٢).

فهناك إجماع عامّ بأن العملياتِ ضدّ القراصنةِ لا يُمْكن أنْ تنفّذَ مِن قِبل

(١) Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, op. cit. p. 5.

(٢) Ibid.

الممثلين أو الفاعلين الخاصّينِ (القطاع الخاص)[١]، فخبراء القانون الدولي وموظفو الحكومات على حدّ سواء يُلاحظونَ أن وجود الأسلحة – بحد ذاته – على متن السفينة يخلق الأخطارَ والمشاكل العملية والقانونية الأخرى)، وبناء عليه فإن محاربة القرصنة – باختصار – تخْصُّ القوات البحريةِ الحكومية فقط[٢].

(١) طرح البعض حَلاً مختلفاً يتمثل في تسلّيح السفينةَ نفسها لتَحسين قابلياتِ دفاعها عن النّفسِ، بحيث يمكن تزويدها بأجهزة جديدة يُمْكِنُ أَنْ تَتراوحَ بين التقنياتِ الأكثرِ تقدماً للمراقبةِ، إلى آلاتِ ومعدات الأمنِ في الداخل، مثل الأسلاك الشائكِة، وخراطيم المياه، الخ، أو بِناء السُفُنِ التجاريةِ الجديدةِ التي تشتمل على التقنيات والآلات المتعلقة بأمنِ السفينةِ بما يماثل السفن التي تستخدم في مجال الأمن، ذلك أن مشيدي السفن الرئيسيينِ يَشتركونَ في أغلب الأحيان في بناء كلا من السُفن العسكرية والمدنية، كما طُرحت مقترحات بتعديل أو استبدال طرقَ البحرِ الرئيسيةِ، ولكن هذا الحَلِّ غير عملي، فقد تعلقت به مشاكل وصعوبات ليستْ فقط جغرافية، لكن أيضاً بسبب مواقف البعض مِنْ البلدان (مثل روسيا وكندا) المعارض، لأنه يُمْكِنُ أَنْ يؤخّر وصول الشحنات، كما أنه سيزيد من تكلفة استعمال السفن، للمزيد، انظر:
Emiliano Alessandri, Report of the Conference....., op. cit. pp. 9 -10.

(٢) يجدر بالذكر أن بعض الدول كانت تستأجر سفناً للقراصنة لغرض مهاجمة سفن أعدائها، ما كان يسمى "القرصنة بالوكالة عن الدولة ، وقد تم منعها في إعلان باريس ١٨٥٦ Declaration of Paris، الذي سمح – بدلاً مِن ذلك – بتوظيف حرّاسِ الأمن على سطح السفينة لحمايةِ الطاقمِ والحمولة كإجراء بسيط للدفاع عن النّفسِ)وقد تم منع ذلك لاحقاً)، وبالتالي، فإن استخدام شركات الأمن الخاصة لقمع القرصنة، سيعد رجوعاً إلى استعمال السفن الخاصة لمهاجمة السفن في البحر بالوكالة عن الدولة، كما أن بعض الدول - مثل مصر – ستعتبر الدخول إلى مياهها الإقليمية من سفينة خاصة تحمل أسلحة، شكلاً من أشكال استيراد الأسلحة غير القانوني Just to mention one, some states (such as Egypt) would consider the entry in their territorial waters of private ships carrying weapons as a form of illegal arms import. للمزيد من التفاصيل، انظر:
Emiliano Alessandri, Report of the Conference....., op. cit. pp. 5 & 9.

المطلب الرابع
الحلول الإقليمية لمحاربة القرصنة

رغم أن قدرة الدول على قَمْع القرصنةِ مقيدة بالقانونِ الدولي، الذي يُشجع على العملِ الرسميِ الفرديِ ضدّ القراصنةِ، ولا يتضمن بنوداً لتَشجيع الأفعال المنسّقة ضِدّ القرصنة، فكل ما يتطلبه هو التنسيق والتعاون، فالقانونِ الدولي يَطلب من الدول التعاونُ لأقصى حدٍّ ممكن في قمعِ القرصنةِ في أعالي البحار، ولكن ليس هناك سلطة مسمّاة أو تم تأسيسها للتحقق مما إذا كانت الدول تُقوم بهذا الالتزام(١).

ومع ذلك فإن سلسلة من اتفاقيات مكافحة القرصنةِ متعددة الأطرافِ، ستخفّفُ من هذه المشكلةِ؛ عبر تشجيع مجموعاتِ مِنْ الدول على وضع آلياتِ ضِدِّ القرصنة الإقليمية وتطبيقها(٢). وهذا ما سيتم بحثه من خلال التالي:

الفرع الأول
أهمية الاتفاقيات الإقليمية لقمع القرصنة

لأن هجمات القراصنة تَحْدثُ عموماً ضمن حدودِ إقليميةِ معينة(٣)، فإن

---

(١) Timothy H. Goodman, LEAVING THE CORSAIR'S NAME TO OTHER TIME....., op. cit. p. 156.

(٢) Ibid. p. 157.

(٣) للكثير من السَنَوات، لم تُعر الحكومات الإقليمية القرصنة الاهتمام الكافي، حيث صنفتها – بدرجة ضعيفة – ضمن أولوياتها، بل صنفتها في مستوى أقل من تهديداتِ الأمنِ العامة مثل التنافس بين الدول، الإرهاب، أعمال التمرّد guerrilla insurgencies، والجريمة المنظمة، وفي أكثر الحالاتِ، لم يتم وضع القرصنة ضمن التهديدات الأمنية البحريةِ الخاصة مثل صيدِ السمك غير الشرعيِ والتهريب، وغيرها، وهذا يدل على عدم إيلاء تلك الحكومات أهمية خاصة لمشكلة القرصنة مما أدى إلى تفاقمها. للمزيد، انظر:
John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY..., op. cit. p. 478.

المواجهة المنطقيّة لها تكمن في وضع اتفاقيات وترتيبات دولية إقليمية regional international agreements[١] لمحاربة تلك الظاهرة.

ومما يُبرزُ أهميةَ التعاون الإقليمي والدولي، أن العديد من القراصنة – بسبب بعض القوانينِ الوطنيةِ – يظلون بدون عقاب، حتى بعد حجز السفينة المختطفة من قبل دولة ما[٢].

ولذلك أدرج المختصون القرصنة ضمن المشاكل البحريةِ التي تَدْعو إلى تعاونٍ واسع للقضاء عليها، وقد حثت الاقتراحات على التعاونِ البحريِ ليس ضدّ خصم وحيد، لكن بالأحرى ضدّ المشاكل المشتركة مِنْ الجريمةِ، النهب، التلوث والكوارث الطبيعية وغيرها[٣].

---

(١) رأى البعض أن الاتفاقيات العالمية مثل اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار، واتفاقية سلامة الملاحة البحرية ١٩٨٨، يُمْكِنُ أَنْ تكُونا مصحوبتين أيضاً – بدلاً مِنْ التعديل أو الاستبدال – بالاتفاقيات الإقليميةِ الفرعيةِ الإضافيةِ التي تَفْرضُ التزامات ومسؤوليات أكبر على الدول الأطراف، فاتفاقية التعاونِ الإقليمي الأسيوي لعام ٢٠٠٤ لمُحاربة القرصنة والسرقة بقوّة السلاح ضدّ السُفنِ، التي تطبق – مَع بَعْض النجاحِ – يُمْكِنُ أَنْ تكون مسودة مفيدة فعلاً في هذا الجانب، فقد ساعدتْ في صياغة مذكّرة التفاهم المضادة للقرصنة في المحيط الهندي الغربيِ، وخليج عدن، والبحر الأحمر التي اختتمت في جيبوتي في ٢٩ يناير ٢٠٠٩ (مدونة جيبوتي)، وليس هناك سبب ليوضح لِماذا لم يتم تطبيق اتفاقيات مشابهة بنفس الطريقة في أجزاء أخرى مِنْ العالمِ. للمزيد، انظر:

Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, op. cit. p. 2.

(٢) ومثال ذلك الحَادِثة التي وقعت في جنوب الصين، عندما أطلق سراح ١٢ قرصاناً في قضيةthe Petro Ranger، فقد طلبت الشرطة الماليزية مِن الحكومة الصينية تَسليم القراصنةِ لمحاكمتهم في ماليزيا، لكن طبقاً للقانونِ الدولي، يَتطلّبُ التسليم اتفاقية ثنائية بين البلدين المعنيين، أَو قَدْ يتم التسليم بموجب اتفاقية دوليةِ تكون البلدان المعنية أطرافاً فيها، وهو ما لم يكن وارداً بين الدولتين. للمزيد، انظر:

Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. p. 129.

(٣) Mark J. Valencia, Asia, the Law of the Sea...., op. cit. p.277.

الفرع الثاني
أمثلة تطبيقية للاتفاقيات والترتيبات الإقليمية

تطبيقاً لما سبق، زادتْ بعض الدول الإقليمية من مستوى التعاونِ مَع بعضها البعض لقمع القرصنة، فمنذ مدة ليست بعيدة، بَدتْ دول جنوب شرق آسيا مترددة في التعاونِ الفعال ضدّ القرصنةِ، لكن تَطَوّرات السَنَوات القليلة الماضية كَانتْ إيجابية، ففي العقدِ التالي للحرب الباردةِ، شارك ممثلو تلك الدول بشكل كبير في الأجهزة الاستشارية والاجتماعات المعنية بقمع القرصنة، مثل جمعيةِ دراسات جنوب شرق آسيا Association of Southeast Asian Studies، ورابطة شعوب جنوب شرق آسيا (ASEAN)، واجتماع مسؤولي المنتدى الإقليمي البحري، وورش عمل بحر جنوب الصين South China Sea Workshops، ومجلس مجموعة عمل التعاون الأمني البحري لآسيا والمحيط الهادي Council for Security Cooperation Asia-Pacific Maritime Working Group[(١)].

وبشكل واضح، فإن الترتيبات الثنائية ومتعددة الأطرافbilateral and multilateral arrangements، تعد ضرورية لمَنْع هذه الظواهر الخطيرة، ومثال الحركة في هذا الاتجاه، الاتفاقية الصينية اليابانية الموقعة في مارس ١٩٩٣، لإيجاد إجراءاتِ فعّالةِ للتَعَاوُن في حِماية أعالي البحار في بحرِ شرقِ الصين، فقد عقدت الدورة الثانية مِنْ المحادثاتِ في نوفمبر – ديسمبر ١٩٩٣ في طوكيو، وقد توصل الأطراف إلى اتفاقية من أربع نقاط تتضمن ضرورة إجراء المشاورات المنتظمةِ بين الأعضاء لمحاربة القرصنةِ في بحرِ شرقِ الصينِ[(٢)].

---

(١) أبرزت المُناقشات في هذه الاجتماعات التقدّمَ في الشفافيةِ وبناء الثقة، لكنها أخفقت في الوصول إلى نوع فعال من أنشطة "بناء الأمن" الضرورية لمحاربة القرصنة. للمزيد، انظر:
John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY..., op. cit. p. 481.

(٢) Mark J. Valencia, Asia, the Law of the Sea....., op. cit. p.274.

ومن أمثلة التعاون الإقليمي(١)، أن كل من إندونيسيا وماليزيا والفلبين وقعت اتفاقية لتبادل المعلوماتِ والبدء في إجراءاتِ الاتصال في مايو ٢٠٠٢، مَع وضع تصور حول مَنْع استخدام أراضيهم (البر والبحرِ والجو) لغرضِ ارتكاب الأنشطة الإجرامية أو تَعجيلها(٢)، وبموجب هذه الاتفاقية، قام اجتماع رابطة شعوب جنوب شرق آسيا الوزاريِ – الذي عقد في كوالالامبور في مايو ٢٠٠٢ – بتبني برنامج عمل لتَطبيق خطةِ الرابطة الخاصة بمُحاربة الجريمةِ العالميةِ العابرة للحدود Combat Transnational Crime، التي منها القرصنة، كما وافقتْ دول الرابطة الأعضاء على العَمَل – أيضاً – على تَنسيق قوانينِها لكي تَتعاملَ مع قضايا الجريمةِ العالميةِ، كما وافقت على تَطوير برامجِ التمارين المشتركةِ في المجالات ذات العلاقةِ لتَحسين التعاون والتنسيق لتطبيقِ القانون والأنشطة الاستخباراتية التي يَشتركونِ فيها(٣).

---

(١) هناك اتفاقية الكاريبي الإقليمية Caribbean Regional Agreement، التي تَتعلّقُ بالتعاونِ في قَمْع التهريب البحري والجوي للمواد المخدرة المحظورةِ والموادِ المؤثّرة على العقلِ في منطقةِ الكاريبي، وقد فتح التوقيع عليها في ١٠ أبريل ٢٠٠٣ في سان خوزيه، بكوستاريكا، وقد اعترفت الاتفاقية بأنه بسبب عدم وجود دولة في المنطقةِ - كبيرة أَو صغيرة - لَديها القدرةُ على مُحَارَبَة تهريب المخدّرات لوحدها، فإن التعاون الدولي يعد ضروريًا، كما نصت على الاحترام الكامل للسيادةِ الوطنيةِ لكُلّ البلدان التي تُجاورُ البحرَ الكاريبيَ وخليجَ المكسيك، بينما تُقدم القواعدَ للتعاونِ الإقليميِ بين تلك البلدانِ وتبادل المعلوماتِ، والطلبات، والتفويضات، وتنسيق الأعمالِ لقَمْع مرورِ المواد المحظورِة، وفي الوقت نفسه تحترمُ سلطة العَلَم والاختصاص القضائي للدولة الساحلية. للمزيد، انظر:
Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY...., op. cit. p. 106.

(٢) من أمثلة الأنشطة الإجرامية في البحار: الإرهاب terrorism، غسيل الأموال money-laundering، التَهريب smuggling، القرصنة، الاختطاف، الدخول غير الشرعي illegal entry، تهريب المخدّرات drug trafficking، سرقة الموارد البحريةِ theft of marine resources، التلوث البحري وتهريب الأسلحة المحظورة marine pollution and illicit arms trafficking.

(٣) Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. p. 129.

وقد أثمرت المؤتمرات الإقليمية ضِد القرصنة عن بَعْض النَتائِجِ الإيجابيةِ من ناحية التعاونِ الإقليمي متعدد الأطرافِ، فعلى سبيل المثال، تبنت وكالاتِ خفرِ السواحل مِنْ ١٦ بلدا، (بلدان رابطة شعوب جنوب شرق آسيا العشر، والهند وسريلانكا وبنغلادش وكوريا الجنوبية والصين واليابان) و(هونج كونج) في أول مؤتمر لها في أبريل ٢٠٠٠، مجموعة وثائقِ، منها بيانِ "رد آسيا ضِدّ القرصنة ٢٠٠٠" "Asia Anti-Piracy Challenge 2000"، الذي أبدىَ فيه المندوبون نيتِهم لتَعزيز التعاونِ في مكافحة القرصنةِ والسرقة بقوّة السلاحِ ضدّ السُفنِ، و"مناشدة طوكيو" "Tokyo Appeal"، التي دَعت إلى تأسيس نقاطِ اتصال لتبادل المعلوماتِ بين السلطاتِ ذات العلاقةِ، بالإضافة إلى صيَاْغَة خطة عمل على المستوى الوطنيِ في كل الدول الأعضاء، تحتوي على إجراءات معينة ضد القرصنة(١).

وفي يونيو ٢٠٠٣، تبنى منتدى رابطة شعوب جنوب شرق آسيا الإقليميَ the ASEAN Regional Forum (ARF)، البيانَ الأولَ للتعاونِ ضدّ القرصنةِ والتهديداتِ الأخرى للأمنِ، الذي اعترف بأنّ القرصنة والسرقة بقوّة السلاحِ ضدّ السُفنِ كَانتا من المشاكل الهامّة في مياهِ آسيا والمحيط الهادي، وأن الردود الفعّالة للقضاء عليها تتَطلّب "إستراتيجيات أمنِ بحريةِ إقليميةِ وتعاون متعدد الأطرافِ في تطبيقِها" "regional maritime security strategies and multilateral cooperation in their implementation"(٢).

ويبدو أن التطور الأهمّ هو اتفاقية التعاون الإقليمي لمُحاربة القرصنةِ والسرقة بقوّة السلاحِ ضدّ السُفنِ في جنوب شرق آسيا ٢٠٠٤، حيث تُلزم الاتفاقية الدول الأطراف بالآتي: (١) مْنع وقْمع القرصنة والسرقة بقوّة السلاحَ

(١) Ministry of Foreign Affairs of Japan, "Diplomatic Bluebook 2001," at. http://www.mofa.go.jp/policy/otherlbluebook/2001!chap2-4-d.html; http://www.asean-sec.orgII4838.html.

(٢) John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY...., op. cit. p. 482; http://www.aseansec.orgII4838.html.

ضدّ السُفنِ؛ (٢) القبض على الأشخاصِ الذين ارتكبوا تلك الجرائم؛ (٣) حجز السُفنِ أو الطائرات التي أُستعملت لارتكاب تلك الجرائم؛ و(٤) إنقاذ السُفن الضحايا وضحايا القرصنةِ أو السرقة بقوّة السلاحِ ضدّ السُفنِ، و(٥) لأغراضِ التعاونِ، يجب على الأطراف أَنْ تَسْعي لتقديم المساعدةِ القانونيةِ المتبادلةِ، بالإضافة إلى تسليمِ القراصنة، فضلاً عن أن الاتفاقية تؤسس مركزاً مشتركاً للمعلوماتِ Information Sharing Center في سنغافورة(١).

وبعيداً عن تعزيز التعاون الإقليمي، ينبغي الإشارة إلى أن هناك فجوة في تطبيقات الدول تستحق الانتباه، فعلى سبيل المثال، من الضروري للدول الساحلية، إعادة النظر في تعريف الأفعال التي تشكل "جريمة القرصنة" في أنظمتِها القانونيةِ الوطنية، فمثلا يلاحظ أن جميع بلدان شرق آسيا – عدا الفلبين – "لا تجرّمُ" القرصنةَ في الحقيقة، أيضاً ليس هناك آلية لكيفية تطبيق تلك البلدانَ للاتفاقيات الدوليةَ على المستوى الوطني، فعلى سبيل المثال – لإنْجاز التزاماتهم – ينبغي على الدول الأطراف في اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢ أَنْ تسن مجموعة التعليماتِ المُفصّلةِ والإلزاميةِ في قوانينهم الوطنيةِ ضد القرصنةِ، وهو ما لم يتم في العديد منها(٢).

وبالتالي، لقمع القرصنة والحفاظ على الأمن والملاحة البحرية في سواحل الصومال وخليج عدن والمحيط الهندي، فإن التعاون الإقليمي ضروري، بحيث يجب أن تُركز جُهود المنع والمراقبة والتحري على مِئاتِ الأميالِ المربّعةِ للبحار والمحيطات، وتبقى هذه الجهود في كل ساعاتِ اليومِ، كما يجب أن تسمح الدول الساحلية الأطراف بالمطاردة ودخولِ السُفُنِ والطائرات التي تسعى لتطبيقِ قوانين جيرانِهم البحرية إلى بحارهم الإقليمية والأرخبيلية، بعد الحصول على

(١) Article 3 of the Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia; Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, op. cit. p. 130.; Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY...., op. cit. p. 106.)

(٢) Zon Keyuan, op. cit. p. 131.

ترخيص بذلك من الدولة المعنية، وللصعود وحجزِ السُفُنِ المشكوك فيهاِ مِنْ دولة العَلَمِ أو الدولة الساحليةِ، اعتمادا على الموقع(١)، ولذا فإن التعاون الإقليمي مطلوب لتَأسيس هذه الآليات(٢).

كما أن التطبيق المُنسّق لذلك التعاون، يوجب معالجة التحديات التي تعترض جمع الأدلة والمحاكماتِ المحتملة بموجب الأنظمةِ القانونيةِ المختلفة، والأخطار الملازمة التي قد يتعرض لها البحّارة الأبرياء والرهائن في أيّ أعمال رَدٍّ يُقصد بها السيطرة على السفينة الضحيّةِ واستردادها مِنْ القراصنةِ(٣).

كما أن تعزيز التعاونِ الإقليمي البحري(٤) يتمثل في توافر العزيمة المتزايدة من ناحية الدول في جَعْل محاربة القرصنةِ أولوية، وتعزيز جُهودِ تطبيقِ قوانينها البحريةِ، وهذا يحتاج – بشكل خاص – إلى تولّدَ إرادة سياسية أقوى بين القادة السياسيين للاستثمار في بناء الأجهزةِ البحريةِ الكافيةِ ودعم القوات البحرية(٥)، علاوة على ذلك، هناك حاجة إلى اتفاقية عامّة لتبادل

---

(١) وهذا يتطلب من الدول . ضمن أمور أخرى . قوة بحرية فعّالة مدربة، ومُرَاقَبَة السُفُنِ والمراكب المشكوك فيها، للمحافظة على النظام العامَ في البحر. للمزيد، انظر:
Patricia Jimenez Kwast, Maritime Law Enforcement...., op. cit. p.54.

(٢) Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY ...., op. cit. p. 103.

(٣) DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY U. S. COAST GUARD STATEMENT OF RADM WILLIAM BAUMGARTNER ON INTERNATIONAL EFFORTS TO COMBAT MARITIME PIRACY BEFORE THE SUBCOMMITTEE ON INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, HUMAN RIGHTS, AND OVERSIGHT COMMITTEE ON FOREIGN AFFAIRS U. S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, APRIL 30, 2009. P. 3.

(٤) في هذا الصدد، يمكن الاستفادة من مبادرةِ أمنِ مضايقِ مالاكاMalacca Straits Security Initiative (MSSI)، التي بموجبها تتعاون الدول الساحلية (إندونيسيا وماليزيا وسنغافورة)، لاكتشاف هجمات القراصنة ومنعها. للمزيد، انظر:
Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy..., op. cit. p. 4.

(٥) هناك ثلاثة تحديات قد تعترض فعالية واستمرار التعاون الإقليمي لمحاربة القرصنة، تتمثل في الآتي: ١- ضمان استمرار ذلك التعاون بالقوة نفسها والفعالية والزخم. ٢- توسيع الشبكات التعاونية لتشمل جميع الدول والمنظمات المعنية في الإقليم =

المعلومات، والتنسيق بين القوانينَ الوطنيةَ، وتأسيس جهاز مترابط للتشريع وتنفيذ التمارين المشتركة، كما أنه من الضروري إنشاء قوة بحرية إقليمية تَتحرّك نحو تبني إجراءاتِ منظمة حلف شمال الأطلسي، وأَخذ الخطوات الأولى لتَطوير المكوّن البحري لتلك القوة(١)، فمن الأهمية بمكان، تَنسيق ردود تلك الدول عن طريق خَلْق إطار قانوني مشترك لقمع القرصنة، وتعزيز القدرات المشتركة والقيَاْم بالدوريّات البحرية المشتركة، وتَبنّي التنسيقِ بين خفر السواحل في الدول المعنية، والهدف من ذلك هو خَلْق شبكة إقليمية متكاملة لخفرِ السواحل في خليجِ عدن(٢)، وهذا الأمر يتَطْلبُ إرادة سياسية قوية وآليات تمويل كافية(٣).

وهذه الجُهود يَجِبُ أَنْ تَكُونَ مُنسّقة بشكل أكبر ضمن مجموعة الاتصال الدولية ضد القرصنة International Contact Group on Piracy، التي أنشئت في أوائل ٢٠٠٩، وشارك فيها ٢٨ دولة و٦ منظمات دولية (منها: الاتحاد الأفريقي، الجامعة العربية، منظمة حلف شمال الأطلسي والاتحاد الأوربي)(٤).

= والقطاع العام والخاص. ٣- تعزيز ونقل الحرب إلى تهديدات الأمن البحري الأخرى. للمزيد، انظر:
John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY...., op. cit. pp. 478 & 486-490.)

(١) Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy..., op. cit. p. 4.

(٢) على خلاف الوضع في مضايقِ مالاكا Malacca، يلاحظ أن الدول الواقعة على منطقةِ خليجِ عدن والقرن الأفريقي تفتقر إلى القدرات البحريةِ بشكل كبير، مما يؤدي إلى ضعفها في الرَدّ على أَفْعالِ القرصنةِ في أعالي البحار وفي بحارِها الإقليميةِ، كما أن السلطات الصومالية - لحد الآن - لا تمتلك نظاماً قضائياً أَو قدرات كافية لتطبيقِ القانون عند التعامل مع القراصنة. للمزيد، انظر:
DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY U. S....., op. cit. P. 2.

(٣) Emiliano Alessandri, Report of the Conference....., op. cit. P. 9.

(٤) Eva Strickmann, op. cit. p. 4.

كما يلاحظ أن العيوب والثغرات التي تشوب بعض القوانين أتاحت الفرصة ومكنت المتهمين بالقرصنة من الهروب من المحاكمة والعقاب، ولا زالت تلك الثغرات باقية عملياً إلى اليوم في بعض القوانين، فالعديد من التشريعات الوطنية ضد القرصنةِ في العديد مِنْ البلدانِ لا تتبع التعليماتَ الواردة في اتفاقية ١٩٨٢ لقانونِ البحرِ، وهكذا، فقلةِ المعاييرِ الدوليةِ الموحّدةِ للتَمييز بين القرصنة والأفعال غير القانونية الأخرى في البحر، تؤدي إلى إمكانية إفلات المتهم من العقاب، فضلاً عن تباين تلك العقوبات شدة وضعفاً، وكنتيجة لذلك، فإن الشك ما زالَ موجوداً حول فعالية العقاب، عندما يمكن – لأيّة دولة – أَنْ تَعتقل الأشخاص المتهمين بالقرصنة وتُحاكمَهم طبقا لمبدأ الولاية القضائية العالمية، غير أن السلطات القضائية مِنْ دول مختلفةِ تتباين في تطبيقِها المحتملِ لتلك العقوبات(١).

ولذا ينبغي توحيد الإجراءات والعقوبات التي تفرض عند محاكمة القراصنة، أو على الأقل ينبغي التنسيق بين الجهات المعنية في البلدان المهتمة بقمع القرصنة.

الخاتمة:

لا شك أن القرصنة تعد جريمة عالمية (ذات طابع دولي)، تؤدي إلى الإضرار بجميع الأمم، ونظراً لخطورة تلك الجريمة، فقد تصدى لها المجتمع الدولي قديما، عبر الجهود والإجراءات التي فرضتها كل دولة على حدة، أو من خلال الإجراءات الجماعية لكل الأمم.

ومن خلال هذا البحث الذي يستعرض الجهود الدولية لمحاربة القرصنة قبالة سواحل الصومال، يمكن الخروج بمجموعة من النتائج والتوصيات، كالتالي:

(١) Agustõn Blanco-Bazn, Suppressing Unlawful Acts...., op. cit. pp. 713-714.

النتائج:

١ – إن تعريف القرصنة الوارد في اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار، اشتمل على خمسة عناصرٍ، تتمثل في: ١– وجوب أَنْ تَكُونَ الأفعال المرتكبة جرائمَ عنف مثل السرقةِ أو القتلِ؛ ٢– وأن ترتكب في أعالي البحار، أي خارج الولاية القضائية لأية دولة؛ ٣– مِن قِبل سفينة خاصّة، أو سفينة عامّة خلال تمرّد أو لَمْ تَعُدْ تحت سيطرة الدولة التي تمتلكها؛ ٤– للأهداف الخاصّةِ، وليس للأهداف السياسية؛ و٥– مِنْ سفينةِ أو طائرةِ ضد سفينة أخرى.

٢ – إن تعريف اتفاقية ١٩٨٢ للقرصنةِ قَدْ يُؤدّي إلى استنتاج أن ما يحدث من أعمال قرصنة في سواحل الصومال وخليج عدن، ليست مشكلة هامة اليوم، بسبب عدم تغطية ذلك التعريف للشكل المعاصر للقرصنة، وهو ما يطلق عليه "القرصنة المعاصرة".

٣ – يمكن القول إن شكل القرصنة المعاصرة، قد اختلف عن شكلها في الماضي، فقد قام المكتب البحري الدولي بتَعريف القرصنة على أنها: "فعل الصعود أو مُحَاوَلَة الصعود على أيّة سفينة بقصد ارتكاب السرقةِ أو أيّة جريمة أخرى، على أن يقترن ذلك بالنيةِ الواضحة لاستعمال القوةِ في تعزيزِ ذلك الفعلِ"، وهذا التعريف يغطّي كُلّ "الهجمات الفعلية أو المُحَاوَلة سواء أكانت السفينة في المرسى أو في المياه الإقليمية أو أعالي البحار".

٤ – إن القراصنة في الماضي كانوا يهاجمون السفن لسَرِقَة المالِ أو الموادِ الثمينةِ، أما قراصنة هذه الأيام فإنهم يُحاولونَ اختطاف كامل السُفُنِ أو الحمولةِ، وطبقاً لذلك، هناك ثلاثة أنواعٍ من القراصنةِ، تشمل: أ– الأشخاص على ظهر السُفنِ في البحر أو في المرسى الذين يَسْرقُون أيّ شيء له قيمة؛ ب– العصابات المُنظَّمة والمسلّحَة تسليحاً جيداً التي تَستقلُّ السُفنَ، في المرسى أو أثناء الملاحة لكي تسْرقَ المالَ مِنْ الطاقمِ أو الموادِ الثمينةِ من الحمولة أو أجهزة السفينةِ؛ وج– مُخْتَطِفو السُفنِ والحمولةِ.

٥ – إن المادة (١٠٥) من اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢ أقرت الولاية العالمية ضد القرصنة حيث يكون لكل دولة في أعالي البحار، أن تستولي على سفينة أو

طائرة القراصنة أو سفينة أو طائرة وقعت تحت سيطرتهم، وتعتقل الأشخاصَ وتستولي على الممتلكات الموجودة عليها، وتحاكم القراصنة في محاكمها.

٦ – إن اتفاقيات سلامة الملاحة البحرية تتمم الإجراءات القانونية ضِد القرصنة الواردة في اتفاقية قانون البحار ١٩٨٢، حيث تغطي الجرائم المرتكبة لأهداف سياسية، غير أن مجال التطبيقِ الإقليميِ بين الاتفاقيتين مختلف، فبينما تنطبقُ اتفاقية ١٩٨٢ – فقط – على أعالي البحار والمنطقةِ الاقتصادية الخاصّةِ، فإن اتفاقيات سلامة الملاحة البحرية تَنطبقُ لَيس فقط على المياهِ في أعالي البحار، لكن أيضاً على المياهِ ضمن الولاية القضائية لدولة طرف، وهذه المجالات المختلفة للتطبيق قَدْ تُصبحُ صعبة من الناحية الواقعية عندما يراد تطبيق الاتفاقيات المذكورة أعلاهَ

٧ – طبقاً لتعريف المكتب البحري الدولي للقرصنة – السابق ذكره – فإننا لا نؤيد الرأي الذي يقصر تطبيق الولاية العالمية على أفعال القرصنة الواردة في المادة (١٠١) من اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار فقط، خصوصا إذا كانت الدولة التي تمتلك الولاية القضائية على تلك الجرائم عاجزة عن ممارستها (مثل الصومال).

٨ – إن ما يعيب اتفاقية ١٩٨٢ في تناولها للقرصنة، أنها أعطت الحق لكُلّ الدول في اعتقال القراصنةِ ومُحَاكَمَتهم، لكنها لم توجب العمل بذلك، فالدول تستطيع النظر في محاكمة القراصنة من عدمها، كما أن الاتفاقية لم تحتوِ على آلية لنقل القراصنة أو تسليمهم إلى الدول الأخرى ذات الاختصاص.

٩ – إن الشكل الجديد للقرصنةِ، يبين أن حوادث القرصنة التي حَدثتْ في المحيط الهندي وسواحل الصومال، تَتضمّن مجرمين مُنظَّمينَ (جريمة منظمة) لارتكاب مثل تلك السرقات واسعة النطاقِ، لأن بيع الحمولة وحجز السفينة حتى يتم دفع الفدية، يَتطلّبُ مصادرَ وتخطيطاً متطوّراً، وهذه الإمكانيات لا تتوافر للقراصنة الفرديين.

١٠– إن هناك عقبات تحول دون نجاح محاكمة القرصنة طبقا للاتفاقيات التي

وقعها الاتحاد الأوروبي مع بعض الدول (مثل كينيا)، مثل طول الإجراءات وتأخر الأحكام، وإجبارية توفير الدلائل التي تُدين القراصنة، بالإضافة إلى عدم توفر الوسائل التقنية الضرورية لمرور هذه المحاكمات في أحسن الظروف، والشكاوى التي تدين انتشار الفساد.

١١- من الصعب تبرير استخدام القوة لقمع القرصنة، إذا لم يكن مرتبطا بتهديد مباشر، ولكن في حالة الهجوم المُسلَّح الفعلي ضدّ أيّة سفينة في أعالي البحار، فيمكن للسفينة والدولة التي تتبعها مُمَارَسَة حقّ الدّفاع عن النّفسِ واللُجُوء إلى القوّة لصَدّ الهجومِ، مع مراعاة القيود الأخرى المتمثلة في أن تَكُونَ تلك القوة ضرورية ومتكافئةَ، وألا تستعمل بشكل وقائي.

١٢- يمنع استعمال الجيوش الخاصّة أو شركات الأمنِ لاعتقال القراصنةِ، كما يمنع استعمال الأفراد أو الشركات الأمنية على ظهر وداخل السفينة لحمايتها، للمخاطر التي تترتب على ذلك، فخبراء القانون الدولي وموظفو الحكومات على حدّ سواء يُلاحظونَ أن وجود الأسلحة – بحد ذاته – على متن السفينة يخلق الأخطارَ والمشاكل العملية والقانونية الأخرى، وبناء عليه فإن محاربة القرصنة – باختصار – تخْصُّ القوات البحريةِ الحكومية فقط.

١٣- لأن هجماتِ القراصنة تَحْدثُ عموماً ضمن حدودِ إقليميةِ معينة، فإن المواجهة المنطقيّة لها تكمن في وضع اتفاقيات وترتيبات دولية إقليمية لمحاربة تلك الظاهرة.

التوصيات:

١ – ينبغي تعديل اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار لتتواكب مع التطورات الجديدة، والأساليب المستحدثة للقرصنة المعاصرة، بالإضافة إلى وجوب النص على محاكمة القراصنة.

٢ – يجدر بمجلس الأمن ممثلا بالأمم المتحدة أن يدعو إلى تعديل اتفاقية ١٩٨٢ لقانون البحار، خاصة ما يتعلق منها بالمواد المعنية بتعريف وتحديد الأفعال التي توصف بالقرصنة، وجميع النصوص – سواء بالتعديل أو الإضافة –

التي تتعامل مع القرصنة والمستجدات التي طرأت في أساليبها، بما يضمن مواكبة الاتفاقية لهذه المتغيرات، ومنح اليقين القانوني لقمع القرصنة، وتجاوز المخاوف والشبهات والعقبات التي تحد من محاربة تلك الظاهرة.

٣ – إن استعمال العمل العسكري المباشرِ ضدّ عرائنِ القراصنِة على الأرضِ، يَجِبُ أَنْ يتم تفاديه بأي ثمن، خصوصاً إذا كان سيؤدي إلى أضرار مدنيةٍ واسعة الانتشار، فقد يأتي ذلك بنتائج عكسية، وربما يدفع بظاهرة القرصنة – التي ظهرت نتيجة لأسباب اقتصادية على الأغلب – لتتفاقم وتتحول إلى مشكلة سياسية من الصعب السيطرة عليها.

٤ – يوصي البحث قادة الدول الإقليمية المعنية بتعزيز الإرادة السياسية لجعل محاربة القرصنة ضمن الأولويات الرئيسية لدولهم، بحيث تنعكس في بناء الأجهزةِ البحرية الكافية، وعقد الاتفاقيات العامّة لتبادل المعلوماتَ، والتنسيق بين القوانين الوطنية، وتأسيس جهاز مترابط للتشريعِ وتنفيذ التمارين المشتركة، كما أنه من الضروري إنشاء قوة بحرية إقليمي مخصصة لمحاربة الجرائم البحرية، بما فيها القرصنة.

٥ – لمحاكمة القراصنة، ينبغي توحيد الإجراءات والعقوبات التي تفرض عند محاكمة القراصنة، أو على الأقل التنسيق بين الجهات المعنية في البلدان المهتمة بقمع القرصنة.

٦ – إن الحل طويل المدى لمحاربة القرصنة، يتطلب إعادة بناء البنية الأساسية للحكومة الصوماليةِ المُنْهَارِة، وخْلق حياة أفضل للشعبِ الصومالي – خصوصاً الشباب – فالحَلّ النهائي يَجِبُ أَنْ يَكُونَ هو الحل الذي يَتعاملُ مع النظامِ السياسيِ على اليابسة، وبمعنى آخر، "حَلّ بناء الأمة".

المراجع

الرسائل العلمية:

- - Zeynep Uear, PLACES OF REFUGE AND THE OBLIGATION TO ACCOMMODATE SHIPS IN DISTRESS, A Thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial fulfillment of the requirements of the Degree of Masters of Laws (LL.M.), Faculty of Law, McGill University, Montreal, Quebec, Canada, February 2006.

الكتب:

- - ANASTASIA STRATI, MARIA GAVOUNELI, and NIKOLAOS SKOURTOS, Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea: Time Before and Time After, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2006.
- - BjMPIRACY, MARITIME TERRORISM AND NAVAL STRATEGY, DANISH INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES (DIIS), 2009.
- - Francisco Orrego Vicunáa, The Changing International Law of High Seas Fisherie, Cambridge University Press, 2004.
- M. S. McDougal and W. T. Burke, The Public Order of the Oceans (Yale University Press: New Haven and London, 1962).
- - R. Churchill and A.V. Lowe, The Law of the Sea (Manchester University Press: Manchester, 3rd edn., 1999).
- Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum and Chie Kojima, Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes (ads), Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2007.

المجلات والدوريات:

- A.L. Kolodkin, Y.V. Bobrova and G.G. Shinkaretskaia, Peaceful Uses of the Seas in the Light of New Challenges and Threats, in: Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum and Chie Kojima, Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes (ads), Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2007.
- Agustõn Blanco-Bazn, Suppressing Unlawful Acts: IMO Incursion in the Field of Criminal Law, in: Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum and Chie Kojima, Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes (ads), Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2007.
- Angelos Syrigos, Developments on Interdiction of Vessels on the High Seas, in: ANASTASIA STRATI, MARIA GAVOUNELI, and NIKOLAOS SKOURTOS, Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea: Time Before and Time After, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2006.
- Ashley Roach, ENHANCING MARITIME SECURITY IN THE STRAITS OF MALACCA AND SINGAPORE, Journal of International Affairs, Vol. 59, No. 1, Fall/Winter 2005.
- Elizabeth Andersen, Benjamin Brockman-Hawe & Patricia Goff, Suppressing Maritime Piracy: Exploring the Options in International Law, A Workshop Report, one earth Future, Washington, DC, 16 - 17 October 2009.
- Emiliano Alessandri, Report of the Conference "Addressing the Resurgence of Sea Piracy: Legal, Political and Security Aspects", organized by the Istituto Affari Internazionali (IAI) and the International Institute of Humanitarian Law,

in collaboration with and with the support of Italian Ministry of Foreign Affairs, NATO and European Commission, Rome, 16 June 2009.

- Eric A. Posner and Alan O. Sykes, An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law, American Law and Economics Review V9, N1, 2007.
- Eva Strickmann, EU and NATO Efforts to Counter Piracy off Somalia: A Drop in the Ocean?, International Security Service, ISIS Europe - October 2009.
- George D. Gabel, Jr, Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Modern-Day Piracy, Tulane Law Review, 81 Tul. L. Rev. 1433, June, 2007.
- Harold Hongju Koh, Transnational Public Law Litigation, The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 8, Symposium: International Law (Jun., 1991).
- Jason Power, THE BEST OF BARRY: BARRY STUDENT ARTICLE: MARITIME TERRORISM: A NEW CHALLENGE FOR NATIONAL AND INTERNATIONAL SECURITY, Barry Law Review, 10 Barry L. Rev. 111, Spring, 2008.
- Jean-Pierre Cot, The Law of the Sea and the Margin of Appreciation, in: Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum and Chie Kojima, Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes (ads), Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2007.
- John F. Bradford, SHIFTING THE TIDES AGAINST PIRACY IN SOUTHEAST ASIAN WATERS, ASIAN SURVEY, VOL. XLVIII, NO. 3, MAY/JUNE 2008.
- JOHN R. CROOK, CONTEMPORARY PRACTICE OF THE UNITED STATES RELATING TO INTERNA-

TIONAL LAW, The American Journal of International Law, Vol.100, No. 3 (Jul., 2006).

- Malvina Halberstam, Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety, The American Journal of International Law, Vol. 82, No. 2 (Apr., 1988).
- Mark J. Valencia, Asia, the Law of the Sea and International Relations, International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-), Vol. 73, No. 2, Asia and the Pacific (Apr., 1997).
- Mark Pallis, Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes, International Journal of Refugee Law Vol. 14 No. 2/3, 2002.
- Michael H. Passman, Protections Afforded to Captured Pirates Under the Law of War and International Law, Tulane Maritime Law Journal, 33 Tul. Mar. L. J. 1, Winter, 2008.
- Natalie Klein, The Right of Visit and the 2005 Protocol on the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, Denver Journal of International Law and Policy, 35 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 287, Spring, 2007.
- Patricia Jimenez Kwast, Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorization of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award, Journal of Conflict & Security Law, Vol. 13 No. 1, (2008).
- Peter Chalk, Laurence Smallman, Nicholas Burger, Countering Piracy in the Modern Era, Notes from a RAND Workshop to Discuss the Best Approaches for Dealing with Piracy in the 21st Century, RAND Corporation, 2009.
- Robert M. Jarvis, Maritime Piracy in the Modern World,

Insights on Law & Society, 6.3, American Bar Association, Spring 2006.

- Rosemary Rayfuse, COUNTER MEASURES AND HIGH SEAS FISHERIES ENFORCEMENT, Netherlands International Law Review, LI: 41-76, 2004.
- Stuart Kaye, International Measures To Protect Oil Platforms, Pipelines, and Submarine Cables from Attack, Tulane Maritime Law Journal, 31 Tul. Mar. L. J. 377, Summer, 2007.
- Timothy H. Goodman, LEAVING THE CORSAIR'S NAME TO OTHER TIME: "How To ENFORCE THE LAW OF SEA PIRACY IN THE 21sT CENTURY THROUGH REGIONAL INTERNATIONAL AGREEMENTS, Case Western Reserve Journal of International Law; Winter 1999; 31, 1.
- Wojciech Stankiewicz, International Terrorism at Sea as a Menace to the Civilization of the 21st Century, The American Behavioral Scientist, Vol. 48, No. 6, February 2005.
- Zon Keyuan, SEEKING EFFECTIVENESS FOR THE CRACKDOWN OF PIRACY AT SEA, Journal of International Affairs, Vol, 59, No. 1. Fall/Winter 2005.
- Zou Keyuan, Issues of Public International Law Relating to the Crackdown of Piracy in the South China Sea and Prospects for Regional Cooperation, Singapore Journal of International & Comparative Law, (1999) 3.

التقارير والمراجع الأخرى:

- DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY U. S. COAST GUARD STATEMENT OF RADM WILLIAM BAUMGARTNER ON INTERNATIONAL EFFORTS

TO COMBAT MARITIME PIRACY BEFORE THE SUB-COMMITTEE ON INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, HUMAN RIGHTS, AND OVERSIGHT COMMITTEE ON FOREIGN AFFAIRS U. S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, APRIL 30, 2009.

- High level IMO conference on Malacca Strait," Business Times, 9 May 2005, http://www.malaysianshipowners.org.news.2005/5_may.html
- IMO, Draft Agreement on Co-operation in Preventing and Suppressing Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships, MSC/Circ.622/Rev.l Annex 5, 16 June 1999, at http://www.imo.org/ includes/blastData.asp/doc_id-940/622REVl.PDF
- IMO, Draft code of practice for the investigation of the crimes of piracy and armed robbery against ships, MSCI-Circ.984, 20 December 2000, http://www.imo.org/includes/blastData.asp/doc_id=877/984.pdf
- IMO, Guidance to shipowners and ship operators, shipmssters and crews on preventing and suppressacts of piracy and armed robbery against ships, MSC/Circ.623/Rev.3, 29 May 2002, http://www.imo.org.includes/blastData/asp/doc_id=941/623rev3.pdf.
- IMO, Information Resources on Piracy and Armed Robbery at Sea, Information Sheet No. 29, revised 16 August 2005, at <http://www.imo.org/includes/blastData.asp/doc_id=> 1153.
- IMO, Mandatory Ship Reporting Systems, SN/Circ.20 I, 26

May 1988, http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_idO/03D8753/201.PDF

- IMO, Recommendations to Governments for combating piracy and armed robbery against ships, MSC/Circ.622!Rev.l, 16 June 1999, http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_idO/03DI951/622REVl.PDF
- IMO, Routeing Measures other than Traffic Separation Schemes, SN/Circ.198, 26 May 1998,
- Int'l Maritime Bureau, Piracy and Armed Robbery Against Ships: 2006 Annual Report, INT'L CHAMBER OF COMM. (2007), http://www.imo.org.includes/blastDataOnly.asp.dataid%3D18566/98.pdf
- Karl SState Failure on the High Seas - Reviewing the Somali Piracy, FOI Somalia Papers: Report 3, November 2008.
- Letter from Mr. Daniel Webster to Lord Ashburton, 17 July 1842, reprinted in R. Jennings, The Caroline and McLeod cases, 32 AJIL 1938.
- Res. A. 545(13) adopted by the IMO Assembly at its 13th session.
- Report for the Period 1 January-30 June 2005 (London International Maritime Bureau: 19 July 2005).
- United Nations, ''Memorandum on the Regime of the High Seas, prepared by the Secretariat,'' Doc. A/CN. 4/32, 14 July 1950.

الأحكام القضائية وأحكام التحكيم:

- Arrest Warrant of 11 April 2000 case, Democratic Republic of Congo v. Belgium, Preliminary objections and merits,

Judgment, ICJ Reports 2002, Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal.

- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America), International Court of Justice, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986.
- The Award of Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in Accordance with Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the Matter of an Arbitration Between Guyana and Suriname, in the 17 September 2007.
- Case of the S.S. 'Lotus' (France v Turkey), Permanent Court of International Justice, Judgment of 7 September 1927, Series A, No. 10 (1927).

مواقع الإنترنت:

- Dr Douglas Guilfoyle, The legal challenges in fighting piracy, University College London, http://ucl.academia.edu/documents.0032/9843/clingendale_-not_guilfoyle.pdf
- Ministry of Foreign Affairs of Japan, "Diplomatic Bluebook 2001," at http://www.mofa.go.jp/policy/otherlbluebook/200l!chap2-4-d.html. http://www.aseansec.orglI4838.html.
- http://quran.maktoob.com/vb/quran64596/
- http://arabic.cnn.com/2010/middle_east/4/24/somalia.usa-court/index.html.
- http://www.aseansec.orglI4838.htm
- http://www.consilium.europa.eu/showpage.aspx?id=1519&lang=EN

- http://www.madarik-press.com/
- http://www.mzv.cz/nairobi/en/news_and_events/eu_kenya_agreement_of_transfer_of.html
- http://www.un.org/arabic/news/fullstorynews.asp?newsID=12930

اتجاهات محكمة العدل العليا الأردنية بشأن اختصاصها في الطعون بالقرارات الصادرة عن النقابات المهنية

الدكتور/ حمدي سليمان القبيلات
أستاذ القانون الإداري المشارك
كلية الحقوق - جامعة الإسراء
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

تناولت هذه الدراسة موضوعاً جدلياً ذا أهمية خاصة على الصعيد الوطني، ألا وهو اتجاهات محكمة العدل العليا بخصوص الطعون بالقرارات الصادرة عن النقابات المهنية، وذلك بهدف الوقوف على رأي المحكمة بهذا الصدد في ضوء اجتهادات القضاء الإداري المقارن في كل من فرنسا ومصر، وتم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث تناولت على التوالي الطبيعة القانونية للنقابات المهنية، والاتجاه المضيق لاختصاص المحكمة، والاتجاه الموسع لاختصاص المحكمة، وقد خلصت الدراسة إلى أن محكمة العدل العليا قد خالفت اجتهاد القضاء المقارن بهذا الصدد بحيث اعتبرت النقابات المهنية من أشخاص القانون الخاص وبالتالي حصرت اختصاصها فيما ورد بقوانين النقابات المهنية فقط، كما توصلت الدراسة إلى بعض التوصيات الهادفة لتطوير اجتهاد المحكمة في هذا الخصوص.

المقدمة

تعد النقابات المهنية من أبرز مؤسسات المجتمع المدني الأردني، وأكثرها فاعلية ونشاطاً، حتى خارج النطاق المهني، وتستقطب هذه النقابات ما يزيد على

مئة ألف عضو، تدخل معهم في شتى صنوف العلاقات القانونية، الأمر الذي يستتبع في بعض الحالات نزاعاً قانونياً، لا بد من اللجوء إلى ساحات القضاء لحسمه، وبحسب الطبيعة القانونية لهذه النقابات المهنية، وبحسب التكييف القانوني لما يصدر عنها من قرارات يتحدد الاختصاص القضائي بنظرها.

أهمية البحث:

تنبع أهمية البحث في هذا الموضوع من خلال كثرة المنازعات القضائية بخصوص القرارات الصادرة عن النقابات المهنية في معرض تنظيمها وإدارتها لشؤون المهنة التي ترعاها، لاسيما وأن أعضاء هذه النقابات كلهم من المؤهلين علمياً والمدافعين عن حقوقهم الشخصية في مواجهة نقاباتهم المهنية، فهم لا يترددون في اللجوء إلى القضاء طلباً للإنصاف مما قد يتعرضون له من جور أو تعسف من قبل النقابات التي ينتسبون لها، الأمر الذي يزيد من عدد القضايا التي ينظرها القضاء في هذا الخصوص.

مشكلة البحث:

لا تزال محكمة العدل العليا غير مستقرة بشكل قاطع على تحديد الطبيعة القانونية للنقابات المهنية، فهي تنظر لها في معظم أحكامها – لاسيما الحديثة منها – على أنها من أشخاص القانون الخاص، في حين تعود تارة أخرى لترى فيها شخصاً من أشخاص القانون العام، ولا شك أن هذا التردد ينعكس على اختصاص المحكمة بنظر الطعون الموجهة ضد القرارات الصادرة عن النقابات المهنية، وفيما إذا كانت تملك ولاية عامة في ذلك باعتبارها قرارات إدارية، أم أنها تلتزم بالنظر فقط فيما ورد به نص خاص في قوانين النقابات المهنية، باعتبار أن ما يصدر عنها لا يرقى إلى مستوى القرارات الإدارية.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تحديد اتجاهات محكمة العدل العليا بخصوص الطعون بالقرارات الصادرة عن النقابات المهنية وتقويم هذه الاتجاهات في ضوء

المقارنة مع ما استقر عليه القضاء المقارن، وبالتالي ترجيح اتجاه معين ينسجم مع طبيعة الأعمال القانونية للنقابات المهنية في القانون الأردني.

منهج البحث:

تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي في هذا البحث من خلال بيان النصوص القانونية والاجتهادات القضائية ذات العلاقة وتحليلها للوقوف على مواطن القوة والضعف فيها، مع اعتماد المنهج المقارن في بعض الحالات وعند الضرورة، وتحديداً موقف القضائين الإداريين الفرنسي والمصري.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية هذا البحث في قلة الدراسات المتخصصة حول هذا الموضوع على الصعيد الوطني، حيث اقتصرت على الكتب العامة من خلال الإشارة إلى موقف المحكمة من هذه الطعون بشكل عابر دون توقف أو تحليل وبما لا يتجاوز بضعة سطور في كثير من الحالات، بالإضافة إلى عدم وضوح اتجاه المحكمة بصدد الطعون بالقرارات الصادرة عن النقابات المهنية.

منهجية البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، وكل مبحث قسم إلى مطلبين على النحو التالي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للنقابات المهنية.

المطلب الأول: تكييف النقابات المهنية باعتبارها من أشخاص القانون الخاص.

المطلب الثاني: تكييف النقابات المهنية باعتبارها من أشخاص القانون العام.

المبحث الثاني: الاتجاه المضيق لاختصاص المحكمة.

المطلب الأول: مدى تقيّد المحكمة بالاتجاه المضيق لاختصاصها.

المطلب الثاني: تقييم الاتجاه المضيق لاختصاص المحكمة.

المبحث الثالث: الاتجاه الموسع لاختصاص المحكمة.

المطلب الأول: مدى تقيّد المحكمة بالاتجاه الموسع لاختصاصها.

المطلب الثاني: تقييم الاتجاه الموسع لاختصاص المحكمة.

المبحث الأول
الطبيعة القانونية للنقابات المهنية

تعد النقابات المهنية الأردنية[١] أكبر مؤسسات المجتمع المدني في الأردن، وتضم أربع عشرة نقابة مهنية (ألأطباء، أطباء أسنان، المحامين، الصيادلة، المهندسين، المهندسين الزراعيين، الصحفيين، الممرضين، مدققي الحسابات، المقاولين، الفنانين، الأطباء البيطريين، الجيولوجيين)، ويتجاوز عدد منتسبيها المائة ألف، وتنشط هذه النقابات في مجال تطوير المهن التي تمثلها، والارتقاء

(١) تختلف النقابات المهنية عن النقابات العمالية التي لا تثير خلاف بكونها من أشخاص القانون الخاص، فبينما يتم إنشاء النقابات المهنية بقانون، نجد أن نقابات العمال تنشأ بإرادة مكونيها، إذ يحكم تكوين النقابات العمالية مبدأ الحرية النقابية الذي يقضي بحرية العمال في تكوينها. حيث إن لكل نقابة مهنية قانون ينشئها ويعترف بها وينظمها ويحدد أعضاءها بمن تتوافر في قيدهم الشروط المحددة بالقانون، وممن يرسم القانون إجراءات قيدهم في سجلات النقابة أو رفض القيد وطرق التظلم من رفض القيد وأبواب الطعن فيه، وأن يتاح للتكوين النقابي بموجبه إشرافه على حسن الأداء المهني مكنة متابعة نشاط الأعضاء ومساءلتهم عن الإخلال بواجباتهم المهنية، وتوقيع الجزاءات على من يخل بهذه الواجبات سواء بوقف ممارسة المهنة أو إسقاط العضوية أصلا، مع شمول التنظيم النقابي المهني بتحريم مزاولة المهنة دون قيد بالنقابات المهنية. وذلك بعكس النقابات العمالية التي يصدر بالنسبة لها قانون وليس لكل نقابة قانون خاص بها، كما أنها لا تتمتع تجاه أعضائها بنفس ما تتمتع به النقابة المهنية تجاه أعضائها من حيث قبول الأعضاء والإشراف على النشاط المهني وحصره.. وتوقيع جزاءات في حالة وجود أي إخلال بواجبات المهنة، مما يؤدي إلى أن شروط النقابات المهنية أكثر تقييداً أو أكثر سلطة تجاه أعضائها وهذا نتيجة طبيعتها القانونية، ومن ناحية ثانية أن اشتراك الأعضاء في النقابة المهنية حتمي، وأن لهؤلاء الأعضاء دون سواهم حق احتكار المهنة، بينما يقوم تكوين المنظمات النقابية العمالية على مبدأ حرية الانضمام. فقد نصت المادة (٩٧) من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ على أنه: "للعمال في أي مهنة تأسيس نقابة خاصة بهم وفق أحكام هذا القانون، وللعامل في تلك المهنة الحق في الانتساب إليها إذا توافرت فيه شروط العضوية".

بمستوى الأداء المهني للمنتسبين من خلال تنظيم المحاضرات والمؤتمرات والندوات ودورات التعليم المستمر في مختلف مجالات التخصص، وتقدم النقابات المهنية لمنتسبيها عدداً من الخدمات المهمة مثل القروض ذات الفائدة المنخفضة، وخطط الإسكان، التأمين الصحي، رواتب التقاعد وبعض الخدمات الأخرى(١).

وقد انتشر في العديد من دول العالم عقب الحرب العالمية الثانية ظهور بعض التنظيمات القانونية التي تتولى إدارة بعض النشاطات نيابة عن الدولة، وتمثلت وظيفتها الأساسية في إدارة شؤون فئة معينة من الأفراد والدفاع عن مصالحهم المشروعة(٢)، وبهذا ظهرت أشخاص معنوية جديدة بجانب الأشخاص المعنوية التقليدية تتولى إدارة نشاطات تعد من الخدمات العامة، بالنظر لما ينطوي عليه نشاطها من نفع عام واضح، وكانت تسمى في بداية ظهورها لجان التنظيم (Les comites d,organization) ومن ثم أطلق عليها فيما بعد التنظيمات المهنية (Les order professionnels) وهو ما يعرف باللغة العربية النقابات المهنية(٣).

وتتكون التنظيمات المهنية من أفراد عاديين، أي أشخاص طبيعيين من أشخاص القانون الخاص، لكن انطواء نشاطها على نفع عام يعود على الجمهور أوجب منحها حق التمتع ببعض امتيازات القانون العام مثل إصدار القرارات الإدارية الملزمة، وذلك بهدف تمكينها من تنظيم مباشرة المهنة الحرة ومزاولتها، ولعل هذا ما أثار السؤال حول الطبيعة القانونية لنشاط هذه التنظيمات، وقد ورد في حكم لمجلس الدولة الفرنسي في قضية مونبير بخصوص نشاط لجان التنظيم المهني المنشأة بالقانون الصادر في ١٩٤٦/٨/١٦ العبارات التالية "رغم أن

(١) www.naqabat.net/index.php

(٢) R.chapus: droit administratif general,Paris, edi, motechrestioin, Paris, Tome, 2, No 214.

(٣) د. علي خطار شطناوي، مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٢.

المشرع لم يعتبر لجان التنظيم المهني مؤسسات عامة، فهي تنظيمات مكلفة بالمساهمة بتسيير مرفق عام، وتعد القرارات الصادرة عنها في مجال اختصاصها قرارات إدارية يمكن الطعن بها بالإلغاء أمام القضاء الإداري"(١). وهذا ما أخذ به المجلس أيضاً في حكمه بقضية بوجوان، فجاء فيه "رغم أن المجلس الأعلى للأطباء لا يعد مؤسسة عامة، فإنه يسهم في تسيير مرفق عام"(٢).

إلا أنه وعلى الرغم من أن القضاء الإداري الفرنسي اعتبر تنظيم مزاولة المهن الحرة ومزاولتها مرافق عامة، إلا أنه لم يبين بشكل واضح طبيعة الهيئات التي تتولى الإدارة فيها(٣)، ولم يحدد ما إذا كانت من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص؟ ولعل هذا ما أدى إلى وجود خلاف فقهي في هذا الصدد، وتمثل هذا الخلاف باتجاهين: الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن التنظيمات المهنية أشخاص معنوية خاصة مكلفة بإدارة مرفق عام، أي أنها من أشخاص القانون الخاص(٤). أما الاتجاه الثاني: فيرى أنصاره أن التنظيمات المهنية أشخاص معنوية عامة، تقوم إلى جانب الأشخاص المعنوية العامة التقليدية(٥)، فهي نوعية جديدة من الأشخاص الإدارية، وتتمثل مهامها في إدارة مزاولة المهن الحرة والإشراف على هذه المزاولة. وبذلك توجد طائفة من الأشخاص المعنوية العامة التي لا يمكن اعتبارها مؤسسات عامة بل هي تنظيمات مهنية ولا تدخل في نطاق المؤسسات العامة.

ينظر للنقابات المهنية على أنها مؤسسات ذات مهمة مزدوجة: فهي تارة تمثل المهنة لدى الدولة، وتارة تشرف على أبناء المهنة في أداء أعمالهم، ولها

---

(١) C. E. 31 juill. 1942, Monpeurt, Rec. 239.

(٢) C. E. 2 avr. 1943, Bouguen, Rec. 86. s. 1944. 3. 1.

(٣) J. Rivero droit Administratif, Paris, D, 1985, No 447.

(٤) Ch.Debbash: institutions et droit administratfi, Paris, 1985, p.u.f. Tome2, p.586.

(٥) J.Auby Robert Ducos- Ader: grands sevices et enterprises nationales, Paris, P. U. F. 1975, p219.

حق إصدار أوامر ملزمة لجميع المنتمين للمهنة، ويكون الانضمام لها إجبارياً[١]. والنقابات المهنية يقصد بها المرافق التي يكون موضوعها رقابة وتوجيه النشاط المهني، والتي يعهد بإدارتها عادة إلى هيئات مهنية يرخص لها القانون بعض حقوق وامتيازات السلطة الإدارية بهدف تنظيم المهنة ورعاية مصالح أعضائها، حيث يكون لها وضع القواعد اللازمة لتنظيم ممارسة المهنة، ومراقبة القيد في جداول المشتغلين بالمهنة، وتوقيع الجزاءات التأديبية على الأعضاء المخالفين لقواعد مزاولة المهنة[٢]. وتعرف النقابة المهنية بأنها منظمة خاصة تكلف بإدارة مرفق عام والذي يقوم على تنظيم المهنة الحرة التي تتبعه بطريقة حرفية أو نقابية والتي تجمع أبناء المهنة الواحدة[٣]. كما عرفت النقابات بشكل عام بأنها: "مرافق عامة ملحقة بمرافق الدولة؛ لأنها تمثل مصالح وتقوم بأعمال تعترف الحكومات أنها من واجبات الدولة ومنافعها العامة، فهي لجان تتألف من أبناء المهنة أنفسهم للإشراف على نشاط المجالات الصناعية والتجارية والمهنية، وماليتها ليست من الخزينة العامة للدولة ولكنها من أعضاء النقابة أو خليط منهما، والعلاقة بين الأعضاء والنقابة هي علاقة القانون العام، على أنها بينهم وبين أرباب العمل من القانون الخاص"[٤]. في حين يرى آخر أن النقابات المهنية ما هي إلا مؤسسات ذات مهمة مزدوجة، فهي تارة تمثل المهنة لدى الدولة، وتارة تشرف على أبناء المهنة في أدائهم لأعمالهم، ولها حق إصدار أوامر ملزمة لجميع المنتمين للمهنة، ويكون الانضمام إليها إجبارياً[٥]. وقد

(١) د. حامد مصطفى، النظام القانوني للمؤسسات العامة والتأميم، دار الجمهورية للنشر، بغداد، ١٩٦٥، ص ٣١.

(٢) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥٩٢.

(٣) www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=782&std_id=108

(٤) حامد مصطفى، مرجع سابق، ص ٣١.

(٥) قاسم جميل قاسم، المؤسسات العامة في فرنسا، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، عمان، ١٩٨١، ص ٤١.

عرفت محكمة العدل العليا النقابة من خلال تعريفها لنقابة المحامين النظاميين بقولها: "إن نقابة المحامين النظاميين هي هيئة أنشئت بقانون تقوم على رعاية مصالح فئة المحامين، ولها على أفرادها سلطة مستمدة من القانون، وتمثل مصالح هذه الفئة وهي سلطات لائحية لتنظيم أعمالهم وشؤونهم، وإصدار قرارات إدارية في هذه الشؤون"(١).

وخلاصة القول أن النقابات المهنية بحسب المبادئ الأساسية الحاكمة لها سواء في القانون الأردني أو القانون المقارن عبارة عن أشخاص معنوية عهدت إليها الدولة باختصاصها الأصيل في تنظيم شؤون المهنة التي يمارسها الأفراد لحسابهم الخاص وتحت مسؤوليتهم، ويمنح المشرع هذه النقابات بقانون الشخصية القانونية وبعض السلطات العامة وبعض المزايا المالية التي تمكنها من تحقيق الغرض الأصلي من وجودها، والانضمام إلى هذه النقابات إجباري بقصد ضمان عدم ممارسة الأفراد للمهن الحرة التي تقوم هذه النقابات على تنظيمها بقصد حمايتها من الدخلاء عليها، وحماية الحقوق المهنية لأعضائها ورفع المستوى المهني والعلمي والفني لهؤلاء الأعضاء. وإن الرأي الذي كان سائداً في السابق كان يحصر أشخاص القانون العام في نوعين: الأشخاص الإدارية الإقليمية، والمؤسسات العامة. أما النقابات المهنية فكانت تعتبر من أشخاص القانون الخاص، ولكن القضاء الإداري الفرنسي ومنذ سنة ١٩٤٢ اتجه إلى اعتبار النقابات المهنية من أشخاص القانون العام، وإن لم يعترف لها بصفة المؤسسة العامة، فأضاف بذلك نوعاً ثالثاً إلى الأشخاص الإدارية العامة، غير أن نفيه لصفة المؤسسة العامة عنها يخالف الرأي السائد فقهاً باعتبارها من المؤسسات العامة المهنية، لتوافر شروط المؤسسة العامة فيها، فهي تنشأ بقانون أو بناء على قانون، ولها شخصية معنوية، كما أنها تدير مرفقاً عاماً(٢).

---

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم (٢٨ / ٧٤) مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عدد ١١ و ١٢، السنة ١٩٧٩، ص ٧٤.

(٢) د. محمد علي ال ياسين، القانون الإداري، الطبعة الأولى، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة نشر، ص ٦٩.

وإن تحديد اختصاص محكمة العدل العليا بالطعون بالقرارات الصادرة عن النقابات المهنية في المملكة الأردنية الهاشمية يتطلب بداية أن نحدد الطبيعة القانونية للنقابات المهنية فيما إذا كانت تعد من أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام؟ ولا شك أن الإجابة عن هذا التساؤل تحسم بشكل قاطع حدود اختصاص محكمة العدل العليا بالطعون بالقرارات الصادرة عن هذه النقابات. وفي سبيل بحث هذه المسألة بشكل معمق سنتناولها من خلال مطلبين: نخصص الأول منهما لتكييف النقابات المهنية باعتبارها من أشخاص القانون الخاص، في حين نتناول في الثاني منهما تكييف النقابات المهنية باعتبارها من أشخاص القانون العام.

المطلب الأول

تكييف النقابات المهنية باعتبارها من أشخاص القانون الخاص

نظراً لأن القضاء الإداري الفرنسي في البداية لم يحسم أمر تكييف النقابات المهنية بشكل قاطع، وترك الباب مفتوحاً للاجتهاد.(١) فإن هناك من يرى من الفقه الفرنسي أن النقابات المهنية تعد من أشخاص القانون الخاص تخضع لأحكام وقواعد القانون الخاص(٢).

وقد رددت محكمة العدل العليا في العديد من أحكامها أن النقابات المهنية لا تعد من أشخاص القانون العام، وإنما هي من أشخاص القانون الخاص، فقالت "خلا قانون نقابة الأطباء البيطريين رقم ١٩ لسنة ١٩٧٢ من أي نص يجيز الطعن بقراراتها أمام محكمة العدل العليا، بخلاف النقابات المهنية الأخرى التي نصت في قوانينها على جواز الطعن في بعض القرارات الصادرة عن مجالسها،

(١) د. علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٩، ص٩٢.

(٢) Ch.Debbash: institutions et droit administratfi, Paris, 1985, p.u.f. Tome2, p.586.

وعليه فلا تختص محكمة العدل العليا بالنظر بالطعن بقرار مجلس نقابة الأطباء البيطريين المتضمن رفض طلب المستدعي بالانتساب إلى النقابة، إضافة إلى ذلك فإن نقابة الأطباء البيطريين ليست من أشخاص القانون العام"[١]. وقضت أيضا "لا تعتبر نقابة المحامين من أشخاص القانون العام وإنما من أشخاص القانون الخاص، وأن القرارات التي تصدر عن أشخاص القانون الخاص لا تقبل الطعن بدعوى الإلغاء إلا إذا ورد نص في القانون يجيز الطعن في هذه القرارات استثناء من القاعدة العامة"[٢]. وكذلك قضت "ورد اختصاص محكمة العدل العليا على سبيل الحصر في المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ وهو اختصاص ولائي يتعلق بالنظام العام يجوز إبداء الدفع حوله في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وعليه وحيث أن نقابة الصيادلة شأنها شأن باقي النقابات المهنية الأخرى ليست من أشخاص القانون العام وإنما جعل المشرع القرارات الصادرة عنها بواسطة لجانها قابلة للطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا إذا نص قانونها على ذلك وفقا لنص المادة ٨/٩ من قانون محكمة العدل العليا، وبما أن القرارات الصادرة عن مجلس التأديب في نقابة الصيادلة قابلة للاستئناف إلى مجلس التأديب الأعلى وفقا للمادة ٦٥/أ من قانون نقابة الصيادلة رقم ٥١ لسنة ١٩٧٢ وأن قرارات مجلس التأديب الأعلى نهائية غير قابلة للطعن، وحيث أن مجلس التأديب الأعلى في نقابة الصيادلة ليس تابعاً لوزارة الصحة ولا يتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة، وليس سلطة إدارية من سلطات الدولة وإنما هو مجلس مؤلف بالاستناد إلى قانون نقابة الصيادلة، فبالتالي لا تكون القرارات الصادرة عنه قرارات إدارية صادرة عن سلطة إدارية تابعة للدولة، ولا تخضع قراراته للطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا ما دام أن قانون نقابة الصيادلة لا ينص على ذلك، مما يجعل دعوى المستدعي للطعن

(١) قرار رقم ٢٣\١٩٩٤ فصل بتاريخ ١٥/٠٦/١٩٩٤ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (١٣٧) من العدد (٤) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٥).

(٢) قرار رقم ٣٥٠/٢٠٠٤ فصل بتاريخ ٠٧/١٠/٢٠٠٤ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (٦١) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٥).

بالقرار المتضمن فرض غرامة مالية عليه وتوقيفه عن العمل مدة ثلاثة أشهر مستوجبة الرد شكلاً لعدم الاختصاص"[١]. وأيضاً قضت "إن النقابات المهنية ليست من أشخاص القانون العام وأن قرارات مجالسها ليست من القرارات الإدارية القابلة للطعن بالإلغاء في غير ما نصت عليه قوانينها، وعليه وحيث إنه واستناداً لأحكام المادة ٩/أ/٨ من قانون محكمة العدل العليا لا يوجد في قانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ وتعديلاته الذي استند إليه إنشاء نقابة أصحاب المراكز الثقافية ولا في النظام الداخلي لنقابة أصحاب المراكز الثقافية أي نص يجيز للمستدعي الطعن في قرارات الهيئة الإدارية لنقابة أصحاب المراكز الثقافية الخاصة لدى محكمة العدل العليا، على خلاف بعض النقابات المهنية الأخرى التي تنص قوانينها على جواز الطعن في بعض القرارات الصادرة عنها مما يستوجب رد الدعوى شكلاً"[٢].

المطلب الثاني
تكييف النقابات المهنية باعتبارها من أشخاص القانون العام

استقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي – كما أسلفنا – على اعتبار النقابات المهنية من المؤسسات العامة، إلا أن المعلقين على أحكام المجلس في هذا الصدد يرون أن هذه المؤسسات هي نوع خاص ومميز[٣]، ويرى جانب كبير من الفقه الفرنسي أن النقابات المهنية تعد من أشخاص القانون العام تضاف إلى أشخاص القانون العام التقليدية[٤]، أما القضاء الإداري المصري فهو الآخر

(١) قرار رقم ٤٠٩/٢٠٠٥ فصل بتاريخ ١٧/١١/٢٠٠٥ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (١٨٩) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٦).

(٢) قرار رقم ٣٤٠/٢٠٠٨ فصل بتاريخ ٢٨/١٠/٢٠٠٨ (هيئة خماسية). منشور على الصفحة (١٠٩٩) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٨).

(٣) د. زهدي يكن، القانون الإداري، المكتبة العصرية، بيروت، بدون سنة نشر، ص ٦٠.

(٤) J.Auby Robert Ducos- Ader: grands sevices et enterprises nationales, Paris, P. U. F. 1975, p219.

ساير مجلس الدولة الفرنسي في اجتهاده الذي انتهى كما يرى بعض الفقه إلى ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية في كل حالة على حدة، آخذاً بمجموعة من القرائن التي ترجح طبيعة الشخص المعنوي أو المؤسسة العامة[١]، ويتضح ذلك مما ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا الذي تقرر فيه ما يلي "لا مندوحة من أن يوكل أمر التكييف القانوني للمؤسسات – وهل تعتبر عامة أم لا – إلى تقدير القضاء في كل حالة على حدة، والقضاء في تقديره لكل حالة يستعين بالمقاييس في مجموعها بوصفها علامات تهدي إلى حقيقة طبيعة المؤسسة، فهو يرجع إلى النصوص التشريعية إن وجدت ليعرف ما إذا كان المشرع قد أعلن بوضوح عن إرادته فيما يتعلق بطبيعة المؤسسة أم لا ؟، ولا يجتزئ بذلك بل يستهدي بأصل نشأة المؤسسة، وهل هي من خلق الإدارة أم من خلق الأفراد؟ كما يستأنس بمدى اختصاصات السلطة العامة التي تتمتع بها المؤسسة، وهل لها – مثلاً – حق فرض الضرائب والرسوم أم لا ؟"[٢]. وقد شايع هذا الاتجاه طائفة من الفقه العربي مؤكدين أن النقابات المهنية ما هي إلا نوع جديد من أنواع الأشخاص المعنوية العامة[٣]، ويرى بعض الفقه أن النقابات المهنية وإن كانت تعد من المرافق العامة إلا أنها ليست من المرافق العامة الاقتصادية[٤]. أما العميد الطماوي فيرى أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بأن لجان أو هيئات التنظيم والمكاتب النقابية ليست مؤسسات عامة، ولكنها من أشخاص القانون العام، وكان فاتحة قضائه في هذا الشأن حكمه الصادر في ٢١/يوليو/١٩٤٢ في قضية (Montpeurt)، وانتقل مجلس الدولة الفرنسي

(١) د. أنور أحمد رسلان، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٨٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ ٨ / ١٢ / ١٩٦٢ في الدعوى رقم ٢٤٤ للسنة الخامسة القضائية، المجموعة السنة الثامنة، ص ٨٩.

(٣) د. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص ٩٣. وكذلك محمد علي ال ياسين، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٤) د. أحمد حافظ نجم، القانون الإداري – دراسة قانونية لتنظيم ونشاط الإدارة العامة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص ٣٣٩.

من اللجان السابقة التي ألغيت عام ١٩٤٦ – إلى نقابات المهن فطبق عليها القضاء السابق، إذ اعتبرها من أشخاص القانون العام، ولكنه لم يعتبرها مؤسسات عامة. وبهذا المعنى صدرت أحكامه فيما يتعلق بنقابة الأطباء والمهندسين المعماريين والصيادلة والخبراء المحاسبين... الخ، ومن ثم فقد تساءل الفقهاء عما إذا كان ثمة طائفة جديدة من الأشخاص المعنوية العامة تقف إلى جوار الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية والمؤسسات العامة؟، ورجحت الأغلبية هذا الرأي. وقد سلك مجلس الدولة المصري ذات المسلك في بعض أحكامه، وأيده في ذلك بعض الفقهاء، ويقول الدكتور الطماوي ولكننا لا نؤيد هذا النظر ونؤثر أن تعتبر هذه الأشخاص الاعتبارية الجديدة نوعاً جديداً من الهيئات العامة (المؤسسات العامة)، ولاسيما بعد أن تطورت فكرة المؤسسة العامة، واتسعت لصور من النشاط لم تكن مألوفة من قبل، وتتجه أحكام مجلس الدولة المصري الجديدة إلى هذا الرأي الأخير(١).

ويبدو أن ديوان تفسير القوانين في الأردن لم يحسم أمر التكييف القانوني للنقابات المهنية وإن كان أقرب إلى اعتبارها من أشخاص القانون العام في أحد قراراته دون أن ينص على ذلك صراحة، إذ جاء في هذا القرار "بناء على طلب دولة رئيس الوزراء بكتابه المؤرخ ٢٢/٤/١٩٦٩ رقم ت/٣١/٢/٣٨٩٩ اجتمع الديوان الخاص بتفسير القوانين لأجل تفسير المادة (٣٧) من قانون المحامين النظاميين رقم (١١) لسنة ١٩٦٦ وبيان ما يلي:

١ – ما المقصود بعبارة (المؤسسة شبه الحكومية) الواردة في الفقرة (ب) من هذه المادة؟ وما العناصر التي يجب توفرها في المؤسسة لتعتبر مؤسسة شبه حكومية؟

٢ – هل هذه العبارة تشمل البلديات والمجالس القروية والشركات ذات الامتياز والشركات التي تساهم بها الدولة؟

(١) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري – دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٤١.

٣ – هل يحق للمحامي أن يكون مستشاراً قانونياً لأكثر من مؤسسة حكومية أو شبه حكومية واحدة ؟

وبعد الاطلاع على كتاب نقيب المحامين الموجه لرئيس الوزراء بتاريخ ١٥/٤/١٩٦٩ وتدقيق النصوص القانونية يتبين أن المادة (٣٧) من قانون المحامين النظاميين المشار إليه تنص على ما يلي:

أ – على كل شركة مساهمة عامة أو أجنبية تتعاطى أعمالها في الأردن أن تعين وكيلاً عاماً لها من المحامين المسجلين في سجل المحامين الأساتذة خلال ستة أشهر من تاريخ نفاذ هذا القانون أو من تاريخ تأسيسها، وتلزم الشركة بدفع نصف دينار عن كل يوم تأخرت فيه عن إقامة وكيل عام لها.

ب – لا يجوز للمحامي المسجل في سجل المحامين الأساتذة أن يعمل وكيلاً أو مستشاراً قانونياً لأكثر من خمس شركات من الشركات المشار إليها في الفقرة السابقة، على أنه يجوز زيادة عدد الشركات المقررة إذا زادت هذه عن عدد المحامين وبقرار من مجلس النقابة، على أنه لا يجوز للمحامي أن يكون وكيلاً لأكثر من مؤسسة حكومية أو شبه حكومية واحدة، وعلى المحامي أن يشعر النقابة بالشركات التي يعمل وكيلاً لها.

وباستعراض نصوص هذا القانون فيما يتعلق بالنقطتين الأولى والثانية أنه لا يوجد في هذه النصوص تعريف للمؤسسات الحكومية أو شبه الحكومية، ولهذا فلا بد من الاسترشاد بما استقر عليه الفقه الإداري بهذا الصدد. وبالرجوع للمصادر الفقهية يتبين أن المؤسسات الحكومية قد عرفت بأنها المصالح الإدارية التي أنشئت بقانون بقصد المساهمة في تأدية وظائف الدولة، وأما المؤسسات شبه الحكومية فهي:

١ – المؤسسات العامة غير الحكومية التي تنشأ بقانون، وتمنح الشخصية المعنوية للقيام بنوع معين من الخدمات العامة وتحقيق غرض أو أغراض محدودة تحت إشراف الدولة ورقابتها كالبلديات والمجالس القروية.

٢ – الهيئات التي تنشأ بقانون لتقوم على رعاية مصالح طوائف معينة من ذوي

المهن، وتمثل مصالح هذه الطوائف ولها على أفرادها سلطات مستمدة من القانون وهي سلطة لائحية لتنظيم أعمالهم وشؤونهم، وسلطة إصدار قرارات إدارية في هذه الشؤون، ثم سلطة فرض رسوم عليهم كالغرف التجارية والصناعية والزراعية، ونقابات أصحاب المهن الحرة كمهنة المحاماة والطب والهندسة وما ماثل ذلك.

وقد سميت مثل هذه المؤسسات والهيئات مؤسسات شبه حكومية لأنها تشبه من بعض الوجوه الهيئات الحكومية. أما الشركات المساهمة ذات الامتياز والشركات التي تساهم بها الحكومة فلا تدخل في مفهوم المؤسسات شبه الحكومية وإنما تدخل في مدلول الشركات المساهمة العامة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (٣٧) المطلوب تفسيرها، وذلك على اعتبار أن الشركات المساهمة العامة حسبما عرفت في البند (أ) من الفقرة الثانية للمادة (٣٩) من قانون الشركات رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤ تشمل كافة الشركات المساهمة العامة سواء أكانت ذات امتياز أو كانت الحكومة مساهمة فيها أم لم تكن"[(١)].

أما عن موقف محكمة العدل العليا من هذا الاتجاه، فنجد أنها قد سايرته في عدد من أحكامها، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر حكمها الذي قالت فيه: "يستفاد من نص المادة (٩/أ/٨) من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ بأنه تختص محكمة العدل العليا دون غيرها بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة المتعلقة بما يلي: الطعون والمنازعات والمسائل التي تعتبر من اختصاص المحكمة بموجب أي قانون آخر، وعليه وحيث إن نقابة الأطباء هي شخصية اعتبارية من أشخاص القانون العام"[(٢)]. كما قضت أيضاً "أن نقابة المهندسين تعتبر بمقتضى قانونها الخاص شخصاً من أشخاص القانون العام، ولهذا فإن أي قرار إداري يصدر عنها يعتبر قراراً قابلاً للطعن

(١) القرار رقم ١١ لسنة ١٩٦٩ الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٠٥/١٨ المنشور على الصفحة ٦٢٨ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢١٧٨ تاريخ ١٩٦٩/٦/١٦.

(٢) قرار رقم ١٩٩٨\١٢٢ فصل بتاريخ ١٩٩٨/٠٥/٢٧ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (٣٨٦٣) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٨).

أمام محكمة العدل العليا عملاً بالبند (و) من الفقرة الثالثة للمادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم النظامية، ما دام لا يوجد نص في قانون نقابة المهندسين رقم ١٥ لسنة ١٩٧٢ يحصن قرار المجلس من الطعن به أمام هذه المحكمة"[١]. وقضت "أن قوانين النقابات المهنية أجازت الطعن ببعض قراراتها لدى محكمة العدل العليا، فيكون بذلك المشرع قد اعتبرها من أشخاص القانون العام وقراراتها قرارات إدارية، كما أن الفقه والقضاء يأخذان بهذا المبدأ أيضاً، وعليه فإن قرارات مجلس نقابة أطباء الأسنان قرارات إدارية وتختص محكمة العدل العليا بالنظر في طلبات إلغائها"[٢].

ومما تقدم نجد أن محكمة العدل العليا قد ترددت في تكييفها للنقابات المهنية بين الاتجاهين السابقين، فتارة تعتبرها من أشخاص القانون العام، وتارة أخرى تعتبرها من أشخاص القانون الخاص، إلا أننا لمسنا من خلال تتبعنا لأحكام المحكمة في هذا الخصوص أنها رجحت وبحق الاتجاه الذي يرى أنها من أشخاص القانون الخاص، وأنها قد استقرت على هذا الاتجاه في السنوات العشر الأخيرة، وذلك بخلاف ما يراه بعض الفقه الأردني من أن محكمة العدل العليا قد استقرت على اعتبار النقابات المهنية من أشخاص القانون العام[٣].

أما عن أسباب تردد المحكمة لفترة زمنية طويلة بين الاتجاهين وتداخل اجتهادها خلال نفس الفترة فنجد أنه يعود للأسباب التالية:

١ – عدم حسم المشرع هذا الأمر صراحة فقد اكتفى في قوانين النقابات المهنية

---

(١) قرار رقم ١٩٧٤/٢٨ فصل بتاريخ ١٩٧٤/١١/٤ (هيئة عادية)، منشور على الصفحة (١٢٨٤) من العدد (٤) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٧٤).

(٢) قرار محكمة العدل العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٢/٢٧، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥، ص ٧٦٠.

(٣) د. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص ٩٣. ود. هاني الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ٣٢٠، و د. محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣، ص ١٤٨ – ١٤٩.

بالنص على تمتعها بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية دون تحديد إن كانت عامة أو خاصة[١].

٢ – تضمين المشرع قوانين النقابات المهنية نصوصاً تسمح بالطعن ببعض القرارات الصادرة عنها لدى محكمة العدل العليا، كما سنبين ذلك لاحقاً.

٣ – عجز المعايير التقليدية للتمييز بين الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة عن تحديد الطبيعة القانونية للنقابات المهنية بشكل قاطع[٢].

وبناء على ما تقدم فقد انعكس الخلاف حول التكييف القانوني للنقابات المهنية على اتجاهات محكمة العدل بخصوص الطعون بالقرارات الصادرة عن هذه النقابات، وقد ترددت بين اتجاهين أحدهما مضيق لاختصاص المحكمة والآخر موسع لاختصاص المحكمة، وهذا ما سنناقشه في المبحثين التاليين.

---

(١) نصت المادة (٣) من قانون نقابة المحامين النظاميين وتعديلاته رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ المنشور على الصفحة رقم ٦٦٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٣٥٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه: "تتمتع النقابة بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي ويتولى شؤونها مجلس تنتخبه الهيئة العامة وفقاً لأحكام هذا القانون، ويمثلها النقيب لدى الجهات القضائية والإدارية وأمام الغير" كما نصت المادة (٣) من قانون نقابة الأطباء الأردنية رقم ١٣ لسنة ١٩٧٢ المنشور على الصفحة رقم ٧٦٤ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٣٥٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه: "تتمتع النقابة بالشخصية المعنوية ولها بهذه الصفة الحق في امتلاك الأموال المنقولة وغير المنقولة اللازمة لتحقيق غاياتها وأهدافها والتصرف بها على أي وجه قانوني، ولها أن تقاضي وتقاضى وفق القوانين والأنظمة المعمول بها، ولها توكيل المحامين لتمثيلها في القضايا التي تقيمها أو تقام عليها".

(٢) حول معايير التمييز بين الأشخاص المعنوية الخاصة والأشخاص المعنوية العامة انظر: د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٠، ص. وللمزيد حول الطبيعة القانونية للنقابات المهنية انظر: نسرين فتحي عدوان، الطبيعة القانونية للنقابات المهنية – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ٢٠١٠.

المبحث الثاني
الاتجاه المضيق لاختصاص المحكمة

يقوم هذا الاتجاه على أساس أن اختصاص محكمة العدل العليا ينحصر بالطعون بالقرارات الواردة على سبيل الحصر في القوانين الخاصة بالنقابات المهنية فقط، ولا يمتد إلى سواها من الطعون، وبهدف تسليط الضوء على هذا الاتجاه سنقوم ببحثه من خلال مطلبين نخصص الأول منهما لمدى تقيّد المحكمة بهذا الاتجاه، في حين نتناول في الثاني منهما تقويم هذا الاتجاه.

المطلب الأول
مدى تقيّد المحكمة بالاتجاه المضيق لاختصاصها

درج المشرع الأردني في مختلف القوانين الخاصة بالنقابات المهنية على منح محكمة العدل العليا الاختصاص بنظر الطعون ببعض القرارات الصادرة عن هذه النقابات، ومنها على سبيل المثال المواد (١٦ و ٢٥ و ٧٢ و ٩٨ و ٩٩) من قانون نقابة المحامين رقم (١١) لسنة ١٩٧٢[١].

---

(١) نصت هذه المواد على ما يلي:
المادة (١٦) "لوزير العدلية أو من ينيبه أو أي محام أستاذ، الطعن في أي قرار يصدر عن مجلس النقابة، يقضي بتسجيل محام في سجل المحامين، ولطالب التسجيل حق الطعن في القرار الذي يقضي فيه المجلس برد طلبه".
المادة (٢٥) " ٣- على ضوء هذه الوثائق والمعلومات الأخرى التي يحصل عليها في مجلس النقابة للمجلس قبول طلب التسجيل، أو رفضه مع بيان الأسباب وقرار الرفض قابل للطعن من قبل الطالب لدى محكمة العدل".
المادة (٧٢) " ٣- للمحامي المحكوم عليه حق الطعن بقرار الإدانة إلى محكمة العدل العليا خلال شهر من تاريخ تفهيمه القرار إذا كان وجاهياً أو من تاريخ تبليغه إذا كان غيابياً".
المادة (٩٨) "لا يجوز الطعن في قرارات الهيئة العامة للنقابة، بشأن الانتخابات ولا بشأن المسائل الأخرى التي هي من اختصاصها، إلا أمام محكمة العدل، ومن قبل: =

وقد أكدت محكمة العدل العليا على اختصاصها بما ورد بنصوص القانون حصراً دون سواها من القرارات غير المنصوص عليها، فقضت في هذا السياق "لا تعتبر نقابة المحامين من أشخاص القانون العام وإنما من أشخاص القانون الخاص وأن القرارات التي تصدر عن أشخاص القانون الخاص لا تقبل الطعن بدعوى الإلغاء إلا إذا ورد نص في القانون يجيز الطعن في هذه القرارات استثناء من القاعدة العامة، وقد تضمنت المواد (١٦ و ٢٥ و ٩٨ و ٩٩) من قانون نقابة المحامين على سبيل الحصر القرارات التي تصدر عن مجلس النقابة وتقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا، وحيث إن القرارات الصادرة عن مجلس نقابة المحامين المتعلقة بصندوق التعاون للمحامين ليست من القرارات التي

= أ – رئيس النيابات العامة بأمر من وزير العدلية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ ورود القرار إلى ديوانه.

ب – أو من عدد من المحامين الأساتذة المسجلين لا يقل عن خمسة وعشرين محامياً أستاذا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار الهيئة العامة".

المادة (٩٩) "قرارات مجلس النقابة التي تقبل الطعن أمام محكمة العدل هي:

أ – قرارات قبول تسجيل اسم المحامي في السجل الخاص سواء أكان أستاذاً أم متمرناً، أو رفضه أو استبعاده من السجل، ويجوز الطعن في هذه القرارات من قبل صاحب المصلحة في حالتي الرفض أو الاستبعاد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه ومن قبل رئيس النيابات العامة بأمر من وزير العدلية في حالة القبول خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ ورود القرار إلى ديوانه.

ب – القرارات الصادرة عن المجلس والمتعلقة بكيفية تشكيله أو بانتخاباته الداخلية وما يتفرع عن ذلك كله، ولا يقبل الطعن في هذه القرارات إلا من المحامين الأساتذة المسجلين، لا يقل عددهم عن خمسة وعشرين أستاذاً مجتمعين خلال خمسة عشر يوماً، تبدأ من تاريخ وصول العلم بالقرار المطعون فيه إليهم، وخلال خمسة عشر يوماً، لوزير العدلية تبدأ من تاريخ وصول القرار إلى ديوانه.

جـ – القرارات الصادرة عن المجلس بشأن حقوق التقاعد والضمان الاجتماعي، ويجوز الطعن في أي من هذه القرارات من قبل صاحب المصلحة حال رفض الطلب كلياً أو جزئياً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ القرار له، كما يجوز لأي من المحامين الأساتذة الطعن في القرار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره".

تقبل الطعن، فيكون الطعن مقدماً إلى جهة غير مختصة في نظره مما يستوجب رد الدعوى شكلاً"[١]. وقضت أيضاً "يستفاد من المادة ٩٩/أ من قانون نقابة المحامين أن القرارات التي تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا في القرارات الصادرة عن مجلس نقابة المحامين المتعلقة في قبول تسجيل اسم المحامي أو رفضه أو استبعاده من السجل سواء أكان أستاذاً أم متدرباً، وحيث إن القرار المشكو منه يتعلق بعدم احتساب المدة السابقة للمزاولة بعد مضي ستة أشهر من تاريخ حلف المستدعية اليمين القانونية للتسجيل في سجل المحامين الأساتذة وحتى تاريخ صدور القرار المشكو منه، فإن هذا القرار لا يتعلق بقبول تسجيل المستدعية أو رفضها ولا يعتبر من القرارات التي تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا"[٢]. كما قضت "إن قرار مجلس نقابة المحامين المتضمن رفض طلب المحامي الذي أحال نفسه على التقاعد بالاستمرار بالمرافعة في القضايا التي كانت رهن المحاكمات قبل إحالته على التقاعد غير قابل للطعن أمام محكمة العدل العليا؛ لأن قانون نقابة المحامين رقم (١١ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته) أورد على سبيل الحصر القرارات الصادرة عن مجلس نقابة المحامين النظاميين التي تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا، والقرار المطعون فيه ليس من عداد هذه القرارات"[٣]. وفي حكم آخر قضت "يستفاد من نص المادة ٩٩/أ من قانون نقابة المحامين النظاميين رقم (١١) لسنة ١٩٧٢ وما طرأ عليه من تعديلات أن قرارات مجلس النقابة التي تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا هي قرارات قبول تسجيل اسم المحامي في السجل الخاص سواء أكان أستاذاً أم متمرناً أو رفضه أو استبعاده من السجل، ويجوز الطعن في هذه

(١) قرار رقم ٣٥٠/٢٠٠٤ فصل بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/٧ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (٦١) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٥).

(٢) قرار رقم ٤٦/٢٠٠٩ فصل بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٣ (هيئة خماسية) منشور على الصفحة (٩٨٨) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٩).

(٣) قرار رقم ٣٢١/٢٠٠٨ فصل بتاريخ ٢٠٠٨/١١/١٣ (هيئة خماسية). منشور على الصفحة (٤٧٠) من العدد (٤) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٨).

القرارات من قبل صاحب المصلحة في حالتي الرفض أو الاستبعاد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه، وعليه يعتبر استلام المحامي (المستدعي) نسخة من القرار من موظفة النقابة ورفضه التوقيع تبليغاً أصولياً، وأن إقامة الدعوى بعد أكثر من خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام القرار يجعل الدعوى مقدمة بعد فوات المدة القانونية"[١].

ومن خلال تتبعنا لأحكام محكمة العدل العليا في العقدين الأخيرين ومنذ صدور قانونها الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ نجد أن المحكمة قد التزمت هذا الاتجاه في أحكامها بشكل عام.

المطلب الثاني
تقويم الاتجاه المضيق لاختصاص المحكمة

ينسجم التزام محكمة العدل العليا بهذا الاتجاه مع ما استقر عليه اجتهادها من أن النقابات المهنية ما هي إلا أشخاص معنوية خاصة، وما يصدر عنها من قرارات لا يعد قرارات إدارية بالمعنى الدقيق لعدم صدورها عن أي من أشخاص القانون العام، وفي هذا توافق مع ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان بشأن تعريف القرار الإداري، فقد عرفه الفقيه هوريو (HAURIOU) بأنه: "إعلان للإرادة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد، يصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية أي في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر"[٢]، أما الفقيه ريفيرو (RIVERO) فعرفه بأنه: "العمل الذي تباشره الإدارة بوساطته سلطتها في تعديل الأوضاع القانونية بإرادتها المنفردة"[٣]، وقد عرفه الدكتور سليمان

(١) قرار رقم ٥٨/٢٠٠٦ فصل بتاريخ ٠٣/٠٤/٢٠٠٦ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (٩٨٢) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٦).

(٢) مشار له لدى د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، بغداد، ١٩٩١، ص ١٤.

(٣) Rivero. J.Droit administratif. précis dalloz. Douzieme edition. 1987. p 110.

الطماوي، وكما جاء في تعريف مجلس الدولة المصري بأنه: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"(١)، وعرفه الدكتور محمد فؤاد مهنا بأنه: "عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة، ويحدث آثاراً قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم"(٢).

أما الفقه الأردني فاكتفى بذكر بعض تعريفات القرار الإداري التي قال بها الفقه المقارن، أو ما ورد في أحكام القضاء الإداري،(٣) أما محكمة العدل العليا الأردنية فقد عرفت القرار الإداري بأنه: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أو تعديل مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكناً أو جائزاً قانوناً"(٤).

وتستند المحكمة في اختصاصها بنظر هذه الطعون – رغم أنها تخرج عن مفهوم القرار الإداري – بناء على نص المادة (٩/أ/٨) من قانون محكمة العدل العليا والتي نصت على أنه من اختصاص المحكمة الطعون والمنازعات والمسائل التي تعتبر من اختصاص المحكمة بموجب أي قانون آخر. ونرى في هذا

---

(١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤، ص ١٧٠.

(٢) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، ١٩٧٣، ص ٦٧٠.

(٣) – د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٦٠٥.
– د. نواف كنعان، القانون الإداري – الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٣٧.
– د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٠، ص ١٩.

(٤) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٢٠٠٥/٢٧١، تاريخ ٢٠٠٥/٩/٢٦.

السياق أن المحكمة عندما تمارس اختصاصها وفقاً لهذا البند لا تعنى بتكييف القرار محل الطعن فيما إذا كان قراراً إدارياً أم لا ؟ ذلك أن المعيار في تحديد اختصاص المحكمة هنا هو إرادة المشرع وليس طبيعة العمل، فلا تملك المحكمة النظر بالطعون بالقرارات الإدارية غير المدرجة ضمن القائمة في المادة ٩/أ من قانون المحكمة أو أي قانون آخر، وبالمقابل تختص بالطعون بالقرارات والأعمال المنصوص عليها بالقانون وإن لم تكن قرارات إدارية.

ويكمل ما ورد بالمادة (٩/أ/٨) من قانون محكمة العدل العليا النصوص الواردة في قوانين النقابات المهنية التي تمنح المحكمة الاختصاص بنظر الطعون ببعض القرارات الصادرة عن النقابات المهنية على النحو سالف الذكر.

وعليه لو لم يرد نص في قانون أي من النقابات المهنية يجعل المحكمة مختصة بالنظر بالطعون ببعض قراراتها فإن المحكمة لا تملك من تلقاء نفسها أن تقرر اختصاصها بنظر الطعون بأي من القرارات الصادرة عن تلك النقابة، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا بقولها: "إن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت في المادة ٩/أ من قانونها رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ على سبيل الحصر وليس من بينها طعن المستدعي بقرار مجلس نقابة المهندسين باعتباره محالاً على التقاعد، ولا يدخل في هذا القرار الطعون والمنازعات والمسائل التي تعتبر من اختصاص المحكمة بموجب أي قانون آخر وفقاً للفقرة ٨ من المادة المذكورة، وعليه وحيث إنه لم يرد أي نص في قانون نقابة المهندسين رقم ١٥ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته ولا في نظام التقاعد رقم ٣٨ لسنة ٢٠٠٧ ما يجيز للمستدعي الطعن في قرارات مجلس نقابة المهندسين لدى محكمة العدل العليا، سيما وأن نقابة المهندسين شأنها شأن باقي النقابات المهنية الأردنية ليست من أشخاص القانون العام، وقرارات مجالسها ليست من القرارات الإدارية القابلة للطعن بالإلغاء ما لم تنص قوانينها على ذلك؛ مما يجعل الدعوى حقيقة بالرد شكلاً لعدم الاختصاص"[(١)].

(١) قرار رقم ٢١٧/٢٠٠٨ فصل بتاريخ ٢٠٠٨٨/٧/٨ (هيئة خماسية). منشور على الصفحة (٥٢٧) من العدد (٤) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٨).

وكذلك قضت "حددت المادة ٩/أ من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ الطعون التي تختص محكمة العدل العليا النظر فيها، وعليه وحيث إنه لم يرد نص في قانون نقابة الأطباء البيطريين رقم ٧٢/١٩ ولا في نظام تقاعد الأطباء البيطريين رقم ٧٩/١٣ وتعديلاته ما يجيز للمستدعي الطعن في قرار مجلس النقابة بوقف صرف الراتب التقاعدي له لدى محكمة العدل العليا، بخلاف بعض النقابات المهنية الأخرى التي تنص قوانينها على جواز الطعن في بعض القرارات الصادرة عن مجالسها، فتكون بالتالي محكمة العدل العليا غير مختصة بالنظر فيها؛ لأن نقابة الأطباء البيطريين ليست من أشخاص القانون العام، وبذلك فإن قرارات مجالسها ليست من القرارات الإدارية القابلة للطعن بالإلغاء، وتكون بالتالي الدعوى مستوجبة الرد شكلاً لعدم الاختصاص"[١].

ويرى الباحث أن محكمة العدل العليا قد التزمت بهذا الاتجاه وبحق كونه ينسجم مع الطبيعة القانونية للنقابات المهنية في النظام القانوني الأردني، ويأخذ بعين الاعتبار إرادة المشرع بإناطة الاختصاص بنظر الطعون ببعض القرارات الصادرة عن النقابات المهنية بمحكمة العدل العليا على سبيل الاستثناء.

(١) قرار رقم ٢٠٠٠/٤٢١ فصل بتاريخ ٢٠٠١/١/٨ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (١٣٢٩) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠١).

المبحث الثالث
الاتجاه الموسع لاختصاص المحكمة

يقوم هذا الاتجاه على أساس أن محكمة العدل العليا تملك النظر بالطعون الموجهة لكافة القرارات الصادرة عن النقابات المهنية، باعتبارها قرارات إدارية تدخل في اختصاص المحكمة، وبهدف دراسة هذا الاتجاه بشكل أكثر عمقاً سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منهما للتعرف على موقف محكمة العدل العليا من هذا الاتجاه، في حين نخصص المطلب الثاني لتقويم هذا الاتجاه.

المطلب الأول
مدى تقيّد المحكمة بالاتجاه الموسع لاختصاصها

يتناغم هذا الاتجاه الموسع لاختصاص المحكمة بالنظر بالطعون بالقرارات الصادرة عن النقابات المهنية كافة مع الاتجاه الفقهي الذي يرى في النقابات المهنية أشخاصاً معنوية عامة تتمتع بسلطة إصدار القرارات الإدارية، وبالتالي فإن محكمة العدل العليا تملك النظر بأي طعن ضد أي قرار صادر عن أي نقابة مهنية[1]، وتستند في هذا الاختصاص إلى قانون محكمة العدل العليا والذي نصت المادة (٩/أ/٩) على أن محكمة العدل العليا تختص بنظر الدعاوى المقدمة من الأفراد والهيئات لإلغاء أي قرار إداري نهائي. وجدير بالذكر أن القضاء الإداري المقارن يسلم بهذا الاتجاه، فقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على اعتبار المهن الحرة كالطب والهندسة والمحاماة وغيرها مرافق عامة،

(١) د. نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، ص ١٨٦. وكذلك د. هاني الطهراوي، مرجع سابق، ص ٣٢٠، وكذلك د. محمد جمال الذنيبات، مرجع سابق، ص ١٤٨ – ١٤٩. ومن الفقه العربي من يؤيد هذا الاتجاه د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ٢٠٠٩، ص ٧٨. د. محمد علي ال ياسين، مرجع سابق، ص ٣٧.

مما يدخل أصلاً في صميم اختصاص الدولة بوصفها القوامة على المصالح والمرافق العامة، بحيث إذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم الأقدر عليه، مع تخويلهم نصيباً من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم، مع الاحتفاظ بحقها في الإشراف والرقابة تحقيقاً للصالح العام، فإن ذلك لا يغير من التكييف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة، ولذلك فقد استقر القضاء على اعتبار النقابات المهنية من أشخاص القانون العام[١] وكذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه: "تعتبر النقابات المهنية من أشخاص القانون العام؛ لأنها تجمع بين مقومات هذه الأشخاص - إنشاؤها يتم بقانون أو بمرسوم أو بأداة تشريعية أخرى – أغراضها وأهدافها ذات نفع عام فهي تستهدف أساسا كفالة حسن سير وأداء الخدمات التي يقوم بها أعضاؤها للمواطنين ورعاية حقوق هؤلاء الأعضاء في أداء مهنتهم – اشتراك الأعضاء في النقابة أمر حتمي – للنقابة على أعضائها سلطة التأديب – للأعضاء دون سواهم حق احتكار مهنتهم فلا يجوز لغيرهم مزاولتها. مؤدى ذلك أن القرارات التي تصدرها النقابات المهنية تعتبر قرارات إدارية مما يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري"[٢]. وهو ذات الاتجاه الذي أشارت إليه فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ملف رقم ٥٦/١/٨٨ بتاريخ ١٩٩٤/٧/٢٠[٣]، وكذلك الحال لم تخرج محكمة النقض المصرية عن هذا الاتجاه إذ قضت في حكم لها حديث نسبياً أنه: "وحيث إنه من المقرر أن

(١) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية عشرة، بند ٧٢، ص ٥٨٢ وكذلك حكمها المنشور في مجموعة السنة الثالثة بند ١١٩، ص ١١٠٣، مشار لهذين الحكمين لدى د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة - الجزء الأول - قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٢٢.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة ١٩٥٠/١٢/٢٦ في الدعوى رقم ٣٩٢ لسنة ٢ ق، مشار إليه لدى د. عبدالفتاح مراد، الأحكام الكبرى للمحكمة الإدارية العليا المصرية، الطبعة الأولى، بدون دار أو سنة نشر، ص ٨٣.

(٣) kambota.forumarabia.net/t6770 www.

النقابات العامة هي من أشخاص القانون العام التي لا يجوز فرض الحراسة القضائية عليها، وهي لا تخضع في مباشرتها لنشاطها واختصاصاتها إلا لسلطان جمعيتها العمومية وما تسنه من لوائح وتصدره من قرارات لا يحدها في ذلك إلا النصوص التشريعية، وهى مبادئ متفرعة من الأصل المنصوص عليه في المادة ٥٦ من الدستور الدائم التي نصت فقرتها الأولى على أنه: "إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون، ويكون لها الشخصية الاعتبارية" وكل نص أو تصرف – من أي جهة سواء أكانت تشريعية أم قضائية أم تنفيذية – يهدر هذا الحق بحظره أو تقييده يقع منعدماً لا أثر له، لما ينطوي عليه من مخالفة دستورية ، وكان مقتضى ما تقدم هو عدم الاعتداد بالحكم الصادر من محكمة القاهرة للأمور المستعجلة لما انطوى عليه من تعطيل نص المادة ٥٦ من الدستور سالف الذكر. لما كان ذلك، وكان القرار المطعون فيه قد صدر من أحد الحراس القضائيين في شأن لا يدخل في اختصاصه، فضلاً عن انعدام الحكم المستعجل الصادر بفرض الحراسة القضائية على نقابة المحامين، فإنه يكون – كذلك – منعدماً لا أثر له، مما يتعين معه الحكم بإلغائه"(١).

ومن خلال تتبع أحكام محكمة العدل العليا بهذا الصدد نجد أنها لم تتمسك بهذا الاتجاه كثيراً، وأن أحكامها التي صبت في هذا الاتجاه محدودة نسبياً ونادرة، ومن قضائها وفقاً لهذا الاتجاه "وفيما يتعلق بالدفع الذي أثاره وكيل المستدعى ضده حول عدم قابلية القرار المشكو منه للطعن أمام محكمة العدل العليا استناداً للمادة ٩٩ من قانون نقابة المحامين رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ التي حددت القرارات التي تصدر عن مجلس النقابة وتكون قابلة للطعن أمام محكمة العدل العليا ولا يدخل في عدادها القرار برفض الإذن للمحامي المتدرب بالمرافعة أمام المحاكم البدائية، وفي هذا الصدد نجد أن قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ وفي المادة التاسعة منه قد حدد اختصاصات محكمة العدل، وتضمنت الفقرتين ٩ و١٠ من هذه المادة اللتين أجازتا الطعن في أي قرار

(١) حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٨ في الطعن رقم ٣٣٥٣٣ لسنة ٦٨ قضائية.

إداري نهائي ولو كان محصناً بالقانون الصادر بمقتضاه. ولما كان القرار الطعين هو قرار إداري بالمعنى القانوني وهو قرار نهائي بات يكون مشمولاً بمفهوم هاتين الفقرتين على الرغم مما ورد في المادة ٩٩ من قانون نقابة المحامين، تلك التي حصرت حالات الطعن بالقرارات الصادرة عن مجلس نقابة المحامين، وليس بضمنها رفض السماح للمحامي المتدرب بالترافع أمام محكمة الصلح والبداية، لعلة أنه وإن كان قانون نقابة المحامين قانوناً خاصاً وقانون محكمة العدل العليا قانوناً عاماً، ذلك أن قانون محكمة العدل العليا لاحق في الصدور لقانون نقابة المحامين، ومن المعلوم فقهاً أن القانون العام إذا كان لاحقاً للقانون الخاص ومعدلاً له فإنه يعتبر استثناءً منه، وأن قرارات محكمة العدل العليا التي أشار إليها ممثل نقابة المحامين قد صدرت قبل نفاذ قانون محكمة العدل العليا النافذ المفعول، وبالتالي فإن الاجتهاد السابق لا يقيد محكمتنا لعلة اختلاف النصوص القانونية التي تحكم وقائع دعوانا هذه، وعليه يكون هذا الدفع واجب الرد"(١).

وكذلك قضت "إن نقابة المهندسين تعتبر بمقتضى قانونها شخصاً من أشخاص القانون العام، ولهذا فإن أي قرار إداري يصدر عنها يعتبر قراراً قابلاً للطعن أمام محكمة العدل العليا عملاً بالبند (و) من الفقرة الثالثة للمادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم النظامية، ما دام لا يوجد نص في قانون نقابة المهندسين رقم (١٥) لسنة ١٩٧٢ يحصن قرار المجلس من الطعن به أمام هذه المحكمة...."(٢).

وبينت في حكم آخر "إن إدارة مرفق تنظيم مهنة الأطباء من صميم اختصاص الدولة، فإن أناطت بمقتضى قانون النقابة أمر تنظيم شؤون هذه المهنة مع احتفاظها بالإشراف والرقابة تحقيقاً للصالح العام، فإن القرار الذي تصدره إدارة هذا المرفق يعد قراراً إداريا"(٣). وكذلك أكدت في أحد أحكامها أن نقابة المحامين

---

(١) قرار رقم ٣٧١/١٩٩٨ فصل بتاريخ ١٩٩٩/٢/١٤ (هيئة عادية). منشور على الصفحة (١٦٩٥) من العدد (٦) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٩).

(٢) محكمة العدل العليا، حكمها في القضية رقم ٧٤/٢٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، السنة ١٩٧٤، ص ١٠٠٨.

(٣) محكمة العدل العليا، قرار رقم (٨٠/٨٥) مجلة نقابة المحامين عدد ٨ السنة ١٩٨١، ص ١٣٩٦.

تعد من أشخاص القانون العام، فقضت "إننا نجد أن هذا القرار هو قرار إداري صادر عن مرفق من أشخاص القانون العام أنشئ وخول إصدار القرارات الإدارية بموجب قانون نقابة المحامين"(١).

المطلب الثاني
تقويم الاتجاه الموسع لاختصاص المحكمة

ينسجم هذا الاتجاه مع تكييف النقابات المهنية باعتبارها من أشخاص القانون العام، وإن كان بعض الفقه يرى أن الغالب أن تدار هذه المرافق – أي النقابات – من بين أبناء وأعضاء المهنة، ومع ذلك تعتبر قرارات هذه المجالس قرارات إدارية تخضع للقانون والقضاء الإداري إذا اتصلت هذه القرارات بنشاط المرفق بصدد تنظيم المهنة أو النشاط، أما إذا تعلقت هذه القرارات برعاية المصالح الخاصة لأبناء وأعضاء المهنة أو النشاط، فإنها تخضع في هذه الحالة للقانون الخاص لانتفاء هدف تحقيق النفع العام(٢). ورغم أن محكمة العدل العليا تكاد تكون مستقرة على تكييف النقابات المهنية باعتبارها من أشخاص القانون الخاص كما أسلفنا، إلا أنه – وفي حالات نادرة جداً – تعود وترى أن النقابات المهنية تعد من أشخاص القانون العام. ونحن بدورنا نرى عدم دقة وسلامة الاتجاه الموسع لاختصاص محكمة العدل العليا لعدم انسجامه مع الطبيعة القانونية للنقابات المهنية في النظام القانوني الأردني من جهة، ولخروجه عن مقصد المشرع الأردني من جهة أخرى، ذلك أن نص المشرع الأردني في القوانين الخاصة بالنقابات المهنية على اختصاص محكمة العدل العليا بالطعون ببعض القرارات الصادرة عن هذه النقابات، ما هو إلا اعتراف من المشرع بعدم شمول القرارات الصادرة عن النقابات المهنية عموما بالبند (٩/أ/٩) من قانون محكمة العدل العليا.

---

(١) قرار محكمة العدل العليا بتاريخ ١٩٩٣/٤/٢١.

(٢) د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري – نظرية العمل الإداري، ١٩٩٣، ص ١٩٦.

ويبدو أن محكمة العدل العليا الأردنية عندما أخذت في بعض أحكامها السابقة بهذا الاتجاه كانت متأثرة بأحكام القضاء الإداري المقارن التي بين فيها أن النقابات المهنية تعد من أشخاص القانون العام، فقد جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢/ابريل/١٩٤٣ في قضية بوجوان[١] العبارات التالية "... من حيث إنه يخلص من مجموع نصوص قانون أكتوبر سنة ١٩٤٠ المعمول به في تاريخ القرار المطعون فيه وخاصة تلك التي تنص على أن تكون الاعتراضات ضد قرارات المجلس الأعلى لنقابة الأطباء الصادرة في المسائل الطبية، وفيما يتعلق بالقيد بالجدول أمام مجلس الدولة من طريق طعن تجاوز السلطة، أن المشرع أراد أن يجعل من تنظيم المهنة الطبية والرقابة على ممارستها مرفقاً عاماً، وأنه إذا كان المجلس الأعلى لنقابة الأطباء ليس مؤسسة عامة فهو مساهم في تسيير المرفق المذكور، فمجلس الدولة نظر الطعون في القرارات التي يتخذها المجلس المذكور بهذه الصفة وخاصة في تلك الصادرة تطبيقا للمادة (٤) من القانون المذكور، التي تعهد إليه كفالة احترام القوانين واللوائح في الشؤون الطبية، وأنه نتيجة لذلك يكون طعن الدكتور بوجوان أمام المجلس في قرار المجلس الأعلى الذي أقر قرار منعه من أن تكون له عيادات متعددة والذي أمره بإغلاق عيادته في بونتريو Pantrieux مقبولاً...".

وقد أورد الفقه الفرنسي[٢] جملة من الملاحظات على هذا الحكم أهمها أن حكم بوجوان يمد إلى نقابة الأطباء المبادئ المستخلصة بحكم مونبير في ٣١ يولية ١٩٤٢ بمناسبة لجان التنظيم، والمسألة المعروضة هي معرفة ما إذا كان لمجلس الدولة اختصاص بنظر نزاع أثاره المجلس الأعلى لنقابة الأطباء برفضه طلب طبيب الاحتفاظ بعيادة ثانوية في بلدية أخرى غير تلك التي فيها عيادته الأصلية. وقد أوضح مفوض الحكومة (لاجرانج) أن نقابة الأطباء رغم طبيعتها

(١) C. E. 2 avr. 1943, Bouguen, Rec. 86. s. 1944. 3. 1.

(٢) مارسولون، بروسبير في، جي بريبان، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة د. احمد يسري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص٣١٩ – ٣٣٠ المجموعة رقم (١٢٨٦) و (٢٣٩).

المهنية تنفذ مرفقاً عاماً حقيقياً: فمهمتها لا تتعلق فقط بالدفاع عن المصالح المهنية، ولكن قبل كل شيء بتنظيم المهنة والتأديب فيها بغرض المصلحة العامة، فقد أراد المشرع "أن يجعل من تنظيم هذه المهنة ومراقبتها مرفقاً عاماً، وهو يضفي على القرارات التي تتخذها الهيئات المهنية في كل نطاق تساهم به في تنفيذ المرفق صفة القرارات الإدارية". وقد اقتصر مجلس الدولة – كما فعل بالنسبة للجان التنظيم – على القول بأن نقابة الأطباء رغم أنها ليست مؤسسة عامة فهي تساهم في تسيير مرفق عام، والمشاكل التي يثيرها هذا الحكم هي ذات المشاكل التي أثيرت بشأن حكم مونبير وهي:

١ – عرفت المؤسسة العامة تقليدياً بأنها مرفق عام متمتع بالشخصية المعنوية: وثمة ألان مرافق عامة متمتعة بالشخصية المعنوية ينكر عليها مجلس الدولة صراحة صفة المؤسسة العامة.

٢ – تفتقد فكرة المرفق العام نهائياً مدلولها العضوي، فإدارة المرافق العامة يمكن أن يعهد بها بدءاً من ذلك الحين ليس للأشخاص المعنوية العامة التقليدية – الدولة والأقاليم والبلديات والمؤسسات العامة – ولكن كذلك إلى هيئات ليست لها صفة المؤسسة العامة، ولا تعتبر كذلك حسب تعريف المؤسسة العامة "مرافق إدارية فصلت من الإدارة العامة للدولة"[١].

٣ – يمكن بدءاً من ذلك الحين توجيه طعن تجاوز السلطة الذي أجازه المشرع في قرارات مختلف الجهات الإدارية[٢]، إلى قرارات الجهات التي وإن لم تكن خاصة فهي ليست إدارية بالمعنى الصحيح، ولكن تعمل في إطار إدارة مرفق عام باستعمال امتيازات السلطة العامة. ويقبل طعن تجاوز السلطة حتى في القرارات التي تتخذها هيئات خاصة مكلفة بإدارة مرفق إداري زودها القانون بامتيازات السلطة العامة[٣].

---

(١) C. E. 16 mars 1956, Garnet, Rec. 125: Rev. Adm, 1956. 380. note R. E. C.

(٢) Ord. 31 juill. 1945. art 12.

(٣) C. E.13 janv, 1961, Magnier, Rec. 33: R.D.P. 1961. 155. concl. Fournier, AJ.1961. 142.

٤ – تكتسب فكرة القرار الإداري بمفهومها التقليدي في قضاء مجلس الدولة بمعنى القرار الصادر من الإدارة مدلول القرار المتخذ في إطار إدارة مرفق عام حتى ولو تولت هذه الإدارة جهة غير إدارية.

٥ – تفتقد التفرقة بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة أهميتها.

وفي مصر كذلك قررت محكمة القضاء الإداري أن النقابات المهنية هي أشخاص إدارية من أشخاص القانون العام، ذلك لأنها تجمع بين مقومات هذه الأشخاص: فإنشاؤها يتم بقانون أو بمرسوم أو بأية أداة تشريعية أخرى، وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام، ولها على أعضائها سلطة تأديبية، ولهؤلاء الأعضاء دون سواهم حق احتكار مهنتهم، واشتراك الأعضاء في النقابات أمر حتمي، ولها حق تحصيل رسوم الاشتراك في مواعيد دورية منتظمة، ويترتب على ذلك أن قراراتها تعتبر إدارية مما يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء(١). وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها: "إن نقابة الأطباء من أشخاص القانون العام، ومن ثم فإن قرارات القيد في سجل النقابة تعتبر قرارات إدارية"(٢).

الخاتمة:

تناولنا في هذا البحث اتجاهات محكمة العدل العليا بخصوص الطعون بالقرارات الصادرة عن النقابات المهنية، وقد عملنا على تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، عرضنا في الأول منها للطبيعة القانونية للنقابات المهنية، في حين تناولنا في المبحثين التاليين اتجاهات المحكمة والمتمثلة باتجاهين: أحدهما

(١) مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة الخامسة، الحكم رقم ٧٥، ص ٣٢٦، مشار إليه لدى د. رمضان محمد بطيخ و د. نوفان منصور العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ١٣١ – ١٣٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٦/١١، (غير منشور). مشار إليه لدى د. عمر بركات، مبادئ القانون الإداري، شركة سعيد رأفت للطباعة، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٥.

يضيق اختصاص المحكمة ويقصره على ما ورد به نص في القوانين الخاصة بالنقابات المهنية، في حين كان الثاني على النقيض من ذلك إذ يوسع من اختصاص المحكمة ليشمل الطعون بكافة القرارات الصادرة عن النقابات المهنية باعتبارها قرارات إدارية.

وقد تبين لنا من خلال هذا البحث أن القضاء الإداري المقارن في كل من فرنسا ومصر قد استقر إلى حد بعيد على اعتبار القرارات الصادرة عن النقابات المهنية من قبيل القرارات الإدارية التي يطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام جهات القضاء الإداري، إلا أن محكمة العدل العليا قد ترددت بين اتجاهين: أحدهما ينسجم مع ما استقر عليه القضاء المقارن باعتبار النقابات المهنية من قبيل أشخاص القانون العام، وما يصدر عنها من أعمال يدخل في نطاق القرارات الإدارية القابلة للطعن بالإلغاء، إلا أن هذا الاتجاه محدود في قضاء المحكمة، أما الاتجاه الثاني والذي خالفت فيه ما استقر عليه القضاء الإداري المقارن، فهو الراجح في قضائها والذي اعتمدته بشكل كبير في أحكامها الحديثة، ومن خلاله تعتبر أن النقابات المهنية لا تعدو أن تكون من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي ما يصدر عنها لا يدخل في نطاق القرارات الإدارية، وعليه يكون اختصاص المحكمة محصوراً بما ورد به نص في القوانين الخاصة بالنقابات المهنية دون سواها.

ولعل تردد المحكمة بين الاتجاهين لفترة زمنية طويلة ومتداخلة لم يكن ليسمح بتحديد اتجاه واضح لها إزاء هذه الطعون، الأمر الذي انعكس على آراء الفقه الأردني من هذه المسألة بين مؤيد لاجتهاد المحكمة المضيق لاختصاصها، وبين معارض لذلك ممن تأثر باجتهادات القضاء الإداري المقارن.

وبهدف الإسهام في تطوير القضاء الإداري في الأردن ومساعدة المحكمة على الاستقرار على اتجاه معين بصدد الطعون الموجهة ضد القرارات الصادرة عن النقابات المهنية، فقد توصلت هذه الدراسة إلى التوصيات التالية:

١ – التزام اجتهاد قضائي واحد بصدد الطعون بالقرارات الصادرة عن النقابات المهنية، وعدم اتباع اجتهادات متناقضة خلال فترات زمنية متداخلة.

٢ – نأمل من المحكمة الموقرة أن تستقر على الاجتهاد الذي اعتمدته بشكل واضح مؤخراً، وهو الاتجاه المضيق لاختصاص المحكمة نظراً لانسجامه مع الطبيعة القانونية للنقابات المهنية في القانون الأردني هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن مد الاجتهاد القضائي المقارن بهذا الخصوص إلى محكمة العدل العليا لاختلاف طبيعة هذه المحكمة وظروفها عن القضاء المقارن.

٣ – حبذا لو تدخل المشرع بنصوص واضحة تساعد على تحديد الطبيعة القانونية للنقابات المهنية، ولا بأس من تقريبها من أشخاص القانون العام لمساعدة المحكمة على بسط رقابتها على كافة القرارات الصادرة عن هذه النقابات.

المراجع

أولاً – باللغة العربية:

١ – د. أحمد حافظ نجم، القانون الإداري – دراسة قانونية لتنظيم ونشاط الإدارة العامة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١.

٢ – د. أنور أحمد رسلان، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٣ – د. حامد مصطفى، النظام القانوني للمؤسسات العامة والتأميم، دار الجمهورية للنشر، بغداد، ١٩٦٥.

٤ – د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٠.

٥ – د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٠.

٦ – د. رمضان محمد بطيخ و د. نوفان منصور العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

٧ – د. زهدي يكن، القانون الإداري، المكتبة العصرية، بيروت، بدون سنة نشر.

٨ – د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري – نظرية العمل الإداري، ١٩٩٣.

٩ – د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.

١٠– د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري – دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢.

١١– د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤.

١٢- د. عبد الفتاح مراد، الأحكام الكبرى للمحكمة الإدارية العليا المصرية، الطبعة الأولى، بدون دار أو سنة نشر.

١٣- د. علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٩.

١٤- د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.

١٥- د. علي خطار شطناوي، مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٢.

١٦- د. عمر بركات، مبادئ القانون الإداري، شركة سعيد رأفت للطباعة، القاهرة، ١٩٨٥.

١٧- قاسم جميل قاسم، المؤسسات العامة في فرنسا، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، عمان، ١٩٨١.

١٨- مارسولون، بروسبير في، جي بريبان، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة د. احمد يسري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١.

١٩- د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، بغداد، ١٩٩١.

٢٠- د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ٢٠٠٩.

٢١- د. محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣.

٢٢- د. محمد علي أل ياسين، القانون الإداري، الطبعة الأولى، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة نشر.

٢٣- د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، ١٩٧٣.

٢٤- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة - الجزء الأول - قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.

٢٥- نسرين فتحي عدوان، الطبيعة القانونية للنقابات المهنية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ٢٠١٠.

٢٦- د. نواف كنعان، القانون الإداري - الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.

٢٧- د. نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠.

٢٨- د. هاني الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١.

ثانياً - باللغة الأجنبية:

1 - Ch.Debbash: institutions et droit administratf, Paris, 1985, p.u.f. Tome2.

2 - R.chapus: droit administratif general,Paris, edi, motechrestioin, Paris, Tome, 2.

3 - J.Auby R.Ducos Ader: grands sevices et enterprises nationales, Paris, P. U. F. 1975.

4 - Rivero. J.droit administratif. précis dalloz. Douzieme edition. 1987.

5 - Rivero. J: droit Administratif, Paris, D, 1985.

ثالثاً - المواقع الإلكترونية:

1 - www.naqabat.net/index.php

2 - www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=782&std_id=108

3 - kambota.forumarabia.net/t6770 www.

التنسيب كإجراء شكلي لصحة القرار الإداري (النظرية والتطبيق)

الدكتور/ سليمان سليم بطارسة
كلية القانون - جامعة اليرموك
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى البحث في التنسيب كإجراء شكلي مهم ومؤثر في صحة القرار الإداري من الزاويتين النظرية والتطبيقية. وقد قسمت الدراسة إلى مبحثين رئيسيين خصص المبحث الأول للكشف عن ماهية التنسيب وصوره وأهميته وعلاقته بالإجراءات الإدارية، بينما تناول المبحث الثاني النظام القانوني للتنسيب وتطبيقاته في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية.

توصلت الدراسة إلى أن التنسيب هو إجراء إداري لا يرقى إلى مستوى القرار الإداري النهائي، ولا يمكن الطعن به مباشرة وبشكل مستقل عن القرار الإداري الذي صدر استناداً إليه.

كما وضحت أهمية هذا الإجراء لاكتمال القرار الإداري من النواحي الفنية والقانونية، وفن القرار الذي يفتقر إليه أو يستند إليه بصورة مخالفة للقانون هو قرار منعدم بالضرورة.

وأخيراً تبين لنا أن التنسيب إجراء إداري قد يكتنفه أي وجه من أوجه عدم المشروعية التي قد تصيب القرارات الإدارية بالعموم، كعيب الشكل وعيب عدم الاختصاص وعيب المحل... والتي تنسحب تلقائياً للقرار الإداري الذي صدر استناداً إليه.

مقدمة :

يعرف الدكتور سليمان الطماوي القرار الإداري بأنه "إفصاح عن إرادة ملزمة بقصد إحداث أثر قانوني، وذلك إما بإصدار قاعدة تنشئ أو تعدل أو تلغي حالة قانونية أو موضوعية حين يكون العمل لائحة، وإما بانشاء حالة فردية أو تعديلها أو إلغائها لمصلحة فرد أو أفراد معينين أو ضدهم في حالة القرار الإداري الفردي"[(١)] لذا يتجسد في القرار التعبير والإفصاح عن الإرادة، وهو إفصاح مشروط بوجود شكل خارجي يعبر عنه ويسمح له بترتيب أثر في عالم القانون، على الرغم من أنه – في الأساس – لا يلزم الإدارة بأي قيد شكلي في إفصاحها عن إرادتها إلا إذا أوجب عليها القانون ذلك، كأن يحدد المشرع أشكالاً وإجراءاتٍ معينة لإصدار القرار الإداري، عندها يصبح القيد الشكلي ركناً مهماً كسائر الأركان في القرار الإداري يتوقف عليه مشروعية القرار.

وعليه فهناك العديد من القرارات الإدارية التي تأتي كنتيجة أو محصلة لسلسلة متصلة من الإجراءات الإدارية المتلاحقة والمتتابعة، بحيث يتوقف عليها الحكم بمشروعية هذه القرارات أو بطلانها، تبعاً لمدى استيفائها لتلك الإجراءات كشرط لازم لإصدارها.

إشكالية البحث:

التنسيب إجراء إداري سابق على اتخاذ القرار الإداري وغالباً ما يستند إلى نص قانوني يوجب اتباعه كما ورد في نظام الخدمة المدنية لعام ٢٠٠٧، في الأردن، ومن الملاحظات التي يمكن أن يشار إليها بهذا المجال أن التنسيب مفهوم لم تحدد ماهيته بشكل كاف على المستوى النظري، كما أنه يختلط مع مفاهيم اخرى متقاربة معه إلى حد كبير كالاستشارة والتوصية، هذا بالإضافة إلى أنه وعلى الرغم مما يتمتع به من أهمية باعتباره رأياً فنياً يقدم من جهة

(١) د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، ط٣، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٨.

معينة تملك المعلومات والمعرفة إلى الجهة المختصة بإصدار القرار، إلا أن هناك العديد من المدراء الذين يتجاهلون هذا الإجراء الجوهري ولايلتزمون بطلب الرأي، ويتغاضون عنه إما قصداً منهم في تجاهله وإهماله أو نتيجة لخطأ في تطبيق هذا الرأي على الوجه الصحيح، ونظراً لكون المشرع لم يقرر وجود التنسيب عبثاً إنما وضعه بهدف تقريب القرار الإداري من الاكتمال والصحة والموضوعية فإننا نعتقد أن هذا الموضوع – ونظراً لقلة الدراسات المباشرة التي بحثت فيه – يستحق أن ينصب عليه في هذا البحث.

هدف البحث ومنهجه:

نهدف من خلال هذا البحث إلى توضيح مفهوم التنسيب وطبيعته وعلاقته بالقرار الإداري، وتمييزه عن غيره من المفاهيم التي يختلط معها، كما نحاول التوصل إلى تحديد موقعه في التشريعات واستجلاء أحكام القضاء المتصلة به، وما أعطته من أهمية في اكتمال صورة القرار الإداري.

أما منهج البحث فهو منهج وصفي وتحليلي نركز فيه على التشريع الأردني، ونستفيد مما قدمه الفقه والقضاء الإداري في الأردن بهذا المجال على وجه الخصوص، وقد أوردنا العديد من القضايا الصادرة عن محكمة العدل العليا لإضفاء صبغة تطبيقية على هذا البحث، تدعم فكرة اكتمال وصحة القرار الإداري النهائي من الجوانب القانونية والفنية التي تسعى الإدارة دوماً إلى الوصول إليها.

ومن هنا انطلقت هذه الدراسة في معالجة موضوع البحث المتعلق بالتنسيب الإداري كجزئية مهمة تمثل نقطة التقاء حساسة بين القرارات الإدارية كأعمال إدارية قانونية وبين الإجراءات الإدارية باعتبارها أعمالاً إدارية مادية لا ترتب أي آثار قانونية، وعلى الرغم من أن موضوع الإجراءات الإدارية قد حظي بالعديد من الدراسات وتناولته الكثير من المؤلفات بالبحث والمعالجة إلا أن موضوع التنسيب بالذات والذي يطلق عليه الفقه الفرنسي "Proposition" أي "الاقتراح" لم يحظ بالاهتمام الكافي والدراسة المعمقة اللازمة لإدراك ماهية هذا الإجراء بشكل جيد وبصورة تكفي للإحاطة بجوانبه المختلفة.

لذا جاء هذا البحث لتسليط الضوء على التنسيب كإجراء إداري جوهري سابق على إصدار القرار الإداري بكل ما يشمله ذلك من تحديد للمفهوم والطبيعة القانونية والأهداف والأنواع والأشكال الخاصة به، وصولاً بذلك لمعرفة حقيقة علاقته بالقرار الإداري ومدى رقابة محكمة العدل العليا عليه كإجراء تمهيدي لا يجوز الطعن به إلا عن طريق الطعن بالقرار الإداري النهائي الذي صدر بناءً عليه. وقد فرضت هذه المعالجة أن يتم تقسيم البحث إلى مبحثين أولهما بعنوان التنسيب كإجراء إداري تمهيدي مؤثر في صحة القرار الإداري، وثانيهما النظام القانوني للتنسيب في التشريع الأردني وتطبيقاته لدى محكمة العدل العليا، وقد تم تفصليهما كالتالي:

المبحث الأول: وفيه تم إلقاء الضوء وبصورة عامة على كل ما يتعلق بالإجراءات الإدارية من مفهوم وخصائص وأهداف باعتبارها القاعدة التي ينتمي إليها التنسيب كإجراء سابق لإصدار القرار الإداري. وقد جاء هذا المبحث في مطلبين للتركيز وبشكل واضح على التعريف بالتنسيب وطبيعته القانونية انطلاقاً من تحديد علاقته بالإجراءات الإدارية عموماً، وبالإجراءات التمهيدية السابقة لإصدار القرار على وجه الخصوص، وعلاقة هذا كله بالقرار الإداري الذي استند إلى التنسيب كإجراء جوهري سابق لا بد من احترامه والالتزام به، لذا خصص المطلب الأول لتحديد مفهوم التنسيب وحقيقة علاقته بالإجراءات الإدارية عموماً، تمهيداً بذلك للمطلب الثاني الذي جاء لعرض ما يسعى إليه هذا الإجراء من أهداف وما يتجسد به من أشكال وما يُفترض به من شروط وضوابط.

المبحث الثاني: وقد تضمن بمطلبيه بعض ما ورد في نظام الخدمة المدنية من نصوص قانونية أكدت على وجوب التنسيب قبل إصدار القرار الإداري، وتطبيقات محكمة العدل العليا في ذلك كمطلب أول. أما المطلب الثاني فكان استمراراً لعرض ما اجتهدت به محكمة العدل العليا في رقابتها على التنسيب كإجراء يعجز عن إحداث أي أثر قانوني بشكل مستقل عن القرار الإداري الصادر بالاستناد إليه، وقد ركز هذا المطلب على اتجاه محكمة العدل في اعتبار

التنسيب كالقرار الإداري يمكن أن يشوبه أي من العيوب التي قد تصيب القرار فتؤثر في مشروعيته وصحته كإجراء سابق، مما ينسحب تلقائياً إلى القرار الإداري الذي صدر بالاستناد إليه، لذا كان هذا المبحث بكل ما اشتمل عليه من مطالب وفروع بمثابة تحديد للإطار العام للتنسيب بصورة أكثر دقة وتعمق في معالجة بعض التفاصيل المهمة والمفيدة في فهم الموضوع وتكامل عناصره.

المبحث الأول
التنسيب كإجراء إداري تمهيدي مؤثر في صحة القرار الإداري

يقصد بالشكل في القرار الإداري أن تلتزم الإدارة بالإجراءات والشروط الشكلية الواجب اتباعها في إصدار القرارات الإدارية(١).

وقبل توضيح مفهوم التنسيب كإجراء إداري نذكر ملاحظة مهمة حول ما ثار من جدال ونقاش في طبيعة الإجراء، هل يعتبر عنصراً من عناصر الشكل فيدمج مع الشكل في ركن واحد يسمى بركن الشكل والإجراءات، أم أنه يفرض وجوده كركن مستقل وقائم بذاته دون حاجة لأي ركن آخر، وكانت النتيجة انقسام الآراء في ذلك إلى اتجاهين متناقضين هما:

الاتجاه الأول: ذهب إلى اعتبار الإجراء أحد عناصر الشكل على أساس أنّ المقصود بالشكل هو المظهر الخارجي الذي يتخذه مصدر القرار للإفصاح عن إرادته المنفردة؛ لذا لا مجال للفصل بين الإجراء المتبع في إصدار القرار وشكله(٢).

أما الاتجاه الثاني: فذهب للتفرقة بين الشكل والإجراء في القرار الإداري وعدم اعتبارهما مصطلح لركن واحد (أو عنصر واحد كسبب من أسباب الإلغاء) مستندين في ذلك لما يتمتع به كلا المصطلحين من مفهوم خاص ومدلول منفرد، فالإجراءات مجموعة من العمليات أو القواعد القانونية التي يجب على الإدارة مراعاتها منذ بدء التفكير في القرار وحتى وضعه في القالب أو الصورة

(١) د. أحمد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٣١٠.

(٢) د. نواف كنعان، القضاء الإداري في الأردن، ط١، المكتبة الوطنية، عمان، ١٩٩٩، ص٢٧٣. د. هاني الطهراوي، التنسيب كإجراء سابق لإصدار القرار الإداري، ص٢٠٩.

النهائية التي ورد فيها، بينما يعرف الشكل بأنه الصورة التي تظهر فيها إرادة الإدارة بشكلها النهائي(١).

وقد جاء هذا المبحث للتركيز على ماهية التنسيب كإجراء تمهيدي له موقع مهم في الإجراءات الإدارية، وذلك من خلال مطلبين أساسيين هما:

المطلب الأول: مفهوم التنسيب وتمييزه عن غيره من المفاهيم.

المطلب الثاني: أهداف التنسيب وشروطه وأشكاله.

المطلب الأول

التنسيب ماهيته وتمييزه عن غيره من المفاهيم

لقد ورد مصطلح التنسيب في العديد من التشريعات الأردنية(٢) كجزء من مجموعة الإجراءات التمهيدية التي يُلزم رجل الإدارة بمراعاتها قبل إصداره للقرار الإداري، باعتبارها من أهم الضمانات التي كفلها القانون وحرص على عدم إهدارها أو إغفالها؛ لما يعنيه ذلك من ضياع للضمانات ومخالفة للأوضاع

---

(١) د. هاني الطهراوي، التنسيب كإجراء سابق لإصدار القرار الإداري (هل يعتبر شكلية جوهرية أو ثانوية)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد٤، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠١٠، ص ٢٠٨، ٢٠٩.

(٢) نذكر من هذه التشريعات: قانون استقلال القضاء وتعديلاته رقم ٢١/لسنة ٢٠١٠ في المادة (١٤) "يجري التعيين في الوظائف القضائية بتنسيب من الوزير وقرار من المجلس وإرادة ملكية سامية على أن ينسب أكثر من شخص للوظيفة الشاغرة"/ أيضاً المادة (٧) من قانون تنظيم المدن والقرى "ب. يقوم المدير بالتنسيب فيما يتعلق بتعيين خبراء التنظيم أو المؤسسات الاشتشارية للدائرة"/ وورد كذلك في المادة ١١ من قانون المطبوعات والنشر رقم ٢٧/لسنة ٢٠٠٧ "ج. لمجلس الوزراء – بناء على تنسيب الوزير – منح رخصة لإصدار النشرات لكل من الجهات التالية: أ. وكالة الأنباء الأردنية ب. وكالة أنباء غير أردنية شريطة المعاملة بالمثل"/ وهناك أنظمة وقوانين متعددة لا يتسع المجال لذكرها مثل قانون جامعة اليرموك، قانون التربية والتعليم، وأنظمة الخدمة المدنية التي نحن بصددها في المبحث الثاني من هذا البحث...

القانونية التي قد تصل لدرجة القول بعدم مشروعية القرار الإداري[١]. لذا نجد في القوانين والأنظمة الأردنية الكثير من النصوص القانونية المتعلقة بما يسمى في القانون الإداري بالإجراءات الإعدادية، فتجدها تتطلب – أحياناً – لاتخاذ بعض القرارات الإدارية وإصدارها تقديم تنسيب مسبق من جهة أخرى غير الجهة المختصة أصلاً بإصدار القرار، أو بوجوب تقديم توصية إدارية أو رأي استشاري أو تقرير إداري وهي جميعاً إجراءات يفرض المشرع على الإدارة استيفاءها مسبقاً وقبل إصدار القرار الإداري[٢].

لذا ولتحديد المعنى الدقيق للتنسيب ضمن هذه المجموعة الواسعة من الإجراءات التمهيدية، ولتحديد مدلوله وأهدافه وضوابط سلامته. جاء هذا المطلب لعلنا نستطيع من خلاله أن نصل لبعض المميزات التي تخص التنسيب كإجراء إداري تمهيدي، وذلك ضمن فرعين رئيسين على النحو الآتي:

الفرع الأول
موقع التنسيب من الإجراءات الإدارية

ينتمي التنسيب إلى مجموعة واسعة من الإجراءات الإدارية التي تسبق صدور القرار الإداري، وتحديداً إلى فئة الإجراءات التمهيدية وهي فئة تتميز بخصوصية واضحة كونها من أهم الوسائل المستخدمة في توسيع قاعدة المشاركة في اتخاذ وصياغة القرار الإداري، كما تساهم في تقديم آراء وخبرات وتوصيات لمصدر القرار تتمتع بطابع فني أحياناً وعملي أحياناً أخرى[٣].

---

(١) د. فهد أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة والنشر، عمان، ٢٠٠٥، ص٣٤٨.

(٢) د. علي شطناوي، القضاء الإداري الأردني، ط١، المركز العربي، عمان، ١٩٩٥، ص٦٠٥.

(٣) د. نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٢٨١./ د. خالد الزبيدي، الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد ٣٥، عدد٢، مطبعة الجامعة الأردنية، ٢٠٠٨، ص٣٤٦.

فالإجراءات عموماً والمقررة قانوناً لإصدار القرارات الإدارية هي إجراءات متعددة ومتنوعة تبعاً لتنوع القرارات واختلافها، فقد تكون إجراءات سابقة لإصدار القرار أو مطلوبة في مراحل إصدار القرار أو لاحقة على إصدار القرار(١).

والمتتبع لعناصر القرار الإداري يجد أن الإجراءات الإدارية مستبعدة حكماً من نطاق القرارات الإدارية، وإن كانت لازمة أحياناً لصحة القرار كشرط من شروط السلامة السابق ذكرها، وذلك باعتبارها عاجزة عن إنشاء أي نظام قانوني جديد أو حتى التأثير في النظام القانوني القائم بشكل ينعكس على حقوق الأفراد والتزاماتهم(٢).

ومن ضمن هذه الإجراءات ما يسمى بالإجراءات الإعدادية أو التحضيرية وهي ما يهمنا في هذا البحث تحديداً كونها المجموعة التي ينتمي إليها التنسيب كإجراء إداري سابق على إصدار القرار الإداري في الحالات التي يتطلب فيها المشرع ذلك.

وبوضوح أكبر يعتبر التنسيب واحداً من مجموعة كبيرة من القواعد الإجرائية والشكلية التي أوجب القانون على رجل الإدارة مراعاتها قبل إصداره للقرار الإداري(٣)، بحيث يعد من قبيل الإجراءات السابقة التي يحيط بها المشرع بعض القرارات الإدارية بهدف حماية المصلحة العامة والمصلحة الفردية على حد سواء، إذ يؤدي اتباعها للوصول لقرارات سليمة متأنية تضمن عدم الإخلال بمبدأ المشروعية، ما ينعكس بدوره إيجابياً على الجهاز الإداري في

(١) د. سليمان بطارسة، عيب الإجراءات الممهدة والمصاحبة لاتخاذ القرارات الإدارية، مجلة أبحاث اليرموك، جامعة اليرموك، المجلد ٢٤، العدد٣، منشورات جامعة اليرموك، ٢٠٠٨، ص٧٧٤.

(٢) د.علي شطناوي، دراسات في القرارات الإدارية، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٨، ص٢٥، ٢٦..

(٣) المحامي حنا ندة، القضاء الإداري في الأردن، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ١٩٧٢، ص٣٧٣.

إطاره العام، أي بما يتعلق به من أنشطة إدارية ومرافق عامة لا بد من الاهتمام بها وتسييرها بكفاءة وفاعلية(١).

وهذا ما تضمنته العديد من قرارات محكمة العدل العليا، فقد ورد بالنص في أحد القرارات بأنه: "استقر الاجتهاد على أن التنسيب ليس له مقومات القرار الإداري، وعليه وبما أن صلاحية مدير عام الأراضي والمساحة في الدعوى تقتصر على التنسيب لوزير المالية/ الأراضي والمساحة، فبالتالي لا ينتصب خصماً للمستدعي، وتغدو الدعوى ضده مستوجبة الرد شكلاً"(٢).

كما جاء في قرار آخر لها "من المستقر عليه في الفقه والقضاء أن التنسيب لا يرقى إلى مصاف القرارات الإدارية النهائية التي تقبل الطعن بالإلغاء"(٣).

المقصود بالأعمال التمهيدية أو التحضيرية: هي الأعمال التي يتركز موضوعها في تهيئة القرار اللاحق للصدور، فهي جزء لا يتجزأ من العملية القانونية باعتبارها خطوات تسبق القرار وتهيئ لصدوره بالشكل النهائي(٤).

بمعنى آخر هي أعمال تمهد أو تحضّر لإصدار القرار الإداري الذي سيتخذ لاحقاً كنتيجة لها، كإجراءات إحالة الموظف المخالف على المجلس التأديبي وكالتنسيبات الإدارية، ولا تخضع هذه الإجراءات للطعن بعدم مشروعيتها إلا ضمن القرار الذي صدر استناداً إليها، كونها لا تشكل قرارات إدارية نهائية نافذة المفعول يمكن أن تمس بالمركز القانوني للطاعن(٥).

---

(١) د. علي شطناوي، دراسات في القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص٢٨١.

(٢) عدل عليا، قرار رقم ٣٦٣/ ١٩٩٨، تاريخ ١٠/ ١١/ ١٩٩٨.

(٣) عدل عليا، قرار رقم ٣٨٥/٢٠٠١، تاريخ ٨/٥/٢٠٠٢، منشورات عدالة.

(٤) د. عبد العزيز خليفة، شروط قبول الطعن بإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٩٦.

(٥) د. أعاد القيسي، القضاء الإداري، ط١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ١٩٩٩، ص١٧٦./ د. عبد الغني بسيوني، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص٤٠.

وتخرج الأعمال التمهيدية في طبيعتها عن إطار القرارات الإدارية وذلك لعدة أسباب:

- أنها تفتقد لعنصر القوة التنفيذية رغم صدورها من سلطة إدارية بإرادتها المنفردة.
- كما تفتقد عنصر التصرف القانوني لأن إرادة مصدرها لم تكن موجهة لإحداث أي أثر قانوني، فالتعبير عن الإرادة هنا يتجه بالضبط نحو النصح والإرشاد وإبداء الرأي وما يشابه ذلك(١).

إذن هي أعمال لا تملك إحداث أي أثر قانوني بذاتها، بل تصدر فقط في خدمة أحد القرارات الإدارية، وقد تصدر – أحياناً – دون أن ترتبط بأي قرار لمجرد إبداء رغبات أو استفسارات أو بصيغة عامة، وبالتالي فقد يلتزم بها مصدر القرار الإداري وقد يتجاهلها عن قصد أو بسبب التسرع أو يخطئ في تطبيق القرار الإداري نفسه.

الفرع الثاني
مفهوم التنسيب وتكييفه القانوني

أولاً – مفهوم التنسيب:

يستخدم مصطلح التنسيب وبشكل خاص في التشريع الأردني للدلالة على وجود جهة أخرى بجانب الجهة صاحبة الاختصاص بإصدار القرار؛ لتستعين برأيها ومشورتها في الوصول إلى قرار يحقق الصالح العام ويضمن تطبيق القانون(٢).

---

(١) د. عصام إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٤٠٣،٤٠٤/ انظر أيضاً: د. عبد الله طلبة، القانون الإداري (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة)، ط٢، حقوق الطبع لجامعة دمشق، ١٩٨٦، ص ٢٧٨,٢٧٩.

(٢) د. علي شطناوي، القضاء الإداري الأردني، ط١، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، ١٩٩٥، ص٥٩٦.

لذا فقد اعتبره البعض مصطلحاً مرادفاً لما يسمى "**بالاقتراح**". **وهو كما عرفه الفقه رأي يرفع من جانب الجهة الاستشارية إلى السلطة المختصة بإصدار قرار يدخل ضمن اختصاصها. أو هو تعاون من جانب الجهة الاستشارية في تكوين العمل القانوني. وقد يكون هذا الاقتراح جوازياً عندما لا تكون الإدارة ملزمة بتطبيقه، وإهماله لا يؤثر بصحة قرارها الإداري، وقد يكون وجوبياً في حال تطلب القانون لمباشرة الاختصاص في اتخاذ القرار أن يكون مبنياً على اقتراح جهة معينة، بحيث يصبح عندها إجراء شكلي جوهري يترتب على إغفاله بطلان القرار**[١].

ويظهر لنا قصور التشريع الأردني في وضع تعريف واضح ومحدد لمفهوم التنسيب، مكتفياً في ذلك بما أورده الفقه الأردني من تعريفات، حيث قال فيه البعض بأنه إبداء للرأي من الناحية الإدارية أو الفنية أو القانونية في موضوع معين قبل اتخاذ القرار فيه، وتقديم المعلومات والبيانات اللازمة لمتخذ القرار قبل أن يتخذ قراره النهائي[٢].

ويطلق عليه كذلك بأنه تعبير سلطة إدارية معينة عن إرادتها لإخضاع مسألة معينة للبحث والتداول من قبل سلطة إدارية أخرى"[٣].

كما يرى جانب من الفقه أيضاً بأنه إجراء تمهيدي يصدر من الجهة الإدارية الأدنى إلى الجهة الإدارية الأعلى، متضمناً القيام بعمل أو الامتناع عنه، دون أن يرقى لمصاف القرار الإداري[٤].

---

(١) د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ص١٤٨، ١٤٧.

(٢) د. نواف كنعان، القضاء الإداري الأردني، ط٤، الآفاق المشرقة، الإمارات، ٢٠١١، ص٢٦٥.

(٣) عبد الرحمن الهلالات، الاستشارة كإجراء شكلي في القرار الإداري دراسة مقارنة في النظام القانوني الأردني والمصري، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء الخاصة، الأردن، ٢٠١١، ص١١.

(٤) د. خالد الزبيدي، الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا، مرجع سابق، ص٣٤٦.

وتعدد التعريفات السابقة لم يمنع من وجود من يرى بأنها تعريفات موجزة وناقصة يشوبها نوع من القصور والإهمال للعديد من العناصر والأمور الجوهرية التي تم إغفالها في التنسيب رغم أهميتها وهي:

- أنها لم تتضمن الإشارة إلى أن التنسيب غالباً ما يكون بموجب النص التشريعي على اختلاف درجته كما أشارت لذلك محكمة العدل العليا في قرار لها نصه " يتضح من نص الفقرة (ب) من المادة (٤٠) من نظام الخدمة المدنية أن للإدارة صلاحية الاستغناء عن الموظفين تحت التجربة بنهاية مدتها، بشرط أن يكون قرار إنهاء العمل مسبوقاً بالتنسيب المقرر بالنظام...."[١].

- كما لم تتضمن أن التنسيب يستتبع بالضرورة التسلسل الإداري بحيث يكون غالباً في حركة تصاعدية بتقديمه من الجهة الإدارية الأدنى إلى الجهة الإدارية الأعلى، وعادة ما يتم ذلك في إدارات تتبع هيكلاً تنظيماً واحداً، ولكن هذا لا يمنع أن نجد في بعض الحالات تنسيباً بين جهات إدارية من ذات المستوى الوظيفي[٢].

بالنتيجة نرى أن التنسيب هو إجراء تمهيدي يصدر من الجهة الإدارية الأدنى إلى الجهة الإدارية الأعلى، متضمناً اقتراح القيام بعمل أو الامتناع عنه، ولكن دون أن يرقى لمصاف القرار الإداري؛ لهذا تجد أن النص القانوني يحدد – عادة – الجهة المختصة بإعطاء التنسيب والمسائل التي يجري فيها والجهة الإدارية التي يرفع إليها، وقد يتطلب صدوره بشكل معين أيضاً كأن يكون مسبباً مثلاً.

---

(١) عدل عليا، قرار رقم ٣٥/ ١٩٧٦، تاريخ ١/١/ ١٩٧٦.

(٢) عبد الرحمن الهلالات، الاستشارة كإجراء شكلي في القرار الإداري، مرجع سابق، ص١٢.

ثانياً – التكييف القانوني للتنسيب:

تبين لنا في المطلب الأول أن التنسيب يعد من قبيل الأعمال التحضيرية (الإعدادية) التي تسبق صدور القرار الإداري وتحضر لصدوره، وقد ذكرت أن الأعمال التحضيرية هي تلك الأعمال التي يتركز آثارها أو موضوعها في تهيئة صدور القرار اللاحق فقط دون أن يترتب عليها أي قوة تنفيذية رغم صدورها عن سلطة إدارية بإرادتها المنفردة(١).

وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا في العديد من قراراتها فقضت في إحداها "استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن التنسيب لا يقبل الطعن بدعوى الإلغاء لأنه ليس قراراً إدارياً نهائياً، وعليه فإن وزير المياه والري لا ينتصب خصماً للمستدعي في هذه الدعوى؛ لأن ما صدر عنه لا يعدو كونه تنسيباً غير قابل للطعن بدعوى الإلغاء...."(٢).

ومعنى هذا أن التنسيب لا يعد قراراً إدارياً مؤثراً في النظام القانوني أو المراكز القانونية للأفراد في حقوقهم والتزاماتهم(٣).

فالقرار الإداري بدوره وحتى يقبل كشرط أساسي في دعوى الإلغاء لا بد أن يتوافر فيه بعض العناصر يأتي في مقدمتها:

- أن يكون القرار نهائياً قابلاً للتنفيذ دون حاجة إلى اتخاذ إجراء لاحق له قوة تنفيذية، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر عن جهة إدارية تملك حق إصداره دون تعقيب عليها أو تصديق من جهة إدارية أعلى.
- أن يصدر على نحو يكون من شأنه إحداث أثر قانوني معين في المركز القانوني القائم سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء(٤).

---

(١) د. عصام إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، مرجع سابق، ص٤٠٤.
(٢) عدل عليا، قرار رقم ٢٠٠٥/١٢٠، تاريخ ٢٠٠٥/٥/١٧.
(٣) د. علي شطناوي، دراسات في القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص٢٥.
(٤) جورج فيدل، القانون الإداري، ج١، ط١، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية، بيروت، ٢٠٠١، ص٢٠٣.

إذن لا بد أن يؤثر القرار الإداري في المركز القانوني، ولا يتحقق ذلك إلا إذا ولّد آثاراً قانونية بذاته، كما أكدت محكمة العدل العليا في بعض قراراتها فأوضحت أن القرار الذي يجوز الطعن فيه بالإلغاء هو القرار الذي من شأنه أن يحدث بذاته أثراً قانونياً، كما ورد في أحد قراراتها بأن: "القرار الإداري القابل للطعن أمام محكمة العدل العليا هو القرار الإداري النهائي الذي يؤثر في مركز الطاعن القانوني إنشاءً أو تعديلاً أو إلغاءً...."(١).

وبناءً على هذا فإن كل ما تقوم به الإدارة من إجراءات أو أعمال بمفردها دون أن تولّد آثاراً قانونية مؤثرة في النظام القانوني هي مستبعدة حكماً من نطاق دعوى الإلغاء(٢).

وبتطبيق الشروط السابقة على التنسيب سنجد ما يلي:

١ – أن التنسيب عبارة عن إجراء إداري صادر عن جهة إدارية مختصة بموجب القانون، وعادة ما يكون على شكل رأي من جهة إدارية يرفع لجهة إدارية أخرى بقصد المعاونة والمساعدة في اتخاذ القرار الصحيح، وهذا يؤكد أن التنسيب ليس عملاً نهائياً بل يحتاج لمصادقة من جهة أخرى.

٢ – كما يتضح أيضاً أن هذا الرأي يبقى في حال صدوره مجرد رأي ليس له أي تأثير في المركز القانوني القائم لا بالإنشاء ولا بالتعديل ولا بالإلغاء إلّا إذا اقترن فيما بعد بصدور القرار الإداري من الجهة المختصة التي رفع إليها التنسيب.

ويترتب على اعتبار التنسيب مجرد إجراء يسبق القرار الإداري وليس قراراً بحد ذاته، أن يصبح الطعن به وبعدم مشروعيته وبشكل مستقل عن القرار الإداري النهائي أمراً غير جائز قانوناً، بل يتعين الانتظار لحين صدور القرار النهائي الذي أوجب القانون أن يكون التنسيب سابقاً له، ثم الطعن بهما سوياً أي

(١) عدل عليا، قرار رقم ٦٤/ ٢٠٠٤، مجلة نقابة المحامين، عدد ١/ ٢/ ٣، ص١٢٨.

(٢) حنا ندة، القضاء الإداري في الأردن، مرجع سابق، ص ٢٠٣./ جورج فيدل، القانون الإداري، ص.٢٠٧،٢٠٨

بالقرار الإداري وبالتنسيب الذي صدر القرار بناءً عليه[١]. وعلى هذا أكد اجتهاد محكمة العدل العليا فقضت في قرار لها "استقر الاجتهاد على أن التنسيب لا يعتبر قراراً إدارياً قابلاً للطعن بدعوى الإلغاء؛ لأنه لا يمس مركزاً قانونياً للطاعن"[٢].

والخلاصة أن التنسيب يسبق نهاية القرار الإداري من جهة، كما أنه يعجز عن إحداث أي أثر قانوني بذاته من جهة أخرى، فهو إذن مجرد إجراء تمهيدي إعدادي يسبق إصدار القرار الإداري، بحيث يأتي القرار كمحصلة أو نتيجة لاستيفاء تلك السلسلة من الإجراءات الإدارية.

الفرع الثالث
التمييز بين التنسيب والاستشارة

يعد العمل الاستشاري إجراء من الإجراءات الإدارية التي تسبق القرار الإداري وتمهد لإصداره من السلطة الإدارية المختصة في شكله النهائي، لذا فهي مرحلة من مراحل إعداد القرار يتم من خلالها استطلاع رأي الجهة الاستشارية التي يحددها القانون ويلزمها بإجراء الاستشارة، بحيث تقوم بإعداد رأيها ثم تقدمه للسلطة المستشيرة التي يترك لها الخيار فيما بعد بين الأخذ بهذا الرأي أو تركه طالما أن القانون لم يلزمها به[٣].

وقد عرفت الاستشارة تبعاً لذلك من قبل البعض أنها تعبير عن رأي فردي أو جماعي يصدر في مسألة معينة بناء على عرض من السلطة المختصة بمقتضى نص أو بدون نص، وذلك قبل صدور القرار الإداري بهدف استطلاع رأي الفرد أو تلك الجماعة في المسالة المعنية[٤].

---

(١) د. علي شطناوي، دراسات في القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص٢٩.

(٢) عدل عليا، قرار رقم ٥٣/٢٠٠٤، مجلة نقابة المحامين، عدد ١/٢/٣، ص٢٢٩.

(٣) د. حمدي عويس، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٤٢،٢٤٣.

(٤) د. خالد الزبيدي، الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

والتشابه الكبير بين التنسيب والاستشارة كان سبباً في بعض الأحيان إلى الخلط بينهما لدرجة وصلت لاعتبار التنسيب وجهاً آخر من أوجه العمل الاستشاري يلحق به في المعنى والأهداف، لذا وللتوضيح لابد من الإشارة لأوجه التشابه والاختلاف بين الإجرائين على النحو التالي:

أولاً – أوجه التشابه بين الإجرائين (التنسيب والاستشارة):

١ – يعد كل منهما مجرد إجراء تمهيدي سابق لإصدار القرار الإداري فقط دون أن يكون لأي منهما أي قوة تنفيذية أو أي تأثير في المراكز القانونية القائمة.

٢ – كلاهما يمثل طريق ووسيلة لتوسيع قاعدة التعاون والمشاركة في إعداد واتخاذ وصياغة القرار الإداري(١).

٣ – يسعى كلا الإجرائين للأهداف ذاتها والمتمثلة في تقديم آراء وخبرات أو توصيات ذات طابع فني أو عملي إلى مصدر القرار(٢).

ثانياً – أوجه الاختلاف بين التنسيب والاستشارة:

بالرغم من نقاط الالتقاء السابقة التي يجتمع عندها كلا الإجرائين إلا أن هذا لا ينفي وجود فروق جوهرية تفرض الاعتراف لكل منهما بطابع خاص يتميز به عن الآخر، وتتمثل هذه الاختلافات في:

١ – الاستشارة تطلب عادة من السلطة الإدارية المختصة باتخاذ القرار وذلك بموجب نص قانوني أو بمبادرة من الجهة الإدارية ذاتها(٣). أما التنسيب فيقدم من الجهة المحددة قانوناً حتى من دون طلب من الإدارة، فالمبادرة هنا

---

(١) د. حمدي عويس، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، ص٢٧٥، ٢٨٦، ٢٧٨.

(٢) د. عصام إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، مرجع سابق، ص٤٠٥، ٤٠٤/ د. خالد الزبيدي، الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا، ص ٣٤٦.

(٣) د. سليمان بطارسة، عيب الإجراءات الممهدة والمصاحبة لاتخاذ القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص٧٨٢.

برفع التنسيب تتم من قبل الجهة المنوط بها تقديم التنسيب قانوناً وليس من السلطة الإدارية المختصة باتخاذ القرار.

٢ – يجوز أن تقدم الاستشارة من جهة إدارية أو من جهات خاصة كالمكاتب الاستشارية أو مكاتب الخبرة أو مستشارين أفراد. أما التنسيب فيقدم فقط من قبل جهة إدارية سواء أكانت مجلساً أم لجنة أم موظفاً إدارياً.

٣ – تطلب الاستشارة من الجهة الإدارية الأعلى لاستطلاع الرأي أو أخذ المشورة من الجهة الإدارية الأدنى التي تتمثل في لجنة أو مجلس أو عضو إداري. أما التنسيب فيرفع في الغالب من الجهة الإدارية الأدنى إلى الجهة الإدارية الأعلى[١].

المطلب الثاني
أهداف التنسيب وأشكاله وشروطه

الفرع الأول
أهداف التنسيب

يعد التنسيب في الكثير من القرارات الإدارية ركناً إجرائياً وشكلياً لا بد من استيفائه قبل إصدار القرار، وله العديد من الأهداف التي تحقق ما تنطوي عليه القواعد الإجرائية والشكلية عموماً من ضمانات تتمثل فيما يلي:

– **أولاً: حماية المصلحة العامة للإدارة** من خلال ضمان صدور قرارات سليمة من الناحية القانونية، إذ تفرض هذه الإجراءات على الإدارة دراسة الموضوع بتأني من غير تسرع أو استعجال أو ارتجال[٢] بحيث تعطى الوقت الكافي للتروي ودراسة وجهات النظر المختلفة قبل إصدار القرار[٣].

(١) د. خالد الزبيدي، الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا، مرجع سابق، ص٣٤٧، ٣٤٦.
(٢) القاضي أكرم مساعدة، القرار الإداري، المكتبة الوطنية، عمان، ١٩٩٢، ص٩٤.
(٣) د. عبد الله طلبة، القانون الإداري (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة)، مرجع سابق، ص ٢٧٣.

- **ثانياً: تحقيق مصلحة الأفراد** والتي تتمثل في تمكين من صدر بحقه القرار من الاطلاع على كافة الخطوات التي مر بها القرار وبشكل يضمن له حقه بالدفاع الذي يعد من أول وأهم الوسائل المؤثرة في نتيجة القرار الإداري أو حتى في منع صدوره أصلاً[١].

وهذا يعني أن مراعاة الأوضاع الشكلية والإجرائية للقرار الإداري هي ضمانة كبرى للمصلحة العامة والمصلحة الفردية على حد سواء[٢] خصوصاً وأننا أمام قرارات إدارية تتمتع بمميزات خاصة يأتي في مقدمتها أنها قرارات تتمتع بقرينة السلامة العامة، أي أنها قرارات تصدر صحيحة إلى أن يثبت العكس، هذا بالإضافة لكونها قرارات قابلة للتنفيذ المباشر، مما دفع المشرع بالمقابل إلى إلزام رجل الإدارة وفي بعض الأحيان بمراعاة إجراءات معينة لا بد من اتباعها ومراعاتها كحاجز ومانع أمام الإدارة، يمنعها من التسرع أو المغالاة أو الاستبداد في إصدار القرارات الإدارية[٣].

وعليه يحقق الالتزام بالتنسيب كإجراء إداري سابق على صدور القرار الأهداف التالية:

- يعد التنسيب ضمانة مهمة لحسن سير المرافق العامة من خلال تحقيق المصلحة العامة ومنع الإدارة من التسرع أو الارتجال في اتخاذ القرار، فعن طريق هذا الإجراء تُعطى الإدارة فرصة أكبر لدراسة الموضوع

---

(١) د. خالد الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، ط١، المركز العربي للخدمات الطلابية، ١٩٩٣، ص ٦٠./ د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط١، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٣، ص ٢٦٩./ و د. أحمد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٢) د. أحمد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٣) د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، ج١، ط١، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص١١٣./ حنا ندة، القضاء الإداري في الأردن، ص٣٧٤، ٣٧٣.

وتحليل وجهات النظر المتعددة المتعلقة به، وبمدى تأثيره على الحقوق والحريات[١].

- يساعد التنسيب رجل الإدارة متخذ القرار على إصدار قرار سليم وملائم يرقى إلى درجة عالية من الصحة والمصداقية[٢] باعتباره رأياً محايداً يستند إلى خبرة علمية وفنية متخصصة لا سيّما وأن هناك العديد من القرارات التي تحتاج إلى التخصص في الموضوع، وهي مهارات وقدرات قد لا تتوافر في رجل الإدارة مصدر القرار[٣].
- يساعد في حل ما يمكن أن تواجهه الإدارة من مشكلات وصعوبات فنية، بحيث تتمكن – ومن خلال هذا الإجراء – من إصدار القرار المناسب والسليم.
- يعد وسيلة من وسائل المشاركة في العمل الإداري وأداة من أدوات الإدارة المنفتحة.
- يعد ضمانة مهمة وضرورية من ضمانات حقوق وحريات الأفراد في مواجهة تعسف الإدارة وتوسع صلاحياتها، وبالذات أمام ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة[٤].

وبهذا يحقق التنسيب مصلحة خاصة للأفراد تمنع إصدار أي قرار إداري فيه مساس بمراكزهم القانونية الخاصة أو العامة بصورة سلبية وغير منصفة، ما يعني حماية أكبر وضمانة أقوى لحقوقهم وحرياتهم.

---

(١) د. محمود البنا، الوسيط في القضاء الإداري، ط٢، مطابع الطوبجي التجارية، ١٩٩٩، ص ٣٧٣.

(٢) د. سليمان بطارسة، عيب الإجراءات الإدارية الممهدة والمصاحبة لاتخاذ القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص٧٨٣.

(٣) عبد الرحمن الهلالات، الاستشارة كإجراء شكلي في القرار الإداري، مرجع سابق، ص٢.

(٤) د. نواف كنعان، القضاء الإداري في الأردن، مرجع سابق، ص ٢٧٢.

الفرع الثاني
أشكال التنسيب وشروطه

بصورة عامة وبالعودة لركن الشكل والإجراءات في القرارات الإدارية تلاحظ وبوضوح أن نظرة القضاء للإجراءات لم تكن على درجة واحدة من الأهمية أو التأثير ودرجة الجسامة، وأقصد بذلك درجة التأثير في صحة القرار الإداري، فقد ميز في ذلك بين نوعين من الإجراءات كوسيلة للتخفيف ورفع العبء عن الإدارة، فلا يرهقها بكثرة القواعد الشكلية والإجرائية التي من شأنها أن تعيق نشاطها ومدى قدرتها على القيام بوظائفها، ولا يطلق يدها في اختيار الشكلية التي ورد عليها نص قانوني معين[١].

لذا ومن قبيل إعطاء هذه المرونة أراد المشرع تصنيف الإجراءات وتمييزها بين إجراءات جوهرية وأخرى ثانوية على النحو التالي:

- **أولاً: الإجراءات الجوهرية** وتشمل كل إجراء من شأنه أن يؤثر في صحة القرار الإداري ومضمونه[٢] بحيث يؤدي تخلفه إلى التأثير السلبي على المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على حد سواء[٣]، لذا يعد الإجراء جوهرياً في حالتين:

أ - جوهرياً بموجب القانون بأن ينص القانون صراحة أن هذا الإجراء جوهري ويترتب على مخالفته البطلان، كأن يلزم القانون الإدارة بإجراء تحقيق أو

---

(١) د. هاني الطهراوي، التنسيب كإجراء سابق لإصدار القرار الإداري...، مرجع سابق، ص٢١٢./ د. خالد الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٢) المستشار حمدي عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ج١، دار أبو المجد، القاهرة، ٢٠٠١، ص٤٩٧./ د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٣) د. عبد العزيز خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٠١.

تسبيب للقرار أو ضرورة وجود تنسيب من إحدى الجهات الإدارية، وبهذه الحالة لا بد من العمل بنص القانون(١).

ب – ويعد جوهرياً كذلك بحكم طبيعته في حال كان الإجراء على قدر من الأهمية بحيث يؤثر في مضمون وفحوى القرار. بمعنى أن تجنبه كإجراء يؤدي إلى التأثير على صحة القرار وتغيير مضمونه(٢).

– **ثانياً: الإجراءات الثانوية** وهي الإجراءات التي لا يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري(٣) أي أن تخلفها لا يؤثر على صحة ومشروعية القرار بل يبقى قائماً ومرتباً لآثاره رغم تخلفها(٤). وهي على نوعين:

أ – إما إجراءات تقرر لمصلحة الإدارة وحدها دون أن يتعلق بها أي ضمانة مقررة لمصلحة الأفراد.

ب – أو إجراءات لا يؤثر مخالفتها على مضمون القرار الإداري(٥).

أولاً – أشكال التنسيب:

بناء على ما سبق من تصنيف للإجراءات وباعتبار أن التنسيب هو إجراء إداري بالأساس فهذا يعني إمكانية أن يأتي بصورة ملزمة كإجراء جوهري أحياناً، أو بصورة غير ملزمة كإجراء ثانوي أحياناً أخرى على النحو الأتي:

---

(١) د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٢) د. أحمد الغويري، القضاء الإداري الأردني، ط١، المكتبة الوطنية، الأردن، ١٩٩٧، ص١٩٦./ د. محمد الذنيبات، موجز في القضاء الإداري الأردني، ط١، دار العلوم للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٥٠.

(٣) د. محمد الذنيبات، موجز في القضاء الإداري الأردني، ص ١٤٩.

(٤) د. خالد الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٦٢./ د.عبد العزيز خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص١٠١.

(٥) د. أحمد الغويري، القضاء الإداري الأردني، ط١، المكتبة الوطنية، الأردن، ١٩٩٧، ص١٩٨. / ود. عبد العزيز خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، ص١٠٤.

الصورة الأولى: أن نجد تنسيباً أو رأياً لفرد أو هيئة ولكن دون أن يكون رجل الإدارة مقيداً أو ملزماً بالعمل بموجبه، ودون أن يكون له كذلك وبذات الوقت الحق بالعمل بما يخالفه، بحيث يصدر القرار معيباً من حيث الشكل إن صدر دون الاستناد لهذا الرأي، أي التنسيب في هذه الحالة.

الصورة الثانية: أن يكون التنسيب غير ملزم لرجل الإدارة، عندها يعطى مصدر القرار الخيار بين العمل به أو العمل بما يخالفه، أي أن يخالف ما جاء بالتنسيب، ومع هذا فقد أوجب المشرع ضرورة التنسيب بهذه الحالة ليضمن إحاطة الإدارة بالموضوع قبل إصدار القرار(١).

ونجد أنه وفي كلا الصورتين يعتبر وجود التنسيب إجراءاً جوهرياً يترتب على إغفاله أو إهداره بطلان القرار الإداري، وذلك لما يترتب على هذا من إهدار للضمانات التي كفلها القانون للأفراد من خلال إيجاد سلطة بجانب الجهة مصدرة القرار، تستعين برأيها ومشورتها في الوصول إلى قرار يحقق الصالح العام ويضمن سلامة تطبيق القانون.

وهذا ما أقره اجتهاد محكمة العدل العليا، حيث قضت في قرار لها بأن: "الفقه والقضاء مستقران على أنه إذا اشترط في القرار المنوي إصداره الحصول على تنسيب مسبق من جهة أخرى غير مصدر القرار سواء أكانت هذه الجهة فرداً أم لجنة فلا يجوز إصدار القرار قبل الحصول على هذا التنسيب ولو لم يكن ملزما في موضوعه، وعليه فإذا لم تنسب اللجنة الفنية لمراقبة الأدوية لوزير الصحة بمنع تداول الدواء موضوع الدعوى و/ أو إعادة تصديره، فيكون قرار الوزير المطعون فيه المتضمن إعادة تصدير الدواء معيباً من حيث الشكل، ومستوجباً الإلغاء لخلوه من التنسيب"(٢).

---

(١) المحامي حنا ندة، القضاء الإداري في الأردن، مرجع سابق، ص٣٩٥، ٣٩١، ٣٨٨، ٣٤٩.

(٢) عدل عليا، قرار رقم ١٨٤/ ٢٠٠٠، تاريخ ٠٤/ ١٠/ ٢٠٠٠.

ثانياً – شروط التنسيب:

عندما يفرض القانون أخذ الرأي مقدماً (أي التنسيب) قبل إصدار القرار الإداري فهذا يعني أنه أصبح إجراءً جوهرياً بنص القانون، ويجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

- أن يصدر التنسيب أو الرأي من الجهة المحددة وصاحبة الاختصاص قانوناً بإصداره، ولا يجوز لأي جهة أخرى تقديم التنسيب عوضاً عنها، منعاً من مخالفة قواعد الاختصاص، وقد تكون هذه الجهة فرداً أو لجنة أو مجلساً وفقاً لما يحدده القانون(١).

وبهذا الخصوص فقد قضت محكمة العدل العليا في قرار لها بأنه: "يتم تعيين عضو الهيئة التدريسية في الجامعة وترقيته وتثبيته ونقله من فئة إلى فئة أعلى ضمن الرتبة الواحدة، وإجازته إجازة تفرغ علمي بدون راتب وإعارته وقبول استقالته وإنهاء خدمته بقرار من المجلس، بناء على تنسيب من اللجنة وتوصية كل من القسم ومجلس الكلية، وفقاً للمادة الخامسة من نظام الهيئة التدريسية في الجامعة الأردنية رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٧، أي أن قرار إنهاء خدمة المستدعي ينبغي أن يستند إلى التوصية بذلك من مجلس القسم ومجلس الكلية معاً إلى جانب تنسيب لجنة التعيين والترقية..."(٢).

- يجب أن يتم التنسيب وفقاً لأحكام القانون، فإذا أوجب القانون مثلاً أن يكون التنسيب مسبباً، عندها يجب أن تراعى فيه جميع القواعد المتعلقة بالتسبيب(٣).

والتسبيب عموماً هو شرط شكلي يقصد به بيان أسباب القرار، أي الأسباب التي أدت إلى اتخاذه، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا نص القانون على إلزامها بذلك، عندها عليها احترام النص

(١) حنا ندة، القضاء الإداري في الأردن، مرجع سابق، ص٣٩٥.
(٢) عدل عليا، قرار رقم ٣٠٢/ ١٩٩٨، تاريخ ١٩٩٨/١١/٢٨.
(٣) حنا ندة، القضاء الإداري في الأردن، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

القانوني وإلا كان قرارها معيباً بعيب الشكل[١].

بمعنى أن القانون في حال أوجب تسبيب التنسيب، عندها لابد من ذكر الوقائع والأسباب التي استند إليها مصدر التنسيب؛ ليتمكن مصدر القرار أو من يرفع إليه التنسيب فيما بعد من الرجوع إليها ودراستها والتأكد من أن إصدار التنسيب قد تم بناء عليها، ويجب أن تذكر هذا الأسباب بصورة واضحة وجلية دون أن نكتفي بمجرد القول بأنها تستهدف المصلحة العامة، كونها تعد غاية عامة يجب توافرها في جميع القرارات سواء نص القانون على وجوب تحقيقها أم لا، فوجود التسبيب بهذه الحالة أمر وجوبي لتتمكن المحكمة من بسط رقابتها على صحة الوقائع، وما إذا كُيفت تكيفاً قانونياً سليماً[٢].

وقد أوردت محكمة العدل ما يفيد بوجوب الالتزام بكل ما يفرضه القانون أو النظام من شروط في التنسيب، فقضت "يشترط لصحة القرار الصادر باعتبار الموظف فاقداً لوظيفته أن يكون بناء على تنسيب من وكيل الوزارة، ولا يكفي لغايات التنسيب أن يوقع وكيل الوزارة على قرار الوزير باعتبار المستدعي فاقداً لوظيفته؛ لأن المادة (١٤٤) من نظام الخدمة المدنية قد أوجبت أن يكون القرار مسبوقاً بتنسيب يفصح فيه الوكيل عن رأيه صراحة"[٣].

- يجب أن يصدر التنسيب خلال مدة معقولة حتى يتمكن رجل الإدارة من الاطلاع على جميع الظروف والوقائع التي تمكنه من إصدار القرار، وقد يشوب القرار البطلان إذا ما انقضى وقت غير معقول بين التنسيب والقرار[٤].

---

(١) د. محمود البنا، الوسيط في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٣٨٠.

(٢) د. أشرف محمد، تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٦٤، ١٦٥./ المحامي حنا ندة، القضاء الإداري في الأردن، ص ٣٨٦، ٣٨.

(٣) عدل عليا، قرار رقم ٣٨/ ١٩٧٩، تاريخ ١٩٧٩/١/١.

(٤) د. عبد العزيز خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص ٩٣.

- في حال أوجب القانون أن يصدر التنسيب من لجنة أو هيئة أو مجلس فهذا يعني وجوب التأكد من سلامة تشكيل هذه اللجان أو المجالس أو الهيئات، وإذا ما تكونت من العدد الذي حدده القانون (أو النظام) وبالطريقة التي أوجبها لانعقاد جلساتها من حيث النصاب القانوني المطلوب(١).
- أن يستهدف التنسيب أو الرأي المقدم تحقيق المصلحة العامة باعتبارها الهدف الأساسي لجميع الإجراءات التمهيدية التي ألزم المشرع الأخذ بها قبل إصدار القرار الإداري، وذلك رغبة منه في ضمان سلامة التصرفات القانونية للإدارة في كل ما يمكن أن يصدر عنها من قرارات، وبصورة تكفل حماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على حد سواء(٢).

الضوابط اللازمة لسلامة الإجراءات (بشكل عام) هي:

أ – الالتزام بوقت الإجراء، بأن يطبق الإجراء السابق لصدور القرار الإداري في الوقت المناسب دون أن تطول المدة بين اتخاذ الإجراء وإصدر القرار، إلا إذا اقتضت الظروف المرافقة للإجراء ذلك(٣).

ب – الالتزام بمضمون الإجراء، وهذا يفرض على الجهة المختصة بإصدار القرار وعند اتباعها للإجراءات القانونية أن تلتزم بجميع عناصر وخطوات هذه الإجراءات ووفقاً لما حدده القانون(٤).

ت – التزام الإدارة بمبدأ الحيادية الذي يقتضي أن يتمتع أعضاء الهيئات

---

(١) د. هاني الطهراوي، التنسيب كإجراء سابق لإصدار القرار الإداري، مرجع سابق، ص٢٤٢.

(٢) المستشار حمدي عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص٥١٩، ٤٨٣./ د. هاني الطهراوي، التنسيب كإجراء سابق لإصدار القرار الإداري، مرجع سابق، ص٢٤٢، ٢٤٦.

(٣) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٢٧٩./ د. مصطفى فهمي، قضاء الإلغاء، دار المهدي للمطبوعات، الإسكندرية، بدون عام، ص٢١٣.

(٤) د. نواف كنعان، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٧٠، ٢٧١.

الاستشارية سواء أكانوا أشخاصاً أم لجاناً، والتي يتطلب القانون أخذ رأيها قبل إصدار القرار بالحياد والنزاهة والاستقلالية، ودون مشاركة من جهات أخرى خارجية[١].

ث – التزام الإدارة بقاعدة توازي الأشكال والإجراءات – أي القرار الصادر بإلغاء قرار سابق يجب أن يصدر بذات الشكل والإجراءات التي صدر بموجبها القرار السابق – وهذا في حال لم يحدد القانون للقرار الجديد شكلاً وإجراءات جديدة[٢].

من هنا يمكن القول أن شروط التنسيب الوارد ذكرها هنا هي مشتقة من الضوابط التي يجب أن تلتزم بها الإدارة للاهتمام بصحة الإجراءات الإدارية.

(١) د. حمدي عويس، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، مرجع سابق، ص٢٥٤.

(٢) د. نواف كنعان، القانون الإداري، ص٢٧١ ، ٢٧٠، ٢٦٩.

المبحث الثاني
النظام القانوني للتنسيب في التشريع الأردني وتطبيقاته لدى محكمة العدل العليا في الأردن

استخلصنا من الفروع السابقة أن التنسيب مجرد إجراء إداري ينتمي لسلسلة طويلة من قواعد إجرائية أوجب القانون على رجل الإدارة مراعاتها والالتزام بها قبل إصدار القرار الإداري، بل ورتب – أحياناً – على إهمالها أو تجاهلها بطلان القرار الإداري الصادر بناءً عليها معتبراً إياها في هذه الحالة ركناً أساسياً من أركان القرار الإداري.

بالتالي يعد التنسيب إجراءً شكلياً بالغ الأهمية لصحة القرار الإداري، ويخضع تبعاً لذلك للعديد من الأحكام والقواعد التي تحكم شروطه وأهدافه وطريقة إصداره.

وللوقوف على هذه الأحكام سنخصص ما سيأتي من مطالب للتعريف بالجانب التطبيقي للتنسيب ضمن اجتهادات محكمة العدل العليا ورقابتها القضائية عليه.

المطلب الأول
النظام القانوني للتنسيب في نظام الخدمة المدنية الأردني وتطبيقاته القضائية لدى محمكة العدل العليا في الأردن

ورد التنسيب في نظام الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته في أكثر من موقع، ونشير إلى البعض منها وتطبيقات محكمة العدل العليا المتعلق بها.

أولاً – تعيين الموظف العام:

يقصد بتعيين الموظف العام اتخاذ الإجراء القانوني اللازم لجعل شخص ما موظفاً عاماً في إحدى وظائف الدولة بعد توافر الشروط اللازمة لذلك قانونا والتي تكفل القدرة على أداء العمل وحسن إتقانه(١).

ويحكم التعيين في الوظيفة العامة مبادئ أساسية يوجب القانون مراعاتها والالتزام بها تحت طائلة البطلان، كما فرض لإصدار مثل هذه القرارات المرور بمراحل تحضيرية متعددة ومتنوعة لا يجوز تجاوزها أو إهمالها باعتبارها ضمانة مهمة لمشروعية قرارات التعيين، لذا يتعين لمباشرة الوظيفة العامة بصورة قانونية أن يكون التعيين لشاغلها قانونياً ومشروعاً(٢) كما أشارت لذلك نصوص المواد (٤١، ٤٢، ٤٣) من نظام الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته.

ويظهر من تطبيقات محكمة العدل العليا بهذا الشأن أن للتنسيب دوره وأهميته في تقرير صحة التعيين، فقضت في قرار لها بأن: "القرار الإداري المتعلق بتعيين الموظفين والذي يقبل الطعن بالإلغاء هو القرار الإداري الذي تصدره سلطة الإدارة صاحبة الصلاحية بالتعيين، وهو في هذه الدعوى وزير الصحة وليس ديوان الخدمة المدنية أو رئيس ديوان الخدمة المدنية، أما التنسيب بالتعيين الصادر عن اللجنة المركزية لشؤون الموظفين في ديوان الخدمة المدنية فلا نفاذ له إلا بقرار من الوزير، فتكون مخاصمة ديوان الخدمة أو رئيسه ولجنة شؤون الموظفين في غير محلها"(٣).

---

(١) د. محمد حسن، القانون الإداري، ط١، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩، ص١٨٨.

(٢) د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٦، ص٢٧٩.

(٣) عدل عليا، قرار رقم ١٩٩٥/١٧٤، تاريخ ١٩٩٥/٩/٢٤، منشورات مركز عدالة./ انظر أيضاً: قرار رقم ١٩٩٥/٤٢، تاريخ ١٩٩٥/٧/١٩، منشورات عدالة.

ثانياً – نقل الموظف العام:

حدد المشرع صراحة في نظام الخدمة المدنية السلطة المختصة بنقل الموظفين معتمداً معيار الفئة التي ينتمي إليها الموظف أحياناً (فحدد وعلى سبيل الحصر أن نقل موظفي الفئة العليا لا يتم إلا بموجب قرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير وفقاً لنص المادة (٩٢/أ) من نظام الخدمة)، وأحياناً أخرى يعتمد مكان النقل الذي نقل إليه الموظف (بمعنى هل نقل إلى وظيفة أخرى ضمن نطاق الدائرة نفسها أم إلى دائرة أخرى؟)[١] كما أوضحت المواد (٩٢/أ، ب) (٩٣/أ، ب). فمثلاً نقل أي موظف من موظفي الفئة الأولى أو الثانية إلى وظيفة أخرى داخل الدائرة نفسها لا يتم إلا بقرار من الوزير بناء على تنسيب الأمين العام، ونقل أي موظف من موظفي الفئات (الأولى، الثانية، الثالثة، الرابعة) إلى وظيفة أخرى خارج نطاق دائرته فيكون بموجب قرار من الوزير بناء على تنسيب الأمين العام في كل من الدائرتين.

ومن تطبيقات محكمة العدل العليا حول هذا النوع من التنسيبات نذكر ما ورد في قرار لها نصه "يستفاد من المادة (٩٢/ب) من هذا النظام رقم (٣) لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته أن هذا النص واجب المراعاة ما دام نص المشرع على كيفية معينة لنقل الموظف، فلا بد من الأخذ بها وعدم إغفالها، وحيث لا يوجد بين أوراق الدعوى ما يشير إلى وجود تنسيب من الأمين العام (المدير العام) بنقل المستدعية بموجب القرار المشكو منه فإن ذلك يشكل عيباً يشوب القرار المشكو منه؛ أما ما يمكن الاحتجاج به بألا يستقيم القول بأن ينسب المدير العام (والذي يقوم مقام الأمين العام حسب التعريف الوارد في المادة الثانية من النظام المذكور) لنفسه بصفته مفوضاً عن وزير المالية فهو قول لا يمكن الأخذ به؛ لأن حكمة النص تكمن في مراعاة المشرع لمقتضيات المصلحة العامة ولمصلحة الموظف معاً، وأن المدير العام عندما يصدر تنسيباً بصفته هذه يكون

(١) د. علي شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣، ص ٤٨٣.

تنسيبه موجهاً للوزير، ثم يقوم بصفته مفوضاً عن الوزير بإصدار قرار النقل..."[١].

ثالثاً – الانتداب:

ينتدب شاغلوا الوظائف العليا من دائرة إلى أخرى بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب من رئيس الوزراء إن كانت الوظيفة من المجموعة الأولى أو بتنسيب من الوزير إن كانت من المجموعة الثانية.

أما انتداب الفئات الأولى والثانية والثالثة والرابعة إلى وظيفة أخرى فيتم بقرار من وزيري الدائرتين بناء على تنسيب الأمين العام لكل دائرة، وفي حال كان الموظف من الفئتين الأولى أو الثانية وانتدب إلى وظيفة أخرى داخل الدائرة نفسها فيكون قرار الانتداب من الوزير بناء على تنسيب الأمين العام[٢].

ولمحكمة العدل العليا العديد من القرارات التي تؤكد فيها على أهمية التنسيب في الانتداب خصوصاً وأنه مفروض على الإدارة بموجب نص قانوني كما جاء في أحد هذه القرارات، حيث نص على أن: "انتداب أحد موظفي الصنف الأول بالوزارة ليقوم بمهام وظيفة وكيل الوزارة دون تنسيب من وكيل الوزارة يجعل هذا الانتداب مخالفاً للمادة (٧٥) من نظام الخدمة المدنية"[٣].

كما قضت في قرار آخر بأنه: "يستفاد من المادة (٦٩/ب) من نظام الخدمة المدنية رقم (١) لسنة (١٩٩٨) أنها أجازت انتداب الموظف من الفئات الثانية والثالثة والرابعة ليعمل في دائرة أخرى بقرار من وزيري الدائرتين بناء على تنسيب الأمين العام في كل منهما، ما دام الغاية من الانتداب هي مراعاة المصلحة العامة وضمان حسن سير العمل في دوائر الدولة، وما دام الانتداب لم

(١) عدل عليا، قرار رقم ١٤١/ ٢٠١٠، تاريخ ١٩/ ٥/ ٢٠١٠، منشورات مركز عدالة./ انظر أيضاً: القرار رقم ٤١٩/٢٠٠٩، تاريخ ٣١/٥/٢٠١٠ منشورات مركز عدالة.

(٢) د. علي شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص٤٨٥.

(٣) عدل عليا، قرار رقم ٤٤/١٩٨٠، تاريخ ١/١/ ١٩٨١، منشورات مركز عدالة.

يمس الموظف في درجته الوظيفية كما تقضي بذلك أحكام المادة (٦٣) من النظام..."[١].

رابعاً – الإعارة:

ويقصد بها وضع وظيفي يسمح لجهة أخرى بالاستفادة من خبرات الموظف العام مع بقاء علاقته بوظيفته الأصلية قائمة أثناء مدة الإعارة، بحيث يؤدي الموظف المعار مهمات وظيفة أخرى غير وظيفته الأصلية لدى الجهة التي أعير إليها، لذا تقتضي الإعارة موافقة ثلاث جهات الجهة طالبة الإعارة والموظف المعار والجهة الإدارية التي ينتمي إليها[٢].

وقد تضمنت المادة (٩٥) من نظام الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته أنه لرئيس الوزراء أن يقرر إعارة الموظف بموافقته الخطية إلى أي حكومة أخرى أو منظمة دولية أو إقليمية أو مؤسسة عامة داخل المملكة أو خارجها بناء على طلبها وكان من شاغلي الوظائف العليا، وبقرار من الوزير بناء على تنسيب الأمين العام لشاغلي فئات الوظائف الأخرى[٣].

ولمحكمة العدل بعض القرارات التي أكدت فيها على وجوب التنسيب بهذه الحالة، فقضت بقرار لها بأنه: "لمجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير أن يقرر إعارة الموظف بموافقته الخطية إلى حكومة أخرى أو منظمة دولية أو إقليمية أو مؤسسة عامة داخل المملكة أو خارجها بناء على طلبها، كما يجوز إعارته بالطريقة نفسها إلى سلطة محلية أو مؤسسة ذات نفع عام داخل المملكة أو إلى شركة تساهم فيها الحكومة، عملاً بالمادة ٧٥ من نظام الخدمة المدنية رقم ١ لسنة ١٩٨٨... أن المرجع المختص بإصدار قرار إعارة موظف التعليم العالي

(١) عدل عليا، قرار رقم ٤٢٩/ ١٩٩٩، تاريخ ١٠/٤/٢٠٠٠، منشورات مركز عدالة./ انظر أيضاً: قرار رقم ٤٤٠/٢٠٠٠، تاريخ ٢١/٢/٢٠٠١، منشورات مركز عدالة.

(٢) د. علي شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٩٣.

(٣) المادة (٩٥)، نظام الخدمة المدنية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧.

هو مجلس الوزراء بناء على تنسيب وزير التعليم العالي وبناء على موافقة الموظف المعار خطياً وطلب الجهة المعار إليها، سنداً للمادة ٧٥ من نظام الخدمة المدنية رقم ١ لسنة ...١٩٨٨."[١].

خامساً – تسريح الموظف العام:

إذا اقتضت مصلحة العمل إعادة هيكلة الدائرة أو دمجها مع غيرها أو إلغائها أو إلغاء وحدة إدارية فيها أو أي قسم من أقسامها أو إنقاص عدد الموظفين فيها، وتعذر بموجب نص المادة (١٧٤/ ٣) نقل الموظف إلى أي جهة أخرى، عندها يتم تسريحه بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب اللجنة المشكلة وفقاً لأحكام هذه المادة[٢].

وقد أشارت إلى ذلك محكمة العدل العليا عندما أوردت في أحد قراراتها أنه: "من الرجوع إلى أحكام المادة (٧٨) من نظام موظفي مؤسسة عالية المتعلقة بحالات التسريح والتي بموجبها جرى تسريح المستدعي نجد أنها تنص على أنه يجوز تسريح الموظف في إحدى الحالات التالية: أ/١. إذا أصبح الموظف لأي سبب كان – يقنع به المجلس بناء على تنسيب اللجنة – غير مفيد للمؤسسة أو عديم الإنتاج في عمله، أو إذا أصبحت خدماته غير لازمة للمؤسسة. وقد عرفت المادة الثانية من النظام المجلس بأنه مجلس إدارة المؤسسة، واللجنة بأنها لجنة شؤون الموظفين التي تؤلف وفق أحكام النظام، وقد نصت المادة (١٠) منه على تشكيلها واختصاصها، حيث ورد في الفقرة (ب) منها بأن تختص اللجنة بتقديم التنسيب في الأمور التالية، ومنها إنهاء خدمات الموظفين. ويتضح من الأحكام المار ذكرها أن صلاحية لجنة شؤون الموظفين تقتصر على التنسيب لمجلس الإدارة في موضوع تسريح الموظفين، وحيث أن التنسيب لا يعتبر قراراً إدارياً نهائياً قابلاً للطعن حسبماً استقر على

(١) عدل عليا، قرار رقم ٨٢/ ١٩٩٤، تاريخ ١٨/٥/١٩٩٤، منشورات مركز عدالة.
(٢) المادة ١٧٤/ الفقرة (٣،١)، نظام الخدمة الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧.

ذلك اجتهاد المحكمة، ولكون طعن المستدعي قد انصب على قرار لجنة شؤون الموظفين ولم يطعن بقرار مجلس الإدارة وهو القرار الإداري النهائي القابل للطعن، فتكون دعواه – والحالة هذه – غير مقبولة ومستوجبة الرد شكلاً"[١].

سادساً – الإحالة على الاستيداع:

أحاط المشرع الأردني الإحالة على الاستيداع – كضمانة لسلامة القرار وحسن استخدام الإدارة لصلاحياتها في هذا الموضوع – ببعض الضوابط والشكليات، أبرزها ما أوجبه من ضرورة في الالتزام بأن يسبق قرار الإحالة على الاستيداع والصادر من مجلس الوزراء تنسيب من الوزير المختص[٢] كما أشارت المادة (١٧٥/أ) من نظام الخدمة المدنية.

وقد ورد في تطبيقات محكمة العدل العليا ما يؤكد هذه الضمانة، فجاء في قرار لها نصه "... يعتبر الاستيداع طريقاً استثنائياً لإنهاء خدمة الموظف ورد النص عليه في المادة (١٦٠) من نظام الخدمة المدنية، وأن المشرع إذا أورد هذا النص لم يقصد منح مجلس الوزراء سلطة مطلقة بإحالة أي موظف على الاستيداع إذا أكمل مدة خمسة عشر عاما قابلة للتقاعد بمجرد أن ينسب الوزير المختص بذلك، وأن ما هدف إليه المشرع من حق الإحالة على الاستيداع أن تتوفر بعض الحالات التي تستدعي العجز عن القيام بأعباء الوظيفة لأسباب صحية أو عدم استمرار الموظف بالتمتع بالكفاءة المطلوبة لاستمرارية النهوض بمهام عمله أو بناء على طلبه..."[٣].

---

(١) عدل عليا، قرار رقم ٥٦٢/ ١٩٩٨، تاريخ ١٩٩٩/٥/٢٢، منشورات مركز عدالة.

(٢) فهد أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص٤٨٢.

(٣) عدل عليا، قرار رقم ٢٧٢/ ٢٠٠٢، تاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٦، منشورات مركز عدالة/ انظر أيضاً: قرار رقم ٤٠٧/٢٠٠٧، تاريخ ٢٠٠٧/١١/١٩، منشورات عدالة..

سابعاً – الإحالة على التقاعد:

لا يمكن في هذا المجال حصر الأسباب التي يمكن أن تدعو السلطة المختصة للإحالة على التقاعد خصوصاً وأن الفقه والقضاء الإداريين قد أجمعا على جواز الإحالة هنا في كل مرة يتعارض فيها الوجود في الوظيفة مع مقتضيات الصالح العام.

وعلى هذا استقر الاجتهاد في القضاء الإداري الأردني، بحيث أكد أن السبب الذي تغياه المشرع من منح مجلس الوزراء سلطة الإحالة على التقاعد يرجع لكون بقاء الموظف على رأس عمله يتعارض مع مقتضيات الوظيفة التي يشغلها(١).

وفي القرار التالي لمحكمة العدل العليا ما يوضح ذلك ونصه "يعتبر قرار مجلس الوزراء بإحالة الموظف على التقاعد قد بني على وقائع صحيحة إذا استند إلى تنسيب وزير التربية المتضمن بأن الموظف هو من بين موظفي الوزارة الذين تقدمت بهم السن وطالت وأصبحت الوظيفة عبئاً ثقيلاً عليهم وبأنه مصاب بمرض عصبي، وإذا ظهر بإقرار سابق للموظف بأن حالته الصحية لا تحتمل الإجهاد، ومؤيداً بتقرير طبي أن مهنة التعليم جعلت المستدعي عرضه لحالات نفسية شديدة، كما ظهر بأن مدة الخدمة الطويلة المذكورة في التنسيب لا تفيد الخدمة في المملكة الأردنية فقط بل خدمته في الأردن وفلسطين التي تتجاوز ثلاثين عاماً، وإذا ظهر أيضاً بأن مجلس الوزراء لم يصدر قراره بالاستناد إلى إكمال الموظف الستين من عمره بل بالاستناد إلى النص الذي يجيز إحالة الموظف على التقاعد إذا أكمل خمس عشرة سنة خدمة مقبولة للتقاعد، ولا يكون ذكر التقدم في السن في التنسيب بقصد التدليل على أنه أكمل الستين من عمره" (٢).

---

(١) فهد أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ص٤٨٩.

(٢) عدل عليا، قرار رقم ١٢٢٠/ ١٩٦٥، تاريخ ١/١/١٩٦٦، منشورات مركز عدالة.

ثامناً – عزل الموظف العام:

تضمنت المادة (١٧١/أ) من نظام الخدمة المدنية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته وعلى سبيل الحصر الحالات التي يعزل فيها الموظف، وقد تم الإشارة إليها في اجتهاد محكمة العدل العليا وإلى التنسيب أيضاً كإجراء شكلي سابق له ضرورة وأهمية في إصدار القرار بهذه الحالة، فقد جاء في قرار لمحكمة العدل أنه: "يستفاد من نص المادتين (٦٥، ٦٤/ج) من نظام الموظفين في الملكية الأردنية رقم ١٩٧٩/١٧ أن عزل الموظف في الملكية هو من **صلاحيات المدير العام بناء على تنسيب لجنة شؤون الموظفين** التي تشكل بموجب القانون..."[١].

كما قضت أيضاً "بما أن المستدعي ضده الثاني لم يصدر القرار الأول ولم يشترك في إصداره وإنما **اقتصر دوره على التنسيب بعزل المستدعي وكان التنسيب لا يقبل الطعن بالإلغاء** فإن الدعوى مستوجبة للرد لعدم الخصومة"[٢].

تاسعاً – تأديب الموظف العام:

تختلف السلطة التأديبية باختلاف النظام المعمول به في الدولة، فقد يكون النظام رئاسياً يعهد فيه بسلطة التأديب إلى الرئيس الإداري تحديداً، بحيث يكون للرئيس الأعلى في كل جهاز إداري الحق في التجريم والعقاب، وقد يكون النظام شبه قضائي يفرض على السلطة الرئاسية الحق باتخاذ الجزاء بعد استشارة هيئة معينة تنظر في الإجراءات وتقترح الجزاء المناسب، ويأخذ هذا النوع من الأنظمة صوراً متعددة، يهمنا منها ما أخذ به المشرع الأردني من إعطاء السلطة الإدارية الحق بتطبيق بعض العقوبات البسيطة فقط أما العقوبات الجسيمة فيترك أمر تطبيقها إلى مجلس تأديب مكون من عناصر إدارية وقضائية، بحيث تكون سلطة توقيع العقوبات التأديبية موزعة بين الروساء الإداريين والمجالس التأديبية[٣] وعلى هذا جاء اجتهاد محكمة العدل

---

(١) عدل عليا، قرار رقم ١٩٩٨/٥١١، تاريخ ١٩٩٩/٦/٢٢، منشورات مركز عدالة.

(٢) عدل عليا، قرار رقم ٢٠٠٠/٥٣، تاريخ ٢٠٠١/٥/٢١، منشورات مركز عدالة.

(٣) د. خالد سمارة، القانون الإداري، مكتبة الثقافة، عمان، ١٩٩٨.

العليا في الكثير من القرارات، نذكر منها نص القرار الآتي "تطبق أحكام البند الثاني من الفقرة (ب) من المادة ١٤٣ من نظام الخدمة المدنية رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ على المعلم الذي قام بضرب أحد زملائه المعلمين أمام طلاب المدرسة خلال فعاليات الطابور الصباحي؛ لأن العقوبة التأديبية المحكوم عليه بها هي الحسم ثلاثة أيام من راتبه، والتي تشترط تنسيب مدير المدرسة على ذلك القرار قبل إصداره من مدير التربية والتعليم، ونظراً لعدم وجود تنسيب فيكون القرار مخالفاً لنظام الخدمة المدنية؛ لأن الاجتهاد استقر على أنه إذا اشترط القانون أو النظام أن يصدر القرار وفقاً للإجراءات التي حددها المشرع، وفي الشكل المرسوم له فإن عدم مراعاة هذه الإجراءات يجعل القرار معيباً" (١).

كما ورد في قرار آخر "...إن دفع وكيل المستدعي بأنه لا يجوز للجنة التأديبية أن تنسب بإيقاع عقوبة العزل على المستدعي بعد أن كانت قد نسبت بإيقاع عقوبة تنزيل الدرجة بحقه على ذات المخالفة دون أن تلغي تنسيبها الأول: وأن المدير العام لا يجوز له الموافقة على التنسيب الثاني الصادر عن الجنة التأديبية دون سحب موافقته على التنسيب الأول هو دفع مستوجب الرد ذلك أن التنسب لا يرقى لدرجة القرار الإداري" (٢).

المطلب الثاني

موقف محكمة العدل العليا الأردنية من التنسيب كإجراء شكلي

باستقراء ما جاء في اجتهادات محكمة العدل العليا من أحكام تتعلق بالتنسيب كإجراء إداري يتبين لنا أنها قد أقرت وأكدت على بطلان التنسيب في حال شابه أي عيب من العيوب التي قد تصيب القرارات الإدارية عموماً، وهو

(١) عدل عليا، قرار رقم ٢٠٠٥/٣، مجلة نقابة المحامين الأردنية، عدد ١١/١٠، لسنة ٢٠٠٥، ص٢٠٧٧.

(٢) عدل عليا، قرار رقم ٢٠٠٤/٣٦٨، مجلة نقابة المحامين الأردنية، عدد ٣/٢/١، لسنة ٢٠٠٥، ص١٩٤./ انظر أيضاً: قرار رقم ٢٠٠٤/٣١٧، مجلة نقابة المحامين، عدد ٣/٢/١، ص٣٢٠.

بطلان ينسحب تلقائياً من التنسيب إلى القرار الإداري الذي صدر بالاستناد إليه(١).

ويفهم مما سبق أن التنسيب على الرغم من أنه مجرد إجراء إداري سابق على إصدار القرار إلا أن إمكانية إصابته بأي عيب من تلك العيوب التي قد تصيب القرارات الإدارية هو أمر وارد ومحتمل، ويترتب عليه بطلان التنسيب الذي ينسحب حكماً ليطال القرار الإداري المستند إليه، باعتبار أن القرار في هذه الحالة قد بني واستند لإجراء غير قانوني أصلاً(٢).

لكن هذا لا يعني أن القضاء الإداري لا يراقب مشروعية التنسيب بشكل منفرد ومستقل بعيداً عن القرار الإداري الذي صدر استناد إليه انطلاقاً من كونه مجرد إجراء تحضيري يسبق إصدار القرار وليس له أي أثر قانوني أو أي قوة تنفيذية، بل يبسط رقابته على التنسيب من خلال رقابة مشروعية القرار الإداري النهائي (بوصفه العمل القانوني الذي يرتب الآثار القانونية ويتمتع بالقوة التنفيذية)(٣).

لذا سنقوم وفي الفرعين القادمين بتناول هذه الرقابة وفقاً لأركان القرار الإداري الشكلية وأركان القرار الموضوعية.

الفرع الأول
الرقابة القضائية على أركان القرار الشكلية

وتتم الرقابة لأركان القرار الشكلية من خلال مراقبة ركن الشكل والإجراءات وركن الاختصاص كما سيأتي.

---

(١) د. علي شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص٥٩٦./ د. فهد أبو العثم، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.٤٩٢،٤٩٣

(٢) فهد أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٤٩٢.

(٣) عبد الرحمن الهلالات، الاستشارة كإجراء شكلي في القرار الإداري، مرجع سابق، ص١٠٨.

أولاً – الرقابة على ركن الشكل والإجراءات:

من خلال هذا الركن يراقب القضاء الإداري مدى احترام الإدارة لقواعد الشكل والإجراءات على اختلاف أنواعها بما فيها التنسيب، لما يترتب على عدم التقيد بها من مخالفات وعيوب شكلية قد تؤدي لإبطال القرار الإداري، تتمثل في إهمال أو عدم صحة القواعد الإجرائية والشكلية الواجب اتباعها(١).

ويقصد بالإجراءات مجموع الخطوات أو العمليات التي يجب على الإدارة مراعاتها منذ بدء التفكير في إصدار القرار إلى حين وضعه في الصورة النهائية التي يصدر بها(٢)، بمعنى آخر هي الإجراءات السابقة على عملية اتخاذ القرار الإداري والتي تدخل في تكوينه وتشكيل محتواه وتؤثر في مشروعيته إذا ما تطلب القانون عدم تخلفها أو إهمالها(٣).

هذا مع الأخذ بعين الاعتبار أن القضاء الأردني قد ميّز بين إجراءات جوهرية يترتب على إغفالها بطلان القرارات الإدارية وإجراءات ثانوية أو غير جوهرية لا تؤثر في صحة القرار ولا يترتب على مخالفتها أو إهمالها البطلان، ومعيار التمييز بينهما – رغم كثرة الاختلافات بهذا الموضوع – يبنى على ضابطين هما مدى التأثير الذي يشكله الإجراء على مضمون القرار الإداري ودرجة الضمان التي يحققها ذلك الإجراء لأصحاب الشأن(٤).

وعليه فقد يأتي التنسيب أحياناً بصورة ملزمة بنص القانون وأحياناً أخرى بصورة غير ملزمة، ووفقاً لما جاء باجتهاد محكمة العدل العليا فقد اعتبرت أن

---

(١) د. أحمد الغويري، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص١٩١./ د. خالد الزبيدي، الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(٢) د. عبد العزيز خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٣) عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري، ط٣، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠، ص٢٢٢.

(٤) د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٣١٢، ٣١٥.

التنسيب الملزم (بنص القانون) يعد من قبيل الإجراءات الجوهرية التي يترتب على إغفالها هدر للضمانات التي كفلها القانون لصالح الأفراد، ما يؤثر سلباً على سلامة القرار الإداري(١).

ومن تطبيقات محكمة العدل في ذلك ما ورد في أحد قراراتها "يستفاد من المادة (٩٢/ب) من نظام الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته أن المشرع رسم شكلاً معيناً لنقل الموظف من الفئة الأولى يجب مراعاته وعدم إغفاله عند إصدار قرار نقله، وهو أن يكون بقرار من الوزير بناء على تنسيب الأمين العام، وحيث إن مدير عام دائرة الأراضي والمساحة هو بمنزلة أمين عام حسب التعريف الوارد في المادة الثانية من نظام الخدمة المدنية المذكور، وهو الذي أصدر القرار المشكو منه بصفته مفوضاً من الوزير، ولم نجد بين أوراق هذه الدعوى ما يشير إلى وجود أي تنسيب له بإصدار قرار بنقل المستدعي وفقاً لأحكام المادة (٩٢/ب) من نظام الخدمة المدنية المذكور، وحيث إن عدم التنسيب يلحق بالقرار المطعون فيه عيباً في الإجراءات الواجب اتباعها؛ مما يجعل القرار المطعون فيه غير صحيح من حيث الشكل"(٢).

ثانياً – رقابة القضاء لركن الاختصاص:

يتعين على كل موظف من موظفي الإدارة أو على كل عضو من أعضاء السلطة الإدارية سواء أكان فرداً أم جهة إدارية (مجلس أو لجنة أو هيئة) مزاولة الاختصاصات والمهمات المنوطة به فقط، وألا يمارس أي عمل قانوني إلا إذا كان مؤهلاً قانوناً للقيام به، على أن يمارسه طبعاً وفقاً لما تقضي به القواعد القانونية المنظمة لاختصاصات أعضاء السلطة الإدارية(٣).

وعلى هذا لا بد لمشروعية القرار الإداري أن تتقيد الإدارة بقواعد الاختصاص كما حددها المشرع.

---

(١) د. علي شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص٥٩٥،٥٩٦.

(٢) عدل عليا، قرار رقم ١٦٦/ ٢٠١٠، تاريخ ٢٠١٠/٦/١٥.

(٣) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص٣١٣.

بالنسبة للقضاء الفرنسي تجد أنه قد عمد إلى إدخال مخالفة الإجراءات ضمن ركن الاختصاص في القرار الإداري ليسبغ عليها بذلك الحماية التي تقتضيها فكرة النظام العام، فأوجب على الإدارة المختصة أن تلتزم بما أوجبه القانون من إجراءات سابقة لإصدار القرار ومن ضمنها التنسيب لما يمثله من قيد حقيقي على مصدر القرار، على الرغم من أنه يبقى حراً في إصدار القرار أو عدم إصداره(١).

فعدم طلب التنسيب يعيب القرار بعيب عدم الاختصاص ويرتب إلغاء القرار استناداً لعيب عدم الاختصاص نظراً لعدم استيفاء الإدارة المختصة بإصدار القرار لما ألزمت به من إجراءات، وذلك كون الاختصاص بهذه الحالة مشتركاً بين الجهة الإدارية مصدرة القرار والجهة المطلوب صدور التنسيب عنها، بحيث يتحقق عيب عدم الاختصاص باللحظة التي يعتقد فيها مصدر القرار أنه مقيد بإجراء تنسيب غير ملزم له قانوناً(٢).

أما محكمة العدل العليا فقد وجد أنها تراقب مدى تقيد الإدارة بقواعد الاختصاص في الإجراء، بحيث تلغي القرار إذا ما قام مصدر القرار بأخذ رأي جهة أخرى غير تلك التي حددها القانون، وقد وردت لها العديد من الأحكام الخاصة بهذا الموضوع منها "..يستفاد من نص المادة (٣٢) من نظام موظفي البلديات هو أن تحال جميع الأوراق إلى المجلس التأديبي المختص، وأن هذا المجلس ينسب إلى الجهة المختصة ـ في حال الإدانة ـ بإيقاع العقوبة المناسبة، كما أن المستفاد من نص البند (٢) من الفقرة (أ) من المادة (٣٢) هو أن مجلس البلدية يوقع أياً من العقوبات المنصوص عليها في البنود (٥، ٦، ٧) من الفقرة (أ) من المادة (٢٨) بناء على تنسيب المجلس التأديبي، وبما أن

(١) د. خالد الزبيدي، الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا، مرجع سابق، ص٣٥٧، ٣٥٦.

(٢) عبد الرحمن الهلالات، الاستشارة كإجراء شكلي في القرار الإداري، مرجع سابق، ص١١٥، ١١٤.

المستدعي ضده الثاني (مجلس بلدية السلط الكبرى) قد أصدر قراره المطعون فيه بناء على تنسيب لجنة التحقيق وليس بناء على تنسيب مجلس التأديب، وبما أن القرار الإداري يجب أن يصدر وفقاً للإجراءات التي حددها المشرع وفي الشكل المرسوم له، إذ أن المقرر فقهاً وقضاء أن الأصل في الشكليات والإجراءات أنها مقررة لمصلحة عامة قدرها المشرع فهي تمس الصالح العام، كما أنها مقررة لمصلحة الأفراد على السواء، وعليه يكون القرار المشكو منه معيباً بعيب الشكل ويتعين إلغاؤه"(١).

وهذا القرار – من وجهة نظرنا – يدل على أن مخالفة الإجراءات هي خرق لركن الاختصاص أيضاً وليست عيباً شكلياً فحسب.

الفرع الثاني
الرقابة القضائية على أركان القرار الموضوعية

التي تتمثل في الرقابة على ركن المحل، ركن السبب، وركن الغاية.

أولاً – الرقابة على ركن المحل:

يظهر عيب المحل في مخالفة القاعدة القانونية بحيث يشمل كل مخالفة للقاعدة القانونية بمعناها الواسع بما في ذلك مخالفة نصوص القوانين واللوائح أو الخطأ في تفسيرها أو تطبيقها، كما يشمل الخطأ في تطبيق القوانين واللوائح التي يبنى عليها القرار الإداري(٢).

وقد أوضحت محكمة العدل هذا في قرار لها بقولها: "يتعين لمشروعية محل القرار الإداري أن يتفق هذا المحل والقانون، أو على أقل تقدير عدم

(١) عدل عليا، قرار رقم ٥٥٨/ ٢٠٠٦، تاريخ ٢٠٠٧/٣/٢١.

(٢) د. عبد العزيز خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص ١٥٣./ عبد الرحمن الهلالات، الاستشارة كإجراء شكلي في القرار الإداري، ص١١٨.

مخالفته للقواعد القانونية العليا سواء قواعد مكتوبة أو قواعد غير مكتوبة"[١].

والمشرع الأردني بدوره أخذ بمخالفة القانون بمعناه الضيق أي المخالفة التي تنصب على مضمون القرار، وعلى الأثر القانوني المباشر المترتب على القرار الإداري، دون أن تمتد لتلك المتعلقة بالاختصاص المحدد في القانون أو بشكل القرار وإجراءاته.

وبالمقابل هناك اتجاه لإعطاء معنى واسع لمصطلح القوانين ليشمل مخالفة القرار لقوة الشيء المقضي به باعتباره عنواناً للحقيقة بما تقرر فيه كونه ملزماً للسلطات المنوط إليها تنفيذه، بحيث إن امتنعت عن التنفيذ أو أخطأت فيه تكون قد خالفت القانون، ما يجعل قراراتها معيبة ومستوجبة الإلغاء[٢].

وبتطبيق ذلك هنا نجد أن الجهة المختصة بإصدار التنسيب إن أصدرت رأيها خلافاً للقانون أياً كانت صورة هذه المخالفة (سواء أكانت مخالفة صريحة لنصوص القانون أم مجرد الخطأ في تفسيرها أو تأويلها) ثم أصدرت الجهة الإدارية المختصة بإصدار القرار قرارها استناداً لهذا التنسيب فهذا حتماً يعني قراراً إدارياً صادراً بناءً على تنسيب معيب بعيب في المحل؛ مما يترتب عليه التأثير سلباً بسلامة ومشروعية القرار الصادر بناءً عليه[٣].

ونذكر في هذا المجال القرار التالي لمحكمة العدل العليا ويتضمن "إن تنسيب الأمين العام لوزارة الصحة إلى المستدعي ضده بنقل المستدعية والذي ورد بالصيغة التالية: (أنسب لمعاليكم إجراء التنقلات التالية: ١- الصيدلانية ميساء مديرة مديرية الدواء إلى أي مكان ترونه مناسباً..) هو تنسيب غير جدي ويخالف نص وروح المادة (٦٦/أ) من نظام الخدمة المدنية ما دام هذا التنسيب لم يتضمن صراحة اسم الوظيفة التي يرتأى نقل المستدعية إليها، أو تحديد

(١) عدل عليا، قرار رقم ٢٢/ ٨٧، تاريخ ١٩٨٧/٦/٣٠.
(٢) د. أحمد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٦.
(٣) د. فهد أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٤٩٢.

المكان الذي ينسب نقلها إليه، وبما أن القرار المطعون فيه استند إلى تنسيب باطل فإنه يستوجب الإلغاء لأن ما بني على الباطل باطل.."[١].

ثانياً – الرقابة على ركن السبب:

السبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى إصدار القرار، بحيث يراقب القضاء بهذه الحالة مدى استيفاء القرار للشروط القانونية، فإن وجد أن الوقائع التي استند إليها القرار سواء أكانت قانونية أم واقعية غير موجودة أم غير مشروعة حكم بإلغائه[٢].

وينسحب هذا إلى كل إجراء يستند إليه القرار الإداري بما في ذلك التنسيب كإجراء إداري سابق لإصدار القرار، بمعنى أن التنسيب أو أي إجراء آخر – مهما كان نوعه – لا بد أن يُبنى على أسباب تبرر وجوده بغض النظر هل أوجب القانون تسبيبه أم لا، وإلا عد غير مشروع لعدم قيامه على سبب أصلاً، أو لأن السبب الذي استند إليه غير صحيح، مما يؤثر بدوره على مشروعية القرار الإداري الذي أخذ بمضمون هذا التنسيب واستند إليه[٣].

ونذكر في هذا المجال القرار التالي لمحكمة العدل العليا ونصه "يستفاد من المادة ١/١/٧٨ من نظام موظفي مؤسسة عالية/ الخطوط الجوية الملكية الأردنية بأنه يجوز تسريح الموظف إذا أصبح لأي سبب كان – يقنع به مجلس إدارة المؤسسة بناء على تنسيب لجنة شؤون الموظفين – غير مفيد للمؤسسة أو عديم الإنتاج في عمله، أو إذا أصبحت خدماته غير لازمة للمؤسسة، وعليه وحيث إن لجنة شؤون الموظفين في المملكة الأردنية والمشكل تشكيلاً صحيحاً

---

(١) عدل عليا، قرار رقم ١٨٠/ ٢٠٠٠، تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٨.

(٢) د. خالد الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط١، دار المسيرة للنشر، عمان، ١٩٩٧، ص١٨٣./ د.محمد الذنيبات، موجز في القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٥٤،١٥٥.

(٣) د. خالد الزبيدي، الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا، مرجع سابق، ص٣٥٨، ٣٥٧.

وفقاً للمادة ١٠/ا من النظام المذكور أعلاه نسبت بتسريح المستدعي من الخدمة وعللت تنسيبها بأن المستدعي غير مفيد للمؤسسة وعديم الإنتاج في عمله، وبما أن الأصل في القرار الإداري أن يقوم على سبب صحيح، وعلى مدعي العكس تقديم الدليل على أن القرار لا يقوم على سبب أو أن سببه غير صحيح، وحيث إن الأسباب التي استندت إليها لجنة شؤون الموظفين في التنسيب بتسريح المستدعي أسباب غير صحيحة وأنها تنبئ بعدم الجدوى من بقاء المستدعي في الخدمة، فيكون القرار الصادر من مجلس إدارة الملكية الأردنية بتسريح المستدعي من الخدمة يقوم – والحالة هذه – على تنسيب استند إلى سبب غير صحيح غير مخالف للنظام"[١].

ثالثاً – الرقابة على ركن الغاية:

ويقصد بهذا الركن النتيجة النهائية التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من إصدار القرار الإداري، والأصل أنها تتمحور في تحقيق المصلحة العامة كغاية عامة يفترض تحقيقها ليس فقط في القرارات الإدارية بل في الإجراءات الإدارية كذلك[٢].

فالهدف من الإجراءات الإدارية عموماً هو تحقيق المصلحة العامة من خلال تنوير الجهة الإدارية المختصة بإصدار القرار حول الموضوع الذي جاء فيه التنسيب، وتزويدها بالمعلومات والخبرات العلمية والفنية اللازمة، وتمكينها من إصدار قرار إداري سليم وملائم وقريب من المصلحة العامة[٣].

ولكن هذا لا يمنع من احتمالية وجود قرارات إدارية مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة لاستنادها لتنسيبات إدارية مجانبة للمصلحة العامة[٤] كما جاء

---

(١) عدل عليا، قرار رقم ٩٨/ ٢٠٠٠، تاريخ ٢٠٠٠/٠٥/٣٠.

(٢) د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، ط٣، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٨، ص١٢٢، ١٢١.

(٣) د. خالد الزبيدي، الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا، مرجع سابق، ص٣٥٨.

(٤) د. فهد أبو العثم، القضاء الإداري، مرجع سابق، ٤٩٢، ٤٩٣.

وبوضوح في اجتهاد محكمة العدل فقررت في قرار لها "..بما أن الثابت أن تنسيب وزير الثقافة بإحالة المستدعي على التقاعد كان حافزه وجود خلافات شخصية بينه وبين المستدعي تتعلق بسير العمل قوامها إصرار المستدعي على عدم تجاوز النظام والقانون الآمر الذي يقطع بأن التنسيب بإحالته كان ببواعث الانتقام وليس بهدف المصلحة العامة، مما ينبني عليه بأن هذا التنسيب يكون غير قائم على سبب مشروع، وبما أن قرار مجلس الوزراء المشكو منه قد صدر بناء على هذا التنسيب الباطل فإنه يكون واجب الإلغاء لورود أسباب الطعن فيه"[(١)].

ونستنتج مما سبق أن مجال الوظيفة العامة من أوسع المجالات التي يظهر فيها التنسيب بوضوح كإجراء جوهري لا بد لجهة الإدارة من مراعاته والالتزام به في كل حالة أوجب فيها النص القانوني ضرورة ذلك كالتعيين والنقل والانتداب والإعارة والتأديب والإحالة على التقاعد.

الخاتمة:

- لقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة أهمية التنسيب كأجراء إداري جوهري، له دوره وأهميته في إصدار قرارات أكثر نضجاً ومشروعية، وملائمة للإدارة والأفراد على حد سواء. فحينما يفرض المشرع على الإدارة اتباع شكليات وإجراءات خاصة فإنه يفعل ذلك ليضمن بالمقابل إصدار قرارات إدارية تسودها المصداقية والعدالة وبصورة بعيدة عن التسرع أو عدم الاتزان في تقدير الملابسات والظروف التي قد تحيط بالقرار الإداري، وبشكل يحفظ ويحمي المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد معاً.
- تنطوي مراعاة الأوضاع الشكلية والإجرائية للقرار الإداري على أهمية كبيرة، نفسرها بأننا أمام قرارات إدارية ذات مميزات خاصة، فهي قرارات تتمتع بقرينة السلامة العامة أي أنها بالأصل تصدر صحيحة وسليمة إلى أن يثبت العكس، هذا بالإضافة لكونها قرارات قابلة للتنفيذ المباشر، ولهذا

(١) عدل عليا، قرار رقم ٤٧/ ١٩٩٨، تاريخ ١٩٩٨/٧/٢٩.

ونظراً لما تمتاز به من قوة أراد المشرع إلزام الإدارة في بعض الأحيان بإجراءات معينة ليجعل منها حاجزاً ومانعاً أمام أي تعسف أو إهمال أو خطأ قد يصدر من الإدارة.

- يعد التنسيب واحداً من القواعد الإجرائية الشديدة التي أحاط بها المشرع بعض القرارات الإدارية، فهو يدخل ضمن تلك السلسلة من الإجراءات الإدارية التمهيدية السابقة لاتخاذ القرار والممهدة لإصداره. بمعنى آخر لا يعد التنسيب قراراً إدارياً قادراً على إنشاء نظام قانوني جديد أو التأثير في المراكز القانونية القائمة للأفراد، إذ يبقى مجرد رأي من جهة إدارية يرفع إلى جهة إدارية أخرى بقصد المعاونة والمساعدة في اتخاذ القرار بالشكل الصحيح، بحيث يعجز أن يحدث بذاته أي أثر قانوني.
- يعد الإجراء جوهريا بنص القانون في حال رتب القانون على مخالفته البطلان، وعليه تلزم الإدارة بالتنسيب كإجراء جوهري سابق لاتخاذ القرار في كل مرة يفرض عليها المشرع مراعاته بموجب نص قانوني. والتنسيب الملزم للإدارة لا بد أن يتم وفقاً لأحكام القانون، أي أن يكون التنسيب قانونيا للقول بمشروعية القرار الصادر، بناء عليه فإذا شاب التنسيب أي عيب من العيوب التي قد تصيب القرار الإداري كعيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو عيب مخالفة القانون أو عيب السبب أو عيب إساءة استعمال السلطة انسحب ذلك تلقائياً إلى القرار الإداري الذي صدر بالاستناد إليه، وبهذا نجد أن التنسيب إذا كان باطلا فجزاؤه البطلان وينسحب البطلان بعد ذلك إلى القرار الذي بني عليه، باعتبار أن القرار هنا استند لإجراء باطل وما بني على باطل فهو باطل.
- تكمن أهمية التنسيب في قدرته على الحد من هيمنة وسلطة متخذ القرار، بحيث يفتح المجال بشكل أوسع لمشاركة أكثر من جهة في دراسة الموضوع وتمحيصه قبل إصدار القرار فيه، وتكون بالعادة جهات متخصصة تمتلك خبرات خاصة ومعرفة معمقة (فنية وقانونية) تمكنها بصورة أو بأخرى من تقديم اقتراحات ومعلومات بناءة ومفيدة لها تأثيرها

في مضمون القرار الذي سيتم اتخاذه. كما يساعد التنسيب في تقليل نسبة الخطأ أو الانحراف في القرار الإداري وبالتالي تقليل نسبة العيوب التي قد تكتنفه، مما يوفر ضمانات جيدة وفعالة للفرد الذي يمثل الطرف الأضعف في مواجهة الإدارة. بالإضافة لذلك يكسب التنسيب الإدارة القدرة على القيام بأعمالها وقراراتها بتقنية عالية.

- يكفل الأخذ بالتنسيب الكشف عن نية الإدارة الحقيقية وراء إصدار القرار، بحيث يفتح الالتزام به المجال أمام القاضي الإداري لممارسة رقابة أوسع على الإدارة، وبصورة تمكنه من استخلاص صدق نواياها ومدى حرصها على تحقيق المصلحة العامة ومصلحة الأفراد.

لذا تجد أن الإدارة – وفي أحيان كثيرة – تتقصد إهمال التنسيب أو تجاهله لخوفها مما ينطوي عليه من ضمانات وخطورة قد تؤدي بالنهاية إلى إبطال القرار الإداري.

- أكدت محكمة العدل العليا – وبالكثير من قراراتها – على ضرورة التنسيب ووجوب الأخذ به؛ لأن المشرع قد ألزم به الإدارة بنص القانون كإجراء ممهد لإصدار القرار وضامن لتحقيق المصلحة العامة.

وقضت بعدم جواز الطعن بالتنسيب بدعوى الإلغاء بشكل مستقل عن القرار الإداري الذي صدر استناداً له، وهي بهذا تؤكد حقيقة أن التنسيب ليس قراراً إدارياً نهائياً مؤثراً في المراكز القانونية بل هو مجرد إجراء إداري يبنى عليه القرار ووجوده، وله تأثير في مضمونه ومحتواه.

ومع ذلك ورغم أن الطعن لا يوجه إلا للقرار الإداري فقط إلا أن هذا لا يمنع من إبطال أي قرار إداري يستند لتنسيب باطل شابه أي عيب من تلك العيوب التي قد تصيب القرار الإداري، بمعنى أدق يمكن أن يصيب التنسيب (كإجراء إداري سابق) أي عيب من العيوب التي قد تصيب القرار الإداري، فالمحكمة وعلى الرغم من أنها تقبل الطعن بالقرار النهائي وترفض الطعن بالتنسيب كإجراء سابق بشكل مستقل إلا أنها في الحقيقة لا تفصل بينهما فالعيب في التنسيب ينسحب تلقائياً إلى عيب في القرار الإداري النهائي.

المصادر والمراجع

- د. أحمد أبو زيد، **المرجع في القانون الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- د. أحمد الغويري، **القضاء الإداري الأردني**، ط١، المكتبة الوطنية، الأردن، ١٩٩٧.
- د. أشرف محمد، **تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. أعاد القيسي، **القضاء الإداري**، ط١، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، ١٩٩٩.
- د. أكرم مساعدة، القرار **الإداري (دراسة تحليلية مقارنة بين مصر والأردن)**، المكتبة الوطنية، عمان، ١٩٩٢.
- جورج فوديل، **القانون الإداري**، ج١، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١.
- المستشار حمدي عكاشة، **موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة**، ج١، دار المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠١.
- د. حمدي عويس، **الإدارة الاستشارية ودور القضاء في الرقابة عليها (دراسة مقارنة)**، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
- المحامي. حنا إبراهيم ندة، **القضاء الإداري في الأردن**، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ١٩٧٢.
- د. خالد الزعبي، **القرار الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للخدمات الطلابية، ١٩٩٣.
- د. خالد الظاهر، **القانون الإداري، الكتاب الثاني**، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
- د. خالد سمارة، **القانون الإداري**، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.

- د. سليمان الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)**، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦.
- د. سليمان الطماوي، **نظرية التعسف في استعمال السلطة**، ط٣، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٨.
- د. عبد العزيز خليفة، **القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. عبد العزيز خليفة، **شروط قبول الطعن بإلغاء القرار الإداري**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. عبد الغني بسيوني، **وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- د. عبد الله طلبة، **القانون الإداري الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (القضاء الإداري)**، ط٢، حقوق الطبع لجامعة دمشق، ١٩٨٦.
- د. عصام نعمة إسماعيل، **الطبيعة القانونية للقرار الإداري**، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- د. علي شطناوي، **القضاء الإداري الأردني**، ط١، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، ١٩٩٥.
- د. علي شطناوي، **الوجيز في القانون الإداري**، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣.
- د. علي شطناوي، **دراسات في القرارات الإدارية**، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٨.
- د. علي شطناوي، **مبادئ القانون الإداري الأردني**، ج٢، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٦.
- د. عمر الشوبكي، **القضاء الإداري (دراسة مقارنة)**، ج١، ط١، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.

- عوابدي عمار، **دروس في القانون الإداري**، ط٣، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠.
- د. فهد أبو العثم، **القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.
- د. محمد الذنيبات، **موجز في القضاء الإداري الأردني**، ط١، دار العلوم للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.
- د. محمد حسن، **القانون الإداري**، ط١، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩.
- د. محمود عاطف البنا، **الوسيط في القانون الإداري**، ط٢، مطابع الطوبجي التجارية، ١٩٩٩.
- د. مصطفى فهمي، **قضاء الإلغاء (شروط القبول/أوجه الإلغاء)**، دار المهدي للمطبوعات، الإسكندرية، بدون عام.
- د. نواف كنعان، **القانون الإداري، الكتاب الثاني**، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣.
- د. نواف كنعان، **القضاء الإداري في الأردن**، ط١، المكتبة الوطنية، عمان، ١٩٩٩.
- د. نواف كنعان، **القضاء الإداري الاردني**، ط٤، الآفاق المشرقة ناشرون، الإمارت، ٢٠١١.

رسائل الماجستير:

- عبد الرحمن الهلالات، **الاستشارة كإجراء شكلي في القرار الإداري (دراسة مقارنة في النظام القانوني الأردني والمصري)**، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء الخاصة، ٢٠١٠- ٢٠١١.

الأبحاث المنشورة:

- د. خالد الزبيدي، **الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا (دراسة مقارنة)**، مجلة دراسات (مجلة علمية محكمة)، علوم الشريعة والقانون، العدد ٢، تشرين الثاني، مطبعة الجامعة الأردنية، ٢٠٠٨.

- د. سليمان بطارسة، **عيب الإجراءات الإدارية الممهدة والمصاحبة لاتخاذ القرارات الإدارية (النظرية وتطبيقاتها المقارنة)**، مجلة أبحاث اليرموك، جامعة اليرموك، المجلد ٢٤، العدد ٣، منشورات جامعة اليرموك، ٢٠٠٨.
- د. هاني الطهراوي، **التنسيب كإجراء سابق لإصدار القرار الإداري (هل يعتبر شكلية جوهرية أو ثانوية)**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد ٤، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠١٠.

علاقة القاضي الإداري بالإدارة

الدكتور/ حسين فريجه
أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة المسيلة - الجزائر

ملخص:

إن القاضي الإداري له علاقة وثيقة بالإدارة فهو يعتبر أداة الرقابة، وجهة مقومة لأعمال الإدارة. غير أنه لا يملك أن يحل محل الإدارة ويقوم بعمل من أعمالها يدخل في صميم اختصاصها، فلا يملك أن يمارس السلطة اللائحية التي تملكها الإدارة، كما لا يملك إصلاح قراراتها المعيبة أو تعديلها أو إصدار قرار جديد بدلاً من القرار الذي قام بإلغائه، أو إصدار قرارات في حالة امتناع الإدارة عن إصدارها، وإنما تقف سلطته عند إلغاء القرار الباطل، أو تقرير الحقوق المتنازع عليها أو ترتيب التعويضات.

والقاضي الإداري يحاول دائما إرضاء نزعة الاستقلال عند الإدارة بالوقوف عند مجرد الإلغاء، وترك ما يترتب على ذلك الإلغاء للإدارة تحققه بنفسها. والحرية التي يتركها القاضي الإداري للإدارة في عملية إجراء التنفيذ هو نوع من السياسة القضائية التي تكشف عن حكمة القاضي الإداري وحسن تقديره للأمور. وبدون شك في أن هذا الاحترام الذي يبديه القاضي الإداري للإدارة يجعلها تبادله نفس الشعور بحيث تلتزم وتحترم حساسيته، ويحفزها على الامتثال لتنفيذ ما صدر عنه. كما أن الإدارة الرشيدة ترحب – إذا ما تعثرت في تطبيق القانون – أن يبين لها القاضي الإداري السبل الصحيحة لإعلاء كلمة القانون.

تمهيد:

تتمثل العلاقة التي تحكم القاضي الإداري بالإدارة في الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، وهي رقابة قانونية تقف عند الفصل في المنازعات التي تكون

بين الإدارة وأحد الأفراد. والحكم بإلغاء القرارات غير المشروعة، أو الاعتراف بالحقوق الثابتة وإقرارها بتقرير التعويضات المناسبة، ولا يحق للقاضي الإداري أن يتدخل في أعمال الإدارة، وذلك باقتحام مجال الإدارة والتدخل في اختصاصها.

وتعود قاعدة عدم تدخل القاضي الإداري في أعمال الإدارة بما يفرضه استقلال الإدارة بوظائفها، وامتناعه عن القيام بأي عمل يتصل باختصاصها(١) وهذا المبدأ يعود إلى قاعدة الفصل بين الإدارة والقضاء(٢)، كما صمم رجال الثورة الفرنسية على وجود نظام يمكنون فيه الإدارة من قاضيها الخاص(٣).

وسنتعرض في هذه الدراسة إلى العلاقة التي تربط القاضي بالإدارة، والحالات التي لا يجوز للقاضي أن يتدخل في أعمال الإدارة، أو بما يسمى عدم تدخل القضاء الإداري في أعمال الإدارة، كما نتناول دراسة تقدير ملاءمة الأعمال الإدارية من طرف القاضي الإداري، واحترام الإدارة لأحكام القضاء الصادرة منه، ومبدأ تنفيذ هذه الأحكام، لنصل في النهاية إلى المسؤولية التي تتحملها الإدارة عن عدم التزامها بتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية.

---

(١) الدكتور السيد محمد إبراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - العدد الأول السنة الخامسة عشرة ١٩٧٠. ص ٦٣.

(٢) إن مبدأ الفصل بين السلطات الذي كرسته الثورة الفرنسية طرح بعبارات واضحة وحازمة منع محاكم القضاء العادي من النظر في أعمال الإدارة، كما لجأ البعض إلى أن يستمد من مبدأ سيادة الدولة حجته لإخراج أعمال الإدارة من رقابة القاضي.

(٣) الأستاذ أحمد محيو، محاضرات المؤسسات الإدارية. ترجمة د. محمد عرب صاصيلا – الطبعة الرابعة ١٩٨٦، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص ١٦ وما بعدها.

المبحث الأول
عدم تدخل القاضي الإداري في أعمال الإدارة

وهنا لابد من التأكيد على أن القاضي الإداري يمنع عليه أن يتدخل في أعمال الإدارة، وذلك بامتناعه عن إصدار الأوامر والنواهي إلى الإدارة أو الحلول محلها، وسنتعرض في هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول
امتناع القاضي عن إصدار أوامر إلى الإدارة

إن القاضي الإداري لا يقف من الإدارة على درجة من درجات السلم الرئاسي(٤). والقاضي الإداري في رقابته لأعمال الإدارة لا يمارس سلطة رئاسية، ولهذا يمتنع على القاضي أن يضمن حكمه أمراً إلى الإدارة بالقيام بالعمل أو نهياً عن القيام به. وإلا يعد متجاوزاً لسلطته ويعد بذلك اعتداء على أعمال الإدارة. وبناء على ذلك فإنه لا يجوز للقاضي النظر في أعمال السيادة(٥). ذلك أن بعض الأعمال الإدارية لها في نظر الحكومة أهمية خاصة، وأن من المصلحة ألا تعرض على القضاء.

وعلى هذا فإنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يصدر أمراً إلى الإدارة التي رفضت تسليم جواز سفر أو رفضت تمديد أجله للمواطنين الجزائريين إذا ما

---

(٤) السلم الرئاسي، درجة تفرضها طبيعة النظام الإداري، لأنه وطبقاً لقانون الوظيفة العامة فإن كل موظف يخضع في ممارسة أعمال وظيفته لموظف آخر يعلوه درجة، ويقابل السلطات المقررة للرؤساء مسؤوليتهم عن تصرفاتهم الشخصية. فضلا عن مسؤولياتهم عن تصرفات الموظفين الخاضعين لسلطاتهم.
(انظر: الدكتور محمد آنس قاسم جعفر، مبادئ الوظيفة وتطبيقها على التشريع الجزائري، مطبعة إخوان القاهرة ١٩٨٢ ص ١٢٨).

(٥) أعمال السيادة بطبيعتها أعمال إدارية ولكنها بمنجاة من كل رقابة قضائية، مهما كانت عدم مشروعيتها أو الآثار الضارة المترتبة عليها.

رأت تنقلهم إلى الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام، وهذا دون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها، ودون أن يكون تقديرها قابلاً للمناقشة أمام القاضي الإداري، غير أنها ملزمة بتسبيب رفضها التطبيق السليم للقانون(٦). كما أن الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري لايمكن أن تكون عامة ومطلقة.

وهذا ما قررته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا عندما حكمت بأن إصدار وتداول وسحب العملة يعد من الصلاحيات المتعلقة بممارسة أعمال السيادة، ومن ثم فإن القرار الحكومي المتضمن سحب أوراق مالية من التداول يكتسي طابع عمل من أعمال السيادة، فهو بهذه الطبيعة لا يكون قابلا للطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن، ولا يكون من اختصاص القاضي الإداري فحص مشروعيته أو مباشرة رقابته(٧). كما أنه لا يجوز للقاضي الإداري إصدار أمر إلى الإدارة بإرجاع موظف إلى منصب عمله(٨). وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الجزائري باعتبار أنه لايدخل ضمن اختصاص القاضي الإداري الأمر بالعودة إلى المنصب، وأن أعمال الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا تشمل الطعون بالبطلان في القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية

(٦) قرار الغرفة الإدارية – المحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٤/١٢/٢٩ قضية (ح س ق) ضد (والي البليدة) المجلة القضائية – العدد الرابع١٩٨٩، الجزائر، ص ٢٢٧.

(٧) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٤/١/٧ قضية (ي ج ب) ضد (وزير المالية) المجلة القضائية – العدد الرابع ١٩٨٩ – الجزائر ص ٢١ ومما جاء في حيثياته مايلي: "حيث إن إصدار وتداول وسحب العملة يعد إحدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة".

حيث إن القرار المستوحى بالتالي من باعث سياسي غير قابل للطعن فيه بأي من طرق الطعن، وأن القرار الحكومي المؤرخ في ٨ أفريل ١٩٨٢ والقاضي بسحب الأوراق المالية من فئة ٥٠٠ دج من التداول، وكذا قرار فاتح جوان ١٩٨٢ الصادر عن وزير المالية المتضمن تحديد قواعد الترخيص بالتبديل خارج الأجل، هما قراران سياسيان يكتسبان طابع أعمال الحكومة، ومن ثم فإنه ليس من اختصاص المجلس الأعلى لا فحص مدى شرعيتها، ولا مباشرة رقابة على مدة التطبيق".

(٨) C.E,29.4.936 Dame Rouaix.Rec.P.475

والطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات ومدى مشروعيتها. ولما كان الطلب يرمي إلى الإعادة إلى المنصب مع دفع المرتب، وجب اعتباره خارجاً عن صلاحيات القاضي الإداري(٩). ويظهر بأن المدعي ضمّن طلباته إلزام وزارة الداخلية بإعادته إلى عمله يكون قد طلب أمراً لا يختص به القضاء الإداري مادام اختصاص الغرفة الإدارية بمقتضى قانون إنشائها مقصوراً على إلغاء القرارات الإدارية التي تقع مخالفة للقانون، فيمتنع عليها تبعاً لذلك أن تصدر أمراً إلى جهات الإدارة، وهذا ما ذهب إليه قضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بالقرار الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٦/٢٥.

كما أنه لا يدخل ضمن اختصاص القاضي الإداري المنازعات المتعلقة بإيجارات الأماكن المعدة للسكن باعتبار أنها تابعة لاختصاص المحكمة العادية طبقاً للقانون(١٠). كما التزم القاضي الإداري ومنع نفسه من النظر في الدعوى المرفوعة ضد مؤسسة عمومية صناعية أو تجارية(١١). وقد يحكم القاضي الإداري بإلغاء قرار عزل موظف، فيكون من أثره الحتمي التزام الإدارة بإعادة الموظف إلى عمله، وهذه الإعادة هي عمل مادي تنفيذي لحكم الإلغاء، كما أن القرارات الإدارية تتخذ بناء على اعتبارات قانونية وليس على اعتبارات متعلقة بالواقع، وبالتالي فإنه

(٩) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٣/٦/٢٥ قضية (خ. أ) ضد (السيد الوالي) – (وزير الداخلية) المجلة القضائية، العدد ٣، سنة ١٩٨٩ ص ١٨٤.

(١٠) قرار الغرفة الإدارية – المحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٣/٧/٩ قضية (ص، ط) ضد (الوالي) المجلة القضائية العدد ٣ سنة ١٩٨٩ ص ١٨٧، ومما جاء في حيثيات القرار "حيث إن المادة ٧ الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية تنص على أن المنازعات المتعلقة بالإيجارات الفلاحية والأماكن المعدة للسكن أو لمزاولة مهنة أو الإيجارات التجارية وكذا في المواد التجارية والاجتماعية هي من اختصاص المحكمة".

(١١) قرار الغرفة الإدارية المجلس الأعلى بتاريخ ١٩٨٥/٥/١٨- قضية الشركة الجزائرية أم) ضد (وزير التجارة – الشركة الوطنية للأروقة الحديثة الجزائرية)، المجلة القضائية، العدد ١، سنة ١٩٨٩، ص ١٥٩.

من حق القاضي الإداري الحكم على الإدارة عندما تتجاوز سلطتها[١٢]. والحكم بإلغاء عزل موظف[١٣]. أو بإعادته إلى وظيفته التي نقل منها.

وعندما تلتزم الإدارة بإعادة المفصول إلى الخدمة وإعادة المنقول إلى وظيفته لا يعد أمراً صادراً من القاضي الإداري إلى الإدارة، وإنما الإدارة تستخلص هذه الآثار وتتولى تنفيذها.

المطلب الثاني
عدم حلول القاضي الإداري محل الإدارة

كما أن القاضي الإداري لا يملك أن يحل محل الإدارة ويقوم بعمل من أعمالها يدخل في صميم اختصاصها، فلا يملك أن يمارس السلطة اللائحية التي تملكها الإدارة، كما لا يملك إصلاح قراراتها المعيبة أو تعديلها أو إصدار قرار جديد بدلاً من القرار الذي قام بإلغائه، أو إصدار قرارات في حالة امتناع الإدارة عن إصدارها، أو تعديل العقود الإدارية أو تصحيحها إذا ما تضمنت شروطاً باطلة، وإنما تقف سلطته عند إلغاء القرار الباطل، أو تقرير الحقوق المتنازع عليها أو ترتيب التعويضات[١٤]. وتطبيقاً لما تقدم لا يستطيع القاضي الإداري أن يصدر حكماً بتعيين موظف[١٥]. أو تعديل تاريخ تعيينه[١٦]. أو تحديد الشخص الراسي عليه المزاد[١٧]. أو إصدار لائحة[١٨]. وقضت المحكمة الإدارية

---

(١٢) الغرفة الإدارية المحكمة العليا بتاريخ ٢٢ أكتوبر ١٩٨٨ قضية (وب ي) ضد (و، وس، ب، وو د م) المجلة القضائية، العدد ٣ – ١٩٩٩ ص١٤٣.

(١٣) قرار الغرفة الإدارية المحكمة العليا بتاريخ ٢١ أفريل ١٩٩٠ قضية (ف، م) ضد (وزير العدل) المجلة القضائية العدد ٣ – ١٩٩٢ ص ١٥١.

(١٤) الدكتور السيد محمد إبراهيم، مرجع سابق ص ٦٩.

(١٥) C.E.24.12.1926.bondinc.recueuil.p.11533).30.5.1945.boitard.Rec.p.109

(١٦) C.E..societe.cooperative de L'Etat14.2.1936.p.200

(١٧) C. E..Rochemont. Rec25.3.1931.p.343

(١٨) حكم مشار إليه من الدكتور السيد محمد إبراهيم مرجع سابق ٧٠.

العليا في مصر أن: "هذه المحكمة لا تملك في منازعات الترقية إلا إلغاء التخطي عند الاقتضاء، والمدعي لا يقول بالتخطي ولا يدعيه بالنسبة إلى قرار الترقية موضوع دعواه، وإنما يطلب ترقيته أيضاً عوضاً عن الدرجة الرابعة الكتابية، وكلا الأمرين يخرج عن سلطة هذه المحكمة، وعما يجوز أن تلزم به جهة الإدارة، لأن مهمتها مقصورة عن إلغاء القرارات دون تعديلها، ولأنها لا تملك الحلول محل الإدارة في إصدار قرار الترقية، ولا إلزامها باتخاذ إجراء يقتضيه مثل هذا القرار"(١٩). كذلك قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه: "لا جدال في أن محكمة القضاء الإداري لا تملك إصدار قرارات بتكليف جهة الإدارة بأمر معين، كما لا تملك من باب أولى أن تحل محلها في إصدار مثل هذه القرارات، وبناء على ذلك يعتبر طلب المدعي ثقافته العلمية معادلة للمؤهلات العالية، وهو في الواقع مبني الدعوى خارجاً عن اختصاص المحكمة مادام التصرف في ذاته مما يدخل في وظيفة جهة الإدارة"(٢٠).

من هنا يتضح أن القانون خول للقاضي الإداري سلطة إلغاء القرارات الإدارية إذا وجدها مخالفة للقانون، وهو يراقبها في الحدود التي رسمها له القانون، دون أن يجعل منه هيئة من هيئات الإدارة، وبالتالي فإنه لا يحق له الحلول محل الإدارة في إصدار أي قرار، أو أن يتدخل ليأمر الإدارة بإتيان عمل معين أو بالامتناع عنه، وليس بإمكانه أن يستبدل قراره بالقرار المبطل، وذلك ناجم عن القاعدة العامة التي تمنع القاضي الإداري من أن يحل محل الإدارة.

كما أنه يمكن القول أن القاضي الإداري لا تعود لصلاحياته أعمال السيادة كما سبق لنا القول، وأعمال رئيس الجمهورية وأعمال السلطات الأجنبية، وأعمال القضاء العادي، وأعمال الأجهزة التي تدير المرافق العامة ذات الإدارة الخاصة وبأسلوب القانون الخاص الصريح (مرافق عامة صناعية وتجارية)(٢١).

---

(١٩) مشار إليه في المرجع السابق ص ٧١.

(٢٠) جورج فودال، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ٢٠٠١ ص ١٨٥.

(٢١) صدر قانون الوظيفة العمومية في الجزائر في ٢ جوان ١٩٦٦.

المبحث الثاني
توجيهات القاضي الإداري وطلب تقديم إيضاحات ومستندات من الإدارة

يتمتع القاضي الإداري باستقلال في مواجهة المحاكم القضائية العادية وفي مواجهة الإدارة، ويتمثل استقلال الإدارة عن القاضي الإداري من حيث إن قضاة القضاء الإداري يخضعون لجهات القضاء، وأعمالهم تخضع للاستئناف أمام مجلس الدولة، بينما موظفو الإدارة العامة يخضعون لقانون الوظيفة العامة ويخضعون لمبدأ التسلسل الإداري(٢٢).

ويتميز القاضي الإداري بخصائص ومزايا من أهمها:

١ – أنه يقوم بمراقبة الأعمال الإدارية غير المشروعة، ويلغيها إذا تبين أن الإدارة بعملها لم تكن تهدف إلى المصلحة العامة.

٢ – القاضي الإداري، يقضي بين الإدارة والأفراد في كل نزاع تكون الإدارة طرفاً فيه، دون تفريق بين الأفراد الذين يؤلفون جهاز الإدارة وبقية المواطنين.

٣ – القاضي الإداري هو قاضٍ مختص بالفصل في أقضية الإدارة، وبالتالي جمع بين الخبرة بعمل الإدارة وإدراك حقيقة المصالح العامة والفقه الإداري، فاكتسب بذلك مراناً وخبرة(٢٣).

وسنتناول هذا المبحث في المطلبين التاليين:

---

(٢٢) الأستاذ حامد مصطفى، القضاء الإداري في الطرق، الحلقة المدرسية الأولى ٢٣- ٢٧ أكتوبر ١٩٦٠ – القاهرة ص ٢٨٨.

(٢٣) C.E.26.12.1925.Rodire.Rec.p.1065

المطلب الأول
توجيهات القاضي الإداري إلى الإدارة

عرفنا بأن القاضي الإداري لا يمكنه أن يحل محل الإدارة في إجراء ما هو من صميم اختصاصها، إلا أنه يملك أن يعقب على تصرف الإدارة من الناحية القانونية، وأن يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه بين ذوي الشأن فيضع الأمور في نصابها القانوني الصحيح. وعلى هذا الأساس فله أن يبين للإدارة من هو الأولى بالترشيح للترقية، وإذا وضح ذلك فليس معنى هذا أنه حل محل الإدارة في ترقيته، بل بين للإدارة حكم القانون لتجري الترقية بقرار منها، وإلا عد قرارها مخالفاً للقانون(٢٤). وهذا يدلل على وجود استقلال تام بين الإدارة والقضاء الإداري.

ومن ناحية الهيئات الإدارية فيوجد انفصال تام بين أعضاء الإدارة وهم موظفون وبين مَنْ يقوم بالقضاء الإداري وهم قضاة، بمعنى أن الأشخاص الذين يقومون بمهمة الإدارة ليسو هم الذين يقومون بمهمة القضاء، فللإدارة هيئاتها وموظفوها وللقضاء الإداري هيئاته وأعضاؤه، بحيث تستقل كل جهة عن الأخرى.

أما الاستقلال الوظيفي فإنه يعني انفصال الوظيفة الإدارية التي تقوم بها الإدارة عن الوظيفة القضائية التي يقوم بها القضاء الإداري. وبذلك لايمكن للقضاء أن يتدخل في شؤون الإدارة ويقوم بتعيين الموظفين أو ترقيتهم أو نقلهم أو يقوم بإصدار لوائح إدارية. كما لا يحق للإدارة أن تقضي بنفسها في المنازعات التي تقوم بينها وبين الأفراد إذا رفعت دعوى بشأنها إلى القاضي المختص.

وعلى هذا فإن رقابة القاضي الإداري لأعمال الإدارة هي رقابة قانونية(٢٥). والإدارة حين تقوم بأعمالها ينبغي عليها احترام ثلاث قواعد أساسية تشكل

---

(٢٤) الدكتور سعد عصفور، الدكتور محسن خليل، القضاء الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية ص ٧٨.

(٢٥) الدكتور أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة ١٩٨٦ ص ٣١٦.

الأساس لمبدأ الشرعية وهي: تسلسل الأعمال الإدارية، وقاعدة الاختصاص والقاعدة الإجرائية. ولكي تتم مراقبة هذه القواعد يقوم القاضي الإداري بالرجوع للمبادئ العامة للقانون، وهذا يعني أن على القرارات الإدارية أن تحترم القوانين والمراسيم، وكذلك فإن التعليمات يجب أن تحترم القوانين والمراسيم(٢٦). والقاضي الإداري يجب عليه أن يفصل في الدعوى المطروحة أمامه، وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة deni de justice، وتنتهي الرقابة القضائية بحكم يحوز قوة الشيء المقضي فيه، والقاضي وهو يصدر قراره بعدم مشروعية قرار معين فكأنه يعطي لها توجيهات بالتزام تطبيق القانون.

كما أن استقلال الإدارة في مباشرة نشاطها دون تدخل من القاضي الإداري يؤدي إلى حرية الإدارة فيما تقوم به من أعمال، وبالتالي حسن سير العمل الإداري. على أن هذا الاستقلال يجب ألا يكون مطلقاً من كل قيد، ذلك أنه يتعين على الإدارة وهي تباشر نشاطها بحرية واستقلال عن القضاء أن تعمل داخل دائرة نطاق المشروعية.

والقاضي الإداري وهو يقوم بتحديد ما يجب أن تكون عليه تصرفات الإدارة بموجب حكم الإلغاء، إنما يقوم بتوجيهها وتنبيهها إلى عدم إصدار قرارات خاطئة مستقبلاً، وهذا لا يعد تعدياً على اختصاصها وإنما مساعدة لها للقيام بدورها، كما أن حكم القاضي لا يعد مساساً باستقلال الإدارة بوظائفها وإنما هو مجرد إرشاد لها(٢٧)، ولا يعد تعدياً على اختصاصها.

المطلب الثاني

قيام القاضي الإداري بطلب تقديم إيضاحات ومستندات من الإدارة

قد يمتد النزاع في بعض الحالات إلى وقائع الدعوى بحيث يذهب كل من طرفي الخصومة إلى تصوير الوقائع تصويراً يختلف عما كان يتصوره الطرف

(٢٦) الدكتور السيد محمد إبراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مرجع سابق ص ٨١.

(٢٧) المواد ٣٤١، ٣٤٢ ق.م وما بعدها.

الآخر، وعلى نحو لا يستطيع القاضي الإداري أن يكون اقتناعه إلا بالاطلاع على المستندات. ولئن كان الأصل أن البينة على من ادعى وأن على المدعي إثبات دعواه، غير أنه غالباً ما تكون تلك المستندات تحت يد الإدارة، وهنا يقدر القاضي الجدية في طلب الإيضاحات والمستندات، ثم يصدر أوامره إلى الإدارة بتقديم المستندات الضرورية.

فالقاضي الإداري يلزم الإدارة بتقديم أدلة الإثبات خلافاً للقاعدة العامة في أن الإثبات على المدعي، بل تمتد سلطة القاضي لمراقبة البواعث غير المعلنة للقرار الإداري، وبموجب هذا الدور الفعال للقاضي فإنه يتولى الأمر بتبليغ الأطراف واتخاذ التدابير الضرورية للتحقيق، وتحضير القضية للفصل فيها؛ والأمر بحضور الأطراف شخصياً للجلسة، ويأمر بنقل عبء الإثبات من المدعي إلى الإدارة، بأن يطلب منها أية وثيقة أو مستند يمكن أن يكون أساساً لإصدار القرار، فإن رفضت تقديم المعلومات اعتبر القاضي طعن المدعي في محله، ويبقى على الإدارة حينئذ أنها تصرفت بصورة غير مشروعة، وبذلك تتراجع السلطة التقديرية التي تتحصن وراءها برفض تقديم تفسيرات حول بواعث اتخاذ القرار، وإلا اعتبرت قرائن على خطأ تصرفها[٢٨].

وينظم القاضي الإداري التحقيق بدعوة كل من الفريقين إلى الإجابة عن عريضة الآخر، ويقرر الآونة التي يجب أن يتوقف فيها تبادل المذكرات، في حين أنه لا يستطيع توجيه أوامر إلى الإدارة، غير أنه يوجه إليها أوامر في نطاق التحقيق، وأن يفرض عليها تقديم أي مستند قابل لأن يثبت قناعته[٢٩]، فكل مستند يقدمه أحد الفريقين يجب أن يتاح للفريق الآخر مناقشته، ويطبق مجلس الدولة بصلابة هذا المبدأ، ولا يقبل أن يكون بإمكان قاعدة السرية الموجودة في

(٢٨) جورج فودال – بيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور، مرجع سابق ١٤٢.

(٢٩) جورج فودال – بيار دلفولفيه، مرجع سابق ١٤٣.

بعض المواد، أن تسمح للإدارة بألا تقدم الملف كله أو جزءاً منه، أو ألا تعلم القاضي بهذا المستند أو ذاك(٣٠).

إن المستندات تقدم أمام القاضي الإداري، وهو الذي يدعو الإدارة إلى تفسير موقفها، وليس لصمتها أو امتناعها أي دور لمصلحتها. والقاضي الإداري فرض منذ مدة طويلة على الإدارة إعلامه بأسباب تسويغ عملها، فالإدارة ملزمة بتزويد صاحب العلاقة بأسباب قرارها حتى ولو خارج أي مراجعة قضائية.

وكانت لمجلس الدولة مناسبة تطبيق هذا المبدأ في صدد الاطلاع على مستندات إدارية. وقد اعتبر مجلس الدولة "أنه يعود إلى القاضي الإداري: أن يطلب إلى الإدارات المختصة تقديم جميع المستندات الضرورية لحل النزاعات المحالة إليه باستثناء التي يغطيها سر يضمنه القانون، وأنه إذا كان الطابع الوجاهي للإجراء يفرض إطلاع كل من الفريقين على المستندات المقدمة خلال السير بالدعوى، فإن هذا الطلب مستبعد بالضرورة فيما يختص بالمستندات التي يشكل رفض الاطلاع عليها موضوع النزاع ذاته"(٣١).

وإصدار أوامر إلى الإدارة بإيداع مستندات من طرف القاضي الإداري تدخل في إجراءات التحقيق التي يقوم بها القاضي، أما قاعدة الفصل بين الإدارة والقاضي، فليس هنا مجالها في التطبيق. ذلك وأنها وإن كانت تحظر على القاضي إصدار أوامر إلى الإدارة، فإن مناط هذا الحظر أن ترد تلك الأوامر على عمل من أعمالها الإدارية التي تدخل في صميم اختصاصها الإداري، إذ عندئذ يتحقق التعدي على الإدارة العاملة والمساس باستقلالها، وليس هذا شأن الأوامر الصادرة بتقديم مستندات، فإن هذه الأوامر من صميم الوظيفة القضائية المرتبطة بتحقيق الدعوى، تمهيداً لإصدار الحكم القضائي.

---

(٣٠) C.E.23.oct.1988 banque de france.c/Huberschwiller.Rec Note Baptiste, p.603.

(٣١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٥٥/١١/٥ مجموعة العشر سنوات ص ١١٩١.

المبحث الثالث
القضاء الإداري وتقديره لملاءمة أعمال الإدارة

القاضي الإداري مهمته الأساسية عندما ترفع إليه دعوى يتأكد من التزام الإدارة بتطبيقها للقانون. أي التأكد من مدى مطابقة القرارات الإدارية للقانون، دون التعدي على مجالات التقدير والملاءمة التي تتركها القوانين للإدارة تعمل فيها سلطتها بحرية واستقلال. هذه السلطة التي تملكها الإدارة في التقدير هي ما تسمى بالسلطة التقديرية، كما أن تقديرها الحر واتخاذها لعملها في مناسبات معينة هو ما يسمى بالملاءمة.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن: "نشاط القضاء الإداري في وزنه للقرارات الإدارية ينبغي أن يقف عند حد المشروعية أو عدمها في نطاق الرقابة القانونية، فلا يجاوزها إلى وزن مناسبات القرار وغير ذلك مما يدخل نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الإدارة بغير معقب عليها فيها" (٣٢).

وتقوم المقابلة عادة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، حيث إنه في الأولى يخول القانون الإدارة سلطة في تقدير عملها، أما في الثانية فتتقيد سلطة الإدارة بقاعدة آمرة تتقيد بها الإدارة.

كما تقوم المقارنة بين الملاءمة والمشروعية، باعتبار أن الملاءمة لا تمتد إليها رقابة القاضي، ويكون التقدير فيها للإدارة خالصاً دون رقابة عليها من القاضي، بينما تخضع المشروعية للرقابة ويسلط عليها القاضي حكم القانون للتعرف على مدى مشروعيتها.

وسنتعرض في المطلبين التاليين إلى السلطة المقيدة والسلطة التقديرية أولاً، ثم إلى مبدأ المشروعية والملاءمة، ومن خلال هذين المطلبين نستوضح

---

(٣٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي، مشكلة استبعاد المشرع بعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري، الحلقة الدرامية الأولى – المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية ٢٣ – ٢٧ أكتوبر ١٩٦٠ – القاهرة ص ٣١٤.

عناصر الملاءمة التي يمتنع القاضي – احتراماً للسلطة التقديرية للإدارة – ارتيادها ويلتزم بالوقوف عند مشارفها.

المطلب الأول

السلطة التقديرية والسلطة المقيدة وموقف القاضي الإداري منهما

أولاً – السلطة التقديرية:

في معظم الدول الديمقراطية، استقر المبدأ على خضوع الإدارة لرقابة القضاء، غير أن مستلزمات المصلحة العامة قد قضت بالتخفيف من صرامة هذا المبدأ. فالرقابة القضائية تستهدف حماية الحريات الفردية، ولكن حماية الحرية الفردية يجب ألا تحجب عن الأبصار حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن الإدارة، ذلك أنه إذا كان من اللازم تجنب استبداد الإدارة L'arbitraire administratif فيجب ألا يؤدي ذلك بنا إلى أن نغلَّ أيدي رجالها، ونكبت فيهم روح الابتكار، ولهذا أقر المشرع للإدارة قدراً من الحرية يتمثل خاصة في السلطة التقديرية Le pouvoir discritionnaire وهي تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد والقضاء، لتختار – في حدود الصالح العام – وقت تدخلها ووسيلة التدخل(٣٣).

ومن الأمثلة التي يسوقها الفقه الفرنسي للسلطة التقديرية حالة منح الأوسمة؛ إذ تستقل السلطة التنفيذية وحدها بحرية تقدير ما إذا كان أحد الأفراد يستحق التكريم بمنحه الأوسمة المقررة. كما يمكن أن تقوم الإدارة بترقية موظفين بالاختيار دون أن يقوم المشرع بضبطها بضوابط وقواعد معينة، حيث تستقل الإدارة بتقديرها. وحالة الترخيص للأجانب بالإقامة المؤقتة، حيث تستقل الإدارة في تقدير مناسباتها بسلطة مطلقة في حدود ما تراه متفقاً مع المصلحة العامة، إذ الإقامة العابرة لا تعدو أن تكون صلة وقتية عابرة سمحت بها الإدارة(٣٤). أو

(٣٣) قرار المحكمة العليا – الغرفة الإدارية.

(٣٤) فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة العدد ١ - ٢٠٠٣ ص ٣٧.

تتمثل في سلطة رئيس الجمهورية بمنح العفو أو بمنح وسام، أو اختيار طريقة تسيير المرافق العمومية، أو إنشاء أو تعديل سلك من أسلاك الموظفين[٣٥]. ومن أمثلة سلطة الإدارة التقديرية سلطتها في تقدير الكفاءة العلمية لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات كشرط لازم للترقية. غير أنه – في رأينا – يجب وضع مقاييس مسبقة معتمدة من اللجنة العلمية لترقية الأساتذة؛ لأن المعايير غير المحددة جعلت هذه اللجان تلجأ إلى وضع معايير وفق المنهاج الذي تراه، كما أن الإدارة تلجأ – في كل مرة – إلى تشكيل لجان لترقية الأساتذة، وهذه اللجان غالباً ما تكون مشكلة وفقاً لهوى ومعايير الإدارة المركزية، وهذا قد يلحق ظلماً وحيفاً بأعضاء هيئة التدريس، وقد يرقّى من لا يستحق الترقية ويحرم منها من يستحقها.

كما أنه يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة تحويل مدرسة ابتدائية إلى تكميلية، وعلى هذا فإن مبدأ السلطة التقديرية للإدارة يجعلها بمنأى عن رقابة القاضي الإداري.

ثانياً – السلطة المقيدة :

ويتحدد قيام السلطة المقيدة بوجود قاعدة قانونية آمرة، تلزم الإدارة باتخاذ قرار معين، فالقانون هنا هو الذي يأمر الإدارة بالتصرف، ويرسم لها – مقدماً – السلوك الواجب عليها اتباعه في هذا الشأن إذا ما تحققت الشروط الواجب توافرها لإمكان مباشرة العمل الإداري.

فإذا عمل القانون على تقييد حرية الإدارة في التصرف بأن ألزمها – إذا ما تحققت ظروف معينة – بوجوب العمل على نحو معين تكفل ببيان أوضاعه، فلا يجوز للإدارة – والحالة هذه – أن تمتنع عن العمل أو أن تعمل على خلاف ما بينه القانون. وإذا كان القانون يضع القيود على سلطة الإدارة فإنه يدخل في

(٣٥) الدكتور سعد عصفور، الدكتور محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق ص ٦٠ وما بعدها.

مفهوم ذلك ما يقرره القاضي الإداري كذلك على نشاط الإدارة من قيود، ويقوم القاضي الإداري بوضع الشروط التي تقيد من نشاط الإدارة في حالة سكوت التشريع عن ذلك، مستنداً في ذلك إلى تفسير إرادة المشرع، وهو ما يجوز للقاضي أن يقوم به طبقاً لما تمليه المبادئ العامة(٣٦).

فالقرارات التي تصدر في حدود السلطة المقيدة للإدارة تنفيذاً لأحكام القوانين واللوائح التي تحدد حقوق الأفراد وواجباتهم "إن اختصاص الإدارة في هذا الشأن هو اختصاص مقيد competence Liee ومن ثم فليس لها أن تترخص في الموضوع بسلطة تقديرية فتمنح الحق أو تنشئه أو تعدل المركز القانوني أو تلغيه، وإنما تنزل على حكم القانون فيما عساه يصدر منها من إجراءات أو قرارات(٣٧). وعلى هذا ينظر القاضي الإداري إلى تلك الإجراءات والقرارات على اعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاص الإدارة.

وعلى هذا قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في ٢٨ فيفري سنة ١٩٥٦ أن شهادة الإعفاء من الخدمة العسكرية لا تعتبر قرارا إدارياً(٣٨). وفي حكم صدر في ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ قضت محكمة القضاء الإداري باعتبار الخطاب الذي يوجه إلى الإدارة المختصة بخصم مبلغ معين من موظف شهرياً عن المدة التي تقاضى فيها هذا المبلغ زيادة عن استحقاقه لا

(٣٦) قرار الغرفة الإدارية المحكمة العليا المجلة القضائية العدد ٤ – ١٩٩٣ الجزائر ص ١٧٧، وقد جاء في القرار الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٦/١٨ "أن إدارة التجنيد أعفت الطاعن من الخدمة الوطنية خطأ وبررت خطأها بأنها أخلطت بينه وبين شخص آخر مولود في نفس اليوم ويحمل نفس الاسم وأن تراجعها على قرار الإعفاء والاحتجاج بخطأ مرتكب من قبلها بعد ثماني سنوات يعد تجاوزاً للسلطة.

(٣٧) مجموعة المبادئ القانونية - محكمة القضاء الإداري – السنة ١٠، ص ٢٣١ حكم رقم ٢٤٣.

(٣٨) مجموعة المبادئ القانونية - محكمة القضاء الإداري – السنة ١٠، ص ٢٠ حكم رقم ٢٠.

يعتبر قراراً إدارياً، وأنه لا يعدو أن يكون إجراء مادياً[٣٩]. وفي حكم صدر في ١٥ ماي سنة ١٩٥٢ قرر القضاء المصري صراحة إن مثل هذه القرارات لا تعتبر قرارات إدارية منشئة لمراكز قانونية، وإنما تعتبر مجرد قرارات تنفيذية لا تخضع للأحكام التي تسري على القرارات الإدارية[٤٠].

ويرى البعض من الفقهاء[٤١]، أن القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة في حدود سلطتها المقيدة تطبيقاً لنص قانوني عام تعتبر قرارات إدارية تسري عليها الأحكام العامة للقرارات الإدارية، بمعنى أنها تنشئ الحقوق والواجبات للأفراد أو للموظفين، وأن الآثار التي تترتب عليها تبقى قائمة ما دام أنها لم تلغ بحكم قضائي أو لم يصدر قرار إداري آخر بإلغائها أو سحبها، غير أن القضاء في مصر ما لبث وأن تحول وقرر أن الحصول على شهادة الإعفاء يكتسب الحق في الإعفاء بصفة نهائية ولو كان الإعفاء مخالفاً للقانون، وهذا عكس ما ذهب إليه القضاء في أحكامه السابقة من أن شهادة الإعفاء لا تكسب حقاً في الإعفاء؛ لأنها مجرد إجراء مادي كاشف عن الحق، وهذا ما طبقه القاضي الإداري في الجزائر في القرار الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٦/١٨ عن الغرفة

(٣٩) مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري السنة ٦ ص ١٠٠٨ حكم ٣٨٩، وقد جاء في هذا الحكم ما يلي: "يشترط لصحة الاستناد إلى الحصانة التي تكتسبها القرارات الإدارية بفوات مواعيد طلب إلغائها أن تكون تلك القرارات منشئة لمراكز قانونية لأصحاب الشأن فيها، صادر عن السلطة التقديرية المخولة للجهات الإدارية بمقتضى القانون. أما إذا كانت تلك القرارات ليست إلا تطبيقا لقواعد آمرة تنعدم فيها سلطتها التقديرية من حيث المنح أو الحرمان فإنه لا يكون ثمة قرار إداري منشئ لمركز قانوني، وإنما يكون القرار مجرد تنفيذ وتقرير للحق الذي يستمده الموظف من القانون مباشرة".

(٤٠) الدكتور محمد فؤاد مهنا، القرار الإداري في القانون الإداري المصري والفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية السنة السابعة ١٩٥٩ ص ٥٧.

(٤١) الدكتور محمد فؤاد مهنا، القرار الإداري في القانون الإداري المصري والفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية السنة السابعة مطبعة جامعة الإسكندرية ١٩٥٩ ص ٦٠ وما بعدها.

الإدارية. والأثر الذي يترتب على القرارات التي تتخذها الإدارة تطبيقاً لنصوص قانونية أو لائحية عامة تحدث أثراً قانونياً مؤكداً، بل أنها هي التي تنشئ الحق بالنسبة لصاحب المصلحة أو تنشئ له المركز القانوني الذاتي، أما النصوص القانونية أو اللائحية العامة فلا تنشئ الحق لفرد بذاته، ولا تنشئ مركزاً قانونياً ذاتياً وإنما تنشئ مراكز قانونية عامة فقط.

وبدون شك أن تقييد سلطة الإدارة يمثل ضمانة أساسية لحريات الأفراد ومراكزهم القانونية، إذ كلما قيد القانون الإدارة في استخدام سلطتها كلما آمن الأفراد من تعسف الإدارة؛ لأن تعنتها غير مأمون الجانب، وكلما أفسح لها في الحرية، كلما انفتح الباب للتعسف والانحراف. ومن أمثلة أحوال السلطة المقيدة(٤٢). ما يقضي به القانون من ترقية الموظف إلى الدرجة التالية إذا أمضى في درجته مدة محددة سلفاً، وإعفاء المواطن من التجنيد متى وجد في حالة من الحالات الاجتماعية التي حددها القانون كأن يكون وحيد أبويه، والقيد في نقابة المحامين متى استوفى الطالب الشروط القانونية المطلوبة. ففي هذه الحالات، تلتزم الإدارة بإجراء الترقية وبالإعفاء من التجنيد وبالقيد في الجدول، متى توافرت شروطها المحددة قانوناً دون أن تملك في ذلك حرية في التقدير أو الاختيار، على أن تقييد سلطة الإدارة بالقواعد الآمرة، لا يعني القضاء على كل احتمال لإصدار قرارات غير مشروعة، إذ أن مخالفة الإدارة للقانون وخروجها على أحكامه ممكنة دائما، وغاية الأمر أن الكشف عن هذه المخالفة يكون في

(٤٢) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٣/١٠/٨، المجلة القضائية العدد ٣ – ١٩٨٩ ص ١٩٠، وقد جاء في حيثيات هذا القرار: "حيث إنه ليس من سلطات الرئيس أو المجلس الشعبي الحلول محل الجهة القضائية والبت في قضية من قضايا الملكية أو شغل مكان ما يخص المواطنين إذ أن دورها يجب أن لا يتعدى في تحقيق المصالحة بين الطرفين حيث إن القرار المتخذ بالتالي على النحو السابق عرضه مشوب بعيب تجاوز السلطة الواضح ويستوجب من أجل هذا البطلان". – فريدة أبركان رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة العدد ١ – ٢٠٠٣ ص ٣٩.

هذه الحالات سهلاً ميسوراً، وما على ذوي الشأن إلا إثبات توافر الشروط التي تطلبها القانون، دون أن يكون للإدارة رد الدعوى بالتعلل بحريتها في التقدير، أو التستر وراء سلطتها في الترخص ووزن الملاءمة. ومما ينبغي الإشارة هنا إليه هو أنه ليس للإدارة في حالة السلطة المقيدة، أي حظ من الحرية في تقدير إصدار القرار متى توافرت أسبابه الموجبة لإصداره.

لهذا فإن المشرع عندما ألزم الإدارة بإصدار قرارها في ضوء الغرض المحدد الذي يبغي تحقيقه، والذي يقرر أنه يتحقق حتماً بإصدار القرار متى توافرت تلك الحالات.

ثالثاً – القاضي الإداري بين السلطة التقديرية وتقييد الإدارة:

إن الاختلاف بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد للإدارة يتمثل في مدى إطلاق حرية الإدارة أو تقييدها في مباشرة نشاطها الإداري، فإذا توافرت الحرية للإدارة ظهرت سلطتها التقديرية، أما إذا وردت قيود تحد من حرية الإدارة في عملها كان اختصاصها مقيداً ولا يجوز لها أن تحل محل القاضي(٤٣). وبدون شك أن حرية التقدير للإدارة وتزويدها بهذه السلطة يعمل على غرس روح الابتكار والنشاط الذي يؤدي إلى الارتقاء بالوظيفة الإدارية. غير أن إطلاق يد الإدارة وتزويدها بحرية كبيرة قد يخشى معه تجاوز الإدارة حدود سلطتها، وهذا يؤدي بها إلى الاعتداء على حقوق الأفراد، كما وأن تقييد حرية الإدارة وسلطتها إلى حد كبير يعمل على قتل روح الابتكار وإلى كبت الإبداع لدى الموظفين الإداريين، الأمر الذي يجعل من الإدارة مجرد آلة صماء لا روح فيها، تقتصر مهمتها على مجرد تنفيذ وتطبيق ما أمرها به القانون(٤٤).

---

(٤٣) الدكتور سعد عصفور، الدكتور محسن خليل، مرجع سابق ص ٩١.
الدكتور سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري فضاء الإلغاء دار الفكر العربي – القاهرة ١٩٦٧ ص ٥٠.

(٤٤) الدكتور أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ديوان المطبوعات الجامعية ص ٣٢٢.

إن للإدارة إمكانية الاختيار بين عدة إمكانيات في سبيل المصلحة العامة، والقانون الذي يتضمن نصاً عاماً لا يستطيع أن يرى مسبقاً كل العناصر الملموسة التي ستظهر حيز التطبيق، لهذا يجب أن يترك للسلطات الإدارية هامش للمناورة حسب القانون، ومهما كان الهامش عريضاً فإنه يجب عدم الخلط بينه وبين السلطة التي لا ترتبط بنص(٤٥).

غير أن القاضي الإداري أثناء نظره لأعمال الإدارة من الناحية القانونية فإنه يراعي السلطة التقديرية للإدارة من جهة ويراعي السلطة المقيدة من جهة أخرى مثل سلطة الإدارة في الترقية فإنها مقيدة بضرورة وجود وظائف خالية للترقية إليها، ولكن خلو هذه الوظائف لا يلزمها بإجراء الترقية وإنما تستطيع إرجاءها إلى الوقت الذي تراه مناسباً، كذلك فإن سلطتها في نزع الملكية مقيدة بقيام منفعة عامة(٤٦). ولكن قيام هذه المنفعة لا يلزمها بضرورة اتخاذ تدابير نزع الملكية، وهي حرة في تقدير ملاءمة التصرف في الوقت المناسب.

المطلب الثاني
القاضي الإداري بين المشروعية والملاءمة

ينص القانون في ميدان الاختصاص المقيد على الشروط التي يقيد بها سلطة الإدارة في ممارسة اختصاصها. ويكون للقاضي الإداري في هذه الحالة أن يراقب مدى مشروعية نشاط الإدارة بحيث إذا تبين له عدم احترام القانون من طرف الإدارة، أي مخالفة الإدارة للقوانين التي يجب أن تعمل في إطارها قام

(٤٥) قرار المحكمة العليا الغرفة الإدارية بتاريخ ١٩٨٤/٠٥/٢٦ قضية (ز، ب) ضد (والي ولاية البليدة، وزير الداخلية) "من المقرر قانوناً أن المجلس الشعبي الولائي، مطالب بإبداء رأيه قبل التصريح بالمنفعة العمومية، ومن ثم فإن قرار والي الولاية المصرح بالمنفعة العمومية، الذي لم يشر فيه إلى ما يفيد طلب أو صدور هذا الرأي يكون باطلاً ولا أثر له". منشور بالمجلة القضائية العدد الرابع ١٩٨٩ ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٤٦) الدكتور سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي – القاهرة ١٦٧ ص ٤٩.

بإبطال أعمالها، أي أن دور القاضي الإداري هو التحقق من أعمال الإدارة والتأكد من مراعاتها للقانون.

غير أن القاضي لا يتدخل من تلقاء نفسه، بل لابد من دعوى يحركها ذو المصلحة والاختصاص، بعكس رجل الإدارة فإنه بإمكانه أن يمارس رقابته على مرؤوسيه من تلقاء نفسه أو بواسطة شكوى تقدم له من طرف المتظلم.

كما أن القاضي الإداري تكون رقابته على أعمال الإدارة رقابة مشروعية Legalite، ورجل الإدارة بإمكانه ممارسة الرقابة الإدارية التي تتناول المشروعية والملاءمة معاً، في حدود القواعد التي تحكم استقرار القرارات الإدارية المشروعة، والقاضي الإداري بإمكانه الحكم بسلامة التصرف المشكو منه أو بعدم سلامته، وإذا تبين له عدم سلامة التصرف فإنه يحكم بإبطاله، أما الرقابة الإدارية فإنها تنتهي إلى تعديل التصرف المعيب أو غير الملائم Modification ou reformation أو إلى استبداله، والقاضي الإداري ملزم بالفصل في جميع الدعاوى المرفوعة إليه ولا يستطيع أن يمتنع عن نظرها وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة، أما الإدارة فإنها ليست ملزمة بالرد على التظلمات التي يرفعها إليها الأفراد إلا إذا ألزمها القانون بذلك[٤٧]. فكلما اتسعت حدود المشروعية في القرار، ضاقت حدود الملاءمة، وكلما ضاقت حدود الملاءمة اتسعت حدود المشروعية، ويرتبط بذلك كله رقابة القاضي التي تمتد وتنكمش تبعاً لاتساع

(٤٧) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٦/١٥ قضية (ف، ب، ع) ضد (وزير التربية الوطنية ومدير التربية والثقافة لولاية الجزائر) وقد جاء في حيثيات هذا القرار مايلي "حيث إن المادة ١٨ الفقرة ٢ من المرسوم رقم ٣٠٢ – ٦٨ المؤرخ في ٣٠ ماي ١٩٦٨ تنص على أن وزير التربية الوطنية هو الذي ينطق بعقوبات الدرجة الأولى دون نشر.
حيث إن عقوبة التوبيخ المسلطة على المعنية، داخلة ضمن عقوبات الدرجة الأولى المنصوص عليها في المادة ٥٥ من القانون الأساسي للوظيف العمومي.
حيث إن القرار المطعون فيه الصادر عن نائب مدير التربية لولاية الجزائر متخذ من طرف سلطة إدارية غير مختصة".

وضيق حدود المشروعية(٤٨). وتبدأ هذه الرقابة في كل الأحوال من حيث تبدأ حدود المشروعية، وتنتهي من حيث تبدأ الملاءمة.

ولقد عمل القضاء الإداري الفرنسي في أحكام عديدة على فرض رقابته على مسلك الإدارة في تقديرها لظروف ومناسبات إصدار القرارات الإدارية خاصة حينما تتدخل الإدارة لتقييد الحريات العامة في مجال البوليس الإداري، ومثال ذلك إذا قامت الإدارة بفض اجتماع عام بحجة أن انعقاده يؤدي إلى وقوع اضطرابات جسيمة. في هذه الحالة يمكن للقاضي الإداري أن يقوم بفحص ما إذا كان فض هذا الاجتماع يتناسب حقيقة مع الظروف المادية التي دفعت الإدارة إلى ذلك، بمعنى ما إذا كانت الاضطرابات التي ادعتها الإدارة تتناسب في جسامتها وخطورتها مع قرارها القاضي بفض هذا الاجتماع، فإذا ما تبين للقاضي الإداري عدم مناسبة قرار الإدارة مع الأسباب، قضى بإبطال القرار لعدم المشروعية(٤٩). وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة عندما تكون مزودة بسلطة تقدير لاتخاذ هذا التدبير الفردي أو رفضه لا تستطيع أن تقيد صلاحياتها الخاصة إلا بوضع نظام معد ومحدد مسبقاً عن طريق تعليمات يتم بموجبها إجراء تفحص الوضعيات الفردية على ألا تضيف أي شرط جديد إلى الشروط المنصوص عليها في القانون، وألا تحدد أو تلغي سلطة التقدير التي أناطها بها القانون(٥٠).

---

(٤٨) الدكتور سعد عصفور، الدكتور محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق ص ٩٥.

(٤٩) جورج فودال، بيار لقولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي ٢٠٠١ ص ٢٢٩.

(٥٠) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٥/٢٦، قضية أ. ل. خ ضد (وزير الخارجية) المجلة القضائية العدد ٤ – ١٩٨٤ الجزائر ص ٢١٥ ومما جاء فيه "متى كان من الثابت من المبادئ المعمول بها أن القرارات الفردية الضارة بالأفراد لا تطبق في حقهم بأثر رجعي وإنما تطبق ابتداء من تاريخ قرار التصريح بالعقوبة، ومن ثم فإن القرار الإداري الذي يقضي بعقوبة تأديبية خلافاً لما ورد في أحكام هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون إذا كان الثابت في قضية الحال أن وزير الخارجية للشؤون الخارجية أصدر بتاريخ ١٩٨٢/٤/١ قراراً يتضمن عزل موظف =

ونستعرض فيما يلي مجالات الملاءمة والمتمثلة في الشكل والسبب والمحل.

١ – الملاءمة وعنصر الشكل :

قد ينص القانون على اتباع إجراءات معينة يجب على الإدارة أن تتقيد بضرورة احترامها(٥١). ولأهمية الشكل فإن القاعدة المستقرة تقضي بأن مخالفة تلك القواعد يستتبع بطلان التصرف دون حاجة إلى النص على ذلك صراحة(٥٢). وإذا كانت القاعدة أن مخالفة الشكل والإجراءات تؤدي إلى بطلان القرار الإداري لافتراض أن هذه الشكليات تمثل ضمانة للأفراد وتكون مخالفتها إخلالاً بهذه الضمانة، فإن مجلس الدولة قد لطَّف من حدة هذه القاعدة فلم يعملها على إطلاقها، حتى لا يغرق الإدارة في خضم الشكليات.

ويتعلق العيب في الشكل بمضمون العمل المطعون فيه، على سبيل المثال عدم ذكر الأسباب التي بني عليها القرار، التي يفرض القانون أن يكون معللاً(٥٣).

= بأثر رجعي ونص فيه على سريان مفعوله ابتداء من: ١٩٨٩/١١/٢٠، في حين أن هذا الموظف كان قد استمر في تأدية وظائفه برضى رؤسائه، وكان من المتعين على الأقل اللجوء إلى إجراء توقيف هذا الموظف بدل عزله".

(٥١) perlia (G),le vice de forme et le controle de la legalite Des Actes Administratifs,R.D.P.1940.p 370

مشار إليه في مؤلف الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق ص ٧٨٣،هامش ٣.

(٥٢) قد يشترط القانون تسبيب بعض القرارات الإدارية، وهنا يصبح التسبيب شكلاً أساسياً في القرار يترتب على إهماله بطلانه، أما إذا لم يلزم المشرع الإدارة بذلك فليس عليها حرج في أن تخفي تلك الأسباب.

(٥٣) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١/٣ قضية (ق، أ) ضد (مدير الجمارك) المجلة القضائية العدد ٣، ١٩٨٩، ص ٢٢٢ "متى كان من المستقر عليه قضاء أنه يعتبر اللجان التأديبية مجرد هيئة استشارية فإن الآراء الصادرة عنها لا تدخل ضمن تعريف القرار الإداري، وأن القرار الذي يتخذ لاحقاً بناء لهذا الرأي هو وحده الذي يكون محلاً للطعن بالبطلان".

كما قد يتعلق العيب في الإجراء كما يدل اسمه على ذلك، مثلاً عقوبة تأديبية فرضت بدون أخذ رأي لجنة تأديبية في حين أن استشارتها إلزامية(٥٤).

وقواعد الإجراء لها مصدران: إما النصوص القانونية أو التنظيمية الخاصة بإحالة بعض الموظفين أمام المجلس التأديبي بالنسبة إلى بعض العقوبات، وإما مبادئ قانونية عامة تفرض على الإدارة اتباعها اتخاذ بعض القرارات.

غير أنه يجب التفرقة بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية، فالحياة الإدارية تصبح مستحيلة إذا أدى إغفال الشكلية إلى إبطال العمل، ولهذا يمكن للقاضي الإداري التحقق ما هو جوهري وما هو غير ذلك. فيمكن اعتبار ما هو جوهري كل شكل يمكن أن يغير إنجازه معنى القرار المطعون فيه. وتكون أشكالاً غير جوهرية الأشكال المفروضة لحماية حقوق المواطنين(٥٥).

وهكذا يواجه القاضي الإداري عنصر الشكل في القرار بواسطة سلطة مقيدة أحياناً وتقديرية أحياناً أخرى، وبالتالي تتأثر سلطة القاضي الإداري من حيث رقابة أعمال الإدارة المشروعة، وتنحصر في دائرة الملاءمة باعتبارها من إطلاقات الإدارة، تعمل فيها تقديرها بحرية واستقلال، بعيداً عن رقابة القضاء.

٢ – الملاءمة وعنصر السبب:

يعتبر ركن السبب في القرار الإداري من العناصر الأساسية التي تخضع لرقابة القاضي الإداري، وحتى لا تختلط علينا الدراسة في هذه المقالة فإننا

---

(٥٤) جورج قودال، بيار دلقولفيه، القانون الإداري، مرجع سابق ص ٢٣٢.

(٥٥) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٤/١٢/٢٩ المجلة القضائية العدد ٤ - ١٩٨٩ ص ٢٢٧، وقد جاء في القرار مايلي: متى كان من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للإدارة رفض تسليم جواز سفر أو رفض تمديد أجله للمواطنين الجزائريين إذا ما رأت تنقلهم إلى الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام، وهذا دون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها ودون أن يكون تقديرها هذا قابلا للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة، غير أنه إذا سببت الإدارة رفضها بتطبيق أحكام المادة ١١ من الأمر رقم ١/٧٧ الصادر في ١٩٧٠/١/٢٣ فإن عليها أن تلتزم بالتطبيق القانوني الصحيح لنص هذه المادة وإلا تعرض قرارها للإبطال.

نحاول أن نعرض باختصار وإيجاز لفكرة السبب في حالات السلطة المقيدة أولاً، ثم في حالات السلطة التقديرية ثانياً.

أولاً – حالات السلطة المقيدة والسبب: هنا يقيد القانون من سلطة الإدارة، ويلزمها بعدم اتخاذ قرارها إلا إذا قامت الأسباب التي نص عليها. وهنا يتدخل القاضي للتحقق من صحة الأسباب باعتباره يمكنه مراقبة المشروعية.

أما أهمية الأسباب ومدى تناسبها مع القرار الصادر عن الإدارة فالأصل ألا يتدخل القاضي في تقديرها باعتبارها من عناصر الملاءمة المتروكة لسلطة الإدارة التقديرية، إلا إذا نص القانون على أهمية الأسباب باعتبارها شرطاً من شروط المشروعية فحينئذ تمتد الرقابة إلى هذه الأهمية(٥٦).

لذلك فإن المشرع في فرنسا يلزم الإدارة –بالنسبة لكثير من القرارات – أن تعلن فيها عن أسباب تدخلها، ليسهل على مجلس الدولة مهمة رقابتها، وقد يستشف القاضي الإداري غرض الإدارة من خلال المناقشات التي تدور داخل المجالس التي لها إصدار القرارات، كإصدار قرار يرمي بالإضرار بالملاك وحرمانهم من الاستفادة من تحصيل مبالغ من السياح الذين يأتون لزيارة الجبل السياحي الذي يسكنه هؤلاء المُلاك، وليس هدف الإدارة المحافظة على الطريق(٥٧).

كما أن مبدأ الحريات الفردية لا يملك أن يقيدها رجل الإدارة إلا بموجب تشريع، وهذا يسهل رقابة القاضي الإداري، وقد أقر مجلس الدولة المصري هذا المبدأ بحكمه الصادر في ١٢ جانفي ١٩٥٣ بقوله: "إن حق التنقل فرع من الحرية الشخصية للفرد، ولا يجوز مصادرته ولا مناهضته دون مسوغ أو تقييده بلا مقتضى" إن الحرية حق مقرر لا يجوز الحد منه أو انتقاصه إلا لمصلحة عامة في حدود القوانين واللوائح ودون تعسف أو انحراف في استعمال السلطة،

---

(٥٦) C.E 26 janvier 1900. Rec.p.5.

(٥٧) حكم مجلس الدولة المصري ١٢ جانفي ١٩٥٣ مشار إليه الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري الكتاب الأول قضاء الإلغاء مرجع سابق ص ٨٤٦.

وقد كفلتها دساتير العالم أجمع وقررت لها من الضمانات ما تسمو بها عن تجاوز السلطة، وتبتعد عن التعسف، وتكفل لأبناء البلاد جميعاً تمتعهم بحقوقهم الفردية، وهي لا تتقبل من القيود إلا ما كان يهدف منها للخير المشترك للكافة ورعاية الصالح العام(٥٨). كما أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون من المبادئ العامة التي تتقيد بها الإدارة، ومن حق القاضي الإداري مراقبتها وله أن يلغي قرار الإدارة الذي يصدر بالمخالفة لهذا المبدأ.

إن تقدير أهمية الأسباب ومدى تناسبها مع القرار، هو بحسب الأصل من الملاءمات التي تخضع للإدارة وتقديرها، غير أنه يحق للقاضي الإداري التأكد من الأسباب التي بنت عليها الإدارة قراراتها للتأكد من موافقتها للقانون، وإلا اعتبرت هذه القرارات مبنية على أسباب غير مشروعة، يحق للقاضي الإداري بسط رقابته، والأصل أن كل قرار إداري يجب أن يقوم على سبب مشروع، وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري بقوله: "من المبادئ المقررة أن للقرار الإداري إذا لم يشتمل على ذكر الأسباب التي استند إليها يفترض أنه صدر وفقاً للقانون".

يتضح أن القاضي الإداري يراقب أعمال الإدارة عن طريق السلطات المقيدة للإدارة التي أوردها القانون إلى جانب سلطات مقيدة ابتدعها القاضي الإداري نفسه.

ثانياً – حالات السلطة التقديرية والسبب: من المفروض في هذه الحالات أن الإدارة غير مقيدة باتباع أساليب محددة تبني عليها قراراتها، كما هو الحال في حالات السلطة المقيدة، بل ترك المشرع للإدارة السلطة التقديرية لاتخاذ قراراتها كلما رأت ضرورة لذلك، وهنا لا يمكن الوقوف على الأسباب التي استندت إليها الإدارة إلا إذا هي أفصحت عنها ودلت عليها، فإن أخفت الإدارة هذه الأسباب فتعد قرينة قضائية على صحة الأسباب التي يقوم عليها القرار.

(٥٨) حكم المحكمة الإدارية المصرية في ١٩٥٣/٢/٢٥، مشار إليه في الدكتور السيد محمد إبراهيم، مرجع سابق ص ١٢١.

أما إذا أفصحت الإدارة عن أسباب قرارها، إما نزولاً على نص قانوني آمر يلزمها بالتسبيب، وإما طواعية واختياراً باعتبار أنها غير ملزمة بذلك، فتذكر تلك الأسباب إما في صلب القرار أو في المذكرات الملحقة به، فقد استقر القضاء على أنه: "وإن كانت الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قرارها إلا حيث يوجب عليها القانون ذلك، إلا أنها متى ذكرت أسباباً فإن هذه الأسباب – ولو في غير الحالات التي يوجب القانون ذكر أسباب فيها – تكون خاضعة لرقابة المحكمة؛ للتعرف على مدى صحتها من الوجهة الواقعية، ومن جهة مطابقتها للقانون نصاً وروحاً، فإذا استبان أنها غير صحيحة واقعاً أو أنها تنطوي على مخالفة للقانون. كان القرار معيباً حقيقياً بالإلغاء لانعدام الأساس الذي يجب أن يقوم عليه أو لفساده"[٥٩].

وهنا يتضح أن المشرع إذا أوجب على الإدارة الإفصاح عن أسباب تدخلها فبإمكان القاضي الإداري أن يتدخل لمراقبة تصرفات الإدارة، ويتجلى ذلك في القرارات الإدارية المتعلقة بترقية وتعيين أو تأديب فئة معينة من الموظفين أو منح رخصة[٦٠] أو فرض قيود على بعض الحريات العامة[٦١]. فمن صور الرقابة على صحة الأسباب ما قضى به، أن فصل موظف لاعتناقه المبادئ الهادمة وقت أن كان طالباً يجعل القرار باطلاً مادام قد قام الدليل على استقامته بعد الوظيفة[٦٢]. كما أن مجرد كبر السن مادام الموظف لم يصل إلى سن التقاعد، لا يصلح سبباً لفصل الموظف، وكذلك الشأن إذا استند القرار في الأسباب إلى استطالة مدى خدمة الموظف[٦٣]. والأصل كما سبق لنا القول أن كل قرار إداري يبنى على سبب مشروع، ويكفي لقيامه سبب واحد، بمعنى أنه إذا تذرعت الإدارة في إصدار قرار معين بعدة أسباب وتبين أن بعض هذه

(٥٩) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٩/٢/٢٥، المجلة القضائية العدد ٢ – ١٩٩١، ص ١٥٦.

(٦٠) الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرار ١٩٨٩/١٢/٢٩ ص ٢٧٧.

(٦١) حكم المحكمة الإدارية العليا ٢٣/ماي ١٩٥٩ السنة الرابعة ص ١٣١٥.

(٦٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٣ ماي ١٩٦١ السنة ٦ ص ١٠٤٩.

(٦٣) حكم مجلس الدولة المصري الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٤/١٣، مشار إليه الدكتور سليمان محمد الطماوي القضاء الإداري مرجع سابق ص ٩٦٣.

الأسباب غير صحيح، فإن القاضي الإداري لا يلغي القرار لهذا السبب، وبهذا المعنى صدر حكم عن القضاء المصري بتاريخ ١٣/٤/١٩٤٨ بخصوص توقيع عقوبة على أحد الموظفين لاتهامه بعدة جرائم تأديبية، ثبتت صحة بعضها، فإذا كان: "ما جاء في أسباب القرار خاصاً بإحدى التهم غير سليم قانوناً، فإن ذلك لا يؤثر في سلامة القرار ما دام قد قام على ثبوت التهم الأخرى التي من شأنها أن تبرر النتيجة التي انتهى إليها"(٦٤). وإذا كانت الإدارة تملك إصدار القرار بمجرد قيام السبب الذي يبرر إصداره، فإنه يتعين أن يظل السبب قائماً حتى صدور القرار، بحيث لو زال سبب القرار قبل إصداره، فإنه يمتنع على الإدارة إصداره.

كما أنه إذا أصدرت الإدارة قراراً ثم عدلت عنه بلا سبب معقول، فاتخذت من ذلك دليلاً على التعسف والانحراف، فقد حدث أن وافقت الإدارة على تعيين حارس مع علم الإدارة بقيام أسباب معينة تحيط بهذا التعيين وتغاضت عنها، ثم عادت وفصلته بعد مضي بضعة أشهر(٦٥). كما أن القاضي الإداري بإمكانه أن يخضع قرارات الإدارة إلى الرقابة ويتأكد من سبب صدورها.

والقاضي الإداري بإمكانه أن يقدر صمت الإدارة في ضوء ظروف كل قضية وملابساتها، كما أن له كامل السلطة في أن يقدر الأسباب التي تقدمها الإدارة لتبرير تصرفاتها(٦٦).

---

(٦٤) حكم مجلس الدولة المصري ٦ مايو سنة ١٩٥٣.

(٦٥) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ ١٠/٧/١٩٨٢ المجلة القضائية العدد ١ - ١٩٨٩ ص ٢٣٥ بحيث إن نزع ملكية بقرار إداري يستوجب تبليغه طبقا للأشكال القانونية المستوجبة في التبليغ القضائي إذ يسوغ للإدارة أن تسلك الطريق الإداري.

(٦٦) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٨ ماي ١٩٥٧ وقد جاء في حيثيات هذا الحكم: "من المعلوم أنه في الحالات التي لا يشترط فيها القانون وجوب قيام سبب أو أسباب معينة لإصدار قرار معين، يكون للإدارة الحرية في اختيار ما تشاء من الأسباب التي تراها صالحة لبناء قرارها، فإن هي أفصحت عن سبب قرارها بإرادتها، كان للمحكمة أن تراقب صحة قيام هذا السبب، فإن لم تعلن عن السبب، ولم يكن =

والإدارة تعتبر مستعملة لسلطاتها التقديرية إذا وضعت نفسها في أحسن الظروف التي تكفل لها استعمال هذه السلطة بروح موضوعية وبعيداً عن المؤثرات، فإذا استعملت سلطتها التقديرية خطأ، مفترضة قيام حالة قانونية أو واقعية لا وجود لها، فإن الغرض الذي تسعى إليه لن يتحقق لتخلف أسبابه ودواعيه(٦٧). فإن القاضي الإداري بإمكانه أن يؤكد عمل الإدارة ولا يلغيه إذا ما ثبت له أن القرار الإداري لا بد من صدوره.

= هناك نص يلزمها بالإعلان، ترتب على ذلك استحالة رقابة السبب، ذلك أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اختياره وتقدير ملاءمته، ثم هي تتمتع بسلطة في عدم الإعلان عنه، فالسبب موجود وقائم ولكنه يعيش في كوامن الإدارة، ولذلك فإن هذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة في تقدير الملاءمة أو عدم الإعلان عنه تؤدي إلى انعدام الرقابة القضائية عليه، ولذلك فإن اقتران حرية الإدارة في اختيار السبب برخصتها في عدم التسبيب يؤدي إلى إلغاء التزام الإدارة بضرورة قيام قرارها على سبب وإنما تؤدي إلى خلق نوع من القرينة على صحة القرار، وهذه القرينة لا يهدمها إلا اعتراف مصدر القرار نفسه. أما حيث يقيد القانون سلطة الإدارة، وحيث يلغي كل سلطة تقديرية لها، وذلك بتحديد الوقائع التي يجب أن تبني عليها قرارها، فإن القضاء الإداري يختص برقابة قيام هذه الوقائع وتقديرها، ومفاد ما تقدم أنه إذا لم يسبب القرار، ولم تكن هناك قاعدة تلزم بتسبيبه، فإما أن يكون للإدارة سلطة اختيار السبب وعدم الإعلان عنه، وفي هذه الحالة لا توجد إمكانيات رقابة السبب، ولا تتيسر الرقابة إلا عند تطبيق فكرة الباعث وإساءة استعمال السلطة، وإما أن يكون القانون قد حدد سبباً معيناً وفي هذه الحالة يجب على القاضي إلغاء القرار إذا ما ثبت انعدام هذا السبب. ويخلص من ذلك أن قرينة قيام القرار على سبب صحيح المستمدة من عدم تسبيبه في حالة عدم وجود نص يلزم بالتسبيب هذه القرينة لا تقوم إلا بإزاء القرارات التي تتمتع قبلها الإدارة بسلطة اختيار سببها. أما حيث يقيد القانون سلطة الإدارة في اختيار هذه الأسباب تصبح شرطاً لمشروعية القرار، بحيث يتعين على القاضي رقابتها للتحقق من قيامها ومطابقتها للقانون، ولا يعطل سلطته في هذا الشأن صدور القرار غير مسبب، إذ يكون للمدعي دائماً إثبات انعدام الأسباب". – يراجع: الدكتور سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري، مرجع سابق ص ٩٧٨.

(٦٧) الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، الدار الجامعية بيروت ١٩٩٨ ص ٥١٨.

٣ – الملاءمة والمحل :

يقصد بمحل القرار الإداري، موضوع القرار أو فحواه المتمثل في الآثار القانونية التي يحدثها القرار مباشرة بعد صدوره، وذلك بالتغيير في المراكز القانونية سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء. بمعنى أنه يجب أن يكون لكل تصرف قانوني محل معين، وهو الأثر القانوني الذي يحدثه التصرف مباشرة وذلك بتحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، وهذا المحل هو الذي يميز التصرف القانوني ويبلوره(٦٨). وسلطة القاضي الإداري هنا تكمن، بحيث إن الإدارة تدور سلطتها بين التقدير والتقييد حول ثلاثة عناصر، يمثل العنصر الأول في إصدار القرار أو عدم إصداره، أما الثاني في وقت إصدار القرار، أما الثالث فيتضح في فحوى القرار.

العنصر الأول : إصدار القرار أو عدم إصداره، فقد يقيد القانون سلطة الإدارة ويلزمها بإصدار القرار إذا توافرت أسبابه مثل منح رخصة البناء لكل من استوفى الشروط القانونية، والإعفاء من التجنيد لكل من توافرت فيه حالات الإعفاء، والقيد في نقابة المحامين لكل من توفرت فيه الشروط القانونية، كذلك سلطة الإدارة في إنشاء الوظائف العامة إذا تطلبت ضرورة سير المرفق ذلك، فالإدارة لها سلطة تقدير ذلك، تعملها حسب ما تراه من وجه المصلحة العامة.

العنصر الثاني: وقت اختيار تدخل الإدارة، فهنا تكون مقيدة إذا ألزمها القانون بالتدخل في وقت معين، مثل ترقية كل موظف في الدرجة إذا أمضى مدة ٣ سنوات.

وقد تكون تقديرية إذا أطلقها من كل قيد وتركها حرة في اختيار الوقت الملائم لتدخلها، حتى لو توافرت أسباب الوقت، فتصبح الملاءمة متروكة للإدارة

(٦٨) تتمثل سلطة الإدارة في اختيار وقت إصدار القرار في سلطتها التقديرية في إصدار القرار أو الامتناع عن إصداره، ذلك أنها حين تصدر القرار فإن ذلك يقطع في أنها قدرت المناسبة، وإن هي امتنعت عن إصدار القرار فقد يكون ذلك من بين أسباب امتناعها تقدير لعدم ملاءمة الوقت.

دون أن تخضع لرقابة القاضي الإداري، وعلى ذلك فإن الإدارة مما لها من سلطة تقدير مناسبات القرار الإداري فلها تعيين الوقت الملائم لإصداره دون رقابة القاضي، بشرط ألا يكون القانون قد عين لها ميعاداً يحتم إصدار القرار فيه وإلا كان إصداره بعد فوات الميعاد مخالفاً للقانون(٦٩).

العنصر الثالث : يتمثل في فحوى القرار ومضمونه مالم يقيد القانون – مقدماً – الإدارة باتخاذ قرار معين فإنها تكون حرة في اختيار القرار الذي تراه ملائماً. وملاءمة القرار في هذه الحالة – أي التناسب بين سببه ومحله – هي من عناصر السلطة التقديرية التي لا تخضع لرقابة القضاء.

يتضح لنا من خلال تناولنا لهذا المبحث أن القاعدة في امتناع القاضي الإداري عن تقدير ملائمة أعمال الإدارة هي قاعدة ثابتة، غير أن دائرة تقدير ملاءمة أعمال الإدارة تتفاوت ضيقاً واتساعاً باتجاهات القاضي الإداري في التفسير والتقدير والابتداع، والقاضي الإداري الذي يقدر ملاءمة أعمال الإدارة هو الذي يرسم حدود سلطتها التقديرية(٧٠). وهو جاهد من أجل توسيع وبسط رقابته على أعمال الإدارة دون التدخل في شؤونها الداخلية بإصدار أوامر أو نواهٍ وكأنه أصبح النبراس الذي يسير على خطاه رجل الإدارة.

---

(٦٩) وفي ذلك يقول Waline فالين أن مشكلة السلطة التقديرية ذات وجهين أحدهما: حماية السلطة الإدارية والثاني حماية حقوق الأفراد، ويجب التوفيق بينهما حتى لا تتوارى الحياة الاجتماعية في الفوضى أو الاستبداد.
Waline;Etendue et limites du controle du juge Administratif sur les actes de L'Administration - Conseil d'etat etudes Et doc - 1956 fasc.10. P.25.

(٧٠) الدكتور محمد كامل: نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري – دار الفكر العربي ص ٥٧.

المبحث الرابع
احترام الإدارة لأحكام القضاء الإداري

كما سبق لنا وأن بينا أن القاضي الإداري لا يملك إصدار أوامر أو نواهٍ إلى الإدارة، وإنما سلطته تنحصر في إلغاء القرار الإداري المعيب إذا ما ثبت له عدم مشروعيته.

فالقاضي الإداري من حيث أدائه لأعماله داخل المؤسسة القضائية الحديثة العهد يهدف إلى تحقيق مشروعية عمل الإدارة من خلال معالجته للمنازعات التي تعرض عليه وبالخصوص عن طريق دعوى تجاوز السلطة (Recours pour exces de pouvoir) أو دعوى الإلغاء (Recours en annulation) باعتبارها تهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون، وذلك بقصد البت فيها حسب قرارات تشكل على المدى القصير والبعيد فقهاً وقضاء يكون ركيزة القانون الإداري الجزائري الحديث إلى جانب التعاليق والاجتهادات والتآليف التي ينشرها من حين لآخر أساتذة مختصون في ميدان القانون العام.

فدور القاضي الإداري يهدف إلى تحقيق مشروعية أعمال الإدارة من خلال تطبيقها لمختلف النصوص التشريعية والتنظيمية، ومبدأ المشروعية عندما يصل إليه القاضي الإداري فإنه يجب على الإدارة أن تحترم القاضي وهو يقوم بوظيفته القضائية، وذلك باحترام الأحكام الصادرة منه وتنفيذها، باعتبار أن تنفيذ الأحكام القضائية يضفي على الدولة هيبتها ومصداقيتها، والتنفيذ خصيصة لصيقة بالأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه(٧١). وبدون التنفيذ تبقى هذه الأحكام مجرد حروف ميتة وعملاً ذهنياً قام القاضي الإداري باعتصار جهده لإظهار الحقيقة القانونية، دون أثر فعلي في تغيير الحقيقة الواقعية.

---

(٧١) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية العدد ٣ – ١٩٨٩ الجزائر ص ٢٠٥، وقد اعتبر القرار أنه: "متى صدر قرار قضائي فصلاً في طعن من أجل تجاوز السلطة ونطق ببطلان جزئي أو كلي للقرار الإداري اكتسب الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، فإنه يتعين على الإدارة تجنب اتخاذ قرار آخر يتناول الأطراف نفسها ويبعث على المحل نفسه ويقوم أيضاً على السبب نفسه. =

وإذا كان تنفيذ الأحكام الصادرة من القاضي الإداري أمراً مطلوباً من الإدارة وتتقبله بصدر رحب وحسن استعداد بعد أن تكون عرضت وجهة نظرها على القاضي. كما تترصد الإدارة إلى كل الأحكام فيما يتعلق بتطبيق القانون، وتكون مجموعة منظمة ومصنفة ترجع إليها عند الحاجة، فيكون هذا التنظيم عاملاً هاماً يجنبها إلغاء قراراتها، خاصة وأنها راعية للصالح العام وهي المهيمنة على إدارة المرافق العامة والعمل على انتظام سيرها. ولذلك فإن للإدارة أن تتخذ إزاء حريات الأفراد وأموالهم من الإجراءات ما يكفل حماية المصلحة العامة، ويحقق غايات الإدارة ويمكنها من أداء وظيفتها على الوجه الأكمل (٧٢).

والإدارة عندما تعترف بدفع التعويضات المحكوم بها دون تأخير التنفيذ أو إصرار على عدم التنفيذ، وعندما تنفذ حكم الإلغاء مستندة إلى إعادة الأوضاع على ما كانت عليه تكون قد التزمت مبدأ المشروعية.

ولكي تكتمل لنا الصورة على أحسن ما يرام فإننا سنتعرض إلى حجية الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في المطلب الأول، ثم إلى مبدأ تنفيذ هذه الأحكام في المطلب الثاني، أما مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ الأحكام الإدارية فسنتعرض لها في المطلب الثالث.

المطلب الأول
حجية الأحكام القضائية الإدارية

إن الأحكام الصادرة في دعاوى القضاء الكامل تحوز حجية مقصورة على أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم دون غيرهم، ولهذا فليس للغير ممن ظلوا خارج الخصومة الاحتجاج أو الاستفادة بالحكم القضائي.

= إن الإدارة التي تجاهلت قرار المجلس الأعلى – الغرفة الإدارية – بإبطال قرار متخذ منها عن تجاوز السلطة، وأصدرت قراراً آخر يخص نفس الأطراف والسبب والمحل، تكون بتصرفها المذكور قد خرقت مبدأ حجية الشيء المقضي فيه للأحكام القضائية".

(٧٢) يراجع في هذا، رسالتا في مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، المقدمة لكلية الحقوق - جامعة الجزائر – ١٩٩٠ ص ١٥٦ وما بعدها.

وحجية الشيء المقضي فيه تلعب دوراً رئيسياً ومعتبراً للمحافظة على النظام داخل المجتمع، فالأحكام يجب أن تعتبر ذات حرمة مطلقة إذا اكتسبت حجية الشيء المقضي فيه. وبالتالي لا يجوز طرحها مرة أخرى للمناقشة، وقد اعتبر الفقهاء – على الدوام – حجية الأحكام مبدأ قانونياً أوجده تعامل قانوني طويل لنشر الطمأنينة وتحقيق المصلحة الاجتماعية، وبدون القبول بهذا المبدأ يظل الناس تحت تهديد مستمر، يقلق حياتهم وينشر فيهم الذعر والهلع بصورة دائمة، لذلك لا يجوز المساس بهذه الحرمة، تحت ستار البحث عن أخطاء ارتكبت، حتى لا يتعرض استقرار المجتمع إلى هزات ضارة وبالتالي إحداث الفوضى داخل المجتمع (٧٣).

كما أن حجية الأحكام تكون لمن كانوا أطرافاً في الدعوى، ويجب التفرقة بين أنواع الإلغاء فقد يتناول القرار بأكمله (annulation totale) وقد يقتصر على جزء منه ويكون الإلغاء جزئياً (annulation partielle) بمعنى أن الإلغاء يكون شاملاً لجميع القرار أو يقتصر على جزء منه، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها إلى أن: "حجية الأحكام الصادرة بالإلغاء تعتبر من النظام العام. وأن المركز التنظيمي متى انحسم النزاع في شأنه بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه، فقد استقر به الوضع الإداري نهائياً، فالعودة لإثارة النزاع فيه بدعوى جديدة هي زعزعة لهذا الوضع الذي استقره(٧٤).

والقرار القضائي الصادر من القاضي الإداري، هو حكم بمعنى الكلمة، يترتب عليه إعدام القرار من يوم صدوره، وعلى الإدارة أن تعيد الحال إلى ما

---

(٧٣) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٨ جانفي ١٩٥٨، مشار إليه في الدكتور سليمان محمد الطماوي قضاء الإلغاء مرجع سابق ص ١٠٦٦

(٧٤) صدر حكم لصالح كويتياس يقضي بخروج الأهالي في تونس، وحاز القرار القضائي لحجية الشيء المقضي فيه، غير أنه أثناء عملية التنفيذ ثارت فوضى واضطرابات مست بالنظام العام، فامتنعت الإدارة عن تنفيذ الحكم، وحكم مجلس الدولة بدفع تعويضات نقدية تدفع لمصلحته. يراجع: Long (M) weil (P), Braibant (G),Les grands arrets de la jurisprudence Administratives7eme ed,sirey.paris. 1978.

كانت عليه لو لم يصدر هذا القرار إطلاقاً مهما كانت النتائج، وليس للإدارة أن تمتنع عن تنفيذ حكم الإلغاء بحجة وجود صعوبات مادية معينة.

غير أنه في فرنسا خول مجلس الدولة الفرنسي للإدارة حق امتناع الأحكام القضائية، إذا كان تنفيذها يؤدي إلى إثارة اضطرابات جسيمة تهدد الأمن العام بشكل خطير(٧٥). ولئن كان الأصل أنه لا يجوز امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي وإلا كان تصرفها مخالفاً للقانون "إلا أنه إذا كان يترتب على تنفيذه – فوراً – إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص، ولكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها، وأن يعوض صاحب الشأن إن كان لذلك محل"(٧٦). والمبدأ يقتضي أن الإدارة تصرفت تصرفاً غير سليم مما جعل القاضي يحكم بإلغاء القرار الصادر منها، ومادام هي التي تسببت بتصرفها غير السليم وخلق وضع قانوني كان مثار دعوى إلغاء، فإن هذا يجعلها تلتزم بالحكم القضائي الصادر، فحكم إلغاء القرار الصادر بالفصل يستتبع إعادة الموظف المفصول إلى ذات درجته ووظيفته وكأنه لم يفصل، ولا يقبل من الإدارة احتجاجها بشغل الوظيفة نتيجة تعيين، وقد ذهب القضاء في مصر منذ مدة إلى تأكيد حجية الأحكام بقوله: "إن الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية إنما تقرر هذا الإلغاء لتصويب التصرفات الإدارية تحقيقاً للصالح العام، ومن ثم كان الحكم بالإلغاء حجة على الكافة، ولكل شخص أن يتمسك به فلا يجوز أن يكون موضوعاً لمساومة أو تنازل من ذي شأن فيه، وإلا كان ذلك إبقاء على المخالفة القانونية التي شابت القرار المحكوم بإلغائه، وتفويتا لثمرة الحكم، الأمر الذي يتعارض مع الصالح العام، وعلى ذلك يكون باطلاً ولا يعتد به التنازل الذي

(٧٥) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٠ جان في ١٩٥٩ – السنة الرابعة – ص ٥٣٣، مشار إليه في الدكتور سليمان محمد الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٠٦٩.

(٧٦) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية ١٣ مارس ١٩٥٦ السنة العاشرة ص ٢٤٨.

تستند إليه الحكومة، وبالتالي لا يصلح مبرراً قانونياً لامتناعها عن تنفيذ الحكم" (٧٧).

فقضاء الإلغاء وما يفضي إليه من إعدام القرار الإداري، فهو رجعي في قضائه بعدم المشروعية، فوري في قضائه بإلغاء. واعتبار القرار الملغى رجعي يعتبر قراراً منعدماً فاقداً صفته الإدارية، وبالتالي فإن أي عمل من أعمال الاستمرار في تنفيذه بعد حكم الإلغاء يندرج ضمن أعمال التعدي voie de fait(٧٨). وقد لاحظ المشرع مسألة نفاذ قرارات القضاء الإداري وقوة حجتها في التطبيق، بحيث يصبح القرار الواقع إبطاله كأنه لم يصدر، وأنه يتعين على الإدارة المعنية بالإلغاء إعادة الوضعية القانونية السائدة قبل حصول القرار، "وإن لم تفعل فإنها تكون عرضة للجزاء باعتبار أن عدم التنفيذ الذي قد تركن إليه الإدارة يصير ذمتها عامرة من أجل خطأ فاحش، وبالتالي تكون مستهدفة للحكم عليها بالغرم، ومعنى هذا أن المدعي الصادر لفائدته قرار الإلغاء في صورة امتناع الإدارة عن تنفيذ مقتضيات القرار وما يترتب عليه من آثار قانونية يسوغ له أن يقيم دعوى على الإدارة المتقاعسة من جديد لجبرها في هذه المرة على أداء غرامة تعادل الضرر اللاحق به من جراء امتناعها من التنفيذ، علاوة على المطالبة بتنفيذ قرار الإلغاء" (٧٩).

من خلال ما سبق يتضح لنا بأن المقصود بحجية الشيء المحكوم به، أن المحكمة أو القاضي الإداري قد أصدر حكمه القضائي وليس للقضاء في هذه

---

(٧٧) Auby (J.M) Drago (R) Traite de contentieux Administratif, Tome1. Paris 1962. p.553.

(٧٨) المنصف عمارة، نجاعة رقابة المحكمة الإدارية لنشاط الإدارة، محاضرة ألقيت في الملتقى الذي عقدته الجمعية التونسية للعلوم الإدارية يومي ١٨ و١٩ ديسمبر ١٩٨١ بمركز الدراسات والبحوث والنشر كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، تونس – المجلة التونسية ١٩٨١ ص ٣٣٧ وما بعدها.

(٧٩) الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، الدار الجامعية بيروت ١٩٩٨ ص ٦٢٢.

الحالة أن يرجع عما قضى به أو أن يعدل فيه، وإن كان للقضاء حق تفسير القرار القضائي وتصحيح ما قد وقع فيه من خطأ مادي هذا من ناحية الشكل.

أما من ناحية الموضوع فإن الحكم الصادر يعتبر عنواناً للحقيقة والعدالة، وبالتالي لا يجوز عرض النزاع على محكمة أخرى، والحكم الصادر في دعوى الإلغاء يؤدي إلى إعدام القرار الإداري سواء أكان هذا القرار فردياً أم تنظيمياً بأثر رجعي، وباعتباره كأن لم يكن، مثله مثل سحب القرار الإداري من جهة الإدارة.

وتعني الحجية المطلقة للحكم الصادر بدعوى الإلغاء أن يتمسك بها كل فرد، كما تمنع الحجية المطلقة من نظر أية دعوى أخرى بصدد نفس القرار الإداري المحكوم بإلغائه، ويحكم القاضي الإداري برفض الدعوى إذا عرض عليه النزاع مرة أخرى بحجة سبق الفصل فيها، أو لانقضاء مصلحة المدعى في إقامة الدعوى بشأن قرار إداري سبق الحكم بإلغائه، وتتعلق حجية الحكم الصادر بإلغاء بالنظام العام، لاتصال الحكم باستقرار الأوضاع والمراكز القانونية التي حسمها في منطوقة (٨٠).

المطلب الثاني
مبدأ تنفيذ الأحكام الصادرة عن القاضي الإداري

بعد صدور الحكم القضائي عن القاضي الإداري وحيازته لقرينة الشيء المقضي فيه، فإن الإدارة في هذه الحالة ملزمة بتنفيذه، ويقع على الإدارة العامة

(٨٠) في القضايا الإدارية تكون الصيغة التنفيذية على الوجه التالي: "الجمهورية الجزائرية تدعو وتأمر وزير أو والي الولاية عندما يتعلق الأمر بدعوى تخص جماعة محلية فيما يخصه، وتدعو وتأمر كل أعوان التنفيذ المطلوب إليهم ذلك فيما يتعلق بإجراءات القانون العام – قبل الأطراف الخصوصيين – أن يقوموا بتنفيذ هذا القرار".
– وتنص المادة ٥ من القانون رقم ٩١ – ٠٢ المؤرخ في ٨ يناير ١٩٩١ يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء "يمكن أن يحصل على مبلغ الديون لدى الخزينة العمومية وبالشروط المحددة في المواد ٦ وما يتبعها المتقاضون المستفيدون من أحكام القضاء التي تتضمن إدانة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري".

واجب مد يد العون والقوة العمومية لمساعدة الجهات المعنية على تنفيذ أحكام القاضي الإداري، ويظهر ذلك من خلال نص المادة ٣٢٠ من قانون الإجراءات المدنية التي تأمر "جميع أعوان التنفيذ بتنفيذ الأحكام. وتدعو رجال القوة العمومية إلى تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذها" (٨١).

غير أن تنفيذ أحكام القضاء كثيراً ما تسلم به الإدارة، ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان عدم التنفيذ صادراً عن سوء نية الإدارة بسبب أن القرار الصادر عن اجتهاد قضائي، فتمتنع مع علمها بصلابة الاجتهاد وثباته وذلك من أجل إظهار استيائها أو تثبيط عزم خصمها، وهنا ذهب مجلس الدولة في فرنسا ببيان الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري كمصدر للقانون، وحكم على الإدارة بسبب الخطأ الذي ارتكبه في انتهاك القاعدة التي وضعها الاجتهاد(٨٢). وقد تلزم الإدارة حتى ولو لم تكن طرفاً في النزاع أن تسهم في تنفيذ القرار الصادر عندما تأمرها الصيغة التنفيذية بتقديم مساعدتها للمتقاضي(٨٣). كما ترتكب خطأ برفض تقديم مساعدتها إلا أن تعطي أسباب رفضها، وهذا يعطي لصاحب الحق التعويض على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة(٨٤).

ولكن موضوع مطلبنا هذا الأساس هنا، هو مبدأ تنفيذ القرار الصادر عن القاضي الإداري إذا حكم بإبطال أعمال الإدارة أو إدانتها بالتعويض، مع العلم بأنه سبق لنا وأن بينا بأنه لا يجوز للقاضي الإداري إعطاء أوامر للإدارة

---

(٨١) C.E, 27 Fevrier 1979. Ministre de finances C/ Dame testrade, Rec.lebon. p.172. Concl. thery.

(٨٢) الدكتور مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٠، ص ٥٣.

(٨٣) C.E,3 Octobre1976 Ministre de L'interieur.C/Dame fiat.Rec.lebon.p.409
انظر: قضية كويتياس ٢٣ نوفمبر ١٩٢٣ مشار إليها في مؤلف الدكتور مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة، مرجع سابق ص٥٣.

(٨٤) مرسوم ١٢ أيار ١٩٨١، المعدل بموجب مرسوم ١١ مارس ١٩٨٨، يتعلق بتنفيذ أحكام القضاء الإداري في فرنسا.

باستثناء إجراءات التحقيق، كما يمتنع عليه تضمين حكمه إلزام الإدارة بتنفيذ ما صدر عنه باعتبار أنه لا يمكنه توجيه أوامر مباشرة إلى الإدارة، ولتسهيل مهمة تنفيذ قرارات القاضي الإداري نظم المشرع في فرنسا – عن طريق قانون صدر في ١٩٩٨ – الحصول مباشرة على هذا التنفيذ بدون اللجوء مرة أخرى إلى القضاء عندما يتعلق الأمر بإدانة إدارة بالتعويض عن الضرر الذي سببه خطؤها أو بدفع تعويض مالي محدد في القرار ذاته، وينبغي أن يكون القرار قد اكتسب حجية الشيء المقضي فيه، كما ينبغي أن يتضمن القرار الصيغة التنفيذية. وفي وسع الإدارة الأخذ بتأمين الاعتمادات المالية لتنفيذ قرار القضاء في مهلة أقصاها ستة أشهر اعتباراً من التبليغ، ويخطر الدائن ضمن المهلة نفسها بأمر الصرف أو الحوالة، وبوسع من صدر القرار لصالحه مراجعة الخزينة العمومية خلال مدة أربعة أشهر بطلب الدفع بناء على تقديم صورة عن قرار القضاء الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، ومحتوياً على الصيغة التنفيذية، وعلى المحاسب دفع الحوالة خلال مدة شهر (٨٥).

وقد عمل مجلس الدولة في فرنسا على تنفيذ قرارات القضاء الإداري وتنوير الإدارة حول تنفيذ قرار يلغي عملاً إدارياً لتجاوز السلطة.

وإذا رفضت الإدارة تطبيق تنفيذ قرار قضائي، فإنه يعود للمستفيد من القرار القضائي أن يطلب من الإدارة التنفيذ ليتمكن من الطعن في رفضها، وبالتالي يمكن إقحام مسؤولية الإدارة.

وقد أتاح قانون ١٦ جويلية ١٩٨٠ المتعلق بالتغريم المالي لمجلس الدولة في فرنسا في حال عدم تنفيذ قرار صادر من جهاز قضائي إداري تأكيد جهوده بنجاحه في إقناع الإدارة بتنفيذ أحكام القضاء الإداري، غير أنه رغم ذلك فأن مجهوداته تعتبر غير كافية إذا أخذت في الاعتبار عدد الشكاوي الواردة على

(٨٥) جورج فودال، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي ٢٠٠١ ص ٢٩١.

مجلس الدولة[٨٦]. ورغم الوسائل التي تضمنها القانون رقم ٥٣٩ المؤرخ في ١٦ جويلية ١٩٨٠ والتي تتلخص فيما يلي:

١ – إمكانية الحكم على الإدارة التي تتماطل في التنفيذ سواء في مادة الإلغاء أو في مادة التعويض المالي بغرامة يومية Astreinte journal وهي عبارة عن مبلغ مالي تدفعه الإدارة المتقاعسة عن التنفيذ.

٢ – إقرار مبدأ مسؤولية الموظف الشخصية للموظف المتسبب في الغرامة اليومية على الإدارة، وهذه المسؤولية يؤاخذ على أساسها الموظف الذي يثبت خطأه الشخصي أمام دائرة مراقبة التصرف في الميزانية.

٣ – في ميدان الأحكام القضائية بأداء مبالغ مالية وإقرار أجل قدره أربعة أشهر يمكن للمحاسب العمومي Comptable public عندما لا يصدر له بإذن بالدفع من الشخص المكلف الآمر ordonnateur طيلة أجل الأربعة أشهر منذ تبليغه بالحكم المطلوب تنفيذه والمشمول بالصيغة التنفيذية، أن يتولى عملية الدفع فوراً بدون توقف على إذن له في ذلك.

وعلى هذا المنوال نسج المشرع الجزائري في المادة ١٤٥ من دستور ١٩٩٦ قاعدة عامة، هدفها حماية مبدأ السير المنتظم للمرافق العامة، وهو تنفيذ أحكام القضاء الإداري بصفة مطلقة، وأن عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري من طرف الإدارة يعد بمثابة خطأ جسيم، وخاصة إذا ما علمنا بأن الإدارة تهدف إلى المحافظة على النظام العام والمصلحة العامة، ولا شك بأن خير وسيلة لحفظ النظام العام والمحافظة على المصلحة العامة تتمثل في التزام الإدارة بتنفيذ أحكام القاضي الإداري، ولهذا سارع المشرع الجزائري بإصدار القانون رقم ٩١ – ٠٢ المؤرخ في ٨ يناير ١٩٩١ والذي يحدد القواعد الخاصة

(٨٦) تنص المادة ٦ من القانون ٩١ – ٠٢ المتعلق بالقواعد الخاصة المطبقة على أحكام القضاء على أنه: "يحدث في محررات الخزينة حساب تخصيص ويحمل عنوان تنفيذ أحكام القضاء المقضي بها لصالح الأفراد، والمتضمنة إدانات مالية للدولة وبعض الهيئات".

المطبقة على بعض أحكام القضاء[٨٧]. فالسلطة عنصر كامن في الإدارة، وتحقيق المنفعة العامة للمجتمع غايتها، ويربط بين فكرة السلطة العامة وفكرة المنفعة العامة امتياز تنفيذ الأحكام باعتبار أن الفرد العادي يلجأ إليها لتنفيذ حكم القضاء إذا صدر لصالحه وهو يستعين بها من أجل تمكينه من ذلك[٨٨]. فما بال الإدارة والقرار القضائي صادر بعدم مشروعية تصرفها [٨٩].

المطلب الثالث
مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ أحكام القاضي الإداري

إن تنفيذ الأحكام الإدارية، أثار التساؤل حول كيفية العمل إذا امتنعت الجهة الإدارية المحكوم عليها بالانصياع للحكم الإداري، ورفضت هذه الجهة تنفيذ هذا الحكم، ذلك أنه إذا كانت الدولة الحديثة دولة قانون فإنه يجب أن تنفذ فيها الأحكام القضائية النهائية، ومنها الأحكام الصادرة ضد الإدارة لفائدة الأفراد العاديين أو الموظفين العموميين، فإذا امتنعت عن تنفيذ هذه الأحكام النهائية ماذا يستطيع الفرد المضرور أن يفعله – والحالة هذه – خصوصاً وأن أموال الدولة غير قابلة للحجز عليها ؟

(٨٧) تنص المادة ٧ من القانون ٩١ – ٠٢ المتعلق بتنفيذ أحكام القضاء على أن يقدم المعنيون بالأمر عريضة مكتوبة لأمين الخزينة بالولاية التي يقع فيها موطنهم، ولكي تقبل هذه العريضة لابد أن تكون مرفقة بما يلي:
– نسخة تنفيذية من الحكم المتضمن إدانة الهيئة المحكوم عليها.
– كل الوثائق أو المستندات التي تثبت بأن إجراءات التنفيذ عن الطريق القضائي بقيت طيلة شهرين بدون نتيجة ابتداء من تاريخ إيداع الملف لدى القائم بالتنفيذ.

(٨٨) طبقاً للمادة ٨ من القانون ٩١ – ٠٢ المتعلق بتنفيذ الأحكام "يسدد أمين الخزينة للطالب أو الطالبين مبلغ الحكم القضائي النهائي وذلك على أساس هذا الملف وفي أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر".

(٨٩) قرار المحكمة العليا في الغرفة الإدارية ٢١ أفريل ١٩٦٥ قضية زرميط، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية عدد ٢، ١٩٦٥ ص ١٦ وما بعدها.

١ – امتناع الإدارة عن التنفيذ بحجة النظام العام :

وتبنى القاضي الإداري منذ البداية مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري(٩٠). ويظهر ذلك أيضاً في القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ ٢٠ جانفي ١٩٧٩ والقاضي بمسؤولية الإدارة على أساس الخطأ الجسيم(٩١). وهذا ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية أيضاً، عندما أقر مجلس قضاء الجزائر مسؤولية وزارة العدل وولاية الجزائر على أساس الخطأ الجسيم معتبراً أنه لا وجود لأي سبب من أسباب النظام العام يدعو إلى عدم تنفيذ الحكم الصادر عن القضاء، كما أن النظام العام – وفق الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر – هو مجموع القواعد الضرورية لحفظ السلم الاجتماعي الذي ينبغي الحفاظ عليه ليتمكن كل ساكن في مجموع التراب الوطني من

---

(٩٠) تعود وقائع القضية أنه بتاريخ ٢١ ماي ١٩٧٩ صدر حكم عن محكمة الجزائر يقضي بإلزام السيدين قرومي ومراح بدفعهما للمدعين بوشاط وسعيدي مبلغ ٨٤٠٠ دج مقابل ٢٨ شهراً من إيجار محل تجاري، وقد تم تأييد هذا الحكم في مجلس قضاء الجزائر بتاريخ ٢٩ ماي ١٩٧٩، تقدم المدعيان إلى مصلحة التنفيذ لمحكمة باب الواد ولكن والي الجزائر تقدم في ٥ ماي ١٩٧٥ برسالة يعترض فيها على التنفيذ، وتظلم طالبي التنفيذ بقي بدون جواب من وزير الداخلية ووزير العدل.
رفع المعنيان دعوى أما الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر ضد قرار امتناع الوالي عن التنفيذ، وتم رفض طلب المدعين بتاريخ ٥ ماي ١٩٧٦، وهو القرار الذي تم استئنافه أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في ٣١ ماي ١٩٧٦.
وقد تم إقرار مبدأ مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ الجسيم، باعتبار أن الامتناع عن التنفيذ هنا لا يتعلق بأي سبب ناتج عن ضرورات النظام العام، ولأن سلوكها على هذا النحو يعتبر غير شرعي، وذكرت في قرارها بمبدأ المسؤولية غير الخطئية بسبب الامتناع عن التنفيذ بسبب ضرورات النظام العام، منشور في مجموعة الأحكام لبوشحدة وخلوفي ديوان المطبوعات الجامعية ١٩٧٩ ص ١٩٩ – ومشار إليه في الدكتور مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة، ديوان المطبوعات الجامعية – ٢٠٠٠ ص ٦٦.

(٩١) L'ordre public ne doit en aucune maniere se transformer en un abus de droit violant les regles elementaires de protection du droit du citoyen

ممارسة سلطاته المشروعة في حدود حقوقه الشرعية في مكان إقامته. إن النظام العام مفهوم متغير من زمن إلى آخر ومن وسط اجتماعي إلى آخر، وهكذا يظهر بأن المدعي لم يمس النظام العام في شيء بل بالعكس فإنه طبق عليه تطبيقاً غير مناسب، وقد جاء في إحدى حيثيات القرار أنه لا يمكن "أن يحول النظام العام إلى تعسف في استعمال الحق بخرق القواعد الأولية الخاصة بحماية حقوق المواطن[٩٢]. واعتبر النظام العام على أنه ذلك المفهوم الذي لا يمكن أن يخل بالنظام الاجتماعي ويضعه في خطر فحسب، وإنما أيضاً تأكيده وحمايته"[٩٣].

٢ – عدم التنفيذ يعطي الحق في التعويض:

كما أن القاضي الإداري لا يمكنه أن يجبر الإدارة على تنفيذ حكم الإلغاء، وعلى الرغم من ذلك فإن الإدارة ملزمة – رغم استقلالها – على احترام قوة الشيء المقضي فيه، ومجبرة على احترام سيادة القانون الذي يتمثل هنا في تطبيق أحكام الإلغاء الصادرة من القضاء الإداري، فإذا وقعت مخالفة لهذا الالتزام من جانب الإدارة بأي صورة، فإن صاحب الشأن يستطيع رفع دعواه إذا امتنعت الإدارة دون مبرر قانوني، وأن يطالب بالتعويض. وقد يثير الحكم الصادر من القاضي الإداري ضد الإدارة مشاكل في التنفيذ كالتأخر في التنفيذ إلى أجل غير مسمى لأكثر من ٣٣ شهراً، يفقد وقف التنفيذ طابعه المؤقت ويجعله غير مبرر، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري؛ لأنه تظهر – بصورة واضحة المماطلة والتسويف من جانب الإدارة لتأخير عملية التنفيذ إلى أجل غير

(٩٢) تنص المادة ٩ من القانون ٩١ – ٠٢ المتعلق بكيفية تنفيذ الأحكام على أنه: "يسوغ لأمين الخزينة للولاية في إطار هذه العملية أن يقدم كل طلب مفيد لأجل التحقيق للنائب العام أو مساعديه لدى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم.
لا تعتبر الطلبات مبرراً لتجاوز الفترة المحددة في المادة الثامنة من هذا القانون".

(٩٣) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية عدد ٢، ١٩٨٤ ص ٤١١، يراجع أيضاً: الدكتور مسعود شيهوب المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة، مرجع سابق ص ٧٢.

محدد، لأنه من حيث إجراءات تأجيل التنفيذ المبرر، فإن الوالي لا يمنع التنفيذ وإنما يقدم طلباً إلى وكيل الجمهورية بوصفه مسؤولاً عن تنفيذ الأحكام يلتمس فيه تأجيل التنفيذ بسبب الإخلال بالنظام العام، فيأمر هذا الأخير – إذا اقتنع بأن النظام العام مهدد فعلاً – بتأجيل التنفيذ مؤقتاً لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر(٩٤).

غير أنه ينبغي إعطاء مهلة معقولة للإدارة لتدبر أمرها، وتستطلع رأي من ترى استطلاعه من الخبراء والفنيين والمسؤولين الإداريين الأكثر درجة، على وجه يجنبها الارتباك في عملها، وتختار الوقت الملائم، غير أنه لا يجب عليها تجاوز المدة المعقولة، فإذا امتنعت – دون حق – عن التنفيذ في وقت مناسب اعتبر امتناعها مخالفاً للقانون يوجب التعويض، ولا يجوز للإدارة الامتناع عن تنفيذ الحكم إذا ما قدرت أن تنفيذه سوف يرتب إخلالاً خطيراً بالأمن والنظام، ففي هذه الحالة يتعين تعويض المحكوم لصالحه، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه: "ولئن كان القرار لا يجوز في الأصل أن يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي، وإلا كان مخالفاً للقانون، إلا أنه إذا كان يترتب على تنفيذه فوراً إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنة أو تعطيل سير المرافق العامة، فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص، ولكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها، وأن يعوض صاحب الشأن إن كان وجه لذلك"(٩٥).

---

(٩٤) تنص المادة ٣ من القانون رقم ٩١ – ٠٢ المؤرخ في ٨ يناير ١٩٩١، الذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على أحكام القضاء على أنه: "يسوغ لأمين خزينة الولاية على أساس الملف المكون أن يأمر – تلقائياً – بسحب مبلغ الدين في حسابات الهيئة المحكوم عليها لصالح الهيئة الدائنة، ويجب القيام بهذه العملية الحسابية في أجل لا يتجاوز الشهرين ابتداء من يوم إيداع العريضة".

(٩٥) قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٠/١/١٩٩٥، السنة الرابعة ص ٥٣٣، تعليق عبد الفتاح حسن "تعطيل تنفيذ الحكم القضائي" مجلة العلوم الإدارية، السنة السادسة، العدد الأول ص ٣٤٣ – مشار إليه في الدكتور السيد إبراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مجلة الحقوق للعلوم القانونية والإدارية – السنة الخامسة عشرة ١٩٧٠ العدد الثاني ص ١٦٤.

كما أكد القضاء الإداري الفرنسي مسؤولية الإدارة دون حاجة لإثبات الخطأ، وتوصل القاضي الإداري في فرنسا بحكمه في قضية كويتياس إلى تحميل الإدارة المسؤولية في حالة عدم تنفيذ حكم صادر عن القضاء الإداري(٩٦).

غير أن الإدارة لكي تتحمل المسؤولية على أساس المخاطر يجب أن يكون امتناعها عن تنفيذ الحكم مرجعه إلى تحقيق اعتبارات تتعلق بالصالح العام، تفوق في أهميتها خطورة الامتناع عن تنفيذ حكم واجب النفاذ، وهذا ما يقدره

(٩٦) تتمثل قضية كويتياس **Couiteas** بأنه من أصل يوناني هاجر إلى تونس، وهناك اشترى مساحة واسعة من الأراضي القابلة للزراعة، تقدر مساحتها ٣٨٠٠٠ هكتار من ورثة أحد الأشراف القدماء، واستصدر حكماً من محكمة سوسة التونسية بتاريخ ١٣ فيفري ١٩٠٨، ولما صار هذا الحكم واجب النفاذ بملكية هذه المساحة الكبيرة، ولما ذهب لوضع يده على الأرض فوجئ بالأهالي في تونس قد استقروا عليها منذ فترة طويلة واتخذوا الأرض مورداً لرزقهم ورفضوا تسليم الأرض إلى كويتياس، تقدم كويتياس إلى السلطات الإدارية الفرنسية في تونس طالباً تمكينه من وضع يده وطرد العرب من أرضه بالقوة، وبعد أن استعرض المقيم العام الأمر من جميع نواحيه رأى أن التجاءه إلى وسائل العنف سيكون له أوخم العواقب، لأنه يهدد بإشعال نار الفتنة وهياج خطيرين، فرفض مساعدة هذا اليوناني في تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ، فتقدم كويتياس إلى مجلس الدولة مطالباً بالتعويض عن الأضرار التي سببها امتناع الإدارة عن أداء واجبها في تنفيذ الأحكام، ولما درس مجلس الدولة الموضوع أصدر حكماً أبرز فيه:

١ – أن الإدارة بامتناعها عن تنفيذ الحكم لم ترتكب خطأ ما، لأنها وإن كانت قد أخلت بواجبها في تنفيذ الأحكام بالقوة، فإنها فعلت ذلك تنفيذاً لواجب آخر أهم هو حفظ النظام، لأنها قبل أن تلجأ إلى تنفيذ الأحكام بمعاونة البوليس أو الجيش عند الاقتضاء، عليها أن تقدر ظروف التنفيذ القهري، وتمتنع عن الالتجاء إلى استخدام قوات الجيش، إذا رأت أن في ذلك إخلالاً بالنظام والأمن.

٢ – على الرغم من عدم وجود الخطأ منح المجلس التعويض على أساس العدالة المجردة التي تأبى أن يضحي فرد لصالح المجموع، إذا كان في الإمكان توزيع الأعباء العامة على الجميع، لأن امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم هو أمر استثنائي وغير مألوف في علاقة الإدارة بالأفراد. ولهذا يكون المحكوم له محقاً في طلب التعويض "لأن حرمانه التام من الانتفاع بملكه خلال مدة لا يمكن تحديدها نتيجة لموقف الإدارة إزاءه، قد فرض عليه تحقيقاً للصالح العام ضرراً جسيماً يجب تعويضه".

القاضي الإداري ولا يتركه لتقدير الإدارة المطلق، كما أن التأخير يجب أن يكون غير عادي وغير مألوف كما قضى بذلك القاضي الإداري في الجزائر، عندما حكم على الإدارة بسبب اعتراضها لمدة تفوق ٣٣ شهراً في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر – الغرفة الإدارية – بتاريخ ٢٧ جانفي ١٩٨٢، وبذلك ألزم القاضي الإداري أن تقوم الإدارة بتنفيذ الأحكام الصادرة منه في وقت مناسب، فإن هي امتنعت أو تقاعست في التنفيذ اعتبر قرارها قراراً سلبياً مخالفاً للقانون ويقع على عاتقها التعويض.

وللمتقاضين المستفيدين من أحكام القضاء التي تتضمن إدانة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أن يحصلوا على مبلغ الديون لدى الخزينة العمومية التي يقع فيها موطنهم، على أن يقدم المعنيون لأمين الخزينة عريضة مرفقة بالوثائق التي تثبت بأن إجراءات التنفيذ القضائي بقيت طيلة شهرين بدون نتيجة.

وإذا خالف طالب التعويض هذه الإجراءات فإن القاضي الإداري لا يمكنه الاستجابة لطلباته باعتبار أنه لم يتبع الإجراءات القانونية المنصوص عليها طبقاً للقانون رقم ٩١ – ٠٢ الصادر بتاريخ ١٩٩١/١/٨ المحدد للقواعد المطبقة على أحكام القضاء(٩٧).

الخاتمة:

عمل القاضي الإداري بهدوء وروية من أجل الفصل في القضايا التي تطرح عليه لإقرار مبدأ القانون دون المساس باستقلال الإدارة، وكأنه ابتعد عن الحكم على الإدارة بشيء – باستثناء التعويض – وإلا اعتبر قضاؤه أمراً صادراً إليها ماساً باستقلالها، أو الحكم عليها بعمل واعتبر قضاؤه حلولاً محلها، وكان ذلك تدخلاً منه في صميم اختصاصها واعتداء ماساً بحريتها في القيام بوظائفها. وقد تابع القاضي الإداري التطور الإداري واتساع مجاله. كما رأينا القاضي الإداري

(٩٧) القانون رقم ٩١ – ٠٢ المؤرخ في ٨ جانفي ١٩٩١ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم ٢ المؤرخة في ١٩٩١/١/٩.

رأيناه يحافظ على السلطة التقديرية لرجل الإدارة، وهو يمارس أعماله بلباقة فهو يحاول إرضاء نزعة الاستقلال عند الإدارة والمحافظة على حساسيتها المطلقة بالنسبة لكل امتيازاتها، وقد أدرك مهمته الأساسية وهو أن المجتمع لا يمكنه أن يعيش داخل فوضى وعدم استقرار، وأن تصرفات الإدارة يجب أن تكون منوطة بالمشروعية التي من مقتضاها خضوع أعمال الإدارة للرقابة القضائية.

كما أن مبدأ المشروعية الذي يقره القاضي الإداري وخضوع الإدارة بموجبه للقانون، وإخضاع أعمالها للرقابة القانونية للقضاء الإداري الذي يملك ولاية في إلغاء التصرفات المعيبة، لا يعتبر – بدون شك – تدخلاً في استقلال الإدارة.

والقاضي الإداري يحاول دائماً إرضاء نزعة الاستقلال عند الإدارة بالوقوف عند مجرد الإلغاء، وترك ما يترتب على ذلك الإلغاء للإدارة تحققه بنفسها. والحرية التي يتركها القاضي الإداري للإدارة في عملية إجراء التنفيذ هو نوع من السياسة القضائية التي تكشف عن حكمة القاضي الإداري وحسن تقديره للأمور. وبدون شك في أن هذا الاحترام الذي يبديه القاضي الإداري للإدارة يجعلها تبادله الشعور نفسه بحيث تلتزم وتحترم حساسيته، ويحفزها على الامتثال لتنفيذ ما صدر عنه. غير أن مراعاة حساسية الإدارة فوق اللازم لا يصلح حجة في منطق القانون، كما أن الإدارة الرشيدة ترحب إذا ما تعثرت في تطبيق القانون أن يبين لها قاضيها السبل الصحيحة لإعلاء كلمة القانون.

– وخلاصة القول في نهاية بحثنا هذا هو أن قضاءنا الإداري – رغم أنه يشكل خطوة عملاقة في سبيل سيادة القانون – فإنه لا يزال يشكو على مستوى التشريع والتنظيم الهيكلي والتوزيع الترابي، بحيث إن المحاكم الإدارية لا زالت لم تنصب لحد يومنا هذا بصفة نهائية وشاملة رغم صدور القانون.

كما أنه لا بد من وضع قانون أساسي لأعضاء المحكمة الإدارية؛ لكي يقوم القاضي الإداري بدوره الذي ينتظر منه الكثير نحو تحقيق مشروعية عمل الإدارة وسد الفراغ الموجود في نظامنا التشريعي، بتشييد صرح قانون إداري جزائري قوامه التناسق والانسجام، وهدفه الأسمى فتح آفاق جديدة من أجل تقنين القانون الإداري.

القانون (١١٦ / ٢٠١٣)
تجسيد قانوني للرؤية الاقتصادية المعاصرة

الدكتور/ بلال عقل الصنديد
الأمانة العامة لمجلس الوزراء الكويتي
دولة الكويت

ملخص:

وافق مجلس الأمة، يوم الأربعاء الموافق فيه ٢٩ مايو ٢٠١٣، على مشروع قانون تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، ونشر في الجريدة الرسمية بالعدد رقم (١١٣٦) الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٦/١٧، تحت رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣، حيث يعتبر هذا القانون الوريث الشرعي والوحيد للقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت.

يشكّل هذا القانون في مضمونه وتوقيته تجسيداً قانونياً للرؤية الاقتصادية العصرية التي تسعى إليها الكويت منذ إطلاق أمير البلاد دعوته الشهيرة "بتحويل الكويت إلى مركز مالي وتجاري". وعلى الرغم من أن فكرة تشجيع الاستثمار ليست جديدة وهي امتداد طبيعي للقوانين المحلية والمقارنة التي سبق إصدارها في كثير من الدول، إلا أن ما تضمنه هذا القانون من أحكام وأفكار تحاكي متطلبات المرحلة وتلبّي معايير مبادئ الاقتصاد العالمي وانفتاح الأسواق، أمر يسترعي الوقوف عليه بالمقاربة الموضوعية.

أولاً – نقلة نوعية في الغايات والأهداف:

لقد شكّل القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، ومنذ لحظة صدوره قبل أكثر من

عقد من الزمن، نقلة نوعية في التشريعات الاقتصادية الكويتية، وها هو القانون الحالي يشكّل نقلة أهمّ وأكثر حداثة في النظرة إلى المتطلبات الاقتصادية المعاصرة، مما سيساهم – في حال أحسن تطبيقه والتعامل الصحيح معه من قبل كافة الأجهزة الحكمية الكويتة – بتحويل الكويت إلى مركز مالي وتجاري.

إن القراءة المتأنية لاحتياجات البلاد بمفهوم العصر، تمخض عنها قناعة بضرورة تشجيع وتنظيم الاستثمار المباشر وتدفقات رؤوس الأموال، وذلك دعماً للحركة الاقتصادية والإنتاجية في الكويت، من خلال رؤية هادفة تركّز على مبدأ المشاركة الفعلية والمتوازنة للقطاع الخاص –بشقيّه المحلّي والأجنبي– في العملية التنموية التي تتبناها خطة الدولة. لقد شكّل هذا القانون، وفق المذكّرة الإيضاحية التي أرسلت رفقاً للمشروع الحكومي، تلبية ملحّة ومهمّة، لضرورات إعادة النظر في النصوص القانونية ذات الصلة بالاستثمار في الكويت، وذلك بهدف جعلها أكثر انسجاماً مع متطلبات المرحلة، وأكثر اتساقاً مع مبادئ تحرير التجارة، وأكثر تحقيقاً للاتجاه نحو اقتصاد مرن وفاعل، فكان لا بد من إعادة النظر في القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي بما يبلور عملياً هذه القراءة العصرية للواقع.

وخدمة لهذه الرؤية تم التركيز في أحكام القانون الجديد على بعض الأهداف الرئيسية التي يأمل تحققها من وراء أحكامه، وهي:

١ – التركيز – لأول مرة – على إصلاح وتطوير بيئة الاستثمار من خلال النص صراحة على اختصاص منح في هذا الشأن للهيئة المنشأة بموجب نص المادة (٢) من القانون.

٢ – تنظيم الاستثمار المباشر في دولة الكويت بشكل أكثر حداثة، يلبّي بشكل عملي التزامات دولة الكويت بتحرير التجارة وفتح الحدود، وبتوفير المناخ الاستثماري المناسب لكل من المستثمر الوطني والأجنبي على حد سواء.

٣ – التركيز على تبسيط الإجراءات في منح التراخيص ومزاولة الأعمال وتقليص

الدورة المستندية، مما فرض إيجاد "نافذة موحّدة" تضمّ الجهات التي يلزم موافقتها على المشروع قبل الترخيص له وأثناء العمل فيه.

٤ – استهداف المستثمرين الوطنيين والمحليين وحثهم على المشاركات الفاعلة التي تؤدي إلى مزيد من التنافسية وتعطي دفعاً جديداً للسوق بنوعية وجودة وتقنيات حديثة، بما يساهم أيضاً بإيجاد فرص عمل للعمالة الوطنية وتدريبها على آخر المستجدات العلمية والعملية.

٥ – اعطاء صلاحيات واستقلالية إدارية ومالية أوسع للجهاز المختص بشؤون الاستثمار الأجنبي، وعدم تشتيت الاختصاصات والبرامج وأنواع المشاركات ذات العلاقة باستثمارات القطاع الخاص، وتوزيعها على أكثر من جهة.

ولتحقيق هذه الأهداف والخطوط العريضة، نصت مادة (٢) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ على إنشاء هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية تسمى "هيئة تشجيع الاستثمار المباشر"، تلحق بالوزير المختص، حيث نصت المادة (٣) أهدافها العريضة وفق ما يلي:

((تهدف الهيئة إلى جذب واستقطاب وتشجيع الاستثمار المباشر في البلاد بشقيه الأجنبي و المحلي، ويدخل في ذلك ما يلي:

- تطوير وتحسين بيئة الاستثمار وتسهيل الإجراءات وإزالة المعوقات أمام المستثمرين، وتوفير سبل الدعم والتسهيلات المختلفة لتشجيع الاستثمار المباشر في البلاد.
- تعميق الوعي لأهمية الاستثمار المباشر ولاسيما الأجنبي منه، والترويج للبيئة الاستثمارية الكويتية وفرص الاستثمار المباشر المتاحة فيها، وذلك بكافة الوسائل الدعائية والتعريفية والترويجية.
- حث المستثمرين على نقل وتوطين و استعمال التكنولوجيا ووسائل الإنتاج والتشغيل وأساليب الإدارة والخبرات الفنية والتسويقية الحديثة والمتطورة. والعمل على تشجيع الشراكات المحققة لأهداف التنمية بين المستثمر الكويتي والمستثمر الأجنبي.

وتمارس الهيئة عملها في ضوء السياسة العامة للدولة وخطط التنمية الاقتصادية المعتمدة، وتطوير القطاعات الإنتاجية، وتنويع مصادر الدخل الوطني في دولة الكويت، وخلق فرص عمل للعمالة الوطنية ورفع إنتاجيتها ومهاراتها المهنية في استخدام أحدث التكنولوجيا وفقاً لأفضل المعايير العالمية المعتمدة بهذا الشأن)).

ثانياً – انتقال مبرر:

فيما لو تجازونا الغايات والأهداف التي تفرضها مبررات الانسجام مع المبادئ الاقتصادية العالمية ومبادئ تحرير التجارة، يجوز التساؤل عن أنه في ظل وجود القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي، لما الحاجة إلى قانون جديد؟ ورغم أن التساؤل مبرر فإن الإجابة عنه هي أكثر تبريراً واقناعاً، حيث إن لهذه الخطوة التي لجأت إليها الحكومة والتي دفع بها القائمون على مكتب استثمار رأس المال الأجنبي، مبررات جدّية عملية وقانونية.

لقد أثبت الواقع العملي أن هناك بعض المعوقات التي تحول دون تحقيق المرتكزات والمنطلقات الأساسية التي وضع من أجلها القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت. ومن أبرز هذه المعوقات العملية هي عدم وجود صلاحيات حقيقية وفاعلة لمكتب استثمار رأس المال الأجنبي، حيث كان هذا المكتب بموجب القانون الملغى جزءاً من إدارات وزارة التجارة والصناعة، وتنحصر صلاحياته بأنه صلة وصل بين المستثمر ولجنة استثمار رأس المال الأجنبي، وبالتالي فقد كان يعاني من عدم استقلالية إدارية ومالية أثرت سلباً في اتخاذ القرار داخله، وفي الترويج السليم لبيئة وفرص الاستثمار الكويتية في المحافل الدولية، ولدى المهتميّن، إذ كان يتطلب سفر موظف واحد للمشاركة في معرض خارجي دورة مستندية طويلة وعقيمة، كما عانى المكتب عملياً من عدم وجود نصوص وآليات فاعلة تؤدي إلى السرعة بإصدار التراخيص الاستثمارية التي يتطلب الانتهاء

منها دورة مستندية تجاوز المهلة القانونية المنصوص عليها، مما أساء إلى سمعة دولة الكويت أمام المستثمرين الأجانب كما المحليين.

إضافة إلى المعوقات العملية، فقد عانى القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، من بعض النواقص التشريعية التي لعبت دوراً سلبياً ووضعت عراقيلاً أمام إرادة الجهات المختصة في صنع بيئة جاذبة للاستثمار الأجنبي المباشر في البلاد. ومن أبرز هذه النواقص: عدم وضوح الرؤية بالنسبة لطلب الترخيص للاستثمار الأجنبي ومدى ارتباطه بطلب الحصول على المزايا، حيث جرت العادة في القانون المقارن أن تمنح المزايا بمجرد الحصول على الترخيص ويكون طلب الترخيص متضمناً بشكل تلقائي طلب الحصول على هذه المزايا، الأمر الذي لم يكن واضحاً في ظل القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ حيث كان يقدّم طلبان منفصلان للحصول على الترخيص والمزايا بشكل متزامن أو متتالي. ومن الثغرات التي شابت القانون القديم عدم وجود آلية واضحة لتجهيز وتطوير وتقسيم الأراضي والعقارات المخصصة للاستثمار الأجنبي والتصرف فيها، وكذلك عدم وجود آليات قانونية لتفعيل مبدأ مراقبة ومتابعة المشروعات، بإعطاء بعض موظفي المكتب صفة الضبطية القضائية مثلاً، ناهيك عن عدم وجود تناسق بين القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في تطبيقه مع القوانين الأخرى ذات الصلة، إضافة إلى عدم ربط المزايا التي يمكن أن تمنح للمستثمر الأجنبي ببعض الضوابط مثال: حاجة السوق المحلي للمشروع، تنمية المناطق النائية، المشاركة الاجتماعية والبيئية للمستثمر، إلخ...

ثالثاً – نصوص مستحدثة تشكل نقطة التقاء للرؤى الاقتصادية المعاصرة:

لقد شكّلت الأعمال التحضيرية لهذا القانون فرصة سانحة لعديد من المنظمّات والمكونات الاقتصادية المحليّة والدوليّة للمشاركة في تصويب الأفكار التي تضمنتها مسودة المشروع الأولى، فمنذ اللحظة الأولى لانطلاقة العمل في

إعداد المشروع، ركّز مكتب استثمار رأس المال الأجنبي على استطلاع آراء أكبر عدد ممكن من المتخصصين في علمي القانون والاقتصاد، فمرّ مشروع القانون بمراحل عديدة بدأت بدراسة للقانون المقارن وللنصوص التي تخص الاستثمار الأجنبي في البلاد، وذلك بهدف تلمس مواطن الضعف والقوة فيها، ومقارنتها بالمعمول به عالمياً، مع التركيز على تجارب دول المنطقة الناجحة في هذا المجال، ومن ثم تم الاستماع إلى ملاحظات كافة رؤوساء الأقسام في المكتب نفسه على القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ بمحاولة الاطلاع على العراقيل والنواقص العملية التي يواجهونها بشكل يومي في تطبيق أحكامه.

ومن ثم عقدت حلقة نقاشية بعنوان "الاستثمار الأجنبي في دولة الكويت وسبل تطويره" في غرفة تجارة وصناعة الكويت بحضور ورعاية معالي/ أحمد راشد الهارون وزير التجارة والصناعة الأسبق، ونخبة من المعنيين بالموضوع، وممثلين عن الجهات الحكومية والقطاع الخاص محليين وأجانب، ومنهم على سبيل المثال: البنك الدولي، UNDP، جامعة الكويت ممثلة بكلية الحقوق وكلية العلوم الإدارية، الشركة الوطنية للاوفست، اتحاد المصارف، اتحاد شركات الاستثمار، غرفة تجارة وصناعة الكويت، جمعية المحامين، المعهد العربي للتخطيط، بعض الشخصيات الاقتصادية والقانونية، وغيرهم من ممثلي الجهات الحكومية... وقد أدلى كل من هذه الجهات بدلوه وطرح رؤيته في الموضوع، فكانت الاشادات الرسمية من معظم المطّلعين على مشروع القانون عند انجازه، وكانت هناك بعض الملاحظات والتحفظات التي روعيت قدر المستطاع عند إعداد مشروع القانون الحكومي المرسل إلى مجلس الأمة.

انطلاقاً من هذه المعطيات شكّلت أحكام القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ ملتقى لأبرز الأساسيات والمتطلبات الاقتصادية المعاصرة والمعتمدة عالمياً، ولا سيما في مجال جذب الاستثمار الأجنبي وتشجيع الاستثمار المحلي.

ويذكر في هذا النطاق أن القسم الخاص بالتعاريف قد جاء ليوضح الغموض الذي شاب بعض التعريفات التي تضمنها القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١، حيث التزمت صياغة المشروع قدر الإمكان بالتعريفات العالمية المتفق

عليها في هذا المجال مع احترام مطلق للبيئة التشريعية والاقتصادية الكويتية، حيث صار تعريف المستثمر أكثر وضوحاً، وكذلك الكيان الاستثماري، رأس المال، الاستثمار المباشر، الترخيص، وغيرها. هذا الوضوح في التعاريف ليس شكليّا، أو مجرد ضبط للألفاظ والصيغ، بل له دلالاته على صعيد التطبيق العملي وعلى صعيد الالتزام بالمتطلبات الدولية في هذا السياق والتزامات اتفاقية تحرير التجارة العالمية، فصار المستثمر تعريفاً هو المستثمر الأجنبي والوطني على حد سواء، وعرّف الكيان الاستثماري بشكل منضبط بحيث يصبح لكل مشروع أو نشاط اقتصادي يرخص فيه وفق أحكام هذا القانون بموجب ترخيص استثماري، وجود قانوني في دولة الكويت، وكذلك الحال حين عرّف الاستثمار المباشر بأنه الاستثمار الذي يتم من خلال توظيف المستثمر – بمفرده أو بمشاركة مستثمر آخر – لرأس ماله مباشرة في كيان استثماري داخل دولة الكويت، ويرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون.

ومن المتطلبات الرئيسية التي دافع عنها ودفع بها المتخصصون الاقتصاديون ومنهم البنك الدولي أن ينص على ما يسمّى "باللائحة السلبية" للقطاعات الاقتصادية المسموح للمستثمر الأجنبي الاستثمار فيها، فقد سبق وأن نص القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت على قائمة "إيجابية" يضعها مجلس الوزراء وتحدد القطاعات الاقتصادية المفتوحة أمام الاستثمارات الأجنبية، وقد شكل هذا الأمر حرجاً لدولة الكويت على صعيد التزاماتها القانونية والاقتصادية بفتح الحدود وتحرير تجارتها... وعلى عكس ذلك أتى القانون الجديد ليحدد القطاعات التي لا يجوز للمستثمر الأجنبي الاستثمار فيها، بمعنى أن المبدأ هو فتح السوق المحلي واسعاً أمام الاستثمارات الأجنبية، وترك أمر تحديد القطاعات الممنوعة عليه لظروف المرحلة الاقتصادية والرؤية الحكومية والسيادية. وفي هذا السياق، نصت المادة (١١) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ على أنه ((مع مراعاة ما نصت عليه المادتان (١٥٢، ١٥٣) من الدستور يضع مجلس الوزراء قائمة بالاستثمارات المباشرة التي لا تخضع لأحكام هذا القانون، وله أن يقوم بتحديثها في ضوء السياسة العامة للدولة وخططها وما يقترحه مجلس

إدارة الهيئة في هذا الشأن)). هذا وقد نصت المادة (١٥٢) من الدستور على أن: ((كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة. ومن جهتها نصت المادة (١٥٣) على أن: ((كل احتكار لا يمنح إلا بقانون وإلى زمن محدود)).

إن النقاط المستحدثة في هذا القانون والتي تلبي احتياجات المرحلة والفكر الاقتصادي المعاصر كثيرة، وقد لا يمكن حصرها في هذه العجالة، ولكن يبقى المجال ضرورياً للتركيز على جزئية مهمة جداً، حيث نص القانون على شفافية مطلقة في الترخيص وآليات استصداره، فالموافقة على الترخيص لم تعد وفق ما هو عليه الوضع في القانون السابق بيد لجنة مكونة من بعض أشخاص قد يختلفون في الرؤية الاقتصادية من مرحلة لمرحلة، بل أصبح الترخيص يتم بشكل تلقائي بمجرد تحقيق الطلب لبعض المعايير والشروط والأوزان الموضوعة بشكل مسبق ومنشورة للكافة، وهكذا الحال بالنسبة للامتيازات التي قد يحصل عليها المستثمر. فقد نصت المادة (١٤) من القانون على أن: ((يصدر الترخيص بقرار من المدير العام، بعد استيفاء الطلب للمعايير والأسس والقواعد التقييمية التي يضعها المجلس في شأن كل حالة من الحالات المنصوص عليها في هذا القانون، ويبلغ فيها المستثمر مسبقاً عند تقديم طلبه إلى الهيئة)).

تبقى المعضلة الكبرى وهي الدورة المستندية التي تمرّ بها الأوراق والمستندات والموافقات اللازمة للترخيص، فهذا الأمر هو مسؤولية جماعية تتعلق بالبيئة الإدارية والحكومية الكويتية، ولكن أتى القانون لينص في مادته رقم (١٧) على إنشاء وحدة إدارية تسمى (النافذة الموحدة) تضم موظفين مفوضين من الجهات الحكومية ذات الصلة بإجراءات ترخيص وممارسة عمل الكيان الاستثماري بما يحقق إنجاز البت في المعاملات بما لا يتجاوز المهلة المنصوص عليها في القانون، حيث قلّصت المهلة المعطاة للهيئة لتمنح الترخيص لمقدّم الطلب مما يضعها تحت ضغط الالتزام القانوني والاقتصادي. فنصت المادة (١٥) على أن: ((يصدر قرار البت في طلب الترخيص خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه مستوفياً كافة البيانات والمستندات والاشتراطات التي تحددها الهيئة)).

وفي شأن الإشراف على أداء الاستثمارات ومراقبة التزامها بالقانون واللوائح، نصت المادة (٣٣) على أن: ((يكون للموظفين المختصين الذين يحددهم الوزير بقرار يصدره صفة الضبطية القضائية لمراقبة تنفيذ هذا القانون واللوائح والقرارات المنفذه له، ويتعين على هؤلاء الموظفين أداء أعمالهم بأمانة ونزاهة وحياد، والالتزام بعدم إفشاء أسرار الكيانات الاستثمارية التي يطلعون عليها بحكم عملهم، ويؤدي كل منهم أمام الوزير القسم التالي: "أقسم بالله العظيم أن أؤدي عملي بالأمانة والحيدة والنزاهة والصدق، وأن أحافظ على سرية المعلومات التي أطلع عليها بحكم عملي حتى بعد انتهاء خدمتي". ويرفع موظفو الهيئة المشار إليهم تقريراً مفصلاً عن نتائج أعمالهم – فور انتهائها – إلى المدير العام الذي يتولى إحالتها إلى المجلس مشفوعاً برأيه لاتخاذ القرار بشأنها)).

رابعاً: هيئة تشجيع الاستثمار وتطوير بيئته:

سبقت الإشارة إلى أن المادة (٣) من القانون (١١٦) لسنة ٢٠١٣ حددت أهداف هيئة تشجيع الاستثمار المباشر المنشأة بموجب المادة (٢)، مما شكّل مظلّة واسعة لبعض الاختصاصات التي نص عليها القانون نفسه، ومن أبرز هذه الأهداف منحها صلاحية الاهتمام بتطوير وتحسين بيئة الاستثمار.

وقد نصّ لأول مرة في التشريعات الكويتية على أن ((تهدف الهيئة إلى جذب واستقطاب وتشجيع الاستثمار المباشر في البلاد بشقيه الأجنبي والمحلي... وتطوير وتحسين بيئة الاستثمار وتسهيل الإجراءات وإزالة المعوقات أمام المستثمرين، وتوفير سبل الدعم والتسهيلات المختلفة لتشجيع الاستثمار المباشر في البلاد))، بحيث تتولى تجسيداً لهذا الهدف، ووفق نص المادة (٣) من القانون، مهمة التنسيق مع كافة الجهات ذات العلاقة والمختصة من أجل تبسيط وتسهيل الإجراءات والخدمات اللازمة لتحسين وتطوير البيئة الاستثمارية في دولة الكويت، وزيادة مزاياها التنافسية ومتابعة الوضع التنافسي ومؤشرات الأداء في مجال الاستثمار في ضوء المعايير والتقارير الدولية، وذلك بما يكفل تشجيع الاستثمار المباشر داخل دولة الكويت، وكذلك التنسيق مع الجهات

المعنية من أجل توفير التسهيلات التمويلية والائتمانية الممكنة لتشجيع الاستثمارات التي تحتاجها البلاد، ومراقبة ومتابعة أداء الاستثمارات المباشرة في البلاد، والتعرف على أي معوقات قد تعترضها، والعمل على تذليلها بالتنسيق مع الجهات المختصة.

قد تشكّل هذه النصوص نقلة نوعية في الإطار المؤسسي والتنظيمي لقطاع التنمية الاقتصادية في الكويت، حيث لأول مرة تمنح إحدى الجهات الحكومية هذا الاختصاص بشكل واضح وصريح، وهذا يدّل على شيئين: أولهما أن هناك اهتماماً جدّياً من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية برفع مستوى البيئة الاستثمارية في الكويت وجعلها أكثر جاذبية، وكذلك طمأنة للمستثمرين المحليين والأجانب على وجود اهتمام حكومي بهذا الشأن. وثانيهما أن هناك اعترافاً ضمنياً بأن هذه الهيئة – في حال مارست دورها المرسوم لها – ستكون الذراع الاقتصادي للدولة، حيث تتوحد فيها الجهود والنظرة لاستثمارات القطاع الخاص الكويتي والأجنبي.

وفي هذا السياق، وإلى جانب دورها المهم في تطوير البيئة الاستثمارية وترويجها، تختص الهيئة بموجب نص المادة (٤) بكل ما يكفل تحقيق أهدافها، ولها – على الأخص – إجراء مسح لفرص الاستثمار المباشر الممكنة في البلاد والترويج لها، وبيان المزايا والإعفاءات والضمانات التي يتمتع بها المستثمرون، فضلاً عن إعداد الدراسات والبحوث والإحصائيات اللازمة، وتوفير المعلومات والإيضاحات والإحصاءات المتاحة للمستثمرين، وكذلك إنشاء المناطق الاقتصادية واقتراح مواقعها في إطار المخطط الهيكلي العام بالتنسيق مع الجهات المعنية، ولها أيضاً تأسيس أو المساهمة في رأس مال شركات متخصصة لإنشاء أو إدارة حاضنات أعمال للمشروعات التي تحقق أهدافها، وذلك بعد موافقة مجلس الوزراء، ووفقاً للأسس والقواعد التي يضعها المجلس في هذا الشأن. ناهيك عن تنظيم المؤتمرات والندوات والمعارض والدورات وتقديم الخدمات والبرامج التدريبية التي تتفق مع أهدافها، والمشاركة في الفعاليات الداخلية والخارجية، وإعداد وطباعة ونشر كافة الموضوعات ذات الصلة بأعمالها ونشاطاتها.

وفي الإطار نفسه، قد يسأل سائل – عن حقّ – إن أبرز الدول الجاذبة للاستثمارات لا يوجد فيها قانون لتشجيع الاستثمار، فلماذا هذا القانون؟ والجواب عن ذلك أنه في ظل المعوقات العملية والتشريعية التي تعاني منها بيئة الاستثمار والأعمال الكويتية، كان لا بد من خطوة إيجابية تدق جدار الجّمود من خلال نصوص عصرية ومستحدثة تؤدّي – في حال تطبيقها بالشكل المطلوب – إلى نقلة نوعية في بيئة الاستثمار داخل الكويت.

وفي جميع الأحوال، إن نجاح أي نص قانوني لن يقتصر على مضمون نصوصه وحسن صياغتها... فالنص القانوني – مهما كانت إيجابياته – لا يمكن أن يؤدي مبتغاه إذا لم تتوفر الإرادة والظروف الملائمة لحسن تطبيقه... وعليه يبقى الأمل أن تخرج هيئة تشجيع الاستثمار المباشر المنشأة بموجب نص المادة (٢) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ عن النمط التقليدي في التوظيف والإدارة، ويسمح لها بأن ترفد طاقمها بمتخصصين عالميين ومحليين يوفرون البيئة البشرية المناسبة. ناهيك عن الدور المهم الذي يقع على عاتق كافة الوزارات والجهات والأجهزة الحكومية بالتعاون والتنسيق فيما بينها ومع الهيئة في سبيل نجاحها بتطوير بيئة الاستثمار في الكويت.

خامساً – أشكال الكيانات الاستثمارية:

لقد شكلت نصوص القانون الجديد استكمالاً منطقياً لنصوص قانون الشركات التجارية الذي صدر مؤخراً، حيث حرص المشرّع في هذا القانون على المواءمة بين المتطلبات العالمية في عالم الاستثمار المباشر مع أحكام قانون الشركات الجديد، ويتجلّى ذلك واضحاً في النص على تحديد أشكال الاستثمارات الخاضعة لأحكام القانون (١١٦) لسنة ٢٠١٣، بحيث تكون من خلال كيان استثماري تتقمص به إحدى الحالات التالية:

أ – شركة كويتية من ضمن أنواع الشركات المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢، والتي تنشأ بغرض الاستثمار المباشر. ويمكن أن تبلغ حصة الأجنبي في هذه الشركة حتى ١٠٠٪ من رأس مالها، طبقاً للأسس والقواعد التي ينص عليها

قانون الشركات. وذلك استثناء من أحكام البند (١) من المادة (٢٣) وأحكام المادة (٢٤) من المرسوم بالقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة. ويلاحظ في هذا الشأن أنه بالنسبة إلى البنوك الأجنبية، يلزم قبل الترخيص بتأسيس البنك الحصول على موافقة بنك الكويت المركزي الذي يختص وفقًا لقانون إنشائه رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٨ بمراقبة الجهاز المصرفي في دولة الكويت.

ب – فرع لشركة أجنبية يرخص له بالعمل داخل دولة الكويت بغرض الاستثمار المباشر، ويصدر وزير التجارة – بناء على اقتراح مجلس إدارة الهيئة – قراراً يوضح أسس وقواعد تنظيم العلاقة بين فرع الشركة الأجنبية والجهات الرسمية فيما يخص المعاملات الضرورية لمباشرة العمل، ومما لا شك فيه أن سياسة الهيئة ورؤية مجلس إدارتها ستساهم بشكل واضح في وضع أسس وقواعد تنظيم العلاقة بين فروع الشركة الأجنبية والجهات ذات الصلة بمباشرة العمل فيها واستمراره، ولا سيما وزارة التجارة والصناعة، غرفة التجارة والصناعة، وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، ووزارة العدل، وذلك استدراكاً لأي عقبات قد تطرح أمام هذه الفروع في استحصالها على المعلومات أو الموافقات أو الأذونات المرتبطة بالجهات المذكورة.

ت – مكاتب تمثيل يقتصر هدفها على دراسة الأسواق وإمكانية الإنتاج، دون ممارسة نشاط تجاري أو نشاط الوكلاء التجاريين، ويضع مجلس إدارة الهيئة الأسس والقواعد في هذا الشأن، وهذه فكرة مطبقة في مصر وفي غيرها من الدول، تسمح ببساطة بوجود ممثلين للمستثمرين الأجانب في الدولة المضيفة لدراسة السوق وإمكانية فتح استثمار لاحق يخضع للقوانين المرعية. ومن حسنات هذه الفكرة تمكين ممثلي المستثمر من الحصول على إقامات ووجود شرعي لهم في البلاد، وكذلك عدم تكبد المستثمر مبالغ طائلة لدراسات جدوى قد تكون غير مجدية، فيقترب ممثلوه من أرض الواقع ويتعاملون مع بيئة الاستثمار عن كثب، ويحتكون مباشرة بالفرص الاستثمارية المتاحة.

سادساً – المناطق الحرة وبرنامج الأوفست:

في نفس سياق ترشيد اختصاصات الهيئة، وفي إطار جعلها الذراع الاقتصادي للدولة وجعلها الجهة المختصة بكل ما له علاقة بالاستثمارات الأجنبية في الكويت، ترك القانون في المادة الخاصة باختصاصات الهيئة لمجلس الوزراء أن يعهد إليها ما يراه من مهام تتعلق بعملها.

وقد ضربت المذكرة الإيضاحية المرسلة رفق المشروع الحكومي، أمثلة على ما يمكن أن يعهد به مجلس الوزراء من اختصاصات لهيئة تشجيع الاستثمار المباشر، ومن ذلك أن يعهد لها صلاحية الإشراف على إدارة المناطق الحرة وبرنامج الأوفست.

هذا الأمر ما زال ممكناً بموجب نص القانون نفسه، وكذلك بموجب القواعد العامة التي نص عليها المرسوم بالقانون رقم (١١٦) لسنة ١٩٩٢ في شأن التنظيم الإداري وتحديد الاختصاصات والتفويض فيها، حيث من باب المنطق العملي والتشريعي أن يكون هناك جهة حكومية واحدة ومتخصصة يمكن لها إدارة ملفات الاستثمارات الأجنبية المباشرة في البلاد بروحية واحدة وبتنسيق مهني بين كافة أشكال هذا الاستثمار، خاصة أن من بين اختصاصات الهيئة إنشاء المناطق الاقتصادية المتخصصة.

سابعاً – إطار ومعايير الاستفادة من المزايا والإعفاءات:

نصت المادة (٢٧) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ على استفادة المستثمر من كل أو بعض المزايا وهي:

- الإعفاء من ضريبة الدخل أو من أي ضرائب أخرى لمدة لا تزيد على عشر سنوات من تاريخ بدء التشغيل الفعلي في الكيان الاستثماري المرخص فيه.
- إعفاء كل توسع في الكيان الاستثماري، يرخص فيه وفق أحكام هذا القانون، من نفس الضرائب المنصوص عليها في الفقرة السابقة، لمدة

لا تقل عن مدة الإعفاء الممنوحة للكيان الاستثماري الأصلي، وذلك من تاريخ بدء الإنتاج أو التشغيل الفعليين في هذا التوسع.

- ومع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، يعفى كلياً أو جزئياً من الضرائب والرسوم الجمركية أو أية رسوم أخرى قد تستحق على الواردات اللازمة لأغراض الاستثمار المباشر ما يلي:

أ – الآلات والأدوات والمعدات ووسائل النقل وغيرها من الأجهزة التكنولوجية.

ب – قطع الغيار ومستلزمات الصيانة اللازمة لما ورد في البند السابق.

ج – المستلزمات السلعية، المواد الأولية، البضائع المصنعة جزئياً، ومواد التغليف والتعبئة.

ولا يجوز للمستثمر، قبل مرور خمس سنوات على إخطاره بالإعفاء من الرسوم على ما ورد في هذا البند، إجراء أي نوع من أنواع التصرفات عليها، بما فيها البيع أو المبادلة أو التنازل، كما لا يجوز له – خلال نفس المدة – استخدامها لغير الغرض الذي تم الاستيراد من أجله، إلا وفقاً للأسس والقواعد التي يقررها مجلس إدارة الهيئة في هذا الشأن، ودفع أي ضرائب أو رسوم تستحق فيما لو تم الاستيراد وقت إتمام التصرف)).

- الانتفاع بالأراضي والعقارات المخصصة للهيئة أو التي تخضع لإشرافها أو إدارتها، وذلك وفقاً للأسس والقواعد التي يضعها مجلس إدارة الهيئة في هذا الشأن.

- استخدام العمالة الأجنبية اللازمة للاستثمار، وذلك وفقاً للأسس والضوابط التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بشأن الحد الأدنى لنسبة العمالة الوطنية الواجب توفرها.

هذه المزايا هي نفسها تقريباً ما نص عليه القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ ولكن الجديد بالأمر، هو إضافة فقرة في ختام المادة تسمح لمجلس الوزراء أن

يقرر منح بعض الحالات والفئات بعض المزايا والإعفاءات مما لم يرد ذكره في هذه المادة. وهذا ما يفتح المجال واسعاً أمام السلطة التنفيذية بمنح مزايا جديدة لبعض المشروعات الإستراتيجية التي يرى مجلس الوزراء ضرورة لتشجيعها. وفي سياق متصل نصت مادة (٢٨) على سريان أحكام المادة السابقة على كافة أنواع المشاركات بين القطاعين العام و الخاص، بغرض الاستثمار المباشر، بما فيها الشركات والمشروعات المنصوص عليها في القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ م بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة، والقانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٠ في شأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص.

وبشأن آلية الحصول على هذه المزايا، لم يعد القرار منحصراً بلجنة أو مجلس معيّن كما كان الحال في القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ السابق، بل نصت المادة (٢٩) على أن يقدم المستثمر إلى الهيئة طلب الاستفادة من كل أو بعض المزايا المنصوص عليها في هذا القانون، بشكل متزامن أو لاحق على طلب الترخيص، للنظر فيه من قبل الهيئة بهدف التأكد من استيفاء الأسس والقواعد والإجراءات التي يضعها مجلس إدارة الهيئة في هذا الشأن، وبما يتناسب مع السياسة العامة للدولة وخطط التنمية الاقتصادية المعتمدة، على أن يتم ربط مقدار ونوع ومدة المزايا والإعفاءات الممنوحة للاستثمارات، كل حسب نوعه وطبيعته، وفقاً لكل أو بعض المعايير الآتية :

- نقل وتوطين التكنولوجيا وأساليب الإدارة الحديثة والخبرة العملية والفنية والتسويقية المتطورة لدولة الكويت.
- مقدار وجودة المنتجات والخدمات المقدمة.
- حاجة السوق المحلي والخليجي إلى الاستثمار المباشر ومدى مساهمته في تحقيق التنوع الاقتصادي.
- زيادة الصادرات الوطنية.

- خلق فرص عمل للعمالة الوطنية وتدريبها.
- المساهمة في تطوير وتنمية المناطق التي تفتقر إلى مشاريع أو أنشطة مماثلة.
- المردود البيئي الإيجابي.
- مدى تقديم خدمات للمجتمع خارج إطار المشروع أو النشاط الاقتصادي الذي يتم مزاولته.
- استخدام المنتجات الوطنية.
- الاستعانة بالخدمات الفنية والمهنية والاستشارية ذات الطابع الوطني.

ثامناً – ضمانات مطمئنة للمستثمرين:

في نطاق الضمانات المكفولة للاستثمارات ولاسيما الأجنبية منها، حافظ القانون الحالي على ما نص عليه سلفه القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، وزاد عليه بعض الضمانات المطمئنة للمستثمر.

فأكدت المادة (١٩) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ على أنه: ((لا يجوز مصادرة أي كيان استثماري مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، أو نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها، ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقة للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية، وتقدر وفقاً للوضع الاقتصادي السابق على أي تهديد بنزع الملكية، ويدفع التعويض المستحق فور اتخاذ القرار المشار إليه)).

كما أكدت المادة (٢٠) على حق المستثمر بنقل ملكية الكيان الاستثماري المرخص فيه أو التنازل عنه، أو التصرف فيه كلياً أو جزئياً، لصالح مستثمر أجنبي أو كويتي، وفق الأسس والقواعد التي يضعها مجلس إدارة الهيئة في هذا الشأن. وقد حرص المشرّع على النص بأنه وفي حالة نقل ملكية الكيان

الاستثماري أو التنازل عنه، كلياً أو جزئياً يحل المالك الجديد أو المتنازل له، محل المالك الأصلي في الحقوق والالتزامات.

على صعيد آخر نصت المادة (٢١) من القانون على أنه يجوز بموافقة مجلس إدارة الهيئة، دمج كيانين استثماريين أو أكثر، وذلك بناء على طلب مشترك يقدم إلى الهيئة في هذا الشأن، ويكون الكيان الجديد الناتج عن عملية الإندماج خلفاً قانونياً للكيانات المندمجة ويحل محلها في الحقوق والالتزامات، ويتمتع الكيان الجديد تلقائياً بأقصر المدد المتبقية للإعفاءات والمزايا الممنوحة لأي من الكيانات الاستثمارية المندمجة، دون أن يحرم الكيان الجديد من طلب المزايا التي يسمح بها القانون، شأنه في ذلك شأن أي كيان آخر.

وفي نفس سياق طمأنة المستثمر ولاسيما الأجنبي، ذكّرت المادة (٢٢) بحقه أن يحول إلى الخارج أرباحه أو رأسماله أو حصيلة تصرفه في حصصه أو نصيبه في الكيان الاستثماري أو التعويضات التي يحصل عليها بموجب القانون ذاته، كما أن للعاملين في الكيان الاستثماري تحويل مدخراتهم ومستحقاتهم إلى الخارج.

من جهة أخرى أكّدت المادة (٢٣) على تمتع المستثمر بمقتضى أحكام هذا القانون بمبادئ سرية المعلومات الفنية والاقتصادية والمالية الخاصة باستثماره، وحفظ المبادرات، وذلك طبقاً لأحكام القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد. وقد نص القانون على بعض العقوبات الجزائية التي قد تصل إلى الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، لكل من أفشى أو استفاد من أي معلومة تكون قد وصلت إلى علمه بسبب أعمال وظيفته، أو بسبب مشاركته بأي عمل من أعمال الهيئة أو أي من أجهزتها، تتعلق بالمبادرات الاستثمارية أو بالجوانب الفنية والاقتصادية أو المالية لاستثمار يخضع لأحكام هذا القانون، وذلك فيما عدا الأحوال التي يصرح فيها القانون بذلك، أو تنفيذاً لحكم أو أمر من جهة قضائية.

وفي خطوة تطمينية ينطبق عليها القول "لزوم ما لا يلزم" ذكّر القانون بثلاثة أحكام بديهية، وهي:

- مراعاة كافة الاتفاقيات الدولية النافذة في البلاد ذات العلاقة بالاستثمار وبتجنب الازدواج الضريبي، في تطبيق أحكام هذا القانون.
- النص على أنه تطبق على الاستثمار المباشر الخاضع لأحكام هذا القانون أحكام القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه.
- النص على عدم سريان أي تعديل في هذا القانون في حق الاستثمار المباشر الخاضع لأحكامه إذا كان من شأن هذا التعديل أن يلحق الضرر به، وبالمقابل تسري أحكام هذا القانون على الاستثمار المباشر القائم أو المرخص فيه قبل العمل به، على ألا تقل المزايا والإعفاءات والضمانات التي تمنح بموجب أحكامه عما هو مقرر للاستثمار قبل العمل به.

إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته في القانون الجزائري

الدكتورة/ سي يوسف زاهية حورية
أستاذة كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة مولود معمري - تيزي وزو
الجمهورية الجزائرية

ملخص:

إن الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تعيشها الجزائر في مجال السكن، دفعها إلى تنظيم هذا القطاع وذلك بوضع برامج تخطيطية تجلت في قوانين الترقية العقارية المتعاقبة من سنة ١٩٨٦ إلى غاية صدور القانون الأخير ٢٠١١ رقم ١١-٠٤ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. والهدف من ذلك هو تشجيع الاستثمار في مجال السكن، وفي الوقت نفسه تلبية حاجة المواطن في الحصول على البناية سواء لغرض السكن أو لممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي. ومن بين الآليات التي وضعها المشرع في جميع القوانين الخاصة بالترقية العقارية، وعلى الخصوص القانون رقم ١١-٠٤، هي آلية أي تقنية عقد البيع على التصاميم.

اشترط المشرع في إنشاء هذا العقد شروطاً خاصة – بالإضافة إلى الشروط الموضوعية العامة والشكلية – لم تكن تشترط في البيع العقاري العادي. كما أحاط هذا البيع بضمانات مالية وتقنية تعد بمثابة التزامات على عاتق المرقي العقاري، وذلك لحماية المشتري الذي يقدم على شراء عقار غير موجود وقت التعاقد.

تقديم :

لجأ المشرع الجزائري إلى خلق آلية في مجال الترقية العقارية، تمكن من تشجيع الاستثمار العقاري، كما تسهل على الخواص الحصول على ملكية عقارية وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم ٩٣-٠٣ المتعلق بالترقية العقارية، وهذه تتمثل في تقنية البيع على التصاميم(١). لكن اتضح أن الأحكام التي تضمنها هذا المرسوم جاءت قاصرة في عدة مجالات منها، تحديد مفهوم هذا البيع، طريقة تكوينه وانعدام الضمانات المقررة للمشتري. لكن بعد سنوات عديدة من تطبيق المرسوم السابق، تدخل المشرع في سنة ٢٠١١ بإصدار قانون رقم ١١-٠٤ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ملغياً المرسوم التشريعي سالف الذكر. حاول من خلاله أن يغطي ذلك القصور عن طريق خلق نوع من التوازن بين أطرافه (المرقي العقاري والمشتري) مخولاً لهذا الأخير مجموعة من الضمانات، ولذلك يطرح التساؤل التالي: كيف ينشأ هذا البيع وما هي ضماناته؟

نعالج هذه النقاط في مبحثين أساسيين: المبحث الأول: تكوين عقد البيع على التصاميم، وفي المبحث الثاني: ضمانات هذا البيع.

(١) لم يعرف المشرع الجزائري، عقد بيع العقار على التصاميم في المرسوم التشريعي رقم ٩٣-٠٣ الملغى. لكنه استدرك هذا النقص في القانون رقم ١١- ٠٤ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، إذ عرفه في المادة ٢٨ منه كما يلي: **(عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز)** جريدة رسمية، عدد١٤، الصادرة في ٦ مارس ٢٠١١.

المبحث الأول
تكوين عقد بيع العقار على التصاميم

ينعقد البيع على التصاميم كغيره من العقود بتوافر الشروط الموضوعية العامة المتمثلة في الرضا، المحل والسبب إلى جانب الشروط الموضوعية الخاصة وكذا الشروط الشكلية. وهذه كلها مستوحاة من المواد التالية: ٢/٢٦ و٣٠ و١/٣٤ من القانون رقم ١١-٠٤ سالف الذكر.

إذ تنص المادة ٢/٢٦ منه على ما يلي: (**..... وزيادة على رضا الطرفين بشأن الشيء المبيع وسعر البيع المتفق عليه، يجب أن يستجيب العقار، تحت طائلة بطلان العقد للشروط التقنية والوظيفية المطلوبة في مجال السكن وتهيئة المحلات ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي....**).

تنص المادة ٣٠ منه، على ما يلي: (**يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين ٢٧ و٢٨ أعلاه، أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء**).

وتنص المادة ١/٣٤ من نفس القانون أيضاً، على ما يلي: (**يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي، ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، .....**).

المطلب الأول
الشروط الموضوعية العامة

تتمثل الشروط الموضوعية العامة في التراضي، المحل والسبب. وسميت بالشروط العامة لكونها تتوافر في جميع العقود.

الفرع الأول
التراضي

هو أساس العقد وقوامه. إذ ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين طبقاً للمادة ٥٩ قانون مدني جزائري. ففي البيع على التصاميم، ينعقد بتطابق إرادة كل من البائع والمشتري على العناصر الجوهرية للعقد كالمبيع والثمن، وضرورة إفراغ هذه الإرادة في عقد رسمي يحرر من طرف موثق طبقاً للمادة ١/٣٢٤ قانون مدني جزائري التي تنص على ما يلي: **(زيادة عن العقود التي يأمر القانون إخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية..... في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.....).**

الفرع الثاني
المحل

فهو المحل الذي يرد عليه العقد أي إنجاز البناء وفق التصاميم والثمن الذي يدفعه المكتتب.

أولاً – البناء: ومصطلح البناء هو ما يتم إقامته فوق الأرض وما يبنى تحتها، ويستوي في ذلك أن تكون هذه المنشآت مقامة لأغراض السكن أو التجارة أو الصناعة أو أي غرض آخر(٢). ومهما كانت صورة بيع العقار قيد الإنشاء، يجب تحديد البناء محل العقد أي تحديد أوصافه بشكل دقيق يمنع من الجهالة الفاحشة، بحيث يتجنب أي نزاع مستقبلي بشأن مطابقة البناء للأوصاف المتفق عليها.

(٢) د. أحمد إبراهيم الحيارى، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني، مجلة الحقوق، الكويت، العدد ٠٤/٢٠٠٩، ص ٢٧٢.

ثانياً – الثمن وكيفيات دفعه : يعد الثمن من العناصر الجوهرية التي يجب أن يتفق عليها الطرفان في عقد البيع. إذ يجوز لهما الاتفاق حول كيفية الدفع. فالمشتري يلتزم بدفع الثمن في البيع على التصاميم على أقساط دورية تتناسب مع تقدم عمليات البناء. فمثلاً أن يدفع ٢٥ بالمائة عند التوقيع على العقد و٢٥ بالمائة عند نهاية الأشغال الكبرى، و٢٥ بالمائة عند نهاية الأشغال الثانوية ٢٥، بالمائة عند الاستلام. وفي المقابل يلتزم المرقي العقاري أن يستخدم الثمن المدفوع من قبل المشتري لغرض البناء وإلا عد مسؤولا. وفي هذا الصدد فرض المشرع الفرنسي على البائع ألا يستخدم ما قبضه لغايات أخرى غير البناء، فإن فعل عدّ مرتكباً لجريمة إساءة استعمال الأمانة، وتعرض للعقوبة الجزائية المترتبة على هذه الجريمة(٣).

لكن المشكل المطروح، هو كيف يحدد الثمن؟

إن الثمن في مثل هذه العقود، كما جاء في القانون هو ثمن أولي تقديري قابل للمراجعة بصريح نص المادة ٣٨ من قانون رقم ١١-٠٤ سالف الذكر. فإذا ذكر في العقد أنه قابل للمراجعة، يجب أن يذكر في العقد كيفيات المراجعة بشرط ألا يتجاوز مبلغ مراجعة السعر ٢٠٪ كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية، حتى لا يكون المشتري تحت رحمة المتعامل، وهذا خلافاً للقانون الفرنسي الذي يشترط أن يكون الثمن المقدر نهائياً غير قابل للمراجعة(٤). لكن مهما يكن، تبقى مسألة المراجعة الدورية للثمن وسيلة ابتزاز المرقي للمشتري، وذلك بالرغم من الاتفاق حول مبلغ محدد في بداية الأمر بين الطرفين.

يمكن للمشتري أن يقترض الثمن من البنك أو من صندوق التوفير والاحتياط، شريطة أن يقدم رهناً عقارياً الذي هو محل البيع على التصميم

(٣) د. أحمد إبراهيم الحياري، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(٤) د. طيب زروتي، حماية مشتري العقار في البيع على التصميم، طبقاً للمرسوم التشريعي رقم ٩٣-٠٣ المتعلق بالنشاط العقاري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد ٠٢، ٢٠٠٠، ص ٦٣.

(العقار) كضمان، يقيد في نفس الوقت مع شهر عقد البيع على التصاميم في المحافظة العقارية. أما بالنسبة لرسم تسجيل العقار، فقد ألغته قوانين المالية، بهدف تشجيع هذا القطاع والقضاء على أزمة السكن ومنع النزوح الريفي نحو المدن(٥). فقد جاء في المادة ١٠٩ من قانون المالية التكميلي لسنة ٢٠١٠، على تخفيض معدلات وفوائد القروض التي تدفعها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي، وكذا سكن فردي ينجز في شكل مجمعات في مناطق محددة من الجنوب والهضاب العليا.

المطلب الثاني
الشروط الموضوعية الخاصة

إلى جانب الشروط الموضوعية العامة، يجب أيضا، توافر الشروط الموضوعية الخاصة لانعقاد البيع على التصاميم والتي تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول
العناصر الثبوتية

وهذه تتمثل في أصل ملكية الأرض، رقم السند العقاري، رخصة البناء، رخصة التجزئة وكذا شهادة التهيئة والشبكات، وهذا ما تضمنته المادة ٣٠ من القانون رقم ١١-٠٤ المشار إليها سابقاً.

فاشتراط مثل هذه العناصر لم يكن موجوداً من قبل (في ظل المرسوم التشريعي رقم ٩٣-٠٣ سالف الذكر)، مما أدى إلى صعوبات عملية. إذ كان المرقي العقاري يشتري قطع أرضية للبناء بموجب التراخيص الإدارية التي لا تشكل سنداً رسمياً للملكية، وهذا ما خلق مشكلة نقل ملكية البناء إلى المشترين. ولذا فقد استدرك المشرع هذا القصور في القانون رقم ١١-٠٤ المذكور سابقاً.

(٥) بردان رشيد، البيع على التصاميم، دراسة في قانون ٩٣-٠٣، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس،عدد٠٢، أبريل ٢٠٠٦، ص ٢٣٢.

- أصل ملكية الأرض:

يجب على المرقي العقاري، أن يكون مالكاً للأرض التي سيتم البناء فوقها بموجب عقد رسمي، وذلك طبقا للمادة ٣٠ من قانون رقم ١١-٠٤ سالف الذكر التي تنص على ما يلي: (يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين ٢٧،٢٨ أعلاه، أصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري.....).

لأن الإشكال الذي كان مطروحاً من الناحية العملية – قبل صدور هذا القانون رقم ١١-٠٤ –، هو أن المرقي العقاري غالبا ما يحصل على الأرض المخصصة للبناء بموجب تراخيص إدارية. فهو لا يملك الأرض بصفة قانونية من أول يوم حتى يحولها للمستفيدين لاحقا. وقد يشرع المرقي العقاري في البيع أو الإنجاز وينتهي من التشييد ويتسلم المستفيدون عقاراتهم دون أن تسوى الإجراءات الرسمية الخاصة بانتقال الملكية. وبالتالي لا يمكن القول أن المشترين للبناء قد تملكوا العقار دون ملكية الأرض.

- المخطط الخاص بالعقار المراد بناؤه:

– **رخصة البناء:** تعتبر رخصة البناء الوسيلة القانونية لضمان الرقابة على حركة البناء للحفاظ على النسيج العمراني للمدن ومنع البناءات العشوائية.

لم يعرفها المشرع الجزائري في قانون التعمير ولا في القوانين الأخرى، بل اعتبرها إجراءً إدارياً وضرورياً مسبقاً يسلم لتشييد بناء. وهذا طبقاً للمادة ٥٢ من المرسوم رقم ٩٠-٢٩ مؤرخ في ١ ديسمبر ١٩٩٠ والمتعلق بالتهيئة والتعمير، المعدل والمتمم(٦)، التي تنص على ما يلي: **(تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها ولتمديد البنايات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحة العمومية، ولإنجاز جدار صلب للتدعيم والتسييج.**

تحضر رخصة البناء وتسلم في الأشكال والآجال التي يحددها التنظيم).

(٦) جريدة رسمية، عدد ٥٢ لسنة ١٩٩٠.

وما تؤكده أيضاً المادة ٥ من قانون رقم ٠٨-١٣ مؤرخ في ٢٠ يوليو ٢٠٠٨ المحدد قواعد مطابقة البنايات وتمام إنجازها[٧]، والتي تنص على ما يلي: **(يمنع القيام بتشييد أي بناية مهما كانت طبيعتها دون الحصول المسبق على رخصة بناء مسلمة من السلطة المختصة في الآجال المحددة قانوناً).**

وبناء على ذلك، إذا قام المرقي العقاري أو من يمثله بإنجاز أي بناية دون الحصول على رخصة البناء، تعرض للعقوبة الواردة في المادة ٧٩ من القانون نفسه، والتي تنص على ما يلي: **(يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار (٥٠٠٠٠ د ج) إلى مائة ألف دينار (١٠٠٠٠٠ د ج) كل من يشيد أو يحاول تشييد بناية دون رخصة بناء....).**

– **رخصة التجزئة:** ويقصد بها تجزئة الأرض التي تشكل الوعاء العقاري للمشروع ككل وليس للبناية الفردية وحدها، وتسلم طبقاً للأشكال المنصوص عليها في القانون، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٧ من القانون رقم ٩٠-٢٩ سالف الذكر، على ما يلي: **(تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لإثنين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها.**

تحضر رخصة التجزئة وتسلم في الأشكال وبالشروط والآجال التي يحددها التنظيم).

– وصف البناية أو جزء من البناية ومشتملاتها:

ويتمثل في تحديد مواصفات البناية من مكونات وخصائص تقنية، وتتمثل هذه الأخيرة في طبيعة البناية والمواد المستعملة.

– **شهادة التهيئة والشبكات:** ويفهم من ذلك ضرورة استفادة كل عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء من مصدر للمياه الصالحة للشرب، كما يجب أن يتوفر على جهاز لصرف المياه يحول دون تدفقها فوق سطح الأرض، وهذا ما نصت عليه

(٧) جريدة رسمية، عدد ٤٤، الصادرة في ٣ أوت ٢٠٠٨، ص ٢١.

المادة ٧ من قانون رقم ٩٠-٢٩ المتعلق بالتهيئة والتعمير سالف الذكر، كما يلي: **(يجب أن يستفيد كل بناء معد للسكن من مصدر للمياه الصالحة للشرب، كما يجب أن يتوفر على جهاز لصرف المياه يحول دون رمي النفايات على السطح)**.

الفرع الثاني
تحديد مدة الإنجاز

لا يكفي التزام البائع (المرقي العقاري) إقامة بناء بالمواصفات المطلوبة والمتفق عليها، وإنما يلتزم أيضا بالانتهاء من البناء خلال مدة تحدد في العقد بتاريخ معين، وهذا يشكل ضمانة للمشتري، وفي الوقت نفسه يعتبر ركناً، إذ يترتب على عدم تحديد المدة بطلان العقد.

وهناك أهمية في تحديد مدة الإنجاز:

- نهايتها يعني بداية فترة التسليم والتي يبدأ منها حساب الضمان، فالتسليم أي حيازة المشتري المادية للعقار يجب أن يثبت في محضر يحرر حضوريا حسب الكيفيات التي اتفق عليها الأطراف.
- إن عدم الإنجاز أو التأخر في الإنجاز في خلال تلك المدة وما يترتب عنه من تأخر في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم، يعرض المرقي العقاري للعقوبات التأخيرية.

الفرع الثالث
وجود الضمان القانوني أي الاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة(٨)

يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم – بالإضافة إلى الشروط الأخرى – شهادة الضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، إذ يلتزم

(٨) استحدث هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم ٩٧-٤٠٦ مؤرخ في ٣ نوفمبر ١٩٩٧، جريدة رسمية، عدد ٧٣، الصادرة في ٥ نوفمبر ١٩٩٧.

المرقي العقاري بالاكتتاب في هذا الصندوق بموجب المادة ٣١ من مرسوم تنفيذي رقم ١٢-٨٥ يتضمن الدفتر النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري(٩)، والتي تنص على ما يلي: **(يتعين على المرقي العقاري تسديد الاشتراكات والدفعات الإجبارية الأخرى بصفته مشتركاً في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية).**

وذهب المشرع إلى إلزام المرقي العقاري في الانخراط في هذا الصندوق بمجرد اعتماده من طرف وزارة السكن والعمران، وذلك بموجب القانون رقم ١١-٠٤ سالف الذكر.

يعد صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، لا تسعى لتحقيق الربح وهي موضوعة تحت وصاية وزارة السكن.

ويرمي هذا الضمان، إلى تحقيق هدف مزدوج، استرداد الثمن للمشتري واستكمال المشروع إلى آخر مرحلة(١٠). ولكن أهمية هذا الضمان تختلف حسب صفة المرقي العقاري عما إذا كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

فإذا كان شخصاً طبيعياً، فإن هذا الصندوق سيضمن وفاته عند عدم إتمام الإنجاز من قبل الورثة. وكذا في حالة فقدانه بموجب حكم أو قرار قضائي، أو في حالة اكتشاف احتياله ونصبه من طرف السلطة القضائية.

أما إذا كان المرقي العقاري شخصاً معنوياً، فإن الصندوق سيضمن إفلاسه، أو تصفيته، أو في حالة إثبات المخالفة في دفع القروض أو اكتشاف احتياله من قبل السلطة القضائية.

---

(٩) جريدة رسمية عدد١١، لسنة ٢٠١٢.

(١٠) أكد المدير العام لهذا الصندوق (مولود داهل) في حوار أجرته معه الإذاعة الجزائرية يوم الثلاثاء ٢٠ ديسمبر ٢٠١١. أن هدف هذا الصندوق يتمثل في ضمان المدفوعات المقدمة في شكل تسبيقات على طلب السكن في إطار البيع على مخطط.

المطلب الثالث
الشروط الشكلية

لا يختلف عقد البيع على التصاميم عن نقل الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى من حيث استيفاء الإجراءات الشكلية.

لقد نص المشرع صراحة على ضرورة إفراغ هذا النوع من البيع في عقد رسمي، يحرره موثق الذي هو ضابط عمومي(١١). ويجب أن يسجل لدى مصلحة التسجيل ثم يشهر في المحافظة العقارية، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٣٤ من قانون رقم ١١-٠٤ سالف الذكر، كما يأتي: **(يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، .....).**

الفرع الأول
تحرير عقد البيع بناء على التصاميم

لقد أوجب المشرع الجزائري إفراغ عقد البيع على التصاميم في شكل رسمي على يد موثق يتلقى إيجاب البائع أي المرقي العقاري وقبول المشتري بشأن البناية والثمن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية في حدود سلطته واختصاصه، والرسمية تعتبر وسيلة لترقية المعاملات العقارية وضمانة قوية لاستقرارها.

ولذا يتوجب على البائع والمشتري اللجوء إلى مكتب التوثيق الخاص من أجل كتابة عقد البيع على التصاميم بناء على النموذج المحدد بالتنظيم والذي

(١١) تعرف المادة ٣ من قانون رقم ٠٦-٠٢ مؤرخ في ٢٠ فبراير ٢٠٠٦ بتنظيم مهنة الموثق، الموثق، كما يلي:(الموثق **ضابط عمومي**، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة). جريدة رسمية، عدد ١٤ الصادرة في ٨ مارس ٢٠٠٦.

يجب أن يشتمل على جميع الشروط الموضوعية المذكورة آنفاً، مع العلم أن المشرع لم يصدر بعد نموذجاً خاصاً بالبيع على التصاميم إذ ورد في المادة ٢/٢٨ من نفس القانون على ما يلي: **(يحدد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم).**

فالجزاء الذي يترتب على تخلف الشكل الرسمي – الذي يعد ركناً أساسياً في العقد إلى جانب التراضي –، هو البطلان المطلق للعقد. (المادة ٣٢٤ قانون مدني جزائري).

وخلاصة القول أنه إذا لم يفرغ بيع العقار على التصميم في نموذجه المقرر، ولم يرفق بشهادة ضمان الترقية العقارية (أي الاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة)، يقع على عاتق المحافظ العقاري التزام بعدم إخضاع هذا التصرف إلى الإشهار العقاري على مستواه(١٢).

الفرع الثاني
تسجيل عقد البيع على التصاميم

بعد أن يحرر الموثق عقد البيع على التصاميم، عليه أن يقوم بتسجيله لدى مصلحة مفتشية التسجيل والطابع المختصة إقليمياً(١٣). ويجب على الموثق أن يقوم بعملية التسجيل خلال شهر من تاريخ تحرير العقد، وهذا طبقا للمادة ١/٥٨ من قانون التسجيل رقم ٧٦–١٠٥ سالف الذكر التي تنص على ما يلي: **(يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة ٦٤ أدناه.**

---

(١٢) مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر٢٠٠٤، ص١٠٠.

(١٣) تنص المادة ١/٧٥ من الأمر رقم ٧٦-١٠٥ المؤرخ في ١٩٧٦/١٢/٩ المتضمن قانون التسجيل على ما يلي: (لا يستطيع الموثقون أن يسجلوا عقودهم إلا في مصالح التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتبهم).
جريدة رسمية، عدد٨١ الصادرة في ١٩٧٧/١٢/١٨.

وفي حالة عدم التسجيل في الآجال المحددة، تطبق على الموثق العقوبات التأديبية دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين).

وما تنص عليه المادة ٦١ من القانون نفسه، كما يلي: (**يجب أن تسجل العقود التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع للأموال المنقولة في أجل شهر ابتداء من تاريخها)**

والهدف من تسجيل العقود الرسمية هو تمكين إدارة الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع المعاملات الواردة على العقارات وتحصيل الرسوم والضرائب المترتبة عنها.

إن رسم التسجيل وفق نص المادة ٢٥٢ من الأمر رقم ٧٦/١٠٥ سالف الذكر يقدر ب ٥ بالمائة من ثمن البيع الصافي، وتحسب بالطريقة التالية (الثمن التقديري + ثمن المراجعة + مستحقات الموثق (مصاريف كتابة العقد) في ٥ بالمائة.

وتعفى من هذا الرسم عقود بيع العقار المخصصة للاستعمال السكني في إطار نشاطات الترقية العقارية، وفقاً للمادة ٢٥٨/٥ من القانون نفسه سالف الذكر.

الفرع الثالث
شهر عقد البيع على التصاميم

بعد أن يحرر عقد البيع على التصاميم في شكل رسمي ويسجل لدى مصلحة التسجيل، يجب أن يشهر هذا العقد لدى المحافظة العقارية، وذلك إعمالاً بنص المادتين ٩٠ و٩٩ من المرسوم رقم ٧٦-٦٣ المؤرخ في ٢٥ مارس ١٩٧٦ المتعلق بتأسيس السجل العقاري حتى ينتج هذا العقد أثره العيني وهو انتقال ملكية العقار من المرقي إلى المشتري والاحتجاج به طبقاً لمقتضيات المادة ٧٩٣ قانون مدني جزائري.

ويترتب على ذلك أنه عند تمام عملية الشهر تنتقل الملكية من المرقي العقاري إلى المشتري، غير أن هذا الأخير تنتقل إليه ملكية الرقبة دون حق الانتفاع والتصرف وهذا بمجرد التوقيع على العقد وشهره قبل الإنجاز، أما بعد الإنجاز فتستكمل له الملكية أي تضاف إليه ملكية الانتفاع والتصرف.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري خرج في عقد البيع على التصاميم عن القواعد العامة، حين أوجب شهر هذا العقد رغم عدم وجود البناية وقت التعاقد، وهذا يبرره أنه اعتبر البناية محققة لوجود الضمانات القانونية المخولة في هذا العقد من جهة، ومن جهة أخرى بغرض تشجيع المشترين على اقتناء مساكن بناء على التصاميم لتخفيف العبء على الدولة بسبب كثرة الطلبات على السكنات الاجتماعية و التساهمية(١٤).

وأخيرا يمكن القول، يتحمل المشتري نفقات التسجيل والطابع والتوثيق والشهر وغيرها ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك (المادة ٣٩٣ قانون مدني جزائري). إلا أنه يمكن أن يتحمل هذه الرسوم المتعاقدان، بالتضامن(١٥).

(١٤) مسكر سهام، بيع العقار على التصاميم في الترقية العقارية، دراسة تحليلية، مذكرة الماجستير في القانون العقاري والفلاحي، كلية الحقوق، جامعة البليدة ٢٠٠٦، ص ٥٦.

(١٥) تنص المادة ٩١ من قانون التسجيل المعدلة والمتممة بالمادة ٥ من المرسوم التشريعي رقم ٠٨/٩٤ المؤرخ في ١٩٩٤/٠٥/٢٦ المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة ١٩٩٤ على ما يلي: (يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية والقضائية التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محددة بموجب هذا القانون، بالتضامن بين أطراف العقد التي يتعين عليها إجراء توزيع عادل ومنصف).

المبحث الثاني
الضمانات الممنوحة للمشتري في بيع العقار على التصاميم

إن المشرع الجزائري وضع مصلحة المشتري المستفيد من عقد بيع العقار على التصميم ضمن اهتماماته الأساسية وذلك بإلقاء عدة التزامات على عاتق المرقي العقاري، وهذه تمثل بطبيعة الحال مجمل الضمانات الممنوحة للمشتري. وتتمثل فيما يلي:

المطلب الأول
شهادة الضمان العشري

الهدف من تقديم هذه الشهادة هو لضمان العيوب الخفية في العقار، وكذا التهدم، وذلك على وجه التضامن بين جميع المتدخلين.

تنص المادة ٥٥٤ تقنين مدني جزائري، على ما يلي: (**يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.....).**

وما يلاحظ من هذا النص، أن المشرع الجزائري جعل المقاول[١٦] والمهندس المعماري[١٧] وحدهما الملزمين بالضمان العشري على وجه التضامن.

---

(١٦) المقاول هو شخص يعهد إليه رب العمل بتشييد المبنى أو إقامة المنشأة الثانية الأخرى، بناء على ما يقدم له من تصميمات، وذلك مقابل أجر ودون أن يخضع في عمله لإشراف ورقابة رب العمل.

(١٧) المهندس المعماري هو الشخص المحترف المكلف عادة بمهمة صاحب العمل الذي يتولى إنجاز البناء ومتابعته. (المادة ٩ من المرسوم التشريعي رقم ٩٤-٠٧ المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل والمتمم، سالف الذكر).

أما المادة ٤٦ من القانون رقم ١١-٠٤ سالف الذكر، فتنص على ما يلي: **(تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذاك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس).**

وتنص أيضاً المادة ١/٣٠ من مرسوم تنفيذي رقم ١٢-٨٥ المشار إليه سابقاً، على ما يلي: **(يتحمل المرقي العقاري خلال مدة ١٠ سنوات مسؤوليته التضامنية مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل في حالة سقوط البناية كلياً أو جزئياً بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض).**

بناء على هذين النصين، نجد أن المشرع الجزائري، وسع من نطاق الأشخاص الملزمين بالضمان العشري وهو الحل نفسه الذي أخذ به القانون رقم ٠٧/٩٥ المتعلق بالتأمينات، إذ أضاف أشخاصاً آخرين، وهذا من خلال المادة ١٧٨ منه التي تنص على ما يلي: **(يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين، اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة ٥٥٤ قانون مدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع).**

وهذا ما ذهب إليه أيضاً المشرع الفرنسي في المواد ١٧٩٢ و٢٢٧٠ قانون مدني، والمشرع المصري في المادة ٦٥١ قانون مدني، وما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيين اللذان يتجهان نحو توسيع نطاق الأشخاص الملزمين بالضمان، إذ يشمل بالإضافة إلى المقاول والمهندس المعماري، كل متدخل أو مشارك من خلال عقد في المشاريع العقارية، كمكاتب الدراسات الهندسية، الرسامين كمهندس ديكور أو الطبوغرافيين وغيرهم.

لكن ما يلاحظ أنه عندما تقوم الدولة نفسها ببناء المساكن والمحلات، فإن قانون التأمينات أعفاها من هذا الضمان، لأنها تؤمن على نفسها بنفسها[١٨]. بالإضافة إلى قائمة البنايات المعفاة من إلزامية التأمين من المسؤولية العشرية (المرسوم التنفيذي رقم ٩٦- ٤٩ مؤرخ في ١٩٩٦/١/١٧ المحدد لقائمة المباني المعفاة من الضمان العشري).

المطلب الثاني
انتقال الملكية

استناداً إلى المادة ١/٣٤ من القانون رقم ١١-٠٤، أنه يتم إعداد البيع على التصاميم في شكل رسمي، وإخضاعه للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والشهر، ويخص في الوقت نفسه البناء والأرض، إذ تنتقل ملكية العقار إلى المشتري من يوم الشهر قبل إنجاز البناء، وليس من يوم التوقيع كما ورد في المادة ٢ من العقد النموذجي المحرر طبقاً للمرسوم التنفيذي ٩٤-٥٨ سالف الذكر، والقول أن الملكية تنتقل في العقارات بالتوقيع يتعارض مع مبادئ الشهر.

لكن ما هي الملكية التي تنتقل إلى المشتري؟

إن الملكية التي تنقل هي ملكية الرقبة وهذا قبل إتمام إنجاز البناء، أما إذا تم الإنجاز، فتكون للمشتري ملكية أخرى وهي ملكية الانتفاع، وهذا بصريح المادة ٢/٣٤ والذي يشترط فيه أيضاً أن يكون بمحضر من الموثق نفسه الذي حرر العقد.

وما يفهم من هذه المادة، جعل انتقال الملكية في عقد البيع على التصاميم يتم في مرحلتين:

- المرحلة الأولى، هي مرحلة يتم فيها نقل ملكية الرقبة فقط.

(١٨) معراج حديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٨، ص ١٣٩.

- المرحلة الثانية، هي مرحلة التسليم أي الحيازة المادية والتي تكتمل فيها الملكية للمشتري بنقل حق الانتفاع إليه.

المطلب الثالث
ضمان حسن الإنجاز

إذا كان العقار محل العقد يجب أن ينجز حسب الشروط المتفق عليها وطبقا للمواصفات التقنية التي ينص عليها قانون التعمير، وهذا كله لضمان تحقيق الغاية المرجوة من العقار قصد الانتفاع منه، فهنا يتوجب على المشتري أن يتأكد عند محضر التسليم، بأن العقار الذي تسلمه صالحاً للاستعمال حسب طبيعته، سكنياً، تجارياً، مهنياً. وإذا لاحظ أية مخالفة، فيجب عليه أن يدون التحفظات في محضر التسليم حتى يلزم المرقي بإجراء الإصلاحات والترميمات اللازمة، وهذا هو ضمان الإنهاء الكامل للأشغال وحسن إنجاز البناية، وهذا الضمان حديث النشأة لا وجود له في القانون المدني الجزائري(١٩)، وقد أكد المشرع على هذا الضمان في القانون رقم ١١-٠٤، إذ نص عليه في المادة ٣/٢٦ منه، كما يلي: (..... **غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحد)**(٢٠).

(١٩) أما المشرع الفرنسي فقد أدرج هذا الضمان في تعديل للقانون المدني سنة ١٩٧٨، وذلك في المادة ٦/١٧٩٢ منه التي جاء فيها ما يلي: (يمتد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل والذي بواسطته يكون المقاول مسؤولاً خلال مدة سنة من تسليم الأعمال إلى إصلاح جميع العيوب المشار إليها من قبل رب العمل، سواء بطريق التحفظات التي ذكرها في محضر التسليم أو بطريق الإخطار الكتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة).

(٢٠) كما نص عليه المرسوم التشريعي رقم ٩٣-٠٣ المتعلق بالنشاط العقاري الملغى، في المادة ١٤ منه كما يلي: (**.....غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة، ولا من ضمان حسن إنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة).**

ويتضح من النص إلزام المتعامل بضمان حسن الإنجاز أي إصلاح العيوب مثلاً في أنابيب الغاز والمياه، وقنوات الصرف وذلك في أجل سنة واحدة من يوم التسليم.

- ضمان حسن سير التجهيزات :

يلتزم المرقي العقاري بضمان حسن تشغيل عناصر التجهيز، والتي تقبل الانفصال والانفكاك عن البناية دون تلف مثل الأبواب، الشبابيك والعداد الكهربائي وكذلك الأجهزة الميكانيكية والكهربائية التي يركبها البائع أو المقاول. وقد أشار إليه المشرع في المادة ٤٤ من القانون رقم ١١-٠٤ سالف الذكر والتي أحالتنا إلى المادة ٢٦ فيما يخص أجل الضمان. ويطلق المشرع الفرنسي على هذا الضمان ضمان جودة التشغيل. وقد نص عليه في المادة ١٧٩٢-٣ قانون مدني كما يلي: **(أن عناصر التجهيز الأخرى في البناء تكون محلاً لضمان حسن أدائها لوظائفها لمدة سنتين كحد أدنى ابتداء من تاريخ استلام البناء)**[٢١].

المطلب الرابع
شهادة المطابقة

يلتزم المرقي العقاري أن يسلم للمشتري شهادة المطابقة عند التسليم، وهذه تفيد أن البناية أنجزت وفقاً للمواصفات، وهذا طبقاً للمادة ٣٩ من القانون رقم ١١-٠٤ سالف الذكر، التي تنص على ما يلي: **(في حالة عقد البيع على التصاميم، لا يمكن حيازة بناية أو جزء من البناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم الشهادة المنصوص عليها في القانون رقم ٩٠-٢٩ المؤرخ في أول**

(٢١) ftnalt - L article 1792-3(modifiée et complétée par la loi nº 78-12 du 4 janvier 1978) dispose:(Les autres éléments d' équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage).

ديسمبر سنة ١٩٩٠ والقانون رقم ٠٨-١٥ المؤرخ في ٢٠ يوليو سنة ٢٠٠٨ والمذكورين أعلاه).

وهذه الشهادة ضرورية لإعداد واستخراج سند الملكية للبناية المنجزة. وللحصول عليها، يتم إيداع الطلب المتضمن التصريح بانتهاء الأشغال في نسختين، على مستوى مقر البلدية مقابل وصل إيداع، ويتم تحويل الملف إلى مصالح الدولة المكلفة بالتعمير في ظرف ٨ أيام، وهذه تقوم بدراسته بالتشاور مع مصالح القطاعات الأخرى المعنية، وبعد ذلك تسلم شهادة المطابقة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً والذي قام بتسليم رخصة البناء، أو من قبل الوالي المؤهل إقليمياً بالنسبة للحالات الأخرى.

المطلب الخامس
حق امتياز للمشتري في حالة إفلاس المرقي العقاري

تنص المادة ١/٥٨ من قانون رقم ١١-٠٤ على ما يلي: **(في حالة الإفلاس والتصفية القضائية لمرقي عقاري قام بالبيع على التصاميم، يستفيد صندوق الضمان عن طريق الحلول محل المقتنين بامتياز الصف الأول في حدود ديون هؤلاء المقتنين والأموال المدفوعة للمرقي العقاري موضوع التصفية القضائية و/أو المفلس).**

وأخيرا يمكن القول أن هدف المشرع من إلزام المرقي بمثل هذه الضمانات، هو لدفع تهاونه في تنفيذ التزامه، وكذا منع استغلال المشتري من دفع أقساط وهمية دون وجه حق، والحث على إنجاز سكنات تتطابق والمواصفات التقنية الضرورية في العمران.

خاتمة :

إن اتساع مجالات التعامل في العقارات المتمثلة إما في بيعها أو إيجارها أو تجديدها، دفع المشرع إلى التدخل لتنظيم نوع من العقود المستحدثة ومن

بينها، البيع على التصاميم وذلك في القانون رقم ١١-٠٤ سالف الذكر، الذي جاء لتسهيل المعاملات بين الأطراف كما يؤدي إلى ضمان حقوق كل منهما ..

فإذا كان هذا القانون وسيلة لسد الثغرات التي انطوت عليها النصوص القديمة والتي استغل وجودها المرقين العقاريين للفرار إلى خارج الوطن بالملايير دون أية مسؤولية. جاء هذا القانون بالعقوبات التي تطبق في حالة الإخلال بالتزاماتهم، وهذا يعد أهم ضمان للمشتري. وهناك ضمانات أخرى منحها المشرع له، وهي ضمانات قبل إنجاز البناء والتي تعد في الأصل أركاناً موضوعية خاصة ضرورية لانعقاد البيع على التصاميم، وضمانات أخرى بعد الإنجاز. وحسناً فعل، إلا أننا نلاحظ بعض النقائص الواردة في الميدان. إذ كثيراً ما تتواطأ اللجان التقنية مع المرقيين العقاريين، وإن كان المشرع حريصاً على ضرورة اكتتاب المرقي العقاري لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، إلا أنه لم يحدد النسب الواجب اكتتابها، وهذا ما ينقص الضمان، خاصة إذا كانت النسب قليلة فيظل هذا الضمان غير قادر حتى على تسديد الدفعات التي دفعها المقتنون وعجزه عن إتمام الأشغال هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن نسبة المساهمين في صندوق الضمان قليلة رغم العقوبة الصارمة والمنصوص عليها في المادة ٧٤ من قانون رقم ١١-٠٤ وهذا ما ينقص من الضمان للمشتري. أضف إلى ذلك أن المشرع لم يرتب أي جزاء جنائي في حالة الإخلال بالضمان العشري وضمان حسن الإنجاز. ولذا كان على المشرع التدخل لسد هذه الثغرات المشار إليها، وضرورة تدخله لتحديد وتنظيم نموذج عقد البيع على التصاميم، رغم مرور مدة زمنية على صدور القانون المشار إليه أعلاه.

المجلة التربوية

مجلة فصلية، تخصصية، محكّمة

تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

رئيس التحرير: أ. د. عبدالله محمد الشيخ



تُنشر:

- البحوث التربوية المحكمة
- مراجعات الكتب التربوية الحديثة
- محاضر الحوار التربوي
- التقارير عن المؤتمرات التربوية وملخصات الرسائل الجامعية

- تقبل البحوث باللغتين العربية والإنجليزية.
- تنشر لأساتذة التربية والمختصين بها من مختلف الأقطار العربية والدول الأجنبية.

الاشتراكات:

في الكويت: ثلاثة دنانير للأفراد، وخمسة عشر ديناراً للمؤسسات.

في الدول العربية: أربعة دنانير للأفراد، وخمسة عشر ديناراً للمؤسسات.

في الدول الأجنبية: خمسة عشر دولاراً للأفراد، وستون دولاراً للمؤسسات.

توجه جميع المراسلات إلى:

رئيس تحرير المجلة التربوية - مجلس النشر العلمي ص.ب. ١٣٤١١ كيفان - الرمز البريدي 71955

الكويت هاتف: ٢٤٨٤٦٨٤٣ (داخلي ٤٤٠٣ - ٤٤٠٩) - مباشر: ٢٤٨٤٧٩٦١ - فاكس: ٢٤٨٣٧٧٩٤

E-mail: joe@ku.edu.kw

Reflections in some of the new Kuwaiti labor law updates "A comparative analysis research"

Dr. Mordhi Obaid ALayash

In Kuwait, labor law was issued for the first time in 1959, then it was cancelled in 1964 due to the regulation No (38) in private sector labor, regarding the arbitrage that labor law aims to achieve between workers and owners, it appears that it has affected the national society radically.

There for labor law no 6/2010 was updated to avoid all the previous legal flaws that left the judiciary and doctrine in many difficult and awkward situation. The importance of this research summarizes the most useful up updated changes in labor law and enlightens its new theories, flaws, failures, developments and how will it meet with expectations.

Comment On
An appeal court ruling
"Third Administrative Service"
In appeal No: 161 for the year 2010
Of the assembly: 02/16/2012 AD"
Judgment of unpublished

Dr. Abdullah Habab Al-Rashidi

This search deals with the comment on a judgment of the judges' petition circle in the privacy court in Kuwait and the study of the judgments and the comments on them. It has no doubt useful effect on both the theoretical and the practical levels.

The search focuses on three definite problems raised in the concerned judgment. The first one is concerning the legality of delegation in discipline. The second one is about the privacy court intervention in the amendment of the discipline decrees so as to say the Kuwaiti judiciary is applying exceptions in the doctrine of non replacement of the abrogation judiciary instead of the administration.

The third problem is about the battle between the pencil and the computer in writing the judgments. There was a controversy about the legality to write judgments by computer in the State Council, general assembly for advice and legislation and the High administrative court.

This search deals with these three problems on basis of Kuwaiti legal system compared with the state council judgment in this concern.

Depriving from political rights as a discretionary punishment In Islamic Jurisprudence and Kuwaiti Law

Dr. Ibrahem abdullah AL-bedewi AL-subeie

This study examines deprivation from political rights as an enhancing penal in Islamic jurisprudence and Kuwaiti law. The problem is that depriving human from practicing his political rights is one of measures recognized by law as subsequent penalty for committing some crimes and violations. However, this procedure has not an equivalent in Islamic jurisprudence so what is the rule of this procedure in Islamic jurisprudence? Is it right to consider this procedure as a penalty included in enhancing or preventive penalties that were allowed by Islamic Sharaih?

The research consists of introduction, five sections, and conclusion. The first section discusses explaining the research title such as deprivation, political rights and rebating. The second section examines the Legitimacy of human practicing of his political rights in Islamic jurisprudence and Kuwaiti law as well as the types of political rights.

The Third section discusses the jurisprudence and legal adaption of deprivation from political rights method. In addition, the fourth section examines the rule of rebating with depriving from political rights in Islamic jurisprudence and Kuwaiti law. The fifth section discusses the effect of Repentance in getting the right back to human in order to practice the political rights.

What The civil rights of the fetus Comparative Study (Part Two)

Prof. Khaled J. Ahmed Hassan

I was keen during this research to create a comprehensive vision and detailed of all civil rights that must be given to the fetus, since the beginning of the composition as a sperm fertilized and then passing through the stages of successive beyond (such as the stage of clot and the stage of the embryo and the stage of bone formation and the wearing of meat and the stage of blowing soul) to the pre-exit from his mother's womb, inspired by all of these rights from that source net and adequate, that is, Islamic Sharia, which has paid attention to the embryo are perfect not only from the date of its composition and its inception as a sperm fertilized, but even before this sacrificed the fetus in the womb, remembered something.

Criteria determining the Company Status (Comparison Study)

Dr. Ibrahim Sabri Al-Arnaout

The Businesses Theory lost lot of its significance concerning distinguish between the commercial companies and civil companies on the basis of the subjective criteria which views the company activity or objectives to establish the company status and so that it would be subject to the provisions of the Commercial Law.

This is on light of the modern law trends and the fact that the legislator in the comparison law (Egypt, Kuwait, France, England) adopted the formal (modern) criteria which considers the company form provided in the Law as the basis for acquiring the company status and so being subject to the provisions of the Commercial Law regardless of the objectives for which the company has been founded or that it is performing the business activities or not.

However, in the Jordanian Commercial Law the legislator is still adopting the subjective (traditional) criteria for giving the company its status and sets a distinguish between the commercial companies and the civil companies - which takes the same form or model provided in the Commercial Law - on the basis of the objectives for which the company has been founded in spite that this criteria is not accurate and raises different legal impacts and several practical difficulties.

Criminal protective means for Al-Quds and al Aqsa Mosque

Prof. Mohammed Shallal Al-Ani

The Comprehensive Criminal Jurisdiction is one of the international criminal means which represents an appropriate response to serious violations of the principles of justice, the sovereignty of law and human rights. Because of the horror of these violations and their serious effects on the international peace and security, they were the reason for the criminalization of such acts according to the principle of Comprehensive Criminal Jurisdiction.

For this reason, the description of this jurisdiction as a comprehensive is for the prosecution of the perpetrators of these crimes as a duty upon all states to achieve international cooperation in combating crimes.

Taking into consideration the serious violations committed by Israeli occupation forces in the occupied Palestinian territories, especially in Al Quds and the Aqsa Mosque, which target the presence of the Palestinians and their identity through the expulsion of the Makdeseen (people of Al Quds), the imposition of Israeli legislation on them, the confiscation of their lands, the destruction of their farms and other violations that can not be mentioned in this abstract, this requires the activation of the means and the legal procedures to achieve criminal and international protection of Al Quds and the Aqsa Mosque

Estimation of rules related to the Disciplinary Punishments for Journalists in the Jordanian Law

Dr. Haitham Hamed Al-Masarweh

Freedom of the Press is Considered One of the Important Principles that Governs Journalistic Work. This Principle is not Absolute, Since there are Limits that Control it, all those Working in Journalism Should Respect these Limits and no one Can Ignore or Disregard them. This Means that there are Limits and Boundaries Concerning Number of Professional Duties that a Journalist Follow. When a Journalist Violates Any of them, he is Legally Responsible. This Responsibility Comes on three:

- Criminal Responsibility.
- Civil Responsibility.
- Disciplinary Responsibility.

If it is up to the Law to Decide Criminal or Civil Responsibility According to its Member' Expertise, its Laws and Guarantees. The Disciplinary Responsibility is Decided by a Disciplinary Board Formed by the Journalists Union. This Board Investigates Complaints Formed Against Journalists and Decides the Right Punishment within the Right Procedures. A Board Can Punish a Journalist in Four Ways: Notification Notice, Warning, Banned from Practicing Journalism for A Specific Period of Time or by Crossing out the Journalist Name From the Registered List.

In this Paper we Try to Looking these Disciplinary Punishment Mostly how Coherent and Sufficient they are to Ensure that Journalist Carry out their Duties by the Limits.

Technical Terms: Punishing Journalists, Journalists' Union, Freedom of the Press and Journalists' Responsibility.

The interrogation of the accused in the Arab laws of criminal procedure - A comparative analysis study

Dr. Saeed Al-Brek Al-Sakuty

This study addresses the issue of interrogation of the accused and confronted with other defendants or the victim or witnesses as one of the important work of the investigation, and reviewed the safeguards guaranteed by the procedural laws of the defendant relating to the interrogation and confrontation, and the interrogation obligation and permissible.

And may the researcher to study and compare and analyze the provisions of the interrogation and confrontation in the laws or each: UAE, Jordan, Algeria, Yemen, Kuwait, Arab Republic of Egypt, Syrian Arab Republic, Kingdom of Saudi Arabia and Qatar. This study reviewed the results and recommendations, and most important of which:

- interrogation is not to indict the accused, and that it was not briefed the accused of the charges against him, but it is a work of investigative work puts the investigator in which the accused face to face with evidence charge and join him in a detailed discussion of this evidence leads to determine the position of the accused which, either refutation and rejection or recognition.

- a person accused of committing a crime or his contribution to this may not be determined only under the guidance of the charge the legally authorized to do so, the authority of any indictment (prosecutors) to the person or persons. And suggest that the uniqueness of the laws of Criminal Procedure contains provisions for a separate independent, one of the investigative procedures, the so-called "Declaration of the charge, "rather than "inform the defendant of the charges against him".

- The briefing accused of the charges against him and hear his words that follow this briefing is not an interrogation, and therefore not subject to the same conditions as the interrogation, including "the presence of counsel" as the obligatory presence of the latter (according to the majority of laws) is limited to Interrogation and confrontation only.

The legal regulation for the judicial return for holder of the promissory note in jordan commercial law

Dr. Mohammed Ibrahim Abu El-Haija
Dr. Abdoulsalam Mohammed Alrjoob

This study has come to spotlight on conception of protest and it influence on rights of bill of exchange. We find out that the barrier has still the right in demand in case he did not follow the legal procedure in draft a protest. Nevertheless, all signers on bill of exchange have the right in this case to suite him for any tort follows them. Beside that, some contradicts provision has find out, which needs interfere from legislator to fix it.

International Efforts to Counter Attacks by Pirates Outside the Coast of Somalia and the Arab Sea(Causes of Failure and Factors of Success - Legal and Factual Vision)

Dr. Mohammed Ali Al-Haj

The importance of this search appears in the fact that reviews the international anti-piracy efforts, and for this, it pointed out the definition of piracy in the Convention on the Law of the Sea 1982, indicating its inability to accommodate new developments in the methods of piracy. Then pointed to the role of some international organizations in the fight against piracy (IMO, EU, NATO and UN). It also reviewed some applied regional measures to combat piracy, when reviewing all these efforts, it mentioned to its shortcomings, proposed measures that should be taken to eliminate it, emphasizing that the practical solution is rebuilding the Somali infrastructure, creating a better life for the Somali people, so the real solution is "the Somali nation-rebuilding.

The positions of the High Court of Justice regarding its jurisdiction in appeals of Professional associations decisions

Dr. Hamdi Soliman Alqubailat

This study deals with a controversial issue of particular importance at the national level, i.e., the position of the High Court of Justice of Jordan in appeals of decisions issued by the professional associations. In order to stand on the court's opinion in this regard, the jurisprudence of administrative Comparative law in both France and Egypt were examined.,

The study was divided into three sections dealing respectively; the legal nature of professional associations, the narrow position in jurisdiction of the Court, and the wide position of the jurisdiction of the court. The study concluded that the High Court of Justice took a different position when compared with comparative administrative judiciary in this regard since professional associations are considered to be a person of private law and therefore confined its jurisdiction within the limits of the professional associations' laws. Recommendations were also adopted with the aim to develop the jurisprudence of the Court in this regard.

Recommendation as a formal procedure to the validity of administrative decision

Dr. Suleiman Saleem Batarseh

This study aims to discuss Altanseeb or "Proposition" as an important administrative procedure which affects the validity of the administrative decision from the theoretical as well as the practical perspective.

The study is divided into two main themes; the first one is titled Altanseeb; its nature, formes, importance and its position in relation to the administrative decision. The second theme is concerned with its legal system and its applications in the decisions of the high court of justice in Jordan.

The study came out to the conclusion that Altanseeb or "Proposition" can't be looked upon as an administrative decision because it's really as an introductory procedure which is vital for the validity and reliability of the administrative decision following it.

The Relationship of Administrative Judge with Administration

Dr. Hocine Fridja

The administrative judge has a close relationship with adminstration, He is considered a control tool, However he can't replace the management and work of administration or its competence, The administrative judge fix its decisions and finish someones, staying his authority when he cancel the wrong decision, or confirm disputed rights or compensation arrangement.

The administrative judge always tries to satisfy the admistration independence when he welcomes the good governance in the application of the law that the administrative judge shows her the correct way to respect the law.

المجلة العربية للعلوم الإنسانية

فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

- بحوث باللغة العربية
- بحوث باللغة الإنجليزية
- مناقشات وندوات
- عروض الكتب الجديدة

مجلس النشر العلمي

رئيسة التحرير

أ.د. نسيمة راشد الغيث

ص.ب: 26585 الصفاة 13126 الكويت- هاتف: 24817689(965)- 24815453(965) فاكس: 24812514 (965)

P.O. Box 26585 Safat,13126 Kuwait - Tel.:(965) 24817689 - (965) 24815453 - Fax: (965) 24812514

Email: ajh@ku.edu.kw - http:// www.pubcouncil.kuniv.edu.kw/ajh