

## تطبيق قرار الاتحاد من أجل السلام على الأزمة السورية

الدكتور/ علي سيف النامي  
أستاذ القانون الدولي المساعد  
كلية الحقوق - جامعة الكويت

### ملخص:

خلال هذه الدراسة نحاول أن نبحت في البدائل الموجودة في القانون الدولي، وميثاق الأمم المتحدة والتي من خلالها يمكن أن يتم تجاوز عجز مجلس الأمن الدولي في مواجهة تهديد السلم والأمن الدوليين، وذلك عندما يتم استخدام حق النقض من قبل أحد الأعضاء الدائمين.

ففي الأزمة السورية التي تشكل أكبر كارثة إنسانية في العصر الحديث، لم يتمكن مجلس الأمن من إصدار قرار يدين ويعاقب النظام السوري على ما ارتكبه من مخالفات وجرائم ضد الإنسانية، واستخدام كل أنواع الأسلحة التقليدية وغير التقليدية، وذلك بسبب استخدام روسيا والصين حق النقض (الفيتو) ضد أي مشروع قرار يدين ويهدد بعقوبات ضد النظام السوري.

ومن ثم، خلال هذه الدراسة نحاول أن نقدم البديل لتجاوز عجز مجلس الأمن، وذلك من خلال طلب عقد دورة استثنائية طارئة للجمعية العامة للأمم المتحدة من خلال طلب يقدم إما من مجلس الأمن أو من أغلبية أعضاء الأمم المتحدة، وذلك استناداً إلى قرار الاتحاد من أجل السلام الذي صدر خلال الأزمة الكورية عام ١٩٥٠، والذي بمقتضاه يتم تحويل اختصاصات مجلس الأمن إلى الجمعية العامة عندما يعجز مجلس الأمن عن ممارسة مهامه الرئيسية في حفظ السلم والأمن الدوليين، بسبب استخدام حق النقض من قبل أحد الأعضاء الدائمين.

وفي هذه الدراسة سنتطرق إلى القيمة القانونية للقرار وإلى مضمون وشروط تطبيق هذا القرار ومدى توافرها في الأزمة السورية.

## مقدمة:

منذ ١٥ مارس ٢٠١١، بدأت شرارة الثورة السورية وخلفت خلال ثلاث سنوات أكثر من مئة ألف قتيل بينهم عشرة آلاف طفل<sup>(١)</sup>، وهناك تقريباً سبعة ملايين إنسان محاصر في المناطق المتضررة من النزاع، أو تلك التي تسيطر عليها المعارضة، أو لاجئ في الدول المجاورة، ما يقرب من نصف هؤلاء من الأطفال<sup>(٢)</sup>، وهناك دمار كامل للمدن السورية، نتيجة استخدام كل أنواع الأسلحة التقليدية وغير التقليدية، فما يحصل في سوريا يشكل أكبر كارثة إنسانية على الإطلاق.

لكن للأسف كانت ردة الفعل الدولية - وخاصة مجلس الأمن الدولي - متواضعة، ولم يستطع مجلس الأمن الدولي أن يصدر قراراً يدين النظام السوري، ويطالبه بوقف القتل ويحذره من اتخاذ إجراءات قسرية في حالة عدم امتثاله، وكل ما استطاع عمله هو بيانات رئاسية وإصدار قرارات نستطيع أن نسميها إنسانية، لا تشكل أي نوع من الضغط على النظام السوري لوقف القتل والتدمير في سوريا.

في الحقيقة، إن ما يحصل في سوريا من انتهاك واضح لكل قواعد القانون الدولي بصفة عامة وقواعد القانون الدولي الإنساني بصفة خاصة، يؤكد من جديد عجز مجلس الأمن الدولي عن مواجهة انتهاك واضح للأمن والسلم الدوليين، ويأتي هذا العجز بسبب استخدام بعض أعضائه الدائمين لحق النقض (الفيتو)، وهو ما يحول دون استصدار قرار يدين دولة تقوم بارتكاب جرائم ضد الإنسانية.

إن مجلس الأمن الدولي لم يتمكن في الأزمة السورية من استصدار قرار يدين النظام السوري أو يهدده بإجراءات قسرية في حالة عدم امتثاله للقرار، بسبب استخدام روسيا والصين لحق النقض (الفيتو)، وذلك من خلال محاولات عدة لتقديم مشاريع لقرارات خلال ثلاث سنوات.

(١) راجع تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان في يوليو ٢٠١٣؛ حيث توقفت في هذا الشهر محاولات إحصاء قتلى الحرب في سوريا حتى إشعار آخر، بسبب الوضع المعقد هناك. راجع جريدة الشرق الأوسط في تاريخ ٨ يناير ٢٠١٤. راجع أيضاً تقريراً لمركز أكسفورد ريرتش غروب البريطاني للأبحاث في ٢٤ نوفمبر ٢٠١٣.

(٢) راجع تقرير لجنة التحقيق الدولية المستقلة بشأن الجمهورية العربية السورية- مجلس حقوق الإنسان- الدورة ٢٣-٤/٦/٢٠١٣، وثيقة رقم A/HRC/23/58.

ومن ثم، إن عدم قدرة مجلس الأمن على إدارة الأزمة الإنسانية السورية أو حتى التخفيف من آثارها الدموية، فتح المجال لمناقشة البدائل؛ فاقترح وزير خارجية فرنسا (فابيوس) معالجة هذا الجمود الذي يشل قدرة مجلس الأمن الدولي، بدعوة الدول الخمس دائمة العضوية للتطوع بالامتناع عن استخدام حق النقض عندما يتعين على مجلس الأمن إصدار قرار بخصوص حالة جريمة واسعة النطاق<sup>(٣)</sup>.

غير أن هذا الاقتراح لم يأت عاماً ومجرداً بل أعطى الدول الخمس دائمة العضوية استثناء من ذلك، عندما تكون مصالحهم الوطنية على المحك، ومن ثم يكون هذا الاقتراح غير فعال؛ حيث إن هذه الدول هي من تحدد ماهية مصالحها الوطنية، وهذا يشكل جوهر وسبب استخدام حق النقض في مجلس الأمن الدولي.

ومن ثم، فإن السؤال المطروح هو: هل هناك بديل يستطيع من خلاله المجتمع الدولي أن يتجاوز شلل عمل مجلس الأمن بسبب استخدام اثنين من أعضائه الدائمين لحق النقض "الفييتو"؛ و ذلك لوقف استمرار الكارثة الإنسانية في سوريا؟.

إن من بين البدائل والآليات الموجودة دولياً: اللجوء إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت إطار قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وهو القرار رقم ٣٧٧ الذي صدر في عام ١٩٥٠، وقد جاء اتخاذ هذا القرار كرد من الدول - وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية - للتغلب على استراتيجية الاتحاد السوفيتي التي عملت على تعطيل صدور أي قرار من مجلس الأمن الدولي في قضية الحرب الكورية عام ١٩٥٠.

وينص القرار على أنه عندما يعجز مجلس الأمن الدولي عن ممارسة مهامه الرئيسية المتمثلة في صون الأمن والسلم الدوليين لعدم تمكن أعضائه الدائمين من التوافق، يتم تحويل المسؤولية للجمعية العامة للأمم المتحدة للنظر في الأمر.

وأهم ما تضمنه القرار أنه: "إذا لم تكن الجمعية العامة منعقدة، فيجوز لها أن تعقد دورة استثنائية طارئة بناء على طلب مجلس الأمن أو غالبية أعضائها، بهدف

(٣) ويرى أن تكون معايير التنفيذ كما يلي: يرفع الأمر إلى الأمين العام للأمم المتحدة من أجل البت في طبيعة الجريمة، بناء على طلب من خمسين دولة عضواً على الأقل، وحالما يصدر الأمين العام رأيه، تطبق مدونة السلوك فوراً. ولكي تكون مدونة السلوك واقعية، ستستثنى منها الحالات التي قد تنس فيها المصالح الوطنية الحيوية لأحد الأعضاء الدائمين في المجلس. راجع هذا الاقتراح لوزير خارجية فرنسا (فابيوس) في جريدة الصباح المغربية في ٢٠١٣/١٠/٨.

إصدار توصيات مناسبة لاتخاذ تدابير جماعية، بما في ذلك استخدام القوة المسلحة عند الاقتضاء".

وكان الهدف من صدور هذا القرار في عام ١٩٥٠ هو المحافظة على استمرار السلم والأمن الدوليين وعدم تعريضهما للخطر.

وإلى اليوم تم استخدام هذا القرار في مناسبات عدة، أظهر مجلس الأمن فيها عجزاً واضحاً عن التصدي لأزمات تعرض فيها الأمن والسلم الدوليان للخطر، ولم يتمكن من تقديم الحلول المناسبة.

وتحسن الإشارة إلى أن وظيفة مجلس الأمن الدولي هي المحافظة على السلم والأمن الدوليين، مراعيًا في ذلك المبادئ التي تقوم عليها منظمة الأمم المتحدة والمقاصد التي تسعى إلى تحقيقها، ومن أهمها حماية حقوق الإنسان<sup>(٤)</sup>.

وفي ظل عجز مجلس الأمن الدولي الواضح عن القيام بوظيفته تجاه ما يحصل من كارثة إنسانية في سوريا، نتيجة لاستخدام روسيا والصين لحق النقض (الفيتو)

(٤) تنص المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة على مقاصد الأمم المتحدة، وجاء فيها " مقاصد الأمم المتحدة هي: ١- حفظ الأمن والسلم الدولي، ولتحقيق هذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم وإزالتها، وتقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم، وتتنذر بالوسائل السلمية، وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم أو لتسويتها. ٢- إنماء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها، وكذلك اتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العام..".

وتنص المادة الثانية من الميثاق أيضاً على مبادئ الأمم المتحدة، وجاء فيها: "تعمل الهيئة وأعضاؤها في سعيها وراء المقاصد المذكورة في المادة الأولى وفقاً للمبادئ الآتية... ٣- يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر. ٤- يمتنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة. ٥- يقدم جميع الأعضاء كل ما في وسعهم من عون إلى الأمم المتحدة في أي عمل تتخذه وفق هذا الميثاق، كما يمتنعون عن مساعدة أية دولة تتخذ الأمم المتحدة إزاءها عملاً من أعمال المنع أو القمع. ٦- تعمل الهيئة على أن تسير الدول غير الأعضاء فيها على هذه المبادئ بقدر ما تقتضيه ضرورة حفظ السلم والأمن الدولي..".



في أكثر من مناسبة، والتهديد باستخدامه تجاه أي محاولة لاستصدار قرار يدين النظام السوري أو حتى يهدد باتخاذ إجراءات باستخدام القوة العسكرية تجاهه<sup>(٥)</sup> فإن ذلك يستدعي البحث عن بدائل ووسائل لحماية المدنيين السوريين من القتل اليومي الذي يتعرضون له من جراء استخدام الأسلحة التقليدية وغير التقليدية من قبل النظام السوري، فهل قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٧٧ أو الاتحاد من أجل السلام الصادر في ٣ نوفمبر ١٩٥٠، يمكن أن يطبق على الحالة في سوريا، لحماية المدنيين السوريين ولحفظ السلم والأمن الدوليين؟.

سوف نحاول الإجابة عن هذا السؤال في بحثنا الذي يتكون من ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مضمون قرار الاتحاد من أجل السلام وشروط تطبيقه.

والمبحث الثاني: القيمة القانونية لقرار الاتحاد من أجل السلام وتطبيقاته السابقة.

المبحث الثالث: إمكانية تطبيق هذا القرار على الأزمة السورية.

(٥) انظر: تصريح المندوبين الروسي والصيني في مجلس الأمن الدولي في تاريخ ١٩ يوليو ٢٠١٢ بعد استخدام الفيتو الروسي الصيني للمرة الثالثة منذ بدء الأزمة السورية ضد مشروع قرار غربي يهدد بفرض عقوبات على النظام السوري تحت الفصل السابع. راجع: الوثيقة رقم S/PV.6810.

## المبحث الأول

### مضمون قرار الاتحاد من أجل السلام وشروط تطبيقه

يعتبر مجلس الأمن الدولي أداة الأمم المتحدة التي تضطلع بمسؤولية الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، ويتكون المجلس من خمسة عشر عضواً، عشرة منهم أعضاء منتخوبون، غير دائمين، وخمسة أعضاء دائمين وهم الصين، وفرنسا، والمملكة المتحدة (بريطانيا)، والولايات المتحدة الأمريكية، وروسيا الاتحادية.

وقد نصت المادة ٢٤ من ميثاق الأمم المتحدة على هذه المسؤولية وأسندتها إلى مجلس الأمن الدولي؛ حيث جاء فيها: "١- رغبة في أن يكون العمل الذي تقوم به الأمم المتحدة سريعاً وفعالاً، يعهد أعضاء تلك الهيئة إلى مجلس الأمن بالتبغات الرئيسية في أمر حفظ السلم والأمن الدولي، ويوافقون على أن هذا المجلس يعمل نائباً عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها عليه هذه التبغات".

كذلك تتابع المادة ٢٤ وتؤكد "٢- يعمل مجلس الأمن، في أداء هذه الواجبات وفقاً لمقاصد الأمم المتحدة ومبادئها، والسلطات المخولة لمجلس الأمن لتمكينه من القيام بهذه الواجبات مبينة في الفصول السادس والسابع والثامن والثاني عشر، ٣- يرفع مجلس الأمن تقارير سنوية، وأخرى خاصة، إذا اقتضت الحال إلى الجمعية العامة لتنظر فيها".

وفي سبيل تحقيق مجلس الأمن المبادئ التي تقوم عليها الأمم المتحدة - وأهمها تحقيق السلم والأمن الدوليين - يتبع إحدى الوسائل السلمية<sup>(٦)</sup>، أو القمعية<sup>(٧)</sup>.

والدول الأعضاء تتعهد بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة، وتتعهد أيضاً بأن تضع تحت تصرف مجلس الأمن - بناء على طلبه وطبقاً لاتفاق أو اتفاقات خاصة - ما يلزم من القوات المسلحة والتسهيلات الضرورية لحفظ الأمن والسلم الدوليين<sup>(٨)</sup>.

(٦) وهذه الوسائل منظمة بموجب الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة الخاص بحل المنازعات سلمياً، ومن هذه الوسائل المفاوضات والوساطة والتحقيق والتسوية القضائية وغيرها. راجع المواد من ٣٣ إلى ٣٨ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٧) وهذه الوسائل منظمة بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ومنها التدابير العسكرية وغير العسكرية. راجع المادتين ٤١ و٤٢ من الميثاق.

(٨) راجع: في ذلك المواد ٤٩، ٤٨، ٤٣، ٢٥ من ميثاق الأمم المتحدة.

والوضع الطبيعي أن وظيفة حفظ الأمن والسلم الدوليين يقوم بها مجلس الأمن الدولي، لكن ما العمل إذا عجز أو تقاعس مجلس الأمن الدولي عن القيام بمهامه؟.

وحيث إن من نتائج الحرب العالمية الثانية أن برز في العالم قوتان عظيميان، هما الولايات المتحدة الأمريكية من جهة، والاتحاد السوفيتي من جهة أخرى، ولم تكن العلاقة بينهما توافقية بل كانت دائماً متناقضة.

ففي عام ١٩٥٠ حصل أن تم رفض قبول عضوية الصين الشعبية في الأمم المتحدة، وأن تشغل المقعد الدائم بمجلس الأمن الذي كانت تشغله حينها الصين الوطنية، وهذا الأمر أغضب الاتحاد السوفيتي، وجعله يقطع جلسات مجلس الأمن من ١٣ فبراير لغاية ١ أغسطس ١٩٥٠.

وبينما كانت الولايات المتحدة الأمريكية حليفة للصين الوطنية كانت الصين الشعبية الشيوعية حليفة للاتحاد السوفيتي، وفي ٢٥ يونيو ١٩٥٠ اندلعت الحرب بين الكوريتين؛ لعدم اتفاق الطرفين على الوسائل لبناء وحدة كوريا واستقلالها، التي كانت تحت سيطرة اليابان من ١٩١١ إلى ١٩٤٥<sup>(٩)</sup>، وقامت الأمم المتحدة بالتدخل في اليوم نفسه لاجتياح قوات كوريا الشمالية لأراضي كوريا الجنوبية.

وأصدر مجلس الأمن قراره رقم ٨٢ الذي طالب فيه بوقف إطلاق النار وانسحاب قوات كوريا الشمالية شمال خط ٣٨، الموازي والذي يفصل بين الكوريتين، وذلك بناء على دعوة الولايات المتحدة إلى مجلس الأمن لإدانة الاجتياح وإصدار قرارات بهذا الشأن.

وهذه القرارات كلها صدرت في غياب الاتحاد السوفيتي عن جلسات مجلس الأمن الدولي؛ لمقاطعته احتجاجاً على مشاركة مندوب الصين الوطنية في جلسات مجلس الأمن<sup>(١٠)</sup>، وهذا منعه من استخدام حق الفيتو لوقف القرارات، ومع ذلك تم صدور القرارات على أساس أنها صدرت بتسعة أصوات موافقين وامتناع صوت (يوغسلافيا)، وغياب الاتحاد السوفيتي الذي يعد كلامتناع<sup>(١١)</sup>.

(٩) راجع:

M.FRANKENSTEIN, L'ONU devant coréen, Pedone, 1952, p364.

(١٠) راجع:

Patric Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, "DROIT INTERNATIONAL PUBLIC", L.G.D.J., édition, 2009, P1109. S/RES/82(1950).

(١١) راجع: المادة ٢٧ فقرة ٣ من ميثاق الأمم المتحدة، التي تنص على أن القرارات لكي تصدر من مجلس الأمن في المسائل الموضوعية يجب أن يتوافر لها أغلبية تسعة أعضاء من بينها أصوات الخمسة دائمي العضوية متفقة.

قرارات مجلس الأمن الصادرة في ٢٧ يونيو و٧ يوليو عام ١٩٥٠ تدعو الدول الأعضاء لدعم ومساعدة كوريا الجنوبية، وتقديم كل مساعدة ضرورية لقوات الأمم المتحدة، ووضعها تحت قيادة موحدة بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا بالطبع لا يمثل الإجراء المنصوص عليه في المادة ٤٣ من ميثاق الأمم المتحدة، التي تنص على تشكيل مجلس أركان حرب<sup>(١٢)</sup>.

وتعتبر هذه الأزمة الأولى والوحيدة منذ إنشاء منظمة الأمم المتحدة الذي يتم فيها تنفيذ نظام الأمن الجماعي بحسب ميثاق الأمم المتحدة<sup>(١٣)</sup>.

هناك احتجاجات واعتراضات عدة، قدمت تطعن في قانونية هذه العمليات العسكرية وخاصة أن القرارات صدرت عن مجلس الأمن بناء على تفسير متعسف لغياب الاتحاد السوفيتي عن شغل مقعده واعتبار الغياب كإمتناع عن التصويت، وهذا ما يجعل العمليات العسكرية غير قانونية في نظرهم، حيث إن الفقرة ٣ من المادة ٢٧ من ميثاق الأمم المتحدة تنص على أن اتخاذ القرارات الموضوعية لمجلس الأمن يتطلب موافقة تسعة أعضاء "يكون من بينهم أصوات الأعضاء الدائمين متفقة".

بيد أن الرأي الراجح الذي سار عليه مجلس الأمن - الجهاز الرئيسي في الأمم المتحدة - هو اعتبار تغيب العضو الدائم عن حضور جلسة المجلس لا يؤثر في صحة القرار الذي يصدر عنه، مثل حالة الإمتناع عن التصويت، ولا يمكن اعتباره ممارسة لحق الاعتراض<sup>(١٤)</sup>، وهذا ما أكدته فتوى محكمة العدل الدولية في عام ١٩٧١ فيما يتعلق بالأثار القانونية المترتبة على الدول من جراء استمرار وجود جنوب إفريقيا في ناميبيا (جنوب غرب إفريقيا) على الرغم من صدور قرار مجلس الأمن رقم ٢٧٦ (١٩٧٠)<sup>(١٥)</sup>.

(١٢) راجع: المادة ٤٣ من ميثاق الأمم المتحدة بشأن تشكيل مجلس الحرب.

(١٣) راجع:

JACQUES LEPRETTE, LE CONSEIL DE SECURITE ET LA RESOLUTION 377 /A (1950), A.F.D.I., XXXIV, 1988, P424.

(١٤) يرى بعض الفقهاء أن غياب العضو الدائم عن جلسات مجلس الأمن الدولي إما أن يكون تنازلاً عن حقه في الحضور والتصويت، وإما أن يكون مخالفاً لأحكام الميثاق. وفي كلتا الحالتين لا يمكن أن يترتب عليه أي أثر قانوني. راجع: عائشة راتب، التنظيم الدولي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص١٤٦. د.إبراهيم محمد العناني "المنظمات الدولية" المطبعة التجارية الحديثة، ١٩٩٥، ص ٢٦٩.

(١٥) راجع الفتوى، تقارير محكمة العدل الدولية لعام ١٩٧١، الصفحة ١٦، في الفقرة ٢٢، في ٢١ يونيو ١٩٧١ ST/LEG/SER/F/1.



وبعد عودة الاتحاد السوفيتي لشغل مقعده في مجلس الأمن الدولي، واستخدامه المتكرر لحق النقض (الفيتو) بعد ١ أغسطس ١٩٥٠، تم شل عمل المجلس عن مواصلة العمليات العسكرية التي بدأها لصالح كوريا الجنوبية، ومع تفاقم الوضع في أكتوبر ١٩٥٠ قامت الولايات المتحدة الأمريكية باللجوء إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة لاستصدار قرار يتصف بالعمومية والتجريد، ويسمح للولايات المتحدة بمواصلة العمليات العسكرية، وبالفعل صدر القرار رقم ٣٧٧ للجمعية العامة في ٣ نوفمبر ١٩٥٠ أو ما يسمى بقرار (دين اتشيسون) وهو اسم وزير الخارجية الأمريكي آنذاك، وأصبح هذا القرار يعرف بقرار "الاتحاد من أجل السلام لعام ١٩٥٠".

فماذا يتضمن هذا القرار؟ وما الشروط الواجب توافرها حتى يمكن تطبيقه؟.

## المطلب الأول

### مضمون قرار الاتحاد من أجل السلام وأحكامه

لقد أدرج البند "الاتحاد من أجل السلام" في جدول أعمال الدورة الخامسة للجمعية العامة بناء على طلب الولايات المتحدة، ونظرت فيه اللجنة الأولى التابعة للجمعية العامة في الفترة من ٩ إلى ٢١ أكتوبر ١٩٥٠، وقدمت خمسة مشاريع قرارات إلى اللجنة الأولى (لجنة نزع السلاح والأمن الدولي)، وهي: مشروع قدمته شيلي<sup>(١٦)</sup>، ومشروع قدمته سبع دول، هي: كندا والفلبين وفرنسا وتركيا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة وأوروغواي<sup>(١٧)</sup>، ومشروع قرارين قدمهما الاتحاد السوفيتي<sup>(١٨)</sup>، ومشروع قرار قدمته العراق وسوريا<sup>(١٩)</sup>.

وناقشت الجمعية العامة هذه المشاريع في الفترة من ١ إلى ٣ نوفمبر ١٩٥٠، وتم اعتماد القرار ٣٧٧ (د-٥) في ٣ نوفمبر ١٩٥٠ بأغلبية ٥٢ صوتاً مؤيداً مقابل ٥ أصوات، وامتناع عضوين عن التصويت.

(١٦) راجع (A/C.1/575) و (A/RES/377(V)).

(١٧) راجع (A/C.1/576).

(١٨) راجع (A/C.1/579)-(A/C.1/580).

(١٩) راجع (A/C.1/585).

إن هذا القرار ينقسم إلى ثلاثة أجزاء، الأول يتكون بدوره من خمس نقاط؛ حيث تؤكد الجمعية العامة في الديباجة المبادئ التي ارتكزت عليها لإصدار قرارها، وتؤكد أيضاً مقاصدها الواردة في الميثاق، وهي: حفظ الأمن والسلم الدوليين، وإنماء العلاقات الدولية بين الأمم، ومبدأ حل المنازعات بالطرق السلمية.

وأهم ما ورد في القرار: أن الجمعية العامة تُقرر أن تحل محل مجلس الأمن الدولي في وظيفة حفظ السلم والأمن الدوليين، التي تعتبر الوظيفة الرئيسية لمجلس الأمن، وبمقتضى ذلك تملك أن تفحص إذا ما كان هناك حالة تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين أو تخل بهما، أو وقوع عمل من أعمال العدوان، أو عدم تحقق التوافق بين الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن؛ لتقديم توصيات مناسبة إلى الدول الأعضاء من أجل اتخاذ تدابير جماعية، بما في ذلك استخدام القوة المسلحة وقت الضرورة؛ وذلك لحفظ الأمن والسلم الدوليين أو إعادتهما إلى نصابهما<sup>(٢٠)</sup>.

وإذا لم تكن الجمعية العامة في حالة انعقاد، فإنها تستطيع أن تجتمع في دورة استثنائية طارئة خلال الأربع والعشرين ساعة التي تعقب تقديم الطلب.

ونص القرار أيضاً على النقاط التالية :

تشكيل لجنتين، اللجنة الأولى تسمى لجنة مراقبة السلم، وتقوم بمهمة مراقبة الوضع في كل منطقة يوجد فيها توتر يهدد الأمن والسلم الدوليين أو يخل بهما، وتتكون من ١٤ عضواً<sup>(٢١)</sup>، أما اللجنة الثانية فهي لجنة الإجراءات الجماعية، وتعنى بدراسة التدابير المناسبة التي يجب اتخاذها لحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما إلى نصابهما<sup>(٢٢)</sup>.

(٢٠) راجع الفقرة (د) من القرار ٣٧٧ ألف، A/RES/377(V).

(٢١) تتكون هذه اللجنة من أربعة عشر عضواً، هم: الصين وكولومبيا والولايات المتحدة الأمريكية والعراق والهند ونيوزلندا وفرنسا وإسرائيل والمملكة المتحدة وباكستان وتشيكوسلوفاكيا والأوروغوي والاتحاد السوفيتي، وتراقب اللجنة كل منطقة يوجد بها توتر دولي ممكن أن يعرض الأمن والسلم الدوليين إلى الخطر، وتقوم اللجنة بإعداد تقرير بناء على دعوة الدولة التي تقوم اللجنة بزيارتها أو بناء على موافقتها، وللجنة أن تشكل لجانا ثانوية تساعد في عملها. راجع الفقرة ب/٣، ٦، من القرار.

(٢٢) تتكون هذه اللجنة من أربعة عشر عضواً كذلك، هم يوغسلافيا وفنزويلا والمملكة المتحدة وتركيا والمكسيك والفلبين وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وكندا ومصر وبورما والبرازيل وأستراليا وبلجيكا، وتكلف اللجنة بالتشاور مع الأمين العام للأمم المتحدة والدول =

كذلك دعا القرار الدول الأعضاء في الأمم المتحدة إلى تحديد طبيعة المساعدة التي يستطيع تقديمها بهدف تنفيذ كل توصية من توصيات مجلس الأمن أو الجمعية العامة، ودعا أيضاً كل عضو من أعضاء الأمم المتحدة إلى تخصيص قوة مدربة ومجهزة ضمن قواته الوطنية، ليتم استخدامها عند الحاجة إليها في قوات الأمم المتحدة التي يتم تشكيلها لأغراض حفظ السلم والأمن الدوليين<sup>(٢٣)</sup>.

في الجزء الثاني من القرار، "يطلب من مجلس الأمن أن يتخذ الإجراءات الضرورية لتأمين تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة فيما يخص كل تهديد يتعرض له السلم أو يخل به، أو عمل من أعمال العدوان"، وهذا يجعلنا نشعر بأن القرار يريد أن يضع نوعاً من الوصاية على مجلس الأمن الدولي<sup>(٢٤)</sup>.

أما الجزء الثالث من القرار فيخاطب الدول الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن الدولي ويدعوهم إلى العودة لتطبيق مبادئ ميثاق الأمم المتحدة ومقاصده<sup>(٢٥)</sup>.

## المطلب الثاني

### شروط تطبيق قرار الاتحاد من أجل السلام

بحسب الفقرة أ/١ من القرار ٣٧٧ (الاتحاد من أجل السلام)، فإن الجمعية العامة للأمم المتحدة "تقرر في كل حالة يبدو فيها وجود تهديد للسلم أو إخلال به أو عمل من أعمال العدوان، وحيث يفشل مجلس الأمن في القيام بمسؤوليته الأساسية في حفظ السلم والأمن الدوليين بسبب عدم إجماع أعضائه الدائمين، تنظر الجمعية العامة في المسألة على الفور بهدف تقديم توصيات مناسبة إلى الأعضاء من أجل اتخاذ تدابير جماعية، بما فيها استخدام القوة المسلحة، وقت الضرورة في حالة الإخلال بالسلم أو القيام بعدوان؛ وذلك لحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما إلى

= الأعضاء التي تراها اللجنة، لدراسة الوسائل التي من الممكن استخدامها لحفظ السلم والأمن الدوليين بحسب مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها، مع الأخذ بعين الاعتبار الإجراءات الجماعية للدفاع الشرعي والاتفاقيات الإقليمية بحسب المادتين ٥١ و٥٢ من الميثاق، وتقوم كذلك اللجنة بعمل تقرير يقدم إلى مجلس الأمن والجمعية العامة. راجع الفقرة (د/١١، ١٣) من القرار.

(٢٣) راجع الفقرة (ج/ ٧، ١٠) من القرار.

(٢٤) راجع الفقرة ب من القرار. وهنا يجب اتخاذ الإجراءات في ضوء المواد التالية من ميثاق الأمم المتحدة: ٤٧، ٤٤، ٤٥، ٤٦.

(٢٥) راجع الفقرة (س/أب) من القرار. A/RES/377(V).

نصابهما. وإذا لم تكن الجمعية العامة منعقدة في هذا الوقت، فإنه يمكن أن تجتمع في دورة غير عادية عاجلة خلال الأربع والعشرين ساعة التي تلي طلب الانعقاد، ويدعى إلى مثل هذه الدورة غير العادية بناء على طلب تسع دول من أي من الدول أعضاء مجلس الأمن أو من أغلبية أعضاء المنظمة".

من جانب، تنص المادة (٨/ب) من النظام الداخلي للجمعية العامة للأمم المتحدة على أن:

"تتعقد الجمعية العامة في دورة استثنائية طارئة وفقاً لقرارها ٣٧٧ ألف (د-٥)، خلال أربع وعشرين ساعة من تلقي الأمين العام من مجلس الأمن طلباً بعقد مثل هذه الدورة، يكون قد نال أصوات أي تسعة من أعضائه، أو تلقيه طلباً من أغلبية الأمم المتحدة، أعربت عنه بالتصويت في اللجنة المؤقتة أو على أي نحو آخر، أو تلقيه موافقة أغلبية الأعضاء وفقاً لنص المادة (٩)".

من جانب آخر، تنص المادة (٩) من النظام الداخلي للجمعية العامة للأمم المتحدة على أن:

"(أ) لأي عضو من أعضاء الأمم المتحدة أن يطلب من الأمين العام دعوة الجمعية العامة إلى الانعقاد في دورة استثنائية، ويقوم الأمين العام على الفور بإعلام سائر الأعضاء بهذا الطلب وسؤالهم عما إذا كانوا يوافقون عليه، فإذا وافقت أغلبية الأعضاء على هذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رسالة الأمين العام، تدعى الجمعية العامة إلى الانعقاد في دورة استثنائية وفق أحكام المادة ٨. (ب) تنطبق هذه المادة أيضاً على طلب أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة عقد دورة استثنائية طارئة وفقاً للقرار ٣٧٧ ألف (د-٥). وفي هذه الحالة، يتصل الأمين العام بسائر الأعضاء بأسرع سبل الاتصال المتاحة له".

ومن ثم، يتبين مما سبق أن هناك شروطاً عدة لابد أن تتوافر ليتم تطبيق قرار الاتحاد من أجل السلام، وهي:

أولاً: أن تكون هناك حالة من الحالات التي يظهر فيها تهديد للسلام والأمن الدوليين، أو يوجد خرق للسلام أو عمل من أعمال العدوان<sup>(٢٦)</sup>.

(٢٦) لقد تم أخيراً اعتماد تعريف لجريمة العدوان من قبل الدول الأطراف في المؤتمر الاستعراضي الأول للمحكمة الجنائية الدولية الذي عقد في كمبالا عاصمة أوغندا في ١١ يونيو ٢٠١٠، واتفقت الدول الأطراف التي اعتمدت النظام الأساسي للمحكمة، على إدراج نص بعد المادة ٨ =



ثانياً: أن يكون مجلس الأمن الدولي قد أخفق في مباشرة مسؤولياته الرئيسية في حفظ السلم والأمن الدوليين، وذلك في حالة عجزه عن التصدي لحالة تهدد السلم والأمن الدوليين، أو تخل بهما، أو تشكل عملاً من أعمال العدوان؛ وذلك بسبب تصويت سلبي من جانب واحد أو أكثر من الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن، حيث إن القرار حتى يمكن أن يصدر يحتاج إلى موافقة تسعة أعضاء من أصل خمسة عشر عضواً من أعضاء مجلس الأمن، ويشترط أن يكون من بين التسعة أعضاء أصوات الأعضاء الخمسة دائمي العضوية متفقة.

كذلك يتصور عجز مجلس الأمن الدولي في عدم تصديه تماماً لحالة معينة تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، أو في حالة تصدى المجلس وبحثها ثم تم شل عمل المجلس بسبب استخدام أحد الأعضاء الدائمين لحق النقض (الفيتو)<sup>(٢٧)</sup>.

ثالثاً: عند توافر الشرطين السابقين يتم نقل صلاحية حفظ السلم والأمن الدوليين من مجلس الأمن إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، مع الأخذ في الاعتبار ما يلي:

١ - الحالة الأولى: إذا كانت الجمعية العامة في حالة انعقاد وقت وجود حالة تهدد السلم والأمن الدوليين أو تخل بهما أو عمل من أعمال العدوان، وعجز مجلس الأمن في مواجهة ذلك، تقوم الجمعية العامة بالنظر - في الحال - في الحالة لتقديم توصيات مناسبة إلى الأعضاء من أجل اتخاذ تدابير جماعية.

٢ - الحالة الثانية: إذا لم تكن الجمعية العامة في حالة انعقاد، فإنه يمكن أن تجتمع في دورة عاجلة غير عادية (استثنائية) خلال الأربع والعشرين ساعة التي تلي طلب الانعقاد، وهنا يتم طلب الانعقاد عن طريق جهتين:

= من النظام الأساسي لتصبح المادة ٨ مكرر، وقررت فيه تعريفاً لجريمة العدوان، ولكن المحكمة لن تمارس اختصاصها على جريمة العدوان بحسب هذه المادة، وبمقتضى قرار يتخذ بأغلبية دول أطراف تساوي الأغلبية المطلوبة لاعتماد تعديلات على النظام الأساسي، وذلك بعد الأول من يناير ٢٠١٧. راجع بهذا الخصوص القرار في وثائق المحكمة الجنائية الدولية في الجلسة العامة الثالثة للمؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في كمبالا بأوغندا في الفترة من ٣١ مايو إلى ١١ يونيو ٢٠١٠ رقم ٦. راجع أيضاً: وثائق المحكمة الجنائية الدولية التالية: RC/RES.5- 10/6/2010, RC/RES.6- 11/6/2010.

(٢٧) راجع:

JEAN-FRANCOIS GUILHAUDIS, consideration sur la pratique de “ L’union pour le maintien de la paix”, A.F.D.I, volume 27, 1981, P382.

## أ - مجلس الأمن:

يحق لمجلس الأمن أن يحيل النزاع المعروض عليه إلى الجمعية العامة، وله أن يدعوها إلى الانعقاد في دورة غير عادية (استثنائية)، وبحسب نص المادة (٨/ب) من النظام الداخلي للجمعية العامة فإن دعوة مجلس الأمن إلى الجمعية العامة للانعقاد في دورة استثنائية تحتاج إلى موافقة تسع دول من أي من الدول الأعضاء في مجلس الأمن، ومن ثم فقرار طلب الانعقاد يعد من قبيل المسائل الإجرائية التي يكفي فيها تحقق أغلبية تسعة أصوات من خمسة عشر صوتاً من أعضاء مجلس الأمن دون اشتراط أن تكون من بينها أصوات الخمسة دائمي العضوية متفقة<sup>(٢٨)</sup>. بمعنى آخر لا يمكن استخدام حق النقض الفيتو عند طلب مجلس الأمن من الجمعية العامة الانعقاد بمقتضى قرار الاتحاد من أجل السلام.

## ب - أغلبية أعضاء منظمة الأمم المتحدة:

يمكن الحصول على هذه الأغلبية عن طريقين، إما بناء على تلقي الأمين العام طلباً من أغلبية الأمم المتحدة<sup>(٢٩)</sup>، أعربت عنه بالتصويت في اللجنة المؤقتة أو على نحو آخر.

أو بناء على تلقي الأمين العام موافقة أغلبية الأعضاء على الطلب الذي يتقدم به أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة؛ حيث إنه يمكن لأي عضو من أعضاء الأمم المتحدة أن يطلب من الأمين العام دعوة الجمعية العامة إلى الانعقاد في دورة استثنائية بمقتضى قرار الاتحاد من أجل السلام لعام ١٩٥٠، وفي هذه الحالة، يقوم الأمين العام بالاتصال بسائر الأعضاء في أسرع وقت ممكن وبكل السبل المتاحة، مراعيًا في ذلك ما تنص عليه المادة (٩) من النظام الداخلي للجمعية العامة.

لكن السؤال المطروح هو: ما القيمة القانونية لهذا القرار، وما تطبيقاته العملية منذ صدوره في نوفمبر ١٩٥٠؟

(٢٨) راجع: المادة ٢٧ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٢٩) يقصد بالأغلبية هنا أغلبية الجمعية العامة للأمم المتحدة، على اعتبار أن الجمعية العامة هي الجهاز الوحيد من أجهزة الأمم المتحدة، الذي يضم في عضويته جميع أعضاء منظمة الأمم المتحدة، الذين يبلغ عددهم ١٩٣ دولة.

## المبحث الثاني

### القيمة القانونية لقرار الاتحاد من أجل السلام وتطبيقاته

هناك دول عدة تشكل<sup>(٣٠)</sup> في توافق هذا القرار مع ميثاق الأمم المتحدة، على الرغم من أنه طبق مرات عدة، وخاصة أن قرار "الاتحاد من أجل السلام" يعارض - بشكل واضح - المادتين ١٢ و ١١ من الميثاق؛ حيث إن هاتين المادتين تحددان - بشكل قاطع - اختصاص مجلس الأمن بإزاء جميع المسائل التي تتعلق بالأمن والسلام الدوليين.

## المطلب الأول

### مدى توافق قرار "الاتحاد من أجل السلام" مع ميثاق الأمم المتحدة

فيما يتعلق بالإجراءات، تنص الفقرة ١ من المادة ١٢ من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "عندما يباشر مجلس الأمن، بصدد نزاع أو موقف ما، الوظائف التي رسمت من الميثاق، فليس للجمعية العامة أن تقدم توصية في شأن هذا النزاع أو الموقف إلا إذا طلب ذلك منها مجلس الأمن".

ومن جانب آخر، وبحسب الفقرة ٢ من المادة ١١ من ميثاق الأمم المتحدة، عندما يقتضي الأمر اتخاذ إجراءات فإن على الجمعية العامة أن تحيل المسألة إلى مجلس الأمن<sup>(٣١)</sup>.

(٣٠) بجانب الاتحاد السوفيتي، فرنسا تتحفظ على هذا القرار على الرغم من أنها صوتت مؤيدة له في عام ١٩٥٠ بهدف التضامن، راجع في ذلك:

J.F.GUILHAUDIS, Conderation sur la pratique de "l'Union pour la paix", - AFDI, 1981-P.382-398.

(٣١) تنص المادة ١١، الفقرة ٢ من ميثاق الأمم المتحدة على أن: "للجمعية العامة أن تناقش أية مسألة يكون لها صلة بحفظ السلم والأمن الدوليين، يرفعها إليها أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة ومجلس الأمن أو دولة ليست عضواً من أعضائها وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٥، ولها - فيما عدا ما تنص عليه المادة الثانية عشرة - أن تقدم توصياتها بصدد هذه المسائل للدولة أو الدول صاحبة الشأن أو لمجلس الأمن أو لكليهما معاً. وكل مسألة فيما تقدم ذكره يكون من الضروري فيها القيام بعمل ما، ينبغي أن تحيلها الجمعية العامة على مجلس الأمن قبل بحثها أو بعده".

ومن ثم، فإن القرار ٣٧٧ أو "الاتحاد من أجل السلام" مخالف لميثاق الأمم المتحدة، ويعتبر تعديلاً له من غير الطريق القانوني المخصص لذلك؛ حيث إنه يتعارض مع المادة ١١ من الميثاق، التي تفرض على الجمعية العامة إحالة أية مسألة تتطلب القيام بعمل ما إلى مجلس الأمن لينظرها. وهذا القرار يتعارض أيضاً مع المادة ١٢ من الميثاق التي تحظر على الجمعية العامة النظر في أي نزاع لا يزال منظوراً فيه من قبل مجلس الأمن، إلا إذا طلب مجلس الأمن منها ذلك.

فضلاً عن ذلك، فإن هذا القرار مخالف للفصل السابع من الميثاق الذي حصر استخدام أعمال القمع في مجلس الأمن الدولي<sup>(٣٢)</sup>.

سياسياً ليس من الحكمة ترك الجمعية العامة على الهامش عند نشوب نزاع رئيسي على مستوى العالم، ولم يستطع مجلس الأمن مواجهته؛ حيث إنه لا يتم اللجوء إلى الجمعية العامة لتقوم بحفظ الأمن والسلم الدوليين أو إعادتهما إلى نصابهما أو لمواجهة حالة من حالات العدوان، إلا بعد فشل أو عجز مجلس الأمن عن القيام بهذه المهمة، ويحال هذا النزاع إليها عن طريق مجلس الأمن أو من أغلبية أعضاء الأمم المتحدة.

ومن ثم، وكنتيجة منطقية لذلك نستطيع أن نقول إنه حصل تعديل لميثاق الأمم المتحدة وخاصة الفقرة ٢ من المادة ١١ والفقرة ١ من المادة ١٢، بل إن هاتين المادتين قد تأكلتا، وإن الممارسة قد حلت محل الحضر<sup>(٣٣)</sup>، وإن التطبيق المتكرر "لقرار الاتحاد من أجل السلام" خلق قاعدة عرفية عدلت الميثاق<sup>(٣٤)</sup>.

(٣٢) راجع: د. إبراهيم محمد العناني، "التنظيم الدولي. النظرية العامة. الأمم المتحدة"، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٢ ص ٢٢٦.

راجع: كذلك المادتين ٤١ و ٤٢ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٣٣) راجع:

R.PINTO, le droit des relations internationales, Payot, Paris 1972 - P303.

(٣٤) راجع:

JACQUES LEPRETTE, Le conseil de securite et la resolution 377/A(1950), AF-DI, 1988, P428.

راجع أيضاً: د. محمد الدقاق "التنظيم الدولي. النظرية العامة. الأمم المتحدة، الإسكندرية، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجديدة، ١٩٩٤، ص ٣٦٦.



بمعنى آخر، فإن قرار "الاتحاد من أجل السلام" قد نال أغلبية ساحقة قريبة من الإجماع، كما أن تطبيقاته قد تكررت على نحو يسمح لنا بالقول: أن هناك قاعدة عرفية قد تكونت، مؤداها منح اختصاص جديد إلى الجمعية العامة في التصرف وفقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، بما في ذلك استخدام القوة لمواجهة تهديد للسلم والأمن الدوليين ولقمع العدوان<sup>(٣٥)</sup>.

كذلك، فإن القرارات الصادرة عن الجمعية العامة بناء على "قرار الاتحاد من أجل السلام" والمتضمنة إجراءات عقابية يصبح لها القيمة ذاتها لقرارات مجلس الأمن الدولي؛ بمعنى أنها تلزم من تخاطبه.

ولقد أقرت محكمة العدل الدولية في أكثر من فتوى بقرار "الاتحاد من أجل السلام" وتوافقه مع ميثاق الأمم المتحدة.

ففي فتوى المحكمة في عام ١٩٦٢ - بخصوص رفض بعض الدول دفع مساهماتها المالية لدعم قوات الطوارئ المشكلة في أزميتي الشرق الأوسط لعام ١٩٥٦ والكونغو ١٩٦٠ بالاستناد إلى قرار الاتحاد من أجل السلام، أقرت المحكمة بشكل ضمني بقانونية قرار الاتحاد من أجل السلام الخاص بنفقات الأمم المتحدة لعام ١٩٦٢ - أكدت المحكمة أن المادة ٢٤ تشير إلى أن مجلس الأمن هو الجهاز المختص أساساً بحفظ السلم والأمن الدوليين ولكنه ليس الجهاز الوحيد المختص بذلك، وأضافت أيضاً أن استئثار مجلس الأمن باتخاذ أعمال القمع وفقاً لميثاق الأمم المتحدة لا يتعارض مع ما تصدره الجمعية العامة من توصيات تهدف إلى صيانة السلم والأمن الدوليين<sup>(٣٦)</sup>.

= كذلك يرى البعض أن قرار "الاتحاد من أجل السلام" إنما جسد ميلاد قاعدة عرفية جديدة في شأن تفسير المادتين ١١ و ١٢ من ميثاق الأمم المتحدة، لأغراض التمكين للجمعية العامة من اتخاذ التدابير المؤقتة لوقف إطلاق النار وإرسال قوات حفظ السلام لمناطق التوتر. راجع: د. حازم محمد عتلم، منظمة الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤، ص ٤٦٣.

(٣٥) راجع: د. محمد السعيد الدقاق و د. مصطفى سلامة حسن، المنظمات الدولية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص ١٧٦.

(٣٦) ولقد أكدت المحكمة أن الجمعية العامة مخولة بالفعل بحسب المادة ١٤ من الميثاق - سلطة القيام، بجملة أمور، بأن توصي باتخاذ التدابير لتسوية حالات شتى "تسوية سلمية". راجع: (بعض نفقات الأمم المتحدة) (الفقرة ٢ من المادة ١٧ من الميثاق) الفتوى المؤرخة ٢٠ يوليه ١٩٦٢، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٦٢، الصفحة ١٦٣).

كذلك في فتوى محكمة العدل الدولية في عام ٢٠٠٤ بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، حسمت الأمر وأكدت قانونية كل السوابق والتطبيقات لقرار الاتحاد من أجل السلام لعام ١٩٥٠<sup>(٣٧)</sup>.

وأكدت محكمة العدل في فتواها أن تفسير المادة ١٢ من الميثاق قد تطور، "وأن المحكمة تلاحظ أن هناك ميلاً متزايداً بمرور الزمن لأن تتناول الجمعية العامة ومجلس الأمن في نفس الوقت المسألة ذاتها فيما يتعلق بصون السلام والأمن الدوليين"<sup>(٣٨)</sup>.

وتتابع المحكمة في فتواها: إنه بينما "ينحو مجلس الأمن إلى التركيز على الجوانب المتصلة بالسلام والأمن الدوليين من المسائل، تتناولها الجمعية العامة من منظور أوسع فتتطر أيضاً في جوانبها الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية"<sup>(٣٩)</sup>.

ومن ثم، لقد أكدت التطبيقات المتكررة لقرار "الاتحاد من أجل السلام" توافق هذا القرار مع ميثاق الأمم المتحدة، فما هذه التطبيقات؟.

## المطلب الثاني

### تطبيقات قرار "الاتحاد من أجل السلام"

لقد انعقدت ليومنا هذا عشر دورات استثنائية طارئة للجمعية العامة للأمم المتحدة استناداً إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وذلك من دون احتساب حالة كوريا عام ١٩٥٠، والتي أدت إلى إصدار القرار نفسه.

(٣٧) كذلك أكدت المحكمة أن الإجراء الذي نص عليه قرار الاتحاد من أجل السلام رهن بتوافر شرطين، وهما أن يكون المجلس قد أخفق في مباشرة مسؤوليته عن صون السلام والأمن الدوليين نتيجة لتصويت سلبي من جانب واحد أو أكثر من الأعضاء الدائمين، وأن تكون هذه الحالة هي إحدى الحالات التي يظهر فيها تهديد للسلام أو خرق للسلام أو عمل عدواني. راجع: فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، الصادرة في ١٣ يوليو ٢٠٠٤، وثيقة رقم A/ES-10/273.

(٣٨) وتعطي المحكمة - على سبيل المثال - المسائل المتعلقة بقبرص وجنوب إفريقيا وأنغولا وروديسيا الجنوبية، والبوسنة والهرسك والصومال.

(٣٩) راجع: فتوى محكمة العدل الدولية الصادرة في ١٣ يوليو ٢٠٠٤، وثيقة رقم A/ES-10/273.

ومن الملاحظ أن الدول التي كانت تعارض قانونية قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وتشكك فيها في مناسبات معينة مثل الاتحاد السوفيتي - طالبت في تطبيقه في مناسبات أخرى.

وقد انعقدت أولى هذه الدورات بمناسبة حرب عام ١٩٥٦ أو العدوان الثلاثي البريطاني الفرنسي الإسرائيلي على مصر، أما الدورة الاستثنائية الطارئة العاشرة فتناولت قضية الاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية، التي بدأت في عام ١٩٩٧ وما زالت لم تختتم بعد<sup>(٤٠)</sup>.

ومن ثم، تكون الحالات التي طبق فيها قرار الاتحاد من أجل السلام هي:

الحرب الكورية عام ١٩٥٠، العدوان الثلاثي على مصر عام ١٩٥٦<sup>(٤١)</sup>، غزو الاتحاد السوفيتي لهنغاريا (المجر) عام ١٩٥٦<sup>(٤٢)</sup>، الحرب اللبنانية عام ١٩٥٨<sup>(٤٣)</sup>، النظر في حالة كفاح شعب الكونغو من أجل الاستقلال عام ١٩٦٠<sup>(٤٤)</sup>، حالة الرد على الاحتلال الإسرائيلي في حرب عام ١٩٦٧<sup>(٤٥)</sup>، التدخل العسكري للاتحاد السوفيتي في أفغانستان عام ١٩٨٠<sup>(٤٦)</sup>، قضية فلسطين عام ١٩٨٠<sup>(٤٧)</sup>، حرب استقلال ناميبيا

(٤٠) حيث رفعت بموجب الفقرة ١٣ من القرار د ط-١٦/١٠ المؤرخ ١٧ نوفمبر ٢٠٠٦، ومن الممكن استئنافها في أي وقت بناء على طلب من الدول الأعضاء.

(٤١) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة الأولى للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة في ١٠-١١ نوفمبر ١٩٥٦، A/3354.

(٤٢) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة الثانية للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة في ٤-١٠ نوفمبر ١٩٥٦، A/3355.

(٤٣) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة الثالثة للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة في ٨-٢١ أغسطس ١٩٥٨، A/3905.

(٤٤) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة الرابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة في ١٧-١٩ سبتمبر ١٩٦٠، A/4510.

(٤٥) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة الخامسة للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة من ١٧ يونيو إلى ١٨ سبتمبر ١٩٦٧، A/6798.

(٤٦) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة السادسة للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة في ١٠-١٤ يناير ١٩٨٠، A/ES-6/7.

(٤٧) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة السابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة في ٢٢-٢٩ سبتمبر ١٩٨٠، A/ES-7/14.

عام ١٩٨١<sup>(٤٨)</sup>، ضم إسرائيل لهضبة الجولان السورية عام ١٩٨٢<sup>(٤٩)</sup>، وأخيراً حالة فلسطين وعقد دورة استثنائية طارئة خاصة في عام ١٩٩٧<sup>(٥٠)</sup>؛ وذلك لمواجهة الاستيطان الإسرائيلي في القدس، ومنذ ذلك الوقت، اجتمعت الدورة العاشرة مرات عدة استجابة لأزمات متتالية في الأرض الفلسطينية المحتلة<sup>(٥١)</sup>.

### أولاً - أمثلة على تطبيق قرار "الاتحاد من أجل السلام":

وسنتطرق إلى ثلاث حالات فقط - على سبيل المثال - انطلاقاً من أن هذه الحالات تمثل القارات: إفريقيا وأوروبا وآسيا، وهي: حالة العدوان الثلاثي على مصر، وحالة هنغاريا (المجر)، وحالة أفغانستان.

#### ١ - العدوان الثلاثي على مصر في عام ١٩٥٦:

إن إعلان مصر في ٢٦ يوليو ١٩٥٦ قرار تأميم شركة قناة السويس، وتأثير ذلك - في نظر الدول الغربية - على الملاحة والمرور عبر القناة الدولية، ومن ثم دعم مصر لحركات التحرر الوطنية في الدول العربية وبخاصة دعم الحق الفلسطيني في تحرير أرضه - قد أثار حفيظة الدول الاستعمارية: فرنسا وبريطانيا وإسرائيل، ووجدت هذه الدول مسألة التأميم فرصة للعدوان العسكري على مصر واحتلال أجزاء من أراضيها.

طالببت مصر مجلس الأمن الدولي وقف العدوان، لكن مجلس الأمن لم يتمكن من إصدار قرار بهذا الأمر بسبب استخدام كل من فرنسا وبريطانيا لحق النقض (الفيتو).

(٤٨) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة الثامنة للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة في ٣-١٤ سبتمبر ١٩٨١، A/ES-8/13.

(٤٩) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة التاسعة للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة من ٢٩ يناير إلى ٥ فبراير ١٩٨٢، A/ES-9/7.

(٥٠) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة العاشرة للجمعية العامة للأمم المتحدة المنعقدة في ٢٤ أبريل ١٩٩٧ وآخر جلسة لها كانت في ١٥ يناير ٢٠٠٩، راجع: الوثائق من A/RES/ES-10-1 إلى A/RES/ES-10-17.

(٥١) راجع: فيليبس بنيس، القرار ٣٧٧ "الاتحاد من أجل السلام": انتصار الحقوق الفلسطينية في الجمعية العامة"، جريدة حق العودة ٩، عدد ٤٢ (٢٠١١).



ومن ثم وبسبب شلل مجلس الأمن وعجزه عن مواجهة العدوان العسكري الثلاثي على مصر، دعت يوغسلافيا الجمعية العامة للأمم المتحدة للانعقاد خلال أربع وعشرين ساعة بناء على قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وبالفعل انعقدت دورة استثنائية طارئة بناء على طلب مقدم من أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الأمن، وأصدرت قرارات عدة، أهمها ما يلي:

- إن الجمعية العامة تلاحظ أن "القوات الإسرائيلية قد توغلت داخل الإقليم المصري خرقاً لاتفاقية الهدنة العامة المصرية - الإسرائيلية المعقودة في ٢٤ فبراير ١٩٤٩، وإذ تلاحظ أن القوات المسلحة التابعة لفرنسا والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية تقوم الآن بعمليات حربية موجهة ضد الإقليم المصري".
- وتعرب الجمعية العامة عن قلقها الشديد لتلك الأحداث، "وتحث، على سبيل الأولوية، جميع الأطراف المشتركين في الأعمال العدائية الجارية في المنطقة على قبول وقف إطلاق النار فوراً، وبالتالي على وقف إرسال القوات العسكرية والأسلحة إلى المنطقة" (٥٢).
- كذلك قررت الجمعية العامة إنشاء قوة طوارئ دولية مؤقتة بناء على اقتراح من كندا بالاستناد إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام" (٥٣).
- وتهدف هذه القوات إلى ضمان خروج المعتدين وأيضاً "تتولى تأمين وقف الأعمال العدائية ومراقبته وفقاً لجميع نصوص القرار سالف الذكر" (٥٤)، وظلت هذه القوات الدولية موجودة في مصر لغاية حرب مايو عام ١٩٦٧.
- ويلاحظ في حالة العدوان الثلاثي على مصر عام ١٩٥٦، أن إحالة المسألة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة وعقد أول دورة استثنائية طارئة بناء على قرار الاتحاد

(٥٢) راجع القرار ٩٩٧ (د ١ ط - ١) في الدورة الاستثنائية الطارئة الأولى المنعقدة في ١-١٠ نوفمبر ١٩٥٦، A/3354.

(٥٣) راجع: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الاستثنائية الطارئة الأولى، المرفقات، البند ٥ من جدول الأعمال، الوثيقة A/3289.

(٥٤) راجع: القرار ٩٩٨ (د ١ ط - ١) في الدورة الاستثنائية الطارئة الأولى المنعقدة في ١-١٠ نوفمبر ١٩٥٦، A/3354.

من أجل السلام، تمت بناء على دعوة من مجلس الأمن، وذلك رغماً عن المقاومة التي أبدتها فرنسا والمملكة المتحدة، في القرار رقم ١١٩ الصادر في ٣١ أكتوبر ١٩٥٦.

ومن جانب آخر، فإن الإجراءات التي اتخذتها الجمعية العامة لم تصل إلى استخدام القوة العسكرية بناء على قرار "الاتحاد من أجل السلام" للرد على الاعتداءات على مصر، بل قررت فقط مطالبة الأطراف بوقف إطلاق النار، وتشكيل قوة طوارئ دولية لمراقبة ذلك.

## ٢ - حالة هنغاريا (المجر) ١٩٥٦:

في عام ١٩٥٦ قام الاتحاد السوفيتي بالتدخل عسكرياً في أراضي المجر، وقدم مشروعاً في مجلس الأمن لإدانة هذا التدخل فقبول باستخدام حق النقض من قبل الاتحاد السوفيتي فتم إبطال مشروع القرار.

قامت الولايات المتحدة بتقديم طلب إلى مجلس الأمن لعقد دورة استثنائية طارئة استناداً لقرار الاتحاد من أجل السلام، ولم يعترض أحد على المقترح سوى الاتحاد السوفيتي<sup>(٥٥)</sup>.

طلبت الجمعية العامة في قراراتها أن يسحب الاتحاد السوفيتي قواته، وبعدم التدخل في شؤون المجر، وقررت كذلك أن يتولى مجلس الأمن الإشراف على الأحداث بوساطة لجنة مراقبين، لكن الحكومة المجرية رفضت ذلك<sup>(٥٦)</sup>.

## ٣ - حالة أفغانستان لعام ١٩٨٠:

في ٢٥ ديسمبر ١٩٧٩ توغلت قوات الاتحاد السوفيتي داخل الأراضي الأفغانية في اعتداء واضح على سيادة أفغانستان، ونتج من ذلك تدفق اللاجئين الكبير من أفغانستان للدول المجاورة؛ مما شكل خطراً على الأمن والسلم الدوليين.

في ٣ يناير عام ١٩٨٠ قامت ٤٣ دولة بتقديم طلب إلى رئيس مجلس الأمن، وهو مندوب فرنسا، لعقد جلسة طارئة لمجلس الأمن " للنظر في الوضع في أفغانستان ونتائجه وتأثيره على السلام والأمن الدوليين"، من جانبه، طلب مندوب

(٥٥) راجع: قرار مجلس الأمن رقم ١٢٠ الصادر في ٤ نوفمبر لعام ١٩٥٦، S/RES/120 (1956).

(٥٦) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة الثانية المنعقدة في ٤-١٠ نوفمبر لعام ١٩٥٦، A/3355.

أفغانستان من مجلس الأمن عقد جلسة طارئة لبحث التدخل العسكري للاتحاد السوفيتي في الأراضي الأفغانية، الذي يشكل " تدخلاً في الشؤون الداخلية لأفغانستان" (٥٧).

وتم تقديم مشاريع عدة لإدانة هذا العدوان المسلح من الاتحاد السوفيتي على الأراضي الأفغانية إلا أن كل هذه المشاريع قوبلت باستخدام حق النقض من قبل الاتحاد السوفيتي؛ مما عرقل عمل مجلس الأمن لمواجهة الحالة في أفغانستان (٥٨).

ومن ثم، تقدم مندوب الفلبين باقتراح لمشروع قرار لدعوة الجمعية العامة لعقد دورة استثنائية طارئة، وبالفعل صدر قرار مجلس الأمن رقم ٤٦٢ في ٩ يناير عام ١٩٨٠ بموافقة ١٢ صوتاً واعتراض الاتحاد السوفيتي وجمهورية ألمانيا الديمقراطية وامتناع زامبيا.

وفي الدورة الاستثنائية الطارئة السادسة لبحث مسألة أفغانستان، قالت الجمعية العامة أنها إذ تدرك " الحاجة الملحة إلى الإنهاء الفوري للتدخل الأجنبي المسلح في أفغانستان حتى يتسنى لشعبها أن يقرر مصيره دون تدخل أو قسر خارجين"، وبما أن الجمعية العامة يساورها شديد القلق إزاء التطورات الأخيرة في أفغانستان، وما " يترتب عليها من آثار على السلم والأمن الدوليين" - فإن الجمعية العامة تناشد جميع الدول أن تحترم سيادة أفغانستان وسلامتها الإقليمية واستقلالها السياسي، وأن تمتنع عن أي تدخل في الشؤون الداخلية لهذا البلد، وتدعو إلى الانسحاب الفوري غير المشروط للقوات الأجنبية في أفغانستان من أجل تمكين شعبها من تقرير شكل حكمه، واختيار نظمه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية متحرراً من أي نوع من أنواع التدخل أو التخريب أو الضغط الخارجي أياً كان، وكذلك تناشد الجمعية العامة " جميع الدول والمنظمات الوطنية والدولية أن تقدم مساعدات الإغاثة الإنسانية بغية

(٥٧) يرى بعض الفقهاء أنه يفترض عدم ذكر القرار رقم ٣٧٧ أو "الاتحاد من أجل السلام" في مضمون قرار مجلس الأمن عندما يدعو الجمعية العامة لعقد دورة استثنائية طارئة، وذلك كما حصل في حالة أفغانستان، راجع:

JACQUES LEPRETTE, le conseil de sécurité et la résolution 377/A (1950), AF-DI, 1988, Paris, P431.

(٥٨) راجع الوثيقة رقم S/13729.

التخفيف من محنة اللاجئين الأفغان، وذلك بالتنسيق مع مفوض الأمم المتحدة السامي لشؤون اللاجئين<sup>(٥٩)</sup>.

## ثانياً - ملاحظات على التطبيقات العملية لقرار الاتحاد من أجل السلام:

إن المتتبع لهذه التطبيقات يرى أن عقد أغلب الدورات الاستثنائية الطارئة للجمعية العامة جاء استناداً إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وبناءً على دعوة من خلال قرار من مجلس الأمن<sup>(٦٠)</sup> وليس بمبادرة من الجمعية العامة نفسها.

وفي حالة إحالة المسألة إلى الجمعية العامة من قبل مجلس الأمن الدولي، يبطل العمل بحق النقض الفيتو ما دامت الإحالة إلى الجمعية العامة تدخل في القرارات الإجرائية، ومن ثم لا تقع تحت طائلة سلطة الاعتراض من قبيل الفيتو.

يتضح من التطبيقات السابقة أن دور مجلس الأمن في الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين هو الأساس، وأن دور الجمعية العامة استثنائي، وأنها لا تتدخل إلا في حالة عجز مجلس الأمن عن أداء هذا الدور؛ بمعنى أن دور قرار "الاتحاد من أجل السلام" هو مكمل لدور مجلس الأمن الدولي.

من جانب آخر، يعتقد البعض أن قرار "الاتحاد من أجل السلام" يجعل سلطة الجمعية العامة أعلى من سلطة مجلس الأمن؛ حيث إن القرار يعطي صلاحية للجمعية العامة أن "تفحص المسألة" لتقرر توصيات إذا تبين لها "وجود خطر يهدد السلام أو يخل به، أو حالة من حالات العدوان".

وهذا معناه أن الجمعية العامة هي التي تقرر إذا ما كان مجلس الأمن عاجزاً عن أداء مهامه للحفاظ على الأمن والسلم الدوليين أم لا، وتقرر أيضاً إذا ما كانت المسألة تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين<sup>(٦١)</sup>.

(٥٩) راجع: قرارات الدورة الاستثنائية الطارئة السادسة الخاصة بأفغانستان المنعقدة في ٤-١٠ نوفمبر ١٩٨٠، A/ES-6/7.

(٦٠) (٧) حالات بقرار من مجلس الأمن الدولي و(٣) حالات فقط بمبادرة من الجمعية العامة، وهي الدورة الاستثنائية الطارئة السابعة بشأن فلسطين (١٩٨٠-١٩٨٢) بطلب من السنغال، والدورة الاستثنائية الطارئة الثامنة بشأن ناميبيا عام ١٩٨١ بطلب من زيمبابوي، والدورة الاستثنائية الطارئة العاشرة بطلب من قطر عام ١٩٩٧.

(٦١) راجع:

VIRALLY (M), L'Organisation mondiale. Armand Colin, 1972,P475.



وهناك ثلاث حالات متوقعة لعجز مجلس الأمن عن أداء مهامه للحفاظ على الأمن والسلم الدوليين، هي:

الأولى: عدم تصرف مجلس الأمن تجاه مسألة معينة تهدد الأمن والسلم الدوليين، والثانية: حالة يبحثها مجلس الأمن ويتخذ فيها إجراء، ثم يتم عرقلة عمله بوساطة استخدام أحد الأعضاء الدائمين حق النقض الفيتو، والثالثة: رفض مجلس الأمن التصرف تجاه مسألة تهدد الأمن والسلم الدوليين بسبب استخدام حق النقض الفيتو<sup>(٦٢)</sup>.

يلاحظ من قرارات هذه الدورات الاستثنائية الطارئة للجمعية العامة أيضاً أنها غالباً ما تتحاشى ذكر أنها تجتمع بناء على دعوة من مجلس الأمن الدولي، وكأنها تريد أن تؤكد - بالممارسة العملية والواقع - أحقيتها بأن تجتمع في حالة الضرورة للنظر في المسائل الخطرة التي تتعلق بالسلم والأمن الدوليين<sup>(٦٣)</sup>.

يلاحظ أيضاً على مفردات قرارات الجمعية العامة في الدورات الاستثنائية الطارئة أنها ليست متطابقة، وتختلف من حالة إلى أخرى، وتستخدم كلمات مختلفة، بل تستخدم كلمات عامة، خاصة إذا كانت إحدى الدول العظمى متورطة في المسألة المعروضة.

وعلى الرغم من أن العنصر الحاسم في قرار "الاتحاد من أجل السلام" يكمن في تأكيد أنه يجوز للجمعية العامة أن توصي - في حالة الضرورة - باتخاذ إجراءات جماعية، بما في ذلك استخدام القوة، إلا أنها لم تستخدم ذلك سوى مرة واحدة في الأزمة الكورية عام ١٩٥٠.

فبمقتضى القرار رقم ٤٩٨ الصادر في ١ فبراير عام ١٩٥١، أهابت الجمعية العامة "بجميع الدول والسلطات أن تواصل تقديم جميع أشكال المساعدة إلى الأمم المتحدة فيما تقوم به من إجراءات في كوريا" مما يعني المساعدة العسكرية.

(٦٢) راجع:

JEAN- FRANCOIS GUILHAUDIS, Considération sur la pratique de " l'Union pour le Maintien de la paix", AFDI, volume, 27, 1981, P387.

(٦٣) راجع:

JACQUES LEPRETTE, Le conseil de securite et la resolution 377/A (1950), AFDI, 1988, P429.

أما في بقية قرارات الجمعية العامة بشأن النزاعات المسلحة، فقد أصبح مألوفاً أن تهييب الأطراف الكف عن أي عمل عدائي وسحب قواتها إلى داخل أراضيها، أو تطلب وقف إطلاق النار بين الأطراف المتنازعة، أو توصي بتشكيل قوات للمراقبة بين الأطراف المتنازعة<sup>(٦٤)</sup>.

(٦٤) تطلب الجمعية العامة أحياناً في قراراتها من مجلس الأمن الدولي أن يجتمع في حالة عدم تنفيذ الأطراف لتوصياتها؛ وذلك للنظر في المسألة وإمكانية تبني إجراءات فاعلة بمقتضى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، انظر- على سبيل المثال- قرار الجمعية العامة بما يخص إسرائيل، ES-7/2. راجع كذلك:

JEAN-FRANCOIS GUILHAUDIS, 'Considération sur la pratique de ' L'Union pour le maintien de la paix'', AFDI, 1981, P394.

## المبحث الثالث إمكانية استفادة السوريين من قرار "الاتحاد من أجل السلام"

إن ما يحصل في سوريا من قتل ودمار يشكل كارثة إنسانية، وتبين من جديد قصور الوسائل والآليات الدولية عن التدخل لوضع حد لها.

إن الوضع في سوريا لا يحتمل التأخير، خاصة أن مجلس الأمن الدولي بقي عاجزاً عن العمل ومواجهة هذه الكارثة لأكثر من ثلاث سنوات؛ بسبب الفيتو الروسي الصيني، الذي يعرقل أي مشروع قرار لإدانة النظام السوري ومعاقبته.

وبالنظر إلى البدائل الممكنة لمواجهة مثل هذا الوضع، نعتقد بأن قرار "الاتحاد من أجل السلام" يمكن أن يكون الحل للتغلب على الفيتو الروسي الصيني، وأن يتم إحالة الأمر إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة للنظر في المسألة، خاصة في ظل عجز مجلس الأمن الواضح في ممارسة مسؤوليته الرئيسية في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

ولمعرفة إمكانية استفادة السوريين من قرار الاتحاد من أجل السلام، لابد من معرفة مدى توافر شروط تطبيق القرار على الأزمة في سوريا، فإذا ما توافرت هذه الشروط، فما العراقيل التي تحول دون تطبيقه؟.

### المطلب الأول مدى توافر شروط تطبيق قرار "الاتحاد من أجل السلام" على الأزمة السورية

هناك - كما رأينا - ثلاثة شروط لابد أن تتوافر ليتم تطبيق قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وهي: أولاً: أن توجد حالة تهدد السلم والأمن الدوليين أو إخلالاً به أو عملٌ من أعمال العدوان. وثانياً: أن يفشل مجلس الأمن الدولي في القيام بمسؤولياته الأساسية في حفظ السلم والأمن الدوليين، نظراً لعدم توصل أعضائه الدائمين إلى اتفاق فيما بينهم، وهنا تقوم الجمعية بالنظر - في الحال في المسألة لإعداد توصيات مناسبة للأعضاء حول التدابير الجماعية التي ستتخذ، بما في ذلك استخدام القوة

المسلحة، وقت الضرورة في حالة الإخلال بالسلم والأمن أو القيام بعدوان؛ وذلك لحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما إلى نصابهما.

ثالثاً: إذا لم تكن الجمعية العامة منعقدة في هذا الوقت فإنه يمكن أن تجتمع في دورة استثنائية طارئة خلال الأربع والعشرين ساعة التي تلي طلب الانعقاد، ويدعى إلى مثل هذه الدورة الاستثنائية الطارئة بناء على طلب من تسع دول من أعضاء مجلس الأمن، أو من أغلبية أعضاء المنظمة<sup>(٦٥)</sup>.

### أولاً - وجود حالة تهدد السلم والأمن الدوليين أو وجود إخلال بهما أو عمل من أعمال العدوان:

إن ما يحصل في سوريا يشكل أكبر كارثة إنسانية في العصر الحديث؛ حيث إن عدد القتلى تجاوز مائة ألف قتيل، منهم عشرة آلاف طفل، وعدد اللاجئين في الداخل والخارج وصل إلى سبعة ملايين لاجئ<sup>(٦٦)</sup>.

لقد أصبحت جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية واقعاً يومياً في سوريا، وانتشرت الأعمال العدائية بشكل مخيف وشملت كل الأراضي السورية، وأدت التكتيكات الوحشية التي اعتمدت خلال العمليات العسكرية - ولا سيما من قبل القوات الحكومية - إلى مجازر متكررة وإلى دمار لم يسبق له مثيل<sup>(٦٧)</sup>. وقد أصبح النزاع أكثر تعقيداً؛ لأن العنف بدأ يمتد إلى البلدان المجاورة؛ مما يهدد السلام والاستقرار في المنطقة.

فمن جانب، إن الحكومة السورية عاجزة عن ضمان الأمن لمواطنيها في المناطق التي تسيطر عليها.

ومن جانب آخر، ووفقاً لوكالات المعونة التابعة للأمم المتحدة وعلى الرغم من الاحتياجات الإنسانية المتزايدة، فإن إمكانية الوصول إلى الناس في المناطق المتضررة من النزاع تتم عرقلتها بشدة من قبل نقاط التفتيش التابعة للحكومة السورية<sup>(٦٨)</sup>.

(٦٥) راجع: الفقرة (أ/١) من قرار الاتحاد من أجل السلام لعام ١٩٥٠.

(٦٦) راجع: قرارات مجلس حقوق الإنسان التالية: دا-١٦/١ في ٢٩ أبريل ٢٠١١ و دا-١٧/١ في ٢٣ أغسطس ٢٠١١، و دا-١٨/١ في ١ ديسمبر ٢٠١١.

(٦٧) راجع: تقرير لجنة التحقيق الدولية المستقلة بشأن الجمهورية العربية السورية في ٤ يونيو ٢٠١٣، وثيقة رقم A/HRC/23/58.

(٦٨) راجع: وثائق مجلس حقوق الإنسان في الدورة الثالثة والعشرين في ٤ يونيو ٢٠١٣، ص ١١.



فضلاً عن ذلك، تجد في سوريا كل أنواع المخالفات للقانون الدولي بصورة عامة والقانون الدولي الإنساني بصورة خاصة؛ فهناك كل أنواع الانتهاكات في معاملة المدنيين والمقاتلين العاجزين عن القتال<sup>(٦٩)</sup>، وكذلك الانتهاكات المرتكبة في الأعمال القتالية، مثل الهجمات غير المشروعة، والحصار، والتشريد القسري، واستخدام الأسلحة غير المشروعة.

في الأزمة السورية، أكد مجلس الأمن في قرارات عدة أن ما يحصل في سوريا يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، فمثلاً في قراره رقم ٢١١٨ في ٢٧ سبتمبر ٢٠١٣، وبعد أن أعرب عن شديد سخطه لاستخدام الأسلحة الكيميائية في ٢١ أغسطس ٢٠١٣ في ريف دمشق، فإنه يؤكد أن استخدام الأسلحة الكيميائية يشكل انتهاكاً خطيراً للقانون الدولي، ويقرر "أن استخدام الأسلحة الكيميائية في الجمهورية العربية السورية يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين"<sup>(٧٠)</sup>.

ومن جهتها، أدانت الجمعية العامة للأمم المتحدة "مواصلة السلطات السورية انتهاك حقوق الإنسان والحريات الأساسية بشكل منهجي واسع النطاق، من قبيل استخدام القوة ضد المدنيين والإعدام التعسفي وقتل المحتجزين والمدافعين عن حقوق الإنسان والصحفيين واضطهادهم والاحتجاز التعسفي والاختفاء القسري والتدخل لمنع الحصول على المعالجة الطبية والتعذيب والعنف الجنسي وسوء معاملة الأشخاص، بمن فيهم الأطفال"<sup>(٧١)</sup>.

ومع مرور أكثر من ثلاث سنوات من بداية الأزمة السورية، تدهورت الحالة الإنسانية في سوريا، وخاصة الحالة العصبية لما يزيد على ثلاثة ملايين شخص

(٦٩) فهناك المجازر، وأعمال القتل غير المشروع، والتوقيف والاحتجاز التعسفيان، وأخذ الرهائن، والاختفاء القسري، والتعذيب وغيره من ضروب المعاملة السيئة، والعنف الجنسي، وانتهاك حقوق الطفل. راجع تقرير لجنة التحقيق الدولية المستقلة بشأن الجمهورية العربية السورية في ٤ يونيو ٢٠١٣.

(٧٠) راجع: قرار مجلس الأمن رقم ٢١١٨ (٢٠١٣) الصادر في ٢٧ سبتمبر ٢٠١٣، S/RES/2118(2013).

(٧١) راجع: قرار الجمعية العامة في ١٦ فبراير ٢٠١٢ في الدورة السادسة والستين، الحالة في الجمهورية العربية السورية، وثيقة رقم A/RES/66/253.

يوجدون في مناطق يصعب الوصول إليها، كذلك تزايد عدد اللاجئين والمشردين داخلياً نتيجة للنزاع الذي يؤدي إلى زعزعة الاستقرار في المنطقة بأسرها.

ومجلس الأمن الدولي يدعو جميع الأطراف في النزاع لوقف جميع أعمال العنف التي تؤدي إلى المعاناة الإنسانية في سوريا، ويدين بشدة الهجمات الإرهابية المتزايدة التي يقوم بها المرتبطون بتنظيم القاعدة من منظمات وأفراد، والجهات المنتسبة له والجماعات الإرهابية الأخرى.

ويؤكد مجلس الأمن في قراره رقم ٢١٣٩ الصادر في ٢٢ فبراير ٢٠١٤ أن الإرهاب بجميع أشكاله ومظاهره "يشكل أحد أخطر التهديدات التي تهدد السلام والأمن الدوليين" (٧٢).

ومن ثم، فإن الوضع في سوريا يشكل تهديداً للسلام والأمن الدوليين وكارثة إنسانية لا مثيل لها؛ حيث تجاوز عدد القتلى أكثر من مائة ألف إنسان، من بينهم ما يزيد على عشرة آلاف طفل (٧٣)، ويشكل أيضاً انتهاكاً صارخاً واسع النطاق لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني من جانب السلطات السورية، وأنه لا بد من التدخل الدولي لوضع حد لهذه المعاناة الإنسانية.

## ثانياً - عجز مجلس الأمن عن القيام بواجبه تجاه حفظ السلم والأمن الدوليين في سوريا:

فشل مجلس الأمن الدولي في مواجهة الأزمة السورية ووضع حد لمعاناة الشعب السوري لأكثر من ثلاث سنوات أمر واضح وجلي؛ حيث إنه لم يتمكن خلال هذه الفترة من إصدار قرار يدين النظام السوري ويعاقبه؛ لارتكابه كل أنواع المخالفات لقواعد القانون الدولي الإنساني، ويتبين عجز مجلس الأمن وفشله في مواجهة الأزمة السورية في أنه اكتفى - فقط - بإصدار بيانات رئاسية وقرارات نسميها إنسانية، ليس لها تأثير على أرض الواقع، وكل ذلك بسبب استخدام روسيا والصين لحق النقض الفيتو أمام كل مشروع قرار يدين النظام السوري ويهدد باتخاذ إجراءات لمعاقبته.

(٧٢) راجع: قرار مجلس الأمن الدولي ٢١٣٩ (٢٠١٤) S/RES/2139(2014).

(٧٣) راجع: قرار مجلس الأمن الدولي رقم ٢١٣٩ الصادر في ٢٢ فبراير ٢٠١٤.

## أ - بيانات رئاسية وقرارات إنسانية لمجلس الأمن الدولي:

خلال ثلاث سنوات من عمر الأزمة السورية، أصدر مجلس الأمن أربعة بيانات رئاسية وأربعة قرارات إنسانية تتعلق بالمساعدات الإنسانية وكيفية إيصالها ونزع السلاح الكيماوي السوري.

ففي أول ردة فعل لمجلس الأمن على ما يحدث في سوريا من انتهاكات واسعة النطاق لحقوق الإنسان ترتكبها السلطات السورية، صدر بيان من رئيس مجلس الأمن في ٣ أغسطس ٢٠١١؛ حيث أعرب فيه عن "قلقه البالغ من تدهور الوضع في سوريا، ويعرب عن أسفه العميق لوفاة مئات عديدة من الأشخاص".

وكذلك "يدين مجلس الأمن انتهاكات حقوق الإنسان التي ترتكبها السلطات السورية على نطاق واسع، كما يدين استخدامها القوة في حق المدنيين".

ويهيب مجلس الأمن "بالسلطات السورية أن تحترم حقوق الإنسان احتراماً كاملاً وأن تنقيد بالتزاماتها بموجب القانون الدولي المنطبق، وينبغي محاسبة المسؤولين عن أعمال العنف" (٧٤).

وفي جلسة مجلس الأمن المعقودة في ٢١ مارس ٢٠١٢، أصدر رئيس المجلس بياناً في البند المعنون "الحالة في الشرق الأوسط"، وأعرب فيه عن قلق مجلس الأمن "من تدهور الأوضاع في سوريا مما أفضى إلى أزمة خطيرة في مجال حقوق الإنسان ووضع إنساني مؤسف، ويعرب مجلس الأمن عن عميق أسفه لهلاك آلاف عديدة من الناس في سوريا".

ويعرب مجلس الأمن عن كامل دعمه للمبعوث الخاص المشترك (كوفي عنان) بين الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية من أجل الإنهاء الفوري لكل أعمال العنف وجميع انتهاكات حقوق الإنسان، وضمان وصول المساعدات الإنسانية (٧٥).

كذلك قام رئيس مجلس الأمن في جلسة مجلس الأمن في ٥ أبريل ٢٠١٢ بإصدار بيان حول "الحالة في الشرق الأوسط" يدعو فيه "الحكومة السورية إلى أن

(٧٤) راجع: بيان رئيس مجلس الأمن في ٣ أغسطس ٢٠١١، S/PRST/2011/16.

(٧٥) في هذا البيان أعرب مجلس الأمن عن التأييد الكامل لاقتراح النقاط الست الأولى، الذي قدم إلى السلطات السورية. راجع: بيان رئيس مجلس الأمن في ٢١ مارس ٢٠١٢، S/PRST/

تنفذ تنفيذاً عاجلاً وواضحاً الالتزامات التي وافقت عليها في رسالتها إلى المبعوث الخاص بتاريخ ١ أبريل<sup>(٧٦)</sup>.

في الحقيقة، إن أول قرار يتمكن مجلس الأمن من إصداره بما يتعلق في الأزمة السورية هو القرار رقم ٢٠٤٢ في ١٤ أبريل ٢٠١٢؛ أي بعد عام تقريباً من بداية الأزمة.

في هذا القرار أكد مجلس الأمن دعمه للمبعوث الخاص المشترك للأمم المتحدة وجامعة الدول العربية (كوفي عنان) وللعمل الذي يقوم به.

كذلك "يدين الانتهاكات الواسعة الانتشار لحقوق الإنسان من جانب السلطات السورية، وكذلك أي انتهاكات لحقوق الإنسان ترتكبها الجماعات المسلحة".

ويقرر مجلس الأمن "أن ينشئ فوراً، بعد التشاور بين الأمين العام والحكومة السورية، بعثة مراقبة تابعة للأمم المتحدة في سورية لرصد وقف أعمال العنف المسلح بجميع أشكاله من جانب كافة الأطراف والجوانب ذات الصلة من اقتراح النقاط الست الذي قدمه المبعوث، وذلك استناداً إلى اقتراح رسمي من الأمين العام، الذي يطلب مجلس الأمن تلقيه في أجل أقصاه ١٨ أبريل ٢٠١٢"<sup>(٧٧)</sup>.

وبعد موافقة سوريا على الالتزام بتنفيذ اقتراح النقاط الست للمبعوث الخاص المشترك للأمم المتحدة وجامعة الدول العربية<sup>(٧٨)</sup>، أصدر مجلس الأمن قراره رقم ٢٠٤٣ في ٢١ أبريل ٢٠١٢، دان فيه الانتهاكات الواسعة الانتشار لحقوق الإنسان

(٧٦) والالتزامات هي: (أ) أن توقف تحركات الجنود نحو المراكز السكنية، (ب) وأن تنهي كلية استخدام الأسلحة الثقيلة فيها، (ج) وأن تشرع في سحب الحشود العسكرية من المراكز السكنية ومن حولها، وأن تفي بتلك الالتزامات كاملة في أجل لا يتعدى ١٠ أبريل ٢٠١٢.

راجع: بيان من رئيس مجلس الأمن في ٥ أبريل ٢٠١٢، S/PRST/2012/10.

(٧٧) ويقرر مجلس الأمن إيفاد فريق مؤلف من عدد في حدود ٣٠ مراقباً عسكرياً غير مسلح للتواصل مع الأطراف والبدء في الإبلاغ عن تنفيذ وقف كامل للعنف المسلح بجميع أشكاله من جانب جميع الأطراف، ويهيب بالحكومة السورية وكافة الأطراف أن تضمن تمكين الفريق المتقدم من تنفيذ مهامه، وضمان سلامة الفريق المتقدم دون المساس بحريته في التنقل والوصول، ويؤكد أن المسؤولية الرئيسية عن ذلك تقع على عاتق السلطات السورية. راجع: القرار رقم ٢٠٤٢ الصادر في ١٤ أبريل ٢٠١٢، S/RES/2042(2012).

(٧٨) راجع: مقترح النقاط الست للمبعوث الخاص المشترك للأمم المتحدة وجامعة الدول العربية في القرار رقم ٢٠٢٤ الصادر في ١٤ أبريل ٢٠١٢، S/RES/2042(2012).



من جانب السلطات السورية، وأعرب عن أسفه البالغ لموت آلاف عديدة من الأشخاص في سورية، ويحيط علماً بالتفاهم الأولي المؤرخ في ١٩ أبريل ٢٠١٢ المتفق عليه بين السلطات السورية والأمم المتحدة؛ الذي يوفر أساساً لوضع بروتوكول ينظم الفريق المتقدم، وآلية الإشراف التابعة للأمم المتحدة، بعد نشرها.

وتضمن قرار المجلس أن "ينشئ لفترة أولية مدتها ٩٠ يوماً بعثة الأمم المتحدة للمراقبة في سوريا بقيادة رئيس للمراقبين العسكريين على أن تشمل نشرًا أوليًا يصل إلى ٣٠٠ من المراقبين العسكريين غير المسلحين إضافة إلى عنصر مدني ملائم حسب ما تحتاج إليه البعثة لتنفيذ ولايتها" (٧٩).

وبعد ورود تقارير عن استخدام النظام السوري السلاح الكيماوي في ٢١ أغسطس ٢٠١٣، دان العالم أجمع ذلك، وهددت الولايات المتحدة باستخدام القوة العسكرية ضد النظام السوري، ولكن تدخل روسيا التي أقنعت السلطات السورية بالموافقة على نزع سلاحها الكيماوي والانضمام إلى اتفاقية حظر الأسلحة الكيماوية - حال دون توجيه ضربة عسكرية أمريكية لسوريا.

ومن ثم، صدر قرار مجلس الأمن رقم ٢١١٨ في ٢٧ سبتمبر ٢٠١٣، الذي يقرر فيه أن "استخدام الأسلحة الكيميائية في الجمهورية العربية السورية يشكل تهديدًا للسلام والأمن الدوليين". ويدين بأشد العبارات أي استخدام للأسلحة الكيميائية في الجمهورية العربية السورية، ولا سيما الذي وقع في ٢١ أغسطس في انتهاك للقانون الدولي.

ويقرر مجلس الأمن كذلك أن "تمثل الجمهورية العربية السورية لجميع جوانب قرار المجلس التنفيذي لمنظمة حظر الأسلحة الكيميائية المؤرخ ٢٧ سبتمبر ٢٠١٣" (٨٠).

(٧٩) ويدعو القرار الأطراف إلى أن تكفل سلامة أفراد البعثة دون المساس بحريتهم في التنقل والوصول إلى وجهاتهم، ويؤكد أن المسؤولية الرئيسية عن ذلك تقع على عاتق السلطات السورية. راجع: القرار رقم ٣٠٤٣ الصادر في ٢١ أبريل ٢٠١٢، S/RES/2043 (2012).

(٨٠) هذا القرار يتضمن إجراءات خاصة للتجديد بالقضاء على برنامج الجمهورية العربية السورية للأسلحة الكيميائية وإخضاعه لتحقيق صارم، ويدعو إلى تنفيذه تنفيذًا كاملاً في أسرع وقت وبأسلم وجه. راجع قرار مجلس الأمن رقم ٢١١٨ الصادر في ٢٧ سبتمبر ٢٠١٣، S/RES/2118(2013).

كذلك يعرب مجلس الأمن عن شديد سخطه لاستخدام الأسلحة الكيميائية في ٢١ أغسطس ٢٠١٣ في ريف دمشق، على نحو ما خلاص إليه تقرير البعثة، وإذ يدين قتل المدنيين نتيجة لذلك، وإذ يؤكد أن استخدام الأسلحة الكيميائية يشكل انتهاكاً خطيراً للقانون الدولي، وإذ يشدد على وجوب محاسبة المسؤولين عن أي استخدام للأسلحة الكيميائية.

ويقرر كذلك أنه في حالة عدم الامتثال لهذا القرار، بما يشمل نقل الأسلحة الكيميائية دون إذن، أو استخدام أي أحد للأسلحة الكيميائية في الجمهورية العربية السورية، يفرض تدابير بموجب الفصل السابع من الميثاق<sup>(٨١)</sup>.

وبعد تصاعد أعمال العنف في سوريا بشكل مروع وتخطي عدد القتلى حاجز المائة ألف قتيل، وتدهور الحالة الإنسانية، أصدر مجلس الأمن قراره رقم ٢١٣٩ في ٢٢ فبراير ٢٠١٤، يعرب فيه عن بالغ القلق "إزاء تزايد أعداد اللاجئين والمشردين داخلياً نتيجة للنزاع الدائر في سورية، الذي يؤدي إلى زعزعة الاستقرار في المنطقة بأسرها".

ويطالب القرار "جميع الأطراف بوضع حد فوري لجميع أشكال العنف، بغض النظر عن مصدرها، والتوقف والكف عن جميع انتهاكات القانون الدولي الإنساني وانتهاكات حقوق الإنسان والاعتداء عليها، والتأكيد من جديد على الالتزامات المترتبة عليها بموجب القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، ويؤكد أن بعض هذه الانتهاكات قد تشكل جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية"<sup>(٨٢)</sup>.

ويطالب كذلك القرار السلطات السورية أن تتخذ كل الخطوات المناسبة لتيسير الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة، والوكالات المتخصصة التابعة لها، وجميع الجهات الإنسانية الفاعلة المشاركة في أنشطة الإغاثة الإنسانية، لتقديم المساعدة الإنسانية بشكل فوري إلى السكان المتضررين في سورية.

(٨١) راجع: الفقرة ٢١ من القرار رقم ٢١١٨ الصادر في ٢٧ سبتمبر ٢٠١٣.

(٨٢) راجع: قرار مجلس الأمن رقم ٢١٣٩ الصادر في ٢٢ فبراير ٢٠١٤، S/RES/2139(2014).

ويطالب القرار أيضاً جميع الأطراف "باتخاذ كل الخطوات الملائمة لحماية المدنيين، بمن فيهم أفراد الجماعات العرقية والدينية والطائفية، ويؤكد، في هذا الصدد، أن السلطات السورية تقع على عاتقها المسؤولية الرئيسية عن حماية سكانها" (٨٣).

ومن ثم، نلاحظ أن دور مجلس الأمن في مواجهة الأزمة السورية وبسبب استخدام روسيا والصين حق النقض (الفيتو)، انحصر - فقط - في إطار المساعدات الإنسانية وتنظيمها، ومساعدة الدول التي تستضيف اللاجئين السوريين، ومحاولة الضغط على النظام السوري لنزع سلاحه الكيماوي دون أن يصل الأمر إلى اتخاذ إجراءات رادعة بحسب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

### ب - فيتو روسي صيني ضد أي قرار يدين النظام السوري:

إن مجلس الأمن لم يتمكن من مواجهة الأزمة السورية كما ينبغي بسبب استخدام روسيا والصين حق النقض (الفيتو) ضد أي قرار يدين النظام السوري ويهدد في اتخاذ إجراءات تجاهه بناء على الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

ففي ٤ أكتوبر ٢٠١١، تحرك مجلس الأمن حين قدمت بريطانيا وفرنسا وألمانيا والبرتغال مشروع قرار يدين النظام السوري ويطالب باحترام حقوق الإنسان والبدء بإصلاحات سياسية، غير أن فيتو روسيا صينياً أجهض هذا المشروع.

وبعد ستة أشهر في ٤ فبراير ٢٠١٢ عاد مجلس الأمن مرة أخرى لبحث مشروع قرار عربي يدين العنف في سوريا، ويدعم خطة جامعة الدول العربية لتسوية الأوضاع، لكن تصاعد العمليات العسكرية من جانب، وفشل المبادرات العربية والدولية من جانب آخر، جعل روسيا والصين تستخدمان حق النقض (الفيتو) للمرة الثانية ضد هذا المشروع (٨٤).

(٨٣) ويطالب القرار جميع الأطراف القيام بأمور عدة، منها:

وقف الاستخدام العسكري للمرافق الطبية والمدارس وغيرها من المنشآت المدنية، وتجنب إقامة مواقع عسكرية في المناطق المأهولة بالسكان، والكف عن شن الهجمات الموجهة ضد أهداف مدنية. ويحث القرار جميع الأطراف على اتخاذ جميع الخطوات المناسبة لضمان سلامة وأمن موظفي الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، المشاركين في أنشطة الإغاثة الإنسانية. ويحث كذلك جميع الدول الأعضاء، استناداً إلى مبدأ تقاسم الأعباء، على مساعدة البلدان المضيفة المجاورة لتمكينها من تلبية الاحتياجات الإنسانية المتزايدة. راجع الوثيقة رقم S/RES/2139 (2014).

(٨٤) راجع: جريدة الوطن الكويتية تاريخ ٤ فبراير ٢٠١٢.

كذلك في ١٩ يوليو ٢٠١٢، استخدمت روسيا والصين للمرة الثالثة حق النقض ضد مشروع قرار يهدف لوضع خطة انتقال سلمي للسلطة في سوريا تحت الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

وكان القرار يهدد بفرض عقوبات غير عسكرية طبقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة إذا فشلت الحكومة السورية في سحب القوات والأسلحة الثقيلة من المناطق السكنية، كما كان يطالب مشروع القرار جميع الأطراف في سوريا - بما في ذلك المعارضة - بالوقف الفوري للعنف المسلح بجميع أشكاله، وقال إنه إذا لم تلتزم السلطات السورية بالكامل بذلك، في غضون عشرة أيام فإن المجلس "سيفرض إجراءات فورية طبقاً للبند ٤١ من ميثاق الأمم المتحدة" (٨٥).

ومن ثم، يتضح مما سبق، أن مجلس الأمن عجز عن اعتماد قرار واحد يدين النظام السوري ويهدده باتخاذ إجراءات رادعة في حالة عدم امتثاله؛ وذلك بسبب استخدام روسيا والصين - العضوين الدائمين في مجلس الأمن - حق النقض الفيتو؛ مما عاق عمل مجلس الأمن عن القيام بمسؤولياته في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

ومن ثم، كان اللجوء إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة لطلب عقد دورة استثنائية طارئة للنظر في الأزمة السورية.

### ثالثاً - طلب عقد دورة استثنائية طارئة للجمعية العامة للأمم المتحدة:

تتطلب إحالة المسألة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة - في حالة توافر الشروط السابقة - التقدم بطلب إلى الجمعية العامة للانعقاد إذا لم تكن منعقدة، أما إذا كانت منعقدة فيتم تجاوز هذا الإجراء.

ويتم تقديم طلب انعقاد الجمعية العامة عن طريقين، هما: الأول: عن طريق مجلس الأمن الدولي، ويتطلب ذلك موافقة تسعة أعضاء، وليس بالضرورة أن يكون من

(٨٥) تنص المادة ٤١ من ميثاق الأمم المتحدة على أن: "لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء الأمم المتحدة" تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وفقاً جزئياً أو كلياً وقطع العلاقات الدبلوماسية".



بينهم الأعضاء الخمسة الدائمون، وهنا يبطل حق الفيتو لكون الإحالة إلى الجمعية العامة تقع ضمن القرارات الإجرائية التي لا تدخل تحت سلطة اعتراض الفيتو.

والثاني: عن طريق أغلبية أعضاء الأمم المتحدة، ويتم الحصول عليها إما بناء على تلقي الأمين العام طلباً من أغلبية الأمم المتحدة أعربت عنه بالتصويت في اللجنة المؤقتة، وإما بناء على تلقيه موافقة أغلبية الأعضاء على الطلب الذي يتقدم به أي عضو من أعضاء منظمة الأمم المتحدة.

ومن ثم، فإنه يمكن للسوريين أن يستفيدوا من أحد الإجراءين السابقين، وتقديم طلب انعقاد للجمعية العامة إما عن طريق مجلس الأمن الدولي وإما عن طريق موافقة أغلبية أعضاء الأمم المتحدة.

بالنسبة إلى طلب الانعقاد عن طريق مجلس الأمن الدولي وعلى الرغم من أنه قد يواجه بعض العقبات خاصة من قبل روسيا والصين، فإن الدول الأعضاء الآخرين، وهم الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا والأرجنتين والأردن وأستراليا وتشاد وجمهورية كوريا ورواندا وشيلي ولوكسمبورغ وليتوانيا ونيجيريا- من الممكن أن يوافقوا على مشروع قرار بطلب انعقاد الجمعية العامة دورة استثنائية طارئة للنظر في الأزمة السورية.

ومن ثم، بالإمكان الحصول على تسعة أصوات كافية من عدد الأعضاء الخمسة عشرة بمجلس الأمن، وهنا لا يتم استخدام الفيتو؛ لأن الإحالة إلى الجمعية العامة تعتبر من القرارات الإجرائية التي لا تدخل تحت سلطة اعتراض الفيتو.

أما بالنسبة إلى تقديم طلب الانعقاد عن طريق أغلبية أعضاء الأمم المتحدة أو موافقتهم على هذا الطلب الذي يتقدم به أحد الأعضاء، فإنه من الممكن؛ أن تكون الفرصة كبيرة، وذلك بالنظر إلى نتيجة التصويت على قرار الجمعية العامة في ١٦ فبراير ٢٠١٢ الخاص بالحالة في سوريا؛ حيث إنه صدر بموافقة ١٣٣ دولة ومعارضة ١٢ دولة<sup>(٨٦)</sup> وامتناع ٣١ دولة.

والحقيقة أن قرار الجمعية العامة الذي صدر بموافقة كبيرة من أعضاء الأمم المتحدة فتح الطريق أمام حل اللجوء إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام"؛ حيث إن

(٨٦) الدول التي عارضت قرار الجمعية العامة هي: روسيا والصين وبيلاروسيا وبوليفيا وكوبا وإيران وميانمار ونيكاراغوا وسوريا وجمهورية كوريا الشعبية وفنزويلا وزيمبابوي.

قرار الجمعية العامة اعترف بوقائع الأزمة في سوريا ودان استخدام القوة ضد المدنيين وانتهاك حقوق الإنسان من قبل السلطات السورية.

ومن ثم، فإنه من المتصور أن توافق أغلبية أعضاء الأمم المتحدة على طلب عقد دورة استثنائية طارئة للجمعية العامة، مقدم من أحد أعضاء الأمم المتحدة استناداً إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وهنا يمكن أن يقدم هذا الطلب دولة من منظمة جامعة الدول العربية أو دولة من دول أصدقاء سوريا.

ومن ثم فإن كلا الطريقتين متاح، سواء طلب مقدم من مجلس الأمن أو طلب مقدم من أغلبية أعضاء الأمم المتحدة أو موافقتهم على طلب يتقدم به أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة لعقد دورة استثنائية طارئة للجمعية العامة لبحث الأزمة السورية والحصول على موافقة أغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين المشتركين في التصويت، وتقديم التوصيات اللازمة الخاصة لحفظ السلم والأمن الدوليين ولإعادة السلام في سوريا<sup>(٨٧)</sup>.

ومن ثم، نعتقد أنه نظراً لحجم الكارثة الإنسانية في سوريا والإدانة الدولية الواسعة لما يحصل من انتهاكات لحقوق الإنسان واستخدام كل أنواع الأسلحة التقليدية وغير التقليدية، والموافقة الكبيرة لدول العالم على قرار الجمعية العامة الصادر في ١٦ فبراير ٢٠١٢ بشأن الحالة في سوريا، فإنه من المتصور أن توافق هذه الدول أيضاً على طلب عقد دورة استثنائية طارئة للجمعية العامة، وأن تقوم بإصدار التوصيات اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين في سوريا، وهو خيار قانوني بديل تطبيقه في ظل شلل مجلس الأمن الدولي وعجزه عن القيام بواجباته الأساسية في حفظ الأمن والسلم الدوليين في سوريا.

لكن ما الذي يمنع المجتمع الدولي من اللجوء لهذا الخيار، أو ما العراقيل التي توجد في طريق مثل هذا الحل القانوني؟.

(٨٧) تنص المادة ٢/١٨ من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "تصدر الجمعية العامة قراراتها في المسائل الهامة بأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين المشتركين في التصويت. وتشمل هذه المسائل: التوصيات الخاصة بحفظ السلم والأمن الدولي..".

## المطلب الثاني العراقيل التي تحول دون تطبيق قرار "الاتحاد من أجل السلام"

في الحقيقة، إن التوصيات التي من الممكن أن تصدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة استناداً إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام" في فرضية توافر تصويت أغلبية ثلثي أعضاء الجمعية العامة للأمم المتحدة الذين يبلغ عددهم ١٩٣ دولة، قد تتضمن فرض عقوبات غير عسكرية، وقد تصل إلى استخدام القوة العسكرية البرية أو الجوية أو البحرية في مواجهة قوات النظام السوري، وهذا القرار يحتاج لإرادة سياسية ودعم مادي وفني على الأرض ليتم تنفيذه.

إن كان خيار اللجوء إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام" ممكناً نظرياً، فإن العقبة الرئيسية تكمن في تطبيقه على أرض الواقع.

وليس العائق الأساسي - في نظرنا - هو إيجاد بديل قانوني لشلل مجلس الأمن وعجزه عن مواجهة تهديد السلم والأمن الدوليين في الأزمة السورية، بل إن العائق يكمن في غياب الإرادة العامة للتدخل في سوريا من قبل الدول التي تملك القوة العسكرية لهذا النوع من التدخل، وهذا يرتبط جزء كبير منه - في اعتقادنا - بطبيعة النزاع في سوريا.

إن الولايات المتحدة الأمريكية بقيادة الرئيس الأمريكي الديمقراطي أوباما لا تفضل اللجوء إلى القوة لحل الخلافات والنزاعات الدولية إلا نادراً، بل تعتمد - غالباً - الدبلوماسية والتهديد في استخدام القوة العسكرية عند الحاجة فقط.

وتعتقد الولايات المتحدة الأمريكية وحلف الناتو العسكري أن التدخل العسكري في إطار المعارك المدنية يمكن أن يسبب آثاراً سلبية وشرّاً أكثر من النتيجة المرجوة منه.

لكن على الرغم من كل هذا التخوف فإن ذلك لا يبرر عدم مواجهة هذه الأزمة والكارثة الإنسانية التي استمرت لأكثر من ثلاث سنوات دون أي تدخل دولي مؤثر لردع النظام السوري، أو حتى تهديده بعقوبات رادعة في حالة عدم امتثاله.

ومن ثم، فإننا نقترح أن يتم التحرك والدعوة إلى عقد دورة استثنائية طارئة للجمعية العامة للأمم المتحدة سواء عن طريق مجلس الأمن أو أغلبية أعضاء الأمم

المتحدة، وذلك استناداً إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وإصدار التوصيات اللازمة لردع النظام السوري مثل التوصية بعقوبات غير عسكرية في البداية، وقد يتطور الأمر إلى التوصية باستخدام القوة العسكرية في حالة عدم توقفه عن انتهاكه لحقوق الإنسان، وقتل الأبرياء وتشريدهم في سوريا، وذلك لإنقاذ ما تبقى من سلطة أخلاقية لمنظمة الأمم المتحدة، ولإثبات أن هناك آليات وبدائل موجودة في ميثاق الأمم المتحدة تمكّن من مواجهة جميع الأخطار التي تهدد السلم والأمن الدوليين.

### الخاتمة:

خلال هذه الدراسة تبين لنا أن وظيفة مجلس الأمن الدولي الرئيسية هي حفظ السلم والأمن الدوليين، ولكن في حالة عجزه عن القيام بواجبه بسبب استخدام أحد الأعضاء الدائمين لحق النقض فإن البديل موجود، وهو قرار "الاتحاد من أجل السلام" الذي صدر في ظروف خاصة في الأزمة الكورية عام ١٩٥٠، وتم تطبيق هذا القرار في مناسبات عدة تكررت خلال العقود السابقة، وتم إصدار فتوى من محكمة العدل الدولية في قضية الجدار في الأراضي الفلسطينية لعام ٢٠٠٣، تؤكد قانونية هذا القرار وأنه قاعدة عرفية استقرت، ومنحت الجمعية العامة للأمم المتحدة صلاحيات مجلس الأمن الدولي في حالة عجز هذا الأخير عن القيام بواجباته الأساسية في حفظ السلم والأمن الدوليين.

لكن تطبيق هذا القرار يستلزم توافر شروط عدة، هي: أن تكون هناك حالة من الحالات التي تهدد السلم والأمن الدوليين، أو وجود خلل بهما أو عمل من أعمال العدوان، وأن يعجز مجلس الأمن الدولي عن اتخاذ قرار لمواجهة هذه الحالة.

كذلك إن كانت الجمعية العامة في حالة انعقاد فيتم النظر في هذه الحالة لتقديم التوصيات، أما إذا كانت غير منعقدة، فيتم الدعوة لانعقادها في دورة استثنائية طارئة خلال الأربع والعشرين ساعة القادمة، ويتم طلب عقد الدورة من خلال جهتين، الأولى: من خلال مجلس الأمن الدولي ويشترط موافقة تسعة أعضاء ولا يشترط أن يكون من بينهم الأعضاء الخمسة الدائمون. الثانية: أغلبية أعضاء الأمم المتحدة ويتم الحصول على هذه الأغلبية إما بناء على تلقي الأمين العام طلباً من أغلبية أعضاء الأمم المتحدة أعربت عنه بالتصويت في اللجنة المؤقتة، وإما بناء على تلقي الأمين العام موافقة أغلبية الأعضاء على الطلب الذي يتقدم به أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة.



ومن ثم، بعد توافر هذه الشروط فإن الجمعية العامة تحل محل مجلس الأمن الدولي في وظيفة حفظ السلم والأمن الدوليين، وتستطيع أن تقدم التوصيات اللازمة للأعضاء حول التدابير الجماعية التي سوف يتم اتخاذها، بما في ذلك استخدام القوة العسكرية.

وعلى الرغم من أن هناك شكاً في قانونية القرار، فإن التطبيقات المتكررة خلال العقود السابقة ومن جميع الدول، جعلت من القرار بمثابة قاعدة عرفية استقرت، وأكدت ذلك فتوى محكمة العدل الدولية في عام ٢٠٠٣.

وبما يتعلق بتطبيق قرار "الاتحاد من أجل السلام" على الأزمة السورية، فقد رأينا- خلال الدراسة - أن ما يحصل في سوريا هو عبارة عن حالة تهدد السلم والأمن الدوليين، وأن مجلس الأمن عاجز عن مواجهة ذلك؛ حيث إن الفيتو الروسي الصيني منع المجلس من اتخاذ أي قرار يدين النظام السوري أو حتى يحمله مسؤولية ما حصل من كارثة إنسانية امتدت وذلك لأكثر من ثلاث سنوات.

كذلك فإن بالإمكان أن يتم الدعوة لعقد دورة استثنائية طارئة للجمعية العامة للنظر في الأزمة السورية، من خلال مجلس الأمن الدولي والحصول على موافقة تسعة أعضاء لا يشترط أن يكون من بينهم الأعضاء الدائمون، أو من خلال طلب يقدم للأمم المتحدة من أغلبية أعضاء الأمم المتحدة، وكل ذلك متصور وبدعم من منظمة جامعة الدول العربية ومن الدول أصدقاء الشعب السوري.

ومن ثم، فإن الشروط متوافرة في حالة سوريا وبالإمكان تطبيق قرار الاتحاد من أجل السلام على الأزمة السورية، ويتم إحالة المسألة من مجلس الأمن إلى الجمعية العامة لتقدم التوصيات، وقد تكون البداية بإدانة النظام السوري وفرض عقوبات غير عسكرية، ومن ثم قد يتطور الأمر إلى استخدام القوة العسكرية لوقف انتهاكات حقوق الإنسان وتشريد الإنسان وقتله هناك.

إن البديل لتجاوز عجز مجلس الأمن لمواجهة الأزمة السورية هو قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وهذا يثبت أن آليات القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة تكفي لمواجهة جميع الأخطار التي تهدد السلم والأمن الدوليين، لكن المشكلة تكمن في إرادة التطبيق واللجوء لمثل هذا الخيار.

في اعتقادنا أن العائق الرئيسي أمام اللجوء لقرار "الاتحاد من أجل السلام" هو أنه لا توجد رغبة ولا إرادة لدى الدول التي تملك القوة العسكرية لهذا النوع من التدخل، وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية ودول منظمة الناتو العسكرية. إن هذه الدول تخاف من المجهول، فهي لا تريد أن تدخل في مواجهة عسكرية داخل المدن ولا تعرف ما هو شكل التدخل وما النتائج المترتبة على ذلك.

في الحقيقة، إن كل ذلك أعذار وحجج لا يمكن قبولها في ظل وجود الآليات التي تمكن المجتمع الدولي من مواجهة الأخطار التي تهدد السلم والأمن الدوليين، ولا يمكن التذرع بشلل مجلس الأمن بالفيتو الروسي الصيني، فإن بالإمكان اللجوء مباشرة إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام" لتجاوز ذلك، خاصة أن جميع شروط تطبيقه متوافرة في الحالة السورية.

ومن ثم، لا بد أن يتم دعوة الجمعية العامة للأمم المتحدة للانعقاد بدورة استثنائية طارئة استناداً إلى قرار "الاتحاد من أجل السلام"، وتقديم التوصيات اللازمة تبدأ بفرض عقوبات غير عسكرية، وقد تصل إلى استخدام القوة العسكرية؛ وذلك لوقف التخاذل والضعف من المجتمع الدولي في مواجهة أخطر كارثة إنسانية.

## المراجع

### أولا - المراجع العربية:

- د. إبراهيم محمد العناني، المنظمات الدولية، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٩٥.
- د. إبراهيم محمد العناني، التنظيم الدولي - النظرية العامة - الأمم المتحدة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢.
- د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- د. أحمد أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ الأمن والسلم الدوليين، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- اينيس كلود، النظام الدولي والسلام العالمي، ترجمة د. عبد الله العريان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
- د. حازم محمد عتلم، منظمة الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤.
- د. حسام حسن حسان، التدخل الإنساني في القانون الدولي المعاصر، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٤.
- د. حسام هنداوي، حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء النظام العالمي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- رمزي نسيم حسونة، مشروعية القرارات الصادرة عن مجلس الأمن الدولي وآلية الرقابة عليها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد ٢٧ - العدد الأول - ٢٠١١، ص ٥٤١-٥٦٤.
- د. صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي، النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

- د. عاطف علي الصالحي، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- د. عائشة راتب، التنظيم الدولي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.
- د. عبدالله الأشعل، الأمم المتحدة والعالم العربي، دراسة حالة تطبيقات الجزاءات الدولية، دار شمس المعرفة، ١٩٩٤.
- د. عبد العزيز محمد سرحان النظام الدولي الجديد والشرعية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- د. علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة نشر.
- د. فرست سوفي، الوسائل القانونية لمجلس الأمن في تدويل النزاعات الداخلية وتسويتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
- د. محمد سامي عبد الحميد، الجماعة الدولية، دراسة للمجتمع الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية - الأمم المتحدة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠.
- د. محمد سامي عبد الحميد، د. محمد السعيد الدقاق، د. مصطفى سلامة حسين، القانون الدولي العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٩.
- د. محمد السعيد الدقاق، التنظيم الدولي - النظرية العامة - الأمم المتحدة، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤.
- د. محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي العام - مصادر القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٢.
- د. محمد السعيد الدقاق ود. مصطفى سلامة حسن، المنظمات الدولية المعاصرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة نشر.
- د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨.



- د. محمد عزيز شكري، التنظيم الدولي العالمي بين النظرية والواقع، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٣.
- د. محمد فهاد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١١.
- د. مفيد محمود شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٦.

### ثانياً - المراجع الأجنبية:

- J. Andrassy, Uniting for Peace, American Journal of International Law, Vol.50 (1950) 563-582.
- J.Ballaloud, L'O.N.U. et les operations de maintien de la paix, Pedone, 1971.
- P. Brugire, Les pouvoirs de l'Assemblée générale des Nations Unies en matière politique et de sécurité, Pedone 1955, XXI.
- Castaneda (J), Valeur juridique des résolutions des Nations Unies, R.C.A.D.I, 1970, I, P.263.
- I. Couzigou, La lutte du conseil de sécurité contre le terrorisme et les droits de l'homme, RGDIP 2008, P.49-84.
- C.Denis, Le pouvoir normatif du conseil de sécurité des Nations Unies : portée et limites, Bruylant, Bruxelles, 2004, XVI.
- Patric Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, Droit International Public, L.G.D.J, 8 édition, 2009.
- Bore Eveno, Le contrôle juridictionnel des résolutions du conseil de sécurité, RGDIP, 2006, P.827-860.
- J.-P.Cot, A.Pellet et M. Forteau dir., La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, 3 d., Economica, 2005.
- M.Frankenstein, L'ONU devant le Conseil de sécurité, Pedone, 1952.
- K.Herndl, reflections on the role of the security council of the UN, RCADI 1999-IV, vol.233, P.289-396.
- Jean-Francois Guilhaudis, Consideration sur la pratique de "L'union pour le maintien de la Paix", A.F.D.I, volume 27, 1981, P382.
- Jacques Lepretre, Le conseil de sécurité et la résolution 377/A (1950), A.F.D.I, 1988, P424.
- M.F.Labouz, L'ONU et la paix, Recherches sur la fiction en droit international public, PUP, 1980.

- R. Pinto, Le droit des relations internationales, Payot, Paris 1972.
- Pierre-Marie Dupuy, Grands textes de droit international public, DAL-LOZ, 1996.
- P. Manin, L'Organisation des Nations Unies et le maintien de la Paix, L.G.D.J, 1971.
- Rousseau (ch), Droit International Public, tome II, sirey, 1974.
- E. Stein and R. Morrissey, Uniting for Peace resolution, in: Encyclopedia of Public International Law, Vol.4, Amsterdam et al.: Elsevier, 1232, 2000-1235.
- J.Tercinet, "Le pouvoir normatif du conseil de securit : le conseil de securit peut-il lgifrer?", RBDI2004, P.528-551.
- Virally (M), L'Organisation mondiale, Armand Colin, 1972.

## الخطأ الطبي الشخصي تصور نحو رسم ملامح الحدود الفاصلة بين المسؤولية الجزائية والمدنية

د. مشاري خليفة العيفان  
قسم القانون الجزائي  
كلية الحقوق - جامعة الكويت

د. مرضي عبيد العياش  
قسم القانون الخاص  
كلية الحقوق - جامعة الكويت

### ملخص:

لمواجهة بعض سلوكيات الأطباء الضارة بالمرضى، رتب المشرع صوراً متعددة للمسؤولية القانونية، فقامت المسؤولية الجزائية والمدنية والتأديبية لتلك الطائفة من المهنيين. ولما كانت ظاهرة اللجوء إلى نصوص القانون الجزائي لمواجهة الأخطاء الطبية هي السمة البارزة في وقتنا المعاصر، قامت الحاجة نحو ضرورة التريث وعدم المبالغة في ذلك اللجوء باعتبار أن السياسة التشريعية ينبغي عليها التوفيق بين مصلحة المجتمع في تحقيق الردع اللازم في الأوساط الطبية ومصلحة المجتمع الأخرى في تطوير مهنة الطب من خلال السماح بممارسة تلك المهنة دون خوف أو إرهاب. لذلك، تأتي هذه الدراسة لمعرفة موقف المشرع الكويتي حيال وحدة أو ازدواج الخطأ الطبي الشخصي من الناحية الجزائية والمدنية هذا من جانب، ومن جانب آخر بيان ما إذا كان لجهات الاتهام وسائل إجرائية تسعى من خلالها إلى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة سالف الذكر.

### المقدمة:

إن الحمد لله تعالى، نحمده ونستعينه ونستهديه، ونؤمن به ونتوكل عليه، ونعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه وأتباعه أجمعين، أما بعد،

يعد من مسلمات الأمور وما يتوافق مع منطقها أن لكل عمل أثراً ولكل أثر صورته الإيجابية والسلبية. وفي علم القانون، تترتب المسؤولية القانونية لأغلب الآثار السلبية المترتبة على السلوكيات أو الأنشطة الإنسانية، وتتعدد صور هذه المسؤولية القانونية بحسب الآثار المترتبة على الأساس الذي ترتبت عليه. كما أن تنوع صور

المسؤولية القانونية يؤدي إلى أن تتعدد شخوصها أو من يتحمل تبعات تلك المسؤولية، ومن أبرز الأمثلة على ذلك، أننا قد نجد أن قيام المسؤولية السياسية أو الدولية أو الجزائية أو المدنية أو التأديبية قد يترتب بناء على أساس قانوني مشترك ووحيد، ولا يحول ذلك دون ترتب بعض من هذه الصور للمسؤولية دون غيرها في البعض الآخر من الأحيان.

ويعد اجتماع كل من المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية لذات السلوك البشري من أبرز الأمثلة التي تثور في الحياة العملية وبصفة شبه يومية، إذ تعتبر القاعدة التي تقر أن "كل جريمة تعد فعلاً ضاراً" ليست صحيحة في كل الأحيان. ويختلف الفقه في صحة هذه القاعدة تأسيساً على أساس أن قيام كل من المسؤولية المدنية والجزائية مختلف من حيث المفهوم والحكم، وقد أثبتت هذه المسألة في نطاق المسؤولية المهنية بصفة عامة والمسؤولية الطبية بصفة خاصة (نطاق هذه الدراسة).

ولما كانت المسؤولية الطبية متنوعة من حيث شخوصها بسبب تنوع أسس قيامها (المسؤولية عن الأعمال الشخصية، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، مسؤولية حارس الأشياء)، سنقصر نطاق هذه الدراسة على مسؤولية الطبيب عن أعماله الشخصية في مجال التشخيص أو العلاج، ويتعين الاعتراف: أن هذه المسؤولية ما هي في حقيقتها إلا تطبيق للنظرية العامة القائمة على الخطأ غير العمدى، سواء في نطاق نصوص القانون المدني أو نصوص قانون الجزاء الكويتي، باعتبار أن المشرع الكويتي لم يتدخل في سبيل تنظيم هذه الصورة التي هي من صور المسؤولية ويفرد لها أحكاماً خاصة تتناسب مع طبيعتها، بعبارة أخرى سوف نقصر على الخطأ الثابت أو ما يُسمى بالخطأ الشخصي، وهو ما يعنينا في نطاق البحث، دون ذلك الخطأ المفترض الذي قد ينجم عن المسؤولية عن فعل الغير أو عن حراسة الأشياء<sup>(١)</sup>.

(١) فقد ينشأ الضرر عن فعل شخص من أتباع الطبيب كالممرض الذي يكون تحت رقابته في تأدية عمله، ويأتمر بأوامره، فمتى ثبت أن التابع أحدث ضرراً بفعله غير المشروع، وثبت أن هذا الفعل قد ارتكب في أداء وظيفته أو بسببها كان الطبيب مسؤولاً عن تعويض الضرر الناشئ عن هذا الفعل، ولو لم يرتكب أي خطأ شخصي. انظر: نص المادة ٢٤٠ من القانون المدني. كما يكون الطبيب مسؤولاً عن تلك الأضرار الناجمة عن الأشياء التي استخدمها في علاج المريض وكانت هذه الأشياء مما تتطلب حراسة وعناية خاصة دون حاجة إلى إثبات أي خطأ وقع منه، حتى أنه - أي الطبيب - لا يمكن له أن يدفع هذه المسؤولية ولو أثبت عدم صدور خطأ منه لقيامه بجميع الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر بالمريض. انظر: نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني. وقد يكون أساس التعويض هو فوات الفرصة، فإذا أخطأ طبيب في العلاج ثم فارق المريض الحياة فإن الطبيب لا يسأل عن موت المريض وإنما عن =



وتهدف هذه الدراسة من خلال حصرها في نصوص القانون الكويتي إلى تسليط الضوء على أثر النصوص الخاصة الواردة بالمرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة (١٩٨١) بشأن مزاوله مهنة الطب البشري على هذه الصورة من صور المسؤولية القانونية، وقد تجاهلت أغلب الدراسات هذه النصوص رغم أهميتها في تحديد أساس المسؤولية الطبية، وارتكبت للنصوص العامة الواردة في القانون المدني وقانون الجزاء الكويتي.

وتتناول هذه الدراسة بيان التساؤلات الآتية:

- مدى توافق أو شذوذ الأحكام العامة المنظمة لمسؤولية الطبيب عن أعماله الشخصية في نطاق القانون المدني وقانون الجزاء الكويتي.
  - هل مفهوم خطأ الطبيب الشخصي في نطاق المسؤولية المدنية هو ذات المفهوم في نطاق المسؤولية الجزائية بالنسبة للمشرع الكويتي؟
  - هل من المستحسن استخدام نصوص قانون الجزاء الكويتي لمواجهة ظاهرة الأخطاء الطبية؟
  - هل تملك جهات التحقيق المعنية والمسؤولة عن الدعوى العمومية خلق سياسة اتهام ذاتية، ترسم من خلالها من تقوم الحاجة إلى تحقيق الردع (استخدام نصوص قانون الجزاء بشأن الشكاوى المتعلقة في الأخطاء الطبية)؟
  - هل هناك عوامل أو عناصر من شأنها تحفيز جهات التحقيق أو الاتهام على استخدام نصوص قانون الجزاء الكويتي عند قيام الخطأ الطبي الشخصي؟
- ومما لا ريب فيه أن تطور الطب الحديث بجميع فروعته أدى إلى حدوث انعكاسات على الجوانب القانونية للعمل الطبي. ويعد من أبرز هذه الانعكاسات تحول التزام الطبيب في بعض الأعمال الطبية من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة.

= فوات فرصة المريض في البقاء على قيد الحياة، وذلك على الرغم من عدم التيقن من أن المريض سيبقى على قيد الحياة في حالة عدم الخطأ، أو بمعنى آخر حتى لو لم تثبت العلاقة السببية الأكيدة والمباشرة بين الخطأ والوفاة. للمزيد انظر: في تعويض تفويت الفرصة: إبراهيم أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الثاني والثالث، سبتمبر/يونيو، ١٩٨٦، راجع على وجه الخصوص ص ١٠٥-١٠٦-١٠٧. للمزيد راجع: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، بدون رقم طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٩٣ وما بعدها. راجع في هذا الصدد أيضاً: محمد لبيب شنب، نظرة في مسؤولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، مجلة المحامي، الكويت، السنة الخامسة، المجلد الذي يتضمن الأعداد السابع والثامن والتاسع، يناير/فبراير/مارس ١٩٨١، ص ١٣٣ وما بعدها.

لذلك، نجد أن مسابقة التطور القانوني لذلك التطور الطبي قد جاء بسبب التوجه الحديث الداعي لحماية المجني عليه من الجريمة الطبية عن طريق الإقرار بأحقية في التعويض والقصاص من الجاني في ذات الوقت. ورغم ذلك، فهذان التدبيران - التعويض والقصاص - قد لا يكون أي منهما متاحاً في بعض الأحوال، أم أنهما لا سبيل للفصل بين أحكامهما فالمسألة تحتاج إلى نظر وتقييم.

ولا تتوقف المسألة عند هذا الحد، بل تمتد الحاجة إلى إعادة النظر في موقف المشرع باعتبار أن تعدد صور المسؤولية القانونية وما ينشأ عنه من آثار سلبية على العمل الطبي يعد من أحد المعوقات الرئيسية في تطور علم الطب ووسائله التشخيصية والعلاجية، وهي حاجة ضرورية لا غنى عنها في المجتمع. لذلك، يأتي دور المشرع ودور جهات الاتهام جلياً في محاولة رسم سياسة موحدة ومتوازنة بين الحاجة للردع الجنائي والغاية السامية في تطوير علم الطب.

كما تبرز أهمية هذه الدراسة حيث إنها تعتبر الأولى من نوعها في مواجهة هذا التساؤل - وحدة أو ازدواج الخطأ الطبي المدني والجزائي - على مستوى التشريع الكويتي. يضاف إلى ذلك، أن تباين الحقل القانوني - حقل القانون المدني والقانون الجزائي - يثير إشكالية أخرى تتعلق بتقسيم أساس قيام كل مسؤولية على حدة، وما إذا كان بالإمكان اقتصار أحدهما على درجة معينة من الخطأ - الخطأ الجسيم - من عدمه.

ومما لا ريب فيه أن تبعات الإجابة على تلك التساؤلات المبينة أعلاه تمتد لتشمل الإجابة على تساؤلات تتعلق بأحكام فرعية - التقادم والاختصاص القضائي وحجية الأحكام القضائية، وحدود تلك الحجة وأساس قيام المسؤولية وعلى من تقع تبعاتها - مترتبة على التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجزائي. وقد أغفل المشرع بيان تلك التساؤلات - أصلية كانت أو فرعية - الأمر الذي ألقى بهذا العبء على كل من الجانب القضائي والجانب الفقهي.

ورغبة في تحديد محاور التعرض إلى ذلك، فإننا سنتناول هذا الموضوع بالدراسة من خلال بيان الأساس القانوني لكل من مسؤولية الطبيب عن أعماله الشخصية سواء التشخيصية أو العلاجية من الوجهة المدنية والوجهة الجزائية وأوجه الاتفاق والخلاف بينهما، ثم نخرج لبيان أهمية التفرقة بين المسؤولية المدنية والجزائية، وما إذا كان قد توجه المشرع الكويتي نحو التوحيد بين أساس كل مسؤولية أم فضل الفصل بينهما، وذلك ببيان شرائط خطأ الطبيب عن أعماله الشخصية في ظل نصوص التشريعات الكويتية المدنية والجزائية (المبحث الأول)، بينما سنخصص المبحث الثاني من هذه الدراسة لبيان دور جهات الاتهام في عملية ملاحقة الأخطاء الطبية.

## المبحث الأول مسؤولية الطبيب عن أعماله الشخصية من الناحية الجزائية والمدنية

تتنوع أحكام مسؤولية الطبيب عن خطئه الشخصي، وتتعدد صور المسؤولية الناشئة عن ذلك الخطأ، بما يستلزم التعرض لأوجه الاتفاق والاختلاف بين أحكام المسؤولية في نطاق نصوص القانون المدني ونصوص قانون الجزاء (المطلب الأول). كما أن التركيز على مضمون العنصر الأول من عناصر المسؤولية وهو الخطأ يوجب التعرض بشيء من التفصيل لمعيار الخطأ في ظل أحكام القانون المدني وقانون الجزاء؛ وذلك للتعرف على موقف المشرع الكويتي حيال فكرة ازدواج أو وحدة الخطأ الطبي. وقد يعتقد البعض - على خلاف الحقيقة - أن موقف المشرع الكويتي مرده إلى النصوص العامة المنظمة لأحكام المسؤولية المدنية والجزائية، لذلك، يتعين بيان أساس الوحدة إن وجدت أو الازدواج بين مفهوم الخطأ الطبي على مستوى المسؤولية المدنية والجزائية.

### المطلب الأول مسؤولية الطبيب من الناحية الجزائية والمدنية: توافق أم اختلاف؟

يتسم التنظيم القانوني للسلوك البشري الضار بتنوع الآثار المترتبة عليه وأسس المسؤولية عن ذلك السلوك. لذلك، قد يشكل السلوك أساساً للمسؤولية السياسية أو القانونية، وفي نطاق هذه المسؤولية القانونية، لا تتوقف المسؤولية القانونية على درجة واحدة بل تتنوع من حيث الأثر بدءاً من المسؤولية الجزائية مروراً بالمسؤولية المدنية وانتهاءً بالمسؤولية التأديبية أو الإدارية.

ولا تحول النصوص القانونية دون اجتماع المسؤولية القانونية بصورها المتنوعة (جزائية ومدنية وتأديبية) متى قامت شرائط تلك الصور في ذات السلوك الإنساني، وتعد مسؤولية الطبيب عن سلوكه الشخصي سواء التشخيصي أو العلاجي مثلاً بارزاً على ذلك الاجتماع، وما يعيننا في هذا الجانب من البحث تلك المسؤولية التي جاء بها المشرع الكويتي على صعيد النصوص الواردة في القانون المدني وقانون الجزاء، وتعد مسؤولية الطبيب من الناحية المدنية أوسع نطاقاً عنها في الناحية الجزائية، باعتبار أن الأولى تجد أساسها في المسؤولية عن الأعمال الشخصية

والمسؤولية عن عمل الغير (مسؤولية المتبوع والمسؤولية عن الضرر الناجم عن الأشياء) بينما تقتصر مسؤولية الطبيب من الناحية الجزائية عن تلك الأخطاء الشخصية.

وقد توافق موقف المشرع على صعيد القانون المدني وقانون الجزاء بشأن عناصر مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الشخصية، حيث يتعين لقيام المسؤولية في كلا التشريعين حضور ثلاثة عناصر: خطأ وضرر وعلاقة سببية فيما بينهما. فمن ناحية القانون المدني، يرى المشرع لقيام المسؤولية المدنية، وفقاً للقواعد العامة، توافر ثلاثة أركان: الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية، وهذا ما يبدو جلياً في الفقرة (١) من نص المادة ٢٢٧ من القانون المدني الكويتي التي تنص على أنه: "كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه..."، والنص السالف يمثل الأصل العام لقواعد المسؤولية عن الأعمال الشخصية، لذلك فهو قابل للتطبيق على المهنيين، وهو من يحكم - بالتالي - مسؤولية الأطباء عن أعمالهم الشخصية كلما توافرت أركان المسؤولية<sup>(٢)</sup>.

وقد جاء المشرع الجزائي الكويتي بنصوص قانونية متفرقة وردت في قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠)<sup>(٣)</sup> والمرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة (١٩٨١) في شأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهنة المعاونة لهما، وذلك لرسم الإطار العام للمسؤولية الطبية غير العمدية. وعلى غرار مسؤولية الطبيب

(٢) وفي ذلك تختلف أحكام المسؤولية عن الأعمال الشخصية مع المسؤولية عن فعل الغير، ومع المسؤولية عن الضرر الناجم بفعل الأشياء، فالأخيرتان استثنائيتان لا تقومان إلا في الأحوال التي يقرها القانون. انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، سلسلة تصدرها جمعية المحامين الكويتية، طبعة ٢٠١٠، ص ٢١٥.

(٣) أخضع المشرع الكويتي المسؤولية الجزائية القائمة على الخطأ الطبي للنصوص العامة الواردة في قانون الجزاء التي تعالج جرائم الخطأ سواء تمثلت النتيجة المترتبة على الخطأ الطبي في الوفاة (نص المادة ١٥٤) أو الإصابة الجسدية (نص المادة ١٦٤).

وقد أورد المشرع الكويتي نصاً خاصاً يتعامل مع الأعمال الطبية بغض النظر عن صفة القائم بها تماشياً - على ما يبدو - مع التنظيم القانوني الذي كان سائداً وقت إصدار قانون الجزاء، حيث لا تنظيم قانوني مفصل لمهنة الطب بالإضافة إلى انتشار ما يسمى بالطب الشعبي. قررت المادة (١٦٨) "كل شخص تعهد، في غير الحالات الاضطرارية، بإجراء عملية جراحية لشخص آخر أو بعلاجه أو بالقيام بعمل مشروع ينطوي على خطر يهدد الحياة أو الصحة، ولم يكن عنده القدر الواجب من الخبرة الفنية، أو لم يبذل العناية الواجبة في القيام بعمله، وترتب على ذلك وفاة المجني عليه أو إصابته بأذى، يعاقب وفقاً للأحكام المبينة في المادتين (١٥٤) و(١٦٤)".



المدنية، لم يخص المشرع الكويتي مسؤولية الطبيب بأحكام وقواعد حصرية بل أخضعها للقواعد العامة للمسؤولية الجزائية المؤسسة على الخطأ غير العمدى.

وفي ظل نصوص قانون الجزاء الكويتي، يتضح أن عناصر مسؤولية الطبيب الجزائية غير العمدية لا تخرج عن العناصر العامة المقررة للمسؤولية الجزائية المؤسسة على الخطأ غير العمدى، وهي السلوك والنتيجة والعلاقة السببية فيما بينهما، ولا تعتبر النتيجة من العناصر التي تثير كثيراً من الإشكال من حيث الواقع العملي باعتبار أنها لا تخرج عن كونها إما إزهاق روح أو إصابة جسدية، سواء تمثلت في الأذى المحسوس أو الأذى البليغ أو العاهة المستديمة، ورغم ذلك، تبقى لنا كلمة بشأن الإصابة الجسدية من حيث التنظيم التشريعي باعتبار أن الإصابة الجسدية لا تمثل أهمية تذكر للمشرع من حيث العقاب، حيث إن الإصابة متى كانت قد ترتبت على خطأ فالعقاب متساو، سواء أكان الأذى محسوساً أم بليغاً أم عاهة مستديمة، وقد يكون عزاً لنا الوحيد لحين إجراء التعديل التشريعي اللازم في هذا الشأن هو مبدأ التفريد القضائي للعقوبة<sup>(٤)</sup>.

وخلافاً للوضع القائم بشأن قواعد الضرر المتعارف عليها في قانون الجزاء، نجد أن عنصر الضرر في ظل نصوص القانون المدني يمتد ليشمل صوراً من الضرر لا يعرفها قانون الجزاء الكويتي، ومنها ما يسمى بالضرر المعنوي والضرر عن الكسب المادي الفاتئ. وفي ذلك تقرر المادة (٢٣٠) من القانون المدني "يتحدد الضرر الذي يلتزم المسؤول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات...." بينما تؤكد المادة (٢٣١) على أن التعويض يشمل الضرر ولو كان أدبياً، ويدخل في تقدير الضرر الأدبي "ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي، كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى وما يفتقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه." بينما نجد أن المشرع الكويتي من خلال فرض المسؤولية الجزائية غير العمدية لم يقصد مواجهة جميع صور الأضرار المترتبة على الخطأ غير العمدى،

(٤) يمثل مبدأ التفريد القضائي للعقوبة أحد أهم ملامح الاعتراف التشريعي بأهمية العمل القضائي، حيث يضع المشرع حدين للعقوبة (أدنى وأعلى) ويمنح القاضي سلطة تقديرية فيما بين هذين الحدين. انظر في ذلك: د. كامل السعيد - شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة ٢٠٠٢ - ص ٦٩١.

بل قصر تلك المسؤولية - ومنها مسؤولية الطبيب - على الأضرار المادية المتعلقة بالنفس دون المال باستثناء جريمة الحريق بإهمال. بعبارة أخرى، يمكن القول بأن المسؤولية الجزائية غير العمدية قاصرة على الجرائم المادية دون الشكلية.

ولا خلاف بين أحكام المسؤولية المدنية للطبيب والمسؤولية الجزائية في كون أن العلاقة السببية بين السلوك (الخطأ الطبي) والنتيجة مسألة موضوعية، تخضع لتقدير محكمة الموضوع<sup>(٥)</sup>، ولها في ذلك أن تستعين بالخبرة الفنية اللازمة لتقرير تلك المسألة<sup>(٦)</sup>. وفي تحديد علاقة السببية، تبني المشرع الجزائي الكويتي مذهب السببية المباشرة حيث قرر أنه: "يعتبر الإنسان قد تسبب في قتل إنسان آخر، ولو كان فعله ليس هو السبب المباشر أو الوحيد في الموت..."<sup>(٧)</sup> ويؤخذ على المشرع الكويتي ما قرره بشأن انقطاع علاقة السببية بمرور فترة زمنية تتجاوز السنة الواحدة بين السلوك (الخطأ الطبي) والنتيجة (الوفاة) وهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس<sup>(٨)</sup>. وتبرز خطورة انقطاع علاقة السببية في انتفاء المسؤولية الجزائية المبنية على الخطأ غير العمدية، على خلاف المسؤولية الجزائية العمدية التي تتوقف فيها المسألة عند حد الشروع.

بينما تبني المشرع في نص المادة (٢٢٣) من القانون المدني أسباباً متعددة من شأنها قطع علاقة السببية بين عنصري الخطأ والضرر، وهي القوة القاهرة والحدث الفجائي وفعل المضرور وفعل الغير، وأضاف غيرها من الأسباب التي جعلت من السلوك مباحاً ويخرج عن دائرة المساءلة القانونية كحالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة، وهذه الأسباب تجد صعوبة في التطبيق على نطاق مسؤولية الطبيب في تقديم الرعاية الصحية.

ترتكز المسؤولية الطبية غير العمدية بشكل رئيسي على الرسالة السامية لمهنة الطب والتي تسعى إلى المحافظة على صحة الإنسان وحمايتها. وتحقيقاً لذلك، يقوم الالتزام الطبي الجوهري بضرورة علاج المريض كلما أمكن. من خلال هذا الالتزام،

(٥) راجع: الطعن رقم ١٧٣/٢٠٠٣ (جزائي) جلسة ١٥/٦/٢٠٠٤. الطعن رقم ٨٧/٤٠ (مدني) جلسة ١٩٨٧/١٢/٧ (غير منشور).

(٦) الطعن رقم ١٢٠/٢٠٠٤ (جزائي) جلسة ٢٢/١١/٢٠٠٥ (غير منشور).

(٧) انظر: المادة (١٥٧) من قانون الجزاء الكويتي. لمزيد من التفصيل، انظر: د. مبارك النوبيت - شرح المبادئ العامة في قانون الجزاء الكويتي - الطبعة الثانية - ٢٠١١ - لا يوجد دار نشر - ص ١٤٠ وما بعدها.

(٨) راجع: المادة (١٥٦) من قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠).

يسعى المشرع إلى عمل تلك الموازنة التي تتطلبها ممارسة العمل الطبي وتحقيق الغاية منه، وحتى تتحقق الغاية من ممارسة العمل الطبي يتعين أن يمارس ذلك العمل دون خوف بشرط ألا يكون ذلك العمل قد تمت ممارسته بشكل فيه انتهاك لأبسط مبادئ ذلك العمل ومتطلباته، بما فيه من تفويت للغاية المبتغاه منه، وبناء على تلك الموازنة، فرضت الضرورة إباحة العمل الطبي متى كان قد تمت ممارسته بقصد شفاء المريض، وضمن الأصول العلمية والفنية المتعارف عليها فيما يتعلق بذلك العمل.

وتتميز المسؤولية الطبية غير العمدية بأنها ترتكن في البداية إلى سلوك مباح من الناحية القانونية ونتيجة مقبولة، بشرط أن يكون ذلك السلوك قد التزم حدود الأصول الفنية والعلمية للعمل الطبي، وسرعان ما تنقلب الإباحة القانونية إلى مسؤولية بثبوت تشكل النتيجة المؤثرة قانوناً بسبب عمل طبي قد خالف الأصول الفنية والعلمية المتعارف عليها بين المنتمين لذلك التخصص الذي يتبعه العمل الطبي.

ويجد العمل الطبي أساس إباحته من الوجهة الجزائية في نص المادة (٣٠) من قانون الجزاء الكويتي والتي تقرر "لا جريمة إذا وقع الفعل من شخص مرخص له في مباشرة الأعمال الطبية أو الجراحية، وكان قصده متجهاً إلى شفاء المريض، ورضي المريض مقدماً صراحة أو ضمناً بإجراء هذا الفعل، وثبت أن الفاعل التزم من الحذر والاحتياط ما تقضي به أصول الصناعة الطبية..."

ومما لا ريب فيه أن الإباحة القانونية المقررة في النص سالف الذكر تعد استثناء على القواعد العامة التي جاءت بها نصوص قانون الجزاء بشأن رضاء المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة، حيث إنه من المستقر عليه قانوناً أن رضا المجني عليه لا يعد سبباً من أسباب الإباحة إذا كان الفعل من شأنه إحداث الوفاة أو الأذى البليغ، كما لا يعتد بذلك الرضا في الأحوال التي يعتبر الفعل جريمة بغض النظر عن الضرر الذي يحتمل أن يحدثه للمجني عليه<sup>(٩)</sup>. ولما كانت المسؤولية الطبية غير العمدية تجد أساس تأنيدها الجزائي في نصوص جرائم القتل الخطأ أو الإصابة الخطأ، ولما كانت هذه الجرائم لا يعتد بوقوعها في عنصر رضا المجني عليه، الأمر الذي يجعل الإباحة

(٩) تنص المادة (٣٩) من القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) بإصدار قانون الجزاء الكويتي على "...ومع ذلك لا يعتد برضاء المجني عليه، ويعد الفعل جريمة، إذا كان من شأنه أن يحدث الموت أو يحدث أذى بليغاً، أو كان يعد جريمة بغض النظر عن الضرر الذي يحتمل أن يحدثه للمجني عليه، أو نص القانون على ألا يعتد بهذا الرضا." لمزيد من التفصيل، انظر: د. محمد صبحي محمد نجم - رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجزائية - دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى ٢٠٠٠.



الطبية المستندة - كأصل عام - إلى رضا المجني عليه صورة من صور الاستثناءات المقررة على قواعد رضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة.

وبحسب ما جاء في نص المادة (٣٠)، فإن هذه الإباحة قاصرة من حيث الاستفادة ليس على الأطباء فحسب، بل يتعين أن يكون هذا الطبيب مرخصاً له بممارسة العمل الطبي محل التأثيم وسبب النتيجة الإجرامية، وفي ذلك قررت المادة (٣) المرسوم بقانون بشأن مزاولة مهنة الطب البشري "لا يسمح بمزاولة مهنة الطب إلا للحائزين على المؤهلات العلمية الصادرة من إحدى كليات الطب، ويصدر قرار من وزير الصحة العامة بتحديد هذه الكليات والمؤهلات العلمية المطلوبة ومدة الخبرة اللازمة في كل فرع من هذه الفروع وشروط اللياقة الصحية والسن، وغير ذلك من الشروط التي تخول مزاولة المهنة..."<sup>(١٠)</sup>

وفي حالة ممارسة العمل الطبي دون ترخيص من جهة الإدارة، لا تتوقف المساءلة الجزائية على النتائج الضارة لذلك العمل الطبي الذي تمت ممارسته فحسب، بل تمتد هذه المسؤولية لنوع آخر وهو المسؤولية العمدية عن جريمة مزاولة مهنة الطب دون ترخيص من الجهة المختصة. وفي ذلك تقرر المادة (١٦) من قانون مزاولة الطب البشري حظر مزاولة مهنة الطب إلا بعد الحصول على ترخيص في ذلك من وزارة الصحة العامة<sup>(١١)</sup>. كما تقرر المادة (٣٨) من ذات القانون "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين... (١) كل من زاول المهنة...بدون ترخيص..."

(١٠) ينص قرار وزير الصحة رقم (٢٩٠) لسنة (١٩٨٣) بشأن تحديد كليات الطب والمؤهلات العلمية ومدد الخبرة المطلوبة للترخيص بمزاولة مهنة الطب في الكويت في المادة الأولى منه على: "الكليات التي يجوز قبول المؤهلات الصادرة منها للترخيص بمزاولة مهنة الطب في الكويت هي كليات الطب التي يكون الحصول على شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها شرطاً للالتحاق بها، وتكون مدة الدراسة بها على الأقل خمس سنوات للطب البشري بالإضافة إلى سنة التدريب (الامتياز) وخمس سنوات لطب الأسنان، ويجب أن تكون هذه الكليات والشهادات الصادرة عنها معترفاً بها في بلدها، وتخول لحاملها مزاولة مهنة الطب فيها بصورة كاملة، وفي جميع الأحوال يجب أن تكون الكليات المذكورة والشهادات الصادرة عنها معترفاً بها من قبل الجهات المختصة بدولة الكويت، كما يجب موافقة وزارة الصحة العامة بالكويت على مزاولة مهنة الطب لخريجي هذه الكليات".

(١١) تنص المادة (١٧) من المرسوم بقانون بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان على: "تنشأ لجنة تسمى لجنة التراخيص الطبية تختص بالنظر في طلبات الترخيص بممارسة المهن المنصوص عليها في هذا القانون، ولهذه اللجنة أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقق من كفاية الطالب الفنية والمسلكية والخلقية عند طلب الترخيص أو تجديده".



ولا ترتبط الإباحة بصفة الشخص القائم بالفعل فقط بل تتطلب للاستفادة من أحكامها أن يكون الفعل محل التأثيم الجزائي قد ارتكب بمناسبة القيام بعمل طبي، سواء جاء هذا العمل بمرحلة التشخيص أو مرحلة العلاج، ومن أعمال مرحلة التشخيص ما تعلق بفحص أو أخذ مواد من جسم الإنسان أو إجراء فحوصات مخبرية أو استخدام الأشعة أو المواد المشعة أو المواد الفيزيائية كالموجات الصوتية أو الضوئية، بينما يدخل في أعمال العلاج وصف أو إعطاء علاج مهما كان نوعه تركيباً أو مستحضراً أو مباشرة أي عمل طبي أو جراحي أو نفساني، أو استخدام المواد المشعة أو الفيزيائية بقصد العلاج.

ويتعين التأكيد على أن الإباحة القانونية للعمل الطبي بطبيعة الحال تمتد لتشمل المسؤولية الطبية العمدية وغير العمدية بالنسبة لذلك العمل وما تقتضيه ضرورة القيام به، وبعبارة أخرى، عند ممارسة العمل الطبي قد ترتكب أفعال يمكن إنزال الأوصاف الإجرامية المتنوعة عليها كجريمة هتك العرض وجريمة إلحاق الأذى بصورها المختلفة - عند التدخل الجراحي مثلاً - وتمتد هذه الإباحة لتشمل ما يترتب على هذه الأعمال الطبية من نتائج مؤثمة من الناحية الجزائية كالعاهة المستديمة أو الوفاة، بشرط ثبوت سلامة العمل الطبي من مخالفة الأصول العلمية والفنية المتعارف عليها بشأن ذلك العمل.

يضاف إلى ذلك، أنه للقول بتوافر الإباحة القانونية للعمل الطبي يتعين أن يكون هناك موافقة مسبقة صريحة أو ضمنية صادرة من قبل المريض مفادها رغبة من صدرت عنه بالخضوع للعمل الطبي، وإن كانت إرادة المريض غير معتبرة من الوجهة الجزائية لصغر سن أو مرض عقلي، صدرت هذه الموافقة من ولي النفس<sup>(١٢)</sup>. وفي ذلك، تقرر المادة (٢/٣٠) من قانون الجزاء "ويكفي الرضا الصادر مقدماً من ولي النفس إذا كانت إرادة المريض غير معتبرة قانوناً"<sup>(١٣)</sup>. ويضيف المشرع أنه لا حاجة لهذا الرضاء "إذا كان العمل الطبي أو الجراحي ضرورياً لإجرائه في الحال، أو كان المريض في ظروف تجعله لا يستطيع التعبير عن إرادته وكان من المتعذر الحصول فوراً على رضاء ولي النفس".

(١٢) تنص المادة (١/٢٠٩) من القانون رقم (٥١) لسنة (١٩٨٤) على أن: "الولاية على النفس للأب، ثم للجد العاصب، ثم للعاصب بنفسه حسب ترتيب الإرث، بشرط أن يكون محرماً".

(١٣) وفي تحديد سن الرشد الجزائي المتطلب للاعتداد برضاء المجني عليه، تنص المادة (١/٣٩) من قانون الجزاء الكويتي على أنه: "لا يعد الفعل جريمة إذا رضي المجني عليه ارتكابه، وكان وقت ارتكاب الفعل بالغاً من العمر ثمانين سنة...".

ويختلف سن الأهلية الجنائية عن سن الأهلية المدنية وترتيب أحكام كل من المسؤولية الجنائية والمدنية، حيث لإباحة مساس العمل الطبي بجسم المجني عليه من الناحية الجنائية يتعين أن تكون موافقة المريض المسبقة صادرة من شخص يبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً وقت مباشرة العمل الطبي، بينما في نطاق العلاقة العقدية نجد أن سن الأهلية القانونية لبناء مثل هذه العلاقة بما يتوافق مع صحيح القانون هو ببلوغ الشخص المتعاقد (المريض) سن الواحدة والعشرين من عمره<sup>(١٤)</sup>.

وعلى خلاف القواعد العامة التي تقضي بعدم الاعتداد بالبائع في تقرير مسألة توافر القصد الجنائي من عدمه،<sup>(١٥)</sup> تجد الإباحة القانونية للعمل الطبي - أحياناً - أساسها في علاج المريض<sup>(١٦)</sup>. لذلك، يتعين أن يكون قصد الطبيب من إتيان العمل الطبي علاج المريض وتحقيق الشفاء. وبناء على ذلك، لو كان الثابت أن علاج المريض وفقاً للقواعد والأصول الطبية المتعارف عليها من هذا العمل الطبي مسألة مستحيلة، وكانت الغاية من العمل الطبي هو مجرد الحصول على التكاليف المالية له، فإن القائم بالعمل الطبي لا يستفيد من هذه الإباحة، وتسري ذات القواعد في حالة توافر باعث الانتقام مع ثبوت المسؤولية الطبية بصورتها العمدية بحسب قصد الجاني (الطبيب)، وما آل إليه العمل الطبي من نتائج ضارة.

ولا ريب أن الباعث له أهمية من الناحية المدنية، باعتبار أنه من مسببات أو محفزات قيام عيب من عيوب الرضا وهو التدليس، بما يكون من شأنه مبرراً لإبطال عقد الرعاية الصحية بين الطبيب والمريض. وبناء على ذلك، لو نجح الطبيب أو من

(١٤) تنص المادة (٩٦) من القانون المدني الكويتي على أن: (١) كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية... (٢) وسن الرشد واحدة وعشرون سنة ميلادية كاملة.

(١٥) تنص المادة (٢/٤١) من قانون الجزاء الكويتي على أنه: "...ولا عبرة بالبائع الدافع إلى ارتكاب الفعل في توافر القصد الجنائي، إلا إذا قضى القانون بخلاف ذلك".

(١٦) اتجه الفقه لتبرير الأعمال الطبية إلى أسس مختلفة ومتنوعة. فهناك من يرى أن أساس إباحة العمل الطبي هو العادة، بينما يذهب رأي آخر إلى الضرورة كمبرر لإباحة العمل الطبي، ويخلص رأي ثالث إلى أن هذه الإباحة تجد أساسها في رضا المجني عليه، بينما يتجه جانب آخر من الفقه إلى انتفاء القصد الجنائي للقول بعدم مسؤولية الطبيب، وينتهي رأي أخير إلى أن الإباحة تجد أساسها في إجازة القانون. لمزيد من التفصيل، راجع: د. عقل يوسف مقابلة - المسؤولية الجزائية للطبيب - منشور في مؤتمر "مسؤولية المهنيين" المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الشارقة في الفترة ٣ - ٥ أبريل ٢٠٠٤ - منشورات مركز البحوث والدراسات بجامعة الشارقة - ص ١٧٠ وما بعدها.

يمثله بإقناع المريض بجدوى التدخل العلاجي أو الجراحي - مثلاً، قاصداً بذلك الحصول على التكاليف المالية لذلك العلاج - على خلاف ما هو ثابت من الناحية العلمية أنه لا سبيل لتحقيق العلاج بتلك الوسيلة، فإن المريض تثبت له مكنة المطالبة بإبطال العقد<sup>(١٧)</sup>.

وتبقى مسألة أخيرة بشأن الإباحة المقررة بموجب قانون الجزاء الكويتي وهي ضرورة أن يبقى العمل الطبي لكي يتمتع بالحصانة التشريعية من أحكام المسؤولية الجزائية والمدنية ضمن الحدود المتعارف عليها في أصول العمل الطبي. وبناء على ذلك وبتطبيق مفهوم المخالفة، فإن الإخلال بأصول العمل الطبي الضار يترتب عليه قيام المسؤولية الطبية الجزائية والمدنية بشرط توافر العناصر الأخرى للمسؤولية. وما يعنينا الإشارة إليه في هذا الموضوع من الدراسة هو التأكيد على أن المخالفة لتلك الأصول ينبغي أن تكون غير عمدية، بما مفاده أنها قد تمت عن جهل لتلك الأصول، أما لو كانت تلك المخالفة قد تمت عن عمد - بسبب كون الطبيب لا يؤمن بها مثلاً ويعتقد أنها أصول تقليدية - فإن المسؤولية الطبية الجزائية تتبلور في هذه الحالة بصورتها العمدية لتوافر القصد الجنائي لدى الطبيب، ولما كانت مخالفة أصول العمل الطبي هي الخطأ من حيث الجوهر والمضمون لذلك سنخصص المبحث التالي لدراسة تلك المخالفة من الوجهة المدنية والجزائية، وما إذا كانت واحدة في نطاق المسؤوليتين من عدمه.

## المطلب الثاني

### موقف المشرع الكويتي من الخطأ الطبي المدني والجزائي: وحدة أو ازدواج؟

إن تعدد صور المسؤولية القانونية عن ذات السلوك البشري، واختلاف طبيعة كل صورة عن غيرها<sup>(١٨)</sup>، والرغبة التشريعية في توحيد نتائج كل الصور وعدم

(١٧) تقرر المادة (١٥١) من القانون المدني أنه: "يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغديره ودفعه للتعاقد، وإذا ثبت أنه ما كان يرتضي العقد، على نحو ما ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل...".

(١٨) وهذه الاختلافات يمكن إيجازها فيما يلي: ١- لما كانت المسؤولية الجنائية تنشأ عن ضرر أصاب المجتمع ككل، لذلك فإن الهدف منها ينبغي أن يكون هو حماية المجتمع بأسره، وهذا لن يتحقق إلا بجزاء ينطوي على معنى الزجر والإيلاء يطبق على الجاني الذي أضر بالمجتمع. في حين أنه في إطار المسؤولية المدنية يكفي أن يتم تعويض المضرور عما أصابه، ذلك أن الفعل غير المشروع وفقاً للمسؤولية المدنية أضر فقط بأحد الأفراد في المجتمع وليس المجتمع ككل، فغاية المسؤولية المدنية جبر الضرر. ٢- من يتولى المطالبة



تناقض الأحكام القضائية رتب عدة أحكام إجرائية<sup>(١٩)</sup> في مجال المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية بصفة عامة وفي المجال الطبي بصفة خاصة، باعتبار أن فكرة

= بتوقيع الجزاء في المسؤولية الجزائية هو ممثل عن المجتمع (الإدارة العامة للتحقيقات)، لأن الضرر لحق بالمجتمع، وذلك على خلاف المطالبة بالجزاء في حال قيام المسؤولية المدنية، التي يتولاها الفرد بنفسه؛ لأن الضرر يخصه هو فقط وليس المجتمع. ٣- لما كانت المسؤولية الجنائية حقاً عاماً للمجتمع، فلا يجوز فيها - بحسب الأصل - الصلح ولا التنازل، بينما يمكن ذلك في المسؤولية المدنية لأن الحق فيها خاص للفرد لا للمجتمع. ٤- يجب حصر وتحديد الأفعال غير المشروعة التي تُنشئ المسؤولية الجنائية إعمالاً لمبدأ الشرعية، وذلك على خلاف الأفعال غير المشروعة التي تقوم بها المسؤولية المدنية، فهذه لا يلزم حصرها، لأنها قد تؤدي إلى ضرر دون أن تشكل جريمة. وقد يحدث أن تقوم المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية، ويحدث ذلك عندما لا يترتب على الفعل إضرار بالغير. كما قد تنشأ المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية. إلا أنه غالباً ما تجتمع المسؤوليتان الجنائية والمدنية في فعل واحد، بحيث يقترب الفرد أحد الأفعال المؤثمة وفقاً للقانون الجزائي، وفي ذات الوقت يتسبب بارتكابه لهذه الجريمة في الإضرار بالغير، وغالباً ما يحدث ذلك في الجرائم التي تصيب النفس أو الجسم أو المال، كالقتل والضرب والسرقه وغيرها، الأمر الذي يعرض مرتكب الجريمة لعقوبة جنائية قد تصيبه في جسده أو ماله، وأيضاً لجزاء مدني يتمثل في أداء التعويض عن الضرر الذي أصاب المجني عليه.

(١٩) وأهم ما يترتب من أحكام إجرائية على اجتماع المسؤوليتين هو ما يأتي: ١- على الرغم من انفصال الدعويين نتيجة لاختلاف المسؤوليتين إلا أن المحكمة المدنية تلتزم بالحكم الجنائي، وهذا ما يترتب عليه وجوب وقف النظر في الدعوى المدنية التي تكون قد رفعت بطلب التعويض، أو حتى التي ترفع بعد قيام الدعوى الجزائية، فلا يتم السير في الدعوى المدنية قبل الفصل في الدعوى الجزائية. وهذا ما يُقال عنه بأن "الجنائي يوقف المدني". ٢- تبعية المسؤولية المدنية للمسؤولية الجنائية حال قيامهما عن فعل واحد، ومن نتائج هذه التبعية أنه يجيز للمضروب من الجريمة رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجزائية التي تنظر الواقعة. ٣- تنص المادة (٢٥٣) من القانون المدني على أن: "١ - تسقط دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع بمضي ثلاث سنوات من يوم علم المضروب بالضرر وبمن يسأل عنه، أو خمس عشرة سنة من وقوع العمل غير المشروع، أي المدتين تنقضي أولاً. ٢ - على أنه إذا كانت دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع ناشئة عن جريمة فإنها لا تسقط ما بقيت الدعوى الجنائية قائمة، ولو كانت المواعيد المنصوص عليها في الفقرة الأولى قد انقضت". انظر: محكمة التمييز، الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٢٠٠٢ تجاري، بجلسة ٢٠٠٣/٣/٢، مجلة القضاء والقانون - السنة الحادية والثلاثون ٢٠٠٦م - الجزء الأول - ص ١٠٠. ٤ - إذا فصلت المحكمة الجزائية في الدعوى الجزائية، فإن القاضي في الدعوى المدنية يتقيد بما ورد في الحكم الجزائي بالنسبة للوقائع التي فصل فيها هذا الحكم، وكان فصله فيها ضرورياً. فإذا قضت المحكمة الجزائية بالإدانة على أساس ثبوت الفعل من الجاني، فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تبحث عما إذا كان هذا الفعل قد وقع منه أو لم يقع، بل تتقيد في ذلك بما انتهت إليه المحكمة الجزائية. فلأحكام الجزائية حجية أمام القضاء المدني". انظر: محكمة التمييز، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٢٠٠٥ مدني، بجلسة ٢٠٠٦/٩/٢٧، مجلة القضاء والقانون (عن الفترة من ٢٠٠٦/٧/١ إلى ٢٠٠٦/١٢/٣١) - السنة الرابعة والثلاثون - الجزء الثالث ص ٢٤٣.



ازدواج أو وحدة الخطأ الطبي المدني والجزائي ما هي في حقيقتها إلا تطبيق للنظرية العامة في المسؤولية القانونية القائمة على الخطأ غير العمدى.

ويتعين القول أن الخطأ الفني - ومنها الخطأ الطبي - يرى جانب من الفقه أنه يتوافر عندما "يباشر رجل الفن كالطبيب أو المهندس عملاً من اختصاص مهنته وهو غير حائز للمعلومات المطلوبة لمباشرة هذا العمل أو غير متبع الأصول والقواعد المستقرة في علمه أو فنه" (٢٠). ومن ثم يستخلص من ذلك، أن الأخطاء الطبية يتعين لتوافرها قيام ثلاثة شروط: (١) أن تقع من طبيب أو من في حكمه. (٢) أن تقع بمناسبة مباشرة عمل طبي. (٣) أن تتضمن إخلالاً بالأصول العلمية والفنية اللازمة لممارسة ذلك العمل الطبي. وبناء على ذلك، انتفاء بعض هذه الشروط أو كلها إن كان من شأنه نفي صفة الخطأ الفني عن ذلك النشاط إلا أنه لا يحول دون إسباغ أي من الصور الأخرى للخطأ المادي غير العمدى، سواء أكانت التفريط أم الإهمال أم مخالفة القوانين إذا ما توافرت شروط تلك الصورة.

وتحقيقاً للمتطلب الأول لقيام الخطأ الفني، لا ينبغي للذهن أن ينصرف إلى وجود حالة من التلازم بين صفة الطبيب وشرط الترخيص لممارسة العمل الطبي. وبناء على ذلك، فإذا كان صحيحاً أن كل ممارس للعمل الطبي يجب أن يكون طبيباً، فإنه ليس بالضرورة أن يكون الطبيب مرخصاً له في ممارسة العمل الطبي في كل الأحوال. والطبيب - بصفته مهنياً<sup>(٢١)</sup> - لا يكتسب هذه الصفة إلا بإقرار رسمي من الجهات المعنية (وزارة الصحة) في الدولة.

ولم يتطرق المرسوم بقانون بشأن مزاوله مهنة الطب البشري إلى تعريف لمصطلح الطبيب على غرار ما جاء في بعض التشريعات المقارنة. على سبيل المثال، تنص المادة الثانية في فقرتها الثانية من قانون تنظيم مهنة الطب العراقي الصادر عام ١٩٢٥ على أن: "الطبيب هو الشخص الحائز على شهادة أو درجة طبية من سلطة معترف بها تؤهله لممارسة الطب بجميع فروع" (٢٢). ويبدو أن الاعتراف بهذه الصفة

(٢٠) انظر: د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - الطبعة السادسة - ١٩٨٩ - ص ٦٥١.

(٢١) المهني هو كل شخص يتصرف لأغراض مهنته وحاجاتها. د. عدنان سرحان - فكرة المهني، المفهوم والانعكاسات القانونية - منشور في مؤتمر "مسؤولية المهنيين" المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الشارقة في الفترة ٣ - ٥ أبريل ٢٠٠٤ - منشورات مركز البحوث والدراسات بجامعة الشارقة - ص ٦٤ وما بعدها.

(٢٢) انظر: د. واثية السعدي - إباحة العمل الطبي والمسؤولية الجزائية للطبيب - منشور في مؤتمر "مسؤولية المهنيين" المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الشارقة في الفترة ٣ - ٥ أبريل ٢٠٠٤ - منشورات مركز البحوث والدراسات بجامعة الشارقة - ص ١٤١.

للشخص يقوم على عاملين، أولهما: حصول ذلك الشخص على الشهادة الفنية وإقرار السلطة المعنية بتلك الشهادة وصحة ما جاء فيها، ويلاحظ من خلال التنظيم القانوني لمزاولة مهنة الطب البشري أن المشرع الكويتي لا يقيم أهمية تذكر بشأن التفرقة بين الطبيب الذي يحمل ترخيصاً بمزاولة المهنة، والطبيب الذي لا يملك هذا الترخيص في مجال المسؤولية الطبية المؤسس على الخطأ، سواء أكان جزائياً أم مدنياً، وإن كان لهذا الترخيص أهمية في إباحة العمل الطبي منذ البداية.

ويدخل في صفة الطبيب من يحوز شهادة علمية في التخصصات المعاونة لمهنة الطب، وتحديدًا لهذه المهن، تنص المادة (١٤) من المرسوم بقانون المنظم لمهنة الطب البشري وطب الأسنان على أن: "تعتبر المهن التالية معاونة لمهنة الطب: (١) مهنة التمريض. (٢) مهنة التوليد. (٣) مهنة فني صناعة الأسنان. (٤) مهنة العلاج الطبيعي. (٥) مهنة فني نظارات طبية. (٦) مهنة مصور أشعة. (٧) مهنة فني مختبر. (٨) مهنة فني أطراف صناعية. (٩) مهنة مسعف. (١٠) مهنة فني قياس السمع. (١١) مهنة فني الصحة العامة".

وللقول بتوافر الخطأ الفني يضاف إلى صفة الطبيب ضرورة ارتكاب هذا الخطأ بمناسبة القيام بعمل طبي، وتحديدًا لمفهوم العمل الطبي، جاءت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٨١ بشأن مزاولة مهنة الطب واضحة في هذا الخصوص، حيث قررت "يعتبر ممارساً لمهنة الطب البشري ويتحمل مسؤولية ممارسته، كل من باشر بنفسه أو بواسطة غيره أو بأية وسيلة أخرى في شخص إنسان أحد الأمور التالية: (١) الفحص أو التشخيص أو تقدير سير المرض. (٢) وصف أو إعطاء علاج شاف أو واف مهما كان نوعه تركيباً أو مستحضراً. (٣) مباشرة أي عمل طبي أو جراحي أو نفساني على الإنسان. (٤) أخذ مواد من جسم الإنسان لأجل الفحص الطبي. (٥) طلب إجراء فحوص مخبرية وتقييم نتائجها بقصد التشخيص أو العلاج. (٦) استخدام الأشعة والمواد المشعة بأنواعها بقصد التشخيص أو العلاج. (٧) استخدام المواد الفيزيائية كالموجات الصوتية والضوئية وغيرها من المواد بقصد التشخيص أو العلاج. (٨) إعطاء شهادة أو تقرير طبي يتعلق بصحة الإنسان أو بتعطله عن العمل. (٩) إجراء الفحوصات الطبية الشرعية أو إجراء الصفة التشريحية لجثث الموتى أو إعطاء تقارير طبية بهذا الشأن."

وأخيراً، حتى يتوافر الخطأ الطبي الفني ينبغي أن يكون هناك إخلال بالأصول العلمية والفنية لذلك العمل الطبي أساس المسؤولية الجزائية والمدنية، ولما كان هذا الإخلال هو الخطأ في جوهره وفي سبيل فهم العلاقة بين الخطأ الجزائي والخطأ

المدني، يتعين القول أن المشرع الكويتي لم يقيم بتعريف الخطأ في نصوص القانون المدني ونصوص قانون الجزاء، تاركاً هذه المهمة للفقه والقضاء في ظل التطورات الحديثة، مما دعا البعض للقول بوحدة الخطأين، إلا أن جانباً من الفقه اعترض على هذا الاتجاه مقررّاً استقلال الخطأين، فكل خطأ يختلف نطاقه باختلاف نوع المسؤولية المدنية أو الجزائية، وقد اتجه الجانب الأول من الفقه إلى التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجزائي، حيث استند أنصار نظرية اختلاف مدلول الخطأين إلى التفرقة بين درجات الخطأ، فالخطأ لديهم ينقسم إلى خطأ جسيم وخطأ يسير<sup>(٢٣)</sup>. وحتى يمكن أن يوصف الخطأ المقترف بأنه خطأ جزائي يجب أن يكون هذا الخطأ جسيماً، وفي المقابل يكفي أن يكون الخطأ يسيراً ليرتب عليه المسؤولية المدنية.

(٢٣) ويرى جانب من الفقه أن هناك أنواعاً أخرى من الخطأ كالخطأ غير المغتفر والخطأ اليسير جداً. فالخطأ غير المغتفر يعتبر أشد الأخطاء غير العمدية، فهو خطأ يقل عن الخطأ العمدي ويعلو الخطأ الجسيم، أو كما يسميه البعض سوء السلوك الفاحش الذي قد يصل لدرجة الغش لولا أنه غير متعمد، أما الخطأ اليسير جداً فهو الذي يقوم على قدر يسير جداً من الإهمال والتقصير وعدم الحرص وينتج عنه ضرر، ومعياره الرجل الحريص من أوسط الناس. وقد ذهب جانب من الفقه في بداية الأمر إلى أن هذا النوع من الخطأ لا يترتب عليه مسؤولية الطبيب، وقد رأينا أن القضاء الفرنسي والمصري قد تخليا عن هذا الاتجاه، حيث قررا مسؤولية الطبيب عن أي خطأ مهما كان يسيراً. وقد تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات من قبل الشراح لأنها تأتي بفروض نظرية لا واقعية وعملية، ذلك أن القاضي عند بحث المسؤولية لن ينظر لدرجة الخطأ وما إذا كان هذا الخطأ يسيراً أم يسيراً جداً، لأن جل اهتمام القاضي سوف ينصب على تقدير التعويض الجابر للضرر. ونظرا لحدائث القضاء الكويتي فلم يتسن له تبني التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير في المسؤولية الطبية. انظر فيما سبق: محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، سوء السلوك الفاحش، دراسة في القوانين: الفرنسي والمصري والكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٥، ص ٧٥- ٩٤ وما بعدها. - محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، رقم ٣٠ ص ٥٣ - رقم ٣١ ص ٥٥. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، انظر: هامش رقم ٢، ص ٦٥٩.

((La faute lourde ne peut être confondue avec la faute dolosive car, malgré la gravite de la faute commise, son auteure ne l'a pas exprès; a la déférence de l'auteur du dol, il n'était donc pas de mauvaise foi)). Voir sur cet question: Les grands arrêts de la jurisprudence civil, 166-167, n° 10-11, p. 201; Roblot, de la faute lourde en droit privé, RTD civil 1943 1; Jambu-Merlin, Dol et faute lourde, dalloz 1955, p. 89.



يعرف الخطأ الجسيم بأنه ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس عناية أو تبصراً<sup>(٢٤)</sup>. وقد عرفه البعض بأنه: "ما يتأتى في عدم بذل العناية والحيطه في شؤون الغير، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم نكاه أن يغفله في شؤون نفسه."<sup>(٢٥)</sup> ومن مفهوم الخطأ الجسيم يمكن أن يستشف مفهوم الخطأ اليسير، فيمكن تعريفه بطريق الاستبعاد بأنه كل خطأ ليس جسيماً، وذلك عندما لا يبلغ الإهمال أو التقصير حداً من الجسامة أو الغش<sup>(٢٦)</sup>. فهو انحراف الشخص المعتاد عن سلوكه المألوف، أو هو الذي لا يتوخى الحيطه والحذر في تنفيذ التزامه وفقاً لمعيار الشخص المعتاد<sup>(٢٧)</sup>.

ويرى أنصار نظرية وحدة الخطأ المدني والخطأ الجزائي أنه لا فرق بين الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير في تحديد المسؤولية الجزائية، فالخطأ اليسير الذي تقوم به المسؤولية المدنية تقوم به أيضاً وفي ذات الوقت المسؤولية الجزائية، ذلك لأن مدلول الخطأ واحد في كلتا المسؤوليتين. فالمشرع الجزائي عندما ذكر صوراً للخطأ لم يترك صورة من صور الخطأ إلا ونص عليها، فكانت نتيجة النص الجزائي متطابقة مع النص المدني في شموليته عندما تضمن لفظ "الخطأ" بعمومه دون تحديد صورته<sup>(٢٨)</sup>، ولذلك كانت النتيجة موحدة - في تقديرنا- في كلا التشريعين. أما تحديد

(٢٤) أحمد إبراهيم حسن: أساس المسؤولية العقدية في القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، ص ٨٠.

(٢٥) محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٢٦) هذا ونرى أن الغش يختلف عن الخطأ الجسيم في أن الأول يكون عمدياً على خلاف الأخير الذي يعد غير عمدي، فقد نقول باقتراب الخطأ الجسيم من الغش، ولكن هذا لا يعني أنهما يعاملان كخطأ واحد، فالنتائج التي تترتب على الغش والتدليس تختلف عن النتائج التي تترتب على الخطأ ولو كان جسيماً أو غير مغتفر، ويبدو ذلك واضحاً في تقرير العقوبة أو التعويض، بحيث تكونان أشد في الغش والتدليس عنه في الخطأ الجسيم.

(٢٧) انظر: نص المادة ١/٢٩٠ من القانون المدني الكويتي.

(٢٨) انظر: نص المادة ٢٢٧ من القانون المدني الكويتي. انظر أيضاً: المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري التي تعتبر المصدر التاريخي للنص الكويتي والتي نصت على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". راجع أيضاً: القانون الفرنسي الذي يعتبر مصدراً تاريخياً للقانون المصري، حيث جاء نص المادة (١٣٨٢) عاملاً، في حين أن النص الذي يليه مباشرة، حدد بعض صور الخطأ كالإهمال والطيش أو عدم الحيطه:

En droit français, l'article 1382 du code civil dispose que: ((Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer)). L'article 1383 du même code prévoit que: ((Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence)).



المشرع الجزائي لصور الخطأ، على خلاف التشريع المدني، لا يخرج عن كون السياسة التشريعية في المواد الجزائية تختلف عن المواد المدنية، في أن الأولى تمس الحقوق والحريات العامة، والنظام العام المتمثل في كيان المجتمع بشكل مباشر، فكان من الطبيعي أن تكون لها أهمية اجتماعية واضحة، وبحيث تكون متوافقة مع مبدأ الشرعية الجنائية<sup>(٢٩)</sup>. في حين أن التقنين المدني يهدف إلى إقامة التوازن بين شخصين دون أن يكون له أثر بالغ على المجتمع مقارنة بقواعد قانون الجزاء<sup>(٣٠)</sup>.

ورغم أن جانباً من الفقه يذهب إلى القول بأن هذه التفرقة - وأثرها - وإن كان قد هجرها الفقه إلا أنها - وما يترتب عليها من أهمية - لا تزال قائمة في بعض صور الأعمال الطبية كالتشخيص<sup>(٣١)</sup>، ونرى أن هذه التفرقة لا تجد لها أساساً في نصوص التشريع الكويتي هذا من جهة. ومن جهة ثانية، ما دأبت عليه السوابق القضائية هو عدم التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير سواء من حيث إنزال أحكام المسؤولية الطبية الجزائية أو المدنية، ومن جهة ثالثة، لم ينجح أنصار هذا الرأي - الذي يدعو إلى ضرورة التفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير - في رسم حدود للتفرقة بينهما في ظل قواعد ومعايير محددة ومنضبطة.

وتحديداً لموقف المشرع الكويتي حيال هذه العلاقة بين الخطأ الطبي الشخصي في أحكام المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية، نعتقد أن المشرع الكويتي تبني نظرية الوحدة. حيث جاء موقف القضاء صريحاً بتلك الوحدة وذلك من خلال وقائع القضية التالية:<sup>(٣٢)</sup>

(٢٩) تنص المادة ٣٢ من الدستور الكويتي على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون..". وأعاد المشرع تأكيد هذا المبدأ في نص المادة الأولى من قانون الجزاء حينما قرر أنه: "لا يعد الفعل جريمة، ولا يجوز توقيع عقوبة من أجله، إلا بناء على نص في القانون".

(٣٠) لذلك نجد أن غالبية قواعد القانون الخاص أو القانون المدني والتجاري يسيطر عليهما مبدأ سلطان الإرادة أو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فالفلسفة العامة للتشريعات الخاصة هي إيجاد نوع من الحرية للأفراد، ولذلك كانت قواعد القانون الخاص في كثير منها قواعد مكملة وليست أمرة، ويلعب فيها العرف دوراً كبيراً بشكل أصلي أو تباعي، ولا يتدخل المشرع ويفرض قواعد أمرة إلا حين تكون المسألة المراد تنظيمها من قبيل النظام العام.

(٣١) راجع: د. محمد أبو العلا عقيدة - المسؤولية الجنائية للأطباء - منشور في مؤتمر "مسؤولية المهنيين" المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الشارقة في الفترة ٣ - ٥ أبريل ٢٠٠٤ - منشورات مركز البحوث والدراسات بجامعة الشارقة - ص ١٥٦ وما بعدها.

(٣٢) انظر: الطعن رقم (٢٨٧) لسنة (٢٠١٠) مدني جلسة ٢٠١١ / ٥ / ٧.

حيث نسب للمتهم مخالفة الأصول الطبية الفنية والجراحية في تحضير المريضة للتدخل الجراحي وخطوات إجراء هذا التدخل، وقد أدى ذلك إلى هبوط حاد في القلب والتنفس أثناء الجراحة أدى إلى نقص شديد بالأكسجين وتخلف بالمخ وانتهى بالوفاة، علماً بأن المريضة المتوفاة كانت تعاني من البدانة المفرطة، وأجريت لها عملية شفط الدهون وإصلاح فتق و تجميل للبطن عام ٢٠٠٤، وكانت تعاني من نقص إفراز الغدة الدرقية ولديها تاريخ مرضي للمعاناة من ارتفاع ضغط الدم، وبإجراء الصفة التشريحية على الجثة ثبت من الفحص الباثولوجي للقلب وجود علامات تنم على أن المذكورة كانت تعاني من ضغط الدم المرتفع، وكذلك علامات حديثة بنقص التروية الدموية بعضلة القلب، وأن قلب المذكورة كان مريضاً بالفعل، وانتهى التقرير إلى أن المذكورة لم تجر لها قبل العملية الفحوصات التشخيصية الضرورية للتأكد من عدم وجود موانع لإجراء جراحة لها بالصدر، وعلى الرغم مما ورد بنتيجة رسم القلب الكهربائي الذي أجرى لها قبل الجراحة من احتمال وجود حالة مرضية خطيرة بالقلب، إلا أنه لم يلتفت إلى نتيجة رسم القلب ولم يجز التثبت من صحتها، وأدخلت المريضة غرفة العمليات على الرغم من وجود ما يمنع من إجراء جراحة لها، ومسؤولية ذلك مشتركة بين الجراح وطبيب التخدير.

وقد أسست المحكمة قضاءها بالتعويض على أنه: "وحيث إنه عن موضوع الدعوى فإن المحكمة تشير تقديماً لقضائها إلى أنه من المقرر في قضاء التمييز أن مفاد نص المادة ٥٤ من قانون الإثبات أن الحكم الصادر في المواد الجزائية تكون له حجية الدعوى المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجزائية والمدنية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله - فإذا فصلت المحكمة الجزائية في هذه الأمور - فإنه يتمتع على المحكمة أن تعيد بحثها، ويتعين عليها أن تلتزم بمقتضاها في بحث الحقوق المدنية المتعلقة بها حتى لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجزائي السابق." ولما كان القضاء الجزائي قد انتهى إلى إدانة المتهم وتغريمه عما نسب إليه من تهمة القتل الخطأ، قضت المحكمة المدنية بتعويض المدعي.

وبمراجعة موقف المشرع نجد أنه تبنى معياراً موحداً لمفهوم مخالفة الأصول العلمية، وهو جوهر الخطأ الطبي سواء على نطاق نصوص القانون المدني أو نصوص قانون الجزاء الكويتي. نعتقد بأن تحديد مفهوم مخالفة الأصول العلمية أو الفنية يتطلب أولاً تحديداً للعلاقة بين نص المادة (١٣) من قانون مزاوله مهنة الطب البشري والنصوص القانونية الواردة في كل من القوانين الجزائية والمدنية التي تقوم عليها

أسس المسؤولية في إطار كل منهما والتي سبق بيانها في المبحث الأول من هذه الدراسة، وفي سبيل بيان تلك العلاقة، تنص المادة (١٣) من قانون مزاولة مهنة الطب البشري على أنه: "لا يكون الطبيب مسؤولاً عن الحالة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة ولجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض والعلاج، ومع ذلك يكون مسؤولاً في الحالتين الآتيتين: (أ) إذا ارتكب خطأ نتيجة الجهل بأمر فنية يفترض في كل طبيب الإلمام بها، سواء من حيث تشخيص المرض أو وصف العلاج المناسب، وترتب على هذا الخطأ الإضرار بالمريض. (ب) إذا أجرى تجارب أو أبحاثاً علمية غير معتمدة فنياً على مرضاه وترتب على ذلك الإضرار بهم."

ويلاحظ أن المشرع قد رسم حدود المسؤولية الطبية غير العمدية من خلال هذا النص القانوني بحيث تشمل المسؤولية الجزائية والمدنية، وحيث جاء لفظ "المسؤولية" مطلقاً في ذلك النص، والقاعدة العامة المتعارف عليها في التفسير أن المطلق يؤخذ على إطلاقه، وبذلك الشمول يكون المشرع الكويتي قد تبنى نظرية وحدة الخطأ الجزائي والمدني في نطاق المسؤولية الطبية. ورغم هذه الوحدة فلا يجب أن ينصرف الذهن إلى أن وحدة الخطأ الجزائي والمدني مفاده وحدة المسؤولية الجزائية والمدنية باعتبار أن هناك عناصر أخرى للمسؤولية قد تختلف في نطاق كل مسؤولية على حدة. فيما يتعلق بعنصر الضرر - على سبيل المثال - هناك صور من الضرر تعد مألوفة في نطاق المسؤولية المدنية دون الجزائية كالضرر المعنوي أو الأدبي والذي قد يترتب عليه المسؤولية المدنية دون الجزائية<sup>(٣٣)</sup>.

وتحديداً للعلاقة التي تقوم بين نص المادة (١٣) سالف البيان والنصوص القانونية العامة التي وردت في قانون الجزاء والقانون المدني، نجد أن هذه العلاقة تتسم بطابع التخصيص، فنص المادة (١٣) يعد نصاً خاصاً للنصوص العامة سالفة الذكر، وتجد صفة التخصيص أساسها في عنصر صفة المخاطب بهذه النصوص في إنزال حكم المسؤولية سواء الجزائية أو المدنية، فالنصوص الواردة بقانون الجزاء والقانون المدني تعد نصوصاً عامة ترسم ملامح نظرية المسؤولية عن الخطأ غير العمدية أو العمل غير المشروع، سواء أكان هذا الخطأ منسوباً لمهني أم لغيره، أما ما

(٣٣) تنص المادة (١/٢٣١) من القانون المدني الكويتي على أنه: "يتناول التعويض عن العمل غير المشروع الضرر، ولو كان أدبياً".



جاء في نص المادة (١٣) فهو حكم موجه لا لكل أفراد المجتمع ولا لكل مهني بل يقتصر على فئة الأطباء دون غيرهم.

ويتعين التأكيد على أن هذا النص يقتصر حكم تخصيصه على عنصر الخطأ دون غيره من عناصر المسؤولية - ضرر وعلاقة سببية - والتي تبقى خاضعة لأحكام القواعد العامة والتي جاء ذكرها في نصوص قانون الجزاء أو القانون المدني، ويضاف إلى ذلك، ضرورة الإشارة إلى أن نص المادة (١٣) من المرسوم بقانون بشأن مزاول مهنة الطب - الذي عمل به منذ ٢٤ مارس ١٩٨١ - قد جاء لاحقاً على النصوص الواردة في كل من قانون الجزاء الصادر في عام ١٩٦٠ والقانون المدني الذي بدأ العمل به منذ ٢٥ فبراير ١٩٨١. وبناء على هذا التأصيل في العلاقة بين نص المادة (١٣) وما ارتبط به من نصوص قانونية أخرى، فإن القاعدة المترتبة هي أن النص الخاص يقيد النص العام فيما خصه من أحكام.

ووفقاً لقاعدة التخصيص، نجد أن المعول عليه قانوناً في تحديد ملامح الخطأ الطبي الفني هو نص المادة (١٣) سالف الذكر، بينما تبقى الأخطاء المادية الأخرى التي تقع من الأطباء خاضعة للقواعد العامة التي جاءت في نصوص كل من قانون الجزاء الكويتي والقانون المدني. وتحديد الخطأ الطبي الفني في ضوء نص المادة (١٣) سالف الذكر، ومن خلال استقراء النص نجد أنه يحدد مسؤولية الطبيب في ثلاث حالات: (الحالة الأولى) تقوم مسؤولية الطبيب في حالة ثبوت عدم بذله للعناية اللازمة، أو عدم استخدامه لجميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه سواء في تشخيص المرض أو علاجه. (الحالة الثانية) في حالة ارتكاب خطأ ينم عن جهل بأصول فنية يفترض في كل طبيب الإلمام بها يترتب عليه الإضرار بالمريض. (الحالة الثالثة) إذا أجرى الطبيب تجارب غير معتمدة من الناحية العلمية على المريض فترتب عليها الإضرار بذلك المريض.

وبذلك يكون المشرع الكويتي قد رسم معياراً لمخالفة الأصول العلمية والفنية للأعمال الطبية يتمثل في قيام حالة من الحالات الواردة في نص المادة (١٣) سالف البيان. ومما لا شك فيه أن هذه الحالات الثلاث قد جاءت لمواجهة فرضيات متنوعة من حيث الظروف باعتبار أنها تنوعت في معاييرها ونطاق تطبيقها.

ولذلك، تأتي الحالة الأولى تطبيقاً للمعيار العام الذي تقرره القواعد العامة والتي تنطلق من مفترض أن التزام الطبيب بعلاج المريض إنما هو التزام بوسيلة وليس نتيجة. ومن ثم، فإن قيام الطبيب بتنفيذ ذلك الالتزام بعلاج المريض وفقاً لمعيار الطبيب المعتمد بما لا يخل بواجبات الحيطة والحذر يعد كافياً لنفي مسؤوليته عن أية



مضاعفات أو آثار سلبية قد تترتب مستقبلاً لذلك المريض، بشرط انتفاء كل من الحالة الثانية والثالثة التي قررها المشرع والتي لا ترتبط بالضرورة بالعناية المبذولة، ويلاحظ أن المشرع الكويتي قد تبنى المعيار الموضوعي في هذه الصورة إذ أن العناية المبذولة سواء من حيث الجهد أو الوسائل يتعين أن تقاس بمعيار الطبيب المعتاد متوسط الحيطة والحذر بغض النظر عن الظروف الشخصية للطبيب محل المسائلة.

هذا ولم يرد في نصوص القانون المدني - باعتباره الأصل العام - تعريف لركن الخطأ<sup>(٣٤)</sup>، وقد تعمد المشرع ذلك<sup>(٣٥)</sup>، ومع ذلك يمكن تعريف الخطأ بأنه العمل غير المشروع أو الفعل الضار<sup>(٣٦)</sup>، أو الإخلال بالتزام سابق أو واجب قانوني<sup>(٣٧)</sup>، وقد جاء بقضاء محكمة التمييز الكويتية أن الخطأ هو "الانحراف عن السلوك المألوف وما يلزم به الشخص العادي من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير في مثل الظروف المحيطة بالمنسوب إليه الخطأ"<sup>(٣٨)</sup>.

وبما أن الخطأ الطبي ليس إلا صورة من صور الخطأ بمفهومه العام، وحيث إنه خطأ مهني لأنه متعلق بأعمال طبية، كان لزاماً أن يتأثر مفهوم الخطأ الطبي بفكرة الخطأ بوجه عام. لقد قيل في الخطأ الطبي<sup>(٣٩)</sup> العديد من التعريفات، ومع ذلك يمكننا

(٣٤) بل ضمنه الفصل الثالث من القانون المدني والمعنون بالفعل الضار تحت الفرع الخاص بحالات المسؤولية عن العمل غير المشروع.

(٣٥) حيث ترك مسألة تحديد فكرة الخطأ كركن لقيام المسؤولية المدنية للفقهاء والقضاء، كي يضيف عليها نوعاً من المرونة لمواكبة التطور في الفكر القانوني. انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، سلسلة تصدرها جمعية المحامين الكويتية، طبعة ٢٠١٠، ص ٢١٧.

(٣٦) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٩، ص ٨٧٩.

(٣٧) عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص ٢٢٨.

voir aussi A. Bénabent, Droit civil, les obligations, Motchrestien 2007, 11 édition, p. 383 et suivant.

(٣٨) تمييز كويتي، مدني، طعن رقم ١٥/١٩٩٧، جلسة ١٥/١/١٩٩٨، مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٦، ج ١ مايو ٢٠٠١، قاعدة رقم ٨٠، ص ٣٥٩.

(٣٩) البعض يُفضل تعبير خطأ الطبيب وليس الخطأ الطبي، حيث يرى أ. د. محسن البيه أن هذا التعبير أكثر دلالة على المعنى المقصود. انظر: محسن البيه، مرجع سابق، ص ٨.

القول<sup>(٤٠)</sup> بأن خطأ الطبيب هو انحرافه عن السلوك المألوف في الصنعة الطبية وما يلتزم به الطبيب العادي الذي في مثل ظروفه من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض، والسلوك المألوف في العمل الطبي هو الالتزام بأصول الفن الطبي وقواعده العلمية الثابتة، وعدم الخروج عليها من طبيب في مثل تخصصه وذات الظروف المحيطة به.

إذن، فالمعيار العام في الخطأ الطبي هو انحراف الطبيب عن السلوك المألوف سواء أكان خطأه مادياً أم فنياً، ولا شأن لنا بوصفه جسيماً كان أو يسيراً، فالطبيب يجب أن يسأل عن جميع أخطائه بغض النظر عن نوعها ودرجتها، والمعيار في الخطأ الطبي يظهر من طبيعة التزامه، وبما أن الطبيب يسعى جاهداً ويحاول قدر طاقته أن يصل بالمريض إلى الشفاء، فإن التزامه - كأصل - يكون التزاماً ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة محددة<sup>(٤١)</sup>، وهذا يعد من منطق الأمور، على اعتبار أن الشفاء مسألة احتمالية، وبالتالي يستحيل أن نطالب الطبيب بضمان تحقيق نتيجة معينة هي في الأصل خارجة عن إرادته.

ولذلك وجب قانوناً على كل طبيب أن يتوخى في أداء عمله المحافظة على صحة الإنسان، وعليه تسخير كل معلوماته وضميره وما تقتضيه آداب المهنة لبلوغ هذا الهدف<sup>(٤٢)</sup>، فإن فشل الطبيب في شفاء المريض فلا يمكن مساءلته مادام قد بذل العناية اللازمة والمخلصة والتزم أصول الصنعة الطبية. وتقدير سلوك الطبيب يجب أن يقاس بسلوك طبيب في نفس مستواه وتخصصه وفي نفس ظروفه الخارجية التي يوضع فيها<sup>(٤٣)</sup>، فالطبيب الممارس يجب أن يقاس بطبيب ممارس مثله، والاختصاصي يجب أن يقاس باختصاصي في مثل مستواه.

(٤٠) وذلك انطلاقاً من قضاء محكمة التمييز الكويتية سالف الذكر وبعد إنزاله على الشخص المهني وهو في مجال بحثنا الطبيب.

(٤١) والعناية المطلوبة من الطبيب ليست أية عناية وإنما وبحسب ما ذهب إليه أحكام محكمة التمييز الكويتية، هي: "العناية الصادقة في سبيل شفائهم..". انظر في هذا الصدد: تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٤٤١ لسنة ٢٠٠١، جلسة ٢٠٠٢/٩/٣٠، أنظمة صلاح الجاسم. انظر أيضاً: تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٢٩٩ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٠٠٤/٩/٢٠، أنظمة صلاح الجاسم.

(٤٢) المادة ٤ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨١ بشأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما.

(٤٣) وهذا ما حدا بالبعض إلى انتقاد تقسيم الالتزامات إلى الالتزام ببذل عناية والالتزام بنتيجة في مجال العمل الطبي، فتمتد تردد في وصف دقة التمييز بينهما خاصة إذا كان العمل فنياً، فهنا =

وقد أخذت محكمة التمييز الكويتية بهذا المعيار عندما قررت أنه: " .. وإن الشخص الوسط الذي يؤخذ معياراً لهذا الخطأ المهني يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية وفقاً للقواعد المقررة في هذا الخصوص والتي يختلف فيها الطبيب الممارس عن مجرد الاختصاصي عن العالم الثقة الذي يقصد في الحالات المستعصية - إذ لكل طائفة من هؤلاء مستواها المهني ومعياريها الفني-.." <sup>(٤٤)</sup>. هذا وفي الالتزام ببذل عناية لا يمكن استخلاص الخطأ من مجرد وقوع الضرر، بل على من يدعيه واجب إثباته، لأن طبيعة الالتزام قائمة على عنصر الاحتمال، فالخطأ هنا غير مفترض، فالطبيب يكون مخطئاً إذا لم يبذل العناية اللازمة تجاه المريض نتيجة لإهماله أو جهله بالأصول العلمية المستقرة، أو لم يقيم بواجبه قبل المريض بوجه عام <sup>(٤٥)</sup>. إنن نستطيع القول: إن مقياس خطأ الطبيب هو الإهمال وعدم الحيطة والحذر، أو مخالفة الأصول الفنية والقواعد العلمية الثابتة لمهنة الطب <sup>(٤٦)</sup>.

أما الحديث عن عنصر الخطأ في خارطة المسؤولية الطبية الجزائية غير العمدية، فإنه يجب ضرورة التأكيد على أن الأخطاء الطبية تختلف من حيث الطبيعة، فمنها أخطاء فنية تسمى الرعونة في فقه القانون الجزائي، ومنها أخطاء مادية متنوعة يدخل

= يتم التخلي عن المعيار الموضوعي إلى المعيار الشخصي، نظراً لأن كلا من القضاء والفقه صار يبحث في الظروف الداخلية وليس الخارجية فحسب. للمزيد انظر: صبري الخاطر، ثقافة حول معيار الخطأ الطبي، مؤتمر مسؤولية المهنيين ٣-٥ أبريل ٢٠٠٤، كلية القانون-جامعة الشارقة، النشر العلمي، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٦، وعلى وجه الخصوص ص ١٢٨، ١٢٩، ١٣٥ وما بعدها. راجع أيضاً للاستفاضة في تقسيم الالتزامات إلى التزام ببذل عناية والالتزام ببذل نتيجة: حسن عبدالباسط جميعي، مدى افتراض الخطأ المهني في ظل تقسيم الالتزامات إلى التزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية، مؤتمر مسؤولية المهنيين ٣-٥ أبريل ٢٠٠٤، كلية القانون-جامعة الشارقة، النشر العلمي، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٦، وعلى وجه الخصوص ص ٢٩.

(٤٤) استئناف تجاري، كويتي، طعون رقم ٢٧١، ٢٨٥، ٢٨٦ لسنة ١٩٧٩، جلسة ١١/٢/١٩٧٩، تعليق أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ٤٥-٤٦. وفي حكم آخر قررت محكمة التمييز أنه: " وخلص الحكم من ذلك إلى ثبوت عناصر المسؤولية في جانب الطبيب المعالج من خطأ وضرر وعلاقة سببية، لا سيما أنه طبيب متخصص في أمراض النساء والولادة.." " تمييز مدني، كويتي، طعني رقمي ٦٦، ٦٩ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ٢٧/١٠/٢٠٠٣، أنظمة صلاح الجاسم.

(٤٥) محمد القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الثاني، السنة الخامسة، الكويت، يونيو ١٩٨١، ص ٨٧.

(٤٦) صبري الخاطر، ثقافة حول معيار الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص ١٣٤-١٣٥.

فيها التفريط والإهمال ومخالفة القوانين، وهذه الصور من الأخطاء قد تتداخل مع بعضها البعض خصوصاً في علاقة هذه الأخيرة (مخالفة القوانين)، وقد تضمنت نصوص قانون الجزاء الكويتي هذه الصور صراحة سواء تعلقت تلك النصوص ببيان عنصر الخطأ غير العمدى أو جرائم القتل خطأ أو الإصابة خطأ، ففي بيان عنصر الخطأ غير العمدى، قررت المادة (٤٤) من قانون الجزاء "يعد الخطأ غير العمدى متوافراً إذا تصرف الفاعل، عند ارتكاب الفعل، على نحو لا يأتيه الشخص المعتاد إذا وجد في ظروفه، بأن اتصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة اللوائح..."<sup>(٤٧)</sup>

ولا يحول دون قيام مسؤولية الطبيب عدم توقعه للنتائج الضارة التي ترتبت على سلوكه الخاطئ، إذ أن المشرع الجزائي قد شمل بأحكامه الخطأ بنوعيه البسيط والواعي - مع التبصر - حيث قرر في المادة (٢/٤٤) "يعد الفاعل متصرفاً على هذا النحو (تصرف على نحو لا يأتيه الشخص المعتاد) إذا لم يتوقع، عند ارتكاب الفعل، النتائج التي كان في استطاعة الشخص المعتاد أن يتوقعها، فلم يحل دون حدوثها من أجل ذلك، أو توقعها ولكنه اعتمد على مهارته ليحول دون حدوثها فحدثت رغم ذلك."

ومفهوم الخطأ لا يتغير سواء أكان مصدر التزام الطبيب بتقديم الرعاية الصحية للمريض مرده إلى العقد أو غيره من مصادر الالتزام، وإن كان لذلك أهمية في رسم صورة كاملة حول نطاق المسؤولية وتعدد المتحملين لوزر تلك المسؤولية، فالعقد الطبي قد يلعب دوراً في تقرير صور أخرى من المسؤولية - إلى جانب المسؤولية عن الأعمال الشخصية - كمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أو مسؤولية حارس الأشياء.

ويعد من أمثلة الحالة الأولى كما لو أهمل الطبيب في مراقبة المريض بعد إجراء العلاج الجراحي فترتب على ذلك إصابة المريض بالغرغرينا، أو لو أجرى الطبيب علاجاً بالأشعة بواسطة أجهزة يعلم أنها معيبة، أو عدم اتخاذ الطبيب الاحتياطات اللازمة في استعمال الأشعة على جسم طفل مما سبب له حروقاً خطيرة نشأت عن عدم مراعاة الحساسية الخاصة لجلد الطفل وهو في هذه السن المبكرة، أو كمن يتسبب في قطع الشرايين في عملية جراحية دون أن يربطها بحسب ما تقرر الأصول الطبية التي لا يجهلها.

(٤٧) وقد وردت هذه الصور للخطأ في النصوص القانونية الخاصة بجريمة القتل الخطأ والإصابة الخطأ.



وتواجه الحالة الثانية - على خلاف الحالة الأولى التي تفترض الكفاءة العلمية للطبيب من حيث العلم - انتفاء المفترض الفني لدى كل طبيب وهو العلم والتطبيق لكل حالة مرضية وعلاجها بشرط دخول ذلك المرض في تخصصه الفني الدقيق. لذلك، تأتي هذه الحالة لمواجهة أولئك الأطباء ذوي الشهادات دون المعلومات أو الممارسات. وما ينبغي أن يأخذ في الحسبان في هذا المقام هو أن الجهل بالمعلومة أو الإجراء الطبي يعتمد بالدرجة الأولى على طبيعة تلك المعلومة من حيث تعلقها بالتخصصات الطبية الدقيقة من عدمه. وبناء على ذلك، يمكن القول بأن هذه الحالة تمتد لتشمل في طياتها تلك المسلمات العامة التي ينبغي على كل طبيب العلم بها لمواجهة الحالة المرضية التي أمامه والمعلومات الطبية المتعلقة بالتخصصات الطبية الدقيقة (كالعظام أو الأعصاب أو الجهاز الهضمي أو القلب أو القولون أو العيون... الخ) إلا أن هذه الأخيرة لا يفترض العلم بها إلا من جانب الطبيب ذي التخصص الدقيق.

ومن أبرز الأمثلة على هذه الحالة كما لو ثبت جهل طبيب العظام بوجوب أخذ أشعة ليد المريض التي كان يعاني منها آلاماً شديدة بسبب سقوطه من علو، أو جهل طبيب الأمراض الباطنية بوجوب أخذ تحليل البول الذي كان يشعر المريض بحرقان أثناء خروجه، أو جهل طبيب القلب بوجوب إجراء فحص لإنزيمات القلب لمريض كان يعاني من ألم في منطقة الصدر بالقرب من القلب، أو بوجوب إجراء الأشعة المقطعية لمنطقة القلب لمريض كان يشعر بضيق تنفس وارتفاع درجة الحرارة في الصدر وخمول في منطقة الذراع اليسرى. ويلاحظ أن عدم اتخاذ ذلك الإجراء الطبي يعود لجهل الطبيب بضرورة اتخاذ ذلك الإجراء على خلاف الحال - كما في الحالة الأولى - لو كان الطبيب على علم بما يتعين القيام به لتشخيص أو علاج المرض من إجراءات طبية إلا أنه اعتمد على حدسه في عدم ضرورة القيام بذلك الإجراء، باعتبار أن الحالة لا تستدعي اتخاذ مثل ذلك الإجراء.

بينما تجمع الحالة الثالثة بين الجهل والعلم فيما يتعلق بإجراء تجارب طبية غير معتمدة من الناحية الفنية أو العلمية القصد منها علاج المريض إلا أنها تقضي - خلافاً لما قصده مجريها - إلى الإضرار بالمريض، ويقصد بهذا النوع من التجارب تلك الأساليب أو الوسائل التشخيصية أو العلاجية التي لازالت قيد التجربة والدراسة من جانب المنظمات والمؤسسات الطبية المتخصصة والتي لم تدخل مرحلة الإجازة في الاستخدام. ومن ناحية المسؤولية المدنية، يستوي علم أو جهل الطبيب بمدى اعتماد هذه التجارب من الناحية العلمية، بينما في تحريك الدعوى الجزائية يقع عبء إثبات علم الطبيب بعدم اعتماد هذه التجارب طبياً على جهة الادعاء. ومن أبرز أمثلة

التجارب الطبية غير المعتمدة علمياً إجراء عملية زراعة البنكرياس لمرضى مصاب بمرض السكر، أو حقن المريض بمصل حديث الاكتشاف وتم اعتماده على النسل الحيواني فقط، أو زراعة جهاز (مضخة أنسولين) في جسم المريض وذلك لضبط معدل السكر في الجسم، أو وصف عقاقير لمرضى غير معتمدة من منظمة الصحة العالمية والجمعيات الطبية المتخصصة.

وتوحيد معيار الخطأ الطبي من الناحية الجزائية والمدنية من الممكن أن يستشف من الحكم التشريعي الوارد في نص المادة (٥٤) من المرسوم بقانون رقم (٣٩) لسنة (١٩٨٠) بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية، حيث تقرر أن "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً، ومع ذلك فإنه لا يرتبط بالحكم الصادر بالبراءة إلا إذا قام بنفي نسبة الواقعة إلى المتهم". وتفسيراً لذلك، قررت محكمة التمييز "... أنه من المقرر في قضاء التمييز أن مفاد نص المادة (٥٤) من قانون الإثبات أن الحكم الصادر في المواد الجزائية تكون له حجية الدعوى المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجزائية والمدنية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله - فإذا فصلت المحكمة الجزائية في هذه الأمور - فإنه يمتنع على المحكمة أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تلتزم بمقتضاها في بحث الحقوق المدنية المتعلقة بها، حتى لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجزائي السابق" (٤٨).

وتطبيقاً لذلك، ففي المجال الطبي لما كانت الدعوى الجزائية تفصل في عناصر المسؤولية الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولما كان أساس الدعوى الجزائية (الجريمة باعتبارها فعلاً ضاراً) هو ذات الأساس الذي تقوم عليه الدعوى المدنية أياً كان مصدر التزام الطبيب، فمتى قضت المحكمة الجزائية بإدانة المتهم عن التهمة المنسوبة إليه (كالقتل الخطأ أو إلحاق الأذى) فلا سبيل للمحكمة المدنية في بحث مدى وقوع أو تحقق هذه العناصر الثلاثة ونسبتها للفاعل (المدعى عليه). وعلى الرغم من ذلك، يمكن القول: إن المحكمة المدنية بسبب اختلاف طبيعة القضاء الصادر عنها (الحكم بالتعويض في الغالب في هذا النوع من الدعاوى) عن طبيعة القضاء الجنائي (فرض عقوبة) تبقى تملك سلطة تقديرية فيما يتعلق بالضرر؛ لأن المحكمة المدنية في سبيل تقدير التعويض المناسب لها بحث مدى توافر عناصر أخرى للضرر لا يعير لها القاضي الجنائي اهتماماً كالضرر الأدبي.

## المبحث الثاني

### دور جهات الاتهام في عملية ملاحقة الأخطاء الطبية

ولما كان موقف المشرع من توحيد مفهوم الخطأ الطبي في نطاق كل من المسؤولية المدنية والجزائية غريباً باعتبار أنه لا يعير اهتماماً لحقيقة مفادها: إن العمل الطبي متصور فيه وقوع أضرار نتيجة أخطاء طبية، ولما كانت مسألة اللجوء إلى نصوص قانون الجزاء في نطاق الأخطاء الطبية محل خلاف بين مؤيد ومعارض من حيث المبررات، يضحى التساؤل المهم، هل جهة التحقيق المختصة في ظل هذه المعالجة التشريعية الغريبة تملك ضبط الأحكام القانونية المنظمة للمسؤولية القانونية للأطباء عن أخطائهم الشخصية بما لها من سلطات إجرائية بشأن التصرف في الدعوى العمومية؟

لذلك، سنتناول في المطلب الأول من هذا المبحث الخلاف الفلسفي الذي قام حول مدى جدوى اللجوء إلى نصوص القانون الجزائي لمعالجة الأخطاء الطبية، بينما سيكون المطلب الثاني مسرحاً لاستعراض مكنة جهة التحقيق في التحكم في مسار الدعوى العمومية أو الجزائية لخلق نوع من التوازن بين الحاجة للردع أو الاكتفاء بجبر ضرر المجني عليه، وأخيراً ما هي العوامل أو العناصر التي تلعب دوراً في تعزيز فكرة الحاجة للردع؟

## المطلب الأول

### أهمية إيجاد صيغة أو سياسة اتهام موحدة ومتوازنة تجاه الأخطاء الطبية

إن المسؤولية المبنية على الإهمال بصفة عامة كانت ومازالت تثير الكثير من التساؤلات الفلسفية في فقه القانون الجنائي، وتجد الصعوبة مكنها فيما تركز عليه المسؤولية الجزائية من خلل أخلاقي، باعتبار أن المسؤولية الجزائية لا تقوم على سلوك مادي ملموس مجرد من العقل البشري الآثم، بل يلزم لقيام تلك المسؤولية تعاصر ذلك السلوك مع النوايا الآثمة الهادفة لنتائجه. ولما كانت المسؤولية الطبية مجالاً خصباً لهذا النوع من المسؤولية، فلم تخل النقاشات حول مدى جدوى استخدام نصوص القانون الجنائي في مواجهة الأخطاء الطبية؟ وفي الولايات المتحدة الأمريكية،

وبسبب ظاهرة ازدياد القضايا الجنائية الموجهة نحو الأخطاء الطبية، انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض حول مسألة استخدام العقوبات الجنائية ولكل اتجاه وجهة في حجته.

وتقوم حجة الرأي المؤيد لاستخدام نصوص القانون الجنائي في مواجهة الأطباء على النحو الآتي: إذا كان الهدف من استخدام وسائل متعددة - كالدعوى التأديبية والمدنية - هو ضمان جودة خدمة الرعاية الصحية لمجموع المستهلكين وهم المرضى، فما المانع من استخدام نصوص القانون الجنائي وذلك لاستبعاد الأطباء غير المؤهلين من زمرة مقدمي تلك الخدمة، بل قد تعد هذه الوسيلة هي الأجدر بين الوسائل الأخرى.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن اللجان التأديبية كوسيلة ضمان جودة أثبتت فشلها بسبب عدم رغبة أو تحييد الأطباء - القائمين على تلك اللجان - لمعاقبة زملائهم الأطباء المتهمين<sup>(٤٩)</sup>. ولا ريب أن ما يساهم في دعم ذلك التوجه - عدم الرغبة في المعاقبة - إذا ما كانت الجمعيات المهنية الطبية هي المهيمنة على تلك اللجان التأديبية، باعتبار أن الانتخابات التي تجرى على مستوى تلك الجمعيات تسهم بدور فعال في عدم فاعلية الأنظمة التأديبية حال كون المتضرر من تلك الأنظمة هم أعضاء الجمعية العمومية لتلك الجمعيات المهنية<sup>(٥٠)</sup>.

وعلى مستوى دولة الكويت، نجد أن المرسوم بقانون بشأن مزاولة مهنة الطب لم يتبن فكرة منح الجمعيات المهنية سلطة تأديب المنتمين لها، وبدلاً لذلك أوجد لجنة التراخيص الصحية التابعة لوزارة الصحة كلجنة تأديبية، إلا أن تشكيلها من غالبية الأطباء يجعل فعالية أدائها لعملها محفوفاً بالمخاطر باعتبار أن مسؤولية الطبيب لزميله الطبيب الآخر تبقى من المحاذير وغير المحبذة<sup>(٥١)</sup>.

(٤٩) See Robert S. Alder, Stalking the Rogue Physician: Analysis of the Health Care Quality Improvement Act, 28 Am. Bus. L. J. 683, (1991).

(٥٠) Timothy Stoltzfus Jost, The Necessary and Proper Role of Regulation to Assure the Quality of Health Care, 25 Hous. L. Rev. 525, 554 (1988).

(٥١) تنص المادة (٣٩) من المرسوم بقانون بشأن مزاولة مهنة الطب على أن: "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية والمدنية، تختص لجنة التراخيص الطبية بالمحاكمة التأديبية للمرخص لهم في ممارسة إحدى المهن المنصوص عليها في هذا القانون، أو المرخص لهم في فتح عيادة أو محل لممارستها، وذلك فيما يرتكبونه من مخالفات لأحكام هذا القانون أو لأصول ومقتضيات وأداب المهنة".



ويضيف أنصار الاتجاه المؤيد لاستخدام نصوص القانون الجنائي أن الوسائل الأخرى (لجان التأديب أو الدعوى المدنية) أثبتت أنها تستغرق وقتاً أطول من الفصل في الدعوى الجنائية وليست فعالة من جوانب عدة<sup>(٥٢)</sup>. ويرى أنصار هذا الاتجاه أن مسألة استخدام الدعوى الجزائية أو المدنية إنما هي مسألة محكمة بالدرجة الأولى بالنتائج المترتبة على كل وسيلة على حدة، وتحديد استخدام الدعوى الجزائية من عدمه يتطلب تحديد ما إذا كان الضرر الذي ترتب على السلوك أصاب الفرد أو أصاب المجتمع؟<sup>(٥٣)</sup>.

ومن مطالعة نصوص قانون الجزاء الكويتي، نجد أن النصوص العامة التي جاءت في تنظيم جريمة القتل الخطأ أو بإهمال إنما جاءت لمواجهة صورة معينة من صور الضرر - الوفاة - بما يجعل هذه الصورة من صور الضرر ماسة بشكل كبير للمجتمع بما جعل السلوك المتسبب لها في مصاف الجرائم. ومن ثم، نجد أن أنصار هذا الاتجاه يرون أن العقوبات الجنائية تعتبر وسيلة ضمان جودة أكثر فاعلية من غيرها باعتبار أن غايتها ضمان جودة الخدمة الطبية وهي مصلحة تهم المجتمع بأسره.

ويرى أنصار العقوبات الجنائية أنه إذا كان أحد أهداف القانون الجنائي تهذيب سلوك الأفراد وإعلامهم بالقيم والأخلاقيات التي ينبغي أن يتحلون بها، فإن العقوبات الجنائية سيكون من شأنها تشجيع الأطباء على تقديم خدمة طبية أكثر جودة للأفراد<sup>(٥٤)</sup>. وبناء على ذلك، فإن عدم تقديم الأطباء لهذه الخدمة بالجودة المطلوبة ليس من شأنه فقط استبعادهم من زمرة الأطباء - وهو ما تؤديه لجان التأديب - بل استئصالهم من المجتمع ككل باعتبارهم مجرمين<sup>(٥٥)</sup>.

وترتكز هذه الحجة على غاية المنفعة (Utilitarian Notion) التي يسعى القانون الجنائي لتحقيقها. فالقانون الجنائي - حسبما يرى أنصار هذا الاتجاه - يجب أن يعاقب السلوك المبني على الإهمال؛ وذلك لتشجيع الأفراد على التحكم بسلوكياتهم

(٥٢) Timothy Stoltzfus Jost, The Necessary and Proper Role of Regulation to Assure the Quality of Health Care, 25 Hous. L. Rev. 525, 554 (1988).

(٥٣) State v. Weiner, 41 N.J. 21, 25, 194 A. 2d 467, 469-70 (1963).

(٥٤) John C. Coffee, Jr., Does "Unlawful" Mean "Criminal"? Reflection on the Disappearing Tort - Crime Distinction in American Law, 71 B. U. L. Rev. 193, 194 (1991).

(٥٥) See Ark. Code Ann. 17 - 93 - 401 (1)(Michie 1992).

وأدائها بحذر<sup>(٥٦)</sup>. وتطبيقاً لذلك على المجال الطبي، نجد أن القانون الجنائي يتعين أن يكون خياراً مفتوحاً؛ وذلك لحث الأطباء على القيام بنشاطهم بكل حرفية وبما يتفق مع أصول العمل الطبي<sup>(٥٧)</sup>.

وترتكز الحجة الثانية لأنصار استخدام العقوبات الجنائية في مواجهة الأخطاء الطبية على نظرية العقاب (Retributive Theory). إذ تقوم هذه النظرية على مقولة أن القانون الجنائي يعاقب السلوك المبني على الإهمال تأسيساً على فكرة تحمل المخاطر (Risk - Taking) الناشئ من مزاوله هذا النشاط (العمل الطبي)<sup>(٥٨)</sup>. والسلوك الذي يرتب ضرراً يعتبر تجاوزاً غير مبرر لتلك المخاطرة بما يبيح فكرة معاقبة مزاول ذلك النشاط<sup>(٥٩)</sup>. وتطبيقاً لذلك، يرون أن سلوك الطبيب المبني على إهمال جدير باللوم الجنائي؛ لأن الطبيب عند قيامه بذلك النشاط لم يأخذ في الاعتبار مدى تأثير سلوكه على حياة الآخرين، ويقدم أصحاب هذا الرأي مثلاً لذلك الإهمال بحالة الطبيب الذي فشل في تحويل مريض للمستشفى، حدث له نزيف من جراء عملية أجراها له بعيادته الخاصة<sup>(٦٠)</sup>.

بينما في الجانب الآخر، يرى المعارضون لاستخدام نصوص القانون الجنائي في مواجهة الأخطاء الطبية أن القانون الجنائي يجب أن يقتصر نطاقه على أولئك الأفراد الذي يرتكبون الأخطاء بإرادتهم (القصد الجنائي)<sup>(٦١)</sup>. بعبارة أخرى، القانون الجنائي يتعين أن ينصرف لمواجهة تلك الزمرة من الأفراد والتي تتعمد إلحاق الأذى بالآخرين، أو على علم بنتائج نشاطهم الضارة تجاه الآخرين، ورغم ذلك استمروا في مزاوله ذلك النشاط، ويضيف أنصار هذا الاتجاه أنه من غير العدالة أن يعاقب شخص عن نشاط مبني على الإهمال، وذلك عندما يكون الضرر الناشئ عن ذلك النشاط غير متعمد أو غير مدرك<sup>(٦٢)</sup>.

Joshua Dressler, Understanding Criminal Law 113 (2d ed. 1995). (٥٦)

See Id. at 114. (٥٧)

Id. (٥٨)

George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law 262 - 63 (1978). (٥٩)

Id. (٦٠)

Alexander McCall Smith, Criminal or Merely Human?: The Prosecution of Negligent Doctors, 12 J. Contemp. Health L. & Pol 131, 145 (1995). (٦١)

Jerome Hall, Negligent Behavior Should Be Excluded from Penal Liability, 63 Colum. L. Rev. 632, 641 (1963). (٦٢)

ويضيف أنصار الاتجاه المعارض أنه ليس بالضرورة أن الردع سيتحقق من جراء استخدام العقوبات الجنائية<sup>(٦٣)</sup> باعتبار أن الشخص المهمّل هو شخص لم يدرك المخاطر الناشئة عن سلوكه، فكيف سيدرك المخاطر أو النتائج المترتبة على توقيع عقوبات جنائية بحقه<sup>(٦٤)</sup>. ويرون أن الأطباء على الرغم من أنهم ملزمون بدفع التعويضات اللازمة والضرورية لتصحيح الأضرار التي نشأت من سلوكياتهم إلا أن ذلك ليس مؤداه أو مبرراً للقول بأن هؤلاء الأطباء يجب أن يكونوا عرضة لمنعهم من مزاوله مهنتهم أو تشويه سمعتهم<sup>(٦٥)</sup>.

وتضيف الجمعيات المهنية الطبية - كاتجاه معارض لاستخدام النصوص الجنائية بحق الأطباء - أن تقرير المسؤولية الجنائية للأطباء دون إثبات قصد جنائي بحقهم سيكون من شأنه خلق سوابق خطيرة<sup>(٦٦)</sup>. وهذه السوابق سيكون من شأنها جعل الأطباء كارهين لتولي حالات المرض الجديد أو الحالات الصعبة، مما يساهم في إعاقه خلق وتطوير العلم الطبي والأساليب العلاجية<sup>(٦٧)</sup>، أضف إلى ذلك، إن استخدام المسؤولية الجزائية لمواجهة الأخطاء الطبية قد يسهم في زيادة تكاليف التأمين الطبي بما يضر بشريحة كبيرة من المرضى<sup>(٦٨)</sup>. وأخيراً، تزداد المخاوف لدى الأوساط الطبية بأن القضاة أو المحامين سيحتكرون دور الخبرة الطبية في تحديد معايير تقديم الرعاية الصحية<sup>(٦٩)</sup>.

ورغم وجهة كل رأي، نرى أن النصوص الجنائية يجب دائماً أن تبقى خياراً مفتوحاً لمواجهة بعض الحالات الطبية التي تستلزم الردع، إلا أن هذا الخيار يجب ألا يبالغ في استخدامه باعتبار أن مهنة الطب وما تقدمه من خدمة جليلة للمجتمع

See Hall at 641. (٦٣)

Id. (٦٤)

Diane M. Gianelli, MD Charged with Manslaughter After Nursing Home Patient Dies, Am. Med. News. Apr. 22 -29, 1991, at 2. (٦٥)

Thomas Maier, More Doctors Face Prosecution; Crimes Charged in Cases of Deadly Error, Newsday, Apr. 18, 1995, at A35. (٦٦)

Sue Lindsay, Doctor Denies Mistreatment of Patient, Rocky Mtn. News, Apr. 27, 1996, at 17A. (٦٧)

Jose Lozano, Malpractice and the Health Care Crisis, Am. Med. News, Aug. 24, 1992, at 40. (٦٨)

Linda Oberman, Defining Clinical Crime, New Cases Raise Questions on What Goes to Court, Am. Med. News, Sept. 6, 1993, At 2. (٦٩)

والحاجة الماسة إلى تطويرها دائماً ما تكون دافعاً نحو رسم سياسة متوازنة في مواجهة أخطاء تلك المهنة.

ونعتقد أن توحيد سياسة الاتهام بشأن الأخطاء الطبية يحقق المزايا الآتية: (١) توحيد سياسة الاتهام يعزز من فكرة العدالة وتحقيق مبدأ المساواة، بما يعزز من فكرة ثقة المجتمع في عمل جهات التحقيق (٢) توحيد سياسة الاتهام يساهم في تعزيز حرفية عمل جهات التحقيق (٣) توحيد سياسة الاتهام يساعد على استقرار مفهوم المسؤولية الجزائية بين الأطباء (٤) توحيد سياسة الاتهام يساهم في توحيد دور الخبرة الطبية في الدعاوى القضائية (٥) توحيد سياسة الاتهام يساعد جهات التحقيق على أداء وظيفتها على أكمل وجه (٦) توحيد سياسة الاتهام يساهم في توحيد الأحكام القانونية المتعلقة بالتدابير الأخرى مثل الدعوى المدنية والقرارات التأديبية باعتبار أن الدعوى الجزائية لها أثرها على تلك التدابير.

ولتحديد متى تكون الدعوى الجنائية خياراً مناسباً في مواجهة الخطأ الطبي، يتعين أولاً التعرض لمسألة هامة وهي هل جهات التحقيق تملك من الناحية القانونية الإجرائية أصلاً خلق سياسة اتهام ذاتية لمواجهة الأخطاء الطبية في ظل الموقف التشريعي المتبني لوحدة الخطأ الطبي الجنائي والمدني أم لا؟

## المطلب الثاني

### أساس السلطة التقديرية في مباشرة إجراءات الاتهام بصفة عامة

قبلولوج في مسألة الملاءمة أو الإلزام في تعامل جهات التحقيق مع الدعوى الجنائية، يعد من الضروري في البداية بيان بعض الفوارق القائمة بين بعض المصطلحات التي تتعلق بسلطة جهات الاتهام حيال التعامل مع الدعوى الجزائية، حيث تتنازع الدعوى الجزائية ثلاثة مصطلحات وهي التحريك والمباشرة (أو الاستعمال) والتصرف. ويقصد بتحريك الدعوى الجزائية البدء أو القيام بأول إجراء من إجراءات الدعوى الجزائية، ولما كانت هذه الدعوى الجزائية تمر بعدة مراحل بدءاً من مرحلة التحقيق الابتدائي، لذلك فجهة التحقيق تبدأ بتحريك الدعوى الجزائية باتخاذها أول إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي كقيامها بسماع أقوال المبلغ أو المجني عليه أو استجواب المتهم. وجدير بالذكر الإشارة إلى أن جهات التحقيق في القانون الكويتي تنقسم إلى جهتين: النيابة العامة وهي التي تملك التحقيق والتصرف والإدعاء في



جرائم الجنايات، بينما تأتي الإدارة العامة للتحقيقات كجهة تحقيق وتصرف وإدعاء في جرائم الجنح<sup>(٧٠)</sup>.

أما مباشرة الدعوى الجزائية فهو مفهوم يقوم بقيام جهة التحقيق باتخاذ أي إجراء من الإجراءات التي تسير بها الدعوى نحو الحكم البات، ومن ثم يمكن القول إن مفهوم المباشرة يستغرق مفهوم التحريك، ويدخل في تلك الإجراءات كل إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي يهدف إلى الوصول إلى الحقيقة وجمع الأدلة، تمهيداً للانتقال للمرحلة التالية وهي مرحلة المحاكمة. وقد قررت المادة (١٠٥) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية أن "تتولى النيابة العامة مباشرة الدعوى الجزائية بطلب توقيع العقوبة على المتهمين بالجنايات وفقاً للإجراءات وطبقاً للشروط المنصوص عليها في هذا القانون، ويتولى المحققون مباشرة الدعوى الجزائية بطلب توقيع العقوبة على المتهمين في الجنح التي تولوا التحقيق والتصرف فيها وفقاً للمادة التاسعة"<sup>(٧١)</sup>.

أما التصرف في الدعوى الجزائية فيقصد به مدى إمكانية التنازل عن الدعوى الجزائية من قبل ممثل المجتمع في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية. ويمكن القول أن المادة (١٠٢) من قانون الإجراءات جاءت واضحة وصريحة في هذا الشأن، وقررت أن المدعي لا يملك التنازل عن الدعوى الجزائية ما لم تقم أسباب محددة حصراً في القانون. حيث قررت المادة (١٠٢) أنه "على المحقق بعد إتمام التحقيق، إذا وجد أن هناك جريمة يجب تقديمها للمحاكمة، وأن الأدلة ضد المتهم كافية، فعليه أن يقدمه إلى المحكمة المختصة لمحاكمته". وقد أضاف ذات النص القانوني أسباباً لحفظ التحقيق مؤقتاً كعدم كفاية الأدلة أو عدم معرفة الفاعل، أو حفظاً نهائياً إذا وجد مانع قانوني موضوعي أو إجرائي. وعلى خلاف بعض التشريعات العربية الأخرى، فرض المشرع الكويتي رقابة قضائية على جهات التحقيق المختصة بممارسة هذه السلطة - حفظ التحقيق - من خلال منح المجني عليه في الجريمة حق التظلم القضائي من قرار تلك الجهات بالحفظ<sup>(٧٢)</sup>.

(٧٠) انظر: المادة (٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

(٧١) وقبل عام (١٩٦٠)، كان المشرع يسمح للمجني عليه في الجريمة بمباشرة الدعوى الجزائية في مواد الجنح بإدعاء مباشر. انظر: المادة (١٠٦) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية والمعدلة بالقانون رقم (٣٠) لسنة (١٩٦١).

(٧٢) وفي ذلك تقرر المادة (١٠٤) مكرر أنه: يجوز للمجني عليه في جناية أو جنحة أو لأي من ورثته وإن لم يدع مدنياً التظلم من قرارات الحفظ المشار إليها في المواد السابقة، خلال شهرين من تاريخ إعلانه أو علمه بقرار الحفظ، وذلك أمام محكمة الجنايات أو محكمة الجنح =

ومما لا ريب فيه أن الحديث عن مفاهيم التعامل مع الدعوى الجزائية لا يغني عن ضرورة الإشارة إلى تلك النظم التشريعية السائدة في شأن تحريك الدعوى الجزائية حيث تنقسم هذه الأنظمة قسمين: نظام حتمية تحريك الدعوى الجزائية، ونظام ملاءمة ذلك التحريك، ويقصد بنظام حتمية تحريك الدعوى الجزائية إلزام جهة التحقيق متى قامت شرائط وأركان الدعوى الجزائية بتحريكها، بينما يمنح نظام الملاءمة سلطة تقديرية لتلك الجهات في تقرير مدى ملاءمة تحريك الدعوى الجزائية في ضوء المصلحة العامة، وبناء على ذلك، يمكن القول أنه وفقاً لنظام الحتمية متى قامت أركان الجريمة وثبتت المسؤولية بحق أحد الأشخاص وانتفت جميع الموانع الإجرائية، كان إلزاماً على جهة التحقيق إحالة ملف القضية للمحكمة المختصة لمحاكمة من ثبتت مسؤوليته، بينما يسمح نظام الملاءمة رغم توافر جميع ركائز الدعوى الجزائية الموضوعية والإجرائية لجهة التحقيق بحفظ ذلك التحقيق للصالح العام والاكتفاء بالتدابير اللازمة لمعالجة الخلل الناشئ عن الفعل محل التحقيق، بل يضاف إلى ذلك أن نظام الملاءمة يسمح لجهات التحقيق بسحب الدعوى من حوزة القضاء بعد الإحالة.

ولم ينحز المشرع الكويتي لأي نظام بل أخذ بالاثنتين في مراحل سير الدعوى الجزائية، ولما كان من المتفق عليه أن إجراءات الاستدلال - إجراءات البحث والتحري كما يطلق عليها في ظل نصوص التشريع الكويتي - لا تتحرك بها الدعوى الجزائية، نجد أن المحقق المختص له سلطة تقديرية في تقرير فتح باب التحقيق الابتدائي من عدمه، مما يجعل المشرع الكويتي في نطاق تحريك الدعوى الجزائية يبنى نظام الملاءمة<sup>(٧٣)</sup>. بينما

= المستأنفة بحسب الأحوال، وتفصل المحكمة منعقدة في غرفة المشورة في التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه بقرار لا يقبل الطعن فيه بأي طريق، ولها قبل إصدار قرارها سماع أقوال من ترى لزوم سماع أقواله، أو تكليف جهة التحقيق المختصة باستيفاء أي نقص في التحقيق أو استكمال الأوراق. في حالة قبول التظلم موضوعاً تقدم القضية إلى المحكمة المختصة خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة الأوراق إلى الجهة التي أصدرت القرار المتظلم منه. وفي جميع الأحوال يكون القرار الصادر في التظلم مسبباً، وعلى جهة التحقيق عرض القضايا الصادر بشأنها قرارات بالحفظ والتي لا يعرف فيها المجني عليه أو ورثته على المحكمة المختصة للنظر فيها، وذلك وفقاً للأوضاع المنصوص عليها بالفقرات السابقة.

(٧٣) تنص المادة (٤٧) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي على الآتي: للمحقق، عندما يصله بلاغ أو محضر تحريات من الشرطة بشأن حادث معين، أن يتصرف على أحد الأوجه الآتية تبعاً لما تقتضيه أهمية الجريمة وظروفها، أولاً: أن ينتقل فوراً إلى محل الحادث لمباشرة التحقيق بنفسه أو يباشره في أي مكان آخر. ثانياً: أن يصدر أمراً بنذب أحد رجال الشرطة للقيام بالتحقيق. ثالثاً: أن يأمر الشرطة بالاستمرار في تحرياتها إذا لم يجد داعياً لفتح التحقيق. رابعاً: أن يرفع الدعوى إلى المحكمة ضد المتهم وفقاً للقواعد المقررة في المادة ١٠٢. خامساً: أن يصدر قراراً بحفظ الأوراق وفقاً للقواعد المقررة في المادة ١٠٢.

متى ما قرر المحقق المختص تحريك الدعوى الجزائية باتخاذ أول إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي كان ملزماً بمباشرة الدعوى الجزائية لحين التوصل لقرار بشأن ما أجراه من تحقيق وما أسفر عنه سواء بالإحالة أو بالحفظ، الأمر الذي يجعل المشرع يبني نظام الحتمية بخصوص مفهوم مباشرة الدعوى الجزائية. وفي سبيل التصرف في التحقيق الابتدائي، نجد أن المشرع تبني نظام الملاءمة، حيث قرر لجهة التحقيق سلطة حفظ التحقيق لعدم الأهمية<sup>(٧٤)</sup>. أما إذا دخلت الدعوى مرحلة المحاكمة، انقلبت جهة التحقيق إلى جهة اتهام وأصبحت ملزمة بمباشرة إجراءات الاتهام (نظام الحتمية).

وعلى خلاف الوضع في بعض التشريعات الجنائية العربية كالتشريع المصري، نص المشرع الكويتي صراحة على جواز حفظ التحقيق نهائياً لعدم الأهمية في المادة (١٠٤) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية. ويثير هذا النص شبهة بعدم الدستورية باعتباره يمنح تلك السلطة إلى السيد وزير الداخلية (رئيس الشرطة والأمن العام سابقاً) في جميع الجرائم (الجنايات والجنح) وذلك بالمخالفة للنص الدستوري (١٦٧) الذي يقرر أن: "تتولى النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع،... ويجوز أن يعهد بقانون لجهات الأمن العام بتولي الدعوى العمومية في الجرح على سبيل الاستثناء، وفقاً للأوضاع التي يبينها القانون". ولا ريب أن التولي لفظ يشمل كل من التحريك والمباشرة والتصريف. والجدير بالذكر أن نص المادة (١٠٤) كان يضع هذه السلطة بيد النائب العام سواء لجرائم الجنايات أو الجرح لحين صدور القانون رقم (٣٠) لسنة (١٩٦١).

ونعتقد بأن نص المادة (١٠٤) يمكن أن يكون تلك الوسيلة التي تلعب دوراً في رسم سياسة لجهة التحقيق المختص (الإدارة العامة للتحقيقات) في فرز حالات الأخطاء الطبية والتي تدخل ضمن انتهاكات النصوص الجزائية إلى ما يستدعي استخدام الدعوى العمومية وما لا يستدعي. وهذه الصورة من صور حفظ التحقيق تتميز أنها جاءت لمواجهة حالات تكون فيها الجريمة من حيث عناصرها ومن حيث أدلتها قائمة، كما أن موانع إقامة دعاوها منتفية وعلى الرغم من ذلك تأتي دوافع أخرى تتطلب النظر في مسألة مدى جدوى السير أو الاستمرار في ملاحقة الجاني فيها، ومدى تحقيق ذلك للمصالح العام. ويتنازع دعاوى الأخطاء الطبية مبررات متناقضة: مبرر

(٧٤) تقرر المادة (١٠٤) من قانون الإجراءات أنه: لرئيس الشرطة والأمن العام أن يصدر قراراً بحفظ التحقيق نهائياً ولو كانت هناك جريمة وكانت الأدلة كافية إذا وجد في تفاهة الجريمة أو في ظروفها ما يبرر هذا التصرف.



إحالتها وهو قيام جميع عناصر الجريمة وأدلتها ووجود فاعلها، ومبرر عدم إحالتها وهو حماية مهنة الطب والعمل على تطويرها وعدم إرهاب القائمين عليها، ولا شك أن في هذا النوع من الحفظ نجد أن القرار يعتمد بدرجة كبيرة على فطنة المحقق المختص وحسن تقديره.

وقد أورد المشرع معياراً عاماً منح فيه لجهة التحقيق سلطة تقديرية في حفظ التحقيق لعدم الأهمية، حيث قررت المادة (١٠٤) ذلك الحفظ في حالة "... تفاهة الجريمة أو في ظروفها ما يبرر ذلك". وما جرى عليه العمل، أن قرارات جهات التحقيق بحفظ التحقيق لعدم الأهمية ترتكز على اعتبارات متنوعة ومن هذه الاعتبارات تفاهة الضرر الناشئ عن السلوك الإجرامي<sup>(٧٥)</sup> أو حصول صلح بين المتهم والمجني عليه<sup>(٧٦)</sup> أو أداء المتهم تعويضاً كاملاً للمجني عليه<sup>(٧٧)</sup> أو كون المتهم مبتدئاً في الإجرام ويخشى فساد أخلاقه فيما لو قضي عليه بعقوبة سالبة للحرية أو انتفاء الخطورة الإجرامية لتقدم سن المتهم<sup>(٧٨)</sup> أو أن السلوك الإجرامي أساسه هو تجاوز في ممارسة حق مشروع كتأديب الأب لابنه<sup>(٧٩)</sup> أو اكتفاء جهة التحقيق بالجزاء الإداري<sup>(٨٠)</sup>. ويلاحظ من هذه الاعتبارات أن بعضها يتعلق بجانب شخصي (كون المتهم حديث العهد بالإجرام أو تقدم المتهم في السن) والبعض الآخر يرتبط بوقائع لاحقة على الجرم كالصلح والتعويض.

ونرى أن قضايا أو شكاوى الأخطاء الطبية قد تحوي أكثر من اعتبار يمكن اللجوء إليه لتبرير حفظ التحقيق بشأنها لعدم الأهمية باعتبار أن الجريمة تمثل تجاوزاً لحق

(٧٥) محضر رقم (٣٦١٣) لسنة (١٩٨٣) جنایات استیلاء مال عام - مشار إليها لدى د. عبد الفتاح بيومي حجازي - سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية - دار الفكر الجامعي - الطبعة ٢٠٠٤ - ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٧٦) محضر رقم (٣٩٧٩) لسنة (١٩٨٨) جنح منيا القمح مشار إليها لدى د. عبد الفتاح بيومي حجازي - المرجع السابق.

(٧٧) محضر رقم (١٠٣٩٣) لسنة (١٩٨٨) جنح بيلا مشار إليها لدى د. عبد الفتاح بيومي حجازي - المرجع السابق.

(٧٨) محضر رقم (٣٩٧٩) لسنة (١٩٨٨) جنح منيا القمح مشار إليها لدى د. عبد الفتاح بيومي حجازي - المرجع السابق.

(٧٩) محضر رقم (١٩٩٤) لسنة (١٩٨٣) جنح قسم كفر الشيخ مشار إليها لدى د. عبد الفتاح بيومي حجازي - المرجع السابق.

(٨٠) محضر رقم (٣٩٤) لسنة (١٩٨٨) جنح منيا القمح مشار إليها لدى د. عبد الفتاح بيومي حجازي - المرجع السابق.



مشروع وهو حق العلاج، كما أن الأطباء - كأصل عام - يمكن اعتبارهم من فئة المجرمين حديثي العهد في الإجرام ويخشى فساد أخلاقهم فيما لو تم الزج بهم في السجون. قد يكون في بعض الأحوال الاكتفاء بالجزاء الإداري كافياً لتحقيق رسالة رادعة لكل منتم لمهنة الطب ويحاول الإساءة إليها أو استغلالها على نحو غير مشروع. وأخيراً، حصول الصلح أو أداء التعويض أمر يتصور حدوثه في هذا النوع من الشكاوى كسائر الشكاوى الجنائية الأخرى.

ونرى أن الأمر بحفظ التحقيق لعدم الأهمية ليس له ضابط محدد، وتوحيد سياسة الاتهام يحتاج لوضع عوامل يغلب عليها طابع العموم والتجريد، بحيث يتم دراسة وقائع كل شكوى على حدة، وما أسفر عنه التحقيق في تلك الشكاوى، وتحديد مدى جدوى قرار الحفظ لعدم الأهمية في ظل تلك العوامل، ويتعين أن تتفق هذه العوامل مع طبيعة شكاوى الأخطاء الطبية.

### المطلب الثالث

#### عوامل محفزة لتحريك الدعوى الجزائية بشأن الأخطاء الطبية

تعتبر الملاحقات الجزائية في الوقت الحالي أمراً قليل الحدوث، وعددها يمثل أقل من عدد الملاحقات المدنية المؤسسة على الفعل الضار، وعلى الرغم من ذلك، فالحقيقة التي ينبغي استخلاصها هي أن هناك مؤشرات تدعو للاعتقاد بازدياد عدد القضايا الجزائية تجاه الأطباء في المستقبل القريب. على سبيل المثال، في الولايات المتحدة الأمريكية، نجد أن عدد القضايا الجزائية التي اتهم فيها أطباء بسبب أخطاء مهنية خلال الفترة من ١٨٠٩-١٩٨١ تقدر بعدد (١٥) قضية جزائية، بينما تضاعف هذا العدد خلال الفترة من ١٩٨٥-٢٠٠٤ وجميع هذه القضايا تضمنت نتائجها وفاة لمرضى أو أكثر<sup>(٨١)</sup>. ولما كان هذا التزايد يحتاج إلى معالجة تشريعية لبيان متى يستدعي الخطأ الطبي اللجوء إلى الدعوى الجزائية، ولحين إجراء هذا التدخل التشريعي، يضحى الواجب على جهات التحقيق المختصة بناء سياسة اتهام ذاتية حيال الشكاوى التي تتعلق بالأخطاء الطبية.

ولما كانت الشكاوى المتعلقة بالأخطاء الطبية كغيرها من الشكاوى القضائية من حيث كونها وقائع تتضمن عناصر مختلفة، نعتقد أن تأسيس وتوحيد سياسة الاتهام

Filkins JA. Criminalization of Medical Negligent. In: Sanbar SS, Fiscina S, (٨١) Firestone MH, eds. Legal Medicine, 7th ed. Philadelphia; Elsevier Health Sciences; 2007: 507-12

يتطلب تعميم لهذه العناصر المشتركة للشكاوى المتعلقة في الأخطاء الطبية ودراسة كل عنصر على حدة ثم ربطه بالعناصر الأخرى؛ للوصول إلى قرار بشأن التحقيق الذي أجري في تلك الشكاوى، سواء بالإحالة إلى المحكمة أو الحفظ لعدم الأهمية.

ونرى أن توحيد سياسة الاتهام يحتاج إلى تضافر الجهود والتنسيق المشترك بين القضاء وجهة الاتهام حول مفهوم عدم الأهمية كمبرر لحفظ التحقيق نهائياً، وضرورة هذا التوحيد في وجهات النظر يفرضه التنظيم التشريعي لحق المجني عليه في التظلم القضائي من قرارات جهات التحقيق بحفظ التحقيق لأي اعتبار كان، وفي ذلك تقرر المادة (١٠٤ مكرر) من قانون الإجراءات الجزائية: يجوز للمجني عليه في جناية أو جنحة أو لأي من ورثته وإن لم يدع مدنياً التظلم من قرارات الحفظ المشار إليها في المواد السابقة، خلال شهرين من تاريخ إعلانه أو علمه بقرار الحفظ، وذلك أمام محكمة الجنايات أو محكمة الجنح المستأنفة بحسب الأحوال.

ولما كان الأطباء يستدعون في غالب القضايا الجنائية لأداء مهمة الخبرة وتحديد مسألتين: (١) تحديد معيار الرعاية الطبية الواجب اتباعه في مثل هذه الحالات. (٢) تحديد ما إذا كان سلوك الطبيب المتهم يعد خروجاً أو إخلالاً بذلك المعيار من عدمه. ويدخل في الإخلال صورتان: (١) الخروج عن الأساليب الطبية المعتمدة والمعتبرة دون مبرر قوي (٢) استخدام أساليب علاجية ذات مخاطرة كبيرة على صحة المريض، يتعين على جهات التحقيق التثبت من هذه الإشكالية قبل اتخاذ القرار بحفظ التحقيق نهائياً لعدم الأهمية.

ويعد من العناصر المهمة التي يتعين أن تؤخذ بعين الاعتبار في تقرير مدى الحاجة إلى الدعوى الجنائية عنصر جسامة الخطأ أو الإخلال بالمعايير الطبية. لذلك، نجد أن - في بعض القضايا الجنائية المرفوعة ضد الأطباء - درجة الإهمال جسيمة والذي يثبت أن خروج الطبيب عن المعايير والإجراءات الطبية المعتمدة والمتعارف عليها في مثل هذه الحالات يعد غير ضروري، ومن أمثلة الإهمال الجسيم ثبوت قيام الطبيب بإجراء عمليات جراحية تحت تأثير المخدر أو الكحول، وقد ثبت أن نسبة تقدر بين ١٠٪ إلى ١٥٪ من الأطباء في الولايات المتحدة الأمريكية يعانون من الإدمان لهذه المواد<sup>(٨٢)</sup>. لذلك، يعد من المبادئ القضائية المستقر عليها أن إجراء العمليات الطبية تحت تأثير هذه المواد يعد من الصور الواضحة للأخطاء الطبية الجسيمة والتي

(٨٢) Holbrook J., The Criminalization of Fatal Medical Mistakes, BMJ. 2003: 1118- 1119.

من شأنها تحريك نصوص القانون الجنائي، ولا يعد الخضوع لتأثير هذه المواد الكحولية أو المخدرة مانعاً من موانع المسؤولية المبرر لارتكاب خطأ طبي بخصوص المرضى. ويعتبر خطأ الطبيب الناشئ من تناول المواد المخدرة أو المسكرة أثناء ممارسته لمهنة الطب والذي ينشأ عنه ضرر بمثابة الخطأ المنسوب لقائد المركبة بسبب قيادته لمركبته تحت تأثير المادة الكحولية أو المسكرة والذي ترتب عليه ضرر جسدي لآخر. ولا ريب أن هذا العنصر تلعب الخبرة دوراً في تحديده، كما أن خبرة الطبيب محل الاتهام عامل بارز في تحديد مدى جسامته الخطأ المنسوب إليه.

ومما لا شك فيه أن معيار الرعاية الطبية يتحدد في ضوء النطاق الجغرافي، ويختلف من مكان لآخر، بحيث كل نطاق جغرافي تتولى الوحدة الطبية أو القسم - الذي يتبعه الطبيب المتهم من حيث التخصص - تحديد المعايير المعتمدة وما يعد خروجاً عليها من أفعال، ومن ثم ما يعد أمراً غير قابل للتسامح فيه. وقد تتأثر مسألة تحديد هذه المعايير بموقف ذلك المجتمع الذي يتبعه القسم الطبي من بعض القضايا أو المسائل كالإجهاض أو الاتصال الجنسي أو الإيمان بقدرة الطبيب على شفاء المريض أو القتل الرحيم.

ويتعين لتحريك الدعوى الجنائية ضد طبيب منسوب إليه إهمال، أن تكون هناك مؤشرات على التكرار في الإهمال بحقه، بمعنى أن يكون هناك استمرار من قبل الطبيب على استخدام ذات السلوك المؤثم وغير المقبول طبياً في حالات مرضية متعددة، ولا يتطلب ذلك أن تكون هناك محاكمات سابقة دالة على تلك السلوكيات، بل يكفي أن يتبين من التحقيقات والتقارير الطبية الصادرة عن عمل الطبيب السنوي ما يدعو للقول بأن هذا الطبيب قد سبق اتباعه لذلك السلوك الطبي الضار والذي نشأ عنه أضرار لمرضى آخرين.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، تمثل قضية الدكتور كالفانا (Klvana)<sup>(٨٣)</sup> مثالاً بارزاً على الإخلال الجسيم والمتكرر. في تلك القضية، بعد تلقيه التعليم في المجال الطبي في دولة تشيكوسلوفاكيا تم رفض قبول الطبيب كالفانا للتدريب في ولاية نيويورك بسبب ضعف أدائه الطبي. بعد ذلك، قام بتقديم استقالته من فترة التدريب كطبيب للتخدير بعدما قرر مستشفى آخر هو مستشفى كاليفورنيا مسؤوليته عن وفاة أحد المرضى، وقد قررت هيئة التراخيص الطبية في تلك الولاية إيقاف ترخيص العمل

People v. Klvana, 11 cal App. 4th 1679, 15 cal Rptr. 2d 512 (1992).

(٨٣)

الخاص بالطبيب بسبب إدانته جزائياً بـ ٢٦ تهمة من ضمنها وصف مواد مخدرة لمرضى لا يستحقونها، كما تمت إدانته بتقديم نفسه للمرضى على خلاف الحقيقة طبيب حاصل على ترخيص طبي، بينما في حقيقة الأمر أن منحه ذلك الترخيص كان قيد الدراسة.

وقام الطبيب في الاستمرار بمزاولة مهنة الطب بعد إيقافه وذلك في عيادته الخارجية الخاصة، وخلال فترة (١١) سنة، توفي عدد (٩) أطفال هو من قام بإجراء عمليات ولادتهم، حيث ثبت أن الوفاة كانت بسبب أخطاء طبية خلال عمليات الولادة، وقد تم اتهام الطبيب عن هذه الوفيات، وقد كان الاتهام يجد أساسه في جريمة القتل العمد المجرد من الظروف المشددة (قتل عمد من الدرجة الثانية) بالإضافة إلى الغش بحق شركات التأمين الطبي وشهادة الزور والسرقه وممارسة مهنة الطب دون ترخيص.

وقد انتهى تقرير اللجنة الطبية التي طلب منها تحديد مدى كون سلوك الطبيب يتفق مع المعايير المعتمدة في تخصص الطبيب محل الاتهام إلى أن سلوك الطبيب يعتبر سلوكاً متهوراً في ضوء المعايير المتبعة في مهنة التوليد، وذلك يتضح من خلال العناصر والظروف الآتية: (١) الفشل في المتابعة أو المراقبة المستمرة لحالات المرضى التابعين له أثناء تواجدهم في غرفة الملاحظة لما بعد التدخل الجراحي. (٢) عدم الاهتمام لوجود علامات تدل على استغاثات الجنين أو حديثي الولادة. (٣) غياب الطبيب في بعض عمليات الولادة. (٤) عدم الاكتراث لبعض علامات صعوبة التنفس لدى الجنين حديث الولادة. (٥) الفشل في تحويل المرضى في عيادته للمستشفى عند حدوث مضاعفات للعمل الطبي الذي قام به. ورغم صدور أمر طبي للمتهم بالتوقف عن القيام بعمليات ولادة في عيادته الخاصة، قام بمزاولة تلك العمليات لاحقاً، تمت محاكمة المتهم وإدانته بعقوبة تصل (٥٣) يوماً بالسجن.

ويجب على جهة التحقيق أن تتحقق من تاريخ الإخلال المنسوب للطبيب المتهم متى تكرر منه الإخلال بأصول العمل الطبي. وتجسد قضية الطبيب<sup>(٨٤)</sup> فكرة المجرم العائد (Repeat Offender). وفي وقائع تلك القضية، نجد أن المتهم قد تم سحب ترخيص مزاولته لمهنة الطب؛ وذلك بسبب ثبوت عدم أهليته الطبية بشكل فادح بعد

People v. Benjamin, 270 AD 2d 428, 705 NYS 2d 386 (2d Dept 2000).

(٨٤)



ثبوت قيامه للمرة الخامسة بعمل جرح داخلي في رحم مريضة أثناء عملية إجهاض لها. ولسوء حظ المريضة أن المتهم سمح له بترتيب ضرر أكبر للمريضة وذلك بسبب السماح له باسترداد ترخيص مزاولة مهنة الطب بعد التظلم من قرار السحب. في تلك الفترة، قام المتهم بإجراء عملية إجهاض في مكتبه لمريضة كانت حاملاً في الأسبوع العشرين وذلك بالمخالفة لقوانين الولاية الطبية والتي كانت تتطلب إجراء مثل هذه العمليات في مستشفيات وليس عيادات خاصة.

بعد إجراء عملية الإجهاض، كانت المريضة تنزف بشكل كبير بسبب الجرح الناتج من عملية الإجهاض والذي كان يبلغ طولها ما يقارب (٤) سنتيمترات. ورغم علم الطبيب بهذا النزيف، طلب من المريضة الانتظار في غرفة انتظار المرضى في العيادة بينما قام بعملية إجهاض لسيدة أخرى. بقيت المريضة الأولى في الغرفة تنزف دون مراقبة من الطبيب أو أحد مساعديه لمدة ساعة واحدة لحين دخولها في غيبوبة ووفاتها. وبناء على شهادة أحد المرضى المتواجدين، قرر أن الطبيب قام بإبلاغ أحد مساعديه بشكل خاطئ عن حالة المريضة مما تسبب في التأخير في التدخل الطبي اللازم لوقف النزيف في الوقت المناسب، تم محاكمة المتهم بتهمة إلحاق أذى أقصى إلى الموت وإدانته بعقوبة وصلت لخمس وعشرين سنة بالسجن.

وتتطلب المسؤولية الجزائية الطبية كالمسؤولية المدنية أربعة عناصر لقيامها (١) وجود التزام بالقيام بعمل (٢) انتهاك أو إخلال بذلك الالتزام (٣) ترتب ضرر (٤) قيام علاقة سببية بين الإخلال والضرر، ويضاف لهذه العناصر عنصر خامس يتعلق بالحالة الذهنية للطبيب أو ما يسمى بالخطأ مع التوقع. والحالة الذهنية للطبيب تتدرج من الإهمال (عدم الانتباه) إلى العمد. وتوضيحاً لذلك، عندما شهد أحد الأطباء بكون المتهم (Klvana) في أسلوب عمله "يعتبر متعجرفاً وغير منظم في أدائه لعمله وقيامه بالتزاماته، وأن تدريبه وخبرته كانت كافية لتنبية المتهم إلى الحاجة إلى الاستمرار في مراقبة المريض لمرحلة ما بعد التدخل الجراحي الذي قام به، ولكن المتهم مختاراً تجاهل هذه المعايير الطبية المعتمدة، وقد قام الطبيب باستخدام مادة مسيلة للدم - دون مراقبة تذكر في عيادته أو مستشفى - لامرأة حامل خضعت في السابق إلى عمليتين قيصريتين وتوفي مولودها نتيجة الاختناق لنقص في الأكسجين". وقد كرر المتهم استخدام هذا الأسلوب في العمل (عدم المراقبة اللاحقة) عدة مرات مما يدل على عدم اهتمامه لصحة مريضه وسلامة حياته. وبالمثل للطبيب (Benjamin) الذي كان مدفوعاً بالجشع المادي والذي قرر إجراء عملية إجهاض ثانية بينما ترك المريضة الأولى تنزف في غرفة انتظار المراجعين في عيادته.

ومن المؤكد أن التقارب الزمني بين الأخطاء المنسوبة للطبيب لها دور مهم في تعزيز قيام عنصر عدم الاهتمام بصحة المرضى، وهو من العوامل التي تلعب دوراً في تأكيد مسؤولية الطبيب الجنائية. فلو أجرى الطبيب عملية لأحد المرضى وتعرض ذلك المريض لنزيف، فعدم تدخل الطبيب في الوقت المناسب لإيقاف ذلك النزيف لا يدل سوى على أمر من أمرين: (١) جهل الطبيب بأساسيات المهنة والإجراءات الطبية التي يتعين اتباعها في مثل هذه الحالات (٢) تعتمد الطبيب تعريض حياة المريض للخطر. وفي حالة تكرار حالات عدم التدخل من جانب الطبيب في الوقت المناسب ما هو إلا دلالة قوية على تعتمد الطبيب تعريض حياة مرضاه للخطر.

ويعد عنصر الضرر من العناصر المهمة التي يتعين أن تؤخذ بعين الاعتبار في تقرير مدى الحاجة إلى اللجوء إلى نصوص القانون الجنائي. وعنصر الضرر يمثل النتيجة المترتبة على العمل الطبي سواء أكان تشخيصياً أم علاجياً. وبناء على ذلك، يمكن القول إن جسامته الضرر المترتب على العمل الطبي يعد من العوامل المحفزة لملاحقة الطبيب جزائياً، بينما تفاهة الضرر الناشئ عن الخطأ الطبي يجعل من مآل التحقيق الانتهاء إلى حفظه لعدم الأهمية، وكما سبق أن أشرنا أن النتيجة المعتبرة في نظر المشرع الجزائي إما الوفاة أو الإصابة أياً كان تكييفها على نحو محسوس أو الآلام البدنية الشديدة أو عاهة مستديمة. ويؤخذ على المشرع الكويتي أنه ساوى في العقاب بين جميع النتائج المترتبة على الجرم المبني على الخطأ ما عدا الوفاة، وعلى الرغم من هذه المساواة إلا أن هذه النتائج يتعين أن يكون لها دور حاسم في تقرير مدى الحاجة في اللجوء إلى الدعوى العمومية أو الجزائية من عدمه. ومن ثم، فإن ترتب الوفاة أو العاهة المستديمة أو النزيف الحاد أو الجلطة على العمل الطبي الخاطئ أمر يعزز من فكرة ضرورة اللجوء إلى الدعوى الجزائية.

ويتعين على جهة التحقيق أن تأخذ في الاعتبار في تقدير عنصر الضرر أنه من المتعارف عليه أن العمل الطبي سواء أكان تدخلاً جراحياً أم تشخيصياً - في بعض التخصصات - لا يخلو من عدم وضوح في النتيجة المترتبة عليه، فليس هناك تأكيد بأن العلاج أو النتيجة التي يتوخاها المريض ستترب، كما أن العمل الطبي لا يخلو من المخاطرة في حدوث مضاعفات غير متوقعة، ومن ثم فمتى كانت النتيجة سيئة، فلا يمكن للطبيب أن يتمكن من تجنبها، ومع ذلك، لا يمكن الإنكار أن بعض النتائج السيئة مردها إهمال الطبيب، مما يتيح للمضطرر اللجوء إلى دعوى التعويض عن الفعل الضار، وتبقى خيارات ضم الدعوى الجنائية لتلك الدعوى مقصورة أو محدودة في نطاق ضيق. وأخيراً فيما يتعلق بعنصر الضرر، يتعين على جهة التحقيق مراعاة مدى

مساهمة المجني عليه (المريض) في ذلك الضرر، كما لو قام المجني عليه بتقديم معلومات مغلوطة عن تاريخ المرض الذي يعاني منه.

ويجب على جهة التحقيق قبل إصدار قرار بحفظ التحقيق لعدم الأهمية أن تراعي الحالة المرضية للمجني عليه، فلو كانت هذه الحالة المرضية نادرة أو حديثة العهد بعلم الطب أو كونها حالة تختلف وتتباين بشأنها الآراء الفنية، فهذا مبرر نحو الاتجاه في مسار الحفظ وليس الإحالة. ولا يغيب عنا الإشارة إلى أن مسألة وجود آراء استشارية أخرى مسبقاً بعدم القيام بالعمل الطبي بشأن هذه الحالة يجعل عنصر عدم الاهتمام بصحة المريض بحق الطبيب قائماً، ويعد عاملاً محفزاً للجوء إلى الدعوى الجزائية.

ومما يساهم في تقرير مدى جدوى اللجوء إلى الدعوى الجزائية هو مدى اتصال جريمة الخطأ الطبي بجرائم أخرى كمزاولة مهنة الطب دون ترخيص أو بترخيص موقوف أو التزوير أو النصب، فهذا العامل يدل على الخطورة الإجرامية للكائنة في نفس الطبيب وعدم اكتراثه للنتائج الخطيرة المترتبة على نشاطه تجاه الآخرين. فكلما تعددت الجرائم المنسوبة للطبيب وكانت هذه الوقائع مرتبطة مع بعضها كلما كانت دلالات المشروع الإجرامي أكثر وضوحاً على نوايا أصحاب ذلك المشروع.

ومما لا شك فيه أن هذه العوامل ما جاءت إلا على سبيل المثال، لذلك تبقى جهة التحقيق حرة في تطوير هذه العوامل وإضافة عوامل أخرى لها. وبعد التحقق من هذه العوامل يمكن لجهة التحقيق أن تأخذ في الاعتبار العناصر العامة الأخرى المستخدمة في تقرير حالات الحفظ لعدم الأهمية، كمسألة كون المتهم مبتدئ في الإجرام، وتقدم سن المتهم، ومدى حدوث صلح بين المتهم والمجني عليه، وما إذا كان المتهم قد قام بإزالة أو محو جميع آثار جريمته من خلال أداء تعويض كامل للمجني عليه.

### الخاتمة:

إن تطور علم الطب الحديث مازال أحد العوامل المهمة في الانعكاسات القانونية المترتبة على ذلك التطور، وقد ساهمت الاتجاهات الحديثة في علم القانون الرامية لحماية المجني عليه (المريض) إلى تنوع صور المسؤولية القانونية لتشمل في طياتها المساءلة المبنية على تدبير التعويض (المدنية) والمساءلة المبنية على فكرة الردع (الجزائية). ولم تتوقف الدراسات القانونية عند هذا الحد، بل امتدت لتشمل بحث العلاقة الرابطة بين هاتين المسؤوليتين.



وقد يترتب على العلاقة بين هاتين المسؤوليتين الكثير من الآثار أو الأحكام القانونية. ولما كانت هذه التدابير المترتبة على المسؤوليتين تصدر كأصل عام من جهات مختلفة (القضاء المدني والقضاء الجزائي)، كان لزاماً على هذه الدراسات توجيه جهودها نحو حماية تلك التدابير من التناقض والتضارب فيما بينها.

ورغبة في تحقيق ذلك التآلف وعدم تناقض الأحكام القضائية، وجد المشرع أن هناك ضرورة تستدعي احترام حجية الحكم الصادر في الدعوى الجزائية من قبل المحاكم التي تنظر الدعوى المدنية التي تقوم على ذات الأساس محل الفصل في الدعوى الأولى، ودعماً للإطار الموضوعي، فرض المشرع عدة ضمانات إجرائية لكفالة ذلك الاحترام من خلال وسائل مختلفة منها منح المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية سلطة الفصل في الدعوى المدنية، مبدأ وقف الفصل في الدعوى المدنية المنظورة أمام المحاكم المدنية لحين الفصل في الدعوى الجزائية، إخضاع التقادم المسقط لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع للتقادم المسقط للدعوى الجزائية...إلخ.

وجاءت هذه الدراسة لبحث العلاقة التي تربط بين الأساس المشترك (الخطأ) لكل من الدعوى المدنية والدعوى الجزائية في نطاق العمل الطبي، وتحديداً في مسؤولية الطبيب عن أعماله الشخصية دون غيرها من صور المساءلة الأخرى. وخلصت هذه الدراسة إلى أن المشرع الكويتي في رسم هذه المسؤولية اتفق في نصوص القوانين المدنية والجزائية من حيث إخضاع هذا النوع من المسؤولية للقواعد العامة سواء في مجال المسؤولية عن الفعل الضار أو المسؤولية عن الخطأ غير العمدي، كما لم يختلف المشرع في بناء المسؤولية على ثلاثة عناصر - خطأ وضرر وعلاقة سببية - لا مفر من توافرها للقول بتوافر المسؤولية في النطاق المدني أو الجزائي.

وفي نطاق تحديد الخطأ، نجد أن المشرع الكويتي في مجال مسؤولية الطبيب عن أعماله الشخصية سواء بمرحلة التشخيص أو العلاج وحد في مفهوم الإخلال بأصول العمل الطبي بين نصوص القانون المدني وقانون الجزاء الكويتي، وذلك من خلال إيراد نص المادة (١٣) من المرسوم بقانون رقم ١٩٨١/٢٥ والذي جاء خاصاً ولاحقاً على نصوص تلك القوانين. الأمر الذي تخلص معه هذه الدراسة إلى أنه في مجال مسؤولية الطبيب عن أعماله الشخصية يعد كل خطأ طبي جزائي خطأ طبياً مدنياً والعكس صحيح.

وعلى الرغم من هذه الوحدة نجد أن مسؤولية الطبيب المدنية قد تقوم دون أن تقوم مسؤوليته الجزائية؛ وذلك بسبب اتساع مفهوم عنصر الضرر في القانون المدني



عنه في القانون الجزائي، لذلك نجد أن القضاء الجزائي بثبوت مسؤولية الطبيب وإن كان من شأنه تقييد القضاء المدني من حيث ثبوت وقوع الخطأ في حق الطبيب والضرر والعلاقة السببية، إلا أن هذا القضاء ليس له أثر في تدبير القضاء المدني (الحكم بالتعويض) بسبب طبيعته، وبناء على ذلك، نجد أن القاضي المدني لا يتقيد في سبيل تحديد التعويض بالضرر الوارد في القضاء الجزائي، باعتبار أن القضاء المدني يعرف أنواعاً من الضرر لا يعير لها القضاء الجزائي اهتماماً كالضرر الأدبي. بعبارة أخرى، يمكن القول: أن القاضي المدني يتقيد بالضرر الوارد في الحكم الجزائي دون أن يكون من شأن ذلك غل سلطة القاضي المدني من بحث مدى توافر الضرر الأدبي وتقدير التعويض في ضوء هذا العنصر الجديد من عناصر الضرر.

ومن ثم يمكن القول: إن المشرع الكويتي سواء المدني أم الجزائي قد نبذ فكرة التفرقة أو الازدواج بين الخطأ الطبي المدني والجزائي، وتبنى فكرة وحدة المفهوم من خلال القواعد المنظمة للعمل الطبي، ولم يخرج القضاء الكويتي عن ذلك الاتجاه. وبناء على ذلك، أصبحت القاعدة التي تقرر أن كل جريمة طبية تعد عملاً غير مشروع تعد قاعدة مطلقة في نطاق العمل الطبي ولا يعثر عليها استثناءات، إلا أن هذه القاعدة لا ينبغي أن ينصرف معها ذهن القارئ إلى أنها مدعاة لوحدة أحكام المسؤولية المدنية والجزائية، بحيث تعتبر القاعدة أنه حيث تكون المسؤولية المدنية تكون المسؤولية الجزائية بسبب عنصر الضرر كما سبق وأن بينا.

ولم نجد - بشأن التساؤل المتعلق بطبيعة الخطأ الطبي من حيث الفنية - موقف المشرع الكويتي متوافقاً من الناحية المدنية والناحية الجزائية. لذلك، نجد أن المشرع الجزائي قد عدد صور الأخطاء لتشمل الأخطاء الفنية والأخطاء المادية، بينما لم يجد المشرع المدني مبرراً لذلك التعدد، وربما يعود ذلك إلى دقة المشرع الجزائي في صياغة النصوص القانونية احتراماً للقاعدة الدستورية التي تقرر شرعية الجرائم والعقوبات وما يتفرع عنها من نتائج تتمثل في ضرورة التحديد الدقيق للسلوكيات الإجرامية وما يقابلها من جزاءات.

وعلى الرغم من أن هذا المسلك في التفرقة بين الأخطاء الفنية والمادية لم يبتدعه المشرع الجزائي باعتبار أن هذا المسلك له أساسه الفقهي والتاريخي، إلا أن المشرع الجزائي لم يساير ذلك الاتجاه الفقهي في جميع نتائجه من حيث اقتصار المسؤولية الطبية في الأخطاء الفنية على تلك الأخطاء الجسمية، وبناء على ذلك، نخلص إلى أن المشرع الكويتي - الجزائي - وإن كان تبنى التفرقة بين الأخطاء

الطبية الفنية وغيرها إلا أن هذا التبني من حيث المفهوم دون الحكم بما يجعله عديم الجدوى من الناحية العملية.

ولما كانت الرغبة في تطوير علم الطب غاية يسعى إليها المشرع في مجتمعه، كما أن الحاجة الملحة لتحقيق ردع بين أوساط الأطباء الذين يتساهلون في آثار أعمالهم على الآخرين غاية مضادة تبرز أمام المشرع، لذلك قامت الحاجة الفعلية لتطوير النصوص التشريعية لإيجاد صيغة مناسبة من شأنها التوفيق بين هذه الغايات أو المصالح المتعارضة.

ولما كان إجراء مثل هذه التدخلات التشريعية اللازمة يحتاج إلى فترة من الزمن نجد أن دور جهات الاتهام يبرز خلال الفترة الحالية بضرورة بدء العمل على خلق سياسة اتهام ذاتية وموضوعية ومتوازنة للتوفيق بين غايتي الردع وتطوير العمل الطبي دون خوف أو إرهاب، وقد خلصت هذه الدراسة إلى أنه طالما أن جهة التحقيق تملك سلطة الملاءمة في إجراء رفع الدعوى العمومية، فإن هذه الملاءمة تجد جذورها في نص المادة (١٠٤) من قانون الإجراءات الكويتي والتي تسمح بحفظ التحقيق نهائياً لعدم الأهمية.

ونعتقد أن نص المادة (١٠٤) سالف الذكر هو الوسيلة التي يمكن لجهات التحقيق اللجوء إليها لخلق صيغة اتهام أو سياسة ملاحقة جزائية متوازنة بشأن الشكاوى المتعلقة بالأخطاء الطبية، ولما كان نص المادة (١٠٤) قد جاء بمبررات عامة كتنازل المجني عليه أو أداء المتهم التعويض الكامل للمجني عليه أو الظروف الشخصية للمتهم أو تفاهة الضرر الناشئ عن السلوك الإجرامي، انتهت هذه الدراسة إلى ضرورة أن تقاس هذه المبررات بعوامل أو عناصر عامة تتفق مع طبيعة الشكاوى المتعلقة بالخطأ الطبي.

ومن هذه العوامل - التي يتعين على جهات التحقيق استيضاحها ضمن إجراءاتها في سبيل التوصل لقرار حكيم بشأن مصير الدعوى العمومية بشأن الخطأ الطبي محل الشكاوى المقدمة أمامها - طبيعة الضرر المترتب، ومدى جسامة الخطأ المنسوب للمشكو في حقه، ومدى تكرار هذه الأخطاء الطبية، ومدى التباعد الزمني بين تلك الأخطاء الطبية، ومدى ارتباط تلك الأخطاء بسلوكيات إجرامية أخرى، وطبيعة الحالة المرضية للمجني عليه.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى أن هذه العوامل ما هي إلا مؤشرات جاءت على سبيل المثال، تملك جهات التحقيق أو الاتهام تطويرها بالإضافة أو الحذف، إلا أن تحريرها في صيغة تعليمات للنائب العام مسألة مهمة وضرورية لتوحيد عمل جهات

التحقيق، وتعزيز المصادقية في عمل تلك الجهات أمام الرأي العام، بما يعود بالنفع على المجتمع واستقراره.

ولذلك نعتقد أن توحيد سياسة الاتهام بشأن الأخطاء الطبية يحقق المزايا الآتية:

(١) توحيد سياسة الاتهام يعزز من فكرة العدالة وتحقيق مبدأ المساواة بما يعزز من فكرة ثقة المجتمع في عمل جهات التحقيق (٢) توحيد سياسة الاتهام يساهم في تعزيز حرفية عمل جهات التحقيق (٣) توحيد سياسة الاتهام يساعد على استقرار مفهوم المسؤولية الجزائية بين الأطباء (٤) توحيد سياسة الاتهام يساهم في توحيد دور الخبرة الطبية في الدعاوى القضائية (٥) توحيد سياسة الاتهام يساعد جهات التحقيق على أداء وظيفتها على أكمل وجه (٦) توحيد سياسة الاتهام يساهم في توحيد الأحكام القانونية المتعلقة بالتدابير الأخرى مثل الدعوى المدنية والقرارات التأديبية (الأطباء في المستشفيات العامة أو الحكومية) باعتبار أن الدعوى الجزائية لها أثرها على تلك التدابير.

## المراجع

- **الكتب والأبحاث باللغة العربية:**
- د. إبراهيم أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الثاني والثالث، سبتمبر/يونيو، ١٩٨٦.
- د. أحمد إبراهيم حسن: أساس المسؤولية العقدية في القانون الروماني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة طبعة.
- د. حسن عبد الباسط جميعي، مدى افتراض الخطأ المهني في ظل تقسيم الالتزامات إلى التزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية، مؤتمر مسؤولية المهنيين ٣-٥ ابريل ٢٠٠٤، كلية القانون-جامعة الشارقة، النشر العلمي، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٦.
- د. صبري خاطر، ثقافة حول معيار الخطأ الطبي، مؤتمر مسؤولية المهنيين ٣-٥ ابريل ٢٠٠٤، كلية القانون - جامعة الشارقة، النشر العلمي، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٦.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٩، ص ٨٧٩.
- د. عبد الرسول عبد الرضا وجمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الثالثة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ٢٠٠٩-٢٠١٠.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي - سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية - دار الفكر الجامعي - الطبعة ٢٠٠٤.
- د. عدنان سرحان - فكرة المهني، المفهوم والانعكاسات القانونية - منشور في مؤتمر "مسؤولية المهنيين" المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الشارقة في الفترة ٣ - ٥ أبريل ٢٠٠٤ - منشورات مركز البحوث والدراسات بجامعة الشارقة.
- د. عقل يوسف مقابلة، المسؤولية الجزائية للطبيب، مؤتمر مسؤولية المهنيين ٣-٥ ابريل ٢٠٠٤، كلية القانون - جامعة الشارقة، النشر العلمي، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٦.
- د. محسن البيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، بدون طبعة، ١٩٩٣.



- د. محمد القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الثاني، السنة الخامسة، الكويت، يونيو ١٩٨١.
- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- د. محمد لبيب شنب، نظرة في مسؤولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، مجلة المحامي، الكويت، السنة الخامسة، الأعداد السابع والثامن والتاسع، يناير/ فبراير/ مارس ١٩٨١.
- د. منصور مصطفى منصور، المصادر غير الإرادية للالتزام، ج ١، جامعة الكويت، ١٩٨٠-١٩٨١.
- د. كامل السعيد - شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة ٢٠٠٢.
- د. مبارك النويبت - شرح المبادئ العامة في قانون الجزاء الكويتي - الطبعة الثانية - ٢٠١١ - لا يوجد دار نشر.
- د. محمد أبو العلا عقيدة - المسؤولية الجنائية للأطباء - منشور في مؤتمر "مسؤولية المهنيين" المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الشارقة في الفترة ٣ - ٥ أبريل ٢٠٠٤ - منشورات مركز البحوث والدراسات بجامعة الشارقة.
- د. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، سوء السلوك الفاحش، دراسة في القوانين: الفرنسي والمصري والكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، الكويت.
- د. محمد صبحي محمد نجم - رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجزائية - دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى ٢٠٠٠.
- د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - الطبعة السادسة - ١٩٨٩.
- د. واثبة السعدي - إباحة العمل الطبي والمسؤولية الجزائية للطبيب - منشور في مؤتمر "مسؤولية المهنيين" المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الشارقة في الفترة ٣ - ٥ أبريل ٢٠٠٤ - منشورات مركز البحوث والدراسات بجامعة الشارقة.

### – المراجع باللغة الفرنسية:

- Bénabent (A), Droit civil, les obligations, Motchrestien 2007, 11 édition.
- Jambu-Merlin, Dol et faute lourde, dalloz 1955.
- Roblot, De la faute lourde en droit privé, RTD civil 1943 1.
- Terré(F), Simler (Ph) et Lequette (Y), Droit civil. Les obligations, Dalloz 2009, 10 édition.

### – المراجع باللغة الإنجليزية:

- Alexander McCall Smith, Criminal or Merely Human?: The Prosecution of Negligent Doctors, 12 J. Contemp. Health L. & Pol 131, 145 (1995)
- Ark. Code Ann. 17 - 93 - 401 (1)(Michie 1992)
- Diane M. Gianelli, MD Charged with Manslaughter After Nursing Home Patient Dies, Am. Med. News. Apr. 22 -29, 1991, at 2
- Filkins JA. Criminalization of Medical Negligent. In: Sanbar SS, Fiscina S, Firestone MH, eds. Legal Medicine, 7<sup>th</sup> ed. Philadelphia; Elsevier Health Sciences; 2007: 507-12
- George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law 262 - 63 (1978)
- Holbrook J., The Criminalization of Fatal Medical Mistakes, BMJ. 2003: 1118-1119.
- Jerome Hall, Negligent Behavior Should Be Excluded from Penal Liability, 63 Colum. L. Rev. 632, 641 (1963)
- John C. Coffee, Jr., Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflection on the Disappearing Tort - Crime Distinction in American Law, 71 B. U. L. Rev. 193, 194 (1991)
- Jose Lozano, Malpractice and the Health Care Crisis, Am. Med. News, Aug. 24, 1992, at 40.
- Joshua Dressler, Understanding Criminal Law 113 (2d ed. 1995)
- Linda Oberman, Defining Clinical Crime, New Cases Raise Questions on What Goes to Court, Am. Med. News, Sept. 6, 1993, At 2.
- Robert S. Alder, Stalking the Rogue Physician: Analysis of the Health Care Quality Improvement Act, 28 Am. Bus. L. J. 683, (1991)
- State v. Weiner, 41 N.J. 21, 25, 194 A. 2d 467, 469-70 (1963)
- Sue Lindsay, Doctor Denies Mistreatment of Patient, Rocky Mtn. News, Apr. 27, 1996, at 17A.
- Thomas Maier, More Doctors Face Prosecution; Crimes Charged in Cases of Deadly Error, Newsday, Apr. 18, 1995, at A35.

- Timothy Stoltzfus Jost, The Necessary and Proper Role of Regulation to Assure the Quality of Health Care, 25 Hous. L. Rev. 525, 554 (1988)

### الأحكام القضائية باللغة العربية:

- ١ - تمييز تجاري، كويتي، طعن رقم ١٠٠، ١٠٨/١٩٧٩، جلسة ٤/٦/١٩٨٠، أنظمة صلاح الجاسم.
- ٢ - تمييز تجاري، كويتي، طعن رقم ٣٢١ لسنة ١٩٨٨، جلسة ٣٠/٤/١٩٨٩، أنظمة صلاح الجاسم.
- ٣ - تمييز تجاري، كويتي، طعن رقم ٢ لسنة ١٩٩٦، جلسة ٢٨/١٠/١٩٩٦، أنظمة صلاح الجاسم.
- ٤ - تمييز كويتي، مدني، طعن رقم ١٥/١٩٩٧، جلسة ٥/١/١٩٩٨، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة والعشرون ٢٠٠١، الجزء الأول.
- ٥ - تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ١١٨ لسنة ١٩٩٧، جلسة ٢٧/٤/١٩٩٨، أنظمة صلاح الجاسم.
- ٦ - تمييز مدني، كويتي، تمييز، مدني، الطعن رقم ٥١/١٩٩٨، جلسة ٢٢/٦/١٩٩٨، أنظمة صلاح الجاسم.
- ٧ - تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٨٦ لسنة ١٩٩٩، جلسة ١٨/١٠/١٩٩٩، مركز تصنيف وبرمجة الأحكام القضائية، جامعة الكويت، <http://ccda.kuniv.edu.kw/CCDSEARCH.ASP>.
- ٨ - تمييز تجاري، كويتي، طعن رقم ٤٥ لسنة ١٩٩٨، جلسة ١/١١/١٩٩٩، أنظمة صلاح الجاسم.
- ٩ - تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٧٥ لسنة ١٩٩٩، جلسة ١٧/٤/٢٠٠٠، أنظمة صلاح الجاسم.
- ١٠ - تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٨٧ لسنة ١٩٩٩، جلسة ٥/٦/٢٠٠٠، أنظمة صلاح الجاسم.
- ١١ - تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٤١١ لسنة ٢٠٠١، جلسة ١٠/٦/٢٠٠٢، أنظمة صلاح الجاسم.
- ١٢ - تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٤٤١ لسنة ٢٠٠١، جلسة ٣٠/٩/٢٠٠٢، أنظمة صلاح الجاسم.

- ١٣ - تمييز تجاري، كويتي، طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٠٠٣/٣/٢، مجلة القضاء والقانون، السنة الحادية والثلاثون ٢٠٠٦، الجزء الأول.
- ١٤ - تمييز مدني، كويتي، طعني رقمي ٦٦، ٦٩ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ٢٧ / ١٠ / ٢٠٠٣، أنظمة صلاح الجاسم.
- ١٥ - تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٢٩٩ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ٢٠ / ٩ / ٢٠٠٤، أنظمة صلاح الجاسم.
- ١٦ - تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٢٠٠٥، جلسة ١٧ / ٥ / ٢٠٠٦، أنظمة صلاح الجاسم.
- ١٧ - تمييز مدني، كويتي، طعن رقم ٦٨٩ لسنة ٢٠٠٥، جلسة ٢٧ / ٩ / ٢٠٠٦، مجلة القضاء والقانون، السنة الرابعة والثلاثون ٢٠٠٦، الجزء الثالث.
- ١٨ - تمييز تجاري، طعن رقم ١٣٥١ لسنة ٢٠٠٥، جلسة ٤ / ٢ / ٢٠٠٧، غير منشور.
- ١٩ - تمييز مدني، طعن رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٧، جلسة ٧ / ١٠ / ٢٠٠٧، غير منشور.
- ٢٠ - تمييز تجاري، كويتي، طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٢٠٠٦، جلسة ٩ / ٣ / ٢٠٠٨، غير منشور.
- ٢١ - استئناف تجاري، كويتي، طعون رقم ٢٧١، ٢٨٥، ٢٨٦ لسنة ١٩٧٩، جلسة ١١ / ١٩٧٩ / ٢.
- ٢٢ - كلي جزائي، كويتي، طعن رقم ١٧٣ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ١٥ / ٦ / ٢٠٠٤، غير منشور.
- ٢٣ - كلي جزائي، كويتي، طعن رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٤، جلسة ٢٢ / ١١ / ٢٠٠٥، غير منشور.
- ٢٤ - كلي مدني ٦، كويتي، دعوى رقم ١٣٠٢ لسنة ٢٠٠٩، الصادر بجلسة ٢٥ / ١٠ / ٢٠٠٩، غير منشور.
- ٢٥ - كلي مدني ٩، كويتي، دعوى رقم ٤٦٢ لسنة ٢٠١٠، جلسة ١٩ / ١ / ٢٠١١، غير منشور.

#### – الأحكام القضائية باللغة الفرنسية:

- Cass. civ. 20 mai 1936.- cass. civ.8 novembre 2000: Les grands arrêts de la jurisprudence civil, (GAJC), Tome 2, Obligations- Contrats speciaux-Surtes, Dalloz, 12 édition, 2008p.162.



- Cass. civ. 1re, 8 novembre 2000: JCP 2001.II. 10493, rapp. P. Sargos et note F. Chabas, I. 340, n 19.
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 2004, Dalloz 2005. Pan. 406, obs. J. Penneau.- RTD civ. 2005, 139, obs. P. Jourdin.

### – أهم القوانين والقرارات الوزارية:

- ١ – القانون رقم (١٩٨١) لسنة (١٩٦٠) بإصدار قانون الجزاء والقوانين المعدلة له.
- ٢ – المرسوم بقانون رقم (٣٩) لسنة (١٩٨٠) بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية.
- ٣ – المرسوم بقانون رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠) بإصدار القانون المدني.
- ٤ – المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة (١٩٨١) بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما.
- ٥ – قرار وزير الصحة رقم (٢٩٠) لسنة (١٩٨٣) بشأن تحديد كليات الطب والمؤهلات العلمية ومدد الخبرة المطلوبة للترخيص بمزاولة مهنة الطب في الكويت.
- ٦ – القرار الوزاري رقم (٤٦٣) لسنة (١٩٨٣) بشأن شروط الترخيص بمزاولة المهن المعاونة لمهنة الطب وآدابها وواجبات مزاوليها.
- ٧ – قرار وزير الصحة رقم (٣٥٨) لسنة (٢٠٠٤).
- ٨ – قرار وزير الصحة رقم (٣٨٧) لسنة (٢٠٠٤).



## **تطور المنظور القانوني للعمل: من السلعة إلى القيمة دراسة في المفاهيم الاقتصادية والسياسية والاتفاقات الدولية المتعلقة بقيمة العمل وأثرها في التشريع الكويتي الوطني (قانون العمل رقم ٦ لسنة ٢٠١٠)**

الدكتورة/ مشاعل عبد العزيز الهاجري  
قسم القانون الخاص - كلية الحقوق  
جامعة الكويت

### **ملخص:**

يجد الموقف الحمائي المعاصر لقانون العمل أساسه في جدلية تشريعية راسخة، يتجاذب العمل فيها منظوران؛ منظورٌ سلعيٌّ ينحدر بعنصر العمل إلى مستوى البضائع والأشياء، ومنظورٌ قيمِي يرتقي به إلى مصاف الشرف والاعتبار.

وهذه الثنائية التي تتنازع النظرة إلى العمل تلقي بظلالها العميقة على تشريعاته، إذ يظهر الرصد المنهجي لتشريعات العمل المقارنة أن المجال الحمائي للعمال ينكمش بسيادة المنظور السلعي للعمل، ويتمدد مع ظهور الفكر القيمي نحوه.

من هنا، فإن الدراسة الماثلة تقصد إلى إيجاد نسق نظري يؤطر المنظور القانوني المعاصر للعمل، ويدرس تحوّل هذا المنظور للعمل من طور السلعة التجارية إلى طور القيمة الاجتماعية.

ومن خلال دراسة مسارات تطور هذا المنظور القانوني للعمل، وتحليل المحدّات التي شكّلت صورته الحالية، تتعاطى الدراسة مع عدة محاور حرجة، مثل ارتباط التشريعات العمالية بالمحدّات الاقتصادية، والطبيعة الاجتماعية للعمل كما تنظمها التشريعات المعاصرة، إضافة إلى السّمة التطورية الواضحة لقانون العمل وتحوله شيئاً فشيئاً، كما رأينا، من رؤية تعاقدية بحتة - بل وزجرية في بعض الأحيان - لا ترى في العمل إلا مجرد عنصر من عناصر الإنتاج، إلى منظور تشريعي متكامل يضع العمل في سياقاته المجتمعية. كل ذلك من منظور قانون العمل الكويتي، في إطار

علاقاته بالمفاهيم الاقتصادية والسياسية الكبرى، ومن حيث تأثيره بالمعاهدات الدولية ذات العلاقة.

وفي سبيل عرض ما تقدم، تتبع هذه الدراسة الخطة التالية::

#### مقدمة

**الفصل الأول: اقتصاديات سوق العمل.**

**المبحث الأول: هل العمل سلعة أم قيمة؟**

**المبحث الثاني: الاقتصاد وارتباطه بالتشريعات العمالية.**

**المبحث الثالث: مفهوم سوق العمل.**

**المبحث الرابع: السياسة التشريعية العامة لتنظيم علاقات العمل.**

**الفصل الثاني: التنظيم القانوني لاقتصاديات سوق العمل.**

**المبحث الأول: سياسة التشغيل.**

**المبحث الثاني: الأدوات القانونية المفعة لسياسة التشغيل.**

**المبحث الثالث: الحماية القانونية لعلاقات العمل على المستوى الدولي.**

**المبحث الرابع: الحماية القانونية لعلاقات العمل في قانون العمل الكويتي.**

#### مقدمة:

يُعتبر العمل حالة قانونية مركبة، يتداخل فيها البعد الاقتصادي مع البعدين الإنساني والاجتماعي. وكأداة تشريعية هامة في مجال الأمن الاجتماعي، تتضمن تشريعات العمل المقارنة ترسانة كاملة من الأدوات القانونية التي تكفل تحقيق الوظيفة الحمائية للعامل، فتتص - صراحة أو ضمناً - على جملة من الأحكام القاصدة لحمايته وتدعيم مركزه القانوني في مواجهة رب العمل، من منطلق إدراك التباين في القدرات التفاوضية للطرفين لدى إبرامهما لعقد العمل<sup>(١)</sup>.

(١) من ذلك أن ما تتضمنه قوانين العمل من حقوقٍ دنيا للعمال تعتبر من النظام العام، فلا يستطيع طرفا عقد العمل الاتفاق فيما بينهما على حقوق تقل عنها، وإلا عُذ الاتفاق باطلاً، وكذلك الأمر بالنسبة لتنازل العامل عن حقوقه العمالية، كما أن قواعد أي تشريع جديد تسري على جميع علاقات العمل القائمة بتاريخ نفاذه فلا تطبق بأثر رجعي، هذا إضافة إلى أن قانون العمل لا يكفي فيه بالجزاءات المدنية كالتعويض أو البطالان في حالة المخالفة، وإنما يتعدى الأمر ذلك إلى إحاطة هذا القانون بمنظومة من الجزاءات الجنائية التي تتحرك آلياتها بمجرد وقوع خروقات لأحكام القانون.



وهذا الموقف السائد والمشارك لمشروع العمل في القانون المقارن يجد أساسه في نظرة قوانين العمل إلى العمل كظاهرة اجتماعية، لا سيما من حيث أهدافه الكبرى المتمثلة في خدمة الاقتصاد الوطني<sup>(٢)</sup>. وبذلك - ومن المنظور الوطني - فإن العمل يُنظر إليه كنشاطٍ جمعيٍّ ذي دورٍ "وظيفيٍّ"، يتمثل في سد الحاجات الحيوية للمجتمع.

وهكذا، يجد الموقف الحمائي المعاصر أساسه في جدليةٍ راسخة، يتجاذب العمل فيها منظوران؛ منظورٌ سلعيٌّ ينحدر بعنصر العمل إلى مستوى البضائع والأشياء، ومنظورٌ قيميٌّ يرتقي به إلى مصاف الشرف والاعتبار. فأما المنظور السلعي للعمل فيرتبط باستغلال أرباب العمل للعمال وتعسفهم تجاههم، وأما المنظور القيمي له فيقترب بالإجراءات القاصدة لحماية العمال، من خلال الضمانات الداعمة لمراكزهم في مواجهة أرباب العمل (الضمانات الوظيفية، التأمين الصحي، ضوابط إنهاء العقود، الصحة والسلامة المهنتين، الحد الأدنى للأجور، حماية الفئات العمالية الخاصة، أنظمة الهجرة).

وتتمثل إشكالية الدراسة الماثلة في أنه - في مجال العمل - يشكّل تناقض منظوري السلعة والقيمة جدليةً معقدة، أوجدتها تقاطعاتٌ كبرى يتداخل فيها القانون أولاً (خصوصية علاقة العمل، ضعف المركز التعاقدى للعامل، ضغط نقابات العمال) والاقتصاد ثانياً (الربح كهدفٍ للمنشأة التجارية، الأزمات المالية، سياسات الهجرة) والاجتماع ثالثاً (النظرة المجتمعية للعمل كممارسة). وبالمحصلة، فإن المنظور القيمي للعمل يقصد إلى ضمان كرامة العامل وحمايته من "التشيع" والنظر إليه كوجودٍ إنساني، من خلال ضمان المستوى اللائق لظروف العمل، وإتاحة المجال له للمشاركة في الحياة الاجتماعية. إن هذه الثنائية التي تتنازع النظرة إلى العمل تلقي بظلالها العميقة على تشريعاته، إذ يظهر الرصد المنهجي لتشريعات العمل المقارنة أن المجال الحمائي للعمال ينكمش بسيادة المنظور السلعي للعمل ويتمدد مع ظهور الفكر القيمي نحوه.

من هنا تأتي أهمية هذه الدراسة، لكونها تقصد إلى إيجاد نسقٍ نظريٍّ يؤطر المنظور القانوني المعاصر للعمل، ويدرس تحوّل هذا المنظور للعمل من طور السلعة

(٢) سامي بعقلين، "نظرة في قوانين العمل"، الرائد العربي، العدد الأول، نوفمبر ١٩٦٠، ص ١٤.

التجارية إلى طور القيمة الاجتماعية، من خلال دراسة مسارات تطور المنظور القانوني للعمل، وتحليل المحدّات التي شكّلت صورته الحالية. وهذه المسارات هي مسارات نشطة، تعكس الحالة التطورية لقانون العمل، التي تبدأ بمرحلة الطبيعة الزجرية المبكرة لهذا القانون، والقاصدة إلى سيطرة أرباب الأعمال على العمال، مروراً بحماية العمال كفضّة اجتماعية تحتاج إلى الحماية، وانتهاءً باعتبار العمال شركاء فاعلين في المنشأة، وعنصراً حرجاً من عناصر التوازن الاجتماعي الوطني<sup>(٣)</sup>. هذا، ورغم أهمية هذا الاستقصاء، وخصوبته البحثية، إلا أنه لم يحظ بالكثير من الاهتمام القانوني والفقه.

وفي معالجة ما تقدم، سوف نتبع في هذه الدراسة منهجية تحليلية، نتفحص من خلالها تجاذبات المنظورين السلعي والقيمي للعمل، ثم نعرض للأدوات القانونية والتنظيمية ذات العلاقة والسياسات التشريعية التي أملت، لنتهي إلى خاتمة تنظم النتائج التي سنخرج بها. وفي سبيل ذلك، سوف نقوم بتقسيم الدراسة إلى فصلين، نتناول في الأول منهما اقتصاديات سوق العمل، ونعرض في ثانيهما للتنظيم القانوني لاقتصاديات سوق العمل.

(٣) سامي بعقلين، "نظرة في قوانين العمل"، الرائد العربي، العدد الأول، نوفمبر ١٩٦٠، ص ١٦. وانظر أيضاً:

Nicholas J. Theocarakis, 'Metamorphoses: The Concept of Labour in the History of Political Economy', The Economic and Labour Relations Review, Vol. 20, No. 2, p. 25.

## الفصل الأول

### اقتصاديات سوق العمل<sup>(٤)</sup>

يتألف النسق الاقتصادي في أي دولة من الدول من مجموعة من المؤسسات القائمة على إنتاج السلع والخدمات وتوزيعها، ويقع العمل في قلب هذه المؤسسات. والعمل، بما هو موضوعٌ للتشريع، يتمثل في تنفيذ مجموعة من المهام التي تتطلب بذل الجهد العقلي أو العضلي، بغرض إنتاج سلع أو خدمات معينة لتلبية الاحتياجات البشرية، وذلك من خلال مهنة أو وظيفة يتم أدائها مقابل أجرٍ منتظم. وبذلك، فالعمل هو أساس الاقتصاد في جميع المجتمعات<sup>(٥)</sup>.

ويُقصد باقتصاديات العمل دراسة آليات أسواق العمل وتحليلها وتقييم أدائها وتطويرها. وهو مفهومٌ يتعلق باستقصاء العلاقات بين كل من أرباب العمل والعمال، لا سيما من حيث جوانبها المالية (أجور، حوافز، أرباح، إلخ). كما يرتبط هذا المفهوم بأسس رسم السياسات ذات الأبعاد الاجتماعية والتشريعية في مجال العمل (قوانين العمل، العلاقات الصناعية، تشريعات الحد الأدنى للأجور، التأمينات الاجتماعية، نظم التقاعد، السلامة المهنية، تأمينات البطالة<sup>(٦)</sup>، سياسات الهجرة، حق الإضراب، وعداها). ويأخذ هذا المطلب أهميته من حيث كونه مدخلاً لفهم الكثير من المظاهر الاقتصادية الاجتماعية، بل والسياسية في مجالات علاقات العمل. وهنا، يثور التساؤل حول مدى اعتبار العمل سلعة أم قيمة. وعلى ذلك، سوف نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: هل العمل سلعة أم قيمة؟

المبحث الثاني: الاقتصاد وارتباطه بالتشريعات العمالية

(٤) انظر عموماً: يوسف إلياس، محاضرات في قوانين العمل العربية (عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٦)، ص. ٤٢-٧٦؛ "اتجاهات سوق العمل في الاقتصاد الكويتي"، مجلة العلوم الاجتماعية (تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت)، المجلد ٢٤، العدد ٤، شتاء ١٩٩٦.

(٥) أنثوني غدنز، علم الاجتماع، ترجمة فايز الصياغ (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠٥)، ص. ٤٣٧.

(٦) يمكن تعريف العاطل عن العمل بأنه الشخص الذي يبحث عن العمل وهو قادر على أدائه. وبذلك، فإن ظاهرة البطالة تشمل الفئات التالية: (أ) الأشخاص الذين لا يعملون كل الوقت، (ب) البطالة الموسمية، و(ج) البطالة المؤقتة التي لا ترتبط بموسم معين. انظر: محمد محمود غنيمي، فائض العمالة في الدول النامية: دراسة مقارنة (القاهرة: عالم الكتب، ١٩٨٣)، ص ١٦.

المبحث الثالث: مفهوم سوق العمل

المبحث الرابع: السياسة التشريعية العامة لتنظيم علاقات العمل

## المبحث الأول

### هل العمل سلعة أم قيمة؟

١ - كان العمل يندرج تقليدياً ضمن مفردات السوق، ومن ثم فقد اتجهت النظرة التجارية للعمل على أنه سلعة تخضع لقانون العرض والطلب مثلها مثل باقي السلع في الأسواق<sup>(٧)</sup>. وفي المجتمعات القديمة المكوّنة من شرائح ذات تراتبية طبقية، وجد نظام الرق أو العبودية كصورة من صور التدرّج الاجتماعي التي يعتبر من خلالها الشخص ملكاً لشخص آخر، فيتصرف فيه بالتعاقد والبيع والشراء بل والإيجار، مثله كمثل أي مال منقول<sup>(٨)</sup>. وتتمثل أهمية نظام العبودية في دوره الاقتصادي، فعلى مر التاريخ، كانت الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج من أدوات مادية وحيوانية وبشرية (العبيد) تشكّل أساس علاقات الإنتاج السائدة في نظام العبودية، وكان العبيد هم القوة الإنتاجية الرئيسية للمجتمع، فتطورت الدولة من خلال استغلال جهودهم القسوى وغير المأجورة، مما مهد لتطور العلم والعمران والاقتصاد في الحضارات الكبرى. وقد بلغ هذا النظام أوجه في المجتمعات القديمة كالفرعنة في مصر، والآشوريين في بلاد الرافدين، والإغريق<sup>(٩)</sup>، والرومان<sup>(١٠)</sup>، وجزيرة العرب قبل

(٧) في إشارة إلى أثر نظامي الرق والإقطاع في النظر إلى العمل كسلعة، ذكر عبد الفتاح عبد الباقي: "بل لعل العمل ظل، طوال حقبة الدهر كلها، إلا أقلها، في الكثرة الغالبة من البلاد، سلعة تعسفة، حيث كان ينقصها أولى ضروريات السلع الأخرى، ونعني بها حرية التداول". انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، قانون العمل الكويتي: دراسة نقدية (الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، د. ت)، ص. ٥.

(٨) أنتوني غدنز، المرجع السابق، ص ٧٥١.

(٩) بل أن أفلاطون، فيلسوف أثينا، كان يعتبر العمل ممارسةً دنيئة لا تليق بالمواطن، فيصنّف كل من العبيد والحرفين والمزارعين في منزلة سفلى مهملّة، لا تخولهم شرف المواطنة بالسوية مع الأحرار، من جهة لأن العمل يختلط بالجهد البدني الذي لا يتطلب إعمال الفكر والعقل، ومن جهة أخرى لأنه يرتبط عادة بضعف الحالة المادية التي تعني صرف الجهد لإشباع حاجات الجسد، والتغلب على الفاقة. فالمنزلة الكريمة، على ما كان يذهب إليه هذا الفيلسوف، هي أساس الحرية، فلا حرية لمن يقضي حياته رهين الاحتياج، لما يعني ذلك من نفي قدرته على الاختيار الحر والانتصار للخير والفضيلة. انظر: مصطفى الفيلاي، مجتمع العمل (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ٢٠٠٦)، ص. ٧٣.

(١٠) يذكر أنه لما كانت النظرة الاجتماعية للعمل البدوي في روما القديمة نظرة قاسية نظراً لاقتران هذا النوع من العمل بفئة العبيد الأرقاء باعتبارهم أدنى طبقات المجتمع مكانة، فإن =



الإسلام. فقد كانت هذه المجتمعات لا تميز بين فئتي العمال والعبيد، فلا ترفع منزلة العمل ولا تشرفها في مواجهة منزلة الرق، لا سيما وأن أغلب العمال كانوا من المسترقين. وبذلك، كان جميع العاملين بالعمل اليدوي من العمال والعبيد يشغلون مرتبة اجتماعية متدنية.

٢ - وقد بدأ نظام العبودية في الانتهاء في عام ١٨١٤، عندما أبرمت الدول الأوروبية مؤتمر فيينا (The Congress of Vienna) الذي تم فيه عقد معاهدة منع تجارة العبيد<sup>(١١)</sup>، ولحق ذلك الدستور الأمريكي في عام ١٨٦٥، حيث تضمن نصاً شهيراً في هذا الصدد، يتمثل في التعديل الثالث عشر الذي يقرر تحريم كل من الرق والسخرة<sup>(١٢)</sup>. وفي عام ١٩٤٨، أصدرت الأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (Universal Declaration of Human Rights)، حيث ورد في المادة الأولى منه "يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق. وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء"<sup>(١٣)</sup>. وقد تم اعتماد هذا

= مجال العمل اليدوي الذي كان يصلح محلاً لعقد مؤاجرة الأعمال كان جدّ ضيق. ولذلك، فالأعمال المهنية الحرة (operae locari)، أي الخدمات الذهنية للمهندسين المعماريين، المعلمين، المحامين، كتاب العدل، الأطباء وعداهم رفعت من نطاق "العمل" بالمعنى المعروف آنذاك، فلم تكن تصلح لأن تكون محلاً لعقد مؤاجرة الأعمال إذا قام بها شخص من الأحرار، ويتوقع من أفراد هذه المهن أن يقوموا بأعمالهم مجاناً دون مقابل، إلا أنهم مع ذلك مؤهلون للحصول على مكافأة لقاء خدماتهم، وهي تقدير مادي يرد تحت مسمى شرفي هو "الأتعاب (honorarium)"، وذلك للإبقاء على تصوّر أن خدماتهم إنما قُدمت مجاناً وبصورة تطوعية تقصد إلى الخدمة العامة (amicitia). انظر:

Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Traditions (Oxford: Oxford University Press, 1996), passim.

Abolition of Slavery, Vienna Congress 1814.

(١١)

(١٢) في هامش تاريخي ذي دلالة، وخلال مباحثات المؤتمر الدستوري الأمريكي لعام ١٨٧٨، يُذكر عن السياسي الأمريكي بينجامين فرانكلين - (Benjamin Franklin) في معرض احتجابه على آراء خصومه من ذوي النظرة السلعية للعمل - أنه قال: "ولكن السلع لا تتمرد" (في إشارة إلى حالات التمرد والعصيات المتكررة من طرف العبيد). انظر:

Yanis Varoufakis and Dimitria Groutsism, 'The Trouble with Labour', The Economic and Labour Relations Review, Vol. 20, No. 2, p. 1.

(١٣) وقد أعلنت اليونسكو UNESCO يوم ٢٣ أغسطس اليوم العالمي لذكرى تجارة الرقيق وإلغائها (تخليداً لانتفاضة العبيد في يوم ٢٣ أغسطس ١٧٩١ في جزيرة Santo Domingo (التي تقع اليوم في هايتي)، كما قامت الأمم المتحدة UN بإعلان يوم ٢٥ مارس اليوم العالمي لذكرى ضحايا الرق وتجارة الرقيق عبر المحيط الأطلسي.

الإعلان دولياً باعتباره المستوى المشترك الأدنى الذي ينبغي أن تلتزم جميع الشعوب والأمم باحترام ما ورد فيه من الحقوق والحريات.

٣ - وفي نطاق علاقات العمل، بدأ نظام العبودية في الاضمحلال تدريجياً ليحل محله النظام الإقطاعي (feudal system) القائم على استغلال الأبقان كعمالة من قبل أمراء الإقطاع الذين يمتلكون إقطاعيات واسعة ويحكمونها على وجه الاستقلال - تشريعاً وقضاءً - من دون أن يرتبطوا بالملوك الضعفاء إلا برباطة ولأى رمزية. ومع ذلك، فقد تزامن نظاما العبودية والإقطاع لفترة طويلة، لا سيما خلال القرون الوسطى. وقد بدأ الإقطاع الأوروبي في التدهور بعد ازدهار حركة التجارة والصناعة وشيوع الفكر الرأسمالي القائم على دفع المال للحصول على السلع والخدمات.

٤ - ولعل أوضح تمثّل منظم لهذه الفكرة هو طوائف الحرف (guilds) أو النقابات المهنية (أو "الأصناف"، كما كانت تسمى في العالم الإسلامي)<sup>(١٤)</sup>، التي ظهرت كمعلم بارز من معالم الحياة الاقتصادية في أواخر العصور المبكرة والوسطى<sup>(١٥)</sup> (فقوانين الدولة البيزنطية للقرن العاشر الميلادي - مثلاً - تكشف عن تنظيمات محكمة لتكتلات العمال، بما يكشف عن كثرتها وفعاليتها)<sup>(١٦)</sup>، وقد جاءت طوائف بتنظيم جديد للعمل، لتظهر عندئذ نقابات لكل مهنة وحرفة وتجارة، وهو تنظيم يتوافق والبيئة الإقطاعية التي كانت هذه الطوائف تمارس أعمالها فيها بحسبانها بيئة امتيازات يمنحها الحاكم لأفراد أو لجماعات معينة، وفق التوقيت، العائد والمصلحة<sup>(١٧)</sup>.

(١٤) صباح الشخيلي، الأصناف والمهن في العصر العباسي: نشأتها وتطورها - بحث في التنظيمات الحرفية في المجتمع العربي الإسلامي (بغداد: بيت الورق للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠١٠)، ص. ٧.

(١٥) الحرفة أو الصنعة تعني عملاً يدوياً يتعلمه الناس ويتناقلونه بأسلوب التلمذة الصناعية، سواء في مجال الأسرة التي تختص بعمل متوارث أو في مجال الرابطة الحرفية التي اهتمت بتنظيم العمل وتقاناته. انظر: هاشم الطويل وعباطة التوايهة، "أثر بعض المتغيرات الديموغرافية في المكانة الاجتماعية للمهن"، مجلة العلوم الاجتماعية (جامعة الكويت)، العدد ٣، المجلد ٢٩، خريف ٢٠٠١، ص. ١٢٣.

(١٦) صباح الشخيلي، المرجع السابق، ص. ١٧٢.

(١٧) سامي بعقلين، "نظرة في قوانين العمل"، الرائد العربي، العدد الأول، نوفمبر ١٩٦٠، ص ٣١-٢٦. وانظر أيضاً: صباح الشخيلي، المرجع السابق، ص. ١٧٩.

وقد خدم هذا النظام أغراضاً مهنيةً عديدةً مثل ضمان جودة المنتجات وربط الممارسة بطقوسٍ منظمّةٍ للصناعة، إضافةً إلى ضبط أسعار السلع، من خلال تنظيماتٍ مهنية تأخذ مكانة الصانع وشهرته بعين الاعتبار<sup>(١٨)</sup>، غير أن مساوئ تلك النقابات المهنية كانت كثيرة، كان أبرزها توارث الحرف وضيق هامش المنافسة التجارية. وقد جاءت الثورة الفرنسية بموقفٍ يدعم تحرير ممارسة المهن من احتكار تلك النقابات بقصد تعزيز الحريات، فألغت جميع الامتيازات الممنوحة قصراً لتلك النقابات، وأعلنت مبدأ حرية العمل في عام ١٧٩١<sup>(١٩)</sup>، وهو المبدأ الذي جرى تعميمه في أوروبا بأكملها بواسطة الحروب النابليونية التي أعقبت الثورة<sup>(٢٠)</sup>. ومع ذلك، فقد ظل العمل يقارب الأشياء من حيث تنظيم القانون له، فأصبح محلاً لعقد الإيجار، مثله في ذلك مثل العقارات والمنقولات. ففي القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤، كانت قوة

(١٨) يبدو أن هذه الممارسة لم تكن بعيدة عن العمل الحرفي في الكويت القديمة. ولعل أول من أشار إلى تماهي تراتبية العمل البحري الكويتي مع نظام طوائف الحرف هو أمين عز الدين، مبعوث منظمة العمل الدولية إلى الكويت في أواخر الخمسينات من القرن الماضي. انظر: أمين عز الدين، عمال الكويت: من اللؤلؤ إلى البترول (الكويت: مطبعة حكومة الكويت، ١٩٥٨)، ص. ٣، حيث يورد: "كانت حياة المجتمع الكويتي مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالعمل البحري وبناء السفن الشراعية والتجارية، وكان الإنتاج منظماً حرفياً بشكل يذكرنا - من حيث علاقاته - بنظام الطوائف والأصناف Guild system الذي عرفته أوروبا وبلدان الشرق العربي طوال العصور الوسطى، وظلت آثاره باقية إلى وقت غير بعيد، فإذا أخذنا الغوص - وكان الحرفة الرئيسية للمجتمع - كمثال لهذا التنظيم وجدنا أنها كانت تقوم على ثلاث مراتب حرفية هي مرتبة النواخذ (وهم قباطنة مراكب الغوص والعارفين لأسرار المهنة وخاصة مناطق اللؤلؤ)؛ مرتبة البحارة (وتضم الغواصين والسيوب والرضف وهم الذين يقومون بالإنتاج، فالغواصون يغوصون لصيد اللؤلؤ والسيوب يساعدونهم بسحبهم من الماء والرضيف يساعد السيب)؛ مرتبة التّبابين (وهم الصبيان الذين يرافقون المراكب لتعلم الحرفة والقيام ببعض الخدمات). ففي تلك المرحلة كان النواخذ يملك مركب الغوص وما عليها من معدات، وهو في ذلك يذكرنا بالمعلم masterman في النظام الحرفي الذي ساد أوروبا والشرق طوال العصور الوسطى)".

(١٩) ورد ذلك في القانون الثوري الصادر في ١٧-٢ مارس ١٧٩١ والمعروف باسم Décret d'Allarde، حيث جاء فيه: "Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ...".

(٢٠) الحروب النابليونية (the Napoleonic Wars) هي الحروب التي خاضتها فرنسا بقيادة إمبراطورها نابليون بونابرت في مطلع القرن التاسع عشر ضد الدول الأوروبية المجاورة، والتي أعادت تشكيل خريطة أوروبا لتصبح على الوجه التي هي عليه اليوم.

عمل الإنسان تؤجّر كما تؤجّر الدور أو الدواب، إذ جاء في المادة ١٧٠٨ من القانون أن هناك فئتين لعقد الإيجار هما عقد إيجار الأشياء وعقد إيجار العمل، ويقصد بالأخير اشتغال شخص في خدمة شخص آخر (المادة ١٧٧٩ فرنسي)<sup>(٢١)</sup>.

٥ - وضمن هذا الإطار، كان التعاطي مع تحديد أجور العمال يتم من خلال مقاييس اقتصادية تقارب تلك المعتمدة في تحديد أسعار السلع (كالندرة والوفرة، العرض والطلب، الحاجة والاكتفاء). هذا، وإن كان تحقيق تلك المقاييس لم يكن يتم وفق الأوضاع المعيارية السائدة في ظل نظم العمل كما نعرفها اليوم، بسبب اختلاف الظروف المعاصرة عما كان سارياً في الماضي (من ذلك مثلاً اختلاط نشاط طوائف الحرف آنذاك بممارسات لا تقبلها روح العصر السائدة الآن، مثل غياب المنظور التنافسي، التكتل الفتوي، والقوة الاحتكارية)<sup>(٢٢)</sup>.

٦ - ومن وجهة نظر الصناعة، اعتبر العمل محض بندٍ من بنود التكلفة الصناعية للمنتج، إذ يكمن جوهر رأس المال في قدرته على تعبئة قوة العمل عن طريق ابتياعها ودفعها إلى المنشآت الصناعية ومن ثم التجارية، وهي عملية تستدعي وجود سوق توفر إمكانية بيع قدرة الأشخاص على العمل وشرائها مثل أية سلعة أخرى، بحيث يقوم مشترو قوة العمل بعرض الأجور التي يقبلها البائعون ثمناً لعملهم كسلعة<sup>(٢٣)</sup>. وهكذا، فالعمل بذلك قابلٌ للمساومة على غرار عناصر الإنتاج الأخرى، مثل المادة الأولية والطاقة، باعتبار أن السوق هنا تقوم بخلق حالةٍ توحى بأن عملية البيع والشراء لا تعدو أن تكون صفقةً متكافئةً بين طرفين. إلا أنه مع غياب التنظيم القانوني الحقيقي للعمل، كان الأمر يؤول غالباً - عند تقييمه ضمن تكلفة الإنتاج - إلى الجدوى المالية وتعظيم

(٢١) يذكر أن مدونة القانون المدني الفرنسي لا زالت تتضمن هذين النصين، وإن كانت حركة التشريع الحديث قد جردتهما من الكثير من المضمون. انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. ٢٨.

(٢٢) جون كينيث جالبريث، تاريخ الفكر الاقتصادي، ترجمة أحمد فؤاد بلبع (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ٢٠٠٠)، ص. ٣٨-٣٩.

(٢٣) فسوق العمل، هنا، هي الفضاء المكرّس للتبادل بين العرض (مجموعة من الأشخاص المستعدين للعمل) والطلب (مجموعة من الأعمال المتوافرة المعروضة من أصحاب العمل)، يضاف إليهما عنصر ثالث هو الأجر (المقابل للعمل). انظر: محمد عرفان الخطيب، "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون، العدد ٢، المجلد ٢٤، ٢٠٠٨، ص ٥٨.



الربح للمؤسسة، دون أي اعتبارٍ لشخص العامل أو أي هامشٍ لضمان مصالحه المشروعة والعادلة، ودون ربط الاستفادة من قيمة عمله بأي قيمٍ معياريةٍ أو أخلاقية<sup>(٢٤)</sup>.

٧ - وبعد الثورة الصناعية، بدأت النظرة الإيجابية للعمل تظهر مع كتابات المدرسة الاشتراكية التي تزعمها كلٌّ من كارل ماركس (Karl Marx) وفريدريك إنجلز (Friedrich Engels)، والتي تمثلت باكورتها في بيان الحزب الشيوعي<sup>(٢٥)</sup>، ثم في كتاب ماركس المعنون "رأس المال" (Das Kapital) حيث كان مما ذكروا حول الأحوال المزرية للعمال أن "هؤلاء العمال مُكروهون على بيع أنفسهم قطعةً قطعة، فهم لا يعدون أن يكونوا سلعة مثل أي صنفٍ تجاريٍّ آخر، ولذلك فهم معرّضون لكل صروف المزاحمة، ولكل تقلبات السوق"<sup>(٢٦)</sup>، كما كتب إنجلز "يمكن أن يكون الإنسان أيضاً سلعة، ففوة العمل البشرية يمكن أن تُعرض للتبادل وأن تُستغل بتحويل الإنسان إلى عبد. لم يكد الناس يشعرون في مرحلة تبادل السلع حتى صاروا هم أنفسهم عُرضةً للتبادل مثل السلع، فأصبح الفاعل منفعلاً، رضي الناس أم أبوا"<sup>(٢٧)</sup>. ولعل أبرز ما جاءت به الماركسية في معرض نقدها للأوضاع المرتبطة باشتراطات العمل وبالمنظور الاجتماعي له هو نظرية فائض القيمة (theory of surplus-value)، التي تذهب إلى كون قيمة قوة العمل تتحدد بكمية العمل اللازم لانتاجها، مما يعني أن أرباب الأعمال يحتفظون لأنفسهم بالفرق بين قيمة المنتجات وقيمة قوة العمل، فلا يعطون للعمال مقابلًا إلا بالقدر اللازم لاستمرارهم وبقاء جنسهم، وهو سبب موقف ماركس المناهض للرأسمالية<sup>(٢٨)</sup>. وما زال لهذا المنظور الماركسي نحو قيمة العمل تأثيره على السياسات التشريعية في كثير من دول العالم، حتى المتبنية لاقتصاد

(٢٤) مصطفى الفيلاي، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢٥) هرمان دونكر، البيان الشيوعي: النص الكامل مع دراسة وتحليل، ترجمة عصام أمين (بيروت: دار الفارابي، ١٩٨٧)، ص ٢١.

(٢٦) هرمان دونكر، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢٧) فريدريك إنجلز، أصل الأسرة والملكية الخاصة والدولة (دمشق: دار التكوين، ٢٠١١)، ص ٢٦١.

(٢٨) عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت (الكويت: د. ن، ١٩٨٩)، ص ٢٥٣-٢٦٥؛ عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت (الكويت: دن، ١٩٨٥)، ص ٤٨٧-٤٩٢؛ غُناز سكيريك ويلز غيلجي، تاريخ الفكر الغربي من اليونان القديمة إلى القرن العشرين، ترجمة (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠١)، ص ٦٨٥-٦٨٩.

السوق منها<sup>(٢٩)</sup>. ففي أوروبا مثلاً - لا سيما في ألمانيا وفرنسا وإيطاليا - ما زال المفهوم الوطني الاشتراكي للعمل يتميز باهتمامه الواضح بالاعتبارات السياسية والاجتماعية التي تعتبر العمل ظاهرة اجتماعية، خصوصاً في هدفه الأخير المتمثل في سد احتياجات المجتمع، مما يعني أنه في مفهومه القيمي لا يعدو أن يكون شكلاً من أشكال الخدمة الاجتماعية، وأنه ليس محض سلعة تباع وتشترى في الأسواق وتخضع لقانون العرض والطلب<sup>(٣٠)</sup>.

٨ - و يبدو أن الأمر لم يكن مقصوراً على المشهد القانوني الأوروبي وحده، فبالانتقال إلى بلاد المشرق العربي، يتضح أن موقف مجلة الأحكام العدلية - باعتبارها التقنين المدني الذي كان مطبقاً في أقاليم الدولة العثمانية - لم يكن بعيداً عن هذا الاعتبار من حيث الواقع<sup>(٣١)</sup>. إذ لم تفرّق المجلة بين إجارة الأشياء وإجارة

(٢٩) وليست الكويت بعيدة عن ذلك، فالدستور الكويتي يأخذ بنظام اقتصاد السوق بشكل واضح، إلا أنه يُطعم هذا التوجه الرأسمالي ببعض التطبيقات ذات النزعة الاشتراكية، مثل كفالة حقوق السكن والتعليم والصحة.

(٣٠) في الأدبيات القانونية الاشتراكية، يندر تداول مصطلح "سوق العمل" لكونه يعبر عن فكر رأسماليّ خالص انظر: سامي بعقلين، "نظرة في قوانين العمل"، الرائد العربي، العدد الأول، نوفمبر ١٩٦٠، ص ١٤.

(٣١) مجلة الأحكام العدلية، أو ("المجلة"، كما اشتهرت، دون نعتٍ أو تخصيص)، هي مدونة لأحكام الفقه الإسلامي الحنيف في المعاملات المالية، وقد صدرت في الدولة العثمانية عام ١٨٦٩ إبان عهد السلطان عبد العزيز بن محمود الثاني، تحت إشراف الوزير أحمد جودت باشا ناظر المعارف العمومية، الذي شكل لهذا الغرض لجنة علمية من رجال الدين والقانون، اضطلعت بجمع الأحكام الشرعية للمعاملات على مذهب الإمام أبي حنيفة، لتكون أول تقنين مدون ورسمي للفقه الإسلامي. ومن حيث الشكل، بلغت مواد المجلة ١٨٥١ مادة متضمنة أحكاماً شرعية لمختلف المعاملات المدنية، قُسمت - على غرار نهج القانون المدني الفرنسي - بحسب المواضيع التي تناولتها (كالبيع، الإيجار، الكفالة، والوكالة وعداها). وقد كان الهدف من إصدار المجلة هو الخروج بقانون مدني موحد لكافة الولايات والأقاليم الخاضعة للدولة العثمانية، لا سيما بعد ظهور القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤ وانتشاره في أوروبا بشكل غير مسبوق. وقد طُبقت المجلة في كافة محاكم الأقاليم الخاضعة للدولة العثمانية، إلا أن التطبيق الأبرز لها قد كان في سوريا ولبنان وفلسطين والأردن والعراق (استمر تطبيق مجلة الأحكام في العراق حتى عام ١٩٣٦ - ١٩٣٧، عندما استعانت الحكومة العراقية بالخبير القانوني المصري الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي وضع القانون المدني العراقي ليحل محل المجلة). وقد تكون الكويت هي البلد الوحيد الذي طُبقت فيه المجلة من دون فرضٍ من قبل الدولة العثمانية. فقد كانت الكويت كياناً مستقلاً ذا سيادة منذ نشأتها فلم تتبع الحكم العثماني، وإنما تبني المجلة فيها بناءً على رغبةٍ من حاكمها آنذاك، الشيخ أحمد الجابر الصباح، في معرض ترتيبه =

الأشخاص، فتضمنت أحكاماً تظهر تعاملها مع العمل باعتباره سلعة، فنظمت عقد العمل تحت عنوان "فصل إجارة الأدمي"<sup>(٣٢)</sup>. وثمة خصوصية للمجلة هنا يمكن إدراكها من خلال ملاحظة تأثير المجلة بثقافة الزمان السائدة من جهة، وبالقانون المدني الفرنسي من جهة أخرى. ففيما يتعلق بعلاقات العمل على سبيل المثال، لم تفرق المجلة بين إجارة الأشياء وإجارة الأشخاص، فالأحكام التي تسودها تشير إلى أخذها بفكرة أن العمل سلعة، وأنه يصلح محلاً لعقد الإيجار، ومن ثم نظمت عقد العمل تحت عنوان "فصل إجارة الأدمي" (الفصل الرابع من الباب السادس، المواد ٢٦٢-٥٨١)<sup>(٣٣)</sup>. والمادة الرئيسية التي تنتظم القاعدة العامة لما أسمته المجلة "إجارة الأدمي للخدمة" هي المادة ٥٦٢، التي ورد فيها أنه "تجوز إجارة الأدمي للخدمة أو لإجراء صنعة ببيان مدة أو بتعيين العمل بصورة أخرى"<sup>(٣٤)</sup>. ومع ذلك، فإن المجلة تفرق بين عقديّ المقاولة والعمل (رغم أنها لا تعرف مصطلح "المقاولة").

= للأوضاع التشريعية والقضائية للدولة، وقد كان ذلك في فترة انتهاء السيادة العثمانية على البلاد الإسلامية، بل وبعد إلغاء المجلة من تركيا ذاتها. وقد تم الأمر خلال دور المجلس التشريعي لعام ١٩٣٨، الذي كان أول عمل نفذته هو إلزام القضاء - ممثلاً بـ "محكمة الكويت الشرعية" - باستنباط جميع الفتاوى والأحكام التي يصدرها من مجلة الأحكام الشرعية (العديلية) وحدها دون سواها من مصادر، حتي ينتفي التشعب في الآراء والتضارب في الأحكام. انظر: مشاعل عبد العزيز الهاجري، "مجلة الأحكام العديلية العثمانية في الكويت العربية"، ١٥ إبريل ٢٠١٢ (غير منشور).

(٣٢) مجلة الأحكام العديلية، الفصل الرابع من الباب السادس، المواد ٢٦٢-٥٨١. وقد ورد في المادة ٤٢١ ما يلي: "الإجارة باعتبارها المعقود عليه على نوعين: (النوع الأول) عقد الإجارة الوارد على منافع الأعيان ويقال للشيء المؤجر عين المأجور وعين المستأجر أيضاً، وهذا النوع ينقسم إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول: إجارة العقار كإيجار الدور والأراضي، القسم الثاني: إجارة العروض كإيجار الملابس والأواني، القسم الثالث: إجارة الدواب. (النوع الثاني): عقد الإجارة الوارد على العمل وهنا يقال للمأجور أجير كاستئجار الخدمة والعملة، واستئجار أرباب الحرف والصنائع هو من هذا القبيل...". كما ورد في المادة ٥٦٢ من المجلة: "يجوز إجارة الأدمي لخدمة أو لإجراء صنعة...".

(٣٣) في مجال الاستعانة بخدمات الأشخاص، تجد تسمية "إجارة" أصلها في الفقه الإسلامي المستند إلى قوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَأْبَأُ اسْتَئْجَرَهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ (الآيتان ٢٦ و ٢٧ من سورة القصص).

(٣٤) ومن النصوص التفصيلية التي تنتظم إجارة الأدمي في مجلة الأحكام العديلية المادة ٥٧٠ من المجلة: "لو استأجر أهل قرية معلماً أو إماماً أو مؤذنًا وأوفى خدمته، يأخذ أجرته من أهل تلك القرية"، والمادة ٥٧٤ من المجلة "كل ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها كما أن العادة في كون الخيط على الخياط".



فحيث يتعهد المفاوض بصنع شيءٍ مقابل أجر، فإن العقد يعتبر "عقد استصناع" (المادة ٣٨٨ من المجلة)، ويسمى المفاوض في هذه الحالة بـ "الأجير المشترك" (المادة ٤٢٢ من المجلة). أما حيث يتعهد المفاوض بأداء عملٍ معينٍ فإن هذا التعهد يعتبر من قبيل "إجارة الأدمي"<sup>(٣٥)</sup>.

٩ - والمعروف أن مجلة الأحكام العدلية - باعتبارها النموذج العثماني المبكر للقانون الحديث المستقى من الشريعة الإسلامية - قد صدرت في وقتٍ لم يكن وضع العمال فيه على هذا القدر من التنظيم والاستقلالية في أنحاءٍ أخرى من العالم. ففي بريطانيا مثلاً، باعتبارها النموذج للنظم القانونية الأنجلوسكسونية، ظهرت في القانون الإنجليزي قوانين "السيد والخادم" (Master and Servant Acts)، وهي منظومة تشريعية صممت لترتيب العلاقات بين أرباب الأعمال والعمالين لديهم خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر. وقد بلغت هذه القوانين في الشدة والتحيز لأرباب الأعمال حتى أن خروقات العمال العقدية كانت تواجه بتدابير ذات طبيعة جنائية، يُحال فيها العامل المخالف إلى القضاء، ويمكن أن تصل عقوبته إلى السجن أو السجن مع الأعمال الشاقة<sup>(٣٦)</sup>. وقد استخدمت هذه القوانين كوسائل لمواجهة المساعي العمالية القاصدة لتحسين ظروف العمل من خلال التكتل والتنظيم الجماعي لعلاقات العمل (تجدر الإشارة إلى أنه ابتداء من الفترة التي سادت فيها قوانين "السيد والخادم" كانت الاتحادات العمالية تعتبر كياناتٍ غير قانونية، بدعوى أنها تعرقل حرية النشاط التجاري، وقد استمر هذا الحظر إلى حين صدور "قانون اتحاد عمال المملكة المتحدة" عام ١٨٧١ (Trade Union Act 1871 United Kingdom). وهكذا، فقد رسّخت قوانين "السيد والخادم" الفكر الذي ينحو نحو اعتبار العمل سلعة تتلاعب بها علاقات السوق، واعتبارات العرض والطلب، ومعادلات الندرة والوفرة، الأمر الذي أثر سلباً على حقوق

(٣٥) محمد لبيب شنب، دروس في شرح قانون العمل، مذكرات على الآلة الكاتبة (الكويت: كلية الحقوق - جامعة الكويت، ١٩٨٠).

(٣٦) Hugh Collins, K.D. Ewing and A. McColgan, Labour Law: Text and Materials, 2nd edn. (Oxford: Hart Publishing, 2005), pp. 10-11.

ويبدو أن القانون الأمريكي كان يتخذ موقفاً مشابهاً، ففي قضية Commonwealth v Pullis

(Philadelphia Mayor's Court, 1806)، أُدين بعض العمال بأحكام جنائية لرفضهم العمل

إلا بأجور محددة، ولحثهم لزملائهم على الامتناع عن العمل إلا مقابل تلك الأجور. انظر:

Douglas L. Leslie, Labor Law (Minnesota: ThomsonWest, 1992), p.1.



العامل في عقد العمل، وأضعف مركزه القانوني فيه. إلا أن هذا المنظور التقليدي للعمل لم يستمر، وألغيت قوانين "السيد والخادم" عام ١٨٧٥.

١٠ - وكانت نظم الإنتاج الأوروبية تُموّل من خلال الدورة التقليدية لرأس المال، والتي كانت تتمثل في قيام التجار بإرسال المواد الأولية إلى القرى والضياع، لتتحول على أيدي الحرفيين إلى منتجات استهلاكية (أقمشة، سجاد، أواني، إلخ)، لتباع بعدها في المدن والحوضر. إلا أن هذه النظم تغيرت تغييراً حاداً في بدايات القرن الثامن عشر، إذ مرت أوروبا بسلسلة واسعة من التحولات الاجتماعية والاقتصادية العميقة الناجمة بما عرف بـ "الثورة الصناعية" في مجالي الصناعة والمواصلات (industrial revolution)، والتي تم فيها إحلال الميكنة والتقنية محل العمل اليدوي، إذ أدى اختراع الآلة للاستغناء عن عدد كبير من العمال، فزاد العرض عن الطلب، الأمر الذي ساءت معه أحوال العمال وضعفت قوتهم التفاوضية أمام أرباب الأعمال، مما أصبح معه عقد العمل يقترب من عقود الإذعان<sup>(٣٧)</sup>، وأدّى ذلك إلى تغيير كبير في اقتصاديات المجتمع، فتزايدت حركة التصنيع، وحلت الآلة محل الإنسان ليصبح الفرد مجرد ترس في آلة المصنع الكبيرة. وبذلك، تحول نموذج المحرك الاقتصادي من التاجر (merchant) الذي كان يكتفي ببيع البضائع إلى رجل الصناعة (entrepreneur) الذي كان يهتم بانتاجها.

١١ - وقد جلبت الثورة الصناعية معها وعياً جديداً حول عدم المساواة. وبالدرجة الأولى، تمثلت أبرز أوجه ذلك الوعي بإدراك التحديات المرتبطة بتنظيم مشروعات صناعية كبيرة على نطاق واسع تشمل أعداداً غفيرة من العمال الذين يعملون تحت إمرة رب عمل واحد<sup>(٣٨)</sup>، الأمر الذي ارتفعت معه الأصوات بتحسين ظروف العمل واشتراطات التعاقد، مع إظهار التعاطف مع العمال وإبراز أهمية دورهم في المجتمع. وشيئاً فشيئاً، دُعمت تلك النظرة المغلقة من شأن العمل بواسطة حركة التنوير الأوروبية (the Enlightenment) ومن خلال تطور الفلسفات الاقتصادية، لا سيما تلك التي نادى بها بعض الفلاسفة الإنجليز، مثل جون لوك (John Locke)

(٣٧) أما حالياً، فكثيراً ما يقال أن الإذعان صار ينطبق على عقد العمل على الطرفين إلى حد ما، لا سيما في الدول الصناعية، خاصة بعد قيام النقابات العمالية القوية التي أصبحت تفرض إرادتها على أرباب الأعمال.

(٣٨) مشاعل عبد العزيز الهاجري، "جيرمينال: الثورة الصناعية بين قانون العمل والأدب الروائي"، غير منشور.

وآدم سميث (Adam Smith) وريكاردو (Ricardo)، فبدأت أبعاد علاقات العمل تتسع لمصلحة العمال، وبدأت تتجاوز البُعد التشريعي البحت لتتعداه إلى البُعد العقدي أيضاً، مع ما في ذلك من هوامش واسعة للإرادات المتقابلة والمتكافئة لأطراف العلاقة من عاملٍ وربٍ عمل<sup>(٣٩)</sup>.

١٢ - ومع تطور النظم الاقتصادية والتشريعية وتزايد قوى الحركات العمالية نتيجةً لظروفٍ سياسية واجتماعية مركّبة (كالهجرة من الريف إلى المدينة وما تلاها من ثورات أوروبية)، تغيّرت النظرة الحديثة للعمل فازدادت أهمية، وأصبح العمل هو ما يخلع على المادة الأولية أهميتها التي تُترجم إلى قيمة تجارية، فصار يُنظر إلى العمل ليس كسلعةٍ فقط وإنما كقيمةٍ من ضمن منظومة القيم الاجتماعية التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار. وهكذا، لم يعد الأمر مقتصرًا على التركيز على جانب الكسب المادي منه فقط، وإنما تعداه إلى النظر إلى العامل كإنسانٍ، كمنتجٍ وكعنصرٍ مجتمعي فاعل<sup>(٤٠)</sup>.

١٣ - وقد توجت هذه النظرة الجديدة للعمل من خلال النص عليها في المواثيق الدولية، ففي أعقاب الحرب العالمية الأولى عام ١٩١٩، عيّن مؤتمر السلم لجنة التشريع الدولي للعمل، وكلفها بوضع ميثاق منظمة العمل الدولية وفقاً للمبادئ المقررة في معاهدة فرساي، فقررت هذه اللجنة في بعض نصوصها أنه "لا يجوز اعتبار العمل بمنزلة السلعة أو البضاعة التجارية"<sup>(٤١)</sup>. وتأكّد هذا المبدأ بصور إعلان فيلادلفيا (Declaration of Philadelphia) في مايو ١٩٤٤، وهو الوثيقة المرفقة بدستور منظمة العمل الدولية، والتي مهدت لكلٍ من ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وقد حدّد إعلان فيلادلفيا نطاق أعمال منظمة العمل الدولية في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، متضمناً خمسة مبادئ هامة، هي:<sup>(٤٢)</sup> أن العمل ليس سلعة؛ أن حرية الرأي والتنظيم لا غنى عنهما لأطراف التقدم؛ أن الفقر في أي مكان يشكل خطراً على الرخاء في كل مكان؛ أن لجميع البشر - على اختلاف أعراقهم أو معتقداتهم أو أجناسهم - الحق في السعي وراء رفاهيتهم المادية وتقدّمهم

(٣٩) The Critical Lawyers' Handbook, ed. by Ian Grigg-Spall and Paddy Ireland (London: Pluto Press, 1992), p. 87.

(٤٠) مصطفى الفيلاي، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٤١) Lucy Taksa and Dimitria Groutsis, 'Managing Diverse Commodities? From Factory Fodder to Business Asset', The Economic and Labour Relations Review, Vol. 20, No. 2, p. 79.

(٤٢) المادة الأولى من إعلان فيلادلفيا.

الروحي في ظروف قوامها الحرية والكرامة والاستقرار الاقتصادي وتكافؤ الفرص، مع تأكيد التزام الدول الأعضاء باتباع سياسات وطنية تفضي إلى تهيئة الظروف التي من شأنها أن تجعل تحقيق ذلك ممكناً<sup>(٤٣)</sup>. وقد ترسخ هذا المنظور القيمي للعمل عندما أُدرجت نصوص مماثلة في تصريح منظمة الدول الأمريكية عام ١٩٤٨ والتصريح الأمريكي لحقوق الإنسان، وفي الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان. كما اعتمدت الدول العربية هذا المنظور في المادة ٣١ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان، وقررت الدول الإسلامية في البيان الإسلامي لحقوق الإنسان<sup>(٤٤)</sup>، وقد لاقى ذلك صدًى في أغلب الدساتير العربية المعاصرة<sup>(٤٥)</sup>.

١٤ - وقد ترتب على هذا المنظور الحديث لعلاقات العمل أنها لم تعد تُنظم قانوناً باعتبارها مجرد صورة من صور عقد الإجارة، بل استقلت تلك العلاقات بمنظومة تشريعات اجتماعية متكاملة، لا تنظر للعمل باعتباره إجارة فحسب، بل تتعدى ذلك لتشمل العامل بعنايتها من خلال ضمان وظيفته ومستحقاته وصحته وكرامته ومستقبله، وذلك من خلال آليات تشريعية مُحكمة مثل قانون العمل، الضمان الاجتماعي، نظم المعاشات، التأمين الصحي، السلامة المهنية، وعداها. وقد كانت القوة المحركة وراء ذلك تتمثل في تنظيم دولي جديد لعلاقات العمل، يعبر عن نفسه من خلال المنظمات الدولية الكبرى التي أخذت تتصدى للزود عن مصالح العمال وحماية حقوقهم المشروعة، التي استمدوها من هذه الأدوات التشريعية الجديدة، بما يحقق، بالمحصلة، مكافحة الفقر والبطالة والإقصاء الاجتماعي.

١٥ - واليوم، وعلى إثر هذا التطور المطرد للمنظور الاجتماعي للعمل، تمر الآن كل من اتفاقيات العمل الدولية وتشريعات العمل الوطنية الحديثة بأطوار تحولية واضحة، تخالطها اعتبارات حمائية ظاهرة، وتبرر الطبيعة الحمائية لقانون العمل بضعف فكرة التعاقد - بمعناها الدقيق - في عقد العمل. فإثر الثورة الفرنسية، نودي بسيادة مبدأ سلطان الإرادة، فلكل من العامل ورب العمل حرية اختيار التعاقد الآخر، إضافة إلى حرية التفاوض.

(٤٣) أبو بكر عابدين بدوي، "لمحة عن منظمة العمل الدولية"، في: نشأة معهد الثقافة العمالية في الكويت والنشأة الدولية في مجال الثقافة العمالية (الكويت: معهد الثقافة العمالية، ١٩٩٨)، ص ١٤٣-١٤٤.

(٤٤) مصطفى الفيلاي، المرجع السابق، ص ١٨١.

(٤٥) من بين جميع الدساتير العربية، فإن المادة ١٣ من الدستور المصري الدائم والصادر في عام ١٩٧١ تظهر أوضح تمثّل للمنظور القيمي للعمل، حيث ورد فيها أن "العمل حقٌ وواجبٌ وشرفٌ تكفله الدولة، ويكون العاملون الممتازون محل تقدير الدولة والمجتمع".

## المبحث الثاني

الاقتصاد وارتباطه بالتشريعات العمالية<sup>(٤٦)</sup>

١٦ - يُعرف علم الاقتصاد بأنه نسق الإنتاج والتبادل الذي يوفر الاحتياجات المادية للأفراد الذين يعيشون في مجتمع ما<sup>(٤٧)</sup>. وبذلك، فإن الاقتصاد، كعلم، يُعنى بدراسة السلوك الإنساني كعلاقة بين كل من الغايات والموارد أو الوسائل المتاحة، مما يعني أن المشكلة الاقتصادية تدور حول فكرة "الاختيار" (choice) وما قد يرتبط بانتقاء هذا الخيار من محفزات وموارد. وتعتبر هذه الفكرة أساساً لما تعارف الاقتصاديون على تسميته بـ "نظرية تكلفة الفرصة" (opportunity cost theory) والتي يتمثل فحواها في أن صعوبة حصول الفرد على كل ما يريد في الآن نفسه هو أمرٌ يعني اضطرابه إلى أن ينتقي من بين الخيارات المطروحة أمامه. وبذلك، فكل اختيار من هذا القبيل هو أمرٌ يتضمّن - بالضرورة - تضحيةً أو تكلفةً تسمى "تكلفة الفرصة"، وهي تتمثل بالتضحية التي يتحملها الشخص حين يختار بين عددٍ من الاختيارات الممكنة، أي قيمة أحسن اختيارٍ متروك<sup>(٤٨)</sup>. وعليه، فإن النشاط يعتبر "اقتصادياً" عندما يسعى إلى مقاومة الندرة النسبية للموارد (scarcity) من خلال العمليات الإنتاجية، من حيث إن الندرة هي عدم كفاية الموارد المتاحة لإشباع جميع الاحتياجات والرغبات الإنسانية.

ولما كان الاقتصاد فرعاً من فروع العلوم الاجتماعية المعنية بدراسة إدارة الموارد النادرة (عمليات الإنتاج، التوزيع، واستهلاك السلع والخدمات) فإنه - كحقل معرفي - لا يتعاطى مع موضوعاتٍ ستاتيكية ثابتة، فليس في هذا العلم حقائق دائمة، على خلاف الحال في العلوم البحتة<sup>(٤٩)</sup>، بل يتعامل مع عناصرٍ ديناميكيةٍ في تطورٍ مستمر<sup>(٥٠)</sup>.

(٤٦) Campbell R. Mcconnel and Stanley L. Brue, Economics: Principles, Problems and Policies (McGrow- Hill: Boston, 2005).

(٤٧) أنتوني غدنز، المرجع السابق، ص ٧٣٧.

(٤٨) فعندما يتوفر للشخص مبلغ من المال ويشترى به سيارة جديدة، على سبيل المثال، فإن شراء السيارة يعني التضحية بالاختيارات الأخرى مثل ترميم المنزل، أو السفر، أو العلاج، مما يعني أن هذه هي تكلفة الفرصة على المستوى الشخصي.

(٤٩) كالرياضيات أو الكيمياء أو الفيزياء، والتي تعرف أيضاً بالعلوم الأساسية أو المجردة، وهي العلوم التي تُعنى بوصف المادة والطاقة والقوى الأساسية، وما يربط بينها من قوانين علائقية.

(٥٠) جون كينيث جالبريث، المرجع السابق، ص ١٠٨.



١٧ - وينقسم علم الاقتصاد إلى فرعين، هما الاقتصاد الجزئي أولاً (microeconomics)، وهو الفرع المعني بتحليل ودراسة السلوك الاقتصادي للعناصر الاقتصادية (الأفراد/ الشركات) وطرق تفاعلهم مع الأسواق الفردية، وندرة الموارد، والأنظمة الحكومية، وذلك بقصد فهم عملية صنع القرار لديهما، مما يحدّد كمية العرض والطلب وبالتالي يحدّد الأسعار داخل دولة محدّدة. أما الفرع الثاني من فروع علم الاقتصاد فهو الاقتصاد الكلي (macroeconomics)، وهو يُعنى بدراسة الاقتصاد من منظورٍ يهتمّ بالكليّات، لبيان تأثير العوامل الاقتصادية المختلفة على اقتصاديات الدول (كمعدلات البطالة، الادخار، الاستثمار، التضخم، والسياسة النقدية) على صعيد العلاقات الاقتصادية الدولية.

١٨ - وخلال القرن الماضي، امتدّ نطاق علم الاقتصاد فصار يغطي آفاقاً أوسع. فبعد أن كان الاقتصاد يقتصر على تحليل القرارات المالية ضمن المفهوم الفني التقليدي، تحوّر نطاقه فصار يُعنى في جانبٍ منه بالاقتصاد السياسي، إذ أصبح من المسلّم به الآن أن التحليل الاقتصادي ينبغي ألا يقتصر على المصالح المالية للفرد فقط، وأنما يلزم أن يأخذ بعين الاعتبار المعطيات العامة المحيطة بهذه المصالح، كنظام القيم وأنماط العلاقات وديناميكياتها في المجتمع، مع ما يعني ذلك من ارتباط بالتشريعات التي تنظم علاقات العمل بشكلٍ مباشرٍ أو غير مباشر، كآليةٍ مفعّلةٍ لكل ذلك بالضرورة<sup>(٥١)</sup>. وتبدو أهمية تمثّل هذا المفهوم للاقتصاد عند بيان العلاقات العمالية، بحسبان أن هذا العلم صار يستخدم الآن لقياس وتقييم العمليات التشغيلية التي تعتمد عدة عناصر حيوية للإنتاج.

ويعتبر رأس المال العنصر الأساسي الأول في العملية الإنتاجية، ويُقصد به الأموال المرصودة للإنفاق على مشروعٍ تجاريٍّ ما (نقد، قروض، علاقات استثمارية). وتكمن أهمية رأس المال في كونه المحرّك الأول لعلاقات العمل من خلال قدرته على تعبئة هذا العمل وشراء القوة العاملة ودفعها إلى المشروعات الإنتاجية<sup>(٥٢)</sup>. وثاني عناصر الإنتاج هي الموارد الطبيعية، المتمثلة في هبات الطبيعة التي لم يوجد لها عمل إنسانيّ سابق، والتي يمكن للإنسان - من خلال تحويلها - أن ينتج السلع والخدمات التي يحتاجها لإشباع حاجاته (كالأرض، الغابات، مصائد الأسماك، مساقط المياه)<sup>(٥٣)</sup>.

(٥١) يوسف الياس، المرجع السابق، ص ٢٨، ٤٢.

(٥٢) إريك ر. وولف، أوروبا ومن لا تاريخ لهم، ترجمة فاضل جتكر (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠٤)، ص ٤٩٧.

(٥٣) محمد محمود غنيمي، المرجع السابق، ص ٢١٩.

أما العنصر الثالث من عناصر الإنتاج فهو عنصر العمل من حيث كونه مجهوداً بشرياً - ذهنياً أو جسدياً - يبذله الإنسان بغرض إنتاج السلع والخدمات<sup>(٥٤)</sup>.

١٩ - وفيما يختص بالعمل، تحديداً، كأحد أهم عناصر الإنتاج، فإن خصوصيته تتمثل في السمة الإنسانية له، من حيث التصاق قيمة العمل بالعامل وارتباطها بشخصه بالضرورة، وما يترتب عن ذلك من اعتباراتٍ عملية، كعدم إمكان تخزين سلعة العمل، وتباين القدرات التفاوضية لأطراف عقد العمل، وهشاشة المركز القانوني للعامل، وهي عوامل أساسية أدت إلى خلق ما بات يعرف بـ "سوق العمل"، وأثرت عليه بالغ التأثير، إضافةً إلى عوامل أخرى<sup>(٥٥)</sup>، وهو ما سنعالجه في المبحث التالي.

٢٠ - وتظهر أهمية الإشارة إلى ضرورة المنظور الاقتصادي لدراسة تشريعات العمل إذا ما تنبّهنا إلى أن دراسة التنظيم القانوني للعمل لا تستقيم بمعزلٍ عن المحيط الاقتصادي الذي يُمارس هذا العمل فيه، لا سيما وأن حقائق الاقتصاد تُظهر بوضوح أن العمل - وأن كان قد تطوّر من حيث نظرة المجتمع الحديثة له، والتي صارت تسبغ عليه معنى "القيمة" عوضاً عن "السلعة" - إلا أنه لم ينفصل أبداً عن اقتصاديات السوق وآلياته، بل ما زال العمل عنصراً هاماً من عناصر الإنتاج الصناعي، يؤثر فيه ويتأثر به، فيظل سلعةً قابلةً للتداول ولقوانين العرض والطلب، وذلك على الرغم من الحماية الواضحة التي يسبغها القانون على العمال، بما يستتبع ذلك من وجوب التنبه إلى أثر الاقتصاد في السياسات التشريعية المنظمة لعلاقات العمل، كما أن الأفكار الراهنة حول العمل لم تتبلور ولم تكتسب شكلها الحالي إلا من خلال كتاباتٍ اقتصادية أساسية، مثل أطروحات مونتيكيو وآدم سميث وسان جوست وريكاردو وسان سيمون وماكس فيبر وعدهم<sup>(٥٦)</sup>، وهي أطروحاتٍ بلغ من أهميتها أنها ما تزال تجد أصداءً لها في جميع دساتير العالم، حتى اليوم.

(٥٤) محمد محمود غنيمي، المرجع السابق، ص ١١.

(٥٥) Hugh Collins, K.D. Ewing and A. McColgan, Labour Law: Text and Material, 2nd edn. (Oxford: Hart Publishing, 2005), p. 2.

(٥٦) مصطفى الفيلاي، المرجع السابق، ص ١٨٥.

## المبحث الثالث

### مفهوم سوق العمل

٢١ - يعرف "السوق" - لدى علماء الاقتصاد - بأنه مجموعات من الأفراد تربطهم علاقةً بسلعةٍ معينة. فمصطلح "السوق" لا يشير إلى مكانٍ جغرافيٍّ معينٍ بالضرورة، بل إلى منظومةٍ من السلع والخدمات والمشتريين والبائعين الذين يتنافسون لإجراء الصفقات التجارية فيما بينهم.

وبذلك، فإن مفهوم السوق لا يقتصر على الحيز المادي الذي يجمع الأشخاص والبضائع فقط (كأسواق القماش، أسواق الماشية، أسواق الغلال)، بل يتجاوز ذلك فيشمل - كفكرةٍ مجردةٍ - شبكة العلاقات المنتجة والفعالة التي تؤدي إلى التبادل الفعلي للسلع، أيًا ما كانت طبيعتها. بل إن مفهوم السوق قد يشمل التعاملات التجارية المشروعة وغير المشروعة معاً. فالتجارة غير المشروعة بجميع صورها (المُهَرِّبات، السوق السوداء، الخمر، المخدرات) تُعتبر سوقاً واقعياً (de facto market) حتى في ظل النظم القانونية التي تمنعها، من حيث أنها - رغم المنع - موجودة، مُتداولة، ومرتبطة لتبعاتٍ مالية على أطرافها، وإن جرّمها القانون<sup>(٥٧)</sup>.

ووفقاً للمفهوم الرأسمالي، تعمل الآلية التقليدية للسوق على أساسٍ من مبدأ العرض والطلب (supply and demand)، فعندما تتوفر السلعة في السوق يزداد المعروض منها فيقل الطلب عليها. وبالعكس، فعندما يقل العرض، أي تقل هذه السلعة في السوق، يزداد الطلب عليها، فيتزاحم الأفراد على اقتنائها<sup>(٥٨)</sup>. وتتم تلك الآليات وفق ضابطٍ هام يتمثل في آلية الثمن (price mechanism) التي تتحدّد بموجبها أسعار السلع بالنظر إلى عناصر الإنتاج المختلفة (رأس المال، الأرض، اليد العاملة). فأجور العمال لا تعدو أن تكون ثمناً للعمل، وبذلك ففي حالة غياب التنظيم القانوني للأجور، فإن تحديدها يتم بنفس الطريقة التي تتحدّد بها أثمان السلع الأخرى، أي من خلال آليات العرض والطلب<sup>(٥٩)</sup>.

(٥٧) أكثر من ذلك، فإن شبكة الإنترنت - رغم كونها تمثل واقعاً افتراضياً - فهي تعتبر سوقاً فعلياً كذلك.

(٥٨) كارل بولاني، التحول الكبير: الأصول السياسية والاقتصادية لزمنا المعاصر، ترجمة محمد فاضل طبّاخ (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠٩)، ص ٥١٩، ٥٣٢.

(٥٩) يوسف الياس، المرجع السابق، ص ٤٢.

وهكذا، فحين تزداد كمية الطلب على سلعةٍ أو خدمةٍ معينةٍ مقارنةً مع ما هو معروضٌ منها فإن سعرها يرتفع، مما يترتب عليه الإقلال من رغبات الطالبين من جهة، وتشجيع العارضين على زيادة حجم معروضاتهم منها في السوق من جهة أخرى. وبذلك، ينتهي الأمر بأن يلعب السوق دوراً عقلانياً تنسيقياً، يتمثل في تعديل الاختلال بين العرض والطلب وتحقيق نوعٍ من التوازن بينهما<sup>(٦٠)</sup>.

وترتيباً على ما سبق، تظهر الملامح العامة لدور السوق كأداةٍ لترشيد القرارات المالية المتخذة من قبل الأفراد (و هو ما أسماه آدم سميث Adam Smith بـ "اليد الخفية للسوق" the invisible hand of the market، وفق تعبيره الشهير)<sup>(٦١)</sup>. فالسوق يمثل منتدىً لمواجهة العروض بالطلبات (سلعٍ وخدمات)، ومن ثم تتحدد الأسعار لكل ما هو معروض فيه.

٢٢ - وفي الأحوال المثالية، فإن السوق - حتى يلعب دور المنسق الفعلي بين القرارات المالية للأفراد - يفترض قيام حالةٍ من التنافس الحقيقي بين كافة الأطراف فيه، مع توفر الشفافية التامة التي تمكن جميع المتعاملين فيه من الحصول على ما يحتاجونه من معلوماتٍ حول جودة السلع وأسعارها، كما يفترض مرونة تحويل رؤوس الأموال وعناصر الإنتاج من قطاعٍ إلى آخر. إن كل ذلك يتطلب قيام مجموعةٍ من الفرضيات المرتبطة بخصائص العرض والطلب، مثل عدم وجود الاحتكار وعدم وجود تدخل مباشرٍ من الدولة، أي عدم وجود أي لاعب متدخل في السوق يملك من الإمكانيات ما يجعله يؤثر لوحده في آليات هذا السوق<sup>(٦٢)</sup>.

٢٣ - وفي ظل ما تقدم من مفهوم لفكرة السوق، وإثر ترسخ معطيات الثورة الصناعية وإرساء أسسها في المجتمعات الأوروبية وانتشارها إلى بقية دول العالم، تشكلت سوقاً تنافسية لليد العاملة (competitive labour market)، كنتيجة طبيعية للطلب على العمالة باعتبارها عنصراً أساسياً في عمليات الإنتاج الصناعي. ويعتمد السوق على عرض العمال تأجير أنفسهم وفقاً لقانون العرض والطلب، شأنهم في ذلك شأن أي سلعةٍ إنتاجيةٍ أخرى، بقصد التنافس للحصول على أفضل الأجور التي

(٦٠) حسن قرنفل، الشغل بين النظرية الاقتصادية والحركة النقابية (الدار البيضاء: دار أفريقيا الشرق للنشر، ٢٠٠٦)، ص ٦٢.

(٦١) Adam Smith, The Wealth of Nations (New York: Bantam Dell, 2003).

(٦٢) حسن قرنفل، المرجع السابق، ص ٦٢.



يوفرها السوق، الأمر الذي يعني أن العمل ما زال يُنظر إليه بصفة أساسية على أنه سلعاً قابلة للتداول (tradable commodity) (٦٣).

وفيما يتعلق بعرض العمل، فإن العامل يعرض خدماته (أي سلعته العمل) مقابل أجر، فيتخلّى بذلك عن سلعته "الفراغ"، فتتم الموازنة الاقتصادية هنا بين كل من منفعة الفراغ (loisir) ومنفعة الأجر. ويتوقف عرض العمل على عدة عوامل، كمستويات الأجور، تكلفة الفرصة، والتفضيلات الشخصية لطالبي العمل. أما إذا كان عرض سلعته العمل فائضاً في سوق العمل فإن ذلك سيؤدي إلى البطالة، أي التعطل عن العمل (٦٤). ووفقاً لتعريفات منظمة العمل الدولية، تنطبق صفة البطالة على الأشخاص الذين لا عمل لهم في وقت ما، على الرغم من قدرتهم واستعدادهم للعمل (٦٥).

أما الطلب على العمل كسلعة فيكون بأن يطلب رب العمل خدمات العامل مقابل أجر، بعد الموازنة بين منفعة خدمات العامل ومنفعة القيمة المالية للأجر، وذلك بقصد إنتاج سلع أو خدمات تدرّ عليه قيمةً تفوق ما أنفقه في الحصول على سلعته العمل. ويتوقف الطلب على العمل على عدة عوامل، أهمها مستويات الأجور، كفاءة العامل، الطلب على المنتج، أسعار المنتج، وأسعار عوامل الإنتاج الأخرى (طاقة، مواد أولية). وهناك العديد من العوامل المؤثرة على الطلب (كسعر السلعة، دخل الفرد، وجود بدائل للسلعة، حجم السوق الفعال أي عدد السكان، التفضيلات الشخصية من ذوق أو ميل شخصي، توزيع الدخل بين السكان، التوقعات المستقبلية لحالة معينة (٦٦)، التركيبة الديموغرافية للسكان، والعوامل الموسمية (٦٧).

(٦٣) كارل بولاني، المرجع السابق، ص ٥٣٠.

(٦٤) ترتبط البطالة بالدورة الاقتصادية (economic cycle) للدول، حيث تزداد نسبها في حال حدوث أزمات اقتصادية مؤقتة، سواء أكانت ناتجة بسبب عوامل داخلية (الركود الاقتصادي، إجراءات التوظيف، عدم التوافق بين مخرجات التعليم وسوق العمل)، أم نتيجة لعوامل خارجية (كتأثير منظومة الاقتصاد الدولي). فإذا ما نشطت الدورة الاقتصادية، انعكس ذلك على الاقتصاد المحلي، فتتوافر فرص العمل وتنخفض نسبة العاطلين عن العمل في المجتمع. انظر: محمد عبد الله البكر، "أثر البطالة في البناء الاجتماعي للمجتمع: دراسة تحليلية للبطالة وأثرها في المملكة العربية السعودية"، مجلة العلوم الاجتماعية (جامعة الكويت)، العدد ٢، المجلد ٣٢، ٢٠٠٤، ص ٢٦٤.

(٦٥) أنتوني غدنز، المرجع السابق، ص ٤٦٢.

(٦٦) كتوقع شتاءٍ قارسٍ يؤدي إلى طلبٍ عالٍ على العمال المتخصصين في جرّ الأصواف.

(٦٧) كالحاجة للعمالة المؤقتة في موسم الحصاد.

٢٤ - والوضع المثالي لأي اقتصادٍ هو الوصول إلى نقطة توازنٍ بين كمية العمل المطلوب والعرض المتاح منه، وهو ما يعرف بـ "مستوى التوازن لسوق العمل" (labour market equilibrium). وتتمثل أهمية وصول سوق العمل إلى نقطة التوازن في حقيقة أنه في حالة زيادة عرض العمل على الطلب عليه فإن ذلك سوف يرتب بطالةً أو انخفاضاً في مستوى الرواتب، أما في حالة ارتفاع الطلب على سلعة العمل وتجاوز الطلب للمعروض منه فإن ذلك يستتبع الغلاء بسبب ارتفاع الأجور كأحد عوامل تكلفة المنتجات.

وفي الأحوال المثالية، يفترض في سوق العمل المتوازنة أن تعيد تصحيح نفسها في حالة وجود أي اختلالٍ فيها (كزيادة العرض أو الطلب أو نقصان العرض أو الطلب). إلا أنه قد يصعب تحقيق ذلك من الناحية الواقعية، بسبب الظروف المانعة لتحقيق توازن سوق العمل (كتجزئة السوق، تدخل نقابات العمال، عدم مرونة الأجر، تكلفة تكوّن رأس المال البشري، وتكلفة انتقال العمالة).

٢٥ - وعلى الرغم من أن العمل صار "قيماً" في زمننا الحالي، بمعنى أنه صار يُنظر إليه من جوانبٍ إنسانيةٍ تُعنى بالعامل وتهتم بتوفير الحماية القانونية له، إلا أن الواقع في الدول التي تتبع نظام الاقتصاد الحر أو المفتوح - وهو النظام المتبع في أغلب دول العالم الآن - يشير إلى أن التعاطي مع العمل إنما يتم باعتباره سلعةً تخضع إلى آليات السوق، وهي الآلية التي تحدّد القيمة السوقية للعمل، كمياته، إضافةً إلى توزيعه القطاعي والجغرافي<sup>(٦٨)</sup>. إلا أن ما يميز سوق العمل عن أسواق عوامل الإنتاج الأخرى هو التصاق خدمة العمل بشخص العامل (كإيلاء الاعتبار للجانب الإنساني، عدم إمكان تخزين سلعة العمل، تفاوت القدرة التفاوضية لجانبي العرض والطلب من العمال وأرباب الأعمال، التدخل الحمائي للدولة، إضافة إلى تأثر هذه السوق باتفاقيات العمل الدولية).

٢٦ - وبالانتقال من المشهد الدولي إلى المشهد الإقليمي، يتبين أنه يصعب القول بوجود سوقٍ حقيقيٍّ للعمل في منطقة الخليج العربي بالمعنى المتقدم، وذلك لأسباب عديدة، منها تبني تلك الدول للسياسات الريعية، اشتراط الموافقة الحكومية للانتقال بين المهن، منع أو صعوبة آليات التنقل الحر للعمال بين الدول<sup>(٦٩)</sup>، رفض

(٦٨) المرجع السابق، ص ٣٢.

(٦٩) وهو ما يعرف بـ free movement of workers. انظر: أمين عز الدين، "تنظيم استخدام العمالة الأجنبية"، في: نادر فرجاني، العمالة الأجنبية في أقطار الخليج العربي: بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد العربي للتخطيط (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ١٩٨٣)، ص ٦٨.

الحكومات الخليجية التوقيع على الاتفاقية العربية لانتقال العمال<sup>(٧٠)</sup>، تفتت سوق العمل إلى عدّة أسواق (بسبب نظام الكفيل الذي يعطي لكل كفيل الحق في السيطرة على حرية العاملين لديه، وبالتالي تحديد أجورهم وقدرتهم على الانتقال بين الأعمال)<sup>(٧١)</sup>، تميّز العمالة الوافدة بسمّة هامة هي توافرها بعرض غير محدد بسبب واقع الاتجار في كفالات العمالة الأجنبية (عدا بعض القوانين والقرارات الوزارية المنظمة لها والخالية من التقييد الحقيقي)<sup>(٧٢)</sup>.

٢٧ - وإذا ما ربطنا بين هذا العرض الاقتصادي لواقع العمل وبين التنظيم القانوني له، وجبت الإشارة إلى أن سوق العمل هذه غالباً ما تقوم بخلق وهم بأن عملية بيع العمل وشرائه إنما هي مبادلة عادلة بين طرفين ذوي مراكز قانونية متكافئة، إلا أن واقع الحال يشير بأن طرفي العلاقة العمالية ليسا على مستوى واحد من حيث القدرة التفاوضية، وهكذا، فإن تلك الحرية القانونية المقررة للعامل يمكن أن تكون حرية وهمية، لأن العمال - في معرض حاجاتهم اليومية الملحة لكسب قوتهم - يتنافسون فيما بينهم على طلب العمل، مما يعطي هامش اختيار كبير لرب العمل، فتكون النتيجة الحتمية هي إذعان العامل لإرادة هذا الأخير، فيرتضي صاغراً ما يفرضه عليه من شروط، وإن كانت مجحفة<sup>(٧٣)</sup>. فأرباب الأعمال يظلون دائماً في موقع قوة يمكنهم من إملاء شروطهم العقدية على العمال، الذين لا يحصلون إلا على جزء من نتاج عملهم، وهو ما يقبضونه على شكل أجور، أما باقي عملهم فيحصله أرباب العمل كفائض قيمة لرؤوس أموالهم<sup>(٧٤)</sup>. وهذا هو السبب الحقيقي الذي حدا بالمشرعين في النظم القانونية المقارنة إلى الالتفات إلى أهمية إحكام التنظيم القانوني للعلاقات بين العمالة ورأس المال، وذلك بإصدار تشريعات اجتماعية خاصة تختلف عن منظومة العلاقات العقدية الاعتيادية، ولإسباغ الصفة الحمائية على العلاقات العمالية. كل ذلك، مع حرص المشرعين على ألا يؤدّي ذلك إلى المساس بربحية المشروع الخاص وكفاءته الإنتاجية، وهي معادلة لا شك دقيقة<sup>(٧٥)</sup>.

(٧٠) نادر فرجاني، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٧١) نادر فرجاني، المرجع السابق، ص ٧٣.

(٧٢) المرجع السابق، ص ٣٣.

(٧٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٧.

(٧٤) إريك ر. وولف، أوروبا ومن لا تاريخ لهم، ترجمة فاضل جتكر (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠٤)، ص ٤٩٧.

(٧٥) هناك علاقة موضوعية ومطرودة بين جودة تشريعات العمل والازدهار الاقتصادي. على سبيل المثال، يذهب كثيرون إلى القول بأنه لولا الثورة في نظام الحاويات - التي =

## المبحث الرابع

### السياسة التشريعية العامة لتنظيم علاقات العمل<sup>(٧٦)</sup>

١ - للاقتصاد أهمية خاصة للقوانين ذات الآثار المالية باعتباره يمثل فضاءها الواقعي. وفيما يتعلق بقانون العمل، فإن دراسته لا يمكن أن تتم بمعزل عن الظروف الاقتصادية التي تُملي ظروف التشغيل واشتراطاته. ومن ثم، فإن أخذ الاعتبار الاقتصادي بالحسبان يؤدي إلى وضع السياسات التشريعية الملائمة والفعالة في نطاق علاقات العمل، التي تحدد التوجه العام، والتي تأتي القوانين بعدها لبلورة توجهاتها تحقيق مقاصدها.

٢ - ويقصد بالسياسة التشريعية العامة (public policy) الخطة العامة التي تضعها الدول من أجل إقامة بنية متناسقة من التشريعات التي تخدم هدفاً نهائياً واحداً، بحيث تكون هذه الخطة متجانسة مع الدستور باعتباره القانون الأساسي في الدولة. وعند إصدار تشريعات جادة في أي مجال، فإنه يجب على المشرع أن يهتم بدراسة الاعتبارات الآتية قبل سن التشريع:

- القانون (البنية التشريعية القائمة، نظم المحاكم الوطنية، اتجاهات القضاء، القانون المقارن).
- التاريخ (النشأة التاريخية للدولة، جماعات الضغط، العلاقة بالكيانات المجاورة).
- الجغرافيا (موقع الدولة، المنافذ البحرية، شبكة المواصلات، نظم الاتصالات).
- علم الاجتماع (الثقافات السائدة، المنظومة الدينية، التجانس السكاني، الأقليات، التركيبة السكانية).
- الاقتصاد (الموارد الطبيعية، المالية العامة، النظريات الاشتراكية والرأسمالية والمختلطة، النظام الضريبي، القطاعات الاقتصادية، سوق العمل، آليات السوق، نظم العملة).

= غيرت صناعة النقل البحري خلال حياة جيلٍ كاملٍ من العمال - لما تسارعت وتيرة معدل نمو التجارة العالمية على النحو الذي نشهده اليوم. انظر: "العمل اللائق من أجل التنمية المستدامة: مقدمة المدير العام إلى مؤتمر العمل الدولي"، الدورة ٩٦-٢٠٠٧، التقرير الأول / ألف (جنيف: مكتب العمل الدولي، ٢٠٠٧)، ص ١٥.

(٧٦) مشاعل عبد العزيز الهاجري، "قلاع وجسور: الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية - دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعدها من العلوم"، مجلة الحقوق، العدد ٣، السنة ٣١، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٢٧.



- العلوم السياسية (الاستقرار الداخلي، العلاقات بين السلطات، العلاقات مع دول الجوار والمجتمع الدولي، الاتفاقيات والمعاهدات الدولية).
- الإحصاء (تعداد السكان، قطاعات السكان، الأصول الإثنية، التركيز الحضري للسكان).
- إن أي نشاط قانوني في مجال التشريع الاقتصادي محكومٌ عليه بالفشل، أو بالقصور في أكثر الفروض تفاؤلاً، ما لم يأخذ كل ما تقدم بعين الاعتبار<sup>(٧٧)</sup>. إن ما يترتب على ذلك هو وجود فلسفة اقتصادية عامة تهيمن على جميع التشريعات ذات التبعات المالية، فتصبغها بروابط منطقية متجانسة (كالقوانين المنظمة للضرائب والتكاليف المالية، التأمين، تنظيم البورصات وأسواق رأس المال، المناطق الحرة، المصارف ومؤسسات التمويل، اتفاقيات التجارة الحرة، الاستثمار الأجنبي، وما يلحق بذلك من قوانين مساندة، كقوانين العقود، الشفافية المالية، الكشف عن العمولات، محاربة الفساد، وغسيل الأموال). وفي الحقيقة، فإن استخدام الأدوات الاقتصادية (كالقياس الكمي، الإحصاء، التحليل) يمكن أن يحسن كثيراً من نوعية المعرفة المتاحة عن القانون ومؤسساته، ليس ضمن الإطار المالي فقط بل بالمعنى الاجتماعي الواسع. من ذلك أنه يساهم في الإجابة عن تساؤلاتٍ عمليةٍ من قبيل الآتي:<sup>(٧٨)</sup>
- هل تؤدي الدعوى الجماعية لحملة الأسهم في الشركات المساهمة إلى منع أخطاء الإدارة أو التقليل منها؟
- هل تؤدي الطرق البديلة لحل المنازعات إلى خفض تكاليف نفقات المنازعات التجارية؟<sup>(٧٩)</sup>.

(٧٧) ولعل القصور في دراسة جميع هذه الجوانب قبل إصدار التشريعات هو السبب المباشر في أزمة التشريع في دولة الكويت.

(٧٨) مشاعل عبد العزيز الهاجري، "قلاع وجسور: الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية"، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٧٩) الطرق البديلة لتسوية المنازعات (Alternative Dispute Resolution - ADR) هي الوسائل المتبعة لحل المشكلات - لا سيما العقدية منها - خارج إطار المؤسسات التقليدية، كالقضاء والهيئات الرسمية، وأبرز هذه الوسائل هي المفاوضات (negotiation)، الوساطة (mediation) أو التوفيق (conciliation)، التقييم المحايد (neutral evaluation)، والتحكيم (arbitration)، وهي في طور التجدد المستمر. وعادة ما يلجأ أطراف النزاع إلى هذه الوسائل لمزاياها العديدة بالمقارنة مع الطرق التقليدية، كمرونة إجراءات نظر النزاع، سرعة البت فيه، خفض التكاليف، والمحافظة على اعتبارات السرية والخصوصية.

- هل تؤدي تطور المنتجات التمويلية وتعددتها (صناديق استثمار/ إجارة/ توريق) إلى ازدياد في معدلات الإفلاس أو اليسار؟
- هل تؤدي فرض الضرائب إلى خفض معدلات جرائم تخريب الممتلكات العامة؟
- هل يؤدي الإفراط في فرض نظام حمائي للعمال إلى ارتفاع في أسعار السلع؟
- هل يؤدي اتساع هامش السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي إلى ارتفاع في قيم التعويضات التي تحكم بها المحاكم؟

٢٨ - إن طرح مثل هذه التساؤلات في مجال تشريعات العمل من شأنه أن يكشف عن أن عقد العمل ينطوي على حالة عدم مساواة بين الطرفين، فالعامل هو الطرف الضعيف في هذه العلاقة العقدية، مما يعني أن مبدأ سلطان الإرادة لا يعدو أن يكون مجرد فكرة فلسفية. لذلك، فإن الواقع يُظهر أن إعادة التوازن إلى العقد يتطلب تدخل المشرع بسياساتٍ تشريعية ذات طبيعةٍ حمائية. وإثر الحرب العالمية الثانية، بدأت تصدر تشريعاتٍ ممنهجة لحماية العمال، فكان من النتائج الهامة لهذا الموقف الحمائي من طرف مشرّع العمل أنه على الرغم من التسليم بدور الإرادة في قيام عقد العمل، إلا أن دور الإرادة تم قصره على مرحلة إبرام العقد، أما آثار العقد فقد أصبحت منظمة من خلال كل من قانون العمل وعقود العمل، وبذلك تتم إعادة التوازن إلى هذه العلاقة. كما كان من تلك النتائج أنه صار من الممكن السماح للأطراف، من خلال العقد، الاتفاق على خلاف قانون العمل، متى كان في الاتفاق مزايا أكثر للعامل، أما إذا كان في العقد إنقاصاً للمزايا التي يقرها القانون، فإن مثل هذه الشروط تعتبر مخالفةً للنظام العام.

٢٩ - لكل ما تقدم، صارت المنطلقات الحمائية لتشريعات العمل تظهر على شكل نصوصٍ موجهة لأغراضٍ قيمية، مثل تقليل عمالة الأطفال، حماية المرأة، العمل اللائق<sup>(٨٠)</sup>، السياسات الاجتماعية، معايير العمل، التأهيل المهني، العمالة المهاجرة، تحديد ساعات العمل، إلغاء العقوبات الجزائية، التمييز والتفرقة، السلامة المهنية،

(٨٠) العمل اللائق - (decent work) كمطلبٍ من مطالب منظمة العمل الدولية - هو العمل الذي يليق بتطلعات الأشخاص في الحصول على فرص عمل معقولة، وأجور عادلة، وظروف مناسبة، مع التمتع بجميع الحقوق والامتيازات المخولة بموجب المركز القانوني للعامل، كحرية التعبير، والتمتع بالاستقرار الأسري والتنمية الشخصية والعدالة والمساواة بين الجنسين. للمزيد، انظر: "العمل اللائق من أجل التنمية المستدامة: مقدمة المدير العام إلى مؤتمر العمل الدولي"، مرجع سابق.

الحوار الاجتماعي، تحديد المستويات الدنيا للأجور، بيئة العمل، إفسار أرباب الأعمال، التلمذة الصناعية، فترات الراحة، الرعاية الطبية، تفتيش العمل، تنمية الموارد البشرية، المفاوضات الجماعية، إنهاء الاستخدام، وعداها.

٣٠ - وتظهر الانعكاسات التشريعية للتخطيط الاقتصادي في مجال علاقات العمل أوضح ما تظهر على مستوى السياسات التشريعية الرامية إلى تنظيم مشهد العمل من خلال التدابير الداعمة لهذا القطاع. وتُصنّف سياسات سوق العمل - بشكل عام - إلى تدابير سلبية وأخرى إيجابية. وتُعنى الأولى بتحويلات المداخل الرامية إلى تعويض فقدان الدخل لبعض الأشخاص أو الفئات من القوى العاملة (مثل تدابير إعانات البطالة والتأمين ضد البطالة والتقاعد المبكر)، بينما تعتبر إيجابية البرامج الرامية إلى تعزيز الاستخدام وتحسين قابلية التوظيف لدى الباحثين عن عمل (كاستحداث الهيئات العامة للتوظيف والتدريب على سوق العمل والخلق المباشر للوظائف والدعم الحكومي للعمالة في القطاع الخاص).

## الفصل الثاني

### التنظيم القانوني لاقتصاديات سوق العمل

باستعراض التطور التاريخي للعمل، يتضح أنه لم يسبق لقوة العمل البشري أن كانت عاملاً مؤثراً في تطور ظروف الإنتاج كما هو عليه الحال في الزمن المعاصر، وذلك لاعتباراتٍ عديدةٍ تتعلق بارتفاع معدلات التعليم، التطور التكنولوجي، مشاركة المرأة، تطور أشكال العمل، الانتقال الحر للعمالة في ظل بيئة العولمة، وعداها من متغيراتٍ أخرى.

تلك العوامل مجتمعة - مضافةً إلى بيئة التحول الديمقراطي التي تسم عصرنا هذا - جعلت من الضرورة بمكان التنبيه إلى تعذر الفصل بين الشأن الاقتصادي وبين مقتضيات العدالة الاجتماعية، وإلى أهمية الربط بين الاثنين إدراكاً لكون الثانية ماهي إلا نتاجٌ للوضع الاقتصادي.

لذلك، ففي المبحث الأول من هذا الفصل سوف نتناول سياسات التشغيل، وفي المبحث الثاني منه سنعرض للأدوات القانونية المفعلة لسياسة التشغيل، ثم نتناول في المبحث الثالث أوجه الحماية القانونية لعلاقات العمل على المستوى الدولي، أما المبحث الرابع فسنكرسه للحماية القانونية لعلاقات العمل على مستوى تشريعات العمل الوطنية المتعاقبة التي أصدرتها دولة الكويت.

### المبحث الأول

#### سياسة التشغيل

١ - يقصد بسياسة التشغيل جملة الوسائل التي تستهدف خلق إطار تنظيمي يكفل حق العمل لجميع أفراد المجتمع، مع تدريب الأيدي العاملة وتأهيلها بما يتوافق ومتطلبات بيئة الإنتاج<sup>(٨١)</sup>. وبذلك، فالأمر يتعلق بمجموعةٍ من التدابير والإجراءات التي تضعها الأجهزة الحكومية ثم تنفذها بالتعاون مع القطاع الخاص، بما يحقق أهداف زيادة معدل التشغيل من السكان في سن العمل والحد من البطالة<sup>(٨٢)</sup>. وفيما يلي، سوف نتناول سياسة التشغيل كمفهوم، ثم نعالج الأدوات القانونية المفعلة لسياسات التشغيل.

(٨١) مؤتمر العمل الدولي، "التقرير السادس - المبادئ والحقوق الأساسية في العمل: من الالتزام إلى العمل"، مكتب العمل الدولي جنيف، الدورة ١٠١، ٢٠١٢، ص ٣.

(٨٢) مصطفى بوضياف، "تحديات التشغيل في أسواق العمل"، في: خدمات التشغيل العامة وتعزيز التشغيل على المستوى المحلي (منظمة العمل الدولية - المركز الدولي للتدريب، ٢٠٠٨).



٢ - وتتطلب سياسات التشغيل تجاوز اعتبارات سوق العمل التقليدية، بحيث تكون العمالة في صلب التخطيط الاقتصادي والاجتماعي<sup>(٨٣)</sup>، مع الحرص على عدم الاحتكام إلى قوانين السوق الليبرالية بشكل كامل، لما يمكن أن يؤدي إليه ذلك من آثار وخيمة على الاقتصاد الوطني (بطالة، ارتفاع أسعار، استغلال، إفلاس). وفي مجال تنظيم السياسات التشريعية الخاصة بعلاقات العمل، تتبع الدول سياساتٍ ممنهجةٍ للتشغيل، ويقصد بسياسة التشغيل مجموع الإجراءات والتدخلات المباشرة في سوق العمل والتي تستهدف تنظيم التوظيف الكامل والاستعمال الرشيد للموارد البشرية والمادية. ومع ذلك، فقد يتسع مفهوم سياسة التشغيل ليشمل ليس فقط الإجراءات الحكومية، بل ليتعداها إلى كافة الاستراتيجيات التي تتبناها الكيانات الكبرى في القطاع الخاص (شركات المقاولات، شركات المساهمة)، الرامية إلى تخفيف الضغط على سوق العمل<sup>(٨٤)</sup>.

٣ - وقد عرّفت اتفاقية العمل الدولية رقم ١٢٢ لسنة ١٩٦٤ التشغيل بمنظورٍ واسع، استند على مفهوم التنمية الاقتصادية والاستغلال الأمثل للموارد المادية والبشرية، وعلى ضمان العمل لكل شخصٍ راغب فيه، على أن يختار هذا العمل بحرية، وأن يكون العمل منتجاً، ويمكن من خلاله اكتساب المؤهلات والخبرات<sup>(٨٥)</sup>. وهكذا شرعت معظم الدول في رسم معالم سياساتها الاقتصادية الساعية إلى تحقيق أهدافها الوطنية للتنمية الاقتصادية، التي عادةً ما يأتي على رأسها القضاء على البطالة والتشغيل الكامل، أي الاستخدام المطلق للموارد البشرية والمادية.

(٨٣) "الشباب: سبل الوصول إلى العمل اللائق"، مؤتمر العمل الدولي، جنيف، الدورة ٩٣، ٢٠٠٥.

(٨٤) حسن قرنفل، المرجع السابق، ص ٣٣٩-٣٤٠.

(٨٥) المادة الأولى من اتفاقية العمل الدولية الخاصة بسياسة العمالة رقم ١٢٢ لسنة ١٩٦٤: "١-

على كل عضو، سعياً وراء تحفيز النمو والنماء الاقتصاديين، ورفع مستوى المعيشة، وتلبية المتطلبات من اليد العاملة، والتغلب على البطالة وعلى العمالة الناقصة، أن يعلن سياسة نشطة ترمي إلى تحقيق العمالة الكاملة والمنتجة والمختارة بحرية، وأن يجهد لتطبيقها بوصفها هدفاً أساسياً. ٢- يجب أن تستهدف السياسة المذكورة كفاءة تحقيق ما يلي: (أ) أن يكون هنالك عمل متاح لجميع أولئك المستعدين للعمل والباحثين عنه، (ب) وأن يكون هذا العمل منتجاً قدر المستطاع، (ج) وأن تتوفر الحرية في اختيار نوع العمل، وتتاح لكل عامل أكمل فرصة ممكنة ليصبح أهلاً للعمل الذي يناسبه، وليضع في خدمة هذا العمل مهاراته ومواهبه، أيأ كان عرقه أو لونه أو جنسه أو دينه أو رأيه السياسي أو أرومته القومية أو منبته الاجتماعي. ٣- على السياسة المذكورة أن تراعي المراعاة الحقة مرحلة التنمية الاقتصادية ومستواها، والعلاقات المتبادلة بين أهداف مرحلة العمالة والأهداف الاقتصادية والاجتماعية الأخرى، وأن يأخذ العمل على تطبيقها بأساليب تتفق مع الظروف والممارسات القومية".

٤ - وعادة ما تتسع مظلة سياسة التشغيل لتشمل مجالات مختلفة تتجاوز الاختصاصات التقليدية لوزارة العمل، إذ يستلزم تفعيلها مد نطاقها بحيث يتضمن تدابير تنفذ بشكل متوازٍ على مسارات متعددة (منظمات العمال، منظمات أرباب العمل، التدريب المهني، الزراعة، التعليم، الصناعة، النقل، الطاقة، التخطيط التنموية، الخصخصة، إعادة هيكلة المنشآت، تدفقات الاستثمار، أنماط الهجرة، التعاونيات الأهلية، منظمات المجتمع المدني، علاقات العمل الدولية)، ناهيك عن تنقيح تشريعات العمل (العلاقات العمالية، الحد الأدنى للأجور، التسريح، المفاوضات الجماعية، القضاء العمالي، إصابات العمل) والتشريعات الاجتماعية الأخرى (ضمان اجتماعي، تأمين، معاشات).

٥ - و تشترك أغلب سياسات التشغيل في كونها تتعاطى مع قانون العمل باعتباره واحداً من أهم من القوانين الاجتماعية، فهو لا يعالج وضع فئة عادية من فئات المجتمع، بل واحدة من أضعف الفئات فيه، هي فئة العمال<sup>(٨٦)</sup>. ولذلك، تنطبق تلك السياسات من الاعتبار القيمي للعمل، فتوفر لأشخاص قانون العمل معاملة ذات طبيعة خاصة، من خلال اعتماد مبدأ التوجه الحمائي أو التفضيلي (traitement préférentiel)، باعتبار أن طبيعة عقد العمل تتجاوز به التوازن المفترض الذي يتطلبه القانون المدني بين أطراف العقد التقليدي، فيأتي قانون العمل عوضاً عن ذلك بحماية قانونية واضحة للعمال، وذلك تفهماً من المشرع للطبيعة الذاتية لهذه الفئة، والتي عادة ما تكون نتاج تراكمات تاريخية معينة (هموم طبقية، احتياجات اقتصادية، إلخ)<sup>(٨٧)</sup>. بل وحتى في نطاق فئة العمال ذاتها، تظهر سياسات التشغيل تفهماً واضحاً للانقسامات الداخلية المتعلقة بنوع العمالة، وبذلك فهو توجه المشرع نحو قواعد موضوعية تختلف باختلاف ظروف العمل (صناعة، زراعة، تجارة، إنشاءات، مناجم، محاجر،

(٨٦) حول ذلك، انظر: "المضبطة: جلسة مجلس الأمة، دور الانعقاد الثاني للفصل التشريعي الثاني عشر"، ملحق مجلة الدستور (تصدر عن مجلس الأمة الكويتي)، ٣٠ يناير ٢٠٠٩، ص ٩. وانظر أيضاً: خالد عطشان الظفيري، "أهم الأسباب التي تحد من هيكلة القوى العاملة الوطنية في ظل قانون العمل الكويتي الجديد"، مجلة الحقوق (جامعة الكويت)، العدد ١، السنة ٣٧، ص ٧٢، ٧٦. ولتعدادٍ وافيٍّ حول الضمانات القانونية للعمال التي وفرتها تشريعات العمل الكويتية للعمال في مواجهة أرباب العمل، انظر: "التقرير الدوري الثاني لدولة الكويت بشأن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، لجنة حقوق الإنسان، الأمم المتحدة، ١٨ أغسطس ٢٠٠٩، ص ٣١-٣٣.

(٨٧) Jean Dabin, 'Droit de Classe et Droit Commun', in: Introduction a L'étude du Droit Comparé: Recueil d'Etude en l'honneur d'Edouard Lambert (Paris: Librairie Générale de Droit et du Jurisprudence, 1938), 73.

ملاحة بحرية)، بل وتجزئة تلك القواعد بما يظهر مراعاة واضحة لفئات العمال تختلف باختلاف الجنس (رجل / امرأة)، السن (بالغين / أحداث)، الحالة الاجتماعية (أعزب / متزوج)، والجنسية (مواطن / أجنبي).

## المبحث الثاني

### الأدوات القانونية المفعلة لسياسة التشغيل

٦ - للحكومات سلطة كبيرة في التأثير في الأسواق من خلال التدخل في نشاط القطاع الخاص، فهي تمتلك وسائل فعالة لتنظيم الأنشطة الاقتصادية، تخولها سيطرة واسعة على أدوات التخطيط والقرار والنقد والمال من خلال ما تمارسه من ضوابط إدارية. وتأخذ هذه الوسائل صوراً عديدة، وهي تتراوح ما بين التشريعات واللوائح والقرارات الحكومية والاتفاقيات الثلاثية التي تبرم بين كل من الحكومة وأرباب الأعمال والعمال، والتي تقصد - في مجملها - إلى تنظيم سوق العمل من خلال وضع المعايير الضابطة له<sup>(٨٨)</sup>.

٧ - ومن المنظور الوطني، تعتبر السياسة الضريبية واحدة من أهم تلك الأدوات التي تمكن الحكومات من التأثير على قوى السوق بطرق مباشرة أو غير مباشرة لتحقيق أهداف العمالة. ففرض ضريبة معينة على وحدات الإنتاج الوطني التي تشغل عمالة أجنبية يوجه تلك الوحدات نحو تشغيل العمالة الوطنية، وفرض ضريبة على وحدات الإنتاج الوطني التي تستخدم الميكنة يمكن أن يدفعها نحو الاتجاه إلى تشغيل العمالة الكثيفة، كما أن فرض رسوم جمركية مخفضة على المعدات الزراعية يعني تشجيع القطاع الزراعي على استيرادها، ومن ثم تشغيل عدد أكبر من العمال للعمل عليها.

إضافة إلى ذلك، تعتبر نظم الائتمان وإجراءات القروض أداة فاعلة أخرى بهذا الصدد، فالتسهيلات الائتمانية التي تدعمها الحكومة للقطاع الخاص تؤدي إلى زيادة المشروعات النشطة ذات القدرة على استيعاب فائض العمالة، كما أن التعاونيات التي توفر رأس المال للقطاعات الزراعية والحرفية من شأنها أن تجذب الاستثمار في تلك المجالات مما يرتب زيادة فرص العمل فيها.

وبالإضافة إلى ما تقدم، يمكن للحكومات اللجوء إلى أدوات إضافية أخرى، كذلك للتأثير على قوى السوق كتحديد مستويات الأجور، تحديد اتجاهات الصناعة (عن

(٨٨) مصطفى بوضياف، المرجع السابق.



طريق التراخيص الصناعية وتراخيص البناء)، وضع القواعد المنظمة للاستثمار الأجنبي، تنظيم اشتراطات الهجرة، ترتيب ظروف العمل، وعداها من الضوابط. وإلى جانب ذلك، يمكن للإعانات الحكومية للمشروعات أن تلعب دوراً هاماً في التأثير على التكلفة النسبية لعناصر الإنتاج لمصلحة أغراض السياسة العمالية (الإعانات الحكومية لبعض المصانع، إعانة التدريب، إعانة الأجور)<sup>(٨٩)</sup>. ومن قبيل تلك الإعانات في دولة الكويت ما نص عليه القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠، والذي ينص على التزام الحكومة بدفع العلاوات الاجتماعية للمواطنين العاملين في القطاع الخاص، إضافة إلى تحملها تكاليف تدريبهم فيه<sup>(٩٠)</sup>.

٨ - أما من حيث المنظور الدولي، فإن منظمة العمل الدولية (International Labour Organization - ILO) تحت الحكومات دائماً إلى اتباع نهج متكامل إزاء اتباع سياسة تشغيل فعالة نحو تحديث أسواق العمل، من خلال اعتماد الأدوات القانونية التي تضمن الفاعلية في المجالات الأربعة التالية:<sup>(٩١)</sup>

- ١ - إتاحة معلومات حديثة بشأن احتياجات أرباب العمل واحتياجات طالبي العمل مواصفات مهارات القوى العاملة، وينبغي إتاحة المعلومات لأرباب العمل ولطالبي الوظائف مباشرة وعن طريق شبكة من وكالات التشغيل.
- ٢ - وضع نظم تدريب مرنة وفعالة، تجمع بين التعليم الرسمي والخبرة التطبيقية، مع اعتماد الآليات اللازمة لمكافحة الاستبعاد الاجتماعي والتمييز إزاء النساء والمهاجرين والأقليات العرقية، عند توفير فرص التدريب.
- ٣ - إرساء نظام محكم لإدارة العلاقات في مكان العمل، يقوم على التعاون بين الثلاثي بين الدولة ونقابات العمال وأرباب العمل، تتولى فيه الدولة مهام وضع أطر لتنظيم الحرية النقابية والمفاوضة الجماعية ومعايير العمالة المتصلة برفاه العامل وقدرة المنشأة على المنافسة (كالأجور، ظروف العمل، الصحة والسلامة المهنية).
- ٤ - تعزيز نظم الضمان الاجتماعي، وخصوصاً في فترات التغيرات الهيكلية في نظم الإنتاج، الانتقال إلى طور الخصخصة، وإبان الأزمات الاقتصادية.

(٨٩) محمد محمود غنيمي، المرجع السابق، ص ٢٢١-٢٢٣.

(٩٠) المادتان ٣ و ٥ من القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠.

(٩١) عولمة عادلة: دور منظمة العمل الدولية - تقرير المدير العام، مؤتمر العمل الدولي، الدورة ٩٢، ٢٠٠٤ (جنيف: مكتب العمل الدولي، ٢٠٠٤)، ص ١٤.



## المبحث الثالث

### الحماية القانونية لعلاقات العمل على المستوى الدولي

٩ - لا ريب أن علاقات العمل التي تتسم بالعدالة الاجتماعية تعتبر ضماناً لازمةً للاستقرار السياسي<sup>(٩٢)</sup>. ولذلك، تسعى الدول دائماً إلى الاستفادة المثلى من الموارد البشرية التي تمثلها قوى العمل، وذلك من خلال تصحيح اختلالات سوق العمل وإعادة هيكلتها بشكلٍ دوري، من خلال أدوات تنظيمية مختلفة. ونعرض في هذا المبحث لنماذج هذه التنظيمات على المستوى الدولي، ثم نعرض لها على المستوى الوطني الكويتي في المبحث التالي.

وبخصوصية تميزه عما عده من فروع القانون الخاص، اقترن قانون العمل دائماً بالمحاولات الراسخة والمستمرة لتدويله من خلال محاولات تحقيق أقصى درجات التوافق بين قوانين العمل المقارنة على مستوى دول العالم ككل، وذلك من قبل منظمات العمل المتخصصة (وهو ما يعرف بـ internationalization of labour law). وتعود أهمية تدويل قانون العمل إلى اعتبارات اقتصادية بالدرجة الأولى، هي الحاجة إلى وضع إطار تشريعي ينظم أداء الدول المتنافسة في الأسواق العالمية، نظراً للتأثير المباشر لتشريعات العمل على تكلفة عناصر الإنتاج (كأسعار المواد الأولية، الطاقة، والنقل)، ومن ثم على الأسواق<sup>(٩٣)</sup>.

١٠ - وبذلك، فإن تدويل العمل يقصد إلى تحقيق شيء من المساواة بين الدول في أعباء العمليات الإنتاجية، وهو غرض يظهر على هيئة تشريعات عمل وطنية توافقية، تسمح بتطبيق منطلقات واحدة للتشريع، تكون بمثابة العامل المشترك الأصغر بين الدول، سواء أكانت هذه المنطلقات سياسية (كالحرية الأساسية: حرية العمل، حرية التنقل، الحرية النقابية)، أم اقتصادية (كالحد الأدنى للأجور، ساعات العمل)، أم صحية (كالحماية ضد

(٩٢) كانت سويسرا أول من دعا إلى عقد مؤتمر دولي لمناقشة تشريعات العمل، وذلك في عام ١٨٨٩. ولكن تلك الدولة الصغيرة تنازلت للإمبراطورية الألمانية عن شرف عقد هذا المؤتمر، فعُقد في برلين عام ١٨٩٥. وكانت أهم الموضوعات التي تمت مناقشتها في هذا المؤتمر هي تنظيم العمل في المناجم، الإجازات، إضافة إلى عمل الأطفال والقصّر والنساء. انظر: Various Authors, The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century (New Jersey: Rothman Reprints Inc, 1969), p. 446.

(٩٣) Eric Gravel and Quentin Delepech, 'International Labour Standards: Recent Developments in Complementarity between the International and National Supervisory Systems', International Labour Review, Vol. 147 (2008), No. 4, p. 403.

حوادث العمل وأمراض المهنة)، أم اجتماعية (حماية النساء والأطفال في مجال العمل، الضمان الاجتماعي).

## ١ - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(٩٤)</sup>:

أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن الحق في العمل يعتبر من الحقوق الأساسية للإنسان<sup>(٩٥)</sup>، حيث قرّر أن لكل شخص الحق في العمل، وله حرية اختياره بشروط عادلة ومرضية. كما أن له حق الحماية من البطالة، مع الحصول على أجر متساو للعمل، على أن يكون هذا الأجر عادلاً ومُرضياً بحيث يكفل له ولأسرته عيشةً لائقةً بالكرامة الإنسانية، كما أكد على الحق في الانضمام إلى النقابات العمالية<sup>(٩٦)</sup>. كما تضاف إلى هذه الحقوق وسائل أخرى للحماية الاجتماعية، من ذلك أن الإعلان قد حرص على ضمان عدم استغلال

(٩٤) صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (International Declaration of Human Rights) عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، وقد اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم ٢١٧ ألف (د-٣)، المؤرخ في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨. وقد ولد الوعي الدولي بحقوق الإنسان من آلام الحرب العالمية الثانية، عندما وجه الرئيس الأميركي فرانكلين روزفلت رسالته الشهيرة إلى مؤتمر الولايات المتحدة أثناء الحرب في ٦ يناير ١٩٤١، وهي الرسالة التي تضمنت إشارة واضحة إلى الحريات الإنسانية الأربع (حرية القول وحرية العبادة وحق الحماية من العوز وحق العيش بمأمن من الخوف). انظر: مشاعل عبد العزيز الهاجري، "تجسير ثقافي: شارل مالك ودوره في صياغة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، مجلة العربي (وزارة الإعلام، الكويت)، العدد ٦٣٧، ديسمبر ٢٠١١، ص ٢٦-٢٨.

(٩٥) من الجدير بالملاحظة أنه فيما يُنظر إلى معظم حقوق الإنسان باعتبارها حقوقاً إيجابية؛ كالحق في الغذاء، أو في التعليم، أو ظروف العمل المنصفة، أو المحاكمة العادلة، أو حرية التعبير، فإن الحق في العمل يتضمن بعض الجوانب السلبية المتعلقة بالإرهاق الناجم عن الجهد العقلي أو البدني، وبالشقاء، بل و ببعض درجات المكابدة. انظر: دائرة الحقوق: دليل تدريبي لدعاة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (واشنطن: International Human Rights Internship Program, 2000)، ص ١٩٠. على الإنترنت:

< <http://www1.umn.edu.humanrts/arab/cirvleofrights.html> > (as accessed on 7 September 2009).

(٩٦) المادة ٢٣ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "(١) لكل شخص الحق في العمل، وله حرية اختياره بشروط عادلة مرضية كما أن له حق الحماية من البطالة. (٢) لكل فرد دون أي تمييز الحق في أجر متساو للعمل. (٣) لكل فرد يقوم بعمل الحق في أجر عادل مرض يكفل له ولأسرته عيشة لائقة بكرامة الإنسان تضاف إليه، عند اللزوم، وسائل أخرى للحماية الاجتماعية. (٤) لكل شخص الحق في أن ينشئ وينضم إلى نقابات حماية لمصلحته".

العمال، فنص على حق كل عاملٍ في الراحة أو في أوقات الفراغ، كما أكد الإعلان على الحق في تحديد معقول لساعات العمل، وفي الحصول على عطلاتٍ دوريةٍ مأجورة<sup>(٩٧)</sup>.

يذكر أن صكوكاً دولية وإقليمية عديدة قد اتبعت الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في بيان القواعد المنظمة لحق العمل، وما يرتبط به من حقوقٍ وحرياتٍ وضمانات<sup>(٩٨)</sup>.

## ٢ - العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

يعتبر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أحد الصكوك الدولية المهمة حول مجال حقوق الإنسان، وتتمحور الأهداف التي يسعى لتحقيقها هذا العهد في الحق في العمل في ظروف عادلة؛ الحماية الاجتماعية؛ التمتع بمستوى معيشي ملائم؛ الصحة الجسدية والعقلية؛ والحق في الحصول على قدر مناسب من التعليم، والتمتع بثمار الحرية الثقافية والتقدم العلمي<sup>(٩٩)</sup>.

وقد ألزمت المادة ٦ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الدول باتخاذ كافة التدابير الكفيلة بخلق بيئة الفرص العادلة للعمل، إذ ورد

(٩٧) المادة ٢٤ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل شخص الحق في الراحة، وفي أوقات الفراغ، ولاسيما في تحديد معقول لساعات العمل وفي عطلاتٍ دوريةٍ بأجر".

(٩٨) تنص المادة الأولى من الميثاق الاجتماعي الأوروبي على ما يلي: "تتعهد الدول الأطراف بقصد ضمان ممارسة فعلية للحق في العمل: (١) بالإقرار بأن أحد أهدافهم ومسؤوليتهم الأساسية هو تحقيق واستمرار أعلى مستوى للعمل وأفضله استقراراً بهدف تأمين الشغل للجميع. (٢) بتوفير حماية فعالة لحق العامل، في كسب معيشته من عملٍ يختاره بحرية. (٣) باستحداث خدمات عملٍ مجانية لكل العمال أو بدعم استمرارها. (٤) بتأمين أو بتشجيع التوجيه والتعليم والتأهيل المهني المناسب". الميثاق الاجتماعي الأوروبي، دخل حيز النفاذ في ٢٦ فبراير ١٩٦٥، وعدل في ١٩٩٦، ليدخل بصيغته المعدلة حيز النفاذ في ٧ يناير ١٩٩٩. لمراجعة نص الميثاق في صيغته المعدلة، انظر: محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الثاني: الوثائق الإقليمية (القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠٤)، ص ١٤٣.

(٩٩) رغم أن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية قد تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة رقم ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) في ديسمبر ١٩٦٦، إلا أنه لم يصبح نافذاً في حق الدول الموقعة عليه إلا عام ١٩٧٦. وقد صادقت دولة الكويت عليه عام ١٩٩٦ وأصبح نافذاً على أراضيها بموجب القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٦. انظر: تقرير دولة الكويت، "تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، التقارير الدورية الثانية المقدمة من الدول الأطراف بموجب المادتين ١٦ و١٧ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الكويت، ٣١ مارس ٢٠١٠، ص ٣.

فيها بشكل مباشر وواضح النص على أن: "تتعترف الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل، الذي يشمل حق كل شخص في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية، وتقوم الدول باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق". كما نصت الفقرة الثانية على أنه: "يجب أن تشمل التدابير التي تتخذها كل دولة من الدول الأطراف في هذا العهد تأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، وتوفير برامج التوجيه والتدريب للتقنيين والمهنيين، والأخذ في هذا المجال بسياسات وتقنيات من شأنها تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية مطردة، وعمالة منتجة في ظل شروط تضمن للفرد الحريات السياسية والاقتصادية الأساسية".

وتطلبت المادة ٧ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية شروطاً عادلة للعمل، حيث نصت على ما يلي:

"تتعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية، تكفل على الخصوص: (أ) مكافأة توفر لجميع العمال، كحد أدنى: ١- أجراً منصفاً، ومكافأة متساوية لدى تساوي قيمة العمل دون أي تمييز، على أن يضمن للمرأة - خصوصاً - حقها بالعمل بشروط لا تكون أدنى من تلك التي يتمتع بها الرجل، وتقاضيها أجراً يساوي أجر الرجل لدى تساوي العمل. ١- عيشاً كريماً لهم ولأسرهم طبقاً لأحكام هذا العهد، (ب) ظروف عمل تكفل السلامة والصحة، (ج) تساوي الجميع في فرص الترقية، داخل عملهم، إلى مرتبة أعلى ملائمة، دون إخضاع ذلك إلا لاعتباري الأقدمية والكفاءة، (د) الاستراحة وأوقات الفراغ، والتحديد المعقول لساعات العمل، والإجازات الدورية المدفوعة الأجر، والمكافأة عن أيام العطل الرسمية".

أما المادة ٨ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فقد تناولت حقوق العمال الجماعية مثل حق التنظيم وحق تكوين النقابات وحق إنشاء الاتحادات سواء أكانت محلية أم دولية، إضافة إلى التأكيد على الحق بالإضراب. كما أكدت المادة ٩ على التزام الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي، بما في ذلك التأمينات الاجتماعية.

### ٣ - منظمات العمل الدولية:

قرب نهاية القرن التاسع عشر أصبحت علاقات العمل تحظى بنصيب كبير من اهتمام المجتمع الدولي، حتى أن العديد من المنظمات الدولية صارت تضطلع في



الوقت الحاضر بتنظيم جوانب مختلفة من الأوضاع العمالية؛ بهدف السعي لإيجاد حد أدنى من التفاهم والتنسيق الدوليين بشأنها<sup>(١٠٠)</sup>.

ولعل أهم تلك المنظمات وأكثرها تأثيراً في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية هي منظمة العمل الدولية (International Labor Organization - ILO)، التي أنشئت عام ١٩١٩ بموجب معاهدة فرساي Versailles إثر انتهاء الحرب العالمية الأولى، والتي تتخذ من مدينة جنيف في سويسرا مقراً لها<sup>(١٠١)</sup>.

ومنظمة العمل الدولية هي وكالة متخصصة تابعة للأمم المتحدة - وإن كانت سابقة في الوجود عليها - وهي تقوم على فلسفة أساسية تربط السلام العادل والدائم بالعدالة الاجتماعية في مجال السياسات العمالية، باعتبارها أمراً لازماً من أجل تحقيق سلام عالمي ودائم.

وتتكون منظمة العمل الدولية من جهاز إداري يتمثل في الجهاز الرئاسي وأمانته (مكتب العمل الدولي) وجهاز تشريعي يتولى إصدار القرارات (مؤتمر العمل الدولي). ويستند هيكل المنظمة وإجراءاتها إلى المشاركة الثلاثية للقطاعات العمالية ومنظمات أرباب الأعمال و حكومات الدول الأعضاء. ولذلك، تألف مؤتمر العمل الدولي الذي يجتمع مرة كل عام من ممثلين حكوميين، وممثل عن أرباب الأعمال وممثل عن العمال لكل دول من الدول الأعضاء (بأربعة مندوبين لكل دولة؛ اثنان منهم يمثلان الحكومة، ومندوب يمثل العمال، وآخر يمثل أرباب الأعمال)<sup>(١٠٢)</sup>.

(١٠٠) واحدة من أبرز المؤسسات الدولية المعنية بشؤون العمل هي منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD)، التي أسست عام ١٩٦١، والتي تضم في عضويتها ٣١ دولة من دول العالم المتقدم التي تلتزم بالديمقراطية، وتعنى بدعم النمو المستدام والعمالة ورفع مستوى المعيشة ونمو التجارة العالمية والحفاظ على الاستقرار المالي، إضافة إلى تقديم الدعم لدول العالم النامي لتحقيق التنمية الاقتصادية. وتشكل المنظمة منتدى للضغط الهادف إلى تحسين السياسات وتنفيذها عن طريق سن الأدوات التنظيمية، كالقرارات (الملزمة قانونياً) أو التوصيات (المهمة بالإرادة السياسية والالتزام)، والتي يمكن أن تؤدي إلى عقد المعاهدات الملزمة للدول الأطراف. السوق. مقر هذه المنظمة هو في العاصمة الفرنسية، باريس.

(١٠١) دائرة الحقوق: دليل تدريبي لدعاة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المرجع السابق.  
(١٠٢) عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام قانون العمل الكويتي، ط ٢ (الكويت: بدون ناشر، ١٩٩٠)، ص ٦٢-٥٣. وانظر أيضاً: دائرة الحقوق: دليل تدريبي لدعاة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (واشنطن: International Human Rights Internship Program, 2000)، ص ٤٧٨-٤٧٩. على الإنترنت:

< http://1.umn.edu/humanrts/arab/cirvleofrights.html > (as accessed on 7 September 2009).

وتقوم منظمة العمل الدولية بتحقيق الأهداف المناطة بها من خلال أداتين هامتين، هما الاتفاقيات conventions والتوصيات recommendations. فأما الاتفاقيات فهي أهم القرارات التي يصدرها المؤتمر، وهي معاهدات دولية ملزمة قانوناً يمكن أن تصدّق عليها الدول الأعضاء (وإن كانت لا تكتسب قوة تنفيذية لدى جميع الدول الأعضاء، وإنما فقط لدى الدول التي تقوم بالتصديق عليها طبقاً للأوضاع المقررة في دساتيرها)، وأما التوصيات فهي مجرد دعوات إرشادية غير ملزمة يوجهها المؤتمر للدول الأعضاء، حاثاً إياها على اتخاذ إجراءات معينة، ولكن دون أي إلزام عليها في ذلك<sup>(١٠٣)</sup> (هناك الآن ما يقرب من ١٨٥ اتفاقية و١٩٤ توصية تتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية للعمال)<sup>(١٠٤)</sup>. وقد أدى تراكم تلك الاتفاقيات والتوصيات على مر السنين إلى أن تحولت هذه الصكوك إلى مرجعيات معيارية عرفت باسم "معايير العمل الدولية" (International labour standards)، يهتدي به المشرعون في الدول الأعضاء عند وضع تشريعات العمل<sup>(١٠٥)</sup>. إذ عادة ما تعمد الدول - في معرض وضع تشريعات العمل المقارنة - إلى استلهاهم الاتفاقيات و التوصيات التي أصدرتها منظمة العمل الدولية، حتى وإن كانت لم تصدّق عليها، بحسبان أن تلك المعايير قد صارت هي المرجعية المعتمدة في هذا المجال التشريعي<sup>(١٠٦)</sup>.

واليوم، صار للمنظمة الكثير من البصمات المميزة للمجتمعات الصناعية من خلال معايير العمل الدولية تلك. ولعل أهم منجزاتها هي ما تعلق بسياسات الاستخدام، السلامة في موقع العمل، حماية النساء والأطفال، تقرير مبدأ الأجر الكافي، تنظيم هيئات تفتيش العمل، تقرير المساواة في الأجور بين الذكور والإناث، الاعتراف للعمال ولأرباب العمل بحق تكوين النقابات، تقرير عطلة أسبوعية قدرها أربع وعشرون ساعة على الأقل، تحديد ساعات العمل (تقرير يوم الثماني ساعات، أو أسبوع الثماني

(١٠٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٣-٦٢.

(١٠٤) دائرة الحقوق: دليل تدريبي لدعاة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المرجع السابق. وانظر أيضاً:

Roger Blanpain et al, The Global Workplace (New York: Cambridge University Press, 2007). Pp. 53-60.

(١٠٥) منظمة العمل الدولية، معايير العمل الدولية: قواعد اللعبة في ظل الاقتصاد العالمي (جنيف: منظمة العمل الدولية، ٢٠٠٦)، ص ٤.

(١٠٦) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٣-٦٢.

والأربعين ساعة)، تقرير معاملة عادلة لجميع العمال الذين يقيمون على أرض الدولة (المواطنين والأجانب).

#### ٤ - محكمة العدل الأوروبية:

محكمة العدل الأوروبية (The European Court of Justice) هي المحكمة العليا للاتحاد الأوروبي (European Union)، مقرها في لوكسمبرج، وهي تختص بالفصل في القضايا ذات العلاقة بالقوانين الصادرة عن الاتحاد الأوروبي، إضافة إلى تلك المتعلقة بالقرارات المتخذة من قبل الهيئة التنفيذية ومجلس الوزراء وحكومات الدول الأعضاء والمنظمات الخاصة، فتراقب مدى خضوعها لأنظمة الاتحاد وقوانينه. كما تضطلع المحكمة بتفسير قوانين ولوائح الاتحاد الأوروبي فيما يتعلق بالقضايا المحالة إليها من المحاكم الوطنية للدول الأعضاء. وفي معرض ممارستها لهذه الاختصاصات، تملك محكمة العدل الأوروبية سلطة إلغاء الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية، وتعتبر قراراتها ملزمة لجميع الأطراف، بما في ذلك الدول الأعضاء<sup>(١٠٧)</sup>.

ولهذه المحكمة دورٌ كبيرٌ في دعم المساعي الرامية نحو توحيد القوانين الأوروبية، وباعتبارها إحدى المؤسسات الأساسية في البنية القانونية للاتحاد الأوروبي، تلعب هذا المحكمة دوراً محورياً في رسم السياسات العمالية على مستوى الاتحاد الأوروبي ككل.

وتمارس هذه المحكمة دوراً محورياً في شبكة التنظيم القانوني للعلاقات العمالية على المستوى الأوروبي. ولما كان الاتحاد الأوروبي يتعامل مع الدول الأعضاء من خلال أداة قانونية تعرف بـ "التوجيهات" (EU directives)، وهي بمثابة مبادئ تخاطب الدول الأعضاء بشأن التوجّه القانوني للاتحاد بشأن موضوع معين، ويوجد كثيرٌ من تلك التوجيهات التي تقصد إلى تطوير تشريعات العمل في الدول الأعضاء بما يحقق التجانس ويؤدي إلى رفع العوائق الإدارية والتجارية بينه. ولذلك، يُتوقع من الدول الأعضاء على أن تعمل على تعديل تشريعاتها الداخلية بما يتناسب والتوجيه المعني، مما يعني أن القوانين الوطنية لتلك الدول كثيراً ما تعدل بما يتناسب وتلك التوجيهات، ومن ثم تطبق على المنازعات المعروضة على القضاء الوطني.

ولما كانت محكمة العدل الأوروبية تختص بالنظر في المنازعات التي تقع بين أشخاص دول الاتحاد وتطبق بشأنها القوانين التي أقرها البرلمان الأوروبي، كما تنظر

Mike Cuthbert, European Union Law (London: Sweet & Maxwell Ltd, 2001), (١٠٧) p. 10-14.

في القرارات الإدارية الصادرة من قبل حكومات الدول الأعضاء، وتقرر مدى توافقها مع أنظمة الاتحاد وقوانينه، إضافة إلى اختصاصها بالنظر بالدعاوى المحالة إليها من المحاكم الوطنية، لما كان ذلك فإن لهذه المحكمة دوراً جد مؤثر في رسم سياسات العمل على المستوى الأوروبي ككل، وتصحيح ما قد يختلط به من اختلالات، وذلك على مستوى مركزي يمتد أثره إلى القارة الأوروبية بأسرها<sup>(١٠٨)</sup>.

## ٥ - معايير العمل الدولية:

معايير العمل الدولية (International Labour Standards) هي قواعد أساس تتضمن المبادئ والحقوق الأولية في مجال العمل، وهذه المعايير تتمثل إما في اتفاقيات دولية ملزمة تصدق عليها الدول الأعضاء في المنظمة، أو توصيات غير ملزمة تعتبر بمثابة توجيهات إرشادية للأعضاء، وغالباً ما ترسي الاتفاقية المبادئ الأساسية التي تلتزم الدولة بتطبيقها حال تصديقها على الاتفاقية، فيما تأتي التوصية لاحقاً لتتضمن إرشادات تفصيلية حول سبل تطبيقها (ومع ذلك، فيمكن أن تصدر توصيات مستقلة؛ غير متعلقة باتفاقية بعينها). هذا، ويوجد حالياً أكثر من ١٨٥ اتفاقية و١٩٥ توصية، يعود بعضها إلى سنة ١٩١٩، ولما كان بعض هذه الصكوك لم يعد ملائماً للاحتياجات الراهنة، فقد قامت منظمة العمل الدولية باعتماد اتفاقيات معدلة تحل محل الاتفاقيات القديمة، إلا أنه في بعض الأحيان قد يكتفى ببروتوكولات تضاف بمقتضاها نصوص جديدة لاتفاقيات قديمة.

وسواء تمثلت هذه الصكوك القانونية في اتفاقيات أو توصيات، فإنها تتضمن معايير العمل الدولية (international labour standards)، وتوضع بواسطة التمثيل الثلاثي المكون لمنظمة العمل الدولية، والمتمثل في الأطراف التي تشكل هذه المنظمة، أي الحكومات وأرباب الأعمال والعمال، الذين يلتقون خلال مؤتمر العمل الدولي الذي يعقد سنوياً.

ولما كانت معايير العمل الدولية هي أدوات إرشادية للحكومات التي يتوقع منها - بعد التشاور مع كل من أرباب الأعمال والعمال - تحويل تلك المعايير إلى آليات قابلة للتطبيق من خلال إصدار قوانين العمل، ورسم السياسات الاجتماعية المتوافقة مع المعايير المقبولة دولياً، فإن هذه العملية عادة ما تمر بسلسلة من الإجراءات

The Court of Justice as a policy actor in the development of the EC labour law (١٠٨) regime: The case of the Acquired Rights Directive', paper presented for the 1997 ECSA Conference, Seattle, WA, May 29 - June 1.



الداخلية التي تتمثل في مراجعة التشريعات والسياسات القائمة ودراساتها بغرض التوفيق بينها وبين الصك المراد التصديق عليه. وهكذا، فإن معايير العمل الدولية، في حقيقتها، هي أهداف ينبغي أن تتوافق معها التشريعات والنظم الداخلية الوطنية. هذا، وقد يحدث أن تقرر دولة من الدول عدم التصديق على اتفاقية ما، إلا أنها قد تقوم، على الرغم من ذلك، بالتوفيق بين متطلبات تلك الاتفاقية وبين تشريعاتها<sup>(١٠٩)</sup>. فإذا ما قررت دولة التصديق، فإنها تكون مطالبة - بحكم دستور منظمة العمل الدولية - بعرضها على السلطات الداخلية المختصة، والتي تتمثل في السلطة التشريعية عادةً، لبحثها من أجل التصديق عليها، فإذا ما صدّقت الدولة على الاتفاقية فإنها تصبح سارية المفعول بعد سنة - عادةً - من تاريخ التصديق. وتصديق الدولة يعني التزامها بتطبيق الاتفاقية باعتبارها جزءاً من تشريعها الداخلي<sup>(١١٠)</sup>، إضافةً إلى ذلك، يُطلب من الدولة تقديم تقارير دورية حول تطورات تطبيقها لبنود الاتفاقيات المُصدّق عليها. هذا، ويمكن اتخاذ إجراءات الاحتجاج والشكوى ضد الدول لانتهاكها للاتفاقيات التي صدّقت عليها<sup>(١١١)</sup>.

وقد حدّد مجلس إدارة منظمة العمل الدولية ثماني اتفاقياتٍ باعتبارها "اتفاقياتٍ أساسية" تغطّي موضوعاتٍ تعتبر من قبيل المبادئ والحقوق الأساسية في مجال العمل. والاتفاقيات الأساسية الثمانية المشار إليها أعلاه هي: اتفاقية الحرية النقابية وحماية حق التنظيم لسنة ١٩٤٨ (رقم ٨٧)؛ اتفاقية حق التنظيم والمفاوضة الجماعية لسنة ١٩٤٩ (رقم ٩٨)؛ اتفاقية العمل الجبري لسنة ١٩٣٠ (رقم ٢٩)؛ اتفاقية إلغاء العمل الجبري لسنة ١٩٥٧ (رقم ١٠٥)؛ اتفاقية الحد الأدنى للسن لسنة ١٩٧٣ (رقم ١٣٨)؛ اتفاقية أسوأ أشكال عمل الأطفال لسنة ١٩٩٩ (رقم ١٨٢)؛ اتفاقية المساواة في الأجور، لسنة ١٩٥١ (رقم ١٠٠)؛ واتفاقية التمييز (في الاستخدام والمهنة) لسنة ١٩٥٨ (رقم ١١١). وإلى جانب هذه الاتفاقيات الأساسية، فقد حدد مجلس إدارة منظمة العمل الدولية أربع اتفاقيات باعتبارها صكوكاً "ذات أولوية"، وذلك بغرض حث

(١٠٩) منظمة العمل الدولية، معايير العمل الدولية: قواعد اللعبة في ظل الاقتصاد العالمي، المرجع السابق، ص ١٨.

(١١٠) وهناك مجالاتٌ أخرى قد تؤثر فيها المعايير، من ذلك مثلاً أن مدونات قواعد سلوك الموظفين التي وضعتها كثير من كبريات الشركات في كل من الولايات المتحدة والمملكة المتحدة قد ارتكزت إلى معايير منظمة العمل الدولية.

(١١١) منظمة العمل الدولية، معايير العمل الدولية: قواعد اللعبة في ظل الاقتصاد العالمي المرجع السابق، ص ١٣.

للدول الأعضاء على التصديق عليها لما لها من أهمية في تفعيل معايير العمل الدولية، وهذه الاتفاقيات الأربعة هي: اتفاقية تفتيش العمل لسنة ١٩٤٧ (رقم ٨١)؛ اتفاقية تفتيش العمل (الزراعة) لسنة ١٩٦٩ (رقم ١٢٩)؛ اتفاقية المشاورات الثلاثية (معايير العمل الدولية) لسنة ١٩٧٦ (رقم ١٤٤)؛ اتفاقية سياسة العمالة لسنة ١٩٦٤ (رقم ١٢٢). هذا، وتندرج هذه المبادئ كذلك في إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في مجال العمل (١٩٩٨) (١١٢).

وتجدر الإشارة إلى أن دولة الكويت منذ انضمامها إلى عضوية منظمة العمل الدولية في عام ١٩٦١ قد صدّقت على ١٩ اتفاقية من اتفاقيات منظمة العمل الدولية، منها ثمانية اتفاقيات أساسية. هذا، وتترك سلطة التصديق على اتفاقيات العمل الدولية للسلطة التنفيذية، فهذه المعاهدات لا تندرج ضمن تلك الواردة في نص المادة ٧٠ من الدستور الكويت التي يشترط بشأنها تدخل مجلس الأمة (١١٣)، الأمر الذي يعني السرعة في تبني أحكام المعاهدات العمالية بما يحقق صالح العمال، دونما حاجة لانتظار موافقة مجلس الأمة (١١٤).

ومما يجدر ذكره أن مصادر قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ في شأن العمل في القطاع الأهلي - كما أشارت لها المذكرة التفسيرية لهذا القانون - قد استندت إلى قوانين العمل المقارنة في المنطقة، واتفاقيات العمل الدولية والعربية، والاتجاهات الفقهية الحديثة، والمبادئ القضائية التي أرساها القضاء الكويتي في ظل العمل الكويتي السابق رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤. وبالإضافة إلى الاسترشاد بآراء الجهات

(١١٢) منظمة العمل الدولية، معايير العمل الدولية: قواعد اللعبة في ظل الاقتصاد العالمي المرجع السابق، ص ١٣. يذكر أن منظمة العمل الدولية قد شرعت ابتداء من عام ١٩٩٥ بإطلاق حملة عالمية من أجل حث الدول الأعضاء على التصديق على تلك الاتفاقيات الثمانية جميعها. وحالياً، يوجد أكثر من ١٢٠٠ تصديق على هذه الاتفاقيات، أي بما نسبته ٨٦٪ من مجموع التصديقات الممكنة.

(١١٣) المادة ٧٠ من الدستور: "يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الأمة فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، على أن معاهدات الصلح والتحالف والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة، ومعاهدات التجارة والملاحة، والإقامة والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت، يجب لنفاذها أن تصدر بقانون، ولا يجوز في أي حال أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية".

(١١٤) عثمان عبد الملك الصالح، المرجع السابق، ص ٤٤٠-٤٤١.

الحكومية<sup>(١١٥)</sup> والأهلية<sup>(١١٦)</sup> ذات العلاقة بشئون العمل، فقد تم الاستعانة بمنظمة العمل الدولية (International Labour Organisation - ILO) في إطار المعونة الفنية التي تقدمها المنظمة للدول الأعضاء<sup>(١١٧)</sup>.

## المبحث الرابع

### الحماية القانونية لعلاقات العمل في قانون العمل الكويتي

بعد صدور الدستور الكويتي عام ١٩٦٢، أخذت التشريعات العمالية في الصدور، حيث صدر قانونان بشأن العمل في القطاع الحكومي في عامي ١٩٦٠ و ١٩٦٣، ثم القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ بشأن العمل في القطاع الأهلي، وصدر بعدها القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٦٩ بشأن العمل في قطاع الأعمال النفطية، ثم صدر أخيراً قانون العمل الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠.

وقد شكلت هذه الأدوات القانونية - في مجموعها - وسائل قانونية للاعتراف بشخص العامل في مدلوله القيمي بغرض حماية شخصه وضمان كرامته. ونتناول فيما يلي كلاً من تلك الأدوات القانونية وأثرها في تنظيم سوق العمل في دولة الكويت.

#### ١ - الحماية الدستورية للعمل:

نظر المشرع الدستوري الكويتي نظرةً تحمل اهتماماً عميقاً بالعمل كقيمة اجتماعية أولاً، ثم كأداة اقتصادية ثانياً. وقد تضمّن الدستور عدة نصوص مفصلية بشأن العلاقات العمالية، ومثال ذلك ما ورد في المادة ١٦ من الدستور: "الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية، وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون". وهكذا، جعل المشرع الدستوري العمل ركناً ثالثاً من أركان الكيان الاجتماعي والاقتصادي للدولة، مؤكداً على أنه برغم كونه حقاً فردياً إلا أن له وظيفة اجتماعية ينظمها القانون في إطار

(١١٥) عدت المذكرة التفسيرية هذه الجهات الحكومية بأنها: المؤسسة العامة للرعاية السكنية، التجارة والصناعة، المجلس الأعلى للتخطيط والتنمية، وزارة الصحة، وزارة العدل، وزارة النفط، بلدية الكويت، جامعة الكويت، المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، وديوان الخدمة المدنية (الأمانة العامة للقوى العاملة).

(١١٦) وهذه الجهات الأهلية هي: أرباب الأعمال (ممثلين بغرفة تجارة وصناعة الكويت) والعمال (ممثلين بالاتحاد العام لعمال الكويت).

(١١٧) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ في شأن العمل في القطاع الأهلي (قانون العمل الكويتي الجديد).



الصالح العام للمجتمع، من دون إسرافٍ أو تسلطٍ أو استغلالٍ تأباه العدالة الاجتماعية<sup>(١١٨)</sup>.

ونصت المادة ٢٢ من الدستور على أنه: "ينظم القانون، على أسس اقتصادية ومع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية، العلاقة بين العمال وأرباب العمل، وعلاقة ملاك العقارات بمستأجريها"، وهو نص يتضمن توجيهاً واضحاً إلى المشرع بضرورة وضع علاقات متوازنة بين طرفي علاقة العمل من عمالٍ وأرباب أعمال، وهو الأمر الذي تبنته قوانين العمل المتعاقبة من خلال توازنات عديدة، لعل أبرزها هو تنظيم العلاقة بين نقابات العمال من جهة واتحادات أرباب الأعمال من جهة أخرى<sup>(١١٩)</sup>.

(١١٨) في تعليقها على المادة ١٦ من الدستور الكويتي، أوردت المذكرة التفسيرية للدستور ما يلي: "تنص هذه المادة على أن الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي والثروة الوطنية، وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون. ولأحظ أن هذا النص إنما يحدد مكان المجتمع الكويتي من التيارات الاجتماعية والاقتصادية التي تتنازع العالم في العصر الحاضر، فقد حسم النص الأمر حيث جعل المقومات الأساسية للمجتمع المذكور ثلاثة، يكمل كل منها الآخر ويضبطه؛ الأول هو الملكية، أي حق الفرد في أن يملك، وهذه رخصة قانونية قد لا تتبلور فعلاً في تملك واقعي لكل الناس، أو قد تتبلور عملاً في أي شيء مما يقبل التملك قل قدره أم كبر، وأيا كان نوعه أو مصدره. ويكمل هذا الركن الأول ركن ثان هو رأس المال، ويقصد به حق كل فرد في جمع ما تملكه، وفي ادخاره أو تنميته واستثماره. ومن ثم يجوز أن يتجمع الملك في صورة رأس مال، وهو ما تتميز به الديمقراطيات الغربية عن الديمقراطيات الشعبية المعروفة في دول الكتلة الشرقية. وبذلك يكون هذا اللفظ مكملاً للركن الأول ومانعاً من انحراف المجتمع الكويتي نحو الاشتراكية المتطرفة. على أن لفظ "رأس المال" لا يعني تلك الصورة المعيبة من رأس المال المتطرفة أو المستغل، فليست هذه إلا انحرافاً برأس المال عن رسالته الاجتماعية، وهو انحراف حرصت المادة على شجبه بأن جعلت العمل ركناً ثالثاً في المجتمع (يحد من غلواء رأس المال وتسلطه) وجعلت لكل من هذه الأركان الثلاثة - برغم كونها حقوقاً فردية - وظيفة اجتماعية ينظمها القانون. ومعنى ذلك رعاية الدولة لرأس المال في إطار صالح المجتمع، ودون إسرافٍ أو تسلطٍ أو استغلالٍ تأباه العدالة الاجتماعية".

(١١٩) حول المادة ٢٠ من الدستور الكويتي، ورد في المذكرة التفسيرية للدستور أن هذه المادة تكمل مجموعة المواد السابقة عليها ابتداءً بالمادة ١٦ السالفة الذكر، وأنها ترتبط بها بصلة وثيق، باعتبار أن "الملكية ورأس المال والعمل مقومات يتخلف عنها نوعان من النشاط، أحدهما خاص، والآخر عام. ولذلك حرصت المادة العشرون على توكيد التعاون بين هذين النوعين وحددت هدفه وهو تحقيق التنمية الاقتصادية وزيادة الانتاج ورفع مستوى المعيشة وتحقيق الرخاء للمواطنين، ولقد أضيف إلى المادة وصف هذا التعاون بأنه "العادل" حتى لا يطغى أي من النشاطين المذكورين على الآخر، والعدل هنا أمرٌ تقريبي لا يعني التعادل الحسابي أو المناصفة بينهما، فالمسألة متروكة للمشرع داخل هذا التحديد العام المرن، يقدر =



كما نصت المادة ٤١ من الدستور على أنه: "لكل كويتي الحق في العمل وفي اختيار نوعه"، وعلى أن "العمل واجبٌ على كل مواطن تقتضيه الكرامة ويستوجبه الخير العام، وتقوم الدولة على توفيره للمواطنين وعلى عدالة شروطه". ويلاحظ أن هذه المادة - وإن كانت قد أَلقت على عاتق الدولة التزاماً إيجابياً بتوفير فرص العمل للمواطنين - إلا أن ذلك لا يعني التزامها بتوفير الوظائف الفعلية في قطاعاتها لجميع المواطنين، بل مجرد إلزامها، دستورياً، بتوفير ظروف العمل لهم في جميع القطاعات العامة أو الخاصة في البلاد<sup>(١٢٠)</sup>.

وبذلك، فقد نظر الدستور الكويتي للعمل نظرة رفيعة ومركبة، إذ جعل منه قيمةً ساميةً ترتبط بالكرامة أولاً، وواجباً يتصل بالخير العام ثانياً، وحقاً من الحقوق الاقتصادية للفرد ثالثاً. لكل ذلك، قرر الدستور أن للأشخاص حرية اختيار العمل ونوعه، وضمن لهم أن تضطلع الدولة بتوفير الظروف الكفيلة بتوفير فرص تحقيقه، إضافة إلى عدالة شروط العمل. وتلتزم الدولة - بهذا الصدد - باتخاذ التدابير اللازمة لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، فتسهل للعمال أسباب العمل عن طريق وضع سياسات تشغيلٍ فعالة، تشجيع الإنتاج، تنظيم برامج التوجيه والتدريب المهني، تحفيز المؤسسات الإنتاجية المشغلة للأيدي العاملة، وعداها من سياساتٍ وتقنياتٍ من شأنها تحقيق تنمية اقتصادية مطردة وعمالة كاملة ومنتجة<sup>(١٢١)</sup>. ويؤكد ذلك أن المادة ٦ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تورد أن الحق في العمل يشمل "ما لكل شخصٍ من حقٍ في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية"<sup>(١٢٢)</sup>، وبذلك فإن العنصر

= في كل مجال مدى تدخل الدولة بما يتفق وحالة البلاد ومقتضيات التوفيق بين الصالح العام للأفراد، فيوسّع نطاق النشاط العام مثلاً في الأمور ذات الصلة الوثيقة بأمن الدولة أو أسرارها أو الاقتصاد القومي، في حين يوسّع على النشاط الحر مثلاً في الأمور التجارية وإشباع الحاجات العامة الجارية. والمشرع هو الأمين على أداء هذه المهمة والقيام بهذا التقدير حسب منطق زمانه ومقتضيات الموضوع الذي يشرع له، وليس من المستطاع أن يسبقه الشارع الدستوري بتحديد في هذا الشأن أكثر من ذلك التحديد المرن الذي ورد بالمادة المذكورة".

(١٢٠) محمد عبد المحسن المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية (الكويت: كلية الحقوق - جامعة الكويت، ٢٠٠٦)، ص ٢١٤.

(١٢١) عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت (الكويت: دن، ١٩٨٥)، ص ٣٨٠-٣٨١.

(١٢٢) المادة ٦ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د- ٢١) المؤرخ في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦، تاريخ بدء النفاذ: ٣ كانون الثاني/يناير ١٩٧٦، وفقاً للمادة ٢٧.

الأساسي في هذا الحق هو مجرد الحصول على الفرص العادلة لكسب الرزق، وهو محل التزام الدولة هنا<sup>(١٢٣)</sup>.

وعلى أية حال، تكمن الإشكالية الكبرى في هذا الصدد في أن مفهوم الضمان الاجتماعي كثيراً ما يختلط بمفهوم الوظيفة العامة في الدول النامية، مما يعني أنه من الناحية الواقعية، تستشعر الدولة بأن عليها التزاماً باتباع سياسات تستهدف خلق الوظائف للمواطنين لضمان مصادر آمنة ومستقرة للدخل، لا سيما في ظروف غياب القطاع الخاص النشط والقادر على استيعاب الجانب الأكبر من القوى العاملة<sup>(١٢٤)</sup>، وهو وضعٌ مضطربٌ ينتهي غالباً إلى خلق قطاعٍ عامٍ مترهلٍ وبطالةٍ مقنعة.

## ٢ - الحماية التشريعية للعمل:

استحدث المشرع الكويتي منظومة متكاملة كانت بمثابة البنية التشريعية الأساسية لحماية حقوق العمال، من حيث تنظيم العلاقة بينهم وبين أرباب العمل، وتوفير الحدود الدنيا من الضمانات القانونية بشأن استحقاقاتهم العمالية (الأجور، الإجازات، أوقات الراحة، إصابات العمل، تنظيم العمل، الجزاءات، انتهاء علاقات العمل، وعدها)، وذلك وفق ما يلي.

## أ - تطور الحماية التشريعية للعمل:

يعتبر قانون العمل أحد أكثر مجالات القانون الخاص ديناميكيةً مقارنةً بالقوانين الأخرى، فالحراك السريع والمستمر في نطاق هذا القانون يكاد لا يتوقف، حتى أنه قد

(١٢٣) في تعليقها على المادة ٤١ من الدستور، عبرت المذكرة التفسيرية للدستور عن تحفظٍ دقيقٍ يستأهل الانتباه حول مدى التزام الدولة بتوفير فرص العمل لمواطنيها: "النص في هذه المادة على أن: "لكل كويتي الحق في العمل وفي اختيار نوعه" معناه ألا تصدر الدولة حرية الفرد في أن يعمل تاجراً مثلاً أو صانعاً أو غير ذلك، فهو الذي يختار لنفسه نوع عمله في ميدان النشاط الحر، دون أن يلزم مثلاً بنوع عمل والده أو جده، كما أن هذه الحرية تتعلق بنشاط الأفراد الخاص في المجتمع، ومن ثم لا شأن لها بعمال الموظف في وظيفته العامة. ويلاحظ من ناحية أخرى أن هذه المادة لا تعني حق كل فرد في إلزام الدولة بأن توفر له عملاً وإلا تعرضت للمسؤولية، وذلك لأن التزام الدولة بهذا الخصوص محدود بإمكانياتها، ولذلك قالت العبارة الأخيرة من المادة "وتقوم الدولة على توفيره للمواطنين" ولم تقل "وتوفر الدولة العمل للمواطنين". وبذلك، فإن التزام الدولة في هذا الخصوص محدودٌ بالضرورة بإمكانياتها.

(١٢٤) يوسف الياس، المرجع السابق، هامش ص ٢٢٦.

أخذ قانون العمل شكله الحالي من خلال تطوراتٍ وقعت في أقل من قرنٍ واحدٍ، وهي لا شك مدةً بالغة القصر في عمر القوانين<sup>(١٢٥)</sup>.

ومن حيث المنظور الدولي، فقد تم إبرام العديد من اتفاقيات العمل الدولية منذ صدور قانون العمل السابق، فهناك ما يقرب من ١٩ اتفاقية دولية صدقت دولة الكويت عليها، كما أنها ترتبط بعلاقات عمالية مع دول عديدة وقعت معها حوالي ١٦ بروتوكولاً عمالياً<sup>(١٢٦)</sup>. لقد نجم عن ذلك استحقاقات دولية على دولة الكويت ترتب عليها التزامها بتعديل تشريعات العمل الوطنية فيها بما يتوافق وتلك الارتباطات الدولية المستحدثة وما يترتب عليها من التزام بمعايير العمل الدولية (لا سيما تلك المتعلقة بعمالة الأطفال، حرمان عديمي الجنسية من فرص العمل، المساواة في الأجور بين الرجل والمرأة، وتبني سياسة الحد الأدنى للأجور، العمالة المنزلية، نظام الكفيل، تفتيش العمل، والإضراب)<sup>(١٢٧)</sup>. يضاف إلى ذلك أن بعض منظمات حقوق الإنسان الدولية غير الحكومية، مثل منظمة العفو الدولية (Amnesty International) - التي أنشأت عام ١٩٦١ والتي تعتبر من أكبر المنظمات غير الحكومية المهتمة بحقوق الإنسان - كان لها مواقف جادة ضد بعض التشريعات العمالية الكويتية التي رأت فيها انتهاكات غير مقبولة لحقوق الإنسان وعلى الرغم من أن هذه المنظمات لا تتمتع بالشخصية القانونية، إلا أن لها من التعاطف الشعبي والاحترام الرسمي ما يجعل لها ثقلاً أدبياً لا يستهان به في المجتمع الدولي بجانب الدول والمنظمات الدولية<sup>(١٢٨)</sup>.

(١٢٥) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٩-٣٤.

(١٢٦) "الشيخ: المرأة ستنال نصيب الأسد في قانون العمل الجديد"، جريدة النهار، العدد ١٧٣، ٢٥ فبراير ٢٠٠٨، على الإنترنت:

< <http://www.annaharkw.com/annahar/ArticlePrint.aspx?id=52304> >

(١٢٧) انظر: "لقاء مع مقرر لجنة خبراء القانون في منظمة العمل الدولية أنور الفزيع"، جريدة الرأي العام الكويتية، العدد ١٠٤٧، الجمعة ٢٨ مارس ٢٠٠٨، على الإنترنت:

< <http://www.alraiaaam.com.kw/Templates.frNewsPaperArticleDetail.aspx?n-pald=18335> >

حيث يقول: "هناك تذمر من بعض الجهات في منظمة العمل الدولية لتأخر الكويت في التصديق على قانون العمل الجديد الذي أصدرته منظمة العمل الدولية منذ ٢٠ عاماً لتطوير التشريع العمالي خصوصاً أنها تعهدت أمام المنظمات الدولية أنها ستصدر قانوناً متطوراً منذ عام ١٩٦٤ وحتى الآن لا يوجد جواب من الكويت بحجة أنها مازالت تدرس القانون."

(١٢٨) يذكر أن حقوق الإنسان فكرة معقدة تتنازعها جملة من الاعتبارات، تتراوح من الخصوصية والإقليمية (ثقافة/ دين/ عادات وتقاليد/ نظام حكم) إلى الشمولية والعالمية (اعتبارات العدالة/ المبادئ العامة التي تتفق عليها الأمم المتحدة). ولما كانت حقوق الإنسان ترتبط بالإنسان =



ويلاحظ أن قانون العمل الكويتي منذ بداية مسيرته التشريعية وحتى صدور قانون العمل الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١١ قد تطور من عدة أوجه:

أ - فبالنسبة إلى نوعية العمل الذي ينظمه، كان القانون في السابق يقتصر على مجرد تنظيم المصانع فقط، أما حالياً فقد أصبح يغطي جميع صور العمل (الحرف/ المتاجر/ المنازل/ الزراعة).

ب - كما تطور قانون العمل بالنسبة إلى نوعية الحماية التي يسبغها على العمال، فصار يشمل تطلب الحماية الصحية في بيئة العمل (المصانع/ الآلات)، حظر تشغيل الأطفال، حماية الأحداث والنساء (تخفيف عبء العمل من حيث المدة/ ظروف الأداء)، تقرير مبدأ ضمان التعويض للعامل إذا ما أصابه ضرر في أثناء أداء العمل/ بسببه (ولو كان هذا الضرر قد وقع بغير خطأ من رب العمل)، تنظيم وقت العمل (وضع حد أقصى لوقت العمل اليومي/ أوقات الراحة/ الإجازات)، توسعة نطاق الضمان الاجتماعي للعامل (تجاوز مخاطر العمل ليشمل أبرز صور مخاطر الحياة، كالمرض والعجز والشيخوخة والبطالة والتسريح من العمل)، تقييد سلطة رب العمل في إنهاء خدمة العامل (التعويض القضائي للعامل عن الفصل التعسفي)<sup>(١٢٩)</sup>،

= ذاته بمعزل عن الكيان السياسي الذي ينتمي له، فكثيراً ما ينظر لهذه الحقوق بأن لها طبيعة خاصة تتعدى الانتماءات السياسية الضيقة وتتجاوزها إلى الرابطة الإنسانية بشكل عام، الأمر الذي تستند إليه منظمات حقوق الإنسان الدولية غير الحكومية للتدخل في حالة انتهاك تلك الحقوق في أي مجال كان، ومنها المجال العمالي. وتعتبر منظمة العفو الدولية (Amnesty International) التي أنشأت عام ١٩٦١ أكبر المنظمات الدولية غير الحكومية الناشطة في مجال حقوق الإنسان، وأكثرها تأثيراً وإحراجاً للدول إزاء انتهاكات حقوق الإنسان. وقد تركزت جهود المنظمة، في بداياتها، على حماية سجناء الرأي ومناهضة حكم الإعدام فيما بعد، إلا أن نشاطها امتد ليشمل كل مناحي انتهاكات حقوق الإنسان، ومنها الحقوق العمالية. انظر: موقع منظمة العفو الدولية: < http://www.amnesty.org > .

(١٢٩) أدت سياسات تحرير الأسواق إلى منافسة حادة في السنوات الأخيرة، مما دفع أرباب الأعمال المحليين لمواجهة هذه التحديات الاقتصادية من خلال الانتقاص من حقوق العمال بعدة وسائل، مثل إعادة هيكلة وتنظيم علاقات العمل والاستخدام بما يحقق ما اصطلح على تسميته بـ "مرونة التشغيل" (job flexibility)، وهي مكنة تسمح لأرباب الأعمال بالتخلص من مسؤولياتهم تجاه عمالهم بواسطة التسريح التعسفي وتخفيض الأجور والتعويضات وزيادة ساعات العمل واعتماد جملة من التدابير القاسية الأخرى، تحت دعاوى خلق أنماط مرنة للتشغيل ورفع إنتاجية العمل وتحسين القدرة التنافسية للمنشأة. انظر: أديب ميرو، "تطور علاقات التشغيل وتأثير سياسات النيو ليبرالية والعولمة"، على الإنترنت: < http://www.swissinfo.ch/ara/detail/content.html?cid=7444166 > .



ضمان استيفاء العامل لأجره (حقوق الامتياز/ المساهمة في إدارة المشروع/ أرباحه/ ملكيته).

ج - وفي ذات الاتجاه، تطوّر قانون العمل الكويتي بالنسبة إلى ساعات العمل التي يلتزم بها العمال، ففي فرنسا كان القانون الصادر في ٩ سبتمبر ١٨٤٨ أول قانون يحدد مدة العمل للبالغين (١٢ ساعة). وفي عام ١٩١٩، وعقب انتهاء الحرب العالمية الأولى، أصبح الحد الأقصى للبالغين ٨ ساعات في اليوم/ ٤٨ ساعة في الأسبوع. أما حالياً، فبموجب قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٦ صار أسبوع العمل يتكون من ٤٠ ساعة في المجال الصناعي، فضلاً عن إلزام أرباب العمل بدفع أجور متزايدة عن الساعات الإضافية. وفي الكويت، يأخذ المشرع بأسبوع الـ ٤٨ ساعة، وعلى يوم الساعات الثماني في القطاع الأهلي<sup>(١٣٠)</sup>، أما في القطاع النفطي، فقد تم الأخذ بأسبوع الـ ٤٠ ساعة<sup>(١٣١)</sup>.

د - وقد اتسع نطاق قانون العمل من حيث نوعية العمال الخاضعين له من حيث السن والجنس، إذ كان يقتصر على حماية الأطفال والأحداث والنساء، ثم تطوّر ليشمل البالغين من العمال. وبالنسبة إلى نوعية العمل، فقد كان يقتصر على حماية العامل اليدوي، ثم اتسع ليشمل كل من يقدم عملاً تابعاً في خدمة غيره. نظير أجر (سواء أكان عمله يدوياً أم ذهنياً، سواء أكان مركزه الوظيفي بسيطاً أم مرموقاً)، وبذلك فقد أشار البعض - بحق - إلى أن وصف "عامل" كاصطلاح قانوني صار له معنى يتجاوز بكثير المعنى اللغوي التقليدي لهذا اللفظ<sup>(١٣٢)</sup>.

هـ - وفي ذات الصدد، فإن قانون العمل قد تطور تطوراً ملحوظاً بالنسبة إلى نطاق العلاقات العمالية التي يتصدى لتنظيمها، ففي السابق كان يقتصر على تنظيم علاقات العمل الفردية (علاقة العامل برب العمل)، أما حالياً فقد أصبح ينظم علاقات العمل الفردية والجماعية (التقابات/ الإضراب/ المفاوضات الجماعية).

و - وأخيراً، فقد تطور نطاق قانون العمل من حيث الفن التشريعي المتبع بشأنه،

(١٣٠) المادة ٦٤ من قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠.

(١٣١) المادة ٥ من قانون العمل في القطاع النفطي.

(١٣٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٨. حيث يشير إلى أنه "سيأتي يومٌ يكون فيه كل الناس عمالاً خاضعين لقانون العمل أو لما في حكمه، اعتباراً بأن المشروعات الصغرى المملوكة للأفراد تتناقص الآن في أهميتها وعددها، لتترك مكانها للمشروعات الكبرى المملوكة للأشخاص المعنوية. (٣٧) وهكذا قد يأتي اليوم الذي يقتصر فيه وصف رب العمل على الشخص المعنوي، ويصير كل الناس عمالاً عنده".

وتحديداً من حيث انتقاله من مرحلة التشريعات المتناثرة إلى مرحلة التشريع الموحد. ففي السابق، كان قانون العمل يقوم على إصدار تشريعات خاصة متفرقة، تصدر تباعاً ووفقاً للحاجة، فيتناول كل منها موضوعاً عمالياً مستقلاً (كعقد العمل الفردي، تشغيل النساء، التعويض عن إصابات العمل). أما حالياً، فقد تغير الموقف بصورة واضحة، فقد أصبحت القواعد الأساسية لهذا القانون تصدر على شكل تشريع موحد، أو في مدونة واحدة جامعة.

### ب - أوجه الحماية التشريعية للعمل:

صدر قانون العمل الكويتي السابق رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ منذ أكثر من ٤٥ عاماً، ومنذ ذلك الحين، طرأت العديد من المستجدات على واقع العمل في القطاع الأهلي الكويتي، وهي المستجدات التي لم يواكبها تشريع العمل الكويتي الملغي رغم ضخامة حجم قوة العمل التي ينظمها قانون العمل في البلاد، وهو ما دفع المشرع إلى إصدار قانون جديد للعمل، هو القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠<sup>(١٣٣)</sup>.

وعلى الصعيد المحلي، تغيرت ديناميكيات الاقتصاد الوطني من حيث التوسع في القطاعات التجارية التي توسعت فيها أنشطة قائمة (قطاع الإنشاءات، قطاع التجزئة) واستجدت فيها أنشطة أخرى (قطاع الخدمات، قطاع الضيافة، قطاع الاتصالات). كما أن الحكومة الكويتية قد أعلنت تبنيها للخصخصة كخيار اقتصادي استراتيجي. وحتى يتم التحول التدريجي إلى تخصيص القطاعات المملوكة للدولة لا بد من وجود بنية أساسية من تشريعات العمل التي تستطيع أن تستوعب التبعات القانونية التي سوف تترتب على تخصيص الشركات الحكومية<sup>(١٣٤)</sup>.

ونستعرض هنا القيود الواردة على حرية التعاقد على العمل<sup>(١٣٥)</sup>.

(١٣٣) حتى عام ٢٠٠٨، بلغ إجمالي عدد الخاضعين لقانون العمل ١,٣٠٧ مليون شخص، منهم حوالي ٤,٨ في المئة كويتيون. انظر: "قراءة الغرفة المتأنية لقانون العمل - مذكرة بالتعديلات المقترحة من الغرفة إلى وزارة الشؤون ومجلس الأمة: كلفة قانون العمل يدفع ثمنها المستهلك"، جريدة الراي، العدد ١١٠٥٣، الاثنين ٥ أكتوبر ٢٠٠٩، على الإنترنت: <http://www.alraimedia.com/Aleai?Article.aspx?id=159300> (as accessed on 3 March 2010).

(١٣٤) "قانون العمل الجديد دعم للعمالة الوطنية"، جريدة القبس، ١٦ يوليو ٢٠٠٧، على الإنترنت: <http://www.arqabas.com.kw/Article.aspx?id=295858>.

(١٣٥) لكتابات عامة حول تشريعات العمل في الكويت، انظر: طارق عبد الرؤوف صالح رزق، شرح قانون العمل الكويتي (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٤)؛ خالد جاسم الهندياني وعبد الرسول عبد الرضا، شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد (الكويت: د. ن، ٢٠١٠)؛ جمال =

## ١ - قيود التشغيل التنظيمية:

تنحو السياسات التشريعية في دولة الكويت إلى تنظيم التنافسية في سوق العمل بما يوفر فرصاً للمواطنين للالتحاق بقوة العمل في القطاع الخاص من خلال جملة من التدابير. ونعرض فيما يلي القيود التي تستهدف تنظيم قوة العمل الوطنية ودعم دورها:

### أ - الرقابة على تشغيل الأجانب

أظهر المشرع الكويتي حرصاً مبكراً على تنظيم العنصر الأجنبي في سوق العمل الكويتي من ناحيتين:

فمن جهة، سعى المشرع منذ بدء إصدار قوانين العمل إلى حماية العمالة الوطنية من مزاحمة نظيرتها الأجنبية بقصد ضمان توفر فرص العمل الكافية للمواطنين. وفي هذا الصدد - وباعتبارها أول تنظيم رسمي لقطاع العمل - فقد ألزمت "قواعد العمل في الكويت ١٩٥٤" الصادرة عن بلدية الكويت (أو إدارة البلدية كما كانت تعرف آنذاك)، ألزمت الأجانب الراغبين في العمل في الكويت بالحصول على رخصة خاصة تدعى "رخصة حق ممارسة العمل" (١٣٦). كما أن قانون العمل السابق رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ تضمن شروطاً تنظم إحكام الرقابة الحكومية على تشغيل الأجانب (١٣٧). وبصدور قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠، استمر هذا الاتجاه التشريعي الذي يستهدف حماية العمالة الوطنية، فيبرز واضحاً من خلال المادة ١٠ من قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠، والتي حددت قواعد تشغيل غير الكويتيين على نحو يحكم رقابة من وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل باعتبارها

= فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، ط. ٢ (الكويت: مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٥)؛ عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام قانون العمل الكويتي: في العلاقة بين العامل ورب العمل (الكويت: د.ن، ١٩٩٣)؛ السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل الكويتي (الكويت: كلية الحقوق، ١٩٩٧).

(١٣٦) "التعليمات والقواعد المتعلقة بحق ممارسة العمل في الكويت"، الكويت اليوم (الجريدة الرسمية)، العدد ٣، السنة الأولى.

(١٣٧) المادة ٣ من قانون العمل الكويتي السابق رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤: "المادة ٣ يحظر على صاحب العمل تشغيل عمال غير كويتيين ما لم يكونوا حاصلين على بطاقة عمل أو على الأقل مسجلين لدى وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل"، وما لحق هذه المادة من تعديلات بموجب القانون رقم ٣٠ الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٧/٢٦ والقانون رقم ٢ الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٤/٢٢.

الوزارة المختصة بتنظيم سوق العمل وتوجيهه إلى نحو يتفق مع ما تهدف إليه سياسة الدولة من إحلال القوى العاملة الكويتية بالتدريج محل القوى العاملة الوافدة<sup>(١٣٨)</sup>. من ذلك أن هذه المادة قد حظرت على أرباب الأعمال استقدام العمالة ثم تعمد عدم تسليمهم العمل فعلياً، ويمتد الحظر ليشمل استخدام عمال غير كويتيين ما لم يكونوا حاصلين على إذن عمل من إدارة العمل، كما أن المادة ذاتها تلزم كل عامل أجنبي بالعمل لدى رب العمل الذي استقدمه للبلاد، وتستهدف هذه القواعد حل مشكلة استقدام العمالة الأجنبية الزائدة على حاجة سوق العمل الكويتي.

ومن جهةٍ أخرى، فقد قنّن المشرع النشاط النقابي للعمال الأجانب في البلاد، فأظهر شيئاً من التشدد فيما يتعلق بحرية هؤلاء في تكوين المنظمات النقابية وحرية الانضمام إليها أو الانفصال عنها، فقد كان قانون العمل السابق رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ يتطلب لذلك حصول العامل الأجنبي على إذن عملٍ من وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، إضافة إلى مضيّ خمس سنواتٍ متتاليةٍ على وجوده في البلاد كي يسمح له بالانضمام إلى النقابة، وحتى مع تحقق هذين الشرطين لا يكون له حرية الانتخاب وإنما يقتصر حقه على مجرد إبداء الرأي عن طريق ممثله النقابي<sup>(١٣٩)</sup>. أما قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠، فقد فاق نظيره السابق تساهلاً مع العمالة الأجنبية، وبذلك فإن هذه العمالة الوافدة التي كان مسموحاً لها بالانضمام إلى النقابات في القانون القديم دون التمتع بحق التصويت والترشيح تم رفع هذه القيود عنها بموجب أحكام القانون<sup>(١٤٠)</sup>.

- 
- (١٣٨) المذكرة الإيضاحية لقانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠.
- (١٣٩) المادة ٧٢ من قانون العمل الكويتي السابق رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤: "... يجوز للعمال غير الكويتيين إذا توفر فيهم هذان الشرطان بجانب حصولهم على بطاقة عمل أن ينضموا إلى النقابة دون أن يكون لهم الحق في أن ينتخبوا أحدهم لكي يمثلهم ويبيدي وجهة نظرهم لدى مجلس إدارة النقابة، ويحظر على العامل غير الكويتي الانتساب إلى النقابة إلا إذا مضى على وجوده بالكويت مدة خمس سنوات متتاليات من تاريخ صدور هذا القانون...".
- (١٤٠) المادة ٩٩ من قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠: "لجميع العمال الكويتيين الحق في أن يكونوا فيما بينهم نقابات ترعى مصالحهم وتعمل على تحسين حالتهم المادة والاجتماعية وتمثلهم في جميع الأمور الخاصة بهم...". يذكر أن غرفة تجارة وصناعة الكويت قد أبدت اعتراضها على هذه الصياغة، مشيرةً إلى ضرورة رفع لفظ "الكويتيين" تلافياً لشبهة التمييز ضد العمال الأجانب، لا سيما وأن قانون العمل السابق رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ لم يخص العمال الكويتيين فقط بتكوين النقابات بل ترك هذا الحق مفتوحاً للعمال قاطبةً دون =



## ب - دعم العمالة الوطنية:

تعتبر دولة الكويت من الدول المستوردة للعمالة الأجنبية منذ الأربعينيات من القرن الماضي، إلا أن التفوق العددي للوافدين ونسبتهم من ضمن تعداد قوة العمل أصبح ملحوظاً منذ ستينيات ذلك القرن، ويعزى ذلك إلى القصور في قوة العمل الوطنية حيث كان المعروض منها لا يكفي كماً ونوعاً للوفاء بالاحتياجات الملحة لمرحلة التنمية، الأمر الذي يعزى إلى قلة عدد السكان، عدم مناسبة الشرائح العمرية للعمل، نقص المهارات المهنية المطلوبة، إضافة إلى تردد المرأة في دخول سوق العمل. وقد تزامن ذلك مع مرحلة ما بعد اكتشاف النفط وتوظيف عائدات تصديره في تنفيذ خطط تنمية ضخمة أدت إلى تسارع معدلات الطلب على قوة العمل بمختلف فئاتها. ومع مرور الزمن، أدى اتساع مجتمع الوافدين إلى تكوين واقع جديد تشكل نتيجة لما تمثله هذه الشريحة السكانية المتضخمة من عبء على الخدمات والمرافق العامة، إضافة إلى تسرب المدخرات إلى الخارج، وتهديد هوية المجتمع وتجانسه الاجتماعي<sup>(١٤١)</sup>.

ومع حدوث جملة من التطورات، استجبت على الساحة الاقتصادية والاجتماعية الكويتية من المتغيرات ما يستدعي النظر في تعديل أنماط هذه العمالة، فقد تغير واقع العمالة تغييراً ملحوظاً، وفرضت قوة العمل من المواطنين نفسها كلاعبٍ جديدٍ على ساحة سوق العمل. ولما كانت تشريعات العمل ذات صلة وثيقة بالتغيرات الديمغرافية للدولة، وكانت الصلة وثيقة بين تكوين التركيبة السكانية للبلاد وفئات العمالة فيها، فقد تبنت الدولة حزمة من السياسات القاصدة لتطبيق سياسة جديدة لإحلال العمالة الوطنية محل نظيرتها الأجنبية، انطوت على جملة من الإجراءات الجزرية.

ففي مجال علاقات العمل في القطاع الحكومي، سعت الدولة إلى تطبيق سياسة إحلال تدريجية عرفت بـ "سياسة التكوين"، تم الشروع فيها من خلال عدة إجراءات متتابعة، كحصر الوظائف التي يشغلها الوافدون في القطاع العام، وضع ضوابط

= تحديد، توافاً مع معايير العمل الدولية التي صدقت عليها دولة الكويت. انظر: "ملاحظات غرفة تجارة وصناعة الكويت على تقرير لجنة الشؤون الصحية والاجتماعية والعمل حول مشروع قانون العمل في القطاع الأهلي (القانون الجديد)" (الكويت: غرفة تجارة وصناعة الكويت، تقرير غير منشور، ١٨ يناير ٢٠٠٩)، ص ١٠.

(١٤١) عوض خلف العنزي، "توجهات ومعوقات إحلال الوظائف بالقطاعين العام والخاص في مرحلة ما بعد الغزو العراقي للكويت: دراسة ميدانية"، مجلة العلوم الاجتماعية (تصدر عن جامعة الكويت)، العدد ٤، ٢٠٠٢، ص ٧١١-٧١٢.

قانونية مشددة لتعيين الأجانب، خلق الوظائف المؤقتة التي تنتهي بانتهاء المبرر من وجودها، وتعيين المواطن في حالة الاستغناء عن الأجنبي<sup>(١٤٢)</sup>.

أما في مجال علاقات العمل الخاص، فقد بدأت إرهابات حرص المشرع على إدماج العمالة الوطنية في هذا القطاع مبكراً، كما يبين من خلال قرارات مجلس الإنشاء في الخمسينيات من القرن المنصرم، والتي كانت تنص على استبدال العمال الكويتيين بغيرهم من غير الكويتيين، مع اتخاذ اللازم نحو تدريبهم<sup>(١٤٣)</sup>. ومع صدور قانون العمل رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ (القانون القديم)، مكن المشرع وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل من الرقابة على سوق العمل وبقصد تمكينها من إيجاد عمل للعمال المتعطلين - وبخاصة المواطنين منهم - فحث العمال المتعطلين عن العمل على التسجيل لدى مكتب تنمية العمالة الوطنية في الوزارة، حتى تسعى لإلحاقهم بالأعمال المناسبة لهم، كما جعل الأولوية في التشغيل للعامل الكويتي ثم العامل العربي ثم العامل الأجنبي<sup>(١٤٤)</sup>. وحديثاً، وفي إطار سياسة تشريعية عمالية تستخدم الإعانات الحكومية كأداة للتأثير على مسار الاقتصاد الوطني، تم إنشاء برنامج إعادة هيكلة القوى العاملة والجهاز التنفيذي للدولة، وذلك طبقاً للقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية<sup>(١٤٥)</sup>. وهذا البرنامج يقصد إلى إدخال تعديل جذري في هيكلة العمالة في البلاد، من خلال وضع البرامج والخطط

(١٤٢) من أهم القرارات الصادرة في شأن تنفيذ سياسة الإحلال هو القرار الذي أصدره مجلس الخدمة المدنية رقم (٩٧/٢) بشأن تنفيذ سياسة الإحلال، والذي نص على أن تبدأ الوزارات والإدارات الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة بتطبيق برنامج إحلال القوى العاملة الكويتية محل القوى العاملة الوافدة بنسبة ١٠٪ سنوياً من إجمالي عدد أفراد القوى العاملة والوافدة في ٣٠/٦/١٩٩٧، وكذلك قرار مجلس الخدمة المدنية رقم (٢٠٠٠/٢) بشأن تعديل كيفية تنفيذ سياسة الإحلال، الذي يدعو كل جهة إلى إجراء دراسة حول الوظائف التي يمكن إلغاؤها والمشغولة بالقوى العاملة الوافدة بالقدر الذي لا يؤثر على مستوى الأداء.

(١٤٣) كما نشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم، العدد ٣، السنة الأولى، ١٩٥٤.  
(١٤٤) المواد ٨ و ٩ من قانون العمل الكويتي السابق رقم ٣٨ لسنة ٢٩٦٤، وكان تنظيم تسجيل هؤلاء وتشغيلهم يتم بموجب قرار وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل رقمي ٩٩ لسنة ٩٣ و ١٠٦ لسنة ١٩٩٤.

(١٤٥) ازداد تشغيل المواطنين في القطاع الخاص من ٩٥٤٢ سنة ١٩٩٣ إلى ٣٦٧٤١ سنة ٢٠٠٦، وبذلك فقط تضاعف التشغيل ثلاث مرات، بمعدل سنوي قدره ١٢,٣ بالمئة. انظر: عيسى الغزالي: منح بدل البطالة ساهم في زيادة أعداد المواطنين العاطلين عن العمل"، جريدة الراي، العدد ١٠٤٣٩، ٣٠ يناير ٢٠٠٨، على الإنترنت:

< <http://alraialaam.com/Templattes.feSaveArticle.aspx?id=23146> >

اللازمة نحو دعم ومساندة وتشجيع المواطنين للعمل في القطاع الخاص سواء أكانوا من أصحاب المهن أم من العاملين، من خلال منحهم امتيازات معينة (كالعلاوة الاجتماعية، علاوة الأولاد، بدل البحث عن العمل لمدة سنة حتى الحصول على عمل)، إضافة إلى توفير إمكانات التدريب والتأهيل اللازمة لهم للانخراط في هذا القطاع<sup>(١٤٦)</sup>.

ومع ذلك، فإن هناك من يتخوف من تطبيق برامج الإحلال والتوطين في القطاع الخاص، نظراً لكون العديد من العمال المستفيدين من هذه البرامج هم من الكوادر غير المؤهلة التي تفتقر إلى التطوير والتأهيل اللازمين للانخراط الحقيقي في أنشطة هذا القطاع الذي يبحث عن النخبة والخبرة بسبب طبيعته التنافسية، مما يعني أنهم بذلك يمكن أن يكونوا عبئاً عليه. وتبرز السلبات التي تتم في إطار برنامج دعم العمالة في التطبيقات العملية والممارسات اللاواقعية تحديداً، لا سيما فيما يتعلق بالأعمال التي تتميز بتدني الرواتب (قطاع التنظيف، قطاع المواصلات).

لقد كان من آثار قيام الحكومة بإلزام شركات القطاع الأهلي بنسب معينة لتوظيف المواطنين - دون تعيين جهة رقابية لمراقبة هذه الممارسة - أنها قد ساهمت بذلك في خلق مشكلة جديدة تتمثل بالتعيين الصوري في القطاع الخاص، حيث تقوم المنشأة بتوظيف العامل الكويتي توظيفاً صورياً على الورق بقصد تغطية نسب العمالة الوطنية المفروضة عليها قانوناً فحسب، فيحصل العامل على مبالغ الدعم الحكومي المتمثلة بالعلاوات الاجتماعية دون أن تكون له علاقة عمل حقيقية بالمنشأة، الأمر الذي يمثل بطلاة مقنعة جديدة، وتحايلاً على المال العام وإخلالاً بالجانب التنموي الذي استهدفه قانون دعم العمالة الوطنية<sup>(١٤٧)</sup>. وعلى أية حال، فإن المادة ١٤

(١٤٦) المادة رقم ٣ من القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية: "تؤدي الحكومة للمواطنين أصحاب المهن والحرف ولمن يعملون في جميع الجهات علاوة اجتماعية وعلاوة أولاد، ويصدر مجلس الوزراء بناء على اقتراح المجلس القرارات المنظمة لذلك، وتحدد هذه القرارات قيمة كل من العلاوتين المذكورتين وشروط استحقاقها والمهن والحرف والأعمال والجهات التي تنطبق عليه، أو المدة التي تستمر الحكومة خلالها في تأديتها، على أن تكون علاوة الأولاد خمسين ديناراً عن كل ولد وحتى الولد الخامس. ذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة للعاملين في الجهات الحكومية قبل صدور هذا القانون بالنسبة إلى ما يستحقونه من علاوة اجتماعية وعلاوة أولاد". وانظر كذلك المادة ٥ من القانون: "تساهم الحكومة في تنمية القوى العاملة الوطنية في الجهات غير الحكومية بنسبة من تكلفة تدريب هذه القوى ويضع المجلس قواعد هذه المساهمة".

(١٤٧) "قانون دعم العمالة الوطنية صدر لمعالجة الخلل في تركيبة القوى العاملة وتدني أعداد الكويتيين العاملين بالقطاع الخاص"، جريدة الوطن الكويتية، العدد ٦١٠٦/١١٦٦٠، الثلاثاء =



من القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية تنص على جزاءات جنائية صارمة تطبق بحق كل من يقدم بيانات غير صحيحة بقصد الحصول دون وجه حق على المزايا الواردة في هذا القانون.

على الرغم مما تقدم، تبقى الحقيقة الواضحة هي أن قانون دعم العمالة الوطنية - من ضمن جملة من الاعتبارات ذات الانعكاسات الاقتصادية الأخرى - ترتب عليه اتجاه العديد من المواطنين للعمل في القطاع الخاص، الأمر الذي دعا بالمشروع إلى الالتفات جدياً إلى العمالة في هذا القطاع وترتيب أوضاعه بما يتناسب والمستجدات فيه. ولذلك، فقد تم إصدار قانون جديد للعمل، هو القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ في شأن العمل في القطاع الأهلي، والذي تضمن أحكاماً جديدة للعمل تأخذ بعين الاعتبار حقيقة أن العنصر الوطني صار عنصراً معتبراً من النسبة العامة للعمالة، مما انعكس على هذا القانون الجديد على صورة امتيازات أكثر وضمانات أكبر للعمال.

## ٢ - قيود التشغيل الحمائية:

### أ - تعيين حدٍ أدنى للأجور

الأجر هو مقابل سلعة العمل التي يقدمها العامل إلى رب العمل من خلال عملية الإنتاج<sup>(١٤٨)</sup>. ورغم أن قانون العمل السابق رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ لم يتضمن أية إشارة إلى حدٍ أدنى للأجور، فترك تحديد الأجر إلى اتفاق العامل ورب العمل، إلا أن المطالبة بتحديد حدٍ أدنى للأجور كانت حاضرة دائماً في المشهد القانوني لعلاقات العمل<sup>(١٤٩)</sup>. ولذلك، ألزم قانون العمل الجديد الوزير المختص بوضع حدٍ أدنى للأجور

= ١ يوليو ٢٠٠٨. على الإنترنت:

< [http://www.alwatan.com.kw/Default.aspx?id=57&article\\_id=428713](http://www.alwatan.com.kw/Default.aspx?id=57&article_id=428713) > (as accessed on 12 April 2009).

(١٤٨) ناصر الصانع ومحمد عدنان وديع، التعليم وسوق العمل في الأقطار العربية (الكويت: المعهد العربي للتخطيط، ٢٠٠٣)، ص ١١٦.

(١٤٩) لائحة من الإشارات المبكرة حول المطالبة بتحديد حد أدنى للأجور في الأوساط القانونية، انظر: "كلمة جمعية المحامين في عيد العمال في أول مايو سنة ١٩٧٩"، المحامي (تصدر عن جمعية المحامين الكويتية)، السنة ٢، الأعداد ١٠ و ١١، مارس/ إبريل/ مايو، ١٩٧٩، ص ١٤٨، حيث ورد فيها أن "جمعية المحامين ترى أن الوقت قد حان في الكويت لإعادة النظر في التشريعات العمالية المعمول بها، حيث لم تعد تفي بحاجة المجتمع بعد التطور الكبير الذي شهدته البلاد وخاصة في مجال التقنين. الأمر يقتضي الإسراع في إعادة النظر في التشريعات العمالية على ضوء التغييرات التي طرأت على المجتمع الكويتي، وإننا =



في بعض المهن أو الصناعات<sup>(١٥٠)</sup>، وذلك لضمان مستوى لائق معيشياً للعمال، وبما يكون دافعاً للقوى العاملة الكويتية ومشجعاً لها على الانخراط في ميدان العمل في القطاع الأهلي<sup>(١٥١)</sup>. أما في القطاع الحكومي، فتحدد الأجور وفقاً للدرجة الوظيفية والمؤهل والخبرة، وينتظم كل ذلك المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ بشأن الخدمة المدنية وتعديلاته<sup>(١٥٢)</sup>.

#### ب - حماية الأحداث العاملين:

قامت منظمة العمل الدولية بخلق منظومة متكاملة من الضمانات الرامية إلى تنظيم عمالة الأطفال من خلال إصدار عدة صكوكٍ حول هذا الجانب (١٦ اتفاقية و٤ توصيات) قصدت في مجملها إلى وضع حدٍ لعمل الأطفال كجزءٍ من إطار سياسات منظمة العمل الدولية، وهي مُدرجة في معايير المنظمة الأساسية بشأن عمل الأطفال. وتلتقي هذه الصكوك جميعها في حث الحكومات على تبني وتطبيق جملة من السياسات الرامية إلى حماية حقوق الأطفال في بيئة العمل. وكان آخر هذه الصكوك وأكثرها أهمية هو الاتفاقية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٩ بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال، التي تلتزم الدول بموجبها باتخاذ الإجراءات الفورية والفعالة لضمان حظر أسوأ صور عمل الأطفال، مع إيلاء أهمية خاصة إلى التعليم الأساسي وسبل إعادة تأهيل الأطفال ودمجهم في المجتمع.

وفي الكويت، يحظى تنظيم عمل الأحداث باهتمام من المشرع الذي أفرد له عدداً لا بأس به من أحكام قانون العمل الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ في شأن العمل في القطاع الأهلي<sup>(١٥٣)</sup>، وهي النصوص التي نظمت تحديد السن الأدنى للتشغيل (١٥)

= لنطالب... بضرورة وجود نصوص قانونية تحمي العمال من الاستغلال وذلك من خلال تحديد الحد الأدنى للأجور والحد الأعلى لساعات العمل".

(١٥٠) انظر: المادة ٦٣ من قانون العمل الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠: "يجب على الوزير أن يصدر قراراً كل خمس سنوات كحد أقصى يحدد فيه الحد الأدنى للأجور وفقاً لطبيعة المهن والصناعات، مستهدياً في ذلك بنسب التضخم التي تشهدها البلاد، وذلك بعد التشاور مع اللجنة الاستشارية لشؤون العمل والمنظمات المختصة". كما أن مجلس الوزراء قد أصدر قراره رقم ٨٢٣ الذي وضع حداً أدنى للأجور لكل من عمال الحراسة وعمال النظافة في الشركات المرتبطة بتنفيذ مشاريع حكومية وحظر على صاحب العمل المساس بهذا الأجر وألزمه بتحمل نفقات السكن والمواصلات والمعيشة وأي نفقات أخرى تتعلق باستخدام العامل أو استبقائه في العمل كرسوم الإقامة أو الضمان الصحي.

(١٥١) المذكرة الإيضاحية لقانون العمل الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠.

(١٥٢) تقرير دولة الكويت، "تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، المرجع السابق، ص.٢٤.

سنة)، ضرورة الحصول على إذن لتشغيلهم، تطلب إجراء الكشف الطبي عليهم، أن يكون تشغيلهم في غير الصناعات والمهن الخطرة أو المضرة بالصحة<sup>(١٥٤)</sup>، تحديد الحد الأقصى لساعات عملهم، تعيين ساعات الراحة لهم، حظر تشغيلهم لساعات عمل إضافية أو في أيام الراحة الأسبوعية وأيام العطل الرسمية أو في ساعات الليل المتأخرة.

### ج - حماية المرأة العاملة:

للنساء احتياجات خاصة في مجال العمل، ترتبط بخصوصية أوضاعهن (الارتباطات الأسرية، التوقعات المجتمعية، الضعف البدني، ظروف الحمل والولادة، الظروف الاستغلالية، الاشتغال في العمل المتقطع أو التبعيضي الذي يستعصي على الحصر العددي، النساء غير منظمات نقابياً/ غير ناشطات نقابياً بسبب التزامتهن العائلية الملحة، إلخ)<sup>(١٥٥)</sup>.

نتيجة لما تقدم، فإن الطلب على عمل المرأة يجد سببه في عامل رئيسي هو كونها قوة العمل الأرخص بسبب من ظروفها الاجتماعية والفسولوجية التي تجعلها غير قادرة على منافسة الرجل، لذلك فإن المرأة لا تحصل على العمل في كثير من الأحيان إلا لكونها تقبل بأجر أدنى من الأجر الذي يحصل عليه الرجل<sup>(١٥٦)</sup>. هذا، ناهيك عن أن النساء عادة ما يعملن لفترات مزدوجة من حيث أنهم يقضين أوقاتهن في العمل صباحاً، ثم يعملن في بيوتهن مساءً.

لكل ذلك، كان للمرأة دائماً وضع حمائي خاص على المستوى الدولي، وهو وضع يبدأ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (Universal Declaration of Human Rights)<sup>(١٥٧)</sup>،

(١٥٣) الفصل الثالث: "في تشغيل الأحداث"، المواد ١٩-٢١.

(١٥٤) انظر في ذلك: القرار الوزاري رقم ١٨ لسنة ١٩٧٣ بشأن تحديد الصناعات التي يحظر تشغيل الأحداث بها ١٩٧٣/٩/٤.

(١٥٥) هنري عزام، "المرأة العربية والعمل: مشاركة المرأة العربية في القوى العاملة ودورها في عملية التنمية"، المستقبل العربي، العدد ٣٤، ديسمبر ١٩٨١، ص ١.

(١٥٦) يوسف الياس، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

(١٥٧) انظر: المادة ٢ فقرة ١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دونما تمييز من أي نوع ولا سيما التمييز بين العنصر أو اللون أو الجنس"، والمادة ٢٥ فقرة ٢: "للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين...".

ويكتمل بصكوك الأمم المتحدة في هذا الشأن<sup>(١٥٨)</sup>.

أما على المستوى المحلي، فهناك بنية تحتية دستورية أساسية حامية للمرأة وداعمة لها<sup>(١٥٩)</sup>، وقد قامت على أساس من ذلك بنية فوقيّة تشريعية متكاملة قاصدة لضمان توفير هذه الحماية<sup>(١٦٠)</sup>. ولعل قانون العمل في القطاع الأهلي هو واحد من أهم مفردات هذه الحماية، إذ صدر القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٦ بشأن العمل في القطاع الأهلي متضمناً لجملة من الأحكام المنظمة لمركز المرأة في بيئة العمل الأهلي<sup>(١٦١)</sup>.

وتنقسم هذه الأحكام إلى أحكام عامة وأحكام خاصة. فأما الأحكام العامة فتتمثل في المادة الأولى من القانون التي نصت على أنه في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد باصطلاح العامل كل ذكر أو أنثى يؤدي عملاً يدوياً أو ذهنياً لمصلحة صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر، من دون تفرقة بين رجل أو امرأة، وكذلك في المادة

---

(١٥٨) أهم هذه الصكوك هو إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة Declaration on the Elimination of Discrimination against Women (المؤرخ في ٧ نوفمبر ١٩٦٧) إضافة إلى الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW (1979).

(١٥٩) من النصوص الدستورية ذات العلاقة بعمل المرأة في الكويت المادة ٧: "العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين"، المادة ٨: "تصون الدولة دعائم المجتمع وتكفل الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص للمواطنين" المادة ٩: "الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها، ويقوي أواصرها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة"، المادة ٢٩: "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين"، والمادة ٤١: لكل كويتي الحق في العمل وفي اختيار نوعه، والعمل واجب على كل مواطن تقتضيه الكرامة ويستوجبه الخير العام، وتقوم الدولة على توفيره للمواطنين وعلى عدالة شروطه".

(١٦٠) من أهم النصوص القانونية المنظمة لشئون الأمومة والطفولة: قانون الأحوال الشخصية رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية، مرسوم في شأن نظام الخدمة المدنية، القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ في شأن العمل في القطاع الأهلي، قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ وتعديلاته، المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٨ في شأن المساعدات العامة، القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ الذي أصدر قانون الجزاء وتعديلاته، قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠، وقانون تنظيم السجون رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٢.

(١٦١) القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٦ بشأن العمل في القطاع الأهلي، الفصل الرابع في تشغيل النساء، المواد من ٢٢ إلى ٢٦.

٢٦ التي تقرر أنه "تستحق المرأة العاملة الأجر المماثل لأجر الرجل إذا كانت تقوم بنفس العمل".

وأما الأحكام الخاصة فقد أقر القانون لها باباً خاصاً، نظم فيه عمل المرأة ووفر لها من خلاله حماية خاصة. ومن أوجه هذه الحماية: حظر تشغيل المرأة ليلاً<sup>(١٦٢)</sup>، حظر تشغيل المرأة في بعض الصناعات<sup>(١٦٣)</sup>، حماية الأم العاملة<sup>(١٦٤)</sup>، حق المرأة في مكافأة نهاية الخدمة إذا استقالت للزواج<sup>(١٦٥)</sup>، وحق المرأة في إجازة العدة في حالة وفاة الزوج<sup>(١٦٦)</sup>.

(١٦٢) المادة ٢٢: "لا يجوز تشغيل النساء ليلاً في الفترة ما بين العاشرة مساءً والسابعة صباحاً. وتستثنى من ذلك المستشفيات والمصحات ودور العلاج الأهلية والمؤسسات الأخرى التي يصدر بها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل، على أن تلتزم جهة العمل في جميع الحالات المشار إليها في هذه المادة بتوفير متطلبات الأمن لهن مع توفير وسائل انتقالهن من جهة العمل وإليه. كما تستثنى من أحكام هذه المادة ساعات العمل خلال شهر رمضان المبارك".

(١٦٣) المادة ٢٣: "يحظر تشغيل المرأة في الأعمال الخطرة أو الشاقة أو الضارة صحياً، كما يحظر تشغيلها في الأعمال الضارة بالأخلاق والتي تقوم على استغلال أنوثتها بما لا يتفق مع الآداب العامة، وكذلك يحظر تشغيلها في الجهات التي تقدم خدماتها للرجال فقط. ويصدر بتحديد تلك الأعمال والجهات قرار من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل بعد التشاور مع اللجنة الاستشارية لشؤون العمل والمنظمة المختصة".

(١٦٤) المادة ٢٤: "تستحق المرأة العاملة الحامل إجازة مدفوعة الأجر لا تحسب من إجازاتها الأخرى لمدة سبعة أيام للوضع، بشرط أن يتم الوضع خلالها، ويجوز لصاحب العمل عقب انتهاء إجازة الوضع منح المرأة العاملة بناء على طلبها إجازة من دون أجر لا تزيد مدتها على أربعة أشهر لرعاية الطفولة، ولا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العاملة أثناء تمتعها بتلك الإجازة أو انقطاعها عن العمل بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل أو الوضع"، والمادة ٢٥: "يجب منح المرأة العاملة ساعتين للرضاعة أثناء العمل وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها قرار الوزارة، ويجب على صاحب العمل إنشاء دور حضانة للأطفال أقل من ٤ سنوات في مراكز العمل التي يزيد عدد العاملات بها على ٥٠ عاملة أو يتجاوز عدد العاملين بها ٢٠٠ عامل".

(١٦٥) المادة ٥٢: "مع مراعاة أحكام المادة ٤٥ من هذا القانون، يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها في المادة السابقة كاملة في الأحوال التالية:.... (د) إذا أنهت العاملة العقد من جانبها بسبب زواجها خلال سنة من تاريخ الزواج".

(١٦٦) المادة ٧٧: "للعامل في حالة وفاة أحد أقاربه من الدرجة الأولى أو الثانية الحق في إجازة بأجر كامل مدتها ثلاثة أيام، وللمرأة العاملة المسلمة التي يتوفى زوجها الحق في إجازة عدة بأجر كامل لمدة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة، على ألا تمارس أي عمل لدى الغير طوال فترة الإجازة. وتنظم شروط منح هذه الإجازة بقرار من الوزير، وتمنح المرأة العاملة غير المسلمة المتوفى عنها زوجها إجازة لمدة واحد وعشرين يوماً مدفوعة الراتب".



وقد حظرت المادة ٢٢ تشغيل النساء خلال ساعاتٍ محددةٍ من الليل، فيما عداعاملات في دور العلاج أو المؤسسات الأخرى التي يصدر بها قرار من الوزير المختص، على أن تلتزم جهة العمل بتوفير متطلبات الأمن لعاملاتها وتوفير وسائل الانتقال لهم من وإلى جهة العمل<sup>(١٦٧)</sup>. كما منعت المادة ٢٣ تشغيل المرأة في الأعمال الخطرة أو الشاقة أو الضارة صحياً أو في الأعمال الضارة بالأخلاق أو في الجهات التي تقدم خدماتها للرجال فقط، على أن يصدر قرار بتحديد تلك الأعمال والجهات من وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، وذلك صوتاً لها وحرصاً عليها<sup>(١٦٨)</sup>. أما المادة ٢٤ فقد نصت على استحقاق العاملة بسبب الوضع إجازة مدفوعة الأجر مدتها سبعة أيام، شريطة أن يتم الوضع خلال هذه المدة، مع جواز منحها - على طلبها - إجازة بدون أجر لمدة لا تزيد مدتها على أربعة أشهر، كما ولا يجوز إنهاء خدماتها أثناء إجازتها أو مرضها أثناء الحمل أو الوضع الثابت بشهادة طبية<sup>(١٦٩)</sup>. وفي المادة ٢٥ أوجب المشرع منح المرأة العاملة ساعتين لإرضاع صغيرها وفقاً للأوضاع والشروط التي يحددها قرار الوزارة المختصة، كما أوجب على صاحب العمل إنشاء دور حضنة للأطفال إذا كانت أعمارهم أقل من أربع سنوات، وذلك للمؤسسات التي يزيد عدد عاملاتها على ٥٠ عاملة، أو يتجاوز عدد العاملين بها ٢٠٠ عاملاً. وأوجبت المادة ٢٦ مساواة المرأة العاملة بالرجل في تقاضي نفس الأجر مقابل نفس العمل دون أي تفرقة بينهما، وذلك حتى لا يكون التنظيم الخاص الوارد بالقانون بشأن تشغيل النساء مبرراً أو سبباً في تقرير أجر للمرأة يقل عن الأجر المقرر أو المتعارف عليه للرجل في العمل ذاته<sup>(١٧٠)</sup>. وأخيراً، استحدثت المادة ٧٧ نوعاً آخر من الإجازات، حيث جعلت للمرأة العاملة المسلمة التي يتوفى زوجها الحق في إجازة عددية بأجر كامل لمدة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة، كما نصت المادة على منح المرأة العاملة غير المسلمة المتوفى عنها زوجها إجازة لمدة واحد وعشرين يوماً مدفوعة الأجر<sup>(١٧١)</sup>.

(١٦٧) طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع السابق، ص ١٧٠، ٢٩٤.

(١٦٨) لتعداد بهذه الأعمال، انظر: القرار الوزاري الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعية والعمل رقم ١٨٦/ع لسنة ٢٠١٠ بشأن تشغيل النساء، كما نشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم، العدد ٩٧٨، السنة ٥٦، ٦ يونيو ٢٠١٠.

(١٦٩) طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع السابق، ص ٣١٨؛ خالد جاسم الهندياني وعبد الرسول عبد الرضا، المرجع السابق، ص ٣٠١.

(١٧٠) خالد جاسم الهندياني وعبد الرسول عبد الرضا، المرجع السابق، ص ٢٧٥-٢٧٨.

(١٧١) طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع السابق، ص ٣١٨؛ خالد جاسم الهندياني وعبد الرسول عبد الرضا، المرجع السابق، ص ٣٠٩-٣١٠.

## خاتمة:

قصّدت هذه الدراسة إلى إيجاد نسقٍ نظريٍّ يُوّطّر المنظور القانوني المعاصر للعمل، ويدرس تحوّل هذا المنظور للعمل من طور السلعة التجارية إلى طور القيمة الاجتماعية. ومن خلال دراسة مسارات تطور هذا المنظور القانوني للعمل، وتحليل المحدّدات التي شكّلت صورته الحالية، ظهر لنا أن النسق النظري لهذا الموضوع يقوم على مرتكزاتٍ ثلاثة:

فأول هذه المرتكزات هو ارتباط التشريعات العمالية بالمحدّدات الاقتصادية، وهو الوضع المبدئي الذي بدأ معه المنظور الخاص باعتبار العمل سلعة، أي مجرد عنصرٍ من عناصر الإنتاج، ويجد ذلك تفسيره بكون الاقتصاد هو الفضاء الذي تُطبّق فيه الأدوات القانونية المنظّمة للعمل، سواءً تمثّلت تلك الأدوات بالعقد أو الأعراف المهنية أو الاتفاقات الدولية أو التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الجماعية. وفي عصرنا الحالي، يأخذ ارتباط الاقتصاد بالقانون زخماً أكبر، لا سيما وأننا نعيش الآن زمن عولمةٍ بأبعادٍ غير مسبوقَةٍ تاريخياً، تتماس فيها العلاقات الدولية وتتقاطع في مجالاتٍ عديدة، لا سيما في مجال التبادلات التجارية والتعاون الصناعي والهجرة وانتقال العمالة، وهي كلها مناطق تتقاطع فيها الاعتبارات القانونية بنظيرتها الاقتصادية.

وثاني هذه المرتكزات هي الطبيعة الاجتماعية للعمل كما تنظمه التشريعات المعاصرة - ومنها قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ - الذي، كعدها من تشريعات العمل المقارنة، يظهر تفهماً واضحاً لقيمة العمل، فيحيطها بالعديد من الضمانات الداعمة لها، والكفيلة بعدم إهدارها<sup>(١٧٢)</sup>. ولعل واحدةً من أبرز النتائج التشريعية الهامة لاعتبار العمل قيمة تظهر في غلبة الصفة الأمرة على قواعد قانون العمل، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالف نصوص قانون العمل إلا بما يضيفي مزايا أكبر على العامل<sup>(١٧٣)</sup>، باعتبار أن موافقة العامل على الشروط المجحفة - وهو الطرف

(١٧٢) لقد بلغ من تمدد هذه الضمانات وسعتها أن مشرعي القوانين المقارنة قد اضطروا إلى فصل بعضها عن جسد تشريع العمل ذاته، وإدراجها في تشريعاتٍ أخرى منفصلة، مثل قوانين الضمان الاجتماعي أو التأمينات الاجتماعية، وقوانين السلامة المهنية، وقوانين العمل النقابي، وعدها.

(١٧٣) المادة ١١٥ من قانون العمل الكويتي الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠: " (١) يقع باطلاً كل شرط في عقد العمل الفردي أو عقود العمل الجماعية يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على تنفيذه ما لم يكن الشرط أكثر فائدة للعامل. (٢) يقع باطلاً كل شرط أو اتفاق أبرم قبل العمل بهذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه العامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها القانون، كما =

الضعيف في العقد - لا تعبر غالباً عن رضا حقيقي وإنما مجرد رضا تكتيكي. ولذلك، فإن عقد العمل هو من العقود القليلة المنظمة تشريعياً في كثير من جوانبها، فتحل فيها بعض القواعد الإلزامية القانونية محل الترتيبات التعاقدية والتنظيمات الإدارية، مثل بطلان الشروط المخالفة لقانون العمل إذا كانت تنتقص من الحقوق الدنيا المقررة للعامل في قانون العمل، صحة الشروط المخالفة لقانون العمل إذا كانت أصلح للعامل<sup>(١٧٤)</sup>، عدم جواز تنازل العامل عن حقوقه المقررة في قانون العمل، وعدا ذلك. وبذلك، فإن تنازل العامل عن حقٍ مقرر له يكون باطلاً، سواء وقع تنازله وقت إبرام العقد (بإدراج التنازل ضمن بنوده) أو بعد إبرامه (بإدراج التنازل في وثيقة خاصة أثناء سريان علاقة العمل)<sup>(١٧٥)</sup>. وهكذا، فعلى الرغم من رسوخ مبدأ حرية الإرادة الذي يسود نظرية العقد عادة، إلا أن العامل ليس حراً في أن يتنازل عن حقوقه، لأن أكثر قواعد قانون العمل هي قواعد أمرة، مما يعني أنها من النظام العام، فيبطل كل اتفاق على ما يخالفها. وبذلك، فكأن قيمة العمل بذاتها صارت من النظام العام، فلا اتفاق على ما يخالفها.

أما ثالث تلك المرتكزات، فهي السمة التطورية لقانون العمل التي كانت سبباً في الارتقاء بالمنظور القانوني للعمل، وتحوله شيئاً فشيئاً، كما رأينا، من رؤية تعاقدية بحتة - بل وزجرية في بعض الأحيان - لا ترى في العمل إلا مجرد عنصر من عناصر الإنتاج، إلى منظور تشريعي متكامل يضع العمل في سياقاته المجتمعية، فيُعَلِّي من شأنه ويضعه في مصاف القيم السامية، مع ما يستتبع ذلك من التزام بخلق الظروف المناسبة والضمانات الكافية التي تحيط العامل بالرعاية المستحقة، صحياً واجتماعياً وتنظيمياً. ولعل هذا التطور يجد آلتَهُ الدافعة في حقيقة تعدد مصادر قانون

= يقع باطلاً كل تصالح أو مخالصة تتضمن إنقاصاً أو إبراء من حقوق العامل الناشئة له بموجب عقد العمل خلال فترة سريانه أو ثلاثة أشهر من تاريخ انتهائه متى كانت مخالفة لأحكام هذا القانون". وانظر في ذلك: محمود جمال الدين زكي، قانون العمل الكويتي (الكويت: جامعة الكويت، ١٩٨٣)، ص ٥٠.

(١٧٤) و يجد ذلك تفسيره في كون الشارع لم يسبغ على النصوص المنظمة لعقد العمل الفردي صفة النظام العام إلا باعتبارها حداً أدنى لما يتمتع به العامل من حقوق. ويجوز بالتالي الاتفاق في عقد العمل، الفردي أو الجماعي، على حقوق لهذا الأخير أوسع مما تتضمنه له تلك النصوص، فيكون ملزماً لطرفي العقد، منتجاً، فيما بينهما، لكامل آثاره. وفي عبارة أخرى، يقع البند صحيحاً إذا كان أكثر فائدة للعامل. انظر: محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٥٠.

(١٧٥) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص ٥٢.

العمل، مع ما يعني ذلك من خصوبة وتنوع فكريين في مستوى النماذج التشريعية، ففي حين تقتصر مصادر القوانين عادةً على التشريع وبعض المصادر المحدودة الأخرى<sup>(١٧٦)</sup>، فإن قانون العمل يمتاز بتعدد مصادره وتنوعها، حتى أن هذا القانون - دوناً عن بقية فروع القانون الخاص - يصعب اعتباره قانوناً وطنياً بحتاً، من حيث أن الدولة ليست كاملة الإرادة بشأنه كما هو الحال مع بقية تشريعاتها الداخلية، بل صارت عليها قيودٌ دوليةٌ عديدةٌ في كل ما يتعلق به، وقد نجم عن ذلك أن صارت تشريعات العمل المقارنة تتسم بطبيعةٍ معياريةٍ واضحة، بحيث أصبحت تتقارب وتتماثل بفضل زخم التأثيرات المشتركة، كالاتفاقات الدولية، معايير العمل الموحدة، الدساتير الموجّهة، الاحتياجات التجارية المتقاربة، وعداها.

(١٧٦) فمصادر القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، على سبيل المثال، وكما بينتها المادة الأولى منه، تقتصر على التشريع والفقه الإسلامي والعرف.



## المراجع

### أولاً - المراجع العربية:

- ١ - "التقرير الدوري الثاني لدولة الكويت بشأن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، لجنة حقوق الإنسان، الأمم المتحدة، ١٨ أغسطس ٢٠٠٩.
- ٢ - "الشباب: سبل الوصول إلى العمل اللائق"، مؤتمر العمل الدولي، جنيف، الدورة ٩٣، ٢٠٠٥.
- ٣ - "العمل اللائق من أجل التنمية المستدامة: مقدمة المدير العام إلى مؤتمر العمل الدولي"، الدورة ٩٦-٢٠٠٧، التقرير الأول / ألف (جنيف: مكتب العمل الدولي، ٢٠٠٧).
- ٤ - "قراءة الغرفة المتأنية لقانون العمل - مذكرة بالتعديلات المقترحة من الغرفة إلى وزارة الشؤون ومجلس الأمة: كلفة قانون العمل يدفع ثمنها المستهلك"، جريدة الراي، العدد ١١٠٥٣، الاثنين ٥ أكتوبر ٢٠٠٩، على الإنترنت:  
< <http://www.alraimedia.com/Alrai/Article.aspx?id=159300> >.
- ٥ - "كلمة جمعية المحامين في عيد العمال في أول مايو سنة ١٩٧٩"، المحامي (تصدر عن جمعية المحامين الكويتية)، السنة ٢، الأعداد ١٠ و ١١ و ١٢، مارس/إبريل / مايو، ١٩٧٩.
- ٦ - "ملاحظات غرفة تجارة وصناعة الكويت على تقرير لجنة الشؤون الصحية والاجتماعية والعمل حول مشروع قانون العمل في القطاع الأهلي (القانون الجديد)" (الكويت: غرفة تجارة وصناعة الكويت، تقرير غير منشور، ١٨ يناير ٢٠٠٩).
- ٧ - أبو بكر عابدين بدوي، "لمحة عن منظمة العمل الدولية"، في: نشأة معهد الثقافة العمالية في الكويت والندوات الدولية في مجال الثقافة العمالية (الكويت: معهد الثقافة العمالية، ١٩٩٨).
- ٨ - أديب ميرو، "تطور علاقات التشغيل وتأثير سياسات النيو ليبرالية والعولمة"، على الإنترنت:  
< <http://www.swissinfo.ch/ara/detail/content.html?cid=7444166> >
- ٩ - إريك ر. وولف، أوروبا ومن لا تاريخ لهم، ترجمة فاضل جتكر (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠٤).

- ١٠ - السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل الكويتي (الكويت: كلية الحقوق، ١٩٩٧).
  - ١١ - إلياس توما، التطورات الاقتصادية والسياسية في الوطن العربي منذ سنة ١٩٥٠: دراسة مقارنة (الكويت: مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ١٩٨٧).
  - ١٢ - أمين عز الدين، عمال الكويت: من اللؤلؤ إلى البترول (الكويت: مطبعة حكومة الكويت، ١٩٥٨).
  - ١٣ - أنتوني غدنز، علم الاجتماع، ترجمة فايز الصياغ (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠٥).
  - ١٤ - تقرير دولة الكويت، "تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، التقارير الدورية الثانية المقدمة من الدول الأطراف بموجب المادتين ١٦ و ١٧ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الكويت، ٣١ مارس ٢٠١٠.
  - ١٥ - جمال فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، ط. ٢ (الكويت: مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٥).
  - ١٦ - جون كينيث جالبريث، تاريخ الفكر الاقتصادي، ترجمة أحمد فؤاد بليغ (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ٢٠٠٠).
  - ١٧ - حسن قرنفل، الشغل بين النظرية الاقتصادية والحركة النقابية (الدار البيضاء: دار أفريقيا الشرق للنشر، ٢٠٠٦).
  - ١٨ - خالد جاسم الهندياني وعبد الرسول عبد الرضا، شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد (الكويت: د. ن، ٢٠١٠).
  - ١٩ - خالد عطشان الظفيري، "أهم الأسباب التي تحد من هيكلية القوى العاملة الوطنية في ظل قانون العمل الكويتي الجديد"، مجلة الحقوق (جامعة الكويت)، العدد ١، السنة ٣٧.
  - ٢٠ - دائرة الحقوق: دليل تدريبي لدعاة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (واشنطن: International Human Rights Internship Program، ٢٠٠٠)، على الإنترنت:
- < <http://www1.umn.edu/humanrts/arab/circleofrights.html> >
- ٢١ - سامي بعقلين، "نظرة في قوانين العمل"، الرائد العربي، العدد الأول، نوفمبر ١٩٦٠.

- ٢٢ - صباح الشخيلي، الأصناف والمهن في العصر العباسي: نشأتها وتطورها - بحث في التنظيمات الحرفية في المجتمع العربي الإسلامي (بغداد: بيت الوراق للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠١٠).
- ٢٣ - طارق عبد الرؤوف صالح رزق، شرح قانون العمل الكويتي (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٤).
- ٢٤ - عادل الطببائي، النظام الدستوري في الكويت (الكويت: د.ن، ١٩٨٥).
- ٢٥ - عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام قانون العمل الكويتي: في العلاقة بين العامل ورب العمل (الكويت: د.ن، ١٩٩٣).
- ٢٦ - عبد الفتاح عبد الباقي، قانون العمل الكويتي: دراسة نقدية (الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، د.ت).
- ٢٧ - عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت (الكويت: د.ن، ١٩٨٩).
- ٢٨ - عوض خلف العنزي، "توجهات ومعوقات إحلال الوظائف بالقطاعين العام والخاص في مرحلة ما بعد الغزو العراقي للكويت: دراسة ميدانية"، مجلة العلوم الاجتماعية (تصدر عن جامعة الكويت)، العدد ٤، ٢٠٠٢.
- ٢٩ - عولمة عادلة: دور منظمة العمل الدولية - تقرير المدير العام، مؤتمر العمل الدولي، الدورة ٩٢، ٢٠٠٤ (جنيف: مكتب العمل الدولي، ٢٠٠٤).
- ٣٠ - غُنا سكيربك وِنلز غيلجي، تاريخ الفكر الغربي من اليونان القديمة إلى القرن العشرين، ترجمة حيدر حاج إسماعيل (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠١).
- ٣١ - فريدريك إنجلز، أصل الأسرة والملكية الخاصة والدولة (دمشق: دار التكوين، ٢٠١١).
- ٣٢ - كارل بولاني، التحول الكبير: الأصول السياسية والاقتصادية لزمننا المعاصر، ترجمة محمد فاضل طباح (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠٩).
- ٣٣ - محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الثاني: الوثائق الإقليمية (القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠٤).
- ٣٤ - محمد عبد المحسن المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية (الكويت: كلية الحقوق - جامعة الكويت، ٢٠٠٦).
- ٣٥ - محمد عبد الله البكر، "أثر البطالة في البناء الاجتماعي للمجتمع: دراسة تحليلية

- للبطالة وأثرها في المملكة العربية السعودية"، *مجلة العلوم الاجتماعية* (جامعة الكويت)، العدد ٢، المجلد ٣٢، ٢٠٠٤.
- ٣٦- محمد عرفان الخطيب، "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن"، *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون*، العدد ٢، المجلد 24، ٢٠٠٨.
- ٣٧- محمد لبيب شنب، *دروس في شرح قانون العمل*، مذكرات على الآلة الكاتبة (الكويت: كلية الحقوق - جامعة الكويت، ١٩٨٠).
- ٣٨- محمد محمود غنيمي، *فائض العمالة في الدول النامية: دراسة مقارنة* (القاهرة: عالم الكتب، ١٩٨٣).
- ٣٩- محمود جمال الدين زكي، *قانون العمل الكويتي* (الكويت: جامعة الكويت، ١٩٨٣).
- ٤٠- مشاعل عبد العزيز الهاجري، "جيرمينال: الثورة الصناعية بين قانون العمل والأدب الروائي"، غير منشور.
- ٤١- مشاعل عبد العزيز الهاجري، "تجسير ثقافي: شارل مالك ودوره في صياغة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، *مجلة العربي* (وزارة الإعلام، الكويت)، العدد ٦٣٧، ديسمبر ٢٠١١.
- ٤٢- مشاعل عبد العزيز الهاجري، "قلاع وجسور: الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقوق المعرفية - دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعده من العلوم"، *مجلة الحقوق*، العدد ٣، السنة ٣١، سبتمبر ٢٠٠٧.
- ٤٣- مشاعل عبد العزيز الهاجري، "مجلة الأحكام العدلية العثمانية في الكويت العربية"، ١٥ إبريل ٢٠١٢ (غير منشور).
- ٤٤- مصطفى الفيلاي، *مجتمع العمل* (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ٢٠٠٦).
- ٤٥- مصطفى بوضياف، "تحديات التشغيل في أسواق العمل"، في: *خدمات التشغيل العامة وتعزيز التشغيل على المستوى المحلي* (منظمة العمل الدولية - المركز الدولي للتدريب، ٢٠٠٨).
- ٤٦- "المضبطة: جلسة مجلس الأمة، دور الانعقاد الثاني للفصل التشريعي الثاني عشر"، *ملحق مجلة الدستور* (تصدر عن مجلس الأمة الكويتي)، ٣٠ يناير ٢٠٠٩.
- ٤٧- منظمة العمل الدولية، *معايير العمل الدولية: قواعد اللعبة في ظل الاقتصاد العالمي* (جنيف: منظمة العمل الدولية، ٢٠٠٦).



- ٤٨ - مؤتمر العمل الدولي، "التقرير السادس - المبادئ والحقوق الأساسية في العمل: من الالتزام إلى العمل"، مكتب العمل الدولي جنيف، الدورة، ٢٠١٢.
- ٤٩ - نادر فرجاني، **العمالة الأجنبية في أقطار الخليج العربي: بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد العربي للتخطيط** (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ١٩٨٣)، ص. ١٣٩.
- ٥٠ - ناصر الصانع ومحمد عدنان وديع، **التعليم وسوق العمل في الأقطار العربية** (الكويت: المعهد العربي للتخطيط، ٢٠٠٣).
- ٥١ - هاشم الطويل وعباطة التوايهة، "أثر بعض المتغيرات الديموغرافية في المكانة الاجتماعية للمهن"، **مجلة العلوم الاجتماعية** (جامعة الكويت)، العدد ٣، المجلد ٢٩، خريف ٢٠٠١.
- ٥٢ - هرمان دونكر، **البيان الشيوعي: النص الكامل مع دراسة وتحليل، ترجمة عصام أمين** (بيروت: دار الفارابي، ١٩٨٧).
- ٥٣ - هنري عزام، "المرأة العربية والعمل: مشاركة المرأة العربية في القوى العاملة ودورها في عملية التنمية"، **المستقبل العربي**، العدد ٣٤، ديسمبر ١٩٨١.
- ٥٤ - يوسف الإبراهيم، "اتجاهات سوق العمل في الاقتصاد الكويتي"، **مجلة العلوم الاجتماعية** (تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت)، المجلد ٢٤، العدد ٤، شتاء ١٩٩٦.
- ٥٥ - يوسف الياس، **محاضرات في قوانين العمل العربية** (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٦).

## ثانياً - المراجع الأجنبية:

- 1 - Adam Smith, **The Wealth of Nations** (New York: Bantam Dell, 2003).
- 2 - Campbell R. Mcconnel and Stanley L. Brue, **Economics: Principles, Problems and Policies** (McGrow- Hill: Boston, 2005).
- 3 - Douglas L. Leslie, **Labor Law** (Minnesota: ThomsonWest, 1992).
- 4 - Eric Gravel and Quentin Delepech, 'International Labour Standards: Recent Developments in Complementarity between the International and National Supervisory Systems', **International Labour Review**, Vol. 147 (2008), No. 4.
- 5 - Hugh Collins, K.D. Ewing and A. McColgan, **Labour Law: Text and Materials**, 2nd edn. (Oxford: Hart Publishing, 2005).
- 6 - Jean Dabin, 'Droit de Classe et Droit Commun', in: **Introduction a**

**L'étude du Droit Comparé: Recueil d'Etude en l'honneur d'Edouard Lambert** (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938).

- 7 - Jo. Hunt, 'The Court of Justice as a policy actor in the development of the EC labour law regime: The case of the Acquired Rights Directive', paper presented for the 1997 ECSA Conference, Seattle, WA, May 29 - June 1.
- 8 - Lucy Taksa and Dimitria Groutsis, 'Managing Diverse Commodities? From Factory Fodder to Business Asset', **The Economic and Labour Relations Review**, Vol. 20, No. 2.
- 9 - Mike Cuthbert, **European Union Law** (London: Sweet & Maxwell Ltd, 2001).
- 10 - Nicholas J. Theocarakis, 'Metamorphoses: The Concept of Labour in the History of Political Economy', **The Economic and Labour Relations Review**, Vol. 20, No. 2, p. 25.
- 11 - Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Traditions** (Oxford: Oxford University Press, 1996).
- 12 - Roger Blanpain et al, **The Global Workplace** (New York: Cambridge University Press, 2007).
- 13 - **The Critical Lawyers' Handbook**, ed. by Ian Grigg-Spall and Paddy Ireland (London: Pluto Press, 1992).
- 14 - Various Authors, **The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century** (New Jersey: Rothman Reprints Inc, 1969).
- 15 - Yanis Varoufakis and Dimitria Groutsis, 'The Trouble with Labour', **The Economic and Labour Relations Review**, Vol. 20, No. 2.

## حكم مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية في قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين الكويتيين

الدكتور/ عبد المجيد خلف العنزي  
أستاذ القانون المساعد - أكاديمية سعد  
العبدالله للعلوم الأمنية  
دولة الكويت

### ملخص:

تناولت هذه الدراسة مسألة كانت ولا تزال محل خلاف بين المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، والجهات العسكرية في دولة الكويت، وهي حكم مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني.

إن أورد المشرع هذه المدد ضمن مدد الخدمة الفعلية المبينة في المادة الرابعة من القانون المذكور، إلا أن المؤسسة العامة للتأمينات تعطي لها حكم الضمائم الوارد ذكرها في المادة الخامسة من القانون، وتشترط لحسابها ضمن مدة الخدمة العسكرية بلوغ المستفيد سناً معيناً أو استمراره بالخدمة لعدد محدد من السنوات. وهو أمر لم يقنع الجهات العسكرية التي لا تنفك عن مطالبة المؤسسة العامة للتأمينات بحساب مدد الدراسة العسكرية ضمن مدة الخدمة الفعلية بمجرد تحقق الشرط الوارد في الفقرة ٣ من المادة الرابعة، وهو قضاؤها بنجاح، بحيث تحسب مدة خدمة المستفيد من تاريخ انتسابه للجهاز التعليمي التابع للجهة العسكرية ودون حاجة لتأدية أية اشتراكات عن تلك المدد.

وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة الوقوف على الحكم القانوني الصحيح لمدد الدراسة العسكرية، والتعرف على الكيفية التي يعامل بها منتسبي الأجهزة التعليمية العسكرية أثناء دراستهم، والأحكام الخاصة التي قررها قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين لهم، وتحديد نوع المدة التي تدخل في حسابها مدد الدراسة السابق ذكرها، بعد التعرف على الأسانيد والمبررات التي ساغها طرفا الخلاف، وبيان حكم القانون حول ما يشابه بها من مدد أخرى، وموقف بعض التشريعات العربية من مدد الدراسة العسكرية.

## المقدمة:

صدر قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين بالمرسوم رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ بعد أربع سنوات من العمل بقانون التأمينات الاجتماعية الذي أعطى للمؤمن عليهم من المدنيين حقوقاً أكثر تمييزاً من المقررة للعسكريين بالقانون الملغي رقم ٢٧ لسنة ١٩٦١.

وأراد المشرع من خلاله إنصاف العسكريين وإعطاءهم حقوقاً ومزايا تناسب طبيعة وظرف عملهم وما قد يتعرضون له من أخطار في سبيل تنفيذ واجباتهم الوظيفية، وما يتحملونه أثناء خدمتهم من التزامات، وما يتجنبونه من محظورات.

ولا تعتبر المخاطر التي تحيط بالعسكريين بعيدة عن المنتسبين للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، إذ يخضع المنتسبون للأجهزة التعليمية المذكورة لنظام الدراسة الداخلي، ويتلقون إلى جوار تعليمهم المواد النظرية التخصصية تدريبات تتسم بالشدّة والخطورة، بالإضافة إلى إمكانية تكليفهم بواجبات تدخل في صميم العمل العسكري، مما يتصور معه انتهاء خدمتهم بسبب الوفاة أو الفقد أو التسريح لأسباب صحية.

لذلك نص مرسوم إصدار قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين في مادته الأولى على سريان أحكام المواد (٩ و ١٠ و ١٢ و ١٣) على المنتسبين للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني طوال مدة انتسابهم في حالة انتهاء خدمة أحدهم بسبب الوفاة أو الفقد أو التسريح لأسباب صحية، فكل لهم بذلك رعاية لا تقل عن تلك التي وفرها للعسكريين الملحقين بالسلك العسكري.

كما نص في المادة الرابعة من القانون المشار إليه إلى إدخال مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة المحسوبة في تطبيق أحكام القانون.

بيد أن الجهة المعنية بتطبيق أحكام قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين وهي المؤسسة العامة للتأمينات تعطي لمدد الدراسة المشار إليها حكم الضمان المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون، والتي تضاف إلى الخدمة المحسوبة إذا توافرت المدة اللازمة لاستحقاق المعاش التقاعدي.

ومسلك المؤسسة العامة للتأمينات هذا لم يقنع الجهات العسكرية ولا العسكريين التابعين لها، والذين يستفيدون من إدخال مدد الدراسة في الأجهزة التعليمية العسكرية ضمن مدة الخدمة العسكرية اللازمة لاستحقاق معاش أو مكافأة التقاعد. لذلك لا تنفك



هذه الجهات عن مطالبة المؤسسة العامة للتأمينات بضرورة إعمال نص المادة الرابعة من القانون، وإدخال مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية، ومحاولة إقناعها بمجموعة من المبررات التي تسوغها إلى تغيير مسارها.

وعلى الرغم من قدم هذا الخلاف، إلا أن صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٤٩٥) لسنة ٢٠٠٨ بشأن منح معاشات استثنائية ومكافآت استحقاق للعسكريين، ساهم في إعادة الجدل المستمر حول مدد الدراسة، نظراً لرغبة عدد كبير من العسكريين في الاستفادة من أحكامه والحصول على المنح والمكافآت الواردة فيه.

ونظراً لعدم سبق الفصل من قبل القضاء بطعن يتعلق بمدد الدراسة المذكورة، ولاستمرار التباين في وجهات النظر حول حكم مدد الدراسة التي تقضى بنجاح، جاءت هذه الدراسة للوقوف على نوع الخدمة التي تدخل ضمنها مدد الدراسة العسكرية من خلال موازنة الأسانيد التي تسوغها المؤسسة العامة للتأمينات، والمبررات التي تعلل بها الجهات العسكرية طلباتها.

ولم يكن طرق هذا الموضوع يسيراً كما توقع الباحث، وذلك لقلّة المراجع التي تناولت هذا الموضوع بالشرح والتفصيل سواء العربية منها أو الأجنبية، ولاتسام مراسلات الجهات العسكرية بالسرية التي لا يجوز نشرها أو الإفصاح عن محتواها.

ومع ذلك سنحاول من خلال هذه الدراسة تفسير النصوص المتعلقة بحساب مدة الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية، وتحديد نوع الخدمة التي تنتمي لها، وأسباب حسابها ضمن الخدمة العسكرية، والوقوف على موقف التشريعات العربية منها مع مقارنتها بالأنظمة المشابهة بها، ومناقشة الآراء المتباينة ووزنها.

وقد قسمنا هذه الدراسة على النحو التالي:

## **المبحث الأول: الدراسة في الكليات العسكرية والأنظمة المشابهة لها وموقف التشريع المقارن منها:**

المطلب الأول: طبيعة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ومعاملة منتسبيها.

المطلب الثاني: الأنظمة المشابهة لمدد الدراسة العسكرية وموقف التشريع المقارن منها.

## **المبحث الثاني: مدد الخدمة في قوانين التأمين الاجتماعي:**

المطلب الأول: مدد الخدمة في قانون التأمينات الاجتماعية.

المطلب الثاني: مدد الخدمة في قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين.

**المبحث الثالث: نوع المدة التي تدخل في حسابها مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية:**

**المطلب الأول: موقف المؤسسة العامة للتأمينات والجهات العسكرية من مدد الدراسة العسكرية.**

**المطلب الثاني: تقييم موقف المؤسسة العامة للتأمينات والجهات العسكرية.**

## المبحث الأول الدراسة في الكليات العسكرية والأنظمة المشابهة لها وموقف التشريع المقارن منها

العمل في الجهات العسكرية يتطلب توافر مجموعة من الصفات فيمن يتقدم للالتحاق بالسلك العسكري كالقوة الجسمانية، والقدرة على التحمل، وضبط النفس، وحسن المظهر، والفتنة والذكاء وغيرها من الصفات، لذلك تحرص لجان القبول في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية على اختيار أفضل المرشحين المستوفين للشروط المنصوص عليها في أنظمتها، والمفاضلة بينهم قبل إلحاقهم بالسلك العسكري، والتأكد من قدرتهم على النهوض بواجبات العمل العسكري ومباشرة السلطات الممنوحة لهم وفقاً للقانون.

وبذلك نجد أن الجهات العسكرية تأخذ بأسلوب الاختيار والإعداد لإلحاق الأفراد بالعمل العسكري، والذي يبدأ باختيار عدد من المرشحين المستوفين للشروط، ثم تأهيلهم من خلال برامج دراسية أو تدريبية تعدها الكليات والمعاهد والمدارس التي يلتحق بها المقبولون.

وتختلف الدراسة في الأجهزة التعليمية العسكرية عن الدراسة في المنشآت التعليمية المدنية النظيرة لها، بأن الدراسة فيها تكون بنظام التعليم والتدريب الداخلي، الذي يوجب على الطالب قضاء أيام الدراسة داخل مرافق الكلية أو المعهد الذي ينتسب إليه والمبيت فيها<sup>(١)</sup>.

ويخضع المنتسب للأجهزة التعليمية العسكرية لنظام تعليمي يخلط بين الدراسة النظرية المتخصصة والتدريبات العسكرية العملية، بالإضافة إلى التزامه بتنفيذ ما يصدر إليه من أوامر قد تتضمن القيام بواجبات المنتسبين للسلك العسكري.

وقد راعى المشرع التأميني خصوصية الدراسة في الأجهزة التعليمية العسكرية، وقرر لهم معاملة خاصة تكفل لهم وللمستحقين عنهم الرعاية عند انتهاء خدمتهم

(١) انظر: المادة ٨ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة، على أن تتحمل الجهة العسكرية التي يتبعها الجهاز التعليمي نفقة وإعاشة وكسوة الدارسين وعلاجهم. (المادة ٩ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة والمادة ٧٢ من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية).

بسبب الوفاة أو الفقد أو الإصابة بالعجز، فقرر سريان بعض أحكام قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين عليهم.

وهو حكم يشابه ما أعطاه المشرع التأميني لمن يخضع لعقد تدريب من المدنيين ولمن يقبل تطوعه في السلك العسكري من المجندين، ولما أخذت به بعض التشريعات المقارنة من اعتبار مدد الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية كخدمة عسكرية يخضع خلالها الطالب أو المتدرب لأحكام قانون التقاعد العسكري.

وللتعرف على طبيعة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية وكيفية معاملة منتسبيها، وما يتشابه معها، وموقف التشريع المقارن منها، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: طبيعة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ومعاملة منتسبيها.

الثاني: الأنظمة المشابهة لمدد الدراسة العسكرية وموقف التشريع المقارن منها.

### المطلب الأول

#### طبيعة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ومعاملة منتسبيها

بينا أن الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ذات طابع خاص، يخضع المنتسب خلالها لبرامج تعليمية تخصصية، ولتدريبات تتصف بالقسوة والخطورة في سبيل تأهيل المنتسبين للالتحاق بالسلك العسكري.

وسنتعرف من خلال هذا المطلب على طبيعة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ونوع التدريبات التي يخضعون لها والواجبات التي يلتزمون بتنفيذها (الفرع الأول)، وعلى الكيفية التي يعامل بها منتسبو الأجهزة التعليمية المذكورة إذا ما تعرض أحدهم لحادث كانت نتيجته الوفاة أو الإصابة أو الفقد، وفقا لقانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### طبيعة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية

حددت المادة الرابعة من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين الجهات العسكرية التي تدخل المدة التي تقضى فيها ضمن مدة الخدمة العسكرية بأنها الجيش والشرطة والحرس الوطني، وأضيف إليها الإطفاء بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٢.



وهي جهات يشترط للالتحاق بها الانتساب لأحد الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية التي تنشأ لهذا الغرض، واجتياز مدد الدراسة أو التدريب وما تتضمنه من مقررات بنجاح<sup>(٢)</sup>.

ولأن مخرجات الأجهزة التعليمية العسكرية تعتبر الرافد الرئيسي لتزويد الجهات العسكرية بالأفراد المؤهلين لتحمل مشاق العمل العسكري وواجباته، فإن الانتساب لهذه الأجهزة التعليمية يتطلب توافر شروط معينة في المرشحين ينص عليها في النظام القانوني للمنشأة التعليمية التي تتبع الجهة العسكرية أو في قانون الخدمة الخاص بها.

والدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية تكون في أغلب الأحيان بنظام التعليم الداخلي الذي يلزم المنتسب بعدم مغادرة مرافق الجهاز التعليمي إلا في أيام العطل والإجازات، مع الالتزام بالبرامج اليومية التي تنظم كيفية الإقامة فيها، واحترام النظام الداخلي، وما تصدره إدارة الجهاز التعليمي من تعليمات<sup>(٣)</sup>.

وتشمل مناهج الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس خليطاً بين المقررات النظرية المتخصصة والتدريبات الرياضية والعسكرية العملية التي تتدرج من تدريبات المشاة إلى استخدام الأسلحة والآليات العسكرية والمشاركة في عمليات التدريب بالخبرة الحية<sup>(٤)</sup>.

وتتحمل الجهة العسكرية التي يتبعها الجهاز التعليمي الذي يطبق نظام التعليم الداخلي تكاليف نفقات إعاشة الدارسين وكسوتهم وعلاجهم<sup>(٥)</sup>، ويمنح الدارس طوال مدة دراسته مكافأة مالية شهرية يحددها النظام القانوني الخاص بها<sup>(٦)</sup>.

(٢) المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة، والمادة ٣ من القرار الوزاري رقم ١١٣٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن اللائحة التنفيذية لمرسوم إنشاء أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية. المادتين ٢١ و٢٠ من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية.

(٣) انظر المادة ٨ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة، المادة ٦٥ من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية.

(٤) المادة ١٣ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة، المادة ٤٧ من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية.

(٥) المادة ٩ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة، المادة ٧٢ من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية.

(٦) المادة ٩ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة، المادة ٦٠ من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية.

ويشترط لإلحاق من يتم قبول انتسابه للأجهزة التعليمية في السلك العسكري اجتياز المقررات الدراسية والتدريبية بنجاح، وتجاوز النسبة المحددة لدرجات السلوك والمواظبة<sup>(٧)</sup>. كما يلتزم الطالب طوال مدة دراسته بتنفيذ ما يصدر إليه من أوامر، وإن كانت تتضمن تكليفه بالقيام بأعمال العسكريين من رجال الجيش والقوات المسلحة والشرطة، كتكليفهم بمعاونة رجال الشرطة في تأمين وحماية الصناديق الانتخابية، والمشاركة في أعمال الدوريات ونقاط التفتيش التي تقوم بها أجهزة الشرطة في الظروف الاستثنائية وفترة الإجازة الصيفية، بالإضافة إلى المشاركة في العمليات الحربية التي يكون الغرض منها الدفاع عن البلاد<sup>(٨)</sup>.

ويوقع على الطالب الذي يخالف الأوامر والتعليمات المنظمة للدراسة والإقامة في الأجهزة التعليمية عقوبات تدرج من التوبيخ وصولاً إلى العقوبات المقيدة للحرية وانتهاء بعقوبة الفصل<sup>(٩)</sup>.

ونظراً لهذه الطبيعة الخاصة للدراسة في الأجهزة التعليمية التابعة للجهات العسكرية قرر المشرع التأميني تمييز المنتسبين لها عن طلبة المنشآت التعليمية المدنية، ومعاملتهم بصورة تكفل رعايتهم والمستحقين عنهم عند تعرضهم للإصابة أو الوفاة أثناء مدة الدراسة، وهو ما سنتعرف عليه في الفرع القادم.

## الفرع الثاني

### معاملة منتسبي الأجهزة التعليمية العسكرية وفق قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين

أشارت المادة الأولى من المرسوم رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ والخاصة بإصدار قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين إلى أن سريان القانون المذكور على الفئات

(٧) المادة ٥٣ من لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية، والمادة ٦٥ القرار الوزاري رقم ١١٣٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن اللائحة التنفيذية لمرسوم إنشاء أكاديمية الشرطة.

(٨) تنص المادة ٧٦ من لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية على أنه: "يجوز لرئيس الأركان العامة للجيش بعد أخذ موافقة وزير الدفاع تكليف طلبة الكلية للقيام بأعمال ومهام خاصة ومحددة وبصورة مؤقتة، مع ضرورة مراعاة ألا يترتب على هذا التكليف تعطيل الدراسة أو تأجيل الامتحانات أو الحرمان من فترة الاستعداد لها".

(٩) المادة ٦٥ من لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية، والمادة ١٣٨ القرار الوزاري رقم ١١٣٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن اللائحة التنفيذية لمرسوم إنشاء أكاديمية الشرطة.

الوارد ذكرها في البنود ٤ و ٥ و ٦ (وهم المنتسبون للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، والمجندون والاحتياطيون، والمدنيون العاملون بتكليف من الحكومة في مناطق العمليات الحربية) يكون في حدود الأحكام الخاصة بهم والمنصوص عليها فيه. وقد حددت المادة ١٣ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين المواد التي تسري أحكامها على المنتسبين للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية أثناء مدة دراستهم بأنها (المواد ٩ و ١٠ و ١٢) من القانون المشار إليه. مبينة أن معاملة منتسبي الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية يكون على أساس الرتبة التي يعين عليها الخريج عند انتهاء دراسته.

كما كفل القانون المشار إليه لمنتسبي الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية رعاية لا تقل عن تلك التي وفرها للعسكريين الملتحقين بالسلك العسكري أو بقوة الشرطة أو بالحرس الوطني، فنص على منحهم معاشاً مميزاً، وتعويضهم طبقاً لقواعد الدية، وفقاً للتفصيل التالي:

- ١ - إذا كان انتهاء خدمة المستفيد (طالب الكلية أو المعهد أو المدرسة) بسبب الوفاة أو الحكم بثبوت الغيبة المنقطعة أو التسريح لأسباب صحية، نتيجة إصابة أو فقد المستفيد أثناء تأدية العمل (الدراسة أو التدريب) أو بسببه، يستحق المعاش بواقع ١٠٠٪ من آخر مربوط المرتب المقرر لرتبته (رتبة ملازم في الأحوال العادية)<sup>(١٠)</sup>، ويسري الحكم السابق إذا كانت الإصابة أو الفقد أثناء زهاب المستفيد إلى الجهاز التعليمي الذي ينتسب له أو عودته منه في الطريق الطبيعي (المادة ٩).
- ٢ - إذا كان انتهاء خدمة المستفيد (طالب الكلية أو المعهد أو المدرسة) بسبب الوفاة أو الحكم بثبوت الغيبة المنقطعة أو التسريح لأسباب صحية، نتيجة إصابة أو فقد المستفيد أثناء العمليات الحربية أو في ساحات القتال، يستحق المعاش بواقع ١٠٠٪ من آخر مربوط المرتب المقرر للرتبة الأعلى التي تلي رتبته (رتبة ملازم أول في الأحوال العادية) (المادة ١٠).

(١٠) ما لم يكن المنتسب للكلية أحد الحاصلين على مؤهل جامعي يؤهله للحصول على رتبة ملازم أول، كالطيارين الذين يجوز تعيينهم لأول مرة برتبة ملازم أول (م ٣٣ قانون الجيش)، والضباط الاختصاصيين الذين يجوز تعيينهم لأول مرة برتبة ملازم أول (م ٣٥ قانون الجيش)، والأطباء البشريين الذين يجوز تعيينهم بعد الدراسة في رتبة ملازم أول أو نقيب أو رائد حسب شهادة التخصص التي يحملها (م ٣٦ قانون الجيش، م ٢٤ قانون الشرطة).

٣ - إذا أصيب المستفيد (طالب الكلية أو المعهد أو المدرسة) بعجز جزئي لا يترتب عليه انتهاء خدمته وكان ذلك نتيجة حادث وقع أثناء تأدية العمل (الدراسة أو التدريب) أو بسببه أو أثناء ذهاب المستفيد أو عودته في الطريق الطبيعي من وإلى الكلية أو المعهد الذي ينتسب له، استحق تعويضاً طبقاً لقواعد الدية الشرعية، يقدر بنسبة العجز الجزئي الذي يثبت نهائياً (المادة ١٢).

أما نوع الخدمة التي تدخل في حسابها مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني وشروط إدخالها ضمن مدة الخدمة والخلاف الدائر حولها، فسنرجئ توضيحه إلى المبحث الثالث من الدراسة.

## المطلب الثاني

### الأنظمة المشابهة لمدة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية وموقف التشريع المقارن منها

لا يعتبر إخضاع منتسبي الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني لأحكام قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين خروجاً عن المألوف، فقد نال المجندون الذين يقبل تطوعهم أو التحاقهم بالسلك العسكري ذات الحكم، وسبقهم بذلك من يرتبط بعقد تدريب من المدنيين.

كما ذهب بعض التشريعات العربية في نفس الاتجاه ومدت أحكام قوانين التقاعد العسكري لتشمل طائفة المنتسبين للأجهزة التعليمية العسكرية. وهو ما سنتعرف عليه من خلال الفرعين التاليين.

## الفرع الأول

**مدد الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية والأنظمة المشابهة لها**

تتشابه الأحكام القانونية للمنتسبين للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، مع مجموعة من الأحكام الخاصة ببعض الطوائف من المؤمن عليهم أو المستفيدين التي نصت قوانين التأمين الاجتماعي في دولة الكويت على أفرادها بنصوص خاصة تبين كيفية معاملتها، والنصوص التي تسري أحكامها عليهم، كالمجندين، والاحتياطيين، ومن يرتبط بعقد تدريب يلزم صاحب العمل بإحاقه بالعمل، أو يلزم المتدرب بالعمل لديه في حالة اجتيازه فترة التدريب بنجاح. وهو ما سيتضح لنا من خلال ما يلي:



## أولاً - المجندون والاحتياطيون والمدنيون العاملون بتكليف من الحكومة في مناطق العمليات الحربية:

تتشابه معاملة منتسبي الأجهزة التعليمية العسكرية مع المجندين والاحتياطيين في سريان قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين عليهم في حدود الأحكام الخاصة بهم والمنصوص عليها في المواد (٩ و ١٠ و ١٣) من القانون، وذلك أثناء مدة الدراسة أو فترة الخدمة الإلزامية<sup>(١١)</sup>.

كما يتشابه حكم المدد التي يقضيها المنتسبون للكلية والمعاهد والمدارس العسكرية في الدراسة، بالمدد التي يقضيها المجندون والاحتياطيون بالخدمة العسكرية الفعلية في حال قبول تطوعهم أو التحاقهم<sup>(١٢)</sup>. وفقاً لما جاء في المادة ٤ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين.

فكلا المدتين يدخل في حساب مدة الخدمة في تطبيق أحكام القانون المشار إليه، وكلاهما مرتبط بالخدمة العسكرية اللاحقة على مدة الدراسة أو مدة الخدمة الإلزامية التي يقضيها المجند أو الاحتياط. كما أن كلا المدتين مرتبط بشرط يترتب على تحققه حساب المدة، فحساب مدد الدراسة مشروط بقضائها بنجاح، وحساب مدد التجنيد أو الاحتياط مشروط بقبول تطوع المجند أو التحاقه بالسلك العسكري.

وبذلك نجد أن المدة التي يقضيها المجند أو الاحتياط تدخل ضمن مدة الخدمة العسكرية الفعلية اللازمة لاستحقاق معاش التقاعد متى ما قبل تطوعه أو التحاقه بالسلك العسكري، ما لم يكن مؤمناً عليه وفقاً لقانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦، وهو حكم مشابه لمدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكلية العسكرية.

## ثانياً - من يرتبط بعقد تدريب ملزم ويجتاز فترة التدريب بنجاح:

أعطت المادة الثانية من الأمر الأميري رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية من يرتبط بعقد تدريب يلزم صاحب العمل بإحقاقه بالعمل، أو

(١١) راجع ما سبق ص ١٠ من البحث.

(١٢) يقصد بالمجندين كل من يستدعى من المواطنين المدنيين لأداء الخدمة العسكرية الإلزامية طوال مدة تأديتهم لها، أما الاحتياطيون فهم المجندون الذين قضوا خدمتهم العسكرية ولم يبلغوا سن الخامسة والأربعين، ويعتبر من الاحتياط العسكري الذي تنتهي خدمته بالإحالة إلى التقاعد أو بقبول استقالته أو بعد تجديد تطوعه (انظر: المادة ١٠٨ قانون الشرطة، المادة ١١١ قانون الجيش، والمواد ٢٠١ و ٢٠٢ من المرسوم بقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٠ في شأن الخدمة الإلزامية والاحتياطية، الموقوف بالقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠١).

يلزم المتدرب بالعمل لديه حكم الكويتيين الذين يعملون لدى صاحب عمل، متى ما اجتاز فترة التدريب بنجاح.

وقد عرفت المادة الأولى (فقرة هـ) من قانون التأمينات الاجتماعية المؤمن عليه بأنه كل من يخضع لنص المادة الثانية من قانون الإصدار المشار إليه، وعرفت المرتب بالنسبة للمتدربين بأنه المكافأة الشهرية المقررة لنظام التدريب (فقرة م/ ٤).

واعتبرت المادة ١٢ من القانون المشار إليه مدد التدريب بالنسبة للخاضعين لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية ضمن المدد التي تدخل في حساب مدة الاشتراك المحسوبة وفقا لقانون التأمينات الاجتماعية، في حين جعلت المادة ١٣ من القانون المذكور مدد التدريب التي حرم المتدرب من مكافآته عنها بسبب الرسوب ضمن الحالات التي لا تدخل في حساب مدد الاشتراك<sup>(١٣)</sup>.

وبذلك يتضح أن الحكم الوارد في الفقرة ٣ من المادة الرابعة الخاص بمدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية مماثل من جميع الأوجه لحكم المتدرب الذي يجتاز بنجاح فترة التدريب المنصوص عليها بعقد التدريب الذي يلزم صاحب عمل بإحاقه بالعمل أو يلزم المتدرب بالعمل لديه.

فكلا المدتين (مدة الدراسة ومدة التدريب) تدخل في حساب المدة الفعلية اللازمة لاستحقاق معاش أو مكافأة التقاعد متى ما اجتازها الطالب أو المتدرب بنجاح والتحق بالعمل في الجهة التي ألزمته بالالتحاق بالدراسة أو بالدورة التدريبية. وكلاهما يحسب في مدة الخدمة من بداية انتسابه للمنشأة التعليمية أو التزامه بعقد التدريب.

وعليه نجد أن ما قرره المشرع من إدخال مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس ضمن مدة الخدمة العسكرية الفعلية، ليس بحكم جديد بل هو امتداد لسياسة المشرع التأميني في التيسير على المؤمن عليهم والمستفيدين، بسماحة بإضافة مدد خدمة اعتبارية وسابقة إلى مدة الخدمة الفعلية بهدف توسيع مظلة الخاضعين لأحكام قوانين التأمين الاجتماعي، وتمكين المؤمن عليه أو المستفيد من الحصول على معاش تقاعدي أو زيادة هذا المعاش.

(١٣) للتعرف على الاشتراكات المستحقة وما يستثنى منها: موقع المؤسسة العامة للتأمينات على الشبكة العنكبوتية:

[http://www.pifss.gov.kw/Ar\\_Outstanding\\_Contributions.cms](http://www.pifss.gov.kw/Ar_Outstanding_Contributions.cms) .

## الفرع الثاني

### موقف التشريع المقارن من مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية

لم يكن تضمين نصوص قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين الكويتي أحكاماً خاصة بمنتسبي الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني ضرباً من البدع ولا خروجاً عن المألوف، إذ يعتبر أفراد العسكريين ومن في حكمهم بأحكام خاصة من الأمور المستقر عليها في مجال التأمين الاجتماعي، ويعتبر تضمين نظام التأمين الاجتماعي أحكاماً تخص طلاب الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية من الأمور التي يفرضها نظام الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية، والذي يستلزم إيواء الطلبة في ثكنات عسكرية، وإخضاعهم لتدريبات قاسية يكون من شأنها تأهيلهم للمشاركة في العمليات الحربية، وتحمل ما قد يتعرضون له من تعذيب عند وقوعهم في أسر الأعداء، وهو ما يتصور معه إصابة أحدهم أو وفاته، وبالتالي قيام مسئولية الدولة في تعويضهم أو أفراد أسرهم.

لذلك لا يكاد يخلو نظام للخدمة أو للتأمين الاجتماعي للعسكريين من تنظيم أحوال منتسبي الكليات العسكرية ابتداء بالشروط الخاصة بقبولهم وانتهاء بتعيينهم، مع الإشارة إلى نوع الخدمة التي تدخل مدد الدراسة ضمنها في حساب المعاش التقاعدي، وكيفية معاملة من يصاب من الطلبة بحادثة تؤدي إلى العجز أو الوفاة من حيث التعويض أو معاش التقاعد مع تبيان طريقة دفع العائدات التقاعدية.

ويمكن تقسيم التشريعات المقارنة في موقفها من مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية إلى قسمين:

#### القسم الأول - يدخلها ضمن مدد الخدمة العسكرية الاعتبارية:

تنص أنظمة التأمين الاجتماعي للعسكريين في بعض الدول العربية على اعتبار مدد الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية مدد خدمة عسكرية اعتبارية، ومنها ما يلي:

#### ١ - نظام التقاعد العسكري السعودي:

بعد أن بينت المادة ٢٠ من نظام الكليات العسكري السعودي<sup>(١٤)</sup>، المزايا التي تقدم لطلبة الكليات العسكرية والرواتب التي تمنح لهم، نصت المادة ٢١ على معاملة

(١٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٠ بتاريخ ١٣/٧/١٣٩٧هـ، الموافق ٣٠/٦/١٩٧٧م.

من يصاب من طلبة الكليات العسكرية بحادثة تؤدي إلى العجز أو الوفاة من حيث التعويض أو معاش التقاعد معاملة الضباط طبقاً لنظام التقاعد العسكري السعودي مع إعفائه من دفع عائدات التأمين.

في حين نصت المادة ٥ في الفقرتين (ح، ط) من نظام التقاعد العسكري<sup>(١٥)</sup> على حساب مدة إضافية - بعد إحالة الضباط على التقاعد - قدرها ثلاث سنوات للضباط المتخرجين من الكليات العسكرية الجامعية التي لا تقل مدة الدراسة فيها عن ثلاث سنوات (الفقرة ح)، وثلاث سنوات للضباط من خريجي المدارس العسكرية والكليات الحربية الذين كانوا ضباطاً بتاريخ ٢٩/١٠/١٣٨٠هـ<sup>(١٦)</sup>.

## ٢ - قانون تقاعد العسكريين الليبي:

نصت المادة ٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤م بإصدار قانون تقاعد العسكريين الليبي، على أن أحكامه لا تسري على طلبة الكليات والمعاهد العسكرية إلا في الحدود وبالأوضاع التي ينص فيها صراحة على ذلك.

ونصت المادة ٣٨ من القانون المشار إليه على معاملة من يستشهد أو يفقد أو يصاب في العمليات الحربية أو بسبب الخدمة من طلبة الكليات والمعاهد والمنشآت التعليمية العسكرية معاملة خريج الكلية أو المعهد أو المنشأة التعليمية التي ينتسب إليها وذلك في خصوص مستحقاته التقاعدية. وقد حددت المادة ١٢ من القانون المشار إليه المقصود بمدة الخدمة التقاعدية مقسمة إياه إلى مدد خدمة فعلية واعتبارية ومدد خدمة سابقة ضمت لمدة التقاعد.

(١٥) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢٤ بتاريخ ٥/٤/١٣٩٥هـ، الموافق ١٧/٤/١٩٧٥م.

(١٦) تجدر الإشارة إلى أنه حدث اختلاف في وجهات النظر بين كل من الجهات التي لديها عسكريون ينطبق عليهم نظام التقاعد العسكري من ناحية وبين مصلحة معاشات التقاعد من ناحية أخرى، حول التاريخ الذي تبدأ بعده مصلحة المعاشات بحساب مدة الثلاث سنوات الإضافية، مما تسبب بوقف معاشات بعض الضباط المحالين على التقاعد، الأمر الذي أدى إلى تدخل مجلس الوزراء والذي أصدر قراره رقم ٢٠٠١ بتاريخ ٣/٥/١٣٩٨ المتضمن إلغاء عبارة (ولا يسري القيد الأخير على الضباط المتخرجين قبل تاريخ ٢٩/١٠/١٣٨٠هـ) من الفقرة (ح) للبند (أولاً) من المادة (٥) من نظام التقاعد العسكري المذكور أعلاه. وإضافة فقرة جديدة أخيرة إلى فقرات البند (أولاً) من المادة (٥) من ذلك النظام وتكون بالصيغة الآتية: (ط- ثلاث سنوات للضباط خريجي المدارس العسكرية والكليات الحربية الذين كانوا ضباطاً بتاريخ ٢٩/١٠/١٣٨٠هـ). لمزيد من المعلومات راجع قاعدة معلومات الملك خالد بن عبد العزيز على الشبكة العنكبوتية: <http://www.kingkhalid.org.sa>



وقد نصت المادة ١٣ فقرة (أ) من القانون السابق ذكره على حساب المدة التي يقضيها وهو طالب بالكلية أو المعاهد العسكرية المعترف بها من رئاسة الأركان العامة للقوات المسلحة - عدا سني الدراسة التي يرسب فيها- كخدمة اعتبارية ضمن مدة خدمته التقاعدية، مع إعفاء الطالب من أداء الاقتطاعات عنها.

### ٣ - قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين الإماراتي:

نصت المادة ٦ من اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ في شأن معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين<sup>(١٧)</sup>، على اعتبار مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدد الخدمة الاعتبارية التي يعفى العسكري من أداء الاستقطاع الشهري عنها إذا ما التحق بالخدمة الفعلية في القوات المسلحة أو الشرطة.

أما إذا كان الطالب أو المتدرب موظفاً بالقوات المسلحة أو بالشرطة قبل التحاقه بالكليات والمعاهد العسكرية، اعتبرت مدة الدراسة ضمن الخدمة الفعلية في الرتبة<sup>(١٨)</sup>.

### القسم الثاني - يدخلها ضمن مدة الخدمة العسكرية الفعلية :

يتجه القسم الثاني من أنظمة التأمين الاجتماعي العربية للعسكريين إلى اعتبار مدد الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية مدد خدمة عسكرية فعلية، منها ما يلي:

### ١ - قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة المصري:

تنص المادة ٩٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة المصري على معاملة من يصاب أو يتوفى أو يستشهد أو يفقد أثناء الدراسة أو بسببها من طلبة الكليات أو المعاهد العسكرية المعدة لتخريج الضباط، معاملة خريج كليته من حيث المعاش والتأمين والإضافي وتعويض الإصابة ومكافأة الاستشهاد (الفقرة الأولى)، ويسري ذات الحكم على المنشآت التعليمية العسكرية الأخرى إلا أن معاملته تكون مساوية لمعاملة الجندي المتطوع براتب عال، فإن كان من ذوي المؤهلات العليا أو فوق المتوسطة أو المتوسطة من المجندين ومن في حكمهم فيعامل معاملة الملائم.

(١٧) القرار وزاري رقم ١٣ الصادر بتاريخ ١١/٢/١٩٨٥م باللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٤م، في شأن معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين.

(١٨) راجع المادة ١٩ من القانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٩ بتعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ في شأن قوة الشرطة والأمن.

وفيما يخص المدة التي تدخل مدد الدراسة ضمنها، فقد كان موقف المشرع المصري واضحاً لا يدع مجالاً لسوء الفهم أو التأويل، إذ حدد في المادة الرابعة من القانون المشار إليه مدد الخدمة الفعلية التي تعطي الحق في المعاش التقاعدي أو المكافأة، في حين حدد الضمائم والمدد الإضافية في المادتين ٨ و ٩ بشكل دقيق.

وقد تناولت الفقرة (ي) من المادة الرابعة من القانون المشار إليه حكم مدد الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية، بنصها على أنه: "مدد الخدمة التي تعطي الحق في المعاش أو المكافأة هي:

(ي) المدة التي يقضيها الطالب بنجاح بالكليات والمعاهد العسكرية بالنسبة للضباط والمدارس ومراكز التدريب بالقوات المسلحة للدرجات الأخرى، ومدة التجنيد التي يقضيها المجند في حالة قبول تطوعه أو تجديد خدمته بالراتب العالي، مع إعفائهم من دفع احتياطي المعاش عنها، ولا يحسب عنها ضمائم ولا مدد إضافية..."

ولعل العبارة الأخيرة واضحة بما لا يترك مجالاً للشك في معناها، إذ أن التصريح بعدم حساب مدد إضافية أو ضمائم عن مدد الدراسة، دليل على أنها مدة خدمة عسكرية فعلية تدخل في حساب المعاش أو المكافأة بمجرد تحقق الشرط المطلوب وهو اجتياز الدراسة بنجاح.

وقد أجرى المشرع المصري على البند (ي) من المادة الرابعة تعديلين:

الأول - بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٨: وجاء لتعديل بعض المصطلحات المستخدمة والتي كانت تدفع للظن بأن المقصود هي مدد الدراسة التي يجتازها الضابط أو ضابط الصف بعد تخرجه وتعيينه في الرتبة. وأضاف التعديل مدد البعثات العسكرية التي قضاها المنتفع قبل تعيينه بالقوات المسلحة، وقصر الإعفاء من أداء احتياطي المعاش على من لم يتقاض راتباً فقط.

الثاني - بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٢: وأضاف شرطاً جديداً لحساب مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية وهو أن تكون مدة الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد العسكرية متصلة بمدة الخدمة التي تقضى في القوات المسلحة ويقتطع عنها معاش.

## ٢ - قانون الخدمة والتقاعد العسكري العراقي:

نصت المادة الأولى من قانون الخدمة والتقاعد العسكري العراقي رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ على سريان أحكامه على طلاب الكليات العسكرية والمعاهد والمدارس في الجيش، وحددت المادة الثانية من القانون المشار إليه المقصود بالعسكري بأنه كل من

ينتسب إلى القوات المسلحة العراقية ويتخذ من الخدمة العسكرية مهنة له سواء أكان ضابطاً أم متطوعاً أم طالباً في إحدى الكليات العسكرية أو المدارس العسكرية أو مراكز التدريب المهني في الجيش أو في مؤسسة عسكرية.

وقد اعتبرت الفقرة الرابعة من المادة ٥١ من القانون المشار إليه المدة النظامية للدراسة الجامعية السابقة للخدمة العسكرية، والتي انتهت بالحصول على الشهادة، مدة خدمة تقاعدية بشرط أن لا تزيد على نصف مدة الخدمة العسكرية.

### ٣ - قانون تقاعد ومعاشات العسكريين القطري:

لم يرد في القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ بشأن تقاعد ومعاشات العسكريين القطري ذكر لمدد الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية واقتصرت أحكامه على مدد الإجازات على اختلاف أنواعها، ومدد الإعارة والبعثات الدراسية والمهام الرسمية والدورات التدريبية، معلقاً إدخالها ضمن الخدمة الفعلية على تأدية الاشتراكات المقررة عنها.

بيد أن ذلك لا يعني عدم حساب المدد التي يقضيها طلاب الكليات والمعاهد العسكرية في الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية. فالمادة الأولى (فقرة ٩) من قانون الخدمة العسكرية القطري الصادر بالمرسوم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٦ عرفت مرشح ضابط بأنه كل من تم اختياره لتأهيله كضابط للخدمة العسكرية في الجهات العسكرية، ونصت المادة ٣٢ من قرار مجلس الوزراء رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة العسكرية على أن مدة الترشيح والتدريب تدخل ضمن مدة الخدمة الفعلية لأغراض حساب المعاش ومكافأة نهاية الخدمة متى اجتازها المرشح بنجاح.

وبذلك نجد أن القانون القطري قد نص صراحة على اعتبار مدد الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية مدة خدمة عسكرية فعلية بشرط اجتياز هذه المدد بنجاح، وهو حكم خاص بخريجي الكليات أو المعاهد العسكرية المعترف بها، والتي يشترط للالتحاق بها للحصول على الثانوية العامة أو ما يعادلها.

## المبحث الثاني

### مدد الخدمة في قوانين التأمين الاجتماعي بدولة الكويت

لم يقتصر المشرع الكويتي عند إصداره لقوانين التأمين الاجتماعي على جعل الخدمة الفعلية التي يقضيها المؤمن عليه أو المستفيد في خدمة صاحب العمل، أساساً لحساب معاش ومكافأة التقاعد، بل أضاف إليها مدد أخرى يكون من شأنها تمكين المؤمن عليه أو المستفيد من الحصول على معاش تقاعدي أو زيادة هذا المعاش.

ومن ضمن هذه المدد التي تساهم في حصول المؤمن عليه أو المستفيد على معاش أو مكافأة التقاعد، المدد التي يقضيها المنتسبون للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني.

وسنحاول من خلال هذا المبحث بيان المدد التي تدخل في حساب معاش أو مكافأة التقاعد في قوانين التأمين الاجتماعي الكويتية، وتحديد الفرق بين مدد الخدمة التي تحسب للمدنيين ومدد الخدمة التي يتميز بها العسكريون ومن في حكمهم. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مدد الخدمة في قانون التأمينات الاجتماعية.

المطلب الثاني: مدد الخدمة في قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين.

## المطلب الأول

### مدد الخدمة في قانون التأمينات الاجتماعية

حرص المشرع الكويتي عند إصداره لقانون التأمينات الاجتماعية على أن يوسع على المؤمن عليهم والمستفيدين الخاضعين لأحكامه، بسماعه بإضافة مدد خدمة اعتبارية وسابقة إلى مدة الخدمة الفعلية، بهدف توسيع مظلة المستفيدين من أحكام قوانين التأمين الاجتماعي وتمكين المؤمن عليه من الحصول على معاش أو مكافأة التقاعد أو زيادة المعاش والمكافأة.

وقد حدد الأمر الأميري رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية المدد التي تدخل في حساب الاشتراك في التأمين الخاضع لأحكامه بأنها:



## أولاً - مدة الخدمة الفعلية:

هي المدة التي يقضيها المؤمن عليه في خدمة صاحب العمل بالفعل<sup>(١٩)</sup>. أو بمعنى آخر هي المدة التي تبدأ من تاريخ الانتفاع بأحكام قانون التأمينات الاجتماعية<sup>(٢٠)</sup>.

ويدخل في مدة الخدمة الفعلية، مدة خدمة المؤمن عليه المحسوبة في المعاش التقاعدي وفقاً لأحكام المرسوم رقم ٣ لسنة ١٩٦٠ أو وفقاً لأحكام النظام الخاص الذي كانت تطبقة الجهة الحكومية قبل العمل بقانون التأمينات الاجتماعية.

ويدخل أيضاً ضمن مدة الخدمة الفعلية، مدة خدمة المؤمن عليه في القطاعين الأهلي والنفطي والتي أدت عنها مكافأة نهاية خدمة للمؤسسة، وهي الخدمة التي بدأت في القطاعين المذكورين قبل ١/١٠/١٩٧٧ واستمرت إلى ما بعد هذا التاريخ<sup>(٢١)</sup>.

كما يدخل ضمن مدة الخدمة الفعلية، مدد الإجازات المرضية، ومدد التدريب ما لم يحرم المتدرب من مكافأته عنها بسبب الرسوب (المواد ١٢ و ١٣/٣ تأمينات كويتي).

واعتبر قانون التأمينات الاجتماعية في حكم العامل، من يرتبط مع صاحب العمل بعقد تدريب يلزم صاحب العمل بإلحاقه بالعمل أو يلزم المتدرب بالعمل لديه في حال اجتيازه فترة التدريب بنجاح. وبالتالي تعتبر المدة التي يقضيها المتدرب - تنفيذاً لعقد التدريب - فترة خدمة فعلية إذا ما اجتازها المتدرب بنجاح.

(١٩) سمير أحمد شرف الدين، سعود صالح الضمير، أنظمة التأمين الاجتماعي في الكويت بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، الكويت، ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص ١٠٢.

(٢٠) د. السيد محمد السيد عمران، الموجز في أحكام التأمينات الاجتماعية، جامعة الكويت، ١٩٩٧-١٩٩٨، ص ٦٢. د. أحمد حسن البرعي، المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية وتطبيقاتها في القانون المقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٦٩٣. صبحي محمد المبتولي، شرح قانون التأمينات الاجتماعية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الهنا، طنطا، ١٩٧٠، ص ٤٢. د. محمد حسين منصور، قانون التأمين الاجتماعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٧٧.

(٢١) سمير أحمد شرف الدين، سعود صالح الضمير، أنظمة التأمين الاجتماعي في الكويت بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٠٢.

## ثانياً - مدد الخدمة السابقة:

هي مدة الخدمة السابقة على تاريخ بدء الانتفاع بقانون التأمينات الاجتماعية والتي كان يخضع فيها المؤمن عليه إلى أحد قوانين التأمين الاجتماعي السابقة، سواء حصل على مكافأة عنها أو لم يحصل<sup>(٢٢)</sup>.

وقد حرص المشرع الكويتي عند إصداره لقانون التأمينات الاجتماعية إلى مد أحكامه ليشمل كل فئات المواطنين، قاصداً بذلك توسيع مظلة المستفيدين من أحكامه، بحيث يستحق المعاش التقاعدي لأكبر عدد من المؤمن عليهم وتتوسع قاعدة المستفيدين منه.

وهو ما يظهر من خلال إجازته في المواد ٢٨ - ٣٠ من القانون المشار إليه، للمؤمن عليه أن يطلب ضم مدة خدمته السابقة في القطاع الحكومي أو في الجهات العسكرية أو في القطاعين النفطي والأهلي إلى مدة اشتراكه في التأمين. وإجازته لضم المدد المحسوبة في الباب الخامس إلى مدة الاشتراك في الباب الثالث (القرار الوزاري ٣ لسنة ١٩٩٤).

وزيادة في التيسير على المؤمن عليهم، أجاز القرار الوزاري رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ للمؤمن عليه الخاضع لأحكام الباب الخامس (الكويتيون الذين لا يعملون لدى رب عمل) أن يطلب ضم مدد الخدمة أو النشاط السابق ضمن مدة الاشتراك في الباب المذكور.

## ثالثاً - مدد الخدمة الاعتبارية:

هي مدة خدمة لم يقم المؤمن عليه بأدائها فعلياً، يتم ضمها أو يجوز طلب ضمها لمدة الخدمة الفعلية بهدف استحقاق معاش التقاعد أو زيادته<sup>(٢٣)</sup>.

ويتصف قانون التأمينات الاجتماعية بالسخاء، وذلك بسماحة للمؤمن عليه ولصاحب العمل، أن يطلب أثناء خدمة المؤمن عليه أو بعد انتهائها ضم مدد خدمة

(٢٢) د. أحمد حسن البرعي، المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية وتطبيقاتها في القانون المقارن، مرجع سابق، ص ٦٩٩. سمير أحمد شرف الدين، سعود صالح الضمير، أنظمة التأمين الاجتماعي في الكويت بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٠٤.

(٢٣) د. جمال فاخر النكاس، د. عبد الرحمن الرضوان، شرح أحكام قانون التأمينات الاجتماعية في الكويت، الطبعة الثالثة، دار الكتب، الكويت، ٢٠١١، ص ١٩٩. د. السيد محمد السيد عمران، الموجز في أحكام التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص ٨٨.

اعتبارية يكون من شأنها استحقاق المؤمن عليه معاشاً أو زيادة معاشه المستحق (مادة ٣١ تأمينات كويتي).

كما نص قانون التأمينات الاجتماعية على حساب مدة اعتبارية قدرها خمس عشرة سنة عن السنة الأولى من مدة الخدمة التي يقضيها رئيس مجلس الوزراء والوزراء وأعضاء مجلس الأمة، فإذا كانت المدة أربع سنوات كاملة استحق المعاش بما يعادل ٧٥٪ من المرتب (المواد ٢٢-٢٤ مكرر تأمينات كويتي).

#### رابعاً - مدة خدمة قضيت قبل الحصول على الجنسية الكويتية:

استجاب المشرع الكويتي لمطلب قطاع عريض من المواطنين الذين حصلوا على الجنسية الكويتية بعد إصدار قوانين التأمين الاجتماعي والتي كانت تمنع دخول مدة الخدمة التي قضاها المؤمن عليه أو المستفيد قبل الحصول على الجنسية الكويتية ضمن مدد الخدمة المحسوبة في التأمين<sup>(٢٤)</sup>.

فأجاز في القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٨٢ في شأن تعديل أحكام قانون التأمينات الاجتماعية لمن حصل على الجنسية الكويتية أن يطلب حساب المدة التي قضاها في الخدمة قبل الحصول على الجنسية ضمن مدة خدمته وفقاً للأوضاع والشروط التي يحددها قرار من الوزير، وينطبق ما تضمنه التعديل على العسكريين من رجال الشرطة والجيش والحرس الوطني.

#### خامساً - مدة الخدمة التي لا يتقاضى المؤمن عليه مرتبه عنها:

تشمل هذه الفئة من المدد التي تدخل في حساب الاشتراك في التأمين الخاضع لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية، مدد الإجازات بدون مرتب التي انتهت في ظل العمل بالمرسوم الأميري رقم ٣/١٩٦٠ بقانون معاشات ومكافآت التقاعد للموظفين المدنيين، ومدد الخدمة التي لا يتقاضى المؤمن عليه مرتبه عنها بعد العمل بقانون التأمينات الاجتماعية طبقاً لنص المادة ١٦ منه<sup>(٢٥)</sup>.

(٢٤) سمير أحمد شرف الدين، سعود صالح الضمير، أنظمة التأمين الاجتماعي في الكويت بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢٥) سمير أحمد شرف الدين، سعود صالح الضمير، أنظمة التأمين الاجتماعي في الكويت بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٢٤-١٢٥.

## المطلب الثاني

### مدد الخدمة في قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين

جاء قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠، أكثر وضوحاً في تحديده للفئات الخاضعة لأحكامه وفيما يخص المدد التي تدخل في حساب المعاش والمكافأة للخاضعين لأحكامه، نظراً لطبيعة عملهم المختلفة عن المدنيين والتي توجب تمييزهم بأحكام خاصة تمنح لهم امتيازات تفوق الممنوحة للمدنيين، والتوسع في المدد التي تدخل في حساب مدة الخدمة.

وقد فرق القانون المشار إليه بين ثلاثة أنواع من المدد التي تدخل في حساب معاش ومكافأة التقاعد، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً - مدد الخدمة الفعلية:

وهي مدة الخدمة العسكرية التي يقضيها المستفيد بالسلك العسكري أو بقوة الشرطة أو بالحرس الوطني، أو بمعنى آخر هي المدة التي يقضيها المستفيد ابتداء من تاريخ العمل بقانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين.

ومدة الخدمة الفعلية كما حددتها المادة ٤ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين تشمل مايلي:

- ١ - مدة الخدمة بالسلك العسكري أو بقوة الشرطة أو بالحرس الوطني بما في ذلك مدد البعثات أو الإعارات ولو كانت بغير مرتب أو بمرتب مخفض.
- ٢ - مدة الخدمة المحسوبة طبقاً لأحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦١ بشأن معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين من رجال الجيش والقوات المسلحة (الذي كان معمولاً به من تاريخ ١٩٦١/٩/٩ حتى ١٩٨١/٢/٢٨) وهي مدة الخدمة العسكرية الفعلية التي قضاها المستفيد في ظل العمل بالقانون المشار إليه أو قبل العمل به، والضمائم المستحقة عن تلك المدد، ومدد الإعارات والبعثات الدراسية العسكرية، بالإضافة إلى مدد الخدمة المدنية السابقة التي تم ضمها إلى مدد الخدمة العسكرية<sup>(٢٦)</sup>، مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٦ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠.

(٢٦) سمير أحمد شرف الدين، سعود صالح الضمير، أنظمة التأمين الاجتماعي في الكويت بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢٦١.



٣ - مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني.

٤ - المدد التي يقضيها المجندون إلزامياً أو الاحتياطيون الموجودون بالخدمة العسكرية الفعلية في حال قبول تطوعهم أو التحاقهم بالسلك العسكري، وذلك بالنسبة لغير الخاضعين لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦.

### ثانياً - مدد الخدمة الاعتبارية (الضمائم):

استخدم المشرع اصطلاح الضمائم للدلالة على الخدمة الاعتبارية التي يتم ضمها أو يجوز طلب ضمها لمدة الخدمة الفعلية بهدف استحقاق معاش التقاعد أو زيادته. وذلك في المادة الخامسة من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين.

والضمائم هي المدد الخاصة بالحرب والعمليات الحربية وغيرها من الأعمال الخطرة وذلك على التفصيل التالي:

١ - مدة مساوية لمدة الخدمة الفعلية التي يقضيها المستفيد في مناطق العمليات الحربية أو ساحات القتال أو أثناء التحركات الحربية.

٢ - مدة مساوية لنصف مدة الخدمة الفعلية التي يقضيها المستفيد خارج مناطق العمليات الحربية التي تقع داخل الحدود.

٣ - مدة مساوية للمدة التي يقضيها المستفيد في الأسر بشرط أن تثبت براءته طبقاً لأنظمة الخدمة.

٤ - مدة لا تزيد على ثلاثة أرباع مدة الخدمة التي يقضيها المستفيد في العمل طياراً، وتحسب هذه الضميمة تبعاً لعدد ساعات الطيران بشرط ألا تقل عن الحد المقرر وذلك كله وفقاً لنظام يصدر عن الوزير المختص.

### ثالثاً - مدة الخدمة المدنية السابقة:

استمراراً لسياسة التوسيع على المستفيدين من أحكام قوانين التأمين الاجتماعي، وتمكين أكبر عدد من المستفيدين من استحقاق المعاش التقاعدي أو زيادته، أجازت المادة ٦ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين للمستفيد أن يطلب ضم مدة اشتراكه المحسوبة وفقاً لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ إلى مدة الخدمة العسكرية المحسوبة طبقاً لقانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، وتحويل احتياطي مدة اشتراكه من صندوق تأمين الشيوخوخة والعجز والمرض والوفاة للعاملين في القطاع الحكومي والقطاعين الأهلي والنفطي إلى صندوق تقاعد العسكريين.

#### رابعاً - ما يقرر مجلس الوزراء إضافته من مدد:

أجازت المادة ١٤ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين لمجلس الوزراء إضافة مدد إلى مدد الخدمة المحسوبة طبقاً لأحكام القانون أو منح معاشات استثنائية للمستفيدين أو أصحاب المعاش أو المستحقين عنهم، وإصدار القواعد التي تسري في خصوص المدد والمنح المضافة.

### المبحث الثالث

## المدة التي تدخل في حسابها مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية

تبين لنا من خلال المبحث السابق، مدى سخاء المشرع الكويتي وتيسيره على المؤمن عليهم والمستفيدين، بسماعه بإضافة مدد خدمة اعتبارية وسابقة إلى مدة الخدمة الفعلية بهدف توسيع مظلة الخاضعين لأحكام قوانين التأمين الاجتماعي وتمكين المؤمن عليه أو المستفيد من الحصول على معاش تقاعدي أو زيادة هذا المعاش.

ومن خلال استعراض أنواع المدد التي حددتها نصوص قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، يتضح لنا أن مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية جاءت ضمن المادة ٤ من القانون المشار إليه، والتي تحدد مفهوم الخدمة العسكرية الفعلية وما يدخل في حكمها.

إلا أن المؤسسة العامة للتأمينات تصر على عدم إدخال مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة الفعلية المؤهلة لاستحقاق المعاش التقاعدي، وقصرت دورها على زيادة المعاش التقاعدي - شأنها في ذلك شأن الضمائم - بالمخالفة لظاهر نص المادة ٤ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، مما يتطلب منا التنقيب في الأساس الذي بنت عليه موقفها هذا، والتعرف على المبررات التي تسوغها المؤسسات العسكرية عند مطالبتها بحساب مدد الدراسة ضمن المدة الفعلية.

لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول الأول منهما موقف المؤسسة العامة للتأمينات والجهات العسكرية من مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، في حين خصص الثاني للتعرف على آراء الفقهاء حول حكم مدد الدراسة وتقييم ماعرض من آراء.

### المطلب الأول

## موقف المؤسسة العامة للتأمينات والجهات العسكرية من مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية

قبل صدور قانون التأمينات الاجتماعية وقانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، كانت أنظمة التأمين الاجتماعي المعمول بها في الكويت هي نظام معاشات

ومكافآت التقاعد للموظفين المدنيين المقرر بالمرسوم الأميري رقم ٣ لسنة ١٩٦٠، ونظام معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين من رجال الجيش وقواته المسلحة المقرر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦١.

ولم ينص القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦١ بشأن معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين من رجال الجيش وقواته المسلحة الملغي، على إدخال مدة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة سواء الفعلية منها أو الاعتبارية، والسبب في ذلك يمكن أن نعزوه لأسبقية صدور القانون المشار إليه على القوانين المنظمة للجهات العسكرية، وإنشاء الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية بالشكل الذي يتناسب مع قيام الدولة الحديثة والثورة التشريعية اللاحقة على إصدار دستور دولة الكويت.

بيد أن قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالأمر الأميري بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦، أعطى للعاملين المدنيين في القطاع الحكومي والقطاعين الأهلي والنفطي حقوقاً ومزايا تفوق الممنوحة للعسكريين في قانون تقاعد العسكريين.

الأمر الذي دفع بالمشروع إلى إلغاء القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦١ بشأن معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين من رجال الجيش وقواته المسلحة، وإحلال قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ بدلاً منه.

وقد جاء القانون الأخير أكثر مراعاة لطبيعة العمل وظروف العاملين في الجهات العسكرية، وضرورة تمييزهم بأحكام خاصة في مجال التأمين الاجتماعي أو الرعاية الاجتماعية، فقرر لهم نظام معاشات ومزايا وتعويضات تتناسب مع طبيعة أعمالهم التي تجعلهم عرضة للخطر<sup>(٢٧)</sup>، مع الالتزام بالأحكام والأسس التي قام عليها نظام التأمينات الاجتماعية للمدنيين.

ونص على حساب المعاش بنسبة أكبر من تلك التي يحسب بها المعاش للمدنيين، وأضاف مدد ضرائب إلى مدد الخدمة الفعلية تتناسب مع الظروف الخاصة التي قد يتعرض لها العسكريون، وتوسع في حساب المدد التي تدخل في مدة الخدمة بما يؤدي إلى زيادة المعاشات المستحقة<sup>(٢٨)</sup>.

(٢٧) د. صالح ناصر العتيبي، التعويض عن إصابة العمل في الوظائف العامة، لجنة التأليف والتعريب والنشر بجامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٥، ص ١٧٥.

(٢٨) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠.



واستمراراً لهذا التميز، جاءت المادة الأولى من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ لتضيف فئات جديدة للفئات الخاضعة لأحكام التأمين العسكري، وهم المنتسبون للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، والمجندون، والاحتياطيون، والمدنيون العاملون بتكليف من الحكومة في مناطق العمليات الحربية. وللتعرف على موقف المؤسسة العامة للتأمينات والجهات العسكرية من مدة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، حاولنا في الأول منهما تحديد الأسانيد التي تعتمد المؤسسة العامة للتأمينات لرفض اعتبار المدة المشار إليها مدة خدمة فعلية وإدخالها في حكم الضمائم، في حين نركز في الثاني، على مبررات الجهات العسكرية لإدخال مدة الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية المؤهلة لاستحقاق المعاش التقاعدي.

## الفرع الأول

### موقف المؤسسة العامة للتأمينات من مدة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية

بينما في مقدمة الدراسة أن المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية - وهي التي تتولى تطبيق أحكام قوانين التأمين الاجتماعي في دولة الكويت - تذهب إلى أن مدة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية لا تدخل في حساب المدد المؤهلة لاستحقاق المعاش إلا بعد استيفاء المستفيد القدر المحدد كحد أدنى لإنهاء الخدمة من الخدمة الفعلية، وأن دورها يقتصر على زيادة المعاش التقاعدي شأنها في ذلك شأن الضمائم.

وسنتناول فيما يلي موقف المؤسسة العامة للتأمينات من مدد الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية وما تسوغه من مبررات لتدعيم رأيها:

### أولاً - دخول مدة الدراسة في حساب المعاش التقاعدي إذا توافرت المدة الفعلية اللازمة لاستحقاق المعاش التقاعدي:

تذهب المؤسسة العامة للتأمينات - ويؤيدها في هذا الاتجاه إدارة الفتوى والتشريع<sup>(٢٩)</sup> - إلى أن مدد الدراسة التي تقضي بنجاح في الكليات والمعاهد

(٢٩) إدارة الفتوى والتشريع، فتوى رقم ٢/٧٤/٨٥ - ٤٤٣ في ٣ مارس ١٩٩٠.

والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني لا تدخل ضمن مدة الخدمة الفعلية اللازمة لاستحقاق المعاش في حالة انتهاء خدمة المستفيد قبل بلوغه سن الخمسين على الوجه المنصوص عليه في الشق الأخير من البند الثالث من المادة السابعة من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، وتدخل هذه المدة في حساب المدة المؤهلة لاستحقاق المعاش في جميع الحالات الأخرى طالما توافرت شروط استحقاقها.

وتعلل المؤسسة رأيها بالآتي:

١ - أن القواعد التي تطبق على الخاضعين لأحكام المرسوم بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين هي واحدة بغیر خلاف بين الفئات المختلفة التي يسري عليها القانون المذكور فيما عدا الفئات المشار إليها في البنود ٤ و ٥ و ٦ من المادة الأولى من هذا القانون (المنتسبين للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، المجندين والاحتياطيين الموجودين بالخدمة العسكرية الفعلية، المدنيين العاملين بتكليف من الحكومة في مناطق العمليات الحربية) والتي قرر المشرع سريان القانون عليها في حدود الأحكام الخاصة بهم على نحو ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون.

٢ - أن المذكرة الإيضاحية لقانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، أشارت إلى أن المادة الرابعة حددت ما يدخل في حساب مدة الخدمة في تطبيق أحكام القانون، فشملت مدة الخدمة من بدايتها حتى نهايتها بما في ذلك مدد البعثات أو الإعارات ولو كانت بغير مرتب أو مرتب مخفض، ومدة الخدمة التي حسبت وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦١ دون إدخال بحكم المادة ٢٦ من القانون، كما أضاف القانون ٦٩ لسنة ١٩٨٠ إلى مدد الخدمة الفعلية مدد سابقة عليها تتصل بها وتمهد لها وهي مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ومدد التجنيد الإلزامي. وقد أضافت المادة الخامسة إلى مدد الخدمة المحسوبة مدد ضمايم تدخل في حساب المعاش أو مكافأة التقاعد.

إلا أنه لم يظهر في المذكرة الإيضاحية أن المدد المذكورة في المادة الرابعة تدخل في حساب مدة الخدمة اللازمة لاستحقاق المعاش التقاعدي.

٣ - أن المشرع فرّق بين كيفية حساب مدة الخدمة في تطبيق أحكام القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ وذلك في المادة السابعة من القانون المذكور، وبين حالات استحقاق المعاش التقاعدي وما يترتب على عدم توفرها من استحقاق مكافأة تقاعد وفقاً لحكم المادة ١١ من القانون المذكور.

وقد حددت المادة السابعة حالات استحقاق المعاش التقاعدي، وقد غاير المشرع في شروط استحقاق المعاش في كل حالة بما يتفق مع السبب الذي انتهت من أجله الخدمة وهي على النحو التالي:

أ - حالة انتهاء خدمة المستفيد بسبب الوفاة أو الحكم بثبوت الغيبة المنقطعة أو التسريح لأسباب صحية أو وقوع الوفاة أو العجز الكامل خلال مدة لا تجاوز سنتين من تاريخ انتهاء الخدمة ولم يكن خاضعاً لأحكام القانون رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ المشار إليه.

ويحسب المعاش في هذه الحالات على أساس مدة الخدمة المحسوبة طبقاً لهذا القانون أو خمس عشرة سنة أيهما أكبر. وتضاف إلى مدة الخدمة في حالة انتهاء الخدمة بسبب الوفاة أو الحكم بثبوت الغيبة المنقطعة المدة الباقية حتى بلوغ المستفيد سن الستين فرضاً، كما تضاف هذه المدة في حالة التسريح لأسباب صحية إذا ثبت أن المستفيد قد أصبح عاجزاً عن الكسب في تاريخ انتهاء الخدمة.

ب - حالة انتهاء خدمة المستفيد ببلوغه السن المقررة قانوناً لترك الخدمة، أو بالإحالة إلى التقاعد وذلك متى كانت مدة خدمته المحسوبة طبقاً للقانون خمس عشرة سنة على الأقل.

ج - وهذه الحالة تشمل باقي أسباب انتهاء الخدمة الواردة في قوانين الخدمة والتي لم يرد ذكرها في البندين السابقين، ويستحق فيها المستفيد المعاش التقاعدي متى كانت مدة خدمته المحسوبة طبقاً لهذا القانون خمس عشرة سنة وكان قد بلغ سن الخمسين، فإن لم يكن قد بلغها عند انتهاء الخدمة وجب لاستحقاقه المعاش ألا تقل مدة خدمته الفعلية المحسوبة طبقاً لهذا القانون عن عشرين سنة.

وترى المؤسسة العامة للتأمينات أن المقصود بالمدة الفعلية المحسوبة طبقاً للقانون، هي المدة التي يقضيها المستفيد فعلاً بإحدى الوظائف العسكرية، مما يعني أن المدد التي تضاف إلى مدة الخدمة الفعلية مثل الضمائم أو غيرها لا تدخل ضمن المدة المؤهلة لاستحقاق المعاش في هذه الحالات، وإن كانت تدخل في حساب المعاش إذا توافرت المدة اللازمة لاستحقاقه.

٤ - يعتبر عدم دفع المستفيد أو الجهة العسكرية للاشتراكات الشهرية عن مدد الدراسة، السبب الرئيسي لرفض المؤسسة العامة للتأمينات حساب مدد الدراسة

ضمن المدة الفعلية، باعتبار أن طلاب الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية لا يستحقون رواتب عن المدة التي يقضونها بالكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، ويصرف لهم مكافآت مالية طوال مدة قيدهم<sup>(٣٠)</sup>.  
وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين إلى أن اقتطاع الاشتراكات يرتبط باستحقاق المرتب، وبالتالي لا تقتطع اشتراكات عن المدد التي يتم حسابها طبقاً للبندين (٣، ٤) من المادة الرابعة ما لم يكن المستفيد يتقاضى مرتباً خلالها طبقاً للأنظمة المقررة.

### ثانياً - حالات حساب مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية كمدة فعلية:

تطبيقاً لما ورد في الفقرة السابقة، فإن المؤسسة العامة للتأمينات لا تدخل مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني ضمن مدة الخدمة الفعلية اللازمة لاستحقاق المعاش إلا في الحالات التالية:

- ١ - وفاة الطالب أو المتدرب في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية أثناء مدة الدراسة أو مدة الدورة التدريبية التي التحق بها للانضمام للسلك العسكري أو ثبوت غيبته بحكم قضائي.
- ٢ - حالة إصابة الطالب أو المتدرب في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية أثناء مدة الدراسة أو مدة الدورة التي التحق بها للانضمام للسلك العسكري بحادث تسبب بعجز جسماني ترتب عليه عدم قدرته على مواصلة الاشتراك في التمارين والطوابير الرياضية والعسكرية، وبشرط أن تكون الإصابة نتيجة التزامه بالنظام المقرر للدراسة أو التدريب (الخارجي والداخلي) أو بسببها أو أثناء ذهابه أو عودته بالطريق الطبيعي من وإلى الكلية أو المعهد أو المدرسة التي التحق بها.
- ٣ - حالة انتهاء خدمة المستفيد ببلوغه سن الخمسين أو أكثر، وبشرط أن لا تقل خدمته الفعلية في إحدى الوظائف العسكرية عن خمس عشرة سنة.

(٣٠) المادة ٩ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة، المادتين ٦٠ و ٦١ من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية.



٤ - حالة انتهاء خدمة المستفيد قبل بلوغه سن الخمسين، وبشرط أن لا تقل خدمته الفعلية في إحدى الوظائف العسكرية عن عشرين سنة.

ويعامل الطالب أو المتدرب في الحالات المشار إليها في البندين ١ و ٢ على أساس الرتبة التي يعين عليها الخريج عند انتهاء دراسته<sup>(٣١)</sup>، ويستحق فيها المعاش بواقع ١٠٠٪ من آخر مربوط المقرر للرتبة التي يعين عليها عند انتهاء دراسته، فإذا كان ذلك أثناء العمليات الحربية أو في ساحات القتال استحق المعاش بواقع ١٠٠٪ من آخر مربوط المرتب للرتبة التي تلي الرتبة التي يعين عليها<sup>(٣٢)</sup>. فإن كان أثر الحادث الذي وقع بالطالب هو إصابته بعجز جزئي لا يترتب عليه انتهاء خدمته استحق تعويضاً طبقاً لقواعد الدية الشرعية يقدر بنسبة العجز الجزئي.

أما فيما يخص البندين ٣ و ٤ فإن مدة الدراسة تدخل بعد استيفاء شرطي السن والمدة في حساب مدة الخدمة الفعلية، ويترتب عليها زيادة المعاش التقاعدي<sup>(٣٣)</sup>. فإن لم يستحق المستفيد المعاش التقاعدي لعدم توافر شرطي السن والمدة استحق مكافأة تقاعد يدخل في حسابها مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية.

### ثالثاً - مدد الدراسة السابقة على العمل بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠:

حساب مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة المحسوبة جاء بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ ولم يكن القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ ينص عليها.

لذلك أثير حول مدد الدراسة السابقة على العمل بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ سؤال: هل يقتصر حساب مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية على تلك التي تقضى بعد العمل بالقانون المذكور المعمول به في ١/٣/١٩٨١، أم أن هذا الحكم يسري على مدد الدراسة التي قضيت قبل العمل به؟

أجابت إدارة الفتوى والتشريع عن هذا السؤال بأن نص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة جاء بصيغة مطلقة ودون قيد، وبالتالي يجري حساب مدد الدراسة التي تقضى

(٣١) المادة ١٣ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠.

(٣٢) المادتين ٩ و ١٠ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠. راجع حول ذلك: د. صالح ناصر العتيبي، التعويض عن إصابة العمل في الوظائف العامة، لجنة التأليف والتعريب والنشر بجامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٥، ص ١٨٩-١٩٦.

(٣٣) المادة ٨ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠.

بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية بالنسبة لجميع العسكريين الخاضعين لأحكام القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ الذين يتخرجون في ظلّه سواء كانت هذه المدد قد انتهت قبل صدور القانون أو لا تزال مستمرة في تاريخ العمل به أو أنها سوف تبدأ بعد ذلك<sup>(٣٤)</sup>.

أي أن حكم الفقرة ٣ من المادة الرابعة حكم مطلق يسري على مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية طالما لم تنتهي خدمة المستفيد قبل العمل بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠.

## الفرع الثاني

### موقف الجهات العسكرية من مدة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية

تحاول الجهات العسكرية في دولة الكويت من خلال مطالباتها المستمرة أن تقنع المؤسسة العامة للتأمينات للعدول عن رأيها السابق بيانه، وحثها على حساب مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن المدة الفعلية اللازمة لاستحقاق المعاش التقاعدي.

وترى هذه الجهات أن المؤسسة العامة للتأمينات خالفت ظاهر النصوص وحملتها ما لم تحتمل، وأن رأيها جاء على غير سند صحيح من الواقع والقانون، فالمادة الرابعة من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ حددت صراحة مدد الخدمة الفعلية ومن ضمنها مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني. وفرقت بينها وبين مدد الخدمة الاعتبارية (الضمائم)، والتي تضاف إلى الخدمة المحسوبة إذا توافرت المدة اللازمة لاستحقاق المعاش التقاعدي.

وليس من المقبول أن تأخذ المدد التي حددت في المادة الرابعة حكم الضمائم التي جاءت في المادة الخامسة دون إشارة صريحة لذلك في القانون أو في مذكرته الإيضاحية.

وتسوغ الجهات العسكرية مجموعة من الأسانيد والمبررات تأييداً لرأيها، منها:

(٣٤) إدارة الفتوى والتشريع، فتوى رقم ٢ / ٤١٠٢ / ٤٣٣٤ في ٢٤ / ٦ / ١٩٨١.

## أولاً - خصوصيات قانون تقاعد العسكريين:

عندما استثنى المشرع العسكريين من الخضوع لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ وقصر أحكامه على المدنيين، لم يخرج عما هو مستقر عليه من مبادئ التأمين الاجتماعي والتي تجيز منح بعض الفئات معاشات وحقوق متميزة تبررها طبيعة عملهم<sup>(٣٥)</sup>، وما استقر عليه التشريع المقارن من أفراد قانون خاص لمعاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين<sup>(٣٦)</sup>.

وقد جاء قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ بعد دراسة المزايا والحقوق التي جاء بها قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦، والذي جعل فيه المؤمن عليه المدني يحصل على مزايا وحقوق تفوق تلك الواردة في قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٣ لسنة ١٩٦٠.

فأضاف القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ للعسكريين حقوقاً ومزايا تتناسب مع طبيعة عملهم العسكري، وتكون سبباً لمنع تسرب العسكريين من الجهات التي يعملون بها، فقرر لهم معاشات ومكافآت وتعويضات متميزة عن تلك التي يحصل عليها المدنيون تكون كفيلاً باستقطاب الشباب الوطني للانخراط في السلك العسكري.

وقد تميز قانون تقاعد العسكريين بما يلي:

١ - تحديد الفئات الخاضعة لأحكام قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين وذلك في المادة الأولى من قانون الإصدار، وهي: (فئة العسكريين من رجال الجيش والقوات المسلحة، أعضاء قوة الشرطة، متطوعو الحرس الوطني، المنتسبون للكلية والمعاهد والمدارس العسكرية، المجندون والاحتياطيون الموجودون في

(٣٥) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠. سمير أحمد شرف الدين، سعود صالح الضمير، أنظمة التأمين الاجتماعي في الكويت بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢٤٧. انظر أيضاً: القاعدة ٣/٤٦ من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، والقاعدة ٣/١٥ من قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية وللتين تقرران منح موظفي إنفاذ القانون مزايا احترامهم ونظام خدمة يراعي طبيعة عملهم المرهقة.

(٣٦) انظر على سبيل المثال: قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين الإماراتي، قانون الخدمة والتقاعد العسكري العراقي، قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة المصري، قانون تنظيم معاشات ومكافآت التقاعد لضباط وأفراد قوة دفاع البحرين والأمن العام، قانون تقاعد ومعاشات العسكريين القطري، نظام التقاعد العسكري السعودي، قانون معاشات ومكافآت ما بعد الخدمة لمنتسبي وزارة الدفاع وقوات السلطان المسلحة العماني وغيرها.

الخدمة العسكرية الفعلية، المدنيون العاملون بتكليف من الحكومة في المناطق الحربية، رجال الإطفاء<sup>(٣٧)</sup>.

٢ - فرق المشرع التأميني بين المؤمن عليهم من المدنيين والعسكريين فأطلق مسمى "المؤمن عليه" للمدنيين في حين اختار اصطلاح "المستفيد" للدلالة على المؤمن عليهم من العسكريين، ويعزو البعض سبب هذه التسمية إلى سخاء المشرع التأميني مع العسكريين بمنحهم مزايا ومكافآت وتعويضات أكثر من تلك التي يحصل عليها المدنيون<sup>(٣٨)</sup>.

٣ - تحديد حالات استحقاق المعاش تحديداً واضحاً بحيث لا تترك مجالاً للغموض أو الاجتهاد.

٤ - حساب معاش التقاعد عن الخمس عشرة سنة الأولى من الخدمة بنسبة أكبر من تلك التي يحسب بها المعاش بالنسبة للمدنيين.

٥ - تقرير حد أقصى للمعاش التقاعدي يتجاوز ما هو مقرر بالنسبة للمدنيين، ونسبة هذا الحد إلى المرتب أو مرتب الرتبة التالية في حالات معينة.

٦ - مراعاة للظروف التي يعمل بها العسكريون وما يتعرضون له من أخطار، حدد القانون مدداً اعتبارية (ضماناً) تدخل في حساب معاش ومكافأة التقاعد، وأجاز لمجلس الوزراء إضافة غيرها.

٧ - التوسع في حساب المدد التي تدخل في مدة الخدمة، ومنها مدد سابقة على بدء الخدمة الفعلية، بما يؤدي إلى زيادة المعاشات المستحقة<sup>(٣٩)</sup>.

## ثانياً - اشتراط المشرع قضاء مدة الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية بنجاح:

بعد أن ذهبت المادة الأولى من قانون الإصدار إلى سريان أحكام قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين على المنتسبين للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني (الفقرة ٤)، جاءت المادة الرابعة من القانون المشار

(٣٧) أضيفت هذه الفئة بموجب القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٢ في شأن رجال الإطفاء.

(٣٨) د. جمال فاخر النكاس، د. عبد الرحمن الرضوان، شرح أحكام قانون التأمينات الاجتماعية في الكويت، مرجع سابق، ص ١٦٠، هـ ١.

(٣٩) راجع في بيان خصوصيات قانون تقاعد العسكريين: المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠.



إليه لتدخل المدد الدراسية التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني ضمن مدة الخدمة الفعلية التي يحسب على أساسها معاش ومكافأة التقاعد (الفقرة ٤).

وقد اشترط المشرع - كما هو ظاهر من المادة الرابعة- لحساب مدة الدراسة التي تقضى في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني ضمن مدة الخدمة الفعلية، أن تقضى بنجاح.

فإذا قضيت مدة الدراسة في الكلية أو المعهد أو المدرسة العسكرية بنجاح، حسبت ضمن مدة الخدمة العسكرية الفعلية بمجرد صدور قرار التعيين أو الالتحاق بالخدمة العسكرية دون حاجة لدفع اشتراكات عنها، وإن لم يوفى المنتسب للكلية أو المعهد العسكري ولم يستطع النجاح، اعتبرت المدة التي قضاها في الدراسة كأن لم تكن.

### ثالثاً - رغبة الجهات العسكرية في إحالة منتسبي الجهات العسكرية إلى التقاعد المبكر لاستقطاب الشباب الوطني:

يعتبر بقاء العسكريين من ذوي الرتب العليا وكبار السن - سواء من الضباط أو ضباط الصف - عائقاً أمام رغبة الجهات العسكرية في ضخ دماء شابة يكون لها تولي زمام الأمور فيها وإدارتها بشكل مغاير يتوافق مع التطور التكنولوجي والمعلوماتي الذي يشهده العالم، وسبباً في تسرب العناصر الشابة الطموحة التي تجد أن التدرج والترقي في هذه الجهات صعب إن لم يكن مستحيلاً.

لذلك تنبه مجلس الوزراء إلى ضرورة إيجاد وسائل من شأنها حث كبار الضباط وكبار السن من ضباط الصف على التقاعد، على غرار ما تم بالنسبة للقياديين في الجهات الحكومية والدبلوماسيين<sup>(٤٠)</sup>، فأصدر قراره رقم (٤٩٥) لسنة ٢٠٠٨ بشأن منح معاشات استثنائية ومكافآت استحقاق للعسكريين، والذي وافق فيه على منح معاش استثنائي للعسكريين في القطاعات الأربعة (الجيش، الشرطة، الحرس الوطني، الإطفاء)<sup>(٤١)</sup> مقداره (٧٥٠ ديناراً كويتياً) لرتبة لواء فما فوق، و(٥٠٠ دينار كويتي)

(٤٠) قرار مجلس الوزراء رقم (٦٤٦ / ٦) الصادر في ٢٥ / ٦ / ٢٠٠٦، ورقم (١٠٧٠) الصادر في ٨ / ١٠ / ٢٠٠٦.

(٤١) أضيف رجال الإطفاء بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٨٣) لسنة ٢٠٠٩.

لرتبتي عقيد وعميد، ومنح مكافأة الاستحقاق (وهي راتب سنتين) لمن تنتهي خدمته من العسكريين بعد خدمة ٢٥ سنة<sup>(٤٢)</sup>.

ويعتبر امتناع المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية عن إدخال مدة الدراسة ضمن المدة الفعلية حجرة عثرة في طريق إحلال الطاقات الشابة في الجهات العسكرية، وأحد الأسباب الرئيسية التي دفعت مجلس الوزراء لإصدار هذه القرارات، إذ أن حساب مدة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن المدة الفعلية يفي بالغرض، ويدفع بأغلب الضباط وضباط الصف للتقاعد المبكر الذي يسمح بتوفير الشواغر للترقية ولتولي المناصب الإدارية.

#### **رابعاً - قيام بعض الجهات بإصدار قرار التعيين بتاريخ سابق لضباط الصف والأفراد لحساب مدد الدراسة ضمن الخدمة الفعلية:**

تسبب عدم إدخال المؤسسة العامة للتأمينات لمدة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن المدة الفعلية، بلجوء بعض الجهات العسكرية إلى طرق من شأنها حفظ حقوق العسكريين الواردة في المادة الرابعة من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، من ضمنها إصدار قرار بإلحاق منتسبي الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية في الخدمة العسكرية عند بداية انتسابهم للكليات أو المعاهد والمدارس العسكرية، أو إصدار قرار إلحاقهم في الخدمة العسكرية بعد إنهاء الدراسة بنجاح ولكن بتاريخ سابق وهو تاريخ انتسابهم للكلية أو المعهد أو المدرسة.

وهذا المسلك كان سبباً في استقطاب الشباب الكويتي للانخراط في السلك العسكري، إلا أنه قاصر على مدد الدراسة التي تقل مدتها عن ستة أشهر فقط، دون تلك التي تمتد لسنوات لعدم إمكانية ذلك من الناحيتين القانونية والواقعية، إذ لا تضمن هذه الجهات استمرار المنتسب في دراسته طوال المدة المقدرة بالسنوات، ولا يمكنها أن تصدر قراراً بتاريخ سابق يعود إلى أربع أو ثلاث سنوات مضت.

(٤٢) صدرت القرارات السابق ذكرها بناء على نص المادة ١٤ من معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، والتي تجيز لمجلس منح معاشات أو مكافآت استثنائية للمستفيدين أو أصحاب المعاشات أو المستحقين عنهم.

## خامساً - عدم حساب مدد الدراسة التي تقضى قبل بلوغ المستفيد الحد الأدنى للسنة المؤهلة للالتحاق بالدراسة:

أصدر مدير عام المؤسسة العامة للتأمينات التعميم رقم ٢ لسنة ١٩٩٠ في شأن عدم حساب مدد الدراسة التي تقضى قبل بلوغ المستفيد الحد الأدنى للسنة المؤهلة للالتحاق بالدراسة<sup>(٤٣)</sup>، والذي جاء فيه تحديد مدلول المادتين الأولى والرابعة من المرسوم بقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، وما لاحظته المؤسسة من إلحاق الجهات العسكرية لبعض الأشخاص بالكلية والمعاهد والمدارس العسكرية دون التقيد بالحد الأدنى للسنة التي تحددها القرارات الواجبة التطبيق في هذا الشأن.

مبيناً في هذا التعميم سريان أحكام قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين على المنتسبين للكلية والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني في حدود الأحكام الخاصة بهم، وما تقضي به المادة الرابعة من القانون المذكور من إدخال مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الجهات المذكورة ضمن مدة الخدمة المحسوبة في تطبيق أحكامه.

خاتماً التعميم بالتنبيه إلى أن نتيجة عدم التقيد بالحد الأدنى للسنة المؤهل للالتحاق بالدراسة في الكلية والمعاهد والمدارس العسكرية، حسبما تحددها القرارات الواجبة التطبيق، هي اعتبار المدة السابقة على تلك السنة مدة غير صحيحة قانوناً، وبالتالي لا يتم حسابها ضمن مدة الخدمة العسكرية طبقاً للقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠.

ونجد أن ما جاء في الفقرة الأخيرة من التعميم بالتنبيه على عدم حساب مدة الدراسة التي تقضى قبل بلوغ المستفيد الحد الأدنى للسنة المؤهلة للالتحاق بالدراسة ضمن مدة الخدمة العسكرية، يدل دلالة واضحة لا لبس فيها على اعتراف المؤسسة العامة للتأمينات بحق المستفيد في إدخال مدد الدراسة في الكلية والمعاهد العسكرية ضمن مدة الخدمة العسكرية الفعلية التي يترتب عليها استحقاق المعاش التقاعدي.

## سادساً - قيمة الاشتراك الذي تلتزم الجهات العسكرية والمستفيدين بدفعه:

تعتبر قيمة الاشتراكات التي تدفعها الجهات العسكرية والمستفيدين أحد أهم الأسباب التي تركز إليها الجهات العسكرية عند مطالباتها للمؤسسة العامة للتأمينات

(٤٣) صدر بتاريخ ٢٩ / ٧ / ١٩٩٠.

بإدخال مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة العسكرية الفعلية.

فالمؤسسة العامة للتأمينات تحسب الاشتراكات التي تلتزم الجهات العسكرية والعسكريون المستفيدون من أحكام قانون تقاعد العسكريين بسدادها على أساس إجمالي الراتب الذي يتقاضاه العسكري، أي مجموع الراتب الأساسي والعلاوة الاجتماعية (بما فيها علاوة الأولاد) بالإضافة إلى البدلات والعلاوات والمكافآت الأخرى التي يتقاضاها العسكري والتي تعتبر ضمن عناصر المرتب التكميلي، في حين يحسب المعاش التقاعدي على أساس الراتب الأساسي والعلاوات الاجتماعية فقط، الأمر الذي تسبب في امتعاض المستفيدين وعدم شعورهم بالرضا لخصم هذه المبالغ من رواتبهم.

## المطلب الثاني

### موقف الفقه من مدد الدراسة وتقييم رأي المؤسسة العامة للتأمينات ورأي الجهات العسكرية

بعد أن بينا موقف كل من المؤسسة العامة للتأمينات والجهات العسكرية من مدد الدراسة في الكليات والمعاهد العسكرية، وجب علينا أن نتعرف على رأي الفقه في هذه المسألة، وتقييم هذه المواقف للتعرف على أقربها للصواب، وعلى الحكم الصحيح الواجب التطبيق فيما يخص نوع المدة التي تدخل ضمنها مدد الدراسة المشار إليه. وهو ما سنتعرف عليه من خلال فرعين؛ الأول: رأي الفقه في حساب مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية. والثاني: تقييم رأي المؤسسة العامة للتأمينات والجهات العسكرية.

## الفرع الأول

### رأي الفقه في حساب مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية

لم يول الفقه مسألة حساب مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة العناية الكاملة، فالآراء الواردة فيها موجزة ونادرة، ومع ذلك نجد أن الفقه انقسم حولها إلى قسمين.

**القسم الأول:** تناول أسس حساب معاش التقاعد للمؤمن عليهم من العسكريين الكويتيين، وبين أن المدة الخاصة بالعسكريين غير مقتصرة فقط على المدة الفعلية بل يضاف إليها مدة الدراسة والضمائم، مفصلاً المقصود بالمدة الفعلية وجعل من



ضمنها مدة الدراسة، ومبيناً لمعنى الضمائم التي تزيد من مقدار المعاش التقاعدي<sup>(٤٤)</sup>. إلا أنه ذهب - في غير مكان - إلى أن العبرة في حساب المعاش في حالات التقاعد تكون بالخدمة الفعلية والتي لا يحسب ضمنها مدد الدراسة والضمائم<sup>(٤٥)</sup>.

**القسم الثاني:** يذهب إلى أن المدد التي تقضى بالكليات والمعاهد العسكرية هي مدة خدمة عسكرية يشترط لدخولها ضمن المدد المحسوبة في المعاش أن تقضى بنجاح، ويستحق عن هذه المدة الاشتراكات الشهرية إذا كان الطالب خلالها يحصل على مرتب، فإذا لم يكن يحصل على مرتب فلا يستحق عنها اشتراكات<sup>(٤٦)</sup>.

وقد كانت إدارة الفتوى والتشريع تتبنى الرأي الأخير، وترى أن صياغة الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ جاءت مطلقة ودون قيد، فمن ثم يجري حساب مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة العسكرية بالنسبة لجميع العسكريين الخاضعين لأحكام هذا القانون<sup>(٤٧)</sup>. بيد أنها عدلت عن هذا الرأي في فتوى لاحقة، وانتهى رأيها إلى أن مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني لا تدخل ضمن مدة الخدمة الفعلية اللازمة لاستحقاق المعاش في حالة انتهاء خدمة المستفيد قبل بلوغه سن الخمسين على الوجه المنصوص عليه في الشق الأخير من البند الثالث من المادة السابعة من القانون رقم ٦٨٩ لسنة ١٩٨٠ المشار إليه، وتدخل في حساب المدة المؤهلة لاستحقاق المعاش في جميع الحالات الأخرى طالما توافرت شروط استحقاقه<sup>(٤٨)</sup>.

(٤٤) جمال فاخر النكاس، د. عبد الرحمن الرضوان، شرح أحكام قانون التأمينات الاجتماعية في الكويت، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٤٥) جمال فاخر النكاس، د. عبد الرحمن الرضوان، شرح أحكام قانون التأمينات الاجتماعية في الكويت، مرجع سابق، ص ١٦٦-١٦٧.

(٤٦) سمير أحمد شرف الدين، سعود صالح الضمير، أنظمة التأمين الاجتماعي في الكويت بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

(٤٧) إدارة الفتوى والتشريع، فتوى رقم ٢ / ٤١٠٢ / ٤٣٣٤ في ٢٤ / ٦ / ١٩٨١.

(٤٨) إدارة الفتوى والتشريع، فتوى رقم ٢ / ٧٤ / ٨٥ - ٤٤٣ في ٣ مارس ١٩٩٠.

## الفرع الثاني

### تقييم رأي المؤسسة العامة للتأمينات والجهات العسكرية

سنحاول من خلال مايلي تقييم أبرز الأسانيد والحجج التي تستند إليها المؤسسة العامة للتأمينات لعدم حساب مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية، وما تقدمه الجهات العسكرية من مبررات لحث المؤسسة على إدخال مدد الدراسة ضمن المدة الفعلية اللازمة لاستحقاق المعاش التقاعدي.

### أولاً - سريان القانون على المنتسبين للكليات والمعاهد العسكرية في حدود الأحكام الخاصة بهم:

تتمسك المؤسسة العامة للتأمينات في رفضها لطلبات الجهات العسكرية بإدخال مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة الفعلية، بما جاء في المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين من أن القواعد التي تطبق على الخاضعين لأحكامه هي واحدة بغير خلاف بين الفئات المختلفة التي يسري عليها القانون المذكور، فيما عدا الفئات المشار إليها في البنود ٤ و ٥ و ٦ من المادة الأولى من هذا القانون (المنتسبين للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، المجندين والاحتياطيين الموجودين بالخدمة العسكرية الفعلية، المدنيين العاملين بتكليف من الحكومة في مناطق العمليات الحربية) والتي قرر المشرع سريان القانون عليها في حدود الأحكام الخاصة بهم على نحو ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون.

ولا خلاف على سلامة هذا الرأي من ناحية سريان قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين على الفئات الواردة في البنود ٤ و ٥ و ٦ من المادة الأولى في حدود الأحكام الخاصة بهم، غير أن التمسك به عند المطالبة بإدخال مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية يكون في غير محله.

إذ أن المقصود بحكم المادة الأولى المشار إليها هو تحديد المواد التي تسري أحكامها على المنتسبين للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية أثناء مدد الدراسة والتي يتصور خلالها انتهاء خدمتهم بسبب الوفاة أو الفقد أو الإصابة أو التسريح لأسباب صحية، وهو ما يفهم من نصوص المواد ٩ و ١٠ و ١٢ التي أشارت المادة ١٣ من القانون المذكور إلى سريان أحكامها عليهم.

أما حساب مدد الدراسة التي تقضى في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية فهو لاحق على التخرج من هذه المنشآت التعليمية، ولا يسري حكم المادة الرابعة من القانون في خصوصها إلا بعد استيفاء الشرط الوارد في الفقرة ٣ منها، وهو اجتيازها بنجاح.

وتضعنا المادة الرابعة في فقرتها الثالثة أمام فرضيتين:

**الفرضية الأولى:** أن ينتسب الطالب لإحدى الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني ويقضي مدة الدراسة فيها (سواء كانت مدة الدراسة أربع سنوات، أو سنتين، أو ستة أشهر، أو أقل من ذلك بحسب نوع الشهادة التي سيحصل عليها فيما إذا كانت إجازة جامعية، أو دبلوم، أو مجرد شهادة اجتياز دورة تدريبية) دون أن يستطيع اجتياز الاختبارات المقررة للتخرج منها، وفي هذه الحالة تعتبر مدة الدراسة - طالبت أم قصرت - كأن لم تكن ولا تدخل في حساب مدة الخدمة.

**الفرضية الثانية:** أن يستطيع المنتسب للكلية أو المعهد أو المدرسة العسكرية اجتياز الاختبارات المقررة للتخرج منها بنجاح ويلحق بالسلك العسكري، وفي هذه الحالة يتحقق الشرط الذي جاءت به الفقرة ٣ من المادة الرابعة من القانون المشار إليه، وتحسب مدة الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية بما يؤدي إلى استحقاق المعاش التقاعدي وزيادته.

ويكون نتيجة ذلك أن مدة خدمة العسكري تبدأ من تاريخ انتسابه للكلية أو المعهد أو المدرسة العسكرية لا من تاريخ تطوعه أو تعيينه.

## ثانياً - عدم إشارة المذكرة الإيضاحية إلى أن مدد الدراسة تدخل ضمن مدة الخدمة الفعلية:

ضمن ما تعلل به المؤسسة العامة للتأمينات رفضها حساب مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية بمجرد تحقق الشرط الوارد في المادة الرابعة من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين وهو شرط اجتياز مدة الدراسة بنجاح، أن المذكرة الإيضاحية لم تشر في أي موضع إلى أن المدد المذكورة في المادة الرابعة تدخل في حساب مدة الخدمة اللازمة لاستحقاق المعاش التقاعدي.

بيد أنه قد فاتها أن المذكرة الإيضاحية لأي قانون لا تتناول بالشرح والإيضاح إلا ما قد يلبس على المخاطبين بأحكامه، أما ما يرى معدو المشروع وضوحه من النصوص وعدم حاجته لإظهار رغبة المشرع من خلالها والحكمة التي كان يتوخاها عند النص عليها، فلا يتم ذكرها لعدم حاجتها للتفسير أو الإيضاح.

ولعل وضوح مفردات نصوص قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين لم يترك مجالاً للغموض أو الاجتهاد على حد تعبير المذكرة الإيضاحية، ويؤكد ما ذكر

فيها من رغبة المشرع في التوسع في حساب مدد سابقة على بدء الخدمة الفعلية ضمن مدة الخدمة الفعلية، بما يؤدي إلى زيادة المعاشات المستحقة.

ويتمشى أيضاً مع ما هو مستقر عليه في قضاء محكمة التمييز الكويتية في شأن تفسير قانون التأمينات الاجتماعية والذي عبرت عنه بقولها: "من المقرر أنه متى كان النص واضحاً جلياً قاطعاً في الدلالة على المراد منه فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملت؛ لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه، مما يكون معه القاضي مضطراً في سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصي الغرض الذي رعى إليه والقصد الذي أملاه، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها، ومن ثم لا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص صريح واضح، فإنه يجب قصر مجال تطبيق النص المشار إليه على الحالات التي أوردها على نحو واضح لا لبس فيه ولا غموض" (٤٩).

### **ثالثاً - تحقق شرطَي السن ومدة الخدمة لحساب مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية:**

أضافت المؤسسة العامة للتأمينات شرطين لم يرد لهما ذكر في قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين لحساب مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد العسكرية، وهما شرطي السن ومدة الخدمة.

إذ ترى أن مدة الدراسة تدخل في حساب مدة الخدمة العسكرية في حالتين تتضمن كل حالة منهما شرطين يجب توافرها:

أ - بلوغ المستفيد سن الخمسين، وبشرط ألا تقل مدة الخدمة المحسوبة عن خمس عشرة سنة.

ب - عدم بلوغ المستفيد سن الخمسين، وبشرط ألا تقل مدة الخدمة المحسوبة عن عشرين سنة.

مستندة في ذلك لعبارة (أو غيرها) التي نقتب عنها في المذكرة الإيضاحية للقانون عند بيانها لأحكام المادة السابعة بقولها: "ويلاحظ أن المشروع قد تطلب في مدة الخدمة المؤهلة لاستحقاق المعاش قبل الخمسين في الحالات المشار إليها في البند الثالث من المادة (٧) أن تكون مدة (فعلية)، ويعني ذلك أن المدد التي تضاف إلى مدة الخدمة الفعلية مثل الضمائم أو غيرها لا تدخل ضمن المدة المؤهلة لاستحقاق

(٤٩) طعن رقم ٣٣، السنة القضائية رقم ١٩٨٥، بتاريخ جلسة ١٧/٢/١٩٨٦.



المعاش في هذه الحالات، وإن كانت تدخل في حساب المعاش إذا توافرت المدة الفعلية اللازمة لاستحقاقه".

متناسية بذلك أن كلمة غيرها تنطبق على مدد أخرى خلاف مدد الدراسة الواردة ضمن مدة الخدمة الفعلية، وهي مدد الخدمة السابقة (م٦) وما يجوز لمجلس الوزراء إضافته إلى مدد الخدمة المحسوبة طبقاً للقانون من مدد أخرى (م١٤).

وهي بذلك قد أعطت لمدد الدراسة حكم الضمائم الواردة في المادة الخامسة من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين دون سند صحيح من القانون، وبالمخالفة لإرادة المشرع الذي كان يسعه إدراج مدد الدراسة ضمن بنود المادة الخامسة لو أراد ذلك.

#### رابعاً - عدم دفع المستفيد أو الجهة العسكرية للاشتراكات الشهرية عن مدد الدراسة:

تعلل المؤسسة العامة للتأمينات رفضها طلب الجهات العسكرية بإدخال مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية، بما ستتكبده من خسائر نتيجة عدم دفع الجهات العسكرية أو المستفيدين للاشتراكات عنها. وهو ما سنرد عليه من ثلاثة أوجه:

١ - أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين إلى أن اقتطاع الاشتراكات يرتبط باستحقاق المرتب، ولا تقتطع اشتراكات عن المدد التي يتم حسابها طبقاً للبندين (٣، ٤) من المادة الرابعة ما لم يكن المستفيد يتقاضى مرتباً خلالها طبقاً للأنظمة المقررة.

ومنتسبو الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية لا يستحقون رواتب عن مدة الدراسة التي يقضونها بالكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، ويصرف لهم مكافآت مالية طوال مدة قيدهم وفقاً لنص المادة ٩ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة، والمادتين ٦٠ و٦١ من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية.

وبالتالي لا يلتزم المستفيد ولا الجهة العسكرية التي يتبع لها بسداد الاشتراكات عن مدة الدراسة التي يقضيها بنجاح سواء عند بداية تعيينه أو عند انتهاء خدمته.

٢ - تحسب المؤسسة العامة للتأمينات الاشتراكات التي تلتزم الجهات العسكرية والعسكريون المستفيدون من أحكام قانون تقاعد العسكريين بسدادها على أساس إجمالي الراتب الذي يتقاضاه العسكري، أي مجموع الراتب الأساسي والعلاوة الاجتماعية (بما فيها علاوة الأولاد) بالإضافة إلى البدلات والعلاوات الأخرى التي

يتقاضاها العسكري والتي تعتبر ضمن عناصر المرتب التكميلي، في حين يحسب المعاش التقاعدي على أساس الراتب الأساسي والعلاوات الاجتماعية فقط.

وبذلك يكون مجموع ما تحصل عليه المؤسسة العامة للتأمينات من اشتراكات أكبر بكثير مما تستحقه وما تلتزم بدفعه للمستفيدين عند تقاعدهم، إذ أن الراتب الأساسي والعلاوة الاجتماعية للعسكري لا يصلان إلى نصف الراتب الإجمالي الذي يحصل عليه العسكري شهرياً والذي يتكون جزؤه الأكبر من البدلات.

فلو أخذنا ضابط برتبة رائد يعمل في وزارة الداخلية، كمثال، لوجدنا أن إجمالي الراتب الذي يتقاضاه شهرياً هو (٢٦٩١ دينار كويتي)، الراتب الأساسي منه هو (٧٨٥.د.ك.)، والعلاوة الاجتماعية (٥٠٣.د.ك.)، ومجموعهما هو (١٢٨٨.د.ك.)، في حين أن مبلغ البدلات التي يتقاضاها شهرياً هو (١٤٠٣.د.ك.)، أي أن نسبة البدلات التي يتقاضاها هي (١٠٨,٩٪) من إجمالي الراتب.

علماً بأن الراتب الأساسي للعسكريين قد زيد بتاريخ ٢٧/٢/٢٠١١، بما يقارب الضعف بموجب المرسومين رقم ١١٨ و ١١٩ لسنة ٢٠١١<sup>(٥٠)</sup>، وهذا يعني أن البدلات التي يتقاضاه العسكري كانت تشكل فيما سبق ما نسبة (١٤٩,٥٪) من إجمالي الراتب للرتبة المحددة في المثال السابق.

وبذلك تكون المؤسسة العامة قد ألزمت المستفيد والجهة العسكرية التي يتبعها بدفع اشتراكات تفوق بكثير ما هو مستحق عليهم وفقاً لتعريف المرتب الذي أشارت إليه (الفقرة م/١) من المادة الأولى من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦، والتي حددت مفهوم المرتب بأنه: "المرتب الأساسي مضافاً إليه العلاوة الاجتماعية بما في ذلك العلاوة المقررة عن الأولاد"<sup>(٥١)</sup>. وكذلك تعريف

(٥٠) راجع: المرسوم رقم ١١٨ لسنة ٢٠١١ في شأن جداول الرتب والمرتبات لرجال الجيش، والمرسوم رقم ١١٩ لسنة ٢٠١١ في شأن جداول الرتب والمرتبات لأعضاء قوة الشرطة.

(٥١) تنص المادة ١٨ من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ إلى سريان أحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون تقاعد العسكريين وبما لا يتعارض مع أحكامه. وتجدر الإشارة إلى أن المرتب بالنسبة للمؤمن عليهم العاملين في القطاع الحكومي كان يتكون من الراتب الأساسي مضافاً إليه علاوة الانتقال وعلاوة الأولاد بالإضافة إلى علاوة غلاء المعيشة، وذلك قبل تعديله بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٢ والذي عمل به اعتباراً من ١/١/١٩٩٥. لمزيد من الإيضاح راجع: القرار رقم ١٠ لسنة ١٩٧٧ بشأن قواعد حساب وأداء الاشتراكات والمبالغ الأخرى المستحقة وفقاً لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية.

قوانين الجهات العسكرية للراتب والتي قصرته على الراتب الأساسي مضافاً إليه العلاوات الدورية المستحقة<sup>(٥٢)</sup>.

٣ - وصف بعض الفقهاء الوضع المالي للمؤسسة العامة للتأمينات والدعم الذي تحظى به من الدولة بأنه مريح ومطمئن، على الرغم من السخاء الذي يتسم به نظام التأمين الاجتماعي لدولة الكويت فيما يتعلق بمبدأ التعويض والمكافآت والمعاشات العالية<sup>(٥٣)</sup>.

مؤكد أن الوضع المالي الجيد لمؤسسة التأمينات يعزى للمساهمات الكبيرة التي تؤديها الخزنة العامة وحسن إدارة الصناديق من جهة، وضم المقابل المادي لمدد الخدمة للعسكريين من جهة أخرى.

إذ يرون - ونؤيدهم في ذلك - أن لتوسيع نطاق المساهمات والاشتراكات لتشمل الجهات العسكرية والمستفيدين من العسكريين من خلال الصندوق المنصوص عليه في المادة الثالثة من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، أثراً بالغاً في تدعيم الوضع المالي للمؤسسة.

#### خامساً - خصوصيات الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية:

منتسبو الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني ليسوا كغيرهم من طلبة المنشآت التعليمية ذات الطابع المدني التي لا يكلف فيها الطالب بالقيام بأي تدريبات جسدية أو مهام ميدانية تعرضه لخطر الإصابة أو الفقد أو الوفاة.

فالدراسة في الأجهزة التعليمية العسكرية تكون بنظام التعليم الداخلي، الذي يوجب على الطالب قضاء أيام الدراسة داخل مرافق الكلية أو المعهد الذي ينتسب إليه والمبيت فيها<sup>(٥٤)</sup>، والالتزام بمقررات الدراسة التي هي عبارة عن خليط بين الدراسة

(٥٢) راجع المادة ٤٣ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن قوة الشرطة، والمادة ٤٦ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٧ في شأن الجيش.

(٥٣) جمال فاخر النكاس، التأمينات الاجتماعية في الكويت، ط١، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٦، ص٤١. د. جمال فاخر النكاس، د. عبد الرحمن الرضوان، مرجع سابق، ص٩٧.

(٥٤) انظر: المادة ٨ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة على أن تتحمل الجهة العسكرية التي يتبعها الجهاز التعليمي نفقة وإعاشة وكسوة الدارسين وعلاجهم. (المادة ٩ من المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة والمادة ٧٢ من القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية).

النظرية المتخصصة والتدريبات العسكرية العملية التي تتدرج من تدريبات المشاة إلى استخدام الأسلحة والآليات العسكرية والمشاركة في عمليات التدريب بالذخيرة الحية.

كما يلتزم الطالب طوال مدة دراسته بتنفيذ ما يصدر إليه من أوامر، وإن كانت تتضمن تكليفه بالقيام بأعمال العسكريين من رجال الجيش والقوات المسلحة والشرطة، كتكليفهم بمعاونة رجال الشرطة في تأمين وحماية الصناديق الانتخابية، والمشاركة في أعمال الدوريات ونقاط التفتيش التي تقوم بها أجهزة الشرطة في الظروف الاستثنائية وفترة الإجازة الصيفية، بالإضافة إلى المشاركة في العمليات الحربية التي يكون الغرض منها الدفاع عن البلاد<sup>(٥٥)</sup>.

وبالتالي فإن طبيعة الدراسة في هذه الأجهزة التعليمية التابعة للجهات العسكرية هي من طبيعة خاصة تستوجب معاملة المنتسبين لها معاملة خاصة تختلف عن معاملة طلبة المنشآت التعليمية المدنية، نظرا لما يحيط بمنتسبي الكليات والمعاهد العسكرية من أخطار يتصور معها فقدهم أو إصابتهم أو وفاتهم، مما حدا بالمشرع التأميني إلى مراعاة الظروف التي يدرسون بها وما يتعرضون له من أخطار، فقرر سريان أحكام بعض أحكام قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين عليهم، والتوسع في حساب المدد التي تدخل في مدة الخدمة، بإدخال مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمنها.

### الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة مسألة تهم شريحة كبيرة من المواطنين الكويتيين الخاضعين لأحكام قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، وهي نوع الخدمة التي تدخل في حسابها مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني وقواعد حسابها.

فعلى الرغم من وضوح نص المادة الرابعة من القانون المشار إليه، المبينة لمدد الخدمة الفعلية اللازمة لاستحقاق معاش أو مكافأة التقاعد، إلا أن المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية - التي أولى لها القانون تطبيق أحكامه - تصر على عدم حساب

(٥٥) تنص المادة ٧٦ من لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية على أنه: "يجوز لرئيس الأركان العامة للجيش بعد أخذ موافقة وزير الدفاع تكليف طلبة الكلية للقيام بأعمال ومهام خاصة ومحددة وبصورة مؤقتة مع ضرورة مراعاة ألا يترتب على هذا التكليف تعطيل الدراسة أو تأجيل الامتحانات أو الحرمان من فترة الاستعداد لها".



مدد الدراسة السابق ذكرها إلا بعد توافر شرطي السن ومدة الخدمة المنصوص عليهما في المادة السابعة من القانون، معطية لمدد الدراسة حكماً مشابهاً لحكم الضمائم.

وقد كانت الجهات العسكرية (الجيش والشرطة والحرس الوطني) ولا تزال تطالب بحساب مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة الفعلية بمجرد تحقق الشرط الوارد في الفقرة ٣ من المادة الرابعة، وهو قضاؤها بنجاح، بحيث تحسب مدة خدمة المستفيد (العسكري) من تاريخ انتسابه للجهاز التعليمي التابع للجهة العسكرية ودون حاجة لتأدية أية اشتراكات عن تلك المدد.

وفي محاولة منا للوصول للحكم الصحيح لمدد الدراسة التي تقضى في الأجهزة التعليمية والتدريبية للجهات العسكرية ومعرفة نوع الخدمة التي تدخل ضمنها، قسمنا هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث الأول طبيعة الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية وكيفية معاملة منتسبيها، وما يتشابه معها، وموقف التشريع المقارن منها.

في حين خصصنا المبحث الثاني لبيان أنواع مدد الخدمة في قوانين التأمين الاجتماعي بدولة الكويت والتعرف على هدف المشرع من التوسع في إضافة مدد اعتبارية ومدد خدمة سابقة إلى مدة الخدمة الفعلية، والتمييز بين أنواع الخدمة الواردة في قانون التأمينات الاجتماعية الخاص بالموظفين والعمال الكويتيين، وأنواع الخدمة الواردة في قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين، بالإضافة إلى بيان المعاملة التي نص عليها قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين للمنتسبين للكليات والمعاهد والمدارس العسكرية في حالة انتهاء خدمة أحدهم بسبب الوفاة أو الفقد أو التسريح لأسباب صحية.

وفي المبحث الثالث حاولنا تحديد نوع الخدمة التي تدخل ضمنها مدد الدراسة في الكليات العسكرية من خلال استعراض موقف المؤسسة العامة للتأمينات والجهات العسكرية منها، وبيان الآراء الفقهية حول موضوع الدراسة، وتقييم ما عرضه كل جانب من آراء وأسانيد والرد عليه.

وقد تمخضت الدراسة عن مجموعة من النتائج والتوصيات نعرضها فيما يلي:

## أولاً - النتائج:

١ - إن المشرع التأميني اتصف بالسخاء، ولم يقتصر في قوانين التأمين الاجتماعي على جعل الخدمة الفعلية التي يقضيها المؤمن عليه أو المستفيد في خدمة صاحب

العمل، أساساً لحساب معاش ومكافأة التقاعد، بل أضاف إليها مدد أخرى يكون من شأنها تمكين المؤمن عليه أو المستفيد من استحقاق أو زيادة معاش أو مكافأة التقاعد.

٢ - لم يفت المشرع الانتباه إلى أن المنتسب للكليات والمعاهد العسكرية يلتزم طوال مدة دراسته بتنفيذ ما يصدر إليه من أوامر قد تتضمن تكليفه بالقيام بأعمال العسكريين من رجال الجيش والقوات المسلحة والشرطة، كالشاركة في تأمين وحماية الصناديق الانتخابية، والشاركة في أعمال الدوريات ونقاط التفتيش التي تقوم بها أجهزة الشرطة في الظروف الاستثنائية وفترة الإجازات الصيفية، بالإضافة إلى المشاركة في العمليات الحربية التي يكون الغرض منها الدفاع عن البلاد.

لذلك راعى المشرع التأميني خصوصيات نظام الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية وخطورة التدريبات التي يخضع لها منتسبوها، فكفل لهم رعاية لا تقل عن تلك التي وفرها للعسكريين الملتحقين بالسلك العسكري، في حالة انتهاء خدمة أحدهم بسبب الوفاة أو الفقد أو التسريح لأسباب صحية أثناء مدة الدراسة أو التدريب أو بسببها..

٣ - إضفاء المؤسسة العامة للتأمينات حكم الضمان على مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية بعدم إدخالها ضمن مدة الخدمة الفعلية المؤهلة لاستحقاق المعاش التقاعدي إلا بعد توافر شرطي السن ومدة الخدمة، يخالف ظاهر نص المادة الرابعة من قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين.

فالمادة الرابعة من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ حددت صراحة مدد الخدمة الفعلية ومن ضمنها مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني. وفرقت بينها وبين مدد الخدمة الاعتبارية (الضمان)، والتي تضاف إلى الخدمة المحسوبة إذا توافرت المدة اللازمة لاستحقاق المعاش التقاعدي.

٤ - إن عدم دفع المستفيد أو الجهة العسكرية للاشتراكات الشهرية عن مدد الدراسة، يرجع إلى أن منتسبي الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية لا يستحقون رواتب عن المدة التي يقضونها بالدراسة، ويصرف لهم مكافآت مالية طوال مدة قيدهم. وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين إلى أن اقتطاع الاشتراكات يرتبط باستحقاق المرتب، وبالتالي لا تقتطع اشتراكات عن المدد التي يتم حسابها طبقاً للبندين (٣، ٤) من المادة الرابعة ما لم يكن المستفيد يتقاضى مرتباً خلالها طبقاً للأنظمة المقررة.

- ٥ - اشترط المشرع لحساب مدة الدراسة التي تقضى في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية للجيش والشرطة والحرس الوطني ضمن مدة الخدمة الفعلية، أن تقضى بنجاح. فإن لم يستطع المنتسب للأجهزة التعليمية المشار إليها اجتياز مدة الدراسة بنجاح اعتبرت المدة المقضية بالدراسة كأن لم تكن.
- ٦ - وجود مدد مشابهة لمدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، تدخل في حساب مدد الخدمة الفعلية اللازمة لاستحقاق معاش ومكافأة التقاعد بمجرد توافر شرط النجاح أو الموافقة على الالتحاق وهي مدد التدريب المنصوص عليها في المادة ٢ من قانون التأمينات الاجتماعية، ومدد التجنيد الإلزامي إذا قبل التحاق المجدد أو الاحتياط بالسلك العسكري.
- ٧ - لم يكن المشرع الكويتي وحيداً في إدخال مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية، بل يسير معه في نفس الاتجاه كل من المشرع المصري والعراقي والقطري.

### ثانياً - التوصيات:

- نوصي في نهاية هذه الدراسة بأن تعمل المؤسسة العامة للتأمينات بالتعاون مع الجهات العسكرية على حساب مدد الدراسة التي تقضى بنجاح في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية ضمن مدة الخدمة الفعلية بمجرد تخرج المنتسبين لها، بحيث تبدأ مدة خدمتهم المحسوبة لاستحقاق معاش أو مكافأة التقاعد من تاريخ انتسابهم للجهاز التعليمي التابع للجهة العسكرية التي التحقوا بها، أو الأخذ بأحد المقترحات التالية:
- ١ - سماح الجهات العسكرية لمنتسبيها بتقديم طلبات لضم مدة الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية، للتعرف على موقف المؤسسة العامة للتأمينات بشكل واضح، وفتح المجال للطعن بقراراتها التي قد تتضمن رفض الضم أمام المحكمة المختصة.
  - ٢ - تحديد فترة زمنية للمطالبة بحساب مدد الدراسة ضمن مدة الخدمة الفعلية، بحيث لا تلتزم المؤسسة بسداد المبالغ المستحقة عن مدد الدراسة لمن لا يتقدم من المتقاعدين والمستحقين خلال الفترة المحددة.
  - ٣ - على الرغم من عدم التزام المستفيد والجهة العسكرية التي يتبعها بسداد اشتراكات عن مدد الدراسة في الكليات والمعاهد والمدارس العسكرية، يمكن للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية أن تعد مشروع قانون باعتبار المكافآت التي يحصل عليها المنتسبون للأجهزة التعليمية المذكورة من قبيل الراتب الذي يحسب الاشتراك على أساسه، وبالتالي يلتزم خريجو تلك الأجهزة التعليمية بسداد الاشتراكات عن مدد الدراسة متى ما قضيت بنجاح.

## المراجع

### أولاً - الكتب:

#### أ - المراجع العربية:

- ١ - أ. أحمد حسن البرعي، المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية وتطبيقاتها في القانون المقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٢ - دجمال فاخر النكاس، التأمينات الاجتماعية في الكويت، ط١، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٦.
- ٣ - د. جمال فاخر النكاس، د. عبدالرحمن الرضوان، شرح أحكام قانون التأمينات الاجتماعية في الكويت، الطبعة الثالثة، دار الكتب، الكويت، ٢٠١١.
- ٤ - سمير أحمد شرف الدين، سعود صالح الضمير، أنظمة التأمين الاجتماعي في الكويت بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، الكويت، ٢٠٠٩-٢٠١٠.
- ٥ - السيد محمد السيد عمران، الموجز في أحكام التأمينات الاجتماعية، جامعة الكويت، ١٩٩٧-١٩٩٨.
- ٦ - د. صالح ناصر العتيبي، التعويض عن إصابة العمل في الوظائف العامة، لجنة التأليف والتعريب والنشر بجامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٥.
- ٧ - صبحي محمد المبتولي، شرح قانون التأمينات الاجتماعية، الجزء الأول، ط١، دار الهنا، طنطا، ١٩٧٠.
- ٨ - د. محمد حسين منصور، قانون التأمين الاجتماعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.

#### ب - المراجع الأجنبية:

- 1 - Jowati Juhary, The military Academy of Malaysia Compared with West Point: Learning Environment and New Technology, (Dissertation.com, USA, 2013).
- 2 - Marie Vlachova & Stefan Sarvas, "Civil-Military Relations In Modern Society" in Kuhlmann Jurgen & Callaghan Jean, Military and Society in Twenty-first Century Europe: A Comparative Analysis, (Transaction Publishers, North America, 2011).
- 3 - Martin Binkin, Who Will Fight the Next War?: The Changing Face of the American Military, (Brooking Institution, United States, 1993).
- 4 - Thomas P. Winsor, Independent Review of Police Officer and Staff Remuneration and Conditions, (Final Report vol 1, The Stationery Officer Limited, UK, 2012).



- 5 - William B, Trousdale, Military High Schools in America, (Left Coast Press, United Ststes, 2009).

## ثانياً - القوانين والقرارات والتعاميم:

### أ - قوانين وقرارات وطنية:

- ١ - قانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٧ في شأن الجيش.
- ٢ - قانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٧ بإنشاء الحرس الوطني.
- ٣ - قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨ في شأن نظام قوة الشرطة.
- ٤ - الأمر الأميري رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية.
- ٥ - مرسوم بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين.
- ٦ - مرسوم بالقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٠ في شأن الخدمة الإلزامية والاحتياطية، (الموقوف بالقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠١).
- ٧ - المرسوم رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء أكاديمية الشرطة.
- ٨ - القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٢ في شأن رجال الإطفاء.
- ٩ - المرسوم رقم ١١٨ لسنة ٢٠١١ في شأن جداول الرتب والمرتبات لرجال الجيش.
- ١٠ - المرسوم رقم ١١٩ لسنة ٢٠١١ في شأن جداول الرتب والمرتبات لأعضاء قوة الشرطة.
- ١١ - القرار الوزاري رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن لائحة النظام الداخلي لكلية علي الصباح العسكرية.
- ١٢ - القرار الوزاري رقم ١١٣٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن اللائحة التنفيذية لمرسوم إنشاء أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية.
- ١٣ - قرار مجلس الوزراء رقم (٤٩٥) لسنة ٢٠٠٩ بشأن منح معاشات استثنائية ومكافآت استحقاق للعسكريين.
- ١٤ - القرار رقم ١٠ لسنة ١٩٧٧ بشأن قواعد حساب وأداء الاشتراكات والمبالغ الأخرى المستحقة وفقاً لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية.
- ١٥ - تعميم مدير عام المؤسسة العامة للتأمينات رقم ٢ لسنة ١٩٩٠ في شأن عدم حساب مدد الدراسة التي تقضى قبل بلوغ المستفيد الحد الأدنى للسنة المؤهلة للالتحاق بالدراسة

## ب - قوانين مقارنة:

- ١ - United States Code, Title 10
- ٢ - Army Regulation 40-501, "Medical Services Standards of Medical Fitness," 4 August 2011.
- ٣ - نظام الكليات العسكري السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٠ بتاريخ ١٣/٧/١٣٩٧هـ، الموافق ٣٠/٦/١٩٧٧م.
- ٤ - نظام التقاعد العسكري السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢٤ بتاريخ ٥/٤/١٣٩٥هـ، الموافق ١٧/٤/١٩٧٥م.
- ٥ - قرار مجلس الوزراء السعودي، رقم ٢٠٠١ بتاريخ ٣/٥/١٣٩٨.
- ٦ - القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤م، بإصدار قانون تقاعد العسكريين الليبي.
- ٧ - المرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٤م، في شأن معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين الإماراتي.
- ٨ - القرار الوزاري رقم ١٣ الصادر بتاريخ ١١/٢/١٩٨٥م، باللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٤م، في شأن معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين الإماراتي.
- ٩ - القانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٩ بتعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦، في شأن قوة الشرطة والأمن لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- ١٠ - القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥، بإصدار قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة المصري.
- ١١ - قانون الخدمة والتقاعد العسكري العراقي رقم ٣ لسنة ٢٠١٠.
- ١٢ - القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ بشأن تقاعد ومعاشات العسكريين القطري.
- ١٣ - قانون الخدمة العسكرية القطري الصادر بالمرسوم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٦.
- ١٤ - قرار مجلس الوزراء رقم ٥ لسنة ٢٠٠٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة العسكرية القطري.

## ثالثاً - الأحكام والفتاوى:

- ١ - محكمة التمييز الكويتية، طعن رقم ٣٣، لسنة القضائية رقم ١٩٨٥، بتاريخ جلسة ١٧/٢/١٩٨٦.
- ٢ - إدارة الفتوى والتشريع، فتوى رقم ٢ / ٤١٠٢ / ٤٣٣٤ في ٢٤/٦/١٩٨١.
- ٣ - إدارة الفتوى والتشريع، فتوى رقم ٢ / ٧٤ / ٨٥ - ٤٤٣ في ٣ مارس ١٩٩٠.

## قانون الزكاة الكويتي "دراسة فقهية تطبيقية"

الدكتور/ علي إبراهيم الراشد  
أستاذ مساعد - كلية الشريعة  
والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

### ملخص:

بسم الله، والحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

يعد قانون الزكاة الكويتي من أهم القوانين التي أقرها مجلس الأمة سنة ٢٠٠٦م، وذلك بموافقة ٥١ عضواً من أصل ٥٣، إلا أن القانون بعد النظر في مواده نجدها مواداً ثار حول بعضها جدل شرعي؛ مما جعل البعض يسميه بقانون الضرائب.

وعليه تناولت دراسة المواد التي عليها جدل من الناحية الشرعية، مبيناً أقوال الفقهاء ومرجحات لأحدها، مع التطبيق العملي على بعض الشركات، فجاء البحث محتوياً على ما يلي:

التمهيد: ويحتوي على تاريخ الزكاة في الكويت، وحكم جمع الإمام الزكاة، والجهة الواجب عليها إخراج زكاة الأسهم.

ثم الموضوع: وفيه أهم بنود القانون؛ كحكم إخراج الزكاة عن من لم تجب عليه، ومقدار الزكاة، وحكم إخراج الزكاة من صافي الربح فقط، وحكم صرف الزكاة لغير المصارف الثمانية، وحكم تعزيز الممتنع عن الزكاة، وأخيراً قمت بالمقارنة بين قانون الزكاة والضريبة.

ثم الخاتمة: وبينت فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلّ اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين.

### المقدمة:

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، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.

أما بعد:

فقد حرصت بعض الدول الإسلامية على سن قانون يلزم الشركات بإخراج الزكاة، مثل السعودية؛ حيث صدر المرسوم الملكي سنة ١٩٥١م باستيفاء الزكاة من الأفراد والشركات، وكذلك صدر قانون في ليبيا سنة ١٩٧٠م ينظم لفريضة الزكاة، كما صدر سنة ١٩٤٤م قانون في الأردن للزكاة، واستمر العمل به إلى سنة ١٩٥٤م حتى استبدل به قانون ضريبة الخدمات الاجتماعية، ثم في سنة ١٩٨٢م تم إلغاء قانون الضريبة واستبدل به قوانين مؤقتة، كما أصدرت السودان قانون الزكاة سنة ١٩٩٠م؛ وذلك لما تلعبه الزكاة من دور رئيس وحيوي في معالجة كثير من المشكلات، مثل الفقر والبطالة.

ودولة الكويت - وإن تأخرت بعض الشيء - إلا أنها حريصة على دعم مثل هذا النوع من القوانين؛ فهو إضافة لأهميته الاقتصادية يخفف عبئاً قد أثقل موازنتها العامة يتمثل في الحصول على إيراد شبه ثابت يعزز ميزانية الدولة.

فلجأت دولة الكويت إلى تشريع قانون الزكاة سمي بـ: "قانون الزكاة ومساهمة الشركات المساهمة العامة والمقفلة في ميزانية الدولة"، وهو قانون يلزم الشركات التي حققت ربحاً بدفع ١٪ من صافي الأرباح للدولة على أنها زكاة شرعية.

ولما ظهر القانون ثار حوله جدل كبير في مدى مشروعية بعض مواد القانون، وهل القصد من القانون دفع ضرائب للدولة، أم هو زكاة شرعية كما أمرنا الله بها؟ فأردت دراسة قانون الزكاة من الناحية الشرعية مبيناً مدى شرعية بعض البنود الواردة من عدم شرعيتها، وذلك من خلال عرض المادة، وأقوال الفقهاء، والراجع فيما يظهر لي.

## أسباب اختيار الموضوع:

ثمة أسباب عدة دفعتني لدراسة هذا الموضوع، ومن ذلك:

أولاً: أنه لما أقر القانون لم يعرض على الفقهاء لأخذ رأيهم الشرعي في كثير من بنوده، وعليه أحببت تناول البنود التي تخالف الرأي الفقهي الراجح.

ثانياً: أن الدراسات الفقهية - فيما أرى - يجب أن تكون تطبيقية، سواء كانت على تصرف أو قانون أو تنظيم؛ توضيحاً وبياناً لها ولموضوعها، فهذا أولى من أن تكون نظيرية لا تطابق واقعاً ولا تكشف مضموناً.



**ثالثاً:** الحرص على الموضوعات المستجدة والمعاصرة التي هي في أشد الحاجة إلى دراسات عدة ومكثفة حتى ينجلي ما قد يكون فيها من غموض أو خفاء؛ وذلك لأن الفقه كما يهتم بالعبادات فكذلك يهتم بالقضايا المعاصرة الواقعية.

**رابعاً:** لم أجد فيما اطلعت عليه من تناول قانون الزكاة الكويتي بدراسة تفصيلية لمواده وبنوده من الناحية الشرعية، وإن تُنَوَّلَ الموضوع في أحد محاور المؤتمر التاسع للمؤسسات المالية الإسلامية، التي انعقدت بالكويت سنة ٢٠٠٩م، إلا أنه قُدِّم في هذا الموضوع بحث من قِبَل الدكتور أحمد الحجّي الكردي، بعنوان مصارف الزكاة التي نص عليها القانون الكويتي، واطلعت على البحث فجاء محتوياً على ٢٧ صفحة، إلا أنه لم يتناول مواد القانون بالدراسة التفصيلية، بل لم يتطرق إلى أي مادة من مواد القانون، وكان جل البحث بعيداً عن بنود القانون المتحفظ عليها شرعياً، كما تقدم د. عبد العزيز القصار بورقة عملية، إلا أنني لم أحصل عليها إلا من خلال ما تناقلته جريدة الرأي مُلخّصة الورقة المقدمة منه. وعليه، يفقد هذا القانون للدراسة الشرعية التي تبين مدى مشروعية بعض مواد.

### منهج البحث:

المنهج الذي تقوم عليه هذه الدراسة على النحو التالي:

- ١ - عنوان الفقرة المراد دراستها، ثم أقوم بذكر نص المادة من القانون وشرحها من اللائحة التنفيذية - إن كان باللائحة ما يوضح المادة - ثم أشرح وأبين أو أقارن بين ما أخذ به القانون من الناحية الفقهية.
- ٢ - جمع المادة العلمية من المصادر الأصلية، ومحاولة التتبع والاستقصاء لكل ما كُتِبَ حول الموضوع.
- ٣ - اقتصر على المعتمد في المذاهب الفقهية الأربعة ما أمكن.
- ٤ - توثيق أقوال الفقهاء وأدلتهم من مراجعها الأصلية.
- ٥ - ذكر الأقوال في محل النزاع - في الغالب - إن كان من المناسب ذكر النزاع، وكان له تعلق بالموضوع، مع نسبة كل قول إلى قائله موثقاً من المصادر الأصلية، كل بحسب مذهبه، مرتبة على الترتيب الزمني لنشأة المذهب.
- ٦ - التطبيق العملي على بعض شركات.

## خطة البحث:

يتألف هذا البحث من مقدمة، وتمهيد، وموضوع البحث، وخاتمة، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

أولاً - المقدمة: بينت فيها أسباب اختيار الموضوع والمنهج، والخطة التي اتبعتها في الدراسة.

ثانياً - التمهيد:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تاريخ الزكاة في الكويت

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مراحل جمع الزكاة.

الفرع الثاني: تاريخ قانون الزكاة.

المطلب الثاني: جمع الإمام ونوابه للزكاة.

المطلب الثالث: الجهة الواجب عليها إخراج الزكاة

ثالثاً: الموضوع:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: إخراج الزكاة ممن لم تجب عليه.

المطلب الثاني: مقدار الزكاة.

المطلب الثالث: إخراج الزكاة من صافي الربح.

المطلب الرابع: مصارف الزكاة.

المطلب الخامس: عقوبة الممتنع عن دفع الزكاة.

المطلب السادس: مقارنة بين الزكاة والضرائب المعاصرة.

رابعاً - الخاتمة: وفيها عرض لأهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

## التمهيد:

وفيه ثلاثة مطالب:

## المطلب الأول تاريخ الزكاة في الكويت

وفيه فرعان:

### الفرع الأول مراحل جمع الزكاة

مرت عملية جمع الزكاة في دولة الكويت بثلاث مراحل<sup>(١)</sup>:

**المرحلة الأولى:** بدأت قبل اكتشاف النفط؛ إذ تعتمد على الجباية الرسمية لبعض أنواع الزكاة، حيث كانت الكويت تقوم بجباية بعض أنواع الزكاة؛ مثل زكاة الأنعام والسلك والزروع، وامتدت هذه المرحلة إلى اكتشاف النفط.

فكان الحاكم يصدر أمراً إلى الجباة بتحصيل الزكاة الشرعية، وهي في الغالب زكاة الأنعام من أهل البادية، وكان الجباة يخرجون في رحلة تستغرق ما بين الشهرين أو الثلاثة شهور، ويجتمعون مع القبائل والأفراد الذين يملكون الماشية والإبل، ومن ثم يقومون بحصرها وعدها، وبالتالي يطبقون القواعد الشرعية لفرض الزكاة.

وكان المكلف بجمع الزكاة يتوجه مع عمله في قافلة مزودة بالحرس يبلغ عدد أفرادها حوالي الستين وهم يركبون الجمال والخيل، ويجوبون صحراء الكويت شمالاً وغرباً وجنوباً، ويكون ذلك في الغالب عند انتهاء موسم المطر وبداية فصل الصيف، وكانت مهمة الجابي: إحصاء الأغنام والجمال التي يملكها أهل البادية، ثم يَقُومُونها بالنقود، ويأخذون ما يقابلها من الزكاة نقداً؛ إما بالريالات الفرنسية أو بالروبيات الهندية، وبعد دفع الزكاة الشرعية يقوم الجابي بتسجيل المبالغ التي يحصل عليها في السجلات الرسمية التي بعهدته، ثم يعطي صاحب الزكاة إيصالاً يسمى (بروة) يثبت فيه أنه أخرج ما عليه من الزكاة الشرعية.

(١) انظر: الزكاة والضرائب في الكويت قديماً وحديثاً، أحمد المزيني: ٦٨، ط: ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٤م، ومقال كتبه خالد الحسيني على موقع بيت الزكاة الكويتي، بعنوان: تجربة بيت الزكاة في الكويت:

<http://info.zakathouse.org.kw/moad/MOAAADPAGES%5CBAB2FASEL18-HOSENEE.HTM> .

**المرحلة الثانية:** وذلك بعد اكتشاف النفط منذ تولي الشيخ أحمد جابر الحُكم في الكويت عام ١٩٢١م، فكانت تجبى الزكاة عن طريق أهل الخير، وذلك عندما اجتمعوا لتدارس بعض ظروف الأسر الفقيرة والمحتاجة، مما دفعهم إلى إنشاء لجنة تهتم بجمع الزكاة وتوزيعها على المستحقين من الأسر المحتاجة بعد دراسة حالتها. وبعد نجاح الفكرة قام أهل الخير في مختلف المناطق بإنشاء لجان تهتم بجمع الزكاة، حتى وصل عدد اللجان الأهلية إلى ٢٥ لجنة، واستمرت هذه المرحلة إلى سنة ١٩٨٢م.

**المرحلة الثالثة:** بعد نجاح فكرة اللجان توافقت رغبة حكومة دولة الكويت مع الرغبة الشعبية في إنشاء مؤسسة خيرية رسمية حكومية تهدف إلى القيام بجمع أموال الزكاة.

ففي تاريخ ٢١/ربيع الأول/١٤٠٣، الموافق ١٦/١/١٩٨٢م، صدر مرسوم أميري بإنشاء بيت الزكاة التابع لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية برقم ١٩٨٢/٥، وذلك من أجل المساعدة لإيصال الزكاة لمستحقيها، والقانون الأميري الصادر كان على سبيل الاختيار لا على سبيل الإلزام.

وقد نص المرسوم على ما يلي:

- ١ - تشكل هيئة ذات ميزانية مستقلة لها الشخصية الاعتبارية، ويشرف عليها وزير الأوقاف والشئون الإسلامية.
- ٢ - يكون الجمع اختياريًا وطوعية مع قبول الهبات والتبرعات وغيرها من الخيرات.
- ٣ - تقدم الدولة إعانة سنوية لتمكنه من أداء مهمته الإنسانية الخيرية وتعزيزاً لموارده. ومنذ ذلك التاريخ أوكلت مهمة جمع الزكاة وتوزيعها على المستحقين إلى بيت الزكاة الكويتي، ولكن تجميع الزكاة ظل قائماً على تقوى الشخص ومدى حرصه على إخراج زكاته، وقد توجه كثير من الأفراد والمؤسسات إلى دفع زكاتهم من أجل صرفها في مصارفها الشرعية، وقد بذل بيت الزكاة جهوداً واضحة في تحقيق الهدف من وراء إنشائه، ونال ثقة الجميع.

### – الجهود المبذولة لفرض الزكاة:

من الملاحظ وجود جهود مبذولة من قبل بيت الزكاة أو من قبل الأفراد لإصدار قانون خاص بالزكاة يأخذ صفة الإلزام، فمن الأنشطة العلمية التي قام بها بيت الزكاة في السنوات الماضية العمل على وضع مشروع لقانون يجعل جباية الزكاة حقاً، الدولة تجنيه بشكل إلزامي لا يبقى خياراً للتجار والشركات التجارية في قيامها بدفعها بأنفسها.



وقد أخذ تطوير مشروع القانون سنوات عديدة، وعقد من أجله مؤتمرات وورش عمل شاركت في أغلبها، حيث جاء المشروع محتوياً على ١٢٨ مادة، كما ضم المشروع لائحة تنفيذية توضح وتشرح مواد القانون، وكاد الأمر يصل إلى نهايته ليكون قانوناً رسمياً للدولة يصلح للتنفيذ على أرض الواقع، إلا أن الدولة ومن خلال مجلس الأمة أصدرت قانوناً غير المشروع المقدم من قبل بيت الزكاة.

## الفرع الثاني

### تاريخ قانون الزكاة الكويتي والمراحل التي مر بها

إن فكرة إقرار قانون يوجب على الشركات إخراج الزكاة موجودة منذ عام ١٩٨٥، وقد بدأت تلك المحاولات باقتراح بمشروع قانون لفرض الزكاة تقدم به إلى مجلس الأمة بعض الأعضاء، وقد شكل مجلس الأمة لجنة شرعية لدراسة المشروع وإبداء الرأي فيه، وبعد الدراسة أبدت اللجنة بعض الملاحظات وانتهت إلى إعداد مشروع قانون تستدرك فيه الملاحظات

وقد تم عرضها على المجلس في دورات مختلفة، وذلك في سنة ١٩٨٦ وسنة ١٩٩٢، ولم يكتب لها النجاح.

ونظراً لكثرة الضغوط الطالبة بفرض الزكاة تقدمت حكومة الكويت سنة ١٩٩٦م بمشروع قانون فريضة الزكاة، وكان ذلك في عهد الأمير جابر الأحمد الصباح - رحمه الله - وجاء القانون محتوياً على (٢٢) مادة، كما تم تقديم مع القانون مذكرة إيضاحية تفصل وتشرح المواد، إلا أن هذا المقترح لم يكتب له النور.

ثم تقدم لمجلس الأمة أربعة اقتراحات بقوانين في شأن الزكاة في محاولات جادة، وعلى ضوء الاقتراحات المقدمة تم إحالة المقترحات جميعها إلى اللجنة المالية والاقتصادية التابعة لمجلس الأمة وكان ذلك في يونيو من سنة ٢٠٠٦م، وبعد دراسة القوانين المقترحة رأت اللجنة أن الاقتراحات متطابقة تماماً في أحكامها، وعليه قامت اللجنة بدمج مشروع القانون والاقتراحات بقانون واحد بعد أخذ بمزايا كل منهما، حتى انتهت اللجنة من القانون بتاريخ أكتوبر من السنة نفسها.

ثم في تاريخ ١٢/٣/٢٠٠٦م سنة ٢٠٠٦م، وافق مجلس الأمة على قانون الزكاة بالصيغة التي أقرتها اللجنة المالية، وذلك بموافقة ٥١ نائباً من أصل ٥٣، وصدرت اللائحة التنفيذية في ٢٥ نوفمبر ٢٠٠٧م محتوية على ٢٣ مادة.

## المطلب الثاني جمع الإمام ونوابه للزكاة

اتفق الفقهاء على مشروعية جمع الإمام الزكاة ممن وجبت عليه، كما أن للإمام حق أخذها من المال الذي وجبت فيه - على خلاف في بعض الأموال - فكان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) والخليفان بعده يأخذون الزكاة من كل الأموال، إلى أن فوض عثمان (رضي الله عنه) في خلافته أداء الزكاة عن الأموال الباطنة إلى ملاكها.

ودليل ذلك:

- ١ - قوله تعالى لنبيه (صلى الله عليه وسلم): ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣].
- ٢ - والنبي (صلى الله عليه وسلم) ولَّى ابن اللتبية فقدم بصدقته على النبي (صلى الله عليه وسلم) فقال: هذا لكم وهذا أهدي إلي<sup>(٢)</sup>.
- ٣ - كما أن النبي (صلى الله عليه وسلم) أمر معاذاً أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم<sup>(٣)</sup>.
- ٤ - ويروى أن زياداً ولَّى عمران بن حصين الصدقة، فلما جاء قيل له: أين المال؟ قال: أو للمال بعثتني؟ أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم)<sup>(٤)</sup>.
- ٥ - سويد بن غفلة قال: أتانا مصدق النبي (صلى الله عليه وسلم) فأتيته فجلست إليه فسمعتة يقول: إن في عهدي ألا نأخذ راضع لبن، ولا نجمع بين متفرق، ولا نفرق بين مجتمع. فأتاه رجل بناقة كوماء فقال: خذها. فأبى<sup>(٥)</sup>.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الأحكام، باب: هدايا العمال، رقم: ٦٦٣٩، ومسلم، كتاب: الإمارة، باب: تحريم الهدايا، رقم: ٣٤١٣.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: أخذ الصدقة من الأغنياء وترد على الفقراء، رقم: ١٤٠١، ومسلم، كتاب: الإيمان، باب: الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام، رقم: ٢٧.

(٤) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الزكاة، باب: في الزكاة هل تحمل من بلد إلى بلد، رقم: ١٣٨٤، وابن ماجه في سننه، كتاب: الزكاة، باب: ما جاء في عمال الصدقة، رقم: ١٨٠١.

(٥) رواه النسائي في سننه، كتاب: الزكاة، باب: الجمع بين المتفرق، رقم: ٢٤١٤، وأبو داود في سننه، كتاب: الزكاة، باب: في زكاة السائمة، رقم: ١٣٤٧.

٦ - قول أبي بكر (رضي الله عنه): "والله لو منعوني عناقاً كانوا يؤدونها إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لقاتلتهم على منعها" (٦).

وخاصة أن كثيراً ممن وجبت عليه الزكاة قد يدفعه حب المال إلى ترك أداء الزكاة، وأن صون كرامة الفقراء والمساكين ورعاية مشاعرهم عندما يأخذون المال من الدولة لا من الأغنياء، فلا مَنْ فيها ولا أذى؛ ولهذا جعل النظام الإسلامي جمع الزكاة من شئون الدولة (٧).

**واختلف الفقهاء: هل جمع الإمام الزكاة ممن وجبت عليهم على الوجوب أم على الاستحباب؟**

القول الأول: والقائل بأنه يجب على الإمام أخذ الزكاة ممن وجبت عليهم، وهو ما صرح به كل من المالكية في أحد الأقوال، والشافعية والحنابلة (٨)، فقالوا: يجب على الإمام بعث السعاة لأخذ الصدقات؛ مستدلين بقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾. والأمر هنا محمول على الوجوب، كما أن النبي (صلى الله عليه وسلم) والخلفاء من بعده كانوا يبعثون السعاة؛ ولأن في الناس من يملك المال ولا يعرف ما يجب عليه، ومنهم من ييخل (٩).

قال الإمام الشافعي: "يجب على الوالي أن يبعث المصدقين قبل الحول، فيوافون أهل الصدقة مع حلول الحول فيأخذون منهم صدقاتهم" (١٠).

كما ذهب الشافعية إلى أن الإمام لو طلب زكاة الأموال الظاهرة وجب التسليم إليه بلا خلاف بذلاً للطاعة؛ فإن امتنعوا قاتلهم الإمام؛ لأن في منعهم افتياتاً على الإمام (١١).

(٦) رواه البخاري في صحيحه بهذا اللفظ، كتاب: الزكاة، باب: أخذ العناق في الصدقة، رقم: ١٣٦٤.

(٧) انظر: نظام الزكاة والضرائب في المملكة العربية السعودية، د. محمود عاطف البنا: ١٩٣، ط: دار العلوم، الرياض، ١٩٨٣م.

(٨) انظر: بلغة السالك لأقرب المسالك: ٦٠٦/١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٤٣/١، مغني المحتاج: ١٩٤/٤، نهاية المحتاج: ١٦٩/٦، مطالب أولي النهى: ١٢٩/٢، كشف القناع: ٢٦٩/٢.

(٩) انظر: المجموع: ١٤٢/٦، الفروع: ٥٦٦/٢.

(١٠) انظر: الأم: ١٩/٢.

(١١) انظر: المجموع: ١٤٠/٦.

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى مشروعية جمع الزكاة وعدم الوجوب، وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في القول الثاني لهم<sup>(١٢)</sup>، وعللوا النصوص السابقة بأن الأمر محمول على المشروعية والاستحباب لا على الوجوب.

### الترجيح:

إن جمع الزكاة وعدمه أمر يرجع إلى الحاكم؛ إذ له السلطة التقديرية في جمع الزكاة من عدمها، وخاصة إذا علمنا أن تطبيق نظام جمع زكاة المال على مستوى الدولة يعتمد على ثلاثة أركان أساسية تمثل الهيكل الأساسي له، والتي يجب أن تتوافر معاً لتحقيق غايتها، ويمكن تطبيقه، وتتمثل في الآتي:<sup>(١٣)</sup>

- ١ - وجود المجتمع الإسلامي الذي يقبل تطبيق أحكام ومبادئ الزكاة.
  - ٢ - وجود الحكومة (ولي الأمر - الحاكم) التي تطبق أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية في كل نواحي الحياة، وتطبق سيادتها في مجال جباية الزكاة وتوزيع الحصيلة على مستحقيها بالحق وفقاً لما تصدره من قوانين وتعليمات لإلزام المسلمين بدفع الزكاة.
  - ٣ - وجود الأجهزة (العاملون عليها) التي تتولى أمور الزكاة التنفيذية.
- فإذا وجدت هذه الأركان - وهي متوفرة بحمد الله في المجتمع الكويتي - نقول على الحاكم القيام بجمع الزكاة ممن وجبت عليهم، ولكن من خلال قانون يتوافق جميعه مع أحكام الشريعة.

## المطلب الثالث

### الجهة الواجب عليها إخراج الزكاة

من خلال النظر في القرارات الصادرة من المجامع الفقهية<sup>(١٤)</sup> والندوات

(١٢) انظر: بدائع الصنائع: ٣٦/٢، البحر الرائق: ٢٢٧/٢، بلغة السالك لأقرب المسالك: ٦٠٦/١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٤٣/١.

(١٣) د. حسين حسين شحاتة، "التطبيق المعاصر لنظام زكاة المال: المعوقات والصعوبات وسبل تذليلها"، وبحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٢٣ - ٢٤، شوال وذو القعدة ١٤٠٣هـ.

(١٤) انظر: قرارات وتوصيات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، رقم: ٢٨ (٤/٣)، مجلة المجمع، العدد الرابع: ٧٠٥/١.



العلمية<sup>(١٥)</sup> المتعلقة بقضايا الزكاة نجدها نصت على أن: الشركة تخرج الزكاة عن المساهمين في الحالات التالية<sup>(١٦)</sup>:

- ١ - صدور قانون أو قرار من الدولة بإلزام الشركة بدفع زكاة أموالها.
  - ٢ - وجود نص في النظام الأساسي، أو العقد التأسيسي، أو نشرة الإصدار للشركة على أنها تخرج زكاة أموالها.
  - ٣ - صدور قرار من الجمعية العمومية للشركة يلزمها بدفع الزكاة عن المساهمين.
  - ٤ - توكيل المساهمين إدارة الشركة بدفع الزكاة.
- ثم اختلف الفقهاء المعاصرون في الجهة التي يجب عليها إخراج الزكاة عن الأسهم في الشركات، وهم فيها على قولين<sup>(١٧)</sup>:

**القول الأول: يجب على الشركة إخراج الزكاة عن المساهمين.** وهو ما ذهب إليه كل من<sup>(١٨)</sup>: د. شوقي شحاتة، ود. محمود الفرفور، ود. علي القرعة داغي، معللين قولهم بأن الشركة شخصية اعتبارية تملك المال على جهة الاستقلال، والزكاة تتعلق بالمال نفسه إذا بلغ النصاب، وهذا مال بلغ النصاب فوجب على الشركة إخراج الزكاة.

**القول الثاني: القائل بأن الزكاة يجب على المساهمين إخراجها، كل على حسب نصابه، وبه قال كل من:** د. الصديق الضير، ود. وهبة الزحيلي، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، وبيت الزكاة الكويتي<sup>(١٩)</sup>، واستدل أصحابه بأن من شروط الزكاة تمام الملك، وهو ثابت للمساهم؛ إذ هو المالك الحقيقي للأسهم، وإنما تتصرف الشركة في ماله نيابة عنه حسب الشروط المتفق عليها، بدليل أن الشركة إذا تم حلها أخذ كل مساهم نصيبه من الموجودات.

(١٥) انظر: أحكام وفتاوى الزكاة، إعداد بيت الزكاة الكويتي: ٥٥، الإصدار الثامن، ٢٠٠٩م.

(١٦) انظر: بحوث في فقه قضايا الزكاة المعاصرة، د. علي القرعة داغي: ٢٢٥، ط: دار البشائر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

(١٧) انظر: نوازل الزكاة دراسة فقهية تأصيلية لمستجدات الزكاة، د. عبد الله الغفيلي: ١٨٥، ط: دار الميمان الرياض، الطبعة الأولى ٢٠٠٨م.

(١٨) انظر: أبحاث وأعمال الندوة الحادية عشرة لبيت الزكاة الكويتي: ٢٧.

(١٩) انظر: أبحاث وأعمال الندوة الحادية عشرة لبيت الزكاة الكويتي: ٢٧، قرارات وتوصيات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، رقم: ٢٨ (٤/٣)، مجلة المجمع، العدد الرابع: ١/٧٠٥، أحكام وفتاوى الزكاة، إعداد بيت الزكاة الكويتي: ٥٣.

### الترجيح:

بعد النظر في أقوال الفقهاء المعاصرين أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، وذلك بأن وجوب إخراج الزكاة يقع على عاتق المكلف نفسه، لكونه هو المالك للأسهم، وأن الشركة لا يجب عليها إخراج الأسهم عنه إلا إذا قام المساهم بتوكيل الشركة بالإخراج عنه، أو صدر قانون من الدولة بوجوب الإخراج.

## الموضوع الإشكالات الواردة على قانون الزكاة الكويتي

وفيه ستة مباحث:

### المبحث الأول إخراج الزكاة عمن لم تجب عليه

تنص المادة الأولى من القانون على ما يلي:

"تحصل نسبة مقدارها (١٪) سنوياً من صافي أرباح الشركات الكويتية المساهمة العامة والمقفلة ...".

المادة الأولى من القانون الصادر تلزم كل الشركات الكويتية المساهمة العامة أو المقفلة، والتي حققت أرباحاً بإخراج (١٪) من الأرباح ودفعها للدولة على أساس أنها زكاة.

والملاحظ على هذه الفقرة من المادة أنها أوجبت على الشركات إخراج الزكاة من الأرباح، والتي في الحقيقة هي أموال للمساهمين؛ لأن الربح إنما يستحقه المساهمون، والمساهمون منهم من تجب عليه الزكاة ومنهم من لا تجب عليه الزكاة أفراداً؛ كغير المسلم أو من لم تبلغ أمواله النصاب، أو هيئات؛ كأموال الأوقاف - على رأي من أجاز استثمار أموال الوقف في الأسهم - وأموال الدولة؛ أي المال العام، إذا قامت الدولة بالمساهمة.

- فغير المسلم لا تجب عليه الزكاة إجماعاً، حربياً كان أو ذمياً؛ لأن الزكاة عبادة وحق واجب على المسلم، وجبت طهرة للمزكي، والكافر لا طهرة له ما دام على كفره<sup>(٢٠)</sup>.

- كما أجمع العلماء على أن الزكاة تجب على المسلم البالغ العاقل الحر المالك للنصاب بشروط مخصوصة، وعليه فلا تجب على غير المسلم؛ لعدم تحقق شرط الوجوب؛ وهو الإسلام، فلا يطالب بها وهو كافر، كما أنه إذا أسلم لا تكون ديناً في ذمته.

(٢٠) انظر: المحلى: ٤/٤، البدائع: ٤/٢، المنتقى: ١٧٦/٢، المجموع: ٢٩٩/٥، الإنصاف: ٥/٣.

والدليل على ذلك أن النبي (صلى الله عليه وسلم) لما بعث معاذاً إلى اليمن قال له: "إنك تأتي قوماً من أهل الكتاب؛ فليكن أول ما تدعوهم إليه: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوك لذلك فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم..."<sup>(٢١)</sup>. فدل الحديث على أن شرائع الإسلام لا يخاطب بها غير المسلم<sup>(٢٢)</sup>.

– كما أن الدولة إذا ساهمت في الشركة بشراء أسهم، فهي تدفع من المال العام، الذي هو مرصد للنفع العام دون أن يكون مملوكاً لشخص معين أو جهة معينة لا تجب فيه الزكاة؛ وذلك لأن من شروط وجوب الزكاة ملكية المال الزكوي ملكية تامة، بأن يكون صاحب المال مطلق التصرف فيه، وعليه لا تجب الزكاة في المال العام أو المال الموقوف على جهة عامة بدليل<sup>(٢٣)</sup>:

١ – قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣]، ووجه الدلالة: أنه أضاف الأموال إليهم، مما يدل على الملكية والاختصاص بالتصرف، كما أن الخطاب في هذه الآية موجه للرسول (صلى الله عليه وسلم) ليأخذ الزكاة من الملاك المعينين بدليل الإضافة إليهم، ولو كانت أموالاً لغير معينين لما أضافها إليهم، وإنما جاء الأمر مطلقاً بأخذ الزكاة.

٢ – قول النبي (صلى الله عليه وسلم) لمعاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن: "أعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم"<sup>(٢٤)</sup>. ووجه الدلالة: أن قوله: "أغنيائهم" دليل على اشتراط ملكية الغني للمال ملكية مطلقة؛ إذ وصف الغني لا يطلق إلا على من يملك المال ويملك التصرف فيه.

٣ – قياساً على مال الضمار الذي لا تجب فيه الزكاة، ومال الضمار هو المال الذي لا يقدر صاحبه على الانتفاع به، فلا يتحقق فيه الملك<sup>(٢٥)</sup>.

(٢١) سبق تخريجه.

(٢٢) أطال البحث في هذه المسألة د. يوسف القرضاوي في كتابه فقه الزكاة: ٩٧/١.

(٢٣) انظر: فقه الزكاة، د. يوسف القرضاوي: ١/١٣٠، ط: مكتبة وهبة، الطبعة الثانية. نوازل الزكاة، دراسة فقهية تأصيلية لمستجدات الزكاة، د. عبد الله الغفيلي: ٢٤١.

(٢٤) سبق تخريجه.

(٢٥) انظر: الموسوعة الفقهية: ٢٧/٢١٧.



٤ - أن الزكاة تملك للمستحقين، والتمليك فرع عن الملك لمعين، فغير المالك المعين لا يمكنه التصرف والتمليك المطلق للغير.

٥ - كما أن الزكاة عبادة متعلقة بالشخص الطبيعي لا يخاطب بها غيره.

٦ - كما أن المال العام ليس له مالك معين، بل هو ملك للمسلمين جميعهم، يصرف في مصارفهم.

والقول بعدم وجوب الزكاة في نصيب الدولة في الشركات المساهمة قد صدر به قرار من الندوة الثامنة لقضايا الزكاة المعاصرة، الذي انعقد في دولة قطر ١٩٩٨م، فجاء القرار كما يلي:

"أولاً: المال العام هو المال المرصد للنفع العام، دون أن يكون مملوكاً لشخص معين أو جهة معينة؛ كالأموال العائدة إلى بيت المال المسلمين (خزانة الدولة) وما يسمى بالقطاع العام.

ثانياً: لا تجب الزكاة في المال العام؛ إذ ليس له مالك معين، ولا قدرة لأفراد الناس على التصرف فيه، ولا حيازة لهم عليه؛ ولأن مصرفه منفعة عموم المسلمين.

ثالثاً: لا يجب على الدولة أداء الزكاة في أموال صناديق التأمينات الاجتماعية.

رابعاً: لا تجب الزكاة في أعيان الأموال الموقوفة ...".

- وعدم وجوب الزكاة في المال العام فيما إذا لم تقم الدولة باستثماره، فإذا وضع المال في الشركات الاستثمارية وقامت الدولة بالدخول في استثمار المال وتنميته، فقد اختلف الفقهاء في وجوب زكاته على قولين:

**القول الأول: وجوب زكاته، وهو ما ذهب إليه كل من:** محمد بن الحسن من الحنفية<sup>(٢٦)</sup>، ود. محمد نعيم ياسين<sup>(٢٧)</sup>، ود. عبد الحميد البعلي<sup>(٢٨)</sup>، ود. حسن البيلي<sup>(٢٩)</sup>، وهو ما أخذ به قانون الزكاة السوداني<sup>(٣٠)</sup>.

فقد جاء في المبسوط: "فإن اشترى بمال الخراج غنماً سائمة للتجارة، وحال عليها الحال فعليه فيها الزكاة، وهذا بخلاف ما إذا اجتمعت الغنم المأخوذة في الزكاة

(٢٦) انظر: المبسوط: ٥٢/٣.

(٢٧) انظر: أبحاث الندوة الثامنة لقضايا الزكاة المعاصرة: ٤٢١.

(٢٨) انظر: أبحاث الندوة الثالثة عشرة لقضايا الزكاة المعاصرة: ٣٠٨.

(٢٩) انظر: أبحاث الندوة الثالثة عشرة لقضايا الزكاة المعاصرة: ٣١٧.

(٣٠) انظر: المادة (٣٧) من القانون.

في يد الإمام وهي سائمة فحال عليها الحول؛ لأن هناك لا فائدة في إيجاب الزكاة، فإن مصرف الواجب والموجب فيه واحد، وهنا في إيجاب الزكاة فائدة؛ فإن مصرف الموجب فيه المقاتلة، ومصرف الواجب الفقراء، فكان الإيجاب مفيداً؛ فلهذا تجب الزكاة" (٣١).

وقد استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها (٣٢):

- ١ - أن من شروط وجوب الزكاة في المال كونه نامياً، وهذا مال نامٍ بسبب الاستثمار فوجب فيه الزكاة.
- ويناقش: بأن نماء المال أحد الشروط، إذ لا بد من تحقق الشروط الأخرى من تمام الملك، وهو غير متوفر.
- ٢ - أن المال العام المخصص للمصالح العامة مثل التعليم والصحة والبناء ... فهذه لا زكاة فيها، أما المال العام الخاص بالدولة بجهاتها التنظيمية والتنفيذية مثل المال العام المستثمر فتجب زكاته؛ لأن ملكيته تامة.
- ويناقش: بأن المال العام إنما هو ملك للمواطنين من غير تعيين ولا تحديد، فهو ليس ملكاً خاصاً لأحد بعينه.
- ٣ - أن الزكاة أصبحت لا تفي بحاجات المسلمين الضرورية، لاسيما مع تقاعس كثير من الأغنياء عن إخراجها، كما أن الدولة لا تخصص نصيباً للفقراء يسد حاجتهم من الأموال العامة، مما يعطي القول القائل بوجوب الزكاة قوة، وخاصة في الأموال المستثمرة.
- يناقش الدليل: بأن حاجة المسلمين فقط لا تستوجب منا إخراج الزكاة من المال العام لعدم تحقق باقي الشروط، والحاجة تدفع بوسائل أخرى دعت إليها الشريعة كالوقف والصدقة.
- القول الثاني: عدم وجوب الزكاة في المال العام وإن وضع في استثمار، وهو ما عليه جماهير الفقهاء، وهو ما اختارته الندوة الثالثة عشرة لقضايا الزكاة المعاصرة بالأكثرية (٣٣).

(٣١) انظر: المبسوط: ٥٢/٣.

(٣٢) تنظر الأدلة والمناقشات في أبحاث الندوة الثالثة عشرة لقضايا الزكاة المعاصرة.

(٣٣) انظر: أبحاث الندوة الثالثة عشرة لقضايا الزكاة المعاصرة: ٤١٧-٤٢٢.

### واستدلوا بأدلة منها:

١ - أن الزكاة في المال لا تجب إلا بتوفر أسبابها، والتي منها الملك التام، والمال العام غير مملوك ملكاً تاماً لأحد بعينه، وعليه فلا زكاة فيه وإن استثمر.

ونوقش هذا الدليل: بأن المقصود من الملك التام القدرة على التصرف في المال، وهو متحقق في المال العام، بدليل أن الدولة تتصرف فيه بتوزيعه واستثماره نيابة عن المستحقين له<sup>(٣٤)</sup>.

ويرد على النقاش: بأن تصرف الدولة لا يدل على ملكية الدولة للمال، وإنما تتصرف الدولة فيه من باب العمل بالمصلحة نيابة عن أفراد الشعب<sup>(٣٥)</sup>.

٢ - بالقياس على المال العام غير المستثمر في عدم وجوب الزكاة فيه، بجامع عدم تمام الملك في كل منهما، فلا تجب الزكاة فيهما.

### الترجيح:

بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلة كل قول يمكننا ترجيح القول الثاني القائل بعدم وجوب الزكاة على المال العام؛ لعدم الملك التام للمال العام؛ إذ من أهم الأسباب لوجوب الزكاة الملكية التامة بتمام التصرف في المال، وهنا غير محقق، وعليه فلا زكاة في المال العام. والله أعلم.

وبناء على الترجيح فإن قانون الزكاة الكويتي يوجب على الشركات إخراج الزكاة من الأرباح التي هي ملك للمساهمين، ومن المساهمين غير المسلم، ومنهم الدولة بأموالها العامة أو أموال الوقف، وهذه كلها لا تجب فيها الزكاة.

ولهذا نجد مشروع القانون النموذجي للزكاة، والمقدم من بيت الزكاة قد عالج ما يتعلق بأموال غير المسلمين، فنصت المادة (٨): "غير المسلم الذي يمتلك في الدولة أموالاً تتوافر فيها شروط وجوب الزكاة ... تجب عليه ضريبة تكافل اجتماعي تعادل مقدار الزكاة المستحقة".

كما نصت المادة (٢٥): "تجب الزكاة في ريع الوقف الذي على مستحقه، وفي حصته من ريع الوقف المشترك".

(٣٤) انظر: أبحاث الندوة الثامنة لقضايا الزكاة المعاصرة، تعقيب د. محمد نعيم ياسين: ٤٢٠.

(٣٥) انظر: أبحاث الندوة الثامنة لقضايا الزكاة المعاصرة، رد د. محمد الشريف: ٤٣٢.

كما أن قانون الزكاة الحالي عرض على اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الكويت، فجاء قرارها بتعديل المادة الأولى بأن: **يستثنى من ذلك: الشركات المملوكة بالكامل للدولة أو إحدى المؤسسات العامة. ونصيب الدولة أو المؤسسات العامة في الشركات أو ما يملكه غير المسلمين فيها**<sup>(٣٦)</sup>.

(٣٦) انظر: موقع اللجنة الاستشارية العليا على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية: [http://sharea.gov.kw/d2/sec/sec\\_id/details.php?sdd=34&cat\\_id=9](http://sharea.gov.kw/d2/sec/sec_id/details.php?sdd=34&cat_id=9).



## المبحث الثاني مقدار الزكاة

نصت المادة الأولى من القانون على ما يلي:

"تحصل نسبة مقدارها (١٪) سنوياً من صافي أرباح الشركات الكويتية المساهمة العامة والمقفلة ...".

فنصت المادة الأولى من القانون على أن نسبة الزكاة الواجب إخراجها هي (١٪)، وحول هذه النسبة ثار جدل كبير؛ إذ القدر المجمع على إخراجها من المال الذي وجبت فيه الزكاة هو: (٢,٥٪) أو ربع العشر<sup>(٣٧)</sup>، بدليل "أن أبا بكر الصديق (رضي الله عنه) كتب له: هذه فريضة الصدقة التي فرضها رسول الله (صلى الله عليه وسلم) على المسلمين، والتي أمر الله بها رسوله ... وفي الرقة - أي الفضة الخالصة -: في مائتي درهم ربع العشر، فإن لم تكن إلا تسعين ومائة فليس فيها صدقة إلا أن يشاء ربها ..."<sup>(٣٨)</sup>.

فالقانون لما نص على أن النسبة الواجب إخراجها (١٪) جعلها إلى الضريبة أقرب، ولهذا نجد بعض نواب مجلس الأمة اقترح تعديل النسبة لتكون (٢,٥٪)، كما كان رأي غرفة التجارة والصناعة بالكويت أن المشروع بهذه الصيغة إنما هو ضريبة على صافي الدخل تفرض على الشركات المساهمة<sup>(٣٩)</sup>.

وفرض هذه النسبة أحدث بعض الملاحظات الشرعية، كما أنها أوجدت بعض الصعوبات الفنية في احتساب الزكاة.

فمن الملاحظات الشرعية: أن بعض العوام قد يتبادر إلى ذهنه أو يعتقد: أن المقدار الواجب إخراجها هو (١٪)، وذلك بسبب نص القانون الملزم للشركة بإخراج تلك النسبة على أساس أنها زكاة شرعية، وخاصة أن القانون نص على عرضه وأخذه موافقة هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف.

(٣٧) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٣/٢٦٥.

(٣٨) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: زكاة الغنم، رقم: ١٣٦٢.

(٣٩) انظر: موقع غرفة تجارة وصناعة الكويت على الرابط التالي:

[http://www.kuwaitchamber.org.kw/echamber/website/index.jsp?pageID=ws\\_cmsmenu.jsp&searchIn=8&searchGroup=4&menuID=318&rootMenu=318&fromPublic=yes&language=ar](http://www.kuwaitchamber.org.kw/echamber/website/index.jsp?pageID=ws_cmsmenu.jsp&searchIn=8&searchGroup=4&menuID=318&rootMenu=318&fromPublic=yes&language=ar) .

فإذا قامت الشركة بدفع الزكاة وقيدت في الميزانية العامة المبلغ المخرج ببند الزكاة، فمع مرور الزمن قد يلتبس على البعض أن الشركة قد أخرجت الزكاة عن المساهمين، فيعتقدون بأنه لا داعي لإخراج الباقي، فيستقر المبلغ المتبقي من الزكاة في ذمته، ويكون مطالباً بها شرعاً وهو لا يعلم بهذا، معتقداً أن الشركة أخرجت الزكاة عنه، وكل ما قامت به الشركة إخراج (١٪) من صافي الأرباح زكاة فقط.

#### ومن الصعوبات الفنية ما يلي:

- أن الشركة إذا كانت تخرج الزكاة عن المساهمين فيجب عليها أن تقوم باحتساب الزكاة من خلال قراءة الميزانية العامة أولاً، ثم تحديد الأموال الزكوية، أي التي تجب فيها الزكاة، ثم احتساب مقدار الزكاة الواجبة فيها، ثم حسم مبلغ الزكاة المدفوع للدولة من الزكاة الواجبة على الشركة. مثال ذلك: إذا كان صافي ربح الشركة ١٠٠,٠٠٠ والوعاء الزكوي للشركة مليون دينار؛ فإن الزكاة الواجبة على الشركة ٢٥ ألفاً، ولكن قبل إخراج هذا المبلغ فإنه يخصم ٢,٥٠٠ دينار، وهو مبلغ الزكاة المدفوع للدولة.
- أما إذا لم تتحمل الشركة دفع الزكاة عن المساهمين، فيجب على الشركات عند احتساب الزكاة عن السهم الواحد حسم مبلغ الزكاة المدفوع للدولة، وإخبار المساهمين بذلك.
- فإذا لم تحسب الشركة الزكاة الواجبة على المساهمين في أموال الشركة، فيجب على المساهم التحري مع مراعاة مبلغ الزكاة المدفوع للدولة. وعليه فكثير من المساهمين ممن ليس لديهم قدرة على احتساب الزكاة سيجد صعوبة في معرفة الزكاة الواجبة عليه.

## المبحث الثالث إخراج الزكاة من صافي الربح

نصت المادة الأولى من القانون على ما يلي:

"تحصل نسبة مقدارها (١٪) سنوياً من صافي أرباح الشركات الكويتية المساهمة العامة والمقفلة ...".

حددت المادة الأولى أن الزكاة تخرج من بند صافي الأرباح، بمعنى أن الزكاة تخرج في حال تحقيق الشركة أرباحاً، ويفهم من نص المادة أنه إذا لم تحقق الشركة أي ربح فليس عليها زكاة، فالمادة علقت إخراج الزكاة ببند واحد من بنود الميزانية، مع احتمال كبير وجود بنود أخرى تتعلق بها الزكاة لم يلتفت إليها القانون.

والشركات باعتبار الربح وعدمه ووجوب الزكاة لها أربعة أحوال:

- ١ - شركات تحقق أرباحاً وتجب عليها زكاة.
  - ٢ - شركات تحقق أرباحاً ولا تجب عليها زكاة.
  - ٣ - شركات لا تحقق أرباحاً وتجب عليها زكاة.
  - ٤ - شركات لا تحقق أرباحاً ولا تجب عليها زكاة.
- فالصورة الأولى لا إشكال فيها، وكذلك الرابعة، ولكن الإشكال يحصل في الصورة الثانية والثالثة.

بداية لابد أن نعرف كيفية إخراج الزكاة عن الأسهم كما نصت عليه معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، فجاء فيها ما يلي:

"يتم تحديد وعاء الزكاة إما عن طريقة صافي الموجودات أو عن طريق صافي الأموال المستثمرة... وطريقة صافي الأموال المستثمرة: يتم تحديد وعاء الزكاة على النحو التالي:

رأس المال المدفوع + الاحتياطيات + المخصصات التي لم تحسم من الموجودات + الأرباح المبقاة + صافي الدخل + المطلوبات غير المستحقة الدفع، ثم تحسم منها: صافي الموجودات الثابتة + الاستثمارات المقتناة لغير المتاجرة"<sup>(٤٠)</sup>.

(٤٠) انظر: معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، ٣٣٠، ط: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين ٢٠٠٨م.

ومن خلال النظر في طريق احتساب الزكاة، نجد أن بند الربح ليس هو المال الوحيد الذي تخرج منه الزكاة؛ إذ قد تحقق الشركة أرباحاً ومع ذلك لا تجب عليها الزكاة، وذلك بسبب كثرة الديون التي على الشركة، أو بسبب زيادة مصاريف وغيرها، بحيث يعادل مصروفها إيرادها، فبعد حصر الأموال الزكوية يحسم منها الديون التي على الشركة، ثم يزكي المبلغ المتبقي بعد حسم بند الديون، وعليه فإذا كانت الديون أكثر من الأموال الزكوية فلا زكاة على الشركة وإن حققت أرباحاً، والقانون يوجب عليها إخراج الزكاة عن مال لا تجب فيه الزكاة.

وهذه الحالة تنطبق على شركة المباني الكويتية، وذلك بعد النظر في ميزانيتها، إذ نجد أنها قد حققت أرباحاً جيدة تقدر بـ ٣٣,٤١٤,٥٠٥، كما في ميزانيتها بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٣١م، وتبلغ الزكاة المدفوعة للدولة كما هو موضع في نفس الميزانية: (٣٤٨,٠٩٦) أي ثلاثمائة وثمانية وأربعون ألفاً وستة وتسعون ديناراً كويتياً.

ومع ذلك لما جاء بيت الزكاة الكويتي وقام باحتساب الزكاة ذكر بأن الشركة لا زكاة عليها، وبعد النظر في ميزانية الشركة اتضح لنا أن مبالغ الديون التي على الشركة أكثر من الأموال الزكوية، إذ الشركة تملك أكبر مجمع بالكويت (مجمع الأفنيوز)، ولكي تبني مثل هذا المبنى الضخم قامت الشركة بأخذ تمويلات بمبالغ كبيرة تسدد خلال عشر سنوات قادمة، فالشركة لا تجب عليها الزكاة مع أن القانون ألزمها بإخراج الزكاة عن الربح المحقق.

- ومما يدل على أن الربح ليس هو محل الزكاة الوحيد - كما نص عليه القانون - أن كثيراً من الشركات لم تحقق أرباحاً، ومع ذلك تجب في أموالها الزكاة، ولكن من خلال النظر في الميزانية العامة للشركة نجدها تحتوي على بنود تجب فيها الزكاة، كبنود: النقد والنقد المعادل، والعقارات المعروضة للبيع، والأسهم بنية المضاربة وغيرها من الأموال الواجب فيها الزكاة، فعلى المساهم أن ينتبه لمثل هذا الأمر، وعلى الشركة إما أن تخرج الزكاة عن المساهمين، أو تحسب الزكاة عن كل سهم، وتخبر المساهمين بمقدار الزكاة، وإلا تكون هذه الأموال من الكنز الذي لم يخرج زكاته.

- ومن الإشكالات الشرعية من إخراج الزكاة من بند الربح فقط أن الشركات تختلف أنشطتها باعتبار عقد التأسيس لها، فبعضها شركات زراعية وبعضها صناعية أو حيوانية، ومعلوم أن الزكاة الواجبة في الشركات الزراعية لا علاقة له بالربح نهائياً؛ إذ الزروع لها شروط تختلف عن الأموال النقدية، وزكاتها وقت حصاد الزروع أو الثمار - بشروط - قال تعالى: ﴿وَأَنذُواْ حَقَّ يَوْمٍ حَصَادِهِمُ﴾ [الأنعام:



[١٤١]، كما انعقد الإجماع على وجوب العشر أو نصفه فيما أخرجته الأرض في الجملة.

وقد تناولت الندوة الثامنة لقضايا الزكاة المعاصرة موضوع: زكاة الزروع والثمار، وانتهوا إلى ما يلي<sup>(٤١)</sup>:

أولاً: وجوب الزكاة في كل ما تنتجه الأرض من الزروع والثمار والخضراوات إذا بلغت نصاباً.

ثانياً: النصاب الشرعي في الزروع والثمار والخضراوات هو خمسة أوسق، وكل وسق ستون صاعاً، والصاع خمسة أرتال وثلاث رطل بغدادي، وما لا يكال يكون النصاب فيه مقدار النصاب في أوسط الحبوب المقتاتة في الغالب.

ثالثاً: الأصل في زكاة الزروع والثمار والخضراوات إخراجها من أعيانها، ويجوز دفع قيمتها للمصلحة.

رابعاً: للمؤسسات الزكوية تقدير الزكاة في الثمار بطريق الخرص.

خامساً: المنشآت الزراعية التي تباع ما تنتجه تؤدي زكاة الزروع والثمار.

سادساً: مقدار الزكاة في المحاصيل الزراعية العشر (١٠٪) إذا كانت تسقى بالماء ونحوه، ونصف العشر (٥٪) إذا كانت تسقى بطريقة الآبار ونحوه مما فيه كلفة معتبرة عند السقي".

وبناء على هذه القرارات الصادرة من الندوة الخاصة بالزكاة، نجد أن القانون أغفل زكاة الزروع والثمار وأوجب الزكاة على الربح فقط؛ إذ الشركات الزراعية يجب عليها إخراج زكاة زروعها وثمارها وقت الحصاد دون النظر إلى الربح من عدمه. وكذا يقال في الشركات الحيوانية، إذ نصابها ومقدار الزكاة الواجب إخراجها يختلف عما نص عليه قانون الزكاة الكويتي، وهو ما تم استدراكه في مشروع القانون النموذجي للزكاة المقدم من بيت الزكاة.

(٤١) انظر: أحكام وفتاوى الزكاة والصدقات والنذور والكفارات: ٧٩، إعداد بيت الزكاة الكويتي.

## المبحث الرابع مصارف الزكاة

جاءت المادة الثانية من القانون لتعطي وزارة المالية دور التحصيل، ومن ثم دور التوزيع والصرف على الجهات المستحقة، فجاءت كما يلي: "تتولى وزارة المالية تحصيل النسبة المقررة بالمادة الأولى لصالح الخزنة العامة للدولة بالكيفية التي ينظمها هذا القانون ولائحته التنفيذية".

فالمادة أوكلت مهام تحصيل وجمع زكاة الشركات إلى وزارة المالية؛ إذ هي بطبيعة الحال الجهة المختصة بقضايا تحصيل الأموال في الدولة عموماً.

وجاءت المادة الثالثة من القانون لتعطينا إشارة عامة لقواعد الصرف: "يصدر وزير المالية اللائحة التنفيذية لهذا القانون التي تبين قواعد وإجراءات التحصيل والإنفاق للأموال المحصلة في مدة لا تتجاوز سنة من تاريخ صدور هذا القانون متضمنة المصارف الشرعية للزكاة بعد أخذ موافقة هيئة الفتوى والشئون الإسلامية، وذلك مع مراعاة أحكام المادة الأولى من هذا القانون".

فالمادة الثالثة من القانون أحالت تحديد المصارف الشرعية إلى اللائحة التنفيذية، مع اشتراط أخذ الموافقة الشرعية من قبل هيئة الفتوى التابعة لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.

وقد صدرت اللائحة التنفيذية محتوية على المصارف الشرعية للزكاة؛ إذ مادة (١٥) من اللائحة التنفيذية تعطي حرية الشركة اختيار أحد المصارف الشرعية للزكاة، والتي تم تحديدها في اللائحة، فنصت على أنه: "على الشركات الخاضعة للقانون سداد المبلغ المستحق عليها من واقع الإقرار خلال مدة لا تتجاوز اليوم الخامس عشر من الشهر الرابع التالي لنهاية الفترة الخاضعة للقانون، ولها عند سداد المبلغ المستحق عليها أن تحدد القدر الذي يمثل زكاة من المبلغ المسدد، كما لها أن تطلب توجيه المبلغ المسدد أو جزء منه إلى إحدى الخدمات العامة. وفي حالة عدم توجيه الشركات لتلك المبالغ تتولى وزارة المالية توجيهها طبقاً للقانون.

كما أوجبت مادة (١٨) من اللائحة التنفيذية الالتزام بإنفاق الزكاة إلى المصارف الشرعية المحددة من قبل هيئة الفتوى، فجاءت كما يلي: "تتولى وزارة المالية إنفاق القدر الذي يمثل زكاة عن أموال الشركات الخاضعة للقانون من المبلغ المحصل إلى المصارف الشرعية المحددة بكتاب هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية المشار إليه".

أما في مادة (١٩) من اللائحة التنفيذية فقد حددت المصارف الشرعية: "تتولى وزارة المالية إنفاق المبلغ المحصل من الشركات الخاضعة للقانون لصالح الخدمات العامة التالية:

- ١ - الأمن والعدالة.
- ٢ - الدفاع.
- ٣ - الخدمات التعليمية.
- ٤ - الخدمات الصحية.
- ٥ - التكافل الاجتماعي والشئون الاجتماعية.
- ٦ - الخدمات الإعلامية.
- ٧ - الخدمات الدينية.
- ٨ - الإسكان.
- ٩ - المرافق.
- ١٠ - الكهرباء والماء.
- ١١ - الزراعة والثروة السمكية.

هذه المواد الخاصة بالمصارف الشرعية. وقد حددها القرآن صراحة بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ فُلُؤُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: ٦٠].

فالآية بينت لنا بنص صريح وواضح المصارف الشرعية للزكاة؛ إذ يجب صرف الزكاة لهذه الأصناف ولما يدخل تحتها، قال الإمام الشافعي: "فأحكم الله فرض الصدقات في كتابه، ثم أكدها وشددها فقال: ﴿فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ﴾، فليس لأحد أن يقسمها على غير ما قسمها الله عز وجل عليه<sup>(٤٢)</sup>."

قال الباجي: "فهذه ثمانية أصناف يجوز وضع الصدقات فيها، ولا يجوز وضعها في غيرهم؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ﴾ فأتى بلفظ الحصر، وهذا يقتضي نفي إعطاء الصدقات لغيرهم"<sup>(٤٣)</sup>.

(٤٢) انظر: أحكام القرآن، للشافعي: ١٦١، دار الكتب العلمية.

(٤٣) انظر: المنتقى: ١٥٢/٢.

ولقد نبه العلماء الاقتصاديون والاجتماعيون على أن المهم ليس هو جباية الأموال وتحصيلها؛ فقد تستطيع الحكومات بوسائل شتى الحصول على ضرائب مباشرة وغير مباشرة، وقد يكون ذلك مع رعاية العدل والنصفة، ولكن الأهم من ذلك هو: أين تصرف هذه الأموال بعد تحصيلها؛ ولهذا اهتم القرآن بهذه القضية ولم يتركها مجاملة كما فعل في كثير من الأحكام المتعلقة بالزكاة، إذ ترك تفصيلها للسنة النبوية تبين المراد، وتزيل الإشكال<sup>(٤٤)</sup>.

قال الإمام النووي: "ينبغي للإمام والساعي وكل من يفوض إليه أمر تفريق الصدقات أن يعتني بضبط المستحقين ومعرفة أعدادهم وأقدار حاجاتهم؛ بحيث يقع الفراغ من جمع الصدقات بعد معرفتهم أو معها؛ ليعجل حقوقهم، وليأمن هلاك المال عنده"<sup>(٤٥)</sup>.

فالمصارف الشرعية قد حددها الشارع تحديداً لا يدع مجالاً للزيادة والتوسع فيه، ولكن من خلال النظر إلى المصارف التي جاءت في اللائحة التنفيذية لقانون الزكاة ترى أن كثيراً منها ليس من مصارف الزكاة الشرعية؛ مثل: الأمن والعدالة، والدفاع، والخدمات الصحية، والخدمات الإعلامية، والإسكان، والمرافق، والكهرباء والماء والزراعة والثروة السمكية.

والسبب في عدم دخول هذه المصارف تحت الزكاة أن أغلبها من اختصاصات الدولة، ودولة الكويت - بفضل الله - دولة غنية لديها من الفوائض المالية ما يغطي تكاليف تلك البنود وزيادة، فلا تحتاج إلى أخذ الزكاة من أجل الصرف على الخدمات الصحية أو التعليمية أو المرافق أو الكهرباء والماء وغيرها مما ذكر.

فليس كل ما هو منصوص عليه من المصارف الشرعية يمكن دفع الزكاة إليه، وبهذه البنود نجد أن القانون إلى الضريبة أقرب، وخاصة أن الفقراء والمساكين والغارمين ممن يستحقون الزكاة في الكويت عددهم كثير، وهم أولى بالصرف إليهم من المرافق العامة مثلاً.

كما أن المادة نصت على وجوب اعتماد هيئة الفتوى للمصارف المبينة، وبعد النظر في فتوى وزارة الأوقاف بخصوص هذه المصارف جاءت الفتوى كما يلي:

(٤٤) انظر: فقه الزكاة، د. يوسف القرضاوي: ٥٤٣/٢.

(٤٥) انظر: روضة الطالبين: ٣٣٧/٢.



بناء على نص المادة (٣) من القانون رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٦م المتضمنة ضرورة الرجوع إلى هيئة الفتوى في وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، وأخذ موافقتها عند إصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون، فقد اجتمعت هيئة الفتوى في وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بناء على استفتاء من السيد خليفة مساعد حمادة، وكيل وزارة المالية بتاريخ ١٦ جمادى الأولى ١٤٢٨هـ، الموافق ٢٠٠٧/٦/٢م، مرفقاً به بنود مصارف الميزانية، لبيان ما يمكن أن يعد من مصارف الزكاة منها، وأصدرت فتاها رقم ١٤/هـ/٢٠٠٧م بنصها التالي:

إن قائمة بنود الميزانية العامة للدولة تضمنت بنوداً هي من مسؤولية الدولة تجاه المواطنين، والدولة مقتدرة - بحمد الله تعالى - لتكفل هذه البنود، كما أن هذه البنود تشمل مستحقين للزكاة وغير مستحقين لها، لذلك لا يمكن اعتمادها مصرفاً للزكاة، ونرفق لكم المستحقين للزكاة كما ورد في لائحة توزيع الزكاة الصادرة من بيت الزكاة المعتمدة من هيئة شرعية، وتنصح الهيئة بصرف الزكاة عن طريق بيت الزكاة. والله تعالى أعلم، وصلى الله تعالى على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

فالبنود المنصوص عليها على أساس أنها مصارف الزكاة لم توافق عليها هيئة الفتوى في وزارة الأوقاف، كما أن اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة لم تجز هذه المصارف، ولم تبين رأيها، وإنما أحالت الأمر إلى هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف.

وعليه يجب على الشركات التي تخرج الزكاة بناء على هذا القانون وتدفعه للدولة أن ترفق كتاباً تبين فيه أن هذا المبلغ للزكاة، وأن تحدد الشركة للدولة أين توجهه، والأفضل أن تحدد بيت الزكاة كأحد المصارف؛ إذ بيت الزكاة هو خير من يستطيع تسلم الأموال الزكوية وأوثق جهة تصرف وتضع الزكاة في مصارفها الشرعية.

فلا يجوز للشركة أن تترك أمر اختيار جهة الصرف إلى الدولة؛ لأن مادة (٢٠) من اللائحة يعطي الدولة مطلق الحرية في اختيار جهة الصرف لأي مبلغ يأتيها من غير تحديد لمحل الصرف، وعليه فإن الدولة لا تراعي الوجوه الشرعية للمستحقين للزكاة، فتقوم بالإنفاق على أمور غير شرعية، وبهذا لا تسقط الزكاة عن المكلف، فجاءت المادة (٢٠): "تتولى وزارة المالية إنفاق المبلغ المحصل من الشركات الخاضعة للقانون في أي بند من بنود الميزانية العامة للدولة إذا لم تحدد الشركة توجيه المبلغ المحصل".

والسؤال: ما حكم الزكاة إذا تبين خطأ صرفها، بأن تبين أنها أعطيت لجهة لا تستحق الزكاة، هل يمكن اعتبارها من الزكاة؟

ذكرنا أن الواجب على الشركة بداية أن تبين - وقت دفع مبلغ الزكاة للدولة - المصرف وتحدده؛ وذلك باختيارها أحد المصارف الشرعية، كما على الشركات أن تجتهد في معرفة وبيان الجهة التي ستتوجه إليها من مستحقي الزكاة، فإذا تبين بعد ذلك أن المال لم يصرف في الجهة المشار إليها، وأن مبلغ الزكاة ذهب إلى مصرف غير شرعي، وعلمت بذلك علم اليقين، فالفقهاء في هذه المسألة على تفصيل يختلف من مذهب إلى مذهب<sup>(٤٦)</sup>، وإليك التفصيل:

**القول الأول:** ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن من دفع الزكاة إلى من يظنه فقيراً ثم بان أنه غني أو هاشمي أو كافر، أو دفع في ظلمة، فبان أن الآخذ أبوه أو ابنه، فزكاته مُجْزئة ولا يطالب بدفع زكاة أخرى<sup>(٤٧)</sup>.

واستدلوا بحديث معن بن يزيد قال: "كان أبي يزيد أخرج دنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل في المسجد، فجئت فأخذتها فأتيتها بها، فقال: والله ما إياك أردت، فخاصمته إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال: لك ما نويت يا يزيد، ولك ما أخذت يا معن<sup>(٤٨)</sup>."

ولأننا لو أمرناه بالإعادة أفضى إلى الحرج؛ لأنه ربما تكرر خطؤه.

**القول الثاني:** للمالكية؛ حيث فرقوا بين حالين<sup>(٤٩)</sup>:

**الأولى:** أن يكون الدافع الإمام أو مقدم القاضي أو الوصي، فيجب استردادها، لكن إن تعذر ردها أجزأت؛ لأن اجتهاد الإمام حكم لا يتعقب.

**الثانية:** أن يكون الدافع رب المال فلا تجزئه، فإن استردها وأعطائها في وجهها، وإلا فعليه الإخراج مرة أخرى، وإنما يستحق استردادها إن فوتها الآخذ بفعله، بأن أكلها أو باعها أو وهبها أو نحو ذلك، أما إن فاتت بغير فعله بأن تلفت بأمر سماوي،

(٤٦) انظر: فقه الزكاة، د. يوسف القرضاوي: ٧٤٠/٢، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٣٣/٢٣.

(٤٧) انظر: المبسوط: ١٢/٣، البدائع: ٥٠/٢، العناية: ٢٧٦/٢.

(٤٨) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: إذا تصدق على ابنه وهو لا يشعر، رقم: ١٣٣٣.

(٤٩) انظر: مواهب الجليل: ٣٥٩/٢، شرح مختصر خليل للخرشي: ٢٢٤/٢، حاشية الدسوقي: ٥٠٢/١.

فإن كان غر الدافع بأن أظهر له الفقر أو نحو ذلك؛ فيجب عليه ردها أيضاً، أما إن لم يكن غره فلا يجب عليه الرد.

القول الثالث: يجب الاسترداد، وعلى الآخذ الرد، سواء علم أنها زكاة أم لا، فإن استردت صرفت إلى المستحقين، وإن لم يمكن الاسترداد فإن كان الذي دفعها الإمام لم يضمن، وإن كان الذي دفعها المالك ضمن، وهو قول الشافعية في المعتمد عندهم<sup>(٥٠)</sup>.

القول الرابع: للحنابلة القائلين<sup>(٥١)</sup>: إن بان الآخذ عبداً أو كافراً أو هاشمياً أو قرابة للمعطي ممن لا يجوز الدفع إليه، فلا تجزئ الزكاة عن دفعها رواية واحدة؛ لأنه ليس بمستحق، ولا تخفى حاله غالباً، فلم يجز الدفع إليه، كديون الأدميين.

أما إن ظنه فقيراً فبان غنياً فكذلك على رواية، والأخرى يجزئه، لحديث معن بن يزيد المتقدم، وحديث أبي هريرة عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "قال رجل لأتصدقن الليلة بصدقة، فخرج بصدقته فوضعها في يد زانية، فأصبحوا يتحدثون: تصدق الليلة على زانية، قال: اللهم لك الحمد على زانية، لأتصدقن بصدقة، فخرج بصدقته فوضعها في يد غني، فأصبحوا يتحدثون: تصدق على غني، قال: اللهم لك الحمد على غني، فأصبحوا يتحدثون: تصدق على سارق، فقال: اللهم لك الحمد على زانية وعلى غني وعلى سارق، فأتني فقيل له: أما صدقتك فقد قبلت، أما الزانية فلعلها تستعف بها عن زناها، ولعل الغني يعتبر فينفق مما أعطاه الله، ولعل السارق يستعف بها عن سرقتها"<sup>(٥٢)</sup>.

### الترجيح:

بعد النظر في أقول الفقهاء وما ذهبوا إليه نجد أن الحال هنا يختلف بعض الشيء عما ذكره الفقهاء؛ ففي ظل وجود قانون يلزم الشركة الرابحة دفع زكاة ربحها، والمبالغ المدفوعة لا يمكن استردادها، وفي الغالب لا يمكن للشركات معرفة محل صرفها، وعليه نقول: إن الشركة إذا اجتهدت في توجيه الزكاة إلى المستحقين؛ وذلك بأن قامت بمراسلة وزارة المالية بقيامها صرف الزكاة إلى مصرف شرعي

(٥٠) انظر: المجموع: ٢٢٣/٦، أسنى المطالب: ٤٠٥/١.

(٥١) انظر: المغني: ٢٨٠/٢، الفروع: ٥٨٤/٢، الإنصاف: ٢٦٣/٣.

(٥٢) انظر: رواه بهذا اللفظ مسلم في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: ثبوت أجر المتصدق وإن وقعت الصدقة في غير محلها، رقم: ١٦٩٨.

معتبر، فهنا تبرأ الشركة، ويكون ما دفع زكاة شرعية؛ لأنه بذل ما في الوسع، ولن يضيع الأجر بإذن الله.

أما إذا قصرت الشركة والمساهمون في محاسبة الشركة، بأن لم يبال أحد ولم تبذل الشركة وسعها في توجيه المبالغ، ثم تبين خطأ المصرف الصحيح، فعلى الشركة تحمل تبعه الخطأ الناشئ عن التقصير وعدم المبالاة. والله أعلم.



## المبحث الخامس عقوبة الممتنع عن دفع الزكاة

جاء في المادة (١) من القانون أنه: "... يعاقب كل من قدم بيانات غير صحيحة أو امتنع عن تقديمها بقصد التهرب من أداء النسبة المشار إليها... بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وبغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين مع الحكم بسداد المبلغ المطلوب".

نصت هذه الفقرة من المادة الأولى من القانون على عقوبة الممتنع من دفع الزكاة، كما حددت مقدار العقوبة، وذلك بالحبس بما لا يتجاوز ثلاث سنوات والغرامة المالية بما لا يتجاوز خمسة آلاف دينار، أو بإحدى العقوبتين، مع اشتراط دفع الزكاة المستحقة على الشركة.

ومما هو معلوم أنه يحرم على المسلم الامتناع عن دفع الزكاة، وقد تواعد الله مانع الزكاة في الآخرة بعقوبة شديدة فقال: ﴿وَالَّذِينَ يَكْذِبُونَ أَذْهَبَ الْفِضَّةَ وَلَا يُفْقَدُونَهَا فِي سَكِينٍ اللَّهُ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ (٢٤) يَوْمَ يُحْمَى عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَى بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُوهُهُمْ وَظُهُورُهُمْ هَذَا مَا كُنْتُمْ لَا تُفْقِدُونَ مَا كُنْتُمْ تَكْذِبُونَ [التوبة: ٣٤، ٣٥].

كما ذكر النبي (صلى الله عليه وسلم) عقوبته في الآخرة بقوله: "من آتاه الله مالاً فلم يؤد زكاته مثل له شجاع أقرع له زبيبتان يطوقه يوم القيامة يأخذ بلهزمتيه - يعني شذقيه - ثم يقول: أنا مالك، أنا كنزك"، ثم تلا: ﴿وَلَا يَحْسَبَنَّ الَّذِينَ يَبْخُلُونَ بِمَا ءَاتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ هُوَ خَيْرًا لَّهُمْ بَلْ هُوَ سَرٌّ لَّهُمْ سَيُطَوَّقُونَ مَا بَخِلُوا بِهِ يَوْمَ الْقِيَمَةِ وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ (٥٣).

### وأما العقوبة الدنيوية:

فإنه يجوز للحاكم أخذ الزكاة من الممتنع قهراً وإن لم يرض صاحب المال، كما يجوز له قتال الممتنعين عنها كما فعل أبو بكر الصديق (رضي الله عنه)، وقال: "لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة" (٥٤)، ووافقه الصحابة (رضوان الله على

(٥٣) رواه البخاري في صحيحه بهذا اللفظ، كتاب: الزكاة، باب: إثم مانع الزكاة، رقم: ١٣١٥.

(٥٤) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: وجوب الزكاة، رقم: ١٣١٢، ومسلم، كتاب: الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، رقم: ٢٩.

الجميع<sup>(٥٥)</sup>، وهو ما نص عليه قانون الزكاة من أن الممتنع عليه دفع الزكاة الواجبة عليه.

واختلف الفقهاء في حكم تعزيز الممتنع عن الزكاة بعد إجباره على الدفع على قولين:

**القول الأول:** أنه يجوز التعزيز بالمال. وبه قال بعض المالكية<sup>(٥٦)</sup>، والشافعية في المعتمد<sup>(٥٧)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٥٨)</sup>.

واستدلوا بما رواه بهز بن حكيم عن أبيه، عن جده، أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: "في كل سائمة إبل، في أربعين بنت لبون، ولا يفرق إبل عن حسابها من أعطاه مؤجراً بها فله أجرها، ومن منعها فإننا آخذوها وشطر ماله، عزمة من عزمات ربنا عز وجل، ليس لآل محمد منها شيء"<sup>(٥٩)</sup>.

وجاء في الأحكام السلطانية: "إذا ترك الزكاة فلا يقتل بها، وتؤخذ إجباراً من ماله، ويعزز إن كتمها بغير شبهة، وإن تعذر أخذها لامتناعه حورب عليها، وإن أفضى الحرب إلى قتله حتى تؤخذ منه كما حارب أبو بكر الصديق مانعي الزكاة"<sup>(٦٠)</sup>.

**القول الثاني:** ليس للحاكم تعزيز مانع الزكاة، وإنما له الإيجار والتضييق عليه حتى يدفع الزكاة، فإن دفعها فلا يعزز بعد ذلك. وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في غير المعتمد والحنابلة<sup>(٦١)</sup>.

وأقوى دليل لهم: قول النبي (صلى الله عليه وسلم): "ليس في المال حق سوى الزكاة"<sup>(٦٢)</sup>.

**ووجه الدلالة:** نفي النبي (صلى الله عليه وسلم) أخذ أي مال زيادة على الزكاة، والمنفي المراد منه النهي، فلا يجوز التعزيز بأخذ مال زائد على حق الزكاة.

(٥٥) انظر: المنتقى: ١٧٥/٢.

(٥٦) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون اليعمرى: ١٩١/٢، شرح مختصر خليل، للخرشي: ٢٢٦/٢.

(٥٧) انظر: روضة الطالبين: ٢٠٨/٢، مغني المحتاج: ١٣٨/٢.

(٥٨) انظر: الفروع: ٥٤٤/٢، الإنصاف: ١٨٧/٣.

(٥٩) رواه بهذا اللفظ أبو داود في سننه، كتاب: الزكاة، باب: زكاة السائمة، رقم: ١٣٤٤.

(٦٠) انظر: الأحكام السلطانية، علي بن محمد الماوردي: ٢٧٧، ط: دار الكتب العلمية.

(٦١) انظر: البناية شرح الهداية: ٨/٣، شرح مختصر خليل للخرشي: ٢٢٦/٢، المهذب: ١٤٨/١، المغني: ٧/٤.

**ويناقش: بأن الحديث فيه ضعف؛** لأن في سنده أبو حمزة ميمون الأعور القصاب الكوفي، وهو ضعيف<sup>(٦٣)</sup>.

### الترجيح:

بعد النظر في أقوال الفقهاء، نجد أن القول الأول هو أولى بالترجيح، والقائل بمشروعية فرض العقوبة التعزيرية بالمال أو الحبس، حسبما يراه الحاكم، وخاصة في ظل وجود قوانين وضعت من أجل تنظيم سير الحياة، كما أن النصوص الشرعية أعطت الإمام الحق في فرض عقوبة على الممتنع عن دفع الزكاة، وهو ما عليه قانون الزكاة من فرض العقوبة على الممتنع؛ إذ بعض البشر تهاب من العقوبات مما يجعلها تلتزم بأوامر الحاكم وتطبقه كما أريد منها.

(٦٢) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الزكاة، باب: ما أدي زكاته فليس بكنز، رقم: ١٧٧٩.

## المبحث السادس

### مقارنة بين الزكاة والضرائب المعاصرة<sup>(٦٤)</sup>

**الضريبة هي:** إلزام نقدي يؤدي للدولة طبقاً لقواعد محددة باعتباره عضواً في المجتمع، ويكون دفعها دون مقابل من أجل تحقيق الرفاهية لجميع أفراد المجتمع<sup>(٦٥)</sup>.

كما يمكن تعريفها بأنها: المقدار النقدي الذي يلزم الأفراد والشركات بدفعه للدولة وفق قواعد محددة، للمساهمة بتغطية النفقات العامة للدولة، وتحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية ونحوها، دون نفع معين لكل ممول معين<sup>(٦٦)</sup>.

ومن خلال التعريفين يتبين لنا أبرز خصائص الضرائب ما يلي:

- ١ - أنها دون مقابل.
  - ٢ - أنها مال نقدي.
  - ٣ - أنها إلزامية.
  - ٤ - أنها تؤدي للدولة.
  - ٥ - أنها تؤدي طبقاً لقواعد محددة.
  - ٦ - أن الغرض الأساسي منها تغطية نفقات الدولة.
  - ٧ - الهدف منها تحقيق الرفاهية.
- ولكي نحكم على قانون الزكاة الكويتي هل هو قانون شرعي أم ضريبي؟ لابد من ذكر أوجه الاتفاق والاختلاف بين الضريبة والزكاة<sup>(٦٧)</sup>:

(٦٣) انظر: تقريب التهذيب: ٢/٢٩٢.

(٦٤) تطرقت لهذا المبحث مع أنه أكثر من كتب فيه وتناوله بحثاً، ليس من أجل إعادة النظر فيه، وإنما لأجل تطبيقه على قانون الزكاة الكويتي، وذلك لكي نعرف هل هو قانون زكاة شرعي، أم قانون زكاة يقصد منه الضريبة؟

(٦٥) انظر: دراسات في الزكاة والمحاسبة الضريبية، د. يحيى مصطفى قللي: ١١٢، ط: دار المريخ، الرياض، ١٩٩٣م.

(٦٦) انظر: نوازل الزكاة: ٣٢٧.

(٦٧) ما سأذكره مختصراً ليس بالمخل، ومن أراد الاستزادة فعليه ب: فقه الزكاة: ٢/١٠٥٣، نوازل الزكاة: ٢/٣٢٨، دراسات في الزكاة والمحاسبة الضريبية: ١١٦، الزكاة والضريبة في الفقه الإسلامي، د. محمد شبير: ٢/٦٠١، ضمن أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة له وآخرين.



## أولاً - أوجه الاتفاق:

- ١ - تتفق الزكاة مع الضرائب المعاصرة في كونها إلزامية.
- ٢ - تتولى الدولة جبايتها والإشراف عليها.
- ٣ - انعدام المنفعة المادية المعينة المقابلة لدفع الضريبة والزكاة.
- ٤ - تحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية في كل من الضريبة والزكاة.

## ثانياً - أوجه الاختلاف :

تختلف الضرائب المعاصرة عن الزكاة من عدة وجوه؛ منها:

- ١ - الضريبة من وضع البشر، أما الزكاة فقد فرضها الله تعالى.
- ٢ - الزكاة عبادة مالية يقترن بها روح الإيمان والإخلاص لله تعالى والاحتساب؛ حيث إن دافعها يرجو الأجر والثواب من الله تعالى، في حين أن الضريبة فريضة مالية تفرضها الدولة، وهي بعيدة كل البعد عن المعاني الإيمانية من إخلاص واحتساب وأي وازع ديني، ولذا يشعر دافعها بالاستئثار والاستكثار والضجر والملل، فيلجأ إلى التهرب من دفعها.
- ٣ - الضريبة تجبى من قبل الدولة جبراً على الأفراد والشركات، ولا تسمح للناس أن يخرجوها بأنفسهم، وهذا مما يزيد نفقات التحصيل والجباية، في حين نجد أن الدولة الإسلامية تترك للأفراد توزيع زكاة بعض الأموال بأنفسهم كالأموال الباطنة، وهذا مما يؤدي إلى تقليل نفقات الجباية، هذا بالإضافة إلى تنمية العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع.
- ٤ - عقوبة الممتنع عن دفع الضريبة تقف عند العقوبات الدنيوية؛ من حبس وإجبار على التنفيذ، وفرض غرامات مالية، وهي عقوبات يمكن الاحتياال للتخلص منها، في حين نجد أن عقوبة الممتنع عن أداء الزكاة تتعدى العقوبات الدنيوية إلى الأخروية من خلود في النار للممتنع عنها جوداً، ووعيد شديد للممتنع عنها بخلاً، وهي عقوبات لا يستطيع الإنسان أن يحتال للتخلص منها.
- ٥ - الضريبة تؤخذ من عموم المواطنين القاطنين في الدولة على اختلاف أديانهم ومعتقداتهم، في حين أن الزكاة خاصة بالمسلمين.
- ٦ - الضريبة تجب في جميع الأموال دون تفريق بين طيب وخبيث، نام وغير نام، في حين أن الزكاة لا تجب إلا في الأموال الطيبة النامية.
- ٧ - الضريبة متغيرة المقدار، حيث تتغير بتغير الحاجات والنفقات العامة والموارد

- المالية للدولة، كما أنها تتغير بتغير الدخل فتزيد بزيادته، ولهذا وجد في أنظمتها ما يسمى بالتصاعد الضريبي.
- بينما نجد أن الزكاة ثابتة المقدار، فتفرض بنسبة ثابتة لا تتغير بتغير الحاجات ولا تغير الموارد ولا تغير الدخل، ويجب على الغني إخراجها ولو انعدمت الحاجة إليها.
- ٨ - نظام الضريبة المعاصرة يكتنفه كثير من التعديلات والتغييرات والإضافات دون علم الأفراد بهدف سد النواقص وعلاج العيوب، ويترتب على هذا عدم معلومية الضريبة المقررة على الفرد وعدم وضوحها، في حين أن الزكاة تتصف بالمعلومية والوضوح، فالأحكام المتعلقة بها واضحة ومعلومة لدى الأفراد لا تعديل فيها ولا زيادة.
- ٩ - الضريبة تصرف في النفقات العامة للدولة، فتوجه لسد حاجة المرافق العامة من صحة وتعليم ودفاع وأمن وطرق وغير ذلك، في حين أن الزكاة تصرف في المصارف الثمانية المنصوص عليها في القرآن.
- وبعد النظر في أوجه الاتفاق والاختلاف بين الزكاة والضريبة، يمكنني القول بأن قانون الزكاة الكويتي هو إلى الضريبة أقرب منه إلى الزكاة، وإنما سمي زكاة - لعله - لمكاسب سياسية، وذلك لما يأتي:
- ١ - أن نسبة الزكاة الشرعية (٢,٥٪)، والنسبة المنصوص عليها في قانون الزكاة هي (١٪).
- ٢ - أن الزكاة الشرعية تخرج من جميع الأموال الزكوية التي نص عليها الشارع الحكيم، أما قانون الزكاة فتخرج النسبة من صافي الأرباح فقط.
- ٣ - أن مصارف الزكاة الشرعية ثمانية منصوص عليها في القرآن، بخلاف القانون حيث أعطى لنفسه مجالاً أوسع؛ إذ كثير منها غير شرعي.
- ٤ - أن من يتولى جمع الزكاة هي إدارة الضريبة في وزارة المالية، وكأن الدولة تنظر إليه أنها ضريبة وليس زكاة شرعية.
- ٥ - كما أن حكومة دولة الكويت تنظر إلى هذا القانون بأنه ضريبي؛ ولهذا قبل إقراره من قبل مجلس الأمة قدمت الحكومة تعديلاً على القانون بحيث تلغي كلمة الزكاة، وتستبدل بكلمة ضريبة، إلا أن المجلس رفض هذا التعديل.
- ولهذه الأسباب أرى أن القانون إلى الضريبة أقرب، وهو ما ذهب إليه كثير من العلماء والفنيون.

## ولكن ما حكم احتساب الضريبة من الزكاة؟

اختلف الفقهاء في المبالغ المدفوعة إلى الدولة على صفة الضريبة؛ هل يجوز احتسابها من الزكاة، وذهب أغلب الفقهاء إلى عدم جواز ذلك<sup>(٦٨)</sup> لما رأيته من أوجه الاختلاف بين الضريبة والزكاة.

ولكن أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لا ينطبق على هذا القانون بإجماله، ولهذا قلت: إن هذا القانون إلى الضريبة أقرب، وبينت أسباب قربه من الضريبة، وعليه هل تجزئ الزكاة المخرجة من قبل الشركة أم لا؟  
أرى أن المسألة تحتاج إلى شيء من التفصيل؛ فيمكن أن نعتبر المبلغ المخرج مبلغ الزكاة الشرعي، وذلك بعد تحقق الشروط التالية:

- ١ - مخاطبة الشركة الدولة بأن المبالغ هي للزكاة وليس للضريبة.
- ٢ - أن تحدد الشركة المصارف الشرعية من أجل الصرف وتوجيه الزكاة إليها.
- ٣ - الأسلم توجيه المبالغ لبيت الزكاة الكويتي.
- ٤ - إخبار المساهمين بمبلغ الزكاة المتبقي عليهم.
- ٥ - التحري قدر الاستطاعة أن الدولة وجهت مبلغ الزكاة على حسب ما تم تحديده. هذه بعض الضوابط التي إذا روعيت من قبل الشركة اعتبرنا ما دفع أنه زكاة شرعية تبرأ ذمة المساهمين مما عليهم من الزكاة بمقدار ما تم دفعه نيابة عنهم، وأما إذا لم تراعى الضوابط فلا يصح اعتبار المبالغ المدفوعة أنها من الزكاة؛ لأنها في الغالب ستصرف في غير المصارف الشرعية للزكاة. والله أعلم.

## الخاتمة:

أحمد الله - سبحانه وتعالى - جلّت قدرته، وتنوعت آلاؤه ونعمه على عباده، فله الحمد كما ينبغي لجلال وجهه الكريم، وعظيم سلطانه، فهو أهل الثناء والمدح، أن يسر لي الانتهاء من إعداد هذا البحث، الذي توصلت فيه إلى النتائج والتوصيات التالية:

## أولاً - النتائج:

- ١ - تميزت دولة الكويت بحرص شعبها وحكامها على إخراج الزكاة ودفعها للمستحقين منذ نشأتها، وقد تطورت طرق جمع الزكاة باختلاف الأزمنة.

(٦٨) لم أنكر الخلاف لعدم الإطالة، ومن أراد الزيادة فليُنظر: نوازل الزكاة: ٣٣١.

- ٢ - مشروعية جمع الزكاة من قبل الدولة إذا توافرت الشروط والدواعي، وللدولة معاقبة الممتنع عن دفعها من باب التعزير.
  - ٣ - الأصل أن كل فرد مكلف بإخراج زكاة أسهمه، ويجوز للشركة إخراج الزكاة نيابة عن المساهمين بعد أخذ موافقتهم.
  - ٤ - لا يجوز أخذ المال على أساس الزكاة عمن لم تجب عليه؛ مثل الكافر أو أموال الدولة العامة أو أموال الوقف.
  - ٥ - مقدار الزكاة الشرعي المجمع عليه (٢,٥٪) ربع العشر، بخلاف ما أقره القانون بـ (١٪)، وعليه يجب على الشركة إخبار المساهمين بالمبلغ المتبقي عليهم.
  - ٦ - أن الزكاة لا تؤخذ من صافي الربح فقط، وهو ما أخذ به القانون، وإنما من جميع الأموال التي تجب فيها الزكاة.
  - ٧ - على أخذ الزكاة مراعاة صرفها وإنفاقها في مصارفها الشرعية المنصوص عليها.
  - ٨ - إذا تيقن المزكي أن الأخذ لم يوجه زكاته نحو المصارف الشرعية، فإنه لا تعتبر زكاة شرعية، وتكون ذمته مشغولة بالزكاة.
  - ٩ - يعتبر هذا القانون إلى الضريبة أقرب، ولهذا على الشركات مخاطبة وزارة المالية بتوجيه الزكاة نحو المصارف الشرعية.
  - ١٠ - أن القانون بصيغته المقررة من قبل المجلس جاءت بعض مواد غير موافق عليها من الناحية الشرعية، كما أن بعض المواد لم توافق عليها هيئة الفتوى.
- ثانياً: التوصيات:**
- ١ - على أعضاء مجلس الأمة مراجعة القانون وتعديله بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.
  - ٢ - الإسراع لإقرار قانون الزكاة المعد من قبل بيت الزكاة الكويتي، حيث تمت مراجعته من قبل العلماء، وهو جاهز لإقراره من قبل مجلس الأمة.
  - ٣ - أن تضاف مادة في القانون مفادها أن من يتولى جمع أموال الزكاة هي وزارة المالية، أما من يتولى التوزيع فيوكل لبيت الزكاة الكويتي؛ إذ هو هيئة مستقلة تابعة للدولة، وقد حاز ثقة أغلب الشعب.
  - ٤ - على الشركات الضغط على الدولة من أجل التأكد من صرف الزكاة في المصارف الشرعية.
  - ٥ - حرص الهيئات الشرعية وإدارة الرقابة التابعة للشركات على مخاطبة وزارة المالية عند دفع الزكاة بإنفاق المبالغ نحو الجهات الشرعية.



## ملحق (أ) مواد القانون

### المادة: (١)

تحصل نسبة مقدارها (١٪) سنوياً من صافي أرباح الشركات الكويتية المساهمة العامة والمقفلة، ولهذه الشركات عند تقديم إقراراتها بالمستحق عليها مرفقاً بها ميزانياتها السنوية بموجب هذا القانون أن تحدد القدر الذي يمثل زكاة عن أموالها من المبلغ المحصل، كما أن لها أن تطلب توجيه المبلغ المستحق عليها أو جزء منه إلى إحدى الخدمات العامة، ويعاقب كل من قدم بيانات غير صحيحة أو امتنع عن تقديمها بقصد التهرب من أداء النسبة المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، وبغرامة لا تجاوز خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين مع الحكم بسداد المبلغ المطلوب.

### المادة: (٢)

تتولى وزارة المالية تحصيل النسبة المقررة بالمادة الأولى لصالح الخزنة العامة للدولة بالكيفية التي ينظمها هذا القانون ولائحته التنفيذية.

### المادة: (٣)

يصدر وزير المالية اللائحة التنفيذية لهذا القانون التي تبين قواعد وإجراءات التحصيل والإنفاق للأموال المحصلة في مدة لا تتجاوز سنة من تاريخ صدور هذا القانون متضمنة المصارف الشرعية للزكاة، بعد أخذ موافقة هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، وذلك مع مراعاة أحكام المادة الأولى من هذا القانون.

### المادة: (٤)

يستثنى من تطبيق هذا القانون الشركات المملوكة للحكومة التي يصدر بإنشائها قوانين خاصة، والشركات التي يطبق عليها المرسوم رقم (٣) لسنة ١٩٥٥ المشار إليه.

### المادة: (٥)

على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، وينشر في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد صدور اللائحة التنفيذية.

## ملحق (ب)

### مواد اللائحة التنفيذية

## اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٦ في شأن الزكاة ومساهمة الشركات المساهمة العامة والمقفلة في ميزانية الدولة مادة: (١) التعاريف

في تطبيق أحكام هذه اللائحة يقصد بالمصطلحات الآتية المعاني المبينة قرين كل منها:

**الشركات الخاضعة للقانون:** كافة الشركات الكويتية المساهمة العامة والمقفلة ما عدا الشركات المنصوص عليها في القانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه.

**الفترة الخاضعة:** الفترة التي من أجلها تعد الشركة الخاضعة حساباتها.

**الدخل الإجمالي:** الدخل الذي تحققه الشركة الخاضعة أيّاً كان مصدره قبل اقتطاع الخصومات المسموح بها.

**صافي الأرباح:** الدخل الذي تحققه الشركة الخاضعة بعد اقتطاع الخصومات المسموح بها.

**الإقرار المالي:** بيان توضح فيه الشركة الخاضعة والمكلفة طبقاً للقانون نتيجة أعمالها خلال السنة المالية الخاضعة مرفقاً به القوائم المالية، وتقر فيه الشركة بالمبلغ المستحق طبقاً للقانون.

## الفصل الأول

### قواعد التحصيل

#### ١ - تحديد الدخل الخاضع

##### مادة: (٢)

يتحدد الدخل الخاضع على أساس الدخل الإجمالي الناتج عن العمليات على اختلاف أنواعها بعد خصم الخصومات المسموح بها، وهي كافة المصروفات والتكاليف التي تتكبدها الشركة على أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

١ - أن تكون المصروفات حقيقية ومؤيدة بالمستندات اللازمة.

٢ - أن تكون متعلقة بالنشاط ولزامة لتوليد الربح.

٣ - أن تتعلق بالفترة الخاضعة للقانون.

ولا يعد من قبيل المصروفات والتكاليف الواجبة خصم المخصصات والاحتياطيات التي تعدها الشركة، باستثناء المخصصات والاحتياطيات التي تعدها البنوك وشركات التأمين وفقاً لمعايير ولوائح الجهات المعنية بالرقابة عليها. كما يجب أن يتفق تحديد الدخل الإجمالي والخصومات المسموح بها مع الأصول والقواعد المحاسبية المعمول بها، وأن تكون طبقاً لمعايير المحاسبة المتعارف عليها.

مادة: (٣)

لأغراض احتساب المبلغ المستحق يسمح للشركات الخاضعة للقانون بخصم الآتي:

١ - التوزيعات النقدية التي حصلت عليها الشركة من شركات سبق محاسبتها عن هذا القانون.

٢ - حصة الأرباح التي حصلت عليها الشركة بشكل مباشر من شركات زميلة أو تابعة غير مجمعة لبياناتها المالية، وسبق محاسبتها عن نفس الفترة الخاضعة للقانون.

مادة: (٤)

تعامل الشركة القابضة والشركات الخاضعة للقانون (الشركة الأم) التي تقوم بتجميع البيانات المالية لشركاتها التابعة على أنها وحدة واحدة، ويخصم من المبلغ المستحق عليها المبالغ المدفوعة عن حصتها في أرباح شركاتها التابعة بشكل مباشر من واقع إقرارها المالي عن نفس الفترة الخاضعة للقانون دون أن يمتد الخصم للشركات التابعة لها.

مادة: (٥)

إذا ختم حساب إحدى الشركات الخاضعة للقانون في إحدى السنوات بخسارة؛ فإن هذه الخسارة تقبل في سنة تحققها، ولا يجوز ترحيلها للسنوات التالية.

٢ - تسجيل الشركات وتقديم الإقرار المالي.

مادة: (٦)

تلتزم الشركات الكويتية المساهمة العامة والمقفلة المؤسسة قبل سريان القانون بالتسجيل لدى وزارة المالية في مدة لا تتجاوز تسعين يوماً من بدء سريان القانون.

كما تلتزم الشركات الكويتية المساهمة العامة والمقفلة، والتي تؤسس بعد العمل بالقانون بالتسجيل لدى وزارة المالية بموجب إخطار يقدم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تأسيسها.

وتصدر وزارة المالية تعميماً بالنموذج المعتمد لتسجيل الشركات، وتحدد في ذات التعميم إجراءات تسجيل الشركات والبيانات الواجب إرفاقها.

#### مادة: (٧)

على الشركات الخاضعة للقانون أن تقدم الإقرار المالي لوزارة المالية مدققاً من قبل أحد مكاتب المحاسبة والمراجعة المعتمدة لدى وزارة المالية خلال مدة لا تتجاوز اليوم الخامس عشر من الشهر الرابع التالي لنهاية الفترة الخاضعة، وسداد المبلغ المستحق مع الإقرار على أن يرفق به الآتي:

- ١ - الميزانية العمومية والقوائم المالية والإيضاحات المتممة لها.
  - ٢ - المستندات المؤيدة للتوزيعات النقدية المستلمة.
  - ٣ - محضر الجمعية العمومية.
- وتصدر وزارة المالية تعميماً بالنموذج المعتمد للإقرار المالي الذي تلتزم به الشركات الخاضعة للقانون.

#### مادة: (٨)

- ١ - يجوز للشركة الخاضعة للقانون أن تطلب تمديد ميعاد تقديم الإقرار المالي وفقاً للشروط الآتية:
  - أ - أن يقدم الطلب خلال مدة لا تتجاوز اليوم الأول من الشهر الثالث الذي يلي نهاية الفترة الخاضعة للقانون، ويعتبر الطلب الذي يقدم بعد هذا الميعاد كأن لم يكن.
  - ب - أن تكون أسباب التمديد ضرورية ومقبولة، وذلك طبقاً للتعاميم التنفيذية التي تصدرها وزارة المالية.
- ٢ - على وزارة المالية الرد على طلب التمديد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، وفي حالة عدم الرد خلال هذا الميعاد يعتبر ذلك رفضاً ضمناً لطلب التمديد.
- ٣ - يجوز الموافقة على تمديد ميعاد تقديم الإقرار لمدة لا تزيد عن ستين يوماً تبدأ من اليوم التالي لنهاية الميعاد الأصلي لتقديم الإقرار.



## الفصل الثاني

### إجراءات التحصيل

#### ١ - إجراءات الربط والاعتراض والطعن

مادة: (٩)

يحق لوزارة المالية فحص الإقرار المالي المشار إليه بالمادة (٧) من هذه اللائحة ومراجعته، ولها أن تجري تعديلاً عليه على ضوء المستندات المؤيدة له وكافة الوقائع الثبوتية، كما يحق لها إجراء الربط التقديري على الشركات الخاضعة للقانون التي لم تلتزم بتقديم الإقرار المالي والحالات الأخرى التي يتعذر فيها تحديد الدخل الخاضع طبقاً للتعاميم التنفيذية التي تصدرها وزارة المالية.

مادة: (١٠)

يحق للشركة الخاضعة للقانون في حالة تعديل الإقرار المالي أو الربط بطريقة التقدير أن تعترض كتابة خلال ستين يوماً من تاريخ إخطارها بكتاب الربط، ويكون ربط المبلغ المستحق نهائياً واجب الأداء إذا انقضى الميعاد المذكور دون اعتراض، وتلتزم الشركة بالسداد خلال الثلاثين يوماً التالية لاعتبار الربط نهائياً.

مادة: (١١)

على وزارة المالية البت في الاعتراض خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ تقديمه، وإذا اتفقت وزارة المالية مع الشركة الخاضعة للقانون على تحديد المبلغ المستحق خلال الفترة المشار إليها، يتم ربط المبلغ المستحق بموجب هذا الاتفاق ويصبح نهائياً، وعلى الشركة دفعه خلال الثلاثين يوماً التالية على تاريخ الاتفاق، ويعتبر عدم رد وزارة المالية على الاعتراض بمثابة رفض له.

مادة: (١٢)

إذا رفض اعتراض الشركة الخاضعة للقانون صراحة أو ضمناً كان لها أن تطعن في قرار الرفض أمام لجنة الطعون المختصة في وزارة المالية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطارها برفض الاعتراض، أو من تاريخ فوات ميعاد البت في الاعتراض دون رد، ويتم الطعن كتابة بطلب يقدم إلى اللجنة المذكورة مرفقاً به كافة المستندات المؤيدة.

ويصدر وزير المالية قراراً بتشكيل لجنة الطعون أو أكثر، ويحدد القرار اختصاصاتها وإجراءات عملها.

## ٢ - إعادة إصدار الربط وتصحيح الربط النهائي

مادة: (١٣)

مع مراعاة أحكام المادة (١٠) من هذه اللائحة يحق لوزارة المالية إعادة إصدار ربط بالمبلغ المستحق فيما يتعلق بالسنوات التي سبق الربط عليها عند اكتشاف وزارة المالية إيرادات تخص الشركة الخاضعة للقانون لم تكشف عنها ضمن إقراراتها عن السنوات التي سبق الربط عليها، أو إدراجها لتكاليف غير حقيقية أو لا تخص هذه السنوات بهدف تخفيض الربح.

على أن يتضمن كتاب إعادة إصدار الربط الأسس التي بني عليها، وأن تخطر به الشركة.

مادة: (١٤)

مع مراعاة أحكام المادة (١٠) من هذه اللائحة يحق لوزارة المالية من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب الشركة الخاضعة للقانون أن تصحح أية أخطاء مادية أو حسابية في كتاب الربط النهائي متى تم اكتشافها.

## ٣ - إجراءات السداد والتحصيل

مادة: (١٥)

على الشركات الخاضعة للقانون سداد المبلغ المستحق عليها من واقع الإقرار خلال مدة لا تتجاوز اليوم الخامس عشر من الشهر الرابع التالي لنهاية الفترة الخاضعة للقانون، ولها عند سداد المبلغ المستحق عليها أن تحدد القدر الذي يمثل زكاة من المبلغ المسدد، كما لها أن تطلب توجيه المبلغ المسدد أو جزء منه إلى إحدى الخدمات العامة، وفي حالة عدم توجيه الشركات لتلك المبالغ تتولى وزارة المالية توجيهها طبقاً للقانون.

مادة: (١٦)

على الشركات الخاضعة للقانون سداد ما يزيد على المبلغ المستحق من واقع الإقرار إذا أجرت وزارة المالية تعديلات على الإقرار المالي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إصدار الربط.

مادة: (١٧)

يعتبر المبلغ المستحق بموجب قرار لجنة الطعون واجب الأداء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار بكتاب الربط بناء على قرار اللجنة حتى وإن تم الطعن عليه أمام المحاكم.

### الفصل الثالث

#### قواعد الإنفاق للأموال المحصلة

##### ١ - المصارف الشرعية

مادة: (١٨)

تتولى وزارة المالية إنفاق القدر الذي يمثل زكاة عن أموال الشركات الخاضعة للقانون من المبلغ المحصل إلى المصارف الشرعية المحددة بكتاب هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية المشار إليه.

##### ٢ - الخدمات العامة

مادة: (١٩)

تتولى وزارة المالية إنفاق المبلغ المحصل من الشركات الخاضعة للقانون لصالح الخدمات العامة التالية:

- ١ - الأمن والعدالة.
- ٢ - الدفاع.
- ٣ - الخدمات التعليمية.
- ٤ - الخدمات الصحية.
- ٥ - التكافل الاجتماعي والشئون الاجتماعية.
- ٦ - الخدمات الإعلامية.
- ٧ - الخدمات الدينية.
- ٨ - الإسكان.
- ٩ - المرافق.
- ١٠ - الكهرباء والماء.
- ١١ - الزراعة والثروة السمكية.

مادة: (٢٠)

تتولى وزارة المالية إنفاق المبلغ المحصل من الشركات الخاضعة للقانون في أي بند من بنود الميزانية العامة للدولة إذا لم تحدد الشركة توجيه المبلغ المحصل.

## الفصل الرابع

### أحكام عامة

#### مادة: (٢١)

تقوم وزارة المالية بالتنسيق مع الجهات الحكومية بعدم تقديم الخدمات للشركات الخاضعة للقانون إلا بعد تقديم هذه الشركات ما يفيد براءة نمتها من الالتزامات المقررة عليها بموجب هذا القانون.

#### مادة: (٢٢)

يعمل فيما لم يرد بشأنه نص في هذه اللائحة بالقرارات والتعاميم المعمول بها بوزارة المالية، وكذلك التي يصدرها وزير المالية أو من يفوضه تطبيقاً لأحكام القانون.

#### مادة: (٢٣)

على المسؤولين كل فيما يخصه تطبيق أحكام هذه اللائحة، ويعمل بها من تاريخ صدورها وتنشر بالجريدة الرسمية.



## المصادر والمراجع

- ١ - أبحاث الندوة الثالثة عشرة لقضايا الزكاة المعاصرة، التابعة لبيت الزكاة الكويتي.
- ٢ - أبحاث الندوة الثامنة لقضايا الزكاة المعاصرة
- ٣ - أبحاث وأعمال الندوة الحادية عشرة لبيت الزكاة الكويتي.
- ٤ - الأحكام السلطانية، علي بن محمد الماوردي، ط: دار الكتب العلمية، د. ت.
- ٥ - أحكام القرآن، للشافعي، جمع البيهقي، ط: دار الكتب العلمية، د. ت.
- ٦ - أحكام وفتاوى الزكاة، إعداد بيت الزكاة الكويتي، الإصدار الثامن، ٢٠٠٩م.
- ٧ - أسنى المطالب شرح روض الطالب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري، ط: دار الكتاب الإسلامي - القاهرة.
- ٨ - الأم، محمد بن إدريس الشافعي، ط: دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- ٩ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن بن سليمان المرداوي، ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٠ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، ط: دار الكتاب الإسلامي - القاهرة، الطبعة الثانية.
- ١١ - بحوث في فقه قضايا الزكاة المعاصرة، د. علي القره داغي، ط: دار البشائر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- ١٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ١٣ - بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بـ (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي، ط: دار المعارف - القاهرة.
- ١٤ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي المعروف بابن فرحون اليعمري، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٥ - تجربة بيت الزكاة في الكويت، ورقة بحث مقدمة من الأستاذ خالد الحسيني، بحث موجود على موقع بيت الزكاة الكويتي.
- ١٦ - تقريب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: محمد عوامة، ط: دار ابن حزم - لبنان - ١٩٩٩م.

- ١٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي - ط: دار إحياء الكتب العربية - القاهرة.
- ١٨- دراسات في الزكاة والمحاسبة الضريبية، د. يحيى مصطفى قللي، ط: دار المريخ - الرياض ١٩٩٣م.
- ١٩- روضة الطالبين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
- ٢٠- الزكاة والضرائب في الكويت قديماً وحديثاً، أحمد المزيني، ط: ذات السلاسل - الكويت - ١٩٨٤م.
- ٢١- الزكاة والضريبة في الفقه الإسلامي، د. محمد شبير، ضمن أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة له وآخرون.
- ٢٢- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت.
- ٢٣- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر - بيروت.
- ٢٤- سنن النسائي، أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط: مكتب المطبوعات - حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٢٥- صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، ط: دار ابن كثير - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٢٦- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث - بيروت.
- ٢٧- العناية على الهداية، لمحمد بن محمود البابرتي (٧٨٦هـ)، ط: دار الفكر - بيروت.
- ٢٨- الفروع، محمد بن مفلح المقدسي، ط: عالم الكتب - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٢٩- فقه الزكاة، د. يوسف القرضاوي، ط: مكتبة وهبة، الطبعة الثانية.
- ٣٠- قرارات اللجنة الاستشارية العليا على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.
- ٣١- قرارات وتوصيات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي.
- ٣٢- كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ط: دار الفكر - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

- ٣٣ - المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ط: دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ٣٤ - المجموع، شرح المذهب لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ط: المطبعة المنيرية - القاهرة.
- ٣٥ - المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري - ط: دار الفكر - بيروت.
- ٣٦ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي الرحباني، ط: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- ٣٧ - معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، ط: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين ٢٠٠٨م.
- ٣٨ - المغني، لموفق الدين عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة - ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٣٩ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- ٤٠ - المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، ط: دار الكتاب الإسلامي - القاهرة، الطبعة الثانية.
- ٤١ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب، ط: دار الفكر - بيروت، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ٤٢ - الموسوعة الفقهية الكويتية، لجنة من العلماء، ط: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية.
- ٤٣ - موقع غرفة تجارة وصناعة الكويت.
- ٤٤ - نظام الزكاة والضرائب في المملكة العربية السعودية، د. محمود عاطف البناء، ط: دار العلوم - الرياض، ١٩٨٣م.
- ٤٥ - نهاية المحتاج شرح ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الرملي المصري الشهير بالشافعي الصغير، ط: دار الفكر - بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ٤٦ - نوازل الزكاة دراسة فقهية تأصيلية لمستجدات الزكاة، د. عبد الله الغفيلي، ط: دار الميمان الرياض - الطبعة الأولى ٢٠٠٨م.





## حلول دفع التزامم والتعارض بين الزكاة والضريبة مع التطبيق على قانون " الزكاة ومساهمة الشركات المساهمة العامة والمقفلة في ميزانية الدولة " رقم ٤٦ لعام ٢٠٠٦ / الكويت

الدكتور/ عيسى زكي عيسى شقرة  
كلية التربية الأساسية - الهيئة العامة  
للتعليم التطبيقي والتدريب  
دولة الكويت

### ملخص:

إن توارد التكاليف المالية على المواطن بإلزامه قانوناً بأداء الزكاة والضريبة للدولة، يؤدي إلى تحميل المواطن أعباء مالية كثيرة، ومع وجود فروق بين الزكاة والضريبة من حيث الوعاء والمصارف تمنع من الاستغناء بالزكاة عن الضريبة أو العكس، فإن الحاجة تدعو إلى دراسة الحلول الممكنة لدفع هذا التعارض أو التزامم بين الزكاة والضريبة. ويقدم هذا البحث أربعة حلول لتحقيق ذلك يمكن تلخيصها في التالي:

- ١ - الدمج بين الضريبة أو الزكاة أو الاستغناء بإحدهما عن الأخرى.
- ٢ - إسقاط مقدار الضريبة من وعاء الزكاة.
- ٣ - إسقاط مقدار الزكاة من وعاء الضريبة.
- ٤ - حصر ازدواجية الضريبة والزكاة في الوعاء المشترك بينهما.

### مقدمة في مشكلة البحث وخطته:

يناقش البحث إشكالية وجود نوع من التزامم والتعارض بين الزكاة والضريبة يمنعان من إلزام المواطنين في الدولة بدفعهما إليها معاً. ومن ثم يمكن تلخيص مشكلتي البحث في التالي:

**المشكلة الأولى:** أن الدول تتجه إلى تمويل موازنتاتها العامة لمواجهة الإنفاق العام إلى الاستفادة من عدة وسائل من بينها إلزام المواطنين بدفع الضرائب إلى خزانة الدولة.

ولا شك أن فرض هذه الضرائب يكون عبئاً على المواطن، يضاف إليه ما يتحمله المواطن من التزام بأداء الزكاة للدولة، ومحل الإشكال هو في كيفية التوفيق بين هاتين الوظيفتين الماليتين بالنظر إلى أن المواطن ملزم بأدائهما للدولة فيما إذا صدرت تشريعات ملزمة بذلك. مع الأخذ بعين الاعتبار أن المواطن ملزم بإخراج الزكاة باعتبارها عبادة مفروضة ديانة، سواء ألزمته الدولة بأداء الزكاة إليها أم لم تلزمه بذلك. ولكن فرض البحث يقوم على أن المواطن أصبح ملزماً بأداء الزكاة للدولة وفق قانون الزكاة الذي أصدرته الدولة.

**أما المشكلة الثانية** فقد أظهرها كون الزكاة فريضة دينية، وهي ركن من أركان الإسلام وعبادة مالية محضة، قيدتها الشريعة بأحكام وضوابط لا يمكن تجاوزها عند وضع تشريعات قانونية تنظم العلاقة بين الزكاة والضريبة، وهذه الأحكام والضوابط تتعلق بالأموال الزكوية المشمولة بوعاء الزكاة كما تتعلق بمصارف الزكاة. بينما نجد أن الضريبة لا تقيد بهذه الأحكام، فقد تولى القانون وضع الضوابط الخاصة بوعاء الضريبة ومصارفها. ولما كان من غير الممكن للقانون أن يتجاوز الأحكام الشرعية فإن هذا يجعل الحلول المقترحة للتوفيق بين الزكاة والضريبة حلولاً محدودة، ولعل البعض منها يصعب تطبيقه عملياً. ولقد جاء عنوان البحث معبراً عن مشكلته، فإن التزامم من "زحم" وتدور معانيه لغة على المضايقة الناتجة عن توارد التكاليف المالية على المواطن الملزم قانوناً بأداء الزكاة والضريبة للدولة. وأما التعارض فمن "عرض" ومن أحد معانيه الممانعة، فكل مانع عارض<sup>(١)</sup>، حيث تمنع الفروق بين الزكاة والضريبة من الاستغناء بإحدهما عن الأخرى<sup>(٢)</sup>.

وهذا البحث هو دراسة لأربعة حلول لدفع هذا التعارض أو التزامم بين الزكاة والضريبة، ويمكن تلخيصها في التالي:

- ١ - الدمج بين الضريبة والزكاة أو الاستغناء بإحدهما عن الأخرى.
  - ٢ - إسقاط مقدار الضريبة من وعاء الزكاة.
  - ٣ - إسقاط مقدار الزكاة من وعاء الضريبة.
  - ٤ - حصر ازدواجية الضريبة والزكاة في الوعاء المشترك بينهما.
- وتسهيلاً للبحث أرى تقسيمه وفق الخطة التالية:

(١) مادة "زحم" لسان العرب ٣٥١/٤.

(٢) مادة "عرض" لسان العرب ١٨٨/٦.

## الفصل الأول: تعريف الضريبة والزكاة.

الفصل الثاني: الحل الأول الدمج بين الزكاة والضريبة أو الاستغناء بإحدهما عن الأخرى.

ويقع في مبحثين :

المبحث الأول: خلاف الفقهاء في دفع المكوس (الضرائب للدولة) واحتسابها عن الزكاة.

المبحث الثاني: الفوارق بين الضريبة والزكاة.

الخلاصة.

الفصل الثالث: الحل الثاني إسقاط مقدار الزكاة الواجبة من وعاء الضريبة.

الفصل الرابع: الحل الثالث إسقاط مقدار الضريبة من وعاء الزكاة، ويقع في مبحثين.

المبحث الأول: أثر الدين في وجوب الزكاة في مقداره من المال الذي وجبت فيه الزكاة.

المبحث الثاني: اعتبار الضريبة ديناً على المزكي، وأثر ذلك في حساب الزكاة.

الفصل الخامس: الحل الرابع حصر ازدواجية الزكاة والضريبة في الوعاء المشترك بينهما. ويقع في مبحثين:

المبحث الأول: مشمولات الوعاء المشترك.

المبحث الثاني: أسلوب حساب الزكاة والضريبة في الوعاء المشترك.

نتائج البحث

مراجع البحث

وإتماماً للفائدة فسيختم البحث بتطبيق نتائجه على قانون " الزكاة ومساهمة الشركات المساهمة العامة والمقفلة في ميزانية الدولة " رقم ٤٦ لعام ٢٠٠٦، باعتباره أول قانون كويتي ينظم دفع الزكاة للدولة.

وأشير هنا إلى أن منهج البحث هو منهج تحليلي مقارن، يعتمد على تحليل الاتجاهات الفقهية للوصول من خلال هذا التحليل إلى اختيار الحلول المناسبة لمعالجة إشكالية البحث. كما استفاد البحث من قانون الضريبة ودراسات المالية العامة والضريبة في توضيح واقع التطبيق العملي للضريبة، مما يساعد على اقتراح الحلول المناسبة للواقع.

### دراسات سابقة في موضوع البحث

لقد تناولت عدة دراسات التعارض بين الضريبة والزكاة بالبحث، ودارت في مجملها على المقارنة بينهما ومدى إمكانية الاستغناء بإحداهما عن الأخرى. ونلخص هنا نتائج ما توصل إليه الباحثون فيما تمكنت من الوقوف عليه مما يتعلق بموضوع البحث:

فقد انتهى الأستاذ محمد عثمان شبير في بحثه " الزكاة والضرائب في الفقه الإسلامي " إلى النتيجة التالية:

أنه لا يجوز احتساب الضرائب الاستثنائية التي اضطر الإمام إلى أخذها من مال الأغنياء من مال الزكاة، بل يجب أن يخرج الزكاة أولاً ثم يخرج الضريبة من خالص ماله؛ لأن الزكاة عبادة خاصة تحتاج إلى نية القربة إلى الله بخلاف الضرائب الاستثنائية، ولاختلافهما في المصارف.

ولكن يمكن أن تحسب تلك الضرائب من وعاء الزكاة، وتعتبر تلك الضرائب بمنزلة الجائحة التي تصيب المال فلا زكاة فيها<sup>(١)</sup>.

كما توصل الأستاذ الدكتور عبد الحميد محمود البعلي في بحثه " الأصول العلمية والمحاسبة العملية دراسة مقارنة " إلى النتيجة التالية:

الزكاة والضريبة لا تغني كل منهما عن الأخرى إذا توافرت الشرائط المخصوصة. وهذا مقتضى الترتيب بين العبادات والعادات وشرط تحقق علة الوجوب والشرائط الشرعية في كل منهما، فالضرائب والزكاة مختلفان في مصدر التشريع وفي الغاية وفي المقدار<sup>(٢)</sup>.

وفي مناقشته لجواز فرض الضريبة بجانب الزكاة انتهى الأستاذ الدكتور/ علي محي الدين القره داغي في بحثه " الزكاة والضريبة " إلى أن الضريبة لا تغني عن الزكاة لاختلاف كل منهما في المصرف والنية وغيرها، وأن الأموال التي تؤخذ كضرائب تحسم من الموجودات الزكوية<sup>(٣)</sup>.

(١) الزكاة والضرائب في الفقه الإسلامي ٢/ ٦٢٤ و ٦٢٥ (ضمن أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة).

(٢) الأصول العلمية والمحاسبة العملية دراسة مقارنة ص ٨١، ٨٢.

(٣) الزكاة والضريبة (ضمن بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة) ص ٥٦.



وأشير هنا أن هذا الموضوع قد تمت دراسته ضمن الأبحاث المقدمة في الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة في موضوع الزكاة والضريبة التي يشرف عليها "بيت الزكاة" في الكويت والمنعقدة في البحرين بتاريخ ١٧ من شوال ١٤١٤ هـ - ٢٩/٣/١٩٩٤م، وقد توصلت الندوة إلى القرار التالي فيما يخص موضوع بحثنا هذا:

١ - إن أداء الضريبة المفروضة من الدولة لا يجزئ عن إيتاء الزكاة، نظراً لاختلافها من حيث مصدر التكليف والغاية منه، فضلاً عن الوعاء والقدر الواجب والمصارف، ولا تحسم مبالغ الضريبة من مقدار الزكاة الواجبة.

٢ - وما استحق دفعه من الضرائب المفروضة من الدولة خلال الحول ولم يؤد قبل حولانه فإنه يحسم من وعاء الزكاة باعتباره حقاً واجب الأداء<sup>(١)</sup>.

ولقد استفاد مشروع القانون النموذجي للزكاة الذي أشرف على إعداده بيت الزكاة في الكويت من مجمل قرارات ندوات قضايا الزكاة المعاصرة، فنص في الباب السادس (الزكاة والضريبة) المادة ٤٠ على ما يلي:

"تضع هذه المادة القواعد والأحكام التي تنظم العلاقة بين الضريبة والزكاة، وقد أقامت على عدة مبادئ هي:

أولاً: لا يؤثر أداء الضريبة على استحقاق الزكاة في حالة توفر الشروط الواردة في هذا القانون.

ثانياً: لا يخصم من مقدار الزكاة المستحقة وفقاً لأحكام القانون ما يؤديه المزمكي من ضرائب للدولة، بل تستقطع من قيمة المال الذي تجب فيه الزكاة (ما يسمى الوعاء الزكوي).

ثالثاً: لا يخصم من قيمة الضريبة المستحقة على المزمكي وفقاً لأحكام ونظم الضرائب مقدار الزكاة المستحقة عليه وفقاً لأحكام هذا القانون، بل يخصم من وعائه الضريبي مقدار الزكاة المستحقة عليه"<sup>(٢)</sup>.

ولقد اتفق هذا البحث مع ما توصلت إليه الدراسات السابقة من نتائج، وأضاف إليها حلاً آخر لدفع تعارض الزكاة والضريبة وهو حصر ازدواجية الزكاة والضريبة في الوعاء المشترك بينهما كما سيأتي في الفصل الرابع. إضافة إلى تطبيق الحلول المقترحة على قانون "الزكاة ومساهمة الشركات المساهمة العامة والمقفلة في ميزانية الدولة".

(١) أبحاث وأعمال الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة ص ٦٢٨.

(٢) مشروع القانون النموذجي للزكاة ومذكرته التفسيرية واللائحة التنفيذية ص ٦٤.

## الفصل الأول تعريف الزكاة والضريبة

### أولاً - تعريف الزكاة:

الزكاة لغة: هي النماء والزيادة والتطهير، لأنها تنمي المال وتطهر معطيها وتنمي أجراها وتنمي الفقراء، كما تطلق الزكاة لغة على الصلاح وأصلها من زيادة الخير<sup>(١)</sup>.

أما اصطلاحاً: فقد عرف الفقهاء الزكاة تعريفات متقاربة.

فعند الحنفية: تملك جزء مال عينه الشارع من مسلم فقير غير هاشمي ولا مولاه مع قطع المنفعة من المملك من كل وجه لله تعالى<sup>(٢)</sup>.

وعند المالكية: إخراج مال مخصوص من مال مخصوص بلغ نصاباً إن تم الملك وحول غير معدن وحرث<sup>(٣)</sup>.

عند الشافعية: اسم لأخذ شيء مخصوص من مال مخصوص على أوصاف مخصوصة لطائفة مخصوصة<sup>(٤)</sup>.

وعند الحنابلة: حق يجب في مال خاص<sup>(٥)</sup>.

### ثانياً - تعريف الضريبة:

عرف القانونيون وأساتذة المحاسبة الضريبة الضريبة بتعريفات متقاربة نذكر منها التالي:

١ - "فريضة نقدية تقتطعها الدولة أو من ينوب عنها من الأشخاص العامة أو الأفراد قسراً وبصفة نهائية ودون أن يقابلها نفع معين. تفرضها الدولة طبقاً للقدرة التكلفة للممول وتستخدمها في تغطية النفقات العامة والوفاء بمقتضيات السياسة المالية العامة للدولة"<sup>(٦)</sup>.

(١) المجموع ٥ / ٢٧٥ والإنصاف ٣ / ٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢ / ٢٥٦.

(٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك ١ / ٥٨١.

(٤) المجموع ٥ / ٢٧٦.

(٥) الإنصاف ٣ / ٣.

(٦) د. غازي غناية، الزكاة والضريبة، دراسة مقارنة ص ١٧.

٢ - استقطاع نقدي تفرضه السلطات العامة على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين وفقاً لقدراتهم التكليفية بطريقة نهائية وبلا مقابل بقصد تغطية الأعباء العامة وتحقيق دخل للدولة<sup>(١)</sup>.

٣ - "مبلغ من المال يدفعه المكلفون لخزينة الدولة إسهاماً منهم بالنفقات العامة التي تحتاجها الدولة باعتبارهم أعضاء متضامنين في منظمة سياسية تستهدف الخدمات العامة"<sup>(٢)</sup>.

ويتضح من هذه التعريفات أن الضريبة تفرض نقداً وليس عيناً، وذلك على اعتبار أن الاقتصاديات الحديثة هي نقدية وليست عينية، فضلاً عما في السداد العيني للضريبة من عيوب لخصها المختصون في الضريبة بما يلي:

- ١ - ارتفاع تكاليف التحصيل والنقل والتخزين والصيانة.
  - ٢ - عدم إحاطة السداد العيني لأنواع الضرائب المختلفة.
  - ٣ - استحالة التحصيل العيني من الدخول.
  - ٤ - تنافي السداد العيني مع مبدأ العدالة الضريبية.
  - ٥ - عجزه عن تغطية متطلبات الإنفاق النقدي<sup>(٣)</sup>.
- ويتضح من هذه التعريفات أيضاً أن ما يدفع من ضريبة غير مقابل بنفع أو خدمة أو مصلحة مشروطة من المكلف بالضريبة الذي يدفعها بصفته فرداً في المجتمع، تربطه بالدولة روابط المواطنة ثقافياً واجتماعياً وسياسياً، فهو بدفعها مساهمة منه في تحمل الأعباء العامة للإنفاق العام، مستفيداً من خدمات الدولة دون أن تتساوى مع الضرائب التي يدفعها في المقدار<sup>(٤)</sup>.

هذا فضلاً عما تظهره تعريفات الزكاة والضريبة من أوجه التشابه الظاهر بينهما من حيث إنهما وظيفتان مائتان تدفعان للدولة إلزاماً، وأن كلا منهما يحسب من خلال وعاء مالي خاص له شروطه الخاصة، وأن لكل منهما مصارفه الخاصة، وأن كلا منهما لا يقابله منفعة خاصة بالمزكي أو بدافع الضريبة، باستثناء ما يتعلق بالزكاة في كون دافعها تبرأ ذمته ديانة، وهذا هو الجانب التعبدية الذي يميز الزكاة عن الضريبة باعتبار أن الزكاة عبادة هي فرض عين على المزكي.

(١) وليد زكريا وآخرون، الضرائب ومحاسبتها، ص ١٥.

(٢) د. خليل عواد أبو حشيش، دراسة متقدمة في المحاسبة الضريبية، ص ١٤.

(٣) د. غازي عناية، الزكاة والضريبة، دراسة مقارنة ص ١٨.

(٤) د. غازي عناية، الزكاة والضريبة، ص ١٧، ١٨.

## الفصل الثاني

### الحل الأول: الدمج بين الزكاة والضريبة أو الاستغناء بإحداهما عن الأخرى

إن قبول هذا الحل أو رفضه يعتمد على انتفاء الفوارق بين هاتين الوظيفتين، بحيث يمكن الدمج بينهما في حال انتقائهما. والفوارق المؤثرة المانعة لهذا الدمج هي الفوارق التي تتعلق بوعاء كل من الضريبة أو الزكاة، وكذلك الفوارق المتعلقة بجهات صرف الضريبة أو الزكاة. وسيقتصر البحث هنا على هذه الفروق دون البحث في جوانب المقارنة الأخرى بين الضريبة والزكاة، إذ إنه يخرج بالبحث عن غرضه.

وسيقسم الفصل الثاني إلى المبحثين التاليين:

**المبحث الأول:** خلاف الفقهاء في دفع الضرائب إلى الدولة واحتسابها من الزكاة.

**المبحث الثاني:** الفروق بين الضرائب وبين الزكاة.

### المبحث الأول

#### خلاف الفقهاء في دفع الضرائب إلى الدولة واحتسابها من الزكاة

لما كان دمج الزكاة مع الضريبة يستلزم أن تحتسب كل منهما عن الأخرى، فإننا في حاجة إلى أن نتتبع آراء الفقهاء في أجزاء دفع المكوس واحتسابها عن الزكاة، وهو ما سنتناوله في هذا المبحث.

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

**الأول:** عدم الإجزاء وذلك لأن الإمام لم يأخذ المكوس باسم الزكاة، وإنما يأخذها في مقابل قيامه بسد الثغور وقمع الطماعين والمتلصصين على أموال الناس. ولأن الإمام لا ينصب المكاسين لقبض الزكاة بل لأخذ عشور المال الذي وجدوه قل أو كثر، وجبت فيه الزكاة أو لم تجب. وإلى هذا الاتجاه ذهب الحنفية والمالكية وهو قول عند الشافعية. وذهب الحنابلة إلى عدم الإجزاء إذا أخذ السلطان المكوس ظلماً وغصباً وهو الأصح في المذهب<sup>(١)</sup>.

(١) حاشية ابن عابدين ٣٩/٢، فتح العلي المالک ١٦٤/١، حاشية الجمل ٢٩٦/٢، الفروع ٥٧٧/٢.



**الثاني:** الإجزاء إذا صرفت أموال المكوس في مصارف الزكاة، بأن يكون الآخذ للمكوس مسلماً فقيراً، وذلك لأن الإمام إذا أخذ المكس بدل الزكاة، فهو كأخذ القيمة بالاجتهاد، وفي هذه الحال يكون على المزكي أن يتم ما نقص من المكس عن القدر الواجب عليه في الزكاة. على ألا يكون قد أخذ المكس ظلماً فإنه لا يجزئ عن الزكاة. وإلى هذا الاتجاه ذهب الشافعية في الأصح<sup>(١)</sup>.

وللحنابلة رواية في مقابل الأصح في المذهب وهي الإجزاء وإن أخذ الحاكم المكوس ظلماً.

فنصوا على أنه ليس للسلطان أن يأخذ من أرض الصلح نصف الغلة لأنه ظلم. ولا يلزم مالك الأرض أن يزكي ما بقى في يده، ويجزئه ما أخذ السلطان عن الزكاة إذا نوى به أنه زكاة<sup>(٢)</sup>.

وبالتأمل في هذين الاتجاهين، نجد أن: القول بعدم الإجزاء علل بأن المكوس لا تؤخذ باسم الزكاة ولذلك فهي توظف في غير مصارف الزكاة، حيث تصرف في سد الثغور وقمع الطماعين والمتلصصين، وأنه لا يراعى في المكوس ما يراعى في الزكاة وهو اشتراط النصاب، حيث تفرض المكوس على ما قل أو كثر من المال، وجبت فيه الزكاة أو لم تجب. فعدم الإجزاء معلل بعدم تحقق شروط إجزاء الزكاة في المكوس كالنصاب، وصرفها في غير مصارف الزكاة، مع ملاحظة الخلاف بين القائلين بالإجزاء في اشتراط العدالة في أخذ المكوس.

أما القول بالإجزاء فجاء مشروطاً بأن تصرف المكوس في مصارف الزكاة، وأن يتم المزكي النقص عن القدر الواجب، وألا تكون المكوس قد أخذت ظلماً. ويظهر لي اتفاق القولين على الأجزاء في حال ما إذا صرفت المكوس في مصارف الزكاة، وإذا لم تكن قد أخذت ظلماً، وينفرد القول الأول باشتراط مراعاة النصاب.

ويفهم مما عللوا به أو اشترطوه أن القولين غير مطلقيين، بل علل الأول بعلّة وقيد الثاني بشرط، ومن هنا فإن من المفيد البحث في وجود هذه القيود أو عدمها من خلال عرض مكونات الوعاء الضريبي كما هو معمول به في قوانين الضرائب المعاصرة ومقارنتها بمكونات وعاء الزكاة، فضلاً عن المقارنة في مصارف كل منهما. وذلك حتى يتسنى لنا أن نقرر ما إذا كان بالإمكان فرض إحدى الوظيفتين الضريبية أو

(١) المجموع ٥/٥٤١، ٥٤٢، تحفة المحتاج ٢/٢٤٣

(٢) مطالب أولي النهى ٢/١٣٣، الإنصاف ٣/٢١٢

الزكاة لتسد مسد الأخرى، استفادة من معرفة ما يجري عليه العمل في الواقع المعاصر فنتبين تحقق علة القول بعدم الإجزاء أو تحقق شرط القول بالإجزاء. وهو ما سنتناوله بالدراسة في المبحث الثاني.

## المبحث الثاني الفروق بين الزكاة والضريبة

سنتناول بحث هذه الفروق في ثلاثة مطالب:

**المطلب الأول: الفروق في مشمولات وعاء كل من الضريبة والزكاة.**

**المطلب الثاني: الفروق في المصارف بين الضريبة والزكاة.**

**المطلب الثالث: مقدار المال الذي تفرض فيه الضريبة والزكاة.**

### المطلب الأول

#### الفروق في مشمولات وعاء كل من الضريبة والزكاة

نعرض في هذا المطلب باختصار لمشمولات وعاء الضريبة وعاء الزكاة حتى يتسنى لنا معرفة ما بينهما من توافق أو اختلاف:

تتنوع الضريبة إلى عدة أنواع بعدة اعتبارات:

أ - باعتبار تعدد الضريبة وتنقسم الضريبة بحسب هذا الاعتبار إلى:

١ - الضريبة الوحيدة: حيث يفرض نوع واحد من الضريبة فقط كفرض ضريبة على الدخل فقط.

٢ - الضريبة المتعددة: ويفرض بها أنواع مختلفة من الضرائب على مصادر دخل مختلفة مثل: ضريبة الدخل، وضريبة تداول الثروة، وضريبة الإنتاج

ب - باعتبار الوجود والاستعمال وتنقسم الضريبة بحسب هذا الاعتبار إلى:

١ - الضرائب المباشرة: وهي الضرائب التي تفرض مباشرة على الدخل والثروة ذاتها. فضريبة الرواتب والأجور تعتبر ضريبة مباشرة لأنها تفرض عند ظهور دخل الفرد من الراتب أو الأجر. وضريبة الأرباح تفرض عند وجود الربح.

٢ - الضرائب غير المباشرة: وهي الضرائب التي تفرض على استعمال الدخل أو الثروة مثل ضريبة المبيعات يدفعها الممول عند استعمال دخله في شراء

منتجات، وضريبة المبيعات يدفعها المنتج وينقلها إلى المستهلك عن طريق زيادة أسعار منتجاته لتحقيق ما دفعه كضريبة مبيعات.

وتنقسم الضرائب غير المباشرة إلى:

أ - الضرائب على الاستهلاك: وهي ما يفرض على قيمة ما يشتري لأغراض الاستهلاك أو الاستعمال.

وهذا النوع من الضرائب يتفرع إلى فرعين:

- ضرائب جمركية: وهي التي تفرض على السلع المستوردة أو المصدرة.

- وضرائب الإنتاج: وهي التي تفرض على السلع عند إتمام إنتاجها أو في أثناء الإنتاج.

ب - الضرائب على تداول الثروة: وتفرض هذه الضرائب على انتقال الثروة من شخص إلى آخر. مثل انتقال ملكية عقار من شخص إلى آخر.

ج - باعتبار الوعاء الضريبي: وتنقسم الضريبة بحسب هذا الاعتبار إلى:

١ - الضريبة على رأس المال (الثروة) وتفرض هذه الضريبة على قيمة ما يملكه الفرد من ثروة. أو على ما يطرأ على الثروة من زيادة أو على التصرف بالثروة. ويشمل رأس المال كل ما يملكه الشخص سواء أكان أموالاً عقارية أم منقولة مادية كانت أو معنوية، تنتج دخلاً نقدياً أو عينياً أو خدمات أو لا تنتج.

٢ - الضريبة على الدخل: وتفرض على الدخل المتحصل، ويتفرع إلى فرعين رئيسيين:

أ - الضريبة على مجموع الدخل وهو ما يعرف بالنظام الموحد لضريبة الدخل، وتفرض به ضريبة واحدة على مجموع الدخل بصرف النظر عن مصدر هذا الدخل.

ب - الضريبة على الدخل الواحد: وهو ما يعرف بالنظام النوعي للضريبة على الدخل: ويندرج تحت هذا الفرع ما يلي:

- ضريبة الرواتب والأجور وتفرض على مصدر الدخل الناتج من العمل فقط.

- ضريبة الأرباح الصناعية والتجارية وغير التجارية: وتفرض على مصدر الدخل الناتج عن المزج بين العمل ورأس المال.

- ضريبة ريع الأموال المنقولة: وتفرض على مصدر الدخل الناتج عن رأس المال فقط<sup>(١)</sup>.

بعد عرض مكونات الوعاء الضريبي يمكننا استنتاج الفروق التالية بينه وبين وعاء الزكاة وهي:

١ - تقتصر الضريبة على الأموال النقدية سواء أكان مصدرها الدخل أم الزيادة الرأسمالية في قيم الممتلكات، أو في مقابل استعمال الإنسان لثروته كاستهلاك أو البيع أو الإنتاج أو الاستيراد أو التصدير، أو في مقابل تداول هذه الثروة. أما الزكاة فتشمل الأموال النقدية وغيرها، فتشمل معدني الذهب والفضة، والنقود، وعروض التجارة والزروع والثمار، والأنعام من الأغنام والأبقار والإبل من الثروة الحيوانية. والزكاة تجب في المال الزكوي في عينه - في الأصل - لا في قيمته. فتؤدى زكاة النقود ومعدني الذهب والفضة والزروع والأنعام من أعيانها لا من قيمتها باتفاق الفقهاء، وذلك لأن ما تؤدي به الزكاة يتبع فيه ما يقدر به النصاب، وزكاة الزروع والأنعام يقدر نصابها بأعيانها فتخرج الزكاة من أعيانها، أما عروض التجارة فقد اختلف الفقهاء فيما تؤدي به زكاتها على قولين:

**القول الأول:** إنها تؤدي من قيمتها ولا يجزئ إخراجها من أعيانها. وهو قول المالكية والشافعي في الجديد والحنابلة<sup>(٢)</sup> لأن نصاب عروض التجارة يقدر بالقيمة فتخرج زكاتها بالقيمة.

**القول الثاني:** إن المزكي مخير بين أن يؤديها من أعيانها أو من قيمتها، وذلك لأنه مال تجب فيه الزكاة فجاز إخراجها من عينه كالأنعام والزروع. وهو قول الحنفية والشافعية في القديم<sup>(٣)</sup>.

٢ - تفرض الضريبة على أصل رأس المال أو على الثروة نفسها. سواء التي تنتج دخلاً أو التي لا تنتج وهي الثروات التي لا تخضع لضريبة الدخل. وتشتمل الأموال العقارية أو المنقولة سواء أكانت تنتج دخلاً نقدياً أم عينياً أم خدمات أو لا تنتج. أما في الزكاة فيشترط في المال لتجب فيه الزكاة أن يكون مالاً نامياً، ويقصد به

(١) الضرائب ومحاسبته وليد زكريا صيام (بالاشتراك) ٢٥ - ٢٨، الضرائب على الدخل د. طارق عبد العال حماد ١١-١٩، موسوعة الضرائب د. عبد الحميد الشواربي ١٢ - ١٧، علم المالية د. رشيد الدقر ص ٣٧٤.

(٢) مواهب الجليل ٢/٣٥٨، المجموع ٦/٦٨، المغني ٣/٣١.

(٣) فتح القدير ١/٥٧٣، المجموع ٨/٦٨.



كون المال معداً للاستئمان بالتجارة أو السوم، وذلك لأن التجارة سبب لحصول الربح، والسوم سبب لحصول الدر والنسل فيقام السبب مقام المسبب<sup>(١)</sup>. ولذلك لا تجب الزكاة فيما يقتنى من أموال للاستعمال كالعقار الذي يسكنه مالكه والحوانيت وكأثاث المنزل وأدوات الحرفة أو الأنعام التي لم تعد للدر والنسل بل أعدت للحرث أو الركوب أو اللحم. والأصل في ذلك حديث الرسول ﷺ: "وفي البقر في كل ثلاثين تباع والأربعين مسنة وليس على العوامل شيء"<sup>(٢)</sup>، يعني البقر العوامل وقوله ﷺ: "ليس على المسلم صدقة في عبده ولا فرسه"<sup>(٣)</sup>. واشتراط النماء في المال الذي تجب فيه الزكاة يحقق مصلحة الفقير المستحق للزكاة، كما يحقق مصلحة الغني الذي وجبت عليه الزكاة. وذلك لأن نماء المال يمكن الغني من إيتاء الزكاة مع بقاءه غنياً مالكاً للنصاب، فيكون قادراً على إيتاء الزكاة في كل حول.

٣ - تفرض الضريبة على استعمال المال وانتقاله، كما في الضريبة غير المباشرة إذ تفرض هذه الضريبة على الاستهلاك أو البيع أو الإنتاج أو الاستيراد والتصدير، كما تقدم بيانه عند بيان أنواع الضرائب. أما الزكاة فلا تشمل تصرفات المالك فيما يملك، فما ينفقه الإنسان أو يستهلكه لا يدخل في وعاء الزكاة، حيث إن الزكاة تجب فيما يفيض عن حوائجه الأصلية. ولأن ما يحتاج إليه الإنسان لنفقته في حوائجه الأصلية لا يتحقق فيه وصف النماء لأنه غير معد له. والنماء شرط لوجوب الزكاة في المال<sup>(٤)</sup>. أما ما ينتجه الإنسان من سلع أو يبيعه أو يستورده أو يصدره، فإن الزكاة فيه تحسب على القيمة السوقية لهذه السلع. وهي عروض تجارة تجب الزكاة فيما كان قائماً منها عند مالكلها عند وجوب الزكاة عليه، فتقوم بقيمتها السوقية ويزكيها إذا بلغت نصاباً. بمعنى أن الزكاة لا تربط ولا تتعلق بصورة مستقلة بالتصرف من حيث هو، وإنما تربط بعروض التجارة التي ملكها الإنسان أو أنتجها أو استوردها أو أعدها للتصدير ناوياً بها التجارة.

(١) بدائع الصنائع ١٣/٢. الخرشي علي خليل ١٩٨/٢. حاشية الدسوقي ١/٤٧٤، المجموع ٣١٠/٥ و ٣٢٨. المغني ٢/٢٣١ و ٢٩٤. مطالب أولي النهى ٢/٢١ و ٢٩٤.

(٢) سنن أبي داود كتاب الزكاة باب "في زكاة السائمة" ٣٢١/٢.

(٣) صحيح البخاري كتاب الزكاة (باب ليس على المسلم في عبده صدقة) ١/٤٥٣.

(٤) انظر: فتح القدير ١/٤٨٢ في بيان الحكمة الشرعية في اشتراط النماء.

## المطلب الثاني

### الفروق في المصارف بين الضريبة والزكاة

من المعلوم - كما قدمنا - أن الضريبة سياسة مالية تلجأ إليها الدول لتمويل الإنفاق العام في موازنتها، وإن هذا الإنفاق يوجه لتغطية الصرف على البنية التحتية للدولة وعلى شؤون التعليم والصحة والأمن وإعداد الجيش وغيرها لتوفير ما يضمن للمواطنين العيش الكريم وقدرًا من الرفاهية.

في مقابل هذا نجد أن مصارف الزكاة قد حصرت في ثمانية مصارف، نص عليها القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمَوْلَةَ فَلَوْلَهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾<sup>(١)</sup>.

ولا خلاف بين الفقهاء أن الزكاة محصورة في هذه الأصناف الثمانية لقوله تعالى: "إنما الصدقات" و"إنما: للحصر تثبت المذكور وتنفي ما عداه لأنها مركبة من حرفي نفي وإثبات"<sup>(٢)</sup>.

وحتى يمكننا المقارنة بين مصارف الضريبة وبين مصارف الزكاة لا بد من بيان المقصود بكل صنف في مستحقي الزكاة لمعرفة إن كان هناك ثمة علاقة بين الضريبة والزكاة في مصارف كل منهما. وسنقتصر في هذه البیان على حد كل صنف عند الفقهاء دون الدخول فيما يتعلق بكل منها من أحكام حتى لا نخرج عن المقصود بالبحث في هذا الموطن من الدراسة الخاصة بالنظر في إمكان الدمج بين وظيفتي الضريبة والزكاة.

وفيما يلي بيان المقصود بكل صنف من الأصناف المستحقة للزكاة:

#### أولاً - الفقراء:

حد الفقهاء الفقير بحدود متقاربة منها: الفقير هو الذي يملك ما دون النصاب أو قدر نصاب غير نام مستغرق في حاجته<sup>(٣)</sup>. أو هو من لا مال ولا كسب يقع جميعها

(١) سورة التوبة آية ٦٠.

(٢) المغني ٦/٣٢٣.

(٣) فتح القدير ١٥/٢.

موقعاً من حاجته، ولا فرق بين أن يملك نصاباً من المال أولاً، فقد لا يقع النصاب موقعاً من كفايته<sup>(١)</sup>.

### ثانياً - المساكين:

يشترك المساكين مع الفقراء في فقدان حد الكفاية. إلا أن المسكين هو الذي لا يملك شيئاً فيحتاج للمسألة<sup>(٢)</sup> أو هو من قدر على مال أو كسب يقع موقعاً من نصف حاجته إلا أنه لا يحقق كامل كفايته<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً - العاملون عليها:

وهم الذين يعينهم الإمام لجمع الزكاة وحفظها ونقلها، ويتبعهم في ذلك ما يحتاجون من أعوان كمن يسوق أنعام الزكاة ويرعاها ويحملها، وكذلك الحاسب والكاظم والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج إليه فيها، ويستحق العاملون على الزكاة بوصف الإجارة فهم مستأجرون على عملهم، لا بوصف الفقر<sup>(٤)</sup>.

### رابعاً - المؤلفة قلوبهم:

وهو من يرجى إسلامه فيعطى تأليفاً لقلبه على الإسلام، أو من يخشى شره وكيدته للمسلمين فيعطى دفعاً لكيدته عنهم، ويدخل في المؤلفة قلوبهم كذلك من أسلم ونيته ضعيفة أوله سيادة وشرف في قومه ويتوقع بإعطائه إسلام غيره<sup>(٥)</sup>.

### خامساً - في الرقاب:

وهم الأرقاء المسلمون وتدفع الزكاة لعنتقهم من الرق. وبما أن الرق قد انتفى في زماننا المعاصر فإن هذا السهم يوزع على سائر الأصناف السبعة أو يصرف في فك الأسير<sup>(٦)</sup>.

### سادساً - الغارمون:

الغارم هو من تحمل ديناً وعجز عن سداذه سواء أكان استدان لمصلحة نفسه أم للإصلاح بين الناس أو كان الدين بسبب ضمان الدين لغيره<sup>(٧)</sup>.

(١) مغني المحتاج ١٠٦/٣.

(٢) فتح القدير ١٥/٢ وحاشية الدسوقي ٤٩٣/١.

(٣) حاشية قلوبوي وعميرة ١٩٦/٣ والمغني ٤٢٠/٦.

(٤) المغني ٦٥٤/٢ و٤٢٥/٦، المجموع ١٨٧/٦.

(٥) المغني ٤٢٧/٦، حاشية قلوبوي وعميرة ١٩٦/٣ - ١٩٨.

(٦) فتاوى الندوة الثانية لقضايا الزكاة المعاصرة الخاصة بموضوع (مصرف الرقاب).

(٧) المغني ٤٢٣/٦، المجموع ٢٠٦/٦.

### سابعاً - في سبيل الله:

ويقصد بهم المجاهدون المتطوعون الذين ليس لهم رزق في بيت المال، ولا يشترط فيهم الفقر عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية، كما يصرف من هذا السهم في عدة الحرب ومصالحه<sup>(١)</sup>.

### ثامناً - ابن السبيل:

وهو المسافر الغريب الذي لا يملك ما يبلغه وطنه أو مقصده وإن كان غنياً في وطنه<sup>(٢)</sup>.

يتضح مما سبق عرضه في بيان المقصود بمصارف الزكاة الثمانية، أن مصارف الضريبة أشمل من مصارف الزكاة، فهي تتعداها إلى غيرها مما لا يدخل في مصارف الزكاة، وإن كانت بعض مصارف الزكاة قد تتفق مع بعض أوجه الإنفاق العام الذي تعتبر الضريبة أحد مصادر تمويله، مثل ما تخصصه الدولة في موازنتها العامة لمواجهة حالات الفقر، ومساعدة المواطنين في مواجهة ديونهم المتعثرة، وما تنفقه الدولة على العدة العسكرية.

إلا أن القسم الأعظم من أوجه الإنفاق العام لا يتفق مع مصارف الزكاة وشروطها الشرعية؛ مما يظهر أن هناك فروقاً واضحة بين مصارف كل من الضريبة ومصارف الزكاة.

## المطلب الثالث

### الفروق في النصاب بين الضريبة والزكاة

يراعى في الأموال الخاضعة للضريبة أن تبلغ مقداراً معيناً لفرض الضريبة فيها، كما يراعى ذلك في الزكاة، إلا أن المقدار الذي تفرض فيه الضريبة لا يتفق مع المعيار الشرعي لتحديد النصاب في زكاة الأموال الزكوية، هذا فضلاً على أن مقادير الأموال التي تفرض فيها الضريبة قابلة للتعديل والتغيير وفقاً للسياسة المالية للدولة ووفقاً لما يحدده القانون، أما أنصبة الزكاة فهي مقادير محددة شرعاً وهي توقيفية لا تقبل التعديل ولا التغيير. فلا تجب الزكاة في المال إلا إذا بلغ نصاباً وهو شرط من شروط

(١) المجموع ٢١١/٦، المغني ٤٣٦/٦.

(٢) المجموع ٢١٥/٦.



وجوب الزكاة فيه، ويعرف الفقهاء النصاب بأنه: "القدر الذي إذا بلغه المال وجبت فيه الزكاة"<sup>(١)</sup>. وفي تعريف آخر: "القدر المعتبر لوجوب الزكاة"<sup>(٢)</sup>. والنصاب شرط لوجوب الزكاة في الأموال النقدية وفي معدني الذهب والفضة وفي الأنعام وفي عروض التجارة باتفاق الفقهاء، وهو شرط عند الجمهور في الزروع كذلك على خلاف الحنفية<sup>(٣)</sup>. ونصاب الزروع عند الجمهور خمسة أوسق وتعادل ٦١٢ كيلو جراماً، أما عند الحنفية فلا نصاب في الزروع فتجب الزكاة فيما يحصل قل أو أكثر.

بينما قد نجد أن النظام الضريبي يضع حداً أدنى وحداً أعلى لقيمة الوعاء الذي تحسب فيه الضريبة، وهذا التحديد غير ثابت، فهو قابل للتغيير والتعديل حسب التشريعات المنظمة للضرائب وما يطرأ عليها من تعديلات تختلف من بلد لآخر.

ففي قانون ضريبة الدخل المصري في المادة (٧) منه ينص على التالي:  
"تستحق الضريبة على ما يجاوز خمسة آلاف جنيه من مجموع صافي الدخل الذي يحققه الممول المقيم خلال سنة".

كما ينص في المادة (٨) من القانون نفسه على تقسيم دخول المكلفين بالضريبة إلى شرائح تتصاعد فيها الضريبة حسب تصاعد الدخل على النحو التالي:  
"من ٥٠٠٠ جنيه إلى ٢٠,٠٠٠ جنيه تكون الضريبة ١٠٪ ومن ٢٠,٠٠٠ جنيه إلى ٤٠,٠٠٠ جنيه تكون الضريبة فيها ١٥٪، وفي أكثر من ٤٠,٠٠٠ جنيه تكون الضريبة ٢٠٪".

أما قانون الضريبة الكويتي فقد قسم شرائح الدخل في المادة (٢) في الفقرة (١٢) بدأ من ٥,٢٥٠ إلى ١٨,٧٥٠ وتكون الضريبة فيها ٥٪ وتتصاعد الشرائح إلى ٣٧,٥٠٠ لتكون الضريبة ٥٥٪.

### الخلاصة:

نخلص مما تقدم بحثه تعذر العمل بهذا الحل وهو الجمع بين الزكاة والضريبة لما بينهما من فروق في الوعاء وفي المصارف. فالزكاة أعم في وعائها وأخص في

(١) مواهب الجليل ٢/٢٥٦.

(٢) حاشية البجيرمي ٥/٢.

(٣) فتح القدير ١٧٢/٢، ٢٠٧، ٢١٧. الصاوي على الشرح الصغير ١/٥٩٤، ٦٠٨، ٦٢١، ٦٢٦. مغني المحتاج ٦٣/٢، ٩٣، ١٠٥، كشف القناع ١٨٥/٢، ٢٢٩، ٢٤٠. الصاوي على الشرح الصغير ٦٠٨/١. مغني المحتاج ٨٤/٢. كشف القناع ٣٠٢/٢.

مصارفها من الضريبة، فلا يمكن لإحدى الوظيفتين أن تسد مسد الأخرى. وبذلك لا يمكن قبول هذا الحل لدفع التزامم والتعارض بين الزكاة والضريبة ويتعين البحث عن حلول أخرى وهو ما سنتناوله في الفصلين التاليين.

كما يتضح من خلال ما أظهرته المقارنة بين الزكاة والضريبة، وما يجري عليه العمل في الواقع المعاصر، يتضح تعذر العمل بكلا القولين في مسألة دفع الضريبة للدولة على نية أنها زكاة التي تقدمت في المبحث الأول من هذا الفصل. وذلك لأن المقارنة تظهر تحقق علة عدم الإجزاء التي اعتمد عليها القائلون به، وهي أن الضرائب لا تجبى على أنها زكاة، وأنها لا يلتزم بها الأنصبة الشرعية للزكاة. كما تظهر المقارنة تخلف شروط الإجزاء الذي اشترطه القائلون به بأن تصرف الضرائب في مصارف الزكاة. ويتأكد تعذر العمل بكلا القولين في حال ما إذا أخذت الضرائب ظلماً وتعسفاً، فقد اتفق القولان على اشتراط عدم الظلم لإجزاء دفع الضرائب على نية أنها زكاة، باستثناء الرواية عند الحنابلة في مقابل الأصح عندهم.

## الفصل الثالث

### الحل الثاني: حسم مقدار الزكاة من الوعاء الضريبي للمكلف بأداء الضريبة للدولة

يقوم هذا الحل على مبدأ أن من يتبرع به المواطن للأعمال الخيرية يعتبر من المصروفات التي تحسم من الأموال الداخلة في حساب الضريبة.

وقد أخذت بعض الدول في تشريعاتها الضريبية بهذا المبدأ، ومنها مصر. فقد نص قانون الضريبة على الدخل المصري على التكاليف والمصروفات واجبة الخصم في المادة (٢٣) من قانون الضريبة على الدخل<sup>(١)</sup> وذكر منها:

- التبرعات المدفوعة للحكومة ووحدات الإدارة المحلية وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أيا كان مقدارها.

- التبرعات والإعانات المدفوعة للجمعيات والمؤسسات الأهلية المصرية المشهرة طبقاً لأحكام القوانين المنظمة لها، ولدور العلم والمستشفيات الخاضعة للإشراف الحكومي ومؤسسات البحث العلمي المصرية، وذلك بما لا يجاوز ١٠٪ من الربح السنوي الصافي للممول".

والزكاة المفروضة شرعاً المؤداة للدولة إلزاماً لا تكون من قبيل التبرع، ولكن لما كانت مصارفها توجه إلى ما فيه المصلحة العامة ومواجهة الفقر فإنه ينطبق عليها ما ينطبق على التبرع المحض في خصم مقداره من الوعاء الضريبي.

إن خصم مقدار الزكاة من الوعاء الضريبي يشجع التبرع للأعمال الخيرية، ويدعم مؤسسات المجتمع المدني العاملة في مجال المساعدات الاجتماعية والإنسانية. هذا فضلاً على أنه سيساعد في خفض العبء الضريبي على المكلف بالضريبة. ثم إن عدم حسم مقدار الزكاة من وعاء الضريبة سيؤدي إلى دخولها في حساب وعاء الضريبة، وسيكون هذا المقدار مؤثراً في رفع الضريبة المستحقة على دافعها للدولة، مع كونه ملزماً بدفع المقدار نفسه باعتباره زكاة عن أمواله التي وجبت فيها الزكاة.

(١) الضريبة على الدخل الصادر بقانون (٩١) لسنة ٢٠٠٥ المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد (٢٣) عام ٢٠٠٥ حسب آخر تعديل بموجب القانون (١٩٦) لسنة ٢٠٠٨ الصادر في ٢٣ يونيو ٢٠٠٨.

وقد يعترض على هذا الحل بأنه سيؤدي إلى خفض مقدار الضريبة المدفوعة للدولة، ومن ثم سيظهر أثر ذلك على الخدمات والنفقات التي تمويلها الدولة من أموال الضرائب.

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن مقدار الزكاة الذي سيخصم من وعاء الضريبة سيوجه إلى مصارف الزكاة و ستساهم في تمويل الإنفاق الحكومي المتفق مع مصارف الزكاة مثل الإنفاق على مواجهة مشكلة الفقر أو المساعدة في معالجة ديون المواطنين المتعثرة، أو تمويل العدة العسكرية للدولة. وهذه من أوجه الإنفاق التي تتحملها الموازنة العامة للدولة، وبالتالي فإن تمويلها من أموال الزكاة سيؤدي إلى تخفيف العبء عن هذه الموازنة لتوجه إلى أوجه أخرى من الإنفاق العام مما لا يدخل في مصارف الزكاة الثمانية كما تقدم إيضاحه عند بحث الفروق بين مصارف الزكاة وبين أوجه الإنفاق العام.



## الفصل الرابع

### الحل الثاني: حسم مقدار الضريبة من وعاء الزكاة

يعتمد هذا الحل على أن الزكاة لا تجب إلا فيما يزيد عن حاجات الإنسان الأصلية، وعن ديونه المستحقة عليه عند وجوب الزكاة عليه في كل عام. ولما كانت الضريبة هي التزام تفرضه الدولة على المواطن، فإنها تدخل بهذا الاعتبار من جملة الديون التي يتحملها المواطن، وعليه فإن مقدار الضريبة المستحقة عليه سيخصم من الأموال التي تجب فيها الزكاة، وتحسب الزكاة على الباقي إن بلغ نصاباً. وحتى يمكن دراسة هذا الحل فسيكون من المفيد أن يقسم الفصل الثالث إلى المبحثين التاليين:

**المبحث الأول: خلاف الفقهاء في أثر الديون في وجوب الزكاة على المدين.**

**المبحث الثاني: اعتبار الضريبة ديناً وأثر ذلك في حساب الزكاة.**

### المبحث الأول

#### خلاف الفقهاء في أثر الديون في وجوب الزكاة على المدين

للفقهاء في هذه المسألة اتجاهان:

**الاتجاه الأول:** إن الدين يمنع وجوب الزكاة. وذهب إلى هذا القول الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعية في القول القديم. ولكل مذهب منها تفصيل فيما ذهب إليه واستدلال وتوجيه على النحو التالي:

فذهب الحنفية إلى أن الدين يمنع وجوب الزكاة بقدره في الأموال الباطنة وهي النقود وعروض التجارة حالاً كان أم مؤجلاً، إذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين قبل وجوب الزكاة، فلو لحقه بعده لم يسقط وجوب الزكاة لأنها ثبتت في ذمته قبل وجوب الدين فلا يسقطها ما لحق من الدين بعد ثبوتها، وذلك لأن مال المدين خارج عن عمومات الزكاة، لأنه محتاج إلى هذا المال حاجة أصلية وهي قضاء الدين، والمال المحتاج إليه حاجة أصلية لا يكون مال زكاة، لأنه لا يتحقق به الغنى لحديث: " لا صدقة إلا عن ظهر غني"<sup>(١)</sup>. وصفة الغنى من شروط وجوب الزكاة ولا يتحقق مع

(١) صحيح البخاري كتاب الزكاة (باب لا صدقة إلا عن ظهر غني) ٤٤١/١. مسند أحمد (الفتح الرباني لأحمد عبد الرحمن البنا ١٠٣/٩).

وجود الدين، كما أن ملكه في النصاب ناقص بدليل أن لصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه أن يأخذه من غير قضاء ولا إرضاء<sup>(١)</sup>.

وذهب المالكية إلى أن الدين يمنع وجوب الزكاة في الأموال الباطنة حالا كان أم مؤجلاً. ويسقط الدين من الزكاة بمقدار القدر المساوي له من العين، إلا إذا كان لرب العين المدين من العروض ما يفي بدينه، فإنه يجعله في نظير الدين الذي عليه ويزكي ما عنده من العين.

وسقوط الزكاة عن المدين في هذه الحال مشروط بشرطين:

- ١ - إن حال الحال والعرض عنده.
- ٢ - أن يبيع ذلك العرض وهو من العروض التي تباع على المفلس كثياب وماشية ولو دابة ركوب أو كتب فقه، لا ثوب جسده أو دار سكناه إلا أن يكون فيها فضل عن ضرورته.

فإن كان عنده من العروض ما يفي ببعض ما عليه للباقي، فإن وجبت فيه زكاة زكاه، كما لو كان عنده أربعون ديناراً وعليه مثلها وعنده عرض يفي بعشرين، فإنه يزكي العشرين الباقية، أو يكون له دين مرجو ولو مؤجلاً، فإنه يجعله فيما عليه ويزكي ما عنده من العين<sup>(٢)</sup>.

وذهب الحنابلة إلى أنه لا زكاة في مال من عليه دين يستغرق النصاب أو دين ينقصه، ولا يجد ما يقضيه به سوى النصاب، أو يجد ما يقضي به الدين غير النصاب، لكنه لا يستغني عنه كمسكنه وكتب علمه وثيابه.

ومعنى منع الدين وجوب الزكاة بقدر الدين، هو أن يسقط من المال بقدر الدين المانع كأنه غير مالك له لاستحقاق صرفه لجهة الدين، ثم يزكي المدين ما بقي من المال إذا بلغ نصاباً تاماً. ومن كان له عرض قنية يباع لو أفلس، أو حجر عليه لفلس كعقار وأثاث لا يحتاجه، وكان ثمنه يفي بما عليه من الدين، ومعه مال زكوي، جعل الدين في مقابلة ما معه من المال الزكوي فلا يزكيه، لئلا يخل بالمواساة، ولأن عرض القنية كملبوسه في أنه لا زكاة فيه فكذا فيما يمنعها<sup>(٣)</sup>.

(١) بدائع الصنائع ٧/٢.

(٢) حاشية الدسوقي ٤٣١/١.

(٣) المغني ٤١/٣، كشف القناع ١٧٦/٢.

وذهب الشافعية في القول القديم إلى أن الدين يمنع وجوب الزكاة بقدره من الدين مطلقاً في المال الظاهر والباطن، وعللوا هذا القول بتعليقين:

**الأول:** ضعف الملك لتسلط المستحق.

**الثاني:** إن مستحق الدين تلزمه الزكاة فلو أوجبنا على المدينون أيضاً لزم منه تثنية الزكاة في المال الواحد.

وهناك قول آخر للشافعية وهو أن الدين يمنع الزكاة في المال الباطن وهو النقد وعروض التجارة، ولا يمنع الزكاة في المال الظاهر كالزروع والأنعام، وذلك لأن الظاهر ينمو بنفسه، والباطن إنما ينمو بالتصرف فيه، والدين يمنع من التصرف في المال، ويحوج ماله إلى صرفه في قضائه<sup>(١)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** إن الدين لا يمنع وجوب الزكاة وإن استغرق النصاب سواء أكان حالاً أم مؤجلاً.

وهو مذهب الشافعية في القول الأظهر الجديد<sup>(٢)</sup> وقول زفر من الحنفية<sup>(٣)</sup>. ومحل الخلاف في قول الشافعية القديم والجديد من منع الدين للزكاة في قدره من الدين، وبين عدم منع الدين للزكاة وإن استغرق النصاب هو في الأحوال التالية:

١ - إذا لم يزد المال على الدين، فإن زاد المال على الدين وكان الزائد نصاباً وجبت الزكاة قطعاً.

٢ - إذا لم يكن عنده من غير المال الزكوي ما يقضي به الدين، فإن كان لم يمنع قطعياً.

٣ - ألا يملك صاحب الدين مالاً من دين أو عين، فلو ملك ما يتم به النصاب وجبت عليه الزكاة.

ووجه قول الشافعية في عدم منع الدين وجوب الزكاة أنه وجدت شروط وجوب الزكاة في مالك المال وفي المال فهو حر مسلم ملك نصاباً وحال عليه الحول فوجبت عليه الزكاة كمن لا دين عليه<sup>(٤)</sup>.

(١) تحفة المحتاج ٣/٣٢٧، مغني المحتاج ٢/١٢٦، المجموع ٥/٣١٧.

(٢) تحفة المحتاج ٣/٣٢٧، مغني المحتاج ٢/١٢٦، المجموع ٥/٣١٧.

(٣) بدائع الصنائع ٧/٢.

(٤) تحفة المحتاج ٣/٣٢٧، مغني المحتاج ٢/١٢٦، المجموع ٥/٣١٧.

## المناقشة والترحيع:

إن محل الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة هو في أثر الدين الذي شغلت به ذمة المزمكي المدين في منع وجوب الزكاة في مقدار هذا الدين مما يملكه من نصاب.

ومنع الوجوب يفيد أنه لا يصبح مطالباً شرعاً بإخراج زكاة هذا المقدار من المال، وإنما يزكي ما فضل عنه إن بلغ نصاباً، ولهذا فإن مقدار هذا الدين يحسم من الأموال الزكوية للمدين ولا يدخل في حساب الزكاة.

ومن خلال دراسة أقوال الفقهاء في هذه المسألة نرى أن جمهور الفقهاء - الحنفية والمالكية - والحنابلة والشافعية في قولهم القديم - ذهبوا إلى أن الدين يمنع وجوب الزكاة في مقدار الدين حالاً كان أم مؤجلاً، وقد بنوا مذهبهم على أثر الدين في سبب تعلق الزكاة في ذمة المزمكي وفي ماله.

فالزكاة تجب على المالك بسبب وصف الغنى النافي لوصف الفقر عنه، الذي يوجب استحقاقه للزكاة، لقوله ﷺ: "تؤخذ من أغنيائهم فترد إلى فقرائهم".

ويظهر أثر الدين في تحقق وصف الغنى الموجب للزكاة على المدين في أنه محتاج إلى المال، بمقدار الدين الذي شغلت به ذمته، في قضاء دينه وهي حاجة أصلية، لأن هذا المقدار من المال مستحق الصرف للدائن، فملك المدين عليه ضعيف، ومن شروط وجوب الزكاة أن يملك المزمكي المال ملكاً تاماً فائضاً عن حاجاته الأصلية. فلما كان مقدار الدين مشغولاً في حاجة أصلية، فإنه يكون بذلك خارجاً عن المال الذي تجب فيه الزكاة.

وهذا المعنى هو ما يرجح ما ذهب إليه الجمهور من أن الدين يمنع وجوب الزكاة بقدره، فيحسم من مال الزكاة ويزكى الباقي إن كان نصاباً ويكون ما ذهب إليه الشافعية في الأظهر الجديد مرجوحاً، من أن الدين لا يمنع وجوب الزكاة، ولذلك لا يحسم مقدار الدين من المال الذي وجبت فيه الزكاة؛ حيث لم يعتبروا أثر الدين في تحقق وصف الغنى، طالما أن وصف الغنى متحقق في ملك النصاب الذي حال عليه الحول، مع وجود شروط وجوب الزكاة في المزمكي نفسه.

## المبحث الثاني

### اعتبار الضريبة ديناً وأثر ذلك في حساب الزكاة

إن إلزام الدولة للمواطنين بدفع الضرائب إليها، يجعلها التزامات ثابتة على المواطنين قبل الدولة. تجب عليها الدولة قسراً، وتعاقب المتخلف عن أدائها، وهي بهذا



الوصف كالديون الثابتة على دافع الضريبة لصالح الدولة، كما أنها ديون حالة تجب عليه في كل سنة مالية.

وبناء على ما ترجح من قول الجمهور فإن هذا الدين يمنع وجوب الزكاة في قدرها من ماله الذي وجبت فيه الزكاة، فإذا فضل منه ما يكمل به النصاب، وجبت الزكاة فيه، وهو ما يعتبر حلاً مقبولاً لرفع إشكالية تعارض فرض الزكاة والضريبة على المواطن عند حسم مقدار الضريبة من الوعاء الزكوي للمواطن. مما سيخفف عبء الزكاة عنه، وذلك لأن مقدار الضريبة لن يدخل في حساب وعاء الزكاة، ولن يؤدي ذلك إلى تكرار حساب الزكاة والضريبة على نفس المقدار من المال وهو مقدار الضريبة الذي سيحسب مرة في وعاء الزكاة في حال عدم حسم مقدار الضريبة من وعاء الزكاة، وسيحسب مرة أخرى في وعاء الضريبة في حال عدم حسم مقدار الزكاة من وعاء الضريبة كما تقدم في الحل الثاني.

ودين الضريبة يعتبر من الديون الحالة؛ لأنها تتعلق في ذمة المزكي في حال زكاته لكونه مطالباً بها في الحول. والمعتبر في تعلق الدين في ذمة المزكي في آخر الحول عند وجوب أداء الزكاة عليه.

## الفصل الخامس

### الحل الرابع: دفع التعارض بين الزكاة والضريبة بحصره في الوعاء المشترك بينهما

اعتماداً على ما سبق من المقارنة بين الزكاة وبين الضريبة باعتبار الوعاء الضريبي، في المبحث الثاني من الفصل الأول، بما يغني عن إعادته هنا، تبين أن وعاء الزكاة أعم من وعاء الضريبة من حيث أنه يشمل أنواعاً من الأموال لا تدخل في الوعاء الضريبي، وأن هناك أموالاً تدخل في الوعاء الضريبي ولا تدخل في وعاء الزكاة، وهناك أنواع من الأموال مشتركة بينهما، بمعنى أنها يشملها كلا الوعاءين، بما يمكن أن نسميه "الوعاء المشترك بين الزكاة والضريبة" ولمناقشة هذا الحل يحسن أن نقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

#### المبحث الأول: مشمولات الوعاء المشترك.

#### المبحث الثاني: حساب الزكاة والضريبة في الوعاء المشترك.

### المبحث الأول

#### مشمولات الوعاء المشترك

يشتمل الوعاء المشترك بين الزكاة وبين الضريبة على أنواع الأموال التالية:

- ١ - الأموال النقدية.
- ٢ - الدخل بأنواعه الثلاثة: الذي ينشأ من العمل فقط وهي الرواتب والأجور، أو ما ينشأ من اجتماع العمل ورأس المال وهي الأرباح الصناعية والتجارية، أو ما ينشأ من رأس المال فقط كبيع الأموال المنقولة.
- ٣ - الأموال النامية من الثروة: حيث إن الثروة في عرف المحاسبة الضريبية هي رأس المال الذي يملكه الشخص من أموال نقدية وعقار ومنقول مادي أو معنوي، أنتجت دخلاً نقدياً أو عينياً أو خدمات أو لم تنتج.
- والذي يدخل في وعاء الزكاة منها هي فقط الأموال النامية المعدة للنماء بتحقيق الدخل النقدي، لأن من شرط المال لوجوب الزكاة فيه أن يكون نامياً.
- ويستبعد من هذا الوعاء المشترك نوعان من الأموال:
- ١ - الضرائب غير المباشرة، لعدم شمولها لوعاء الزكاة، وهي:
- أ - قيمة ما يشتري بقصد الاستهلاك لأنه من عروض القنية.

ب - الضرائب على السلع المستوردة أو المصدرة لأن الذي يدخل في وعاء الزكاة هو قيم هذه السلع والزكاة واجبة في قيمتها، وما يأخذ من ضرائب لا يحسب على هذا الأساس.

ج - الضرائب المفروضة على انتقال الثروة، لأنها تفرض على نقل الملكية فإن كانت عقارات فهي إما أن تكون أصولاً ثابتة تتمتع بقصد الاستعمال أو التأجير فلا زكاة فيها، أو أن تكون عروض تجارة قصد بها عند تملكها بيعها، فالزكاة في قيمتها كعروض تجارة.

٢ - سائر الأموال الزكوية كالزروع والثمار والأنعام وغيرها مما لا تشملها الضريبة، وفي حال اجتماع سببين للزكاة فيها بأن تعد للتجارة فتصبح عروض تجارة، فيستبعد من الوعاء المشترك ما يتعلق بها من ضرائب غير مباشرة، كالضرائب على السلع المستوردة والمصدرة باعتبارها سلعاً تجارية، كما تستبعد قيمها باعتبارها من عروض التجارة، على القول بأن زكاة ما اجتمع فيه سببان للزكاة من عروض التجارة يزكى بقيمته لا بعينه وهوما ذهب إليه المالكية والشافعية في الجديد<sup>(١)</sup>، وهذه القيمة ستظهر عند حساب الزكاة في الوعاء الخاص بالزكاة.

## المبحث الثاني

### حساب الزكاة والضريبة في الوعاء المشترك

بناء على ما تقدم فإن من الحلول التي يمكن أن تدفع التعارض بين الضريبة والزكاة هو قصر الازدواج في حساب الضريبة والزكاة على هذا القدر المشترك من الأموال التي تدخل في كلا الوعاءين، فتحسب الزكاة والضريبة فيهما معاً، بينما تحسب الزكاة فقط في باقي أنواع الأموال الخاصة بوعاء الزكاة، وتحسب الضريبة فقط في باقي الأنواع الخاصة بوعاء الضريبة التي لا تدخل في وعاء الزكاة.

ويمكن حساب الزكاة والضريبة في هذا الوعاء المشترك بأحد أسلوبين:

**الأسلوب الأول:** الجمع بين نسبتي الزكاة والضريبة من مجموع مشمولات الوعاء المشترك، فلو فرضنا أن نسبة الضريبة المقررة من الدولة هي ١٠٪، وبما أن نسبة الزكاة المقررة شرعاً ٢,٥٪ فتكون مجموع النسبتين ١٢,٥٪ تحسب من مجموع الوعاء المشترك، ثم تقسم الحصيلة إلى حصتين، الأولى بنسبة ٢,٥٪ للزكاة والثانية

(١) حاشية الدسوقي ٤٧٢/١، المجموع ٥٠/٦.

بنسبة ١٠٪ للضريبة، بحيث توجه حصة الزكاة إلى مصارفها الشرعية، وحصة الضريبة لتصرف حسب بنودها المقررة حسب السياسات المالية للدولة لتمول بنود الإنفاق العام في الموازنة العامة.

**الأسلوب الثاني:** استخلاص النسب المقررة للضريبة من الوعاء المشترك، ثم تحسب نسبة الزكاة من الباقي، فإذا كانت نسبة الضريبة ١٠٪ - كما في المثال السابق - ونسبة الزكاة المقررة شرعاً وهي ٢,٥٪، فتحسب نسبة ١٠٪ للضريبة على كامل الوعاء المشترك ويستبعد مقدارها منه، ثم تحسب نسبة ٢,٥٪ للزكاة على ما تبقى من الوعاء المشترك.

ويمكننا أن نستخلص مميزات العمل بهذا الحل على النحو التالي :

- ١ - عدم التداخل بين مشمولات وعاء الزكاة الخاصة به ومشمولات وعاء الضريبة الخاصة به، في حال فرضت الدولة على المواطنين أداءهما إليها، وهو أحد إشكاليات التزامم وتعارض الزكاة مع الضريبة المشار إليها في إشكاليات البحث.
- ٢ - وفقاً للأسلوب الثاني لحساب نسبتي الزكاة والضريبة فإن مقدار الضريبة لن يدخل في حساب الزكاة، لأنه حسم من الوعاء المشترك، لتحسب الزكاة بعد ذلك على المتبقي منه، وهذا ما يتفق مع الحل الرابع في الفصل الثالث، القائم على حسم مقدار الضريبة من وعاء الزكاة باعتبارها ديوناً على المزكي، ترجيحاً لمذهب جمهور الفقهاء من أن الدين يمنع وجوب الزكاة بمقداره، ويزكي الباقي من المال الذي وجبت فيه الزكاة إن بلغ نصاباً.

### نتائج البحث:

من خلال ما تمت دراسته في فصول هذا البحث يمكن تلخيص نتائجه فيما يلي:

- ١ - لدفع التزامم والتعارض بين الزكاة والضريبة عند الإلزام بدفعهما للدولة، يمكن العمل بأحد الحلول التالية:

- أ - حسم مقدار الزكاة من وعاء الضريبة، باعتبار أن مصارف الزكاة توجه إلى مصارف خيرية، ففيه تشجيع على الإنفاق الخيري لدعم أنشطة جمعيات النفع العام.
- ب - حسم مقدار الضريبة من وعاء الزكاة.

- ج - حصر ازدواجية الزكاة والضريبة في الوعاء المشترك بينهما، فتحسم نسبة الزكاة من باقي الوعاء المشترك بعد حسم نسبة الضريبة منه.

- ٢ - لا يغني فرض الضريبة عن دفع الزكاة للدولة ولا تسد كل من الزكاة أو الضريبة



عن الأخرى، وذلك للاختلاف في مكونات وعاء كل منهما وللأختلاف في مصارفهما.

- ٣ - الدين يمنع وجوب الزكاة بمقداره من المال الذي وجبت فيه الزكاة، فيحسم مقدار الدين من المال الذي وجبت فيه الزكاة ويزكى ما فضل إن بلغ نصاباً.
- ٤ - لا تجب الزكاة في مقدار الضريبة باعتبارها ديناً على المزكي للدولة.
- ٥ - يشمل الوعاء المشترك بين الزكاة والضريبة الأموال التي فرض القانون فيها الضريبة من الأموال التي تجب فيها الزكاة شرعاً، ويستبعد منه الأموال التي تجب فيها الزكاة مما لا تفرض فيها الضريبة.
- ٦ - الزكاة أعم في وعائها وأخص في مصارفها من الضريبة.
- ٧ - مصارف الضريبة هي المصالح العامة كما يحددها قانون الضريبة، أما مصارف الزكاة فمحددة شرعاً بمصارفها الثمانية ولا يجوز صرف الزكاة في غيرها من مصارف الضريبة المتعارضة مع مصارف الزكاة.
- ٨ - يمكن العمل بأحد الأسلوبين التاليين لحساب الزكاة في الوعاء المشترك بين الزكاة والضريبة :
  - أ - الجمع بين نسبتي الزكاة والضريبة معاً في نسبة واحدة، وتقسم الحصيلة بنسبة كل منهما لتصرف في مصارف كل منهما.
  - ب - حسم نسبة الضريبة أولاً من الوعاء المشترك، ثم تحسب نسبة الزكاة فيما تبقى من الوعاء بعد حسم الضريبة.

## تطبيق ما انتهى إليه البحث على قانون رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٦ في شأن الزكاة ومساهمة الشركات العامة والمقفلة في ميزانية الدولة / الكويت

### أولاً - نصوص مواد القانون:

#### المادة الأولى

تحصل نسبة مقدارها (١٪) سنوياً من صافي أرباح الشركات الكويتية المساهمة العامة والمقفلة، ولهذه الشركات عند تقديم إقراراتها بالمستحق عليها مرفقا بها ميزانياتها السنوية بموجب هذا القانون أن تحدد القدر الذي يمثل زكاة عن أموالها من المبلغ المحصل، كما أن لها أن تطلب توجيه المبلغ المستحق عليها أو جزء منه إلى إحدى الخدمات العامة. ويعاقب كل من قدم بيانات غير صحيحة أو امتنع عن تقديمها بقصد التهرب من أداء النسبة المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين مع الحكم بسداد المبلغ المطلوب.

#### المادة الثانية:

تتولى وزارة المالية تحصيل النسبة المقررة بالمادة الأولى لصالح الخزنة العامة للدولة بالكيفية التي ينظمها هذا القانون ولائحته التنفيذية.

#### المادة الثالثة:

يصدر وزير المالية اللائحة التنفيذية لهذا القانون التي تبين قواعد وإجراءات التحصيل والإنفاق للأموال المحصلة في مدة لا تتجاوز سنة من تاريخ صدور هذا القانون، متضمنة المصارف الشرعية للزكاة بعد أخذ موافقة هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، وذلك مع مراعاة أحكام المادة الأولى من هذا القانون.

#### المادة الرابعة:

يستثنى من تطبيق هذا القانون الشركات المملوكة للحكومة والتي يصدر بإنشائها قوانين خاصة، والشركات التي يطبق عليها المرسوم رقم (٣) لسنة ١٩٥٥ المشار إليه.

#### المادة الخامسة:

على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، وينشر في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد صدور اللائحة التنفيذية.

## ثانياً - الملاحظات على القانون استرشاداً بالنتائج التي توصل إليها البحث:

١ - نصت المذكرة الإيضاحية للقانون في ديباجتها على التالي: "ينعم القطاع الخاص في دولة الكويت بكافة أشكال الدعم الحكومي المالي والخدمي في ظل غياب شبه مطلق لأي من ضرائب الدخل التي تفرض بنسب كبيرة من صافي الأرباح السنوية للشركات في البلدان الغنية والنامية على حد سواء. ومن هذا المنطلق ارتأى المشروع فرض نسبة ١٪ على صافي الأرباح السنوية للشركات المساهمة العامة والمقفلة إسهاماً منها في دعم الميزانية العامة للدولة من ناحية، وتمكينها لتلك الشركات التي تؤدي فريضة الزكاة من توجيه هذه النسبة إلى المصارف الشرعية لها ضمن إطار أكثر شمولية وأكثر تنظيماً، ذلك أنه يتم تحت الإشراف الكامل لوزارتي المالية والأوقاف والشؤون الإسلامية".

يتضح من هذه الديباجة أن الهدف من القانون هو فرض ضريبة على صافي أرباح الشركات لغرض المساهمة في دعم الميزانية العامة للدولة، ولتمكين الشركات التي تؤدي فريضة الزكاة من توجيه هذه الضريبة إلى مصارف الزكاة الشرعية، وبناء على ذلك يكون هذا القانون في أساسه قانون ضريبة وليس قانوناً خاصاً بالزكاة، ولكنه يسمح بتوجيه هذه الضريبة لمصارف الزكاة، والذي يؤكد هذا التوجه أن الدولة لن تتدخل في حساب الشركة لزكاة أموالها، فلم تتضمن اللائحة التنفيذية ضمن إجراءات تحصيل أموال الضريبة في الفصل الثاني الخاص بإجراءات التحصيل ما يتعلق بحساب زكاة الشركات، هذا فضلاً على أن تحصيل هذه النسبة (١٪) مربوط بتحقيق الأرباح، مع العلم أن وجوب الزكاة على الشركة لا يتوقف على تحقيق الأرباح بل على شروط وجوب الزكاة كالنصاب والحوال وإن لم تحقق الشركة أرباحاً. إضافة إلى ذلك فإن المكلف يدفع هذه الضريبة له أن يوجهها بالكامل إلى الخدمات العامة ولا يخصص أي جزء منها للزكاة. ومما يؤكد كذلك على أن القانون هو قانون ضريبة وليس قانون زكاة أنه ربط تحصيل الضريبة بعدم تحقق خسارة كما جاء في المذكرة الإيضاحية المادة (٤) "إذا ختم حساب أحد السنين بخسارة فإن الشركة لا تخضع للضريبة عن هذه السنة ولا تخضع هذه الخسارة من أرباح السنوات التالية الخاضعة للضريبة". ومن المعلوم أن تحصيل الزكاة لا يشترط فيه عدم تحقق خسارة إذا توفرت شروط وجوب الزكاة في الوعاء الزكوي للشركة. وكل ما سبق يؤكد أن هذا القانون هو قانون للضريبة

وليس قانوناً للزكاة. هذا إضافة إلى أن نسبة الزكاة الشرعية هي ٢,٥٪ وليست ١٪.

٢ - يتيح القانون للشركات المشمولة به أن تدفع الضريبة المقررة فيه للدولة وأن تحتسبها من الزكاة، وقد تقدم بيان اختلاف الفقهاء في هذه المسألة، بين من يرى عدم إجزاء دفع الضريبة للدولة واحتسابها من الزكاة لعلها لا تؤخذ على أنها زكاة، وأنها لا يراعى فيها الأنصبة الشرعية، وبين من يرى الإجزاء بشرط أن تصرف في مصارفها الشرعية مع اتفاق القولين على اشتراط ألا تكون الضرائب قد أخذت ظلماً.

والملاحظ في القانون أنه ترك الخيار للمكلف بالضريبة أن يحدد الجزء الذي يخص الزكاة منها، فيكون قد نواه زكاة، كما أن الدولة تأخذ منه هذا الجزء على أنه زكاة، وتلتزم بصرفه في مصارفه الشرعية، و مع افتراض الجباية العادلة لهذه الضريبة، فيكون دفع الضريبة واحتسابها من الزكاة مجزئاً على كلا القولين؛ لانتفاء علة المنع على القول الأول، وتحقق شرط الإجزاء على القول الثاني. بأنها ستؤخذ من المكلف على أنها زكاة، وقد راعى في حسابها الأنصبة الشرعية، وأن الدولة ستلتزم بصرفها في مصارفها الشرعية.

٣ - تنص المادة الأولى من القانون على التالي: "ولهذه الشركات عند تقديم إقراراتها بالمستحق عليها مرفقاً بها ميزانياتها السنوية بموجب هذا القانون أن تحدد القدر الذي يمثل زكاة عن أموالها من المبلغ المحصل، كما أن لها أن تطلب توجيه المبلغ المستحق عليها أو جزء منه إلى إحدى الخدمات العامة". كما جاء النص في ديباجة المذكرة الإيضاحية على التالي: "وتمكيناً لتلك الشركات التي تؤدي فريضة الزكاة من توجيه هذه النسبة إلى المصارف الشرعية". فيفهم من نص المادة في القانون أنه ليس للشركة توجيه النسبة المحصلة كاملة إلى الزكاة، لأن المطلوب منها أن تحدد القدر الذي يمثل زكاة عن أموالها من المبلغ المحصل، بينما لها أن توجه المبلغ كاملاً أو جزء منه إلى إحدى الخدمات العامة وهو المبلغ الذي يوجه إلى مصارف الضريبة. إلا أن نص الديباجة يفيد أن للشركة أن توجه هذه النسبة بما يعني نسبة الواحد بالمائة كاملة إلى مصارف الزكاة الشرعية، وسيظهر أثر هذين الاحتمالين في تفسير نص المادة فيما إذا كانت هذه النسبة تعدل مقدار الزكاة الواجبة على الشركة أو أقل وهو ما سنبينه في الملاحظة رقم (٤).

٤ - بناء على ما تقدم من احتمالي تفسير نص المادة الأولى من القانون، ستنشأ



الاحتمالات التالية عند تحصيل نسبة (١٪) من صافي أرباح الشركة كما ينص عليه القانون:

**الأول:** أن تكون هذه النسبة تعادل قيمة الزكاة الواجبة شرعاً على الشركة دون وجود فائض.

**الثاني:** أن تكون هذه النسبة أقل من قيمة الزكاة الواجبة شرعاً على الشركة.

**الثالث:** أن تكون هذه النسبة تعادل قيمة الزكاة الواجبة مع وجود فائض.

فعلى الاحتمال الأول والثاني تكون الشركة ملزمة بتخصيص جزء من هذه النسبة للزكاة، والباقي للخدمات العامة، ثم تقوم هي بإخراج الجزء المتبقي من الزكاة، وهذا بناء على ما تقدم من احتمال أن القانون لا يسمح بتخصيص كامل النسبة للزكاة. أما على احتمال سماح القانون بذلك فلا إشكال في أن توجه كامل النسبة للزكاة. ويلزم الشركة على الاحتمال الثاني فقط إخراج الجزء المتبقي من الزكاة. أما على الاحتمال الثالث فلا إشكال على كلا احتمالي تفسير ما جاء في القانون لوجود الفائض، حيث يمكن تخصيص الفائض للخدمات العامة.

٥ - لقد أشرنا في بداية هذا البحث أن من أحد إشكالياته هو التداخل المحتمل عند فرض الزكاة والضريبة معاً في مصارف كل منهما، فقد خلص البحث إلى أن الزكاة أعم في وعائها وأخص في مصارفها من الزكاة، وأن مصارف الزكاة محددة شرعاً بالأصناف الثمانية ولا يجوز شرعاً تعديلها أو تغييرها بصرف الزكاة في غيرها من مصارف الضريبة التي لا تتفق مع مصارف الزكاة.

ونجد أن القانون قد تجاوز هذا الإشكال عندما نص في مذكرته الإيضاحية على أن ما تحدده الشركة مما يخص مقدار الزكاة من النسبة المقررة عليها من صافي أرباحها سيصرف في مصارف الزكاة فقط. وستبين هذه المصارف في اللائحة التنفيذية للقانون معتمدة من هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف، مما يحمل على الاطمئنان إلى دفع التداخل في المصارف بين الزكاة والضريبة. إلا أن النص على المصارف الشرعية في اللائحة التنفيذية جاء مجملاً فنص في المادة (١٨) من الفصل الثالث الخاص بقواعد إنفاق الأموال المحصلة على التالي "تتولى وزارة المالية إنفاق القدر الذي يمثل زكاة عن أموال الشركات الخاضعة للقانون من المبلغ المحصل إلى المصارف الشرعية المحددة بكتاب هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المشار إليه". فأحال بيان هذه المصارف على كتاب هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف.

- ٦ - تقدم بيان أن من أغراض هذا القانون تنظيم مساهمة الشركات في ميزانية الدولة، ولكن القانون لا ينص صراحة على كيفية مساهمة الزكاة خاصة في هذه الميزانية، حيث عنون القانون بعبارة: "الزكاة ومساهمة الشركات المساهمة العامة والمقفلة في ميزانية الدولة". ولم يبين في اللائحة التنفيذية كيف يتم التوفيق بين مصارف الزكاة وبين ما سيصرف في الخدمات العامة، فاكتمل في مصارف الزكاة بالإحالة إلى كتاب هيئة الفتوى، بينما ذكر أوجه الصرف في الخدمات العامة تفضيلاً دون بيان ما هي العلاقة بينهما وما الذي يمكن أن يدخل من مصارف الزكاة في الخدمات العامة.
- ٧ - تنص اللائحة التنفيذية في الفصل الثالث منها على قواعد إنفاق الأموال المحصلة في المادة (١٩) على أوجه إنفاق المبالغ المحصلة في الخدمات العامة تفصيلاً. ونص المادة كالتالي: "تتولى وزارة المالية إنفاق المبلغ المحصل من الشركات الخاضعة للقانون لصالح الخدمات العامة التالية:
- " ١ - الأمن والعدالة.
- ٢ - الدفاع.
- ٣ - الخدمات التعليمية.
- ٤ - الخدمات الصحية.
- ٥ - التكافل الاجتماعي والشؤون الاجتماعية.
- ٦ - الخدمات الإعلامية.
- ٧ - الإسكان.
- ٨ - المرافق.
- ٩ - الكهرباء والماء.
- ١٠ - الزراعة والثروة السمكية."
- ٨ - ومن الواضح أن هذه الخدمات لا تدخل في مصارف الزكاة من حيث الجملة. وقد يدخل بعضها في هذه المصارف بشروط، كاللبند الخاص بالتكافل الاجتماعي والشؤون الاجتماعية، حيث يمكن أن تشمل حالات الفقر بمفهومه الشامل لعدم كفاية الدخل للحاجات الأصلية كما تقدم تعريفه في بيان مصارف الزكاة في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

كما يمكن أن يدخل في التكافل الاجتماعي مصرف الغارمين الخاص بالمدينين المعسرين مع اختلاف أسباب الغرم وتوافقها مع الشروط الشرعية لهذا المصرف. ١٠ - هذا القانون كما هو الشأن في القوانين هو قانون ملزم، ومحل الإلزام في هذا القانون هو دفع نسبة ١٪ من صافي الأرباح للدولة. كما نص في المادة الأولى منه: "تحصل نسبة مقدارها ١٪ من صافي أرباح الشركات"، ونص في المادة نفسها على عقوبة الامتناع أو التهرب، إلا أن هذا الإلزام لا يتناول الإلزام بدفع الزكاة للدولة، فإن الشركة لها أن تحدد ما يخص الزكاة من هذه النسبة ولها ألا تحدد وتوجه كامل النسبة للخدمات العامة، فالأمر فيها جائز غير ملزم، فهذا القانون لا يسد الفراغ التشريعي في تنظيم جمع الزكاة وصرفها. وبناء على ذلك فهو لايساعد في دفع التزام والتعارض بين الزكاة والضريبة، حيث لا ينشأ التزام والتعارض إلا مع وجود قانون يلزم بدفع الزكاة وآخر يلزم بدفع الضريبة للدولة دون الدمج بينهما أو الاكتفاء بإحدهما عن الأخرى.

## المراجع

أولاً - القرآن الكريم.

ثانياً - كتب الحديث:

- ١ - ابن حنبل، أحمد الشيباني ت ٢٤١ هـ. مسند أحمد، دار المعارف: القاهرة، ١٩٨٠م.
- ٢ - أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (ت ٢٧٥هـ) الطبعة الثانية ٢٠٠٤م، دار القبلة، جدة، ومؤسسة الريان، بيروت.
- ٣ - البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ت ٢٥٦هـ. الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، الطبعة الأولى، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة (١٤٠٠هـ).

ثانياً - المعاجم:

- ٤ - ابن منظور، لسان العرب، دار الحديث ٢٠٠٣م، القاهرة.
- ٥ - الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، إصدار المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت ٢٠٠١م.
- ٦ - المطرزي، ناصر بن عبد السلام أبو المكارم، المغرب شرح المعرب، دار الكتاب العربي.

ثالثاً - كتب الفقه:

- ٧ - ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد ت ٦٢٠هـ. المغني، الطبعة الأولى ١٩٨٥، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٨ - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر ت ١٢٥٣هـ. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، حاشية ابن عابدين، دار الكتب العلمية ١٩٩٢م، القاهرة.
- ٩ - ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد المقدسي (ت ٧٦٣هـ). الفروع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، القاهرة.
- ١٠ - ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندري السيواسي (ت ٨٦١هـ). فتح القدير، دار الفكر، بيروت.
- ١١ - البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٠٥١هـ). كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت.



- ١٢ - البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر الشافعي (ت ١٢٢١هـ). التجريد لنفع العبيد - حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، دار الفكر العربي، القاهرة
- ١٣ - الجمل، سليمان بن منصور العجيلي (ت ١٢٠٤هـ). فتوحات الوهاب بتوضيح منهج الطلاب - حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الفكر: بيروت.
- ١٤ - الخرشى، محمد بن عبد الله أو عبد الله (١١٠١هـ). الشرح الكبير على متن خليل، دار الفكر، بيروت.
- ١٥ - الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة (١٢٣٠هـ). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية.
- ١٦ - الرحيباني، مصطفى السيوطي (١٢٤٣هـ). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق.
- ١٧ - الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد (٩٧٧ هـ). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٨ - الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي (١٢٤١هـ). بلغة السالك لأقرب المسالك - حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف.
- ١٩ - القليوبي، الشيخ شهاب الدين والشيخ عميرة. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج، دار إحياء الكتب العربية ١٩٩٥م.
- ٢٠ - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود أحمد ت ٥٨٧ هـ. بدائع الصنائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت. (١٩٨٦م).
- ٢١ - المرداوي، علاء الدين أبو الحسن بن سليمان (٨٨٥ هـ). الإنصاف في معرفة راجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٢ - النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (٦٧٦ هـ). المجموع شرح المذهب، مطبعة المنيرية، بيروت.
- ٢٣ - الهيتمي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر السبكي (٩٧٤هـ). تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.
- ٢٤ - فتاوى وتوصيات ندوات قضايا الزكاة المعاصرة - نشر بيت الزكاة، ط. الكويت، ٢٠٠٥م
- ٢٥ - أبحاث وأعمال الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة، إصدار بيت الزكاة، الكويت ٢٠٠٧م.

#### رابعاً - كتب القانون وعلم المالية والمحاسبة الضريبية:

- ٢٦ - قانون الضريبة على الدخل المصري المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد (٢٣) تابع في ٩ يونيو ٢٠٠٥ م.
- ٢٧ - دراسة متقدمة في المحاسبة الضريبية - خليل عواد أبو حشيش - ط. دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣ م.
- ٢٨ - الضرائب ومحاسبتها - وليد زكريا صيام - ط. ٢ عمان دار المسيرة للنشر ١٩٩٧ م.
- ٢٩ - علم المالية - رشيد الدقر - ط. مطبعة الجامعة السورية الطبعة الثانية.
- ٣٠ - الضرائب على الدخل، طارق عبد العال، ط إسكندرية الدار الجامعية ٢٠٠٧ م.
- ٣١ - الزكاة والضريبة دراسة مقارنة، غازي عناية، ط ١ دار إحياء العلوم، بيروت/لبنان، ١٩٩٥ م.
- ٣٢ - مشروع القانون النموذجي للزكاة ومذكرته التفسيرية واللائحة التنفيذية، إصدار بيت الزكاة في الكويت، الطبعة الأولى، ٢٠١٣ م.
- ٣٣ - قانون ضريبة الدخل الكويتي، وزارة العدل - الكويت.
- ٣٤ - قانون الزكاة ومساهمة الشركات المساهمة العامة والمقفلة في ميزانية الدولة. رقم ٤٦ لعام ٢٠٠٦ ومذكرته الإيضاحية ولائحته التنفيذية المنشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" العدد ٨٤٨ السنة الثالثة والخمسون ٢٠٠٧ م - دولة الكويت.

## الاستجواب البرلماني "دراسة نظرية تطبيقية على دولة الكويت"

الدكتور/ عبدالله حباب الرشيدى  
مجلس الوزراء - دولة الكويت

### ملخص:

تمثل المهمة الرقابية للبرلمان الجانب الأهم من نشاطه السياسي في الدولة، فمراقبة الحكومة عن طريق الوسائل الرقابية ومنها الاستجواب، تعتبر ضماناً أساسية في نظام الحكم الصالح، نص عليها الدستور لإحداث التوازن بين السلطين التشريعية والتنفيذية.

وعلى مدار صفحات هذا البحث تحدثنا عن الاستجواب البرلماني "دراسة نظرية تطبيقية" على دولة الكويت، وقد اجتهدنا ما وسعنا الأمر في دراسته، ليس فقط مناقشة واستعراض وتحليل النصوص التشريعية وأحكام المحكمة الدستورية ذات الصلة، وإنما أيضاً في رصد تناقضات الواقع العملي، وما فرضه من ممارسات أسرفت الاجتهاد في تعطيل بعض النصوص، فالتجربة الآن تجاوزت ٥٠ عاماً، وهي في حاجة إلى إعادة نظر. ويمكن القول أن في حياة مجلس الأمة - وحتى كتابة هذه السطور - ثمانية وستين استجواباً منذ بدء الحياة البرلمانية في دولة الكويت (الفصل التشريعي الأول ١٩٦٣ - ١٩٦٧م) وحتى (الفصل التشريعي الرابع عشر ٢٠١٢).

### تمهيد وتقسيم:

حرص الدستور الصادر في: ١٤ من جمادى الآخرة سنة ١٣٨٢هـ الموافق: ١١ من نوفمبر سنة ١٩٦٢م، على تنظيم العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية بشكل يقترب من النظام البرلماني، فأخذ بحق أعضاء مجلس الأمة في رقابة السلطة التنفيذية، وأعطى في الوقت نفسه للسلطة التنفيذية مجموعة وسائل تتدخل بها في تعيين بعض أعضاء مجلس الأمة، وأخرى للسير في أعمال المجلس، والمشاركة في

أعماله، والحق في حل المجلس، وما ذاك إلا لإحداث التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>(١)</sup>.

ونظراً لما للاستجواب من دور أساسي في توازن السلطات وضبط ممارستها، فإن الدساتير تنص عليه كحق لأعضاء البرلمان، محددة إطاره العام والقواعد التي تحكم ممارستها، وتضمن فاعليته، ثم بعد ذلك تتكفل اللوائح الداخلية للبرلمان بتفصيل إجراءات تقديمه، ومناقشته، وترتيب آثاره.

ومن أجل ذلك فقد أثر الدستور أن يترك لمجلس الأمة وضع لائحته الداخلية<sup>(٢)</sup>، فصدر القانون رقم: ١٢ لسنة ١٩٦٣م في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة في: ٢٦ من ذي الحجة سنة ١٣٨٢هـ الموافق: ١٩ من مايو سنة ١٩٦٣م<sup>(٣)</sup>. جاعلاً من

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة (٨٠) من الدستور على "... ويعتبر الوزراء غير المنتخبين بمجلس الأمة أعضاء في هذا المجلس بحكم وظائفهم". كما تنص الفقرة الثانية من المادة (٥٦) من الدستور على "... يعين الوزراء ويعفيهم من مناصبهم بناء على ترشيح رئيس مجلس الوزراء". والمادة (١٠٦) من الدستور على أن "للأمير أن يؤجل بمرسوم، اجتماع مجلس الأمة لمدة لا تتجاوز شهراً، ولا يتكرر التأجيل في دور الانعقاد الواحد إلا بموافقة المجلس ولمدة واحدة، ولا تحسب مدة التأجيل ضمن فترة الانعقاد". والمادة (١٠٢) من الدستور على "لا يتولى رئيس مجلس الوزراء أية وزارة، ولا يطرح في مجلس الأمة موضوع الثقة به، ومع ذلك إذا رأى مجلس الأمة بالطريقة المنصوص عليها في المادة السابقة عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء، رفع الأمر إلى رئيس الدولة، وللأمير في هذه الحالة أن يعفي رئيس مجلس الوزراء ويعين وزارة جديدة، أو أن يحل مجلس الأمة". والمادة (١٠٧) على أنه "للأمير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، على أنه لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى، وإذا حل المجلس وجب إجراء الانتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل، فإن لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة يسترد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية ويجتمع فوراً كأن الحل لم يكن، ويستمر في أعماله إلى أن ينتخب المجلس الجديد".

(٢) تنص المادة (١١٧) من الدستور على أنه: "يضع مجلس الأمة لائحته الداخلية متضمنة نظام سير العمل في المجلس، ولجانه وأصول المناقشة والتصويت والسؤال والاستجواب وسائر الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور، وتبين اللائحة الداخلية الجزاءات التي تقرر على مخالفة العضو للنظام أو تخلفه عن جلسات المجلس أو اللجان بدون عذر مشروع".

(٣) منشور بالجريدة الرسمية - الكويت اليوم العدد: ٤٢٧ السنة: ٩ بتاريخ: ١٩/٥/١٩٦٣م، ثم عدل بالقوانين أرقام: ١ لسنة ١٩٦٤م في شأن التحقيق البرلماني وإصلاح الجهاز الوظيفي، والمنشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، العدد: ٤٦٢، السنة العاشرة، ص ١٦. و٧ لسنة ١٩٧١م والمنشور في الكويت اليوم، العدد: ٨٢٤ السنة السابعة عشرة، ص ٨، و٣ لسنة ١٩٨٢م، والمنشور في الكويت اليوم، العدد ١٣٩٤، السنة الثامنة والعشرون، =



اللائحة قانوناً، حتى يكون للسلطة التنفيذية من الشأن في أمور اللائحة مالها من الشأن في أمور القوانين الأخرى، وقد اشتملت اللائحة المشار إليها على القواعد التي رسمت في تفصيل ما يتعلق بالاستجواب، وإجراءات توجيهه، وأحوال تقديمه ومناقشته، وبيان آثاره.

والبادي مما تقدم وبوضوح، أن حق الاستجواب في الكويت نص عليه الدستور، وفصلته اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، وأنه ولئن كان النظام السياسي في الكويت عواناً بين النظام البرلماني والنظام الرئاسي، إلا أن النظام الدستوري قائم على مبدأ المسؤولية الوزارية أمام مجلس الأمة، وإشراك الأمة في إدارة شؤون البلاد، والإشراف على وضع قوانينها ومراقبة تنفيذها، ومدى التزام الحكومة في أعمالها وتصرفاتها بحدودها.

وإن هذه النصوص إذا درست معزولة عن واقعها العملي فلن تكون مرآة واضحة وحقيقية عن فاعلية هذه الوسيلة الرقابية في أداء دورها الذي أراده لها المشرع الدستوري؛ لذلك قرناً النصوص بواقعها العملي، وحرصنا على تتبع وتحليل السوابق البرلمانية وأحكام المحكمة الدستورية ذات الصلة.

### منهجية البحث:

اعتمد البحث - موضوع الدراسة - على عدة طرق من طرق البحث العلمي، فما كان أحرى به نسق تاريخي التزم فيه منهجاً تاريخياً موضوعياً، وما كان لائقاً به منهج استقرائي اتبع فيه منهجاً استقرائياً، وما كان يقرب من المنهج الاستنباطي اتبع فيه منهجاً استنباطياً، وما كان قابلاً للتحليل اتبع فيه منهجاً تحليلياً في عمق النصوص ومدلولها وغايتها وتحديد اتجاهات المشرع والقضاء الدستوري وفق ما

= ص ١، و٤٣ لسنة: ١٩٩٤م، والمنشور في الكويت اليوم، العدد ١٦٣، السنة الأربعون، ص ١، و١٩ لسنة: ١٩٩٨م، والمنشور في الكويت اليوم، العدد ٣٦٩، السنة الرابعة والأربعون، ص أ، و٧٣ لسنة: ١٩٩٨م، والمنشور في الكويت اليوم، العدد: ٣٩٢، السنة الخامسة والأربعون، ص أ. و١٦ لسنة: ٢٠٠٠م، والمنشور في الكويت اليوم، العدد ٤٥٤، السنة السادسة والأربعون، ص ٤، و٢٤ لسنة: ٢٠٠٠م، والمنشور في الكويت اليوم، العدد ٤٦٦، السنة السادسة والأربعون، ص د، و٨ لسنة: ٢٠٠٧م، والمنشور في الكويت اليوم، العدد ٨١٦، السنة الثالثة والخمسون.

خلص لي من تحليل، من خلال تبني إطار نظري وتطبيقي متماسك، مبني على أسلوب الاستعراض والمناقشة للأحكام القضائية والسوابق البرلمانية.

وعلى ذلك نقسم هذا الموضوع إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الاستجواب وإجراءات تقديمه

المبحث الثاني: مناقشة الاستجواب

المبحث الثالث: آثار الاستجواب

## المبحث الأول مفهوم الاستجواب وإجراءات تقديمه

### تمهيد وتقسيم:

احتراماً للإرادة الشعبية ونزولاً على مقتضيات المبادئ الديمقراطية، أقر الدستور الكويتي مبدأ إخضاع أعمال الإدارة العامة للرقابة البرلمانية، فعهد إلى مجلس الأمة بمهمة مراقبة أعمال السلطة التنفيذية<sup>(١)</sup>.

ويمثل الاستجواب أهم الوسائل التي يمارس بها مجلس الأمة مهمته الرقابية على أعمال الحكومة، إذ إنه يحمل في طياته معنى المحاسبة والمؤاخذه لأعمالها، وقد يفضي في نهاية الأمر إلى طرح الثقة بالحكومة أو بأحد أعضائها.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الاستجواب وعلاقته بغيره من الأدوات الرقابية

المطلب الثاني: الإجراءات التي تحكم تقديم الاستجواب

### المطلب الأول

#### مفهوم الاستجواب وعلاقته بغيره من الأدوات الرقابية

نتناول هذا المطلب، ببيان مفهوم الاستجواب (الفرع الأول). الاستجواب والسؤال البرلماني (الفرع الثاني). الاستجواب والتحقيق البرلماني (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### مفهوم الاستجواب

الاستجواب لغة من كلمة جوب، والمصدر الإجابة وهي رجع الكلام وفي الاصطلاح يعني طلب الجواب<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: أ. د. عثمان عبدالمك الصالح "رحمه الله" - الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في الكويت "دراسة نظرية تطبيقية" بحث منشور في مجلة الحقوق - السنة الخامسة - العدد الرابع - ديسمبر ١٩٨١ - ص ١٤.

(٢) الإجابة رَجُعُ الكلام، تقول: أَجَبَهُ عن سؤاله، وقد أَجَبَهُ إجابةً وإجاباً وجواباً وجابةً واستجوبةً واستجابته واستجاب له، والإجابة والاستجابة، والجابة اسم يُقَوَّمُ مَقَامَ المصدر، وإنه لَحَسَنُ الجيبة، بالكسر، أي الجواب. راجع: لسان العرب - مادة (جوب).

أما في فقه القانون الدستوري فهو اتهام مكتوب موجه من أحد أعضاء مجلس الأمة لرئيس الوزراء أو الوزير في شأن من شؤون الدولة العامة، قائم على وقائع واضحة ومحددة، تشكل خروجاً على الدستور أو القانون، ومحلّه مما يدخل في اختصاص من وجه إليه.

وقد تعرضت المحكمة الدستورية في الكويت<sup>(١)</sup> لمفهوم الاستجواب، وقررت بشأنه جملة مبادئ جوهرية نستعرضها:

١ - إن توجيه الاستجوابات إلى رئيس مجلس الوزراء والوزراء - حق دستوري مقرر لعضو مجلس الأمة، وهو أكبر مظاهر رقابة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية، وتتجلى فيه المسؤولية السياسية بأجلى مظاهرها، قيام النظام الدستوري على مبدأ المسؤولية الوزارية أمام المجلس النيابي، وإشراك الأمة في إدارة شؤون البلاد والإشراف على قوانينها ومراقبة تنفيذها، ومدى التزام الحكومة في أعمالها وتصرفاتها بحدودها. كل ذلك من شأنه أن يحقق الغرض من الاستجواب.

٢ - إن الاستجواب ليس استفهاماً إنما هو توجيه النقد إلى المستجوب، وتجريح سياسته، لا يصح دستورياً ولا عملياً توجيه استجوابات إلا إلى رئيس الوزراء أو إلى الوزراء، وجوب ألا يكون الاستجواب إلا في أمر من شؤون الدولة العامة والتي تتعلق مباشرة أو غير مباشرة بشؤون سياستها وما له من أثر ظاهر في مجراها، مؤدى ذلك: أنه لا يصح أن تكون الأمور الخاصة موضعاً له وإلا ضاع الغرض المقصود من الاستجواب، فضلاً على أن المجلس النيابي ليس منبراً تلقى منه المطاعن الشخصية على الوزراء أو تنال من أمورهم الشخصية وخصوصياتهم بقصد النيل منهم أو التشهير بهم.

٣ - إن الأساس القانوني لحق الاستجواب هو الرغبة في تحقيق المسؤولية الوزارية السياسية أمام المجلس النيابي بطريقة فعالة، أي تحقيق رقابة الأمة على أعمال وأداء الحكومة، ما يخرج عن تحقيق هذا الغرض الأصلي لا محل له في المجلس النيابي، لا وجه للقول بأن حق عضو مجلس الأمة في الاستجواب غير محدد،

(١) راجع: قرارها في الطلب رقم: ٨ لسنة ٢٠٠٤م تفسير دستوري جلسة: ٢٠٠٦/١٠/٩م. منشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد رقم ٧٩٠ السنة الثانية والخمسون بتاريخ: ٢٠٠٦/١٠/١٥م. ومنشور أيضاً في مؤلفنا الإلكتروني موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية. على الإنترنت: [www.adala-soft.com](http://www.adala-soft.com)



جميع الحقوق لها حدود من حسن الاستعمال، تجاوز هذه الحدود يفقد صاحبها الحق فيها. القول بأن الاستجابات حق مطلق قول لا يستقيم على إطلاقه؛ لأن للغير حقوقاً قد تكون هي الأجدر والأولى بالرعاية والاعتبار. إن كان لعضو مجلس الأمة الحق في الاستجواب كلما دعت الحاجة إليه واقتضت له ضرورة وأهمية، وله تخير الوقت المناسب لاستعماله واختيار توجيهه إلى رئيس مجلس الوزراء أو إلى وزير بعينه واختيار موضوعه، إلا أن إمطار الحكومة بوابل من الاستجابات من غير ضرورة أو أهمية يعطلها عن أعمالها، ويضيع على المجلس النيابي وقته في مثل هذه الاستجابات ويقلل من قيمتها.

## الفرع الثاني

### علاقة الاستجواب بغيره من الأدوات الرقابية

كفل الدستور للسلطة التشريعية بعض الوسائل التي تستطيع من خلالها، تسليط الرقابة البرلمانية على الحكومة - غير أن أهم هذه الوسائل تتفاوت من حيث الأثر؛ وهو ما سوف نبينه كما يلي:

## الغصن الأول

### الاستجواب والسؤال البرلماني

لا ريب أن حق عضو مجلس الأمة في السؤال هو مظهر من مظاهر الرقابة البرلمانية التي شرعها الدستور لتحقيق المصلحة العامة، وهو من الوسائل الفعالة الممنوحة للسلطة التشريعية لمراقبة أعمال وتصرفات السلطة التنفيذية.

والأصل في السؤال وفق نص المادة (٩٩) من الدستور، هو الذي يوجهه أحد أعضاء مجلس الأمة إلى أحد الوزراء بقصد الاستيضاح بما يتعلق بوزارته من أمور وأعمال ونشاطات يجهلها العضو السائل، أو التحقق من واقعة معينة أو استجلاء مسألة غامضة، أو أن يقصد به لفت نظر الحكومة إلى أمر من الأمور أو إلى مخالفات حدثت بشأن موضوع ما لاستدراكها مما يرى طرحه على المجلس.

ومعلوم أن السؤال لا يجاوز معنى الاستفهام إلى معنى التجريح أو النقد وإلا أصبح استجواباً<sup>(١)</sup>. وبذلك يفترق الاستجواب عن السؤال في أنه يحمل معنى

(١) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للدستور بشأن المادة (٩٩) من الدستور ما نصه: "الأسئلة

المنصوص عليها في هذه المادة، إنما توجه إلى رئيس مجلس الوزراء عن السياسة العامة =

المحاسبة بينما السؤال ينصرف إلى طلب بيانات أو إيضاحات من المسؤول عن أمر معين، ومتى قدم المسؤول البيانات انتهى الأمر. انصراف السؤال في كثير من الأحيان إلى لفت نظر إلى أمر من الأمور أو التحذير من تصرف معين، ويقتصر أمره ما بين السائل والمسؤول، أما الاستجواب فإن له مناقشته وله نتائجه، وقد يستتبع طرح موضوع الثقة بالوزير المستجوب، أما السؤال فليس له هذا الأثر<sup>(١)</sup>.

وعلى هدي نصوص المواد (٩٩)، (١٠٠) من الدستور، ونصوص المواد (١٢١ - ١٤٥) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، فإن الاستجواب يختلف عن السؤال البرلماني من عدة نواحي:

- ١ - لا يجوز أن يقدم الاستجواب من أكثر من ثلاثة من أعضاء مجلس الأمة، كما لا يجوز تقديمه إلا لرئيس مجلس الوزراء أو لوزير واحد، حال أن السؤال البرلماني وباعتباره حواراً ثنائياً علنياً بين النائب السائل، والوزير أو رئيس الوزراء المسؤول، لا يجوز تقديمه إلا من عضو واحد.
- وغير خاف أن السؤال لا يثير مناقشة عامة في موضوعه يتدخل فيها الغير، وينتهي إما بالإجابة عنه أو التعقيب على هذه الإجابة من قبل النائب، على خلاف الاستجواب الذي يفسح المجال للنقاش من قبل جميع أعضاء مجلس الأمة، بما قد يفضي معه إلى إثارة موضوع طرح الثقة بالوزير.
- ٢ - غرض السؤال تحقيق الرقابة البرلمانية على عمل السلطة التنفيذية من خلال استيضاح عن أمور تدخل في اختصاص الوزير أو رئيس الوزراء للاستفهام عن

= للحكومة، أما الهيئات التابعة لرياسة مجلس الوزراء أو الملحقة بها فيسأل عنها وزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء، أما الوزراء فيسأل كل منهم عن أعمال وزارته، ومعلوم أن السؤال لا يجاوز معنى الاستفهام إلى معنى التجريح أو النقد وإلا أصبح استجواباً مما نصت عليه المادة (١٠٠) من الدستور. ويرى بعض الفقه أن السؤال البرلماني وسيلة للرقابة وتحريك المسؤولية، وبعضهم الآخر يقول إنه وسيلة لتبادل المعلومات، ودليل على التعاون وليس الاتهام، لأن مجرد تقديم السؤال قد يعقبه طلب الحكومة حق الإدلاء ببيان معين لتوضيح مسألة معينة، أو طلب معلومات معينة، فكان السؤال في حقيقته ليس اتهاماً، بل تبادل معلومات بين جهة الحكومة وجهة مجلس الأمة. راجع: الاستجواب الوزاري نظرة تقويمية - حلقة نقاشية عقدتها مجلة الحقوق بتاريخ: ٢٠٠٠/١٢/٩ منشور في ملحق العدد الثاني لمجلة الحقوق - السنة الخامسة والعشرون - يونيو: ٢٠٠١ م - ص ٨ وما بعدها.

(١) انظر: قرار المحكمة الدستورية في الطلب رقم: ٨ لسنة: ٢٠٠٤ م تفسير دستوري جلسة: ٩/١٠/٢٠٠٦ م. سبقت الإشارة إليه.

أمر مجهول أو التحقق من واقعة وصل علمها إليه، فهو لا يحرك المسؤولية السياسية، بخلاف الاستجواب الذي يتعين أن ينصب على أمور ووقائع محددة وقعت، تكون من اختصاص الوزير أو رئيس الوزراء، ونتج عنها مخالفة للدستور أو القانون.

٣ - يتفق السؤال البرلماني والاستجواب في أن كلا منهما يتعين إفراغه كتابة وبإيجاز، وألا يتضمن عبارات غير لائقة أو فيها مساس بكرامة الأشخاص أو الهيئات أو إضرار بالمصلحة العليا للبلاد، ويقوم رئيس مجلس الأمة بإبلاغ رئيس الوزراء أو الوزير المختص فور تقديم أي منهما، ويدرج السؤال أو الاستجواب في جدول أعمال أول جلسة تالية من تاريخ إبلاغه.

غير أنه لا تجري مناقشة الاستجواب قبل فوات ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه، ويستثنى من ذلك وجود حالة استعجال تستوجب ذلك، وموافقة رئيس مجلس الوزراء أو الوزير على التعجيل، والأصل في السؤال أو الاستجواب، أن يجيب عنه رئيس مجلس الوزراء أو الوزير في الجلسة المحددة لنظره، إلا أنه إذا طلب أي منها تأجيله إلى موعد لا يزيد على أسبوعين وجب إجابته لطلبه، ولا يكون التأجيل لأكثر من هذه المدة إلا بقرار من المجلس.

٤ - يسقط الاستجواب إذا غاب مقدموه عن حضور الجلسة المحددة لنظره دون أن يتبناه أحد الأعضاء، وإذا تخلى من وجه إليه الاستجواب عن منصبه، أو انتهت عضوية مقدمه لأي سبب من الأسباب أو انتهى الفصل التشريعي.

أما انتهاء دور الانعقاد فلا يؤدي إلى سقوطه، وهي ذات الأحكام التي تحكم السؤال، غير أن السؤال يتميز عن الاستجواب في أن تغيب مقدمه عن حضور الجلسة المقررة لنظره، أو انتهاء دور الانعقاد، لا يؤدي لسقوط السؤال. فضلاً على أن المشرع أجاز توجيه الأسئلة فيما بين أدوار الانعقاد، وأوجب أن يبعث الرد في هذه الحالة كتابة إلى رئيس المجلس ليبلغها إلى العضو السائل، دون التقييد بالمواعيد المقررة في هذا الشأن، على أن تدرج في جدول أعمال أول جلسة تالية.

## الغصن الثاني

### الاستجواب والتحقيق البرلماني

إذا كان الاستجواب هو توجيه النقد إلى المستجوب وتوجيه سياسته، وأساسه القانوني الرغبة في تحقيق المسؤولية الوزارية السياسية أمام مجلس الأمة، ولا يجوز أن يقدم الاستجواب من أكثر من ثلاثة أعضاء، كما لا يجوز تقديمه إلا لرئيس مجلس

الوزراء أو لوزير واحد، ويتعين أن ينصب على أمور ووقائع محددة وقعت، تكون من اختصاص الوزير أو رئيس الوزراء، ونتج عنها مخالفة للدستور أو القانون.

فإن حق مجلس الأمة بتأليف لجان للتحقيق في أي أمر من الأمور الداخلة في اختصاصه، كفله الدستور في المادة (١١٤)<sup>(١)</sup>. وردته المادة (١٤٧) من القانون رقم: ١٢ لسنة ١٩٦٣م في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة<sup>(٢)</sup>.

وخلافاً للاستجواب، فإن طلب التحقيق يشترط له أن يكون موقعاً من خمسة أعضاء على الأقل، وتكون للجان التي يشكلها مجلس الأمة للتحقيق في أمر معين من الأمور الداخلة في اختصاصه وفقاً للمادة: ١١٤ من الدستور.

فالغرض من تأليف لجان التحقيق هو بحث مشاكل وأمر تتحدد ملامحها في قرار التحقيق الصادر من مجلس الأمة، بخلاف الاستجواب الذي يستهدف في الغالب تحريك للمسؤولية السياسية.

(١) تنص المادة (١١٤) من الدستور على أنه: "يحق لمجلس الأمة في كل وقت أن يؤلف لجان تحقيق، أو يندب عضواً أو أكثر من أعضائه للتحقيق في أي أمر من الأمور الداخلة في اختصاص المجلس، ويجب على الوزراء وجميع موظفي الدولة تقديم الشهادات والوثائق والبيانات التي تطلب منهم".

(٢) تنص المادة (١٤٧) من القانون رقم: ١٣ لسنة ١٩٦٣م في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة على أنه: "يحق لمجلس الأمة في كل وقت أن يؤلف لجان تحقيق أو يندب عضواً أو أكثر من أعضائه للتحقيق في أي أمر من الأمور الداخلة في اختصاص المجلس، ويجب على الوزراء وجميع موظفي الدولة تقديم الشهادات والوثائق والبيانات التي تطلب منهم، ويشترط أن يكون طلب التحقيق موقعاً من خمسة أعضاء على الأقل، وتكون للجان التي يشكلها مجلس الأمة للتحقيق في أمر معين من الأمور الداخلة في اختصاصه وفقاً للمادة (١١٤) من الدستور، الصلاحيات المقررة في المادتين (٨) و(٩) من اللائحة الداخلية في شأن لجنة الفصل في صحة العضوية". يذكر أنه أضيفت الفقرة الأخيرة من هذه المادة بالقانون رقم: ١ لسنة ١٩٦٤م في شأن التحقيق البرلماني وإصلاح الجهاز الوظيفي، والمنشور في الكويت اليوم، العدد: ٤٦٢، السنة العاشرة، ص١٦.

كما تنص المادة (٨) من ذات اللائحة على أنه: "لجنة أن تقرر استدعاء الطاعن أو المطعون في صحة عضويته أو الشهود وطلب أية أوراق من الحكومة للاطلاع عليها، واتخاذ كل ما تراه موصلاً للحقيقة، ولها أن تندب من أعضائها لجنة فرعية أو أكثر لإجراء التحقيقات، ويكون استدعاء الشهود بكتاب من رئيس المجلس بناء على طلب اللجنة بطريق البريد المسجل أو السجل الخاص بمراسلات المجلس". وتنص المادة (٩) على أنه: "إذا تخلف الشهود عن الحضور أمام اللجنة بعد إعلانهم بالطريق القانوني أو حضروا وامتنعوا عن الإجابة، أو شهدوا بغير الحق، فللجنة أن تطلب من رئيس المجلس مخاطبة وزير العدل بشأن رفع الدعوى العمومية عليهم طبقاً لقانوني الجزاء والإجراءات الجزائية".



ويترتب على ذلك نتيجة دستورية هامة، مؤداها تسويغ أن يكون محل التحقيق عن أعمال صادرة من السلطة التنفيذية، وإن كانت قد وقعت في عهد وزارة أو وزارات سابقة على تشكيل الحكومة الحالية، وفي ظل مجلس أو مجالس نيابية سابقة على المجلس الحالي<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم: ١٩٨٦/١ جلسة: ١٩٨٦/٦/١٤ منشور بالجريدة الرسمية "الكويت اليوم" العدد ١٦٧٠ لسنة: ٣٢ بتاريخ: ١٩٨٦/٦/٢٢، وقرب من ذلك أيضاً قرارها في الطلب رقم: ١٩٨٦/٢ جلسة: ١٩٨٦/٦/١٤ منشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" بالعدد: ١٦٧٠ لسنة ٣٢ بتاريخ: ١٩٨٦/٦/٢٢. هذان الحكمان منشوران أيضاً في مؤلفنا موسوعة الكويت القضائية والقانونية والإلكترونية. وأصل الموضوع الذي صدر بشأنه قرار المحكمة أنه وبتاريخ: ١٩٨٥/٤/١، تقدم أحد أعضاء مجلس الأمة بسؤال برلماني، إلى وزير المالية والاقتصاد، بطلب صورة تقارير ومحاضر اجتماعات مجلس إدارة البنك المركزي منذ يناير سنة ١٩٨١ وحتى تاريخه، أجابه السيد وزير المالية والاقتصاد بكتاب قال فيه أنه يتعذر الاستجابة إلى هذا الطلب. وفي جلسة ١٩٨٦/٣/١١ تقدم بعض السادة أعضاء مجلس الأمة بمشروع قرار تشكيل لجنة تحقيق، واستمع المجلس إلى تعقيب السيد العضو من أن حجب تلك المستندات عن مجلس الأمة يخشى منه احتمال وقوع مجلس الإدارة في مخالفات لأحكام القانون رقم: ١٩٦٩/٣٢، ولكي يتمكن مجلس الأمة من أن يطمئن إلى سلامة تصرفات البنك المركزي وهو محور سياسة الدولة النقدية والمصرفية، وعلى حسن النهج الذي يتبعه فيما هو من صلاحياته وفقاً للقانون تقرر ندب أحد أعضاء مجلس الأمة للنهوض بتلك المأمورية والتحقيق فيها، وإيداع تقرير خلال ثلاثة أشهر، وبعدم ذكر لأي شخص طبيعي أو اعتباري، وإبلاغ مجلس الوزراء بذلك. طلبت الحكومة تأجيل النظر في مشروع هذا القرار لمدة أسبوعين، فأجيب طلبها، بعدها ألقى السيد وزير المالية والاقتصاد بياناً عرض فيه وجوه المخالفات الدستورية التي شابت مشروع القرار السالف الذكر، ورغم ذلك وافق مجلس الأمة على هذا المشروع، وبتاريخ: ١٩٨٦/٣/٢٧ أرسل رئيس مجلس الأمة القرار سالف الذكر إلى سمو رئيس مجلس الوزراء، غير أن مجلس الوزراء بجلسته (٨٦/١٦) المنعقدة بتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٣ قرر تكليف وزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء للجوء إلى المحكمة الدستورية، بمذكرة طلب فيها تفسير المادة (١١٤) من الدستور، وذلك لبيان ما إذا كان حق مجلس الأمة في تشكيل لجان تحقيق أو ندب عضو من أعضائه للتحقيق وفق نص المادة سالف الذكر حقاً مطلقاً لا يحده حد، ويشمل كل الأمور التي يقررها المجلس أم أن هذا الحق حق مقيد بضوابط تستخلص من نص المادة ذاتها ومن باقي نصوص الدستور، ومن المبادئ والأعراف الدستورية، وبيان ما إذا كان التحقيق المقصود في هذه المادة يتعين أن يجري عن واقعة محددة تحمل شبه المخالفة أم أنه يرد شاملاً مطلقاً لأعمال الوزارة دون تخصيص أو تحديد، وهل يشمل هذا التحقيق الأمور التي وقعت في أعمال وزارات سابقة، وأثناء مجالس الأمة السابقة وفي نطاق رقابتها أو عن ادعاءات بوقوع مخالفات في فصول تشريعية سابقة مهما طال، وما إذا كان للجنة التحقيق أو للعضو المحقق أن يطلع على أمور يمتنع على الحكومة أن تفشيها لسريتها وفقاً للمبادئ الدستورية المسلم بها والقوانين التي صدرت تطبيقاً وإعمالاً لهذه =

بخلاف الاستجواب فإنه لا يجوز من الناحية الدستورية استجواب الوزير عن الأعمال السابقة على توليه الوزارة أياً كانت صفته وقت صدورها. غير أن استمرار الوزير في سياسة سلفه المعيبة دون أن يتخذ بشأنها في حدود سلطته إجراءً أو تصرفاً في مكنته قانوناً لإزالة العيب أو إصلاحه، يجوز استجوابه عنها<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### الإجراءات التي تحكم تقديم الاستجواب

نظمت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة إجراءات وشروط تقديم الاستجواب. فباعتباره، اتهاماً يجب أن يقدم كتابة إلى رئيس المجلس، كما يجب أن يقوم على وقائع محددة، وألا يخالف نصوص الدستور والقانون، فضلاً على ضرورة أن يقع الاستجواب في دائرة اختصاص الحكومة.

نتناول هذا المطلب، ببيان الشروط الشكلية المطلوبة لتقديم الاستجواب (الفرع الأول). والشروط الموضوعية المطلوبة لتقديم الاستجواب (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الشروط الشكلية المطلوبة لتقديم الاستجواب

أحاطت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة ممارسة العضو لحقه في تقديم الاستجواب بشروط شكلية تضمن جدية الاستجواب وقيامه على أدلة تبرر مسألة

= المبادئ، أم أن هذا الحق يقابله حقوق دستورية أخرى ومنها الحق في الخصوصية للأفراد وعدم انتهاك السر المصرفي للبنوك، وكذلك عدم تعريض الاقتصاد الوطني والمصلحة العليا للدولة للمخاطر إذا ما فقدت الثقة في أمر الائتمان. وقد قررت المحكمة في منطوق قرارها "أن حق مجلس الأمة في إجراء تحقيق نيابي، على مقتضى المادة (١١٤) من الدستور يشمل أي موضوع مما يدخل في اختصاصه التشريعي أو الرقابي، ولو كان حاصلاً في عهد وزارة أو مجلس نيابي سابقين، وليس يلزم أن يكون الإجراء عن واقعة محددة، وإنما يكفي أن يكون موضوعاً محدداً واضح المعالم، وما يجري فيه التحقيق من قيام البنك المركزي بالأعمال الموكلة إليه يقتضي إطلاع العضو المنتدب للتحقيق على كافة الوثائق والأوراق والبيانات دون التعرض لما فيه مساس بأسماء وأصحاب المراكز المالية والتسهيلات الائتمانية من عملاء البنك والبنوك الأخرى أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين".

(١) انظر: قرار المحكمة الدستورية في الطلب رقم: ٨ لسنة ٢٠٠٤م تفسير دستوري جلسة: ٩/ ٢٠٠٦م سبقت الإشارة إليه.

الوزارة جميعها أو أحد وزرائها، فاشتدّت: ضرورة أن يقدم الاستجواب إلى رئيس المجلس مكتوباً، وأن يكون قائماً على وقائع محددة؛ وهو ما سوف نبينه كما يلي:

### الغصن الأول

#### الاستجواب صحيفة اتهام مكتوبة تقدم إلى رئيس المجلس

يشترط لقبول الاستجواب أن يقدم من عضو مجلس الأمة إلى رئيس المجلس مكتوباً، فلا يصح أن يتقدم العضو باستجوابه شفاهة في جلسة المجلس.

ولا ريب أن الحكمة في هذا الاشتراط أن الاستجواب وهو اتهام سياسي يتعين إفراغه مكتوباً حتى تقوم الحكومة من خلال أجهزتها الفنية بإعداد الرد عليه، ويتمكن أعضاء مجلس الأمة من الاطلاع على محاوره، ويترتب على شرط الكتابة أمر جوهري مؤداه التقييد بمحاور الاستجواب الواردة بالصحيفة، فلا يجوز إضافة مواضيع جديدة غير الواردة فيه، أو إقحام موضوعات تخرج عن إطاره أثناء مناقشته، من أجل مفاجأة الوزير بها، إلا ما كان متعلقاً بوقائع تفصيلية، ترتبط بحكم اللزوم بموضوعه.

وعلى هذا جاء نص المادة (١٣٤) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن: "يقدم الاستجواب كتابة للرئيس، وتبين فيه بصفة عامة وبإيجاز الموضوعات والوقائع التي يتناولها... ويجب ألا يتضمن الاستجواب عبارات غير لائقة أو فيها مساس بكرامة الأشخاص أو الهيئات أو إضرار بالمصلحة العليا للبلاد".

وإذا كان النص المتقدم لم يعالج مسألة تقديم المستندات المؤيدة لطلب الاستجواب، إلا أننا نرى بدهة هذا الفرض بالنظر لطبيعة الاستجواب باعتباره اتهاماً يتطلب إسناداً، ولا بد أن يكون حاملاً للحقائق التي عنها، أي لا بد للاستجواب أن يحمل الحقيقة معه، كيما يقيم أعضاء مجلس الأمة قراراتهم بتأييد الاستجواب أو رفضه، على الوقائع الثابتة فيه، لذا يتعين أن يقف الجميع على أرضية واحدة من البيانات والمستندات والوثائق والأدلة والأسانيد المتعلقة بموضوع الاستجواب.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لعضو مجلس الأمة مقدم الاستجواب، إبراز مستندات جوهريّة أثناء مناقشة الاستجواب، أو إيراد وقائع وأسانيد جوهريّة لم ترفق به، بقصد إحراج من وجّه إليه الاستجواب، دفعاً لمظنة أن يكون ما ورد بها مزوراً أو مدسوساً على العضو ذاته، فضلاً على خروج هذه الممارسة عن هدف الاستجواب.

وإذا كان التعقيب على أعمال السلطة التنفيذية وممارستها حين تخرج عن الدستور أو تنتهك أحكامه واجباً لا يجوز التفريط فيه، فإن رصد الممارسات البرلمانية غير الدستورية فرض على الجميع حتى لا تتكرس ممارسات برلمانية وأعراف دستورية منتهكة للدستور وخارج الأطر الدستورية.

وإذا كان النص المتقدم أوجب "ألا يتضمن الاستجواب عبارات غير لائقة أو فيها مساس بكرامة الأشخاص أو الهيئات أو إضرار بالمصلحة العليا للبلاد". إلا أنه لم يحدد معياراً لللياقة التي يشترطها في عبارات الاستجواب، ولا للمساس بكرامة الأشخاص التي تؤدي إلى استبعاده، ونرى أن المرجع في ذلك إلى الذوق العام للجماعة، وإلى آداب التعامل المستقرة فيها والتقاليد والأعراف الأصيلة في دولة الكويت، والمستمدة من الشريعة الإسلامية السمحة<sup>(١)</sup>.

والجدير بالذكر أنه لا يجوز تحويل السؤال البرلماني إلى استجواب في ذات الجلسة، وفقاً لصريح نص المادة (١٢٧) من اللائحة.

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز تحويل السؤال إلى استجواب إلا بعد الجلسة التي يتلى فيها السؤال والإجابة عنه، ويتم تعقيب العضو السائل، وفي حال لم يقتنع بالرد جاز له تحويله إلى استجواب وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً<sup>(٢)</sup>.

ويذكر بعض الفقه إلى أن تقييد تحويل السؤال إلى استجواب في الجلسة نفسها، لعلّة تكمن في عدم اللجوء إلى هذه الوسيلة العنيفة تحت وطأة الانفعال وثرثرة النفس نتيجة لامتناع الوزير عن الإجابة أو مماطلته في تزويد النائب بالبيانات والمعلومات المطلوبة، فإذا ما انقضت الجلسة، وراجع النائب نفسه، ووجد أن المصلحة تقتضي محاسبة الوزير عن عدم استجابته لحقه الدستوري في الحصول على إجابة عن أسئلته كان له أن يطلب تحويل سؤاله إلى استجواب<sup>(٣)</sup>.

(١) عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "ليس المؤمن بظعان ولا لغان ولا فاجش ولا بذيء" (رواه البخاري في الأدب وأحمد وابن حبان والحاكم).

(٢) ومن السوابق البرلمانية في هذا الشأن ما حصل في دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي الأول، بأن حول عضو مجلس الأمة/ محمد أحمد الرشيد سؤاله إلى استجواب، وكان موجهاً إلى السيد/ عبد الله مشاري الروضان وزير الشؤون الاجتماعية والعمل، وكان سؤاله قد قدم بتاريخ: ١٤/٤/١٩٦٣م، ثم قدم كاستجواب بعد إجابة الوزير عليه بتاريخ: ٦/٤/١٩٦٣م في ضوء ما رآه العضو من أن الإجابة غير مقنعة، وذات الأمر حصل في دور الانعقاد العادي الرابع من الفصل التشريعي الثالث. بخصوص سؤال عضو مجلس الأمة / خالد المسعود والذي قدم إلى السيد/ عبدالرحمن العتيقي وزير المالية والنفط بتاريخ: ١١/٢/١٩٧٣م، ثم حوله العضو إلى استجواب بتاريخ: ٨/١٢/١٩٧٤م في ضوء ما رآه من أن جواب الوزير غير مقنع. راجع: أ. د. عادل الطبطبائي - الأسئلة البرلمانية - نشأتها. أنواعها. وظائفها - دراسة تطبيقية مقارنة مع التركيز على دولة الكويت. إصدار مجلة الحقوق - الطبعة الأولى ١٩٨٧ - ص ١٤٠.



## الغصن الثاني

### قيام الاستجواب على وقائع محددة

الاستجواب أداة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة نص عليها الدستور وحدد إطارها العام<sup>(١)</sup>. وأبرزت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الشروط الشكلية لهذه الأداة، وأكدت المحكمة الدستورية، ومن هذه الشروط أن يكون قوام الاستجواب وقائع وموضوعات محددة يتناولها.

والاستجواب بحسبانه اتهاماً سياسياً يتعين أن يكون محدداً تحديداً دقيقاً لأنه تترتب عليه نتائج خطيرة.

لذا يتعين تضمين صحيفة الاستجواب أوجه الاتهامات التي تقطع بأن الوزير أو رئيس الوزراء خالف الدستور، أو القانون، أو أحل بواجباته الدستورية أو انحرف بها، مؤيدة بكافة الأسانيد الواقعية والدستورية.

فالمساءلة السياسية لا تقام على ظاهر العلم وإنما على أدلة وبراهين، بوصف الاستجواب أداة اتهام، تعين أن يكون واضحاً، مبيناً فيه ما يرمى إليه مقدمه، يتيح لمن يطالعه الوقوف على ماهية الاتهام، ويفهم الموضوع، والقواعد الدستورية والقانونية التي خولفت، بأن يكون كل محور يراد التحدي به كاشفاً عن المقصود منه كشفاً نافياً عنه الغموض والإبهام.

وإذا تخلف هذا الشرط من الشروط الشكلية في الاستجواب، بأن وقع غامضاً أو مبهماً، جاز لمن وجه إليه الاستجواب توجيه طلب استيضاح لبعض جوانب الاستجواب، ولتحديد الموضوعات التي يقوم عليها الاتهام؛ ليتمكن من إعداد الرد على هذه الوقائع والأسانيد في الموعد المحدد لمناقشة الاستجواب، ويتمكن كل عضو من أعضاء مجلس الأمة الاطلاع على هذه الوقائع والأسانيد، ورد الوزير عليها والمشاركة

(١) تنص المادة (١٠٠) من الدستور على أنه: "لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة أن يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء وإلى الوزراء استجوابات عن الأمور الداخلة في اختصاصاتهم، ولا تجرى المناقشة في الاستجواب إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه، وذلك في غير حالة الاستعجال وموافقة الوزير. وبمراعاة حكم المادتين (١٠١)، (١٠٢) من الدستور يجوز أن يؤدي الاستجواب إلى طرح موضوع الثقة على المجلس". كما تنص المادة (١١٧) من الدستور على أن "يضع مجلس الأمة لائحته الداخلية متضمنة نظام سير العمل في المجلس ولجانه وأصول المناقشة والتصويت والسؤال والاستجواب وسائر الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور. وتبين اللائحة الداخلية الجزاءات التي تقرر على مخالفة العضو للنظام أو تخلفه عن جلسات المجلس أو اللجان بدون عذر مشروع".

في مناقشة الاستجواب، وفي هذه الحالة يراعى ما استقر عليه العرف الدستوري بأن تحديد موعد مناقشة الاستجواب لا يكون إلا بعد تحديد وإيضاح كافة موضوعات الاستجواب.

وقد شهد مجلس الأمة في دور الانعقاد العادي الخامس (تكميلي) من الفصل التشريعي التاسع، وبمناسبة طلب بعض أعضاء مجلس الأمة استجواب وزير المالية بتاريخ: ٢٤/٣/٢٠٠٤م، واستجواب وزير الصحة بتاريخ: ١٨/٤/٢٠٠٤م، أثر خلاف بين مجلس الوزراء ومجلس الأمة حول عدة مسائل<sup>(١)</sup>، فأصدر مجلس الوزراء، بجلسته المنعقدة في: ٢١/٣/٢٠٠٤م، قراره رقم (٣٠٥ / رابعاً) متضمناً عرض طلب تفسير نص المادتين (١٠٠) و(١٠١) في ضوء مواد الدستور المرتبطة بهما على المحكمة الدستورية. وكان من ضمن تلك المسائل ما نصه:

(ما إذا كان يتعين أن يكون طلب الاستجواب محدداً بموضوعات ووقائع وأسانيد معينة، ومدى جواز قيام طالب الاستجواب أو غيره من أعضاء مجلس الأمة بإضافة موضوعات أو وقائع أو أسانيد أخرى لم ترد بالطلب المذكور وذلك أثناء جلسة أو جلسات مناقشته).

أصدرت المحكمة الدستورية قرارها في طلب التفسير رقم (٨) لسنة: ٢٠٠٤م الصادر بجلسته: ٩/١٠/٢٠٠٦م<sup>(٢)</sup> وقررت: "أنه يجب أن يكون موضوع الاستجواب واضحاً ومنصباً على وقائع محددة، وألا يكون غامضاً مبهماً، إذ إن من شأن هذا الغموض والإبهام تعذر حصر المعلومات التي يلزم جمعها استعداداً لمناقشته، فضلاً على أن المسؤولية الوزارية يجب أن تقوم على عناصر واضحة كي تثار مسؤولية المُستجَوَّب بشأنها، تُحصر أسانيداً فلا يؤخذ على حين غرة، ومن ثم فإنه لا يجوز إقحام موضوعات جديدة أخرى على طلب الاستجواب أثناء مناقشته، إلا ما كان متعلقاً بوقائع تفصيلية ترتبط بحكم اللزوم بموضوع طلب الاستجواب، وذلك حتى يتخذ الوزير المستجوب عدته ويستعد لمناقشته، ويتمكن من الرد عليه والإدلاء بحجته".

(١) يذكر أنه وبخصوصية هذه المسألة كان رأي الحكومة أنه يجب أن تكون الموضوعات والوقائع والأسانيد الواردة بطلب الاستجواب محددة تحديداً دقيقاً، وأنه لا يجوز لمقدم الطلب أو لغيره من أعضاء مجلس الأمة إضافة موضوعات أو وقائع أو أسانيد جديدة أثناء مناقشة الاستجواب. في حين يرى مجلس الأمة أنه يكفي أن يتضمن طلب الاستجواب الموضوعات والوقائع المراد استجواب الوزير عنها بصفة عامة، وموجزة على أن تترك التفصيلات للجلسة المحددة لمناقشته.

(٢) سبقت الإشارة إليه.

## الفرع الثاني

### الشروط الموضوعية المتطلبة لتقديم الاستجواب

سبق البيان أن الاستجواب اتهام سياسي للوزير أو للحكومة في مجموعها. وهذا الاتهام يجب أن يقوم على أدلة وبراهين تعضده، وقد حرصت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على تحديد الشروط التي يجب أن تتوافر في موضوع الاستجواب.

فإذا كان الاستجواب وهو أداة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة، نص عليها الدستور وحدد إطارها العام، فيتعين ألا يتعارض موضوعه مع نصوص الدستور، وأن يكون موضوعه داخلياً في اختصاص الحكومة.

وهو ما سوف نبينه كما يلي:

### الغصن الأول

#### موافقة الاستجواب للدستور والقانون

من البداية عدم جواز أن يتضمن الاستجواب أموراً تخالف الدستور أو القانون، بحسبان مجلس الأمة حين يمارس اختصاصه التشريعي والرقابي يستظل بنصوصهما، ولا يجوز له الخروج عليها نصاً وروحاً<sup>(١)</sup>.

وعلى رئيس المجلس أن يرفض قبول أي استجواب يتضمن مخالفة للدستور والقانون، بحسبان أنه مختص بمطابقة أعمال المجلس لأحكامهما<sup>(٢)</sup>. وإذا رأى وجود هذه المخالفة، نبه العضو مقدم الاستجواب لكي يتداركها.

وقد شهد مجلس الأمة في دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي الخامس لاستجواب قدمه أحد أعضاء مجلس الأمة ضد وزير الصحة رأته فيه الحكومة مخالفته لنصوص الدستور والقانون. نستعرضه نظراً لأهميته.

(١) وعيب مخالفة الدستور أو القانون لا تقتصر على المعنى الشكلي، وإنما تشمل كل مخالفة لأية قاعدة قانونية، فأعمال وتصرفات السلطة التنفيذية والتشريعية يجب أن تلتزم جانب القواعد القانونية فلا تخالفها نصاً أو روحاً أو تخرج على حدودها، ابتداء من الدستور، والقانون، والمبادئ القانونية العامة للقانون، واللوائح، والقواعد التنظيمية العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف. للمزيد: راجع مؤلفنا تطور القضاء الإداري في دولة الكويت دراسة مقارنة - ٢٠١٢ - ص ٣٥٥ وما بعدها.

(٢) تنص المادة (٣٠) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن: "الرئيس هو الذي يمثل المجلس في اتصاله بالهيئات الأخرى ويتحدث باسمه ويشرف على جميع أعماله ويراقب مكتبه ولجانه، كما يتولى الإشراف على الأمانة العامة للمجلس، ويراعي في كل ذلك تطبيق أحكام الدستور والقوانين وينفذ نصوص هذه اللائحة".

١ - بتاريخ: ١٩/٤/١٩٨١م تقدم أحد أعضاء مجلس الأمة، بسؤال إلى وزير الصحة العامة يطلب فيه تزويده بأسماء وعدد الحالات التي أرسلت للعلاج خارج الكويت منذ أربع سنوات، فأجابه وزير الصحة بتاريخ: ٣٠/٤/١٩٨١م بكتاب أورد فيه إحصائية بعدد المرضى ومرافقيهم، معتذراً عن عدم ذكر أسماء المرضى للأسباب المهنية.

٢ - وباتاريخ: ١٢/١٢/١٩٨١م أعاد النائب توجيه سؤاله، يطلب تزويده بكشف يوضح أسماء من أوفدتهم الدولة للعلاج في الخارج مع بيان نوع العلاج الذي تم لهم، أجابه الوزير بتاريخ: ١٦ يناير ١٩٨٢م بكتاب قال فيه: بأنه يعتذر عن ذكر أسماء المرضى الموفدين للعلاج للخارج؛ لأن ذلك يعتبر من أسرار المهنة الطبية التي أوجب القانون رقم: ٢٥/١٩٨١م عدم إفشائها إلا في الحالات الاستثنائية التي أوردتها، وباتاريخ: ٢٧/١/١٩٨٢م وفي دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الخامس، طلب النائب تحويل سؤاله - بمضمونه السابق - إلى استجواب لوزير الصحة بمقولة إن امتناع الوزير عن تقديم البيانات المطلوبة بدعوى سريتها إنما يؤدي إلى تعطيل اختصاصات المجلس في ممارسة رقابته المقررة دستورياً على أعمال الحكومة.

٣ - وبناء على قرار مجلس الوزراء بجلسته: ٤٥/١٩٨٢م تقدم وزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء إلى المحكمة الدستورية بمذكرة في: ٢٥/٩/١٩٨٢م<sup>(١)</sup>، طلب فيها

(١) وأوردت المذكرة تبريراً لطلب التفسير حاصلة أن السيد النائب (.....) تقدم بتاريخ: ١٩/٤/١٩٨١م بسؤال إلى وزير الصحة العامة يطلب فيه تزويده بأسماء وعدد الحالات التي أرسلت للعلاج خارج الكويت منذ أربع سنوات، فأجابه وزير الصحة بتاريخ: ٣٠/٤/١٩٨١م بكتاب أورد فيه إحصائية بعدد المرضى ومرافقيهم معتذراً عن عدم ذكر أسماء المرضى للأسباب المهنية، وباتاريخ ١٢/١٢/١٩٨١م أعاد النائب توجيه سؤاله يطلب تزويده بكشف يوضح أسماء من أوفدتهم الدولة للعلاج في الخارج مع بيان نوع العلاج الذي تم لهم، فأجابه الوزير بتاريخ: ١٦ يناير ١٩٨٢م بكتاب قال فيه: بأنه يعتذر عن ذكر أسماء المرضى الموفدين للعلاج للخارج لأن ذلك يعتبر من أسرار المهنة الطبية التي أوجب القانون رقم: ٢٥/١٩٨١م عدم إفشائها إلا في الحالات الاستثنائية التي أوردتها، وباتاريخ: ٢٧/١/١٩٨٢م طلب النائب تحويل سؤاله - بمضمونه السابق - إلى استجواب لوزير الصحة بمقولة إن امتناع الوزير عن تقديم البيانات المطلوبة بدعوى سريتها إنما يؤدي إلى تعطيل اختصاصات المجلس في ممارسة رقابته المقررة دستورياً على أعمال الحكومة. وأضافت المذكرة أن البيانات التي قدمها الوزير والمتعلقة بعدد المرضى ومرافقيهم ونوعيات الحالات المرضية وتكاليف علاجها كافٍ في الرد على سؤال النائب دون ما حاجة إلى الكشف عن أسماء المرضى ومرض كل منهم؛ لأن في ذلك =



تفسير المادة (٩٩) من الدستور، وبيان ما إذا كان حق عضو مجلس الأمة في السؤال وفقاً لهذا النص حقاً مطلقاً لا يحده حد، أم أنه مقيد بقيود منها ألا يتعرض لما فيه مساس بكرامة الأشخاص وحرياتهم الشخصية، وخاصةً ما يتعلق بأسرارهم الخصوصية مثل أسماء المواطنين الذين تستدعي حالتهم المرضية علاجهم في الخارج. لأن البيانات التي قدمها الوزير والمتعلقة بعدد المرضى ومرافقيهم ونوعيات الحالات المرضية وتكاليف علاجها كافٍ في الرد على سؤال النائب دون ما حاجة إلى الكشف عن أسماء المرضى ومرضى كل منهم؛ لأن في ذلك مساساً بحرية المريض وإفشاء لسر المهنة.

٤ - قررت المحكمة "إن حق عضو مجلس الأمة في توجيه السؤال وفق أحكام المادة (٩٩) من الدستور، ليس حقاً مطلقاً وإنما يحده حين ممارسته حق الفرد الدستوري في كفالة حرية الشخصية، مما يقتضيه من الحفاظ على كرامته واحترام حياته الخاصة بعدم انتهاك أسرارها فيها، ومنها حالته الصحية ومرضه، بما لا يصح معه لمن استودع السر الطبي - ومنهم وزير الصحة - أن يكشف سر المريض بما في ذلك اسمه دون إذنه أو ترخيص من القانون"<sup>(١)</sup>.

= مساساً بحرية المريض وإفشاء لسر المهنة، وأرفقت المذكرة صوراً من الكتب المتبادلة بين وزير الصحة وعضو مجلس الأمة (.....)، وصورة من كتاب رئيس مجلس الأمة المؤرخ: ١٦ فبراير ١٩٨٢م الموجه إلى رئيس المحكمة الدستورية في موضوع السؤال والاستجواب، وصورة من جواب رئيس المحكمة على الكتاب المذكور، وقد حدد لنظر الطلب جلسة: ٩/١٠/١٩٨٢م. وبناءً على طلب المحكمة فقد وردت محاضر مجلس الأمة المتعلقة بموضوع الطلب ومحاضر المجلس التأسيسي بموجب كتابي رئيس مجلس الأمة بتاريخ: ٩/١٠/١٩٨٢م، وبالجلسة المحددة كرر الحاضر عن الحكومة ما جاء بمذكرة طلب التفسير، وأثناء حيز الطلب لإصدار القرار أرسل رئيس مجلس الأمة إلى المحكمة تقريراً صادراً من لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بالمجلس مرفقاً بالبحوث القانونية المقدمة من قبل بعض رجال القانون المتعلقة بموضوع الاستجواب حول سؤال العضو (.....) لوزير الصحة.

(١) وشادت المحكمة قرارها بأنه " .. وحيث إنه يبين من ذلك - في المسألة المطروحة - أن الحق في الرقابة البرلمانية - أي كانت صورته سواء كان أم استجواباً، لوحدة الحكم، إنما يقف في مقابلة حق آخر هو حق الفرد في حماية خصوصياته ومنها الحفاظ على سره المرضي بغير إفشاء، إلا في حدود القانون، وهذان الحقان يكفلهما الدستور ويقفان على نحو متقابل ومتوازن، إذ يرعى كل منهما مصلحة عامة معتبرة واجبة الحماية والرعاية، بما ينبغي معه التوفيق بينهما بالتنسيق والمواءمة على نحو يحقق مصلحة المجتمع، مما يتعين معه القول بأنه إذا كان حق النائب في الرقابة هو حق دستوري إلا أنه ليس حقاً مطلقاً وإنما يحده قيد نابع من حق دستوري آخر مقرر من أجل حماية الحياة الخاصة للفرد بما تحويه من =

## الغصن الثاني

### أن يقع الاستجواب في دائرة اختصاص الحكومة

الاستجواب مسألة واتهام للوزير أو رئيس الوزراء بالإتيان بعمل أو الامتناع عن عمل يشكل مخالفة للدستور أو القانون. وحتى يقبل مثل هذا الاستجواب يلزم أن يقع في دائرة اختصاص الحكومة زمانياً ومكانياً، فمناطق مسألة الحكومة جميعها أو أحد أفرادها عن عمل معين هو اختصاصها بهذا العمل، بحسبان التلازم بين السلطة

= أسرار ومنها حالته الصحية بحسبانها من خبايا الشخص وإحدى دقائق حياته الخاصة، بما يترتب عليه ضرورة احترام حق المريض في الاحتفاظ بسرّه والتزام الطبيب - أو من أوّتمن على السر الطبي - بعدم إفشاء ذلك السر إلا في الحدود التي رسمها القانون، ويدخل في مفهوم السر الطبي اسم المريض، إذ ذهب الفقه والقضاء المقارن إلى أن اسم المريض هو أحد عنصري السر الطبي وأن إفشاءه يتحقق بإطلاع الغير عليه كله أو بعضه، ولا مشاحة أن ذكر اسم الشخص ضمن من أرسلوا للخارج للعلاج، إنما يكشف سره كمريض، بل يحمل على الاعتقاد بأنه مريض بمرض لا يجد له علاجاً بدولته، بما يظهر الشخص على نحو يشوه صورته الصحية ويوحى بإصابته بمرض غير عادي، الأمر الذي ينتقص من حقه في الحصول على الرعاية الطبية دون أية علانية، كما يؤدي إلى المساس بكرامته وبهتك سرّ صحته وهو ما يحرص على الحفاظ عليه ويكتمه عن الغير لاعتبارات يراها تمس مصالحه المالية أو العائلية أو الاجتماعية، وقد ذهب القضاء المقارن إلى الحكم بأن مجرد ذكر اسم مريضة دخلت مستشفى الولادة يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة، وأن نشر صورة فوتوغرافية لمريض في مؤلف الطبيب يجعله مسؤولاً، إذ له أن يضرب مثلاً بالوقائع لكن عليه ألا يشير إلى أسماء أو صفات تستتج منها شخصية المريض. وحيث إنه لما تقدم، يكون حق عضو مجلس الأمة في توجيه السؤال لأحد الوزراء وفق أحكام المادة (٩٩) من الدستور، ليس حقاً مطلقاً وإنما يحده حين ممارسته حق الفرد الدستوري في كفالة حريته الشخصية بما يقتضيه من الحفاظ على كرامته، واحترام حياته الخاصة بعدم امتنانها أو انتهاك أسرارها فيها ومنها حالته الصحية ومرضه، مما لا يصح معه لمن استودع السر الطبي أن يكشف سر المريض بما في ذلك اسمه دون إذنه أو ترخيص من القانون، وعلى ذلك فإن إجابة وزير الصحة على سؤال النائب والخاص بعلاج المواطنين في الخارج يجب ألا تشمل ذكر أسماء المرضى - لما سلف بيانه، أما ما يتناوله السؤال الموجه من عضو مجلس الأمة - فيما عدا ذكر الأسماء - كبيان عدد المرضى الذين أوفدوا للعلاج في الخارج، ونوعية الحالات المرضية، وتكاليف العلاج فإن ذلك مما يدخل في نطاق حق النائب في الرقابة ولا يتنافى مع الضوابط المقررة للسؤال". راجع: قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم: ١٩٨٢/٣م جلسة: ١٩٨٢/١١/٨م منشور بالجريدة الرسمية "الكويت اليوم" العدد ٤٤٤ لسنة ٢٨ بتاريخ: ١٩٨٢/١١/١٤م ومنشور في موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية.

والمسؤولية ضمانة جديّة لممارسة السلطة في إطار ديمقراطي، فالسلطة تتبع المسؤولية، فإذا كانت ممارسة السلطة دون مسؤولية تشكل استبداداً، فإنّ تحمل المسؤولية بدون ممارسة سلطة تشكل ظلماً<sup>(١)</sup>.

وتحرص اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على تحديد مجال الاستجواب بدائرة اختصاص الوزراء أو الحكومة في مجملها.

ويتعين على مقدم الاستجواب أن يسمي الوزير المستهدف باستجوابه إن كان يقصد المسؤولية الفردية للوزير، أو يوجهه إلى رئيس الوزارة إن كان يهدف إلى إثارة المسؤولية التضامنية

وقد قررت المحكمة الدستورية أن تخلف مسألة الاختصاص الوزاري في الموضوعات والوقائع الواردة في استجواب أحد الوزراء استناداً إلى أحكام المسؤولية السياسية للوزير عن أعمال وزارته سواء أكانت أعمالاً أصلية أم الأعمال التي عهد المشرع إليه بها في مجال التوجيه والإشراف والرقابة على المؤسسات والهيئات العامة والإدارات المستقلة التابعة له أو الملحقة به أو بوزارته مما يندرج في نطاق الوصاية الإدارية. مؤداه: أن الاستجواب لا يكون موافقاً للدستور، وينبني على ذلك أنه لا يجوز استجواب الحكومة أو أحد وزرائها عن اختصاص يمارسه الأمير منفرداً، دون اشتراك الوزراء، مثال ذلك تعيين رئيس الوزراء.

كما قررت أن كل استجواب يراد توجيهه إلى رئيس مجلس الوزراء، ينحصر نطاقه في حدود اختصاصه، في السياسة العامة للحكومة، دون أن يتعدى ذلك إلى استجوابه عن أية أعمال تنفيذية تختص بها وزارات بعينها، أو أي عمل لوزير في وزارته، وأن استعمال عضو مجلس الأمة لحقه في استجواب رئيس مجلس الوزراء فيما يدخل في اختصاصه، منوط بأن تكون السياسة العامة للحكومة المراد استجوابه فيها، قائمةً ومستمرة.

لذلك نستعرض قرار المحكمة الدستورية بشأن تفسير نصوص الدستور المتضمنة حدود استجواب الوزير عن الأمور الداخلة في اختصاصه ونطاق مسؤوليتها الوزارية عنها. (أولاً)، كما نستعرض أيضاً قرار المحكمة الدستورية بشأن تفسير

(١) انظر: أ. د. جابر جاد نصار - الاستجواب كوسيلة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في مصر والكويت - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ - دار النهضة العربية. ص ٣٦. والمراجع المشار إليها بالهامش.

نصوص الدستور المتضمن الأمور الداخلة في اختصاص رئيس مجلس الوزراء التي يجوز استجوابه فيها، ونطاقها، وحدود مسؤوليته السياسية عنها. (ثانياً)

على النحو التالي:

(أولاً) قرار المحكمة الدستورية بشأن تفسير نصوص الدستور المتضمنة حدود استجواب الوزير عن الأمور الداخلة في اختصاصه ونطاق مسؤوليتها الوزارية عنها:

١ - شهد مجلس الأمة في دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي العاشر، وبمناسبة الاستجواب الموجهة إلى وزير المالية بتاريخ: ٢٣/٢/٢٠٠٤م، والاستجواب الموجهة إلى وزير الصحة بتاريخ: ١٨/٤/٢٠٠٤م، أثير خلاف بين مجلس الوزراء ومجلس الأمة حول عدة مسائل<sup>(١)</sup>.

(١) وقد ورد في بيان مبررات طلب التفسير المقدم بمذكرة الحكومة إلى المحكمة الدستورية ما يلي: أولاً: يشير السؤال البرلماني عدة أمور لم يتم الاتفاق بشأنها بين الحكومة ومجلس الأمة، وقد ظهر عدم الاتفاق في هذا الصدد منذ بدايات الفصول التشريعية الأولى لمجلس الأمة واستمر حتى الآن، كان آخرها في الفصل التشريعي العاشر الحالي، ولا تكاد تخلو جلسة من جلسات مجلس الأمة من النقاش بشأن الأسئلة البرلمانية، كما يسفر هذا النقاش دائماً عن اختلاف وجهات النظر في هذا الشأن، وعلى الرغم من أن هذا الخلاف قد عرض على اللجنة التشريعية والقانونية بمجلس الأمة عدة مرات، وقدمت بشأنه عدة تقارير بعد أخذ رأي الحكومة إلا أن تعارض الآراء وتباين وجهات النظر استمر وظل قائماً إلى الآن، ويشهد على ذلك محضر الجلسة المنعقدة في: ٢٩/١٢/٢٠٠٣م. ثانياً: أنه إزاء استمرار تباين وجهات النظر بين مجلس الأمة والحكومة حول جوانب متعددة من السؤال البرلماني بمناسبة ما طرحه وزير الخارجية بعدم إتاحة الفرصة له بالرد شفاهة على تعقيب أحد أعضاء مجلس الأمة عن إجابة سابقة للوزير على سؤال من هذا العضو في جلسة يوم: ١١/١٢/٢٠٠٣م بمجلس الأمة. ثالثاً: أكدت الحاجة الماسة للجوء إلى المحكمة الدستورية، ما شهدته جلسة مجلس الأمة بتاريخ: ٢٩/١٢/٢٠٠٣م إذ استمر الخلاف في وجهات النظر قائماً بشأن بعض الجوانب المتعلقة بالسؤال البرلماني والإجابة عليه؛ مما حدا بنائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الأمة في الجلسة المذكورة إلى الإعلان عن أن الحكومة سوف تلجأ إلى المحكمة الدستورية لتقرر هذه المحكمة الوجه الصائب في هذا الخلاف حتى تلتزم به كافة سلطات الدولة، هذا وقد أشار رئيس مجلس الأمة وبعض أعضاء المجلس إلى أن المحكمة الدستورية هي وحدها التي تحدد الوجه الدستوري والقانوني الصحيح في الخلاف القائم في هذا الصدد، وقد تناولت مذكرة طلب التفسير المشار إليها رأي الحكومة فيما طرحته من مسائل، وذلك على النحو التالي: المسألة الأولى: ترى الحكومة أن رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص لا يلتزمان بتقديم المستندات والبيانات التي يطلبها عضو مجلس الأمة في سؤاله الموجه إلى أي منهما، سواء أكان هذا السؤال مقصوراً على طلب تزويد العضو بتلك المستندات =



= والبيانات فقط أم كانت هذه المستندات والبيانات مطلوبة من العضو ضمن سؤال توافرت له كافة مقومات وشرائط السؤال البرلماني المنصوص عليها في المادة (٩٩) من الدستور، إلا إذا رأى رئيس مجلس الوزراء أو الوزير أن كمال إجابته ووضوحها يستلزم الإشارة إلى مضمون المستندات والبيانات فيها. المسألة الثانية: ترى الحكومة أنه يجب أن يكون السؤال البرلماني الموجه من عضو مجلس الأمة إلى رئيس مجلس الوزراء وفقاً لحكم المادة (٩٩) من الدستور متعلقاً بالأمور والمسائل التي تدخل في نطاق الاختصاص الذي حدده الدستور لرئيس مجلس الوزراء، وهي تلك المتعلقة فقط بالسياسة العامة للحكومة دون التي تختص بها أية وزارة من وزارات الحكومة على حدة، ومن ثم لا يلتزم بالإجابة إلا على الأسئلة البرلمانية المتعلقة بالسياسة العامة للحكومة دون غيرها. المسألة الثالثة: ترى الحكومة أن الإجابة التي تصدر عن رئيس مجلس الوزراء أو الوزير كرد على السؤال البرلماني الذي يوجهه عضو مجلس الأمة وفقاً لحكم المادة (٩٩) من الدستور الأصل فيها أن تكون شفافة، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات المشار إليها في المادتين (١٢٤/٢) و(١٣١) من لائحة مجلس الأمة. المسألة الرابعة: ترى الحكومة أن المقصود من عبارة "الجلسة المحددة لنظره" الواردة بالفقرة الأولى من المادة (١٢٤) من لائحة مجلس الأمة، الجلسة التي يحل فيها الدور على السؤال البرلماني لنظره بمجلس الأمة من خلال ترتيب الأسئلة البرلمانية بحسب تاريخ تقديم السؤال من العضو لرئيس المجلس، ومن ثم يكون ميعاد الإجابة على هذا السؤال هو تاريخ الجلسة التي يحل فيها الدور على السؤال لنظره بالمجلس في تلك الجلسة بعد استيفاء الخطوات والإجراءات السابقة على صلاحيته للنظر بالمجلس. المسألة الخامسة: ترى الحكومة أن حق العضو السائل في التعقيب مرة واحدة على إجابة رئيس مجلس الوزراء أو الوزير وفقاً لحكم المادة (٩٩) من الدستور والمادة (١٢٥) من لائحة المجلس يتمثل في مجرد إفصاح العضو عن رأيه في الإجابة مرة واحدة وبدون أن يتضمن التعقيب أية أسئلة أو طلبات إضافية أخرى بما يعني أن نهاية السؤال البرلماني تكون إما بعدم التعقيب عليه أصلاً، أو مجرد التعقيب لمرة واحدة على الإجابة، بحيث لا يلتزم رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص بالرد مرة أخرى على الأسئلة أو الطلبات الإضافية التي يتضمنها التعقيب. ولدى إشعار مجلس الأمة بمرور طلب التفسير إلى المحكمة... قدمت مذكرتان ورد بهما: أولاً: أنه فيما يتعلق بمدى التزام رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص طبقاً لحكم المادة (٩٩) من الدستور بتقديم المستندات والبيانات التي يطلبها عضو مجلس الأمة في سؤاله الموجه إلى أي منهما، سواء أكان هذا السؤال مقصوراً على طلب تزويده بهذه المستندات والبيانات فقط أم ضمن سؤال توافرت له مقومات السؤال البرلماني وشرائطه، فإن مجلس الأمة يرى أن توجيه السؤال البرلماني من عضو مجلس الأمة إلى رئيس مجلس الوزراء أو إلى الوزراء، هو حق مطلق تقرره المادة (٩٩) من الدستور في نطاق وروده على استيضاح أمر من الأمور الداخلة في اختصاصاتهم، ولا يكتمل تحقيق مقصده ابتغاء مصلحة عامة إلا باستيثاق موجه السؤال من تصديق مطابقة الإجابة للواقع، ولا يتأتى هذا التصديق أو إجلاء الإبهام فيه إلا بدليل من بيانات أو مستندات هي بطبيعتها وبالضرورة وبحكم اللزوم من المقومات الأساسية للسؤال فضلاً على أنه لا يوجد قيد دستوري أو قانوني =

٢ - أصدر مجلس الوزراء، بجلسته المنعقدة في: ٢١/٣/٢٠٠٤م، قراره رقم (٣٠٥/ رابعاً) متضمناً عرض طلب تفسير نص المادتين (١٠٠) و(١٠١) في ضوء مواد الدستور المرتبطة بهما على المحكمة الدستورية. وكان من ضمن تلك المسائل ما نصه:

"ما إذا كان حق عضو مجلس الأمة في استجواب الوزير عن الأمور الداخلة في اختصاصه طبقاً لحكم المادة (١/١٠٠) من الدستور، وعن إشرافه على شؤون وزارته، وتنفيذه للسياسة العامة للحكومة فيها، ورسم اتجاهات الوزارة والإشراف على تنفيذها طبقاً لحكم المادة (١٣٠) من الدستور، ومن ثم مساءلته عن أعمال وزارته طبقاً لحكم المادة (١/١٠١)، حقاً مطلقاً أو مقيداً بقيد الاختصاص الوزاري

= أو سند مقبول يمنع العضو السائل من طلبها. ثانياً: أنه فيما يتعلق بالطريقة أو الكيفية التي تتم بها الإجابة على السؤال البرلماني في الجلسة المحددة لنظره وفقاً لحكم المادة (٩٩) من الدستور، وما إذا كان من اللازم أن تكون كتابة في جميع الأحوال، أو أن الأصل فيها أن تكون شفوية، فإن مجلس الأمة يرى أن السؤال البرلماني هو استيضاح جدي لأمر في ضمير من يوجهه، يهدف إلى غاية وراءها مصلحة عامة، ويقتضي إجابة محددة واضحة مفصلة مقرنة بما يؤديها من بيانات وإحصاءات، واستشهاد بفقرات أو نصوص أو مراجع أو مستندات عند الحاجة لا يمكن الاعتماد فيها على الذاكرة ولا ضمان سلامتها وشمولها وإمكان التعقيب عليها إذا كانت مرسلة شفوية، سواء أكانت معدة من قبل أم عفو الخاطر من وحي اللحظة على نحو يمكن الاعتداد بها، فإن الأصل الطبيعي فيها الذي لا يحتاج إلى نص يقرره أن تكون كتابة حتى تتوافر فيها مقومات جدواها، ولا يمنع هذا من أن تكون شفوية على سبيل الخيار استثناء من هذا الأصل، وذلك على نحو ما استقر عليه العرف في علاقة المجلس بالحكومة. ثالثاً: أن المقصود من عبارة (الجلسة المحددة لنظره) الواردة بالفقرة الأولى من المادة (١٢٤) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة هي الجلسة التي يدرج فيها السؤال بجدول الأعمال، وإن تأخر وقت التعقيب عليه إلى جلسة لاحقة، بمعنى أن الجلسة التي يدرج السؤال بجدول أعمالها، وهي الجلسة التالية لتاريخ إبلاغه إلى رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص هي الجلسة المحددة لنظره. رابعاً: أنه في حالة ما إذا كانت إجابة رئيس مجلس الوزراء أو الوزير على السؤال، يشوبها نقص أو غموض، يكون من حق العضو توجيه أسئلة جديدة يطلب فيها استيفاء النقص أو استيضاح الغموض، ويلتزم رئيس مجلس الوزراء أو الوزير بالرد عليها. أما بالنسبة إلى المسألة الثانية الخاصة بالسؤال الموجه من عضو مجلس الأمة إلى رئيس مجلس الوزراء، فإن مجلس الأمة يتفق مع ما ورد في طلب التفسير من أن هذا السؤال يجب أن يكون متعلقاً بالأمور والمسائل التي تدخل في نطاق الاختصاص الذي حدده الدستور لرئيس مجلس الوزراء، وهي تلك المتعلقة فقط بالسياسة العامة للحكومة دون تلك التي تختص بها أية وزارة من وزارات الحكومة على حدة.

الوارد بنصوص الدستور، ومدى جواز استجواب الوزير عن الأعمال التي صدرت منه قبل توليه الوزارة أو من الوزراء السابقين قبله، ومدى جواز استجوابه عن الأعمال التي صدرت عن جهات كفل لها المشرع الاستقلال في ممارسة اختصاصاتها".

٣ - قررت المحكمة في شأن تفسير المادتين (١٠٠) و(١٠١) من الدستور، وذلك بالارتباط مع المادتين (١٣٠) و(١٣٣) منه، وفي ضوء بقية مواد الأخرى المرتبطة بهذا الخصوص ما يلي:

أولاً: أن الاستجواب يجب أن يكون موضوعه واضحاً، محدداً بوقائع تُحصر أسانيداً، حتى يتخذ المستجوب عدته، ويستعد لمناقشته، ويتمكن من الإدلاء بحجته، ولا يجوز إقحام موضوعات جديدة أخرى على طلب الاستجواب أثناء مناقشته إلا ما كان متعلقاً بوقائع تفصيلية ترتبط بحكم اللزوم بموضوع طلب الاستجواب.

ثانياً: أن استجواب الوزير يكون عن الأمور الداخلة في اختصاصه، وعن أعمال وزارته، والإشراف على شؤونها، وقيامه بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها ورسم اتجاهات الوزارة، وإشرافه على تنفيذها، وعما يمارسه من سلطة متاحة له قانوناً في مجال التوجيه والإشراف والرقابة على المؤسسات العامة والهيئات العامة والإدارات المستقلة التابعة له أو الملحقة به أو بوزارته لتنفيذ السياسة العامة للحكومة، وبمراعاة القدر الذي مُنح قانوناً للوزير من السلطة والاختصاص بالأعمال المراد استجوابه عنها بما يمكنه من القدرة على الإتيان بها، ولا يجوز استجواب الوزير عن الأعمال السابقة التي صدرت منه قبل توليه الوزارة التي يحمل حقيبتها أيّاً كانت صفته وقت صدورها، كما لا يجوز استجواب الوزير عن الأعمال السابقة التي صدرت من وزير آخر أو من الوزراء السابقين الذين تولوا الوزارة قبل تعيين الوزير المراد استجوابه وزيراً لها، متى كانت هذه الأعمال السابقة قد تمت ولم تستمر في عهده<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم ٢٠٠٤/٨ جلسة ٢٠٠٦/١٠/٩ سبقت الإشارة إليه. وقد تضمن مبادئ جوهرية نستعرضها على النحو التالي:

١ - إعمال أحكام المسؤولية السياسية الفردية للوزراء، أثرها، حق عضو مجلس الأمة توجيه الاستجواب إلى الوزير عن الأمور الداخلة في اختصاصاته وأعمال وزارته وتنفيذه للسياسة العامة فيها، واتجاهات الوزارة والإشراف على تنفيذها، المادتان (١٠٠) و(١٠١) بالترابط مع ما تقرره المادة (١٣٠) من الدستور. سلطة الوزير ذات طبيعة مزبوجة فهي سلطة حكم =



= لكون الوزراء جميعاً أعضاء في مجلس الوزراء الذي يهيمن على مصالح الدولة ويرسم السياسة العامة فيها، ويتابع تنفيذها ويشرف على سير العمل في الإدارات الحكومية، وهي سلطة إدارة باعتباره الرئيس الإداري الأعلى لوزارته ويتمتع بجميع مظاهر السلطة الرئاسية عليها، تحمله تبعة الأخطاء الناشئة عن إدارته وعن أعماله وتصرفاته المتعلقة بشؤون وزارته الداخلة في اختصاصاته. مسؤوليته سياسياً أمام المجلس النيابي عن جميع الأعمال والتصرفات المخالفة للدستور أو القانون، الإيجابية منها والسلبية، العمدية وغير العمدية، بوسائل الرقابة البرلمانية المقررة للسلطة التشريعية على أعمال السلطة التنفيذية وعمادها الاستجواب.

٢ - السلطة القانونية للوزير يستمدّها من المرسوم الصادر بتعيينه، اختصاصاته الوزارية يستمدّها في الأصل من المرسوم المتعلق بتنظيم وزارته وتحديد اختصاصاتها بالإضافة إلى ما يرد في القوانين واللوائح من اختصاصات أخرى.

٣ - المسؤولية الفردية للوزير عن الأعمال المتعلقة بالمؤسسات العامة والهيئات العامة وجهات الإدارة المستقلة التابعة له أو الملحقة به أو بوزارته. إسناد المشرع إلى الوزير ممارسة سلطة معينة لم تكن داخلة أصلاً في الأعمال الأساسية لوزارته للاضطلاع بها فإن السلطة تتبع المسؤولية. تحمل الوزير المسؤولية عن مباشرته لهذه السلطة في حدود صلاحياته واختصاصاته التي منحها له المشرع في نطاق الدستور. مؤدى ذلك: أن المسؤولية تتحدد في إطار الدائرة التي يستعمل فيها سلطته، تقرير استقلال الجهات المذكورة لا يقلل من هيمنة مجلس الوزراء على شؤون ومصالح الدولة جميعاً، أو يتعارض مع مبدأ المسؤولية الوزارية، أو يعد مسقطاً لهذه المسؤولية فراراً منها لما في ذلك من إهدار لحق المجلس النيابي في الرقابة ومُخالفَةً للدستور، خضوع أعمال وتصرفات هذه الجهات المستقلة للتوجيه والإشراف والرقابة التي تمارسها السلطة المركزية ضماناً لحسن تنفيذ السياسة العامة، وهو ما يندرج في نطاق الوصاية الإدارية للسلطة المركزية، وجوب التزام تلك الجهات بتنفيذ التوجيهات الصادرة من السلطة المركزية للدولة وهي مجلس الوزراء يمثلها كل وزير بالنسبة للهيئة أو المؤسسة التي تخضع لإشرافه أو إشراف وزارته. أثر ذلك: امتداد حق الاستجواب إلى الأعمال التي تدخل في اختصاصات الوزير، وتكون هذه الجهات مسؤولة عنها أمام الوزير مسؤولية مباشرة، وتخضع فيها لتوجيهه وإشرافه ورقابته في الحدود التي يمارس فيها سلطته واختصاصه المقرر قانوناً، وبالقدر الذي ينص عليه اتساعاً وضيقاً.

٤ - السلطة توجب المسؤولية والذي يُساءل يجب أن يكون صاحب سلطة واختصاص يخوله قانوناً القدرة على القيام بإجراء أو اتخاذ تصرف معين. عدم الاختصاص يؤدي إلى انعدام القدرة قانوناً فلا مسؤولية.

٥ - الاختصاص في المجال الدستوري. قيامه على أربعة عناصر. وجوب أن يكون الوزير مختصاً بأعمال الوزارة المراد استجوابه عنها وأن تتوفر في اختصاصه العناصر مجتمعة حتى يستقيم الاستجواب صحيحاً وفقاً لأحكام الدستور. مؤداه وجوب توافر (العنصر الشخصي) ولازمه أن يكون الوزير المستجوب قد اكتسب الصفة الوزارية بتعيينه بموجب مرسوم أميري، و(العنصر الموضوعي) بأن تكون الأعمال والتصرفات محل الاستجواب داخلة في الحدود التي قررها المشرع وفي النطاق الذي أتاح للوزير ممارستها فيه، و(العنصر الزمني) بأن تكون =



(ثانياً) قرار المحكمة الدستورية بشأن تفسير نصوص الدستور المتضمن الأمور الداخلة في اختصاص رئيس مجلس الوزراء التي يجوز استجوابه فيها، ونطاقها، وحدود مسؤوليته السياسية عنها:

١ - شهد مجلس الأمة في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر، وبمناسبة طلب عضو مجلس الأمة "أحمد عبد العزيز السعدون" وعضو مجلس الأمة "عبد الرحمن فهد العنجري" بتاريخ: ١٠/٥/٢٠١١م استجواب رئيس مجلس الوزراء على سند من أحكام المواد (١٠٢) و(١٢٣) و(١٢٧) من الدستور، وذلك لتقرير مسؤوليته الوزارية عمّا ورد بمحاور هذا الاستجواب، فقد ثار الخلاف في وجهة النظر بين الحكومة ومجلس الأمة، ومرده عبارة "السياسة العامة للحكومة" التي وردت في المادة (١٢٣) وعبارة "السياسة العامة للدولة" في المادة (٥٨).

٢ - وبناء على ذلك، صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٦٠٠) المتخذ في اجتماعه رقم (٢٣-٢/٢٠١١) المنعقد في: ١٥/٥/٢٠١١م المتضمن عرض طلب تفسير

= الأعمال والتصرفات المراد استجواب الوزير عنها قد صدرت منه أو من أحد التابعين له بصفته خلال فترة ولايته للوزارة التي يحمل حقيبتها والتي تبدأ منذ تعيينه وتستمر حتى تنتهي بانتهاء عمله بها لأي سبب يفضي إلى زوال صفته، و(العنصر المكاني) وقوامه أن يبسط سلطته باعتباره سلطة مركزية ليمارس سائر أعماله الوزارية بالمعنى الواسع المخولة له، ليس في عاصمة البلاد فحسب بل تمتد إلى سائر أنحائها عن طريق تابعيه من موظفين وأجهزة ومرافق.

٦ - تخلف مسألة الاختصاص الوزاري في الموضوعات والوقائع الواردة في الطلب المقدم من أحد أعضاء مجلس الأمة لاستجواب أحد الوزراء استناداً إلى أحكام المسؤولية السياسية للوزير عن أعمال وزارته سواء أكانت أعمالاً أصلية أم أعمالاً عهد المشرع إليه بها في مجال التوجيه والإشراف والرقابة على المؤسسات والهيئات العامة والإدارات المستقلة التابعة له أو الملحقة به أو بوزارته مما يندرج في نطاق الوصاية الإدارية. مؤداه: أن الاستجواب لا يكون موافقاً للدستور. لا يجوز من الناحية الدستورية استجواب الوزير عن الأعمال السابقة على توليه الوزارة أياً كانت صفته وقت صدورها. استمرار الوزير في سياسة سلفه المعيبة دون أن يتخذ بشأنها - في حدود سلطته - إجراءً أو تصرفاً في مكنته قانوناً لإزالة العيب أو إصلاحه. جواز استجوابه عنها باعتبار أنها هي التي يهتم بها المجلس النيابي للحكم لها أو عليها.

٧ - الاختصاصات في المجال الدستوري مصدرها الدستور وإن كانت تفترق عن الاختصاصات في المجال الإداري الذي يتردد مصدرها بين القانون واللوائح، إلا أنه يجمعهما أنهما ينتسبان معاً إلى مبادئ القانون العام.

- نصوص المواد (١٠٠) و(١٢٣) و(١٢٧) من الدستور - في ضوء ما يرتبط بها من نصوص دستورية أخرى - على المحكمة الدستورية.
- ٣ - وتنفيذاً لذلك، تقدم وزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء بمذكرة في شأن هذا الطلب، أودعت إدارة كتاب هذه المحكمة بتاريخ: ١٧/٥/٢٠١١م، وتم قيد الطلب في سجلها برقم (١٠) لسنة: ٢٠١١م "طلب تفسير"<sup>(١)</sup>.
- ٤ - وبجلسة: ٢٠ من أكتوبر ٢٠١١م قررت المحكمة في شأن تفسير نصوص المواد (١٠٠) و(١٢٣) و(١٢٧) من الدستور في ضوء ما يرتبط بها من نصوص دستورية أخرى:

أولاً: أن كل استجواب يراد توجيهه إلى رئيس مجلس الوزراء، ينحصر نطاقه في حدود اختصاصه، في السياسة العامة للحكومة، دون أن يتعدى ذلك إلى استجوابه عن أية أعمال تنفيذية تختص بها وزارات بعينها، أو أي عمل لوزير في وزارته.

(١) وقد ورد بطلب التفسير المقدم من الحكومة إلى المحكمة الدستورية " .. أنه بتدارس مجلس الوزراء جميع جوانبه الدستورية والقانونية والموضوعية، تبين له أن الأمر يستدعي معه طلب تفسير بعض النصوص الدستورية، للوقوف على مدى جواز توجيه استجواب لرئيس مجلس الوزراء عقب توليه منصبه مباشرة عن أعمال سابقة لتاريخ صدور مرسوم تشكيل الوزارة، وبيان مفهوم الأمور الداخلة في اختصاص رئيس مجلس الوزراء التي يجوز توجيه استجواب له عنها وفقاً للمادة (١٠٠) من الدستور، في ضوء ما نصت عليه المادة (١٢٣) من أن "مجلس الوزراء يهيمن على مصالح الدولة، ويرسم السياسة العامة للحكومة، ويتابع تنفيذها، ويُشرف على سير العمل في الإدارات الحكومية". والمادة (١٢٧) التي نصت على أن "يتولى رئيس مجلس الوزراء برئاسة جلسات المجلس والإشراف على تنسيق الأعمال بين الوزارات المختلفة". وما نصت عليه المادة (٥٨) من أن "رئيس مجلس الوزراء والوزراء مسؤولون بالتضامن أمام الأمير عن السياسة العامة للدولة، كما يسأل كل وزير أمامه عن أعمال وزارته". بما يقتضيه ذلك من بيان لما تعنيه عبارة "السياسة العامة للحكومة" التي ورد ذكرها في المادة (١٢٣) المشار إليها، وعبارة "السياسة العامة للدولة" التي تضمنتها المادة (٥٨) سالفة الذكر، وذلك باستخلاص دلالات ما جاء بهذين النصين توصلاً إلى تحديد مدى مسؤولية رئيس مجلس الوزراء عن تلك الأمور في إطار أحكام الدستور. هذا وقد جرى إشعار مجلس الأمة فأودع مذكرة طلب ختامها إلى طلب التقرير بعدم قبول طلب التفسير لسبق صدور قرار من المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم (٨) لسنة: ٢٠٠٦م متضمناً تفسير النصوص الدستورية محل الطلب المائل، ولما قررت المحكمة بجلسة: ١٩/٦/٢٠١١م إصدار قرارها في الطلب بجلسة: ١٦/١٠/٢٠١١م، وصُرّحت بتقديم مذكرات لمن يشاء خلال شهر، أودع مجلس الأمة مذكرة خلال هذا الأجل، طالباً في ختامها التقرير: أصلياً بعدم اختصاص المحكمة الدستورية بنظر طلب التفسير مجرداً دون أن يكون مرتبطاً بمنازعة قضائية، واحتياطياً: بعدم قبول الطلب.

ثانياً: أن المسؤولية السياسية لدى مجلس الأمة إنما تقع على الوزراء فرادى. ثالثاً: أن استعمال عضو مجلس الأمة لحقه في استجواب رئيس مجلس الوزراء فيما يدخل في اختصاصه، منوط بأن تكون السياسة العامة للحكومة المراد استجوابه فيها، قائمةً ومستمرة<sup>(١)</sup>.

(١) راجع قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم: ١٠ لسنة ٢٠١١م، جلسة: ٢٠ أكتوبر ٢٠١١م. منشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد: ١٠٥١ - السنة ٥٧ بتاريخ: ٣٠/١٠/٢٠١١م. ومنشور في موسوعة الكويتية القضائية والقانونية الإلكترونية. وقد شيدت المحكمة قرارها أن " .. الدستور أعطى سلطات واسعة للسلطة التنفيذية، وقرر مبدأ المسؤولية الوزارية، وأبان ضوابطها وأحكام قواعدها، باعتبار أن هذا المبدأ هو محور النظام الدستوري الذي تبناه وجوهره، وحجر الأساس فيه، وحدد وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة، وجعل لمجلس الأمة وإزاء الوزراء حقاً هو المسؤولية الوزارية، وحقاً متفرعاً منه هو الاستجواب، وأحاطه بسياج من الضمانات والإجراءات المقيدة منعاً من التسرع والإسراف فيه، والذي لا يخفى على أحد أثره وخطره في الشؤون العامة للبلاد، فنص في المادة (١٠٠) على أنه "لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة أن يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء وإلى الوزراء استجابات عن الأمور الداخلة في اختصاصاتهم..."، كما نص في المادة (١٠١) على أن "كل وزير مسؤول لدى مجلس الأمة عن أعمال وزارته..."، ولما كان رئيس مجلس الوزراء يرأس مجلس الوزراء، ويرسم السياسة العامة للحكومة مع باقي الوزراء، وكان أمام مجلس الوزراء من الأمور الجسام التي تستدعي اهتماماً خاصاً وجهوداً متواصلة لا يمكن لرئيس مجلس الوزراء تسييرها إلا إذا تفرغ لأعمال رئاسة المجلس، لذا فقد نص الدستور في المادة (١٠٢) على ألا يتولى رئيس مجلس الوزراء أية وزارة، ولا يطرح في مجلس الأمة موضوع الثقة به. وبالبناء على ذلك، فإن كل استجواب يُراد توجيهه لرئيس مجلس الوزراء، ينحصر نطاقه في مجال ضيق، وهو في حدود اختصاصه، في السياسة العامة للحكومة، باعتبار أن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يتكلم باسم مجلس الوزراء، ويدافع عن هذه السياسة أمام مجلس الأمة، دون أن يتعدى ذلك إلى استجوابه عن أية أعمال تنفيذية تختص بها وزارات بعينها، أو أي عمل لوزير في وزارته، وإلا أصبحت جميع الأعمال التي تختص بها الوزارات المختلفة محلاً لاستجواب رئيس مجلس الوزراء عنها، وهو ما يتعارض مع صريح حكم الدستور، ويفضي إلى سيل جارف من استجابات لرئيس مجلس الوزراء، وفي ذلك ما فيه من عظيم الخطر بتعطيل الأعمال من غير حد ولا ضابط، وإذا كان الدستور قد حوّل لعضو مجلس الأمة هذا الحق فإنه ليس معناه أن يتصرف كما يشاء أو يهوى، إذ إن الواقع أنه مقيد بالمصلحة العامة وحسن الاستعمال، والأصل أن العضو أهل لتقدير هذه المصلحة على وجهها الصحيح، وإذا كان من الواجب استقلال كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإن التعاون بينهما أوجب، ولكن التعاون لا يتحقق مع دوام التصادم، وبالتالي فإن المسؤولية السياسية لدى مجلس الأمة إنما تقع على عاتق الوزراء فرادى، وأخذاً بعين الاعتبار أن هذه المسؤولية لا ينبغي أن يُساء فهمها بصرفها إلى الأشخاص لا إلى الأعمال والمبادئ، وذلك =



نخلص مما تقدم أن عضو مجلس الأمة، حينما يودع صحيفة استجوابه، مكتب رئيس مجلس الأمة، فإنه بهذه المثابة يطلب من رئيسه إدراجه جدول أول جلسة تالية كي ينظره المجلس ويفصل فيه وفقاً لأحكام الدستور. وإذا كانت المادة (١/٣٠) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة تجري على أن "الرئيس هو الذي يمثل المجلس في اتصاله بالهيئات الأخرى ويتحدث باسمه ويشرف على جميع أعماله.. ويرعى في كل ذلك تطبيق أحكام الدستور والقوانين وينفذ نصوص هذه اللائحة".

فإن التقاليد والأعراف البرلمانية توجب عليه ومن تلقاء ذاته أن يتحرى توافر الشروط الشكلية للاستجواب ومطابقتها بالدستور واللائحة الداخلية للمجلس، فإذا استبان له اختلال أحدها، نبه العضو ليتدارك ذلك.

= بخلاف مسؤولية رئيس مجلس الوزراء والوزراء بالتضامن أمام الأمير عن السياسة العامة للدولة، ومسؤولية كل وزير أمامه عن أعمال وزارته، وهذا الأمر إنما يؤكد صريح حكم الدستور الذي لم يقتصر على نص واحد وإنما تناولته نصوص متعددة يقوي بعضها بعضاً وتنتهي إلى هذا النظر، ويؤساند ذلك ما جاء بالملزمة التفسيرية، ومناقشات المجلس التأسيسي في هذا الصدد إبان إعداد الدستور في مراحله الأولى التي تلقي بظلالها على تأكيد هذا المفاد...والحاصل أن عبارة "السياسة العامة للدولة" الواردة بالمادة (٥٨) وعبارة "السياسة العامة للحكومة" الواردة بالمادة (١٢٣) لا تستويان معنى ودلالة، فلفظ "الدولة" إنما يعني الدولة بمعناها الواسع، ولفظ "الحكومة" إنما يعني (الوزارة) وهي الهيئة التي يتشكل منها مجلس الوزراء، وعبارة "السياسة العامة للدولة" أعم وأشمل في التعبير من عبارة "السياسة العامة للحكومة"، كما أن الأصل في السياسة العامة للحكومة أنها متغيرة بتغير الحكومات، بينما السياسة العامة للدولة تتسم بقدر من الثبات لمدة طويلة، وتتعلق بالتوجهات العامة للدولة ذات الأهمية، التي لها آثارها السياسية في شؤونها الداخلية والخارجية، والمرتبطة بمصالح الدولة العليا، للعمل على سلامة أمنها في الداخل والخارج وإقامة العدل وحفظ النظام، وبالجملّة ممارسة الدولة لوظائفها الرئيسية، أما السياسة العامة للحكومة التي يرسمها مجلس الوزراء فهي تعني الإطار العام الذي تتخذه الحكومة نهجاً لها في توجيه العمل الذي تسير على خطاه وزارات الدولة ومصالحها، وما تنوي الحكومة النهوض به من أعمال ومشروعات وخطط مستقبلية في المجالات المختلفة، والتي تضمنها الحكومة برنامجها وتقدمه إلى مجلس الأمة عقب تشكيل كل وزارة جديدة حتى يتييسر للمجلس الإلمام بهذا البرنامج وإبداء ما يراه من ملاحظات عليه، ومن ثم فإن المسؤولية التضامنية أمام الأمير والتي تشمل التبعية فيها، الوزراء جميعاً، لا تقتصر على السياسة العامة للدولة فحسب، بل تتسع لتشمل السياسة العامة للحكومة أيضاً. وترتيباً على ذلك، فإنه وإن كان لعضو مجلس الأمة الحق في استجواب رئيس مجلس الوزراء فيما يدخل في اختصاصه، كما لعضو المجلس الحق في أن يتخير الوقت المناسب لتوجيه هذا الاستجواب، إلا أن ذلك منوط بأن تكون السياسة العامة للحكومة المراد استجواب رئيس مجلس الوزراء فيها، قائمة ومستمرة، باعتبار أنها هي التي تهم المجلس للحكم لها أو عليها".



## المبحث الثاني مناقشة الاستجواب

يمثل تحديد موعد مناقشة الاستجواب قضية محورية، فعلى الرغم من أن الدستور واللائحة الداخلية لمجلس الأمة، تحدد هذه المواعيد، فإن الحكومة تسعى جاهدة إلى تأجيل تحديد هذا الميعاد لكي تكسب بعض الوقت في مواجهة الاستجواب، فإذا ما تحدد هذا الميعاد فإن مناقشة الاستجواب تخضع لقواعد حددها الدستور وفصلتها اللائحة الداخلية لمجلس الأمة.

لذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: موعد مناقشة الاستجواب

المطلب الثاني: إجراءات مناقشة الاستجواب

المطلب الثالث: انتهاء الاستجواب بغير مناقشة

### المطلب الأول موعد مناقشة الاستجواب

يمثل تحديد موعد مناقشة الاستجواب أهمية كبيرة، فعلى الرغم من أن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة تكفلت ببيان كيفية تحديد هذا الميعاد، فإن التطبيق العملي لهذه النصوص أفرز واقعاً مختلفاً، فثمة استجابات كثيرة تأجل موعد مناقشتها وسقطت بدورها لاستقالة الحكومة، أو استقالة الوزير، أو صدور مرسوم حل لمجلس الأمة. نتناول هذا المطلب من خلال، إدراج الاستجواب في جدول أعمال الجلسة التالية على تقديمه (الفرع الأول). مناقشة الاستجواب بين التحديد والتأجيل (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### إدراج الاستجواب في جدول أعمال الجلسة التالية على تقديمه

تنص الفقرة الثانية من المادة (١٠٠) من الدستور على أن " .. ولا تجرى المناقشة في الاستجواب إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه، وذلك في غير حالة الاستعجال وموافقة الوزير. " .

وتنص المادة (١٣٥) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن " .. ويدرج في جدول أعمال أول جلسة تالية لتحديد موعد للمناقشة فيه بعد سماع أقوال من وجه إليه الاستجواب بهذا الخصوص، ولا تجرى المناقشة في الاستجواب إلا بعد ثمانية

أيام على الأقل من يوم تقديمه، وذلك في غير حالة الاستعجال وموافقة رئيس مجلس الوزراء أو الوزير حسب الأحوال.. "

وواضح مما تقدم أنه لا يجوز تحديد موعد لمناقشة الاستجواب قبل مضي ثمانية أيام، لحكمة ظاهره تتمثل في إعطاء الحكومة فرصة لكي تتمكن أجهزتها الفنية من إعداد الرد على الاستجواب. ولا يجوز تجاوز هذا الميعاد إلا بتوافر شرطين مجتمعين:

الأول: أن يتعلق الاستجواب بحالة من حالات الاستعجال التي لا تحتمل التأخير، على أن تحديد مدى توافر الاستعجال يخضع لتقدير المجلس والحكومة معاً.

الثاني: موافقة الحكومة، فيجب أن توافق الحكومة - سواء تمثلت في الوزير الموجه إليه الاستجواب أم في رئيسها - على نظر الاستجواب على وجه السرعة ودون الالتزام بالقيود الزمني الذي حدده الدستور.

وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة الدستورية أن "عدم جواز مناقشة الاستجواب إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه وذلك في غير حالة الاستعجال وموافقة الوزير. م (١٠١) من الدستور. القصد منه هو ألا يفاجأ به الوزير وهو غير مستعد له، وإعطائه الفرصة حتى يتخذ عدته ويستعد لمناقشته ويتمكن من الإدلاء بحجته، لا يكفي في هذا الصدد لتقصير الأجل مجرد توفر حالة الاستعجال. وجوب موافقة الوزير لذلك بما تقتضاه ولازمه أن يكون موضوع الاستجواب واضحاً ومنصباً على وقائع محددة وألا يكون غامضاً مبهماً حتى لا يتعذر حصر المعلومات التي يلزم جمعها استعداداً لمناقشته، فضلاً على أن المسؤولية الوزارية يجب أن تقوم على عناصر واضحة تحصر أسانيداً فلا يؤخذ المستجوب على حين غرة. عدم جواز إقحام موضوعات جديدة أخرى على طلب الاستجواب أثناء مناقشته إلا ما كان متعلقاً بوقائع تفصيلية ترتبط بحكم اللزوم بموضوع طلب الاستجواب" (١).

## الفرع الثاني

### مناقشة الاستجواب بين التحديد والتأجيل

جاءت الفقرة الثانية من المادة (١٣٥) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، بالنص على ضرورة سماع أقوال الحكومة عند تحديد موعد لمناقشة الاستجواب " .. ولمن

(١) راجع قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم: ٨/٢٠٠٤م (تفسير دستوري). بجلسة: ٩ أكتوبر ٢٠٠٦م سبقت الإشارة إليه.

وجه إليه الاستجواب أن يطلب مد الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة إلى أسبوعين على الأكثر فيجاء إلى طلبه، ويجوز بقرار من المجلس التأجيل لمدة مماثلة، ولا يكون التأجيل لأكثر من هذه المدة إلا بموافقة أغلبية المجلس<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك لا يجوز للوزير أن يطلب تأجيل الاستجواب إلى أجل غير مسمى، وليس من شك أن الحكمة من تقييد حق الحكومة في طلب تأجيل موعد مناقشة الاستجواب بمدة معينة هو منعها من التحكم في موعد مناقشة الاستجواب.

والواقع أن شرط جريان الميعاد المبين بالمادة سالفة البيان منوط بأن يكون الاستجواب مكتمل الشروط الشكلية والموضوعية، فإن قصرت صحيفة الاستجواب عن بيان موضوعه ولم تحدد به الوقائع بوضوح، على نحو يعجز من وجهه إليه، اعتبر الاستجواب غير مكتمل.

وفي هذه الحالة جاز لمن وجه إليه الاستجواب، أن يخطر مقدم الاستجواب بكتاب رسمي عن طريق رئيس مجلس الأمة يطلب من خلاله بعض الاستيضاحات لكشف جوانب الغموض في الاستجواب، وفي هذه الحالة فإن الميعاد الوارد في الفقرة الثانية من المادة (١٣٥) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة يقف. ولا يستأنف جريانه إلا من تاريخ رد العضو المستجوب على تلك الاستيضاحات.

والعبرة في حساب الميعاد هي بمواعيد قيد الاستيضاح من الوزير والرد عليه من النائب مكتب رئيس المجلس. وعلى هذا استقرت التقاليد البرلمانية بمجلس الأمة<sup>(٢)</sup>.

(١) استبدلت الفقرة الأخيرة من هذه المادة بمقتضى القانون رقم: ٨ لسنة ٢٠٠٧م، المنشور بالكويت اليوم بالعدد: ٨١٦ السنة ٥٣، بتاريخ: ٢٩/٤/٢٠٠٧م وكان نصها قبل الاستبدال كالتالي: (ولمن وجه إليه الاستجواب أن يطلب مد الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة إلى أسبوعين على الأكثر فيجاء إلى طلبه، ولا يكون التأجيل لأكثر من هذه المدة إلا بقرار من المجلس).

وجاء بالملزمة الإيضاحية ما نصه: "تجيز هذه الفقرة في صياغتها الحالية تأجيل المناقشة في الاستجواب لأسبوعين آخرين غير الأسبوعين اللذين طلبهما الوزير بقرار من المجلس، ونظراً لخطورة هذا الإجراء يستوجب التعديل الذي أدخل على هذه المادة أن يكون التأجيل لأكثر من ذلك بقرار يصدر من المجلس بأغلبية خاصة هي أغلبية أعضائه".

(٢) ويبين ذلك من خلال رصد الاستيضاحات المقدمة بمناسبة الاستجواب المقدم في - دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الأول - من عضو مجلس الأمة/ راشد صالح التوحيد إلى الشيخ/ جابر العلي السالم بتاريخ: ٢٢/٢/١٩٦٤م. والتي تمت مناقشته بتاريخ: ٣/٣/١٩٦٤م. والاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي التاسع. من أعضاء مجلس الأمة/ مرزوق فالح الحبيني، مسلم محمد البراك، وليد خالد الجري، إلى =

وإذا كان الأصل أن تحديد موعد مناقشة الاستجواب يبدأ بإدراجه في جدول أعمال الجلسة التالية على النحو السابق بيانه، ويجوز لمن وجه إليه الاستجواب أن يطلب مد الأجل المنصوص عليه إلى أسبوعين على الأكثر فيجاء إلى طلبه.

فإننا نري أن طلب تأجيل مناقشة الاستجواب إلى مدة أطول يعد استثناء، والاستثناء لا يجوز القياس عليه، بحسبانه خروج 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.

وقد أوردت المذكرة التفسيرية للدستور ما نصه " .. وليس يخفى أن الرأي إن تراخى والمشورة إن تأخرت، فقدما في الغالب أثرهما، وفات دورهما في توجيه الحكم والإدارة على السواء.." (١).

على أن هناك ثمة مسائل يتذرع بها، قد تؤخر أو تمنع ذلك، منها مسألة إدراج الاستجواب في جدول الأعمال إذا كان مرتبطاً بموضوعات محالة إلى لجان المجلس، قبل أن تقدم اللجنة تقريرها. ومسألة إدراج الاستجواب في جدول الأعمال إذا تعلق بموضوع معروض على القضاء.

وهو ما سوف نبينه كما يلي:

= السيد / د. عادل خالد الصبيح وزير الكهرباء والماء ووزير الدولة لشؤون الإسكان بتاريخ: ٢٨/١٠/٢٠٠٠م. والتي تمت مناقشته بتاريخ: ٢٠/١١/٢٠٠٠م ٤/١٢/٢٠٠٠م. والاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر من عضوي مجلس الأمة/ عادل الصرعاوي ومرزوق الغانم إلى الشيخ/ أحمد فهد الصباح نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون الإسكان ووزير الدولة لشؤون التنمية بتاريخ ١٥/٥/٢٠١١م وتمت مناقشته في: ٣١/٥/٢٠١١م، يذكر أن المجلس أحاله إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية للنظر في مدي دستورية محاور الاستجواب. حيث قررت تلك اللجنة بجلسته: ١٤/٦/٢٠١١م دستورية الاستجواب إلا أنه لم يناقش لزوال صفة الوزير بالاستقالة، وقرر المجلس رفع الاستجواب من جدول الأعمال.

(١) انظر: المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي تحت عنوان: التصوير العام للنظام.



## الغصن الأول

**مسألة إدراج الاستجواب في جدول الأعمال إذا كان مرتبطاً بموضوعات**

**محالة إلى لجان المجلس وقبل أن تقدم اللجنة تقريرها**

تنص الفقرة الثانية من المادة (٨٠) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أنه " .. ولا يقبل طلب الكلام في موضوع محال إلى إحدى اللجان إلا بعد تقديم تقريرها.. ".

وقد شهد مجلس الأمة في دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي السادس، وبتاريخ: ٢٧ يناير ١٩٩٨م تقدم ثلاثة من أعضاء مجلس الأمة باستجواب وزير الإعلام "في شأن الكتب الممنوعة التي أجازتها وزارة الإعلام للنشر في معرض الكتاب العربي الذي أقيم في الكويت في الفترة من ١٩ نوفمبر إلى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٧م، حيث إن هذه الكتب تحمل في صفحاتها طعناً صريحاً للذات الإلهية وتشكيكاً مقصوداً في الدين الإسلامي الحنيف، وطعناً واضحاً بأصول الإيمان بالملائكة والأنبياء واليوم الآخر، فضلاً على مساس هذه الكتب بالآداب والأخلاق والقيم الإسلامية التي جبل عليها المجتمع الكويتي المسلم، وهو ما يخالف جملة وتفصيلاً النصوص الدستورية والقانونية التي استقرت عليها تشريعات الدولة بهذا الشأن، مما عرض ويعرض مقومات المجتمع الكويتي إلى خطر جسيم". وكان هذا الموضوع قد سبق للمجلس إحالته إلى لجنة الشؤون التعليمية بالمجلس للتحقيق في ملابساته.

وعند النظر في الاستجواب بجلسته: ١٧/٢/١٩٩٨ أثارت مسألة مدى إمكانية النظر في الاستجواب قبل أن تنتهي اللجنة من تقريرها، وانقسم الرأي في مجلس الأمة بين مؤيدي الوزير ومعارضيه حول إمكانية النظر في الاستجواب قبل أن تنتهي اللجنة من تقريرها.

**فقد ذهب الرأي الأول بالنظر إلى أن المادة (٨٠) في فقرتها الثانية من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة تمنع المجلس من النظر في الاستجواب على اعتبار أن أعضاء المجلس أنفسهم قد سبق لهم أن وافقوا على إحالة الموضوع محل الاستجواب إلى اللجنة التعليمية بالمجلس للتحقيق فيه، والانتفاء إلى نتيجة يتم عرضها على المجلس، حيث تنص هذه المادة على أنه " .. لا يقبل طلب الكلام في موضوع محال إلى إحدى اللجان إلا بعد تقديم تقريرها.. ".**

واستند هذا الرأي إلى حجة مفادها أن أدوات الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة تتكامل فيما بينها ولا يوجد ثمة تعارض بين مختلف هذه الأدوات، بل إن

التقاليد البرلمانية قد استدعت أن تمارس هذه الرقابة عبر هذه الأدوات بتدرج يبدأ بالاستفهام والاستعلام عن أمر معين ثم التحقيق وبعد ذلك الاستجواب إن كان ثمة مجال لذلك، فضلاً على أن الأصل في ممارسة المجلس لاختصاصه الرقابي ألا يهمل كلية ضرورة عدم فك أواصر التعاون بين المجلس والحكومة حتى لا تصير الأمور بينهما إلى مواجهة غير مأمونة العواقب.

وخلص أنصار هذا الرأي إلى ضرورة تأجيل النظر في الاستجواب لحين انتهاء اللجنة من تقريرها وعرضه على المجلس<sup>(١)</sup>.

**وذهب الرأي الثاني إلى أنه لا علاقة بين ما تنص عليه المادة المذكورة، وممارسة الأعضاء لحق الاستجواب كأسلوب مهم للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة، وذلك لأن هذه المادة تتعلق بما يحال إلى اللجنة بشكل دوري ولا يمكن أن يمنع الأعضاء من إعمال أدوات الرقابة البرلمانية من سؤال واستجواب وطلب مناقشة، وإلا تعطلت هذه الوسائل وفقد المجلس جانباً مهماً من اختصاصه، ومن ناحية أخرى فإن إجراءات الاستجواب قد فصلت في مواد اللائحة الداخلية لمجلس الأمة (المواد ١٣٣-١٤٥)، أما نص المادة (٨٠) فهو نص عام ورد في الفصل الثاني بعنوان نظام الجلسات، ولما كان الخاص يقيد العام كأصل عام، فلا محل لإقحام نص المادة (٨٠) على إجراءات الاستجواب<sup>(٢)</sup>.**

**وهو رأي نعتنقه ونضيف إليه أن ممارسة عضو مجلس الأمة لحقه في الاستجواب كأداة رقابية على أعمال الحكومة، مقرر بنص الدستور، وتكفلت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة بكيفية ممارسة هذا الحق، والبادي من مطالعة الفقرة الثانية من المادة (٨٠) من اللائحة أنها تتعلق بسير عمل اللجان بالمجلس، ولا يمكن بحال الاستناد إلى هذا النص لتعطيل أدوات الرقابة البرلمانية.**

والمشتهر بقواعد التفسير أنه عند التعارض بين نص تشريعي أعلى ونص أدنى، ولم يمكن التوفيق، يتم تغليب التشريع الأعلى فيما يغلب فيه وفيما لم يمكن فيه التوفيق، ويستبقى من دلالات الأدنى ما لم تصل دلالة الأعلى فيه إلى حد النفي الكامل؛ أي نستبقى من دلالاته ما لا يتعارض مع حكم النص الأعلى، ويكون هذا

(١) راجع: مضبطة مجلس الأمة - الفصل التشريعي الثامن - دور الانعقاد الثاني - الجلسة رقم ٨٥٦ بتاريخ: ١٧ فبراير ١٩٩٨ م، ص ٧٣١ - ٧٣٢.

(٢) انظر: أ. د. جابر جاد نصار - الاستجواب كوسيلة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في مصر والكويت - مرجع سابق - ص ٥٤ وما بعدها.

المجال المضيق هو مجال أعمال النص الأدنى بحسبانه أنه ما كان عليه مقصود الشارع ضمن هذا التشريع الأدنى، لأنه ما بقى من النص الأدنى باق يمكن إعماله فيظل هو مقصود الشارع من تشريعه، ويظل النص قائماً في إطار هذا المفاد ذي الأثر المضيق.

ولما كان حق الاستجواب لعضو مجلس الأمة مقررّاً بنص المادة (١٠٠) من الدستور، فلا يجوز تعطيله بموجب نص أدنى مرتبة وهو نص المادة (٨٠) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة وهي واردة بقانون، ولا يغير من ذلك أن اللائحة صدرت بموجب تفويض تشريعي وفق نص المادة (١١٧) من الدستور، ذلك أن مبدأ تدرج القواعد القانونية يقتضي تغليب حكم الدستور على ما سواه من القواعد القانونية الأدنى مرتبة منه؛ لذا تعين الالتزام بأحكام الدستور باعتبارها واجبة الإعمال وأولى بالاتباع.

## الغصن الثاني

### مسألة إدراج الاستجواب في جدول الأعمال إذا تعلق بموضوع معروض على القضاء أو النيابة العامة

تحرص الدول الحديثة في دساتيرها ومنها الكويت، على تقرير استقلال القضاء في أداء وظيفته عن تدخل أية سلطة من سلطات الدولة، كما تحرص على أن يكون لكل محكمة، وكل قاضٍ داخل السلطة قدر من هذا الاستقلال. وعلى ذلك فليس لأية سلطة في الدولة أن تملي على المحكمة، أو توحى إليها للفصل بأية منازعة معروضة عليها. كما ليس لها أن تنتزع قضية ما من القضاء للحيلولة بينه وبين الحكم فيها، أو أن تعدل في الحكم الذي يصدره القضاء أو توقف تنفيذه<sup>(١)</sup>.

وقد تناول الدستور الكويتي الأحكام المتعلقة بالسلطات في الدولة في الباب الرابع منه، الذي استُهل بالنص في المادة (٥٠) منه على أن: "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في الدستور". وحدد في المواد التالية لتلك المادة في ذات الباب لكل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية المجال الذي تعمل فيه، واختصاصها، وصلاحياتها، بما يحقق المساواة

(١) راجع: مؤلفنا تطور القضاء الإداري في دولة الكويت دراسة مقارنة "نحو ميلاد مجلس الدولة" - سبقت الإشارة إليه - ص ٧٩٠ وما بعدها.

والتوازن بينها، واستقلال كل سلطة بذاتها، وأوضح القيود الضابطة لنشاطها بما يحول دون تدخل أي منها في أعمال السلطة الأخرى.

وإذا كان الدستور حدد لكل سلطة من سلطات الدولة الثلاثة المجال الذي تعمل فيه واختصاصها، واستقلال كل سلطة بما يحقق المساواة والتوازن بينها، على أساس مبدأ فصل السلطات، إلا أنه حرص على استقلال السلطة القضائية باعتبارها تقوم بجانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، بأداة رسالة هي بطبيعتها مستقلة عنهما.

ولهذا نص المشرع الدستوري الكويتي في المادة (١٦٢) على أن: "شرف القضاء، ونزاهة القضاة وعدلهم، أساس الملك وضمنان للحقوق والحريات". كما نص في المادة (١٦٣) على أنه: "لا سلطان لأية جهة على القاضي في قضاؤه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم، وأحوال عدم قابليتهم للعزل، فالسلطة القضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية، وليس لأي شخص من أشخاص هذه السلطة التدخل لدى القضاء بشأن قضية معروضة عليه، أيًا كان نوع هذا التدخل، وهو ما يحظره قانون الجزاء رقم: ١٦ لسنة ١٩٦٠م في المادة (١٤٦) منه بتقرير عقوبة على التدخل في شؤون القضاة.

وعلى ذلك يثور التساؤل عن مدى جواز ممارسة عضو مجلس الأمة لرقابته على أعمال الحكومة واستجوابها بصدد موضوع معروض على القضاء أو النيابة العامة ؟

والحقيقة أن المسائل المثارة أمام القضاء أو النيابة العامة والتدخل فيها، أو ما تعلق منها بأحكام قضائية تتعارض مع اختصاص واستقلال السلطة القضائية، تحتاج إلى ضبط وتحديد، إذ قد تلجأ الحكومة إلى إحالة موضوع الاستجواب أو أحد محاوره إلى القضاء أو النيابة العامة قبل مناقشته، وتعتصم بعدم دستوريته بحجة أنه معروض على القضاء.

لذلك فإن أخذ الأمر على إطلاقه يفضي إلى تعطيل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة.

يتعين بادئ الرأي التنويه بأنه سبق للمحكمة الدستورية أن قررت بأنه " .. لا يجوز أن يكون من شأن السؤال البرلماني التدخل في أمور مثارة أمام القضاء، أو ما يتعلق بأحكام قضائية بما يتعارض مع استقلال القضاء واختصاص السلطة القضائية.." <sup>(١)</sup>.

(١) راجع: قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم: ٣ لسنة ٢٠٠٤م جلسة: ١١ ابريل ٢٠٠٥م سبقت الإشارة إليه.



ونرى أن ما ورد بقرار المحكمة بشأن ضوابط السؤال البرلماني يسري على الاستجواب؛ لوحدة الحكم بينهما، باعتبارهما من أهم وسائل الرقابية البرلمانية، لا سيما وأن العلاقة بين السؤال والاستجواب علاقة تكامل، وغالباً ما يكون السؤال توطئة للاستجواب بعد الحصول على المعلومات.

كما نرى أن الأصل هو وجوب إدراج الاستجواب جدول أعمال الجلسة متى استوفى شروطه الشكلية والموضوعية، ويتعين تحديد جلسة لمناقشته. ولا تنهض مسألة العرض على القضاء أو النيابة مانعاً دستورياً.

والقول بغير ذلك يفضي إلى تعطيل أخطر الأدوات الرقابية، فقد يرى مقدم الاستجواب قصر استجوابه على بعض المحاور التي ليست محل عرض على القضاء أو النيابة العامة، وينحسم الخلاف. لذلك لا يجوز التذرع بمسألة عرض موضوع الاستجواب على القضاء أو النيابة العامة لأنها ليست عاصماً شكلياً يمنع قيد الاستجواب ومناقشته، بحسبان الاستجواب مدخل لسيادة القانون وتحقيق المصلحة العامة<sup>(١)</sup>.

### وللإجابة عن التساؤل المطار، نرى التفرقة بين الحالات الآتية:

**الحالة الأولى:** لا يصح أن تكون مادة الاستجواب اللاحق، والمقدم إلى مجلس الأمة، محلاً لمناقشة ما هو معروض أصلاً على القضاء مسبقاً، ذلك أن مفهوم

(١) وهو ما حدث في استجواب وزير الإعلام في الكويت حول أسباب إباحة تداول الكتب الممنوعة وتقصير الوزير في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمعالجة الأمر. كان الاستجواب قد قدم في الفصل التشريعي الثامن - دور الانعقاد الثاني - إلى وزير الإعلام الشيخ سعود الناصر الصباح بتاريخ: ٢٧/٢/١٩٩٨م. وأحال الوزير الأمر برمته للنيابة بتاريخ: ١/٣/١٩٩٨م. وكان قد تحدد جلسة: ١٠ مارس ١٩٩٨م لمناقشة الاستجواب. وتكرر الأمر نفسه بذات دور الانعقاد وذات الفصل التشريعي في الاستجواب المقدم إلى السيد/ أحمد خالد الكليب وزير العدل ووزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بتاريخ ٢٠/٤/١٩٩٩ بشأن أخطاء وقعت في طباعة المصحف الشريف والتقصير الفاحش في المسؤولية. وفي الاستجوابين السابقين لم يلتفت المجلس إلى اعتراض الوزير المقدم ضده الاستجواب ومضي في مناقشة الاستجواب. ويرى بعض الفقه أن لمجلس الأمة رخصة في هذا الشأن، فإذا استشف أن في ذلك عدواناً على اختصاصه وعلى سلطته الرقابية جاز له أن يستمر في مناقشة الاستجواب، وإذا تبين له أنه ليس ثمة افتئات على سلطته واختصاصه جاز له تأجيل نظر الاستجواب. راجع في ذلك الاستجواب الوزاري نظرة تقويميه - حلقة نقاشية عقدتها مجلة كلية الحقوق بتاريخ ٩ / ١٢ / ٢٠٠٠ - ملحق مجلة الحقوق - العدد الثاني - السنة الخامسة والعشرون - يونيو ٢٠٠١ - ص ١٧.

"التدخل في أمور مثارة أمام القضاء" يعني أن موضوعاً معروضاً على المحكمة ومتداولاً أمامها ولم يفصل فيه بقضاء بات، فيقرر عضو مجلس الأمة توجيه استجواب بشأنه.

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز استجواب الحكومة بشأن أمر ما برح مثاراً أمام القضاء أو النيابة العامة. ولم يفصل فيه بقضاء بات، بحسب المعنى اللغوي للفظ "دخول" هو نقيض "الخروج" والتدخل هو تكلف الدخول، ويتعين على عضو المجلس الأمة إرجاء تقديم استجوابه لحين صدور قضاء بات. أساس ذلك عدم جواز التدخل أو التأثير في عمل السلطة القضائية.

**الحالة الثانية :** إذا كان الاستجواب قدم بالفعل ولم تتم مناقشته، وسارعت الحكومة بإحالة بعض محاوره إلى القضاء أو النيابة العامة<sup>(١)</sup>، فالمرد في هذه الحالة لمجلس الأمة في تقدير موضوع الاستجواب مما هو معروض على القضاء أو النيابة العامة، ويتعين عليه في هذه الحالة، فحص وتقدير محاور الاستجواب، ومدى ارتباط كل محور من محاوره، بما هو معروض على القضاء أو النيابة، والأثر المترتب حال صدور حكم بالبراءة أو الإدانة أو غيره، وانعكاسه على الاستجواب، ولا مندوحة في هذه الحالة من إحالة الاستجواب إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية حيث الاختصاص. ويتعين عليها الاستهداء بقاعدتين:

**القاعدة الأولى:** إن مناط ارتباط الاستجواب مما هو معروض على القضاء أو النيابة العامة هو اتحاد الخصوم والموضوع والسبب. ويجب للقول باتحاد السبب أن تكون الوقائع المعروضة على المحكمة أو النيابة العامة، هي ذات الوقائع التي يحملها الاستجواب، فإذا كان لكل واقعة من هاتين الواقعتين ذاتية خاصة تتحقق بها المغايرة، امتنع القول بوحدة السبب في كل منهما، وجاز للمجلس المضي في مناقشة

(١) يرى بعض الفقه أن إحالة الاستجواب إلى النيابة العامة قبل مناقشته، غير مقبول من الناحية الدستورية، ويعني ببساطة شديدة قدرة أي وزير على وقف مناقشة أي استجواب يقدم إليه بإحالة النيابة، وهو ما يفضي إليه فقدان الاستجواب لأهميته ودوره كوسيلة رقابية كفلها الدستور لأعضاء مجلس الأمة، ولا يمكن القياس على حالة عدم العرض على القضاء، لأن القضاء لم يكن قد اتصل بعد بالموضوع حين قدم الاستجواب، وما الإحالة سوى وسيلة يقصد بها منع البرلمان من الاستمرار بنظر الاستجواب، ومثل هذا الأسلوب يجب عدم قبوله، لأن السماح به يعني تفريغ الاستجواب من محتواه. راجع: أ. د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية دراسة مقارنة - مطبوعات مجلس النشر العلمي - ٢٠٠٠ - ص ١٠٢ وما بعدها..

الاستجواب ونظره، لانتفاء مظنة صدور حكم قضائي يتعارض مع الحكم السياسي المزمع إصداره من مجلس الأمة.

**القاعدة الثانية:** الاستهداء بالفلسفة التي يقوم عليها مبدأ حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية، وأثره في تقيد سلطات التأديب لحين صدور حكم بات، مادام السلوك المكون للجريمة الجنائية والتأديبية واحداً، منعاً لتضارب الأحكام.

وقد شهد مجلس الأمة في دور الانعقاد الرابع من الفصل التشريعي التاسع أن تقديم استجواب إلى السيد / أحمد باقر وزير العدل، وكان ذلك بتاريخ: ١١/٢٤/٢٠٠١م يتعلق بسوء تطبيق مواد القانون في قضية الطفل الموعود في السالمية، وتجاوزات مالية وإدارية في السلك القضائي بوزارة العدل، وحفظ قضايا شيكات بدون رصيد، وحفظ قضايا خاصة بالتعاطي وتجارة المخدرات داخل إدارات قصر العدل، وقد قرر المجلس إحالته إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية لدراسته وتقديم تقرير بشأنه، وبعد ورود تقرير اللجنة قرر المجلس وبجلسة: ٨/١/٢٠٠٢م شطب الاستجواب لما أثير بعض محاوره شبهة عدم الدستورية لعدم اختصاص وزير العدل بشأن السلطة القضائية<sup>(١)</sup>.

(١) سبق للحكومة بمناسبة الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي التاسع من عضو مجلس الأمة/ حسين القلاف/ للسيد/ د. سعد الهاشل وزير العدل. أن تقدمت للمحكمة الدستورية بالطلب رقم: ٨/٢٠٠١م بشأن تفسير نص المواد [٩٩، ١٠٠، ١٠١، ١١٥/٢، ١٣٠] من الدستور، من قانون اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، والمادتين [١٧ و ٢/٦٠] من المرسوم بالقانون رقم: ٢٣/١٩٩٠ بشأن تنظيم القضاء المعدل بالقانون رقم: ١٠/١٩٩٦م، والمادتين (١٤٦، ١/١٤٧) من قانون الجزاء، وذلك لبيان الآتي: "أولاً: ما إذا كان حق عضو مجلس الأمة في السؤال أو الاستجواب وفقاً لحكم المادتين (٩٩، ١٠٠) من الدستور حقاً مطلقاً دون حدود أم أن هذا الحق مقيد بضوابط وقيود دستورية وتشريعية عند ممارسته. ثانياً: تحديد المقصود بعبارة (الأمر الداخلة في اختصاصهم) الواردة في نص المادتين (٩٩، ١٠٠) من الدستور، وعبارة (أعمال وزارته) الواردة في نص المادة (١٠١) من الدستور من جهة وعبارة (عمل السلطة القضائية) الواردة صراحة في نص الفقرة الثانية من المادة (١١٥) من الدستور، وضمناً في المادتين (١٦٣ و ١٦٧) من الدستور من جهة أخرى، لتوضيح ما إذا كانت جميع هذه العبارات تحمل مفهوماً واحداً متماثلاً بالنسبة لوزير أو وزارة العدل، بما يعني أن أعمال وزير ووزارة العدل واختصاصاتها الدستورية والتشريعية تشمل بالضرورة بجانب غيرها من الأعمال والاختصاصات المحددة بالمرسوم الصادر في: ٧ يناير ١٩٧٩م في شأن وزارة العدل، الأعمال والاختصاصات المنوطة بالسلطة القضائية وأعضائها من القضاة وأعضاء النيابة العامة المحددة في كل من الدستور والمرسوم بالقانون رقم: ٢٣ لسنة ١٩٩٠م بشأن قانون تنظيم القضاء المعدل =



= بالقانون رقم: ١٠ لسنة ١٩٩٦م، وغيرها من القوانين واللوائح، وما يفرضه ذلك من وجوب تفسير المادة (١٣٠) من الدستور التي حددت مقدار ومدى السلطات الممنوحة لسائر الوزراء على وزاراتهم، وما يعنيه ذلك من وجوب الإقرار لوزير العدل بسلطة التدخل والإشراف والتوجيه للقضاة وأعضاء النيابة العامة عند مباشرتهم لمقتضيات وظائفهم القضائية، شأنهم في ذلك شأن الموظفين الإداريين العاملين بالجهات والإدارات التابعة لوزارة العدل. أم أن هناك مغايرة واختلافاً بين مفهوم ومعنى أعمال واختصاصات وزير ووزارة العدل المشار إليها في المواد (٩٩، ١٠٠، ١٠١) من الدستور، والمحصورة فيما أورده مرسوم: ٧ يناير ١٩٧٩م دون مساس بالسلطة القضائية وأعضائها من جهة، وبين مفهوم أعمال واختصاصات السلطة القضائية وأعضائها المشار إليها في المواد (١١٥/٢ و ١٦٣، ١٦٧) من الدستور ومواد المرسوم بالقانون رقم: ٢٣/١٩٩٠م المعدل بالقانون رقم: ١٠/١٩٩٦م التي يخطر على وزير العدل التدخل فيها أو يمارس بشأنها سلطة الرقابة أو التوجيه للقضاة أو أعضاء النيابة العامة لدى مباشرتهم لمهام وظائفهم القضائية من جهة أخرى، بما يلزم معه تفسير مقدار ومدى سلطات وزير العدل المنصوص عليها في المادة (١٣٠) من الدستور سאלفة البيان، بالنسبة للسلطة القضائية وأعضائها، على نحو مغاير لذلك المقدار والمدى في السلطة المقررة لسائر الوزراء على وزاراتهم والعاملين فيها، وبحيث تنحصر سلطات وزير العدل الواردة في المادة (١٣٠) من الدستور، وكذا المواد (١٧/١ و ٣٥ و ٦٠/٢) من المرسوم بقانون تنظيم القضاء وتعديلاته في مجرد الإشراف المالي والإداري على مرفق القضاء والنيابة العامة دون تدخل أو مساس بأعمال واختصاصات السلطة القضائية وأعضائها. ثالثاً: تحديد مفهوم ومدى مسؤولية وزير العدل عن أعمال واختصاصات السلطة القضائية وأعضائها أمام مجلس الأمة طبقاً لحكم المادة (١٠١) من الدستور، ومدى إمكانية توجيه الأسئلة والاستجابات من أعضاء مجلس الأمة لوزير العدل عن تلك الأعمال والاختصاصات المقررة للسلطة القضائية بمقتضى الدستور، وقانون تنظيم القضاء، وغيرها من القوانين، أم أن تلك المسؤولية عن الأعمال والاختصاصات المذكورة منوطة بالسلطة القضائية وأعضائها ولا تجوز مساءلة وزير العدل عنها، وتقتصر مسؤوليته على ما قد يشوب تلك الأعمال والاختصاصات الناتجة عن الإشراف المالي والإداري الذي تنحصر فيه اختصاصات وزير العدل بالنسبة لمرفق القضاء، بما يبين عليه لزوماً عدم إمكان توجيه سؤال أو استجواب لوزير العدل عن الأعمال والاختصاصات المنوطة بالسلطة القضائية وأعضائها، وإلا كان ذلك تدخلاً في عمل القضاء واعتداء على استقلاله بطريق غير مباشر، الأمر الذي يجافي النصوص الدستورية في هذا الشأن وباعتبار أن لا سلطان لأية جهة كانت على القاضي في قضاؤه، كما لا يجوز في كل الأحوال التدخل في سير العدالة طبقاً للمواد (٥٠ و ١١٥/٢ و ١٦٣ و ١٦٧) من الدستور كما أن التأثير على جهات القضاء أو الإساءة إلى سمعتها أو الإخلال بالاحترام الواجب للقضاة مما يعاقب عليه القانون، الأمر الذي يمتنع معه على وزير العدل بل يحظر عليه التدخل في أعمال واختصاصات السلطة القضائية، ومن ثم لا يجوز ولا يتصور مساءلة وزير العدل أمام مجلس الأمة عن أمور حظر الدستور والقانون عليه التدخل فيها، كالحالة المعروضة في الاستجواب محل هذا الطلب، نزولاً على قاعدة منطقية مفادها وجوب توافر مناط المسؤولية، المتمثل في حق التدخل والرقابة والإشراف =



**الحالة الثالثة:** إذا أثر مجلس الأمة تغليب تأجيل نظر الاستجواب لاستغراق محاوره مما هو معروض على القضاء أو النيابة، وصدر بعد ذلك حكم قضائي في موضوعه، فإن مصير تجديد نظر الاستجواب يستأنف.

وتبقى إثارة مسؤولية الوزير بشأن موضوع الاستجواب المرتبط به، رهن **فرضين:**

**الفرض الأول:** هو صدور حكم بالبراءة لعدم صحة الواقعة المنسوبة أو عدم ثبوتها، وكانت أسباب البراءة الواردة بالحكم الجزائي تتعلق بأركان الجريمة، وفصلت المحكمة في الأساس بين الدعوى الجنائية والمساءلة السياسية، وكان فصلها لازماً من خلال ارتباط أسباب الحكم ومنطوقة، فإن حجية الأحكام تحول من إثارة موضوع الاستجواب مجدداً<sup>(١)</sup>.

= والتوجيه للأعمال والاختصاصات ومن يتولون القيام بها للشخص الذي يسأل عنها. إلا أنه واستجابة لمناشدة رئيس مجلس الأمة الموقر تم سحب طلب التفسير". راجع قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم: ٨/٢٠٠١م (تفسير دستوري). جلسة: ٣٠ يناير ٢٠٠٢م منشور بالجريدة الرسمية "الكويت اليوم" العدد: ٥٥١ لسنة ٤٨ من "بتاريخ: ٢/٣/٢٠٠٢م. ومنشور أيضاً في موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية.

(١) تنص المادة (٥٣) من المرسوم بالقانون رقم: ٣٩ لسنة ١٩٨٠م بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية يجري على أن: "الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها". ونص المادة (٥٤) من ذات المرسوم بالقانون رقم: ٣٩ لسنة ١٩٨٠م بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية على أنه: "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً، ومع ذلك فإنه لا يرتبط بالحكم الصادر بالبراءة إلا إذا قام على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم".

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا النص أنه (.. وتبعاً لما هو مقرر من الأحكام الجنائية لها حجية مطلقة وملزمة للكافة وأنها مع ذلك حجية قاصرة بتحديد نطاقها في حدود ما فصل فيه الحكم الجنائي فصلاً لازماً فقد أخذ المشروع في المادة (٥٤) بما تنص عليه المادة (١٤٢) من قانون المرافعات القائم من ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي، ومن تحديد لمدى هذا الارتباط وبما تنص عليه المادة (٣١) من القانون رقم: ٦ لسنة ١٩٦١م بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع من عدم ارتباط القاضي المدني بالحكم الصادر بالبراءة إلا إذا كان مؤسساً على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم). وغير خاف أن مبدأ حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية يقوم على فلسفة عناها المشرع من تقيد سلطات التأديب بالحكم الجنائي الصادر في الدعوى الجنائية، مادام السلوك المكون للجريمة الجنائية والتأديبية واحداً، =

**الفرض الثاني:** صدور حكم بالبراءة، غير أن مبني البراءة قائم على عدم كفاية الأدلة، أو الشك في حقيقتها، ففي هذا الفرض لا يرتبط المجلس في هذا الحكم، وتجوز إثارة المسؤولية السياسية للوزير من خلال الاستجواب، لانتفاء مظنة مخالفته لحجية الحكم الجزائي.

وأساس هذا الفرض أن البراءة المبنية على الشك هي في حقيقتها براءة غير مؤكدة، ولم تقطع المحكمة بانتفاء التهمة، وأن أسباب البراءة متى وردت بالحكم الجزائي وكانت غير لازمة للفصل في الدعوى الجنائية، ولم تتعلق بأركان الجريمة المنسوبة للمتهم، بما في ذلك ركنيها المادي والمعنوي، فإنه لا يكون لما ورد فيه من أسباب في هذا الخصوص حجية مانعة ولا ينهض على الدوام مانعاً من المؤاخذه السياسية، باعتبار أن قوام الجريمة الجنائية خطأ جنائي واجب الإثبات، وقوام الاستجواب مسؤولية ناشئة عن الشيء ذاته وهو الإخلال بالالتزام بالدستور والقواعد القانونية، وليست ناشئة عن الجريمة<sup>(١)</sup>.

= حتى يتم الفصل نهائياً في الدعوى الجنائية؛ لأنه لو سارت كل دعوى في طريقها المرسوم حتى النهاية فقد يصدر الحكم في الدعوى التأديبية قبل الفصل في الدعوى الجنائية ويكون مخالفاً له، مما قد يؤدي إلى تضارب الأحكام بشأن واقعة واحدة؛ لذلك كان الحل هو أن يكون لتحريك الدعوى الجنائية أثر واقف على سير الدعوى التأديبية حتى يفصل فيها؛ لذلك انتهجت التشريعات الجنائية فلسفة وقف الدعوى المدنية إذا رفعت أمام القضاء المدني حتى يحكم في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو أثناء سيرها.

(١) ومن هنا يمكن تسويق استدعاء ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان في هذا الشأن، من أن الجريمة الجنائية هي خروج المتهم على المجتمع فيما ينهى عنه قانون العقوبات والقوانين الجنائية أو تأمر به ومصدرها القانون وتتبع في شأنها أصول المحاكمة الجنائية، حال أن الجريمة التأديبية قوامها مخالفة لواجبات الوظيفة ومقتضياتها واعتباراتها، ومردّها إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها بوجه عام، فالاستقلال حتماً قائم حتى ولو كان ثمة ارتباط بين الجريمتين، لاختلاف الجريمة الجنائية في طبيعتها وفي أركانها عن الجريمة الإدارية فكل منهما وزنها ومقوماتها فالجريمة الجنائية مصدرها القانون، وتتبع في شأنها أصول المحاكمة الجنائية، بخلاف المساءلة السياسية التي تختلف في طبيعتها وفي أركانها عن الجريمة الجنائية، فالأولى قوامها أفعال تصدر نتيجة خروج على الواجب وإهدار للمصلحة العامة، أما الثانية فقوامها مخالفة للدستور وللقواعد القانونية، لذلك يتصور انطواء تلك الأفعال على مخالفة سياسية وأخرى جنائية، وعندئذ تختلف النظرة عند توقيع الجزاء بالنسبة لإحدهما عن الأخرى، فيكفي في المساءلة السياسية أن تحمل الأفعال المنسوبة إلى الوزير في ثنائها ما يتعارض مع الدستور والقانون والمصلحة العامة، وتقدير ذلك كله مرجعه مجلس الأمة.

وذات الأثر يسري على صدور قرار من النيابة العامة بحفظ الأوراق لعدم الجريمة أو لعدم الأهمية، أو لعدم كفاية الأدلة، ويجوز في هذه الحالة إثارة المسؤولية للوزير. بحسبان النيابة العامة شعبة أصيلة من شعب السلطة التنفيذية<sup>(١)</sup>. لا تصدر أحكاماً قضائية.

وفي كل الأحوال يتعين النأي باستقلال واختصاص السلطة القضائية حتى لا يكون الاستجواب مدخلاً للافتئات على سلطة حفظ الدستور والتي لها حيدتها.

## المطلب الثاني إجراءات مناقشة الاستجواب

تنظم اللائحة الداخلية لمجلس الأمة إجراءات مناقشة الاستجواب، وتتبدى أهمية المناقشة في كون الاستجواب اتهاماً ومساءلة سياسية سواء أكان لرئيس الوزراء أم لأحد الوزراء، يسعى مقدمه من خلاله إلى الحصول على تأييد أكثر عدد ممكن من الأعضاء. وفي المقابل فإن الحكومة ومن خلال أجهزتها الفنية المختلفة تعد الردود، وتحاول تنفيذ محاور الاستجواب، وإقناع الأعضاء بعدم الشروع بطرح إجراءات سحب الثقة.

لذلك يتعين أن تكون إجراءات المناقشة بين مقدم الاستجواب وبين من وجه إليه الاستجواب بميزان واحد. وإذا كان الواقع أن الحكومة بحكم تضامنها تقف وبأجهزتها المختلفة لجانب الوزير المستجوب، فإنه يبقى أن تتاح لمقدم الاستجواب الفرصة الكافية لبسط محاور استجوابه أمام المجلس.

وإذا كانت إجراءات مناقشة الاستجواب تبدأ بقيام المستجوب بشرح استجوابه ثم يجيب الوزير وللمستجوب أن يعقب على رد الوزير، وبعد ذلك يتكلم الأعضاء المؤيدون للاستجواب والمعارضون له بالتناوب واحداً واحداً. وللوزير أن يتحدث بعد انتهاء جميع المتكلمين، فإن اللائحة الداخلية للمجلس تنص على: إجراءات تنظم مناقشة الاستجواب ولكنها بالضرورة تؤثر فيها، ومن هذه الإجراءات تقرير أسبقية

(١) على سبيل المثال راجع: الطعن رقم: ٢٥٣/١٩٩٥م تمييز تجاري جلسة: ١٣/١/١٩٩٧م، منشور في مجلة القضاء والقانون السنة: ٢٥ - الجزء الأول - ص٤٦. والطعن رقم: ٢٤٣/٢٠٠١م تمييز مدني جلسة: ١٨/٣/٢٠٠٢م، منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ٣٠ - الجزء الأول - ص٥٢٢.

الاستجواب على ما عداه كأصل عام، وضم الاستجابات المتشابهة أو المرتبطة ببعضها البعض.

نتناول هذا المطلب من خلال، الإجراءات السابقة لمناقشة الاستجواب (الفرع الأول). الضوابط المنظمة لمناقشة الاستجواب (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الإجراءات السابقة لمناقشة الاستجواب

ثمة إجراءات جوهرية قد تؤثر في مناقشة الاستجواب، أولها: أسبقية قيد الاستجواب لمناقشته، وما يؤدي إليه غالباً من ازدواج محاور الاستجوابين. وثانيها: أن ضم الاستجابات المتشابهة قد يضيق من حق المستجوب في طرح استجوابه. وهو ما سوف نبينه كما يلي:

## الغصن الأول

### أسبقية الاستجواب

يستوي الاستجواب البرلماني على القمة في مدارج الأدوات الرقابية البرلمانية الأخرى، باعتباره إفصاح جهير يتضمن اتهاماً سياسياً للحكومة في مجموعها أو لأحد أعضائها، محله تجاوز أحكام الدستور والقانون.

لذا فإن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة ترتب للاستجواب أسبقية على غيره من المواد المدرجة في جدول الأعمال باستثناء الأسئلة، على اعتبار أن الأسئلة هي في مضمونها تستهدف الحصول على معلومات.

بل غالباً ما يعمد مقدم الاستجواب بتوجيه أسئلة عن طريق عضو آخر للحصول على معلومات منتجة في محاور استجوابه.

وهذا المبدأ نصت عليه المادة (١٤٠) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة حيث تنص على أن: "ينظر المجلس الاستجواب عقب الأسئلة، وذلك بالأسبقية على سائر المواد المدرجة في جدول الأعمال ما لم يقرر المجلس غير ذلك".

ومؤدى ذلك عدم بدء مناقشة الاستجواب حتى ينتهي المجلس من مناقشة الأسئلة بصرف النظر عن تاريخ قيدها، يستوي أن تكون سابقة أم لاحقة لقيد الاستجواب.



## الغصن الثاني

### ضم الاستجابات المتشابهة

تنص المادة (١٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن: "تضم الاستجابات ذات الموضوع الواحد أو المرتبطة ارتباطاً وثيقاً، وتحصل المناقشة فيها في وقت واحد بموافقة رئيس مجلس الوزراء أو الوزير أو بناء على قرار يصدر من المجلس دون مناقشة".

ولا ريب أن ضم الاستجابات يحقق فوائد عديدة للحكومة والمجلس معاً، فهو يحقق مصلحة الحكومة في تضافر جهود أجهزتها المختلفة لمجابهة الاستجابات ذات الموضوع الواحد مرة واحدة، كما أنه يحافظ على وقت الأعضاء بإدراجها في جدول الأعمال لتناقش في جلسة واحدة، فضلاً على تحقيق مصلحة أكيدة للمستجوبين، سيما إن اختلفت توجهاتهم، لما يؤدي إليه من توسيع للقاعدة المؤيدة لهم، واستجماعهم لأدلة الاتهام، وتنسيق وترتيب الأدوار بينهم.

وضم الاستجابات على النحو المتقدم أمر تمليه طبيعة الاستجواب، والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي بالاستجواب إلى أن يكون قائماً بالنسبة للبعض، وغير قائم بالنسبة للبعض الآخر، خصوصاً إذا ما أفصح المجلس عن قراره بمناسبة طرح الثقة بأحدهما، ومن هنا كانت مناقشة أحدهما مؤثرة ولا ريب في الآخر.

**وثمة قواعد لضم الاستجابات ذات الموضوع الواحد أو المرتبطة ارتباطاً وثيقاً يتعين الالتزام بها:**

القاعدة الأولى: المعول عليه بضم الاستجابات هو النظر إلى وحدة المشكلة التي يعالجها في محاوره، فإذا تعددت أوجه الاتهامات التي يتناولها الاستجواب في محاوره، أضحت استجابات متميزة يصعب ضمها<sup>(١)</sup>.

القاعدة الثانية: يتعين عدم التأثير على حق كل مستجوب في عرض استجوابه، وإبراز جوانب المسألة التي يراها، فعلى الرغم من وحدة موضوع الاستجواب أو ارتباط موضوعاته المتعددة ارتباطاً لا وثيقاً فإنه يبقى لكل مستجوب مصداقية ووسائل اقناعية ومنهجية في التدليل، وفن في استعراض أدلة الثبوت حين مناقشة الاستجواب.

(١) حول هذا المعنى: أد جابر جاد نصار - الاستجواب كوسيلة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في مصر والكويت - سبقت الإشارة إليه - ص ٧٤.

والمرد بكلا الأمرين أي إما بموافقة رئيس مجلس الوزراء أو الوزير، أو بناء على قرار يصدر من المجلس دون مناقشة.

**القاعدة الثالثة:** لا ريب أن ضم الاستجابات يؤدي إلى تضائل نصيب كل مستجوب من الوقت المخصص للمناقشة<sup>(١)</sup>. وعلى ذلك إذا تعدد المستجوبون فإن الأولوية في الحديث لأسبقهم في طلب الاستجواب ما لم يتنازل عن دوره لمستجوب آخر، وإذا قدموا استجاباتهم في تاريخ واحد فإن رئيس المجلس هو الذي ينظم كيفية الحديث في جلسة الاستجواب بحسبانه أنه هو الذي يدير الكلام في الجلسة ويحدد نظام العمل فيها.

## الفرع الثاني

### الضوابط المنظمة لمناقشة الاستجواب

إن العبرة بنجاح مناقشة الاستجواب هي مدى اقتناع أعضاء مجلس الأمة، بأداء طرفيه وحججهم الدستورية والقانونية والواقعية، لما في ذلك من أثر في تحديد مواقفهم من الاستجواب عند التصويت على مآله. ولذلك فإن تنظيم هذه المناقشة بصورة متوازنة بين مقدم الاستجواب والحكومة يظل أمراً في غاية الأهمية.

وإذا كانت المناقشة تبدأ بتناضل طرفي الاستجواب أمام أعضاء المجلس، فإن هذه المناقشة الأصل فيها علنية الجلسة، فضلاً على وجوب خضوعها لضوابط معينة؛

وهو ما سوف نبينه كما يلي:

## الغصن الأول

### مناقشة الاستجواب بين السرية والعلنية

تنص المادة (٦٩) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أنه:

"جلسات مجلس الأمة علنية، ويجوز عقدها سرية بناء على طلب الحكومة أو رئيس المجلس أو عشرة أعضاء على الأقل، وتكون مناقشة الطلب في جلسة سرية.

(١) سيما وأن المادة (١٣٦) من اللائحة استبدلت بكاملها بمقتضى القانون رقم: ٨ لسنة ٢٠٠٧م، وجاء نصها على أن: "تبدأ مناقشة الاستجواب في الجلسة المحددة لذلك بأن يشرح المستجوب استجوابه خلال مدة لا تتجاوز ساعة واحدة وثلاثين دقيقة، وبعد أقصى ثلاث ساعات إذا كان الاستجواب مقدماً من أكثر من عضو، وإذا تعدد المستجوبون كانت الأولوية لأسبقهم في طلب الاستجواب..".

وتنقل الجلسات العلنية عن طريق الإذاعة المسموعة والمرئية (التلفاز) في ذات اليوم، ما لم يقرر رئيس المجلس دون مناقشة منع إذاعة بعض ما دار فيها<sup>(١)</sup>. وعلى ذلك فالأصل في جلسات مجلس الأمة أنها علنية، غير أنه استثناء من هذا الأصل يجوز عقد جلسة سرية بناء على طلب الحكومة أو رئيس المجلس أو عشرة أعضاء على الأقل.

فإذا كان الأصل في جلسات مجلس الأمة أنها علنية، فإن التقرير بنظر الاستجواب في جلسة سرية يعد استثناء.

والاستثناء بجواز عقد الجلسة سرية، بناء على طلب الحكومة أو رئيس المجلس أو عشرة أعضاء على الأقل في الأحوال العادية، يعد خروجاً على الأصل وهو (العلنية) لدواعي أو ظروف معينة، ومن ثم لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، ولو قيس على الاستثناء لتحول من استثناء إلى أصل، أو كان فيه إضافة لاستثناء آخر.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التوسع بنظر الاستجابات بجلسات سرية، ومراجع ذلك أنه خروج على الأصل العام، وبالنظر إلى أن عضو مجلس الأمة يمثل الأمة بأسرها وفق نص المادة (١٠٨) من الدستور فلا بد أن يتاح للشعب متابعة أداء نوابه، وينبني على ذلك وجوب حصر هذا الخروج في نطاقه.

(١) أضيفت الفقرة الثانية من المادة بموجب القانون رقم: ٧٣ لسنة ١٩٩٨م، المنشور في الكويت اليوم، العدد ٣٩٢، السنة الخامسة والأربعون، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون من أنه: "تنص المادة (٦٩) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن جلسات المجلس علنية ما لم تعقد سرية لسبب من الأسباب، فالأصل في جلسات المجلس هو العلنية؛ وحكمة ذلك أن مناقشات المجلس الذي يمثل الشعب بأسره لا بد أن يتاح لأبناء هذا الشعب متابعتها إما بصفة فردية وإما عن طريق وسائل الإعلام وأخصها النشر والإذاعة بأنواعها المختلفة، بيد أن الاقتصار على إباحة حضور هذه الجلسات للكافة لا يحقق الغاية المثلى من فكرة العلنية نظراً لأن قاعة المجلس محدودة المساحة بما لا يتيح المشاركة لأكثر عدد من أفراد الشعب على الوجه المبتغى ولا سيما أن المواطنين غالباً ما يكونون منصرفين إلى أعمالهم بما لا يسمح لهم حضور الجلسات. وتعميماً للفائدة التي تقوم عليها حكمة العلنية فإن خير وسيلة لتلاحم الشعب مع المجلس هي نقل صورة صادقة من جلساته إلى كل فرد في المجتمع إلى مكان عمله، ومن أجل ما تقدم أعد مشروع هذا القانون لتيسير اتصال الجماهير بما يدور في جلسات المجلس العلنية وذلك بإضافة فقرة جديدة إلى المادة (٦٩) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة مقتضاها إذاعة جلسات المجلس العلنية في اليوم ذاته بطريق الإذاعة المسموعة والمرئية (التلفاز) ما لم يقرر رئيس المجلس لأسباب يقررها منع إذاعة أو بث ما دار في الجلسة من وقائع، وهذا ليس بدعة إذ تجري عليه الأعراف البرلمانية في جميع دول العالم المتقدمة يحقق مزية التمثيل النيابي الشعبي على أمثل وجه".

وقد شهد مجلس الأمة في دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي الثالث عشر، أول جلسة استجواب نوقش بجلسة سرية كانت بتاريخ: ٢٠٠٩/١٢/٨م، بمناسبة الاستجواب المقدم بتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٥ من عضو مجلس الأمة / د. فيصل المسلم إلى سمو رئيس مجلس الوزراء الشيخ / ناصر المحمد الصباح، وفيها طلبت الحكومة تحويلها إلى جلسة سرية ووافق المجلس بالأغلبية على ذلك<sup>(١)</sup>.

## الغصن الثاني

### تناضل طرفي الاستجواب أمام أعضاء المجلس

تبدأ مناقشة الاستجواب عادة بقيام مقدمه ببيان أهميته، والإجراءات التي اتبعتها قبل الشروع به ومشاورته لغيره، ثم شرح موضوع الاستجواب واستعراض محاوره وبيان الأدلة التي تسند اتهامه.

وبعد أن ينتهي مقدم الاستجواب من شرح استجوابه وبيان أدلة اتهامه فإن الوزير المقدم ضده الاستجواب يقوم بالرد على الاستجواب.

(١) يذكر أنه سبق للحكومة طلب تحويل جلسة الاستجواب المقدم بتاريخ: ١٦/٦/١٩٩٨م في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الثامن المقدم من عضو مجلس الأمة / حسين القلاف إلى الشيخ / محمد الخالد الصباح وزير الداخلية، إلا أن مقدم الاستجواب انسحب، وتم رفع الاستجواب من جدول الأعمال، وقد شهد المجلس بعد ذلك عدة استجوابات طلبت من خلالها الحكومة عقد الجلسة سرية، منها الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي الثالث عشر، من عضو مجلس الأمة السيد/ د. ضيف الله بورمية إلى النائب الأول لرئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع، وقد قدم الاستجواب بتاريخ: ١٩/١١/٢٠٠٩م وبجلسة المناقشة: ٢٠٠٩/١٢/٨م طلبت الحكومة تحويلها لجلسة سرية ووافق المجلس على ذلك. ومنها الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الثالث عشر من عضو مجلس الأمة / خالد الطاحوس إلى سمو الشيخ / ناصر المحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء بتاريخ: ٢٠١٠/٥/٣٠م، وبجلسة المناقشة: ٢٠١٠/٦/٨م طلبت الحكومة تحويلها لسرية، فكان رأي المجلس (٣٩) موافقة، (١٩) عدم موافقة (٤) امتناع، وقد انسحب مقدم الاستجواب من الجلسة، فقام المجلس برفع الاستجواب من جدول الأعمال، وأيضاً بدور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر في الاستجواب المقدم إلى سمو الشيخ / ناصر المحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء بتاريخ: ٢٠١٠/١٢/١٣م والذي تمت مناقشته: ٢٠١٠/١٢/٢٨م بعد موافقة المجلس لتحويل الجلسة إلى جلسة سرية، وأيضاً في الاستجواب المقدم بدور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر إلى سمو الشيخ / ناصر المحمد الصباح بتاريخ: ٢٠١١/٥/٢٢م حيث تم المناقشة بجلسة سرية يوم: ٢١/٥/٢٠١١م.



ولكي تتكامل مناقشة الاستجواب أمام أعضاء مجلس الأمة يجب أن يعقب المستجوب على رد الوزير على ألا تزيد مدة التعقيب على نصف ساعة إذا كان المستجوب عضواً واحداً، ولا أن تجاوز ساعة واحدة إذا كان المستجوبون أكثر من ذلك، وتتبدى أهمية تعقيب مقدم الاستجواب على ردود الوزير في أنه يبدي رأيه في هذه الردود ويبين أسباب عدم قناعته بها، على أنه لا يجوز إقحام موضوعات جديدة أخرى على طلب الاستجواب أثناء مناقشته، إلا ما كان متعلقاً بوقائع تفصيلية ترتبط بحكم اللزوم بموضوع طلب الاستجواب.

وبعد أن يفرغ مقدم الاستجواب من تعقيبه يجب فتح باب المناقشة أمام أعضاء المجلس، ويجب أن يتناوب الحديث المؤيدون للاستجواب والمعارضون له، فلا يصح أن يغلب جانب على آخر. ووفق المادة (١٣٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة وبعد الانتهاء من مناقشة الاستجواب يعرض الرئيس الاقتراحات التي تكون قد قدمت إليه بشأنه، فإذا لم تكن هناك اقتراحات، أعلن انتهاء المناقشة والانتقال إلى جدول الأعمال، ويكون للاقتراح بالانتقال إلى جدول الأعمال الأولوية على غيره من الاقتراحات، ويبت المجلس في هذه الاقتراحات دون مناقشة وله أن يحيلها كلها أو بعضها إلى إحدى اللجان لتقديم تقرير عنها قبل أخذ الرأي عليها.

ويتعين على طرفي الاستجواب الالتزام بحدود موضوع الاستجواب، وعدم تجاوزه إلى أمور شخصية إلا ما كان منها مرتبطاً برباط وثيق لا وجود الاستجواب إلا به، غير أن خروج مقدم الاستجواب عن هذا النطاق لا يؤدي إلى مساءلته أو مؤاخذته عما أبداه من أقوال أمام المجلس، حتى ولو كان بها مساس بالمستجوب ضده، وذلك إعمالاً لنص المادة (١١٠) من الدستور والتي تنص على أنه: "عضو مجلس الأمة حر فيما يبديه من الآراء والأفكار بالمجلس أو لجانه، ولا تجوز مؤاخذته عن ذلك بحال من الأحوال".

ويستثنى من ذلك حالة قيام العضو بالسب والشتم بمناسبة مناقشة الاستجواب لتغطية ضعف محاور استجوابه، ففي هذه الحالة لا تشملها الإباحة المقصودة في النص المتقدم؛ لخروج هذا السلوك من دائرة التعبير عن الآراء والأفكار، فضلاً على بعده عن الآداب الإسلامية التي جبل عليها المجتمع في الكويت، فضلاً عن أن منصة الاستجواب ليست منبراً لتلقي المطاعن وتصفية الخلافات الشخصية، بحسبان الاستجواب غايته تحقيق المصلحة العامة.

وإذا كانت مناقشة الاستجواب مرحلة مفصلية ومهمة؛ وفيه يحتكم طرفاه إلى أعضاء المجلس، ومن خلاله تتشكل قناعاتهم أثناء مناقشته.

فإن نجاح الاستجواب في بلوغ غايته إنما يرتبط ارتباطاً وثيقاً بحدود هذه المناقشة، وما يجب أن تخضع له من ضوابط في جو ديمقراطي، نستعرضها على الوجه التالي:

### أولاً - عدم المقاطعة:

إن تمكين أطراف الاستجواب حين مناقشته، من طرح أفكارهم بحرية ودون مقاطعة أو تشتيت من بقية أعضاء المجلس، يؤدي إلى نجاح الاستجواب في تحقيق غاية الصالح العام، ويتعين أن يكون رئيس المجلس، أو من ينوب عنه في إدارة الجلسة، حازماً وحاسماً في ضبط المناقشات في الجلسة.

فلا يأتى لأحد بالكلام إلا في حال توجيه النظر إلى مراعاة أحكام الدستور ولائحة المجلس الداخلية، في الموضوع الذي تتم مناقشته أو حول الإجراءات المتبعة أثناء الجلسة، وأن يحدد العضو نص الدستور أو اللائحة موضوع المخالفة، ولا يجوز في غير ذلك أن يأتى الرئيس بالكلام قبل أن يتم المتكلم أقواله<sup>(١)</sup>.

فجلسة الاستجواب في حقيقتها محاكمة سياسية، يسجلها التاريخ السياسي، ويمارس فيها مقدم الاستجواب دور الاتهام للحكومة أو أحد أفرادها أمام أعضاء المجلس، ولا يستقيم ذلك إلا بتمكين طرفي الاستجواب من التناضل والدفاع أمام المجلس، مما يستدعي عدم مقاطعة الأعضاء له.

(١) تنص المادة (٨٣) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة. "يؤذن دائماً بالكلام في الأحوال الآتية:

أ - توجيه النظر إلى مراعاة أحكام الدستور ولائحة المجلس الداخلية، ويجب أن تكون مخالفة للدستور أو اللائحة في الموضوع الذي تتم مناقشته أو حول الإجراءات المتبعة أثناء الجلسة، وأن يحدد العضو نص الدستور أو اللائحة موضوع المخالفة.

ب - الرد على قول يمس شخص طالب الكلام.

ج - طلب التأجيل أو إرجاء النظر في الموضوع المطروح للبحث إلى ما بعد الفصل في موضوع آخر يجب البت فيه أولاً.

د - طلب إقفال باب المناقشة.

ولهذه الطلبات بترتيبها المذكور أولوية على الموضوع الأصلي ويترتب عليها وقف المناقشة فيه حتى يصدر قرار المجلس بشأنها.

ولا يجوز في غير الحالة الأولى أن يؤذن بالكلام قبل أن يتم المتكلم أقواله. " .. يذكر أن البند (١) من المادة استبدل بمقتضى القانون رقم: ٨ لسنة ٢٠٠٧م، المنشور بالكويت اليوم بالعدد ٨١٦ السنة ٥٣، وكان نصه قبل الاستبدال كالاتي: (توجيه النظر إلى مراعاة أحكام الدستور ولائحة المجلس الداخلية).

## ثانياً - حياد الرئيس بإدارة الجلسة:

إن نجاح مناقشة الاستجواب في بلوغ غايتها في جو ديمقراطي يتيح لطرفه ولمن يريد من أعضاء المجلس أن يتناقش في موضوع الاستجواب يتوقف على حياد إدارة الجلسة.

فرئيس المجلس وفق نص اللائحة الداخلية في المادة (٣٠) "يرأس الجلسات.. ويراعي في كل ذلك تطبيق أحكام الدستور والقوانين وينفذ نصوص هذه اللائحة.. ويحفظ النظام داخل المجلس..".

ويجب عليه أن يعمل لمصلحة كل الأعضاء، ويطبق أحكام اللائحة الداخلية على الجميع. ورئيس المجلس إذا أراد أن يدلي برأيه في مسألة معروضة على المجلس ومحل مناقشة فيه عليه النزول لمقاعد الأعضاء متخلياً عن الرئاسة، ولا يجوز له أن يعود إليها إلا بعد انتهاء المناقشة التي يشترك فيها. وهو ما تنص عليه المادة (٧٧) من اللائحة الداخلية للمجلس من أنه: "ليس للرئيس أن يشترك في المناقشات إلا إذا تلى عن كرسیه، ولا يعود إليه إلا بعد أن تنتهي المناقشة التي اشترك فيها".

## ثالثاً - التزام حدود موضوع الاستجواب:

ما من شك في أن التزام حدود محاور الاستجواب دليل على أهميته وجديته، وقيامه على أصول تنتج وتؤدي إليه، ومن ثم تعين التزام طرفيه على إبراز موضوعه. فالاستجواب بوصفه اتهاماً سياسياً للوزير أو للحكومة، يجب على مقدمه عرض محاوره والتدليل عليها، دون تجاوز لأمر تتصل بشخص الوزير أو سلوكياته إلا ما كان منها ملتحماً بموضوع الاستجواب، ويتعين أن يجري عرض الاستجواب بلغة رصينة راقية خالية من التجريح أو استخدام ألفاظ بذئية، بغير إطناب ممل أو إيجاز مخل، فالاستجواب يفترض فيه توخي المصلحة العامة. واستهداف ضبط ممارسة الحكومة لاختصاصاتها وفق إطار الدستور والقانون.

ولتزام حدود موضوع الاستجواب، يسري على كافة أثناء مناقشته، فلا يصح الانصراف بالاستجوابات وما تمخض عنها من مناقشات، إلى غيرها من الأمور بقصد إفشال جلسة المناقشة وتضييع الحقائق الثابتة فيها<sup>(١)</sup>.

(١) يذكر أنه وفي الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثامن. من عضو مجلس الأمة/ عباس حسين الخضاري إلى السيد/ أحمد خالد الكليب وزير العدل ووزير الأوقاف والشؤون الإسلامية. ١٩٩٩/٥/٤م ترك الوزير فى رده على موضوع =

## المطلب الثالث

### انتهاء الاستجواب بغير مناقشة

قد ينتهي الاستجواب قبل مناقشته، ويكون ذلك إما بالتنازل عنه ممن قدمه وإما بسقوطه في أحوال حددتها اللائحة الداخلية.

نتناول هذا المطلب من خلال، التنازل عن الاستجواب (الفرع الأول). سقوط الاستجواب (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### التنازل عن الاستجواب

تنص المادة (١٤١) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أنه: "إذا تنازل المستجوب عن استجوابه أو غاب عن الجلسة المحددة لنظره فلا ينظره المجلس إلا إذا تبناه في الجلسة أو قبله أحد الأعضاء".

وعلى ذلك لم ترتب اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على التنازل عن الاستجواب أو غياب مقدمه انتهاءه وعدم جواز نظره، وإنما يجوز لأي عضو من أعضاء المجلس أن يعلن تبنيه أو قبوله للاستجواب خلفاً لمقدمه، ولا ريب أن ذلك يتفق مع طبيعة الاستجواب<sup>(١)</sup>.

= الاستجواب والمتعلق بحدوث أخطاء وإهمال جسيم في متابعة طبع المصحف الشريف وتحريف واضح في سوره وآياته، واتهم مقدم الاستجواب بأنه يشكك في عقيدته ويحاول تكفيره، وفي نهاية الجلسة المنعقدة: ١٩٩٩/٥/٤ م تقدم ٢٠ نائباً لطلب طرح الثقة بالوزير، وقد كان هذا السبب مسوغاً لاستناد الحكومة في تقريرها بعدم إمكانية التعاون مع المجلس، وأسفر عن صدور مرسوم أميري باليوم التالي بحل المجلس حسماً للخلاف مع الحكومة واستباقاً للتصويت على الثقة بالوزير.

(١) والجدير بالملاحظة أن مسألة - الأثر الدستوري المترتب على تنازل أو انسحاب أحد مقدمي طلب طرح الثقة بالوزير المستجوب - سبق عرضها على المحكمة الدستورية. وقد قررت المحكمة أنه: "لاحظت من مطالعة الأوراق والمذكرات الختامية المقدمة من الحكومة ومجلس الأمة أنهما اتفقا في الرأي بشأن المسألة الثالثة.. الأمر الذي يعني انتفاء أمر الخلاف في شأن هذه المسألة، وبالتالي يغدو الطلب فيما يتعلق بها مفتقداً إلى ما يبرره قانوناً، كما أنه بالنسبة إلى المسألة الرابعة والتي تتعلق بالأثر المترتب على تنازل أحد مقدمي طلب طرح الثقة بالوزير، والتي طرحت الحكومة هذه المسألة طرْحاً افتراضياً على محض تصور مجرد، ليتسنى تدبر الأمر في خصوصها مستقبلاً، كما تشير إلى تفويض الرأي بشأنها لهذه المحكمة، ويشاطرها في ذلك مجلس الأمة، فإنها تتمخض خلافاً نظرياً لا يقوم معها وجه =



والجدير بالذكر أنه تم سحب طلب مناقشة الاستجابات المقدمة من بعض أعضاء مجلس الأمة في الأعوام ١٩٨٣م و١٩٨٤م و١٩٩٨م و٢٠٠٣م و٢٠١٠م و٢٠١١م<sup>(١)</sup>.

= محل معتبر واقعاً لكي تخوض المحكمة في هذا الشق من الطلب لانتقاد موجب، ومناطق أعمال ولايتها في شأنه " راجع قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم: ٨/٢٠٠٤م. بجلسة: ٩ أكتوبر ٢٠٠٦م سبقت الإشارة إليه.

(١) ومن ذلك الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الرابع من الفصل التشريعي الخامس المقدم بجلسة: ٣٠/١١/١٩٨٣م من السادة/ مشاري العنجري، خالد بن عيسي، خالد جميعان. إلى السيد/ حمد الرقيب وزير الشؤون الاجتماعية والعمل ووزير الإسكان حيث تمت مناقشته بجلسة: ٢٠/١٢/١٩٨٣م في شأن التجاوزات التي وقعت في توزيع الوحدات السكنية من قبل الوزارة، وسحب طلب المناقشة بناء على طلب مقدمة الاستجواب وموافقة المجلس عليه بجلسة: ٢٠/١٢/١٩٨٣م. وأيضاً بذات الفصل التشريعي ودور الانعقاد في الاستجواب المقدم من السيد أحمد الطخيم بتاريخ: ١/٥/١٩٨٤م إلى السيد/ خلف أحمد الخلف في شأن عدم وصول المياه قليلة الملوحة إلى بيوت ذوي الدخل المحدود في منطقة بيان، حيث تمت مناقشته بجلسة: ٨/٥/١٩٨٤م وتم سحب الطلب بناء على طلب العضو، ووافق المجلس بذات الجلسة، ومن ذلك أيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي الثامن والمقدم من السيد/ حسين علي القلاف بتاريخ: ١٦/٦/١٩٨٤م إلى الشيخ/ محمد الخالد الصباح بشأن قضايا تتعلق بوزارة الداخلية وتقرر لنظره جلسة: ١٦/٦/١٩٩٨م وطلبت الحكومة تحويل الجلسة إلى سرية مما أدى إلى انسحاب العضو مقدم الاستجواب، وتم رفعه من جدول الأعمال. ومن ذلك أيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الخامس (التكميلي) من الفصل التشريعي التاسع - من السيد/ أحمد الشريعان بتاريخ: ٢٨/٤/٢٠٠٣م إلى الشيخ/ جابر المبارك الصباح بشأن انتهاك الويز لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص من خلال تعيينات تمت بالدفع (٣٢) لطلبة الضباط بكلية على السالم العسكرية، حيث أعلن النائب سحب استجوابه يوم: ١١/٥/٢٠٠٣م. ومن ذلك أيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي الثالث عشر والمقدم من السيد/ خالد الطاحوس بتاريخ: ٣٠/٥/٢٠١٠م إلى سمو الشيخ/ ناصر محمد الصباح رئيس مجلس الوزراء والمتعلق بتطبيق القوانين المعمول بها في الدولة وعدم متابعة ومحاسبة الجهات المسؤولة عن تردي الأوضاع البيئية فيما يخص تلوث منطقة علي صباح الصالح وإلحاق الضرر بساكنيها، حيث تحدد لنظر الاستجواب جلسة: ٨/٦/٢٠١٠م وفيها طلبت الحكومة تحويل الجلسة إلى جلسة سرية ووافق المجلس بأغلبية: ٣٩ وعدم موافقة ١٩ وعدد ٤ امتناع، وعلى أثر هذه النتيجة انسحب مقدم الاستجواب من الجلسة فأعلن السيد رئيس المجلس عن رفع بند الاستجابات من جدول الأعمال. ومن ذلك أيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر - من السادة/ د. فيصل المسلم، خالد الطاحوس، مسلم البراك بتاريخ: ٢٣/٦/٢٠١١م إلى سمو الشيخ/ ناصر محمد الصباح بشأن خمسة محاور، حيث صرح رئيس مجلس الأمة بذات التاريخ أن طلب الاستجواب سيتم إدارجه على جدول أعمال الجلسة التالية لجلسة دور الانعقاد المقبل. وبتاريخ: ١٤/١١/٢٠١١م تقدم مقدمو الاستجواب بطلب سحبه ووافق المجلس على هذا الطلب بجلسة: ١٥/١١/٢٠١١م وقرر رفعه من جدول الأعمال.

## الفرع الثاني

### سقوط الاستجواب

يعتبر الاستجواب اتهاماً يقدمه عضو مجلس الأمة ضد الحكومة أو أحد أعضائها، وبديهي أن يسقط هذا الاتهام بزوال صفة من قدمه، أو من قدم ضده أو بانتهاء الفصل التشريعي المقدم من خلاله.

وتلك هي الأحوال التي عدتها اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي في المادة (١٤٢).

وهو ما سوف نبينه كما يلي:

### الغصن الأول

#### زوال صفة مقدم الاستجواب

سبق البيان أن الاستجواب من أخطر أدوات الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة، فإذا زالت صفة من قدمه لأي سبب من الأسباب كأن أبطلت عضويته كأثر للفصل في صحة العضوية، أو لإسقاط العضوية أو للاستقالة أو للوفاة، فإن اللائحة الداخلية رتبت في نص المادة (١٤٢) من اللائحة الداخلية على ذلك سقوطه، وهو ما يعني عدم جواز نظره في المجلس واعتباره كأن لم يكن.

والجدير بالملاحظة أنه لم يشهد مجلس الأمة في الكويت حالة سقوط استجواب لزوال صفة مقدمه.

غير أن ثمة تماثلاً واضحاً بين سقوط الاستجواب، وبين تنازل عضو مجلس الأمة عن الاستجواب أو غيابه عنه عند مناقشته، وهو الأمر الذي يترتب عليه عدم جواز نظر الاستجواب في المجلس إلا إذا تبناه عضو آخر. وهذا التماثل يوجب ضرورة وحدة الحكم، فزوال صفة مقدم الاستجواب لأي سبب لا يؤدي بذاته إلى سقوط الاستجواب، وإنما يمكن أن يتبناه عضو آخر من أعضاء المجلس إذا رأى أن مبرراته مازالت قائمة، وعلى ذلك فإن المغايرة في الحكم بين الحالتين تفنقر إلى المنطق القانوني السليم<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: أد جابر جاد نصار - الاستجواب كوسيلة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في مصر والكويت - سبقت الإشارة إليه - ص ١٠١.

## الغصن الثاني

### زوال صفة من وجه ضده الاستجواب

يسقط الاستجواب بزوال صفة من وجه ضده الاستجواب، فإذا كان مقدماً ضد رئيس مجلس الوزراء، فإنه يسقط باستقالة الحكومة أو إقالتها، أما إذا كان موجهاً إلى أحد الوزراء فإنه يسقط بإقالته أو استقالته حتى ولو بقيت الحكومة.

ولعل هذا الخيار أكثر تطبيقاً حين يتعلق الأمر باستجواب موجه إلى أحد الوزراء، فعندما تستشعر الحكومة أن أغلبية الأعضاء سوف تصوت لصالح سحب الثقة من الوزير فإنها تبادر إلى الضغط عليه لكي يتقدم باستقالته، استباقاً لآثار الاستجواب<sup>(١)</sup>.

(١) ومن ذلك الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي السادس من السادة/ مبارك الدويلة، د. أحمد الربيعي، حمد الجوعان - بجلسة: ١٦/٤/١٩٨٥م. إلى الشيخ سلمان الدعيج الصباح وزير العدل والشؤون القانونية والإدارية والتي تمت مناقشته بجلسة: ٣/٥/١٩٨٥م و٧/٥/١٩٨٥م حيث تمت مناقشة الاستجواب، وتم تقديم طلب بسحب الثقة، وأعلن السيد رئيس المجلس أنه بتخلي الوزير عن منصبه اعتبر طلب سحب الثقة منتهياً. وأيضاً الاستجواب المقدم بدور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي العاشر من السادة/ عواد برد العنزي ود. فيصل على المسلم ووليد الطبطبائي بتاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٤، إلى السيد/ محمد عبدالله أبو الحسن وزير الإعلام بشأن مخالفة الدستور، ومخالفة المرسوم الأميري الصادر بشأن وزارة الإعلام، ومخالفة قانون المطبوعات والنشر، مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، والإخلال بمبدأ التعاون بين السلطتين، حيث حدد يوم: ٤/١/٢٠٠٥م موعداً لمناقشة الاستجواب وفي يوم: ٢/١/٢٠٠٥م قدم الوزير استقالته وسقط الاستجواب. وأيضاً الاستجواب المقدم بذات الفصل التشريعي وبذات دور الانعقاد - من السيد/ د. ضيف الله أبو رمية بتاريخ: ٢٤/٣/٢٠٠٥م إلى السيد/ د. محمد الجارالله وزير الصحة بشأن الإهمال الإداري وعدم التصدي لمشكلة الاعتداءات الجنسية، وتردي الأوضاع الصحية، وتهاون الوزير في الأخطاء الطبية القاتلة ومساهمة وزارة الصحة في انتشار الإدمان، والتعدي على المال العام، حيث تمت مناقشة الاستجواب يوم: ١١/٤/٢٠٠٥م وفي ذات اليوم قدم الوزير استقالته وصدر مرسوم قبولها، وإسناد حقيبة وزارة الصحة إلى وزير الطاقة. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الحادي عشر. من السادة/ عادل الصرعاوي، عبد الله الرومي، مسلم محمد البراك بتاريخ: ١٠/٦/٢٠٠٧م إلى الشيخ/ على الجراح الصباح بشأن قضية ناقلات النفط، نوقش الاستجواب بجلسة: ٢٥/٦/٢٠٠٧م وبذات الجلسة تم تقديم طلب طرح الثقة، إلا أن الوزير تقدم بكتاب استقالته بتاريخ: ٢٢/٥/٢٠٠٧م وصدر مرسوم بقبول الاستقالة. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الحادي عشر. من السيد/ علي صالح العمير ووليد الطبطبائي بتاريخ: ٢٢/١٠/٢٠٠٧م إلى السيد/ د. عبد الله المعنوق وزير العدل والأوقاف والشؤون الإسلامية =

وقد تختار الحكومة أن تتضامن مع رئيسها أو أحد الوزراء فتقدم استقالتها<sup>(١)</sup>.

= بشأن مخالفات دستورية، التنازل عن أراضي الوقف بشروط مجحفة، التجاوز في مصروف المساجد، إيقاف رقابة ديوان المحاسبة، التفتيع والتكسب، هدر المال العام، مخالفات لجنة تعزيز الوسطية، ولم يتم مناقشة الاستجواب وتم إعفاء الوزير من منصبه رغم استعداده للمناقشة، وصدر المرسوم رقم: ٢٠٠٧/٣٢٩ م بتاريخ: ٢٨/١٠/٢٠٠٧ م بإعفائه، وهي المرة الأولى في تاريخ الحكومات في الكويت. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر. من السادة/ د. وليد الطبطبائي، وشعيب المويصري، وسالم العازمي بتاريخ: ٢٤/١/٢٠١١ م إلى الشيخ/ جابر الخالد الصباح وزير الداخلية بشأن وفاة مواطن بسبب التعذيب وتضليل الرأي العام وسوء استخدام السلطة والحنث بالقسم. بتاريخ: ٨/٣/٢٠١١ م أعلن رئيس مجلس الأمة سقوط الاستجواب لتقديم وزير الداخلية استقالته وصدر مرسوم بقبولها.

(١) وذلك بالاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الثامن المقدم من السادة/ محمد العليم، د. وليد الطبطبائي، د. فهد الخنجر بجلسته: ١٧/٢/١٩٩٨ م إلى الشيخ/ سعود الناصر الصباح وزير الإعلام، والمتعلق بالسماح بعرض كتب ممنوعة تم تداولها في معرض الكتاب العربي الثاني والعشرين المقام في الكويت، حيث تمت مناقشة الاستجواب، وتقديم طلب طرح الثقة، غير أن الحكومة قدمت استقالتها قبل تاريخ طرح الثقة بيوم واحد. وأيضاً الاستجواب المقدم دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي التاسع. من السيد/ حسين القلاف بتاريخ: ٢٧/١/٢٠٠١ م إلى السيد/ د. سعد الهاشل. وزير العدل، بشأن التعسف والظلم في حق أحد القضاة، ضعف تطبيق القانون في مقتل طفل، الإهمال في مطاردة سراق المال العام، الإهمال في الحد من الفساد. حيث قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٢٩/١/٢٠٠١ م. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثاني من الفصل الحادي عشر - من السيد/ د. وليد الطبطبائي، وأحمد الشحومي، ود. جمعان الحريش بتاريخ: ١٧/١/٢٠٠٧ م إلى الشيخ/ أحمد عبدالله الصباح وزير الصحة، التجاوزات الإدارية والفنية ومحاربة الكفاءات وهجرة الأطباء، والعلاج في الخارج، والتدهور العام للخدمات الصحية. نوقشت الاستجواب بجلسته: ١٩/٢/٢٠٠٧ م وبه تم تقديم طلب طرح الثقة الذي تحدد له جلسة: ٥/٣/٢٠٠٧ م، وقدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٤/٣/٢٠٠٧ م أي قبل موعد جلسة طرح الثقة بيوم واحد. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثالث من الفصل الثاني عشر. من السيد/ د. وليد الطبطبائي، عبدالله البرغش، محمد هايف المطيري بتاريخ: ١٨/١١/٢٠٠٨ م إلى سمو الشيخ/ ناصر المحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء، بشأن مسؤوليته عن التجاوز على القيود الأمنية وغياب هبة الدولة والتخبط الحكومي في إدارة شؤون البلاد وزيادة معدلات الفساد المالي والإداري بشكل غير مسبوق، حيث قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٢٤/١٢/٢٠٠٨ م. وأيضاً الاستجوابات المقدمة في دور الانعقاد الثاني من الفصل الثاني عشر إلى سمو الشيخ/ ناصر المحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء. الأول: من السيد/ د. فيصل المسلم بتاريخ: ١/٣/٢٠٠٩ م بشأن مصروفات ديوان سمو رئيس الوزراء. والثاني من السيد/ د. ناصر الصانع، د. جمعان ظاهر الحريش، عبدالعزيز الشايجي بتاريخ: ٢/٣/٢٠٠٩ م بشأن ضياع هبة الدولة،



فإذا كان الاستجواب كأداة رقابية على أعمال الحكومة يبلغ منتهاه باستقالة الوزير أو الحكومة، فإن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة في المادة (١٤٢) رتبت على انتهاء الفصل التشريعي سقوط الاستجوابات التي لم يناقشها المجلس. سواء أكان الانتهاء لسبب غير طبيعي (حل مجلس الأمة)<sup>(١)</sup>. أم لسبب طبيعي (انتهاء مدة الأربع

= الإخفاق في إنقاذ الاقتصاد، التردد في التعامل مع الأزمة المالية، التجاوزان في مصروفات ديوان رئيس الوزراء، الإخلال بأحكام الدستور بشأن برنامج الحكومة وخطة الدولة التنموية، والثالث: من السيد/ محمد هايف المطيري بتاريخ: ٢٠٠٩/٣/٩م بشأن مسجد الفينطيس، حيث قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٢٠٠٩/٣/١٦م. وأيضاً الاستجوابين المقدمين في دور الانعقاد الثالث من الفصل الثالث عشر. الأول من السيد/ فيصل الدويسان، بتاريخ: ٢٠١١/٣/٢٩ إلى الشيخ/ أحمد عبدالله الصباح وزير النفط ووزير الإعلام، بشأن الالتفات على نتائج تقرير ديوان المحاسبة بشأن تكليف مجلس الأمة بفحص ومراجعة التجاوزات والمخالفات المالية والإدارية بوزارة الإعلام الصادر في: ٢٠١٠/٩/٩م وتقصير الوزير في أداء مهام عمله المنوطة به. والثاني: والمقدم من السيد/ صالح أحمد عاشور بتاريخ: ٢٠١١/٣/٣٠م إلى الشيخ/د. محمد صباح السالم الصباح نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الخارجية بشأن الإخفاق والتقصير في النود عن نظام الحكم والتفريط في هبة الدولة، والعجز والتقاعس بصيانة وحدة المجتمع وعن الدفاع عن نسيجه الوطني والتخاذل في صد محاولات المساس بالشعب الكويتي. وقد تقدمت الحكومة باستقالتها في: ٢٠١١/٣/٣١م. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الرابع من الفصل التشريعي الثالث عشر. من السادة/ مسلم البراك، د. فيصل المسلم، عبدالرحمن العنجري بتاريخ: ٢٠١١/١١/١٥م إلى سمو الشيخ/ ناصر محمد الصباح رئيس مجلس الوزراء بشأن تراخي الحكومة وإخلالها بواجباتها الدستورية لمواجهة الإيداعات المليونية، وقضية التحويلات الخارجية من المال العام لصالح الحساب الشخصي لسمو الرئيس، حيث استقالت الحكومة بتاريخ: ٢٠١١/١١/٢٨م.

(١) مثال ذلك الاستجوابات المقدمة في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي السادس. الأول والمقدم من السادة/ محمد المرشد، فيصل الصانع، أحمد باقر إلى السيد/ عيسى محمد المزيدي وزير المواصلات بشأن تحصيل رسوم الخدمات الهاتفية من المشتركين. والثاني من السادة/ ناصر البناي، خميس عقاب، سامي المنيس إلى السيد/ جاسم الخرافي وزير المالية والاقتصاد بشأن مخالفت صندوق الضمان التي لمعاملات الأسهم. والثالث من السادة/ مشاري العنجري، د. عبدالله النفيسي، وجاسم القطامي إلى الشيخ/ على الخليفة الصباح وزير النفط والصناعة بشأن الأحداث التي وقعت بالمنشآت النفطية. والرابع المقدم من السيد/ راشد الحجيلان وأحمد الشريعان إلى السيد/ د. حسن إبراهيم وزير التربية بشأن سياسات الوزير في إدارة شؤون الوزارة والجامعة وبعض التجاوزات الإدارية والمالية. وقد قدمت جميع هذه الاستجوابات بتاريخ: ١٩٨٦/٦/٢٤م ولم يناقش أي منها. وفي: ١٩٨٦/٧/٣م تم حل المجلس حلاً غير دستوري. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثامن من السيد/ عادل الخضاري بتاريخ: ١٩٩٤/٤/٢٠م إلى =

سنوات<sup>(١)</sup> فإن ذلك يؤدي إلى فقدان المجلس ولايته، بانتهاء سند نيابته المستمد من الأمة ويصبح غير ذي صفة في محاسبة الحكومة. وفي غير الأحوال السابقة إذا انتهى دور الانعقاد دون البت في الاستجواب يستأنف المجلس نظره بحالته عند بدء الدور التالي.

= السيد / أحمد الكليب وزير العدل ووزير الأوقاف والشؤون الإسلامية. حيث تم حل مجلس الأمة بتاريخ: ١٩٩٩/٥/٤م حلاً دستورياً. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الرابع من الفصل التشريعي العاشر من السادة / أحمد السعدون، أحمد المليفي، د. فيصل المسلم بتاريخ: ٢٠٠٥/٥/١٧م إلى سمو الشيخ / ناصر المحمد الصباح. حيث تم حل مجلس الأمة حلاً دستورياً بتاريخ: ٢٠٠٦/٥/٢١م. وأيضاً الاستجابات المقدمة في دور الانعقاد الثاني من الفصل الثاني عشر. إلى سمو الشيخ / ناصر المحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء. الأول: من السيد / د. فيصل المسلم. والثاني من السيد / د. ناصر الصانع، د. جمعان ظاهر الحريش، عبدالعزيز الشايجي، والثالث: من السيد / محمد هايف المطيري، حيث قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٢٠٠٩/٣/١٦م وتم حل مجلس الأمة حلاً دستورياً في: ٢٠٠٩/٣/١٨م. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الرابع من الفصل التشريعي الثالث عشر من السادة / مسلم البراك، د. فيصل المسلم، عبدالرحمن العنجري إلى سمو الشيخ / ناصر المحكمة الصباح رئيس مجلس الوزراء، حيث قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٢٠١١/١١/٢٨م وتم حل مجلس الأمة حلاً دستورياً بتاريخ: ٢٠١١/١٢/٦م.

(١) تنص المادة (٨٣) من الدستور على أنه: "مدة مجلس الأمة أربع سنوات ميلادية من تاريخ أول اجتماع له، ويجرى التجديد خلال الستين يوماً السابقة على نهاية تلك المدة مع مراعاة حكم المدة (١٠٧). والأعضاء الذين تنتهي مدة عضويتهم يجوز إعادة انتخابهم".

## المبحث الثالث الآثار القانونية للاستجواب

إن الاستجواب ليس كغيره من وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة أو أحد وزرائها. فهو اتهام يستهدف مقدمه من ورائه إثارة مسؤولية الحكومة وطرح الثقة بها في مجلس الأمة، لكي يقرر الأعضاء مستقبل الوزير أو الحكومة.

ولعظم النتائج التي تترتب على الاستجواب، فإن الدستور قد شدد إجراءات سحب الثقة بناء على الاستجواب، وميز بين إجراءات سحب الثقة من أحد الوزراء، أو من رئيس مجلس الوزراء. وذلك على أساس أن الأمر في الحالة الأولى يتعلق باستقالة وزير واحد، أما في الحالة الثانية فإن الأمر يؤدي إلى استقالة الحكومة كلها. فضلاً على أن الحكومة تحاول الحيلولة بين الاستجواب وترتيب آثاره المتعلقة من خلال التدوير الوزاري.

على أن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة قد نظمت كيفية انتهاء مناقشة الاستجواب، فبعد الانتهاء من مناقشته يعرض رئيس المجلس الاقتراحات التي تكون قد قدمت إليه بشأنه، منها على سبيل المثال التوصية باتخاذ إجراء معين، أو تقديم طلب طرح الثقة، فإذا لم يكن هناك اقتراحات، أعلن انتهاء المناقشة والانتقال إلى جدول الأعمال.

لذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الانتقال لجدول الأعمال أو التوصية بإجراء معين

المطلب الثاني: سحب الثقة

المطلب الثالث: التدوير الوزاري

### المطلب الأول الانتقال لجدول الأعمال أو التوصية بإجراء معين

الاستجواب هو اتهام سياسي للحكومة أو أحد وزرائها، يحتكم فيه مقدمه إلى أعضاء المجلس، فهم الذين يقررون مآل الاستجواب.

فبعد الانتهاء من مناقشته يعرض رئيس المجلس الاقتراحات التي تكون قد قدمت إليه بشأنه، فإذا لم يكن هناك اقتراحات، أعلن انتهاء المناقشة والانتقال إلى جدول الأعمال

والواضح من مطالعة نص المادة (١٣٨) اللائحة الداخلية لمجلس الأمة أنها لم تحصر الاقتراحات التي يمكن أن يتقدم بها أعضاء المجلس أثناء المناقشة في الاستجواب إلا أنها رتبت أولوية الاقتراح بالانتقال إلى جدول الأعمال.

غير أن هذه الأولوية تؤثر بلا ريب في الاقتراحات الأخرى التي يتقدم بها أعضاء المجلس حسماً لمناقشة الاستجواب

وتتعدد الاقتراحات التي يمكن أن يتقدم بها أعضاء مجلس الأمة؛ ففضلاً على الاقتراح بسحب الثقة - والذي سوف نبخّثه في المطلب الثاني - فإنه يمكن أن يكفي بالمناقشة فقط دون تقديم اقتراحات وفي هذه الحالة، يقوم الرئيس بإعلان انتهاء المناقشة والانتقال إلى جدول الأعمال. أو يقترح المجلس تحويل الاستجواب إلى لجنة من لجانته، أو إلى ديوان المحاسبة لفحصه وتقديم تقرير عنه<sup>(١)</sup>، أو يوصي باتخاذ إجراء معين.

نتناول هذا المطلب، الانتقال إلى جدول الأعمال (الفرع الأول). واقتراح اتخاذ إجراء معين (الفرع الثاني).

## الفرع الأول الانتقال إلى جدول الأعمال

ميزت المادة (١٣٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الاقتراح بالانتقال إلى جدول الأعمال بأولوية على بقية الاقتراحات الأخرى.

(١) عني الدستور بالنص صراحة على إنشاء ديوان للمراقبة المالية يكفل القانون استقلاله، إيماناً بأن المال العام هو عصب الدولة وعماد نهضتها، ومن ثم يجب أن يحاط بسياج من الحماية لضمان جبايته كاملاً دون نقص أو تقصير وإنفاقه فيما يدعم المجتمع ويعود عليه بالنفع دون إسراف أو تقتير. قد نصت المادة (١٥١) من دستور دولة الكويت على أن: "ينشأ بقانون ديوان للمراقبة المالية يكفل القانون استقلاله، ويكون ملحقاً بمجلس الأمة، ويعاون الحكومة ومجلس الأمة في رقابة تحصيل إيرادات الدولة وإنفاق مصروفاتها في حدود الميزانية، ويقدم الديوان لكل من الحكومة ومجلس الأمة تقريراً سنوياً عن أعماله وملاحظاته". وفي ٧ يوليو سنة ١٩٦٤م صدر القانون رقم: ٣٠ لسنة ١٩٦٤م بإنشاء ديوان المحاسبة بدولة الكويت، ونصت المادة الأولى منه على أن: "تنشأ هيئة مستقلة للمراقبة المالية تسمى ديوان المحاسبة وتلحق بمجلس الأمة". والهدف الأساسي لديوان المحاسبة هو تحقيق رقابة فعالة على الأموال العامة لصونها ومنع العبث بها، والتأكد من استخدامها الاستخدام الأمثل في الأغراض التي خصصت لها.



والأولوية المقصودة بالنص المتقدم، لا تعدو أن تكون أولوية ترتيب أسبقية دون الاقتراحات المصاحبة له للعرض على المجلس، ليقول كلمته فيها دون مناقشة، وأساسها يقوم على اعتبارات منها حفظ وقت المجلس الثمين من أجل التفرغ لإنجاز أعماله.

فقد يتعهد الوزير بمعالجة المخالفات الواردة بالاستجواب، ويوافقه المجلس في ذلك، ومن ثم يتقرر الانتقال إلى جدول الأعمال.

ويعتبر الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الأول، من الفصل التشريعي الأول، بتاريخ: ٢٢/٢/١٩٦٤م من النائب/ راشد التوحيد إلى الشيخ/ جابر العلي السالم، هو أول استجواب يقرر المجلس بعد مناقشته، الانتقال إلى جدول الأعمال لعدم تقديم اقتراحات أخرى.

## الفرع الثاني

### اقتراح اتخاذ إجراء معين

إذا كان الاستجواب ينطوي على اتهام صريح للحكومة أو أحد أعضائها، فإنه لا يصح تحويله إلى سؤال وهي صورة رقابية أقل، وهي بطبيعتها تقف عند حد الحصول على البيانات والمعلومات.

ويكون في هذه الحالة للمجلس الحق في اقتراح تحويل موضوع الاستجواب وما حواه من اتهامات للحكومة أو أحد وزرائها إلى لجنة من لجانه.

وغالباً ما يتخذ هذا الإجراء بعد أن يثبت لدى مقدمي الاستجواب عجزهم عن توفير الأغلبية التي يتطلبها الدستور لتقديم اقتراح بسحب الثقة. وللاحاطة بجوانب الموضوع يحسن استعراض السوابق البرلمانية التي شهدها مجلس الأمة:

١ - شهد دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي العاشر أنه قدم استجواب للسيد/ نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الأمة بتاريخ: ٢١/١١/٢٠٠٤م بشأن محاور تتعلق بتجاهل الوزير للأسئلة الموجهة إليه، وتجاوزات مختلفة في هيئة الزراعة وفساد في البلدية ومجلس الخدمة المدنية، نظر المجلس الاستجواب بجلسته: ٦/١٢/٢٠٠٤م وقرر المجلس وبالإجماع تكليف ديوان المحاسبة بوضع تقرير حول ما ورد بمحاور الاستجواب، وتعهد الوزير أن يضع نتائج ديوان المحاسبة موضع التنفيذ.

٢ - كما شهد دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي العاشر استجواباً قدم إلى

السيد / وزير العدل بتاريخ: ٤/١/٢٠٠٥م، تتعلق محاوره بمخالفة أحكام الدستور فيما يخص استخدام الأموال العائدة للهيئة العامة لشؤون القصر، ومخالفة قوانين الدولة وعدم احترامها كقانون إنشاء هيئة القصر وحماية الأموال العامة وغيره من القوانين، تم مناقشة الاستجواب في: ١٠/١/٢٠٠٥م ووافق المجلس على اقتراح بمجموعة من التوصيات.

٣ - كما أن قناعة أعضاء المجلس أيضاً قد تحملهم على تقدير أهمية فحص وتمحيص ما ورد به من وقائع ومعلومات على لجنة تحقيق تؤلف لذلك<sup>(١)</sup>.

فإذا ما تقرر ذلك فإن الاستجواب بعد مناقشته وتحويل موضوعه إلى لجنة تحقيق يكون قد انتهى تماماً، مؤدى ذلك أنه لا يصح العودة للمجلس مرة أخرى بدعوى أن ما خلصت إليه اللجنة يتفق مع ما طرحه مُقدم الاستجواب. أساس ذلك أن المشرع انتظم إجراءات وحدد مواعيد لتقديم طلب طرح الثقة، ولم يجعل من قرار المجلس بإحالة إلى لجنة تحقيق مشكلة لهذا الغرض بمثابة تهينة دليل لطرح الثقة بعد إيداع اللجنة لتقريرها.

٤ - وينبغي على ذلك أن نطاق عمل لجنة التحقيق يشمل - وعلى مقتضى المادة

(١) تنص المادة (١٤٧) من اللائحة الداخلية على أنه: "يحق لمجلس الأمة في كل وقت أن يؤلف لجان تحقيق أو يندب عضواً أو أكثر من أعضائه للتحقيق في أي أمر من الأمور الداخلة في اختصاص المجلس، ويجب على الوزراء وجميع موظفي الدولة تقديم الشهادات والوثائق والبيانات التي تطلب منهم، ويشترط أن يكون طلب التحقيق موقعاً من خمسة أعضاء على الأقل، وتكون للجان التي يشكلها مجلس الأمة للتحقيق في أمر معين من الأمور الداخلة في اختصاصه وفقاً للمادة (١١٤) من الدستور، الصلاحيات المقررة في المادتين (٨ و٩) من اللائحة الداخلية في شأن لجنة الفصل في صحة العضوية". يذكر أن الفقرة الأخيرة من هذا النص أضيفت بالقانون رقم: ١ لسنة ١٩٦٤م في شأن التحقيق البرلماني وإصلاح الجهاز الوظيفي، والمنشور في الكويت اليوم، العدد ٤٦٢، السنة العاشرة، ص ١٦.

كما تنص المادة (٨) من ذات اللائحة على أنه: "للجنة أن تقرر استدعاء الطاعن أو المطعون في صحة عضويته أو الشهود، وطلب أية أوراق من الحكومة للاطلاع عليها، واتخاذ كل ما تراه موصلاً للحقيقة، ولها أن تندب من أعضائها لجنة فرعية أو أكثر لإجراء التحقيقات، ويكون استدعاء الشهود بكتاب من رئيس المجلس بناء على طلب اللجنة بطريق البريد المسجل أو السجل الخاص بمراسلات المجلس، وتنص المادة (٩) من ذات اللائحة على أنه: "إذا تخلف الشهود عن الحضور أمام اللجنة بعد إعلانهم بالطريق القانوني أو حضروا وامتنعوا عن الإجابة، أو شهدوا بغير الحق، فللجنة أن تطلب من رئيس المجلس مخاطبة وزير العدل بشأن رفع الدعوى العمومية عليهم طبقاً لقانوني الجزاء والإجراءات الجزائية".

(١١٤) من الدستور - أي موضوع مما يدخل في اختصاصه التشريعي أو الرقابي، ولو كان حاصلًا في عهد وزارة أو مجلس نيابي سابقين في هذه الحالة<sup>(١)</sup>.

٥ - غير أن المجلس قد يقرر إحالة الاستجواب إلى اللجنة التشريعية والقانونية لما تثير محاوره شبهة عدم دستورية، وفي هذا الفرض، يظل الاستجواب منتجاً لأثره ويستأنف سيره، بعد ورود تقرير اللجنة إلى المجلس، ليقول كلمته فيما انتهى إليه رأي اللجنة.

وقد شهد مجلس الأمة في دور الانعقاد الرابع من الفصل التشريعي التاسع أن قدم استجواب إلى السيد/ أحمد باقر وزير العدل، وكان ذلك بتاريخ: ١١/٢٤/٢٠٠١م يتعلق بسوء تطبيق مواد القانون في قضية الطفل الموهود في السالمية، وتجاوزات مالية وإدارية في السلك القضائي بوزارة العدل، وحفظ قضايا شيكات بدون رصيد، وحفظ قضايا خاصة بالتعاطي وتجارة المخدرات داخل إدارات قصر العدل، وقد قرر المجلس إحالته إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية لدراسته وتقديم تقرير بشأنه، وبعد ورود تقرير اللجنة قرر المجلس وبجلسة: ٨/١/٢٠٠٢م شطب الاستجواب لما أثير بعض محاوره شبهة عدم الدستورية لعدم اختصاص وزير العدل بشأن السلطة القضائية<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع: قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم: ١/١٩٨٦م جلسة: ١٤/٦/١٩٨٦م سبقت الإشارة إليه. وليس ثمة تعارض يذكر بخصوص ما قررت ذات المحكمة في قرارها في الطلب رقم: ٨/٢٠٠٤م جلسة: ٩/١٠/٢٠٠٦م سبقت الإشارة إليه. والذي قررت فيه " .. ولا يجوز استجواب الوزير عن الأعمال السابقة التي صدرت منه قبل توليه الوزارة التي يحمل حقيقتها أيًا كانت صفته وقت صدورها، كما لا يجوز استجواب الوزير عن الأعمال السابقة التي صدرت من وزير آخر أو من الوزراء السابقين الذين تولوا الوزارة قبل تعيين الوزير المراد استجوابه وزيراً لها، متى كانت هذه الأعمال السابقة قد تمت ولم تستمر في عهده " وذلك لاختلاف عمل اللجنة وهدفه عن طبيعة الاستجواب.

(٢) يذكر أن الحكومة وبشأن هذا الاستجواب قررت اللجوء للمحكمة الدستورية لتفسير نص المواد [٩٩، ١٠٠، ١٠١، ٢/١١٥، ١٣٠] من الدستور على ضوء أحكام المواد [٥٠، ١٦٣، ١/١٦٧] من الدستور، والمواد [٢٧، ١/١٢١، ١٣٣] من قانون اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، والمادتين [١٧، ٢/٦٠] من المرسوم بالقانون رقم: ٢٣/١٩٩٠م بشأن تنظيم القضاء المعدل بالقانون رقم: ١٠/١٩٩٦م، والمادتين (١٤٦، ١/١٤٧) من قانون الجزاء.. غير أنه واستجابة من المجلس لمناشدة رئيس مجلس الأمة عادت وتركت الطلب وصدر قرار المحكمة بإثبات ترك طلب التفسير. راجع: قرار المحكمة الدستورية في الطلب رقم: ٨/٢٠٠١م جلسة: ٣٠/١/٢٠٠٢م منشور عدد ٥٥١ لسنة ٤٨ من الجريدة الرسمية " الكويت اليوم " بتاريخ =

## المطلب الثاني

### سحب الثقة كأثر للاستجواب

تتمثل المسؤولية السياسية في حق مجلس الأمة في سحب الثقة من الحكومة بأجمعها أو من أحد أعضائها، وهي تعتبر حجر الزاوية في النظام البرلماني.

ومسؤولية الوزارة السياسية، قد تكون مسؤولية فردية تستهدف أحد الوزراء، ويكون موضوع الاستجواب اتهاماً منسوباً إليه وداخلياً في اختصاصه، ويتعلق بسياسته داخل نطاق وزارته لا بالسياسة العامة للحكومة، وقد تكون مسؤولية تضامنية تستهدف الوزارة بكاملها.

وهذه المسؤولية تتقرر عندما يكون التصرف الذي تحاسب عليه الوزارة ويوجب مسؤوليتها متصلاً بالسياسة العامة للوزارة، أو يتعلق بفعل رئيس مجلس الوزراء باعتباره المسؤول عن السياسة العامة للوزارة، وذلك بحسبانه يضع سياسة الوزارة ويشرف على تنفيذها، فضلاً على اقتراحه باختياره للوزراء.

وإذا كانت المسؤولية السياسية للوزارة سواء أكانت فردية أم تضامنية لا تحرك إلا بناء على استجواب، فإن إجراء سحب الثقة من الحكومة أو أحد وزرائها أهم الآثار التي يمكن أن تترتب على الاستجواب، ففيه تبرز أهمية الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة، وإذا كان الاستجواب يقوم على اتهام الحكومة أو أحد الوزراء فإن ترتيب سحب الثقة كأثر لهذا الاستجواب يعتبر أمراً حتمياً متى ثبت هذا الاتهام على أساس من الواقع والقانون.

وقد ميز الدستور بين إجراءات سحب الثقة من أحد الوزراء، أو من رئيس مجلس الوزراء، وذلك على أساس أن الأمر في الحالة الأولى يتعلق باستقالة وزير واحد، أما في الحالة الثانية فإن الأمر يؤدي إلى استقالة الحكومة كلها.

= ٢٠٠٢/٢/٣ م. ومنشور في موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية. كما شهد مجلس الأمة أيضاً في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر أن قدم استجواباً لنائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون الإسكان ووزير الدولة لشؤون التنمية الشيخ / أحمد الفهد الصباح وكان ذلك بتاريخ: ٢٠١١/٥/١٥ م وتم مناقشته بتاريخ: ٢٠١١/٥/٢١ م وطلبت الحكومة إحالته إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية، وأودعت اللجنة رأياً بدستورية الاستجواب، غير أنه لم يستأنف نظره بسبب استقالة الوزير، وبجلسة: ٢٠١١/٦/١٤ م تقرر رفعه من جدول الأعمال.



نتناول هذا المطلب، سحب الثقة من الوزير (الفرع الأول). تقرير عدم إمكانية التعاون مع رئيس مجلس الوزراء (الفرع الثاني).

## الفرع الأول سحب الثقة من الوزير

تقرر المادة (١٠١) من الدستور، وكما ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذه المادة " اعتبار الوزير معزلاً منصبه من تاريخ قرار عدم الثقة به، وتوجب عليه أن يقدم استقالته فوراً، استيفاء للشكل الدستوري، ومقتضى ذلك أن أي تصرف يصدر من الوزير المذكور، بعد صدور قرار عدم الثقة به، يعتبر بقوة الدستور باطلاً وكأن لم يكن، دون أن يطبق في هذه الحالة الحكم الواردة بالمادة (١٠٣) من الدستور القاضي باستمرار الوزير في تصريف العاجل من شؤون منصبه لحين تعيين خلفه، وبذلك يعين فوراً وزيراً بدلاً منه أو يعهد بوزارته مؤقتاً إلى وزير آخر لحين تعيين الوزير الجديد " .

وهو ما سوف نبينه كما يلي:

## الفصل الأول إجراءات طرح الثقة من الوزير

تبدأ إجراءات طرح الثقة بالوزير بعد انتهاء مناقشة الاستجواب على الوجه الذي سبق وبيناه في المبحث الثاني. وهذه الإجراءات تبدأ بطلب طرح الثقة تم التصويت عليه في المجلس. وذلك على الوجه التالي:

### أولاً - طلب طرح الثقة بالوزير:

على هدي نص المادة (١٠١) من الدستور، والمادة (١٤٣) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، فإن ثمة اشتراطات يتعين توافرها لكي يكون طلب طرح الثقة بالوزير منتجاً وموافقاً للدستور تتخلص في الآتي:

- ١ - يشترط أن يكون تقديم طلب طرح الثقة موقعاً من عشرة أعضاء، والطلب غير الموقع لا ينسب لصاحبه ولا يرتب أثراً، بعد انتهاء مناقشة الاستجواب وليس قبلها، لعدم الإخلال بالضمانة التي قررها الدستور للوزير بإتاحة الفرصة للرد على ما ورد بمحاور الاستجواب وتفنيدها.
- ٢ - طلب طرح الثقة بالوزير إما أن يكون بناء على رغبة الوزير المقدم ضده

الاستجواب وإما أن يكون بطلب من أعضاء المجلس، ولم يسجل التاريخ البرلماني بالكويت قيام وزير أثر انتهاء مناقشة استجواب قدم إليه بطلب طرح الثقة به.

٣ - على رئيس مجلس الأمة - قبل عرض الاقتراح بطرح الثقة بالوزير - أن يتحقق من وجود الأعضاء مقدمي الطلب بالجلسة، وهذا الاشتراط يجد أساسه للتأكد من جدية مقدمي الطلب وتمسكهم به، وإصرارهم عليه، لذلك فإن خروج بعض الأعضاء من الجلسة أو غيابهم عنها وقت عرض الاقتراح يعتبر بمثابة تنازل عن الطلب بطرح الثقة من الوزير.

٤ - وفي هذه الجلسة يحدد المجلس جلسة أخرى يتم فيها التصويت على الثقة بالوزير.

### ثانياً - التصويت على طرح الثقة بالوزير:

قيدت المادة (١٠١) من الدستور في التصويت على الثقة بالوزير بقيدين. أحدهما زمني والآخر يتعلق بضرورة توافر أغلبية أعضاء المجلس، ولا يجوز للمجلس أن يصدر قراره في الطلب قبل سبعة أيام من تقديمه، ويكون سحب الثقة من الوزير بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس فيما عدا الوزراء. ولا يشترك الوزراء في التصويت على الثقة". كما بينت المادة (١٤٥) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، ضرورة الإنز لبعض الأعضاء بالتحدث في موضوع الطلب. وتفصيل ذلك على الوجه التالي:

#### ١ - الكلام في موضوع الطلب:

نصت المادة (١٤٥) اللائحة الداخلية لمجلس الأمة<sup>(١)</sup> على أنه: "قبل التصويت على موضوع الثقة يأذن الرئيس بالكلام في هذا الموضوع لاثنتين من مقدمي الاقتراح

(١) استبدلت بمقتضى القانون رقم: ٨ لسنة ٢٠٠٧م، المنشور بالكويت اليوم بالعدد ٨١٦ السنة ٥٣، بتاريخ: ٢٩/٤/٢٠٠٧م. وكان نصها قبل الاستبدال كالآتي: (قبل التصويت على موضوع الثقة يأذن الرئيس بالكلام في هذا الموضوع لاثنتين من مقدمي الاقتراح بعدم الثقة بترتيب طلبهم واثنتين من معارضيهم كذلك، ما لم ير المجلس الإنز بالكلام لأكثر من هؤلاء الأعضاء الأربعة).. وقد جاء بالملكرة الايضاحيه لهذه المادة ما نصه "رؤي تعديل نص هذه المادة بما يسمح بالكلام لاثنتين من مقدمي الاقتراح بعدم الثقة أو من غيرهم، على أن تكون الأولوية لمقدمي الاقتراح، وكذلك اثنتين من معارضيهم وذلك لإتاحة الفرصة للتعبير عن الرأي دون قصر الحديث على اثنتين من مقدمي الاقتراح، وذلك ما لم ير المجلس الإنز بالكلام لأكثر من هؤلاء الأعضاء الأربعة".. والجدير بالملاحظة أنه وقبل تعديل النص، سبق للحكومة اللجوء للمحكمة الدستورية بطلب تفسير المواد (١٠٠) و(١٠١) و(١٣٠) من الدستور، وذلك =

بعدم الثقة أو من غيرهم على أن تكون الأولوية لمقدمي الاقتراح بترتيب طلبهم، وكذلك اثنين من معارضيه، ما لم ير المجلس الإذن بالكلام لأكثر من هؤلاء الأعضاء الأربعة".

ومن حيث إن لفظ "يأذن"<sup>(١)</sup> الوارد بنص المادة (١٤٥) لا يخرج معناه عن مجرد الإعلام، وعلى ذلك فإذا كانت هذه المناقشة تنحصر في مبررات طرح الثقة،

= بالارتباط مع المواد (١/٥٦) و(٩٨) و(٢/١١٥) و(١١٧) و(١٣٣) من الدستور، والمواد (٢٧) و(١٣٣) و(١٣٦) و(١٤٥) من القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٣م في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، وكان من ضمن الطلب مسألة ما إذا كان يجوز لعضو مجلس الأمة مقدم طلب الاستجواب معاودة التكلم في موضوعه مرة أخرى في الجلسة المحددة لنظر طرح الثقة بالوزير بعد استجوابه. وفيه رأيت الحكومة أنه متى انتهت مناقشة الاستجواب في الجلسة المحددة لذلك فلا يجوز لمقدم طلب الاستجواب أن يكون أحد المتكلمين في جلسة طرح الثقة بالوزير المستجوب، في حين رأى مجلس الأمة أنه لا يوجد ما يحول بين عضو المجلس مقدم الاستجواب وبين التكلم في جلسة طرح الثقة طالما أنه كان من بين الموقعين على طلب طرح الثقة، بينما يرى المجلس في مذكرته الأخرى الختامية عدم جواز ذلك.. غير أن المحكمة قررت افتقاد الطلب إلى ما يبرره قانوناً على أساس أن أعمال السلطة المخولة لهذه المحكمة في مجال التفسير الدستوري بناء على طلب مقدم إليها من مجلس الأمة أو مجلس الوزراء منوط في الأساس بتحقيق قيام الخلاف حول مضمون نص في الدستور أو ترتيب آثاره أو كيفية أعمال حكمه فيما بين أعضاء مجلس الأمة أو فيما بين أعضاء مجلس الوزراء أو فيما بين مجلس الأمة ومجلس الوزراء، وأن يكون الخلاف حول النص الدستوري مستعصياً على التوفيق، تقتضيه ضرورة وأهمية، موجباً لاستنهاض اختصاص هذه المحكمة حسماً له، وذلك بتجلية الغموض وإزالة الإبهام الحاصل حول هذا النص، وتفسيره بياناً لمفهومه، وتوضيحاً لمضمونه، واستجلاءً لمراده، إرساءً لمدلوله، ضماناً لوحدة تطبيقه، وهو بما يتعين معه لزوماً قيام هذا الخلاف كشرط لا غنى عنه لقبول طلب التفسير، دون أن ينصرف ذلك إلى خلاف لم ينشأ عن النصوص الدستورية ذاتها ولا يتصل الأمر بتفسيرها، وخلصت إلى أن "المحكمة لاحظت من مطالعة الأوراق والمذكرات الختامية المقدمة من الحكومة ومجلس الأمة أنهما اتفقا في الرأي بشأن المسألة الثالثة الواردة بطلب التفسير بما خلصا إليه من أنه لا يجوز لمقدم طلب الاستجواب بعد انتهاء الجلسة المحددة لمناقشته التحدث فيه مجدداً في الجلسة المحددة لنظر طلب طرح الثقة بالوزير المستجوب، الأمر الذي يعني انتفاء أمر الخلاف في شأن هذه المسألة، وبالتالي يغدو الطلب فيما يتعلق بها مفتقداً إلى ما يبرره قانوناً". راجع قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم: ٨/٢٠٠٤م. بجلسته: ٩ أكتوبر ٢٠٠٦م سبقت الإشارة إليه.

(١) **أَنَّ بِالشَّيْءِ إِذْنًا وَأَذْنًا وَأَذَانَهُ عِلْمٌ. وَيُقَالُ: أَذِنْتُ لِفُلَانٍ فِي أَمْرٍ كَذَا وَكَذَا أَنَّ لَهُ إِذْنًا، بِكسر الهمزة وجزم الدال، واستأذنتُ فلاناً استئذناً، أَذِنْتُ أَكْثَرُ الإِغْلَامِ بالشَّيْءِ. وفي التنزيل العزيز ﴿فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ (سورة البقرة الآية ٢٧٩) أي كونوا على علم. راجع في ذلك لسان العرب مادة (أذن). وورد أيضاً بالقاموس المحيط أيضاً: **أَنَّ بِالشَّيْءِ، كَسَمْعٍ، إِذْنًا، بالكسر ويُحَرِّكُ، وَأَذَانًا وَأَذَانَةً: عِلْمٌ بِهِ.****

فمن غير المقبول أن تقيد اللائحة الداخلية في المادة (١٣٦) مدد زمنية لشرح النائب لاستجوابه " .. خلال مدة لا تتجاوز ساعة واحدة وثلاثين دقيقة، وبعد أقصى ثلاث ساعات إذا كان الاستجواب مقدماً من أكثر من عضو". في حين تقرر المادة (١٤٥) بغير مبرر تكرار المناقشة مما لا طائل من ورائه، وبغير تقييد لوقت زمني معين.

## ٢ - القيد الزمني:

لا يجوز طبقاً لنص المادة (١٠١) من الدستور، والمادة (١٤٤) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة أن يصدر المجلس قراره في الطلب قبل مضي سبعة أيام من تقديمه.

والغاية من هذا القيد الزمني هي إتاحة الفرصة لأعضاء المجلس لتدبر الأمر بهدوء بال بعد إعمال فكر وروية، والنظر في نتائج الاستجواب لتقييمها على نحو صادق، لما يترتب على طرح الثقة من آثار خطيرة سواء على الوزير الموجه ضده الاستجواب بوجه خاص، أم على العلاقة بين المجلس والحكومة بوجه عام.

## ٣ - تصويت أغلبية أعضاء المجلس:

الأصل أن مجلس الأمة يتخذ قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وهو ما نصت عليه المادة (٩٨) من الدستور "يشترط لصحة اجتماع مجلس الأمة حضور أكثر من نصف أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة، وعند تساوي الأصوات يعتبر الأمر الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً".

ومن الحالات التي اشترط فيها الدستور أغلبية خاصة، التصويت على الاقتراح بسحب الثقة من الوزير. حيث تنص المادة (١٠١) من الدستور على أنه: " .. ويكون سحب الثقة من الوزير بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس فيما عدا الوزراء، ولا يشترك الوزراء في التصويت على الثقة". وجاءت اللائحة الداخلية للمجلس في المادة (١١٠) لتقرر التصويت بالمناداة بالاسم وليس برفع اليد<sup>(١)</sup>.

(١) تنص المادة (١١٠) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أنه: " يكون أخذ الآراء على المشروع علنياً بطريق رفع اليد، فإن لم تتبين الأغلبية على هذا النحو أخذت الآراء بطريق المناداة على الأعضاء بأسمائهم، ويجب أخذ الرأي بطريق المناداة بالأسماء في الأحوال الآتية:

أ - مشروعات القوانين والمراسيم بقوانين والمعاهدات.

ب - الحالات التي يشترط فيها أغلبية خاصة.



كما جاء النص في المادة (١٤٤) من ذات اللائحة على أنه: " .. ولا يشترك الوزراء في التصويت على الثقة ولو كانوا من أعضاء المجلس المنتخبين. وعلى ذلك استوجب الدستور أن يكون سحب الثقة من الوزير بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس وليس أكثرية الحاضرين في جلسة التصويت. والحكمة من منع اشتراك الوزراء في التصويت على الثقة حتى ولو كانوا أعضاء في المجلس<sup>(١)</sup>.

= ج - إذا طلبت ذلك الحكومة أو الرئيس أو عشرة أعضاء على الأقل. ويجوز في الأحوال الاستثنائية بموافقة المجلس جعل التصويت سرياً، ويجب الأخذ بطريق التصويت السري بالشروط المنصوص عليها في الفقرة "ج" من هذه المادة. وفي جميع الأحوال يكون إدلاء الرئيس بصوته بعد تصويت سائر الأعضاء. وينظم مكتب المجلس مكاناً دائماً أو أكثر في قاعة المجلس ينتقل إليه العضو للإدلاء بصوته عندما يكون التصويت سرياً، ويصوت رئيس الجلسة من مكانه، ويجوز لرئيس المجلس أخذ الآراء باستخدام أجهزة التقنية الحديثة، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام السابقة " . يذكر أنه أضيفت الفقرتان الأخيرتان بمقتضى القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧، المنشور بالكويت اليوم العدد ٨١٦ السنة ٥٣. ويقترح بعض الفقه تعديل طريقة التصويت ليكون سرياً بدلاً من طريقة المناادة بالأسماء لتكون هذه الأخيرة هي الاستثناء وليست الأصل عن طريق إعادة النظر في المادة ١١٠ من لائحة مجلس الأمة ليكون نصها " يكون أخذ الآراء بالتصويت السري " . كما يقترح تعديل الفقرة الثانية من تلك المادة لتكون على النحو التالي " ويجوز في الأحوال الاستثنائية بموافقة المجلس جعل التصويت علنياً " . أي تحويل الاستثناء إلى أصل والأصل إلى استثناء. وبياناً لذلك يقرر بأن سرية التصويت أحد ضمانات حرية النائب في اتخاذ قراره بطرح الثقة بالوزير أو عدم طرحها، وذلك بخلاف التصويت العلني الذي يعتريه كثير من عوامل التأثير والتدخل في حرية النائب في اتخاذ قراره، على الرغم من أنه لا وجود في ظله للأصوات غير الصحيحة، ولا مراة في أن التصويت العلني يضع علامات استفهام حول مدى استقلال النائب عن الناخبين على نحو يجعله أقرب إلى الخضوع لرقابة الناخبين التي لا يملك منها فكاً، ومن هنا يجد نفسه مضطراً إلى تبرير موقفه أمام الناخبين الذين لا يصادف موقفه هوى في نفوسهم، وقد يتعرض للجزاء التقليدي في هذه الحالة وهو عدم إعادة انتخابه مرة أخرى. ويخلص إلى أن سرية التصويت تضمن للنائب سلامة استقلاله، وبعده عن أي تهديد من الناخبين ولا وجود في ظله لظاهرة الامتناع عن التصويت التي تكون مثل تحديد لموقف النائب من قرار طرح الثقة بالوزير. راجع: الاستجواب الوزاري - حلقة نقاشية - مجلة الحقوق - مرجع سابق ص ٢٧ وما بعدها. وانظر عكس ذلك ص ٥٥ حيث يرى البعض أن هذه الاقتراح يؤدي لتكريس القبلية ويؤدي لفقد المصداقية، وليس ثمة داع لرفع الحرج عن النائب لأنه عمله الأصلي والأساسي وينتهي إلى أن العلنية أفضل من السرية " .

(١) يعتبر الوزراء غير المنتخبين بمجلس الأمة الكويتي أعضاء في هذا المجلس بحكم وظائفهم، ويجب ألا يزيد عددهم على ثلث أعضاء المجلس، وفي ذلك تنص المادة (٥٦) من الدستور على أنه: " .. ويكون تعيين الوزراء من أعضاء مجلس الأمة ومن غيرهم، ولا يزيد عدد الوزراء جمعياً على ثلث عدد أعضاء مجلس الأمة " . كما تنص المادة (٨٠) أيضاً على أنه: " .. ويعتبر الوزراء غير المنتخبين بمجلس الأمة أعضاء في هذا المجلس بحكم وظائفهم " .

تكمّن في عدم تضامنهم مع الوزير، ومعنى هذا أن الغائبين والممتنعين عن التصويت على قرار سحب الثقة يحسبون مع الحكومة من الناحية الواقعية، أي رافضين لقرار سحب الثقة من الوزير.

## الغصن الثاني

### آثار سحب الثقة من الوزير

التزم الدستور قواعد النظام البرلماني فيما يخص المسؤولية الفردية للوزراء، فقد أعطى لأعضاء مجلس الأمة حق استجواب الوزراء والتصويت على الثقة بهم على نحو ما تم بيانه، ونظراً لخطورة الآثار المترتبة على تقديم طرح الثقة، فقد أحيطت بقيود تصل لحد التشديد.

إذا يترتب على سحب الثقة من الوزير بقرار من المجلس أن يكون معتزلاً لمنصبه فور صدور قرار عدم الثقة، ويجب عليه أن يتقدم باستقالته على الفور. وما تقديم الاستقالة في هذه الحالة إلا استيفاء للشكل الدستوري فقط. والمرسوم الذي يصدر بقبولها يعتبر كاشفاً لهذه الاستقالة وليس منشئاً لها.

واستقالة الوزير في هذه الحالة تنتج آثارها من تاريخ قرار عدم الثقة، ويجب أن يعين فوراً وزيراً بدلاً منه أو يعهد بوزارته مؤقتاً إلى وزير آخر، ويترتب على ذلك أن كل تصرف يصدره الوزير بعد قرار سحب الثقة باطل بقوة الدستور وكأنه لم يكن<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### تقرير عدم إمكانية التعاون مع رئيس مجلس الوزراء

سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء هو أخطر سلاح يضعه النظام البرلماني بين يدي مجلس الأمة في مواجهة الحكومة، باعتبار أن سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء، تشمل التبعية فيه الوزراء جميعاً، لأن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يختارهم

(١) ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة (١٠١) من الدستور ما نصه " اعتبار الوزير معتزلاً منصبه من تاريخ قرار عدم الثقة به، وتوجب عليه أن يقدم استقالته فوراً، استيفاء للشكل الدستوري، ومقتضى ذلك أن أي تصرف يصدر من الوزير المذكور، بعد صدور قرار عدم الثقة به، يعتبر بقوة الدستور باطلاً وكأن لم يكن، دون أن يطبق في هذه الحالة الحكم الوارد بالمادة (١٠٣) من الدستور القاضي باستمرار الوزير في تصريف العاجل من شؤون منصبه لحين تعيين خلفه، وبذلك يعين فوراً وزيراً بدلاً منه أو يعهد بوزارته مؤقتاً إلى وزير آخر لحين تعيين الوزير الجديد".

وهو الذي يمثل الوزارة كلها ورمز السياسة العامة التي تنتجها وتكون مسؤولة عنها مسؤولية تضامنية أمام البرلمان<sup>(١)</sup>.

لذا يثار التساؤل حول مدى التزام الدستور قواعد النظام البرلماني في تنظيم المسؤولية التضامنية للوزارة.

واضح من نص المادة (١٠٢) أن الدستور لم يقرر لمجلس الأمة الحق في إسقاط الوزارة بكاملها عن طريق سحب الثقة برئيس مجلس الوزراء، بل انتهج نهجاً مغايراً واعترف للمجلس بحق تقرير عدم إمكان التعاون، وجاء النص على أنه: "لا يتولى رئيس مجلس الوزراء أية وزارة، ولا يطرح في مجلس الأمة موضوع الثقة به، ومع ذلك إذا رأى مجلس الأمة بالطريقة المنصوص عليها في المادة السابقة عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء، رفع الأمر إلى رئيس الدولة، وللأمير في هذه الحالة أن يعفي رئيس مجلس الوزراء ويعين وزارة جديدة، أو أن يحل مجلس الأمة. وفي حالة الحل، إذا قرر المجلس الجديد بذات الأغلبية عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء المذكور اعتبر معetzلاً منصبه من تاريخ قرار المجلس في هذا الشأن، وتشكل وزارة جديدة"<sup>(٢)</sup>.

وهو ما سوف نبينه كما يلي:

## الغصن الأول

### إجراءات تقرير عدم إمكان التعاون

إذا كان الدستور قد أخذ بقواعد النظام البرلماني فيما يتعلق بالمسؤولية الفردية للوزراء، فإنه على العكس من ذلك فيما يتعلق بالمسؤولية التضامنية للحكومة، فقد استهدف تقييد حق مجلس الأمة في سحب الثقة من الحكومة بكاملها.

(١) انظر: أ. د. عثمان عبدالملك الصالح - النظام الدستورية والمؤسسات السياسية في الكويت - الجزء الأول - الطبعة الأولى ١٩٨٩ - ص ٧٤٢.

(٢) ولعل مرجع ذلك ما جرى عليه العمل من تولي سمو ولي العهد رئاسة مجلس الوزراء. فدور ولي العهد ومكانته في الدولة، بالنظر إليه من جهة نيابته عن الأمير وقت غيابه وفق نص المادة (٦٢) من الدستور، تجعل مسألة استجوابه أو تقرير عدم إمكان التعاون معه أمراً مستبعداً.. ويشهد التاريخ السياسي بالكويت أنه ولأول مرة منذ العمل بالدستور تم فصل ولاية العهد عن رئاسة الوزراء، وقد صدر المرسوم رقم: ٢٠٠٣/١٤٥ م بتاريخ: ٢٠٠٣/٧/١٣ م بتشكيل الوزارة برئاسة سمو الشيخ/ صباح الأحمد الجابر الصباح أمير البلاد الحالي. ولازال العمل جارياً به حتى الآن.

ويخضع تقرير مجلس الأمة عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء لذات الإجراءات التي يخضع لها طلب طرح الثقة بأحد الوزراء، سواء من حيث تقديمه أم من حيث التصويت عليه داخل المجلس، إذ يجب تقديم هذا الطلب من عشرة من أعضاء مجلس الأمة، وأن يتواجد بالجلسة الأعضاء مقدموا الطلب، ولا يجوز التصويت على عدم إمكان التعاون إلا بعد مضي سبعة أيام من تقديم الطلب. ويجب أن يؤذن بالكلام قبل التصويت على عدم إمكان التعاون لثلة من المؤيدين والمعارضين، ويكون التصويت بالمناداة بالاسم، ويصدر قرار عدم إمكان التعاون بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس فيما عدا الوزراء على نحو ما سبق بيانه<sup>(١)</sup>.

### الفصل الثاني

#### الآثار المترتبة على قرار عدم إمكان التعاون

من المسلمات أن القرار الذي يصدره مجلس الأمة بتقرير عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء لا ينتج أثره حالاً ومباشراً بمجرد إصداره، كما هو الحال بالنسبة لقرار سحب الثقة من الوزير؛ ولا يترتب على اتخاذ المجلس لقراره إقالة الحكومة فوراً.

بحسبان الدستور إذ لم ينص على عدم إسقاط الحكومة بكاملها، إلا أنه استعاض عن هذا الأصل البرلماني بنوع من التحكيم يحسمه الأمير بما يراه محققاً للمصلحة العامة<sup>(٢)</sup>.

(١) يتعين الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية أبانت نطاق استجواب رئيس مجلس الوزراء، في قرارها بطلب التفسير رقم: ١٠ لسنة ٢٠١١م جلسة: ٢٠ أكتوبر ٢٠١١م. سبقت الإشارة إليه حيث قررت أن: "... كل استجواب يُراد توجيهه لرئيس مجلس الوزراء، ينحصر نطاقه في مجال ضيق، وهو في حدود اختصاصه، في السياسة العامة للحكومة، باعتبار أن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يتكلم باسم مجلس الوزراء، ويدافع عن هذه السياسة أمام مجلس الأمة، دون أن يتعدى ذلك إلى استجوابه عن أية أعمال تنفيذية تختص بها وزارات بعينها، أو أي عمل لوزير في وزارته، وإلا أصبحت جميع الأعمال التي تختص بها الوزارات المختلفة محلاً لاستجواب رئيس مجلس الوزراء عنها، وهو ما يتعارض مع صريح حكم الدستور، ويفضي إلى سيل جارف من استجوابات لرئيس مجلس الوزراء، وفي ذلك ما فيه من عظيم الخطر بتعطيل الأعمال من غير حد ولا ضابط...".

(٢) وقد أوردت المذكرة التفسيرية للدستور في هذا الشأن ما نصه "... عدم النص على إسقاط الوزارة بكاملها بقرار عدم ثقة يصدره مجلس الأمة، والاستعاضة عن ذلك الأصل البرلماني بنوع من التحكيم يحسمه الأمير بما يراه محققاً للمصلحة العامة، وذلك إذا ما رأى مجلس الأمة عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء (مادة ١٠٢)، وبشرط ألا يصدر قرار بذلك =



وسمو الأمير في هذه الحالة مخير بين قرارين:

**الأول:** الانحياز لرأي مجلس الأمة وإعفاء رئيس مجلس الوزراء من منصبه وهو ما يترتب عليه إقالة الحكومة، ويستمر في تصريف العاجل من الأمور حتى لا يكون هناك فراغ دستوري<sup>(١)</sup>، لحين تعيين حكومة جديدة لا يرأسها رئيس مجلس الوزراء السابق.

= إلا بناء على استجواب وبعد الانتهاء من مناقشته، (والاستجواب لا تجوز مناقشته أصلاً إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من تقديمه ما لم يوافق من وجه إليه الاستجواب على الاستعجال). ويجب أيضاً أن يكون قرار المجلس بعدم التعاون صادراً بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس (فيما عدا الوزراء - مادة ١٠١). فإن أمكن اجتياز هذه العقبات جميعاً وصدر قرار المجلس بعدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء لم يترتب على ذلك تنحيه (والوزراء بالتالي) عن الوزارة كما هو مقرر بالنسبة للوزير، وإنما يكون الأمير حكماً في الأمر، إن شاء أخذ برأي المجلس وأعطى الوزارة، وإن شاء احتفظ بالوزارة وحل المجلس. وفي هذه الحالة إذا استمر رئيس الوزارة المذكورة في الحكم وقرر المجلس الجديد -بذات الأغلبية المنوه عنها - عدم التعاون معه اعتبر معتزلاً منصبه من تاريخ قرار المجلس الجديد في هذا الشأن، وتشكل وزارة جديدة. ولا يخفى ما في هذه الضمانات من كفالة لاستقرار الوزارة في مجموعها، بل لعلها، من الناحية العملية، لا مندوحة من أن تؤدي إلى ندرة استعمال هذا الحق البرلماني. كما أن رئيس مجلس الوزراء الذي يصل تبرم مجلس الأمة به ومعارضته لسياسته حد تعريض المجلس نفسه للحل، وتعريض أعضائه أنفسهم لخوض معركة انتخابية مريرة، ليس من الصالح العام تحصيله أكثر من ذلك أو كفالة بقاءه في الحكم إلى أبعد من هذا المدى. وفي مقابل الضمانات المقررة لرئيس مجلس الوزراء على النحو السابق وجب النص على ألا يتولى مع الرئاسة أية وزارة، وهو أمر له أهميته من ناحية سير العمل الحكومي، وبمراعاة ضخامة أعباء رئاسة الوزارة في التوجيه العام للحكم، والتنسيق بين الوزارات المختلفة، مما يضاعف أسباب الحرص على الصالح العام والتزام هذه الوزارات للحدود الدستورية والقانونية المقررة".

(١) وقد أوردت المذكرة التفسيرية للدستور أنه: "أما رئيس مجلس الوزراء الذي يتكرر قرار عدم التعاون معه وفقاً للمادة (١٠٢) فلا مندوحة من تطبيق المادة (١٠٣) في شأنه حتى لا يكون هناك فراغ وزاري. والأغلبية المنصوص عليها في المادتين (١٠١ و ١٠٢) (وهي أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس فيما عدا الوزراء) مقتضاها أنه إذا كان الوزراء من أعضاء مجلس الأمة عشرة مثلاً فالأغلبية اللازمة لسحب الثقة من الوزير هي أغلبية الأربعين غير الوزراء، أي واحد وعشرون صوتاً على الأقل". كما قررت المادة (١٠٣) من الدستور أنه: "إذا تخلى رئيس مجلس الوزراء أو الوزير عن منصبه لأي سبب من الأسباب يستمر في تصريف العاجل من شؤون منصبه لحين تعيين خلفه".

**أما الثاني:** فهو الانحياز لموقف الحكومة، وفي هذه الحالة يجب حل مجلس الأمة، وإذا انتخب مجلس جديد وقررت أغلبية أعضائه عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء فإنه يعتبر معتزلاً لمنصبه من تاريخ قرار المجلس، وتشكل وزارة جديدة.

### الغصن الثالث

#### السوابق البرلمانية بعدم إمكانية التعاون مع رئيس مجلس الوزراء

شهد مجلس الأمة في دور الانعقاد العادي الرابع من الفصل التشريعي العاشر وما بعده، (١٣) استجواباً وجهت إلى سمو رئيس مجلس الوزراء. (٣) استجوابات نوقشت، وتم تقديم طلب عدم التعاون، (٥) استجوابات لم تناقش بسبب حل مجلس الأمة، (٢) استجوابات لم تناقش بسبب استقالة الحكومة، واستجوابان تم التصويت برفعها من الجلسة. نستعرضها في الآتي:

١ - شهد التاريخ البرلماني في الكويت في دور الانعقاد العادي الرابع من الفصل التشريعي العاشر، وبتاريخ: ١٧/٥/٢٠٠٥م أول استجواب برلماني لرئيس مجلس الوزراء، يتصل موضوعه بقيام الحكومة بإحالة مشروع القانون الذي قدمته إلى مجلس الأمة بتقسيم الدوائر الانتخابية إلى عشر دوائر إلى المحكمة الدستورية، وهو ما رآه السادة مقدمو الاستجواب أنه إجراء متعمد مع سبق الإصرار على تعطيل البت في موضوع خلافاً لما التزمت به الحكومة أمام المجلس، ولم يكتب لهذا الاستجواب أن تمت مناقشته، وصدر مرسوم حل مجلس الأمة حلاًً دستورياً بتاريخ: ٢١/٥/٢٠٠٦م<sup>(١)</sup>.

(١) وقد شهد مجلس الأمة بعد ذلك عدة استجوابات مقدمة لرئيس مجلس الوزراء على النحو التالي: في دور الانعقاد الثاني من الفصل الثاني عشر. المقدم من السيد/ د. وليد الطبطبائي، عبدالله البرغش، محمد هايف المطيري بتاريخ: ١٨/١١/٢٠٠٨م إلى سمو الشيخ/ ناصر محمد الصباح رئيس مجلس الوزراء، بشأن مسؤوليته عن التجاوز على القيود الأمنية وغياب هيئة الدولة والتخبط الحكومي في إدارة شؤون البلاد وزيادة معدلات الفساد المالي والإداري بشكل غير مسبوق، لم تتم مناقشته حيث قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ ٢٥/١١/٢٠٠٨م. وصدر مرسوم أميري بقبول الاستقالة بتاريخ: ١٤/١٢/٢٠٠٨م، وتم إعادة تشكيل الوزارة الجديدة في: ١٢/١/٢٠٠٩م. وشهد ذات الفصل التشريعي وذات دور الانعقاد الاستجوابات المقدمة إلى سمو الشيخ/ ناصر محمد الصباح رئيس مجلس الوزراء. الأول: من السيد/ د. فيصل المسلم بتاريخ ١/٣/٢٠٠٩م بشأن مصروفات ديوان سمو رئيس الوزراء. والثاني من السيد/ د. ناصر الصانع، د. جمعان ظاهر الحريش، عبدالعزيز الشايجي بتاريخ: ٢/٣/٢٠٠٩م بشأن ضياع هيئة الدولة، الاخفاق في انقاذ الاقتصاد، التردد في التعامل مع الأزمة المالية، التجاوزات في مصروفات ديوان رئيس الوزراء، الإخلال بأحكام الدستور بشأن برنامج =

٢ - وأيضاً شهد التاريخ البرلماني بالكويت أول استجواب إلى رئيس مجلس الوزراء تتم مناقشته، وفيه اعتلى رئيس مجلس الوزراء المنصة، وكان في دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي الثالث عشر والمقدم من السيد /د. فيصل المسلم بتاريخ: ١٥/١١/٢٠٠٩م إلى سمو الشيخ/ ناصر المحمد الصباح رئيس مجلس

= الحكومة وخطة الدولة التنموية، والثالث: من السيد/ محمد هايف المطيري بتاريخ: ٩/٣/٢٠٠٩م بشأن مسجد الفنيطيس، ولم يتم مناقشه أي منها، حيث قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ١٦/٣/٢٠٠٩م وقبلت الاستقالة بنفس اليوم، وبتاريخ: ١٨/٣/٢٠٠٩م صدر مرسوم أميري بحل مجلس الأمة حلاً دستورياً. ومن ذلك أيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الثاني من الفصل التشريعي الثالث عشر والمقدم من السيد/ خالد الطاحوس بتاريخ: ٣٠/٥/٢٠١٠م إلى سمو الشيخ/ ناصر المحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء والمتعلق بتطبيق القوانين المعمول بها في الدولة وعدم متابعة ومحاسبة الجهات المسؤولة عن تردي الأوضاع البيئية فيما يخص تلوث منطقة علي صباح السالم والحاق الضرر بساكنيها، حيث تحدد لنظر الاستجواب جلسة: ٨/٦/٢٠١٠م وفيها طلبت الحكومة تحويل الجلسة إلى جلسة سرية ووافق المجلس بأغلبية ٣٩ وعدم موافقة ١٩ وعدد ٤ امتناع، وعلى أثر هذه النتيجة انسحب مقدم الاستجواب من الجلسة، فأعلن السيد رئيس المجلس عن رفع بند الاستجوابات من جدول الأعمال. ومن ذلك أيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر. من السادة/ د. فيصل المسلم، خالد الطاحوس، مسلم البراك بتاريخ: ٢٣/٦/٢٠١١م إلى سمو الشيخ/ ناصر المحمد الصباح بشأن خمسة محاور، حيث صرح رئيس مجلس الأمة بذات التاريخ أن طلب الاستجواب سيتم إدارجه على جدول أعمال الجلسة التالية لجلسة دور الانعقاد المقبل. وبتاريخ: ١٤/١١/٢٠١١م تقدم مقدمو الاستجواب بطلب سحب ووافق المجلس على هذا الطلب بجلسة: ١٥/١١/٢٠١١م وقرر رفعه من جدول الأعمال. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الرابع من الفصل التشريعي الثالث عشر. من السادة/ مسلم البراك، د. فيصل المسلم، عبدالرحمن العنجري بتاريخ: ١٥/١١/٢٠١١م إلى سمو الشيخ/ ناصر المحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء بشأن تراخي الحكومة وإخلالها بواجباتها الدستورية لمواجهة الإيداعات المليونية، وقضية التحويلات الخارجية من المال العام لصالح الحساب الشخصي لسمو الرئيس، حيث استقالت الحكومة بتاريخ: ٢٨/١١/٢٠١١م. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الرابع من الفصل التشريعي الثالث عشر. من السيد/ فيصل الدويسان بتاريخ: ٣٠/٩/٢٠١٢م إلى سمو الشيخ/ جابر المبارك الصباح رئيس مجلس الوزراء بشأن إخلال رئيس مجلس الوزراء بثقة سمو الأمير التي أولاها إياه من خلال إهدار أحكام الدستور ومخالفتها، ومسؤوليته عن تعطيل انعقاد مجلس الأمة لفصله التشريعي الثالث عشر بطريقة أدت بصورة غير مباشرة إلى تعطيله لتنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ، وانحرافه في أداء وظائفه الدستورية عن الصالح العام، لم تتم مناقشته الاستجواب لصدور مرسوم بحل مجلس الأمة بتاريخ ٧ أكتوبر ٢٠١٢م.

الوزراء، والمتعلق بمصروفات ديوان سمو رئيس مجلس الوزراء، والتعمد بتضليل الرأي العام ونواب الأمة وخداعهم حول ما عرف بقضية (شيكات الرئيس للنواب). تحدد لنظر الاستجواب جلسة: ٨/١٢/٢٠٠٩م وفيه طلبت الحكومة تحويلها لجلسة سرية، ووافق المجلس على ذلك.

وبعد انتهاء إجراءات الاستجواب، تم تقديم طلب عدم التعاون مع سمو رئيس مجلس الوزراء من عشرة أعضاء. في جلسة نظر الطلب المحددة في: ١٦/١٢/٢٠٠٩م، طلبت الحكومة تحويلها إلى جلسة سرية أيضاً، وافق المجلس على ذلك، وبعد انتهاء إجراءات المناقشة تم التصويت على طلب عدم إمكان التعاون، فكانت النتيجة (١٣) موافقة على الطلب. (٣٥) عدم موافقة، ممتنع واحد، وبذلك يكون المجلس قد أكد ثقته وتعاونته مع رئيس مجلس الوزراء<sup>(١)</sup>.

٣ - شهد التاريخ البرلماني انتهاكاً صارخاً لأحكام الدستور واللائحة الداخلية، وكان ذلك في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر، في الاستجواب المقدم من السيد / أحمد عبدالعزيز السعدون، وعبدالرحمن فهد العنجري، بتاريخ: ١٠/٥/٢٠١١م، المقدم إلى سمو الشيخ / ناصر محمد الصباح رئيس مجلس الوزراء، وتتعلق محاوره:

(الادعاء بالفشل في تأسيس الشركات المساهمة العامة التي تضمنتها الخطة الإنمائية للسنوات: ٢٠١٠/٢٠١١ - ٢٠١٣/٢٠١٤م لتنفيذ المشروعات التنموية الإستراتيجية والقائدة للخطة. - الادعاء بالتفريط في أملاك الدولة العقارية والتنازل عنها وتمليكها بشروط وإجراءات لا تتفق وأحكام الدستور والقوانين المعمول بها، وعدم اتخاذ الإجراءات الكفيلة باسترداد حقوق الدولة. - الادعاء بتهاون الحكومة في القيام

(١) كما شهد مجلس الأمة استجواباً في دور الانعقاد الثالث من الفصل الثالث عشر. مقدم من السادة / مسلم البراك، د. جمعان الحريش، صالح الملا بتاريخ: ١٣ / ١٢ / ٢٠١٠م إلى سمو الشيخ / ناصر محمد الصباح رئيس مجلس الوزراء، بشأن انتهاك أحكام الدستور والتعدي على الحريات العامة، تقرر نظر الاستجواب بجلسة: ٢٨/١٢/٢٠١٠م وفيه طلبت الحكومة تحويل الجلسة إلى جلسة سرية، ووافق المجلس على ذلك وبعد انتهاء إجراءات المناقشة قدم عشرة أعضاء طلب عدم التعاون مع سمو رئيس مجلس الوزراء. وبجلسة: ٥/١/٢٠١١م المقررة لمناقشة الطلب طلبت أيضاً الحكومة تحويله لجلسة سرية، ووافق المجلس على ذلك، وجرى التصويت على طلب عدم التعاون، وجاءت النتيجة (٢٢) موافقة، (٢٥) عدم موافقة، وبذلك يكون المجلس قد جدد ثقته وتعاونته مع سمو رئيس مجلس الوزراء للمرة الثانية خلال هذا الفصل التشريعي.



بمسؤوليتها بحماية مصالح الدولة وتفريطها في المال العام في شركة (زين) باعتبار الدولة المساهم الأكبر بنسبة بلغت ٢٧,٦١٨ في المئة من رأسمالها. - الادعاء بفشل الحكومة في الالتزام باشتراطات التصرف بالتعويضات عن خسائر العدوان العراقي بشأن إعادة تأهيل البيئة، علاوة على فشلها في اتخاذ الإجراءات اللازمة للتصدي للعديد من قضايا التلوث البيئي).

قام مجلس الوزراء بدراسة الاستجواب المشار إليه، وتبين له مخالفته لأحكام الدستور، بسبب أن موضوعات محاوره تخرج على الاختصاص الدستوري المحصور لرئيس مجلس الوزراء، وتدخل في نطاق الاختصاص المحدد لكل وزارة وفقاً لمرسوم إنشائها، فضلاً على أن تلك الموضوعات سابقة على تشكيل الحكومة الحالية التي صدر بتشكيلها المرسوم رقم: ١٤٣ لسنة: ٢٠١١م بتاريخ: ٨/٥/٢٠١١م، في حين قدم الاستجواب بتاريخ: ١٠/٥/٢٠١١م أي قبل أن يباشر رئيس مجلس الوزراء اختصاصه الدستوري<sup>(١)</sup>.

(١) وقد أصدر قرار مجلس الوزراء رقم (٦٠٠) المتخذ في اجتماعه رقم (٢٣ - ٢٠١١/٢) المنعقد في ١٥/٥/٢٠١١م، المتضمن طلب تفسير نصوص المواد (١٠٠) و(١٢٣) و(١٢٧) من الدستور - في ضوء ما يرتبط بها من نصوص دستورية أخرى - على المحكمة الدستورية، وأودع الطلب بتاريخ: ١٧/٥/٢٠١١م، وقيد برقم (١٠) لسنة ٢٠١١ " طلب تفسير"، وقد أوردت المذكرة المرفقة مع الطلب أن مجلس الوزراء استعرض في اجتماعه سالف الذكر طلب عضو مجلس الأمة "أحمد عبد العزيز السعدون" وعضو مجلس الأمة "عبد الرحمن فهد العنجري" استجواب رئيس مجلس الوزراء على سند من أحكام المواد (١٠٢) و(١٢٣) و(١٢٧) من الدستور، وذلك لتقرير مدى مسؤوليته الوزارية عما ورد بمحاور هذا الاستجواب، وأنه بتدارس مجلس الوزراء جميع جوانبه الدستورية والقانونية والموضوعية، تبين له أن الأمر يستدعي معه طلب تفسير بعض النصوص الدستورية، للوقوف على مدى جواز توجيه استجواب لرئيس مجلس الوزراء عقب توليه منصبه مباشرة عن أعمال سابقة لتاريخ صدور مرسوم تشكيل الوزارة، وبيان مفهوم الأمور الداخلة في اختصاص رئيس مجلس الوزراء التي يجوز توجيه استجواب له عنها وفقاً للمادة (١٠٠) من الدستور، في ضوء ما نصت عليه المادة (١٢٣) من أن: "مجلس الوزراء يهيمن على مصالح الدولة، ويرسم السياسة العامة للحكومة، ويتابع تنفيذها، ويشرف على سير العمل في الإدارات الحكومية". والمادة (١٢٧) التي نصت على أن: "يتولى رئيس مجلس الوزراء برئاسة جلسات المجلس والإشراف على تنسيق الأعمال بين الوزارات المختلفة". وما نصت عليه المادة (٥٨) من أن: "رئيس مجلس الوزراء والوزراء مسؤولون بالتضامن أمام الأمير عن السياسة العامة للدولة، كما يسأل كل وزير أمامه عن أعمال وزارته". بما يقتضيه ذلك من بيان لما تعنيه عبارة "السياسة العامة للحكومة" التي ورد ذكرها في المادة (١٢٣) المشار إليها، وعبارة "السياسة العامة للدولة" التي تضمنتها المادة (٥٨) سالف الذكر، وذلك باستخلاص دلالات ما جاء بهذين النصين، توصلاً إلى تحديد مدى مسؤولية رئيس مجلس الوزراء عن تلك الأمور في إطار أحكام الدستور.

وبالجلسة المقررة للاستجواب: ١٧/٥/٢٠١١م طلبت الحكومة تأجيل نظر الاستجواب لمدة سنة ما لم تحكم المحكمة الدستورية قبل ذلك.

بجلسة: ٢٠ أكتوبر ٢٠١١م قررت المحكمة: في شأن تفسير نصوص المواد (١٠٠) و(١٢٣) و(١٢٧) من الدستور في ضوء ما يرتبط بها من نصوص دستورية أخرى:

أولاً: إن كل استجواب يراد توجيهه إلى رئيس مجلس الوزراء، ينحصر نطاقه في حدود اختصاصه في السياسة العامة للحكومة، دون أن يتعدى ذلك إلى استجوابه عن أية أعمال تنفيذية تختص بها وزارات بعينها، أو أي عمل لوزير في وزارته.

ثانياً: إن المسؤولية السياسية لدى مجلس الأمة إنما تقع على الوزراء فرادى.

ثالثاً: إن استعمال عضو مجلس الأمة لحقه في استجواب رئيس مجلس الوزراء فيما يدخل في اختصاصه، منوط بأن تكون السياسة العامة للحكومة المراد استجوابه فيها، قائمةً ومستمرة<sup>(١)</sup>.

(١) وشادت المحكمة قرارها على أن " .. كل استجواب يُراد توجيهه لرئيس مجلس الوزراء، ينحصر نطاقه في مجال ضيق، وهو في حدود اختصاصه، في السياسة العامة للحكومة، باعتبار أن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يتكلم باسم مجلس الوزراء، ويدافع عن هذه السياسة أمام مجلس الأمة، دون أن يتعدى ذلك إلى استجوابه عن أية أعمال تنفيذية تختص بها وزارات بعينها، أو أي عمل لوزير في وزارته، وإلا أصبحت جميع الأعمال التي تختص بها الوزارات المختلفة محلاً لاستجواب رئيس مجلس الوزراء عنها، وهو ما يتعارض مع صريح حكم الدستور، ويفضي إلى سيل جارف من استجوابات لرئيس مجلس الوزراء، وفي ذلك ما فيه من عظيم الخطر بتعطيل الأعمال من غير حدٍّ ولا ضابط.. والحاصل أن عبارة "السياسة العامة للدولة" الواردة بالمادة (٥٨) وعبارة "السياسة العامة للحكومة" الواردة بالمادة (١٢٣) لا تستويان معنى ودلالة، فلفظ "الدولة" إنما يعني الدولة بمعناها الواسع، ولفظ "الحكومة" إنما يعني (الوزارة) وهي الهيئة التي يتشكل منها مجلس الوزراء، وعبارة "السياسة العامة للدولة" أعم وأشمل في التعبير من عبارة "السياسة العامة للحكومة"، كما أن الأصل في السياسة العامة للحكومة أنها متغيرة بتغير الحكومات، بينما السياسة العامة للدولة تتسم بقدر من الثبات لمدة طويلة، وتتعلق بالتوجهات العامة للدولة ذات الأهمية، التي لها آثارها السياسية في شؤونها الداخلية والخارجية، والمرتبطة بمصالح الدولة العليا، للعمل على سلامة أمنها في الداخل والخارج وإقامة العدل وحفظ النظام، وبالجمل ممارسة الدولة لوظائفها الرئيسية، أما السياسة العامة للحكومة التي يرسمها مجلس الوزراء فهي تعني الإطار العام الذي تتخذه الحكومة نهجاً لها في توجيه العمل الذي تسير على خطاه وزارات الدولة ومصالحها، وما تنوي الحكومة النهوض به من أعمال ومشروعات وخطط مستقبلية في المجالات المختلفة، والتي تضمنها الحكومة برنامجه وتقدمه إلى مجلس الأمة عقب تشكيل كل وزارة جديدة حتى يتييسر للمجلس الإلمام بهذا البرنامج وإبداء ما يراه من ملاحظات عليه، =

وبجلسة مجلس الأمة المنعقدة في: ١٥/١١/٢٠١١م تقدمت الحكومة بطلب رفع الاستجواب بناء على قرار المحكمة الدستورية، ثم جرى التصويت على ذلك الطلب فكانت النتيجة (٣٨) موافقة على الطلب، (٢٦) لم يدلوا بأصواتهم، وكان الحضور (٦٤)، وتم بذلك رفع الاستجواب من جدول الأعمال.

ووجه المخالفة التي تردى فيها مجلس الأمة، أنه وبعد صدور قرار المحكمة الدستورية بطلب التفسير رقم: ١٠ لسنة ٢٠١١م - قرر نظر طلب الحكومة برفع الاستجواب من الجلسة، وقام رئيس المجلس بالسماح لأعضاء الحكومة وتمكينهم من المشاركة بالتصويت على هذا الطلب، مما دعى (٢٦) نائباً لعدم الإدلاء بأصواتهم.

ولا ريب أن هذا الإجراء ينطوي على انتهاك واضح لنصوص الدستور واللائحة الداخلية لمجلس الأمة، فالوزراء لا يشتركون في التصويت على طرح الثقة (المادة ١٠١ من الدستور، المادة (١٤٤) اللائحة الداخلية للمجلس، ولم يعين الدستور طريقاً لانتفاء الاستجواب عن طريق التصويت على رفعه من جدول الأعمال، على نحو ما تم بيانه بهذه الدراسة<sup>(١)</sup>.

= ومن ثم فإن المسؤولية التضامنية أمام الأمير والتي تشمل التبعية فيها، الوزراء جميعاً، لا تقتصر على السياسة العامة للدولة فحسب، بل تتسع لتشمل السياسة العامة للحكومة أيضاً. وترتيباً على ذلك، فإنه وإن كان لعضو مجلس الأمة الحق في استجواب رئيس مجلس الوزراء فيما يدخل في اختصاصه، كما لعضو المجلس الحق في أن يتخير الوقت المناسب لتوجيه هذا الاستجواب، إلا أن ذلك منوط بأن تكون السياسة العامة للحكومة المراد استجواب رئيس مجلس الوزراء فيها، قائمة ومستمرة، باعتبار أنها هي التي تهم المجلس للحكم لها أو عليها ". راجع قرارها بطلب التفسير رقم: ١٠ لسنة ٢٠١١م جلسة: ٢٠ أكتوبر ٢٠١١م. سبقت الإشارة إليه.

(١) يذكر أنه في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر وبمناسبة الاستجواب المقدم من السادة / د. فيصل المسلم، خالد الطاحوس، مسلم البراك بتاريخ: ٢٣/ ٦/ ٢٠١١م إلى سمو الشيخ / ناصر محمد الصباح بشأن خمسة محاور هي (الاعتمادات التكميلية، الأغذية الفاسدة، مستشفى السيف، وقف البابطين، شركة تقطيع المعادن)، صرح رئيس مجلس الأمة بذات التاريخ أن طلب الاستجواب سيتم إدراجه على جدول أعمال الجلسة التالية لجلسة دور الانعقاد المقبل. وبتاريخ: ١٤/ ١١/ ٢٠١١م تقدم مقدمو الاستجواب بطلب سحبه لما تم بشأنه من مخالفة لنص المادة (١٣٥) من اللائحة الداخلية، ووافق المجلس على هذا الطلب بجلسة: ١٥/ ١١/ ٢٠١١م وقرر رفعه من جدول الأعمال.

## المطلب الثالث

### التدوير الوزاري

يرتب الدستور على طرح الثقة بالوزير نتائج مهمة، إذ عليه بمجرد تمام إجراءات طرح الثقة أن يعتزل منصبه، وذات الأمر يسري في مواجهة الحكومة إذا تعلق الأمر بها - في مجموعها - فإن عليها أن تعتزل دون انتظار قرار يصدر بذلك. وسواء أكانت المسألة السياسية فردية أم تضامنية، فلا يجوز أن يظل الوزير أو الحكومة في منصبها بحجة تصريف عاجل الأمور، لنشوء واقع قانوني جديد، قوامه قرار المجلس النيابي بطرح الثقة، أثره: وجوب اعتزال المنصب من تاريخ قرار المجلس بعدم الثقة.

نتناول هذا المطلب، ببيان مفهوم فكرة التدوير الوزاري (الفرع الأول). ومشروعية فكرة التدوير الوزاري (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم فكرة التدوير الوزاري

يعتبر التدوير الوزاري أحد الوسائل الحكومية لإجهاض آثار الاستجواب ومنعه من ترتيب أهم هذه الآثار، وهي التصويت على الثقة بالوزير.

وإذا كان نطاق التدوير الوزاري يتحدد بالمسؤولية السياسية الفردية، ولا يتصور تطبيقه إذا تعلق الأمر بإثارة المسؤولية التضامنية للحكومة في مجملها؛ لأن الأمر يتعلق في هذه الحالة بضرورة تغيير رئيس مجلس الوزراء وتكليف آخر لتشكيل حكومة جديدة، فإن الواقع السياسي في الكويت شهد ولأول مرة تدويراً لمنصب رئيس مجلس الوزراء نتيجة توالي الاستجوابات، وتقديم طلبات عدم التعاون مع سمو الشيخ / ناصر المحمد الصباح، ففي دور الانعقاد العادي الرابع من الفصل التشريعي الثالث عشر وبتاريخ ٢٠١١/١١/١٥ قدم استجواب إلى رئيس مجلس الوزراء، فتقدمت الحكومة باستقالتها بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٨، وتلى ذلك تشكيل حكومة جديدة برئاسة سمو الشيخ / جابر المبارك الصباح، بموجب المرسوم رقم ٢٠١١/٤٤٦ بتاريخ ٢٠١١/١١/٣٠.

ونظراً لما يترتب عليه قرار المجلس بعدم الثقة بالوزير على إثر مناقشة الاستجواب من نتائج قانونية وسياسية خطيرة، فإن الحكومة بأجهزتها الفنية تجاهد على تجنب صدور مثل هذا القرار؛ سواء على الوزير أم على الوزارة بكاملها.



وهي في ذلك تتبع أساليب كثيرة؛ فقد تطلب من الوزير تقديم استقالته قبل التصويت على الثقة به<sup>(١)</sup>.

وقد تتضامن الحكومة مع وزيرها، وتقرر عدم إمكان التعاون مع المجلس تمهيداً لحله<sup>(٢)</sup>، وقد يأخذ تضامن الحكومة مع الوزير صورة أخرى عندما تقدم استقالتها<sup>(٣)</sup>، ثم يُعاد تشكيلها مع إسناد منصب وزاري آخر للوزير المقدم ضده الاستجواب، وهو ما يعرف بفكرة التدوير الوزاري.

(١) ومن ذلك الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي السادس. إلى الشيخ/ سلمان الدعيج الصباح وزير العدل والشؤون القانونية والإدارية. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي العاشر من السادة/ د. عواد العنزي، د. فيصل المسلم، د. وليد الطبطبائي إلى السيد/ عبد الله محمد أبو الحسن وزير الإعلام. وأيضاً الاستجواب المقدم بذات دور الانعقاد وبذات الفصل التشريعي إلى السيد/ د. محمد الجارالله وزير الصحة. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الحادي عشر إلى الشيخ/ على الجراح الصباح. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الحادي عشر. إلى السيد/ د. عبد الله المعنوق وزير العدل والأوقاف والشؤون الإسلامية. وأيضاً الاستجواب المقدم في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر. إلى الشيخ/ جابر الخالد الصباح وزير الداخلية. ففي كل هذه الاستجابات قدم الوزراء استقالتهم وتم قبولها، عدا د. عبدالله المعنوق فإنه قد صدر مرسوم بإعفائه من منصبه.

(٢) يذكر أنه تم حل مجلس الأمة حلاً غير دستوري بتاريخ: ٢٩/٨/١٩٧٦م، وبتاريخ: ٣/٧/١٩٨٦م، كما تم حله حلاً دستورياً الدستوري في: ٤/٥/١٩٩٩م، ٢١/٥/٢٠٠٦م، ١٨/٣/٢٠٠٩م، ٦/١٢/٢٠١١م.

(٣) بمناسبة الاستجواب المقدم في: دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الثامن قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٢٩/١/٢٠٠١م. وأيضاً في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الحادي عشر، قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٤/٣/٢٠٠٧م. وأيضاً في دور الانعقاد الثاني من الفصل الثاني عشر، قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٢٥/١٢/٢٠٠٨م. وصدر مرسوم أميري بقبول الاستقالة بتاريخ: ١٤/١٢/٢٠٠٨م. وأيضاً في ذات دور الانعقاد وذات الفصل التشريعي، قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ١٦/٣/٢٠٠٩م. وتم قبولها في: ١٨/٣/٢٠٠٩م. وأيضاً في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر، قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٣١/٣/٢٠١١م. وأيضاً في دور الانعقاد الرابع من الفصل التشريعي الثالث عشر قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٢٨/١١/٢٠١١م، ثم يُعاد تشكيلها مع إسناد منصب وزاري آخر للوزير المقدم ضده الاستجواب، وهو ما يعرف بفكرة التدوير الوزاري.

## الفرع الثاني

### مشروعية التدوير الوزاري

شهدت التجربة البرلمانية في الكويت نماذج ديمقراطية أوشكت مناقشة الاستجواب أن تبلغ غرة الهدف في طرح الثقة في الوزير أو الحكومة، غير أن الحكومة غالباً ما تعمل على إجهاض آثار الاستجواب ومنعه من ترتيب آثاره من خلال التدوير الوزاري للإبقاء على الوزير الذي أوشك أن يفقد ثقة المجلس.

على أن مشروعية فكرة التدوير الوزاري، اختلف الرأي حولها، فذهب الرأي الأول إلى مشروعيته، لأنه أسلوب قانوني لمواجهة آثار الاستجواب عندما يصل به مقدمه إلى مرحلة التصويت على الثقة في أحد الوزراء، فلا يجوز للحكومة أن تترك أحد وزرائها وهو يعمل في إطار برنامجها الوزاري، وتحت إشراف رئيسها عرضة لفقدان ثقة البرلمان، وما يترتب على ذلك من آثار تؤثر في مستقبله السياسي.

بينما يذهب الرأي الثاني إلى عدم جواز التدوير الوزاري، نظراً لمخالفته لنصوص الدستور، فضلاً على تناقضه مع منطق الاستجواب<sup>(١)</sup>. وأنه ليس من المقبول من الناحيتين السياسية والدستورية، تدوير أحد الوزراء بعد أن يضحى مصيره معلقاً على قرار يصدر من مجلس الأمة بطرح الثقة به، بركيزة أنه في مركز قانوني مرتبط بقرار برلماني، فلا يجوز تقييد حق البرلمان بالمخالفة للدستور والأصول البرلمانية المستقرة ولنصوص اللائحة الداخلية لمجلس الأمة التي تجري على أن إجراءات المساءلة السياسية بما فيها طرح الثقة لا توقف إلا بتخلي الوزير عن منصبه أو إقالته منه<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: أ. د. جابر جاد نصار - الاستجواب كوسيلة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في مصر والكويت - مرجع سابق ص ١٤٠ وما بعدها.

(٢) انظر: أ. د. محمد عبد المحسن المقاطع الاستجواب البرلماني للوزراء في الكويت - دراسة تحليلية نقدية في ضوء أحكام الدستور الكويتي والسوابق البرلمانية - منشور في ملحق مجلة الحقوق العدد الثالث - السنة السادسة والعشرون سبتمبر ٢٠٠٢م - ص ١٢٩ وما بعدها. بتصرف. حيث استدلت سيادته بنص المادتين (١٠٠ و ١٠١) من الدستور أنهما يكشفان وبشكل جلي أن تقديم طلب سحب الثقة إثر مناقشة، يجعل مصير الوزير في البقاء أو الإعفاء مرتبطاً بقرار من المجلس، ما لم تتم تنحيته من منصبه الوزاري اختياراً أو بقرار من رئيسه. وبالنظر إلى أن التدوير من الناحية القانونية، هو في حقيقته قرار نقل للوزير من وزارته إلى وزارة أخرى، هو ما يعني استمراره في منصبه الوزاري بوصفه العام.. وأن الدستور الكويتي إذ لم يتبن ضرورة أن يحوز الوزير ثقة البرلمان عند التعيين، فإنه شرط لازم حينما يكون الوزير قد وضع في موقع المساءلة وتمت عملية استجوابه وأصبح بقاءه أو =

وليس من شك أن الاستجواب وهو اتهام وتجريح ونقد سياسي للوزير في إطار ولاياته وصلاحياته واختصاصاته المنوطة به، فإن قرار مجلس الأمة بطرح موضوع الثقة به يتسم بطابع سياسي، قد يكفل إحراج الوزير والدفع به إلى الاستقالة إذا ما استند هذا التجريح إلى حقائق دامغة وأسباب قوية تتردد أصدائها في الرأي العام.

كما أن هذه الأصداء - وكما جاء بالملزمة الإيضاحية للدستور - ستكون تحت نظر رئيس الدولة باعتباره الحكم النهائي في كل ما يثار حول الوزير، ولو لم تتحقق في مجلس الأمة الأغلبية الكبيرة اللازمة لإصدار قرار "بعدم الثقة".

**لذلك نرى للقول بمشروعية التدوير الوزاري من الناحية الدستورية التفرة**

**بين حالتين:**

**الحالة الأولى:** تقديم الحكومة لاستقالتها أو إجراء تعديل وزاري قبل مناقشة الاستجواب.

في هذه الحالة نرى أن التدوير الوزاري هو في جوهره إعادة تعيين في منصب سياسي، ينحسر عنه وصف مخالفة الدستور، وتترخص فيه سلطة الأمير إلى من يرى فيه الصلاحية، فإذا ما أعيد تعيين ذات الوزير المقدم إليه الاستجواب، يفسح مجال مسؤوليته السياسية من جديد في حدود اختصاصه، كما يفسح مجال الوزير التالي له طالما أن ذات المخالفات الواردة بالاستجواب استمرت في عهده ولم يحرك بشأنها ساكناً، ويسوغ بالتالي استجوابهما، بما ينتفي معه القول بتقييد حق مجلس الأمة في ممارسة رقابته. فالهدف من الاستجواب هو تحقيق المصلحة العامة وليس الانتقام والتشفي من شخص الوزير.

= عدمه مرتبطاً بقرار عدم الثقة. ويخلص إلى أن تدوير الوزير من خلال نقله إلى وزارة أخرى يعني اتخاذ النقل وسيلة جديدة لا يعرفها الدستور الكويتي ولا الأنظمة البرلمانية المستقرة، لإنهاء المساءلة السياسية بغير الخيارات المعروفة في الدستور كونها أساساً لإنهاء المساءلة، وفي ذلك خروج على الدستور وتعديل على مبادئه البرلمانية الواضحة بما يفتح معه الباب واسعاً في المستقبل إلى إجهاض وتفريغ مبادئ المساءلة السياسية الدستورية ونصوصها من محتواها، وشل أو تعطيل قدرة المجلس على مساءلة أي وزير من خلال تدويرها بشكل متتال كلما بلغ المجلس نهاية المطاف لإحداث الأثر الدستوري للمساءلة وفقاً للمنظومة الدستورية. فضلاً لما يؤدي إليه التدوير من نتائج متناقضة تختل بمقتضاها الأصول الدستورية وفكرة المساءلة السياسية، ذلك أنه من المتصور أن تسند إلى الوزير الذي تم تدويره إلى وزارة أخرى مهام وزارته السابقة بالنيابة، فإذا ما حدث ذلك، وهو احتمال وارد، فأت كل أثر للمساءلة السياسية ونتائجها.

**الحالة الثانية:** أن يكون التدوير الوزاري نتيجة مناقشة استجواب وتقديم طرح الثقة بالوزير.

في هذه الحالة نرى أن استباق الحكومة لنتيجة التصويت بإجراء التدوير الوزاري، إهدار للقيمة الحقيقية لأخطر أداة برلمانية، فالتدوير الوزاري منشؤه رجحان طرح الثقة بالوزير سلفاً، فطرح الثقة إذن بمثابة الدافع على إجراء التدوير، الأمر الذي يضحى معه الأمر التفافاً على نصوص الدستور التي رتبت على التصويت على طرح الثقة بالوزير اعتزاله منصبه فوراً.

ولا يوهن من سلامة هذا النظر، القول بأن الدستور الكويتي لم يتبن ضرورة أن يحوز الوزير ثقة البرلمان عند التعيين، وأنه لا يصح مصادرة حق السلطة التنفيذية بإعادة تعيين الوزراء، بالتساند إلى نصوص المواد (٥٢) " السلطة التنفيذية يتولاها الأمير ومجلس الوزراء والوزراء على النحو المبين بالدستور"، والمادة (٥٥) " يتولى الأمير سلطاته بواسطة وزرائه". والفقرة الثانية من المادة (٥٦) "يعين الوزراء ويعفيهم من مناصبهم بناء على ترشيح رئيس مجلس الوزراء"، والمادة (٥٧) "يعاد تشكيل الوزارة على النحو المبين بالمادة السابقة عند بدء كل فصل تشريعي لمجلس الأمة" <sup>(١)</sup>. والمادة (٥٨) "رئيس مجلس الوزراء والوزراء مسؤولون بالتضامن أمام الأمير عن السياسة العامة للدولة..".

(١) وجاء بالمذكرة الإيضاحية للدستور، في استعراضها للمادة (٥٧) منه ما نصه "أوجبت هذه المادة تنحي الوزارة القائمة عن الحكم عند بدء كل فصل تشريعي لمجلس الأمة، والمقصود بالفصل التشريعي الفترة التي تفصل بين انتخابات وأخرى لمجلس الأمة، سواء استكمل خلالها المجلس كل أدوار الانعقاد الأربعة العادية المقررة في الدستور (نظراً لكون مدة المجلس أربع سنوات فقط وفقاً للمادة (٨٣)، أو لم يستكملها بسبب حل المجلس قبل أجله الدستوري العادي. وتنحي الوزارة وتشكيل وزارة جديدة - ولو كان أعضاؤها كلهم أو بعضهم أعضاء بالوزارة السابقة - أمر توجبه الأصول البرلمانية التي تذهب في هذا الشأن إلى أبعد من ذلك المدى، إذ تقرر أن الوزارة الجديدة لا يستقر بها المقام -أو لا تعين أصلاً تعييناً نهائياً - إلا بعد الحصول على ثقة المجلس النيابي الجديد. وهذا أمر منطقي لأن تجديد الانتخاب معناه التعرف على الجديد من رأي الأمة، وهذا الجديد لا يصل إلى الحكومة إلا بإعادة تشكيل الوزارة وفقاً لاتجاهات وعناصر المجلس الجديد، ولكن المادة (٥٧) لم تصل في هذا المضمار البرلماني إلى هذا الحد، واكتفت بمجرد إعادة تشكيل الوزارة على النحو الذي يرتثيه أمير البلاد، على أن يكون هذا التعيين نهائياً وغير معلق على إصدار قرار من المجلس بالثقة بالوزارة الجديدة. وأمير البلاد يراعي عند إعادة تشكيل الوزارة في هذه الحالة الأوضاع الجديدة في المجلس النيابي، وما قد يقتضيه الصالح العام من تعديل في تشكيل الوزارة أو تغيير في توزيع المناصب الوزارية بين أعضائها، كذلك يتيح هذا النص =



ذلك أن نصوص الدستور ذاتها جعلت من الإشراف المتبادل والتعاون بين السلطتين التشريعية محوراً للنظام الدستوري كله، ورسمت لكل منهما المجال الذي تعمل فيه، وحددت اختصاص واستقلال كل سلطة، على أساس مبدأ فصل السلطات مصحوباً بالتعاون فيما بينهما، واحترام كل منهما لأحكام الدستور. فمن هنا يتعين على الحكومة أن تراعي في ممارسة اختصاصاتها وأوصار التعاون المأمول مع مجلس الأمة<sup>(١)</sup>.

= للأمير فرصة دستورية طبيعية لتجديد ثقته بالوزارة والوزراء إذا ما أوا رسالتهم في الوزارة على النحو المرضي، أو لإحلال وزير جديد محل من لم يكن من الوزراء السابقين عند حسن ظن الأمير والأمة به، أو لوضع الوزير في منصب وزاري أكثر ملاءمة من منصبه السابق. وإتاحة هذه الفرصة للأمير، على هذا النحو الدستوري البرلماني الطبيعي، يكفي سموه مؤونة الالتجاء إلى الوسائل الدستورية العنيفة كاستعمال حقه في إقالة الوزارة أو إعفاء بعض الوزراء من مناصبهم".

(١) يبين من تتبع السوابق البرلمانية في الكويت ورصد استقالات الوزراء أثر تقديم استجوابات، أنه لم يجر إعادة تعيين بمنصب وزاري طوال الحياة البرلمانية أثر مناقشة استجواب، إلا في نطاق ضيق ففي دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي السادس قدم وزير العدل والشؤون القانونية استقالته ولم يعاد تعيينه. في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثامن استقالة الحكومة نتيجة استجواب السيد/ وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية. حيث تم حل مجلس الأمة بتاريخ: ١٩٩٩/٥/٤م حلاً دستورياً. ولم يعاد تعيينه، حيث تم تعيينه فيما بعد سفيراً لدولة الكويت بالقاهرة، ثم رئيساً للجنة المناقصات. في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الثامن استقالت الحكومة نتيجة استجواب الشيخ/ سعود الناصر الصباح وزير الإعلام، وأعيد تعيينه وزيراً للنظ بموجب مرسوم تشكيل الوزارة رقم: ١٩٩٩/١٩٦م. في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي التاسع قدمت الحكومة استقالتها على أثر استجواب السيد/ د. سعد الهاشل. وزير العدل، ولم يعاد تعيينه. في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي العاشر استقال السيد/ عبد الله محمد أبو الحسن وزير الإعلام قبل مناقشة الاستجواب، وأعيد تعيينه مستشاراً بالديوان الأميري. وبذات دور الانعقاد وبذات الفصل التشريعي قدم السيد/ د. محمد الجارالله وزير الصحة استقالته بعد المناقشة، ولم يعاد تعيينه. في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الحادي عشر تقدم الشيخ/ علي الجراح الصباح وزير النفط باستقالته، وأعيد تعيينه فيما بعد نائباً لوزير شؤون الديوان الأميري. في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الحادي عشر تم إعفاء السيد/ د. عبد الله المعنوق وزير العدل والأوقاف والشؤون الإسلامية من منصبه رغم استعداده لمناقشة استجوابه. وبعدها أعيد تعيينه مستشاراً في الديوان الأميري. في دور الانعقاد الثالث العادي من الفصل الحادي عشر. في الاستجواب المقدم إلى السيد/ بدر الحميضي وزير المالية بتاريخ: ٢٢/١٠/٢٠٠٧م والذي لم تتم مناقشته، حيث صدر مرسوم بتعديل وزاري وتم تدوير المذكور ليكون وزيراً للنفط. في دور الانعقاد الثاني العادي من الفصل الحادي عشر قدمت الحكومة استقالتها بتاريخ: ٢٠٠٧/٣/٤م على أثر الاستجواب المقدم للشيخ/ أحمد العبد الله الصباح وزير الصحة. وأعيد تعيينه بالمرسوم رقم: ٢٠٠٩/١١٩م الصادر في: ٢٩/٥/٢٠٠٩م بشأن تشكيل الوزارة. في دور الانعقاد الثالث من الفصل التشريعي الثالث عشر تقدم الشيخ/ جابر الخالد الصباح وزير الداخلية باستقالته ولم يعاد تعيينه.

## الخاتمة:

تطرقنا في هذا البحث لموضوع الاستجواب كوسيلة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في الكويت، وقد توخينا دراسة نصوص الدستور واللائحة الداخلية لمجلس الأمة وتعديلاتها والمذكرات التفسيرية، وحديث أحكام التفسير الصادرة عن المحكمة الدستورية. وأفرغنا الوسع في المزاوجة بينهما وبين التطبيق العملي الذي شهدته الساحة البرلمانية.

فمن حيث التنظيم الدستوري للاستجواب، واضح أن الدستور قد تشدد في إجراءات إمكانية عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء، ولم يرتب عليه ذات النتائج التي رتبها على استجواب أحد الوزراء.

وإزاء هذا التشدد فإن الواقع العملي في مجلس الأمة شهد تفعيلًا جدياً لهذه الأداة، وإذا كان الدستور قد أعطى للسلطة التنفيذية حق حل مجلس الأمة، وأطلق يده في ذلك، فقد تم حل مجلس الأمة من عام: ٢٠٠٦م حتى: ٢٠١٢م (الفصل التشريعي العاشر - الفصل التشريعي الثالث عشر) حلاًً دستورياً أربع مرات، ولا ريب أن التوسع في هذا الحق وبلا مبرر، يخل بالتوازن الواجب توافره بين السلطتين.

وإذا كان الدستور قد أخذ بمنطق النظام البرلماني في تحديد آثار الاستجواب إذا تعلق الأمر بمسؤولية أحد الوزراء، فإن الواقع العملي يشهد بمحاولات الحكومة للحد من ممارسة مجلس الأمة لتقرير مسؤولية رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء.

لذلك فإن صحة أو اعتلال وسائل الرقابة على أعمال الحكومة - ومنها الاستجواب - يتوقف بقدر كبير على استقلال مجلس الأمة، وممارسته لوسائل الرقابة وفق صحيح الدستور والقانون، لتحقيق الصالح العام، فإن صلح المجلس توهجت وسائل الرقابة وأينعت، وإذا سيطرت عليه الحكومة فإن وسائل الرقابة بمجموعها تبقى قوالب جامدة.

## المراجع

### أولاً - المراجع:

- ١ - أ. د. جابر جاد نصار - الاستجواب كوسيلة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في مصر والكويت - الطبعة الأولى - ١٩٩٩م - دار النهضة العربية.
- ٢ - أ. د. عادل الطبطبائي: الأسئلة البرلمانية - نشأتها. أنواعها. وظائفها - دراسة تطبيقية مقارنة مع التركيز على دولة الكويت. إصدار مجلة الحقوق - الطبعة الأولى ١٩٨٧.
- الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية: دراسة مقارنة - مطبوعات مجلس النشر العلمي - ٢٠٠٠م.
- ٣ - أ. د. عثمان عبدالمك الصالح - النظم الدستورية والمؤسسات السياسية في الكويت - الجزء الأول - الطبعة الأولى ١٩٨٩.
- ٤ - أ. د. محمد عبد المحسن المقاطع الاستجواب البرلماني للوزراء في الكويت - دراسة تحليلية نقدية في ضوء أحكام الدستور الكويتي والسوابق البرلمانية - منشور في ملحق مجلة الحقوق العدد الثالث - السنة السادسة والعشرون سبتمبر ٢٠٠٢م.

### ثانياً - مجموعات الأحكام والمجلات:

- أحكام المحكمة الدستورية.
- الجريدة الرسمية (الكويت اليوم).
- مضابط جلسات مجلس الأمة.
- مجلة القضاء والقانون - محكمة التمييز - المكتب الفني.
- مجلة الحقوق.
- موسوعة الكويت القضائية والقانونية الإلكترونية - موسوعة إلكترونية على الإنترنت [www. adala-soft.com](http://www.adala-soft.com)





## بطلان مرسوم حل مجلس الأمة في ضوء مبدأ المشروعية والأحكام القضائية ذات الصلة(\*)

الدكتور/ بلال عقل الصنديد  
دولة الكويت

### ملخص:

تعليق على حكم المحكمة الدستورية في الطلبين المقدمين برقم (٦ و ٣١) لسنة ٢٠١٢ "طعون خاصة بانتخابات مجلس الأمة عام ٢٠١٢" الصادر بإبطال عملية الانتخابات برمتها، وحكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية الصادر بشأن القضية رقم (٤٧٢٢/٢٠١١ إداري ١٠) بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى المرفوعة بطلب وقف مرسوم حل مجلس الأمة رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١ وما يترتب عليه من آثار على تقديم سمو رئيس مجلس الوزراء السابق الشيخ ناصر المحمد الصباح استقالة حكومته وصدر الأمر الأميري بقبولها، ثم صدور الأمر الأميري بتعيين سمو الشيخ جابر المبارك رئيساً جديداً للوزراء، قام الرئيس المكلف بأداء القسم الدستوري، ومن ثم اجتمع الرئيس الجديد بوزراء الحكومة المستقيلة ليصدر مجلس الوزراء - المجتمع بهذه الصفة - قراراً بالموافقة على مرسوم حل مجلس الأمة الذي صدر فيما بعد عن حضرة صاحب السمو أمير الكويت بتاريخ ٢٠١١/١٢/٦ برقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١. هذه المجموعة من الأحداث المتسلسلة أثارَت جدلاً سياسياً وقانونياً طرح على بساط البحث مسألة بطلان مرسوم حل مجلس الأمة سالف الذكر... ومما زاد الأمر تعقيداً وحساسية أن المرسوم المذكور ألحق، بتاريخ ١٩ ديسمبر ٢٠١١، بمرسوم آخر يحمل رقم (٤٤٧) لسنة ٢٠١١ بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة، الأمر الذي نتج عنه ارتباطاً وثيقاً بين صحة المرسوم الأول من جهة، وصحة الانتخابات وما تؤول إليه من نتائج من جهة أخرى... هذا الواقع، طرح على بساط البحث صحة قيام حكومة تتألف

(\*) تعليق على حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية الصادر بشأن القضية رقم (٤٧٢٢/٢٠١١ إداري ١٠) بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى المرفوعة بطلب وقف مرسوم حل مجلس الأمة رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١ وما يترتب عليه من آثار.

من رئيس معيّن ووزراء مستقيلين من حكومة سابقة، بالموافقة على مشروع مرسوم حل مجلس الأمة.

تصدت الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية لمرسوم حل مجلس الأمة المشار إليه، وأصدرت بتاريخ ٢٠١١/١/٥ حكمها في القضية رقم (٤٧٢٢/ ٢٠١١ إداري ١٠) المرفوعة بطلب وقف هذا المرسوم وما يترتب عليه من آثار، حيث أعلنت عدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى المرفوعة مستندة في ذلك بشكل رئيسي إلى أن مرسوم الحل وما تلاه من مراسيم وأوامر صدرت جميعها من أمير البلاد بعد عرضها من مجلس الوزراء على سموه، وهي إضافة إلى ما سبقها من قرارات تتعلق جميعها بأعمال السيادة.

وفي اتجاه مختلفة، قضت المحكمة الدستورية، بتاريخ ١١/٢٠/ ٢٠١٢، بإبطال عضوية جميع أعضاء مجلس الأمة للعام ٢٠١٢ وعودة المجلس المنحل، وجاء هذا الحكم بعد قبول الطعون المقدمة في صحة مرسوم حل مجلس الأمة رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١.

إن كلا الحكمين يبدوان في الظاهر بحالة تناقض، الأمر الذي يقود إلى البحث في مضمونهما وفي الأسباب القانونية التي أسسا عليها، ولفهم المنحى الذي انتهجته المحكمتان، أُلقت الدراسة بالتعليق عليهما بعض الضوء على نظرية "الأعمال الحكومية" بمحاولة لاستحضار واستنكار ركائزها القانونية. فبعد استعراض أبرز حيثيات حكم الدائرة الإدارية (المبحث الأول)، وحكم المحكمة الدستورية (المبحث الثاني)، اقتضى الأمر التعريف "بمبدأ المشروعية" من حيث المفهوم والدلالات والمصادر (المبحث الثالث)، ومن ثم بيان الاستثناءات عليه ومن أبرزها "الأعمال الحكومية" (المبحث الرابع)، وخلص التعليق إلى تشريح مرسوم الحل وموقف القضاء منه وإلقاء الضوء على رأي الفقه بشأنه (المبحث الخامس).

## مقدمة:

على أثر تقديم رئيس مجلس الوزراء السابق سمو الشيخ ناصر المحمد الصباح استقالة حكومته وصدور الأمر الأميري بقبولها، ثم صدور الأمر الأميري بتعيين سمو الشيخ جابر المبارك رئيساً جديداً للوزراء، قام الرئيس المكلف بأداء القسم الدستوري أمام حضرة صاحب السمو أمير البلاد بمفرده قبل اختيار الوزراء، ومن ثم اجتمع الرئيس الجديد بوزراء الحكومة المستقيلة ليصدر مجلس الوزراء - المجتمع بهذه الصفة - قراراً بالموافقة على مرسوم حل مجلس الأمة الذي صدر فيما بعد عن أمير الكويت بتاريخ ٢٠١١/١٢/٦ برقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١. هذه المجموعة من الأحداث

المتسلسلة أثارت جدلاً سياسياً وقانونياً طرح على بساط البحث مسألة دستورية ومشروعية مرسوم حل مجلس الأمة سالف الذكر... ومما زاد الأمر تعقيداً وحساسية أن المرسوم المذكور قد أُلحق، بتاريخ ١٩ ديسمبر ٢٠١١، بمرسوم آخر يحمل رقم (٤٤٧) لسنة ٢٠١١ بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة، الأمر الذي نتج عنه ارتباطاً وثيقاً بين صحة المرسوم الأول من جهة، وصحة الانتخابات وما تؤول إليه من نتائج من جهة أخرى...

هذا وقد جاء في ديباجة مرسوم الحل بأنه صدر على أثر ((عرض سمو رئيس الوزراء وموافقة مجلس الوزراء))، ومن ثم صدر أكثر من بيان وتصريح حكومي مفادها أن مرسوم الحل قدم اقتراحه سمو رئيس الوزراء الجديد لعدم إمكانية تعاون وزارته مع مجلس الأمة. هذا الواقع، طرح على بساط البحث صحة قيام حكومة تتألف من رئيس معين ووزراء مستقبليين من حكومة سابقة، بالموافقة على مشروع مرسوم حل مجلس الأمة. وأمام هذا التساؤل، وفي محاولة منه لتوضيح ما التبس، قام رئيس إدارة الفتوى والتشريع بإصدار بيان رسمي مفاده أن الحل لم يكن بسبب عدم التعاون بين رئيس الوزراء ومجلس الأمة إنما كان الحل رئيسياً<sup>(١)</sup>.

وأمام هذا الالتباس القانوني بشأن الأحداث والوقائع المتركمة، تدخل القضاء الإداري ومن بعده القضاء الدستوري ليصدرا - كل من جهته - حكمين يبدوان في الظاهر بحالة تناقض، الأمر الذي يقود إلى البحث في مضمونهما والأسباب القانونية التي أسسا عليها، وذلك كله في ضوء مبدأ المشروعية واستثناءاته.

الواقع، أن الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية تصدّت لمرسوم حل مجلس الأمة رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١، وأصدرت بتاريخ ٢٠١١/١/٥ حكمها في القضية رقم (٤٧٢٢/٢٠١١ إداري ١٠) المرفوعة بطلب وقف هذا المرسوم وما يترتب عليه من آثار، حيث أعلنت عدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى المرفوعة مستندة في ذلك بشكل رئيسي إلى أن مرسوم الحل وما تلاه من مراسيم وأوامر صدرت جميعها من أمير البلاد بعد عرضها من مجلس الوزراء على سموه، وهي إضافة إلى ما سبقها من قرارات تتعلق جميعها بأعمال السيادة، الأمر الذي قاد المحكمة إلى اعتبار هذه الأعمال الإدارية بمعزل عن رقابة المحاكم بصورة شاملة، لأن الأمر يتعلق بانعدام الولاية حتى

(١) المستشار/ فيصل عبد الرحمن الصرعاوي - رئيس الفتوى والتشريع، بيان رسمي وزعته وكالة الأنباء الكويتية (كونا) بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٧.

ولو كانت هذه المراسيم والقرارات غير مشروعة ومخالفة للدستور وقوانين البلاد، ذلك لأن القضاء يطبق القانون ولا يخرج عليه ويلتزم بنصوصه، حيث نصت المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ بشأن قانون تنظيم القضاء على إخراج أعمال السيادة من ولاية المحاكم جميعها من دون استثناء.

وفي اتجاه مختلف، قضت المحكمة الدستورية، بتاريخ ٢٠/١١/٢٠١٢، بإبطال عضوية جميع أعضاء مجلس الأمة للعام ٢٠١٢ وعودة المجلس المنحل، وقد جاء هذا الحكم بعد قبول الطعون المقدمة في صحة مرسوم حل مجلس الأمة رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١.

ظاهر الأمر، أن القضاء في شقيه الإداري والدستوري اتخذ موقفين يظهران متناقضين، والحقيقة أن كل منهما قضى بما يراه مرتبطاً باختصاصه والمهام التي أولها القانون إياه، فالمحكمة الإدارية امتنعت - فيما انتهت إليه - عن البحث في مسألة دستورية أو عدم دستورية "مرسوم الحل" لتستند في إعلان عدم اختصاصها ولائياً إلى نظرية عرفها القضاء الإداري الفرنسي منذ زمن بعيد، وهي نظرية "أعمال الحكومة ACTES DE GOUVERNEMENT" التي تبتأها القضاء العربي بمسميات مختلفة أشهرها "أعمال السيادة" و"الأعمال السياسية"<sup>(٢)</sup>، وبموجبها تغل يد القضاء عن النظر في دستورية أو مشروعية القرارات الإدارية التي تغلف بالطابع السياسي أو السيادي.

(٢) فيما يتعلق بمفهوم أعمال الحكومة واختلاف مسمياتها، نذكر الدكتور محمد الفيلي - في تعليق على حكم المحكمة الدستورية بعنوان "من الحصافة مساندة القضاء عندما نكون أمام نقلة نوعية محمودة ومستحقة" صحيفة الجريدة الكويتية، ٢٠١٢/٧/٢ - أن هذه النظرية يقاربها في النظام القانوني الأميركي "المسائل السياسية"، وهي ((نظرية قضائية تمت ترجمة مسماها عن الفقه والقضاء الفرنسي بشكل سيئ، فتعبير السيادة يرتبط في ذهن بالسيطرة والانفراد بالتوجيه، وقد كان مفهومها في فرنسا قريباً من هذا الفهم، وقد عدلوا عنه منذ ١٨٧٥ في قضية الأمير نابليون ضد وزير الدفاع. ما نسميه أعمال سيادة يسمى في الفقه والقضاء المقارن بأعمال الحكومة ولذلك لا يراقب القاضي الإداري القرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية خارج دورها كإدارة عامة. وفي الكويت أدخلها المشرع في صلب القانون، فقرر في المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء أنه "ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة" وقد يقول قائل: إن المحكمة الدستورية ليست درجة من درجات المحاكم ومع ذلك هي بالتأكيد نوع من أنواع المحاكم)).



أمّا القضاء الدستوري، فقد طبق اختصاصه الطبيعي في مراقبة دستورية القرارات الإدارية ومنها مرسوم الحل، وذلك ليس لجهة ملاءمته السياسية بل لناعية اعتباره مجرد عمل إداري يفترض - كما ورد في الحكم - ألا ((يكون غير صحيح من الوجهة الشكلية، أو مخالفاً لروح المبادئ الدستورية والغرض الذي من أجله شرعت سنته، إذ لا يجوز أن يتخذ الحل الذي رخص به الدستور للحكومة استعماله، وحدد طبيعته وإجراءاته والغرض منه، ذريعة إلى إهدار أحكام الدستور ومخالفتها، فللدستور حرمة ونصوصه يجب أن تصان وأحكامه لا بد أن تحترم)).

ولفهم المنحى الذي انتهجته المحكمتان، قد يكون مفيداً إلقاء الضوء على نظرية "الأعمال الحكومية" في محاولة لاستحضار واستنكار ركائزها القانونية، الاجتهادية والفقهية، حيث اعتبر القضاء الفرنسي، وتبعه القضاء العربي، أنه لا اختصاص له - على اختلاف أنواعه ودرجاته - بالنظر في مشروعية القرارات ذات الطابع السيادي أو السياسي، كونها تشكل استثناءً على "مبدأ المشروعية". فبعد استعراض أبرز حيثيات حكم الدائرة الإدارية (المبحث الأول)، وحكم المحكمة الدستورية (المبحث الثاني)، يقتضي الأمر التعريف "بمبدأ المشروعية" من حيث المفهوم والدلالات والمصادر (المبحث الثالث)، ومن ثم بيان الاستثناءات عليه ومن أبرزها "الأعمال الحكومية" (المبحث الرابع)، لنخلص إلى تشريح مرسوم الحل وموقف القضاء منه وإلقاء الضوء على رأي الدارسين في هذا الشأن (المبحث الخامس).

## المبحث الأول

### حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية

بتاريخ ٢٠١١/١/٥ قضت الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بعدم اختصاصها ولائياً بنظر دعوى وقف الانتخابات المرفوعة من النائب السابق سعدون حمّاد عبيد العتيبي ضد سمو رئيس مجلس الوزراء الشيخ جابر المبارك وأمين عام مجلس الوزراء بصفتهم، وألزمت المدعي بالمصاريف، وقد أثار الحكم في حيثياته عدة مسائل يمكن تلخيصها وفقاً للآتي :

### المحكمة هي المختصة بتكييف وقائع الدعوى وطلبات المتخاصمين لتحديد تحقق ولايتها القضائية :

رغم ما أدلى به المتخاصمون من توصيف للوقائع والدعوى بما يعزز موقفهم، ذكرت المحكمة أنه من المستقر عليه في قضاء محكمة التمييز أن ((محكمة الموضوع ملزمة في كل حال بإعطاء الدعوى وصفها، وإسباغ التكييف القانوني الصحيح عليها دون تقييد بتكييف الخصوم لها، غير مقيدة في ذلك إلا بالوقائع المطروحة عليها، والعبرة في التكييف بحقيقة المقصود من الطلبات فيها وليست بالألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات، وهي تخضع في هذا التكييف لرقابة محكمة التمييز، وأن الدفع بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي يتعلّق بالنظام العام عملاً بالمادة (٧٨) من قانون المرافعات، ومن ثم يعتبر قائماً ومطروحاً على المحكمة ولو لم يدفع به أمامها، ولمحكمة التمييز أن تقضي به من تلقاء نفسها)).

ولتوضيح المقصود بولاية القضاء، بينت المحكمة أن هذه الولاية تكون بصورة عامة ودون استثناء ((بمدى قدرة القاضي على نظر موضوعات معينة من عدمه، ويحدد ولاية المحاكم القانون الذي ينظم العمل القضائي، وحيث إن الولاية أعم وأشمل من الاختصاص بمفهومه الضيق إذ تعني الولاية بسط الرقابة والهيمنة على الدعوى والقدرة على إصدار حكم بها، وحيث إن القانون قد حدد ولاية القضاء في نظر جميع الموضوعات وإطلاق رقابته على دستورية القوانين واللوائح التي تجد أساساً لها - كأصل عام - في مبدأ المشروعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه إلا أنه استثنى من هذا الأصل - وفقاً لما جرى عليه القضاء الدستوري وقضاء محكمة التمييز- أعمال السيادة، ومنها الأعمال السياسية، فتخرجه من مجال هذه الرقابة لاعتبارات خاصة وفقاً لنص المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ بشأن قانون تنظيم القضاء، الأمر الذي يجب على المحاكم جميعها دون

استثناء غض البصر عنها وإن كان فيها عوار أو كانت مشوبة بعيب عدم الاختصاص أو عدم المشروعية، لأن القاضي يخضع لأحكام القانون التي هي أساس عمله ونطاقه...)).

وقد حددت المحكمة مدلولات المراسيم والقرارات التي سبق صدورها من مجلس الوزراء والمطعون عليها من المدعي، وتبدأ بالمرسوم رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١ بشأن حل مجلس الأمة، وما سبقه قرار مجلس الوزراء بطلب حل مجلس الأمة ورفع له لأمر البلاد... إضافة إلى المرسوم رقم (٤٤٦) بشأن تشكيل حكومة جديدة الذي - وفق ما قالت المحكمة - ((صدر من سمو أمير البلاد بسبب قيام رئيس مجلس الوزراء الجديد بعد أدائه اليمين الدستورية أمام سموه بتنفيذ الأمر الأميري الصادر بتعيينه وتكليفه باختيار وزراء وعرض أسمائهم على سمو أمير البلاد وموافقته عليهم، والذي يكون معه هذا المرسوم وما سبقه من قرارات قامت السلطة التنفيذية بإصدارها باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، لأنها اختارت من يدير شؤون البلاد ويضعها موضع التنفيذ ويرسم سياستها العليا وينفذها، وإضافة إلى اختيار الوزراء وتشكيل مجلس الوزراء، هو عمل سياسي سيادي محض يرمي إلى اختيار من يمثل سمو أمير البلاد من الوزراء في تنفيذ السياسة العامة للدولة، وتشكيل هيكل السلطة التنفيذية للدولة إلى جانب تشكيل بنیان السلطة التشريعية، وما يتعلق بالمرسوم رقم (٤٤٧) لسنة ٢٠١١ بشأن دعوة الناخبين للاقتراع، فإنه قد صدر من سمو أمير البلاد بعد عرضه من مجلس الوزراء على سموه، وذلك تنفيذاً للدستور وفقاً للمادة (١٠٧) بالعودة إلى الشعب لاختيار أعضاء مجلس أمة جدد بعد صدور مرسوم الحل سالف الإشارة، مما يكون معه هذا التصرف قد صدر منها باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة...)).

وقد ركزت حيثيات الحكم على خروج أعمال السيادة ذات الطابع السياسي أو التي ترتبط بالحكم وليس بالإدارة عن نطاق اختصاص المحكمة ولائياً، وإن من واجبها أن تثير ذلك عفواً من تلقاء نفسها دون أن تنتظر دفع الخصوم في هذا الشأن. وفي هذا الإطار، كررت المحكمة أنه ((لا ينال من هذا القضاء ما قدمه المدعي من صورة ضوئية للحكم الصادر بالدعوى رقم "١٠/٢٠١١ إداري وأسواق المال/٧" للمشابهة بين الدعويين ولإقناع المحكمة بولايتها وباختصاصها بنظر هذه الدعوى، وذلك لأن المرسوم الذي تم إلغاؤه بهذه الدعوى مرسوم متعلق بشؤون الوظيفة العامة وقامت به السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة إدارية وليس كما هو الحال في هذه الدعوى المتعلقة مراسيمها بأعمال سيادة بقال سياسي، وقامت بها باعتبارها سلطة حكم، إذ إن هناك فارقاً كبيراً بين العمل الإداري والعمل السيادي - كما بينت المحكمة سلفاً - وإن كان

كلاهما صادراً بمرسوم إلا أن الأخير لا يعدو أن يكون قراراً على رأس هرم القرارات ولكن تختلف طبيعته من مرسوم لآخر، كما أنه لا ينال من هذا القضاء الاستناد في الطعن إلى القرارات التي صدرت من مجلس الوزراء بعرض مشاريع المراسيم الثلاثة على صاحب السمو أمير البلاد، والتمسك بأن هذه المراسيم كانت أثراً من الآثار المترتبة على هذه القرارات، إذ إن هذا العرض في ذاته - فضلاً عن أنه يعتبر عملاً سياسياً سيادياً لا تراقبه المحكمة - فإنه لا يرتب ثمة أثر، حيث يتمتع صاحب السمو أمير البلاد بسلطة تقديرية واسعة في إصدار هذه المراسيم أو ردها وفقاً لما يراه سموه محققاً للمصالح العليا للدولة، دون هيمنة من القضاء على ما يراه، الأمر الذي يكون معه هذا الدفاع عقيماً...)).

### مفهوم "أعمال السيادة" ليس غريباً عن النظام القانوني الكويتي:

أشارت المحكمة بوضوح تام إلى أن مفهوم أعمال السيادة ليس جديداً أو غريباً عن القانون الكويتي، فأكدت أنه من المقرر قانوناً وفق المادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ بشأن قانون تنظيم القضاء أنه: «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة». وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور تفسير لهذه المادة بما يؤكد خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء عموماً لاتصالها بسيادة الدولة، وهو مبدأ مستقر في الفقه والقضاء منذ أمد بعيد، ومن ثم فليس للقضاء أن ينظر طلباً يمس أعمال السيادة سواء قصد به إلغاء العمل أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه... ومن المستقر عليه في قضاء محكمة التمييز أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت أو خارجية، أو تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو الذود عن سياستها في الخارج، ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو في النطاق الخارجي، إما لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطات العامة الداخلية أو الخارجية في حالتي الهدوء والسلام، وإما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو الخارج في حالتي الاضطراب أو الحرب، وهذه وتلك إنما هي أعمال وتدابير تصدر عن سلطة الحكم لا عن سلطة الإدارة، والضابط فيها معيار موضوعي يرجع إلى طبيعة الأعمال في ذاتها لا إلى ما يحيط بها من تدابير.

بالفعل، فإن مفهوم "أعمال السيادة" - الذي ارتكزت إليه حيثيات حكم المحكمة الكلية الإدارية والذي على أساسه تم استبعاد مرسوم حل مجلس الأمة والقرارات والمراسيم المرتبطة به من دائرة الرقابة القضائية - ليس جديداً أو مستحدثاً على



العمل القانوني والقضائي في الكويت، فقد تكررت العبارة في نصوص قانونية بصياغات مباشرة وغير مباشرة، حيث ورد في المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء القديم رقم (١٩) لسنة ١٩٥٩، أنه: "ليس للمحاكم أن تنتظر في أعمال السيادة". وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه: "يخرج من ولاية المحكمة جميع أعمال السيادة، وهي الأعمال التي تقوم بها الحكومة مدفوعة باعتبارات تتعلق بالسياسة العليا للدولة، كإعلان الأحكام العرفية والإجراءات التي تتخذ للدفاع عن سلامة البلاد...". ثم جاء المرسوم بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ في شأن تنظيم القضاء ليلغي القانون السابق ويحتفظ ضمن أحكامه بنفس المضمون، فيكرر في مادته الثانية نفس الصياغة. ومن جهة أخرى، أخرج القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨٠ بإنشاء الدائرة الإدارية من اختصاص هذه الدائرة: المسائل المتعلقة بالجنسية<sup>(٣)</sup>، إقامة وإبعاد الأجانب، القرارات المتعلقة بدور العيادة... حيث تعتبر جميعها من الأعمال السيادية ذات الطبيعة المتعلقة باستقرار وأمن البلاد وارتباطها بالمصلحة العليا التي يضرها أن تتقاذفها المخاصمات القضائية أو أن تتناقش علنياً اعتباراتها ومسبباتها الخفية ذات الطبيعة الخاصة.

### الصبغة السياسية تميز العمل السيادي عن العمل الإداري :

ركزت المحكمة في المنطق الذي بنت عليه حيثياتها على الفرق بين العمل الإداري والعمل السيادي حتى ولو اتفقا على الشكل القانوني الذي صدرا به وهو

(٣) قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: ((الجنسية الكويتية بالدم اللصيفة بالميلاد والتي تستحق لكل من ولد لأب كويتي دون حاجة إلى صدور قرار بذلك من الجهة الإدارية أو أي إجراء آخر، لا تكون إلا إذا ثبت على وجه قاطع دون منازعة تسلسل الولد عن أب كويتي الجنسية وثبوت نسبه منه، أما عدا ذلك فلا يكون إلا اكتساباً للجنسية لا يتم بطريق المنح من الجهة المختصة، وهي مسائل تتسم بطابع سياسي يتعلق بكيان الدولة وحققها في تخير المنضمين إلى جنسيتها وتحديد ركن الشعب المنتمي إليها في ضوء ما تراه، وبما تعد معه صورة من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم... أن المنازعة في ثبوت النسب لأب كويتي، وصدور حكم بات بنفي هذا النسب، يجعل ما يدعيه الطاعن من حق في الجنسية الكويتية غير ثابت له قانوناً بمجرد الميلاد، ويضحي طلبه الحكم بإلزام الجهة الإدارية بإدراج اسمه في ملف جنسية الأب الكويتي المتوفى، إثر امتناعها عن الاستجابة له في ذلك، منطوياً على منازعة في مسألة من مسائل الجنسية، ومستهدفاً في حقيقته طلب إلغاء قرار الجهة الإدارية السلبي بالامتناع عن منحه الجنسية الكويتية، وهو أمر يعد من أعمال السيادة تنأى عنه ولاية القضاء)) - محكمة التمييز، طعن رقم (٦٨٧) لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ٣٠/٢٠٠٧/١٠.

المرسوم الذي يوقعه الأمير بعد موافقة مجلس الوزراء، إلا أن المحكمة أكدت في الوقت نفسه عدم وجود تعريف نظري واضح لأعمال السيادة، وأن الأمر يقتضي اجتهداً من قبل المحاكم وربط هذه الأعمال بعناصر ترتبط بها ومنها الطابع السياسي الذي يبعد بها عن رقابة القضاء.

وفي هذا الإطار أشارت المحكمة إلى أن: ((المشرع إذ لم يورد تعريفاً أو تحديداً لأعمال السيادة التي نص في المادة الثانية من القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ بشأن تنظيم القضاء، على منع المحاكم من نظرها، فإنه يكون قد ترك أمر تحديدها للقضاء، اكتفاء بإعلان مبدأ وجودها، ومن ثم تكون المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من الحكومة، وما إذا كان يعد من أعمال السيادة، وحينئذ لا يكون لها أي اختصاص بالنظر فيه، ومحكمة الموضوع تخضع في تكييفها هذا لرقابة محكمة التمييز، وإنه ولئن كان يتعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة أو حصر دقيق لها، فإن ثمة عناصر تميزها عن الأعمال الإدارية العادية، أهمها تلك الصبغة السياسية البارزة فيها لما يحيطها من اعتبارات سياسية، فهي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم لا بوصفها سلطة إدارة، فينعقد لها في نطاق وظيفتها السياسية سلطة عليا في اتخاذ ما ترى فيه صلاحاً للوطن وأمنه وسلامته دون تعقيب من القضاء أو بسط الرقابة عليها منه)).

كما أوضحت المحكمة في موقع آخر من الحثثيات أنها: ((في سبيلها لتحديد ولايتها واختصاصها بنظر الدعوى، تحدد مفهوم أعمال السيادة والفرق بينها وبين الأعمال الإدارية، وذلك ببيان أن الأخيرة هي ما تصدره السلطة التنفيذية من قرارات متعلقة بالوظيفة العامة أو بتسيير المرافق العامة.. الخ، أما الأولى فإنها متعلقة بما تصدره السلطة التنفيذية من قرارات متعلقة بشؤون البلاد داخلياً أو خارجياً ومنها علاقتها بغيرها من السلطات وذلك باعتبارها سلطة حكم، وهي تتخذ هذه القرارات ذات الطابع السياسي تقدر فيها مصلحة الدولة وفقاً لما تراه هي دون غيرها، وإن لم تكن مصيبة بذلك، وقد تصدر هذه القرارات بصورة قرارات عادية وقد تتخذ شكل مراسيم تصدر بتوقيع صاحب السمو أمير البلاد ويجاوره توقيع رئيس مجلس الوزراء، وقد يشاركما الوزير المختص بذلك وفقاً لقاعدة التوقيع المجاور، الذي يكون معه المرسوم قراراً ولكنه على قمة هرم هذه القرارات وفقاً لترتيبها التدرجي، وذلك لأن صاحب السمو أمير البلاد لا يصدر إلا المراسيم والأوامر الأميرية، فالأولى باعتباره يتولى السلطة التنفيذية مشتركاً مع غيره، والثانية باعتباره حاكماً ورئيساً للبلاد منفرداً)).

## الحصانة القضائية لأعمال السيادة:

تعتبر الحصانة القضائية لأعمال السيادة استثناء على الأصل العام وهو خضوع تصرفات وقرارات وأعمال الإدارة لرقابة القضاء لجهة مدى اتساقها مع مبدأ المشروعية... هذا وقد أبرزت المحكمة أن هذه الحصانة تنطبق على القرارات ذات الصلة بالحكم وليس بالإدارة، حيث نقرأ أنه: ((من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية أن أعمال السيادة - كما عرفها القضاء - هي تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فتباشر بمقتضى هذه السلطة العليا تنظيم علاقتها بالسلطات العامة الأخرى... ويندرج ضمن أعمال السيادة تلك المنظمة لعلاقة الحكومة بالسلطة التشريعية... وقد نصّت المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣/١٩٩٠ على أنه: «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة» مما أضحت معه أعمال السيادة مستبعدة من ولاية المحاكم عامة، وإذا كانت الرقابة على دستورية القوانين واللوائح تجد أساساً لها - وصفها أصلاً عاماً - في مبدأ المشروعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامها إلا أنه استثنى من هذا الأصل - وفقاً لما جرى عليه القضاء الدستوري - أعمال السيادة، ومنها الأعمال السياسية، فتخرج من مجال هذه الرقابة، ولو بغير نص يقضي بذلك، إذ أن هذه قاعدة مستقرة في النظم القضائية في الدول المتحضرة، وغدت أصلاً من الأصول القضائية الثابتة، تأسيساً على أن طبيعة هذه الأعمال تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، تحقيقاً للاعتبارات السياسية واستجابة لدواعي الحفاظ على كيان الدولة، مما يقضي بمنحها سلطة تقديرية - بسلطاتها التشريعية والتنفيذية فيما تجريه من أعمال - أبعد مدى وأوسع نطاقاً، تحقيقاً لمصلحة الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه الدولة في هذا الصدد، لأن النظر في تلك الأعمال يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازن ينط بالذات تقديرها، فضلاً عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل أمام القضاء العادي<sup>(٤)</sup>)).

(٤) يلاحظ أن المحكمة في هذا الحكم استأنست بشكل واضح بمنطوق وألفاظ حكم المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، الصادر في القضية رقم (١٠) لسنة (١٤) بجلسة ١٩٩٣/٦/٥ ج ٥/٢، ص. ٣٧٦، حيث اعتبر القضاء الدستوري المصري أنه ((إذا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تجد أساسها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة له، إلا أنه يرد على هذا الأصل - وفقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - استبعاد الأعمال السياسية من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيساً على أن طبيعة هذه الأعمال تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، وحيث إن العبرة في تحديد التكليف القانوني (للأعمال السياسية) وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة -

لفهم حيثيات الحكم يقتضي الأمر الإحاطة بمبدأ المشروعية والاستثناءات عليه. وفي سبيل ذلك من الملائم إلقاء الضوء على أبرز مضامين حكم المحكمة الدستورية الذي تصدّى للمرسوم رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١ بشأن حل مجلس الأمة، حيث اعتبر القضاء الدستوري أن نظرية "الأعمال الحكومية" بمختلف مسمياتها ومدلولاتها "السياسية" و"السيادية" لا يمكن تطبيقها على الوقائع، إذ إن هذا الاستثناء على مبدأ المشروعية تقف حدوده عند النظر في ملائمة القرار الإداري وتوقيته، والقرار في إصداره من عدمه... أما إذا صدر فإنه يجب أن يحترم أحكام الدستور في شكلية إصداره وفي مضمونه. وفيما يلي موجز لأبرز ما قضت به المحكمة الدستورية:

= هي طبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي قد يخلعها المشرع عليه متى كانت طبيعته تتنافى وهذه الأوصاف، ذلك إن استبعاد (الأعمال السياسية) من ولاية القضاء الدستوري إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل أو الخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا، مما يقتضي منح الجهة القائمة بهذه الأعمال - سواء أكانت هي السلطة التشريعية أم التنفيذية - سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه في هذا الصدد، ولأن النظر فيها والتعقيب عليها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازن تقدير لا تتاح للقضاء، فضلاً عن عدم ملائمة طرح المسائل علناً في ساحاته، ومن ثم فالمحكمة الدستورية العليا وحدها التي تحدد - بالنظر إلى طبيعة المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها - ما إذا كانت النصوص المطروحة عليها تعتبر من الأعمال السياسية فتخرج عن ولايتها بالرقابة على الدستورية أم أنها ليست كذلك فتبسط عليها رقابتها)).



## المبحث الثاني حكم المحكمة الدستورية

على أثر قبولها للطعون المقدمة من النائب السابق روضان الروضان والمرشحة صفاء الهاشم في صحة حل مجلس الأمة، حكمت المحكمة الدستورية بتاريخ ٢٠١٢/٦/٦ بإبطال عملية الانتخاب برمتها، التي أجريت بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢ في الدوائر الخمس، وبعدم صحة عضوية من أعلن فوزهم فيها، لبطلان حل مجلس الأمة وبطلان دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة والتي تمت على أساسها هذه الانتخابات، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها أن يستعيد المجلس المنحل بقوة الدستور سلطته الدستورية كأن الحل لم يكن وذلك على النحو الموضح بالأسباب.

وقد رفضت المحكمة في حيثيات حكمها ما دفعت به إدارة الفتوى والتشريع التي ذهبت إلى أن ما أثارته الطاعنة في طلبها متعلق ببطلان المرسوم الأميري بحل مجلس الأمة، والرسوم الأميري بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة، لا تختص المحكمة بنظره باعتبار أن هذين المرسومين فيما تناولاها يتصلان بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، وهي من الأعمال السياسية التي تتأبى بحكم طبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي، تحقيقاً لسيادة الدولة وحفظاً لكيانها ورعاية لمصالحها العليا، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب عليها، لأن النظر في تلك الأعمال يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين يخرج زمام تقديرها عن اختصاص القضاء، فضلاً عن اختيار الوزراء وتشكيل مجلس الوزراء من الأمور التي تنحسر عنها ولاية القضاء باعتبارها من أعمال السيادة، وهو ما فتى المشرع على تأكيده في قانون تنظيم القضاء رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ بالنص في المادة الثانية منه على أنه ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة.

وقد ردت المحكمة على إدلاءات السلطة التنفيذية ممثلة بإدارة الفتوى والتشريع بما يؤكد تبنيها للأسباب التي تمسكت بها الطاعنة وفقاً للآتي :

- أولاً: إن الواضح من نعي الطاعنة في هذا الشق من طلبها أن نطاقه قد اقتصر على الإجراءات التي اتخذتها السلطة التنفيذية في حل مجلس الأمة، وكذا في دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة، قولاً من الطاعنة أن هذه الإجراءات والتي مهدت إلى هذه الانتخابات قد خالفت القيود الإجرائية المنصوص عليها في الدستور.

وقد اعتبرت المحكمة أن في هذا النطاق وحده ينحصر نعي الطاعنة في هذا

الشق من طلبها، ولا يتعداه إلى البحث في الملاءمات أو التغلغل في بواعث إصدار هذين المرسومين، أو التدخل في الولاية المنفردة للسلطة التنفيذية والتي لا تخول للقضاء الحل محلها فيما قصره الدستور عليها. ثم ركّز الحكم على أنه لا ريب في أن القيود الإجرائية التي فرضها الدستور على السلطة التنفيذية لا يجوز إسقاطها أو تجاوزها أو التحلل منها تدرعاً بأنها أعمال سياسية، إذ إن هذا القول لا يستقيم في مجال أعمال سلطتها المقيدة طبقاً للدستور.

ثانياً: إن الطعون المتعلقة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم لها طبيعتها الخاصة، ونظر هذه الطعون أمام المحكمة الدستورية تحكمه التشريعات المنظمة لاختصاصها، والإجراءات المتعلقة بهذه الطعون تنتظمها نصوص خاصة، وإلى أحكام هذه التشريعات يكون مرد الأمر في مباشرة اختصاصها بلا إفراط أو تفريط أو توسعة أو تضيق ودون تغول أو انتقاص.

وقد اعتبرت المحكمة في هذا السياق، أنها وهي تفصل في هذه الطعون بوصفها محكمة موضوع ملتزمة بإنزال حكم القانون على واقع ما هو معروض عليها، وتغليب أحكام الدستور على ما سواها من القواعد القانونية، مقيدة في ذلك بضوابط العمل القضائي وضماناته، بعيداً عن العمل السياسي بحساباته وتقديراته، وهي من بعد لا تخوض في اختصاص ليس لها، أو تتخلى عن اختصاص أنيط بها، كما لا يجوز لها بالتالي أن تترخص في ما عهد إليها به، كلما كان تعرضها لما أثير أمامها من مسائل لازماً تدخلها، بما يكفل سيادة الدستور.

ثالثاً: إن اختصاص المحكمة بالفصل في هذه الطعون هو اختصاص شامل، وقد جاء نص المادة الأولى من قانون إنشائها دالاً على ذلك، وبما يشمل بسط رقابتها على عملية الانتخاب برمتها للتأكد من صحتها أو فسادها.

رابعاً: إن ولاية المحكمة القضائية في مسائل الانتخابات تتخطى النظر في صحة العملية الانتخابية لتشمل الأعمال والقرارات التمهيدية لهذه العملية.

فليس من المقبول - بنظر الطاعنة وبالتالي بنظر المحكمة - أن يسمح النظام الدستوري بالرقابة القضائية على دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، توصلاً إلى الحكم بعدم دستورية التشريعات المخالفة للدستور، سواء صدرت هذه التشريعات من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية، وأن يعهد بهذا الاختصاص إلى المحكمة الدستورية وهي جهة قضائية نص عليها الدستور في صلبه، كافلاً بها للشرعية الدستورية أسسها، مقيماً منها مرجعاً نهائياً لتفسير أحكام الدستور، ورقبية على الالتزام بقواعده، إعلاء لنصوص الدستور وحفظاً لكيانه، في حين تستعصي

بعض الإجراءات الممهدة لعملية الانتخاب والصادر بشأنها قرارات من السلطة التنفيذية على الفحص والتدقيق من قبل هذه المحكمة لدى مباشرة اختصاصها بنظر الطعون الانتخابية، للاستيثاق من اتفاق أو تعارض هذه الإجراءات مع الدستور، وإلا جاز التذرع بوجود مناطق من الدستور لا يجوز لهذه المحكمة أن تمت بصرها إليها، فتغزو هذه القرارات - وهي أدنى مرتبة من القانون - أكثر قوة وامتيازاً من القانون نفسه.

### تفسير المحكمة الدستورية للمادة (١٠٧) من الدستور :

استناداً إلى ما تقدّم من أسباب، اعتبرت المحكمة الدستورية أن ما ذهبت إليه إدارة الفتوى والتشريع لا يلتئم مع طبيعة اختصاصها القضائي، ومن ثم تصدّى الحكم إلى تفصيل موقف المحكمة من المسائل الدستورية المثارة.

من بين ما تطرقت إليه حيثيات الحكم أن السبب الأول من أسباب نعي الطاعنة ببطلان هذه الانتخابات أنها قد اعتورها مخالفات دستورية في الإجراءات الممهدة لها تصمها بالبطلان، وذلك قولاً من الطاعنة بأن طلب حل مجلس الأمة قد جاء من وزارة زايلتها هذه الصفة بقبول استقالتها بكاملها، وذلك بعد تعيين رئيس جديد لمجلس الوزراء، وتكليفه بترشيح أعضاء الوزارة الجديدة، حيث استبق رئيس مجلس الوزراء - بصفته هذه - قبل تأليف هذه الوزارة الجديدة وصدور مرسوم بتشكيلها، بدعوة وزارة زايلتها هذه الصفة واستعارة وزراء منها، لأخذ موافقتها على هذا الحل، مما يجعل هذا الإجراء باطلاً بطلاناً مطلقاً، يستوجب عدم الاعتداد به وعدم ترتيب آثاره، واعتباره كأن لم يكن لمخالفته للدستور.

وقد اعتبرت المحكمة أن هذا النعي سديد ((ذلك أن المادة (١٠٧) من الدستور تنص على أن: «للأمير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، على أنه لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى، وإذا حل المجلس وجب إجراء انتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل، فإن لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة يسترد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية، ويجتمع فوراً كأن كان الحل لم يكن، ويستمر في أعماله إلى أن ينتخب المجلس الجديد». والمستفاد من ذلك أن حل مجلس الأمة هو حق دستوري مقرر للسلطة التنفيذية، ويعتبر أحد السبل لإحكام المعادلة والتوازن بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، ومن المعلوم أن الأمير يتولى سلطاته بواسطة وزرائه (م ٥٥)، والمقصود بالحل هو إنهاء مدة المجلس إنهاء مبتسراً قبل انتهاء الأجل المقرر له، ويلزم في طلب الحل أن يكون من حكومة (وزارة) لم تبرحها هذه الصفة، سواء أثار خلاف بينها وبين مجلس الأمة،



أو إذا اختل التناسب والانسجام بينهما، أو اقتضت له ضرورة)). وأنه وإن كان الدستور لم يقيد استعمال الحكومة لحق الحل بأي قيد زمني، فلها أن تتخير توقيته وتقدير مناسباته، إلا أن الدستور أحاط الحل - نظراً لخطورته - ببعض القيود والضمانات، فيجب أن يكون حل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، وهو أمر يتطلب معه أن يوقع مرسوم الحل مع الأمير، رئيس مجلس الوزراء حتى يتحمل مسؤوليته السياسية، وأنه إذا حل المجلس لا يجوز حله لذات الأسباب مرة أخرى، كما أنه يجب إجراء انتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل، إذ ما دام أن الغرض من الحل هو الاحتكام إلى الأمة وأخذ رأي الناخبين فيه، فلا يصح إرجاء ذلك إلى أمد بعيد مع استمرار السلطة التنفيذية في التصرف بلا رقيب، وبالتالي وجب دعوة الناخبين إلى إجراء انتخابات جديدة، والغاية من هذا الحكم هو تأكيد ضرورة اتصال الحياة النيابية، فإذا لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة يسترد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية ويجتمع فوراً كأن الحل لم يكن، ويستمر في أعماله إلى أن ينتخب المجلس الجديد.

ومن ثم توضيحاً لموقفها بتبني نعي الطاعنة، بيّنت المحكمة أنه: ((متى كان ذلك، وكان البين من مطالعة الأمر الأميري بقبول استقالة رئيس مجلس الوزراء الصادر بتاريخ ٢٨/١١/٢٠١١ أنه قد تضمن في المادة الأولى منه النص على أن: «تقبل استقالة سمو الشيخ ناصر المحمد الأحمد الصباح والوزراء، ويستمر كل منهم في تصريف العاجل من شؤون منصبه لحين تشكيل الوزارة الجديدة». وأعقب ذلك صدور أمر أميري بتاريخ ٣٠/١١/٢٠١١ بتعيين رئيس لمجلس الوزراء، ونص في مادته الأولى على أن: «يعين الشيخ/ جابر مبارك الحمد الصباح رئيساً لمجلس الوزراء، ويكلف بترشيح أعضاء الوزارة الجديدة وعرض أسمائهم علينا لإصدار مرسوم تعيينهم»، ثم صدر المرسوم رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١ بحل مجلس الأمة بتاريخ ٦/١٢/٢٠١١، حيث وردت الإشارة بديباجته إلى صدوره استناداً إلى المادة (١٠٧) من الدستور، وإلى أن صدوره قد جاء «إزاء ما آلت إليه الأمور وأدت إلى تعثر مسيرة الإنجاز وتهديد المصالح العليا للبلاد، مما يستوجب العودة إلى الأمة لاختيار ممثليها لتجاوز العقبات القائمة وتحقيق المصلحة الوطنية»، كما جاءت الإشارة إلى صدوره بناء على عرض رئيس مجلس الوزراء، وبعد موافقة مجلس الوزراء، مذكراً هذا المرسوم بتوقيع أمير البلاد والشيخ/ جابر مبارك الحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء)).

وتابعت حيثيات الحكم بالقول أنه: ((إذا كان الأمر كذلك، وكان الحاصل أن هذا الحل قد جاء استناداً إلى المادة (١٠٧) من الدستور، وبناء على طلب وزارة قد زاليتها



هذه الصفة بقبول الأمير استقالتها بكاملها، وذلك بعد إذ تم تعيين رئيس جديد لمجلس الوزراء بأمر أميري، وتكليفه بترشيح أعضاء الوزارة الجديدة، حيث استبق رئيس مجلس الوزراء - بصفته هذه - قبل تأليف هذه الوزارة الجديدة وصدر مرسوم بتشكيلها، باستعارة أعضاء من الوزارة المستقيلة التي زالت صفتها ونظمهم في اجتماع لمجلس الوزراء لأخذ موافقتهم على هذا الحل، فإن هذا الإجراء يكون غير صحيح من الوجهة الشكلية، مخالفاً لروح المبادئ الدستورية والغرض الذي من أجله شرعت سنته، إذ لا يجوز أن يتخذ الحل الذي رخص به الدستور للحكومة استعماله، وحدد طبيعته وإجراءاته والغرض منه، ذريعة إلى إهدار أحكام الدستور ومخالفاتها، فللدستور حرمة ونصوصه يجب أن تصان وأحكامه لا بد أن تحترم)).

وبالترتيب على ما تقدم، اعتبرت المحكمة أن: ((إجراء هذا الحل قد جاء مشوباً بالبطلان ويضحي هو والعدم سواء، يستوجب عدم الاعتداد به، وترتيب آثاره بما يستتبعه ذلك من بطلان دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة التي جاءت ابتداءً على هذا الحل الباطل، كما تغو معه إرادة الناخبين في هذه الحالة قد وردت على غير محل، بعد أن جاءت الانتخابات وليدة إجراءات باطلة أهدرت فيها القيود الإجرائية في الدستور على نحو ما سلف بيانه، وبالتالي يكون نعي الطاعنة بهذا السبب من طعنها قائماً على أساس سليم ولا حاجة من بعد إلى بحث بقية أسباب الطعن، وحق القضاء - ومن ثم - بإبطال عملية الانتخاب، برمتها التي أجريت بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢ في الدوائر الخمس، وبعدم صحة عضوية من أعلن فوزهم فيها، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها أن يستعيد المجلس المنحل - بقوة الدستور - سلطته الدستورية كأن الحل لم يكن، ليكمل المدة المتبقية له أصلاً - ما لم يطرأ من الأمور خلال تلك المدة ما يقتضي معها إعمال الأمير صلاحياته المقررة في هذا الشأن - وذلك إعلاءً لنصوص الدستور، وتغليياً لأحكامه، حفظاً لكيانه وسلامة النظام العام الدستوري وبنائه)).

وقد خلصت المحكمة إلى إبطال عملية الانتخاب برمتها، التي أجريت بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢ في الدوائر الخمس، وبعدم صحة عضوية من أعلن فوزهم فيها، لبطلان حل مجلس الأمة وبطلان دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة والتي تمت على أساسها هذه الانتخابات، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها أن يستعيد المجلس المنحل - بقوة الدستور - سلطته الدستورية كأن الحل لم يكن، وذلك على النحو الموضح بالأسباب.

الواقع، وبتحليل مبدئي لحكم المحكمة الدستورية نجد أنها فضّلت عدم التوسع في أي استثناء على مبدأ المشروعية، بشكل يجعلها مختصة في تشديد الرقابة على الإجراءات الجوهرية والشكلية التي يجب الالتزام بها دستورياً عند إصدار القرارات الإدارية ومنها مرسوم حل مجلس الأمة، وذلك على عكس حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، المشار إليه فيما سبق، والذي ركّز في بناء حيثياته وفقرته الحكيمة على نظرية الأعمال السيادية والحكومية - كاستثناء على مبدأ المشروعية - وذلك لإعلان عدم اختصاص المحكمة ولائياً... فما هو مبدأ المشروعية؟ وما هي الاستثناءات عليه؟

## المبحث الثالث

### "مبدأ المشروعية" : مفهومه ومصادره

تقع أعمال الإدارة، بما تصدره من قرارات أو تتخذها من تصرفات أو تجريه من تعاقدات، تحت سقف قانوني لا يجوز تخطيه أو تجاوز حدوده الدستورية والقانونية وهو "مبدأ المشروعية"، حيث يحظر في "دولة القانون" على السلطة التنفيذية تخطي ما يسمى "كتلة القواعد القانونية" من أعلى درجات هرمها وهو الدستور إلى أدنى قواعدها وهي المبادئ والأعراف القانونية، مروراً بنصوص القوانين واللوائح، وذلك بالقدر نفسه الذي لا يجوز معه للأفراد ولا للمتعاملين مع الإدارة تخطي حدود هذه الكتلة الدستورية والقانونية.

وقد اعتبر - عن حق - مبدأ المشروعية بمثابة صمام الأمان ضد كل تعسف أو استبداد أو اعتداء قد ترتكبه الإدارة ضد أي فرد أو متعامل معها، وهو بنفس الوقت حاكم للعلاقة بين الأفراد والإدارة والحقوق والواجبات المتبادلة.

يرتكز مبدأ المشروعية على جملة من المصادر القانونية التي يمكن تلخيصها وفقاً للآتي :

- ١ - الدستور، بما يتضمنه من نصوص وقواعد عامة مجردة تسمو على كافة ما دونها من درجات في سلم الهرم القانوني.
- ٢ - المعاهدات والاتفاقيات وإعلانات الحقوق العالمية... التي تخضع لها الدول طوعاً بمجرد انضمامها وتوقيعها على الأطر الاتفاقية والمعاهدات المعنية، ومثال على ذلك ميثاق الأمم المتحدة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقيات الثنائية والإقليمية والدولية.
- ٣ - المبادئ ذات القيمة الدستورية التي تؤسسها وتعلنها أحكام المحاكم والمجالس الدستورية. وفي هذا الإطار، سار المجلس الدستوري الفرنسي، وتبعه المجلس الدستوري اللبناني، باتجاه أن من وظائف المحاكم الدستورية الرئيسية هي استخلاص بعض المبادئ الدستورية التي تشكل ضماناً للحقوق والحريات العامة، ومن بين المبادئ التي ابتكرها وكوّسها القضاء الدستوري الفرنسي يذكر : مبدأ استقلال أساتذة الجامعة، وهو ما يعرف بمبدأ (الحريات الجامعية LIBERTES UNIVERSITAIRES) التي فصلها الحكم الصادر بتاريخ ١٩٨٤/١/٢٠. كما اعتبر القضاء الدستوري الفرنسي بموجب الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧١/٧/١٦ أن حرية التجمع (LIBERTE D'ASSOCIATION) هي مبدأ ذو قيمة دستورية...الخ.

ومن المبادئ الدستورية المهمة التي تطرق إليها القضاء الدستوري اللبناني يذكر مبدأ ضرورة الحفاظ على النظام العام واستمرارية المرفق العام في الظروف الاستثنائية، وذلك بموجب الحكم الصادر بتاريخ ٢٤ / ١١ / ١٩٩٩، وكذلك مبدأ حق ودورية الاقتراع وما يستخلص من ذلك بشأن حقوق الناخبين والمرشحين، ناهيك عن مبدأ تكافؤ الفرص والجدارة في التعيين بالوظائف العامة... الخ.

٤ - **القوانين:** ويقصد بها النصوص الصادرة عن المجالس التشريعية والبرلمانات التي أعطيت بموجب الدساتير وظيفية إصدار نصوص عامة مجردة يطلق عليها لفظ (القانون).

٥ - **المبادئ العامة للقانون:** (LES PRINCIPES GENEREAUX DU DROIT) ويعود الفضل في انطلاقة هذه المبادئ واعتماد القضاء عليها بشكل دوري ومتكرر لأحد الاجتهادات القضائية الفرنسية المشهورة والصادرة عن محكمة التنازع<sup>(٥)</sup> بتاريخ ٨ / ٢ / ١٨٧٣، حيث أثار القاضي مسألة الأخذ بهذه المبادئ صراحة وتطبيقها حتى في غياب النص. من هذه المبادئ نذكر مبدأ المساواة بين المواطنين في الأعباء العامة، واجب الإدارة بحماية المواطنين، حصانة الإدارة وأموالها من أي اعتداء، حق دخول الوظيفة العامة دون تمييز بين الرجل والمرأة، منع الإدارة من صرف امرأة حامل كانت متعاقدة معها لعمل معين... الخ.

٦ - تبقى الإشارة إلى بعض المصادر الأخرى لمبدأ المشروعية والتي نذكر منها دون تفصيل: الأعراف، الاجتهاد القضائي، ومبدأ "قوة القضية المقضية" أي الأثر العام والمطلق للأحكام القضائية الذي يتخطى في مفاعيله المتخصصين.

خلاصة القول أن القضاء - ولاسيما القضاء الإداري - حين ينظر في مشروعية أي عمل أو قرار أو تصرف تقوم به أو تتخذه السلطة التنفيذية، يستخدم مكيالاً دقيقاً وحساساً يعرف بـ "مبدأ المشروعية". ويبقى التساؤل مشروعاً عن مدى اعتبار هذا المبدأ مطلقاً ومحصناً من أي استثناء؟



## المبحث الرابع

### "الأعمال الحكومية" الاستثناء الأبرز على مبدأ المشروعية

تتناول الكتب الفقهية - خاصة تلك التي عالجت نظريات وتطبيقات القانون الإداري- فصلاً تقليدياً يسمى "حدود واستثناءات مبدأ المشروعية"، وتفصيل هذا العنوان يوضح أن "مبدأ المشروعية"، وعلى الرغم من أهميته في تكريس مبدأ "دولة القانون" وحماية حقوق الأفراد والجماعات، لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال مبدأً مقيداً لنشاط الإدارة يجعلها في كل صغيرة وكبيرة وفي أي قرار تتخذه تحت رحمة مقصلة المشروعية.

من هذا المنطلق برز في القضاء والفقه الفرنسيين استثناءات عديدة على مبدأ المشروعية، فتحت أمام الإدارة حيز الحرية بالتصرف والتقرير وخولتها اتخاذ الخيارات المناسبة لمعالجة تداعيات ومسائل ذات صبغة خاصة، وأبرزها:

- ١ - القرارات المتخذة في ظل الظروف الاستثنائية.
- ٢ - القرارات المتخذة بناء على السلطة التقديرية للإدارة.
- ٣ - التدابير الداخلية التي لا ترقى إلى اعتبارها قراراً إدارياً نافذاً.
- ٤ - أعمال السيادة أو الأعمال الحكومية.

ونلخص الاستثناءات الثلاثة الأولى تاركين المجال لتفصيل الاستثناء الرابع موضوع البحث. الواقع أنه منذ مطلع القرن الماضي، وتحديدا بتاريخ ٢٨/٦/١٩١٨، أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً شهيراً اعتبر فيه أن هناك بعض التدابير والقرارات التي تتخذها الإدارة لمواجهة ظروف استثنائية معينة لا يمكن البحث في مشروعيتها رغم وضوح مخالفتها للقوانين في حال اتخاذها في ظروف عادية<sup>(٦)</sup>. وهكذا كرّس القضاء الإداري الفرنسي وسار منذ زمن على أول استثناء على "مبدأ المشروعية" وفق ما يسمى "بنظرية الظروف الاستثنائية".

وفيما يتعلق بالاستثناء الثاني على "مبدأ المشروعية"، يتبين أن القضاء الإداري الفرنسي نظر إلى ما يسمى "السلطة التقديرية للإدارة" نظرة رحيمة وواقعية، بحيث يمكن للإدارة اتخاذ القرار أو التصرف الذي تراه ملائماً في حال ترك القانون لها سلطة التقرير والتقدير، وذلك بمعزل عن أي رقابة قضائية تحد من حريتها في هذا

الشأن، ومثال على ذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ ١٥/٣/١٩٦٣ حين اعتبر أن القانون يمنح المحافظ سلطة استثنائية لقبول أو رفض الإذن بإزالة بعض الأبنية، وأن القضاء الإداري لا سلطة لديه تخوله النظر في قرار المحافظ في ضوء مبدأ المشروعية<sup>(٧)</sup>.

أما عن التدابير الداخلية، الاستثناء الثالث لمبدأ المشروعية، فهي قرارات وتدابير وأعمال تقوم بها الإدارة داخلياً مما يجعلها بمصاف التدابير التمهيدية التي تسبق أو تحضّر لاتخاذ القرار النهائي النافذ والقابل للطعن. فالتدابير الداخلية لا يمكن اعتبارها خاضعة لمبدأ المشروعية كونها لا تؤثر في المراكز القانونية للمعنيين بها طالما أنها لم تترجم على صيغة قرارات وتصرفات إدارية نهائية ونافذة. ومثال على ذلك توصيات اللجان الوزارية التي تسبق قرار مجلس الوزراء، حيث لا يمكن الطعن بها قضاءً حتى ولو لم تكن متوافقة مع مبدأ المشروعية، إذ أنها طالما لم تصدر بصورة قرار نافذ من مجلس الوزراء، تبقى منضوية تحت مسمى الأعمال التمهيدية غير الخاضعة للطعن.

### بدء اعتماد الطبيعة السياسية لبعض الأعمال الإدارية :

بقي السؤال مشروعاً عن ماهية وتطور "الأعمال الحكومية" التي تأخذ مسميات وأشكال تعرف أحياناً بالأعمال "السيادية" وأحياناً أخرى بالأعمال "السياسية".

منذ تاريخ ١/٥/١٨٢٢ انطلقت المؤشرات الأولى للاعتراف بطائفة من التصرفات والقرارات والأعمال الإدارية ذات الطبيعة "السياسية"، حيث اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي في قرار شهير أنها محصنة من الخضوع للرقابة القضائية بجميع صورها ومظاهرها، سواء في ذلك رقابة الإلغاء أو رقابة التعويض أو رقابة فحص المشروعية<sup>(٨)</sup> ومن ثم كرر مجلس الدولة الفرنسي تأكيداً على الحصانة القضائية لهذه الأعمال استناداً لنفس التبريرات<sup>(٩)</sup>.

ثم كوّنت سبحة الأحكام الصادرة بنفس الشأن ولكن بتبريرات مختلفة، ويشار في هذا الإطار إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي الذي تجاوز فيه القاضي مسألة تبرير

CE 15 Mars 1963, SEC - COMPAGNIE ELECTRO-MECANIQUE (٧)

<http://www.affaires-publiques.org/textof/jplist/ac-gp/1961-70/index1.html>.

CE LAFFITE, Rec. 1821-1825, Leb p. 202. (٨)

CE 9 Mai 1867, DUC D'AUMALE et MICHEL LEVY, Leb. p. 472. (٩)

الحصانة القضائية للأعمال الحكومية بالدافع السياسي التي يقف وراءها، إلى تبريرها بـ "الوظيفة الحكومية" للسلطة الإدارية متخذة القرار<sup>(١٠)</sup>.

ومن ثم انتقل القضاء الإداري الفرنسي إلى مرحلة النظر والبحث في طبيعة العمل بذاته<sup>(١١)</sup>. حيث اعتبر أن المعيار المرجح للتمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة، هو معيار طبيعة العمل المتخذ، حيث ينظر إلى أعمال السيادة على أنها الأعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، وأما إذا صدرت هذه الأعمال عن هذه السلطة باعتبارها إدارة كانت أعمالها إدارية تخضع لرقابة القضاء لناحية مشروعيتها واتساقها مع النظام القانوني للبلاد.

ونظراً لحساسية هذه النظرية ولصعوبة التحديد الواضح لمعالمها، حاول القضاء الفرنسي - ومن بعده القضاء المصري - ضبط توسعها حيث انتهت المحاكم إلى اعتماد لائحة ضيقة "للأعمال الحكومية" و"السيادية" التي يمكن للحكومة التحصن خلفها من رقابة "مبدأ المشروعية". وفي هذا السياق اعتبر القضاء الإداري المصري بتاريخ ١٩/١/١٩٥٦ أنه "لم يتيسر وضع تعريف حاسم أو حصر دقيق لأعمال السيادة، إذ أن ما يعتبر عملاً إدارياً عادياً قد يرقى في ظروف وملابسات سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة، كما أن ما يعتبر من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى الأعمال الإدارية"<sup>(١٢)</sup>.

(١٠) CE 19 Fevrier 1875, PRINCE NAPOLEON, Leb. p. 155.

(١١) CE Sect 18 Juillet 1930, ROUCHE, Leb. p. 771.

(١٢) في السياق نفسه ذهب المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم (٢) لسنة (١) قضائية (دستورية) بجلسة ١١/١١/١٩٧١ ج ١ (عليا)، ص ٣٠ إلى أنه: ((يبين من استقصاء التشريعات المنظمة لمجلس الدولة منذ أنشئ بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والذي استبدل به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ كما أعيد تنظيمه مرة بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وأخرى بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وهو القانون القائم، يبين من ذلك أن هذه التشريعات كافة قد تضمن كل منها نصاً يقضي بعدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة- المادة (٦) من القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والمادة (٧) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ والمادة (١٢) من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والمادة (١٢) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ - وقد نهج المشرع في القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة سبيل تحديد بعض أعمال السيادة على سبيل المثال فنصت المادة السادسة من هذا القانون على ما يأتي: (لا تقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة للعلاقات الحكومية بمجلس البرلمان وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجية للدولة وعن العلاقات السياسية والمسائل الخاصة بالأعمال الحربية، على العموم = سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة ثم عدل المشروع عن هذا النهج في القانون

وفي هذا الإطار يشار تقليدياً إلى عنوانين رئيسيين هما: الأعمال الحكومية ذات الصلة بالعلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة، ومن جهة أخرى الأعمال السيادية ذات الصلة بالعلاقات الدولية، الدبلوماسية والخارجية، وبالأمن الداخلي.

## أ - الأعمال الحكومية ذات الصلة بالعلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية:

اعتمد القضاء الفرنسي تحت عنوان "الأعمال ذات الصلة بالعلاقة بين السلطتين" مجموعة من الأعمال والتصرفات المحصنة من رقابة القضاء، وأبرزها:

- ١ - حق الحكومة بعدم اقتراح مشاريع القوانين<sup>(١٣)</sup>.
  - ٢ - إصدار مراسيم القوانين<sup>(١٤)</sup>.
  - ٣ - رفض أخذ المبادرة لتعديل الدستور<sup>(١٥)</sup>.
  - ٤ - تسمية أعضاء المجلس الدستوري والوزراء<sup>(١٦)</sup>.
  - ٥ - قرار طرح مشروع قانون على الاستفتاء<sup>(١٧)</sup>.
  - ٦ - تفعيل نص المادة (١٦) من الدستور الفرنسي التي تخول رئيس الجمهورية صلاحيات استثنائية في بعض الظروف الخاصة<sup>(١٨)</sup>.
  - ٧ - مراسيم حل البرلمان<sup>(١٩)</sup>.
- وقد اعتبرت كل هذه الأعمال من قبيل الأعمال المتخذة من خلال "سلطة دستورية" لا من خلال "وظيفة إدارية"، وبالتالي ليس للسلطة القضائية أي اختصاص

= رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فاستبعد ما ورد من هذه الأعمال على سبيل المثال، وجاء نص المادة (١٢) منه على النحو الآتي: (لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة) وقد أقر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ هذا النص في المادة الثانية عشرة، وبذلك ترك المشرع للقضاء تحديد ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها).

(١٣) CE Sect 18 Juillet 1930, ROUCHE, Leb. p. 771.

(١٤) CE Sect 3 Novembre 1933, DESREUMEUX, Leb. p. 993.

(١٥) CE Sect 25Juillet 1947, SOCIETE L'ALFA, Leb. p. 344.

(١٦) CE Ass. 9 Avril 1999, Mme BA et, Leb. p. 124.

(١٧) CE Ass 19 Septembre 1962, BROCAS, Leb. p. 553.

(١٨) CE Ass. 2 Mars 1962, RUBIN DE SERVENS et AUTRES, Leb. p. 143.

(١٩) CE 20 fevrier 1989 ALLAIN, RFDA, 868, FRYDMAN.



أو صلاحية يخولها التدخل أو يمنحها حق رقابة أعمال السلطات الأخرى ولا سيما الحكومية منها.

## ب - الأعمال السيادية ذات الصلة بالعلاقات الدولية، الدبلوماسية والخارجية، وبالأمن الداخلي.

من جهة أخرى، وتحت عنوان "الأعمال السيادية ذات الصلة بالعلاقات الدولية، الدبلوماسية والخارجية، وبالأمن الداخلي"، يشار إلى الأعمال والتصرفات ذات الصلة ب: النشاط الدبلوماسي، إبرام المعاهدات، إجراء المفاوضات، إعلان الأحكام العرفية، الدخول في تحالفات، وكذلك الأعمال المتصلة بالعمليات العسكرية والهدنة أو ذات الصلة بالاستقرار الأمني وتدابير الشرطة أثناء الأزمات الكبرى والحروب...الخ، وقد تطرق القضاء الفرنسي لهذه المسائل في أكثر من مناسبة، منها:

- ١ - قرار حماية الفرنسيين وممتلكاتهم خارج الأراضي الفرنسية<sup>(٢٠)</sup>.
- ٢ - قرار عدم اللجوء إلى محكمة العدل الدولية في قضية معينة<sup>(٢١)</sup>.
- ٣ - قرار التشويش على البث الخاص بإذاعة أجنبية<sup>(٢٢)</sup>.
- ٤ - إيجاد منطقة عازلة في المياه الدولية أثناء التجارب النووية<sup>(٢٣)</sup>.
- ٥ - قرار إرسال قوات فرنسية إلى كوسوفو<sup>(٢٤)</sup>.
- ٦ - توقيع اتفاقية دولية<sup>(٢٥)</sup>.
- ٧ - قرار عدم نشر معاهدة دولية<sup>(٢٦)</sup>.
- ٨ - قرار تعليق وتنفيذ المعاهدات<sup>(٢٧)</sup>.
- ٩ - تصويت الممثل الفرنسي في مجلس الاتحاد الأوروبي<sup>(٢٨)</sup>.

- 
- |                                                                             |      |
|-----------------------------------------------------------------------------|------|
| CE, 2 mars 1966, Dam Cramencel, Leb 157.                                    | (٢٠) |
| CE, 9 juin 1952, Géný, Leb 19.                                              | (٢١) |
| TC, 2 février 1950, Radiodiffusion française, Leb 652.                      | (٢٢) |
| .Leb 423. CE, Ass., 11 juillet 1975.                                        | (٢٣) |
| CE, 5 juillet 2000, Mégret et Mekhantar, Leb 312.                           | (٢٤) |
| CE, Sect., 1er juin 1951, Société des étains et wolfram du Tonkin, Leb 312. | (٢٥) |
| CE, 4 novembre 1970, de Malglaive, Leb 653.                                 | (٢٦) |
| CE, Ass., 18 décembre 1992, Préfet de la Gironde c. Mahmedi, Leb 446.       | (٢٧) |
| CE, Ass., 23 novembre 1984, Association (Les Verts), Leb 382.               | (٢٨) |

- ١٠ - قرار تعليق التعاون العلمي والتقني مع العراق أثناء فترة غزوه للكويت<sup>(٢٩)</sup>.
- ١١ - قرار رئيس الجمهورية بالسماح للطائرات الإنكليزية والأمريكية بعبور المجال الجوي الفرنسي لقصف الأراضي العراقية أثناء الحرب<sup>(٣٠)</sup>.

### موقف الفقه من النظرية :

تتركز الأسانيد التي أعطيت لنظرية "الأعمال الحكومية" إلى مجموعة من المبررات تجعل منها أعمالاً تتصل بالمصلحة العليا للبلاد، فوفق البعض ترتكز النظرية على بعض الاعتبارات القانونية والعملية على سند من القول أن القانون وسيلة وليس غاية يبتغى منه حماية المصلحة العليا للدولة وضمان أمنها واستقرارها الداخلي والخارجي، فإذا كانت هناك مفاضلة بين احترام القانون والمصلحة العليا رجحت كفة الأخيرة، إذ أن سلامة الدولة وأمنها وأمان مواطنيها فوق القانون وفوق "مبدأ المشروعية".

من ناحية أخرى، ترتبط النظرية لدى البعض الآخر بمبدأ فصل السلطات، ولاسيما الفصل بين السلطة القضائية والتنفيذية، حيث أن مجموعة "الأعمال الحكومية" تخرج من نطاق اختصاص القضاء بجهتيه، فهي مسائل لا تدخل في مدلول المنازعات الإدارية التي يختص القضاء الإداري بالفصل فيها، كما لا تدخل في مدلول منازعات الأفراد التي يختص القضاء العادي بنظرها، وذلك لطبيعتها الخاصة المرتبطة بالمصلحة العليا للبلاد وبالعلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وفي هذا الإطار، ربطت النظرية بالتخوف من مغالاة بعض القضاء في شدة رقابتهم على أعمال الحكومة وعدم النأي بنفسهم عن التدخل في مستنقع السياسة مما يخشى معه تكريس ما يسمى بـ "حكومة القاضي".

إلا أن أوضح المبررات لهذه النظرية أتت على لسان بعض أشهر المفكرين القانونيين الفرنسيين ولاسيما HAURIOU, DUGUIT, LAFARIERRE الذين - كل على طريقته - فرقوا بين ثنائية الوظيفة "الحكومية" و"الإدارية" للسلطة التنفيذية. فالقرار الذي تتخذه بدافع حكومي سياسي هو قرار محصن من رقابة القضاء على عكس القرار الذي تتخذه بصفتها الإدارة العامة في البلاد. وهذا ما دفع الفقيه DUGUIT إلى تسميتها بالأعمال السياسية وليست السيادية. أما تصرفات أو قرارات

CE, 23 septembre 1992, GISTI, Leb 346.

(٢٩)

CE, 10 Avril 2003, Comité contre la guerre en Irak.

(٣٠)

السلطة التنفيذية في معرض تسيير أعمال الإدارة العامة فهي قرارات وتصرفات إدارية تخضع في رقابتها وحدودها القانونية "لمبدأ المشروعية" وما يتفرع عنه من عدم جواز استغلال السلطة أو النفوذ وحظر تحويل الأصول والإجراءات، وواجب احترام النصوص والمبادئ الدستورية والقانونية...الخ

وهذا التوجه هو نفسه الذي اعتمده القضاء الإداري في مصر حين عرّف العمل المحصّن من الرقابة القضائية بأنه "العمل الذي يتصل بالسيادة العليا للدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من سلطان الحكم للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج"<sup>(٣١)</sup>.

وقد تكرر هذا التعريف في أكثر من مناسبة حيث عرفت محكمة القضاء الإداري المصري أعمال السيادة في حكم أصدرته بتاريخ ١٩٥١/٦/٢٦ بأنها "الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت أو خارجية، أو تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو للذود عن سياستها في الخارج، ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو في النطاق الخارجي، إما لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطات العامة الداخلية أو الخارجية في حالتها الهدوء والسلام. وإما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو في الخارج في حالتها الاضطراب والحرب".

(٣١) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١٩٥٢/٢/٥ في الدعوى رقم ٥٨٨ - السنة ٥ ق - مجموعة الأحكام - السنة السادسة - ص ٤١٦.

## المبحث الخامس

### مرسوم الحل وموقف القضاء منه على طاولة الدراسة

على قدر ما أثار مرسوم حل مجلس الأمة من جدل قانوني وسياسي، أثارت الأحكام الصادرة عن كل من المحكمة الدستورية والدائرة الإدارية في المحكمة الكلية بشأنه كثيراً من التعليقات والمواقف المتناقضة. ولعل لحكم المحكمة الدستورية نصيب الأسد في التحليل والتعليق العميقين، حيث تضاربت الآراء في شأن ما انتهت إليه المحكمة التي قضت باعتبار مرسوم الحل كأنه لم يكن، فذهب فريق إلى تأييدها متمسكاً بمبدأ المشروعية وانطباقه على مرسوم الحل، بينما لم يؤيدها اتجاه آخر لأسباب ومبررات مختلفة.

إن المتفحص لآراء الفقه - على اختلاف مواقفه - يجد أن السبب في اختلاف ردات الفعل من كلا الحكمين لصالح حكم المحكمة الدستورية، يعود إلى عدة أسباب نوجزها بما يلي :

- السبب الأول : اختلاف الدرجة لكل من المحكمتين، فالدائرة الإدارية في المحكمة الكلية ومهما كانت أهمية وحصافة حكمها تبقى محكمة درجة أولى تتواضع قيمة أحكامها معنوياً أمام الأحكام الصادرة عن محكمة تتربع على قمة الهرم في القضاء الكويتي وهي المحكمة الدستورية التي تعتبر الملاذ الأخير لتحسين الدستور من أي مساس بأحكامه. هذا بالإضافة إلى التأثيرات والترددات السياسية التي تحدثها أحكام المحكمة الدستورية على الصعيد الشعبي وعلى صعيد العلاقة بين السلطات الدستورية.
- السبب الثاني : مرتبط بمنطوق الحكم بذاته حيث إن حكم المحكمة الدستورية موضوع البحث والقاضي بإلغاء العملية الانتخابية برمتها واعتبار مجلس الأمة المنتخب كأنه لم يكن أثار بالطبع حتماً واسعاً من التفاعل السياسي والقانوني المؤيد والمعارض على حد سواء، وذلك أكثر بكثير مما أثاره من تعليقات حكم محكمة درجة أولى نأت بنفسها عن رقابة مرسوم تجنبت خصوصيته واحترمت ارتباطه بالعلاقة السياسية بين السلطتين التنفيذية والتشريعية.
- السبب الثالث : وهو باعتقادنا السبب الرئيسي والأهم الذي سيرتكز عليه أي محلل أو معلق على الحكمين موضوع البحث، حيث ترتبط حقيقة مضمون الحكمين بالنطاق الذي رسمه كل من المحكمتين لمفهوم "أعمال السيادة" أو



"أعمال الحكومة"، وللموقف الذي تتخذه المحكمة في تكييفها والتعامل مع الوقائع موضوع البحث.

ولإلقاء الضوء على أبرز المواقف المتناقضة في شأن مرسوم الحل وحكم المحكمة الدستورية بشأنه، جمعت صحيفة "الرأي"<sup>(٣٢)</sup>، في ندوة خصصت لهذا الشأن، أربعة متخصصين تناولوا بإسهاب تفاصيل هذا الحكم التاريخي وتفاصيله ومفاعيله.

فقد اعتبر الدكتور إبراهيم الحمود أن مرسوم الحل عمل سيادي باعثة سياسي، وبيّن أن المحكمة الدستورية في حقيقة حكمها ((قالت أنا لم أتعرض لعمل من أعمال السيادة ولكن تعرضت لإجراءاته))، فرفض ذلك مستنداً في وجهة نظره إلى القول بأن ((من لا يملك الموضوع لا يملك الإجراءات))<sup>(٣٣)</sup>. وفي نفس الاتجاه، أيد الدكتور بدر بجاد المطيري الرأي المتمسك بنظرية الأعمال السيادية، فأكد باستغراب أنه لم يسمع ((في أي دولة إن مرسوم الحل لا يعتبر عملاً سيادياً))، وبيّن أن أعمال السيادة - التي أوجدها القضاء الفرنسي - تهدف إلى ((إبعاد القضاء عن الصراع الدائر ما بين الحكومة والمجلس<sup>(٣٤)</sup>)).

وفي سياق مختلف، ذهب الدكتور محمد الفيلي مذهباً يوسع نطاق النظر إلى الحكم ليشمل التجارب المقارنة واحترام حكم القضاء أياً يكن موقفه، فاعتبر أن الحكم أخرج إجراءات الحل عن نطاق أعمال السيادة وحاول أن يستهدي بتجارب أخرى في القضاء المقارن بوضع حلول تمنع الإحساس بالفوضى، ونّبّه إلى عدم جواز الدفع في

(٣٢) صحيفة (الرأي) الكويتية، ندوة حكم (الدستورية): أسباب تأييده وكيفية معارضته ومن يقرر انعدامه، ٢٠١٢/٧/١٥.

(٣٣) ولتوضيح رأيه أكد الدكتور إبراهيم الحمود أنه من ((أشد أنصار نظرية أعمال السيادة باعتبار هذه النظرية ليست فقط نظرية قضائية ولكنها باعتبارها في المنهج اللاتيني، ونحن نعيش في ظلّه باعتبار أن دستور الكويت دستور لاتيني، أصله التاريخي هو دستور الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ وأصله التاريخي أيضاً دستور الجمهورية الثالثة الفرنسية...)).

(٣٤) أكد الدكتور بدر بجاد المطيري أن ((المشرع الكويتي لم يكتفِ بأنه تبنى نظرية أعمال السيادة وإنما لحرصه الكبير على إبعاد القضاء عن هذه المسائل السياسية نص في المادة الثانية في قانون تنظيم القضاء سنة ١٩٩٠ على أنه ليس للمحاكم أن تنظر أعمال السيادة، مبدئياً تخوفه إذا تم اعتماد الاتجاه الذي راحت فيه المحكمة أن ((يتم الطعن في المستقبل بمرسوم تشكيل الحكومة)) فتساءل ((هل ستحكم المحكمة ببطلان مرسوم تشكيل الحكومة؟!)).

اتجاه يتعارض مع فكرة الدولة، حيث لا يجب أن ينطبع في الذهن أن التقليل من شأن الحكم هو رسالة للناس لعدم الاعتداد به، مبينا أنه ((من الأفضل أن نقلل من فقه التكهّنات كي لا نضع الناس في لبس، ونخطئ في فرضيات لم نكن نتوقعها)... عاتباً في الوقت نفسه على السياسيين ((الذين تسرعوا في رمي القضاء بكل ما يعتقدون أنه سيئ، فهم يسيئون إلى مصدر من مصلحتهم أن يطلبوا منه الحماية))<sup>(٣٥)</sup>. وفي نفس الاتجاه المدافع عن القضاء حذر الدكتور فايز الظفيري من انتقاد السلطة القضائية أو المساس بها بسوء نية، حيث أن ذلك غير جائز وله عقوبة جزائية تصل إلى الحبس سنتين. وقال: ((إن ما يحدث في شارع الكويت ثقافة جديدة مستهجنة من قبل المختصين في قانون الجزاء، نحن نسمع الآن عن حرية النقد، يجب أن يعلم كل من يتحدث عن هذه المصطلحات أن حرية النقد الجائز ممارستها في مواجهة رجال القضاء والسلطة القضائية حرية نقد محددة وليست مطلقة... النصيحة التي أعلنها هي يجب أن نهذأ ونعرف كيف نتكلم لأن الكلام قد يثير مسؤولية جزائية سواء للأخوة أعضاء السلطة التشريعية السابقين أو الأفراد العاديين)).

اختلف الفقه إذاً في نظريته لدستورية مرسوم حل مجلس الأمة، وبالتالي اختلف في تأييده وفي انتقاده لحكم المحكمة الدستورية... ولكل في هذا الشأن مبرراته ونظريته، وتطور المواقف المؤيدة أو الراضية للحصانة القضائية لمرسوم الحل تحت ثلاث أفكار وعناوين رئيسية هي:

- ولاية القضاء في شأن النظر بدستورية مرسوم الحل.
  - توصيف الحل بين رئاسي أو حكومي.
  - دستورية الحكومة التي اجتمعت ووافقت على حل المجلس.
- وفيما يلي أبرز الآراء الفقهية التي درأت في فلك الأفكار والعناوين سابقة الذكر.

(٣٥) لقد كرر الدكتور محمد الفيلي مواقفه في تعليق على حكم المحكمة الدستورية بعنوان "من الحصانة مساندة القضاء عندما نكون أمام نقلة نوعية محمودة ومستحقة"، صحيفة الجريدة الكويتية الصادرة بتاريخ ٢٠١٢/٧/٢.

## الفقرة الأولى : المواقف التي لا تتفق مع حكم المحكمة الدستورية:

### أولاً - موقف رئيس إدارة الفتوى والتشريع :

قد يكون في موقف إدارة الفتوى والتشريع المتمثل في بيان رسمي لرئيسها، أبرز وأشمل توضيح للاتجاه المدافع عن دستورية مرسوم حل مجلس الأمة<sup>(٣٦)</sup>. حيث اعتبر البيان أن الإجراءات التي اتبعت في استصدار مرسوم حل مجلس الأمة جاءت صحيحة موافقة لحكم الدستور والقانون بما يترتب عليه سلامة الإجراءات التي تتخذ بعد صدور هذا المرسوم ومنها مرسوم الدعوة لانتخاب أعضاء مجلس الأمة، الأمر الذي يستدل معه ضمناً أن هذا الرأي لا يتفق مع ما ذهبت إليه حكم المحكمة الدستورية.

وقد ورد في بيان رئيس إدارة الفتوى والتشريع ((أنه يجوز لمجلس الوزراء عقد اجتماعاته برئاسة رئيس مجلس الوزراء الشيخ جابر مبارك الحمد الصباح إعمالاً للأمر الأميري بتعيينه وبعد أدائه اليمين الدستورية وعضوية الوزراء المستقلين والمستمرين في مناصبهم إلى أن يتم تشكيل وزارة جديدة وأداء أعضائها القسم الدستوري أمام سمو أمير البلاد)). وأضاف أنه ((بناء على ما ورد في وسائل الإعلام حول مدى سلامة المرسوم رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١ بحل مجلس الأمة فإن إدارة الفتوى والتشريع تؤكد ما سبق أن انتهت إليه من أنه بعد صدور الأمر الأميري في ٣ المحرم ١٤٣٣هـ الموافق ٢٨ نوفمبر لسنة ٢٠١١م بقبول استقالة سمو الشيخ ناصر المحمد الأحمد الصباح رئيس مجلس الوزراء والوزراء، وأن يستمر كل منهم في تصريف العاجل من شؤون منصبه إلى حين تشكيل الوزارة الجديدة، وبعد أن صدر الأمر الأميري في ٥ المحرم ١٤٣٣هـ الموافق ٣٠ نوفمبر ٢٠١١م بتعيين الشيخ جابر مبارك الحمد الصباح رئيساً لمجلس الوزراء وتكليفه بترشيح أعضاء الوزارة الجديدة، فإنه بأدائه اليمين الدستورية أمام حضرة صاحب السمو أمير البلاد - حفظه الله ورعاه - في ٢٤ ديسمبر الجاري فإنه يكون له أن يتولى صلاحيات منصبه كرئيس لمجلس الوزراء وفقاً للمادة ١٢٦ من الدستور)).

وخلص إلى القول ((بالتالي فقد انتهت صلاحيات سمو رئيس مجلس الوزراء المستقل فقط مع استمرار باقي الوزراء في مباشرة تصريف العاجل من شؤون

(٣٦) المستشار/ فيصل عبد الرحمن الصرعاوي - رئيس الفتوى والتشريع، بيان رسمي وزعته وكالة الأنباء الكويتية (كونا) بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٧.

منصب كل منهم إلى حين تعيين خلف لكل منهم، وذلك وفقاً لأحكام المادة (١٠٣) من الدستور... وأنه بناء على ذلك فإنه يجوز لمجلس الوزراء عقد اجتماعاته برئاسة رئيس مجلس الوزراء الشيخ جابر مبارك الحمد الصباح أعمالاً للأمر الأميري بتعيينه وبعد أدائه اليمين الدستورية وعضوية الوزراء المستقلين والمستمرين في مناصبهم لتصرف العاجل من الأمور إذا اقتضت الضرورة ذلك إلى أن يتم تشكيل الوزارة الجديدة وأداء أعضائها القسم الدستوري أمام حضرة صاحب السمو أمير البلاد - حفظه الله ورعاه - بناء على ذلك يكون لمجلس الوزراء بتشكيله الحالي وبرئاسة الشيخ جابر مبارك الحمد الصباح النظر في استصدار المراسيم العاجلة)).

وتعريضاً لموقفه، أكد رئيس إدارة الفتوى والتشريع أنه ((لما كان رئيس الدولة بناء على المادة (١٠٧) من الدستور يملك وفقاً لسلطته التقديرية حل مجلس الأمة في ضوء الأسباب التي يقدرها سموه وفي التوقيت الذي يراه لذلك، فإن موافقة مجلس الوزراء على استصدار مرسوم بحل مجلس الأمة إنما هو عمل إجرائي يمارسه وفقاً لحكم المادتين (٥٥) و(١٢٨) من الدستور استناداً إلى ما ورد بديباجة مرسوم الحل من أنه: «إزاء ما آلت إليه الأمور وأدت إلى تعثر مسيرة الإنجاز وتهديد المصالح العليا للبلاد مما يستوجب العودة إلى الأمة لاختيار مثليها لتجاوز العقبات القائمة وتحقيق المصلحة الوطنية».... إن هذا السبب يتعلق برعاية المصالح العليا للبلاد ولا صلة له بعدم التعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية... وبالتالي فإن مرسوم الحل هو عمل صادر من رئيس الدولة بصفته سلطة حكم مما يعد من قبيل أعمال السيادة والتي لا تختص جميع المحاكم بنظره طبقاً للمادة (٢) من قانون تنظيم القضاء رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ وهو ما استقرت عليه أحكام المحاكم وعلى رأسها المحكمة الدستورية)).

## ثانياً - موقف المؤيدين لدستورية مرسوم الحل :

وتفصيلاً لهذا الاتجاه العام، ركّز المؤيدون لدستورية مرسوم حل مجلس الأمة على مجموعة من الأسانيد الرئيسية - يتصل بها عدد من المسائل الفرعية - وفقاً لما يلي:

١ - لا يمكن للقضاء، ومنه القضاء الدستوري، أن ينظر بدستورية أو مشروعية مرسوم الحل الذي يعتبر من الأعمال السياسية المرتبطة بالعلاقة بين السلطتين :

لعل في العنوان الفرعي للدراسة التي نشرتها صحيفة الوطن للدكتور إبراهيم الحمود ما يلخص بوضوح موقف المتمسكين بالحصانة القضائية لمرسوم حل مجلس



الأمة. فقد سطر الكاتب بصيغة الاستغراب أن "القضاء الكويتي لا ولاية له في رقابة أعمال السيادة حتى يعرض عليه دعاوى بطلان حل مجلس الأمة!!"، ومن ثم ختم رأيه بالقول: ((إن القضاء الدستوري وإن كان له الحق في رقابة الإجراءات التمهيدية لإصدار القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح والتحقق من دستوريته، فإنه سوف يحكم بعدم ولايته في فحص مرسوم الحل بحسبانه عملاً من أعمال السيادة، وبحسبانه ثانياً ليس إجراء لازماً لقانون أو مرسوم بقانون أو لائحة<sup>(٣٧)</sup>)). وأشار الدكتور إبراهيم الحمود، في موقع آخر<sup>(٣٨)</sup>، إلى أن هناك مناطق من الدستور لا يجوز للمحكمة الدستورية أن تمت بصرها إليها وهي المناطق ذات الطبيعة السياسية، مبيناً أن المحكمة الدستورية محكمة قانون بالمعنى الواسع وليست محكمة سياسية تفحص وتراقب البواعث السياسية، واختصاصها في الطعون الانتخابية يكون بحسبانها محكمة موضوع وليست محكمة دستورية، مشيراً إلى أن المختص أصلاً بالطعون الانتخابية مجلس الأمة بحسب المادة (٩٥) من الدستور، وليس للجهة التي يعهد لها باختصاص أن تراقب أكثر منه.

وفي سياق متصل، ذهب أستاذ القانون الدستوري الدكتور بدر جاد المطيري مذهباً متشدداً لجهة تحصين المراسيم الأميرية من الرقابة القضائية، فأشار إلى أن حل مجلس الأمة هو إحدى الصلاحيات المناطة بها الأمير استناداً للمادة (١٠٧) من الدستور، وأن ((هذه السلطة يستلزم ممارستها بأداة المرسوم الأميري لكون أن الأمير ذاته مصونة لا تمس ويباشر سلطاته الدستورية بواسطة وزرائه، والمرسوم الأميري هو الذي يحمل توقيع الأمير ورئيس مجلس الوزراء والوزير المختص إن وجد، وفي مرسوم الحل فإنه يكتفى بتوقيع الأمير ورئيس مجلس الوزراء فحسب دون توقيع أي من الوزراء... وبالتالي لا يمكن الطعن في دستورية حل مجلس الأمة لكون أن الجهة المختصة بالنظر في منازعات الدستورية لا يدخل في اختصاصاتها نظر دستورية المراسيم الأميرية، حيث حددت المادة (١٧٣) من الدستور الكويتي وقانون إنشاء المحكمة الدستورية سنة ١٩٧٣ اختصاصات المحكمة الدستورية على سبيل الحصر وهي: تفسير النصوص الدستورية و الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية

(٣٧) الدكتور إبراهيم الحمود، المرسوم بحل مجلس الأمة بين المشروعية والانعدام والبطلان، صحيفة الوطن الكويتية ١٤/١٢/٢٠١١.

(٣٨) رأيان متضادان في حكمها بإعادة مجلس ٢٠٠٩، الحمود: (الدستورية) خالفت الدستور... والحردان: لم تتجاوز صلاحياتها، صحيفة الوطن الكويتية الصادرة بتاريخ ٣٠/٠٦/٢٠١٢.

القوانين، وفي المراسيم بقوانين وفي اللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو صحة عضويتهم<sup>(٣٩)</sup>). وبالتالي لم يجد الكاتب ((في أي من الاختصاصات السابقة المنصوص عليها في الدستور وقانون إنشاء المحكمة الدستورية النظر في دستورية المراسيم الأميرية)).

وهذا ما ذهب إليه أيضاً الدكتور هشام الصالح، الذي اعتبر أن اختصاص المحكمة الدستورية ولأئياً يقف عند حدود العلاقة بين السلطتين كون الأخيرة تدخل ضمن نظرية أعمال السيادة، فكتب مذكراً بما قضت به المحكمة الدستورية بالكويت بأن ((رقابة دستورية التشريعات تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه، باعتبار أن نصوصه تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات على أساس من سيادة الدستور وسموه على سائر القوانين، وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا امتدت رقابة المحكمة الدستورية على كافة التشريعات الأصلية منها أو الفرعية كاللوائح، وهذا ما قرره الدستور بنص صريح وردده قانون إنشاء المحكمة<sup>(٤٠)</sup>). وترتيباً على ذلك خلص للقول إلى أنه: ((لا يخضع إجراء الحل لرقابة المحكمة الدستورية، ذلك أن قرار الحل لا يعد تشريعاً يتصف بالعمومية والتجريد، فهو مقصور على أطراف العلاقة المحددة، وهما السلطة التنفيذية والبرلمان، ويقضي بحل تلك الأخيرة. كما أنها صادرة عن السلطة التنفيذية وليست التشريعية، وتخضع لشروط وإجراءات تختلف تماماً عن تلك التي تحكم القوانين)).

٢ - إن الحل هو حل رئاسي وليس حكومياً، وبالتالي فهو لا يتطلب أكثر من توقيع أمير البلاد ورئيس مجلس الوزراء على المرسوم الصادر بشأنه، ولا دور لمجلس الوزراء في هذا الشأن.

رفض المؤيدون للحصانة القضائية لمرسوم الحل الرأي الذي يعتبر هذا المرسوم غير دستوري، والذي يستند إلى القول "أنه صدر بعد موافقة مجلس وزراء غير موجود دستورياً"، فتمسكوا بتوصيفهم مرسوم الحل بأنه حل رئاسي وليس حلاً حكومياً، وبالتالي فهو لا يتطلب - برأيهم - أكثر من توقيع أمير البلاد ورئيس مجلس

(٣٩) الدكتور بدر جاد المطيري، تعليق على دستورية مرسوم الحل ومدى وجود الرقابة القضائية، صحيفة الآن الإلكترونية ٢٠١١/١٢/٧.

(٤٠) الدكتور هشام الصالح، مدى رقابة المحكمة الدستورية على مرسوم الحل، صحيفة الوطن الكويتية، ٢٠١١/١٢/٢٦.

الوزراء عليه، وما موافقة مجلس الوزراء إلا إجراء شكلياً ليس له أي دلالة أو قيمة دستورية.

وفي هذا الاتجاه، اعتبر الدكتور إبراهيم الحمود أن ((إعمال المادة «٥٦» من الدستور وانتظار سمو الأمير ترشيح رئيس الوزراء لأعضاء وزارته ثم التعامل مع مجلس الأمة يراه سمو الأمير في غير محله، فالمصلحة العليا للبلاد تتطلب التدخل السريع، وأن اللجوء والمراهنة على الحل الوزاري لا يحقق رغبة سمو الأمير، فهو يرى أن المؤسسة التشريعية لم تعد صالحة وأن إنقاذ البلاد من الفتنة أمر يتطلب الحل الرئاسي... إن مرسوم الحل مصدره رغبة سمو الأمير قطع دابر الخلاف في السياسة التي ينتهجها مجلس الأمة ضد سياسة الأمير ورؤيته بحسبانه سلطة حكم، فهو يحكم كما يسود وله ثقل كبير في النظام البرلماني وله دور خطير في المؤسسات الدستورية بالبلاد<sup>(٤١)</sup>)).

وفي نفس الإطار، اعتبر الدكتور غازي العياش أنه ((بالتوافق ما بين نص المادة (١٠٧) والمادة (١٠٢) من حيث أداة الحل وهي المرسوم، يكون حل البرلمان في المادتين بمرسوم موقع من الأمير ورئيس الوزراء دون الحاجة إلى أخذ موافقة المجلس إذا كان من يرغب بالحل هو الأمير، إذ أن المادة (١٠٧) تحتل في معناها العملي والنظري أن يكون طلب حل البرلمان برغبة الحكومة أو من الأمير أيضاً تقديراً للمصلحة العامة، وهنا يكفي بتوقيع رئيس الوزراء بجانب توقيع الأمير. ومن خلال هذا الاستطرد، نقرر أن مرسوم الحل استكمل أركانه ويكون بذلك مرسوماً صحيحاً وفق نصوص الدستور، ولا ينال من صحته القول بأن اجتماع مجلس الوزراء الذي تم قبل رفع المرسوم إلى سمو الأمير باطل، فليس من شروط صحة المرسوم هنا عرضه على مجلس الوزراء<sup>(٤٢)</sup>)).

وللتفريق بين أنواع الحل دستورياً، جاء في "رؤية دستورية حول سلامة المرسوم رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١ بحل مجلس الأمة" نشرت في صحيفة "النهار" الكويتية، أن ((هناك خلط لدى العامة وأحياناً عند بعض المتخصصين بأن الحكومة ترفع عدم التعاون مع مجلس الأمة إلى سمو الأمير، وعلّق البعض على هذه الحالة

(٤١) الدكتور إبراهيم الحمود، المرسوم بحل مجلس الأمة بين المشروعية والانعدام والبطلان، صحيفة الوطن الكويتية الصادرة بتاريخ ٢٠١١/١٢/١٤.

(٤٢) غازي العياش، مرسوم الحل استكمل أركانه وهو صحيح وفق نصوص الدستور، صحيفة الوطن الكويتية ٢٠١١/١٢/١٨.

فيما إذا كان من حق الحكومة المستقلة وقد قبلت استقالته أن ترفع عدم التعاون مع المجلس. وهذا خلط غير صحيح؛ إذ أن حل مجلس الأمة يتم بواحد من طريقتين هما:

- إما وفقاً للمادة (١٠٢) من الدستور والتي تنص على أن: "يتولى رئيس مجلس الوزراء أي وزارة ولا يطرح في مجلس الأمة موضوع الثقة به. ومع ذلك إذا رأى مجلس الأمة بالطريقة المنصوص عليها في المادة السابقة عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء رفع الأمر إلى رئيس الدولة، وللأمير في هذه الحالة أن يعفي رئيس مجلس الوزراء ويعين وزارة جديدة أو أن يحل مجلس الأمة..." إذاً موضوع عدم التعاون يرفع فقط من مجلس الأمة وليس من الحكومة.

- أما الحل الثاني فيتم وفقاً للمادة (١٠٧) من الدستور والتي تنص على أن: "للأمير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، على أنه لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى..." وهذا الحل يتم بناء على أسباب يراها رئيس الدولة وليست الحكومة، ولكن أداتها المرسوم وليس الأمر الأميري<sup>(٤٣)</sup>.

٣ - إن الحكومة التي اجتمعت ووافقت على حل المجلس هي حكومة دستورية. ذهب المؤيدون لدستورية مرسوم الحل بعيداً واعتبروا أن الحكومة التي اجتمعت ووافقت على حل المجلس هي حكومة دستورية كون رئيسها اكتسب لقبه ومنصبه دستورياً بمجرد حلف اليمين أمام الأمير، وأعضاؤها - الوزراء المستقيلون من حكومة سابقة - هم ملزمون في مباشرة تصريف العاجل من شؤون منصب كل منهم إلى حين تعيين خلف لهم وذلك وفقاً لأحكام المادة (١٠٣) من الدستور. وفي هذا السياق اعتبر المحامي حمدان النمشان أن أداء رئيس مجلس الوزراء الجديد للقسم الدستوري أمام سمو الأمير لا شبهة دستورية فيه، ((لأنه لا يوجد نص في الدستور يمنع من ذلك، كما إن جميع الوزراء من الوزارة المستقلة، هم فقط لتصريف العاجل من الأمور، ومن ثم فإنه يجوز لرئيس مجلس الوزراء الجديد «ترؤس» جلسات مجلس الوزراء، ولا شبهة في ذلك)). وعليه رأى النمشان أنه لا شبهة دستورية في إصدار مرسوم حل مجلس الأمة بعد تقديم الحكومة استقالته، لأنه - أيضاً - لا يوجد أي نص دستوري يمنع من ذلك<sup>(٤٤)</sup>.

(٤٣) "رؤية دستورية حول سلامة المرسوم رقم (٤٤٣) لسنة ٢٠١١ بحل مجلس الأمة" - صحيفة النهار الكويتية الصادرة بتاريخ ٢٠١١/١٢/١٣.

(٤٤) حمدان النمشان، صحيفة الوطن الكويتية الصادرة بتاريخ ٢٠١١/١٢/١٥.



في هذا الاتجاه، ومن زاوية الدفاع عن سلامة ترؤس الرئيس المكلف للحكومة المستقيلة، رفض المستشار شفيق إمام الرأي الذي اعتبر "أن الحكومة لا وجود لها، بعد غياب رئيسها الشيخ ناصر المحمد، الذي عين محله الشيخ جابر المبارك على سند من المادة (١٢٩) من الدستور<sup>(٤٥)</sup>، وأنه بفرض وجودها - فإنه لا يجوز لرئيس وزراء جديد ترؤسها، وهي لا تملك أن تلتئم معه حتى تتخذ قراراً بطلب حل مجلس الأمة". وقد ردّ الخبير الدستوري المستشار شفيق إمام على هذا الرأي بجملة من الأسانيد والحجج، يمكن إيجازها بما يلي<sup>(٤٦)</sup>:

((أولاً: أن المادة (١٢٩) من الدستور ليس لها علاقة من قريب أو بعيد، ولا تصلح أن تكون سنداً دستورياً لهذا الرأي لسبب بسيط، هو أن حكومة الشيخ ناصر المحمد قدمت استقالتها مجتمعة وقد قبل الأمير هذه الاستقالة، وأصبحت حكومة تسيير أعمال، وهذه المادة لا علاقة لها بحكومة تسيير الأعمال التي قبلت استقالتها بالفعل، فهي تخاطب بأحكامها الحالة التي يقدم فيها رئيس الحكومة استقالته دون أن تقدم الحكومة استقالتها، وهو فرض وارد لو أن رئيس الحكومة اختلف مع الحكومة في سياسة ما، وغادر الاجتماع ليقدّم استقالته إلى صاحب السمو الأمير، فالمادة (١٢٩) ترتب على قبول هذه الاستقالة، اعتبار سائر الوزراء مستقيلين من مناصبهم. وكذلك إذا قرر الأمير إعفاء رئيس الحكومة من منصبه، فإن هذا الإعفاء يستتبع إعفاء سائر الوزراء من مناصبهم، وأساس ذلك أن مسؤولية مجلس الوزراء أمام الأمير مسؤولية تضامنية.

ثانياً: أن النص الواجب التطبيق في هذه الحالة، هو ما تقضي به المادة (١٠٣) من الدستور من أنه: "إذا تخلى رئيس مجلس الوزراء أو الوزير عن منصبه لأي سبب من الأسباب، يستمر في تصريف العاجل من شؤون منصبه لحين تعيين خلفه".

فهذه المادة تنص على الآثار التي تترتب على قبول استقالة أي وزير من الوزراء أو إعفائه من منصبه، أو قبول استقالة الحكومة مجتمعة أو قبول استقالة رئيس مجلس الوزراء، وما يترتب على ذلك من إعفاء وزرائه من مناصبهم إعمالاً للمادة (١٢٩) من الدستور.

(٤٥) تنص المادة (١٢٩) من الدستور على: ((استقالة رئيس مجلس الوزراء أو إعفاؤه من منصبه تتضمن استقالة سائر الوزراء أو إعفاءهم من مناصبهم)).

(٤٦) شفيق إمام، مرسوم حل مجلس الأمة صحيح دستورياً، جريدة الجريدة، ٢٠١١/١٢/١٨.

فهي ترد بعد أن تكون الحكومة مجتمعة قد تخلت عن مناصبها أو بعد أن يكون الوزير قد تخلى عن منصبه، ولهذا استخدمت لفظ "أو" فيما نصت عليه من أنه: "إذا تخلى رئيس مجلس الوزراء أو وزير عن منصبه..." واستطردت لتعمم حكمها فقررت "لأي سبب من الأسباب". وفي هذا السياق، فقد يقدم الوزير استقالته، ولا ينتظر قبولها، بل يمكث في بيته، فيصدر مرسوم بقبولها وتعيين من يخلفه.

كما أن من حق رئيس الدولة إعفاء أي من الوزراء من مهام تسيير الأعمال، وأن يعين وزيراً آخر خلفاً له لتسيير الأعمال، ومن حقه أيضاً أن يعين رئيساً جديداً لحكومة تسيير الأعمال، وأن يعفي رئيسها من هذه المهمة، بل أنه قد تحدث خلال فترة تسيير الأعمال أن يتوفى رئيس الحكومة فيصدر الأمير أمراً أميرياً بتعيين خلف له لتسيير الأعمال، أو ليقوم بهذه المهمة مع تكليفه بتشكيل حكومة جديدة.

وبذلك فإن صدور الأمر الأميري بتعيين الشيخ جابر المبارك رئيساً لمجلس الوزراء، يكون قد أنهى مسؤولية رئيس مجلس الوزراء السابق في تسيير الأعمال، إذ إن مناط استمراره في تحمل هذه المسؤولية عدم تعيين من يخلفه، إعمالاً لأحكام المادة (١٠٣) التي نصت على أن يستمر رئيس الوزراء أو الوزير الذي تخلى عن منصبه لأي سبب من الأسباب في تصريف العاجل من شؤون منصبه لحين تعيين خلفه، ولا اجتهد مع صراحة النص. أي أن هذه المادة ترتب أثرين:

- أولهما - التزام رئيس مجلس الوزراء أو الوزير بالاستمرار في تصريف العاجل من الأمور.

- ثانيهما - انقضاء هذا الالتزام بتعيين من يخلفه.

لذلك فإن ترؤس الشيخ جابر المبارك للحكومة المستقلة هو أمر طبيعي ومنطقي، ولا نجد سبباً أو سنداً للقول بعدم جواز ذلك - حسب زعم الرأي الآخر - أو أن الحكومة المستقلة لا تلتئم مع الرئيس الجديد، وهي حكومة تسيير أعمال، وليس حكومة وضع سياسات جديدة قد تختلف فيها مع الرئيس المعين).

## ثانياً - المواقف المتفقة مع حكم المحكمة الدستورية:

متمسكين بمبدأ المشروعية وبضرورة عدم وجود أي شبهة دستورية في صدور مرسوم الحل، ورافضين مبدأ الحصانة القضائية لهذا المرسوم، ذهب جزء من الفقه - قبل وبعد صدور حكم المحكمة الدستورية - بنفس الاتجاه الذي ذهبت إليه المحكمة، وعززوا مواقفهم بعدة أسباب وأسانيد قانونية.

وفي هذا الاتجاه أكد المحامي حسين الحردان أن ((المحكمة الدستورية لم تتجاوز صلاحياتها، معللاً ذلك بأن النظر في الإجراءات من اختصاصها كمحكمة دستورية، ولا يمكن أن يأتي أي مواطن ومهما كانت صفته وينسف نص المادة الأولى من قانون إنشائها أو يضع لها تفسيراً خاصاً فيه، وقال بعد صدور حكم المحكمة الدستورية الذي يستند على قواعد قانونية صلبة وصحيحة لا يمكن أن ننطق بحرف واحد فيه تعد أو رفض أو طعن بهذا الحكم<sup>(٤٧)</sup>)).

وعلى الرغم من تمسكه بالحصانة القضائية لمرسوم الحل على سند من القول أن القضاء الكويتي لا يستطيع النظر في مراسيم حل مجلس الأمة لكونها من أعمال السيادة، أشار أستاذ القانون الدستوري الدكتور بدر جاد المطيري في تعليقه على دستورية حكم المحكمة إلى أن أخذ موافقة مجلس الوزراء المستقل المشار إليها في مرسوم حل مجلس الأمة لا يستقيم دستورياً، وأبدى على ذلك عدة مآخذ، هي<sup>(٤٨)</sup>:

- أولاً: أن الحكومة المستقلة هي حكومة رئيس الوزراء السابق الشيخ ناصر المحمد، وبالتالي فالقول بأخذ رأي مجلس الوزراء أي الحكومة المستقلة فإنه ذلك يعني أن رئيس الوزراء السابق لا يزال موجوداً مما يعني وجود رئيسين لمجلس الوزراء، وهذا ما لا يستقيم مع النظام الدستوري الكويتي.
- ثانياً: أن الحكومة - بتقديم رئيس مجلس الوزراء استقالته - تصبح جميعها مستقلة وفقاً لنص المادة (١٢٩) التي تنص على: (استقالة رئيس مجلس الوزراء أو إعفاؤه من منصبه يتضمن استقالة سائر الوزراء أو إعفاءهم من مناصبهم). وهذه الحكومة المستقلة والتي يقتصر مهمتها على تصريف العاجل من الأمور ينتهي وجودها تماماً بتعيين رئيس الوزراء الجديد. فوفقاً للمادة (١٠٣) من الدستور (إذا تولى رئيس مجلس الوزراء أو الوزير من منصبه لأي سبب من الأسباب يستمر في تصريف العاجل من شؤون منصبه لحين تعيين خلفه) وهذا يعني أنه بمجرد تعيين الشيخ جابر المبارك رئيساً لمجلس الوزراء فقد انتهى الوجود الدستوري لحكومة الشيخ ناصر المحمد.
- ثالثاً: القول بوجود الحكومة المستقلة وجواز أخذ موافقة مجلس الوزراء

(٤٧) رأيان متضادان في حكمها بإعادة مجلس ٢٠٠٩، الحمود: (الدستورية) خالفت الدستور... والحدان: لم تتجاوز صلاحياتها، صحيفة الوطن الكويتية الصادرة بتاريخ ٢٠١٢/٠٦/٣٠.

(٤٨) الدكتور بدر جاد المطيري، تعليق على دستورية مرسوم الحل ومدى وجود الرقابة القضائية، صحيفة الآن الإلكترونية ٢٠١١/١٢/٧.

المستقيل يجعلنا أمام مطب دستوري آخر وهو وجود رئيس وزراء جديد يحمل في ذات الوقت حقيبة وزارية مستقلة، أي رئيس وزراء جديد ووزير لوزارة داخلية مستقلة يقوم بتصريف العاجل من الأمور، وهذا ما يخالف نص المادة ١٠٢ من الدستور الكويتي التي نصت على الآتي (لا يتولى رئيس مجلس الوزراء أي وزارة).

ولكل ما سبق، خلص الكاتب إلى أن: ((عرض مرسوم الحل على مجلس الوزراء المستقيل لا يصح دستورياً، فلا وجود أصلاً للحكومة المستقلة بمجرد تعيين رئيس الوزراء الجديد، والقول بوجودها يعني وجود رئيسين للحكومة في الوقت نفسه، ووجود رئيس مجلس وزراء جديد يتولى وزارة مستقلة في الوقت نفسه)).

وفي الاتجاه نفسه، وقبل صدور حكم المحكمة الدستورية، دعا أستاذ القانون الدستوري في جامعة الكويت الدكتور فواز الجدي - تحت عنوان "مرسوم الدعوة للانتخابات يجب أن يصدر عن حكومة مكتملة الشكل القانوني" - إلى إصلاح الوضع الدستوري من حيث مرسوم الحل واستمرار وزراء الحكومة المستقلة بتصريف العاجل من الأمور رغم قبول استقالة رئيس الحكومة السابقة وتعيين آخر محله، ما يجعل الوزراء في حكم المعفيين من مناصبهم، وقد اعتبر أن فكرة حل مجلس الأمة ظهرت قبل قيام رئيس الوزراء الجديد باختيار باقي أعضاء مجلس الوزراء، وقد ورد تساؤل عن حكم هذا الحل هل هو جائز؟ وهل يجوز أن يكون هناك رئيس وزراء جديد وتكون هناك حكومة تصريف العاجل من الأمور إلى جواره؟ وقال الجدي إن إجابة السؤال الأول هو أنه إذا تم حل مجلس الأمة قبل قيام رئيس الوزراء الجديد باختيار الوزراء فإن هذا الحل يكون في حكم المعلوم الذي لا ينتج أثراً ولا يقرر أمراً. أما إجابة السؤال الثاني فقال فيها أنه لا يجوز أن تكون هناك حكومة تصريف العاجل من الأمور بعد صدور الأمر الأميري الجديد بتعيين رئيس وزراء جديد<sup>(٤٩)</sup>.

وفي رأي متحفظ حول عدم جواز رفع الحكومة المستقلة لمراسيم حل مجلس الأمة إلى سمو الأمير إلا في حال العاجل من الأمور، كتب الدكتور هشام الصالح، أن ((الأصل هو عدم جواز رفع الحكومة المستقلة لمراسيم حل مجلس الأمة إلى سمو الأمير، والاستثناء هو جوازها، وبشرط أن يكون هناك ظرف عاجل يستدعي مثل ذلك

(٤٩) الدكتور فواز الجدي، المحكمة لا تنتظر في مرسوم الحل... لكن الدعوة للانتخابات باطلة، صحيفة الآن الإلكترونية ٢٠١١/١٢/٨.



الإجراء؛ ذلك أن النظام البرلماني يركز على أساس الرقابة المتقابلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وأن حق الحل يقابل حق البرلمان في تحرك المسؤولية السياسية للحكومة، وهو ما يكون في مواجهة المجلس الذي يكون له حق سحب الثقة من أحد الوزراء وتقرير عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء في إطار التوازن بين السلطتين، وهو ما لا يكون في حالة استقالة الحكومة والتي لا يمكن أن تكون محلاً للمساءلة السياسية أمام البرلمان، وعلى ذلك فهي لا تملك حل البرلمان لاعتبارات فكرة التوازن بين السلطتين والذي يركز عليه النظام البرلماني، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى منح الحكومة وضعاً قانونياً أفضل من وضع البرلمان بممارسة اختصاصات تأثير أكبر وأوسع في الوقت نفسه الذي يكون فيه البرلمان عاجزاً عن إثارة المسؤولية السياسية لها، وهو ما سيؤدي إلى تغليب السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، وهكذا يخشى أن يختل التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية لصالح الأخيرة؛ لذلك فإن احترام روح الدستور ومضامينه يقتضي عدم جواز طلب الحكومة المستقلة حل البرلمان، وحتى يستقيم النظام البرلماني كما تصوره الدستور<sup>(٥٠)</sup>.

وفي رأي مبدئي مؤيد لحكم القضاء، شرح الدكتور محمد الفيلي حكم المحكمة الدستورية، بما يوحى بتأييده له، ذلك رغم ما ذكره عن توقعاته السابقة على صدور الحكم بعدم نظر المحكمة بدستورية مرسوم الحل، فاعتبر الكاتب أنه من ((الحصافة مساندة القضاء عندما نكون أمام نقلة نوعية محمودة ومستحقة)). ومن ثم ذهب، بتحليل عميق، إلى توضيح الأساس الولائي والأسانيد القانونية التي ارتكزت إليها المحكمة في إعلان اختصاصها بالنظر في دستورية مرسوم الحل، وكذلك فيما انتهت إليه باعتباره كأنه لم يكن، وقد ذكر في هذا الشأن أن ((دور المحكمة الدستورية كقاضي انتخاب يختلف عن دورها كقاضي دستورية التشريعات، فهي تمارس دوراً يقترب من مفهوم القضاء الكامل عندما تتعامل مع الطعون الانتخابية، تستطيع إلغاء الانتخاب جزئياً أو كلياً كما تستطيع إعلان النتيجة بعد التثبت من إرادة الناخبين، أما في تعاملها مع المشروعية الدستورية فهي قاضي إلغاء<sup>(٥١)</sup>)). وربطاً بما سبق، طرح

(٥٠) الدكتور هشام الصالح، ما مدى جواز حل مجلس الأمة في حالة استقالة الحكومة؟، صحيفة الوطن الكويتية، ٢٠١١/١٢/١٢.

(٥١) الدكتور محمد الفيلي، تعليق على حكم المحكمة لدستورية بعنوان "من الحصافة مساندة القضاء عندما نكون أمام نقلة نوعية محمودة ومستحقة" صحيفة الجريدة الكويتية، ٢٠١٢/٧/٢.

الكاتب عدة تساؤلات يدور محورها حول ما يلي: ما هي العناصر التي يجوز للقاضي بحثها دون أن يكون قد خرج عن نطاق فحص الطعون الانتخابية؟ هل تعرض القاضي لمفهوم أعمال السيادة؟ هل كان من الممكن الطعن في مضمون الحكم أم في ذات وجوده؟

ولإجابة عن هذه التساؤلات، ذكر أن المحكمة الدستورية قررت في أكثر من حكم لها أن: ((الانتخاب هو وسيلة المواطنين في ممارسة السيادة المقررة في المادة السادسة من الدستور، وبالتالي فإن بحث كل ما يمكن أن يشوب عملية التعبير عن الإرادة من عيوب يغدو أمراً منطقياً، فعدم سلامة الترشيح - وقد كان موضوعاً لطعن عام ٢٠٠٩ - يمكن أن يكون محلاً للفحص والمراجعة على الرغم من أنه ليس هو ذات العملية الانتخابية، لكنه متصل بها؛ لأن عدم توافر الصفات المطلوبة في المرشح يجعل محل عملية الانتخاب غير سليم. وفي ذات السياق مرسوم حل مجلس الأمة ليس هو العملية الانتخابية ذاتها ولكن بطلانه يجعل العملية الانتخابية غير سليمة؛ لأن الانتخاب يجري في هذه الحالة بالمخالفة للمادة (٨٣) من الدستور، فالفصل التشريعي لم ينته لانقضاء مدته الاعتيادية بعد، والحل لا يعول عليه لبطلانه، وبالتالي لا نستطيع أن نتكلم عن انتخابات تجري في المدة الدستورية المقررة في المادة (١٠٧)، إذ أي من الفرضيتين المذكورتين غير متحققة دستورياً، والانتخابات البرلمانية التي تجري في هذه الفترة لا يمكن القول بوجودها)). وربطاً بما سبق، لاحظ الخبير الدستوري الدكتور محمد الفيلي أن: ((نظرية أعمال السيادة - أو في ترجمتها الأدق لعمال الحكومة - ليس لها محل حقيقي عندما تمارس المحكمة الدستورية الرقابة على دستورية التشريعات، ولكن استخدامها متصور عندما تمارس المحكمة دورها كمحكمة طعون انتخابية فهي في هذه الحالة محكمة موضوع)).

في نفس المنطق، وشرحاً لموقف المحكمة، اعتبر الكاتب أن: ((القاضي في هذا الحكم لم يناقش دستورية أعمال السيادة، بل قرر وجودها بقوله أنه لا يبحث أسباب صدور المرسوم أو توقيت صدوره، لكنه وبكل بساطة أخرج من نطاقها إجراءات إصدار المرسوم، وقد أوضح أن هذه الإجراءات جزء من الضمانات الدستورية)). وتبريراً لذلك تابع بالقول أن: ((غياب التحديد التشريعي لنطاق أعمال السيادة يجعل أمر تحديد معناها لقاضي الموضوع وهو يستهدي بالفقه وأحكام القضاء، ونلاحظ أن الفقه مستقر على أن قرار حل البرلمان أمر تمارسه السلطة التنفيذية خارج نطاق عملها كإدارة عامة تدبر المرافق وتسهر على حفظ النظام العام، ولذلك يعتبر قرار الحل من الأمثلة التقليدية لنظرية أعمال السيادة. وقاضي الطعون الانتخابية في

الدعوى محل البحث لم يعتبر مرسوم الحل معدوماً بدليل عنايته بتبرير حقه في الرقابة عليه، ولو كان منعدياً لما احتاج لمثل ذلك باعتبار أن العمل المنعقد يخرج من إطار الأعمال القانونية ويتحول إلى مجرد عمل مادي، والقاضي استخدم تعبيراً هو والعدم سواء لوصف قرار الحل بعد أن قرر بطلانه)).

### ثالثاً - تقييم الموقفين:

إن المتفحص لموقف الفقه - على اختلاف مذاهبه - يجد أن حقيقة تأييد أو عدم تأييد موقف المحكمة الدستورية بما ذهب إليه في حكمها، يجول بين حدين واضحين هما:

- التمسك بنظرية "أعمال الحكومة ACTES DE GOUVERNEMENT" والتطبيق الواسع لها، بما يحصّن مراسيم حل مجلس الأمة - بصفتها أعمالاً سياسية - من أي رقابة قضائية، ذلك حتى ولو شابها ما شابها من مخالفات دستورية أو قانونية، على سند من القول بالرغبة في تحصين وإبعاد القضاء عن أي شبهة تدخل في الحكم من خلال النظر في ملائمة أعمال الإدارة والحلول محلها في تقدير العلاقات السياسية والقرارات السيادية.
- الحد المقابل هو التطبيق الضيق - أو على الأقل المرشد - لنظرية أعمال الحكومة مما يعني من شأن "مبدأ المشروعية" والتمسك بمضامينه وأهدافه المرتبطة بتطبيق مفاهيم "دولة القانون". فلا يسمح - تحت أي ذريعة - للسلطات ولالإدارة أن تغالي في قراراتها وفي أعمالها بمخالفة لأحكام ما يعرف بـ "الكتلة القانونية" التي يتربع الدستور على قمة درجات هرمها.

### ١ - موقف المحكمة الكلية الإدارية:

فالمحكمة الكلية الإدارية بررت موقفها بتقرير عدم اختصاصها الولائي، بأن التوصيف الحقيقي للوقائع والدعوى يعود للمحكمة نفسها دون التقييد بتكييف الخصوم لها، وليس على المحكمة في ذلك من رقابة سوى رقابة محكمة التمييز. وقد اعتبرت المحكمة في هذا الإطار أن: ((الدفع بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي يتعلق بالنظام العام عملاً بالمادة (٧٨) من قانون المرافعات، ومن ثم يعتبر قائماً ومطروحاً على المحكمة ولو لم يدفع به أمامها، ولمحكمة التمييز أن تقضي به من تلقاء نفسها)). بناء عليه، واستناداً إلى تكييفها الخاص لمرسوم الحل باعتباره عملاً سياسياً، نأت المحكمة بنفسها عن التدخل في أعمال الحكومة، ولتبرير موقفها ذكرت في حيثيات الحكم نفسه أنه يتعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة خاصة أن



((المشرع، إذ لم يورد تعريفاً أو تحديداً لأعمال السيادة التي نص في المادة الثانية من القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ بشأن تنظيم القضاء على منع المحاكم من نظرها، فإنه يكون قد ترك أمر تحديدها للقضاء، اكتفاء بإعلان مبدأ وجودها، ومن ثم تكون المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من الحكومة، وما إذا كان يعد من أعمال السيادة، وحينئذ لا يكون لها أي اختصاص بالنظر فيه...)).

## ٢ - تفسير المحكمة الدستورية لأعمال السيادة:

هذا الموقف من القضاء الإداري لم يأت من فراغ، ففي سوابق له انتهج القضاء الدستوري الكويتي ذات النهج مستبعداً من ولايته أعمال السيادة، دونما حاجة إلى نص في قانون إنشاء المحكمة الدستورية بحسبان طبيعة هذه الأعمال، وتحقيقاً للاعتبارات السياسية واتصال هذه الأعمال بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل أو الخارج.

### تحديد أعمال السيادة يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة :

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية حين اعتبرت أن: ((أعمال السيادة، وكما عرفها القضاء، هي تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إرادة، فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقتها بالسلطات العامة الأخرى، داخلية كانت أم خارجية، أو تجربتها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو الذود عن سيادتها في الخارج، وهذه الأعمال وإن كانت لاتقبل الحصر والتحديد إلا أن المستقر عليه أن المرد في تحديدها يرجع إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده، ليقرر مايعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها، بحسب ظروف وطبيعة كل عمل من تلك الأعمال التي يجمعها إطار عام وهو أنها تصدر عن الدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج، مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة)).

### "أعمال السيادة" نظرية مرنة :

تابعت المحكمة الدستورية بالقول : ((يندرج ضمن أعمال السيادة المنظمة لعلاقة الحكومة بالسلطة التشريعية، ومنها استعمال السلطة التنفيذية لحقوقها المتعلقة بالتشريع، كاقتراح القوانين، كما تدخل فيها المسائل السياسية التي تعد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة، وهذه الأعمال قد تكون قوانين مباشرة من الهيئة التشريعية، بما ذهب معه القضاء الدستوري المقارن إلى القول أن مجال تطبيق نظرية أعمال السيادة صار ممتداً ليشمل النصوص التشريعية، ولم يعد يقتصر على الأعمال الإدارية كما أن هذه النظرية هي نظرية مرنة ومتطورة تستجيب للدواعي



والظروف القائمة في الدولة وقت تقدير العمل الذي يدور حوله النزاع؛ لارتباط ذلك بسيادة الدولة العليا وأحوالها الاجتماعية والاقتصادية المتغيرة)).

#### أسس نظرية أعمال السيادة:

وأردفت المحكمة بالقول: ((إذا كانت نظرية أعمال السيادة هي في أصلها قضائية النشأة، وولدت في ساحة القضاء الإداري المقارن وتطورت به قواعدها، إلا أنها غدت ذات أساس تشريعي في بعض الدول ومنها الكويت، فقد نصت المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣/٩٠ على أنه: «ليس للمحاكم أن تنتظر أعمال السيادة» مما أضحت معه أعمال السيادة مستبعدة من ولاية المحاكم عامة، وإذا كانت الرقابة على دستورية القوانين واللوائح تجد أساساً لها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل - وفقاً لما جرى عليه القضاء الدستوري - أعمال السيادة، ومنها الأعمال السياسية، فتخرج من مجال هذه الرقابة، ولو بغير نص يقضي بذلك، إذ أن هذه قاعدة مستقرة في النظم القضائية في الدول المتحضرة، وغدت أصلاً من الأصول القضائية الثابتة، تأسيساً على أن طبيعة هذه الأعمال تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، تحقيقاً للاعتبارات السياسية واستجابة لدواعي الحفاظ على كيان الدولة، مما يقتضي منحها سلطة تقديرية - بسلطاتها التشريعية والتنفيذية فيما تجريه من أعمال - أبعد مدى وأوسع نطاقاً، وتحقيقاً لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه الدولة في هذا الصدد، لأن النظر في تلك الأعمال يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازن ينط بال الدولة تقديرها، فضلاً عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل للمنازعة أمام القضاء العادي، ومن ثم فإن المحكمة الدستورية وحدها هي التي تحدد ما إذا كان النص المطعون عليه يعتبر من الأعمال السياسية، فيخرج عن ولايتها بالرقابة الدستورية، أو أنه لا يعتبر كذلك فتبسط عليه رقابتها)).

ملاءمة التشريع والباعث على إصداره هو من إطلاقات السلطة التشريعية ما

لم يقيدھا الدستور بحدود وضوابط معينة:

وختمت المحكمة بما يلي: ((لما كان ذلك، وكان النص المطعون عليه وهو الفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم ٨١/٢٠ المعدل بالقانون رقم ٨٢/٦١ في شقها الخاص بعدم اختصاصها بالنظر في مسألة إصدار الصحف والمجلات، ضمن مسائل أخرى محظورة، فإنه بالنظر إلى الظروف المحيطة بدولة الكويت، التي يترتب بها الطامعون في ثروتها ومواردها، وتتهدها الأخطار المحدقة بأمنها واستقلالها وكيانها، فضلاً عما تموج به المنطقة من تيارات ومبادئ

متبانية، ومصالح سياسية متصارعة، بما يتبدى معه موضوع منح أو منع تراخيص إصدار الصحف والمجلات، مسألة سياسية لما تنتج من أمور تنعكس آثارها على سلامة وأمن الدولة في الداخل، وعلاقتها بغيرها من الدول بالخارج، وهذا الأمر هو المستفاد من اعتراض الأمير على المشروع الخاص بالمادة المطعون عليها - بالصيغة المقدمة - وقتئذ - وإعادته إلى المجلس لإعادة النظر فيما تضمنه من القول بأن القانون عندما نأى بهذه المسائل - ومنها تراخيص إصدار الصحف والمجلات - عن أن تكون محل جدل أمام القضاء وألا تكون مثار منازعات وخصومات بين الأفراد والدولة، لم يكن يقصد إلا الحفاظ على كيان الدولة وسلامة المجتمع واستقراره، وقد ترك القانون هذه المسائل خاضعة لمسؤولية الحكومة السياسية تتصرف فيها على ضوء تقديرها للمصلحة العامة، وصالح المواطنين تحت رقابة السلطة التشريعية، وكل هذا يتفق مع طبيعة هذه المسائل واتصالها بالسياسة العامة للدولة، فإذا ما قدرت السلطة التشريعية أن ثمة مساساً لهذه المسألة بالمصلحة العليا للدولة استبعدت المنازعات التي تنشأ حول القرارات الصادرة بشأن تلك المسألة من نطاق الرقابة القضائية، وأن تقديرها في هذا الخصوص غير قابل لطرحه ورقابته قضاء دون إلزامها بالإفصاح عن السبب الذي دفعها لاستبعاد إصدار تراخيص الصحف والمجلات من اختصاص الدائرة الإدارية، إذ من المقرر أن ملاءمة التشريع والباعث على إصداره هو من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط معينة، لما كان ذلك، ولما سلف فإن النص المطعون عليه إنما يكون من قبيل الأعمال السياسية التي تتولاها السلطة التشريعية؛ مما يدخله ضمن طائفة أعمال السيادة التي تتأى عن الرقابة القضائية للمحكمة الدستورية، بما تضحى معه هذه المحكمة غير مختصة بالمنازعة المطروحة وهو ما يتعين القضاء به<sup>(٥٢)</sup>.

### ٣ - الموقف من آراء المتمسكين بالحصانة القضائية:

على الرغم من الميل إلى تأييد موقف المحكمة الدستورية الصادر بشأن النزاع موضوع البحث، حيث أكدت المحكمة فيه - مرة أخرى - أنها صمّام الأمان أمام أي تجاوز لأحكام الدستور، وأنها تقف حائلاً أمام التوسع بنظرية "أعمال الحكومة" وغيرها من النظريات الشبيهة لتحسين بعض الأعمال المشكوك في دستورتيتها أو في

(٥٢) يراجع لطفاً، حكم المحكمة الدستورية الكويتية الصادر في الطعن رقم ٢/١٩٩٩ بتاريخ ٢٧/٤/١٩٩٩.

شرعيتها... رغم ذلك، قد لا يكون سهلاً - على أي باحث - اعتبار ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية قد جانب الصواب بشكل قاطع وجلي، مردّ هذا التردد في الموقف يعود ببساطة إلى ما ذكر به حكم المحكمة الإدارية نفسها من تعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة، حيث يترك أمر تحديدها للقضاء الذي تتميز مواقف محاكمه - على اختلاف أنواعها ودرجاتها - في تقرير صفة "السيادية" وفي تحديد المدى الذي يصله "مبدأ المشروعية" أو الاستثناءات عليه ومنها "الأعمال الحكومية".

بتعبير آخر، صحيح أنه ليس للمحاكم من الناحية النظرية أي رقابة على أعمال السيادة، إنما يبقى لها أن تتبين أن التدابير المتخذة من السلطة التنفيذية تدخل ضمن طائفة هذه الأعمال من عدمه، فالمحاكم الإدارية تتمتع بصلاحيات بحث تصرفات وأعمال هذه السلطة، وتتولى استتباعاً لذلك تكييفها من الناحية القانونية لتقرير مدى دخولها في خانة "أعمال السيادة" المحصنة من رقابتها القضائية أم أنها من قبيل التصرفات والقرارات الإدارية القابلة للإبطال من قبلها.

وفقاً للتطبيق الحرفي لنظرية "الأعمال الحكومية والسيادية" يخرج "مرسوم الحل" عن نطاق الرقابة القضائية - على كافة أنواعها ومستوياتها - ولا يمنع ذلك من تمسك البعض بصلاحيات المحاكم في رقابة مشروعيتها ودستوريته... ولل قضاء في هذه الحالة - ولا سيما القضاء الإداري - أن يأخذ إحدى الوجهتين: فإما يتجه نحو التمسك بوظيفته التقليدية كقاضي مشروعية وليس قاضي ملائمة، وإما أن يفعل نظرية "أعمال السيادة" التي تجعله بمنأى عن التدخل في جدلية سياسية ذات صبغة دستورية.

### الظروف الاستثنائية تخول الأمير اتخاذ تدابير استثنائية :

إن الحديث عن عدم اتفاق مرسوم الحل مع "مبدأ المشروعية"، يدفع بقوة إلى استرجاع البعض للاستثناءات على هذا المبدأ، حيث اعتبرت مراسيم حل البرلمانات من أبرز الأمثلة على الأعمال ذات الصلة بعلاقة السلطتين التشريعية والتنفيذية والتي تشكل خروجاً واستثناءً معترفاً به على مبدأ المشروعية. يضاف إلى ذلك أنه حتى لو تم استبعاد نظرية "الأعمال الحكومية" يمكن للبعض - ولو بدرجة أقل تبريراً - إعمال نظرية "الظروف الاستثنائية" التي تعتبر هي الأخرى استثناء على مبدأ المشروعية. فنظراً للاحتقان السياسي الذي ساد البلاد، ونظراً للأبعاد السياسية والاستثنائية لمرسوم الحل، فقد رؤي أن من حق أمير الدولة الذي يملك استناداً لنص المادة (١٠٧) من الدستور أن يحل مجلس الأمة بمرسوم مبرر، وأن يتخذ أي قرار في هذا الإطار حتى ولو كان بوجهة نظر البعض يشوبه بعض المخالفات القانونية،



ذلك لأن الظروف الاستثنائية تفرض على الجميع التخفيف من حدة التمسك بحرفية النصوص والإجراءات الدستورية والقانونية! ويشار في هذا الإطار إلى ما ورد في ديباجة المرسوم الأخير الذي ارتكز صدوره إلى (ما آلت إليه الظروف في البلاد)... ويتمسك القائلون بالحصانة القضائية لمرسوم الحل أن العبرة في المعنى وليس في المبنى، فيؤكدون أنه حتى ولو وقع مرسوم الحل في فخ الجدل حول صحة اتخاذه، فإن الإرادة الأميرية المتجسدة به اتجهت نحو حل مجلس الأمة بصرف النظر عن موافقة صحيحة أو غير صحيحة للحكومة. خاصة أن اختصاص الأمير هذا يستلزم لممارسته صدور مرسوم، كون ذاته مصونة لا تمس ويباشر سلطاته الدستورية بواسطة وزرائه. ويشار في هذا الشأن إلى أن في مرسوم الحل يكتفى بتوقيع الأمير ورئيس مجلس الوزراء فقط دون توقيع أي من الوزراء، على خلاف المراسيم الأميرية العادية التي تحمل توقيع الأمير ورئيس مجلس الوزراء والوزير المختص إن وجد.

#### المحكمة الإدارية : الأمير استخدم صلاحياته الدستورية:

سلسلة التبريرات هذه للمتمسكين بالحصانة القضائية لمرسوم الحل، تستدعي التوقف عندها حتى لو لم تقنع الطرف الآخر بتمسكها الدستوري والقانوني، ذلك رغم أن حكم المحكمة الإدارية حاول تبرير هذا الاتجاه بشيء من التفصيل، حيث قضت المحكمة أنه: ((من المقرر قانوناً وفقاً لنصوص الدستور... المادة (٦) أن: «نظام الحكم في الكويت ديموقراطي، السيادة فيه للأمة مصدر السلطات جميعاً، وتكون ممارسة السيادة على الوجه المبين بهذا الدستور»، ونصت المادة (٥٠) على أن: «يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليها في هذا الدستور»، ونصت المادة (٥١) منه على أن: «السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقاً للدستور» ونصت المادة (٥٢) على أن: «السلطة التنفيذية يتولاها الأمير ومجلس الوزراء والوزراء على النحو المبين بالدستور»، ونصت المادة (٥٥) منه على أن: «يتولى الأمير سلطاته بواسطة وزرائه»، ونصت المادة (٥٨) منه على أن: «رئيس مجلس الوزراء والوزراء مسؤولون بالتضامن أمام الأمير عن السياسة العامة للدولة، كما يسأل كل وزير أمامه عن أعمال وزارته»، ونصت المادة (١٠٧) منه على أن: «للأمير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، على أنه لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى، وإذا حل المجلس وجب إجراء الانتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يجاوز شهرين من تاريخ الحل، فإن لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة، يسترد المجلس المنحل كامل سلطاته الدستورية ويجتمع فوراً كأن الحل لم



يكن، ويستمر في أعماله إلى أن ينتخب المجلس الجديد»، ونصت المادة (١٢٨) منه على أن: «مداولات مجلس الوزراء سرية، وتصدر قراراته بحضور أغلبية أعضائه، وبموافقة أغلبية الحاضرين، وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس، وتلتزم الأقلية برأي الأغلبية ما لم تستقل، وترفع قرارات المجلس إلى الأمير للتصديق عليها في الأحوال التي تقتضي صدور مرسوم في شأنها...».

### القيود الدستورية على حق الحل :

وفي هذا الاتجاه، ورد بالمذكرة التفسيرية للدستور أنه: «يقتضي مبدأ ممارسة الأمير لسلطاته الدستورية بواسطة وزرائه، حلول المراسيم الأميرية محل الأوامر الأميرية، ولكن ترد على هذا المبدأ استثناءات ثلاثة، أولها: اختيار ولي العهد بناء على مبايعة مجلس الأمة (مادة ٤)، وثانيها: لا يمارس بطبيعته إلا بأمر أميري، وهو تعيين رئيس الوزراء وإعفاؤه من منصبه (مادة ٥٦). وثالثها: وثيق الصلة بالأمير، وهو اختيار نائب عنه يمارس مؤقتاً، في حالة تغييره خارج الإمارة وتعذر نيابة ولي العهد عنه، كل أو بعض صلاحياته الدستورية (مادة ٦١)، وفيما عدا هذه الأمور الثلاثة يكون المرسوم هو الأداة الدستورية لممارسة السلطات الأميرية المقررة بالدستور، وقد حرصت بعض نصوص الدستور (كالمواد ٦٦ و ٦٨ و ٦٩) على ذكر كلمة (بمرسوم) وذلك توكيداً للحكم المنوه عنه، ورغم كفاية نص المادة (٥٥) في الدلالة عليه، ومن ثم لا يفيد عدم ذكر هذه الكلمة في سائر النصوص أي شك في سريان حكم المادة (٥٥) عليها كاملاً غير منقوص»، كما جاء بالمذكرة التفسيرية أيضاً «لم يقيد الدستور استعمال الحكومة لحق الحل بأي قيد زمني كما فعلت بعض الدساتير البرلمانية، اكتفاء بالقيد التقليدي المهم الذي بمقتضاه إذا حل المجلس لا يجوز حله لذات الأسباب مرة أخرى، مع وجوب إجراء الانتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يجاوز شهرين من تاريخ الحل، وإلا استرد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية لحين اجتماع المجلس، واجتمع فوراً كأن كان الحل لم يكن (مادة ١٠٧)».

### مرسوم الحل عمل سياسي :

خلاصة القول - ومن وجهة نظر المتمسكين بصحة موقف المحكمة الإدارية، وبالحصانة القضائية لمرسوم الحل- أنه مهما تم الحديث عن خطأ إجرائي أو موضوعي بصور مرسوم أميري بحل مجلس الأمة بموافقة حكومة يرأسها رئيس وزراء حالي وتضم وزراء من حكومة سابقة، فإن الفصيل في هذا الشأن هو اعتراف القانون كما القضاء الكويتي بنظرية "الأعمال الحكومية والسيادية" التي تجعل هذا المرسوم، وكل القرارات والمراسيم المرتبطة به وذات طابع سياسي، هي محصنة في

أي رقابة قضائية مهما تنوعت أو علت درجاتها... ويفهم في ذلك نأي القضاء الإداري الكويتي بنفسه عن الدخول في إشكالية تقييمه لمرسوم الحل الذي يعتبر باعتراف جميع الآراء عملاً ذا باعث، ومضموناً سياسياً مغلفاً بقالب إداري.

### المحكمة الدستورية ضيقت من استثناءات مبدأ المشروعية :

وبالمقابل، وعلى عكس موقف المحكمة الإدارية المتحفظ والمتحوط من خشية الدخول في متاهة "حكومة القضاء" بدلاً من بقائه "قضاء الحكم"، كانت المحكمة الدستورية حاسمة وجازمة في تقرير اختصاصها وتوصيفها للوقائع موضوع الدراسة، حيث ضيّقت من نطاق الاستثناء على مبدأ المشروعية، وذكرت بواجبها المتمثل بصيانة الدستور من أي مساس أو انتهاك لأحكامه من قبل القرارات التي تصدرها السلطات الدستورية. وقد اعتبرت المحكمة في هذا السياق، أنها وهي تفصل في هذه الطعون بوصفها محكمة موضوع ملتزمة بإنزال حكم القانون على واقع ما هو معروض عليها، وتغليب أحكام الدستور على ما سواها من القواعد القانونية، مقيدة في ذلك بضوابط العمل القضائي وضمائنه، بعيداً عن العمل السياسي بحساباته وتقديراته، وهي في ذلك لا تخوض في اختصاص ليس لها، أو تتخلى عن اختصاص أنيط بها، ولا يجوز لها بالتالي أن تترخص فيما عهد إليها به، كلما كان تعرضها لما أثير أمامها من مسائل لازماً تدخلها، بما يكفل سيادة الدستور، ومن ثم أكدت المحكمة أنه: ((لا يجوز أن يتخذ الحل الذي رخص به الدستور للحكومة استعماله، وحدد طبيعته وإجراءاته والغرض منه، ذريعة إلى إهدار أحكام الدستور ومخالفته، فللدستور حرمة ونصوصه يجب أن تصان وأحكامه لا بد أن تحترم)).

### النظرة المعمّقة لموقف المحكمة الدستورية:

هذا الموقف من المحكمة الدستورية قد يبدو في نظرة غير معمّقة أنه مخالف ومتناقض مع الموقف السابق الذي ساقته المحكمة في حكمها رقم ١٩٩٩/٢ الصادر بجلسة ١٩٩٩/٤/٢٧، والذي أضأنا فيما سلف - عن عمد - على جزء كبير من مضمونه. الواقع أن موقف المحكمة الحديث، يفسره تماماً بعض حيثيات حكمها السابق، فقد اعتبرت المحكمة في العام ١٩٩٩ أن: ((أعمال السيادة... وإن كانت لاتقبل الحصر والتحديد إلا أن المستقر عليه أن المرد في تحديدها يرجع إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده، ليقدر مايعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها بحسب ظروف وطبيعة كل عمل من تلك الأعمال التي يجمعها إطار عام هو أنها تصدر عن الدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج... كما أن هذه النظرية هي نظرية مرنة ومتطورة تستجيب للدواعي والظروف القائمة في الدولة وقت تقدير العمل

الذي يدور حوله النزاع لارتباط ذلك بسيادة الدولة العليا وأحوالها الاجتماعية والاقتصادية المتغيرة... ومن ثم فإن المحكمة الدستورية وحدها هي التي تحدد ما إذا كان النص المطعون عليه يعتبر من الأعمال السياسية، فيخرج عن ولايتها بالرقابة الدستورية، أو أنه لا يعتبر كذلك فتبسط عليه رقابتها...)).

المحكمة الدستورية في موقفها السابق واللاحق - وكذلك حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية - أكدت على مرجعيتها الوحيدة في تقدير الأمر السيادي والسياسي من عدمه، وحققها في البحث بمضمون العمل الإداري المطعون فيه إذا ما كان غير صحيح من الوجهة الشكلية، أو مخالفاً لروح المبادئ الدستورية، والتحقق من الغرض الذي من أجله شرعت سنته... حيث اعتبرت أنه: ((لا يجوز أن يتخذ الحل الذي رخص به الدستور للحكومة استعماله، وحدد طبيعته وإجراءاته والغرض منه، ذريعة إلى إهدار أحكام الدستور ومخالفتها، فللدستور حرمة ونصوصه يجب أن تصان وأحكامه لا بد أن تحترم)).

### المحكمة الدستورية تنظر في صحة الإجراءات وصحة غاياتها :

حقيقة الأمر أن المحكمة الدستورية ذهبت في موقفها الضامن لأحكام الدستور في اتجاه لا يتعلق بتقييم الملاءمة السياسية لمرسوم الحل، حيث يقف حدود اختصاصها، بل ذهبت إلى ممارسة ولايتها واختصاصاتها على صحة صدور مرسوم الحل من الوجهة الدستورية. وفي هذا السياق وبرأي أكثر جرأة وعمقاً، اعتبر الخبير الدستوري الدكتور محمد الفيلي، أن المحكمة قررت ((أن الدستور أحاط الحل - نظراً لخطورته - ببعض القيود والضمانات، فيجب أن يكون حل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، وهو أمر يتطلب معه أن يوقع مرسوم الحل مع الأمير، رئيس مجلس الوزراء حتى يتحمل مسؤوليته السياسية، وأنه إذا حل المجلس لا يجوز حله لذات السبب مرة أخرى... والعبارات السابقة تسمح بالاعتقاد أن المحكمة عندما تبسط رقابتها على الإجراءات فإنها لا تبحث فقط في الوجود الشكلي للإجراء، لكنها من الممكن أن تبحث في تحقق الوظيفة التي وجدت الإجراءات لتحقيقها، فقولها أن عدم تكرار الحل لذات السبب من الضمانات الدستورية يعني أنه من الممكن تصور بسط رقابتها على حقيقة تكرار السبب من خلال فحص دلالات العبارات المستخدمة في مرسوم الحل دون فحص مدى ملاءمته بطبيعة الحال<sup>(٥٣)</sup>)).

### خاتمة القول :

إن القول بأن الحكومة التي اجتمعت ووافقت على حل المجلس هي حكومة دستورية، كون رئيسها اكتسب لقبه ومنصبه دستورياً بمجرد حلف اليمين أمام الأمير،



وأعضاؤها - الوزراء المستقيلون من حكومة سابقة - هم ملزمون بمباشرة تصريف العاجل من شؤون منصب كل منهم إلى حين تعيين خلف لهم، وذلك وفقاً لأحكام المادة (١٠٣) من الدستور. وهو قول يؤسس لنظرية دستورية لم يعدها الفقه الدستوري الكويتي، حيث وفق هذا الرأي، هناك فصل بين مؤسستين دستوريتين هما: رئاسة مجلس الوزراء والوزراء، على عكس ما يُعرف عن النظام الدستوري الكويتي الذي لا يعترف إلا بمؤسسة واحدة هي مجلس الوزراء وفق ما جرى عليه معظم الفقه الدستوري والإداري.

هذا القول مردود عليه، ذلك لأنه من المعروف في النظام البرلماني أنه يمكن أن يكون، وفي نفس الوقت، رئيساً للحكومة، ولكن بصفتين مختلفتين، واحد رئيس حكومة مستقيل يمارس مع وزرائه المستقيلين مهمة تصريف العاجل من الأمور، وآخر رئيس معيّن ومكلف بتشكيل الحكومة وهو لا يستطيع أن يمارس عمله كرئيس حكومة فعلي إلا عند نجاحه في تشكيل حكومته، وصدر مرسوم تشكيلها بعد موافقة رئيس الدولة عليها، فلو أن رئيس الحكومة المستقيل سمو الشيخ ناصر المحمد هو الذي اجتمع بوزرائه المستقيلين ووافقوا على مرسوم الحل كإجراء من إجراءات تصريف الأعمال، يصبح للمادة (١٠٣) من الدستور حجية في التطبيق والارتكاز عليها... أما دون ذلك فإنه لا يمكن تصوّر رئيس حكومة مستقيل لا يمارس عمله بحلول رئيس مكلف مكانه، وبنفس الوقت يستمر وزراؤه المستقيلون بتصريف العاجل من الأمور من دونه!

ولتقريب الصورة أكثر، نطرح مثلاً مدرسياً يمكن تخيل حدوثه على سبيل الجدل الفكري لتوضيح وجهة النظر... فلو فرضنا أن رئيس مجلس الوزراء المعين، والذي أقسم اليمين، اجتمع بأشخاص من الجاليات الأجنبية على فرض أنهم - بما يخالف صحيح الدستور - "وزراء معينين"، ومن ثم اتخذت هذه "الحكومة" قراراً بالموافقة على حل مجلس الأمة! فهل يمكن لهذه الحكومة غير الدستورية أن تحصّن أعمالها، بما فيها مرسوم الحل، خلف نظرية الأعمال السيادية أو السياسية... وهل سيقف القضاء عاجزاً عن إعلان انعدام قراراتها وأعمالها؟ أم أن القضاء - وهذا هو المنطق السليم - سيتصدى للمسألة ليرسم بشكل صحيح حدود نظرية الأعمال الحكومية، ويغلب مبدأ المشروعية على سواه؟

وعن القول أن الحل هو حل رئاسي وليس حكومياً، وبالتالي فهو لا يتطلب أكثر من توقيع أمير البلاد ورئيس مجلس الوزراء على المرسوم الصادر بشأنه، ولا دور لمجلس الوزراء في هذا الشأن إلا من ناحية الموافقة الشكلية... فالرد على ذلك يكون



بالتأكيد أن الأحكام الدستورية لا يجوز التخمين بشأنها، بل يجب أن تقرأ بصريح نصها وإرادة مشرّعها، فلو أراد كاتبو الدستور أن يجعلوا موافقة مجلس الوزراء شكلية، لما عجزوا أن ينصّوا في المادة (١٠٧) أن يكون الحل بأمر أميري وليس بمرسوم يجب توقيع رئيس الوزراء عليه وموافقة مجلس الوزراء على مشروعه قبل أن يرفع للأمير للتوقيع والإصدار. صحيح أنه يمكن فهم النص أن ((للأمير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل...)) على أنها إرادة أميرية بالحل، ولكن الأمر لا يجوز أن يتعدى وصفه بالـ "الرغبة الرئاسية" في الحل دون أن يرتقي ذلك إلى ما يسمى "الحل الرئاسي" ... ذلك لأن النص الدستوري أحاط هذه الرغبة بشروط أخرى لتحقيقها من الناحية المشروعية وهي أن تصدر بمرسوم، وإذا حل المجلس وجب إجراء انتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل، فإن لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة يسترد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية ويجتمع فوراً كأن الحل لم يكن، ويستمر في أعماله إلى أن ينتخب المجلس الجديد.

المستفاد من كل ما سبق أن حل مجلس الأمة هو حق دستوري مقرر للسلطة التنفيذية بركنها - الأمير والحكومة - الأمر الذي يتطلب موافقتها معاً على صدور مرسوم الحل كما أي مرسوم آخر. ولا مجال هنا للبحث - لا فقهاً ولا قضاء - في مصدر وصاحب "الرغبة" في الحل ولا في أسبابها، كون هذه "الرغبة" ومبرراتها وأسبابها تدخل بالفعل في خانة الأعمال السياسية ونظرية "أعمال الحكومة" ... ولكن الإطار الشكلي والدستوري الذي تخرج فيه هذه "الرغبة" إلى العلن هو ما يخضع لرقابة القضاء من حيث صحة تكوينه وإجراءاته الدستورية والقانونية... فالحل - أياً يكن مصدر الرغبة فيه وأسبابه وتوقيته - لا يتحقق دستورياً إلا بصور مرسوم موقع من قبل الأمير ورئيس مجلس الوزراء وموافقة مجلس الوزراء على مشروع مرسومه، الأمر الذي أكدته ديباجة المرسوم مثار الجدل نفسه حيث أشارت إلى صدوره بناء على عرض رئيس مجلس الوزراء، وبعد موافقة مجلس الوزراء.

خلاصة القول أن حكم المحكمة الدستورية بإعلانه عدم دستورية مرسوم حل مجلس الأمة، كرّس مفاهيم دولة القانون ومبدأ المشروعية على حساب نظرية "أعمال السيادة أو أعمال الحكومة"، الأمر الذي احترمت الحكومة حيث أسرع إلى سحب المرسوم المبطل وإصدار مرسوم حل آخر اتخذ وفقاً للإجراءات الدستورية السليمة، بينما نأت المحكمة الكلية الإدارية بنفسها عن الغوص في دائرة الرقابة على مراسيم الحل، تحاشياً منها بأن توسم مواقفها بما يسمى "حكومة القضاء"، وفضلت - ولو بموقف سلبي من قبلها - أن تبقى في خانة "قضاء الحكم".



## التعويض عن التوقيف في القانون الجزائي الأردني "دراسة مقارنة"

د. مأمون "محمد سعيد" أبو زيتون      د. مؤيد محمد علي القضاة  
أستاذ القانون الجنائي المساعد      أستاذ القانون الجنائي المساعد  
كلية القانون - جامعة اليرموك      كلية القانون - جامعة اليرموك

### ملخص:

تتناول أروقة هذا البحث مسألة على قدر كبير من الأهمية مازال يتجاهلها المشرع الأردني ولا وجود بها، على الرغم من أن من سمات العرب الجود والكرم، ألا وهي مسؤولية الدولة عن التعويض عن التوقيف، هادفين إلى وضع أسس ومعايير لكيفية التعويض في حال ما إذا سؤلت نفس المشرع له التدخل والتعويض عن التوقيف.

ومن باب طرح الأمر بصورة موضوعية يحضرنا القول بأن المشرع الأردني قد أدرج على استحياء بعض النصوص القانونية المعالجة لموضوع التعويض عن التوقيف، إلا أنها نصوص هشة تذروها الرياح لكونها لا تعالج سوى التعويض المعنوي والتعويض المادي من قبل المدعي بالحق الشخصي، وهذا ما تؤكدته المادة (١٧٨، ٢٩٨/٢٠١) قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

وبعد لفت الانتباه إلى أن هناك حاجة ماسة لتدخل المشرع في هذا المجال خصوصاً وأن الأردن قد صادقت على كثير من الاتفاقيات الدولية التي توجب ذلك، فقد قسمنا هذا البحث إلى مبحثين نعالج في الأول منهما عناصر قيام مسؤولية الدولة عن التعويض، وفي الثاني القواعد الإجرائية لكيفية تحصيل قيمة التعويض.

وفي إطار المبحث الأول والمتعلق بعناصر قيام مسؤولية الدولة عن التعويض نلفت الانتباه إلى أنه ينبغي لقيام مسؤولية الدولة عن التعويض صدور أمر غير مشروع بالتوقيف، وأن يكون هذا الأمر ناتجاً عن خطأ صادر من قبل القاضي المختص، وأن يؤدي هذا الأمر إلى ضرر.

أما بالنسبة للمبحث الثاني فقد عالجتنا من خلاله الكيفية التي يتم من خلالها تحصيل قيمة التعويض، فاقترحنا وجوب تقديم طلب للحصول على التعويض، وألا تخضع عملية حساب قيمة التعويض لمعيار واحد، وذلك بسبب اختلاف الأشخاص الذين يتعرضون للتوقيف، والأعمال التي يقومون بها، والأضرار التي لحقت بهم من جراء التوقيف، وطبيعة التهم التي

أسندت إليهم، وسبب انتهاء التوقيف الذي قد يكون راجعاً إلى حكم مؤكّد بالبراءة، أو إلى حكم مشكوك فيه لعدم كفاية الأدلة، أو قوتها.

وفي السياق ذاته فقد اقترحنا على مشرعنا في حال ما إذا تم دفع التعويض وتم بعد ذلك مباشرة إجراءات التقاضي بشأن الموقوف مرة أخرى، أن يسقط القوة القانونية للحكم الصادر بالتعويض إلى أن يبت في الجريمة، وإذا كان التعويض قد تم صرفه لمستحقه، فننقّرح أيضاً جواز إعادة المطالبة به ومن ثم الحصول عليه.

أخيراً نختتم هذا البحث بتوصيات آملين أن تجد طريقها للتطبيق العملي، وتسهم في إظهار الأردن بأنها من ضمن القافلة السائرة في ركب حقوق الإنسان.

## المقدمة:

سنتعرض في إطار المقدمة إلى دراسة تمهيدية للموضوع، وإلى موقف بعض التشريعات المقارنة منها. كذلك الأمر سنقوم بعرض المشكلة البحثية والمنهجية المستخدمة في هذه الدراسة.

## أولاً - دراسة تمهيدية:

طالما أن أسباب التوقيف وشروطه متوفرة فلا يستطيع أحد أن يشكك بشرعيته كإجراء قانوني حتى ولو كان ماساً بالحرية الشخصية للفرد، حتى ولو ثبت بعد ذلك براءة الموقوف من التهمة المنسوبة إليه، وذلك لأن التوقيف - بهذه الصيغة وبعيداً عن التعسف والمحاباة - يخدم المصلحة والعدالة القانونية.

على الرغم من أن التوقيف من الإجراءات الجريئة التي تخدم العدالة القانونية، إلا أنه لا يجوز أن يكون خدمة العدالة القانونية في كل الأحوال على حساب المشتكى عليه، فكما هو أمر مبرر من الناحية القانونية رضوخ المشتكى عليه إلى الإجراءات الجنائية ومنها التوقيف من أجل الوصول إلى الحقيقة، ومن ثم إقامة العدالة القانونية فهو أمر مبرر أيضاً من الناحية القانونية تعويض المشتكى عليه عن الخسائر التي لحقت به من جراء التوقيف، خصوصاً وأن التوقيف من الإجراءات القانونية التي تعطل الموقوف عن العمل، وتفقده عمله، وتحث الغير على عدم تشغيله بسبب الشبهات والشكوك التي يثيرها، كما وقد يؤدي إلى عدم مقدرة المشتكى عليه على أداء ذات العمل السابق بسبب الظروف التي قد يتعرض لها نتيجة التوقيف<sup>(١)</sup>.

(١) عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص ٣٢٩؛ محمد علوان، حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩، ص ٤٢١.



كذلك الأمر فقد ينتج عن التوقيف حالة نفسية سيئة تقعه عن العمل، أو قد يتعرض لأمراض معينة تحتاج إلى علاج، أو قد يفوت على المشتكى عليه أرباحاً كثيرة، خاصة فيما لو كان تاجراً<sup>(٢)</sup> فهل من العدل أن يبقى المشتكى عليه دون تعويض؟

بالاعتماد على ذلك فلا بد من أن يولي المشرع الأردني هذا الموضوع نوعاً من الاهتمام، وأن يضع سنداً قانونياً يلزم من خلاله الدولة بتعويض الموقوف عن الخسائر التي لحقت به من جراء التوقيف، وأن لا يقصر الأمر على التعويض المادي من قبل المدعي الشخصي وعلى التعويض المعنوي<sup>(٣)</sup>. كما ينبغي أن يبين في ذلك السند شروط التعويض، وكيفية الحصول عليه، وأساسه، والجهة التي تتحملها، والجهة التي تحكم به، والمدة التي يجب دفع التعويض خلالها، والأشخاص الذين يستحقونه، وموجبات التعويض وموانعه.

ما يؤيد ضرورة تدخل المشرع الأردني في هذا المجال ما جاءت به المادة (٧/١٤) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان والذي صادقت عليه الأردن عام ٢٠٠٤، والمادة (٥/٩) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والذي صادقت عليه الأردن بتاريخ ١٩٧٥/٥/٢٨، حيث تقضي هذه المواد بأنه لكل شخص كان ضحية توقيف أو اعتقال غير قانوني الحق في الحصول على تعويض عادل<sup>(٤)</sup>. والمعروف أن الدول التي تصادق على اتفاقيات دولية يجب أن تطوع قوانينها الداخلية بما يتلاءم مع هذه الاتفاقيات.

(٢) أمين مصطفى محمد، مشكلات الحبس الاحتياطي بين قيوده والتعويض عنه دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ١١٠.

(٣) أما بالنسبة للتعويض المادي من قبل المدعي الشخصي، والتعويض المعنوي فقد تنبه المشرع الأردني إلى هذا النوع من التعويض في المادتين (١٧٨، ٢٩٨/٢١) قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني. توجب المادة (١٧٨) على المدعي الشخصي تعويض المشتكى عليه، شريطة أن يطلب هذا الأخير ذلك، وأن يتبين للمحكمة بأن الفعل لا يؤلف جرماً أو أن الظنين برئ، وأن الدعوى قد أقيمت عليه بصورة كيدية. أما المادة (٢٩٨/٢١) والتي تعالج موضوع التعويض المعنوي فتقضي بتعليق الحكم الصادر ببراءة المتهم ونشره في الجريدة الرسمية في صحيفتين محليتين إذا اقتضى الأمر ذلك وعلى نفقة الدولة. عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٤، ص ٥٩٦.

(٤) الميثاق العربي لحقوق الإنسان يعد مراجعة لوثيقة وضعت عام ١٩٩٤، وبخل حيز التنفيذ في آذار عام ٢٠٠٨. أما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فقد صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٦ ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٥/٦/٢٠٠٦ في العدد ٤٧٦٤ على الصفحة ٢٢٢٧.

## ثانياً - موقف التشريعات المقارنة من هذه الدراسة:

يتضح للمتتبع للقوانين الغربية والعربية بأن هناك كثيراً من القوانين تنبّهت إلى فكرة التعويض عن التوقيف، فعلى الصعيد الغربي تنبّه المشرع الألماني إلى فكرة التعويض في القانون الألماني رقم (١٤) لسنة ١٩٠٤، والإيطالي في القانون رقم (٤٤٧) لسنة ١٩٨٨، والفرنسي في نص المادة (١١) من القانون الصادر في (٥) تموز سنة ١٩٧٢ رقم (٧٠ - ٦٤٣) المعدل لقانون المرافعات المدنية الفرنسية القديم، ونص المادة (٥٠٥) قانون المرافعات المدنية الفرنسية الجديد الصادر في (٥) كانون الأول سنة ١٩٧٥.

ولم يقتصر الأمر في فرنسا على التشريع بل أن القضاء الفرنسي كان قد سبق التشريع الفرنسي في هذا المجال، حيث أقرت محكمة باريس بضرورة تعويض الموقوف عن الخسائر الناتجة عن التوقيف في أحكامها الصادرة في ١٥ تشرين أول سنة ١٩٦٩، وفي ٩ آذار سنة ١٩٧٠، وفي ١٣ أيار سنة ١٩٧٠، وفي ٣ آذار سنة ١٩٧١<sup>(٥)</sup>. كل ذلك دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل وإقرار التعويض في القانون السابق الذكر.

ولم يخل الجانب العربي من القوانين المؤيدة لموضوع التعويض، فالمتابع لها يجد بأن كثيراً من القوانين العربية أقرت أيضاً مبدأ التعويض عن التوقيف غير المشروع، والأمثلة على ذلك كثيرة أذكر منها القانون الجزائري في المادة (٤٧) من الدستور الصادر في ٢٢ تشرين الثاني سنة ١٩٧٦، وفي المادة (١٣٧ مكرر) قانون الإجراءات الجنائية الجزائري رقم (٦٦-١٥٥) لسنة ١٩٦٦ المعدل بموجب القانون رقم (٠١-٠٨) لسنة ٢٠٠١، وفي المادة (٥٧) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ والمادة (٤٩٤) قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، والمادة (٣٢١) مكرر من التعديل الجديد لقانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٤٥) لسنة ٢٠٠٦.

وعلى الصعيد الدولي فقد جاء المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات الذي انعقد في مدينة روما من (٢٧) أيلول إلى (٤) تشرين أول سنة ١٩٥٣، وتوصيات الحلقة العربية الثالثة للدفاع الاجتماعي التي عقدت في دمشق سنة ١٩٧٢، والمادة (٥) من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(٦)</sup> مؤيدة أيضاً لمبدأ التعويض.

أما بالنسبة للقانون الكويتي والذي يعالج موضوع التوقيف في المواد من (٦٩-٧٤) قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠ فعلى الرغم من أن

(٥) T.G.I. Paris 1970, J.C.P. 1971.2.16840, note Genevieve Burdeau; Detention provisoire et responsabilite de l'Etat, D. 1974, chr. Pp. 270 et suiv.

(٦) L'arret Civet c. France, rendu le 28 septembre 1999 par la grande chambre de la cour europeenne des droits de l'Homme.

الكويت قد انضمت إلى الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية في تاريخ (٥/٣١/١٩٩٦) ودخل التصديق على هذه الاتفاقية حيز النفاذ في (١٩٩٦/٨/٢١) إلا أنه ما زال يتجاهل أمر التعويض عن التوقيف على الرغم من أن المادة (٥/٩) من الاتفاقية تستوجب ذلك، ما يؤيد ضرورة تدخل المشرع الكويتي إلى جانب الأردني في هذا المجال، إن المادة (٧٠) من الدستور الكويتي تقضي بأن للاتفاقية بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية قوة القانون؛ لذا ينبغي أن يتدخل المشرع الأردني والكويتي لوضع قواعد ناظمة لهذا الحق القانوني لمواكبة الدول السائرة في ركب حقوق الإنسان<sup>(٧)</sup>.

### ثالثاً - المشكلة البحثية:

المطالع للقانون المعدل لقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني يتضح له بأن المشرع لا يزال يتجاهل أمر التعويض عن التوقيف، على الرغم من أن هناك اتفاقيات دولية صادقت عليها الأردن تشترط ذلك؛ لذا فقد قررنا أن نُعدّ هذا البحث آملين في أن يكون خطوة موفقة تساعد المشرع الأردني على كيفية صياغة النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض في حال ما إذا سوّلت له نفسه إدراج نصوص تجيز التعويض عن التوقيف من قبل الدولة.

### رابعاً - منهجية البحث:

استخدمنا في هذا البحث وبشكل رئيسي المنهج المقارن والتحليلي بنوعيه الاستقرائي والاستنباطي. إضافة إلى ذلك فقد لجأنا في ثانياً هذا البحث إلى المنهج الوصفي والتطبيقي العملي من خلال التعرض لأحكام محكمة التمييز والعدل العليا الأردنية والنقض المصرية.

(٧) تقضي هذه الاتفاقية في مادتها التاسعة الفقرة الثالثة على أن: "يقدم الموقوف بتهمة جزائية إلى من له السلطة القضائية للتحقيق معه، على أن يحاكم خلال مهلة معقولة أو يفرج عنه ولا يجوز أن يكون احتجاز الأشخاص الذين ينتظرون المحاكمة هو القاعدة العامة، ولكن من الجائز تعليق الإفراج عنهم على ضمانات الكفالة بحضورهم المحاكمة في أية مرحلة". وكذلك تقضي المادة التاسعة في الفقرة الرابعة والخامسة أن لكل شخص حرماً من حريته نتيجة إلقاء القبض عليه حق الرجوع إلى المحكمة لكي تفصل دون إبطاء بشأن قانونية حبسه وتفرج عنه إذا كان الإيقاف غير قانوني، وهذا الأمر متبع لدينا ولا غبار عليه، والأهم هو الفقرة الخامسة لكل شخص كان ضحية توقيف أو اعتقال غير قانوني حق الحصول على تعويض، ولا شأن لنا بالاعتقال بأننا لسنا دولة بوليسية يمارس فيها الاعتقال بل محورنا هو التوقيف باعتبارنا دولة مؤسسات وقانون.

## المبحث الأول

### عناصر قيام مسؤولية الدولة عن التعويض

يقسم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع، نعالج في الأول منهم صدور أمر غير مشروع بالتوقيف من قبل جهة مختصة بذلك، وفي الثاني صدور خطأ من قبل القاضي المختص بالأمر بالتوقيف، أما بالنسبة للفرع الثالث فيختص بالضرر ومدى اشتراطه لقيام المسؤولية.

### الفرع الأول

#### صدور أمر غير مشروع بالتوقيف من قبل جهة مختصة بذلك

يشترط لجواز التعويض صدور أمر بالتوقيف من قبل جهة مختصة بذلك، وأن يكون هذا الأمر غير مشروع. ويُعرّف التوقيف على أنه إجراء قانوني يتم من خلاله سلب حرية المتهم مدة من الزمن تحددها مقتضيات التحقيق ومصلحته وفق ضوابط قررها القانون<sup>(٨)</sup>. أما بالنسبة للأوامر الأخرى مثل القبض والتعرض المادي والاستيقاف والتحفظ والجلب والإحضار والمراقبة القضائية وغيرها من الإجراءات الأخرى الماسة بالحرية الشخصية فنكتفي بالقول بأنها ليست توقيفاً بالمعنى القانوني وبالتالي لا يجوز التعويض عنها على أساس النص القانوني الذي يجيز التعويض عن التوقيف، أما فيما يتعلق بعدالة هذا الاستنتاج والمتعلق بجواز التعويض من عدمه عن هذه الإجراءات فلا نريد أن نتعرض له وذلك رغبة منا في قصر الأمر على التوقيف<sup>(٩)</sup>.

ولا يؤثر على التوقيف كأساس للتعويض سواء أكان التوقيف إجراءً عادياً أم احترازياً، وسواء أكان يخدم مصلحة التحقيق أم لا، وسواء أكان حكماً قضائياً بالمعنى الفني، أم عملاً تمهيدياً للحكم، أم عملاً متعلقاً بتنفيذ الحكم<sup>(١٠)</sup>، وسواء أكانت مدته طويلة أم قصيرة، وسواء طعن الموقوف به أم لا، وهذا ما تؤكده المادة (١/١١) قانون التعويض الجنائي الألماني. كذلك الأمر لا يؤثر على التوقيف كأساس للتعويض سواء

(٨) كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية والسورية وغيرها، دار الثقافة ٢٠٠٨، ص ٥٠٠.

(٩) نائل عبد الرحمن صالح، التوقيف المؤقت والمراقبة القضائية، ١٩٨٣، عمان، ص ٧٥.

(١٠) من الأحكام المتصلة بتنفيذ الحكم القرارات المتعلقة بالغرامات والمصادرة، وقرارات التصديق على الأحكام، والقرارات المتعلقة بتنفيذ العقوبة أو التوقيف.



أكان التوقيف صادراً من محكمة عادية أم استثنائية، أم من النيابة العامة، وسواء أكانت المحكمة التي أصدرته مشكلة من عناصر قضائية أم لا، وسواء تقيدت بالقوانين وبالمبادئ المقررة في القانون الجنائي الموضوعي أو الإجرائي أم لم تتقيد، وهذا ما جاءت به محكمة النقض المصرية. أما إذا كان سبب التوقيف راجعاً لحماية الشخص الموقوف، ففي هذه الحالة نقترح عدم جواز التعويض؛ لأن التوقيف في هذه الحالة كان له ما يبرره قانوناً.

إضافة إلى ذلك يصلح أيضاً التوقيف الصادر من قبل الحاكم الإداري المختص كالمحافظ والمتصرف لجواز التعويض، وهذا ما تؤكدته المادة (١) قانون التعويض الجنائي الألماني، وقرار لمحكمة العدل العليا الأردنية حيث قضت بتعويض بعض الأشخاص الذين تم توقيفهم إدارياً من قبل الحاكم الإداري بعد أن ثبت أن قرار التوقيف صدر خلافاً لأحكام قانون منع الجرائم رقم (٧) لسنة ١٩٥٤، وبعد أن قدرت المحكمة أن توقيفهم قد عطلهم عن أعمالهم لاسيما وأن أحدهم سائق والثاني طالب توجيهي والثالث مزارع<sup>(١١)</sup>. ويشترط في التوقيف الصادر من قبل الحاكم الإداري لجواز التعويض أن يكون خاضعاً للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، أما إذا لم يكن كذلك كأن يكون خاضعاً لتصديق الحاكم الإداري نفسه ففي هذه الحالة لا تعتبر قراراته من قبيل أعمال السلطة القضائية التي تستوجب تعويضاً.

إلى جانب ذلك نقترح أيضاً لجواز التعويض أن يكون التوقيف غير مشروع، ويعتبر التوقيف - برأينا - غير مشروع إذا صدر بعد التوقيف حكم نهائي ببراءة المشتكى عليه الموقوف، أو قرار بمنع محاكمته، أو بوقف التحقيق حياله، أو بالإفراج عنه شريطة أن يكون سبب الإفراج راجعاً لتقادم الفعل، أو لعدم تشكيله جرمًا أو لعدم قيام الأدلة أو كفايتها أو لإلغاء قاعدة التجريم<sup>(١٢)</sup>. أما إذا كان سبب الإفراج راجعاً إلى اضطرابات عصبية، أو إلى جنون متقطع كان يعاني منها المشتكى عليه أثناء ارتكابه

(١١) عدل عليا أردنية، قرارها رقم ٩٢/١٥٢، تاريخ ٢٨/١٠/١٩٩٢، مجلة نقابة المحامين، ص ١٧٩٩.

(١٢) لقد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن الاشتباه أثناء الإجراءات لا يتعارض مع قرينة البراءة، أما إذا تم التمسك بالاشتباه بعد صدور الحكم بإخلاء سبيل المشتكى عليه فإنه يتعارض مع قرينة البراءة، وبالتالي هناك خرق للمادة ٢/٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

CASE OF ASAN V. AUSTRIA (APPLICATION NO. 28389/95) JUDGMENT 21 MARCH 2000.

للسلوك الجرمي، أو راجع لعدم أهليته ففي هذه الحالة لا يمكن القول بأن التوقيف غير مشروع، وبالتالي نقترح عدم التعويض في هذه الحالة، وذلك لأن التوقيف - منذ البداية - كان له ما يبرره قانوناً<sup>(١٣)</sup>، وهذا ما تؤكدته المادة (٢) قانون التعويض الجنائي الألماني<sup>(١٤)</sup>.

كذلك الأمر يعد التوقيف الصادر حيال المشتكى عليه أيضاً غير مشروع إذا رفضت محكمة الموضوع فتح إجراءات المحاكمة ضده، أو توقيع العقوبة عليه، أو إذا أوقفت التحقيق والإجراءات الجنائية ضده، أو إذا ألغت الأمر الصادر بالتوقيف شريطة أن لا يكون السبب في ذلك راجعاً لعدم أهليته، أو إلى عوائق بالتحقيق أو بالإجراءات الجنائية، أو إلى شخص الموقوف كصدور عفو عام شمله، ففي هذه الحالة لا يمكن القول بأن التوقيف غير مشروع، فلولا صدور ذلك العفو لكان قد تعرض للإدانة القانونية. أما بالنسبة للقانون الكويتي فلا يمنع العفو الشامل من التعويض؛ لأنه يعتبر بمثابة البراءة وبالتالي يجب أن يترتب عليه إلغاء جميع الإجراءات والأحكام السابقة عليه والمعارضة لحكمه، وهذا ما تؤكدته المادة (٢٣٨) قانون المحاكمات والإجراءات الجزائية. أما إذا كان إلغاء التوقيف ليس راجعاً لشخص الموقوف كما إذا غضت محكمة الموضوع النظر عن العقوبة المنتظرة لكونها لا تتناسب مع التوقيف، كأن يتضح لها أن الفعل المرتكب هو من قبيل المخالفات مثلاً، ففي هذه الحالة يعد - برأينا - التوقيف غير مشروع ومستوجب بالتالي للتعويض، وهذا ما تؤكدته المادة (٢١/٤) من قانون التعويض الجنائي الألماني، ويطلب به الكثير من الفقه الألماني<sup>(١٥)</sup>.

وفي إطار الحديث عن عدم مشروعية التوقيف كأساس للتعويض نلفت الانتباه إلى أنه يشترط لتوافر عدم المشروعية في التوقيف أن لا يكون المشتكى عليه هو من سبب عن قصد التوقيف، كما لو كان هو من اعترف على نفسه بالتهمة المنسوبة إليه، أو هو من وضع نفسه في موضع الاتهام، أو كما لو كذب في نقاط مهمة، أو عارض أقواله السابقة، أو لم يدل بأقواله عن التهمة المنسوبة إليه، أو كتم ظرفاً قادراً على إزالة التهمة، أو امتنع عن حضور جلسات المحاكمة على الرغم من صدور مذكرة دعوى بحقه،

(١٣) عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٤، ص ٦١٤.

(١٤) إبراهيم حامد طنطاوي، الحبس الاحتياطي، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٩، ص ١٧٦؛ أنور رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠، ص ١٢٣.

(١٥) Fröhlich, Neue Zeitschrift fuer Strafrecht (NStZ) 1999, S. 331.

أو كما لو غادر مكان الإقامة أو محل السكن دون إذن من القاضي أو من الجهة المختصة بالملاحقة أو دون إذن من الشخص الموكول بالمراقبة، ويرجع السبب في ذلك إلى أن التوقيف كان بسبب خطأ جسيم صادر من قبل المشتكى عليه نفسه وإهمالاً منه، وهذا ما تنادي به المادة (٥ و٦) قانون التعويض الجنائي الألماني، وكثير من الفقه<sup>(١٦)</sup>.

## الفرع الثاني

### صدور خطأ من قبل الجهة المختصة بالتوقيف

المطالع للتشريعات المقارنة يجد بأنها تتأرجح في مجال هذا الشرط فمنها من يشترط خطأ ويقيم المسؤولية بالتالي على أساس نظرية الخطأ، ومنها لا يشترط خطأ بل يكفي حصول الضرر ويقيم المسؤولية على أساس نظرية المخاطر. ويرجع سبب عدم اشتراط الخطأ بالنسبة لهذا الرأي الأخير إلى أن المرافق العامة تعمل لصالح الجماعة التي تمثلها الدولة، فإذا نتج عن عملها ضرر أصاب الفرد فإن من العدل أن تتحمل الدولة عبء التعويض سواء أسند إلى القاضي خطأ أم لا. السؤال الذي يطرح نفسه الآن هل نقترح على المشرع الأردني أن يشترط خطأ لقيام مسؤولية الدولة عن التعويض أم نكتفي بالضرر؟

على الرغم من أن نظرية المخاطر تمتاز بالوضوح والدقة وسهولة التطبيق، وتوفر للمشتكى عليه دائماً التعويض، وأخذت بها كثير من الدول المتقدمة<sup>(١٧)</sup>، وتعتبر مخرجاً من المسائل التي يصعب فيها تحديد الخطأ<sup>(١٨)</sup>، وتجعل خصم المشتكى عليه في دعوى التعويض الدولة وهي شخص مليء قادر على التعويض، وتعطي جرأة

(١٦) عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٤، ص ٦١٥.

(١٧) قرر القانون الألماني في قانون التعويض الجنائي، والفرنسي في التعديل الجديد لقانون المرافعات الفرنسي الصادر في عام ١٩٧٢ بأن أساس مسؤولية الدولة عن التعويض يقوم على نظرية المخاطر.

(١٨) المتابع للمسائل التي يصعب فيها تحديد الخطأ من عدمه يتم اللجوء إلى قيام المسؤولية على أساس الضرر لا الخطأ، وهذا ما فعله مؤتمر استوكهولم لعام ١٩٧٢ والمتعلق بالبيئة، فقد أقام مسؤولية الدولة عن أعمال مرافقها العامة على أساس الضرر لا الخطأ، فبمجرد ما أحدث المرفق العام ضرراً بيئياً ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية الدولة عن التعويض بغض النظر عما إذا أسند إلى تلك المرافق خطأ أم لا. وفي مجال التوقيف فقد تثير مشاكل كثيرة في تحديد ما إذا كان قد صدر خطأ أم لا، ومن هو المسؤول عن ذلك الخطأ القاضي أم الدولة، مما سيعطل أمر التعويض والسرعة في تحقيقه؛ لذا فقد أقامت كثير من الدول مسؤولية الدولة عن التوقيف على أساس الضرر لا الخطأ.

للجهة المختصة بالتوقيف على إصدار الأمر به؛ لأن المسؤولية ستقوم على الدولة، ولأن المشتكى عليه سيعوض في حالة كون الأمر بالتوقيف ليس في محله، إلا أنه يؤخذ عليها أنها تخدم قطاع التأمين فقط، وتحمل الدول - خصوصاً التي في طور النمو - أعباء مالية كبيرة.

بالاعتماد على ذلك نقترح على مشرعنا أن يأخذ في هذا الوقت بنظرية الخطأ لا المخاطر؛ وذلك لأن هذه النظرية تحت القضاة على اتباع الحيطة والحذر، ولا تثقل كاهل ميزانية الدولة<sup>(١٩)</sup>، وتتفق مع وجهة نظر محكمة العدل العليا ومحكمة التمييز الأردنية، حيث قررنا بأنه يشترط لجواز التعويض حصول خطأ من قبل الجهة أو الإدارة المختصة بالتوقيف<sup>(٢٠)</sup>.

كذلك الأمر فإن الأخذ بهذه النظرية يتفق مع وجهة نظر القانون الفرنسي والمصري، فالمطالع للقانون الفرنسي بشيء من الدقة يتضح له بأن هذا القانون لا يأخذ بنظرية المخاطر كما يبدو للوهلة الأولى من النصوص وكما ذكر سابقاً، بل يأخذ بنظرية الخطأ في الأصل واستثناء بنظرية المخاطر<sup>(٢١)</sup>، وهذا ما يؤكد بصورة صريحة نص المادة (٥٠٥) قانون المرافعات الفرنسي الصادر في (٧) شباط سنة ١٩٣٣ والتعديل الحاصل عليه عام ١٩٧٢.

كذلك الأمر بالنسبة للقانون المصري فالمطالع له يجد بأن المشرع المصري يقيم مسؤولية الدولة عن تعويض التوقيف على أساس نظرية الخطأ، وهذا ما تؤكد المادة (٤٩٤) وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر في ٧ أيار سنة ١٩٦٨، والمحكمة الإدارية أيضاً.

ولا يشترط في التشريعات التي تشترط الخطأ أن يكون الخطأ جسيماً أو يسيراً، إلا أنه يجوز للدولة في حال كون الخطأ جسيماً الرجوع على القاضي، أو على الشخص المبلغ سيئ النية أو على شاهد الزور بقيمة التعويض الذي دفعته، بخلاف ما إذا كان يسيراً؛ وذلك لأن عمل القضاة يمتاز بالصعوبة والدقة ويعرض المرفق لارتكاب الأخطاء،

(١٩) المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٩ مايو، سنة ١٩٦٢، مجموعة أبو شادي، ص ١١٣٤؛ سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٨٦، ص ٤٤٤.

(٢٠) عدل علياً أردنية، قرارها رقم ٩٧/٥٦، تاريخ ١٦/٧/١٩٩٧، غير منشور؛ تمييز حقوق، قرارها رقم ٦٦/٤٨٠، مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٧، ص ٤٩.

(٢١) Civ 29 Nov. 1973. B. Civ. 2. No. 316



فإذا سمحنا للدولة الرجوع على القاضي في حالة كون الخطأ يسيراً فسيؤدي ذلك إلى شل يد القضاء عن التدخل خوفاً من المسؤولية، مما سيؤثر على العدل والعدالة القانونية، وهذا ما تؤكدته المادة (١٣٧ مكرر) قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية.

ويرجع السبب في أن الدولة تتحمل في البداية مسؤولية التعويض، ومن ثم لها حق الرجوع على القاضي في حالة كون الخطأ جسيماً، إلى أن الدولة شخص مليء وقادر على التعويض مباشرة، بخلاف القاضي الذي قد لا يستطيع التعويض. كذلك الأمر فإن المشتكى عليه بحاجة إلى تعويض بشكل سريع والخوض في جسامته الخطأ من عدمه قد يأخذ وقتاً طويلاً.

بما أن رجوع الدولة على القاضي بقيمة التعويض يقتصر فقط على الأخطاء الجسيمة لا اليسيرة، فإنه لازماً علينا أن نفرق بين الخطأ الجسيم واليسير.

يُعرف الخطأ الجسيم بالاعتماد على المادة (١١) من قانون المرافعات الفرنسي المعدل الصادر في (٥) تموز سنة ١٩٧١ على أنه خطأ ليس من قبيل المخاطر العادية، منفصل مادياً ومعنوياً عن الوظيفة<sup>(٢٢)</sup>، يصدر بصورة عمدية أو نتيجة استهتار، وذلك لتحقيق أهداف خاصة لا علاقة لها بالوظيفة أو بالأهداف الإدارية، تتحمل فيه الدولة مسؤولية التعويض ولكن يجوز لها الرجوع على القاضي بقيمة التعويض الذي دفعته، ولا يؤثر على قيام هذا الخطأ سواء حصل بحسن أو بسوء نية، وسواء أكان محلاً للمساءلة التأديبية أم لا.

ويعتبر - برأينا - من قبيل الأخطاء الجسيمة الجهل الفاضح بالمبادئ القانونية أو بالوقائع الثابتة بملف الدعوى، أو إغفال القاضي تسبب الأمر بالتوقيف<sup>(٢٣)</sup>، أو

(٢٢) يعد الخطأ منفصلاً مادياً عن الوظيفة إذا كانت الوظيفة لا تتطلب القيام به أصلاً كالتوقيف في جريمة لا يجيز فيها القانون التوقيف، كالمخالفات وبعض الجنح اعتماداً على المادة (١١٤) قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني. إذا أصدر القاضي في هذه الجرائم الأمر بالتوقيف ففي هذه الحالة يمكن القول بأن الخطأ الذي وقع به منفصل مادياً عن الوظيفة. أما معنوياً فيعد الخطأ منفصلاً معنوياً عن الوظيفة إذا كانت الوظيفة تتطلب القيام بالعمل أي بالتوقيف ولكن لغرض آخر غير الذي أراده الموظف. يشترط المشرع الأردني لجواز التوقيف في الجرائم التي يجوز فيها قانوناً التوقيف أن يكون هناك مبرر للتوقيف، وإلا فلا يجوز التوقيف. من المبررات التي تجيز التوقيف الخوف من فرار المشتكى عليه، أو التأثير على الشهود أو التلاعب بأدلة الجريمة أو طمس معالم الجريمة. أما إذا لم يكن هناك أي مبرر وأصدر القاضي أمراً بالتوقيف ففي هذه الحالة يمكن القول بأن الخطأ منفصل معنوياً عن الوظيفة.

(٢٣) استئناف المنصورة ٢ فبراير سنة ١٩٧٨، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ١٩٧٨، رقم ٢٧، ص ١٩٧.

كالجهل بما ينبغي معرفته من القواعد القانونية العامة الأساسية<sup>(٢٤)</sup>، أو كالرغبة في إثارة بعض الخصوم أو الانتقام منهم، أو الكراهية كأن يحرف القاضي عن قصد ما أدلى به أحد الخصوم أو شاهده من أقوال، أو كأن يُكلف القاضي بكتابة تقرير عن قضية فيكتب التقرير بصورة محرّفة عن قصد، أو كأن يصف أحد المستندات المقدمة في القضية بغير ما اشتمل عليها للخداع<sup>(٢٥)</sup>.

كذلك الأمر يعتبر - برأينا - الخطأ جسيماً إذا أصدر القاضي قراراً بتوقيف المشتكى عليه في جريمة لا يجوز فيها قانوناً التوقيف أو دون أدلة، أو إذا تجاوز المدة المحددة للتوقيف والتمديد، أو إذا لم يحسب مدة التوقيف الصادرة من قبل المدعي العام من مدة التوقيف الصادرة من قبل المحكمة، أو إذا لم يقيم بالاستجواب قبل التوقيف. بتعبير آخر يمكن القول بأن فكرة الخطأ الجسيم تتمحور حول قيام القاضي بتطبيق النصوص الجزائية الخاصة بالتوقيف تطبيقاً خاطئاً ينم عن عدم معرفة بالنصوص أو قصور في فهمها وتطبيقها.

أما الخطأ اليسير فهو عبارة عن خطأ يعتبر من قبيل المخاطر العادية، تتحمل فيه الدولة مسؤولية التعويض عن القاضي دون حق الرجوع عليه، غير منفصل مادياً ومعنوياً عن الوظيفة، يصدر عن رجل الإدارة بصورة غير عمدية وليس له أي مرامي أو مقاصد شخصية<sup>(٢٦)</sup>. بتعبير آخر يمكن القول بأن الخطأ اليسير عبارة عن خطأ يقع في التقدير أو في استخلاص الوقائع أو في تفسير القانون أو في القصور في الأسباب.

وتطبيقاً لذلك يعتبر الخطأ يسيراً إذا قام القاضي بتمديد التوقيف دون أي مبرر، أو إذا لم يقيم القاضي في المحكمة بالاطلاع على مطالعة المدعي العام أو سماع أقوال المشتكى عليه أو وكيله قبل الأمر بتمديد التوقيف، أو إذا أخطأ في عملية استرداد

(٢٤) Cass. Req. 1er juillet 1941, S. 1941.1.181; Cass. Civ. 20 juin 1949, Gaz. Pal. 1949.2.353.

(٢٥) حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ تموز سنة ١٩٤٩، مجلة التشريع والقضاء المختلط، السنة ٦١، ص ١٦٣؛ رمزي سيف، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٨، ١٩٦٩، رقم ٤٤، ص ٦٣-٦٤.

(٢٦) Hauriou (M), Precis de droit administrative 11 eme ed, p. 320; T.C. 19 mars 1904, Maudiere, Rec. 252; T.C. 24 dec. Montlaur, Rec. 889; Duguit, Traite de droit constitutionnel, paris 1923, T. 3, p. 269 et suiv; Douc Rasy, Les forntieres de la faute personelle et de faute de service en droit francais, these Paris 1963, op. cit., pp. 56 et suiv.

مذكرة التوقيف، أو إذا أمر بالتوقيف في جنحة لا يجوز فيها التوقيف وذلك لأن موضوع التوقيف في الجريمة المنسوبة للمخاصم من المسائل التي تحتل مختلف التأويلات والتي يصح فيها الاجتهاد<sup>(٢٧)</sup>. كذلك الأمر فقد اعتبرت النقض المصرية الخطأ الهين الذي يقع من وكيل النيابة والذي يوازي عندنا المدعي العام بسبب حداثة عهده بالنيابة العامة خطأً يسيراً لا جسيماً<sup>(٢٨)</sup>.

وفي إطار الحديث عن الخطأ الجسيم أو اليسير نقترح إخضاع تحديد هذا الأمر إلى قاضي الموضوع تحت رقابة محكمة الموضوع المختصة. السؤال الذي يطرح نفسه الآن هل نخضع قرار محكمة الموضوع في هذا الإطار إلى رقابة محكمة التمييز؟ بمطالعة الوضع في مصر نجد بأن هناك رأياً لا يؤيد ذلك<sup>(٢٩)</sup>، ويرجع السبب في ذلك حسب هذا الرأي إلى أن تحديد ما إذا كان الخطأ جسيماً أم يسيراً ليس مسألة قانونية وبالتالي لا حاجة لرقابة محكمة النقض على قرار محكمة الموضوع في هذا الإطار. كذلك الأمر تؤيد محكمة النقض هذا الاتجاه حيث قررت في أحد قراراتها بأن قرار محكمة الموضوع بشأن الخطأ فيما إذا كان جسيماً أم يسيراً لا يخضع لرقابتها<sup>(٣٠)</sup>.

على النقيض من ذلك انتقد البعض هذا الاتجاه وقال بأنه لا بد من التفريق بين ما إذا كان الأمر يتعلق بإثبات الخطأ المادي من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وبين ما إذا كان الأمر يتعلق بالتكييف القانوني للخطأ فيما إذا كان جسيماً أم يسيراً. فإذا تعلق الأمر بإثبات الخطأ ففي هذه الحالة لا حاجة لرقابة محكمة النقض على هذا الأمر، أما إذا تعلق الأمر بالتكييف القانوني للخطأ فيما إذا كان جسيماً أم يسيراً ففي هذه الحالة يجب أن يخضع لرقابة محكمة النقض، وذلك لأن هذا الأمر مسألة قانونية لا بد من رقابة محكمة النقض عليها<sup>(٣١)</sup>.

(٢٧) رمزي سيف، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٨، ١٩٦٩، رقم ٤٤، ص ٦٥، حكم محكمة استئناف المنصورة في ١٨ يوليو سنة ١٩٥٣ المحاماة، س ٣٤، ص ١١١.

(٢٨) نقض ٢٠ ديسمبر، سنة ١٩٥٦، المحاماة، س ٣٧، ص ١٢٨٤.

(٢٩) رمزي سيف، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٨، ١٩٦٩، رقم ٤٤، ص ٦٦.

(٣٠) نقض ١٧ أبريل، ١٩٥٧، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س ١، ص ٨٨.

(٣١) محمد علي سويلم، التكييف القانوني في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٥، ص ٢٠٥.

ونحن - برأينا - نميل إلى الرأي الثاني ونقترح على المشرع الأردني أن يخضع قرار المحكمة المختصة بشأن الخطأ فيما إذا كان جسيماً أم يسيراً لرقابة محكمة التمييز إذا تعلق الأمر بالتكييف القانوني للخطأ فيما إذا كان جسيماً أم يسيراً، وذلك لأن هذا الأمر يعتبر كما ذكر سابقاً مسألة قانونية.

## الفرع الثالث

### حصول ضرر

يشترط لقيام الحق بالتعويض حصول ضرر ناتج عن التوقيف غير المشروع<sup>(٣٢)</sup>، وتقسم الأضرار إلى أضرار مادية ومعنوية، فبالنسبة للأضرار المادية والتي يقصد بها الخسائر المالية التي تلحق بالمشتكى عليه نتيجة التوقيف فلا يكاد يختلف اثنان على جواز التعويض عنها، والأمثلة على ذلك كثيرة أذكر منها أن يؤدي التوقيف إلى منع المشتكى عليه من إجراء صفقة مالية كانت ستدر له أرباحاً، أو إلى منعه من أداء عمله المعتاد<sup>(٣٣)</sup>. أما بالنسبة للأضرار المعنوية والتي هي عبارة عن أضرار ليس لها علاقة بالمال ولكن بالناحية المعنوية كالضرر المعنوي والنفسي الذي ينشأ عن وجود المشتكى عليه في مراكز التوقيف فالأمر مختلف عليه، فالمطالع للقانون المصري وخصوصاً للمادة (٢/٣١٣) مكرر قانون الإجراءات الجنائية يجد بأنه يقصر أمر التعويض على الأضرار المادية لا المعنوية، ويرجع السبب في ذلك إلى صعوبة تحديد الضرر المعنوي، وإلى صعوبة وضع مقياس واضح لكيفية التعويض عنها وإلى كثرة هذه الأضرار.

أما بالنسبة لكثير من القوانين المتقدمة فتجيز أمر التعويض عن الأضرار المعنوية، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه الأضرار هي أضرار على قدر كبير من الأهمية أيضاً، لا بل قد تكون أخطر لدى بعض الأشخاص من الأضرار المادية، كذلك الأمر فإن الضرر المادي وحده قد لا يصلح لتعويض المشتكى عليه وذلك لأن التوقيف قد يمنع كثيراً من الأشخاص عن تشغيل هذا الشخص لسمعته التي تكون قد تلوّثت بسبب ذلك التوقيف.

(٣٢) تشترط محكمة التمييز الأردنية لقيام مسؤولية الدولة عن التعويض أن يؤدي الخطأ إلى ضرر تمييز حقوق، قرارها رقم ٦٦/٤٨٠، مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٧، ص ٤٩.

(٣٣) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ج ٢ دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٩، ص ١٤٤؛ عمر واصف الشریف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٤، ص ٥٩٨؛ أنور رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠، ص ١١٤.



ومما يؤيد ضرورة تعويض الأضرار المعنوية ما جاءت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان؛ حيث قضت هذه المحكمة بتعويض الأضرار المعنوية التي لحقت بالمشتكى عليه من جراء التوقيف<sup>(٣٤)</sup>. كما قضت هذه المحكمة أيضا بموجب المادة الخامسة منها على الدولة الفرنسية بدفع مبلغ ٣٠ ألف فرنك فرنسي لأحد المتهمين الفرنسيين بسبب الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به من جراء التوقيف التعسفي بذلك المتهم<sup>(٣٥)</sup>.

بعد هذا العرض يثار سؤال على قدر كبير من الأهمية ألا وهو هل يجوز تعويض الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن التأخير في المحاكمة؟ بمطالعة التشريعات المقارنة المتقدمة يتضح لنا بأنها تجيز أمر التعويض عن الأضرار التي لحقت بالموقوف نتيجة التأخر بالحكم عليه حتى ولو ثبتت إدانته؛ وذلك لأن من حق المشتكى عليه أن تتم محاكمته بصورة سريعة وخلال مدة معقولة. وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية حيث قضت هذه المحكمة في العديد من أحكامها بأن مخالفة الالتزام بإجراء المحاكمة في خلال مدة معقولة - الوارد في نص المادة (١/٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان - لا يرتب بطلان الإجراءات، بل يسمح فقط للمتضرر من مدة التأخير أن يطلب التعويض المناسب<sup>(٣٦)</sup>.

كذلك الأمر بالنسبة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حيث حكمت هذه المحكمة بالتعويض المناسب كجزاء يقابل مخالفة الحق في المحاكمة خلال مدة معقولة، مستندة بذلك إلى نص المادة (٤١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على أنه: (إذا وجدت المحكمة أن هناك انتهاكاً للاتفاقية أو للبروتوكالات المتصلة بها، وإذا كان القانون الداخلي للطرف المعني يسمح بالتعويض، فإن المحكمة تقضي عند الضرورة بالتعويض<sup>(٣٧)</sup>).

(٣٤) CASE OF ASAN V. AUSTRIA (APPLICATION NO. 28389 / 95) JUDGMENT 21 MARCH 2000.

(٣٥) L.arret Civet c. France, rendu le 28 septembre 1999 par la grande chambre de la cour europeenne des droits de l'Home.

(٣٦) Cass. Crim. 7 mars 1989, bull. Crim. N 109, cass. Crim. 30Juin 1998cite in revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 1998-784 obs. J-p. Dintilhac, cass. Crim. 5 mars2002, no de pourvoi 01-83870, et cass. Crim. 8 octobre 2003.

(٣٧) فتية محمد قوراري، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٣ سنة ٢٠٠٦، ص ٣٢٧-٣٢٩.

وفي الأردن نقترح - اعتماداً على ما تقدم ذكره - جواز أمر التعويض عن الأضرار المعنوية وعن الأضرار التي لحقت بالموقوف نتيجة التأخر بالحكم عليه، حتى ولو ثبتت إدانته شريطة أن لا يكون هو السبب في التأخير في البت في القضية، وشريطة وضع حد أقصى للتعويض ولو في البداية، وذلك لحماية ميزانية الدولة ولعدم الإساءة في تقرير أمر التعويض.

كذلك الأمر يشترط في الضرر أن يكون مؤكداً وشخصياً ومباشراً أي مرتبطاً بعلاقة سببية مع التوقيف، أما الضرر المحتمل أو الذي لا يمس شخص المتضرر، أو الذي لم ينتج مباشرة عن التوقيف فنقترح عدم صلاحيته كأساس للتعويض<sup>(٣٨)</sup>. والأمثلة على ذلك كثيرة أذكر منها أن يكون المشتكى عليه الموقوف على سبيل المثال تاجراً وتم عقد صفقة تجارية عن طريق أبنائه كما لو قام التاجر نفسه بذلك، إلا أنه نتج عن تلك الصفقة أضرار نتيجة العجز المالي في السوق وليس بسبب عدم قيام التاجر نفسه بذلك الأمر، ففي هذه الحالة لا يمكن القول بوجود التعويض، وهذا ما يؤكده المشرع الفرنسي بالقانون رقم (٧٠-٦٤٣) الصادر في ١٧ تموز سنة ١٩٧٠، والألماني في المادة (٣) من قانون التعويض الجنائي.

وفي حال حصول خلاف حول ما إذا كانت الأضرار ناتجة عن التوقيف أم لا، فنقترح في هذه الحالة - اعتماداً على المادة (١٣/١/أ، ب، ج) قانون التعويض الجنائي الألماني - اتباع طريق التقاضي ضد القرار الصادر عن طريق رفع دعوى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام ذلك القرار أمام الدائرة المدنية لمحكمة من الدرجة الثانية.

السؤال الذي يطرح نفسه الآن هل يشترط في الضرر أن يكون جسيماً، أم هل يكفي الضرر العادي البسيط لجواز التعويض؟

هناك تشريعات تشترط لجواز التعويض أن يكون الضرر جسيماً وذلك لعدم إرهاق ميزانية الدولة، أو إشغال قضائها بالقضايا ذات الضرر البسيط هذا من جهة، ولأن الأشخاص مكلفون بالخضوع للإجراءات القانونية ذات الضرر البسيط من أجل الوصول إلى العدالة القانونية من جهة أخرى، وترجع هذه التشريعات أمر تقدير ما إذا كان الضرر جسيماً أم بسيطاً إلى الجهة المختصة بالأمر بالتعويض.

(٣٨) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ج ٢ دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٩، ص ١٤٤؛ عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٤، ص ٥٩٨؛ أنور رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠، ص ١١٤.

على النقيض من ذلك هناك تشريعات كالقانون الألماني مثلاً لا تشترط الجسامة في الضرر لجواز التعويض، بل تجيز التعويض حتى ولو كان الضرر بسيطاً وتضع لها حداً أدنى، وتنشئ هيئة أو إدارة داخل المحكمة تتفرغ للنظر في موضوع هذه الأضرار لتوفير الوقت والجهد، ولإعطاء قضاتها الوقت المناسب لنظر الدعوى ذات الضرر الجسيم، ويرجع سبب جواز تعويض الأضرار البسيطة إلى أن هذه الأضرار هي أضرار بالمعنى القانوني، ولا تشغل القضاء عن القضايا المهمة في حال إنشاء تلك الهيئة، ولأن شمول الأضرار البسيطة بمظلة التعويض يوفر علينا جهد الخوض في الضرر هل هو بسيط أم جسيم. أما بالنسبة للانتقاد السالف الذكر والقائل بأن الأضرار البسيطة ستثقل كاهل الدولة فهذا انتقاد غير مقبول؛ وذلك لأن هذه الأضرار بسيطة وبالتالي سيكون تعويضها بسيطاً حتى ولو كانت كثيرة. كذلك الأمر بالنسبة للمسألة القائلة بأن كل الأشخاص ملزمون للخضوع للإجراءات القانونية فلا ريب في ذلك، ولكن لا يجوز أن يكون كل شيء على حساب المشتكى عليه.

على الرغم من أن شمول الأضرار البسيطة بمظلة التعويض يتفق مع المبادئ العالمية النازمة لحقوق الإنسان والإنسانية، ويوفر جهد الخوض في الضرر من حيث أنه جسيم أم غير جسيم، إلا أنه وعلى الأقل في هذا الوقت الحالي نقترح على مشرعنا عدم الأخذ به وذلك لعدم إرهاق ميزانية الدولة، ولعدم إشغال قضائنا بالقضايا البسيطة خصوصاً وأنها كثيرة، خصوصاً وأن عدد القضايا مازال لدينا متواضعاً، ولتجنب حصول فساد مالي من قبل الأشخاص المتنفذين.

ولا يقلل من قيمة هذا الاقتراح كون كثير من الدول المتقدمة كألمانيا مثلاً تجيز تعويض الأضرار البسيطة، وذلك لأنها لم تصل إلى هذه المرحلة إلا بعد تحسن وضعها الاقتصادي، بدليل أنها سابقاً كانت تشترط الجسامة في الضرر لجواز التعويض.

وفي حال ما إذا تحسن الوضع الاقتصادي لدينا وتبنى المشرع الأردني مسألة التعويض عن الأضرار البسيطة، وهذا ما نصبو إليه، نقترح عليه إنشاء دائرة في المحكمة المختصة بالتعويض تحسم أمر التعويض في مسائل الأضرار البسيطة قبل إحالتها على القضاء وذلك أسوة بالقانون الألماني.

## المبحث الثاني القواعد الإجرائية لتحصيل قيمة التعويض

يقسم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع نعالج في الأول منهم ضرورة تقديم طلب للحصول على التعويض، وفي الثاني الأسس القانونية لكيفية حساب قيمة التعويض، وفي الثالث الوضع القانوني للتعويض المدفوع في حالة مباشرة إجراءات التقاضي مرة أخرى بشأنه.

### الفرع الأول تقديم طلب للتعويض وإقامة الدعوى

بما أن التعويض استحقاق قانوني لا بد منه، ولا يعتبر من النظام العام لذا نقترح لجواز التعويض وجوب تقديم طلب من قبل المتضرر مرفق بمستندات تؤيد حقه بالتعويض، وذلك خلال مدة معينة نقترح أن تكون ستة أشهر يبين في الطلب مدة الحبس، وتاريخه، والجهة القضائية التي أصدرت القرار أو الحكم، والأضرار التي أصابته. إضافة إلى ذلك نقترح أيضاً على المشرع الأردني ألا يجيز بعد تقديم ذلك الطلب انتقال الحق بالتعويض إلى أشخاص آخرين.

وتبدأ هذه المدة حسب القانون الفرنسي من تاريخ صيرورة الحكم الصادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى أو بالبراءة أو بالإدانة أو بالحفظ باتاً. أما بالنسبة للقانون الألماني فتبدأ هذه المدة من تاريخ إبلاغ الجهة المختصة بوقف التحقيق المتضرر بأن من حقه تقديم طلب للتعويض<sup>(٣٩)</sup>، وهذا ما تؤكدته المادة (١٤٩/٢، ١) قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والمادة (٩، ١٠) قانون التعويض الجنائي الألماني.

أما بالنسبة للقانون الأردني فنقترح أن يتبنى وجهة نظر القانون الألماني، وأن يشترط أن تبدأ مدة تقديم الطلب من تاريخ إبلاغ المتضرر أن من حقه تقديم طلب للتعويض، وذلك لإلزام الجهات المختصة بوقف التحقيق إبلاغ المتضرر وتبصيره بأن من حقه تقديم طلب للحصول على تعويض. أما إذا لم تخبره تلك الجهة بذلك الحق ففي هذه الحالة نقترح - اعتماداً على نص المادتين (٤٤ و ١/٤٥) قانون الإجراءات

(٣٩) عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٤، ص ٦٠٠؛ محمد إسماعيل، الحبس الاحتياطي، دراسة مقارنة، القاهرة ١٩٨٣، ص ٢٦٥.



الجنائية الألماني - منح المتضرر مدة أخرى تبدأ من تاريخ علمه إلى أن من حقه تقديم طلب للتعويض.

أما إذا لم يقدم المتضرر طلباً للتعويض خلال تلك المدة على الرغم من علمه وإبلاغه بذلك، ففي هذه الحالة نوصي بعدم السماح بتقديم ذلك الطلب إلا إذا تقدم بشرح للأسباب التي منعت من ذلك وكانت مقنعة، شريطة ألا يكون قد مضى سنة على اليوم الذي أصبح به التعويض ثابتاً قانوناً، ففي هذه الحالة نقترح زوال هذا الحق وعدم جواز المطالبة به حتى ولو كان هناك مانع قوي أدى إلى عدم تقديم ذلك الطلب، وهذا ما تؤكد المادة (٤٥) قانون الإجراءات الجنائية الألماني، ونص المادة (١٠/١) قانون التعويض الجنائي الألماني.

أما بالنسبة للجهة التي ينبغي تقديم الطلب إليها فينيطها المشرع الألماني بموجب المادة (٨/١) قانون التعويض الجنائي، والكويتي بموجب المادة (١١٣) قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠ إلى الجهة المختصة بإصدار الحكم بالبراءة، أو بالإفراج أو بوقف التحقيق. ويتوقف أمر تحديد الجهة المختصة بوقف التحقيق على ما إذا كانت الدعوى العامة قد رفعت أم مازالت لم ترفع، فإذا رُفعت الدعوى العامة فإن الجهة المختصة بوقف التحقيق هي المحكمة التي تنظر الدعوى نفسها، فيجوز لها في هذه الحالة أن تنظر دعوى التعويض أثناء جلسة المحاكمة أو في جلسة خاصة خارج جلسة المحاكمة، وفي خلال ستة أشهر من صدور الحكم النهائي بالبراءة أو من تاريخ الإفراج أو من تاريخ وقف التحقيق.

أما إذا كانت الدعوى العامة مازالت لم ترفع ففي هذه الحالة تكون النيابة العامة هي الجهة المختصة بوقف التحقيق، وهي المختصة مبدئياً وحسب الأصول بنظر الدعوى، إلا أن القانون الألماني لا يجيز لها نظر دعوى التعويض، وإنما تُنظر هذه الدعوى من قبل محكمة البداية أو من قبل المحكمة التي كانت ستكون مختصة بالمحاكمة فيما لو رفعت الدعوى العامة أمامها لتقرير التعويض، وهذا ما تؤكد المادة (٩/١) قانون التعويض الجنائي الألماني.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي والبلجيكي فقد أناط المشرع الأول مسألة الفصل في طلب التعويض إلى لجنة تسمى باللجنة الوطنية تتكون من ثلاثة من مستشاري محكمة النقض يعينون سنوياً بمعرفة مكتب محكمة النقض، ويمثل النيابة العامة لدى هذه اللجنة النائب العام لدى محكمة النقض، وتصدر قراراتها في جلسة سرية وبصورة نهائية وغير مسببة وبحضور محامي عن مقدم الطلب ومحامي عن الخزينة العامة، فإذا حكمت هذه اللجنة بالتعويض ففي هذه الحالة تتحمل الدولة الفرنسية أمر

التعويض ولا يجوز لها الرجوع على القاضي الذي أصدر الأمر بالتوقيف<sup>(٤٠)</sup>، وهذا ما تؤكدُه المادة (١٤٩/١، ٢) قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي<sup>(٤١)</sup>. على الرغم من الإجابة التشريعية في هذا المجال من قبل المشرع الفرنسي، إلا أنه يؤخذ عليه - برأينا - أنه جعل قرارات تلك اللجنة نهائية أي لا يجوز الطعن فيها، كما أنه لم يشترط عليها أن تسبب قراراتها أو أن تصدرها في جلسة، وكان الأولى عليه - برأينا - أن يشترط تصديق قرارات تلك اللجنة من قبل المحكمة المختصة لإضفاء الصفة القضائية على قراراتها وبالتالي لجواز الطعن بها، وأن يشترط عليها تسبب قراراتها، وأن تصدر بجلسة علنية.

أما المشرع البلجيكي فقد اشترط أن يُقدَّم الطلب إلى وزير العدل، فإذا رفض وزير العدل ذلك الطلب، أو إذا كانت القيمة غير كافية، أو إذا لم يبت في الطلب، ففي هذه الحالة يجوز له تقديم طعن في ذلك الأمر لمحكمة النقض خلال ستين يوماً من تاريخ قرار الوزير أو من بداية التاريخ الذي كان يجب أن يفصل بالطلب، وينظر في الطعن لجنة مكونة من رئيس محكمة النقض ورئيس مجلس الدولة ونقيب المحامين، ويلزم الاستعانة بمُدافع أمام هذه اللجنة، ويكون النطق بالقرار في جلسة علنية، ويكون قرار اللجنة مسبباً وغير قابل للطعن<sup>(٤٢)</sup>.

أما بالنسبة للوضع في الأردن فعلى الرغم من أن المادة (١٧٨) قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي تعالج موضوع التعويض من قبل المدعي بالحق الشخصي، تحيل أمر النظر في دعوى التعويض إلى المحكمة المختصة<sup>(٤٣)</sup>، إلا أننا نقترح بعدم

(٤٠) Pradel, J La phase Préparatoire du procès Pénale en droit Comparé. R.S.C. 1983, p.636.

(٤١) عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٤، ص ٦٠٠؛ محمد إسماعيل، الحبس الاحتياطي، دراسة مقارنة، القاهرة ١٩٨٣، ص ٢٦٥.

(٤٢) Francais (B.T) et Bosly (H): La Detention Preventive En Procédure Penale Blegé. R.S.C. 1975, p. 112.

(٤٣) إن الاختصاص بنظر دعاوي التعويض عن الأضرار الناشئة عن القرارات الإدارية أصبح اليوم مشتركاً بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وأن للمدعي الخيار في أن يلجأ إلى أحد القضاءين، فإذا لجأ إلى أحدهما امتنع عليه اللجوء إلى الآخر، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم ٢٠٠٢/٣٤٢٢ المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين عام ٢٠٠٤ في الصفحة ١٦١٢. وللعلم فإن المحاكم العادية كانت هي صاحبة الاختصاص الوحيد بقضاء التعويض إلى أن صدر قانون محكمة العدل العليا وعمل به. للمزيد من التفاصيل، انظر: شطناوي، علي، دور قضاء التعويض في احترام حقوق الإنسان، ٢٠٠٦، ص ٩.

القياس على ذلك بالنسبة لمسألة التعويض من قبل الدولة، وذلك لاحتمالية محاباة المحكمة المختصة الدولة، خصوصاً وأنها هي الطرف الآخر بدعوى التعويض وهي المسؤولة عن التعويض، كذلك الأمر نقترح بعدم تبني فكرة القانون الألماني التي تجيز للجهة التي أوقفت التحقيق النظر في دعوى التعويض على الرغم من أنها هي الأكثر معرفة بالتوقيف<sup>(٤٤)</sup> وذلك لاحتمالية محاباة هذه الجهة الدولة، ولاحتمالية تمسكها وتأثرها برأيها السابق، خصوصاً وأنها هي التي أصدرت الأمر بالتوقيف وبوقف التحقيق، ولأن هذا الأمر سيجيز للنيابة العامة النظر في دعوى التعويض على الرغم من أنها جهة مستقلة عن القضاء وليس من اختصاصها النظر في الدعوى إلا إذا أوجدنا استثناء كما فعل المشرع الألماني سابقاً.

بالاعتماد على ذلك نقترح على المشرع الأردني أن يتبنى وجهة نظر المشرع الفرنسي وأن يحيل أمر النظر في دعوى التعويض إلى لجنة مستقلة عن الجهة التي أوقفت التحقيق، تعين سنوياً من قبل محكمة التمييز وتُشكّل من مستشاري محكمة التمييز ومن النائب العام لمحكمة التمييز كممثل للنيابة العامة ومن مدافع عن مقدم الطلب وعن خزينة الدولة؛ وذلك لضمان الاستقلالية والموضوعية في نظر أمر التعويض. وعلى النقيض مما هو متبع في فرنسا نقترح على مشرعنا أن يخضع قرارات تلك اللجنة لتصديق المحكمة التي أوقفت التحقيق؛ وذلك للتخلص من الانتقاد الموجهة إلى المشرع الفرنسي والمتمثل بعدم جواز الطعن بقرارات تلك الهيئة لأن قراراتها ليست قضائية، كما نقترح أيضاً - مخالفين بذلك المشرع الفرنسي ومتفقين مع المشرع البلجيكي - أن يشترط المشرع الأردني على تلك الجهة تسبب قراراتها، وأن تصدر بصورة علنية لا سرية<sup>(٤٥)</sup>.

ويسلك الموقوف المتضرر للحصول على التعويض حسب نظرية الخطأ دعوى تسمى مخاصمة القضاة، وهي عبارة عن دعوى يقوم من خلالها المضرور بمقاضاة القاضي مدنياً ضمن ضمانات قانونية خوفاً من التشهير به، يتم من خلالها المطالبة بالتعويض عن الأضرار والخسائر التي لحقت به جراء الأخطاء التي ارتكبها القاضي أثناء قيامه بوظيفته، أو بسبب ما أجراه بحكم وظيفته، فترتب مسؤولية الدولة عن تلك الأخطاء على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، إلا أنه يجوز للدولة - كما

(٤٤) إيقاف التحقيق قد يكون من قبل النيابة العامة في مرحلة التحقيق الابتدائي، وقد يكون من قبل المحكمة المختصة أثناء فترة المحاكمة.

(٤٥) Kouchner (E.P), La responsabilite de l'Etat a raison d'une detention provisoire et la loi du juillet 1970, A.J. 1971, p.583.



ذكر سابقاً - الرجوع على القاضي أو عضو النيابة العامة بما دفعته، شريطة أن يكون الخطأ الصادر من قبل القاضي جسيماً أو شخصياً؛ لأنها مسؤولة عنه لا معه<sup>(٤٦)</sup>.

وفي الحديث ذاته نقترح على مشرعنا ألا يقصر دعوى المخاصمة على القضاة، بل يجب أن يسمح بها حيال أعضاء النيابة العامة بدليل المادة (٥٠٥) قانون المرافعات الفرنسي قبل تعديله سنة ١٩٧٢، والمادة (٤٩٤) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر سنة ١٩٦٨. كذلك الأمر نقترح بالاعتماد على القضاء الفرنسي وعلى التفسير الموسع للنص الفرنسي السالف الذكر، بأن يسمح المشرع الأردني بهذه الدعوى أيضاً حيال رجال الضابطة العدلية<sup>(٤٧)</sup>، بخلاف الأمر في مصر فلا يجيز القضاء هناك دعوى المخاصمة ضد رجال الضابطة العدلية، وذلك لأن أعمال رجال البوليس ليس لها صفة ولاية القضاء<sup>(٤٨)</sup>.

وفي حال امتناع تحديد القاضي المسؤول عن الخطأ نقترح أيضاً أن يجيز القانون الأردني توجيه الدعوى إلى الدائرة بأكملها<sup>(٤٩)</sup>، إلا إذا تعلق الأمر بمحكمة

(٤٦) سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٨٦، ص ١٦٤.

(٤٧) Auby (J.M.), La responsabilite de l'Etat en matiere de justice judiciaire (l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972, A.J.D.A. 1973, p.5; Vedel (G), Droit administrative, paris 1973 op. Cit., p. 855; Cass. Req. 4 janvier 1932, S. 1932.1.72; Cass. Civ. 6 novembre 1950, D. 1950, p. 738.

(٤٨) حكم محكمة الاستئناف الوطنية الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢، المجموعة الرسمية، السنة ٣٥، ص ٢٧٦.

(٤٩) مواطن يرفع دعوى ضد محكمة العدل العليا: أقدم موظف رسمي يعمل في إحدى الوزارات على رفع دعوى قضائية أمام محكمة الصلح ضد محكمة العدل العليا مطالبا بتعويضه عن الخطأ الذي حصل في أحد قرارات محكمة العدل العليا، وتعتبر هذه الدعوى هي سابقة قضائية، وتحدث محامي المواطن المسؤول عن القضية عبد الرزاق السعايدة عن تفاصيل القضية لراديو عمان نت قائلاً: "المدعي هو موظف رسمي في إحدى الوزارات أقدم على رفع هذه القضية نتيجة تقريره السنوي الذي أصدرته الوزارة بحقه والذي اعتبره ظالماً مقارنة مع عملة الدؤوب، مما اضطره إلى رفع دعوى من أجل تصحيح التقرير من قبل الهيئة المسؤولة عنه لدى محكمة العدل العليا، حيث ردت المحكمة هذه القضية، ولكن بعد فترة استطاع المواطن الحصول على بيانات أخرى تعزز موقفه مما دعاه إلى رفع دعوى ثانية لدى ذات المحكمة إلا أنها ردت الدعوى مرة أخرى، الأمر الذي دفع المواطن إلى رفع قضية ثالثة أمام محكمة الصلح ضد العدل العليا من أجل الحصول على تعويض من الدعوى التي رفعها". وأكد السعايدة أن المواطن سيحصل على تعويض مالي في حال ثبوت صحة دعوته بالحد الأعلى والذي قد يصل إلى ٣٠٠٠ دينار، وأمهلته محكمة الصلح حقوق عمان المواطن للجلسة المقبلة ليتمكن من تقديم بياناته ومنها ملفه الوظيفي وقرارات محكمة العدل العليا المتعلقة بموضوع الدعوى.



التمييز ذاتها ففي هذه الحالة لا يجوز توجيه الدعوى إليها؛ وذلك لأنها هي المختصة بنظر دعوى المخاصمة فلا يجوز أن تكون هي الحكم والخصم، أما إذا تعلق الأمر بأحد مستشاري التمييز ففي هذه الحالة يجوز توجيه دعوى المخاصمة ضده<sup>(٥٠)</sup>.

إلى جانب ذلك نقترح أيضاً بأن يجيز القانون الأردني للجهة المختصة بنظر دعوى المخاصمة بالحكم على القاضي بالتعويضات والمصاريف وببطلان تصرف القاضي، كما نقترح أيضاً أن يجيز لتلك الجهة بالحكم في موضوع الدعوى الأصلية أو إحالتها إلى المحكمة المختصة، أما إذا رفضت تلك الجهة دعوى المخاصمة فنقترح بأن يجيز القانون الأردني لها بالحكم على المتسبب بها بغرامة، وهذا ما تؤكدته المادة (١/٤٩٩) قانون المرافعات المصري.

## الفرع الثاني أسس حساب قيمة التعويض

وفي حال ما إذا تبني المشرع الأردني هذه الفكرة وأوجد نصاً قانونياً يوجب التعويض، فنقترح على مشرعنا ألا يخضع عملية حساب قيمة التعويض لمعيار واحد، وذلك بسبب اختلاف الأشخاص الذين يتعرضون للتوقيف، والأعمال التي يقومون بها، والأضرار التي لحقت بهم من جراء التوقيف، وطبيعة التهم التي أسندت إليهم وكذلك مدة التوقيف التي قضوها<sup>(٥١)</sup>.

كذلك الأمر نقترح أيضاً في إطار حساب قيمة التعويض أن يقيم المشرع الأردني اعتباراً لما إذا كان سبب انتهاء التوقيف راجعاً إلى حكم مؤكد بالبراءة، أم إلى حكم مشكوك فيه لعدم كفاية الأدلة، فإذا كان راجعاً إلى حكم مؤكد بالبراءة ففي هذه الحالة نتفق نحن - الباحثين - على وجوب تعويض الموقوف بالقيمة التي تقررها الجهة المختصة بنظر دعوى التعويض، أما إذا كان سبب البراءة راجعاً إلى حكم مشكوك فيه لعدم كفاية الأدلة<sup>(٥٢)</sup> ففي هذه الحالة يقترح الباحث الأول بجواز

(٥٠) Cass. Req. 17 novembre 1904, Mouret, D.P. 1905.1.48- Cass. Req. 25 janvier 1921, Bordenaut. S. 1922.1.196- Cass. Req. 3 février 1947, Mercier, Gaz. Pal. 1947.1.130- Cass. Crim. 8 décembre 1904, S. 1908.1.549; Cass. Req. 4 janvier 1932, S. 1932.1.72; Cass. Civ. 6 novembre 1950, D. 1950, p. 738.

(٥١) أمين مصطفى محمد، مشكلات الحبس الاحتياطي بين قيوده والتعويض عنه، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ١١٤

(٥٢) انظر: حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضية. CASE OF ASAN V. AUSTRIA (APPLICATION NO. 28389 / 95) JUDGMENT 21 MARCH 2000.

التعويض عن ذلك التوقيف على أن تكون قيمة التعويض أقل مما لو كان سبب البراءة راجعاً إلى حكم مؤكد، أما بالنسبة للباحث الثاني فيقترح في هذه الحالة بعدم جواز التعويض، لأن التوقيف كان له ما يبرره.

وفي السياق ذاته نلفت الانتباه إلى أنه من الضروري أن يحدد القانون الأردني قيمة التعويض بحد أدنى لا يجوز أن يقل عنه، وذلك لتفاهة الضرر في هذه الحالة، ولعدم إشغال القضاء بالدعاوى البسيطة، ولأن كل شخص مجبر على الخضوع إلى الإجراءات القانونية حتى الماسة بالحرية الشخصية من أجل العدالة القانونية من جهة أخرى، وهذا ما تؤكد المادة (٤/٧) قانون التعويض الجنائي الألماني، حيث يحدد هذا القانون قيمة التعويض بخمسين يورو للأضرار المادية، وبخمسة وعشرين يورو بالنسبة للتعويض المعنوي.

أما بالنسبة لمسألة تحديد قيمة التعويض بحد أقصى فالمطالع للوضع في التشريعات المقارنة يتضح له بأن هناك رأياً يطالب بعدم وضع حد أقصى لقيمة التعويض، وحبثهم في ذلك أن مبلغ التعويض يجب أن يعيد التوازن المالي الذي أخلت به مخالفة قاعدة المساواة بين المواطنين أمام الأعباء العامة بغض النظر عن قيمته، حيث لا تتقيد الجهة المخولة بتقدير قيمة التعويض بأي حدود، فهي تملك - في حالة قبول طلب التعويض - الحرية في تحديد مبلغ التعويض أيّاً كانت قيمته، ولها أيضاً أن تقرر دفعه لمن يستحقه دفعة واحدة أو على شكل أقساط أو على شكل مرتب مدى الحياة<sup>(٥٣)</sup>.

على النقيض من ذلك هناك تشريعات تطالب بوضع حد أقصى للتعويض، وذلك لعدم إرهاب ميزانية الدولة، وهذا ما يؤكد المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم ٧٠-١٦٤٣ الصادر في ١٧ يوليو سنة ١٩٧٠، والمشرع الإيطالي في المادة (٣١٤)، والمصري في المادة (٣١٢) مكرر من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠. وتقديراً لتلك الاقتراحات يمكن القول بأن الاتجاه الذي يتبعه القانونان الفرنسي والإيطالي موفق برأينا؛ وذلك لأن هذين القانونين يقيمان مسؤولية الدولة على أساس نظرية المخاطر التي لا تشترط توفر خطأ، ولا يجيزان للدولة الرجوع على القاضي بقيمة التعويض فالدولة هي المسؤولة دائماً عن التعويض. أما بالنسبة لمصر وللدول

(٥٣) أنور رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠، ص ١٢٢؛ عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٤، ص ٦٠٣.

التي تأخذ بنظرية الخطأ، أو للدول التي تريد الأخذ بهذه النظرية كأساس للتعويض فإن وضع حد أقصى للتعويض لا يعتبر - برأينا - أمراً موفقاً، وذلك لأن هذه النظرية تجيز للدولة في حالات معينة الرجوع على القاضي بالتعويضات التي دفعتها. على الرغم من أن نظرية الخطأ هي النظرية التي نقترحها على مشرعنا إلا أننا نقترح بأن يضع في البداية حداً أقصى للتعويض لا يجوز تجاوزه؛ وذلك لتخفيف الأمر على ميزانية الدولة خصوصاً وأن هذا الأمر يسري بأثر رجعي، بعد ذلك نقترح عدم وضع حد أقصى للتعويض.

وفي نهاية الحديث عن النص القانوني نلفت الانتباه إلى أنه لا يجوز قصر حق التعويض على الموقوف، بل ينبغي أن يشمل أيضاً الأشخاص الذين تقع نفقتهم بحكم القانون على الموقوف، فتحسب قيمة النفقة التي فاتت عليهم بسبب توقيف المشتكى عليهم، ومن ثم يتم تعويضهم عن ذلك، كما لا يجوز قصر التعويض على ما يقع من موظفي السلطة التنفيذية بل يجب أن يمتد هذا إلى ما يقع من موظفي السلطة القضائية، ويستفيد من هذا التعويض كل من تم توقيفه ضمن شروط سيأتي عنها الحديث لاحقاً<sup>(٥٤)</sup>.

### الفرع الثالث

#### التعويض المدفوع في حال متابعة إجراءات التقاضي ضد المشتكى عليه

السؤال الذي يطرح نفسه الآن، ما هو الوضع القانوني للتعويض المدفوع إذا اتضح بعد ذلك مشروعية الأمر الصادر بالتوقيف وتم مباشرة إجراءات التقاضي ضده أو توقيفه من جديد؟

بالاعتماد على التشريعات المقارنة نقترح على المشرع الأردني أن يميز بين ما إذا كانت مباشرة إجراءات التقاضي أو التوقيف الجديد بشأن الجريمة الأولى التي وُقف عنها سابقاً أم بشأن جريمة أخرى ثانية، فإذا كانت بشأن الجريمة الأولى ففي

(٥٤) أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٧، ص ١٤٦؛ إبراهيم حامد طنطاوي، الحبس الاحتياطي، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٩، ص ١٧٧؛ أمين مصطفي، محمد، مشكلات الحبس الاحتياطي بين قيوده والتعويض عنه، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ١٣٧؛ رمزي الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية ١٩٨٣، ص ٢٤٧؛ عبد الرحيم صدقي، الحبس الاحتياطي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣، ص ٩٣.

هذه الحالة نقترح في البداية على مشرعنا أن يسقط في هذه الحالة وفي كل الحالات التي تتفق معها في الغاية القوة القانونية للحكم الصادر بالتعويض إلى أن يبت في الجريمة، وإذا كان التعويض قد تم صرفه لمستحقه فنقترح أيضاً جواز إعادة المطالبة به ومن ثم الحصول عليه. بعد ذلك نقترح على مشرعنا أن يميز بين ما إذا كانت هذه الجريمة قد ثبتت أو لم تثبت، فإذا لم تثبت الجريمة عليه ففي هذه الحالة نقترح جواز التعويض عن مدة التوقيف السابقة واللاحقة، وهذا ما تؤكده المادة (١٤/١ و ٢) قانون التعويض الجنائي الألماني، أما إذا ثبتت ففي هذه الحالة يجب أن نميز بين ما إذا كانت مدة التوقيف أقل أو تساوي مدة العقوبة هذا من جهة، وبين ما إذا كانت تزيد على العقوبة من جهة أخرى.

إذا كانت مدة التوقيف أقل أو تساوي مدة العقوبة ففي هذه الحالة نقترح عدم جواز التعويض، ما يؤيد ذلك أن المادة (٤١) قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ تجيز حسم مدة التوقيف من مدة العقوبة المنطوق بها، أما إذا زادت مدة التوقيف عن العقوبة ففي هذه الحالة هناك اتجاه يطالب بعدم التعويض، وحجتهم في ذلك هي أن التوقيف في هذه الحالة مبني على أسباب مبررة، وأكبر دليل على ذلك هو ثبوت التهمة على المشتكى عليه، وهذا ما تؤكده المادة (٣/٥) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

على النقيض من ذلك هناك اتجاه آخر نميل إليه ونقترح على مشرعنا الأخذ به يطالب بالتعويض في هذه الحالة، وذلك لإجبار الجهات المختصة بالتوقيف على مراعاة مدة التوقيف في حالة قياسها بالجريمة المرتكبة وعدم المبالغة بها، هذا من جهة، ولأن مدة التوقيف الزائدة عن مدة العقوبة هي عقوبة لا مبرر لها من جهة أخرى، وهذا ما تؤكده المادة (٤) قانون التعويض الجنائي الألماني<sup>(٥٥)</sup>.

أما إذا كانت مباشرة إجراءات التقاضي أو التوقيف الجديد بشأن جريمة أخرى ثانية غير التي وقّف من أجلها، ففي هذه الحالة نقترح على مشرعنا أن يميز بين ما إذا كانت الجريمة الثانية مستقلة عن الجريمة الأولى أم لا؟ وتعد الجريمة الثانية مستقلة عن الجريمة الأولى إذا لم ترتكب أو لم يُحقق معه فيها أثناء مدة التوقيف، أو إذا انتفت رابطة السببية بينها وبين التوقيف بحيث لم يكن التوقيف بسببها. في هذه الحالة نقترح جواز التعويض عن مدة التوقيف سواء ثبتت الجريمة الثانية أم لم تثبت؛ وذلك لأن كلتا الجريمتين مستقلتان عن بعضهما البعض، وبالتالي فلا يجوز حسم مدة

CEDH, 26 Juin 1991, JCP, 1992, II. 21931, note JOUVE.

(٥٥)



التوقيف من مدة عقوبة الجريمة الثانية. كما ينبغي أيضاً التعويض عن مدة التوقيف الصادرة بشأن الجريمة الثانية في حالة عدم ثبوت هذه الجريمة.

أما إذا كانت الجريمة الثانية الأخرى غير مستقلة عن الجريمة التي وقّف من أجلها كما لو ارتكبتها الموقوف أثناء مدة التوقيف أو حُقّق معه فيها أثناء تلك المدة، ففي هذه الحالة نقترح على مشرعنا أن يميز بين ما إذا ثبتت الجريمة الثانية أم لا، فإذا لم تثبت فينبغي في هذه الحالة السماح بالتعويض عن مدة التوقيف السابقة، وعن مدة التوقيف اللاحقة. أما إذا ثبتت ففي هذه الحالة ينبغي أن نميز بين ما إذا كانت مدة التوقيف مساوية أو أقل من مدة العقوبة، هذا من جهة، وبين ما إذا كانت تزيد على مدة العقوبة، هذا من جهة أخرى.

فإذا كانت أقل أو مساوية لمدة العقوبة فلا يمكن القول في هذه الحالة بأن التوقيف غير مشروع وبالتالي لا يجوز التعويض؛ وذلك لأن مدة التوقيف في هذه الحالة تحسم بالاعتماد على كثير من التشريعات المقارنة من مدة العقوبة، ولأن التوقيف كان غير مستقل عن الجريمة التي ثبتت حيال المتهم؛ لأن هذه الجريمة ارتكبت أثناء مدة التوقيف أو حُقّق معه فيها أثناء تلك المدة. أما إذا كانت مدة التوقيف أكثر من مدة العقوبة ففي هذه الحالة اختلفنا نحن - الباحثين - في هذه المسألة، حيث يرى الباحث الأول بأن مدة التوقيف الزائدة مشروعة وبالتالي لا تعويض عليها لأن الجريمة الثانية والتي أدين بها كان قد ارتكبتها أثناء مدة التوقيف، أو حُقّق معه فيها أثناء تلك المدة، ما يؤيد هذا الرأي نص المادة (٤٨٣) قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠، والتوصية السابعة من توصيات مؤتمر هامبورغ واللذان تجيزان حسم مدة التوقيف المنفذة بشأن الجريمة التي لم تثبت على المشتكى عليه من مدة العقوبة الثابتة بشأنه إذا كان قد ارتكب الجريمة الثابتة بشأنه أو حُقّق معه فيها أثناء مدة التوقيف. بما أن هذه المرجعيات تجيز حسم مدة التوقيف من مدة عقوبة الجريمة الثابتة، وتشترط لجواز ذلك أن تكون الجريمة الثانية الأخرى قد ارتكبت أو حُقّق معه فيها أثناء مدة التوقيف، فهذا دليل أو مؤشر على أن مدة التوقيف مشروعة وغير مستقلة عن الجريمة الثابتة، لجعل هذا الحل يتسق مع القانون الأردني فلا بد من تضمين تشريعاتنا الأردنية نصاً قانونياً يقضي بجواز حسم مدة التوقيف المنفذة بشأن الجريمة غير الثابتة من مدة عقوبة الجريمة الثابتة إذا كانت الجريمة الثابتة قد ارتكبت أو حُقّق معه فيها أثناء مدة التوقيف.

أما الباحث الثاني فيرى بأن مدة التوقيف الزائدة عن مدة العقوبة غير مشروعة وتوجب التعويض؛ وذلك لأن مدة التوقيف قد حُسمت من مدة العقوبة وما يزيد عن ذلك كان بشأن جريمة لم ترتكب أو لم تثبت؛ لذا من الأفضل أن نعتبرها غير مشروعة.

## التوصيات:

وفي نهاية هذا البحث نخلص إلى مجموعة من التوصيات القانونية نأمل أن تجد طريقها في التطبيق العملي.

١ - يشترط لجواز التعويض صدور بالتوقيف من قبل جهة مختصة بذلك، أما بالنسبة للأوامر الأخرى مثل القبض والتعرض المادي والاستيقاف والتحفظ والجلب والإحضار والمراقبة القضائية وغيرها من الإجراءات الأخرى الماسة بالحرية الشخصية فنكتفي بالقول بأنها ليست توقيفاً بالمعنى القانوني وبالتالي لا يجوز التعويض عنها على أساس النص القانوني الذي يجيز التعويض عن التوقيف، أما بالنسبة لمشروعية هذه التوصية من عدمها فلا نريد التعرض إليها رغبة منا في قصر الدراسة على التوقيف.

٢ - توصلنا من خلال هذا البحث إلى أنه لا يؤثر على التوقيف كإجراء قانوني قابل للتعويض سواء أكان إجراءً عادياً أم احترازياً، وسواء أكان يخدم مصلحة التحقيق أم لا، وسواء أكان حكماً قضائياً بالمعنى الفني، أم عملاً تمهيدياً للحكم، أم عملاً متعلقاً بتنفيذ الحكم، وسواء أكانت مدته طويلة أم قصيرة، وسواء طعن الموقوف به أم لا. كذلك الأمر نوصي بجواز التوقيف كأساس للتعويض سواء أكان التوقيف صادراً من محكمة عادية أم استثنائية، أم من النيابة العامة، وسواء أكانت المحكمة التي أصدرته مشكلة من عناصر قضائية أم لا، وسواء تقيدت بالقوانين وبالمبادئ المقررة في القانون الجنائي الموضوعي أو الإجرائي أم لم تتقيد، أما إذا كان سبب التوقيف راجعاً لحماية الشخص الموقوف ففي هذه الحالة نوصي بعدم جواز التعويض؛ لأن التوقيف في هذه الحالة كان له ما يبرره قانوناً.

٣ - كذلك الأمر نوصي أيضاً بجواز تعويض التوقيف الصادر من قبل الحاكم الإداري المختص شريطة أن يكون القرار قد صدر خلافاً لأحكام قانون منع الجرائم رقم (٧) لسنة ١٩٥٤، وشريطة أن يكون خاضعاً للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، أما إذا لم يكن كذلك كأن يكون خاضعاً لتصديق الحاكم الإداري نفسه، ففي هذه الحالة نوصي بعدم جواز التعويض لأن قراره في هذه الحالة لا يعبر من قبيل أعمال السلطة القضائية التي تستوجب تعويضاً.

٤ - إلى جانب ذلك نوصي لقيام مسؤولية الدولة عن التعويض أن يكون الأمر الصادر بالتوقيف غير مشروع كصدور حكم نهائي ببراءة المشتكى عليه الموقوف، أو قرار بمنع محاكمته، أو بوقف التحقيق حياله، أو بالإفراج عنه شريطة أن يكون سبب الإفراج راجعاً لتقادم الفعل، أو لعدم تشكيله جرمًا أو لعدم قيام الأدلة أو

كفايتها أو لإلغاء قاعدة التجريم. أما إذا كان سبب الإفراج راجعاً إلى اضطرابات عصبية، أو إلى جنون متقطع كان يعاني منها المشتكى عليه أثناء ارتكابه للسلوك الجرمي، أو راجعاً لعدم أهليته، ففي هذه الحالة لا يمكن القول بعدم مشروعية التوقيف لأن هناك ما يبرره وبالتالي نوصي بعدم التعويض.

٥ - كذلك الأمر يعد التوقيف الصادر حيال المشتكى عليه أيضاً غير مشروع إذا رفضت محكمة الموضوع فتح إجراءات المحاكمة ضده، أو توقيع العقوبة عليه، أو إذا أوقفت التحقيق والإجراءات الجنائية ضده، أو إذا ألغت الأمر الصادر بالتوقيف شريطة ألا يكون السبب في ذلك راجعاً لعدم أهليته، أو إلى عوائق بالتحقيق أو بالإجراءات الجنائية، أو إلى شخص الموقوف كصدور عفو عام شمله، ففي هذه الحالة لا يمكن القول بأن التوقيف غير مشروع فلولا صدور ذلك العفو لكان قد تعرض للإدانة القانونية. أما إذا كان إلغاء التوقيف ليس راجعاً لشخص الموقوف كما إذا غضت محكمة الموضوع نظر عن العقوبة المنتظرة لكونها لا تتناسب مع التوقيف كأن يتضح لها أن الفعل المرتكب هو من قبيل المخالفات مثلاً، ففي هذه الحالة نوصي باعتبار التوقيف غير مشروع ومستوجباً بالتالي للتعويض.

٦ - توصلنا من خلال هذا البحث إلى أنه يشترط لتوافر عدم المشروعية في التوقيف ألا يكون المشتكى عليه هو من سبب عن قصد التوقيف، كما لو كان هو من اعترف على نفسه بالتهمة المنسوبة إليه، أو هو من وضع نفسه في موضع الاتهام، أو كما لو كذب في نقاط مهمة، أو عارض أقواله السابقة، أو لم يدلي بأقواله عن التهمة المنسوبة إليه، أو كتم ظروفاً قادرة على إزالة التهمة، أو امتنع عن حضور جلسات المحاكمة على الرغم من صدور مذكرة دعوى بحقه، أو كما لو غادر مكان الإقامة أو محل السكن دون إذن من القاضي أو من الجهة المختصة بالملاحقة أو دون إذن من الشخص الموكول بالمراقبة، ويرجع السبب في ذلك إلى أن التوقيف كان بسبب خطأ جسيم صادر من قبل المشتكى عليه نفسه وإهمالاً منه.

٧ - بالنسبة للأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة عن التعويض فعلى الرغم من الإيجابيات الكثيرة لنظرية المخاطر والتي تشترط فقط توافر ضرر لقيام مسؤولية الدولة عن التعويض، إلا أننا نوصي باتباع نظرية الخطأ وذلك لأن هذه النظرية تحث القضاة على اتباع الحيطة والحذر، ولا تثقل كاهل ميزانية الدولة وتتفق مع وجهة نظر محكمة العدل العليا ومحكمة التمييز الأردنية، ومع القانوني الفرنسي والمصري.

٨ - وفي السياق ذاته نوصي أيضاً بجواز قيام مسؤولية الدولة سواء أكان الخطأ



جسيماً أم يسيراً؛ وذلك لأن الدولة شخص مليء قادر على التعويض، كما نوصي أيضاً بجواز رجوع الدولة على القاضي بقيمة التعويضات المدفوعة في حال كون الخطأ جسيماً، بخلاف ما إذا كان يسيراً وذلك لعدم شل يد القضاء عن التدخل خوفاً من المسؤولية.

٩ - إلى جانب ذلك نوصي باعتبار الخطأ جسيماً إذا لم يكن من قبيل المخاطر العادية، ومنفصلاً مادياً ومعنوياً عن الوظيفة وصدر بصورة عمدية أو نتيجة استهتار، وذلك لتحقيق أهداف خاصة لا علاقة لها بالوظيفة أو بالأهداف الإدارية. ولا يؤثر على قيام هذا الخطأ سواء حصل بحسن أو بسوء نية وسواء أكان محلاً للمساءلة التأديبية أم لا، أما إذا كان الخطأ من قبيل المخاطر العادية، وغير منفصل مادياً ومعنوياً عن الوظيفة، ولم يصدر بصورة عمدية ولم يكن للقاضي أي مرامي أو مقاصد شخصية من ورائه ففي هذه الحالة نوصي باعتبار الخطأ يسيراً. بتعبير آخر يمكن القول بأن الخطأ اليسير عبارة عن خطأ يقع في التقدير أو في استخلاص الوقائع أو في تفسير القانون أو في القصور في الأسباب.

١٠ - إضافة إلى ذلك اقترحنا باعتبار التطبيق الخاطئ لنصوص التوقيف، والجهل الفاضح بها أو بالوقائع أو بما ينبغي معرفته منها من قبيل الأخطاء الجسيمة، كإغفال القاضي تسبب التوقيف، أو كالتوقيف دون أدلة أو استجواب، أو كالتوقيف في جرائم لا يجوز فيها قانوناً التوقيف، أو كتجاوز التوقيف أو تمديد المدة المحددة لهما، أو كعدم حساب مدة التوقيف الصادرة من قبل المدعي العام من مدة التوقيف الصادرة من قبل المحكمة. كذلك الأمر يعتبر الخطأ جسيماً إذا كان سبب التوقيف هو إرضاء أحد الخصوم أو الانتقام منهم، أو الكراهية، أو التحريف عن قصد.

١١ - أما الخطأ الواقع في التقدير أو في استخلاص الوقائع أو في تفسير القانون أو القصور في الأسباب فنوصي باعتبارها من قبيل الأخطاء اليسيرة. كتتمديد التوقيف دون أي مبرر، أو دون الاطلاع على مطالعة المدعي العام أو دون سماع أقوال المشتكى عليه أو وكيله، أو إذا أخطأ في عملية استرداد مذكرة التوقيف، أو إذا أمر بالتوقيف في جنحة لا يجوز فيها التوقيف، وذلك لأن موضوع التوقيف في الجريمة المنسوبة للمخاصم من المسائل التي تحتل مختلف التأويلات والتي يصح فيها الاجتهاد. كذلك الأمر فقد أوصينا بالاعتماد على النقض المصرية باعتبار الخطأ الذي يقع من وكيل النيابة والذي يوازي عندنا المدعي العام بسبب حداثة عهده بالنيابة العامة خطأ يسيراً لا جسيماً.



١٢ - وفي حال حدوث خلاف حول ما إذا كان الخطأ جسيماً أم يسيراً فنوصي بإخضاع هذه الأمر إلى قاضي الموضوع تحت رقابة محكمة الموضوع المختصة. كذلك الأمر نوصي بإخضاع هذا الأمر لرقابة محكمة التمييز إذا كان الأمر يتعلق بالتكييف القانوني للخطأ هل هو جسيم أم يسير، وذلك لأن هذا الأمر مسألة قانونية لا بد من رقابة محكمة التمييز عليها. أما إذا كان الأمر يتعلق بإثبات الخطأ المادي من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ففي هذه الحالة نقترح عدم إخضاع هذا الأمر لرقابة محكمة التمييز؛ وذلك لأن هذا الأمر لا يعتبر مسألة قانونية.

١٣ - خلصنا من خلال هذا البحث إلى أنه يشترط لجواز التعويض حصول ضرر، ويستوي في الضرر - استناداً على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - أن يكون مادياً كالحسائر المادية أو معنوياً كالحالة النفسية السئية التي تصيب الموقوف نتيجة التوقيف. ويرجع سبب صلاحية الأضرار المعنوية لجواز التعويض إلى أن هذه الأضرار هي أضرار على قدر كبير من الأهمية أيضاً، لا بل قد تكون أخطر لدى بعض الأشخاص من الأضرار المادية، كذلك الأمر فإن الضرر المادي لوحده قد لا يصلح لتعويض المشتكى عليه؛ وذلك لأن التوقيف قد يمنع كثير من الأشخاص عن تشغيل هذا الشخص لسمعته التي تكون قد تلوّث بسبب ذلك التوقيف.

١٤ - وفي الموضوع ذاته نوصي - بالاعتماد على قرار لمحكمة النقض الفرنسية وعلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - بجواز تعويض الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن التأخير في المحاكمة حتى ولو ثبتت إدانته بعد ذلك، ويرجع السبب في ذلك إلى أن من حق المشتكى عليه أن تتم محاكمته بصورة سريعة وخلال مدة معقولة ولكن شريطة ألا يكون هو السبب في التأخير في البت في القضية.

١٥ - إضافة إلى ذلك نوصي أيضاً باشتراط أن يكون الضرر مؤكداً وشخصياً ومباشراً، أي مرتبط بعلاقة سببية مع التوقيف، أما الضرر المحتمل أو الذي لا يمس شخص المتضرر، أو الذي لم ينتج مباشرة عن التوقيف فنوصي بعدم صلاحيته كأساس للتعويض، وفي حال حصول خلاف حول ما إذا كانت الأضرار ناتجة عن التوقيف أم لا، نوصي باتباع طريق التقاضي ضد القرار الصادر عن طريق رفع دعوى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام ذلك القرار أمام الدائرة المدنية لمحكمة من الدرجة الثانية.

١٦ - ولا يقتصر التعويض - من وجهة نظرنا - على الأضرار الجسيمة، بل نوصي - على الرغم من الخلاف الفقهي - بصلاحية الأضرار البسيطة لقيام مسؤولية

الدولة عن التعويض، شريطة وضع حداً أدنى للضرر البسيط لا يجوز النزول عنه؛ وذلك لعدم إرهاب ميزانية الدولة، ولعدم إشغال قضائنا بالقضايا البسيطة خصوصاً وأن عدد القضاة مازال لدينا متواضع، ولتجنب حصول فساد مالي من قبل الأشخاص المتنفذين. كما ونوصي في ذات الموضوع بإنشاء هيئة أو إدارة داخل جسم المحكمة تتفرغ للنظر في موضوع هذه الأضرار لتوفير الوقت والجهد ولإعطاء القضاء الوقت المناسب لنظر الدعاوى ذات الضرر الجسيم.

١٧- بما أن التعويض استحقاق قانوني لا بد منه، ولا يعتبر من النظام العام لذا نوصي بوجوب تقديم طلب من قبل المتضرر مرفق بمستندات تؤيد حقه بالتعويض، وذلك خلال مدة معينة نقترح أن تكون ستة أشهر تبدأ من تاريخ إبلاغ الجهة المختصة بوقف التحقيق مع المتضرر لأن من حقه تقديم طلب للتعويض. إضافة إلى ذلك نوصي بأن يبين في الطلب مدة الحبس، وتاريخه، والجهة القضائية التي أصدرت القرار أو الحكم، والأضرار التي أصابته. كما نوصي بعدم جواز انتقال الحق بالتعويض إلى أشخاص آخرين بعد تقديم ذلك الطلب. أما إذا لم تخبره تلك الجهة بذلك الحق فنوصي بمنح المتضرر مدة أخرى تبدأ من تاريخ علمه إلا أن من حقه تقديم طلب للتعويض. أما إذا لم يقدم طلباً للتعويض خلال تلك المدة على الرغم من علمه وإبلاغه بذلك، ففي هذه الحالة نوصي بعدم السماح بتقديم ذلك الطلب إلا إذا تقدم بشرح للأسباب التي منعت من ذلك وكانت مقنعة، شريطة ألا يكون قد مضى سنة على اليوم الذي أصبح به التعويض ثابتاً قانوناً.

١٨- أما بالنسبة للجهة التي يجب تقديم الطلب إليها فنوصي ألا تكون المحكمة التي أصدرت الأمر بوقف التحقيق على الرغم من أنها هي الأكثر معرفة بالتوقيف؛ وذلك لاحتمالية محاباة المحكمة المختصة الدولة، خصوصاً وأنها هي الطرف الآخر بدعوى التعويض وهي المسؤولة عن التعويض، ولاحتمالية تأثرها بموقفها السابق، خصوصاً وأنها هي التي أصدرت الأمر بالتوقيف وبوقفه. بالاعتماد على ذلك نوصي بإحالة أمر النظر في دعوى التعويض إلى لجنة مستقلة عن الجهة التي أوقفت التحقيق تعين سنوياً من قبل محكمة التمييز، وتشكل من مستشاري محكمة التمييز ومن النائب العام لمحكمة التمييز كممثل للنياية العامة ومن مدافع عن مقدم الطلب وعن خزانة الدولة؛ وذلك لضمان الاستقلالية والموضوعية في نظر أمر التعويض. كما نوصي بضرورة تسبيب تلك اللجنة قراراتها، وإصدارها بصورة علنية لا سرية، وإخضاعها لتصديق المحكمة التي أوقفت التحقيق.

١٩- وفي الحديث ذاته، نوصي أيضاً عدم قصر دعوى المخاصمة على القضاة، بل من

العدل أن نسمح بها حيال أعضاء النيابة العامة ورجال الضابطة العدلية، على الرغم من أن أعمال البوليس ليس له صفة ولاية القضاء. كذلك الأمر نوصي بجواز توجيه الدعوى إلى الدائرة بأكملها في حال امتناع تحديد القاضي المسؤول عن الخطأ، إلا إذا تعلق الأمر بمحكمة التمييز ذاتها وكانت هي المختصة بنظر الدعوى، ففي هذه الحالة لا يجوز توجيه الدعوى إليها وذلك لأنها هي المختصة بنظر دعوى المخاصمة فلا يجوز أن تكون هي الحكم والخصم، أما إذا تعلق الأمر بأحد مستشاري التمييز ففي هذه الحالة يجوز توجيه دعوى المخاصمة ضده.

٢٠- بإثبات دعوى المخاصمة نوصي بالسماح للجهة المختصة بنظر دعوى المخاصمة بالحكم على القاضي بالتعويضات والمصاريف وببطلان تصرف القاضي، وبالحكم أيضاً في موضوع الدعوى الأصلية أو إحالتها إلى المحكمة المختصة، أما إذا رُفضت تلك الدعوى فنوصي بالحكم على المتسبب بها بغرامة.

٢١- بسبب اختلاف معايير وقف التحقيق واختلاف الموقوفين عن بعضهم البعض والأعمال التي يقومون بها والأضرار الناتجة عن التوقيف؛ لذا نوصي عدم إخضاع عملية حساب قيمة التعويض لمعيار واحد، وعدم قصر حق التعويض على الموقوف، بل ينبغي أن يشمل أيضاً الأشخاص الذين تقع نفقتهم بحكم القانون على الموقوف وذلك في حدود النفقة الفائتة. كما ونوصي أيضاً إقامة اعتبار لما إذا كان سبب انتهاء التوقيف راجعاً إلى حكم مؤكد بالبراءة، أم إلى حكم مشكوك فيه لعدم كفاية الأدلة. إضافة إلى ذلك نوصي بتحديد قيمة التعويض بحد أدنى لا يجوز أن يقل عنه وبحد أعلى مبدئياً لا يجوز تجاوزه، وذلك لحماية ميزانية الدولة ولضمان عدم المحاباة.

٢٢- وفي حال مباشرة إجراءات التقاضي ضد المشتكى عليه الحاصل على قيمة التعويض مرة أخرى نوصي بإسقاط القوة القانونية للحكم الصادر بالتعويض إلى أن يبت في الجريمة، وإذا كان التعويض قد تم صرفه لمستحقه فنوصي بجواز إعادة المطالبة به ومن ثم الحصول عليه إلى أن يُبت في الجريمة، فإذا ثبتت فنوصي بالتفريق بين ما إذا كانت مدة التوقيف أقل أو تساوي مدة العقوبة، ففي هذه الحالة نقترح عدم جواز التعويض لأن مدة التوقيف ستحسم بالتالي من مدة العقوبة بدليل المادة (٤١) قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠. أما إذا زادت مدة التوقيف عن العقوبة ففي هذه الحالة نوصي - على الرغم من أن هناك اتجاه مخالف - بالتعويض؛ وذلك لإجبار الجهات المختصة بالتوقيف على مراعاة

مدة التوقيف في حالة قياسها بالجريمة المرتكبة وعدم المبالغة بها، هذا من جهة ولأن مدة التوقيف الزائدة عن مدة العقوبة هي عقوبة لا مبرر لها من جهة أخرى.

٢٣- أما إذا كانت مباشرة إجراءات التقاضي أو التوقيف الجديد بشأن جريمة أخرى ثانية غير التي وقّف من أجلها، ففي هذه الحالة نفرّق بين ما إذا كانت الجريمة الثانية مستقلة عن الجريمة الأولى أم لا؛ تعد الجريمة الثانية مستقلة عن الجريمة الأولى إذا لم ترتكب أو لم يُحقّق معه فيها أثناء مدة التوقيف عن الجريمة الأولى، أو إذا انتفت رابطة السببية بينها وبين التوقيف الأول بحيث لم يكن التوقيف بسببها. في هذه الحالة نوصي بجواز التعويض عن مدة التوقيف الأول سواء ثبتت الجريمة الثانية أم لم تثبت؛ وذلك لأن كلا الجريمتين مستقلتان عن بعضهما البعض وبالتالي فلا يجوز حسم مدة التوقيف من مدة عقوبة الجريمة الثانية، كما ينبغي أيضاً التعويض عن مدة التوقيف الصادرة بشأن الجريمة الثانية في حالة عدم ثبوت هذه الجريمة.

٢٤- أما إذا كانت الجريمة الثانية غير مستقلة عن الجريمة التي وقّف من أجلها كما لو ارتكبها الموقوف أثناء مدة التوقيف أو حقّق معه فيها أثناء تلك المدة، ففي هذه الحالة نقترح على مشرّعنا أن يميز بين ما إذا ثبتت الجريمة الثانية أم لا، فإذا لم تثبت فنوصي بالتعويض عن مدة التوقيف السابقة، وعن مدة التوقيف اللاحقة. أما إذا ثبتت ففي هذه الحالة نوصي بالتمييز بين ما إذا كانت مدة التوقيف مساوية أو أقل من مدة عقوبة الجريمة الثانية هذا من جهة، وبين ما إذا كانت تزيد على مدة العقوبة هذا من جهة أخرى، فإذا كانت أقل أو مساوية فنوصي بعدم جواز التعويض؛ وذلك لأن مدة التوقيف في هذه الحالة ستحسم من مدة العقوبة. أما إذا كانت مدة التوقيف أكثر من مدة العقوبة ففي هذه الحالة يوصي الباحث الأول بعدم جواز التعويض؛ لأن مدة التوقيف في هذه الحالة مشروعة لأن الجريمة الثانية والتي أُدين بها كان قد ارتكبها أثناء مدة التوقيف، أو حقّق معه فيها أثناء تلك المدة. أما الباحث الثاني فيوصي بجواز التعويض؛ وذلك لعدم مشروعية هذه المدة، خصوصاً وأن مدة التوقيف قد حُسمت من مدة العقوبة، وما يزيد عن ذلك كان بشأن جريمة لم ترتكب أو لم تثبت لذا من الأفضل أن نعتبرها غير مشروعة.



## المراجع

### المواثيق:

- ١ - الميثاق العربي لحقوق الإنسان يعد مراجعة لوثيقة وضعت عام ١٩٩٤، ودخل حيز التنفيذ في آذار عام ٢٠٠٨.
- ٢ - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فقد صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٦، ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٥/٦/٢٠٠٦ في العدد ٤٧٦٤ على الصفحة ٢٢٢٧.

### المراجع العربية:

- ١ - إسماعيل محمد، الحبس الاحتياطي، دراسة مقارنة، القاهرة ١٩٨٣، ص ٢٦٥.
- ٢ - السعيد، كامل، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية والسورية وغيرها، دار الثقافة ٢٠٠٨، ص ٥٠٠.
- ٣ - الشاعر، رمزي، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية ١٩٨٣، ص ٢٤٧.
- ٤ - الشريف، عمر واصف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٤، ص ٥٩٦.
- ٥ - الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٨٦، ص ٤٤٤.
- ٦ - حومد، عبد الوهاب، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص ٣٢٩.
- ٧ - رسلان، أنور، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠، ص ١٢٣.
- ٨ - سرور، أحمد فتحي، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٧، ص ١٤٦.
- ٩ - سرور أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ج ٢ دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٩، ص ١٤٤.
- ١٠ - سيف، رمزي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٨، ١٩٦٩، رقم ٤٤، ص ٦٣-٦٤.

- ١١ - شطناوي، علي، دور قضاء التعويض في احترام حقوق الإنسان، ٢٠٠٦، ص ٩.
- ١٢ - صدقي، عبد الرحيم، الحبس الاحتياطي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣، ص ٩٣.
- ١٣ - طنطاوي، إبراهيم حامد، الحبس الاحتياطي، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٩، ص ١٧٦.
- ١٤ - عبد الرحمن صالح، نائل، التوقيف المؤقت والرقابة القضائية، ١٩٨٣، عمان، ص ٧٥.
- ١٥ - علوان، محمد، حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩، ص ٤٢١.
- ١٦ - علي سويلم، محمد، التكييف القانوني في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٥، ص ٢٠٥.
- ١٧ - قوراري، فتيحة محمد، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٣ سنة ٢٠٠٦، ص ٣٢٧-٣٢٩.
- ١٨ - محمد، أمين مصطفى، مشكلات الحبس الاحتياطي بين قيوده والتعويض عنه دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ١١٠.

### المراجع الأجنبية:

- 1 - Auby (J.M.), La responsabilite de l'Etat en matiere de justice judiciaire (l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972, A.J.D.A. 1973, p.5.
- 2 - Douc Rasy, Les forntieres de la faute personnelle et de faute de service en droit francais, these Paris 1963, op. cit., pp. 56 et suiv.
- 3 - Francais (B.T) et Bosly (H): La Detention Preventive En Procedure Penale Blege. R.S.C. 1975, p. 112.
- 4 - Duguit, Traite de droit constitutionnel, paris 1923, T. 3, p. 269 et suiv.
- 5 - FrNeue Zeitschrift fuer Strafrecht (NStZ) 1999, S. 331.
- 6 - Kouchner (E.P), La responsabilite de I, Etat a raison d'une detention proviso ire et la loi du juillet 1970, A.J. 1971, p.583.
- 7 - Hauriou (M), Precis de droit administrative 11 eme ed, p. 320.

- 8 - L,arret Civet c. France, rendu le 28 septembre 1999 par la grande chamber de la cour europeenne des droits de l,Home.
- 9 - T.G.I. Paris 1970, J.C.P. 1971.2.16840, note Genevieve Burdeau; Detention proviso ire et responsabilite de l,Etat, D. 1974, chr. Pp. 270 et suiv.
- 10 - T.C. 19 mars 1904, Maudiere, Rec. 252; T.C. 24 dec. Montlaur, Rec. 889.
- 11 - Vedel (G), Droit administrative, paris 1973 op. Cit., p. 855;

### قرارات المحاكم:

- ١ - عدل عليا أردنية، قرارها رقم ٩٢/١٥٢، تاريخ ٢٨/١٠/١٩٩٢، مجلة نقابة المحامين، ص١٧٩٩.
- ٢ - CASE OF ASAN V. AUSTRIA (APPLICATION NO. 28389/95) JUDGMENT 21 MARCH 2000.
- ٣ - المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٩ مايو، سنة ١٩٦٢، مجموعة أبو شادي، ص١١٣٤.
- ٤ - عدل عليا أردنية، قرارها رقم ٩٧/٥٦، تاريخ ١٦/٧/١٩٩٧، غير منشور.
- ٥ - تمييز حقوق، قرارها رقم ٦٦/٤٨٠، مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٧، ص٤٩.
- 6 - Civ 29 Nov. 1973. B. Civ. 2. No. 316
- ٧ - استئناف المنصورة ٢ فبراير سنة ١٩٧٨، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ١٩٧٨، رقم ٢٧، ص١٩٧.
- 8 - Cass. Req. 1er juillet 1941, S. 1941.1.181; Cass. Civ. 20 juin 1949, Gaz. Pal. 1949.2.353.
- ٩ - حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ تموز سنة ١٩٤٩، مجلة التشريع والقضاء المختلط، السنة ٦١، ص ١٦٣؛
- ١٠ - حكم محكمة استئناف المنصورة في ١٨ يوليو، سنة ١٩٥٣ المحاماة، ص٣٤، ص١١١.
- ١١ - نقض ٢٠ ديسمبر، سنة ١٩٥٦، المحاماة، ص ٣٧، ص١٢٨٤.
- ١٢ - نقض ١٧ أبريل، ١٩٥٧، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ص ١، ص ٨٨.
- ١٣ - تمييز حقوق، قرارها رقم ٦٦/٤٨٠، مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٧، ص٤٩.

- 14 - CASE OF ASAN V. AUSTRIA (APPLICATION NO. 28389 / 95) JUDGMENT 21 MARCH 2000.
- 15 - Cass. Crim. 7 mars 1989, bull. Crim. N 109, cass. Crim. 30Juin 1998cite in revue de sciences criminelles et de droit penal compare 1998-784 obs. J-p. Dintilhac, cass. Crim. 5 mars2002, no de pourvoi 01-83870, et cass. Crim. 8 octobre 2003.
- 16 - Pradel, J La phase Preparatoire du process Penale en driot Compare. R.S.C. 1983, p.636.
- ١٧ - محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم ٣٤٢٢ / ٢٠٠٢ المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين عام ٢٠٠٤، في الصفحة ١٦١٢.
- ١٨ - محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم ٣٤٢٢ / ٢٠٠٢ المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين عام ٢٠٠٤، في الصفحة ١٦١٢
- 19 - Cass. Req. 4 janvier 1932, S. 1932.1.72; Cass. Civ. 6 novembre 1950, D. 1950, p. 738.
- ٢٠ - حكم محكمة الاستئناف الوطنية الصادر في ١٠ ديسمبر، سنة ١٩٣٢، المجموعة الرسمية، السنة ٣٥، ص ٢٧٦.
- 21 - Cass. Req. 17 novembre 1904, Mouret, D.P. 1905.1.48- Cass. Req. 25 janvier 1921, Bordenaut. S. 1922.1.196- Cass. Req. 3 fevrier 1947, Mercier, Gaz. Pal. 1947.1.130- Cass. Crim. 8 decembre 1904, S. 1908.1.549.
- 22 - Cass. Req. 4 janvier 1932, S. 1932.1.72; Cass. Civ. 6 novembre 1950, D. 1950, p. 738.
- 23 - CASE OF ASAN V. AUSTRIA (APPLICATION NO. 28389 / 95) JUDGMENT 21 MARCH 2000.
- 24 - CEDH, 26 Juin 1991, JCP, 1992, II. 21931, note JOUVE.



## مدى مسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب (طبقاً لأحدث الاتفاقيات الدولية الخاصة بنقل الأشخاص)

الدكتور/ علاء التميمي عبده  
مدرس القانون التجاري والبحري والجوي  
كلية الحقوق - جامعة المنصورة

### ملخص:

شهد الأمن العالمي بشكل عام تهديدات خطيرة بعد انتهاء الحروب العالمية، حيث دخل في نفق مظلم يسمى بالحرب الباردة، فلم تعد النزاعات المسلحة التقليدية وحدها المهددة لهذا الأمن، ولكن ظهر على الساحة ما هو أشد وأخطر، مثل الإرهاب بصوره وأشكاله المختلفة، وقد ساعد على ذلك تفشي النزاعات الطائفية والعرقية من ناحية، وانتشار أسلحة الدمار الشامل من ناحية أخرى.

وقد وجدت أنشطة الإرهاب في شل حركة الملاحة الجوية وتهديدها ضالتها المنشودة (أحداث الحادي عشر من سبتمبر)، باعتبار أن انتظام وسلامة هذه الملاحة هي مسألة أمن قومي لكل دول العالم، حيث إنها وسيلة التواصل بالنسبة لأية دولة ورافد تجارتها الدولية الأول. وقد ضاعف من خطورة الأمر الزيادة المفرطة لعمليات الإرهاب المستهدفة للملاحة الجوية، والتي أثرت بشكل ملحوظ على انتظام حركة هذه الملاحة.

وقد تسبب هذا الوضع في انتفاضة المجتمع الدولي ذعراً، الذي بات يبحث عن كافة الوسائل والضمانات اللازمة لتأمين هذا القطاع الحيوي (النقل الجوي) ضد الإرهاب بأشكاله المختلفة، وقد تبين أن تأمين هذا القطاع واحتفاظه بثقة المتعاملين معه فيه لا يتوقف فقط على رفع درجات الاستعداد الأمني واتخاذ التدابير اللازمة، ولكن أيضاً من خلال بناء ترسانات من التشريعات القانونية سواء على الصعيد الدولي أم على الصعيد الداخلي، وذلك للتصدي للاعتداءات الإرهابية وتداعياتها.

ومن خلال تقصي خطي هذه التشريعات تبين تركيز جهودها على مجرد تنظيم المسؤولية الجنائية والمدنية لمرتكبي الإرهاب، رغم عدم جدوى هذا الأمر في كثير من الأحيان بالنسبة للمضربين، وذلك لصعوبة ملاحقة مرتكبي الاعتداءات الإرهابية، خاصة وأن غالبية هذه الاعتداءات ترتكب من قبل أشخاص مجهولي الهوية (المختلين عقلياً أو السجناء

الفارين من تنفيذ الأحكام أو الفدائيين)، كما أن معظم هذه الاعتداءات ترتكب أثناء الطيران، مما يصعب معه التعرف على مرتكبي هذه الاعتداءات أو إثبات تورطهم في ارتكابها، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى انشغلت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بإجراءات الملاحقة الأمنية وتغليظ العقوبة على مرتكبي هذه الأفعال، على الرغم من عدم أهمية هذا الأمر كثيراً بالنسبة للمضربين، حيث غالباً ما يشغلهم هو الحصول على تعويض يجبر الأضرار التي لحقت بهم، يأتي هذا في ظل ما تشهد به التقارير الأمنية من أن معظم منفذي الهجمات الإرهابية ممن لا مأوى لهم ولا مال. ومن ناحية ثالثة، ضعف دور المسؤولية الجنائية، إن لم يصل الحال إلى انعدام دورها تماماً، حيث غالباً ما ترتكب جرائم الإرهاب في المجال الجوي، الأمر الذي يصعب معه تقرير مسؤولية الجناة وفقاً لقانون وطني محدد، بل حتى في الحالات التي ترتكب فيها هذه الجرائم في إقليم دولة معينة، يكون من الصعب ملاحقة مرتكبيها، لأنهم غالباً ما ينتمون إلى جماعات منظمة مدعومة من بعض الدول.

وبسبب العوامل السابقة كانت إشكالية هذه الدراسة، والتي ظهرت في تساؤل عن مدى إمكانية تقرير مسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب في مواجهة المضرب، ليس بحثاً عن مسؤول بديل لمرتكب النشاط الإرهابي، ولكن ما يشهده قطاع النقل الجوي من تقدم مذهل، جعل للناقل الجوي دوراً كبيراً في أمن المسافرين، وتحمل المسؤولية عما يلحقه من أضرار متصلة بأمنه وسلامته.

وقد عالجت هذه الدراسة هذه الإشكالية من خلال التعرض لماهية الإرهاب الدولي في مجال الطيران المدني، وما إذا كان الإرهاب يعد خطأ يسأل عنه الناقل الجوي، الأمر الذي دعا إلى التطرق للحديث عن ماهية الحادث المسؤول عنه الناقل، والضوابط القانونية لاعتبار الإرهاب حادثاً يسأل عنه. ثم التعرض لمدى اعتبار الإرهاب خطأ يسأل عنه الناقل وفق أحكام المسؤولية المدنية، وذلك من خلال بيان مضمون خطأ الناقل (الإرادي وغير الإرادي)، وصوره، ومدى دخول الإرهاب تحت هذا المضمون وهذه الصور.

## مقدمة عامة:

١- شهد الأمن الدولي بصورة عامة منعطفًا خطيرًا بعد انتهاء الحروب العالمية، حيث دخل في نفق مظلم يسمى الحرب الباردة<sup>(١)</sup>، حيث لم تعد النزاعات المسلحة التقليدية وحدها المهددة لهذا الأمن، ولكن ظهر على الساحة ما هو أشد وأخطر، مثل الإرهاب والجرائم العابرة للحدود الوطنية<sup>(٢)</sup>. وقد وقف وراء تغذية وتشعب هذه الجرائم تفشي النزاعات الطائفية والعرقية، وسوء الأوضاع الاقتصادية والمعيشية لدى كثير من الدول، بالإضافة إلى التوسع في امتلاك أسلحة الدمار الشامل<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع:

Björn Møller, Piracy - Maritime Terrorism and naval strategy, Danish institute for international studies report 2009, p7; John King, The security of merchant shipping, Marine Policy 29 (2005) 235-245, p 235.

- وقد كانت بداية ظهور الاعتداءات الإرهابية المستهدفة للنقل الجوي عام ١٩٤٨، حيث كان يتم اللجوء لاختطاف الطائرات كوسيلة لمواجهة المرور غير المشروع للحدود الوطنية للدولة، وخلال عام ١٩٨٠ ظهرت العديد من الاعتداءات الإرهابية، والتي كانت تنفذ لأغراض سياسية، الأمر الذي أدى لوقوع خسائر خطيرة، كان من أشهرها تفجير الطائرة التابعة لشركة Pan Am flight الرحلة ١٠٣ فوق منطقة لوكيربي، الأمر الذي أسفر عن وفاة ٢٥٩ شخص كانوا على متنها، ووفاة ١١ على سطح الأرض على أثر سقوط الطائرة. ولا يزال النقل الجوي - وفقاً لأحدث التقارير - من أكثر المجالات المستهدفة من قبل الإرهابيين، وذلك بالنظر إلى قدرة هؤلاء على تحديد نقاط الضعف الخاصة بهذا النقل ومن ثم النفاذ من خلال هذه النقاط لإحداث كارثة تضرر بالدولة التابع لها هذه الطائرة.

National Aviation Policy White Paper, Aviation security, chapter eight, p 136, available at:  
[http://www.infrastructure.gov.au/DEC635A5-7FD1-47A6-B480-44F8D459F1F4/FinalDownload/DownloadId-2D36A722C35F622A66-B2610959040E3A/DEC635A5-7FD1-47A6-B480-44F8D459F1F4/aviation/nap/files\\_white\\_paper/8-Security.pdf](http://www.infrastructure.gov.au/DEC635A5-7FD1-47A6-B480-44F8D459F1F4/FinalDownload/DownloadId-2D36A722C35F622A66-B2610959040E3A/DEC635A5-7FD1-47A6-B480-44F8D459F1F4/aviation/nap/files_white_paper/8-Security.pdf)

(٢) راجع:

Jean Marie, La Cour Pénale Internationale et le terrorisme international: Le problème de compétence ratione materiae, Memoire Online 2007, p6.

ويذهب بعض الفقه إلى أن جرائم الإرهاب تعد أشد من الحروب والنزاعات المسلحة، وذلك بالنظر إلى أن الحروب تستهدف في الغالب العسكريين فقط، كما أن القانون الدولي ينظم العديد من الضوابط التي تحكمها. أما الإرهاب فهو لا يفرق بين المدنيين والعسكريين، ولا يضع له القانون ضوابط لممارسته.

Thomas M. Franck - Bert B. Lockwood: preliminary thoughts towards an international convention on terrorism, American society of international law, p88.

(٣) راجع في ذلك:

٢- وقد وجدت أنشطة الإرهاب في شل حركة الملاحة الجوية ضالتها المنشودة<sup>(٤)</sup>، باعتبار أن انتظام وسلامة هذه الملاحة هي مسألة أمن قومي بالنسبة لأية دولة، لما يترتب عليه الاعتداء عليها من آثار سلبية تمس سيادة الدولة واستقرار المعاملات التجارية فيها<sup>(٥)</sup>، بما ينعكس على انتظام حركة التجارة الدولية بصورة عامة<sup>(٦)</sup>.

= Christopher Joyner, Navigating Troubled Waters(Somalia, Piracy, and Maritime Terrorism), Georgetown Journal of International Affairs, Winter/Spring 2009, p3.Listen

(٤) راجع:

H.E. Jose Luis Jesus, Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects, The international journal of marine and coastal law, Vol 18, No 3, 2003, p363.

(٥) راجع في ذلك:

Guo Xinning, Anti-Terrorism Maritime Security and ASEAN-China Cooperation; A Chinese Perspective, Institute of Southeast Asian Studies, 2005, p3; Bjorn Moller, piracy & maritime terrorism and naval strategy, op. cit, p5; Diana Chang, Piracy laws and the effective prosecution of pirates, Boston College International & Comparative Law Review (Vol. 33:273),2010, p 273; Peter Gordon - James E. Moore- Harry W. Richardson, Economic Impact Analysis of Terrorism Events, Discussion Paper No.22 (Prepared for the OECD/ITF Round Table of 11-12 December 2008 on Security, Risk Perception and Cost-Benefit Analysis, p 11. available at: Listen

(٦) راجع في ذلك:

maritime terrorism could have global economic impact, insurance journal, March 5, 2010, p1; Kevin X Li; Jin Cheng, Maritime Law and Policy for Energy Security in Asia: a Chinese Perspective, journal of Maritime Law and Commerce, vol.37, No 4, p 567.

- ويشهد على ذلك ما أوردته التقارير الدولية في هذا الشأن، فقد جاء في التقرير الصادر عن مؤسسة شاثام هاوس البريطانية المختصة بشؤون السياسة الخارجية أن تنامي عمليات الإرهاب الدولي المستهدفة لوسائل النقل من شأنها أن تضرب في عمق التجارة الدولية بأسرها، وذلك بالنظر إلى أن هذه الوسائل هي شريان الحياة بالنسبة لهذه التجارة. أيضاً أكد تقرير صادر عن رابطة أمم جنوب شرق آسيا (ASEAN) أن انتشار الإرهاب هو بمثابة إعلان للحرب على الاقتصاد العالمي. راجع:

Guo Xinning, Anti-Terrorism Maritime Security and ASEAN-China Cooperation; op. cit, p1; Necmettin Akten, Shipping accidents: a serious threat for marine environment, J. Black Sea/Mediterranean Environment, Vol 12:269-304(2006), p 271. Graham Gerard, Pre-empting Maritime Terrorism in South-east Asia, Institute of South East Asian Studies, 29 November 2002, P1.

= وقد قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها ٢٥ لعام ١٩٦٩ على أثر تزايد حوادث



وقد زاد من خطورة الأمر ما شهدته عمليات الإرهاب المعاصرة من تطور في أساليب ارتكابها من ناحية، وفي صفة الأشخاص الذين يقفون وراءها ويمولونها من ناحية أخرى. فمن حيث أساليب ارتكابها، لم تعد عمليات الإرهاب تستهدف فقط تغيير مسار الطائرة أثناء رحلتها، أو زرع القنابل والمتفجرات على متنها، ولكن أصبح الأمر يظهر في صورة الاعتداء على الركاب وهم داخل مبنى المطار، أو وهم في طريقهم للعودة إلى الطائرة أو مغادرتها. أما من ناحية منفذي الهجمات الإرهابية، فهي لم تعد مجرد حوادث فردية تستهدف أشخاص معينين في حالات خاصة، بل أصبحت أعمالاً منظمةً تمولها الجماعات الخارجة على القانون، والمدعومة من بعض الدول لتحقيق أغراض سياسية أو اقتصادية معينة تسعى إليها<sup>(٧)</sup>. وهذا ما كشفت عنه أحداث الحادي عشر من سبتمبر لعام ٢٠٠١<sup>(٨)</sup>، والتي تسببت في إحداث هزة عنيفة في

= الإرهاب المستهدفة للطيران المدني، بمناقشة موضوع خطف الطائرات، وقد خلصت إلى توصية فحواها، أن الجمعية العامة تدين جميع أعمال خطف الطائرات، وطلبت من الدول أن تتخذ جميع التدابير المطلوبة لردع مثل هذه الجرائم، وتأمين ملاحقة من يرتكبون مثل هذه الأفعال وإنزال العقاب بهم على نحو يتناسب مع خطورة تلك الجرائم. وقد حث هذا القرار الدول التي يتم تحويل مسار إحدى الطائرات إلى أراضيها، أن تسعى إلى تأمين ورعاية أمن ركابها وملاحقها، وأن تعمل على تمكينهم من مواصلة رحلتهم بأسرع وقت ممكن.

Forcible diversion of civil aircraft in flight, General Assembly of the United Nations, the session 24 -, A/RES/2551, 12 December 1969, available at:

- وفي ١٨ ديسمبر لعام ١٩٧٢ أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً بإنشاء لجنة لدراسة الإرهاب، وقامت بتشكيل لجنة تتكون من عضوية ٣٥ دولة، وقد قامت هذه اللجنة بتقسيم العالم إلى أربعة مناطق إرهابية: ١- منطقة العالم الغربي، وهي التي تشهد عمليات إرهابية بين أيرلندا والمملكة المتحدة، وبين كوبا والولايات المتحدة. ٢- منطقة الشرق الأوسط، وهي خاصة بأعمال العنف بين العرب وإسرائيل. ٣- منطقة العالم الاشتراكي، وهي خاصة بحوادث العنف بين تشيكوسلوفاكيا والاتحاد السوفيتي. ٤- منطقة دول عدم الانحياز، كالعمليات التي تمارس في يوغوسلافيا.

وقد تبين للجنة أن هناك ما يقرب من ٣٧١ منظمة إرهابية منتشرة حول العالم، وأنها ارتكبت منذ الستينيات أكثر من ٣٠٠٠ حادث، وأن عدد ضحايا هذه الحوادث بلغ ما يقرب من ١٧٢١ شخص ما بين قتل وجريح، منهم حوالي ٣٥٪ من الدبلوماسيين ورجال أعمال.

Thomas M. Franck - Bert B. Lockwood: preliminary thoughts towards an international convention on terrorism, American society of international law, op, cit, p87.

(٧) راجع: د. أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٥.

(٨) ومنذ عام ٢٠٠١، ظهرت العديد من التدابير الأمنية التي تهدف إلى مواجهة أشكال العنف الموجهة لوسائل النقل المختلفة خاصة الإرهاب. وفي هذا السياق أعدت منظمة التعاون =

مفاهيم أمن الطيران المدني، ليس فقط على صعيد الوسائل الفنية والتقنية لمواجهة الإرهاب والتصدي لمرتكبيه، ولكن أيضاً على صعيد الأمن القانوني (والتي تظهر أهميته بعد وقوع الضرر)<sup>(٩)</sup>؛ من خلال إعادة النظر في طبيعة الالتزامات الأمنية للناقل، وطبيعة وأساس مسؤوليته عن ما يلحق الركاب من أضرار، خاصة الأضرار الناشئة عن حوادث الإرهاب، كما أظهرت من ناحية أخرى الحاجة إلى إيجاد تنسيق مشترك فيما بين الدول لمواجهة هذه الحوادث<sup>(١٠)</sup>.

وقد ترتب على هذا التطور التأكيد على حقين؛ الأول: حق عام للدولة في معاقبة الجاني، والثاني: حق خاص للمضرور في الحصول على تعويض عادل يجبر ما لحقه من ضرر<sup>(١١)</sup>.

### ٣ - أهمية الدراسة:

تستمد هذه الدراسة أهميتها من الدور المحوري للنقل الجوي في حياة المجتمعات والشعوب بأطرافها المختلفة، فهو وبحق شريان التواصل فيما بين الدول

= والتنمية بالاشتراك مع مؤتمر وزراء النقل الأوروبيين (ECMT)، دراسة لبحث هذا الأمر. وقد تمت الموافقة على نتائج هذا التقرير من قبل مجلس وزراء النقل ولجنة القانون البحري لمنظمة التعاون في باريس مايو ٢٠٠٤. راجع في ذلك:

La Surete du transport intermodal de conteneurs, conference Europeenne des ministres des transports, OCDE 2005, disponible à:  
http://www.internationaltransportforum.org.4E8983DA-8251-4AE9-8891-F217584965/FinalDownload/DownloadId-BFEDC984C13691CEAE959E6-F1EBC8A61/4E8983DA-8251-4AE9-8891-F21758491965/pub/pdf/05Container-SecF.pdf

(٩) هذا وقد تعددت وتنوعت الجهود الدولية الساعية إلى قمع الإرهاب الجوي، والتي عكست مدى تقديرها لخطورة الأمر، كان أهمها:

- (أ) اتفاقية الجرائم والأفعال المرتكبة على متن الطائرة (طوكيو ١٩٦٣).
- (ب) اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات (لاهاي ١٩٧٠).
- (ج) اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة ضد الطيران المدني (مونترال ١٩٧١).
- (د) بروتوكول قمع أعمال العنف غير المشروعة في المطارات (مونترال ١٩٨٨).
- (ذ) اتفاقية تمييز المتفجرات البلاستيكية بغرض كشفها (١٩٩١).

(١٠) راجع في ذلك:

Security Council debates legal options for pursuing pirates off Somali coast, UN daily news, Issue dh/5722, Wednesday, 25 August 2010, p1. available at: thhp://www.un.org/news/dh/pdf/english/2010/25082010.pdf

(١١) د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ١٩٩٣، بند ٣، ص ٦.

لنقل البضائع والأفراد، يصاحب هذه الأهمية أنه يمارس في بيئة محفوفة بالمخاطر المختلفة (مخاطر الملاحة الجوية) بحكم الطبيعة الخاصة للنشاط. وقد تضاعفت هذه المخاطر بعد أن أصبح النقل الجوي هدفاً ثميناً للإرهاب، الأمر الذي يبرز أهمية البحث ليس فقط عن الأجهزة والمعدات الأمنية اللازمة لتأمين عملية النقل الجوي، ولكن أيضاً البحث في مجال الأمن القانوني، باعتباره ما يجبر ضرر المضرور، من خلال التعويضات التي يحصل عليها.

لذلك تسعى هذه الدراسة إلى بحث مدى إمكانية مسائلة الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب، خاصة وأن الاعتقاد ساد في الأوساط القانونية لفترات زمنية طويلة بأن الإرهاب يعد من الحوادث التي يستحيل على الناقل دفعها. فها هو القضاء الأمريكي يقضى عام ١٩٣٥ بأن الإرهاب يعد من أعمال التخريب التي يستحيل على الناقل دفعها ببذل العناية والهمة الكافية<sup>(١٢)</sup>.

لكن هذه النظرة بدأت تتغير منذ الستينيات، حيث أصبح الطيران المدني هدفاً لعمليات الإرهاب، وبدأت الهيئات الدولية المعنية بشؤون هذا الطيران (كهيئة الطيران المدني الأمريكي "C.A.B"، وهيئة الطيران الفيدرالية للملاحة الجوية F.A.A) تصدر العديد من التوصيات والتوجيهات التي تحث الناقل على اتخاذ التدابير والاحتياطات اللازمة لمواجهة الاعتداءات الإرهابية، وتأمين سلامة الرحلة الجوية<sup>(١٣)</sup>. من ناحية أخرى، اهتمت العديد من المحافل الدولية ببحث هذا الموضوع، والتي كان من أهمها: المؤتمر الدولي الذي عقد بمدينة لاهاي بهولندا في الفترة من ٢٣ إلى ٢٥ يناير عام ١٩٨٧، والذي نظمته المعهد الدولي للقانون الجوي والقضاء "International Institute of Air and Space Law"، والذي حمل عنوان "International Conference, Aviation Security: How to safeguard international air

(١٢) راجع:

Boulineaux v. City of Knoxville, 20 Tenn. App. 404, 99 S.W.2d 557 (1935).

(١٣) د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند ٩٠، ص ٢٣٨.

(١٤) راجع:

International Conference, Aviation Security: How to Safeguard International Air Transport?, International Institute of Air and Space Law, University of Leyden, 1987, p178.

transport" <sup>(١٤)</sup>. أيضاً المؤتمر الدولي رقم (٦٥) للجمعية الدولية للقانون الدولي والذي عقد بمدينة القاهرة في الفترة من ٢٠ حتى ٢٦ أبريل ١٩٩٢ <sup>(١٥)</sup>.

وتزداد أهمية هذه الدراسة وهي تسعى لفض تناقض قائم بين إمكانية مساءلة الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب، وبين أن الناقل هو المضرور الأول من هذه الحوادث <sup>(١٦)</sup>، فأضرار الإرهاب تطال بآثارها أول ما تطال الناقل الجوي، ومع ذلك يثور الحديث عن مدى إمكانية مساءلة الناقل عن أضراره، وذلك للأسباب التالية <sup>(١٧)</sup>:

١ - صعوبة ملاحقة مرتكبي الاعتداءات الإرهابية، خاصة أن غالبية هذه الاعتداءات ترتكب من قبل أشخاص مجهولي الهوية (المختلين عقلياً أو السجناء الفارين من

(١٥) راجع:

International law association, 65th conference - Cairo, available at:  
www.ila-hq.org/.../947D7F4C-C891-4F2A-BC86C4A6FEF609A8

(١٦) وما من شك في فداحة الآثار الضارة التي تصيب الناقل الجوي على أثر وقوع حوادث الإرهاب الجوي، والتي من أهمها:

١ - ارتفاع تكاليف النقل بشكل كبير، حيث يضطر الناقل على أثر انتشار حوادث الإرهاب إلى الاهتمام المتزايد باتخاذ التدابير الأمنية المكثفة لتفادي مخاطر هذه الأنشطة، الأمر الذي يترتب عليه تضخم حجم النفقات التي يتكبدها لتنفيذ عقد النقل.

٢ - ارتفاع تكاليف التأمين على الطائرة والأفراد والبضائع المحملة عليها، حيث تلجأ شركات التأمين على أثر ارتفاع وتيرة العمليات الإرهابية وضخامة ما تخلفه من خسائر إلى رفع رسوم ونفقات التأمين، حتى تتمكن من مواجهة الآثار المترتبة على هذه الحوادث.

٣ - تراجع الطلب على خدمات النقل الجوي، حيث يلجأ الركاب وأصحاب البضائع إلى استخدام وسائل بديلة (كالنقل البحري أو النقل البري)، بما يؤثر بالسلب على شركات الطيران المدني.

د. أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية، المرجع السابق، ص ٧٩؛

Peter Gordon, James E. Moore, II, JiYoung Park and Harry W. Richardson, The Economic Impacts of a Terrorist Attack on the U.S. Commercial Aviation System, op. cit, p3; Björn Møller, Piracy - Maritime Terrorism and naval strategy, op. cit, p7. Atef Ghobrial and Wes A. Irvin, Combating air terrorism: some implications to the aviation industry, Journal of Air Transportation, Vol. 9, No. 3 - 2004, p68.

(١٧) راجع في ذلك:

Pierre chichkine, terrorisme et droit maritime, Master II droit maritime et des transports, Centre de Droit Maritime et des Transports Université de droit, D'économie et des sciences D'aix -marseille III, Faculte de droit, 2008, p 43; M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p 5.



تنفيذ الأحكام أو الفدائيين)، كما أن معظم هذه الاعتداءات ترتكب أثناء عملية الطيران، مما يصعب معه التعرف على مرتكبي هذه الاعتداءات أو إثبات تورطهم في ارتكابها<sup>(١٨)</sup>.

٢ - انشغال الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بمواجهة الإرهاب من خلال التركيز على إجراءات الملاحقة الأمنية وتقرير المسؤولية الجنائية لمرتكبي هذه الأفعال وتغليظ العقوبات عليهم<sup>(١٩)</sup>، على الرغم من عدم جدوى هذا الأمر كثيراً بالنسبة للمضرورين، حيث غالباً ما يشغلهم هو الحصول على تعويض يجبر الأضرار التي لحقت بهم، يأتي هذا في ظل ما تشهد به التقارير الأمنية من أن معظم منفذي الهجمات الإرهابية ممن لا مأوى لهم ولا مال، الأمر الذي يقلل من جدوى الرجوع على هؤلاء بالتعويض عن الأضرار التي تسببوا فيها.

٣ - ضعف دور المسؤولية الجنائية، إن لم يصل الحال إلى انعدام دورها تماماً في جرائم الإرهاب ضد الطائرات، حيث غالباً ما ترتكب هذه الجرائم خارج نطاق سيادة الدول، الأمر الذي يصعب معه تقرير مسؤولية الجناة وفقاً لقانون وطني محدد، بل حتى في الحالات التي ترتكب فيها هذه الجرائم داخل نطاق سيادة دولة معينة، يكون من الصعب ملاحقة مرتكبيها لتقرير مسؤوليتهم، حيث إنهم غالباً ما ينتمون إلى جماعات منظمة مدعومة من بعض الدول.

وقد تسببت الاعتبارات السابقة في عزوف الأشخاص وأصحاب البضائع عن اللجوء للنقل الجوي، خاصة في ظل وجود زيادة مطردة في حجم ونوعية الاعتداءات الإرهابية المستهدفة للطائرات والمطارات، الأمر الذي دعا الفكر القانوني في الآونة الأخيرة إلى الانشغال بقضايا النقل الجوي، خاصة في مجال المسؤولية المدنية، وتحديدًا التساؤل عن مدى مسؤولية الناقل الجوي المدنية عن حوادث الإرهاب، وذلك للأسباب الآتية:

١ - ضرورة توفير ضمانات قوية وناجعة للركاب والشاحنين لاستعادة ثقتهم في النقل الجوي، من خلال توفير وسائل بديلة تحقق لهم جبراً سريعاً وحقيقياً لما لحقهم من أضرار، كتقرير المسؤولية المدنية للناقل، خاصة وأنه المسؤول الأول عن

(١٨) راجع في ذلك:

John King, The security of merchant shipping, op. cit, p 240.

(١٩) راجع في ذلك:

Pierre chichkine, terrorisme et droit maritime, op. cit, p 28.

سلامة الأشخاص والبضائع المحملة على متن الطائرة، بما يبرر تحميله لتبعة مخاطر النقل، خاصة في ظل قدرته المالية على ذلك، يأتي هذا في ظل ما تشهده الأوساط القانونية من سيادة مبدأ يتمثل في ضرورة حصول المضرور عن حوادث الإرهاب على تعويض عادل ومناسب، وفي وقت ملائم من وقوع الضرر<sup>(٢٠)</sup>.

٢ - قصور القواعد العامة في مجال المسؤولية المدنية للناقل الجوي عن التصدي لهذه الحوادث، نتيجة لجوئها أحياناً إلى تحميل المضرور عبء إثبات خطأ الناقل، الأمر الذي يمثل صعوبة بالغة بالنسبة للمضرور نتيجة جهله بطرق تشغيل الآلات والوسائل الحديثة في النقل الجوي، وصعوبة قيامه بالرقابة على أداء الناقل أثناء الرحلة الجوية، ناهيك عن تعقد وصعوبة الملابس المحيطة بالحوادث الجوية، خاصة في جرائم الإرهاب. يأتي هذا في ظل ما تشهده وسائل وأدوات النقل الجوي في أواخر العقد المنصرم من تقدم هائل<sup>(٢١)</sup>، أثار الشك في مدى اعتبار حوادث الإرهاب من قبيل القوة القاهرة التي يستحيل على الناقل دفعها أو توقعها.

#### ٤ - إشكالية الدراسة:

يشترط حتى يسأل الناقل عن الأضرار التي تصيب الركاب وفقاً لاتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩<sup>(٢٢)</sup> ثلاثة شروط<sup>(٢٣)</sup>: الشرط الأول، وقوع حادث، والشرط

(٢٠) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p 3.

(٢١) راجع في ذلك:

Necmettin Akten, Shipping accidents: a serious threat for marine environment, op.cit, p 271.

(٢٢) راجع في ذلك:

- كان الغرض من وضع اتفاقية مونتريال في ٢٨/٥/١٩٩٩م هو توحيد قواعد النقل الجوي على المستوى الدولي، وذلك من خلال تحديث قواعد اتفاقية وارسوا، خاصة بعد تعدد التعديلات التي لحقت هذه الاتفاقية، والتي لم تحقق التوازن المنشود بين مصالح شركات النقل ومصالح الركاب. وقد حملت منظمة الطيران المدني (ICAO) على عاتقها زمام المبادرة في هذا الخصوص، والتي سعت خلال فترة التسعينيات إلى طرح العديد من المبادرات الداعية لتبني اتفاقية جديدة، وقد تقرر عام ١٩٩٩ إبرام اتفاقية جديدة، وقد تم التصديق عليها من قبل ٣٠ دولة، وبخلت حيز التنفيذ في ٤/١١/٢٠٠٣. راجع: د. أحمد بن إبراهيم الشيخ، المسؤولية عن تعويض أضرار النقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاقيتي وارسو ١٩٢٩ ومونتريال ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٥١.

(٢٣) تنص المادة ١٧ من اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ على أن: "يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الركاب أو تعرضه لإصابة جسيمة بشرط أن تكون الحادثة التي سببت الوفاة أو الإصابة قد وقعت على متن الطائرة أو أثناء أي عملية من عمليات صعود =

الثاني، وقوع الحادث خلال فترة زمنية معينة، والشرط الثالث، أن يصاب الراكب بضرر. وبخصوص الدراسة محل البحث لا تبدو أهمية للتعرض للشرطين الثاني والثالث، حيث استفاضت العديد من الدراسات في بيانهما، كما أنه لا توجد خصوصية للإرهاب فيما يتعلق بهذين الشرطين، لكن الإشكالية الحقيقية تبدو في بحث مدى اعتبار الإرهاب حادثاً جويّاً طبقاً لمفهوم النصوص السابقة من عدمه، خاصة وأن المحاكم كانت تعتبره لفترات زمنية طويلة من قبيل القوة القاهرة التي يمكن للناقل أن يدفع مسؤوليته عن التعويض بالاعتماد عليها؟

من ناحية أخرى، تبنت اتفاقية مونتريال أساسين مختلفين لمسؤولية الناقل: الأساس الأول قائم على الضرر (المسؤولية الموضوعية) وذلك عن الأضرار التي لا تزيد عن ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة<sup>(٢٤)</sup>. أما إذا كان حجم الضرر يزيد عن ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة فإن الناقل يسأل على أساس الخطأ المفترض، ولا يستطيع الناقل دفع مسؤوليته إلا إذا أثبت عدم صدور خطأ من جانبه أو تابعيه، وذلك في حالات الوفاة والإصابة البدنية، أما في حالة التأخير فالحد الأقصى للتعويض ٤١٥٠ وحدة سحب خاصة، الأمر الذي يطرح إشكالية أخرى تتعلق بمدى تصور إسناد أضرار الإرهاب لخطأ الناقل؟

= الركاب أو نزولهم". كما نصت المادة ٢٨٧ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن: "يسأل الناقل الجوي عن الضرر الذي يحدث في حالة وفاة الراكب أو إصابته بجروح أو بأي أذى بدني آخر إذا وقع الحادث الذي أدى إلى الضرر أثناء وجود الراكب في حراسة الناقل أو تابعيه داخل مطار القيام أو في الطائرة أو داخل مطار الوصول أو في أي مطار أو مكان آخر تهبط فيه الطائرة اختياريّاً أو اضطراراً".

(٢٤) والملاحظ أن اتفاقية مونتريال كانت تقرر أن مسؤولية الناقل تؤسس على الضرر (المسؤولية الموضوعية) وذلك عن الأضرار التي لا تزيد عن ١٠٠٠٠٠ وحدة سحب خاصة، أما عن الأضرار التي تزيد عن هذا الحد، فإن مسؤولية الناقل فيها تؤسس على الخطأ المفترض، لكن المادة (٢٤) من الاتفاقية قررت وجوب مراجعة حدود المسؤولية من جانب جهة الإيداع مرة كل خمس سنوات، على أن تكون المراجعة الأولى في نهاية السنة الخامسة بعد تاريخ نفاذ هذه الاتفاقية. وبناءً عليه قامت منظمة الطيران المدني الدولي بالتعديل الأول لحدود المسؤولية، وأصبحت حدود المسؤولية بالنسبة للأضرار التي تصيب الراكب هي ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة، بدلاً من ١٠٠٠٠٠ وحدة من وحدات السحب الخاصة. راجع:

Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air - Montreal, 28 May 1999, available at:

<http://www.jus.uio.no/le/air.carriage.unification.convention.montreal.1999/portrait.pdf>

لذلك تتركز إشكالية هذه الدراسة في بحث مدى اعتبار الإرهاب حادثاً جويّاً  
يمكن أن يسأل عنه الناقل؟ ومدى تصور إسناد أضرار الإرهاب لخطأ الناقل؟

## ٥ - خطة الدراسة:

مبحث تمهيدي: ماهية الإرهاب.

المطلب الأول: صعوبات تعريف الإرهاب.

المطلب الثاني: تعريف الإرهاب.

الفصل الأول: مدى اعتبار الإرهاب حادثاً يسأل عنه الناقل الجوي

المبحث الأول: ماهية الحادث المسؤول عنه الناقل الجوي

المطلب الأول: التمييز بين الحادثة والحادث في مجال النقل الجوي

المطلب الثاني: تعريف الحادث الجوي.

المبحث الثاني: الضوابط القانونية لاعتبار الإرهاب حادثاً يسأل عنه الناقل  
الجوي.

المطلب الأول: أن يكون حادث الإرهاب مرتبطاً بعملية النقل.

المطلب الثاني: أن يقع حادث الإرهاب أثناء فترة النقل.

الفصل الثاني: مدى اعتبار وقوع الإرهاب خطأ يسأل عنه الناقل الجوي.

المبحث الأول: مضمون خطأ الناقل في حوادث الإرهاب.

المطلب الأول: صعوبات تحديد المقصود بخطأ الناقل في حادثة الإرهاب

المطلب الثاني: تعريف خطأ الناقل في حادث الإرهاب.

المبحث الثاني: طبيعة خطأ الناقل وإمكانية اختصاص شركة التأمين في حوادث  
الإرهاب.

المطلب الأول: طبيعة خطأ الناقل الجوي في حوادث الإرهاب

المطلب الثاني: اختصاص شركة التأمين في دعوى مسؤولية الناقل الجوي عن  
أضرار الإرهاب



## مبحث تمهيدي

### ماهية الإرهاب في مجال النقل الجوي

٦ - شغل تعريف الإرهاب حيزاً كبيراً من اهتمام الأدبيات السياسية والنشاطات الدبلوماسية والاجتهادات القانونية<sup>(٢٥)</sup>، ويعود ذلك لوجود رغبة قوية في تحديد مضمونه وأبعاده المختلفة، حتى يتسنى صياغة الآليات القانونية المناسبة لمواجهته والتصدي له، والوقوف على طبيعة المسؤوليات القانونية الناشئة عنه<sup>(٢٦)</sup>.

ويعد مصطلح الإرهاب من أكثر المصطلحات التي صاحب تعريفها صعوبات بالغة، الأمر الذي يقتضي تحديد هذه الصعوبات، والوقوف على تعريف للإرهاب، وذلك على التفصيل التالي:

### المطلب الأول

#### صعوبات تعريف الإرهاب

٧ - على الرغم من أن الإرهاب يعد من أخطر الظواهر التي تهدد الأفراد والشعوب، إلا أن المجتمع الدولي وقف عاجزاً عن التوصل إلى تعريف موحد له.

(٢٥) راجع في ذلك:

ZDZISLAW GALICKI, International Law and Terrorism, American behavioral scientist, Vol. 48 No. 6, February 2005, p 745.

(٢٦) كانت من أولى المحاولات الحديثة التي تعرضت لوضع تعريف قانوني للإرهاب كجريمة دولية من قبل عصبة الأمم في ١٩٣٤-١٩٣٧، وذلك على أثر محاولة اغتيال الملك اليوغسلافي الكسندر الأول من قبل الانفصاليين الكروات أثناء زيارته لفرنسا. وقد نجم عن هذا الحادث مقتل وزير الخارجية الفرنسي واثنين من المارة، حيث هرب الجناة إلى إيطاليا، وقد تقدمت فرنسا بطلب لإيطاليا لتسليمه بموجب معاهدة ١٨٧٠، وقد رفضت إيطاليا التسليم؛ حيث إن هذه المعاهدة لا تشمل التسليم في حالة الجرائم السياسية. وقد أعقب ذلك وقوع جرائم مشابهة (محاولة اغتيال الوزير الروماني DucaÀ ومحاولة اغتيال الجنرال الإيطالي Tellini عندما كان يقوم بترسيم الحدود الألبانية اليونانية)، على أثرها واجهت عصبة الأمم بضغط دولي شديد لمحاولة وضع اتفاقية دولية تنظم جرائم الإرهاب الدولي، وخاصة وضع تعريف قانوني له. راجع:

Ben Saul, The Legal Response of the League of Nations to Terrorism, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), p79.

فقد ظهرت قرارات مجلس الأمن الدولي ذات الصلة وهى تنطوي على عبارات عامة لا تعكس وجود رؤية موحدة لهذا المصطلح<sup>(٢٧)</sup>، حيث سعى مجلس الأمن من وراء ذلك إلى تبني مفهوم موحد للإرهاب، بغية حشد الجهود الدولية المختلفة لمواجهة، خاصة وأن الإرهاب ظاهرة تظال بآثارها العديد من الدول، ومن ثم فإن توحيد المفاهيم سوف يؤدي إلى توحيد إجراءات التعامل معه<sup>(٢٨)</sup>.

٨ - ويعود عجز المجتمع الدولي عن التوصل لتعريف موحد للإرهاب إلى أسباب معينة، أهمها:

١ - سعي كل دولة إلى تعريف الإرهاب بما يخدم مصالحها الخاصة، حتى ولو لم يكن هذا متوافقاً مع طبيعة الإرهاب، فبعض الدول تنظر إلى أعمال مقاومة الاحتلال الأجنبي على أنه دفاع عن النفس، في حين تعتبره دول أخرى إرهاباً، الأمر الذي أدى إلى تعدد وتنوع التعريفات بحسب ما يحقق لكل دولة مصالحها<sup>(٢٩)</sup>.

(٢٧) راجع القرارات التالية:

- United Nations, Security Council, S/RES/1535 (2004), Distr.: General 26 March 2004, available at:

<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6F4FF96FF9%7D/CTEF%20Res%201535.pdf>

- United Nations, Security Council, S/2004/642, Distr.: General, 12 August 2004, available at:

[thhttp://www.un.org/ne/sc/ctc/docs/founding/s-2004-70.pdf](http://www.un.org/ne/sc/ctc/docs/founding/s-2004-70.pdf)

- United Nations, Security Council, S/2004/70, Distr: General, 26 January 2004, available:

<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/founding/s-2004-70.pdf>

(٢٨) راجع:

Antonio Cassese, The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in international Law, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 933-958, p 934.

- أشارت ديباجة قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٥١ في دورتها السادسة والأربعين لسنة ١٩٩١ إلى أن عدم وجود تعريف عالمي للإرهاب هو أحد الأسباب الرئيسية التي تفسر عدم دخول الإرهاب في نطاق اختصاص محكمة العدل الدولية.

(٢٩) فقد أظهرت المناقشات التي شهدتها اللجان المشكلة من قبل الأمم المتحدة لبحث موضوع الإرهاب، وجود تعارض سافر فيما بين الولايات المتحدة الأمريكية مدعومة من قبل الدول الغربية من ناحية والاتحاد السوفيتي من ناحية أخرى حول تعريف الإرهاب، حيث يحرص اتجاه الولايات المتحدة على إعطاء مصطلح موسع بحيث يشمل على عمليات الكفاح المسلح لحركات المقاومة والتحرير الوطني ضمن ممارستها لحق تقرير المصير، الأمر الذي عكس النظرة الأيديولوجية البحتة لهذا الاتجاه. وعلى الصعيد المقابل يرى الاتحاد السوفيتي أن =

- ٢ - وجود اختلاف شديد بين الأوساط القانونية المختلفة حول مدى اشتراط توافر قصد خاص لدى مرتكب العمل الإرهابي، حيث يرى البعض أن ما يميز الإرهاب هو أنه يرتكب بقصد تحقيق أهداف سياسية وليست جنائية، بينما البعض الآخر لا يرى اشتراط توافر الباعث السياسي لدى مرتكب الإرهاب.
- ٣ - تعدد الزوايا والمعايير التي تم التعامل من خلالها مع الإرهاب من قبل المنظمات المختلفة كل بحسب مجال عمله ونشاطه، فما تتبناه المنظمات الحكومية بخلاف ما تتبناه المنظمات غير الحكومية، مما أدى إلى كثرة وتنوع التعريفات التي قيلت في هذا الصدد. فقد نشرت منظمة التعاون والتنمية OECD مؤخراً تقريراً يتضمن معايير تعريف الإرهاب، وكان عددها سبعة معايير، تم تصنيفها في ثلاث فئات: الفئة الأولى، وهي تعريف الإرهاب من حيث (الوسائل والآثار والغرض)، والفئة الثانية، وهي تعريف الإرهاب فيما يتعلق بخدمات التأمين ضده (التأمين التكنولوجي، والتأمين الاقتصادي، والتأمين القانوني)، والفئة الثالثة معايير أخرى (من حيث الدعم الحكومي، ودعم المنظمات غير الحكومية)<sup>(٣٠)</sup>.
- ٤ - تعدد وتنوع أسباب ارتكاب الاعتداءات الإرهابية (دينية وسياسية واقتصادية)، خاصة بعد انتهاء الحروب العالمية وبداية الحروب الباردة، الأمر الذي تسبب في وجود ما يسمى بإرهاب الدولة وإرهاب الفرد، وجعل العمليات الإرهابية لا ترتكب فقط من قبل الأفراد، ولكن أيضاً من قبل الدول<sup>(٣١)</sup>.

= الإرهاب الحقيقي هو إرهاب الدولة، أي الذي يمارس من دولة ضد أخرى من خلال عملائها، واتهم الاتحاد السوفيتي الولايات المتحدة بمناهضة حركات التحرر الوطني، بسبب وصفها لهذه الحركات بالجماعات الإرهابية. راجع: د. أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية - القاهرة، (بدون تاريخ نشر)، ص ١٨٨.

(٣٠) راجع:

Liste de critères de l'OCDE visant à définir le terrorisme dans une perspective d'indemnisation, 15 décembre 2004, available at:  
<http://www.oecd.org/dataoecd/55/3/34065616/pdf>

- ويصنف البعض جرائم الإرهاب على النحو التالي: ١- الإرهاب الحربي (للجوء لوسائل مختلفة لإشاعة الرعب بين المواطنين من خلال استخدام الأسلحة مثل المقنوفات، والأسلحة النارية، والقنابل....، ٢- الإرهاب القمعي (اتخاذ موقف معين في إطار نظام التدابير القمعية)، ٣- الإرهاب الثوري (ويهدف لتقويض النظام السياسي في الدولة، والاستيلاء على السلطة)، ٤- الإرهاب شبه الثوري (ويقصد به الأعمال التي ترتكب بدون بواعث سياسية أو مذهبية). راجع: د. أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٣١) راجع:

Bernhard A. Koch, indemniser les victimes du terrorisme, Centre Européen de Droit et de l'assurance responsabilité civile délictuelle, CDCJ-BU(2006)19, P 3.

٩- وقد تسببت العوامل السابقة وغيرها ليس فقط في صعوبة التوصل لتعريف موحد للإرهاب على المستوى الدولي، ولكن أيضاً في إثارة مجموعة من المشاكل القانونية، كان أهمها<sup>(٣٢)</sup>:

١ - وجود خلط بين مفهوم الإرهاب الداخلي والإرهاب الدولي، فعلى الرغم من أن مضمون كل منها ينطوي على عنف منظم ضد الأشخاص والأموال، إلا أن ذلك لم يمنع من وجود العديد من الاختلافات فيما بينهما، فالإرهاب الدولي يمارس على نطاق يتجاوز حدود الدولة ونطاق سيادتها القانونية، كما أنه يستهدف في المقام الأول الدول والمجتمعات، وذلك على النحو الذي يجعله مهدداً للأمن والسلم الدوليين. أما الإرهاب الداخلي فهو مجرد مخالفة لنظام قانوني داخلي، ويستهدف في المقام الأول المدنيين مثل أعمال القرصنة والاعتداءات المسلحة.

٢ - وجود نوع من الخلط بين مفهوم الإرهاب وأعمال المقاومة ضد الاحتلال الغاصب<sup>(٣٣)</sup>. وقد ظهر هذا الخلط جلياً في العديد من المؤتمرات واللقاءات الدولية، حيث يذهب البعض إلى وصف عمليات المقاومة المشروعة والمقررة وفقاً للمواثيق الدولية (مثل المقاومة من أجل تقرير المصير، ومقاومة الاحتلال الأجنبي) بالإرهاب.

٣ - لجوء بعض الدول إلى استعمال مصطلح الإرهاب بما يخدم مصالحها فقط، حتى ولو كان ذلك بالمخالفة للاعتبارات القانونية، فقد وصل الحال ببعض الدول إلى أن أطلقت مصطلح الإرهاب على بعض الجرائم الاقتصادية؛ كفسيل الأموال، على الرغم من أن هذه الجرائم لا تنطوي على أعمال عنف يمارس ضد المدنيين<sup>(٣٤)</sup>.

(٣٢) راجع في ذلك:

Martin A. Kalis, A New Approach to International Terrorism, International Affairs Review, Vol 10, N 2, 2001, p 2; M. Bernhard A. Koch, indemniser les victimes de terrorisme, bureau du comite europeen de cooperation juridique (CDCJ-BU), Strasbourg, 27 novembre 2006, p 3; Fernando Reinares, Conceptualising International Terrorism, Elcano Royal Institute - ARI N; 82/2005, p 2; Christian Walter, Defining terrorism in national and international law, p 2, available at: [http://www.unodc.org/tldb/bibliography/Biblio\\_Int\\_humanitarian\\_law\\_Walter\\_2003.pdf](http://www.unodc.org/tldb/bibliography/Biblio_Int_humanitarian_law_Walter_2003.pdf)

(٣٣) راجع: أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(٣٤) راجع في ذلك:

Fernando Reinares, Conceptualising International Terrorism, Elcano Royal Institute - ARI, N 82, 2005, p 2.



وتزيد الصعوبات والمشاكل السابقة من أهمية وضع تعريف موحد للإرهاب، حيث تحت شعاره تقوم الحروب وتستنفذ الهمم، بالنظر لتأثيره الخطير والمباشر على سيادة الدولة وسلامة رعاياها وأراضيها ومعاملاتها التجارية. لذلك يبدو لنا أهمية حسم هذا الأمر، من خلال إبرام اتفاقية دولية تحت مظلة الأمم المتحدة، تسعى إلى التغلب على المشاكل والمعوقات السابقة، من أجل التوصل إلى مفهوم موحد للإرهاب على المستوى الدولي يتسم بنظرة موضوعية مجردة من المصالح الشخصية، ومؤسس فقط على الاعتبارات القانونية السليمة.

والأمر على هذا النحو يدعونا إلى محاولة وضع تعريف للإرهاب، للنظر فيما إذا كان يعتبر من قبيل الحوادث التي يمكن أن يسأل عنها الناقل أم لا.

## المطلب الثاني تعريف الإرهاب

١٠- تسببت الصعوبات السابقة في تعدد وتشعب تعريفات الإرهاب، لكن يمكن لنا حصر هذه التعريفات من خلال تصنيفها في اتجاهين على النحو التالي:

### الاتجاه الأول - اشتراط وجود غرض خاص من ارتكاب الإرهاب:

ظهرت طائفة عريضة من التعريفات ربطت وقوع الإرهاب بضرورة توافر قصد خاص من وراء ارتكابه، وهو أن يرتكب بغرض تحقيق هدف سياسي، كأن يسعى مرتكب هذا العمل إلى ترويع السكان بصورة جسيمة؛ لحمل الدولة أو إحدى مؤسساتها على القيام أو الامتناع عن عمل بصورة غير مشروعة، أو بقصد زعزعة الهياكل السياسية أو الدستورية في الدولة.

فقد عرف الإرهاب من قبل مكتب التحقيقات الفيدرالي الأمريكي بأنه عبارة عن " الاستخدام غير المشروع للقوة أو العنف ضد الأشخاص أو الممتلكات لتخويف أو إكراه الحكومة أو السكان المدنيين، وذلك لتحقيق أهداف سياسية أو اجتماعية<sup>(٣٥)</sup>.

وعندما قامت لجنة الإرهاب الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة بإعداد مشروع اتفاقية موحدة للإجراءات القانونية ضد الإرهاب الدولي عام ١٩٨٠، عرفته بأنه " عملاً

(٣٥) راجع:

U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, Terrorism 2002-

2005, available at:

<http://www.fbi.gov/stats-services/publications/terrorism-2002-2005>

من أعمال العنف الخطيرة أو التهديد به، يصدر عن فرد، يستوي أن يكون بمفرده أو بالاشتراك مع آخرين، ضد الأشخاص أو المنظمات أو الأماكن أو وسائل النقل والمواصلات أو ضد الجمهور العام لتهديدهم أو جرحهم أو قتلهم، وذلك بقصد تقويض علاقات الصداقة بين الدول أو بين مواطني الدول المختلفة" (٣٦).

وفي توصيتها رقم (١٤٢٦) قررت اللجنة البرلمانية التابعة للبرلمان الأوروبي تعريف الإرهاب بأنه عبارة عن " جريمة يرتكبها فرد أو مجموعة ضد الدولة أو مؤسساتها أو سكانها أو أفراد بعينهم بدافع من الأغراض الانفصالية أو الأيديولوجية المتطرفة والمتعصبة كي يتسبب في إشاعة حالة من الرعب أو التخويف لدى أفراد المجتمع" (٣٧).

وقد سعت الجمعية العامة للأمم المتحدة لتعريف الإرهاب، وحرصت على مراعاة الاعتبارات المختلفة المؤثرة في تعريفه، حيث عرفت أنه عبارة عن " الأفعال الإجرامية التي يقصد منها إشاعة حالة من الرعب بين جمهور الناس أو جماعة معينة من الأشخاص لأغراض سياسية، أيّاً ما كانت التبريرات التي تقف وراء ارتكاب هذه الأفعال" (٣٨).

(٣٦) راجع:

M. Cherif Bassiouni, Legal responses to international terrorism, martinus Nijoltoff publishers, 1988, p xxiii.

(٣٧) راجع:

Parliamentary assembly, Recommendation 1426 (1999), available at: <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta99/erec1426.htm>

(٣٨) راجع:

General Assembly, Sixth Committee - 4th Meeting (AM), 7/10/2005, available at: <http://www.un.org/News?press/docs/2005/gal3276/doc.htm>

– وقد تبنى هذا الاتجاه العديد من التشريعات: كالقانون الألماني الذي اشترط لحماية البيئة حتى يعد العمل إرهاباً أن يرتكب بغرض سياسي أو عرقي أو طائفي، أيضاً عرفه القانون الإنجليزي بأنه عبارة عن الأفعال التي ترتكب بغرض الإطاحة بنظام الحكم في الدولة. راجع:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victimes de terrorisme, bureau du comite europeen de cooperation juridique (CDCJ-BU), Strasbourg, 27 novembre 2006, p4.

– كما عرفه عدد غفير من رجال الفقه، مثل: (Philip Wilcox), (Ferracuti), (mickolus).

راجع: د. أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي، المرجع السابق، ص ١٨٩.

## الاتجاه الثاني - عدم اشتراط وجود غرض خاص من ارتكاب الإرهاب:

وعلى صعيد مقابل عرف الإرهاب دون اشتراط وجود غرض خاص لدى مرتكب العمل الإرهابي، حيث اكتفى هذا الاتجاه بمجرد استخدام القوة أو العنف بصورة غير مشروعة للاعتداء على الأشخاص أو البضائع أو المنشآت، دون اشتراط وجود قصد خاص لدى مرتكب العمل الإرهابي.

وقد تم تبني هذا الاتجاه من قبل المؤتمر الثالث لتوحيد قانون العقوبات في بروكسل عام ١٩٣٠، حيث عرف الإرهاب بأنه: "الاستخدام العمدي للوسائل القادرة على إحداث خطر مشترك، والتي من شأنها تعريض حياة الإنسان وسلامته للخطر، وتدمير الممتلكات المادية، وتشتمل على أعمال التفجير والحرق والإغراق وإشعال المواد الخائفة وإثارة الفوضى في وسائل النقل والمواصلات والتخريب في الممتلكات والمرافق وتلويث الأغذية ومياه الشرب، وما يسفر عن ذلك من أمراض تصيب الإنسان أو الحيوان أو النبات" (٣٩).

أيضاً عرفت لجنة القانون الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة في مشروع قانون مكافحة جرائم الأمن والسلم الإنساني في المادة ٢٤ منه بأنه: "قيام شخص أو مجموعة من الأشخاص بمفردهم أو بالاشتراك مع آخرين بارتكاب أو تنظيم أو تمويل أو تشجيع أو التغاضي عن أفعال العنف والتدمير ضد دولة أو أشخاص أو ممتلكات" (٤٠).

تعرضت أيضاً الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لتعريفه بأنه عبارة عن "أي عمل أو تهديد بالعنف أيّاً كانت دوافعه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لأغراض جنائية فردية أو جماعية سعياً لبث الذعر بين الأفراد، أو إلحاق الأذى بهم في أجسادهم أو حرياتهم، أو الإضرار بالبيئة أو بالمنشآت العامة أو الخاصة، أو الاستيلاء عليها، أو تهديد الموارد الوطنية" (٤١).

(٣٩) راجع:

Myra Williamson, Terrorism & war and international law, the Ashgate international law series, 2009, p 49.

(٤٠) راجع:

Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, International Law Commission, 1995, vol. II(1), p 47, available at: <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>

(٤١) راجع:

The Arab Convention for the Suppression of Terrorism a serious threat to human rights, 2002, part two- (2-1), available at:

وعرفته اتفاقية الأمم المتحدة لقمع تمويل الإرهاب بأنه عبارة عن "أي عمل يؤدي إلى الوفاة أو الإصابة الخطيرة للمدنيين بقصد ترويعهم أو إجبار الحكومة على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"<sup>(٤٢)</sup>.

وعرفه الاتحاد الأوروبي بأنه عبارة عن واحد أو أكثر من الأفعال التالية<sup>(٤٣)</sup>:

- ترهيب السكان بصورة خطيرة.
- محاولة الضغط على الحكومة أو إحدى المنظمات الدولية لأداء عمل معين أو الامتناع عن أدائه دون مبرر.
- زعزعة الاستقرار السياسي أو الاقتصادي أو النظام الدستوري في دولة أو منظمة.
- الاعتداء على السلامة الجسدية للشخص على النحو الذي قد يؤدي إلى وفاته.
- الاختطاف وأخذ الرهائن.
- التدمير الواسع للمرافق العامة والحكومية أو عناصر البنية التحتية أو نظم النقل والمواصلات ونظم المعلومات على نحو يعرض حياة الأشخاص أو الممتلكات للخطر.
- الاستيلاء على السفن أو الطائرات أو غيرها من وسائل النقل العام أو نقل البضائع.
- صناعة وحياسة ونقل الأسلحة والمتفجرات والأسلحة النووية أو البيولوجية أو الكيميائية.
- إطلاق المواد الخطرة أو المتفجرات أو التسبب في حدوث الحرائق، وغيرها مما يؤثر على سلامة الإنسان والممتلكات.
- تعطيل إمدادات الماء أو الكهرباء أو غيرها من الموارد الطبيعية التي يحتاج إليها الإنسان.

[http://files.studiperlapace.it/spp\\_zfiles/docs/2005010718158.pdf](http://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/2005010718158.pdf)

(٤٢) راجع:

International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, resolution 54/109 of 9 December 1999, available at: <http://www.un.org/law/doc/finterr.ht>,

(٤٣) راجع:

John King, The security of merchant shipping, op. cit, p 235.



التهديد بارتكاب أى فعل مما سبق.

هذا وقد تبنى القانون المصري هذا الاتجاه، حيث عرف الإرهاب في المادة الثانية من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٢ الخاص بمكافحة الإرهاب بأنه عبارة عن "كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، إذا كان من شأن ذلك إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بالاتصالات أو المواصلات أو بالأموال أو بالمباني أو بالأموال العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو منع أو عرقلة ممارسة السلطات العامة أو دور العبادة أو معاهد العلم لأعمالها أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح".

١١- ونحن من جانبنا ننضم للاتجاه الثاني في تعريف الإرهاب، ونري عدم تقييده باشتراط قصد خاص يجب توافره عند ارتكابه، وذلك للأسباب التالية:

١ - إن من أهم ما يميز الإرهاب - كما يرى جانب من الفقه<sup>(٤٤)</sup> - ضخامة حجم الضرر الناتج عنه، وذلك بصرف النظر عن نية أو قصد مرتكبه، فالإرهاب كجريمة تسعى الدول لمواجهته بشتى الطرق ليس لنية أو قصد مرتكبه، ولكن لضخامة الأضرار الناجمة عنه وخطورتها. وهذا ما أكدته مجلس الأمن الدولي في قراره رقم (١٥٦٦) لسنة ٢٠٠٤، والذي دعا من خلاله الدول إلى التصدي لكل الأفعال التي تعد من قبيل الإرهاب، وذلك بصرف النظر عن سبب ارتكاب هذه الأفعال (سياسية أو فلسفية أو أيديولوجية أو بسبب الجنس أو العقيدة أو لأسباب أخرى)<sup>(٤٥)</sup>. ويضيف البعض<sup>(٤٦)</sup> لذلك أن الإرهاب لا يمكن تعريفه بصورة موضوعية إلا من خلال طبيعة الفعل، وليس من خلال تحديد مرتكبه أو من خلال السبب الذي ارتكب من أجله.

٢ - إن الاتجاه الأول جاء متأثراً بالنظرة التقليدية للإرهاب، والتي ظهرت في المراحل الأولى لظهوره، والتي ركزت بشدة على الجانب السياسي له، حيث تمثل في

(٤٤) راجع:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victimes de terrorisme, op. cit, p4.

(٤٥) راجع:

United Nations - Security Council, Resolution 1566 (2004), S/RES/1566, available at: <http://fr.unrol.org/files/n0454282.pdf>

(٤٦) د. علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الإرهاب، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٢٨.

ممارسة أعمال العنف المتبادل بين السلطة السياسية ومجموعات الثوار المناهضة، لكن الإرهاب شهد تطوراً في مفهومه، جاء على أثر توظيف أعمال العنف ليس فقط لخدمة الأغراض السياسية، ولكن أيضاً لغيرها من الأغراض الإجرامية (كالاقتزاز وتحقيق مآرب شخصية أو ذاتية)<sup>(٤٧)</sup>. فالعنصر المميز للإرهاب يكمن في وقوعه من خلال تنظيم إجرامي، وضخامة الآثار المترتبة عليه.

٣ - إن حوادث الإرهاب المعاصرة تشهد بأنه أصبح لا يرتكب فقط لأغراض سياسية، ولكنه يرتكب أيضاً لأغراض اقتصادية وعقائدية وعنصرية، فوفقاً للاتجاه الذي يرى أن القرصنة البحرية<sup>(٤٨)</sup> تعد من قبيل الإرهاب<sup>(٤٩)</sup>، يلاحظ أن هذه العمليات ترتكب بعيداً عن الأغراض السياسية، ولكنها ترتكب لأغراض السطو والعدوان والاستيلاء على الأموال.

وبناء عليه يبدو لنا تعريف الإرهاب بأنه عبارة عن استخدام العنف بصورة منظمة وغير مشروعة أو التهديد به (كالنهب أو الاحتجاز أو الاعتقال أو الإطلاف)، على النحو الذي من شأنه الإضرار بالأشخاص أو بالأموال أو بالمباني أو بالأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعطيل سير الملاحة، وذلك أياً ما كان الدافع من وراء هذا.

(٤٧) د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٨٦، ص ٤٠.

(٤٨) عرفت القرصنة من قبل اتفاقية الأمم المتحدة لقانون أعالي البحار ١٩٥٨ في المادة (١٥) منها بأنها عبارة عن "عمل غير قانوني ينطوي على العنف أو الاحتجاز أو النهب يرتكب لأغراض خاصة، من قبل طاقم السفينة أو أحد ركبها ضد سفينة في أعالي البحار أو طائرة في حالة طيران، أو ضد أشخاصها أو الأشياء المحملة عليها، أو ضد سفينة أو طائرة أو الأشياء المحملة عليها في مكان خارج الولاية القضائية لأي دولة، أو الاشتراك الاختياري في تشغيل سفينة أو طائرة مع العلم باستغلالها في أعمال قرصنة، أو أي عمل من أعمال التحريض لارتكاب واحد من الأعمال السابقة"

Convention on the High Seas 1958, article 15, available at:

[http://www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_1\\_1958\\_high\\_seas.pdf](http://www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_high_seas.pdf)

(٤٩) راجع:

Diana Chang, Piracy laws and the effective prosecution of pirates, op. cit, p 283; Björn Møller, Piracy - Maritime Terrorism and naval strategy, op. cit, p 6.

## الفصل الأول

### مدى اعتبار الإرهاب حادثاً يسأل عنه الناقل الجوي

١٢ - ارتباط مسؤولية الناقل الجوي بوقوع حادث:

يلاحظ من خلال مطالعة نصوص التشريعات الدولية والوطنية المعنية بالطيران المدني أنها اشترطت لقيام مسؤولية الناقل عما يصيب الركاب من أضرار الوفاة أو الجرح أو الإصابة أن يكون ذلك ناشئاً عن حادث. فقد قضت كل من المادة ١٧ من اتفاقية وارسو والمادة ١٧ من اتفاقية مونتريال على أن يسأل الناقل عن أضرار الوفاة أو الإصابة أو الأذى الجسدي الذي يصيب الركاب إذا كان الحادث الذي سبب الضرر قد وقع على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود والهبوط<sup>(٥٠)</sup>. أيضاً نصت المادة ٢٨٧ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن: "يسأل الناقل الجوي عن الضرر الذي يحدث في حالة وفاة الركاب أو إصابته بجروح أو بأي أذى بدني آخر إذا وقع الحادث الذي أدى إلى الضرر أثناء وجود الركاب في حراسة الناقل أو تابعيه داخل مطار القيام أو في الطائرة أو داخل مطار الوصول أو في أي مطار أو مكان آخر تهبط فيه الطائرة اختياراً أو اضطراراً".

وعلى الرغم من صراحة النصوص السابقة في اشتراط وقوع حادث لقيام مسؤولية الناقل، إلا أن الناقلين في ظل اتفاقية وارسو لم يكن يشغلهم كثيراً نفى مسؤوليتهم بإثبات عدم وقوع حادث، حيث إن المادة ٢٠ من الاتفاقية قد عدت لهم الوسائل التي يمكنهم الاعتماد عليها لدفع هذه المسؤولية، فكانوا يفضلون الاعتماد عليها أكثر من البحث عما إذا كانت الواقعة المسببة للضرر تعد حادثاً أم لا.

١٣ - لكن هذا الأمر قد شهد تغيراً، وذلك للأسباب التالية<sup>(٥١)</sup>:

١ - إن الاتفاقيات الدولية منذ منتصف الستينيات بدأت تستبدل نظام المسؤولية القائم على الخطر بالمسؤولية القائمة على الخطأ، الأمر الذي تسبب في الحد من طرق

(٥٠) راجع:

Convention for the unification of certain rules relating to international carriage by air, signed at Warsaw on 12 October 1929, (WARSAW CONVENTION)  
[www.jus.uio.no/lm/air.carriage.warsaw.convention.1929/toc.html](http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.warsaw.convention.1929/toc.html)

(٥١) د. هشام فضلي، مسؤولية الناقل الجوي على الصعيدين الدولي والداخلي "دراسة في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ وقانون التجارة الجديد"، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، ص ١٧.

دفع المسؤولية وقصرها على وسيلة واحدة هي خطأ المضرور، الأمر الذي دفع بالناقلين الجويين للبحث في مدى إمكانية دفع مسؤوليتهم بنفي صفة الحادث عن الواقعة.

٢ - إن اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ رغم أنها أخذت بنظامي المسؤولية الموضوعية<sup>(٥٢)</sup> والمسؤولية القائمة على الخطأ المفترض، إلا أن الصياغة التي ظهرت عليها المادة ١٧ توحى بضرورة إثبات المضرور وقوع حادث، دون أن يكون مكلفاً بإثبات نسبة هذا الحادث لخطأ الناقل. الأمر الذي تبدو معه أهمية تحديد المقصود بالحادث، سواء بالنسبة للمضرور لإقامة مسؤولية الناقل، أم بالنسبة للناقل للتخلص من المسؤولية.

٣ - إن ظهور صور جديدة من مخاطر النقل الجوي؛ مثل مخاطر الإرهاب والقرصنة أثار التساؤل حول مدى اعتبار مثل هذه المخاطر من قبيل الحوادث التي يسأل عنها الناقل.

والوضع على هذا النحو يفرض ضرورة الوقوف على ماهية الحادث المسؤول عنه الناقل الجوي، للنظر في مدى اعتبار الإرهاب بالمفهوم السابق من قبيل الحوادث المسؤول عنها الناقل من عدمه، وذلك على التفصيل التالي:

(٥٢) وقد شهدت فكرة المسؤولية الموضوعية صدى واسعاً في العديد من أحكام القضاء الفرنسي، وذلك على أساس أن الناقل عندما اتفق مع الراكب على القيام بعملية النقل، فقد قبل الالتزام بالمحافظة على سلامة الراكب وتحمل كافة المخاطر المحيطة بعملية النقل. يضاف لذلك أن الناقل يتمتع بخبرة فنية فائقة، يأتي ذلك في ظل قلة معرفة الراكب بهذه الأمور، الأمر الذي يبرر مسؤولية الناقل عن كافة الأضرار التي تلحق بالراكب، حتى ولو لم يصدر عن الناقل خطأ لمخالفة التزام عقدي بالسلامة. وعلى الرغم مما أحدثته المسؤولية من رواج هائل لدعم التزام الناقل بالسلامة وصقله، إلا أن القضاء الفرنسي كان يأخذ بها على خوف وحيطة، نظراً لإدراكه شدة وطأة المسؤولية الملقاة على عاتق الناقل في ضوء هذه الفكرة، حيث جعلت الناقل مسؤولاً عن كافة الأضرار التي تقع بمناسبة عملية النقل، حتى لو يصدر عن الناقل خطأ، الأمر الذي دفعه في سبيل التخفيف من غلوها إلى اعتبار الالتزام بالسلامة في ضوء فكرة المسؤولية الموضوعية من قبيل الالتزام ببذل عناية، بحيث لا يكلف الناقل في ضوء هذه الفكرة بتحقيق نتيجة حتمية، ولكن مجرد بذل الاهتمام والعناية المناسبة.

Marcel Fontaine - Marcel Fontaine, Drafting international contracts: an analysis of contract clauses, BRILL, 2006, p 219.



## المبحث الأول

### ماهية الحادث المسؤول عنه الناقل الجوي

١٤- عند مطالعة التشريعات المعنية بتنظيم مسؤولية الناقل بصورة عامة تبين أنها تفرق بين مصطلح الحادث والحادثة، الأمر الذي تطلب ضرورة التمييز فيما بين المصطلحين، ثم التعرض لتعريف الحادث الجوي، وذلك على البيان التالي:

## المطلب الأول

### التمييز بين الحادثة والحادث في مجال النقل الجوي

١٥ - أثار تحديد المقصود بالحادث الجوي<sup>(٥٣)</sup> جدلاً واسع النطاق<sup>(٥٤)</sup>. فقد ذهب جانب من الفقه<sup>(٥٥)</sup> إلى عدم جدوى التمييز في مجال النقل الجوي بين الحادث (Accident) والحادثة (Occurrence)، ورأى أنها ألفاظ مترادفة تعطي معاني متماثلة. في حين رأى اتجاه آخر<sup>(٥٦)</sup> - يمثل غالبية الفقه - أن هناك فرقاً بين الأمرين، حيث يرى أن الحادث أضيق مدلولاً من الحادثة، فكلمة الحادثة تشمل كافة الأسباب المؤدية للضرر، ومن ثم يسأل الناقل عن كل حادثة تؤدي إلى وقوع الضرر ولو كان سبب وقوعها أجنبي عن النقل (كما لو تلوثت البضاعة لتجاوزها ببضاعة أخرى ضارة)<sup>(٥٧)</sup>. ويرى فريق آخر أن الفرق ما بين الحادث والحادثة يكمن في أن الحادث لا يقع إلا في حالة نقل الأشخاص، أما الحادثة فهي تقع في حالة نقل البضائع لما يتمتع به الناقل من سلطة وسيطرة على البضائع لا تتحقق له بخصوص الأشخاص. ويرى فريق آخر وجه التفرقة بين الحادث والحادثة يكمن في ارتباط وقوع الحادث بسبب ينجم عن استغلال الطائرة، بحيث إذا ما كان وقوعها منفصلاً عن هذا الاستغلال فلا تعد حادثاً،

(٥٣) يعرف قاموس أكسفورد الإنجليزي مصطلح الحادث بأنه عبارة عن "حدث غير عادي يقع دون إمكانية توقعه أو دفعه، يكون سببه معروفاً أو غير معروف". راجع في ذلك:

Oxford English Dictionary, university Oxford press, 2011, available

at: [http://oxforddictionaries.com/view/entry/m\\_en\\_gb0003860#m\\_en\\_gb0003860](http://oxforddictionaries.com/view/entry/m_en_gb0003860#m_en_gb0003860)

(٥٤) د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند ٥٣، ص ١١٤.

(٥٥) د. محمد موسى دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفي، دار النهضة العربية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م، بند ٧٥؛ ص ١٠٨.

(٥٦) د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند ٥٣، ص ١١٤.

(٥٧) د. محمد موسى دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفي، المرجع السابق، بند ٧٥ ص ١٠٨.

أما الحادثة فهي كل ما ينجم عن الرحلة الجوية من أسباب تؤدي إلى وقوع الضرر بصرف النظر عن ارتباطها من عدمه باستغلال الطائرة<sup>(٥٨)</sup>.

١٦ - ونحن من جانبنا نرى ضرورة التفرقة فيما بين الحادثة والحادثة. فالملاحظ أن الاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم النقل الدولي سواء النقل البحري أم الجوي قد حرصت على تبني هذه التفرقة، فقد عبرت كل من اتفاقية هامبورج وروتterdam للنقل البحري عن سبب قيام مسؤولية الناقل البحري في حالة نقل البضائع بالحادثة (Occurrence) - (Event)<sup>(٥٩)</sup>، بينما تبنت اتفاقية وارسو ومونتريال مصطلح الحادث (Accident) في حالة نقل الأشخاص<sup>(٦٠)</sup>. ولعل هذا يعود كما يرى جانب من الفقه إلى الرغبة في توسيع نطاق مسؤولية الناقل البحري للبضائع عن الأسباب المؤدية للأضرار بالبضائع، عما هو الحال بالنسبة لناقل الأشخاص، حيث إن الأول يتمتع بسيطرة واسعة على البضائع التي توجد تحت حراسته منذ استلامها وحتى تسليمها، الأمر الذي يبرر امتداد مسؤوليته عن كافة الأسباب المؤدية للأضرار التي تلحق بها<sup>(٦١)</sup>. أما في حالة نقل الأشخاص، فالناقل لا يتمتع بسيطرة كاملة على

(٥٨) المرجع السابق، بند ٧٥ ص ١٠٩.

(٥٩) راجع في ذلك نص المادة (١/٥) من اتفاقية هامبورج، والمادة (١/١٧) من اتفاقية روتردام على الترتيب التالي:

" The carrier is liable for loss resulting from loss of or damage to the goods, as well as from delay in delivery, if the occurrence which caused the loss, damage or delay took place while the goods were in his charge as defined in article 4, unless the carrier proves that he, his servants or agents took all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences".

" The carrier is liable for loss of or damage to the goods, as well as for delay in delivery, if the claimant proves that the loss, damage, or delay, or the event or circumstance that caused or contributed to it took place during the period of the carrier's responsibility as defined in chapter 4".

(٦٠) راجع في ذلك نص المادة (١٧) من اتفاقية وارسو:

" The carrier is liable for damage sustained in the event of the death or wounding of a passenger or any other bodily injury suffered by a passenger, if the accident which caused the damage so sustained took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking".

(٦١) ولعل هذا يظهر بجلاء من موقف قانون التحقيق في الخسائر والحوادث البحرية الصادر عن المنظمة البحرية الدولية (IMO)، الذي سعى إلى تنظيم كافة الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى الأضرار بالبضائع، حيث عرف الحادثة في المادة (٤/٤) بأنها عبارة عن " واقعة أو حدث يقع بسبب نشاط السفينة من شأنه أن يشكل خطورة عليها، أو يلحق بها الضرر أو بحمولتها =

الشخص، حيث إن الأخير يتمتع بقوة ذاتية في الحركة والتنقل، وذلك على النحو الذي قد يجعله يساهم في الإضرار بنفسه، ومن ثم لا يسأل الناقل عن كافة الأسباب المؤدية للإضرار به. يضاف إلى ذلك أن التفرقة ما بين المصطلحين من شأنها أن

= أو بالبيئة البحرية". ولم يكتف قانون التحقيق في الخسائر والحوادث البحرية سابق الذكر بتعريف الحادثة البحرية، ولكنه عرض بمزيد من التفصيل لأنواع الحوادث البحرية، حيث فرق بين أنواع الكوارث البحرية (Marine casualty). فقد عرفت المادة (١/٤) الكارثة البحرية بأنها عبارة حدث يترتب عليه أحد النتائج التالية:

- ١- وفاة الشخص أو إصابته إصابة خطيرة بسبب نشاطه، أو بسبب نشاط السفينة.
  - ٢- فقدان الشخص من السفينة بسبب نشاط السفينة.
  - ٣- فقدان السفينة حقيقة أو حكماً.
  - ٤- التلف المادي للسفينة.
  - ٥- جنوح السفينة أو تعطيلها أو تصادمها.
  - ٦- الأضرار المادية بالسفينة.
  - ٧- الأضرار البيئية الناتجة عن تعرض السفينة لحادث.
- في المادة (٣/٤) عرفت الكارثة الخطيرة (serious casualty) بأنها عبارة عن الحادثة التي لا توصف بأنها خطيرة جداً، والتي يترتب عليها:
- ١- الحريق أو الانفجار أو الجنوح أو التصادم أو التلف بسبب الطقس السيئ أو تكسير جسم السفينة أو تُعَيَّبُ جسم السفينة الناتج عن ذلك.
  - ٢- الإضرار بهيكل السفينة على النحو الذي يجعلها غير قادرة على الإبحار، كما لو تسربت المياه داخل جسم السفينة، أو لدى المحركات بشكل يؤدي إلى تعطيلها عن العمل.
  - ٣- التلوث (بصرف النظر عن الكمية).
  - ٤- الإصابات التي تستلزم القطر إلى الشاطئ.
- وقد عرف هذا القانون الكارثة الخطيرة جداً (Very serious casualty) في المادة (٦/٤) بأنها عبارة عن الواقعة التي يترتب عليها فقدان الكامل للسفينة أو الخسائر في الأرواح أو التلوث الشديد.

والملاحظ على موقف هذا القانون أنه قصد من التفرقة السابقة ربط وصف درجة خطورة الحادثة أو الكارثة بحسب حجم الخسائر وخطورة النتائج المترتبة على وقوعها، فالكارثة الخطيرة تتعلق بالوقائع والأحداث التي يترتب عليها فقدان أو الخسارة الجزئية في الأرواح أو الممتلكات، أما الحادثة أو الكارثة الخطيرة جداً فهي تتعلق بالوقائع والأحداث التي تؤدي إلى فقدان الكامل والكلي للأرواح أو الممتلكات.

ولعل التفرقة التي قام بها هذا القانون فيما بين الحوادث والكوارث بأنواعها المختلفة يقف وراءها الرغبة في التمييز في حالات مسؤولية الدول في إجراء التحقيق فيما يقع من كوارث بحرية، حيث ألزم كل دولة بضرورة إجراء تحقيق فقط في حالات الكوارث الخطيرة والخطيرة جداً، ولم يلزمها بذلك في كافة الحوادث البحرية.

IMO Code for the investigation of marine casualties and incidents, Resolution A.849(20) is from 1997, available at: <http://www.maiif.org/codes.htm>

تضع تنظيمًا دقيقاً لمسؤولية الناقل، حيث ستتوقف طبيعة مسؤوليته عن الحوادث بحسب طبيعة سبب الضرر، حادث أم حادثة، الأمر الذي سيشكل ضماناً للراكب، من حيث توسعة نطاق مسؤولية الناقل عن الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى وقوع الحوادث الجوية.

وتبدو أهمية التفرقة السابقة في تركيز الانتباه على أن البحث عن مدى مسؤولية الناقل عن أضرار الإرهاب سوف يكون في ضوء مفهوم الحادث المتوافق مع طبيعة النقل الجوي وبالمعنى الذي قصده الاتفاقيات الدولية الخاصة بهذا النقل، وما استقرت عليه أحكام المحاكم في هذا الشأن، وليس وفقاً لمفهوم الحادثة المعروف في النقل البحري.

وفي كافة الأحوال تبدو أهمية الوقوف على تعريف محدد للحادث في مجال النقل الجوي، وذلك على النحو التالي:

## المطلب الثاني

### تعريف الحادث المسؤول عنه الناقل الجوي

١٧ - تعددت التعريفات التي تعرضت لبيان المقصود بالحادث المسؤول عنه الناقل الجوي، ويبدو لنا أن هذا التعدد يعود إلى خصوصية ظروف البيئة التي تتم فيها الرحلة الجوية، والتي تتسم بكثرة أنواع المخاطر وتعددتها، ومن ثم تعدد أسباب وقوع الحوادث الجوية. يضاف لذلك خصوصية العلاقة التي تجمع الناقل بالراكب منذ لحظة تواجده في مطار القيام وحتى مغادرته مطار الوصول، وما يقتضيه ذلك من قيام الراكب بالخضوع التام لتعليمات الناقل وتوجيهاته، ومن ثم مسؤوليته الكاملة عن سلامته.

١٨ - التعريفات التشريعية:

عرف قانون الطيران الفيدرالي الأمريكي الحادث الجوي بأنه عبارة عن كل واقعة تحدث أثناء عمل الطائرة تتسبب في وفاة الراكب أو إصابته إصابة خطيرة نتيجة وجوده على متنها أو اتصاله المباشر بها أو أي شيء متعلق بذلك، وذلك في الوقت ما بين ركوب الشخص قاصداً الطيران حتي الوقت الذي يغادر فيه جميع الركاب تلك الطائرة<sup>(٦٢)</sup>.

(٦٢) راجع في ذلك:

Federal Aviation Act of the United States of America, available at:  
<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-103s1458enr/pdf.BILLS-103s1458enr.pdf>



عرفه أيضاً قانون الطيران المدني المصري رقم ٢٨ الصادر في ١٩ أبريل لعام ١٩٨١ في المادة (١/٣٢) بأنه: "كل واقعة تكون مرتبطة بتشغيل الطائرة، وتقع في الفترة ما بين صعود الشخص إلى الطائرة بقصد الطيران حتي وقت مغادرته لها، ويترتب عليها إحدى النتائج المشار إليها فيما يلي:

أ - وفاة أي شخص أو إصابته بإصابة بالغة نتيجة وجوده على متن الطائرة أو احتكاكه بها مباشرة أو بأي شيء مثبت فيها.

ب - إصابة الطائرة بعطب جسيم.

ت - تستثنى الإصابات البالغة أو المميتة التي لا تترتب مباشرة على تشغيل الطائرة، وهي:

١ - الوفاة لأسباب طبيعية.

٢ - الإصابات التي يتسبب فيها الشخص لنفسه.

٣ - الإصابات التي يتسبب فيها أشخاص آخرون.

٤ - إصابة الأشخاص المتسللين للطائرة خارج مقصورة الركاب.

٥ - إصابة العاملين على الأرض قبل قيام الطائرة بالرحلة أو بعد نهايتها.

١٩ - التعريفات القضائية:

وعلى صعيد الأحكام القضائية، فقد عرف القضاء الإنجليزي الحادث الجوي بأنه عبارة عن كل واقعة مفاجئة تخل بالسير العادي للرحلة الجوية، ولا يعود سببها للراكب<sup>(٦٣)</sup>.

كما عرفته المحكمة العليا الأمريكية بأنه عبارة عن كل واقعة مفاجئة وغير متوقعة تؤدي إلى أذى بدني أو خسارة مادية<sup>(٦٤)</sup>.

أما القضاء الفرنسي فقد عرفه بأنه عبارة عن "كل واقعة مفاجئة ومستقلة عن إرادة الناقل وتابعيه"<sup>(٦٥)</sup>.

(٦٣) راجع في ذلك:

Bidini v. American Trans Air, Inc., 1988 WL 95381 (E.D.N.Y. 1988); available at: <http://www.kynchrowin.com/attorenys/ThomasLynch.shtkl>

(٦٤) راجع في ذلك:

Fenton v. J. Thorley & Co., 1903. A. C. 443, 453.

(٦٥) راجع في ذلك:

Gary N. Heilbronn, Essays on aviation and travel law in Hong Kong, Hong Kong university press, 1990, p 100.

## ٢٠ - التعريفات الفقهية:

عرف بعض الفقه الحادث الجوي بأنه عبارة عن الحالة التي تعطب فيها الطائرة ويصاب الركاب والطاقم والغير". وعرفه آخرون بأنه عبارة عن "كل أمر طارئ ناتج عن عملية النقل ذاتها"، عرف أيضاً بأنه عبارة عن "كل حادث فجائي وغير متوقع ينجم عنه أضرار جسدية أو مادية"<sup>(٦٦)</sup>.

## ٢١ - ويبدو لنا أن التعريفات السابقة محل نقد من وجوه عدة، أهمها:

١ - أنها ربطت وقوع الحادث الجوي بتحقيق أضرار مادية معينة، وهذا يتنافى مع واقع هذه الحوادث، التي تتعدد صور الأضرار الناجمة عنها، بل ويتنافى مع ما تشهده من تغيرات بسبب تطور أسباب وقوعها، وذلك على النحو الذي يصعب معه حصرها في أنواع معينة. فعلى سبيل المثال يمكن أن يقع الحادث لمجرد احتجاز الطائرة بمن عليها لمدة معينة على النحو الذي يؤدي إلى تأخير وصول الركاب أو البضائع، أو تعرض الطائرة لسطو مسلح يؤدي إلى سرقة الركاب أو البضائع، أو اختطاف الطائرة وتهديد ركابها على النحو الذي يتسبب في إصابتهم بأضرار نفسية.

٢ - يعاب على هذه التعريفات أيضاً أنها قصرت الحوادث الجوية على الأضرار التي تقع أثناء الرحلة الجوية، رغم أن الواقع العملي يشهد بأن هناك العديد من الحوادث التي تقع قبل بداية الرحلة (كما لو تم الاعتداء على الركاب أثناء تواجده في صالة الاستقبال أثناء انتظار بداية الرحلة) وتعتبر من قبيل الحوادث الجوية<sup>(٦٧)</sup>. كما أن هذا يتفق مع طبيعة التزام الناقل بالسلامة، الذي يبدأ - من وجهة نظرنا - من اللحظة التي يضع فيها الركاب نفسه تحت سيطرة الناقل في مطار الإقلاع، وليس من وقت بداية الطيران.

٣ - إن هذه التعريفات قد قصرت وقوع الحوادث الجوية على الوقائع المتصلة بنشاط قائد الطائرة، والتي تتركز غالباً في الأنشطة الملاحية، رغم أنه من المتصور أن تقع الحوادث الجوية في غير ذلك (كالحوادث الناشئة عن عدم تأمين الركاب أثناء انتقاله

(٦٦) راجع هذه التعريفات لدى: د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند ٥٥، ص ١١٧.

(٦٧) راجع في ذلك:

M. Lortie - R. Pelletier, Incidents in manual handling activities, Safety Science 21 (1996), p224.

من صالة الاستقبال إلى سلم الطائرة). كما أن الاتجاهات القانونية الحديثة أصبحت تعطي للحادث الجوي تفسيراً موسعاً، بحيث يشمل كل واقعة تخل بالسير العادي للأمور، ويترتب عليها المساس بسلامة الراكب، سواء كانت مرتبطة بالاستغلال الجوي أو بمناسبته. كما منحت تفسيراً موسعاً لمصطلح تابعي الناقل، الأمر الذي تسبب في اتساع مفهوم الحادث الجوي<sup>(٦٨)</sup>.

(٦٨) حيث تقرر أن كل شخص يؤدي أو يتعهد بأداء عمل من الالتزامات المفروضة على الناقل بموجب عقد النقل فهو تابع له، سواء كان يؤدي هذا العمل بصورة مباشرة أم غير مباشرة، وسواء كان يؤديه تحت رقابة وإشراف الناقل، أم فقط يؤديه بناء على طلب الناقل. وبناء عليه يكون أساس التبعية للناقل هو العمل لمصلحته، حتى ولو كان من يعمل لمصلحته لا يخضع لإشرافه المباشر، كما لا يهم أن تمارس هذه الرقابة من قبل الناقل نفسه، كما لو كان يمارسها نيابة عنه شخص آخر، وقد تم تأكيد هذا المعنى من قبل مجلس اللوردات الإنجليزي - كما سبق القول - حيث ذهب إلى أن السوابق القضائية مستقرة في تاريخ عمل مجلس اللوردات على أن المقصود بوكيل الناقل لا يقتصر فقط على من تجمعه بالناقل عقد يلتزم بموجبه بأداء معين لمصلحة الناقل، وإنما يتسع ليشمل كل شخص يكلفه الناقل بالقيام بعمل يقتضيه تنفيذ أحد الالتزامات المفروضة على الناقل، حتى ولو لم يكن خاضعاً لإشراف الناقل ورقابته فيما يقوم به من أعمال.

HOUSE OF LORDS, Riverstone Meat Co. v. Lancashire Shipping Co., The Muncaster Castle, 1961, AC 807, available at:

[http://pntodd.users.netkink.co.uk/cases/cases\\_m/munc\\_c.htm](http://pntodd.users.netkink.co.uk/cases/cases_m/munc_c.htm)

بل ويسأل الناقل عن نشاط كل من يساعده في تنفيذ التزاماته، بصرف النظر عن كون من يساعده مفروضاً عليه أم قام باختياره، ففكرة التبعية المرتبطة بتلقي الأوامر والتعليمات أخذ نجمها في الأفول، وهذا ما أوحى به صياغة نصوص الاتفاقيات الدولية خاصة المعنية بشؤون النقل البحري (بروكسل وهامبورج وروتterdam)، والعديد من أحكام القضاء، والتي أفادت بأن وكيل الناقل صفة تلحق بكل من يقوم بتنفيذ أحد الالتزامات الواقعة على الناقل، وذلك حتى ولو لم يثبت أنه تابع للناقل يعمل في ضوء الأوامر والتعليمات التي يصدرها له فيما يقوم به من أعمال. يضاف لذلك أن هذه الاتفاقيات ذاتها حددت النطاق الزمني للالتزام الناقل بالسلامة، حيث جعلته يبدأ من لحظة استلامه البضائع من الشاحن أو أي شخص أو سلطة تنوب عنه في ذلك، وحتى تمام عملية التسليم، فالعبرة هي باللحظة التي يبدأ فيها الناقل بممارسة سلطته في الرقابة والتحكم على البضائع، وليس باللحظة التي يتم تحميل البضائع على متن السفينة، الأمر الذي يجعل الناقل مسؤولاً عن السلامة بداية من استلام البضائع، ومسؤولاً عن نشاط أي شخص يتولى تنفيذ هذا الالتزام نيابة عنه، حتى ولو لم يكن تابعاً للناقل. يضاف لذلك أن اعتبارات حماية الشاحن، تقتضي بسط مسؤولية الناقل عن أعمال مقاولي الشحن والتفريغ الإجباري حتى ولو لم يساهم في اختيارهم، ولو كان مجبراً عليهم من قبل إدارة الميناء، حيث يصعب على الشاحنين في غالب الوقت إثبات إهمالهم نظراً لضعف خبرتهم في هذا المجال، الأمر الذي لا يبدو بذات الصعوبة بالنسبة للناقل. وفي كافة الأحوال لا يمكن إنكار قيام الناقل بدور في توجيه مقاولي الشحن والتفريغ حتى ولو كان مجبراً على استخدامهم، حيث يقوم في الغالب بإصدار التوجيهات إليهم خاصة في التعامل مع السفينة أثناء الشحن والتفريغ حتى لا تصاب بمكروه من أدوات الشحن والتفريغ المستخدمة.

- ٤ - إن التفسير الموسع للحدث الجوي يتفق مع طبيعة التزام الناقل بسلامة الراكب، الذي يعد - وفق الراجح - التزاماً بتحقيق نتيجة<sup>(٦٩)</sup>؛ فالغاية من التزام الناقل في ضوء طبيعة اتفاق الأطراف وما اتجهت إليه نياتهم ومقتضيات حسن تنفيذ العقد تستلزم تحقيق شيء معين، وهو سلامة الراكب، فالناقل ليس مكلفاً فقط بنقل الراكب من مكان الإقلاع لمكان الوصول بأي حالة، ولكن يجب نقله سالماً.
- ٥ - إن موقف اتفاقية مونتريال يؤكد دعم تبني المفهوم الموسع للحدث الجوي، حيث إن جعلها مسؤولية الناقل مسؤولية موضوعية في حدود معينة، وقائمة على الخطأ المفترض في حدود أخرى، يعكس الرغبة في تقرير مسؤولية الناقل عن كافة أسباب الضرر التي تلحق بالراكب، ومن ثم التوسيع من مفهوم الحدث الجوي. وبناء عليه يبدو لنا تبني مفهوم موسع للحدث الجوي، وذلك نظراً لتعدد وتباين وتطور أسباب وقوع هذه الحوادث (أسباب أمنية أو ملاحية أو أسباب تتعلق بالطائرة أو بطبيعة حمولتها .....)، الأمر الذي يدفعنا للقول بعدم ملاءمة ربطها بوقت معين أو بشخص معين أو بأضرار معينة، بل الأنسب - خاصة في ظل ما تشهده هذه الحوادث من تطورات في أساليب وطرق ارتكابها - تبني تعريف موسع لها، بحيث ينصرف الحدث إلى كل واقعة مرتبطة بنشاط الناقل من شأنها الإضرار بالراكب، وذلك بصرف النظر عن وقت وقوعها، أو الأسباب التي تقف وراءها، أو الأشخاص المتسببين فيها وبناء عليه نرى تعريف الحدث الجوي بأنه عبارة عن كل واقعة مرتبطة بنشاط الناقل من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالراكب.

(٦٩) راجع في ذلك:

Cédric bernat, Le régime de responsabilité commissionnaires de transport, mars 2010, available at: <http://cedricbernat.wordpress.com/2010/03/25/le-regime-de-responsability-eds-commissionnaires-de-transport/>

- ونحن من جانبنا نتفق مع الاتجاه الغالب في الفقه الذي يرى أن التزام الناقل بسلامة الراكب هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث إن المنطق القانوني يقتضي تحديد طبيعة الالتزام في ضوء مضمون الأداء المطلوب من القائم به، وليس فقط من خلال الاعتماد على وسائل دفع المسؤولية، فعندما تكون الغاية من التزام معين في ضوء طبيعة اتفاق الأطراف وما اتجهت إليه نياتهم ومقتضيات حسن تنفيذ العقد تستلزم تحقيق شيء معين، يكون الالتزام بتحقيق نتيجة، أما إذا كانت الغاية من الالتزام مجرد بذل جهد أو اهتمام معين يكون الالتزام ببذل عناية. ومن خلال تطبيق ذلك على طبيعة التزام الناقل الجوي بالسلامة في ضوء طبيعة اتفاقه مع الراكب وما اتجهت إليه نواياهم، نلاحظ أنه لا يلتزم فقط بمجرد توصيله إلى المكان المتفق عليه أيًا كانت نتيجة هذا التوصيل (أي سواء وصل سليماً أم مصاباً)، وإنما يلتزم بتوصيل الراكب سليماً معافاً.



ولا يمكن القول بأن هذا التعريف الموسع للحادث الجوي سوف يمثل تشديداً في مسؤولية الناقل، حيث إن قطاع النقل الجوي قد شهد تطوراً كبيراً في الآونة الأخيرة، سواء على صعيد التجهيزات الفنية أم على صعيد الكفاءات البشرية، وذلك على النحو الذي زاد من قدرة الناقل على توقع الحوادث وتفاديها والتعامل معها. ولعل هذا ما يفسر لنا موقف الاتفاقيات الدولية التالية لاتفاقية وارسو، والتي سعت لتبني نظام المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس المخاطر، وذلك إدراكاً من جانبها بالتقدم الهائل الذي شهدته قطاع الطيران من ناحية، وذلك على النحو الذي يبرر تشديد مسؤولية الناقل.

ولعل في تبني هذا المفهوم الموسع للحادث الجوي ما يوفر ضماناً للمستفيد من خدمات النقل الجوي، فهو كطرف ضعيف في عقد النقل يقبل الخضوع التام لسيطرة الناقل وتعليماته، في الوقت الذي يمارس الأخير لنشاطه في ظل مخاطر من نوع خاص، تقتضي ضرورة توفير الضمانات الكافية لهذا المستفيد، والتي يأتي على رأسها تبني مفهوم موسع للحادث الجوي.

ولعل هذا التفسير الموسع للحادث الجوي يسمح باعتبار الإرهاب حادثاً جويّاً يمكن أن يسأل عنه الناقل، فالإرهاب لا يخرج عن كونه واقعة تخل بالسير العادي للرحلة الجوية من شأنها الإضرار بالراكب، وقد وجد هذا التفسير صدقاً كبيراً في أجواء المحاكم عندما تعرضت لبحث مدى اعتبار الإرهاب حادثاً جويّاً من عدمه.

ففي قضية ساليرنو ضد شركة الطيران بان أمريكان (Salerno v. pan American world Airway)، والتي تتلخص وقائعها في أن السيدة ساليرنو استقلت الطائرة التابعة لشركة الطيران بان أمريكان المتجهة من ميامي إلى أوروغواي ذهاباً وإياباً، وأثناء رحلة العودة علم طاقم الطائرة بأن هناك قنبلة على متنها، فقاموا بالتفتيش إلى أن تمكنوا من العثور عليها، الأمر الذي أصاب الركاب بالذعر الشديد، مما تسبب في إصابة السيدة ساليرنو بانحيار أدى إلى إجهاضها من حملها، وقد قامت على أثر ذلك برفع دعوى لمطالبة شركة الطيران بالتعويض، وعندما نظرت محكمة جنوب نيويورك هذه الواقعة، قررت بأن الحدث الذي أصاب السيدة ساليرنو بالإجهاض غير متوقع ويخل بالسير الطبيعي للأمور، ومن ثم فإن المحكمة تعتبره من قبيل الحوادث الجوية التي يسأل عنها الناقل<sup>(٧٠)</sup>.

(٧٠) راجع:

Salerno v. Pan American world airways, inc. no. 82 Civ. 5316 (MEL). United States District Court, S.D. NewYork. April19, 1985. available at: [http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1985126260F-Supp656\\_11139.xml&docbase+CSLWAR1-1950-1985](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1985126260F-Supp656_11139.xml&docbase+CSLWAR1-1950-1985)

وفي واقعة أخرى تتلخص أحداثها في أنه أثناء قيام طائرة تابعة لشركة الخطوط الجوية السويسرية برحلة من سويسرا إلى نيويورك، قامت جماعة مسلحة بإجبار قائد الطائرة على الهبوط بصحراء الأردن واحتجاز ركبها كرهائن، وكان ضمن ركب هذه الطائرة سيدة تدعى هسرل، حيث قامت على أثر انتهاء الاحتجاز برفع دعوى لمطالبة شركة الطيران عن تعويض الأضرار التي ألتمت بها، وقد دفعت شركة الطيران دعوى السيدة هسرل بالقول أن اختطاف الطائرة وتحويل مسارها لا يعد حادثاً جويّاً.

وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة جنوب نيويورك استجابت المحكمة لمطلب السيدة هسرل ورفضت دفع شركة الطيران، حيث ذهبت إلى أن لفظ "الحادث" ينصرف إلى كل واقعة مفاجئة مرتبطة بعملية النقل، حتى ولو كانت خارجة عن سيطرة الناقل. وقد دعمت المحكمة هذا التفسير بالأسباب التالية:

١ - أنه ليس في الاتفاقية ما يفيد عدم اتساع مصطلح الحادث للأفعال غير المشروعة التي ترتكب من الغير.

٢ - إن الإنصاف يقتضي تحميل شركة الطيران تبعة مخاطر الإرهاب خاصة في مواجهة الركاب المضطربين نظراً لقدرتها على اتقاء هذه المخاطر والسيطرة عليها، بدليل ما جاء في الأعمال التحضيرية لاتفاقية مونتريال (وهي الاتفاقية التالية لاتفاقية وارسو ١٩٢٩) من إلقاء تبعة عمليات التخريب على الناقل الجوي.

٣ - إن شركة الطيران هي الأقدر على ضبط الإرهابيين والمختطفين وتجنب هذه الحوادث، من خلال سيطرتها على الطائرة واتخاذ التدابير اللازمة لمنع وقوع حوادث الإرهاب<sup>(٧١)</sup>.

ومما سبق يتضح أن حادث الإرهاب داخل في مضمون الحوادث المسؤول عنها الناقل الجوي، وذلك بالنظر إلى أن هذا الحادث مما يخل بالسير العادي للرحلة الجوية وناجم عنها ومرتبب بها، فالتقدم الذي يشهده قطاع النقل الجوي يجعل من الإرهاب حادثاً يمكن للناقل توقعه ودفعه من خلال الاستعانة بالتدابير الأمنية الكافية وتجهيز الطائرة وطاقمها بكافة الوسائل التي يمكن من خلالها التصدي لما يقع من عمليات

(٧١) راجع:

Husserl v. Swiss Air Transport Company. 388 F.Supp. 1238. U.S Direct Court, S.D.N.Y, February 1975.

Available at: <http://www.jstor.org/stable/2200570>

- أيضاً: د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بندا ٥٨، ص ١٢٤.

الإرهاب، يضاف لذلك أن الراكب كطرف ضعيف في عملية النقل يجب تعويضه عما يلحق به من أضرار الإرهاب، لعظم الأضرار المادية والنفسية التي تلحق به على أثر وقوع هذا الحادث.

وبناء على ما سبق يعد الإرهاب حادثاً يسأل عنه الناقل الجوي، وذلك للأسباب التالية:

١ - اتساع المفهوم الذي تبناه كل من القانون المصري وكذلك الاتفاقيات الدولية للحادث الجوي يقتضي القول بأنها تشتمل على كل واقعة تخل بالسير العادي لعملية النقل الجوي، وذلك بصرف النظر عن ارتباط وقوع الحادث باستغلال الطائرة أو بخطأ الناقل أو تابعيه، وبصرف النظر عن مدى توقع هذا الحادث أو إمكانية دفعه، بل يكفي مجرد وقوع ضرر بالراكب، وهذا المفهوم الموسع من شأنه اعتبار الإرهاب من قبيل الحوادث الجوية، فالإرهاب كواقعة تخل بالسير العادي لعملية النقل، من خلال الاعتداء على أمن الطائرة، وذلك على النحو الذي من شأنه إلحاق الضرر بها أو بحمولتها.

٢ - إن أحكام القضاء سعت على أثر تزايد الأنشطة الإرهابية إلى تبني مفهوم موسع للحادث الجوي بغية اعتبار هذه الأنشطة من قبيل الحوادث المسؤول عنها الناقل. وقد ظهر صدى هذا الأمر في أحكام المحاكم الأمريكية عندما كانت تنصدي للفصل في منازعات المسؤولية عن هذه الاعتداءات، حيث اكتفت هذه المحاكم لإثبات وقوع الحادث مجرد وقوع ضرر بالطائرة أو بحمولتها. وقد ساعد هذا التوسع في تفسير الحادث ليس فقط في مجرد اعتبار الاعتداءات الإرهابية من قبيل الحوادث الجوية، ولكن أيضاً في إعفاء الراكب من عبء إثبات خطأ الناقل كي يقيم مسؤوليته عن هذه الاعتداءات.

٣ - على أثر ما شهده العالم من تنامي وتوسع وتيرة العمليات الإرهابية خاصة بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر، ظهرت اتجاهات قوية بتعديل نصوص الاتفاقيات الدولية القائمة الخاصة بالطيران المدني، وقد كانت أولى الملاحظات التي أبدت على الاتفاقية هي ضيق النصوص المنظمة للأفعال التي هي حوادث تخل بأمن الطائرة، وأن الأمر يحتاج إلى توسعة هذه الأفعال لمواجهة مستجدات الأنشطة الإرهابية.

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد هل كل حوادث الإرهاب التي تقع أثناء الرحلة سوف يسأل عنها الناقل باعتبارها حادثاً جويًا، أم أن هناك ضوابط يجب أن تتوافر حتى يسأل الناقل الجوي عن هذه الحوادث؟

## المبحث الثاني الضوابط القانونية لاعتبار الإرهاب حادثاً يسأل عنه الناقل الجوي

٢٢ - في ضوء ما جاء بنص المادة (١٧) من اتفاقية مونتريال، وأيضاً ما جاء في اتفاقية وارسو في ذات الشأن، يتضح أن هناك ضوابط معينة يجب توافرها لمسؤولية الناقل عما يقع من حوادث، ومن ثم لا يمكن القول بمسؤولية الناقل عن كافة حوادث الإرهاب، ولكن هناك ضوابط معينة يجب توافرها لذلك.

وتتلخص هذه الضوابط فيما يلي:

- ١ - أن يكون حادث الإرهاب مرتبطاً بعملية النقل.
  - ٢ - أن يقع حادث الإرهاب أثناء فترة النقل.
- ويقتضي الأمر التعرض لهذين الضابطين وذلك على التفصيل التالي:

### المطلب الأول أن يكون حادث الإرهاب مرتبطاً بعملية النقل

٢٣- تعددت الاتجاهات الفقهية والقضائية التي تصدت لتفسير ارتباط الحادث الجوي بعملية النقل لاتجاهات عدة على التفصيل التالي:

#### الاتجاه الأول - أن يكون الحادث مرتبطاً بعملية الاستغلال الجوي للطائرة:

ذهب اتجاه من الفقه إلى تفسير المقصود بكون الحادث مرتبطاً بعملية الناقل، أن يكون الحادث مرتبطاً بعملية الاستغلال الجوي، بحيث تقتصر مسؤولية الناقل فقط على الحوادث المرتبطة باستغلال الطائرة، وهي المخاطر الجوية التقليدية، مثل مخاطر الجو (الرياح والعواصف الجوية)، والمخاطر الميكانيكية (كالخلل الفني في آلات أو أجهزة الطائرة)، ومن ثم إذا لم يكن الحادث مرتبطاً بالاستغلال الجوي فلا يسأل عنه الناقل<sup>(٧٢)</sup>.

(٧٢) د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند ٥٥، ص ١١٧؛ د. أماني أحمد عبد الله موسى، تطور طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو ١٩٢٩م واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م، بحث مقدم لمؤتمر الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع محاكم دبي وهيئة دبي للطيران المدني، الفترة من ٢٣-٢٥/٤/٢٠١٢، الجزء الأول، ص ٨٧.



فلو أن الحادث الذي وقع للراكب قد وقع وهو في ساحة الاستقبال أو في باحة المطار فهذا لا يعد حادثاً وفق لمعيار الاستغلال الجوي<sup>(٧٣)</sup>.

ويترتب على الأخذ بهذا التفسير استبعاد وصف الحادث عن واقعة الإرهاب، باعتبار أن هذه الواقعة ليست من الحوادث المرتبطة بعملية الاستغلال الجوي.

وقد شهد هذا الاتجاه تأييداً واسع النطاق من قبل القضاء الأمريكي، والذي عرض عليه قضية تتلخص وقائعها في أن السيدة Hessa Schneider استقلت إحدى الطائرات التابعة لشركة الطيران SWISS AIR TRANSPORT COMPANY المتجهة من إسرائيل إلى بوسطن، وأثناء الرحلة طلب منها أحد الركاب الجالسين بجوارها الذهاب إلى الممر، لكن نظراً لضخامة جسم هذه السيدة، فقد قامت بالارتكاز على جانبها الأيسر مما تسبب في إصابتها في ركبتيها اليسرى على أثر تكرار هذا الأمر. وقد حكمت المحكمة بعدم مسؤولية شركة الطيران عما أصاب هذه السيدة من أضرار، وذلك على أساس أن هذه الواقعة لا تعد حادثاً جويًا، لعدم ارتباط هذه الواقعة بعملية الاستغلال الجوي للطائرة<sup>(٧٤)</sup>.

وطبقاً لهذا الاتجاه لا يعد الإرهاب حادثاً جويًا يمكن أن يسأل عنه الناقل، لعدم ارتباطه بعملية الاستغلال الجوي للطائرة، ومن ثم عدم سريان اتفاقية مونتريال على الاعتداءات الإرهابية التي تصيب ركاب الطائرة بأضرار الوفاة أو الإصابة الجسدية. فلو أن الطائرة تم اختطافها وتغيير مسارها واختطاف ركابها واحتجازهم بعيداً عن الطائرة، فلا يعد هذا حادثاً جويًا طبقاً لهذا الرأي لعدم ارتباطه بالاستغلال الجوي للطائرة.

### الاتجاه الثاني - أن يؤدي الحادث إلى الإضرار بالراكب أثناء فترة النقل:

ذهب جانب من الفقه<sup>(٧٥)</sup> إلى القول بأن تبني اتفاقية مونتريال لنظام المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس المخاطر، يشير إلى أن الناقل مسؤول عن كافة الأسباب المؤدية للضرر بصرف النظر عن ارتباطها أو عدم ارتباطها بعملية النقل، ومن ثم يسأل عن كافة الوقائع التي من شأنها أن تضر بالراكب، وذلك دون التقيد

(٧٣) راجع:

Janice Cousins, Warsaw Convention - Air Carrier Liability for Passenger Injuries Sustained Within a Terminal, Fordham Law Review, Volume 45 - Issue 2, 1976, p 375.

(٧٤) راجع:

Hessa Schneicer, v. Swiss air transport company ltd, United States District Court., 686 F.Supp. 15 (1988).

(٧٥) د. أماني أحمد عبد الله موسى، تطور طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو ١٩٢٩م واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م، المرجع السابق، ص ٩١.

يكون الواقعة مرتبطة بالاستغلال الجوي للطائرة من عدمه، وبصرف النظر عن كون هذا الحادث مرتبطاً بنشاط الناقل أم غير مرتبط به.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الرأي، حيث أن تبني نظام المسؤولية الموضوعية من قبل اتفاقية مونتريال لا يعني المسؤولية المطلقة للناقل عن كافة الأضرار التي تصيب الراكب، حتى ولو كان سبب الحادث غير مرتبط بنشاط الناقل، فالمسؤولية الموضوعية رغم أنها لا تشترط تحقق ركن الخطأ لقيام المسؤولية، لكنها تتطلب أن يكون هناك صلة بين نشاط المدين والضرر الذي لحق بالمضروب، ومما يؤكد موقفنا ما عبرت عنه نص المادة (١٧) من اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ بصورة غير مباشرة، من اشترط أن يكون الحادث الذي سبب الوفاة أو الإصابة قد وقع على متن الطائرة أو أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم، بمعنى آخر أن يكون الحادث مرتبطاً بنشاط الناقل.

#### ٢٤- رأينا الخاص:

ويبدو لنا عدم ترجيح أي من الرأيين السابقين، فلا يمكن القول باقتصار الحادث المسؤول عنه الناقل فقط على الوقائع المرتبطة بعملية الاستغلال الجوي، لأن الناقل مسؤول عن سلامة الراكب منذ أن يضع نفسه تحت رقبته وإشرافه حتى قبل أن تبدأ الرحلة بالفعل. من ناحية أخرى لا يمكن القول بمسؤولية الناقل عن كافة الأسباب المؤدية للإضرار بالراكب، لما في ذلك القول من تشديد مبالغ فيه، وغير متفق مع مقصود اتفاقية مونتريال.

ويبدو لنا أن المقصود من ارتباط الحادث بعملية النقل، أن تقع الواقعة المسببة لضرر الراكب مرتبطة بنشاط الناقل، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت هذه الواقعة تعد خطأ من قبل الناقل أم لا.

ولعل هذا التفسير يقتضيه المنطق، فلا مجال لتحميل الناقل إلا تبعة الحوادث المرتبطة من حيث الأصل بنشاطه. وقد أكدت اتفاقية وارسو هذا المعنى، حيث جاء في المادة ٣١ منها ما يفيد بأن الاتفاقية لا تسري إلا على الحوادث الناجمة عن عملية النقل الجوي<sup>(٧٦)</sup>.

(٧٦) راجع:

- Warsaw convention, (article 31-1):

In the case of combined carriage performed partly by air and partly by any other mode of carriage, the provisions of this Convention apply only to the carriage by air, provided that the carriage by air falls within the terms of Article 1.

وبناء عليه يشترط حتى يسأل الناقل عن أضرار الإرهاب أن تكون هذه الأضرار مرتبطة بعملية النقل الجوي، أي مرتبطة بنشاط الناقل وبالالتزامات المكلف بها في مواجهة الراكب بداية من خضوعه لرقابة وإشراف الناقل، وذلك بصرف النظر عن وقوع هذه الأضرار بسبب خطأ الناقل أم لا، وبصرف النظر عن كون هذه الأضرار مرتبطة بالاستغلال الجوي للطائرة أم لا، فأعمال القرصنة واحتجاز الركاب أو اختطافهم من صالة المطار قبل صعود الطائرة أو بعد النزول منها، تعد من الحوادث المرتبطة بعملية النقل، ومن ثم يسأل عنها الناقل.

من ناحية أخرى لا يسأل الناقل عن أضرار الإرهاب متى ثبت أنها غير مرتبطة بعملية النقل، حيث أن واقعة الإرهاب في مثل هذه الحالة لن تعد من قبيل الحوادث الجوية المسؤول عنها الناقل، وذلك كما لو أن الاعتداء الإرهابي قد وقع على الراكب قبل دخوله المطار وقبل خضوعه لتعليمات الناقل، أو حتى وقعت أثناء توجهه للطائرة من تلقاء نفسه دون الالتزام بتعليمات الناقل وتوجيهاته.

وقد ظهر صدى هذا التفسير في العديد من أحكام القضاء المختلفة. ففي قضية السيدة هسرل سابقة الذكر اعتبرت المحكمة عملية اختطاف الطائرة وتحويل مسارها حادثاً يسأل عنه الناقل الجوي، رغم أنه غير مرتبط من حيث الأصل بعملية الاستغلال الجوي للطائرة، لكنه مرتبط بنشاط الناقل

أيضاً في قضية ريتشي في مواجهة شركة الطيران الأمريكية، والتي تتلخص وقائعها في أن المدعي قد تم الاعتداء عليه بالضرب من قبل راكب مجاور له أثناء الرحلة الجوية مما أصابه بأضرار جسيمة، وعندما عرض الأمر على محكمة استئناف نيويورك قضت باعتبار هذه الواقعة حادثاً جويّاً، وذلك على الرغم من عدم ارتباطها من حيث الأصل بعملية الاستغلال الجوي<sup>(٧٧)</sup>.

(٧٧) راجع:

Nicholas Ricci. v. American Airlines, inc, The Supreme Court of New Jersey, December 6, 1988.

د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، ص ١٣١.

## المطلب الثاني

### أن يقع حادث الإرهاب أثناء فترة النقل

٢٥ - نصت المادة (١٧) من اتفاقية وارسو على أن يكون الناقل مسؤولاً عما يلحق الراكب من ضرر إذا ما كان الحادث الذي تسبب في الضرر قد وقع على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود والهبوط.

نصت أيضاً المادة (١٧/١) من اتفاقية مونتريال على أن: "يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الراكب أو تعرضه لإصابة جسدية، بشرط أن يكون الحادث الذي سبب الوفاة أو الإصابة قد وقع فقط على متن الطائرة أو أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم".

ويبدو أن النصوص السابقة تشير بصورة صريحة إلى اشتراط وقوع الحادث خلال فترة النقل، أي تلك الفترة التي يكون فيها الراكب تحت وصاية الناقل وإشرافه، والتي تبدأ مع بداية الرحلة الجوية وتنتهي مع نهايتها.

ويعكس هذا الشرط أهمية خاصة، تبدو في ارتباط قيام مسؤولية الناقل عن حادث الإرهاب بوقوعها خلال فترة معينة فقط، أما ما يقع خارج هذه المدة من حوادث فلا يسأل عنها الناقل.

ويقف وراء هذا الشرط عدة مبررات، أهمها:

- ١ - أنه ليس من الجائز مساءلة الناقل عن الأضرار التي تلحق بالراكب إذا لم يكن هو المسيطر عليه وحده، فإذا شاركه غيره في السيطرة، كان من المحتمل إرجاع الحادث إلى خطأ هذا الغير<sup>(٧٨)</sup>.
- ٢ - إن اشتراط هذا الشرط يعكس ضرورة توافر صلة بين نشاط الناقل والضرر الذي لحق بالراكب بمناسبة وجوده تحت سيطرته.
- ٣ - يرتبط تطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية الخاصة بالنقل الجوي (وارسو لسنة ١٩٢٩، ومونتريال لسنة ١٩٩٩) بوقوع الحادث خلال الفترة التي يكون فيها الناقل مسؤولاً عن الراكب، ومن ثم إذا وقع الحادث خارج هذه الفترة، فلا تنطبق هذه الاتفاقيات، ولكن يطبق القانون الداخلي.

(٧٨) د. ثروت أنيس الأسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي، (بدون دار نشر)، الطبعة الأولى، ١٩٦٠، ص ١٨٥.



وقد أثير بهذه المناسبة التساؤل حول المقصود بعبارة على متن الطائرة، وعبارة عمليات الصعود والهبوط كمعايير للدلالة على فترة النقل المسؤول عنها الناقل؟

### أولاً - المقصود بعبارة على متن الطائرة في حوادث الإرهاب:

٢٦ - وبخصوص تحديد المقصود بعبارة على متن الطائرة فقد ذهب اتجاه من الفقه للقول بأن هذه العبارة تنصرف إلى وجود عملية نقل جوي فعلي، وهي التي تبدأ من لحظة إقلاع الطائرة، وتنتهي بتمام هبوطها، وقد ترتب على هذا الرأي نتيجة خاصة بحوادث الإرهاب، وهي أنه إذا ما هبطت الطائرة بصورة اضطرارية خارج المطار فإن مسؤولية الناقل تنتهي بمجرد ابتعاد الراكب عن مشارف الطائرة، وخروجه منها<sup>(٧٩)</sup>.

وقد شهد هذا الاتجاه تأييداً من قبل بعض أحكام القضاء الأمريكي، وذلك في قضية CECILIA SZIGETI v. AMERICAN OVERSEAS AIRLINES، التي تتلخص وقائعها في أن الطائرة التابعة لشركة الطيران أمريكان أوفرسيز وهي بصدد تنفيذ رحلتها من مطار فرانكفورت إلى مطار بتسبرج، اضطرت للهبوط في مطار نيويورك، وقد قام أحد العمال التابعين للناقل الجوي باصطحاب أحد ركاب الطائرة إلى الإدارة الصحية بالمطار، وهناك اختفى الراكب فجأة، ثم عثر على جثته بعد مرور عشرة أيام ملقاة في خليج بومباي. وعندما عرضت هذه القضية على المحكمة العليا في نيويورك قضت بعدم مسؤولية الناقل عما لحق هذا الراكب من أضرار، وذلك على أساس أن ما أصابه ليس له علاقة بالمخاطر الخاصة للطيران والمرتبطة بتواجد الراكب على متن الطائرة أثناء عملية الطيران<sup>(٨٠)</sup>.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الاتجاه، ونرى ضرورة تفسير عبارة على متن الطائرة من خلال ربطها بمكان الإقلاع ومكان الهبوط وفق ما تم الاتفاق عليه بين الناقل والراكب في عقد النقل، بمعنى أن الناقل مسؤول عن كافة الأضرار التي تلحق بالراكب خلال نقله من مكان الإقلاع إلى مكان الوصول، بما في ذلك الحالات التي تضطر فيها الطائرة للهبوط بشكل قسري، حيث يمتد المقصود من عبارة على متن

(٧٩) راجع: د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٨٠) Szigeti v. AM. Overseas airlines, INC. 2 A.D.2d 813 (1956), Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, Second Department. August 13, 1956.

الطائرة ليشمل الأمكنة التي يتواجد فيها الراكب بعيداً عن الطائرة، كما في حالة خطفه أو اقتياده في أماكن تبعد عن الطائرة، بحيث يظل الناقل مسؤولاً عن سلامة الراكب، حتى تمام وصول الطائرة إلى المكان المتفق عليه. والقول بغير ذلك يعني أن هبوط الطائرة بصورة فجائية لعطل أو اعتداء إرهابي أو غيره من الأسباب، وقيام الراكب مضطراً بمغادرة الطائرة يجعل الناقل غير مسؤول عما يلحقه من أضرار على أثر ذلك، الأمر الذي لا تقبله قواعد العدالة والمنطق.

ومما يدعم موقفنا هذا، ما جاء في قضية السيدة هسرل - سالفة الذكر - والتي تلخصت وقائعها في أنه أثناء قيام طائرة تابعة لشركة الخطوط الجوية السويسرية برحلة من سويسرا إلى نيويورك، قامت جماعة مسلحة بإجبار قائد الطائرة على الهبوط بصحراء الأردن واحتجاز ركبها كرهائن، وكان ضمن ركاب هذه الطائرة سيدة تدعى هسرل، حيث قامت على أثر انتهاء الاحتجاز برفع دعوى لمطالبة شركة الطيران بتعويض الأضرار التي ألتمت بها، وقد دفعت شركة الطيران دعوى السيدة هسرل بالقول أن اختطاف الطائرة وتحويل مسارها لا يعد حادثاً يسأل عنه الناقل الجوي، الأمر الذي لم تستجيب له المحكمة، وحكمت للسيدة بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة احتجازها بعيداً عن الطائرة، حيث اعتبرت المحكمة أن عبارة على متن الطائرة يقصد بها الفترة من بداية الرحلة وحتى وصول الراكب لمطار الوصول.

## ثانياً - المقصود بعمليات الصعود والهبوط في حوادث الإرهاب:

٢٧- شهد تحديد المقصود بعمليات الصعود والهبوط في حوادث الطيران اختلافاً كبيراً، جاء نتيجة ما لحق هذا المصطلح من تطور على أثر تغير طبيعة المخاطر المهددة للنقل الجوي من ناحية أولى، وتغير النطاق المكاني الذي تقع فيه هذه المخاطر من ناحية ثانية، بالإضافة إلى ما طرأ على طبيعة التزام الناقل بسلامة الراكب من تغيرات من ناحية ثالثة.

وقد ذهب أحد الاتجاهات الفقهية المتأثرة بظاهر عبارة " عمليات الصعود والهبوط " وفسرها بأنها عبارة عن قيام الراكب بالصعود إلى الطائرة استعداداً للطيران، أو قيامه بالهبوط منها بعد توقفها في مطار الوصول. بمعنى آخر لا يعتبر حادثاً جويّاً مسؤولاً عنه الناقل ما يقع قبل أو بعد عملية الطيران من حوادث، وقد برر هذا الرأي موقفه بأن الحادث الجوي الناقل يجب أن يقتصر فقط على مخاطر النقل الجوي، ولا يمكن تحميل الناقل المسؤولية عما يلحق الراكب من أضرار قبل وجوده

داخل الطائرة أو بعد خروجه منها، بحيث لا يسأل الناقل عن الحوادث التي تقع في حدود المطار بعيداً عن الطائرة<sup>(٨١)</sup>.

ويلاحظ على الاتجاه السابق أنه تأثر بشدة بموقف اتفاقية وارسو، والتي قصرت مفهوم الحوادث الجوية على الوقائع المرتبطة بنشاط الطائرة وتشغيلها، كما أنها ربطت بداية ونهاية فترة سريان الالتزامات الناشئة عن عقد النقل (وخاصة الالتزام بسلامة الراكب) ببداية ونهاية عملية النقل الجوي الفعلي. ولعل النظرة الضيقة التي حملتها هذه الاتفاقية، والتي انعكست على التفسيرات الفقهية والقضائية الخاصة بها، جاءت نتيجة أن حوادث الطيران في فترة وضع هذه الاتفاقية وسريانها كانت حوادث تقليدية، خاصة بالأعطال الميكانيكية الناتجة عن عمل الطائرة، والتقلبات الجوية التي تؤثر على ملاحتها الجوية، الأمر الذي لم يعد يتناسب مع واقع هذه الحوادث في الوقت الراهن، الذي تضاءلت فيه إلى حد كبير وقوع مثل هذه الحوادث على أثر ما شهده قطاع النقل الجوي من تطور مذهل استطاع معها أن يتغلب على مثل هذه المخاطر، وظهرت صور جديدة من حوادث النقل، ليست مرتبطة باستغلال الطائرة وتشغيلها، ولكنها تؤثر في هذا الاستغلال بشدة، كحوادث الإرهاب بأشكالها المختلفة.

ولم يكن التفسير المضيق لعمليات الصعود والهبوط يلقي ارتياحاً لدى القضاء الأمريكي، الذي سعى إلى تقرير حماية أكبر للمضمرين ضد الحوادث الجوية المستجدة، خاصة الاعتداءات الإرهابية التي تقع داخل ساحات المطار وفي غيرها من الأماكن التي يتواجد فيها الراكب بعيداً عن الطائرة ولكنه يخضع لرقابة وإشراف الناقل، الأمر الذي دفع بهذا القضاء إلى منح عبارة الصعود والهبوط مفهوماً واسعاً، بحيث يمتد ليشمل فترة تواجد الراكب داخل مبنى المطار استعداداً للصعود، ولا ينتهي إلا بعد وصول الراكب إلى مكان آمن في مطار الوصول<sup>(٨٢)</sup>.

(٨١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، (بدون تاريخ نشر)، ص ١٧٢؛ د. عبد المجيد خلف العنزي، أساس مسؤولية الناقل الجوي وحالاتها، بحث مقدم لمؤتمر الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع محاكم دبي وهيئة دبي للطيران المدني، الفترة من ٢٣-٢٥/٤/٢٠١٢، الجزء الأول، ص ٣٠.

(٨٢) راجع:

MARTINEZ HERNANDEZ v. AIR FRANCE, No. 76-1146. United States Court of Appeals, First Circuit, available at:; DAY v. TRANS WORLD AIRLINES, INC. No. 279, Docket 75--7341. United States Court of Appeals, Second Circuit. Argued Dec. 3, 1975, available at: <http://openjurist.org/528/f2d/31/day-v-trans-workd-airlines-inc-kersen>

وقد كانت البداية في قضية Day V. TWA<sup>(٨٣)</sup>، والتي تتلخص وقائعها في أنه في صالة الترانزيت بمطار هلنكون بأثينا قام مجموعة من الإرهابيين بإلقاء ثلاث قنابل يدوية على المسافرين أثناء خضوعهم لعمليات التفتيش من قبل السلطات اليونانية، الأمر الذي أدى إلى سقوط العديد من القتلى والجرحى. وعندما عرض الأمر على القضاء تمكست شركة الطيران بعدم مسؤوليتها عما لحق الركاب من أضرار، استناداً إلى أن الركاب كانوا خارج نطاق عمليات الصعود والهبوط بمفهوم اتفاقية وارسو المعنية بالتطبيق.

وعندما تصدت المحكمة لبحث هذا الدفع، وعلى وجه التحديد تفسير عبارة عمليات الصعود والهبوط، رأت أنه لا يمكن قصرها على مكان وجود الراكب على سلم الطائرة صعوداً وهبوطاً، وإنما المقصود من هذه العبارة يمتد ليشمل كافة العمليات والإجراءات اللازمة للصعود إلى الطائرة أو الهبوط منها.

وقد قامت المحكمة - وهي في سبيلها للتأكيد على هذا التفسير - باستعراض الخطوات والإجراءات التي يجب على الراكب اتباعها لإتمام عملية الصعود إلى الطائرة، وهي:

- ١ - تقديم تذاكر السفر لتابعي شركة الطيران الناقلة.
  - ٢ - الكشف على الحقائق والأمتعة.
  - ٣ - التقدم للمكتب المسؤول عن فحص الجوازات.
  - ٤ - التفتيش الذاتي للبحث عن الأسلحة والمتفجرات.
  - ٥ - ركوب الحافلة المعدة لنقل الراكب إلى سلم الطائرة.
- وقد خلصت المحكمة إلى أنه لما كان المدعي قد أصيب أثناء إتمام هذه الإجراءات، فإنه يتعين اعتبار هذا الحادث قد وقع أثناء عمليات الصعود والهبوط.
- وقبل أن نبدي تأييداً لأي من الاتجاهات السابقة، يبدو لنا - اتفاقاً مع جانب من الفقه<sup>(٨٤)</sup> - أن الاختلاف في تحديد المقصود بعبارة "عمليات الصعود والهبوط" بخصوص حوادث الإرهاب يعود في الأساس إلى أمرين:

(٨٣) راجع:

Aristedes A. Day V. Trans world airlines, United States Court of Appeals, Second Circuit, No. 279, Docket 75-7341, Argued Dec. 3, 1975.

(٨٤) د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، ص ١٣٩.



**الأول:** وجود خلط بين هذه الاتجاهات في تحديد الالتزامات الناشئة عن عقد النقل، خاصة الالتزام بضمان السلامة، والالتزام بالنقل عن طريق الجو. فبينما الأول محله جسد الراكب، فإن الثاني محله نقل الراكب من مكان لآخر خلال فترة زمنية معينة، كما أن الأول يبدأ من لحظة خضوع الراكب لوصاية الناقل ورقابته أثناء تواجده في المطار استعداداً للصعود إلى الطائرة وحتى توصيله لمكان آمن في مطار الوصول، بينما الالتزام الثاني يبدأ من لحظة الصعود على سلم الطائرة وحتى النزول منها في مطار الوصول.

**الثاني:** وجود اختلاف في تحديد المقصود بمخاطر الطيران وتحديد نوعية هذه المخاطر، فبينما قصر الاتجاه المضيق هذه المخاطر على مخاطر الاستغلال الجوي المرتبطة فقط بنشاط الطائرة، فإن الاتجاه الموسع نظر لهذه المخاطر بنظرة موسعة تضمنت ليس فقط مخاطر الملاحة الجوية التقليدية، ولكن أيضاً كافة صور المخاطر المهددة لسلامة الراكب أثناء عملية النقل الجوي، وذلك بصرف النظر عن ارتباطها بنشاط الطائرة.

٢٨- والقول عندنا، أن تحديد المقصود بعمليات الصعود والهبوط، ومن ثم تحديد نطاق الحوادث الجوية المسؤول عنها الناقل بخصوص الإرهاب يجب أن يرتبط وبشدة بنطاق التزام الناقل بسلامة الراكب، والذي يبدأ من وقت خضوعه لإشرافه ورقابته، كما يجب أن يرتبط أيضاً بالمخاطر المهددة لعملية النقل الجوي. ومن ثم التمسك بظاهر نصوص اتفاقية وارسو ومن بعدها روتردام بخصوص عبارة عمليات الصعود والهبوط، وقصرها فقط على اعتلاء سلم الطائرة صعوداً وهبوطاً، سوف يؤدي بنا إلى نتيجة غير منطقية لم تقصدها هذه الاتفاقيات، وهي أن الناقل غير ملتزم بسلامة الراكب خلال فترة ما قبل اعتلاء سلم الطائرة، على الرغم أن الراكب خلال هذه الفترة يخضع لرقابة وإشراف الناقل، كما أنه معرض لمخاطر النقل الجوي خاصة عند انتقاله من صالة المطار إلى سلم الطائرة؛ لذلك يبدو لنا توافق الاتجاه الموسع مع طبيعة ونطاق التزام الناقل بالسلامة من ناحية، واتفاقه مع طبيعة ونوعية مخاطر الطيران في الوقت الراهن من ناحية أخرى. فالمتابع لنوعية حوادث النقل الجوي ومخاطره في الوقت الراهن يلاحظ أن الحوادث التقليدية المرتبطة بنشاط الطائرة نتيجة فعل الجو أو وجود عطل فني أو ميكانيكي في تشغيلها أمر يكاد يكون منعماً<sup>(٨٥)</sup>. حيث ظهرت نوعية جديدة من

(٨٥) لقد ثبت من واقع التقارير الفنية أن الطيران أصبح يشهد تقدماً كبيراً في وسائله وتجهيزاته، وذلك على النحو الذي أضحى في مقدور الطائرة أن تواجه عناصر الطبيعة المختلفة، وصار من اليسير على الناقل أن يتوقع تقلبات الجو ويحتاط لها. فلم تعد عناصر الطبيعة تلعب =

المخاطر التي تهدد سلامة الراكب أثناء عملية النقل الجوي كالإرهاب، وقد كان من أهم مستحدثات هذه المخاطر الجديدة أنها كشفت عن استقلالية التزام الناقل بسلامة الراكب في مواجهة التزامه بالنقل، خاصة فيما يتعلق بنطاق كل منهما. حيث إن الالتزام بالسلامة يبدأ من لحظة خضوع الراكب لإمرة الناقل وحتى زوال هذا الخضوع في مطار الوصول، أما الالتزام بالنقل فيبدأ من وقت صعوده على سلم الطائرة في مطار الإقلاع وحتى نزوله في مطار الوصول، ولعل هذا ما قصدته كل من اتفاقية وارسو ومونتريال عندما ذكرت عبارة "عمليات الصعود والهبوط" وعبارة "على متن الطائرة"، حيث إن العبارة الأولى تشير إلى نطاق التزام الناقل بالسلامة، أما العبارة الثانية فتشير إلى نطاق التزام الناقل بالنقل.

من ناحية أخرى كشفت مخاطر النقل الجوي الحديثة، خاصة مخاطر الإرهاب عن تغير المكان الذي يتعرض فيه الراكب لما يهدد سلامته، فبعد أن كان قاصراً على المخاطر التي تقع على متن الطائرة سواء أثناء وجودها في أرض المطار أم أثناء تحليقها في الجو، امتد إلى أماكن داخل المطار باعتبارها أماكن يمتد فيها الخطر بما يهدد سلامة الراكب، لكن هذا لا يعني بالنسبة لنا تقرير مسؤولية الناقل بصورة مطلقة عن الحوادث التي تقع للراكب في أي مكان داخل المطار، ولكن فقط الحوادث التي تقع أثناء فترة خضوع الراكب لإشراف الناقل ووصايته، والتي يبدأ عندها التزامه بضمان سلامة الراكب، كما يبدأ عندها مباشرة إجراءات الصعود على متن الطائرة،

= سوى دور ثانوي بالنسبة لهذه الحوادث. ففي ضوء أحدث الإحصائيات التي تمت في منتصف القرن العشرين، تبين أن ٥١٪ من حوادث الطيران كانت تعود إلى خطأ الطيار، و ١١٪ إلى خطأ التابعين الآخرين، و ١٨٪ إلى عيب في الطائرة (٥٠٪ بسبب الأعطال المفاجئة التي تصيب محرك الطائرة)، و ١١٪ تعود لأسباب مختلفة، و ٩٪ تعود لتقلبات الجو. وقد ظهر صدى ذلك في العديد من أحكام القضاء، كان أهمها قضية *Maione v. Trans-Canada*، والتي تتلخص وقائعها في أن أحد الطائرات التابعة لشركة *Trans-Canada* اصطدمت بالأرض وتهشمت أثناء عملية الهبوط، وقد قالت المحكمة أن السفر بالطائرة قد أصبح أمراً مألوفاً في كثير من دول العالم، وأنه متى استخدم الناقل طيارين مدربين، وتم تجهيز الطائرة تجهيزاً مناسباً، جاز للناقل توقع نقله إلى مكان الوصول وهو معافى. أيضاً قضت محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية في قضية *United State v. Kesinger et*، والتي قضت فيها بأن فن الطيران قد أحرز تقدماً كبيراً، وأضحت الطائرات طريقاً مأموناً للنقل لا يقل أماناً عن أي طريق آخر، فالطائرة إذا ما جهزت تجهيزاً ملائماً وقامت بالطيران في ظل ظروف جوية عادية، فإنها لا تسقط وفقاً للمجرى العادي للأمر، إلا إذا صدر إهمال من جانب الناقل أو تابعيه في الكشف على الطائرة وخدمتها وقيادتها. د. الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ١٨٤.

ويظل هذا الالتزام قائماً حتى تمام قيام الناقل بتوصيل الراكب لمكان آمن في مطار الوصول.

وبناء عليه يبدو لنا تعريف عمليات الصعود والهبوط فيما يتعلق بحوادث الإرهاب بأنها عبارة عن كافة الخطوات اللازمة للصعود للطائرة وللنزول منها، والتي تبدأ من لحظة خضوع الراكب لرقابة الناقل ووصايته وتنتهي بزوال هذه الرقابة في مطار الوصول.

وإذا كان ما سبق ذكره متعلقاً ببحث مدى اعتبار الإرهاب حادثاً جواً طبقاً لمفهوم قانون الطيران المدني المصري وكذا الاتفاقيات الدولية، فإن الجزم بمسؤولية الناقل عن هذا الحادث يقتضي التعرض لمدى اعتبار وقوع حادث الإرهاب خطأ يسأل عنه الناقل، وذلك على التفصيل التالي:

## الفصل الثاني

### مدى اعتبار وقوع الإرهاب خطأ يسأل عنه الناقل الجوي

٢٩- عدم اعتبار الإرهاب من قبيل السبب الأجنبي (فعل الغير) في حوادث النقل الجوي:

من الدوافع القوية لبحث مدى إمكانية مساءلة الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب هو ما شهدته الأوساط القانونية، خاصة ساحات المحاكم من منع الناقل من التخلص من المسؤولية عن هذه الحوادث بالاستناد إلى أنها من قبيل السبب الأجنبي، وأنها من الحوادث التي يمكن له أن يتوقعها ويتفادى آثارها باتخاذ تدابير معينة.

فقد حكم القضاء الفرنسي في قضية الزوجين (Haddad) بأن انتشار حوادث الإرهاب واختطاف الطائرات أمر لا يمكن معه القول بأن هذه الحوادث لا يمكن توقعها<sup>(٨٦)</sup>.

أيضاً ذهب القضاء الأمريكي إلى أن تعدد وتكرار الاعتداءات الإرهابية على الطائرات أمر يمثل خطورة كبيرة على أمن وسلامة النقل الجوي، وذلك على النحو الذي يمكن معه القول بأن أي ناقل جوي حريص لا يسمح له أن يدعي عدم قدرته على توقع هذا الحادث، وأضاف الحكم إلى أن مخاطر الإرهاب وقت وضع اتفاقية وارسو لم تكن ملحة على النحو الذي لم يجعل الأمر يشغل بال واضعي هذه الاتفاقية، لكن الأمر أصبح مختلفاً، وصار الإرهاب خطراً قائماً ومتوقعاً يهدد سلامة النقل الجوي<sup>(٨٧)</sup>.

وعلى صعيد القضاء العربي، فقد عرضت على محكمة بنغازي الابتدائية واقعة تتلخص فيما يلي: أنه بتاريخ ١٩٧٣/٣/٢١ كانت هناك رحلة جوية من طرابلس إلى

(٨٦) راجع:

Air France v. Haddad, Judgment of June 19, 1979, Cour d'appel de Paris, Premiere Chambre Civile, 1979 Revue Francaise de Droit Aerien 327, 328, appeal rejected, Judgment of February 16, 1982, Cour de Cassation, 1982 Bull.Civ. I 63.

(٨٧) راجع:

Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd., 351 F. Supp. 702 - Dist. Court, SD New York 1972.



القاهرة، وقد ضلت الطائرة الطريق ودخلت المجال الجوي لسيناء المحتلة من قبل العدو الإسرائيلي في ذلك الوقت، فقامت المدافع الإسرائيلية بالتصدي لها فأسقطتها، مما تسبب في مصرع ركابها، وقد انتهت المحكمة إلى أن هذا الحادث لا يعد من قبيل السبب الأجنبي، وذلك لانتفاء شروطه من عدم القدرة على التوقع وعدم إمكانية الدفع في هذه الواقعة، حيث إن التحليق من قبل طائرة عربية فوق أرض تخضع للاحتلال الإسرائيلي يجب أن يتوقع معه حدوث ذلك<sup>(٨٨)</sup>.

ولعل هذه الأحكام تعكس بما لا يدع مجالاً للشك أن خطأ الناقل الجوي يصلح لأن يكون سبباً في الأضرار التي لحقت بالركاب على أثر وقع الإرهاب، وأن فكرة السبب الأجنبي لم يعد من الممكن للناقل أن يعتمد عليها لدفع مسؤوليته عن هذه الأضرار، خاصة وأنه المسؤول الأول عن سلامة الركاب. وإذا كانت الأحكام السابقة قد اعتمدت في تبرير موقفها على تكرار وقوع هذه الحوادث وانتشارها، فإن هذا التبرير يؤكده ما تشهده قطاعات النقل الجوي من تقدم مذهل ساعدها عليه الطفرة التي حدثت في نظم الاتصالات والمعلومات، والتي زادت من قدرة الناقل على استشراف وقوع الإرهاب ببذل جهد معقول لذلك.

ولعل هذا ما يبرر موقف محكمة استئناف فلوريدا الأمريكية في حكمها الصادر في قضية *Edwards v. National Airlines*، والتي تتلخص وقائعها في أنه أثناء قيام شركة الطيران الوطنية برحلة لها من مطار فلوريدا، تم اختطاف الطائرة من قبل جماعة إرهابية ودفعتها للهبوط في كوبا، وقد قامت السلطات الكوبية أثناء فترة الاحتجاز بتقديم أطعمة فاسدة، الأمر الذي تسبب في إصابة إحدى السيدات بمرض شديد، أقامت هذه السيدة بعد ذلك دعوى لمطالبة شركة الطيران بالتعويض، وقد دفعت الشركة بعدم مسؤوليتها، وذلك على أساس أن السبب الحقيقي للإصابة هو فعل الغير، وقد رفضت المحكمة هذا الدفع، وقضت بمسؤولية شركة الطيران، وبررت ذلك بأن هذه الشركة كان من الواجب عليها أن تتوقع اختطاف الطائرة، خاصة وأنها ستمر فوق دولة كوبا، كما كان يجب عليها أن تحرص على توفير الأطعمة السليمة لتقديمها للركاب، وتجنبيهم الحصول على أطعمة من أية جهة أخرى<sup>(٨٩)</sup>.

(٨٨) راجع هذا الحكم لدى: د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٨٩) راجع:

*Edwards v. National Airlines, INC.* 307 So.2d 244 (1974), District Court of Appeal of Florida, Fourth District. December 27, 1974.

فالمحكمة في الحكم السابق لم تقبل الدفع المؤسس على وجود خطأ مشترك بين الناقل ومنفذ العمل الإرهابي، وقضت بمسؤولية الناقل رغم ذلك، بما يشير بجلاء إلى أنه مكلف ببذل جهد كبير في توقع حوادث الإرهاب وفي التعامل معها إذا ما وقعت، ويؤكد في ذات الوقت عدم قدرة الناقل على اعتماد الإرهاب كسبب أجنبي لدفع مسؤوليته. ومادام الناقل محروماً من التمسك بالسبب الأجنبي لدفع مسؤوليته عن أضرار الإرهاب، فهذا يعني أن خطأه متصور في هذه الحوادث.

٣٠ - وفي هدى ما سبق يمكن القول بأن الإرهاب لا يعد دائماً من قبيل السبب الأجنبي في حوادث النقل الجوي، وذلك للأسباب التالية:

١ - إن الناقل يمارس نشاطاً ينطوي على خطورة خاصة، ومن ثم يجب أن ترتقي مسؤوليته إلى قدر النشاط الذي يمارسه، حتى ولو لم يشكل هذا النشاط خطأ<sup>(٩٠)</sup>. أما إذا ما ثبت خطأ الناقل في تفادي حوادث الإرهاب، أو الحد من آثارها بعد وقوعها فمسؤوليته أولى وأجدر، فعجز الناقل عن تفادي وقوع حادثه الإرهاب في بعض الأحيان لا يبرر عجزه في الحد أو التقليل من آثاره بعد وقوعها<sup>(٩١)</sup>.

٢ - من ناحية أخرى حتي ينطلي على حادث الإرهاب وصف السبب الأجنبي، يجب أن يكون هو السبب الحقيقي للضرر، أي ترتبط الأضرار التي لحقت بالركاب بحادث الإرهاب بعلاقة سببية، ولا يكتفى في هذا الشأن أن يقتصر دور الإرهاب على ازدياد فرصة تحقق الضرر، من خلال جعله أمراً ممكناً، حيث لا توجد عندئذ علاقة سببية، أي لا يعد حادث الإرهاب في هذه الحالة هو السبب الحقيقي لوقوع الضرر<sup>(٩٢)</sup>. وبناء عليه إذا اشتركت مع الإرهاب في وقوع الأضرار أسباب أخرى؛ كخطأ الناقل أو تابعيه أو قلة الاحتياطات الأمنية، فلا يعد الإرهاب سبباً أجنبياً يعفى الناقل على أثره من المسؤولية. لكن يجب أن يكون الإرهاب هي السبب المنتج في إحداث الضرر حتي يعد سبباً أجنبياً. السبب الأجنبي لا يكفي بخصوصه أن يكون واقعة مجردة في ذاتها، ولكن يجب أيضاً الاعتداد بمسلك الناقل حيالها.

(٩٠) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p7.

(٩١) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p7.

(٩٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، مرجع سابق، ص ١٩٩.

٣ - يترتب على ثبوت توقع الناقل وقوع حادث الإرهاب - وفقاً لمعيار الناقل شديد الحرص في ذات ظروف الناقل - عدم اعتبار حادثة الإرهاب سبباً أجنبياً يمكن للناقل أن يرتكن عليه لنفي مسؤوليته عن الأضرار التي أصابت الركاب، بل على العكس من ذلك، يترتب على ثبوت توقع الناقل وقوع حادث الإرهاب ومضيه قدماً - رغم ذلك - في القيام بعملية النقل، أو عدم اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة لتأمين سلامة الركاب، فإن ذلك يعد خطأً إرادياً من قبل الناقل يجعله مسؤولاً شخصياً عن هذه الأضرار<sup>(٩٣)</sup>.

والأمر على هذا النحو يفرض ضرورة الوقوف على مضمون واضح لفكرة خطأ الناقل الجوي في حوادث الإرهاب.

## المبحث الأول

### مضمون خطأ الناقل الجوي في حوادث الإرهاب

٣١- خطأ الناقل الجوي ونظرية الشيء يتحدث عن نفسه Res ipsa loquitur: تجد نظرية الشيء يتحدث عن نفسه صدقاً واسعاً لدى دول الـ common law، حيث تلجأ لهذه النظرية من باب التخفيف على المضرور من عبء إثبات خطأ الناقل، والتي تدور حول فكرة مفادها أن الناقل يسأل عن أضرار الحادث الجوي متى أثبت المضرور ما يلي<sup>(٩٤)</sup>:

- أن الشيء الذي تسبب في إحداث الضرر خاضع لسيطرة الناقل.
- ألا يساهم المضرور بأي صورة في إحداث الضرر.
- أن الحادث ما كان ليقع دون إهمال الناقل بحسب المجرى العادي للأمر.

(٩٣) راجع في ذلك:

Christian Jung, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): Survey, Analysis and Trends of Recent German Case Law, 1997, p160,

(٩٤) د. محمد موسى محمد دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفي ومسؤولية الناقل الجوي في النقل الدولي، المرجع السابق، ص ٢٨٥؛

Madeleine Jansson, The consequences of a deletion of the nautical fault, Master of Law Programme, Department of Law School of Economics and Commercial Law- G?teborg University, 2007, p12.

ويلاحظ على عناصر الإثبات سالفه الذكر، أن الراكب لن يثبت خطأ الناقل، ولكنه فقط سوف يثبت أن ما أصابه من ضرر يعود إلى نشاط الناقل. والملاحظ على هذه النظرية أنها تمثل انعكاساً لمبدأ الخطأ المفترض في حق الناقل، وأن تأسيس اتفاقية مونتريال لمسؤولية الناقل على هذا الأساس جاءت تكريساً للنظرية سالفه الذكر، بغية إعفاء المضرور من إثبات خطأ الناقل، من خلال جعله مفترضاً، ومنح الناقل الفرصة في ذات الوقت للتخلص من المسؤولية بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه.

ولعل في تبني اتفاقية مونتريال لمبدأ الخطأ المفترض في حق الناقل ما يعكس حرصها على ألا تهجر فكرة الخطأ بالكلية كأساس لمسؤولية الناقل، وذلك حتى لا تجعل مسؤوليته مطلقة عن كافة ما يلحق الراكب من أضرار، وألا تغلق أمامه الباب للتخلص من المسؤولية بإثبات انتفاء خطئه، وذلك على الرغم من أن نجم فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الناقل الجوي قد أخذت في الأفول، بالنظر إلى الاستحالة المادية لمعرفة أسباب الحادث الجوي<sup>(٩٥)</sup>. لذلك سعت نظرية الشيء يتحدث عن نفسه إلى افتراض خطأ الناقل عما يقع من حوادث، مادام الشيء الذي سبب الضرر خاضعاً لرقابته، وأن الحادث ما كان ليقع لولا إهماله، خاصة في ظل عدم مساهمة المضرور في وقوع الضرر.

وإذا كان ما سبق ذكره يخص معالجة الاتفاقيات الدولية لإهمال الناقل المتسبب في وقوع الحوادث المرتبطة من حيث الأصل بالاستغلال الجوي للطائرة، والتي تمثل تقصيراً في مراعاة النواحي الفنية أو البشرية أثناء تجهيزها، فإن حوادث الإرهاب وإن تشابهت مع هذه الحوادث في حجم وطبيعة الضرر الذي يلحق بالراكب، إلا أنها تتميز عن هذه الحوادث بأنها ليست مرتبطة بالاستغلال الجوي للطائرة، وأنها لا تطل الراكب فقط أثناء وجوده على متنها، ولكن في غيرها من الأماكن الأخرى التي يكون فيها خاضعاً لرقابة وإشراف الناقل، الأمر الذي يثير الحديث عن إهمال الناقل فيما يتعلق باتخاذ الالتزامات الأمنية اللازمة لسلامة الراكب.

(٩٥) حيث إن الحادث الجوي كما يطلق عليه فقهاء القانون الجوي يعد بمثابة كارثة جوية، تتسبب في التدمير الكامل للطائرة واختفاء الشهود، لذلك ما يجرى من تحقيقات في مثل هذه الحوادث تعمل على إجراء استخلاصات فنية في ضوء آثار الحادث، مثل وجود عطل في جهاز الطائرة، أو حدوث توقف في أجنحة التوازن، أو نقص في الوقود. ويتم التحقق من مثل هذه الأمور في هدى مجموعة من الاستدلالات؛ كالرسائل اللاسلكية، والملاحظات الخاصة بالتغيرات الجوية. المرجع السابق، ص ٣٢٤.



وطبقاً لاتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ يسأل الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب بصرف النظر عن صدور خطأ من جانبه من عدمه، وذلك على أساس المسؤولية عن المخاطر في حدود أضرار معينة (١١٣١٠٠ وحدة حسابية)، لكن بالنظر إلى أن حجم الأضرار التي يمكن أن تنتج عن الاعتداء الإرهابي غالباً ما تكون فادحة، وتتجاوز هذا الحد من التعويض، فإن المضرور يجد نفسه محاصراً في حدود مبالغ تعويض يرى أنها لا تتناسب مع حجم الضرر الذي أصابه، لذلك حرص واضعو هذه الاتفاقية على تفادي هذه المشكلة، وذلك من خلال تأسيس مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تتجاوز هذا الحد على أساس فكرة الخطأ المفترض.

ويتميز خطأ الناقل الجوي في حوادث الإرهاب بخصوصية معينة، تتمثل في ارتباط تحديد هذا الخطأ بشدة بالرغبات السياسية للدول (خاصة تلك التي تمتلك شركات الطيران الكبرى)، كما أن الوقوف بدقة على خطأ الناقل أمر يتردد الكثيرون في تصوره، خاصة أنه أول المضرورين من جراء حوادث الإرهاب، وذلك على النحو الذي تسبب في وجود صعوبات في تحديد المقصود بخطأ الناقل في هذه الحوادث، لذلك يحتاج الأمر إلى الوقوف على هذه الصعوبات، ووضع تعريف محدد لخطأ الناقل في حوادث الإرهاب.

## المطلب الأول

### صعوبات تحديد المقصود بخطأ الناقل في حادثة الإرهاب

٣٢ - واجه تحديد المقصود بالخطأ في حادثة الإرهاب صعوبات عدة، ساهمت في إبراز خصوصية مضمون هذا الخطأ. وقد كانت أهم هذه الأسباب ما يلي:

١ - ما شهدته تحديد المقصود بالخطأ الجوي<sup>(٩٦)</sup> من صراعات دامية لعبت فيها الاعتبارات السياسية دوراً فاق الدور الذي لعبته الاعتبارات القانونية، ويعود السبب في هذا إلى سعي الدول المهيمنة على أساطيل النقل الجوي إلى تحقيق مصالحها من خلال ربط قيام مسؤولية الناقل بوقوع خطأ من جانبه. في حين تسعى الدول

(٩٦) وقد كان الاستخدام الأول لمصطلح الخطأ البحري في القانون الفرنسي الصادر في ٢ أبريل ١٩٣٦، وقد سمح هذا المصطلح بالتمييز بين الأخطاء الملاحية والأخطاء التجارية التي تقع من الناقل، وقد جاء في المذكرة التفسيرية "H.Tasso" توضيح للمقصود بالأخطاء التجارية، بأنها الأخطاء التي ترتكب أثناء عمليات الشحن والتفريغ والتنظيم.

Bertrand SABADIE, La faute nautique: un cas excepté en perte de sens, op.cit, p 11.

الشاحنة إلى تقليص دور الخطأ كأساس لقيام مسؤولية الناقل، بغية جعل مسؤوليته تقوم حتى ولو لم يصدر عنه خطأ، وذلك من أجل الحصول على التعويض في حالة إصابة الأشخاص أو البضائع. واللافت للنظر أن هذا الصراع قد وصل به الحال إلى حد تحريف مضمون الخطأ خاصة في حوادث الإرهاب، وذلك لرغبة الدول صاحبة الأساطيل في الحد من الالتزامات المفروضة على الناقل في حوادث الإرهاب للتقليل من فرص تحقق خطأ الناقل.

٢ - تمتع خطأ الناقل في حوادث الإرهاب بخصوصية معينة، تتمثل في أنه لا يعكس بصورة كاملة تقصير وإهمال الناقل، حيث إن هذه الحوادث يساهم فيها - بالإضافة إلى خطأ الناقل - ما تتسم به من طابع فجائي وعدم قدرة على دفعها، يضاف لذلك أن المخاطر المحيطة بالنقل الجوي من شأنها أن تضاعف من نتائج التلف التي تلحق بالبضائع، فالخطأ الذي يصدر في البيئة الأرضية ينتج ضرراً محدوداً، أما الخطأ الذي يصدر في البيئة الجوية ينتج أضراراً مضاعفة.

٣ - ما شهدته فكرة الخطأ الجوي من تطور خطير، وذلك على أثر الطفرة التي أحدثتها الأدوات التقنية من تطور كبير في تنفيذ الناقل لالتزاماته، فكثير من الانتهاكات التي كانت تمثل في الماضي أخطاء من قبل الناقل، لم تعد كذلك في الوقت الحاضر، الأمر الذي دفع بعض الفقه للقول بأن التقدم التقني في مجال النقل الجوي جعل كثير من المفاهيم السائدة في النقل الجوي مفاهيم بالية<sup>(٩٧)</sup>. وفي المقابل، يرى البعض عدم منطوقية التحليل السابق، وذلك لأن التقدم التكنولوجي وإن كان قد خفف من بعض صور الخطأ الجوي، إلا أنه في ذات الوقت قد استحدث صوراً جديدة من الأخطاء. يضاف لذلك أن الأخطاء البشرية لا تنفرد بصنع الحوادث والأخطاء الجوية، بل يساهم معها في ذلك وبصورة كبيرة مخاطر الجو<sup>(٩٨)</sup>. فمشكلة التطور التقني الذي تشهده أدوات النقل الجوي تتمثل في أن العنصر البشري هو العنصر الأضعف، وذلك لعدم قدرة الشخص على التعامل مع هذه الأدوات، أو عدم قدرته على إصلاحها في حالة تعطلها، الأمر الذي يجعلها في نظر البعض مخاطر لا يمكن توقعها أو دفعها.

(٩٧) راجع في ذلك:

Bertrand SABADIE, La faute nautique: un cas excepté en perte de sens, op. cit, p108; Madeleine Jansson, The consequences of a deletion of the nautical fault, op. cit, p 12.

(٩٨) راجع في ذلك:

Bertrand SABADIE, La faute nautique: un cas excepté en perte de sens, op. cit, p 109.

٤ - انفراد الخطأ في حوادث الإرهاب بخصوصيات تميزه عن غيره من صور الأخطاء الأخرى، أهمها تعاضل فرص وقوع خطأ الناقل في حوادث الإرهاب، وذلك بالنظر لخطورة الآثار المترتبة على مثل هذه الحوادث، وما يفرضه ذلك على الناقل من تدابير ضرورية لمواجهة هذه الآثار، الأمر الذي يزيد من حالات تحقق خطأ الناقل، وذلك على الرغم من عدم وجود تقصير حقيقي من جانبه، كما أن التقدم التقني لم يفلح كثيراً في الحد من هذه المخاطر<sup>(٩٩)</sup>.

٥ - إن نظرية الخطأ كأساس لمسؤولية الناقل الجوي قد شهدت تطوراً كبيراً خاصة في حوادث الإرهاب، وذلك على النحو الذي أخذ نجم هذه النظرية في الأفول، بغية تفويت الفرصة على الناقل في نفي مسؤوليته لمجرد إثبات عدم صدور خطأ من جانبه أو من أحد تابعيه، ويعود هذا في الأساس إلى ظهور اتجاهات قوية تنادي بضرورة توسيع نطاق حالات مسؤولية الناقل عما تسببه هذه الحوادث من أضرار، رغبة في حماية المضرور، الذي يصعب عليه إثبات خطأ الناقل من ناحية، كما يصعب عليه ملاحقة مرتكبي العمل الإرهابي من ناحية أخرى. كل هذه العوامل مجتمعة ساهمت في تحديد مفهوم خطأ الناقل الجوي في حادثة الإرهاب، وذلك على النحو التالي:

## المطلب الثاني

### تعريف خطأ الناقل في حادث الإرهاب

٣٤ - من المعلوم أن المسؤولية المدنية إما مسؤولية شخصية أو مسؤولية موضوعية، فالأولى مسؤولية قائمة على الخطأ، سواء أكان هذا الخطأ مفترضاً أم خطأ واجب الإثبات، أما الثانية فهي تقوم على الضرر وليس الخطأ، وللتمييز بين نوعي المسؤولية أهمية كبرى، تتمثل في أنه في حالة المسؤولية الشخصية فإن المضرور يجب عليه إثبات خطأ الناقل إذا كانت مسؤوليته قائمة على الخطأ واجب الإثبات، أما إذا كانت قائمة على الخطأ المفترض، فالمضرور غير مكلف بإثبات خطئه، لكن قدرة الناقل فيما يتعلق بدفع مسؤوليته في هذه الحالة تتوقف على ما إذا كان خطؤه المفترض قابلاً لإثبات العكس من عدمه، فإذا كان يقبل إثبات العكس، فيمكنه نفي هذه المسؤولية بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه أو إثبات السبب الأجنبي، أما إذا كان

(٩٩) راجع في ذلك:

Madeleine Jansson, The consequences of a deletion of the nautical fault, op. cit, p12; M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p8.

خطؤه المفترض غير قابل لإثبات العكس فلا يمكنه التخلص من مسؤوليته في هذه الحالة إلا بإثبات السبب الأجنبي فقط.

والملاحظ على اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ أنها جمعت بين نوعي المسؤولية (الشخصية والموضوعية)، رغبة في إقامة نوع من التوازن بين مصالح الناقلين والركاب، فتنص المادة (١/٢١) من هذه الاتفاقية على "فيما يتعلق بالأضرار المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة (١٧) والتي لا تتجاوز قيمتها ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة عن كل راكب، لا يجوز للناقل نفي مسؤوليته أو أن يحد منها".

من ناحية أخرى نظمت الاتفاقية عدداً من حالات دفع الناقل لمسؤوليته في حالة الأضرار التي تتجاوز ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة في الحالات التالية:

- ١ - إذا أثبت أن الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه (المادة ١/٢١ أ).
  - ٢ - إذا أثبت أن الضرر نشأ فقط عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الغير (المادة ٢/٢٢ ب).
  - ٣ - في حالة إهمال أو خطأ أو امتناع الشخص الذي يطالب بالتعويض، أو الشخص الذي يستمد منه حقوقه (المادة ٢٠).
- ومن مجمل هذه النصوص يتضح أن الضرر من حوادث الإرهاب له الرجوع على الناقل عن الأضرار التي لا تُجَاوِزُ ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة بناء على قواعد المسؤولية الموضوعية، أي دون أن يكلف بإثبات خطأ الناقل، لكن عن الأضرار التي تجاوز ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة فخطأ الناقل عنها مفترض قابل لإثبات العكس، أي يمكنه التخلص من المسؤولية بإثبات انتفاء صدور خطأ من جانبه أو تابعيه أو بإثبات السبب الأجنبي.

وتثير مسألة وضع تعريف محدد لخطأ الناقل في حادث الإرهاب أزمة حقيقية، وذلك بالنظر إلى تعدد أوجه وأشكال غير مشروعة كركن مكون لهذا الخطأ من ناحية، والاختلاف حول نطاق الالتزامات المكلف بها الناقل أثناء وقوع حادثة الإرهاب الجوي من ناحية أخرى، الأمر الذي تسبب في غياب تعريف تشريعي أو قضائي محدد لهذا الخطأ<sup>(١٠٠)</sup>.

(١٠٠) وقد جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري "أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الخطأ في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم، ولا يؤدي قط إلى وضع بيان جامع مانع، فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي، وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه، فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الخطأ".



وقد أدى هذا الوضع إلى تعدد وتباين مواقف الفقه بصورة كبيرة وهو في سبيله لتأصيل تعريف لخطأ الناقل، والتي تدور ما بين المفهوم التقليدي الجامد؛ الذي يقلص دائرة الخطأ من خلال ربطه بعنصر الإسناد، والذي يتطلب نسبة الفعل إلى الشخص، وتقديره في ضوء علمه وقدراته الشخصية، وما بين المفهوم الحديث؛ الذي يتسم بالمرونة، نظراً لتجرده من عنصر الإسناد، وقيامه على عنصر اجتماعي، يراعي التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تشهدها المجتمعات المختلفة<sup>(١٠١)</sup>.

ويعرف خطأ الناقل بأنه عبارة عن "الإخلال بالتزام سابق مقترن بإدراك الناقل بهذا الإخلال"<sup>(١٠٢)</sup>. كما عرف أيضاً بأنه عبارة عن عمل غير مشروع مسند إلى الناقل<sup>(١٠٣)</sup>.

ويلاحظ على هذه التعريفات أنها تقيم خطأ الناقل على عنصرين أساسيين:

الأول: وهو عنصر عدم المشروعية (illegality)، ويتسم بأنه عنصر موضوعي.  
الثاني: وهو عنصر الإسناد (The imputability)، ويتسم بأنه عنصر شخصي.  
وقد أثار تحديد ماهية عنصر عدم المشروعية اختلافات بين الفقه، فقد ذهب البعض إلى أنه عبارة عن اعتداء الناقل على حق ما<sup>(١٠٤)</sup>، بينما يراه آخرون بأنه عبارة عن "إخلال الناقل بالتزام سابق"<sup>(١٠٥)</sup>.

وقد واجهت التعريفات السابقة انتقادات شديدة، تركزت حول أنه من الصعوبة حصر كافة الالتزامات والواجبات التي يعد الإخلال بها عملاً غير مشروع بشكل دقيق هذا من ناحية، من ناحية أخرى الخطأ يمكن أن يتحقق رغم عدم وجود خرق للالتزام محدد نظمه القانون، ورغم عدم الاعتداء على حق معين، وذلك كما في حالات الرعونة

(١٠١) راجع في ذلك: د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٠.

(١٠٢) د. الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(١٠٣) د. خالد مصطفى فهمي، تعويض المضررين عن الأعمال الإرهابية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، ص ٧٨.

(١٠٤) راجع في ذلك:

JOHN MO, Options to Combat Maritime Piracy in Southeast Asia, Ocean Development & International Law, Taylor & Francis, 2002, p 345.

(١٠٥) د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ٢٧.

والإهمال وعدم التبصر<sup>(١٠٦)</sup>. وإذا كان من الممكن تحديد الخطأ في الحالات التي يتم فيها الإخلال بالتزامات قانونية نص عليها القانون، فإن الصعوبة تظهر في تحديد وحصر الواجبات التي لم ينص عليها القانون، والتي يعد الإخلال بها خطأً. لذلك حاول البعض تعريف الخطأ بأنه عبارة عن "الإخلال بأي التزام من الالتزامات المفروضة على الناقل بصورة عامة وفق المبادئ العامة للقانون"<sup>(١٠٧)</sup>.

أما فيما يتعلق بركن الإسناد فإن الغالبية العظمى من الفقه التقليدي تذهب إلى أن الإسناد عنصر شخصي معنوي يضاف لعنصر عدم المشروعية لتكملة مفهوم الخطأ، كما تحرص الأحكام القضائية على إبراز توافره في حق المسؤول<sup>(١٠٨)</sup>. وقد عرف عنصر الإسناد بأنه عبارة عن العلاقة التي تربط الفعل غير المشروع بإرادة

(١٠٦) راجع في ذلك:

Per Alderson B., Blyth v Birmingham Waterworks Co. (1856), available at: <http://kittycreamgreyskies.blogspot.com/2010/04/negligence-per-alderson-b-blyth-v.html?xm=8376bele294e60a1>

- وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأنه: "إذا قامت علاقة عقدية محددة بأطرافها ونطاقها، وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر في تنفيذ العقد، فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد، وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء أكان متعاقداً أم غير متعاقد". راجع: نقض مدني، ١٦ أبريل ١٩٦٨، طعن رقم ٢٨٠ س ٣٤ ق، مجموعة أحكام محكمة النقض.

(١٠٧) د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ٢٧.

(١٠٨) مثال ذلك الحكم الصادر من قبل هيئة التحكيم لدى المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة بتاريخ ٧ يوليو ١٩٨٥ في النزاع بين شركة فلوسرفيس النمساوية ووزير الزراعة المصري، حيث جاء فيه "تركيز العلاقة موضوع النزاع في الإقليم المصري استناداً إلى أن العقد بين الطرفين أبرم في مصر، وأن مصر هي قانون مكان التنفيذ وهي ذات الوقت قانون الدولة التي وقع فيها الحادث "حادث تحطم الطائرة" وخلصت الهيئة من عناصر الدعوى المشار إليها إلى أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في شأن مسؤولية وزارة الزراعة عن تعويض الضرر الذي لحق الطائرة لما نسب إليها من خطأ أدى إلى وقوع الحادث.

حرة، ولا يقصد بالإرادة هنا إرادة النتائج الضارة، ولكن المقصود هو إرادة الفعل ذاته بصرف النظر عن نتائجه، حيث إن إرادة النتائج تجعل الفعل عمدياً<sup>(١٠٩)</sup>.

ولم يسلم ركن الإسناد هو الآخر من النقد، حيث ذهب البعض إلى أنه عنصر غير ضروري في تكوين الخطأ، خاصة عندما يتعلق الأمر بخطأ غير عمدي<sup>(١١٠)</sup>.

وقد سعى جانب من الفقه على أثر الانتقادات السابقة إلى محاولة التجرد من العوامل الشخصية والنفسية، واتباع سلوك موضوعي في تعريف الخطأ، وذلك من خلاله ربطه بفكرة الانحراف في السلوك، حيث عرفه بأنه عبارة عن انحراف السلوك الذي لا يرتكبه الشخص الحريص إذا ما وجد في نفس الظروف الخارجية للناقل المتسبب في الضرر<sup>(١١١)</sup>.

ويبدو لنا تعريف خطأ الناقل بأنه عبارة عن عدم بذل العناية اللازمة للحفاظ على سلامة الراكب، من خلال التقصير في اتخاذ التدابير الضرورية لدفع الضرر.

٣٥- ونحن من جانبنا نرى أن خطأ الناقل في حوادث الإرهاب لا يخرج عن نطاق التعريف السابق، وأن ما يميز هذا الخطأ فقط هو المعيار الذي يقاس به مقدار العناية المطلوب من الناقل بذلها، فالضرر الذي يلحق الراكب على أثر حوادث الإرهاب يحتاج من الناقل أن يبذل جهداً استثنائياً لتفاديه، يفوق ذلك الجهد المبذول في الحوادث الأخرى<sup>(١١٢)</sup>، نظراً لكثرة وتنوع التدابير الواجب عليه مراعاتها للتنبؤ بوقوع

(١٠٩) د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ٣٤.

(١١٠) المرجع السابق، ص ٣٨.

(١١١) د. جلال وفاء محمددين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، دار الجامعة الجديدة، (بدون تاريخ نشر)، ص ٤٩.

(١١٢) والجدير بالذكر أن معيار بذل العناية (Duty of Care) كوسيلة لقياس الالتزام قد شهد تطوراً كبيراً في الآونة الأخيرة، حيث أصبح يحدد في ضوء المخاطر المرتبطة بالنشاط الذي يقوم به الملتزم، بما يفرض عليه تحليل المخاطر المحيطة والمتوقعة بالنشاط الملتزم به، ثم يجب عليه بذل عناية تتناسب مع حجم هذه المخاطر، وذلك بمعيار الشخص المحترف. الأمر الذي يجعل كل ملتزم في العلاقة قادراً على تحديد الدور المنوط به، ومسؤوليته تجاه هذا الدور، والحد الذي يبدأ عنده الإخلال بالمسؤولية، وذلك في ضوء عناصر واقعية "Real-world" بدلاً من التقديرات الجزافية من قبل القضاء "arbitrarily judicial standard". والملاحظ على هذا المعيار أنه يحدد مقدار العناية المطلوبة في ضوء طبيعة النشاط، وليس كما كان من قبل في ضوء القائم بالنشاط (معيار الشخص العادي). ولعل هذا المعيار الجديد هو الأقرب للعدالة؛ حيث يتسم بالموضوعية، وذلك من خلال تحديد مقدار العناية المطلوبة في ضوء طبيعة الالتزام المفروض، الأمر الذي يؤدي إلى المساواة بين الأشخاص الملتزمين بذات النشاط وإن تعدوا هذا من ناحية، =



هذه الحوادث وتلاشي آثارها الضارة إذا ما وقعت. لذلك فالضرر الواقع على أثر الإرهاب لا يخرج عن كونه تقصيراً من جانب الناقل في اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على سلامة الراكب، ولكنه تقصير في بذل جهد كبير لتفادي وقوع الضرر، فمما لاشك فيه أن خطأ الناقل مرتبط بالتزاماته تجاه الراكب سواء تلك التي نص عليها عقد النقل أم تلك التي تفرضها القواعد العامة في القانون، والتي من أهمها التزامه بالحفاظ على سلامته، والقيام بكافة التدابير اللازمة لذلك، ومن ثم وجب ربط خطأ الناقل عن أضرار الإرهاب بطبيعة التزاماته تجاه الراكب لتجنيبه ويلات الإرهاب.

ويلاحظ أن القوانين الأنجلوأمريكية قد حرصت بخصوص تحديد خطأ الناقل الجوي على التفرقة بين كلمتي الخطأ (fault) والإهمال (neglect)، فقد رأت أنه على الرغم من أن كل منهما ينطوي على سلوك مشين أو تقصير يؤدي إلى حدوث الضرر، إلا أن وجه الاختلاف بينهما يكمن في عنصر الإدراك، والذي يتوافر في الخطأ ولا يتوافر في الإهمال، حيث إن الأخير رغم أنه تصرف خاطئ إلا أن القائم به لا يتوافر لديه إدراك باحتمال وقوع أضرار نتيجة سلوكه، لذلك تطلق هذه القوانين على الخطأ مصطلح الخطأ الإرادي (willful misconduct)<sup>(١١٣)</sup>، ويقصد بعنصر الإدراك في الخطأ الإرادي انصراف علم القائم بالسلوك لما قد يترتب عليه من نتائج. من ناحية أخرى يختلف الخطأ الإرادي عن الغش<sup>(١١٤)</sup>، الذي لا يكفي بشأنه مجرد العلم

= ومن ناحية أخرى يعكس هذا المعيار وجود نوع من التشدد المطلوب في معاملة الملتزمين، ويبرر ذلك معظم المخاطر المرتبطة بهذه التجارة. راجع رسالتنا للدكتوراه، بعنوان (التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الإنترنت)، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠١٠، ص ٦٢. (١١٣) راجع في ذلك:

Willful Misconduct: How Bill First and the Drug Lobby Covertly Bagged a Liability Shield, Public Citizen, Congress Watch, 2006, p13.

(١١٤) يعرف الغش بأنه عبارة عن إتيان الفعل عن عمد بقصد إحداث الضرر بالغير، أو هو كل فعل أو امتناع بقصد إحداث الضرر، أو هو إرادة أحد أطراف العقد إحداث الضرر بالآخرين أو المتعاقد الآخر، ويتضح من هذه التعريفات أن الغش له عنصران، العنصر الأول: وهو السلوك الذي يأتيه الناقل الجوي (عمل أو امتناع عن عمل) يترتب عليه ضرر، والعنصر الثاني: يتمثل في إرادة الفعل أو الامتناع، وهو عنصر نفسي تدل عليه الظروف والمؤشرات الخارجية. راجع: د. حمدي محمد مصطفى حسن، الاستثناءات الواردة على مسؤولية الناقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاقية وارسو ١٩٢٩ والبروتوكولات المعدلة لها واتفاقية مونتريال ١٩٩٩ مع الإشارة إلى قانون المعاملات التجارية الإماراتي، بحث مقدم لمؤتمر الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع محاكم دبي وهيئة دبي للطيران المدني، الفترة من ٢٣-٢٥/٤/٢٠١٢، الجزء الأول، ص ٢٩٥.



بالنتائج، بل توجد لدى القائم به نية إحداث الضرر<sup>(١١٥)</sup>.

ويقتضي الأمر التمييز بين هذين النوعين من الخطأ كأساس لمسؤولية الناقل الجوي في حوادث الإرهاب، وذلك على النحو التالي:

## المبحث الثاني

### طبيعة خطأ الناقل وإمكانية اختصام شركة التأمين في حوادث الإرهاب

٣٦ - تبدو أهمية تحديد طبيعة خطأ الناقل في حوادث الإرهاب بالنظر إلى ارتباط قواعد مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن هذه الحوادث بتحديد هذه الطبيعة. فعلى الرغم من أن الاتفاقيات الدولية المعنية بشؤون النقل الجوي أصبحت تقلل من دور الخطأ كأساس لمسؤولية الناقل، لكن لا يمكن القول بأن ذلك من شأنه أن يقلل من أهميته، فاتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ رغم أنها تبنت المسؤولية الموضوعية للناقل في حالات معينة، لكنها لم تتخلّ عن فكرة الخطأ كأساس لمسؤوليته في حالات أخرى، كما أن اتفاقية وارسوا من قبلها تمسكت بفكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الناقل، وربطت إمكانية تمسكه بتحديد مسؤوليته عن تعويض الأضرار التي تلحق الأشخاص بما إذا كان خطؤه خطأ إرادياً أم مجرد إهمال، لذلك تبدو أهمية تحديد طبيعة خطأ الناقل في حوادث الإرهاب.

من ناحية أخرى يثير الحديث عن خطأ الناقل في حوادث الإرهاب إشكالية تتعلق بمدى إمكانية اختصام شركة التأمين عند رفع دعوى المسؤولية على الناقل، خاصة وأن العديد من التشريعات الوطنية لا تعترف بالتأمين ضد حوادث الإرهاب، بالنظر إلى المشاكل القانونية والاقتصادية المرتبطة بهذا الأمر.

وبناء عليه، تبدو أهمية بيان طبيعة خطأ الناقل في حوادث الإرهاب، ومدى إمكانية اختصام شركة التأمين في دعوى المسؤولية ضد الناقل، وذلك على النحو التالي:

(١١٥) د. جلال وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، المرجع السابق، ص ٤٩.

## المطلب الأول

### طبيعة خطأ الناقل الجوي في حوادث الإرهاب

٣٧- كان للفرقة بين الخطأ الإرادي وغير الإرادي للناقل الجوي أهمية خاصة في اتفاقية وارسو، حيث تبنت هذه الاتفاقية أساساً واحداً لمسؤولية الناقل وهي المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض، لكنها فيما يتعلق بحدود التعويض حرمتها من التمسك بالحد الأقصى للتعويض في حالة ثبوت خطئه الإرادي<sup>(١١٦)</sup>. أما اتفاقية مونتريال فقد تبنت منهجاً مختلفاً، حيث ربطت نوع المسؤولية بمقدار الأضرار التي لحقت بالراكب، فجعلته مسؤولاً عن الأضرار التي لا تتجاوز ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة بصرف النظر عن صدور خطأ من جانبه من عدمه، أما إذا تجاوز حجم الضرر ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة فقد أسست مسؤولية الناقل على أساس الخطأ المفترض، بحيث يسأل الناقل في مثل هذه الحالة بصورة مطلقة عن تعويض الضرر. ولعل مما يؤخذ على اتفاقية مونتريال في هذا الخصوص، أنها غفلت عن التمييز بين الإهمال والخطأ الإرادي في مجال مسؤولية الناقل، رغم أن المنطق وقواعد العدالة تقتضي مراعاة هذا الأمر، فعلى الرغم من أن الاتفاقية قد أسست مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تزيد عن ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة على الخطأ المفترض في جانب الناقل، إلا أنها كان يجب أن تفرق بين الخطأ الإرادي ومجرد الإهمال، بأن تحرم الناقل مثلاً في حالة الخطأ الإرادي من الاستفادة من وسائل دفع المسؤولية المقررة له من قبل الاتفاقية، خاصة في حوادث الإرهاب، حيث يقترب فيها الخطأ الإرادي للناقل من حدود الجريمة.

٣٨- ويبدو لنا أن واضعي اتفاقية مونتريال لم يحالفهم التوفيق إذ غفلوا عن مراعاة التمييز بين الخطأ الإرادي وغير الإرادي في خصوص مسؤولية الناقل عن التعويض، حيث إن قواعد العدالة والمنطق تقتضي مراعاة هذا التمييز، بحيث لا يعامل الناقل الذي ارتكب خطأ إرادياً بذلك الناقل المهمل أو المقصر. لكن رغم أن الاتفاقية قد غفلت عن هذا الأمر، فإن هذا لا يمنع من تداركه من قبل القضاء عند تقدير قيمة التعويض المستحق على أثر حوادث الإرهاب. فالخطأ الإرادي يختلف عن الإهمال، من حيث إن مرتكب الخطأ الإرادي يكون منتبهاً أو على الأقل مدركاً أن سلوكه مشين

(١١٦) تنص المادة ٢٥ من اتفاقية وارسو على: "ليس للناقل أن يتمسك بأحكام هذه الاتفاقية التي تعفيه من المسؤولية أو تحد منها إذا كان الضرر قد تولد من غشه أو من خطأ يراه قانون المحكمة المعروض عليها النزاع معادلاً للغش".

ومن شأنه الإضرار بالغير، أما الإهمال فلا يتوافر فيه الإدراك<sup>(١١٧)</sup>. ومن ثم يجب تشديد مسؤولية الناقل إذا ما ثبت أن الأضرار التي لحقت الراكب جاءت على أثر أخطاء عمدية أو شبه عمدية. من ناحية أخرى عرف القانون الأمريكي فكرة التعويضات الرادعة أو العقابية punitive damages، وهو التعويض الذي يحكم به للمضرور ليس على سبيل جبر الضرر، ولكن على سبيل العقاب والردع للمتسبب في الضرر، حيث يتيح هذا الأمر للمضرور الحصول على مبالغ مالية باهظة تتجاوز حدود الأضرار التي لحقت بالمضرور، وذلك على سبيل الترضية الإضافية Additional remedy<sup>(١١٨)</sup>. ولاشك أن لهذا الأمر فائدة كبيرة تقتضي التمييز بين الخطأ الإرادي وغير الإرادي للناقل في حوادث الإرهاب، وذلك على التفصيل.

## أولاً - الخطأ الإرادي كأساس لمسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب

٢٩ - يقتضي التعرض للخطأ الإرادي كأساس لمسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب تحديد مفهوم هذا الخطأ، وبيان حالاته وصوره، وتحديد معيار تقدير علم الناقل باحتمال وقوع الإرهاب، وذلك على التفصيل التالي:

### أ - مفهوم الخطأ الإرادي كأساس لمسؤولية الناقل الجوي:

٤٠ - شهد تعريف الخطأ الإرادي (willful misconduct) كأساس لمسؤولية الناقل تطوراً كبيراً انعكس على مضمونه، فقد كان يعرف في بادئ الأمر تعريفاً يقربه من الغش، حيث كان يشترط لتحقيقه توافر نية الإضرار لدى الناقل، ولا يكتفى فقط بإرادة الفعل، لذلك كان يعرف الخطأ الإرادي بأنه عبارة عن "اتجاه إرادة الناقل إلى إحداث الضرر"<sup>(١١٩)</sup> كما عرف أيضاً بأنه عبارة عن "فعل أو امتناع من جانب الناقل

(١١٧) د. جلال وفاة محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، المرجع السابق، ص ٤٩.

(١١٨) راجع:

Barbara J. Buono, The Recoverability of Punitive Damages Under the Warsaw Convention in Cases of Wilful Misconduct: Is the Sky the Limit?, Fordham International Law Journal, Volume 13, Issue 4, Article 6, 1989, p 571; Air transportation safety and system stabilization Act, public law 107-42-SEPT. 22, 2001, available at:

<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107pub142/pdf/PLAW-107pub142.pdf>

(١١٩) د. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥،

ص ٦٣.

أو أحد تابعيه وذلك بقصد إحداث ضرر، وإما برعونة مقرونة بإدراك أن الضرر قد يترتب عليها" (١٢٠).

وقد وجه النقد لهذه التعريفات على أساس أن هناك فرقاً بين الخطأ الإرادي والغش، حيث إن الغش يقوم على قصد القيام بالفعل وقصد تحقق الضرر، أما الخطأ الإرادي يكتفى بشأنه مجرد إرادة الفعل، دون إرادة الضرر. فالخطأ الإرادي وإن كان يدل على وجود تقصير شديد من قبل المخطئ يبرر تشديد مسؤوليته، إلا أن هذا التقصير وإن عظم يجب ألا يتجاوز حدود الإهمال، وينصرف إلى قصد وقوع الضرر (١٢١).

ولعل في هذه التفرقة ما يخدم تأسيس مسؤولية الناقل الجوي عن أضرار حوادث الإرهاب بناء على فكرة الخطأ الإرادي، حيث يصعب القول بأن الناقل كان يريد من وراء ما قام به من نشاط وقوع حادث الإرهاب وما يصاحبها من أضرار، فهذا سوف يعني أنه لن يسأل عن هذه الأضرار إلا إذا ثبتت مسؤوليته الجنائية عن هذا الحادث، وهذا فرض يصعب تصوره من الناحية العملية، لأنه المضرور الأول منه، ومن غير المتصور أن يساهم في إلحاق الضرر لنفسه.

وقد ذهب جانب من الفقه الألماني (١٢٢) للقول بأنه يكفي لتحقيق الخطأ الإرادي اتجاه إرادة الناقل إلى الفعل المادي، حتى ولو لم تنصرف نيته إلى إحداث الضرر، نتيجة أنه أساء التوقع، أو توقع الضرر، ولكن هذا التوقع لم يكف لمنعه من مباشرة الفعل.

وفي محاولة لسلوك طريق وسط، ذهب الفقه الفرنسي إلى أن الخطأ الإرادي للناقل يتحقق لمجرد توقعه حدوث الضرر، حتى ولو لم تتجه إرادته بصورة مباشرة إلى إحداثه (١٢٣).

(١٢٠) د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، بند ١١٩، ص ٣٠١.  
(١٢١) ولعل هذا ما يميز الخطأ في مجال المسؤولية المدنية عنه في مجال المسؤولية الجنائية، حيث إن الأخيرة تقوم على توافر القصد الجنائي الذي تعكسه انصراف الإرادة لتحقيق النتيجة الإجرامية.

(١٢٢) راجع في ذلك:

Christian Jung, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): Survey, op. cit, p130

(١٢٣) راجع في ذلك:

Kelly Compton Grems, punitive damages under the Warsaw convention: revisiting the drafters intent, the American university law review, Vol. (41:141), 1992, p149.



هذا وقد سعت محكمة النقض الفرنسية إلى تبني مفهوم موسع لفكرة الخطأ الإرادي، حيث عرفت أنه عبارة عن رفض الناقل عمداً تنفيذ التزاماته العقدية، ولو لم يكن يقصد بذلك الإضرار بالعائد الآخر<sup>(١٢٤)</sup>.

ويعاب على هذا التعريف أنه حصر خطأ الناقل فقط في حالات الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية فقط، رغم أن خطأ الناقل يتحقق حتى ولو كان إخلاله بتنفيذ التزام غير عقدي مفروضاً عليه من قبل القواعد العامة للقانون.

وعرف الخطأ الإرادي للناقل في القانون الأمريكي بأنه عبارة عن كل من الأفعال العمدية أو أعمال عدم الاكتراث التي تقع دون مبالاة بالنتائج<sup>(١٢٥)</sup>.

وعرف أيضاً بأنه عبارة عن "فعل أو امتناع عن فعل يتم بصورة إرادية، يعلم معه الفاعل باحتمال وقوع الضرر، أو لا يعلم باحتمال وقوع الضرر نتيجة عدم اكتراثه بوقوعه"<sup>(١٢٦)</sup>.

وفي هدى التعريفات السابقة يبدو لنا تعريف الخطأ الإرادي للناقل في حوادث الإرهاب بأنه عبارة عن تقصير متعمد (عدم تنفيذ أحد الالتزامات العقدية أو غير العقدية) يقع من الناقل بناء على فعل أو امتناع عن فعل، مع علمه باحتمال وقوع الضرر وعدم اكتراثه لذلك، دون تعمد تحقق الضرر.

ويتشابه مفهوم الخطأ الإرادي بالمعنى السابق مع فكرة الخطأ الجسيم المعروفة في القانون الألماني<sup>(١٢٧)</sup>، والتي تعرف بأنها عبارة عن "ترك الاحتياط عن دفع ضرر متوقع"<sup>(١٢٨)</sup>. كما يعرف أيضاً بأنه عبارة عن فعل أو امتناع عن فعل يقع بسبب

(١٢٤) راجع في ذلك:

Comedi francaise, cour de cassation, chambre civile 1, publie au bulletin, du 4 fevrier.

(١٢٥) د. ثروت أنيس الأسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، ص ٥٩٢.

(١٢٦) راجع في ذلك:

Bertrand SABADIE, La faute nautique: un cas excepte en perte de sens, op.cit, p 122.

(١٢٧) ويرى الأسيوطي أنه لا يوجد تطابق بين فكرتي العمد والخطأ الجسيم (قانون ألماني وفرنسي) وفكرة "willful misconduct" (أنجلوأمريكي)، لأن أخف صور الأخير هو عدم الاكتراث يتطلب أن يكون الفعل إرادي، وأن ينطوي سلوك الفاعل على عدم مبالاة بالنتائج، وهذا لا يتوافر في الخطأ الجسيم.

(١٢٨) د. محمد حسين علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٤١٠-١٩٩٠، ص ١٦١.

استهتار الناقل، مع علمه باحتمال وقوع الضرر وفق ما ترجحه الظروف<sup>(١٢٩)</sup>.

أيضاً يتشابه مضمون الخطأ الإرادي ومضمون الخطأ غير المغتفر في القانون الفرنسي (faute inexcusable)، والذي يعرف بأنه عبارة عن فعل إرادي يقتصره الناقل عن وعي بخطورة الفعل، أو وجوب الوعي بذلك في ضوء الظروف المحيطة، مع عدم توافر سبب من أسباب الإباحة<sup>(١٣٠)</sup>.

وفى هدى التعريفات السابقة يظهر التمييز بين قبول الإرهاب وإرادته، فعند توافر الإرادة يتحقق الخطأ العمدى، وهذا يتطلب توافر توقع النتائج الضارة وتوافر الرغبة في تحقيقها. أما قبول المخاطر، فيتوافر فيها توقع الضرر، ولكن لا توجد رغبة في تحقيقه<sup>(١٣١)</sup>.

وتتأسس فكرة الخطأ الإرادي للناقل بالمفهوم السابق على عنصرين، الأول: اتجاه الإرادة لارتكاب فعل ما أو الامتناع عن أداء واجب معين. والثاني: وجود وعي لدى مرتكب الفعل أو الامتناع بالنتائج الضارة المحتملة<sup>(١٣٢)</sup>.

## ب - حالات الخطأ الإرادي للناقل الجوي في حوادث الإرهاب:

٤١ - للهولة الأولى يصعب تصور مساءلة الناقل الجوي عن أضرار حوادث الإرهاب بناء على الخطأ الإرادي، نظراً لصعوبة تخيل علمه باحتمال وقوع الاعتداءات الإرهابية، وتخاذله رغم ذلك في اتخاذ التدابير اللازمة لمنعها. يضاف لكل هذا وجود صعوبة كبيرة في إثبات توافر هذا العلم أو هذه الإرادة لدى الناقل.

ومع ذلك يرى جانب من الفقه<sup>(١٣٣)</sup> تصور تحقق الخطأ الإرادي للناقل في حوادث الإرهاب، وذلك في حالة إدراكه باحتمال وقوع حادث الإرهاب، وتخاذله مع ذلك في اتخاذ التدابير اللازمة لمنع وقوعها، ونضيف لذلك إمكانية مساءلة الناقل بناء على الخطأ الإرادي أيضاً في حالة وجوب علم الناقل وفقاً لمعيار الرجل الحريص في ذات

(١٢٩) راجع في ذلك:

Christian Jung, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): Survey, op. cit, p 160.

(١٣٠) د. محمد حسين علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ١٦١.

(١٣١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(١٣٢) د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، بند ١١٧، ص ٢٩٨.

(١٣٣) د. جلال وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، المرجع السابق، ص ٤٩.

ظروفه باحتمال وقوع حادث الإرهاب، وتخاذله رغم هذا في تفادي وقوعه، وذلك على التفصيل التالي:

### الحالة الأولى - إدراك الناقل باحتمال وقوع الإرهاب وعدم اتخاذه الإجراءات الأمنية اللازمة لمنع وقوعه:

٤٢ - يذهب جانب من الفقه<sup>(١٣٤)</sup> إلى أنه يمكن مساءلة الناقل عن الأضرار التي تلحق الركاب بسبب حادث الإرهاب بناء على الخطأ الإرادي، وذلك إذا ثبت أن الناقل أو أحد تابعيه كانوا على علم باحتمال وقوع هذه الحادثة، وما قد يترتب عليها من أضرار، ومع ذلك لم يتخذوا الإجراءات والتدابير اللازمة لتوقي وقوعها. فلو أن الناقل قبل قيامه بالرحلة الجوية كان على علم بوجود جماعات إرهابية أو انتشار للنزاعات الطائفية أو غياب أو ضعف أجهزة الأمن في مناطق معينة تقع في خط سير رحلته، ولم يمتنع رغم ذلك عن القيام بهذه الرحلة، أو قام بها دون اتخاذ الإجراءات الأمنية اللازمة لحماية الطائرة ومن على متنها، فإن هذا لا يمكن أن يوصف بأنه مجرد إهمال من الناقل، ولكنه خطأ إرادي، يجب معه أن يسأل عن الأضرار التي تلحق بالركاب نتيجة لهذا، بل إن هذه الحالة تدعو إلى التشديد من مسؤولية الناقل، ولعل هذه الحالة تجسد فكرة الخطأ الإرادي بصورة واضحة، فالناقل رغم علمه بوجود الخطر واحتمال وقوع الضرر لم يكثر ولم يبال، وقصد ممارسة النشاط رغم ذلك، لكن دون أن يتوافر لديه نية وقوع الضرر.

وقد كان لهذه الحالة من حالات الخطأ الإرادي صدى في العديد من أحكام المحاكم، كان أهمها ما يلي:

١ - قضية الطائرة التابعة لشركة الخطوط الجوية الليبية في عام ١٩٧٣<sup>(١٣٥)</sup>. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد الطائرات التابعة لشركة الطيران الليبية قامت برحلة جوية من مطار بنغازي إلى مطار القاهرة في ١٩٧٣/١/٢١. وأثناء الرحلة ضلت الطائرة طريقها ودخلت منطقة سيناء المحتلة من قبل الجيش الإسرائيلي،

(١٣٤) د. ثروت أنيس الأسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، ص ٦٠٣؛ د. جلال وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، المرجع السابق، ص ٧٥.

(١٣٥) محكمة بنغازي الابتدائية، الجمهورية العربية الليبية، قضية يوسف صالح سعيد العقوري وآخرين ضد شركة الخطوط الجوية العربية الليبية وآخرين، جلسة ١٩٧٦/٥/٢، حكم لم ينشر، مشار إليه لدى: د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، بند ١١٩، ص ٣٠٢.

فَقُصِّصَتْ على أثر ذلك من قبل قوات الاحتلال مما أدى إلى تحطمها ووفاة جميع ركبها.

تقدم ورثة الركاب بدعوى ضد شركة الطيران الليبية، وطالبوا المحكمة بإلزام شركة الطيران على دفع تعويض كامل عما لحق ذويهم.

استجابت المحكمة لمطلب المدعين، وقد قالت المحكمة في حيثيات حكمها "وحيث أنه باستقراء وقائع الدعوى في ضوء المبادئ القانونية وفي هداها واستخلاصاً مما ورد بمستندات الطرفين، يتبين أن ركن الخطأ متوفر في جانب المدعى عليها (شركة الطيران). وقد ثبت للمحكمة في ضوء تحقيق منظمة الطيران المدني الدولي عدم تزويد طاقم الطائرة الليبية بالإجراءات والإشارات الضوئية، وقد تسبب ذلك في عدم استجابة مساعد الطيار الذي كان يتولى قيادة الطائرة للإشارات التي وجهها له قائد فريق الطائرات الاعتراضية الإسرائيلية، كما أنه لم يكن ملماً باللغة الفرنسية بشكل كافٍ للتفاهم مع قائد الطائرة الفرنسي الجنسية، ولقد قرر مساعد الطيار في التحقيقات أنه هبط حسب التعليمات في قاعدة عسكرية للسلاح الجوي الإسرائيلي، لكنه عندما لاحظ أن الطائرة التي تلاحقه اختفت، أقلع مرة أخرى مما أدى إلى إطلاق النار عليه فسقطت الطائرة، الأمر الذي رأت معه المحكمة تحقق عناصر الخطأ الإرادي، لأنه بصعوده بالطائرة مرة أخرى عرض الطائرة لخطر القصف بالمدفعية، رغم أنه كان على وعي كامل باحتمال النتيجة.

ويلاحظ أن الواقعة السابقة تجسد بجلاء فكرة الخطأ الإرادي للناقل في حوادث الإرهاب، حيث إن الطيران فوق المناطق المحتلة أو المجاورة أمر كافٍ لكى يدرك الناقل أن ثمة اعتداء سوف يقع على الطائرة، كما أن معاودة الطيران بعد الهبوط في القاعدة العسكرية التابعة لسلاح الجو الإسرائيلي كان يجب معه التنبؤ بوقوع اعتداء على الطائرة، وعلى الرغم من كل هذه المؤشرات إلا أن الناقل قصد ممارسة النشاط، مما أدى إلى وقوع الضرر.

٢ - قضية Abraham BENJAMINS v. BRITISH EUROPEAN AIRWAYS<sup>(١٣٦)</sup>:

تمثلت وقائع هذه القضية في أن أحد الطائرات التابعة لشركة الطيران Air Inter أقلعت من مطار باريس بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٧٧، وقد قام أحد الأشخاص

(١٣٦) راجع:

Bornier v Air Inter, Tribunal de Grande Instance de Paris' (1979) 4 Air and Space Law, Issue 3, pp. 168-168.



باختطاف الطائرة تحت تهديد قنبلة يدوية، ودفعها للهبوط في مطار "أورلي". وقد تمكنت الشرطة من فرض سيطرتها على الطائرة والقبض على هذا الشخص، وفي أثناء محاولة القبض عليه سقطت من يده القنبلة فانفجرت، فتسببت في جرح أحد ركاب الطائرة، مما دفعه لإقامة دعوى مطالباً إلزام شركة الطيران بالتعويض.

وقد قضت المحكمة بمسؤولية شركة الطيران عن التعويض الكامل للمدعي، وقد بررت ذلك بأن احتمال وقوع الاعتداء الإرهابي أمر متوقع في ضوء الحوادث المتكررة من هذا النوع، ويمكن لأي ناقل جوي حريص على أمن وسلامة الطائرة ومن على متنها أن يتوقعه، وأن الناقل كان من المتعين عليه أن يتخذ كافة التدابير اللازمة لتفادي مثل هذا الحادث؛ من خلال تفتيش الركاب قبل صعودهم الطائرة، وتزويد الطائرة برجال الأمن للسيطرة على الركاب خلال فترة الرحلة<sup>(١٣٧)</sup>. وبما أن المحكمة قد ثبت لها أن الشخص الإرهابي لم يمر عبر جهاز التفتيش الإلكتروني المزود بنظام الأشعة تحت الحمراء، فإن وقوع الحادث يشكل خطأ إرادياً من قبل شركة الطيران، يحرمها من الاستفادة من التعويض المحدود، ومن ثم قضت المحكمة بمسؤولية الشركة عن التعويض الكامل.

(١٣٧) هذا وقد أصدر مكتب الطيران المدني الفيدرالي الأمريكي "F.A.A" في سبتمبر لعام ١٩٦٨ مجموعة من التوجيهات والتعليمات الموجه لشركات الطيران بضرورة فرض إجراءات رقابية صارمة على الركاب، من خلال مراقبة تصرفاتهم وسلوكياتهم ومظهرهم الخارجي، كما أوصى بضرورة منح رجال أمن المطار سلطات واسعة في تفتيش الركاب وما بحوزتهم من حقائق، حتى لو كانت حقائق دبلوماسية، وذلك باستخدام أجهزة الفحص الخاصة بالكشف عن الأسلحة والمتفجرات. وفي عام ١٩٧٢ صدرت مجموعة من اللوائح الفيدرالية الخاصة بالتدابير الأمنية اللازمة لمنع أي راكب من الصعود للطائرة، كما تضمن هذه اللوائح توصيات بتزويد الطائرة بجهاز قياسي للكشف عن الأسلحة.

Federal aviation regulations, Part 77 is codified under Subchapter C, Aircraft, of Title 14 of the Code of Federal Regulations, March 1993. available at::

- وقد قضى القضاء الأمريكي تطبيقاً لذلك في قضية RUIZ v. PEOPLE EXP. AIRLINES بأن من حق شركة الطيران المدعى عليها رفض دخول الحقيبة التي كانت في حوزة المدعى، والتي اكتشف أن بها أسلحة نارية فارغة، وأن هذا لا يعد إخلالاً بعقد النقل، حيث إن منعه على أثر ما وجد معه من أسلحة أمر يدخل في نطاق سلطة شركة الطيران في تأمين سلامة الرحلة، وأن المدعى إذا ما أراد أن ينقل مثل هذه الحقيبة عليه أن يجري اتفاقاً خاصاً مع الشركة على ذلك وفقاً لما تقرره من شروط.

RUIZ v. PEOPLE EXP. AIRLINES, INC. 802 F.2d 1508 (1986), No. 85-1659, United States Court of Appeals, Fourth Circuit.

## ٣ - حادث اختطاف الطائرة التابعة لشركة TWA:

في يونيو عام ١٩٨٥ تم اختطاف إحدى الطائرات التابعة لشركة TWA في مطار أثينا، ولم يكن هذا هو الحادث الأول الذي وقع للطائرات التابعة لهذه الشركة (حيث تعرضت إحدى الطائرات التابعة لنفس الشركة لحادث إرهابي عام ١٩٧٤)، الأمر الذي دفع الفقه إلى تقرير مسؤولية الناقل بناء على فكرة الخطأ الإرادي، حيث إن تكرار وقع هذا الحادث يفرض على الشركة أن تستفيد من تجربتها السابقة، من خلال اتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لدفع مثل هذه الحوادث وتجنبها، وأن عدم قيام الناقل بذلك يعد عدم اكتراث مصحوب بوعي لما قد يترتب عليه حادث مماثل من أضرار للركاب<sup>(١٣٨)</sup>.

ويلاحظ على هذه الواقعة أنها تعكس بجلاء وجود تقصير من قبل الناقل لا يكفي أن يوصف بأنه مجرد إهمال، ولكنه خطأ يقترب من الغش، فالتخاذل من قبل الناقل في تفتيش الركاب قبل الصعود للطائرة رغم تكرار وقوع الحوادث الإرهابية، أمر يجب معه على الناقل أن يدرك احتمال وقوع الإرهاب بصورة كبيرة، وأن عدم قيامه - رغم ذلك - باتخاذ التدابير اللازمة لتفادي وقوع هذه الحوادث، يجعل خطأ الناقل خطأ إرادياً يجب معه تشديد مسؤوليته.

فهذه الحالة تفترض بذل الناقل عناية كبيرة في تأمين الرحلة الجوية في حالة وجود بعض المؤشرات التي تشير إلى وجود احتمالات بوقوع حوادث إرهابية، وذلك بإجراء الاستطلاعات الأمنية اللازمة حول خط سير الرحلة، من خلال الاتصال بالسلطات الأمنية المختصة والوقوف على أهم المستجدات الأمنية، وتجهيز الطائرة بكل ما يلزم لتأمينها ضد مختلف الهجمات الإرهابية، سواء من حيث الأجهزة والمعدات أم من حيث الكفاءات البشرية المدربة التي تملك الخبرة للتصدي لمثل هذه الهجمات، بحيث يمكن القول بأن تقصير الناقل في اتخاذ مثل هذه الإجراءات يعد خطأ إرادياً من جانبه، يجعله مسؤولاً عن الأضرار التي تخلفها الحوادث الإرهابية.

ووفقاً للقانون الأمريكي فإن مكتب إدارة الطيران الفيدرالي الأمريكي FAA يعمل على تجميع المعلومات والبيانات عن الإرهابيين، وذلك بالاستعانة بأجهزة المخابرات في الدول المختلفة، ويصدر على هدي ذلك مجلة تسمى بالمجلة الأمنية Security bulletin، حيث يتم نشر هذه المجلة على السفارات المختلفة لتوزيعها على شركات الطيران لاتخاذ تدابيرها الأمنية اللازمة.

(١٣٨) د. جلال وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، المرجع السابق، ص ٧٦.

ويرى القضاء الأمريكي أن مجرد مخالفة الناقل لقواعد ولوائح الطيران الخاصة بالسلامة كاف لتحقيق الخطأ الإرادي، ومن ثم تشديد مسؤوليته وإلزامه بالتعويض الكامل، مادامت هذه المخالفات كانت السبب وراء وقوع الحادث<sup>(١٣٩)</sup>.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الاتجاه، ونرى أنه ليس كل مخالفة لقواعد السلامة يمكن أن يتحقق معها الخطأ الإرادي للناقل، حيث إن الأخير له شروط معينة يجب أن تتوافر للقول بوجوده، وهي أن يدرك الناقل احتمال وقوع الضرر، ويقصد رغم ذلك ممارسة النشاط، فالخطأ الإرادي سلوك منحرف من قبل الناقل يستدعي تشديد مسؤوليته، ومن ثم لا يمكن القول بأن كل مخالفة لقواعد السلامة يتم اعتبارها خطأ إرادياً.

### ج - معيار تقدير علم الناقل الجوي باحتمال وقوع الضرر في حوادث الإرهاب:

٤٣ - تبدو أهمية الوقوف على معيار تقدير علم الناقل الجوي باحتمال وقوع الضرر في حوادث الإرهاب في أنه سينعكس على نطاق الأعمال والتصرفات التي تعد من قبيل الخطأ الإرادي للناقل في حوادث الإرهاب.

والملاحظ على نصوص اتفاقية مونتريال أنها جاءت خالية من نص يحدد المعيار الواجب الاتباع لقياس التدابير الواجب على الناقل اتخاذها، الأمر الذي يعكس الرغبة في ترك المسألة لتقدير القضاء.

وفي هدي الوقائع القضائية السابقة يستنتج أن خطأ الناقل الإرادي في حوادث الإرهاب يتطلب توافر العلم والوعي باحتمال وقوع الضرر لتحقيق خطأ الناقل، الأمر الذي يثير التساؤل حول معيار تقدير هذا العلم والوعي؟ بعبارة أخرى هل يعتد في تقدير وجود أو عدم وجود العلم بمعيار شخصي يعتمد على المعرفة والعلم الشخصي للناقل، أم بالاعتماد على معيار موضوعي يقيس مدى خطأ الناقل في ضوء سلوكيات شخص من نفس مهنته وظروفه؟

#### ١ - المعيار الشخصي لتقدير علم الناقل باحتمال وقوع الضرر في حوادث الإرهاب:

٤٤ - وفقاً للمعيار الشخصي يجب لاعتبار التصرف الصادر عن الناقل خطأ إرادياً أن يكون هو شخصياً على علم بأن سلوكه (سواء بالعمل أو بالامتناع عن

(١٣٩) المرجع السابق، ص ٦٤.

العمل) ينطوي على مخالفة، وأن ممارسة هذا السلوك من شأنها الإضرار بمصالح الركاب، فالناقل حتى يسأل عن أضرار الإرهاب وفقاً لهذا المعيار يجب أن يكون هو شخصياً على علم باحتمال وقوعه في ضوء قدراته الشخصية الخاصة.

ويلاحظ أن الأخذ بهذا المعيار من شأنه أن يضيق من نطاق الحالات التي سيعتبر فيها سلوك الناقل خطأً إرادياً مسؤولاً عنه، حيث سيصعب إثبات وجود هذا العلم لدى الناقل، باعتبار أن محل الإثبات مسألة نفسية غير ملموسة. يضاف لذلك أن درجة الخطأ المستوجب للمسؤولية سيختلف من ناقل لآخر، وذلك بالنظر لاختلاف قدراتهم الشخصية في الوعي واليقظة، فما قد يعتبر خطأً بالنسبة لناقل قد لا يعد خطأً بالنسبة لناقل آخر<sup>(١٤٠)</sup>.

## ٢ - المعيار الموضوعي لتقدير علم الناقل باحتمال وقوع الضرر في حوادث الإرهاب:

٤٥- يقوم المعيار الموضوعي على أساس قياس علم الناقل باحتمال وقوع الحادث الإرهابي في ضوء معيار ثابت محدد سلفاً، وهو معيار الناقل الحريص في نفس ظروف الناقل وكفاءته، وذلك بصرف النظر عما وقر في نفس الناقل شخصياً، حيث يفترض علم الناقل باحتمال وقوع حادث الإرهاب إذا كان الشخص العادي في نفس ظروفه وكفاءته كان يجب عليه أن يعلم بذلك<sup>(١٤١)</sup>.

ويبدو لنا عدالة المعيار الموضوعي في تحديد خطأ الناقل، بالنظر إلى أنه يبتعد عن الخوض في ظروفه الشخصية، لكونها أموراً يصعب تقديرها والوقوف عليها بدقة، خاصة في حوادث الإرهاب، حيث إن مثل هذه الحوادث توصف بالكوارث التي قد تؤدي في الغالب إلى وفاة كافة الموجودين على متن الطائرة خاصة في حوادث التفجيرات، الأمر الذي لا يبقى معه سوى التحقيقات التي تتم لبحث بعض المسائل الفنية المدعومة ببعض الرسائل اللاسلكية والتسجيلات الصوتية<sup>(١٤٢)</sup>، ومن ثم وجب

(١٤٠) د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ٥٠.

(١٤١) د. ثروت أنيس الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٤٤٨؛ د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، بند ٦٨، ص ٢٠١.

(١٤٢) لمزيد من التفصيل راجع: د. يسرية محمد عبد الجليل محمد، تقارير حوادث الطائرات وبورها في إثبات المسؤولية، بحث مقدم لمؤتمر الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع محاكم دبي وهيئة دبي للطيران المدني، الفترة من ٢٣-٢٥/٤/٢٠١٢، الجزء الأول، ص ٣٨٣.



الاعتماد على معيار موضوعي مجرد يقيس الإجراءات والتدابير الضرورية واجبة الاتباع في مثل هذه الحوادث.

وجدير بالذكر أن القضاء في الغالب يعتمد على المعيار الموضوعي لقياس وتقدير مدى علم الناقل بوقوع الحادث الجوي، فقد قضت المحكمة الاستئنافية للولايات المتحدة الأمريكية (الدائرة الثانية) بأن سلوك الناقل إذا ما صدر عن إرادة حرة بغير قصد إحداث الضرر مصحوباً بعدم اكتراث، وكان من اليسير عليه إدراك أن سلوكه يمثل خطراً غير عادي، قد يتسبب في حدوث الضرر، لأن أي قائد طائرة يوجد في ذات الظروف كان من المفترض أن يعلم في ضوء ظروف الحادث، أن هذا السلوك يمثل خرقاً لقواعد السلامة، فإنه يكون مسؤولاً عن حدوث الضرر<sup>(١٤٣)</sup>.

لكن هذا لا يمنع من قيام القاضي بمراعاة الظروف الخاصة بحوادث الإرهاب عند تقدير مقدار العناية الواجب على الناقل اتباعها، بحيث يحرص على أن تكون التدابير التي يقاس خطأ الناقل في هديها، تدابير تتناسب مع توقع حوادث الإرهاب وكيفية دفعها، فلا يمكن القول مثلاً أن التدابير المكلف بها الناقل هي التدابير المعقولة وليست التدابير الاستثنائية التي تتناسب مع حجم وطبيعة أضرار الإرهاب.

وقد جاء تصديقاً لهذا الرأي الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في قضية Juggoslovenski Aero - transport V. Epoux Gati، والذي قضى بأن الناقل ملتزم باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لتجنب وقوع الضرر، بما في ذلك الإجراءات ذات الصلة المباشرة بالحادث، وذلك بالنظر إلى أن المحكمة هي الأقدر على التأكد من وجود خطأ يمكن نسبته للناقل أو تابعيه من عدمه<sup>(١٤٤)</sup>.

ويظهر هذا الحكم بجلاء أن المعيار الذي يقاس من خلاله تقصير الناقل في اتخاذ التدابير اللازمة لتفادي وقوع الإرهاب يجب أن يكون معياراً موضوعياً مجرداً من الظروف الشخصية للناقل، لكن يجب في ذات الوقت أن يأخذ في الاعتبار الظروف الخاصة بحوادث الإرهاب، وما تحتاج إليه من بذل عناية ومجهود خاص لتفادي وقوعها، وقد أشار الحكم السابق لذلك صراحة بعبارة "بما في ذلك الإجراءات ذات الصلة

(١٤٣) راجع:

LeRoy v. Sabena Belgian World Airlines, 344 F. 2d 266 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1965.

(١٤٤) راجع:

CA Paris, Urt v 12.12.1961, jugoslovenski aero-transport v. epoux gati - RFDA 1962, p 93.

المباشرة بالحادث". ولعل هذا يعكس وجود تشديد في معاملة الناقل في حوادث الإرهاب، لكنه تشديد تبرره الطبيعة الخاصة للالتزام بسلامة الراكب الذي يقع على عاتق الناقل، ويدل عليه موقف اتفاقية مونتريال، والتي جعلت مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق الراكب مسؤولية موضوعية (في حدود ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة) تقوم لمجرد تحقق الضرر، حتى ولو لم يثبت الخطأ في حق الناقل، كما جعلها مسؤولية قائمة على الخطأ المفترض فيما تجاوز هذه الحدود، الأمر الذي يعكس وجود رغبة من قبل الناقل في بذل عناية خاصة للتصدي للحوادث الجوية، خاصة حوادث الإرهاب.

٤٦- ويعود ترجيحنا للمعيار الموضوعي لتقدير وتقييم علم الناقل باحتمال وقوع الضرر في حوادث الإرهاب، للأسباب التالية:

- ١ - إن التعرف على علم الناقل باحتمال وقوع حادث الإرهاب بمعيار شخصي من شأنه أن يحدث خلطاً بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي للناقل، فالخطأ الأخير يحتاج إلى التحقق من توافر القصد الجنائي بالاعتماد على معيار شخصي يبحث في النوايا والبواعث، أما الخطأ المدني فيكفي لنسبته للناقل الاعتماد على معيار موضوعي مجرد من الظروف الشخصية الخاصة بالناقل، لأن الأمر لا يتعلق بارتكاب الناقل للإرهاب، ولكن في تسبب خطئه في وصول ضرر الإرهاب للراكب.
- ٢ - إن قانون الطيران المدني المصري وكذلك بعض الاتفاقيات الدولية المعنية بالنقل الجوي (كاتفاقية مونتريال) لا تفرق فيما يتعلق بمسؤولية الناقل عن تعويض الضرر بين الخطأ الإرادي وغير الإرادي، الأمر الذي يوحي بالنظرة الموضوعية المجردة عن الظروف الذاتية والشخصية للناقل.
- ٣ - الأخذ بالمعيار الموضوعي يتسم بالعدالة والمنطق، نظراً لاعتماده على معيار ثابت محدد سلفاً، وهو معيار الشخص الحريص في نفس ظروف الناقل وكفاءته، الأمر الذي يؤدي إلى توحيد المعاملة تجاه جميع الناقلين، خاصة أن حوادث الإرهاب تتسم بالدولية. من ناحية أخرى، من شأن الأخذ بهذا المعيار توسعة نطاق الأعمال التي تعد من قبيل الخطأ الإرادي للناقل، كما أنه سيسهل من عملية إثبات علمه بانطواء سلوكه على خطأ.
- ٤ - أن الأخذ بالمعيار الموضوعي من شأنه توسعة نطاق الأعمال التي تشكل خطأ إرادياً للناقل، وفي هذا ما يتوافق مع الاتجاه العام للتشريعات الوطنية والدولية للتشديد من مسؤولية الناقل الجوي، خاصة في حوادث الإرهاب، التي تحتاج من الناقل بذل عناية أكبر لتفاديها، ومن ثم زيادة حالات الخطأ الإرادي للناقل في مثل هذه الحوادث.

## الحالة الثانية: عدم قيام الناقل بتحذير الركاب من خطر الإرهاب في ظل علمه باحتمال وقوعه:

٤٧ - تتعامل هذه الحالة مع الناقل الذي نما إلى علمه أن رحلته الجوية من المحتمل تعرضها لعمل إرهابي، ومع هذا لم يقيم بإبلاغ الركاب وتحذيرهم من مخاطر الإرهاب قبل بداية الرحلة، وذلك بصرف النظر عن اتخاذ التدابير اللازمة لتفادي وقوع الإرهاب من عدمه من قبل الناقل.

ويعرف الالتزام بالتحذير Duty to warn بصورة عامة بأنه عبارة عن إلزام أي شخص بتحذير شخص آخر إذا ما تبين له وجود خطر حال ومحقق، يهدد الأخير في نفسه أو ماله<sup>(١٤٥)</sup>.

وقد بدت أهمية هذا الالتزام في مجال النقل الجوي على أثر ما شهدته التزام الناقل بسلامة الركاب من تطور، حيث لم يعد يقتصر على مجرد بذل العناية والحيطة لتأمين سلامة الركاب، بل أصبح ذات مضمون فني ومهني، يجعل هذا الالتزام يشتمل على كل ما يرتبط بالسلامة الجوية، فلم يعد الناقل مكلفاً فقط بمجرد تقديم طائرة صالحة للملاحة الجوية، ومجهزة بالأفراد المدربين والأجهزة المتقدمة، ولكن يجب عليه أيضاً أن يحيط الركاب علماً بطبيعة المخاطر التي تحيط بالرحلة، ولعل مما يزيد من تبرير هذا الالتزام الطبيعة الخاصة للنقل الجوي؛ حيث إنه مع بداية الرحلة يضع

(١٤٥) د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند ٧٩، ص ٢٢٢.

- وقد كان من أشهر الوقائع التي عرضت على القضاء الأمريكي في هذا الصدد قضية Tarasoff، حيث تتلخص وقائعها أنه في عام ١٩٧٦ علم أحد الأطباء النفسيين التابعين لجامعة كاليفورنيا من أحد مرضاه بأنه سوف يقوم بقتل صديقه، فقام الطبيب على أثر ذلك بإبلاغ الشرطة، فقامت باستدعاء المريض لسؤاله فيما وصل إليها من بلاغ، ثم أخلت سبيله، لكن ذلك لم يمنعه من ارتكاب جريمته. قام والد القتيلة برفع دعوى تعويض ضد جامعة كاليفورنيا التابع لها الطبيب النفسي، متهمه بأنه كان من الواجب على الطبيب أن يحذر ابنته بناء على ما وصل لعلمه من معلومات حول تعرض حياتها للخطر. حكمت المحكمة بمسؤولية الطبيب، على أساس التزامه بالتحذير، وقالت المحكمة أنه على الرغم من أن الطبيب ملتزم بحفظ أسرار مرضاه، إلا أنه متى تعلقت هذه الأسرار بارتكاب جريمة، فإن الطبيب كان من الواجب عليه أن يحذر القتيلة، خاصة وأنه يعرفها معرفة شخصية.

Tarasoff v. Regents of the University of California 551 P.2d 334 (1976), available at: <http://www.publichealthlaw.net/Reader/docs/Tarasoff.pdf>

الراكب نفسه تحت السيطرة التامة للناقل، ولا يكون له خيار آخر، لذلك وجب إعلامه بمخاطر الإرهاب قبل بدء الرحلة<sup>(١٤٦)</sup>.

والملاحظ على هذه الحالة أنها لا تتعامل مع التدابير التي يجب على الناقل اتخاذها لتفادي تعرض الرحلة الجوية لمخاطر الإرهاب، ولكنها تتعامل مع التزام يقع على عاتق الناقل تجاه الراكب بإعلامه وإبلاغه باحتمال تعرض الرحلة للإرهاب، فالناقل قد يكون على علم باحتمال وقوع الإرهاب، ولكنه يعتقد بأنه اتخذ كافة التدابير اللازمة لمواجهةته والتعامل معه، ورغم هذا يكون من حق الراكب أن يعلم بهذه المخاطر، ليكون القرار له فيما يتعلق بالقيام بالرحلة من عدمه<sup>(١٤٧)</sup>.

ويرى جانب من الفقه أن إعلام الراكب بمخاطر الإرهاب التي يحتمل أن تتعرض لها الرحلة الجوية هو التزام يقع على عاتق الناقل، وأن هذا الالتزام قائم بذاته، ولا يغني عنه قيامه باتخاذ كافة التدابير اللازمة لتفادي وقوع الإرهاب<sup>(١٤٨)</sup>.

وعلى الرغم من ذلك، ترى بعض الحكومات مثل الولايات المتحدة الأمريكية أنه من الناحية العملية يصعب تحذير الركاب بصورة مباشرة بوجود تهديدات إرهابية، وذلك للأسباب التالية<sup>(١٤٩)</sup>:

- ١ - إن إعلام الركاب بمعلومات وبيانات خاصة بحوادث الإرهاب أمر يشكل مساساً بالأمن القومي للدولة، كما أن إذاعة مثل هذه المعلومات أمر من شأنه أن يُصعب عملية ضبط القائمين على هذه العمليات.
- ٢ - إن إعلام الركاب بمثل هذه الحوادث أمر من شأنه أن يؤثر سلباً على حركة الطيران، حيث سيدفع الكثيرون إلى إلغاء رحلاتهم، وربما العزوف عن التعامل مع النقل الجوي.

(١٤٦) المرجع السابق، بند ٧٧، ص ٢١٧.

(١٤٧) د. جلال وفاء محمد، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، المرجع السابق، ص ٧٧.

(١٤٨) راجع:

Cynthia Dokas, The duty to warn in aviation law: a new tort theory in the aftermath of Pan American Flight 103, New York Law School Journal of Human Rights, Vol. 8, Issue 01, 1990, pp. 227-256.

(١٤٩) راجع:

Ibid, p 234.



- ٣ - إن إعلام مثل هذه الأخبار والمعلومات عن حوادث الإرهاب من شأنه أن يزيد من أعباء الناقل، حيث ستضطر شركات التأمين إلى رفع نفقات التأمين على أثر ذلك.
- ٤ - إن إعلام الركاب سوف يدور حول مضمون معين، وهو مجرد احتمال وقوع حادث إرهابي قد لا يقع، الأمر الذي قد يتسبب في إثارة الذعر وزعزعة الثقة في تعاملات الناقل الجوي دون فائدة.

وللوهلة الأولى قد تبدو وجهة الاعتبارات السابقة في عدم إعلام الركاب، بالنظر لأهمية اعتبارات الحفاظ على الأمن القومي، خاصة وأن الإرهاب من الكوارث التي تؤثر بشكل سلبي على مصالح الدولة سياسياً واقتصادياً واجتماعياً. لكن في المقابل تبقى للراكب مصلحة قوية في إعلامه بالمخاطر المحيطة بالرحلة، حتى يتسنى له تحديد مصيره.

وقد ثار هذا التعارض في قضية لوكيربي<sup>(١٥٠)</sup>، والتي تتلخص وقائعها في أن أحد الطائرات التابعة لشركة بان أمريكان قد انفجرت وهي تحلق فوق منطقة لوكيربي باسكتلندا، بسبب انفجار قنبلة مدسوسة بأحد الأجهزة الإلكترونية التي في حوزة أحد ركابها، الأمر الذي أدى لوفاة ركاب الطائرة، وقد تبين للمحكمة أن السلطات الألمانية والسلطات الإنجليزية والسفارة الأمريكية في انجلترا كانوا قد تلقوا إخباريات عن احتمال وقوع هجوم إرهابي على طائرة تابعة لشركة "pan American"، وأن الشركة كانت على علم باحتمالات وقوع الإرهاب.

وقد قالت شركة الطيران المدعى عليها أنها اتخذت كافة الإجراءات الضرورية لتفتيش الطائرة، ولم تتمكن رغم ذلك من اكتشاف أية متفجرات، وعلى الرغم من أنها تلقت معلومات عن احتمال وقوع الإرهاب، ألا أن هذه المعلومات لم تكن مؤكدة حتى تحذر الركاب من السفر، ومن ثم تتعرض لخسائر مالية جسيمة.

وقد طالب المضررون من المحكمة الحصول على تعويض كامل على أساس أن الناقل ارتكب خطأ إرادياً بعدم قيامه بتحذير الركاب وتنبيههم باحتمال وقوع حادث الإرهاب.

(١٥٠) راجع:

In re Air Disaster at Lockerbie Scotland on Dec. 21, 1988, 37 F.3d 804, 812 (2d Cir. 1994).

وقد استجابت المحكمة لطلب المضرورين، وقضت بالتعويض الكامل على أساس أن الناقل قد ارتكب خطأً إرادياً عندما تقاعس عن تحذير الركاب من مخاطر الإرهاب، على اعتبار أن مثل هذه المخاطر استثنائية يجب تحذير الركاب منها حتى يحدد مصيره، وعندما طعن على هذا الحكم، قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الصادر عن محكمة أول درجة.

وقبل أن تستجيب المحكمة لطلب المضرورين، قامت إدارة الطيران الفيدرالي Federal Aviation Administration بإصدار العديد من القرارات التي ألزمت فيها شركات الطيران بواجب التحذير من مخاطر الإرهاب، كما قامت تأكيداً على ذلك بإنشاء مكاتب للمعلومات تعمل على تلقي التهديدات لفحصها والتأكد من حقيقتها، كما أنشأت مكاتب أمن لتقديم المساعدات الأمنية لشركات الطيران عند الحاجة لذلك<sup>(١٥١)</sup>.

ومن الوقائع التي ثار بخصوصها التزام الناقل بالتحذير قضية Semmelroth v. American Airlines، والتي تتلخص وقائعها أنه في عام ١٩٧٦ قامت إحدى شركات السياحة Dixon Travel Agency بتنظيم رحلة جوية إلى المكسيك، وعندما وصلت الطائرة مطار المكسيك، قامت جماعة مسلحة بالاعتداء على ركبها، الأمر الذي أدى إلى وفاة أحد أفراد شركة السياحة، فقامت هذه الشركة برفع دعوى للمطالبة بالتعويض الكامل عما أصاب أحد العاملين فيها من أضرار، وقد استندت هذه الشركة في طلبها على أنه كان من المتعين على شركة الطيران تحذير الركاب قبل بداية الرحلة، خاصة وأنها على علم بوجود اضطرابات في المكسيك، وقد أيدت المحكمة وجهة نظر الشركة المدعية، وجاء في حكمها أن واجب التحذير يفرض على شركة الطيران واجب تنبيه الركاب وتحذيره من مخاطر الإرهاب<sup>(١٥٢)</sup>.

٤٨ - هذا وقد سعى الفقه الأمريكي إلى تأييد الأحكام السابقة، من خلال التأكيد على التزام الناقل الجوي بتحذير الركاب من وضع تبريرات حكمه، كان أهمها:

#### ١ - التبرير الأول - الالتزام بالتحذير بناء على حق الركاب في تقرير مصيره:

٤٩ - يقوم هذا التبرير على أساس أن الناقل الجوي رغم أنه المسؤول عن سلامة الركاب وأمنه، إلا أن الركاب صاحب قرار السفر وحده، الأمر الذي يجب معه

(١٥١) د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند ٧٩، ص ٢٢٧.

(١٥٢) د. جلال وفاء محمد، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، المرجع السابق، ص ٨٤.

على الناقل تحذير الراكب ضد التهديدات الإرهابية حتى يساعده على اتخاذ قراره بصورة صحيحة، فقرار الراكب بوضع نفسه مادياً ومعنوياً تحت سيطرة الناقل الجوي أمر يحتاج من الناقل مساعدة الراكب على اتخاذه قراره بصورة صحيحة<sup>(١٥٣)</sup>.

وقد حاول أنصار هذا الأساس تبرير رأيهم بالقول بأن الناقل ملتزم بتحذير الراكب من مخاطر الإرهاب بالقياس على التزام الطبيب بتحذير المريض قبل إجراء جراحة له، بناء على حق المريض في تقرير مصيره العلاجي، بل حتى في الحالات التي يكون فيها المريض عاجزاً عن اتخاذ قراره لظروفه المرضية، فيتم إنابة أحد أقاربه ليعبر عن إرادته. وقد أجريت هذه المقارنة على أساس أن الطبيب له القدرة على الهيمنة التامة على كافة المعلومات الخاصة بالمريض، ومن ثم فإنه يجب على الطبيب تحذير المريض من مخاطر الجراحة المقدم عليها، مهما كانت درجة هذه المخاطر، حتى يمكنه اتخاذ قراره بشكل واع ومدروس. وبالمماثلة فإن الراكب المسافر على الخطوط الجوية، إنما يقوم باختيار رحلته في ضوء المعلومات التي يتلقاها من شركة الطيران (مواعيد الإقلاع والهبوط، نظام المسؤولية، التشريعات الحاكمة لعملية النقل، .....)، ومن الواجب أن يكون من بين هذه المعلومات، تلك الخاصة بوجود تهديد بوقع حادث إرهابي<sup>(١٥٤)</sup>.

**التبرير الثاني - الالتزام بالتحذير بناء على فكرة العلاقة الخاصة بين الناقل والراكب:**  
٥٠ - يقوم هذا التبرير على أساس أن الناقل تجمعه بالمسافر علاقة خاصة، تقتضي أن يقوم الأول ببذل أقصى درجات العناية، وأن هذه العناية يجب أن تتناسب مع درجة الخطر، فكلما كانت درجة الخطورة كبيرة، كلما زادت درجة العناية المطلوبة، بحيث يصل الأمر إلى درجة تنبيه الراكب وتحذيره من خطورة السفر<sup>(١٥٥)</sup>.

فالناقل ملتزم باتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لحماية الراكب ضد أي اعتداء، بما في ذلك الاعتداءات الإرهابية، وذلك بحكم طبيعة العلاقة الخاصة التي تربط بينهما، والتي تؤسس على أن الناقل يستفيد مالياً من الراكب، ومن ثم فهو مدين له بالتحذير

(١٥٣) راجع:

Semmelroth v. American airlines, 448 F.Supp. 730 (1978), United States District Court, E. D. Illinois, April 7, 1978.

(١٥٤) المرجع السابق، ص ٨٨.

(١٥٥) المرجع السابق، ص ٨١.

ضد مخاطر الإرهاب، فالناقل ليس ضامناً لسلامة الراكب، ولكنه ملتزم بتحذيره ضد كافة صور المخاطر، وأهمها مخاطر الإرهاب<sup>(١٥٦)</sup>.

وقد وجد لهذا التبرير صدى في أحكام القضاء الأمريكي، الذي ذهب إلى أن الناقل ملتزم ببذل أقصى درجات العناية لتفادي صور وأشكال الضرر المختلفة، مادامت هناك احتمالات بتعرض الرحلة لخطر الإرهاب، بأن نعى لعلمه وجود أشخاص أو مواد خطيرة على متن الطائرة، فإن عليه بذل العناية اللازمة للمحافظة على سلامة الراكب من خلال تحذيره من مخاطر وقوع الإرهاب<sup>(١٥٧)</sup>.

ونحن من جانبنا نؤيد التزام شركة الطيران بواجب التحذير في حالة علمها بوجود احتمالات بتعرض الرحلة لمخاطر الإرهاب، فبحكم أن الناقل والراكب تجمعهما علاقة استثنائية من نوع خاص، فإن الأمر يقتضي قيام الأول ببذل عناية خاصة تجاه الثاني فيما يتعلق بمخاطر الرحلة الجوية؛ خاصة مخاطر الإرهاب. لكن يبدو لنا التحفظ على جعل سبب خصوصية هذه العلاقة استفادة الناقل مالياً من الراكب، حيث إن هذه الاستفادة قائمة في معظم العلاقات القانونية، لكن يبدو لنا أن سبب خصوصية هذه العلاقة هو قيام الراكب بتسليم نفسه للناقل، ليكون من بعدها تحت سيطرته التامة، ليكون الراكب طوال فترة الرحلة الجوية أشبه ما يكون بمسلوب الإرادة، الأمر الذي يبرر بذل الناقل عناية استثنائية تجاه الراكب، ومن أولى مظاهر هذه العناية تأهيل الراكب بصورة سليمة لاتخاذ قراره بالسفر من عدمه، وذلك حتى يتمكن من تقرير مصيره، وبالتالي يبدو لنا أن كلا التبريرين صحيحان فيما ذهبا إليه، فمن حق الراكب أن يقرر مصيره، وحتى يتمكن من ذلك بشكل صحيح، يجب على الناقل بذل عناية استثنائية بحكم طبيعة العلاقة الخاصة التي تجمع فيما بينهما.

٥١ - وفي ضوء كل ما سبق يلاحظ أن الخطأ الإرادي كأساس لمسؤولية

الناقل عن حوادث الإرهاب يقوم على مجموعة من الاعتبارات أهمها:

١ - يشترط لتحقق الخطأ الإرادي للناقل عن أضرار الإرهاب اتجاه إرادته إلى اتيان الفعل المادي للخطأ سواء بالعمل أو بالامتناع عن العمل.

(١٥٦) المرجع السابق، ذات الموضوع.

(١٥٧) راجع:

Mark F. Quigley vs. Wilson Line of Massachusetts, inc. 338 Mass. 125, October 10, 1958 - November 20, 1958.



٢ - أنه ينظر للخطأ الإرادي للناقل على أنه نتيجة عمل إرادي، وليس نتيجة سهو أو عدم اكتراث، دون أن يشترط إرادة إحداث النتيجة.

٣ - توقع الناقل احتمالية وقوع الإرهاب، ومن ثم حدوث الضرر، وقبوله مع ذلك القيام بعملية النقل.

٤ - أنه لا يبدو - من وجهة نظرنا - عدم وجود فرق بين الناقل وتابعيه فيما يتعلق بالعناصر السابقة.

٥٢- وفي ضوء ما سبق يمكن أن يظهر الخطأ الإرادي للناقل في حادثة الإرهاب في أحد الأشكال التالية:

- أن يخل الناقل بتنفيذ أحد الالتزامات الواقعة عليه بموجب العقد أو القانون بصورة إرادية، ويكون على علم باحتمال وقوع الضرر.

- أن يمتنع الناقل عن القيام بعمل بموجب العقد أو القانون بصورة إرادية، مع عدم الاكتراث بالنتائج التي يمكن أن تترتب على ذلك، وينصرف مضمون عدم الاكتراث إلى عدم مبالاة الشخص بما إذا كان فعله يشكل خرقاً لواجب ما، ولا يبالي بما إذا كان هذا الفعل قد يؤدي إلى أضرار ما.

وعلى الرغم من أن الاتفاقيات الدولية قد تبنت فكرة الغش كأساس لإطلاق مسؤولية الناقل عن الحوادث البحرية، إلا أنها لم تستخدم مصطلح الغش صراحة، ولكنها عبرت عنه "بانصراف إرادة الناقل إلى ارتكاب فعل أو امتناع عن فعل مصحوب بالعلم التام بأن من شأن ذلك حصول الضرر، مع الإقبال رغم ذلك على ارتكابه"، وقد كان مرد ذلك إلى أن مصطلح الغش ليس له مرادف في القانون الأنجلوأمريكي، مما دعى إلى التعبير عنه بالعبارة السابقة<sup>(١٥٨)</sup>.

والخطأ الإرادي أو الإهمال الجسيم لا يفترض في حق الناقل، حيث يقع على الركاب عبء إثباته وذلك حتى ولو كانت مسؤولية الناقل مفترضة.

## ثانياً - الخطأ غير الإرادي كأساس لمسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب:

٥٣ - يعد الخطأ غير الإرادي المناط الحقيقي لمسؤولية الناقل الجوي عن أضرار حوادث الإرهاب، وذلك لقلّة الحالات التي يمكن معها تصور تحقق الخطأ

(١٥٨) راجع في ذلك: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، مرجع سابق، بند ٢١٤، ص ٣٠٥.

الإرادي للناقل بخصوص هذه الحوادث، حيث قلما يتصور أن يكون لدى الناقل إدراك باحتمال وقوع مثل هذه الحوادث، ولا يتخذ التدابير اللازمة لتجنب وقوعها، خاصة وأنه - كما سبق أن ذكرنا - المضرور الأول من مثل هذه الحوادث.

وكما سبق أن ذكرنا أنه على الرغم من أن اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ قد أسست لمسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الوفاة والإصابة البدنية على أساس المسؤولية الموضوعية، إلا أن ذلك مقصور على الأضرار التي لا تتجاوز ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة، أما ما زاد عن ذلك فإن الناقل يسأل عنه على أساس الخطأ المفترض، ولا يستطيع دفع مسؤوليته إلا إذا أثبت عدم صدور خطأ من جانبه أو تابعيه، والأمر على هذا النحو يبرز دور الخطأ كأساس لبناء وهدم مسؤولية الناقل، خاصة وأن حوادث الإرهاب تخلف حجماً هائلاً من الأضرار، يحتاج معها المضرور إلى الاعتماد على فكرة الخطأ، خاصة إذا ما حاول الناقل التخلص من مسؤوليته بإثبات عدم صدور خطأ من جانبه، يأتي ذلك في ظل هيمنة فكرة مؤداها أن المضرور من حوادث الإرهاب يجب أن يحصل على تعويض عادل، وذلك بصرف النظر عما إذا كان الخطأ قد ثبت في حق الناقل أم لا، وبصرف النظر عما إذا كان النشاط قد وقع من قبل الناقل ذاته أم من قبل أحد تابعيه<sup>(١٥٩)</sup>.

ويقتضي الأمر التعرض لمفهوم الخطأ غير الإرادي في حوادث الإرهاب، ولصور هذا الخطأ في مثل هذه الحوادث، وذلك على التفصيل التالي:

#### أ - مفهوم الخطأ غير الإرادي كأساس لمسؤولية الناقل الجوي:

٥٤ - يعرف الخطأ غير الإرادي أو الإهمال بأنه عبارة عن عدم مراعاة الناقل للعناية الواجب مراعاتها أثناء تنفيذ التزاماته، دون قصد الإضرار<sup>(١٦٠)</sup>. وعرف أيضاً بأنه عبارة عن إقدام الناقل على الفعل وهو لا يدرك احتمال وقوع الضرر، لكنه كان من الممكن أن يتجنب وقوعه لو بذل عناية معقولة<sup>(١٦١)</sup>. أيضاً عرف بأنه عبارة عن عدم بذل الناقل العناية التي يبذلها الرجل الحريص حرصاً غير معتاد.

(١٥٩) راجع في ذلك:

Bertrand SABADIE, La faute nautique: un cas excepté en perte de sens, op.cit, p 7.

(١٦٠) د. خالد مصطفى فهمي، تعويض المضرورين عن الأعمال الإرهابية، المرجع السابق، ص ٧٨.

(١٦١) راجع في ذلك:

Christian Jung, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): Survey, op. cit, p 160.

ويتضح مما سبق أن الخطأ غير الإرادي للناقل يقوم على عنصرين:

الأول: إخلال الناقل بالتزام قانوني ملتزم به.

الثاني: ألا يقصد الناقل من وراء هذا الإخلال إحداث الضرر.

ويرى بعض الفقه أن الخطأ يتحقق من الناقل ليس فقط فيما يتعلق بالالتزامات الخاصة بإدارة الطائرة وتشغيلها، ولكن أيضاً فيما يتعلق بالمحافظة على الأشخاص والبضائع وضمان سلامتهم<sup>(١٦٢)</sup>.

فالخطأ غير الإرادي يتحقق من قبل الناقل طبقاً لمفهوم هذا النص إذا أخل الناقل أو أحد تابعيه في اتخاذ جميع ما كان يجب اتخاذه من تدابير معقولة لتجنب الحادث وتبعاته.

وبناء عليه يتحقق الخطأ غير الإرادي للناقل عن الأضرار التي تلحق بالركاب على أثر وقوع الإرهاب إذا ما صدر عنه إهمال أو عدم تبصر بخصوص تنفيذ التزاماته للمحافظة على سلامة الركاب؛ كما لو قصر في جعل الطائرة صالحة للملاحة الجوية، أو أهمل في اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة، أو تراخى في إنقاذ الركاب على أثر وقوع الإرهاب، وكان كل ذلك دون قصد الإضرار، وإنما كان على سبيل الخفة أو الرعونة.

ويجب عدم الخلط بين الخطأ غير الإرادي (Fault) والغلط (Mistake) في مقام مسؤولية الناقل الجوي عن أضرار حوادث الإرهاب، فالخطأ عبارة عن انحراف الناقل عن السلوك السليم والمتبع، أما الغلط فهو عبارة عن سهو أو غفلة لا ترقى إلى حد الخطأ أو الإهمال تقع من الناقل دون قصد أو تقصير شديد<sup>(١٦٣)</sup>.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى عدم وجود فرق بين الخطأ والغلط في مجال المسؤولية المدنية، وأن كليهما مترادفان في معنى المسؤولية، ويدل هذا الفقه على صحة رأيه بالقول بأن من أحد الأسباب الرئيسية التي تجعل الخطأ معياراً غير ملائم للمسؤولية المدنية هو أن كلمة خطأ نفسها تنطبق على الغلط<sup>(١٦٤)</sup>.

(١٦٢) راجع في ذلك:

Ilgin Sezer, Study On The Exoneration Available To Carriers, Regarding Error In Navigation Or Management Of The Ship: Analysing A Case Of A Capsized Ro/Ro Vessel, Maritime Transport & Navigation Journal, Vol. 2, No 2, 2010, p 5.

(١٦٣) د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(١٦٤) المرجع السابق، ص ٢٣٦.

## ب - حالات الخطأ غير الإرادي للناقل في حوادث الإرهاب:

٥٥ - ويمكن تصور الخطأ غير الإرادي في حوادث الإرهاب في عدة حالات، أهمها ما يلي:

أ - الخطأ العقدي للناقل: ويتصور ذلك في حالة إخلال الناقل في تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سلامة الأشخاص والبضائع كما هو مقرر في عقد النقل (سواء صراحة أو ضمناً) أثناء وقوع حادثة الإرهاب، ويستوي في مسؤولية الناقل في هذا الصدد صدور الخطأ عنه شخصياً أو عن أحد تابعيه، ما دام الأمر يتعلق بتنفيذ عقد النقل.

ويمكن أن يتجسد الخطأ العقدي للناقل في حوادث الإرهاب في الحالات التالية:

- عدم اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة لمواجهة حوادث الإرهاب:

٥٦ - يمكن للمضرم من حادثة الإرهاب الرجوع على الناقل لتقصيره في اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة لتأمين الطائرة ضد حوادث الإرهاب، فالناقل مسؤول عن تأمين الطائرة وتجهيزها بما يلزم لمواجهة هذا الحادث خاصة على أثر انتشار وتعدد صور وقوعها، ومن ثم إخلال الناقل بتأمين الطائرة يعد إخلالاً من جانبه بالتزامه بضمان السلامة، ومن ثم تنعقد مسؤوليته عن ذلك<sup>(١٦٥)</sup>.

وقد وجه نقد لما سبق، بدعوى أنه لا يمكن التعويل على إجراءات التأمين المتخذة من قبل الناقل لمنع وقوع حادثة الإرهاب، حيث مهما كانت هذه الإجراءات قوية ودقيقة لا يمكن تفادي أضرار مثل هذه الحادثة<sup>(١٦٦)</sup>.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا النقد، حيث إن ما يشهده قطاع النقل الجوي من تقدم مذهل سواء فيما يتعلق بالمحركات المستخدمة أم الأدوات التقنية والتكنولوجية خاصة في مجال الاتصال بالطائرة وتتبع خط سيرها أثناء رحلتها، لا يمكن معه استبعاد قدرة الناقل على مواجهة الاعتداءات الإرهابية التي يمكن أن تقع على الطائرة، وتفادي آثارها، ومن ثم تقصير الناقل في اتخاذ هذه التدابير يشكل خطأ يمكن أن يسأل عنه.

- التقصير في التعامل مع آثار حادث الإرهاب بعد وقوعه:

(١٦٥) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p7.

(١٦٦) راجع في ذلك:

Ibd, p7.



٥٧ - يمكن تصور خطأ الناقل في حادثة الإرهاب انطلاقاً من تقصيره في التعامل مع حادثة الإرهاب بعد وقوعها، مما تسبب في مضاعفة الآثار الخطيرة عن هذه الحادثة، فعجز الناقل في بعض الأحيان عن مواجهة الإرهاب، لا يعني عجزه أيضاً عن مواجهة آثاره من خلال ما يجب عليه بذله من جهود الإغاثة وإنقاذ الأشخاص والبضائع من الهلاك، كما لو كان الهجوم الإرهابي قد أسفر عن اندلاع حريق، حيث يجب على الناقل مواجهة هذا الحريق بوسائل وأدوات الإطفاء اللازمة، أو الاستغاثة بأقرب فرق الإنقاذ والطوارئ، وإلا يمكن اعتباره مسؤولاً عن التعويض<sup>(١٦٧)</sup>.

وبناء عليه يتحمل الناقل تبعات ما يلحق البضائع من أضرار إذا ما ثبت أنها وقعت بسبب سوء سلوك التابعين أو إهمالهم الشديد، ويبرر ذلك بأن الناقل ضامن لأخطاء تابعيه فيما يقع منهم من أخطاء.

ب - الخطأ التقصيري للناقل: ويتصور ذلك في حالة صدور خطأ أو تقصير من قبل الناقل لا يشكل إخلالاً بأحد الالتزامات العقدية أثناء حادثة الإرهاب سبب ضرراً للمسافر، وكان هذا الخطأ يمثل إخلالاً بالتزام عام مفروض على الناقل بالمحافظة على سلامة البضائع المشحونة.

ويتجلى الخطأ التقصيري للناقل الجوي في حادثة الإرهاب من تقصيره في التعامل مع الآثار الناتجة عن هذه الحادثة بعد وقوعها، مما تسبب في مضاعفة الأضرار الناشئة عنها، فعجز الناقل في بعض الأحيان عن مواجهة الإرهاب، لا يعني عجزه أيضاً عن مواجهة آثاره من خلال ما يجب عليه بذله من جهود الإغاثة وإنقاذ البضائع من الهلاك، كما لو كان الهجوم الإرهابي قد أسفر عن اندلاع حريق في البضائع، حيث يجب على الناقل مواجهة هذا الحريق بوسائل وأدوات الإطفاء اللازمة، وإلا يمكن اعتباره مسؤولاً عن تعويض الأضرار الناشئة عن هذه الحادثة<sup>(١٦٨)</sup>.

وقد تبني القضاء الأمريكي مفهوماً موسعاً للخطأ التقصيري للناقل عن أضرار حادثة الإرهاب، حيث اعتبر أن وقوع حادثة الإرهاب خلال الفترة التي يوجد فيه الراكب تحت رقابة الناقل وإشرافه دليلاً على إخفاقه وتقصيره في اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة

(١٦٧) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p7.

(١٦٨) راجع في ذلك:

ibid, p7.

لمنع وقوع هذه الحادثة، الأمر الذي يشكل خطأ من قبل الناقل، يمكن معه أن يسأل عن التعويضات الناشئة عن مثل هذه الحوادث<sup>(١٦٩)</sup>.

وقد جاء تبني هذا المفهوم الموسع لخطأ الناقل نتيجة ما شهدته مسؤولية الناقل من تطور كبير في أساسها ومفهومها، وذلك على أثر هيمنة فكرة مؤداها أن الضرر من الحوادث الجوية يجب أن يحصل على تعويض، وذلك بصرف النظر عما إذا كان الخطأ قد ثبت في حق الناقل أم لا، وبصرف النظر عما إذا كان النشاط قد وقع من قبل الناقل ذاته أم من قبل أحد تابعيه<sup>(١٧٠)</sup>.

ولم يتردد القضاء الأمريكي كثيراً في اعتبار الإرهاب من الحوادث التي يمكن للناقل أن يسأل عنها، حيث ذهبت المحاكم الأمريكية إلى أن الناقل هو الأكثر قدرة على استخدام الوسائل الأمنية لمنع حوادث الإرهاب بحكم سيطرته المادية على الطائرة وما على متنها أثناء الرحلة، ومن ثم يسأل عن حوادث الإرهاب التي تقع عليها<sup>(١٧١)</sup>.

ويمكن تصور الخطأ التقصيري للناقل عن الأضرار الناشئة عن حادثة الإرهاب في حالة النقل بالمجان، حيث لا يوجد عقد يجمع الناقل بالشاحن في مثل هذه الحالة، ومن ثم ما يقع من تقصير أو إخلال من قبل الناقل يعد في هذه الحالة من قبيل الخطأ التقصيري<sup>(١٧٢)</sup>.

أيضاً يعد خطأ تقصيرياً ما يقع من الناقل من إخلال أثناء حادث الإرهاب يترتب عليها الإضرار بالمطارات أو غيرها من المرافق الجوية، وكذلك الأضرار التي تصيب الطائرات الأخرى إذا ما ثبت أن هذه الأضرار ناشئة عن خطأ الناقل.

(١٦٩) د. جلال وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، المرجع السابق، ص ٤٩.

(١٧٠) راجع في ذلك:

Bertrand SABADIE, La faute nautique: un cas excepté en perte de sens, op.cit, p 7.

(١٧١) د. جلال وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، المرجع السابق، ص ٤٩.

(١٧٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام (المجلد الثاني)، الطبعة الثالثة، ١٩٨١، ص ١١٣٦.

## المطلب الثاني

### اختصاص شركة التأمين في دعوى مسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب

٥٨ - ما من شك في أهمية الدور الذي يلعبه التأمين لتغطية الأضرار الناجمة عن الحوادث الجوية، وذلك لمساعدة الناقل في دفع التعويضات المقررة المستحقة عن هذه الحوادث<sup>(١٧٣)</sup>.

وقد حظي التأمين البحري في الآونة الأخيرة بأهمية خاصة، وذلك على أثر الاستخدام المفرط للتكنولوجيا في تسيير حركة الطائرات وتشغيل المطارات، حيث حوت هذه التكنولوجيا بين طياتها العديد من المخاطر المستحدثة، والتي فرضت تحديات واسعة النطاق، برز معها أهمية التأمين<sup>(١٧٤)</sup>.

ويقتضي الحديث عن مدى اختصاص شركة التأمين في دعوى مسؤولية الناقل، التعرض للتدابير الضرورية الواجب على الناقل اتخاذها لدفع مخاطر الإرهاب، وذلك بالنظر لارتباط اختصاص شركة التأمين بمراعاة هذه التدابير من عدمه، كما أن الأمر يقتضي أيضاً التعرض لمسؤولية شركة التأمين عن تعويض أضرار الإرهاب، وذلك على التفصيل التالي:

#### أولاً - التدابير الضرورية الواجب على الناقل اتخاذها لدفع مخاطر الإرهاب:

٥٩ - يقتضي الحديث عن التدابير الضرورية التي يجب على الناقل مراعاتها لدفع مخاطر الإرهاب، التعرض للتدابير الضرورية وقينة الخطأ، ولأنواع التدابير الواجب على الناقل اتخاذها، وذلك على البيان التالي:

#### أ - التدابير الضرورية وقينة الخطأ في حوادث الإرهاب:

٦٠ - المطالع لما جاء في اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩ يلاحظ أنها ربطت بين قينة الخطأ كأساس لمسؤولية الناقل والتدابير الضرورية التي يجب عليه مراعاتها للتخلص من مسؤوليته، فقد نصت المادة (١٧) من هذه الاتفاقية على أن: "يسأل الناقل

(١٧٣) راجع:

Claude Pohlit, New Developments in Maritime Security and Their Impact on International Shipping, op. cit, p 32.

(١٧٤) راجع في ذلك:

Pierre chichkine, terrorisme et droit maritime, op. cit, p 36.

عن أضرار الوفاة أو الإصابة أو الأذى الجسدي الذي يصيب الراكب، إذا كان الحادث الذي سبب الضرر قد وقع على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود والهبوط"، كما نصت المادة (١/٢٠) من ذات الاتفاقية على أن: "لا يكون الناقل مسؤولاً إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير الضرورية لتفادي الضرر أو أنه استحال عليهم اتخاذها". وقد ساهم نص المادة (١/٢٠) سالف الذكر - كما يرى جانب من الفقه<sup>(١٧٥)</sup> - ليس فقط في تحديد المقصود بالقريضة التي قررتها المادة (١٧)، ولكن أيضاً في تحديد المقصود بخطأ الناقل، الذي عرف بأنه عبارة عن إخلاله في بذل العناية اللازمة للحفاظ على سلامة الراكب، بعدم اتخاذ التدابير الضرورية لدفع الضرر، الأمر الذي يظهر بجلاء الترابط بين قريضة الخطأ وبين التدابير الضرورية لتوقي الضرر، فوقوع الحادث يفترض معه تلقائياً خطأ الناقل، الذي لن يتمكن من تبرئة ساحته إلا بإثبات اتخاذها للتدابير الضرورية.

والملاحظ أن اتفاقية مونتريال على الرغم من أنها أسست مسؤولية الناقل فيما يتعلق بالأضرار التي تجاوز ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة على أساس الخطأ المفترض، إلا أنها عندما عالجت وسائل دفع المسؤولية في المادة (٢٠) لم تستخدم عبارة التدابير الضرورية صراحة، ولكنها نصت في هذه المادة على أنه: "فيما يتعلق بالأضرار المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة (١٧) والتي لا تتجاوز قيمتها ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة عن كل راكب، لا يكون الناقل مسؤولاً إلا إذا أثبت أن الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه. وقد ذهب جانب من الفقه<sup>(١٧٦)</sup> بناء على ذلك للقول بأن اتفاقية مونتريال لم تشترط كي يعفي الناقل نفسه من المسؤولية أن يثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير الضرورية لتلافي وقوع الضرر، أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها، بل يكفي أن يثبت أن الضرر لم ينشأ عن إهماله أو خطئه أو امتناعه، ومن ثم يكون دفع المسؤولية في اتفاقية مونتريال أيسر وأسهل بكثير من دفعها في اتفاقية وارسو.

٦١ - ونحن من جانبنا لا نتفق مع هذا الرأي فيما ذهب إليه، حيث يبدو لنا أن هناك ترابطاً فيما بين خطأ الناقل وقيامه باتخاذ التدابير الضرورية، فإثبات الناقل

(١٧٥) د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند ٦٧، ص ١٩٩.

(١٧٦) د. هشام فضلي، مسؤولية الناقل الجوي على الصعيدين الدولي والداخلي "دراسة في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ وقانون التجارة الجديد"، المرجع السابق، ص ٤٦.



انتفاء خطئه وخطأ تابعيه يقتضي إثبات اتخاذ كافة التدابير اللازمة للحفاظ على سلامة الراكب، فالخطأ يعني أن الناقل قد أخل في بذل العناية اللازمة للحفاظ على سلامة الراكب، بعدم اتخاذه التدابير الضرورية لدفع الضرر. بمعنى آخر، قرينة الخطأ بالمفهوم الذي أخذت به اتفاقية مونتريال يقتضي وجود ارتباط قوي بين هذه القرينة وبين التدابير التي يجب على الناقل اتخاذها، فافتراض الخطأ في حق الناقل يعني أنه لم يتخذ التدابير اللازمة، ولا يمكنه هدم هذا الافتراض إلا إذا أثبت أنه أتخذها<sup>(١٧٧)</sup>.

والأمر على هذا النحو يدعونا لتحديد المقصود بالتدابير الضرورية الواجب على الناقل اتخاذها لتوقّي حوادث الإرهاب، والتي يسعى الراكب لإثبات عدم مراعاتها للتأكيد على مسؤولية الناقل، كما يمكن للناقل إثبات اتخاذها لدفع مسؤوليته.

والملاحظ على موقف الاتفاقيات الدولية المعنية بشؤون النقل الجوي أنها جاءت تخلو من تعريف للتدابير الضرورية التي يجب على الناقل اتخاذها للحيلولة ضد وقوع الحوادث الجوية، الأمر الذي قد يفهم منه وجود رغبة في إسناد هذا الأمر لتقدير الفقه والقضاء.

وعن تحديد المقصود بالتدابير الضرورية فإن جانباً كبيراً من الفقه مستقر على أن مدلول التدابير الضرورية ينصرف إلى العناية الواجب على الناقل بذلها طبقاً لمعيار الرجل الحريص إذا ما وضع في نفس ظروف الناقل المسؤول<sup>(١٧٨)</sup>.

وقد ذهب فريق آخر من الفقه، أظهر تشدداً في تفسير هذه العبارة للقول بأن المقصود بالتدابير الضرورية، كافة التدابير التي تؤدي موضوعياً إلى منع حدوث أي ضرر<sup>(١٧٩)</sup>.

(١٧٧) د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، بند ٦٨، ص ٢٠١.

(١٧٨) د. عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص الجوي، مكتبة الجلاء بالمنصورة، (بدون تاريخ نشر)، ص ٣١٦.

(١٧٩) راجع:

Paul Chauveau, Droit Aerien, paris, librairie technique, 1951, p 179.

- ويرجع جانب من الفقه سبب التفرقة بين الاتجاهين السابقين فيما يتعلق بتعريف التدابير الضرورية إلى أنها اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة حول مفهوم الخطأ، حيث يمثل الاتجاه المتشدد موقف الأنظمة اللاتينية، والتي ترى أن التزام الناقل بضمان سلامة الراكب هو التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم لا يستطيع الناقل أن يعفي نفسه من المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم تحقق النتيجة يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه، أما الاتجاه المضيق فهو يعكس موقف الأنظمة الأنجلوأمريكية التي تنظر لالتزام الناقل بضمان سلامة الراكب على أنه التزام ببذل عناية، ومن ثم يكفي الناقل أن يثبت أنه اتخذ كافة الإجراءات الضرورية بوجه عام. راجع في ذلك: د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، المرجع السابق، بند ٧٣، ص ٢٠٢.

٦٢ - ويبدو لنا أن هناك عدة أمور يجب مراعاتها عند التصدي لتفسير عبارة التدابير الضرورية بخصوص حادث الإرهاب، وهي:

١ - إن عبارة التدابير الضرورية لا تنصرف إلى الإجراءات اللازمة لمنع وقوع كافة صور الضرر، لأن مثل هذا التفسير من شأنه تكليف الناقل باتخاذ التدابير اللازمة حتى لدفع حوادث القوة القاهرة، وهذا يتنافى مع المنطق، حيث إن ثبوت أن الحادث يعود للقوة القاهرة، يعنى استحالة اتخاذ التدابير الضرورية<sup>(١٨٠)</sup>.

٢ - إن تفسير عبارة التدابير الضرورية من قبل الفقه والقضاء كان دائماً مرتبطاً من الأصل بالاستغلال الجوي للطائرة وتجهيزها من الناحية الفنية والبشرية، وهذا لا يتناسب مع واقع حوادث الإرهاب، التي تتسم بأنها غير مرتبطة بالاستغلال الجوي للطائرة، ولكنها مرتبطة بالالتزامات الأمنية للناقل، والتي تفرض بذل مستوى عال من الاهتمام والحرص من قبل الناقل.

٣ - إن تفسير عبارة التدابير الضرورية يجب ألا يتم بمعزل عن طبيعة الالتزام بالسلامة وفق اتفاقية مونتريال، فالأضرار التي تقع في حدود ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة يكون التزام الناقل عنها التزاماً بتحقيق نتيجة، أما الأضرار التي تزيد عن هذا الحد فمسؤولية الناقل عنها التزام ببذل عناية.

٤ - إن القضاء عندما يتصدى لتفسير عبارة التدابير الضرورية الواجب على الناقل اتخاذها لتفادي حوادث الإرهاب يجب عندما يقارن سلوك الناقل المدعى عليه ألا يقارنه بنموذج خيالي، وإنما يجب أن تتم المقارنة في ضوء نموذج واقعي صالح للمقارنة يراعي ما عليه حال النقل الجوي في الوقت الراهن، دون التقيد بما جرى عليه القضاء فيما سبق، والذي كانت أحكامه تمثل انعكاساً لما كان عليه حال الطيران فيما سبق، والذي لا يتناسب مع ما عليه حاله في الوقت الحالي.

٥ - إن حوادث الإرهاب تقتضي أن يكون المعيار المقاس عليه لتحديد طبيعة التدابير المكلف الناقل باتخاذها هي معيار الناقل المحترف وليس الناقل الحريص، حيث أصبحت الإجراءات المكلف الناقل باتخاذها ذات مضمون فني ومهني وأمني، يرتبط بكل ما يلزم لضمان سلامة الراكب، كما أصبحت هذه الإجراءات تنصرف إلى السلوكيات الشخصية للناقل وليس إلى التجهيزات المادية فقط، ومن ثم لا

(١٨٠) د. ثروت أنيس الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٤٤٥.

يكفي القول بأن الناقل مكلف بتقديم طائفة صالحة للملاحة من الناحية الفنية، وأنها مزودة بكافة أجهزة الاتصال والاستقبال، وأن يستعين بطاقم مؤهل تأهيلاً علمياً مناسباً، لكن يجب عليه أن يكون مؤهلاً هو وتابعيه على مقاومة وقوع حوادث الإرهاب، والحد من أثارها بعد وقوعها.

٦٣ - وبناء عليه يبدو لنا تعريف التدابير الضرورية بخصوص حادث الإرهاب بأنها عبارة عن الإجراءات والاحتياطات الأمنية التي يجب على الناقل بذلها طبقاً لمعيار الناقل المحترف إذا ما وضع في ذات ظروف الناقل المسؤول.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يبتعد عن المعيار الموضوعي في تحديد طبيعة التدابير الواجب على الناقل اتخاذها، نظراً لأن مثل هذا المعيار سوف يؤدي إلى أن الناقل لن يتمكن من دفع مسؤوليته عن حادث الإرهاب إلا في حالة السبب الأجنبي، ولكنه أخذ بالمعيار الشخصي الذي يراعي ظروف الرجل الحريص في ذات ظروف الناقل المسؤول، وذلك بخصوص حادث الإرهاب الذي تعرض له الناقل، كما أن هذا التعريف يقيس التدابير الواجب مراعاتها بخصوص حادث الإرهاب على وجه التحديد، وليست التدابير التي يجب مراعاتها بصورة عامة.

وبناء عليه يجب ألا يحدد مضمون التدابير الواجب على الناقل اتخاذها لدفع ضرر الإرهاب في ضوء الإجراءات والتدابير الفنية المرتبطة بتقديم طائفة صالحة للملاحة ومجهزة بكافة الأجهزة والأدوات، وإنما يجب أن تحدد هذه التدابير في ضوء فكرة الحفاظ على سلامة الراكب من كافة صور الاعتداءات التي يمكن أن يتعرض لها خلال فترة مسؤولية الناقل عن سلامته.

٦٤ - وإذا كان ما سبق هو تفسير لعبارة التدابير الضرورية، فإن الفقه قد اختلف على نفسه في تحديد كيفية إثبات الناقل اتخاذه هذه التدابير إلى فريقين:

ذهب الفريق الأول إلى القول بأن الناقل يمكنه إثبات اتخاذه التدابير الضرورية بأمرين، الأول: الدليل الإيجابي، أي بإثبات اتخاذه كافة الإجراءات والتدابير اللازمة لتفادي وقوع الحادث، وذلك على النحو الذي لا يتصور معه وقوع خطأ الناقل أو أحد تابعيه. والثاني الدليل السلبي، أي بإثبات أن السبب الذي أدى إلى وقوع الحادث يعود إلى خطأ الغير، بمعنى آخر فإن الناقل يستطيع دفع مسؤوليته على مرحلتين، الأولى: بإثبات اتخاذ التدابير اللازمة لتفادي الحادث، والثانية: بإثبات سبب الحادث<sup>(١٨١)</sup>.

(١٨١) د. فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،

٥١٤٠٥ - ١٩٨٥م، ص ٤١١؛

Bertrand SABADIE, La faute nautique: un cas excepté en perte de sens, op. cit, p30.

ذهب الفريق الثاني للقول، بأن الناقل مكلف بإثبات اتخاذ دوراً إيجابياً للحيلولة دون وقوع الحادث، وذلك بإثبات أن الطائرة كانت صالحة للملاحة الجوية، وأنها كانت مزودة بكافة الوسائل الأمنية، وأن أفراد الطائرة مؤهلون تأهيلاً تاماً لتسيير الطائرة، والتعامل مع كافة الحوادث التي يمكن أن تقع على متنها، كما أنه في حالة إذا ما تبين أن سبب الحادث مجهول، فإن الناقل غير مكلف بإثبات سبب وقوع الحادث، ويكفيه إثبات اتخاذ التدابير الضرورية<sup>(١٨٢)</sup>.

وعلى الرغم من أن الاتجاه الأول يوصف بأنه متشدد فيما يتطلبه من وسائل لإثبات الناقل اتخاذ التدابير الضرورية، إلا أنه يبدو لنا متوافقاً مع اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩ من ناحية، ومتوافقاً مع طبيعة حوادث الإرهاب من ناحية أخرى.

فقد نصت المادة (٢/٢١) من هذه الاتفاقية على ما يلي:

"فيما يتعلق بالأضرار المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة ١٧ والتي لا تتجاوز قيمتها ١١٣١٠٠ وحدة سحب خاصة عن كل راكب، لا يكون الناقل مسؤولاً إذا أثبت ما يلي:

أ - أن هذا الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه.

ب - وأن هذا الضرر نشأ فقط عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الغير".  
فهذا النص صريح الدلالة في تبنيه للاتجاه الأول في تحديد وسائل إثبات الناقل اتخاذ التدابير الضرورية، وذلك من خلال إثبات أن الضرر لا يعود لخطأ الناقل، ولكنه يعود لخطأ أو إهمال الغير، ولعل هذا التفسير يتوافق من ناحية مع طبيعة التزام الناقل بسلامة الركاب طبقاً لاتفاقية مونتريال، وكونه التزاماً بتحقيق نتيجة معينة وهي سلامة الركاب، كما أنه يتوافق مع طبيعة الحماية الواجبة للراكب ضد حوادث الإرهاب، ذلك أنه سيجعل الناقل مسؤولاً في كل حالة لا يتمكن فيها من إثبات سبب الحادث، خاصة وأن الإرهاب ليس من الحوادث المجهولة السبب.

ولعل المعطيات الفنية المتقدمة الخاصة بأجهزة مراقبة أدوات الملاحة الجوية سوف تمكن القاضي من تقدير كفاية التدابير المتبعة من قبل الناقل لمواجهة حادث

(١٨٢) د. عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص الجوي، المرجع السابق، ص ٣١٦.



الإرهاب من عدمه، وذلك على النحو الذي سيجعله يقف على حدود مسؤولية هذا الناقل بدقة عن أضرار هذا الحادث<sup>(١٨٣)</sup>.

#### ب - أنواع التدابير الواجب على الناقل اتخاذها لدفع مخاطر الإرهاب:

٦٥ - تدور التدابير الضرورية الواجب على الناقل اتخاذها لدفع مخاطر الإرهاب في فلك التزامه بسلامة الراكب، ومن ثم يجب على القضاء عندما يتصدى لتفسير المقصود بهذا الالتزام في حوادث الإرهاب أن يفسره في ضوء التدابير الضرورية الواجب على الناقل اتخاذها، بمعنى آخر المشرع ليس مطالباً بأن يعالج التفاصيل الخاصة بالإجراءات والتدابير الواجب على الناقل اتباعها لتحقيق سلامة الراكب، بل يكفي أن يلزم الناقل بهذا الالتزام بصورة عامة، على أن يترك تحديد هذه الإجراءات للقضاء بحسب طبيعة الضرر الذي لحق الراكب.

وقد حظيت هذه التدابير باهتمام العديد من المنظمات والهيئات الدولية والوطنية، والتي كان على رأسها منظمة الطيران المدني (ICAO)<sup>(١٨٤)</sup>، والتي عكفت على صياغة العديد من التدابير الواجب على الناقل الجوي اتخاذها لمنع وقوع حوادث الإرهاب، وذلك في ظل إدراك هذه المنظمة لأهمية وجود تنسيق دولي فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بمواجهة حوادث الإرهاب.

وتتنوع التدابير الواجب على الناقل أن يراعيها لدفع مخاطر الإرهاب إلى تدابير يجب عليه اتخاذها قبل بدء الرحلة الجوية، وتدابير يتعين عليه اتخاذها أثناء الرحلة، وتدابير خاصة بالمطار، وذلك على التفصيل التالي:

#### ١ - التدابير الواجب على الناقل اتخاذها قبل بدء الرحلة الجوية:

٦٦- وقد كان من أهم التدابير التي شغلت حيزاً كبيراً من اهتمام منظمة الطيران المدني التدابير الخاصة بوضع نظم قوية لتفتيش الركاب وحقائبهم قبل الصعود للطائرة، ووجوب منع أي راكب من صعود الطائرة أو إدخال حقائبه فيها إذا ما تبين أن في ذلك ما يهدد أمن وسلامة الرحلة الجوية.

(١٨٣) د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، بند ٦٩، ص ٢١١.  
(١٨٤) وهذه المنظمة هي إحدى الوكالات المتخصصة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، والتي تعمل على دعم النقل الجوي، ويبلغ أعضاء هذه المنظمة ١٩١ دولة، وتعمل هذه المنظمة على وضع السياسات والمعايير الخاصة بعمليات النقل الجوي، وتعمل على رصد وتقرير مستجدات النقل الجوي، وتقديم المبادرات اللازمة. راجع:

International Civil Aviation Organization, a united nations specialized agency, available at: <http://www.icao.int/Pages/default.aspx>

وقد أصدرت منظمة الطيران المدني في سبتمبر عام ١٩٦٨ العديد من التعليمات لشركات الطيران بخصوص الوقاية من حوادث الإرهاب، كان أهمها، أن شركة الطيران يجب عليها رفض أي راكب يظهر من سلوكياته وتصرفاته أنه سوف يمثل خطراً محتملاً على الرحلة الجوية، بل وقد منحت هذه الهيئة لرجال المطار سلطة تفتيش الركاب وحقائبهم حتى ولو كانت حقائب دبلوماسية، وذلك من خلال مرور هذه الحقائب على الأجهزة الخاصة بالكشف على الأسلحة والمتفجرات.

وقد لوحظ وجود صدق واسع لهذه التوصيات في أحكام القضاء الأمريكي، حيث قضت الدائرة الرابعة بمحكمة الاستئناف بأن شركة الطيران American Airlines مسؤولة عما لحق الركاب من أضرار على أثر الانفجار الذي وقع نتيجة تمكن أحد الإرهابيين من الصعود على متن الطائرة وبحوزته قنبلة، الأمر الذي ينم عن أن شركة الطيران قد قصرت في فحص وتفتيش الركاب وحقائبهم قبل الصعود للطائرة، واتباع الإجراءات الخاصة بمرور الركاب عبر أجهزة الفحص الآلي عن الأسلحة والمتفجرات<sup>(١٨٥)</sup>.

والملاحظ على هذا الحكم أنه نظر للإجراءات الخاصة بالفحص الأمني للركاب قبل صعود الطائرة على أنه جزء لا يتجزأ من التزام الناقل بالسلامة تجاه ركاب الطائرة، وذلك على النحو الذي يجعله مسؤولاً عن كافة الأضرار التي تلحق الركاب على أثر إهماله (الخطأ غير الإرادي). كما أن هذا الحكم قد نظر لالتزام الناقل بسلامة الركاب ليس فقط من وقت الطيران، ولكن منذ وقت خضوع الركاب لرقابة الناقل ووصايته، بحيث يجب عليه ضمان سلامة الركاب ومن ثم اتخاذ التدابير الأمنية منذ ذلك الوقت.

٦٧- من ناحية أخرى صدر عن السلطات القائمة على شؤون الطيران المدني في سويسرا العديد من التدابير التي يجب على الناقل اتخاذها قبل بدء الرحلة الجوية، كان أهمها<sup>(١٨٦)</sup>:

١ - الاستعانة بأحدث نظم تفتيش وفحص الأفراد والبضائع والأمتعة قبل الصعود للطائرة.

(١٨٥) راجع:

United States of America v. American Airlines, Inc, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 743 F.2d 1114, Oct. 15, 1984.

(١٨٦) راجع:

National Aviation Policy White Paper, Aviation security, chapter eight, op. cit, p136.

٢ - تطبيق المعايير الخاصة بمنع السرقة، ومنع صعود السوائل وغيرها من المواد الكيميائية على متن الطائرة.

٣ - يجب على الناقل الاستعانة بنظم للأمن الوقائي، يكون لديها القدرة على التنبؤ بحوادث الإرهاب في ضوء التوقعات الأمنية والمعلومات الاستخباراتية Intelligence data على المستوى الدولي والمحلي، ففي استراليا مثلاً تعمل وكالة الاستخبارات الاسترالية Australia's intelligence agencies على التنبؤ بوقوع حوادث الإرهاب، من خلال إجراء التحريات الاستخباراتية والتأكد من صحتها، ثم العمل على تزويد الهيئات المعنية بها لتوقي وقوع هذه الحوادث، مثل شركات الطيران، وذلك لاتخاذ الإجراءات والتدابير المناسبة.

٤ - يجب على الناقل الجوي أن يستعين بخبراء أمن على مستوى عال من الكفاءة، وأن يكون ضمن أهم وظائفهم إجراء تقييم منتظم لمستوى أمن المطارات التي يتعامل معها الناقل الجوي، وذلك للوقوف على نقاط الضعف في هذه المطارات، وتقديم الحلول الملائمة للتعامل معها.

## ٢ - التدابير الواجب على الناقل اتخاذها أثناء الرحلة الجوية:

٦٨- يتعين على الناقل أن يبذل مزيداً من الاهتمام بالتدابير الواجب مراعاتها أثناء مرحلة الطيران على وجه الخصوص، وذلك بالنظر إلى انقطاع وسائل الاستغاثة والإنقاذ خلال هذه الفترة، وذلك بما يبرر أن تحظى هذه المرحلة بمزيد من الاهتمام.

٦٩- هذا وقد صدر عن السلطات القائمة على شؤون الطيران المدني في سويسرا عدة تدابير خاصة بهذه المرحلة، كان أهمها<sup>(١٨٧)</sup>:

١ - الاستعانة بفريق أمني مدرب للعمل على متن الطائرة للتصدي للاعتداءات الإرهابية بأشكالها المختلفة، والسعي لضمان سلامة الراكب من أضرار هذه الاعتداءات، على أن يكون مؤهلاً للقيام بما يلي:

- صد وردع التهديدات السريعة والمفاجئة التي تقع أثناء الرحلة الجوية.
- تنفيذ الخطط الأمنية المقررة لمواجهة الاعتداءات الإرهابية.
- القدرة على استيقاف وتقييد كل من يهدد أمن الطائرة بقوة وسرعة.

- القدرة على السيطرة على الطائرة، وتفتيشها، أو تفتيش أي شيء على متنها في حالة تعرضها للخطر.
- القدرة على الاستعانة بفرق وقوات الأمن الرسمية التابعة للدول لتقديم المساعدات الأمنية للطائرة.
- القيام بعمليات تفتيش دورية ومنتظمة لكافة أجزاء الطائرة لضمان الحفاظ على التدابير الأمنية المناسبة.
- ٢ - يجب على الناقل تزويد الراكب بالتعليمات الخاصة بحماية نفسه عند تعرض الرحلة لاعتداء إرهابي.
- ٣ - الاستعانة بنظم أمنية قوية لتأمين كابينة قائد الطائرة، بحيث يكون من الصعب عبور أي راكب إلى هذه الكابينة إلا وفق ما يسمح به قائد الطائرة، وذلك لتجنب عمليات خطف الطائرات، أو إعادة توجيهها.
- ٤ - التزام قائد الطائرة بأن يبقى في حالة اتصال مستمر مع المحطات الأرضية المختلفة المتواجدة في خط سير الرحلة الجوية، وذلك للإبلاغ عن أية اعتداءات يمكن أن تقع أثناء الرحلة.
- ٣ - التدابير الواجب على الناقل اتخاذها تجاه سلطات المطار:
- ٧٠- على الرغم من أن الناقل الجوي لا يملك سلطة مباشرة على سلطات المطارات التي يتعامل معها، إلا أن هذا لا يمنع من أن يطالب هذه السلطات باتخاذ إجراءات معينة لمساعدته على تفادي وقوع الإرهاب، خاصة وأن سلطات المطار لها مصلحة قوية في عدم وقوع مثل هذه الحوادث في ساحات المطار أو أحد مرافقه.
- ٧١- هذا وقد نظمت سلطات الطيران المدني في سويسرا العديد من التدابير الخاصة بهذه المرحلة، كان أهمها<sup>(١٨٨)</sup>:
- ١ - فرض نظام رقابي مشدد وموسع على كافة مباني المطار ومرافقه، وعلى كافة العاملين بداخله من مشغلي الطائرات وعمال الشحن والتفريغ والعاملين لدى شركات الطيران.
- ٢ - الاستعانة بأجهزة دقيقة للكشف عن الأسلحة والمتفجرات بأنواعها المختلفة

(١٨٨) راجع:

Ibid, p136.



(نووية وهيدروجينية وكيميائية والأسلحة البيضاء)، وأن يخضع للفحص عبر هذه الأجهزة ليس فقط الركاب والشاحنين، ولكن أيضاً كافة العاملين في المطار.

٣ - أن تحرص سلطات المطار على التواصل المستمر مع أجهزة الأمن والاستخبارات ليس فقط على المستوى الوطني ولكن على المستوى الدولي أيضاً، بحيث يتوافر لديها بيانات كاملة ودقيقة عن الحالة الأمنية السائدة، ويجب عليها إذا ما تبين لها خطورة التهديدات المحيطة بأية رحلة عليها أن تتخذ الإجراءات اللازمة حتى ولو تطلب الأمر إلغاء الرحلات المقررة.

٤ - التوسع في تطبيق نظام بطاقات تحديد الهوية<sup>(١٨٩)</sup> Aviation Security Identification Card (ASIC) ليشمل كافة المتعاملين بالمطار، بحيث لا يسمح لأحدهم بالتعامل مع الركاب أو الطائرة قبل التأكد من هويته، وتطبيق هذا الأمر حتى على طاقم الطائرة والطيارين المتدربين.

٥ - أن يتأكد الناقل من أن المطارات التي يتعامل معها تطبق نظام المراقبة الموحد (UPM)، والذي يضم مجموعة من قادة الشرطة، وخبراء في تفتيش الأشخاص والحقائب، وفريق للبحث الجنائي، وخبراء في المخابرات، وقوة مضادة للتعامل مع الاعتداءات الإرهابية.

٧٢ - وعلى صعيد متصل يجب على الحكومات المختلفة مراعاة استيفاء مباني المطارات ومرافقه للمعايير الأمنية الكافية للتعامل مع حوادث الإرهاب، خاصة فيما يتعلق بأجهزة الإنذار في أماكن تواجد الركاب صعوداً وهبوطاً. وزيادة الثقافة الأمنية لدى المتعاملين مع المسافرين.

وقد كان من أحدث ما تم اتخاذه في هذا الشأن، ما قامت به منظمة الطيران المدني في ١٤ سبتمبر لعام ٢٠١٢ من الإعداد لمؤتمر دولي جمع وزراء وكبار المسؤولين عن الأمن لدى ١٣٢ دولة من الدول الأعضاء في المنظمة، و٢٣ منظمة دولية، وقد حمل هذا المؤتمر عنوان "المؤتمر رفيع المستوى بشأن الطيران المدني" (HLCAS). وقد تم الاتفاق على مجموعة من التدابير المتعلقة بالاعتداءات الإرهابية،

(١٨٩) ويهدف تطبيق هذا النظام إلى التقليل من خطر الإرهابيين الذين يخترقون المناطق ذات التأثير المباشر على تشغيل الطائرات، كما يعملون على منع الأفراد الذين سبق لهم ارتكاب جرائم جنائية من العمل في أي قطاع متصل بتشغيل الطائرات. ويوصى دائماً بتبني شروط قوية لمنح هذه البطاقات، كما يجب أن يراعى تجديدها كل فترة زمنية في ضوء ما يستجد بخصوص الحالة الأمنية لحامل هذه البطاقة، بحيث يتم إلغاء أية بطاقة في حالة وجود أية شبهات حول حاملها.

من خلال التوصية بضرورة تنسيق الجهود الدولية في هذا الصدد، لتوفير أقصى درجات الأمان للركاب والبضائع المنقولة جواً، وقد أيد المؤتمر ضرورة العمل على تبادل المعلومات بصورة مشتركة، وتبني الفكر الاستباقي للتعامل مع هذه الاعتداءات، كما يجب تطوير الأجهزة الأمنية لتتواءم مع الإرهاب الحديث<sup>(١٩٠)</sup>.

## ثانياً - اختصاص شركة التأمين في دعوى مسؤولية الناقل عن أضرار الإرهاب :

٧٣- ويقتضي الحديث عن مدى اختصاص شركة التأمين في دعوى مسؤولية الناقل التعرض لمشاكل التأمين ضد مخاطر الإرهاب، ومسؤولية شركة التأمين عن تعويض الأضرار الناتجة عن الإرهاب، وذلك على التفصيل التالي:

### ١ - مشاكل التأمين ضد مخاطر الإرهاب:

٧٤- يواجه التأمين ضد مخاطر الإرهاب العديد من المشاكل، التي دفعت بالعديد من التشريعات إلى العزوف عن قبول التأمين ضد هذه المخاطر، ودفعت ببعض الآخر إلى قبوله على استحياء، وذلك للأسباب التالية<sup>(١٩١)</sup>:

أ - صعوبة الوقوف على تعريف محدد للإرهاب، وذلك لاختلاطه ببعض الصور المشابهة له مثل أعمال القرصنة والسطو المسلح، يضاف لذلك، الاختلاف المحتمل حول اشتراط وجود دافع سياسي لدى مرتكب العمل الإرهابي من عدمه، خاصة وأن الدافع وراء ارتكاب هذه الأعمال قد يكون غير واضح. وبالتالي تكاد تقتصر التغطية القانونية لتأمين مخاطر الإرهاب على الدول التي تقلل من الطابع السياسي للإرهاب، وهذا مما يقلل من مجال الاستفادة من مزايا هذا التأمين.

(١٩٠) وقد أكد ريمون بينيامين السكرتير العام لمنظمة الأيكو على هذا الأمر من خلال إبراز أهمية تبادل المعلومات والاستفادة من أحدث معطيات الأمن وتوظيفها في مجال الطيران المدني، وبالإضافة لما تم الاتفاق عليه من تخصيص مندوبين لدى كل دولة لإتمام هذا التبادل والعمل على تبني نظم للكشف المبكر عن المخاطر، أيضاً تم تبني نظم لمواجهة التهديدات التي يمكن أن ترتكب من قبل أفراد المطارات وعمال الشحن والتفريغ. هذا وقد أبدت منظمة الطيران المدني (أيكو) والاتحاد الأوروبي الرغبة في التعاون المشترك فيما بينهم في مجال أمن الطيران، وقد تم توقيع مذكرة تفاهم في هذا الشأن، ودخلت حيز التنفيذ في بداية عام ٢٠١٢. راجع:

International Civil Aviation Organization, states forge stronger, more sustainable future for aviation security, ICAO news release, MONTR?AL, 14 September 2012.

(١٩١) راجع في ذلك:

Pierre chichkine, terrorisme et droit maritime, op. cit, p 39.

- ب - ين القوانين الوطنية لا تغطي مخاطر الإرهاب إلا إذا وقع داخل الحدود الإقليمية للدولة، ومن ثم الإرهاب الذي يقع في خارج هذه الحدود لا يشملته التأمين.
- ج - ترى شركات التأمين أن من الصعب تغطية المخاطر الناتجة عن الإرهاب، حيث إن هذه المخاطر غير مستوفية للشروط والمعايير اللازمة لسريان نظام التأمين عليها، كما أنهم لا يملكون أية بيانات أو معلومات واضحة عن شكل الإرهاب الذي يمكن أن يخضع للتأمين، يضاف لذلك أنهم يخشون من أن حجم الخسائر الناجمة عن حوادث الإرهاب قد تتجاوز حجم المبالغ المتاحة لدى شركة التأمين.
- د - ترى شركات التأمين أن الإرهاب على عكس الكوارث الطبيعية، يسعى إلى التدمير كجزء من مؤامرة تهدف إلى إحداث خلل داخل المجتمع، أما الكوارث الطبيعية فهي تقع بشكل عشوائي، وبدون غرض محدد، كما أن نتائجها وعواقبها يمكن التنبؤ بها باستخدام البيانات والأساليب العلمية، يأتي كل هذا في ظل أن مخاطر الإرهاب يقل بشأنها الحافز أو الفرصة لدى المؤمن عليه لاتخاذ التدابير الوقائية اللازمة لمواجهة مخاطر الإرهاب.
- هـ - وأخيراً تجد شركات التأمين صعوبة في تسعير مخاطر الإرهاب، خاصة ما يطلق عليها حوادث الإرهاب العملاقة "mega-terrorism" (١٩٢).
- وعلى الرغم من المشاكل والصعوبات السابقة إلا أن شركات التأمين كانت تسعى دائماً إلى صياغة سياسات تأمينية جديدة للتأمين ضد مخاطر الإرهاب، خاصة بعد وقوع أحداث الحادي عشر من سبتمبر (١٩٣).

(١٩٢) راجع في ذلك:

وتبدو صعوبة تسعير مخاطر الإرهاب في تحديد مكان خطر الإرهاب (pricing of risk)، حيث يصعب نسبته لدولة معينة، فتسعير مخاطر الحروب منذ سنوات بسيطة كان يحدد في ضوء النطاق الجغرافي على أساس المناطق التي يوجد بها صراعات قائمة أو حديثة أو على الأقل الأماكن التي بها بعض التوتر، لكن الأمر قد شهد تغيراً، وذلك بسبب أننا نأخذ في الاعتبار المناطق الجغرافية بخصوص مخاطر أقل بكثير، لكن مخاطر الإرهاب بطبيعتها غير متوقعة (وقد قيل هذا بأن البحر الأبيض المتوسط قد شهد مخاطر من هذا النوع عام ١٩٨٥ قبل هجوم (Achille Lauro). وسابقاً كان التسعير يتم على أساس سعر الأساس (base rates) والضرائب الإضافية، وهذا الأخير كان أقوى، ومتناسب مع المخاطر، لكن من اللازم الآن تغيير كل نظم التسعير، ومراجعة فكرة سعر الأساس، وجعلها أكثر مرونة مع نظام الأقساط.

Pierre chichkine, terrorisme et droit maritime, op. cit, p 36)

(١٩٣) راجع في ذلك:

M. Bernhard A. Koch, indemniser les victims de terrorisme, op. cit, p8.

## ٢ - مسؤولية شركة التأمين عن تعويض أضرار الإرهاب المسؤول عنها الناقل الجوي:

٧٥ - قديماً - قبل الحرب العالمية الثانية - كان الأصل عدم وجود فرق بين مخاطر الحرب وباقي المخاطر الأخرى فيما يتعلق بجواز التأمين، حيث كانت الحروب في ذلك الوقت منتشرة في أوروبا وكان السلام هو الاستثناء، وكانت مخاطر الحرب المختلفة منتشرة ومختلطة بمخاطر السلم، لكن مع نهاية القرن التاسع عشر، وعلى أثر قلة الحروب والنزاعات المسلحة أصبح خطر الحرب خطراً استثنائياً، وعزفت شركات التأمين على أثر ذلك عن قبول التأمين ضد مخاطر الحرب والإرهاب<sup>(١٩٤)</sup>. وفي عام ١٩٣٧ خصصت شركات التأمين الفرنسية اتفاقاً خاصاً لمخاطر النقل عن طريق البحر، وهذا الاتفاق لم يكن يغطي مخاطر الحرب والإرهاب التي تلحق البضائع المنقولة خارج المركبات<sup>(١٩٥)</sup>.

وقد أقر قانون التأمين الفرنسي رقم ٦٧-٥٢٢ في المادة ١٧٦-١٦ الصادر في ٣ يوليو ١٩٦٧ ذلك، حيث نص على أن المؤمن لا يضمن المخاطر الناجمة عن:

١ - الحرب أو الحرب الأهلية، وجميع الأسلحة وأدوات الحرب.

٢ - القرصنة.

٣ - الاعتقال أو الاحتجاز من قبل أية حكومة أو سلطة أخرى.

٤ - مكافحة الشغب، والاضطرابات ومخاطر الإرهاب.

وقد أضافت المادة ١٧٦-١٦ إلى الاستثناءات السابقة المخاطر الناجمة عن الأنشطة النووية.

هذا وقد شهدت المخاطر الناجمة عن حوادث الإرهاب تغييراً كبيراً على أثر الهجمات الإرهابية التي شهدتها البلاد، والتي كشفت عن عدم ملائمة القوانين السارية لواقع النقل الجوي، والبحث عن آلية جديدة للتعامل مع مخاطر الإرهاب.

وقد عمد الاتحاد الأوروبي عام ١٩٨٣ إلى إبرام اتفاقية لتعويض ضحايا الجرائم العنيفة<sup>(١٩٦)</sup>، والتي دخلت حيز النفاذ في ١ فبراير عام ١٩٨٨، وقد ألزمت هذه

(١٩٤) راجع:

Claude Pohlit, New Developments in Maritime Security and Their Impact on International Shipping, op. cit, p.32.

(١٩٥) راجع في ذلك:

Pierre chichkine, terrorisme et droit maritime, op.cit, p 36.

(١٩٦) راجع في ذلك:

The European Convention on the Compensation of Victims, available at: <http://www.coe.int/loportal/web/coe-portal>



الاتفاقية الدول الأعضاء فيها بتبني نظم قانونية تسمح بتعويض ضحايا الجرائم العنيفة، خاصة الإرهاب، وقد نصت الاتفاقية في المادة (3-b) على التزام كل دولة بتعويض المضرور من الإرهاب الذي يرتكب على إقليمها، حتى ولو كان الجاني غير معروف، وذلك بشرط أن يكون المضرور ينتمي لجنسية دولة متعاقدة، أو ينتمي لدولة عضو في الاتحاد الأوروبي، بشرط أن يكون مقيماً في الدولة التي وقوع الإرهاب على أراضيها.

وقد صدر على إثر ذلك في ٩ سبتمبر ١٩٨٦ قانون لتعديل قانون التأمين السابق، حيث خصص الفصل الرابع من هذا القانون للتأمين ضد مخاطر الإرهاب، وهي في الأصل لا تعد من قبيل المخاطر العادية إذا ما كانت الأعمال الإرهابية قد وقعت لأغراض سياسية أو مرتبطة بحرب أو أعمال تخريب.

وقد ألحق بهذا القانون المادة (١٢٦-٢) من قانون التأمين، والتي نصت على ألا يمكن لشركة التأمين أن تقرر إعفاءات أو تقرر حداً أقصى للتعويض عن تلك التي قدمتها عن الأضرار المشابهة للأضرار الناشئة عن الإرهاب، ولا تقيد من التزاماتها بخصوصها.

وينطبق النص السابق على كافة عقود التأمين الخاصة بالممتلكات والأراضي والبحار، سواء التأمين على الحياة أم على الممتلكات أو المركبات البرية والجوية والبحرية، والتأمين على البضائع.

وفي ٢٣ نوفمبر ١٩٨٩ كانت شركات التأمين تدرج في عقودها شرطاً يعرف بشرط ضمان الأضرار والخسائر الناجمة عن الإرهاب "Guarantee Clause damages and losses resulting from acts of terrorism or attacks" حيث كان هذا الضمان يقدم عن أضرار الإرهاب في حالات الحرب.

وطبقاً للقانون السابق حتى يستفيد المؤمن من تحمل شركة التأمين التعويضات المستحقة عن حادثة الإرهاب، يجب عليه إثبات أن الضرر يعود لإحدى حوادث الإرهاب، وفي حالة ما إذا كان سبب الضرر غير معروف فإنه يفترض أنه نتج عن حادثة جوية أو خطر ما غير الحرب، أي أن التأمين يشمل الأضرار الناجمة عن أعمال الإرهاب مادامت ليست متعلقة بالحرب، لكن هذا الضمان كان قاصراً على ما يقع من حوادث على إقليم الدولة أو مياهها الإقليمية أو مجالها الجوي.

وفي عام ١٩٩٠ تم تأسيس صندوق تعويض ضحايا الأعمال الإرهابية (FGTI)، حيث يضمن هذا الصندوق تعويضاً كاملاً لضحايا العمليات الإرهابية

المرتكبة على الأراضي أو المياه الإقليمية الفرنسية<sup>(١٩٧)</sup>. ويمول هذا الصندوق من ضريبة عقود التأمين على الممتلكات، وتستكمل مواردها من صندوق يمول من حصيلة الأشياء التي تتم مصادرتها من قبل الإرهابيين، والمطبقة بموجب نص المادة (٤٢٢-٧ من قانون العقوبات الفرنسي)<sup>(١٩٨)</sup>.

هذا وقد كشفت أحداث ١١ سبتمبر عن مدى خطورة حوادث الإرهاب، الأمر الذي دعا الحكومة الفرنسية في ٢٨ نوفمبر ٢٠٠١ إلى إصدار المرسوم بقانون رقم ١٣٣٧-٢٠٠١، الذي عدل من أحكام قانون التأمين، وقضى بإمكانية التأمين ضد مخاطر الإرهاب، وقد سمح هذا التعديل بجواز اتفاق شركة التأمين والمؤمن على أن يكون التأمين في حدود ٢٠٪ من قيمة المبلغ المستحق عن تأمين الممتلكات (قيمة جسم السفينة والبضائع) بحد أدنى ٢٠ مليون يورو في حالة التأمين على جسم السفينة، و ٢٠٪ من قيمة الشيء المؤمن عليه، أيهما يفضل المؤمن<sup>(١٩٩)</sup>.

ووفق هذا القانون تلتزم شركة التأمين بتغطية التعويضات المستحقة، إذا ما ثبت أن الأضرار التي وقعت بسبب الاعتداءات الإرهابية، ويتم في هذه الحالة استبعاد المسؤولية الشخصية للناقل، حيث سيحل محلها نظام التأمين الخاص بحوادث الإرهاب وصناديق التعويضات الخاصة (compensation fund).

هذا وقد فرض الاتحاد الفرنسي لشركات التأمين مجموعة من الضوابط على شركات التأمين الفرنسية فيما يتعلق بالتأمين ضد مخاطر الإرهاب البحري، كان أهمها:

- إن التأمين يجب أن يشمل على الأضرار التي تلحق الممتلكات المادية والأدوات التكنولوجية.
- مبالغ التأمين عن الأضرار المباشرة والخسائر التشغيلية يجب أن تتجاوز ٦ ملايين يورو.

(١٩٧) راجع في ذلك:

le Fonds de garantie pour les victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, voir <http://www.fgti.fr>

(١٩٨) راجع:

Committee of experts on terrorism (codexter), Profiles on counter - terrorism capacity, council of Europe, p3, available at: [www.c.or.int/gmt](http://www.c.or.int/gmt)

(١٩٩) راجع في ذلك:

articles R.126-1 and R.126-2 of the française Insurance Code.

- يجب أن يكون الحادث قد وقع في الإقليم الفرنسي، أو في المياه الإقليمية. والملاحظ أن شركات التأمين الفرنسية قدمت مؤخراً نوعين من الضمانات لتأمين مخاطر الإرهاب الجوي على وجه الخصوص:

الأول: هو توسيع نطاق الضمان ضد أضرار الإرهاب الجوي (وذلك على غرار السلع الدولية)، بحيث يشمل (يغطي) التأمين كافة الحوادث التي تقع من بداية الرحلة وحتى النهاية، بما في ذلك النقل عن طريق البر.

الثاني: هو ضمان حوادث الإرهاب التي تقع في المياه الدولية ضد أعمال الشغب والانتهاكات.

وفي عام ١٩٦٦ قرر المتخصصون في سوق التأمين في لندن أن الاتفاق الذي يتم ما بين الناقل وشركة التأمين لا يشتمل على مخاطر الإرهاب، وأن المخاطر الأخيرة تعد من قبيل مخاطر الحرب، لكن في عام ١٩٧٠ تزايدت مخاطر الإرهاب، الأمر الذي دفع بشركات التأمين إلى إصدار وثيقة تأمين لتغطية مثل هذه الحوادث، تضمنت الوثيقة بنداً خاصاً يسمى "War, Hijacking and other perils" clause<sup>(٢٠٠)</sup>.

وفي عام ١٩٩٢ اعتبرت المملكة المتحدة مخاطر الإرهاب من المخاطر العادية، وذلك على أثر وقوع عدة هجمات من الجيش الإيرلندي، وأنشأت صندوقاً خاصاً لتغطية الأضرار الناجمة عن مثل هذه الهجمات، ممولاً من قبل الدولة بموجب قانون إعادة التأمين ضد مخاطر الإرهاب (Reinsurance Acts of Terrorism Act 1993)<sup>(٢٠١)</sup>، والذي حرصت الدولة على تمويله بصورة غير مباشرة.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية فقد تم اتباع ذات النهج المتبع في فرنسا، حيث تم السماح بالتأمين ضد مخاطر الإرهاب دون مخاطر الحرب، حيث ما تم استبعاده صراحة من مجال المخاطر التي يمكن التأمين عليها، الحرب والحرب الأهلية والأعمال العسكرية والتمرد والأنشطة الحكومية المضادة للأعمال العسكرية واغتصاب السلطة،

(٢٠٠) د. يحيى أحمد البناء، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، بند ١٣٠، ص ٣٢١.

(٢٠١) راجع في ذلك:

Reinsurance (Acts of Terrorism) Act 1993, available at:

[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/18/pdfs/ukpga\\_19930018\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/18/pdfs/ukpga_19930018_en.pdf)

ولم يرد ذكر للمخاطر الإرهابية ضمن المخاطر المستبعدة، وذلك باعتبارها من المخاطر العادية.

فقد صدر في عام ٢٠٠٢ قانون التأمين ضد مخاطر الإرهاب (TRIA)، والذي صدر في أعقاب هجمات الحادي عشر من سبتمبر، وقد اشترط هذا القانون لتغطية التعويضات المستحقة عن حوادث الإرهاب ما يلي<sup>(٢٠٢)</sup>:

- أن يكون هناك عمل من أعمال العنف الذي يشكل خطراً على حياة البشر أو الممتلكات أو البنية التحتية.
- يشترط تحقق النتائج الضارة داخل الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك باستثناء الاعتداءات الإرهابية التي تتم ضد الطائرات أو السفن أو مقر البعثات الدبلوماسية الأمريكية.

ويلاحظ أن القانون الأمريكي قد سجل خطوة للأمام على نظيره الفرنسي، حيث سمح بتغطية أضرار حوادث الإرهاب حتى ولو وقعت خارج الحدود الإقليمية الأمريكية، وذلك عكس ما عليه الحال في القانون الفرنسي، الأمر الذي يظهر جدوى التأمين وفاعليته، حيث إن غالبية حوادث الإرهاب الجوي تقع خارج حدود الدولة التابعة لها الطائرة.

وبالإضافة إلى شركات التأمين، ظهرت نوادي تعمل على تغطية الرسوم والمصاريف الناتجة عن مخاطر الإرهاب، والتي لا تغطيها شركات التأمين (Protection & Indemnity Clubs) كما تهتم بتغطية المخاطر المستحدثة للإرهاب، وهي تشمل الأضرار التي تلحق الطائرة، وكذا البضائع والأشخاص. ويرتبط تحديد مبلغ التعويض المستحق بقيمة الطائرة وحدود مسؤولية شركة التأمين عن تغطية المخاطر التي تلحق بها<sup>(٢٠٣)</sup>.

٧٦ - وبناء عليه يرى بعض الفقه<sup>(٢٠٤)</sup> ضرورة إعادة النظر في مبدأ التأمين ضد مخاطر الإرهاب بشكل كامل، وذلك من خلال:

---

(٢٠٢) راجع في ذلك:

Terrorism Risk Insurance Act, available at:  
<http://terrorism.uslegal.com/terrorism-risk-insurance-act/>

(٢٠٣) راجع في ذلك:

International Group of P&I clubs, available at: <http://www.igpandi.org/>

(٢٠٤) راجع في ذلك:

Pierre chichkine, terrorisme et droit maritime, op.cit, p 42.



١ - الوقوف بدقة على تعريف للإرهاب، وذلك للتخفيف على المؤمن عليه من الآثار الضارة للاعتداءات العشوائية أو المقصودة، والتي قد تستبعد مبدأ التأمين.

٢ - ضرورة تشجيع الحكومة على ضرورة التدخل لتأمين المخاطر الناجمة عن حوادث الإرهاب الجوي، ولا يترك الأمر فقط لشركات التأمين.

وقد حظي هذا الأمر باهتمام واسع النطاق لدى العديد من الدول، خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام ١٩٦٢، والتي سعت منذ هذا الوقت إلى تشكيل لجنة تضم منظمات ومندوبين عن شركات النقل، وقد انتهت اللجنة إلى ضرورة أن يكون التأمين ضد مخاطر التأمين إجبارياً.

كما سعت شركات النقل من جانبها إلى توسعة نطاق التأمين، حيث قررت جعله يشتمل على مخاطر الحرب في مناطق معينة بموجب اتفاق خاص مع شركات التأمين، على أن يتم دفع قسط إضافي نظير التأمين ضد هذه المخاطر.

وبناء عليه للراكب المضرور من حوادث الإرهاب أن يقيم دعوى المسؤولية ضد الناقل، ويختصم فيها شركة التأمين، فكل منهما ملتزم بالتعويض، وذلك على سبيل التضامن، حيث إنه مفترض في العلاقة بينهما، باعتبار أننا بصدد مسألة تجارية التضامن فيها مفترض، ولا يحتاج لاتفاق خاص، لكن يجب ملاحظة أن مسؤولية شركة التأمين مرتبطة بقيام مسؤولية الناقل، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "متى كان اختصام شركة التأمين أمام محكمة الموضوع مبناه وثيقة التأمين المعقودة بينها كمؤمنة وبين الناقل المؤمن له، على أن تضمن شركة التأمين بموجبها أداء مبلغ التعويض الذي يحكم به على الناقل إذا ما ثبتت مسؤوليته قبل الغير عن الحادثة بتعويض الضرر الناشئ عنه" (٢٠٥).

### خاتمة:

٧٧- يتضح لنا من خلال المعالجة السابقة خطورة الإرهاب وتأثيراته على النقل الجوي، الذي يعد وبحق من أهم شرايين الحياة لأية دولة، بفضل ما يقدمه من خدمات النقل الدولي والداخلي للأفراد والبضائع. وقد تسببت الأهمية الاقتصادية لهذا النقل بالمفهوم السابق في جعله مقصداً ومطمعاً للجماعات الإرهابية، ليس فقط لسعي هؤلاء لتحقيق مآرب شخصية من خلال الاستيلاء والسطو والسرقة، ولكن لتهديد الدول وابتزازها، والإضرار بكيانها.

(٢٠٥) نقض مدني، جلسة ١٥/٣/١٩٦٦، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٧، العدد الثاني، ص ٥٨٥.

وقد تبين من خلال تقصي خطى التشريعات المختلفة تركيز جهودها على مجرد تنظيم المسؤولية الجنائية والمدنية لمرتكبي الإرهاب، رغم عدم جدوى هذا الأمر في كثير من الأحيان بالنسبة للمضرورين، وذلك لصعوبة ملاحقة مرتكبي الاعتداءات الإرهابية، خاصة وأن غالبية هذه الاعتداءات ترتكب من قبل أشخاص مجهولي الهوية (السجناء الفارين من تنفيذ الأحكام أو الفدائيين)، كما أن معظم هذه الاعتداءات ترتكب أثناء الطيران، مما يصعب معه التعرف على مرتكبي هذه الاعتداءات أو إثبات تورطهم في ارتكابها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى انشغلت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بإجراءات الملاحقة الأمنية وتغليظ العقوبة على مرتكبي هذه الأفعال، رغم عدم أهمية هذا الأمر كثيراً بالنسبة للمضرورين، حيث غالباً ما يشغلهم الحصول على تعويض يجبر الأضرار التي لحقت بهم، يأتي هذا في ظل ما تشهد به التقارير الأمنية من أن معظم منفذي الهجمات الإرهابية ممن لا مأوى لهم ولا مال، ومن ناحية ثالثة، ضعف دور المسؤولية الجنائية، إن لم يصل الحال إلى انعدام دورها تماماً، حيث غالباً ما ترتكب جرائم الإرهاب في المجال الجوي، الأمر الذي يصعب معه تقرير مسؤولية الجناة وفقاً لقانون وطني محدد، بل حتى في الحالات التي ترتكب فيها هذه الجرائم في إقليم دولة معينة، يكون من الصعب ملاحقة مرتكبيها، لأنهم غالباً ما ينتمون إلى جماعات منظمة مدعومة من بعض الدول.

وقد تسببت العوامل السابقة في البحث عن مدى مسؤولية الناقل عن تعويض الأضرار الناشئة عن حوادث الإرهاب، بالنظر إلى أنه المسؤول الأول عن سلامة الراكب، وقد لوحظ أنه على الرغم من خطورة آثار الإرهاب بالمعنى السابق، إلا أن الاتفاقيات الدولية المعنية بشؤون النقل الجوي قد غاب عنها تنظيم خاص لمسؤولية الناقل عن تعويض الأضرار الناشئة عن هذه الحوادث، ولعل هذا كان يعود وفق ما أظهرته الدراسة إلى أن المحاكم واتجاهات الفقه ظلت لفترات زمنية طويلة تعتبر الإرهاب من قبيل القوة القاهرة التي يستحيل على الناقل توقعها أو دفعها، إلا أن هذا الفكر قد أخذ نجمه في الأفول على أثر ما شهدته قطاع النقل الجوي من تقدم، بات معه من الممكن للناقل توقع هذه الحوادث والتعامل معها، وهذا ما عكسته أحكام المحاكم المختلفة، وهي بصدد تفسيرها لشروط مسؤولية الناقل عن حوادث النقل في ضوء نصوص الاتفاقيات الدولية المعنية بشؤون النقل الجوي.

ومما لا شك فيه أن تقرير مسؤولية الناقل الجوي عن تعويض أضرار الإرهاب له عظيم الأثر في التقليل من خطورة آثار مثل هذه الحوادث، وذلك بفضل ما يترتب

على ذلك من تقديم ضمانات كبرى للراكب، تحقق له جبراً حقيقياً لما يصيبه من أضرار مادية ونفسية، الأمر الذي لا يصب فقط في مصلحة الراكب، ولكن في مصلحة قطاع الطيران المدني بأكمله، وذلك لما يوفره ذلك من طمأنينة المتعاملين مع هذا القطاع وتشجيعهم على التعامل معه.

يأتي هذا في ظل قابلية النصوص القانونية الداخلية والدولية لاعتبار الإرهاب حادثاً يمكن أن يسأل عنه الناقل الجوي، كما تقبل أيضاً تصور وقوع خطأ من الناقل يجعله مسؤولاً عن تبعات هذا الحادث.

### التوصيات:

٧٨- هذا وقد خلصت هذه الدراسة لمجموعة من التوصيات نجملها فيما يلي:

- ١ - ضرورة تبني تعريف دولي موحد للإرهاب بغية تمييز هذا الحادث عن أعمال العنف الأخرى التي تختلط به.
- ٢ - السعي لإبرام اتفاقية دولية تنظم بدقة طبيعة مسؤولية الناقل الجوي عن حادث الإرهاب، لضمان معاملة دولية موحدة لمسؤولية الناقل عن هذا الحادث.
- ٣ - ضرورة حصول الراكب على تعويض عادل على أثر ما أصابه من أضرار نتيجة وقوع الإرهاب باعتباره حقاً تقرر له الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، وذلك بالنظر لما يخلفه الإرهاب من أضرار جسام.
- ٤ - يجب التخلي عن المفهوم التقليدي لخطأ الناقل الجوي الذي يرتبط من حيث الأصل بالمخاطر التقليدية للنقل الجوي؛ كالأعطاب الميكانيكية للطائرة، وتبني مفهوم يتناسب مع المخاطر الحديثة لهذا النقل، خاصة في ظل ما يشهده قطاع النقل الجوي من تقدم يسمح له بذلك.
- ٥ - يجب تبني نصوص دولية موحدة تحدد بدقة مفهوم الحادث الجوي، وتحدد متى تبدأ الرحلة الجوية ومتى تنتهي، وذلك لتجنب كثرة التأويلات والتفسيرات في ساحات المحاكم.
- ٦ - يجب على الناقل الجوي أن يضمن سلامة الراكب ضد حوادث الإرهاب، من خلال التسلح بالضوابط الأمنية الكافية لذلك، والسعي إلى التنسيق مع السلطات الأمنية المختلفة لتجنب أضرار الإرهاب.

## المراجع

### أولاً - المراجع العربية:

- ١ - د. ثروت أنيس الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي، (بدون دار نشر)، الطبعة الأولى، ١٩٦٠.
- ٢ - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، (بدون تاريخ نشر).
- ٣ - د. أبو الخير أحمد عطية، الجوانب القانونية لمكافحة القرصنة البحرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٤ - د. أحمد بن إبراهيم الشيخ، المسؤولية عن تعويض أضرار النقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاقيتي وارسو ١٩٢٩ ومونتريال ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٥ - د. أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية - القاهرة، (بدون تاريخ نشر).
- ٦ - د. أمانى أحمد عبد الله موسى، تطور طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو ١٩٢٩م واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م، بحث مقدم لمؤتمر الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع محاكم دبي وهيئة دبي للطيران المدني، الفترة من ٢٣-٢٥/٤/٢٠١٢.
- ٧ - د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٨.
- ٨ - د. جلال وفاء محمدين، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، دار الجامعة الجديدة، (بدون تاريخ نشر).
- ٩ - د. حمدي محمد مصطفى حسن، الاستثناءات الواردة على مسؤولية الناقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاقية وارسو ١٩٢٩ والبروتوكولات المعدلة لها واتفاقية مونتريال ١٩٩٩ مع الإشارة إلى قانون المعاملات التجارية الإماراتي، بحث مقدم لمؤتمر الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع محاكم دبي وهيئة دبي للطيران المدني، الفترة من ٢٣-٢٥/٤/٢٠١٢.
- ١٠ - د. خالد مصطفى فهمي، تعويض المضرورين عن الأعمال الإرهابية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧.



- ١١ - د. عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص الجوي، مكتبة الجلاء بالمنصورة، (بدون تاريخ نشر).
- ١٢ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام (المجلد الثاني)، الطبعة الثالثة، ١٩٨١.
- ١٣ - د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٨٦.
- ١٤ - د. عبد المجيد خلف العنزي، أساس مسؤولية الناقل الجوي وحالاتها، بحث مقدم لمؤتمر الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع محاكم دبي وهيئة دبي للطيران المدني، الفترة من ٢٣-٢٥/٤/٢٠١٢.
- ١٥ - د. علاء الدين راشد، المشكلة في تعريف الإرهاب، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- ١٦ - د. فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ١٧ - د. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.
- ١٨ - د. محمد حسين علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٤١٠-١٩٩٠.
- ١٩ - د. محمد موسى دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفى، دار النهضة العربية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.
- ٢٠ - د. هشام فضلي، مسؤولية الناقل الجوي على الصعيدين الدولي والداخلي " دراسة في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ وقانون التجارة الجديد"، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.
- ٢١ - د. يحيى أحمد البنا، أثر الإرهاب الدولي على مسؤولية الناقل الجوي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ١٩٩٣.
- ٢٢ - د. يسرية محمد عبد الجليل محمد، تقارير حوادث الطائرات ودورها في إثبات المسؤولية، بحث مقدم لمؤتمر الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع محاكم دبي وهيئة دبي للطيران المدني، الفترة من ٢٣-٢٥/٤/٢٠١٢.

## ثانياً - المراجع الأجنبية:

### Research:

- 1 - **Andrew Marshall**, maritime terrorism could have global economic impact, insurance journal, March 5, 2010.
- 2 - **Antonio Cassese**, The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in international Law, Journal of International Criminal Justice 4 (2006).
- 3 - **Atef Ghobrial and Wes A. Irvin**, Combating air terrorism: some implications to the aviation industry, Journal of Air Transportation, Vol. 9, No. 3 - 2004.
- 4 - **Barbara J. Buono**, The Recoverability of Punitive Damages Under the Warsaw Convention in Cases of Wilful Misconduct: Is the Sky the Limit?, Fordham International Law Journal, Volume 13, Issue 4, Article 6, 1989.
- 5 - **Ben Saul**, The Legal Response of the League of Nations to Terrorism, Journal of International Criminal Justice 4 (2006).
- 6 - **Bernhard A. Koch**, indemniser les victimes du terrorisme, Centre Européen de Droit et de l'assurance responsabilité civile délictuelle, CDCJ-BU(2006).
- 7 - **Bjorn Moller**, Piracy - Maritime Terrorism and naval strategy, Danish institute for international studies report 2009.
- 8 - **Cbristian Walter**, Defining terrorism in national and international law, available at: [http://www.unodc.org/tldb/bibliography/Biblio\\_Int\\_humanitarian\\_law\\_Walter\\_2003.pdf](http://www.unodc.org/tldb/bibliography/Biblio_Int_humanitarian_law_Walter_2003.pdf)
- 9 - **Cédric bernat**, Le régime de responsabilité des commissionnaires de transport, mars 2010, available at: <http://cedricbernat.wordpress.com/2010/03/25/le-regime-de-responsabilite-des-commissionnaires-de-transport/>
- 10 - **Christian Jung**, The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR): Survey, Analysis and Trends of Recent German Case Law, 1997.
- 11 - **Christopher Joyner**, Navigating Troubled Waters(Somalia, Piracy, and Maritime Terrorism), Georgetown Journal of International Affairs, Winter/Spring 2009.
- 12 - **Cynthia Dokas**, The duty to warn in aviation law: a new tort theory in the aftermath of Pan American Flight 103, New York Law School Journal of Human Rights, Vol. 8, Issue 01, 1990.
- 13 - **Diana Chang**, Piracy laws and the effective prosecution of pirates, Boston College International & Comparative Law Review (Vol. 33:273), 2010.
- 14 - **Fernando Reinares**, Conceptualising International Terrorism, Elcano Royal Institute - ARI N; 82/2005.
- 15 - **Fernando Reinares**, Conceptualising International Terrorism, Elcano Royal Institute - ARI, N 82, 2005.

- 16 - Gary N. Heilbronn, Essays on aviation and travel law in Hong Kong, Hong Kong university press, 1990.
- 17 - **Graham Gerard**, Pre-empting Maritime Terrorism in Southeast Asia, Institute of South East Asian Studies, 29 November 2002
- 18 - **Guo Xinning**, Anti-Terrorism Maritime Security and ASEAN-China Cooperation; A Chinese Perspective, Institute of Southeast Asian Studies, 2005.
- 19 - **H.E. Jose' Luis Jesus**, Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects, The international journal of marine and coastal law, Vol 18, No 3, 2003.
- 20 - **Janice Cousins**, Warsaw Convention - Air Carrier Liability for Passenger Injuries Sustained Within a Terminal, Fordham Law Review, Volume 45 - Issue 2, 1976
- 21 - **Jean Marie**, La Cour Pénale Internationale et le terrorisme international: Le problème de compétence ratione materiae, Memoire Online 2007.
- 22 - **John King**, The security of merchant shipping, Marine Policy 29 (2005).
- 23 - **JOHN MO**, Options to Combat Maritime Piracy in Southeast Asia, Ocean Development & International Law, Taylor & Francis, 2002.
- 24 - **Kelly Compton Grems**, punitive damages under the Warsaw convention: revisiting the drafters intent, the American university law review, Vol. (41:141), 1992.
- 25 - **Kevin X Li; Jin Cheng**, Maritime Law and Policy for Energy Security in Asia: a Chinese Perspective, journal of Maritime Law and Commerce, vol.37, No 4.
- 26 - **M. Bernhard A. Koch**, indemniser les victimes de terrorisme, bureau du comite europeen de cooperation juridique (CDCJ-BU), Strasbourg, 27 novembre 2006.
- 27 - **M. Cherif Bassiouni**, Legal responses to international terrorism, martinus Nijloff publishers, 1988.
- 28 - **M. Lortie - R. Pelletier**, Incidents in manual handling activities, Safety Science 21 (1996).
- 29 - **Madeleine Jansson**, The consequences of a deletion of the nautical fault, Master of Law Programme, Department of Law School of Economics and Commercial Law- GUniversity, 2007.
- 30 - **Marcel Fontaine - Marcel Fontaine**, Drafting international contracts: an analysis of contract clauses, BRILL, 2006.
- 31 - **Martin A. Kalis**, A New Approach to International Terrorism, International Affairs Review, Vol 10, N 2, 2001.
- 32 - **Myra Williamson**, Terrorism & war and international law, the Ashgate international law series, 2009.
- 33 - National Aviation Policy White Paper, Aviation security, chapter eight, p 136, available at: [http://www.infrastructure.gov.au/DEC635A5-7FD1-47A6-B480-44FD459F4/FinalDownload/Download/DownloadId-2D36A722C35F622A66B2610959040E3A/DEC635A5-7FD1-47A6-B480-44FD459F1F4/aviation/nap/files\\_white\\_paper/8-Security.pdf](http://www.infrastructure.gov.au/DEC635A5-7FD1-47A6-B480-44FD459F4/FinalDownload/Download/DownloadId-2D36A722C35F622A66B2610959040E3A/DEC635A5-7FD1-47A6-B480-44FD459F1F4/aviation/nap/files_white_paper/8-Security.pdf)

- 34 - **Necmettin Akten**, Shipping accidents: a serious threat for marine environment, J. Black Sea/ Mediterranean Environment, Vol 12:269-304(2006).
- 35 - **Paul Chauveau**, Droit Aerien, paris, librairie technique, 1951.
- 36 - **Peter Gordon - James E. Moore- Harry W. Richardson**, Economic Impact Analysis of Terrorism Events, Discussion Paper No.22(Prepared for the OECD/ITF Round Table of 11-12 December 2008 on Security, Risk Perception and Cost-Benefit Analysis,p11.available at: <http://www.internationaltransportforum.org/jtrc/discussionpapers/DP200822.pdf>
- 37 - **Pierre chichkine**, terrorisme et droit maritime, Master II droit maritime et des transports, Centre de Droit Maritime et des Transports Universite de droit, D'econome et des sciences D'aix -marseille III, Faculte de droit, 2008.
- 38 - **Salerno v. Pan American world airways, inc.** no. 82 Civ. 5316(MEL). United States District Court, S.D. NewYork. April19, 1985. available at: [http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=198512623606FSupp656\\_11139.xml&doc-base=CSLWAR1-1950-1985](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=198512623606FSupp656_11139.xml&doc-base=CSLWAR1-1950-1985)
- 39 - **Thomas M. Franck - Bert B. Lockwood**: preliminary thoughts towards an international convention on terrorism, American society of international law, Vol. 68, No. 1, Jan., 1974.
- 40 - **ZDZISLAW GALICKI**, International Law and Terrorism, American behavioral scientist, Vol. 48 No. 6, February 2005.

## B - Report & decisions:

- 1 - **Forcible diversion of civil aircraft in flight**, General Assembly of the United Nations, the session 24 -, A/RES/2551, 12 December 1969, available at: [http://www.unhcr.org/refworkd/docid/3b00f1b845.html%20\[accessed%2011%20September%202012](http://www.unhcr.org/refworkd/docid/3b00f1b845.html%20[accessed%2011%20September%202012)
- 2 - **La Surete du transport intermodal de conteneurs**, conference Europeenne des ministres des transports, OCDE 2005, disponible at: <http://www.internationaltransportforum.org/4E8983DA-8251-4AE9-8991-F21758491965/FinalDownload/DownloadId-BFEDC984C13691CEAE9595E6F1EBC8A61/4D8983DA-8251-4AE9-8891-F21758491965/pub/dpf/05ContainerSecF.pdf>
- 3 - **Security Council debates legal options for pursuing pirates off Somali coast**, UN daily news, Issue dh/5722, Wednesday, 25 August 2010, p1. available at: [http://www.un.org/news/gh/\[df/english/2010/25082010.pdf](http://www.un.org/news/gh/[df/english/2010/25082010.pdf)
- 4 - **U.S. Department of Justice**, Federal Bureau of Investigation, Reports and Publications, Terrorism 2002-2005, available at: <http://www.fbi.gov/stats-services/publications/terrorism-2002-2005>.
- 4 - International law association, 65th conference - Cairo, available at: [www.ila-hq.org/.../947DF4C-C891-4E2A-BC86C4A6FEF609A8](http://www.ila-hq.org/.../947DF4C-C891-4E2A-BC86C4A6FEF609A8)



- 5 - United Nations, Security Council, S/RES/1535 (2004), Distr.: General 26 March 2004, available at:  
<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF9%7D/CTED%20Res%201535.pdf>
- 6 - United Nations, Security Council, S/2004/642, Distr.: General, 12 August 2004, available at:  
<http://www.un.org/en/sc/ctc.docs.S-2004-642.pdf>
- 7 - United Nations, Security Council, S/2004/70, Distr: General, 26 January 2004, available:  
<http://www.un.org/en.sc.ctc.docs.founding/s-2004-70.pdf>
- 8 - **Liste de critères de l'OCDE visant à définir le terrorisme dans une perspective d'indemnisation**, 15 décembre 2004, available at:  
<http://www.oecd.org/dataoecd/55/3/34065616.pdf>
- 9 - **Parliamentary assembly**, Recommendation 1426 (1999), available at:  
<http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta99/erec1426.htm>.
- 10 - **United Nations - Security Council**, Resolution 1566 (2004), S/RES/1566, available at: <http://fr.unrol.org/files/n0454282.pdf>.
- 11 - **Willful Misconduct: How Bill First and the Drug Lobby Covertly Bagged a Liability Shield**, Public Citizen, Congress Watch, 2006.
- 12 - Air transportation safety and system stabilization Act, public law 107-42-SEPT. 22, 2001, available at:  
<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ42/pdf/PLAW-107publ42.pdf>
- 13 - Federal aviation regulations, Part 77 is codified under Subchapter C, Aircraft, of Title 14 of the Code of Federal Regulations, March 1993. available at:  
[ftp://ftp.dot.state.pa.us/public.bureaus/aviation/Web/FAR\\_Part77.pdf](ftp://ftp.dot.state.pa.us/public.bureaus/aviation/Web/FAR_Part77.pdf)
- 14 - **International Civil Aviation Organization**, states forge stronger, more sustainable future for aviation security, ICAO news release, MONTRÉAL, 14 September 2012.
- 15 - **Committee of experts on terrorism** (codexter), Profiles on counter - terrorism capacity, council of Europe, available at: [www.coe.int/gmt](http://www.coe.int/gmt)
- 16 - **le Fonds de garantie pour les victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions**, voir <http://www.fgti.fr>

## C - Cases:

- 1 - Boulineaux v. City of Knoxville, 20 Tenn. App. 404, 99 S.W.2d 557 (1935).
- 2 - Fenton v. J. Thorley & Co., 1903. A. C. 443, 453.
- 3 - HOUSE OF LORDS, Riverstone Meat Co. v. Lancashire Shipping Co., The Muncaster Castle, 1961, AC 807, available at:  
[http://pntodd.users.netlink.co.uk/cases/cases\\_m/munc\\_c.htm](http://pntodd.users.netlink.co.uk/cases/cases_m/munc_c.htm)

- 4 - Bidini v. American Trans Air, Inc., 1988 WL 95381 (E.D.N.Y. 1988); available at: <http://www.lynchrowin.com/attorneys/ThomasLynch.shtml>
- 5 - Husserl v. Swiss Air Transport Company. 388 F.Supp. 1238. U.S Direct Court, S.D.N.Y, February 1975. Available at: <http://www.jstor.org/stable/2200570>
- 6 - Hessa Schneider, v. Swiss air transport company ltd, United States District Court, Civ. No. 86-0278-B, 686 F.Supp. 15 (1988).
- 7 - Nicholas Ricci. v. American Airlines, inc, The Supreme Court of New Jersey, December 6, 1988.
- 8 - Szigeti v. AM. Overseas airlines, INC. 2 A.D.2d 813 (1956), Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, Second Department. August 13, 1956.
- 9 - MARTINEZ HERNANDEZ v. AIR FRANCE, No. 76-1146. United States Court of Appeals, First Circuit, available at: <http://openjurist.org/545/f2d/279/martinez-hernandez-v-air-france>
- 10 - DAY v. TRANS WORLD AIRLINES, INC. No. 279, Docket 75--7341. United States Court of Appeals, Second Circuit. Argued Dec. 3, 1975, available at: <http://openjurist.org/528/f2d/31/day-v-trans-workd-aielines-inc-kersen>
- 11 - Aristedes A. Day V. Trans world airlines, United States Court of Appeals, Second Circuit, No. 279, Docket 75-7341, Argued Dec. 3, 1975.
- 12 - Air France v. Haddad, Judgment of June 19, 1979, Cour d'appel de Paris, Premiere Chambre Civile, 1979 Revue Francaise de Droit Aerien 327, 328, appeal rejected, Judgment of February 16, 1982, Cour de Cassation, 1982 Bull.Civ. I 63.
- 13 - Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd., 351 F. Supp. 702 - Dist. Court, SD New York 1972.
- 14 - Edwards v. National Airlines, INC. 307 So.2d 244 (1974), District Court of Appeal of Florida, Fourth District. December 27, 1974.
- 15 - Per Alderson B., Blyth v Birmingham Waterworks Co. (1856), available at: <http://kittycreamgreyskies.blogspot.com/2010/04/negligence-per-alderman-b-blyth-v.html?zx=8376be1e294e60a1>
- 16 - Comedi francaise, cour de cassation, chambre civile 1, publie au bulletin, du 4 fevrier.
- 17 - 'Bornier v Air Inter, Tribunal de Grande Instance de Paris' (1979) 4 Air and Space Law, Issue 3.
- 18 - RUIZ v. PEOPLE EXP. AIRLINES, INC. 802 F.2d 1508 (1986), No. 85-1659, United States Court of Appeals, Fourth Circuit.
- 19 - LeRoy v. Sabena Belgian World Airlines, 344 F. 2d 266 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1965.
- 20 - CA Paris, Urt v 12.12.1961, jugoslovenski aero-transport v. epoux gati - RFDA 1962.
- 21 - Ilgin Sezer, Study On The Exoneration Available To Carriers, Regarding Error In

- Navigation Or Management Of The Ship: Analysing A Case Of A Capsized Ro/Ro Vessel, Maritime Transport & Navigation Journal, Vol. 2, No 2, 2010.
- 22 - Tarasoff v. Regents of the University of California 551 P.2d 334 (1976), available at: <http://www.publichealthlaw.net/Reader/docs/Tarasoff.pdf>
- 23 - In re Air Disaster at Lockerbie Scotland on Dec. 21, 1988, 37 F.3d 804, 812 (2d Cir. 1994).
- 24 - Semmelroth v. American airlines, 448 F.Supp. 730 (1978), United States District Court, E. D. Illinois, April 7, 1978.
- 25 - Mark F. Quigley vs. Wilson Line of Massachusetts, inc. 338 Mass. 125, October 10, 1958 - November 20, 1958.
- 26 - United States of America v. American Airlines, Inc, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 743 F.2d 1114, Oct. 15, 1984.

## D - Conferences:

- 1 - International Conference, Aviation Security: How to Safeguard International Air Transport?, International Institute of Air and Space Law, University of Leyden, 1987.
- 2 - General Assembly, Sixth Committee - 4th Meeting (AM), 7/10/2005, available at: <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/ga13276/doc.htm>
- 3 - The European Convention on the Compensation of Victims, available at: <http://www.coe.int/lportal/web/cor-portal>

## G - Laws & cnonvention:

- 1 - **Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind**, International Law Commission, 1995, vol. II(1), p 47, available at: <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.
- 2 - **International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism**, resolution 54/109 of 9 December 1999, available at: <http://www.un.org/law/cod/finterr.htm>
- 3 - The Arab Convention for the Suppression of Terrorism a serious threat to human rights, 2002, part two- (2-1), available at: [http://files.studiperlapace.it/spp\\_zfiles/docs/20050107181518.pdf](http://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/20050107181518.pdf)
- 4 - **Convention on the High Seas 1958**, article 15, available at: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_1958\\_high\\_seas.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1958_high_seas.pdf)
- 5 - Convention for the unification of certain rules relating to international carriage by air, signed at Warsaw on 12 October 1929, (WARSAW CONVENTION) [www.jus.uio.no/lm/air.carriage.warsaw.convention.1929/toc.html](http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.warsaw.convention.1929/toc.html)
- 6 - **IMO Code for the investigation of marine casualties and incidents**, Resolution A.849(20) is from 1997, available at: <http://www.maiif.org/codes.html>

- 7 - Federal Aviation Act of the United States of America, available at:  
<http://www.gpo.gov/fdsys/pkh/BILLS-103s1458enr/pdf/BILLS-103s1458ent.pdf>
- 8 - **Reinsurance (Acts of Terrorism) Act 1993**, available at:  
[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/pdfs/unkpga\\_19930018\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/pdfs/unkpga_19930018_en.pdf)
- 9 - **Terrorism Risk Insurance Act**, available at:  
<http://terrorism.uslegal.com/terrorism-risk-insurance-act/>



## سجون بلاد ما بين النهرين وسورية القديمة

الدكتور/ نزار حسن  
أستاذ في قسم القانون الخاص  
كلية الحقوق - جامعة تشرين  
الجمهورية العربية السورية

### ملخص:

يعالج البحث دراسة اعتقادين شائعين في الأوساط العلمية متعلقين بتاريخ الأساليب العقابية، يتمثل أولهما بالقول بأن الوجود الحقيقي للسجون قد تطور فقط في القرن الثامن عشر الميلادي، ويتجسد ثانيهما في الاعتقاد بأن السجون القديمة قد استخدمت فقط لاحتجاز أو استبقاء المدعى عليهم حتى يُشرع في محاكمتهم ويصدر الحكم بحقهم.

تبين لنا من خلال الوثائق المكتشفة المتنوعة في بلاد ما بين النهرين وممالك سورية القديمة أن الوجود الحقيقي لمؤسسة "السجن" في كليهما يعود - على أقل تقدير - إلى الألف الثالث قبل الميلاد.

وثبت لنا خطأ الاعتقاد الشائع الثاني من خلال دراسة الوثائق المتنوعة في بلاد ما بين النهرين وممالك سورية القديمة؛ حيث وجدنا أن السجن لم يُستخدم فقط كمكان للتوقيف في مرحلة ما قبل المحاكمة، وإنما استخدم أيضاً كعقوبة جزائية على ارتكاب بعض المخالفات والجرائم المتنوعة.

توصلنا من خلال البحث إلى وجوب الإقرار بأن السجون كانت سمة عامة للنظم القضائية في بلاد ما بين النهرين وممالك سورية القديمة منذ الألف الثالث ق.م. وأن السجن يُعد من أقدم الأساليب العقابية في التاريخ، وأن التاريخ فعلاً - كما يقال - "مليء بالزنازين".

## مقدمة :

أثار وجود السجن (Prison) كمؤسسة، والسجن (Imprisonment) كعقوبة في العالم القديم عامة و في الشرق الأدنى القديم<sup>(١)</sup> خاصة تبايناً في الرأي بين الباحثين. فقد ذهب بعض العلماء للقول بأنه "لم يعرف العالم القديم في أي مكان منه عقوبات السجن" (Prison Sentences)<sup>(٢)</sup>، واعتبر بعض العلماء أن "السجن" كمكان للاحتجاز مؤسسة قديمة جداً عرفها البشر حالما تعلموا طريقة البناء بالحجارة كما في مصر، أو بالآجر كما في بلاد الرافدين، كما احتوت قلاع الملوك ذات الأبراج العديد من السجون والزنازين، حيث أشير للسجن في الكتابات المسمارية الأولى بدمج رمزين هما "منزل" و "الظلمة"، أما السجون كأماكن لاحتجاز المجرمين العاديين فقد تطورت فقط بعد قرون كثيرة في بريطانيا خاصة، وبالتالي فإن "السجن" كعقوبة في حد ذاته مفهوم عصري ووصل إلى أسوأ أوضاعه في القرن ١٩م<sup>(٣)</sup>.

ويرى علماء آخرون أن "السجن" بصفته مؤسسة يتم احتجاز الناس فيها على خلاف إرادتهم يعود في أصله إلى الماضي السحيق، ويُرجح أن أصله يعود إلى الأزمان التي انتشرت فيها العادة الشائعة بأكُل لحوم البشر<sup>(٤)</sup>. وأن الأصول التاريخية للسجن غارقة في القدم لثبوت أنه أنجع الأساليب العقابية وأكثرها رسوخاً<sup>(٥)</sup>، أما "J.Colb" فيرى بأن العالم القديم قد عرف نظام السجن ولكنه مختلف عن نظام السجون المعاصرة، فقد كان "السجن" في الغالب يتم لأسباب سياسية كارتكاب خطيئة بحق الحاكم، أو الهزيمة في الحرب أو التعرض للدين أو اعتبار الشخص خطراً من الناحية السياسية، وكان الدافع للسجن هو "العقوبة" (Punishment) وليس

(١) يشمل مصطلح "الشرق الأدنى" الإقليم الممتد من الساحل الإيجي لتركيا حتى أواسط إيران، ومن شمالي الأناضول حتى البحر الأحمر.

De Mieroop (Marc Van) - a History of Ancient Near east, ca.3000 - 323 B.C, Malden, M A, Black Well Publication, 2004, P1

(٢) Von Zoden (Wolfram) - The Ancient Orient, An introduction to the study of Ancient Near east, Grand Rapids, Michigan, 1994, P142.

(٣) Ives (George) - History of penal methods: Criminal, Watches, Lunatics, Mont chair, N.J Patterson Smith, 1970, P1.

(٤) Barnes (Harry Elmer) - The Historical Origin of the Prison system in America, Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology, vol.12, no.1, 1921, P35.

(٥) Hawkins (Gordon) - The Prison: Policy and Practice, University of Chicago Press, 1996, P44.

"الإصلاح" (Reformation)، وكذلك فإن السجن في الشرق الأدنى القديم لم يكن الغرض منه أن يكون مكاناً للإصلاح أو إعادة التأهيل<sup>(٦)</sup>.

في الواقع إن سجون العالم القديم قد اختلفت، كما تحولت سجون الفترات القديمة المتأخرة وسجون العصور الوسطى الأوروبية إلى أنقاض، أو تحول استخداماتها إلى أغراض أخرى، أو عُرضت كمتاحف، وكما افترقت الأبنية التي حوت المساجين، فإن المصادر التي تتحدث عن التاريخ المبكر للسجون مفقودة أيضاً، فهي مبعثرة ومختلفة أو صعبة الشرح، وقد ألقى اشتراك عمل علماء الآثار والتاريخ وفقهاء اللغة الضوء على مصطلح "Bit asiri" البابلي، و"السجن الكبير" في المملكة الوسطى في مصر، فضلاً عن أن معرفة نظام السجون في العصر القديم وفي العصور الوسطى يتطلب معرفة المعطيات الحضارية المحيطة بهذا النظام<sup>(٧)</sup>، وعلى أي حال، فإن وجود "السجن" قديم جداً لأنه - على قول البعض - إن "سلطة السيف وسلطة الزنزانة هي أدوات خالدة لحكم بني البشر"<sup>(٨)</sup>.

أما في الشرق الأدنى القديم، فقد ذهب عدد من العلماء للقول بعدم وجود مؤسسة السجن أو عقوبة السجن فيه، حيث أشار "G.Wigoder" إلى أنه "لم يكن يوجد في الشرق الأدنى القديم قوات شرطة أو عقوبات السجن"<sup>(٩)</sup>، وشايعه في الرأي "Lee feinstein" في أن "السجن العقابي لم يكن معروفاً في الشرق الأدنى القديم"<sup>(١٠)</sup>، كما ذكر "J.Scott" بأن "J. Renger" لا يعتقد بوجود السجن كتنظيم أو كمؤسسة في الشرق الأدنى القديم<sup>(١١)</sup>.

(٦) Colb (John.M) - Progressive Christians speak, West minister, John Knox Press, 2003, PP 118-119.

(٧) Peters (Edward.M) - Prison before the Prison: The Ancient and Medieval World, in: Morris (Norval), Rothman (David) - The Oxford History of the Prison: The Practice of the punishment in Western Society, New York, Oxford University Press, 1995, P3.

(٨) Griffith (Lee) - The fall of Prison: Biblical perspectives on Prison abolition, Grand Rapids, Erdmans, Michigan, 1993, P89.

(٩) Wigoder (Geoffrey) - The illustrated Dictionary and concordance of the Bible, Sterling Publishing Company, P 577.

(١٠) Lee Feinstein (Charles) - Jeremiah, A commentary, University of California, 1982, P 255.

(١١) Scott (James.M) - Exile: Old Testament, Jewish, and Christian conceptions, Leiden, Brill, 1997, PP30-31.

ويرى "k.Riemschneider" بأن السجن يحقق غرضين أساسيين، أولهما: إن السجن هو المكان يودع فيه المجرم، وهو إما المتهم من أجل منعه من الفرار من وجه العدالة، أو الشخص المحتجز الذي لا يوجد كفيل يضمن بأن المحتجز سيدفع مبلغ التعويض عن جريمته، وثانيهما: السجن هو المكان الذي يُودع فيه المجرم لقضاء العقوبة. ومن الواضح - حسب رأيه - أن المعنى الأول من هذين الاستعمالين كان الأقدم، أما المعنى الثاني فقد وُجد بعد تطور في تاريخ المجتمعات، وبعد أشكال العقاب الأخرى مثل عقوبة الموت أو عقوبات القطع الجسدية، وانتهى إلى القول بأن: "فكرة أو مفهوم السجن كعقوبة لم تكن معروفة في الشرق الأدنى القديم"<sup>(١٢)</sup>، وبرر بعض العلماء عدم وجود تنظيم "السجن" في الشرق الأدنى القديم إلى أن النظام العقابي فيه قد بُني على قانون "القصاص" الذي كان تطبيقاً شائعاً في بابل وأشور والقوانين التوراتية، فكانت مهمة السلطات القانونية تحديد الإدانة، وإذا وُجد الرجل مذنباً تُوقع عليه العقوبة مباشرة، ولذلك فإن "السجن" (Imprisonment) كعقوبة للسلوك الإجرامي لم يُذكر مطلقاً في العهد القديم أو في المدونات القانونية القديمة<sup>(١٣)</sup>.

وقد أقر البعض بوجود "السجن" في الشرق الأدنى القديم مع اختلاف وظيفته عن السجن المعاصر، فقد ذكر "J.H.Walton" بأنه قد "جرى في أغلب الشرق الأدنى القديم استخدام الحفر كسجون، كما استُخدمت الطواحين الكبيرة كسجون في بلاد ما بين النهرين، أما المفهوم الحديث في أن السجن هو المكان الذي يُحول فيه السجناء إلى مواطنين صالحين، فيعد مفهوماً غريباً على العالم القديم، فقد كان يُسجن بشكل أو بآخر الأشخاص الغارقون في الديون، والمجرمون الذين ينتظرون المحاكمة، والمجرمون السياسيين، كما كان إطلاق سراح السجناء من السجن بسبب الدين يُعد من قبيل إقامة العدالة، ويتم ذلك في السنة الأولى أو الثانية من حكم الملك الجديد"<sup>(١٤)</sup>. ويرى "L.Griffith" - مخالفاً في رأيه الآراء المتقدمة - بأن هناك اعتقاداً عاماً خاطئاً بأن الوجود الحقيقي للسجون قد تطور في القرن ١٨م فقط، مع أن الواقع يفيد بأن

(١٢) Riemschneider (Kaspar.K) - Prison and punishment in early Anatolian, Journal of the economic and Social History of the orient, Vol.XX, Part.1, 1977, P114.

(١٣) Negev (Abraham) - archaeological Encyclopedia of the Holy Land, New York, Putman, 1972, P411.

(١٤) Walton (John.H) (et.al, eds) - The IVP background commentary, Leicester: inter-varsity, 2000, P 633, 668, 270.



الإشارات إلى السجون قد ظهرت في أقدم سجلات الجنس البشري، كما يوجد ادعاء شائع آخر في أن السجون القديمة استخدمت فقط لاحتجاز أو استبقاء المدعى عليهم حتى يُشرع في محاكمتهم ويصدر الحكم بحقهم، وقد كانت الصورة المبكرة للسجن البدائي على عكس ذلك، ثم قَدِّم أدلة تثبت رأيه استقاها من العهد القديم ظهر فيها السجن ليس كمكان للتوقيف في مرحلة ما قبل المحاكمة، وإنما كعقوبة أيضاً؛ ولذلك فإن "السجون" كانت سمة عامة للنظم القضائية منذ فترة طويلة قبل القرن الثامن عشر الميلادي، فالتاريخ مليء بالزنازين (History is full of Cages)<sup>(١٥)</sup>، كما ذهب بعض العلماء مثل "B.welles" إلى أن السجون كانت تستخدم للعقاب في العهد البابلي الحديث<sup>(١٦)</sup>.

وسوف ينحصر اهتمامنا في تبين الحقيقتين العلمية والتاريخية في شأن وجود مؤسسة "السجن"، ووظائفها في كل من بلاد ما بين النهرين وممالك سورية القديمة، لأن المقام لا يسمح باستعراض الوضع الواقعي للسجون في كافة أرجاء الشرق الأدنى القديم، وبذلك سوف تنقسم دراستنا إلى مبحثين:

**المبحث الأول: السجن في بلاد ما بين النهرين.**

**المبحث الثاني: السجن في ممالك سورية القديمة.**

Griffith (Lee) - op.cit, p 89.

(١٥)

kleber (kristen), Frahm (Eckart) - A note so-great escape: Crime and punishment according to a document from New-Babylonian Uruk, Journal of Cuneiform Studies, vol.58, 2006, p116.

(١٦)

## المبحث الأول السجن في بلاد ما بين النهرين

سجلت الوثائق الكتابية المكتشفة في بلاد ما بين النهرين على اختلاف أنواعها من سجلات اقتصادية ورسائل شخصية ووثائق إدارية وأدبيات دينية وجود "السجن" في المجتمع الرافدي القديم<sup>(١٧)</sup>، وسنبداً بدراسة وجود السجن وتنظيمه عند السومريين، ونتلو ذلك بمعالجة حقيقة وجود السجن عند البابليين، ونختم بدراسة أوضاع السجن في بقاع وعهود مختلفة من بلاد الرافدين لم تنطو في العهدين السابقين.

### المطلب الأول السجن في سومر القديمة

وُجدت السلطة العامة في دويلات المدن السومرية في بداية الألف الثالث قبل الميلاد، ورافقها وجود ملاحق مادية من السجون، كما اتصف المجتمع السومري في مرحلة حضارة "أوروك الرابعة" بهذه الصفة، ولذلك كان السجن الذي تم اكتشافه في "تبه غور" ظاهرة جديدة وملحقة من الملاحق المادية للقصر الملكي<sup>(١٨)</sup>، وقد أكد الوجود الملحوظ للسجون في الفترات المبكرة لبلاد ما بين النهرين عدد من العلماء مثل "Sjoberg" و "Frymer" و "Komoroczy"<sup>(١٩)</sup>.

وتتضمن معرفة الوجود الحقيقي للسجن وطبيعته عند السومريين تقسيم الدراسة إلى عدة فترات على الشكل الآتي:

- ١ - السجن في عهد السلالات الملكية المبكرة.
- ٢ - السجن في عهد سلالة أور الثالثة.
- ٣ - السجن في العهد السومري المتأخر.

(١٧) أشار "W.Heimpel" إلى أنه: "لا يوجد شك حول وجود الزنزانة في بلاد الرافدين الجنوبية التي يمكن أن نطلق عليها مصطلح "سجن".

Heimpel (Wolfgang) - Letters to the King of Mari, Eisenbrauns, 2003, p208.

(١٨) (برينتيس) بورهارد - نشوء الحضارات القديمة في بداية الألف الثالث قبل الميلاد - ترجمة جبرائيل كباس - الأبجدية للنشر - دمشق - ط١ - ١٩٨٩، ص ١١١-١١٢.

(١٩) Hallo (William.W) - Notes from Babylonian collection, 1Nungal in the Egal: an introduction to colloquial Sumerian?, Journal of Cuneiform Studies, vol. 31, no. 3, 1979, P161.

## الفرع الأول

### السجن في عهد السلالات الملكية المبكرة

ورد في إصلاحات الملك السومري "أوروانمجينا"<sup>(٢٠)</sup> حاكم "لجش"<sup>(٢١)</sup> (نحو ٢٣٥٥ ق.م) مصطلح سومري هو (e-ES-bi)، ترجمه العلماء بطرق مختلفة، فرأى "M.Lambert" و "Cooper"<sup>(٢٢)</sup> أنه يدل على معنى "منازل"، أما "كريم" فذكر بأنه يدل على معنى "أعباء أو ضرائب تم إعفاء المواطنين منها"<sup>(٢٣)</sup>.

وفي الواقع أن هذا المصطلح قد ورد أربع مرات في نصوص "لجش" وهي تقدم لنا الدليل على تحديد معنى هذا المصطلح بدقة.

١ - **النص الأول:** يسجل هذا النص "حصص شعير لشخص معين"، ويعود تاريخ النص إلى السنة الملكية الخامسة من حكم "أوروانمجينا"، وقد خصصت هذه الحصص لشخص ذكر بأنه "يقيم في الـ e-ES"، مما يدل على أن هذا المصطلح كان يشكل بناءً في "لجش"، وكان موجوداً في عهد "أوروانمجينا"، وأن هذا البناء يمكن أن يكون للناس العاديين.

٢ - **النص الثاني:** يسجل النص رقم (١٤١٨) والذي يعود للعهد السرجوني (سرجون الأكادي ٢٣٣٤ - ٢٢٧٩ ق.م) قائمة بـ "١٥٩ رجلاً"، حُدد لهم القيام بواجبات معينة، وُجد من ضمنهم ثلاثة رجال كانوا (نزلاء في الـ e-ES) لإنجاز نوع معين من الخدمة أو العمل.

(٢٠) كانت القراءة الأقدم لاسم هذا الملك السومري هي "أوركاجينا"، ولكنها عدلت فيما بعد إلى "أوروانمجينا"، ومع أن الأمر ما يزال محل جدل بين العلماء، يميل كثير منهم إلى اعتماد القراءة الأحدث.

Bodine (Walter.H) - Sumerians, in: Hoerth (Alfred.H) (et al, eds) - Peoples of the Old Testament world, Barker Books, Grand Rapids, Michigan, 1994, P 32.

(٢١) لجش: مدينة سومرية مهمة تقع في القسم الجنوبي من العراق وعلى الجانب الشرقي لنهر دجلة وعلى مسافة ٣٠ كم تقريباً من الشطرة، واسمها الحديث "الهبّة". (رشيد (د. فوزي) - الشرائع العراقية القديمة - سلسلة الكتب الحديثة (٥٧) - مديرية الثقافة العامة - وزارة الإعلام - بغداد - بدون تاريخ - ص ١٥٦).

(٢٢) Cooper (M) - Sumerian and Akkadian Royal inscriptions, 1: Presargonic inscriptions, American Oriental Society translation Series1, New Haven, CT, 1986, P 73.

(٢٣) Kramer (S.N) - The Sumerians: Their History, culture, and character, Chicago, 1963, P 319.

٣ - النص الثالث: يتضمن النص رقم (١٣٧٩) تسجيل قائمة من العمال تضم ١٩٨ مجنداً إلزامياً تحت إشراف "ناظر"، وقد ورد في النص ذكر "رجلين ينزلان في الـ e-ES".

٤ - النص الرابع: يعود هذا النص أيضاً إلى العهد السرجوني، ويقدم دليلاً دقيقاً لمعاني هذا المصطلح، ونظراً لأهميته سوف نوردته كاملاً (جلب شرطي خمسة رجال، ونظراً لادعاء "فلان" هم يمكنون في الـ e-ES).

ومن الواضح أن أولئك الرجال الخمسة قد أحضروا إلى "لجش" قسراً من قبل ذلك الشرطي بسبب الادعاء القانوني المقدم من شخص معين، وقد وُضعوا بُعيد وصولهم إلى "لجش" في الـ e-ES، وبالطبع تم الأمر بإشراف المحكمة.

ويمكن القول بناءً على ما تقدم أن الـ e-ES هو مكان للاحتجاز، وإذا ما أخذنا في الاعتبار السياق الذي ورد فيه هذا المصطلح في إصلاحات "أوروينمجينا"، يصبح من الواضح أن ذلك المكان هو "السجن" (٢٤).

ويمكن ترجمة المصطلح الـ e-ES بأنه "مكان أو منزل القيد"، ويرتبط هذا المصطلح مع مصطلح (e-lu-kar.A) والذي يعني "سجن"، كما يرتبط مصطلح (lu-kar) في النصوص الأدبية مع مصطلحي "السارق" و"القاتل".

وقد قام "P.Steinkeller" بترجمة المقطع الذي ورد فيه مصطلح "السجن" في إصلاحات "أوروينمجينا" على الشكل الآتي: (مواطنو لجش الذين عاشوا تحت وطأة الدين.... والسارق والقاتل، أطلق سراحهم من السجن وجعلهم أحراراً)، حيث نجد أن "أوروينمجينا" قد أصدر عفواً عاماً General Amnesty، وهو أقدم سجل مكتوب يتضمن عفواً عاماً، ويضم هذا العفو أنواعاً شتى من الجناة والمجرمين المسجونين، سجناء بسبب الدين، المحتالين من جميع الأنواع والسارقين والقتلة، ويبدو أن إعفاء مجرمي "لجش" وإطلاق سراحهم من السجن كان بالتأكيد شروعاً في تحقيق العدالة القانونية.

ومن الجدير بالذكر أنه لم يوجد في المراسيم القانونية اللاحقة أو المصادر القانونية في بلاد ما بين النهرين اقتراح بإعفاء المجرمين المسجونين، كما لم يشر فيها إلى أي عفو عام مما يؤكد الطابع الإنساني الاستثنائي للنظم القانونية

(٢٤) Steinkeller (Piotr) - The Reforms of Urukagina and an early Sumerian term for "Prison" - Aula Orientalis, vol.Ix, no.1-2, 1991, P 229.



والاجتماعية السومرية المبكرة<sup>(٢٥)</sup>. واستناداً إلى النص الوارد أعلاه رأى بعض العلماء أن جريمتي القتل والسرقة كانت من بين الجرائم التي عوقب عليها بالسجن فضلاً عن الجرائم أو المخالفات الضريبية<sup>(٢٦)</sup>.

وقد وُجد مصطلح سومري مبكر آخر للسجن هو (e-nam-arad) ويعني "بيت العبودية" الذي ظهر في مجموعة "يال" البابلية ويعود أيضاً للعهد السرجوني<sup>(٢٧)</sup>. تدل إصلاحات "أوروننجينا" - إذن - على وجود "السجن" كمكان في الأزمنة السومرية المبكرة، يُودع فيه السجناء بسبب الدين، والمحتالون والسارقون والقتلة، وقد ارتبط مصطلح "السجن" من الناحية اللغوية مع "القيد" من جهة، و"العبودية" من جهة أخرى، كما تضمنت هذه الإصلاحات أقدم عفو عام عن المساجين في التاريخ.

## الفرع الثاني

### السجن في عهد سلالة أور الثالثة

اعتمد عدد من الباحثين في إنكار وجود مؤسسة "السجن" في بلاد الرافدين على عدم وجود عقوبة السجن في المدونات القانونية الرافدية، ولكن المفاجئ حديثاً هو اكتشاف لوح يضم بعضاً من مواد مدونة "أورنامو" (٢١١٢-٢٠٩٥ ق.م) - مؤسس سلالة أور الثالثة - (٢١١٢-٢٠٠٤ ق.م)، وقد ورد في المادة الثالثة من مواد اللوح المكتشف ما يلي (إذا سلب شخص بشكل غير شرعي حرية شخص آخر، يُوضع سالب الحرية في السجن، ويدفع ١٥ شاقلاً من الفضة) وفي ترجمة أخرى لنفس المادة (إذا أخذ شخص بشكل غير شرعي شخصاً آخر كسجين سالباً منه حريته .....)<sup>(٢٨)</sup>، حيث يظهر جلياً "السجن" كعقوبة على جريمة "حجز الحرية"، وليس مجرد تدبير احترازي في انتظار محاكمة المتهم، ومن الملاحظ أيضاً أنه لم تحدد المادة المذكورة مدة معينة للسجن العقابي على ارتكاب جريمة "حجز الحرية".

Steinkeller - Ibid - P 232. (٢٥)

Westbrook (Raymond), Beckman (Gary) - a history of Ancient Near Eastern law, Volume 1, Brill, 2003, p176. (٢٦)

Steinkeller- Ibid - P229 fn. (٢٧)

Yildiz (Fatma) - aTablet of Codex Ur-nammu from Sippar - Orientalia, vol.50.Fasc.1, 1981, p 95 and fn. (٢٨)

ويظهر مصطلح "السجن" في هذا العهد بصيغة (ennug)، وعلى الرغم من كتابة هذا المصطلح بطرق مختلفة، فإن المعنى الأساسي لهذا المصطلح هو (المنزل المراقب) أو (المنزل المحروس)، كما يظهر أن الـ "ennug" قد استخدم كمكان للحبس أو الاحتجاز، حيث تشير المصادر من "أوما" إلى أفراد وُضعوا في الـ "ennug"، ورغم أن بعضهم عُينوا فيه كحراس، فالبقية كانت من النزلاء فيه، كما وُجدت نصوص أخرى عالجت موضوع الفارين من السجن، ويظهر أيضاً معنى "السجن" لمصطلح الـ "ennug" في ملحمة "ننجال" <sup>(٢٩)</sup>.

يدل ما تقدم على ظهور "السجن" كعقوبة في مدونة "أورنامو" على جريمة محددة من دون تحديد مدته، وعلى ارتباط المصطلح الدال على السجن في هذه الفترة من الناحية الاصطلاحية مع "المنزل المراقب أو المحروس"، مما يدل على وجود تنظيم أو مؤسسة للسجن في هذا العهد تتطلب وجود حراس وقائمين على السجون.

### الفرع الثالث

#### السجن في العهد السومري المتأخر

ورد في نقش على لوح حجري من "سوسا" <sup>(٣٠)</sup> العبارة التالية (إلى الإلهة ننجال، سيدة السجن، السيدة التي بفضلها يبقى الناس أحياء)، وقد اقترح العالم "civil" ترجمة المصطلح السومري (e-kur) الوارد في النقش بـ "السجن" عند استخدامه مع الإلهة ننجال <sup>(٣١)</sup>، وقد وصف عدد من العلماء الإلهة "ننجال" بـ (الإلهة القيّمة على السجون) <sup>(٣٢)</sup>.

وقد ظهر - على قول بعض العلماء - تجديد في السياسة العقابية في القرن التاسع عشر ق.م مع تأليف "ملحمة ننجال"، حيث كانت الإلهة "ننجال" تعد الإلهة (القاضية والقيّمة على السجون)، ووفقاً لهذه الملحمة كان المدعى عليهم بجرائم يُحاكمون ويُدانون ويُحكم عليهم بالموت، ولكن الإلهة "ننجال" التي نذبت نفسها كإلهة للرحمة لم تكن تسمح بإعدامهم وتستبدل بالإعدام الإدخال إلى سجنها الذي دعته (بيت الحياة)، وتشير هذه الملحمة إلى مكان واحد للسجن في سومر القديمة،

Steinkeller- op. cit, P 230 fn.

(٢٩)

سوسا: عاصمة عيلام، تقع إلى الجنوب الغربي من إيران.

(٣٠)

Frayne (Douglas) - Ur III period, 2112-2004 B.C, University of Toronto Press, 1997, P 283.

(٣١)

Hallo - op.cit, p 161.

(٣٢)

وتدل على أن الوظيفة الأكثر أهمية للسجن هي أن يكون مكاناً للإصلاح وإعادة التأهيل وليس موئلاً للمجرمين، فتشير هذه الملحمة إلى فكرة ثورية هي أن السجن هو بيت للإصلاح وإعادة التأهيل أكثر من كونه مكاناً للعقوبة يُفرض على المجرمين، ومن مهامه تحويل المساجين إلى مواطنين صالحين<sup>(٣٣)</sup>.

وقد أعاد "Civil" النص إلى عهد الملك "جوديا" (نحو ٢٠٦٠-٢٠٣٥ ق.م) الذي سجن بعض من حكموا بجرائم تستحق عقوبة الإعدام، أما "Frayne" فقد أرجعته إلى عهد الملك (Amar-sin) (٢٠٤٦ - ٢٠٣٨ ق.م)<sup>(٣٤)</sup>.

وفي الواقع نجد أن النصوص القانونية من بلاد ما بين النهرين تبدو أحياناً غامضة وملتبسة، ولا تجيبنا عن جميع الأسئلة التي نود طرحها، ولكن تستطيع الأنواع الأخرى من الوثائق مثل الرسائل الشخصية والنصوص الإدارية والسجلات الاقتصادية مساعدتنا في ملء الثغرات في معرفتنا، كما يمكن للتراتيل والتراتيم والملاحم وبقية الأدبيات الدينية أن توضح أو تلقي المزيد من الضوء على النظم القانونية والاجتماعية، ولا يمكن الحصول بسهولة على مثل هذه المعلومات من هذه النصوص الأدبية، ولذلك ينبغي تنقيتها من الإشارات العرضية وعدم استنتاج قاعدة أو مبدأ خاص من الأفكار غير المقصودة، وبذلك يمكن أن تحتوي الأدبيات غير القانونية أحياناً على عبارات دقيقة حول المسائل القانونية، وخاصة في مجتمع مهتم بالعدالة مثل بلاد ما بين النهرين<sup>(٣٥)</sup>.

ويحوز أحد النصوص السومرية الحديثة وهو "ملحمة الإلهة ننجال" أهمية خاصة حول فهمنا للنظام القضائي والإجراءات القضائية في سومر، لأن هذا النص يشير إلى أن المجتمع السومري قد استخدم "السجون" لحجز أو حبس المحكوم، وأن المركب "ekur" قد خُصص لهذا الغرض أو هذه الوظيفة<sup>(٣٦)</sup>.

تصف "ملحمة ننجال" منزل النواح والعويل الذي يُعد مكاناً للاحتجاز، وتصف السجن بأنه نوع من "جهنم على الأرض"، كما تصف السجين في زنزانته البائسة.

(٣٣) Tetlow (Elisabeth Meier) - Women, Crime, and punishment in Ancient Law and Society, New York, 2005, p 34, 42.

(٣٤) Tetlow - op.cit, P252.

(٣٥) Frymer (Tikva Simone) - The Nungal -hymn and Ekur -Prison, Journal of Economic and Social History of the Orient, vol. XX, Part.1, 1977, P78.

(٣٦) Frymer -Ibid - PP 78-79.

ويبدو من نص الملحمة بأن المتهمين كانوا يُودعون في السجون بانتظار محاكمتهم بالمحنة، ولكن النص يعود لوصف السجن بأنه "منزل الحياة" و"المكان المقدس"، وترد عبارة "منزلي يمنح الولادة للرجل الصالح"، ولكن الرجل المدان يُودع في منزل "ننجال" العظيم وهو مكان "العويل والنواح" الذي يُودع فيه المتهمون قبل محاكمتهم، ويُوصف السجن في الملحمة كعقوبة بعد اكتمال وانتهاء المحاكمة، ولكننا لا نعلم وجود مدد محددة للسجن كعقاب على الجرائم المختلفة<sup>(٣٧)</sup>.

ويصور لنا النص دور "نيبور" (نفر حالياً)<sup>(٣٨)</sup> والـ "Ekur" في النظام القضائي الجزائي، حيث يُستدل بأن المعبد قد استخدم كسجن يُودع فيه المتهمون الذين ينتظرون المحاكمة، كما يُحتجز فيه أولئك الذين سبق إدانتهم حيث يقبعون فيه حتى إطلاق سراحهم. وقد أشارت ملحمة أخرى إلى دور "نيبور" والـ "Ekur" في الأمور القضائية، فتصفه كمركز للقانون، وتشير إليه كـ "مكان للعقوبات الشديدة" الذي يمنح الولادة للإنسان الصالح ويُلقى بالرجل الطالح في الظلمات.

ويظهر من دون شك بأن معبد "نيبور" قد لعب في سومر في العصر السومري المتأخر دوراً هاماً في النظام القضائي، وكان موضعاً لمحنة النهر، وظهر كسجن للمدانين في مثل هذه المحاكمات وغيرها من بقية أشكال المحاكمات.

وقد ظهر لقب "ننجال" في نص لغوي (K.52118) كـ (ننجال سيدة السجون) أو (ننجال القيّمة على السجن)<sup>(٣٩)</sup>.

والواقع أن ملحمة "ننجال" تقسم إلى قسمين متساويين، يصف أولهما معبد أو سجن "ننجال" ومعاينة نزلائه، ويتبعه وصف خاص بمنزل "ننجال" كمنزل "بني على أساس الرحمة"، وتوجز الصراع الأبدي بين السجن كعقوبة أو عذبة أداة لإعادة التأهيل والإصلاح، فالوصف الخارجي يرى في السجن أداة ترهيب وترويع ومكاناً للمجرمين المجردين من الصفة الإنسانية، أما الوصف الداخلي فيضم رأي "ننجال" في أن السجن يمكن أن يكون "منزل الأشخاص المنتزعين من فكي الدمار".

(٣٧) Frymer -Ibid - P82.

(٣٨) نيبور: من المدن القديمة المشهورة، تقع بالقرب من "عفك" وتبعد عنها بمسافة سبعة كيلومترات، وهي مركز عبادة الإله "إنليل"، وتلفظ باللغة السومرية "تيرو"، وبالأكادية "نيبور"، "نفر" حالياً.

(٣٩) Frymer -Ibid - PP 88-89.



وتعد هذه الملحمة من أهم المجموعات الأدبية السومرية لأنها تثير أسئلة دقيقة حول "طبيعة العدالة" بإشاراتها الخفية لمصير المجرمين في بلاد ما بين النهرين في عهدها المبكرة<sup>(٤٠)</sup>.

عدت الملاحم السومرية السجن "مؤسسة رسمية دينية" تساعد النزلاء فيه على "التحول الشخصي" ليصبحوا أعضاء نافعين في المجتمع من جديد، على الرغم من أن واقع السجون الرافدية كان مروعاً جداً وبعيداً عن النظرة الدينية النبيلة للسجون<sup>(٤١)</sup>.

وهكذا نجد بأن "ملحمة ننجال" قد دلت كذلك على وجود "السجن" في العصر السومري المتأخر كمكان ومؤسسة يُودع فيه المتهمون في انتظار محاكمتهم، كما يقبع فيه المدانون بالجرائم بعد محاكمتهم، أي يظهر السجن كعقوبة بدلاً من إعدام المدانين، ويدل هذا الأمر على تطور في السياسة العقابية، وقد دعت أهمية مفهوم السجن في المجتمع السومري إلى تخصيص الإلهة "ننجال" كإلهة "قيّمة على السجون" في مجمع الآلهة السومري، كما تظهر الملحمة تبايناً بين واقع السجون المرزي والرؤية المثالية له باعتباره مكاناً للإصلاح وإعادة التأهيل بدلاً من كونه أداة للعقاب وترويع مخالفين قواعد النظام الاجتماعي، وأغلب الظن أن التصوير المثالي للمراد من السجن لم يتحقق على أرض الواقع، ودليله ظهور الأوصاف المرعبة لمكان السجن وللأحوال السيئة للمقيمين فيه في الملحمة المذكورة.

يمكن القول أن السومريين قد عرفوا نظام "السجن" منذ أقدم عهودهم كمكان لاحتجاز المتهمين بالجرائم في انتظار محاكمتهم، كما خبروه كعقوبة على بعض الجرائم، كما دلت على ذلك المادة الثالثة من مدونة "أورنامو" في عهد سلالة أور الثالثة، وملحمة "ننجال" في العهد السومري المتأخر، ويسجل العصر السومري سبقاً تاريخياً هو وجود "أقدم عفو عام عن المساجين في التاريخ المدون" والذي جرى تسجيله في إصلاحات "أورإنمينا".

(٤٠) Black (Jeremy.A) -The literature of Ancient Sumer, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004, P 339.

(٤١) Kleber (K), Frahm (E) - op.cit, p 109.

## المطلب الثاني السجن عند البابليين

تقتضي معرفة الوضع الحقيقي للسجون عند البابليين معالجة عدد من المسائل المتعلقة بهذا الموضوع يأتي في مقدمتها المصطلحات الفنية التي استخدمها البابليون للدلالة على السجن وما يتعلق به، وتناول الإشارات المتعلقة بالسجن في الوثائق المثلولوجية والأخلاقية والأدبية، والتطرق إلى السجن في المدونات القانونية البابلية، ومن ثم مناقشة الوضع الواقعي للسجون في العهود البابلية المتتالية (العهد البابلي القديم والوسيط والحديث).

### الفرع الأول مفردات " السجن " الاصطلاحية

أشار " P.Steinkeller " إلى أن أقدم ظهور أكادي لمصطلح " السجن " هو المصطلح " bit kisertim " الذي ظهر في نص سرجوني من " نوزي "، ويرد فيه (ثلاثة رجال ينبغي أن يظلوا في السجن إلى أن أحضر)، ومن المرجح أن مصطلح (kisertu) الذي يظهر في مصادر العهد البابلي القديم مستعار من الصياغة السومرية " kiser-da-ak "، وذكر أنه قد استخدم في الأزمنة اللاحقة للدلالة على السجن المصطلحات الآتية (bit -kili) و (bit-sibitti) و (ki-su) و (kisukku)<sup>(٤٢)</sup>. وأورد " J. Hostings " أنه وُجد لدى البابليين سجون أطلق عليها المصطلحان الآتيان (bit-sibitti) و (bit-kili)<sup>(٤٣)</sup>.

كما حدد عدد من علماء الأكاديات معنى المصطلح " sabtum " بـ " سجين "، وهو مشتق من الفعل " Sabatum " أي " يعتقل، يحتجز " <sup>(٤٤)</sup>.

Steinkeller- op.cit, p 230 fn.

(٤٢)

Hastings (James) - Encyclopedia of Religion and Ethics, Part 7, Kessinger Publishing, 2003, P200.

(٤٣)

Riemschneider (Kasper Klaus) - an Akkadian Grammar, Translated by Caldwell (A), Sheehan (J) -Marquette University Press, 1976, P23, Huehnergard (John) - a Grammar of Akkadian, Eisenbrauns, 2005, P 18, 30.

(٤٤)

وورد في القاموس الآشوري أن مصطلح "bit-massrti" يفيد معنى "سجن المدينة" <sup>(٤٥)</sup>، كما ترجم "Ugnad" مصطلح (Aseru) الوارد في النصوص البابلية بمعنى "سجين" <sup>(٤٦)</sup> وترجم "L.W.King" معنى الفعل (Eseru) بالفعل (يسجن) <sup>(٤٧)</sup>. وينبغي مناقشة المعاني الحقيقية لبعض المصطلحات الواردة أعلاه وتعليقات بعض العلماء عليها.

### أولاً - مصطلحا (Asiru) و (bit- a-si-ri) :

ورد في السجلات البابلية القديمة من عهد "Rim Anum"، وسجل من السنة ٣١ من حكم "حمورابي" مصطلح (bit a-si-ri) ويعني "منزل الأسرى"، أما مصطلح (Asiru) فيدل على معنى "أسير"، وهذا مفهوم من سياق النصوص "وضع الأسرى في بيت الأسرى"، كما وُجد لبيت الأسرى مسؤول ومساعد يحل محله عند غيابه <sup>(٤٨)</sup>، وقد كان "الطحن" هو عمل الأسرى عند البابليين، ولذلك فمن غير المفاجئ أن نجد أن مواضع الـ (bit a-si-ri) (منزل الأسرى) في أهراء ومخازن القمح، وكان يُقدم الدقيق لإطعام نزلاء بيت الأسرى، كما تلقى الموظفون الدقيق من "بيت الأسرى"، ولذلك فمن الواضح أن مصطلح (Asiru) لا يدل على معنى "سجين"، وإنما هو في الواقع يدل على "أسير الحرب"، وعلى الرغم من استخدام هذا المصطلح في الأزمنة اللاحقة ليدل على "الأسير المقيد"، فإن هذا المصطلح قد استخدم في النصوص بمعنى "أسير" <sup>(٤٩)</sup>.

وهكذا تصبح ترجمة "Ugnad" لمصطلح (Aseru) الواردة في النصوص البابلية بمعنى "سجين" غير دقيقة من الناحية الاصطلاحية، ومع ذلك فإن العالم "Landsberger" يرى في مصطلح (asirum) دلالة على "المجرم المحكوم أو المدان"، خلافاً لرأي عدد من العلماء الذين يرون بأنه يدل على "أسير الحرب" <sup>(٥٠)</sup>.

(٤٥) Oppenheim (A, Leo) (et al, eds) -The Assyrian Dictionary, Volume 10, The Oriental Institute, Chicago, Illinois, 1977, P 340.

(٤٦) Feigin (Samuel.I) -The Captives in Cuneiform Inscriptions, The American Journal of Semitic Languages and Literatures, vol.L, no.4, 1934, P 226.

(٤٧) King (L.W) - The letters and Inscriptions of Hammurabi, Vol. III, Luzac and co, London, 1900, P 265.

(٤٨) Feigin -op.cit, PP 220-221.

(٤٩) Feigin -op.cit, P224, 226.

(٥٠) Gelb (I.J) - Prisoners of War in Early Mesopotamia, Journal of Near Eastern Studies, Vol.32, No.1, 2, 1973, P 89.

## ثانياً - مصطلحا (bitsibitti) و (bit -kili) :

أشار "J.Benger" إلى أن المصطلحين الشائعين في الاستخدام كمصطلحين للسجن وهما (Kilum) و (Sibittum) لا يدلان على اسم المكان "السجن" وإنما يردان بصيغة الفعل أكثر من ورودهما في صيغة الاسم، ورأى بأنه من غير الملائم أن تدل مصطلحات مثل (bit-asirum) و (bit Kilim) و (bit sibittim) على السجن (Prison) أو على السجن (Imprisonment) كشكل من أشكال العقوبة، وإنما هي "أماكن للاحتجاز"، ويضاف إليها مصطلح يرد في العهد البابلي القديم هو (niputu) الذي يشير بشكل واضح للاحتجاز كوسيلة إكراهية وليس كعقوبة<sup>(٥١)</sup>، وعلى أي حال، فإن "J.Benger" لا ينفي عن هذه المصطلحات دلالتها على أماكن الاحتجاز، وإنما يُنكر عليها صفة "السجن" كعقوبة جزائية.

أما "K.K.Riemschneider" فيرى بأن المصطلح البابلي القديم للسجن هو (sibittum) (sibittu)، واللوغوغرام (الرمز) البابلي لمصطلح السجن هو (bit kilu) واللوغوغرام السومري هو (E.EN.NU.UN)، وأن (sibittu) هي الكلمة المتداولة للسجن في اللغتين البابلية القديمة والوسيطة، أكثر من (bit sibitti) التي لوحظ وجودها في الأزمنة المتأخرة، وأن الكلمة البابلية القديمة للسجن وهي (Sibittum) هي أقرب لمكان العمل الإجباري منها إلى السجن، وفيه يُودع سجناء الذين يُكْزَمون بالعمل الإجباري، ويتضح ذلك من رسالة بابلية قديمة يرد فيها (ألقى الحجز على زوجتك وابنتك، فاحضر إلى هنا قبل أن تموت زوجتك وابنتك في طحن الشعير في السجن، وحرر زوجتك وابنتك)<sup>(٥٢)</sup>.

ويرى البعض أن المصطلح الشائع للسجن (bitkili) يأخذ معاني واسعة ليدل على أي مكان يستخدم لحبس المجرمين والأعداء والمتمردين والذين يُحتجزون فيه لأي سبب من الأسباب<sup>(٥٣)</sup>.

(٥١) Benger (Johannes) - Wrongdoing and its Sanctions, on "Criminal " and " Civil " Law in the old Babylonian period, Journal of the Economic and Social History of the orient, Vol XX, Part.1, 1997.

P 77 and fn.

Riemschneider (K.K) - Prison and punishment, op.cit, PP117-118. (٥٢)

Peters - op.cit, P 9. (٥٣)



## الفرع الثاني

### "السجن" في الوثائق الميثولوجية والأخلاقية والأدبية

عُرفت أسطورة هبوط الإلهة "عشتار" إلى العالم السفلي، وعلى الأرجح كي تعيد "تموز" في الألف الثالث قبل الميلاد، وقد ورد في هذه الأسطورة أن سيدة الإقليم "Ereshkigal" أمرت وزيرها "Hamtar" بأن يأخذ "عشتار" ويغلق عليها "السجن" ويبتليها بستين نوعاً من الأمراض<sup>(٥٤)</sup>.

وتضمن نص بابلي قواعد أخلاقية اشتملت على تحذيرات للملوك تتعلق بالشروع التي تلحق الحكم السيئ وانعدام العدالة، حيث ورد فيه (وإذا جلب رجال بابل المال معهم وقدموا الرشاوى، وفصل الملك دعوى أولئك البابليين، وانقاد لتوسلاتهم، فإن "مردوك" سيد السماء والأرض سوف يجعل عدوه غالباً له، وسوف يقدم أملاكه ومتاعه لعدوه، أما رجال "نيبور" و"سيبار" و"بابل" الذين فعلوا هذه الأمور، سوف يُلقون في السجن)<sup>(٥٥)</sup>. ويتضح من النص أن "السجن" كان عقوبة لمن يقدم الرشوة للفصل في المنازعات القضائية.

كما ورد في سلاسل "التنبؤات" المعروفة بـ (Summaabu) والمراد منها التنبؤ بالمستقبل "إذا أراد رجل استعراض فحولته بينما هو في السجن وخلافه مثل العاهر الذي يعاشر الرجال، فإنه سوف يعاني من الشرور"<sup>(٥٦)</sup>.

## الفرع الثالث

### "السجن" في المدونات القانونية البابلية

أكد العديد من الباحثين على أن البابليين لم يعدوا "السجن" من العقوبات في مدوناتهم القانونية، فقد ذكر "M. Jastow" أنه "لا يوجد دليل على أن السجن وُجد كعقوبة سواء في بابل أو آشور"<sup>(٥٧)</sup>، وأشار "J.Benger" إلى أن السجن "imprisonment" لم يُشر إليه ضمن العقوبات المقررة في المدونات القانونية البابلية

Budge (Wallis) - Babylonian life and History, London, 1925, p 139. (٥٤)

Budge (Wallis) - The British Museum: a guide to the Babylonian and Assyrian antiquities, Adamant Media corporation, 2001, P 48. (٥٥)

Nissinen (Martti) - Homoeroticism in the Biblical World: a Historical Perspective, 1998, P 27. (٥٦)

Jastrow (Morris) - an Assyrian Law Code, Journal of the American Oriental Society, Vol.41, 1921, P 2. (٥٧)

القديمة، مؤكداً أنه يتعمد استخدام مصطلح imprisonment، ويتجنب استخدام مصطلح "prison" <sup>(٥٨)</sup>.

وأوضح "دريفر" و"ميلز" بأنه "لا توجد إشارة إلى السجن imprisonment" في القوانين البابلية، لأن عقوبة السجن مكلفة للمجتمع ومفسدة للسجين وتنعكس بعواقب سيئة على من يعولهم السجين، الأمر الذي كشفت عنه العصور اللاحقة <sup>(٥٩)</sup>، وذكرنا في موضع آخر بأنه "تبدو العقوبات في قوانين حمورابي وحشية، لاعتماد البابليين على العقوبات البدنية، ولكنهم لم يستخدموا السجن imprisonment" <sup>(٦٠)</sup>، كما ذكر "J.Hasting" بأنه "من الجدير بالملاحظة في كل تشريعات قانون حمورابي أنه لم ترد فيها إشارة إلى السجن imprisonment"، ولكن البابليين كانت لديهم سجون، ولكنها لم تكن أماكن للعقاب، وإنما أماكن يُحتجز فيها المتهم أو المجرم حتى يُحاكم أو يُعاقب" <sup>(٦١)</sup>.

وعلى الرغم من الإشارات المتقدمة بعدم وجود عقوبة السجن في المدونات القانونية البابلية، فإن مصطلح "السجن" قد ورد في قانون حمورابي حسب ترجمة بعض الباحثين للمادتين ١١٥ - ١١٦ من قانون حمورابي:

المادة ١١٥: إذا كان لإنسان ادعاء في حق إنسان آخر في شأن حبوب أو نقود، وسجنه، وإذا مات السجين في السجن موتاً طبيعياً، فلن تأخذ القضية أبعداً أخرى.

المادة ١١٦: إذا مات السجين في السجن نتيجة التعذيب أو سوء المعاملة، فإن سيد السجين سوف يقاضي التاجر، فإن كان (السجين) إنساناً ولد حراً، فإن ابن التاجر ينبغي أن يُقتل، وإن كان عبداً فعليه (أي التاجر) أن يدفع ثلث مينة من الذهب، وسوف يخسر ماله لدى سيد السجين <sup>(٦٢)</sup>.

ومن الملاحظ أن باحثين آخرين قد ترجموا كلمة "السجن" في المادتين السابقتين بكلمة "منزل" <sup>(٦٣)</sup>.

Benger -op.cit, PP76-77.

(٥٨)

Driver (G.R), Miles (John.C) - The Babylonian Laws, Volume 1, Oxford, at the Clarendon Press, 1956, P 501.

(٥٩)

Driver et Miles, Ibid, p 53.

(٦٠)

Hasting - op.cit, p 200.

(٦١)

King (L.W) - The Code of Hammurabi, Kessinger Publishing, 2004, P11.

(٦٢)

Rosamond (E.Mack) - The Code of Hammurabi, Baghdad, Ministry of Culture and Information, 1979, P 24.

(٦٣)

## الفرع الرابع

### السجن في العهد البابلي القديم

يرى "J.Benger" أنه لم يُوجد في القانون البابلي القديم (Old Babylonian Law) سوى نوع واحد من الجرائم وهي ما ندعوها في مصطلحاتنا القانونية الحديثة جرائم أو مخالفات جزائية (Criminal Offenses) ترتب نوعاً واحداً من الجزاءات مثل العقوبات الجسدية (Corporal) أو السجن (Imprisonment)، وبأن السجن في العهد البابلي القديم (نحو ١٩٥٠ - ١٥٣٠ ق.م) كان مجرد أداة إكراهية أو قسرية (purely Coercive) أكثر منه وسيلة أو أداة عقابية (punitive)، حيث استخدم السجن كوسيلة للحجز تضمن دفع التعويض المالي المتوجب عن الأضرار، أو وسيلة لإجبار المقترض أو المدين المقصر عن الدفع على القيام برد مبلغ القرض أو الدين، ورأى بأن هذا الأمر ينسجم مع اعتبار جميع المخالفات ذات الطبيعة غير التعاقدية بشكل أساسي كمخالفات أو أخطاء خاصة (Private wrongs)، وبالتالي فإن إصلاح الضرر والتعويض المالي ينبغي أن يدفع إلى الطرف المتضرر وليس إلى الملك أو الحكومة، وفي هذا الإطار لم يُشر إلى السجن كعقوبة في المدونات القانونية البابلية، وتصبح المصطلحات البابلية المستخدمة للدلالة على السجن مصطلحات تشير إلى أماكن الاحتجاز أكثر منها إلى أماكن قضاء أو تنفيذ العقوبة<sup>(٦٤)</sup>.

وفي الواقع تدل بعض وثائق العهد البابلي القديم على استخدام "السجن" كتدبير احترازي مؤقت، ففي إحدى القضايا التي فصلت من قبل حاكم وقضاة آخرين، سُجن شخص في انتظار إحضار وثيقة مختومة<sup>(٦٥)</sup>.

تشير مصادر أخرى إلى استخدام السجن (Imprisonment) كعقوبة، حيث تسجل رسالة بابلية قديمة أن رجلاً قُبض عليه من قبل موظف ملكي بتهمة التفوه بكلام مثير للفتنة أو التحريض، فأخذ هذا الرجل ومثّل أمام مجلس الشيوخ، وبعد ثبوت التهمة عليه أرسل إلى السجن<sup>(٦٦)</sup>، فأرسل الرجل إلى السجن بعد ثبوت التهمة

Benger -op.cit, P 72, 76-77.

(٦٤)

يوجد في وثائق العهد البابلي القديم مصطلح "nuparum" الذي يفيد معنى "السجن".  
Oppenheim (Leo) - The archives of the Palace of Mari, Journal of Near eastern Studies, Vol.LX, No.2, 1952, P 133.

Leemns (W.F) - Hammurapi Babylon, centre of Trade, Administration and Justice, Sumer, Part 1-2, Vol. 41, P95. (٦٥)

Jacobsen (Thorkild) - Primitive democracy in Ancient Mesopotamia, Journal of Near Eastern Studies, Vol.II, no3, p 1943, PP 164-165. (٦٦)

عليه يقتضي - حكماً - اعتبار السجن في هذه الواقعة نوعاً من العقوبة وليس مجرد أداة إكراهية أو احتجاز.

كما أشارت المصادر الأدبية في العهد البابلي القديم إلى استخدام "السجن" في القضايا المتعلقة بالقروض والسرقة والرشوة وحالات العبيد الأبقين والأسرى الأجانب الذين يُودعون جميعاً في السجن<sup>(٦٧)</sup>.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى رسالة خاصة من العهد البابلي القديم، أرسلت من سجين إلى سيده يشكو فيها بأنه يكاد يموت جوعاً، ولا يدري سبب سجنه، ونقططف بعضاً مما جاء في هذه الرسالة (إلى سيدي أقول، خادمك ....، ومنذ أن أغلق عليّ الباب في منزل الـ "Abaraku"، أنت يا سيدي حفظت حياتي، ما السبب الذي يجعل سيدي يهملني خمسة أشهر؟ لقد استطعت الآن أن أحمل السجن الرسالة لسيدي، ليت سيدي يضع نهاية لتعاستي، أنا مريض وقد أرسلت لي طعام وملابس، فلترسل لي نصف شاقل من الفضة، أو مینتین من الصوف، أرسلهما لي، لخدمتي، دعمهم يحضرونها لي، لا تدع السجن يأتي فارغ اليدين، وإذا جاء فارغ اليدين فإن الكلاب يمكن أن تأكلني، أنت يا سيدي وناس "سيبار" و "بابل" كلهم يعرفون بأنني سجين ليس بسبب اللصوصية، ولم يُلق القبض عليّ في جرم السطو ليلاً، ولم يرسلني سيدي مع الزيت عبر النهر، ولكن "السوتو" هاجموني وكنت مسجوناً، تكلم بكلمة ودودة مع خدام الملك كي لا أموت في منزل الشقاء والتعاسة، أرسل لي.... من الزيت، وخمسة .... من الملح، لأن الذي أرسلته مؤخراً لم يوصله أحد لي)<sup>(٦٨)</sup>.

ومن الواضح وجود عدة نقاط غامضة في هذه الرسالة بسبب صعوبات القراءة المتمثلة في وجود اللوغوغرامات<sup>(٦٩)</sup>، مما يجعل المعنى في بعض المواضع غير واضح، فإذا كانت ادعاءات السجين صحيحة فإنه قد أُودع السجن بسبب خطأ اقترفه في شأن يخص تجارة سيده، فهو إما أنه قد سُلِب من قبل "السوتو"، أو أُجبر أن يعطيهم الزيت، فلماذا قاده ذلك إلى السجن؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل غير متيسرة، ولكن على الرغم من أن سيده لم يخرج من السجن فإنه يرسل إليه المؤن من حين إلى آخر، ويعتقد هذا السجين أن بإمكان سيده أن يضع حداً لسجنه ومعاناته، ويعده

Peters -op.cit, P 9.

(٦٧)

Johns (CHW) - Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and letters, (٦٨)  
University of Pacific, Honolulu, Hawaii, 2004, PP 331-332.

(٦٩) اللوغوغرام أو اللوغوغراف (Logogram) عبارة عن حرف أو رمز أو علامة تمثل كلمة كاملة.



بأنه سيكون ممتناً وشاكراً له صنيعه، ولكنه في نفس الوقت ليس متأكداً فيما إذا كان سيده يستطيع فعل ذلك، كما طلب من سيده مؤناً أخرى مستقبلية إذا أراد له أن يبقى حياً<sup>(٧٠)</sup>.

- ويمكن تسجيل عدد من الملاحظات بناءً على ما ورد في الرسالة السابقة وهي:
- ١ - قد تطول مدة السجن إلى عدة أشهر كما جرى الأمر مع السجين مرسل الرسالة.
  - ٢ - وُصفت الحالة السيئة للسجن بأنه "منزل الشقاء والتعاسة" أو "منزل الموت جوعاً".
  - ٣ - السماح للسجين بمراسلة الآخرين وإمكانية تقديم نقود ومؤن للسجين من سيده أو من آخرين.
  - ٤ - وجود موظف خاص بالسجن يدعى "السجان".
  - ٥ - غموض عبارة "فإن الكلاب يمكن أن تأكلني"، فهل المقصود بهذه العبارة بقية نزلاء مكان السجن، أم السجانون، أم الكلاب المتواجدة فعلاً في السجن؟ لا يمكن القطع بأي من هذه الاحتمالات.
  - ٦ - السجن هو عقوبة السرقة والسطو ليلاً<sup>(٧١)</sup>.
- نخلص مما تقدم إلى القول بأنه على الرغم من ميل الكثير من العلماء إلى القول بأن السجن في العهد البابلي القديم (نحو ١٩٥٠ - ١٥٣٠ ق.م) كان أداة احتجاز وليس عقوبة جزائية، فإن التطبيقات العملية المتمثلة في الرسائل تدل على أن السجن قد استخدم في بعض الحالات كتدبير احترازي لإحضار دليل يخص الدعوى المنظورة أمام القضاء، كما استخدم في حالات أخرى كعقوبة جزائية على بعض الآثام أو الجرائم (التحريض أو إثارة الفتنة، الإهمال المؤدي إلى السرقة)، كما تشير بعض المعطيات إلى استخدام السجن كعقوبة لجريمتي السرقة والسطو ليلاً، ويظهر من الرسالة الأخيرة الحالة السيئة للسجون والسجناء في العهد البابلي القديم، على الرغم من السماح لهم ببعض الحقوق كتلقي النقود والمؤن وحق المراسلة.

Johns - op.cit, p 232.

(٧٠)

Kleber (K), Frahm (E) - op. cit, pp 116.

(٧١)

## الفرع الخامس

### السجن في العهد البابلي الوسيط

تعد المعلومات المتوافرة لدينا عن "السجن" في العهد البابلي الوسيط (١٥٩٥ - ٦٢٧ ق.م) قليلة مقارنة بالعهدين البابليين القديم والحديث، ومع ذلك يسجل نص من هذا العهد جزءاً من إجراءات تحرير سجين من قبل كفيل، حيث كفّل صديق السجين سداد دينه من أجل إخراجه من السجن، ونُكر في النص أن نقود الكفيل سوف تُعطى إلى المدين (رجل وزوجته)، وتم أخذ المال من الكفيل وقُدّم للحاكم الذي سجن المدين<sup>(٧٢)</sup>.

ويستدل من هذا النص على أن السجن في هذا العهد قد استخدم كوسيلة إكراه على سداد الديون مع إمكانية إخلاء سبيل السجين في حالة كفّالته من آخرين أو سداده للمال المدين به، ومن الجلي أن الإيداع في السجن في هذه الحالة لا ينفذه الدائن في سجنه الخاص، وإنما تقوم به السلطات العامة المتمثلة في الحاكم، وعلى الأرجح يكون السجن في السجن العام أو في سجن خاص بالمدينيين، ويستطيع الحاكم إخلاء سبيل السجين في حالة سداده للدين المتوجب عليه.

كما يرد في وثيقة إدارية من العهد البابلي الوسيط الإشارة إلى واجب "حارس البوابة" في حماية وحراسة أبواب السجن<sup>(٧٣)</sup>.

## الفرع السادس

### السجن في العهد البابلي الحديث

إذا كان العقاب على الجريمة يتضمن السجن، فكان يُحكم على المتهم بأن يقضي هذه العقوبة في الـ "bit kilī"، وقد وجد في هذا السجن مدينون عاجزون عن سداد ديونهم، فضلاً عن المجرمين المحكوم عليهم، وقد تم الإشراف على السجن من قبل سلطات المعبد<sup>(٧٤)</sup>.

Tetlow - op.cit, P 98.

(٧٢)

Fox (Nilisacher) - In the service of the King, Hebrew Union College, Detroit, 2000, P 175.

(٧٣)

Spar (Ira) - Studies in neo-babylonian economic and legal texts, Diss, University of Minnesota, 1972 (ann arbor, University Microfilms International), p9.

(٧٤)

تشير إحدى رسائل العهد البابلي الحديث (حوالي ٩٠٠ - ٥٣٩ ق.م) إلى اعتبار "السجن" عقوبة عدم الالتزام بالتعليمات الإدارية القاضية بختم باب المكان الذي تودع فيه الألواح وتركه مفتوحاً، أو عدم تسجيل الموظف المكلف بأن الباب كان مفتوحاً قبل ختمه، وعدم الرد على الاستفسارات والرسائل الخاصة بهذا الموضوع، وتختتم الرسالة المذكورة بالقول "إن السجن مجهز له، نظراً لما فعله" <sup>(٧٥)</sup>، وتظهر نصوص العهد البابلي الحديث "السجن" كمكان لقضاء العقوبة <sup>(٧٦)</sup>.

وتدل رسالة أخرى على أن عقوبة السرقة هي "السجن"، وتُظهر وجود مسؤول للسجن يعين من قبل كاهن "سييار"، وقد ورد مصطلح السجن في الرسالة بصيغة (bitkil-li)، وأشير لمسؤول السجن بمصطلح (Rab bit-kil-li) <sup>(٧٧)</sup>.

وتسجل العديد من الرسائل سجن المدين في حالة عجزه أو مماطلته في سداد دينه، ويكون السجن في هذه الحالة أقرب إلى وسيلة الإكراه منه إلى العقوبة <sup>(٧٨)</sup>.

وتشير وثائق أخرى إلى أن كاهن "سييار" <sup>(٧٩)</sup> هو المكلف بوضع الأشخاص في السجن، كما يقضي السجن وضع السجين في الأغلال، وإمكانية أن يكفل شخص سجيناً لإخراجه من السجن، وتتضمن الكفالة التعهد بعدم فرار السجين الذي أطلق سراحه، وفي حالة حدوث ذلك، يلتزم الكفيل بالقيام بعمل المكفول الذي سجن من أجله <sup>(٨٠)</sup>.

ويرد في وثيقة تعود لأواخر حكم الملك "نبوخذ نصر" مصطلح "قضاة السجن"، وعددهم ثلاثة قضاة، (da-a-nu saeki-li) <sup>(٨١)</sup>، ومن غير الواضح الدلالة الدقيقة لهذا المصطلح.

وعلى الرغم من أن الطابع العام لعقاب الجرائم في العصر البابلي الحديث كان غلبة العقوبات المالية، فقد عُوقب على بعض الجرائم باسترقاق المجرم، وبعضها الآخر

(٧٥) Thompson (Campbell) - Late Babylonian letters, London, 1906, PP 79-81.

(٧٦) Botterweck (Johannes), Ringgren (Helmer) - Theological Dictionary of the old testament, grand rapids, Michigan, 1974, p144.

(٧٧) Thompson -Ibid, P 181.

(٧٨) Thompson -Ibid, P 139.

(٧٩) سييار: تسمى خرائبها الآن باسم "أبو حبة" القريبة من بغداد ومدينة المحمودية الحالية (د. رشيد - مرجع سابق - ص ١٥٥).

(٨٠) Johns - op.cit, P 117.

(٨١) Stol (Marten), Vleeming (S.P) - The care of Elderly in the Ancient Near East, Leiden, Boston, Brill, 1988, p 190.

كان عقابه "السجن"، وتدل إحدى وثائق هذا العهد على وجود أمثلة لإيداع النساء في السجون في حالة ارتكابهن الجرائم، وإمكانية استئجار السجينات من قبل الغير مقابل أجر معلومة<sup>(٨٢)</sup>.

وتشير وثيقة هامة من مدينة "أوروك" في العهد البابلي الحديث في السنة الرابعة والثلاثين من حكم الملك البابلي "نبوخذ نصر" إلى واقعة يمكن تلخيص وقائعها بإقدام شخص على سرقة بطة من المأذبة المقدسة لإلهة مدينة "أوروك"، وبعد إلقاء القبض على السارق سلمه موظفون إلى مسؤول معبد الإلهة "إنانا" كي يتم حبسه في سجن المعبد، وبعد مرور حوالي الشهرين على حبسه أقدم السارق المذكور على قتل "قيّم السجن" وحاول الفرار من سجن المعبد بالقفط من فوق أحد الجدران فسقط وأصيب بكسر، وبعد ذلك تقدم شخصان (على الأرجح من أخوته) بالتماس إلى المسؤول عن المعبد بأن يُخلى سبيل السارق ويُسلم لهم من أجل تطبيبه، على أن يتم اتهامه ومحاكمته بجريمته بعد شفاؤه، وتعهدا بأن يعيدا السارق المخلّى سبيله بعد تماثله للشفاء، وبعد الاستماع إليهما من قبل المسؤول عن المعبد وموظفين آخرين تقرر أن يُخلى سبيل السارق وتسليمه لأخويه لتطبيبه، بشرط أن يعيداه إلى المسؤول المذكور حال تماثله للشفاء، وفي حال عدم الالتزام بهذا الشرط يتوجب عليهما أن يدفعوا بالتضامن غرامة مالية (١٢ مينة) لمعبد الإلهة "إنانا"<sup>(٨٣)</sup>.

وقد سجل الباحثان Kleber و Frahm عدداً من الملاحظات على ما ورد في هذه الوثيقة الهامة، ولعل من أهمها:

- ١ - إن استخدام مصطلح (nubirramma) في الوثيقة قد يدل على أن الأخوين قد وعدا أن يقنعا السارق بالإقرار أو الاعتراف بجميع جرائمه.
- ٢ - تم إخلاء سبيل السارق الموقوف بغرض الاستشفاء على الرغم من الجرائم الخطيرة التي ارتكبها وهي السرقة من الأجزاء الداخلية من المعبد والقتل ومحاولة الفرار من السجن<sup>(٨٤)</sup>.

Tetlow -op.cit, PP 110-111.

(٨٢)

Kleber (K), Frahm (E) - op. cit, p 112.

(٨٣)

(٨٤) كانت العقوبة السابقة في ذلك العهد لجريمة السرقة التي ارتكبها هي الغرامة ثلاثين ضعفاً للأشياء المسروقة، وهي العقوبة المعروفة مسبقاً من خلال المادة الثامنة من قانون حمورابي، وقد تم تطبيق هذه العقوبة في وثيقة أخرى تم فيها تسجيل سرقة لبطينين وذبحهما، ففرضت غرامة مؤداها تقديم ٦٠ بطة عوضاً عن البطينين المسروقتين - (Kleber (K), Frahm (E) - op. cit, p 15).



٣ - تم تسليم السارق بعد السرقة إلى ثلاثة موظفين أحدهم كان موكلاً بمهمة نقل السجناء إلى السجن، وكان لمهام الموظفين الآخرين علاقة بسير العدالة الجزائية.

٤ - أشار الباحثان إلى رأي بعض العلماء مثل (San Nicola) حول عدم وجود عقوبات أو أحكام بالسجن في الشرق الأدنى القديم وأن وظيفة السجن كانت الاحتجاز من أجل التحقيق أو السجن بسبب الدين، ولكن بعض العلماء مثل (B.Wells) اعتقدوا بأن السجن كان يستخدم للعقاب أيضاً، وذكر الباحثان بأن الوثائق تسجل وجود حالات سجن لمدد طويلة (شهران و١٤ يوماً في الوثيقة محل الدراسة، وحالة سجن لمدة ثمانية أشهر سجلتها وثيقة أخرى)، وأن هذه المدة الطويلة للسجن تشير إلى وجود عقوبات أو أحكام بالسجن، ولكن لا يمكن التيقن في الواقعة محل الدراسة فيما إذا كان السارق قد حكم بمدة سجن أو أودع السجن بسبب الغرامة التي لم يستطع دفعها، أو ربما بسبب عدم استكمال التحقيقات من قبل المحكمة<sup>(٨٥)</sup>.

كما سجلت وثيقة أخرى (YOS7,97) تعود لعام ٥٢٩ ق.م محاولة فرار سجينين من السجن أثناء الليل عن طريق ضرب موظف السجن ومحاولة فتح فجوة في جدار البناء بواسطة مقص حديدي تم تهريبه إليهما عن طريق عبدة لوالد أحد السجينين، وعندما شعر حارس السجن بالهجوم أبلغ قيم السجن بالأمر مما منع السجناء من الهرب، ويبدو أن ظروف السجن السيئة كانت وراء محاولات الهرب المتكررة، فتشير الوثيقة (YOS7,77) إلى ظروف أحد المتهمين للفرار من السجن، حيث كان مقيداً في الأصفاد ووضع في خدمة سقيفة بقرة الملك، كما أشارت إحدى الوثائق (YOS & 97) إلى عصيان في السجن<sup>(٨٦)</sup>.

وفي الواقع لا نعلم الكثير عن أحوال وظروف سجون العهد البابلي المتأخر، ولكننا نعرف بأنه قد استخدم مصطلح (bit kilī) وليس (bit sibitti) للدلالة على سجن معبد "إنانا"، كما كان للقصر سجونه الخاصة به، وأمكن احتجاز المدينين أو أفراد أسرهم من قبل الدائنين في أماكن احتجاز خاصة، وتشير بعض النصوص إلى نساء سجينات في منزل خاص، كما يوجد دليل على أن السجناء كانوا يُرغمون على العمل، وخاصة طحن الدقيق، وألزموا بالأعمال اليدوية الأخرى في المعبد، وأحياناً خارج السجن (كالعمل في اصطبل الملك أو في صناعة الجلود). ومن غير المؤكد

Kleber (K), Frahm (E) - op. cit, pp 115-116.

(٨٥)

Kleber (K), Frahm (E) - op. cit, p 118-121.

(٨٦)

تقييد المسجونين أثناء إقامتهم في السجن، ولكن على الأرجح أنهم كانوا يُقيدون عندما يكونون خارجه، وكان سجن "إناتا" مبنياً من الآجر الطيني، ولذلك لم يستطع النزيلان اللذان حاولا الهرب في الوثيقة (YOS7,97) أن يتقبوا جدرانهم بوسائل عادية، وقد أشير إلى أماكن أخرى يتم فيها احتجاز الأشخاص مثل "المخزن الملكي" ومكان يعرف بـ "bit kare" <sup>(٨٧)</sup>.

وكان من الشائع تحرير المدينين أو المجرمين عندما يقدم أحدهم كفالة أو كفيل، وتشير وثائق أخرى لضمانات لسجناء مرضى، وكانت مثل هذه الإجراءات متوافقة مع مصلحة المؤسسات التي يُودع فيها السجناء، فهي لم ترغب أن يموت السجناء فيها، ولكن لم يكن من مصلحتها إطعامهم في حالة عجزهم عن العمل بسبب المرض، وإذا عجز الكفيل عن تقديم السجن المخلّى سبيله عند استدعائه فإنه يسدّد القرض أو يلزم بدفع غرامة مالية كبيرة <sup>(٨٨)</sup>.

تدل وثائق العهد البابلي الحديث على استمرار استخدام السجن كوسيلة إكراهية لتأدية الديون من جهة، وعلى اعتباره عقوبة على بعض الجرائم أو الأفعال (مخالفة التعليمات الإدارية، السرقة) من جهة أخرى، واللافت في هذا العهد وجود سجينات وإمكانية استئجارهن وهن سجينات.

يمكن القول بناءً على الوثائق العملية الواردة من العهود البابلية القديمة والوسيلة والحديثة بأن "السجن" قد وجد لدى البابليين كمؤسسة بدليل وجود مسؤول خاص للسجن يعين من قبل السلطات الرسمية، كما تشير الوثائق إلى تعدد استخدامات السجن، إما كوسيلة إكراهية لإرغام المدينين على سداد ديونهم، أو استخدامه كتدبير احترازي يُوضع فيه المتهم إلى حين محاكمته على ما ينسب إليه من جرائم، كما جرى في العديد من الحالات استخدام السجن كعقوبة على بعض الجرائم والآثام (إثارة الفتنة، الإهمال المؤدي إلى السرقة، السطو ليلاً، مخالفة التعليمات الإدارية وغيرها من الأفعال)، وتدل بعض الوثائق على وجود بعض الحقوق للسجناء كتقديم النقود والمؤمن لهم، وإمكانية المراسلة مع الآخرين.

Kleber (K), Frahm (E) - op. cit, pp 118-119.

(٨٧)

Kleber (K), Frahm (E) - op. cit, pp 119.

(٨٨)

## المطلب الثالث

### السجن في عهود ومواقع رافدية مختلفة

يُستدل من الوثائق المتاحة من بعض العهود أو المواقع الرافدية الأخرى على وجود السجن كمكان يُودع فيه السجناء، حيث وُجد السجن في الموقع الحوري "نوزي" في شمال بلاد ما بين النهرين، وعند الآشوريين، وفي "نيبور" في عهد الفرس الأخمينيين.

## الفرع الأول

### السجن في "نوزي" (٨٩)

تسجل إحدى الوثائق من أرشيف "نوزي" (يورغان تبه حالياً، قرب كركوك) (AASORx VI 73) ادعاء شخص على آخر وتصريحه بما يأتي (أنا لست مديناً لـ...."، ولكنه رمانى في السجن، وبقيت مدة يومين فيه)، فاستدعى القضاة "الدائن" الذي صرّح بأن سبب رميه للشاكي في السجن كون الشاكي كفيلاً لمدينه، فطلب منه القضاة إحضار شاهد على أقواله، ولما عجز عن إثبات ما يدعيه بالبينة الشخصية، طُوب بأن يأخذ ببينة القسم، فرفض ذلك، وخسر القضية، وأجبر على دفع غرامة حددت بثور واحد لزوجّه (الكفيل المزعوم) في السجن من دون وجه حق. ويلاحظ في نصوص "نوزي" التطبيق الاستثنائي لسجن "الكفيل" أو "الضامن"، وهي صلاحية محددة بمدة يومين، ووجود الغرامة عند التسبب بسجن كفيل من دون وجه حق<sup>(٩٠)</sup>.

وتسجل الوثيقة (SMN 348) سجن أحد الأشخاص في "البوابة"، ومن ثم نقله للسجن في "البرج"، ويرد فيها أن واضعه في السجن قد أخذ منه رأس غنم، ومن ثم أطلق سراحه<sup>(٩١)</sup>. ومن غير الواضح في الوثيقة نوع الجرم أو الخطأ الذي ارتكبه

(٨٩) اكتشف في عام ١٩٢٥م تل صغير يبعد حوالي ١٠ أميال جنوب غرب كركوك، ثبت فيما بعد أن التل المكتشف جزء من المدينة المعروفة تاريخياً بـ "نوزي"، عثر فيها على آلاف من الألواح المسماة بالمقطعية الأكادية تضم أرشيفات خاصة لإحدى العائلات.

Chiera (Edward), Speiser (Epharaim) - anew factor in history of the Ancient East, The Annals of the American Schools of Orient Research, vol.6, 1924, P75.

(٩٠) Zaccagnini (Carlo) - Nuzi, in: Westbrook (Raymond) - Security for Debt in Ancient Near Eastern Law, Leiden, Brill, 2001, PP 234-235.

(٩١) ويرد في وثائق "نوزي" مصطلح "bit nuparu" الذي يدل على معنى "السجن" Oppenheim - op.cit, P 133.

السجين، ومن الملاحظ أن الوثيقة المذكورة قد استخدمت مصطلح "Nupari"، فترجمه "E.A. Speiser" بمصطلح "سجن" (ويصدق نفس الأمر على مصطلح Bit nu0ba-ri الوارد في وثيقة أخرى) اعتماداً على تشابههما مع مصطلح (napurru) الذي يفيد معنى "السجن" <sup>(٩٢)</sup>.

كان السجن في "نوزي" عقوبة لعدم الطاعة ضمن الأسرة الواحدة، حيث ورد هذا الأمر في عقود الوصايا لمصلحة زوجة أو أم الموصي، وعلى سبيل المثال جاء في الوثيقة (HSS V 73) وصية شخص لزوجته وأولاده ورد فيها أن (أيّاً من أولادي لا يطيع كلمة زوجتي فسوف تضعهم في السجن {pa-ri}-nu، ويعلم بشاراة العبودية، ولكنها لا تستطيع كسر أحد أعضاء جسمه) <sup>(٩٣)</sup>، وورد في وصية أخرى (HSS XIX 19) من شخص لمصلحة زوجته (أي ولد لا يخدمها ويمدها بالمؤن، أي ولد لا يطيعها، يمكنها - أي الزوجة - أن تضعه في القيود، وتسمه بشاراة العبودية، وتضعه في السجن "eki-li")، وقد ورد نفس الأمر في وثائق أخرى (HSS XIX 23، HSS XIX 7) وقد وردت الصيغة في الوثيقة الأولى "تضعهم في السجن"، أما الوثيقة الثانية فقد وردت العقوبة بصيغة أخرى "فسوف يضعونهم في السجن" <sup>(٩٤)</sup>، وقد وردت هذه العقوبة في الوثيقة (HSS XIX 18) من شخص لمصلحة أمه في مواجهة أولاده ممن لا يقدم للجدّة واجب الطاعة <sup>(٩٥)</sup>. كما ورد ذكر السجن كعقوبة تفرض على المتبني من قبل المتبني في حالة فشل الأول في تقديم واجب الطاعة والاحترام للمتبني (الوثيقة HSS XIX 39) <sup>(٩٦)</sup>.

<sup>(٩٢)</sup> Pfeiffer (Robert), Speiser (E.A) - One hundred Euphrates wills in the contexts of their Mesopotamian analogues: a window of Emar society, Diss, The Faculty of the school of graduate studies, Hebrew Union College Speiser (E.A) - Ibid, pp 68-69.

<sup>(٩٣)</sup> Knong (Andrew Ping-chiu) - a portrait of Nuzi family life: the archives of katiri and Unnuteia, Diss, Brandeis University, 1976 (ann arbor, University Microfilms International), p 166.

<sup>(٩٤)</sup> Jonathan (Paradise) - Nuzi inheritances practices, Diss, University Pennsylvania, 1972 (ann arbor, University Microfilms International), p 77, 119, 160.

<sup>(٩٥)</sup>

<sup>(٩٦)</sup> Speiser (E.A) - a significant new will from Nuzi, Journal of Cuneiform Studies, Vol. 17, No. 3, 1963, p 69.



## الفرع الثاني

### السجن عند الآشوريين

يرى بعض الباحثين وجود نظام السجن (Prison System) عند الآشوريين، وقد جرى تطبيقه بكثرة في حق السجناء السياسيين (Political Prisoners) بشكل خاص<sup>(٩٧)</sup>.

وتشير وثائق الإمبراطورية الآشورية (٧٤٦ - ٥٣٩ ق.م) إلى سجن المهربين واللصوص والفارين من الخدمة الملكية والمتهربين من أداء الضرائب وأسرى الحروب، كما ألزم السجناء الأجانب بالعمل في طحن الدقيق، وكانت سجونهم في أماكن مغلقة أو في الطواحين، كما كان يُحبس بعض السجناء في حوض رطب يستخدم أحياناً كمخزن للدقيق<sup>(٩٨)</sup>. ويُطلق على السجن في النصوص الآشورية مصطلح (bitkili)<sup>(٩٩)</sup>. وقد أشار البعض إلى أن الكلمة الآشورية التي تدل على السجن تأخذ معنى "بيت العقوبة"<sup>(١٠٠)</sup>.

وتدل رسالة من "الكاروم الآشوري" في "كانيش" (كول تبه حالياً، شمال شرقي مدينة كيسييري)، وهو سلطة جماعية للجالية الآشورية التجارية على وجود "سجن" خاص بالكاروم، والذي كان يُطلق عليه مصطلح (Kisersum)، ويرد في هذه الرسالة (لأن الكاروم بمجموعه ألقى به في السجن "anakisersim"، ولذلك لم أكن أنا من ألقته في السجن)، كما ترد الإشارة إلى السجن في رسالة أخرى تخص التجارة والأعمال ترد فيها عبارة "عندما زرتك في السجن"، ونعلم منها بأن السجين لم يكن معزولاً عن العالم الخارجي، ومن المحتمل بأنه قد سُمح للسجين أثناء سجنه بمتابعة أنشطته التجارية، وقد ارتبط مع مصطلح السجن استخدام عدد من الأفعال مثل "يلقي شخصاً ما في السجن" أو "يضع في السجن"<sup>(١٠١)</sup>.

ويرد في رسالة للملك "آشور بانيبال" إشارة إلى وجود سجناء يقبعون في السجون لعدة سنين "من أمر سيدي بإعدامه، ليت سيدي يبقيه حياً، ومن كان سجيناً

(٩٧) Peter (Robert) - Excel HSC, Ancient History, Book 1, Australian library collections, Pascal Press, 2006, p 94.

(٩٨) Peters - op.cit, P 9.

(٩٩) Sayce (Archibald Henry) - Babylonian and Assyrian: Life and customs, C.Scribners Sons, 2003, P206.

(١٠٠) Walton-op.cit, P 412.

(١٠١) Riemschneider - Prison -op.cit, P 116.

لعدة سنوات، ليت سيدي يطلق سراحه" (١٠٢)، كما ورد في وثيقة أخرى تحذير للملك "آشور بانيبال" من إدخال السبائريين والنبوريين السجن، حيث يحظى سكان "نيبور وسيبار وبابل" بمعاملة خاصة، وقد ورد مصطلح السجن في هذه الوثيقة بصيغة bit si-bit-tim، فجاء في الوثيقة المذكورة (إذا اتهم بجريمة أي نيباري أو سبباري أو بابلي، وسبب ذلك إلى إدخاله السجن، فإن المدينة التي اتهم فيها سوف تتحول إلى مكان مهجور، ومن سبب إدخال أي منهم إلى السجن، فإن الإله مردوخ سوف يضع بلاده في أيدي عدوه" (١٠٣).

### الفرع الثالث

#### السجن في عهد الفرس الأخمينيين

تذكر وثيقة تعود للسنة الثامنة من عهد "قورش" حادثة سجن أحد الأشخاص من قبل "ناظر مدينة سيبار"، ودخول المنزل - محل السجن - من قبل أقرباء السجن ومحاولتهم إخراجه من السجن عنوة، فاتهمهم الناظر بسرقة بعض نقوده، ولكن المفاجئ في الأمر هو اجتماع مجلس شيوخ مدينة "سيبار" وعزلهم الناظر بسبب هذه القضية (١٠٤)، ويبدو أن سبب عزل الناظر في الواقعة المذكورة عدم صحة ادعاءاته بعد التحقق منها.

وتدل الواقعة السابقة على وضع ضمانات لعدم إساءة استعمال "حق وضع الأشخاص في السجن" من قبل مجلس الشيوخ تحت طائلة عزل الحاكم الذي يسيء استخدام هذا الحق.

وتشير وثائق مدينة "نيبور" في عهد الفرس الأخمينيين (القرن الخامس قبل الميلاد) إلى أن الدائن يستطيع إلقاء القبض على مدينه العاجز عن وفاء دينه، ويزجه في "سجن المدينين" (Debtors Prison)، ووفقاً لإحدى الوثائق التمس أربعة أشخاص إطلاق سراح امرأتين من سجن المدينين لمدة معينة بكفالة، مع التعهد بعدم فرارهما، وفي حال حدوث ذلك يتعهدون بدفع غرامة مقدارها (١,٥ تالنت من الفضة)

Westbrook (Raymond) - a matter of life and death - JANES, Vol. 25, 1997, (١٠٢) p 64.

Longdon (Stephen) - an early Babylonian tablet of warning for the king, (١٠٣) Journal of the American Oriental Society, Vol. 28, 1907, p 146, 148, 152.

Johns - op.cit, P 112.

(١٠٤)

من دون محاكمة، وقد نُظمت هذه الوثيقة في نيبور بحضور ١١ شاهداً، وفي وثيقة أخرى استطاعت إحدى العائلات إطلاق سراح أربع نساء من سجن دائنيهن، وتم إرسالهن إلى أزواجهن، كما تسجل وثيقة ثالثة التماس أحد الأشخاص إطلاق سراح ابن أخيه من السجن، وتعهده بعدم مغادرته "نيبور"، تحت طائلة أن يدفع الكفيل (العم) مقدار ١٠ مينات من الفضة إذا هرب المكفول من "نيبور" (١٠٥).

توضح الأمثلة المتقدمة في عهد الفرس الأخمينيين وجود سجن خاص بالمدينين يدعى "سجن المدينين"، كما تنوه إلى إمكانية إخراج السجين بواسطة كفيل يضمن عدم فرار السجين المكفول تحت طائلة تغريم الكفيل بمقدار مالي معين، واللافت في هذه الأمثلة تكرار الإشارة إلى وجود النساء السجينات في "سجن المدينين" بسبب الديون.

---

Dandumaev (Muhammed), Lukonin (Valadimir) - The Culture and Social (١٠٥) Institutions of Ancient Iran, Cambridge University Press, 2004, p 156.

## المبحث الثاني

### السجن في ممالك سورية القديمة

تعد الإشارات الواردة في نصوص "تل البيدر" (نابادا القديمة، ٣٥ كم شمال غرب الحسكة) من أقدم الأدلة على وجود "السجن" في ممالك سورية القديمة، إذ تعود هذه النصوص إلى حوالي عام ٢٤٠٠ ق.م، ويرد فيها مصطلح "sue-es" والذي يدل على معنى "المسؤول عن السجن" <sup>(١٠٦)</sup>، وقد أورد "W.sallaberger" بأن هذا المصطلح قد ورد في عدد من ألواح "تل البيدر" (الألواح ٤٤، ٥٧، ٥٩، ٧١، ٧٢، ١٣١، ١٤٠) <sup>(١٠٧)</sup>، ومن الجدير بالذكر أن مصطلح "e-es" قد ورد - كما أسلفنا - في إصلاحات "أورو إنمجيना" وفسّره "P.Steinkeller" بأنه يدل على مصطلح "السجن".

### المطلب الأول

#### السجن في مملكة إبلا

تدل الوثائق المكتشفة في الأرشيفات الملكية الإبلائية (تل مردوخ حالياً، ٥٥ كم جنوب غرب حلب) <sup>(١٠٨)</sup> والعائدة للنصف الثاني من الألف الثالث قبل الميلاد (٢٤٠٠ - ٢٢٥٠ ق.م) على وجود نظام السجن لدى الإبلانيين، كما دلت المكتشفات في عاصمة الحثيين "ختوشا" (بوغازكوي حالياً) على وجود السجن لدى الإبلانيين في النصف الأول من الألف الثاني قبل الميلاد.

فقد ظهر في المفردات المعجمية الإبلائية مصطلح (e-es-bi) (ويرد المصطلح بصيغة (E.ES.TUS = a-ba-lum/lu-um)، ويُفترض بأن هذا اللوغوغرام السومري يدل على "الشخص الذي يُودع في السجن"، كما ظهر مصطلح (lu -kar) في

Talon (Philippe) - Grain accounty:personal lists and expenditure documents, in: (١٠٦) Milano (Lucio) - (et al, eds) - Third Millennium Cuneiform texts from Tell - Beydar, (seasons 1996-2002) -Subartu XII, 2004, P70.

Sallaberger -Word list -in: Milano -Ibid - P178.

(١٠٧)

(١٠٨) تم اكتشاف مملكة إبلا في أطلال (تلمريخ) على بعد ٢٨ كم إلى الجنوب الشرقي من محافظة إدلب بالقرب من بلدة سراقب، وقد اكتشف في أرشيف إبلا الملكي حوالي ١٦٥٠٠ لوح طيني مسماري تعود إلى أعوام ٢٤٠٠ - ٢٢٥٠ ق.م، والطابع العام لهذه الألواح إداري واقتصادي، كما تحتوي على عدد من النصوص القضائية والقانونية.



نصوص إبلا الاقتصادية ويأخذ معنى "أسير" (١٠٩) كما ورد في أسماء الأعلام الإبلانية مصطلح "سجين" على الشكل الآتي:

يدل على معنى "أطلق سراح" (١١٠). (ha-bu-zu = habbusu)، فضلاً عن مصطلح (wa-su-lum = wassurum) الذي

وقد ذكر "L.Vigano" أن المعاهدة الدولية بين إبلا وأبارسال / آشور (٢٤٠٠-٢٣٥٠ ق.م) نظمت في إحدى فقراتها إطلاق سراح المواطنين المودعين في سجن المدينة الأجنبية (أبارسال / آشور) (١١١)، وذكر البعض بأن قصر إبلا كان يضم غرفة تأوي ستة عشر خادماً، ويُعتقد بأنها كانت المكان الذي يطحن فيه السجناء الدقيق (١١٢).

ومن المثير للدهشة أن العالم "M.Bonchi" قد فسّر المصطلح السومري الوارد في ألواح إبلا (GA-MUNS-GI) بأنه يعني (المنزل المغلق) في الدلالة على موضع أو مكان للنساء في إبلا منفصل عن الذكور في العالم الخارجي، ويميل العالم "M.Bonchi" لتفسير مصطلح (المنزل المغلق) بأنه المكان الذي يودع فيه السجناء (١١٣)، وبذلك يكون هذا السجن الخاص بالنساء في إبلا - حسب معلوماتنا - أقدم سجن نسائي معروف في الوثائق المكتوبة، لأن ألواح إبلا تعود للقرن الرابع والعشرين قبل الميلاد.

وقد اكتشف في عام ١٩٨٤م في "بوغازكوي" نص يعود إلى العهد الحثي الوسيط (١٥٠٠-١٤٠٠ ق.م) وهو نص ملحمي موضوعه الأساسي سقوط دولة المدينة "إبلا"، ويعزو النص سبب سقوط "إبلا" إلى قرار قضائي إلهي بحقها بسبب فشلها في إطلاق سراح السجناء، ويبدو أن هؤلاء السجناء قد أودعوا في السجن بسبب ديونهم، وقد طُلب إطلاق سراحهم من الإله "تيشوب" الحوري، فحاول حاكم إبلا إقناع مجلس الشيوخ لديه بإعلان عفو عام عن السجناء، ولكنه صادف معارضة

Steinkeller - op.cit, P232, 239. (١٠٩)

Pagan (Joseph.M) -a morphological and lexical study of personal names in the Ebla texts, archive di Ebla, Studi II, Roma, 1998, P 316, 376. (١١٠)

Vigano (Lorenzo) -The Ebla Tablets, Literary sources for the History of Palestine and Syria, Biblical archaeologist, Vol. 47, No. 1, 1984, P9. (١١١)

Walton (John.H) -The IVP background commentary -op.cit, p 689. (١١٢)

Sallaberger (Walther) -Women at Beydar, in: Millano - op.cit, p64 and fn. (١١٣)

قوية من المجلس وعلى وجه الخصوص من قبل أحد أعضائه ويدعى "Zazalla" <sup>(١١٤)</sup>.

ويرى "M.Astour" بأنه قد أُشير في النص المذكور آنفاً لشخص يدعى "بورا" بمصطلح (a-si-ri / a-sa-si-i-ri) ويدل على معنى "أسير، سجين"، وربما بشكل أكثر دقة "أسير حرب"، وقد وُصف المذكور "بورا" وهو قابع في السجن مقيّد إلى صخرة، ويرى بعض العلماء أن المصطلحات الواردة في النص ترجح كون الأشخاص المذكورين فيه من أسرى الحرب وليس "عبيد ديون"، وقد رجّح العالم "M.Astour" هذا التفسير <sup>(١١٥)</sup>.

يدل ما تقدم على وجود نظام "السجن" في مملكة إبلا في القرن الرابع والعشرين قبل الميلاد، وعلى وجود سجن خاص بالنساء، ولعل هذه الحالات من أقدم التطبيقات في سورية القديمة، إن لم يكن في الشرق الأدنى قاطبة.

## المطلب الثاني

### السجن في مملكة "ماري"

اعتمدت مملكة ماري (تل الحريري حالياً، شرق سورية) <sup>(١١٦)</sup> في القرن الثامن عشر قبل الميلاد عدة أساليب لإقصاء المجرمين عن المجتمع، وقد توقفت هذه الأساليب على مدى اهتمام السلطات العامة بموضوع الجريمة أو المخالفة، وعلى

<sup>(١١٤)</sup> McKenzie (Steven), Kaltner (John) -Beyond Babel:a handbook for Biblical Hebrew and related Languages, Atlanta, Society of Biblical literature, 2002, p193.

<sup>(١١٥)</sup> Astour (Michael) - History of Ebla: a reconstruction of the History of Ebla, Part.2, in: Gordon (Cyrus) -(et al, eds) -Eblaitica:Essays on the Ebla archives and Eblaite language, volume IV, Publications of the Center for Ebla Research at New YorkUniversity, 2002. PP143-144.

<sup>(١١٦)</sup> يقع تل الحريري بالقرب من مدينة البوكمال (١٠كم شمال غرب مدينة البوكمال ١٠,٥كم غرب الفرات)، وقد بدأت التنقيبات الأثرية في الموقع في عام ١٩٣٣م برئاسة البروفيسور (أندريه بارو) مع فريق أثري فرنسي، وقد عثر في أرشيف القصر الملكي على حوالي ٢٥٠٠٠ لوح طيني مسماري تغطي الفترة الواقعة بين عام ٢٢٦٦ق.م وحتى نهاية النصف الأول من القرن الثامن عشر قبل الميلاد، ومع أن الألواح تغطي فترة تقارب الخمسة قرون، فإن معظمها يعود إلى أواخر القرن التاسع عشر والربع الأول من القرن الثامن عشر قبل الميلاد، وتتضمن الألواح المكتشفة بشكل عام سجلات للأعمال الدبلوماسية والإدارية والاقتصادية والسياسية، وبالتالي فإن معظمها إداري واقتصادي الطابع.

الحالة الاجتماعية للمجرمين، فضلاً عن المزاج العام للسلطات العامة نفسها، وتنوعت هذه الأساليب من الإقامة الجبرية (House arrest) إلى العقوبات الجسدية القاسية، أما الأساليب الأكثر شيوعاً فهي إيداع المجرمين في السجن (Jail)، أو الجلد بالسياط (Whipped)، أو بيع المجرمين كعبيد، ومصادرة الأملاك، ودخول عائلة المجرم في خدمة الدولة كرهينة أو ضمانات وعلاج نهائي للتخلص من المجرمين<sup>(١١٧)</sup>، حيث وجد عدد من السجون في مدينة ماري ومدن "ترقة" و"كاتونان" و"صوبروم" و"دور يخدون ليم"<sup>(١١٨)</sup>.

وسوف نركز على السجن في إطار هذه الأساليب العقابية، فنعالج في البداية مفردات السجن الاصطلاحية، ثم نعرض للأسباب الموجبة لدخول السجن، ومن ثم نتناول تفصيلات نظام السجن في مملكة ماري.

## الفرع الأول

### مفردات "السجن" الاصطلاحية

استخدمت وثائق الأرشيف الملكي في مملكة ماري للدلالة على الحجز أو إلقاء القبض على الشخص الأفعال (Sabatum) و (Kalum) وبشكل نادر (Balalum)، كما أشير إلى المصطلح (abullatimkalum) كنوع من العقاب، وعلى سبيل المثال وضع "كبري - دجن" فاراً في السجن وحجزه ضمن بوابات المدينة، فضلاً عن عدم استخدام مصطلح (abullatimsudum) في سياق جزائي أو عقابي<sup>(١١٩)</sup>.

أما بالنسبة للسجن (prison) فإننا نصادف استخدام مصطلحي (sabittim) و (neparum) في الوثائق من مملكة ماري، ولذلك ينبغي إيضاح معنى كل من هذين المصطلحين.

(١١٧) Bonnetterre (Daniel) - The structure of Violence in the Kingdom of Mari, The Canadian Society for Mesopotamian Studies, Bulletin.30, 1995, P 19.

(١١٨) Safren (Jonathan. D) - Dur-Yahdun-Lim The raison d etre of an ancient Mesopotamian fortress - city, Journal of the Economic and Social History of the Orient, vol.32, No.1, 1989, p 17.

(١١٩) Sasson (Jack.M) - Treatment of criminal at Mari, Journal of the Economic and Social History of the Orient, Vol.XX, Part.1 1977, P 103 and fn.

## أولاً - مصطلح (sabittim) :

ورد هذا المصطلح في العديد من الوثائق، فتشير إحدى الوثائق إلى رجال أحضروا من "ترقة" ووضعوا في السجن (sabittim)، وتذكر وثيقة أخرى بأن الرجال الذين اتهموا آخرين بالخيانة العظمى وُضعوا في السجن (sabittim) حتى ظهور نتيجة محنة النهر، وتعرض وثيقة ثالثة لمواطن مدينة "إيمار" الذي رُمي في السجن (sabittim)<sup>(١٢٠)</sup>.

وقد استخدم مصطلح (bitsibttim) في ماري للدلالة على "السجن"، حيث جرى استخدامه في رسالة للإشارة إلى السجن الذي يُحتجز فيه مرتكبو الجرائم<sup>(١٢١)</sup>، ويعني المصطلح (bit sibttim) "منزل المقبوض عليهم"، أي "السجن"<sup>(١٢٢)</sup>.

## ثانياً - مصطلح (neparum) :

ذكر "J.Sasson" في دراسة أولية أن مصطلح (neparim) يعني "السجن"<sup>(١٢٣)</sup>، ثم أضاف في معالجة لاحقة لمصطلحي (neparum) و (nuparum) بأنهما يستخدمان بطريقتين مختلفتين "سجن" و "مشغل"، وأنهما يشتركان من حيث المعنى في مفهوم "الاحتجاز"، مما يدل على أن معظم الحجرات في القصر الملكي قد وُجد لها استخدامات كثيرة ومتنوعة كـ "مخزن" أو "سجن" أو "مكان للمعيشة"<sup>(١٢٤)</sup>، وأشار في معالجة ثالثة بأن مصطلح (neparum) عندما يرد في صيغة المفرد فإنه يدل على "السجن"، أما صيغة الجمع منه فتدل على معنى "مشاغل"، وأورد أنه وُجد عدد من الـ "neparum" في ماري و "سوكارتوم" و "دور يخدون ليم" و "كاتونان" و "سوبروم" في إقليم "قرنة"، وأضاف بأننا لن نستغرب إذا ما علمنا في المستقبل بأن الـ "neparum" وُجد حيث بُنيت القصور الملكية، لأنه

Sasson - Ibid, P 104.

(١٢٠)

Dalley (Stephanie) - Mari and Karana, Tow Old Babylonian Cities, Longman group Limited, London, 1984, p 70.

(١٢١)

Durand (Jean-Marie) - Les Documents epistolaires du palais de Mari, University of Virginia, 1997, p 250, Heimpel - op.cit, p 591.

(١٢٢)

Sasson (Jack) -The Military establishment of Mari, Pontifical Biblical Institute, 1969, P 53.

(١٢٣)

Sasson(Jack) - Some comments on archive Keeping at Mari, Iraq, Vol. XXIV, Part.1, 1972, P 61.

(١٢٤)



يبدو من خلال بعض الإشارات أن السجون في مملكة ماري لم تكن تختلف عن باقي الإنشاءات المستخدمة لأغراض السكن<sup>(١٢٥)</sup>.

وقد وُجد للمصطلح الدال على السجن "neparum" في وثائق ماري نظائر في نصوص العهد البابلي القديم ونصوص "نوزي" والعهد الآشوري الوسيط وفي نص من "شاغار بازار"<sup>(١٢٦)</sup>.

أما "S.Dalley" فيرى بأن المعنى الدقيق لمصطلح "neparum" غير مؤكد، على الرغم من استخدامه في معنى "سجن"، والواقع أن هذا المعنى ثانوي، أما أغلب ما يدل عليه فهو "مشغل القصر" الذي يعمل فيه أسرى الحرب والرجال الأحرار، وأن أصل و أيتمولوجية<sup>(١٢٧)</sup> هذا المصطلح غير معروفة<sup>(١٢٨)</sup>.

ويرى "w.heimpel" بأن مصطلح "neparum" ليس كالسجن المعاصر، وإنما هو مكان يعمل فيه المدينون والمجرمون معاً تحت الحراسة، وأن الـ "neparum" في ماري كان مكاناً مخيفاً، يموت النزلاء فيه من الجوع والمرض، ويعد من الوظائف المهمة للإدارة الملكية دلّ على ذلك تكرار الحديث عن السجون في مطالع الرسائل الملكية<sup>(١٢٩)</sup>، ولكن "w.heimpel" أشار في موضع آخر من كتابه "يرد السجن في رسائل ماري في صيغة "neparim"<sup>(١٣٠)</sup>.

وأورد "D.Bonneterre" بأن مصطلح "neparatum" في مملكة ماري يدل على السجن في سجون الأشغال الشاقة، وأنه كان عقوبة عادية مألوفة ومن وسائل حفظ النظام العام ونشر الخوف وإبعاد الأسرى عن الأنظار<sup>(١٣١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن مصطلح "sallatum" الذي يرد في عدد من ألواح ماري يدل على معنى "سجناء"<sup>(١٣٢)</sup>، أما مصطلح "niputu" فيرد بمعنى "سجين بسبب

Sasson (Jack) - treatment of Criminal, 1977, op.cit, P 105. (١٢٥)

Oppenheim - op.cit, PP 133-134. (١٢٦)

الإيتمولوجيا: علم يعنى بدراسة أصل وتاريخ الكلمات. (١٢٧)

Dalley -op.cit, P 70. (١٢٨)

Heimpel - op.cit, p 208. (١٢٩)

Heimpel - op.cit, p 591. (١٣٠)

Bonneterre -op.cit, P 19. (١٣١)

Oppenheim - op.cit, p142. (١٣٢)

أورد "k. R. Veenhof" أن مصطلح "sallatum" يرد بمعنى "غنيمة" في رسائل ماري.  
Veenhof (k. R) -Observations on some letters from Mari, Revue d Assyriologie et d Archeologie Orientale, Vol.LXXVI, No.2, 1982, P 134.

الدين" أو "سجين الدين" (١٣٣).

يمكن القول إجمالاً لما سبق بأن الأفعال التي استخدمت في مملكة ماري للدلالة على الاحتجاز أو إلقاء القبض على الأشخاص هي (sabatum) و (kalum) و (balalum)، وأن المصطلحين الشائعين للدلالة على السجن هما (sibittim) و (neparum)، وأن المصطلح الثاني منهما يرد أحياناً بمعنى "مشغل القصر"، كما استخدم للدلالة على السجناء مصطلح "sallatum"، أما السجن بسبب الدين فقد أطلق عليه مصطلح "nipatu". ويبدو أن الذي يميز مصطلح الـ (sibittim) عن مصطلح الـ (neparum) وفق مصطلحاتنا القانونية المعاصرة، وبناءً على المعطيات الوثائقية، أن الأول منهما يدل على عقوبة "الحبس البسيط"، أما الثاني فيدل على عقوبة "الحبس مع الشغل أو الأشغال الشاقة".

## الفرع الثاني

### أسباب السجن ووظائفه

تشير وثائق مملكة ماري إلى تعدد الأسباب الموجبة لإدخال الأشخاص إلى السجن، ومن أهم هذه الأسباب ارتكاب الجرائم أو الأفعال المحظورة التي تحددها السلطات العامة، كما استخدم السجن كتدبير احترازي مؤقت في حالات معينة، فضلاً عن استخدامه كوسيلة إكراهية تنفذ بحق المدنيين لإرغامهم على سداد ديونهم.

### أولاً - السجن العقابي (ارتكاب الجرائم):

تنوعت الجرائم التي كان يُعاقب عليها بإيداع مرتكبيها في السجن كعقوبة جزائية، ولعل من أهم هذه الجرائم التآمر على الملك أو على أمن الدولة، والفرار من الجندية، والاشتباه بإخفاء الفارين أو إخفائهم فعلاً، والإهمال المؤدي إلى الموت، وقتل عبيد الدولة والاستخفاف بالحاكم المحلي.

### ١ - الجرائم السياسية:

اعتبر السجن عقوبة للجرائم السياسية كالتآمر على الملك أو على أمن المملكة، وعلى سبيل المثال كتب الحاكم "كبري دجن" لملك ماري "زمرى ليم" كاشفاً له عن مؤامرة على حياة الأخير، وتعد هذه الرسالة مثلاً لتحذير الملك من المجرمين الذين

Silver (Morris) - Economic structures of antiquity, West Part, Green wood (١٣٣) publishing Group, 1995, P 118.

يريدون اغتياله، ويرد في هذه الرسالة "مثل كلب مسعور، لا أدري أين ستكون عضته؟" واقترح على سيده ما يلي "فطالما لم يضع سيدي المتآمرين في الأغلال، ولم يزوج بهم في السجن، ولم يضع خصومه وأعداءه تحت قدميه، أتمنى على سيدي ألا يغادر القصر لثلاثة أو أربعة أيام على الأقل"<sup>(١٣٤)</sup>. ويتضح من الرسالة أن عقوبة المشتبه بقيامهم بمؤامرة على حياة الملك هي السجن والإذلال.

وفي رسالة أخرى من الحاكم "ياكيم أدو" للملك، تحدث المرسل عن وصول خادم "ناظر المراعي الملكية" إلى "ساكارتوم" مصطحباً معه سجيناً، وقد قبض على هذا الأخير في مدينة "توتول" بتهمة نقل المعلومات إلى ملك "كوردا"، وقد أخذ الخادم السجين إلى "ناظر المراعي الملكية".

ومن الواضح أن الـ "Merhum" (موظف رسمي كبير يشرف على المراعي الملكية) قد تصرف في شأن يخص أمن الدولة (State Security)<sup>(١٣٥)</sup>، وكان السجن - على أقل تقدير - هو المصير الذي ينتظر المتآمرين على الملك أو على أمن المملكة إلا إذا قرر الملك عقاباً أشد.

ويظهر من رسالة ابنة الملك "زمرى ليم shimatum" أن عقاب المتآمر على الملك من الحكام هو الاعتقال والزج في السجن ومصادرة أملاك المتآمر<sup>(١٣٦)</sup>. أما الذي يفشي أسرار الدولة من دون قصد - كالثرثار حسن النية - فكان يُحبس لمدة قصيرة من الزمن<sup>(١٣٧)</sup>.

ويرى بعض الباحثين وجود سجن في مدينة "دور يخدون ليم" يُحتجز فيه "السجناء السياسيون"، فوفقاً للوثيقة (RAM XIV 77) التي تتحدث عن اثنين من "الزلماكين" اللذين لن يُسمح لهما بالوصول لمدينة ماري التي يوجد فيها بعثة دبلوماسية لبلدهم، ونقلًا من مدينة "ساكارتوم" إلى سجن مدينة "دور يخدون ليم"، حيث توجب احتجازهم في سجنها بسرية ريثما يصل قرار الملك الخاص بهم<sup>(١٣٨)</sup>.

Wiseman (D. J) - Murder in Mesopotamia, Iraq, Vol. XXXVI, Part 1-2, 1974, (١٣٤) P250, Sasson -Treatment - op.cit, P113 fn.

Safren (Jonathan.D) - Merhum and Merhutum in Mari, Orientalia, Vol.51, (١٣٥) Fasc 1, 1982, p 4.

Tetlow - op.cit, P 96. (١٣٦)

Sasson -Treatment - op.cit, P 109. (١٣٧)

Safren (Jonathan) - Dur-Yahdun-lim, op. cit, p 17. (١٣٨)

## ٢ - الفرار من الجندية:

عدّ السجن عقوبة من يفر من الخدمة العسكرية في العديد من الرسائل، فقد ورد في رسالة من حاكم "ترقة" "كبري دجن" إلى سيده ملك ماري "زمري ليم" ما يلي (لقد أصدرت أوامر صارمة للجند: "سوف أعتقل وأرغم في السجن أي رجل يعتزم الفرار إلى أعالي الإقليم"، وقد هدد القادة الذين يحرضون على جريمة الفرار بالموت، أما فاعل الجريمة، أي الفار من الجندية، فقد هُدد بالسجن فقط. وقد أصدر نفس الأمر الحاكم "ياكيم أدو" عندما هدد كذلك كل من يفر إلى أعالي البلاد بالزج في السجن. وكتب الملك الآشوري "شمشي أدد" لابنه حاكم ماري "يسمخ أدد" رسالة تخص جنود "Sami-dahum" الفارين إلى مملكة قطنة (تل المشرفة حالياً) ورد فيها "جميع الجنود الفارين إلى قطنة، لا تقيدهم ولا ترسلهم إلى السجن، أعطهم هذا الأمر" (١٣٩).

ويتضح من الرسالة الأخيرة أن الحكم العادي للفرار من الجندية هو السجن، وأن هذه الرسالة أو الأمر هو على خلاف الأحكام العادية، ومن الملاحظ أن الإيداع في السجن اقترن في الرسالة مع تقييد السجين في الأغلال. كما أمر حاكم محلي تابع للملك "زمري ليم" "بأن أياً من "بنو يمين" يذهب من البلاد السفلى إلى أعالي البلاد، فسوف يُلقى القبض عليه ويُرمى في السجن" (١٤٠).

## ٣ - الاشتباه بإخفاء الفارين والآخرين أو إخفائهم:

ترد في بعض وثائق مملكة ماري أوامر ملكية بحبس المواطنين المشتبه بأنهم يخفون الهاربين أو الآخرين، ففي إحدى الوقائع كتب الملك لحاكم إقليم بآن يلقي القبض على موظف رسمي ويودعه السجن، لأنه أخفى أحد ولديه الفار من خدمة العمل الإجبارية في ماري، فأطاع الحاكم أمر الملك وزجّ بالموظف في السجن (١٤١).

Sasson -Treatment - op.cit, PP 94-95.

(١٣٩)

Moscati (sabatine) -Face of the Ancient -Orient, Garden city, New York, 1962, (١٤٠) P 201.

Sasson -Treatment - op.cit, PP 100-101.

(١٤١)



#### ٤ - الإهمال المؤدي إلى الموت:

ورد في رسالة من "ياكيم أدو" حاكم منطقة "ساكارتوم" الواقعة على نهر الخابور إلى الملك "زمرلي ليم" وقائع حادثة تتعلق بشخص وعائلته المسؤولين عن بناء وإغلاق وصيانة أحد السدود على نهر الخابور، وتشير الرسالة إلى موت أحد الأشخاص نتيجة إهمال هذا الشخص في القيام بواجباته في صيانة ومراقبة السد المذكور، فأودع المتسبب بالموت في السجن، ثم دخل في مفاوضات مع الملك الذي قرر وجوب أن يدفع غرامة مالية حتى يمكن إطلاق سراحه، ويتضح من الرسالة أن سبب استبدال الغرامة بالسجن في هذه الواقعة هو المكانة الرفيعة للمتسبب في الموت<sup>(١٤٢)</sup>.

#### ٥ - قتل عبيد القصر والاستخفاف بالحاكم:

كتب حاكم "Qattunan" رسالة للملك "زمرلي ليم" أفاد فيها بأنه سجن رجلاً قتل عبداً في نوبة سكر، وعند استجوابه سخر القاتل من الحاكم ملوحاً بسيفه في وجه الحاكم على مرأى من الجميع، وقد ذكر الحاكم ما يلي ("فلان" أخذ الخبز والبيرة، وجرح أحد عبيد القصر جرحاً مميتاً، وعندما سألته: لماذا قتلت عبد القصر؟ أجابني: الملك سيدك لم يستجوبني، فهل تعتقد أن بإمكانك استجوابي؟ ومن ثم صار يلوح بسلاحه البرونزي في وجهي في حضرة خدم سيدي، والآن، وضعت هذا الرجل في السجن، ينبغي لسيدي أن يعلم بذلك)<sup>(١٤٣)</sup>.

#### ثانياً - السجن الاحترازي المؤقت:

استخدم السجن في مملكة ماري في بعض الحالات كتدبير احترازي مؤقت، ليس بقصد إيقاع العقاب، وإنما كإجراء مؤقت تمهيداً لإجراء آخر، أو لإيقاع عقوبة قانونية أخرى بالخاضع لتدبير السجن المؤقت.

#### ١ - السجن تمهيداً لترحيل السجين إلى بلده:

جرى في بعض الحالات إيداع الأشخاص في السجن تمهيداً لترحيلهم إلى مواطنهم الأصلية، وعلى سبيل المثال كان يُقبض على الفار من مملكة يمحاض (حلب) ويُرسَل للسجن تمهيداً لترحيله إلى "يمحاض"<sup>(١٤٤)</sup>.

Scheiber (Sandor), Dan (Robert) - Occident and Orient, Leiden, Brill, 1988, (١٤٢) p 17.

Fleming (Daniel.E) - Democracy s Ancient ancestors: Mari and early collective governance, Cambridge University Press, 2004, P87.

Sasson - Treatment - op cit, P 195.

(١٤٤)

## ٢ - السجن للحث على القيام بفعل معين من طرف آخر:

عندما يماطل حليف لمملكة ماري في تنفيذ أمر معين كإطلاق سراح أسرى مواطني بلد آخر اتفق على إطلاق سراحهم، كان يُودع رسل هذا الحليف في السجن<sup>(١٤٥)</sup>.

## ٣ - الإيداع في السجن في انتظار معرفة نتيجة "محنة النهر" :

سجلت إحدى رسائل مملكة ماري واقعة غريبة مفادها تفوه طفل بكلام آثم في حق الآلهة، فزج بالطفل في السجن، واقترح بأن يخضع الطفل والأشخاص الذين ألقوا القبض عليه لمحنة النهر، وهي إجراء معروف كأسلوب للمحاكمات في ماري، فإذا ما طفوا (أي نجحوا في اجتياز المحنة)، فسوف يُدخلون وتداً في فم الطفل، وقد كانت عقوبة إدخال الود في فم الشخص تترتب على اقتراف الإثم بحق الآلهة، وبالمقابل كان على الطفل أن يذهب إلى النهر ويغطس فيه، فإذا كان مداناً فإن النهر سيبتلعه جزاءً له على ما خرج من فمه من كلام مسيء للإله<sup>(١٤٦)</sup>.

كما سجلت رسالة من أرشيف ماري أرسلها ملك كركميش (جربلس حالياً) "يتار أمي" إلى ملك ماري "زمرى ليم" يخبره فيها أنه بعث إليه برجلين متهمين بالخيانة (Treason) لمحاكمتهم بمحنة النهر، وأوضح في الرسالة بأنه وضع متهمي هذين الرجلين في السجن، وتدل الرسالة على وجود سجن في مملكة "كركميش" زمن مملكة ماري، ولم يكن السجن في هذه الحالة عقوبة، وإنما إجراء احترازي القصد منه تبين نتيجة محنة النهر، ومن ثم اتخاذ الإجراءات أو العقوبات القانونية المترتبة على براءة أو إدانة المتهمين، فإذا تمت تبرئة المتهمين - وفق ما تشير إليه الرسالة المذكورة - فسوف يُحرق المتهمون بالنار، وإن أُدينوا فسوف يُمنح المتهمون منازل وأسرى المدانين<sup>(١٤٧)</sup>.

Sasson - Treatment - op cit, P 96. (١٤٥)

Heimpel - Letters - op.cit, PP 276 -277. (١٤٦)

Frymer -Kensky (Tikva) - Tit for Tat: The Principle of equal retribution in (١٤٧)  
Near Eastern Law and Biblical Law, Biblical Archaeologist, Vol.43, No.4,  
1980, P 231, Munn-Rankin (J.M) - Diplomacy in Western Asia in the early  
second Millennium B.C, Iraq, Vol. XVIII, Part.1, 1956, P 82.

### ثالثاً - السجن الإكراهي:

استخدم السجن في بعض الحالات كوسيلة إكراهية لاحتجاز المدين من أجل إرغامه على تسديد دينه، ويمكن إطلاق سراح المدين من السجن بعد سداد الدين<sup>(١٤٨)</sup>، وقد أطلق على سجين الدين مصطلح (Niputu)<sup>(١٤٩)</sup>، فقد وُضع في السجن المجرمون و المدينون معاً تحت الحراسة<sup>(١٥٠)</sup>، وعلى سبيل المثال أودع أحد الأشخاص يدعى "Hana" في السجن بسبب دينه، فالتمس شخص آخر يدعى "Asnad" إطلاق سراحه من السجن<sup>(١٥١)</sup>.

تبين لنا مما تقدم أن السجن في مملكة ماري كان له وظائف متعددة، أولها السجن العقابي، ويكون فيه السجن عقوبة جزائية لارتكاب بعض الجرائم، أي وظيفة عقابية، وثانيها السجن الاحترازي المؤقت ويظهر فيه السجن كتدبير إجرائي مؤقت تمهيداً إما لإجراء آخر، أو لإيقاع العقوبة المتوجبة قانوناً على السجين، وتكون في الغالب أشد من السجن، وهنا تكون وظيفة السجن احترازية وقائية، وثالثها السجن الإكراهي يكون السجن فيه وسيلة إكراهية لإرغام المدين على سداد دينه، وهنا تكون وظيفة السجن وسيلة إكراهية وليس غاية في حد ذاته.

### الفرع الثالث

#### تنظيم السجن في مملكة ماري

تتطلب دراسة مؤسسة السجن في مملكة ماري معرفة صاحب السلطة القانونية في إدخال الأشخاص إلى السجن، وتحديد مكان السجن وأوضاعه ومدته، والحديث عن حالات الفرار من السجن وإطلاق سراح السجين أو إخلاء السبيل.

#### أولاً - سلطة الإيداع في السجن:

يعد ملك مملكة ماري صاحب الاختصاص الأصيل في قرار إدخال الأشخاص إلى السجن، لتمتعه بصلاحيات تنفيذية وقضائية عليا في المملكة<sup>(١٥٢)</sup>.

Sasson - Treatment - op cit, P109.

(١٤٨)

Siver - op cit, p 118.

(١٤٩)

Heimpel - Letters - op.cit, P 208.

(١٥٠)

Heimpel - Letters - op.cit, P 550.

(١٥١)

Sasson - Treatment - op cit, P 100.

(١٥٢)

وتظهر العديد من الرسائل أن من مهام حكام الأقاليم تقرير إيداع الأشخاص في السجن، إما بناءً على أوامر الملك، أو من تلقاء أنفسهم وبموجب السلطة المخولة لهم من الإدارة الملكية المركزية<sup>(١٥٣)</sup>، فقد كان من مهام حاكم الإقليم مراقبة الأشخاص الخطرين في إقليمه، وإلقاء القبض على مثيري المشاكل وفرض العقوبات البسيطة عليهم مثل الحبس والجلد بالسياط والغرامات المالية، أما الحكم بعقوبة الموت أو تنفيذها فكانت تتطلب الإنن من الملك<sup>(١٥٤)</sup>.

كما وُجدت بعض الوظائف التي ارتبطت بشكل ما مع مؤسسة السجن، وعلى سبيل المثال وُجدت وظيفة الـ "Suqaqu" ووظيفة الـ "Laputu" وقد كان من مهام متقلدي هذه الوظائف البحث عن الرجل المطلوب إيداعه في السجن<sup>(١٥٥)</sup>، وهما أقرب إلى الضابطة العدلية في أيامنا.

## ثانياً - مكان السجن وأوضاعه:

ذكر "J.sasson" بأن السجون في ماري لم تكن تختلف عن باقي الإنشاءات المستخدمة لأغراض السكن<sup>(١٥٦)</sup>، وأن معظم حجرات القصر الملكي استخدمت لأغراض مختلفة كمخازن ومكان للمعيشة وسجن<sup>(١٥٧)</sup>، وقد أسلفنا بأن مصطلح "Neparum" يحمل معنى "سجن، مشغل القصر" وهو مكان يعمل فيه المدينون والمجرمون معاً تحت الحراسة و اعتبره "Heimpel" مكاناً مخيفاً يموت الماكثون فيه من الجوع والمرض<sup>(١٥٨)</sup>.

ويبدو أنه لم تجر محاولات من السلطات العامة لعزل أو تفريق نزلاء السجن حسب طبيعة ونوع جرائمهم، ويُظن بأنه كان يُجبر السجناء على العمل<sup>(١٥٩)</sup>، كما عملت السجينات في المشاغل<sup>(١٦٠)</sup>.

Sasson - Treatment - op cit, P 94, Oppenheim - op.cit, P 123, Fleming - op.cit, (١٥٣)  
P 87, Heimpel - op.cit, P 449.

Bonnetterre - op.cit, P 16. (١٥٤)

Sasson - Treatment - op cit, P 102. (١٥٥)

Sasson - Treatment - op cit, P 105. (١٥٦)

Sasson - Some Comments \_ op.cit, P 61. (١٥٧)

Heimpel - op.cit, p 208. (١٥٨)

Sasson - Treatment - op cit, P 109. (١٥٩)

(١٦٠) أبو عاصي (علم الدين) - اقتصاد مملكة ماري (القرن الثامن عشر قبل الميلاد) - منشورات

وزارة الثقافة - سلسلة الدراسات التاريخية - ط ١ - دمشق - ٢٠٠٢ - ص ٩٢.



ويظهر من نص اقتصادي (ARMVII 263) أنه كان يُخصص مقادير من الأغذية كمعاش لنزلاء السجن وتصرف هذه المقادير من الخزينة العامة، حيث ورد في النص المذكور (٢ أوكار، ٢ كور ونصف المعاش اليومي "من أجل" السجن)<sup>(١٦١)</sup>.

ويبدو أن مكان السجن في الأقاليم التابعة للإمبراطورية الآشورية أيام سيادتها على ماري كان أقسى وأشد من مثيله في ماري، يدل على ذلك إحدى الرسائل من نبيل محلي للملك الآشوري "شمشي أد" عثر عليها في أرشيف "تل شمشارا"<sup>(١٦٢)</sup>، حيث ورد فيها (خطرت لي فكرة بخصوص "فلان" حول إعدامه الذي كتبت لي عنه، فما دمت تريد قتله، دعه يموت، لماذا يجب أن يظل حياً؟ دعه يموت في المشغل "السجن"، وعندما يسأل عنه إخوته، سنقول "هو ما زال حياً، ويمكث في السجن")<sup>(١٦٣)</sup>، ويتضح من الرسالة عدم إمكانية زيارة السجين في سجنه، وإمكانية تعرضه للقتل من دون أن يعلم أقاربه شيئاً عن أخباره أو مصيره، ونجد في نفس الأرشيف رسالة تظهر فيها عائلات بأكملها (رجال ونساء وأطفال) في السجن، فيرد في رسالة من الملك "شمشي أد" إلى أحد الحكام (لماذا احتجزت أولئك الرجال، وألبت الرأي العام ضدك، أطلق سراح المسجونين "رجال ونساء وأطفال" ولا تحتجزهم)<sup>(١٦٤)</sup>.

### ثالثاً - مدة السجن وإخلاء السبيل:

يرى "J.Sasson" أن من الراجح عدم انتشار الأحكام بالحبس في السجن لمدة طويلة، ولكنه يعرض رسالة يأمر فيها الملك "شمشي أد" بحبس رجل بطريقة "لا يستطيع فيها أحد السماع عنه ثانية"<sup>(١٦٥)</sup>، مما قد يدل على وجود حالات "السجن المؤبد" في مملكة ماري، ويظهر من رسالة أحد العرافين إلى ملك ماري أن بعض السجناء كانوا يمضون سنوات عديدة في السجن، حيث يرد في الرسالة المذكورة

(١٦١) أبو عاصي - المرجع السابق - ص ٢٨٩

(١٦٢) عثر على أرشيف "تل شمشارا" عام ١٩٥٧ شمال العراق، ويضم الأرشيف رسائل دبلوماسية وسياسية كتبت بالمسمارية على ألواح طينية، ويعود الأرشيف إلى نبيل محلي اسمه "Kuvari".

(١٦٣) Eidem (Jesper) - The Shemshara Archives, Danske Videnskabernes Selskab, Denmark, 2001, p 90.

Eidem - Ibid, P 80. (١٦٤)

Sasson - Treatment - op cit, P 108. (١٦٥)

"السجين الذي أودع في السجن لسنين كثيرة، ليت سيدي يُطلق سراحه" (١٦٦)، كما يرد في إحدى الرسائل "دعه يقبع في السجن، ولا ينبغي أن تتسرب أية أخبار عنه، فيما إذا كان حياً أو ميتاً" (١٦٧)، مما يؤكد من جديد على وجود حالات للسجن لمدة طويلة، أو حتى للسجن المؤبد أيضاً.

ومن الجلي أن مدة السجن كتدبير احترازي كانت تنتهي بانتهاء الحالة التي استدعت اللجوء إلى السجن كظهور نتيجة محنة النهر سلباً أو إيجاباً، أو ترحيل السجين إلى موطنه الأصلي، أما مدة السجن الإكراهي فتنتهي بسلامة المدين لدينه، ولكن النصوص لا تذكر مدداً محددة للسجن العقابي على الجرائم المختلفة، ويبدو أن تحديد مدة السجن ومدى كفايتها خاضع في هذه الحالة لمحض مشيئة الملك أو الحاكم الإقليمي.

ويمكن للشخص أثناء سجنه أن يجري مفاوضات لدفع مقدار الفضة التي يتطلبها إخلاء سبيله، أو المقدار الذي حدده الملك لإخلاء سبيله بدلاً من سجنه، ويمكن أن يُطلق سراح السجين بعد إنجازه عملاً معيناً، كإنجاز العمل المطلوب منه في أحد السدود (١٦٨).

### رابعاً - الفرار من السجن:

يبدو أن الحالة السيئة للسجون في مملكة ماري ووجود حالات السجن المؤبد، فضلاً عن التوق الغريزي إلى الحرية كانت من أسباب وجود حالات للفرار من السجن، فتشير رسالة إلى فرار سجين - كما أسلفنا - من خلال فجوة أحدثها في جدار السجن (١٦٩)، كما يظهر من الوثائق اهتمام موظفة رسمية تدعى "أنو دوري" والتي كانت تتمتع بسلطات إدارية وقانونية بموضوع العبيد الفارين من السجن (١٧٠)، وقد

Pritchard (J) - Ancient Near eastern Texts, 3ed, Princeton, Princeton University Press, 1969, P 627. (١٦٦)

Oppenheim \_ op.cit, P 134. (١٦٧)

Sasson - Treatment - op.cit, P 109, scheiber -op.cit, p 17, Bienkowski (piotr), (١٦٨) Millard (Alan Ralph) -Dictionary of the Ancient Near East, University of Pennsylvania, 2000, P 83.

Sasson - Treatment - op.cit, P 99. (١٦٩)

Batto (Bernard Frank) - Studies on Women at Mari, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1974, P 69. (١٧٠)

توجب على كل من يُلقى القبض على سجين هارب أن يعتني به ويسلمه إلى السلطات العامة في الحال<sup>(١٧١)</sup>، وإلا تعرض نتيجة التهاون في هذا الواجب لعقوبة السجن أيضاً.

### خامساً - حياة السجين:

يثير أحد النصوص في أرشيف ماري مسألة مدى التزام السلطات العامة بالحفاظ على حياة السجناء، وموضوع النص رسالة من حاكم إقليمي "بخدي ليم" إلى ملك ماري "زمرى ليم" يلتمس من الإذن بقتل أحد السجناء من أجل إخافة الجند وبث الرعب في قلوبهم وحثهم على الاجتماع قبل حملة عسكرية، فيرد في هذه الرسالة "إذا رغبت سيدي، دعني أقتل المجرم الذي في السجن ثم يُطاف برأسه في القرى كي أجعل الرجال يخافون ويجمعون بسرعة"<sup>(١٧٢)</sup>.

ومن الملاحظ أن النص قد استخدم مصطلح "مجرم"، ولكنه لم يحدد نوع جريمته، أو كونه معاقباً بالموت أم غير ذلك، وأياً كان الأمر، فلا نعلم إن كان قد وافق الملك على هذا الاقتراح أو لم يوافق، ولكننا نرجح أن هذا المجرم معاقب بالموت، ولذلك تم اللجوء إلى الحيلة المذكورة في الرسالة لإخافة الجند وإرغامهم على التجهز للحملة العسكرية.

تبين لنا مما تقدم شيوع اللجوء إلى السجن بنوعيه "الحبس البسيط" و"الحبس مع الشغل" في مملكة ماري، وتعدد أسباب السجن ووظائفه إلى سجن عقابي وسجن احترازي وسجن إكراهي، وتنظيم مؤسسة السجن سواء من حيث السلطة صاحبة الحق في إيداع الأشخاص في السجن، أو من حيث مكان السجن ومدته وإخلاء السبيل، ووجدنا أن السمة العامة لسجون ماري هي "القسوة والشدة" حتى يضطر السجين إلى التفاوض مع السلطات العامة على مبلغ مالي يفندي به نفسه في حالة موافقة الملك أو الحاكم على ذلك، وقد جعلت الحالة المزرية للسجون السجناء يُقدمون على الفرار منها، على الرغم من العواقب الوخيمة التي قد تترتب على فرارهم في حالة إلقاء القبض عليهم من جديد.

scheiber - op.cit, p 17.

(١٧١)

Mendelhall (George) - Mari - The Biblical Archaeologist, Vol. Xi, No.1, 1948, (١٧٢)  
P 14, De Mieroop (Marc Van) - King Hammurabi of Babylon: a Biography,  
Malden, Black Well, 2005, P 22.

## المطلب الثالث

### السجن في مملكة الألاخ

ورد في عدد من الألواح المكتشفة في مملكة "الألاخ" (تل عطشانة حالياً، لواء اسكندرونه)<sup>(١٧٣)</sup> العديد من الشواهد التي تدل على وجود السجن والسجناء في هذه المملكة السورية القديمة.

فقد أورد "أنديمي" ملك الألاخ في نقشه المكتشف عام ١٩٣٩ في "تل عطشانة" والمنشور عام ١٩٤٩ ما مفاده "ملكاً منزلاً بُني بواسطة السجناء"<sup>(١٧٤)</sup>، ولا تتضح هوية أولئك السجناء إن كانوا من أسرى الحرب أو من السجناء العاديين.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن "D.J. Wiseman" قد أشار في فهرس كتابه "ألواح الألاخ" إلى أن مصطلح (Asiru) والذي ترجمه بأنه يفيد معنى (سجين، أسير) قد ورد في خمسة عشر لوحاً من ألواح الألاخ<sup>(١٧٥)</sup>.

كما ورد في المعاهدة بين "نقميا" ملك "موكيش والألاخ" و"إر-إم" ملك "تونيب" (غرب وشمال غربي حماة) فيما يخص العبيد الآبقين الفقرة الآتية:

(١٧٣) جرى التنقيب الأثري من قبل العالم الإنجليزي (LEONARDO WOOLLEY) خلال سبعة مواسم تنقيبية (١٩٣٦ - ١٩٤٩م) في قرية "تل العطشانة" على نهر العاصي بالقرب من بلدة "جسر الحديد" (قرب أنطاكية) في لواء اسكندرونه السليبي، فتم التأكد من خلال الوثائق أن "تل العطشانة" هو مدينة "الألاخ" القديمة، وقد كُتِب أغلب الوثائق المكتشفة في السويتين السابعة والرابعة من "تل العطشانة" باللغة الأكادية، وباستثناء بعض الوثائق المكتشفة في "إبلا" لم يكن يوجد لدينا وثائق أكادية من سورية تعود للعهد البابلي القديم، وبالتالي تعد النصوص المكتشفة مهمة جداً بالنسبة لتاريخ سورية في الألف الثاني قبل الميلاد. وتقسم ألواح الألاخ إلى مجموعتين أساسيتين: ١- الأقدم (السوية السابعة): تعود إلى زمن المملكة البابلية الأولى، وتتكون من ١٧٥ نصاً، وتشمل أواخر القرن ١٨ ق.م والقرن ١٧ ق.م. ٢- الأحدث (السوية الرابعة): يعود تاريخها للقرن الخامس عشر قبل الميلاد، وقد فتح لنا نشر ألواح الألاخ حقلاً جديداً في أبحاث الشرق الأدنى القديم، فهذه هي المرة الأولى التي يتوافر فيها لدينا هذا العدد الكبير من الوثائق القانونية والعملية، والتي ساهمت بسد ثغرة كبيرة في معلوماتنا عن تلك المملكة من كافة النواحي في النصف الأول من الألف الثاني قبل الميلاد، بحيث أمدتنا الألواح المسمارية المكتشفة في أرشيف مملكة الألاخ بمعلومات عن الأعراف القانونية والاجتماعية في سورية وغرب بلاد ما بين النهرين في العصر البرونزي الوسيط (٢٢٠٠ - ١٥٥٠ ق.م).

Pritchard - op.cit, P 558.

(١٧٤)

Wiseman (D.J) - The Alalakh Tablets, The British Institute of Archaeology at (١٧٥) Ankara, London, 1953, p 158.



(إذا فرَّ عبد أو عبدة آبهة من بلادي إلى بلادك،..... وإذا ألقى القبض عليه شخص ما وسلمه إليك، ينبغي عليك وضعه في سجنك " bit ki-lim"، وعندما يأتي مالكة إليك يجب عليك تسليمه إياه)<sup>(١٧٦)</sup>.

وجاء في الفقرة المتعلقة بالسرقة عبر الأقاليم (inter-territorial Theft) في المعاهدة المذكورة:

(إذا ارتكب سارق من بلادك سرقة في بلادي، يجب على المنزل والمنطقة الحفاظ على حياته، أو إيداعه السجن " bit ki-lim"،.... وعندما يأتي مالكة إلى مالك المنزل الذي سوف يقسم يميناً بالآلهة، والشهود سوف يحضرون،...)<sup>(١٧٧)</sup>.

ومن الجلي أن إيداع العبيد الأبقين والسارقين في السجن في هاتين الفقرتين هو إجراء مؤقت ريثما يحضر مالك العبد الأبق أو السارق، لتسلم العبد في الحالة الأولى، ولإثبات البراءة أو الإدانة في الحالة الثانية.

كما تشير معاهدة نقميا مع ملك "تونيب" إلى حق منح اللجوء السياسي للسجناء، وقد أشير في نصوص الألاخ إلى الكثير من الأرقاء والرقائق والأطفال الأرقاء والأمهات المتبنيات، وكان الكثير منهم نزلاء في سجن المدينة (City Prison) حيث تلقوا بانتظام حصصهم الغذائية من القصر الملكي<sup>(١٧٨)</sup>.

ويسجل اللوح رقم (٤٨) من ألواح الألاخ اتفاق تعاقدي تم أمام الملك "Ilmilimma" بين صياد كنعاني وزوجته وشخص آخر، حيث اقترضا منه ٢٤ شاقلاً من الفضة مقابل فائدة مقدارها (مائتان من الطيور) تُدفع في مطلع العام التالي للعقد، وسُجل في الاتفاق أنه إذا لم يسد الصياد الفائدة في موعدها فسوف يُودع في السجن (bit ki-lim)، أما إذا فرَّ أو اختفى أو مات، تصبح زوجته وأولاده وكل شيء يعود له ضامناً للفضة المقرضة، وقد حضر هذا العقد أربعة من الشهود<sup>(١٧٩)</sup>.

(١٧٦) Wiseman -Ibid, P 29, Pritchard - op.cit, P 531, Snell (Daniel) - Flight and Freedom in the Ancient Near East, Brill, 2001, P95.

(١٧٧) Wiseman -Ibid, P 30.

(١٧٨) Wiseman -Ibid, P 7, 13.

(١٧٩) Hess (R) - Canaan and Canaanite at Alalakh, Ugarit Forschungen, Band 31, 1999, P 225, Wiseman - op.cit, p 46, Hoftijzer (J), Van soldt (W.H) - Texts from Ugarit concerning Security, Ugarit Forschungen, Band 23, 1991, P202.

من الجلي بأن السجن في الحالة السابقة كان وسيلة إكراهية تُفرض على المقترض من أجل أن يسدد قرضه، وبالتالي يمكن أن يُخلّى سبيله - في حالة سجنه بسبب القرض - فيما إذا سدد القرض مع فائدته للمقرض.

وذكر "E. Dassow" أن اللوح رقم (١٦٥) من ألواح الألاخ يسجل قائمة بـ "سجناء؟"، عبّر عنهم بمصطلح (Asiru)، وأشار إلى رأي "F. Zeeb" الذي يرى بناءً على ألواح من "الألاخ" أن هذا المصطلح يأخذ معنى أوسع من مجرد "أسرى الحرب"، ويشير إلى "الأشخاص الذين هم قيد الاحتجاز أو الحبس" بحيث يشمل معنى المصطلح السجن بسبب الدين وأسرى الحروب. ويرى "E. Dassow" بأن معنى المصطلح يدل على "الشخص المقيّد أو المعتقل"، وقد ورد في هذه القائمة ذكر رجل سرق حصاناً، ولصين آخرين (Sarraqi)، مما يدل على أن اللوح المذكور يسجل قائمة سجناء أو رجال قيد الحبس أو موقوفين لارتكابهم جرائم، مما يستتبع العلاقة بين الجريمة أو عدم الالتزام بالقانون من جهة والعقوبة من جهة أخرى، وانتهى للقول بأن السجن كان إحدى العقوبات في مجتمع الألاخ في السوية الرابعة (القرن ١٤ ق.م) (١٨٠).

كما سجل اللوح رقم (٢٢٨) قائمة بأشخاص "سوتيين" معتقلين بسبب أعمال اللصوصية والإغارة، و"السوتيون" هم جماعات شبه بدوية تقيم في المناطق المتواجدة بين المدن (١٨١).

ومن الجدير بالذكر أنه قد وُجد في أرشيف مملكة أوغاريت رسالة بعث بها "نقميا" ملك الألاخ إلى "Ibiranu" ملك أوغاريت يخبره فيها بأن رجلاً مديناً له بمبلغ "مينة" من الفضة كان محتجزاً لديه كرهينة، وأرغم على الإقامة والعمل في القصر، فحاول هذا الرجل الهرب في بادئ الأمر، ولكن محاولته باءت بالفشل، ولكنه استطاع الهرب في المحاولة الثانية بعد أن سرق ثلاثة من الخيل العائدة للملك "نقميا"، وقد طلب ملك الألاخ من ملك أوغاريت إعادة هذا السارق الأبق إلى بلاده.

ومن الملاحظ أن مصطلح (ka-si-ie) الذي استخدم في الرسالة المذكورة أنفاً مشتق من كلمة (Kizu) التي تفسر بالجرذ (Kasu) ويعني "يقيد، يضع في الحديد"،

Dassow (Evanon) - Lists of people from the Alalakh IV, Administrative (١٨٠) Archives, Ugarit Forschungen, Band 34, 2002, PP 866-868, Wiseman - op.cit, p69.

Dassow -Ibid, p 868, Wiseman - op.cit, p80.

(١٨١)

مما يدل على أن الرجل المشار إليه في الرسالة كان "مقيّداً أو محتجزاً" في قصر "نقميا"، لأن المصطلح يشير إلى معنى "الرجل المقيّد أو المحتجز" (١٨٢).

ومن الملاحظ بأن وثائق الألاخ قد استخدمت للدلالة على "السجن" مصطلحي (bit kilī) (اللوحة ٢: ٤٩، اللوحة ٤٨: ١٤) و (bit nupari) (اللوحة ٧: ٩٠) (١٨٣)، أما "وايزمن" فقد ترجم مصطلح "Nuparu" بمعنى "منزل عام" (١٨٤).

ظهر لنا مما تقدم وجود السجن العام في مملكة الألاخ، وقد أودع في هذا السجن المدينون العاجزون عن سداد ديونهم، كما أُلقي فيه مرتكبو الجرائم كالسرقة والإغارة، أي أن السجن في مملكة الألاخ قد كان له دور عقابي ووسيلة إكراهية في نفس الوقت، كما وُضع في هذا السجن "أسرى الحرب"، وبالتالي كان للسجن العام في مملكة الألاخ استخدامات متعددة، ونرجح أن هذا السجن قد وُجد ضمن بناء القصر الملكي.

## المطلب الرابع السجن في مملكة أوغاريت

ظهر المصطلح البابلي "bit kilī" أكثر من مرة في رسالة كتبت باللغة البابلية من قبل ملك كركميش (جربلس حالياً) إلى ملك أوغاريت (تل رأس شمرا حالياً، ١٠ كم شمالي اللاذقية)، وتتعلق الرسالة باقتراء نُسب إلى "ناس حاتي"، ويُذكر موضوع أحد الرجال الذي قضى خمس سنوات في السجن، وقيل له أنهم سيطلقون سراحه في صباح اليوم التالي، ولكن لسوء حظه، خُنق قبل أن يتم إطلاق سراحه المرتقب (١٨٥).

(١٨٢) Bunnes (Guy) - a slave for Debt from Alalakh looked for in Ugarit (RS 4.449) - AbrNahrain, Vol.XXV, 1987, PP 14-17.

(١٨٣) Giacomakis (Gepgre) - The akkadian of Alalakh, PH.Dm Diss, Brandeis University, 1963, (Ann arbor, University Microfilm International, Chicago), p 101, 125, 145.

(١٨٤) Wiseman - The Alalakh Tablets, op. cit, p 54.

(١٨٥) Riemschneider (K.K) - Prison and Punishment, op.cit, P 115, 117.

وقد ورد مصطلح "السجن" بصيغة "bit kilī" مرتين في إحدى الوثائق الأوغاريتية (٦: ٣٦: ٦).

Huehnergard (John) - The Akkadian dialects of Carchemish and Ugarit, Diss. Ph.d, Harvard University, 1979, (ann arbor, University Microfilms International), p 80.

ويقدم لنا أحد النصوص الدولية (PRU.III,8.333) مثلاً على إطلاق السراح من السجن، وقد كُتِبَ هذا النص من قبل ملك كركميش إلى "أميشترو الثاني" ملك أوغاريت، يرد فيه أن رسول ملك أوغاريت قد أخبره أن شخصاً معيناً قد أُخذ سجيناً من قبل "السوتيين"، وأنه لم يتخلص من سجنهم إلا بعد أن دفع مبلغاً قدره ٥٠ شاقلاً من الفضة<sup>(١٨٦)</sup>.

وسجل لنا أحد النصوص الأوغاريتية (RS 18.144 text UF5) دعوى قانونية متعلقة بنقل سجناء سياسيين من ألاشيا (قبرص حالياً) من قبل الملك الحثي "خاتوسيلي الثالث" ونقلهم إلى ملك كركميش، ومن ثم إلى ابنه "تلي شاروما"، ومصادرة ملكية الأراضي العائدة لأولئك السجناء، ويظهر من الرسالة استخدام "الأشيا" مكاناً لنفي السجناء<sup>(١٨٧)</sup>.

ويظهر من نص أوغاريتي (KTU2.2) أن الأميرة التي يخفق أبوها في ولاءه لسيدته، يمكن أن يُلقى بها في السجن وتصبح تحت رحمة الأخير<sup>(١٨٨)</sup>، ويرد في رسالة من أرشيف أوغاريت (RS 3.334) العبارة الآتية "فليسقط أبنائي إلى الجحيم، ولتقبع بناتي في زنزانة Dungeon أبنائك، إذا أنا أهملت رسالة سيدي"، وقد وردت هذه العبارة في رسالة من ملك أوغاريت إلى الملك الحثي، عرض فيها لعنة على نفسه وعلى أبنائه وبناته إذا لم يكن مخلصاً للملك الحثي، ويتضح فيها أن الأميرات يمكن أن يُزج بهن في السجن ويصبحن تحت رحمة أبناء العدو<sup>(١٨٩)</sup>.

وتشير إحدى الرسائل الأوغاريتية إلى ٩٠٠ سجين يخصون ملك أوغاريت، ويبدو أن أولئك السجناء قد كانوا - عند كتابة الرسالة - في خدمة ملك كركميش، وأشير إلى أحدهم بأنه قد سرق ١٠٠ شاقلاً من الفضة، وهكذا نجد بأن ملك أوغاريت قد أجر خدمات نزلاء سجنه، وكان ذلك طريقة عملية كي يتجنب الإنفاق على إطعامهم وإيواءهم<sup>(١٩٠)</sup>.

Heltzer (M) - Mortgage land property and freeing from it in Ugarit, Journal of the Economic and Social History of the Orient, Vol.XIX, Part.1 1976, P 91.

Hara (Georgiou) - Relation between Cyprus and the Near East in the Middle and Late bronze Age, Levant, VolXI, 1979, P 93.

Marsman - women in Ugarit and Israel, Leiden, Boston, Brill, 2003, P722. (١٨٨)

Marsman -Ibid - P 636. (١٨٩)

Schaeffer (Claude) - The Cuneiform Texts of RasShamra -Ugarit, London, Oxford University Press, 1939, P 45. (١٩٠)



ويُسجل لوح أوغاريتي (19.63) دعوى قضائية نُظرت من قبل ملك كركميش "إينتيشوب"، تنازع فيها "ساكينو أوغاريت" (موظف ملكي كبير)<sup>(١٩١)</sup> مع شخص اسمه "Masanda" حول أخ "تيلبي - شيني" الذي مات في السجن في أوغاريت، وقد ختم هذا اللوح من قبل ملك كركميش<sup>(١٩٢)</sup>.

ويظهر من وثيقة أوغاريتية (PRU IV 17.393) أنه كان للساكينو الحق أو القدرة على إطلاق سراح السجناء من السجن، حيث يرد فيها التماس إلى الساكينو من شخص (أرجوك، أطلق سراح أبناء "أوشناتو"، لأنك اعتقلت أبناء "أوشناتو")، كما التمس ملك "أوشناتو" في الوثيقة (PRUIV 17.288) إطلاق سراح الناس الذين اتهموا بالسرقة<sup>(١٩٣)</sup>.

كما دلت الوثائق الأوغاريتية على تدخل ملك كركميش في الشؤون القضائية الأوغاريتية، وعلى سبيل المثال تلقى ملك كركميش شكويين على الأقل متعلقتين بسجن غير قانوني تم من قبل موظفين كبار من أوغاريت<sup>(١٩٤)</sup>.

وقد سجلت الوثيقة الأوغاريتية (PRU.Y1,35) قراراً قضائياً صدر عن "إينتيشوب" ملك كركميش في دعوى أقامها شخص يدعى "تولبيشين" ضد ساكينو (حاكم) أوغاريت، ادعى فيها الأول بأن "الساكينو" أدخل أخاه السجن عنوة ومات فيه، فأنكر "الساكينو" هذا الاتهام، وكان الاتهام الموجه للساكينو هو الاعتقال غير القانوني بالقوة والتسبب بموت المعتقل، أي أن ثمة جريمة قد وقعت ضد أخو المدعي، ولا توجد لدينا معلومات عن مآل الدعوى لتتشم بقية اللوح الذي سجل هذه الدعوى<sup>(١٩٥)</sup>.

(١٩١) ساكينو أوغاريت أعلى موظف في البلاد مرتبة، وكان له سلطات قضائية، ويعد رئيساً أعلى للأمن في أوغاريت.

(١٩٢) Van Soldt (Wilfred) - Studies on the Sakinu official (1), The spelling and office holders at Ugarit, Ugarit Forschungen, Band 33, 2001, p 810.

(١٩٣) Heltzer (M) - The political Institutions of the ancient Emar as compared with contemporary Ugarit, Ugarit Forschungen, Band 33, 2001, P 225 and fn.

(١٩٤) Beckman (Cary.M) - Hittite administration in the light of the texts from Hattusa, Ugarit, and Emar, in: Chavalas (Mark), Hayes (John) - New horizons in the study of Ancient Syria, Bibliotheca Mesopotamica, Vol.25, Undena publications, Malibu, 1992, P 46.

(١٩٥) شيفمان (أ.ش) - مجتمع أوغاريت - ترجمة د. حسان ميخائيل إسحاق - دار الأبجدية للنشر، ط١٩٨٨، ص ١٧٨.

ونشير أخيراً إلى ورود مصطلحي (a-si-ri) و (a-si-ru) في رسالة من كركميش (RS 8.333: 24,22) تعلق سياقها بمبلغ معين مسروق من قبل سجين هارب<sup>(١٩٦)</sup>.

ظهر لنا مما تقدم استخدام الأوغاريتيين السجن كعقوبة على بعض الأفعال المجرّمة كالسرقة، وكان يصدر قرار الإدخال إلى السجن من قبل "الساكينو" الذي يختص أيضاً بقرار الإفراج عن السجناء، ويبدو أن سلطته في هذا الصدد ليست مطلقة، حيث توجب أن يكون السجن لسبب مشروع وليس تعسفاً من ذلك الموظف الكبير، وإلا تعرض للمساءلة أمام ملك كركميش، كما يعد "الساكينو" مسؤولاً عن الحفاظ على حياة السجناء تحت طائلة المسؤولية القانونية، واللافت في تجربة السجن الأوغاريتية هو ما جرى من تأجير خدمات السجناء للغير، توفيراً للإنفاق عليهم واعتبارهم مورداً بدلاً من أن يكونوا عبئاً على خزينة المملكة.

## المطلب الخامس

### سجون متفرقة من سورية القديمة

كشفت الوثائق المكتوبة والتنقيبات الأثرية عن وجود سجون أخرى في سورية القديمة، مثل سجون مدينة "إيمار"، والسجون التي جرى الإشارة إليها عند الآراميين، وسجن "دوركليمو" و "قطنة" و "شاغار بازار".

## الفرع الأول

### السجن في مدينة إيمار

يدل عدد من الوثائق المكتشفة من مدينة "إيمار" (تل مسكنة حالياً، ١٠٠ كم شرق حلب) على وجود السجن، وعلى إيداع بعض الأشخاص في السجن، كما تُشير إلى إحدى الوظائف الرسمية التي يدخل في اختصاصها إطلاق سراح السجناء من السجن.

فقد ورد في لوح من "إيمار"<sup>(١٩٧)</sup> أن شخصاً اسمه "Madi-dagu" ادعى بأن شخصاً اسمه "Sihu" قد دفع فديته من أجل ٣٠ شاقلاً من الفضة وتبناه كابن،

<sup>(١٩٦)</sup> Rainey (A.F) - Asiru and Asiru in Ugarit and the land of Canaan, Journal of Near Eastern Studies, Vol.26, No. 4, 1967, P 296.

<sup>(١٩٧)</sup> اللوح الثاني من الألواح المودعة في متحف إسرائيلي (Bible Lands Museum) في القدس.

وأكمل شكواه قائلاً (ولكن كيف يتم اعتقاله من أجل خدمة "الإيلكو")، فأخذ "ناظر الأراضي" الألواح وكسر لوح التبني، أي قرر عدم شرعية التبني، وأنه يجب على المتبني أداء خدمة "الإيلكو" (١٩٨) (ضريبة عقارية).

كما ورد في اللوح رقم (١٧) من نفس المجموعة (... الرجال الأربعة الذين كانوا محبوسين في السجن وأطلق سراحهم ناظر الأراضي، غادروا السجن، ٤٠ شاقلاً من الفضة لـ "فلان" قَدَمُوا، وسوف يحرقوا ... من منازلهم الخاصة، يُمكنهم الإقامة طوال الليل).

ومن غير الواضح فيما إذا كان إطلاق سراحهم تاماً أم بشروط، وعلى أي حال، فقد كان الحق في إطلاق سراحهم من اختصاص "ناظر الأراضي" دون مشورة مجلس الشيوخ في إيمار.

ويمكن القول بأن "ناظر الأراضي" لم يكن عضواً في الأسرة الملكية، ولم تكن وظيفته وراثية، وقد حاز - على الأقل - في قضايا معينة الحق في إطلاق سراح السجناء من السجن، وعلى الأرجح بشروط معينة (١٩٩).

كما ورد في لوح يعود إلى حكم الملك "Zu-astarti" الحديث عن إخلال بالأمن من الجيش أو محاولة انقلاب، فأبلغ شخص الملك بهذه المؤامرة، فأرسل الملك الجند إلى سوق القصر، واعتقل المتآمرين، حيث تم إعدام نصفهم ووضع النصف الآخر في الأصفاد (٢٠٠).

كما كان من عواقب عدم تلبية الشروط التي وضعها "الموصي" في بعض عقود "الوصية" وضع إشارة العبودية على المخالف، أو وضعه في القيود أو إرساله إلى السجن (bit nupari, bit kili)، ففي الوثيقة (HSS5no.73) يرد "يضعونه في قدمه، وسوف ترسله إلى مشغل السجن"، ويرد في الوثيقة الإيمارية (HSS 19 no.7) "وضع شارة العبودية وإرساله إلى مشغل السجن"، ويرد في الوثيقة (IM6818) وضع الابنة المقصرة في أداء واجباتها بموجب الوصية في مشغل السجن.

وقد كُتِبَ على لوح من إيمار عبارة كتبها أحد الكهنة المبتدئين "رابي - دجن" وهي (يد "رابي - دجن" خادم "نابو" و"نيسابا"، عندما كنت مصفداً في الأغلال البرونزية خلال الفترة ....)، ومن المعلوم أنه في ظل ظروف سياسية معينة يمكن أن نجد كتاباً يعملون بينما هم في السجن، ومن غير الملائم القول بأن "رابي - دجن" قد كتب

Heltzer (M) - The political Institutions -op.cit, p222.

(١٩٨)

Heltzer (M) - Ibid, p223.

(١٩٩)

Heltzer (M) - Ibid, p228.

(٢٠٠)

هذا اللوح بينما هو مقيد مادياً، ويمكن القول بأنه قد غرق في الدين خلال فترة ضيق مادي، وربما كان في عبودية نتيجة مشاكله المادية، وتكلم بشكل رمزي بأنه كان "في القيود" يعمل في المدرسة كي يتخلص من دينه، وقد وجد تعبير رمزي مشابه في نص من "نوزي"، حيث ورد في إحدى الوثائق ("فلان" قال: أنا مدين لـ "فلان"، ولا يوجد كفيل لي، ولذلك وبإرادتي الحرة، ألقيت بنفسي في القيود "أي إلى العبودية")<sup>(٢٠١)</sup>.

## الفرع الثاني السجن في الوثائق الآرامية

ورد في المعاهدة الآرامية المعقودة بين "ماتي إل" ملك "أرباد" (تل رفعت حالياً) والآرامي و"برغايا" ملك مملكة "كتك" حوالي منتصف القرن الثامن قبل الميلاد أحد الواجبات الملقة على عاتق ملك "أرباد" الآرامي ما مفاده (إذا تنازع ابني الذي سيعتلي العرش من بعدي مع أحد إخوته، أو فكر ببعضه، فلا ينبغي أن ينطلق لسانك بينهم بسوء، قائلاً له: "اقتل أخاك، أو اسجنه، ولا تدعه حراً"، لأنك إذا تدخلت بسلم فيما بينهم، فإنه لن يقتل أخاه، ولن يسجنه، وإذا لم تعقد الصلح بينهم، فإنك تكون قد خنت هذه المعاهدة)<sup>(٢٠٢)</sup>.

وقد أورد كل من "J.Bitchard" و "J.Fitzmyer" و "E.Lipinski" العبارة السابقة بصيغة (اقتل أخاك، أو اسجنه، ولا تطلق سراحه، "أو لا تدعه حراً")<sup>(٢٠٣)</sup>، أما "J.Wesselius" فقد أوردتها بصيغة (اقتل أخاك، أو اجعله سجيناً مؤبداً)<sup>(٢٠٤)</sup>.

تدل الفقرة السابقة على وجود سجن في مملكة "كتك"، وعلى احتمالية وجود حالات للسجن في حالة التنزع على العرش بين أبناء الملك السابق.

Cohen (Yoran) - Feet of Clay at Emar: a Happy end?, Orientalia, Vol.74, (٢٠١) Fasc.2, 2005, pp 168-169.

Rosenthal (Franz) - Notes on the third Aramaic Inscription from sefire -Sujin, (٢٠٢) Bulletin of the American Schools of Oriental Research, No.158, 1960, p 30.

pitchard - op.cit, p 661, Fitzmyer (Joseph.A) - The Aramaic Inscriptions of (٢٠٣) sefire, EditricePontificioIstitutoBiblica, Second edition, Roma, 1995, P 139, Lipinski (Edward) - Studies in Aramaic Inscriptions and Onomastics, Peeters Publishers, Leuven University Press, 1975, PP 56-57.

wesselius (J.S) - anew reading in sifire III, 18, Bibliotheca Orientalis, No.5, 6, (٢٠٤) 1984, p 590.



### الفرع الثالث سجن مملكة "أمورو" (٢٠٥)

ورد في أحد بنود المعاهدة التي عقدها الملك الحثي "شوبيلوليوما" (نحو ١٣٤٧-١٣٤٦ ق.م) مع "عزيرو" ملك مملكة "أمورو" العبارة الآتية (إذا جاء لاجئ إلى بلاد أمورو من ....فعليك يا "عزيرو" ألا تسجنه، بل تسلمه إلى بلاد "ختي"، فإن سجنته، تكون قد حنثت بالقسم)<sup>(٢٠٦)</sup>.

تدل هذه الفقرة على وجود "سجن" في مملكة "أمورو"، وعلى وجود تطبيق متعلق باللاجئين في إيداعهم في سجن "أمورو".

ويظهر من رسالة ملك "جبالا"<sup>(٢٠٧)</sup> (رب هذا) إلى الملك المصري "أمنحتب الرابع" استخدام السجن في "أمورو" كمكان لاحتجاز أسرى الحرب، حيث يُربط الأسرى ويقبعون في السجن مع إمكانية إخلاء سبيلهم عند دفع الفدية المحددة<sup>(٢٠٨)</sup>.

### الفرع الرابع سجون "دور كتليمو" و "قطنة" و "شاغار بازار"

تظهر إحدى الرسائل الموجهة من شخص إلى الوزير الكبير "آشور إدين" في مدينة "دور كتليمو" (تل شيخ حمد حالياً) وجود سجن في المدينة يضم أسرى وسجناء عاديين<sup>(٢٠٩)</sup>.

وقد وُجد للمصطلح الدال على السجن "neparum" في وثائق ماري نظائر في نص من "شاغار بازار"<sup>(٢١٠)</sup> (في حوض الخابور شمالي سورية حالياً). وهذا

(٢٠٥) مملكة قامت في الساحل السوري - اللبناني (سهل عكار والمناطق الجبلية المتصلة به)، عاصمتها صُفُر.

(٢٠٦) إسماعيل (د. فاروق) - معاهدات الملك الحثي شوبيلوليوما الأول (نحو ١٣٨٠-١٣٤٠ ق.م) مع الممالك السورية - مجلة جامعة الملك سعود - المجلد ٢١، سلسلة السياحة والآثار، الرياض ٢٠٠٩، ص ١٢.

(٢٠٧) حالياً جبيل الساحلية اللبنانية.

(٢٠٨) إسماعيل (د. فاروق) - مراسلات العمارة الدولية، وثنائق مسمارية من القرن ١٤ ق.م - سلسلة دراسات أثرية (٤) - دار إنانا للطباعة والنشر، دمشق، ط١، ٢٠١٠، ص ٣٤٢.

(٢٠٩) كيرشباوم (إيفكانجيك) - تاريخ الآشوريين القديم - ترجمة د. فاروق إسماعيل - دار الزمان للطباعة والنشر والتوزيع - ط ٢٠٠٨، ١، ص ٤٨.

Oppenheim - op.cit, PP 133-134.

(٢١٠)

المصطلح الذي ظهر في أرشيفات "شاغار بازار" يدل في المعنى الحرفي للمصطلح على "السجن" الذي يدخله من يُحكم عليه بجريمة ما، ويبدو أنه قد دخله أيضاً المدين العاجز عن سداد دينه، حتى يتم استيفاء الدين بواسطة عمله<sup>(٢١١)</sup>.

كما عرضت البعثة الأثرية المنقبة في قطنة (تل المشرفة حالياً، قرب حمص) - في موقعها الإلكتروني - لوحاً مسمارياً حكومياً، أُدرج فيه أسماء مجموعة من السجناء، وربما تم إطلاق سراحهم من مملكة "قطنة"، ويعود اللوح المذكور إلى أوائل العصر البرونزي الوسيط الثاني (١٨٠٠-١٧٥٠ ق.م)<sup>(٢١٢)</sup>.

### خاتمة:

يمكن القول - في ختام البحث - بأننا قد توصلنا إلى النتائج الرئيسة الآتية:

١ - عرف السومريون نظام "السجن" منذ أقدم عهودهم كمكان لاحتجاز المتهمين بالجرائم في انتظار محاكمتهم، كما طبقوه كعقوبة على بعض الجرائم، كما دلت على ذلك المادة الثالثة من مدونة "أورنامو" في عهد سلالة أور الثالثة، وملحمة "ننجال" في العهد السومري المتأخر، ويسجل العصر السومري سبقاً تاريخياً وهو وجود "أقدم عفو عام عن المساجين في التاريخ المدون" والذي جرى تسجيله في إصلاحات "أوروننجينا".

٢ - على الرغم من ميل كثير من العلماء إلى القول بأن السجن في العهد البابلي كان أداة احتجاز وليس عقوبة جزائية، فإنه يمكن القول بناءً على الوثائق العملية الواردة من العهود البابلية القديمة والوسيطة والحديثة بأن "السجن" قد وُجد لدى البابليين كمؤسسة بدليل وجود مسؤول خاص للسجن يُعين من قبل السلطات الرسمية، كما تشير الوثائق إلى تعدد استخدامات السجن، إما كوسيلة إكراهية لإرغام المدينين على سداد ديونهم، أو استخدامه كتدبير احترازي يُوضع فيه المتهم إلى حين محاكمته على ما يُنسب إليه من جرائم، كما جرى في العديد من الحالات استخدام السجن كعقوبة على بعض الجرائم والآثام (إثارة الفتنة، الإهمال المؤدي إلى السرقة، السرقة، السطو ليلاً، مخالفة التعليمات الإدارية وغيرها من الأفعال)، وتدل بعض الوثائق على وجود بعض الحقوق للسجناء كتقديم النقود

(٢١١) Birot (Maurice) - Les Lettres de Iasim -Sumu, Syria, Tome XLI, 1964, PP29-30.

(www.qatna.org).

(٢١٢)

والمؤن لهم، وإمكانية المراسلة مع الآخرين. كما ورد في وثيقة تعود لأواخر حكم الملك "نبوخذ نصر" مصطلح "قضاة السجن".

٣ - من الملاحظ في نصوص "نوزي" التطبيق الاستثنائي لسجن "كفيل" أو "ضامن" المدین، وهو صلاحية محددة بمدة يومين، ووجود الغرامة عند التسبب بسجن كفيل المدین من دون وجه حق.

٤ - عرف الآشوريون نظام "السجن" وأسموه "بيت العقوبة"، كما وُجد سجن خاص بالكاروم الآشوري (مركز تجاري للجاليات الآشورية)، ويتضح من بعض الرسائل أن السجين لم يكن معزولاً عن العالم الخارجي، ومن المحتمل بأنه قد سُمح للسجين أثناء سجنه بمتابعة أنشطته التجارية.

٥ - توضح وثائق "نيبور" في عهد الفرس الأخمينيين وجود سجن خاص بالمدينين يدعى "سجن المدينين"، كما تنوه إلى إمكانية إخراج السجين بواسطة كفيل يضمن عدم فرار السجين المكفول تحت طائلة تغريم الكفيل بمقدار مالي معين، والالفت في هذه الوثائق تكرار الإشارة إلى وجود النساء السجينات في "سجن المدينين" بسبب الديون.

٦ - تعد الإشارات الواردة في نصوص "تل البيدر" من أقدم الأمثلة على وجود نظام "السجن" في ممالك سورية القديمة، إذ تعود تلك النصوص إلى حوالي عام ٢٤٠٠ ق.م.

٧ - تدل الوثائق المكتشفة في الأرشيف الملكي الإبلاتي على وجود نظام "السجن" في مملكة إبلا في القرن الرابع والعشرين قبل الميلاد، وعلى وجود سجن خاص بالنساء، ولعل هذه الأمثلة من أقدم التطبيقات في سورية القديمة، إن لم يكن في الشرق الأدنى قاطبة.

٨ - ظهر لنا من وثائق مملكة ماري شيوع اللجوء إلى السجن بنوعيه "الحبس البسيط" و"الحبس مع الشغل"، وتعدد أسباب السجن ووظائفه إلى سجن عقابي وسجن احترازي وسجن إكراهي، وتنظيم مؤسسة السجن سواء من حيث السلطة صاحبة الحق في إيداع الأشخاص في السجن، أو من حيث مكان السجن ومدته وإخلاء السبيل، ووجدنا أن السمة العامة لسجون ماري هي "القسوة والشدّة".

٩ - اتضح لنا من وثائق مملكة ألالاخ وجود السجن العام فيها، وقد أودع في هذا السجن المدينون العاجزون عن سداد ديونهم، كما أُلقي فيه مرتكبو الجرائم كالسرقة والإغارة، أي أن السجن في مملكة ألالاخ قد كان له دور عقابي ووسيلة إكراهية في نفس الوقت، كما وُضع في هذا السجن "أسرى الحرب"، وبالتالي كان

للسجن العام في مملكة ألالاخ استخدامات متعددة، ورجحنا أن هذا السجن قد وُجد ضمن بناء القصر الملكي.

١٠ - استخدم الأوغاريتيون السجن كعقوبة على بعض الأفعال المجرمة كالسرقة، وكان يصدر قرار الإدخال إلى السجن من قبل "الساكينو" (موظف ملكي كبير) الذي يختص أيضاً بقرار الإفراج عن السجناء، ويبدو أن سلطته في هذا الصدد ليست مطلقة، حيث توجب أن يكون السجن لسبب مشروع وليس تعسفاً من ذلك الموظف الكبير، وإلا تعرض للمساءلة أمام ملك كركميش. كما يعد "الساكينو" مسؤولاً عن الحفاظ على حياة السجناء تحت طائلة المسؤولية القانونية، واللافت في تجربة السجن الأوغاريتية هو ما جرى من تأجير خدمات السجناء للغير، توفيراً للإنفاق عليهم واعتبارهم مورداً بدلاً من أن يكونوا عبئاً على خزانة المملكة.

١١ - كشفت الوثائق المكتوبة والتنقيبات الأثرية عن وجود سجون أخرى في سورية القديمة، مثل سجون مدينة "إيمار"، والسجون التي جرى الإشارة إليها عند الآراميين، وسجن "دوركтелиمو" و "قطنة" و "أمورو" و "شاغار بازار".

وقد ثبت لنا من خلال دراسة الوثائق المكتشفة في بلاد ما بين النهرين وممالك سورية القديمة خطأ الاعتقاد العام الشائع بأن الوجود الحقيقي للسجون قد تطور في القرن الثامن عشر الميلادي، إذ ثبت لنا وجود مؤسسة "السجن" في بلاد الرافدين منذ "إصلاحات أوروننجينا" (نحو ٢٣٥٥ ق.م)، ووجودها في "تل البيدر" ومملكة "إبلا" السورية (نحو ٢٤٠٠ ق.م)، وكذلك وجود سجن خاص بالنساء في مملكة "إبلا" (نحو ٢٤٠٠ ق.م).

كما ثبت لنا خطأ الاعتقاد الشائع الآخر، وهو أن السجون القديمة قد استخدمت فقط لاحتجاز أو استبقاء المدعى عليهم حتى يشرع في محاكمتهم ويصدر الحكم بحقهم، إذ ثبت لدينا من خلال الكثير من وثائق بلاد ما بين النهرين وممالك سورية القديمة أن السجن لم يستخدم فقط كمكان للتوقيف في مرحلة ما قبل المحاكمة، وإنما ظهر كعقوبة أيضاً على ارتكاب عدد من الجرائم والمخالفات.

ونستطيع القول بأن السجون كانت سمة عامة للنظم القضائية منذ الألف الثالث قبل الميلاد - على أقل تقدير - في بلاد ما بين النهرين وسورية القديمة، وأن السجن كان من أقدم الأساليب العقابية وأكثرها رسوخاً عبر التاريخ، وأن "L.Griffith" كان محقاً في مقولته بأن "التاريخ مليء بالزنازين" وأن "الزنازة كانت أداة خالدة لحكم بني البشر"، على الرغم من اختلاف رؤية الإلهة "ننجال" المثالية لما ينبغي أن يكون عليه السجن مع الوضع الواقعي للسجون القديمة، وحملت يوماً ما بأن يكون السجن "منزلاً للحياة".!



## المراجع

### أولاً - المراجع العربية:

#### - الكتب:

- أبو عاصي (علم الدين) - اقتصاد مملكة ماري (القرن الثامن عشر قبل الميلاد) - منشورات وزارة الثقافة - سلسلة الدراسات التاريخية - ط ١ - دمشق - ٢٠٠٢.
- برينتيس (بورهارد) - نشوء الحضارات القديمة في بداية الألف الثالث قبل الميلاد - ترجمة جبرائيل كباس - الأبجدية للنشر - دمشق - ط ١ - ١٩٨٩.
- رشيد (د. فوزي) - الشرائع العراقية القديمة - سلسلة الكتب الحديثة (٥٧) - مديرية الثقافة العامة - وزارة الإعلام - بغداد - بدون تاريخ.
- شيفمان (أ. ش) - مجتمع أوغاريت - ترجمة د. حسان ميخائيل إسحاق - دار الأبجدية للنشر، ط ١، ١٩٨٨.
- كيرشباوم (إيفا كانجيك) - تاريخ الآشوريين القديم - ترجمة د. فاروق إسماعيل - دار الزمان للطباعة والنشر والتوزيع - ط ١، ٢٠٠٨.

#### المقالات:

- إسماعيل (د. فاروق) - معاهدات الملك الحثي شوبيلوليوما الأول (نحو ١٣٨٠ - ١٣٤٠ ق.م) مع الممالك السورية - مجلة جامعة الملك سعود - المجلد ٢١، سلسلة السياحة والآثار، الرياض - ٢٠٠٩، ص ١٢

### ثانياً - المراجع الأجنبية:

#### Books:

- Batto (Bernard Frank) - Studies on Women at Mari, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1974.
- Bienkowski (piotr), Millard (Alan Ralph) -Dictionary of the Ancient Near East, University of Pennsylvania, 2000.
- Black (Jeremy.A) -The literature of Ancient Sumer, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004.
- Botterweck (Johannes), Ringgren (Helmer) - Theological Dictionary of the old testament, grand rapids, Michigan, 1974.
- Budge (Wallis) - Babylonian life and History, London, 1925.

- Budge (Wallis) - The British Museum: a guide to the Babylonian and Assyrian antiquities, Adamant Media corporation, 2001.
- Chavalas (Mark), Hayes (John) - New horizons in the study of Ancient Syria, Bibliotheca Mesopotamica, Vol.25, Undena publications, Malibu, 1992.
- Colb (John.M) - Progressive Christians speak, West minister, John Knox Press, 2003.
- Cooper (M) - Sumerian and Akkadian Royal inscriptions, 1: Presargonic inscriptions, American Oriental Society translation Series1, New Haven, CT, 1986.
- Dalley (Stephanie) - Mari and Karana, Tow Old Babylonian Cities, Longman group Limited, London, 1984.
- Dandumaev (Muhammed), Lukonin (Valadimir) - The Culture and Social Institutions of Ancient Iran, Cambridge University Press, 2004.
- De Mieroop (Marc Van) - a History of Ancient Near east, ca.3000 -323 B.C, Malden, M A, Black Well Publication, 2004.
- De Mieroop (Marc Van) - King Hammurabi of Babylon: a Biography, Malden, Black Well, 2005.
- Driver (G.R), Miles (John.C) - The Babylonian Laws, Volume 1, Oxford, at the Clarendon Press, 1956.
- Durand (Jean-Marie) - Les Documents epistolaires du palais de Mari, University of Virginia, 1997.
- Eidem (Jesper) - The Shemshara Archives, DanskeVidenskabernsSelskab, Denmark, 2001.
- Fitzmyer (Joseph.A) - The Aramaic Inscriptions of sefire, EditricePontificioIstitutoBiblica, Second Edition, Roma, 1995.
- Fleming (Daniel.E) - Democracy s Ancient ancestors: Mari and early collective goverence, Cambridge University Press, 2004.
- Fox (Nilisacher) - In the service of the King, Hebrew Union College, Detroit, 2000.
- Frayne (Douglas) - Ur III period, 2112-2004 B.C, University of Toronto Press, 1997.
- Gordon (Cyrus) -(et tal, eds) -Eblaitica:Essays on the Ebla archives and Eblaite language, volume IV, Publications of the Center for Ebla Research at New YorkUniversity, 2002.
- Griffith (Lee) - The fall of Prison: Biblical perspectives on Prison abolition, Grand Rapids, Erdmans, Michigan, 1993.

- Hastings (James) - Encyclopedia of Religion and Ethics, Part 7, Kessinger Publishing, 2003.
- Hawkins (Gordon) - The Prison: Policy and Practice, University of Chicago Press, 1996.
- Heimpel (Wolfgang) - Letters to the King of Mari, Eisenbrauns, 2003.
- Hoerth (Alfred.H) (et al, eds) - Peoples of the Old Testament world, Barker Books, Grand Rapids, Michigan, 1994.
- Huehnergard (John) - a Grammar of Akkadian, Eisenbrauns, 2005.
- Ives (George) - History of penal methods: Criminal, Watches, Lunatics, Mont chair, N.J Patterson Smith, 1970.
- Johns (CHW) - Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and letters, University of Pacific, Honolulu, Hawaii, 2004.
- Lee Feinberg (Charles) -Jeremiah, A commentary, University of California, 1982.
- Lipinski (Edward) - Studies in Aramaic Inscriptions and Onomastics, Peeters Publishers, Leuven University Press, 1975.
- King (L.W) - The letters and Inscriptions of Hammurabi, Vol. III, Luzac and co, London, 1900.
- King (L.W) - The Code of Hammurabi, Kessinger Publishing, 2004.
- Kramer (S.N) - The Sumerians: Their History, culture, and character, Chicago, 1963.
- Marsman - women in Ugarit and Israel, Leiden, Boston, Brill, 2003.
- Mckenzie (Steven), Kaltner (John) -Beyond Babel:a handbook for Biblical Hebrew and related Languages, Atlanta, Society of Biblical literature, 2002.
- Milano (Lucio) - (et al, eds) - Third Millennium Cuneiform texts from Tell -Beydar, (seasons 1996-2002) -Subartu XII, 2004.
- Morris (Norval), Rothman (David) - The Oxford History of the Prison:-The Practice of the punishment in Western Society, New York, Oxford University Press, 1995.
- Moscati (sabatine) -Face of the Ancient -Orient, Garden city, New York, 1962.
- Negev (Abraham) - Archaeological Encyclopedia of the Holy Land, New York, Putman, 1972.
- Nissinen (Marti) - Homoeroticism in the Biblical World: a Historical Perspective, 1998.

- Oppenheim (A, Leo) (et al, eds) -The Assyrian Dictionary, Volume 10, The Oriental Institute, Chicago, Illinois, 1977.
- Pagan (Joseph.M) -A morphological and lexical study of personal names in the Ebla texts, archive di Ebla, Studi II, Roma, 1998.
- Peter (Robert) - Excel HSC, Ancient History, Book 1, Australian library collections, Pascal Press, 2006.
- Pritchard (J) - Ancient Near eastern Texts, 3ed, Princeton, Princeton University Press, 1969.
- Riemschneider (Kasper Klaus) - an Akkadian Grammar, Translated by Caldwell (A), Sheehan (J) -Marquette University Press, 1976.
- Rosamond (E.Mack) - The Code of Hammurabi, Baghdad, Ministry of Culture and Information, 1979.
- Sasson (Jack) -The Military establishment of Mari, Pontifical Biblical Institute, 1969.
- Sayce (Archibald Henry) -Babylonian and Assyrian: Life and customs, C.Scribners Sons, 2003.
- Schaeffer (Claude) - The Cuneiform Texts of RasShamra -Ugarit, London, Oxford University Press, 1939.
- Scheiber (Sandor), Dan (Robert) - Occident and Orient, Leiden, Brill, 1988.
- Scott (James.M) - Exile: Old Testament, Jewish, and Christian conceptions, Leiden, Brill, 1997.
- Silver (Morris) - Economic structures of antiquity, West Part, Greenwood publishing Group, 1995.
- Snell (Daniel) - Flight and Freedom in the Ancient Near East, Brill, 2001.
- Stol (Marten), Vleeming (S.P) - The care of Elderly in the Ancient Near East, Leiden, Boston, Brill, 1988.
- Tetlow (Elisabeth Meier) - Women, Crime, and punishment in Ancient Law and Society, New York, 2005.
- Thompson (Campbell) -Late Babylonian letters, London, 1906.
- Von Zoden (Wolfram) - The Ancient Orient, An introduction to the study of Ancient Near east, Grand Rapids, Michigan, 1994.
- Walton (John.H) (et.al, eds) - The IVP background commentary, Leicester: inter-varsity, 2000.
- Westbrook (Raymond) - Security for Debt in Ancient Near Eastern Law, Leiden, Brill, 2001.



- Wigoder (Geoffrey) - The illustrated Dictionary and concordance of the Bible, Sterling Publishing Company.
- Wiseman (D.J) - The Alalakh Tablets, The British Institute of Archaeology at Ankara, London, 1953.

## Articles:

- Barnes (Harry Elmer) - The Historical Origin of the Prison system in America, Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology, vol.12, no.1, 1921.
- Birot (Maurice) - Les Lettres de Iasim -Sumu, Syria, Tome XLI, 1964.
- Benger (Johannes) - Wrongdoing and its Sanctions, on "Criminal" and "Civil" Law in the old Babylonian period, Journal of the Economic and Social History of the orient, Vol XX, Part.1, 1997.
- Bonnetterre (Daniel) -The structure of Violence in the Kingdom of Mari, The Canadian Society for Mesopotamian Studies, Bulletin.30, 1995.
- Bunnes (Guy) - a slave for Debt from Alalakh looked for in Ugarit (RS 4.449) -AbrNahrain, Vol.XXV, 1987.
- Chiera (Edward), Speiser (Epharaim) - anew factor in history of the Ancient East, The Annals of the American Schools of Orient Research, vol.6, 1924.
- Cohen (Yoran) - Feet of Clay at Emar: a Happy end?, Orientalia, Vol.74, Fasc. 2, 2005.
- Dassow (Evanon) - Lists of people from the Alalakh IV, Administrative Archives, Ugarit Forschungen, Band 34, 2002.
- Feigin (Samuel.I) -The Captives in Cuneiform Inscriptions, The American Journal of Semitic Languages and Literatures, vol.L, no.4, 1934.
- Frymer -Kensky (Tikva) - Tit for Tat: The Principle of equal retribution in Near Eastern Law and Biblical Law, Biblical Archaeologist, Vol.43, No.4, 1980.
- Frymer (Tikva Simone) - The Nungal -hymn and Ekur -Prison, Journal of Economic and Social History of the Orient, vol. XX, Part.1, 1977.
- Gelb (I.J) - Prisoners of War in Early Mesopotamia, Journal of Near Eastern Studies, Vol.32, No.1, 2, 1973.
- Hallo (William.W) - Notes from Babylonian collection, 1Nungal in the Egal: an introduction to colloquial Sumerian?, Journal of Cuneiform Studies, vol. 31, no. 3, 1979.

- Hara (Georgiou) - Relation between Cyprus and the Near East in the Middle and Late bronze Age, Levant, Vol.I, 1979.
- Heltzer (M) - Mortgage land property and freeing from it in Ugarit, Journal of the Economic and Social History of the Orient, Vol.XIX, Part.1 1976.
- Heltzer (M) - The political Institutions of the ancient Emar as compared with contemporary Ugarit, Ugarit Forschungen, Band 33, 2001.
- Hess (R) - Canaan and Canaanite at Alalakh, Ugarit Forschungen, Band 31, 1999.
- Jacobsen (Thorkild) - Primitive democracy in Ancient Mesopotamia, Journal of Near Eastern Studies, Vol.II, no3, 1943.
- Jastrow (Morris) - an Assyrian Law Code, Journal of the American Oriental Society, Vol.41, 1921.
- Leemns (W.F) - Hammurapi Babylon, centre of Trade, Administration and Justice, Sumer, Part 1-2, Vol. 41.
- Mendelhall (George) - Mari - The Biblical Archaeologist, Vol. Xi, No.1, 1948.
- Munn-Rankin (J.M) - Diplomacy in Western Asia in the early second Millennium B.C, Iraq, Vol. XVIII, Part.1, 1956.
- Oppenheim (Leo) - The archives of the Palace of Mari, Journal of Near eastern Studies, Vol.LX, No.2, 1952.
- Rainey (A.F) - Asiru and Asiru in Ugarit and the land of Canaan, Journal of Near Eastern Studies, Vol.26, No. 4, 1967.
- Rosenthal (Franz) - Notes on the third Aramaic Inscription from sefire - Sujin, Bulletin of the American Schools of Oriental Research, No.158, 1960.
- Safren (Jonathan.D) - Merhum and Merhutum in Mari, Orientalia, Vol.51, Fasc 1, 1982.
- Sasson(Jack) - Some comments on archive Keeping at Mari, Iraq, Vol. XXIV, Part.1, 1972.
- Sasson (Jack.M) - Treatment of criminal at Mari, Journal of the Economic and Social History of the Orient, Vol.XX, Part.1 1977.
- Steinkeller (Piotr) - The Reforms of Urukagina and an early Sumerian term for " Prison" - Aula Orientalis, vol.Ix, no.1-2, 1991.
- Riemschneider (Kaspar.K) - Prison and punishment in early Anatolian, Journal of the economic and Social History of the orient, Vol.XX, Part.1, 1977.

- Van soldt (Wilfred.H) - Texts from Ugarit concerning Security, Ugarit Forschungen, Band 23, 1991.
- Van Soldt (Wilfred) - Studies on the Sakinu official (1), The spelling and office -holders at Ugarit, Ugarit Forschungen, Band 33, 2001.
- Veenhof (k. R) -Observations on some letters from Mari, Revue deAs-syriologieetdeArcheologie Orientale, Vol.LXXVI, No.2, 1982.
- Vigano (Lorenzo) -The Ebla Tablets, Literary sources for the History of Palestine and Syria, Biblical archaeologist, Vol. 47, No. 1, 1984.
- wesselius (J.S) - anew reading in sifire III, 18, Bibliotheca Orientalis, No.5, 6, 1984.
- Wiseman (D. J) - Murder in Mesopotamia, Iraq, Vol. XXXVI, Part 1-2, 1974.
- Yildiz (Fatma) - aTablet of Codex Ur-nammu from Sippar - Orientalia, vol.50.Fasc.1, 1981.





# **International Legal Regime Against Maritime Piracy Piracy off the coast of Somalia**

**Dr. Amer Fakhoury  
Assistant Professor  
Al-Isra University  
Public International Law  
Amman - Jordan**

## **Abstract:**

Somalian Piracy constitutes one of the main threats not only to international trade but to international legal system. International peace and security, the first purpose of the United Nations as stated in article 1 of its charter, are facing a new challenge coming not from a state member of United Nations but from non-state actors such as pirates. Conventional international law regulates the problem of piracy in *mare liberum*, but piracy in sovereign territory of the state still in *non-liquet zone*. This research examines whether contemporary international law presents a sufficient solution to counter piracy off the coast of Somalia. It highlights how international community tries to fill the gap of conventional law via Security Council resolutions. This research stresses the importance that the measures undertaken by international military forces, within the framework of the United Nations to counter Somali piracy including UN resolutions, must comply with both the letter and the spirit of international law.

**Key Words:** Piracy, international legal system, International Law, sovereign territory, non-liquet, UN resolutions, Universal Jurisdiction, United Nations Charter, Non-State Actor

---

(\*) Accepted ??/??/????.

## 1. Introduction

There were two events that occurred in the twentieth century and had an impact on peace and international security and made it necessary to revisit international law in a manner commensurate with the requirements of the century. The terrorist attack against World Trade Center and piracy off the coast of Somalia have attracted both regional and international attention as common problems to which international cooperation plays an increasingly important role to find a comprehensive solution.

Since a few years we observed an escalating level of piracy off the coast of Somalia<sup>(1)</sup>. International Maritime Trade is now under threaten. All the states which depend on maritime trade along with international organization such as Intergovernmental Maritime Consultative Organization (IMCO) are deeply concerned by the situation in the Gulf of Aden. This Gulf is known as "**Pirate Alley**"<sup>(2)</sup> due to the large activity of piracy in the area. Maritime transport in this region is now extremely risky.

There were many reasons for the emergence of the dilemma of Somali pirates. The most important reasons, says Bjorn Moller from the Danish Institute of International Studies, is surely the extreme economic and social hardships suffered by the general population and that the fishing industry had suffered severely from the Tsunami of the 26<sup>th</sup> of December 2004 leaving many fishermen redundant<sup>(3)</sup>. In addition to the foregoing reasons, I can say that the absence of a strong government in Somalia is a favorable climate for the flourishing activities of pirates.

International Chamber Of Commerce (ICC) has established a specialized division known as International Maritime Bureau (IMB). The major mission of the IMB is protecting the integrity of international trade by fighting all types of maritime crime and malpractice. In 1992, the IMB

- 
- (1) The International Maritime Organization (IMO), and the International Maritime Bureau (IMB), gave data on all attacks at sea. According to E. Kontorovich and S. Art, between 1998 and 2007, there were 754 reported pirate attacks in international waters, all subject to the universal jurisdiction. *An Empirical Examination of Universal Jurisdiction for Piracy, the Limits of Judicial Altruism* (2010), at 32.
  - (2) J. Rose and M. Macleod, *The Book of Pirates, A Guide to Plundering, Pillaging and Other Pursuits*, published by Gibbs Smith (2010), at 218.
  - (3) B. Moller, *Piracy off the coast of Somalia*, Danish Institute of International Studies (2009), at 1 available at [http://www.diiis.dk/graphics/Publications/Briefs2009/bmo\\_piracyofsomalia2.pdf](http://www.diiis.dk/graphics/Publications/Briefs2009/bmo_piracyofsomalia2.pdf).

was alarmed by the increasing problem of piracy, so it had decided to create a special center known as the "Piracy Reporting Centre" (PRC)<sup>(4)</sup>.

The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), known as the Montego Bay Convention, gave the requirements of piracy rather than its definition. These conditions are:

- 1 - Illegal acts of violence or detention, or any act of depredation,
- 2 - These illegal acts should be committed for private ends,
- 3 - The illegal acts should be committed by the crew or the passengers of private ship,
- 4 - The illegal acts should be directed against another ship or against persons or property on board such ship.

The same convention of 1982 mentioned another condition "ratione loci condition" as it is limited the act of piracy on the high seas which means waters outside of national jurisdiction.

In 1985, United Nation General Assembly, in its resolution 40/61<sup>(5)</sup>, invited the International Maritime Organization to study the problem of terrorism aboard or against ships. Three years later on 10 March 1988, IMO<sup>(6)</sup> has adopted the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the safety of maritime navigation. In this convention, called "SUA Convention", the IMO has expanded the definition of piracy by uniting the term piracy with armed robbery<sup>(7)</sup>.

(4) For more information see <http://www.icc-ccs.org>.

(5) GA Res. 40/PV.108, 9 Dec. 1985 adopted without vote

(6) In French language: OMI: Organisation maritime internationale

(7) Article 3 of SUA Convention says: 'Any person commits an offence if that person unlawfully and intentionally: 1. seizes or exercises control over a ship by force or threat thereof or any other form of intimidation; or 2. performs an act of violence against a person on board a ship if that act is likely to endanger the safe navigation of that ship; or 3. destroys a ship or causes damage to a ship or to its cargo which is likely to endanger the safe navigation of that ship; or 4. places or causes to be placed on a ship, by any means whatsoever, a device or substance which is likely to destroy that ship, or cause damage to that ship or its cargo which endangers or is likely to endanger the safe navigation of that ship; or 5. destroys or seriously damages maritime navigational facilities or seriously interferes with their operation, if any such act is likely to endanger the safe navigation of a ship; or 6. communicates information which he knows to be false, thereby endangering the safe navigation of a ship; or 7. injures or kills any person, in connection with the commission or the attempted commission of any of the offences set forth in subparagraphs (a) to (f)'.



Furthermore, IMO has adopted a code of practice for the investigation of crimes of piracy and armed robbery against ships. It defines armed robbery against ships as:

any unlawful act of violence or detention or any act of depredation, or threat thereof, other than an act of piracy, committed for private ends and directed against a ship or against persons or property on board such a ship, within a state's internal waters, archipelagic waters and territorial sea; and any act of inciting or of intentionally facilitating an act described above<sup>(8)</sup>.

However, the definitions given previously do not cover all the situations of violence at sea since it is possible to use the ships as suicide weapons. The terrorist attack in Yemen against USS Cole and Sri Lanka's Tamil Tiger rebels suicide attacks on merchant ships off the island's northern coast, are patent examples. Wiring to the *European Journal of International Law*, Tullio Treves, judge at the International Tribunal for the Law of the Sea, confirms that the definition of piracy is rather narrow, as it includes only action on the high seas and only action undertaken by one ship against another ship. So forms of violence conducted in the territorial sea as well as without the involvement of two ships, such as, the violent taking of control of a ship by members of its crew or passengers, are not included<sup>(9)</sup>. In addition, it is commonly held that piracy does not cover politically motivated acts<sup>(10)</sup>.

One of the most important principles governing mare liberum is the concept of freedom of navigation for all states. But freedom without regulation would generate anarchy. Piracy in mare liberum is an issue which concerns all the nations. The problem is bigger than that. Pirates are exercising their activities not only in mare liberum but in territorial waters, the sovereign territory of the state. In addition, pirates today are dangerous criminals; they are criminal organizations armed to the teeth. According to the UN Monitoring Group in Somalia, pirates have easy

---

(8) IMO Resolution A.1025(26) Adopted on 2 December 2009, Assembly 26th session, Agenda item 10.

(9) Tullio Treves, 'Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia', 2 *EJIL* (2009) 20, at 402

(10) Douglas Guilfoyle, 'Piracy Off Somalia: UN SC Res. 1816 and IMO Regional Counter-Piracy Efforts', (2008) 57, *ICLQ*, at 690-699; J. Rehman, *International Human Rights Law, A Practical Approach*, (2003), at 459



access to weapons and are able to purchase them through the money obtained from kidnappings<sup>(11)</sup>.

In this research, our objective is to determine the international legal regime against piracy by studying the case of Somalia and, as we observed this challenge in the region has modified the international conventional norms in order to deal with such an international threat. Fortunately, 'international law is not rigid'<sup>(12)</sup> and one of the main characteristics of international law is its flexible nature. This flexibility is perceived by some states as a weakness, but in the case of Somalia, I can say that this flexibility is a strong feature<sup>(13)</sup> on the condition that it is not used inappropriately. If international law wishes to be a near-perfect law, it should be easily modified; otherwise it will become obsolete or no longer in use. In this regards, Grigory Tunkin emphasizes that 'It is evident that in our age of rapid change international law must constantly develop to keep pace with the development of international relations'<sup>(14)</sup>.

Maritime piracy has not been the subject of many reflections by the jurists; however the situation should be changed after the multiple attacks against international ships in the coast of Somalia<sup>(15)</sup>. Piracy in this part of the world has become one of the most important issues to which international community should find a real solution.

I will examine in the second part of this research the origin of the problem of Somali piracy and the efforts of the international community via United Nations Organizations. This background will be necessary to understand the problem. Secondly, I will focus on the international counter-piracy policies and the importance of a comprehensive approach of the international community. Discussions and explanations of the controversial positions adopted by states will lead to examining two main

(11) UN Report of the Monitoring Group on Somalia pursuant to SC Res. 1811, (2008); SC Res. 769, 10 December 2008.

(12) In this regard see M. N. Shaw, *International law* (2003), at 72.

(13) For more information about the nature and characteristics of international law please see: M. Dixon, *Textbook on International Law* (2007), at 11-12; C. W. Kegley, *World Politics: Trend and Transformation* (2009), at 495-496; P. Malanczuk, *Modern Introduction to International Law* (1997), at 3-5.

(14) Grigory Tunkin, 'International Law in the International System', *RCADI* (1975/IV) 147, at 44.

(15) In this meaning see M.H. GOZI, *Le terrorisme* (2003), at 81.

ideas in this part: **A.** The absence of an international legal system for people accused of piracy since each state tries and jails suspected pirates according to its own standards. As a result, **B.** I argue for the creation of an international court specific in the question of maritime piracy. Part three will be devoted to study the universal jurisdiction of crimes of piracy. In this part I criticize the absence of clear condemnation of piracy by international law. In spite of the fact that piracy is regarded as a violation of Jus Cogens, international law does not prohibit piracy, but instead encourages states to prosecute pirates. Regional and international organizations should actively take part in the fight against piracy. Part four provides an overview of the notion of sovereignty. If there is a conviction that states should respect the notion of sovereignty, however international community has adopted and supported a different approach. It would be impossible to solve the dilemma of Somali pirates if the international community adopts a rigid definition for sovereignty **A.** But international policies against piracy should be compatible with international law. However, during my examination, I noted a clear violation to conventional norms. If United Nations Security Council resolutions gave temporary authorization to international forces to enter into Somali waters, France has used this authorization to enter on Somali soil. In this paper, I will see if this intervention undermines the principles of non-interference in the internal affairs of states **B.** However, an important question should be examined: Does the French operation constitute "state practice", required by article 38 of the statute of the International Court of Justice (ICJ), to develop international customary law **C?**

Contemporary international law nowadays is facing a new fact that the threat to international peace and security may come not only from a state member of United Nations but from non-state actors such as pirates. The case of Somalia presents a perfect example of relations between state and non-state actors under international law. Accordingly, I estimated important to study in the last part the applicability of article 51 of the United Nations Charter to attacks by non-state actors.

## 2. Origin of the Problem: Facts and Background

The problem of piracy has started with the Somalian civil war in around 1991. The central government in Somalia has collapsed and lost considerable control of the state to rebel forces. The Somaliland, region of Somalia, which declared itself independent, was governed by a secessionist insurgents. The international community did not accept this new situation. In these conditions; deterioration, instability and insecurity spread throughout the country. In 1991, United Nations Organization (UN) tried to get involved in order to put an end for the civil war in Somalia by the creation of (UNOSOM I)<sup>(16)</sup>, United Nations Operation in Somalia I. In 1993 the subsequent UN mission in Somalia was known as (UNOSOM II)<sup>(17)</sup>. Between these two previous years, (UNITAF), Unified Task Force started its assignment in Somalia<sup>(18)</sup>. Due to the impossible mission to restore peace and security, the UN has decided to withdraw on March 3, 1995 from Somalia leaving this big country to rebels and criminals. The capacity of the Transitional Federal Government (TFG) to interdict or to prosecute pirates was limited. These previous situations are considered by pirates as excellent conditions to exercise their activities. Today, Somali pirates have been able to seize one of the world's biggest ships, a Saudi oil tanker.

## 3. International Response to Somali's Pirates: Comprehensive Approach is Needed

UN Secretary General has called on all states to support an integrated approach to address the root causes of piracy<sup>(19)</sup>. After the incident of *Maersk Alabama*<sup>(20)</sup>, Secretary Hilary Clinton said that 'we may be dealing with a 17<sup>th</sup> century crime, but we need to bring 21<sup>th</sup> Century solution to bear'. International community has realized that

(16) UNOSOM I was established by SC Res. 733 and SC Res. 746.

(17) UNOSOM II was established by SC Res. 837, 26 March 1993.

(18) UNITAF's mandate was to use 'all necessary means' to guarantee the delivery of humanitarian aid in accordance to Chapter VII of the United Nations Charter.

(19) UN Report of the Secretary-General pursuant to SC Res. 1846 (2008); SC Res. 590, 13 November 2009.

(20) On 8 April 2009, Somali pirates attacked the cargo ship *Maersk Alabama*. It was located 240 nautical miles from the coast of Somalia.



fighting pirates off the coast of Somalia needs to gather international efforts. In this regard, on January 14, 2009, an international meeting was held in New York to launch a harmonized effort to halt pirate attacks that comes from Somalian territorial sea. This initiative was called the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia<sup>(21)</sup> (CGPCS) which was created pursuant to UN Security Council Resolution 1851. This group is composed from Forty-five states<sup>(22)</sup> and seven international organizations<sup>(23)</sup> along with two observers<sup>(24)</sup>. GPCS today is a complex sector because it forms a big working department with four groups. Each group is concerned with a specific vocation. The first group is directed by London and aims to manage military and operational coordination, information sharing and capacity building. The second group is chaired by Copenhagen and covers judicial issues. The third group is presided by Washington which supervises the strengthening shipping self-awareness and the last group which directed by Cairo is concerned with public information. CGPCS is an excellent forum for international cooperation and coordination to halt piracy<sup>(25)</sup>.

#### *A. Absence of International Legal System for People Accused of Piracy*

Even if international law, as reflected in the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, in particular its articles 100, 101 and 105, sets out the legal structure applicable to combating piracy and armed robbery at sea, this legal structure will not

---

(21) Groupe de contact sur la piraterie au large de la Somalie.

(22) List of Participating states: Australia, Austria, Bahamas Belgium, Canada, China, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Djibouti, Egypt, Ethiopia, France, Germany, Greece, India, Indonesia, Italy, Japan, Kenya, Republic of Korea. Liberia, Malaysia, The Marshall Islands, Mexico, Morocco, The Netherlands, Nigeria, Norway, Oman, Panama, Portugal Russia, Saudi Arabia, Seychelles, Somalia, Spain, Sweden, Turkey, United Arab Emirates, United Kingdom, Ukraine, United States of America and Yemen.

(23) African Union, European Union, International Maritime Organization (IMO), International Criminal Police Organization (INTERPOL), League of Arab States, North Atlantic Treaty Organization (NATO) and United Nations.

(24) Baltic and International Maritime Council (BIMCO) and International Association of Independent Tanker Owners (INTERTANKO).

(25) [http://www.un.org/News/briefings/docs/2010/100610\\_Piracy.doc.htm](http://www.un.org/News/briefings/docs/2010/100610_Piracy.doc.htm).

(26) Security Council, 6226<sup>th</sup> Meeting, Department of Public Information, News and Media Division, New York, 30 November 2009. Available at <http://www.un.org/News/Press/docs/2009/sc9799.doc.htm>.



give answers to some legal questions concerning piracy. What should be done with the pirates once they have been caught? This question has been discussed by many legal and political experts. The solutions proposed by countries are different. For example, it is reported that the commander of a Danish frigate, who had seized a pirate vessel, released the crew shortly afterwards, regardless of whether there was sufficient evidence to support prosecution, as he did not know what to do with them<sup>(26)</sup>. The same thing was done by the French navy who decided to leave the kidnappers on the Somali beach. But we have to admit that this way of dealing with persons responsible for acts of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia undermines anti-piracy efforts of the international community<sup>(27)</sup>. On the contrast, suspected Somali pirates have been tried in various countries across the world. Dutch courts have started proceedings against a group of Somalis accused of trying to hijack a ship from the Dutch Antilles in January 2009. A court in Yemen sentenced other Somali pirates to death for hijacking a Yemeni oil tanker in April 2009, but most of those arrested in international waters will be tried by Kenya's courts<sup>(28)</sup>. Seychelles, another important country fighting piracy, has created an UN supported center to prosecute suspected pirates. The center will accept and try pirates captured by the European Union Navy. The observations developed above shows the absence of international legal system for people accused of piracy. It is not clear whether national courts can exercise universal jurisdiction over crimes under international law such as piracy. In addition, there are a number of other obstacles to prosecuting the pirates such as improper defenses, dual criminality or bars on retrospective application of international criminal law in national law<sup>(29)</sup>.

### ***B. An International Court for Piracy is Needed***

United Nations Security Council has adopted many resolutions<sup>(30)</sup> asking the Secretary General to present to the Security Council a report

(27) See SC Res. 1918 (2010) adopted at its 6301<sup>st</sup> meeting on 17 April 2010.

(28) According to agreements signed between Kenya's government, United States and European Union, Nairobi has accepted to trail pirates captured by American and European navies.

(29) Amnesty International, Venezuela, End Impunity Through Universal Jurisdiction, May (2009), at 8 Available at: [www.amnesty.org/en/library/asset/AMR53/.../amr530062009en.pdf](http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR53/.../amr530062009en.pdf).

(30) SC Res. 1918, 17 April 2010.

on possible options to further the aim of prosecuting and imprisoning persons responsible for acts of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia. In response, the Secretary General has identified seven options for the Security Council to consider:

**Option 1:** The enhancement of United Nations assistance to build the capacity of regional states to prosecute and imprison persons responsible for acts of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia;

**Option 2:** The establishment of a Somali court sitting in the territory of a third state in the region, either with or without United Nations participation;

**Option 3:** The establishment of a special chamber within the national jurisdiction of a state or States in the region, without United Nations participation;

**Option 4:** The establishment of a special chamber within the national jurisdiction of a state or States in the region, with United Nations participation;

**Option 5:** The establishment of a regional tribunal on the basis of a multilateral agreement among regional states, with United Nations participation;

**Option 6:** The establishment of an international tribunal on the basis of an agreement between a state in the region and the United Nations;

**Option 7:** The establishment of an international tribunal by Security Council resolution under Chapter VII of the Charter of the United Nations<sup>(31)</sup>.

All these options seem feasible but I am in favour of the last option. In my opinion, like the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), or the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), the establishment of an international tribunal by Security Council resolution under Chapter VII of the Charter of the United is needed. This tribunal should deal with the problem of piracy in general and not only for the question of Somalia. This court should be judicial body of the United Nations to prosecute Pirates. This Tribunal should have concurrent jurisdiction with national courts in the pursuit of pirates

---

(31) SC Res. 394, 26 July 2010.

who have seriously violated international laws. In other words, the primacy of the International Tribunal for piracy over national courts should be stipulated in its statute. It should have jurisdiction over Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships committed not only in the high seas but also in other territories where countries are unable to prosecute pirates. As other ad hoc tribunals, the maximum sentence can imposed is life imprisonment and its organizational components are Chambers, Registry and the Office of the Prosecutor (OTP).<sup>(32)</sup> What are the benefits that can be achieved by the establishment of such a court?

Setting up this International Tribunal will send a strong message to pirates around the world that the international community is determining to move from impunity to accountability, from diversity in dealing with the pirates to unification of measures in their fights, from fragmentation in the decisions of the local courts to the association of decisions via one international court, from the past centuries where gangs dominate the sea to the present time where the rule of law on the sea and its clients. This international tribunal will confirm the idea accepted by states that's pirates are *hostis humani generis* which means enemies of humanity<sup>(33)</sup> In the same context, this tribunal will strengthen the rule of law, because the Tribunal will use international standards against piracy.

Someone may criticize the creation of this court by saying that the tribunal has no powers to arrest the pirates. But I think that this is not a big issue since it can benefit from others agencies, notably national governments to apprehend and extradite pirates with the collaboration of OTP of the tribunal. Others may says that this tribunal's cost will be so expensive like other ad hoc courts, but I think that this problem is easily resolved in that the cost is borne by all UN members since piracy is threatening all the nations not only some states. Maybe simultaneous translation slows trials, but trails here will be fast when compared to other ad hoc tribunal which extend for several years.

(32) Chambers encompasses the judges and their aides, The Registry is responsible for handling the administration of the Tribunal and such general duties. The Office of the Prosecutor (OTP) is responsible for investigating piracy crimes, gathering evidence and prosecuting indictees.

(33) I. Brownlie, *Principles of Public international law* (2003), at 229.



As we know, in the proceedings before the Tribunal for the former Yugoslavia and Rwanda, victims were neither allowed to participate in their personal capacity nor were they entitled to receive compensation or reparation for damages suffered. The original priority of the drafters of the Statute and Rules of Procedure and Evidence (RPE) of the ICTR, ICTY tribunals was two things. First: To punish those guilty of serious violations of international humanitarian law<sup>(34)</sup>. Second: To safeguard the right of the accused to be tried fairly and expeditiously<sup>(35)</sup>. I can understand why victims before ICTR and ICTY were not allowed to participate in their personal capacity, the nature and the scope of the crimes involve a great number of victims, and the presence of the victims could excessively interrupt the proceedings and undermine the rights of the accused. But I think the situation would be completely different if we decided to establish an International tribunal against piracy. Victims of piracy should participate in their personal capacity. Their number compared to other international crimes is modest.

However, I think that there are some difficulties facing the success of an international Tribunal for combating piracy. What should be done if the person whose extradition is requested belongs to a government that has a constitution denying extradite its citizens accused of piracy to international court. We should keep in mind two things: 1) Many constitutions forbid extradition of its citizens, for example, the Venezuelan constitution<sup>(36)</sup> accepts to extradite foreign criminals but denies it for national citizens. In addition, the United Nations Model Treaty on Extradition, article 4 (a), enables a requested state to refuse extradition of its nationals<sup>(37)</sup>. 2: Observing the constitution of countries shows a big difference in dealing with extradition. Article 13 of the Spain

---

(34) SC Res. 827, 25 may 1993.

(35) Article 19(1) of the ICTR Statute and article 20 of the ICTY statute says 'The Trial Chambers shall ensure that a trial is fair and expeditious and that proceedings are conducted in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses'.

(36) See article 271 from the Venezuelan constitution 'Extradition of foreign nationals responsible for capital delegitimization, drug, and international organized crime offenses, as well as crimes against the public patrimony of other states and against human rights, shall in no case be denied', but article 69 states that 'Extradition of Venezuelans is prohibited'.

(37) The question of extradition of national citizens has been treated by M. Plachta, 'Non-Extradition of Nationals: A never-ending Story', *EILR* (1999).



Constitution says that "Extradition shall be granted only in compliance with a treaty or with the law and no extradition can be granted for political crimes; but acts of terrorism shall not be regarded as such"<sup>(38)</sup>.

Second problem is the lack of legislation regulating the cooperation with international tribunal. If any state failed to extradite or prosecute individuals suspected of crimes under international law, they could not be arrested and surrendered to the International Criminal Court or any other international tribunal. There is almost no jurisprudence in countries involving universal jurisdiction.

In this regard we can propose that the crime of piracy be added to the jurisdiction of the International Criminal Court. It was suggested that it would be easier to proceed through protocol than amendment since any amendment to the Rome Statute must be adopted by two-thirds and thereafter ratified by seven-eighths of the States Parties in order to come into effect

The establishment of international tribunal to judge the pirates seems, for the moment, not a priority of states right now. But until that day is realized, and after the observations developed previously in this paragraph, I recommend turning our eyes upon International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS). This tribunal can temporarily take over the role of the permanent tribunal for piracy. If ITLOS has the power to settle disputes between member states, why do we not enlarge its responsibility? ITLOS statute does not prevent dealing with the question of piracy, on the contrary, article 15 states that the tribunal may form special chambers, composed of three or more of its elected members, as it considers necessary for dealing with particular categories of dispute. Of

---

(38) Article 26 of the Italian Constitution states that 'The extradition of a citizen may be permitted only in such cases as are expressly provided for in international conventions'. This is the same position of the Netherlands constitution in its second article in which 'Extradition may take place only pursuant to a treaty'. The Portuguese constitution in article 33 accept the extradition of Portuguese citizens if reciprocal arrangements have been established by international treaty, in cases of terrorism and organised international crime, but say nothing about extradition to international tribunal as many others European countries. On the contrary, article 14 of the Cyprus constitution affirms that 'No citizen shall be banished or excluded from the Republic under any circumstances'. Only, the Basic Law of the Federal Republic of Germany accepts the extradition of national citizen to a member state of the European Union or to an international court of justice as long as the rule of law is upheld. The Poland constitution after announcing the principle by refusing to extradite nationals, it keeps the door open in case of admission by national courts.

course, we need to modify the tribunal's statute for it to be applicable to piracy. To date the tribunal has dealt with 17 cases and, if the international community decides to add piracy questions to that tribunal, it will not cause considerable strain on the tribunal's resources.

#### **4. Piracy: Universal Crime and Universal Jurisdiction: *hostis humani generis***

It is indubitable that there is no commonly accepted definition of *universal jurisdiction* in conventional or customary international law, but according to Judge Christine Van Den Wyngaert<sup>(39)</sup>, one thing is very clear: the *ratio legis*<sup>(40)</sup> of universal jurisdiction is based on the international reprobation for certain very serious crimes<sup>(41)</sup>. Judge Guillaume<sup>(42)</sup> distinguishes between universal jurisdiction, which signifies jurisdiction over extraterritorial crimes by foreigners based on the presence of the accused in the forum state, and universal jurisdiction *in absentia*, which is jurisdiction asserted by a state without any link with the accused. In his opinion, international law only authorizes a narrow view of universal jurisdiction as accepted in cases of piracy where treaties alone oblige parties to exercise universal jurisdiction actions<sup>(43)</sup>. In the same ICJ case, Judge Oda, in his dissenting opinion, and judge Ranjeva, in his declaration, shares the view of Judge Guillaume and recognizes that piracy is subject to universal jurisdiction. The concept of universal jurisdiction is very close to the idea that certain universal norms are *erga omnes*, obligations or rights toward every state<sup>(44)</sup>.

(39) Former ad hoc member of the ICJ.

(40) The reason of the law or '*raison d'être de la loi*'.

(41) Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Reports, (2002), at 46. Dissenting Opinion of Judge van den Wyngaert.

(42) Former member of the ICJ from 1987-2005 and President from 2000-2003.

(43) *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. ICJ Reports (2002), at 9-12-15-16. Separate Opinion of President Guillaume. He says '*states primarily exercise their criminal jurisdiction on their own territory....additionally they may exercise jurisdiction in the cases of piracy and in the situations of subsidiary universal jurisdiction provided for by various conventions if the offender is present on their territory. But apart from these cases, international law does not accept universal jurisdiction, still less does it accept universal jurisdiction in absentia*'. For an in-depth analysis of the question see S. Macedo: *Universal Jurisdiction: National courts and the prosecution of serious crimes under international law* (2006); M. Inawumi: *Universal Jurisdiction in modern international law: Expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crime under international law* (2005).

(44) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v Spain)*, ICJ Reports, (1970), at 33.

According to international law, any state may prosecute pirates. The 1982 Law of the Sea Convention and customary international principles gives all nations the possibility to prosecute an act of piracy regardless of whether the incident involved an attack on their national interests. Article 105 of the Convention states that 'On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any state, every state may seize a pirate ship, or a ship taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons'<sup>(45)</sup>. Even if the crime of piracy is regarded as violation of **Jus Cogens**<sup>(46)</sup> international law does not prohibit piracy, but instead encourages states to prosecute pirates. Piracy is considered as a crime against all nations, and for that reasons it's classified as *hostis humani generis* or the enemy of mankind. Article 105 precedent needs to be examined closely. According to Randall, this provision indicates that parties have the right, but not the obligation, to assume jurisdiction over piratical acts with which they have no direct connection and non-parties to the Convention may assert universal jurisdiction over piracy under customary international law<sup>(47)</sup>. Prof. Bahar, comments on this situation by saying that '[T]he state that flagged the pirate vessel will retain jurisdiction, if the vessel is indeed flagged-unlike the skiffs used by the Somali pirates-but under universal jurisdiction it will simply lose its exclusive jurisdiction normally permitted to its own vessels and nationals under the law of the sea'<sup>(48)</sup>.

(45) This is the same position of the Convention on the High Seas of 1958 'On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any state, every state may seize a pirate ship or aircraft, or a ship taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the state which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, and may also determine the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith' article 19 of the Convention.

(46) Vienna Convention of the law of the treaties provides in article 53 'A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character'.

(47) Kenneth Randall, 'Universal Jurisdiction under International Law', 4 *TLR* (1988) 66, at 785, 791-792.

(48) Michael Bahar, 'Attaining Optimal Deterrence at Sea: A Legal and Strategic Theory for Naval Anti-Piracy Operations', *VJIL* (2006) 40, at 13-14.



The accessibility of universal jurisdiction to take legal action against pirates off the coast of Somalia has been confirmed by many resolutions adopted by United Nations Security Council. These resolutions call upon states, regional and international organizations that have the capacity to do so, to take part actively in the fight against piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia, in particular, by deploying naval vessels and military aircraft and through seizure and disposition of boats, vessels, arms and other related equipment used in the commission of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia<sup>(49)</sup>. Kenya is considered as a provisional place where the universal jurisdiction is applied. Until 2010, Kenyan courts are considered the main destination de trail Somali Pirates. According to agreements signed between Kenya's government, United States and European Union, Nairobi has accepted to trail pirates captured by American and European navies. But the situation has changed. Kenyan Foreign Minister, Moses Wetangula, informed the international community that Kenya will no longer accept Somali Pirate cases to be tried in its courts. Wetangula stated that the large number of Somali pirate cases referred to Kenya has overburdened the country's judicial system and noted that the international community has not followed on its promises to support the country in adjudicating these cases<sup>(50)</sup>. Additionally, Attorney General Amos Wako noted the lack of commitment by other countries in taking on piracy cases, leaving Kenya largely responsible<sup>(51)</sup>. Two months later, the international community had taken the Kenyan threats seriously and funded the creation of a new Court. This new court is funded by a coalition of nations through the United Nations Office on Drugs and Crime. In fact, Kenya is holding the highest number of piracy suspects in the region, with 105 on trial and 18 already convicted, with sentences ranging from seven to 20 years<sup>(52)</sup>.

---

(49) SC Res. 1851(2008); SC Res. 1846 (2008).

(50) Available at <http://jurist.org/paperchase/2010/04/kenya-courts-no-longer-accepting.php>.

(51) Available at <http://jurist.org/paperchase/2010/04/kenya-courts-no-longer-accepting.php>.

(52) M. Pflanz, *At last, a court to try Somali pirates*, The Christian Science Monitor, (2010), Available at <http://www.csmonitor.com/World/Africa/2010/0708/At-last-a-court-to-try-Somali-pirates>.



## 5. Piracy and the Notion of Sovereignty

One of the fundamental principles accepted by international law is that a state cannot exercise its jurisdiction outside its territory. The notion of state sovereignty is not new; it was laid down in the Treaty of Westphalia which dates back to 1648. In this treaty many principles had been codified such as territorial integrity and border inviolability.

### *A. A Rigid Approach of Sovereignty Undermines the International Efforts Against Piracy*

In accordance with Article 2 (1) of the UN Charter, the world organization is based on the principle of the sovereign equality of all member states. Further, article 2 (4), calls all members to refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations.

Actually, the notion of sovereignty is found in the heart of both customary international law and the conventional law<sup>(53)</sup>. This principle has been repeatedly confirmed by international tribunals. In 1927, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the '*Lotus*' case confirms this perception by saying that public international law

'Governs relations between independent states. The rules of law binding upon states therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these coexisting independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon independence of states cannot therefore be presumed'<sup>(54)</sup>.

In 1949 the ICJ, the principal judicial organ of the United Nations, observed that 'between independent states, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations'<sup>(55)</sup>. The same Court, in the case *Military and Paramilitary Activities in and*

(53) In this regard see John Jackson, 'Sovereignty-Modern: A New Approach to outdated Concept', *AJIL* (2003) 97, at 782-802.

(54) The case of the *SS Lotus* (France v. Turkey), 7 September 1927 PCIJ Series A, No. 10, at 18-19.

(55) *Corfu Channel* (*United Kingdom v. Albania*), ICJ Reports (1949), at 35.

against *Nicaragua* assured this concept and said: 'it is the duty of every state to respect the territorial sovereignty of others'<sup>(56)</sup>. In 1990, Prof Brownlie in his book, *Principles of public international law*, clarifies territorial sovereignty by saying:

[T]he principal corollaries of the sovereignty and equality of states are 1. A jurisdiction, prima facie exclusive, over a territory and the permanent population living there, 2. A duty of non-intervention in the area of exclusive jurisdiction of other states, and 3. The dependence of obligations arising from customary law and treaties on the consent of the obligor.<sup>(57)</sup> Recently, ICJ declares: '*Critical for the Court's assessment of the conduct of the Parties is the central importance in international law and relations of state sovereignty over territory and of the stability and certainty of that sovereignty*'<sup>(58)</sup>

It's become obvious to everyone that sovereignty gives all governments comprehensive control over their territories, but in the case of Somalia, the situation is completely different. In spite of the widely spread conviction that states should respect the notion of sovereignty, there were general tendencies and multilateral approaches to recognize that the notion of sovereignty is not rigid but flexible. According to former UN Secretary General Boutros Boutros-Ghali, 'The time of absolute and exclusive sovereignty has passed'<sup>(59)</sup>. This flexibility is observed in the case of Somalia. The insecurity of this country influences the stability of international trade. However, the question of reconciliation between sovereignty and intervention in sovereign states has been a divisive one. If I agree to revisit the notion of 'right to intervene', states, Security Council and tribunals, should approach this principle cautiously and not as a slogan which could paralyze all progress in international law. In my opinion, only

---

(56) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (*Nicaragua v. United States of America*), ICJ Reports (1986), at 111.

(57) I. Brownlie, *Principles of public international law* (1990), at 285.

(58) *Sovereignty over Pedra Branca Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* (Malaysia v. Singapore), ICJ Reports (2008), at 122.

(59) Boutros Boutros-Ghali, *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping*, Document A/47/277-S/241111, 17 June 1992 (New York: Department of Public Information, United Nations) (1992). <http://www.un.org/Docs/SG/agpeace.html>.

if one state is unable or unwilling to exercise its sovereignty, the international community should intervene.

In his report to the Millennium Assembly, Mr. Annan, former UN Secretary General, acknowledged the complexity of the issue but argued that circumstances sometimes demand external intervention<sup>(60)</sup>. In December 2001, the International Commission on Intervention and State Sovereignty took on the challenge to renovate the relations between matters of intervention and state sovereignty. The commission provides a set of guidelines to intervene with military means where diplomatic initiatives, sanctions, and arms embargoes will not suffice<sup>(61)</sup>. The previous peaceful alternatives mentioned before seem inappropriate to the Somali case. For this reason the United Nations Security Council (UNSC) has decided to intervene in the question of Somalia through many resolutions. Between 2008-2010, UNSC has adopted 16 resolutions dealing with the question of Somalia. This Council is seriously concerned by the threat that piracy at sea against vessels pose to the situation in Somalia and other states in the region, as well as to international navigation and the safety of commercial maritime routes<sup>(62)</sup>. These resolutions were adopted according to Chapter VII of the United Nations. It allows the Council to determine the existence of any threat to the peace or act of aggression and to take military and nonmilitary action to restore international peace and security.

### ***B. The Right of Hot Pursuit on Somali Land: An Obvious Violation of International Law***

It is interesting to start the discussion of this subject by mentioning an important case that happened not in Somali territorial waters but on Somali land. It is known as "*Le Ponant case*" 'French luxury yacht seized

(60) <http://www.un.org/ecosocdev/geninfo/afrec/vol14no3/01secur.htm>

(61) The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty. The Report is accessible at <http://www.iciss.ca/report-en.asp>.

(62) See previous resolutions concerning the situation in Somalia, especially resolutions SC Res. 1814 (2008); SC Res. 1816 (2008); SC Res. 1838 (2008); SC Res. 1844 (2008); SC Res. 1846 (2008); SC Res. 1851 (2008); SC Res. 1897 (2009); SC Res. 1916 (2010); SC Res. 1918 (2010). Article 53 of the UN Charter mandates that '*no enforcement action shall be taken under regional arrangements or by regional agencies without the authorization of the Security Council*'.



by Somali pirates<sup>(63)</sup>. In summer 2008, the French military tracked, from the Djibouti military base to the village of Jariban, and captured six pirates on Somali soil. This is the first time an international force launches a raid and enters onto Somali land to apprehend pirates. Consequently, what are the legal dimensions that can arise from this case?

We should remember that conventional and customary principals permit combating piracy only outside of national jurisdiction and especially on the high seas. But Somali pirates are different, they are able to begin an assault against ships on the high seas and then quickly return to Somali territorial waters. To fill the gap in international law, UNSC has decided to intervene in this subject by adopting a resolution giving international forces a provisional green card to enter into Somali territorial waters.

In spite of there being no detailed list of acts and offences justifying hot pursuit, piracy is considered as one of the main crimes to which a state can exercise its right of hot pursuit<sup>(64)</sup>. Actually, observing United Nations Security Council resolutions relating to Somalia, especially resolution **1816**, adopted by the Security Council at its 5902<sup>nd</sup> meeting on 2 June 2008, shows important progress of international law regarding the question of intervention in sovereign states. This resolution, adopted with the consent of the Transitional Federal Government of Somalia, gives mandate to regional and international forces to counter piracy off the coast of Somalia by deploying naval vessels and military aircraft, and through seizure and disposition of boats, vessels, arms and other related equipment used in the commission of piracy and armed robbery off the coast of Somalia, or for which there is reasonable ground for suspecting such use. According to the previous resolution, any state or regional organization can enter into the territorial waters of Somalia for the purpose of repressing acts of piracy and armed robbery at sea, in a manner consistent with such action permitted on the high seas with

---

(63) For more details about this case see the following site. [http://en.wikipedia.org/wiki/MY\\_Le\\_Ponant](http://en.wikipedia.org/wiki/MY_Le_Ponant).

(64) Travers, *Le Droit Penal International* (1921), at 246 mentioned by N. M. Poulantzas, *The Right of Hot Pursuit in International Law* (2002), at 129.



respect to piracy under relevant international law; and use, within the territorial waters of Somalia all necessary means to repress acts of piracy and armed robbery at sea. The basic effect of United Nations Security Council resolutions, dealing with the question of Somali pirates, is to make the rules of international law concerning piracy on the high seas applicable also to territorial waters, *inter alia* permitting pursuit from the high seas into these waters, and clarifying that states acting under these rules within the territorial waters of Somalia may use all necessary means<sup>(65)</sup>

In my opinion and contrary to US understanding<sup>(66)</sup>, and opposing to some academic positions<sup>(67)</sup>, the logical interpretation of the UN Security Council resolution, based on the principle of good faith (fundamental principle of international law)<sup>(68)</sup> makes the application of the UN resolution limited to Somali territorial waters. The scope of application of the previous resolution should be interpreted narrowly not broadly. Nothing in this resolution or others approves the possibility to enter into Somali land. Nothing in this resolution should be construed as infringing the right of Somali people in their sovereignty and territorial integrity.

What has been done by the French military forces undermines the principles of non-interference in the internal affairs of states, violating thereby international law. It should be mentioned that the previous authorizations provided in resolution 1816 Adopted by the Security Council at its 5902<sup>nd</sup> meeting, on 2 June 2008 shall not affect the rights or obligations or responsibilities of member states under international law, including any rights or obligations under the convention, with respect to any other situation.

(65) T. Treves, 'Ibid.' at 404.

(66) C. Lynch, *U.N. Authorizes Land, Air Attacks on Somali Pirates*, Washington Post A, 14 Dec. 2008. see: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/12/16/AR2008121602848.html>.

(67) D. Guilfoyle, observes that UN SC Res. 1851(2008) authorises 'cooperating states' to go further and engage in counter piracy action on Somali soil.

(68) See article 2 (2) of the United Nations Charter; article 26 and 31 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties; *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Reports (1997), at 142; R. Kolb, *La Bonne Foi en Droit International Public: Contribution à l'étude des Principes Généraux du Droit* (2000), at 295.

Actually, piracy off the coast of Somalia provokes some judicial examinations. If United Nations Security Council gave regional and international forces the jurisdiction to enter into territorial waters of Somalia to prosecute pirates, under what other legal circumstances could these forces enter on Somali soil? Some American politicians believe that it is necessary to apply hot pursuit into Somali soil only to prosecute pirates. Senator John Kerry said a hot pursuit policy on Somalia's coastline is 'long overdue'. But he warns against any 'haphazard, sloppy' military missions<sup>(69)</sup>. This declaration shows the misunderstanding of hot pursuit under international law. In 2008, a senior diplomat on the Security Council said the United States has distributed a text to the other permanent members of the Security Council in which US propose to allow military forces to enter Somali territory in 'hot pursuit' of pirates<sup>(70)</sup>.

This question of hot pursuit on Somali land needs to be examined closely.<sup>(71)</sup> The question is: Is it possible to exercise the principle of hot pursuit to enter into Somali soil? Firstly, it is important to mention that the principle of "hot pursuit" has been treated in article 111 of the 1982 United Nations Convention on law of the sea and in article 23 of the 1958 Convention on the High seas. Article 111 gives the necessary conditions to use this right of hot pursuit by states

*'The hot pursuit of a foreign ship may be undertaken when the competent authorities of the coastal state have good reason to believe that the ship has violated the laws and regulations of that State. Such pursuit must be commenced when the foreign ship or one of its boats is within...the territorial sea...of the pursuing state, and may only be continued outside the territorial sea... if the pursuit has not been interrupted... The right of hot pursuit ceases as soon as the ship pursued enters the territorial sea of its own state or of a*

(69) Available at [http://www.usatoday.com/news/world/2008-12-29-somali-pirates\\_N.htm](http://www.usatoday.com/news/world/2008-12-29-somali-pirates_N.htm). Mr Kerry holds in his memory what happened in 1990s when 18 Americans soldiers were killed brutally by Somalis.

(70) Available at <http://edition.cnn.com/2008/US/12/10/united.nations.us.pirates/index.html>.

(71) Reports of International Arbitral Awards, Recueil des Sentences Arbitrales, s.s "I'm Alone", (Canada v United States, 30 June 1933 and 5 January 1935, Volume III, pp. 1609-1618, United Nations, 2006. Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)2, 133-134 (1981);

أنظر أيضاً الدكتور غسان الجندي، الروائع المدثرة في قانون البحار، ١٠٨ - ١٠٩ (١٩٩٢).

*third state...The right of hot pursuit may be exercised only by warships or military aircraft, or other ships or aircraft clearly marked and identifiable as being on government service and authorized to that effect'.*

For its part, the International Tribunal of the Law of the Sea notes that the conditions, mentioned before, for the exercise of the right of hot pursuit under article 111 of the Convention are cumulative. Each of them has to be satisfied for the pursuit to be legitimate under the Convention<sup>(72)</sup>. Consequently, by applying the previous conditions to 'Le Ponant case' the dissimilarity, between the French military operation on Somali land and the legal applicability of article 111, might be considerably immense.

After the French operation to liberate Le Ponant, the Somali Prime Minister Nur Hassan Hussein declared to international media that:

'The French forces arrested six Somali pirates and took them to France to face justice. We encourage such steps by the French. The Somali government asks the international community to take action against piracy'.<sup>(73)</sup>

In my opinion, this declaration seems not only ambiguous but also confusing. I don't know if the Prime minister precedent gave any authorization to French forces before this operation. In reality, the scope of this declaration should be without any legal effects. Even if the Security Council resolutions related to Somali piracy have been adopted on the basis of the authorization of the Somali Transitional Federal Government TFG, I think that the requirement of the consent of the TFG is not needed and without any value since the Security Council has intervened into Somalia according to Chapter VII of UN Charter. In addition, TFG has no legitimacy since it cannot exercise any effective power in Somalia.

Regardless of the previous declaration, it is important to clarify at this point that states are very vigilant if another state violates their sovereignty for whatever the reason. It is important that the international community should fight legally the piracy off the coast of Somalia. I do

(72) International Tribunal for the Law of the Sea, the M/V "Saiga" No. 2 case, 1 July 1999, judgment, at 146. Available at <http://www.un.org/Depts/los/>.

(73) Declaration available at <http://yachtpals.com/boating/le-ponant-3>.



not believe in the theory of Just War '*Bellum Iustum*' which is based on the ends justifies the means but I believe in respecting the rules of international law. It's possible that the drafters of the UNCLOS did not contemplate the existence of Somali methods of piracy, but that does not mean to jump over international law. If the United Nations resolution 1373, adopted by Security Council shortly after the September 11 attacks of 2001, gives states authorization to combat threats to international peace and security caused by terrorist activities by all means, however, the same resolution, remember, states to respect United Nations Charter.

Contrary to my view, writing for the Foreign Policy Research Institute, US Secretary of State George Shultz calls for danger solutions. He says, 'We reserve, within the framework of our right to self-defense, the right to preempt terrorist threats within a state's borders - not just hot pursuit, but hot preemption'. This opinion not only violates international law and the Charter of the United Nations and all international principles but also constitutes the greatest violation of the United Nations Security Council resolutions. Accordingly, it is important for the interested parties to enter into negotiations in order to reach an agreement in which clear text is mentioned giving the parties authorization to enter into the territories of each other.

### ***C. Le Ponant Case is Not Enough to Crystallize the Rule as Part of Customary International Law***

If entering into Somali territorial waters for combating pirates is considered as exception to the general rule of international law, entering on Somali land should be considered illegal and should not be seen as international custom. Article 38 of the Statute of the International Court of Justice defines international custom as evidence of general practice accepted as law. All the international jurists agree that custom is an important component of the international legal systems but international law requires two elements of international custom: general practice and acceptance of this practice as law by states. It is known today that customary international law results when states follow certain practice. The wide-spread repetition by states of similar international acts over time<sup>(74)</sup>,

---

(74) S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (1984), at 55.



required by article 38, is not available. The logical consequence of "Le Ponant case" is not evidence of international custom. The Security Council, for its part, affirms that the authorization given to international forces to enter Somali territorial waters applies only regarding the situation in Somalia and shall not affect the rights or obligations or responsibilities of member states under international law. This includes any rights or obligations under UNCLOS, with respect to any other situation, and underscores in particular that this resolution shall not be considered as establishing customary international law. In this regard, Prof. Poulantzas, notes a significant observation when he says that:

'Pursuit on land has not succeeded in acquiring the character of a right in customary international law, as is the case with hot pursuit in the international law of the sea. This the reason way a network of treaties between various states was necessary permitting and expressly providing for hot pursuit on land on a basis of reciprocity and only under special conditions'<sup>(75)</sup>.

## **6. Article 51 of the United Nations Charter and Non-State Actor Threat**

It is evident that piracy off the coast of Somalia is a complex question since there is neither a state of law nor local government authority able to solve the dilemma of piracy. The crisis of Somali piracy persists due to the non-existence of the rule of law. Actually, we are not faced with a state unwilling to take action against pirates, but a state deprived from any authority and controlled by gangs and tribes. In addition, Somalia's pirates are not viewed as criminals by their own communities but called '*coast guards*' since they protect Somali waters<sup>(76)</sup>.

By entering Somalia soil, France provided a successful illustration on how to bring pirates to justice, but failed to comply with the rules of international law? Apparently, it is agreed today that the non-state actor threat is a new form of threat. Mr. Cherif Bassiouni gives a

(75) N. M. Poulantzas, *The Right of Hot Pursuit in International Law* (2002), at 11-12.

(76) T. Karon, *Why New York is No Place to Try Somali Pirates?* 21 April 2009. Available at <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,1892895,00.html>.

comprehensive but not exclusive list of groups that can be classified as non-state actors:

- 1 - 'Regularly constituted groups of combatants with a military command structure and a political structure;
- 2 - Non-regularly constituted groups of combatants with or without a command structure and with or without a political hierarchical structure,
- 3 - Spontaneously gathered groups who engage in combat or who engage in sporadic acts of collective violence with or without a command structure and with or without political leadership'<sup>(77)</sup>.

Piracy may be considered as a clear illustration of the last group.

Consequently, it is essential to examine the following question closely: 'Whether the 'attack' by Somali Pirates may be characterized as an 'armed attack' pursuant to Article 51 giving therefore the right of self-defence to France?'

Some doctrinal opinions have been supported by the fact that attacks from non-state actors could be constituted as armed attacks in accordance with article 51 of the UN Charter<sup>(78)</sup>, however I think it is important to re-examine this question in the light of the United Nations Charter, United Nations resolutions and International Court of Justice.

In reality, texts contained in United Nations Charter should be read in conjunction with each other. United Nations Charter in its article 2(3) calls all members states to settle their international disputes by peaceful means. The Charter enumerates six varieties of pacific solutions. Article 33 clearly states that 'The parties to any dispute, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice'. Having in mind that the ultimate goal and the fundamental purposes for which the United Nations Organization was created<sup>(79)</sup>, UN Charter stresses in article 2(4) that 'all

---

(77) C. Bassiouni, *Criminal Law, 'The New War and the Crises of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non State Actors'*, 3 *JCLC* (2008) 98, at 715-716.

(78) Y. Dinstein, *War Aggression and Self-Defence* (2005), at 196.

(79) 'Maintain international peace and security and to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace'.

members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations'. This previous article has been explained 29 years later when United Nations General Assembly adopted in 1974 its famous resolution 3314 approving therefore the definition of aggression<sup>(80)</sup>.

Article 2(4) is facing article 51 of UN Charter. Therefore, if it is forbidden to use force in international relations, then article 51 is considered as the unique exception. Article 51 is clearly recognizes 'the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a member of the United Nations'.

The words used by the drafters of precedent articles identify the kind of attackers against whom this right of self-defence can be exercised. The precedent articles refer exclusively to relations between states and not between states and non-state actors<sup>(81)</sup>. However, after the attack on the United States by Al-Qaeda on 11 September 2001, the Security Council recognized the United States' right of legitimate self-defense<sup>(82)</sup>. Three years later, and contrary to the previous Security Council position, the

(80) Aggression is the use of armed force by a state against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another state, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition. (a) The invasion or attack by the armed forces of a state of the territory of another state, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another state or part thereof; (b) Bombardment by the armed forces of a state against the territory of another state or the use of any weapons by a state against the territory of another state; (c) The blockade of the ports or coasts of a state by the armed forces of another state; (d) An attack by the armed forces of a state on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another state; (e) The use of armed forces of one state which are within the territory of another state with the agreement of the receiving state, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement; (f) The action of a state in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another state, to be used by that other state for perpetrating an act of aggression against a third state; (g) The sending by or on behalf of a state of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another state of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein. Available at <http://www.un.org/documents/resga.htm>.

(81) Against my opinion see Sean Murphy, 'Terrorism and the Concept of Armed Attack in Article 51 of the United Nations Charter', *HILJ* (2002).

(82) Giuliana Ziccardi Capaldo, 'Providing a Right of Self-Defense Against Large-Scale Attacks by Irregular Forces: The Israeli Hezbollah Conflict', *HJIL* (2007) 48, at 104; Steven Ratner, 'Jus ad Bellum and Jus in Bello After September 11', *AJIL* (2002) 96, at 905.



International Court of Justice, had an opportunity to say to the international Community and especially to Security Council that the right of self-defence, laid down in article 51, is limited to relations between states. The Court, in its Advisory opinion of the '*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*'<sup>(83)</sup>, writes: '*article 51 of the Charter... recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one state against another state*'. Someone may criticize this advisory opinion<sup>(84)</sup>, but we should not forget that one of the main functions of the International Court of Justice, which was established by the Charter of the United Nations as the principal judicial organ of the United Nations, is to provide advisory opinions<sup>(85)</sup>. The Court is not a legislative organ but an independent one so it does not create law but summarize the current state of international law<sup>(86)</sup>.

However, that does not mean that international law is completely silent regarding non-state actors since article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949, deals with this situation<sup>(87)</sup>. In addition, International Jurisprudence confirms that non-state actors should be

(83) *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports (2004), at 139.

(84) E. Hertz, *The Right of Self-Defence, United Nations and the International Court of Justice, Reply to The Advisory Opinion of 9 July 2004 in the Matter of Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territories as Submitted by the International Court of Justice*, (2005).

(85) Article 65 of the Statute of ICJ says: 'The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request'.

(86) *The Legality of the Threat or Use of Nuclear weapons*, Advisory Opinion ICJ Reports (1996).

(87) Article III 'In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: (1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed 'hors de combat' by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. (2) The wounded and sick shall be collected and cared for...'



treated according to international standards. ICTY confirms in the *Tadic* Appeal Decision that the Hague Conventions of 1899 and 1907 have since evolved through customary law to apply equally to non-international conflicts<sup>(88)</sup>.

In my opinion, even if some conventional treaties invoked non-state actors, there is '*non liquet*'<sup>(89)</sup> regarding the question of the right of self defence against armed attack from non-state actors or as Professor Capaldo says:

'[T]he lack of a right of self-defense against armed attacks from irregular forces and/or terrorist groups not attributable to a state, even in the case of large-scale armed attack, is a grave lacuna in international law'<sup>(90)</sup>. Consequently, any use of force does not necessarily mean that the requirements of article 51 of the UN Charter had been available. In relation to the issue of "le Ponant", Professor Antonin Cassese, examined an important question, and asks whether attacks against nationals situated in foreign countries constitute an attack against the state itself? He mentioned some requirements using force could be illegitimate. These requirements are:

- 1 - 'The threat or danger to the life of nationals is serious,
- 2 - No peaceful means of saving their lives are open,
- 3 - Armed force is used for the exclusive purpose of saving or rescuing nationals,
- 4 - The force employed is proportionate to the danger or threat,
- 5 - As soon as nationals have been saved, force is discontinued,
- 6 - The state that has used armed force abroad needs to report to the Security Council'.<sup>(91)</sup>

Applying these provisions to the Military French operation in the case of 'Le Ponant' shows that Paris has exceeded what is permitted. Accordingly, Somali attack against French luxury yacht 'Le Ponant' cannot be qualified as an armed attack according article 51 of the United

(88) Prosecutor v. Tadic, Case IT-94-1-AR 72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 Oct. 1995. at 86-93.

(89) situation where there is no applicable law.

(90) Giuliana Ziccardi Capaldo, '*Ibid.*' at 106.

(91) Antonin Cassese, '*Ibid.*' at 366.

Nations Charter; therefore French Operation on the Somali soil cannot be qualified as self-defence.

## Conclusion

In this research, I outlined the legal regime of piracy off the coast off Somalia. Piracy off the coast of Somalia poses a universal threat to the United Nations Charter. Countering pirates continued to be regarded as a responsibility of vital importance to the international community. states, especially the permanent members of Security Council, have the responsibility of tracking down and capturing pirates and then to try them. These trials should take place in an international tribunal established by Security Council resolution under Chapter VII of the Charter of the United Nations.

Since 2008, the Security Council has paid special attention to the protection of international maritime trade. Resolution 1816, adopted by the Security Council on 2 June 2008, constitutes a smart answer to Somali pirates. Here, the Security Council has played a positive role to fill the gap of international law. Many states support an effective military response to stop pirates' attacks off the coast of Somalia and in the Gulf of Aden. This solution seems essential but the key question is whether these positive developments have actually improved international law? What I am arguing for is that fighting piracy should not proceed through violation of international law. We need to fully understand that we cannot change existing international law through the Security Council but we should take into consideration the concerns of all the international community. Of course, the Council's engagement in Somalia is vital in order to keep peace and security, but UN Security Council's resolutions should be fully independent from the small interests of some states and should be fully aware of the role International Court of Justice. Neither *De jure* nor *de facto* Somalia's sovereignty has been respected. Article 51 should not be interpreted in a broad way. I have argued that entering to Somalian waters or Somali soil does not constitute customary law. I have considered that French military operation on Somali soil as illegal and against the essence of international law.

Piracy off the coast off Somalia flourishes in environments of extreme poverty and weak government capacity to maintain law and order. As a result, comprehensive strategy is needed and restoration of the state should be the priority of the international community.

### **Bibliography**

- Bassiouni, C. 2008. Criminal Law: The New War and the Crises of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non State Actors', 3 Journal of Criminal Law and Criminology, 98: 715-716.
- Boutros Boutros-Ghali, An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping, Document A/47/277 - S/241111, 17 June 1992 (New York: Department of Public Information, United Nations) (1992).
- Brownlie, I. 1990. Principles of public international law, Oxford: Oxford University.
- Brownlie, I. 2003. Principles of Public international law, Oxford: Oxford University.
- Dinstein, Y. 2005. War Aggression and Self-Defence, Cambridge University Press, London.
- Dixon, M. 2007. Textbook on International Law, Oxford: Oxford. University Press,
- Douglas, G. 2008. Piracy Off Somalia: UN SC Res. 1816 and IMO Regional Counter-Piracy Efforts, International and Comparative Law Quarterly, 57: 690-699.
- Giuliana, Z. 2007. Providing a Right of Self-Defense Against Large-Scale Attacks by Irregular Forces: The Israeli Hezbollah Conflict', The Harvard International Law Journal, 48: 104.
- GOZI, M.-H. 2003. Le terrorisme, Ellipses, Paris,
- Grigory T. 1975. International Law in the International System, Recueil des cours de l'Académie de droit international, IV: 147.
- Hertz, E. 2005. The Right of Self-Defence, United Nations and the International Court of Justice, Replay to The Advisory Opinion of 9 July 2004 in the Matter of Legal Consequences of the Construction off a wall in the Occupied Palestinian Territories as Submitted by the International Court of justice,



- Inawumi, M. 2005. Universal Jurisdiction in modern international law: Expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crime under international law
- John, J. 2003. 'Sovereignty-Modern: A New Approach to outdated Concept', *American Journal of International Law*, 97: 782-802.
- Karon, T. 2009. Why New York is No Place to Try Somali Pirates?
- Kegley, C. 2009. *World Politics: Trend and Transformation*, 12th Edition, California: Wadsworth/Cengage Learning.
- Kenneth, R. 1988. Universal Jurisdiction under International Law, *Texas Law Review*, 4: 791-792.
- Kolb, R. 2000. *La Bonne Foi en Droit International Public: Contribution à l'étude des Principes Généraux du Droit*, Presses Universitaires de France, Paris.
- Lynch, C. U.N. Authorizes Land, Air Attacks on Somali Pirates, *Washington Post A*, 14 Dec. 2008.
- Macedo, S. 2006. Universal Jurisdiction: National courts and the prosecution of serious crimes under international law, U of Penn Press, Pennsylvania.
- Malanczuk, P. 1997. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London.
- Michael, B. 2006. Attaining Optimal Deterrence at Sea: A Legal and Strategic Theory for Naval Anti-Piracy Operations, *Virginia Journal of International Law*, 40: 13-14.
- Moller, B. 2009. Piracy off the coast of Somalia, *Danish Institute of International Studies*.
- Murphy, S. 2002. 'Terrorism and the Concept of Armed Attack in Article 51 of the United Nations Charter', *The Harvard International Law Journal*, 43.
- Pflanz, M. 2010. At last, a court to try Somali pirates, *The Christian Science Monitor*
- Plachta, M. 1999. Non-Extradition of Nationals: A never-ending Story, *Emory International Law Review*, 13
- Poulantzas, N. 2002. *The Right of Hot Pursuit in International Law*, Second Edition, Martinus. Nijhoff Publishers, The Hague.



- Rehman, J. 2003. International Human Rights Law, A Practical Approach, London.
- Rose, j and Macleod, M. 2010. The Book of Pirates, A Guide to Plundering, Pillaging and Other Pursuits, Gibbs Smith, Utah
- Rosenne, S. 1984. Practice and Methods of International Law, New York
- Shaw, M. 2003. International law, 5<sup>th</sup> Edition, Cambridge University Press.
- Steven, R. 2002. Jus ad Bellum *and* Jus in Bello After September 11, American Journal of International Law, 96: 905.
- Tullio, T. 2009. Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia, European Journal of International Law, 4:402.

