

الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية كسبب لإنهاء خدمة الموظف العام - دراسة مقارنة تحليلية نقدية في ضوء قانون ونظام الخدمة المدنية وأحكام القضاء الإداري في الكويت

أ. د. جورجى شفيق سارى

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق - جامعة المنصورة - مصر

المستشار القانوني للهيئة العامة للبيئة - الكويت

والمنتدب للتدريس بكلية الحقوق

جامعة الكويت

ملخص:

نص المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية في المادة ٣٢ منه، كما نص المرسوم الصادر في ٤/٤/١٩٧٩ في شأن نظام الخدمة المدنية في المادة ٧١ منه على أسباب انتهاء خدمة الموظف والتي من بينها "الإحالة إلى التقاعد".

كما نص نظام الخدمة المدنية أيضاً في المادة ٧٦ منه على شروط إحالة الموظف إلى التقاعد والتي تتمثل في:

١- استحقاقه معاشاً تقاعدياً فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت هذه الإحالة.

٢- صدور قرار الإحالة من المختص به قانوناً، وهو الوزير بالنسبة لغير شاغلي الوظائف القيادية، ومجلس الخدمة المدنية بناءً على اقتراح الوزير بالنسبة لشاغلي الوظائف القيادية.

وقد أثار هذا الموضوع جدلاً كبيراً، بالإضافة إلى أنه صدرت بشأنه العديد من الأحكام القضائية التي انطوت على كثير من التعارض؛ حيث إن بعضها صدر بإلغاء قرارات الإحالة إلى التقاعد في بعض الحالات، والبعض الآخر رفض الدعاوى والطعون المقدمة ضد هذه القرارات في بعض الحالات الأخرى.

وفي هذه الدراسة نبحث موضوع الإحالة إلى التقاعد كأحد أسباب انتهاء خدمة الموظف في ضوء أحكام القضاء الإداري في دولة الكويت، متناولين إياها بالتحليل من خلال النظريات القانونية ذات العلاقة في القانون الإداري.

تمهيد وتقسيم:

تحدد القوانين المنظمة للخدمة المدنية أو الوظيفة العامة أسباب انتهاء أو إنهاء خدمة الموظف العام.

وتختلف قوانين ونظم الدول - بل والجهات والهيئات والمؤسسات العامة داخل الدولة الواحدة - من حيث عدد هذه الأسباب ومن حيث نوعيتها. وتتمثل أهم الأسباب المشتركة في قوانين ونظم الخدمة المدنية والوظيفة العامة في الدول المختلفة فيما يلي:

الاستقالة - عدم اللياقة الصحية - بلوغ سن التقاعد - الفصل بالطريق التأديبي - الحكم بعقوبة مقيدة للحرية في جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة - الوفاة.

وقد تضاف أسباب أخرى إلى هذه الأسباب.

وهناك سبب آخر تنص عليه قوانين بعض الدول، ويتمثل هذا السبب في إنهاء الخدمة عن طريق الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، أو فيما يُعرف - في بعض النظم - بالعزل أو بالفصل بغير الطريق التأديبي.

وإنهاء خدمة الموظف لأي من هذه الأسباب الأخيرة يثير كثير من التساؤلات حول مبررات اللجوء إلى هذه الطريقة لإنهاء خدمة الموظف، خاصة إذا لم تنسب إليه أي مخالفة تأديبية تبرر إنهاء خدمته قبل بلوغه السن القانونية للتقاعد، بل وقد أثار اللجوء إلى هذه الطريقة الكثير من الانتقادات، كما أنها تمثل موضوع العديد من الدعاوى والطعون أمام مختلف درجات التقاضي، وقد صدرت بشأنها أحكام عديدة، اتجهت اتجاهات متباينة.

وفي هذه الدراسة نستعرض اتجاهات أحكام القضاء الإداري في الكويت بشأن الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، كسبب لإنهاء خدمة الموظف، ثم نتناول بالتحليل هذه الأحكام من خلال بيان مفهوم هذه الطريقة وتبريرات اللجوء إليها، والتكييف القانوني الصحيح والحقيقي لها، وذلك في بحثين رئيسيين:-

المبحث الأول:

اتجاهات أحكام القضاء الإداري بالكويت بشأن الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية.

المبحث الثاني:

التكييف القانوني للإحالة إلى التقاعد وتبريراتها.

المبحث الأول

اتجاهات أحكام القضاء الإداري بالكويت بشأن الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية

اختلفت اتجاهات أحكام القضاء الإداري على مختلف الدرجات والمستويات؛ بدءاً من محاكم أول درجة مروراً إلى محاكم الاستئناف انتهاءً بمحكمة التمييز، في شأن الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية كسبب من أسباب انتهاء خدمة الموظف العام، وذلك من خلال الدعاوى والطعون التي أقيمت ضد القرارات الصادرة في هذا الشأن.

ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين اتجاهين: أحدهما يحكم بإلغاء هذه القرارات، والآخر يرفض الدعاوى والطعون المطالبة بإلغائها، ونعرض لهذين الاتجاهين في مطلبين:

المطلب الأول:

الاتجاه بإلغاء القرارات الصادرة بالإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية.

المطلب الثاني:

الاتجاه برفض الدعاوى والطعون المطالبة بإلغاء قرارات الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية

المطلب الأول

الاتجاه بإلغاء القرارات الصادرة بالإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية

صدرت عدة أحكام في هذا الاتجاه سواء من محاكم أول درجة^(١) أو محاكم الاستئناف^(٢) أو محكمة التمييز^(٣).

(١) راجع على سبيل المثال الحكم الصادر من المحكمة الكلية الدائرة الإدارية الثالثة بتاريخ

٢٠١٣/٩/٢٦، في القضية رقم ٢٠١٣/٤٨٥ إداري/٣.

(٢) على سبيل المثال الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الدائرة الإدارية السابعة، بتاريخ

٢٠١٤/١١/٢٥، في الاستئناف رقم ٢٠١٤/٦٩٠ إداري/٧.

(٣) عدة أحكام سنشير إليها في حينه.

ويمكن أن نلخص الأسانيد التي استندت إليها هذه الأحكام فيما يلي:-

١) سلطة الإدارة في الإحالة إلى التقاعد قبل السن القانونية ليست مطلقة ولا تحكيمية:

إن المادة (٧٦) من المرسوم الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٤/٤ في شأن نظام الخدمة المدنية قد نصت على أنه: (يجوز إحالة الموظف إلى التقاعد بشرط أن يكون مستحقاً لمعاش تقاعدي فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت هذه الإحالة، وتكون الإحالة إلى التقاعد بقرار من الوزير، فيما عدا شاغلي مجموعة الوظائف القيادية فتكون بقرار من مجلس الخدمة المدنية بناء على اقتراح الوزير).

وإن المستقر عليه قضاءً أن استعمال السلطة المختصة سلطتها في إحالة الموظف إلى التقاعد مرده إلى أصل طبيعي يتمثل في وجوب هيمنة الإدارة على تسيير المرفق العام لضمان استمراره وانتظامه على وجه يحقق الصالح العام، وأنه لئن كانت الإدارة تستقل بتقدير أهمية وخطورة الأسباب التي تستند إليها في قرار الإحالة للتقاعد، إلا أن سلطتها هذه ليست مطلقة أو تحكيمية، ذلك أن مناط إحالة الموظف للتقاعد قبل بلوغ سن المعاش - وهو استثناء على الأصل - هو ثبوت عدم صلاحية الموظف في البقاء في الوظيفة بحيث يكون بقاؤه فيها مضرًا بمصلحة المرفق الذي يعمل به، ويجب أن تكون عدم الصلاحية مستخلصة من وقائع صحيحة لها معينها الثابت بالأوراق بما يكفي للتدليل على عدم صلاحية الموظف للاستمرار في عمله^(٤)، فلا يكفي لذلك خروج الموظف على مقتضى الواجب الوظيفي بما يشكل مخالفة وظيفية يخضع فيها للنظام التأديبي^(٥).

"والقول بغير ذلك يجعل من الإحالة للتقاعد سيفاً مسلطاً على رقبة الموظف العام، ويجعل استعماله متروكاً للهوى والمصالح الشخصية واستبعاد من تختلف معه الإدارة في الفكر والمنهج"^(٦).

(٤) في هذا المعنى حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٢/١٠٠ تجاري جلسة ١٩٩٣/٤/١٩.

(٥) الحكم الصادر في الاستئناف رقم ٢٠٠٩/٦١٠ إداري/٦ جلسة ٢٠١٠/٢/٢٣، المؤيد بحكم التمييز الصادر بتاريخ ٢٠١١/٢/١٥ في الطعن رقمي ٤٩٠ و٤٩١ لسنة ٢٠١٠ إداري/٢.

(٦) الحكم الصادر من المحكمة الكلية - الدائرة الإدارية الثالثة بتاريخ ٢٠١٣/٩/٢٦، في القضية رقم ٤٨٥، سابق الإشارة إليه. وجدير بالذكر أن المحكمة قضت في هذه الدعوى بإلغاء قرار الإحالة إلى التقاعد، لصدور القرار من غير مختص، حيث إن مصدر القرار استند في إصداره إلى تفويض بالتوقيع من المختص وليس تفويض في الاختصاص.

٢) ركن السبب في القرار الإداري:

إن القرار الإداري - أي قرار - يجب أن يقوم على سبب صحيح يبرره حقاً وصدقاً، أي في الواقع والقانون، والسبب في القرار الإداري هو الحالة الواقعية التي تحمل الإدارة على التدخل منفردة بسلطانها الإدارية الأمرة بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار، ابتغاء تحقيق المصلحة العامة وهي غاية القرار، وصحة القرار تتحدد بالأسباب التي قام عليها ومدى سلامتها على أساس الأصول الثابتة بالأوراق ومدى مطابقتها للنتيجة التي انتهى إليها، وفي ذلك يختلف السبب عن التسيب، فالسبب أمر ضروري وواقعي ولا بد من توافره لصحة القرار الإداري، بحيث إذا لم يثبت كان القرار قائماً بدون سبب ومخالفاً للقانون، عكس التسيب الذي هو متروك للإدارة، فلها أن تسبب قراراتها أو لا تسبب بمحض حريتها ما لم يلزمها المشرع بذلك، وإن عدم استلزام تسيب القرار لا يعفي الإدارة من وجوب أن يكون قرارها قائماً على سبب يبرره، إذ لا يوجد قرار بغير سبب، باعتبار أن السبب هو ركن من أركان القرار الإداري لا تقوم له قائمة بدونها، فإذا قام القرار على غير سبب يبرره فقد القرار أحد أركانه الجوهرية^(٧).

٣) مدى سلطة الإدارة في تقدير المصلحة العامة (عدم ترك تقدير المصلحة العامة لمطلق سلطة الإدارة):

إن المستقر عليه قضاءً أن الإدارة لا تتمتع بسلطة مطلقة فيما تترخص فيه بدون معقب عليها، ولكنها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة، ومهما اتسعت هذه السلطة فإنها تخضع دوماً للرقابة القضائية، وذلك تطبيقاً للمادة (١٦٩) من الدستور الذي عهد للقضاء الإداري ممارسة هذا الاختصاص شاملاً ولاية الإلغاء والتعويض بالنسبة للقرارات الإدارية المخالفة للقانون، وأنه لمحكمة الموضوع سلطة فهم القرار الإداري على حقيقته واستظهار مدى قيامه على سبب يبرره واقعاً وقانوناً، ومدى توافر أركانه واكتمال شروط صحته بغير معقب عليها ما دام قام قضاؤها على أسباب سائغة. وأنه يتعين تبعاً لذلك ألا يُترك تقدير المصلحة العامة لجهة الإدارة، بل تخضع في ذلك لرقابة القضاء الذي يملك بحث الوقعات التي بني عليها القرار بقصد التحقق من مطابقتها للقانون من عدمه^(٨).

(٧) في هذا المعنى حكم محكمة التمييز في الطعين رقمي ٤٩١، ٤٩٠/٢٠١٠ إداري جلسة ٢٠١١/٢/١٥، سابق الإشارة إليه.

(٨) في هذا المعنى حكم محكمة التمييز في الطعين رقمي ٦٠، ٦٣/١٩٩٤ تجاري جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧.

٤) إساءة استعمال السلطة:

إنه من المقرر أن المشرع حين يخوّل الإدارة السلطة التقديرية بإحالة موظفيها إلى التقاعد عملاً بحكم المادة (٧٦) من نظام الخدمة المدنية، يمتنع على القضاء التعقيب على تقديرها، إلا في حالة إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، بحسبانه السبب الذي يبرر إلغاء قرار الإدارة، وهذا العيب من العيوب القصدية في السلوك الإداري التي تشوب الغاية في ذاتها، بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغيها القرار أو أن تكون قد أصدرت القرار بباطل لا يمس لتلك المصلحة بصله، وعلى هذا الأساس فإن هذا العيب يجب إقامة الدليل عليه لأنه لا يُفترض، وتقدير ثبوته من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع، متى كان استخلاصها سائغاً وله أصل ثابت من الأوراق^(٩).

وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز كذلك بأن:

"نشاط القضاء الإداري في وزنه للقرارات الإدارية وإن كان ينبغي أن يقف عند حد المشروعية أو عدمها في نطاق الرقابة القانونية فلا يتجاوزها إلى مناسبات القرار وغير ذلك مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الإدارة بغير معقب عليها، إلا أنه له الحق في بحث الوقائع التي بني عليها القرار الإداري بقصد التحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون وأثر ذلك على النتيجة التي انتهى إليها، وهذه الرقابة القضائية تجد مجالها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها، كما أنه من المقرر أنه وإن كان النص في المادة (٧٦) من نظام الخدمة المدنية يجيز للجهة الإدارية إحالة الموظف إلى التقاعد متى كان مستحقاً لمعاش تقاعدي فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت هذه الإحالة إلا أنه يجب أن يكون الباعث على القرار ابتغاء المصلحة العامة"^(١٠).

٥) الانحراف بالإجراء والجزاء التأديبي المقنع:

"لما كان ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق أن مجلس الخدمة المدنية قد أصدر قراره المؤرخ ٢٠١٣/١٢/٩ بإحالة المستأنف إلى التقاعد اعتباراً من ٢٠١٣/١٢/٩، وقد أشار القرار في ديباجته إلى صدوره استناداً إلى نص المادة (٧٦) من المرسوم

(٩) في هذا المعنى حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٩٢/١٠٠ تجاري جلسة

١٩٩٣/٤/١٩، وكذا حكمها في الطعن رقم ٢٠٠٢/١٦٩ إداري جلسة ٢٠٠٣/١/٢٧.

(١٠) حكم التمييز في الطعن رقم ١٣٩١ إداري/٢ جلسة ٢٠١٤/٢/٤، والحكم الصادر في الطعن

رقم ١٣٩٢ ذات الدائرة جلسة ٢٠١٤/٢/١١.

الصادر بنظام الخدمة المدنية، وإلى كتاب وزير ... رقم ١٧٤١ المؤرخ ٨/١٢/٢٠١٣، يطلب إحالة المستأنف إلى التقاعد، وكان الثابت من الأوراق وخاصة مذكرة دفاع الحكومة المقدمة أمام محكمة أول درجة والمؤرخة ١٤/١/٢٠١٢، أنها قد أفصحت عن سبب قرار إحالة المستأنف إلى التقاعد بأنه:

"نتيجة إهمال المستأنف في القيام بمهامه مما أدى إلى شبه تعطيل للمرفق العام الذي يرأسه"، وقد عادت وأكدت وزارة الدولة ... ذلك بمذكرتها المرسله لرئيس الفتوى والتشريع في ٨/١/٢٠١٤ والمطبوعة على ورق الوزارة، والمقدم صورة منها ضمن حافظة مستندات المستأنف المقدمة أمام هذه المحكمة بجلسة ٣١/٣/٢٠١٤، إذ أسندت للمستأنف ارتكابه لمخالفات إدارية جعلت المرفق يترهل بعد أن أصابه الكسل، وعددت بمذكرتها تلك - غير المجودة من الجهة الإدارية - نواحي تلك المخالفات... وقد سردت الوزارة بمذكرتها تلك أن ما أوردته من مخالفات هو غيضى من فيض مخالفات عديدة أخرى، أثرت الوزارة عدم الإفصاح عنها في قرارها الطعين، الأمر الذي يتبين معه للمحكمة وبجلاء أن قرار الإحالة للتقاعد قد جاء بسبب تلك المخالفات التي أسندها الوزير للمستأنف.

وحيث إن المقرر في قضاء التمييز أن مناط إحالة الموظف للتقاعد قبل بلوغ السن المحدد لانتهاء الخدمة، هو ثبوت عدم صلاحيته للبقاء في الوظيفة، وأن يكون ذلك مستخلصاً من وقائع صحيحة لها أصلها الثابت بالأوراق وكافية للتدليل على عدم صلاحية الموظف للاستمرار في عمله، فلا يكفي لذلك مجرد خروج الموظف على مقتضى الواجب الوظيفي بما يشكل مخالفة وظيفية تخضع فيه للنظام التأديبي. "طعن بالتمييز رقم ٣٤٢، ٣٤٩ لسنة ٢٠٠٥ إداري جلسة ١٥/٥/٢٠٠٧".

"لما كان ما تقدم، وكانت المحكمة قد خلصت إلى أن قرار الإحالة للتقاعد للمستأنف ما هو إلا قرار فصل بغير الطريق التأديبي اتخذ شكل الإحالة للتقاعد وفق نص المادة ٧٦ من مرسوم الخدمة المدنية، ومن ثم كان يتعين على جهة الإدارة إذ اكتشفت - وهي المهيمنة على تسيير المرافق العامة لضمان استمرارها وانتظامها - ارتكاب المستأنف لتلك المخالفات، أن تقوم باتخاذ الإجراءات التأديبية المحددة بنصوص مواد المرسوم الصادر في شأن نظام الخدمة المدنية بخصوص شاغلي مجموعة الوظائف القيادية، لا أن تقوم بإحالاته للتقاعد متخذة من نص المادة ٧٦ سالف الذكر سائراً لتوقيع عقوبة العزل عليه وإنهاء الخدمة بالمخالفة لأحكام القانون وإجراءاته، وعلى غير سبب من المصلحة العامة التي شرع من أجلها إحالة الموظف العام للتقاعد، ذلك أن لكل نظام أحكامه وضوابطه ولا يصح للإدارة اللجوء إلى تطبيق

نظام الإحالة للتقاعد للتستر على الأسباب الحقيقية التي أدت بها لإحالة المستأنف على المعاش، وهي نسبة ارتكاب مخالفات معينة له، لم يتم التحقيق فيها ومواجهة المستأنف بها، وذلك كله بقصد الهروب من أحكام نظام التأديب إلى نظام آخر هو نظام الإحالة للتقاعد، خاصة وأن الثابت أن المستأنف شغل وظيفته هذه لمدة أربع سنوات وتم التجديد له بها مما يدل على كفاءته لشغلها، بما يكون معه القرار مخالفاً للقانون ومحمولاً على غير سببه المعتبر قانوناً، وإذ ذهب الحكم المستأنف إلى خلاف ذلك بما يستوجب الحكم بإلغائه والقضاء بإلغاء القرار المطعون وما يترتب على ذلك من آثار^(١١).

المطلب الثاني

الاتجاه برفض الدعاوى والطعون المطالبة بإلغاء

قرارات الإحالة إلى التقاعد

على نقيض الأحكام السابق عرضها في المطلب الأول، اتجهت أحكام أخرى إلى رفض الدعاوى والطعون المطالبة بإلغاء قرارات الإحالة إلى التقاعد.

ملخص أهم الحجج والأسانيد التي استندت إليها هذه الأحكام في رفضها، هو ما

يلي:

١) استيفاء الشرط الأوحد للإحالة إلى التقاعد قبل السن القانونية وهو

استحقاق المعاش التقاعدي:

استندت هذه الأحكام على القول بإن المرسوم الصادر بشأن نظام الخدمة المدنية في ٤/٤/١٩٧٩، وضع في مادته رقم (٧٦) شرطاً أوحداً لإمكان إحالة الموظف إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، وهو شرط أن يكون مستحقاً معاشاً تقاعدياً فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت هذه الإحالة.

وفي هذا المعنى قضى بأنه:

((من المقرر بموجب نص المادة ٣٢ من قانون الخدمة المدنية والتي يقابلها

(١١) حكم محكمة الاستئناف الصادر في جلسة ٢٥/١١/٢٠١٤ في الطعن ٦٩٠/٢٠١٤ إداري/٧، وكما يبين من الحكم أنه استند في إلغاء الحكم المستأنف وإلغاء القرار الصادر بالإحالة إلى التقاعد إلى إساءة استعمال السلطة والانحراف بالإجراء على أساس فكرة الجزاء التأديبي المقنع.

نص المادة ٧١ من نظام الخدمة المدنية أن أسباب انتهاء خدمة الموظف " ١-.....
٢-.....

٣- الإحالة للتقاعد....."، كما نصت المادة ٧٦ من مرسوم نظام الخدمة المدنية
على أن:

"يجوز إحالة الموظف إلى التقاعد بشرط أن يكون مستحقاً لمعاش تقاعدي فيما
لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت الإحالة.....

وقد نصت المادة ١٧ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بشأن التأمينات
الاجتماعية على أن:

"يستحق المعاش التقاعدي في الحالات الآتية:

١-..... ٢-..... ٣-..... ٤-..... ٥-..... .

٦- انتهاء خدمة المؤمن عليه في الحالات المشار إليها في البند السابق متى
بلغت مدة اشتراكه القدر المنصوص عليه ولم يبلغ السن المحددة طبقاً للجدول رقم
(٧) المرافق، ولا يُصرف المعاش إلا عند بلوغ هذه السن....".

وحيث إن الجدول رقم (٧/ب) المرفق بهذا القانون قد قام بتحديد السن التي
لايستحق قبلها المعاش وفقاً للبند ٦ من المادة ١٧، وقد ورد به تاريخ انتهاء الخدمة
وما يقابله من سن في تطبيق البند (٦)، فإذا كان تاريخ انتهاء الخدمة حتى ٣١/١٢/٢٠٠٥
فالسنة التي لا يستحق قبلها المعاش وفقاً للبند ٦ هو ٤٦ سنة، وإذا كان
تاريخ انتهاء الخدمة من ١/٦/٢٠٠٦ إلى ٣١/١٢/٢٠٠٩ فالسنة التي لا يستحق
قبلها المعاش وفقاً للبند المشار إليه هو ٤٧ سنة، وإذا كان تاريخ انتهاء الخدمة من
١/١/٢٠١٠ إلى ٣١/١٢/٢٠١٢ فالسنة التي لا يستحق قبلها المعاش هو ٤٨ سنة،
وإذا كان تاريخ انتهاء الخدمة من ١/١/٢٠١٣ حتى ٣١/١٢/٢٠١٤ فالسنة التي
لايستحق قبلها المعاش هو ٤٩ سنة.... .

وتنص المادة ١١٧ من القانون المشار إليه على حساب مدة الاشتراك في
القانون بالتقويم الميلادي، وفي حساب مدة الاشتراك في التأمين يجبر كسر الشهر
إلى الشهر ويجبر كسر السنة إلى سنة كاملة إذا كان من شأن ذلك في الحالة الأخيرة
استحقاق المؤمن معاشاً فيما عدا حالات ترك الخدمة بالاستقالة أو ما في حكمها.

وحيث إن المقرر في قضاء التمييز أن مفاد نص المادة ٧٦ من نظام الخدمة
المدنية أن المشرع لم يقيد الإدارة عند إحالة الموظف إلى التقاعد إلا بشرط واحد هو

أن يكون الموظف مستحقاً لمعاش تقاعدي فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت الإحالة..))

((وحيث إنه وبإنزال ماسبق على وقائع النزاع المائل فإن الثابت من الأوراق أن المدعي من مواليد ١٩٥٢/٣/١ وبلغ في ٢٠١٥/٩/٢٨ - التاريخ المقرر لإحالاته للتقاعد بموجب القرار محل الطعن - مايزيد على ثلاث وستين سنة ونصف، وكانت له مدة خبرة بالجهة الإدارية المدعى عليها (جامعة الكويت) مايزيد على ثلاثين عاماً، وإعمالاً لحكم المادة ٧٦ سالفه البيان قام مجلس الخدمة المدنية وبعد عرض وزير التربية ووزير التعليم العالي - الرئيس الأعلى للجامعة بإحالة المدعي للتقاعد - بعد توافر كافة الشروط القانونية - بموجب القرار رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٥ الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٩/٢٨ اعتباراً من تاريخ صدوره، سيما بعد ما ثبت للمحكمة وهن ما ساقه المدعي من مخالفة القرار للقانون، حيث إن الثابت وعلى نحو ما سبق بيانه ومن واقع المستندات أن المدعي له مدة خدمة طويلة تجاوزت الثلاثين عاماً، وأنه بلغ من العمر في تاريخ إحالاته للتقاعد أكثر من ثلاثة وستين عاماً، وقد صدر القرار بموافقة مجلس الخدمة المدنية بما يجعله ممن ينطبق عليهم الشروط الواردة بالمادة ٧٦ من نظام الخدمة المدنية والمادة ١٧ من قانون التأمينات الاجتماعية، ومن ثم والحال كذلك يغدو القرار المطعون فيه قد صدر متفقاً وأحكام القانون ويكون النعي عليه في غير محله حرياً بالرفض))^(١٢).

٢) صدور قرار الإحالة إلى التقاعد من المختص به قانوناً:

وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة (٧٦) المشار إليها، تكون الإحالة بقرار من الوزير المختص فيما عدا شاغلي الوظائف القيادية فتكون من مجلس الخدمة المدنية بناءً على اقتراح الوزير، فطالما روعي شرط الاختصاص وصدر القرار مما يملك إصداره قانوناً كان القرار سليماً وصحيحاً قانوناً من هذه الزاوية.

٣) السلطة التقديرية للإدارة في تقدير المصلحة العامة وانتفاء التعسف في

استعمال السلطة:

إن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بإحالة الموظف إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، فهي التي تملك تقدير مدى ملاءمة مثل هذه الإحالة ومقتضيات

(١٢) الحكم الصادر في الدعوى رقم ٤٨٤٣/٢٠١٥/إداري/٢٠ مسائي جلسة ٢٠١٦/٢/١٥.

الصالح العام، ولا معقب عليها في ذلك، ما دام لم يقدّم الدليل في الأوراق على أن قرار الإحالة للتقاعد كان مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة^(١٣).

وبهذا قضى بأن جهة الإدارة تتمتع في مجال تقدير إحالة الموظف إلى التقاعد بسلطة تقديرية واسعة لا يحدها سوى المصلحة العامة، ومرد هذه السلطة أصل طبيعي ثابت وهو وجوب هيمنة الإدارة على تسيير المرافق العامة واستعمال سلطتها المقررة في القانون^(١٤).

٤) قيام قرار الإحالة على سببه المبرر له واقعاً وقانوناً:

يكون قرار الإحالة إلى التقاعد صحيحاً مادام قام على سببه في الواقع والقانون، والسبب في تعريفه المستقر عليه هو الحالة الواقعية والقانونية التي تحدث في الواقع وتدفع الإدارة إلى اتخاذ قرار معين، ويكون قرارها صحيحاً متى كان له أصل ثابت وله ما يدل عليه في الأوراق، سواء أفصحت عنه الإدارة أو لم تفصح، فالإفصاح ليس إلزاماً عليها في هذه الحالة، طالما لم يتطلبه القانون.

٥) عدم قيام نظام الإحالة إلى التقاعد على فكرة التأديب أو الجزاء:

لا يقوم نظام الإحالة على فكرة التأديب، وبناءً عليه لا يلزم لصدور قرار الإحالة مواجهة الموظف بمخالفات أو واقعات معينة.

ولذلك قضى بأن نظام الإحالة إلى التقاعد لا يقوم على فكرة التأديب والجزاء، ومن ثم لا يلزم أن يسبقها تحقيق أو أن يواجه الموظف بمخالفات أو وقائع معينة منسوبة إليه، وإنما يكفي فيها أن تكون الإدارة قد استعملت سلطتها التقديرية في نطاقها الصحيح دون تجاوز ولم يثبت أن انحرفت بها إلى غير المصلحة العامة^(١٥).

٦) النظام المتكامل للإحالة إلى التقاعد:

ترى الأحكام التي صدرت في هذا الاتجاه - أي رفض إلغاء قرارات الإحالة إلى التقاعد - أن: "المشروع قد أوجد نظاماً متكاملًا للإحالة إلى التقاعد نظمته النصوص سالفة الذكر، والتي بموجبها تم تحديد الجهات المنوط بها ممارسة الاختصاصات

(١٣) راجع: الحكم الصادر بجلسة ٢٠١٤/٢/٤ من الدائرة الإدارية الأولى، المحكمة الكلية، في الدعوى رقم ٢٠١٣/٤٣٦٣/إداري/١.

(١٤) حكم التمييز الصادر في الطعن رقم ١٤٦ لسنة ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٩/٣/٢٠١٢.

(١٥) راجع: حكم التمييز في الطعن رقم ١٤٦ لسنة ٢٠٠٨ إداري الصادر بجلسة ٢٩/٣/٢٠١٢، سابق الإشارة إليه.

الإدارية عند انتهاء خدمة الموظف، وقد غاير بين أداة إعمالها تبعاً لدرجة الوظيفة وأهميتها في سلم الوظائف الإدارية، وذلك كله في ظل ضوابط شتى؛ منها ما هو متعلق بسن الموظف؛ ومنها ما هو مرتبط بمدى الخدمة التي قضاها في الوظيفة، وذلك سعياً لتوفير أكبر قدر من الضمانات التي توفر له عيشاً كريماً بعد انتهاء خدمته وتحققاً لاعتبارات متصلة بصالح العمل، فأتاح لجهة الإدارة إحالة الموظف إلى التقاعد شريطة ألا يشوب قرار الإحالة للتقاعد ثمة تعسف، وأن يكون قائماً على سببه المبرر له، وأن تكون الإدارة قد اتبعت جميع الإجراءات المقررة في هذا الشأن على النحو الوارد بالمادة ٧٦ من نظام الخدمة المدنية^(١٦).

٧) قضاء الإلغاء قضاء مشروعية:

بالإضافة إلى الحجج والأسانيد السابق عرضها، فإن الأحكام الرافضة لإلغاء قرارات الإحالة إلى التقاعد قد استندت كذلك إلى فكرة أن قضاء الإلغاء هو في الأساس قضاء مشروعية وليس قضاء ملاءمة، ولذلك قضي بأنه: "وفقاً للمستقر في قضاء التمييز أن قضاء الإلغاء هو بالأساس قضاء مشروعية، وأن رقابة القضاء الإداري وهو بصدد أعمال ولايته في دعاوى الإلغاء ومراقبة مدى مشروعية القرارات الإدارية المطعون فيها إنما يستظهر مدى انضباطها داخل أطر المشروعية الحاكمة، ويبسط رقابته عليها ويقسطها بميزان القانون التي تتمثل فيها المصلحة العامة ويتحقق بها استقرار النظام العام، ومن هذه الوجهة تتحدد الطبيعة العينية للخصومة التي تنطوي عليها دعوى الإلغاء، إذ يتجلى القرار الإداري موضوع الخصومة أصلاً وجوهراً ومحلاً للمنازعة، فتدور في فلكه يحركها داعي الشريعة وتظهر موجبات المشروعية التي يتعين استواء أعمال الإدارة كافة على مرفأها، وذلك خلافاً لحال غير دعوى الإلغاء التي يحركها أطرافها، وبالتالي فمتى استظهر القضاء الإداري جادة القرار واستقامته صحيحاً انحاز إليه وثبته على أصل صحته، وإن تبين اختلال أحد أركانه أو مجاوزته مقتضيات المشروعية ألغاه وأزال آثاره"^(١٧).

وقد أجملت كل هذه الحجج والأسانيد محكمة التمييز في حكمها الصادر بجلسة ٢٠١٥/٣/١٧ في الطعن رقم ١٤١٨ لسنة ٢٠١٤ / إداري/٢.

(١٦) الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠١٥/٤٨٤٣ إداري/٢٠ مسائي جلسة ٢٠١٦/٢/١٥، سابق الإشارة إليه.

(١٧) راجع: حكم التمييز الصادر في الدعوى رقم ٣ لسنة ٢٠٠٩ إداري جلسة ٢٠١١/٥/١٨.

حيث جاء في هذا الحكم:

"إن المشرع اعتبر إحالة الموظف إلى التقاعد طريقاً من طرق إنهاء الخدمة، واشترط أن يصدر قرار الإحالة من الوزير المختص إذا كان المحال للتقاعد لا يشغل وظيفة قيادية أو من مجلس الخدمة المدنية بناء على اقتراح الوزير إذا كان يشغل وظيفة قيادية - وأن يكون الموظف مستحقاً لمعاش تقاعدي وفقاً للأحكام المنظمة لذلك، واستهدف المشرع من تحويل الجهة الإدارية هذه السلطة تحقيق مصلحة عامة تتمثل في حسن تنظيم العمل وتوزيع العاملين بالجهات الحكومية، وغني عن البيان أن السلطة المختصة بإصدار هذا القرار تتمتع بسلطة تقديرية في هذا الشأن طالما قام قرارها على سببه المبرر له واقعاً وقانوناً، والتزمت بما وضعه المشرع من ضوابط، وكان باعثها على إصداره مصلحة عامة.

"ولا يقوم نظام الإحالة إلى التقاعد على فكرة التاديب أو الجزاء ومن ثم لا يلزم أن يسبقها أو يواجه الموظف بمخالفات أو وقائع معينة منسوبة إليه، وإنما يكفي فيها أن تكون ثمة أسباب لدى جهة الإدارة استمدت منها تقديرها سواء أفصحت عنها أم لم تفصح مادام المشرع قد أحلها من تسبب قرارها ولم يثبت أنها قد انحرفت بها إلى غير المصلحة العامة.

"ولما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن جهة الإدارة ممثلة في مجلس الخدمة المدنية، وبناءً على رغبة وزير الدولة لشئون...، قد أصدرت القرار رقم ١٣/٢٠١٣ بإحالاته إلى التقاعد اعتباراً من يوم ٢٠١٣/١٢/٩ استناداً إلى نص المادة (٧٦) من مرسوم نظام الخدمة المدنية، وقد أفصحت جهة الإدارة بمذكرتها المؤرخة ٢٠١٤/١/١٤ عن أسباب إحالة المطعون ضده للتقاعد المتمثلة في قيام المطعون ضده بصفته رئيس مجلس إدارة الهيئة... بإصدار القرار

رقم دون عرض على مجلس إدارة الهيئة بالمخالفة للمادة الرابعة من المرسوم بالقانون رقم ..، كما أصدر القرار رقم .. غير المتوافق مع المرسوم رقم... كما قام بإصدار القرار رقم دون عرض على مجلس الإدارة ودون تفويض صحيح منه، كما حضر المطعون ضده اجتماع وزراء... العرب في لبنان على الرغم من أن ذلك من اختصاص وزير.. ودون التنسيق معه، كما عرض المطعون ضده في هذا الاجتماع استضافة الدور.. لمهرجان.. دون وضع ترتيبات لهذا الحدث، كما خاطب ديوان الخدمة المدنية لتعيين (٧٥٠ موظفاً) على بند المكافآت، على الرغم من أن عدد الموظفين المعيّنين على بند المكافآت خلال السنوات الماضية بلغ (٣٠٠ موظف فقط)، وأظهر المطعون ضده في كثير من الأحيان عدم تعاون مع وزارة.. وتقاوس عن الرد على عشرات الاستفسارات

التي طلبتها الوزارة ولم يعرض كثير من التحفظات التي أبدتها الوزارة على بعض القرارات لدى مجلس إدارة الهيئة...

بما يدل على انفراد المطعون ضده بإصدار القرارات بشئون الهيئة ..، وأنه غالباً ما يصدر قراراته دون أن يتدارسها مع مجلس الإدارة أو حتى يعرضها عليه، وأنه غير متعاون مع رئيسه وزير الدولة... وغالباً ما يخالف تعليماته ولا يأخذ بملاحظاته، ويعترض على قراراته في كثير من الأحيان دون مبرر

"وترتب على ذلك إخلال بسير المرفق واضطربت أعماله وحاد عن الأغراض المشار إليها والتي أنشئت الهيئة من أجلها، فإذا ما قامت جهة الإدارة في ظل هذه الظروف بالاستغناء عن خدماته عن طريق إحالته إلى التقاعد الذي توافرت شروط إعماله في حقه، خصوصاً وأن له مدة خدمة في الوظيفة العامة جاوزت التسعة والثلاثين عاماً، وكان وقت إحالته للتقاعد مستحقاً لمعاش تقاعدي، وقد صدر قرار إحالته للتقاعد من مجلس الخدمة المدنية المختص أصلاً بإصداره وبناءً على رغبة وزير الدولة لشئون ..، واستوفى هذا القرار جميع الإجراءات والشروط المتطلبه قانوناً، ومن ثم يكون هذا القرار قائماً على سببه الصحيح المبرر له قانوناً".

المبحث الثانى

التكليف القانونى للإحالة إلى التقاعد وتبريراتها

نتناول هذا التحليل من خلال تحديد مفهوم الإحالة إلى التقاعد وما يشابهها من أسباب انتهاء خدمة الموظف، والتبريرات التى يستند إليها.

ثم نعرض بعد ذلك للتكليف القانونى الصحيح والحقيقى للإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، كسبب لإنهاء خدمة الموظف وعلاقته بالوظيفة العامة، وذلك فى مطلبين:

المطلب الأول:

مبررات الإحالة إلى التقاعد والعزل (أو الفصل بغير الطريق التأديبى).

المطلب الثانى:

التحليل القانونى للإحالة إلى التقاعد وتبريراتها.

المطلب الأول

مبررات الإحالة إلى التقاعد والعزل (أو الفصل بغير الطريق التأديبى)

الإحالة إلى التقاعد والعزل (أو الفصل بغير الطريق التأديبى) قد يلتقيان فى مضمونهما العام أو المفهوم العام لهما وأثرهما، وهو إنهاء خدمة الموظف لغير الأسباب الأخرى لإنهاء الخدمة مثل: الاستقالة أو عدم اللياقة الصحية أو ارتكاب جريمة جنائية تبرر ذلك، أو بلوغ سن التقاعد أو لسبب تأديبى أو الوفاة، ومثل هذه الأسباب الأخيرة لها مبرراتها المفهومة والمنطقية والمعقولة والمقبولة والطبيعية ولا يعترض عليها أحد.

ولكن هذين السببين (الإحالة للتقاعد والعزل أو الفصل بغير الطريق التأديبى)، يختلفان فى المفهوم الخاص لكل منهما وفى المبررات وراء اللجوء إليه.

فالإحالة إلى التقاعد هي فى مفهومها الخاص عبارة عن إنهاء خدمة الموظف لسبب تقدره السلطة المختصة بإصدار قرار الإحالة، وبالطبع يرتبط هذا السبب بمقتضى أو مقتضيات مصلحة العمل أو المصلحة العامة، دون أن ينسب إليه أى مخالفة تبرر إنهاء خدمته، وقد تجد هذه الإحالة تبريرها فى الرغبة فى تجديد الدماء، وإفساح المجال أمام العناصر الشابة فى مجال الوظيفة العامة أو الخدمة المدنية، أو أسباب أخرى قد تراها السلطة المختصة مبرراً للجوء إلى هذه الوسيلة لإنهاء خدمة الموظف.

أما العزل أو الفصل بغير الطريق التأديبي، فهو إنهاء خدمة الموظف لسبب قد يتعلق بدواعي أمنية، أو لأن وجوده بالخدمة يمكن أن تنتج عنه بعض المخاطر أو الآثار السلبية على العمل، دون أن يمكن أن يُنسب إليه أخطاء أو مخالفات تأديبية تبرر اتخاذ الإجراءات التأديبية ضده وفصله بالطريق التأديبي.

ولهذا السبب فإن النظم التي تأخذ بهذه الطريقة لإنهاء خدمة الموظف تمنح الاختصاص بإصدار قرار عزل أو فصل الموظف بغير الطريق التأديبي لأعلى سلطة تنفيذية في الدولة.

ووجدت تطبيقات لهذه الطريقة في كل من مصر والكويت.

أولاً - في مصر:

*** القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٢:

كان القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٢ ينص على الفصل بغير الطريق التأديبي كإحدى طرق إنهاء خدمة الموظف، ونظراً لأنه طريق غير عادي لإنهاء خدمة الموظف فكان الاختصاص بإصدار القرار في شأنه منوطاً بأعلى سلطة تنفيذية في البلاد وهو رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى أن هذا القانون كان يحدد الحالات والأسباب التي تجيز هذا النوع من الفصل، وقد حددها على سبيل الحصر، وبيّن إجراءات هذا الفصل والقواعد التي تحكمه، وذلك على النحو التالي:

أ) عدم فصل الموظف بغير الطريق التأديبي إلا لأحد الأسباب المحددة على

سبيل الحصر في القانون، وهي كالتالي:

- ١ - إذا أخلّ الموظف بواجبات وظيفته بما من شأنه الإضرار بالجسيم بالإنتاج، أو بمصلحة اقتصادية للدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.
- ٢ - إذا قامت بشأنه دلائل جديّة على ما يمس أمن الدولة وسلامتها.
- ٣ - إذا فقد أسباب الصلاحية للوظيفة التي يشغلها لغير الأسباب الصحية، وكان من شاغلي الوظائف العليا.
- ٤ - إذا فقد الثقة والاعتبار، وكان من شاغلي الوظائف العليا.

ب) المختص بإصدار قرار الفصل بغير الطريق التأديبي:

يتم الفصل بغير الطريق التأديبي بقرار من رئيس الجمهورية، بناءً على اقتراح الوزير المختص.

ج) سماع أقوال الموظف:

لا يصدر قرار الفصل إلا بعد سماع أقوال الموظف.

ج) تسبب قرار الفصل بغير الطريق التأديبي:

يجب أن يكون قرار الفصل مسبباً.

د) عدم جواز استخدام هذه الطريقة في الفصل بالنسبة للموظف المحال إلى

المحكمة التأديبية:

لا يجوز الالتجاء إلى الفصل بغير الطريق التأديبي إذا كان الموظف محالاً إلى المحكمة التأديبية، فيتعين في هذه الحالة انتظار ما تسفر عنه هذه المحاكمة.

هـ) عدم جواز تحصين قرار الفصل من دعوى الإلغاء أو التعويض:

لا يجوز - حتى بقانون - تحصين القرار الصادر بهذا النوع من الفصل ضد الطعن فيه بدعوى الإلغاء، أو ضد المطالبة بالتعويض بدعوى تعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية التي أصابت الموظف من جراء فصله بغير الطريق التأديبي.

و) تعويض الموظف:

تنتهي خدمة الموظف بهذه الطريقة بصدور قرار رئيس الجمهورية بفصله، ومع ذلك يستحق الموظف المفصول تعويضاً يعادل أجره ما بين تاريخ صدور القرار وتاريخ إخطاره به، مع صرف أجره إلى اليوم الذي تنتهي فيه خدمته.

وكان يتم اللجوء إلى هذه الطريقة بالنسبة للموظفين غير المرضي عنهم، أو عليهم مأخذ أمنية، أو أن مجرد وجودهم في الخدمة يمثل عائقاً أمام حسن سير المرفق العام، دون أن ينسب إليهم خطأ إداري محدد أو مخالفة تأديبية يمكن محاسبتهم عليها جزاء فصلهم من العمل بالطريق التأديبي.

وجدير بالذكر أن قانون العاملين المدنيين بالدولة بمصر رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ لم ينص على هذا السبب بين أسباب انتهاء خدمة الموظف.

*** القانون رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٥:

بتاريخ ٨ يوليو ٢٠١٥ أصدر الرئيس عبد الفتاح السيسي - رئيس جمهورية مصر العربية (حال غياب البرلمان) القرار بقانون رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٥ (والذي نشر في الجريدة الرسمية العدد ٢٨ تابع أ في ٩ يوليو ٢٠١٥)، وبعد انتخاب مجلس النواب وعرض القرار بقانون عليه، فقد وافق عليه في شهر مارس ٢٠١٦، فأصبح

قانوناً ساري المفعول منذ صدوره في يوليو ٢٠١٥، وقد نص هذا القانون على ما يلي:

"يجوز لرئيس الجمهورية إعفاء رؤساء وأعضاء الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية من مناصبهم في الحالات الآتية:

- ١ - إذا قامت بشأنه دلائل جدية على ما يمس أمن الدولة وسلامتها.
- ٢ - إذا فقد الثقة والاعتبار.
- ٣ - إذا أخل بواجبات وظيفته بما من شأنه الإضرار بالمصالح العليا للبلاد أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.
- ٤ - إذا فقد أحد شروط الصلاحية للمنصب الذي يشغله لغير الأسباب الصحية.

وقد استند الرئيس السيسي إلى هذا القانون وأصدر القرار الجمهوري رقم ١٣٢ لسنة ٢٠١٦ (المنشور في الجريدة الرسمية العدد ١٢ مكرر (أ) الصادر في ٢٩ مارس ٢٠١٦)، بإعفاء رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات من منصبه، ونصه كالتالي:

قرار رئيس جمهورية مصر العربية

رقم ١٣٢ لسنة ٢٠١٦

رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور

وعلى قانون الجهاز المركزي للمحاسبات الصادر بالقانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨، المعدل بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٩٨.

وعلى القانون رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٥ بشأن حالات إعفاء رؤساء وأعضاء الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية من مناصبهم.

وعلى لائحة العاملين بالجهاز المركزي للمحاسبات الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٩٦ لسنة ١٩٩٩.

وعلى قرار رئيس الجمهورية رقم ١٧٢ لسنة ٢٠١٢.

وعلى البيان الصادر من نيابة أمن الدولة العليا بشأن التحقيقات التي تجريها في واقعة تصريحات رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات بشأن تكلفة الفساد في مصر عن عام ٢٠١٥.

قـــــــــــــــــرر

(المادة الأولى)

يُعى السيد المستشار/ هشام أحمد فؤاد جنية - رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات من منصبه اعتباراً من ٢٨/٣/٢٠١٦.

يُنشر هذا القرار في الجريدة الرسمية.

صدر برئاسة الجمهورية في ١٩ جمادى الآخرة ١٤٣٧هـ.

الموافق ٢٨ مارس ٢٠١٦.

عبد الفتاح السيسي

وقد أثار القانون ومن بعده القرار المذكورين بعاليه جدلاً واسعاً بين أوساط القانونيين في مصر، والذين انقسموا ما بين مؤيد ومعارض لذلك القانون والقرار:

- فذهب رأي إلى أنهما يخالفان الدستور والقانون، واستند هذا الرأي على حجتين أساسيتين:

الحجة الأولى: مخالفة الدستور المصري الصادر في عام ٢٠١٤، وذلك من ناحيتين:

- مخالفة المادة ٢١٥ منه التي تنص على أن:

"يحدد القانون الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية. وتتمتع تلك الهيئات والأجهزة بالشخصية الاعتبارية، والاستقلال الفني والمالي والإداري، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين، واللوائح المتعلقة بمجال عملها".

وتعد من تلك الهيئات والأجهزة البنك المركزي والهيئة العامة للرقابة المالية، والجهاز المركزي للمحاسبات، وهيئة الرقابة الإدارية.

وهو ما كان يلزم على رئيس الجمهورية عرض القانون على تلك الأجهزة قبل إصداره القرار بالقانون رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٥.

- مخالفة المادة ٢١٦ منه التي تنص على أن:

"يصدر بتشكيل كل هيئة مستقلة أو جهاز رقابي قانون، يحدد اختصاصاتها، ونظام عملها، وضمانات استقلالها، والحماية اللازمة لأعضائها، وسائر أوضاعهم الوظيفية، بما يكفل لهم الحياد والاستقلال. ويعين رئيس الجمهورية رؤساء تلك الهيئات والأجهزة بعد موافقة مجلس النواب بأغلبية أعضائه لمدة أربع سنوات قابلة

للتجديد لمرة واحدة، ولا يُعفي أي منهم من منصبه إلا في الحالات المحددة بالقانون، ويُحظر عليهم ما يُحظر على الوزراء".

الحجة الثانية: مخالفة قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ والمعدل بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٩٨، حيث تنص المادة ٢٠ منه على أن:

"يصدر بتعيين رئيس الجهاز قرار من رئيس الجمهورية لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة متضمناً معاملته المالية، ويُعامل من حيث المعاش وفقاً لهذه المعاملة ولا يجوز إعفاؤه من منصبه، ويكون قبول استقالته بقرار من رئيس الجمهورية".

وبالتالي فإن قانون الجهاز المركزي للمحاسبات قد حظر إقالة رئيس الجهاز، وحيث إن من المبادئ المستقرة لدى المحكمة الإدارية العليا أنه لا يجوز للقرار أن يخالف القانون عملاً بمبدأ قوة النص التشريعي، حيث إن القانون يعلو القرار في التدرج التشريعي.

ويرى هذا الرأي أن من شأن مثل هذا القانون وهذا القرار أن يؤدي إلى هيمنة وسيطرة رئيس الجمهورية على الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية، وهو الأمر الذي سيعيقها عن القيام بدورها المرسوم لها وأداء مهامها المحددة وتحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها.

— **وذهب رأي آخر إلى أن القانون والقرار سالف الذكر يتفقان مع حكم الدستور والقانون، واستند في ذلك على حجتين أساسيتين كذلك:**

الحجة الأولى: إن المادة ٢١٦ ذاتها من الدستور قد أجازت لرئيس الجمهورية إعفاء رؤساء الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية من مناصبهم، وذلك في الحالات المحددة بالقانون، وقد حدد القانون رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٥ هذه الحالات والتي استند إليها قرار رئيس الجمهورية في إعفاء رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات.

وكانت نيابة أمن الدولة العليا قد أصدرت بياناً صحفياً، ذكرت فيه أن رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات، المستشار هشام جينية، قد جمع المستندات والتقارير والمعلومات، واحتفظ بصورها وبعض من أصولها، مستغلاً في ذلك صلاحيات منصبه، ليواجه بذلك تهمة استغلاله لمنصبه، بالإضافة إلى تصريحاته في وسائل الإعلام عن حجم وقيمة الفساد في مصر بشكل مبالغ فيه ولا يتفق مع الواقع والحقيقة^(١٨).

(١٨) كان رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات آنذاك قد ذكر أن حجم الفساد في مصر وصل إلى ما يزيد على ٦٠٠ مليار جنيه مصري.

مما يضر بمصالح البلاد العليا ويهز الثقة في اقتصادها وثقة المستثمرين، وهي أسباب تجيز لرئيس الجمهورية إعفاءه من منصبه استناداً إلى الحالات التي نص عليها قانون ٨٩ لسنة ٢٠١٥.

الحجة الثانية: إن وقت إصدار القرار بالقانون رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٥ - الذي حدد الحالات التي يجوز فيها لرئيس الجمهورية إعفاء رؤساء الهيئات المستقلة والرقابية من مناصبهم - كانت سلطة التشريع في يد رئيس الجمهورية، لعدم وجود مجلس النواب وقتئذ، ولم يكن القانون قد حدد الهيئات المستقلة والأجهزة الرقابية، وبالتالي لم يكن مفروضاً على الرئيس حينذاك أخذ رأيهم في القرار بقانون الذي أجاز لرئيس الجمهورية إعفاء رؤساء تلك الهيئات من مناصبهم.

بالإضافة إلى أن القرار بقانون المشار إليه لا يتعلق بمجال عمل هذه الهيئات والأجهزة، وإنما بمنصب رؤسائها، ولو افترضنا جدلاً أنه كان من المفروض أخذ رأيهم في هذه الحالة، فمن غير المتصور أنهم كانوا سيوافقون على مثل مشروع القرار بالقانون بإعفائهم من مناصبهم.

ويرى هذا الرأي أنه من الطبيعي أن تكون لرئيس الجمهورية الصلاحية في اتخاذ قرار الإعفاء في الحالات المحددة في القانون رقم ٨٩ لسنة ٢٠١٥، لأنها حالات من الخطورة بحيث لا تحتمل الانتظار حتى يقدم رئيس الهيئة أو الجهة التي تنطبق عليه حالة من هذه الحالات استقالته، أو يرتكب مخالفة تأديبية من المخالفات الجسيمة التي تبرر فصله بالطريق التأديبي.

ثانياً - في الكويت:

العزل كسبب لانتهاج الخدمة في الكويت، كان منصوصاً عليه في المادة الأولى من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٤، والمادة (٣) من المرسوم بالقانون ٢ لسنة ١٩٨٩، بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية، اللتين كانتا تنصان على ما يلي:

"تنتهي الخدمة لأحد الأسباب الآتية:

١-..... ٢-..... ٣-..... ٤- العزل بقرار من مجلس الوزراء".

وقد أضاف المرسوم بالقانون المشار إليه سبباً آخر وأصبح سبب العزل هو السبب رقم (٥).

وكما يبين من هذا النص، فإنه كان يعقد الاختصاص بالعزل لمجلس الوزراء. وهذا البند الذي كان يتضمن سبب العزل - من ضمن أسباب انتهاء الخدمة،

وكان يمنح الاختصاص به إلى مجلس الوزراء - قد تم إلغاؤه بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٥ بإلغاء البند الخامس من المادة (٣٢) من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية، حيث نص في مادته الأولى على ما يلي:

"يُلغى البند (٥) من المادة (٣٢) من المرسوم بالقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٩ المشار إليه".

كما نص في المادة الثانية منه على أن:

"يُلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون".

كما نصت بعض لوائح المؤسسات العامة على أسباب مشابهة للعزل، تحت ما يطلق عليه "التسريح".

ومثال ذلك اللوائح الإدارية ونظام العاملين بمؤسسة البترول الكويتية المقررة بقرار مجلس إدارة المؤسسة رقم ١٦/١٩٨٣ بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٨٣، والمعتمدة من المجلس الأعلى للبترول في اجتماعه رقم ٥٣ المنعقد بتاريخ ٦ أبريل ١٩٨٣، وموافقة مجلس الوزراء بجلسته رقم (٨٣/١٥) المنعقدة في ١٠ أبريل ١٩٨٣.

حيث نصت المادة (١) من الباب الثامن (انتهاء الخدمة المدنية) من هذه اللوائح على أن تنتهي خدمة الموظف في المؤسسة في إحدى الحالات التالية:

أ- ب- ج- د- هـ- و- ز-
..... ح- ط-

(ي) التسريح:

ووفقاً لهذه الطريقة فإنه يجوز إلغاء عقد الموظف من قبل المؤسسة في أي وقت خلال مدة العقد، مع دفع مكافأة نهاية الخدمة له والأجر الإجمالي عن بقية مدة العقد المحدد المدة.

ويجوز في جميع الأحوال تسريح الموظف دون التقيد باستكمال الإجراءات المنصوص عليها في الباب العاشر (وهو الباب الخاص بالجزاءات وقواعد تطبيقها)، كما هو مذكور في البند (ط) من هذه المادة وهو البند الخاص بانتهاء الخدمة بالفصل بقرار تأديبي، والذي ينص على أنه يجوز فصل الموظف من الخدمة دون إعلان ودون أن تدفع له مكافأة نهاية الخدمة إذا ارتكب خطأ يستوجب فصله وفقاً لأحكام المواد المتعلقة بهذا الشأن من الباب العاشر، وبعد استكمال الإجراءات المنصوص عليها في الباب المذكور، شريطة أن تدفع له رواتبه الإجمالية عن بقية مدة العقد ومكافأة نهاية الخدمة.

المطلب الثاني

التحليل القانوني للإحالة إلى التقاعد وتبريراتها

إذا أردنا تحديد التكيف القانوني الصحيح لقرار الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، فنقول إنه في حقيقته قرار بالعزل أو بالتسريح أو بالفصل بغير الطريق التأديبي؛ لأنه لا يرجع إلى سبب تأديبي، ولا حتى لسبب محدد واضح، اللهم إلا التذرع بفكرة المصلحة العامة، وهي الفكرة الهولامية المطاطة التي يمكن أن تتخفى وراءها الجهة الإدارية وتأخذها ستاراً للتخلص من الموظف لمجرد أن القيادات لا ترغب فيه أو غير راضية عنه أو أنه يقف حجر عثرة أمام تحقيق أغراض معينة لهذه القيادات، أو يخالفها في الرأي أو يأبى على نفسه السير في ركابها أو التستر على مخالفتها لأحكام القانون أو عدم تنفيذ طلباتها أو رغباتها التي يرى الموظف أنها تتعارض مع مصلحة العمل أو تصطدم ببعض القواعد أو أحكام القانون.

وإذا نظرنا إلى أحكام القضاء الإداري في الكويت، والتي تنطوي على نوع من الاختلاف - بل والتناقض والتعارض والتضارب - بشأن الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، خاصة بالنسبة للقيادات الإدارية) وهي مستوى وكيل وزارة ووكيل وزارة مساعد وما يعادلها في الهيئات والمؤسسات العامة مثل وظيفة مدير عام ونائب مدير عام في الهيئات العامة، أو رئيس تنفيذي وعضو منتدب في المؤسسات العامة)، فإننا نستطيع أن نجد أسانيد القضاء في ذلك في النظريات والقواعد التالية:

أولاً: نظرية السلطة التقديرية وعناصرها ومدى سلطة القاضي الإداري في رقابتها.

ثانياً: فكرة المصلحة العامة.

ثالثاً: عيب الغاية المتعلق بإساءة استعمال السلطة والانحراف بالإجراء في القرار الإداري.

أولاً: نظرية السلطة التقديرية وعناصر ومدى سلطة القاضي الإداري في رقابتها

من المعروف أن الإدارة تتمتع بنوعين من السلطات؛ السلطة المقيدة والسلطة التقديرية.

السلطة المقيدة LE POUVOIR LIE:

سلطة الإدارة تكون مقيدة عندما يحدد لها القانون القرار الذي يتعين عليها

اتخاذه في حالة توافر شروط محددة، وفي هذه الحالة يجب على الإدارة اتخاذ القرار الذي حدده القانون، ورقابة الإلغاء في حالة السلطة المقيدة هي الرقابة العادية LE CONTROLE NORMALE، أو رقابة الحد الأقصى LE CONTROLE MAXIMUM، التي يبحث القاضي بمقتضاها فيما إذا كان القرار الصادر من الإدارة هو الذي حدده لها القانون، كما يراقب مدى توافر الشروط التي حددها القانون للإدارة لإصدار مثل هذا القرار.

أما السلطة التقديرية LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE:-

فتكون عندما يترك القانون للإدارة حرية الاختيار والتقدير فيما يتعلق ببعض عناصر القرار، وعادة ما يتعلق ذلك بالعناصر الداخلية LES ELEMENTS INTERNES DE L'ACTE ADMINISTRATIF، أو المشروعية الداخلية في القرار LA LEGALITE INTERNE والتي تتعلق بالغاية LE BUT وصحة الدافع LE MOTIF من الناحية المادية الواقعية ومن الناحية القانونية^(١٩).

وفيما يتعلق بهذا النوع من السلطة فإن قاضي الإلغاء يمارس ما يُعرف برقابة الحد الأدنى LE CONTROLE MINIMUM، والتي تركز أساساً على عناصر المشروعية الخارجية للقرار LA LEGALITE EXTERNE وتتمثل أساساً في عيوب عدم الاختصاص والشكل والإجراءات^(٢٠).

ثم أضاف القضاء عنصراً جديداً وهو ما يعرف بالخطأ الظاهر أو الواضح L'ERREUR MANIFESTE في التقدير، ويكون في حالة عدم التناسب الكبير وغير المبرر والواضح بين القرار وسببه^(٢١)، وعلى سبيل المثال - في إطار التأديب

(١٩) راجع:

Georges VEDEL Droit administratif, Paris, 1986, P.578 et ss. F. GAZIER, de présentation nouvelle des ouvertures de recours pour excès de pouvoir. C.E.E.D 1951. P. 77. J.M. AUBY et R. DRAGO. Traité de contentieux administratif T. 1, 2e éd. 1975, L.G.D.J.P. 236 et s.

(٢٠) راجع:

René HOSTIOU, Procédures et Formes de l'acte administratif unilatérale en Droit français, Paris, L.G.D.J, 1975.

(٢١) راجع:

C.E. 14 Janv. 1948 Canavaggia, Rec.P. 18

وراجع د. رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها - دار النهضة العربية ١٩٩٤.

- ارتكاب الموظف خطأً تأديبياً بسيطاً فتصدر الإدارة قراراً بفصله، وهو ما يعرف في مصر بقضاء الغلو^(٢٢)، وكذلك في الكويت^(٢٣).

فأصبح هذا السبب عنصراً من عناصر المشروعية التي تخضع لرقابة القاضي. والقاضي قد يُقدَّر دخول بعض العناصر في رقابة الحد الأدنى، مثل المسائل الفنية^(٢٤)، وقد يدخل بعض العناصر الأخرى في رقابته العادية، حسب الظروف القانونية والواقعية، أما عنصر توقيت إصدار القرار فهو أمر متروك - كقاعدة - لتقدير الإدارة، والمفروض ألا يخضع لرقابة القضاء، إلا إذا كان هناك تعسف في ذلك، أي أن اختيارها لوقت إصدار القرار لا يستند إلى دوافع تتعلق بالصالح العام، ومثال ذلك أن تتراخى الإدارة في إجراء الترقيات، لتفويت فرصة على الموظف في الترقية التي يستحقها.

والأصل أن رقابة الإلغاء هي رقابة مشروعية لا رقابة ملاءمة. والأسباب التي تتعلق بالنظام العام، يتعين على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه^(٢٥).

(٢٢) راجع في تفصيل ذلك: رسالتنا للدكتوراه في التأديب في الوظيفة العامة باللغة الفرنسية، بعنوان:

La Répression disciplinaire dans la fonction publique, étude comparative du Droit français et du Droit égyptien, NANTES, 1984, P512, et ss.

و ص ٥٢٣، ٥٢٢ وأيضاً
Ch.DEBBASCH, Contentieux administratif, 3e éd. 1981 P, 798, KORN-PROBST, l'erreur manifeste, D, 1965, Chron. P, 121 J.Y. Vincent, L'erreur manifeste d'appréciation, R.A, 1-971, P..7.

WALINE, le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, R.D.P 1930, P. 1976.

د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، القاهرة، ١٩٧٠. وبحثنا المنشور في كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية - جامعة نانت بفرنسا يونيو ١٩٨٣، بعنوان:

L'évolution du contrôle exercé par le Juge administratif français sur la proportionnalité en matière de sanctions disciplinaires dans la fonction publique.

(٢٣) راجع في ذلك على سبيل المثال: حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٠١٠/١٦١ إداري بجلسة ٢٠١٢/٢/١٦.

(٢٤) كتقدير القيمة الوظيفية للموظف راجع: CE16 Fev, 1973, Ministre de la sant publique .C. Barate, Rec. p, 148

(٢٥) راجع: حكم مجلس الدولة الفرنسي: CE 29 Janv, 1958, Vincent, Rec. p, 47.

وهذه الأسباب هي التي تتمثل في مخالفة قاعدة أساسية وجوهرية في نظام قانوني معين، بحيث يتعرض هذا النظام للخطر لو عمت مثل هذه المخالفة وكثرت. ومن المتفق عليه أن القواعد الخاصة بالاختصاص تتعلق بالنظام العام، وهناك عناصر أخرى يُفدّر القاضي أنها تتعلق بالنظام العام، ويمكن أن تساعد على حل النزاع فيثيرها من تلقاء نفسه^(٢٦).

**** العبرة في فحص مشروعية القرار بوقت صدوره:**

العبرة في فحص مشروعية القرار - سواء الخارجية أو الداخلية - وتقدير مدى وجود العيوب المنسوبة إلى القرار، هي بوقت صدور القرار، ولا عبرة لما يسبق أو يلحق ذلك. وفي هذا المعنى تقول محكمة القضاء الإداري في مصر، "يتعين للحكم على مشروعية القرار الإداري الرجوع إلى القوانين القائمة وقت صدوره وإلى الظروف التي لابسته ومدى تحقيقه للصالح العام وذلك عند صدور القرار فقط، دون ما يصدر من قوانين لاحقة أو ما يستجد من ظروف يكون من شأنها زوال السند القانوني للقرار أو تعديل المركز الذي أنشأه"^(٢٧).

**** حدود سلطة قاضي الإلغاء:**

تقتصر سلطة قاضي الإلغاء - كقاعدة - على الحكم بإلغاء القرار جزئياً أو كلياً، إذا ما تحقق من قيام سببه، أو برفض الإلغاء إذا لم يثبت قيام سببه. والأصل أن قاضي الإلغاء لا يتعدى ذلك، فليس له أن يصدر أوامر أو توجيهات إلى الإدارة، بما يجب أن تفعله أو تقوم به. فلا يجوز له مثلاً، أن يصدر أمراً أو قراراً بترقية الطاعن، أو منح ترخيص معين له، وإنما له فقط أن يحكم بإلغاء القرار (الصريح أو الضمني) الصادر من الإدارة، إذا كان ذلك ينطوي على عيب من العيوب التي تؤدي إلى الإلغاء. وليس له أن يحكم على الإدارة بغرامة تهديدية ASTREINTE، لحملها على اتخاذ قرار معين أو أمر معين أو للقيام بعمل معين^(٢٨).

(٢٦) راجع: DEBBASCH, op.cit, p, 763.

(٢٧) ق. ١٦/١٠/١٩٥٦، س ١٠ ق، و ١١/٥/١٩٥٠، س ٤ ق، و إ.ع ١٠/١١/١٩٦٢.

(٢٨) في الكويت، إذا قررت المحكمة في إحدى الدعاوى عقد جلسة استجواب وكلفت الإدارة بتقديم مستند تحت يدها وتخلفت الإدارة عن تقديم المستند المطلوب رغم تأجيل نظر الدعوى عدة مرات لهذا الغرض، فإن للمحكمة أن تحكم على الإدارة بغرامة لهذا السبب.

ولكن قد يلجأ القاضي إلى تضمين حكمه شرحاً لما يتفق مع أحكام القانون وقواعده في المسألة المعروضة عليه، وهذا يتضمن إيعازاً أو تلميحاً أو حتى توجيهاً للإدارة لما يجب عمله حتى يكون موقفها مطابقاً للقانون^(٢٩).

كما أن إلغاءه للقرارات السلبية أو الضمنية بالرفض، تتضمن أمراً مقنعاً للإدارة باتخاذ قرار إيجابي في المسألة التي يتعلق بها القرار الذي تم إلغاؤه، وكذلك عندما يقضي بوقف تنفيذ هذه القرارات كرفض منح ترخيص ما، ولذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن وقف التنفيذ لا يكون إلا بالنسبة للقرارات التنفيذية LES DECISIONS EXECUTOIRES^(٣٠).

ثانياً: فكرة المصلحة العامة

ليكون القرار الإداري صحيحاً سليماً من الناحية القانونية ويكون صالحاً لإنتاج آثاره، يتعين أن يكون مكتمل الأركان مستوفياً شروط صحته، ومن وجهة نظرنا، فإن أركان القرار الإداري ثلاثة وهي: ركن السبب وركن المحل وركن الغاية، وشروط صحة القرار ثلاثة أيضاً: شرط الاختصاص، وشرط الإجراءات، وشرط الشكل.

وغياب أي ركن من أركان القرار يؤدي إلى انعدام القرار أي بطلانه بطلاناً مطلقاً، أما غياب أي شرط من شروط الصحة فيؤدي إلى بطلان القرار بطلاناً نسبياً، إلا إذا كان العيب في أحد هذه الشروط وصل إلى درجة من الجسامه التي تؤدي إلى انعدام القرار ذاته، مثل عيب عدم الاختصاص الجسيم أو العيب الجسيم في إجراء أو شكل جوهري لا قيام للقرار مع وجوده، وهو بذلك يتساوى مع الأثر الذي يترتب على غياب ركن من أركان القرار، فيصبح غير صالح لترتيب أي أثر قانوني، كما لا يتحصن القرار بمرور مدة الطعن فيه^(٣١).

(٢٩) راجع: CE 13 Mars, 1925 RODIERE, Les grands arrts de la jurisprudence administrative, 7e d, 1978, p, 189 et ss.

(٣٠) راجع: CE 13 Mai, 1949 Rausset, Rec. p, 21 GELELE, Le sursis execution d'une decision ngative, D. 1996 Chronique, p. 161.

(٣١) راجع د/ رمزي الشاعر تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة الطبقة الثالثة ٢٠٠٠ معيار التفرقة بين القرار الباطل والقرار المعدوم ص٧٧ وما بعدها، واختلاف الآثار التي تترتب على كل منهما ص٣١٩ وما بعدها، د/ محمد عبدالرحمن الققطي، نظرية انعدام القرارات الإدارية وآثرها في مسألة الاختصاص، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٩٢، وراجع في التفرقة بين القرار الباطل والقرار المنعدم إ.ع ١٧/١٢/١٩٨٩ الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٢ ق، ورقم ٥٨٧ لسنة ٣٢ ق، ٢٦/١/١٩٩١ الطعن رقم ١٢٩٤ ورقم ١٧٨٦ لسنة ٣٦ ق، و ١/١٢/١٩٩٢ الطعن رقم ١٧٨٦ لسنة ٣٦ ق.

وركن الغاية في القرار الإداري هو الهدف أو الغرض الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه وإدراكه من وراء القرار الإداري الذي تصدره، وعندما يمنح القانون للإدارة سلطة اتخاذ القرارات فإنه لا يحدد لها - كقاعدة عامة - هدفاً معيناً من وراء كل قرار.

ورغم ذلك فهي تتقيد في ذلك بالمبادئ التالية:

أ) الهدف الخاص - مبدأ تخصيص الأهداف:

أنه عندما يحدد القانون للإدارة هدفاً معيناً من وراء منحه إياها سلطة واختصاص معين أو صلاحية ما، فإنها تتقيد بهذا الهدف المحدد ولا تحيد عنه، وإلا كان قرارها معيباً في ركن الغاية منه، حتى ولو كانت تهدف من وراءه الصالح العام بمفهومه المطلق.

** الانحراف بالإجراء:

عندما يمنح القانون السلطة الإدارية صلاحية اتخاذ إجراءات تنظيم داخلية مثل إجراءات النقل النوعي أو المكاني، لحسن سير العمل وتحسين الأداء فيه، فإنها تتقيد في استعمالها هذه الصلاحية بغرض تحسين الأداء في المرفق، فإن هي استعملت هذه الصلاحية ليس لتحقيق هذا الغرض وإنما بقصد الانتقام من أحد الموظفين أو التنكيل به أو نفيه بعيداً، كان قرارها معيباً في ركن الغاية منه، مشوباً بعيب الانحراف بالإجراء.

ففي هذه الحالة يعتبر إجراء النقل في حقيقته قراراً بتوقيع جزاء تأديبي مقنع، ألبسته الجهة الرئاسية ثوب الإجراءات الداخلية، حتى تهرب من الإجراءات التأديبية الواجبة الاتباع في حالة الرغبة في توقيع جزاء تأديبي على الموظف، لما تتسم به هذه الإجراءات من طول وتعقيد، ولما تنطوي عليه من كثير من الضمانات للموظف، وتوفر له حقوق الدفاع بشتى الوسائل، والجهة الرئاسية تريد الانتقام السريع من العامل فتخفي إجراء الجزاء تحت ستار إجراءات التنظيم الداخلية^(٣٢).

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري، أنه لا يجوز لجهة الإدارة اللجوء إلى نقل العامل كوسيلة لعقابه، والتنكيل به، فالنقل شرع لتحقيق الصالح العام وصالح الوظيفة، ولضمان انتظام سير العمل بالمرفق، ويتعين في حالة توقيع عقاب على الموظف احترام واتباع الإجراءات القانونية والتي يترتب على إغفالها البطلان^(٣٣).

(٣٢) إ.ع ٢٢/٤/١٩٩٥، طعن رقم ٦٠٦ لسنة ٣٥ق، وكذلك إ.ع ٢٢/٤/١٩٦٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة العاشرة رقم ٣٦٠ ص ٢٩٩.

(٣٣) منشور في جريدة الأهرام المصرية، العدد الصادر في ٢٠/٥/٢٠٠١، ص ١٤.

ب) الهدف العام - مبدأ المصلحة العامة:

إذا لم يحدد القانون - وهو غالباً لا يحدد - هدفاً خاصاً أو محدداً للإدارة من وراء استعمال سلطة معينة أو إصدار قرار معين، فليس معنى هذا أن تستعمل الإدارة هذه السلطة وتصدر هذا القرار لتحقيق أغراض خاصة أو شخصية أو ذاتية، وإنما هي مقيدة في كل الأحوال بتحقيق هدف المصلحة العامة أو الصالح العام.

فإذا لم يحدد القانون لها هدفاً محدداً فيتعين عليها أن تتغى من وراء أي قرار تصدره تحقيق المصلحة العامة، فإذا لم تفعل كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة.

ثالثاً: عيب الغاية المتعلق بإساءة استعمال السلطة والانحراف بالإجراء في القرار الإداري:

إذا كانت الإدارة تتمتع في بعض الحالات بسلطة تقديرية - ومن هذه الحالات إمكانية إنهاء خدمة الموظف قبل السن القانونية أو قبل المدة المحددة قانوناً أو المحددة في المراسيم الصادرة بتعيين القيادات - فإنه من المستقر قضاءً وفقهاً أنه ليس هناك سلطة تقديرية مطلقة للإدارة^(٣٤).

وسلطة الإدارة في إنهاء خدمة الموظف قبل بلوغ السن القانونية أو قبل المدة المحددة قانوناً إنما تحتاج إلى تأسيس قانوني سليم، فوفق النظرية التي تحكم القرار الإداري، أن أي قرار إداري يصدر يتعين - حتى يكون صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية - أن يكون مكتمل الأركان، والركن الأول والرئيسي في أي قرار إداري هو ركن السبب فيه، بالإضافة إلى بقية الأركان خاصة ركن الغاية، وهذه النظرية تنطبق على كافة القرارات الإدارية بما فيها قرار إنهاء خدمة الموظف قبل اكتمال المدة المحددة لذلك، والتي أطلق عليه دفاع الإدارة في إحدى القضايا "الإنهاء المبسر"^(٣٥).

ونحن نتحفظ على لفظ "مبسر" لأنه يستخدم هنا في غير محله القانوني الصحيح، فهذا اللفظ قد ينطبق في المجال الطبي على الأطفال المبصرة التي تولد قبل

(٣٤) راجع في ذلك الأحكام السابقة الإشارة إليها في المطلب الأول من المبحث الأول.

(٣٥) في إحدى مذكرات دفاع إدارة الفتوى والتشريع المقدمة لمحكمة الاستئناف في إحدى الدعاوى ورد في هذه المذكرة قول الفتوى والتشريع: "أن نظام الإحالة للتقاعد هو ذاته وبحسب طبيعته وغايته يهدف إلى (الإنهاء المبسر) للخدمة، أي قبل المدة المحددة قانوناً.. والقول بغير ذلك يناقض نظام الإحالة إلى التقاعد". (مذكرة الدفاع المقدمة في الاستئناف رقم ٢٠١٤/٦٩٠/٢ إداري/٢ بجلسة ١٢/٥/٢٠١٤).

اكتمالها، أما في المجال القانوني فاصطلاح "مبتسر" يُطلق على بعض القرارات الإدارية، وهي القرارات لا تنفذ بشكل مباشر وفوري وفق السير الطبيعي للأمر، وإنما تترتب آثارها في تاريخ لاحق، وهذه القرارات "المبتسرة" تثير مشكلة في بعض الحالات مثل إصدار أحد المسؤولين قراراً معيناً ويحدد تاريخاً لاحقاً لترتيب أثره يكون فيه هذا المسؤول قد ترك منصبه.

والتحصن بالسلطة التقديرية لا يعفي الإدارة من ضرورة وجود ركن السبب في قرارها، فهذه السلطة ليست سلطة مطلقة، كما استقر في أحكام القضاء الإداري العديدة التي سبق واستشهدنا بها.

الأمر يقتضي النظر إلى كل الشواهد في الواقع والظروف والملابسات المحيطة بإصدار القرار الطعين للثبوت من وجود أو عدم وجود سبب قانوني وواقعي ومنطقي له، والوقائع والأحداث والمناقشات والمراسلات والمكاتبات والمذكرات ذات العلاقة، تساعد على استنباط الأسباب والأهداف والأغراض الحقيقية في قرار الإحالة إلى التقاعد، وما إذا كان الدافع من وراء القرار هو الرغبة في إبعاد الموظف عن منصبه، ولأسباب ولأهداف وأغراض وغايات لا تمت للصالح العام بأي صلة، وإنما ورائها دوافع شخصية بحتة، أم أنها كانت تهدف حقيقة إلى تحقيق المصلحة العامة، وكل هذا يدخل في نطاق سلطة ودور المحكمة، التي يتعين عليها التحقق منه إعمالاً لدورها في الرقابة.

وعلى ذلك فإذا ذكرت جهة الإدارة بدفاعها - كما حدث في إحدى القضايا - "بأنها تملك المستندات التي تدل دلالة قاطعة على أن المستأنف قد أهمل في القيام بعمله"، وقد اطلعت المحكمة على المذكرة التي احتوت مثل هذا الدفاع، فلا يجوز لها أن تتجاهل ذلك أو تغض الطرف عما ذكرته الإدارة، ويتعين عليها في مثل هذه الحالة أن تُعمل رقابتها في البحث عن السبب الحقيقي في القرار محل الدعوى، وإسباغ التكييف القانوني السليم على القرار وبيان ما إذا كان في حقيقته قراراً بالإحالة إلى التقاعد أم إنه قرار تأديبي مفتح أو قرار بالعزل صدر بهدف التخلص من الموظف.

لأن ما ذكرته الإدارة في دفاعها يمثل في حقيقة الأمر اعترافاً صريحاً من جهة الإدارة ودليلاً كتابياً بتعسفها في استعمال سلطتها، وانحرافها بالإجراء المتخذ والقرار الصادر منها بإحالة الموظف إلى التقاعد عن الغاية التي من أجلها منحها القانون هذه السلطة، حيث إنها كانت تقصد في حقيقة الأمر توقيع جزاء الفصل عليه دون اتباع الإجراءات القانونية المقررة، ودون احترام الضمانات المنصوص عليها لحمايته من تعسف الإدارة أو انحرافها في استعمال سلطتها ضده.

وقد استقر قضاء محكمة التمييز الكويتية على أنه:

"من المقرر أن عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها الذي يبرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه هو من العيوب القصدية التي تشوب الغاية منه ذاتها، بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها القرار، أو أن تكون قد أصدرت القرار بباطل لا يمت لتلك المصلحة بصلة بما يجب معه إقامة الدليل عليه، لأنه لا يفترض وتقدير ثبوته من عدمه هو مما تستقل بها محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغاً"^(٣٦).

كما استقر القضاء الإداري المصري على أنه:

"يكفي أن تتبين المحكمة من ظروف الأحوال وملابساتها أن نية الإدارة اتجهت إلى عقاب الموظف بغير اتباع الإجراءات والأوضاع المقررة لذلك، فانحرفت بسلطتها في القرار لتحقيق هذا الغرض المستتر، فيكون القرار بمثابة الجزاء التأديبي المقنع، ويكون عندئذ مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ومخالفاً للقانون"^(٣٧).

إن أحكام القضاء الإداري متواترة ومستقرة على بطلان - بل وانعدام - القرارات التأديبية التي تتضمن في حقيقتها توقيع جزاء تأديبي دون احترام واتباع الإجراءات التأديبية المنصوص عليها، وسماع أقوال الموظف وتحقيق دفاعه، والمقررة لحماية الموظفين من جور الإدارة أو تعسفها في استعمال السلطات الممنوحة لها في مواجهة الموظفين"^(٣٨).

فمن واجب المحكمة أن تدقق فيما يبيده كل طرف في الدعوى، خاصة ما هو مؤثر ومنتهج فيها لتتعرف على حقيقة الغاية التي هدفت إليها الإدارة من إصدار قرار الإحالة، فإذا ورد في دفاع الإدارة ذاتها ما يشير إلى مخالفات إدارية منسوبة إلى الموظف، وتحققت المحكمة بأن هذا هو الباعث الحقيقي على إصدار قرارها، فيكون ذلك في حقيقته قراراً تأديبياً مقنعاً ألبسته الإدارة ثوب قرار إحالة إلى التقاعد، ويتعين على المحكمة في هذه الحالة بسط رقابتها واستجلاء الحقيقة ووزنها بميزان المشروعية، فإن لم تفعل ذلك المحكمة تكون قد قصرت في القيام بدورها في رقابة قرارات الإدارة.

(٣٦) الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٩٧ تجاري جلسة ١٩٩٨/١/٢٠، والطعن رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٨٦ تجاري جلسة ١٩٨٧/٤/٢٢.

(٣٧) إ.ع. ف. ١٩٥٦/٦/٢٣ المجموعة السنة ١ ص ٩٢٤ و ١٩٧٦/٥/٢٩ قضية ٥٠٩.

(٣٨) محكمة التمييز الحكم الصادر في جلسة ١٩٨٩/٢/٢٧، الطعن رقم ١٩٨٨/٢٣٨ إداري ١.

**** لايجوز الاكتفاء باستيفاء القرار لشرطي الشكل والاختصاص:**

لا يكفي المحكمة أن تقوم بالبحث فقط في استيفاء القرار المطعون فيه لشرطي الشكل والاختصاص من حيث صدوره من السلطة المختصة، دون أن يبحث في مضمون هذا القرار وركن السبب الذي بني عليه، وركن الغاية التي سعت الإدارة حقيقة إلى الوصول إليها.

ووجه مخالفة القانون في ذلك أنه لا يكفي لصحة أي قرار إداري مجرد استيفاء هذا القرار شرط الشكل وصدوره من مختص بإصداره، فهذه بدهيات أي قرار إداري، وإنما الأهم من ذلك هو أن يكون هذا القرار صادراً بناء على سبب يبرره قانوناً وواقعاً، وبسط رقابة المشروعية على هذا الركن الأساسي في القرار، والذي لا قيام له بدونه من الناحية القانونية، فإن لم تقم المحكمة بذلك ولم تتحقق من وجوده وحقيقته وصحته من الناحية القانونية والواقعية، تكون قد خالفت المستقر عليه في قضاء محكمة التمييز، والتي قضت بأن:

"القرار الإداري يجب أن يقوم على سبب صحيح يبرره صدقاً وحقاً أي في الواقع وفي القانون، وهو الحالة الواقعية والقانونية التي تحمل جهة الإدارة على التدخل منفردة بسلطتها الإدارية الأمرة بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار، ابتغاء تحقيق المصلحة العامة الذي هو غاية القرار، وعلى ذلك فإن صحة القرار الإداري تتحدد بالأسباب التي قام عليها ومدى سلامتها على أساس الأصول الثابتة بالأوراق ومدى مطابقتها للنتيجة التي انتهى إليها، فضلاً عن أنه وإن كان الأصل أن الجهة الإدارية ليست ملزمة بتسبب قرارها أو إفراغه في شكل معين طالما لم يلزمها القانون في ذلك إلا أنه ينبغي التفرقة بين تسبب القرار وبين إفراغه في شكل معين، فالمشروع إذا لم يلزم الجهة الإدارية بتسبب قرارها، فإن هذا الأمر إنما يتعلق بشكل القرار، إلا أن عدم استلزام هذا الأمر لا يعفي جهة الإدارة من وجوب أن يكون قرارها قائماً على سبب يبرره، إذ لا يوجد قرار إداري بغير سبب، باعتبار أن السبب هو ركن من أركان القرار الإداري، لا تقوم له قائمة بدونه، فإذا قام القرار على غير سبب يبرره فقد القرار أحد أركانه الجوهرية" (٣٩).

والقضاء الإداري يفرض رقابته على سبب القرار الإداري للتحقق من مدى مشروعيته، سواء ذكرت جهة الإدارة سبباً لقرارها أو لم تذكر، وفي هذه الحالة، تبحث

(٣٩) محكمة التمييز، الطعان رقما ٤٩٠ و ٤٩١/٢٠١٠ إداري جلسة ٢٠١١/٢/١٥.

المحكمة في ملابسات القرار والوقت الذي صدر فيه، وفيما إذا كان يستهدف حقيقة المصلحة العامة من عدمه.

وقد جرى قضاء التمييز على أنه:

"من المقرر ولئن كان نشاط القضاء الإداري في وزنه للقرارات ينبغي أن يقف عند حد المشروعية أو عدمها في نطاق الرقابة القانونية فلا يتجاوزها إلى وزن مناسبات القرار وغير ذلك مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الإدارة بغير معقب عليها فيها، إلا أنه له الحق في بحث الوقائع التي بني عليها القرار الإداري بقصد التحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون، وحقه في ذلك لا يقف عند حد التحقق من الوقائع المادية التي أسس عليها القرار بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون باعتبارها من العناصر التي يقوم عليها القرار الإداري، وللمحكمة - في حدود رقابتها للقرار - أن تقدر تلك العناصر التقدير الصحيح وأن تسمي الأمور بأسمائها الحقيقية دون التقييد بحرفية الألفاظ التي يجري بها التعبير؛ إذ العبرة في التكييف القانوني إنما يكون بفحوى القرار الإداري ومعناه لا بصفته ومبناه" (٤٠).

فإذا صدر القرار الإداري فجأة وبدون أي سبب يبرره، وبدون الإشارة إلى أي سبب أو إجراء يمكن أن يحمله أو يبعث على الاعتقاد بسلامته أو صحته، إنما يكون قد صدر مجرداً من أي سند، اللهم إلا الرغبة في استبعاد موظف من وظيفته - خاصة إذا تعلق الأمر بقيادي وكانت له إنجازات في وظيفته القيادية - فإن القرار يكون في هذه الحالة فاقداً لركن السبب فيه - والذي يمثل قاعدة القرار الإداري - ومصاباً بعوار في ركن الغاية منه، مما يجعل هذا القرار باطلاً مستوجباً الإلغاء.

وعلى المحكمة أن تبحث عن السبب الحقيقي وراء القرار المطعون فيه، ولا تتخذ مما ذكرته الجهة الإدارية على أنه الحق المبين، وإلا كان قضاؤها قد صدر بالمخالفة لأحكام القانون والخطأ في تطبيقه.

إن القواعد القانونية المنصوص عليها في المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته بشأن الخدمة المدنية، وما ورد به بشأن الوظائف القيادية وكيفية التعيين فيها، وكيفية إنهاء خدمات شاغلها، يتعين إعمالها وإنزال حكمها على قرار الإحالة للتقاعد، وهذه القواعد تتضمن الشريعة العامة لشغل الوظائف القيادية، ويجب

(٤٠) محكمة التمييز، الطعن رقم ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥ لسنة ١٩٨٦ تجاري جلسة ١٨/٢/١٩٨٧، الطعن رقم ٣٠١ لسنة ١٩٩١ تجاري جلسة ١٩/٢/١٩٩٢، الطعن رقم ١٩٠ لسنة ١٩٩٦ تجاري جلسة ٨/١٢/١٩٩٧.

أن يتقيد بها كل قرار يصدر في شأن هذه الوظائف، فإذا لم تلتفت إليه المحكمة يكون قضاؤها مشوباً بمخالفة حكم القانون، حيث تنص المادة (١٥) من المرسوم المشار إليه على أن:

" تكون مدة التعيين في أية وظيفة من مجموعة الوظائف القيادية لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد، ويكون تجديد التعيين في الوظائف القيادية ونقل وندب المعينين في هذه الوظائف بمرسوم بناء على عرض الوزير المختص".

كما تنص المادة (٣٢) من ذات المرسوم على أن:

- "تنتهي الخدمة لأحد الأسباب الآتية:

١ - الاستقالة.

٢ - عدم تجديد التعيين في الوظائف القيادية.

ومؤدى هذا النص، أن شغل الوظيفة القيادية لا يكون إلا بالتعيين بموجب مرسوم أميري ولمدة مؤقتة تبلغ أربع سنوات، ولا يتم تجديدها إلا بموجب مرسوم جديد لمدة مماثلة، ويعتبر التجديد بمثابة إعادة تعيين، وفي إحدى الحالات قد أعيد تعيين أحدهم في وظيفة قيادية اعتباراً من ٢٠١١/٧/١٨ لمدة أربع سنوات والتي تنتهي في ٢٠١٥/٧/١٧، وقبل اكتمال المدة المقررة صدر قرار بإحالته إلى التقاعد، ولا يسوغ عقلاً ومنطقاً وقانوناً أن يطرأ ثمة سبب قهري، يجبر جهة الإدارة على عزل هذا القيادي بقرار إحالته للتقاعد قبل اكتمال المدة المقررة، ولا يوجد ثمة سبب قهري يدعو إلى الاستعجال بالإحالة للتقاعد دون الانتظار حتى انتهاء المدة المقررة للتعيين في ٢٠١٥/٧/١٧؛ لأن عدم التجديد بعد اكتمال مدة التعيين، يعتبر سبباً من أسباب انتهاء الخدمة وفقاً لنص المادة (٣٢) سالف الذكر.

**** مجرد استحقاق معاش تقاعدي لا يكفي في حد ذاته لإحالة الموظف إلى**

التقاعد:

لا ينال مما سبق، القول بأن الموظف يستحق معاشاً تقاعدياً، ومن ثم يقتضي ذلك إحالته للتقاعد للمصلحة العامة، فليس كل الموظفين المستحقين معاشاً تقاعدياً تتم إحالتهم إلى التقاعد، وإلا كان معنى ذلك، أن تتم إحالتهم بشكل آلي لحظة استكمال المدة التي يستحقون فيها معاشاً تقاعدياً، وهو ما لا يحدث في الواقع، مما يدل على أن الأمر تتدخل فيه اعتبارات أخرى.

ولا ينال من ذلك أيضاً القول بأن سبب القرار يتمثل في المصلحة العامة متى توافر شرط استحقاق معاش تقاعدي، ذلك أن المصلحة العامة كسبب لإصدار القرار

الإداري أو كغاية تسعى الإدارة إلى تحقيقها من ورائه، إنما تخضع لرقابة القضاء بالنسبة لتقدير وتقييم حالة الموظف، فإن لم يقدّم دليل على تقاعسه أو إهماله في عمله، أو عدم صلاحيته، فإن ذلك يدل على أن قرار إحالته للتقاعد قد صدر مستتراً بستر المصلحة العامة، ويجعل السبب فيه غير سائغ وغير مبرر وغير منطقي وفي غير محله، وغير قائم على سند من القانون أو الواقع، بل ويغدو معه القرار مفتقراً لسببه القانوني الصحيح، فاقداً لركن من أهم أركانه، ومعيباً كذلك في ركن الغاية منه منطوياً على إساءة في استعمال السلطة.

وقد جرى قضاء محكمة التمييز على أنه:

"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يكفي لتحقيق عدم مشروعية القرار الإداري مخالفته للقانون أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله" (٤١).

وإذا كانت جهة الإدارة ترى سبباً لإحالة القيادي للتقاعد - في الحالة المعروضة - فقد كان يمكنها ذلك بعدم تجديد تعيينه ابتداءً، بحسبان أن ذلك يمثل سلطة تقديرية لها لا يحدها حدود أو قيود، أما وأنها قد ارتأت جدارته للقيام بأعباء وظيفته لمدة أربع سنوات جديدة، فلا يسوغ عقلاً ومنطقاً وقانوناً أن تأتي - بعد صدور المرسوم الجديد بتعيينه بفترة قصيرة للغاية - وتنتهي خدمته وتغزله من وظيفته دون ما سبب لذلك، لما يحمله هذا القرار من تناقض صارخ مع ما قدرته جهة الإدارة بجدارية الطالب للاستمرار في الوظيفة لمدة أربع سنوات جديدة تنتهي خدمته بعدها تلقائياً دون حاجة لتدخل جهة الإدارة.

أما وقد تعجلت الإدارة بإنهاء خدمته قبل اكتمال المدة التي تم من جديد تعيينه لها، فيكون القرار غير قائم على سند قانوني يسنده ويدعمه، ويؤكد انحراف الإدارة بالسلطة والإجراء الذي حوّل لها القانون للصالح العام، ويكون القرار قد صدر بالمخالفة لأحكام قانون الخدمة المدنية، والذي حدد مدة شغل الوظيفة القيادية وكيفية إنهاء خدمات شاغليها.

ولا يتعين على المحكمة أن تسلم بوجهه نظر الجهة الإدارية بأن القرار المطعون فيه قد صدر في ضوء سلطاتها التقديرية وفقاً لحكم المادة ٧٦ من مرسوم الخدمة المدنية.

ووجه مخالفة القانون في ذلك أنه، إذا كان المشرع قد منح الجهة الإدارية سلطة

(٤١) محكمة التمييز، الطعن رقم ٥٤٧/١٩٩٩/١٦/٦/٢٠٠٠.

تقديرية في إحالة الموظف إلى التقاعد، إلا إن هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما مقيدة بتحقيق الصالح العام، والذي هو أساس عمل الإدارة، فالسلطة لم تكن يوماً للعبث وإنما لتحقيق الهدف الذي حدده القانون، فإذا خرجت عن ذلك وجب ردها إلى جادة الصواب، وهذا هو جوهر دور القضاء في رقابته أعمال الإدارة.

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أنه:

"لا يوجد ثمة ما يسمى بالسلطة المطلقة للجهة الإدارية - إذ أنه لا شبهة في خضوع القرارات الإدارية بما فيها القرارات التي تصدر عن الجهات الإدارية العاملة بما لها من سلطة تقديرية وفقاً للقوانين واللوائح لرقابة القضاء من حيث المشروعية وسيادة القانون - تأكيداً لشرعيتها بقيامها على سببها الصحيح الذي أفصحت عنه الجهة الإدارية وشيدت قرارها على سند منه - رقابة القضاء الإداري ومجلس الدولة على القرارات الإدارية هي رقابة مشروعية تسلطها على القرارات فيها لتزنها بميزان القانون والشرعية والمصلحة العامة بصفة عامة أو انحرافها عن الغاية الوحيدة التي حددها الدستور والقانون وهي تحقيق الصالح العام دون تحقيق غير ذلك من الأغراض غير المشروعة" (٤٢).

من جماع ما تقدم وبناءً عليه نبدي الملاحظات التالية:

١ - إن استخدام المادة (٧٦) من مرسوم الخدمة المدنية والتي تعطي الجهة الإدارية الحق في إحالة الموظف إلى التقاعد، يجب أن يكون له أسبابه المبررة له واقعاً وقانوناً، وأن يكون الهدف من ورائه تحقيق المصلحة العامة حقيقة وفعلاً وصدقاً، ولا يكفي التذرع بالسلطة التقديرية لاتخاذ أي قرارات بالمخالفة لأحكام القانون. ولا يجوز للمحكمة أن تستند إلى السلطة التقديرية للإدارة وتأخذها بمفهومها المطلق - على خلاف ما تقضي به قواعد القانون الإداري وما استقر عليه القضاء الإداري - وتجعلها سنداً للقضاء بتأييد قرار الإحالة للتقاعد، فإن هي فعلت ذلك، يكون حكمها قد صدر بالمخالفة لأحكام القانون.

ذلك أنه من المقرر أن الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة ليست - في حقيقة الأمر - بذات المقدار أو الدرجة بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية، بل هي تختلف بحسب المجال والظروف التي تتصرف فيها الإدارة، ومدى ما تتمتع به من حرية وتقدير في التصرف، فهي - أي الرقابة القضائية - وإن كانت تضيق بدرجات

(٤٢) إ.ع. الطعن رقم ٨٦١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢، إ.ع. الطعن رقم ٧٧٢٤ لسنة ٤٥ ق عليا - تاريخ الجلسة ٢٠/٤/٢٠٠٢ - مكتب فني ٤٧ ص ٦٥٨.

متفاوتة في مجال السلطة التقديرية، إلا أن ذلك لا يعني أن الإدارة تتمتع - في هذه الحالة - بسلطة مطلقة، وأن الرقابة القضائية في هذه الحالة تكون منعدمة، بل إن تلك الرقابة تكون موجودة على جميع التصرفات الإدارية شاملة كل العناصر، وهي واحدة في طبيعتها، ولكنها تتفاوت فقط في مداها وفي درجتها، حيث تتمثل - في المجال التقديرى أي السلطة التقديرية - في التحقق من أن التصرف محل الطعن صدر مستهدفاً بالفعل وفي الحقيقة الصالح العام.

٢ - إنه من المقرر أيضاً أنه يتعين ألا يترك تقدير المصلحة العامة لجهة الإدارة وحدها، وإنما تخضع في ذلك لرقابة القضاء، الذي يمتلك بحث الوقائع التي بني عليها القرار بقصد التحقق من مطابقته للقانون.

فإن كانت المادة (٧٦) من مرسوم الخدمة المدنية قد اشترطت لإحالة الموظف إلى التقاعد أن يكون مستحقاً لمعاش تقاعدي فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت هذه الإحالة، إلا أن هذا الحق الذي خوله المشرع لجهة الإدارة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة التمييز - مرده إلى أصل طبيعي هو مسؤولية الإدارة عن تسيير المرافق العامة لضمان استمرارها وانتظامها على وجه يحقق الصالح العام.

٣ - إنه ولأن كانت الإدارة تستقل بتقدير أهمية وخطورة الأسباب التي تستند إليها في قرارها بالإحالة للتقاعد، إلا أن سلطتها في ذلك ليست سلطة تحكمية أو تسلطية، ذلك أن مناط إحالة الموظف إلى التقاعد قبل بلوغه السن المحددة لانتهاء الخدمة هو ثبوت عدم صلاحيته للبقاء في الوظيفة، ويلزم أن يكون ذلك مستخلصاً من واقعات صحيحة لها معينها الثابت بالأوراق، وكافية للتدليل على عدم صلاحية الموظف للاستمرار في عمله، فلا يكفي لذلك مجرد خروج الموظف على مقتضى الواجب الوظيفي بما يشكل مخالفة وظيفية تخضع فيه للنظام التأديبي ووفق الإجراءات المحددة لذلك.

فإذا خلت تماماً أوراق الدعوى ومستنداتها المقدمة من الجهة الإدارية من الأسباب الحقيقية التي استندت إليها لإصدار القرار محل الطعن، وإذا خلصت مذكرة الدفاع المقدمة من الإدارة إلى أن السبب الوحيد لإحالة الموظف إلى التقاعد (كان ابتغاء المصلحة العامة وفقاً لم تتمتع به جهة الإدارة من سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن وأن الموظف أحيل للتقاعد لذلك السبب، وأنه لم يقدم أي دليل مادي على أنه قد شاب مسلك الجهة الإدارية عيب إساءة استعمال السلطة)، وإذا أخذت المحكمة بذلك وأصدرت حكمها على هذا الأساس وأيدت القرار محل الدعوى، فيكون حكمها غير قائم على سبب في الواقع أو سند من القانون.

٤ - إنه يتعين على المحكمة أن تسبر أغوار الدعوى، لاستظهار الأسباب الحقيقية وراء إحالة الموظف إلى التقاعد، وعرض هذه الأسباب على صحيح قواعد القانون والسوابق القضائية والفقهاء الإداريين، لبيان ما إذا كانت هذه الأسباب سائغة ومقبولة وكافية لحمل القرار محل الطعن، فضلاً عن كونها أسباباً مشروعة من عدمه. واستهزاء بما سلف، فإذا خلت الأوراق من أي أدلة أو حتى دلائل أو مظاهر تفضي إلى عدم صلاحية الموظف للبقاء في وظيفته القيادية، وإنما خلص ما قدم إلى المحكمة من دفاع الجهة الإدارية إلى أن إصدار الإدارة لقرارها المطعون فيه كان استناداً فقط إلى سلطتها التقديرية، وإلى الحرية الممنوحة لها في اختيار من ترى صلاحيته في تسيير المرفق، والاستغناء عن من يفقد هذه الصلاحية بإحالاته للتقاعد، فإن ذلك يؤكد عدم وجود أسباب حقيقية تستند إليها جهة الإدارة، بما يخالف ما انتهى إليه قضاء محكمة التمييز في هذا الشأن، من ضرورة وجود واقعات سليمة وكافية للتدليل على عدم صلاحية الموظف للاستمرار في عمله، ولا يكتفي في خصوصها بالتلويح أو بالإشارة إلى أي مخالفات وظيفية تدخل في إطار التأديب، وليس في إطار الإحالة إلى التقاعد للمصلحة العامة، فالقرار الصحيح في حالة المخالفات التأديبية الجسيمة هو الفصل من الخدمة، وليس الإحالة للتقاعد للمصلحة العامة ووفقاً للمادة ٧٦ سالف الإشارة، مما يكون معه القرار المطعون فيه قد افتقر إلى سببه الذي يقوم عليه مخالفاً لحقيقة الواقع وصحيح حكم القانون^(٤٣)، ويكون الحكم الصادر بتأييده معيباً في السند القانوني وفي التسبيب.

الخلط بين ركني السبب والغاية في القرار الإداري:

لا يسوغ للمحكمة القول بأن المصلحة العامة في القرار الطعين هي ذاتها سببه القائم عليه، إذا أحل المشرع الجهة الإدارية من الإفصاح عنه، ما دام لم يثبت أنها انحرفت به إلى غير المصلحة العامة.

ووجه مخالفة القانون في ذلك أن المحكمة اعتدَّت بالمصلحة العامة كسبب للقرار المطعون فيه، دون أن يبين ماهية هذه المصلحة، والتي يُفترض أنها سبب ووجهة كل قرار إداري تصدره الجهة الإدارية، ويبطل كل قرار لا يستهدف هذه المصلحة حتى لو كان سليماً من الناحية الشكلية، فكان من الواجب على المحكمة أن تبيِّن وتحدد على

(٤٣) راجع: حكم التمييز طعن رقم ١٩٩٤/٦٣ - الدائرة التجارية - جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧.

وجه اليقين، ما هي المصلحة العامة في استبعاد قيادي، خاصة إذا أثبت خلال فترة توليه منصبه كفاءته وجدارته بشغل منصبه.

فأين المصلحة العامة في ذلك؟

إن اكتفاء المحكمة بمجرد الإشارة إلى المصلحة العامة فقط، إنما يخالف ضوابط التسبب القضائي للأحكام ويخالف مفهوم المصلحة العامة ذاتها، إذ لا يمكن للجهة الإدارية أن تتخذ عبارة المصلحة العامة شعاراً تستتر تحته حتى تخفي ما شاءت من قرارات، وتعسف بكل من يخالفها الرأي، أو يعترض أو يتحفظ على بعض القرارات الصادرة من السلطة، أو يرفض السير في ركابها، ذلك أن المشرع لم يترك للجهة الإدارية تحديد المصلحة العامة على الإطلاق، وإنما قيد ذلك بقيود عدة تهدف فعلاً إلى تحقيق هذه المصلحة العامة وتجعلها حصينة من العبث بها، حتى لا تكون فكرة المصلحة العامة - وهي فكرة فضفاضة وفق المستقر في فقه وقضاء القانون الإداري - ملجأ لكل ذي غرض في الإدارة وستاراً وحجاباً تخفي وراءه الأغراض الحقيقية للمسؤولين ولكل صاحب سلطة وقرار.

وقد استقر قضاء التمييز على أنه:

"من المقرر أنه يتعين ألا يترك تقدير المصلحة العامة للجهة الإدارية، بل تخضع في ذلك لرقابة القضاء الذي يملك بحث الوقائع التي بني عليها القرار بقصد التحقق من مطابقته للقانون" (٤٤).

ويظهر الانحراف في استعمال السلطة، من خلال الظروف التي يصدر فيها القرار، كأن يصدر خلال أيام قلائل لا تتناسب مع موضوع القرار ذاته، أو حتى خلال ٢٤ ساعة فقط، كما حدث في بعض الحالات، حيث وجه الوزير إلى مجلس الخدمة المدنية كتابه بطلب إحالة أحد القياديين إلى التقاعد، واجتمع المجلس واتخذ قرار الإحالة في ذات اليوم وبسرعة غير مبررة، في ذات الوقت الذي كانت فيه الحكومة منشغلة في أعمال القمة الخليجية، وهو ما يدل دلالة جلية على أن النية مبيتة للإطاحة بالقيادي المقصود، وفي ذات الوقت استعجل مجلس الخدمة المدنية بإصدار قرار الإحالة في وقت انشغال الجميع والوزراء، فقد كانت النية مبيتة لمباغته الحكومة، فلم يكن هناك سبب للاستعجال وإصدار القرار بالإحالة إلى التقاعد في يوم وليلة، دون أن يقوم مجلس الخدمة المدنية بمناقشة ما ورد في كتاب الوزير والوقوف على حقيقة

(٤٤) راجع: حكم التمييز، الطعن رقم ٦٠، ٦٣ لسنة ١٩٩٤ تجاري جلسة ٢٧/٦/١٩٩٤.

الأمر، فالمجلس - بما له من اختصاص في إحالة شاغلي الوظائف القيادية إلى التقاعد - يجب أن يتحقق من مبررات الإحالة وكونها حقيقية تهدف إلى الصالح العام فعلاً وواقعاً وقانوناً، أم أنها جاءت بالمخالفة للقانون، وكان القصد منها تحقيق غرض آخر غير الصالح العام.

الأمر الذي يكون معه القرار مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة. وعلى المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار قرائن الانحراف في استعمال السلطة الظاهرة، والتي تحيط بالقرار المطعون فيه، وهو ما يدخل في صميم سلطتها، فإن هي لم تعوّل على مثل هذه القرائن تكون قد قصّرت في القيام بدورها.

صحة الاستدلال والتسبيب في الأحكام:

من المقرر في قضاء التمييز أن:

"أسباب الحكم تعتبر مشوبة بالفساد في الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط، ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة في اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو عدم فهم الواقعة التي تثبت لديها، أو وقوع تناقض بين هذه العناصر كما في حالة عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة بناء على تلك العناصر التي تثبت لديها"^(٤٥).

ويظهر فساد الحكم في الاستدلال وقصوره في التسبيب، إذا بدا فيه إجمالاً بما يوحي بأن المحكمة وضعت نصب عينها قرارها برفض الدعوى مسبقاً، وراحت تبحث لذلك عن مبررات وأسباب جاءت واهية وغير مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أوراق الدعوى، أو أن المحكمة استخلصت من الأوراق ما لا يمكن أن تؤدي إليه على الإطلاق، إذا لم تقدم الجهة الإدارية سبباً واضحاً مقنعاً للقرار، فالحكم يجب أن يكون مستوفياً ضوابط تسبيب الأحكام التي يجب أن يتبين للخصوم أن دفاعهم قد تم فحصه عن بصر وعن بصيرة.

كما يظهر فساد الحكم إن هو لم يعوّل أو يرد على ما ذكره الطاعن في صحيفة دعواه، ولم يرد على ما ذهب إليه من أنه قد صدر له مرسوم بتجديد تعيينه في وظيفته لمدة أربع سنوات اعتباراً من ٢٠١١/٧/١٨ تنتهي في ٢٠١٥/٧/١٧، لما يتضمنه ذلك من تقدير السلطة العليا بالدولة لجدارته وصلاحيته لشغل هذه الوظيفة لمدة أخرى جديدة، وكذا حاجة الوظيفة إليه وإلى مجهوداته للمدة المقررة، وترتب على

(٤٥) محكمة التمييز، الطعن رقم ٢٠٠٤/٩٩٥/٣ تجاري جلسة ٢٠٠٦/٣/١١.

هذا المرسوم اكتساب الطالب حقاً مكتسباً ومركزاً قانونياً ذاتياً وفردياً يخوله حق شغل الوظيفة والقيام بواجباتها والتمتع بمزاياها خلال المدة المحددة بالمرسوم والتي تنتهي ببلوغ أجلها في ١٧/٧/٢٠١٥.

وقد كان معلوماً لدى جهة الإدارة عند إصدار مرسوم تجديد تعيين القيادي أنه أصبح مستحقاً للمعاش التقاعدي، ولم يكن هناك ثمة شيء يلزمها بتجديد تعيينه سوى حاجة الإدارة، وقد استبعدت تماماً فكرة إحالة الطاعن للتقاعد عند إصدارها مرسوم تجديد تعيينه والذي تتمتع في إصداره بسلطة تقديرية كاملة.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة، نود الإشارة إلى ما يلي:

أولاً:

إن الإحالة إلى التقاعد كأحد أسباب انتهاء أو إنهاء خدمة الموظف، والمنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية ولوائح الهيئات العامة والمؤسسات العامة، أثارت كثيراً من الجدل حولها من حيث تكييفها القانوني الصحيح والدقيق لها، والتي نرى إنها في حقيقتها عبارة عن عزل أو تسريح أو فصل بغير الطريق التأديبي، وكل هذه طرق غير عادية لإنهاء خدمة الموظف، ولها انعكاسات سيئة على نفسية الموظف وإحساسه بعدم الأمان والاستقرار في حياته الوظيفية مما ينعكس سلباً على أدائه وعمله، وقد كان ذلك هو الدافع على إلغاء العزل كأحد أسباب انتهاء الخدمة من قانون الخدمة المدنية، وذلك بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٥ ما يلي:

"ينص البند (٥) من المادة (٣٢) من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية، بعد تعديله بالمرسوم بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٩ على العزل بقرار من مجلس الوزراء كسبب من أسباب انتهاء الخدمة، وقد أجاز هذا البند للموظف المعزول أن يتظلم لمجلس الوزراء خلال ستين يوماً من إعلانه بقرار العزل، ويكون قرار المجلس في التظلم نهائياً، ولا يخضع القرار الصادر في هذا الشأن للطعن أمام القضاء.

ورغبة في تحقيق الاستقرار والهدوء النفسي للموظف العام حتى يطمئن على يومه وغده وحتى ينعكس ذلك على مستوى الأداء العام في دور الحكومة وفي الهيئات والمؤسسات العامة فيؤدي ذلك في النهاية إلى رفع معدلات الإنتاج، ولأن في القوانين القائمة ما يكفي لمساءلة الموظف تأديبياً إذا اقتضى الأمر، وفي هذه القوانين جزاءات رادعة تصل إلى حد إقصاء الموظف المذنب عن وظيفته.

لذلك فقد رئي النص في المادة الأولى من هذا القانون على إلغاء البند الخامس من المادة (٣٢) من المرسوم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية، ونصت المادة الثانية منه على إلغاء كل حكم يخالف أحكام هذا القانون".

فإذا كان القانون قد ألغى العزل كسبب من أسباب انتهاء أو إنهاء خدمة الموظف، وقد كان يختص به مجلس الوزراء، وقد سلب القانون مجلس الوزراء - وهو أعلى سلطة تنفيذية في البلاد - هذه الصلاحية، وألغى هذا السبب كلية من أسباب انتهاء

الخدمة، فمن غير المتصور أو المقبول ولا المنطق ولا القانون، أن تُمنح جهة أخرى أدنى هذه السلطة للإطاحة بالموظف في شكل الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية أو قبل اكتمال المدة المحددة له، وقد تستخدم كذريعة أو كستار لإخفاء جزاء تأديبي مقنع، وقد يُساء استخدامها.

ثانياً:

إن الأحكام القضائية على اختلاف درجاتها (أول درجة - استئناف - تمييز) قد اختلفت وتباينت بل وتعارضت وتناقضت وتضادت فيما بينها في شأن قرارات الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية؛ فبعض هذه الأحكام قضت بإلغاء هذه القرارات، والبعض الآخر قد رفض الدعاوى والطعون المقدمة ضدها.

١ - والأحكام التي قضت بإلغاء قرارات الإحالة إلى التقاعد استندت في ذلك - بصفة عامة - على أسانيد مختلفة تتعلق؛ إما بركن السبب في القرار الإداري، أو بفكرة عدم وجود ما يُعرف بالسلطة المطلقة للإدارة، أو بفكرة عدم انفراد الإدارة بتقدير المصلحة العامة في القرار، أو بفكرة الجزاء التأديبي المقنع أو المستتر.

٢ - والأحكام التي رفضت الدعاوى والطعون المقدمة ضد قرارات الإحالة إلى التقاعد استندت أساساً في ذلك على: توافر واستيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة (٧٦) من نظام الخدمة المدنية، والتي تتمثل في شرطين أساسيين هما: شرط استحقاق الموظف معاشاً تقاعدياً فيما لو انتهت خدمته بالاستقالة وقت هذه الإحالة، وشرط صدور القرار من المختص به قانوناً، وهو الوزير بالنسبة للموظفين من غير شاغلي الوظائف القيادية، ومجلس الخدمة المدنية بناءً على اقتراح الوزير بالنسبة لشاغلي الوظائف القيادية.

بالإضافة إلى فكرة المصلحة العامة وتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في ذلك.

ثالثاً:

إن قرارات وتعاميم ديوان الخدمة المدنية قد تضاربت بشأن الإحالة إلى التقاعد، ويبدو هذا التضارب فيما يلي:

١ - بتاريخ ٢٥/٣/٢٠٠٦ أصدر ديوان الخدمة المدنية القرار رقم (م.خ.م / ٢٥٦/ ٢٥/٢٠٠٦)، بالإيعاز لوزارات وهيئات حكومية بإحالة الموظفين الكويتيين الذين بلغت خدمتهم ٣٠ سنة للتقاعد.

٢ - وبتاريخ ٥/٤/٢٠٠٦ أي بعد تسعة (٩) أيام فقط من صدور القرار المشار إليه

بعاليه، صدر كتاب الخدمة المدنية رقم (م.خ.م/٥/٤/٢٠٠٦) بوقف العمل بالقرار سالف الذكر.

وهو ما كان محل سؤال برلماني، تم توجيهه في شهر يناير ٢٠١٥ من النائب/ فيصل الدويسان إلى وزير الدولة لشئون مجلس الوزراء آنذاك الشيخ/ محمد عبدالله المبارك الصباح تضمن سبع نقاط هي:

- ١ - ما أسباب وقف العمل بالقرار؟
 - ٢ - ما عدد من أحيلوا إلى التقاعد وفقاً لتطبيق هذا القرار؟
 - ٣ - ما الإجراءات التي اتخذت لجبر ضرر المتضررين منه؟
 - ٤ - هل صدر قرار آخر من تاريخ وقف العمل بهذا القرار؟
 - ٥ - هل هناك وزارات أو جهات أو هيئات لم تلتزم بالعمل بوقف القرار؟
 - ٦ - هل هناك جهات استمرت في تطبيق القرار بعد صدور القرار بوقف العمل به، مع تحديد الجهة؟
 - ٧ - ما السند القانوني لقرار ديوان الخدمة المدنية بإحالة من تجاوزت خدمتهم ثلاثين عاماً للتقاعد، وما مدى توافق قرار الإحالة إلى التقاعد مع المادة (٣٢) بند (٩) من قانون الخدمة المدنية المعدل بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ٢٠١٣ والذي ينص على أن تنتهي خدمة الموظف ببلوغ سن الخامسة والستين.
- ومن الواضح أنه رغم صدور كتاب وقف العمل بقرار الإحالة إلى التقاعد، إلا أن الجهات الحكومية والعامية استمرت ومازالت مستمرة في تطبيقه حتى الآن، رغم كل الانتقادات والتحفظات والحوار الذي يشوب هذه القرارات والسابق دراستها في هذا البحث.

رابعاً:

إن الحكم الصادر من محكمة التمييز بالجلسة المنعقدة في ١٧/٣/٢٠١٥ في الطعن رقم ١٤١٨ لسنة ٢٠١٤ إداري ٢ سابق الإشارة إليه، ذهب إلى إنه:

"يكفي أن تكون ثمة أسباب لدى جهة الإدارة استمدت منها تقديرها سواء أفصحت عنها أم لم تفصح مادام المشرع قد أحلها من تسبب قرارها ولم يثبت أنها قد انحرفت بها عن المصلحة العامة".

وقد ذكرت المحكمة في حيثيات حكمها ما أفصحت عنه الإدارة مما هو منسوب إلى الموظف، وفي حقيقة الأمر إن ما أفصحت عنه الإدارة يمثل مخالفات تأديبية، وقد كان من المفروض على الإدارة سلوك الطريق التأديبي بشأنها، بما يتضمنه من

ضمانات وحقوق للدفاع، حتى ولو انتهى إلى الفصل من الخدمة، وليس سلوك طريق آخر أسهل وأسرع للتخلص من الموظف، يكون فيه محروماً من حقوق الدفاع. ولقد كان من المتعين على المحكمة أن تقوم بإسباغ التكييف القانوني الصحيح للقرار الطعين، وترتب على ذلك الآثار القانونية، فإن هي لم تفعل ذلك يكون حكمها قد انطوى على خطأ في تطبيق صحيح حكم القانون.

خامساً: توصيات البحث:

إذا كان هناك تمسك بالإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية كسبب من أسباب انتهاء خدمة الموظف، فيتعين إحاطة اللجوء إلى هذا السبب بالضمانات التشريعية والقانونية اللازمة والكافية لحماية الموظف من إساءة استعمال الإدارة لسلطتها في ذلك، واستخدامها كوسيلة للتخلص من غير المرضي عنهم من قبل السلطة أو من كل من يعارضها أو لا يسير في ركابها، وعدم الاكتفاء بشرط استحقاق الموظف معاشاً تقاعدياً، وصدور قرار الإحالة من المختص به قانوناً، كما هو الحال في النصوص الحالية.

وفي هذا الصدد نوصي بما يلي:

أ) صدور تشريع خاص بالإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية:

نوصي بصدور تشريع خاص ينظم الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، على أن يتضمن ما يلي:

- ١ - تحديد الحالات التي يجوز فيها إحالة الموظف إلى التقاعد.
- ٢ - إعطاء فرصة لسماع الموظف والتعبير عن وجهة نظره وتقديم ما لديه من مستندات داعمة لأقواله ووجهة نظره أمام جهة محايدة، وذلك قبل اتخاذ قرار الإحالة إلى التقاعد، فقد يكون وراء التوجه لإحالته إلى التقاعد أسباب خفية غير معلنة وخلفيات لا تتعلق بالمصلحة العامة أو مصلحة العمل، مثل دوافع خاصة أو صراعات شخصية أو مجرد الرغبة في التخلص من موظف كفاء أمين نزيه مجتهد يتمسك بضرورة احترام أحكام القوانين واللوائح المطبقة والسارية، أو تكون له وجهة نظر مختلفة عن توجهات وآراء قياداته.
- ٣ - منح الاختصاص بإصدار قرار الإحالة إلى التقاعد إلى أعلى سلطة تنفيذية، ولتكن مجلس الوزراء، كما كان الوضع قبل إلغاء (العزل) كسبب من أسباب انتهاء خدمة الموظف، والذي كانت تنص عليه المادة ٣٢ من قانون الخدمة المدنية رقم ١٥

لسنة ١٩٧٩ قبل إلغاء هذا السبب بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٥، كما سبق الشرح والبيان في المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا البحث.

٤ - اشتراط تسبب قرار الإحالة إلى التقاعد.

٥ - فتح طريق للتظلم والطعن أمام الموظف المحال إلى التقاعد.

ب) إزالة التباين والتعارض في أحكام القضاء في قضايا الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية:

في انتظار صدور تشريع خاص بتنظيم الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، نرى أنه يتعين على محكمة التمييز تطبيق وإعمال حكم الفقرة الثانية من المادة ٤ من المرسوم بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ بشأن قانون تنظيم القضاء، والتي تنص على ما يلي:

"وإذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة منها أو من الدوائر الأخرى، أحالت الدعوى إلى هيئة تشكّل من أحد عشر مستشاراً من مستشاري المحكمة يختارهم رئيس المحكمة وتكون برئاسته أو من ينوب عنه، وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء".

فنوصي بأن تتدخل محكمة التمييز وذلك بتشكيل الهيئة المنصوص عليها (والتي تقوم في هذه الحالة بدور يشبه دور دائرة توحيد المبادئ بالقضاء المصري - سواء بمحكمة النقض في جهة القضاء العادي أو بالمحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة وهو جهة القضاء الإداري)، وتقوم هذه الهيئة بوضع مبدأ خاص بدعوى هذا النوع من الإحالة إلى التقاعد، يحسم الخلاف ويحدد الضوابط والأسس الحاكمة في هذا الموضوع، وذلك لتجنب صدور أحكام متباينة ومتعارضة ومتناقضة ومتضاربة فيه، لأن صدور مثل هذه الأحكام واختلافها وتباينها في ذات الموضوع من شأنه أن يهز الثقة في ميزان العدالة في هذا الشأن، ويعطي انطباعاً بأن الأحكام لا تصدر على أسس قانونية موضوعية محايدة، وإنما تدخل فيها اعتبارات لا علاقة لها بقواعد العدالة المجردة، التي يُرمز لها بالعدالة التي لا تعر أي اهتمام بمراكز وأوضاع أطراف النزاع، ولا لاعتبارات سياسية أو شخصية أو ملاءمات أو مواءمات، وإنما يكون حاكمها ومرشدها هو حكم القانون والقانون فقط، كقواعد عامة مجردة، ويكون هدفها تحقيق العدل.

أهم المراجع العربية والفرنسية:

- ١ - د/ رمزي الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة ٢٠٠٠، بدون ناشر.
- ٢ - د/ رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية ١٩٩٤.
- ٣ - د/ عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، القاهرة، ١٩٧٠.
- ٤ - د/ محمد عبد الرحمن القفطي، نظرية انعدام القرارات الإدارية وأثرها في مسألة الاختصاص، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٢.
- ٥ - أحكام المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة بمصر.
- ٦ - أحكام الدوائر الإدارية بالكويت.
- 7 - Ch. DEBBASCH. Contentieux administratif, 3e éd. 1981.
- 8 - Georges VEDEL Droit administratif, Paris, 1986.
- 9 - Georgy SARY, La Répression disciplinaire dans la fonction publique, étude comparative du Droit français et du Droit égyptien, NANTES, FRANCE, 1984.
- 10 - Georgy SARY, L'évolution du contrôle exercé par le Juge administratif français sur la proportionnalité en matière de sanctions disciplinaires dans la fonction publique, NANTES, FRANCE, 1983.
- 11 - F. GAZIER, de présentation nouvelle des ouvertures de recours pour excès de pouvoir. C.E.E.D 1951.
- 12 - J.M. AUBY et R. DRAGO. Traité de contentieux administratif, T.1, 2^e éd, 1975 L.G.D.J.
- 13 - J.Y. Vincent, L'erreur manifeste d'appréciation, R.A 1971.
- 14 - KORNPROBST, l'erreur manifeste, D 1965.
- 15 - René HOSTIOU, Procédures et Formes de l'acte administratif unilatérale en Droit français, Paris, L.G.D.J, 1975.

- 16 - WALINE, le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, R.D.P 1930.
- 17 - Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat en France

أهم الاختصارات:

- ١ - إ.ع: المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة بمصر.
- ٢ - ق.إ: محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة بمصر.
- 3 - CE: LE CONSEIL D'ETAT EN FRANCE.
- 4 - D.: DALLOZE.
- 5 - A.J.D.A: ACTUALITE JURIDIQUE DE DROIT ADMINISTRATIF.
- 6 - L.G.D.J: LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE.

المركز القانوني لمؤسسة النقد العربي السعودي "دراسة تحليلية مقارنة"

الدكتور/ سليمان بن ناصر العجاجي
أستاذ القانون الجنائي المشارك
جامعة القصيم - المملكة العربية السعودية

ملخص:

تتمتع البنوك المركزية بوظائف لها تأثير كبير في الجانبين النقدي والمالي، والذين يشكلان عصب الحياة الاقتصادية لكل دولة، ويقدر هذه المسؤولية تظهر أهمية وجود قواعد قانونية تكون حاکمة على هذه المؤسسة الاقتصادية لضمان حسن إدارة السياسة النقدية والمالية، والمحافظة على استقرار الاقتصاد.

ويتناول هذا البحث موضوع "المركز القانوني لمؤسسة النقد العربي السعودي دراسة تحليلية" لنظام المؤسسة الذي يحدد مركزها القانوني، والأنظمة المتعلقة باختصاص المؤسسة، مع مقارنتها بأنظمة البنوك المركزية الأخرى كقانون البنك المركزي المصري، وذلك من خلال:

مقدمة وخمسة مباحث، يتناول المبحث الأول التعريف بمؤسسة النقد، وفي المبحث الثاني الشكل القانوني لمؤسسة النقد، أما المبحث الثالث فقد خصص لوظائف مؤسسة النقد، وفي المبحث الرابع التكييف القانوني لعلاقة مؤسسة النقد بالحكومة، أما المبحث الخامس فيتناول مسؤولية مؤسسة النقد سواء المدنية أو الجنائية والأعمال المحظورة عليها.

ثم الخاتمة وتتضمن النتائج والتوصيات.

المقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد.. تقوم مؤسسة النقد العربي السعودي بدور مهم في الجانب الاقتصادي حيث تقوم بأعمال البنك المركزي والمتمثل بتنظيم الأوضاع المالية، والنقدية، والمحافظة على الاستقرار الاقتصادي في المملكة العربية السعودية.

وتظهر أهمية دراسة المركز القانوني لمؤسسة النقد العربي السعودي من خلال خطورة وظائف المؤسسة التي تضطلع بها، وكذلك طبيعة العلاقة القانونية بين مؤسسة النقد والدولة، وبين المؤسسة والبنوك التجارية، كذلك التكييف القانوني لأموال المؤسسة، مما يساعد على تلافي الثغرات التي من خلالها يمكن ارتكاب الجرائم الاقتصادية، خاصة في ظل التطور التقني في الأعمال المصرفية، والذي بدوره أحدث أثراً بالغاً سواءً من الناحية الإيجابية، وذلك بتسهيل الإجراءات والدقة في الضبط

والسيطرة في جانب الحماية، أو من الناحية السلبية كارتكاب الجرائم المصرفية الإلكترونية، دون أن تحدث أثراً مادياً للجريمة، مما يصعب معه تحديد الركن المادي خاصة ما يتعلق بجرائم الشخصيات الاعتبارية.

فتسعى هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على الجوانب المتعلقة بالمركز القانوني لمؤسسة النقد العربي السعودي، وذلك من خلال المنهج التحليلي والنقدي للنصوص القانونية ذات الصلة، ومقارنتها بقانون البنك المركزي المصري، والقوانين العربية.

وتأتي هذه الدراسة في المبحث الأول الذي يتناول التعريف بمؤسسة النقد، وماهية المركز القانوني للمؤسسة، ثم يتناول المبحث الثاني الشكل القانوني لمؤسسة النقد، وفي المبحث الثالث الوظائف التي تختص بها مؤسسة النقد عن غيرها، ويتناول المبحث الرابع التكييف القانوني لعلاقة مؤسسة النقد بالحكومة، أما المبحث الخامس فيتناول مسؤولية مؤسسة النقد، والأعمال المحظورة عليها، وفي الخاتمة التي تضمنت النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

تعريف المركز القانوني لمؤسسة النقد

المطلب الأول

التعريف بالمركز القانوني

يقصد بالمفهوم العام للمركز القانوني أنه مركز الشخص الطبيعي أو الاعتباري تجاه القانون من حيث الحقوق والواجبات، إلا أن المراكز القانونية لا تتضمن حالة واحدة أو وضعاً واحداً بذاته بل تتغير بتغير المصادر التي تستقى منها هذه المراكز.

فهناك مراكز قانونية تنشأ من القاعدة القانونية مباشرة سواء أكانت قاعدة قانونية دستورية أم عادية أم لوائح وتعليمات، والتي تسمى بالقواعد النظامية، وتستمد مشروعيتها من القانون مباشرة وتتحدد بها.^(١)

أما النوع الآخر من المراكز القانونية فيتولد نتيجة تطبيق القواعد القانونية، بمعنى خضوع الأشخاص للقانون، ووجود شخص في مركز قانوني معين بحسب

(١) عدنان الزنكنة: المركز القانوني لرئيس الدولة الفيدرالية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٨.

حاله، ويكون ناتجاً عن إرادة الأفراد^(٢)، ولهذا تكون مراكزها القانونية مؤقتة تنتهي بانتهاك ذلك الالتزام الناشئ عن الإرادة ويسمى بالمركز القانوني الشخصي^(٣).

المطلب الثاني

التعريف بمؤسسة النقد العربي السعودي

تختلف الدول في مسمى هذا النوع من البنوك، فمن الدول من يطلق عليه اسم "البنك المركزي" كما في مصر، ومنها ما يسميه "البنك الفيدرالي" كالهند، ويطلق أيضاً على "نظام الاحتياطي الفيدرالي" كما في الولايات المتحدة الأمريكية، ويطلق عليه في بعض الدول مؤسسة النقد كما في المملكة العربية السعودية ومملكة البحرين^(٤)، ومع اختلاف المسميات إلا أن وظائفها متشابهة، ومع هذا فالسائد هو مسمى "البنك المركزي" في أغلب الدول، أما في المملكة العربية السعودية فقد استقر الأمر على مسمى "مؤسسة النقد العربي السعودي"^(٥).

ومع هذا فلم يرد في نصوص نظام مؤسسة النقد تعريفٌ محددٌ للمؤسسة^(٦) إلا أنه يمكن تعريفها بالنظر إلى مهامها المحددة في المادة الأولى^(٧) من نظام مؤسسة

(٢) المرجع السابق ص ٨١.

(٣) كالاتزام الناشئ بين الطرفين في عقد العمل، فيتحدد بناءً عليه المركز القانوني لكل طرف، وينتهي هذا المركز بانتهاك العقد بخلاف المركز القانوني الموضوعي، فإن أساسه وجود القاعدة القانونية لا مدى تطبيقها.

(٤) نبيل حشار، استقلالية البنوك المركزية بين التأييد والمعارضة، اتحاد المصارف العربية، بيروت، ١٩٩٤م، ص ٣٨.

(٥) حيث جرت محاولة لتغيير اسم مؤسسة النقد إلى البنك المركزي العربي السعودي، بناءً على توصية من مجلس إدارة المؤسسة أثناء إدارة السيد أنور علي للمؤسسة، والذي تباحت بشأن هذا الأمر مع الملك فيصل - رحمه الله - إلا أن الملك فيصل ارتأى أن من الأفضل الإبقاء على التسمية الحالية لاعتبارات منها الابتعاد عما يحيط بمسمى "البنك" من شبهات كارتباطه بالفوائد، انظر: محمد سيد الحاج علي: مؤسسة النقد العربي السعودي إنشائها، مسيرتها، وإنجازاتها، طباعة مؤسسة النقد، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ، ص ٣٤.

(٦) لم أجد تعريفاً للمؤسسة من قبل المنظم السعودي، حيث لم يورد لها تعريفاً في نظام مؤسسة النقد، ولا في نظام مراقبة البنوك، ولا في نظام النقد، مع أنه عرّف البنوك تعريفاً دقيقاً في المادة الأولى من نظام مراقبة البنوك الصادر عام ١٣٨٦هـ واكتفى عند الفقرة (هـ) من المادة نفسها بنص "يقصد بمصطلح (المؤسسة) مؤسسة النقد العربي السعودي".

(٧) المادة الأولى "أغراض مؤسسة النقد العربي السعودي، ما يلي: ١- إصدار ودعم النقد السعودي، وتوطيد قيمته في داخل البلاد وخارجها، ٢- أن تقوم بأعمال مصرف الحكومة، ٣- مراقبة المصارف التجارية والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات".

النقد العربي السعودي بأنها: "منشأة مصرفية غير ربحية، تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة، وتهدف لإدارة السياسة النقدية وأسعار الصرف، ولها السلطة الوحيدة في إصدار النقد، ومراقبة المصارف التجارية".

فالإطار القانوني لشخصية مؤسسة النقد؛ أنها شخصية اعتبارية عامة تتمتع من خلال هذا الوصف القانوني بكافة الحقوق، وتحمل كافة الالتزامات، ولمؤسسة النقد ذمة مالية مستقلة عن الحكومة.

المطلب الثالث

المركز القانوني لمؤسسة النقد العربي السعودي

يقصد به "الإطار الذي تنشأ بموجبه المؤسسة، والقواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين مؤسسة النقد والأطراف الأخرى، وتحديد كل من الواجبات والالتزامات التي تضطلع بها المؤسسة لتقوم بدورها من الناحية القانونية".

وبالتالي فإن المركز القانوني لا يمكن إقامته إلا على أساس موافقته للقواعد القانونية ذات الصلة العامة والمجردة؛ حتى يوصف بأنه مركز قانوني؛ إذا كان يرتكز على سند نظامي، سواء أكان هذا السند اتفاقياً، أم قانونياً، أم قضائياً، فمن حيث المبدأ فإن السند هو الذي يبني الشرعية، بمعنى توافق المركز مع وجهة نظر النظام القانوني، فنكون شرعية المركز القانوني، أي خاصيته النظامية هي تلك المتحققة على أساس السند القانوني^(٨).

المبحث الثاني

الشكل القانوني لمؤسسة النقد العربي السعودي.

لاشك أن المركز القانوني للمؤسسة يستمد مشروعيتها من القواعد القانونية التي تحدد نطاق الواجبات وحدود المسؤولية لكل أعماله تجاه الغير، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

المطلب الأول

الأداة القانونية المنشئة لمؤسسة النقد العربي السعودي.

إن المركز القانوني الموضوعي يستمد وجوده من القوانين، والأنظمة، واللوائح،

(٨) عبد الهادي عباس، المراكز القانونية ومظاهرها في التشريع السوري، دار الحكمة، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٨م، ص ٣٢٠.

إذ الهدف منها تنظيم وإيجاد المراكز القانونية للشخصيات الطبيعية والاعتبارية، وبناءً على ذلك تكون الأداة القانونية المنشئة لكل شخصية اعتبارية على نوعين هما:

- ١ - أداة وطنية مختصة، أو يقوم بها الشركاء طبقاً للأوضاع التي تقرها السلطة^(٩).
- ٢ - أداة دولية، تصدر عن إرادة دولية، كالاتفاقيات أو القرارات الدولية^(١٠).

أما مؤسسة النقد العربي السعودي فالأداة القانونية المنشئة لها هي الأنظمة الصادرة بالمراسيم الملكية، والتي قضت بإنشائها وحددت اختصاصاتها وهي كما يلي:

أولاً: المرسوم الملكي رقم (٣٠/٤/١/١٠٠٤٦) بتاريخ ١٣٧١/٧/٢٥هـ القاضي بإنشاء مؤسسة تحمل اسم "مؤسسة النقد العربي السعودي"، كما صدر مرسوم ملكي آخر برقم (٣٠/٤/١/١٤٠٧) بتاريخ ١٣٧١/٧/٢٥هـ، اعتمد بموجبه وثيقة النظام الأساسي لمؤسسة النقد العربي السعودي، ثم صدر المرسوم الملكي رقم (٢٣) بتاريخ ١٣٧٧/٥/٢٣هـ؛ والقاضي بتعديل نظام مؤسسة النقد العربي السعودي، وأكد على استقلالية المؤسسة، وأوكل إدارتها لمجلس إدارة يشرف على عملها، ومنحه كافة الصلاحيات اللازمة والملائمة لتحقيق هذا الغرض^(١٢).

ثانياً: المرسوم الملكي رقم (٦) بتاريخ ١٣٧٩/٧/١هـ، القاضي باعتماد نظام النقد وقد جاء في خمس عشرة مادة تعطي المؤسسة الحق في إصدار النقود.

ثالثاً: المرسوم الملكي رقم (٢/٥) بتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢هـ، القاضي بالموافقة على نظام مراقبة البنوك، والمكون من (٢٦) مادة أعطت المؤسسة الحق في مراقبة ومحاسبة البنوك التجارية، ثم صدر بعد ذلك العديد من اللوائح والقواعد التنفيذية المنظمة للعمل، وبموجب هذه المراسيم الملكية تكونت الشخصية القانونية لمؤسسة النقد، وقامت بالأعمال المناطة بها، سواء فيما يتعلق بالوظائف أو المسؤوليات^(١٣).

(٩) عاشور عبد الحميد، النظام القانوني للبنوك الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ، ص ٣٥.

(١٠) إنشاء بنك التنمية الإسلامي بإرادة دولية، واتفاق بين الدول الأعضاء.

(١١) وفي هذا المرسوم لم تعط المؤسسة حق إصدار النقد، ثم ألحق هذا الاختصاص بالتعديل الذي طرأ على اللائحة في ١٧/٠٩/١٣٧٤هـ، انظر: تطور النظام البنكي، مرجع سابق، ص ٥٨.

(١٢) محمد سعيد الحاج علي، مؤسسة النقد العربي السعودي، إنشائها، مسيرتها وإنجازاتها، مرجع سابق، ص ٣٩. وانظر: جريدة أم القرى، العدد ١٤١٠، الصادر في ٣ / ٨ / ١٣٧١هـ.

(١٣) المرجع السابق، ص ٣٩.

رابعاً: المرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ١٤١٢/١/٥هـ القاضي بالموافقة على نظام الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني

عضويات مؤسسة النقد في المؤسسات المالية الدولية

حرصت الحكومة على توسيع دائرة العضوية لمؤسسة النقد العربي السعودي ليصبح دورها رائداً في إدارة السياسة النقدية وذلك من خلال:

- ١ - الاشتراك في صندوق النقد الدولي، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، وذلك بالتوقيع على اتفاقية صندوق النقد الدولي في ٢٧ ديسمبر ١٩٤٥م، وفي نفس التاريخ وقعت اتفاقية البنك الدولي وأصبحت المؤسسة عضواً فيها.
- ٢ - اشترك الحكومة في المؤسسة الدولية للتمويل، بموجب المرسوم الملكي رقم (٢٠) بتاريخ ١٣٨٢/٤/٢هـ.
- ٣ - عضوية مؤسسة النقد العربي السعودي في الرابطة الدولية للتنمية، بموجب المرسوم الملكي رقم (٢٧) بتاريخ ١٣٨٠/٥/٢٧هـ.
- ٤ - عضوية الحكومة في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) بتاريخ ١٤٠٦/١٠/١٦هـ^(١٤).
- ٥ - عضوية البنك الإسلامي للتنمية، بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٤) بتاريخ ١٣٩٤/١٢/١٩هـ، وكان لمؤسسة النقد العربي السعودي قصب السبق في إعداد نظام شامل للبنك حتى ظهر بصورة كاملة ومرضية.
- ٦ - عضوية صندوق النقد العربي، بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٤) بتاريخ ١٣٨٦/٤/٤هـ.
- ٧ - عضوية مؤسسة الخليج للاستثمار، بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٠) بتاريخ ١٤٠٣/٦/١هـ.
- ٨ - عضوية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٨٤) بتاريخ ١٣٩٦/١٢/٢٨هـ.
- ٩ - عضوية بنك التسويات الدولية، بموجب موافقة نائب رئيس مجلس الوزراء رقم (م/٢٠١) بتاريخ ١٤١٧/٤/١٧هـ^(١٥).

(١٤) محمد سيعد الحاج علي: مؤسسة النقد العربي السعودي، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

(١٥) المرجع السابق ص ٣٢٤.

المطلب الثالث الشكل القانوني لمؤسسة النقد

بالنظر إلى كيفية إنشاء مؤسسة النقد، ومسؤولياتها، واختصاصاتها، وفقاً لنظام المؤسسة فإنها تعتبر شخصية اعتبارية عامة، لها كامل الحقوق، كما تتحمل كافة الالتزامات القانونية كأبي شخص معنوي عام، لكونها لا تهدف إلى تحقيق الربح المادي، ولهذا منع المنظم السعودي أن يكون للمؤسسة رأسمال، كما نصت عليه المادة الثانية من نظام مؤسسة النقد العربي السعودي أنه: "لا يجوز أن يكون للمؤسسة رأسمال، وعليها أن تعيد رأس المال إلى الحكومة"^(١٦).

ويترتب على اعتبار مؤسسة النقد مؤسسة عامة لا تهدف إلى الربح، ضرورة اجتناب كل الأعمال التي من شأنها أن تدر عليها الربح، أو أن تتعامل بالفوائد،^(١٧) كما نصت عليه المادة الثانية (١/٢) من نظام مؤسسة النقد أنه: "لا يجوز لمؤسسة النقد العربي دفع أو قبض فائدة وإنما يجوز لها فقط فرض رسوم لقاء الخدمات التي تؤديها للجمهور أو للحكومة وذلك لسد نفقات المؤسسة" وجاء في المادة السادسة من نفس النظام أنه: "لا يجوز لمؤسسة النقد العربي السعودي القيام بأي عمل من الأعمال الآتية:

- ١ - مباشرة أي عمل يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية السمحاء فلا يجوز لها دفع أو قبض فائدة على الأعمال^(١٨).
- ٢ - استلام الودائع الخاصة.
- ٣ - إقراض الحكومة، والهيئات الخاصة، أو الأفراد.

(١٦) عبارة: "وعليها أن تعيد رأس المال إلى الحكومة" تشير إلى رأس المال المدفوع للمؤسسة من قبل الحكومة عند إنشائها، والبالغ ستة ملايين دولار أمريكي، مع توفير المباني للمؤسسة دون مقابل، انظر: المرسوم الملكي رقم (٢٣) بتاريخ ٢٣/٥١٢/١٣٧٧هـ، انظر: محمد سبيد الحاج علي، مرجع سابق، ص ٣٥.

(١٧) عبد المجيد محمد عبوده، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض دط، ١٤١٠هـ، ص ٣٧.

(١٨) حصر الأعمال التي تتعارض مع الشريعة: بدفع أو قبض فائدة على الأعمال كما في الفقرة (أ) من المادة السادسة غير وجيه؛ فلو أطلق المنظم العبارة بمنع مخالفة مؤسسة النقد لقواعد الشريعة الإسلامية كان أولى لوجود مخالفات شرعية غير الربا تتعلق بالمعاملات المالية.

- ٤ - الاشتغال بالتجارة، والمساهمة بالأعمال التجارية" (١٩)
- كما يترتب على اكتساب مؤسسة النقد لصفة الشخصية الاعتبارية العامة حقوق والتزامات يمكن إجمالها بما يلي:
- ١ - أن تكون للمؤسسة ذمة مالية مستقلة عن ذمة الحكومة ممثلة بوزارة المالية.
 - ٢ - أن تكون للمؤسسة أهلية أداء كاملة في الغرض الذي أنشئت من أجله.
 - ٣ - أن تكون للمؤسسة أهلية للتقاضي فترفع منها الدعوى، وتقام عليها الدعوى دون النظر إلى أعضاء مجلس الإدارة.
 - ٤ - أن تكون للمؤسسة جنسية وموطنٌ مستقلان عن جنسية وموطن أعضاء مجلس الإدارة^(٢٠) وقد حددت المادة الثامنة من نظام مؤسسة النقد الشكل القانوني للمؤسسة فنصت على أنها: "غير محددة المدة فهي مؤسسة دائمة الاستمرار وهي مخول إليها مباشرة الأعمال التي تراها ضرورية وملائمة للقيام بها وفقاً لنظامها...".
- والأصل أن تنص المادة على الشكل القانوني للمؤسسة، وأنها شخصية اعتبارية عامة.

وبالمقارنة بقانون البنك المركزي المصري، نجد أن المادة الأولى من قانون البنك المركزي المصري رقم (١٢٠) لسنة ١٩٧٥م، قد نصت على: "أن البنك المركزي المصري شخصية اعتبارية عامة"^(٢١).

فمؤسسة النقد العربي السعودي تعتبر مرفقاً عاماً، وتتخذ أسلوب المؤسسة كأحد أساليب إدارة المرفق العام، ولها الاستقلال الكامل في الجانب المالي والإداري.

(١٩) وقد أجاز المنظم السعودي للمؤسسة بيع وشراء الذهب والعملات الأجنبية في السوق، كما جاء في المرسوم الملكي رقم (١٠) بتاريخ ١/٧/١٣٧٩هـ بإضافة العبارة الآتية: "ويجوز للمؤسسة في سبيل ذلك أن تقوم ببيع وشراء الذهب والعملات الأجنبية في السوق" إلى المادة الثالثة من نظام مؤسسة النقد.

(٢٠) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة التاسعة، ١٩٨٧م، ٣٩٣/١ وانظر: محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية - جرائم الصرف، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٩م، ص٨٦.

(٢١) عبد الهادي مقبل، شرح وتحليل قانون البنك المركزي، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، ٢٠١١م، ص١٧.

المبحث الثالث

وظائف مؤسسة النقد العربي السعودي.

إن تسارع التقنية وزيادة النشاط الاقتصادي والمالي؛ والتوسع العالمي في الأعمال المصرفية؛ ساعد على توسيع وظائف مؤسسة النقد عن ذي قبل، بعد أن كانت وظيفتها الوحيدة القيام بأعمال مصرف الحكومة.

وقد نصت المادة الأولى من نظام مؤسسة النقد العربي السعودي رقم (٢٣) الصادر في ٢٣/٥/١٣٧٧هـ على حصر وظائف المؤسسة بما يلي:

أ - إصدار ودعم النقد السعودي وتوطيد قيمته في داخل البلاد وخارجها.

ب - أن تقوم بأعمال مصرف الحكومة.

ج - مراقبة المصارف التجارية والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات."

ومن خلال النص القانوني السابق يمكن تفصيل الوظائف الأساسية لمؤسسة النقد بما يلي:

المطلب الأول

وظيفة إصدار النقود^(٢٢)

تعتبر مؤسسة النقد هي صاحبة السلطة الوحيدة في إصدار النقود في المملكة العربية السعودية حيث نصت المادة الثالثة من نظام النقد^(٢٣) على أن: "صك وطبع وإصدار النقد السعودي امتياز ينحصر في مؤسسة النقد العربي السعودي وحدها ولا يجوز لأي كان أن يمارس هذا الحق"^(٢٤).

كما تقابلها المواد (٦، ١٠٦، ١٠٧، ١٠٨) من قانون البنك المركزي المصري

(٢٢) غالباً تتصدر وظيفة إصدار النقد وظائف البنوك المركزية مع أنها قليلة الأهمية بالنسبة للوظائف الأخرى، إذ من الممكن أن يتولى إصدار النقد أي مؤسسة مالية بعكس الوظائف الأخرى المناطة بمؤسسة النقد.

(٢٣) نظام النقد رقم (٦) الصادر بتاريخ ١/٧/١٣٧٩هـ، وقد صدر أول نظام للنقد في المملكة بسمى نظام النقد الحجازي والنجدي في ٣٠/٧/١٣٤٦هـ المنشور في العدد (١٦٠) بجريدة أم القرى.

(٢٤) مع أن مؤسسة النقد لم يكن إنشاؤها أساساً لإصدار النقد، كما جاء بالمرسوم الملكي رقم (٤/٣٠ / ١٤٠٧/١) بتاريخ ٢٥/٧/١٣٧١هـ، ثم تم رفع هذا الحظر فأصبح إصدار النقود أحد وظائفها، وذلك بالمرسوم رقم (١٧/٩/٨٧٦٢) بتاريخ ١١/٩/١٣٧٤هـ.

رقم (٨٨) بتاريخ ٢٠٠٣م، والمتمثل في حصر امتياز إصدار النقود على البنك المركزي ابتداءً من إنشائه.

وأوجب المنظم السعودي^(٢٥) على مؤسسة النقد أن تغطي جميع النقود التي تصدرها بغطاء كامل يساوي قيمتها من الذهب والعملات الأجنبية القابلة للتحويل بالذهب، كما في المادة السادسة من نظام النقد؛ لخلو النقود الورقية من القيمة الذاتية، ونشوء القيمة القانونية لها على أساس الغطاء فتحل محلها في قوة الإبراء؛ فنصت على أن "تغطي مؤسسة النقد العربي السعودي جميع النقود التي تصدرها بغطاء كامل يساوي قيمتها تماماً من الذهب والعملات الأجنبية القابلة للتحويل بالذهب".

كما يلحق بوظيفة إصدار النقد توطيد قيمته داخل البلاد وخارجها، وذلك من خلال خلق الاستقرار في النظامين النقدي والمالي، وتحقيق التعاون بين أنظمة البنوك الوطنية وغيرها من أنظمة البنوك في الدول الأخرى^(٢٦).

المطلب الثاني

قيام مؤسسة النقد بأعمال مصرف الحكومة

تودع الدولة جميع إيراداتها وأموالها في مؤسسة النقد لحساب وزارة المالية، أو للحسابات الخاصة، وتصرف الأموال بشيكات تخصم من الحسابات المعنية للجهات التي تسحب هذه الشيكات من المؤسسة، كما أن المؤسسة تعمل بمثابة وكلاء استثمار للحكومة، وغيرها من المصالح العامة، مثل مصلحة معاشات التقاعد، والضمان الاجتماعي^(٢٧)، كما جاء في نص المادة الرابعة من نظام مؤسسة النقد: "تقوم المؤسسة بأعمال مصرف الحكومة فتورد فيها كافة واردات الحكومة وتصرف

(٢٥) كلمة "تشريع" أو "المُشَرَّع" لا تستعمل في المملكة العربية السعودية، بل يستعاض عنها بلفظ "نظام" أو "المنظم"، وذلك تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء رقم (٣٢٨) بتاريخ ١/٣/١٣٩٦هـ، والذي صدر نزولاً على طلب رئيس الجامعة الإسلامية سماحة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز - رحمه الله - والذي رأى عدم استعمال كلمة "مُشَرَّع" في الأنظمة والقرارات الرسمية، باعتبار أن المُشَرَّع على الأخلاق هو الله وحده، وأن إطلاق هذا اللفظ على غيره غير لائق.

(٢٦) سيد محمد حامد، تطور النظام البنكي المركزي في المملكة العربية السعودية، مطبوعات إدارة البحوث والاستشارات بمعهد الإدارة العامة، الرياض، د. ط، ١٣٩٩هـ، ص ٤١.

(٢٧) المرجع السابق ص ٧٨، وانظر: ماهر بطرس: النقود والبنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ط، ٢٠٠٦م، ص ١٨١.

منها مدفوعاتها... " وتقابلها المادة رقم (٢٥) من قانون البنك المركزي المصري، ويتميز القانون المصري عن السعودي في أن المادة (٢٤) من قانون البنك المركزي نصت على أن البنك يعتبر بنك الحكومة، ومستشارها، ووكيلها المالي.

كما تقوم مؤسسة النقد بدور المستشار الاقتصادي للحكومة خصوصاً في المسائل النقدية مع أنه لم يرد بنص النظام؛ لتمتعها بدراية جيدة في الأوضاع الاقتصادية والمالية؛ بالإضافة إلى رصدها للتطورات الاقتصادية والمالية الدولية التي تؤثر على اقتصاديات الدولة^(٢٨).

المطلب الثالث

مراقبة المصارف التجارية والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات.

انطلاقاً من المهمة الأساسية للمؤسسة والمتمثلة بتنظيم وتنفيذ السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية في إطار الخطة الاقتصادية العامة للدولة^(٢٩) ولأهمية هذه الوظيفة أُفرد لها نظام خاص يسمى "نظام مراقبة البنوك" ليكون محدداً للعلاقة القانونية بين مؤسسة النقد والبنوك التجارية، وقد صدر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥) بتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢هـ، تناول فيه المنظم مجالات الإشراف على البنوك بشكل مفصل؛ بما في ذلك إصدار العقوبات الجزائية على مخالفة أحكام هذا النظام^(٣٠).

(٢٨) استقلالية البنوك المركزية، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٢٩) عبد الهادي مقبل، مرجع سابق ص ٦٤، وانظر: زكريا الدوري وآخرون: البنوك المركزية والسياسات النقدية، دار اليازوري، عمان، الأردن د. ط، ٢٠٠٦م، ص ٩٢.

(٣٠) المتأمل لنص المادة (٢٣) من نظام مراقبة البنوك السعودي يرى أن العقوبات المقررة لمخالفة أحكام هذا النظام هي عقوبات جنائية كالسجن والغرامة، وقد أوكل الفصل في هذه المخالفات إلى لجنة يعينها وزير المالية من ثلاثة أشخاص من خارج المؤسسة، كما نصت عليه المادة (٢٥) من نفس النظام، مع أن صاحبة الاختصاص في الفصل في هذه المخالفات هي المحاكم الشرعية لأمرين:

الأول: أن هذه العقوبات هي عقوبات جنائية وليست مدنية، والأصل أن يفرد نظام خاص بالجرائم الاقتصادية لتكون هذه المخالفات من بينها، كما أن الأصل توافر العنصر القسدي لدى مرتكب المخالفة، وقد اكتفى المنظم بالعنصر المادي فقط لإثبات المخالفة، كما أنه أطلق لفظ: "شخص" فلم يبين هل المقصود الشخص الطبيعي أو الاعتباري.

ثانياً: الأصل عدم وجود هذه اللجان، وأن صاحبة الاختصاص بالفصل في هذه المخالفات هي المحاكم الشرعية كما نصت عليه المادة (٢٥) من نظام القضاء السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ أنه: "دون إخلال بما يقضي به نظام ديوان المظالم تختص المحاكم بالفصل في جميع القضايا وفق قواعد اختصاص المحاكم...". =

وقد حددت المادة الثالثة منه هذا الاختصاص لمؤسسة النقد، كما تقابلها المادة (١٤) من النظام الأساسي للبنك المركزي المصري، ثم إن وظيفة مراقبة المصارف التجارية تعتبر من أهم الوظائف التي تضطلع بها مؤسسة النقد؛ وذلك بالإشراف على الجهاز المصرفي وتوجيهه في العمليات المصرفية.

فتقوم المؤسسة بالتدقيق في صحة شروط تأسيس البنوك، وعدم وجود موانع في أشخاص مؤسسيها، وأعضاء مجلس إدارتها، ويمتد ذلك إلى الرقابة على حسن إدارة البنوك، وتهدف هذه الرقابة إلى محاولة التوفيق بين مصالح البنك الاستثمارية، وحماية مصالح العملاء، ويمكن حصر هذه الرقابة في مجالين هما:

الأول: مراقبة "تصرف البنوك" حيث جاء نظام مراقبة البنوك السعودي بنصوص آمرة تتعلق بسيولة الأموال لدى البنك، وبتكوين الاحتياطي، وبالحد الأدنى للودائع الثابتة، ويحظر بعض الأعمال، وبمسك الحسابات بشكل تحدده مؤسسة النقد.

الثاني: مراقبة الائتمان: وهي حلقة متممة لمراقبة التصرف البنكي، فتقوم المؤسسة بمراقبة الائتمان وتوجيهه، ولا يمكن التوصل إلى وضع نظام لمراقبة الائتمان إلا بعد معرفة الكتلات النقدية والاحتياجات الاقتصادية، والمالية، والاجتماعية^(٣١)، بل يعتبر هذا الاختصاص من أهم وظائف المؤسسة التي يجب أن تضطلع بها للتأثير في النقد والائتمان.

هذه هي الوظائف الأساسية لمؤسسة النقد والتي نصت عليها المادة الأولى من نظام المؤسسة، ومع هذا فالمؤسسة تضطلع بدور أساسي فيما يتعلق بإدارة احتياطات المملكة من النقد الأجنبي، وكذلك تشجيع نمو النظام المالي وضمان سلامته،

= ثم إن تشكيل هذه اللجنة من قبل وزير المالية لا يضيف عليها صفة الاستقلالية بالنظر إلى الطريقة النظامية لاختيارهم، فهي تتم باقتراح من معالي وزير المالية، وإذا كان الاحتجاج بتشكيل مثل هذه اللجنة أن لها طابع الخصوصية فإن المنظم استجاب لهذا الطلب، وأقر بوجود الحاجة لاستحداث مثل هذه اللجان؛ لكنه أناط الاختصاص بالقضاة الشرعيين، كما نصت عليه المادة (٢٦) من نظام القضاء السعودي الصادر عام ١٣٩٥هـ على أنه: "يجوز إنشاء محاكم متخصصة بأمر ملكي بناءً على اقتراح مجلس القضاء الأعلى" ومع هذا لم يُعمل به في أغلب اللجان القضائية أو شبه القضائية، والتي تتجاوز المائة لجنة شبه قضائية في المملكة، تشرف عليها الوزارات المعنية حسب اختصاص تلك اللجان.

(٣١) النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٦٢، ص ٦٨، وانظر: علي الجريتلتي وشكري فريد: تطور النظام المصرفي في الدول العربية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، د. ط، ١٩٢٧م، ص ١٠١.

إضافة إلى إدارة السياسة النقدية للمحافظة على استقرار الأسعار، وأسعار الصرف، والإشراف على شركات التأمين^(٣٢).

المبحث الرابع التكيف القانوني لعلاقة مؤسسة النقد العربي السعودي بالحكومة

إن الظروف الاقتصادية التي مرت بدول العالم بشكل عام ساعدت على تدخل الحكومات في سياسات البنوك المركزية، مما أدى إلى إضعاف استقلاليتها، فتعين بذلك تحديد العلاقة بين البنك المركزي والحكومة تحديداً دقيقاً لصيانة الاستقرار النقدي والمصرفي داخل الدولة.

المطلب الأول الطبيعة القانونية للعلاقة بين مؤسسة النقد العربي السعودي والحكومة.

من المهم التأكيد على أن استقلال البنوك المركزية لا يعني الانفصال التام بينها وبين الحكومة حيث إنها مؤسسة تعمل في الإطار المؤسسي للدولة، إلا أن الاستقلالية تعني قدرة البنك المركزي أو مؤسسة النقد على اتخاذ القرارات المتعلقة بالسياسة النقدية التي تحقق الاستقرار النقدي دون أن يتعرض لضغوط الحكومة^(٣٣).

فتخضع المؤسسات النقدية والبنوك المركزية بشكل عام لإشراف الدولة، وإن كانت تتمايز درجة الإشراف من دولة إلى أخرى، أما في المملكة العربية السعودية فقد مرت المؤسسة بمرحلتين تميزت الأخيرة بدرجة كبيرة من الاستقلال سواءً من الناحية القانونية النظرية، أو من الناحية الواقعية العلمية^(٣٤).

(٣٢) انظر: مهام مؤسسة النقد العربي السعودي على موقع المؤسسة في الشبكة العنكبوتية www.sama.gov.sa.

(٣٣) ماهر ظاهر بطرس: النقود والبنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، ٢٠٠٦م، ص ٢١١.

(٣٤) المتأمل يرى أن بعض البلدان التي منحت البنوك المركزية الاستقلال الكامل من الناحية النظرية تصادرها في الواقع العملي من خلال بعض الإجراءات أو القيود التي تفرضها الحكومة على البنك المركزي، فتجد التباين بين السياسات النظرية والواقع العملي فيما يتعلق باستقلال البنك المركزي.

المرحلة الأولى: مرحلة إنشاء المؤسسة.

بغض النظر عن تجربة المملكة العربية السعودية في مجال البنوك المركزية، فقد كان من الضروري أن تلعب وزارة المالية دوراً حيوياً وشاملاً في مرحلة التكوين لمؤسسة النقد، ولهذا السبب فإن المؤسسة في مرحلة التكوين كانت في إطار وزارة المالية؛ ويتمثل هذا الإطار بتعيين كل من وزير المالية رئيساً لمجلس الإدارة؛ ووكيل وزارة المالية نائباً لرئيس مجلس الإدارة^(٣٥)، وقد مضت بعض الدول بإشراك الحكومة في مجالس إدارة البنوك المركزية حتى يتم الإشراف المباشر عليها من قبل السلطة السياسية، إلا أن هذه الرؤية تفقد البنك المركزي استقلالته سواءً في قراراتها أو رؤيتها للسياسة النقدية.

المرحلة الثانية: مرحلة الاستقلال

مع ازدياد التفاهم بين الدولة ومؤسسة النقد، وتثبيت أواصر الثقة التي بينهما، لم تعد هناك حاجة لبقاء وزير المالية رئيساً لمجلس الإدارة^(٣٦)، فعمد المنظم السعودي لإخراجه من مجلس إدارتها كما نصت عليه المادة (٥١) من لائحة مؤسسة النقد لعام ١٩٥٧م على " أن يتم تشكيل مجلس الإدارة الجديد بأكمله من أعضاء غير حكوميين " على أن يكون محافظ المؤسسة هو أيضاً رئيس مجلس الإدارة، ومع هذا فإن تعيين المحافظ وأعضاء المجلس يكون بناءً على اقتراح وزير المالية وموافقة مجلس الوزراء، ولا ينحون عن أعمالهم إلا بمرسوم ملكي يصدر بنفس الطريقة، كما نصت عليه المادة التاسعة من نظام مؤسسة النقد لعام ١٣٧٧هـ، وقد سعت الدولة إلى إيجاد توافق بين استقلال المؤسسة وبين الإشراف عليها. ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

أولاً: سلطة الحكومة القانونية للإشراف على المؤسسة

وضع المنظم السعودي بعض الإجراءات أو القيود التي تضمن تنفيذ وتنظيم السياسة النقدية في المملكة، والمتمثلة بمنح الحكومة بعض السلطات القانونية للإشراف المباشر على المؤسسة، والتدخل في سياساتها وهي كما يلي:

١ - تعيين محافظ المؤسسة ونائبه، وأعضاء مجلس الإدارة، وتحديد مكافآتهم يكون

(٣٥) انظر: لائحة مؤسسة النقد الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (١٧٤٤/٤/٣٠) بتاريخ

(١٩٥٢م) المادة (٨) وانظر: تطور النظام البنكي المركزي في المملكة العربية السعودية،

مرجع سابق، ص ٦٤.

(٣٦) المرجع السابق، ص ٦٥.

من اختصاصات الحكومة، كما نصت عليه المادتان التاسعة والعاشر من نظام مؤسسة النقد لعام ١٣٧٧هـ، ففي المادة التاسعة: "... ويعين المحافظ وأعضاء مجلس الإدارة بمرسوم ملكي لمدة خمس سنوات بناءً على اقتراح وزير المالية وموافقة مجلس الوزراء"، وجاء في المادة العاشرة "ويحدد راتب المحافظ ونائب المحافظ ومكافآت أعضاء مجلس الإدارة بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير المالية".

٢ - إصدار التراخيص للبنوك التجارية، ومزاولة الأعمال المصرفية، كما نصت عليه المادة الثالثة من نظام مراقبة البنوك السعودي الصادر عام ١٣٨٦هـ، وجاء فيها: "... ويصدر الترخيص في جميع الأحوال من وزير المالية بعد موافقة مجلس الوزراء".

٣ - الموافقة على فئات الأوراق النقدية، والمعدنية، وأشكالها، ورسومها، كما نصت عليه المادة الرابعة من نظام النقد^(٣٧) وجاء فيها: "بناءً على اقتراح مؤسسة النقد العربي السعودي وموافقة وزير المالية يقرر مجلس الوزراء أن فئات النقد الورقية والمعدنية..."، وكذلك المادة الخامسة من نفس النظام.

٤ - الموافقة على الشروط والقيود المتعلقة ببيع وشراء الذهب، والعملات الأجنبية، كما نصت عليه المادة الثالثة من نظام مؤسسة النقد بعد تعديل الفقرة (أ) بالمرسوم الملكي رقم (١٠) بتاريخ ١/٧/١٣٧٩هـ.

٥ - إصدار اللوائح التنفيذية والتعليمات وفقاً لأحكام نظام مؤسسة النقد بناءً على موافقة وزير المالية، كما نصت عليه المادة الثالثة عشرة من نظام مؤسسة النقد.

٦ - المصادقة على القواعد التي تصدر عن مجلس الإدارة فيما يتعلق بالرسوم التي تتقاضاها المؤسسة مقابل الخدمات التي تقدمها، كما نصت عليه المادة الثانية من نظام مؤسسة النقد وجاء فيها: "... وتصدر تلك الرسوم بلائحة يقرها مجلس الإدارة ويوافق عليها وزير المالية".

٧ - اشتراط موافقة وزير المالية فيما تختص به مؤسسة النقد، كتنظيم الحد الأعلى لمجموع القروض التي يجوز لبنك أو أكثر تقديمها، وكذلك التأمينات النقدية التي يجب أن يحتفظ بها البنك مقابل الاعتمادات...، كما نصت عليها المادة (١٦) من نظام مراقبة البنوك.

(٣٧) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٦) بتاريخ ١/٧/١٣٧٩هـ.

- ٨ - اشتراط موافقة وزير المالية للمؤسسة أن تجري تفتيشاً على سجلات وحسابات أي بنك، كما نصت عليه المادة (١٨) من نظام مراقبة البنوك السعودي.
- ٩ - تعيين أعضاء لجنة الفصل في المخالفات يختص به وزير المالية، كما في المادة (٢٥) من نظام مراقبة البنوك.
- ١٠ - بالإضافة إلى ما سبق فإن مؤسسة النقد تلتزم أيضاً بتحويل قرارات مجلس الإدارة إلى وزير المالية حال صدورها، كما نصت عليه المادة التاسعة من نظام مؤسسة النقد، وجاء فيها: "وتبلغ قرارات المجلس إلى وزير المالية عقب صدورها"، ومع أن المؤسسة تعتبر مرفقاً عاماً لها استقلالها، إلا أنه استقلال نسبي، حيث تخضع مؤسسة النقد للوصاية الإدارية ممثلة برقابة وزير المالية على قراراتها الإدارية؛ إلا أن الباحث يرى أن مدى هذه الوصاية مبالغ فيه (٣٨).

ثانياً: استقلال مؤسسة النقد العربي السعودي

مع أن فكرة استقلال البنوك المركزية لاقت تأييداً من قبل السلطات المسؤولة في البنوك المركزية إلا أن هناك رأياً يعارض استقلال البنوك المركزية على أساس التبعات المحتملة للخلافات التي قد تحدث بين سياسة مستقلة للنقد ومجالات السياسات الأخرى، خاصة سياسة الضرائب، وأسعار الصرف.

أما الرأي المؤيد لاستقلال البنوك المركزية فيذكر أن الغرض من استقلال البنوك المركزية هو تحقيق مصداقية أكبر للسياسة النقدية، وقدرتها على الإبقاء على استقرار طويل الأجل للأسعار، مع حد أدنى للتكاليف الاقتصادية الحقيقية؛ وبالتالي سوف تتحسن صياغة السياسة النقدية إذا كانت في أيدي مسؤولين بعيدين عن السياسة، يكون في استطاعتهم النظر إلى المدى البعيد (٣٩).

(٣٨) ويمكن القول أن علاقة البنوك المركزية بشكل عام والحكومات تتأثر بعاملين أساسيين هما: الأول: مدى سيادة المبادئ الاقتصادية التي تحبذ زيادة تدخل الحكومة في الشؤون الاقتصادية.

الثاني: الظروف الاقتصادية الطارئة التي أرغمت البنوك المركزية على السير في ركاب الخزينة العامة لتنفيذ سياسة مالية معينة، انظر: الدوري وآخرون: البنوك المركزية والسياسة النقدية، دار اليازوري، عمان، ط الأولى، ٢٠٠٦م، ص ٤٦.

(٣٩) وتعتبر نيوزلندا من أوائل الدول التي حددت العلاقة بين الحكومة والبنك المركزي بقواعد قانونية أمر، انظر: نبيل حشار، استقلالية البنوك المركزية بين التأييد والمعارضة، اتحاد المصارف العربية، بيروت، د. ط، ١٩٩٤م، ص ٩٣.

ومن أمثلة البنوك المركزية التي تتمتع باستقلالية على المستوى الدولي :

١ - البنك المركزي الألماني :

يعتبر البنك الألماني "البونديز بنك" من أكثر البنوك المركزية استقلالاً في العالم، ويستمد بنك البونديز استقلاله في إدارة أعماله بموجب القانون المؤسس له، حيث ينص على أنه لا يخضع لتدخل الحكومة، أو البرلمان، أو أي مؤسسة حكومية عند اتخاذ القرارات الخاصة بإدارة النظام المصرفي بألمانيا.

٢ - الاحتياطي الفدرالي :

يعتبر الاحتياطي الفيدرالي جهازاً مستقلاً ممثلاً في مجلس المحافظين، هو صاحب القرار في مجال السياسة النقدية، والسياسات الائتمانية والمصرفية، ولعل سبب هذا الاستقلال يعود لعنصرين هما :

أ - طريقة تعيين أعضاء مجلس المحافظين، وذلك بترشيحهم من قبل الرئيس الأمريكي، وموافقة الكونجرس، كما لا يملك الرئيس الأمريكي ولا الكونجرس إلغاء عضوية من تمت الموافقة على عضويته.

ب - أن رأسمال الاحتياطي الفيدرالي تساهم فيه البنوك التجارية الأعضاء في نظام الاحتياطي الفيدرالي، بخلاف بقية المؤسسات الحكومية التي تعتمد على الموازنة العامة للدولة وموافقة الكونجرس على طلباتها.

وفي هذا المطلب يتناول الباحث استقلال مؤسسة النقد العربي السعودي كأحد مراكز المؤسسة القانونية، دون النظر إلى أثر استقلال المؤسسة على معدلات التضخم، واستقرار الأسعار، أو أثر استقلال مؤسسة النقد على الناتج المحلي، وكذلك على عجز الموازنة العامة^(٤٠)، فتبرز استقلالية مؤسسة النقد العربي السعودي أساساً من خلال ما يلي:

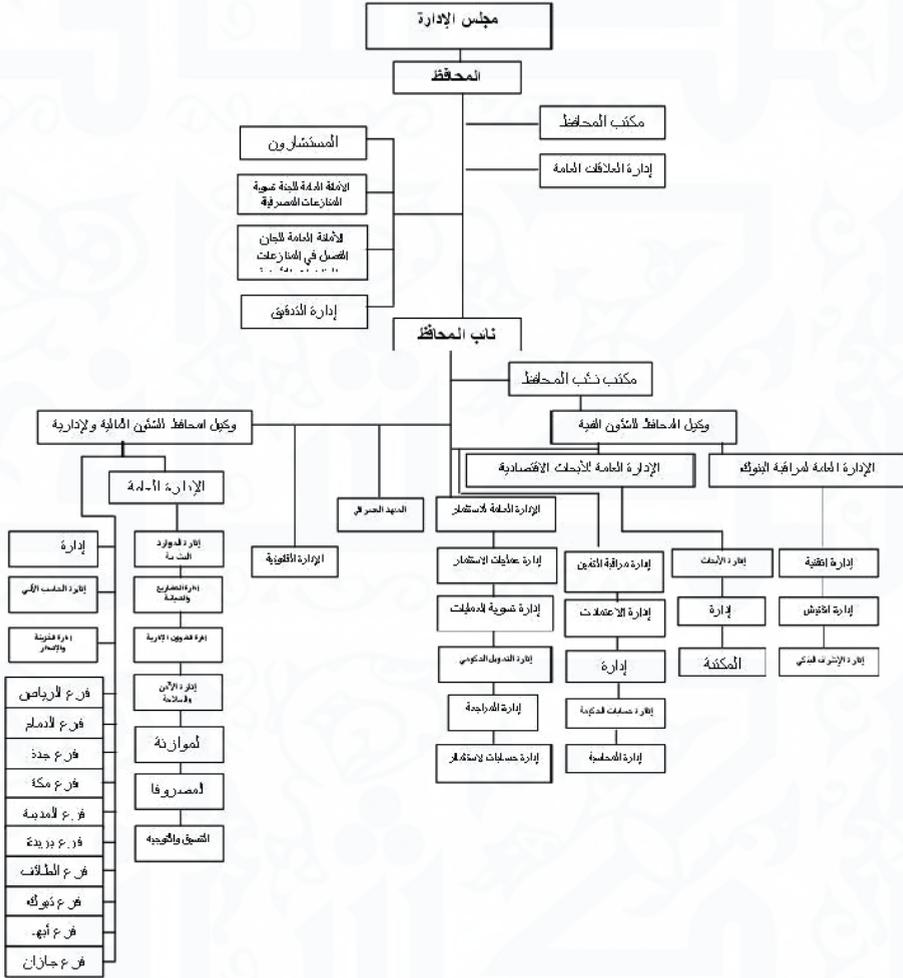
١ - تنظيم إدارتها، وتشكيل الهيكل التنظيمي للمركز الرئيسي لمؤسسة النقد من عدة إدارات عامة، تعمل تحت إشراف مباشر من مجلس إدارة المؤسسة^(٤١)، ويمكن تفصيل ذلك بإعداد مؤسسة النقد للهيكل الإداري الحالي للمؤسسة، كما في الجدول التالي :

(٤٠) المرجع السابق ص ٩٣.

(٤١) النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٤١، وانظر: جودت جعفر خطاب:

إعادة هيكلية المصارف دراسة تطبيقية، دار دجلة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٦٥.

الجدول رقم (١) (٤٢)، (٤٣)



(٤٢) الاختصاص الفعلي للجنة هو الفصل في المنازعات وليس التسوية فالاسم الذي يعكس الاختصاص القضائي للجنة هو الأمانة العامة للجنة الفصل في المنازعات المصرفية، ويرى الباحث أن الاستئناف أمام اللجنة لا يحقق الغاية من تعدد درجات التقاضي، لأن لجنة التسوية هي نفسها لجنة الاستئناف، وهذا التشكيل لا يكاد يوجد في أي جهة قضائية أو شبه قضائية، والأصل أن يكون الطعن في قراراتها أمام لجان مختصة في ديوان المظالم.

(٤٣) الموقع الإلكتروني في الشبكة العنكبوتية لمؤسسة النقد العربي السعودي.

www.sama.gov.sa.

٢ - كما تبرز استقلالية المؤسسة في خلو التشكيل الإداري لمجلس إدارتها من أي موظف حكومي، كما نصت عليه المادة التاسعة من نظام مؤسسة النقد، وجاء فيها: " ثلاثة أعضاء ممن لهم دراية كافية بالشؤون المالية والتجارية، من غير موظفي الحكومة".

٣ - صدور لائحة تنفيذية خاصة بموظفي مؤسسة النقد، والتي تم اعتمادها بمقتضى قرار معالي المحافظ برقم (٤٠) بتاريخ ١١/٦/١٤٠٨هـ،

٤ - كما يظهر استقلال مؤسسة النقد من خلال أغراضها، ووظائفها التي حددها المنظم كما في المادة الأولى والثالثة من نظام مؤسسة النقد والتي حصر فيها المنظم السعودي الوظائف والاختصاصات عليها دون غيرها.

٥ - تشكيل مجلس إدارة مؤسسة النقد. في بداية تكوين مجلس الإدارة لمؤسسة النقد ضم أعضاء من الأجهزة الحكومية، بما فيهم الرئيس، ففي عام ١٣٧٤هـ تم تشكيل مجلس الإدارة كما يلي:

- ١ - وزير المالية رئيساً.
- ٢ - مفتوحة نائباً للرئيس.
- ٣ - محافظ المؤسسة عضواً.
- ٤ - وكيل وزارة التجارة عضواً.
- ٥ - واحد من كبار رجال الأعمال السعوديين عضواً.

ثم أخرج النظام الأساسي الصادر عام ١٣٩٥هـ كافة الموظفين الحكوميين من مجلس الإدارة^(٤٤)، كما نصت عليه المادة التاسعة من نظام مؤسسة النقد أنه: " يتكون مجلس إدارة مؤسسة النقد من:

- ١ - رئيس ويكون المحافظ.
- ٢ - نائب المحافظ.
- ٣ - ثلاثة أعضاء ممن لديهم دراية كافية بالشؤون المالية والتجارية من غير موظفي الحكومة ولعل عدد أعضاء مجلس الإدارة المكون بنص المادة التاسعة قليل، ويتعين زيادة عدد الأعضاء لخطورة المهام التي يضطلعون بها، والمتمثلة بتنظيم السياسة النقدية والائتمانية؛ وبالمقارنة مع قانون البنك المركزي المصري نجد أنه

(٤٤) سعيد محمد حامد: تطور النظام البنكي المركزي في المملكة العربية السعودية، إدارة البحوث والاستشارات، معهد الإدارة، الرياض، دط، ١٣٩٩هـ، ص ٨٢.

نص على تشكيل مجلس الإدارة في البنك المركزي من أربعة عشر عضواً بما فيهم المحافظ، كما جاء في المادة (١٢) من القانون رقم (٨٨) بتاريخ ٢٠٠٣م. فالتشكيل بهذا العدد المشار إليه في البنك المركزي المصري يساعد على إحكام القرارات خاصة فيما يتعلق بتنظيم السياسة النقدية والائتمانية.

وفي جانب استقلال المؤسسة عن السلطة السياسية فإن المنظم السعودي منح مجلس الإدارة الاستقلال عندما نص على أن الأعضاء من غير موظفي الحكومة، أما في القانون المصري فاشتراط المنظم أن يكون من بين الأعضاء رئيس الهيئة العامة لسوق المال، وكذلك ثلاثة أعضاء يمثلون وزارات المالية، والتخطيط، والتجارة الخارجية، ومع أن وجود مثل هذه الشخصيات يعطي لقرارات البنك المركزي قوة، إلا أنه يسلبها الثبات والتجرد، لكونهم يمثلون السلطة التنفيذية في الحكومة، فيحد بدوره من استقلال مجلس الإدارة في اتخاذ القرارات المتعلقة بالنقد والصرف.

وقد حددت المادتان الثامنة والتاسعة طبيعة العلاقة بين المؤسسة والحكومة، فجاء في المادة الثامنة: "هذه المؤسسة غير محددة المدة فهي مؤسسة دائمة الاستمرار، وهي مخول إليها مباشرة الأعمال التي تراها ضرورية وملائمة للقيام بها وفقاً لنظامها"، وجاء في المادة التاسعة "ويعين المحافظ وأعضاء المجلس بمرسوم ملكي لمدة خمس سنوات بناءً على اقتراح وزير المالية"^(٤٥).

بالنظر إلى المادتين السابقتين نجد أن المنظم السعودي لم يحدد مركز المؤسسة القانوني تحديداً دقيقاً، ولم ينص صراحة على مدى استقلال المؤسسة عن الحكومة^(٤٦).

ويمكن تحديد مؤشرات استقلال مؤسسة النقد (البنك المركزي) عن الحكومة فيما يلي:

١ - الصلاحيات الممنوحة لمؤسسة النقد فيما يتعلق بتحديد الأهداف النهائية لها.

(٤٥) لإعطاء المؤسسة قدراً أكبر من الاستقلالية يُقترح أن يكون تعيين المحافظ وأعضاء مجلس الإدارة بأمر ملكي بناءً على ترشيح من لجنة الشؤون المالية بمجلس الشورى، لكونهم مختصين فيما يرد من موضوعات تتعلق بمؤسسة النقد، أو وزارة المالية.

(٤٦) وبالمقارنة بين هذه المادة وبين المادة الأولى من قانون البنك المركزي المصري رقم (١٢٠) لسنة ١٩٧٥م، نجد أن المنظم المصري نص صراحة على استقلال البنك فجاء فيها: "البنك المركزي المصري شخصية اعتبارية عامة مستقلة يقوم بتنظيم السياسة النقدية" انظر: عبد الهادي مقبل، شرح وتحليل قانون البنك المركزي، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، ٢٠١١م، ص ١٧.

- ٢ - المهام الرئيسية التي تختص بها مؤسسة النقد.
- ٣ - الجهة التي تتولى مساءلة أعضاء مجلس الإدارة عن السياسة النقدية.
- ٤ - مدى وجود قيود على تعيين كبار المسؤولين في مؤسسة النقد وإقتالهم.
- ٥ - الحدود المفروضة على قدرة مؤسسة النقد في تمويل الحكومة^(٤٧).

ثالثاً: دور العرف في صياغة العلاقة بين الحكومة ومؤسسة النقد

إلى جانب النصوص القانونية التي تحدد العلاقة بين مؤسسة النقد وبين الحكومة فإن ثمة علاقات وثيقة بين الحكومة ومؤسسة النقد قائمة على العرف والتقاليد المصرفية، وتنطوي على إقامة اتصالات بين المؤسسة ووزارة المالية على كافة المستويات،^(٤٨) كما يبرز دور العرف المصرفي في قدرته على سد الثغرات الموجودة في النظام، وكذلك ملء الفراغ التنظيمي في القوانين الخاصة بالأعمال البنكية، بشرط ألا تخالف هذه الأعراف نصوصاً قانونية أمره فيما يتعلق بتحكيم العرف المصرفي، ومع هذا فإن مؤسسة النقد أياً كانت درجة استقلالها عن الجهاز الحكومي فعليها أن تأخذ بعين الاعتبار الاتجاه العام للسياسة الاقتصادية التي ترسمها الحكومة عند تحديد أهدافها العامة، مع أن الاستقلال النسبي للمؤسسة، وتوسيع دائرة الإشراف على المؤسسات المالية، واختيار الأجدر في التوظيف، هو الضمان الأمثل لحسن أداء عمل المؤسسة.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لأموال مؤسسة النقد

عند إطلاق لفظ "أموال المؤسسة" يقصد بها ما يتعلق برأسمالها، ومواردها، وأصولها؛ سواءً الثابتة، أو المنقولة والعائدة إليها مما تقدمه من خدمات، سواءً للحكومة أو للبنوك التجارية.

وبالنظر إلى الطبيعة القانونية لأموال الدولة بشكل عام نجدها إما أن تكون من الأموال العامة أو من الأموال الخاصة، والأصل في الأموال المملوكة للدولة أن ملكيتها

(٤٧) ابن عبد الفتاح دحمان، استقلالية السلطة النقدية دراسة حالة بنك الجزائر، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي، العدد (٤٨)، السنة السابعة والستون، القاهرة ص ٢٩٩، وانظر: علي الجرثلي: مستقبل النظام المصرفي في الدول العربية، جامعة بيروت، بيروت، د. ط، ١٩٧٤م، ص ٢١.

(٤٨) تطور النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٦٦.

خاصة، فكل ما ثبت ملكيته للدولة يعتبر من المال الخاص، ولا يكتسب هذا المال صفة العمومية إلا بتخصيصه للمنفعة العامة بنصوص قانونية آمرة؛ أي أن المال لا يكتسب صفة العمومية إلا إذا كان مملوكاً للدولة أو لأحد الأشخاص المعنوية العامة ملكية خاصة، ثم يجري تخصيصه للمنفعة العامة، سواءً كان هذا التخصيص بطريق فعلي أو رسمي^(٤٩).

ويتجلى الفرق بين الأموال العامة والأموال الخاصة؛ أن الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها ولا حجزها، كما أن الأموال العامة لا يجوز اكتسابها بالتقادم، هذا ما يتعلق بالحماية المدنية، أما الحماية الجنائية للأموال العامة، فقد رتبَّ المنظم عقوبات مشددة على المعتدي على المال العام سواءً من قبل الموظف أو من قبل الشخص العادي، كما في المادة التاسعة من نظام وظائف مباشرة الأموال العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٣) بتاريخ ٢٩/١١/١٣٧٧هـ.

بل إن بعض الدول لم تحدد الأموال العامة تحديداً دقيقاً، كما جاء في المادة (٨٧) من القانون المدني المصري بأنه: "تخصيص الأموال العامة للمنفعة العامة بمقتضى قانون، أو مرسوم، أو بقرار من الوزير المختص"^(٥٠)، فتركت تحديده للقضاة، وفقهاء القانون، ومع تعدد النظريات التي تحدد الأموال العامة فإن المملكة العربية السعودية لم تأخذ بهذه النظريات في التفرقة بين المال العام والخاص، بل أخذت بالمبدأ الشرعي والذي يقضي بأن المال العام هو المخصص بطبيعته، أو بمرسوم تنظيمي يلحقه بالمنفعة العامة، ضرورة كانت أو حاجية، غير المتناسبة مع الجهد المبذول في تحصيلها^(٥١).

يظهر ذلك جلياً فيما نصت عليه المادة الثالثة من نظام التصرف في العقارات البلدية^(٥٢) بأنه: "يقصد في تطبيق الأحكام السابقة بالأموال العامة الأموال المخصصة للمنفعة العامة؛ بالفعل، أو بالنظام، ويقصد بالأموال الخاصة؛ ما عدا ذلك، ويعتبر من الأموال الخاصة ما زالت عنه بالفعل، أو بالنظام صفة التخصيص للمنفعة العامة من الأموال العامة".

(٤٩) أحمد طلال عبد الحميد، النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ، ص ٦٧.

(٥٠) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية، دط، ١٩٦٥م، ٨/٩٧.

(٥١) نذير أوهاب، حماية المال العام في الفقه الإسلامي، مطابع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ص ٣٨.

(٥٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٦٤) بتاريخ ١٥/١١/١٣٩٢هـ.

وكذلك تعود الأموال العامة لأصلها كأموال خاصة في حالة ثبوت عدم صلاحيتها للاستعمال العام، أو بسبب عدم استعمال الجمهور لها^(٥٣).

أما أموال مؤسسة النقد العربي السعودي فقد مرت بمرحلتين هما:

المرحلة الأولى: وجود رأسمال مؤسسة النقد

في بداية إنشاء مؤسسة النقد أودعت الحكومة مبلغاً وقدره خمسمائة ألف جنيه ذهب، بما يعادل ستة ملايين دولار أمريكي^(٥٤) كرأس مال أساسي للمؤسسة لأنها لا تقوم أساساً على تحقيق الربح كما أنها تقدم الخدمات العامة سواءً للحكومة أو للأفراد.

المرحلة الثانية: سحب رأسمال المؤسسة

سحب رأسمال المؤسسة وإعادته إلى خزينة الدولة، وذلك من خلال اللائحة الصادرة عام ١٣٧٦هـ، ثم صدر النص القانوني الذي يمنع أن يكون لمؤسسة النقد رأسمال، كما جاء في نص المادة الثانية من نظام مؤسسة النقد الصادر عام ١٣٧٧هـ، أنه: "لا يجوز لمؤسسة النقد العربي السعودي دفع أو قبض فائدة، وإنما يجوز لها فقط فرض رسوم لقاء الخدمات التي تؤديها للجمهور أو للحكومة، وذلك لسد نفقات المؤسسة، وتصدر تلك الرسوم بلائحة يقرها مجلس الإدارة ويوافق عليها وزير المالية، ولا يجوز أن يكون للمؤسسة رأسمال، وعليها أن تعيد رأس المال جميعه إلى الحكومة"^(٥٥).

وعليه فإن مؤسسة النقد لا تحتفظ بأية أموال سوى ما تحصله من إيرادات نظير خدماتها للبنوك والحكومة.

ومع هذا فنظام مؤسسة النقد العربي السعودي لم يتطرق إلى التكييف القانوني لأموال المؤسسة^(٥٦) وبالنظر إلى الشكل القانوني للمؤسسة نجد أنها من الشخصيات

(٥٣) النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٥٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٣) بتاريخ ٢٣/٥/١٣٧٧هـ، انظر: تطور النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٥٥) المرجع السابق: ص ٦٠.

(٥٦) بالمقارنة بين نظام مؤسسة النقد وقانون البنك المركزي المصري رقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣م، نجد أن المنظم المصري قد حدد طبيعة أموال البنك المركزي، كما في نص المادة الرابعة منه، وجاء فيها: "تعتبر أموال البنك أموالاً خاصة" بينما لم يتطرق المنظم السعودي للطبيعة القانونية لأموال المؤسسة بنص صريح انظر: مجموعة قوانين المصارف والنقد والائتمان بالدول العربية، نشر اتحاد المصارف العربية، قدم له الأمين العام بالإنابة حسني خليل محمد، دون أي بيانات أخرى، ص ١٦٤.

الاعتبارية العامة، فتكون أموالها أموالاً عامة بالتبعية، ذات طبيعة خاصة؛ فهي أموال عامة من حيث الملكية؛ لكونها إحدى المؤسسات العامة للدولة.

أما من جانب التصرف فهي أموال خاصة بالمؤسسة، تخص بذمتها المالية دون الذمة المالية للحكومة، ومن ثم لا يجوز الحجر عليها استيفاءً لدين على الحكومة؛ كما أن المؤسسة ليست من أشخاص القانون الخاص الذي يحق لهم التصرف في أموالهم بكافة أنواع التصرفات القانونية باعتبارها أموالاً خاصة بها.

وعلى هذا يمكن القول بأن أموال مؤسسة النقد أموالاً عامة ذات طبيعة خاصة، لا يجوز للحكومة التصرف فيها؛ بل إن المؤسسة وحدها هي صاحبة السلطة في التصرف بأموالها باعتبارها شخصية اعتبارية عامة، لها ذاتيتها الخاصة التي تجعلها مستقلة عن الحكومة في ملكيتها لهذه الأموال^(٥٧) ولهذا جاء في المادة (٣٠) من النظام الأساسي للبنك المركزي المصري تكييفاً لهذه الأموال من ناحية التجريم: "تعتبر أموال البنك المركزي أموالاً عامة في تطبيق أحكام قانون العقوبات"، ولو قلنا بخلاف ذلك للزم عليه اتحاد الذمة المالية للمدين والدائن والضامن.

أما تكييفها بأنها أموال خاصة من ناحية التصرف، فهو لتجنب تلك الأموال بعض المخاطر كخطر الحجر عليها دولياً^(٥٨) عند فرض عقوبات على الحكومة، أو داخلياً كاستيفاء الدين الحكومي.

أما المشرع المصري فقد كَيَّفَ أموال البنك المركزي على أنها أموال خاصة، كما في المادة (٢٩) من النظام الأساسي للبنك المركزي، ثم أضيف صفة العمومية على أموال البنك في جانب التجريم لتغليظ العقوبة عند الاعتداء عليها، فنصت المادة (٢٣) من قانون البنك المركزي المصري على أنه: "تعتبر أموال البنك المركزي أموالاً عامة في تطبيق أحكام قانون العقوبات" وقد ألحق المشرع المصري أموال البنك المركزي بالمال العام في باب العقوبات من باب الحماية الجنائية للأموال بتوسيع دائرة المسؤولية الجنائية للاعتداء على تلك الأموال.

وقد صدرت اللائحة المالية الخاصة بمؤسسة النقد^(٥٩) وتناولت الميزانية

(٥٧) شرح وتحليل قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٥٨) البنك الأهلي المصري: النشرة الاقتصادية، العدد الثالث، المجلد ٥٦، القاهرة ٢٠٠٣م، ص ٦٦.

وانظر: شرح وتحليل قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٥٩) تعميم رقم ٦٩٤٥/ن. ظ بتاريخ ١١/٦/١٤١٠هـ.

التقديرية والإيرادات والمصرفيات، كما تناولت الرقابة الداخلية والخارجية لأموال المؤسسة، إلا أنها خلت من التكييف القانوني لأموال المؤسسة.

والأصل أن تخضع الإيرادات والمصرفيات المالية لمؤسسة النقد للرقابة من قبل ديوان المراقبة العامة بناءً على نص المادة التاسعة من نظام ديوان المراقبة^(٦٠)، وجاء فيها "تخضع لرقابة الديوان وفقاً لأحكام هذا النظام:.... ٣ - المؤسسات العامة والإدارات الأخرى ذات الميزانيات المستقلة.."، إلا أن مؤسسة النقد لا تخضع لإشراف ومراقبة ديوان المراقبة العامة، استناداً إلى خطاب سمو نائب رئيس مجلس الوزراء رقم (٨/٦٥٥) بتاريخ ٢٤/٣/١٤٠٢هـ، الموجه لمعالي رئيس ديوان المراقبة العامة، نظراً لطبيعة المعلومات المتعلقة بالمؤسسة سواء الإدارية أو المالية.

المطلب الثالث

الحماية المدنية لأموال مؤسسة النقد

مع أن النظريات المتعلقة بالمال العام متفرعة من نظريات القانون الإداري، إلا أن المنظم سن النصوص القانونية التي تحمي المال العام حتى لا يُجار عليه، ويتعدى سياجه، ورتب على المتعدي على المال العام المسؤولية المدنية والجنائية، وبناءً على ما سبق في تحديد طبيعة أموال المؤسسة، وأنه يصعب انتفاء صفة العمومية عنها بشكل كلي مع أن لها صفة الخصوصية، فإن المنظم حمى المال العام بما يلي:

١ - عدم جواز التصرف في المال العام تصرفاً يتعارض مع الغرض الذي خصص من أجله، ولو تصرف المسؤول الإداري فإن تصرفه يكون باطلاً بطلاناً نسبياً، ويؤيده القانون المصري، والجزائري والنظام السعودي، أو بطلاناً مطلقاً على رأي بعض شُرَّاح القانون^(٦١).

وقد رأى شُرَّاح القانون أن عدم جواز التصرف في الأموال العامة هو أحد نتائج التخصيص وأهم ضمانات استمراره^(٦٢).

٢ - عدم جواز اكتساب الأموال العامة بالتقادم.

(٦٠) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٩ بتاريخ ١١ / ٢ / ١٣٩١هـ انظر: جريدة أم القرى العدد (٢٣٦٧) بتاريخ ٢٠/٢/١٣٩١هـ.

(٦١) نذير أوهاب، حماية المال العام في الفقه، مطبعة جامعة نايف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ص ٧٦.

(٦٢) المرجع السابق، ص ٨١.

فإذا كان البند الأول من شأنه حماية المال العام من الإدارة؛ فإن هذا البند يحمي المال العام من الأفراد^(٦٣).

٣ - عدم جواز الحجز على الأموال العامة، كما جاء في المادة (٢٣) من نظام البلديات والقرى السعودي، فنصت على أن: "أملك البلدية المنقولة، وغير المنقولة، وكافة مواردها غير قابلة للحجز"، ومن ذلك منع كافة سبل التنفيذ الجبري على الدولة أو الأشخاص الإدارية العامة، تقابلها المادة (٨٧) من القانون المدني المصري.

لكون هذه القاعدة تؤسس على فكرتين أساسيتين هما:

الأولى: تستند إلى القاعدة العامة التي تفترض ملاءة الدولة.

الثانية: أن السماح بإمكانية توقيع الحجز على الأموال العامة يؤدي إلى خروج المال من حيازة الدولة.

المطلب الرابع

الحماية الجنائية لأموال مؤسسة النقد

يشكل الاقتصاد والسياسة النقدية عصب الإنماء لكل بلد، وحتى يطمئن الأفراد على تلك السياسة لا بد أن تحاط بحماية جنائية، تتمثل في حماية المنظم للمال العام من الناحية الجنائية؛ بتجريم الاعتداء على هذا المال، سواءً من قبل الموظف، أو من قبل الشخص العادي، وترتيب العقوبة الجزائية على المتعدي عليها^(٦٤)، كجريمة اختلاس المال العام، والعدوان عليه، وجريمة الاستيلاء بغير حق على المال العام، وتسهيل ذلك للغير، وتجريم الإضرار بأموال أو مصالح الدولة، والإهمال في صيانة أو استخدام المال العام، هذا ما يتعلق بجرائم موظفي الدولة، أما جرائم الأشخاص العاديين في العدوان على المال العام فيمكن حصرها فيما يلي:

١ - تخريب الأموال العامة^(٦٥).

٢ - إتلاف المباني، والآثار، وغيرها من الأشياء العامة.

٣ - تعطيل وسائل الإنتاج، والخدمات العامة، والمواصلات.

(٦٣) المرجع السابق، ص ٧٦.

(٦٤) صدر نظام وظائف مباشرة الأموال العامة السعودي بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٧) بتاريخ ٢٣/١٠/١٣٩٥هـ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم (م/٥) بتاريخ ١٤/٤/١٤٠٠هـ، لينظم وظائف مباشرة المال العام، والضمانات اللازمة لصيانة المال العام.

(٦٥) حماية المال العام في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٧١.

٤ - سرقة الأموال العامة.

٥ - الإضرار عمداً في تنفيذ العقود الإدارية^(٦٦).

وقد نصت القوانين العربية على عقوبة كل جريمة من جرائم العدوان على المال العام، إلا أن هذه النصوص متفرقة تبعاً لغرض الفعل المُجرّم، ومنها على سبيل المثال المادة (٦٧) من نظام الآثار السعودي، والمواد (٦١-١٦٠) من قانون العقوبات الجزائري لسنة ١٩٦٦م، والمادة (٢٥٢) من قانون العقوبات المصري، والمواد (٥٨٦-٥٨١) من قانون العقوبات السوري رقم (١٤٨) لسنة ١٩٤٩م^(٦٧).

المطلب الخامس

الطبيعة القانونية لصفة موظفي مؤسسة النقد العربي السعودي

أولاً: تكييف صفة موظفي مؤسسة النقد.

تُكيّف الطبيعة القانونية للموظف في مؤسسة النقد العربي السعودي بأنه موظف عام، وله أحكام الموظف العام، سواءً ما يكون له من حقوق، أو يترتب عليه من التزامات، وقد نصت المادة الثامنة من نظام الرشوة السعودي الصادر عام ١٤١٢هـ، على أنه: "يعد في حكم الموظف العام في تطبيق أحكام هذا النظام:

- ١ - كل من يعمل لدى الدولة أو لدى أحد الأجهزة ذات الشخصية المعنوية، سواءً كان يعمل بصفة دائمة أو مؤقتة.
- ٢ - المحكم، أو الخبير المعين من قبل الحكومة، أو أية هيئة لها اختصاص قضائي.
- ٣ - كل مكلف من جهة حكومية، أو أية سلطة إدارية أخرى بأداء مهمة معينة.
- ٤ - كل من يعمل لدى الشركات، أو المؤسسات الفردية التي تقوم بإدارة وتشغيل المرافق العامة أو صيانتها، أو تقوم بمباشرة خدمة عامة، وكذلك من يعمل لدى الشركات المساهمة أو الشركات التي تساهم الحكومة في رأسمالها، والشركات أو المؤسسات الفردية التي تزاوّل الأعمال المصرفية.
- ٥ - رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الشركات المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من هذه المادة".

فنجد أن معنى الموظف العام في النظام الجزائي يتسع بالنسبة لمعناه في القانون الإداري، فالمادة السابقة في نظام الرشوة لم تشترط في الشخص لكي يكون

(٦٦) المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٦٧) المرجع السابق، ص ٢٤٣.

له صفة الموظف العام أن يكون موقعه في أعلى السلم الوظيفي، كما لم تشترط المادة صفة الديمومة للموظف، أما في القانون الإداري فالموظف العام هو: "الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة المرافق العامة التي تدار بطريق مباشر بواسطة السلطات الإدارية المركزية، أو المحلية، أو المرفقية، ويشغل وظيفة داخلية في النظام الإداري للمرفق الذي يعمل فيه" (٦٨).

ثانياً: لائحة موظفي مؤسسة النقد العربي السعودي

لا يخضع موظفو مؤسسة النقد العربي السعودي لنظام الخدمة المدنية، (٦٩) ولا لنظام العمل في القطاع الخاص، وإنما يخضع موظفوها للائحة تنفيذية خاصة بهم، وهي اللائحة التنفيذية لموظفي مؤسسة النقد العربي السعودي الصادرة بقرار معالي المحافظ رقم (٤٠) بتاريخ ١١/٦/١٤٠٨هـ (٧٠) بموجب نص المادتين السابعة والعاشر من النظام الأساسي لمؤسسة النقد العربي السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٣) بتاريخ ٢٣/٥/١٣٧٧هـ (٧١).

أما ما يتعلق بنظام التقاعد فيخضع موظفو المؤسسة إلى نظام التقاعد المدني

(٦٨) عبد الحميد محمد الشواربي ومحمد عبد الحميد الشواربي، إدارة المخاطر الائتمانية - المسؤولية المدنية والجنايئة والتأديبية عن أعمال البنوك والائتمان المصرفي: منشأة المعارف، بالإسكندرية، د. ط، ٢٠٠٢م، ص١٦٥٢، وانظر: حسين حمودة المهدي، الموجز في جرائم الموظفين الاقتصادية، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، الطبعة الأولى، ١٣٩٥هـ، ص٦٨.

(٦٩) السند القانوني لهذا الاستثناء البرقية الموجهة من نائب رئيس مجلس الوزراء إلى معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني برقم (٧/هـ / ٢٢٦٧٥) بتاريخ ٩/١٠/١٤٠١هـ، والقاضي بالموافقة على استثناء مؤسسة النقد العربي السعودي من تطبيق نظام الخدمة المدنية ولوائحها التنفيذية.

(٧٠) لائحة موظفي مؤسسة النقد العربي السعودي، من إصدارات المؤسسة، الرياض، د. ط، ١٤١٠هـ، ص١١.

(٧١) وتتكون هذه اللائحة من (١٢٧) مادة تتناول الموظف ماله من حقوق وما عليه من التزامات، وقد طرأ عليها تعديل في المادتين (٥٠-٩٠) بموجب قرار مجلس الإدارة المنعقد بتاريخ ٢٤/١١/١٤٠٩هـ، ومن الملحوظات المهمة على هذه اللائحة التوسع فيما يتعلق بالاستثناء بمخالفة أحكام هذه اللائحة، كما جاء في المادة (١٢٧) والتي تنص على أن: "لمجلس الإدارة صلاحية الاستثناء من أحكام هذه اللائحة وتفسير موادها..". وكذلك المادة (١٢١) والتي تنص على أنه: "يجوز للمحافظ في بعض الحالات الاستثنائية التعاقد مع الخبراء لأداء بعض المهام الاستثمارية والتخصصية دون التقيد بأحكام هذه اللائحة".

بنص المادة الثانية من هذه اللائحة عند تعريف الموظف: "بأنه أي شخص يشغل وظيفة ذات مرتبة ثابتة بميزانية المؤسسة، ويخضع لأحكام نظام التقاعد المدني".

كما أن المعينين في المؤسسة على بند الأجور تسري عليهم أحكام لائحة المعينين على بند الأجور بنص الفقرة (ب) من المادة الثالثة من هذه اللائحة.

أما الموظفون المؤقتون في المؤسسة فلا يخضعون إلى هذه اللائحة، وإنما يسري عليهم أحكام نظام الوظائف المؤقتة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٠/٢) بتاريخ ١٢/٩/١٣٨٥هـ، فالموظف الذي تسري عليه أحكام هذه اللائحة هو الشخص الذي يشغل وظيفة ذات مرتبة ثابتة بميزانية المؤسسة، كما جاء في الفقرة (ج) من المادة الثالثة: "الموظفون المؤقتون ويسري عليهم نظام الوظائف المؤقتة".

ويماتله المشرع المصري عندما خول مجلس إدارة البنك المركزي حق إصدار لائحة خاصة بالعاملين بالبنك المركزي، كما جاء في المادة (١٤) من قانون البنك المركزي والمادة (٢٠) من النظام الأساسي للبنك المركزي المصري تتناول الهيكل التنظيمي، والإداري، والمتربات، والمكافآت، ونظم الترقية والندب، والنقل..^(٧٢)

ويتحدد المركز القانوني لموظفي مؤسسة النقد العربي السعودي بناءً على نص المادة الثانية، والتي حددت تعريف الموظف بأنه "أي شخص يشغل وظيفة ذات مرتبة ثابتة بميزانية المؤسسة ويخضع لأحكام نظام التقاعد المدني".

فموظفو المؤسسة هم من الموظفين العموميين الخاضعين للهيكل التنظيمي العام، وعلى سبيل الاستثناء يجوز أن يكون موظف المؤسسة موظفاً ذا صفة تعاقدية لا تنظيمية، كما جاء في المادة (٣١) من لائحة موظفي المؤسسة، والتي نصت على أنه: "يجوز بقرار من المحافظ وحسب مقتضيات العمل التعاقد مع سعودي لشغل إحدى الوظائف بمكافأة تعادل راتب الوظيفة وبدلاتها.."، على ألا يتجاوز بشكل كبير ما هو معمول به في القطاعات الخاضعة لنظام الخدمة المدنية.

أما ما يتعلق بالرقابة على موظفي مؤسسة النقد العربي السعودي فإن الأصل دخول موظفي المؤسسة لاختصاص هيئة الرقابة والتحقيق، بناءً على نص المادة الأولى من نظام مجلس الخدمة المدنية^(٧٣) والذي جاء فيها: "ينشأ مجلس للخدمة المدنية يتولى بالتعاون مع الجهات المختصة تخطيط وتنظيم شؤون الخدمة المدنية

(٧٢) عبد الهادي مقبل: شرح وتحليل قانون البنك المركزي، مرجع سابق، ص ١٠٥.

(٧٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٨/م) بتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧هـ.

في جميع الوزارات، والمصالح الحكومية، والأجهزة نوات الشخصية المعنوية العامة، والإشراف عليها.."، وجاء في نص المادة (٤٨) من نظام تأديب الموظفين^(٧٤): "يسري هذا النظام على جميع الموظفين المدنيين في الدولة عدا أعضاء السلك القضائي، كما يسري على موظفي الأشخاص المعنوية".

فهذه النصوص القانونية هي صريحة في دخول موظفي الشخصيات المعنوية العامة في اختصاصها، إلا أن موظفي مؤسسة النقد العربي السعودي لا يخضعون لهيئة الرقابة والتحقيق سواءً في الجانب المالي أو الإداري^(٧٥) والمتعين أن توجد جهة رسمية عليا تقوم بأعمال هيئة الرقابة، وألا تكون الرقابة اختصاص داخلي ينحصر في مؤسسة النقد.

المبحث الخامس

مسؤولية مؤسسة النقد العربي السعودي

الأصل أن تكون مسؤولية المؤسسة تجاه الحكومة أو الغير بقدر الصلاحيات والمهام التي تضطلع بها، باعتبارها مسؤولة عن القطاع المصرف والسياسة النقدية، والتي يمكن من خلالها أن تنجح في معالجة المشاكل الاقتصادية كضبط منح التسهيلات ومعالجة الركود التضخمي وغيرها، ولهذا يتعين حماية اقتصاد البلد من خلال مساءلة المؤسسة عن تجاوزاتها سواءً من الناحية المدنية أو الجنائية.

المطلب الأول

الأعمال المحظورة على مؤسسة النقد العربي السعودي

حدد المنظم السعودي بعض الأعمال التي تُعد محظورة على مؤسسة النقد، سواءً في نظام المؤسسة، أو نظام النقد السعودي، كأعمال تقوم بها تجاه الحكومة وتجاه القطاع الخاص من البنوك التجارية، أو المؤسسات المالية؛ وقد نصت المادة الثانية من نظام مؤسسة النقد على تلك الأعمال المحظورة وهي:

١ - "أ- لا يجوز لمؤسسة النقد العربي السعودي دفع أو قبض فائدة.

(٧٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) بتاريخ ١/٢/١٣٩١هـ.

(٧٥) بناءً على البرقية الصادرة من رئيس مجلس الوزراء برقم (٥٤٦٤/م ب) بتاريخ ٢٠/٤/١٤٢٦هـ، والتي تقضي باستثناء مؤسسة النقد من جهات الإشراف، وحصر الإشراف على المؤسسة داخلياً.

- ٢ - لا يجوز أن يكون للمؤسسة رأسمال، وعليها أن تعيد رأس المال إلى الحكومة".
 - ٣ - مباشرة أي عمل يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية السمحاء، فلا يجوز لها دفع أو قبض فائدة على الأعمال^(٧٦).
 - ٤ - استلام الودائع الخاصة.
 - ٥ - إقراض الحكومة والهيئات الخاصة والأفراد.
 - ٦ - الاشتغال بالتجارة، أو المساهمة في الأعمال التجارية.
 - ٧ - شراء أو امتلاك العقارات، ما عدا ما تكون المؤسسة في حاجة إليه للقيام بأعمالها".
 - ٨ - إصدار نقد بدون غطاء كامل مصون في حرز أمين، كما نصت عليه المادة السادسة من نظام النقد^(٧٧) في الفقرة "ب".
- ويلاحظ أن نظام مؤسسة النقد العربي السعودي لم يحدد الجهة محل الإشراف أو الرقابة على المؤسسة، هذا من ناحية المسؤولية المدنية -التقصيرية-، بينما نرى أن المادة الخامسة لقانون البنك المركزي المصري رقم (٨٨) نصت على أنه: "يقوم محافظ البنك المركزي بإخطار مجلسي الشعب والشورى بأهداف السياسات النقدية.."; مما يعني خضوع البنك المركزي المصري لرقابة مجلس الشعب والشورى وهذا الفراغ التنظيمي قد يولد تنازعا في الاختصاص فيما يتعلق بالرقابة والإشراف على المؤسسة حيال التقصير في الالتزام بالواجبات المناطة بها، أو ارتكاب أحد المحظورات الواردة في النصوص القانونية السابقة.

المطلب الثاني

مسؤولية مؤسسة النقد العربي السعودي مدنياً وجنائياً.

الأصل أن تُساءل مؤسسة النقد العربي السعودي كشخصية اعتبارية عامة من الناحيتين المدنية والجنائية، أما من الناحية المدنية فقد استقر الفقه والقضاء على جواز مساءلة الشخص الاعتباري مدنياً وأصبحت من المسلمات على اختلاف بين فقهاء القانون حول تكييف هذه المسؤولية^(٧٨).

(٧٦) كما في نص المادة السادسة من نظام المؤسسة؛ كما لو تم الاقتصر على الشق الأول من الفقرة لكان أولى؛ إذ أن الأعمال التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية لا تنحصر في الفائدة الربوية فقط، بل لها صورٌ أخرى تتعلق بالجانب المالي.

(٧٧) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٦) بتاريخ ١٣٧٩/٧/١هـ.

(٧٨) أحمد علي عبد الله، المسؤولية الجنائية للمصارف، منشورات معهد إسلام المعرفة، جامعة الجزيرة، السودان ١٩٩٦م، د. ط، ص ٥.

وعليه فالقانون لا ينسب للأشخاص الاعتبارية كل أعمال جهازه الصحيحة؛ وإنما كذلك كل الأخطاء التي يرتكبها الممثلون في سبيل تسيير أعماله، وتنفيذ أغراضه؛ ويسألون كذلك عن الطريقة التي يؤدون بها هذه الأعمال، وعلى الشخص الاعتباري أن يتحمل الخطأ الذي ارتكب في أداء نشاطه وتحقيق أغراضه، كما استثمر الأعمال الكثيرة الأخرى التي عادت عليه من هذا النشاط بالنفع^(٧٩) بناءً على القاعدة الشرعية: "الغرم بالغرم"، فالشخص الاعتباري يغرم كل اجتهادات الجهاز الإداري فعليه أن يغرم أمام الغير (الذي يتعامل معه)، كل أخطاء وتجاوزات جهازه الإداري.

أما مساءلة مؤسسة النقد كشخص اعتباري من الناحية الجنائية فهو محل خلاف بين فقهاء القانون فمنهم المثبت ومنهم النافي^(٨٠) ولعل الأقرب لروح العدالة الجنائية؛

(٧٩) المرجع السابق، وانظر: جرجس يوسف طعمة: مكانة الركن المعنوي في الجرائم الاقتصادية، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان، دط، ٢٠٠٥م، ص ٣٦١، وانظر: عبده جميل غصوب، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ٤٣٨/١.

(٨٠) يرى بعض فقهاء القانون أنه لا يمكن إقرار المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري لاستحالة إسناد الجريمة إليه؛ كما أنه لا يمكن تصور القصد الجنائي في الشخصية الاعتبارية، وهو أحد أركان قيام المسؤولية الجنائية، وقد أخذت بهذا المبدأ دولة مصر، كما في المادة (٥٨) من قانون العقوبات. بينما ذهب جمهور فقهاء القانون إلى جواز مساءلة الشخصيات الاعتبارية جنائياً؛ لكونها تمثل خطراً في كثير من المجالات خاصة مع ضخامة إمكانياتها، وما تحتله من قوة اقتصادية، مما يجعل انحرافها خطيراً في مجال الجريمة، ثم إن مساءلة الشخص الاعتباري يعد أحد مقتضيات العدالة الجنائية، وترك مساءلته يعد مفارقة في صلاحيته للإفادة عن تصرفاته، كما أن مساءلة الشخص الاعتباري سنداً في الشريعة الإسلامية ومن ذلك، ما ذكره ابن حجر العسقلاني في شرحه لحديث بعث النبي صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد لبني جذيمة وقتله الأسرى، كما في صحيح البخاري باب بعث النبي صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد برقم (٤٣٣٩) ١٦٠/٥، وجاء فيه: " وَقَالَ بَنُ بَطَّالٍ: الْإِنَّمُ وَإِنْ كَانَ سَاقِطًا عَنِ الْمُجْتَهِدِ فِي الْحُكْمِ إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ بِخِلَافِ جَمَاعَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ لِكِنَّ الضَّمَانَ لِأَرْبَعٍ لِلْمُخْطِئِ عِنْدَ الْأَكْثَرِ مَعَ الْإِخْتِلَافِ هَلْ يَلْزَمُ ذَلِكَ عَاقِلَةَ الْحَاكِمِ أَوْ بَيْتُ الْمَالِ " ولا شك أن كليهما يعتبر شخصاً اعتبارياً. انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، دار المعرفة، بيروت ١٣٧٩هـ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ١٣/١٨٢.

ومما يرجح هذا القول عملياً أخذ أغلب الدول بهذا المبدأ؛ ومنها على سبيل المثال: المادة (٢٣) من نظام مراقبة البنوك السعودي، والمادة (١٩) من نظام مكافحة الرشوة السعودي، والمادة (١٩) من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي، كذلك المادة (٧٤) من قانون العقوبات الأردني تعديل سنة ٢٠٠١م، والمادة (٨٠) من قانون العقوبات العراقي، والمادة (٦) من قانون العقوبات اليمني، والمادة (٣٣) من قانون العدل الجنائي الإنجليزي، والمادة (٨٩) من مشروع المدونة العقابية في فرنسا، وانظر: أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية دار الثقافة العربية، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، ٢٠٠٩م، ص ٣٩٠.

ولحماية السياسة النقدية في المجتمع هو إقرار المسؤولية الجنائية للمؤسسة كشخص اعتباري؛ لكونه أمراً تتطلبه المصلحة ويفرضه واقع الحال، ويجعل الاعتراف بالمسؤولية الجنائية سبباً واقعياً من وقوع الجرائم المتعلقة بالمال والاقتصاد بشكل عام، والمتعين أن تكون المسؤولية بقدر الصلاحية الممنوحة لهذا الشخص الاعتباري، كما يجب تحديد الاختصاص سواءً من الناحية القضائية، أو من ناحية الرقابة الإدارية^(٨١).

والمتمامل في وظائف مؤسسة النقد يجدها بالغة الأهمية للاقتصاد الوطني، كما أن إتيان الأعمال المحظورة عليها تعد في غاية الخطورة على السياسة النقدية، وبناءً عليه فيجب أن تحاط هذه الوظائف والأعمال بسياج من الحماية الجنائية، والمسؤولية المدنية؛ تتمثل في سن نظام خاص بمساءلة مؤسسة النقد عن تجاوزاتها أو إخلالها بواجباتها، كقيامها بمساءلة البنوك المخالفة لنظام مراقبة البنوك السعودي، فالمؤسسة هي المسؤولة عن التفتيش، والترخيص، والرقابة، فيجب أن تكون المسؤولية بقدر ما تتمتع به من وظائف تخولها من درء الخطر قبل وقوعه، فإذا أهملت المؤسسة عن القيام بواجباتها أو ارتكبت الأعمال المحظورة عليها كانت عرضة للمسؤولية إما التقصيرية أو الجزائية، كما يجب أن تحاط المسؤولية بنظام خاص يحدد المخالفات وعقوباتها، وينتظم في مجموعة قواعد بمسمى الجرائم الاقتصادية.

طبيعة المسؤولية الجنائية لمؤسسة النقد كشخص اعتباري :

إذا ارتكب الشخص الاعتباري فعلاً مُجرماً من الناحية الجنائية فيما أن تكون مسؤوليته مباشرة أو غير مباشرة على النحو الآتي :

١ - تحق المسؤولية المباشرة للشخص الاعتباري إذا أسندت الجريمة إليه بشكل مباشر، فترفع عليه الدعوى، ويحكم عليه بالجزاء المقررة، ولذلك فإن الشخص الاعتباري يتحمل وحده كامل المسؤولية الجنائية الناتجة عن التصرفات الصادرة باسمه بغض النظر عن مسؤولية الشخص الطبيعي الذي يتولى إدارته أو تمثيله^(٨٢).

(٨١) انظر: علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دط، ٢٠٠٢م، ص ٦٠٤، وانظر: عبد الفتاح سليمان: المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية، الطبعة الأولى ١٩٨٦م، ص ١٣٩، وانظر: عبد الحكيم فودة، امتناع المساءلة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط ٢٠٠٣م، ص ٥٤، وانظر: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة ١٩٩٦م، ص ٤٨١، وانظر: محاضرات عن المسؤولية في التشريعات العربية، توفيق الشاوي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية، ١٩٥٨م، ص ١٣٠.

(٨٢) محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، الطبعة الثانية ١٩٧٩م، ١ / ١٣٦.

٢ - تلحق المسؤولية غير المباشرة بالشخص الاعتباري إذا نصت المادة المقررة جزاءً على فعل مُجرّم جنائياً بأن الشخص الاعتباري يسأل بالتضامن مع الشخص الطبيعي عن تنفيذ الجزاءات التي يحكم بها من غرامة، ومصادرة، وغيرهما، مع أن المسؤولية غير المباشرة تحقق نفس الأغراض في المسؤولية المباشرة.^(٨٣)

المطلب الثالث

الاختصاص القضائي للدعوى المتعلقة بمؤسسة النقد.

لم يحدد نظام مؤسسة النقد جهات الاختصاص في الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن، إلا أن نظام ديوان المظالم (المحاكم الإدارية) قد حدد هذا الاختصاص بشكل عام، عندما نصت المادة الثالثة عشرة على الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة والأجهزة نوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة..^(٨٤) ويمكن تفصيلها فيما يلي: أولاً: إذا رفعت دعوى ضد المؤسسة من أحد موظفيها، ولها متعلق بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والتقاعد، أو كانت لإلغاء قرار إداري، فإن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص كما نصت عليه المادة (١٣) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

ثانياً: يُنظر في الدعاوى المقامة من الأفراد العاديين ضد مؤسسة النقد فيما يتعلق بدعاوى الضرر الناتج عن أعمال أو قرارات المؤسسة ضد ذوي الشأن من القضاء الإداري، كما في المادة (١٢) فقرة (ب) من نظام ديوان المظالم^(٨٤)، وقد نصت المادة العاشرة من نظام مؤسسة النقد على: "أن المحافظ يدير شؤون المؤسسة وينوب عنها أمام القضاء".

ثالثاً: الدعوى الخارجة عن اختصاص القضاء الإداري، فإن المحاكم العامة هي صاحبة الاختصاص بالنظر في الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن كما نصت عليه المادة (٢٥) من نظام القضاء السعودي الصادر عام ١٤٢٨هـ، وجاء فيها: "دون إخلال بما يقضي به نظام ديوان المظالم تختص المحاكم بالفصل في جميع القضايا وفق قواعد اختصاص المحاكم".

التحقق من نتائج الدراسة وتحليل البيانات باستخدام البرنامج الإحصائي "spss"

(٨٣) المرجع السابق، وانظر: أنور محمد المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الثقافة، عمان الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، ٢٠٠٩م، ص ٤٠٠.

(٨٤) نشر ديوان المظالم بعض القضايا المتعلقة بمؤسسة النقد والبت فيها، كما في القضية رقم (١/٥٢٨/ق) لعام ١٤٢٦هـ، انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، الصادرة عن ديوان المظالم (المحاكم الإدارية) المجلد الأول، ص ٢٤٨.

يشكل بعض ما توصل إليه الباحث نقداً لعدد من النصوص القانونية المتعلقة بنظامي مؤسسة النقد، ومراقبة البنوك؛ ولهذا قام الباحث بإعداد استبانة عرض فيها النصوص القانونية المقترحة بدلاً من النصوص القائمة، وعرضها على مختصين من القضاة، والأكاديميين، والمستشارين القانونيين، كما اشتمل هذا الاستبيان على مقترحات بشأن المركز القانوني لمؤسسة النقد العربي السعودي سواءً من جهة الاختصاص، أو من حيث مسؤوليات المؤسسة تجاه الحكومة أو الغير والتي يرى الباحث ضرورة تقويمها، بهدف الوصول إلى صدق التعميم، وذلك من خلال تحليل آراء المختصين، ومدى موافقتها لنتائج البحث من خلال البرنامج الإحصائي "spss".

المحور الأول: مقترح إعادة صياغة المواد القانونية محل النقد في نظامي مؤسسة النقد ونظام مراقبة البنوك السعودي

تهدف الدراسة بعد المعالجة الإحصائية لهذه البيانات إلى الوصول إلى صدق التعميم الذي يسهل على صاحب القرار اتخاذ القرار المناسب بشأن ما تم طرحه من محاور بعد أن تم اختبارها بأسلوب علمي يضيف موضوعية نقدية لهذه الدراسة، ويبعدها عن الذاتية وهو ما يحقق في ذات الوقت فلسفة نتائج البحث بطريقة علمية وموضوعية.

يوضح الجدول (١) التحليل الإحصائي الوصفي للبيانات من خلال المتوسط الحسابي والانحراف المعياري لكل متغير من المتغيرات، وقد تم إجراء عمل اختبارات إحصائية وهي كا تربيع (Chi-Square) لحسن المطابقة، واختبار ت (T-test) حول المتوسط لكل متغير من متغيرات استجابات القضاة والأكاديميين والمستشارين القانونيين وآرائهم في النصوص القانونية المقترحة لنظام مؤسسة النقد العربي السعودي، والذي يعكس المركز القانوني لها من خلال هذا النظام، كذلك التوصيات التي خرج بها الباحث من خلال الدراسة التحليلية لمركز مؤسسة النقد القانوني، سواءً ما رتب لها المنظم من حقوق، أو ما يجب أن يرتب عليها من مسؤوليات تجاه أعمالها، سواءً مدنية أو جنائية.

ولتحليل البيانات لجميع المتغيرات بشكل مفصل سنجيب على التساؤلات التالية:

ما سؤال البحث؟ ما فرض البحث؟ ما الفروض الإحصائية؟ ما الاختبار الإحصائي المناسب؟ ما النموذج الإحصائي المناسب؟ ما القرار المتخذ؟ وأخيراً ما هي قوة الاختبار الإحصائي عند حجم العينة (٣١)؟ وذلك على النحو التالي:

سؤال البحث: هل توزيع التكرارات لكل متغير من المتغيرات لاستجابات الأكاديميين، والقضاة والمستشارين القانونيين لمقترح إعادة صياغة المواد القانونية محل النقد في نظامي مؤسسة النقد، ونظام مراقبة البنوك في المجتمع متساوية.

فرض البحث^(٨٥): لكل متغير من المتغيرات لاستجابات الأكاديميين، والقضاة، والمستشارين القانونيين لمقترح إعادة صياغة المواد القانونية محل النقد في نظامي مؤسسة النقد ونظام مراقبة البنوك في المجتمع غير متساوية في المجتمع.

الفروض الإحصائية^(٨٦):

الفرض الصفري: $H_0 : F_1 = F_2 = F_3$

الفرض البديل: $H_a : F_1 \neq F_2 \neq F_3$

حيث: F = التكرار

تصميم البحث: المجموعة الواحدة

مستوى الدلالة الإحصائية: $\alpha =$

الخطأ من النوع الأول: $p(sig.) = 0$

الاختبارات الإحصائية المناسبة: اختبار كاي (chi-square) لحسن المطابقة

النموذج الإحصائي: حيث يوجد متغير واحد بثلاثة مستويات فإن النموذج الإحصائي هو النموذج الصفري.

الدلالة العملية بشكل عام

$$f' = \sqrt{\frac{x^2}{N}}$$

$$f' = \sqrt{\frac{17.06}{31}} = 0.3$$

وهو حجم تأثير كبير وفقاً لكوهين

قوة الاختبار الإحصائي بشكل عام، من خلال جداول كوهين عند:

دلالة عملية = ٠,٣	($\alpha = 0.05$)
درجة حرية = ٢	حجم عينة = ٣٠

قوة الاختبار الإحصائي = ٨٩٪

(٨٥) فرض البحث هو حل أو تفسير أو إجابة أو استنتاج لسؤال تمت صياغته من خلال مشكلة البحث.

(٨٦) الفرض الإحصائي، عبارة تصف الحالة التي قد تكون عليها العلاقة بين المتغيرات في المجتمع (أي الحقيقة) وليس في العينة.

قاعدة القرار: إذا كانت: $p(\text{sign.})$

القرار: بما أن $p(\text{sign.}) < \alpha$

ولكن يبقى السؤال أين يكمن توزيع التكرارات في المجتمع؛ إن ذلك يوضحه جدول رقم (١) حيث تم إجراء اختبار ت (T-test) حول المتوسط عند مستوى دلالة إحصائية (٠,٠٥) وذلك على النحو التالي:

سؤال البحث: هل متوسط المجتمع (المؤشر العام) لاستجابات الأكاديميين، والقضاة والمستشارين القانونيين لمقترح إعادة صياغة المواد القانونية محل النقد في نظامي مؤسسة النقد ونظام مراقبة البنوك ولكل متغير فيها زاد عن متوسط ٢,٣٣.

الفروض الإحصائية

الفرض الصفري: $H_0: \mu \geq$ للمحور ولكل متغير به.

حيث: الفرضية الصفرية $\mu =$ متوسط العينة.

الفرض البديل: $H_a: \mu <$ للمحور ولكل متغير به.

حيث = الفرضية البديلة

الخطأ من النوع الأول: $p(\text{sign.})$ بشكل عام

الاختبار الإحصائي المناسب: اختبار ت حول المتوسط T-test

النموذج الإحصائي: حيث يوجد متغير واحد بثلاثة مستويات إذن النموذج الإحصائي هو النموذج الصفري.

الدلالة العملية للمؤشر العام يمكن حسابه وفقاً لكوهين تساوي $0,57$

قوة الاختبار الإحصائي للمؤشر العام: من جداول كوهين عند:

دلالة عملية = $0,75$	$(\alpha = 0.05)$ بذيلين
اختبارات	حجم عينة = ٣١

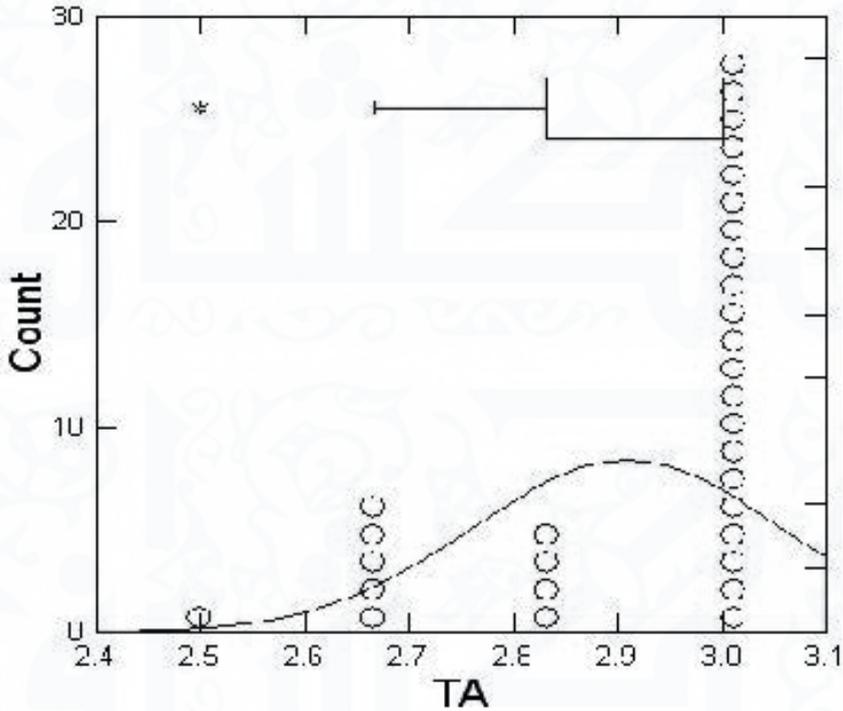
فإن قوة الاختبار الإحصائي هو $0,95$

إذا كانت قاعدة القرار: $p(\text{sig.}) < \alpha$ فإننا نرفض الفرض الصفري ونقبل الفرض البديل.

القرار: بما أن $p(\text{sig.}) > \alpha(0.05)$ للمحور بشكل عام، فإننا نقبل الفرض الصفري القائل بأن متوسط المجتمع للمحور بشكل عام ولكل متغير فيه زاد عن المتوسط $2,85$ ، عند مستوى معنوية $0,05$. وبما أن قوة الاختبار الإحصائي لهذا المحور وصلت إلى $(p = 0.95)$ فبالتالي يمكن الاعتماد على النتيجة.

وفقاً للنتائج يمكن استخلاص أن نسبة اتفاق الأكاديميين والقضاة والمستشارين مع ما تم التوصل إليه في هذه الدراسة نسبة عالية جداً، كما يوضح ذلك المؤشر العام (متوسط الدرجة) (٢,٨٥) وبانحراف معياري قدره (٠,١٨٨). والشكل رقم (١) يبين حدود الثقة للمتوسطات (٢,٨٠١) إلى (٣,٠٠) التي يتم فيها قبول الفرض الصفري (متوسط المجتمع يساوي متوسط العينة عند مستوى معنوية ٠,٠٥).

One-Sample t-Test



شكل رقم (١)

توزيع لاتفاق القضاة، والأكاديميين، والمستشارين القانونيين مع الدراسة وحدود قبول الفرض الصفري

جدول رقم (١)

استجابات القضاة، والأكاديميين، والمستشارين القانونيين لمقترح إعادة صياغة المواد القانونية محل النقد في نظامي مؤسسة النقد، ونظام مراقبة البنوك

العبارة	يتفق	يتفق إلى حد ما	لا يتفق	المتوسط	الانحراف المعياري	اختبار كاسن ^٢ لحسن المطابقة			اختبار (ت) حول المتوسط	
						القيم	الاحتمالية	حجم التأثير	القيم	الاحتمالية
ت يحقّق النص القانوني التالي ضبطاً أكثر لتحديد الشخصية القانونية لمؤسسة النقد العربي السعودي "تعتبر مؤسسة النقد العربي السعودي شخصية اعتبارية عامة تتمتع بكامل الحقوق وتحمل كافة الالتزامات. ^(٨٧)	٣١	٠	٠	٣,٠٠	٠,٠٠	١٧,٠٦	٠,٠٠	٠,٣٠	٠	٠
	١٠٠	٠	٠							
ت يحقّق النص القانوني التالي ضبطاً أكثر لحظر الأعمال التي تخالف الشريعة الإسلامية: "لا يجوز مباشرة أي عمل يتعارض مع الشريعة الإسلامية السمحاء".	٢٧	٤	٠	٢,٨٧	٠,٣٤	١٧,٠٧	٠,٠٠	٠,٣٠	٨,٧٨	٠,١٨
	٨٧,١	١٢,٩	٠							
ت يحقّق النص القانوني التالي ضبطاً أكثر في جانب الحماية الجنائية: "وفي تطبيق أحكام العقوبات المنصوص عليها في هذه المادة - إذا وقعت المخالفة تحت أحكام أكثر من عقوبة تطبق على الشخص المخالف لكل مخالفة عقوبتها المحددة، وإذا كانت وثيقة الاتصال فإنه يؤخذ بالعقوبة الأشد"	٢٨	٣	٠	٢,٩٠	٠,٣٠	٢٠,١٦	٠,٠٠	٠,٣٠	١٠,٥٥	٠,٢٤
	٩٠,٣	٩,٧	٠							

(٨٧) يعتبر كوهين حجم التأثير (S=0.10) حجم تأثير صغير و (S=0.25) حجم تأثير وسط، و(S=0.40) تعبر عن حجم تأثير كبير.

جدول رقم (١)

استجابات القضاة، والأكاديميين، والمستشارين القانونيين لمقترح إعادة صياغة المواد القانونية محل النقد في نظامي مؤسسة النقد، ونظام مراقبة البنوك

العبارة	يتفق	يتفق إلى حد ما	لا يتفق	المتوسط	الانحراف المعياري	اختبار كاسكر لحسن المطابقة			اختبار (ت) حول المتوسط	
						القيم	الاحتمالية	حجم التأثير	القيم	الاحتمالية
ت يحقّق النص القانوني التالي ضابطاً أكثر لتحديد ما تؤوّل إليه الغرامة لمخالفة قواعد نظام مراقبة البنوك: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائة ألف وتؤوّل الغرامة إلى خزينة الدولة".	٢٧	٤	٠	٢,٨٧	٠,٣٤	١٧,٠٦	٠,٠٠	٠,٣٠	٨,٧٨	٠,١٨
	٨٧,١	١٢,٩	٠							
ت يحقّق النص القانوني التالي ضابطاً أكثر في الجانب الجزائي: "يعاقب بغرامة لا تزيد على مائة ألف ريال كل من خالف أي حكم آخر من أحكام هذا النظام أو القرارات والقواعد الصادرة تنفيذاً له".	٢٩	١	٠	٢,٩٧	٠,١٨	٢٦,١٢	٠,٠٠	٠,٢٩	١٨,٩	٠,٥١
	٩٦,٧	٣,٣	٠							
ت يحقّق النص القانوني التالي ضابطاً أكثر للتفتيش البنكي: "للمؤسسة أن تجري تفتيشاً على سجلات وحسابات أي بنك.."	٢٥	٥	٠	٢,٨٣	٠,٣٨	١٣,٣٣	٠,٠٠	٠,٢٩	٧,٢٢	٠,١٣
	٨٣,٣	١٦,٧	٠							
المؤشر العام										
				٢,٨٨	٠,٢٢	٤٠,٤٥	٠,٠٠	٠,٣	٢١,٦	٠,٥٧

يتضح من الجدول السابق وجود فروق ذات دلالة إحصائية عند مستوى (٠,٠٥) بين أفراد العينة لصالح تغيير واقع النصوص محل النقد إلى الصياغة المقترحة في الاستبانة بنسبة تراوحت ما بين (٨٣٪) إلى (١٠٠٪) بين ست مواد قانونية، وهي نسبة عالية تدل على قدر جيد يؤيد ما توصل إليه الباحث من خلال الدراسة من

ضرورة تغيير بعض النصوص القانونية في نظامي مؤسسة النقد ونظام مراقبة البنوك السعودي، لتواكب التطور الاقتصادي في السياسة المالية والنقدية.

المحور الثاني: دراسة نقدية لحقوق والتزامات مؤسسة النقد العربي السعودي

يوضح الجدول (٢) التحليل الإحصائي الوصفي للبيانات من خلال المتوسط الحسابي، والانحراف المعياري لكل متغير من المتغيرات، وقد تم إجراء عمل اختبارات إحصائية وهي كا تربيع (Chi-Square) لحسن المطابقة، واختبار ت (T-test) حول المتوسط لكل متغير من متغيرات استجابات القضاة والأكاديميين، والمستشارين القانونيين وآرائهم في التوصيات التي خرج بها الباحث من خلال الدراسة التحليلية لمركز مؤسسة النقد القانوني، سواءً مالها من حقوق، أو ما يجب أن يرتب عليها من مسؤوليات سواءً أكانت مدنية أم جنائية، وذلك على النحو الآتي:

سؤال البحث: هل متوسط المجتمع (المؤشر العام) لاستجابات الأكاديميين، والقضاة والمستشارين القانونيين لمقترح الدراسة النقدية لحقوق والتزامات مؤسسة النقد، ولكل متغير فيها زاد عن متوسط (٢,٦)

الفروض الإحصائية

الفرض الصفري: $H_0: 2,6$ للمحور ولكل متغير به.

حيث: = الفرضية الصفرية، μ = متوسط العينة.

الفرض البديل: $H_a = \mu$ للمحور ولكل متغير به.

حيث: = الفرضية البديلة

مستوى الدلالة الإحصائية α

الخطأ من النوع الأول: $p(sig.)$ بشكل عام

الاختبار الإحصائي المناسب: اختبار ت حول المتوسط T-test

النموذج الإحصائي: حيث يوجد متغير واحد بثلاثة مستويات فإن النموذج

الإحصائي هو النموذج الصفري.

الدلالة العملية للمؤشر العام يمكن حسابه وفقاً لكوهين تساوي $0,13$

قوة الاختبار الإحصائي للمؤشر العام: من جداول كوهين عند:

دلالة عملية = 0,13	بذليلين ($\alpha = 0.05$)
اختبارات	حجم عينة = 31

إن قوة الاختبار الإحصائي = ما بين 75٪ - 80٪

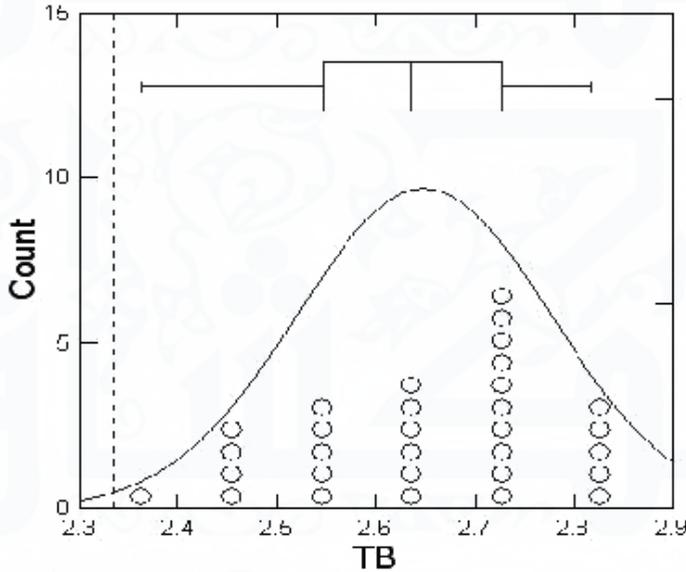
إذا كانت قاعدة القرار: $p(sig.) < \alpha$ فإننا نرفض الفرض الصفري ونقبل الفرض البديل.

القرار: بما أن $p(sig.)1.00 > \alpha(0.05)$ للمحور بشكل عام، فإننا نقبل الفرض الصفري القائل بأن متوسط المجتمع للمحور بشكل عام ولكل متغير فيه زاد عن المتوسط ٢,٨٥، عند مستوى معنوية ٠,٠٥. وبما أن قوة الاختبار الإحصائي لهذا المحور قد تصل إلى ٨٠٪ فبالتالي يمكن الاعتماد على هذه النتيجة.

وفقاً للنتائج يمكن استخلاص أن نسبة اتفاق الأكاديميين والقضاة والمستشارين مع ما تم التوصل إليه في هذه الدراسة نسبة عالية جداً، كما يوضح ذلك المؤشر العام (متوسط الدرجة) (٢,٦) وبانحراف معياري قدره (٠,١٣).

والشكل رقم (٢) يبين حدود الثقة للمتوسطات (٢,٦) إلى (٢,٧) التي يتم فيها قبول الفرض الصفري (متوسط المجتمع يساوي متوسط العينة عند مستوى معنوية ٠,٠٥).

One-Sample t-Test



جدول رقم (٢)

استجابات القضاة، والأكاديميين، والمستشارين القانونيين للدراسة
النقدية لحقوق والتزامات مؤسسة النقد

اختبار (ت) حول المتوسط	اختبار كا ^٢ لحسن المطابقة		المجموع		المهنة						العبارة		
					مستشار قانوني		أستاذ جامعي		قاضي				
					النسبة من التكرار	النسبة من المجموع	النسبة من التكرار	النسبة من المجموع	النسبة من التكرار	النسبة من المجموع		التكرار	
٠٠٠	١,٤٠٠	٠٠٠	٨٧,١٢٩	%٠,٢	%٠,٠	%٠,٠	%٠,٠	%٢,٣	%٢,٣	%٥,٥	١	يتفق إلى حد ما	تتمتع مؤسسة النقد العربي السعودي بدرجة كبيرة من الاستقلال عن الحكومة.
				%٠,٠	١	%٢,٣	٠	%٢,٣	٠	%٥,٥	١	يتفق	
				%٠,٠	١	%٢,٣	٠	%٢,٣	٠	%٥,٥	١	المجموع	
٠٠٠	٠,٤٢٧	٠٠٠	٨٧,٠٦٥	%٢,٩	%٠,٧	%٠,٠	%٠,٢	%٢,٣	%٢,٣	%٥,٥	١	يتفق إلى حد ما	تعتبر مؤسسة النقد العربي السعودي شخصية اعتبارية عامة
				%٧,١	٧	%٢,٦	%٢,٣	٠	%٢,٣	%٥,٥	١	يتفق	
				%٠,٠	١	%٢,٣	٠	%٢,٣	٠	%٥,٥	١	المجموع	
٠٠٠	٠,٤٢٧	٠٠٠	٨٧,٠٦٥	%٢,٩	%٠,٧	%٠,٠	%٠,٢	%٢,٣	%٢,٣	%٥,٥	١	يتفق إلى حد ما	تعتبر أموال مؤسسة النقد العربي السعودي من الناحية القانونية أموالاً عامة ذات طبيعة خاصة.
				%٠,٦	٥	%٩,٤	%٩,٠	%٢,٣	%٢,٣	%٥,٥	١	يتفق	
				%٠,٠	١	%٢,٣	٠	%٢,٣	٠	%٥,٥	١	المجموع	
٠٠٠	٠,٤٨٠	٠٠٠	٨٣,٥١٦	%٠,٥	%٠,٥	%٠,٠	%٠,٠	%٥,٥	%٥,٥	%٥,٥	١	يتفق إلى حد ما	يعكس مسمى مؤسسة النقد العربي السعودي حقيقة المهام المناطة بها بموجب نظامها الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٣) وتاريخ ٢٣/٥/ ١٣٧٧هـ
				%٣,٥	٩	%٥,٨	%٢,٣	٠	%٥,٥	%٥,٥	١	يتفق	
				%٠,٠	١	%٢,٣	٠	%٢,٣	٠	%٥,٥	١	المجموع	

جدول رقم (٢)

استجابات القضاة، والأكاديميين، والمستشارين القانونيين للدراسة النقدية لحقوق والتزامات مؤسسة النقد

اختبار (ت) حول المتوسط	اختبار كا ^٢ لحسن المطابقة		المهنة						العبارة				
	القيم الإحصائية	القيم الإحصائية	المجموع		مستشار قانوني		أستاذ جامعي			قاضي			
			النسبة من التكرار										
,٠٠٠ ١٩,١٥٦ - ,٠٠٠ ٦٤٥,٣٥٥			٢٨	٩٠,٣٪	١٠	٢٢,٢٪	٨	٢٥,٨٪	١٠	٢٢,٢٪	لا يتفق	يحدد نظام مؤسسة النقد العربي السعودي مركزها القانوني بشكل دقيق	
			٢	٦,٥٪	٠	٠,٠٪	١	٣,٢٪	١	٣,٢٪	١		يتفق إلى حد ما
			٠	٣,٢٪	٠	٠,٠٪	١	٣,٢٪	٠	٠,٠٪	٠		يتفق
			٣١	١٠٠,٠٪	١٠	٢٢,٢٪	١٠	٢٥,٥٪	١١	٣٥,٥٪	١١		المجموع
,٠٠٠ ٧,٤٨٠ - ,٠٠٠ ٢٢٢,٥١٦			٢	٦,٥٪	٠	٠,٠٪	٠	٠,٠٪	٠	٦,٥٪	٢	يتفق إلى حد ما	يتحدد المركز القانوني لموظفي مؤسسة النقد العربي السعودي بأنهم موظفون عموميون ذوو صفة تنظيمية.
			٢٩	٩٣,٥٪	١٠	٣٢,٣٪	١٠	٢٩,٠٪	٩	٢٩,٠٪	٩	يتفق	
			٣١	١٠٠,٠٪	١٠	٣٢,٣٪	١٠	٣٥,٥٪	١١	٣٥,٥٪	١١	المجموع	
			٢	٢٢,٦٪	٤	١٢,٩٪	١	٣,٢٪	١	٦,٥٪	٢	يتفق إلى حد ما	
,٠٣٠ ٢,٢٨٢ - ,٠٠٢ ٢٩,٢٢٢			٧	٢٢,٦٪	٤	١٢,٩٪	١	٣,٢٪	١	٦,٥٪	٢	يتفق إلى حد ما	مسمى لجنة تسوية المنازعات المصرفية لا يعكس مركزها القانوني واختصاصاتها القضائية.
			٢٤	٧٧,٤٪	٦	٢٩,٠٪	٩	٢٩,٠٪	٩	٢٩,٠٪	٩	يتفق	
			٣١	١٠٠,٠٪	١٠	٣٢,٣٪	١٠	٣٥,٥٪	١١	٣٥,٥٪	١١	المجموع	
			٢	٦,٥٪	١	٣,٢٪	١	٣,٢٪	٠	٠,٠٪	٠	لا يتفق	
,٣١٠ -١,٠٣٤ - ,٠٠٤ ٦١١,٢٩٠			٢	٦,٥٪	١	٣,٢٪	١	٣,٢٪	٠	٠,٠٪	٠	لا يتفق	حصر الرقابة المالية على المؤسسة داخلياً يعتبر مؤشراً سلبياً للرقابة المالية
			١٢	٣٨,٧٪	٧	٢٢,٦٪	٤	١٢,٩٪	١	٣,٢٪	١	يتفق إلى حد ما	
			١٧	٥٤,٨٪	٢	٦,٥٪	٥	١٦,١٪	١٠	٣٢,٣٪	١٠	يتفق	
			٣١	١٠٠,٠٪	١٠	٣٢,٣٪	١٠	٣٥,٥٪	١١	٣٥,٥٪	١١	المجموع	

جدول رقم (٢)
استجابات القضاة، والأكاديميين، والمستشارين القانونيين للدراسة
النقدية لحقوق والتزامات مؤسسة النقد

اختبار (ت) حول المتوسط	اختبار كا ^٢ لحسن المطابقة		المجموع		المهنة						العبارة	
	القيم الإحصائية	القيم الإحصائية	النسبة من التكرار	النسبة من التكرار	مستشار قانوني		أستاذ جامعي		قاضي			
					النسبة من التكرار							
,٨٨٦ ,١٤٥	,٢٠٩	٥١,٥٨١	٣٨,٧٪	١٢	٩,٧٪	٣	١٦,١٪	٥	١٢,٩٪	٤	يتفق إلى حد ما	حصر الرقابة القانونية على موظفي مؤسسة النقد داخلياً وعدم خضوعهم إدارياً لهيئة الرقابة والتحقق يعتبر مؤشراً سلبياً لرقابة موظفي المؤسسة.
			٦١,٣٪	١٩	٢٢,٦٪	٧	١٦,١٪	٥	٢٢,٦٪	٧	يتفق	
			١٠٠,٠٪	٣١	٣٢,٣٪	١٠	٣٢,٣٪	١٠	٣٥,٥٪	١١	المجموع	
,١٣٥ ١,٥٢٧	,٠٠٠	٥٢٨,٣٢٢	٣,٢٪	١	٠,٠٪	٠	٣,٢٪	١	٠,٠٪	٠	لا يتفق	يعتبر وصف الجريمة هو الوصف المناسب لمخالفة نظام مؤسسة النقد ونظام مراقبة البنوك
			١٩,٤٪	٦	٦,٥٪	٢	٣,٢٪	١	٩,٧٪	٣	يتفق إلى حد ما	
			٧٧,٤٪	٢٤	٢٥,٨٪	٨	٢٥,٨٪	٨	٢٥,٨٪	٨	يتفق	
			١٠٠,٠٪	٣١	٣٢,٣٪	١٠	٣٢,٣٪	١٠	٣٥,٥٪	١١	المجموع	
,٠٠٠ ٤,٤٢٧	,٠٠٠	٨١٧,٠٦٥	١٢,٩٪	٤	٩,٧٪	٣	٠,٠٪	٠	٣,٢٪	١	يتفق إلى حد ما	تعتبر الأنظمة المتعلقة بمؤسسة النقد أنظمة قديمة ولا تواكب المتغيرات الاقتصادية.
			٨٧,١٪	٢٧	٢٢,٦٪	٧	٢٢,٣٪	١٠	٢٢,٣٪	١٠	يتفق	
			١٠٠,٠٪	٣١	٣٢,٣٪	١٠	٣٢,٣٪	١٠	٣٥,٥٪	١١	المجموع	

يتضح من الجدول رقم (٢) وجود فروق ذات دلالة إحصائية عند مستوى (٠,٠٥) بين أفراد العينة لصالح تغيير واقع النصوص محل النقد إلى الصياغة المقترحة في الاستبانة بنسبة تراوحت ما بين (٧٧٪) إلى (٩٦٪)، باستثناء العبارة رقم (٨) و(٩) فالاستجابات بين عبارة "يتفق" و"يتفق إلى حد ما"، وبنسبتهما إلى استجابة لا يتفق نجدها تزيد على ٩١٪ بالنسبة لمن لا يتفق، وفي عموم العبارات تعتبر النسبة عالية وتدل على قدر جيد يؤيد ما توصل إليه الباحث من خلال الدراسة.

الخاتمة

وبعد عرض وتحليل مباحث الدراسة خرج الباحث ببعض النتائج الموضوعية، سواءً فيما يتعلق برؤية مقترحة لتعديل بعض النصوص القانونية، أو بوضع تصور للإطار القانوني لمؤسسة النقد العربي السعودي، وتحديد مركزها القانوني، وذلك فيما يلي:

- ١ - يرى الباحث ضرورة إجراء تعديلات جوهرية على نظام مؤسسة النقد العربي السعودي ليواكب التطورات الاقتصادية.
- ٢ - أن الأداة القانونية المنشئة لمؤسسة النقد هي تلك المراسيم الملكية القاضي بإصدار نظام مؤسسة النقد، ونظام مراقبة البنوك، ونظام النقد، وبقية الأنظمة المتعلقة باختصاصات مؤسسة النقد.
- ٣ - تُكَيَّف شخصية مؤسسة النقد العربي السعودي من الناحية القانونية بأنها شخصية اعتبارية عامة.
- ٤ - تضطلع مؤسسة النقد العربي السعودي بوظائف تختص بها دون غيرها من المؤسسات الاقتصادية كحصر حق إصدار ودعم النقود وتوطيد قيمته، وقيامها بأعمال مصرف الحكومة، وكذلك مراقبة المصارف التجارية، والمشتغلين بأعمال مبادلة العملات.
- ٥ - تتمتع مؤسسة النقد العربي السعودي بنسبة كبيرة من الاستقلال عن الحكومة في إدارة السياسة النقدية، وذلك من خلال الصلاحيات الممنوحة للمؤسسة والمهام الرئيسية التي تختص بها دون غيرها.
- ٦ - يتحدد الشكل القانوني لأموال مؤسسة النقد بأنها أموال عامة ذات طبيعة خاصة، فلا يجوز للحكومة التصرف فيها، كما لا يجوز الحجر على أموالها عند فرض عقوبة على الحكومة.
- ٧ - حمى المنظم السعودي أموال مؤسسة النقد سواءً من الناحية المدنية أو الجنائية.
- ٨ - يتحدد الشكل القانوني لصفة موظفي مؤسسة النقد أنهم موظفون عامون خاضعون للهيكل التنظيمي العام، ويجوز أن يكون موظف المؤسسة ذا صفة تعاقدية.
- ٩ - أن الاختصاصات التي تضطلع بها لجنة تسوية المنازعات المصرفية تتعدى اختصاص التسوية إلى الفصل في المنازعات المقدمة من نوي الشأن لتكون نهائية وغير قابلة فعلياً للاستئناف.
- ١٠ - أن انضمام مؤسسة النقد العربي السعودي للعديد من العضويات الإقليمية والدولية في مجال السياسات النقدية يثري مركزها القانوني تجاه الغير.

التوصيات

بعد العرض والتحليل لمباحث الموضوع محل الدراسة وتجلية نتائج مهمة تتعلق بالمركز القانوني لمؤسسة النقد العربي السعودي، فقد خرج الباحث بتوصيات علمية وعملية وهي كالآتي :

- ١ - المتأمل لنظام مؤسسة النقد العربي السعودي يجد أنه مضى عليه أكثر من خمس وخمسين سنة وبالمقابل نجد السرعة والتتابع في تطور السياسة المالية والنقدية، مما يستدعي بالضرورة خروج نظام جديد لمؤسسة النقد يواكب تلك التطورات، ويسد بعض الثغرات الموجودة في النظام الحالي، كالنقص التنظيمي في تحديد الشكل القانوني لمؤسسة النقد بشكل دقيق، والنص على التكييف القانوني لأموال المؤسسة، وتضمين فقرات المواد للاختصاصات التي أُدخلت مؤخراً لمؤسسة النقد.
- ٢ - يوصي الباحث أن تقوم مؤسسة النقد العربي السعودي بنشر السياسات المالية والنقدية للمؤسسة بشكل يتعرف معه المهتمون وعامة المجتمع على السياسة الاقتصادية في الدولة.
- ٣ - يوصي الباحث بإصدار نظام خاص بالجرائم الاقتصادية، يتناول المسؤوليات المدنية والجنائية للمؤسسات الاقتصادية، وتكون تحت إشراف ومراقبة جهة تنظيمية عليا.
- ٤ - يوصي الباحث بتعديل مسمى لجنة تسوية المنازعات المصرفية، إلى لجنة الفصل في المنازعات المصرفية، لتكون اللجنة الابتدائية في النزاع، ولل قضاء الشرعي الاختصاص النوعي، وحق تمييز قرارات اللجنة.
- ٥ - استبدال مصطلح " المخالفة " بمصطلح جريمة في المخالفات التي تكون عقوبتها السجن أو الغرامة، أو أي عقوبة مندرجة ضمن العقوبات الجنائية.

الملحقات

نظام مؤسسة النقد العربي السعودي الصادر عام ١٣٧٧هـ

المادة الأولى:

أغراض مؤسسة النقد العربي السعودي، ما يلي:
إصدار ودعم النقد السعودي، وتوطيد قيمته في داخل البلاد وخارجها.
أن تقوم بأعمال مصرف الحكومة.
مراقبة المصارف التجارية والمشتغلين بأعمال مُبادلة العملات.

المادة الثانية:

لا يجوز لمؤسسة النقد العربي السعودي دفع أو قبض فائدة، وإنما يجوز لها فقط فرض رسوم لقاء الخدمات التي تؤديها للجمهور أو للحكومة، وذلك لسد نفقات المؤسسة، وتصدر تلك الرسوم بلائحة يُقرها مجلس الإدارة ويوافق عليها وزير المالية. ولا يجوز أن يكون للمؤسسة رأس مال، وعليها أن تُعيد رأس المال جميعه إلى الحكومة.

المادة الثالثة:

وظائف مؤسسة النقد العربي السعودي بالنسبة لعمليات النقد ومراقبة المصارف التجارية، هي:

تثبيت ودعم القيمة الداخلية والخارجية للعملة والعمل على تقوية غطاء النقد.
حفظ وتشغيل الأموال الاحتياطية المرصدة لأغراض النقد، على أساس أنها أموال لا يجوز تشغيلها إلا بالعمليات المتعلقة بالنقد فقط.

سك وطبع وإصدار النقد السعودي وكافة الأعمال الأخرى المتصلة بذلك، طبقاً لنظام النقد السعودي رقم (٢٤) بتاريخ ٢٣/٥/١٣٧٧هـ.

مراقبة المصارف التجارية والمشتغلين بأعمال مُبادلة العملات ووضع التعليمات الخاصة بهم كما رؤي لزوم ذلك.

وعلى كل بنك تجاري يعمل في المملكة، أن يُقدم إلى مؤسسة النقد العربي السعودي في كل شهر بياناً عن مركزه المالي، وذلك طبقاً للنماذج التي تُعدها المؤسسة لهذا الغرض. وكذلك عليه أن يُقدم إلى المؤسسة البيانات التي تطلبها والتي من شأنها إيضاح أو تكملة البيانات السابقة، ولا يجوز أن يكون في البيانات التي تطلبها المؤسسة من البنوك إفصاح عن حسابات العملاء الخاصة.

تكليف المصارف التجارية بالاحتفاظ في مؤسسة النقد العربية السعودي برصيد دائم بنسبة معينة مما لديها من الودائع. وتحدد هذه النسبة من وقت إلى آخر بحسب الأحوال بقرار يصدره وزير المالية بناءً على اقتراح المؤسسة، وعلى كل مصرف أن ينفذ بدقة التعليمات الصادرة في هذا الشأن من المؤسسة.

المادة الرابعة:

تقوم المؤسسة بأعمال مصرف الحكومة، فتورد فيها كافة واردات الحكومة، وتصرف منها مدفوعاتها وفقاً للتعليمات التي تضعها الحكومة والمبلغه إليها بواسطة وزير المالية.

المادة الخامسة:

تقوم المؤسسة بإنشاء دائرة للأبحاث، وظيفتها: جمع وفحص كافة المعلومات اللازمة لمعاونة الحكومة والمؤسسة في وضع وتنفيذ السياسة المالية والاقتصادية التي تنتهجها.

المادة السادسة:

لا يجوز لمؤسسة النقد العربي السعودي القيام بأي عمل من الأعمال الآتية: مباشرة أي عمل يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية السمحاء، فلا يجوز لها دفع أو قبض فائدة على الأعمال. استلام الودائع الخاصة. إقراض الحكومة والهيئات الخاصة أو الأفراد. الاشتغال بالتجارة أو المساهمة في الأعمال التجارية أو أن يكون لها مصلحة في أي مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي. شراء وامتلاك العقارات، ما عدا ما تكون المؤسسة في حاجة إليه للقيام بأعمالها.

المادة السابعة:

يكون للمؤسسة مجلس إدارة يُشرف على أعمالها، وهو المسئول بوجه عام عن حسن سير الإدارة وكفاية المؤسسة، وله كافة الصلاحيات اللازمة والملائمة لتحقيق هذا الغرض، ولمجلس الإدارة أن يضع ما يلزم من النظم والتعليمات حسب ما يراه ضرورياً وملائماً لسير الأعمال في المؤسسة وفقاً لنظامها. وله أن يقترح على الحكومة بواسطة وزير المالية إدخال ما تدعو الضرورة إلى إدخاله من تعديلات على نصوص هذا النظام.

المادة الثامنة:

هذه المؤسسة أي (مؤسسة النقد العربي السعودي) غير محدودة المدة، فهي مؤسسة دائمة الاستمرار، وهي مخول إليها مباشرة الأعمال التي تراها ضرورية وملائمة للقيام بها وفقاً لنظامها فلها - بدون أن يكون في ذلك تحديد لصلاحياتها - صلاحية التعاقد وامتلاك العقارات والاحتفاظ بها والارتباط بالالتزامات التي ترى الارتباط بها لازماً وملائماً لتسيير أعمالها.

المادة التاسعة:

يتكون مجلس إدارة مؤسسة النقد العربي السعودي، من:

رئيس، ويكون المحافظ.

نائب المحافظ.

ثلاثة أعضاء ممن لهم دراية كافية بالشؤون المالية والتجارية، من غير موظفي الحكومة. ويُعين المحافظ وأعضاء المجلس بمرسوم ملكي لمدة خمس سنوات بناءً على اقتراح وزير المالية وموافقة مجلس الوزراء، ولا يُنحون عن أعمالهم إلا بمرسوم ملكي يصدر بنفس الطريقة. ويجتمع المجلس بناءً على دعوة من رئيسه أو من ينوب عنه عند غيابه، ويجب أن توجه الدعوة للاجتماع مرة على الأقل في كل شهر، وعند غياب المحافظ يرأس المجلس نائب المحافظ.

وتصدر قرارات المجلس بأغلبية أصوات الحاضرين، على أن لا يقل عدد الأصوات المُرَجحة عن ثلاثة. وعند تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مُرجحاً. وتُبلغ قرارات المجلس إلى وزير المالية عقب صدورها.

المادة العاشرة:

المحافظ هو الذي يُدير شؤون المؤسسة وينوب عنها أمام القضاء. ويُعين نائب المحافظ بمرسوم ملكي بناءً على اقتراح وزير المالية وموافقة مجلس الوزراء، ويحل محل المحافظ أثناء غيابه في جميع اختصاصاته، ويُنحى عن عمله بنفس الطريقة. ويُحدد راتب المحافظ ونائبه ومكافآت أعضاء مجلس الإدارة بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير المالية. ويكون تعيين باقي موظفي المؤسسة - غير المحافظ ونائب المحافظ - وترقيتهم وفصلهم بواسطة المحافظ طبقاً للائحة يُقرها مجلس الإدارة، وتُراعى فيها بصفة عامة القواعد والأنظمة الصادرة في هذا الشأن بالنسبة لموظفي ومُستخدمي المملكة من السعوديين والأجانب، وللحافظ أن يُحدد راتب هؤلاء

الموظفين والمستخدمين وأجورهم، ومُدّد وشروط خدمتهم، وواجباتهم ومسئولياتهم، بما لا يتعارض مع تلك اللائحة.

المادة الحادية عشرة:

تُقدّم المؤسسة للحكومة عن طريق وزير المالية نسخة من البيانات نصف الشهرية والسنوية التي تنشرها في الجريدة الرسمية طبقاً للمادة الحادية عشرة من المرسوم الملكي رقم (٢٤) بتاريخ ٢٣/٥/١٣٧٧هـ، الخاص بنظام النقد العربي السعودي.

المادة الثانية عشرة:

يُعاقب بغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف ريال سعودي، كل من امتنع من المصارف والمشتغلين بأعمال مُبادلة العُملة عن إعطاء المعلومات التي تطلبها منه المؤسسة طبقاً للفقرة (٤) من المادة الثالثة، أو امتنع عن الاحتفاظ في المؤسسة من رصيد المنوه عنه في الفقرة (٥) من تلك المادة بالنسبة التي يُقرّرها وزير المالية. ويجوز للحكومة في حالة العود فضلاً عن تطبيق العقوبة السابقة الذكر، إيقاف المحل مُرتكب المخالفة أو إغلاقه.

المادة الثالثة عشرة:

إن هذا النظام يحل محل النظام السابق للمؤسسة والتعديلات التي طرأت عليها، ويُلغى كل نص يتعارض مع أحكامه.

الأنظمة واللوائح والتعليمات المتعلقة بمؤسسة النقد العربي السعودي:

- ١ - نظام مؤسسة النقد العربي السعودي.
- ٢ - نظام النقد.
- ٣ - نظام مراقبة البنوك.
- ٤ - نظام مكافحة التزوير.
- ٥ - قرار تنظيم أعمال مهنة الصرافة.
- ٦ - قواعد تطبيق أحكام نظام مراقبة البنوك.
- ٧ - قواعد تنظيم صناديق الاستثمار.
- ٨ - التعرف البنكية.
- ٩ - صلاحيات ومسؤوليات أعضاء مجلس الإدارات في البنوك التجارية السعودية.
- ١٠ - تعليمات تعويض أوراق النقد التالفة.

المراجع

- ١ - ابن عبد الفتاح دحمان، استقلالية السلطة النقدية دراسة حالة بنك الجزائر، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي، العدد (٤٨)، السنة السابعة والستون، القاهرة.
- ٢ - أحمد علي عبد الله، المسؤولية الجنائية للمصارف، منشورات معهد إسلام المعرفة، جامعة الجزيرة، السودان، د. ط، ١٩٩٦م.
- ٣ - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ١٩٩٦م.
- ٤ - أنور محمد المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، ٢٠٠٩م.
- ٥ - أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الثقافة العربية، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، ٢٠٠٩م.
- ٦ - جرجس يوسف طعمة: مكانة الركن المعنوي في الجرائم الاقتصادية، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان، د. ط، ٢٠٠٥م.
- ٧ - جودت جعفر خطاب: إعادة هيكلة المصارف دراسة تطبيقية، دار دجلة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- ٨ - حسين حمودة المهدي، الموجز في جرائم الموظفين الاقتصادية، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، الطبعة الأولى، ١٣٩٥هـ.
- ٩ - زكريا الدوري وآخرون: البنوك المركزية والسياسات النقدية، دار اليازوري، عمان، الأردن د. ط، ٢٠٠٦م.
- ١٠ - سيد محمد حامد، تطور النظام البنكي المركزي في المملكة العربية السعودية، مطبوعات إدارة البحوث والاستشارات بمعهد الإدارة العامة، الرياض، د. ط، ١٣٩٩هـ.
- ١١ - عاشور عبد الحميد، النظام القانوني للبنوك الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- ١٢ - عبد الحكيم فودة، امتناع المساءلة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية د. ط، ٢٠٠٣م.
- ١٣ - عبد الحميد محمد الشواربي ومحمد عبد الحميد الشواربي، إدارة المخاطر

- الائتمانية - المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية عن أعمال البنوك والائتمان المصرفي: منشأة المعارف بالاسكندرية، د. ط، ٢٠٠٢م.
- ١٤ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية، د. ط، ١٩٦٥م.
- ١٥ - عبد الفتاح سليمان: المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.
- ١٦ - عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة التاسعة، ١٩٨٧م.
- ١٧ - عبد المجيد محمد عبوده، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض، د. ط، ١٤١٠هـ.
- ١٨ - عبد الهادي عباس، المراكز القانونية ومظاهرها في التشريع السوري، دار الحكمة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٨م.
- ١٩ - عبد الهادي مقبل، شرح وتحليل قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ط، ٢٠١١م.
- ٢٠ - عبده جميل غصوب، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
- ٢١ - عدنان الزنكنة: المركز القانوني لرئيس الدولة الفيدرالية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- ٢٢ - علي الجريتلتي وشكري فريد: تطور النظام المصرفي في الدول العربية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، د. ط، ١٩٣٧م.
- ٢٣ - علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د. ط، ٢٠٠٢م.
- ٢٤ - ماهر ظاهر بطرس: النقود والبنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ط، ٢٠٠٦م.
- ٢٥ - مجموعة قوانين المصارف والنقد والائتمان بالدول العربية، نشر اتحاد المصارف العربية، قدم له الأمين العام بالإنابة حسني خليل محمد، دون أي بيانات أخرى.
- ٢٦ - محمد سيد الحاج علي: مؤسسة النقد العربي السعودي - إنشائها، مسيرتها، وإنجازاتها، طباعة مؤسسة النقد، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.

- ٢٧- محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٩م.
- ٢٨- محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية - جرائم الصرف - مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٩م.
- ٢٩- نبيل حشار، استقلالية البنوك المركزية بين التأييد والمعارضة، اتحاد المصارف العربية، بيروت، ١٩٩٤م.
- ٣٠- نذير أوهاب، حماية المال العام في الفقه الإسلامي، مطابع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب

الدكتور/ مروان المدرس
أستاذ القانون العام المساعد
كلية الحقوق/ جامعة البحرين

ملخص:

يعد مبدأ التناسب من المبادئ المهمة التي ابتدعها القضاء الإداري، وذلك للحد من السلطة التقديرية للإدارة، ولتوفير الحماية الفعالة لحقوق الأفراد. وقد انتقل هذا المبدأ إلى نطاق القانون الدستوري، ويقصد بمبدأ التناسب في نطاق القانون الدستوري أن تكون التشريعات منسجمة مع الدستور والمبادئ المستمدة منه، وأن تكون أركان التشريع الداخلية (السبب، المحل، الغاية) متوافقة فيما بينها. وقد مارس القضاء الدستوري رقابته على مبدأ التناسب من أجل الحد من السلطة التقديرية للمشرع، ولضمان توافق التشريعات مع الدستور.

وقد راقبت المحكمة الدستورية في مملكة البحرين مبدأ التناسب وخصوصاً في نطاق التجريم والعقاب والحقوق والحريات العامة، ففي نطاق التجريم والعقاب أكدت المحكمة الدستورية على ضرورة أن تتناسب العقوبات المقررة مع الفعل المجرم، وقضت بعدم دستورية عدة نصوص في القوانين الجنائية بسبب عدم التناسب بين الفعل المجرم والعقوبة المقررة، وأكدت على ضرورة أن تكون العقوبات متناسبة مع الأفعال المجرمة لكي تحقق الهدف المرجو منها، ألا وهو تحقيق الردع العام والردع الخاص. أما في نطاق الحقوق والحريات العامة فقد قضت المحكمة بعدم دستورية عدة نصوص بسبب عدم تناسبها مع الدستور، إذ أكدت على ضرورة أن لا يعصف المشرع بهذه الحقوق والحريات العامة بالانتقاص منها أو تقييدها بحجة تنظيمها.

مقدمة:

تتولى السلطة التشريعية عدة وظائف تأتي في مقدمتها إقرار القوانين، وحتى تقوم السلطة التشريعية بهذه الوظيفة فإنه يجب أن تتمتع بقدر من الحرية، ويطلق على هذه الحرية السلطة التقديرية للمشرع.

وفي الجانب الآخر فرض القضاء الدستوري على نفسه قيوداً متعددة^(١) من أجل

(١) من أبرز القيود التي فرضها القضاء الدستوري على نفسه قيد قرينة الدستورية لصالح القانون، وقيد عدم امتداد الرقابة إلى الأعمال السياسية وقيد عدم امتداد الرقابة إلى بواعث التشريع.... الخ.

إتاحة المجال للسلطة التشريعية من ممارسة سلطة تقديرية واسعة في رسم السياسة العامة للدولة من خلال وظيفتها التشريعية.

إلا أن القضاء الدستوري حاول فيما بعد إيجاد وسيلة لرقابة السلطة التقديرية للمشرع من أجل حماية حقوق وحرريات الأفراد من جهة، وحماية الدستور من الانتهاك من جهة ثانية.

ومن أبرز الوسائل التي استخدمها القضاء الدستوري لمراقبة السلطة التقديرية للمشرع مبدأ التناسب، إذ جعل القضاء الدستوري من مراقبة مبدأ التناسب أساساً للدخول إلى حيز السلطة التقديرية للمشرع.

وتتجسد أهمية هذا المبدأ في كونه يعد الحد الفاصل بين ما يكون خارج اختصاص القضاء الدستوري، وبين ما هو خاضع لرقابة القضاء الدستوري.

وسنحاول في هذا البحث تحديد مفهوم مبدأ التناسب، ومن ثم معرفة موقف المحكمة الدستورية في مملكة البحرين من مبدأ التناسب من خلال استعراض أهم الأحكام التي أصدرتها هذه المحكمة.

ولذا تم تقسيم البحث إلى مبحثين، حيث خصصنا المبحث الأول لتحديد مفهوم مبدأ التناسب وذلك في مطلبين، إذ بحثنا في المطلب الأول مفهوم التناسب في نطاق القانون الإداري، في حين تناولنا في المطلب الثاني مفهوم مبدأ التناسب في نطاق القانون الدستوري، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه موقف المحكمة الدستورية في مملكة البحرين من الرقابة على مبدأ التناسب وذلك في مطلبين، حيث تناولنا في المطلب الأول موقف المحكمة الدستورية من الرقابة على مبدأ التناسب في مجال التجريم والعقاب، في حين بحثنا في المطلب الثاني موقف المحكمة الدستورية من الرقابة على مبدأ التناسب في مجال الحقوق والحرريات.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ التناسب

إن تحديد مفهوم مبدأ التناسب يثير صعوبات ومشاكل عديدة، وذلك بسبب أنه مبدأ ابتدعه القضاء الإداري وانتقل إلى نطاق القانون الدستوري، ولذا أصبح لهذا المبدأ مفهومين مختلفين، مفهوم في إطار القانون الإداري، ومفهوم آخر في إطار القانون الدستوري، ولذا كان لا بد أولاً من تحديد مفهوم مبدأ التناسب في نطاق

القانون الإداري ثم ننتقل بعد ذلك إلى نطاق القانون الدستوري، إضافة إلى ما سبق فإنه لا بد من تحديد علاقة هذا المبدأ مع مفهوم السلطة التقديرية للمشرع.

وعلى هذا الأساس قد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول مفهوم مبدأ التناسب في نطاق القانون الإداري، في حين خصصنا المطلب الثاني لمبحث مفهوم مبدأ التناسب في نطاق القانون الدستوري، إذ قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع تناولنا في الفرع الأول مفهوم التناسب التشريعي، في حين بحثنا في الفرع الثاني التناسب الدستوري، أما الفرع الثالث فقد خصصناه للعلاقة بين مبدأ التناسب والسلطة التقديرية.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ التناسب في نطاق القانون الإداري

سعى القضاء الإداري منذ إنشائه إلى زيادة نطاق اختصاصه بصورة تدريجية، وكان الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه من ذلك هو التوسع في مجال الرقابة على أعمال الإدارة والتضييق من مجال السلطة التقديرية للإدارة، وذلك بقصد تحقيق مقدار من التوازن بين حماية حقوق وحرريات الأفراد من جهة، وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها التي تزداد تعقيداً في الدولة الحديثة من جهة أخرى.

لذا فقد ابتدع القضاء الإداري العديد من النظريات والمبادئ للحد من السلطة التقديرية للإدارة، ولتوفير الحماية الفعالة لحقوق وحرريات الأفراد، ومن أبرز هذه المبادئ القانونية التي ابتدعها القضاء الإداري هو مبدأ التناسب.

تعريف مبدأ التناسب في نطاق القانون الإداري:

يقصد بالتناسب في مجال القرار الإداري الصلة بين سبب القرار ومحلّه، ولذا عرفه جانب من الفقه بأنه: "وجود توافق بين أهمية الوقائع سبب القرار والإجراء المتخذ محل القرار"^(٢)، والملاحظ على هذا التعريف التأكيد على أن التناسب يكون بين ركني السبب والمحل فقط واستبعد ركن الغاية^(٣).

(٢) د. محمد فريد سليمان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، ١٩٨٩، ص ٨.

(٣) يتكون القرار الإداري من خمسة أركان وهي الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية. راجع أركان القرار الإداري، د. مروان المدرس، ود. صالح إبراهيم، القانون الإداري (الكتاب الثاني) - القرار الإداري، العقد الإداري، الوظيفة العامة، الأموال العامة - دراسة في ضوء أحكام القانون الإداري البحريني، جامعة البحرين، البحرين، الطبعة ١، ٢٠٠٧، ص ١١ وما بعدها.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التناسب يكون بين أركان القرار الإداري الداخلية (السبب والمحل والغاية) وليس بين ركني السبب والمحل فقط، ولذا فقد عُرف التناسب بأنه: "هو صفة لعلاقة منطقية متسقة تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر القرار الإداري أو العمل القانوني العام، بحيث يتعين على مصدر القرار الإداري عدم إغفاله أو الخروج عليه نزولاً على دواعي المشروعية"^(٤).

والواضح من التعريف الأخير بأنه ترك الباب مفتوحاً لدخول ركن الغاية في تكوين مبدأ التناسب، فالعيب الذي يوسم به القرار الإداري لا يكون متصلاً بأي ركن من أركان القرار الثلاثة، وإنما يصيب العلاقة المتبادلة بينها، فهذه العلاقة بين أركان القرار الإداري الداخلية هي التي توصف بعدم التناسب، بمعنى آخر فإن العوار لا يصيب أي ركن من أركان القرار بصورة منفصلة وإنما يصيب العلاقة المتبادلة فيما بينها، وهذه العلاقة قد تكون بين ركنين أو ثلاثة أركان، المهم أن يكون هناك تناسب بين أركان القرار الإداري الداخلية باعتبار أن هذه الأركان ذات تأثير متبادل في مجال السلطة التقديرية للإدارة^(٥).

إن التناسب وفقاً لأصحاب هذا الاتجاه لا يكون قاصراً على العلاقة بين ركني السبب والمحل فقط، وإنما يشمل العلاقة بين ركني المحل والغاية أيضاً، فمحل القرار الإداري يجب أن يحقق الغاية التي ابتغى القانون تحقيقها وإلا فإنه سيكون غير متناسب مع هذه الغاية التي حددها القانون، فعيب عدم التناسب لا يوصف به ركن من أركان القرار الإداري وإنما يكون موجهاً إلى العلاقة المتبادلة بين الأركان الداخلية للقرار الإداري.

وقد يقول قائل بأن عدم التناسب بين محل القرار وسببه معناه بالضرورة عدم تحقيق الغاية من القرار، بمعنى إن الغاية لا تكون جزءاً من التناسب وإنما هي نتيجة

(٤) د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٦٤٩.

(٥) يرى جانب من الفقه بأن مبدأ التناسب من الموضوعات التي تتصل بعيب الغاية (الانحراف بالسلطة) أو إساءة استعمالها، في حين يرى جانب آخر بأن رقابة التناسب هي رقابة على السبب في صورتها القسوى، في حين يذهب آخرون إلى أن التناسب يتصل بعيب المحل (مخالفة القانون).

راجع في تفصيل هذه الآراء: د. بدر محمد عادل، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة ٢٠١٠، ص ٧٥٣ وما بعدها.

غير مباشرة له، إلا إننا نرى بأن عيب عدم التناسب لا يصيب أي ركن من أركان القرار الإداري بصورة مستقلة وإنما يصيب العلاقة المتبادلة بين هذه الأركان، بمعنى أن عيب عدم التناسب يخل بالتوافق والتوازن بين الأركان الثلاثة للقرار الإداري.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الثاني بأن التناسب يكون بين أركان القرار الداخلية، فالعوار الذي يصيب القرار يكون موجهاً للتوازن والتوافق بين أركان القرار الداخلية، أي أنه يصيب العلاقة المتبادلة بين هذه الأركان، فعند انعدام التوافق بين أركان القرار الإداري عندئذ يوسم بأن القرار مشوب بعيب عدم التناسب.

موقف القضاء الإداري من مبدأ التناسب:

استعان القضاء الإداري بمبدأ التناسب بصورة واضحة في مجال التأديب^(٦) فمثلاً صدور قرار بتوقيع جزاء على موظف لارتكابه مخالفة تأديبية فهنا صلة بين المخالفة التي ارتكبتها الموظف، والجزاء الذي تم إيقاعه عليه، فيجب أن يكون هناك درجة من التناسب بين سبب القرار ألا وهو المخالفة التأديبية المنسوبة للموظف، ومحل القرار الجزاء الموقع عليه، والغاية التي يتوخاها مصدر القرار (الإدارة) ألا وهي تحقيق المصلحة العامة من خلال ردع الموظفين الآخرين عن تكرار ذات المخالفة التأديبية، وتأديب الموظف المخالف.

فلا يعقل أن يفرض جزاء الفصل من الوظيفة على موظف لمجرد تأخره في الحضور، إذ في هذه الحالة لا يوجد تناسب بين سبب القرار ومحلّه، ولا يحقق الغاية التي تتوخى الإدارة تحقيقها والمتمثلة بتحقيق المصلحة العامة وضمان حسن ودوام سير المرفق العام.

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٧٨ مبدأ التناسب في حكمه الشهير في قضية ليبون (Lebon) إذ قام مجلس الدولة بمراقبة مدى تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع المسببة لها^(٧). وقد تأكد هذا التوجه لمجلس الدولة الفرنسي

(٦) راجع: د. أحمد محمود جمعة، منازعات القضاء التأديبي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٤، ص ١١٢، وراجع أيضاً، د. عادل الطببائي، قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣، ص ٤٠٧.

(٧) تتلخص وقائع القضية في أن السيد ليبون رفع دعواه أمام محكمة تولوز الإدارية طالباً بإلغاء قرار إحالته إلى المعاش بدون طلب والصادر من رئيس أكاديمية تولوز، منازعاً في جسامته الجزاء المفروض عليه، وقد استندت الأكاديمية في إصدار القرار المطعون فيه إلى ارتكاب المدعى (وهو معلم) أفعال مخرجة بالحياء مع تلميذاته في الفصل والتي ثبت في وقائع التحقيق معه، ورفضت المحكمة الإدارية طلب إلغاء القرار، وذلك لكفاية السبب الذي قام عليه، وطعن =

بصدور حكم لاحق في ذات السنة في قضية فينولاوي Vinolay في ٢٦/٦/١٩٧٨، والذي تضمن إلغاء الجزاء التأديبي الموقع على مدير للخدمات بغرفة الزراعة وذلك لعدم تناسبه مع المخالفة المرتكبة من قبل الموظف^(٨).

وقد تبنى قضاء مجلس الدولة المصري مبدأ التناسب في عدد من أحكامه القضائية منها حكمه الصادر بتاريخ ١١/١١/١٩٦١ والذي جاء فيه: "ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره. ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي ابتغاه القانون من التأديب، والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعة في الشدة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعاً في هذه الشفقة المغرقة في اللين، فكل من طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي يرمي إليه القانون من التأديب، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً وإنما

= المدعي في هذا الحكم أمام مجلس الدولة، وهذا الأخير وضع في حكمه أن الوقائع التي ارتكبتها المدعي وقام عليها قرار الفصل كافية لتبريره وأن تقدير الإدارة بشأنها لم يكن مشوباً بغلط بين، وقد كانت هذه الوقائع أيضاً سبباً كافياً لرفض محكمة تولوز الإدارية إلغاء قرار الفصل. راجع: محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ٣٧، العدد ١، القاهرة، مارس، ١٩٩٣، ص ٨٣.

(٨) الأستاذ عبد العالي حاحه، والأستاذة أمل يعيش، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلته في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس، ص ١٣٩.

هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا يتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره" (٩).

موقف القضاء البحريني من مبدأ التناسب في نطاق القانون الإداري:

اعتنق القضاء البحريني من خلال الدائرة الإدارية مبدأ التناسب وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٤ في مجال التأديب والذي جاء فيه "من المقرر وفقاً لأحكام القرار الإداري، أن الإدارة خاضعة لرقابة القضاء الإداري حال تطبيقها للقواعد القانونية للتحقق من الوجود المادي للوقائع، وللتأكد من أن هذه الوقائع كافية لتبرير إصدار القرار الإداري إذ تنصب رقابة القضاء على الإدارة في هذه الحالة على التحقق من إنها قد استندت في إصدار قرارها إلى وقائع موجودة من الناحية المادية وصحيحة من الناحية القانونية، فإذا انعدمت تلك الوقائع فإن القرار يكون مخالفاً للقانون ويقع باطلاً لافتقاده الأساس القانوني ... وأنه يتعين على أن يكون الجزاء الموقع من جهة الإدارة يتناسب مع الجرم الذي يقع من الموظف كشرط مشروعية قرار الجزاء، إذ أن السلطة التأديبية تتمتع بحرية تقدير الذنب وما يناسبه من الجزاء بشرط ألا يشوب هذا التقدير غلو ممثل في عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري ونوع ومقدار الجزاء؛ لأن التناسب في العقاب يحقق هدف العقوبة التأديبية دون أن يؤثر في أداء الإدارة لدورها" (١٠).

وقد أكدت محكمة التمييز في مملكة البحرين على مبدأ التناسب وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧/٦/٢٠٠٥ والذي جاء فيه "غير أن سلطة التقدير التي تتمتع بها الجهة الإدارية في شأن تقدير خطورة المخالفة وما يناسبها من جزاء منوطة بالألا يشوب استعمالها غلو، وذلك بأن تبدو الملاءمة ظاهرة بين درجة خطورة المخالفة وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية وهو ما يخضع لرقابة القضاء، فإذا شاب توقيع الجزاء غلو في التقدير للمحكمة أن تنزل بالجزاء إلى القدر المناسب" (١١).

(٩) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٥٦٣) لسنة ٧ قضائية، والصادر بتاريخ ١١/١١/١٩٦١ مجموعة أحكام المحكمة - السنة السابعة - ص ٢٧.

(١٠) حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم (٣٢١١) لسنة ٢٠٠٤، والصادر بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٤، وقد ذكره د. بدر محمد عادل، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين، مرجع سابق، ص ٧٥٢.

(١١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٥، والصادر بتاريخ ٢٧/٦/٢٠٠٥، وقد ذكره د. بدر محمد عادل، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين، مرجع سابق، ص ٧٥٢.

فمبدأ التناسب أصبح من مبادئ القانون، لأن سلطة الإدارة التقديرية ليست سلطة مطلقة، فالإدارة يجب أن تمارس سلطاتها بالقدر اللازم لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه ألا وهو المحافظة على المصلحة العامة.

ويجب أن تراعي الإدارة التناسب والتوافق بين السبب الذي دفعها لاتخاذ القرار والأثر القانوني أي المحل، والغاية التي تتوخاها، فالتناسب مبدأ عام يجب على الإدارة أن تلتزم به، وتحترمه، حتى وإن لم يرد بشأنه نص صريح يحكمه.

المطلب الثاني

مفهوم مبدأ التناسب في نطاق القانون الدستوري

انتقلت العديد من المبادئ القانونية التي ابتدعتها القضاء الإداري إلى نطاق القانون الدستوري، ويعد مبدأ التناسب من أبرز المبادئ التي انتقلت إلى نطاق القانون الدستوري.

وقد ظهر مبدأ التناسب في نطاق القانون الدستوري على صورتين، الصورة الأولى هي "التناسب في التشريع" أو التناسب بين أركان التشريع الداخلية (السبب والمحل والغاية)، والصورة الثانية هي "التناسب الدستوري" أي التناسب بين نص تشريعي أو لائحي أدنى مرتبة مع نص دستوري أو مبدأ من المبادئ الأساسية الأعلى مرتبة^(١٢).

وستتناول هاتين الصورتين للتناسب في فرعين مستقلين، إذ نخصص الفرع الأول للتناسب في التشريع، وتتناول في الفرع الثاني التناسب الدستوري، في حين سنخصص الفرع الثالث لبيان العلاقة بين مبدأ التناسب والسلطة التقديرية.

الفرع الأول

التناسب في التشريع

يقصد بالتناسب في التشريع الصلة بين سبب التشريع ومحلّه، أي بمعنى آخر مدى التناسق بين الحالة القانونية والواقعية التي دفعت السلطة التشريعية إلى إصدار

(١٢) راجع حول هذا التقسيم: د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠، ص ١٧ وما بعدها، وراجع كذلك: حسين جبر حسين الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨، صفحة ٢١ وما بعدها.

تشريع ما بهدف معالجة مسألة معينة أو تنظيم حالة واقعية معينة، وبين موضوع التشريع ذاته أو محله^(١٣).

إن أسباباً قانونية وواقعية هي التي تدفع المشرع إلى إقرار قانون ما، وهذه القوانين يجب أن يكون مضمونها وموضوعها متجهاً لمعالجة الأسباب التي دفعت المشرع لإقراره، ومن ثم تحقيق الغاية النهائية للقانون ألا وهي المصلحة العامة.

فالتشريع يتكون من خمسة أركان شأنه في ذلك شأن القرار الإداري، وهذه الأركان هي الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية، واستناداً لذلك فالتشريع يجب أن يصدر من الجهة المختصة دستورياً بإصداره، ووفقاً للإجراءات التي نص عليها الدستور، وصادراً استناداً لأسباب معينة، ومستهدفاً تحقيق غاية معينة منسجمة مع المصلحة العامة بغض النظر أن نص الدستور عليها بشكل واضح ومحدد أولاً، وكل ركن من أركان التشريع الخمسة يتصل به عيب يشكل وجهاً من وجوه الطعن بعدم الدستورية^(١٤).

إن الأركان الداخلية للتشريع شأنها شأن الأركان الداخلية للقرار الإداري، وهي السبب والمحل والغاية تتصل فيما بينها اتصالاً وثيقاً، إذ توجد علاقة متبادلة بين هذه الأركان الثلاثة، فالبرلمان عندما يشرع قانوناً تكون هناك أسباب واقعية أو قانونية تدفعه للتدخل من خلال سنه لتشريع ما، ويجب أن يستهدف تحقيق الغاية الأساسية وهي المصلحة العامة، أو قد يستهدف تحقيق غاية معينة يحددها الدستور والتي تكون صورة من صور المصلحة العامة.

ويقوم القضاء الدستوري بدوره في مراقبة مدى التناسب بين سبب التشريع ومحله، والقضاء عندما يقوم بهذه المهمة فهو يراقب أولاً الوجود المادي للوقائع ومن ثم صحة التكييف القانوني لها، ومن ثم مدى تناسق وتوافق التشريع مع الوقائع، أي مدى تناسب السبب مع المحل، فإذا وجد القضاء أن هناك تفاوتاً كبيراً بين السبب والمحل جاز للقاضي الدستوري أن يحكم بعدم دستورية التشريع لانعدام التناسب^(١٥).

إن أبرز تطبيق لمبدأ التناسب في التشريع هو في نطاق القوانين الجنائية، إذ

(١٣) د. جورجى شفيق ساري، المرجع السابق، ص ١٧.

(١٤) د. ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر ٢٠٠٥، ص ٨٠٤.

(١٥) حسين جبر حسين الشويلي، المرجع السابق، ص ٢٤.

مارس القضاء الدستوري نوعاً من الرقابة على حدود التجريم والعقاب، فالمشرع الدستوري حين أجاز حماية قيم المجتمع والعلاقات السائدة فيما بين أفرادها من خلال قواعد التجريم والعقاب، فإنه قد وضع قيوداً دستورية على البرلمان أو السلطة التشريعية يجب مراعاتها عند سن أي قانون يتضمن تجريماً لفعل معين وعقوبة لذلك الفعل المجرم.

موقف القضاء الدستوري في مصر من مبدأ التناسب في التشريع:

وقد راقبت المحكمة الدستورية العليا في مصر مبدأ التناسب في التشريع، وخصوصاً في نطاق القوانين الجنائية، إذ قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر "بأنه لا يجوز أن يكون الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً" وهو يكون كذلك إذا كان بربرياً أو تعذيبياً أو قمعياً"، أو متصلاً بأفعال لا يجوز تجريمها، وكذلك إذا كان مجافياً (بصورة ظاهرة) للحدود التي يكون معها متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع، بما يصدم الوعي أو التقدير الخلقي لأوساط الناس في شأن ما ينبغي أن يكون حقاً وعدلاً على ضوء مختلف الظروف ذات الصلة، لئلا يتخض الجزاء عندئذ عن إهدار للمعايير التي التزمتها الأمم المتحدة في معاملتها للإنسان"^(١٦).

وأكدت المحكمة الدستورية على أهمية التناسب بين قواعد التجريم والعقاب، وأن يراعى في ذلك الضرورة الاجتماعية، إذ جاء في أحد أحكامها "أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم والعقاب حدها قواعد الدستور، فلا يجوز أن يؤثم المشرع أفعالاً في غير ضرورة اجتماعية ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة"^(١٧).

وفي حكم آخر قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة ٤ من المادة ٥ من قانون نقابة المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية وكذلك المادة ٥ مكرر من ذات القانون، استناداً لكون المادة ٥ مكرر قد عاقبت الأشخاص الذين يمارسون أعمالاً تمثيلية أو سينمائية دون تصريح وهم ليسوا أعضاء في نقابة المهن التمثيلية والسينمائية بعقوبة الحبس والغرامة أو إحداها دون قيد يتعلق بالحد

(١٦) دستورية عليا في ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد ٩٧ مكرراً في ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ٧ قاعدة رقم ٢٢ الصفحة ٣٩٣. نكره د. أحمد فتحي سرور الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، مصر، سنة ٢٠٠٠، ص ٥٠٧.

(١٧) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٥/٧/١٩٩٧، القضية رقم (٥٨) لسنة ١٨ قضائية.

الأقصى لأيهما، حيث اعتبرت المحكمة أن هذه العقوبة قد تجاوزت الضرورة الاجتماعية التي لا يجوز أن يكون بنيان التجريم منفصلاً عن متطلباتها، وكذلك عدت هذه العقوبة عبئاً باهظاً على أعمال الإبداع لتجاوز قسوتها ما يفترض أصلاً من تشجيعها وإنمائها والحض عليها بكل الوسائل^(١٨).

ويتضح من هذه الأحكام بأن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد اشترطت على المشرع ضرورة مراعاة الضرورة الاجتماعية عند قيامه بعملية التجريم والعقاب، وأكدت على ضرورة التناسب بين الفعل المجرم والعقوبة المقررة لهذا الفعل، لكي يحقق الغاية المطلوبة من فرض هذه العقوبات، فالمشرع يجب أن يجرم الأفعال التي تستوجب الضرورة الاجتماعية تجريمها، وأن يقرر العقوبات المتناسبة مع هذه الأفعال، بحيث تؤدي العقوبة إلى تحقيق الأهداف المقصودة منها والمتمثلة بالردع العام والردع الخاص. بخلاف ذلك لا يحق للمشرع أن يضع قيوداً أو يهدر حقوقاً للأفراد نص عليها الدستور.

وقد سلك القضاء الدستوري في عدة دول ذات المسلك في تبني مبدأ التناسب في التشريع^(١٩) وأكد على ضرورة التناسب بين الأفعال المجرمة والعقوبات المفروضة عليها باعتباره قيداً على سلطة المشرع في التجريم، فالجزاء يجب أن يفرض لضرورة تقتضيه، ومتناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع أو منعها.

موقف المجلس الدستوري في فرنسا من مبدأ التناسب في التشريع:

راعى المجلس الدستوري في فرنسا مبدأ التناسب في التشريع عند قيامه بالرقابة على دستورية القوانين، إذ قرر عدم دستورية الجزاء الذي يظهر جلياً عدم تناسبه مع الوقائع التي تؤدي إليه، وقضى المجلس الدستوري بعدم دستورية نص المادة ١/٤٢١ من قانون العقوبات التي نصت على معاقبة كل من يساعد أجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع، وذلك على أساس أن الفعل هو فعل إرهابي، رغم أنه قد لا تكون هناك علاقة مباشرة بين العمل الإرهابي الذي ارتكبه الأجنبي، وفعل المساعدة الذي قام به المواطن الفرنسي، وقد أسس

(١٨) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٧/١/٤، القضية رقم (٢) لسنة (١٥) قضائية، نكره د. أحمد فتحي سرور. المرجع السابق، ص ٥٠٧، ٥٠٨.

(١٩) سار على ذات المسلك القضاء الدستوري في أسبانيا والمجر وألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية، راجع في ذلك: د. أحمد فتحي سرور. المرجع السابق، ص ٥٠٦ - ٥٠٧ وراجع كذلك: د. جورجي شفيق ساري. المرجع السابق، ص ٥٦ و ص ٧٥ و ص ١٤٥.

المجلس الدستوري حكمه على عدم توافر شرط الضرورة في التجريم والعقاب في هذه الحالة، لأن المشرع قد مارس تقديره دون تناسب ظاهر، مع عدم الإخلال بإمكان اعتبار هذا الفعل اشتراكاً في أعمال الإرهاب، أو إخفاء متهم هارب أو الاشتراك في جمعية إرهابية إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون لقيام هذه الجريمة. وأكد المجلس الدستوري في حكم آخر على عدم جواز أن يضع المشرع عقوبات غير ضرورية^(٢٠).

الفرع الثاني التناسب الدستوري

سبق أن أشرنا إلى أن مبدأ التناسب في نطاق القانون الدستوري قد ظهر على صورتين، الأولى التناسب في التشريع، والثانية التناسب الدستوري، إذ يقصد بالتناسب الدستوري التناسب بين نص تشريعي أو لائحي أدنى مرتبة مع نص دستوري أو مبدأ من المبادئ الأساسية الأعلى مرتبة.

تعريف التناسب الدستوري:

عرف جانب من الفقه التناسب الدستوري بأنه: ((التوافق بين أي نص - سواء صدر في شكل قرار فردي أو لائحي أو في شكل تشريع - كأداة قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحرريات الأفراد سواء المنصوص عليها صراحة في الدستور أو المتضمنة في المقومات والمبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي أتى بها الدستور))^(٢١).

والملاحظ على هذا التعريف أنه قصر التناسب بين التشريع كقاعدة قانونية أدنى درجة، وبين حقوق وحرريات الأفراد المنصوص عليها في الدستور أو المستمدة منه، كقاعدة قانونية أعلى درجة، وأن هذا الاتجاه قد قيّد التناسب في موضوع معين مستنداً على أن أغلب التطبيقات في القضاء الدستوري كانت في مجال الحقوق والحرريات، وبأن الهدف من تبني فكرة التناسب في القضاء الدستوري كان لحماية حقوق وحرريات الأفراد^(٢٢).

(٢٠) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٥٠٩.

(٢١) جورج شفيق ساري، المرجع السابق، ص ١٨، ويذهب إلى نفس الاتجاه حسين جبر حسين الشويلي، المرجع السابق، ص ١٩ وما بعدها.

(٢٢) راجع: جورج شفيق ساري، المرجع أعلاه، ص ١٨ وما بعدها.

إلا أننا لا نؤيد هذا الاتجاه ونرى بأن مبدأ التناسب يجب أن يطبق بين أي قاعدة قانونية أدنى درجة وبين نصوص الدستور أو المبادئ المستمدة من الدستور، ولذا فإننا نعرف التناسب الدستوري بأنه: ((التوافق بين نص تشريعي أو نص لائحي مع نصوص الدستور أو المبادئ المستمدة من الدستور)).

فالتناسب الدستوري هو الصلة بين نص تشريعي أو لائحي مع النصوص التي جاء بها الدستور أو المبادئ والأحكام المستمدة منه، فالقاضي الدستوري عندما يقوم بمهمة الرقابة على مبدأ التناسب فهو يبحث عن مدى تحقق التوافق أو التناسب بين النص الصادر سواء من السلطة التشريعية أو اللائحية مع النصوص التي جاء بها الدستور، أو مع المعاني التي قصد الدستور تحقيقها، وبقدر التقارب بين محل النص وبين الدستور ومعانيه تكون نتيجة هذه الرقابة.

فالقاضي الدستوري عندما يتصدى لرقابة التناسب فإنه يقوم ابتداءً بتفسير النص الدستوري، وتحديد المعاني والمقاصد التي أراد الدستور تحقيقها، ومن ثم يتولى البحث عن مدى توافق التشريع الصادر مع نصوص الدستور أو المعاني التي أراد الدستور تحقيقها، أي بمعنى آخر بأن القاضي الدستوري يعمل على تحقيق توازن بين طرفين أو مصلحتين أو حقين، بين الفرد والجماعة، أو المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

وهذا ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في مصر، إذ أكدت على ضرورة قيام المشرع بإجراء موازنة دقيقة بين مصلحة المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من ناحية، وحريات الأفراد وحقوقهم من ناحية أخرى^(٢٣).

موقف القضاء الدستوري في مصر من مبدأ التناسب الدستوري:

تبنت المحكمة الدستورية العليا في مصر الرقابة على مبدأ التناسب الدستوري، وقد ظهر هذا الموقف جلياً في العديد من أحكامها، فمثلاً عند نظرها القضية الخاصة بقانون الأحزاب فإن المحكمة قد أجرت توازناً دقيقاً في رقابتها على حق تكوين الأحزاب السياسية والانتماء إليها، إذ تقرر "أن الدستور إذ نص في المادة الخامسة على تعدد الأحزاب ليقوم على أساسه النظام السياسي في الدولة، يكون قد كفل بالضرورة حرية تكوينها وضمان الانضمام إليها، إلا أنه أراد أن يكون التعدد الحزبي دائراً في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصري المنصوص عليها في

(٢٣) حكم المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية، جلسة ٢ يونيو ٢٠٠١، موقع المحكمة الدستورية العليا.

الدستور، كما أوجب في التنظيم التشريعي للحرية الحزبية، أن لا يتضمن نقضاً لهذه الحرية أو انتقاصاً منها، وأن يلتزم بالحدود والضوابط التي نص عليها بالدستور، فإن جاوز ذلك إلى حد إهدار الحرية ذاتها، والنيل منها، أو خروج على القواعد والضوابط التي نص عليها الدستور فإنه يكون مخالفاً للدستور وقد كفل الدستور حق الانضمام إلى الأحزاب السياسية، وبالتالي فإن الحرمان منها يشكل اعتداء على حق كفله الدستور^(٢٤).

إن القاضي الدستوري قد استخدم مبدأ التناسب كأداة فعالة لحماية الحقوق والحريات الفردية من جهة، والإيفاء بمتطلبات المصلحة العامة من جهة أخرى، فهو إن أجاز إنشاء الأحزاب السياسية والانتماء إليها، إلا أنه قيدها بضرورة أن يكون ذلك في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصري والتي حددها الدستور، بمعنى آخر أنه قد وضع حدوداً على المشرع بهدف حماية المصلحة العامة، بشرط أن لا يمس المشرع بجوهر أي حق من الحقوق بحجة تنظيمه، لذا فإن المحكمة لم تجز الحرمان من حق الانضمام للأحزاب السياسية.

فالمحكمة الدستورية حاولت أن توازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فهي لا تريد التجاوز على المصلحة العامة بحجة تحقيق المصلحة الخاصة والعكس صحيح لا تريد الانتقاص من المصلحة الخاصة بحجة تنظيمها وتغليب المصلحة العامة عليها.

وفي حكم آخر قررت المحكمة الدستورية العليا بخصوص حرية التعبير بأنه " لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها، أو من ناحية العقوبة اللاحقة التي تتوخى قمعها، بل يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها - وعلاوية - تلك الأفكار التي تجول في عقولهم، فلا يتهامسون بها نجياً، بل يطرحونها عزمًا ولو عارضتها السلطة العامة - إحدانا من جانبهم - وبالوسائل السلمية لتغيير قد يكون مطلوباً، فالحقائق لا يجوز إخفاؤها، ومن غير المتصور أن يكون النفاذ إليها ممكناً في غيبة حرية التعبير"^(٢٥)، ففي هذا الحكم أكدت المحكمة الدستورية على ضرورة عدم فرض أي قيود على الحقوق والحريات بحيث تنتقص من

(٢٤) حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٨٦، القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية، مجموعة الأحكام، الجزء الثالث، ص ٣٥٣.

(٢٥) حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية، جلسة ١٥ ابريل ١٩٩٥، موقع المحكمة الدستورية العليا.

مضمونها أو تنال من محتواها إلا بالقدر الذي أجازاه الدستور، بل إن المحكمة اعتبرت فرض قيد على حرية التعبير يعد منافياً لمصلحة المجتمع الذي قد يحتاج إلى التغيير بطرق سلمية بعيداً عن العنف من جهة، وحاجة الأفراد إلى التعبير عن أفكارهم بشكل علني يبعدهم عن التنظيمات السرية التي تضر بالمجتمع والجماعة من جهة ثانية.

موقف المجلس الدستوري في فرنسا من مبدأ التناسب الدستوري:

وقد سلك المجلس الدستوري الفرنسي ذات المسلك في تبني الرقابة على مبدأ التناسب الدستوري، إذ كان موضوع التناسب بين نص أدنى مرتبة مع النصوص الدستورية أساساً للعديد من أحكامه أثناء ممارسة دوره بالرقابة على دستورية القوانين، حيث قام المجلس الدستوري بمراقبة مدى التناسب في التشريعات المقترحة والمنظمة لمواضيع الحريات العامة وحق الأحزاب والملكية والتأميم الخ^(٢٦). فمثلاً أصدر المجلس الدستوري قراره الخاص بتفتيش السيارات في ١٢ يناير ١٩٧٧ والذي وجد بأن مشروع القانون يتضمن مساساً بالحرية الفردية بسبب المدى والعمومية وعدم تحديد للصلاحيات الموكولة إلى سلطات الشرطة، أو بعبارة أخرى يرى المجلس عدم تناسب هذه الصلاحيات بالنسبة للمبادئ التي تستند إليها حماية هذه الحرية، فالمجلس يقبل تحديد هذه الحرية من أجل تحقيق بعض الأهداف كصيانة النظام العام، ولكن يجب أن تكون حالات المساس بهذه الحرية مُعَرَّفة بشكل دقيق، حتى يستطيع أن يفحص ما إذا كان التشريع لم يتجاوز ما هو ضروري ولذا فإن المجلس الدستوري أشار في قراره إلى بعض الشروط التي كان يجب وضعها حتى تكون الصلاحية الممنوحة بالقانون لقوات الشرطة مقبولة ومشروعة، مثل سن نظام قانوني للسلطات الاستثنائية، أو تهديد بالمساس أو بالاعتداء على النظام العام، أو وجود أو وقوع جريمة^(٢٧).

الفرع الثالث

العلاقة بين مبدأ التناسب والسلطة التقديرية

إن الدستور هو الذي يحدد لكل سلطة من السلطات العامة حدود اختصاصاتها، وقد يترك لإحدى هذه السلطات حرية العمل ضمن النطاق المحدد دستورياً.

فعندما يتم تحديد اختصاص السلطة التشريعية فإن الدستور قد يفرض عليها

(٢٦) د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ٢٦٠.

(٢٧) نكره جورجى شفيق ساري، المرجع السابق، ص ١٤٣-١٤٤.

قيود عند مباشرتها لهذه الاختصاصات، ويختلف حجم هذه القيود من حيث السعة والضيق بحسب طبيعة الموضوع محل التنظيم.

فالدستور قد يحرم المشرع من أي سلطة تقديرية عندما يحدد بصورة واضحة ودقيقة نطاق الموضوع، أو قد يضع ضوابط تجعل سلطة المشرع مقيدة، أو قد يترك لها مقداراً كبيراً من حرية التقدير، وعندئذ تكون للمشرع سلطة تقديرية.

مفهوم السلطة التقديرية للمشرع:

يقصد بالسلطة التقديرية للمشرع هي قدرة المشرع على المفاضلة بين بدائل أو خيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه، دون أن يفرض الدستور عليه طريقاً بذاته يجب عليه اتباعه أو توجيهه توجيهاً محدداً يتعين الالتزام به^(٢٨).

والمشرع عندما يمارس سلطته التقديرية فإنه تكون له حرية تحديد الوقت اللازم لمباشرة اختصاصه (إذا لم يفرض عليه الدستور وقت معين لتدخله)، أي بمعنى آخر هو الذي يقرر حق التدخل من عدمه، وتحديد الوقت الذي يراه مناسباً لتدخله، وعندما يقرر التدخل ويحدد الوقت تكون له حرية اختيار الحل من بين عدة خيارات أو بدائل يفاضل بينها، ويختار ما يراه مناسباً لتحقيق الأهداف التي يرمي إليها، وأخيراً تكون له حرية اختيار مضمون التشريع الذي يسنه، أي اختيار ما يراه ملائماً من القواعد القانونية للتشريع الذي سيسنه، وإدراجه ضمن البناء القانوني للدولة^(٢٩).

مدى خضوع السلطة التقديرية لرقابة القضاء الدستوري:

يذهب جانب كبير من الفقه إلى عدم خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القضاء الدستوري، وذلك لاعتبارات كثيرة من أهمها أن إخضاع السلطة التقديرية لرقابة القضاء الدستوري يعد انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ بممارسة القضاء الدستوري دوره الرقابي على السلطة التقديرية للمشرع فإنه سيعمل على إحلال إرادة القاضي الدستوري محل إرادة المشرع لتقرير مدى صحة تقدير المشرع، كذلك فإن

(٢٨) د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، البحرين، ٢٠٠٣، ص ٤٧٨ و ٤٧٩.

(٢٩) د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٢ وما بعدها.

الفقه يورد أسباباً أخرى منها عدم وجود ضوابط واضحة ومحددة يستند إليها القضاء في القيام بمهمته الرقابية^(٣٠).

في حين يذهب اتجاه آخر إلى إخضاع السلطة التقديرية إلى رقابة القضاء الدستوري، إذ أن دور القاضي الدستوري يقوم على أساس التأكد من مدى تناسب القاعدة التشريعية الأدنى درجة مع القاعدة الدستورية الأعلى درجة، فإذا وجد القاضي عدم تناسب في العلاقة بين القاعدة الدستورية والقاعدة التي وضعها المشرع، حكم بعدم دستورية القاعدة التشريعية، بل أن القاضي الدستوري يراقب كذلك مدى تناسب الأركان الداخلية للقاعدة القانونية فيما بينها ومدى تناسبها مع أحكام الدستور، ويرى هذا الاتجاه أن رقابة مبدأ التناسب يساهم في تحقيق الأمن القانوني للمجتمع، علماً بأن هذا الاتجاه يرى بأن القضاء الدستوري لا يختص بمراقبة ضرورة أو عدم ضرورة التشريع، ولا يختص كذلك بمراقبة الوقت المناسب لإصدار التشريع، فتحديد وقت صدور التشريع يعد جزءاً من السلطة التقديرية للمشرع^(٣١).

ومن خلال تعريفنا لمبدأ التناسب، نجد بأن التناسب يعد قيداً على السلطة التقديرية للمشرع، فإن كان جانب كبير من الفقه يرى عدم خضوع السلطة التقديرية لرقابة القضاء الدستوري، إلا أن القضاء الدستوري قد وضع أساساً لرقابته على السلطة التقديرية من خلال رقابته لمبدأ التناسب، فالمشرع وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية، إلا أنه يجب أن تكون تشريعاته متناسبة أو متوافقة مع الدستور من جهة، وأن تكون أركان التشريع الداخلية متوافقة فيما بينها من جهة أخرى.

فالقضاء الدستوري ما زال يعد جانباً من السلطة التقديرية خارج اختصاص رقابته وهي التي تتعلق بمدى ضرورة أو عدم ضرورة التشريع، وتحديد وقت تدخل

(٣٠) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، ١٩٦٠، ص ٥٩١ وما بعدها، ود. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤، ص ٣٤ وما بعدها، ود. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٥٠٠، ويذهب إلى ذات الاتجاه كل من د. عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، ج١، ١٩٥٦، ص ٦٧٠ و٦٧٢ و٦٧٣. ود. محمد عصفور، مذاهب المحكمة العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ١٩٥٧، ص ١٣٨ إلى ١٤٤. ود. علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ١٩٦ إلى ١٩٨.

(٣١) د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٣٤٠ وما بعدها.

المشرع، والتي يسميها جانب من الفقه بالملاءمة^(٣٢)، أما التناسب فهو يخضع لرقابة القضاء الدستوري وهذا واضح من الأحكام التي أصدرتها المحاكم الدستورية في مختلف دول العالم.

والخلاصة أن التناسب يعد جزءاً من السلطة التقديرية للمشرع، فالسلطة التقديرية وإن كانت لا تخضع لرقابة القضاء الدستوري إلا أن مبدأ التناسب الذي يعد جزءاً من هذه السلطة يخضع لرقابة القضاء الدستوري، بمعنى آخر أن التناسب يعد قيداً على السلطة التقديرية للمشرع.

ولذا فإن القضاء الدستوري جعل من رقابة مبدأ التناسب سواء أكان تناسباً تشريعياً أم تناسباً دستورياً أساساً للدخول إلى نطاق السلطة التقديرية للمشرع، مع أنه في ذات الوقت يقر بعدم اختصاصه بمراقبة السلطة التقديرية للمشرع وخصوصاً ما يتعلق منها بمدى ضرورة أو عدم ضرورة التشريع، ووقت صدور التشريع، أي إن القضاء الدستوري أخرج من نطاق رقابته السلطة التقديرية للمشرع باستثناء مبدأ التناسب فإنه أخضعه لرقابته.

المبحث الثاني

موقف المحكمة الدستورية في مملكة البحرين من الرقابة على مبدأ التناسب

أنشئت المحكمة الدستورية في مملكة البحرين سنة ٢٠٠٢ بعد صدور ميثاق العمل الوطني سنة ٢٠٠١^(٣٣)، وتعديل دستور مملكة البحرين الصادر سنة ١٩٧٣

(٣٢) تعرف الملاءمة ((أن التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة، فيطلق الاصطلاح على ما يوافق مركزاً معيناً أو حالة معينة بالنظر لما يحيط هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة)) راجع: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٤١٩. وقد عرف د. زكي محمد النجار الملاءمة بأنها: "الاختصاص الذي يمارس بناء على سلطة تقديرية كان مناسباً أو موافقاً للزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة"، راجع: د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٣٣) ميثاق العمل الوطني وثيقة دستورية سياسية وافق عليها الشعب باستفتاء عام وقد أدى إصدارها إلى تبني سلسلة من الإصلاحات الدستورية والتشريعية والسياسية في مملكة البحرين أنهت أزمة سياسية استمرت ٢٧ سنة، راجع في مضمون وقيمة ميثاق العمل الوطني: د. مروان المدرس، ود. محمد المشهداني، القانون الدستوري البحريني، مع مقدمة في النظرية العامة للدستور، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٩، ص ٩٩ وما بعدها.

في سنة ٢٠٠٢، إذ تتكون المحكمة الدستورية من رئيس وستة أعضاء يشكلون الجمعية العمومية، ويعاون رئيس المحكمة في الأمور الإدارية للمحكمة أمين عام. والمحكمة الدستورية وهي الجهة الوحيدة في مملكة البحرين التي تتولى مهمة الفصل في دستورية القوانين واللوائح، وتكون أحكامها ملزمة للجميع أفراداً وسلطات، وتُنشر في الجريدة الرسمية.

ويحق لجهات متعددة تحريك الرقابة على دستورية القوانين، إذ يحق لجلالة الملك إحالة مشاريع القوانين إلى المحكمة الدستورية، وكذلك يحق لرئيس مجلس الوزراء ولرئيس مجلس النواب ولرئيس مجلس الشورى الطعن بصورة مباشرة بعدم دستورية أي قانون أو لائحة، وكذلك يحق للقضاء أثناء نظر الدعاوى أن يحيل أي نص مشكوك بعدم دستوريته إلى المحكمة الدستورية من تلقاء نفسه وفق شروط معينة، وفي نفس الوقت يستطيع أي طرف من أطراف الدعوى أن يدفع أمام القضاء العادي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة إذ كان هذا النص سيستند إليه قاضي الموضوع في إصدار حكمه، فإذا اقتنع قاضي الموضوع بالدفع الذي قدم، أجاز لمقدم الدفع أن يرفع الأمر إلى المحكمة الدستورية خلال فترة محددة^(٣٤).

موقف المحكمة الدستورية من رقابة السلطة التقديرية للمشرع:

أصدرت المحكمة الدستورية العديد من الأحكام خلال الفترة السابقة، وبقراءة وتحليل نصوص هذه الأحكام نجد بأن المحكمة الدستورية قد أخرجت من نطاق رقابتها السلطة التقديرية للمشرع، إذ جاء في أحد أحكامها^(٣٥) ((فإنه يخرج عن هذا اختصاص المحكمة بالرقابة السابقة على مشروع القانون المعروض ما يلي: ١- مراجعة الصياغة القانونية للمشروع. ٢- النظر في أي تناقض بين نصوص المشروع بعضها البعض أو تعارضها مع أية نصوص قانونية أخرى. ٣- تقرير مدى ملاءمة بعض الأحكام التي حواها المشروع باعتبار أن ذلك أمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشروع)). والواضح بأن المحكمة الدستورية من خلال هذا الحكم قد أخرجت من نطاق رقابتها السلطة التقديرية للمشرع، إلا أنها في أحكام سابقة لهذا

(٣٤) راجع حول المحكمة الدستورية: د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، البحرين، ٢٠٠٣، وراجع كذلك: سالم الكواري، المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، الطبعة الأولى، البحرين، ٢٠٠٤.

(٣٥) حكم المحكمة الدستورية، الصادر في ٢٥ يونيو ٢٠٠٩، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢٩٠١ في ٢٥ يونيو ٢٠٠٩.

الحكم قد أكدت المحكمة الدستورية على دورها في مراقبة هذه السلطة بصورة غير مباشرة إذ جاء في أحد أحكامها^(٣٦) ((ويتمثل جوهر هذه السلطة التقديرية في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة، لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم، مما مؤداه أن مشروعية النصوص القانونية التي يتخذها المشرع كوسيلة لتحقيق الأهداف المشار إليها، مناطها توافقها مع أحكام الدستور ومبادئه، ومن ثم يتعين على المشرع دائماً إجراء موازنة دقيقة بين مصالح المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من ناحية وحرية وحقوق الأفراد التي كفلها لهم الدستور من ناحية أخرى)). ويبدو جلياً أن المحكمة الدستورية وإن أخرجت من نطاق رقابتها السلطة التقديرية للمشرع إلا أنها أوردت على هذه القاعدة استثناء وهي رقابتها لمبدأ التناسب، باعتبار أن المحكمة وإن كانت لا تختص برقابة السلطة التقديرية فإنها تراقب مدى تناسب هذه التشريعات مع الدستور، وسبق أن بينا بأن التناسب يعد استثناء على السلطة التقديرية للمشرع، فالمحكمة الدستورية قد أكدت من خلال الحكم أعلاه بأن المشرع وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية في المفاضلة بين بدائل مختلفة، إلا أنه مقيد باختيار أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها من جهة وحماية حقوق وحرية الأفراد التي كفلها الدستور لهم من جهة أخرى، فالمشرع ملزم بإجراء موازنة دقيقة بين مصلحتين متعارضتين هما مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد، فإن فشل المشرع في القيام بهذه المهمة، فإن التشريع الذي سيسنه سيكون غير متناسب وبالتالي يمكن الحكم بعدم دستوريته.

كذلك فإن المحكمة الدستورية قد وضعت حداً فاصلاً بين مبدأ التناسب والملاءمة، فإن هي أخضعت مبدأ التناسب لرقابتها فإنها أخرجت مبدأ الملاءمة من دائرة اختصاصاتها، إذ جاء في أحد أحكامها^(٣٧). ((وحيث إنه ولئن كان إبطال المرسوم بقانون المطعون فيه يستتبعه فراغ تشريعي يستدعي تدخل المشرع بإصدار نص جديد يملأ هذا الفراغ، فإن ذلك لا يحول بذاته دون القضاء بعدم الدستورية ومن ثم يمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية طبقاً لنص المادة (٣١) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية، وعند

(٣٦) حكم المحكمة الدستورية، الصادر في ٢٦ يونيو ٢٠٠٦، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٧٤٦ في ٥ يوليو / ٢٠٠٦.

(٣٧) حكم المحكمة الدستورية الصادر في ٢٦ مارس ٢٠٠٧، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٧٨٦ في ١٢ / إبريل / ٢٠٠٧.

هذا الحد تقف سلطة القاضي الدستوري بغير امتداد إلى البديل، حيث يؤول ذلك إلى السلطة التشريعية التي تظل محتفظة بسلطة التقدير التي تملكها، وهي تصدر قانوناً جديداً ترفع فيه العوار الذي شاب النص القديم، ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين أو على نحو معين)). وفي هذا الحكم تترك المحكمة الدستورية للمشرع تحديد توقيت إصدار التشريع الجديد محل التشريع المقضي بعدم دستوريته، أي أن المحكمة الدستورية لا تتدخل في إجبار السلطة التشريعية على تشريع قانون جديد في زمن معين أو بشكل معين وإنما عدت ذلك جزءاً من السلطة التقديرية للمشرع.

وسبق أن أشرنا بأن الملاءمة تعني توافق التشريع مع توقيت إصداره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها، إذ أن البرلمان يتمتع بسلطة تقديرية في تقرير ما إذا كان إصدار هذا التشريع ملائماً أم لا، وإذا قرر إصداره فإنه يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد وقت إصداره، وتحديد مدى ملاءمة الظروف المحيطة لإصداره^(٣٨).

والخلاصة أن المحكمة الدستورية وإن كانت قد أخرجت من نطاق رقابتها السلطة التقديرية للمشرع، وعدت الملاءمة جزءاً من هذه السلطة التقديرية، إلا أنها أخضعت مبدأ التناسب لرقابتها، أي أن المحكمة الدستورية قد راقبت مبدأ التناسب في مملكة البحرين وذلك من خلال إصدار العديد من الأحكام في هذا الخصوص، وباستعراض أحكام المحكمة الدستورية نجد بأن المحكمة قد راقبت هذا المبدأ في مجالين أساسيين هما "التجريم والعقاب، والحقوق والحريات".

لذا فإننا سنتعرض في مطلبين أهم الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية، إذ نخصص المطلب الأول لرقابة المحكمة الدستورية لمبدأ التناسب في مجال التجريم والعقاب، في حين نخصص المطلب الثاني لرقابة المحكمة الدستورية لمبدأ التناسب في مجال الحقوق والحريات.

المطلب الأول

رقابة المحكمة الدستورية على مبدأ التناسب في مجال التجريم والعقاب

استخدمت المحكمة الدستورية مبدأ التناسب كأساس للرقابة على دستورية القوانين العقابية، إذ أكدت على ضرورة وجود مقدار من التوافق أو التناسب بين الفعل

(٣٨) راجع: د. سامر عبد الحميد محمد العوضي. أوجه عدم دستورية القوانين في النظام الأمريكي والمصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٥٠.

"المجرم" بالنص العقابي وبين "العقوبة المقررة" لهذا الفعل "المجرم". وقد مارست المحكمة الدستورية دورها في رقابة مبدأ التناسب في نطاق قانون العقوبات، والمرسوم بقانون الخاص بمراقبة التداول في المواد والمستحضرات المخدرة واستعمالها، والمرسوم بقانون الخاص بحظر ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب. وسنتطرق الى موقف المحكمة الدستورية في القوانين الثلاثة المذكورة آنفاً.

أولاً - في نطاق قانون العقوبات:

حيث أكدت المحكمة الدستورية في أحد أحكامها^(٣٩) بمناسبة الطعن بنص المادة ١٥٧ من قانون العقوبات البحريني^(٤٠) على أن: "الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط معينة، ويتمثل جوهر هذه السلطة التقديرية في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم، مما مؤداه أن مشروعية النصوص القانونية التي يتخذها المشرع كوسيلة لتحقيق الأهداف المشار إليها، مناطها توافقها مع أحكام الدستور ومبادئه، ومن ثم يتعين على المشرع دائماً إجراء موازنة دقيقة بين مصالح المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من ناحية، وحرية وحقوق الأفراد التي كفلها لهم الدستور من ناحية أخرى".

وتضيف المحكمة في ذات الحكم "وحيث إن القوانين العقابية تفرض على

(٣٩) حكم المحكمة الدستورية الصادر في تاريخ ٢٦ يونيو ٢٠٠٦، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٧٤٦ في ٥ يوليو ٢٠٠٦.

(٤٠) تنص المادة ١٥٧ من قانون العقوبات على أن: "يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من ساهم في اتفاق كان الغرض منه ارتكاب جنائية من الجنايات المنصوص عليها في المواد من (١٤٧) إلى (١٥٥) أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه، ويعاقب بالسجن المؤبد من حرض على الاتفاق أو كان له شأن في إدارة حركته. ومع ذلك إذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب جريمة معينة أو اتخاذها وسيلة إلى الغرض المقصود وكانت عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرتان السابقتان فلا توقع عقوبة أشد من العقوبة المقررة لتلك الجريمة، ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات من دعا آخر إلى اتفاق من هذا القبيل ولم تقبل دعوته، ومع ذلك إذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب جريمة معينة أو اتخاذها وسيلة إلى الغرض المقصود منه وكانت عقوبتها أخف من السجن فلا توقع عقوبة أشد من العقوبة المقررة لتلك الجريمة، ويعفى من العقوبات المقررة في الفقرات الثلاث الأولى ومن بادر من الجناة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بقيام الاتفاق وبمن ساهموا فيه قبل الشروع في ارتكاب أية جنائية من الجنايات المتفق عليها".

الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً، فإن الدستور قد وضع على تلك القوانين قيوده الصارمة وضوابطه الواضحة، حتى لا يتخذها المشرع وسيلةً للذهاب بجوهر الحرية.... وكما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من النصوص العقابية شباكاً أو أشراكاً يلقبها ليتصيد باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، ولا يعد الجزاء الجنائي مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ومنتاسباً مع الفعل المؤثم، فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة مجافياً للعدالة، وأساس ذلك أن شرعية الجزاء - جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً - مناطها أن يكون هذا الجزاء متناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها، فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أثمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً. لما كان ذلك وكان النص المطعون فيه هو نص المادة ١٥٧ من قانون العقوبات يقضي بأن يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من ساهم في اتفاق الغرض منه ارتكاب جنائية من الجنايات المنصوص عليها في المواد (١٤٧) إلى (١٥٥) في قانون العقوبات... فيكون المشرع في النص المطعون فيه قد خرج عن الضوابط الدستورية بسلطته التقديرية في مجال التجريم والعقاب... فقد حدد النص المطعون فيه عقوبة جنائية بالغة القسوة بالرغم من غياب الركن المادي للجريمة وانتفائها بالتالي على ما سلف بيانه، مما يفقد النص مبررات وجوده، ويصبح مقيداً للحرية الشخصية بغير مبرر أو سند.... وتتعمق جذور هذه المخالفة الدستورية بابتعاد النص المطعون فيه عن الغايات المشروعة للعقوبة الجنائية والتي تتمثل في تحقيق كل من الزجر الخاص للجاني جزاء ما اقتترف، والردع العام لغيره ممن يحتمل ارتكابهم الجريمة من أجل حملهم على الإعراض عن ارتكابها، مما يؤدي إلى عدم تحقيق النص المطعون فيه لهذه الغايات المشروعة، واستناداً لذلك فقد حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص المادة (١٥٧) من قانون العقوبات".

والملاحظ على حكم المحكمة الدستورية أنه أشار إلى ضرورة أن يكون التشريع الصادر من السلطة التشريعية متوازناً، وذلك بأن يوازن أو يوافق بين مصلحة المجتمع وأمنه واستقراره من جهة وبين حقوق وحرية الأفراد التي كفلها الدستور من جهة أخرى. فلا يجوز للمشرع أن يعصف بهذه الحقوق والحرية بحجة حماية مصلحة المجتمع وأمنه واستقراره، وبالمقابل لا يجوز أن يهدر مصلحة الجماعة وأمنها

واستقرارها من أجل حقوق وحرية الأفراد، فالمشرع ملزم بأن يحقق هذا التوازن والتوافق والتناسب بين هاتين المصلحتين.

إضافة إلى ما سبق فإن المحكمة الدستورية راعت خصوصية القوانين العقابية التي تتضمن عقوبات بحق الأفراد، حيث أشارت في هذا الحكم بأن هذه العقوبات يجب أن تكون متوازنة مع الفعل المجرم لكي تحقق الغاية المنشودة من العقوبة وهي الردع العام والردع الخاص، ولذا فإن العقوبات التي تتضمنها القوانين العقابية إذا لم تحقق الغاية منها وهي الردع العام والردع الخاص توصف بأنها قوانين غير متوازنة لأنها لم تحقق الغاية منها. وهنا المحكمة الدستورية قد طبقت مبدأ التناسب بين سبب التشريع ومحل والغاية منه، فلا بد أن يكون هناك مقدار من التناسب بين هذه الأركان الثلاثة بشكل خاص.

بل أن المحكمة الدستورية أشارت إلى ضرورة أن تمتاز العقوبات التي يقرها المشرع على الأفعال المجرمة بالمعقولة، ويقصد بالمعقولة أن تكون العقوبات متوازنة ومتناسبة مع الفعل المجرم من جهة، وتحقق الغاية المنشودة من جهة ثانية، فلا يجوز أن تكون العقوبة خفيفة وغير متناسبة مع الفعل المجرم فإن هذا لا يحقق الردع العام ولا يحقق الردع الخاص المطلوب، ولا يجوز أن تكون العقوبة من ناحية ثانية شديدة بحيث تعصف بالحقوق والحرية المقررة للأفراد، وفي كلتا الحالتين ستتصف العقوبة بعدم المعقولة.

وقد اعتمدت المحكمة الدستورية الضرورة الاجتماعية كأساس لنصوص التجريم والعقاب وذلك لحماية حقوق الأفراد وحريةهم، ولذا يجب أن تكون الرابطة بين الفعل المجرم والعقوبة المقررة واضحة ومفهومة وتحقق الغاية المطلوبة منها، واستناداً لذلك يجب أن تصاغ النصوص العقابية صياغة واضحة ودقيقة بعيدة عن أي لبس أو غموض يحول دون تطبيقها بصورة انتقائية، أو تنحرف عن الأغراض التي تهدف إلى تحقيقها.

ثانياً - في نطاق المرسوم بقانون الخاص بمراقبة التداول في المواد والمستحضرات المخدرة واستعمالها:

سارت المحكمة الدستورية^(٤١) على نفس الاتجاه عند الطعن بعدم دستورية نص

(٤١) حكم المحكمة الدستورية الصادر في تاريخ ٣٠ مارس ٢٠٠٩، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٨٨٩ في ٢ أبريل ٢٠٠٩.

الفقرة د من المادة ٢٣^(٤٢) من المرسوم بقانون الخاص بمراقبة التداول في المواد والمستحضرات المخدرة واستعمالها، إذ أكدت على ضرورة أن يكون تقدير السلطة التشريعية للعقوبة مناسبة للفعل المجرم وفق أسس موضوعية تحمي مصالح الجماعة، وتحفظ قيمها، وتحقق الردع الخاص لمقترف الجريمة، وفي نفس الوقت تحقق الردع العام لعموم أفراد المجتمع.

وعدت المحكمة الدستورية قيام السلطة التشريعية بمراعاة مبدأ التناسب من الأمور التي تدخل في نطاق سلطتها التقديرية في مجال تنظيم الجرائم والعقوبات وضمن اختصاصاتها الدستورية ووظيفتها التشريعية، وأشارت المحكمة الدستورية في ذات الحكم بأنه لا يجوز لها (المحكمة الدستورية) أن تحل تقديرها محل تقدير المشرع في شأن تقرير الجزاء أو تحديد مداه مادام قائماً على قاعدة التناسب والملاءمة، أي بمفهوم المخالفة فإنه يحق للمحكمة أن تتدخل إذا كان تقرير الجزاء غير قائم على قاعدة التناسب والملاءمة، ولذا فإن المحكمة قد ردت هذا الطعن بعدم الدستورية؛ لأن النص المطعون به كان ضرورياً ومتناسباً مع الأغراض التي توخاها المشرع من هذا التقييد، ومستهدفاً فئة من أخطر المجرمين.

إن أهم ما يلفت الانتباه في هذا الحكم هو أن المحكمة الدستورية قد استخدمت مبدأ التناسب كأساس لرد الطعن بعدم الدستورية، وبالتالي فإن المحكمة لم تتقيد باستخدام مبدأ التناسب للحكم بعدم الدستورية فقط وإنما استخدمت المبدأ لرد الطعن بعدم الدستورية، والحكم بدستورية النص المطعون به.

(٤٢) تنص المادة ٢٣ الفقرة د على أن: "يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد عن خمسين ألف دينار ... د- كل من أوكل إليه حفظ مواد أو مستحضرات مخدرة أو رخص له بحيازتها لاستعمالها في غرض أو أغراض معينة ويكون قد تصرف فيها بأي صفة كانت في غير تلك الأغراض. ولا يجوز للمحكمة عند تطبيق المادة ٧٢ من قانون العقوبات النزول بالعقوبة عن السجن لمدة عشر سنوات"، في حين تنص المادة ٧٢ من قانون العقوبات على أن: "إذا توافر في الجناية ظرف رأى القاضي أنه يدعو إلى الرأفة بالمتهم وجب تخفيف العقوبة. فإذا كانت العقوبة المقررة هي الإعدام جاز إنزالها إلى السجن المؤبد أو المؤقت، وإن كانت عقوبتها السجن المؤبد جاز إنزالها إلى السجن المؤقت أو الحبس الذي لا يقل عن ستة أشهر، وإن كانت عقوبتها السجن المؤقت لا يحكم القاضي بالحد الأقصى للعقوبة ويجوز له إنزالها إلى الحبس الذي لا يقل عن ثلاثة أشهر".

ثالثاً - في نطاق المرسوم بقانون الخاص بحظر ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب:

وقد حكمت المحكمة الدستورية^(٤٣) أيضاً بعدم دستورية بعض نصوص المرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ بشأن حظر ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب المعدل بقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٦ وذلك لعدم وجود توازن بين مصلحة الجماعة ومصلحة المتهم^(٤٤).

ويمكن القول بأن المحكمة الدستورية أكدت من خلال أحكامها السابقة على ضرورة أن تكون التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية متناسبة تناسباً تشريعياً، أي أن يكون هناك مقدار من التوازن أو التناسب بين سبب التشريع والمحل والغاية التي يتوخاها المشرع، فالمشرع عندما يسن تشريعاً يجرم فعلاً معيناً عليه أن ينص على عقوبة تتناسب مع الفعل المجرم، ولكي يحقق الغاية المرجوة من العقوبة والمتمثلة بالردع العام والردع الخاص، على أن لا يؤدي ذلك إلى أهدار حقوق وحرريات الأفراد، وفي ذات الوقت أشارت المحكمة الدستورية في أحكامها إلى وجوب أن تكون التشريعات العقابية متناسبة مع نصوص الدستور، ولذا فإن أغلب أحكامها في مجال التشريعات العقابية قد حكمت بعدم دستورية نصوص تشريعية لعدم توافقتها مع نصوص الدستور، إلا في حكم واحد فإنها قد حكمت برد طعن بعدم الدستورية لأن النص المطعون به كان متناسباً من الناحية التشريعية، أي أن المحكمة الدستورية قد استندت إلى عدم التناسب الدستوري في إصدار أحكامها بعدم دستورية نصوص

(٤٣) حكم المحكمة الدستورية الصادر في ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩ والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٩٢٨ في ٣١ ديسمبر ٢٠٠٩، إذا جاء في الحكم "وحيث إن العدالة الجنائية في جوهر ملامحها، هي التي يتعين ضمانها من خلال قواعد محددة تحديداً دقيقاً ومنصفاً، يتقرر على ضوءها ما إذا كان المتهم مداناً أو بريئاً، ويفترض ذلك توازناً بين مصلحة الجماعة في استقرار أمنها ومصلحة المتهم في ألا تفرض عليه عقوبة ليس لها من صلة بفعل أثاره، أو تفتقر هذه الصلة إلى الدليل عليها، ولا يجوز بالتالي أن تنفصل العدالة الجنائية عن مقوماتها التي تكفل لكل متهم حداً أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها أو التفريط فيها، ولا أن تخل بضرورة أن يكون التجريم مرتبطاً بالأغراض النهائية للقوانين العقابية ...".

(٤٤) بسبب الظروف السياسية التي مرت بها البحرين منذ عام ١٩٧٥ وحتى عام ٢٠٠٢ والمتمثلة بحل المجلس الوطني وتعطيل السلطة التشريعية ونقل اختصاصها إلى السلطة التنفيذية، إذ مارست السلطة التنفيذية العمل التشريعي من خلال ما يعرف بالمرسوم بقانون، ولذا فإننا نجد أغلب البناء القانوني في مملكة البحرين عبارة عن مراسيم بقوانين ونادراً ما نجد تشريعات أو قوانين لأن البرلمان بدأ العمل بإصدار القوانين حديثاً منذ عام ٢٠٠٢، بل إن قانون المحكمة الدستورية ذاتها صادر بمرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢.

تشريعية رغم إنها في ذات الأحكام تشير إلى عدم تناسب ذات النصوص من الناحية التشريعية، إلا أنها في حكم واحد قد ردت طعن بعدم الدستورية لوجود تناسب تشريعي.

المطلب الثاني رقابة المحكمة الدستورية على مبدأ التناسب في مجال الحقوق والحريات العامة

راقبت المحكمة الدستورية مبدأ التناسب في مجال الحقوق والحريات، حيث قضت في العديد من أحكامها بعدم دستورية نصوص تشريعية تنظم الحقوق والحريات بسبب عدم تناسبها أو توافقها مع النصوص الدستورية.

أولاً - في نطاق حق الملكية:

فأصدرت المحكمة الدستورية حكمها^(٤٥) بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٠ والخاص باستملاك الأراضي للمنفعة العامة بمجمله، إذ أن الحكومة في هذه الدعوى قد استندت في دفاعها عن دستورية هذا المرسوم بقانون إلى أن ((.... واختيار المشرع لعبارة مجملة لأحوال المنفعة العامة دون تفصيل أو حصر يدخل في نطاق الملاءمة التشريعية التي يتمثل جوهرها في المفاضلة بين ما يُقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثر ملاءمة للوفاء بمتطلباتها، نظراً لصعوبة حصر حالات المنفعة العامة التي تتنوع في صورها بما يجعل التنبؤ بها بعيداً، ولا محل لما أثاره المدعي من أن من شأن إجمال حالات المنفعة العامة - دون حصرها - المساس بضمانة حماية الملكية الفردية من تعسف وسوء تقدير الإدارة أو انحرافها....) إلا أن المحكمة الدستورية لم تقبل هذا التبرير الذي استندت الحكومة إليه وبينت في نص الحكم ((أن الحماية القانونية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها - في إطار وظيفتها الاجتماعية - جوهر بنيانها وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها وينحدر بالحماية المقررة لها إلى ما يفرغها من مضمونها، ذلك أن صون الملكية الخاصة وإعاققتها لا يجتمعان، وكلما تدخل المشرع مقوضاً بنيانها من خلال قيود ترهقها إلى حد ابتلاعها، كان عمله افتتاتاً عليها منافياً للحق فيها والمقرر في فقه القانون الدستوري أنه حين تمارس السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها

(٤٥) حكم المحكمة الدستورية، الصادر بتاريخ ٢٦ مارس ٢٠٠٧، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٧٨٦ في ١٢ أبريل ٢٠٠٧.

في المادة ٣٢/ب من الدستور - وهي تلك المتعلقة باختصاصها الأصيل في سن القوانين - فإن سلطتها هذه إما أن تكون سلطة مقيدة، وإما أن تكون سلطة تقديرية. فكلما فرض الدستور قيوداً على السلطة التشريعية في ممارستها لاختصاصاتها التشريعية، فإن سلطتها تكون مقيدة بمراعاة القيد الذي فرضه الدستور عليها، فلا تستطيع أن تسن تشريعاً تتحلل فيه من القيود التي فرضها، أو أن تنظم موضوعاً على خلافها، ذلك أن تلك القيود التي فرضها الدستور لا تعد مقصودة بذاتها، وإنما يفرضها الدستور لتحقيق مصلحة يراها جديرة بالحماية)).

والملاحظ بأن المحكمة الدستورية قد حكمت بعدم دستورية مجمل المرسوم بقانون الخاص بالاستملاك للمنفعة العامة وذلك لمخالفته نصوص الدستور، وقد استندت المحكمة في هذا الحكم إلى أن المشرع لم يحدد صور المنفعة العامة التي تجيز الاستملاك، وبالتالي فإنه قد عصف بحق مهم من حقوق الأفراد ألا وهو حق الملكية الخاصة، وإذا أجاز الدستور فرض بعض القيود على حق الملكية فإن هذه القيود لا تبرر الانتقاص من هذا الحق أو إهداره.

إضافة إلى ما سبق فإن المحكمة الدستورية من أجل تأكيد عدم دستورية نصوص قانون الاستملاك، فقد اعتمدت على التفسير الضيق أو المقيد بعبارة النص (أو ما يسمى مبدأ التعويل على عبارة النص الذي وضعه المشرع)^(٤٦) ورفضت تبني مبدأ التفسير المنشئ، إذ أن الحكومة قد بينت في دفاعها بأن القانون قد عرف الاستملاك بأنه ((نزع ملكية الأرض لمصلحة المستملك بقصد تأمين متطلبات المشاريع ذات المنفعة العامة)) واعتبرت هذه العبارة مجملة لأحوال المنفعة العامة، إلا أن المحكمة الدستورية رفضت هذا الدفع وبينت بأن المجال الطبيعي للتفسير هو الوقوف على المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية، وهذه المقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها، وكذلك لا يجوز الالتواء على الإرادة الحقيقية للمشرع والتي بلورتها النصوص القانونية.

ثانياً - حق التقاضي ومبدأ استقلال القضاء:

وفي ذات الإطار حكمت المحكمة بعدم دستورية بعض نصوص مشروع^(٤٧) قانون

(٤٦) د. محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢٨.

(٤٧) يحق لجلالة الملك بموجب نصوص الدستور والمرسوم بقانون الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢ إحالة مشاريع القوانين إلى المحكمة الدستورية قبل تصديقها إذا كان هناك شك بعدم دستورية هذا المشروع. راجع في ذلك: د. مروان المدرس، د. محمد المشهداني، القانون الدستوري البحريني، مع مقدمة في النظرية العامة للدستور، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، ٢٠٠٩، ص ١٣٣ وما بعدها.

إنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية^(٤٨) إذ أكدت في هذا الحكم على ضرورة أن تكون النصوص المطعون فيها متفقة مع الدستور في نطاق الموضوع وألا تتفصل عن الأغراض التي توخاها الدستور من المشرع، بل يجب أن تتصل هذه الأغراض أو الأهداف بوسائل منطقية مع محل التشريع وموضوعه، والمحكمة يجب أن تقرر مدى مطابقة هذه النصوص مع مضامين الدستور ومراميه.

ولذا وجدت المحكمة الدستورية في النصوص المطعون بها انتقاصاً من مبدأ استقلال القضاء وضمأن حياديته، إذ جاء في الحكم "وحيث إن القيود التي فرضها الدستور على المشرع - ومن بينها ضمانات الحيادة - تعتبر حداً لتلك السلطة ترسم تخومها، وتبين ضوابطها، فلا يجوز الخروج عليها، لتظل الدائرة التي لا يتنافس الحق أو الضمانة محل الحماية إلا من خلالها - بعيداً عن عدوان السلطة التشريعية - فلا تنال منها سواء بنقصها أو بانتقاصها من أطرافها".

وفي حكم^(٤٩) آخر ردت المحكمة الدستورية الدعوى المرفوعة بعدم دستورية بعض نصوص قانون المحاماة الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٨٠، حيث استند رافع الدعوى إلى أن نص المادة ٦ من قانون المحاماة تحرم المتقدم للقيود بجدول المحامين من حق التقاضي على درجتين في حالة تظلمه من قرار اللجنة التي تنظر طلبات القيد بجدول المحامين، لأن القانون قد قصر حق الطعن بقرارات اللجنة أمام محكمة الاستئناف العليا المدنية فقط، وبصورة مباشرة دون أن تتيح له مجال الطعن أولاً أمام المحكمة الكبرى المدنية، فأصدرت المحكمة الدستورية حكمها برد الدعوى لأن نص القانون كان متناسباً، إذ أن القصد من هذا التنظيم سرعة إنهاء المنازعة الدائرة بين طالب القيد في جدول المحامين، إذ أن المشرع قد توخى مصلحة مشروعة غايتها حفظ الوقت وتجنب إهدار الجهد في بحث التظلم الذي ينطوي على مجرد التحقق من توافر شروط القيد بالجدول العام للمحامين دون أن يمس حق التقاضي، ودون أن ينال من استقلال السلطة القضائية أو يهدر مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص لأشخاص تتماثل ظروفهم، هم كل طالب قيد في جدول المحامين رُفض طلبه، وقد اعتبرت المحكمة الدستورية أن عمل المشرع قد وقع في إطار السلطة التقديرية التي يملكها.

ففي هذا الحكم نجد بأن المحكمة الدستورية قد وازنت بين حق الأفراد بالتقاضي

(٤٨) حكم المحكمة الدستورية الصادر في ٢٥ يونيو ٢٠٠٩، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢٩٠١ في ٢٥ يونيو ٢٠٠٩.

(٤٩) حكم المحكمة الدستورية الصادر في ٢٦ / إبريل / ٢٠٠٤، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٦٢٣ في ٥ مايو ٢٠٠٤.

أمام القضاء وعدم تعطيل القضاء وإدخاله في منازعات قضائية واضحة لا تحتاج إلى درجتين من درجات التقاضي، وإنما ستؤدي إلى تأخر القضاء عن القيام بدوره في الفصل بمنازعات أكثر تعقيداً، وإهدار وقته، أي أن المحكمة قد وازنت بين مصلحة خاصة للأفراد ومصلحة عامة للجماعة، ورجحت المصلحة العامة لأن النص المطعون به قد ساوى بين جميع الأشخاص الذين تتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية، ولم يحرم الشخص المتقدم للقيود بجدول المحامين من حق التظلم أمام جهة قضائية محايدة.

وفي حكم^(٥٠) آخر قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص المادة (٨٣) من قانون الصحافة والنشر الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٢، إذ نصت المادة ٨٣ على أن: "في الأحوال التي تكون فيها المطبوعات موضوع المؤاخذة قد نشرت في الخارج، يعاقب المستوردون والمتداولون للمطبوع بالعقوبة المقررة لجريمة نشره المنصوص عليها في هذا القانون" حيث استندت المحكمة في حكمها بعدم دستورية النص إلى أن "النص المطعون فيه قد افترض المسؤولية الجنائية للمدعي استناداً إلى كونه المستورد والموزع للمطبوع السالف الذكر، فإنه يكون قد نال من مبدأ الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية، وانتقص من الحرية الشخصية للمدعي. وخالف مبدأ شخصية العقوبة وأهدر مبدأ افتراض البراءة، وأخل بضوابط المحاكمة المنصفة، وما تشتمل عليه من ضمان الحق في الدفاع وبالتالي يكون مخالفاً لأحكام كل من الفقرة (أ) من المادة (٣٢)^(٥١) والفقرة (أ) من المادة (١٩)^(٥٢) والفقرات (أ)، (ب)، (ج) من المادة (٢٠)^(٥٣) من الدستور".

(٥٠) حكم المحكمة الدستورية في ٣٠ / مارس / ٢٠٠٩، المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٨٨٩ في ٢ إبريل ٢٠٠٩.

(٥١) تنص الفقرة (أ) من المادة (٣٢) على أن: "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع تعاونها وفقاً لأحكام هذا الدستور، ولا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور، وإنما يجوز التفويض التشريعي المحدد بفترة معينة وبموضوع أو موضوعات بالذات، ويمارس وفقاً لقانون التفويض وشروطه".

(٥٢) تنص الفقرة (أ) من المادة (١٩) على أن " الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون".

(٥٣) تنص المادة (٢٠) على أن " أ- لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها. ب- العقوبة شخصية. ج- المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفقاً للقانون".

وقد أكدت المحكمة الدستورية في حكمها على ضرورة أن يضمن المشرع ألا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية بل تبلور مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي يستهدفها، بمعنى آخر يجب أن يكون محل التشريع متناسباً مع الغرض الاجتماعي الذي يستهدفه، ولذا يجب أن تصاغ النصوص العقابية خصوصاً في حدود ضيقة تُعرف بالأفعال التي جرمها المشرع، وتحدد ماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها موطئاً للإخلال بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور.

والواقع بأن المشرع الدستوري قد وضع أساساً مهماً لمبدأ التناسب في مجال الحقوق والحريات عندما نص في المادة ٣١ على أن: "لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناءً عليه، ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية".

ومعنى ذلك أن السلطة التشريعية عندما تنظم هذه الحقوق والحريات بقوانين فيجب أن توازن بين هذه الحقوق والحريات من جهة وألا تعصف بمضمون هذه الحقوق والحريات بحجة تنظيمها أو تحديدها من جهة أخرى، وهذا ما استندت إليه المحكمة الدستورية في حكمها الأخير.

فمهمة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات مقيدة بعدم مصادرتها، أو الانتقاص منها، أو فرض قيود عليها بحيث تجعل ممارستها شاقة ومرهقة للأفراد، فتتنظيم الحقوق والحريات يجب أن يكون منسجماً مع نصوص الدستور وخصوصاً نص المادة ٣١ منه، ومتوافقاً مع الغاية التي توخى الدستور تحقيقها.

وأخيراً فإن المحكمة الدستورية من خلال استعراض أحكامها في مجال الحقوق والحريات نجد بأنها تحاول أن توازن بين الحقوق والحريات الخاصة بالأفراد من جهة، وبين المصلحة العامة أو حقوق الجماعة من جهة أخرى، فالدستور ينص على الحقوق والحريات العامة التي يتمتع بها الأفراد، والمشرع يتولى تنظيم هذه الحقوق والحريات بشرط عدم الانتقاص منها، أو المساس بمضمونها، ولذا فإن المشرع يجب أن يراعي عند سن هذه التشريعات الخاصة بالحقوق والحريات أن تكون منسجمة ومتناسقة ومتناسبة مع نصوص الدستور والمبادئ المستمدة منه.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث موقف المحكمة الدستورية في مملكة البحرين من رقابة مبدأ التناسب، حيث بيّنا مفهوم مبدأ التناسب، ومن ثم استعرضنا موقف المحكمة من هذا المبدأ من خلال استعراض أهم الأحكام التي أصدرتها، وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج يمكن تلخيصها بالآتي:

- ١ - إن مفهوم مبدأ التناسب في نطاق القانون الدستوري له معنيان وهما: التناسب التشريعي والتناسب الدستوري، إذ يقصد بالتناسب التشريعي التوافق بين عناصر أو مكونات التشريع الداخلية (السبب، المحل، الغاية)، في حين يقصد بالتناسب الدستوري التناسب بين النص التشريعي والنص الدستوري أو المبادئ المستمدة من الدستور.
- ٢ - إن مبدأ التناسب يعد جزءاً من السلطة التقديرية للمشرع، وقد أخرج القضاء الدستوري من نطاق رقابته السلطة التقديرية للمشرع، إلا أنه استثنى من ذلك مبدأ التناسب الذي أخضعه لرقابته.
- ٣ - المحكمة الدستورية في مملكة البحرين قد ميزت بين مبدأ التناسب والملاءمة فأخضعت الأول لرقابتها، في حين أخرجت الثاني من نطاق رقابتها.
- ٤ - أخرجت المحكمة الدستورية من نطاق رقابتها السلطة التقديرية للمشرع ونصت على ذلك في حكم من أحكامها، إلا إنها في أحكام أخرى ألزمت المشرع بمراعاة مبدأ التناسب في التشريعات وخاصة في مجال التجريم والعقاب، وحقوق وحرريات الأفراد، وأكدت على أن مبدأ التناسب يعد قيداً على السلطة التقديرية للمشرع، وعلى المشرع أن يراعي مبدأ التناسب وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية، وبالتالي فإن المحكمة الدستورية قد جعلت من رقابتها لمبدأ التناسب مدخلاً لمراقبة السلطة التقديرية بصورة غير مباشرة وإن كانت قد أخرجتها من نطاق رقابتها.
- ٥ - إن المحكمة الدستورية قد بحثت في بعض أحكامها عن مقدار التناسب بين سبب التشريع ومحل والغاية التي يتوخى المشرع تحقيقها، فإذا وجدت بأن هناك مقدراً من التناسب بين هذه العناصر أو الأركان الثلاثة حكمت بدستورية النص، كما هو الحال في قانون المحاماة، أما إذا وجدت العكس بأن هناك مقدراً كبيراً من التفاوت أو عدم التوافق أو عدم التناسب حكمت بعدم دستورية النص كما هو الحال في مجال التجريم والعقاب.
- ٦ - إن المحكمة الدستورية قامت في بعض أحكامها وخاصة في مجال الحقوق

والحريات بالبحث عن التناسب بين النص التشريعي والدستور أو المبادئ المستمدة من الدستور، فإذا وجدت بأن هناك مقداراً من التناسب أو التوافق حكمت بدستورية النص، وبالعكس إذا وجدت هناك عدم توافق أو عدم تناسب بين النص التشريعي والدستور حكمت بعدم دستورية النص.

المراجع

- د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، مصر، سنة ٢٠٠٠.
- د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، ١٩٦٠.
- د. أحمد محمود جمعة، منازعات القضاء التأديبي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٤.
- د. بدر محمد عادل، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة ٢٠١٠.
- حسين جبر حسين الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨.
- د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة)، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠.
- د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، البحرين، ٢٠٠٣.
- د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. سامر عبد الحميد محمد العوضي، أوجه عدم دستورية القوانين في النظام الأمريكي والمصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

- سالم الكواري، المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، الطبعة الأولى، البحرين، ٢٠٠٤.
- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤.
- د. عادل الطببائي، قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣.
- د. عادل الطببائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
- د. عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، ج ١، ١٩٥٦.
- الأستاذ عبد العالي حاحه، والأستاذة أمال يعيش، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس.
- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١.
- ود. علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨.
- د. ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر ٢٠٠٥.
- د. محمد فريد سليمان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، ١٩٨٩.
- د. محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ود. محمد عصفور، مذاهب المحكمة العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ١٩٥٧.
- محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في

- تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ٣٧، العدد ١، القاهرة، مارس، ١٩٩٣.
- د. مروان المدرس، ود. صالح إبراهيم، القانون الإداري (الكتاب الثاني) – القرار الإداري، العقد الإداري، الوظيفة العامة، الأموال العامة – دراسة في ضوء أحكام القانون الإداري البحريني، جامعة البحرين، البحرين، الطبعة ١، ٢٠٠٧.
- د. مروان المدرس، ود. محمد المشهداني، القانون الدستوري البحريني، مع مقدمة في النظرية العامة للدستور، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٩.
- أحكام المحكمة الدستورية في مملكة البحرين.
- أحكام محكمة التمييز البحرينية.
- أحكام المحكمة الكبرى المدنية (الدائرة الإدارية).
- أحكام المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية.
- أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر.

الاتجاهات القانونية الحديثة بشأن استقلال اتفاق التحكيم في مسائل التجارة الدولية "دراسة مقارنة"

الدكتور/ يوسف محمد محمود شندي
كلية الحقوق - الجامعة العربية الأمريكية
فلسطين

ملخص:

تناولت الدراسة الاتجاهات القانونية الحديثة بشأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم في عدد من الأنظمة القانونية وفي الفقه والقضاء، خصوصاً المتعلقة بمفهوم قاعدة الاستقلال. وقد تبين لنا خلالها وجود مفهومين لتلك القاعدة: مفهوم تقليدي يتمثل في عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء هذا الأخير، ومفهوم حديث يتمثل في الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم باعتباره قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي.

فعلى الرغم من سعي كلا المفهومين لتحقيق هدف واحد، وهو ضمان أعمال اتفاق التحكيم إلى أقصى حد ممكن، لا سيما في مجال التحكيم التجاري الدولي، حتى لو كان العقد الأصلي باطلاً أو مفسوخاً أو منقضياً، وبمعزل عن تعقيدات القوانين الوطنية للدول، وعن محاولات الأطراف التهرب من أعمال اتفاق التحكيم المبرم بينهم، فإن كل من المفهومين يثير العديد من التساؤلات والإشكاليات القانونية والعملية المستقلة، وقد حاولت هذه الدراسة الوقوف على معظمها، وإبراز أهم الاتجاهات الحديثة بشأنها، خصوصاً المتعلقة بنطاق تطبيق وقيود كل منهما.

مقدمة:

لا ينكر أحد في الوقت الحاضر الدور الأساسي الذي يؤديه التحكيم في حسم المنازعات، خصوصاً في مجال التجارة الدولية، فلا يكاد يخلو أي عقد دولي حالياً من اتفاق تحكيم. ويعود اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الدولية إلى عدة أسباب، أهمها: الحرية الكبيرة التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم الدولي، والتي يعجز عن توفيرها أي نظام قانوني وطني مهما بلغت درجة حدته وتطوره، ويظهر ذلك جلياً من خلال حرية الأطراف في تحديد نوع التحكيم بأن يكون فردياً أو مؤسسياً، وفي تعيين هيئة التحكيم، وفي تحديد معظم القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكم عملية التحكيم منذ بدايتها وحتى نهايتها، هذا بالإضافة إلى رغبة المتعاملين بمجال التجارة الدولية في تكوين بيئة خاصة بهم، بعيداً عن تعقيدات القوانين والأنظمة القضائية للدول، ومحاولة ترسيخ واتباع قواعد خاصة بهم تتناسب

بشكل أفضل مع متطلبات وحاجات التجارة الدولية، وما تقتضيه من سرعة ومرونة وتخصص في إبرام العقود وتنفيذها، ويتبع ذلك أن التحكيم يأخذ بعين الاعتبار الأعراف والعادات السائدة في مجال التجارة الدولية أكثر من القضاء الوطني للدول.

والتحكيم سواء أكان دولياً أم داخلياً، يقوم على اتفاق؛ ويأتي في العادة على شكل شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل، يقضي بحسم جميع أو بعض المنازعات التي قد تنشأ عن إبرام أو تفسير أو تنفيذ هذا العقد عن طريق التحكيم، وقد يأتي في حالات قليلة على شكل مشاركة تحكيم، بحيث يتفق الأطراف بعد نشوء النزاع على حسمه عن طريق التحكيم.

غير أن هذا الطابع الاتفاقي للتحكيم، قد يثير بعض الإشكاليات المتعلقة بصحة العقد الأصلي أو صحة اتفاق التحكيم؛ فقد يلحق بأحدهما أو كليهما عيب أو سبب يستدعي بطلانه أو فسخه أو انقضائه، فالسؤال الذي يثور بهذا الصدد هو، ما مصير اتفاق التحكيم في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي المدرج به اتفاق التحكيم أو المرتبط به؟ فلو كان العقد الأصلي باطلاً أو مفسوخاً أو منقضياً لأي سبب كان، فهل يمتد أثر هذا البطلان أو الفسخ أو الانقضاء إلى اتفاق التحكيم أيضاً، بحيث يصبح هذا الاتفاق بدوره باطلاً أو مفسوخاً أو منقضياً تبعاً للعقد الأصلي؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي الإجابة على سؤال آخر على درجة كبيرة من الأهمية، وتتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق أو على الأقل تحديد القاعدة القانونية التي يمكن إعمالها لتحديد درجة الارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، والتي من شأنها تقرير تبعية أو استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء هذا الأخير؟

يعبر الفقه والقضاء عن هذه الإشكالية باسم "استقلال اتفاق التحكيم" أو "مبدأ أو قاعدة استقلال اتفاق التحكيم"^(١) (قاعدة أو مبدأ الاستقلال). وقد حظي هذا

(١) تستخدم القوانين والفقه والقضاء العربي مصطلح "الاستقلال" للتعبير عن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، في المقابل توجد عدة مصطلحات يستخدمها الفرنسيون للتعبير عن قاعدة الاستقلال: فالقانون الفرنسي والفقه والقضاء يستخدمون في العادة مصطلح Autonomie، ولكن الفقيه Mayer يستخدم مصطلح Séparabilité بمعنى الانفصال، ويستخدم الفقيه Motulsky مصطلح Indpendance بمعنى الاستقلال؛ فاستخدام المصطلحين الأخيرين جاء بهدف الإشارة إلى أنه على الرغم من إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إلا أن هناك حالات يتعلق فيها مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي.

الموضوع باهتمام عالمي واسع، وكتبت حوله العديد من الدراسات. بالتالي، فإن هذه الدراسة لا تهدف إلى ترديد ما كتب حول هذا الموضوع، إنما تحديد الإطار القانوني الناظم لتلك القاعدة في التشريعات والفقه والقضاء، مع التركيز بشكل خاص على بعض الإشكاليات التي تثيرها، وإبراز التوجهات الحديثة بشأنها، والتي لم يتناولها الفقه بالقدر الكافي من الشرح والتفصيل على الرغم من أهميتها، ولأن النصوص القانونية بشأنها، خصوصاً العربية، جاءت مقتضبة واكتفت بترسخ المبدأ دون تفصيل. لتحقيق هذا الهدف، فسيتم اتباع التقسيم الفقهي والقضائي لقاعدة الاستقلال، والذي يميز بين معنيين لتلك القاعدة: معنى تقليدي تأخذ به معظم الأنظمة القانونية، ويتمثل في الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتناوله في مبحث أول، ومعنى حديث لم يترسخ كقاعدة عامة حتى الآن، ويتمثل في الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني وتناوله في مبحث ثان.

المبحث الأول استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يتمثل الوجه الأول لقاعدة الاستقلال، في عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي^(٢)؛ فإذا بطل العقد الأصلي أو فسخ أو انقضى، فلا يؤثر ذلك على اتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره رغم انقضاء العقد الأصلي؛ ما يعني احتفاظ هيئة التحكيم بسلطة الفصل في وجود وصحة وانقضاء العقد الأصلي، استناداً إلى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، ما دام هذا الاتفاق صحيحاً في ذاته.

وعليه، سنقوم بدراسة كيفية ترسيخ هذه القاعدة في عدد من الأنظمة القانونية (المطلب الأول)، ثم نبحث بعض الإشكاليات المتعلقة بتحديد نطاق تطبيقها (المطلب الثاني)، والقيود الواردة عليها (المطلب الثالث) على التوالي.

المطلب الأول ترسيخ قاعدة الاستقلال

لاقت قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي رواجاً عاماً على نطاق جميع الأنظمة القانونية؛ فمعظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والقوانين الوطنية وقواعد وأنظمة التحكيم لغرف ومراكز التحكيم الدائمة، قامت بترسيخها كقاعدة إما بصورة صريحة أو ضمنية.

وعليه، سنقوم بدراسة مسألة الاعتراف بتلك القاعدة، وعرض مبررات وجودها على التوالي.

الفرع الأول: تأكيد قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في التشريع والقضاء

لقد سار في اتجاه الاعتراف الصريح بقاعدة الاستقلال، القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) لعام ١٩٨٥ (القانون النموذجي)، وذلك بنصه في المادة (١/١٦) على أنه: "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان

(٢) J. Robert, L'arbitrage: droit interne, droit international privé 6^e d. Dalloz 1993, spéc. p. 250 et s.

اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم". وقد سار من قبله في ذات الاتجاه أيضاً، نظام التحكيم وفقاً لقواعد لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة (CNUDCI) لعام ١٩٧٦ (قواعد الأونسترال)، حيث نصت المادة (٢١) / الفقرة (١) على أن: "تتمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في أية منازعة تثور حول اختصاصها ولو تعلقت المسألة بوجود أو صحة شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي أو شرط التحكيم المقرر في اتفاق مستقل". وأضافت الفقرة (٢) من نفس المادة: "تتمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الأصلي الذي يكون شرط التحكيم الوارد به جزءاً لا يتجزأ منه.... تنظر إلى هذا الشرط باعتباره اتفاقاً مستقلاً عن النصوص الأخرى لذلك العقد".

ولم تبعد معظم القوانين الوطنية عن النهج السابق، حيث اعترفت صراحة بقاعدة الاستقلال^(٣)، ومن بينها قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠ الذي رسخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المادة (٥ / ٥) منه، حيث جاء فيها: "٥- يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه". وقد سارت على هذا النحو أيضاً العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدائمة، حيث اعترفت صراحة بقاعدة الاستقلال^(٤).

وقد سارت في اتجاه الاعتراف الضمني بقاعدة الاستقلال، اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، حيث جاء في مادتها (٢ / ٣) أنه: "٣. على محكمة الدولة المتعاقدة التي

(٣) من هذه القوانين: قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المادة (٢٣)، قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المادة (٢٢)، قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ المادة (١٦)، قانون التحكيم البحريني رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ المادة (١/١٦)، قانون التحكيم التونسي ٤٢ لسنة ١٩٩٣ المادة (١/٦٢)، وقانون التحكيم العماني رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧ المادة (٢٣).

(٤) ومنها: المادة (٥) من قواعد مركز دبي؛ والمادة (٢/٢١) من القواعد المطبقة أمام مركز القاهرة؛ والمادة (١/٢١) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام ١٩٨٥؛ والمادة (٢١) / فقرة (٢) من قواعد التحكيم الأونسترال لعام ١٩٧٦. أما المادة (٤/٦) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس فقد اعترفت ضمناً بقاعدة الاستقلال انطلاقاً من مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك بنصها على أنه: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إننا قبل صحة اتفاق التحكيم، ويظل مختصاً حتى في حال انعدام أو بطلان العقد ليقوم بتحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه ونتأجه".

يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق". فإحالة الأطراف إلى التحكيم، إعمالاً للأثر الملزم لاتفاق التحكيم، يشير إلى الأخذ بقاعدة الاستقلال متى تأكدت المحكمة من سلامة اتفاق التحكيم، كما أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في جنيف عام ١٩٦١ قد اعترفت بشكل ضمني أيضاً بقاعدة الاستقلال وذلك في المادتين (٥ و ٦)؛ فهي وإن كانت لم تتعرض لأثر بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم، فإنها قد أعطت الأطراف حق التمسك بالبطلان، سواء أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع متى أبدى أحد الخصوم دعواً بالتحكيم أمامها، أو أمام هيئة التحكيم، وقد حولت الاتفاقية هيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها والفصل في وجود وصحة شرط التحكيم أو صحة العقد الأصلي الذي تعلق به الشرط، وهذا دليل على الأخذ بقاعدة استقلال شرط التحكيم بصورة ضمنية.

وقد لعب القضاء في معظم الدول دوراً فاعلاً في ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتحديد إطارها القانوني، وذلك قبل ترسيخها كقاعدة قانونية في معظم التشريعات، فقد اعترف القضاء الإنجليزي بقاعدة الاستقلال في عدة أحكام^(٥)، وذلك قبل أن تصبح قاعدة قانونية^(٦)، كان أهمها، الحكم الصادر عن مجلس اللوردات في العام ١٩٧٠، بشأن عقد كان يخضع للقانون البريطاني، واتفاق تحكيم كان يقضي بإجراء التحكيم في اسكتلندا^(٧). ثم عاد القضاء الإنجليزي ليؤكد على قاعدة الاستقلال في حكم آخر في نفس العام، بشأن عقد كان يخضع للقانون الفرنسي، وشرط تحكيم كان خاضعاً للقانون الإنجليزي على أساس أن الأطراف كانوا قد اتفقوا على إجراء التحكيم في لندن^(٨).

(٥) See Heyman v. Darwins Ltd. (1942) A.C. 356; Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan (1978) 2 Lloyd's Rep. 223; Ashville Investments Ltd. v. Elmer Contractors Ltd. (1988) 2 All ER 577; Paul Smith Ltd. v. H & S International Holdings Co. Inc. (1991) 2 Lloyd's Rep. 127; Harbour Insurance Co. Ltd. v. Kansa General Insurance Co. Ltd (appeal), (1993) 1 Lloyd's Rep. 455.

(٦) أصبحت قاعدة الاستقلال قاعدة قانونية صريحة في القانون الإنجليزي بموجب: Arbitration Act 1996 (Section 7).

(٧) James Miller and Partners Ltd v. Whitworth Street Estates Ltd (1970) 2 W.L.R. 728 (1970) 1 All E.R. 796.

(٨) Cie d'armement maritime S.A. v. Cie Tunisienne de navigation S.A. (1970) 3 W.L.R. 389 (1971) A.C. 572.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، قامت المحكمة العليا للولايات المتحدة بترسيخ قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضية Lawrence عام ١٩٥٩^(٩). ولكن الفقه يشير في العادة إلى قضية Prima Paint الصادرة عام ١٩٦٧^(١٠) للتأكيد على قاعدة الاستقلال في القضاء الأمريكي، حيث تم الاعتراف فيها صراحة باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، وذلك في المسائل الخاضعة للقانون الاتحادي، ووضعت قرينة بسيطة على قاعدة الاستقلال تقبل إثبات العكس، وقد استقر القضاء الأمريكي منذ ذلك الحين على الأخذ بقاعدة الاستقلال^(١١).

ويعود الفضل الأكبر في ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتحديد إطارها القانوني إلى القضاء الفرنسي، فقد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Gosset بتاريخ ١٩٦٣/٥/٧ أنه: "في إطار التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم، سواء أبرم على انفصال أو أدمج في التصرف القانوني المتعلق به، يكون له دائماً، إلا في ظروف خاصة، استقلال قانوني تام يحول دون إمكانية تأثيره بعدم الصحة المحتملة لهذا التصرف"^(١٢). ثم عادت ذات المحكمة وأكدت على قاعدة الاستقلال في إطار التحكيم الدولي مع إسقاط التعبير "إلا في ظروف خاصة" في قضية Impex^(١٣) الصادرة بتاريخ ١٩٧١/٥/١٨، وفي قضية

(٩) Robert Lawrence Co. Inc. v. Devonshire Fabrics Inc., 271 F. 2^d 402 (1959).

(١٠) Prima Paint v. Flood & Cocklin, 388 U. S. 395 (1967); Coulson (R.), "Prima Paint. An Arbitration Milestones", 22 Arb. Journal (1967), 237-245. See J. Prilleux, "Propos relatifs à l'autonomie de la clause compromissoire", RIDC 1978, p. 185.

(١١) في قضية حديثة، قامت المحكمة الاتحادية العليا للولايات المتحدة الأمريكية، بإلغاء حكم صادر عن المحكمة العليا في ولاية فلوريدا، على أساس رفض هذه الأخيرة إعطاء الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم، مما أفسح المجال أمام المحكمة الفيدرالية لتعود مرة أخرى لتؤكد على قاعدة استقلال اتفاق التحكيم:

Supreme Court, Buckeye Check Cashing INC. v. Cardegna et AL., 21 February 2006.

وفي قضايا أخرى في الولايات المتحدة، انظر:

Information Sciences Inc. v. Mohawk Data Science Corp., 43 NY 2^d 198 (1978); Peoples Security Life Insurance Company Inc. v. Monumental Life Insurance Company, 867 F. 2d 809 (1989).

(١٢) Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, Gosset; Bull. civ. I, n 246; JCP 1963, II, 13405, note B. Goldman; JDI 1964, 82, note J.-D. Bredin; Rev. crit. DIP 1963, 615, note H. Motulsky; D. 1963, 545, note J. Robert.

(١٣) Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, Impex: JDI 1972, 62, 3 arrêts, B. Oppetit; Rev. crit. DIP 1972, 124, E. Mezgen; Rev. arb. 1972, 2, Ph. Kahn; D 1972, 37.

Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972, Hecht: JDI 1972, 843, B. Oppetit; Rev. crit. DIP

Dalico^(١٤) الصادرة بتاريخ ٢٠/١٢/١٩٩٣، وفي مجموعة أحكام أخرى^(١٥). وقد استند القضاء الفرنسي في تكريس قاعدة الاستقلال إلى نص المادة (١٤٦٦) من

1974, 82, P. Level. Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1983: Rev. arb. 1984, 483, M.-C. Rendeau-Rivier.

لقد تم في هذا الحكم وفي جميع الأحكام اللاحقة إسقاط تعبير "إلا في ظروف خاصة"، وقد قصد من هذا التعبير الأخذ بعين الاعتبار الحالة التي يتفق فيها الأطراف صراحة على اعتبار شرط التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي، انظر في هذا الصدد:

H. Motulsky, note sous l'arrêt Gosset, note précitée, 33.

Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993: Dalico: Bull. civ. I, n 372.

(١٤)

وقد جاء في هذا الحكم أنه: "بموجب قاعدة موضوعية في القانون الدولي للتحكيم، فإن شرط التحكيم يكون مستقلاً قانوناً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه فعلاً أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، بشرط احترام القواعد الأمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، استناداً إلى الإرادة المشتركة للأطراف، بدون أن يكون هناك حاجة إلى الرجوع إلى قانون وطني".

وكذلك جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٧٢/٧/٤ على أنه: "يكون شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي وليس بالضرورة أن يخضع للقانون الذي يحكمه، فصحته لا تتطلب إذا مطابقته لهذا القانون":

Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972: JDI 1972, 843, note Oppetit; Rev. crit. DIP 1974, 82, note Leveneur; Rev. arb. 1974, 89; RTD com. 1973, 499, obs. Loussouarn.

وكذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣٠ حيث قررت أنه: "بموجب قاعدة موضوعية في قانون التحكيم الدولي، فإن شرط التحكيم يكون مستقلاً قانوناً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه فعلاً أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، ما عدا قواعد أمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، بالرجوع إلى الإرادة المشتركة للأطراف، وليس بالضرورة بالرجوع إلى قانون وطني":

Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004: Bull. civ. I, n 95; RTD com. 2004, 443, obs. Loquin; JCP 2004, II, 10132, note Charbot; Ibid. 20 dc. 1993: Bull. civ. I, n 372; JCP 1994, IV, 515; Gaz. Pal. 1994, 1, pan. 51; Rev. arb. 1994, 116, note Gaudemet-Tallon; Cass. 2^e civ., 4 avril 2002: Bull. civ. II, n 68; D 2003, 1117, note Degos; Procédures 2002, com., 112, note Perrot; ibid. com., 162, note Croze; JCP 2002, II, 10154, note Reifegerste; JCP E 2002, n 1555, note Gout; JCP 2003, I, 105, n 2, obs. Seraglini; Dr. et proc. 2002, 347, note Marmayoun; Rev. arb. 2003, 1034, note Didier; Dr. et patr. Juin 2002, p. 121, obs. Mestre.

ففي حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة المدنية الثانية بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٤ جاء فيه: "يكون لشرط التحكيم، بالنسبة للاتفاق الأصلي، استقلال قانوني والذي يستتبع إمكانية تأثره بعدم فاعلية هذا التصرف، فاحتمالية بطلان العقد ... لا تؤثر على صحة شرط التحكيم".

أنظر في ذات الاتجاه أيضاً:

CA Paris, 1^{re} ch. C, 17 janv. 2008, SCI Tilia c./Systeme U Nord Ouest, RG n 06/06750. Voir aussi: CA Toulouse, 26 oct. 1982, JDI 1984, 603, note H. Synvet: "La clause compromissoire présente par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique, qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte".

قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تأخذ "بمبدأ الاختصاص بالاختصاص"، وذلك قبل أن يأتي المشرع الفرنسي ويرسخ قاعدة الاستقلال بنص تشريعي بموجب المرسوم الصادر بتاريخ ١٣/١/٢٠١١^(١٦).

وقد سار القضاء في كل من أستراليا^(١٧) والسويد^(١٨) وإيطاليا^(١٩) وألمانيا^(٢٠) واليابان^(٢١) وفي كثير من الدول في ذات الاتجاه أيضاً.

أما في الدول العربية، فقد تم حديثاً ترسيخ قاعدة الاستقلال في العديد من القوانين، وجاء ذلك بعد تردد قضائي طويل في عدد من الدول العربية بشأن الاعتراف بتلك القاعدة^(٢٢). فقد أكدت محكمة استئناف بيروت في حكمها الصادر بتاريخ ٣/٤/٢٠٠٣، بأنه من المسلم به فقهاً واجتهاداً بأن البند التحكيمي، أي شرط التحكيم، مستقل عن العقد الذي ورد فيه، فيبقى قائماً بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد

(١٦) Décret n 2011-48 du 13 janv. 2011 portant sur la réforme de l'arbitrage, Publié au Journal Officiel du 14 janv. 2011 : art. 1447.

(١٧) QH Tours Ltd. v. Ship Design & Management Pty Ltd, 105 ALR 371 (1991).

(١٨) Swedish S. Court, 24 March 1976, Hermansson v. AB Asfalsbeläggningar, Journal NyttJuridisktArkiv (NJA) 1976, 125, cited in Gary Born, International Commercial Arbitration, p 356.

(١٩) Corte di Appello of Venice, 26 avril 1980, S.P.A. Carapelli v. Ditta Otello Mantovani, P. Sanders, Yearbook Com. Arb. Vol. VII (1982), 340, cited in E. Gaillard and J. Savage, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, footnote No 34.

(٢٠) Landgericht Hamburg, 16 mars 1977, Italian Company v. German Firm, P. Sanders, Yearbook Com. Arb. Vol. III (1978), p. 274.

(٢١) Sup. Ct. 15 juill. 1965, Kokusan Kinzoku Kogyo K. K. v. Guard-Life Corp., Minshu 1061; IV Y.B. Com. Arb. 122 (1979).

(٢٢) نظراً لعدم وجود نص في بعض القوانين العربية يأخذ بقاعدة الاستقلال، كالقانون السعودي، فيتم تطبيق القواعد العامة على العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، ما يعني أنه إذا بطل العقد الأصلي أو فسخ، فإنه يؤدي بالتبعية إلى انقضاء شرط التحكيم المرتبط به، تطبيقاً لقاعدة أن "التابع تابع ولا يفرد بالحكم"، ولقاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع". وقد سارت في هذا الاتجاه محكمة التمييز الأردنية في حكمها الصادر بتاريخ ٤/١٢/١٩٨٦ - وذلك قبل صدور قانون التحكيم الأردني الحالي - والذي جاء فيه: "إن الخلاف يتعلق ببطلان العقد ذاته فإن تقرر البطلان فلا يعمل بأي بند من بنود الاتفاقات"، وقد استندت المحكمة في حكمها إلى نص المادة ١٦٨ مدني أردني التي تنص "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه": حقوق رقم ٨٧/٣٠٦، الصادر بتاريخ ٤/١٢/١٩٨٦: مجلة المحاماة ١٩٨٨. وقد انتهت المحكمة الاتحادية العليا في (أبو ظبي) في العام ١٩٩٥ إلى أنه يترتب على بطلان العقد الأصلي، بطلان شرط التحكيم تبعاً له، ويكون الاختصاص ببطلان العقد، للقضاء صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات: طعن ٢٠٩، ٢٢/١/١٩٩٥، سنة ١٥، ص ٦٣.

فيه ذلك البند^(٢٣)، ثم عادت ذات المحكمة وأكدت على ذلك مرة أخرى في حكمها الصادر بتاريخ ١٤/١٠/٢٠٠٤^(٢٤). وقد سارت في ذات الاتجاه أيضاً كل من محكمة تمييز دبي^(٢٥)، ومحكمة استئناف قطر^(٢٦).

هذا الاعتراف الكبير والعالمي بقاعدة الاستقلال، مبني على أساس وجود توجه عام في معظم الدول والاتفاقيات الدولية نحو إعطاء أكبر قدر ممكن من الفاعلية لاتفاق التحكيم خصوصاً في مجال التجارة الدولية^(٢٧)، وعلى أساس افتراض أن نية الأطراف قد اتجهت إلى جعل مصير اتفاق التحكيم مستقلاً عن مصير العقد الأصلي.

الفرع الثاني: مبررات قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يقف وراء ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مجموعة مبررات، قانونية وعملية، وقد ساق الفقه العديد منها لتأييد تلك القاعدة، يمكن عرضها على النحو الآتي:

إن المحكم الذي يفصل في النزاع بحكم ملزم للأطراف يكون في موقف مماثل إلى حد ما لموقف القاضي؛ فهو وإن كان يستمد مهمته من اتفاق التحكيم، إلا أنه لا

(٢٣) استئناف بيروت، ٣/٤/٢٠٠٣، المجلة اللبنانية، عدد ٢٦، ص ٤٥. وقد كان القضاء اللبناني يرفض الأخذ بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، حيث كان يعتبر البند التحكيمي باطلاً تبعاً لبطلان العقد الأصلي، وتتنفي بهذا البطلان صلاحية المحكم للنظر بكل ما يتعلق بالعقد، ويعود الاختصاص للنظر في النزاع إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع: بتاريخ ٨/١/١٩٨٣، مذکور في حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، هامش ٣، ص ١٢٨. ثم عاد القضاء اللبناني وأكد على عدم الاستقلال، حيث قضى بأن شرط التحكيم ينقضي بالتقادم تبعاً لانقضاء العقد الأصلي: رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت، ٢٤/١٠/٢٠٠٥، المجلة اللبنانية، العدد ٣٧، ص ٤٣: مذکور في حمزة حداد، المرجع السابق.

(٢٤) استئناف بيروت ١٤/١٠/٢٠٠٤، المجلة اللبنانية، العدد ٣٢، ص ٢١: مذکور في حمزة حداد، المرجع السابق.

(٢٥) تمييز مدني دبي، طعن ١٦٧، بتاريخ ٢/٦/٢٠٠٢، العدد ١٣، ص ٤٨٦: مذکور في حمزة حداد، المرجع السابق.

(٢٦) استئناف ١٥٢ و ١٥٥ و ٩٦/١٧٠، بتاريخ ٣/٢/١٩٩٧: مدنية كبرى ١٥٥٠/١٥٠١، ٢٩/٥/٢٠٠٢: المرجع السابق.

(٢٧) Catherine Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?, Paris, LGDJ, Travaux et recherches Pantho-Assas Paris II, 1994, p. 17 et s.

يجوز أن يوضع في وضع أدنى من القاضي، بحيث يتوقف مصير مهمته المستمد من اتفاق التحكيم على مصير العقد الأصلي، فتزول عنه صفة المحكم ومهمة التحكيم بمجرد زوال العقد الأصلي^(٢٨). كما أن اختصاص هيئة التحكيم في الفصل في النزاع مستمد من اتفاق التحكيم ذاته وليس من العقد الأصلي، بالتالي فإن الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم يمكن هيئة التحكيم من الفصل في مسألة اختصاصها حتى لو كان العقد الأصلي باطلاً أو مفسوخاً أو منقضاً، أما لو أخذ بالارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، لحال ذلك دون إمكانية قيام هيئة التحكيم بالبت في مسألة اختصاصها، على أساس أن اتفاق التحكيم يكون قد انقضى تبعاً لانقضاء العقد الأصلي، وقد استخدم القضاء الفرنسي بالفعل قاعدة الاختصاص بالاختصاص^(٢٩) المنصوص عليها في المادة (١٤٦٦) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي من أجل تكريس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وذلك قبل ترسيخ قاعدة الاستقلال بنص تشريعي، ولكن هذا التوجه لم يسلم مع ذلك من النقد^(٣٠).

(٢٨) أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، البند ١٣٤، ص ٤٧٠.

(٢٩) تعني قاعدة الاختصاص بالاختصاص، أن هيئة التحكيم هي المختصة بتقرير ما إذا كانت مختصة بنظر النزاع أم لا، وذلك استناداً إلى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، وليس قضاء الدولة.

(٣٠) ينتقد البعض هذا التوجه في استخدام مبدأ الاختصاص بالاختصاص لتقرير قاعدة استقلال اتفاق التحكيم. يقول الدكتور محمود مختار بريري في هذا الصدد: "الواقع أننا نجد صعوبة إلى حد ما في الربط بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية، والأكثر قبولاً هو القول بأن مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، وقد كرسه القضاء الفرنسي بصدد التحكيم التجاري الدولي على نحو قاطع ومتواتر مما يصلح أساساً للقول بوجوده أيضاً في التحكيم الداخلي بدلاً من محاولة التعسف في تفسير النصوص وتحميلها ما لا تحتمله": محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، البند ٢٨، ص ٧٠. ويضيف الدكتور أحمد سلامة: "لا يكون صحيحاً الرأي الذي يعتبر أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو الأساس الحقيقي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك لعدم إدراكه حقيقة طبيعة الاختلاف بين المبدأين، فمبدأ استقلال اتفاق التحكيم مبدأ موضوعي يتعلق بوجود اتفاق التحكيم، وهو عقد، والحفاظ عليه من أية شائبة قد تتعلق بالعقد الأصلي وتمتد إليه فيصيبه البطلان أو الانعدام أو الفسخ، وبالتالي يتعين كفالة فاعليته تحقيقاً لمآربه التي يتغياها أطرافه. أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فهو مبدأ إجرائي يتعلق بسلطة المحكم في البت في مسألة اختصاصه من عدمه، أيا كان سبب الدفع بعدم الاختصاص. نرد على ذلك أن مسألة اختصاص هيئة التحكيم تثور في وقت مبكر قبل أن تثور مسألة استقلال اتفاق التحكيم من

إن أساس استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو اختلاف محل وسبب كل منهما: فمحل شرط التحكيم هو الفصل في منازعة تتعلق بموضوع العقد، وسببه رغبة الأطراف في إقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة وطرحها على التحكيم، وهو أمر إجرائي، في حين أن محل وسبب العقد الأصلي ينصب على تحديد حقوق والالتزامات الأطراف، وهو أمر موضوعي. هذا الاختلاف يبرر استقلالهما عن بعضهما، وعدم جواز ربط مصير أحدهما بالآخر، وقد عبرت عن ذلك صراحة محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٨/٤/١٩٩٨^(٣١).

إن الاعتراف بقاعدة الاستقلال تؤدي إلى المحافظة على فاعلية اتفاق التحكيم وكسب الوقت والاقتصاد في الإجراءات، فإذا رفعت دعوى أمام القضاء للطعن ببطلان أو انحلال العقد الأصلي، وانتهت المحكمة إلى صحة هذا العقد، وصحة اتفاق التحكيم تبعاً له، فإن الرجوع إلى التحكيم قد يكون بدون جدوى في هذه الحالة، خصوصاً إذا كانت السرعة والاقتصاد في الإجراءات هي الدافع من لجوء الأطراف إلى التحكيم. وعلى هذا الأساس، فإن الاعتراف بقاعدة الاستقلال، تسمح لهيئة التحكيم بالاستمرار في مهمتها، بما في ذلك بحث صحة أو بطلان العقد الأصلي، فإذا كان النزاع سيحال في جميع الأحوال إلى جهة معينة للفصل فيه، وهي القضاء كقاعدة عامة، فما المانع من الإبقاء على شرط التحكيم وإحالة النزاع إلى جهة التحكيم التي ستقضي فيه

=
عدمه، فالمحكم يتصدى للفصل في مسألة اختصاصه عندما يتمسك أحد الأطراف ببطلان اتفاق التحكيم أو انعدامه أو سقوطه أو العدول عنه، أي قبل أن ينظر المحكم في حقيقة ذلك الادعاء بالنظر إلى اتصال أو استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فكان مبدأ الاختصاص بالاختصاص يسمح لهيئة التحكيم بمواصلة مهمتها حتى لو كان اتفاق التحكيم باطلاً في ذاته، أما مبدأ الاستقلال فهو غير قادر على تبرير متابعة هيئة التحكيم مهمتها إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً لأسباب ذاتية ترجع إليه": أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - تنظيم وتطبيق مقارنة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٢٩ و٥٣٠، لكن على الرغم من وجهة هذين الرأيين، يبدو أن هذا الحوار حول العلاقة بين المبدأين لم يعد سوى حوار فقهي محض؛ لأن معظم القوانين والفقهاء والقضاء يعترف اليوم بالمبدأين: مبدأ الاستقلال ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، بل يعتبر كليهما قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم خصوصاً الدولي، فلم تعد لهذا الحوار فائدة حقيقية في الواقع العملي، اللهم إلا بالنسبة للدول التي لم تعترف بأحدهما حتى الآن، وهي حالة شبه نادرة.

(٣١) "la clause compromissoire constitue une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond, en sorte que l'éventuelle nullité du contrat... se trouve sans incidence sur la validité de la clause compromissoire".

حسب أحكام القانون، تماماً كما يفصل فيه القضاء، ما دام حكمها سيخضع بالنتيجة إلى الرقابة القضائية عن طريق الطعن بالبطلان إذا تحققت أسبابه^(٣٢).

كما أن الاعتراف بقاعدة الاستقلال تضمن فاعلية اتفاق التحكيم من جانب آخر أيضاً، إذ يحول تطبيقها دون قيام الأطراف بالتهرب أو التحايل على اتفاق التحكيم، فلا يكفي أحدهما الادعاء ببطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي ليحول دون استمرار هيئة التحكيم في مهمتها، لأنه يعلم سلفاً بأن هيئة التحكيم ستستمر في أداء مهمتها للفصل في النزاع بما في ذلك، الفصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم، وفي صحة الادعاء نفسه، أما الأخذ بالفرض المعاكس، وهو ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، سيؤدي إلى نتائج وخيمة لا تحمد عقابها؛ إذ يكفي قيام أحد الأطراف بالادعاء ببطلان أو انقضاء العقد الأصلي، حتى لو لم يكن لهذا الادعاء سند قانوني، ليحول دون استمرار هيئة التحكيم في أداء مهمتها، مما يحد كثيراً من أهمية التحكيم واللجوء إليه للفصل في المنازعات.

إن الاعتراف بقاعدة الاستقلال يحفظ مصالح التجارة الدولية، لأن ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، يؤدي إلى خضوع اتفاق التحكيم لتعقيدات القوانين الوطنية، وهذا يهدد استخدام التحكيم كوسيلة أولى لحسم منازعات التجارة الدولية، مما يهدد التجارة الدولية ذاتها، كما أن قاعدة الاستقلال تعبر عن إرادة الأطراف، خاصة في مجال التحكيم الدولي، لأن غالبية العقود الدولية تنص على تسوية المنازعات الناشئة عنها بطريق التحكيم، بل إن الأطراف لا يتوقعون ابتداء، أو حتى لا يرغبون بحسمها عن طريق القضاء، فإذا قبل ببطلان شرط التحكيم تبعاً لبطلان العقد الأصلي، فإن ذلك يعد خروجاً عن إرادة الأطراف بإجبارهم على اللجوء إلى القضاء خلافاً لإرادتهم، مما يؤدي بالنتيجة إلى زعزعة اتفاق التحكيم خصوصاً في مجال عقود التجارة الدولية^(٣٣).

وقد دفعت هذه المبررات المشرع في معظم الدول إلى ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، ويلاحظ أن المقصود بالاستقلال هو الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وليس الاستقلال المادي، حيث تطبق قاعدة الاستقلال حتى لو جاء اتفاق التحكيم على شكل شرط وورد في العقد الأصلي، فالغاية من قاعدة الاستقلال هي أن العيوب التي تلحق بالعقد الأصلي لا تؤثر على اتفاق التحكيم ذاته

(٣٢) حمزة حداد، المرجع السابق، البند ١٤٧، ص ١٢٤ ما بعدها.

(٣٣) حمزة حداد، المرجع السابق، البند ١٤٧، ص ١٢٤.

سواء بسبب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء أو حتى عدم الوجود^(٣٤). وبالتالي، فإن المحكم يحتفظ بكامل سلطته المستمدة من اتفاق التحكيم للفصل في اختصاصه، وذلك رغم بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه، ولا يستطيع أحد الأطراف تعطيل إجراءات التحكيم أو السير فيها من خلال تمسكه ببطلان العقد الأصلي.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

إذا كانت قاعدة استقلال اتفاق التحكيم تطبق على جميع العقود، بصرف النظر عن طبيعة العقد (مدني، تجاري، مختلط)^(٣٥)، إلا أن ترسيخ هذه القاعدة يقتضي تحديد نطاق تطبيقها من خلال الإجابة على سؤالين: الأول، هل تطبق قاعدة الاستقلال على التحكيم الدولي والداخلي، أم تقتصر على أحدهما دون الآخر؟ الثاني، هل تشمل قاعدة الاستقلال شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، أم أنها مقصورة على الأول فقط؟

الفرع الأول

نطاق تطبيق القاعدة في التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي.

يتفق الفقه بشكل عام على تطبيق قاعدة الاستقلال على التحكيم الدولي، ولا يثير هذا الأمر أي خلاف يذكر، في المقابل فإن إمكانية تطبيق قاعدة الاستقلال على التحكيم الداخلي، أدت إلى انقسام الفقه بشأنها إلى قسمين: قسم يرى بأن قاعدة الاستقلال تقتصر على التحكيم الدولي دون الداخلي^(٣٦)، وقسم آخر يرى انطباق هذه القاعدة على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على حد سواء^(٣٧)؛ لأن المبررات والمميزات التي تحققها قاعدة الاستقلال تقود بالضرورة إلى تطبيق تلك القاعدة على التحكيم الداخلي إلى جانب التحكيم الدولي^(٣٨).

(٣٤) Antonias Dimolitsa, Autonomie et Kompetenz - Kompetenz, Rev. arb. 1998, 305.

(٣٥) CA Paris, 9 nov. 1984, JDI 1986, 1039, note E. Loquin.

(٣٦) R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica 1992, p. 268-270.

(٣٧) B. Moreau, Compromis - clause compromissoire, Rép. civ. Dalloz, juill. 2004, para. 65;

(٣٨) أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص ٤٩٣.

وقد أيد القضاء الفرنسي الرأي الثاني الذي يقضي بانطباق قاعدة الاستقلال على نوعي التحكيم: الدولي والداخلي معاً، فقد جاء في حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٤/٨ أن قاعدة الاستقلال تنطبق على التحكيم الداخلي^(٣٩)، مبررة حكمها على أساس موضوعي قوامه أن شرط التحكيم يعد مسألة إجرائية مستقلة عن العقد الأصلي الذي هو مسألة موضوعية، وعلى أساس شخصي قوامه استخلاص النية المفترضة للأطراف التي اتجهت إلى فصل مصير شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وبناء عليه، اعترفت باختصاص هيئة التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، خصوصاً فيما يتعلق بعدم فاعلية هذا العقد كلياً أو جزئياً.

ثم جاءت محكمة النقض الفرنسية لتؤيد توجه محكمة استئناف باريس في عدة أحكام، أكدت فيها على انطباق قاعدة الاستقلال على التحكيم الداخلي إلى جانب التحكيم الدولي، وذلك في حكم دائرتها التجارية الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٩^(٤٠)، ثم عادت محكمة النقض الفرنسية لتحسم الأمر نهائياً لصالح تطبيق قاعدة الاستقلال على التحكيم الداخلي، في حكمين آخرين، أحدهما صادر عن دائرتها المدنية الثانية بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٠^(٤١)، وحكم دائرتها التجارية بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٩، حيث جاء في هذا الأخير أنه: "في إطار القانون الداخلي للتحكيم، فإنه يكون لشرط التحكيم، بالنسبة للاتفاق الأصلي المدرج فيه، استقلال قانوني والذي يستبعد، إلا بموجب اتفاق مخالف، بأن يتأثر بعدم الفاعلية المحتملة لهذا الاتفاق"^(٤٢). ويبدو أن الدافع الرئيس من وراء اعتراف محكمة النقض الفرنسية بقاعدة الاستقلال في إطار التحكيم الداخلي، هو الحرص من جانبها على تشجيع حسم المنازعات عن طريق التحكيم، وللحيلولة

Arrêt précité.

(٣٩)

Cass. com. 9 avril 2002: Bull. civ. IV, n 69; Cass. 2^e civ., 20 mars 2003: Bull. civ. II, n 68; D 2003; som. 2470, obs. Clay; BRDA 2003, n 7, p. 5; CA Paris, 11 mai 2000: Rev. arb. 2002, 180, Clay.

(٤٠)

انظر أيضاً في ذات الاتجاه:

CA Paris, 1^{re} ch., 17 janv. 2008, SCI TILIA c./ SYSTEME U NORD OUEST, RG n 06/ 06750.

Cass. 2^e civ., 20 mars 2003: Bull. civ. II, n 68; D 2003; somm. 2470, obs. Clay; BRDA 2003, n 7, p. 5.

(٤١)

راجع في ذات الإطار:

CA Paris, 11 mai 2000: Rev. arb. 2002, 180, Clay.

Cass. com. 9 avril 2002: Bull. civ. IV, n 69.

(٤٢)

كذلك دون قيام أحد الأطراف بتعطيل عملية التحكيم أو السير في إجراءاتها من خلال التمسك أو الادعاء ببطلان العقد الأصلي.

ويبدو أن المادة (٥ / ٥) من قانون التحكيم الفلسطيني، التي تنص على قاعدة الاستقلال، تسيّر أيضاً في ذات الاتجاه؛ لأن النص جاء من جهة عاماً ومطلقاً، ما يعني شمول قاعدة الاستقلال لنوعي التحكيم: الدولي والداخلي أيضاً، إذ لو أراد المشرع قصر تطبيق هذه القاعدة على التحكيم الدولي، لصرح بذلك، وما دام انه لم يفعل، فهذا يعني أنه أراد شمول هذه القاعدة للتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي معاً، إعمالاً للقاعدة العامة التي تفيد أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يأت نص يقيد. ولأن قانون التحكيم الفلسطيني ذاته، جاء من جهة أخرى ليطبق على نوعي التحكيم، الدولي والداخلي، وبالتالي يصعب القول بأنه أراد انطباق قاعدة الاستقلال على أحد نوعي التحكيم دون الآخر.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق القاعدة على كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم

بالرجوع إلى نص المادة (٥ / ٥) من قانون التحكيم الفلسطيني فإنها تشير صراحة إلى استقلال شرط التحكيم فقط، مما يفهم منه للوهلة الأولى أن مشاركة التحكيم لا تخضع لقاعدة الاستقلال، ولكن يبدو أن النص يشمل^(٤٣)؛ لأن عبارة "اتفاقاً مستقلاً" أوسع من عبارة "شرط التحكيم"، بالتالي فإنها تشمل شرط التحكيم ومشاركة التحكيم معاً، مما يعني ضرورة إعمال قاعدة الاستقلال بالنسبة لمشاركة التحكيم أيضاً وعدم حصرها بشرط التحكيم فقط، ونضيف أيضاً إلى أن الهدف الأساسي من النص صراحة على استقلال شرط التحكيم، جاء لإزالة الغموض واللبس الذي يكتنفه، كونه يأتي في العادة على شكل شرط أو بند داخل العقد الأصلي، مما اقتضى التصريح باستقلاله، ولم يكن الهدف منه باعتقادنا استبعاد مشاركة التحكيم من تطبيق قاعدة الاستقلال، فالمشاركة لا تثير مثل هذا اللبس الذي يثيره شرط التحكيم، كونها تأتي دائماً على شكل اتفاق مستقل، وبالتالي لا داعي للنص على استقلالها كونها منفصلة مادياً عن العقد الأصلي، إضافة إلى ذلك فإن العلة من الاعتراف بقاعدة الاستقلال تكون أكثر وضوحاً في مشاركة التحكيم عنها في

(٤٣) يتفق مع هذا الرأي د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٧٥.

شرط التحكيم، والمتمثلة في اختلاف اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في محل وسبب كل منهما؛ فاتفاق التحكيم يبتغي حسم نزاع قائم بين الأطراف عن طريق التحكيم دون قضاء الدولة وهو مسألة إجرائية، في حين أن العقد الأصلي ينصب على تحديد حقوق والتزامات الأطراف وهو مسألة موضوعية، وعليه فإذا كان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي قد تم الاعتراف له بهذا الاستقلال، فإنه من باب أولى الاعتراف باستقلال مشاركة التحكيم الواردة في اتفاق مستقل.

إضافة إلى هذا كله، فإن كثيراً من قوانين التحكيم الحديثة لا تميز بين شرط ومشاركة التحكيم، بل تأخذ بتسمية واحدة هي "اتفاق التحكيم". وقد رسخت معظم هذه القوانين قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، ما يعني شمول هذه القاعدة لجميع صور اتفاق التحكيم وعدم قصره على شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي، بل أكثر من ذلك فإن القانون الفرنسي الذي يميز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، يحصر هذا التمييز في إطار التحكيم الداخلي، ولكنه لا يأخذ بهذا التمييز في إطار التحكيم الدولي، حيث يعتمد تسمية واحدة هي "اتفاق التحكيم"، بناء عليه يمكن القول - على الأقل في إطار التحكيم الدولي - بأن قاعدة الاستقلال تشمل كل اتفاقات التحكيم بصرف النظر عن كونها جاءت على شكل شرط أو مشاركة تحكيم، ويؤكد هذا التوجه ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية Gosset الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٥/٧ والذي جاء فيه أنه: "في إطار التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم - سواء أبرم منفصلاً أو مدرجاً في العقد المرتبط به - يكون له دائماً - إلا في ظروف استثنائية - استقلال قانوني تام..."، وأيضاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٢٥/١٠/٢٠٠٥ والذي جاء فيه: "تطبيقاً لمبدأ صحة اتفاق التحكيم في الإطار الدولي...". فالتعبيرات المستخدمة "اتفاق التحكيم" تدل جميعاً بشكل ضمني على شمول قاعدة الاستقلال لشرط التحكيم ومشاركة التحكيم معاً، كما تشير إلى ذلك أيضاً المادة (٤/٦) من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي تنص: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن الادعاء ببطان العقد أو الزعم بانعدامه لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا قبل صحة اتفاق التحكيم، وحتى في حال انعدام العقد أو بطلانه يستمر اختصاص المحكم لتحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه". يتبين من هذا النص، بذكره "اتفاق التحكيم" أنه يشمل شرط ومشاركة التحكيم على حد سواء، وهذا التفسير يتطابق مع عدة قرارات لغرفة التجارة الدولية

بباريس حيث ورد فيها مصطلح "اتفاق التحكيم" دون تحديد كونه شرطاً أو مشاركة تحكيم^(٤٤). ويبدو أن القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ يسير في ذات الاتجاه أيضاً^(٤٥).

نخلص مما تقدم، إلى أن قاعدة الاستقلال تطبق كقاعدة عامة على كل اتفاق تحكيم، سواء جاء على شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل^(٤٦)، أو جاء على شكل مشاركة تحكيم^(٤٧)؛ نظراً لاتحاد العلة والمبررات للدفاع عن مبدأ الاستقلالية^(٤٨). ويطبق ذات الحكم على التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي أيضاً.

المطلب الثالث

الشروط اللازمة لإعمال قاعدة استقلال

اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

على الرغم من الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة^(٤٩)، بل يلزم لإعمالها توافر مجموعة شروط: فالاعتراف بقاعدة الاستقلال يقتضي أن يكون اتفاق التحكيم ذاته صحيحاً، وأن لا يعبر الأطراف عن

(٤٤) فقد جاء في قرار الغرفة في العام ١٩٨٦ على أنه: "للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم، وقد يكون ذلك أيضاً بالنسبة للإجراءات". وفي قرارها الصادر في العام ١٩٨٩ التأكيد على ما استقر عليه الرأي في قرارات سابقة في أن تقرير صحة اتفاق التحكيم يجب أن يبحث عنه طبقاً لإرادة الأطراف والعادات التي تتفق مع ما تتطلبه التجارة الدولية. القرار في القضية رقم (٤٣٨١) المنشور في:

Journal droit international JDI 1989, p. 1103 et s.

(٤٥) تنص المادة (١٧٨) من هذا القانون على أنه: "لا يمكن الطعن بصحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي...". فعبارة "اتفاق التحكيم" و "عدم صحة العقد الأصلي" يدلان على شمول قاعدة الاستقلال لمشاركة التحكيم إضافة إلى شرط التحكيم.

(٤٦) أحمد إبراهيم عبد التواب، "اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، بند ٦٦، ص ٢٠٣.

(٤٧) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، بند ٤٣، ص ٩٤.

(٤٨) حمزة حداد، المرجع السابق، بند ١٤٥، ص ١٢٤.

(٤٩) P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, 359.

إرادة مخالفة لقاعدة الاستقلال، ولكن ذلك يثير التساؤل عن مدى إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي؟

الفرع الأول: أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً في ذاته

إن الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مرهون بأن يكون اتفاق التحكيم ذاته صحيحاً^(٥٠)، بأن توافرت جميع شروط صحته الشكلية والموضوعية، وأن يكون متعلقاً بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم، أما إذا كان اتفاق التحكيم ذاته باطلاً أو مفسوخاً أو منقضياً، بسبب عدم توافق الإرادة مثلاً، فلا مجال لإعمال قاعدة الاستقلال، ولم ينص قانون التحكيم الفلسطيني على هذا القيد، وذلك على خلاف قانون التحكيم المصري لعام ١٩٩٤، الذي أشار في المادة (٢٣) إلى استقلال شرط التحكيم مع إيراد ضابط هام، وهو أن يكون الشرط صحيحاً في ذاته: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". مع ذلك، فإن دلالة نصوص قانون التحكيم الفلسطيني من شأنها تكملة هذا النقص، على أساس أن قاعدة الاستقلال لا يمكن تطبيقها ولن تكون ذات جدوى إلا إذا كان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي أو المرتبط به صحيحاً في ذاته، وإلا ما الفائدة من النص على قاعدة الاستقلال، فصحة شرط التحكيم هي مفترض أولى على اعتبار أنه يؤدي إلى تفعيل قاعدة الاستقلال، ويفهم ذلك ضمناً من نص المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٤^(٥١)، والتي وضعت قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس على صحة اتفاق التحكيم، بنصها على أنه: "يكون اتفاق التحكيم المقدم أمام هيئة التحكيم صحيحاً ما لم يرقم الدليل على خلاف ذلك".

إضافة إلى ذلك، فإن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم هي قاعدة متبادلة، أي أنها تسير باتجاهين؛ بمعنى أن بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي لا يؤثر على

(٥٠) Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990: Rev. arb. 1990, 851, 1^{re} esp.; JDI 1992, 168, n. crit. Loquin; CA Paris, 17 nov. 1998, RTD com. 1999, 377; CA Paris, 19 janv. 1999, Rev. arb. 1999, 601, 3^e esp., note Jarrosson.

(٥١) قرار مجلس الوزراء رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٤ باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤، الصادرة عن مجلس الوزراء بتاريخ ١٢/٤/٢٠٠٤.

صحة اتفاق التحكيم، وكذلك بالمقابل فإن بطلان أو فسخ أو انقضاء اتفاق التحكيم لا يؤثر على صحة العقد الأصلي، ما دام أن أحدهما كان صحيحاً في ذاته.

ولكن تطبيق هذه القاعدة المتبادلة يثير إشكالية متعلقة بعدم وجود العقد الأصلي أو انعدامه، فهل يؤدي هذا الانعدام للعقد الأصلي إلى انعدام شرط التحكيم الوارد فيه بالتبعية أم يبقى شرط التحكيم صحيحاً استناداً لقاعدة الاستقلال رغم انعدام العقد الأصلي؟

لقد أجابت على هذا السؤال محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في قضية Cassia بتاريخ ١٠/٧/١٩٩٠ جاء فيه أنه في مجال التحكيم الدولي، فإن استقلال شرط التحكيم مرهون بوجود العقد الأصلي الذي يحتوي الشرط محل الخلاف^(٥٢). ويظهر من هذا الحكم أن انعدام العقد الأصلي يؤدي إلى انعدام شرط التحكيم أيضاً، وذلك على عكس بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي الذي لا يؤثر على قاعدة الاستقلال، ويعود السبب في ذلك، إلى أن الانعدام يفترض انعدام التراضي أصلاً سواء بالنسبة للعقد الأصلي أو بالنسبة لاتفاق التحكيم، مما يبرر استبعاد تطبيق قاعدة الاستقلال في هذه الحالة، أما في حال الفسخ أو البطلان بسبب عدم مشروعية المحل أو السبب مثلاً أو بسبب العيوب التي لحقت بإرادة أحد الأطراف، فإن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على صحة شرط التحكيم، ما دام أن نتائج البطلان يمكن الفصل فيها عن طريق التحكيم^(٥٣).

أما الفقه، فقد اختلف بشأن تطبيق قاعدة الاستقلال في حال عدم وجود أو انعدام العقد الأصلي: فبينما يرى جانب أن انعدام العقد الأصلي أو عدم وجوده يؤدي بالضرورة إلى انعدام شرط التحكيم الوارد فيه أو المرتبط به، مما يستبعد بالتالي تطبيق قاعدة الاستقلال^(٥٤)، في حين يرى جانب آخر العكس، بأن انعدام العقد الأصلي لا يؤدي إلى انعدام شرط التحكيم، إنما يجب بحث مسألة انعدام العقد

Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990, L. et B. Cassia, JDI 1992, p. 168, note E. Loquin. (٥٢)
"en matire d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite dans l'existence, en la forme, de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée".

E. Loquin, note sous l'arrêt Cassia, précité 19. (٥٣)

S. Boyd et V. Veeder, Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979, Rev. arb. 1991, p. 209, spéc. p. 221; S. Schwebel, International Arbitration: Three Salient Problems, Grotius, 1987, p. 1-60. (٥٤)

الأصلي ومسألة انعدام شرط التحكيم كل منهما على انفصال وبشكل مستقل كلياً عن الآخر^(٥٥).

ومن وجهة نظرنا، فإن الرأي الأول الذي يرى انعدام شرط التحكيم تبعاً لانعدام العقد الأصلي، هو الأقرب إلى الصواب؛ لأنه لا يمكن من جانب الحديث عن قاعدة استقلال شرط التحكيم إذا كان العقد الأصلي غير موجود أو منعدم، على أساس أن انعدام الرضا بشكل كامل يؤدي إلى انعدام العقد الأصلي والشرط معاً، وهذا ما يفرضه العقل والمنطق؛ فقاعدة الاستقلال تفترض وجود اتفاق تحكيم صحيح في ذاته وهذا غير متحقق، ومن جانب آخر فإن انعدام العقد الأصلي يجعل شرط التحكيم عديم الفائدة نظراً لانعدام محله، وهو حسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي عن طريق التحكيم، فإذا انعدم هذا الأخير، انعدم بالضرورة شرط التحكيم المرتبط به تبعاً لذلك؛ لعدم إمكانية تطبيقه، وينجر هذا الحكم على جميع الحالات التي لا يمكن فيها فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، خصوصاً فيما يتعلق باتفاق الإرادة^(٥٦)؛ كعدم تطابق الإيجاب والقبول، أو انعدام السلطة في إبرام العقد الأصلي. في المقابل، فإن عدم مشروعية محل العقد الأصلي، وعيوب الرضا لا يمتد أثرها آلياً إلى شرط التحكيم، فمثلاً الغلط في صفة جوهرية في محل العقد لا تعيب الرضا المتعلق بشرط التحكيم^(٥٧)، أو بيعيب الغبن لأن هذا العيب يتعلق بعدم التعادل بين حقوق والتزامات الأطراف، وبالتالي يتعلق بمحل العقد الأصلي وليس له علاقة باتفاق التحكيم الذي يبتغي حسم النزاع بطريق التحكيم، وذلك على خلاف الحالة التي يوجد فيها غلط مانع أو إكراه ملجئ؛ لأن الأمر لا يتعلق هنا ببيع من عيوب الرضا، إنما بانعدام الرضا تماماً، وهذا يعني انعدام العقد الأصلي وانعدام اتفاق التحكيم أيضاً.

Fouchard, E. Gaillard, Goldman, International Commercial Arbitration, The Hague, Kluwer, 1990, spc. n 411. (٥٥)

J.P. Ancel, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Trav. com. Fr. DIP 1991 - 1992, 75. (٥٦)

"si le sort de la clause peut être dissocié du sort du reste du contrat lorsque de bonnes raisons le commandent, il n'en est pas toujours ainsi.... la nullité qui affecte le contrat ne laisse pas toujours indemne la clause".

P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, p. 359. voir aussi: R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica 1992, spéc. n 209 s. (٥٧)

الفرع الثاني: عدم وجود اتفاق مخالف لقاعدة الاستقلال

لا يؤخذ بقاعدة الاستقلال إذا وجد اتفاق بين الأطراف يقضي بربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، أو الاتفاق على جعل اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي من حيث وجود وصحة وترتيب آثار كل منهما. في مثل هذه الحالات، فإن بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي يؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم تبعاً له^(٥٨)، وذلك إعمالاً للإرادة المشتركة للأطراف، فقاعدة استقلال اتفاق التحكيم ليست من النظام العام ويمكن للأطراف مخالفتها^(٥٩) سواء بصورة صريحة أو ضمنية^(٦٠)، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أكثر من حكم بذكرها: "ما لم يتفق على خلاف ذلك" أو "إلا بموجب اتفاق مخالف"^(٦١). ويلحق بهذا الحالة من وجهة نظرنا، الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم هو الباعث الدافع إلى إبرام العقد الأصلي، أي بدون هذا الاتفاق ما كان ممكناً إبرام العقد الأصلي، عندها يمتد أثر بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي إلى اتفاق التحكيم أيضاً بحيث ينقضي هو الآخر تبعاً له، كل ذلك إعمالاً للقواعد العامة بشأن العقود بوجه عام.

إن تطبيق القيد السابق، مرهون باعتراف القانون الوطني بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، أما إذا كان هذا القانون يرفض بالأساس فكرة الاستقلال، بحيث يربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي وجوداً وهدماً، فلا مجال لإعمال هذا القيد، بل لا توجد فائدة أصلاً من اتفاق الأطراف على استبعاد قاعدة الاستقلال في هذه الحالة؛ لأن رفض فكرة الاستقلال، ستؤدي حتماً إلى تطبيق القواعد العامة بشأن العقود، والتي تقضي بأن "التابع تابع"^(٦٢) و "التابع لا يقرر بالحكم"^(٦٣) و "إذا سقط

(٥٨) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند ١٣٤، ص ٤٦٨ وما بعدها.

(٥٩) انظر في هذا الاتجاه: أحمد سلامة، المرجع السابق. والاستقلالية لا تعتبر من النظام العام، فيجوز للأطراف الاتفاق على خلافها أي جواز الاتفاق على عدم استقلالية شرط التحكيم، إنما تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي، بل يجوز استخلاص هذه الإرادة ضمناً: حمزة حداد، المرجع السابق، البند ١٤٥، ص ١٢٤.

(٦٠) حمزة حداد، المرجع نفسه.

(٦١) انظر على سبيل المثال أحكام محكمة النقض الفرنسية:

Cass. 2^e civ., 20 mars 2003: Bull. civ. II, n 68; Cass. com. 9 avril 2002, Bull. civ. IV, n 69.

وقد جاء أيضاً نكر ذلك صراحة في المادة (٤/٦) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس: "ما لم يتفق على خلاف ذلك".

(٦٢) المادة ٤٧ من مجلة الأحكام العدلية.

(٦٣) المادة ٤٨ من مجلة الأحكام العدلية.

الأصل سقط الفرع^(٦٤) و "إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه"^(٦٥). عندها، فإن اتفاق الأطراف على استبعاد قاعدة استقلال اتفاق التحكيم لن يكون مجدياً، إنما يمكن على العكس الاتفاق صراحة أو ضمناً على تطبيق قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، بحيث يستبعد الأطراف في هذه الحالة قاعدة الارتباط أو تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي؛ وبالتالي يؤخذ بقاعدة الاستقلال كشرط عقدي وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا ممكن على أساس أن قاعدة الاستقلال ليست من النظام العام، كما يمكن اعتبار شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي، إذا كان الاتفاق أو القانون يفرض توقيعاً خاصاً من أجل الأخذ بشرط التحكيم، أو عندما يتفق الأطراف صراحة على اعتبار الشرط قائماً بذاته ولا يتأثر ببطان العقد الأصلي أو فسخه أو انتهائه، عندها يمكن تفسير ذلك على أنه يعبر عن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المرتبط به، ويمكن تطبيق ذات الحكم على الحالة التي يتفق فيها الأطراف صراحة على الإحالة إلى قانون معين، أو قواعد تحكيمية تأخذ صراحة باستقلال اتفاق التحكيم، أو إذا كان شرط التحكيم مفروضاً في إطار العرف التجاري أو التعامل السابق بين الأطراف وكان يعتبر الشرط مستقلاً عن العقد الأصلي.

الفرع الثالث: إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

إن البحث في مدى إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يقتضي تحديد طبيعة العلاقة التي تربط بينهما؛ ولهذا التحديد أهمية كبيرة من الناحية العملية؛ فإذا أبرم اتفاق التحكيم منفصلاً عن العقد الأصلي، بحيث جاء كل منهما في مستند مستقل، قد يبدو واضحاً أن بطلان أحدهما يجب ألا ينسحب على الآخر، مع ذلك فإن اتفاق التحكيم الذي لا يرتبط بعقد لا يكون له معنى ولا فائدة عملية من وجوده؛ لأن الفائدة المرجوة من اتفاق التحكيم تتمثل في حسم النزاع الموضوعي الناشئ عن العقد، وبدونه يكون اتفاق التحكيم عديم الفائدة نظر لانعدام محله. في المقابل، لو أدرج اتفاق التحكيم في صلب العقد الأصلي، فيصبح من الضروري تبرير استقلال أحدهما عن الآخر.

وقد أثار تحديد طبيعة العلاقة التي تربط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي جدلاً

(٦٤) المادة ٥٠ من مجلة الحكام العدلية.

(٦٥) المادة ٢٥ من مجلة الأحكام العدلية.

واسعاً في الفقه: فبينما ينظر جانب إلى اتفاق التحكيم على أنه عقد مستقل قائم بذاته يقوم إلى جانب العقد الأصلي، في حين ينظر جانب آخر إلى اتفاق التحكيم على أنه مجرد شرط وارد في العقد الأصلي ولا يعتبر عقداً مستقلاً قائماً بذاته بل تابعاً للعقد الأصلي^(٦٦). وعليه نعرض هذين الاتجاهين على التوالي.

أولاً: اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يشكلان عقدين منفصلين عن بعضهما البعض

يرى جانب من الفقه أن اتفاق التحكيم يعتبر عقداً مستقلاً قائماً بذاته يقوم إلى جانب العقد الأصلي؛ وبالتالي يوجد عقدان: اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، ويقول الأستاذ الفرنسي Motulsky أنه: "يوجد، بالضرورة اتفاقان؛ فحسب الطريقة المعتادة في صياغته، فإن شرط التحكيم يسعى إلى حسم الخلافات التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد؛ هذا يشير إلى أن العقد يشكل محل شرط التحكيم وأن هذا الشرط يقع إذن، منطقياً خارجاً عنه"^(٦٧). وقد أيدت ذلك، محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٨/٤/١٩٩٨، بقولها إن: "شرط التحكيم يشكل اتفاقاً إجرائياً مستقلاً ومختلفاً عن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف في الموضوع، بحيث إن احتمالية بطلان العقد... لا يكون لها تأثير على صحة شرط التحكيم"^(٦٨).

وقد رسخ هذا الاتجاه، قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦، حيث ورد فيه أن اتفاق التحكيم حتى لو أدرج في العقد الأصلي فإنه يعامل معاملة مستقلة عن هذا الأخير^(٦٩)؛ وجاء ذلك تجسيداً لما رسخه القضاء الإنجليزي بهذا الصدد، خصوصاً

(٦٦) Menjuq M. et Beguin J. Droit du commerce International, d. LexisNexis Litec. 2005.

(٦٧) "il y a, de toute nécessité deux conventions; car selon sa rédaction habituelle, la clause compromissoire entend régler les différends auxquels le présent contrat pourra donner lieu; c'est assez dire que le contrat constitue l'objet de la clause et que celle-ci se place donc, logiquement à l'extérieur": H. Motulsky, note sous l'arrêt Gosset, précité.

(٦٨) "la clause compromissoire constitue une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond, en sorte que l'éventuelle nullité du contrat... se trouve sans incidence sur la validité de la clause compromissoire".

(٦٩) Section 7, Arbitration Act 1996: "... shall be treated as a distinct agreement".

في قضية Brumer Vulkan^(٧٠)، والذي يجد أساسه في الفقه الإنجليزي الذي يرى أن اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يمثلان عقدين منفصلين^(٧١).

وقد لقي هذا التوجه معارضة واسعة من معظم الفقه، والذي يرفض فكرة العقدين المنفصلين: "فإذا أمكننا القول بوجود اتفاق خاص بالتحكيم إلى جانب العقد الأصلي، فلا يمكن تأييد ذلك عندما يتعلق الأمر بشرط تحكيم، فالشرط يدرج بطبيعته في عقد، والعقد يتكون من مجموعة شروط"^(٧٢). بل إنه لا يتصور وجود شرط تحكيم منفصلاً عن العقد؛ لأن اللجوء إلى التحكيم لا يمكن أن يكون مجرداً، بل يفترض وجود نزاع متعلق بهذا العقد، وإلا لأصبح شرط التحكيم بدون محل^(٧٣)؛ فلو كان محل شرط التحكيم، هو حسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن تنفيذ عقد، ولم يكن هناك عقد يراد تنفيذه، فلا فائدة من شرط التحكيم^(٧٤).

(٧٠) وقد جاء في هذه القضية أن:

"The arbitration clause constitutes a self-contained contract collateral or ancillary to the shipbuilding agreement itself": *Bremer Vulkan v. South India Shipping Corp.*, 1981, A.C., 909, 980.

(٧١) ويقول القاضي Schwebel:

"When the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements": S. Schwebel, *international arbitration: Three salient Problems*, Grotius, 1987, spc. P. 1 60.

وكذلك Alan Redfern يعتبر أن العقد الذي يحتوي شرط التحكيم يمكن اعتباره على أنه يشتمل على "عقدين منفصلين:

Two separate contracts: A. Redfern, *The jurisdiction of international commercial arbitrator*, J. Int'l. Arb., mars 1986, P. 22.

(٧٢) Valhalla, Cit dans: "L'autonomie de la clause compromissoire - Valhalla": > <http://www.vallhala.fr/2006/11/19/lautonomie-de-la-clause-compromissoire/> < visited 26/1/2012. p. 2.

(٧٣) La clause compromissoire "serait inconcevable en l'absence du reste du contrat. On ne peut prévoir le recours l'arbitrage in vacuo... L'objet même de la clause compromissoire est constitué par le reste du contrat: " P. Mayer, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, Rev. Arb. 1998, p. 364.

(٧٤) انظر في هذا الاتجاه ولكن بشكل غير مباشر:

E. Loquin, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 692: "La clause compromissoire a trait la procédure, elle ne concerne pas directement les droits substantiels. Or, quel peut être l'intérêt de définir une procédure totalement abstraite qui ne porterait sur aucun droit ou aucune obligation? La clause compromissoire définit simplement une partie du régime juridique choisi par les parties lors de la conclusion du contrat qui les lie. On peut donc affirmer que la clause compromissoire ne constitue pas un contrat à part entière à côté du contrat principal portant sur le fond".

فعلى الرغم من وجهة هذه الانتقادات التي ترفض فكرة العقدين المنفصلين، إلا أنه يجب عدم المبالغة في ذلك؛ لأن التمييز بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم قد يكون في بعض الحالات مبرراً ويحقق بعض النتائج العملية، ففي قضية رفعت أمام المحكمة الاتحادية السويسرية^(٧٥)، تمسك المدعي ببطان قرار التحكيم، على أساس أن الموافقة على شرط التحكيم جاءت مقترنة بعيب الإكراه، فقضت المحكمة بأنه كان ينبغي على المحكم التحقق أولاً من صحة اتفاق التحكيم ذاته من أجل تحديد ما إذا كان مختصاً أم لا بنظر النزاع؛ فإذا تأكد من صحته، انتقل إلى بحث صحة العقد الأصلي، ويظهر من ذلك أن الحديث يدور حول عقدين مختلفين.

وقد سارت في ذات الاتجاه أيضاً، محكمة النقض الفرنسية^(٧٦)، حيث اعترفت بصحة شرط التحكيم بشأن عقد صحيح لكنه لم يدخل حيز النفاذ؛ لأن تنفيذ العقد الأصلي كان متوقفاً على دفع جزء من الثمن ابتداءً، وعلى قيام المشتري بتقديم ضمانات بنكية، ولكنه لم يقدم أي منهما أبداً، فتمسك المشتري بعدم اختصاص المحكم استناداً لشرط التحكيم، فقضت المحكمة بأنه ما دام العقد الأصلي قد أبرم صحيحاً، وأن النزاع كان يتعلق فقط بشروط العقد، فإن حسم هذا النزاع يجب أن يتم بطريق التحكيم إعمالاً لشرط التحكيم المبرم بين الأطراف، بالتالي خلصت المحكمة إلى وجود عقدين صحيحين: العقد الأصلي ولكنه غير نافذ، وشرط التحكيم الذي دخل حيز النفاذ، ما يعطي هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع إعمالاً لهذا الشرط.

ثانياً: شرط التحكيم مجرد شرط وارد في العقد الأصلي وليس عقداً مستقلاً
يرى جانب من الفقه أن شرط التحكيم لا يمكن اعتباره عقداً مستقلاً قائماً بذاته إنما مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، ويقف على رأس هؤلاء الفقيه الفرنسي P. Mayer الذي يرى أن استخدام مصطلح "الاستقلال" Autonomie للتعبير عن العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، توحي بأنهما تصرفان منفصلان عن بعضهما البعض وأن مصير كل منهما مختلف تماماً عن الآخر: العقد الأصلي يحدد الالتزامات الأساسية للأطراف، واتفاق التحكيم يأتي كعقد موازٍ يهدف لحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، ولكنه يرى أن هذا التمييز مصطنع^(٧٧)؛ لأنه لا يكفي

Tribunal Fédéral Suisse: 20 déc. 1995: Bull. arrêts du tribunal fédéral, recueil (٧٥) 121, 3^e partie, p. 495.

Cass. 6 déc. 1988: JDI 1990, p. 134. (٧٦)

P. Mayer, note sous l'arrêt Cotunav, CA Paris, 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990, p. 675. (٧٧)

التركيز على الجانب الشكلي، والنظر فقط إلى أن شرط التحكيم قد أدرج مادياً في العقد الأصلي للقول بأن شرط التحكيم هو مجرد شرط عقدي وارد في عقد، إنما يجب النظر إلى النية المشتركة للمتعاقدين^(٧٨)؛ إذ أن مجرد قيام الأطراف بإبرام عقد واحد يشير إلى أنهم أرادوا جعل اتفاق التحكيم والعقد الأصلي وحدة واحدة، وإلا لكان الأجدر بهم إبرام اتفاقين منفصلين^(٧٩).

بالتالي، فإن الفقيه ماير Mayer يأخذ بفكرة تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي، ويعتمدها لتفسير الاستقلال المادي لشرط التحكيم عن العقد الأصلي، وعليه فإنه يفضل استخدام مصطلح "الانفصال" séparation على مصطلح "الاستقلال" autonomie للتعبير عن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم؛ لأن مصطلح "الانفصال" يتطابق من وجهة نظره مع توقعات الأطراف، ويحقق عدة فوائد عملية^(٨٠)؛ فإذا لم يكن هناك ثمة ما يمنع من اشتغال نفس المستند على اتفاقين، فإنه يجب أن تكون نية الأطراف واضحة بهذا الشأن، وعليه يمكن معاملة شرط التحكيم على أنه عقد مستقل تماماً عن العقد الأصلي، مع ذلك يبقى هناك ارتباط بينهما، لأن العقد الأصلي يمثل موضوع شرط التحكيم؛ حيث إن شرط التحكيم يقضي بإخضاع جميع المنازعات الناشئة عن هذا العقد للتحكيم، بالتالي لا يمكن الأخذ بشرط التحكيم دون الأخذ بالعقد الأصلي^(٨١).

ويؤيد فكرة التبعية أيضاً الفقيه الفرنسي Mezger والذي يرى أن "اتفاق التحكيم يعتبر تابِعاً للعقد الأصلي"^(٨٢)، حتى لو جاء هذا الاتفاق منفصلاً مادياً عن العقد الأصلي؛ لأن هذا الانفصال المادي لا يعد انفصلاً فعلياً، بل يبقى يشكل مع

(٧٨) P. Mayer, Les limites.... précitée: "l'unité formelle soit démentie par une volonté manifeste de sparation intellectuelle", p. 359 et s.

(٧٩) Ibid.

(٨٠) P. Mayer, L'autonomie de l'arbitre international, Rec. Cours La Haye, 1989, v. T217, p. 327 (spc. P. 346 s.) : "la séparabilité n'indique que la possibilité de séparer lorsque la volonté présumée des parties est en ce sens: il n'en demeure pas moins que la clause compromissoire est partie intégrante du contrat, et l'accessoire des droits qu'il crée".

(٨١) P. Mayer, Les limites.... précitée: "la clause compromissoire est donc bel et bien une clause parmi d'autres dans un contrat unique".

(٨٢) E. Mezger, Prima Paint v. Flood and Conklin, 388, U.S. 395 (1967): "la convention arbitrale est considérée comme un accessoire du contrat de base".

العقد الأصلي وحدة واحدة، على اعتبار أن العقد الأصلي والمنازعات الناشئة عنه تمثل محل اتفاق التحكيم ذاته^(٨٣)

ونظراً لعدم تعارض فكرة التبعية مع فكرة الاستقلال، فقد أيدها جانب من الفقه الفرنسي؛ فالفقيه الفرنسي Simler يرى أنه على الرغم من أن لشروط التحكيم "قيمة فعلية مستقلة"، إلا أنه يستبعد فكرة العقدين المنفصلين^(٨٤). ويسير في ذات الاتجاه أيضاً، الفقيه الفرنسي Samuel حيث يرفض اعتبار شرط التحكيم عقداً منفصلاً عن العقد الأصلي، بل يعتبر شرط التحكيم ذا طبيعة خاصة؛ فعلى الرغم من أنه لا يتعلق بالحقوق والالتزامات الأساسية للأطراف، فإنه لا يمكن مع ذلك اعتباره عقداً مستقلاً قائماً بذاته^(٨٥).

أما النتائج المترتبة على صفة التبعية بالنسبة لشروط التحكيم، فيرى Mayer أن فكرة التبعية تجعل الشرط مستقلاً عن العقد الأصلي من حيث البطلان، وأن إرادة الأطراف تتجه إلى إخضاع جميع المنازعات الناشئة عن العقد للتحكيم، بما في ذلك ما تعلق ببطلان شرط التحكيم، بل إن هذه النية مفترضة إلا إذا عبر الأطراف عن إرادة مخالفة بموجب شرط خاص في العقد، كما أن فكرة التبعية تضمن فاعلية شرط التحكيم، من خلال تجنب قيام أحد الأطراف بالتمسك ببطلان هذا الشرط، للتهرب من تطبيق اتفاق التحكيم^(٨٦).

وتقيماً للاتجاهين السابقين، فإنه لا يمكن من وجهة نظرنا تغليب أحد الرأيين على الآخر بشكل كامل؛ فصحيح أن شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي يرتبط مادياً بهذا الأخير، مما يجعله يتأثر في بعض الحالات من حيث وجوده وصحته بمصير العقد الأصلي، خصوصاً فيما يتعلق باتفاق الإرادة؛ بالتالي فإن القول بوجود عقد واحد قد يبدو مبرراً من هذه الناحية. في المقابل، فإن الطابع الإجرائي لشروط

(٨٣) M. Mezger, *Comptence-Comptence des arbitres et indpendance de la convention arbitrale dans la Convention dite Européenne sur l'Arbitrage Commercial International de 1961*, Essais Minoli, AIA/UTET, 1974, p. 321.

(٨٤) Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, LGDJ 1969, spéc. P. 102: "par nature même accessoire", puisqu'elle "ne se conçoit pas en dehors d'un contrat principal, même si elle est contenue dans un acte distinct".

(٨٥) A. Samuel, *Separability in English Law - Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Contained*, J. Int'l Arb. Sept. 1986, p. 95.

(٨٦) P. Mayer, précitée.

التحكيم والمتمثل في حسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، يجعله يختلف عن هذا الأخير الذي ينصب على تحديد الحقوق والالتزامات الأساسية للأطراف، مما يجعل إمكانية القول بوجود عقدين منفصلين مبرراً أيضاً، ولكن ما يقلل من أهمية هذا الخلاف الذي يغلب عليه الطابع النظري إلى حد بعيد، هو أن كليهما يتفق على أن شرط التحكيم (أو بالأحرى اتفاق التحكيم) الذي لا يكون مرتبطاً بعقد، لا يكون له معنى ولا جدوى من وجوده، كما أن كليهما يعترف باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أيضاً في حال البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، مما يقلل من الأهمية العملية لهذا الخلاف.

وبالتالي، يمكن القول أن تحديد الطبيعة القانونية لشرط التحكيم قد أصبح تقريباً مجرد مسألة نظرية بحتة لا يوجد لها فعلياً أي انعكاس عملي، في ظل اعتراف معظم الأنظمة القانونية باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي^(٨٧).

(٨٧) تسيير في هذا الاتجاه:

Céline Duquenne, L'autonomie de la clause compromissoire en droit du commerce international, Faculty of Law, McGill University, Montreal, 2000, p. 26 et 27: "le concept d'accessoire" permet de faire de la clause compromissoire un élément du contrat principal, mais un élément "séparable" de ce contrat. Inversement, le recours la notion de contrat fait de la clause un élément en principe autonome, mais, dans une certaine mesure, rattaché au contrat principal, puisqu'il est généralement admis que l'existence du contrat principal est un préalable nécessaire à la validité de la clause. C'est dire combien la distinction entre les deux qualifications est aigüe, et sans doute ni l'une ni l'autre ne permet d'expliquer parfaitement en quoi consiste l'autonomie matérielle de la clause compromissoire. Ainsi, quelque soit la qualification retenue pour la clause, les conséquences pratiques qui en découlent sont sensiblement identiques. Ces conséquences, expression du principe d'autonomie entendue comme autonomie par rapport au contrat principal, sont largement accueillies à travers le monde".

المبحث الثاني

استقلال اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني

يعود الفضل الأكبر في ترسيخ هذا المعنى الجديد لقاعدة الاستقلال إلى القضاء الفرنسي؛ فلا تشير قاعدة الاستقلال هذه المرة إلى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بالمعنى المشار إليه في المبحث الأول، إنما الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم باعتبارها قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم الدولي، يتم تطبيقها دون حاجة للرجوع في تقريرها من عدمه لأي قانون وطني، فإذا كانت قاعدة الاستقلال بالمعنى الأول، قد رسختها معظم الأنظمة القانونية الحديثة، فإن المعنى الثاني لتلك القاعدة، لم يحظ حتى الآن بمثل هذا الاعتراف.

وبناء عليه، فإن معظم القوانين ما تزال تطبق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والذي يتم بموجبه تحديد مدى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، والتحقق من وجود اتفاق التحكيم وصحته، ولكن أمام الصعوبات التي يثيرها تطبيق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم (المطلب الأول)، جعل الفقه والقضاء يسير باتجاه ترسيخ قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم بعيداً عن تطبيق قواعد التنازع (المطلب الثاني)، مع ذلك فإن تلك القاعدة الموضوعية ليست مطلقة بل ترد عليها بعض القيود (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تطبيق قواعد التنازع على اتفاق التحكيم

تتجه معظم الدول إلى تطبيق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؛ وهي لا تمنع من حيث المبدأ تطبيق قانونين مختلفين على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، ولكن ذلك لا يخلو من صعوبات قانونية وعملية.

الفرع الأول: إمكان تطبيق قانون على اتفاق التحكيم وتطبيق قانون آخر

على العقد الأصلي

يترتب على ترسيخ قاعدة الاستقلال، ليس فقط عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، إنما أيضاً إمكانية خضوع كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين؛ بالتالي فإن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي قد لا يكون بالضرورة هو نفسه المطبق على اتفاق التحكيم، ويبدو أن هذا الأمر لا يثير مشكلة فعلية في الفقه الذي يقبل بمسألة "تجزئة العقد" (Dépeçage du contrat) في إطار

تنازع القوانين^(٨٨). هذا التوجه نحو تطبيق قانونين مختلفين على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، أقر به القضاء الفرنسي في عدة أحكام^(٨٩). وقد سار قضاء التحكيم على هذا النحو أيضاً^(٩٠)، فقد جاء في أحد قرارات غرفة التجارة الدولية بباريس أن: "للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم"^(٩١). وجاء في قرارات أخرى لذات الغرفة أن: "شرط التحكيم يمكن أن يخضع، وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، في التحكيم الدولية لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي"^(٩٢)، وأن "للمحكمن سلطة تقدير صحة ونطاق اتفاق التحكيم استقلالاً عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي المدرج به الشرط"^(٩٣).

والواقع أن تطبيق قانونين مختلفين على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، لا يثير مشكلة في حال وجود اتفاق بين الأطراف يقضي بذلك، ولكن الإشكالية الحقيقية تتمثل في أنه نادراً ما يقوم الأطراف بتعيين قانونين مختلفين لحكم شرط التحكيم والعقد الأصلي، فهل يمتد عندها تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي ليحكم اتفاق التحكيم أيضاً؟

يمكن الرد على هذا السؤال بالإيجاب، لأن شرط التحكيم يمكن اعتباره مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بالتالي فالمنطق يقتضي خضوع الشرط لذات القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، ما لم يعبر الأطراف عن إرادة مخالفة، ولكن يبدو أن هذا الحل لا يلقى قبولاً عاماً في القضاء الوطني لمعظم الدول، والتي تتجه في حال سكوت

(٨٨) P. Mayer, Les limites á la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, p. 359.

(٨٩) CA Paris, 25 janv. 1972: Rev. arb. 1973, p. 158 note Ph. Fouchard; Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972, Hecht c. Soc. Buysman's, Rev. arb. 1974, 89; Cass. 1^{re} civ., 14 dc. 1983, Rev. arb. 1984, p. 483, note M.-C. Rondeau-Rivier; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, p. 273, note P. Mayer.

(٩٠) Sentence CCI n 5730, Elf Aquitaine v. Orri, JDI 1990, p. 1029, note Y. Derains.

(٩١) Sentence CCI n4381, 1986: JDI 1989, p. 1103 et s.

وقد جاء في هذا القرار أيضاً أن ما استقر عليه الرأي في قرارات سابقة من أن تقرير صحة اتفاق التحكيم يجب أن يبحث عنه طبقاً لإرادة الأطراف والعهادات التي تتفق مع ما تتطلبه التجارة الدولية.

(٩٢) Sentence CCI n 4504, 1985: JDI 1986, p. 1118, note S. Jarvin.

(٩٣) Sentence CCI n 4381, 1986: JDI 1986, p. 1102, note Y. Derains.

الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم إما إلى تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي، أو تطبيق قانون دولة مقر التحكيم أو قانون آخر^(٩٤).

الفرع الثاني: صعوبة تطبيق قواعد تنازع القوانين على اتفاق التحكيم

يثير تطبيق قواعد تنازع القوانين في مجال التحكيم الدولي، لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، العديد من الصعوبات القانونية والعملية التي يصعب أحياناً تخطيها.

تتمثل الصعوبة الأولى في صعوبة تحديد الأفكار المسندة بشأن اتفاق التحكيم؛ لأن اتفاق التحكيم يشتمل على مجموعة عناصر: أهلية الأطراف، وسلطة إبرام اتفاق التحكيم، والشروط الشكلية والموضوعية لاتفاق التحكيم، وخصوصاً مسألة قابلية النزاع للتحكيم، فهذه العناصر جميعاً يصعب إدخالها ضمن فئة قانونية معينة، فهل هي عناصر تتعلق بالشكل أم بالموضوع؟ وهل اتفاق التحكيم ذاته، يعد مسألة إجرائية أم موضوعية؟

فإذا أمكن تكييف اتفاق التحكيم على أنه مسألة إجرائية، على أساس أنه ينبغي حسم نزاع، ويؤدي إلى إخراج النزاع من سلطة القضاء، وإعطاء هيئة التحكيم سلطة الفصل فيه، فإنه لا يمكن مع ذلك، إنكار الطبيعة الموضوعية لاتفاق التحكيم، على أساس أن هذا الاتفاق هو في نهاية المطاف عقد، بالتالي هو مسألة موضوعية، كما أن إعطاء اتفاق التحكيم ذات تكييف العقد الأصلي، وإخضاعه بالتالي للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، لا يخلو من إشكاليات؛ لأن اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يختلفان عن بعضهما البعض في محل وسبب كل منهما، هذا بالإضافة إلى أن إخضاع اتفاق التحكيم لذات القانون الذي يخضع له العقد الأصلي يثير إشكالية حقيقية عند عدم وجود اتفاق صريح أو ضمني بين الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي. وأخيراً، فإنه لا يجوز أن يقتصر القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على القانون الذي يحكم العقد الأصلي؛ لأن مثل هذا الحصر يخالف من جهة قاعدة الاستقلال ذاتها، ولأنه يتعارض من جهة أخرى مع فكرة الحرية التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم الدولي، وإن فرض تطبيق قانون معين يتعارض مع هذه الحرية^(٩٥).

Yves Derains, Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI (٩٤) 1993, p. 829.

E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précité. (٩٥)

أما الصعوبة الثانية، فتتمثل في صعوبة تحديد ضوابط الإسناد التي تطبق على اتفاق التحكيم؛ فتطبيق بعض ضوابط الإسناد تثير إشكالية، كضابط مكان إبرام العقد؛ فقد يأتي هذا المكان بمحض الصدفة بحيث لا يعبر عن رابطة فعلية مع العقد تبرر تطبيقه، وكذلك الحال بالنسبة لتطبيق قانون دولة مقر التحكيم، فقد لا يكون لهذا المكان رابطة فعلية مع العقد الذي ثار النزاع بشأنه والمراد حسمه بطريق التحكيم.

بناء على هذه الصعوبات، فقد انتقد جانب من الفقه بشدة مسألة تطبيق قواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؛ على أساس عدم وجود مبادئ قانونية واضحة تطبقها الدول بهذا الشأن^(٩٦). كما أن كثيراً من قواعد التنازع تختلف من دولة إلى أخرى، مما يجعل إمكانية توقع الأطراف للقانون الذي سيطبق على اتفاق التحكيم صعباً، مما يهدد الاستقرار القضائي، ومن هذا المنطلق سعى الفقه والقضاء لترسيخ قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم بعيداً عن تطبيق قواعد التنازع التي تتصف بالتعقيد وعدم الملاءمة للتطبيق في مجال التحكيم الدولي، تكون أكثر سهولة ويسراً من قواعد التنازع، وتتمثل الفائدة العملية من هذه القاعدة الموضوعية في أنها تعطي حلاً موضوعية مباشرة لمعظم المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم دون الرجوع في ذلك لأي قانون وطني؛ وتجعل بمقدور الأطراف العلم المسبق بالقواعد القانونية التي تحكم اتفاق التحكيم، مما يحقق الاستقرار القضائي. وكل ذلك، يصب في صالح تحقيق مصالح التجارة الدولية^(٩٧)، ويؤدي إلى تجنب خصوصية القوانين الوطنية وتعقيداتها^(٩٨).

المطلب الثاني

تأكيد وجود قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم

تجنباً للعديد من الصعوبات التي يثيرها تطبيق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فقد سعى الفقه نحو ترسيخ قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم بعيداً عن تطبيق قواعد التنازع، أي بعيداً عن تطبيق أي قانون وطني للدول، وقد لقي هذا التوجه قبولاً واسعاً خصوصاً في القضاء الفرنسي، وقد

R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1992, (٩٦) spéc. n 242.

C. Blanchin, précité, spéc. P. 28. (٩٧)

Y. Derains, obs. Sous la sentence CCI rendue en 1991 dans l'affaire n 6840, p. (٩٨) 1030.

مر ترسيخ تلك القاعدة الموضوعية بثلاث مراحل: تتمثل المرحلة الأولى في اعتبار قاعدة استقلال اتفاق التحكيم قاعدة موضوعية، وتتمثل المرحلة الثانية في اعتبار قاعدة استقلال اتفاق التحكيم قاعدة عامة أو مبدأ عاماً، وتتمثل المرحلة الثالثة والأخيرة في وضع قرينة بسيطة على صحة اتفاق التحكيم. وبتناول كل مرحلة من هذه المراحل الثلاث على التوالي.

الفرع الأول

استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أصبح قاعدة موضوعية في قانون التجارة الدولية

يعتبر جانب من الفقه أن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي قد أصبحت اليوم قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي^(٩٩). ويمكن تعريف القاعدة الموضوعية على أنها: "قاعدة أو مبدأ قانوني يكتسب قوة ملزمة في مضمونه، بسبب تحقيقه للمصالح المشروعة للأطراف وخدمته لمصالح التجارة الدولية، وذلك استقلاً عن الأنظمة القانونية للدول"^(١٠٠).

ويبرر الفقه هذه القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني على أساس: "أن استقلال شرط التحكيم ليس قاعدة إسناد، ولكن قاعدة موضوعية في القانون الدولي الخاص، خاصة بالتحكيم الدولي، لا تترك مكاناً لتطبيق أي قانون أجنبي"^(١٠١). وتتمثل الفائدة العملية لهذه القاعدة الموضوعية في أنه يجب دائماً الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم استناداً لهذه القاعدة الموضوعية دون الرجوع في ذلك إلى قواعد تنازع القوانين للدول^(١٠٢). بمعنى آخر، يجب الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، حتى لو كان القانون الواجب التطبيق يرفض فكرة

(٩٩) انظر أحمد سلامة: المرجع السابق، البند ١٣٩، ص ٤٨٧ وما بعدها. وانظر أيضاً:

F. Deby-Gerard, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement de rapports internationaux, Thèse Paris 1971, éd. Dalloz, p. 111.

D. Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, éd. Gualino (١٠٠) éditeur, Paris 2004, n 201, p. 145.

(١٠١) Goldman (١٠١)، التحكيم (القانون الدولي الخاص) موسوعة القانون الدولي، ١٩٦٩، البند، ٣٦:

مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٨٨.

(١٠٢) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند ١٣٩، ص ٤٨٧ و ٤٨٨.

الاستقلال، لأن قاعدة الاستقلال مقررة بموجب قاعدة موضوعية وليس بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين^(١٠٣).

ويعود الفضل الأكبر في ترسيخ هذه القاعدة الموضوعية ووضع إطار قانوني لها إلى القضاء الفرنسي، وقضاء التحكيم، واللذين يتطابقان إلى حد كبير مع ما أورده الفقه في هذا الشأن^(١٠٤). فقد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٠ أنه: "بمقتضى قاعدة موضوعية في القانون الدولي للتحكيم، فإن شرط التحكيم يكون مستقلاً قانوناً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه صراحة أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، بشرط احترام القواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، بالاستناد إلى الإرادة المشتركة للأطراف، ودون حاجة للرجوع إلى قانون أي دولة"^(١٠٥). ويمكن من هذه القضية استخلاص أمرين هامين: الأول، أن المحكمة قامت بترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم ليس فقط من ناحية عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، إنما أيضاً الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم بعيداً عن تطبيق القوانين الوطنية للدول. الثاني، التأكيد على أن القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم في إطار التحكيم الدولي ليست مطلقة، إنما مقيدة باحترام القواعد الآمرة والنظام العام الدولي. ويأتي هذا الحكم لمحكمة النقض الفرنسية، تكملة لما بدأتها في قضية Hecht بتاريخ ١٩٧٢/٧/٤ حيث قضت فيه بعدم الحاجة للرجوع إلى أي قانون وطني معين لتقرير صحة شرط التحكيم في مجال التحكيم الدولي، وجاء فيه: "إن صحة اتفاق التحكيم يتم تقديره

(١٠٣) انظر بشأن صعوبات تطبيق قواعد التنازع على التحكيم،

Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n 422, et 434.

(١٠٤) حول مراحل تطور القضاء الفرنسي بشأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني، انظر:

E. Loquin, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 692 et s.

"en vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique: "Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993; Dalico: Bull. civ. I, n° 372; Rev. arb. 1994, 116, H. Gaudmet-Tallon; JDI (JDI) 1994, 432, note E. Gaillard; Rev. arb. 1994, 690, E. Loquin; Rev. crit. DIP 1994, 663, P. Mayer; RTD com. 1994, 254, note J.-C. Dubarry et E. Loquin.

بدون الرجوع إلى القانون الذي يحكمه" (١٠٦)، وهو ذات التوجه الذي أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمها في قضية Menicucci بتاريخ ١٣/١٢/١٩٧٥ (١٠٧).

يتبين لنا من ذلك، أن استقلال اتفاق التحكيم وتقدير صحته تحكمهما قاعدة موضوعية في القانون الدولي للتحكيم، ويطبقتان دون الرجوع في ذلك إلى قواعد تنازع القوانين، وإلى أي قانون وطني تابع لإحدى الدول. وعلى هذا الأساس، نجد محكمة النقض الفرنسية تؤكد في حكمها الصادر في العام ١٩٨٦ على أن: "القانون الأكثر ملاءمة لحكم وجود اتفاق التحكيم ليس هو نظام قانوني وطني محدد ولكن المبادئ العامة للقانون والعادات المقبولة في التجارة الدولية" (١٠٨)، وقضت في العام ١٩٩١ بأن: "مبدأ استقلال شرط التحكيم في مجال التحكيم الدولي، يستخلص من أنه يجب تقدير شروط تكوين هذا الشرط، وبصرف النظر عن شروط العقد الأصلي، بالرجوع فقط إلى عادات التجارة الدولية" (١٠٩). ثم جاءت محكمة استئناف باريس في حكمها

Cass. 1^{re} civ., Hecht, 4 juill. 1972: JDI 1972, 843, B. Oppetit; Rev. crit. DIP (١٠٦) 1974, 82, P. Level; Rev. arb. 1974, 67 et 89, Ph. Francescakis; dans le même sens, Paris 10 sept. 1997: Rev. arb. 1999, 121, note D. Bureau; CA Paris, 7 dc. 1994: Rev. arb. 1996, 245, note Jarrosson; Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, Rev. arb. 1997, 537, note E. Gaillard.

انظر أيضاً:

Cass. 2^e civ., 4 avr. 2002, et Cass. com., 9 avril 2002: Rev. arb. 2003, 103, P. Didier.

وقد جاء فيها: "إن البطلان المحتمل للعقد ليس له تأثير على صحة شرط التحكيم".

CA Paris, 13 dc. 1975, Menicucci, Rev. crit. DIP 1976, 507, note B. Oppetit; (١٠٧) Rev. arb. 1977, 147, note Ph. Fouchard; JDI 1977, 106, note E. Loquin: "Compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique".

وهو ذات التوجه الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية Ecofisa "le juge français n'est pas tenu de se référer à la loi étatique déclarée compétente en vertu de règles de conflit: " Cass. 1^{re} civ., Ecofisa, 4 déc. 1990.

JDI 1987, 1039:

(١٠٨)

مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٩٢.

Cass. civ., 22 oct. 1991, aff. Valenciana: Rev. arb. 1992, p. 454, note P. Lagarde; Rev. crit. DIP 1992, p. 113, note B. Oppetit; JDI 1992, p. 177, note B. Goldman.

وفي حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ٧١ ديسمبر ١٩٩١ جاء فيه: "في مجال التحكيم الدولي، فإن لمبدأ استقلال شرط التحكيم تطبيقاً عاماً، باعتباره قاعدة موضوعية دولية تقرر مشروعية اتفاق التحكيم دون الرجوع إلى أي نظام لتنازع القوانين". انظر أيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧٥.

الصادر بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩١ لتبين بطريقة لا لبس فيها أنه: "في مجال التحكيم الدولي، فإن لمبدأ استقلال شرط التحكيم تطبيقاً عاماً، باعتباره قاعدة موضوعية دولية تقرر مشروعية اتفاق التحكيم دون الرجوع إلى أي نظام لتنازع القوانين"^(١١٠). وهذا ترسيخ واضح لقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، وأن هذه القاعدة تحكمها قاعدة موضوعية، بالتالي فإن استقلال اتفاق التحكيم وتقدير مدى صحته يتمان بالرجوع إلى عادات وأعراف التجارة الدولية وليس إلى أي قانون وطني معين.

وقد سار قضاء التحكيم في ذات اتجاه القضاء الفرنسي، من حيث ترسيخه للقاعدة الموضوعية المتعلقة باستقلال اتفاق التحكيم، فقد جاء في قرار التحكيم رقم (٥٠٥٦) الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في العام ١٩٦٠ أنه: "عندما تتعلق المسألة بوجود اتفاق التحكيم، وأن العقد محل النزاع هو عقد دولي بالنظر إلى جوانبه المختلفة، ولم يثر نزاع بشأن أهلية الأطراف وأن الأطراف قد أغفلوا عن قصد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن القانون الأكثر ملاءمة لحكم مسألة وجود اتفاق التحكيم ليس الرجوع لنظام قانوني معين وإنما المبادئ العامة في القانون والأعراف المقبولة في مجال التجارة الدولية"^(١١١). وجاء في القضية التحكيمية الصادرة في سويسرا عام ١٩٩٠، حول السؤال عن إمكانية تطبيق قواعد التاجر Lex Mercatoria على اتفاق التحكيم، جاء فيه أن: "استقلال شرط التحكيم، المعترف به على نطاق واسع اليوم، يبرر هذه الإحالة على قواعد غير وطنية تستخلص فقط من عادات التجارة الدولية"^(١١٢).

وقد لاقت تلك القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم قبولاً لدى معظم

(١١٠) CA Paris, 17 dc. 1991, Rev. arb. 1983, 281, note H. Synvet.

(١١١) JDI 1987, p. 1039. "quand l'existence même de la convention est en jeu, alors que le prétendu contrat est à tout point de vue un contrat international, qu'aucune question de capacité des parties n'est en cause et qu'en plus les ont délibérément omis de choisir le droit applicable au contrat, le droit le plus approprié pour régir la question de l'existence de la convention d'arbitrage n'est pas celui d'un système national particulier mais les principes généraux du droit et les usages acceptés dans le commerce international".

(١١٢) JDI 1990, P. 1020. "L'autonomie de la clause d'arbitrage, largement reconnue aujourd'hui, justifie cette référence à une règle non étatique déduite des seuls usages du commerce international".

الفقه^(١١٣)، إلا أن الفقه الفرنسي قد اختلف حول تحديد القيمة القانونية لتلك القاعدة الموضوعية، فهل هي قاعدة ذات تطبيق عالمي أم أنها مجرد قاعدة وطنية فرنسية؟ وقد ظهرت بهذا الصدد أربعة آراء:

الرأي الأول، يرى أنها قاعدة عالمية لا يقتصر تطبيقها على النظام القانوني الفرنسي؛ لأنها تعتبر إحدى القواعد الدولية للتحكيم وليس قاعدة فرنسية للتحكيم الدولي^(١١٤).

الرأي الثاني، يرى أنها قاعدة ذات تطبيق عالمي، على اعتبار أنها تمثل جزءاً لا يتجزأ من قواعد Lex Mercatoria نظراً لعملها على تحقيق مصالح التجارة الدولية^(١١٥)، أو اعتبارها على أقل تقدير قاعدة وطنية من قواعد التحكيم الدولي^(١١٦).

الرأي الثالث، يرى أنها مجرد قاعدة موضوعية فرنسية لكنها ذات تطبيق دولي، وذلك على أساس أن القضاء الفرنسي لا يملك سلطة وضع قواعد عالمية^(١١٧)، بل إن القضاء الفرنسي ذاته، لم يدع ولم يسع فعلياً لترسيخ تلك القاعدة الموضوعية على نطاق عالمي^(١١٨).

الرأي الرابع والأخير، يرى أن هذه القاعدة الموضوعية هي قاعدة موضوعية فرنسية، ولكنها قد تصبح قاعدة موضوعية دولية تتجاوز النظام القضائي الفرنسي إذا تبنتها الدول الأخرى^(١١٩).

وعلى الرغم من وجهة هذه الآراء جميعاً إلا أننا نؤيد الرأي الرابع؛ لأن القضاء الفرنسي لا يملك بالفعل فرض تلك القاعدة الموضوعية على نطاق عالمي، ولكنها قد تكون مصدر إلهام لقوانين وقضاء الدول الأخرى، مما يؤدي إلى اتساع تطبيقها في مجال التحكيم الدولي، ولا يمكن إغفال مسألة في غاية الأهمية، وهي أنه يمكن تطبيق

(١١٣) حول الانتقادات الموجهة لتلك القاعدة الموضوعية، انظر:

P. Level, sous l'arrêt Hecht Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972, Rev. crit. DIP 1974, p. 82 "prudence génératrice d'équivoque"; B. Oppetit, Sous l'arrêt Hecht, JDI 1972, p. 843 "Iaconisme"; E. Loquin, sous l'arrêt Menicucci, CA Paris, 17 dc. 1975, JDI 1977, p. 106 "lapidaire".

E. Loquin, note sous l'arrêt Dalico, Cass. 1^{re} civ. 20 dc. 1993, JDI 1994, p. 690. (١١٤)

B. Goldman, note sous l'arrêt Hecht, JCP 1971, n 16927. (١١٥)

Ph. Francescakis, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la cour de cassation, Rev. arb. 1974, p. 67. (١١٦)

H. Gaudmet-Tallon, sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 116. (١١٧)

E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 432. (١١٨)

S. Gravel and P. Peterson, French Law and Arbitration Clause, R.D. McGill (١١٩) 1992, P. 511 et s. spéc. P. 521.

تلك القاعدة الموضوعية من قبل المحكمين في مجال التحكيم الدولي، إما لأن الأطراف اتفقوا على تطبيقها فليزِم المحكم بذلك، أو لأن المحكم نفسه قد اختار تطبيقها باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من قواعد التحكيم الدولي أو قواعد الـ *Lex Mercatoria*، ولا شيء يمنع المحكم من ذلك سوى وجود اتفاق مخالف بين الأطراف، واحترام النظام العام الدولي.

الفرع الثاني: الاستقلال مبدأ قانوني عام في مسائل التجارة الدولية

إن الرواج الكبير لقاعدة استقلال اتفاق التحكيم على مستوى معظم الأنظمة القانونية، يعود من جهة إلى أنها تحقق المصالح المشتركة للأطراف باتخاذ التحكيم سبيلاً لحسم منازعاتهم، ولأنها من جهة أخرى تحقق وتحفظ مصالح التجارة الدولية. وقد دعى هذا الأمر جانب من الفقه إلى القول بأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم قد أصبحت تشكل في الوقت الحاضر "أحد المبادئ العامة للتحكيم والتي أصبح المحكمون في مجال التجارة الدولية يستندون إليها دائماً بصرف النظر عن المكان الذي يعقد فيه التحكيم"^(١٢٠). وقد كان للقضاء الفرنسي دور فاعل في ترسخ هذا المبدأ العام، فقد اعتبرت محكمة استئناف باريس بتاريخ ٦/٧/٢٠٠١ أن: "استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يعد مبدأ قانونياً عاماً في مجال التحكيم التجاري الدولي"^(١٢١). وجاء هذا الحكم استناداً إلى توجه محكمة النقض الفرنسية في قضية Hecht بتاريخ ٤/٧/١٩٧٢، والتي رفضت فيها الرجوع إلى أي قانون وطني معين لتقرير صحة شرط التحكيم في مجال التحكيم الدولي، بقولها: "إن تقرير صحة اتفاق التحكيم يتم دون الرجوع إلى القانون الذي يحكمه"^(١٢٢). وعلى هذا الأساس، يرى البعض أن توجه القضاء الفرنسي في هذا الإطار جاء لترسيخ قاعدة مفادها أن اتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي يعد عقداً بدون تنازع أو عقد بدون قانون^(١٢٣).

Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 392, et 406.

CA Paris, 7 juin 2001, Hellafranca: Rev. arb. 2001, 616. (١٢١)

جاء في هذا الحكم أن:

"L'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est un principe général de droit de l'arbitrage commercial international".

Cass. 1re civ., Hecht, 4 juill. 1972: JDI 1972, 843, B. Oppetit; Rev. crit. DIP (١٢٢) 1974, 89, P. Level.

Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 442, p. 251. (١٢٣)

ويبدو أن الفقه يؤيد هذا التوجه في اعتبار اتفاق التحكيم مبدأً عاماً، حيث يرى البعض^(١٢٤): "أن مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، وقد كرسه القضاء الفرنسي بصدد التحكيم التجاري الدولي على نحو قاطع ومتواتر مما يصلح أساساً للقول بوجوده أيضاً في التحكيم الداخلي...". ويضيف البعض الآخر^(١٢٥)، أنه: "يمكن القول أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم، أصبح عرفاً تحكيمياً واجب التطبيق، ما دام أنه لا يوجد نص في القانون يحظر ذلك...".

وعلى كل حال، فإنه يترتب على تكييف قاعدة استقلال اتفاق التحكيم على أنها قاعدة عامة أو مبدأ عام نتيجتان هامتان هما: أنه يجب من جهة معاملة اتفاق التحكيم معاملة مستقلة عن العقد الأصلي فلا يتأثر بصحة أو بطلان أو انقضاء هذا الأخير، وأنه يجب من جهة ثانية الرجوع إلى شروط اتفاق التحكيم ذاته لتقرير صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، وليس الرجوع إلى أي قانون وطني معين.

خلاصة القول أن تكييف قاعدة الاستقلال على أنها قاعدة عامة أو مبدأ عام من شأنه التأكيد على قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، بل والتأكيد أيضاً على انطباق هذه القاعدة حتى دون حاجة للنص عليها في قوانين التحكيم الوطنية، وهذا ما سار عليه القضاء بالفعل في معظم الدول التي لم تنص صراحة أو ضمناً على قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، كما هو الحال في بعض الدول العربية^(١٢٦). وأخيراً، التأكيد على أن تقدير صحة أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته يتم دونما حاجة للرجوع إلى أي قاعدة من قواعد تنازع القوانين، أي بعيداً عن تطبيق أي قانون وطني معين، وهذه القاعدة أو المبدأ العام يأتي تكملة واستمراراً للقاعدة السابقة التي تفيد بأن قاعدة الاستقلال هي قاعدة موضوعية.

(١٢٤) محمود مختار بريري، المرجع السابق، البند ٨٣، ص ٧٠.

(١٢٥) حمزة حداد، المرجع السابق، البند ١٥٦، ص ١٣٠.

(١٢٦) انظر في هذا الإطار: حكم محكمة استئناف بيروت بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٣ والذي جاء فيه: "المسلم به فقهاً واجتهاداً بأن البند التحكيمي، أي شرط التحكيم، مستقل عن العقد الذي ورد فيه، فيبقى قائماً بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد فيه ذلك البند": المجلة اللبنانية، العدد ٢٦، ص ٤٥، مذكور سابقاً في هامش ٢٣. وكذلك حكم محكمة استئناف بيروت بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/١٤، المجلة اللبنانية، العدد ٣٢، ص ٢١، مذكور سابقاً هامش ٢٤. وتمييز مدني دبي، طعن ١٦٧، بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٢، العدد ١٣، ص ٤٨٦، مذكور سابقاً، هامش ٢٥.

الفرع الثالث: قرينة صحة اتفاق التحكيم

لم يقف الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم عند حد اعتباره قاعدة موضوعية، أو اعتباره قاعدة عامة أو مبدأ عام من مبادئ قانون التحكيم الدولي، إنما تجاوز الأمر ذلك إلى حد وضع قرينة بسيطة على صحة اتفاق التحكيم ذاته، وقد جاء ترسيخ ذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Zanzi الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١/٥ بقولها: "بالنظر إلى مبدأ صحة اتفاق التحكيم الدولي..."^(١٢٧). وقد عادت ذات المحكمة لتؤكد مرة أخرى على مبدأ صحة أو (قرينة صحة) شرط التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥/٥/٢٠٠٥، والذي جاء فيه أنه: "تطبيقاً لمبدأ صحة اتفاق التحكيم واستقلاله في الإطار الدولي، فإن بطلان أو انقضاء العقد الذي يتضمنه لا يؤثر عليه"^(١٢٨). ويرى جانب من الفقه أن هذا التوجه لمحكمة النقض الفرنسية جاء للتأكيد من جهة على أن صحة شرط التحكيم يتم تقديره بالنظر إلى اتفاق التحكيم ذاته ودون الرجوع في ذلك إلى أي قانون وطني معين، وليضمن من جهة أخرى الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم باعتبارها قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي، التي لاقت اعترافاً عالمياً^(١٢٩). ويضيف أيضاً أن هذا التوجه لمحكمة النقض الفرنسية في التأكيد على صحة اتفاق التحكيم من شأنه أن يجعل قاعدة "الاختصاص بالاختصاص" بدورها قاعدة موضوعية، يتم إعمالها دون الرجوع إلى أي قانون وطني^(١٣٠).

وينتقد جانب من الفقه الفرنسي بشدة قرينة صحة اتفاق التحكيم، على أساس أنها فكرة يسومها الغموض، لأن "مفهوم الصحة، يرتبط بفكرة أنه لا حاجة للجوء

Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999, Zanzi: Bull. civ. I, n 2; Rev. arb. 1999. 260, note (١٢٧) Ph. Fouchard; RTD com. 1999. 380, obs. E. Loquin; Rev. crit. DIP 1999. 546, note B. Bureau; JDI 1999, 784, note Poillot-Peruzzetto.

أخذت بذات التوجه أيضاً محكمة استئناف باريس:

CA Paris, 4 déc. 2002: Rev. arb. 2003, p. 1286.

Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005: Bull. civ. I, n 378; D. 2006, 199, avis Sainte-Rose; (١٢٨) D 2005, 3052 et 3060, obs. Clay; Rev. arb. 2006, 103, note Racine.

انظر في ذات الاتجاه أيضاً:

Cass. 1^{re} civ., 2006: Bull. civ. I, n 364; D. 2006, pan. 3027, obs. Clay; JCP 2006, I, 187, n 9, obs. Seraglini et II, 10182, note Call; Rev. arb. 2006, 981.

Ph. Fouchard, Sous Cass. civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, précité, p. 268.

(١٢٩)

Ibid.

(١٣٠)

إلى تطبيق أي قانون وطني، ويترك مجالاً للظن بأن اتفاق التحكيم لا يخضع لأي قانون، إنما يستمد صحته من تلقاء ذاته، وهذا طرح سخيف^(١٣١). كما أنه لا يمكن اعتبار أي تصرف قانوني صحيحاً إلا إذا تحققت فيه الشروط الشكلية الموضوعية التي يفرضها نظام قانوني معين خارج عن هذا التصرف وسابق عليه^(١٣٢). وأخيراً فإن فكرة "عقد بدون قانون" Contrat sans loi يثير كثير من الإشكاليات القانونية: "فالعقد يتجرد من كونه بدون قانون من اللحظة التي تقرر فيه المحكمة بأن اتفاق التحكيم يعتبر مستقلاً عن أي قانون وطني"^(١٣٣).

ولكن رغم هذه الانتقادات، يبدو أن الدافع الرئيس من وراء تقرير قرينة صحة اتفاق التحكيم، هو جعل اتفاق التحكيم في مأمن من تعقيدات القوانين الوطنية.

وقد وجدت قرينة صحة اتفاق التحكيم صدى لها في القوانين الوطنية، ولوائح وأنظمة مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة. وقد سارت على هذا النهج، المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني لسنة ٢٠٠٤ حيث نصت على أنه: "يكون اتفاق التحكيم المقدم أمام هيئة التحكيم صحيحاً ما لم يرقم الدليل على خلاف ذلك". فالنص رسخ قرينة بسيطة على صحة اتفاق التحكيم، ولكن يمكن نقضها بدليل مخالف، ويلاحظ أن هذا النص - كما ذكرنا سابقاً - لا يفرق بشأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، بالتالي فإننا نرى أن قرينة صحة اتفاق التحكيم الواردة في النص الفلسطيني تنطبق على نوعي التحكيم معاً وليس على التحكيم الدولي فقط، بل أكثر من ذلك، فإننا نرى انطباقها أيضاً على مشاركة التحكيم إضافة إلى شرط التحكيم.

وقد جاءت الإشارة إلى قرينة صحة اتفاق التحكيم أيضاً في المادة (٣) من لائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤، والتي تنص على أنه: "تفترض صحة جميع الاتفاقات والمشاركات المقدمة

"la notion de validité, jointe à l'idée qu'il n'y a pas lieu de recourir à une loi étatique quelconque, peut laisser entendre que la convention d'arbitrage ne serait soumise à aucune norme, qu'elle ne tirerait sa validité que d'elle même, ce qui serait évidemment absurde: " E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précit.

H. Gaudmet-Tallon, sous l'arrêt Dalico, CA Paris, 26 mars 1991, Rev. arb. (١٣٢) 1991, p. 456.

"le contrat cesse d'être sans loi au moment où le tribunal énonce qu'il est (١٣٣) valable indépendamment de toute loi étatique:" P. Mayer, sous l'arrêt Cotunav, CA Paris 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990, p. 675.

للتحكيم أمام المركز ما لم يقيم الدليل على عدم صحتها". ويعلق الدكتور أحمد سلامة على هذا النص بقوله: "فهذا النص قاطع الدلالة كذلك في إبراز أخذ مفاهيم فكرة الاستقلال التي تنطوي على معنى السلطة التي يتمتع بها اتفاق التحكيم، فذلك الاتفاق صحيح في ذاته، ولو كان العقد الأصلي باطلاً، وتلك صحة مفترضة ما لم يثبت عكسها"^(١٣٤). ويبدو أن المادة (١٦) من قواعد القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ تسيير في ذات الاتجاه أيضاً ولكن بشكل ضمني، حيث جاء فيها أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم". فعبارة "وأي قرار... لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم"، يمكن تفسيرها على أنها تشير ضمناً إلى افتراض صحة شرط التحكيم، مما يعزز التوجه نحو ترسيخ قرينة صحة اتفاق التحكيم.

خلاصة القول، أن هذه القاعدة الموضوعية التي اعترف بها القضاء الفرنسي وقضاء التحكيم^(١٣٥)، تؤدي إلى إخضاع شرط التحكيم ليس إلى قانون وطني معين، إنما إلى المبادئ العامة في القانون وممارسات وعادات التجارة الدولية، هذا الأمر يتطابق مع حاجات التجارة الدولية، ومع إرادة الأطراف، اللذين لا تتجه نيتهم في العادة عند إبرام اتفاق التحكيم، إلى إخضاعه من حيث وجوده وصحته لقواعد قانون وطني معين^(١٣٦).

المطلب الثالث

تحديد نطاق القاعدة الموضوعية باستقلال اتفاق التحكيم

إن الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم ليست مطلقة، إنما ترد عليها بعض القيود، فهذه القاعدة الموضوعية لا تكفي لحكم جميع المسائل المتعلقة باتفاق

(١٣٤) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٨٠.

(١٣٥) Loquin يقول:

"le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est depuis longtemps appliqué par les sentences arbitrales, dans tous ses développements, au titre de la lex mercatoria: " E. Loquin, sous l'arrêt Dalico, Cass. 1^{re} civ. 20 dc. 1993, JDI 1994, p. 690.

Y. Derains, Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI, (١٣٦) 1993, 829.

التحكيم، مما يقتضي الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين بصورة احتياطية لحكم المسائل التي تعجز عن تنظيمها القاعدة الموضوعية، كما أن تطبيق تلك القاعدة الموضوعية يقتضي احترام الإرادة المشتركة لأطراف اتفاق التحكيم، واحترام القواعد الآمرة والنظام العام. ونتناول هذه النقاط الثلاث على التوالي.

الفرع الأول

الالتجاء إلى قواعد تنازع القوانين في مسائل الرضا والأهلية وسلطة إبرام اتفاق التحكيم

يرى جانب من الفقه أن ترسيخ القاعدة الموضوعية لا يمكنها استبعاد تطبيق قواعد التنازع بشكل كامل على اتفاق التحكيم^(١٣٧)؛ لأنه أمر لا يمكن تحقيقه من الناحية الفعلية. ويمكن التذليل على ذلك من خلال استعراض بعض المسائل التي يثيرها اتفاق التحكيم؛ كعيوب الرضا عندما تلحق بالعقد الأصلي وباتفاق التحكيم معاً؛ وقابلية النزاع للتحكيم، حيث يصعب فصل هذا الأمر عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، إلا إذا تم الاعتراف بوجود قاعدة موضوعية أخرى في مجال التحكيم الدولي تقرر استبعاد النظام العام الداخلي وعدم اعتباره من النظام العام الدولي^(١٣٨)؛ وخصوصاً مسألة الأهلية والسلطة في إبرام اتفاق التحكيم، حيث يبدو واضحاً عدم كفاية الاستناد إلى القاعدة الموضوعية لحكم هذه المسائل^(١٣٩). بل أكثر من ذلك، يمكن التساؤل عن الجزاء الذي يمكن تقريره بشأن جميع هذه المسائل، في ظل غياب أي قانون وطني يمكن الإحالة إليه لحكمها.

وعلى هذا الأساس، نجد الأستاذ الفرنسي Loquin يقول أنه: "في ظل غياب قواعد موضوعية لحكم هذه المسائل، فإن الحل المنطقي يقتضي الرجوع في حكمها إلى آلية تنازع القوانين"^(١٤٠). ويؤيد هذا الطرح أيضاً الأستاذ الفرنسي

H. Synvet, note sous l'arrêt Behar, CA Toulouse, 26 oct. 1982, JDI 1984, p. (١٣٧) 603.

P. Level, note sous l'arrêt Hecht, Rev. crit. DIP 1974, p. 82. (١٣٨)

H. Synvet, note sous l'arrêt Gatoil, CA Paris, 17 déc. 1991, Rev. arb. 1993, p. (١٣٩) 281. spéc. 292.

"en l'absence de règles matérielles régissant ces questions, la solution la plus (١٤٠) raisonnable est de revenir pour celles-ci au mécanisme des conflits de lois: " E.

Loquin, sous l'arrêt Menicucci, CA Paris, 13 déc. 1993, JDI 1977, p. 281, spéc. 295.

Oppetit^(١٤١). وهذا يعني ضرورة الاحتفاظ بقواعد تنازع القوانين بصورة احتياطية إلى جانب القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم، بحيث تطبق قواعد التنازع عندما تخرج المسألة عن حدود تلك القاعدة الموضوعية أو لحكم بعض المسائل التي تعجز القاعدة الموضوعية عن حكمها؛ فأهلية إبرام اتفاق التحكيم، يمكن الرجوع فيها إلى قانون الجنسية أو الموطن حسب النظام القانوني المتبع، ففي الدول العربية يُطبّق قانون الجنسية.

في المقابل، فإن الأستاذ Gaillard يعتبر أن الإشكاليات المتعلقة بعيوب الرضا وقابلية النزاع للتحكيم والأهلية وسلطة إبرام اتفاق التحكيم يمكن حلها ليس بالرجوع إلى قانون وطني معين أي بالرجوع إلى قواعد التنازع، إنما بالإحالة إلى متطلبات النظام العام الدولي^(١٤٢).

الفرع الثاني: احترام الإرادة المشتركة للأطراف

لا أحد ينكر الدور الأساسي الذي تلعبه الإرادة المشتركة للأطراف في مجال التحكيم، سواء تعلق الأمر بإبرام اتفاق التحكيم أو بتحديد معظم قواعده وإجراءاته، بل إن مجال أعمال تلك الإرادة المشتركة، يتسع في إطار التحكيم الدولي أكثر منه في إطار التحكيم الداخلي؛ لأن الأمر يتعلق من جهة بمصالح التجارة الدولية والتي تقتضي المرونة، ولأن الأطراف من جهة أخرى ينتمون إلى أكثر من نظام قانوني وطني، ما يعني إعطاء حرية أكبر لإرادة الأطراف^(١٤٣). غير أن اتساع مجال أعمال تلك الإرادة في إطار التحكيم الدولي، لا يعني أن تكون مطلقة؛ فإذا أمكن البحث عن الإرادة المشتركة للأطراف بشأن تفسير اتفاق التحكيم^(١٤٤) مثلاً، فإنه يصعب تحري تلك الإرادة المشتركة بشأن صحة اتفاق التحكيم وترتيب آثاره؛ لأنه لا يمكن أن يترك تحديد هذه الأمور للإرادة المشتركة للأطراف وحدها، بعيداً عن أي قانون وطني، ويعود ذلك لعدة أسباب: فمن جهة قد يكون من الصعب أو حتى من المستحيل أحياناً الوقوف على الإرادة المشتركة للأطراف؛ ومن جهة ثانية، فإن الاستناد إلى الإرادة

P. Oppetit, sous l'arrêt Menicucci, Rev. crit. DIP 1976, p. 507. (١٤١)

E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 432. (١٤٢)

B. Edelman, Accord compromissoire et internationalisation de la volonté, JCP (١٤٣) 1972, n 2487.

(١٤٤) حول تفسير اتفاق التحكيم، انظر:

CA Paris, 7 févr. 2002: RTD com. 2002, 659, obs. Loquin.

المشتركة للأطراف وحدها لتقرير صحة اتفاق التحكيم من عدمه، يجعل الإرادة تغلو على القانون، أو أن تصبح مصدراً مستقلاً للقانون، وهذا يخالف المبادئ العامة لنظرية العقد، ويتعارض أيضاً مع قواعد تنازع القوانين بشأن العقود^(١٤٥)؛ وأخيراً فإن الإرادة وحدها عاجزة عن حل جميع المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم، كمسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، لأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يمكنه تحديد ذلك وليس إرادة الأطراف وحدها.

وبالتالي، فإن أعمال الإرادة المشتركة للأطراف في مجال التحكيم الدولي، كما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico ليس مطلقاً^(١٤٦)؛ فإرادة الأطراف لا تكفي وحدها لتقرير وجود وصحة اتفاق التحكيم وترتيب آثاره؛ لأن أي تصرف قانوني لا يمكن أن يوجد بذاته، إنما يجب أن يسمح القانون لتلك الإرادة بالاتفاق على التحكيم، وتقرير صحته وترتيب آثاره، ولكن لا يهم بعد ذلك مصدر تلك القاعدة القانونية، أكانت وطنية أم دولية، ويبدو أن المقصود بالقاعدة القانونية الدولية في هذا الإطار، هي متطلبات النظام العام الدولي^(١٤٧).

الفرع الثالث: احترام القواعد الآمرة والنظام العام الدولي

جاء في قضية Dalico الفرنسية أن استقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني، مقيد باحترام القواعد الآمرة الفرنسية والنظام العام الدولي^(١٤٨). ويمثل هذا القيد متطلبات دنيا تفرضها العدالة "Exigences minimales de justice"^(١٤٩)؛

(١٤٥) يقول E. Gaillard لحكم محكمة النقض في قضية Dalico:

"la solution retenue par la cour de cassation ne suggère nullement que la volonté des parties serait une norme première, se suffisant à elle-même et que la constatation de son existence ne supposerait le recours à aucune règle de droit: " note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 432.

(١٤٦) حول الانتقادات المتعلقة بالإرادة المشتركة في قضية Dalico، انظر:

H. Gaudmet-Tallon, note sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 122-123.

Ibid: "la dernière instance juridique n'étant rien d'autre que l'ordre public, la référence à cet ordre public est l'exacte mesure de l'autonomie de la volonté - c'est ainsi que l'ordre public international détermine l'autonomie de la volonté en droit international privé".

J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, (١٤٨) LGDJ 1999, spéc. 183 et s.

E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précité. (١٤٩)

بمعنى أن احترام القواعد الآمرة والنظام العام الدولي يمثل حداً أدنى لا يمكن النزول عنه للاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني^(١٥٠).

فعلى الرغم من أهمية هذا القيد، إلا أنه يثير العديد من الإشكاليات القانونية، سواء تعلق الأمر بتفسير مصطلحي: "القواعد الآمرة" و "النظام العام الدولي"، أو من حيث كيفية إعمال هذا القيد وتحديد الدور الذي يؤديه في مجال التحكيم الدولي.

فبالنسبة للتفسير، فإن البعض يرى أن مصطلح "النظام العام" يشير إلى النظام العام الدولي عندما يكون مصدره وطنياً^(١٥١)، أما البعض الآخر فيرى أن مصطلح "القواعد الآمرة" يشير إلى القواعد البوليصية^(١٥٢)، وأخيراً فإن البعض يعتبر القواعد الآمرة هنا جاءت للتعبير عن النظام العام^(١٥٣).

أما بالنسبة للدور الذي يؤديه كل من النظام العام والقواعد الآمرة، فإن الفقه يتفق من حيث المبدأ على أن دور النظام العام لا يمكن أن يكون هنا نظام عام استبعادي^(١٥٤)؛ نظراً لعدم وجود قانون وطني معين يمكن استبعاد تطبيقه، وعلى هذا الأساس، يرى جانب من الفقه بأن فكرة النظام العام الواردة في قضية Dalico جاءت للتعبير عن فكرة النظام العام التوجيهي "النظام العام الفرنسي التوجيهي"، على اعتبار أن المقصود من قيد النظام العام هو تحقيق حد أدنى من العدالة^(١٥٥). ولكن جانب من الفقه، يعترض على هذا الطرح، على أساس وجود اختلاف في وظيفة كل من النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي؛ لأن فكرة النظام العام الدولي تؤدي إلى تقرير بطلان اتفاق التحكيم وليس استبعاد تطبيق قانون أجنبي^(١٥٦).

كما يثير تطبيق كل من مفهوم النظام العام والقواعد الآمرة أو البوليصية، مشكلة قانونية في غاية التعقيد؛ لأن تطبيق هذين المفهومين يرتبط بشكل أو بآخر بتطبيق قواعد التنازع؛ فبينما يؤدي النظام العام إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين بموجب قواعد الإسناد الوطنية، عندما تتعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم

E. Loquin, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 698. (١٥٠)

Ibid. (١٥١)

J.-M. Talau, note sous l'arrêt Abdel Aziz, CA Paris, 24 mars 1995, Rev. arb. (١٥٢)
1996, p. 259.

Gaudmet-Tallon, sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 116. (١٥٣)

E. Gaillard, P. Mayer, H. Synvet. (١٥٤)

E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précité. (١٥٥)

P. Mayer, sous l'arrêt Dalico, Rev. crit. DIP 1994, p. 663. (١٥٦)

عليها المجتمع في دولة القاضي، كما أن القواعد البوليصية تؤدي إلى استبعاد تطبيق قواعد التنازع ابتداءً عندما يظهر للقاضي أن العلاقة القانونية محل النزاع تحكمها قواعد بوليصية أمرة في دولته، كما أن تطبيق مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية تثير من زاوية أخرى، فالمحكم ليس كالقاضي، فهو يستمد مهمته من اتفاق التحكيم ذاته، ولا يوجد له نظام قانوني وطني يلزم بالدفاع عنه؛ لهذا السبب يجب أن توجد رابطة بين اتفاق التحكيم وقانون دولة معينة حتى يمكن إعمال مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية؛ وقد تكون تلك الرابطة ناشئة مثلاً عن إجراء التحكيم على إقليم دولة معينة، أو عن خضوع اتفاق التحكيم لقانون إحدى الدول كقانون مختار من قبل الأطراف، ففي مثل هذه الحالات لا توجد صعوبة في تطبيق مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية على اتفاق التحكيم، أما إذا انتفت مثل تلك الرابطة، فلا مجال لإعمالها.

ولكن تبقى مشكلة أساسية، وهي مسألة الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم دون الخضوع في ذلك لأي قانون وطني، إنما تحكمه قاعدة موضوعية تستبعد تطبيق قواعد التنازع، فكيف يمكن عندها أن نتخيل إمكانية إعمال مفهوم النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين، أو تطبيق القواعد البوليصية التي تستبعد تطبيق قواعد التنازع ابتداءً؟

يتمثل الحل بالتأكيد في إعطاء مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية دوراً مختلفاً عن الدور الذي تؤديه في مجال تنازع القوانين، وعليه يبدو أن الفكرة الأساسية من فرض قيد ضرورة احترام النظام العام والقواعد البوليصية في مجال التحكيم الدولي، هو احترام إرادة الأطراف إلى أقصى حد ممكن من أجل ضمان إعمال وفعالية اتفاق التحكيم، وفي نفس الوقت، فرض قيود دنيا على تلك الإرادة من خلال إلزامها باحترام حد أدنى من المبادئ الأساسية لضمان الاستقرار القضائي.

إضافة إلى ذلك، فإن تطبيق القاعدة الموضوعية بشأن استقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني، لا يعني استبعاد تطبيق قواعد التنازع بشكل كامل، لأن القاعدة الموضوعية لا يمكنها حل جميع المسائل المتعلقة بوجود وصحة اتفاق التحكيم؛ فتحديد أهلية الأطراف لإبرام اتفاق تحكيم مثلاً، لا يمكن حلها عن طريق تلك القاعدة الموضوعية، إنما بالرجوع إلى قانون الجنسية أو الموطن، وفق ما هو مبين أعلاه.

ولكن السؤال المطروح هو، كيف يمكن تحديد مضمون كل من مفهوم النظام العام والقواعد البوليصية في مجال التحكيم الدولي؟

بالنسبة للأستاذ الفرنسي Gaudmet-Tallon، يمكن اعتبارها قواعد بوليصية في مجال التحكيم الدولي: القواعد المتعلقة بقابلية النزاع للتحكيم، وتلك المتعلقة بشكل

اتفاق التحكيم وشروطه الموضوعية خصوصاً المتعلقة بالرضا وعيوبه^(١٥٧). كما يرى الأستاذ الفرنسي Ancel كأمثلة على النظام العام: احترام مبدأ المساواة بين الأطراف، حتى في حال التحكيم مع التفويض بالصلح، فلا يجوز مثلاً لأحد الأطراف تعيين محكمين والآخر تعيين محكم واحد، أو قيام أحد الأطراف بإكراه الآخر على إبرام اتفاق تحكيم، فهذه المسائل جميعاً، تستدعي تطبيق فكرة النظام العام الدولي^(١٥٨).

H. Gaudmet-Tallon, note sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 124. (١٥٧)

Cit dans: "L'autonomie de la clause compromissoire - Valhalla", précité, p. 6. (١٥٨)

الخاتمة:

هدفت الدراسة إلى تلمس الاتجاهات القانونية الحديثة بشأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم في عدد من الأنظمة القانونية وفي الفقه والقضاء، ويمكن عرض أهم الاتجاهات التي توصلت إليها الدراسة في ثلاث نقاط وذلك على النحو الآتي:

الأولى: لقد تبين لنا أن لقاعدة الاستقلال مدلولين: أحدهما تقليدي والآخر حديث. فأما المدلول التقليدي فيشير إلى عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، فإذا بطل هذا الأخير أو فسخ أو انقضى، فلا يؤثر ذلك على صحة اتفاق التحكيم، بحيث يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره، ما يعني احتفاظ هيئة التحكيم بسلطة الفصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي استناداً لاتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف. ونظراً لأهمية هذا الوجه لقاعدة الاستقلال، فقد رسخته معظم الأنظمة القانونية، وبمساندة قوية من الفقه والقضاء في معظم الدول، ويهدف إلى جعل اتفاق التحكيم بمعزل عن العيوب التي تلحق بالعقد الأصلي، ومنع الأطراف من التحايل على اتفاق التحكيم للتهرب من تطبيقه من خلال الادعاء ببطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي، وهذا يحقق فائدة عملية تتمثل في تشجيع الأطراف على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحسم منازعاتهم، والمحافظة على مصالح التجارة الدولية، وأما المفهوم الحديث، فيشير إلى الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم بمعزل عن تطبيق القوانين الوطنية للدول، باعتباره قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم الدولي، وعلى الرغم من أهمية هذا الوجه الحديث لقاعدة الاستقلال في تفعيل اتفاق التحكيم، فإنه لم يحظ حتى الآن باعتراف واسع، رغم وجود عدة تطبيقات له لا سيما في القضاء الفرنسي وقضاء التحكيم، ولكن سيروج استخدامه باعتقادنا خلال السنوات القادمة، لأنه يكمل من جهة المدلول التقليدي لقاعدة الاستقلال من حيث ضمان فاعلية اتفاق التحكيم استقلالاً عن محاولات الأطراف في التهرب من تطبيق اتفاق التحكيم، ولأنه يحافظ من جهة أخرى على مصالح التجارة الدولية من خلال تجنب تعقيدات القوانين الوطنية، خصوصاً تلك المتعلقة بتطبيق قواعد تنازع القوانين على اتفاق التحكيم.

الثانية: إن المفهوم التقليدي لقاعدة الاستقلال، رغم الاعتراف شبه العالمي به، إلا أنه ما زال يثير العديد من الإشكاليات، لا سيما تلك المتعلقة بنطاق تطبيقه وبالقيود الواردة عليه، وقد تبين لنا خلال هذه الدراسة أن قاعدة الاستقلال هي قاعدة ذات تطبيق عام، فهي تشمل التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي أيضاً، وتشمل شرط التحكيم ومشاركة التحكيم كذلك، وقد بني هذا الحكم من جهة على أساس أن المبررات والأسباب التي أدت إلى ترسيخ قاعدة الاستقلال تنطبق عليها جميعاً، لا سيما تلك المتمثلة بجعل اتفاق التحكيم بمنأى عن محاولات الأطراف التهرب من تطبيق اتفاق التحكيم، ومن جهة

أخرى على أساس اتجاه نية الأطراف المفترضة إلى فصل مصير اتفاق التحكيم عن مصير العقد الأصلي، ومن جهة أخيرة على أساس اختلاف طبيعة اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. بل إن مبررات تطبيق قاعدة الاستقلال هي أكثر وضوحاً في مشاركة التحكيم عنها في شرط التحكيم، فإذا كان شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي يعترف له بهذا الاستقلال، فمن باب أولى أن يعترف باستقلال مشاركة التحكيم التي تأتي في اتفاق مستقل. مع ذلك، فإن قاعدة الاستقلال ليست مطلقة، إنما ترد عليها بعض القيود، فتطبيق قاعدة الاستقلال تفترض أن يكون اتفاق التحكيم ذاته صحيحاً، وأن يكون العقد الأصلي موجوداً وليس منعدماً، وأن لا يعبر الأطراف عن إرادة مخالفة لقاعدة الاستقلال على اعتبار أن قاعدة الاستقلال ليست من النظام العام مما يجيز للأطراف مخالفتها صراحة أو ضمناً، كما أن تطبيق قاعدة الاستقلال، تفترض إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وقد أثار هذا الأمر خلافاً واسعاً في الفقه من حيث بيان الطبيعة القانونية لقاعدة الاستقلال، ولكن تبين لنا في النهاية أن هذا الحوار يغلب عليه الطابع النظري البحت وليس له انعكاس فعلي من الناحية العملية، في ظل اعتراف معظم الأنظمة القانونية حالياً بقاعدة الاستقلال.

الثالثة: إن المفهوم الحديث لقاعدة الاستقلال يثير أيضاً العديد من الإشكاليات القانونية والعملية؛ فهو وإن لم يحظ حتى اللحظة باعتراف عالمي واسع، إلا أنه يكمل المفهوم التقليدي لقاعدة الاستقلال، على أساس أنه يسعى إلى تفعيل قاعدة الاستقلال من خلال اعتبارها قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي، وضمنان فاعلية اتفاق التحكيم وجعله بمعزل عن تعقيدات القوانين الوطنية، ولم يأت الاعتراف بهذا المدلول الحديث لقاعدة الاستقلال من فراغ، بل جاء لتخفي العديد من الصعوبات القانونية والعملية التي يثيرها تطبيق قواعد تنازع القوانين على اتفاق التحكيم، سواء تعلق الأمر بصعوبة تحديد الأفكار المسندة أو ضوابط الإسناد بالنسبة لاتفاق التحكيم، إلا أن تلك القاعدة الموضوعية، رغم أهميتها، لا يمكنها حل جميع الإشكاليات المتعلقة باستقلال اتفاق التحكيم، مما يقتضي الاحتفاظ بقواعد التنازع بصورة احتياطية لحسم كل ما يخرج عن تطبيق تلك القاعدة الموضوعية، كما أن هذه القاعدة الموضوعية تقتضي احترام الإرادة المشتركة للأطراف، واحترام قواعد النظام العام والقواعد البوليصية، ولا يمكن أن يتحقق ذلك في مجال التحكيم، إلا إذا أعطي مفهوم كل من النظام العام والقواعد البوليصية مدلولاً ونطاق تطبيق مختلف عن مدلولها ونطاق تطبيقها الذي تؤديه في مجال تنازع القوانين.

قائمة المراجع الرئيسية

المراجع العربية:

- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - تنظيم وتطبيق مقارن، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

المراجع الأجنبية:

- Ancel J.P., L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Trav. com. fr. DIP 1991 - 1992, 75.
- Antonias Dimolitsa, Autonomie et " Kompetenz - Kompetenz", Rev. arb. 1998, 305.
- Blanchin C., L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?, Paris, LGDJ, Travaux et recherches Panthéon-Assas, Paris II, 1994.
- Boyd S. et Veeder V., Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979, Rev. arb. 1991, p. 209.
- Bredin J.-D., note sous Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, JDI 1964, 82.
- Bureau, note sous Cass. civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, Zanzi, Rev. crit. DIP 1999. 546.
- Bureau, note sous CA Paris, 10 sept. 1997, Rev. arb. 1999, 121.
- Callé note sous Cass. 1^{re} civ., 2006, JCP 2006, II, 10182.

- Charbot, note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, JCP 2004, II, 10132.
- Clay obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2006, D. 2006, pan. 3027.
- Clay obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, D 2005, 3052 et 3060.
- Clay obs. Sous Cass. civ. 2^e, 20 mars 2003, D 2003, somm. 2470.
- Clay. note sous CA Paris, 11 mai 2000, Rev. arb. 2002, 180.
- Coulson R., Prima Paint. An Arbitration Milestones, 22 Arb. Journal (1967), 237-245.
- Croze, note sous Cass. 2^e civ., 4 avril 2002, Procédures 2002, com., 162.
- David R., L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica 1992.
- Deby-Gerard F., Le rôle de la règle de conflit dans le règlement de rapports internationaux, Thèse Paris 1971, éd. Dalloz.
- Degos, note sous Cass. 2^e civ., 4 avril 2002, D 2003, 1117.
- Derains Y., Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI 1993, p. 829.
- Derains Y., note sous Sentence CCI n°4381, 1986, JDI 1986, p. 1102.
- Derains Y., note sous Sentence CCI n°5730, Elf Aquitaine v. Orri, JDI 1990, p. 1029.
- Derains Y., obs. sous Sentence CCI rendue en 1991 dans l'affaire n°6840, p. 1030.
- Didier P., note sous Cass. 2^e civ., 4 avril 2002, Rev. arb. 2003, 103.
- Dubarry J.-C. et Loquin E., note sous Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, Dalico, RTD com. 1994, 254.

- Duquenne C., L'autonomie de la clause compromissoire en droit du commerce international, Faculty of Law, McGill University, Montréal, 2000, p. 26 et 27.
- Edelman B., Accord compromissoire et internationalisation de la volonté, JCP 1972, n°2487.
- Fouchard Ph., Gaillard E. et Goldman B., International Commercial Arbitration, The Hague, Kluwer, 1990.
- Fouchard Ph., Gaillard E. et Goldman B., Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996.
- Fouchard Ph., note sous CA Paris, 13 déc. 1975, Menicucci, Rev. arb. 1977, 147.
- Fouchard Ph., note sous CA Paris, 25 janv. 1972, Rev. arb. 1973, p. 158.
- Fouchard Ph., note sous Cass. civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, Zanzi ; Rev. arb. 1999. 260.
- Francescakis Ph., Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la cour de cassation, Rev. Arb. 1974, p. 67.
- Gaillard E. note sous Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, Rev. arb. 1997, 537.
- Gaillard E. note sous Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, Dalico, JDI 1994, 432.
- Gaudemet-Tallon note sous Cass. 1^{re} civ., 20 déc 1993, Dalico, Rev. arb. 1994, 116.
- Gaudmet-Tallon H., note sous CA Paris, 26 mars 1991, Rev. Arb. 1991, p. 456.
- Goldman B., Arbitrage (droit international privé), Répertoire de droit international, éd. Francescakis, Paris, 1968.
- Goldman B., note sous Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, Gosset, JCP 1963, II, 13405.

- Goldman B., note sous Cass. civ., 22 oct. 1991, Valenciana, JDI 1992, p. 177.
- Goldman B., note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972, Hecht, JCP 1971, n°16927.
- Gout O., note sous Civ. 2^e, 4 avril 2002, Cass. Com., 9 avril 2002, JCP E 2002, p. 1555.
- Gravel S. and Peterson P., French Law and Arbitration Clause, R.D. McGill 1992, P. 511.
- Jarrosson, note sous CA Paris, 19 janv. 1999, Rev. arb. 1999, 601, 3^e esp.
- Jarrosson, note sous CA Paris, 7 déc. 1994, Rev. arb. 1996, 245.
- Jarvin S., note sous Sentence CCI n°4504, 1985, JDI 1986, p. 1118.
- Kahn Ph., note sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, Impex, Rev. arb. 1972, 2.
- L'autonomie de la clause compromissoire - Valhalla : <http://www.vallhala.fr/2006/11/19/lautonomie-de-la-clause-comromissoire/> visited 26/1/2012.
- Lagarde P. note sous Cass. civ., 22 oct. 1991, Valenciana, Rev. arb. 1992, p. 454.
- Level P., note sous Cass. Civ. 1^{re}, 4 juill. 1972, Hecht RCDIP1974, 82.
- Leveneur note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972, Rev. crit. DIP 1974, 82.
- Loquin E., note sous Cass. 1^{re} civ. 20 déc. 1993, Dalico, JDI 1994, p. 690.
- Loquin E. note sous CA Paris, 9 nov. 1984, JDI 1986, 1039.
- Loquin E. note. sous CA Paris, 13 déc. 1975, Menicucci, JDI 1977, 106.

- Loquin E. obs. sous Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999, Zanzi, RTD com. 1999. 380.
- Loquin E., note sous CA Paris, 13 déc. 1993, Menicucci, JDI 1977, p. 281.
- Loquin E., note sous Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990, Cassia, JDI 1992, p. 168.
- Loquin E., obs. sous Paris, 7 févr. 2002, RTD com. 2002, 659.
- Loquin E., obs. sous Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, RTD com. 2004, 443.
- Loussouarn, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1972, RTD com. 1973, 499.
- Marmayoun, note sous Cass. 2^e civ., 4 avril 2002, Procédures 2002, Dr. et proc. 2002, 347.
- Mayer P. note sous Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, Dalico, RCDIP 1994, 663.
- Mayer P. note sous Civ. 1^{re}, 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, p. 273.
- Mayer P., L'autonomie de l'arbitre international, Rec. Cours La Haye, 1989, v. T217, p. 327.
- Mayer P., Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, p. 359.
- Mayer P., note sous CA Paris 28 nov. 1989, Cotunav, Rev. arb. 1990, p. 675.
- Menjuq M. et Bâguin J. Droit du commerce International, éd. LexisNexis Litec. 2005.
- Mestre, obs. sous Civ. 2^e, 4 avril 2002, Procédures 2002, Dr. et patr. Juin 2002, p. 121.
- Mezger E., Compétence-Compétence des arbitres et indépendance de la convention d'arbitrage dans la Convention dite

- Européenne sur l'Arbitrage Commercial International de 1961, Essais Minoli, AIA/UTET, 1974, p. 321.
- Mezger E., Prima Paint v. Flood and Conklin, 388, U.S. 395 (1967).
 - Mezger E., note sous Cass. 1^{re} Civ., 18 mai 1971, Impex, Rev. crit. DIP 1972, 24.
 - Moreau B., Compromis - clause compromissoire, Rép. civ. Dalloz, juill. 2004, para. 65.
 - Motulsky H. note sous Cass. Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, RC 1963, 615.
 - Oppetit B., note sous Cass. civ., 22 oct. 1991, Valenciana, Rev. crit. DIP 1992, p. 113.
 - Oppetit B., note sous Cass. 1^{re} civ., Hecht, 4 juill. 1972, JDI 1972, 843.
 - Oppetit B., note sous l'arrêt Menicucci, Rev. crit. DIP 1976, p. 507.
 - Oppetit B. note sous CA Paris, 13 déc. 1975, Menicucci, Rev. crit. DIP 1976, 507.
 - Oppetit B., note sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, Impex, JDI 1972, 62, 3 arrêts.
 - Périlleux J., Propos relatifs à l'autonomie de la clause compromissoire, RIDC 1978, p. 185.
 - Perrot, note sous Cass. 2^e civ., 4 avril 2002, Procédures 2002, com., 112.
 - Poillot-Peruzzetto, note sous Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999, Zanzi, JDI 1999, 784.
 - Racine J.-B., note sous Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, Rev. arb. 2006, 103.
 - Racine J.-B., L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, LGDJ 1999.

- Redfern A., The jurisdiction of international commercial arbitrator, J. Int'l. Arb., mars 1986, P. 22.
- Reifegerste S., note sous Civ. 2^e, 4 avril 2002, JCP G 2002, II, 10154.
- Robert J., L'arbitrage : droit interne, droit international privé, 6^e éd. Dalloz 1993.
- Robert J., note sous Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, D. 1963, 545.
- Rondeau-Rivier M.-C., note sous Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1983, Rev. arb. 1984, p. 483.
- Sainte-Rose, Avis sous Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, D. 2006, 199.
- Samuel A., Separability in English Law - Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Contained?, J. Int'l Arb. Sept. 1986, p. 95.
- Schwebel S., International Arbitration: Three Salient Problems, Grotius, 1987, p. 1.
- Seraglini, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2006, JCP 2006, I, 187.
- Seraglini, obs. sous Cass. 2^e civ., 4 avril 2002, Procédures 2002, JCP 2003, I, 105.
- Simler P., La nullité partielle des actes juridiques, Paris, LGDJ 1969.
- Synvet H., note sous CA Paris, 17 déc. 1991, Gatoil, Rev. Arb. 1993, p. 281.
- Synvet H., note sous CA Toulouse, 26 oct. 1982, Behar, JDI 1984, p. 603.
- Talau J.-M., note sous CA Paris, 24 mars 1995, Abdel Aziz, Rev. Arb. 1996, p. 259.
- Vidal D., Droit français de l'arbitrage commercial international, éd. Gualino éditeur, Paris 2004.

معاملة أسرى الحرب في القانون الروماني دراسة تأصيلية تحليلية (القسم الثاني)

الدكتور/ السيد أحمد علي بدوي
أستاذ فلسفة القانون وتاريخه المساعد
كلية الحقوق - جامعة المنصورة

ملخص:

تمحورت دراستنا حول موضوع معاملة أسرى الحرب في القانون الروماني، ومن خلال دراستنا هذه أمكننا استخلاص بعض النتائج، لعل أهمها ما يأتي:

- ١ - يتجوه مضمون النظرية الرومانية بشأن معاملة أسرى الحرب الأجانب في جواز قتلهم أو وقوعهم في براثن الرق، تأسيساً في ذلك على حق الحياة أو الموت الذي كان يتمتع به الطرف المنتصر على الطرف الآخر المهزوم. وبمرور الوقت تحسنت معاملة هؤلاء الأسرى نتيجة تطور المدنية الرومانية، وعلى إثر انتشار الديانة المسيحية خلال الحقبة الإمبراطورية، والتي كان لها أثر عظيم في الإطار.
- ٢ - إذا وقع الروماني أسيراً في أيدي الأعداء، فإنه يصير بذلك عبداً، ومن ثم كان يفقد بصفته هذه جميع الحقوق المنصوص عليها في القانون الروماني، سواء الحقوق العامة أو الخاصة. وإزاء ذلك، ولمعالجة هذا الوضع المتدني، تم وضع حيلة قانونية مسماة نظرية تخطي الحدود، تلك التي كانت تعتبر المواطن الروماني الأسير إذا عاد إلى روما أو إلى مسقط رأسه كأنه لم يقع في الأسر أبداً. فإذا مات أثناء أسره لدى العدو، فتمتة حيلة ثانية مقررّة بموجب قانون كورنيليا كانت تقضي أنذاك بموته طبيعياً من اليوم الذي وقع فيه أسيراً.

الفصل الثاني

معاملة أسرى الحرب الرومانيين في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم:

بإمعان النظر في قانون الحرب لدى الشعوب القديمة، نجد أنه كان يقضي من ناحية بفقد جميع أسرى الحرب- سواء أكانوا قادة للجيش المحاربة أم جنوداً عاديين، ملوكاً كانوا أم رعايا- لحریتهم وصيرورتهم إثر ذلك عبيداً. كما كان يسمح من ناحية أخرى للمحاربين المنتصرين بامتلاك الأشياء الخاصة بأعدائهم المهزومين، واتخاذ ما يروونه مناسباً بشأن أسراهم^(١). على أن حق الملكية هذا، وفق ما أكده الفقيه جايوس، لم يكن نطاقه مقصوراً على الأشياء المنقولة والعقارية فحسب، بل كان يمتد ليشمل أيضاً الأشخاص الأحرار^(٢).

فإذا وقع الروماني أسيراً في أيدي الأعداء، فإنه يصير بذلك عبداً، ومن ثم كان يفقد بصفته هذه جميع الحقوق المنصوص عليها في القانون الروماني، سواء الحقوق العامة أو الخاصة. تأسيساً على أن أسرى الرومان كانوا يتعرضون بموجب هذا القانون لعقوبة الموت المدني، والتي كانوا يفقدون على إثرها العناصر المكونة لشخصيتهم القانونية، وهي الحرية والمواطنة وصفة رب الأسرة^(٣).

ومفاد ذلك، هو أن مقاتلي الرومان يصيرون إثر هزيمتهم في حرب عادلة مملوكين للعدو كأرقاء أو عبيد^(٤)، ذاك الحال الذي لم يكن ينتهي في واقع الأمر إلا

(١) BLOCAILLE (M.-E.), Droit romain, du postliminium, de la loi Cornelia et de la condition des captifs, Thèse Strasbourg, 1866, p. I. "Dans l'antiquité, tout prisonnier de guerre, chef d'armée ou simple soldat, roi ou sujet, perdait sa liberté et devenait esclave, et comme tel, la propriété du vainqueur, sa chose, dont il pouvait disposer à son gré; situation nettement caractérisée par les dispositions des lois romaines, qui mettaient l'esclave au nombre des choses mancipi, sur les quelles existait le droit de propriété le plus complet et le plus absolu".

(٢) BÀS DE BERC (E.), Droit romain, du postliminium et de la loi Cornelia, Thèse Paris, 1888, p. I.

(٣) MAYNZ (C. G.), Cours de droit romain, Op. Cit., p. 591; BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit., p. I; LAURENÚON (L.), étude sur l'extradition princípe de la thórie du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 38.

(٤) NYS (E.), Le droit international, T.I, Paris, 1920, P. 117: Il adit que "En droit romain, le citoyen devenu de guerre perdait dans sa partie sa qualité de citoyen =

بطريق العتق. ولكون امتلاك العدو لأسراه أدياً كأصل عام، فإن النتيجة المنطقية لذلك أن الأشخاص والأشياء كانوا يقعون تحت سيطرة وهيمنة العدو، ولم يكن بالإمكان إعادتهم إلى حالتهم الأصلية التي كانوا عليها قبل وقوعهم في الأسر، فمن ناحية كانت الأشياء المستولى عليها تفقد بشكل قطعي ودائم لصالح العدو، ومن ناحية أخرى لم يكن يوجد أمام الأسرى أي وسيلة تكفل لهم استرداد حرياتهم ومواطنتهم^(١)

وإزاء تلك النتائج القاسية التي كان يتعرّض لها أسرى الرومان، فلم تجد روما من سبيل لمعالجة هذا الوضع العصيب سوى الأخذ بنظرية تخطي الحدود، وهي إحدى نظم قانون الشعوب التي اقتبسها الرومان وأقروها منذ بدايات نشأة روما^(٢). فمثل هذا النظام، كان يُجيز بعودة الأسير إلى مسقط رأسه إعادة تمتعه بكامل حقوقه^(٣)، كما لم تعد الأشياء المستولى عليها من جانب العدو تُفقد من مالكيها بشكل أبدي، نظراً لأن تطبيق هذا النظام حال استرداد تلك الأشياء، كان مؤداه اعتبار الامتلاك من جانب العدو كأنه لم يكن موجوداً أبداً^(٤).

= et d'homme; il était considéré comme ennemi". COMBES-DOUNOUS (J.J.), Histoire des guerres civiles de la république romaine, T.2, Op. Cit., P. 347: Il a dit que "la loi de la guerre vait en effet que la vaincu devienne la propriété du vainqueur".

LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Thèse Paris, 1873, p. 1 et s.; IMBERT(J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain, Op. Cit., P. 21. (١)

BàS DE BERG (E.), Droit romain, du postliminium et de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 2. (٢)

د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢١٣ وما بعدها؛ د. مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ٣٢١. وراجع أيضاً: (٣)

LAFERRIÈRE (M. F.), Histoire du droit français précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome T.I, paris, 1852, P. 59 et s.: Il a dit que "Le romain prisonnier de guerre était immédiatement privé, non de sa qualité de citoyen, mais de l'exercice de ses droits; sa capacité était suspendue, en rentrant dans la cité, il était censé n'en avoir pas été séparé; il reprenait tous ses droit par le jus postliminii"; DEMANGEAT (CH.), Cours élémentaire de droit romain, Op. Cit., P. 151 et s.; MAYNZ (C. G.), Cours de droit romain, Op. Cit., p. 595.

DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., p. 19; MARIN (C.), Théorie du Postimimum, Op. Cit., P.7 et s.; BàS DE BERG (E.), Droit romain, du postliminium et de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 2; IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre, Op. Cit., P. 9; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 1 et s. (٤)

وقد ذكرنا آنفاً أن هناك ثلاث حالات تؤدي إلى انتهاء الأسر حال تحقق أي منها، تتمثل الحالة الأولى في عودة الأسير، سواء أكان ذلك عن طريق فراره من أيدي العدو، أم كان بتحريره من أيدي الأعداء عن طريق الجيوش الرومانية. بينما تتمثل الحالة الثانية في استرداد الأسير من لدن العدو مقابل فدية أو مبلغ مالي، وهذا ما يُسمى الاسترداد بالشراء. أما الحالة الثالثة، فهي المتعلقة بوفاة الأسير الروماني أثناء أسره لدى العدو. وبالنسبة للحالتين الأوليين، فكان يطبق بشأنهما حيلة نظرية تخطي الحدود. أما الحالة الثالثة، فكان يُطبق بصدها حيلة قانون كورنيليا^(١).

وبموجب ذلك، فقد شهد المركز القانوني للأسرى الرومانيين تحسناً ملحوظاً، سواء من حيث حقوقهم الشخصية، أو من حيث حقوقهم المالية^(٢). وتأسيساً على ما تقدم، يتمحور حديثنا في هذا الفصل حول ثلاثة مباحث متتالية، ندرس في المبحث الأول ماهية نظرية تخطي الحدود وآثارها، ونعرض في المبحث الثاني لنظام الاسترداد بالشراء. أما المبحث الثالث، فهو ما نُكرّسه للحديث عن حيلة قانون كورنيليا وآثارها. وفيما يلي بيان ذلك بالشرح والتفصيل.

المبحث الأول ماهية نظرية تخطي الحدود وآثارها

تقسيم:

نتناول موضوع هذا المبحث في مطلبين، نتكلم في المطلب الأول عن ماهية نظرية تخطي الحدود، ونعرض في المطلب الثاني للآثار المترتبة على نظرية تخطي الحدود بشأن أسرى الحرب الرومانيين حال عودتهم إلى مسقط رأسهم، وذلك على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول ماهية نظرية تخطي الحدود

يتمحور حديثنا في مطلبنا هذا حول مسألتين، ندرسهما عبر فرعين متتاليين، نتكلم في الفرع الأول عن المقصود بنظرية تخطي الحدود، ونكرّس الفرع الثاني لتبيان

(١) CHOTARD (A.), Droit romain, Des prisonniers de guerre, Op. Cit., p. 20.

(٢) DE BENAIZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., p. 19;

DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 14.

شروط تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأن أسرى الحرب الرومانيين، وفيما يلي شرح ذلك تفصيلاً:

الفرع الأول

المقصود بنظرية تخطي الحدود ونطاق تطبيقها

يُقصد بنظرية تخطي الحدود^(١) وفق ما جاء في مدونة جوستينيان: "حق افتراضي حكمه اعتبار أن ذلك الأسير قد بقي دائماً من المواطنين"^(٢) كما عرّفها الفقيه جايوس بكونها حيلة قانونية، تعتبر المواطن الروماني الذي خرج من أيدي العدو كأنه لم يكن أسيراً أبداً.

(١) ذهب الفقيه جوتنج إلى الاعتقاد بأن أصل كلمة postliminium يشير إلى إقليم أو منطقة مجاورة للحدود الرومانية المقدسة، وقد امتد منه ليشمل حق تخطي الحدود للأسير؛ حيث كان يطبق هذا الحق المذكور في نفس اللحظة التي يضع فيها الأسير أقدامه على أي جزء من التراب الروماني. بينما أشار الفقيه شيشرون إلى رأيين لفتيهين في عصره، أولهما للفقيه سرفيوس سولبيسيوس، وثانيهما للفقيه سكاfulا، فوفقاً للأول فإن مصطلح postliminium يستمد أصله من مقطعين الأول "post" والمقطع الثاني liminium، بدون أي هدف سوى تشكيل اسم الموصوف. بينما يعتقد الفقيه سكاfulا على العكس من ذلك بأن مصطلح نظرية تخطي الحدود يتكون من كلمتين متميزتين الأول "post" والثاني "limen"، ويعنيان سوياً أن حدود الدولة كلها كانت بمثابة منزل واحد يمكن الدخول إليه من كل صوب. وهذا ما ذهب إليه أيضاً الفقيه هينكيوس Heineccius؛ حيث قال بأن مصطلح postliminium يعبر في دلالته عن حالة دخول الأشخاص منازلهم من مسالك شتى وليس من مسلك واحد. والحقيقة أن الإمبراطور جستينيان قد أقر بما قاله الفقيه سكاfulا الذي يبدو لنا أكثر وضوحاً؛ حيث جاء في مدونته ما يأتي: "معنى كلمة postliminium حرفياً هو تخطي العتبة أي العتبان أو التعتب، والمراد بالعتبة التخم من التخوم الفاصلة بين أراضي الدولتين" راجع في بيان ذلك: مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، (١-١٢-٥)، ترجمة عبد العزيز فهمي، عالم الكتب، بيروت، ١٩٤٦م، ص ٣٠، هامش(١). وراجع أيضاً:

JOSSÉLIN (F.), Droit romain, Du postliminium, Thèse Bordeaux, 1881, PP. 19:21; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., PP. 7-9; IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre, Op. Cit., PP.9:19; FOUCAULT (P.), Du postliminium en droit romain, Thèse paris, 1883, p. 11 et s.; JOBIN (X.), Op.Cit, p.16; BâS DE BERG (E.), Droit romain, du postliminium et de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 11 et s.; DESCHODT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., PP. 16:19; DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., p. 24 et s.; DE VISSHER (F.), Aperçu sur les origines du postliminium, Festschrift Koschaker, 1939, P. 370.

(٢) مدونة جوستينيان، (١-١٢-٥).

أما الفقيه كوجاس، فقد ذهب إلى أن نظرية تخطي الحدود عبارة عن حيلة قانونية مقررة لصالح الأسير الروماني حالة عودته إلى مسقط رأسه، أي كانت الطريقة المستعملة لذلك. وقد ذهب الفقيهان بول وبوتيه إلى أن نطاق تطبيق نظرية تخطي الحدود يمتد ليشمل الأسرى الرومانيين حال عودتهم إلى مسقط رأسهم، وكذا الأشياء المستولى عليها من جانب العدو حالة استردادها من لدنه^(١).

ولذلك فقد قسّمَا تلك النظرية بحسب نطاق تطبيقها إلى نوعين:

أولهما: نظرية تخطي الحدود الإيجابي *postliminium actif* - وهو ما تنصب عليه دراستنا المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب -، وهذا الشق هو ما كان يُطبق بشأن الأشخاص الأحرار، فكل من كان يتمتع بصفة الحرية قبل وقوعه في الأسر، كان يستفيد حالة عودته من ذاك الأسر إلى وطنه من الحيلة الواردة بنظرية تخطي الحدود، حيث كانت تُعاد له بموجبها جميع حقوقه التي كان يتمتع بها قبل لحظة أسره^(٢).

وثانيهما: نظرية تخطي الحدود السلبي *Postliminium passif*، وهو الذي كان يطبق على الأشياء، ويقضي هذا الشق من نظرية تخطي الحدود بعودة الأشياء المستولى عليها من جانب العدو إلى مالكيها القدامى قبل اندلاع الحرب النظامية^(٣).

وعلى ضوء ذلك، فإن السمة الجوهرية للحيلة التي تضمنتها نظرية تخطي الحدود تتمثل في الأثر الرجعي للحالة التي تُعالجها، فبقدر استمرار حالة الأسر، فإن الأسير كان يتواجد إذًا في وضع قانوني غير محدد وغير معروف. بحيث إن حالته تلك كانت تظل غير مؤكدة وخاضعة لشرط فاسخ وهو عودته إلى مسقط رأسه. ولكن فور عودته، فقد كان يُعاد لهذا الأسير جميع حقوقه كما لو أنه لم يقع في الأسر مطلقاً^(٤). والتساؤل

(١) IMBERT (J.), Op. Cit., p. 24.

(٢) FOUCAULT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 20;

DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 19; MARIN (C.), Op. Cit., P. 8.

(٣) LAURENÚON (L.), Op. Cit., p.7; CHOTARD (A.), Droit romain, Des prisonniers de guerre, Op. Cit., p. 2; BÀS DE BERG (E.), Droit romain, du postliminium et de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 8; FOUCAULT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 20.

(٤) LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 10; BÀS DE BERG (E.), Droit romain, du postliminium et de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 9.

الذي يثور هنا: هل نظرية تخطي الحدود مُستمدة فقط من قانون الشعوب؟ أم أن أصلها يرجع أساساً إلى القانون المدني؟

ذهب الفقيهان أسكورس وكوجاس إلى أن نظرية تخطي الحدود هي إحدى النظم المأخوذة من قانون الشعوب^(١). بينما ذهب الفقيه جون راموس عكس ذلك، إذ يعتقد الأخير بأنها قد تولدت من القانون المدني. في حين ذهب اتجاه ثالث يتزعمه الفقيهان بارتول وجروتوس إلى تبني اتجاه وسط - ونحن بدورنا نميل إليه -، حيث يُوجد حسب رأيهما جزءان متميزان لنظرية تخطي الحدود: الأول كان مستمداً من قانون الشعوب، إذ كانت تضع تلك النظرية في الأصل إطاراً واحداً لاسترداد حرية الأسير بشكل تام حال عودته إلى منزله، ولم يكن يرد بها أي شيء عن الأثر الفوري المعلق والأثر الرجعي المترتب على أعمالها^(٢).

فمثل هذه النتائج المترتبة على تطبيقها قد تمت إضافتها بموجب قواعد القانون المدني، بحيث يمكننا القول بأنه إذا صح القول بأن قانون الشعوب هو الذي أنشأ تلك النظرية، فإن القانون المدني قد أدخل عليها في حقيقة الأمر بعض التعديلات، وبصفة خاصة في توسُّعه للأثار الناجمة عنها^(٣).

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأن أسرى الحرب الرومانيين

Postliminium actif

يلزم من أجل تمتع أسرى الحرب الرومانيين بالحيلة الواردة في نظرية تخطي الحدود توافر شرطين رئيسين^(٤): أولهما: عودة الأسير إلى الأراضي الرومانية أو إلى إقليم أي مدينة متحالفة، أو لدى شعب أو ملك صديق للشعب الروماني. وثانيهما: نية

(١) DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., p. 22.

(٢) BLOCAILLE (M.-E.), Droit romain, du postliminium, de la loi Cornelia et de la condition des captifs, Op. Cit., p. 4 et s.; IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain, Op. Cit., p. 39, Marge 1.

(٣) DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., p. 23; BÀS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 10; DESCHODT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 15 et s.

(٤) Lévy-bruhl (H.), Problèmes du très ancien droit romain, Paris, 1924, p. 43; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 65; BÀS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 23; JOBIN (X.), Op. Cit., p. 15.

الإقامة، ويقصد بذلك أن تكون لدى الأسير عند عودته إلى مسقط رأسه نية المكث أو الإقامة فيه. وعلى هدي ذلك، كان يُستبعد من تطبيق نظرية تخطي الحدود بعض الفئات، نعرضها على النحو الآتي:

- الفئة الأولى: أسرى الحرب الرومانيين الذين عادوا إلى مسقط رأسهم، ولم يكن لديهم نية جديّة في البقاء به^(١). وما يؤكد ذلك، ما ساقه الفقيه بومبنيوس من نماذج عدة من التاريخ الروماني، نعرض لبعضها على النحو التالي:

النموذج الأول: كان بخصوص أتيليوس رجيليوس الذي أسره القرطاجينيون أثناء الحرب البونيقية الأولى، حيث أرسله هؤلاء القرطاجينيون إلى روما من أجل إبرام اتفاق معها بشأن استرداد الأسرى في الحرب التي نشبت بينها وبين قرطاجة، وقبل رحيله أقسم لهم بعودته إلى قرطاجة حالة فشله في مهمته. وبعد عرض مقترحات الجانب القرطاجيني على مجلس الشيوخ الروماني ومناقشتها، انتهى الأمر برفض تلك المقترحات. وبرغم أن عودته عقب ذلك إلى قرطاجة كانت بسبب الحلف أو القسم، إلا أنه لم يستطع آنذاك المطالبة بإعمال نظرية تخطي الحدود بشأنه^(٢).

النموذج الثاني: وهو متعلق بأحد شُرّاح الإغريق المدعو "ميناندر"، والذي كان أسيراً لدى الرومان، حيث تم عتقه وأُجيز له التمتع بحق المواطنة. بيد أنه قد أُسندت إليه مهمة القيام ببعض الأعمال داخل موطنه، وحينئذ صدر قانون خاص في روما يحتفظ له بجميع الحقوق التي يتمتع بها الرومانيون^(٣). على أن هذا القانون، كما يقول بومبنيوس، لم يكن مفيداً لهذا الإغريقي، لعدم نية الأخير في البقاء بروما. كما أن المتمتع بصفة الجنسية الرومانية لم يكن من حقه التمتع بجنسية دولة أخرى، إذ كان

(١) GEOFFROY (H.), Op. Cit., p. 73; FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 23; MARIN (C.), Op. Cit., P. 18 et s.

(٢) LAFERRIÈRE (M. F.), Histoire du droit français précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome, T. I, Op. Cit., P. 60; DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., p. 42; ACCARIAS(C.), Précis du droit romain, T. I, Op. Cit., P. 397, N.1; BLOCAILLE (M.-E.), Droit romain, du postliminium, de la loi Cornelia et de la condition des captifs, Op. Cit, p. 9; BÀS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 23; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 73; FOUCAULT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 23 et s.; MARIN (C.), Droit Romain, Théorie du Postiminium, Op. Cit., P. 18; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 67 et s.; JOBIN (X.), Droit romain, De la captivité et du postliminium, Op. Cit, p.20.

(٣) FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 24; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 69; LAURE-NÚON (L.), Op. Cit., p.22.

مبدأ ازدواج الجنسية غير جائز وفقاً للقوانين الرومانية^(١). فضلاً عن ذلك، فإن نظرية تخطي الحدود لم تكن تُطبق إلا على المواطنين الرومان الذين وقعوا جبراً أسرى في أيدي الأعداء^(٢).

النموذج الثالث: حينما أرسل الجنرال القرطاجني "أنيبال" عشرة من أسرى الرومانيين لديه إلى مجلس الشيوخ الروماني بعد معركة Cannes، وذلك من أجل التفاوض بشأن تبادل الأسرى، أقسم هؤلاء المفاوضون على العودة مرة ثانية للخضوع لسلطة القرطاجنيين إذا لم تسفر مفاوضاتهم عن النتائج المرجوة^(٣).

وبعد رفض عرضهم من جانب مجلس الشيوخ الروماني، عاد اثنان منهم إلى قرطاجة لتسليم أنفسهما إلى الجنرال أنيبال، احتراماً منهما للقسم الذي أخذه على أنفسهما، وحينذاك تقدّم أبوهما بالتماس أمام مجلس الشيوخ الروماني، يطلبون فيه إعمال نظرية تخطي الحدود بشأن ابنيهما معولّين في ذلك على عودتهما إلى روما. ولكن رُفض هذا الالتماس بسبب القسم الذي أخذه أبناء هؤلاء على أنفسهم بالعودة مرة ثانية أمام جنرال العدو حالة فشل المفاوضات. أما الثمانية الآخرون الذين بقوا في روما، مخالفة منهم للقسم الذي أخذه على أنفسهم تجاه الجنرال القرطاجني، فقد استفادوا بمزية حيلة نظرية تخطي الحدود، بيد أنه قد تمت معاقبتهم في الوقت ذاته بتهمة الحنث في اليمين^(٤).

– **الفئة الثانية:** فئة الفارّين أو الهاربين Les transfuges: ويُقصد بهؤلاء كل من فرّ أو هرب من الرومانيين إلى أراضى العدو بإرادته، سواء أكان ذلك في وقت السلم أم في وقت الحرب. كما يُقصد بهم أيضاً المواطنون الرومان الذين فرّوا أثناء الهدنة طويلة الأجل أو هربوا إلى الأمم التي لا تربطها بروما أية علاقة صداقة ومودة بغية التآمر ضد دولتهم^(٥).

JOBIN (X.), Op.Cit, p. 20; DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 42. (١)

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 24. (٢)

IMBERT (J.), Op. Cit., p. 71. (٣)

BLOCAILLE (M.-E.), Droit romain, du postliminium, de la loi Cornelia et de la condition des captifs, Op.Cit, p. 10; JOBIN (X.), Droit romain, De la captivité et du postliminium, Op. Cit, p.20 et s. (٤)

IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain, Op. Cit., p. 60; LAURENúON (L.), étude sur l'extradition précédée de la théorie du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 20. (٥)

بيد أن هذا الحكم لم يكن ينطبق إلا بشأن الهارب الحر^(١). أما إذا كان عبداً، فهو يسقط بعودته إلى روما ثانية تحت سلطة سيده القديم. وينطبق هذا الحكم أيضاً بخصوص أبناء الأسيرة، وإن كان الفقيه بول قد ذهب إلى عدم تطبيق نظرية تخطي الحدود في الحالة الماثلة، حيث كان يماثلهم بالجنود الرومان الهاربين من ساحة القتال^(٢).

- الفئة الثالثة: أسرى الرومان الذين اشترط لصالحهم عبر اتفاق دولي يقضي بحقهم في التخطي حالة عودتهم إلى مسقط رأسهم، بيد أنهم فضلوا البقاء لدى العدو^(٣). والحقيقة أن هذه الحالة كانت نادرة، وذلك لأن الاتفاقات الدولية لم تكن تتضمن عادة مثل هذه الاشتراطات. فالرومان كانوا يُفضلون - كما حدث بعد معركة Cannes - قيد وتجنيد الأرقاء بدلا من استرداد الأسرى^(٤).

- الفئة الرابعة: جنود الرومان الذين آثروا تسليم أنفسهم إلى العدو بدلاً من الدفاع عن وطنهم والموت في سبيله^(٥).

- الفئة الخامسة: المواطنين الرومان الذين تم تسليمهم إلى الشعب العدو لبعض الأسباب، كما في حالة قيام أحدهم بالتعدي أو إهانة أحد السفراء الأجانب^(٦)، وأيضاً أولئك الذين قاموا بعقد اتفاقية مع العدو ولم يتم التصديق عليها من جانب الشعب

(١) DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., p. 39; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 65.

(٢) JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 50; FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 22; BÀS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 24 et s.; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 61; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Thèse Paris, 1873, p. 32.

(٣) GEOFFROY (H.), Op. Cit., p. 74; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 50; LAURENÚON (L.), Op. Cit., p. 21; DURETTE (D.), Op. Cit., p. 50; FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 23.

(٤) BÀS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 25; DESCHODT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 30, marge 2: Il a dit que "Du reste, les traités de paix contenaient rarement de telles clauses. l'on sait qu'après la bataille de cannes, et malgré les propositions d'annibal, Rome aima enroler des esclaves que racheter ses soldats prisonniers".

(٥) JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 49 et s.; FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 22 et s.

(٦) LÈVY-BRUCHL (H.), Quelques proplèmes du très ancien droit romain, Op. Cit., P. 43; GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., p. 74; LAURENÚON (L.), Op. Cit., p. 19; DESCHODT(P.), Op. Cit., p. 30.

الروماني. فإذا قُبل هؤلاء من جانب الأعداء، ففي هذه الحالة لم يكن يُطبق بشأنهم نظرية تخطي الحدود^(١).

بيد أن التساؤل هنا يثور عن الحكم حالة رفض تسلّم هؤلاء الرومانيين من جانب الشعب العدو. ذهب الفقيه شيشيرون إلى مماثلة هذه الحالة بحالة الهبة غير الموافق عليها من جانب الموهوب له، مُدَّعياً بأن الروماني حالة عدم قبول تسلّمه من جانب العدو كان يُطبق عليه نظرية تخطي الحدود. وهذا عين ما ذهب إليه أيضاً الفقيهان جروتوريوس وكوجاس. بينما ذهب الفقيه بوبليوس موسيوس إلى ضرورة صدور قانون جديد بشأنه يُمكنه من التمتع بحقوق المواطنة الرومانية^(٢).

وما يؤكد ذلك، ما حدث بخصوص القنصل مانسيوس هوستليوس الذي صدر قرار بتسليمه إلى شعوب النومانينس. بيد أن هؤلاء لم يكن لديهم رغبة في تسلّمه، ولذلك كان يلزم صدور قانون بشأنه يُعيد له ثانية جميع حقوق المواطن الروماني^(٣). وثمة حالة أخرى مماثلة، فحينما رفض شعب الكورسس تسلّم مارسسيوس كلوديوس الذي أبرم معهم اتفاقية غير ملائمة للرومانيين، فإن مجلس الشيوخ - علاوة على رفض تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأنه - لم ير فيه إلا عبداً، بل وحكم عليه بالموت^(٤).

- الفئة السادسة: أسرى الرومان ممن كانوا يحظر عليهم صراحةً بموجب اتفاقية دولية التمتع بنظرية تخطي الحدود^(٥). ففي هذه الحالة الماثلة، لم يكن يتمتع أمثال هؤلاء الأسرى بتلك النظرية، احتراماً من الجانب الروماني لالتزاماته الدولية في هذا الصدد^(٦).

(١) IMBERT (J.), Op. Cit., p. 61; LèVY-BRUCHL (H.), Op. Cit., p. 43.

(٢) FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 25; JOBIN (X.), Op. Cit., p. 24.

(٣) MOMMSEN (TH.), Op. Cit., P. 100 et s.; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 31;

IMBERT (J.), Op. Cit., p. 61; FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 25; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 52 et s.

(٤) LHOMME (H.), Op. Cit., p.34; BâS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 26.

(٥) DURETTE (D.), Op. Cit., p. 50; GEOFFROY (H.), Op. Cit., p. 74;

FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 23.

(٦) BâS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 27; VASSAUX (E.), Op. Cit., p.68.

المطلب الثاني الآثار المترتبة على نظرية تخطي الحدود

تمهيد وتقسيم:

ذكرنا سابقاً أن نطاق تطبيق نظرية تخطي الحدود لا يقتصر على الأشخاص الذين وقعوا أسرى حرب في يد العدو، بل يشمل أيضاً الأشياء التي تم الاستيلاء عليها من جانب العدو. ونظراً لأن بحثنا هذا ينصب أساساً على معاملة أسرى الحرب كأشخاص، لذا نود التنويه بدايةً إلى أن دراستنا تقتصر في المسألة محل البحث على معالجة الشق الأول فقط، وهو المتعلق بالآثار المترتبة على تطبيق نظرية تخطي الحدود فيما يخص الأشخاص، وذلك عبر فروع ثلاثة، نتكلم في الفرع الأول عن أثر نظرية تخطي الحدود بشأن الحقوق العامة، ونتناول في الفرع الثاني أثر نظرية تخطي الحدود بشأن الحقوق المدنية. أما الفرع الثالث، فيعنى باستبيان أثر نظرية تخطي الحدود بشأن الحقوق المالية، وذلك على النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول

أثر نظرية تخطي الحدود بشأن الحقوق العامة

إذا وقع الروماني أسيراً في أيدي الأعداء، فإنه يصير بذلك عبداً أو رقيقاً وفقاً لأحكام القانون الروماني^(١)، ومن ثم كان يفقد بصفته هذه جميع الحقوق العامة المنصوص عليها في هذا القانون، وهي حق الاقتراع *ius suffragii*، وحق الترشيح لمناصب الحكم *Jus honorum* وحق الانضمام إلى فرق الجيش، والالتزام في مقابل ذلك بأداء الضرائب^(٢).

ويظل وضعه القانوني على هذا النحو حتى عودته إلى مسقط رأسه؛ حيث كان يُطبَّق بشأنه حينذاك الحيلة الواردة في القانون الروماني، وهي المتعلقة بنظرية تخطي

(١) DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., p. 54.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول هذه الحقوق، راجع:

د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢٩؛ د. محمود سلام زنتاتي، نظم القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٨٥؛ د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، تاريخه ونظمه، المرجع السابق، ص ١٩٦؛ د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٣٩. وانظر أيضاً:

GIFFARD (A.-E.), Précis de droit romain, 2è. édition, lib. Dalloz, Paris, 1935, p. 181 et s., THUMIN (A.), De la condition civile des pègrins, Thèse Aix, 1892, p. 16 et s.

الحدود، تلك التي كانت تعتبره حالة عودته كأنه لم يقع في الأسر مطلقاً، ومن ثم كان يستعيد كل حقوقه العامة آنفة البيان^(١).

علاوة على ذلك، إذا كان المواطن الروماني قد تعرّض لعقوبة ما جرّاء فعل إجرامي اقترفه قبل وقوعه في الأسر، فإنه يُعاد إلى نفس حالته التي كان عليها قبل وقوعه في ذاك الأسر، ومن ثم كان يلزم- والحالة هذه- خضوعه ثانية للعقوبة ذاتها عقب عودته إلى مسقط رأسه^(٢).

الفرع الثاني

أثر نظرية تخطي الحدود بشأن الحقوق المدنية

نتناول هذا الفرع المتعلق بأثر نظرية تخطي الحدود على الحقوق المدنية للأسير الروماني من نواح عدة، أولها الزواج، وثانيها السلطة الأبوية، وثالثها الوصاية، وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً - أثر نظرية تخطي الحدود على زواج الأسير وكذا على زواج أولاده: أ - زواج الأسير:

لاخلاف بين الشَّرَاح حول عدم إمكانية قيام الأسير بعقد زواج شرعي أثناء أسره، وإذا حدث أن قام بذلك في أرض العدو، فإن مثل هذا الزواج لم يكن يكتسب الصفة الشرعية عقب عودة هذا الأسير إلى مسقط رأسه^(٣). أما عن أثر الأسر على زواجه الشرعي المعقود وفقاً لقواعد القانون المدني الروماني قبل وقوعه في ذاك الأسر، فإن المتأمل في القانون الروماني القديم وكذا الموجود في العصر العلمي، يجد أنهما كانا صارمين في هذا الشأن، حيث أقرّا بفسخ العلاقة الزوجية بسبب الأسر^(٤).

(١) CHOTARD(A.), droit romain, Des prisonniers de guerre, Op. Cit., p. 6.

(٢) LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 44: Il a dit que "Les condamnés revenaient avec la qualité de condamnés, in causam suam recidunt: il y avait pour ainsi dire postliminium au profit de la peine".

(٣) FOUCAULT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 26.

(٤) DE BENAIZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., p. 56: "La captivité est donc dans le droit romain primitif et à l'époque classique une cause de dissolution du mariage". voir aussi: JOSSELIN (F.), Droit romain Du postliminum, Op. Cit., p. 75; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 44; BâS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 24 et s.; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 91.

ولعل مرد ذلك، هو أن الزواج كان مُعتبراً في كنفهما مجرد حالة واقعية، ومن ثم كان من غير الجائز أن تظل المرأة في مسكن الزوجية بشكل دائم دون انقطاع للإرادة المتبادلة بالإبقاء أو الحفاظ على الزواج. ولا تقوم تلك الرابطة الزوجية مرة أخرى بعودة الأسير؛ ذلك لأن الانفصال المادي للزوجين الواقع فعلاً بسبب الأسر كان يمنع بدوره من تطبيق نظرية تخطي الحدود^(١).

ويستثنى من ذلك، الحالة التي يتزوج فيها الأسير مُعتقته، إذ في الحالة الماثلة، لم يكن جائزاً للمرأة الزواج مرة أخرى دون الحصول على رضاه سيدها الذي كانت قد تزوجته قبل وقوعه في الأسر. وعدا تلك الحالة المذكورة، كان يمكن للزوج بعد وقوع زوجته في الأسر عقد زواج جديد^(٢).

وتحت تأثير المسيحية، تغير التشريع الروماني في هذا الخصوص، ففي عام ٣٣٧ بعد الميلاد أصدر الإمبراطور قسطنطين دستوراً صارماً، يقضي بأن المرأة وزوجها جسد واحد، بحيث لا يمكن لأي منهما الزواج مرة أخرى إلا بعد مرور أجل محدد، وهو أربع سنوات اعتباراً من يوم وقوع أيهما في الأسر. فإذا انتهت هذه المدة، كان على الزوجة آنذاك إخبار حاكم المدينة بحالة زوجها. فإذا تزوجت قبل انقضاء تلك المدة المحددة بموجب دستور الإمبراطور قسطنطين، فقد كانت تعاقب بفقدان بائنتها أو مهرها، فضلاً عن تعرضها للتعذيب^(٣).

أما في عهد الإمبراطور جوستينيان، فنجد أنه قد قام في بداية عهده بإلغاء تلك الإجراءات سالفة الإشارة، ثم أعاد النص عليها في دستوره رقم (٢٢)، وإن كان قد ميّز في هذا الصدد بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كانت حياة الأسير محققة، ففي هذا الفرض يظل الزواج قائماً، ولا يمكن لأي من الزوجين بسبب أسر زوجه أن يتزوج مرة أخرى. فإذا تزوج الزوج بعد أسر زوجته، كان يتعرض لعقوبة فقدان المهر الذي كان قد قدمه لزوجه الأولى أو لوليها. أما الزوجة، فقد كانت تعاقب بحالة زواجها بآخر بعد أسر زوجها الأول بعقوبة فقدانها لبائنتها أو لدوطتها^(٤).

(١) ACCARIAS (C.), Précis de droit romain, T. I, Op. Cit., P. 152; FOUCAULT(P.), Op. Cit., p.26; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 51.

(٢) MARIN (C.), Op. Cit., P. 26; CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 6; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 53.

(٣) DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 49; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 81.

(٤) FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 29; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 96 et s.

الفرض الثاني: إذا كانت حياة الأسير غير محققة، ففي هذه الحالة كان يُمكن للطرف الآخر أن يعقد زواجاً جديداً شريطة انقضاء مدة خمس سنوات اعتباراً من تاريخ الأسر^(١). أما الزواج الأول، فهو يفسخ تلقائياً بانقضاء هذه المدة المذكورة، مثله في ذلك مثل الطلاق الذي يتم باتفاق متبادل بين الزوجين^(٢). وفيما بعد عُذلت تلك المدة من جانب الإمبراطور جوستينيان، بحيث أصبحت عشر سنوات^(٣)، كما فرض على امرأة الأسير التزاماً بأن تكتب إلى زوجها لإخباره عن قصدتها أو نيتها^(٤)، فإذا أعلن الأسير صراحة عن رأيه بالامتناع أو التزم الصمت، فيمكنها في هذه الحالة التوجه إلى قائده بعريضة متضمنة كل ما فعلته، وحينئذ يمكنها أن تتزوج مرة أخرى دون أن تُوقَّع عليها الجزاءات المقررة ضد أولئك الذين يتزوجون مرة ثانية دون مراعاة منهم للإجراءات المنصوص عليها في هذا الصدد^(٥).

ثم طرأ تعديل آخر من جانب الإمبراطور جوستينيان بشأن المسألة محل البحث، حيث قرر بموجب دستوره رقم ١١٧ - حالة انقطاع الأخبار عن الزوج الأسير- استمرار العلاقة الزوجية بين الزوجين بقدر المدة التي مرت على زواجهما قبل الأسر^(٦).

ومتى علمت المرأة بخبر وفاة زوجها، فلا يمكنها الزواج مرة أخرى إلا بعد توافر شرطين: أولهما - يلزم على الزوجة في هذه الحالة أن تقسم يميناً بالإنجيل أمام موثقي الجيش أو المحكمة نفسها على أن زوجها قد مات حقيقة. ثانيهما - أن يمر عليها عام كامل قبل عقد زواج جديد. فإذا خالفت المرأة تلك الشروط بطريق الغش، فإنها تعاقب حينئذ بالعقوبة المقررة لجريمة الخيانة الزوجية أو الزنا، كما كان شريكها يعاقب بنفس العقوبة^(٧).

وقد كانت عقوبة الموت أو الإعدام هي العقوبة المقررة في ظل عهد الإمبراطور

IMBERT(J.), Op. Cit., p. 97. (١)

JOBIN (X.), Op. Cit., p. 33. (٢)

LAURENúON (L.), Op. Cit., p.73 et s.; DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 60. (٣)

JOBIN (X.), Op.Cit., p. 34. (٤)

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 35; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 44; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 78 et s. (٥)

FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 29; LAURENúON (L.), Op. Cit., p. 72. (٦)

JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 81 et s.; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 49 et s.; (٧)

CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 7; DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 61; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 97.

قسطنطين، وقد استبدلت هذه العقوبة بالنسبة للمرأة بعقوبة الجلد بالسوط والسجن بأحد الأديرة. على أنه إذا حدث تواطؤ من قِبل الموظفين الرسميين بالغش أو الخداع في اليمين أو القسم، فقد كان هؤلاء يتعرضون لعقوبات قاسية جريرة فعلهم هذا. ونتيجة لذلك، يصير الزواج الثاني باطلاً، ومن ثم كان يحق للزوج الأول بمجرد عودته من الأسر إلى مسقط رأسه استرداد زوجته^(١).

وفي النهاية، فقد استلزم الإمبراطور ليون الفيلسوف في دستوره رقم (٣٣) لإنهاء الزواج، ضرورة قيام امرأة الأسير التي ترغب في الزواج مرة أخرى بإثبات وفاة زوجها^(٢). ومفاد هذا، هو أن إثبات وفاة الزوج الأسير من جانب زوجته كان هو السبب الوحيد المستلزم توافره لفسخ الزواج، ومن ثم كان يُسمح لها حالة تحققه بالزواج مرة ثانية^(٣).

وبالنظر فيما ورد بالتشريع الروماني القديم، وكذلك الموجود في العصر العلمي، ومقارنة ذلك بما ورد في فترة الأباطرة الرومان المسيحيين، نجد أن نصوص القانون الروماني القديم وكذلك نصوص القانون الروماني في العصر العلمي ليست صريحة أو قاطعة الدلالة بخصوص المسألة محل البحث.

وعلى ضوء ذلك، ثار خلاف بين الفقهاء في المادة محل البحث، فبينما ذهب الفقيهان بول وتريفينيوس إلى انقضاء العلاقة الزوجية بأسر أحد الزوجين، نجد الفقيهين جوليان وتريفونوس قد خالفاً ذلك؛ حيث قالاً بأن زوجة الأسير لا يمكنها أن تتزوج بآخر، مادام أن وجود زوجها الأسير على قيد الحياة مازال محققاً. فإذا كان ثمة شك حول مصير زوجها الأسير، لزم عليها أنتذ الانتظار لمدة خمس سنوات حتى يمكنها الزواج مرة ثانية. ويُعد هذا الاتجاه الأخير متوافقاً في واقع الأمر مع ما جاء في دستور جستنيان رقم (٢٢)، الذي نص هو الآخر على نفس التمييز^(٤).

CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 7 et s. (١)

JOBIN (X.), Droit romain, De la captivité et du postliminum, Op. Cit, p. 34; (٢)

IMBERT (J.), Op. Cit., p. 97 et s.; FOUCAULT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 29; LAURENÚON (L.), Op. Cit., p.74.

DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 50; DE (٣)
BENZAË (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., p. 54.

LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, (٤)
Op. Cit., p. 53 et s.; LAURENÚON (L.), étude sur l'extradition précédée de la théorie du postliminum en droit romain, Op. Cit., p.70 et s.; DESCHODT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., PP. 45:47; BÀS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 33.

أما في العصر العلمي، فقد ذهب الفقهاء إلى أن أسر الزوج أو الزوجة لا يؤدي إلى فسخ العلاقة الزوجية القائمة بينهما، إذ لم يكن الزواج من وجهة نظرهم حالة واقعية، ومن ثم يمكن تطبيق نظرية ما وراء الحدود في حالة عودة الزوج أو الزوجة من الأسر. وتأكيداً لذلك، ذهب الفقيه بومبنيوس إلى أن البائنة أو الدوطة كانت تعود إلى الأب حالة وفاة ابنته في الأسر، إذ كان يطبق بشأن هذه الحالة قانون كورنيليا الذي كان يقضي باعتبار البنت متوفاة منذ لحظة وقوعها في الأسر^(١).

وقد ذهب البعض إلى أن مفاد ما قاله الفقيه بومبنيوس يقتضي القول أن الموت وحده هو الذي يؤدي إلى فسخ العلاقة الزوجية وليس الأسر، كما أن أهمية ما ذكره هذا الفقيه لا تقتصر فحسب على معرفة ما إذا كان الزواج ينقضي بموت المرأة فقط من عدمه، بل تتأتى أهميته أيضاً في التعرف على أن الدوطة أو البائنة كانت تؤول إلى الأب الذي قدمها لابنته أصلاً بمناسبة زواجها. وتأسيساً على ذلك، إذا فسخ الزوج أو انتهت العلاقة الزوجية لسبب آخر غير حالة وفاة البنت، لم يكن بإمكان الأب وقتذاك أخذ دوطة ابنته دون قبول البنت أو موافقتها. ونظراً لاستحالة أخذ قبول البنت في هذا الفرض المطروح، فلم يكن أمام الأب في هذه الحالة إلا اللجوء إلى الحيلة التي نص عليها قانون كورنيليا، وهي اعتبار البنت متوفاة من اليوم الذي وقعت فيه في الأسر^(٢).

بينما ذهب جانب آخر إلى عدم صحة القول بأن الزواج خلال العصر العلمي لم يكن يفسخ بالأسر؛ إذ القول بذلك يخالف ما نص عليه الفقيه بومبنيوس في القانون رقم ١٤ الوارد عنه في الموسوعة؛ حيث ذهب في البند الأول منه على وجوب استثناء الزواج مرة أخرى بعودة الأسير، ومفاد ذلك هو أن الزواج الأول كان يُفسخ بسبب الأسر^(٣).

وبالرجوع إلى القوانين الصادرة عن الأباطرة سيفيروس وأنطونين، نجد أنها قد نصت على أنه إذا أسرت المرأة مع زوجها الذي له طفل منها، وعاد الزوجان من الأسر إلى مسقط رأسيهما، حينئذ يكون الطفل شرعياً، ولكن إذا رجعت الأم فقط مع ابنها، فإن الطفل في حالتنا هذه يكون طفلاً غير شرعي، أي مولود لأب غير معروف. ومؤدى هذا أن الزواج ليس حالة واقعية، وحسب ما أقرته هذه القوانين سالفه الذكر،

DESCHODT(P.), Op. Cit., p. 45.

(١)

CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 9.

(٢)

DESCHODT(P.), Op. Cit., p. 45.

(٣)

فإن تطبيق نظرية تخطي الحدود على الزوجين حالة عودتهما من الأسر من شأنه أن يُعيد لهما وضعهما القانوني السابق على أسرهما، هذا مع الأخذ في الاعتبار أن الأمر لم يكن مقصوراً على الزوجين فقط، بل كان ينعكس ذلك أيضاً على المركز القانوني لطفلهما^(١).

ومن جانبنا، نرى أن نظرية تخطي الحدود لا تتعلق بمسألة الزواج، ولكن تتعلق بمعاملة الأشخاص، حيث يترتب على تطبيق تلك النظرية معاملة الأسرى الرومان كما لو لم تنقطع عنهم أبداً صفة المواطنة، فمن ناحية تظل جميع الإجراءات والشكليات الخاصة بالعلاقة الزوجية باقية، ومن ناحية أخرى، بما أن المتزوجين استمروا في الإقامة معاً، فلا يمكن القول بأن حالة الأسر كحالة واقعية تقضي بعدم الحفاظ على العلاقة الزوجية^(٢).

وإذا كانت القاعدة في القانون الروماني القديم وكذا في العصر العلمي وفي بداية عهد الإباطرة المسيحيين هي أن الأسر يؤدي بدوره إلى فسخ الزواج، عدا الحالة التي تكون فيها امرأة الأسير هي في نفس الوقت معتقته، إلا أنه فيما بعد وتحت تأثير الديانة المسيحية التي تنادي بعدم فسخ رابطة الزوجية حالة أسر أحد الزوجين، بدأ القانون الروماني في التطور، حيث حرّمت نصوصه كل زواج جديد قبل التأكد من وفاة الزوج الأسير، كما قضت بأن وفاة الزوج أو الزوجة فقط هي التي تؤدي إلى إنهاء العلاقة الزوجية، فإذا تحققت الوفاة كان من حق الطرف الآخر الموجود على قيد الحياة الزواج مرة أخرى^(٣).

ب - زواج أولاد الأسير:

بخصوص المسألة محل البحث، نجد ثمة تأكيداً على أن حالة أولاد الأسير وحقوقهم المستقلة تظل غير مستقلة خلال مدة الأسر، ذلك أن القاعدة في الحالة الماثلة كانت تقضي بعدم إمكانية قيام الأولاد بعقد نكاح شرعي بدون رضاه والدم. وهذا مؤداه أن الزيجات المعقودة بدون رضاه تكون باطلة أو لاغية^(٤).

والإشكالية هنا تبدو من ناحيتين: أولهما حالة عودة الأسير إلى مسقط رأسه، إذ

(١) JOBIN (X.), Op. Cit, p. 32 et s.; BâS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 34;

JOSSÉLIN (F.), Op. Cit., p. 74; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 48.

CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 10. (٢)

CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 10 et s.; DE BÉNAZE (L.), Op. Cit., p. 60. (٣)

LHOMME (H.), Op. Cit., p. 46; IMBERT(J.), Op. Cit., p. 83. (٤)

كان يُطبق عليه حينذاك نظرية تخطي الحدود تلك التي تجعله متمتعاً بالسلطة الأبوية على نحو ما كان قبل أسره. وعلى ضوء هذا، يظل أولاده خاضعين لسلطته على اعتبار أنهم لم يخرجوا أبداً من سلطته الأبوية. ثانيهما إذا ظل الأسير في أيدي الأعداء دون تمكنه من العودة إلى مسقط رأسه، فمعنى ذلك هو عدم قدرته على إبداء موافقته أو رضائه على زواج أولاده.

ولمعالجة هذه الإشكالية، نجد أن القانون رقم (١٢) في بنده الثالث، وكذا القانون رقم (١) في فقرته الثانية والأربعين من الكتاب الخامس عشر في الموسوعة قد نصا على حق الإناث في الزواج حالة أسر والدهم دون استلزام موافقة الأخير، نظراً لأن أولادهن من هذا الزواج لا ينتسبون إلى أسرة أو عائلة آباء أسرهن. أما بالنسبة للأبناء الذكور، فلم يكن من حقهم عقد زواج شرعي دون موافقة رب أسرته، فإذا كان الأخير أسيراً، فقد كان هذا يُشكّل عقبةً كبيرة أمام الابن في حصوله على موافقة والده أو رضائه عن الزواج.

والحق أن هذا الوضع قد استمر لمدة طويلة حتى تم الاعتراف للأولاد الذكور بحقهم في إبرام الزواج الشرعي، دون استلزام رضاهم أبيهم الأسير أسوةً في ذلك بما يتمتع به أخواته الإناث في هذا الشأن، شريطة عدم رفض الأب حال عودته زواج أولاده الذكور تماشياً في ذلك مع الفكر العام السائد لدى الرومانيين في تمتع الأب وبشكل دائم بحق فسخ الزواج المعقود متى كان ضد رغبته^(١). هذا مع الأخذ في الاعتبار أن دستور الإمبراطور مارك أوريل الصادر في هذا الشأن قد استلزم وجود دوافع ومبررات جدية من أجل فسخ الزواج من جانب الأب^(٢).

وفي إطار ذلك أيضاً، ذهب الفقيه تريبونيوس إلى أن حق الأولاد في إبرام عقد زواج شرعي لا يُعمل به عقب أسر والدهم مباشرة، بل كان يجب عليهم - حسب ما ذكره الفقيه أولبيان - الانتظار لمدة ثلاث سنوات اعتباراً من اليوم الذي أسر فيه والدهم^(٣). وإن كان البعض الآخر من الشُّراح يرى أن ما ذكره الفقيه تريبونيوس يُعد

(١) CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 14; BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit, p. 11 et s.

(٢) IMBERT(J.), Op. Cit., p. 87.

(٣) JOSSELIN (F.), Droit romain Du postliminium, Op. Cit., p. 69 et s.;

ACCARIAS (C.), précis de droit romain, T. I, P. 165, N. I; LHOMME (H.),

Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 46 et s.

تفسيراً محرفاً من جانبه، ذلك لأن مدة الثلاث سنوات سالفة الإشارة لم تتحدد في الواقع إلا في عهد الإمبراطور جستنيان^(١).

ثانياً- السلطة الأبوية *puissance paternelle*:

ذهب جانب من الفقه إلى أن حالة الأشخاص الخاضعين للسلطة الأبوية للأسير تظل مُعلّقة، مادام وجوده على قيد الحياة محققاً. فإذا عاد الأسير، فهنا تطبق بشأنه نظرية تخطي الحدود، وبموجبها يتمتع الأخير بالسلطة الأبوية على نحو ما كان قبل أسره، ومن ثم يظل أبناء أسرته خاضعين لسلطته دائماً، وذلك على افتراض مؤداه أن رب أسرته لم يقع في الأسر مطلقاً^(٢).

وعلى ضوء هذا، يتمحور حديثنا عن مسألة السلطة الأبوية حول فروض ثلاثة: الفرض الأول: إذا كان رب الأسرة أسيراً. الفرض الثاني: إذا كان ابن الأسرة أسيراً. الفرض الثالث: إذا كان الاثنان معاً (الأب والابن) أسيرين لدى الأعداء، وفيما يلي بيان ذلك بالشرح والتحليل.

الفرض الأول - إذا كان رب الأسرة أسيراً:

إذا كان رب الأسرة قد وقع أسيراً في أيدي الأعداء، فإن من شأن تطبيق نظرية تخطي الحدود أن يُعيد له كل الحقوق التي كان متمتعاً بها على ابنه، وذلك حال عودته إلى مسقط رأسه^(٣). وتصديقاً لذلك، جاء في مدونة جستنيان: " إذا وقع الأب أسيراً في يد الأعداء فلاشك أنه صار مسترقاً لهم. ومع ذلك فإن حالة أولاده تبقى موقوفة بموجب حق التخطي. إذ المقرر أن الذين أخذهم الأعداء أسارى تبقى لهم جميع حقوقهم السابقة يباشرونها متى رجعوا من الأسر فيكون مما يعود أيضاً إلى الأسير الراجع حق ولايته على أولاده"^(٤).

أما أثناء فترة الأسر، فيثور التساؤل عن مدى انقطاع سلطة رب الأسرة على أبنائه أو انتهائهما بشكل تام من عدمه.

(١) LAURENÚON (L.), Op. Cit., p. 48; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p.72; CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 15; JOSSELINE (F.), Op. Cit., p. 49 et s.; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 87; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 47; Bàs DE BERG (E.), Op. Cit., p. 24 et s.; FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 31.

(٢) MARIN (C.), Droit Romain, Théorie du Postimimum, Op. Cit., P. 24.

(٣) BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit, p. 11; JOBIN (X.), Op. Cit, p. 26; LAUR-ENÚON (L.), Op. Cit., p.54.

(٤) مدونة جستنيان، (١-١٢-٥).

ذهب الفقيهان أولبيان وجايوس في هذا الصدد إلى عدم انقطاع أو انتهاء السلطة الأبوية، بحيث تظل حالة ابن الأسرة معلقة طيلة فترة أسر والده^(١). بينما ذهب الفقيه بول إلى انقطاع السلطة الأبوية خلال فترة أسر رب الأسرة. واتساقاً مع ما سبق، ذهب الفقيه تريفيانيوس إلى أنه يجوز لابن الأسرة إبرام الزواج الشرعي دون رضا أو موافقة والده الأسير^(٢).

ومن جانبنا نرى أن ما ذهب إليه الفقيهان أولبيان وجايوس هو الراجح، حيث إن النص الوارد عن الفقيه بول لم يتناول حكم المسألة محل البحث من الناحية القانونية، كما أن رأيه هذا لا يبدو حقيقةً إلا وجهة نظر شخصية، ولا يوجد ما يؤيدها من النصوص القانونية. أما ما قال به الفقيه تريفيانيوس، فمردود عليه بكونه يشكل خرقاً وانتهاكاً للمبادئ المنبثقة عن الاعتبارات الخاصة برب الأسرة بشكل تام^(٣).

يضاف إلى هذا، ما قاله الفقيه أولبيان من أن الحيلة الواردة بنظرية تخطي الحدود لم يكن من شأنها تعيين وصي على ابن الأسير، بل كانت تؤدي فقط إلى تعيين قيّم على أموال رب الأسرة خلال فترة أسره^(٤).

فضلاً عن ذلك، فإن رب الأسرة في هذا الفرض محل البحث كان يتمتع بحق الادعاء بمزية مجلس الشيوخ في عهد الإمبراطور Macédonien، تلك التي كانت تحتفظ له بالسلطة الأبوية على أولاده أو أبناء أسرته^(٥). وبموجب هذا، إذا عاد الأب من الأسر إلى مسقط رأسه، فقد كان يسترد آنذاك سلطته الأبوية ليس فقط على أولاده، ولكن أيضاً على أطفال أولاده الصغار^(٦).

الفرض الثاني - إذا كان ابن الأسرة هو الأسير:

يترتب على أسر ابن الأسرة نفس الأثر المتعلق بحالة أسر رب الأسرة، وهو أن حقوق الأب على ابنه الأسير تظل معلقة حتى عودة الأخير إلى مسقط رأسه^(٧).

(١) LHOMME (H.), Op. Cit., p. 45; VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 70.

(٢) DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 51; FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 30; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 67.

(٣) DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 52 et s.

(٤) BÀS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 37 et s.

(٥) CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 11; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 46.

(٦) MARIN (C.), Op. Cit., P. 24; BÀS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 38; DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 64; FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 31; DESCHODT(P.), Op. Cit., p. 53 et s.

(٧) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 73.

وتأكيداً لذلك، جاء في مدونة جوستينيان: "... وإذا كان الابن نفسه أو ابن الابن هو الذي يأسره الأعداء، فإننا نرى أيضاً أنه بموجب حق التخطي تبقى السلطة الأبوية عليه موقوفة" (١).

ونتيجة لهذا، إذا خضع الأب - أثناء أسر ابنه - لسلطة غيره بطريق الاستلحاق أو التبني، فإن ابن الأسرة يتواجد حال عودته إلى مسقط رأسه تحت سلطة المتبني (٢)، إذ تعتبر الحيلة الواردة بنظرية تخطي الحدود أن الأسر لم يحدث مطلقاً، وعلى هذا يظل الابن خاضعاً لسلطة المتبني، مادام هذا الابن موجوداً في مسقط رأسه (٣).

الفرض الثالث - إذا كان رب الأسرة وابنه قد وقعا سوياً في الأسر:

في حالة ما إذا أُسر كل من رب الأسرة وابنه معاً، فإن السلطة الأبوية كانت تظل قائمة ولكن تحت شرط واقف هو عودتهما من الأسر (٤).

وفي حالة ما إذا أُسر زوجان، وقد أنجبا خلال فترة أسرهما طفلاً، فهنا يثور التساؤل عن الوضع القانوني لهذا الطفل حالة عودتهم جميعاً إلى مسقط رأسهم. ذهب جانب من الفقه إلى أن تطبيق نظرية تخطي الحدود في هذه الحالة لا يُعيد سوى المركز القانوني الذي فُقد بسبب الأسر في الحروب. وتبعاً لذلك، لا يستفيد الطفل في الحالة الماثلة بأي مزية لنظرية تخطي الحدود، ومن ثم كان يعتبر دائماً كعبد (٥).

وبغية إسباغ الشرعية على هذا الطفل الذي ولد في الأسر، أصدر الأباطرة سيفير Sévère وأنطونين Antonin مرسوماً، يقضي بأنه إذا عاد ابن الأسرة مع والديه، فهو حينئذ يتواجد تحت سلطة والده، ومن ثم يتمتع بنفس مركزه القانوني (٦).

(١) مدونة جوستينيان، (١-١٢-٥).

(٢) JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 72; BÀS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 39; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 48; DE BÉNAZE (L.), Op. Cit., p. 67.

(٣) DESCHODT(P.), Op. Cit., P.55; FOUCAULT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 33; BÀS DE BERG (E.), Op. Cit., P. 39.

(٤) DE BÉNAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., P. 67 et s.

(٥) BLOCAILLE (M.-E.), Op.Cit, p. 12; LHOMME (H.), Op. Cit., P. 49.

(٦) BÀS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 40; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 49 et s.; MARIN (C.), Op. Cit., P. 24; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 56; JOSSELIN (F.), Op. Cit., P. 73.

ثالثاً- الوصاية:

تتمثل القاعدة بشأن المسألة محل البحث في أن كل شخص حُكم عليه بعقوبة الموت المدني، يصبح جرّاء ذلك غير قادر على أن يكون وصياً^(١). ولكن إذا كان ذلك الشخص يمارس الوصاية أو خاضعاً لها لحظة أسره، فلم يكن يترتب على أسر الوصي أو القاصر إنهاء الوصاية؛ إذ كان يمكن للكفلاء القائمين على الإدارة متابعة إدارة أموال القاصر، بل وملاحقتهم قضائياً حالة إخلالهم في أداء مهامهم في هذا الشأن^(٢).

فالوصي لم يكن يفقد قطعاً حقوقه حالة وقوعه في الأسر، نظراً لأنه حال عودته إلى روما، كانت تعود له الوصاية تحت أثر تطبيق نظرية تخطي الحدود، حيث كانت تعتبر تلك الوصاية كأنها لم تنقطع أبداً عن صاحبها^(٣).

يضاف إلى هذا، أنه لا يمكن خلال فترة أسر الوصي المأمول عودته استبداله بوصي شرعي من أحد الأقارب المقربين، بل كان يتم استبداله وقتياً بوصي معين عن طريق قانون أتيليا، هذا إذا كان الأمر في روما. أما في المقاطعات الرومانية، فكان يتم تعيين هذا الوصي المؤقت بموجب قانوني جوليا وتيتا^(٤). على أنه حين تكون أموال القاصر مدارة عن طريق العديد من الأوصياء، فإن أمر إدارتها كان يؤول حالة أسر بعضهم إلى بقية الأوصياء القاطنين في مدينة روما^(٥). بيد أن صفة هذا الوصي البديل كانت تزول بمجرد عودة الوصي الأسير إلى المدينة، حيث كانت ترجع الوصاية لهذا العائد بموجب نظرية تخطي الحدود أو ما يسمى حق التخطي^(٦).

ولعل التساؤل هنا يثور حول مدى انتهاء الوصاية حال فرار الوصي أو هروبه إلى أرض الأعداء من عدمه. اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل، وقد تمحور اختلافهم هذا حول أربعة آراء:

الرأي الأول: ذهب أنصاره - استناداً إلى نص القانون رقم (١٥) الوارد عن

FOUCAULT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., P. 34. (١)

BâS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 40 et s. (٢)

DESCHODT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 57; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 99.; LAURENúON (L.), Op. Cit., p.49. (٣)

IMBERT(J.), Op. Cit., p. 104; DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 68; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 84; FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 34. (٤)

JOBIN (X.), De la captivité et du postliminum, Op. Cit, p. 35. (٥)

مدونة جوستنيان، (١- ٢٠- ٢).

الفقيه أولبيان في الموسوعة^(١) - إلى انتهاء الوصاية في الحالة الماثلة، نظراً لعدم إمكانية استفادة الوصي الهارب من تطبيق نظرية تخطي الحدود حالة عودته إلى مسقط رأسه^(٢).

الرأي الثاني: ذهب مؤيدوه، استناداً إلى النص المذكور، إلى أن فقد المواطنة لا يؤدي دائماً إلى فقد حق الوصاية، فوفقاً لهم يلزم التمييز في هذا الصدد تبعاً لما إذا كان هذا الذي فقد الجنسية الرومانية قد اكتسب جنسية أخرى أو صار بدون مواطنة؛ ففي الحالة الأولى كانت تستمر الوصاية، إذ لا يوجد حظر بشأن منح إدارة أموال القاصر إلى أحد الأجانب. ويرد على هذا الرأي، أن فقد الأسير للمواطنة الرومانية كان نتيجة تعرضه لعقوبة الموت المدني، والتي كان يترتب عليها انتهاء الوصاية^(٣)، فضلاً عن تعارضه مع ما نصت عليه مدونة جوستينيان؛ إذ جاء فيها: "وتسقط أيضاً - أي الوصاية - بحور الذات الذي يسلب الوصي الحرية أو الجنسية"^(٤).

الرأي الثالث: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن نص الفقيه أولبيان لا يتعلق بمركز المواطن الروماني الذي يتم تسليمه كعقاب إلى العدو أو الروماني الهارب إلى أراضي العدو، وإنما يتعلق فقط بفتنة أخرى هي فتنة المبعوثين.

الرأي الرابع: ذهب مؤيدو هذا الرأي - وهو ما نميل إليه - إلى عدم انتهاء الوصاية في الفروض الثلاث التي نص عليها الفقيه أولبيان؛ ففيما يتعلق بالمبعوث أو الوصي الهارب إلى أراضي العدو، فلم يكن يترتب حالة هروبهما فقدانهما الجنسية الرومانية قبل معرفة قصدهما من وراء إقدامهما على هذا الصنيع^(٥).

أما بالنسبة للمواطن الروماني الذي تقرر تسليمه إلى العدو جزاء فعل ارتكبه، فقد ذهب جانب من الفقهاء إلى عدم فقدان هذا المواطن جنسيته حالة رفض تسلّمه من جانب العدو. بينما ذهب جانب آخر إلى عدم استفادة هذا المواطن الروماني من

(١) Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam re ceptus ab eis, aut Trans fugerits quia servus non efficitur, Tutor manet; sed interim a prsesidibus alius tutor dabitur". Cité par BâS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 41.

(٢) DESCHODT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 58.

(٣) IMBERT (J.), Op. Cit., p. 104; JOBIN (X.), Op. Cit., p. 35 et s.

(٤) مدونة جوستينيان، (١-٢٣-٤).

(٥) JOBIN (X.), Op. Cit., p. 35 et s.; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 86 et s.;

DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 58; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 58.

نظرية تخطي الحدود، سواء قُبل أو رُفض تسلّمه من جانب العدو. ومؤدى هذا، أن الشخص في الحالة المذكورة كان يفقد وصايته^(١).

الفرع الثالث

أثر نظرية تخطي الحدود فيما يخص الحقوق المالية

أولاً- حقوق الملكية:

إن عقوبة الموت المدني التي كان يتعرّض لها المواطن الروماني نتيجة أسرته في الحرب كانت تنصرف آثارها مباشرة إلى ذمته المالية، كما هو الحال بشأن حالته المدنية^(٢). فالصفات الخاصة بالمالك والدائن والمدين كان يفقدها الشخص حالة وقوعه في الأسر تماماً كما كان يفقد بسببه أيضاً صفاته المدنية كرب أسرة ومواطن وزوج ورجل حر.

بيد أنه كان من شأن تطبيق نظرية تخطي الحدود أن يُعيد للأسير حال عودته إلى مسقط رأسه جميع هذه الألقاب والصفات المختلفة. بمعنى آخر، فإن تطبيق الحيلة الواردة بنظرية تخطي الحدود هو وحده الذي كان يحفظ للأسير جميع الحقوق الشخصية والعينية، تلك التي كانت تشكل ذمته المالية^(٣).

أيضاً، فإنه في حالة عودة رب الأسرة الأسير إلى روما أو إلى مسقط رأسه، فإن الحيلة الواردة بنظرية تخطي الحدود كانت تُعيد إلى ذمته المالية جميع الأموال المكتسبة أثناء أسرته عن طريق الأشخاص الخاضعين لسلطته، سواء أكانوا أبناءه أم عبيده، كما كانت تُعيد للأسير العائد إلى مسقط رأسه جميع حقوقه على كل من كان يخضع لسلطته قبل أسرته^(٤)، كما كانت تؤول إليه أيضاً بعد عودته جميع الأموال المكتسبة عن طريق الابن أو العبد بطريق التسليم والاشتراطات والهبات^(٥).

ويستثنى من ذلك، اكتساب التركة أو الإرث، لأن التركة لم تكن تحتوي في الواقع على الأموال فقط، بل كانت تحتوي أيضاً على الالتزامات، ونظراً لأن الابن لا

(١) DESCHODT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 59 et s.; BÀS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 42 et s.; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 58.

(٢) JOSSELIN (F.), Droit romain Du postliminium, Op. Cit., p. 88.

(٣) DESCHODT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 68.

(٤) MARIN (C.), Op. Cit., P. 25; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 88.

(٥) DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 78; LAURENÚON (L.), Op. Cit., p. 43.

يمكن أن يُلزم رب أسرته، كما لا يمكن للعبد أن يُلزم سيده، فقد كانا غير متمتعين بمهمة قبول الإرث إلا لصالح الأسير، وعلى هذا كان عليهما واجب الانتظار حتى عودة الأسير. وقد كان بإمكان ابن الأسرة أن يملك حوزة وفق ما نصت عليه النصوص الواردة في الموسوعة والكود^(١)، وإن كانت حقوق الأب والابن على الحوزة هذه تظل معلقة بأسر أحدهما^(٢).

والواقع أن الإمبراطور جستنيان قد منح ابن الأسرة حق الإيضاء، سواء أكان على الحوزة الحربية Castrans أم كان بشأن الحوزة شبه الحربية quasi- Castrans. ولكن إذا مات ابن الأسير في روما دون إيضاء، فقد أقر الإمبراطور جستنيان منحها بما تتضمنه من أموال إلى الأب حال عودته إلى روما، على أن حوزة الابن لم تكن ترد إلى رب الأسرة إلا في الحالة التي لم يترك فيها ابن الأسرة المتوفى أطفالاً، أو حالة عدم وجود فرع وارث له^(٣).

ثانياً – حقوق التركات:

نتكلم في هذا الصدد عن العديد من المسائل على النحو الآتي:

أ – تركة الأسير Hérédité du Captif:

لاخلاف بين الفقهاء في أن تركة الأسير وأمواله كانت تؤول إليه إذا عاد إلى مسقط رأسه. فإذا مات الأسير المورث بعد عودته إلى مسقط رأسه، فإن تركته في الحالة المذكورة كانت تؤول إلى ورثته طبقاً للقواعد العامة في القانون الروماني دون الأخذ في الاعتبار – بموجب الحيلة الواردة بنظرية تخطي الحدود – الوقت الذي مكثه الأسير لدى العدو قبل وفاته^(٤).

ب – التركة الإيصائية:

نتناول المسألة محل البحث على ضوء فرضين، نعرضهما على النحو الآتي:
الفرض الأول: الحالة التي يوصى فيها المواطن الروماني أو يعمل وصية أثناء أسره في أرض الأعداء. وبصدد هذا الفرض المذكور، ذهب جانب من فقهاء القانون

(١) JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 89.
(٢) Laurençon (L.) , Op. Cit., p. 44; DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 78 et s.
(٣) JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 89.
(٤) LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 71; DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., p. 67 et s.

الروماني - استناداً إلى نص القانون رقم (٨) الوارد بالموسوعة - إلى عدم الاعتداد بهذه الوصية؛ إذ لم تكن لها أدنى قيمة من الناحية القانونية، ذلك لأن الأسير كان يصير عبداً، وبصفته تلك لا يمكنه الإيضاء^(١). ومن ثم، إذا عاد الوصي الأسير إلى روما، فإن عودته هذه لم يكن من شأنها إثبات وصيته أو تأكيدها، فحيث يكون تصرفه ملغياً من الأصل، فلا يمكن صيرورته صحيحاً بعودته^(٢). وهذا الحكم هو ما نصت عليه حقيقةً مدونة جوستينيان؛ إذ جاء فيها ما يلي: "أما الأسير فإن وصيته التي يعملها وهو في دار الحرب لا تعتبر حتى لو هو رجع إلينا"^(٣)

أما الإمبراطور ليون الفيلسوف، فقد أجاز في دستوره رقم (٤٠) للأسير حق الإيضاء أثناء أسره، شريطة توافر شروط ثلاث^(٤): الشرط الأول- يجب أن تكون وصية الأسير قد أبرمت أمام ثلاثة شهود. الشرط الثاني- ألا تكون الوصية لصالح الأعداء. الشرط الثالث- إذا كان قد ترك أطفالاً أو أحفاداً، فيجب استدعاؤهم جميعاً إلى التركة، باستثناء من اقتترف منهم عملاً شائناً^(٥).

ولعل التساؤل هنا يثور حول مدى سريان ذات الحكم الذي قيل بشأن الوصايا على ملاحظتها من عدمه. ذهب الفقيه مارسيان إلى بطلان كل ملاحق الوصية التي تمت في الأسر بطلاناً مطلقاً. أما الفقيه تريفينيوس، فقد ذهب إلى وجود استثناء في هذا الصدد لصالح الأسير عند عودته يقضي بصحة تلك الملاحق، لاسيما حالة وجود ما يؤكد في وصية سابقة على الأسر^(٦). والحقيقة أن ما نادى به الفقيه مارسيان يتفق تماماً مع صحيح ما نصت عليه قواعد القانون الروماني. أما رأي الفقيه تريفينيوس، فيعتبر من وجهة نظرنا هو المحقق لاعتبارات العدالة والإنصاف^(٧).

IMBERT (J.), Op. Cit., p. 138 et s. (١)

MARIN (C.), Op. Cit., P. 27 et s.; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 63. (٢)

مدونة جوستينيان، (٢-١٣-٥). (٣)

BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit., p. 20; DESCHODT(P.), Op. Cit., p. 64; (٤)

IMBERT (J.), Op. Cit., p.141; BàS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 45; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 71.

Bàs DE BERG (E.), Op. Cit., p. 45 et s.; DE BENAIZE (L.), Op. Cit., p. 73. (٥)

DESCHODT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 64; IMBERT(J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre, Op. Cit., p. 140 et s.; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 78. (٦)

DE BENAIZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., p. 74 et s. (٧)

الفرض الثاني: يتعلق هذا الفرض بالحالة التي يُوصي فيها المواطن الروماني قبل أن يقع أسيراً، إذ نعرض بصدده لحكم تلك الوصية حال عودة الأسير الروماني إلى مسقط رأسه.

ذهب فقهاء القانون الروماني إلى أنه إذا عاد الأسير إلى مسقط رأسه، فإن وصيته التي قام بإبرامها قبل سقوطه تحت سلطة العدو تظل مُعلّقة، وبالأحرى تصير وصيته صحيحة حسب ما قاله الفقيه أولبيان، أو لها نفس قيمة الوصية التي يتمتع بها من الأصل، ولكن تحت شرط واقف وهو عودته من الأسر. وهذا عين مانصت عليه مدونة جوستنيان، إذ جاء فيها: "...أما الوصية التي يكون قد عملها وهو في وطنه قبل أن يقع في الأسر فإنها تعتبر صحيحة إذا رجع إلينا، وذلك بمقتضى حق التخطي"^(١).

أيضاً، فإن وصية رب الأسرة لابنه ستكون صحيحة حتى في حالة أسر ابن الأسرة، إذ كان يلزم بعودة هذا الابن معاملته كما لو لم يترك مسقط رأسه مطلقاً. علاوة على ذلك، كان من حق رب الأسرة حرمان ابنه من الإرث بطريق هذه الوصية التي كانت تحتفظ بكل آثارها القانونية الصحيحة. فإذا لم يُعد الابن الموصى له في وصية رب أسرته، فإن هذه الوصية ستكون وقتذاك غير عادلة وليست باطلة، فحيث يقع الابن أسيراً في لحظة إتمام الوصية، فإنه يعتبر بأثر رجعي كما لو أنه لم يقع في الأسر أبداً^(٢).

ج - التركات الممنوحة للأسير *Hérités déferées au captif*

ذهب فقهاء القانون الروماني إلى تمتع الأسير بحق الحصول على التركة الإيصائية أو التركة الآلية إليه بطريق الإرث الشرعي أو الهبة، شريطة عودته إلى مسقط رأسه^(٣)، تطبيقاً في ذلك لمرسومين صادرين عن الأباطرة ديوكليتيان وماكسيميان في هذا الشأن^(٤). والحقيقة أن النصوص القانونية الواردة بالموسوعة تقدم لنا أيضاً بعض النتائج للمبدأ الذي طرحناه، نعرض لها على النحو الآتي^(٥):

- إذا ترك المتوفى أطفالاً كثيرين، وكان أحدهم أسيراً، في مثل هذه الحالة لم تكن

(١) مدونة جوستنيان، (٢-١٣-٥).

(٢) BâS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 46 et s.

(٣) LHOMME (H.), Op. Cit., p. 73.

(٤) BâS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 59 et s.; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 65.

(٥) DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 66 et s.; BâS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 61;

LHOMME (H.), Op. Cit., p. 73 et s.

تؤول كل التركة الأبوية إلى بقية الأطفال، لأنه كان يلزمهم آنذاك الاحتفاظ بنصيب أخيهم الأسير.

- إذا كان لدى رب الأسرة ابنٌ وقع أسيراً، في هذه الحالة لم يكن بإمكان الأب نقل أمواله إلى أجنبي دون أن يكون ثمة مانع يحرم ابنه من ذلك. وبالأحرى، فإن وصية الأب ستكون باطلة إثر عودة الابن واستفادته من نظرية تخطي الحدود.
- أجاز القانون البريتوري للأطفال الذين تم تحريرهم بحقهم في الاشتراك في التركة الأبوية مع إخوتهم الذين ما زالوا تحت سلطة والدهم، على أن ترد إليهم الأموال المكتسبة عن طريق هؤلاء منذ اليوم الذي تم فيه تحريرهم. يضاف إلى هذا، إذا وقع الابن المحرر أسيراً، لزم أن يتوافر بشأنه شرط الحيابة الجماعية *la collation bonorum*، حتى يمكنه اكتساب نصيبه في تركة والده. وعلى هدي ذلك، فإن تطبيق نظرية تخطي الحدود كان من شأنه إزالة آثار الأسر؛ حيث يعتبر الابن كأنه لم يفقد أبداً الأموال التي كانت تخصه قبل وقوعه في الأسر.

ثالثاً - الحيابة ومدى اكتسابها بطريق التقادم:

تقضي القاعدة العامة بخصوص المسألة المطروحة بانقطاع الحيابة بسبب الأسر، ويظل الانقطاع قائماً حتى في حالة عودة الأسير إلى مسقط رأسه. ويرجع السبب في ذلك إلى أن نظرية تخطي الحدود لم يكن لها أدنى أثر في مجال الوقائع^(١). فتلك النظرية، وإن كانت تعالج الآثار القانونية التي يتعرض لها المواطن الروماني إثر وقوعه في الأسر، إلا أن تطبيقها لم يكن مفيداً له في مسألة انقطاع الحيابة، نظراً لأن وقوعه في الأسر أو في برائن الرق يمنعه بطبيعة الحال من استيفاء الوقائع المادية المتطلبة لاكتسابها^(٢).

وحسبنا في ذلك، ما ورد بالقانون رقم (١٢) الوارد في الموسوعة في مادة التقادم *la prescription*؛ حيث نص في الفقرة الثانية منه على عدم إمكانية الأسير في الاكتساب بطريق التقادم أثناء وجوده في أرض العدو، كما أن التقادم المبدوء عن طريقه قبل الأسر سيكون منقطعاً اعتباراً من لحظة أسره، وهي اللحظة التي يتعرّض فيها لجزاء الموت المدني^(٣).

(١) FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 43. Laurençon (L.), Op. Cit., p. 53.

(٢) MARIN (C.), Op. Cit., P. 27; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 90; DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 80; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 113.

(٣) JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 91; LAURENúON (L.), Op. Cit., p.54; BàS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 67; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 69.

وتبعاً لذلك، لا يمكن للأسير حالة عودته من الأسر إلى مسقط رأسه استعمال أو استخدام المحظورات الخاصة بالحيازة التي مارسها قبل أسره. ومن مظاهر ذلك انقطاع اكتساب ثمار العقار الذي كان يحوزه بحسن نية اعتباراً من يوم أسره، كما أن عودته إلى روما أو إلى مسقط رأسه لم تكن تُمكنه من أن يكتسب بأثر رجعي تلك الثمار التي أُعيق عن اكتسابها بسبب غيابه، وكذا الثمار التي كان يحظر عليه في الأصل تملكها أو اكتسابها بسبب الغياب^(١).

ثمة قاعدة أخرى، كانت تقضي بإمكانية اكتساب الأسير حال عودته إلى روما بطريق التقادم المكسب، وذلك بالنسبة للشيء الذي كان قد حازه بنفسه واستوفى مدة تملكه بالتقادم قبل أسره، وكذا الشيء الذي كان يحوزه عن طريق الأشخاص الخاضعين له مثل ابن الأسرة والعبد^(٢).

وفي إطار هاتين القاعدتين سالفتي الذكر، يثور التساؤل الآتي: إذا كان الأسير لا يمكنه أن يكتسب بنفسه أثناء أسره بالتقادم، فهل كان يجوز له أثناء فترة أسره استكمال مدة التقادم بشأن ما كان يحوزه قبل الأسر عن طريق الأشخاص الخاضعين لسلطته؟.

ثمة اختلاف بين الفقهاء بشأن هذه المسألة، حيث يذهب الفقيه مارسيلوس إلى عدم إمكانية بلوغ الأسير إلى الاكتساب بالتقادم، وذلك لأن الحيلة الواردة بنظرية تخطي الحدود ليس لها أثر بخصوص الحيازة، بغض النظر عن الطريقة التي كانت تمارس بها تلك الحيازة^(٣). أما الفقيه جوليان، فقد ذهب إلى التمييز في هذا الشأن بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الابن أو العبد قد دخل في الحيازة قبل أسر الأب أو السيد، وفيها كان التقادم ينقطع بشكل تام أو يتم استيفاء مدته تبعاً للحالات لصالح السيد أو رب الأسرة الذي عاد إلى روما. أما الحيازة المبدوءة عن طريق الأب أو السيد في موطنه وقبل أسره، مع استمرار وجودها أثناء أسره عن طريق الابن أو العبد، فقد كان يُعاد إدخاله في تلك الحيازة حال عودته إلى مسقط رأسه، وذلك بفضل تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأنه^(٤).

JOSSÉLIN (F.), Op. Cit., p. 90 et s. (١)

CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 18. (٢)

FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 43; JOSSÉLIN (F.), Op. Cit., p. 91. (٣)

DESCHODT(P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 69 et s.; (٤)

JOSSÉLIN (F.), Droit romain Du postliminium, Op. Cit., p. 91.

الحالة الثانية: إذا لم يكن الابن أو العبد قد دخل في الحيازة إلا منذ أسر الأب أو السيد، وهنا فإن أعمال نظرية تخطي الحدود لا يُمكنه حالة عودته من الأسر من تلك الحيازة. ولعل ذلك مرده هو انتفاء أحد العناصر المهمة للحيازة في الحالة المذكورة، وهو العنصر المعنوي، ذلك الذي يتطلب لتحقيقه معرفة وقت اكتساب الحيازة، فضلاً عن نية الحيازة^(١).

بينما ذهب الفقيه بابنيان في هذا الصدد إلى وجوب التمييز بين أمرين: إذا كان العبد أو الابن قد دخل في حيازة مال، فالأسير كان بإمكانه أن يكتسب بالتقادم علم أو لم يعلم بوجود هذه الحيازة. فإذا لم يكن للعبد أو الابن على العكس حق التمتع بحيازة مال، في هذه الحالة لا يمكن أن تُطبق على الحيازة القاعدة الأساسية لصالح الأسير لدى عودته، إذا كان الشخص الخاضع لسلطته قد بدأ في الحيازة قبل الأسر. وفي الحالة التي لم تبدأ فيها الحيازة منذ أسر والد الأسرة، فإن هذا الأخير لم يكن بإمكانه أبداً أن يستفيد من التقادم المكسب^(٢).

أما المكتسبات الخاصة بالحيازة الواقعة عن طريق الأشخاص المستقلين خارج الحوزة المالية، فلا يمكن أن تسقط في الذمة المالية لرب الأسرة إذا كان على علم بها، حيث يلزم أن يتوافر بشأنه لحظة دخوله في الحيازة عناصر الحيازة. وتأسيساً على ذلك، حينما يكون رب الأسرة أسيراً، فهنا لا يمكنه التمتع بملكية هذه الحيازة، إذ لا تتوافر له عناصرها، كما لا يمكنه أيضاً اكتساب الحيازات التي بدأت عن طريق الأشخاص الخاضعين لسلطته بطريق التقادم^(٣).

بيد أن الأسرى كان يمكنهم في بعض الحالات أن يكتسبوا بالتقادم الشيء الذي يدخل في ملك الغير، كما كان يمكنهم أيضاً أثناء غياب الورثة اكتساب أموالهم عن طريق التقادم. ولعل هذا الغياب كان يؤدي إلى العديد من النتائج الظالمة، ذلك لأن القانون الروماني لم يكن يسمح للأسير الادعاء بدعوى ضد الغائب. وتجنباً لهذا، قام البريتور بمنح المالك الذي غصبت أمواله حالة غيابه أو بسبب غياب الغاصب دعوى

(١) DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., p. 83 et s.; CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 20; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 116; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 92; FOUCAULT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 43 et s.; Laurençon(L.), Op. Cit., p. 54; BâS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 67.

(٢) LAURENúON (L.), Op. Cit., p. 61 et s.; BâS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 68; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 117 et s.

(٣) LAURENúON (L.), Op. Cit., p. 62.

عينية l'action réelle يمكن بموجبها الادعاء بدعوى الإبطال، واعتبار التقادم كأنه لم يكن مطلقاً^(١).

على أن هذه الدعوى كان يجب الاحتجاج بها خلال مدة عام، ثم عُذلت هذه المدة بموجب مرسوم أصدره الإمبراطور جوستينيان يقضي بجواز الاحتجاج بتلك الدعوى المذكورة خلال أربع سنوات اعتباراً من اليوم الذي عاد فيه الغائب. فهذا الإمبراطور، وإن أقر في مدونته بمنح المالك القديم الموجود بروما - وذلك عن طريق الحاكم- دعوى لإبطال حيازة الغائب، إلا أنه لم يتكلم في حقيقة الأمر إلا عن غياب الشخص في خدمة الجمهورية أو في الأسر لدى الأعداء^(٢).

وها هو مانصت عليه مدونة جوستينيان في هذا الإطار: "...إذا فرض أن شخصاً غائباً في خدمة الجمهورية أو في الأسر لدى العدو قد امتك بطريق الحيازة شيئاً من أموال مواطن آخر مقيم برومة، فإن هذا المالك القديم الحاضر برومة يكون له، في خلال سنة من عودة الغائب الحائز، أن يرفع عليه الدعوى لإبطال حيازته، واسترداد الملكية متمسكاً بأن هذا الغائب لم يمتلك الشيء بالحيازة، وأن الملكية لازالت له هو. هذا وأن الحاكم مدفوعاً بمثل ما تقدم من دواعي العدالة قد حوّل دعاوى من هذا القبيل لبعض أشخاص آخرين في أحوال أخرى مبيّنة تفصيلاً في مجموعة الديجست"^(٣).

وجاء فيها أيضاً: "يقول بلونديو إن جوستينيان كان قد أصدر مرسوماً قال فيه "اقتضت إرادتنا أنه من الآن فصاعداً يستعاض عن ميعاد السنة المفيدة المذكور بميعاد أربع سنوات متتابعات تبتدئ من التاريخ الذي تبتدئ فيه السنة المفيدة"^(٤).

ثمة مسألة أخيرة، وهي تلك التي يكون فيها المالك محروماً من حيازته بسبب غيابه لغير الحالتين المشار إليهما. وبصدد هذه الحالة، ذهب جانب من الفقه إلى اشتراط أن يكون الغياب لسبب مقبول، حتى يكون بمقدور هذا المالك الغائب استرداد حيازته من لدن الغير بموجب دعوى البطلان. فإذا انتفى بشأنه الشرط المذكور، فلم يكن بإمكانه وقتذاك الادعاء أوالمطالبة باسترداد حيازته إلا أمام الحاكم القضائي^(٥).

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 69. (١)

FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 44 et s. (٢)

مدونة جوستينيان، (٤-٦-٥). (٣)

مدونة جوستينيان، (٢-١٣-٥)، ص ٢٦٩، وهامش (٢) من تلك الصفحة. (٤)

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 70; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 72. (٥)

رابعاً – الالتزامات:

إذا عاد الأسير الروماني إلى مسقط رأسه، فهنا وبفضل تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأته كان يمكنه أنذاك تلقي الحقوق الدائنية من هؤلاء الذين كانوا يخضعون لسلطته، كما كان يتحمل بالديون التي حدثت عن طريقهم أيضاً^(١).

وحول المسألة المتعلقة بالوقت الذي يمكنه فيه اكتساب الأموال الدائنة بالتقادم، والدعاوى المكتسبة عن طريق الابن أو عبد رب الأسرة، فإن ثمة تناقضاً بين الفقهاء نتيجة وجود نصين قانونيين رقمي (٤، ٥) الواردين بالموسوعة -، أولهما يُعزى إلى الفقيه venuléjus، بينما يُعزى الآخر إلى الفقيه juvolenus، حيث ذهب الأخير إلى أنه إذا كان عبد الأسير مُعطى له عن طريق أحد الورثة، فقد قرر بدء احتساب تقادم الدعوى ضد الكفالة أو العربون اعتباراً من اللحظة التي انعقد فيها الاتفاق^(٢).

أما الفقيه Venuléjus، فقد ذهب إلى نفس ما قاله الفقيه كاسيوس من لزوم ابتداء احتساب التقادم من يوم عودة الأسير^(٣). في حين يعتقد الفقيهان بوتيه وكوجاس بأن هذين النصين يُشيران إلى فرضين متمايزين، فالفقيه Javolénus كان يتكلم عن العربون أو الكفالة باعتبارهما التزاماً يكون مستحقاً إذا لم يتم تنفيذ الاتفاق خلال الأجل المحدد له، بينما يذهب الفقيه vanuléjus إلى استحقاق الكفالة خلال الأجل المحدد قانوناً، بحيث لا يمكن مقاضاة المخل بالتزاماته إلا بعد انتهاء ذلك الأجل^(٤).

وبهذه الرؤى المختلفة، نعتقد أن النصين سالف الذكر قد أديا إلى تناقض بين الفقهاء الرومان، إلا أننا نفضل من جانبنا ما ذهب إليه الفقيه كاسيوس من احتساب التقادم من يوم عودة الأسير، لاسيما وأنه يتفق مع المبادئ العامة في هذا الشأن، كما صار معوّلاً عليه أيضاً في عهد جوستينيان^(٥).

أما عن الالتزامات الناشئة عن الجرائم أو أشباه الجرائم المرتكبة، سواء ضد الأموال أو الأشخاص الخاضعة لسلطة الأسير، فإنها تعود إلى الأسير إثر عودته إلى

(١) IMBERT (J.), Op. Cit., p. 119; FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 43; DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 74 et s.

(٢) DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 73.

(٣) Ibid., p. 73 et s.

(٤) DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 94 et s.; BâS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 72; JOBIN (X.), Op. Cit., p. 37; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 135; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 95.

(٥) BâS DE BERC (E.), P. 72 et s.; IMBERT(J.), Op. Cit., p. 136 et s.

مسقط رأسه^(١). وعلى ضوء ذلك، كان من حق الأسير إثر عودته رفع دعوى قانون أكويليا ضد من ألحق ضرراً بذمته المالية، كما كان بإمكانه أيضاً رفع دعوى السرقة ضد من قام بسرقة أمواله أثناء أسره، والمطالبة كذلك بتعويض مالي عن الضرر الذي أصابه من جرائها^(٢).

في مقابل ذلك، كان يتحمل الأسير بالالتزامات الناشئة وقت أسره، فالمشروعات التجارية المدارة عن طريق أبنائه أو عبيده كان من شأنها منح التزام ضده بموجب العديد من الدعاوى. مثل هذه الدعاوى كانت مصدر التزامات من جانب الأسير، كما أن هذه الدعاوى كانت تُمارس ضده بعودته. وفي النهاية، فإن هذه الالتزامات الواردة على ذمة الأسير المالية كان يتم الوفاء بها أو سداها عن طريق دعوى مسماة negotiorum gestorum^(٣).

خامساً – إدارة أموال الأسير أثناء أسره:

نذكرنا آنفاً أن حقوق الأسير تظل قائمة وفقاً لقواعد القانون الروماني، ولكن تحت شرط معلّق، وهو عودته من الأسر. فإذا عاد الأخير، فيعتبر بفضل تطبيق الحيلة الواردة في نظرية تخطي الحدود مالكاً للأموال التي تركها، كما كان يسترد جميع حقوقه تبعاً لذلك. وإذا لم يعد، فإن تركته والحالة هذه لم تكن تؤول إلى ورثته إلا اعتباراً من اليوم الذي تتأكد فيه وفاته، وإلا فإن أي حكم أو تصرف بشأن ذمته المالية يكون باطلاً من الناحية القانونية^(٤).

والتساؤل هنا يثور عن كيفية إدارة أموال الأسير خلال مدة أسره. وبصدد ذلك ذهب شراح القانون الروماني إلى قيام الحاكم في هذه الحالة بتعيين قيم على جميع أموال الأسير، بافتراض ذكره دستور الأباطرة ديوكليتيان وماكسيمان، وهو وجود إسراف أو تبديد للذمة المالية للأسير. وتأسيساً على ذلك، كان على الورثة عقب أسر مورثهم التوجه إلى الحاكم طالبين منه تعيين قيم على ما تركه من أموال، وعلى دائني

(١) JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 98; FOUCAULT(P.), Op. Cit., p. 46; JOBIN (X.), Op. Cit, p. 36; BâS DE BERG (E.), P. 73 et s.

(٢) BâS DE BERG(E.), Op. Cit., p. 73; DESCHODT(P.), Op. Cit., p. 77 et s.

(٣) DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 79; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 89; DE. BENAZE (L.), Op. Cit., p. 74 et s.; IMBERT (J.), Op. Cit., p. 132.

(٤) CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 15.

الأسير أيضاً التقدم إلى ذاك الحاكم بما يثبت حقهم، بغية قيام الأخير بعمل ما يلزم لأخذ هؤلاء الدائنين لحقوقهم من أموال مدينهم الأسير^(١).

وفي هذا الإطار، ذهب الفقيه بول إلى أن تعيين قيم على أموال الأسير كان أمراً ملزماً من الناحية القانونية، وقد كان ذلك لأجل قيامه بمهمة محددة، وهي حظر بيع أموال الأسير قبل عودته^(٢). أما عن كيفية اختيار القيم، فقد ذهب الفقيه أولبيان إلى أن اختياره كان يتم بطريق الأفضلية من بين أقرب الأقارب للأسير. فإذا كان الأسير غير بالغ، فقد استلزم مجلس الشيوخ في عهد الإمبراطور ترتوليان Tertullien قيام الأم بتقديم طلب إلى الحاكم لتعيين قيم على أموال ابنها الأسير رغم انقطاع أمل عودته من الأسر، وإلا توقع عليها جزاءات خطيرة^(٣).

وإذا كان الهدف من تعيين القيم هو إدارة أموال الأسير، فإنه في سبيل قيامه بتلك المهمة على خير وجه كان يُخوّل بسطات عديدة منها، سلطته في استخدام الدفوع أمام القضاء من أجل الأسير، كما كان له أيضاً الحق في ملاحقة المدينين للأسير، وكذا رفع دعاوى السرقة ضد من قام بسرقة أموال الأسير أو الاستيلاء عليها^(٤).

علاوة على ذلك، كان للقيم سلطة إلزام العبد التابع للأسير أو الأرقاء العموميين بالحفاظ على مصالحه. ويمكن للأسير حالة عودته إلى مسقط رأسه أن يطلب من الحاكم القضائي منحه الدعوى البريتورية المسماة "bonorum possession edictalis"، وعلى الأخير أن يمنحه إياها. كما يستطيع الأسير أيضاً المطالبة بإرجاع الشيء إلى أصله la restitution in integrum رغم تعيين قيم على أمواله. ولكن إذا كان الأسير جندياً، فقد كان يفقد حق المطالبة بإرجاع الشيء إلى أصله، وذلك في حالتين: أولهما حالة كونه مدعياً عليه defensus، وثانيهما حالة فراره أو هروبه من أداء واجبه العسكري أو تهاونه فيه^(٥).

أخيراً، بالنسبة للتركة المستحقة للأسير، والتي لم يكن بإمكانه قبولها أو الموافقة عليها في الأجل المطلوبة بسبب أسره، ونظراً لعدم إمكانية اكتسابها عن

(١) JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 101 et s.; BÀS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 76.

(٢) CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 16.

(٣) DE BÉNAZE (L.), Op. Cit., p. 97; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 80 et s.; BÀS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 77; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 102.

(٤) BÀS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 76; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 102; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 80.

(٥) CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 17; DE BÉNAZE (L.), Op. Cit., p. 74 et s.;

JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 102.

طريق القِيم، فقد كان بإمكان ذاك الأسير عقب عودته إلى مسقط رأسه اللجوء إلى الحاكم القضائي، طالباً منه منحه أجلاً جديداً بغية استيفائه الإجراءات المطلوبة لنقل التركة إليه^(١).

المبحث الثاني

استرداد أسرى الحرب الرومانيين بالشرء

تمهيد وتقسيم:

يُعدُّ الاسترداد بالشرء إحدى النظم التي أخذ بها الرومان في مجال أسرى الحرب بغية استرداد الأشياء المستولى عليها من جانب العدو، وكذا استرداد أسرى الحرب الرومانيين من لدنه. ويقصد باسترداد أسرى الحرب بالشرء "قيام الأعداء بتسليم أسرى الحرب لديهم إلى الجيش الروماني أو إعادتهم إلى مسقط رأسهم مقابل دفع فدية أو مبلغ من المال من جانب الأسرى أنفسهم أو من جانب أحد الوسطاء"^(٢). والجدير بالذكر، أنه رغم كون هذا النظام من النظم القديمة المتعارف عليها في المجتمعات القديمة، إلا أنه لم يتم الأخذ به على نحو فعال من جانب الرومان إلا في عهد الإمبراطورية السفلى^(٣). وفي سبيل تدعيمه، أُجيزت الهبات المبرمة بغرض استرداد الأسرى الرومانيين، وإن لم تكن مستوفاة للشكليات القانونية المتطلبة لصحتها. كما أُجيز أيضاً على سبيل الاستثناء بيع الأشياء المقدسة، لاسيما المنقولة منها، وكذا الأشياء غير القابلة للتصرف لذات الغرض^(٤).

وتأكيداً لذلك، جاء في مدونة جوستينيان: "الأشياء المقدسة هي التي جعلت لله بحسب الطقوس والأوضاع الارتسامية التي يقوم بها الكهنة، وذلك كالمعابد وكالمنور والهدايا وغيرها من الأشياء المخصصة بحسب الأصول لإقامة الشعائر الدينية. وهذه الأشياء بمقتضى مرسومنا لا يجوز أن تباع ولا أن ترهن إلا لافتداء الأسرى"^(٥). أخيراً، كان استرداد الأسير بالشرء يمثل التزاماً مفروضاً على بعض الأشخاص

(١) CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 17 et s.; DE BÉNAZE (L.), Op. Cit., p. 97.

(٢) VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 58.

(٣) FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 51.

(٤) CARDOT (H.), Droit romain, du postliminium, Thèse Dijon, 1879, p. 88;

JOSSÉLIN (F.), Op. Cit., p. 130.

(٥) مدونة جوستينيان، (١-٢٣-٤).

كواجب مقدس مُقرر بموجب القانون رقم (١٥) الوارد بالموسوعة، حيث عالج الحالة التي لا يسترد فيها الخلف سلفه والعكس؛ ففي الحالة التي يقع فيها السلف أسيراً في أيدي الأعداء، فقد قرر القانون المشار إليه معاقبة القريب الجاحد الذي ترك مورثه في الأسر دون أن يُقدم على مساعدته بحرمانه من الإرث. فإذا تمكن الأسير من الفرار من أيدي الأعداء وعاد إلى مسقط رأسه، فهنا كان يملك السبب الصحيح لحرمان وراثته الذين تقاعسوا عن استرداده. أما إذا مات في الأسر، فلم يكن من حق هؤلاء الورثة الحصول على أي جزء من تركته، إذ كانت تؤول إثر ذلك إلى كنيسة المدينة^(١).

أما في الحالة التي يقع فيها الخلف أسيراً في أيدي الأعداء، فإن السلف الذي لم يسع نحو استرداد حرية خلفه، يمكن أن يحرم من الإرث الإيصائي عن طريق الأسير حال عودته إلى روما، كما كان يتم استبعاده أيضاً من الإرث الشرعي^(٢).

وبصد مدى تطبيق نظرية تخطي الحدود حالة استرداد الأسرى الرومانيين بالشراء من لدن العدو، فهنا ينبغي التمييز بين حالتين: الحالة الأولى إذا كان المبلغ المالي أو الفدية قد دفعها الأسير من ماله الخاص إلى العدو. ففي هذه الحالة كانت تُطبّق عليه مباشرة حال عودته إلى مسقط رأسه حيلة نظرية تخطي الحدود. أما الحالة الثانية - والتي تنصب عليها دراستنا -، فهي المتعلقة بالحالة التي يتم فيها دفع المبلغ المالي أو الفدية للعدو من جانب شخص أجنبي عن الأسير. والحقيقة أنه لم يكن من شأن تلك الحالة الماثلة استبعاد تطبيق حيلة نظرية تخطي الحدود على أسرى الرومان الذين تم استردادهم من لدن العدو، وكل ما هنالك هو أن تطبيقها يظل معلقاً حتى قيام الأسير المسترد بسداد المبلغ المالي إلى المسترد، والذي دفعه الأخير نيابة عنه إلى العدو نظير استرداده^(٣).

وتأسيساً على ذلك، نتناول هذا المبحث في مطلبين متتاليين، نتدارس في المطلب الأول حق المُسترد على الأسير المسترد، ونستعرض في المطلب الثاني لحالات انقضاء حق المسترد على الأسير المسترد. وفيما يلي بيان ذلك شرحاً وتفصيلاً.

CARDOT(H.), Op. Cit., p. 88. (١)

LAURENúON (L.), Op. Cit., p. 24; CARDOT (H.), Op. Cit., p. 88. (٢)

DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 90; (٣)

CARDOT(H.), Op. Cit., p. 89; FOUCAULT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 51.

المطلب الأول حق المسترد على الأسير المسترد

نكرنا آنفاً أن استرداد الأسير الروماني من أيدي العدو كان يتم نظير حصول الأخير على فدية أو مبلغ مالي، سواء من جانب الأسير نفسه أو جانب شخص آخر. وهذا، إذا كان المبلغ المالي قد تم دفعه من جانب الغير بغية استرداد الأسير من لدن العدو، فقد كان من شأن ذلك إعطاء ذاك المسترد حق الرهن أو التحفظ على الأسير المسترد^(١).

بيد أن هذه النصوص لم تكشف بشكل واضح وضع هذا الأخير تجاه المسترد، ومن هنا حدث خلاف بين الفقهاء في هذا الشأن: فوفقاً للفقهاء جروتوس Grotius، فقد ذهب إلى أن المسترد كان يصير تبعاً للاسترداد عبداً للمسترد، موضحاً وجهة نظره تلك بأن حق الرهن الحيازي Jus pignoris كان مُطبّقاً فقط بخصوص الأشياء المتداولة، وهي تلك الأشياء التي تكون محلاً للتعامل أو للتجارة. أما الشخص الحر الذي تم استرداده بالبراءة، فلم يكن محلاً لتطبيق هذا الحق. وتأسيساً على ذلك، كان يلزم حتى يكون الأسير المسترد خاضعاً لحق الرهن الحيازي صيرورته عبداً^(٢).

بينما ذهب الفقيه زيمرن إلى أن الحق المعطى للمسترد في هذا الإطار كان يتمثل في امكانيته في التحفظ على شخص الأسير المسترد حتى قيامه بسداد الفدية التي دفعها الأول إلى العدو^(٣). ويرد على هذا الرأي، كونه يتعارض مع ما نص عليه القانون رقم (١٧) الوارد في الكود، حيث يشير هذا النص إلى أن المسترد كان يُعاد إلى حالته القديمة إذا قام بسداد ثمن الاسترداد إلى المسترد، ولا يمكن للأسير المسترد التحرر وقتذاك من أداء هذا الالتزام^(٤).

في حين ذهب الفقيه أنطوان فابر إلى أن الاسترداد بالبراءة لم يكن يؤدي إلى استرقاق الأسير المسترد، أو أن يصير عبداً للمسترد، بل كان يصير حراً إثر عودته

(١) BLOCAILLE(M.-E.), Droit romain, du postliminium, de la loi Cornelia et de la condition des captifs, Op. Cit., p. 25; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 59.

(٢) JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 138; CARDOT(H.), Op. Cit., pp.90:92.

(٣) LHOMME (H.), Op. Cit., p. 85 et s.

(٤) FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 52; CARDOT(H.), Op. Cit., p. 92.

من الأسر بطريق الاسترداد بالشراء^(١). وهنا يثور التساؤل عن الوضع القانوني للأسير المسترد إذا لم يكن الأخير حراً أو عبداً لمن استرده بالشراء؟

ذهب الفقيه ديرتس إلى أن المركز القانوني للأسير المسترد بالشراء لا يختلف مطلقاً حال عودته إلى مسقط رأسه عن وضعه القانوني أثناء الأسر، إذ لم يكن يترتب على الاسترداد بالشراء سوى أثر وحيد، وهو تعليق تطبيق نظرية تخطي الحدود حتى قيام الأسير المسترد بسداد الفدية أو مبلغ الاسترداد المدفوع للعدو من جانب المسترد.

ويرد على هذا الرأي أن القول بعدم اختلاف المركز القانوني للأسير المسترد حال تواجده في مسقط رأسه عن وضعه القانوني في أرض الأعداء، مفاده أن الأسير المسترد كان يظل عبداً لمن استرده. وهذا أمر غير مقبول، إذ يتنافى والغاية التي يهدف إليها الاسترداد بالشراء، وهي تنازل العدو عن التحفظ على الأسير لديه مقابل حصوله على مبلغ مالي أو فدية، سواء تم دفعها من جانب الأسير نفسه أو من جانب غيره^(٢).

بينما ذهب آخرون إلى أن مركز الأسير المسترد هو ذات مركز الشخص المستقل ارتكازاً على عدم كونه عبداً أو حراً. ودليلهم في ذلك أن حق التحفظ الممنوح قانوناً إلى المسترد على شخص الأسير المسترد إثر قيام الأول بدفعه فدية للعدو تضمن رد حرية الأسير الروماني، ومن ثم تُمكنه من العودة ثانية إلى مسقط رأسه، لم يكن الهدف منه استرقاق الأسير الروماني ثانية في موطنه، بل كان هدفه الأساس هو إلزام المسترد فيما بعد بسداد مبلغ الفدية، ذلك السداد الذي كان يُعد شرطاً أساساً لتطبيق نظرية تخطي الحدود بشأنه^(٣).

واعتباراً بما جاء في الموسوعة في القانونين رقمي (٨، ١٢) الواردين في الموسوعة، فإنه في حالة ما إذا كان محل الاسترداد أشخاصاً أحراراً أو كان محله أشياء أو عبيداً، ففي كلتا الحالتين، يظل تطبيق نظرية تخطي الحدود معلقاً كأصل عام حتى سداد المبلغ المدفوع عن طريق المسترد. وإن كان الحكم في الحالتين مختلفاً

(١) L'HOMME (H.), Op. Cit., p. 86; LAURENÚON (L.), Op. Cit., p. 24 et s.;

CARDOT (H.), Op. Cit., p. 92; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 140.

(٢) FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 52 et s.

(٣) CARDOT(H.), Op. Cit., p. 92 et s.; DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 88.

بشأن طبيعة الحق الممنوح إلى المسترد^(١). والتساؤل هنا إذا وقع العبد أسيراً في أيدي العدو، ثم تم استرداده بالشرء، فهل يصير متمتعاً بالحرية إثر ذلك؟

ذهب الفقيه تريفينوس إلى أن تحرير العبد عبر استرداده بالشرء من أيدي العدو لا يترتب عليه البتة إلحاق الضرر بالمسترد، وكذا بسيد الروماني القديم، فالقاعدة هي أن العبد المسترد كان يظل في نفس مركزه القانوني الذي كان يتواجد فيه قبل سقوطه في سلطة الأعداء، شريطة قيام سيده بدفع الفدية أو مبلغ الاسترداد إلى المسترد. وحينذاك كان يلزم لتمتع ذاك العبد العائد إلى مسقط رأسه بالحرية أن يتم عتقه من جانب سيده وفقاً للطرق الرسمية المحددة لهذا الغرض^(٢).

وثمة فروض ثلاث نعرض لها في إطار حديثنا هذا، وهي على النحو الآتي^(٣):

الفرض الأول: إذا قام السيد بتحرير عبده الأسير عبر وصية الاستئمان، ثم عاد ذاك العبد إلى مسقط رأسه إثر استرداده من لدن العدو بالشرء، فقد كانت تلك الوصية تكفل له حرية، شريطة قيامه بسداد ثمن الاسترداد إلى المسترد.

الفرض الثاني: إذا كان العبد قد آل في حيازة أحد الرومانيين كعقوبة جنائية، ثم وقع أسيراً في أيدي العدو، فهنا إذا قام حائزه الروماني باسترداده من أيدي العدو مقابل مبلغ مالي أو فدية، فإن الخزانة العامة- والحالة هذه- كانت ملزمة على الراجح بسداد ثمن الاسترداد لصالح ذاك العبد الصادر بشأنه هذا الجزاء.

الفرض الثالث: إذا بيع العبد تحت شرط عدم تحريره أو عدم صيرورته معتقاً أبداً، ثم وقع أسيراً في أيدي العدو. في هذه الحالة الماثلة كان المسترد يتمتع بحق حيازته، ويظل هذا الحق قائماً حتى سداد ثمن الفدية المدفوعة عن طريقه.

المطلب الثاني

حالات انقضاء حق المسترد على الأسير المسترد

نذكرنا بشأن حالة الاسترداد بالشرء أن تطبيق نظرية تخطي الحدود يظل موقوفاً أو معلقاً حتى قيام الأسير المسترد بسداد مبلغ الاسترداد المدفوع إلى العدو من جانب المسترد، وإلى أن يتم ذلك كان يتمتع الأخير بحق التحفظ على شخص الأسير

CARDOT(H.), Op. Cit., p. 93. (١)

JOSELIN (F.), Op. Cit., p. 145 et s.; DESCHODT(P.), Op. Cit., p. 102 et s. (٢)

CARDOT(H.), Op. Cit., p. 95 et s.; FOUCAULT (P.), Op. Cit., PP. 52: 55; (٣)

JOSELIN (F.), Op. Cit., p. 146 et s.

المسترد. على أن هناك خمس حالات كان يؤدي توافر أي حالة منها إلى انقضاء هذا الحق، ومن ثم تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأن ذاك الأسير المسترد^(١)، وهي على النحو الآتي:

الحالة الأولى - سداد مبلغ الاسترداد:

ويقصد به قيام الأسير المسترد أو أحد ورثته بتقديم مبلغ الاسترداد إلى المسترد؛ فإذا رفض المسترد تسلّم المبلغ، فقد كان رئيس المقاطعة يلزمه بذلك، ومن ثم تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأن الشخص المسترد، تلك التي كانت تُعيد له مركزه القانوني الذي كان يتمتع به قبل أسره، تأسيساً على افتراض عدم وقوعه في الأسر مطلقاً^(٢).

بيد أنه كان يلزم في حالة إتمام السداد من جانب أحد الورثة الوقوف على قصد هذا الأخير في إقدامه على ذلك؛ فإذا كان صنيعه هذا لمصلحة المسترد فقط، ففي هذه الحالة كان تطبيق نظرية تخطي الحدود يُنتج أثره مباشرة. أما إذا أقدم على هذا التصرف لمصلحته الخاصة، في هذه الحالة كان يملك - مثله في ذلك مثل المسترد الأجنبي - حق التحفظ على من قام باسترداده. هذا مع الأخذ في الاعتبار أن المسترد في الحالة الماثلة لم يكن ملزماً في الأساس سوى برد المبلغ المحدد من قبل العدو نظير تركه أو التنازل عنه. وهذا بطبيعة الحال إذا كان ثمن التنازل أقل من ثمن الاسترداد بالشراء^(٣). يضاف إلى ذلك، أن الأسير المسترد كان مخولاً بحق الحصول على التركات التي يُدعى فيها، وتدبير المال اللازم أيضاً لتعويض المسترد أو صاحب الحق في هذا الشأن. وفي كل الحالات لم يكن بإمكان المسترد معارضة السداد الجزئي من قبل الأسير المسترد^(٤).

الحالة الثانية - تنازل المسترد عن حقه تجاه الأسير المسترد:

حينما يتنازل المسترد عن حقه في التحفظ على الأسير المسترد، فإن تطبيق نظرية تخطي الحدود كان ينتج أثره مباشرة، يستوي في ذلك أن يكون التنازل المذكور قد تم من جانب المسترد صراحة أو ضمناً^(٥).

CARDOT(H.), Op. Cit., p. 98. (١)

LHOMME (H.), Op. Cit., p. 92 et s. (٢)

JOSELIN (F.), Op. Cit., p. 148 et s.; DE BENAIZE (L.), Op. Cit., p. 113; (٣)

DESCHODT (P.), Op. Cit., PP. 108: 110.

CARDOT(H.), Op. Cit., p. 99 et s. (٤)

FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 56. (٥)

ومن أمثلة التنازل الصريح، أن يعلن المسترد صراحة إعفاء من استرده من سداد مبلغ الاسترداد، أو قيامه بمنح مبلغ الاسترداد إلى المسترد بموجب وصية^(١). أما التنازل الضمني، فهو يستشف من الزواج المعقود بين المسترد والمرأة المستردة وفق ما جاء في القانون رقم (١٢) الوارد في الموسوعة، وكذا القانون رقم ١٣ الوارد في الكود^(٢).

وعلى ضوء الحالة المذكورة، ذهب جانب من الفقه إلى أن القول باستمرار حق المسترد على المرأة التي استردها من لدن العدو بالشراء يتعارض بعد زواجه منها مع مكانة الزواج، فضلاً عن كونه منافياً للمساواة التي يجب أن تسود بين الأحياء^(٣).

الحالة الثالثة - وفاة الأسير المسترد:

ينقضي حق التحفظ الممنوح إلى المسترد حالة وفاة الشخص محل الاسترداد، إذ يموت الأسير حينئذ متمتعاً بكامل حقوقه. ومن ثم، فإن تطبيق نظرية تخطي الحدود كان ينتج أثره من اللحظة الأخيرة لحياته^(٤).

وفي هذا الصدد، ذهب البعض إلى أن ابن الأسير المسترد بالشراء كان يحصل حالة وفاة والده على تركته بصفته وارثه الخاص دون التزامه بتعويض المسترد عن المبلغ المدفوع من جانبه إلى العدو. بينما ذهب البعض الآخر إلى التزامه بذلك، بغية تمكينه من الحصول على إرث والده^(٥).

الحالة الرابعة - ارتكاب فعل شائن من جانب المسترد:

إذا قام المسترد بعد استرداده امرأة حرة من أيدي العدو بالشراء بإرغامها على ممارسة أعمال البغاء أو الدعارة، فقد كان يُعاقب جرّاء اقترافه هذا العمل الشائن بفقدانه لحق التحفظ على تلك المرأة. وقد أنيط بحاكم المقاطعة - وفق ما ورد في القانون رقم (٧) في الكود- حق تقرير ذاك العقاب^(٦).

(١) DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 113 et s.

(٢) LHOMME (H.), Op. Cit., p. 96 et s.; DESCHODT(P.), Op. Cit., p. 112 et s.

(٣) CARDOT (H.), Op. Cit., p. 103.

(٤) FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 56; LAURENÚON (L.), Op. Cit., p. 25 et s.

(٥) DESCHODT (P.), Op. Cit., p. 111 et s.; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 97 et s.;

CARDOT (H.), Op. Cit., p. 103; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 152 et s.

(٦) LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 100 et s.: Il adit que "Celui qui prostitue la femme libre qu' il a rachetée peut etre contaraint, en punition de son infamie, dr renoncer aux droits que lui confère le rachat; le président de la province devra intervenir à cet effet"; DESCHODT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 107.

الحالة الخامسة - مرور خمس سنوات قضاها الأسير المسترد في خدمة من استرده:

يصير الأسير المسترد من لدن العدو محرراً من كل التزام تجاه المسترد، وذلك بعد مرور خمس سنوات عمل قضاها المسترد في خدمة المسترد وفقاً لدستور الأباطرة هورنيوس وتيودوز الصادر في هذا الشأن، والذي فرض جزاءات صارمة ضد من يُسَرُّ على التحفظ على الأسير المسترد بعد انقضاء هذا الأجل^(١).

وقد أنيط بمشايع المدن مهمة السهر على مراقبة اكتساب هذا الحق بتقادم المدة المشار إليها. كما أمر نفس الدستور المذكور عاليه كل رعايا الإمبراطورية بتقديم الملابس والمقتضيات اللازمة للمعيشة، فضلاً عن توفير المأوى مجاناً إلى جميع أسرى الرومان الذين نجحوا في الهروب من أيدي العدو^(٢).

المبحث الثالث

تطبيق قانون كورنيليا بشأن أسرى الحرب

تمهيد وتقسيم:

أسلفنا القول أن الأسير الروماني كان يسترد جميع حقوقه المدنية والمالية بموجب الحيلة الواردة في نظرية تخطي الحدود، شريطة عودته من الأسر، سواء إلى بلده الأصلي أو إلى بلد آخر حليف أو صديق لروما، إذ كانت تعتبره وقتذاك كأنه لم يقع في الأسر مطلقاً. فإذا مات أسيراً في أرض العدو، فهنا يثور التساؤل حول مركزه القانوني.

وفقاً للقاعدة العامة في القانون الروماني، فإن المركز القانوني للأسير في الحالة المذكورة هو نفس المركز القانوني للعبد، ذلك لأن الأسير حالة وفاته في أرض العدو كان يُعتبر ميتاً كعبد منذ اللحظة التي أُسِرَ فيها، ومن ثم كان يفقد بهذا جميع حقوقه^(٣). ولمعالجة هذا المصير المأساوي الذي كان يتعرّض له الأسير الروماني إثر

(١) FOUCAULT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 56; JOSSELIN (F.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., p. 154; DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 107; DE BENAZE (L.), Op. Cit., p. 114; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 101.

(٢) CARDOT (H.), Op. Cit., p. 104; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 101; JOSSELIN (F.), Op. Cit., p. 154 et s.

(٣) BLOCAILLE (M.-E.), Droit romain, du postliminium, de la loi Cornelia et de la condition des captifs, Op. Cit., p. 22.

وفاته في أرض العدو، وُجدت حيلة أخرى تضمنها قانون كورنيليا، والتي كانت تعتبره حينذاك مُتوفياً متمتعاً بمواطنته الرومانية منذ لحظة أسره^(١).

أما عن وضعه القانوني على ضوء هذه الحيلة، فهذا ما نتولاه بالشرح والتفصيل عبر مطلبين متتاليين، ندرس في المطلب الأول ماهية قانون كورنيليا في مجال أسرى الحرب. أما المطلب الثاني، فهو ما نُخصه لتبيان الآثار المترتبة على حالة وفاة الأسير لدى العدو، وفيما يلي توضيح ذلك شرحاً وتفصيلاً:

المطلب الأول

ماهية قانون كورنيليا في مجال أسرى الحرب

أشرنا آنفاً إلى أنه في حالة وفاة الأسير الروماني لدى الأعداء، كان يتم اعتباره عبداً منذ يوم أسره، وبصفته هذه لم يكن بإمكانه ترك أي إرث، سواء أكان شرعياً أم إيصائياً^(٢). مثل هذه الإشكاليات، قد تمت معالجتها في واقع الأمر بعيداً عن القواعد العامة في القانون الروماني، وذلك عن طريق قانون كورنيليا الذي تضمن حيلة أخرى، وهي الحيلة الكورنيلية *Fictio legis Corneliae*، والتي يصير بموجبها الأسير الروماني حالة وفاته في أرض العدو ميتاً متمتعاً بشخصيته القانونية اعتباراً من اللحظة التي أسر فيها^(٣).

والتساؤل هنا يثور حول مصدر هذا القانون وعن تاريخ صدره. ثار الجدل بين الشُّرَّاح حول ذلك: فذهب جانب من الفقه إلى أن هذا القانون كان مشروعاً مقترحاً من جانب القنصل *Scipions Cornelius*، وذلك بعد الحرب البونية الأولى التي وقع جزأها عدد كبير من الأسرى الرومان في أيدي أعدائهم القرطاجنيين، وهو يعد استجابةً للضرورة الملحة آنذاك بشأن معالجة حالة الذمة المالية لأولئك الأسرى عقب وفاتهم في الأسر^(٤).

(١) LAFERRIÈRE (M. F.), *Histoire du droit français précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome* T.I, Paris, 1852, P. 59 et s.; VASSAUX (E.), *Des prisonniers de guerre et des otages*, Op. Cit., p. 55.

(٢) LAURENÇON (L.), Op. Cit., p.35.

(٣) BÀS DE BERCÉ (E.), Op. Cit., p. 3.

(٤) BLOCAILLE (M.-E.), *Droit romain, du postliminium, de la loi Cornelia et de la condition des captifs*, Op. Cit, p. 22; LHOMME (H.), *Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia*, Op. Cit., p. 105; IMBERT (J.), *Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain*, Op. Cit., p.149 et s.

ثمة جانب آخر يُرجع تاريخ صدور هذا القانون إلى الحقبة الملكية، استناداً في ذلك إلى الأهمية التي كان يُشكّلها هذا القانون في تلك الآونة من التاريخ الروماني، لاسيما في معالجته للواقع الذي كان سائداً آنذاك، والذي عبّر عنه الفقيهان تيت- ليف وأبيان في قولهما بأن الرومانيين قد سعوا قديماً في سبيل صدور قانون بشأن استرداد الأسرى، فهؤلاء الذين وقعوا في الأسر مع أتيلوس رجيليوس أثناء الحرب البونية الأولى كانوا قد تُركوا للمنتصرين، كما أن تبادلهم أو مقايضتهم بغيرهم من أسرى الأجانب لدى روما لم يكن مسموحاً به آنذاك في السياسة الرومانية. ومؤدى هذا، هو أن المقتضيات الإنسانية كانت تمثل باعاً كبيراً نحو صدور قانون كهذا بغية الحفاظ وحماية مصالح هؤلاء الأسرى في مجال القانون الخاص^(١).

بينما ذهب جانب ثالث - وهو يمثل حقيقةً رأي غالبية رجال الفقه الروماني- إلى أن قانون كورنيليا قد صدر تحت حكم الدكتاتور سيلا، وذلك قرابة عام ٦٧٣ من تاريخ نشأة روما^(٢). ففي هذا الوقت كان يمارس سيلا مهام منصبه كدكتاتور للجمهورية الرومانية، كما أن كل القوانين بوجه عام التي حملت اسم قوانين كورنيليا *leges corneliae* كانت من صنيعه. ومثال ذلك قوانين كورنيليا التي حملت المُسمّيات التالية: "Lois Cornelia de falsis, de sicariis, de injuriis"، أما غير ذلك من القوانين، فقد تم اقتباس غالبيتها مما ورد في الموسوعة. وبوجه عام، كانت التشريعات الصادرة من قبل هذا الدكتاتور هائلة في عددها وقيمتها في ذات الوقت في معالجتها لمسائل عدة، كالوصايا والتركات، فضلاً عن أحكام أخرى بشأن الوصاية^(٣).

Bàs DE BERG (E.), Op. Cit., p. 4. (١)

IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain, Op. Cit., p.150; BLOCAILLE (M.-E.), Droit romain, du postliminium, de la loi Cornelia et de la condition des captifs, Op.Cit, p. 22; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p.57. (٢)

LAURENÚON (L.), étude sur l'extradition précédée de la théorie du postliminum en droit romain, Op. Cit., p.35 et s.; BàS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 6; CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 36; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 106 et s. (٣)

المطلب الثاني الآثار المترتبة على تطبيق الحيلة الواردة في قانون كورنيليا بشأن أسرى الحرب الرومانيين

تقسيم:

نتناول هذا المطلب في فرعين متتاليين، نعالج في الفرع الأول الآثار المترتبة على تطبيق قانون كورنيليا فيما يتعلق بالحقوق المدنية، ونعرض في الفرع الثاني للآثار المترتبة على تطبيق قانون كورنيليا فيما يتعلق بالحقوق المالية. وفيما يلي بيان ذلك شرحاً وتفصيلاً:

الفرع الأول الآثار المترتبة على تطبيق قانون كورنيليا فيما يتعلق بالحقوق المدنية

أولاً - السلطة الأبوية:

إن المتأمل في قانون كورنيليا، يجده قد تضمّن حقيقةً نصوصاً عدة قطع بها الريبة والشك في ترك الاستمرار في رجاء أو أمل العودة. فالأسير الذي يموت في الأسر كان يموت عبداً، وحيث إن هذه العبودية أو ذاك الأسترقاق لا يُمحي عن طريق نظرية تخطي الحدود حالة عدم عودة الأسير الروماني إلى مسقط رأسه، فإن مفاد ذلك هو انتهاء السلطة الأبوية التي كان الأسير متمتعاً بها قبل وقوعه في الأسر^(١).

مثل هذه النتيجة كانت تماثل في واقع الأمر بتلك المنبثقة عن قانون كورنيليا حالة وفاة الأسير في أرض العدو^(٢). وآية ذلك، أنه حالة وفاة رب الأسرة في الأسر، فقد كان يترتب على ذلك انتهاء سلطته الأبوية، ومن ثم كان يصير ابنه مستقلاً اعتباراً من اللحظة التي وقع فيها رب الأسرة تحت سلطة الأعداء^(٣).

وهذا عين ما أكده الإمبراطور جوستينيان في مدونته، إذ جاء فيها: " وفي حالة موت الأب عند الأعداء يعتبر ابنه مستقلاً من تاريخ وقوعه في الأسر"^(٤).

IMBERT (J.), Op. Cit., p. 159. (١)

CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 36. (٢)

FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 32; VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 55. (٣)

مدونة جوستينيان، (١-١٢ - ٥). (٤)

فضلاً عن ذلك، فإن الطفل الذي حملت به أمه وولد لدى العدو لأبوين أسيرين، وقد توفى الأب في أرض العدو، كان يُعد مولوداً لوالد غير معروف إذا عاد مع الأم وحدها إلى مسقط رأسه. وبالنظر إلى الحيلة الكورنيلية التي تفترض وفاة الأب اعتباراً من اللحظة التي أُسر فيها، نجدها لا تجيز الاعتداد في هذا الشأن بلحظة الحمل لتحديد الوضع القانوني للطفل المولود في الأسر، حيث كان الابن في الحالة الماثلة يتبع مركز أمه، بمعنى أنه كان يعتبر حينذاك مستقلاً^(١).

والواقع أن الفقيه أوليبان وفق ما جاء في القانون رقم (٦) في الموسوعة كان ينسب هذا الطفل إلى جده لأبيه، بل ويُعطيه حقوقاً على تركته. أما الإمبراطور ليون الفيلسوف، فقد ألغى تماشياً مع اعتبارات العدالة والإنصاف كل تمييز بين عودة الأب أو وفاته لدى العدو، مقررراً نسبة الطفل إلى والده في كلتا الحالتين، ومقررراً في ذات الصدد كميّزة استثنائية حصول هذا الطفل على تركة والده الأسير حالة وفاة الأخير في أرض العدو، وكذا تركة والديه اللذين توفيا معاً في الأسر^(٢).

ثانياً - الوصاية:

يثار التساؤل في هذا الصدد عن الوصاية التي كان يمارسها الأسير، ومدى إمكانية أن يكون الأخير محلاً لها. إذا مات الأسير الروماني في أرض العدو، فإنه يعتبر ميتاً من اليوم الذي وقع فيه أسيراً، ومن ثم لا يمكن أن يكون آنذاك وصياً أو قاصراً. وإذا ترك الأسير ابناً قاصراً، فبموجب القاعدة العامة، فإن الأب سيكون معتبراً عبداً اعتباراً من لحظة أسره، ومن ثم يصبح ابنه مستقلاً وخاضعاً لوصاية أقرب الأقارب إذا كان قاصراً.

وفي هذا الإطار، ذهب الفقيه بول إلى انتقال الحق في الوصاية الشرعية على القصر حالة وفاة القريب الأول أو حالة خضوعه لعقوبة الموت المدني إلى من يليه في درجة القرابة وفقاً لقانون كورنيليا، على أنه في حالة سقوط القريب الأول في الأسر، فإن جميع حقوقه بما فيها حقه في الوصاية كانت تظل مُعلّقة. فإذا عاد إلى مسقط رأسه، فقد كان من شأن تطبيق نظرية تخطي الحدود حال عودته هذه أن يُعيد له وصايته الشرعية مرة أخرى^(٣).

BaS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 40. (١)

FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 32; VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 55; BaS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 40; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 110 et s. (٢)

BaS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 50 et s. (٣)

ثمة افتراض آخر بشأن الوصايا الشرعية يدور حول الحالة التي يقوم فيها السيد بإسناد معتق إلى أحد أبنائه بطريق الوصية وفيما بعد توفي في الأسر، فإن قانون كورنيليا بموجب إقراره لهذه الوصية كان يُقر أيضاً الوصاية الشرعية المنبثقة عنها. أما في حالة عدم وجود وصية، فهذا الابن كان يتمتع حينئذ بحقه في أن يكون وصياً شرعياً ليس على هذا المعتقد فحسب، بل وعلى الجميع أيضاً بموجب قانون كورنيليا^(١).

يضاف إلى هذا، أن القاعدة العامة في القانون الروماني - وفق ما ذهب إليه الفقيه جوليان في القانون رقم ٢٨ الوارد بالموسوعة - تجيز احتواء وصية الأسير على استبدال الأوصياء القائمين على أمور القصر بأوصياء آخرين^(٢). ويمكن أن نجمل خمس حالات يمكن تطبيق تلك القاعدة العامة بشأنها، وذلك على النحو الآتي:

الحالة الأولى: إذا توفي الأب لدى العدو، تاركاً في روما ابناً غير بالغ توفي هو نفسه قبل سن البلوغ. في هذه الحالة كانت تؤول التركة إلى من يحل محله بموجب قانون كورنيليا كما لو كان الوالد لم يقع أبداً تحت سلطة الأعداء^(٣). وإن كان الفقيه كوجاس قد ميّز في هذا الصدد بين ما إذا كان الوصي الجديد له حق في الإرث أو محروماً منه، ففي الحالة الأولى يصح تولّيه الوصاية على بقية إخوته، في حين لا تصح في الحالة الثانية^(٤).

مثل هذا الحكم سالف الذكر، هو ما أكدته مدونة جوستينيان، إذ جاء فيها ما يلي: "أما إذا كان الابن قد ورث فعلاً ولكنه مات قبل البلوغ، فإن من أحله الأب محله يكون وارثاً أيضاً لهذا الابن المتوفى نفسه؛ إذ العادة قد جرت بأن أبناء العائلة إذا لم يبلغوا السن التي يصح لهم فيها الإيصاء فإن أباهم يكون له الإيصاء بالنيابة عنهم"^(٥)

الحالة الثانية: إذا وقع الأب أسيراً في الحرب، ولديه ابن مقيم في روما، وقد توفي أثناء أسر والده في أرض العدو، وفيما بعد توفي الأب نفسه في الأسر. في هذه الحالة ذهب الفقيه بابنيان إلى عدم صحة استبدال الوصي؛ إذ كان يعتبر الأب ميتاً من لحظة أسره^(٦).

Ibid., p. 51. (١)

LHOMME (H.), Op. Cit., p. 121. (٢)

LAURENÚON (L.), Op. Cit., p. 86 et s. (٣)

BàS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 53; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 122. (٤)

مدونة جوستينيان، (٢-١٦ - فاتحة). (٥)

LAURENÚON (L.), Op. Cit., p. 87; BàS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 53 et s. (٦)

الحالة الثالثة: إذا مات الأب في روما، وبعد موته وقع ابنه القاصر أسيراً في أيدي الأعداء، ثم مات ذاك الابن في الأسر. ذهب الفقيه بابنيان بشأن هذا الفرض إلى أن قانون كورنيليا لم يتضمن أي شيء بخصوص مسألة إحلال أو استبدال الوصي، إذ اقتصر هذا القانون على معالجة حالة الابن البالغ الذي يتمتع بحق إبرام وصية فقط، وليس الابن غير البالغ الذي ليس له الحق في إبرام وصية^(١).

ومع ذلك، فقد أقر هذا الفقيه بصحة إحلال أو استبدال الوصي - وهذا أيضاً ما ذهب إليه الفقيه جوليان -، إذ لا خلاف على أن الإرث الشرعي لغير البالغ يلزم أن يؤول أو ينتقل إلى غيره من ورثته الشرعيين بموجب قانون كورنيليا، فهذا الابن غير البالغ، وإن كان غير متمتع من الناحية القانونية بحق الإيصاء، إلا أنه كان يموت غير فاقده لصفته كمورث شرعي^(٢).

الحالة الرابعة: إذا وقع الابن تحت سلطة العدو، ومات في الأسر أثناء وجود الأب على قيد الحياة في روما. هنا ينبغي القول بأن الابن سواء مات قبل الوفاة الطبيعية للأب أو بعدها، فهو في الحالتين كان يُعتبر ميتاً من اللحظة التي أُسر فيها. ومن ثم فلا محل للحديث هنا عن استبدال أو تغيير الوصي؛ نظراً لأن ابن الأسرة - والحالة هذه - لا يملك أموالاً خاصة، ومن ثم لا يمكنه أن يترك إرثاً أو أموالاً^(٣).

الحالة الخامسة: إذا وقع الابن والأب أسيرين وماتا في أرض العدو. نستبعد في البداية الحالة التي يكون فيها الأب والابن أسيرين في نفس الوقت وكذا الحالة التي يقع فيها الأب أسيراً بعد ابنه، إذ لم يكن لهاتين الحالتين أدنى أثر بشأن استبدال الوصي؛ نظراً لأن الابن لم يكن يتمتع بحق اكتساب الأموال. ومن ثم، لا يمكنه ترك إرث^(٤).

ولكن إذا وقع الابن أسيراً بعد أسر والده، فإن الابن في الحالة المذكورة يصير مستقلاً إذا كان بالغاً، ويمكنه تبعاً لذلك الحصول على تركة والده^(٥). وإذا أسر هو نفسه لدى العدو قبل بلوغه، فإن استبدال أو تغيير الوصي يمكن أن ينتج أثره وفق ما ذهب إليه الفقيه بابنيان^(٦).

LAURENÚON (L.), Op. Cit., p.87. (١)

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 54 et s.; LHOMME (H.), Op. Cit., p. 123 et s. (٢)

Laurençon (L.), Op. Cit., p. 88 et s.; BàS DE BERC (E.), Op. Cit., p. 55 et s. (٣)

BLOCAILLE (M.-E.), Op.Cit, p. 24; LAURENÚON (L.), Op. Cit., p. 90 et s. (٤)

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 56 et s. (٥)

LHOMME (H.), Op. Cit., p. 126 et s. (٦)

ثالثاً - الهبات بين الأزواج والدوطة:

يتمحور حديثنا في هذا الصدد عن مدى صحة الهبة بين الزوجين حالة إبرامها قبل وقوع الزوج أسيراً في أيدي العدو ووفاته في الأسر. ذهب جانب من الفقه إلى صحة الهبة في ظل القانون الروماني القديم، تأسيساً على أن الزواج خلال تلك الحقبة كان ينتهي بأسر أحد الزوجين وليس من وقت وفاته في أرض العدو. بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى بطلان تلك الهبة، استناداً في ذلك إلى قرار مجلس الشيوخ الروماني الصادر في هذا الشأن في عهد الأباطرة سيفير وكراكلا، والذي أقر بعدم صحة الهبة حالة انتهاء العلاقة الزوجية بالموت^(١).

وخلافاً لذلك، فقد أجاز الإمبراطور جوستينيان الهبة بين الزوجين في حالة مماثلة، وهي حالة وقوع الزوجين - الواهب والموهوب له - سوياً أسيرين في أيدي الأعداء، فالهبة في تلك الحالة كانت جائزة بموجب قانون كورنيليا. وتفسير ذلك هو أن انحلال الزواج في ظل هذا القانون المذكور لم يكن مُعتبراً كحال الانحلال الذي يتم بين زوجين على قيد الحياة، ولكنه يُعدُّ نتيجة لوفاتهم المترام، فالاثنتان كانا يُعتبران أمواتاً لحظة وقوعهما في الأسر. وباعتبارهما كذلك، فهذا وحده كافٍ لصحة الهبة؛ إذ لا يمكن القول حينئذ بأن الواهب قد رجع بغتةً عن هبته إلى الموهوب له^(٢).

أما بالنسبة للدوطة، فيثور التساؤل بصددها حول مدى إمكانية الأب في استرداد دوطة ابنته المتزوجة حالة وقوعها في الأسر ووفاتها في أرض العدو. وفقاً للمبادئ العامة، لم يكن من حق الأب التمتع بأي دعوى قانونية تُمكنه من استرداد الدوطة، ذلك لأن انتهاء الزواج في الحالة الماثلة قد حدث بسبب من جانب المرأة وليس من جانب زوجها.

ومع ذلك، فقد ذهب الفقيه بومبينيوس في هذا الصدد إلى إجازة هذا الحق للأب تطبيقاً لحيلة قانون كورنيليا، تلك التي كانت تعتبر المرأة - والحالة هذه - متوفاة منذ لحظة دخولها في الأسر. بمعنى أنها تموت آنذاك وهي متمتعة بصفتها زوجة^(٣).

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 74. (١)

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 74 et s. (٢)

Ibid., p. 76. (٣)

الفرع الثاني الآثار المترتبة على تطبيق قانون كورنيليا فيما يتعلق بالحقوق المالية

إذا مات الأسير الروماني لدى العدو، فهو حسب ما قاله الفقيه أولبيان لا يمكنه امتلاك إرث شرعياً كان أو إيصائياً، نظراً لكونه قد مات عبداً. أما قانون كورنيليا، فقد أحدث تطوراً في هذا الصدد؛ إذ اعتبره على غير الحقيقة قد مات مواطناً وليس عبداً، ومن ثم فقد أقر بصحة وصيته، كما أقر أيضاً بإمكانيته في أن يترك إرثاً. وعلى هدي ذلك، ينصب حديثنا في هذا الفرع على مسائل عدة، نعرض لها على النحو الآتي:

أولاً - الإرث الإيصائي:

إذا توفى الأسير في أرض العدو، فإن وصيته تصير لاغية أو باطلة، نظراً لموته عبداً^(١). بيد أن قانون كورنيليا وفق ما جاء بنص القانون رقم (١٨) الوارد بالموسوعة قد أتى بتعديل على الأحكام العامة الواردة في القانون الروماني بشأن المسألة محل البحث، يقضي بصحة الوصية التي أبرمت من جانب الشخص قبل وقوعه في الأسر ووفاته لدى العدو^(٢).

ومن ثم، فكل القواعد التي كانت تنطبق على وصية المواطن الروماني في وطنه كانت تنطبق أيضاً بشأن وصية الأسير المتوفى لدى العدو. ويؤكد هذا ما نصت عليه مدونة جوستنيان؛ حيث جاء فيها " ... أما الوصية التي يكون قد عملها وهو في وطنه من قبل أن يقع في الأسر فإنها تعتبر صحيحة إذا رجع إلينا وذلك بمقتضى حق التخطي، كما تعتبر صحيحة أيضاً إذا مات في الأسر، وذلك بموجب شريعة كورنيليا"^(٣).

وعلى هدي هذا، كان يُعدُّ الوارث حالة حصوله على تركة أو إرث بموجب قانون كورنيليا وارثاً إيصائياً للأسير. وبموجب ذلك، كان قبول الوارث الإيصائي مهماً في هذا الصدد حتى تكون الوصية صحيحة^(٤). وفي حالة تعدد الوارثين، كان يتم حينذاك تقسيم أو توزيع التركة بموجب الوصية فيما بينهم. أخيراً، كان يترتب على وفاة

VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 57. (١)

BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit., p. 23; BÀS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 47 et s.; (٢)

LAURENON (L.), Op. Cit., p.77.

مدونة جوستنيان، (٢-١٣-٥). (٣)

FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 37. (٤)

الأسير، عدم تمتعه بسلطته الأبوية أو الدينية، ويصير أولاده ورثته من بعده، وإن كان للأسير الحق في عمل وصية يجعل بها أحد عبيده وارثاً^(١).

والواقع أن قانون كورنيليا قد أقر ببطلان وصية الأسير إذا كان من شأنها حرمان طفل له قد ولد لأم هجرها الأسير أثناء حملها أو أهملها بسبب الأسر، مجيزاً أيضاً موت هذا الطفل في الحالة الماثلة متبعاً مركز والده القانوني^(٢).

كما أقر قانون كورنيليا بصحة وصية ابن العائلة الجندي الذي وقع أسيراً ومات لدى العدو. فبالرغم من أن وصية رب الأسرة التي أغفل فيها ابنه الصغير تصير باطلة حالة أسر الأول ووفاته في أرض العدو، نظراً لأن الابن الصغير حالة وجوده على قيد الحياة بعد وفاة والده في الأسر كان يعتبر آنذاك وارثه الخاص^(٣)، إلا أن هذا القانون المذكور قد أقر بصحة وصية ابن الأسرة الجندي حالة ما إذا أغفل فيها ابناً له، تأسيساً على عدم كون ابن هذا الجندي وقت إبرام الأخير لوصيته وارثاً خاصاً له، إذ كان يُعتبر والده الجندي حالة وفاته أسيراً في أرض العدو متوفى تحت وصف ابن الأسرة^(٤).

ثالثاً - الإرث بدون وصية Hérébité ab intestate:

نُميِّز في هذا الإطار بين فرضين نعرض لهما على النحو الآتي:

الفرض الأول - إذا وقع الأب أسيراً وتوفي في أرض العدو: ذهب الفقيه أولبيان إلى أن التركة في حالة وفاة الأسير الروماني لدى الأعداء كانت تنتقل إلى ورثته الشرعيين اعتباراً من يوم أسره، على أن يتم توزيعها عليهم وفقاً للقواعد العامة في القانون الروماني^(٥). وعلى ضوء هذا الفرض، طرح شراح القانون الروماني إشكاليتين:

- الإشكالية الأولى: إذا كان قانون كورنيليا قد أقر الإرث الشرعي أو ما يسمى الإرث بدون وصية للأسير، فمؤدى هذا أن لذاك الأخير الحق في الحصول على إرثه الشرعي. بيد أن الإشكالية هنا تتمثل في مسألة كيفية نقل هذا الإرث، لاسيما إذا علمنا بأن التركة لا تنتقل إلى الوارث وفقاً للقواعد العامة في القانون الروماني إلا من يوم موافقته على ذلك. فإذا توفي الأسير قبل انتقال الإرث إليه،

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 48. (١)

Ibid., p. 48 et s. (٢)

LAURENÚON (L.), Op. Cit., p.83; FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 37. (٣)

Bàs DE BERC (E.), Op. Cit., p. 49. (٤)

BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit., p. 23. (٥)

فإنه يتعذر حينئذ انتقال التركة إلى ورثة الأسير حال التأكد من عدم عودته. ولأمراء فيما يمثله ذلك من عقبة كبيرة أمام ورثة الأسير الذي لم يقبل هو نفسه حتى وفاته ما كان سيؤول إليه من إرث شرعي.

– الإشكالية الثانية: إذا طال أمد الشك حول وفاة الأسير في أرض العدو، ففي هذه الحالة كان يمكن للخزانة العامة استرداد تركة هذا الأسير بكل ما تحتويه من أموال^(١).

ومعالجة لهاتين الإشكاليتين، أعطى البريتور للوارث خلال فترة الشك أو الريبة في وفاة مورثه الأسير في أرض العدو دعوى تسمى *une bonorum possessio* وتستمر تلك الدعوى حتى يتم تحديد مصير الأسير^(٢).

كما كان يحق للقيّم على أموال الأسير الحصول أيضاً على هذه الدعوى من أجل الورثة الذين كانوا يحلون محل الأسير خلال فترة أسره. والهدف من ذلك بطبيعة الحال هو عدم أيلولة أموال الأسير إلى الخزانة العامة. فإذا صار موت الأسير مؤكداً، فقد كان يتم منح الوارث أو الوصي المتمتع بحق الوصاية دعوى أخرى مسماة *bonorum possessio edictalis* من أجل تمكينه من الحصول على أموال مورثه الأسير على نحو دائم^(٣).

الفرض الثاني – إذا وقع الأب والابن معاً أسيرين، وتوفى الأب في أرض العدو، بينما عاد الابن إلى روما: إن المتأمل في هذا الفرض المذكور، يجده محل تطبيق لحيلتي نظرية تخطي الحدود وقانون كورنيليا في آن واحد، فالأب وفقاً لقانون كورنيليا يُعتبر متوفىً من يوم أسره مواطناً متمتعاً بحقوقه السياسية والمدنية. أما الابن الذي عاد إلى مسقط رأسه، فقد كان يتمتع بنفس وضعه القانوني قبل أسره، وذلك بفضل تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأئه^(٤).

ولكون الابن في حالتنا هذه يُعد وارثاً خاصاً لوالده، فقد كان البريتور ملزماً بموجب دستور الأباطرة ديوكليتيان وماكسيميان بمنح ذاك الابن العائد إلى مسقط رأسه دعوى قانونية تُمكنه من استرداد تركة والده الأسير المتوفى في أرض العدو^(٥).

LHOMME (H.), Op. Cit, p. 111 et s. (١)

BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit, p. 23. (٢)

BàS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 43; BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit., p. 23 et s. (٣)

CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 41. (٤)

LAURENúON (L.), Op. Cit., p. 90 et s. (٥)

وتصديقاً لذلك، جاء في مدونة جوستينيان: "قد يحدث مع ذلك أن الولد يكون وارثاً أصيلاً لأبيه، وإن لم يكن تحت ولايته عند موته كما إذا كان هذا الولد قد وقع أسيراً بيد الأعداء، ثم أفلت منهم ورجع بعد وفاة أبيه. وهذا أثر من آثار حق التخطي"^(١).

رابعاً - الزيادة القادمة في الذمة المالية للأسير:

إذا مات الأسير في أرض العدو، فإن وارثه بموجب قانون كورنيليا كان يكتسب جميع أمواله. فإذا انعدم وجود أي وارث له، فإن أموال الأسير في حالتنا تلك كانت تؤول إلى خزانة الدولة كأموال مهجورة أو متروكة.

وبصدد حالة وفاة رب الأسرة في أرض العدو، ذهب جانب من الفقه إلى عدم وجود فرق كبير بين ابن الأسرة والأرقاء، فهؤلاء الآخرون لا ينقطعون أبداً عن أن يكونوا عبيداً، بحيث إن ما يحدث بشأنهم فقط هو تغيير شخص السيد، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن المكتسبات التي عملوها لم تكن تؤول إليهم مطلقاً، بل كان يحصل عليها سيدهم الجديد باعتباره وارث الأسير^(٢).

أما أبناء الأسرة، فعلاوة على صيرورتهم مستقلين من اليوم الذي سقط فيه والدهم في الأسر وفقاً لقانون كورنيليا، فإن الأموال التي اكتسبها تظل ملكاً خاصاً لهم، وإذا ماتوا أثناء أسر والدهم وهو ما يزال حياً، فإن هذه الأموال - حسب ما ذهب إليه الفقيه كوجاس - لم تكن تؤول إلى وارث الأب، بل كانت تؤول إلى أبنائهم، استناداً في ذلك إلى القانون رقم (٢٢) من الموسوعة^(٣).

كما أن كل الاشتراطات التي عملها العبد أو ابن الأسرة كانت تُمنح للأسير لدى عودته إلى روما. وفي هذا الإطار، ذهب البعض إلى التمييز بين الاشتراطات الموقعة من جانب الأسير، وتلك الموقعة عن طريق ابن الأسرة. فبالنسبة للنوع الأول من الاشتراطات، فإن جميع الاشتراطات التي تمت لصالح الأسير أثناء أسره تكون لاغية، نظراً لأنه حالة موته في أرض العدو فهو يُعد ميتاً قبل الاشتراط، وتبعاً لذلك لا يتم منحها إلى وارثه. أما الاشتراطات البسيطة علاوة على الاشتراط الذي تم لصالح التركة، فهي على العكس تُعد صحيحة، ومن ثم كانت تمنح إلى الوارث^(٤).

(١) مدونة جوستينيان، (٣-١-٤).

(٢) JOBIN (X.), Op. Cit., p. 40; BâS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 61.

(٣) BâS DE BERG (E.), Op. Cit., p. 62.

(٤) CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 43; BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit., p. 24.

وفيما يتعلق بالاشتراطات التي تمت عن طريق ابن الأسرة لحساب والده الأسير، فليس لها أدنى فائدة لهذا الأخير، نظراً لأنه يُعتبر ميتاً من يوم أسره طبقاً للحيلة الكورنيلية، ولهذا لا يمكن لابن الأسرة أن يشترط أو يتعهد إلا لصالح نفسه أو لصالح من يخضع لسلطته. وإذا توفى الابن في الوقت الذي كان فيه والده أسيراً على قيد الحياة، فإن الشيء المتعهد به كان يُمنح إلى وارث الابن وليس إلى وارث الأب^(١).

فضلاً عن ذلك، فإن الاشتراط الذي تم لصالح التركة أثناء أسر رب الأسرة، يظل في واقع الأمر بدون أثر، إذ لا يمكن للابن أن يشترط لمصلحة الغير. كما أن الوارث الذي ليس بإمكانه دائماً الاستفادة من الاشتراط المبرم عن طريق مورثه الأسير خلال فترة أسره لم يكن يتمتع وبشكل دائم بأي حق على الأشياء المشتركة عن طريق ابن الأسرة أيضاً^(٢).

الخاتمة:

تمحور الهدف الأساس من موضوع بحثنا حول تبيان المعاملة القانونية لأسرى الحرب الأجانب في القانون الروماني، وكذا القواعد التي كانت واجبة التطبيق حالة وقوع الروماني أسيراً في يد الأعداء، وذلك كله وفق منهج علمي يجمع بين التأصيل والتحليل. ومن مجمل دراستنا لموضوع معاملة أسرى الحرب في القانون الروماني، يمكننا استيلاء النتائج الآتية:

- ١ - يلزم لوجود أسرى حرب وفقاً للقانون الروماني توافر شرطين أساسيين: أولهما، نشوب حرب نظامية عادلة بين أمتين أو شعبين، وثانيهما أن يتم إعلان تلك الحرب على نحو يتفق وصحيح القانون العام الروماني، بمعنى أن يكون مستوفياً لجميع الطقوس المرعية، وكذا الشكليات المقررة في ذلك القانون. وعلى هدي ذلك، كان يستبعد وجود أسرى حرب في حالات الصراعات والانشقاقات المدنية الداخلية، وكذا في حالة السلب أو الخطف الواقع من قراصنة البحار أو قطاع الطرق.
- ٢ - استلزمت المقتضيات الدولية السائدة لدى شعوب العالم القديم استثناء السفراء نظراً لدورهم الكبير في مجال العلاقات الدولية من الوقوع في الأسر، إذ كان أخذهم كأسرى حرب يُشكّل حينذاك خرقاً جسيماً لقانون الشعوب.

(١) BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit., p. 24 et s.; CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 43; LAUREN ON (L.), Op. Cit., p. 92.

(٢) CHOTARD (A.), Op. Cit., p. 43 et s.; LAURENON (L.), Op. Cit., p. 92 et s.; BLOCAILLE (M.-E.), Op. Cit., p. 24 et s.

- ٣ - رغم أن الشعوب الحليفة لروما كانت تحتفظ بسيادتها أو بحكمها الذاتي، إلا أن هذا الاستقلال لا يعني أنها كانت على قدم المساواة معها، بل كان استقلالها هذا يحمل في طياته التبعية أو الموالاتة من جانبها تجاه روما. والحالة هذه، وحيث تكون هناك حرب حقيقية بينها وبين روما كان مقاتلو الحلفاء يعدون إثر ذلك أعداء لها، ومن ثم يجوز أسرهم من جانب الرومان أو العكس.
- ٤ - يتمثل مضمون النظرية الرومانية بشأن أسرى الحرب في جواز قتلهم أو وقوعهم في براثن الرق، تأسيساً في ذلك على حق الحياة أو الموت الذي كان يتمتع به الطرف المنتصر على الطرف الآخر المهزوم. ذاك الحق الذي كان يستند في الأساس إلى حق الدفاع الشرعي، فبقدر الخطر الذي حقد بالمنتصر، فهو يملك إزاء ذلك الحق في أن يدافع عن نفسه، ويسلب حياة العدو الذي أراد التعدي على ذاته. بيد أن هذا الحق كان يتوقف في اللحظة التي يستحيل فيها على المهزوم إيقاع الضرر به، إذ في الحالة المذكورة، كان من غير المنطقي إمكانية ادعاء المنتصر بحقه في قتل خصمه تحت ذريعة حالة الضرورة.
- ٥ - أما عن معاملة أسرى الحرب لدى روما، فقد كان يتعرّض جنرالات الأعداء وجنودهم لمصير أكثر شقاء، ففي أحيان كثيرة كان يتم قتلهم جميعاً بأمر صادر من قبيل جنرالات الرومان. وفي أحيان أخرى كان يتم الإبقاء على حياتهم كأرقاء للشعب الروماني. أما بالنسبة للملوك، فلم يعاملوا هم الآخرون بشكل أفضل متى أجبروا على الوقوع تحت أيدي جيوش الرومان. بيد أنه بتطور الأفكار الأخلاقية تغيرت سياسة روما شيئاً فشيئاً نحو التخفيف من المعاملة القاسية التي كان يتعرّض لها أسرى الحرب، لاسيما بالنسبة للملوك.
- ٦ - ثمة حالات ثلاثة كانت تنتهي حال توافر أي منها صفة أسرى الحرب، تتمثل الحالة الأولى في الهروب أو التخلص من الأسر، بينما تتعلق الحالة الثانية بالفدية. أما الحالة الثالثة، فهي إعادة الأسرى في نهاية الحرب.
- ٧ - إذا وقع الروماني أسيراً في أيدي الأعداء، فإنه يصير بذلك عبداً، ومن ثم يفقد بصفته هذه جميع الحقوق المنصوص عليها في القانون الروماني، سواء الحقوق العامة أو الحقوق الخاصة. ولمعالجة هذا الوضع المتدني، أخذ الرومان عن قانون الشعوب نظرية تخطي الحدود، تلك التي كانت تُجيز بعودة الأسير إلى مسقط رأسه إعادة تمتعه بكامل حقوقه، بافتراض عدم وقوعه في الأسر مطلقاً. فإذا مات الأسير الروماني أثناء أسره لدى العدو، فقد كانت تطبق بشأنه حيلة قانون كورنيليا، تلك التي كانت تقضي بموته طبيعياً من اليوم الذي وقع فيه أسيراً.

٨ - تمحورت شروط تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأن أسرى الحرب الرومانيين حول شرطين: أولهما عودة الأسير إلى الأراضي الرومانية أو إلى إقليم أي مدينة متحالفة، أو لدى شعب أو ملك صديق للشعب الروماني. وثانيهما نية الإقامة، ويقصد بذلك أن تكون لدى الأسير عند عودته إلى مسقط رأسه نية المكث أو الإقامة فيه.

٩ - يُستبعد من تطبيق نظرية تخطي الحدود فئات ست، تتمثل الفئة الأولى في أسرى الحرب الرومانيين الذين عادوا إلى مسقط رأسهم، ولم يكن لديهم نية جدية في البقاء به. وتخص الفئة الثانية مواطني الرومان الذين فرُّوا إلى أراضي العدو بإرادتهم، سواء أكان ذلك في وقت السلم أم في وقت الحرب، وكذا المواطنون الرومان الذين فرُّوا أثناء الهدنة طويلة الأجل أو هربوا لدى الأمم التي لا تربطها بروما أية علاقة صداقة ومودة بغية التآمر ضد دولتهم. وتتعلق الفئة الثالثة بأسرى الرومان الذين اشترط لصالحهم عبر اتفاق دولي يقضي بحقهم في التخطي حالة عودتهم إلى مسقط رأسهم، بيد أنهم فضّلوا البقاء لدى العدو. بينما تنصب الفئة الرابعة في الجنود الرومان الذين أثاروا تسليم أنفسهم إلى العدو بدلاً من الدفاع عن وطنهم والموت في سبيله. في حين تتمثل الفئة الخامسة بمواطني الرومان الذين تم تسليمهم إلى الشعب العدو لبعض الأسباب، كما في حالة قيام أحدهم بالتعدي أو إهانة أحد السفراء الأجانب، وأيضاً أولئك الذين قاموا بعقد اتفاقية مع العدو ولم يتم التصديق عليها من جانب الشعب الروماني. أما الفئة السادسة، فهي المتعلقة بأسرى الرومان ممن حُظر عليهم صراحةً - بموجب اتفاقية دولية - التمتع بنظرية تخطي الحدود.

١٠ - إذا وقع الروماني أسيراً في أيدي الأعداء، فإنه يصير بذلك عبداً وفقاً لأحكام القانون الروماني، ومن ثم كان يفقد بصفته هذه جميع الحقوق المنصوص عليها في هذا القانون. ويظل وضعه القانوني على هذا النحو حتى عودته إلى مسقط رأسه؛ حيث كان مُطبَّقاً بشأنه حينذاك نظرية تخطي الحدود، تلك التي كانت تعتبره حالة عودته كأنه لم يقع في الأسر مطلقاً، ومن ثم يستعيد ثانياً جميع حقوقه العامة منها والخاصة.

١١ - وحول مدى تطبيق نظرية تخطي الحدود حالة استرداد الأسرى الرومانيين بالبراءة من لدن العدو من عدمه، فقد ميَّزنا بين حالتين: الحالة الأولى إذا كان المبلغ المالي أو الفدية قد دفعها الأسير من ماله الخاص إلى العدو. ففي هذه الحالة كانت تُطبَّق عليه مباشرة حال عودته إلى مسقط رأسه نظرية تخطي الحدود. أما الحالة الثانية،

فهي المتعلقة بالحالة التي يتم فيها دفع الفدية للعدو من جانب شخص أجنبي عن الأسير. وفي تلك الحالة الماثلة يظل تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأن الأسير المسترد مُعلّقاً حتى قيامه بسداد الفدية إلى من استرده.

١٢- إذا كان المبلغ المالي أو الفدية قد تم دفعها من جانب الغير بغية استرداد الأسير الروماني من لدن العدو، فقد كان من شأن ذلك إعطاء ذاك المسترد حق الرهن أو التحفظ على شخص الأسير المسترد. على أن هناك خمس حالات كان توافر أي حالة منها مؤدياً إلى انقضاء هذا الحق، ومن ثم تطبيق نظرية تخطي الحدود بشأن الأسير المسترد، تتمثل الحالة الأولى في سداد مبلغ الاسترداد، وتنصب الحالة الثانية في تنازل المسترد عن حقه تجاه الأسير المسترد، بينما تتعلق الحالة الثالثة بوفاة الأسير المسترد، في حين تتمثل الحالة الرابعة في ارتكاب فعل شائن من جانب المسترد. أما الحالة الخامسة، فهي المتعلقة بمرور خمس سنوات قضاها الأسير المسترد في خدمة المسترد.

١٣- أما بالنسبة للأسير الروماني حالة وفاته في أرض العدو، فإن مركزه القانوني وفقاً للقاعدة العامة في القانون الروماني هو نفس المركز القانوني للعبد، نظراً لأنه في حالة وفاة الأسير الروماني في أرض العدو كان يُعتبر ميتاً كعبد منذ لحظة أسره، ومن ثم كان يفقد جرّاء ذلك جميع حقوقه. ولمعالجة هذا الوضع القانوني الذي كان يتعرّض له الأسير الروماني إثر وفاته في أرض العدو، وُجدت حيلة أخرى تضمنها قانون كورنيليا، والتي كانت تعتبره حينذاك ميتاً طبيعياً منذ لحظة أسره، بمعنى أنه مات متمتعاً بشخصيته القانونية.

١٤- ترتب على تطبيق قانون كورنيليا بشأن أسرى الحرب الرومانيين العديد من الآثار، سواء في مجال حقوق الأسرة، أو في مجال الحقوق المالية:

- إذا تُوفي رب الأسرة في الأسر لدى الأعداء، فقد كان يترتب على ذلك انتهاء سلطته الأبوية، ومن ثم صيرورة ابنه مستقلاً اعتباراً من لحظة أسره. كما يترتب على ذلك أيضاً انتهاء وصايته على أولاده القصر، ومن ثم إخضاع هؤلاء لوصاية أقرب أقاربهم.

- وبالنسبة للحقوق المالية للأسير الروماني حالة وفاته في أرض العدو، فقد انتهينا إلى أن الأسير في الحالة الماثلة لم يكن بإمكانه كقاعدة عامة امتلاك إرث شرعي أو إيصائي، نظراً لكونه قد مات عبداً. أما قانون كورنيليا، فقد أحدث تطوراً في هذا الصدد، إذ اعتبره على غير

الحقيقة قد مات مواطناً وليس عبداً، ومن ثم فقد أقر بصحة وصيته، كما أقر أيضاً بإمكانيته في أن يترك إرثاً.

أخيراً، بشأن الزيادة القادمة إلى الذمة المالية للأسير الروماني خلال فترة أسره، فإن القاعدة المقررة بموجب قانون كورنيليا كانت تقضي بأيلولة جميع أموال الأسير- سواء تلك الأموال المتروكة من جانبه قبل اليوم الذي أسر فيه، أو تلك الأموال المكتسبة حتى لحظة وفاته في أرض العدو- إلى ورثته. فإذا لم يوجد له ورثة مُسمَّون بقانون كورنيليا، فتُعدُّ أمواله في تلك الحالة أموالاً عامة تؤوّل بدورها إلى الخزنة العامة للدولة، كونها آنذاك أموالاً مباحة لا مالك لها.

تم بعون الله تعالى وتوفيقه،

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- د. رياض صالح أبو العطا، قضية الأسرى في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- د. صوفى أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥م.
- د. عامر الزمالي، الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، دراسات في القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- م. عبد العزيز فهمي، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، عالم الكتب، بيروت، ١٩٤٦م.
- د. عبد الواحد محمد يوسف الفار، أسرى الحرب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، بدون سنة نشر.
- د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول، في الأشخاص والأموال والالتزامات، الطبعة الثانية، ١٩٣٦م.
- د. على صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، الطبعة الثانية عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م.
- د. محمد بدر، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الأول، بدون مكان نشر، ١٩٧٤م.
- د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون الروماني، تاريخه ونظمه، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٥٦م.
- د. محمود السقا، شيشيرون خطيباً وفيلسوفاً وفقهياً، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة السابعة عشر، يوليه، ١٩٧٥م.
- د. محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة (٤٢)، مارس - يونيو، ١٩٧٢م.

- د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م.
- د. محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا في نطاق فلسفة المدينة العالمية، مجلة مصر المعاصرة، السنة الخامسة والستون، العدد ٣٥٨، أكتوبر، ١٩٧٤م.
- د. محمود السقا، دراسة في علم المنطق القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧ - ١٩٩٨م.
- د. محمود سلام زنتي، نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م.
- د. مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٧م.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- ACCARIAS (C.), Précis de droit romain, T.I, 2^e. édition, paris, 1874.
- ALTMAYER (J.J.), Précis de l'histoire ancienne, Bruxelles, 1837.
- BÈS DE BERC (E.), Droit romain, du postliminium et de la loi Cornelia, Thèse Paris, 1888.
- BIERZANEK (P.), Sur les origines du droit de la guerre et de la paix, R.H.D., XXXVIII, 1960.
- BINOCHE (ED.), Acquisition du droit de cité romaine, Thèse paris, 1893.
- BLOCAILLE (M.-E.), Droit romain, du postliminium, de la loi Cornelia et de la condition des captifs, Thèse Strasbourg, 1866.
- BOYER (M.), Du droit de conclure et de Ratifier les Traités selon le droit public romain et selon le droit public français, Thèse Paris, 1888.
- BRUCY (J.), Les traités et la réglementation du droit de la guerre, Paris, 1917.

- BURETTE (D.), Le droit de la guerre chez les romains, Thèse Paris, 1888.
- CANTU (C.), Histoire universelle, T.3, Bruxelles, 1845.
- CARDOT (H.), Droit romain, du postliminium, Thèse Dijon, 1879.
- CHOTARD (A.), Droit romain, Des prisonniers de guerre, Thèse Poitiers, 1893.
- COLLIENT (P.), Le colonat dans l'empire romain, Recueil de la société Jean Bodin, 1937.
- COMBES-DOUNOUS (J.J.), Histoire des guerres civiles de la république romaine, T.2, Paris, 1808.
- CORNELIUS (T.), Ouvres compléetes de Tacite, Traduite en français par BURNOUF(J.L.), Paris, 1858.
- CROS (L.), Condition et Traitement des Prisonniers de guerre, Thèse Montpellier, 1900.
- DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Thèse Paris, 1893.
- DE VISSHER (F.), Aperçu sur les origines du postliminium, Festschrift Koschaker, 1939.
- DEMANGEAT (CH.), Cours élémentaire de droit romain, T. I, Paris, 1864.
- DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Thèse Douai, 1881.
- DUCOS (M.), Rome et le droit, librerie générale française, 1996.
- DUHAMEL (A.), Les pérégrins devant la justice romaine, Thèse Paris, 1879.
- DUPONCHEL (A.A.), Histoire des grèce et d'Italie depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, Paris, 1846.
- DURETTE (D.), Droit romain, Le droit de la guerre chez les romains, Thèse Paris, 1888.

- DURUY (V.), Histoire des romains depuis les temps les plus reculés jusqu'à l'invasion des barbare, Hachette, 1885.
- DYNZ (C.), La protection du droit sacré, Léna, 1857.
- FOUCAULT(P.), Du postliminum en droit romain, Thèse paris, 1883.
- FUSINATO, Le droit international de la république romaine, Revue de droit international, 1885.
- GANSHOF (F.L.), Le statut personnel du colon du Bas-Empire, L'Antiquité classique, XIV, 1945.
- GARLAN (Y.), La guerre dans l'antiquité, Fernand-nathan, Paris, 1972.
- GAUDEMET (G.), L'étranger au Bas - Empire, Recueil de la société Jean Bodin, IX, Bruxelles, 1958.
- GAUDEMET (J.), Institutions de L'antiquité, 2^e. édition, Paris, 1982.
- GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Thèse Paris, 1888.
- GIFFARD (A.-E.), Précis de droit romaine, 2^e. édition, lib. Dalloz, Paris, 1935.
- GUILLET (A.), De la condition des étrangers à Rome et en France, Thèse Yvetot, 1863.
- HERISSANT (J.T.), Annales romains ou abregé chronologique de l'histoire romaine depuis la fondation de rome jusqu' aux en empereurs, paris, 1894.
- HUVELIN (P.), Cours élémentaire de droit romain, T.I, Paris, 1927.
- IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain, Thèse paris, 1944.
- IMBERT (J.), De l'empire romain à la féodalité, 2^e. édition, Enconomisa, Paris, 1986.

- JOBIN (X.), Droit romain, De la captivité et du postliminum, Thèse Nancy, 1889.
- JOSSELIN (F.), Droit romain, Du postliminium, Thèse Bordeaux, 1881.
- LAFERRIÈRE (M. F.), Histoire du droit français précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome, T.I, paris, 1852.
- LAURENÇON (L.), Étude sur l'extradition précédée de la théorie du postliminum en droit romain, Thèse grenoble, 1872.
- LAURENT (F.), Histoire du droit des gens et des relations internationales, T.VII, Belgique, 1850.
- LEFRANC (A.), L'édit d'Antonin Caracalla sur le droit de cité romaine, Thèse Bordeaux, 1907.
- LÉOTARD (E.), Essai sur la condition des Barbares établis dans L'empire romain au IV siècle, Thèse de letters, Paris, 1873.
- LÉVY-BRUCHL (H.), Quelques problèmes du très ancien droit romain, Paris, 1924.
- LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Thèse Paris, 1873.
- MARIN (C.), Droit Romain, Théorie du Postiminium, Thèse Rennes, 1878.
- MAYNZ (C. G.), Cours de droit romain précédé d'une introduction contenant, 3^e. édition, Bruxelles, 1874.
- MÉRIMÉE (P.), Études sur l'histoire romaine, T.2, conjuration de catilina, Paris, 1844.
- MOMMSEN (TH.), Histoire Romaine, T.4, Traduite de l'allemand par DE GUERL (E.), Bruxelles, 1865.
- MONIER (R.), Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1945.
- NIEBUHR (B.G.), Histoire romaine, T.I, Traduite de l'allemand par DE GOLBERY(P. A.), Paris, 1830.

- NYS (E.), Le droit international, T.I, Paris, 1920.
- ORTOLAN (J.), Explication historique des institutes de l'empereur Justinien, 12^e. édition, Paris, 1883.
- PERRIER (J.), Le statut juridique du prisonnier, Thèse Nimes, 1938.
- REVON (M.), Droit romain, Le droit de la guerre sous la République Romaine, Thèse Paris, 1891.
- ROBAYE (R.), Le droit Romain, Bruylant -Academia, 2. édition, Bruxelles, 2001.
- ROGERY (M.), De la condition des étrangers en droit romain, Thèse Montpellier, 1886.
- SÉGUR (L.-P.), Histoire romaine depuis la fondation de Rome jusqu'à la fin de règne de Constantine, 7^e. édition, paris, 1843.
- SIMON (L.), De la condition des étrangers à Rome et en France, Thèse Rouen, 1880.
- STOÏCESCO (C.), De la condition des personnes, Thèse Paris, 1876.
- THUMIN (A.), De la condition civile des pérégrins, Thèse Aix, 1892.
- VALABRÉGUE (J.), Condition des pérégrins en droit romain, Thèse Paris, 1868.
- VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Thèse Paris, 1890.
- VILLEY (M.), Le droit Romain, Dixième édition, presses universitaire de France, 2002.
- WALLON (H.), Histoire de l'esclavage dans l'antiquité, T. II, Paris, 1879.
- WHEATON (H.), Histoire des progrès du droit de gens en Europe et en Amérique depuis la paix de westphalie jusqu' à nos jours, Allemagne, 1865.

دور الثنائية البرلمانية في تقرير المسؤولية السياسية في الجزائر

الدكتورة / سامية العايب
جامعة ٨ مايو ١٩٤٥ قالمة
الجمهورية الجزائرية

ملخص:

إن تجربة الجزائر من خلال تبني نظام الغرفتين تجربة قائمة بذاتها ونابعة من أعماق المجتمع الجزائري، وهذا ما تؤكد المبررات الحقيقية لانتهاج الثنائية البرلمانية التي نشأت في مرحلة انتقالية وفي ظل أزمة سياسية، لذلك تم استحداث مجلس الأمة كإجراء وقائي من أجل تكريس فكرة توازن واستقرار مؤسسات الدولة ليجنبها الوقوع في الفراغ المؤسساتي أو الانزلاقات السياسية.

لقد تم تكريس المبررات الحقيقية لوجود الغرفة الثانية - مجلس الأمة - من خلال تشكيلة البرلمان الجزائري، حيث اعتمد المؤسس الدستوري على تقوية تواجد المؤسسة التنفيذية على مستوى المؤسسة البرلمانية من خلال التعيين الرئاسي لـ (٣/١) لأعضاء مجلس الأمة.

لقد عرفت المؤسسة التشريعية تطوراً ملحوظاً بمقتضى دستور ١٩٩٦، بعد أن كانت في شكل غرفة واحدة أصبحت منظمة في غرفتين، حيث حدد المؤسس الدستوري الجزائري نظاماً قانونياً خاصاً للبرلمان الجزائري يستشف من الأسلوب الذي اعتمده في تكوين كل غرفة، مع التوسيع في المجال الهيكلي لهيئات البرلمان الجزائري في ظل عهدة برلمانية ذات تكييف قانوني خاص.

وبما أن مبدأ المسؤولية السياسية يعد من الضوابط الهامة التي تحدد طبيعة العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وضع هذا الأخير مجموعة من الآليات لتقرير مسؤولية السلطة السياسية (رئيس الدولة، الحكومة) بيد البرلمان، بهدف خلق توازن بين السلطتين وعدم التعسف في استعمال سلطة الحاكم.

هذا البرلمان يملك طريقاً خاصاً لتقرير المحاسبة والمراقبة على أعمال الحكومة بآليات تقرر المسؤولية السياسية أمام الغرفة الأولى فقط، في حين يبقى دور الغرفة الثانية دور الإعلام والاطلاع فقط، بهدف تكوين رؤية ومعيار رقابي لممارسة صلاحياته الدستورية.

المقدمة:

إذا كانت بعض الدول الغربية قد قدمت تبريرات موضوعية لانتهاجها نظام الثنائية البرلمانية، فإن بعض الدول الأخرى في أوروبا وإفريقيا والعالم العربي قامت بانتهاج الثنائية البرلمانية مسaire للتوجه الحديث نحو تعميم هذه الثنائية دون أن

يكون لهذا النظام مبررات مقنعة، فدول العالم الثالث قامت باستيراد المفاهيم الغربية وطبقتها على نظامها مسايرة منها للتوجه نحو ظاهرة تدويل القانون^(١)، ومن بين المفاهيم القانونية والسياسية المستوردة مفهوم الديمقراطية، مفهوم الفصل بين السلطات ومفهوم الثنائية البرلمانية.

إن الغاية في فصل السلطات* هي منع التحكم والاستبداد والعبث بالحريات وهي غاية لا يمكن تحقيقها إلا إذا ترتبت مسؤولية للسلطة، فما دامت كل سلطة تؤدي وظيفتها وفقا للحدود التي رسمها لها الدستور، وطبقا لمبدأ سيادة القانون، فلن يكون هناك "تميع للمسؤولية أو تهرب منها"، ولما كانت السلطة السياسية تخضع للمسؤولية سواء أكانت المسؤولية جنائية أم سياسية، كان لابد من وجود هيئة تستطيع الحكم على تصرفات السلطة السياسية (رئيس الدولة، الحكومة) وتقرر مسؤوليتها عنها، كما أن مبدأ المسؤولية يفترض بالضرورة وجود جهة معينة يحددها الدستور لتطبيق الرقابة بشروط معينة.

لقد عمل المؤسس الدستوري الجزائري على تكريس مبدأ الفصل بين السلطات لأول مرة بمقتضى دستور ١٩٨٩، انطلاقا من المادة ١٣٨ من الدستور، وبهذا يكون قد تخلى عن نمط الوظائف في تنظيم الهيئات العامة في الدولة (التشريعية، التنفيذية، والقضائية) الذي كان سائداً في الماضي بمقتضى نصوص دستوري ١٩٦٣ و ١٩٧٦ والعمل بنمط جديد يفصل فصلاً مرناً لا مطلقاً بين هذه الهيئات.

كما أكد الدستور على اعتبارها «سلطات عامة مستقلة عن بعضها طبقاً للنمط الحديث المعمول به في تنظيم السلطات لدى كثير من دول العالم، خاصة في وقتنا الراهن ألا وهو نمط الفصل المرن بين السلطات العامة».

(١) إن استيراد دول العالم الثالث للمفاهيم، يرجع لكون هذه الأخيرة اكتسبت قيمة عالمية متفق عليها، كما أن الدول تجد نفسها مجبرة على تبني هذه المفاهيم من حيث أساليب وآليات ممارسة أنظمة الحكم، لذلك تلجأ إلى التقليد، لكن يعاب على هذا التقليد أنه غير مبرر بخصوصية كل دولة على حدة بل يؤخذ حرفياً.

* محتوى مبدأ الفصل بين السلطات: نشأ هذا المبدأ في بريطانيا في أواخر القرن السابع عشر، لكن تم عرض مبدأ الفصل بين السلطات بشكل واضح جدا سنة ١٧٤٨ من طرف "مونتسكيو" في مؤلفه روح القوانين، حيث أخرجه كمبدأ دستوري وسياسي وأصبح أحد أسس "الديمقراطية الجديدة"، التي تتعلق بالمساواة والاعتدال باسم السيادة السامية للشعب.

انظر: Jean Gicquel; "Droit constitutionnel et Institutions politiques 16 dition: Delta, Paris 2000; p 105 (la lecture de Montesquieu).

كرس المؤسس الدستوري الجزائري بمقتضى التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦، إضافة إلى مبدأ الفصل بين السلطات ولأول مرة في تاريخ التجربة الدستورية الجزائرية نظام الثنائية البرلمانية بمقتضى نص المادة ٩٨ من الدستور ١٩٩٦ كضمانة للحقوق وحرية الأفراد وكأرضية وإطار صلب لممارسة مؤسسات الدولة ووظائفها ولتعايشها وتتكامل جهودها لخدمة المصالح العليا للدولة، بإرساء مسؤولية الحكومة أمام البرلمان وحق حل الغرفة الأولى الذي تملكه السلطة التنفيذية، وفي هذا الاتجاه بدأ نظام البرلمان الجزائري يسلك مسلكاً جديداً في أدائه لدوره التشريعي والرقابي لتقرير مسؤولية السلطة السياسية.

وعليه نتساءل: إذا كان تبني نظام الازدواجية البرلمانية له أبعاده القانونية والمؤسسية، فما هو دور البرلمان الجزائري الذي انتهج نظام البيكاميرالية حديثاً في تقرير الرقابة والمسؤولية للسلطة السياسية؟

المطلب الأول نشأة وتطور نظام الغرفتين في العالم ومكانة التجربة الجزائرية فيها

ينظم البرلمان عادة إما في شكل غرفة واحدة أو غرفتين، تكون الغرفة الأولى منتخبة من عموم الشعب والثانية تكون معينة أو مختلطة، بعض الدول تأخذ بنظام الغرفتين والبعض الآخر بنظام الغرفة الواحدة وتتحكم في أسباب الأخذ بهذا النظام أو ذاك اعتبارات تاريخية تعود لتاريخ الدولة في تقسيم طبقاتها، أو موضوعية حسب تبرير كل دولة؛ لأنه في مختلف الأنظمة التي اتبعت نظام البرلمان المزدوج للغرف قدمت تبريرات متفاوتة الأهمية.

لقد عرف نظام الغرفتين توسعاً كبيراً، فبعد أن كان مقتصرًا على البلدان الغربية خلال النصف الأول من القرن الماضي، أصبح الآن متبعاً في أكثر من سبعين (٧٠) دولة في مختلف القارات.

الثنائية البرلمانية غير مرتبطة بأي نموذج للنظام السياسي وتتنوع في ثلاثة أشكال، فقد تكون في شكل الغرفة الثانية الأرستقراطية، الغرفة الثانية الفدرالية أو الغرفة الثانية الديمقراطية.

والجزائر أخذت بنظام الغرفتين بموجب دستور ١٩٩٦ بحيث تمّ استحداث مجلس الأمة إلى جانب الغرفة الأولى في البرلمان الجزائري، وإذا كانت هذه الأخيرة ناتجة عن الاقتراع العام ومعبرة عن الإرادة الشعبية، فما هو الأسلوب الذي اعتمده

المؤسس الدستوري لتحديد النظام القانوني للغرفة الثانية؟ هل تشكيلة المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة تعكس المبررات التي جاءت من أجلها الثنائية البرلمانية؟

لمعرفة مكانة التجربة الجزائرية في تبني نظام الثنائية ودوافعها، لابد من التطرق إلى مبررات الثنائية البرلمانية في الدول الغربية التي قدمت تبريرات متفاوتة الأهمية من حيث درجة الإقناع لنصل إلى المبررات الحقيقية السياسية، والمبررات القانونية المستخلصة من النص القانوني لوجود الغرفة الثانية (مجلس الأمة) في الجزائر.

الفرع الأول

انبعاث نظام الغرفتين في الدول الغربية

إن كل دراسة لنظام الغرفتين يتجه فيها البحث والتدقيق على الغرفة الثانية أساسا، وهذا راجع لكون الغرفة الأولى في جميع الدول تتشابه وتتطابق بحيث تكون من عامة الشعب ومعبرة عن إرادته، إلا أنها تأخذ تسميات تختلف بحسب النظام السياسي المنتهج في الدولة، كما أن التركيز على الغرفة الثانية يعود لأسباب المغايرة بين الغرفتين، حيث تعتبر الغرفة الثانية كياناً قائماً بذاته عن الغرفة الأولى من حيث التسمية، التشكيل والاختصاصات.

فإذا كانت الدولة المركبة التي اتبعت النظام البرلماني مزدوج الغرف، قدمت تبريرات موضوعية على أساس شكل الدولة، فإن الدول الأخرى قد قدمت تبريراتها على أساس ضمان مصالح الطبقة الأرستقراطية (إنجلترا)، أما الدول البسيطة فبررت انتهاجها للثنائية البرلمانية بحجة ضمان أكبر قدر من الديمقراطية.

أولاً: أصل نشأة الثنائية البرلمانية في إنجلترا :

إن نظام النيابة أو التمثيل في المجال السياسي بدأ مع أواخر القرون الوسطى في إنجلترا بصفة أساسية منذ بداية القرن الـ ١٣^(٢)، حيث نشأت غرفة اللوردات سنة ١٢١٥ عندما فرض بارونات إنجلترا على الملك عدم فرض الضريبة إلا بعد الرجوع إليهم واستشارتهم، وقد دُون هذا الاتفاق في الميثاق الكبير وعليه تم إنشاء البرلمان الإنجليزي بغرفتيه (مجلس اللوردات غرفة العموم) سنة ١٢٦٦^(٣).

(٢) Hugues Portelli ; "Droit constitutionnel 3^{ème} dition, Dalloz, Paris, 1999 p 59.

(٣) Ibid, p 3-6.

يعتبر البرلمان الإنجليزي النموذج الأقدم تاريخياً، وتصنف الغرفة الثانية الممثلة في "مجلس اللوردات" ضمن نموذج الغرفة الثانية الأرستقراطية، لأن أساس وجودها مبرر لحماية الطبقة الأرستقراطية والحفاظ على مصالحها، والبرلمان الإنجليزي لم يتحول إلى سلطة تشريعية حقيقية إلا ابتداء من سنة ١٩٨٨ أي بعد أكثر من أربعة قرون من نشأته، أما قبل ذلك فكان مجرد مكان يلتقي فيه الملك ووزرائه بالنبلاء ورجال الدين (اللوردات) وممثلي الأرياف والمقاطعات (العموم) للتشاور.

لقد نشأ نظام الغرفتين في باقي الدول نتيجة للتطور التاريخي في الدستور الإنجليزي، ولقد أخذت هذه الدول بهذا النظام لما له من مزايا ومبررات، فما هي مبررات الدول الغربية - فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية - في إنتاجها لنظام الغرفتين؟ الدراسة على سبيل المثال وليس الحصر.

ثانياً: مبررات الثنائية البرلمانية في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية :

باستثناء حالة إنجلترا والبلدان الفدرالية يوجد إجماع على أن نظام الغرفتين ينشأ في المراحل الانتقالية والأزمات السياسية، فما هو وضع كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية من هذه المبررات؟

أ - الثنائية البرلمانية في فرنسا :

عرفت فرنسا نظام الغرفتين لأول مرة سنة ١٧٩٥ لكنه اختفى بسرعة ثم عاد إلى الوجود وبقي بين حالة أخذ ورد متأثراً بتعدد الجمهوريات فيها (فرنسا عرفت خمسة جمهوريات).

لقد بدأ نظام الغرفتين ينتشر في بلدان القارة الأوروبية وخاصة بفرنسا اقتداء بإنجلترا قائماً على نفس المبررات في اعتبار الغرفة الثانية غرفة أرستقراطية في المرحلة الأولى فقط، لكن ابتداء من منتصف القرن ١٩، أصبحت الغرفة الثانية تضمن تمثيلاً برلمانياً منفصلاً عن الأرستقراطية بفعل دخول ممثلين للفئات الاجتماعية الأكثر شعبية، هذه الفترة تعتبر بمثابة مرحلة انتقالية بين النظام الأرستقراطي القديم والنظام الديمقراطي الحديث، حيث لم يعد تعيين أعضاء الغرفة الثانية محصوراً على الأرستقراطيين فقط، بل تطورت هذه الثنائية البرلمانية نحو نوع من التمثيل بحيث أصبح التمثيل في الغرفة الثانية لا يتعلق فقط بفكرة النبلاء والوراثة، بل امتد إلى فئات اللامعين في مجال الفن والعلم والحرب بشكل لا يحول الغرفة الثانية إلى غرفة شعبية.

لم يهدأ الجدل القائم تجاه المؤسسة التمثيلية، فقد سار الانطباع عبر المسار

التاريخي والدستوري الفرنسي بأن الغرفة الثانية (مجلس الشيوخ)، لا يبررها الطابع الفيدرالي للدولة ولا الرغبة في ضمان شريحة نوعية من الشعب.

فمن بين الدساتير الخمسة التي عرفت فرنسا منذ ١٧٩٣ نص اثنان منها في ظل نظام الجمهورية على إحداث جمعية واحدة^(٤). ولم تظهر فكرة مجلس الشيوخ إلا في عام ١٩٥٨ حيث كانت شروط المؤسسة البرلمانية مركز اهتمام من قبل مؤسسي دستور ١٩٥٨^(٥)، استجابة إلى الرغبة في زعزعة سلطة الغرفة السفلى للجمهورية الرابعة والتوجه نحو تطوير قوة الغرفة الثانية كما كان مجسداً في خطاب الجنرال ديغول في شكل ما يسمى بالثنائية البرلمانية المتوازية وليس المتساوية.

كان الهدف من إنشاء مجلس الشيوخ في فرنسا يرمي إلى ضمان تمثيل الجماعات المحلية كما نصت على ذلك المادة ٢٤ من الدستور الفرنسي^(٦)، وإذا كان مجلس الشيوخ في فرنسا من الناحية الدستورية يمثل الجماعات الإقليمية إلا أنه يظل منتخباً من قبل سكان الريف، عن طريق أسلوبين هما الاقتراع غير المباشر والتجديد الثلاثي من قبل هيئة الناخبين.

إن التطور نحو الديمقراطية مع الانتشار المتسارع لنظام الانتخابات هو الذي أدى إلى تحويل الغرفة الثانية في فرنسا إلى مجلس شبه ديمقراطي، ولم يتأثر فقط البرلمان الفرنسي بالتطور الديمقراطي، بل هناك مجموعة من الدول قامت بإلغاء الغرفة الثانية^(٧).

(٤) السعيد مقدم: "التجربة الثنائية البرلمانية، دراسة مقارنة بالتجربة الفرنسية"، الملتقى الوطني حول نظام الغرفتين، وزارة العلاقات مع البرلمان، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ٩٩.

(٥) Jean Gicquel; "Droit constitutionnel et Institutions politiques 16^{ème} dition, Delta, Paris, 2000 p 608.

(٦) نص المادة ٢٤ من الدستور ٠٤ أكتوبر ١٩٥٨ (الدستور الفرنسي): "La seconde chambre assure la représentation des collectivités locales et celle des Français expatriés".

(٧) أمام انعكاسات الديمقراطية على هذه الغرف (الغرفة الثانية)، لم تصمد سوى غرفة اللوردات البريطانية ومجلس الأعيان - الأردني المنشأ بدستور ١٩٥٢، الذي يعين أعضاؤه من قبل الملك، أما الدول الآتية [الدانمرك (١٩٥٣)، السويد سنة ١٩٧٠ إلى جانب فنلندا والنرويج] قد قامت بإلغاء الغرفة الثانية ثم عادت إليها بصفة مقنعة. انظر: مسعود شيهوب، "نظام الغرفتين - النشأة والتطور في الجزائر والأنظمة المقارنة"، الجزائر ٢٠٠٣، ص ١٢.

ب - الثنائية البرلمانية في الولايات المتحدة الأمريكية "ارتباط الثنائية البرلمانية بشكل الدولة الفيدرالية" :

إن السبب الحقيقي والرئيسي في بقاء الدستور ناجحاً فيما يخص أحكام الثنائية البرلمانية (الكونجرس) هو ضرورة تمثيل كل من الدولة والأفراد على حد سواء في الدولة المركبة على مستوى الكونجرس، لهذا فمببرات الولايات المتحدة الأمريكية هي موضوعية خاصة بنظامها السياسي^(٨).

يتكون البرلمان في الولايات المتحدة الأمريكية من غرفتين، أين تتم المزاوجة بين طموح وآمال الدولة الفيدرالية في تمثيلها تمثيلاً متساوياً مع ضمان المساواة بالنسبة لتمثيل المواطنين.

إن الغرفة الثانية في البرلمان الأمريكي تؤدي مهمة خاصة ومتميزة وهي تمثيل الدويلات الداخلة في الاتحاد، لهذا تأخذ نموذج الغرفة الثانية الفيدرالية وذلك مبرر على أساس شكل الدولة المركبة (الفيدرالية).

إن الغرفة الثانية الفدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية هي النتيجة الطبيعية الملازمة لبنية دولة فدرالية، فمن ناحية تبدو الدولة الفدرالية ككتلة موحدة وكأمة واحدة، ومن ناحية ثانية تبدو مكونة من دول أعضاء تحتفظ باستقلالية واسعة، لذلك تعكس المؤسسات الفدرالية هذه السمة المزدوجة، فنجد المجلس الأول يمثل مجموعة الشعب ويطلق عليه مجلس النواب، أما المجلس الثاني فهو مجلس الشيوخ وهو يمثل كل دولة على حدة بمندوبين عن كل دولة^(٩)، فالمبرر من وجود الغرفة الثانية في الولايات المتحدة الأمريكية جدّ مقنع؛ لأنه مرتبط بجانب موضوعي يتعلق بشكل الدولة الفيدرالية.

كل الدول الفيدرالية تأخذ بثنائية التمثيل وبنفس المبررات لهذا نجد مجلس النواب ومجلس الشيوخ في الولايات المتحدة الأمريكية، المجلس الوطني ومجلس

(٨) لمزيد من الاطلاع على النظام السياسي الأمريكي انظر:

Jacques Cadart: "Institutions politiques et Droit Constitutionnel 2^{ème} édition, L.G.D.J. Paris 1980, ; p 754 .

(٩) إن المجلس الثاني (الغرفة الثانية) يتألف من عدد من المندوبين مساوي لكل دولة، أيأ كان عدد السكان، غير أنه تم التخفيف من هذه المساواة في الفيدراليات الحديثة لمنع حصول لا مساواة كبيرة في التمثيل مثل الاتحاد السوفيتي والجمهورية الفيدرالية الألمانية.

انظر موريس دوفرجيه، ترجمة جورج سعد: "المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الأنظمة السياسية الكبرى" المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان، ١٩٩٢، ص ١٢٠.

الدولة في سويسرا، سوفيات الاتحاد وسوفيات القوميات في الاتحاد السوفياتي بندستاغ وبنديرات في الجمهورية الفيدرالية الألمانية....إلخ

إن منبع سلطات الكونغرس التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية هي الحكومة النيابية أو التمثيلية، فلقد وضعت المادة الأولى من الدستور الأمريكي والتعديلان الرابع عشر والسابع عشر طريقة اختيار النواب والشيوخ^(١٠)، لكن الدستور لم يوضح كيف يقوم أعضاء الكونغرس بأداء مهمة التمثيل.

إن المهمة التمثيلية للنائب قد تكون فيها المصلحة العامة لدائرته أو للأمة، أو قد تكون المصلحة الخاصة السائدة في دائرته، أما أعضاء الكونغرس فإنهم يمثلون ناخبهم في نفس الوقت الذي يقومون فيه بعملية صنع القوانين ومراقبة السلطة التنفيذية، وتقديم الخدمات للناخبين وتثقيفهم فيما يتعلق بالشؤون العامة^(١١). بعد إقرار التعديل السابع عشر للدستور الأمريكي أصبح انتخاب الشيوخ يتم من قبل الناخبين في الولايات، إلا أنهم يمثلون الناخبين أكثر من تمثيلهم للولايات ككل، وهم أقل إقليمية من أعضاء مجلس النواب الذين يمثلون دوائر أصغر، هذه إحدى نواحي انقسام الكونغرس إلى مجلسين، كما أن فترة السنتين (٠٢) لأعضاء مجلس النواب تجعلهم أكثر حرصاً على الاهتمام بمصالح دوائرهم، بينما فترة (٠٦) ست سنوات لأعضاء مجلس الشيوخ تجعلهم أكثر استقلالية بحيث يعملون كأوصياء على مصالح الولاية التي يمثلونها.

يعتبر رئيس مجلس النواب هو المتحدث باسم المجلس وهو قائد حزب الأغلبية ويرشحه أعضاء حزبه وينتخبه المجلس كاملاً بالأغلبية، أما رئيس مجلس الشيوخ فهو نائب رئيس الولايات المتحدة والذي له دور مؤسسي.

وبما أن الدولة فيدرالية فإنه توجد ازدواجية في توزيع السلطات، بحيث نجد هيئة تشريعية على مستوى الدولة بالإضافة إلى هيئة تشريعية وطنية للدولة الأم (الولايات المتحدة الأمريكية).

(١٠) تنص المادة الأولى من الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ "نحوّل جميع السلطات التشريعية التي يقرها هذا الدستور بكونغرس الولايات المتحدة، ويتألف من مجلسين: أحدهما للشيوخ والآخر للنواب".

نقلاً عن: جيروم أ. بارون، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة محمد مصطفى غنيم، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٧.

(١١) لورانس غرا هام، السياسة والحكومة (مقدمة للنظام السياسي في الولايات المتحدة)، ترجمة عبد الله بن فهد عبد الله، جامعة الملك سعود للنشر، السعودية، ١٩٩٢، ص ٧٣.

إن تشييد غرفتين بداخل الكونغرس كان مبنياً على القاعدة الأساسية المكرسة من طرف الدستور، والتي تكمن في إسهام الدول داخل حكومة الولايات المتحدة باعتبارها من البواعث الحقيقية للاتحاد التي تكسبها قوة ضمان بقائها هذا من جهة، ومن جهة ثانية مساهمة كل السكان القاطنين بإقليم الفدرالية كأمة واحدة تجمع سكان كافة الدول.

الفرع الثاني

ظروف نشأة الثنائية البرلمانية في الجزائر:

إذا كانت بعض الدول قد قامت بالتقليد الحرفي في استيراد المفاهيم، فهل ينطبق هذا الأمر على الجزائر؟ هل مفهوم البرلمان في الجزائر مستورد ومقلد حرفياً، أم أن له مبررات خاصة بالدولة الجزائرية؟

إن الوصول إلى المبررات التي جعلت الجزائر تنتهج نظام الغرفتين يقتضي دراسة تاريخ المؤسسة التشريعية الجزائرية منذ الاستقلال إلى اليوم، انطلاقاً من المجلس التأسيسي إلى البرلمان بغرفتيه.

أولاً: المؤسسة التشريعية برلمان بغرفة واحدة قبل ١٩٨٩:

لقد مرت الجزائر بمرحلتين حاسمتين في تاريخها الدستوري في هذه الحقبة حيث اعتمدت دستور برنامج في أول الأمر لتنتقل إلى مرحلة دستور قانون في مرحلة ثانية.

أ - مرحلة اعتماد دستور برنامج:

يعد المجلس الوطني التأسيسي أول هيئة منتخبة بعد الاستقلال، طبقاً للأمر رقم ١١/٦٢ الصادر في ١٧ جويلية ١٩٦٢، وقد اعتبر هذا المجلس مؤسسة تشريعية منتخبة لفترة زمنية محددة إلى غاية انتخاب المجلس الوطني، لقد خص دستور ١٩٦٣ (١٢) اثنتي عشرة مادة تحت عنوان ممارسة السيادة بواسطة الشعب وهذا ما أكدته المادة ٢٧ من دستور (٦٣)^(١٢)، ونظراً لكون دستور ١٩٦٣ بجميع نصوصه لم يدم فترة طويلة فإنه لم تصدر عن السلطة التشريعية قوانين، لأن رئيس الجمهورية جمّد الدستور - بتاريخ ٠٩ أكتوبر ١٩٦٣ - بعد أن وافق عليه الشعب

(١٢) نصت المادة ٢٧ من دستور ١٩٦٣ على ما يلي: "السيادة الوطنية للشعب، يمارسها بواسطة ممثلين له في مجلس وطني ترشحهم جبهة التحرير الوطني، وينتخبون باقتراع عام مباشر وسري لمدة ٥ سنوات".

الجزائري في استفتاء ٠٨ سبتمبر ١٩٦٣ تطبيقاً للمادة ٥٩ من الدستور التي تمكن الرئيس من اتخاذ التدابير الاستثنائية اللازمة لحماية الاستقلال ومؤسسات الجمهورية. "إن كل القوانين في هذه الفترة شرّعت عن طريق الأوامر"^(١٣) علماً أنه تطبيقاً لأحكام المادة ٧٧ من دستور ١٩٦٣ مدت عهدة المجلس الوطني التأسيسي إلى تاريخ ٢٠ سبتمبر ١٩٦٤ وهو التاريخ المحدد لإجراء انتخابات المجلس الوطني، وبموجب تعديل النظام الداخلي للمجلس الوطني التأسيسي في ٢٨ فيفري ١٩٦٤ أصبح هذا المجلس يسمى "بالمجلس الوطني"^(١٤).

لقد كانت حركة ١٩ جوان ١٩٦٥ منعرجاً جديداً في الحياة الدستورية الجزائرية، حيث جمد دستور ١٩٦٣ وعطل المجلس الوطني (لم يعلن حلّه)، وتم إنشاء مجلس للثورة الذي أصبح هو صاحب السيادة، وحل محل السلطات الدستورية إلى حين مصادقة الشعب على الدستور في عام ١٩٧٦.

لقد أسندت لمجلس الثورة اختصاصات واسعة ومركزة وفيما يتعلق بالجانب التشريعي فإنه يعتبر المؤسسة التشريعية التي حلت محل المجلس الوطني، لكنه فوّض الحكومة التشريع بالأوامر في المجال القانوني وإصدار المراسيم في المجال التنظيمي، ولقد استمر المجلس في أداء مهامه طبقاً للأمر ١٠/٠٧/١٩٦٥ إلى غاية صدور دستور ١٩٧٦، الذي أقر العودة إلى الحياة البرلمانية بالنص في مادته ١٢٦: "بأن الوظيفة التشريعية يمارسها مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني، وله سلطة التشريع بكامل السيادة"، هذه المرحلة عرفت ثلاث فترات تشريعية^(١٥) الأولى (١٩٧٧-١٩٨٢)، والثانية (١٩٨٢-١٩٨٧) والثالثة بين (١٩٨٧-١٩٩٢).

الفترة الأولى: (١٩٧٧-١٩٨٢) انتخب أول مجلس شعبي وطني عن طريق الاقتراع العام المباشر السري

الفترة الثانية: (١٩٨٢-١٩٨٧) تم تجديد المجلس عن طريق الاقتراع العام المباشر

الفترة الثالثة: (١٩٨٧-١٩٩٢) جرت الانتخابات التشريعية لتجديد المجلس الوطني.

(١٣) محفوظ لشعب، "التجربة الدستورية في الجزائر"، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، ٢٠٠١، ص ٧٠.

(١٤) عاشوري/ع، "المؤسسات التشريعية في الجزائر منذ الاستقلال"، مجلة النائب، العدد الأول، ٢٠٠٣، ص ١٥.

(١٥) ي/إبراهيمي "المؤسسات التشريعية في الجزائر منذ الاستقلال"، مجلة النائب، العدد الأول، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ١٧.

وفي جل هذه الفترات اضطلع المجلس الشعبي الوطني بنفس الصلاحيات المحددة في دستور ١٩٧٦، وما يسجل في هذا الإطار التطور العددي للمقاعد الذي ارتفع ب ٢١ مقعداً في الفترة التشريعية الثانية، ثم ارتفع ب ١٣ مقعداً في الفترة التشريعية الثالثة.

ب - مرحلة الانتقال من دستور برنامج إلى دستور قانون :

أخذت المؤسسة التشريعية في هذا الدستور نفس الوضع التي كانت عليه في دستور ١٩٧٦ من حيث التنظيم في شكل غرفة واحدة أو المجلس الواحد، وهو المجلس الشعبي الوطني، رغم المفارقات بين الدستورين.

(٧٦ - ٨٩) من حيث المبدأ والمنطق القانوني، إذ يعتبر دستور ١٩٧٦ دستور برنامج بينما دستور ١٩٨٩ دستور قانون^(١٦).

رغم إعلان الرئيس الراحل السابق (الشاذلي بن جديد) في خطابه الموجه للأمة يوم ١٩ سبتمبر ١٩٨٨ على أن دستور ٢٣ فيفري ١٩٨٩ هو مشروع تعديل دستوري لدستور ٢٢ نوفمبر ١٩٧٦، إلا أنه إذا كان في ظاهره تعديلاً فإن محتواه يعبر عن دستور جديد، فقد أنكر هذا الدستور المذهب الاشتراكي، وبهذا يكون قد خالف أحكام المادة ١٩٥ من دستور ١٩٧٦ ولا يعد تعديلاً بل دستوراً جديداً حيث نصت المادة "لا يمكن لأي مشروع تعديل للدستور أن يمس بالاختيار الاشتراكي".

كما أدخل دستور ١٩٨٩ التعددية الحزبية، وأدرج لأول مرة مبدأ الفصل بين السلطات حيث أصبحت توجد ٠٣ سلطات التشريعية، التنفيذية والقضائية، وبهذا أصبحت الوظيفة التشريعية مسندة لمؤسسة مستقلة، وتمارس في نطاق سلطة تشريعية خالصة.

ج - مرحلة الفراغ المؤسساتي (المرحلة الانتقالية) من ١٩٩٢-١٩٩٦:

جرى الدور الأول من الانتخابات التشريعية لتجديد أعضاء المجلس الشعبي الوطني في ٢٦ ديسمبر ١٩٩١ بعد إقرار التعديل الدستوري في ٢٣/٠٢/١٩٨٩، وقبل إجراء الدور الثاني أعلن حل المجلس الشعبي الوطني ابتداءً من ٠٤ يناير

(١٦) دستور ١٩٧٦ قسم السلطة الواحدة إلى وظائف، وكانت هذه السلطة تهدف لتحقيق مصالح الاديولوجية الاشتراكية، أما دستور ١٩٨٩ فقد عرف ولأول مرة مبدأ الفصل بين السلطات حيث وزعت السلطة بين ٠٣ مؤسسات دستورية مركزية وجاء خالياً من أي أديولوجية، لذلك سمي دستور ٧٦ بدستور برنامج بينما دستور ١٩٨٩ دستور قانون.

١٩٩٢ بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٩٢-٠١ واستناداً إلى أحكام المادتين ٧٤ و١٢٠ من الدستور، كما أعلنت استقالة رئيس الجمهورية في ١١-٠١-١٩٩٢ وبذلك دخلت الجزائر عهداً جديداً تميز بغياب الهيئات الدستورية المنتخبة.

أمام هذا الفراغ واستحالة تولّي رئيس المجلس الدستوري المهام الرئاسية لعدم وجود نص في الدستور يبيّن فيه اقتران شغور البرلمان - المكوّن من المجلس النيابي الواحد - بالاستقالة الرئاسية، أنشئ المجلس الأعلى للدولة لضمان السير العادي لمؤسسات الدولة والذي اضطلع بمهام رئيس الدولة، وساعده المجلس الاستشاري الوطني في هذه المرحلة الانتقالية - دراسة المسائل ذات الطابع التشريعي الذي تولى منذ تنصيبه^(١٧) إضافة إلى مهامه التي يعرضها عليه المجلس الأعلى للدولة في شكل "مراسيم تشريعية" وإبداء الآراء والتوصيات بشأنها بناء على إخطار من المجلس الأعلى للدولة.

دامت عهدة المجلس سنتين (٠٢) من سنة ١٩٩٢ إلى ١٩٩٤؛ لأنه أمام الأوضاع التي كانت سائدة آنذاك وبهدف الخروج من الأزمة، عقدت ندوة الوفاق الوطني يومي ٢٥ و٢٦ يناير ١٩٩٤ والتي جمعت مختلف القوى الحية في البلاد، حيث توصلت إلى اعتماد أرضية الوفاق الوطني التي نصت على إنشاء المجلس الوطني الانتقالي.

حددت عهدة المجلس الوطني الانتقالي بثلاث (٠٣) سنوات كحد أقصى، حيث تم تنصيبه بتاريخ ١٦ مايو ١٩٩٤ بأعضاء معينين رسمياً وفق أرضية الوفاق الوطني، وقد مارس المجلس الوطني الانتقالي الوظيفة التشريعية طبقاً للمادتين ٢٤ و٢٥ من أرضية الوفاق الوطني عن طريق الأوامر في المواد المتعلقة بميدان القانون بمبادرة من الحكومة فيما يتعلق بأهداف المرحلة الانتقالية بمبادرة من ثلث (٣/١) أعضاء المجلس بعد موافقة الحكومة.

قبل انتهاء المرحلة الانتقالية تم تعديل دستور ١٩٨٩ وصادق عليه الشعب في الاستفتاء الذي جرى في ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦.

(١٧) فوزي أو صديق، " الوافي في شرح القانون الدستوري(السلطات الثلاث)"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ١٩٩٤، ص ١٦.

ثانياً: تكريس الثنائية البرلمانية - نظام المجلسين - بمقتضى التعديل الدستوري لسنة ١٩٩٦:

لقد أوضحت أرضية الوفاق أن إصلاح الوضع المتدهور الذي تعرفه البلاد لا يمكن أن يتم إلا ضمن نظام سياسي ديمقراطي جمهوري، يضمه دستور يكون مرجعاً وعامل استقرار يمكن الاحتجاج به من طرف الجميع، ويسمح لكل تشكيلة أن تجد مكانتها على غرار باقي التشكيلات.

لذلك كانت مرحلة وضع الدستور الجديد عام ١٩٩٦ "بمثابة مرحلة استكمال استرجاع المؤسسات الدستورية وآخر مراحل الحل الدستوري للأزمة"^(١٨)، ولقد تطلب وضع دستور ١٩٩٦ إجراءات انتقالية أهمها انتخاب رئيس الجمهورية بتاريخ ١٦-١١-١٩٩٥، وإعادة النظر في قانوني الأحزاب والانتخابات (١٩٩٧).

لقد تضمن دستور ١٩٩٦ (٢٨ نوفمبر ١٩٩٦) إصلاحات دستورية تهدف إلى توفير الأدوات القانونية لاستمرار الدولة والنظام السياسي، إذ أهم ما تميز به (دستور ١٩٩٦) على مستوى المؤسسة التشريعية هو إرساء مبدأ الثنائية البرلمانية حيث أصبح للجزائر برلمان يتكون من غرفتين وهذا ما أكدته المادة ٩٨ من الدستور (٩٦) مجلس شعبي وطني ومجلس أمة.

إن الثنائية البرلمانية في الجزائر لم تكن بهدف حماية المصالح وضمانها لفئة ما من الشعب كما هو شأن الغرفة الثانية الأرستقراطية في بريطانيا، ولا من أجل ضمان الديمقراطية أو استنادا لشكل الدولة كما هو الحال في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية.

لقد تبنت الجزائر نظام الثنائية في ظل أزمة سياسية خطيرة هدت استقرار البلاد، لذلك أتى المؤسس الدستوري بأحكام دستور ١٩٩٦ وكأنه ينظر إلى الخلف لتفادي الفراغ الذي عرفته الدولة، كما كرس المؤسس الدستوري الجزائري لسنة ١٩٩٦، حوالي ٩٠ مادة لوضع مبدأ الفصل بين السلطات على أرض الواقع الذي أصبح من المبادئ الأساسية الدستورية للجزائر، وحصر اختصاصات كل مؤسسة دستورية داخل حدود صلاحياتها.

لكن السؤال المطروح، لماذا اتجه المشرع الدستوري الجزائري إلى نظام المجلسين (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)؟ وهل لهذا النظام مبرراته

(١٨) بوكرا إدريس، "التطور الدستوري وحالات الأزمة في الجزائر"، مجلة الفكر البرلماني، العدد السابع (٠٧)، الجزائر، ديسمبر ٢٠٠٤، ص ١٤٨.

وقواعده، وهل صلاحيات مجلس الأمة تتناسب مع الدور المخول للغرفة الثانية في الأنظمة الدستورية المقارنة؟

المطلب الثاني

أسباب الأخذ بنظام الغرفتين في الجزائر:

إن اعتماد نظام المجلسين في الجزائر له مبررات ودوافع تختلف عن باقي مبررات النظم المقارنة، فإن كانت تشترك معها في المبررات النظرية فإنها تتميز عنها في المبررات الحقيقية، كما أن قصد المؤسس الدستوري وغرضه من إحداث الغرفة الثانية يتقرر أكثر ويتدعم من خلال تشكيلة كل غرفة من غرفتي البرلمان.

الفرع الأول

المبررات النظرية والحقيقية للأخذ بنظام الغرفتين في الجزائر

إن ظروف تبني نظام الغرفتين في البرلمان الجزائري لا تُمكننا من وضعه لا في خانة الأسباب التاريخية ولا في خانة ضمان الديمقراطية، لأن مجلس الأمة لم يظهر إلا بموجب دستور ١٩٩٦ ولم يكن همّ القائمين على وضع ذلك الدستور ضمان تمثيل المصالح ولا ترقية التجربة الديمقراطية في الجزائر بالدرجة الأولى، هذا الدستور جاء بعد التجربة الصعبة التي عاشتها الجزائر بعد أول محاولة لإجراء انتخابات تعددية.

لقد عرض أنصار الأخذ بنظام المجلسين عدة مبررات منها:

أولاً: المبررات النظرية:

* تعزيز مبدأ الوحدة: لأن المجلس الشعبي الوطني يعكس النزعة الاستقلالية للأحزاب بمختلف توجهاتها، إذ منها ما له امتداد يغطي التراب الوطني ومنها ما يقتصر على بعض الولايات فقط، ونتيجة هذا القصور يأتي التمثيل الجغرافي لمجلس الأمة الذي يشمل وحدة التراب الوطني ليغطي كل الولايات على قدم المساواة دون أي اعتبار^(١٩).

* وضع توازن بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية: يتحقق التوازن بتخفيف حدة النزاع بين السلطتين، حيث كثيراً ما يحدث الخلاف بين الحكومة والبرلمان

(١٩) محفوظ لشعب، المرجع السابق، ص ١٧٤.

حول مسائل معينة، وقد يتفاهم هذا الخلاف لدرجة يصبح فيها استقرار نظام الدولة مهدداً خاصة في ظل نظام المجلس الواحد.

إلا أن الأخذ بنظام المجلسين يتجاوز هذه الخلافات، إذ أنه في حالة وجود صدام بين الحكومة وإحدى الغرفتين، فإن الغرفة الأخرى تقوم بمهمة التوفيق بينهما.

* خلق أحسن تمثيل للأقاليم داخل الدولة: إن هذا المبرر مفاده رفع مستوى كفاءة المجالس النيابية حيث يعتبر مجلس الأمة أكبر ضماناً لتمثيل كل الفئات وكل الجماعات الإقليمية في الدولة، لأنه يتيح إدخال العناصر ذات الكفاءة التي رفضت دخول الانتخابات أو التي لم تحصل على النجاح وهذا ما أدى بالمشروع الدستوري إلى تمكين رئيس الجمهورية من تعيين (٣/١) الرئاسي من بين الكفاءات.

* تحسين العمل التشريعي: تلعب الغرفة الثانية دور هيئة تفكير، حيث تقوم بدور هام في تحسين صياغة النصوص وتطوير نوعيتها، لأن وجود الغرفة الثانية أثناء دراسة النص التشريعي يؤدي إلى تفادي الأخطاء ومنع التسرع.

تبقى المبررات التي قدمها البرلمانين (أنصار الازدواجية)، مبررات نظرية ذات طبيعة تقنية حاولوا من خلالها تدعيم نظام الغرفتين لأنه بكل موضوعية لماذا لم يفكر المؤسس الدستوري في إنشاء الغرفة الثانية في ١٩٨٩ أو قبل، فقد رفضه لمدة تزيد عن ٣٤ سنة.

يمكن أن نجد إشارات لأسباب تأسيس مجلس الأمة في المذكرة الرئاسية المنشورة بتاريخ ١٢/٠٥/١٩٩٦ ومن الخطاب السياسي والنص القانوني.

ثانياً: المبررات الحقيقية للثنائية البرلمانية في الجزائر: "المبررات السياسية والقانونية المستنتجة من الخطاب السياسي والنص القانوني"

تشير المذكرة السابقة الذكر إلى أن وجود الغرفة الثانية - مجلس الأمة - المعترف بها في جميع الأنظمة الديمقراطية، "ترمي في بلادنا إلى مضاعفة مجال التمثيل الوطني عن طريق ضم منتخب الجماعات المحلية وكذلك الكفاءات والشخصيات الوطنية من أجل ضمان استقرار الدولة واستمرارها"^(٢٠).

(٢٠) إن المبررات التي اعتمدها البرلمانين الجزائريون هي نفسها مبررات الثنائية البرلمانية في الدول الغربية التي انتهجتها لأول مرة.

انظر: محمد فرج الزائدي، "مذكرات في النظم السياسية"، منشورات الجامعة المفتوحة، لبنان، ١٩٩٧، ص ٣١٠.

إن هذه المبررات المعلن عنها تخفي أسباباً لا علاقة لها بـ"مضاعفة مجال التمثيل الوطني" لأن هذه المضاعفة يمكن أن تحصل إذا ما رفع عدد المقاعد في المجلس الشعبي الوطني.

لهذا فالمبررات الحقيقية غير معلنة صراحة، ويمكن أن نستنتجها من تسلسل الأحداث السابقة لتأسيس الغرفة الثانية، ومن طريقة تعيين أعضائها والتصويت على النصوص.

تتمثل الأحداث السابقة لتبني نظام الغرفتين، في حدثين مهمين عرفتتهما الجزائر قبل تعديل دستور ١٩٩٦ الأول يتمثل في استقالة رئيس الجمهورية، أما الثاني فيتعلق بمصير الانتخابات المحلية والتشريعية لسنة ١٩٩١.

بالنسبة لاستقالة الرئيس "الشاذلي بن جديد"، فقد خلفت فراغاً دستورياً لم تعرفه الجزائر من قبل، حيث دخلت الجزائر عهداً جديداً تميز بغياب الهيئات الدستورية المنتخبة.

أمام هذا الفراغ واستحالة تولي رئيس المجلس الدستوري مهام رئيس الدولة لتسيير شؤون البلاد، باعتبار أن الدستور لم ينص على حالة اقتران شغور المجلس عن طريق الحل وشغور مجلس الرئاسة عن طريق الاستقالة، عجز دستور ١٩٨٩ عن إيجاد الحل؛ لأن واضح هذا الدستور لم يتعرض لمثل هذه الحالة.

جاء دستور ١٩٩٦ معالماً لهذه المسألة بغرض تلافي تكرار تجربة ١٩٩١، لذلك أنشئ مجلس الأمة كإجراء وقائي إضافي لتعميق وتحقيق التوازن المؤسساتي، حيث يعتبر "رئيس مجلس الأمة" الشخص الثاني في الدولة بعد الرئيس، يتولى نيابة رئيس الجمهورية في حالة حدوث أي طارئ للرئيس طبقاً للمادتين (٨٨، ٨٩) من دستور ١٩٩٦^(٢١).

أما الحدث الثاني المتعلق بالانتخابات المحلية والتشريعية لسنة ١٩٩١، فتكمن وقائعه في كون السلطة قررت الانتقال من الأحادية إلى التعددية الحزبية بعد أحداث أكتوبر ١٩٨٨، وأمام فتح هذا المجال اعتمد أكثر من ٦٠ حزباً حيث كانت هذه الأحزاب مجرد قائمة بـ (٥) أسماء.

(٢١) المادة ٨٨ من دستور ٩٦: ".... ويكلف بتولي رئاسة الدولة بالنيابة مدة أقصاها ٤٥ يوماً، رئيس مجلس الأمة الذي يمارس صلاحياته....".

المادة ٨٩ من دستور ٩٦: ".... يستمد رئيس الجمهورية القائم أو من يمارس مهام رئاسة الدولة في ممارسة مهامه إلى غاية الإعلان عن انتخاب رئيس الجمهورية...."

في هذا الجو برزت الجبهة الإسلامية للإنقاذ المنحلة كقوة، حيث حصلت على الأغلبية في أول انتخابات محلية في عهد التعددية، في معظم البلديات والولايات، وفي جميع بلديات الجزائر العاصمة.

لقد شجعت النتائج قادة هذا الحزب على المطالبة بتنظيم انتخابات رئاسية وتشريعية مسبقة، لكن تم الاتفاق على تنظيم الانتخابات التشريعية وترك العهدة الرئاسية تصل إلى نهايتها.

كانت انتخابات ديسمبر ١٩٩١ لصالح الجبهة الإسلامية للإنقاذ المنحلة، التي حصلت على الأغلبية المطلقة في الدور الأول، مما يسمح لها بتشكيل حكومة "تيوقراطية" وزوال النظام الجمهوري.

لقد أدخلت هذه الانتخابات البلاد في أزمة سياسية خطيرة وتخوفت السلطة من هيمنة حزب سياسي معين على مصير السلطة التشريعية - مصير القانون ورقابة الحكومة - وتحسباً لاحتمال تكرار هذه التجربة، وقصد ضمان دوام النظام الجمهوري لجأ المؤسس الدستوري إلى خذلق غرفة ثانية - مجلس الأمة - الذي مهما كانت تبريراته إلا أنه وسيلة في يد السلطة التنفيذية لمنع أي سيطرة على البرلمان، وفي نفس الوقت "لتكريس الممارسة الديمقراطية وتجنب البلاد احتمالات الانزلاق المفاجئ" (٢٢).

إن الثنائية البرلمانية في الجزائر لم تكن بهدف حماية المصالح وضمانها لفترة ما من الشعب كما هو شأن الغرفة الثانية الأرستقراطية في بريطانيا، ولا من أجل ضمان الديمقراطية أو استناداً لشكل الدولة كما هو الحال في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، لقد تبنت الجزائر نظام الثنائية في ظل أزمة سياسية خطيرة هدت استقرار البلاد، لذلك أتى المؤسس الدستوري بأحكام دستور ١٩٩٦ وكأنه ينظر إلى الخلف لتقادي الفراغ الذي عرفته الدولة.

نستخلص أن مبررات الثنائية البرلمانية في الجزائر نابعة من أعماق المجتمع، نشأت في ظل مرحلة انتقالية وأزمة سياسية، لذلك تعتبر تجربة قائمة بذاتها "بالرغم من أنها حديثة جداً لا زالت قابلة للتطوير، لا تخرج هذه الثنائية عما هو سائد في العالم بحكم الطبيعة اللانموذجية للغرف الثانية".

(٢٢) مقران آيت العربي "نظرة على مجلس الأمة في نهاية العهدة الأولى"، مجلة الفكر البرلماني، العدد الخاص، الجزائر، ديسمبر ٢٠٠٣، ص ٦٥.

الفرع الثاني المبررات المستنتجة من النظام القانوني للثنائية البرلمانية في الجزائر:

تماشياً مع المبدأ الديمقراطي "السيادة ملك للشعب وحده" طبقاً للمادة ٠٦ من فقرة (٢) من دستور ٩٦، هل يشترط أن يكون كل أعضاء البرلمان منتخبين؟ وما هو الفرق بين نظام المجلس الواحد الذي كانت تنتهجه الجزائر سابقاً عن نظام الثنائية الذي تنتهجه حالياً؟ وأيها أفضل؟

أولاً: تشكيل المجلس الشعبي الوطني :

إن المجلس الشعبي الوطني، باعتباره المعبر عن الإرادة الشعبية، يجب أن يتم اختيار أعضائه عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري، لأن هذا الأسلوب يعتبر الطريق الديمقراطي في تكوين المجالس، فكلما كانت الهيئة منتخبة كانت مستقلة في عملها - هذا ما يعرف بالديمقراطية النيابية أو ديمقراطية التمثيل - وكلما ابتعدت عن الانتخاب ابتعدت عن الديمقراطية وأصبحت مجرد أداة لتحقيق مصالح معينة.

"لقد اتجه المشرع الدستوري الجزائري نحو الأخذ بمبدأ ديمقراطية التمثيل، لكونه يقوم على خاصية الاقتراع العام من جانب، وعلى موافقة الشعب من جانب آخر" (٢٣).

إن أهمية الاقتراع العام المباشر والسري، تكمن في تأمين شرعية من يتلى السلطة وبالتالي ينهض الشعب بانتخاب ممثليه دون وساطة أحد، بحيث يدلي بصوته بطريقة لا تسمح للآخرين بمعرفة اتجاهه في التصويت وذلك حرصاً على حرّيته ولعدم التأثير عليه بالترهيب والترغيب، كما أن الانتخاب حق لجميع أفراد الشعب، لذلك لا يشترط في الناخب شروطاً تتعلق بدرجة التعليم أو الانتماء لطبقة معينة (٢٤).

ثانياً : تشكيلة مجلس الأمة :

نستشف الأسلوب الذي اعتمده المؤسس الدستوري في تكوين مجلس الأمة من المادة ٢/١٠١ من دستور ١٩٩٦ "ينتخب ثلثا (٣/٢) أعضاء مجلس الأمة عن

(٢٣) عبدالله بوقفة، آليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ٧١.

(٢٤) ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٣٦.

طريق الاقتراع غير المباشر والسري من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي ويعين رئيس الجمهورية الثلث (٣/١) الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية".

أ - الجزء المنتخب:

يشكل الانتخاب قاعدة تكريس الديمقراطية، وقد يكون مباشراً أو غير مباشر، ويتفحص المادة ٢/١٠١ من دستور (٩٦)، نجد أن الجزء المكون لمجلس الأمة منتخب بطريق غير مباشر^(٢٥) من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية.

لا بد أن تتوفر في أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية الشروط القانونية للترشح لعضوية مجلس الأمة، وهذا ما أكده القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات ٠٧/٩٧ والقانون العضوي ٠٦/١٢.

تنطبق الشروط الخاصة بانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني وحالات التنافي على انتخاب أعضاء مجلس الأمة المنتخبين، إن مواد القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، كافية وصريحة لإبراز مدى تطابق الشروط اللازمة في انتخاب أعضاء الهيئة التشريعية المنتخبة (من مجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني)، ما عدا اشتراط سن (٤٠) في عضوية مجلس الأمة وأن يكون المرشح عضواً في مجلس شعبي بلدي أو ولائي (شرطان يتعلقان بالعضوية في مجلس الأمة فقط)، وبالنسبة لشرط السن (٤٠) أربعون سنة نلاحظ فارق ١٢ سنة كاملة بين عضو مجلس الأمة وعضو المجلس الشعبي الوطني، وهنا نتساءل عن هذا الفارق الكبير هل يرجع إلى فكرة أن الغرفة الثانية تعكس صورة الرزانة والتعقل والحكمة ومنه لا بد أن يكون العضو فيها قد بلغ سن معينة تعطيه هذه الميزة.

إن الفارق في السن بين العضوية في المجلسين محدد في جل الدول، في فرنسا مثلاً يشترط بلوغ ٢٣ سنة للترشح في الغرفة الأولى^(٢٦) و٣٥ سنة للترشح في

(٢٥) إن طريقة الانتخاب هي التي تحدد التكيف القانوني للعلاقة بين الناخبين والأعضاء، انظر: عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية (دراسة لنظرية الدولة والحكومة)، الدار الجامعية للنشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢١٤.

Hugues Portelli ; Op.cit, p 244- 245.

(٢٦)

الغرفة الثانية، وفي مصر يشترط سن ٣٥ سنة للترشح في مجلس الشورى^(٢٧)، أما عضو مجلس الشعب يجب أن لا يقل عن ٣٠ سنة يوم الانتخاب.

إن اشتراط العضوية في المجالس الشعبية البلدية والولائية في المترشح، يوحي لنا بأن مجلس الأمة قائم على أساس تمثيل إقليمي، ومن ثم لا بد أن يكون الأعضاء من الجماعات المحلية وهو نفس الشيء الموجود في مجلس الشيوخ الفرنسي - تمثيل إقليمي - بحيث نجد الأعضاء فيه منتخبين بطريق غير مباشر عن طريق هيئة انتخابية تمثل مجموع الهيئات المحلية.

ما نلاحظه بالنسبة لمجلس الأمة الجزائري، أنه لا توجد مادة صريحة في الدستور تنص على أنه قائم على أساس تمثيل إقليمي، عكس ما هو موجود بفرنسا في دستور ٠٤ أكتوبر ١٩٥٨ في المادة ٢٤ منه.

إن الفرق كبير بين مجلس الشيوخ الفرنسي ومجلس الأمة الجزائري، لأن أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسي منتخبين جميعاً من طرف الجماعات المحلية، لكن أعضاء مجلس الأمة بعضهم منتخب، والبعض الآخر معين (٣/١) من طرف رئيس الجمهورية، لذلك لا يمكن القول بصفة قاطعة أن مجلس الأمة قائم على أساس تمثيل إقليمي.

إن (٣/٢) الثلثي المنتخبين عن طريق الانتخاب غير المباشر في مجلس الأمة، يسعون إلى تحقيق أفكار سياسية حزبية داخل المجلس أكثر مما يسعون إلى تمثيل الأقاليم؛ لأن الانتخاب على درجتين له سلبية تتجسد في كون الانتخاب المباشر العام والسري يؤدي إلى فوز الحزب الحاصل على الأغلبية في المجالس الشعبية - البلدية والولائية -، وبما أن حق الترشح والانتخابات مقتصر فقط على هؤلاء الأعضاء، فهذا حتماً يؤدي إلى سيطرة الحزب المتمتع بالأغلبية في المحليات على مقاعد مجلس الأمة.

إذا كان الأعضاء المنتخبون في مجلس الأمة يمثلون الأقاليم، فمن يمثل الأعضاء المعينين من طرف رئيس الجمهورية؟

ب - الجزء المعين:

إلى جانب الجزء المنتخب نجد أن دستور ١٩٩٦ قد منح لرئيس الجمهورية حق

(٢٧) سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١١٩.

تعيين ثلث (٣/١) أعضاء هذا المجلس، وذلك طبقاً للمادة ١٠١ فقرة (٢) من دستور (٩٦) المذكورة سابقاً. من خلال هذا الجزء المعين، نلاحظ أن أسلوب التعيين يمس السلطة التشريعية في الجزائر لأول مرة، ويعينهم رئيس الجمهورية من الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية.

هذا الأسلوب موجود كذلك في المغرب بحيث يعين الملك ثلث (٣/١) أعضاء مجلس النواب^(٢٨)، كما نجده في إيطاليا على مستوى الغرفة الثانية، بحيث يعين رئيس الجمهورية ٠٦ أعضاء مدى الحياة كما يتواجد في الأنظمة الملكية البريطانية.

إن التبرير الوحيد الذي يمكن أن نعطيه لهذا الجزء المعين، هو تواجد السلطة أو العائلة الملكية - حسب الحالة - على مستوى البرلمان من أجل التأثير على قرار هذا الأخير، ولا ينفع أي مبرر آخر مهما كان شكله أو صياغته السياسية.

إن (٣/١) الثلث المعين من طرف رئيس الجمهورية من الإجراءات الدستورية التي تدعم المبررات الحقيقية التي جعلت الجزائر تتبنى نظام الغرفتين، والحقيقة أن تدخل السلطة التنفيذية في تشكيل مجلس الأمة عن طريق التعيين، يبقى غير شرعي مهما كانت تبريراته - التي تبين أن وجود هذا الجزء المعين جاء من أجل تجنب تهميش بعض الكفاءات من عالم العلم والثقافة والإطارات والشخصيات الوطنية التاريخية - لأن أسلوب التعيين يتنافى وأساس وجود المؤسسة التشريعية التي تمثل الشعب خاصة بالنسبة لمجلس الأمة الجزائري، على أساس أن الجزء المعين كلهم في السلطة أو في منصب من المناصب العليا^(٢٩).

ثالثاً: تقدير الثنائية البرلمانية في الجزائر "أهمية دور الغرفة الثانية في السلطة التشريعية":

إن اعتماد نظام الغرفة الثانية - مجلس الأمة - في الجزائر يعكس الإدراك المتزايد لأبعاد الديمقراطية، ويحقق لهذه الغرفة طابع الاتزان والتأمل ويفسح المجال لإعداد القانون بشكل يأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الحاضر والمستقبل، ذلك أن القانون المصادق عليه من طرف مجلس واحد قد يكون صادر عن انفعال جماعي أو

(٢٨) السعيد مقدم: "التجربة الثنائية البرلمانية في أقطار المغرب العربي"، الملتقى الوطني حول نظام الغرفتين، وزارة العلاقات مع البرلمان، الجزائر، أكتوبر ٢٠٠٢، ص ٩٥.

(٢٩) شنوفي فاتح، "مكانة مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري"، بن عكنون الجزائر، ٢٠٠٣، ص ٢٨.

قد يكون تصويتاً مفاجئاً، ولذلك فإن نظام الغرفة الثانية في نظر فقهاء القانون الدستوري يعد عنصراً ضرورياً للتوازن وضمانة من الضمانات الأساسية للديمقراطية. من أخطر المسائل الدستورية التي تنكب الدساتير على تنظيمها بإحكام تفاقياً لعدم الاستقرار المؤسستي، إقرار مسؤولية الحكومة أمام البرلمان، وتزداد تلك الخطورة عندما تكون السلطة التشريعية مشكلة من مجلسين.

وفي الجزائر وبموجب دستور ١٩٩٦ دخل مجلس الأمة باعتباره غرفة ثانية في علاقات مع الحكومة، وكان هذا التلاقي بين المؤسستين طبيعياً للأسباب التالية:

- إن مجلس الأمة شريك للغرفة الأولى - المجلس الشعبي الوطني - في العمل التشريعي، والبرنامج الحكومي يحتاج لتنفيذه إلى قوانين تمر حتماً على مجلس الأمة.

- إن مجلس الأمة شريك للمجلس الشعبي الوطني في الرقابة على الحكومة غير أنه لم يخول له تقرير مسؤولية الحكومة أمامه، كما هو مقرر دستورياً في عقد مسؤوليتها أمام المجلس الشعبي الوطني فقط (نتناولها بالتفصيل في المطلب الثالث).

- لمجلس الأمة اختصاصات مؤسسية وسياسية أخرى تستشف من روح الدستور وبعض أحكامه، تتمثل هذه الاختصاصات في:

- إسناد رئاسة الدولة إلى رئيس الغرفة الثانية في حالة شغور منصب رئاسة الجمهورية طبقاً لأحكام المادة ٨٨ من الدستور ١٩٩٦.

- الدور الاستشاري للبرلمان في الحالات الاستثنائية من بينها حالة الطوارئ والحصار، الحالة الاستثنائية وحالة الحرب طبقاً لنصوص المواد ٩١-٩٣-٩٤ من الدستور.

- إسناد رئاسة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معاً إلى رئيس مجلس الأمة. المستقر عليه بالرجوع لروح أحكام الدستور أنه يقع على مجلس الأمة مسؤولية المصادقة على تشريعات سليمة وممتازة من حيث الصياغة الدقيقة والواضحة، وذلك من خلال اضطلاع له سلطة التأجيل والرفض والاختلاف وسلطة المشاركة في اللجان المتساوية الأعضاء طبقاً لأحكام المادتين ٩٨ و١٢٠ من الدستور، إلى جانب وظيفة الرقابة السياسية في طبيعتها القانونية من خلال مناقشات المجلس واستجاباته والأسئلة الشفوية والمكتوبة والتحقيق البرلماني واستدعاء اللجان لأعضاء الحكومة.

إن النقاش حول أهمية ودور الغرفة الثانية في البرلمان في الجزائر محل آراء متباينة بين مؤيد ومعارض، فتستند الآراء المناوئة للثنائية البرلمانية في عدم جدواها لا في العمل التشريعي ولا الرقابي وهي انتقادات تخدم في مجملها المجتمع المدني من جمعيات ومنظمات غير حكومية، في حين يذهب أنصار الثنائية البرلمانية في الجزائر إلى أن إنشاء غرفة ثانية له دور يرقى إلى العمل على استقرار مؤسسات الدولة وسد الفراغ الدستوري الذي عرفته الجزائر في السابق.

نستنتج أن مختلف الآراء المقدمة بخصوص الغرفة الثانية تمهد لإضفاء الطابع التشريعي على هذه المؤسسة التي أنشئت في اعتقادي تفادياً لأي فراغ مؤسستي آخر، وصمام أمان للعمل التشريعي والتنفيذي والرقابي.

المطلب الثالث

دور المؤسسة التشريعية في تقرير المسؤولية السياسية في الجزائر:

أثناء الاحتلال العسكري الفرنسي للجزائر، نجد شعبها قد تطلع طيلة تلك الفترة إلى التحرر، ونظر إلى البرلمان على أنه رمز للسيادة الشعبية والديمقراطية التي تجسد الحرية والعدالة، لذلك بمجرد اندلاع الحرب التحريرية تحت لواء جبهة التحرير الوطني أسس برلمان الثورة وبتكريس الدولة الجزائرية بمقتضى الاستفتاء على تقرير المصير، سن أول دستور واعتمد الحزب الواحد كمبدأ دستوري وظل مبدأ وحدة القيادة والسلطة إلى غاية ١٩٨٩، أين انتهجت الجزائر التعددية ومبدأ الفصل بين السلطات، وفي جميع دساتيرها وضعت ضمانات للبرلمان في مجال الرقابة لتقرير المسؤولية السياسية سواء قي شكل نظام المجلس الواحد أو نظام المجلسين؛ لذلك تتناول دور البرلمان في تكريس المسؤولية السياسية في القانون الدستوري الجزائري على مرحلتين:

الفرع الأول

المسؤولية السياسية في دستوري (١٩٦٣-١٩٧٦).

تتجسد ضمانات السلطة التشريعية في مجال الرقابة في مظاهر أصبحت معروفة في معالم النظام البرلماني، خاصة وأن آليات الرقابة البرلمانية لأعمال الحكومة من خصائص النظام البرلماني فقط بحيث لا يمكن للبرلمان سحب الثقة من الحكومة في ظل نظام رئاسي.

تندرج كل مظاهر الرقابة التي تعتبر ضمانات للبرلمان في نطاق واحد وهو

المسؤولية السياسية إما للحكومة أو للرئيس، لهذا تملك السلطة التشريعية وسائل عديدة لمراقبة النشاط الحكومي حسب مراحل تكوين البرلمان الجزائري من نظام المجلس الواحد إلى نظام المجلسين.

أولاً: تقرير البرلمان (المجلس الوطني) المسؤولية السياسية في دستور ١٩٦٣:

إن دستور ١٩٦٣ تحدث صراحة عن كون الجهاز التنفيذي سلطة، في حين أغفل هذا المصطلح بالنسبة للسلطة التشريعية ووضع لها عنوان ممارسة السيادة في نص المادة ٢٧ من دستور ١٩٦٣ وتمارس عن طريق المجلس الوطني.

لقد تداول برلمان الثورة حول إقرار الحزب الواحد كنظام سياسي لقيادة الثورة الاشتراكية^(٣٠) فأضفى الدستور على حزب جبهة التحرير الوطني صيغة التنظيم السياسي الوحيد بمقتضى المادة ٢٣ التي تنص: "جبهة التحرير الوطني هي حزب الطليعة الوحيدة في الجزائر"، وبناء على ذلك تولى الحزب قيادة الدولة في ظل نظام سياسي يرتكز على وحدة القيادة والسلطة.

إن النظام الدستوري الجزائري كان دائماً نظاماً رئاسياً بالرغم من أنه يأخذ بمظاهر النظام البرلماني ومظاهر النظام الرئاسي^(٣١)، لأن رئيس الدولة كان يحتل مركزاً مرموقاً بتحويل من الدستور بناء على أحكام المادة ٣٩ منه، بحيث أصبح هذا الأخير يجسد وحدة القيادة ووحدة السلطة وبالنتيجة تمنح له هذه المكانة سلطة سياسية عالية تجعله يسود ويحكم في نفس الوقت.

أ - مسؤولية الحكومة في دستور ١٩٦٣:

في ظل هذا الدستور حددت مهام البرلمان باعتباره سلطة تمارس السيادة باسم الشعب وتعتبر عن إرادته وتتولى التصويت على القوانين وتراقب النشاط الحكومي مع حق النواب في المبادرة باقتراح القوانين، حيث ورد النص في المادة ٣٨ من دستور ١٩٦٣: "يمارس المجلس الوطني مراقبته للنشاط الحكومي بواسطة: الاستماع إلى الوزراء داخل اللجان، السؤال الكتابي، السؤال الشفوي مع المناقشة أو بدونها".

(٣٠) عبدالله بوقفة، الدستور الجزائري - نشأة - تشريعاً - فقهاً، دار الهدى للنشر، الجزائر ٢٠٠٥.

(٣١) فوزي أو صديق، الوافي في شرح القانون الدستوري (السلطات الثلاث)، دم.ج، الجزائر، ١٩٩٤، ص١٧٤.

وتأسيساً على ذلك كرست النصوص الدستورية وسائل الإعلام لممارسة الرقابة البرلمانية عن طريق توجيه الأسئلة للوزراء^(٣٢) من أجل التوصل إلى معرفة أمور يجهلها النائب، أو لفت نظر الحكومة إلى مسائل ذات صالح عام مشترك، كما كرست نصوص دستور ١٩٦٣ الصورة الثانية لرقابة الهيئة التشريعية على النشاط الحكومي حسب متطلبات التحقيق البرلماني، وتكون في شكلين: رقابة اللجان الدائمة، رقابة اللجان الخاصة.

ب - مسؤولية رئيس الجمهورية في دستور ١٩٦٣ :

إن المسؤولية المنصوص عليها دستورياً في دستور ١٩٦٣ هي مسؤولية سياسية دون الجنائية، حيث يسأل الرئيس سياسياً عن النشاط التنفيذي أمام المجلس الوطني وإن كان ذلك نظرياً فقط، لكن المهم أنه تم تقييدها دستورياً في نص المادة ٥٥ منه " يطعن المجلس الوطني في مسؤولية رئيس الجمهورية بإيداع لائحة سحب الثقة، بتعين توقيعها من طرف ثلث النواب الذين يتكون منهم المجلس ". حيث يعد هذا الدستور الوحيد الذي تضمن صراحة المسؤولية السياسية للرئيس أمام البرلمان المشكل في غرفة واحدة.

إذا تم التصويت على لائحة سحب الثقة بالأغلبية المطلقة لنواب المجلس الوطني يستقيل رئيس الجمهورية وجوباً، كما يمكن سحب الثقة من الحكومة، ويمارس رئيس المجلس الوطني مهام رئيس الجمهورية، بمساعدة رؤساء اللجان في المجلس.

ترتيباً على ذلك يتبين لنا إمكانية المجلس الوطني دستورياً تحريك المسؤولية الرئاسية بواسطة اقتراح ملتمس الرقابة (تفعيل اللائحة)، لكن في نفس الوقت تعد عملية انتحارية للبرلمان؛ لأنه ينحل وجوباً لتجرى انتخابات تشريعية ورئاسية في وقت واحد.

نستنتج من القراءة المتأنية لنصوص الرقابة البرلمانية لأعمال الحكومة، أن المؤسس الدستوري قد منح وسائل معدومة الأثر لممارسة الرقابة، لأن الرئيس هيمن على سائر المؤسسات الدستورية، ليتحول دور المجلس الوطني للموافقة على ما يتقدم به الرئيس القائد، لأن أعضاء الحكومة مسؤولون أمام رئيس الجمهورية وليس أمام

(٣٢) حددت المادة ٣٨ من دستور ١٩٦٣ أن الأسئلة قد تكون أسئلة شفوية أو مكتوبة بقولها: "يمارس المجلس الوطني مراقبته للنشاط الحكومي عن طريق الاستماع إلى الوزراء داخل اللجان والسؤال الكتابي والسؤال الشفوي مع المناقشة أو بدونها".

المجلس الوطني وتوجيه النقد لأحدهم يوحي بالضرورة بأن الرئيس أساء اختيار الوزير الذي هو محل مساءلة.

ثانياً - تقرير البرلمان (المجلس الشعبي الوطني) المسؤولية السياسية في دستور ١٩٧٦.

بعد الانقلاب على الرئيس الراحل (أحمد بن بلة) في ١٩/٠٦/١٩٦٥، حلت الشرعية الثورية محل الشرعية الدستورية، وأنشئ بموجب أمر ١٠/٠٧/١٩٦٥ مجلساً للثورة وحكومة على رأسها شخص يحمل لقب مجلس الثورة والوزراء، وحل مجلس الثورة محل المجلس الوطني وقد أسندت له اختصاصات الحزب وصلاحيات رئيس الجمهورية والمجلس الوطني ومراقبة الحكومة باعتباره مصدرًا للسلطة المطلقة. لقد تأثر دستور ٢٢/ نوفمبر ١٩٧٦ بالمذهب الاشتراكي، إذ خرج عن القاعدة التقليدية وتطرق من خلال الباب الأول، الفصل الأول للوظيفة التنفيذية، ثم الفصل الثاني للوظيفة السياسية المحتكرة في يد جبهة التحرير الوطني، كما أضاف الوظيفة التشريعية في الفصل الثالث من الباب الثاني من الدستور المتعلق بالسلطة وتنظيمها، لتأتي في المرتبة الثالثة على عكس المنطق التسلسلي المعهود في تنظيم السلطات، وكان يمارس الوظيفة التشريعية المجلس الشعبي الوطني المنتخب من طرف الشعب بعد تزكية المرشحين من الحزب في قائمة وحيدة.

أ - مسؤولية رئيس الجمهورية في ظل دستور ١٩٧٦:

بعدما كانت مقررته لرئيس الجمهورية مسؤولية سياسية عن النشاط التنفيذي أمام المجلس الوطني في دستور ١٩٦٣، وإن كان ذلك من الناحية النظرية دون العملية، انعدمت هذه المسؤولية في دستور ١٩٧٦ سواء أكانت مسؤولية سياسية أم مسؤولية جنائية، فلم يوجد أي نص في دستور ١٩٧٦ يحدد إمكانية مساءلة الرئيس الذي هو يضطلع بقيادة الوظيفة التنفيذية.

إذا ما كيفنا الوظيفة التنفيذية في دستور ١٩٧٦، لوجدناها "سلطة حقيقية"، بل أنها أقوى السلطات، لأن رئيس الجمهورية يضطلع بسلطات وصلاحيات إضافية كما هو وارد في الدستور، مما جعله في الواقع العملي هو السلطة الفعلية في البلاد خاصة وأن دستور ١٩٧٦ لم يأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات.

ب - مسؤولية الحكومة في ظل دستور ١٩٧٦:

يلاحظ على الوظيفة التشريعية في ظل دستور ١٩٧٦ أنها جردت من بعض وسائل المراقبة التي نص عليها في دستور ١٩٦٣، واقتصرت مهمتها في حق النواب

بالمبادرة باقتراح القوانين، وكذا فتح مناقشة عامة حول السياسة الخارجية بطلب من رئيس المجلس، كما له الحق في توجيه الأسئلة الكتابية فقط لأعضاء الحكومة وكذا حق الاستجواب.

وعليه فقد حظي البرلمان المشكل بغرفة واحدة في النظام السياسي الأحادي بمكانة ثانوية، حيث تم الاستغناء عنه بشكل نسبي في مرحلة الرئيس "أحمد بن بلة" وبعد عزله وتجميداً لمؤسسات السياسية غاب البرلمان في الفترة الممتدة من ١٩٦٥-١٩٧٦، ليعود المجلس الوطني بعد دستور ١٩٧٦ مقيداً عضواً (التاثير العضوي بتزكية الحزب) ووظيفياً عدم الفعالية في تقرير الرقابة، وظهرت أولوية الحزب على البرلمان، من خلال احتكار الحزب للترشيحات^(٣٣).

الفرع الثاني

المسؤولية السياسية في دستوري (١٩٨٩-١٩٩٦)

إن الإصلاحات السياسية والدستورية التي عرفتتها الجزائر خلال عامي ١٩٨٨ و١٩٨٩ والمتمثلة في فصل الحزب عن الدولة، وإنهاء الدور السياسي للجيش وتوزيع السلطة بين رئيس الجمهورية والحكومة والبرلمان، وإلغاء القاعدة التي تقضي بأن رئيس الجمهورية يجسد وحدة القيادة السياسية للحزب والدولة والتي جاء بها دستور ١٩٨٩، قد مهدت للتغيير في طبيعة النظام السياسي الجزائري وفي مكانة البرلمان وعلاقته بالحكومة.

أولاً: المسؤولية السياسية في دستور ١٩٨٩:

الجديد في دستور ١٩٨٩ أنه دستور قانون وليس دستور برنامج كما كان في ١٩٧٦، كما أنه حدد صراحة صلاحيات الحكومة رغم عدم تجزئة السلطة التنفيذية، لأنه عملياً كانت الممارسة عن طريق مجلسين:

- * مجلس الوزراء (تحت رئاسة رئيس الجمهورية).
- * مجلس الحكومة (تحت رئاسة رئيس الحكومة).

أ - مسؤولية رئيس الجمهورية في دستور ١٩٨٩:

بخصوص مسؤولية رئيس الجمهورية في ظل دستور ١٩٨٩، لم يقرر دستور

(٣٣) ناجي عبد النور، النظام السياسي الجزائري من الأحادية إلى التعددية السياسية، مديرية النشر الجامعي، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ١٦٩.

١٩٨٩ المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية رغم ما يتمتع به من صلاحيات جد واسعة حسب نص المادة ٧٤ من دستور ١٩٨٩، كما لا يوجد أي نص يحيل إلى المسؤولية الجنائية بشخص رئيس الجمهورية في حالة ارتكابه جنائية.

قلصت مهام رئيس الجمهورية في التعيين لصالح رئيس الحكومة الذي يعينه الرئيس وينهي مهامه حسب نص المادة ٥/٧٤ من دستور ١٩٨٩، وبناء على ذلك ترتبت مسؤولية سياسية لرئيس الحكومة يترتب على تقريرها الاستقالة.

ب - مسؤولية الحكومة في دستور ١٩٨٩:

اعتمد المشرع الجزائري في وضع دستور ١٩٨٩ على النظام البرلماني من خلال تقرير مسؤولية الحكومة السياسية أمام البرلمان وحق السلطة التنفيذية في حل البرلمان، ويلاحظ أن دستور ١٩٨٩ قد غير نسبياً من مكانة البرلمان ومركزه ودوره في النظام السياسي الجزائري، ويظهر ذلك من خلال تشكيلة وسير المجلس الشعبي الوطني واختصاصاته وعلاقته بالحكومة.

يتكون البرلمان الجزائري من مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني، ينتخب لمدة خمس سنوات بطريقة الاقتراع العام، الترشح للنيابة حر وليس محتكراً من قبل أي تنظيم سياسي، وهذا نتيجة إقرار التعددية الحزبية، ويحتل رئيس المجلس الشعبي الوطني المرتبة الثانية في النظام السياسي الجزائري بعد رئيس الجمهورية في ظل نظام تعددي، أما بالنسبة للوظيفة السياسية للبرلمان فيمكن التماسها في مجالات المراقبة المخولة للمجلس: كالمراقبة على الاعتمادات الحكومية، أو إنشاء لجان تحقيق في القضايا ذات المصلحة العامة، هذا بالإضافة إلى استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني قبل تقرير رئيس الجمهورية لحالة الطوارئ أو الحصار، وعدم تمديد أي حالة منهما إلا بموافقة المجلس الشعبي الوطني.

كما أن رئيس الجمهورية لا يبرم اتفاقيات الهدنة ومعاهدة السلم إلا بموافقة المجلس الشعبي الوطني.

وسع الدستور ١٩٨٩ من صلاحيات البرلمان ومكنه من وسائل يمارس بها رقابة على السلطة التنفيذية مثل توجيه الأسئلة الكتابية والشفوية لأي عضو من أعضاء الحكومة، بالإضافة إلى التصويت على ملتمس الرقابة، وبذلك ترتبت مسؤولية سياسية لرئيس الحكومة يترتب على تقريرها الاستقالة؛ لأنه عند تقديم برنامج الحكومة أمام المجلس الشعبي الوطني، يجري هذا الأخير مناقشة عامة وفي حالة عدم

الموافقة على البرنامج يقدم رئيس الحكومة استقالة حكومته إلى رئيس الجمهورية، الذي يعين من جديد رئيساً جديداً للحكومة.

ثانياً: المسؤولية السياسية في دستور ١٩٩٦:

إن أهم ما تميز به دستور ١٩٩٦ هو إرساء مبدأ الثنائية البرلمانية، حيث أصبح للجزائر برلمان يتكون من غرفتين (المادة ٩٨ من دستور ١٩٩٦) هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

يشكل مجلس الأمة الغرفة الثانية في البرلمان الجزائري، حددت مدة عهده بست (٦) سنوات حسب نص المادة ١٠٢ من الدستور، يلاحظ في هذا زيادة مدة عهده - سنة واحدة - مقارنة بعهدة المجلس الشعبي الوطني المحددة بخمس (٥) سنوات، وكذلك مدة مهمة رئيس الجمهورية (٥) سنوات، وهذا تفادياً لأي فراغ دستوري وضمنان لاستمرارية مؤسسات الدولة.

أ - مسؤولية رئيس الجمهورية في دستور ١٩٩٦.

يتمتع رئيس الجمهورية في ظل الدستور الحالي بسلطات واسعة جداً، وفي مقابل ذلك لا توجد نصوص تقرر مسؤوليته السياسية بصريح النص، ماعدا ماورد في نص المادة ١٣٠ من الدستور التي تمكن البرلمان من فتح مناقشة حول السياسة الخارجية للدولة بناء على طلب من رئيس الدولة أو رئيس إحدى غرفتي البرلمان، لكن هذا الإجراء أيضاً لا تترتب عليه مسؤولية سياسية لأنها لا تؤدي إلى عزله.

أما عن المسؤولية الجنائية، فيعد دستور ١٩٩٦ أول دستور تضمن صراحة مسؤولية رئيس الجمهورية قانونياً بنص المادة ١٥٨ من الدستور، عند ارتكابه جريمة الجناية العظمى التي يؤول اختصاص الفصل فيها "للمحكمة العليا للدولة".

نلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري له خصوصية في تقريره لمبدأ مسؤولية السلطة، إذ بدأ بتقرير المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في دستور ١٩٦٣ دون المسؤولية الجنائية، ليتجاهل ذلك في باقي دساتير الجزائر ٦٥، ١٩٧٦، ١٩٨٩، ليعود في دستور ١٩٩٦ ليقرر: المسؤولية الجنائية والسياسية للحكومة ورئيسها بمقتضى نص المادة ١٥٨ من دستور ١٩٩٦، بحيث يتابع الوزير الأول عن الجنايات والجناح التي يرتكبها بمناسبة تأديته لمهامه المادة ١٥٨ من الدستور، ويتابع كل عضو كذلك من أعضاء الحكومة عند ارتكابهم جناية أو جنحة أثناء مباشرتهم لمهامهم أو بمناسبةها أمام المحكمة العليا حسب نص (المادة ٥٧٣ من قانون الإجراءات الجزائية

إلى غاية ٥٧٦ قانون إجراءات جزائية، بالإضافة إلى إمكانية استدعاء الوزراء للشهادة حسب نص المادة ٥٤٢ ق ا ج ج).

أما رئيس الدولة فلم تقرر له إلا المسؤولية الجنائية دون السياسية بنص المادة ١٥٨ من الدستور الحالي، علماً أن المتابعة الجزائية لأعضاء الحكومة قد تفرقت بمقتضى القانون رقم ٩٠-٢٤ المؤرخ في ١٨ أوت ١٩٩٠، ضمن الباب الثامن المعنون ب: الجرائم والجنح المرتكبة من طرف أعضاء الحكومة والقضاة وبعض الموظفين، وهنا تتقرر المسؤولية للوزراء عن طريق الاتهام الجنائي.

ما نخلص إليه أن تكريس مسؤولية رئيس الجمهورية بمقتضى هذا النص الدستوري المستحدث يعد خطوة جريئة نحو تكريس دولة القانون، إذا ما تم صدور القانون العضوي الذي يبين إجراءات المحاكمة وتشكيل المحكمة، ودور كل غرفة من غرفتي البرلمان في تقرير آليات المسؤولية حتى لا يبقى النص الدستوري حبراً على ورق.

ب - تقرير المسؤولية السياسية للوزراء في دستور ١٩٩٦:

لقد كرسست مجمل نصوص دستور ١٩٩٦، والقانون العضوي رقم ٩٠/٠٢- المنظم للعلاقات الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، آليات رقابة على الحكومة تناولتها المواد ٨٠، ٨٤، ١٢٠، ١٣٣، ١٣٤، ١٦١، من الدستور وتتمثل في الأسئلة بنوعيتها والاستجواب وإنشاء لجان التحقيق، وبناء على نتائج المعلومات والحقائق المتحصل عليها من آليات الرقابة السابقة الذكر، يتقرر انعقاد مسؤولية الحكومة من عدمه.

إن البرلمان الجزائري يمارس رقابة على الحكومة بآليات وأساليب مختلفة، ندرس أولاً ما يتعلق بآليات رقابة لجمع المعلومات والحقائق أمام كلتا الغرفتين، ثم نتناول ثانياً أدوات الرقابة التي ترتب المسؤولية أمام الغرفة الأولى (المجلس الشعبي الوطني)، وثالثاً دور الغرفة الثانية (مجلس الأمة) في مواجهة الحكومة (علاقتها بالبرنامج الحكومي، وبيان السياسة العامة)

ب١- وسائل رقابة جمع المعلومات والحقائق:

تتمثل وسائل رقابة جمع المعلومات والحقائق التي يمارسها البرلمان على أعمال الحكومة في مايلي:

١ - تقديم الوزير الأول "رئيس الحكومة قبل التعديل الدستوري ٢٠٠٨" لبرنامج إلى المجلس الشعبي الوطني:

الأساس الدستوري لهذه الآلية هو أحكام المادة ٨٠ من الدستور، وتضبط

إجراءات تطبيق ذلك أحكام المواد (٤٦-٤٨) من القانون العضوي رقم ٩٠-٠٢ المنظم لعلاقات البرلمان بالحكومة.

تتلخص هذه الوسيلة، في أن يقدم الوزير الأول بعد تعيينه أو إعادة تعيينه برنامجه أمام المجلس الشعبي الوطني لمناقشته من طرف أعضاء الغرفة الأولى للموافقة عليه أو رفضه، لكن لا يتم ذلك إلا بعد إجراء التكيف الضروري لهذا البرنامج على ضوء مناقشات نواب المجلس الشعبي الوطني.

تعد هذه الوسيلة رسداً وتجميعاً للحقائق الرسمية عن النشاط الحكومي حرصاً على مدى الإنجاز ومطابقة الأداء لما هو مقرر في برنامج الحكومة، هذا إذا ما وافق عليه المجلس الشعبي الوطني، أما في حالة الرفض فإن مسؤولية رئيس الحكومة تحرك تلقائياً أمامه، أما عن القيمة القانونية الدستورية لعملية عرض برنامج الحكومة على الغرفة الثانية (مجلس الأمة) فهي الإعلام والاطلاع فقط، بهدف تكوين رؤية ومعيار رقابي لممارسة صلاحيات الرقابة المقررة دستورياً لمجلس الأمة.

٢ - تقديم الحكومة لمشروع قانون المالية أمام البرلمان لمناقشته والمصادقة عليه:
يتم عرض قانون المالية على البرلمان بغرفتيه لمناقشته علنياً مع تدخلات أعضاء الحكومة أمام اللجان الدائمة المختصة، بعدها تتم عملية المصادقة على نص قانون المالية.

إن مرحلتى المناقشة والتصويت تعتبران رسداً للمعلومات واستقصاء للحقائق واطلاع للبرلمان على مجموع الأعمال التي تعهدت الحكومة بإنجازها في آجالها، تعرضت لهذه الآلية أحكام المادة ١٢٠ في فقرتيها الأخيرتين، وفصلت ضوابطها المادة ٤٤ من القانون العضوي ٩٩/٠٢ المنظم للعلاقات بين البرلمان والحكومة.

٣ - تقديم البيان السنوي عن السياسة العامة أمام المجلس الشعبي الوطني:
إن هذه الآلية تزود أعضاء الغرفة الأولى بمقياس حال أداء الحكومة، مما يسهل المقارنة والمطابقة لتحديد مسؤولية الحكومة من عدمها، حددت هذا الإجراء المادة ٨٤ من الدستور ١٩٩٦، علماً أنه يمكن أن تختتم هذه المناقشة بلائحة تقدم خلال ٧٢ ساعة الموالية لاختتام المناقشة.

٤ - استجواب الحكومة:
منح الدستور هذا الحق للبرلمان بغرفتيه بمقتضى أحكام المادة ١٣٣ من الدستور، وتطرقت المادتان ٦٥-٦٧ من القانون العضوي السالف الذكر إلى ضبط الإجراءات المفصلة له، ويتضمن سؤالاً مصحوباً باتهام ونقد للحكومة عن تصرفاتها

في قضية من قضايا الساعة الوطنية^(٣٤)، كما تناولته ذلك جل الأنظمة المقارنة التي قررت مسؤولية سياسية للحكومة أمام البرلمان.

لقد نصت المادة ١٣٣ من الدستور " يمكن لأعضاء البرلمان استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة " .

٥ - استماع لجان البرلمان إلى أعضاء الحكومة:

إن تمكين اللجان البرلمانية الدائمة الاستماع إلى أعضاء الحكومة وفق المادة ١٣٣ من الدستور فقرة أخيرة " يمكن للجان البرلمان أن تستمع إلى أعضاء الحكومة " عند دراستها لمشاريع القوانين والاقتراحات يمكنها من إعلام البرلمان بالمعلومات والحقائق بصورة مدروسة ومنظمة.

في فرنسا يوجد كذلك لجان استطلاع مكلفة بالمهام الاستخبارية، وقد حدد ذلك في النظام الداخلي للجمعية الوطنية (المادة ٢/١٤٥)، ومجلس الشيوخ (١/٢١)^(٣٥)، لا يمكن اعتماد مثل هذه اللجان في الجزائر في ظل غياب الأساس القانوني في الدستور وفي القانون العضوي ٠٢/٩٩ .

٦ - توجيه الأسئلة الشفوية والكتابية إلى الحكومة :

يمكن لأعضاء البرلمان توجيه الأسئلة الشفوية والكتابية على أساس أحكام المادة ١٣٤ من دستور ١٩٩٦ وفي حدود الضوابط والإجراءات المحددة في المواد ٧٥-٨٦ من القانون العضوي رقم ٠٢/٩٩ المنظم للعلاقات.

تعتبر هذه الوسيلة أكثر الوسائل الرقابية ممارسة وتطبيقاً في النظم البرلمانية المقارنة^(٣٦).

٧ - إنشاء لجان التحقيق:

لجان التحقيق من الوسائل الفعالة في ممارسة رقابة المعلومات، تتحرك هذه الوسيلة عند شك أو عدم تأكيد إحدى غرفتي البرلمان من صحة ومصداقية المعلومات التي تقدمها الحكومة^(٣٧).

(٣٤) سليمان محمد الطماوي، "السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة"، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٧، ص ٤٨٠.

(٣٥) Hugues Portelli; Op cit, p 267.

(٣٦) PHILIPPE ARDANT INSTITUTIONS POLITIQUE ET DROIT CONSTITUTIONNEL - 7^E EDITION. LGDJ. PARIS 1995; p 63 .

(٣٧) محمد قائد طربوش، السلطة التشريعية في الدول العربية ذات النظام الجمهوري - تحليل مقارنة -، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ١٩٩٥.

نظراً لحساسية هذا الإجراء فقد تناوله الدستور بالتفصيل في المادة ١٦١ من الدستور والمواد ٧٦-٨٦ من القانون العضوي ٠٢/٩٩ منعاً لأي خرق، حيث تنص المادة ١٦١ على أنه: "يمكن لكل غرفة من البرلمان، في إطار اختصاصاتها أن تنشئ لجاناً في قضايا ذات مصلحة عامة".

لكن الملاحظ أن المعيار الذي أتى به نص المادة ١٦١ من الدستور هو معيار مطاط وفضفاض، فلا يمكن تحديد وضبط المعيار السليم في تحديد أن القضية ذات مصلحة عامة أو لا.

٨ - تقديم عرض عن الاعتمادات المالية المقررة لكل سنة مالية:

تقدم الحكومة لكل غرفة من غرفتي البرلمان عرضاً عن كيفية استعمال الاعتمادات المالية، فتعرض على البرلمان بغرفتيه تقريراً لكل سنة مالية تطبيقاً لأحكام المادة ١٦٠ من الدستور "تقدم الحكومة لكل غرفة من البرلمان عرضاً عن استعمال الاعتمادات المالية التي أقرتها لكل سنة مالية.

تختتم السنة المالية فيما يخص البرلمان بالتصويت على قانون يتضمن تسوية ميزانية السنة المالية المعنية من قبل كل غرفة من البرلمان".

على ضوء هذه الآليات والوسائل المقررة للبرلمان يمكن بمقتضى بعضها تقرير وتحريك مسؤولية الحكومة أمام البرلمان، فما هي وسائل انعقاد مسؤولية الحكومة؟

ب ٢ - وسائل انعقاد مسؤولية الحكومة أمام المجلس الشعبي الوطني (الغرفة الأولى فقط):

إذا كان المؤسس الدستوري في الجزائر قد سمح لمجلس الأمة بعد أن يستمع وجوباً إلى عرض البرنامج الحكومي أن يدخل في حوار مع الحكومة ويتعاون معها بشكل يعينه على مراقبتها، فإنه في المقابل لم يفرض له اتخاذ موقف فعال وذو تأثير سياسي في تقرير مسؤوليتها.

إن مجلس الأمة يتمتع بنفس الوسائل المتاحة للمجلس الشعبي الوطني ماعدا مساءلة الحكومة بسبب عدم قابليته للحل.

يتقرر تحريك مسؤولية الحكومة أمام المجلس الشعبي الوطني بوسائل مختلفة:

١ - عدم الموافقة على برنامج الحكومة من طرف المجلس الشعبي الوطني:

تعتبر هذه الوسيلة من الوسائل الخطيرة والحاسمة في الرقابة على أعمال الحكومة إذا لم يوافق المجلس الشعبي الوطني على مشروع برنامج الحكومة بعد

المناقشة طبقاً لأحكام المادة ٨٠ من الدستور، بحيث يقدم الوزير الأول استقالة حكومته لرئيس الجمهورية الذي يعين من جديد وزيراً أولاً، وحكومة أخرى حسب الكيفيات التي تم بها تعيين الحكومة المستقلة حسب نص المادة ٨١ من الدستور.

تطرقت أحكام المادة ٨٢ من الدستور إلى ضبط فرضية عدم قبول المجلس الشعبي الوطني لبرنامج الوزير الأول الجديد، حيث يؤدي ذلك فوراً وتلقائياً إلى حل المجلس الشعبي الوطني بقوة الدستور، على أن تجرى انتخابات تشريعية لانتخاب نواب المجلس الشعبي الوطني المنحل خلال ٠٣ ثلاثة أشهر.

٢ - المصادقة على ملتمس الرقابة لعقد مسؤولية الحكومة:

تتقرر هذه الآلية بمناسبة عرض بيان السياسة العامة، الذي تقدمه الحكومة سنوياً إلى المجلس الشعبي الوطني، فإذا صوت المجلس على ملتمس الرقابة بعد مناقشة السياسة العامة بأغلبية ٣/٢ النواب، وبعد مرور ٠٣ ثلاثة أيام من تاريخ إيداع ملتمس الرقابة الموقع عليه من طرف (٧/١) عدد النواب على الأقل، يقدم الوزير الأول نتيجة لذلك استقالة حكومته إلى رئيس الجمهورية، هذا ما حددته أحكام الدستور في المواد ٨٤-١٣٥-١٣٦-١٣٧ من دستور ١٩٩٦، كما وضبطت المواد ٥٧-٦١ من القانون العضوي رقم ٠٢/٩٩ المنظم للعلاقات وإجراءات المصادقة على ملتمس الرقابة من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني.

تعد هذه الوسيلة من الوسائل الناجعة والشديدة الجزاء في الرقابة على أعمال الحكومة سواء في الجزائر أو في فرنسا^(٣٨) التي تضمنها دستورها في المادة ٢/٤٩ من دستور ١٩٥٨.

٣ - عدم موافقة المجلس الشعبي الوطني على لائحة الثقة التي يطلبها الوزير الأول:

ترتب هذه الآلية عند تحريكها مسؤولية الحكومة عندما يطلب الوزير الأول من المجلس الشعبي الوطني التصويت على لائحة الثقة ويقوم هذا الأخير برفضها.

في هذه الحالة، لا يبقى أمام الوزير الأول إلا أن يقدم استقالة حكومته بقوة أحكام المادة ٨٤ من الدستور، ولقد وضبطت إجراءات ذلك أحكام المواد ٦٢-٦٤ من القانون العضوي المنظم للعلاقات.

إن هذه الآلية مثل سابقتها تعقد فيها المسؤولية السياسية للحكومة أمام المجلس الشعبي الوطني فقط.

إن الذي يمكن استنتاجه أن عملية الرقابة البرلمانية التي تؤدي إلى تحريك انعقاد مسؤولية الحكومة، هي وسائل محجوزة ومقتصرة على المجلس الشعبي الوطني وحده فقط، دون تقرير ذلك لمجلس الأمة، وهو ما جري به العرف والتقاليد في التجارب البرلمانية العالمية المقارنة لأسس وحجج موضوعية وقوية يمكن حصرها في:

- إن جميع نواب المجلس الشعبي الوطني يتم انتخابهم بواسطة الاقتراع العام المباشر، فهم بذلك يمثلون الإرادة العامة الشعبية مباشرة.
- إنه بالتوازي مع هذه الوسائل والمكنات الخطيرة والحاسمة في رقابة المجلس الشعبي الوطني على أعمال الحكومة عن طريق تحريك انعقاد مسؤوليتها مباشرة، فإنه يمكن حل الغرفة الأولى، بينما لا يمكن حل الغرفة الثانية (مجلس الأمة) في النظام الجزائري، وعليه فرقابة مجلس الأمة على الحكومة هي رقابة معلومات وحقائق فقط بالرغم من وزنه الدستوري ومكانته في الدولة.

كل هذه الآليات تعتبر من الضمانات والأساليب التي تخول للبرلمان أن يمارس الرقابة بفعالية والتي يتمكن من خلالها من الدفاع على حقوق المواطن المعبر عن إرادته ويجسد بذلك دولة القانون.

ب3 - دور الغرفة الثانية في مواجهة الحكومة (علاقة مجلس الأمة بالبرنامج الحكومي).

إن مجلس الأمة شريك للمجلس الشعبي الوطني في الرقابة على الحكومة، غير أن المؤسس الدستوري ضبط علاقة مجلس الأمة بالحكومة عندما لم يقرر مسؤوليتها أمام الغرفة الأولى، وترتيباً على هذا المبدأ ليس في وسع مجلس الأمة أن يهدد وجود الحكومة التي تسأل دستورياً عن برنامجها أمام المجلس الشعبي الوطني فقط.

على الرغم من ذلك ورعاية للدور الرقابي المخول لمجلس الأمة، نسج المؤسس الدستوري علاقة بين المجلس والبرنامج الحكومي بعد أن يوافق على هذا الأخير المجلس الشعبي الوطني، فبالرجوع للنصوص الدستورية نجد أن العلاقة بينهما مزدوجة:

- علاقة مجلس الأمة بالبرنامج الحكومي بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني عليه.

- علاقة مجلس الأمة بالبرنامج الحكومي بعد تقديم بيان السياسة العامة أمام المجلس الشعبي الوطني.

١ - علاقة مجلس الأمة بالبرنامج الحكومي بعد الموافقة عليه من المجلس الشعبي الوطني:

نظم دستور ١٩٩٦ علاقة مجلس الأمة بالبرنامج الحكومي الذي يوافق عليه المجلس الشعبي الوطني، بأن قرر إطلاع مجلس الأمة على البرنامج دون أن يأذن له بفتح نقاش بشأنه، غير أنه خوله إصدار لائحة.

تلتزم المادة ٨٠ من دستور ١٩٩٦ الوزير الأول بتقديم عرض حول برنامجه لمجلس الأمة بعد أن يوافق عليه المجلس الشعبي الوطني خلال العشرة ١٠ أيام على الأكثر الموالية لموافقة المجلس الشعبي الوطني.

إن الوزير الأول لا يقدم برنامجه لمجلس الأمة بل يكتفي بتقديم عرض عن البرنامج فقط، أي قراءة لأهداف البرنامج ومحاوره الكبرى التي أطلع عليها المجلس الشعبي الوطني بكل تفصيلاتها وجزئيتها وناقشها ووافق عليها، ويمكن تبرير هذا الإجراء الدستوري لاعتبارات معينة:

- تقديم العرض خطوة لبناء حوار دستوري بين الجهتين.

- يراد للحكومة، ومجلس الأمة من الناحية الدستورية أن يقوم تعاون بينهما، ولن يكون هذا التعاون إلا إذا توفر لمجلس الأمة وسيلة الاستعلام عن عمل الحكومة ونشاطها.

- لم يأذن المؤسس الدستوري لمجلس الأمة بإجراء نقاش البرنامج الحكومي الذي يقدم الوزير الأول عرضاً عنه للمجلس، وسمح له بإصدار لائحة، لكن العادة جرت منذ أن قدم أول عرض عن البرنامج على أن يفتح مجلس الأمة نقاشاً، وتوالت هذه العادة مع كل الحكومات التي تعاقبت لحد الساعة.

- إن اللائحة التي يصدرها مجلس الأمة بشأن البرنامج من شأنها أن تشكل دعماً للحكومة أو انتقاداً لعملها، وفي الحالتين يتجسد دور مجلس الأمة كمؤثر في العمل الحكومي، فالتأثير الذي تحدثه اللائحة السياسية لا يؤثر على الوجود القانوني للحكومة بقدر ما يزيد الحكومة دعماً سياسياً أو يلحقها أضراراً سياسية.

نظم هذا الإجراء كل من النظام الداخلي لمجلس الأمة لسنة ١٩٩٨ بموجب

المادة ٧٥ والقانون العضوي رقم ٠٢/٩٩ المؤرخ في ٠٨/٠٣/١٩٩٩ المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة بموجب المواد ٥٢ إلى ٥٤.

٢ - علاقة مجلس الأمة بالبرنامج الحكومي بعد تقديم بيان السياسة العامة إلى المجلس الشعبي الوطني:

لم يخصص دستور ١٩٩٦ سوى فقرة وحيدة من المادة ٨٤ التي تنص على أن: "يمكن للحكومة أن تقدم إلى مجلس الأمة بياناً عن السياسة العامة"، لينظم بموجبها علاقة بين مجلس الأمة والبرنامج الحكومي بعد أن تقدم الحكومة بياناً عن السياسة العامة إلى المجلس الشعبي الوطني.

يعود احتمال قيام علاقة بين مجلس الأمة والبرنامج الحكومي إلى الدستور الذي أسند للحكومة إمكانية قد تلجأ إليها، وقد لا تفعل إذا لم تجد نفسها ملزمة بتقديم بيان السياسة العامة إلى مجلس الأمة.

على هذا الأساس تختلف علاقة مجلس الأمة بالبرنامج الحكومي بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني عليه، بوصفها علاقة محققة النشأة بسبب إلزامية تقديم عرض عن البرنامج الحكومي إلى مجلس الأمة، وإمكانية هذا الأخير إصدار لائحة عن علاقة المجلس بنفس البرنامج - بعد أن تقدم الحكومة إلى المجلس الشعبي الوطني بيان السياسة العامة - وهي علاقة احتمالية تخضع إلى شرطين اثنين:

- الشرط الأول يخرج عن نطاق الحكومة، وهو مرور بيان السياسة العامة وبقاء الحكومة بسلام.

أما الشرط الثاني فيتعلق بالحكومة ذاتها، بما خوله لها الدستور من سلطة تقديرية في تقديم البيان إلى مجلس الأمة.

اختلفت الآراء حول الحالات التي تقدم الحكومة فيها عرض البيان على مجلس الأمة، فذهب رأي إلى أن الحكومة قد تفعل ذلك، إذا مر البيان على الغرفة الأولى دون أن يحجب هذا الأخير الثقة عن الحكومة إذا طلبها رئيسها منه، أو لم يصوت على ملتصق الرقابة لإسقاطها.

أما الرأي الآخر وهو الراجح فيرى أن الحكومة ملزمة سياسياً بتقديم البيان وحججه في ذلك:

- طالما أن الحكومة ملزمة بتقديم عرض عن برنامجها إلى مجلس الأمة، كون

- هذا الأخير شريكاً للمجلس الشعبي الوطني في العمل التشريعي، فمنطقي أن تعلمه بالحصيلة السنوية لتنفيذ البرنامج.
- إن تقديم البيان أمام المجلس الشعبي الوطني فرصة لإدخال التعديلات على البرنامج الحكومي، لذا من الواجب إطلاع مجلس الأمة بخصوص التعديل الذي وقع.
 - قد يكون تقديم البيان أمام مجلس الأمة في صالح الحكومة إذا كان المجلس مؤيداً لسياستها في مواجهة تحفظات الغرفة الأولى على بيان السياسة العامة.
- إن الطريقة التي نظم بها المؤسس الدستوري تقديم الحكومة بيانها للسياسة العامة إلى مجلس الأمة تجعل من هذا الإجراء أداة في خدمة الحكومة، وفي هذا يختلف المؤسس الدستوري الجزائري عن نظيره الفرنسي في دستور ١٩٥٨، الذي منح للوزير الأول إمكانية طلب موافقة مجلس الشيوخ على تصريح السياسة العامة بهدف تمكين الحكومة من الحصول على دعم المجلس لها في مواجهة الجمعية الوطنية^(٣٩) خاصة إذا سجلت الجمعية الوطنية انتقادات على السياسة العامة، وبهذا يكسب الوزير الأول دعماً سياسياً يعزز ثقة الحكومة في عملها، في حين يخول الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ الحكومة إمكانية تقديم بيان السياسة العامة إلى مجلس الأمة دون التنصيص على المقصد من هذا التقديم من جهة، ومن جهة أخرى يحرمه من بلورة موقف من البيان مما يجعل تقديم البيان في الجزائر أداة إعلامية لكن ناقصة.

Senat Franais S.R.I; Situation du Bicamrisme dans le monde-ed.Senat- paris (٣٩) 2000.

الختامة

إن تجربة الجزائر من خلال تبني نظام الغرفتين تجربة قائمة بذاتها ونابعة من أعماق المجتمع الجزائري، وهذا ما تؤكدته المبررات الحقيقية لانتهاج الثنائية البرلمانية التي نشأت في مرحلة انتقالية وفي ظل أزمة سياسية، لذلك تم استحداث مجلس الأمة كإجراء وقائي من أجل تكريس فكرة توازن واستقرار مؤسسات الدولة ليجنبها الوقوع في الفراغ المؤسساتي أو الانزلاقات السياسية، ولقد تم تكريس المبررات الحقيقية لوجود الغرفة الثانية - مجلس الأمة - من خلال تشكيلة البرلمان الجزائري، حيث اعتمد المؤسس الدستوري على تقوية تواجد المؤسسة التنفيذية على مستوى المؤسسة البرلمانية من خلال التعيين الرئاسي لـ (٣/١) لأعضاء مجلس الأمة، إضافة إلى النسبة التي اشترطها (٤/٣) المؤسس للتصويت، مما يجعل له قوة تأثير كبيرة.

لقد عرفت المؤسسة التشريعية تطوراً ملحوظاً بمقتضى دستور ١٩٩٦، بعد أن كانت في شكل غرفة واحدة أصبحت منظمة في غرفتين، حيث حدد المؤسس الدستوري الجزائري نظاماً قانونياً خاصاً للبرلمان الجزائري يستشف من الأسلوب الذي اعتمده في تكوين كل غرفة، مع التوسيع في المجال الهيكلي لهيئات البرلمان الجزائري في ظل عهدة برلمانية ذات تكييف قانوني خاص، وبما أن مبدأ المسؤولية السياسية يعد من الضوابط الهامة التي تحدد طبيعة العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وضع هذا الأخير مجموعة من الآليات لتقرير مسؤولية السلطة السياسية (رئيس الدولة، الحكومة) بيد البرلمان فيملك آليات ووسائل لجمع المعلومات والحقائق وآليات لتقرير المسؤولية.

إن آليات تحريك مسؤولية الحكومة تكون أمام المجلس الشعبي الوطني فقط وتتمثل في :

- عدم الموافقة على برنامج الحكومة من طرف المجلس الشعبي الوطني.
- عدم موافقة المجلس الشعبي الوطني على لائحة الثقة التي يطلبها الوزير الأول.
- المصادقة على ملتمس الرقابة لعقد مسؤولية الحكومة:

إن مبدأ المسؤولية السياسية قرر للبرلمان بهدف خلق توازن بين السلطتين وعدم التعسف في استعمال السلطة، لضمان الحكم الرشيد في إطار دولة القانون.

وبما أن القانون العضوي المحدد لإنشاء المحكمة العليا للدولة التي أتى بها دستور ١٩٩٦ لم يصدر بعد، فلا يمكن الحديث عن إمكانية توجيه الاتهام الجنائي لكل من رئيس الجمهورية والوزير الأول، ولم يتضح بعد دور غرفتي البرلمان في ذلك، ونأمل أن يكون قريباً ويكون للبرلمان دور فعال في ذلك.

المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- ١ - السعيد مقدم: "التجربة الثنائية البرلمانية، دراسة مقارنة بالتجربة الفرنسية"، الملتقى الوطني حول نظام الغرفتين، وزارة العلاقات مع البرلمان، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ٩٩.
- ٢ - مسعود شيهوب، "نظام الغرفتين -النشأة والتطور في الجزائر والأنظمة المقارنة"، الجزائر ٢٠٠٣.
- ٣ - موريس دوفرجه، ترجمة جورج سعد: "المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الأنظمة السياسية الكبرى" المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان، ١٩٩٢.
- ٤ - جيروم أ. بارون، مبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة محمد مصطفى غنيم، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٥ - لورانس غراهام، السياسة والحكومة (مقدمة للنظام السياسي في الولايات المتحدة)، ترجمة عبد الله بن فهد عبد الله، جامعة الملك سعود للنشر، السعودية، ١٩٩٢.
- ٦ - محفوظ لشعب، "التجربة الدستورية في الجزائر"، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، ٢٠٠١.
- ٧ - عاشوري/ع، "المؤسسات التشريعية في الجزائر منذ الاستقلال"، مجلة النائب، العدد الأول، ٢٠٠٣.
- ٨ - ي/إبراهيمي، "المؤسسات التشريعية في الجزائر منذ الاستقلال"، مجلة النائب، العدد الأول، الجزائر، ٢٠٠٣.
- ٩ - فوزي أوصديق، "الوافي في شرح القانون الدستوري (السلطات الثلاث)"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ١٩٩٤.
- ١٠ - بوكرا إدريس، "التطور الدستوري وحالات الأزمة في الجزائر"، مجلة الفكر البرلماني، العدد السابع (٠٧)، الجزائر، ديسمبر ٢٠٠٤.
- ١١ - محمد فرج الزائدي، "مذكرات في النظم السياسية"، منشورات الجامعة المفتوحة، لبنان، ١٩٩٧.
- ١٢ - مقران آيت العربي "نظرة على مجلس الأمة في نهاية العهدة الأولى"، مجلة الفكر البرلماني، العدد الخاص، الجزائر، ديسمبر ٢٠٠٣.

- ١٣ - عبد الله بوقفة، آليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٣.
- ١٤ - ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- ١٥ - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية (دراسة لنظرية الدولة والحكومة)، الدار الجامعية للنشر، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١٦ - سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١٧ - السعيد مقدم: "التجربة الثنائية البرلمانية في أقطار المغرب العربي"، الملتقى الوطني حول نظام الغرفتين، وزارة العلاقات مع البرلمان، الجزائر، أكتوبر ٢٠٠٢.
- ١٨ - شنوفي فاتح، "مكانة مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري"، بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٣.
- ١٩ - عبد الله بوقفة، الدستور الجزائري - نشأة - تشريعاً - فقهاً، دار الهدى للنشر، الجزائر، ٢٠٠٥.
- ٢٠ - فوزي أو صديق، الوافي في شرح القانون الدستوري (السلطات الثلاث)، دم.ج، جزائر، ١٩٩٤.
- ٢١ - ناجي عبد النور، النظام السياسي الجزائري من الأحادية إلى التعددية السياسية، مديرية النشر الجامعي، الجزائر، ٢٠٠٦.
- ٢٢ - سليمان محمد الطماوي، "السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة"، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٢٣ - محمد قائد طربوش، السلطة التشريعية في الدول العربية ذات النظام الجمهوري - تحليل مقارنة -، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ١٩٩٥.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1 - Jean Gicquel; "Droit constitutionnel et Institutions politiques. - dition Delta, Paris, 2000 (la lecture de Montesquieu -
- 2 - Hugues Portelli; "Droit constitutionnel" 3^{ème} dition, Dalloz, Paris 1999.
- 4 - Jean Gicquel; "Droit constitutionnel et Institutions politiques" 16^{ème} dition, Delta, Paris 2000.

- 6 - Jacques Cadart : "Institutions politiques et Droit Constitutionnel" 2^{ème} dition,L.G.D.J. Paris 1980.
- 7 - PHILIPPE ARDANT-**INSTITUTIONS POLITIQUE ET DROIT CONSTITUTIONNEL** 7^E EDITION.LGDJ.PARIS 1995.
- 8 - Senat Franais S.R.I; Situation du Bicamrisme dans le monde-ed.Senat- paris - 2000.

الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي

الدكتور/ عبدالله علي عبو

الأستاذ المساعد بكلية القانون والإدارة

جامعة دهوك - العراق

ملخص:

لفترة طويلة من الزمن ناضلت الشعوب من أجل صون حقوق الإنسان وحرياته وعدم المساس بها من قبل السلطة الحاكمة، وقد كانت من أهم نتائج هذا النضال هو الدفاع عن مبدأ الشرعية الجنائية لضمان أن يكون القانون هو مصدر التجريم والعقاب ولا يفاجأ الأفراد بمعاقتهم عن أفعال لم تكن مجرمة وقت ارتكابهم لها، وهذا يمثل ضماناً حقيقية للحرية الشخصية للأفراد، وبالفعل أصبح اليوم مبدأ الشرعية الجنائية مبدأً راسخاً في كل الأنظمة القانونية الداخلية لدول العالم.

في هذا البحث نتطرق إلى هذا المبدأ من حيث مفهومه وأنواعه وتطوره التاريخي والخلاف الفقهي حول جدوى وأهمية هذا المبدأ في نطاق القانون الجنائي الداخلي، ومن ثم نحاول بيان مفهوم هذا المبدأ في القانون الدولي الجنائي، وهل أن هذا المبدأ له في هذا القانون نفس الخصائص والصور المعروفة والمستقرة في القانون الجنائي الداخلي، ولا شك أن الخوض في البحث في هذا الموضوع ليس بالأمر السهل نظراً لتشعب المسائل المرتبطة بالشرعية الجنائية وتعدد صورته من ناحية، وكذلك فإن البحث يقوم على مقارنة بين نظاميين قانونيين جنائيين متباينين، النظام القانوني الداخلي المستقر والثابت تشريعياً منذ عقود طويلة من الزمن، والنظام القانوني الدولي الحديث النشأة الذي تفتقر الجماعة الدولية فيه إلى السلطة التشريعية بالمفهوم المتداول في المجتمعات الداخلية، عليه فإن هناك مسائل ومواضيع عديدة ستكون محل بحث في سبيل التوصل إلى النتائج وتقديم المقترحات المفيدة في حقل القانون الدولي الجنائي والتي سنبينها في خاتمة البحث.

المقدمة:

مبدأ الشرعية الجنائية من المبادئ الجنائية المستقرة في النظم الجنائية الوطنية منذ سنوات طويلة، وهذا المبدأ يعد ضماناً أساسية لتطبيق العدالة واحترام حقوق الإنسان، وهو فضلاً عن كونه مبدأً جنائياً فهو مبدأً دستوري في الأصل.

وموضوع الشرعية الجنائية يتسم بأهمية كبيرة؛ نظراً لأن القانون الدولي الجنائي هو القانون الذي يهتم بتحديد الجرائم الدولية الأشد خطورة التي تهدد القيم الأساسية للمجتمع الدولي وبالذات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية والمصالح المهمة للمجتمع الدولي ولاسيما حفظ السلم والأمن الدوليين، ومن ناحية أخرى فإن هذا

القانون وما حصل من تطور في القضاء المختص بالنظر في الجرائم الخاضعة لأحكامه ونقصد هنا (القضاء الدولي الجنائي) فإن هذا القضاء يجب أن تكون إجراءاته الجنائية سليمة في تعقب المسؤولين عن هذه الجرائم وفرض المسؤولية الجنائية عليهم، وبذلك فإن تحديد الجرائم والعقاب عليها وإخضاع المسؤولين عنها أمام المحاكم الدولية الجنائية يجب أن تكون في إطار مبدأ أساسي معروف وهو مبدأ الشرعية الجنائية وبشقيها الموضوعي والإجرائي.

أولاً: مشكلة البحث

نظراً لأن القانون الدولي الجنائي قانون حديث النشأة وهو في الأصل فرع من فروع القانون الدولي العام، فإن الكثير من الجدل حصل حول موضوع وجود الشرعية الجنائية فيه بالمفهوم الموجود في القانون الجنائي الوطني، مما أدى إلى ظهور مشكلة بصد ذلك، ومضمون هذه المشكلة تكمن في أن الشرعية الجنائية تقوم على قاعدة أساسية وهي (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وهذه القاعدة تعني أن التشريع هو المصدر الرئيس للتجريم والعقاب، ولكن كما هو معلوم فإن القانون الدولي العام بشكل عام والقانون الدولي الجنائي بشكل خاص ليس لهما سلطة تشريعية تضع قواعدهما من ناحية، والعرف كان له الفضل الأكبر في ترسيخ قواعدهما من ناحية أخرى، مما أدى لإثارة الجدل حول مدى إمكانية أن يكون العرف مصدراً للتجريم والنتائج المترتبة على ذلك.

ثانياً: فرضية البحث

أما فرضية البحث فتنتقل من نقطة أساسية وهي أنه إذا كان لا يمكن إنكار دور العرف في مجال القانون الدولي الجنائي وبالتحديد في مجال التجريم في الجرائم الدولية، وإذا كانت الشرعية في فترة من الزمن هي (شرعية جنائية عرفية) إن صح التعبير، إلا أنه بظهور المحاكم الدولية الجنائية في نطاق القانون الدولي الجنائي ولاسيما في العقد الأخير من القرن العشرين بقيام المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة والمحكمة الدولية الجنائية الدائمة، فضلاً عن إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية الجنائية، فإن الشرعية الجنائية بصيغته المكتوبة في القانون الدولي الجنائي بدأ يترسخ بشكل واضح وعن طريق التشريع الدولي المتمثل بإرادات الدول.

ثالثاً: هدف البحث:

الهدف من اختيار هذا الموضوع والبحث فيه هو بيان ماهية الشرعية الجنائية في القانون الدولي من خلال بيان مفهوم الشرعية الجنائية في التشريعات الجنائية الوطنية ولدى الفقه الجنائي في البداية، ومن ثم مفهومه في القانون الدولي الجنائي

وطبيعة الاختلاف بين كلا المفهومين وخصائص الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي والنتائج المترتبة على هذه الشرعية الجنائية.

رابعاً: أهمية البحث وأسباب اختياره:

إذا ما أردنا أن نذكر أهمية هذا البحث وأسباب اختياره فلدينا العديد من المبررات التي نذكرها في هذا الصدد.

فبخصوص أهمية البحث نقول أن موضوع الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي لم يحظَ بنصيب كافٍ من البحث والتحليل والدراسة من قبل المختصين والباحثين، حيث إن التطرق إليه كان سطحياً في بعض كتب القانون الدولي الجنائي والقضاء الدولي الجنائي دون بيان المشاكل الناجمة عن الطابع العرفي لهذا المبدأ في مجال هذا القانون وما ينجم عنه من نتائج تختلف تماماً عن ما هو معروف في القانون الجنائي الداخلي.

أما عن أسباب اختيار الموضوع فنقول أن الدافع لاختياره هو محاولة لوضع إطار عام لهذا المبدأ في نطاق القانون الدولي الجنائي بحيث يصبح واضحاً للمهتمين بهذا الموضوع مفهوم هذا المبدأ ونقاط الاختلاف بين مجال تطبيقه في القانون الجنائي الداخلي والقانون الدولي الجنائي، ومن ناحية أخرى كانت ندرة الكتابة في هذا الموضوع إن لم نقل انعدام الكتابة فيه بهذا الأسلوب سبباً جوهرياً في اختيارنا له.

خامساً: نطاق البحث

حصرنا نطاق البحث في مجال بيان مفهوم الشرعية الجنائية في القانون الجنائي الداخلي كأساس للانطلاق نحو بيان مفهومه في القانون الدولي الجنائي والنتائج المترتبة على كلا المفهومين في القانونين، وسنكتفي بسرد تاريخي موجز لتطور هذا المبدأ دون الخوض في الكثير من التفاصيل عن ذلك تجنباً للإطالة لإننا في إطار بحث محدد.

سادساً: منهجية البحث

اتبعنا في هذا البحث منهجين:

- ١ - المنهج التاريخي: لبيان التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية في نطاق القانون الدولي الجنائي وكيفية تحول مفهومه من الصيغة العرفية إلى الصيغة المكتوبة.
- ٢ - المنهج التحليلي: وبواسطة هذا المنهج قمنا بتحليل النصوص الدولية التي وردت في الاتفاقيات الدولية الجنائية والأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية الجنائية، بهدف توضيح مفهوم الشرعية الجنائية والنتائج المترتبة عليه.

سابعاً: هيكلية البحث:

يتكون البحث من مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية مبدأ الشرعية الجنائية

المبحث الثاني: إعمال الشرعية الجنائية في نطاق القانون الدولي الجنائي

المبحث الأول

ماهية مبدأ الشرعية الجنائية

يقتضي بيان ماهية الشرعية الجنائية منا بيان تطوره التاريخي ومفهومه اللغوي والفقهي والاصطلاحي، ثم بيان أنواع الشرعية الجنائية والذي يقسم إلى شرعية موضوعية (مبدأ لاجرمية ولا عقوبة إلا بنص) وشرعية إجرائية (شرعية الإجراءات الجزائية ضد المتهم)، وشرعية التنفيذ العقابي، كما سنبين الخلاف الفقهي بشأن أهمية وجدوى مبدأ الشرعية الجنائية، وذلك في أربعة مطالب.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الشرعية الجنائي وتطوره التاريخي

قبل بيان مفهوم الشرعية الجنائية سنتطرق إلى المراحل التاريخية التي مر بها هذا المبدأ، عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول للتطور التاريخي للمبدأ والثاني لتعريف المبدأ.

الفرع الأول

التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية

سنستطيع القول أن مبدأ الشرعية مر بالمراحل التالية من التطور:

١- في الشرائع السماوية (الشريعة الإسلامية نموذجاً):

سبقت الشريعة الإسلامية التشريعات الوضعية في تقرير مبدأ الشرعية الجنائية وإن لم يرد بصيغته المعروفة حالياً، ولكن يمكن استنتاجه من بعض آيات القرآن الكريم مثل:

قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿مَنْ أَهْدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا نَزْرُ وَلَا إِزْرُ وَزَرَّ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١)

(١) سورة الإسراء: الآية ١٥.

وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ﴾^(٣) صدق الله العظيم.

كما وضع الإسلام نظاماً متكاملًا للتجريم والعقاب يكون بمثابة الحارس الأمين على قيم المجتمع ومقوماته، وليواجه الحالات الشاذة التي لا تستقيم إلا بالعقاب أو بالخوف، ونشير هنا على سبيل المثال إلى أحكام القصاص والدية في النفس في القانون الجنائي الإسلامي، ففي جريمة القتل العقوبة هي القصاص استناداً لقوله تعالى: ﴿وَكُلُّكُمْ فِي الْقَفَاصِ حَيوةٌ يَتَأُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٤)، مع إعطاء الحق لولي أمر المقتول في العفو بإرادته^(٥)، وهناك نصوص أخرى في مجال السرقة والحراية والزنا والقذف والردة وشرب الخمر والجروح، كلها بينها المشرع الإلهي بشكل دقيق.

٢ - في العصور الوسطى

ارتبط ظهور مبدأ الشرعية الجنائية بتطور مفهوم الحكم في العصور الوسطى من الحكم المطلق إلى الحكم القائم على أساس الفصل بين السلطات الثلاث داخل الدولة (التشريعية - التنفيذية - القضائية) حيث كان الحاكم يجمع في يده كل سلطات الدولة، والقضاة يحكمون بما يتلاءم مع هوى الحاكم المطلق، وكان تحديد الجرائم والعقوبات يحددها الحاكم وتفاجأ الأفراد بجرائم وعقوبات لا يعلمونها مسبقاً، وقد كانت البوادر الأولى لهذا المبدأ من خلال الإشارة إليه في وثيقة العهد الأعظم في انكلترا عام ١٢١٥، ومن ثم من قبل المفكر الإيطالي بكاريا (من خلال مؤلفه الجرائم والعقوبات عام ١٧٦٤)، كما وردت الإشارة إليه في إعلان حقوق الإنسان الصادر في فيلادلفيا في الولايات المتحدة عام ١٧٧٤، وفي فترة لاحقة كانت لأفكار بكاريا تأثيراً كبيراً على الفكر الأوربي، حيث إنه نتيجة للوضع المأساوي الناجم عن الحكم المطلق دعا فلاسفة ومفكرون في أوربا أمثال روسو ومونتيسكيو وفولتير وهوبز إلى ضرورة الفصل بين السلطات، وأن تكون سلطة تحديد الجرائم والعقوبات من قبل السلطة التشريعية، والسلطة القضائية عليها تطبيق ذلك، وهذا يعني احترام مبدأ الشرعية الجنائية.

(٢) سورة النساء: الآية ١٦٥.

(٣) سورة القصص: الآية ٥٩.

(٤) سورة البقرة: الآية ١٧٩.

(٥) للمزيد ينظر، المستشار علي علي منصور، نظام التجريم والعقاب في الإسلام، ط١، مؤسسة الزهراء للإيمان والخير، المدينة المنورة، ١٩٧٦، ص ٥٥ و٥٩.

وأثرت آراء هؤلاء الفلاسفة والمفكرين في أنصار الثورة الفرنسية وتم النص على المبدأ في المادة الثامنة من إعلان الثورة الفرنسي لعام ١٧٨٩^(٦).
بعد ذلك أخذ المبدأ يأخذ طريقه إلى الدساتير وفي مقدمتها الدساتير الفرنسية ثم في دساتير دول العالم كما هو الحال في نص المادة (١٩) من دستور العراق التي تنص على أنه:^(٧)

أولاً: القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون.

ثانياً: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة.

٣ - في العصر الحديث

نتيجة لما تقدم تم النص على المبدأ في التشريعات الجنائية حيث أصبح هذا المبدأ من المبادئ الجنائية الأساسية لتلك التشريعات الجنائية في العالم.
ونذكر هنا التشريع الجنائي العراقي حيث تنص المادة الأولى من قانون العقوبات ١١١ لسنة ١٩٦٩ على أنه: (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون)^(٨).

وعلى الصعيد الدولي أدركت الدول أهمية هذا المبدأ وضرورة النص عليه في الوثائق الدولية، ولارتباط هذا المبدأ بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية فقد تمت الإشارة إليه في أبرز الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان وبالتحديد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ حيث نصت المادة ١١ من الإعلان على أنه:

(٦) ينظر: د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٦١.

(٧) أصبحت الشرعية الجنائية مبدأً دستورياً في دساتير الدول المتحضرة ويكاد لا يخلو أي دستور دولة من هذا المبدأ، وعلى سبيل المثال نذكر هنا الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢ التي تنص في المادة ٣٢ منه على أنه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها).

(٨) يوجد نص مماثل لنص المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي في القوانين الجزائية للدول الأخرى، ونذكر هنا على سبيل المثال نص المادة الأولى من قانون الجزاء الكويتي لعام ١٩٦٠ التي تنص: (لا يعد الفعل جريمة، ولا يجوز توقيع عقوبة من أجله، إلا بناء على نص في القانون).

١. كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية، تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه.

٢ - لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرماً بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي).

وفي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ تم النص على المبدأ في المادة ١٥ على أنه: (١- لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة. وإذا حدث، بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف).

كما تم النص على هذا المبدأ في الوثائق الإقليمية المعنية بحقوق الإنسان، كالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠ (م٧) والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩ (م٩)، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١ (م٧فقرة٢) الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤ (م١٥)^(٩).

الفرع الثاني

تعريف مبدأ الشرعية الجنائية

لا يرد في التشريعات الجنائية في العادة تعريف للشرعية الجنائية ويكتفي المشرع الجنائي بالنص على هذا المبدأ من خلال نص يشير إلى تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية في مجال التجريم والعقاب وهو (لا جريمة وعقوبة إلا بنص).

وفي ظل غياب التعريف التشريعي لمبدأ الشرعية في التشريعات الجنائية، فإن الأمر يتطلب منا بيان مفهومه لغوياً واصطلاحاً من خلال التعاريف التي ذكرها الفقه في مؤلفاته.

فالمعنى اللغوي للشرعية يعني (ما شرع الله للعباد من شريعة، من الصوم والصلاة والحج والنكاح وغيره)^(١٠)

(٩) يمكن الإطلاع على هذه الوثائق من الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/regdoc.html>.

(١٠) ينظر: لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، القاهرة، المجلد الرابع، جزء ٢٤ باب الشين، ص ٢٢٢٨.

أما اصطلاحاً فإن الفقه الجنائي أورد العديد من التعاريف لهذا المبدأ، ومن خلال اطلاعنا على بعض هذه التعاريف وجدناها لا تختلف كثيراً من حيث المضمون والمفهوم سوى اختلاف في صياغة التعريف والتعبير عنه.

حيث هناك من ذهب في تعريف هذا المبدأ إلى القول: (يعني مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون، فتحديد الأفعال التي تعد جرائم وتحديد العقوبات المقررة لها سواءً من حيث نوعها ومقدارها، كل ذلك من اختصاص الشارع وليس للقاضي شأن في ذلك، وكل ما له تطبيق ما يضعه الشارع من نصوص في هذا الشأن)^(١١).

بينما هناك من يرى أن المبدأ يعني (حصر مصادر التجريم والعقاب في مصدر واحد مكتوب يكون مصدر التشريع الجزائي، فإذا لم يتضمن القانون المكتوب نصاً يقضي بالعقاب عن الواقعة المعروضة على القاضي، فعلى الأخير أن يقضي ببراءة المتهم، وهذا يستتبع بالضرورة أن العرف أو العادة لا يصلح أيهما أن يكون مصدراً من مصادر التشريع الجزائي سواءً في إيجاد الجرائم أو في تقرير العقاب عليها)^(١٢).

وفي تعريف آخر قيل أن هذا المبدأ يعني قانونية الجرائم والعقوبات أي (أن القاضي لا يملك اعتبار سلوك ما جريمة إلا إذا كان هناك قانون ينص على اعتباره كذلك، كما لا يملك أن يقرر لجريمة ما عقوبة غير التي حددها القانون لهذه الجريمة)^(١٣).

ويبدو واضحاً من خلال ما ذكرناه من تعريف أنه ليس هناك اختلاف بين الفقه في تحديد المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية، حيث نستطيع القول بشكل موجز ودقيق أن الشرعية الجنائية تعني مطابقة الجريمة للنموذج القانوني المحدد لها مسبقاً من قبل المشرع.

(١١) ينظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٨٢.

(١٢) ينظر: د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٥٣.

(١٣) ينظر: د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط٣، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص ١٨١.

المطلب الثاني أنواع الشرعية الجنائية

في الحقيقة يمكن تقسيم مبدأ الشرعية الجنائية إلى ثلاثة أنواع، النوع الأول هي الشرعية الموضوعية (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) والنوع الثاني هي الشرعية الإجرائية (شرعية الإجراءات الجزائية ضد المتهم)، ويتولى قانون العقوبات النص على النوع الأول (الشرعية الموضوعية)، بينما يدخل النوع الثاني في مجال الإجراءات الجنائية مما يعني أن النص عليه وبيان متطلباته يدخل في نطاق قانون أصول المحاكمات الجزائية^(١٤)، أما النوع الثالث فهي شرعية التنفيذ العقابي، وسنتناول أنواع الشرعية الجنائية في ثلاثة فروع:

الفرع الأول الشرعية الموضوعية

وهذا النوع الأول من مبدأ الشرعية الجنائية ويستفاد من ذلك أن القاضي لا يملك تجريم فعل لا يقع تحت طائلة أي وصف جزائي مهما بلغ وجه مجافاته للعدالة الجنائية والقيم الأخلاقية أو ضرره بالمجتمع.

كما يستفاد من هذا النوع من الشرعية الجنائية أيضاً أن العقوبة لا يمكن أن توقع من قبل القاضي ما لم يكن القانون قد نص عليه صراحة بشأن الواقعة المعروضة عليه صراحة، كما يمتنع على القاضي وهو يقرر العقوبة أن يجري أي تحوير فيها في الطبيعة أو المقدار أو التنفيذ.

وبذلك يكون القانون هو الحد الفاصل بين ما هو مباح وما هو محظور، فلا يفاجأ شخص بعقوبة استبدادية عن فعل لم يكن سبقه قانون ينص على تجريمه ويعاقب عليه.

إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يرتبط بالأهداف التي يسعى إلى تحقيقها القانون الجنائي، فهذه الأهداف تتجلى في سعي هذا القانون إلى حماية المصالح العامة التي تمس كيان الدولة والمجتمع أو من المصالح الخاصة التي تتعلق بحقوق الأفراد ومصالحهم، حيث إن غاية القاعدة الجنائية ليس فقط حماية الأخلاق في

(١٤) للمزيد من التفصيل عن ذلك ينظر: د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩. ص ٤٩.

المجتمع وإنما المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية وذلك من أجل الحفاظ على بقاء المجتمع وتطوير حياته إلى مستوى أفضل^(١٥)

وفي ضوء ذلك يسعى القانون الجنائي إلى تحقيق ثلاث غايات أساسية (حماية المصالح الجماعية - توفير الأمان والطمأنينة للأفراد - تحقيق العدالة).

وتتفاوت المراكز الاجتماعية التي يحميها القانون الجنائي بقواعده، فقد يحمي حقاً شخصياً للإنسان، وهذا الحق يشغل قمة المصالح القانونية التي يحميها القانون، كما تتعدد المصالح القانونية التي يحميها هذا القانون، فقد تكون مصالح (حق التملك) أو مصالح معنوية (حماية الأديان والشرف)، وقد تكون مصالح اجتماعية (حماية النساء والأطفال) أو اقتصادية (اقتصاد الدولة) أو مصالح سياسية (حظر معتنق سياسي خطر يهدد المجتمع).

وأياً كانت المصلحة التي تحميها القواعد الجنائية فهي دائماً مصالح عامة تهتم الجماعة ككل، وإن وصفت بأنها ذات لون اجتماعي أو سياسي أو اقتصادي أو إداري، لذلك تحميها القواعد الجنائية بطريقة موضوعية بصرف النظر عن صاحبها.

أما عن سعي القانون الجنائي لتوفير الطمأنينة للأفراد فذلك نابع من أن المصدر الوحيد للقواعد الجنائية هو التشريع (حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) والتشريع الجنائي مكتوب ومعلن للكافة قبل تطبيقه عليهم، ومن ثم يتحقق هذا الهدف حيث يضمن للأفراد المخاطبين بأحكامه بأنه لن تطبق عليهم قواعده - ذات الآثار الخطيرة على حرياتهم وحقوقهم - إلا بأثر فوري لا رجعي لتاريخ صدورهما ونشرهما، ولن يقضي القاضي عليهم بعقوبة غير المحددة في هذا القانون، ولا يجوز له القياس في هذا المجال حتى لا يخلق جريمة جديدة غير منصوص عليها بالفعل.

ولا شك أن القانون الجنائي على هذا النحو يعمل بالفعل على توفير الطمأنينة للأفراد المخاطبين بأحكامه، فالعقوبة خطيرة وهي بغیضة إن كانت وسيلة استبداد، أما إذا وقعت باسم القانون وطبقاً لنصوصه المتفقة مع الشرعية فهي عادلة مشروعة.

ومن خلال ما تقدم (حماية المصالح) وتوفير الطمأنينة (من خلال التجريم والعقاب) يتحقق بالنتيجة الهدف الأسمى وهو تحقيق العدالة سواء في المرحلة التشريعية أم في مرحلة تطبيق القاضي للعقوبة^(١٦).

(١٥) ينظر: د. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣٩.

(١٦) ينظر: د. خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دار الجامعيين للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٩٠-٣٩١.

وحيث إن مبدأ الشرعية الجنائية من خلال التجريم والعقاب سوف يؤدي حتماً إلى التضحية ببعض حقوق الإنسان وحرياته الأساسية مما يعني أن تكون ضرورة في التجريم في قواعد الحماية من خلال توفر شرطين:

- ١ - وجوب أن تكون المصلحة جديرة بالحماية الجنائية: يجب أن تكون المصلحة المراد حمايتها على درجة من الأهمية بحيث يمكن من أجلها تجريم الأفعال التي تشكل عدواناً عليها، فليست كل مصلحة تستوجب التدخل التجريمي لحمايتها، وإنما تلك المصالح العليا التي تمثل قيمةً اجتماعيةً أساسيةً أو مصالحاً فرديةً رئيسيةً. وفي هذا الصدد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على أنه: (... كان لازماً أن تقرر الدساتير المعاصرة القيود التي ارتأتها على سلطان المشرع في مجال التجريم تعبيراً عن إيمانها بأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها....)
- ٣ - ضرورة أن يمثل السلوك المجرم اعتداءً حقيقياً وجسيماً على المصلحة المحمية جنائياً: لا يكفي أن نكون إزاء مجرد مصلحة جديرة بالحماية ليتدخل المشرع لحمايتها جنائياً، وإنما لا بد أن ينطوي السلوك المؤثم على خطورة معينة تمثل درجة من الجسامته تستحق التجريم والعقاب^(١٧).

الفرع الثاني

الشرعية الإجرائية

مبدأ شرعية الإجراءات الجنائية مفاده أن تصدر جميع القواعد التي تحدد هذه الإجراءات عن المشرع نظراً لمساسها بالحرية الشخصية، فخطورة الإجراءات الجنائية على الحريات الشخصية للأفراد تفترض ألا تنظم هذه الإجراءات ومنذ اللحظة التي تقع فيها الجريمة والتحقيق فيها وحتى صدور الحكم وتنفيذه بأداة أخرى غير القانون.

فكل إجراء ضد المتهم وفي كل مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية وخصوصاً المحاكمة، يجب أن يكون محكوماً بالقانون، فهذا المبدأ يفترض منع معاقبة أي شخص مهما ارتكب من جرائم ما لم ترفع عليه الدعوى الجزائية.

ومن ذلك يتضح أن مبدأ الشرعية الإجرائية يقضي احترام الحرية الفردية

(١٧) المصدر نفسه، ص ٣٩٢ وما بعدها.

المقررة بالقانون أثناء الخصومة الجنائية، وتكفل قوانين الدولة تحديد ما يتمتع به الفرد من قبل الدولة من حقوق يتعين عدم التفريط بها أثناء الخصومة الجنائية^(١٨).

ويترتب على ذلك قول ما يلي:

١ - إن المشرع طالما أنه هو المختص وحده بتحديد الإجراءات الجنائية، فلا يجوز لأية جهة أخرى أن تقوم بهذا العمل كالسلطة التنفيذية عن طريق الأنظمة أو القرارات، لأن تنظيم هذه الإجراءات بموجب القانون يحقق ضماناً أساسياً للأفراد في عدم التعدي على الحريات العامة^(١٩).

٢ - إن المشرع يختص بتحديد الجهات القضائية التي تقوم بمباشرة الإجراءات الجزائية، كما يختص بتحديد اختصاصها وكيفية تشكيلها، كون الإجراءات الجزائية طالما أنها تمس حرية الأفراد فيجب أن تمارسها جهات قضائية تُحدد اختصاصها وكيفية تشكيلها بموجب القانون لضمان فعاليتها، وأساس كل ذلك مصدره الشرعية الدستورية التي تحتم أن يكون القانون هو المنظم للإجراءات الجنائية، وتحديد الجهة التي تنهض بالإجراءات الجنائية^(٢٠).

٣ - إن المشرع لا يجوز أن يفوض اختصاصه في تحديد قواعد الأصول الجزائية للسلطة القضائية، فمثل هذا التفويض يكون باطلاً وغير جائز لمخالفته مبدأ قانونية الإجراءات الجزائية التي تجعل للقانون وحده الحق في هذا التحديد، وعليه لا يجوز للسلطة القضائية أن تقوم بهذا الدور بناءً على تفويض المشرع لها (فهذا التفويض غير شرعي لأنه يتضمن تخلياً من المشرع عن اختصاصه الذي خوله إياه الدستور)^(٢١).

٤ - لا يجوز للسلطتين التنفيذية والتشريعية، أن تمنعا تنفيذ أية عقوبة، إذا كانت صادرة بموجب حكم قضائي، فإذا كان هناك عرقلة لهذا التنفيذ أو تعطليه بعمل تشريعي مثلاً فهذا يعد عدواناً من السلطة التشريعية على الولاية الثابتة للسلطة القضائية^(٢٢).

(١٨) ينظر: د. نسرين عبد الحميد نبيه، مبدأ الشرعية والجوانب الشرعية، ط١، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٠٦.

(١٩) ينظر: د. وعدي سليمان علي، مصدر سابق، ص٥٤-٥٦.

(٢٠) للمزيد من التفصيل ينظر: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الشرعية الدستورية في قانون العقوبات - الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٦٨.

(٢١) ينظر: د. وعدي سليمان علي، مصدر سابق، ص٥٦.

(٢٢) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص٥٢١.

ومن النتائج المهمة المترتبة على مبدأ الشرعية الإجرائية مراعاة ضمانات المحاكمة العادلة في مرحلتي التحقيق الابتدائي والمحاكمة، ففي مرحلة التحقيق الابتدائي يجب أن توفر للمتهم الحقوق التالية: عدم جواز إلقاء القبض على شخص بدون وجه قانوني - إفهام الشخص بسبب اعتقاله وإفهامه التهمة الموجهة إليه - سرعة التحقيق من خلال موظف مختص أو قاضٍ - حق الاستعانة بمحامٍ - مراعاة ضوابط التفتيش.

وفي مرحلة المحاكمة أن يعطى للمتهم الحقوق التالية: احترام قرينة البراءة- إفهامه بالتهمة الموجهة إليه وأسبابها - محاكمته أمام محكمة مختصة مستقلة حيادية نزيهة منشأة طبقاً للقانون - محاكمته خلال مدة معقولة بدون تأخير لا مبرر له - المحاكمة العلنية - منحه الوقت الكافي للدفاع عن نفسه والاتصال بمحامٍ - الدفاع عن نفسه أو بواسطة محام، وتوكل المحكمة محامي له في حال عدم قدرته المالية - مناقشه شهود الإثبات وجلب شهود النفي - الحصول على ترجمة - عدم الإكراه على الإقرار بذنب - حق الطعن في الحكم - حق طلب إعادة النظر في الحكم لاكتشاف وقائع جديدة - حق الحصول على تعويض إذا كان الحكم مبنياً على وقائع غير صحيحة أو خطأ قضائي - عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين.

ويترتب على الشرعية الإجرائية كذلك مراعاة مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، حيث إنه من القواعد الأساسية للشرعية الإجرائية مراعاة شخصية الجزاء الجنائي، وهذا يعني أن المسؤولية الجزائية شخصية، فلا توقع العقوبة إلا على شخص من ارتكابها أو اشترك فيها، بمعنى ألا يصيب الجزاء سوى شخص من ارتكب الجريمة أو أسهم فيها، دون مساس بغيره من الأبرياء.

إذاً فإن مبدأ شخصية العقوبة يعني ألا يسأل عن الجرم إلا من ارتكبه، ولا يجوز معاقبة أحد عن فعل ارتكبه غيره، وإن الضمانة التي يوفرها هذا المبدأ هي تحقيق العدالة، لأن مسؤولية الشخص عن عمل غيره يؤدي لإهدار العدالة التي تقضي ألا يسأل إنسان إلا عن عمله، ولا يؤخذ بالجرائم غير جناتها، حتى لا يكون الفرد مهدداً بالعقاب على جرم ارتكبه غيره دون أن يشارك فيه أو يعلم به.

فلا يكفي لشرعية الجزاء أن يرد في نص يحدد بدقة الفعل المؤثم أو الامتناع المجرم، وإنما لا بد من أن يحدد تحديداً نافياً للجهالة الشخص الذي يكون محلاً للعقاب أو الجزاء^(٢٣).

(٢٣) ينظر: د. خيرى أحمد الكباش، مصدر سابق، ص ٤٨٨.

يبقى أن نشير أن هناك نتائج أخرى مهمة تترتب على الشرعية الجنائية يجب مراعاتها لضمان عدم المساس بهذه الشرعية وهي، احترام مبدأ الفصل بين السلطات وعدم تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية في أعمال السلطة القضائية، وأهم صور هذا التدخل قد يكون من خلال سلب ولاية السلطة القضائية وإسنادها إلى محاكم استثنائية أو خاصة أو الامتناع عن تنفيذ أحكام السلطة القضائية^(٢٤).

الفرع الثالث

شرعية التنفيذ العقابي

جوهر هذا النوع من الشرعية الجنائية يتمثل في الإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية أو ما يعبر عنه بمصطلح الرقابة القضائية التي تعد ضماناً حقيقية من أجل صون الحرية الشخصية وعدم المساس بها بشكل تعسفي أو غير قانوني من خلال إشراف القضاء على جميع مراحل الإجراءات الجزائية^(٢٥).

وشرعية التنفيذ العقابي تحكم القواعد القانونية المحددة لمبادئ إجراءات تنفيذ العقوبات، وذلك لحماية حقوق المحكوم عليه على أساس أن الحكم بالعقوبة يتطلب تقييد حرية المحكوم عليه وفقاً للهدف من توقيعها ولا يتضمن المساس بحقوقه وحرية بصفة مطلقة^(٢٦).

فإن كان الأصل أن تنفيذ الحكم الجنائي يرتبط بالمصلحة العامة التي تتوقف على اقتضاء الدولة حقها في العقاب، إلا أن تحقيق هذا الهدف عليه أيضاً حماية حقوق وحرية المجني عليهم التي تكفلها قواعد التجريم والعقاب، وهذا يتطلب أن يكون تنفيذ الأحكام القضائية الجنائية تحت إشراف القضاء، ولهذا الغرض استحدثت بعض التشريعات نظام قاضي تطبيق العقوبة، كما هو الحال في قانون الإجراءات الفرنسي ١٩٥٨، والقانون الإيطالي لعام ١٩٧٥، ويختص هذا القاضي بالإشراف على تنفيذ العقوبات سواء ما يتم داخل السجن أو خارجه^(٢٧).

(٢٤) للمزيد ينظر: د. نسرين عبد الحميد نبيه، مصدر سابق، ص ١١٠-١١٤.

(٢٥) ينظر: د. وعدي سليمان علي، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٢٦) ينظر: د. أحمد عبد الظاهر، الأسس القانونية والدولية للتنفيذ العقابي، دراسة مقارنة، منشور على موقع الإنترنت:

<http://kenanaonline.com/users/law/posts/187462> تاريخ الزيارة ١٢-١-٢٠١٣.

(٢٧) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص ٥٢٣.

وتجدر الإشارة إلى أن المجتمع الدولي أولى أهمية كبيرة بمسألة شرعية التنفيذ العقابي، وقد كان ذلك من خلال العديد من الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ونذكر على سبيل المثال ما جاء في المادة (١٠) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وما جاء في القواعد (٢٨-٣٢) والقواعد (٥٧-٦٣) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء^(٢٨).

(٢٨) تنص المادة (١٠) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لحقوق الإنسان على أنه: "يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية، تحترم الكرامة الأصلية في الشخص الإنساني^٢، (أ) يفصل الأشخاص المتهمون عن الأشخاص المدانين، إلا في ظروف استثنائية، ويكونون محل معاملة على حدة تتفق مع كونهم أشخاصاً غير مدانين، (ب) يفصل المتهمون الأحداث عن البالغين، ويحاولون بالسرعة الممكنة إلى القضاء للفصل في قضاياهم^٣، يجب أن يراعي نظام السجون معاملة المسجونين معاملة يكون هدفها الأساسي إصلاحهم وإعادة تأهيلهم الاجتماعي، ويفصل المذنبون الأحداث عن البالغين ويعاملون معاملة تتفق مع سنهم ومركزهم القانوني). أما القواعد النموذجية الخاصة بمعاملة السجناء وبالتحديد القواعد (٢٨-٣٢) فإنها تنص على أنه: (١) لا يجوز أن يستخدم أي سجين، في خدمة المؤسسة، في عمل ينطوي على صفة تأديبية. (٢) إلا أنه لا يجوز تطبيق هذه القاعدة على نحو يعيق نجاح أنظمة قائمة على الحكم الذاتي، تتمثل في أن تناط أنشطة أو مسؤوليات اجتماعية أو تثقيفية أو رياضية محددة، تحت إشراف الإدارة، بسجناء منظمين في مجموعات لأغراض العلاج^{٢٩}، تحدد النقاط التالية، دائماً، إما بالقانون وإما بنظام تضعه السلطة الإدارية المختصة: (أ) السلوك الذي يشكل مخالفة تأديبية، (ب) أنواع ومدد العقوبات التأديبية التي يمكن فرضها، (ج) السلطة المختصة بتقرير إنزال هذه العقوبات^{٣٠}، (١) لا يعاقب أي سجين إلا وفقاً لأحكام القانون أو النظام المذكورين، ولا يجوز أبداً أن يعاقب مرتين على المخالفة الواحدة. (٢) لا يعاقب أي سجين إلا بعد إعلامه بالمخالفة وإعطائه فرصة فعلية لعرض دفاعه. وعلى السلطة المختصة أن تقوم بدراسة مستفيضة للحالة. (٣) يسمح للسجين، حين يكون ذلك ضرورياً وممكناً، بعرض دفاعه عن طريق مترجم^{٣١}، العقوبة الجسدية والعقوبة بالوضع في زنزانة مظلمة، وأية عقوبة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة، محظورة كلياً كعقوبات تأديبية^{٣٢}، (١) لا يجوز في أي حين أن يعاقب السجين بالحبس المنفرد أو بتخفيض الطعام الذي يعطى له إلا بعد أن يكون الطبيب قد فحصه وشهد خطياً بأنه قادر على تحمل مثل هذه العقوبة). بينما تنص القواعد (٥٧-٦٣) على أن: (٥٧) إن الحبس وغيره من التدابير الآيلة إلى عزل المجرم عن العالم الخارجي تدابير مؤسسية بذات كونها تسلب الفرد حق التصرف بشخصه بحرمانه من حريته. ولذلك لا ينبغي لنظام السجون، إلا في حدود مبررات العزل أو الحفاظ على الانضباط، أن يفاقم من الآلام الملازمة لمثل هذه الحال^{٥٨}، والهدف الذي يبرر عقوبة الحبس وغيرها من تدابير الحرمان من الحرية هو في نهاية المطاف حماية المجتمع من الجريمة. ولا سبيل إلى بلوغ مثل هذا الهدف إلا إذا استخدمت فترة الحبس للوصول، حتى أقصى مدى مستطاع، إلى جعل المجرم وهو يعود إلى المجتمع لاراعاً في العيش في ظل احترام القانون وتدبر احتياجاته بجهد فحسب، بل قادراً أيضاً على ذلك^{٥٩}، وطلباً لهذه =

كما أن شرعية التنفيذ العقابي هي من المبادئ الدستورية الواجبة الاحترام، وهناك من الدساتير التي أشارت إلى ذلك، نذكر مثلاً نص المادة (٤٢) الدستور المصري لعام ١٩٧١ حيث ورد فيه (كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، كما لا يجوز حجزه أو حبسه في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون. وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شيء مما تقدم أو التهديد بشيء منه يهدر ولا يعول عليه.)، وكذلك نص المادة (٣٦) من الدستور

= الغاية، ينبغي لنظام السجون أن يستعين بجميع الوسائل الإصلاحية والتعليمية والأخلاقية والروحية وغيرها، وبجميع طاقات وأشكال المساعدة المناسبة المتاحة له، ساعياً إلى تطبيقها على هدى مقتضيات العلاج الفردي للسجناء٦٠. (١) ينبغي إذن لنظام السجون أن يلتزم السبل إلى تقليص الفوارق التي يمكن أن تقوم بين حياة السجن والحياة الحرة، والتي من شأنها أن تهبط بحس المسؤولية لدى السجناء أو بالاحترام الواجب لكرامتهم البشرية. (٢) ومن المستحسن أن يعمد، قبل انتهاء مدة العقوبة، إلى اتخاذ التدابير الضرورية لكي تضمن للسجين عودة تدريجية إلى الحياة في المجتمع، وهذا هدف يمكن بلوغه، تبعاً للحالة، من خلال مرحلة تمهد لإطلاق سراح السجين تنظم في السجن نفسه أو في مؤسسة أخرى ملائمة، أو من خلال إطلاق سراح تحت التجربة مع إخضاعه لضرب من الإشراف والرقابة، ولا يجوز أن يعهد به إلى الشرطة بل ينبغي أن يشتمل على مساعدة اجتماعية فعالة٦١. ولا ينبغي، في معالجة السجناء، أن يكون التركيز على إقصائهم عن المجتمع، بل -على نقيض ذلك- على كونهم يظلون جزءاً منه. وعلى هذا الهدف ينبغي اللجوء، بقدر المستطاع، إلى المؤازرة التي يمكن أن توفرها هيئات المجتمع المحلي لمساعدة جهاز موظفي السجن على إعادة التأهيل الاجتماعي للسجناء. ويجب أن يكون هناك مساعدون اجتماعيون يتعاونون مع كل مؤسسة احتجاز، وتناط بهم مهمة إدامة وتحسين كل صلات السجن المستصوبة بأسرته وبالمؤسسات الاجتماعية الجزيلة الفائدة. كما يجب أن تتخذ، إلى أقصى الحدود المتفقة مع القانون ومع طبيعة العقوبة، تدابير لحماية ما للسجين من حقوق تتصل بمصالحه المدنية وبتمتعته بالضمان الاجتماعي وغير ذلك من المزايا الاجتماعية٦٢. وعلى الخدمات الطبية في مؤسسة السجن أن تحاول رصد أي علة أو أمراض جسدية أو عقلية لدى السجناء، وأن تعالجها حتى لا تكون عقبة دون إعادة تأهيله. ويجب، على هذا الهدف، أن توفر للسجين جميع الخدمات الطبية والجراحية والنفسانية الضرورية٦٣. (١) إن الإنفاذ الكامل لهذه المبادئ يتطلب إفرادية المعالجة، وبالتالي يقتضي الأخذ بنظام مرّن لتصنيف السجناء في فئات. وعلى ذلك يستصوب أن توزع هذه الفئات على مؤسسات منفصلة تستطيع كل فئة أن تجد فيها العلاج الذي يناسبها، ينظر القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥، وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د-٢٤) المؤرخ في ٣١ تموز/يوليو ١٩٥٧ و ٢٠٧٦ (د-٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار/مايو ١٩٧٧.

المصري الجديد لعام ٢٠١٢ التي كانت أكثر وضوحاً وتأكيداً في الإشارة إلى الإشراف القضائي على تنفيذ الأحكام حيث ورد فيه: (كل من يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد، تجب معاملته بما يحفظ كرامته، ولا يجوز تعذيبه ولا ترهيبه ولا إكراهه ولا إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، ولا يكون حجزه ولا حبسه إلا في أماكن لائقة إنسانياً وصحياً، وخاضعة للإشراف القضائي. ومخالفة شيء من ذلك جريمة يُعاقب مرتكبها، وفقاً للقانون، وكل قول صدر تحت وطأة أي مما تقدم، أو التهديد بشيء منه، يهدر ولا يعول عليه).

المطلب الثالث

النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية الجنائية

يترتب على مبدأ الشرعية الجنائية نتائج ثلاث مهمة هي، أن تكون قواعد التجريم والعقاب صادرة عن جهة تشريعية مختصة، وعدم قدرة القاضي على القياس أو الخروج من حدود النص التجريمي عند التفسير أو التطبيق، وعدم رجعية نصوص التجريم والعقاب إلى الماضي.

أولاً: أن تكون قواعد التجريم والعقاب صادرة عن جهة تشريعية مختصة: والمقصود بذلك أن تكون القاعدة القانونية التي تجرم الفعل وتفرض عقوبة عليه صادرة من الجهة التشريعية المختصة بذلك.

والتشريع كما هو معلوم كل قاعدة قانونية مكتوبة صادرة عن سلطة مختصة بذلك طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور.

وعلى هذا الأساس فإن التشريع الجنائي يجب أن يتوفر فيه ثلاثة عناصر:

- ١ - العمومية والتجريد: وهذا يعني أن النص التجريمي لا يتوجه بالخطاب إلى شخص محدد بل بصفة عامة ومجردة.
- ٢ - أن تكون القاعدة القانونية المجرمة مكتوبة: ويعني ذلك لا يمكن أن يكون هناك مصادر أخرى للتجريم والعقاب عدا التشريع المكتوب، وبذلك يستبعد العرف كمصدر للتجريم والعقاب.
- ٣ - أن تكون القاعدة المجرمة صادرة عن سلطة مختصة بالتشريع، وهنا يمكن أن تكون السلطة المختصة بذلك هي صاحبة الاختصاص الأصيل أو سلطة مفوضة بذلك في حدود معينة بحيث تتصرف في حدود التفويض الممنوح لها، وطبقاً لذلك

فإن التجريم والعقاب يمكن أن يكون صادراً من السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية بموجب تفويض.
فالسطة التشريعية يصدر عنها القواعد التجريبية في أغلب الأحوال، ونقصد بذلك قوانين العقوبات والإجراءات الجنائية.

والسطة التنفيذية بناءً على تفويض تستطيع أن تصدر المراسيم والقرارات التنظيمية في المجالات المختلفة المتعلقة بالوزارات ومجالس المحافظات والبلديات والصحة، وكذلك لتنفيذ القوانين ولوائح الضبط الإداري لتحقيق أغراض الضبط الإداري والأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، وعلى هذا الأساس فإن مصادر التجريم والعقاب هي: (١- الدستور، ٢- القوانين العادية (العقوبات والإجراءات الجنائية)، ٣- المراسيم والقرارات التنظيمية، ٤- لوائح الضبط الإداري).

ويترتب على حصر مصادر التجريم والعقاب بالتشريع المكتوب الصادر من الجهة المختصة على شكل قواعد عامة ومجردة استبعاد القواعد الأخرى من نطاق التجريم والعقاب، ولكن يمكن اعتبارها من المصادر غير المباشرة للتجريم والعقاب وهي: (١- القواعد العرفية، ٢- القانون الأجنبي، ٣- التعليمات والمنشورات الوزارية. ٤- القانون الدولي، ٥- الشرع الإسلامي)^(٢٩).

ثانياً: عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي: تعتبر هذه القاعدة من الدعائم الأساسية لمبدأ الشرعية الجنائية، وتعني أن القاعدة التجريبية لا تسري على الأفعال على الأفعال السابقة على صدورها (ما لم تكن أصلح للمتهم أو كانت من القوانين المفسرة أو كانت من القوانين المؤقتة)^(٣٠).

ثالثاً: التفسير الضيق وعدم جواز القياس في النصوص التجريبية: يعتبر التفسير الضيق وعدم اللجوء إلى القياس من النتائج الهامة لمبدأ الشرعية في القانون الجنائي الداخلي، باعتبار أن هذا المبدأ مرتبط بالقانون المكتوب، فإذا كان المشرع الداخلي يستطيع أن يحدد بطريقة واضحة الأفعال التي يعتبرها ضارة بالمصالح التي يحميها القانون فهو يستطيع حصر كافة الأفعال التي يعتبرها جرائم، إن فم العدل والمنطق أن هذه الأفعال وحدها التي توصف بأنها جرائم ويمكن معاقبة مرتكبها جنائياً^(٣١).

(٢٩) للمزيد ينظر: د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٥٣ - ٦٧.

(٣٠) ينظر: د. رمسيس بهنام، مصدر سابق، ص ١٨٣.

(٣١) للمزيد ينظر: د. علي حسين الخلف، الوسيط في شرح قانون العقوبات، النظرية العامة، الجزء الأول، ط ١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٦٨، ص ٧٧ وما بعدها.

المطلب الرابع

الخلاف حول جدوى مبدأ الشرعية الجنائية وأهميته

انقسم الفقه بصدد جدوى مبدأ الشرعية الجنائية إلى اتجاهين، الأول يرى أن هذا المبدأ مهم ويجب احترامه ولديه مبرراته في ذلك، بينما الثاني ينتقد المبدأ وكذلك لديه المبررات لقول ذلك، وسنتناول الاتجاهين في فرعين.

الفرع الأول

الاتجاه المناصر للشرعية الجنائية

حيث يرى أنصار هذا الرأي أن للمبدأ أهمية كبيرة، لأنه يصون الحقوق والحريات الشخصية حيث يكون التشريع وحده مصدر التجريم والعقاب، ولا يجوز للقاضي تجريم فعل أو تحديد عقوبة، كما لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تنفذ عقوبة غير تلك التي أصدرتها المحاكم، كما يحقق المصلحة الاجتماعية حيث إن المبدأ هو تدعيم للعدالة والاستقرار في المجتمع وتحقيق المساواة بين الأفراد في المجتمع دون تمييز، حيث بموجب هذا المبدأ تكون القاعدة القانونية متصفة بالعمومية والتجريد، عليه فإن هناك حكمة من وراء الأخذ بهذا المبدأ تتلخص في أمرين:^(٣٢)

١ - إنها ضمان لحق المواطنين في الحرية، إذ يكون كل مواطن غير معرض لأي قيد يرد على حريته في صورة قبض أو حبس، في غير الأحوال المحددة قانوناً، وإلا أصابه القلق والاضطراب توجساً من المفاجآت وانشلت حريته التي يتوقف عليها الدفع بعجلة التقدم الاجتماعي إلى الأمام.

٢ - إنها ضمان لوحدة القانون ووضوحه بالنسبة للكافة، إذ لو تركت سلطة التجريم والعقاب للقضاء، لتضاربت واختلفت آراء القضاة في السلوك الواحد من حيث استحقاقه للعقاب أصلاً ومن حيث نوع ومقدار العقاب الذي يوقع من أجله، فيصير الأفراد في حيرة من أمرهم لا يعلمون حكم القانون على وجه اليقين والتحديد، ويختلف الواحد منهم عن الآخر في المسؤولية الناشئة من ذات السلوك.

فضلاً عن الكثير من المبررات التي تضيف على المبدأ الأهمية مثل مقتضيات العدالة والمنطق التي تقضي بأن يعرف الإنسان مقدماً ما هو محرم عليه من أفعال ليجتنبها، والمصلحة العامة لضمان وحدة القضاء وعدم تناقضه، وإضفاء الصفة

(٣٢) ينظر: د. رمسيس بهنام، مصدر سابق، ص ١٨١.

الشرعية على العقوبة البدنية أو المالية التي يتعرض لها الفرد، وتحقيق فائدة المجتمع لأن النص على عقوبات محددة يمنع الناس من الإجرام^(٣٣).

الفرع الثاني

الاتجاه المنتقد للشرعية الجنائية

على العكس من الاتجاه السابق يذهب جانب من الفقه إلى نقد مبدأ الشرعية الجنائية ومبرراتهم في ذلك:^(٣٤)

١ - المبدأ يقف أمام مواجهة التطور السريع للأفعال الإجرامية بسبب التقدم المضطرد الذي يمكن المجرمين من ارتكاب جرائم عديدة لا يمكن للقاضي معاقبتهم عليها؛ لأن المشرع لم يجرمها بنص تشريعي.

٢ - المبدأ لا يسمح للقاضي بأن يفرض عقوبة تتناسب مع شخصية الجاني وتبعاً لخطورته وظروف ارتكابه الجريمة؛ لأن المشرع قد حدد العقوبة مسبقاً، وهذا يتعارض مع ما توصلت إليه الدراسات المعنية بالجريمة والمجرم التي تقول بضرورة دراسة شخصية المجرم من كل الجوانب وقياس درجة خطورته الإجرامية قبل اختيار نوع الجزاء ومقداره.

وفي معرض النقد لهذا المبدأ قيل أنه عنوان للجمود؛ لأنه لا يمكن للمشرع التنبأ بكل صور الجريمة عند وضع النصوص، كما أنه ينافي قواعد الأخلاق إذ كثيراً ما تقع مسالك منافية للأخلاق لا يجرمها القانون كالامتناع عن دفع ثمن الطعام بعد تناوله أو الكذب المجرد من الضرر، كما قيل أنه رمز للرجعية، لأنه يقف أمام مستلزمات الحياة الاجتماعية وانتشار النظم الحديثة في العقاب، فالنظم التقليدية تقيم العقوبة على أساس جسامة الجريمة دون النظر إلى شخص الجاني^(٣٥).

ولكن رغم عن كل ما قيل عن سلبيات مبدأ الشرعية الجنائية، فإنه لا يمكن نبذ المبدأ وإعطاء القاضي سلطة التجريم والجزاء عن طريق القياس، فلا زال مبدأ الشرعية الجزائية سياجاً لحرية الأفراد وضماناً لتصرفاتهم، وأماناً لقلوبهم ضد احتمال البطش بهم في أي وقت^(٣٦).

(٣٣) ينظر: د. علي حسين الخلف، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٣٤) ينظر: د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٣٥) ينظر: د. كامل السعيد، مصدر سابق، ص ٥٦.

(٣٦) ينظر: د. سمير عالية، مصدر سابق، ص ٥١.

لذلك فإنه أصبح من المبادئ الجنائية المستقرة في كل التشريعات الجنائية المعاصرة، ولكن من الملاحظ أن التشريعات الجنائية حاولت التخفيف من جمود هذا المبدأ من خلال إضفاء نوع من المرونة في تطبيقه وذلك من خلال النقاط الآتية:

- ١- التفريد العقابي، ٢- تحديد حد أدنى وأعلى للعقوبة، ٣- تحديد عقوبتين تخييرتين، ٤- وقف تنفيذ العقوبة^(٣٧).

ونحن نضم رأينا إلى الاتجاه المناصر للشرعية الجنائية، إذ أن تجاهل هذا المبدأ واستبعاده في نطاق المسائل الجنائية سيؤدي إلى فوضى عارمة وتضارب في الاجتهادات القضائية، مما سينعكس سلباً على المجتمع بأسره بحيث سيكون هدراً للمصالح الجديرة بالحماية الجنائية من ناحية، وتعدياً على حقوق الأفراد وحياتهم من ناحية أخرى.

(٣٧) ينظر: د. علي عبد القادر القهوجي، مصدر سابق، ص ٦٨-٦٩

المبحث الثاني

إعمال المبدأ في نطاق القانون الدولي الجنائي

الأصل أن مبدأ الشرعية ميدانه هو القانون المكتوب، فالمشرع يقوم سلفاً بإصدار تشريع يبين فيه الأفعال المجرمة والعقوبات المقابلة لتلك الأفعال، وليس هناك إشكالية في ذلك في القانون الجنائي الداخلي.

إلا أنه في القانون الدولي الجنائي على حد قول الدكتور محمود شريف بسيوني: (فإن اللغة المستخدمة في أدوات هذا القانون لتعريف الجرائم والمسائل الجنائية أقل تحديداً من تلك التي نجدها في العديد من التشريعات الجنائية المعاصرة)^(٣٨).

فالقانون الدولي الجنائي^(٣٩) هو أحد فروع القانون الدولي العام الذي يشكل العرف جزءاً ليس بقليل من قواعده القانونية، وهذا يؤدي إلى إثارة السؤال التالي؟ هل يسري مبدأ الشرعية الجنائية في هذا القانون نظراً لأن الجرائم في هذا القانون لم تحدد مسبقاً في قوالب تشريعية محددة.

حتى يمكننا أن نجيب عن هذا السؤال علينا أن نتناول في هذا المبحث ثلاث مسائل، المسألة الأولى: النشأة العرفية للشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي، والمسألة الثانية: الترسخ التدريجي للشرعية الجنائية المكتوبة في القانون الدولي الجنائي، المسألة الثالثة: اختلاف نتائج الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي عن القانون الجنائي الداخلي، وذلك في ثلاثة مطالب.

(٣٨) ينظر: د. محمود شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الدولي، ط١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٢٩.

(٣٩) يقصد بهذا القانون (نك الفرع من فروع القانون الدولي العام الذي يتكون من مجموعة من القواعد القانونية الدولية الموضوعية والإجرائية التي تسعى إلى إسباغ الحماية الدولية الجنائية على حقوق الإنسان الواردة في القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وذلك بتجريم الأفعال التي تشكل انتهاكاً لهذه الحقوق ومحاكمة مرتكبيها وفرض العقوبات عليهم)، ينظر: د. عبدالله علي عبو، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، ط١، دار دجلة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٦.

المطلب الأول

النشأة العرفية للشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي

من المعلوم أن القانون هو تعبير عن إرادة وهذه الإرادة لا تنفصل عن الصيغة في القانون الجنائي الداخلي، فالمشرع في القانون الجنائي الداخلي يعبر عن إرادة في صيغة تشريعية يصدرها لتجريم الأفعال التي تنتهك المصالح الجديرة، ويحدد العقوبات لها من خلال نص يحدد هذه الأفعال المجرمة وعقوباتها.

ولكن في القانون الدولي الجنائي الإرادة منفصلة عن الصيغة وفي حالات سابقة عليها بوقت طويل، فالإلزام فيه يأتي في الغالب من العرف وهذا العرف قد يبقى لفترة طويلة غير مصاغ وغير معبر عنه، ويبقى كذلك إلى أن يتم التعبير عنه في نص وقد يكون نص معاهدة أو قرار مؤسسة دولية أو حكم قضائي يكشف عن وجود الفعل المكون للجريمة^(٤٠).

مما يتقدم يتضح لنا الفرق بين النص التجريمي في القانون الدولي الجنائي والنص التجريمي في القانون الجنائي الداخلي، فمبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجنائي الداخلي (Nullum Grimen Sine Lege) أو (nulla poena sine lege) أو بتعبير آخر (no crime without law) يختلف مفهومه في القانون الدولي الجنائي بعض الشيء، فالعديد من قواعد هذا القانون غير منظم في القواعد الاتفاقية أو في تشريع مكتوب، بل إن القانون العرفي هو الذي اهتم بهذه المسألة وبالتالي كان من آثار هذا الاختلاف أن جاء مفهوم الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي بشكل يختلف عن القانون الوطني^(٤١).

وهذا الفرق يُمكننا من القول بأن مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الدولي

(٤٠) وقد كان عدم وجود نص مكتوب يبين الجرائم الدولية إحدى أهم المشاكل التي واجهت محاكمات الحرب العالمية الثانية، حيث قيل أن المحكمتين (نورمبرغ وطوكيو) خرقتا أهم مبدأ من المبادئ الجنائية التي هي أساس القانون الجنائي (الداخلي والدولي) وهو مبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات)، حيث الجرائم المسندة إلى المتهمين (جرائم ضد السلام، جرائم الحرب، الجرائم ضد الإنسانية) كانت مفاهيم غامضة ولم يكن هناك قواعد قانونية دولية تحدد وتعرف هذه الجرائم بصورة واضحة خاصة مصطلح (الجرائم ضد الإنسانية) الواردة في الفقرة (ج) من المادة (٦) لم يرد نكرها في أي معاهدة دولية. ينظر: د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مطابع روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٨.

(٤١) See Jeffrey L.Dunoff, Steven R.Ranter, David Wippman, International Law, Norms, Actors, Process, Aspen Law and Business, New York, 2002, P565.

الجنائي له خاصية متميزة هي (الصيغة العرفية لهذا المبدأ) وهذه الخاصية ترتب نتيجتين بارزتين:^(٤٢)

- ١ - الدور المتميز للعرف في تكوين القواعد التجريبية الدولية.
- ٢ - النص المعبر عن العرف لا يظهر بوضوح الإرادة المكونة له؛ لأن هذه الإرادة ليست ثابتة دائماً بل تتغير تبعاً لتطور القانون الدولي الجنائي. وعليه يمكن القول أنه نظراً للدور الذي كان يلعبه العرف في العلاقات الدولية والقانون الدولي بشكل عام، بحيث كانت الغلبة له في بداية تطور العلاقات الدولية، فإن القانون الدولي الجنائي افتقر لوجود مشرع يسن قواعده، الأمر الذي جعل هذا الأخير يستمد الركن الشرعي فيه من وجوده من العرف الدولي، والقانون الدولي الجنائي باعتباره قانوناً عرفياً، فإن على القاضي الدولي حتى يعرف الأفعال التي تعد جرائم دولية أن يقرر مدى مطابقتها تلك الأفعال للعرف الدولي، وألا يعاقب على فعل لا يقره العرف مقدماً على أنه جريمة، ومن هنا فمبدأ الشرعية الجنائية لم يحظ على المستوى الدولي بالأهمية نفسها التي يختص بها القانون الجنائي الداخلي، فالقانون الدولي الجنائي كما قلنا فرع من القانون الدولي العام وبالتالي له خصائص هذا القانون نفسها ومن ذلك الصفة العرفية، بمعنى أن الشرعية ذو صفة عرفية، إذ لم يكن في السابق وجود لجريمة دولية في نصوص قانونية مكتوبة، وإنما يمكن الاهتداء إليها من خلال استقراء العرف الدولي.^(٤٣)

وينجم عن اعتبار القانون الدولي العرفي مصدراً للقانون الجنائي الدولي الموضوعي إشكاليات عديدة يمكن تقسيمها لفتنتين (تعكس الفئة الأولى طبيعة العرف ذاتها كمصدر للقانون الدولي، وبالتحديد طبيعته الملزمة لبعض أو كل الدول، ومن ثم تطبيقه المكاني أيضاً، ونظراً لإمكانية إلغائه من قبل جميع أو بعض الدول التي يسري عليها تطبيقه الزمني، وتعكس الفئة الثانية مقتضيات التشريعات الجنائية أي الطبيعة القانونية الملزمة للقاعدة..... وتشمل هذه الفئة الثانية أيضاً المجموعة الكاملة للمتطلبات الواردة ضمناً في مبادئ الشرعية، ومما لا شك فيه أن القانون الدولي

(٤٢) ينظر: د. سالم محمد سليمان الأوجلي، أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية، دراسة مقارنة، ط١، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراته، ٢٠٠٠، ص١١٠.

(٤٣) ينظر: الطاهر مختار علي سعد، القانون الدولي الجنائي، الجزاءات الدولية، ط١، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، ٢٠٠٠، ص٦١-٦٢.

العرفي لا يمكن أن يستوفي في جميع الأحوال شرط الشرعية الذي يسري على القوانين الجنائية الوطنية، ومن ثم يحتاج هذا المصدر للقانون الجنائي الدولي إلى تقنين^(٤٤).

إن هذا المفهوم للشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي سيؤدي بالنتيجة إلى عدم التقيد بالنتائج الثلاث التي لاحظناها في مبدأ الشرعية الجنائية، وهذا ما سنوضحه عند الحديث عن النتائج المترتبة عليه في القانون الدولي الجنائي لاحقاً في المطلب الثالث.

المطلب الثاني الترسيخ التدريجي للشرعية الجنائية المكتوبة في القانون الدولي الجنائي

لقد ظل العرف لفترة طويلة يتربع على عرش مصادر القانون الدولي العام، وكان له الدور الكبير في تكوين قواعد القانون الدولي العام^(٤٥)، إلا أنه بظهور المعاهدات الدولية بدأ العرف يتراجع ليفسح الطريق للنصوص المكتوبة في المعاهدات الدولية كي تحتل المرتبة الأولى في مصادر القانون الدولي العام، وقد أكدت المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على هذه الصدارة هذا من ناحية^(٤٦).

ومن ناحية أخرى فقد أثارت القواعد القانونية المبنية على أساس العرف إشكالات كثيرة من أهمها اعتبار هذه القواعد غير محددة المعالم والمضمون، مما يعني الصعوبة في إثباتها، ومن ثم عدم الاعتماد عليها بشكل ثابت وواضح وعادل في تقرير المسؤولية عنها^(٤٧).

ونتيجة لذلك أدركت الدول أن القواعد التجريبية الدولية يجب أن تكون واضحة

(٤٤) ينظر: د. محمود شريف بسيوني، مصدر سابق، ص ١٣٦-١٣٧.

(٤٥) ينظر: د. عصام العطية، القانون الدولي العام، ط٦، منشورات جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٢١٦.

(٤٦) تنص المادة (٣٨) على أنه: (أولاً - وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي تُرفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبيق في هذا الشأن: أ - الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة؛ ب - العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال؛.....).

(٤٧) ينظر: د. علي محمد جعفر، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجنائي، ط١، مجد

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٥.

المعالم ودقيقة في تحديد الأفعال التي تشكل جرائم دولية، بحيث تكون من الوضوح بحيث يمكن الرجوع إليها بسهولة ويسر لتحديد المسؤولية الجنائية الفردية لمرتكبيها. وفي سياق ذلك هناك من يقول أن: (الاهتمام بشرط الدقة في التحديد الذي تفرضه مبادئ الشرعية قد نشأ حديثاً وذلك كما اتضح في النظام الأساسي لكل من المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا والمحكمة الجنائية الدولية، وهكذا ونظراً - على وجه الخصوص - لإمكانية تطبيق القانون الجنائي الدولي من خلال نظام التطبيق المباشر، فلا بد من استيفاء نفس مقاييس الدقة في التحديد المطبقة في المبادئ العامة للقانون الدولي المعترف بها في أنظمة القوانين الرئيسية في العالم..... ولا يوجد تبرير لتطبيق مستوى أدنى من الشرعية في طريقة تطبيق القانون الجنائي الدولي هذه)^(٤٨).

لذلك بدأت الجهود الدولية لاسيما بعد نشأة منظمة الأمم المتحدة لترسيخ الشرعية الجنائية المكتوبة في القانون الدولي الجنائي من خلال التقنين، وبالتالي فإن الجهود الدولية أثمرت عن ترسيخ الأنواع الثلاثة للشرعية الجنائية:

أولاً: الجهود الدولية لترسيخ الشرعية الموضوعية: بعد عام ١٩٤٥ قامت منظمة الأمم المتحدة بجهود كبيرة في مجال تقنين القواعد الدولية، كما بذل المجتمع من ناحية أخرى جهوداً ملحوظة في تقنين القواعد الدولية، وما يهمننا في هذا الصدد الجهود الدولية نحو تقنين القواعد المجرمة للأفعال التي تكوّن الجرائم الدولية، حيث توصل المجتمع الدولي إلى أبرام قائمة طويلة من الاتفاقيات التجريبية الدولية.

ولذلك كان الاتجاه الدولي في هذه الفترة هو وضع القواعد التجريبية وبمساعدة الجمعية العامة، وقد بدأت هذه الجهود منذ عام ١٩٤٨ على أثر المآسي والجرائم التي شهدتها الحرب العالمية الثانية، حيث اعتمدت الجمعية العامة في الدورة (٣) اتفاقية منع ومعاينة جريمة إبادة الجنس البشري، ثم بعد ذلك تبنت الجمعية العامة بقرارها (٤٨٨/د-٥) في عام ١٩٥٠ مبادئ محكمة نورمبرغ.

ثم استمرت جهود الجمعية العامة لوضع القواعد الموضوعية للقانون الدولي الجنائي، فأصدرت عام ١٩٦٣ إعلاناً حول القضاء على التمييز العنصري بأشكاله كافة، ثم إعداد الاتفاقية الدولية لإزالة كل أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥، والخطوة الأكثر أهمية اعتبار التمييز العنصري جريمة دولية، حيث وافقت الجمعية

(٤٨) ينظر: د. محمود شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الجنائي الدولي، مصدر سابق، ص ١٣٠.

على اتفاقية قمع ومعاقبة جريمة الفصل العنصري عام ١٩٧٣، بعد أن لاحظت الجمعية العامة (أن الفصل العنصري يشكل إنكاراً كلياً لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة وليس مجرد خرق أو انتهاك أو جريمة ضد الإنسانية).

وكذلك كان لجهود منظمة الصليب الأحمر الدولية دور كبير في تبني اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة والتي راجعت وكملت قانون الحرب الذي بدأ تقنيه في لاهاي عامي ١٨٩٩ و١٩٠٧، ومعلوم أن هذه الاتفاقيات وضعت تقنياً يكاد يكون كاملاً لجرائم الحرب^(٤٩).

وقد كان التوصل للبروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ الملحقين باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ تتوجياً لصياغة القواعد التجريبية في نطاق النزاعات المسلحة^(٥٠).

كما ساهمت الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية الجنائية الموقته والدائمة في صياغة النصوص التجريبية لتحديد الجرائم الدولية تحديداً دقيقاً ومفصلاً.

ثانياً: الجهود الدولية لترسيخ الشرعية الإجرائية: كما مر علينا في القانون الجنائي الوطني فإن الشرعية الإجرائية تعني أن تصدر جميع القواعد التي تحدد هذه الإجراءات عن المشرع نظراً لمساسها بالحرية الشخصية، فخطورة الإجراءات الجنائية على الحريات الشخصية للأفراد تفترض ألا تنظم هذه الإجراءات ومنذ اللحظة التي تقع فيها الجريمة والتحقيق فيها وحتى صدور الحكم وتنفيذه بأداة أخرى غير القانون.

وقد تطورت قواعد القانون الدولي التي تتعلق بمبدأ الشرعية الإجرائية عبر مجموعة من النصوص الدولية التي أشارت إلى ضرورة أن تكون الإجراءات الجنائية قانونية ولاسيما بعد التطور الذي حصل في نطاق القانون الدولي الجنائي بعد نشأة المحاكم الدولية الجنائية.

ونذكر من هذه النصوص على سبيل المثال المادة (١٩) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية لرواندا لعام ١٩٩٤ التي تنص على أنه: (١) - تكفل دائرتا المحاكمة أن تكون محاكمة عادلة وسريعة، وأن تسير الدعوى وفقاً للقواعد الإجرائية

(٤٩) للمزيد ينظر: د. محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٨٣-٨٦.

(٥٠) ينظر: د. محمد عزيز شكري، تاريخ القانون الدولي الإنساني وطبيعته، ضمن كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم د. مفيد شهاب، ط١، دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٣.

وقواعد الإثبات مع احترام حقوق المتهم احتراماً كاملاً وإيلاء الاعتبار الواجب لحماية المجني عليهم والشهود، ٢ - يتم بناء على أمر بالقبض صادر من المحكمة الدولية لرواندا التحفظ على أي شخص اعتمدت عريضة اتهامه، ويبلغ على الفور بالتهم الموجهة إليه، وينقل إلى المحكمة الدولية لرواندا، ٣ - تقوم دائرة المحاكمة بقراءة عريضة الاتهام وتتأكد من أن حقوق المتهم موضع احترام، وتستوثق من أن المتهم يفهم الاتهام، ويطلب منه الرد عليه، وعندئذ تحدد دائرة المحاكمة موعداً للمحاكمة، ٤ - تكون جلسات المحاكمة علنية ما لم تقرر دائرة المحاكمة أن تكون تلك الجلسات مغلقة وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بها).

والمادة (٢٠) من نظام محكمة رواندا التي ذكرت حقوق المتهم ونصت على أنه:
 (١) - يكون جميع الأشخاص متساوين أمام المحكمة الدولية لرواندا، ٢ - يكون من حق المتهم، عند الفصل في التهم الموجهة إليه، أن تسمع أقواله على نحو يتسم بالإنصاف والعلانية، رهنأً بأحكام المادة (٢١) من النظام الأساسي، ٣ - يعتبر المتهم بريئاً حتى تثبت إدانته وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي، ٤ - يكون من حق المتهم، عند الفصل في أية تهمة موجهة إليه عملاً بهذا النظام الأساسي، أن تتوافر له، على أساس المساواة الكاملة، الضمانات التالية كحد أدنى:

- أ - أن يبلغ في أقرب وقت بالتفصيل، وبلغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وبسببها.
- ب - أن يتاح له ما يكفي من الوقت والتسهيلات لإعداد دفاعه والتخاطب مع المحامي الذي يختاره.
- ج - أن يحاكم دون تأخير لا موجب له.
- د - أن تتم محاكمته في حضوره وأن يدافع عن نفسه بشخصه أو من خلال مساعدة قانونية يختارها بنفسه؛ وأن يتم إطلاعه على حقه في المساعدة القانونية إذا لم تتوافر له هذه المساعدة؛ وأن تكفل له المساعدة القانونية في كل حالة تقضي فيها مصلحة العدالة ذلك، بدون أن يتحمل أية تكاليف في أية حالة من هذا القبيل إذا لم يكن يملك ما يكفي لدفعها.
- هـ - أن يستجوب أو يطلب استجواب شهود الإثبات، وأن يكفل له مثل شهود النفي واستجوابهم بنفس الشروط المتعلقة بشهود الإثبات.
- و - أن توفر له مجاناً مساعدة مترجم شفوي إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة الدولية لرواندا.
- ز - ألا يجبر على أن يشهد ضد نفسه أو على الاعتراف بجرمه).

وأيضاً تم تأكيد الشرعية الإجرائية في النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا لعام ١٩٩٣ حيث نصت المادة (٢٠) على أنه: (١) - على غرف المحاكمة أن تضمن بأن المحاكمة عادلة وسريعة وأن إجراءاتها قد تمت وفقاً لقواعد الإجراءات والأدلة، مع الاحترام الكامل بحقوق المتهم والاعتبار اللازم لحماية الضحايا والشهود، ٢- الشخص الذي تم تأكيد الاتهام بحقه وتنفيذاً لقرار صادر بالقبض عليه واحتجازه، يجب إخباره فوراً بالتهمة الموجهة ضده والتي أضيفت إلى المحكمة الدولية، ٣- على غرفة المحاكمة قراءة لائحة الاتهام وإقناع نفسها بأن حقوق المتهم مضمونة، والتأكيد على أن المتهم يفهم لائحة الاتهام ومطالب بالإجابة على لائحة الاتهام، ومن ثم على المحكمة تحديد موعد المحاكمة، ٤ - إجراءات المحاكمة يجب أن تكون علنية إلا إذا قررت غرفة المحكمة جعلها سرية وبموجب قواعد الإجراءات والأدلة).

وفي المادة (٢١) من نفس النظام تمت الإشارة إلى حقوق المتهم: (١) - جميع الأشخاص متساوون أمام المحكمة الدولية، ٢- إثبات التهمة عن المتهم يجب أن يكون وفقاً لمحاكمة عادلة وعلنية وفقاً لأحكام المادة ٢٢ من هذا القانون، ٣- المتهم بريء حتى تثبت إدانته بموجب أحكام هذا القانون، ٤- عند إثبات أية تهمة على المتهم وفقاً لهذا القانون يجب أن يكون للمتهم الحد الأدنى من الضمانات التالية وبإرادة تامة: - أ- يجب إعلامه بصورة مستمرة وفورية وتفصيلية وباللغة التي يفهمها طبيعياً وسبب التهمة ضده. ب- إتاحة الوقت الكافي له والتجهيزات المناسبة لتحضير دفاعه والاتصال مع محاميه الذي اختاره. ج- يجب أن يحاكم من دون أي تأخير. د- يجب أن تكون المحاكمة حضورية وأن يدافع عن نفسه شخصياً أو بواسطة محام يختاره هو، كما تتطلب العدالة حتى وإن لم يكن له القدرة على دفع التكاليف لمحاميه. هـ- له استجواب الشهود واستدعاء الشهود لصالحه وبفرض الشروط المتوفرة للشهود ضده. ح- له المساعدة المجانية لخدمات الترجمة إذا لم يكن باستطاعته فهم اللغة المستخدمة في المحاكمة من قبل المحكمة الدولية. ز- لا يجوز إجباره على الإدلاء بمعلومات ضد نفسه أو الاعتراف بالجريمة).

وكان الترسخ الكامل للشرعية الجنائية من خلال نظام روما الأساسي لعام ١٩٩٨، حيث حسم الأمر باتجاه تحديد صور الجرائم والعقوبات، بحيث بات المبدأ نفسه ينطبق في إطار التنظيم القانوني لمحكمة الجرائم الدولية، حيث نص نظام المحكمة على مبادئ عامة كانت قد كرستها المعاهدات الدولية ومنها قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات^(٥١).

(٥١) ينظر: د. علي محمد جعفر، مصدر سابق، ص ١٥.

حيث إن النظام الأساسي لمحكمة روما أشار على وجه التحديد إلى الأفعال التي تعد جرائم دولية تدخل في اختصاص المحكمة في المواد (٦-٧-٨)، كما أشار إلى المبادئ الجنائية العامة التي تلتزم المحكمة بها في ممارسة اختصاصها ولاسيما الشرعية الجنائية التي وردت الإشارة إليها في المادة (٢٢) التي تنص على أنه: (١- لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعنى، وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.....) والمادة (٢٣) التي تنص على أنه: (لا يعاقب أي شخص أდანته المحكمة إلا وفقاً لهذا النظام الأساسي)، وكذلك عدم جواز المحاكمة عن الجريمة ذاتها مرتين(م٢٠) (٥٢).

وأكدت المحكمة على ضرورة أن تكون الإجراءات الجنائية المتبعة في التحقيق ومحاكمة الشخص المحال أمامها عادلة بما يتوافق مع قواعد الشرعية الإجرائية، وتم التأكيد على ذلك في المادة(٥٥) والمواد (٦٢-٦٧). وأخيراً ذكر النظام الأساسي العقوبات التي يجوز للمحكمة أن تحكم بها على المدانين من قبلها، وقد وردت هذه العقوبات في الباب السابع من النظام الأساسي(٥٣).

ثالثاً: ترسيخ شرعية التنفيذ العقابي:

الأمر المتميز في القانون الدولي الجنائي أن النوع الثالث للشرعية الجنائية (شرعية التنفيذ العقابي) تم التأكيد عليه في الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية الجنائية، فقد تمت الإشارة إلى ذلك في المادة(٢٧) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا السابقة، والمادة(٢٦) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية لرواندا، والمادة(١٠٦) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية الدائمة، وهذه المواد المذكورة أكدت على إشراف المحاكم الدولية الجنائية على تنفيذ العقوبات المقررة من قبلها على أراضي الدول التي تبدي رغبتها في التعاون مع هذه المحاكم في هذا الصدد(٥٤).

(٥٢) See David Scheffer, The International Criminal Court In Routledge Handbook Of International Criminal Law, Edited by William A.Shabbas and Nadia Bemaz,Routledge London and new york, 2011, p76-77.

(٥٣) للمزيد من التفصيل ينظر: د. محمود شريف بسيوني، مصدر سابق، ص١٨٢-١٨٣.

(٥٤) تنص المادة(٢٧) من نظام يوغسلافيا على أنه: (عقوبة السجن يجب أن تنفذ في دولة تعين من قبل المحكمة الدولية تختارها من قائمة من الدول التي عبرت لمجلس الأمن عن رغبتها بقبول المدانين، وتنفيذ عقوبة السجن يكون وفقاً للقواعد القانونية والإجراءات المتبعة في الدولة ذات العلاقة، ويخضع لإشراف المحكمة الدولية) أما المادة(٢٦) من نظام محكمة رواندا =

المطلب الثالث

اختلاف نتائج الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي عن القانون الجنائي الداخلي

رغم أن الجهود الدولية أثمرت عن الترسخ التدريجي للشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي، إلا أنه يجب التذكير هنا أن ما تم تدوينه من نصوص جنائية بشأن التجريم والعقاب في الاتفاقيات الدولية الجنائية لم يكن خلقاً أو وضعاً لقواعد جديدة، بل كان في الغالب تدويناً كاشفاً عن ما هو موجود من قواعد عرفية دولية، لذلك نستطيع القول أن الصفة العرفية للشرعية ظل لها تأثير حتى بعد تقنين القانون الدولي الجنائي، وهذا التأثير نجده في النتائج الناجمة عن تطبيق مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي.

حيث إنه كما ذكرنا عند الحديث عن مبدأ الشرعية الجنائية في المبحث الأول أن من نتائج تطبيق هذا المبدأ في الشرعية الموضوعية هو أولاً: أن تكون قواعد التجريم والعقاب صادرة عن جهة تشريعية مختصة، وثانياً: عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي، وثالثاً: التفسير الضيق وعدم جواز القياس من قبل القاضي في مجال الجرائم، أما في الشرعية الإجرائية فتتمثل في افتراض قرينة براءة المتهم واحترام حقوقه، وقانونية الإجراءات القضائية من خلال قيام المشرع بوضعها بموجب قوانين وعدم جواز التفويض فيها لسلطات أخرى، والنتيجة الأهم هي ضمان استقلالية السلطة القضائية وعدم التدخل في شؤونها.

ولكن هذه النتائج بحاجة إلى بعض التحفظات والتفسيرات في نطاق القانون الدولي الجنائي، بحيث يثور السؤال التالي إلى أي مدى يمكن الاعتداد بنتائج مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي؟

في الحقيقة هذه النتائج تختلف من حيث المفهوم في نطاق القانون الدولي

= فتتص على أنه: (تمضي مدة السجن في رواندا أو في أي دولة واردة في قائمة الدول التي أبدت لمجلس الأمن استعدادها لقبول الأشخاص المحكوم عليهم، الذين تعينهم المحكمة الدولية لرواندا. ويكون السجن وفقاً للقانون الساري في الدولة المعنية، وخاضعاً لإشراف المحكمة الدولية لرواندا). أما المادة (١٠٦) من نظام المحكمة الدولية الجنائية الدائمة فإنها تنص على أنه: (١- يكون تنفيذ حكم السجن خاضعاً لإشراف المحكمة ومتفقاً مع المعايير التي تنظم معاملة السجناء والمقررة بمعاهدات دولية مقبولة على نطاق واسع....).

الجنائي، وهذا الاختلاف نجده في كلا شقي الشرعية الجنائية (الشرعية الموضوعية والشرعية الجنائية)، وهذا ما سنوضحه في فرعين.

الفرع الأول اختلاف نتائج الشرعية الموضوعية في القانون الدولي الجنائي

إن النتائج التي أشرنا إليها المترتبة على الشرعية الموضوعية في القانون الجنائي الوطني ليست بنفس المفهوم أو المضمون دائماً في القانون الدولي الجنائي، وهذا الاختلاف في النتائج سنوضحه في الفقرات التالية:

أولاً: لا تصدر قواعد التجريم والعقاب في القانون الدولي الجنائي من جهة تشريعية: من المعلوم أن القانون الدولي العام يفتقر إلى وجود مشروع دولي يضع قواعده القانونية، ومن هذا المنطلق فإن العرف الدولي كأن المصدر الأساسي لهذا القانون لسنوات طويلة مما أدى إلى وصف هذا القانون بأنه قانون عرفي من حيث النشأة، هذا أدى إلى أن تكون أغلب قواعد هذا القانون قواعد عرفية وبالذات تلك القواعد التي تجرم الأفعال التي تشكل جرائم دولية.

ويترتب على ذلك أنه لإثبات بعض الجرائم الدولية التي تعتبر في القانون الدولي الجنائي جرائم خطيرة بطبيعتها لا بد من الرجوع في المقام الأول إلى العرف، فالكثير من الجرائم الدولية تستمد طابعها الجنائي من العرف مباشرة ولاسيما الاعترافات على حقوق الإنسان التي اعتبرت بأنها جرائم ذات طبيعة دولية قبل أن يؤيد القانون الاتفاقي هذا الطابع بشأنها.

بهذه الصورة نرى درجة الاختلاف بين النص في القانون الجنائي الداخلي، والنص في القانون الدولي الجنائي، ففي القانون الجنائي الداخلي المقنن ينص المشرع على الأفعال التي توصف بأنها جرائم في كل الحالات الواقعية والتي عادة ما تكون واضحة تماماً، بينما في القانون الدولي الجنائي فالنص من صنيع العرف، وهذا العرف يؤدي إلى أمرين:

١ - أن القانون الدولي الجنائي بصفته قانوناً عرفياً فإن إثبات النص فيه أحياناً يثير مشاكل، أي أنه أقل وضوحاً مما هو عليه في القانون الداخلي المقنن، ومن البديهي أن العرف لا يكتشف بسهولة ومن الصعب أحياناً رسم حدوده، ولاكتشافه حينئذ يجب الرجوع إلى العناصر المختلفة التي تساهم في تكوينه.

٢ - أن الطابع العرفي للقانون الدولي هو أيضاً سمة القانون الدولي الجنائي ومن نتيجته أن العمل الموصوف بأنه جريمة أقل وضوحاً في القانون الدولي عنه في القانون العرفي، فمن طبيعة الأشياء أن مفهوم الجريمة التي تتكون من الاقتناع أو الضمير القانوني أقل وضوحاً من المفهوم الذي يسنه المشرع حتى ولو كانت الجريمة الدولية قد صيغت في اتفاقية فهي أيضاً أقل وضوحاً عما هو عليه في القانون المشرع وخاصة الأركان فإنها تصاغ بالفاظ أقل تحديداً تاركة مزيداً من الحرية للتفسير، مثال ذلك الجرائم ضد الإنسانية وانتهاكات القانون الدولي الإنساني التي تعد جرائم حرب.

ثانياً: عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي: تعتبر هذه القاعدة من الدعائم الأساسية لمبدأ الشرعية الجنائية، وتعني بأن القاعدة التجريرية لا تسري على الأفعال السابقة على صدورها، أما في القانون الدولي الجنائي فإن أحكامه تسري على الماضي لتحقيق مبادئ العدالة الدولية الجنائية، ويستتبع هذا إذا نص القانون الاتفاقي على تجريم فعل بعد فترة طويلة من تكوينه أو اعتراف الدول به لا يمنع من تطبيقه على الماضي؛ لأن الفعل بهذه الحالة اعتبر جريمة بمقتضى قاعدة عرفية وقت ارتكابه.

وقد تم النص على ذلك بوضوح في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية حيث تنص المادة ١٥ على أنه: (١- لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة. وإذا حدث، بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف.

٢ - ليس في هذه المادة من شيء يخل بمحاكمة ومعاقبة أي شخص على أي فعل أو امتناع عن فعل كان حين ارتكابه يشكل جرماً وفقاً لمبادئ القانون العامة التي تعترف بها جماعة الأمم).

أما ما ورد في نص المادة ١١ من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية على أنه (١- ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الأساسي.

ك - إذا أصبحت دولة من الدول طرفاً في هذا النظام الأساسي بعد بدء نفاذه، لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام بالنسبة لتلك الدولة، ما لم تكن الدولة قد أصدرت إعلاناً بموجب الفقرة ٣ من المادة (١٢).

فأنه حسب اعتقادنا يتعلق بالسريان الزمني لنظام المحكمة ولا يعني أن الجرائم المرتكبة قبل هذا التاريخ لا يجوز معاقبة مسؤوليتها عبر آليات قضائية دولية أخرى كالمحاكم الدولية الجنائية الخاصة أو المدولة وحتى عبر القضاء الجنائي الوطني.

ثالثاً: التفسير الضيق وعدم جواز القياس في النصوص التجرىمية: يعتبر التفسير الضيق وعدم اللجوء إلى القياس من النتائج الهامة لمبدأ الشرعية في القانون الجنائي الداخلي، باعتبار أن هذا المبدأ مرتبط بالقانون المكتوب خلافاً للقانون الدولي، فإنه بحكم طابعه العرفي لا تسري عليه نتائج الشرعية فيما يتعلق بالتفسير الضيق وعدم اللجوء إلى القياس.

وإذا كان المشرع الداخلي يستطيع أن يحدد بطريقة واضحة الأفعال التي يعتبرها ضارة بالمصالح التي يحميها القانون فهو يستطيع حصر كافة الأفعال التي يعتبرها جرائم، إذن فمن العدل والمنطق أن هذه الأفعال وحدها التي توصف بأنها جرائم ويمكن معاقبة مرتكبها جنائياً، أما الوضع في القانون الدولي العرفي فإنه يتمثل في صورة مختلفة لعدم وجود مشرع بالمعنى الحقيقي لهذه الكلمة، فلا إمكانية إطلاقاً لبيان العرف أو القانون الاتفاقي لجميع الأعمال التي تستوجب عقاباً جنائياً، وخاصة تحديد أركانها.

حيث إن مفهوم الجريمة الدولية يتلاءم مع التفسير الموسع واستعمال القياس، لأن طرق ارتكابها متعددة ومتنوعة، مما يصعب التنبؤ بها وتحديدها.

لذلك جاءت الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية الجنائية لتنص على جواز القياس والتفسير في الأفعال التي تشكل جرائم دولية، ففضلاً عن محاكمات نورمبرغ التي كانت مبنية في الأساس على قواعد عرفية إلى حد تم الطعن في شرعية هذه المحاكمات، فإن القضاء الدولي الجنائي الحديث أخذ بذلك أيضاً، فالمادة (٣) من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا تشير إلى الأفعال التي تشكل خرقاً لأعراف الحرب، والمادة (٥) من نفس النظام تشير في معرض الأفعال التي تشكل جرائم ضد الإنسانية (الأفعال اللا إنسانية الأخرى) وهذا مصطلح واسع كما هو معلوم حيث يجوز القياس بموجبه على أي فعل من هذا القبيل، ويجوز للقاضي الدولي أن يتوسع في التفسير والقياس، وهذا الأمر تكرر في النظام الأساسي لمحكمة رواندا (٣م)^(٥٥).

كذلك نشير إلى نص المادة (٧) من نظام المحكمة الدولية الجنائية حتى ندرك ذلك في الفقرة (ك) من هذه المادة، حيث تنص هذه المادة على أنه: - لغرض هذا

(٥٥) See, Noora ArajIrv, The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law, <http://www.academia.edu/pp> > 6-8.

النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية " جريمة ضد الإنسانية " متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم: (أ) القتل العمد؛ (ب) الإبادة؛ (ج) الاسترقاق؛ (د) إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان؛ (هـ) السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي؛ (و) التعذيب؛ (ز) الاغتصاب، أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة، (ح) اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة ٣، أو لأسباب أخرى من المسلم عالمياً بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو بأية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة؛ (ط) الاختفاء القسري للأشخاص؛ (ي) جريمة الفصل العنصري؛ (ك) الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً القاعدة في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية^(٥٦).

لذلك قيل في التعليق على الفقرة (ك) من المادة (٧) (من المعلوم أن القانون الجنائي يقوم على مبدأ الشرعية) لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) يحدد الأفعال المجرمة تحديداً دقيقاً والعقوبات المترتبة عليها، ومن أهم المسائل الجوهرية التي تعد خروجاً على مبدأ الشرعية الجنائية الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ما نصت عليه المادة السابعة (ك) - الأفعال اللاإنسانية الأخرى - فهذه العبارة الأخيرة تتنافى مع مبدأ الشرعية الجنائية، سيما مثل هذه العبارة تعتبر من قبيل العبارات الضبابية المطاطة التي ينفر منه فقه القانون الجنائي، فما هو المعيار الدقيق للأفعال اللا إنسانية الأخرى التي تلحق بصور الجرائم ضد الإنسانية والأفعال اللاإنسانية الأخرى التي تخرج من مفهوم هذه الصور؟ وبالتالي فإن عبارة الأفعال اللاإنسانية تخرق مبدأ لا جريمة إلا بنص^(٥٧).

(٥٦) See, Beth Van Schaack, The Principle of Legality in International Criminal Law, <http://ssrn.com/abstract=1657999>, 2009, p.2.

(٥٧) ينظر: د. رنا إبراهيم سليمان العطور، الالتزام بالشرعية الجنائية في الجرائم الدولية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة العدد ٤٦، ٢٠١١، ص ١١٤ - ١١٥. منشور على الموقع الإلكتروني sljournal.uaeu.ac.ac/issues/46/images/4-%20.pdf تاريخ الزيارة ١٠-١٣-٢٠١٣.

وهذا ما يمكن استنباطه أيضاً من الفقرة ب/ ٢٢ من الفقرة ٢ من المادة ٨ من نظام المحكمة التي تنص على أنه: (الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري على النحو المعرف في الفقرة ٢ (و) من المادة ٧، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي يشكل أيضاً انتهاكاً خطيراً لاتفاقيات جنيف).

وإذا ما رجعنا إلى أحكام القضاء الدولي الجنائي بشأن تفسير القواعد التجريبية التي وردت في أنظمتها الأساسية نجد أنها في بعض الأحكام انتهجت منهجاً ضيقاً للتفسير تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجنائية، بينما نجدها في أحكام أخرى اعتمدت على التفسير الموسع إلا في بعض المسائل، ففي الحكم الصادر عن الدائرة الابتدائية في المحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا السابقة في قضية المتهم (راديسلاف كرسيتيتش) عام ٢٠٠١ ذهبت المحكمة في تفسيرها للأفعال المكونة لجريمة الإبادة الجماعية إلى القول: (إن المشروع الذي لا يهاجم سوى السمات الثقافية أو الاجتماعية لجماعة بشرية بعينها، من أجل إبادة هذه العناصر التي تمنح تلك الجماعة هويتها المتميزة عن باقي المجتمع المحلي، لا يقع في إطار تعريف الإبادة الجماعية.....)^(٥٨). وفي حكم آخر التزمت دائرة الاستئناف في محكمة يوغسلافيا بالتفسير الضيق للنصوص التجريبية بقولها: (يبدو واضحاً من خلال تحليل الدائرة الابتدائية للقانون المطبق على الاضطهاد أنها لم تأخذ بنظر الاعتبار اشتراط أن تكون أفعال مساوية بالضرورة في جسامتها أو قسوتها للأفعال الأخرى التي عدتها المادة ٥ من النظام الاساسي، وبالتالي فإن النية التمييزية في ارتكاب الأفعال محل النظر ليست كافية وحدها، وأن الدائرة الابتدائية قد أخطأت في هذا الصدد.....)^(٥٩).

أما الأحكام التي تدل على التفسير الموسع في تطبيق النصوص التجريبية نذكر منها الحكم الصادر عن الدائرة الابتدائية بشأن توسيع مفهوم الجرائم ضد الإنسانية في سياق تفسير شرط (موجهة ضد أي سكان مدنيين)، حيث قالت المحكمة:

(٥٨) ينظر: ملخص حكم الدائرة الابتدائية الصادر في ٢ اغسطس/ آب ٢٠٠١ في قضية المدعي العام ضد راديسلاف كرسيتيتش المسجل بقيد المحكمة برقم T-٣٣-٩٨، نقلاً عن د. المستشار شريف عتلم، القانون الدولي الإنساني دليل للأوساط الأكاديمية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١١٩.

(٥٩) ينظر: ملخص حكم الدائرة الاستئنافية الصادر في ٢٩ تموز ٢٠٠٤ في قضية المدعي العام ضد (تيهوميير بلاسكيتش) المقيدة بسجل المحكمة برقم T-١٤-٩٥، نقلاً عن المصدر نفسه، ص ٦٨.

(لا يجب تفسير هذا الشرط على نحو شديد الصرامة..... وبعبارة أخرى إذا تمت البرهنة على أن مرتكب أعمال العنف كانت لديه النية لإحداث إصابات بين صفوف المدنيين، يمكن اعتباره مذنباً في جريمة ضد الإنسانية، حتى ولو تسبب الهجوم في خسائر عسكرية ومدنية أيضاً، إن وجود أفراد بين صفوف المدنيين ليسوا مشمولين بتعريف المدنيين لا يجرّد السكان المدنيين من صفتهم المدنية ووضع الحماية...)^(٦٠).

ولكن رغم ما تقدم نقول أن الصيغة العرفية للشرعية الجنائية للقانون الدولي الجنائي الذي ظل لفترة طويلة غالباً في النطاق الدولي الجنائي بدأ بالتراجع أمام تطور مفهوم الشرعية المكتوبة، لذلك جاء النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية في روما عام ١٩٩٨ ليضع نصوصاً قانونية محددة من حيث صياغتها بحيث يجعل هذا المبدأ مشابهاً لما هو معروف في القوانين الوطنية وأطلق عليه اسم (المبادئ الجنائية العامة)^(٦١). وهذا ما تم التأكيد عليه في الباب الثالث من نظام روما الأساسي (المواد ٢٢-٢٤)^(٦٢).

الفرع الثاني

اختلاف نتائج الشرعية الإجرائية

في القانون الدولي الجنائي

وضحنا نتائج الشرعية الإجرائية في القانون الجنائي الوطني في ضرورة مراعاة القواعد الإجرائية التي يرسمها المشرع (السلطة التشريعية حصراً) واحترام حقوق المتهم ومراعاة استقلالية السلطة القضائية وعدم التدخل في شؤونها.

وإذا كانت الشرعية الإجرائية فيما تتعلق بمراعاة حقوق المتهم واحترام قرينة براءته أمام القضاء الدولي الجنائي لا غبار عليه، وهذا ما لاحظناه عند استعراض النصوص المتعلقة بذلك في الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية الجنائية في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا البحث، وهذا يعني أننا لا ننكر أن مفهوم الشرعية الإجرائية محدد وثابت في القانون الدولي الجنائي وفق النصوص السابقة على النحو المعروف في قانون الإجراءات الجنائية، إلا أن النتائج الأخرى التي تتعلق بمراعاة

(٦٠) ينظر: ملخص حكم الدائرة الابتدائية الصادر في ٣ آذار ٢٠٠٠ في قضية المدعي العام ضد (تيهوميير بلاسكيتش) المقيدة بسجل المحكمة برقم IT-٩٥-١٤-T نقلاً عن المصدر نفسه ص ٤٣.

(٦١) See, William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Third Edition, CAMBRIDGE University Press, 2007, p 194.

القواعد الإجرائية وضرورة وجود المشرع الذي يضعها ويرسم لها قواعد خاصة، وكذلك استقلال السلطة القضائية وعدم التدخل في شؤونها قد لا نجد مفهومها بنفس مستوى المعمول به في القانون والقضاء الجنائي الوطني.

وهذا الاختلاف قد يكون مرده إلى الاختلاف بين القانون الجنائي الوطني والقانون الدولي الجنائي من حيث ظروف نشأة كل منهما من ناحية، وانتماء كل منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر.

لذلك فإن القانون الدولي الجنائي نظراً لكونه فرعاً من فروع القانون الدولي العام، فإنه يتميز بالعديد من الخصائص التي هي غريبة وغير معروفة في القانون الداخلي، حيث يتميز هذا القانون بعكس القانون الداخلي بأن السلطات الموجودة فيه لا تعمل بشكل مشابه للسلطات الموجودة في المجتمعات الداخلية.

فبخصوص السلطة التشريعية التي كما يقول الفقه أن الإرادة الجماعية عبر المعاهدات الشارعة تمارس هذه السلطة في القانون الدولي، فإن هذه الإرادة الخالقة للقواعد الدولية تسيطر عليها إرادات الدول، ومعنى هذا أنه لا توجد قواعد عليا يمكن أن تسمو على سلطة الدولة، وفي هذا قال بسمارك: (لا شيء يقف ضد مصلحة الدولة)^(٦٣).

فقد استطاعت حفنة من الدول على حد تعبير الدكتور أحمد أبو الوفا تاريخياً من أن تشرع وتضع القواعد التي تحكم المجتمع الدولي بأسره، ومن الغريب أن تلك الدول التي كانت تلزم العالم بأسره بقواعد قانونية تستلهمها مما يحقق مصالحها، ترفض الآن الانصياع لما تقرره الغالبية الساحقة من الدول من قواعد هي في حقيقتها عادلة، لكنها لا تتفق ونزعة السيطرة التي تهيمن على الدول الكبرى^(٦٤).

ولذلك فإن من عيوب القواعد التي تحكم العلاقات الدولية حالياً أن كل دولة لها مصلحتها الخاصة التي تستهدفها وترعاها حتى لو كان ذلك على حساب الحق

(٦٢) للمزيد من التفصيل عن مضمون هذه المواد وشرحها ينظر: حساني خالد، قراءة في مبادئ الشرعية الجنائية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشور في مجلة الفقه والقانون، ٢٠٠٢، ص ٢-٤ على الموقع التالي: www.majalah-driot.ici.s، تاريخ الزيارة ١٠-١٣-٢٠١٣.

(٦٣) ينظر: د. إحسان هندي، مبادئ القانون الدولي العام في وقت السلم والحرب، ط ١، دار الجليل، دمشق، ١٩٨٤، ص ٥٣.

(٦٤) ينظر: د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤، ص ١٨-١٩.

والقانون، فالعلاقات الدولية المعاصرة لاتزال محكومة حتى الآن بقاعدة الحق للقوة بدلاً من القوة للحق^(٦٥).

ونحن نضيف إلى ذلك أيضاً أن الخلل في السلطة التشريعية في القانون الدولي ليس مقتصرًا على سيطرة إرادة الدول في وضع الاتفاقيات الدولية الشارعة، بل المشكلة الحقيقية في ترك الحرية لهذه الإرادة في أن تلتزم أو لا تلتزم بالقواعد التي وضعت عبر الاتفاقيات الشارعة مما يعني أن السلطة التشريعية في القانون الدولي لا تستطيع أن تلزم بقواعدها كل الدول في المجتمع الدولي، وهذا استناداً إلى القاعدة المشهورة في قانون المعاهدات الدولية (نسبية أثر المعاهدات على أطرافها)، فالمعاهدة تلزم الدول التي صدقت عليها أو انضمت لها تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقد قررت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على غرار هذه القاعدة أن المعاهدة لا تنشئ التزاماً على الغير أو حقاً له بغير رضا^(٦٦).

وهذا الأمر غير موجود في نطاق القانون الداخلي فمتى أصدر المشرع قانوناً فإنه بمجرد نفاذه يصبح ملزماً لكل الأشخاص الموجودين في الدولة ولا يجوز لأي شخص التذرع بإرادة الدولة لقبول هذا القانون أو رفضه بل هو ملزم باحترامه وتنفيذه.

إن هذا الوضع في القانون الدولي والدور المسيطر لإرادة الدول في تشريع قواعده وحرية الالتزام بها قد ينعكس بشكل كبير على قيمة وقوة هذه القواعد وفعاليتها، وهذا الأمر سيكون بشكل أوضح في نطاق القانون الدولي الجنائي فيما تعلق بالقرارات والاتفاقيات التي تشكلت بموجبها المحاكم الدولية الجنائية.

أما بخصوص السلطة القضائية في القانون الدولي العام بشكل عام والقانون الدولي الجنائي بشكل خاص، فعلى الرغم من وجود العديد من المحاكم في هذا القانون كما ذكرنا إلا أن الدول وتمسكاً بمصالحها استطاعت أن تضعف من عمل هذه المحاكم، حيث لا يمكن مقاضاة الدول أمام القضاء أو التحكيم الدولي إلا بموافقتها، إذ القاعدة العامة الآن تقضي بأن رضا الدولة بعرض النزاع على القضاء أو التحكيم الدولي شرط لا غنى عنه لممارسة هذه الهيئات لوظائفها، ونتيجة لذلك وأثره اللازم هو أن الدول يمكن أن ترفض هذا في كثير من الحالات، وهو ما يحدث فعلاً عند اللجوء للقضاء أو التحكيم الدولي، الأمر الذي يعني بقاء كثير من المنازعات الدولية

(٦٥) ينظر: د. إحسان هندي، مصدر سابق، ص ٥٤.

(٦٦) ينظر: د. مأمون المنان، مبادئ القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٧٥، وينظر كذلك: نص المادة (٣٤) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

بدون حل نتيجة لتمسك كل طرف بمواقفه، ويزاد الأمر صعوبة إذا عرفنا أن السلوك الواقعي للدول يظهر لنا أنها لا تنتهج دائماً سلوكاً يتفق والقانون، بل قد تؤثر القوة على القانون وتتغلب عليه (سواء أكانت هذه القوة عسكرية أم اقتصادية أم غيرها)^(٦٧).

ولنذكر على سبيل المثال هنا عمل محكمة العدل الدولية، إذ لا يزال اختصاصها غير ملزم، ولا توجد السلطة التنفيذية التي تعمل على تنفيذ أحكامها بواسطة القوة الجبرية عند الاقتضاء^(٦٨).

هذا النهج في عمل القضاء الدولي كان له أثره في القضاء الدولي الجنائي حيث

(٦٧) ينظر: د. أحمد أبو الوفا، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٦٨) د. حامد سلطان، ينظر: القانون الدولي العام في وقت السلم، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص١٦.

رغم أن المادة (٩٨) من ميثاق الأمم المتحدة كلفت مجلس الأمن الدولي بتنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية ولكن إرادة الدول الأعضاء في المجلس لا سيما الدائمة العضوية قد تمنع المجلس من القيام بهذا الدور، ويكفي أن نشير هنا إلى قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها عام ١٩٨٦، حيث أصدرت المحكمة حكمها في القضية في ٢٧ / ٦ / ١٩٨٦ لمصلحة نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة، واعتبرت المحكمة في هذا الحكم أن الولايات المتحدة ارتكبت خمسة أفعال غير مشروعة طبقاً للقانون الدولي العام، وهي جريمة شن العدوان، وانتهاك مبدأ القانون الدولي الثابت والمستقر والذي يمنع التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، وانتهاك حرمة السيادة الإقليمية لدولة نيكاراغوا، وانتهاك مبادئ القانون الدولي الإنساني، وهدم قدسية المعاهدات والمواثيق الدولية، وحملت الولايات المتحدة مسؤولية الضرر وألزمته بالتعويض، وبسبب امتناع الولايات المتحدة عن تنفيذ حكم المحكمة لجأت نيكاراغوا إلى مجلس الأمن مطالبة المجلس بتنفيذ الحكم استناداً للمادة (٢/٩٤) من ميثاق الأمم المتحدة، ولكن الفيتو الأمريكي أجهض مشروع القرار الذي تقدمت به نيكاراغوا إلى المجلس ولم يصدر القرار على أثر ذلك، د. عبدالله علي عبو، دور المنظمات الدولية في تنفيذ أحكام القضاء الدولي، بحث منشور في مجلة الرافين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الموصل المجلد ٨، العدد ٣٠، السنة العاشرة، كانون الأول، ٢٠٠٦، ص٢٢٣.

(٦٩) يكفي أن نشير هنا على تأثير إرادة الدول على اختصاص المحكمة حيث إن ولاية المحكمة لا تسري إلا على الدول الأطراف فيها طبقاً للمادة (١٢) من النظام الأساسي وهذا يعني أن ممارسة المحكمة لاختصاصها متوقف على قبول اختصاص المحكمة من قبل الدولة المرتبطة بالجريمة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حق الدولة في استبعاد اختصاص المحكمة بخصوص جرائم الحرب لمدة سبع سنوات عند انضمامها للمحكمة طبقاً للمادة (١٢٤) من النظام الأساسي للمحكمة، للمزيد ينظر: د. سعيد عبد اللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٦٦-٢٦٨.

إن هذه المحاكم من حيث نشأتها واختصاصاتها وممارسة ولايتها القضائية رهينة إرادة الدول في المجتمع الدولي^(٦٩).

أما بشأن السلطة التنفيذية في القانون الدولي حيث يرى الفقه الدولي أن مجلس الأمن الدولي هو الذي يقوم بهذه المهمة ويمتلك في سبيل تنفيذ قواعد القانون الدولي الفصل السابع من الميثاق، فهذا القول لا شك في صحته ولكن المشكلة تكمن في طبيعة تكوين هذا الجهاز أصلاً من حيث وجود العضوية الدائمة وحق الفيتو الذي يجعل من المجلس أن يعمل في تنفيذ قواعد القانون الدولي من خلال التطبيق الانتقائي أو ازدواجية المعاملة في القضايا الدولية.

ويكفي أن نشير هنا إلى التطبيق الانتقائي للمحاكم الدولية الجنائية التي أنشأها المجلس حيث قام بإنشاء محاكم لدول، لكنه تغاضى عن جرائم أخرى من نفس الطبيعة في دول أخرى، وكان ذلك من الحجج التي اعتمد عليها البعض للقول إن إنشاء المحاكم المؤقتة من قبل مجلس الأمن يفسح المجال أمام الاعتبارات السياسية أن تدخل في العوامل الدافعة إلى إنشاء مثل هذه المحاكم المؤقتة، وهذا مما يجعل إنشاء تلك المحاكم عرضة للانتقائية والكيل بمكيالين^(٧٠).

كما أن السلطات التي يمتلكها المجلس تجاه القضاء الدولي الجنائي الدائم (محكمة روما) تؤثر بشكل كبير على استقلالية المحكمة والشرعية الإجرائية أمامها، وقد تمنع المحكمة من ممارسة ولايتها القضائية على الجرائم الداخلة في اختصاصها بموجب نظامها الأساسي^(٧١).

(٧٠) ينظر: د. الطاهر مختار علي سعد: مصدر سابق، ص ١٥٨.

(٧١) يمتلك مجلس الأمن ثلاث سلطات خطيرة تجاه محكمة روما، السلطة الأولى تتمثل في تقرير وقوع جريمة العدوان وإحالة للمحكمة والذي كان الخلاف حول كيفية ممارسة المجاس لهذه السلطة سبباً في تأجيل اختصاص المحكمة على هذه الجريمة الخطيرة إلى حين إجراء مؤتمر استعراضي على النظام الأساسي للمحكمة الذي تم بالفعل في مؤتمر كمبالا عام ٢٠١٠ إلا أن نتائج هذه المؤتمر جاءت مخيبة للأمال مرة أخرى حيث لا تزال الممارسة الفعلية لولاية المحكمة مؤجلة إلى عام ٢٠١٧، أما السلطة الثانية الخطيرة للمجلس تجاه المحكمة فهي حقه في إحالة الجرائم للمحكمة طبقاً للمادة (١٢/ب) وهذه السلطة لا تخلو من مخاطر ولا سيما في ضوء تركيبة المجلس ووجود الفيتو الذي قد يكون سبباً في التطبيق الانتقائي لهذه السلطة، وأخيراً يمتلك المجلس سلطة نعتبرها تشكل مساساً فاضحاً باستقلالية المحكمة والشرعية الإجرائية أمامها وهي سلطة طلب تأجيل البدء بالتحقيق أو المقاضاة أمام المحكمة استناداً للمادة (١٦) من النظام الأساسي للمحكمة.

الخاتمة

في ختام البحث الذي تناول موضوع الشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي، نستطيع أن ندون بعض الاستنتاجات ونقدم بعض المقترحات من أجل تطوير الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع بما يحقق الفائدة لهذا الحقل من حقول القانون ويساهم في تطويره.

أولاً: الاستنتاجات:

- ١ - الشرعية الجنائية مبدأً أساسياً من المبادئ الدستورية والجنائية والذي نشأ وتطور مفهومه مع تطور المجتمعات، حيث نصت عليه الشريعة الإسلامية ثم وردت الإشارة إليه في الوثائق المعنية بحقوق الإنسان في العصور الوسطى والحديثة والوثائق الدولية المعاصرة، وكذلك القوانين العقابية للدول ولسانها.
- ٢ - تعني الشرعية الجنائية أن تكون قواعد التجريم والعقاب والقواعد الخاصة بالإجراءات الجنائية محددة بموجب قوانين صادرة من السلطة المختصة بذلك قانوناً.
- ٣ - للشرعية الجنائية ثلاثة أنواع، النوع الأول هو الشرعية الموضوعية الذي يعني أن الجرائم والعقوبات يجب أن تكون محددة بموجب نصوص مسبقة حتى لا يتفاجأ الفرد بمعاقبته عن فعل لم يكن مجزماً وقت اقترافه، والنوع الثاني هو الشرعية الإجرائية والتي تعني قانونية الإجراءات الجنائية من حيث تحديد إجراءات سير الدعوى وتشكيل المحاكم وحقوق المتهم وصدور الأحكام وشخصية العقوبة، أما النوع الثالث فهو شرعية التنفيذ العقابي الذي يعني وجود إشراف قضائي على تنفيذ العقوبات ومراعاة القواعد الخاصة بمعاملة السجناء.
- ٤ - رغم أن جانب من الفقه الجنائي عارض مبدأ الشرعية الجنائية على أساس أنه يؤدي إلى جمود القانون الجنائي ويمنعه من مواكبة التطور والمعاقبة على كل الأفعال التي يرتكبها المجرمون بوسائل مختلفة تظهر مع تطور التكنولوجيا، أو المعاقبة على أفعال تتنافى مع القيم والأخلاق، إلا أن هذا المبدأ هو مبدأ جوهري لا يمكن التغاضي عنه لأنه مبدأ أساسي لصون الحقوق والحريات المقررة للإنسان.
- ٥ - يترتب على هذا المبدأ نتائج مهمة ففي الشرعية الموضوعية يجب ألا يكون التجريم والعقاب إلا بقانون وعدم رجعية القانون الجنائي على الماضي، ولا يجوز للقاضي اللجوء للتفسير الموسع أو القياس في المسائل الجنائية، أما في الشرعية الإجرائية فيجب فاحترام قرينة البراءة وقانونية الإجراءات الجزائية، أما شرعية

التنفيذ العقابي فيجب أن يكون هناك إشراف قضائي (الرقابة القضائية) على المسائل المتعلقة بتنفيذ العقوبات ومعاملة المدانين.

٦ - مبدأ الشرعية الجزائية أصبح مبدأً معروفاً كذلك في القانون الدولي الجنائي الذي يشكل أحد فروع القانون الدولي العام، إلا أن هذا المبدأ نشأ في البداية نشأة عرفية في هذا القانون عندما كان العرف يحتل المركز الأول في تكوين قواعد القانون الدولي العام، إلا أن الترسخ لهذا المبدأ بصيغته المكتوبة بدأ بعد تراجع دور العرف في تكوين قواعد القانون الدولي العام وظهور المعاهدات واحتلالها المرتبة الأولى في مصادر القانون الدولي طبقاً للمادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية،

٧ - للشرعية الجنائية في القانون الدولي الجنائي هو على غرار مفهومه في القانون الجنائي الوطني ثلاثة أنواع، النوع الأول هو الشرعية الموضوعية من خلال نصوص دولية من خلال القواعد العرفية والاتفاقيات الدولية التي تجرم الأفعال التي تشكل جرائم دولية، والنوع الثاني هو الشرعية الإجرائية الذي يبدو واضحاً من خلال نصوص الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية الجنائية، أما النوع الثالث فهو شرعية التنفيذ العقابي الذي أكدت عليه الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية الجنائية وضرورة أن تكون تنفيذ الأحكام الصادرة عنها في داخل الدول تحت إشرافها.

٨ - رغم أن الشرعية الجنائية أصبحت مبدأً راسخاً في القانون الدولي الجنائي، إلا أن نشأته العرفية في هذا القانون كان لها الدور الكبير في اختلاف نتائجه عن القانون الجنائي الداخلي من حيث مصدر التجريم والعقاب ورجعية القانون للماضي وإمكانية اللجوء للتفسير والقياس في الجرائم الدولية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن طبيعة القانون الدولي بشكل عام والقانون الدولي الجنائي باعتباره فرعاً له، أدى إلى أن تكون نتائج الشرعية الإجرائية مختلفة فيه، حيث إن الإرادة الشارعة للدول المهيمنة لها تأثير في سير الإجراءات الجنائية وتشكيل المحاكم الدولية الجنائية والتدخل في عملها.

ثانياً: المقترحات:

١ - ضرورة احترام الدول للشرعية الجنائية على المستوى الدولي في علاقاتها الدولية ولاسيما في المسائل الجنائية، ولا سيما الشرعية الإجرائية، فالأدوات الدولية للتدخل في شؤون القضاء الدولي يجب إعادة النظر فيها، ولاسيما سلطات مجلس الأمن في نظام روما الأساسي.

- ٢ - ضرورة التقليل من فاعلية إرادة الدول في تجميد اختصاص القضاء الدولي الجنائي، ونقصد هنا على وجه التحديد قدرة الدول على استبعاد اختصاص محكمة روما عندما لا تكون طرفاً في نظامها الأساسي، حيث إنه بحسب رأينا أن هذه المحكمة هي محصلة جهود مضمّنية وسنوات طويلة لأكثر من نصف قرن من الزمن، لذلك نوصي الدول ومنها العراق بالإسراع في الانضمام لهذه المحكمة لتحقيق العدالة الدولية الجنائية.
- ٣ - إذا كان للصيغة العرفية للشرعية الجنائية دور في اختلاف نتائجها عن نتائج الشرعية الجنائية في القانون الجنائي الداخلي، إلا أننا نرى رغم ذلك بأن يكون هناك إفراط في التفسير والقياس في مجال تجريم الأفعال التي تشكل جرائم دولية.
- ٤ - نرى من الضروري أن يتوقف مجلس الأمن الدولي عن تشكيل المحاكم الخاصة المتعلقة بجرائم معينة في دول محددة، وذلك لأن مبررات ذلك انتهت بقيام المحكمة الدولية الجنائية الدائمة من ناحية، ولكون مجلس الأمن الدولي جهاز انتقائي مما يجعل أن يكون تشكيل المحاكم على هذا النحو وهذا ما يمكن استنباطه من خلال ما قام به المجلس من تشكيل للمحاكم الخاصة في العالم من ناحية، ويتعارض مع الشرعية الإجرائية من ناحية أخرى.

المصادر

أولاً - القرآن الكريم:

ثانياً - المعاجم:

١ - لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، القاهرة.

ثالثاً - الكتب:

- ٢ - د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الشرعية الدستورية في قانون العقوبات- الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، ط٣، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٣ - د. إحسان هندي، مبادئ القانون الدولي العام في وقت السلم والحرب، ط١، دار الجليل، دمشق، ١٩٨٤.
- ٤ - د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤.
- ٥ - د. أحمد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
- ٦ - د. خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دار الجامعيين للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٧ - د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط٣، منشأة المعارف بالأسكندرية، ١٩٩٧.
- ٨ - د. سالم محمد سليمان الأوجلي، أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية، دراسة مقارنة، ط١، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراته، ٢٠٠٠.
- ٩ - د. سعيد عبد اللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٠ - د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٢.
- ١١ - شريف عتلم، القانون الدولي الإنساني دليل للأوساط الأكاديمية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ٢٠٠٦.

- ١٢- الطاهر مختار علي سعد، القانون الدولي الجنائي، الجزاءات الدولية، ط١، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، ٢٠٠٠.
- ١٣- د. عبدالله علي عبو، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، ط١، دار دجلة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
- ١٤- د. عصام العطية، القانون الدولي العام، ط٦، منشورات جامعة بغداد، ٢٠٠١.
- ١٥- د. علي حسين الخلف، الوسيط في شرح قانون العقوبات، النظرية العامة، الجزء الأول، ط١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٦٨.
- ١٦- د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.
- ١٧- د. علي علي منصور، نظام التجريم والعقاب في الإسلام، ط١، مؤسسة الزهراء للإيمان والخير، المدينة المنورة، ١٩٧٦.
- ١٨- د. علي محمد جعفر، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجنائي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٧.
- ١٩- د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- ٢٠- د. مأمون المنان، مبادئ القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
- ٢١- د. محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٢٢- د. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.
- ٢٣- د. محمد عزيز شكري، تاريخ القانون الدولي الإنساني وطبيعته، ضمن كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم د. مفيد شهاب، ط١، دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٢٤- د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مطابع روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٢٥- د. محمود شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الدولي الجنائي، ط١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٧.

٢٦- د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.

٢٧- د. نسرين عبد الحميد نبيه، مبدأ الشرعية والجوانب الشرعية، ط١، دار الوفاء لنديا الطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٢٨- د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

رابعاً - البحوث المنشورة:

٢٩- د. عبدالله علي عبو، دور المنظمات الدولية في تنفيذ أحكام القضاء الدولي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الموصل المجلد ٨، العدد ٣٠، السنة العاشرة، كانون الأول، ٢٠٠٦.

خامساً - المصادر الإلكترونية

٣٠- حساني خالد، قراءة في مبادئ الشرعية الجنائية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشور في مجلة الفقه والقانون، على الموقع التالي: www.majalah-driot.ici.s، تاريخ الزيارة ١٠-١-٢٠١٣.

٣١- د. رنا إبراهيم سليمان العطور، الالتزام بالشرعية الجنائية في الجرائم الدولية، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٤٦، ٢٠١١، منشور على الموقع الإلكتروني sljournal.uaeu.ac.ae/issues/46/images4-%20.pdf تاريخ الزيارة ١٠-١-٢٠١٣.

٣٢- د. أحمد عبد الظاهر، الأسس القانونية والدولية للتنفيذ العقابي، دراسة مقارنة، منشور على موقع الإنترنت:

<http://kenanaonline.com/users/law/posts/187462> تاريخ الزيارة ١٢-١-٢٠١٣.

سادساً - القوانين:

٣٣- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٣٤- قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ المعدل.

سابعاً - الدساتير:

٣٥- الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

٣٦- الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢.

٣٧- الدستور المصري لعام ١٩٧١.

٣٨ - الدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٢.

ثامناً: الوثائق الدولية

٣٩ - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨.

٤٠ - العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

٤١ - اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

٤٢ - النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .

٤٣ - النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا ١٩٩٣.

٤٤ - النظام الأساسي لمحكمة رواندا ١٩٩٤.

٤٥ - النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية الدائمة ١٩٩٨.

٤٦ - الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.

٤٧ - الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩.

٤٨ - الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١.

٤٩ - الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤.

٥٠ - القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، أوصي باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة

الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام ١٩٥٥، وأقرها

المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه ٦٦٣ جيم (د-٢٤) المؤرخ في ٣١

تموز/ يوليو ١٩٥٧ و٢٠٧٦ (د-٦٢) المؤرخ في ١٣ أيار/ مايو ١٩٧٧.

تاسعاً: المصادر الأجنبية

1 - Jeffrey L.Dunoff, Steven R.Ranter, David Wippman, International Law, Norms, Actors, Process, Aspen Law and Business, , New York, 2002.

2 - William A. Schabbas, An Introduction to the International Criminal Court, Third Edition, CAMBRIDGE University Press, 2007.

3 - Noora ArajIrv, The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law, <http://www.academia.edu>.

- 4 - Beth Van Schaack, The Principle of Legality in International Criminal Law, <http://ssrn.com/abstract>, 2009, 1657999.
- 5 - David Scheffer, The International Criminal Court, In Routledge Handbook Of International Criminal Law, Edited by William A.Schabbas and Nadia Bemaz, Routledge London and new york, 2011.

الرقابة كضمانة لترشيد استغلال الموارد ودورها في العملية التنموية

الأستاذة/ براهيمى فائزة	الدكتورة/ براهيمى سهام
باحثة بكلية الحقوق	أستاذة بمعهد الحقوق والعلوم السياسية
المركز الجامعي بالنعامة - الجزائر	قسم العلوم القانونية والإدارية
جامعة بومرداس - الجزائر	المركز الجامعي بالنعامة - الجزائر

ملخص:

تهدف الدول في معظمها لترشيد المال العام من خلال الرقابة على الأموال، والتي تعد من أهم المشاكل التي تواجه أغلب الدول العربية ومنها الجزائر، وتسعى هذه الأخيرة بطرق عدة لتثبيد الرقابة على الأموال ضماناً للوصول للتنمية الشاملة، فالنققات التي تصرفها الدولة تكتسي أهمية متزايدة فتخضع لرقابة متنوعة - رقابة لجنة الصفقات العمومية ورقابة المراقب المالي ورقابة المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة - حيث خضعت للرقابة الكلاسيكية التي تركز على الجانب الشكلي والمتمثل في رقابة الانضباط والمطابقة مع القوانين والأنظمة، وكذا خضعت للرقابة بمفهومها الكبير والحديث وهي الرقابة التي تكون بواسطة الأهداف، ورقابة الأداء والتي تعمل الدولة المتقدمة حالياً على تطويرها وتطبيقها في الميدان العملي.

المقدمة :

لقد عرفت الرقابة على الأموال في الجزائر تغيرات جذرية وتحولات عميقة تهدف في معظمها لترشيد المال العام، والذي يعد من أهم المشاكل التي تواجه أغلب الدول العربية ومنها الجزائر وتسعى هذه الأخيرة بطرق عدة لتثبيد الرقابة عليها حيث تعد ضمانات من ضمانات الوصول للتنمية الشاملة.

فالنققات التي تصرفها الدولة تكتسي أهمية متزايدة، لذلك فهي تعرف أطراً تنظيمية خاصة بها، وتخضع لرقابة متنوعة حيث خضعت للرقابة الكلاسيكية التي تركز على الجانب الشكلي والمتمثل في رقابة الانضباط والمطابقة مع القوانين والأنظمة، وكذا خضعت للرقابة بمفهومها الكبير والحديث وهي الرقابة التي تكون بواسطة الأهداف، ورقابة الأداء والتي تعمل الدولة المتقدمة حالياً على تطويرها وتطبيقها في الميدان العملي.

وتبرز في إطار القانون الجزائري الرقابة على النفقات في رقابة لجنة الصفقات العمومية ورقابة المراقب المالي ورقابة المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة، وهذا ما سنحاول التركيز عليه في مداخلتنا هذه مجيبين على الإشكالية :

إذ كرس المشرع الجزائري الرقابة على الأموال العامة كضمان لترشيد استغلالها، فكيف يبرز دورها في المحافظة عليه بكل أبعاده وبالأحرى هل هذا النوع من الرقابة لازال صالحاً رغم التطورات والتحويلات الحاصلة بغية تحقيق التنمية المنشودة؟ للإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها اعتمدنا الخطة التالية :

حيث خصصنا المحور الأول للإطار المفاهيمي للرقابة المسبقة على النفقات. أما المحور الثاني فقد تعرضنا فيه لتنظيم الرقابة المسبقة على النفقات المركزية من الناحية النظرية والناحية الميدانية التطبيقية. مع الاعتماد على المنهج الوصفي في التوضيحات والتعريفات، والمنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية، وكذا المنهج المقارن في المقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي (١٠ اغسطس ١٩٢٢) باعتباره ميثاقاً للرقابة على الأموال.

الخطة:

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للرقابة على النفقات العمومية.

المطلب الأول : الرقابة الداخلية على النفقات العمومية.

الفرع الأول : رقابة المراقب المالي.

الفرع الثاني: المحاسب العمومي.

الفرع الثالث : رقابة محافظ الحسابات.

المطلب الثاني : الرقابة الخارجية على النفقات العمومية.

الفرع الأول : رقابة مجلس المحاسبة.

الفرع الثاني : رقابة المفتشية العامة للمالية.

الفرع الثالث: الرقابة البرلمانية.

المبحث الثاني : تقييم الرقابة من النفقات العمومية.

المطلب الأول: محدودية رقابة النفقات العمومية من الناحية النظرية ومقارنتها بالقانون الفرنسي.

الفرع الأول: مضمون القانون الفرنسي ١٠ أغسطس ١٩٢٢.

الفرع الثاني: اختلافات القانون الفرنسي ١٠ أغسطس ١٩٢٢ الخاص بالرقابة المالية عن القانون الجزائري.

الفرع الثالث: مزايا وعيوب الرقابة على النفقات العمومية في ظل قانون ١٠ أغسطس ١٩٢٢

المطلب الثاني : محدودية الرقابة على النفقات العمومية من الناحية الميدانية.

الفرع الأول: تقييم رقابة مجلس المحاسبة.

الفرع الثاني: تقييم رقابة المفتشية العامة للمالية.

الفرع الثالث: تقييم رقابة المراقب المالي والرقابة البرلمانية.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للرقابة على النفقات العمومية

لقد عرف المجتمع الإسلامي الشكل البدائي للموازنة العامة والرقابة على الأموال العمومية من خلال ظهور نظام الحسبة في العهد الأول للإسلام، وذلك لمراقبة صرف النفقات ومراقبة أسس الحصول عليها^(١) وفقا لما جاء في الآية الكريمة ٦٠ من سورة التوبة^(٢) " إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم " حيث يقوم المحاسبون بعملية صرف النفقات وفقا للأوجه الثمانية المحددة في الآية الكريمة^(٣) وهو أصل الرقابة على النفقات العمومية الموجود حاليا في القانون الجزائري، وهذا ما

(١) زهرة حوافة، دراسة تطور الرقابة المسبقة على النفقات الملتزم بها نحو ميزانية اقتصادية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في التحصيل الاقتصادي، جامعة الجزائر ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص ١.

(٢) سورة التوبة الآية ٦٠.

(٣) براهيمى سهام، أبحاث في الإصلاح المالي، مقدمة في المالية العامة، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٦.

سوف نتعرض له بالدراسة في هذا المبحث مقسمينه إلى مطلبين، نتعرض في المطلب الأول للرقابة الداخلية والمتمثلة في رقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي وحافظ الحسابات، والمطلب الثاني نتعرض للرقابة الخارجية والمتمثلة في رقابة مجلس المحاسبة والمفتشية العامة المالية والرقابة الإدارية.

المطلب الأول

الرقابة الداخلية على النفقات العمومية^(٤)

لقد تعددت الرقابة على النفقات العمومية حيث نجد رقابة المراقب المالي وهو موظف يعينه وزير المالية من بين موظفي المديرية العامة للميزانية، ويعمل على السهر على صحة النفقات بوضع تأشيريات، وهذا ما سوف نتعرض له بالدراسة في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنتعرض للنوع الثاني من الرقابة الداخلية على النفقات والمتمثل في رقابة المحاسب العمومي وهو شخص معين بمقتضى قرار وزاري صادر من الوزير المكلف بالمالية، يقوم بتحصيل الإيرادات ودفع النفقات ومراقبة حركة الحسابات، أما النوع الثالث من الرقابة وهي رقابة محافظ الحسابات وهو كل شخص يمارس بصفة عادية باسمه الخاص وتحت مسؤوليته مهنة الشهادة على حسابات الشركة وهذا ما ندرسه في الفرع الثالث.

الفرع الأول

رقابة المراقب المالي

المراقب المالي كما ذكرنا آنفا هو موظف يعينه وزير المالية من بين موظفي المديرية العامة للميزانية، ويعمل هذا الموظف على السهر على صحة النفقات بالنظر إلى التشريع المعمول به، كما يتحقق مسبقاً من توفر الاعتمادات وإثبات صحة النفقات بوضع تأشيريات على الوثائق الخاصة بالنفقات أو تعليل رفض التأشيريات عند الاقتضاء، وذلك ضمن الأجل المحددة عن طريق التنظيم والتي تراعي طبيعة الوثيقة، كما يقوم المراقب المالي بتقديم نصائح للأمر بالصرف في المجال المالي وإعلام الوزير المكلف بالمالية شهرياً بصحة توظيف النفقات والوضعيات للاعتمادات المفتوحة والنفقات الموظفة^(٥).

(٤) فقير محمد، خير الدين فائزة، أبحاث في الإصلاح المالي، الرقابة على النفقات العمومية، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٠، ص ١٢.

(٥) القانون رقم ٩٠ - ٢١ المؤرخ في ١٩ أغسطس ١٩٩٠ يتعلق بالمحاسبة العمومية، المادة ٥٨ وكذلك انظر: زهرة حوفة، المرجع السابق، ص ٥٠.

كما يعمل طبقاً لنص المادة ٠٢ من المرسوم التنفيذي ٩٢-٤١٤^(٦) بمراقبة النفقات الملتزم بها على عدة ميزانيات كالحسابات الخاصة بالخزينة ونفقات ميزانية البلدية ونفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ويشرع حتى في تفحص ومراجعة الوثائق المتعلقة بالنفقة الملتزم بها في أجل ١٠ أيام من تاريخ استلام مصالح المراقبة المالية لاستمارة الالتزام، ويمكن تمديد الأجل إلى عشرين يوماً في حال تعدد الملفات^(٧).

أما فيما يتعلق بالتأشيرة التي يمنحها المراقب المالي للأمر بالصرف الملتزم بالنفقة فهي وسيلة للرقابة تفحص بالتأكد من شرعية النفقة بمطابقتها للقوانين والتنظيمات المعمول بها، ونجد العديد من القرارات الخاضعة لهذه التأشيرة وهي :

- ١ - الجداول الإسمية التي تعد قفل السنة المالية والجداول الأصلية الأولية التي تعد في بداية السنة، والجداول الأصلية المعدلة والتي تطرح أثناء قفل السنة المالية.
- ٢ - القرارات المتضمنة نفقات تسير وتجهيز واستثمار لقطاع من القطاعات والقرارات المتعلقة بتسديد مصاريف التكاليف الملحقة، والنفقات التي تصرفها الهيئات الإدارية مباشرة والثابتة بموجب فواتير نهائية.
- ٣ - القرارات المتعلقة بالحياة المهنية للموظفين كقرارات تعيينهم ودفع رواتبهم ماعدا ما يرتبط بالترقية في الدرجات.
- ٤ - كل التزام مدعم بسند طلب أو الفواتير الشكلية ما لم يتعد المبلغ المحدد في قانون الصفقات العمومية والتي تشترط فيها وثائق أخرى كالفاتورة وسند الطلب وغيرها.
- ٥ - كل قرار وزاري يتضمن تحويل اعتمادات أو منح تفويض بالاعتماد أو يتضمن إعانات مالية^(٨).

وتجدر الإشارة إلى أن رقابة المراقب المالي حدد القانون عناصرها على سبيل

(٦) المرسوم التنفيذي رقم ٩٢ ٤١٤ المؤرخ في ١٤ نوفمبر ١٩٩٢ يتعلق بالرقابة المسبقة للنفقات العمومية التي يلتزم بها، الجريدة الرسمية، عدد ٨٢.

(٧) المرسوم التنفيذي ٩٢-٤١٤ المرجع نفسه، المادة ١٤. وكذلك انظر: فقير محمد، خير الدين فائزة، المرجع السابق، ص ٢٠١-٢١١.

(٨) فقير محمد، خير الدين فائزة، المرجع نفسه، ص ٢١٢، وكذلك انظر: المرسوم التنفيذي ٩٢-٤١٤، المرجع السابق ص ٥، ٦، ٧.

- الحصص^(٩) وهي الصفة القانونية للأمر بالصرف أي التأكد من توافر الصفة القانونية للأمر بالصرف بالملتمز بالنفقة.
- ٦ - تطابق الالتزام بالنفقة مع القوانين والتنظيمات المعمول بها كما ذكرنا سابقا.
- ٧ - مراعاة توافر الاعتمادات المالية^(١٠) المرخص بها.
- ٨ - التخصيص القانوني للنفقة حيث لا يكفي وجود اعتماد بل لا بد على الأمر بالصرف أن يلتزم بوجه النفقة أي يغطي كل اعتماد مفتوح نفقة معينة مخصص لها.
- ٩ - مطابقة مبلغ الالتزام للعناصر المبينة في الوثائق المرفقة.
- ١٠ - التأكد من وجود التأشيرات والترخيصات والآراء المسبقة التي سلمتها السلطة الإدارية فيما يتعلق بنفقات الصفقات العمومية التي تلعب فيها الصفقات العمومية دوراً هاماً في منح أو رفض منح التأشيرات^(١١).
- فإذا توفرت هذه الشروط كاملة يؤشر المراقب المالي على السجل أو الوثيقة المثبتة للالتزام بالنفقة، وإلا يقوم برفض التأشيرة لانعدام العناصر السابقة مع تعليل الرفض في مدة لا تفوق ٢٠ يوماً طبقاً لنص المادة ١٤ من المرسوم التنفيذي ٩٢-٤١٤، هذا الرفض إما أن يكون مؤقتاً^(١٢) أو نهائياً^(١٣)، كما للأمر بالصرف حق طلب التغاضي، حيث يمكن تجاوز حالة الرفض النهائي للالتزام من النفقة وبالتالي إجازتها
-
- (٩) المرسوم التنفيذي ٩٢-٤١٤ المرجع السابق، المادة ٠٩
- (١٠) الاعتماد المالي هو المالية الموكلة لهم، لذا على الأمر بالصرف عند التزامه بالنفقة أن يستند لذلك الاعتماد المالي المفتوح في حدود السنة المالية.
- (١١) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع السابق، ص ١١٢، ١١٣.
- (١٢) المادة ١١ من المرسوم التنفيذي ٩٢-٤١٤ (حالة الاقتراح التزام بنفقة مشوب بمخالفة التنظيم المعمول به مع إمكانية تصحيحها، عدم كفاية أو انعدام الوثائق المثبتة للالتزام بالنفقة والمطلوبة قانوناً، نسيان بيان هام في الوثائق المرفقة بالالتزام، فتخلف أحد هذه البيانات كاف للرفض المؤقت لمنح التأشيرة من المراقب المالي، إلا أنها مخالفات غير جوهرية باعتبارها إجراءات شكلية يمكن للأمر بالصرف تصحيحها).
- (١٣) المادة ١٢ من المرسوم التنفيذي ٩٢-٤١٤ (عدم شرعية الالتزام بالنفقة لمخالفته للقوانين والتنظيمات الجاري العمل بها وعدم توفر الاعتمادات المالية المفتوحة، وعدم تطبيق ملاحظات واقتراحات المراقب المدونة في وثيقة الرفض العادي، هذه الحالات من الأسباب الأساسية والجوهرية التي لا يمكن للأمر بالصرف أن يصححها، وبهذا لا يمكن تصحيح الالتزام بالنفقة، لكن على المراقب المالي أن يبرر رفضه النهائي حتى لا يكون متعسفاً في استعمال اختصاصه الرقابي).

وهذا تحت مسؤوليته، وبموجب مقرر معلل يعلم به الوزير المكلف بالميزانية، ويرسل الملف محل التفاوضي للوزير أو الوالي المعني حسب الحالة، كما يرسل الأمر بالصرف الالتزام بالنفقة مرفقاً بمقرر التفاوضي إلى المراقب المالي قصد وضع تأشيرة، والإشارة لرقم التفاوضي وتاريخه ليُرسل هذا الأخير الملف بدوره للوزير المكلف بالميزانية والذي عليه القيام بإرساله لهيئات الرقابة المتخصصة.

إلا أن لسلطة التفاوضي شروطاً، وتوجد حالات لا يمكن فيها الحصول عليه وهي:

- ١ - عدم توافر الاعتمادات المالية أو انعدامها أصلاً.
- ٢ - عدم توافر الصفة القانونية في الأمر بالصرف.
- ٣ - انعدام التأشيرات والآراء المسبقة المنصوص عليها في التنظيم المعمول به.
- ٤ - انعدام الوثائق والسجلات السنوية المتعلقة بالالتزام بالنفقة.
- ٥ - التخصيص غير القانوني للالتزام^(١٤).

وتبعاً لهذه السلطات التي يتمتع بها المراقب المالي فهو يعد مسؤولاً عن كافة التأشيرات التي يمنحها، كما ينقل هذه المسؤولية للمراقب المساعد في حدود الاختصاصات التي يفوضها إليه والمتعلقة بذات الاختصاص، أي بالأعمال الموكلة إليه والتأشيرات التي يسلمها بعنوان الرقابة المسبقة، إلا أن هذه المسؤولية قد تسقط في حالة الرفض النهائي للنفقة حتى ولو استعمل الأمر بالصرف حق التفاوضي، إضافة لهذا فلا بد على المراقبين الماليين رئيسيين كانوا أم مساعدين الالتزام بالسر المهني عند دراسة الملفات والقرارات التي يطعون عليها وهم محميون قانوناً من كل شكل من أشكال الضغوطات التي تقع عليهم عند ممارسة مهامهم^(١٥).

الفرع الثاني

رقابة المحاسب العمومي

استناداً للمادة ٢٣ من قانون ٩٠-٢١ السالف الذكر يعد محاسباً عمومياً كل شخص يقوم بتحصيل الإيرادات ودفع النفقات كمرحلة محاسبية وضمن حراسة الأموال والسندات والوثائق وكل القيم أو المواد التي كلف برقابتها والمحافظة عليها، وحركة حساب الموجودات، والمحاسبون العموميون أصناف إما محاسبون رئيسيون أو

(١٤) المادة ١٨، ١٩، ٢٠ من المرسوم التنفيذي ٩٢/٤١٤.

(١٥) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع السابق، ص ١١٦.

محاسبون عموميون ثانويون، فالرئيسيون هو المحاسبون المكلفون بتنفيذ العمليات المالية الخاصة بالأميرين بالصرف الرئيسيين.

أما الثانويون فهم من يتولون تجميع عمليات المحاسب الرئيسي، وأما فيما يتعلق بالرقابة التي يقوم بها المحاسب العمومي فهي رقابة موائية للمراقب المالي، وقد حددت مجالات المادة ٣٦ من القانون ٩٠ / ٢١:

- ١ - التأكد من مدى مطابقة عملية الأمر بالدفع للقوانين والأنظمة المعمول بها.
 - ٢ - التأكد من صفة الأمر بالصرف أو المفوض له، لذا يلزم كل أمر بالصرف له مطابقتها مع الإمضاء الموجود على الأمر بالدفع مراقبة عمليات تصفية النفقات العمومية.
 - ٣ - مراقبة توفر الاعتمادات.
 - ٤ - مراقبة أجال الديون المحددة قانونا.
 - ٥ - مراقبة تأشيريات عملية المراقبة.
 - ٦ - الصحة القانونية للمكسب الإبرائي أي أن الأمر بالدفع الذي يسري في نمة الإدارة يتعلق حقاً باسم الدائن الحقيقي، كما يلتزم المحاسب العمومي في تسيير الهيئة أو المصالح المعين بها بـ:
 - ٧ - تمسك المحاسب والمحافظ على الوثائق والبيانات المحاسبية المتعلقة بالعمليات من أجل تحديد النتائج عند قفل السنة المالية.
 - ٨ - إجراء محاسبة تتعلق بالقيم المنقولة والمستندات التي تعد شهرياً والمعلقة على مقدار المبالغ التي أنفقت مقارنة مع الاعتمادات المسجلة في الميزانية.
 - ٩ - إعداد حساب التسيير بعد قفل السنة المالية في ٣١ ديسمبر خلافاً للحساب الإداري الذي يقوم به الأمر بالصرف، ثم يرسله للوزير المكلف بالمالية ومجلس المحاسبة، وهذا في أجل أقصاه ٣٠ جوان من السنة الموائية للميزانية المقفلة، ويمدد الأجل إلى الفاتح من سبتمبر، فيما يخص حسابات تسيير العون المركزي في الخزينة والعون في وزارة البريد والمواصلات^(١٦).
- واستناداً للمادة ٠٢ و ٠٣ من المرسوم التنفيذي ٤٦/٩٣^(١٧) وكذا المادة ٣٧

(١٦) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع السابق، ص ٢٢١، ٢٢٠. وكذلك انظر: المادة ٦٠ من أمر ٢٠/٩٥ المؤرخ في ١٧ يوليو ١٩٩٥ يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد ٣٩.

(١٧) المرسوم التنفيذي ٩٣-٤٦ المؤرخ في ٠٦ يناير ١٩٩٣ يحدد آجال دفع النفقات وتحصيل الأوامر للإيرادات، ج ر عدد ٠٩.

من قانون المحاسب العمومي^(١٨) بعد التأكد من كل الالتزامات والإجراءات أن تقوم بإجراء دفع النفقات التي تضمن الأجل المحددة قانوناً وذلك كالاتي :

١ - يصدر الأمر بالصرف أوامر الصرف بين اليوم الأول واليوم العشرين من كل شهر، ويقوم بإرسالها للمحاسب العمومي المكلف بتحويلها إلى نفقات في ظرف عشرة أيام من تاريخ الاستلام لإعادة إرسال الأمر بالدفع للأمر بالصرف وعليه تأشيرة التسديد أي القيام بدفعها^(١٩).

٢ - أما في حالة عدم التطابق بين الأمر بالصرف والأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها يبلغ المحاسب العمومي الأمر بالصرف كتابياً برفضه القانوني للدفع في أجل أقصاه ٢٠ يوماً ابتداء من يوم تسلمه للأمر بالدفع^(٢٠).

وتجدر الإشارة إلى انه واستناداً للسلطات الممنوحة للمحاسب العمومي فتقع عليه مسؤولية شخصية على ما يقوم به من رقابة أو أي تقصير فيها، إلا أنه لا يتمتع بحرية مطلقة في القيام بوظائفه الرقابية^(٢١).

الفرع الثالث

رقابة محافظ الحسابات

إن محافظ الحسابات هو كل شخص يمارس بصفة عادية باسمه الخاص وتحت مسؤوليته مهنة الشهادة بصحة وانتظامية حسابات الشركات أو الهيئات ويتولى مهام الرقابة في مجالات عدة حددها القانون ٠٨/٩١ المتعلق بتنظيم مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمجالس المعتمدة^(٢٢) وهي:

- ١ - التأكد من صحة الإحصاءات والحسابات الواردة في المحاسب العامة للمؤسسة.
- ٢ - مراقبة العمليات التي يمكن أن يكون لها تأثير مباشر وغير مباشر على الهيئة الخاضعة لرقابتهم.

(١٨) القانون ٢٠/٩١ المرجع السابق المادة ٣٧.

(١٩) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع نفسه، ص ٢١١.

(٢٠) فالدفع نقدا يتم على مستوى صندوق الهيئة الإدارية المعنية أو بالتحويل للحساب البريدي أو البنكي أو حساب الخزينة أو عن طريق ما يسمى بالمقاصة عندما تكون الهيئة العمومية دائنة ومدينة للأشخاص المعنيين.

(٢١) المرسوم التنفيذي ٩١-٢١٣ المؤرخ في ٠٧ ديسمبر ١٩٩١ يحدد إجراءات المحاسبة التي يسكها الأمرون بالصرف والمحاسبون العموميين وكيفياتها ومحتواها، ج ر عدد ٤٣.

(٢٢) القانون ٠٨/٩١ المتعلق بتنظيم مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.

٣ - التمتع بكل الإمكانيات والوسائل لأجل البحث والتحري في عين المكان على الوثائق والدفاتر ولا يلتزم اتجاههم بالسر المهني وتعتبر الآراء التي يقدمونها ملزمة للهيئة التي تخضع لرقابتهم^(٢٣).

المطلب الثاني

الرقابة الخارجية على النفقات العمومية

إن الرقابة الخارجية تشمل كل من رقابة مجلس المحاسبة ورقابة المفتشية العامة للمالية، وكذا الرقابة البرلمانية والتي سندرسها بالتفصيل في الفروع التالية:

الفرع الأول

رقابة مجلس المحاسبة

لقد اعتبر مجلس المحاسبة منذ إنشائه هيئة عليا للرقابة البعدية على الأموال العمومية في كل القوانين التي نظمته، وقد نصت المادة ١٩٠ من دستور ١٩٧٦ والمادة ١٦٠ من دستور ١٩٨٩ على إنشائه، وقد تم التأسيس الفعلي لمجلس المحاسبة ١٩٨٠ وخضع في سيرته على التوالي:

القانون ٨٠-٠٥ المؤرخ في ١ مارس ١٩٨٠. الذي خول له صلاحيات قضائية. القانون ٩٠-٢٢ المؤرخ في ٠٤ ديسمبر ١٩٩٠ الذي جرده من الصلاحيات القضائية.

القانون ٩٥-٢٠ المؤرخ في ١٧ يوليو ١٩٩٥ الذي وسع من مهامه ومجال اختصاصه وصلاحياته^(٢٤).

فمجلس المحاسبة يختص برقابة مجموعة من المصالح والهيئات وهي:

١ - مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والمرافق العمومية باختلاف أنواعها والتي تخضع للمحاسبة العمومية.

(٢٣) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

وكذلك انظر: دحوش فائزة، النظام القانوني لمحافظ الحسابات في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ١١. وكذلك المرسوم التنفيذي ١٧٣/٧٠ المؤرخ في ١٦ نوفمبر ١٩٧٠ المنظم لواجبات ومهام مندوب الحسابات للمؤسسة العمومية أو شبه العمومية، ألغي العمل به.

(٢٤) زهرة حوفة، المرجع السابق، ص ٤٠.

- ٢ - المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات والهيئات العمومية التي تمارس نشاطاً صناعياً وتجارياً ومالياً والتي تكون أموالها ومواردها ورؤوس أموالها ذات طابع عمومي.
 - ٣ - تسيير الأسهم العمومية في المؤسسات والمرافق والهيئات العمومية مهما كانت ووضعيتها القانونية على أن يكون للدولة قسط من رأسمالها.
 - ٤ - الهيئات التي تسيير النظم الإلزامية للتأمين والحماية الاجتماعية.
 - ٥ - مراقبة استعمال المساعدات المالية الممنوحة في الدولة والجماعات المحلية والمرافق العمومية أو من أية هيئة أخرى خاضعة للمحاسبة العمومية.
 - ٦ - مراقبة استعمال الموارد التي تجمعها الهيئات التي تلجأ إلى التبرعات العمومية من أجل دعم القضايا الإنسانية والاجتماعية والعلمية^(٢٥).
- وتجدر الإشارة إلى أن لمجلس المحاسبة طرقاً للقيام بعملية الرقابة تتمثل فيما يلي :
- ١ - حق الاطلاع وسلطة التحري: حق الاطلاع على كل الوثائق والمستندات والدفاتر التي تسهل مهامه الرقابية، ولتقييم سلامة التسيير لدى المؤسسات والهيئات الخاضعة لرقابته، وكذا سلطة التحري على أعمالها والدخول والمعايينة.
 - ٢ - رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية : فلمجلس المحاسبة إذا حدثت مخالفة أو خرق لقاعدة معينة وألحقت ضرراً بالخزينة العمومية تحصيل أي مسير أو عون المسؤولية على هذا الخطأ والمعاقبة عليه بغرامات يصدرها في حقه، شريطة أن لا تتجاوز المرتب السنوي والإجمالي التي يتقاضاها العون طبقاً لنص المادة ٨٩ من أمر ٢٦/٩٥.
 - ٣ - مراجعة حسابات الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين.
- أما بالنسبة لنتائج رقابة مجلس المحاسبة فتنتهي بعدة تقارير منها مذكرة التقييم^(٢٦) والمذكرة المبدئية^(٢٧) والتقرير السنوي والذي يعده المجلس سنوياً

(٢٥) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع السابق، ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٢٦) مذكرة التقييم وهي تقييم نهائي يعده المجلس يتضمن كل التوصيات والاقتراحات بغرض تحسين فعالية ومردودية الهيئات والمصالح العمومية الخاضعة لرقابته، ويرسلها لمسؤولي هذه الهيئات وللوزراء والسلطات الإدارية المعنية، إضافة إلى التقرير المفصل التقييمي.

(٢٧) المذكرة المبدئية فيموجبها يقوم رئيس مجلس المحاسبة بإطلاع السلطة المعنية بالنقائص المسجلة في النصوص المتعلقة بشروط استعمال وتسيير وتقدير ومراقبة أموال الهيئات والمصالح العمومية الخاضعة لرقابته.

ويرسله لرئيس الجمهورية يبين فيه المعايينات والمخالفات والتقييمات الناجمة عن أشغال الرقابة التي قام بها، مرفقاً بالآراء والاقتراحات، وينشر هذا التقرير في الجريدة الرسمية، وترسل منه نسخة للهيئة التشريعية^(٢٨).

وتجدر الإشارة إلى أن قرارات مجلس المحاسبة محل مراجعة بطلب من الشخص المعني بها أو السلطة السلمية أو الوصية أو من الناظر العام بمجلس المحاسبة، وهذا طبقاً لأحكام المادة ١٠٢ من أمر ٢٠/٩٥ السالف الذكر، كما يمكن أن تكون المراجعة تلقائية من طرف الغرفة أو الفرع الذي أصدر القرار بسبب الخطأ أو الإغفال أو التزوير أو ظهور عناصر جديدة تبرر ذلك، وذلك في خلال سنة من تاريخ صدور القرار، لكن يستلزم طلب المراجعة استكمال الوقائع والأسباب التي تم الاستناد إليها، إضافة إلى الوثائق والمستندات الثبوتية، ويتم توجيه طلب المراجعة الى رئيس المجلس في أجل أقصاه سنة من تبلغ القرار المطعون فيه، ويقوم رئيس الغرفة بتعيين قاضي يتولى دراسة ملف طلب المراجعة، ليقدم مرفقاً بآرائه إلى الناظر العام الذي يقدم ملاحظاته المكتوبة ليتم تحديد الغرفة أو الفرع المتخصص بالنظر في الطلب وتحديد الجلسة.

وهناك طريق آخر لمواجهة قرارات مجلس المحاسبة ألا وهو الاستئناف من طرف الشخص المعني بها أو السلطة السلمية أو الوصية أو الناظر العام لمجلس المحاسبة في أجل شهر من تبليغ القرار، ويتم إيداع عريضة لدى كتابة ضبط مجلس المحاسبة ليدرس الملف في الغرف المجتمعة ما عدا الغرفة مصدر القرار.

بعدها يتم تحديد الجلسة من رئيس مجلس المحاسبة ويبلغ الشخص المستأنف بذلك، وهذا بعد أن يقدم الناظر العام ملاحظته المكتوبة، ويتم الفصل فيه بقرار يتخذ بأغلبية الأصوات^(٢٩).

أما بالنسبة لطعن بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة الصادرة عن تشكيلة الغرف مجمعة أمام مجلس الدولة من طرف المعني أو ممثله القانوني أو بطلب من الوزير المكلف بالمالية أو السلطة السلمية أو الوصائية أو من الناظر العام طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية^(٣٠).

(٢٨) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٢٩) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع السابق، ص ٢٣٧، ٢٣٨.

(٣٠) القانون رقم ٠٩/٠٨ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني رقابة المفتشية العامة للمالية

تعتبر المفتشية العامة للمالية جهازاً رقابياً دائماً وضع تحت السلطة المباشرة. للوزير المكلف بالمالية بمقتضى المرسوم ٨٠-٥٣^(٣١) يقوم برقابة بعدية تنصب على السير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية والهيئات والأجهزة الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، وتمارس على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، المستثمرات الفلاحية العمومية، هيئات الضمان الاجتماعي^(٣٢).

وتهدف المفتشية العامة للمالية من خلال هذه المهام إلى :

- ١ - التحقق من شروط تطبيق التشريع المالي والمحاسبي، وكذا الأحكام القانونية والتنظيمية التي يكون بها انعكاس مالي.
 - ٢ - مراقبة التسيير والوضع المالي للمؤسسة أو الهيئة.
 - ٣ - التأكد من صحة، صدق، سلامة وانتظام المحاسبة.
 - ٤ - التأكد من أن العمليات المراقبية تدخل في إطار تنفيذ الميزانية للمؤسسة.
 - ٥ - التأكد من أن المراقبة الداخلية تعمل بصورة فعالة.
 - ٦ - مراجعة العمليات المالية التي يقوم بها المحاسبون والأمرون بالصرف.
- وتجدر الإشارة إلى أن عمليات الرقابة التي تقوم بها المفتشية تحرر كنتيجة لها تقارير من طرفهم، يسجلون فيها ملاحظاتهم ومعاينتهم المتعلقة بفعالية التسيير في تلك المصلحة، ويقومون باقتراح التدابير والتوصيات التي من شأنها تحسين الوضعية قيد المعاينة، ويمكن اقتراح تحسين الأحكام التنظيمية والتشريعية.
- إن كل هذه الأهداف الموجودة من خلال القيام بالرقابة ثم من طرف هيكل موزعة للمفتشية العامة للمالية^(٣٣)

ومن أهم التعديلات التي تجدر الإشارة إليها حسب المرسوم التنفيذي ٢٠٠٨

(٣١) المرسوم التنفيذي ٥٣/٨٠ المؤرخ في ١ مارس ١٩٨٠ يتضمن إنشاء المفتشية العامة للمالية، ح ر، عدد ١٠.

(٣٢) المرسوم رقم ٩٢ - ٧٨ المؤرخ في ٢٢ فبراير ١٩٩٢ يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية الملغى بموجب المرسوم التنفيذي ٢٧٢/٠٨ المؤرخ في ٠٩ سبتمبر ٢٠٠٨ عدد ٥٠.

(٣٣) المرسوم التنفيذي ٩٢ - ٣٢ المؤرخ في ٢٠ يناير ١٩٩٢ يتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية.

فوجد المواد ٤,٥,٦ منه حيث تمارس حق التدخل في جميع العمليات التي أجازها المحاسبون العموميون ومحاسبو الهيئات المذكورة في المادة الثانية السالفة الذكر، غير أنه لا يمكن مراجعة الحسابات إن تمت تصنيفتها نهائياً طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتتم في عين المكان وعلى الوثائق فجأة، وفي حالة اكتشاف وجود ثغرات أو تأخيرات هامة يطلب من المعني بتعيينها وإعادة ترتيبها^(٣٤).

الفرع الثالث

الرقابة البرلمانية

تعتبر الرقابة البرلمانية رقابة شعبية وسياسية يقوم بها ممثلو الشعب أو ما يسمى بالنواب المنتخبين في البرلمان بغرفتيه، وقد عرفت هذه الهيئة تطورات عديدة في التشريع الجزائري^(٣٥)، وتعمل على تحقيق عدة أهداف منها:

- ١ - التأكد من تنفيذ القرارات في إطار القانون المعمول به.
 - ٢ - التأكد من السير الحسن للاقتصاد الوطني ومن الحفاظ على ثروة الأمة.
 - ٣ - تدارك النقائص والانحرافات.
 - ٤ - السهر على التجاوزات وتحويل الأموال العمومية.
 - ٥ - السهر على إزالة البيروقراطية.
- وتظهر أهمية رقابة البرلمان وفعاليتها من خلال الوسائل المتاحة والمحددة كالتالي:
- أولاً: الرقابة قبل التصويت على الميزانية: وتكون هذه الرقابة بالحق المخول في الاستجواب والأسئلة الشفوية والكتابية ولجان التحقيق.

- ١ - الاستجواب: يمكن لأعضاء البرلمان استجواب الحكومة بخصوص مسألة موضوع الساعة^(٣٦).
- ٢ - الأسئلة الشفوية: فيودع السؤال الشفوي من صاحبه لمكتب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة قبل عشرة أيام من الجلسة المخصصة لذلك، ليقوم رئيس

(٣٤) المرسوم التنفيذي ٢٧٢/٠٨ المرجع السابق المادة ٠٧, ٠٨, ٠٩, ٠٥, ٠٤, ٠٣, ٠٢.

(٣٥) فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، النظرية العامة للدساتير، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٤ ص ٠٢.

وكذلك انظر: مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري، دار بلقيس، الجزائر، دون ذكر السنة.
(٣٦) القانون ٩٩-٠٢ المؤرخ في ٠٨ مارس ١٩٩٩ المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

- الغرفتين حسب الحالة بإرسال السؤال للحكومة، وتخصص كل ١٥ يوماً من الدورات العادية التي يعقدها البرلمان، ويتم ضبط الأسئلة التي يتعين على أعضاء الحكومة الإجابة عنها بالاتفاق بين مكتب كل غرفة من الغرفتين والحكومة، وبهذا يعرض صاحب السؤال على عضو الحكومة المعني.
- ٣ - الأسئلة الكتابية: تأخذ هنا الأسئلة الصيغة الكتابية ويكون جواب الحكومة في غضون ٣٠ يوماً الموالية لتبليغ السؤال.
- ٤ - لجان التحقيق: إضافة للجان الدائمة يمكن إنشاء لجان تحقيق للمراقبة في أي وقت يخص قضية ما منها مجالات الرقابة المالية.
- ثانياً: الرقابة البرلمانية البعديّة، وتظهر هذه الرقابة في:
- ١ - التقارير السنوية: وتظهر من خلال التقرير السنوي للمخطط الوطني للتنمية للجنيتين المركزيتين للصفقات العمومية، للمفتشية العامة للمالية، للمجالس الشعبية الولائية والبلدية وتقارير المؤسسات العمومية، مجلس المحاسبة.
- ٢ - قانون ضبط الميزانية: وهو قانون يتعلق بكل العمليات التي قامت بها الحكومة والإدارات التابعة لها والهيئات الإدارية وتعرضها على البرلمان للمصادقة عليها^(٣٧).
- ٣ - بيان السياسة العامة: فهو حصيلة عمل الحكومة يقدم للبرلمان بغرفتيه ليتسنى له مناقشته، وتنتهي هذه المناقشة إما بالتصويت بالثقة أو بملتمس الرقابة^(٣٨).

(٣٧) المرسوم الرئاسي رقم ٤٣٦/٩٦ المؤرخ في ٠٧ ديسمبر ١٩٩٦ المتعلق ب تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦، الجريدة الرسمية ٧٦. وكذلك انظر: قانون رقم ١٧/٨٤ المؤرخ في ١٧ يوليو ١٩٨٤ المتعلق بقوانين المالية، الجريدة الرسمية عدد ٢٨ المعدل والمتمم.

(٣٨) ملتمس الرقابة يمكن للمجلس أثناء مناقشة بيان السياسة العامة أن يصوت على ملتمس الرقابة، وينصب على مسؤولية الحكومة وأن يوقعه ٧١ من عدد النواب على الأقل ليكون معلوماً وتتم الموافقة بأغلبية ٢/٣ من النواب.

المبحث الثاني

تقييم الرقابة على النفقات العمومية

إن تقييم الرقابة على النفقات العمومية لا تقتصر على محدوديتها من الناحية النظرية أي من خلال القوانين والتنظيمات المنظمة لها، وإنما حتى من الناحية الميدانية، وكيف تتجسد هذه الرقابة في الواقع، وما هي الآثار والنتائج المترتبة عنها؛ وهذا ما سوف نحاول التعرض إليه بالدراسة في هذا المبحث.

المطلب الأول

محدودية رقابة النفقات العمومية من الناحية النظرية

ومقارنتها بالتقنين الفرنسي

إن قانون ١٠ أغسطس ١٩٢٢ يعتبر ميثاقاً للرقابة المالية، فهو المرجع والمصدر الأول لها، وبما أن الجزائر قد عاشت لفترة طويلة تحت سلطة الاستعمار الفرنسي فقد أثرت في قوانينها حتى بعد الاستقلال، ولهذا نحاول في هذا المطلب تقييم دور الرقابة على النفقات العمومية نظرياً وربطها بالقانون الفرنسي:

الفرع الأول

مضمون القانون الفرنسي ١٠ أغسطس ١٩٢٢

لقد بقيت التجاوزات للاعتمادات الممنوحة تثقل كاهل الميزانية الفرنسية حيث في سنة ١٩٢٠ سجلت تجاوزاً للاعتمادات الميزانية قدر ب ١٢٠ مليون فرنك فرنسي، بعدها صدر قانون ١٩٢٢ والذي نظم هذه الرقابة فهو لا يحتوي إلا على ١٠ مواد، حدد فيها المشرع الفرنسي سلطات وأنظمة مصالح الرقابة، كالمراقب المالي الذي وضع على رأس مصلحة المحاسبة وضمن له استقلالية على الرغم من تعيينه من قبل وزير المالية^(٣٩).

فالمادة الأولى من هذا القانون تضع المراقب المالي على رأس مصلحة المحاسبة والرقابة لنفقات الالتزام في الإدارات المركزية، كما تحدد صلاحياته بصفته مستقلاً عن الإدارة المنصب فيها، أما المادة الثانية فتبين كيفية تعيينه حيث يعين من طرف وزير المالية وتحت سلطته وهو أحد موظفي وزارته.

(٣٩) زهرة حوفة، المرجع السابق، ص ١٤٨ - ١٤٩.

وأهم المواد في هذا القانون هي المادة الخامسة منه، حيث تحدد أن كل المراسيم والمعاهدات والقرارات والتنظيمات التي يصدرها الوزير أو أحد موظفي وزارته ولها أثر الالتزام بالإنفاق تخضع كلها لتأشيرة مسبقة من المراقب المالي، وذلك من خلال تسجيل النفقة ووفرة الاعتمادات المالية، إضافة إلى احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها.

أما المادة السادسة منه فتوسع من صلاحيات المراقب المالي، فإضافة لصلاحيته في منح تأشيرة الالتزام، فله الحق في منح تأشيرة على أوامر الدفع^(٤٠).

الفرع الثاني

اختلافات القانون الفرنسي ل ١٠ أغسطس ١٩٢٢ الخاص بالرقابة المالية عن القانون الجزائري

لقد ظهرت من الناحية النظرية أو بالأحرى القانونية والتنظيمية اختلافات عدة بين كل من القوانين الجزائرية والقانون ل ١٠ أغسطس ١٩٢٢ على الرغم من أنه أصل الرقابة المالية أو ميثاقها - كما ذكرنا آنفاً - نذكر منها:

أساساً إن عملية إجراء المقارنة بين الرقابة المالية في الجزائر والرقابة المالية حسب قانون ١٠ أغسطس ١٩٢٢ هو أن أساس فكرة هذه الرقابة واحد، إضافة إلى أن مبتكريها ومنفذيها في بداية الفترة هم نفس الأشخاص، لكن القائل بهذا قد يعتقد بأنه مادام أساس الفكرة واحد ومنفذوها ومبتكروها نفس الأشخاص فلا بد أن يكون نشأة وتطور كل منها نفسه، لكن حقيقة الربط تبين لنا خلاف ذلك، بحيث إن الرقابة المالية طبقت في الجزائر قبل أن يظهر قانون ١٠ أغسطس ١٩٢٢ بعشرين سنة.

كما أن تطور تقنين وتنظيم مصالح الرقابة المالية في البلدين لم يكن متوازياً ولا حتى متشابهاً على الرغم من أن الجزائر كانت تحت الإدارة الفرنسية - كما ذكرنا آنفاً - فمثلاً المراقب المالي في الجزائر لا يؤشر سوى على الالتزام بالنفقات وتنتهي مرحلته بعد التأشير، بينما المراقب المالي في فرنسا يؤشر على الالتزام بالنفقات وكذا أوامر الدفع^(٤١).

(٤٠) زهرة حوفة، المرجع نفسه، ص ١٤٩.

(٤١) زهرة حوفة، المرجع السابق، ص ١٥٠.

الفرع الثالث

مزايا وعيوب الرقابة على النفقات العمومية في ظل

قانون ١٠ أغسطس ١٩٢٢

من أجل التمكن من فهم وتقييم الرقابة المالية وفتح مجالات تطويرها يجدر بنا تقييم قانون ١٠ أغسطس ١٩٢٢ باعتباره ميثاق الرقابة المالية، وذلك من خلال تبيان الأسباب التي سمحت بتعميره، ونذكر منها: حجم كفاءة المراقبين الماليين والدفاع عن المصلحة العامة وعلاقة المراقب المالي بالبرلمان.

إلا أنه على الرغم من المزايا العديدة المذكورة والتي كانت مجسدة أُنذاك إلا أن الرقابة تعرضت لانتقادات عدة منها:

١ - التدخل غير الملائم في النفقات: حيث يطرح مشكلة الأمرين بالصراف والمراقبين الماليين كونهم يتدخلون في تحديد النفقات، وبذلك يخرج من حدود صلاحيات مشتركة في تحديد الاعتمادات المالية، كما أن المراقب المالي في كثير من الأحيان يجد نفسه مدفوعاً إلى التدخل في ملاءمة النفقة بسبب دوره في حماية المال العام، ونظراً للتقدير السيئ للنفقة أو مدى موافقتها مع الهدف الأساسي للمصلحة أو الهيئة العمومية، فهذا يجعل المراقب المالي منحازاً إلى موقف رفض منح التأشيرة على الرغم من عدم وجود أسباب رفض قاطعة^(٤٢).

٢ - التأخير في دراسة وفحص الملفات: إن التأخير في دراسة وفحص الملفات المتعلقة بالرقابة والالتزام بالنفقة له آثار سلبية على النفقة العمومية^(٤٣)، وعلى المالية العامة للدولة؛ وذلك نظراً للسرعة التي تتطلبها العمليات الاقتصادية عموماً، كما يزيد هذا التأخير عند رفض المراقب المالي منح التأشيرة.

المطلب الثاني

محدودية الرقابة على النفقات العمومية من الناحية الميدانية

إن المتأمل في الميزانية العامة للدولة يجد أن الرقابة المسبقة على النفقات الملتزم بها لا تشكل إلا جزءاً من المراحل الهامة التي تمر بها حياة النفقة، إلا أنها وبعد إقرار الميزانية العامة للدولة يصبح دورها حاسماً في نشوء النفقة من عدمه في

(٤٢) زهرة حوفة، المرجع نفسه، ص ١٥٢.

(٤٣) فوزي عطوي، المالية العامة، دون ذكر دار النشر، بيروت، ص ٢٩٩.

الظروف العادية، لذا سنحاول التعرض بالدراسة إلى محدوديتها من الناحية الميدانية، وذلك عن طريق حصر المشاكل والتناقضات التي تعاني منها، إضافة إلى عدة عراقيل نذكر منها: عراقيل من جهة المشاكل المادية والبشرية والمشاكل القانونية هذا من جهة، ومن جهة ثانية مختلف النقائص والمآخذ التي تسجل في علاقات المراقب المالي بمحيطه، أولاً بالأمر بالصرف، وثانياً بالمحاسب العمومي، وثالثاً هيئات الرقابة على الأموال العمومية.

وقد تواجه الرقابة المالية للدولة مشاكل متعددة ومتشعبة في أثناء ممارستها الميدانية أهمها: المشاكل ذات البعد البشري والمادي حيث إن هذا البعد كان له دور أساسي في إنجاح الرقابة المالية في فترة تاريخية سابقة على مرحلة الإدارة الفرنسية، من خلال الكفاءات البشرية والوسائل المادية التي وضعت تحت تصرفهم، أضف إلى ذلك أن مصالح الرقابة المالية كغيرها من الهيئات والإدارات العمومية على المستوى المركزي والمحلي تعاني من عدة مشاكل، وهذا ما انعكس سلباً على ممارستها وعلى تطورها.

الفرع الأول تقييم رقابة مجلس المحاسبة

يظهر لنا من خلال دراسة الرقابة على مجلس المحاسبة أنها رقابة مالية تقييمية وإصلاحية تهدف لحماية المال العام وتحسين طرق الإنفاق والتسيير وكل ما يتعلق بالقواعد المحاسبية والمالية، فهي إصلاحية من خلال النتائج التي تسفر عنها عمليات التحري والمراقبة والاقتراحات والتقارير التي تقدمها إلى الهيئات والمصالح العمومية المعنية، بهدف التوصل لأحسن سبل التسيير المالي والمحافظة على الأموال العامة، ومن أجل بلوغ هذه الأهداف زود بهيكل تنظيمي يجعل منه هيئة إدارية وقضائية، ولا يلتزم بالسر المهني أو السلم الإداري، وله أن يوقع العقوبات التي يراها مناسبة للمخالفات والأخطاء المرتكبة.

إلا أنه يلاحظ أن هذه الهيئة الرقابية تميزت بعدم استقرارها خاصة بعد نشر التقارير السنوية في الجرائد الرسمية^(٤٤).

(٤٤) فقير محمد، خيرالدين فائزة، المرجع السابق، ص ٢٣٩، ٢٣٨.

الفرع الثاني

تقييم رقابة المفتشية العامة للمالية

تعد المفتشية العامة للمالية هيئة رقابية^(٤٥) ذات دور بالغ الأهمية، ولا يمكن الاستغناء عن المهام التي تؤديها في مجال المراقبة والتقييم الاقتصادي والدراسات والتحليل، إلا أنه توجد العديد من العقبات التي تحد من فعالية رقابة هذه الهيئة من بينها:

- ١ - إن العديد من الهيئات لا تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية إن لم نقل أنها لا تخضع لأي نوع من الرقابة وهي رئاسة الجمهورية، وزارة الدفاع الوطني، المجلس الشعبي الوطني، بعض المؤسسات الاقتصادية كالسونطراك^(٤٦) كذلك لماذا تخضع ميزانية التجهيز لبعض الهيئات في الدولة كالمجلس الشعبي الوطني لهذه الرقابة، ونستثني ميزانية التسيير، فما هو المعيار أو المبرر في ذلك؟^(٤٧)
- ٢ - ما يعاب عليه كذلك إن محققي المفتشية مختصون بتسيير الأموال العمومية المقدره بالمليارات مقابل أجره لا تتوافق مع أهمية وصعوبة المهمة الموكلة إليهم؛ مما يجعلهم ذلك عرضة للرشوة.
- ٣ - نلاحظ أن دورها ينصب في الرقابة أو إعداد التقارير دون أن يكون لها صلاحية البت وإصدار حكم أو قرار.
- ٤ - عدم وجود تناسق بين عمل رقابة المفتشية وباقي الهيئات الرقابية الأخرى، ونتيجة لهذه النقائص التي تعترى عملها فقد اقترحت لجنة إصلاح هيكل الدولة بموجب قرار رئاسي رقم ٣٧٢/٢٠٠٠ وبمكتب دراسات يقدم كل آرائه المتعلقة بأساليب التسيير المالي المحاسبي وتعمل بالتنسيق مع مجلس المحاسبة والمفتشيات العامة للوزارات^(٤٨).

(٤٥) زهرة حوفا، المرجع السابق، ص ١٥٢.

(٤٦) فقير محمد، خير الدين فائزة، المرجع نفسه، ص ٢٣٧، ٢٣٨.

(٤٧) زهرة حوفا، المرجع نفسه، ص ١٥٢.

(٤٨) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع السابق، ص ٢٣٧، ٢٣٨.

الفرع الثالث

تقييم رقابة المراقب المالي والرقابة البرلمانية

أولاً: تقييم الرقابة البرلمانية:

على الرغم من دور الرقابة إلا أنها اعترتها العديد من النقائص والتناقضات التي تقلل من فعاليتها، حيث إن هذا العمل يكاد تحتكره لجنة واحدة تتعلق بلجنة المالية والميزانية، أما فيما يتعلق بلجان التحقيق فلم يحدث أن نصبت هذه اللجنة لمراقبة تنفيذ الميزانية أو ما يتعلق بالاقتصاد والمالية، مما يثبت انعدام الرقابة البرلمانية أثناء تنفيذ قانون المالية.^(٤٩)

ثانياً: تقييم رقابة المراقب المالي وعلاقته بمحيطه:

إن الانسجام والتكامل مع المحيط لكل مؤسسة أو هيئة أو إدارة أمر ضروري لتحسين الأداء وزيادة الفعالية، لهذا فعملية التقييم تقودنا حتماً إلى التطرق إلى علاقة المراقب المالي بمحيطه، وقد لاحظنا ميدانياً أنها تسجل عدة مآخذ في علاقة المراقب المالي بمحيطه، أما من حيث علاقته بالمسؤولين في المديرية العامة للميزانية أو الأعران المنقذين للمحاسبة العمومية، كالأمر بالصرف أو المحاسب العمومي، إضافة إلى علاقة المراقب المالي بالأجهزة المختلفة للرقابة على الأموال العمومية كجزء هام من محيط المراقب المالي.

علاقته بالمديرية العامة للميزانية: تعتبر علاقته بالمديرية علاقة تبعية تامة، نظراً للمنصب الحساس الذي يشغله، والذي يمكن أن يقال منه بمجرد قرار من الوزير المنتدب للميزانية، لكن التناقض في هذه التبعية هو أن المراقبين الماليين يشرف وينسق معهم نائب مدير التنظيم والرقابة الذي يوضع في درجة وظيفية أقل من درجة المراقب المالي.

علاقته بالأمر بالصرف:

إن علاقة المراقب المالي مع الأمر بالصرف هي علاقة مباشرة تنصب على مجموع القرارات التي يتخذها هذا الأخير ذات الطابع المالي، والنفقات الذي يريد أن يلتزم بها، ونظراً لطبيعة التأشير المسبقة، فإن الأمر بالصرف يتشارك في المسؤولية مع المراقب المالي بل في بعض الأحيان ونظراً لأسبقية التأشير فإنه يسبقه في الموافقة أو رفض القرار.

(٤٩) فقير محمد خير الدين فائزة، المرجع نفسه، ص ٢١٦.
وكذلك انظر: طاهر جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٢٠.

إن المراقب المالي له دور أساسي وهو مطابقة القرار أو الالتزام بالإنفاق للقوانين والأنظمة المعمول بها، قد يكون وجهاً للتدخل في ملاءمة النفقة من خلال الرجوع إلى هذه القوانين والأنظمة، لأن هذه الأخيرة تحدد بدقة حدود ملاءمة النفقة التي تعتبر ميداناً خاصاً بالمسير أو للأمر بالصرف، وحدود قانونية أو شرعية الالتزامات والقرارات التي تعتبر من مهام الرقابة التي يقوم بها المراقب المالي، وعدم التحديد النهائي والدقيق سوف يبقى الإشكال في تداخل مهام كل منها وارداً^(٥٠).

- علاقة المراقب المالي بالمحاسب العمومي:

باعتبار أن المحاسب العمومي عوناً لتنفيذ المحاسبة العمومية تابعاً لوزارة المالية مثله مثل المراقب المالي، إلا أن الأول مكلف بالدفع بصفة عامة فيما يخص النفقات، والثاني مكلف بالرقابة المسبقة، كما أن قانون المحاسبة العمومية يعطي للمحاسب العمومي حق التأكد من العناصر التي راقبها المراقب المالي، وأشّر عليها والتي تعتبر موضوعاً لرقابته المسبقة، ولكن نظراً للمسؤولية المدنية والجنائية للمحاسب العمومي فإنه في بعض الأحيان يرفض دفع بعض النفقات التي وافق عليها المراقب المالي، هذا التضارب في الآراء بين المحاسب العمومي والمراقب المالي بصفتها هيتين تابعتين لوزارة المالية ينتج أثرين بارزين:

- ١ - من جهة تطويل المدة اللازمة للبدء في تنفيذ النفقة التي أمر بصرفها الأمر بالصرف.
- ٢ - ومن جهة ثانية هذا التضارب يجعل رقابة المراقب المالي مجرد رقابة زائدة بدلاً من أن تكون مكملة، هذه الازدواجية في الرقابة لم يشر إليها قانون المحاسبة العمومية مما يجعل الكثير من المسيرين يعتبرون أن الرقابة المالية ثقيلة وغير ملائمة.

(٥٠) طاهر جمال الدين، المرجع السابق، ص ١١٢.

الخاتمة

ونصل في الختام إلى القول بأن للرقابة المسبقة على النفقات العمومية أهمية كبيرة لحماية الأموال العمومية نظرياً، حيث ما يدعم ذلك تعددها، فنجد رقابة المراقب المالي وهو موظف يعينه وزير المالية من بين موظفي المديرية العامة للميزانية، ويسهر على صحة النفقات بوضع تأشيريات، ورقابة المحاسب العمومي وهو الشخص المعين بمقتضى قرار وزاري صادر من الوزير المكلف بالمالية، يقوم بتحصيل الإيرادات ودفع النفقات ومراقبة حركة الحسابات، ورقابة محافظ الحسابات وهو الذي يمارس بصفة عادية باسمه الخاص وتحت مسؤوليته مهنة الشهادة على حسابات الشركة، ورقابة مجلس المحاسبة حيث اعتبر منذ إنشائه هيئة عليا للرقابة البعدية على الأموال العمومية في كل القوانين التي نظمتها، ومن أهم النتائج المتوصل إليها ما يلي :

- ١ - اعتبرت المفتشية العامة للمالية جهازاً رقابياً دائماً وضع تحت السلطة المباشرة للوزير المكلف بالمالية، ويقوم برقابة بعدية تنصب على السير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية والهيئات والأجهزة الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، والرقابة البرلمانية والتي تعتبر رقابة شعبية وسياسية يقوم بها ممثلو الشعب أو ما يسمى بالنواب المنتخبين في البرلمان بغرفتيه ، وتعمل على التأكد من تنفيذ القرارات والسير الحسن للاقتصاد الوطني ومن الحفاظ على ثروة الأمة.
- ٢ - لاحظنا من الناحية الواقعية أو الميدانية عدم فعاليتها ومحدوديتها سواء من ناحية تكوين المراقبين أو المصالح المخصصة بالرقابة، والعلاقة فيما بينها، كاندماج العلاقة بين المراقب المالي والبرلمان وكذا مع مجلس المحاسبة، أضف إلى ذلك المشاكل في تطبيقها سواء المشاكل ذات الطابع المادي والبشري، وحتى المشاكل ذات الطابع القانوني والتنظيمي.
- ٣ - لاحظنا وجود العديد من النقائص والتناقضات التي تواجه ممارستها في شكلها الحالي، والتي تتعلق بمبادئها وميدان تطبيقها، كغياب المعايير التي تخضع لها هيئات للرقابة دون أخرى كرئاسة الجمهورية، وميزانيات دون أخرى كميزانية التسيير دون ميزانية التجهيز كالمجلس الشعبي الوطني.

قائمة المراجع

سورة التوبة الآية ٦٠.

أ - الكتب :

- ١ - فوزي عطوي، المالية العامة، دون ذكر دار النشر، بيروت.
- ٢ - فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، النظرية العامة للساتير، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٤.
- ٣ - مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري، دار بلقيس، الجزائر، دون ذكر السنة.
- ٤ - براهيم ساهام، أبحاث في الإصلاح المالي، مقدمة في المالية العامة، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٠.
- ٥ - فقير محمد، خير الدين فائزة، أبحاث في الإصلاح المالي، الرقابة على النفقات العمومية، دار بلقيس، الجزائر، ٢٠١٠.

ب- الرسائل والمذكرات :

- ١ - زهرة حوافة، دراسة تطور الرقابة المسبقة على النفقات الملتمزم بها نحو ميزانية اقتصادية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في التحصيل الاقتصادي، جامعة الجزائر ٢٠٠٦-٢٠٠٧.
- ٢ - طاهر جمال الدين، مراقبة تنفيذ النفقات العمومية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، الجزائر، ٢٠٠١/٢٠٠٢.
- ٣ - دحوش فائزة، النظام القانوني لمحافظ الحسابات في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٢.

ج- النصوص القانونية :

أولاً - الأوامر:

- ١ - الأمر ٢٠/٩٥ المؤرخ في ١٧ يوليو ١٩٩٥ يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد ٣٩.

ثانياً - القوانين:

- ١ - قانون رقم ١٧/٨٤ المؤرخ في ١٧ يوليو ١٩٨٤ المتعلق بقوانين المالية، الجريدة الرسمية عدد ٢٨ المعدل والمتمم.
- ٢ - القانون رقم ٩٠-٢١ المؤرخ في ١٩ أغسطس ١٩٩٠ يتعلق بالمحاسبة العمومية.
- ٣ - القانون ٠٨/٩١ المتعلق بتنظيم مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.

- ٤ - القانون ٩٩-٠٢ المؤرخ في ٠٨ مارس ١٩٩٩ المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.
 - ٥ - القانون رقم ٠٨/٠٩ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ثالثاً - المراسيم :
- ١ - المرسوم التنفيذي ٧٠/١٧٣ المؤرخ في ١٦ نوفمبر ١٩٧٠ المنظم لواجبات ومهام مندوب الحسابات للمؤسسة العمومية أو شبه العمومية، ألغى العمل به
 - ٢ - المرسوم التنفيذي ٨٠/٥٣ المؤرخ في ١ مارس ١٩٨٠ يتضمن إنشاء المفتشية العامة للمالية، ح ر، عدد ١٠
 - ٣ - المرسوم التنفيذي ٩١-٣١٣ المؤرخ في ٠٧ ديسمبر ١٩٩١ يحدد إجراءات المحاسبة التي يمسكها الآمرون بالصرف والمحاسبون العموميين وكيفياتها ومحتواها، الجريدة الرسمية، عدد ٤٣.
 - ٤ - المرسوم رقم ٩٢ - ٧٨ المؤرخ في ٢٢ فبراير ١٩٩٢ يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية الملغى بموجب المرسوم التنفيذي ٠٨/٢٧٢ المؤرخ في ٠٩ سبتمبر ٢٠٠٨ عدد ٥٠.
 - ٥ - المرسوم التنفيذي رقم ٩٢-٤١٤ المؤرخ في ١٤ نوفمبر ١٩٩٢ يتعلق بالرقابة المسبقة للنفقات العمومية التي يلتزم بها، الجريدة الرسمية، عدد ٨٢.
 - ٦ - المرسوم التنفيذي ٩٢ - ٣٢ المؤرخ في ٢٠ يناير ١٩٩٢ يتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية.
 - ٧ - المرسوم التنفيذي ٩٣-٤٦ المؤرخ في ٠٦ يناير ١٩٩٣ يحدد آجال دفع النفقات وتحصيل الأوامر للإيرادات، ج ر عدد ٠٩.
 - ٨ - المرسوم الرئاسي رقم ٩٦/٤٣٦ المؤرخ في ٠٧ ديسمبر ١٩٩٦ المتعلق بتعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦، الجريدة الرسمية ٧٦.

The principle of "Proportionality" in French Administrative Law: a Lesson Suggested for Jordanian Law

**Dr. Mohammad Ali Al - Khalayleh
Mutah University
Faculty of Law**

Abstract:

This study considers the test of proportionality as one of the levels of examining the reasons given to administrative decisions in French law and the need to adopt the test in Jordanian law as it is applied in French law. The subject of this study is of great importance as it represents a new era of examining the legality of administrative actions. As far as the writer of this study knows, there is no relevant study in English examining this issue in Jordanian or other Arab legal systems, it is therefore an attempt to fill the gap in this area. Issues of this study are examined through two main sections, the first one examines the traditional approach in examining the reasons given to administrative decisions in French law, whereas the second examines deeply the test of proportionality the need to adopt it in Jordanian law.

Section one

The traditional approach to examine the reasons of administrative decisions in French law

This section gives first a general glance of the French administrative law, and then considers, briefly, the traditional approach to examine the reasons of administrative decisions in French law.

(A)

A General Glance of the French Administrative Law

Issues to be considered under this section are the following: a historical and constitutional background of French law, litigation before the French administrative courts, and grounds for judicial review established in French law.

(1) historical developments of French Administrative Law

French judicial system has a "dual" courts system. Before the Revolution of 1789, the control over the legality of administrative actions was rested in the hands of regular courts which were known as "parliaments". These courts had a long history of interference with royal executive authority, which became inappropriate to the revolutionaries who adopted a strict explanation to the theory of "separation of powers" according to which the regular courts were prevented - in the 1790 law - to examine cases concerning administrative acts⁽¹⁾. The 1790 law provides that judicial functions are distinct and separate from administrative functions. Judges in the civil courts may not concern themselves in any manner whatsoever with the operation of the administration, nor shall they call administrators into account before them in respect to the exercise of their official functions. If governmental bodies act illegally proceedings can only be sought before the administration itself, so that the administration became the judge of its own cases⁽²⁾.

This situation had been criticized as that the administration would be the litigant and the judge at the same time. In 1799 the French administrative law witnessed a new era when Napoleon created the Council of State in Paris, which was eventually to become all important in the area of the administrative law. At that stage direct access was denied to the Council of State. A plaintiff should take his case to the appropriate ministry, then, on appeal, he or she could go to the Council of State. The Council, as part of the governmental body, was considered

(1) Brown, N and Bell, J, French Administrative Law, (Clarendon Press, 5th ed., 1998), p. 9.

(2) Schwartz, B., French Administrative Law and The Common -Law World, (New York University Press, 1954), p. 6.

to be a legitimate forum for such litigation. Decisions of the Council, on the other hand, should be approved by the president of the State to be enforceable on the ground⁽³⁾.

In 1889 the Council of State decided -in the "Cado" case - that a plaintiff no longer had to take his case first to the ministries but rather he could go directly to the Council⁽⁴⁾. Another important development is this regard was that the Council was authorized, according to the 1872 law, to issue its decisions directly rather than as advisory to the president⁽⁵⁾. In the light of the enormous cases presented before it after World War II, the Council of State became - since 1953- basically an appellate body to hear appeals against lower administrative courts, whereas as the "general" jurisdiction of administrative cases was basically vested to these courts. These courts, which are called "administrative tribunals", were created in 1879 to exercise limited local administrative jurisdiction, but since 1953 they have a general jurisdiction concerning administrative law litigation as a result of the over wileming of the Council of State. They are composed of highly trained magistrates who were graduated from the National School of Administration⁽⁶⁾.

It is not always easy to decide whether a case is within the jurisdiction of the administrative courts or of the regular courts, therefore, a special tribunal was established to decide the question of jurisdiction, which is called the "Tribunal of Conflicts"⁽⁷⁾. In 1987 the Appeal Administrative Court was established for the purpose of examining cases decided by the lower administrative courts, so that the Council of State would have enough time to hear certain types of administrative disputes, in addition to its jurisdiction as an adviser to the Government⁽⁸⁾.

(3) Al-Badawi, T., Principles of Administrative Law (Cairo, 1968) p. 63.

(4) Al-Helo, M., Administrative Law Cairo: 1999, pp: 39-42.

(5) Ibid.

(6) Brown, N and Bell, J, French Administrative Law, op. cit., no 1, p. 48.

(7) This tribunal has functioned consistently since 1872 and is composed of three members from the Court of Cassation and three from the Council of State, together with two others and two alternates selected by the original six members. The minister of justice, also a member, presides..

(8) Brown, N and Bell, J, French Administrative Law, op. cit., no 1, p. 52.

(2) Litigations in front of French Administrative Courts

Litigations before the administrative courts in France are divided into the following categories⁽⁹⁾:

- (a) Application for annulment: This type of application includes not only an application for annulment of an administrative act or decision, but also an application for review of the decisions of inferior administrative courts or tribunals given in an administrative context.
- (b) Application to the "full jurisdiction" of the Court: Such an application is brought by an applicant whose rights are violated by the administrative act in question and besides asking the court to annul the defected administrative act he may claim other relief, such as damages, the recognition of a right in the applicant, or the prevention of an excess of power.
- (c) Application for interpretation: In examining the legality of administrative decisions the administrative court will of necessity interpret legal provisions bearing upon the issues in the case before it. A civil court before which the meaning of an act or decision has arisen incidentally in the course of a civil suit may also give an interpretation as to the meaning of the act or decision in question. It is also possible for an interested party to institute proceedings directly for interpretation of an administrative decision in the sense of explaining its legal meaning or implications.

(3) Grounds for Judicial Review in French Law

It has been established in French law that judicial review of an administrative act is possible on the grounds of defects of jurisdiction, form, cause, contents (subject matter) and motive⁽¹⁰⁾.

Incompetence

(9) For more details in this regard see in English Schwartz, B., French Administrative Law and The Common -Law World, op. cit., pp. 109-131, and see in Arabic Al-Helo, M., Administrative Jurisprudenc,e Cairo: 1999, pp: 285-289, Al-Khalayleh, M., . Administrative Law, Dar Ithraa, Amman: 2010, pp: 32-35.

(10) For more details in this regard see in English Brown, N and Bell, J, French Administrative Law, op. cit., no 1, pp. 239-250, and see in Arabic Al-Helo, M., Administrative Jurisprudence op. cit , pp: 379-463.

Incompetence denotes a lack of authority of the administrative organ to take the decision which it has in fact taken. Incompetence may arise because of the territorial area of jurisdiction of the administrative authority concerned. The exercise of jurisdiction may also be limited by law to a certain period of time, so an administrative body may only exercise its power within the limit of such a period, otherwise its decisions would be declared as to be invalid.

Vice de form

This ground of review concerns a breach of procedural or formal requirement. A failure to observe a substantial procedural formality will be enough to lead to avoidance of subsequent proceedings. Irregularities which are of a substantial nature can affect the validity of an administrative process but less serious, immaterial irregularities do not affect such validity. In reaching an administrative decision the administration, though not obliged by law, may prefer to follow a certain procedure. In such a case, it is not necessary that the administration should follow the same procedure in the revocation of the decision. One of the procedural requirements is that an administration has to carry out certain consultations and seek the opinion of certain bodies. The law may further lay down that the opinion received shall be binding on the administration, so a decision that is incompatible with the issues put forward in the process of consultation will be annulled.

Misuse of power

This ground of judicial review denotes the use of power or discretion for a purpose other than that for which the power was given. When there is an allegation of a misuse of power the court would examine the motives of the administration to find out whether it has acted for motives other than in the public interest. A deciding authority may act for a personal purpose for example.

Violation Of law

In this context the word "law" is understood not simply in its usual meaning of written law, but may be a rule of the constitution, a statute passed by the legislature or ministerial regulation. Non-compliance with a judicial decision is also to be considered as a violation of law.

(B)

Aspects of the "Traditional" Approach to Examine the Reasons of Administrative Decisions

Traditionally the French administrative law has set out with a distinction between questions of legality and questions of merits. The judicial control operates on the former only to check that the power has been exercised within the limits set by the law, but not to enter into the appropriateness of the exercise of a power. It is recognized then that this approach would provide too rigid framework for the effective judicial control over discretionary powers, and therefore the boundaries between the two categories have been re-drawn so that the new grounds of control over discretionary power better ensure that judicially-defined standards of "good administration" are adhered to⁽¹¹⁾.

It is not the purpose of this study to examine all developments in this area over recent years. Instead, a focus will be made on the judicial review of reasons given for decisions. The basic grounds for the control of reasons given for administrative decisions were established in the years just before the First World War. The long-established areas for the control of reasons offered for decisions were two: error of law and material error of fact⁽¹²⁾. The former empowered the Conseil to quash decision where the decision-maker had made an error of law about the scope of the applied powers. Thus, in Abbe Olivier case, powers were granted to forbid all processions relating to religion, but funeral processions were specially regulated. An attempt by a mayor to ban funeral processions by clergy dressed in vestments on the ground that this might upset people's religious sensibilities was held to be unlawful. The power was limited to cases of serious public disorder⁽¹³⁾.

This notion of error of law was extended to the categorization of facts⁽¹⁴⁾. So where a Prefect had power to refuse planning permission if a development affected a "vista of monumental quality," when the facts

(11) Shatnawi, A., *Administrative Jurisdiction*, (Amman: Dar Al-thaqafah, 2004), 894.

(12) John Bell, the expansion of judicial review over discretionary powers in France, PL, 1986, p. 102.

(13) Ibid.

(14) L. Neville Brown and J. Garner, *French Administrative law*, (3rd ed., 1983) pp. 143-148.

alleged in the dossier about a development in the Place Beauvais in Paris did not come within the proper interpretation of that category, the refusal of planning permission was quashed. The legal conditions for exercising power did not exist⁽¹⁵⁾.

Given the last decision, it was an easy step to decide that the Conseil should verify that the material facts on which the decision was based did in fact exist. Thus, the dismissal of a mayor for causing the cemetery to be locked when a rival came to be buried was quashed where it was shown that these allegations had no foundation and that other allegations were irrelevant to his performance of the job of mayor⁽¹⁶⁾.

A distinguish is drawn between the intensity of review appropriate to different areas. In all areas, the law must be properly interpreted and the facts must be materially exact. However, it is in the area of the application of legal categories to the facts where the difference in intensity is felt. That is to say, the courts will certainly look to see if the power is being applied to a circumstance to which in law it should not be applied, and to see if the grounds for the decision are accurate.

The intensity of examination depends on the nature of the discretion given to the administration and the subject matter of the case. Taking into account the way in which discretion is approached, the judicial control over the reasons on which a decision is established are classified by Auby and Drago to main three categories as itt follows⁽¹⁷⁾:

(1) Minimum Control

The court checks here merely that there has been no error of law and that the facts are materially correct. This level of control does not involve any concern with the question of whether a legal category had been properly applied to the facts. Thus, if an administrative body is bound to issue a hunting licence to any one who satisfies certain conditions required by law, it must then issue the licence to a person who meets these conditions and it has no power to refuse the application on the ground,

(15) C.E. 19-2-1909.

(16) C.E. 14-11-1916 .

(17) See Auby and Drago, *Traite de contentieux administratif*, Volume, 11, 2nd Ed., Paris 1977, p. 1176. John Bell, the expansion of judicial review over discretionary powers in France, *op. cit.*, p. 104-105, Brown, N and Bell, J, *French Administrative Law*, *op. cit.*, p. 253-261.

for example, that he or she is a bad shot. The main areas in which this approach was adopted are the following:

General Public Order Measures.

The Conseil was reluctant to become involved in challenging administrative discretion on public order. This covered areas such as immigration, the grant of passports, the permission for foreign journals to enter the country, etc.

Technical Standards.

The legal conditions for the exercise of power may involve the determination of some technical issue, on which the administrative judges have no expertise, and therefore they used to refuse checking whether these conditions have been properly applied or not.

Internal Discipline of the Civil Service.

To prevent a conflict with often political judgments about the appropriate kinds of people in the service, a very limited kind of review has been operated in this area. This approach was reinforced by the purges of office-holders at the Liberation and again in the early 1950s when the victims were Communist sympathizers.

Where Legal Conditions for Exercise of Power are not Determined by the Law.

The legislature may provide a few indications for exercising power and leave it up to the administration to complete the list. Given the obvious preference of the legislator that the administration should determine the appropriate circumstances, the administrative judges have been reluctant to restrict the liberty thus granted. This can be clearly noted in the area of powers over the economy, where the wide discretion and the political sensitivity of the issue made strong control inappropriate. It is also the case in the area of expropriations of property, which were exercised after the Second World War not merely for reconstruction and the building of new towns but also to restructure agricultural lands.

(2) Normal Control

In cases where the conditions for exercising power are fairly specific the judges have long been willing to look carefully to see whether the

facts justifying the decision are sufficient to fit within the legal category. This obviously leaves a margin for judgment, for all that has to appear from the dossier is that there are facts of the kind which would justify the decision in law. As it appears from the case law the Conseil is prepared to say it just does not think that the case has been made out. To the extent that the criterion adopted is general and involves judgment, the idea that the law has laid down the standard in advance is more a matter of degree rather than a clear-cut difference from the powers subjected to minimum control.

(3) Maximum Control

In this level of control, to be further discussed in section three, the court would check not merely whether the requisite legal conditions for the exercise of the power are met, but also whether the measures adopted are appropriate. This occurs in cases of exceptional public order measures where the freedom of the individual is at stake. The leading case in this area is Benjamin, where a notorious right-wing speaker was banned from addressing a public meeting organized by a literary society on a literary theme on the ground that certain left-wing groups had threatened public disorder if he spoke. The Conseil held that the grounds for banning the meeting were insufficient in that it had not been shown that exceptionally serious threats of public disorder were posed and that the only way of dealing with the situation was to ban the meeting. The latter motif relied on by the Conseil introduces clearly the control of "disproportionality" of the administrative action in this area, but this fact was not clearly mentioned in the decision above. From this judgement, it may be inferred that the judge does leave some margin for discretion, but is exceedingly scrupulous about the way in which the facts fit a broad discretionary standard⁽¹⁸⁾.

The appropriate level of intensity of review seems to be a function of the nature of the subject-matter and the degree to which the legislator has determined in advance the conditions under which the power becomes exercisable. The judge seems to be balancing the need for administrative

(18) See M.Long, et Autres, , Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Dalloz, 12e Édition, Paris, 1999, P.298 .

flexibility, the political sensitivity of the case in question, and the competence of the court against the interference with the liberties of the citizen. Where fundamental liberties are at stake, then even the most general and discretionary power seems to come in to scrutiny. In recent years, administrative judges are more eager to review the way in which legal standards are applied in areas traditionally subject to minimum control, and this had led to some blurring of the distinction between the various levels of judicial review, but there has not emerged a uniform standard for all areas⁽¹⁹⁾.

Section Two

The Principle of Proportionality

This section will respectively examine the following issues: the meaning and implications of proportionality, justification of the proportionality test, fields of the test, and the need to adopt the test of proportionality in Jordanian law as it is applied in French law.

(A)

Meaning and Implications of Proportionality

In cases where the legislature prescribes the condition for exercising power in a very general way and leaving much to be settled by the administration itself, then the courts are in a difficulty as to the kind of control which they can exercise without appearing to exceed on the legitimate area of discretion of the administration. The answer was expressed by Braibant (a Commissaire du Gouvernement) stating that "even when they have power to do what they want, administrative authorities cannot be authorized to do absolutely anything at all."⁽²⁰⁾ The readiness of the Conseil d'Etat to extend its control over administrative decisions in this area is well illustrated by the development of the doctrine of 'manifest' error and the test of proportionality.

Although its roots go back into earlier case-law⁽²¹⁾, the doctrine of manifest error, as well as the test of proportionality, is a development of

(19) Brown, N and Bell, J, French Administrative Law, op. cit., p. 260.

(20) C.E. 13.11.1970.

(21) see for example DENIZET, CE 13 November 1953.

likely the last five decades. In the 1960s the Conseil d'Etat felt the need to intervene in what had hitherto been accepted as undoubtedly the domain of appropriateness for the administration, such as to render this aspect of the decision not open to judicial review: It was felt that the principle that appropriateness was for the administrator and not the judge needed a safety valve to enable justice to be done in extreme cases. That is, although making no mistake in its finding of facts, the Conseil was prepared to quash the decision of the administration if it committed a 'manifest' error in the assessment of those facts. To put it in another way, the decision maker has the right to err, to decide wrongly, but not to make a manifestly wrong decision⁽²²⁾.

Error manifest in this sense is an error committed in the course of an evaluation and it is therefore a part of an intellectual process. The introduction of the concept was intended to extend judicial review beyond an error of law and to the realm of fact. It is very important, therefore, since it allows an extension of judicial review into areas -such as the use of police powers to regulate immigration or censorship- where the courts had exercised only minimum control. The doctrine has now been applied to all the areas of minimum control, thus strengthening it overall. It has been held applicable to general public order measures, internal management and even discipline of the civil service. It has also been applied to technical questions, such as the evaluation of the quality of land in rural reorganization.

The area of economic interventionism - in which the discretion left with the administration is very wide - has also been subjected to such an examination⁽²³⁾. The Maison Genestal is an illustrative example. In the early 1960s French law imposed tax on real property transactions for value, and there was an exemption for property acquired in the course of certain specified operations, including the regrouping of commercial undertakings. To obtain the exemption it was necessary to have the prior assent of the relevant Minister and the Secretary of State for Finance,

(22) Jaber, M., "the Role of the State Council to Review the Manifest Error in evaluating the merits", State Cases Body Journal, Cairo, 1993, p. 69.

(23) John Bell, the expansion of judicial review over discretionary powers in France, op. cit., p. 109. see also: Wong, G., "Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality", [2000] PL.

who were themselves bound to consult an administrative body. Maison Genestal were a firm of customs forwarding agents who operated in a number of ports including Le Havre. They were interested in buying an old rice mill in which they proposed to regroup their existing activities. Their application was turned down. The minister of Construction, who had received an unfavorable report by the Conseil de Direction, felt unable to support the application and his view was supported by the Finance Minister, who in communicating his decision to the Maison Genestal, said only that the proposed operation "did not appear to him, in the public interest, to have sufficient economic advantage to justify his agreement the consequences of which would be a substantial reduction in tax.". When the matter came before the Conseil d'Etat which observed that the reasons given by the Minister were formulated in terms too general to allow the court to judge whether the decision under attack was vitiated by a mistake of fact, an error of law, or a manifest error and were accordingly insufficient. Thus, the court was entitled to look at the assessment by the Minister of a concept as indefinitely expressed as "general economic interest", not to substitute its view of this concept but to see whether there was anything inherently wrong in the reasoning adopted by the Minister. Nonetheless, the decision will be examined not only for an error in law but for a manifest error as well⁽²⁴⁾.

It is worth mentioning in this regard that the error committed by the deciding authority in the course of its evaluation must be so obvious and self-evident one, as the name of the doctrine indicates⁽²⁵⁾. That is, an administrative judge would abstain from sanctioning administrative errors which do not appear as self-evident from the dossier of the case. This approach can be understood as that the application of doctrine aims to safeguard the principle of discretionary power but to exclude its most shocking aspects. To put it in another way, the discretionary power of the administration remains intact as long as it is used in a reasonable manner⁽²⁶⁾.

(24) CE 21 June, 1968, Rec. 62 .

(25) Thierry Cathala, Le contrle de la lÕgalitÕ administrative par les tribunaux judiciaire L.G.D.J, Paris, 1966, P.101 .

(26) Brown, N and Bell, J, French Administrative Law, op. cit., p. 263.

The doctrine of manifest error may be linked with the concept of proportionality or "disproportionality", which involves some idea of balance between competing interests or objects and embodies some sense of an appropriate relationship between means and aims⁽²⁷⁾. It originated in Germany⁽²⁸⁾ and has then been adopted in many other legal systems, including French law from which the principle was exported to Jordan. Guy Braibant, the originator of the principle in French law, explained proportionality in a simple way, saying that one ought not to shoot a swallow with a cannon or to crush a fly with a sledgehammer⁽²⁹⁾.

Proportionality may appear in the balancing test, the necessity test and the suitability test. The first formulation requires a balance between the ends sought and the means used. The second one is concerning the case where an objective can be achieved by more than one means, so the least restrictive one should be used. Administrative bodies are required, according to the suitability test, the third formulation, to employ means which are appropriate to the accomplishment of a given law⁽³⁰⁾.

(B)

Justifications of Proportionality Test

It is argued that the examination of proportionality of administrative decisions may be considered as an interference in the exercise of discretionary powers of the administration. This kind of control may lead to substitute the evaluations of administrative judges for those of the executive. The test of proportionality has however been justified on several grounds⁽³¹⁾.

(27) See in English Craig, P. *Administrative Law* (Sweet & Maxwell, 4 rd Ed. 1999), p. 591, Thomas, P., "The Reformation of English Administrative Law", LSE Law, Society and Economy Working Paper, 2007, London School of Economic and Political Science- Law Department, p.3. See in Arabic Al Tabtabai, A., "Judicial Control of Proportionality Between Disciplinary Penalties and Offences Committed by Civil Servants" [1982] Kuwait, The University of Kuwait, Law Journal, p. 77.

(28) Lord Hoffmann, 'The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law', *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Ellis ed., 1999) 85, p. 107.

(29) Jowell and Lester, "Proportionality: Neither novel nor dangerous", *New directions in Judicial Review* (Jowell and Oliver ed., 1988), p. 54.

(30) John Bell, the expansion of judicial review over discretionary powers in France, *op. cit.*, p. 113.

(31) See in English Brown, N and Bell, J, *French Administrative Law*, *op. cit.*, p. 263-267, Iddo, P., "Proportionality and the culture of Justification", *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 13. See in Arabic Jaber, M., "the Judicial Developments concerning the review of Proportionality between Offence and Penalty" , *State Cases Body Journal*, Cairo, 1991, p. 72.

First, in deciding that an administrative action is disproportionate the administrative courts do not suggest any other measure to be adopted by the deciding authority instead of the one that held to be disproportionate. Instead, the matter is always sent back to the deciding authority itself to select an appropriate measure.

Second, the test of proportionality can be classified in some cases under the head of error of law as that a disproportionate administrative decision would violate a new general principle of law, that is, the principle of proportionality. It can be classified in some other cases under the head of error of facts. It may happen that facts are given an incorrect weight (over or under estimated), such as the case where the administration regards a mistake in the construction of a building as very dangerous for the safety of the public while in reality the mistake is trivial. Here proportionality serves as an instrument of ensuring that the administration gathers and evaluates correctly the facts on which an administrative decision is based.

Third, only a manifest, flagrant disproportionality between means and aims will result in a judicial intervention. It can, therefore, be concluded that when there is just a lack of reasonable proportion between means and aims judge will not intervene.

Fourth, the test of proportionality is justified as on the ground that it would protect the rights and freedoms of people, which is the main aim of the French Constitution. This can be illustrated by contrasting two decisions of the Conseil d'Etat one of them in 1964⁽³²⁾ and the other in 1974⁽³³⁾. The facts of both cases are almost identical: An administrative declaration of utilite publique for the expropriation of private property for the construction of an airport of about 1000 inhabitants. In 1964, the abstract notion of utilite publique led the Conseil to find for the legality of the project, whereas in 1974 the application of proportionality test led the same court to quash the project. The test of proportionality also safeguards all the potential interests of those citizens whose conditions of life may be affected by an expropriation. Before the incorporation of proportionality into French public law, it was enough for the

(32) CE 23 May 1964

(33) CE 26 October 1974

administration simply to submit that the contemplated expropriation would serve a purpose which could be classified as being of utilite publique. Thus it is quite clear that the introduction of the concept of proportionality has restored the traditional role of the judge as a guardian of legality and patron of civil liberties.

(C)

Fields of Proportionality Test

The test of proportionality has been applied in many areas in French law, which is a lesson that the Jordanian law may learn from this study. The most notable area of proportionality has been in the area where civil servants are disciplined. Traditionally, judicial control was confined to examine the correctness of the facts alleged against a plaintiff civil servant and whether they falling within the category of disciplinary offences. The administrative court did not examine whether the penalty fitted the crime as that this was the job of the administration itself.

This approach has changed and it became within the power of the administrative court to examine the extent to which the imposed penalty is appropriate to the offence committed by a civil servant. In other words, the decision to impose a disciplinary action can be analyzed into two successive stages, and each stage constituting a decision per se. The first is the decision to penalize a mistaken civil servant, whereas the second is the decision on the choice of the appropriate sanction. The second stage concerns the balance between the fault and the penalty to be imposed under the circumstances⁽³⁴⁾. The following are two illustrative examples.

In VINOLAY case the director of a local agricultural committee sought proceedings against the administrative decision to dismiss him for his delay in replying to an inquiry from the Ministry of Finance. The Conseil was of the view that the delay was an illegal practice, but quashed the decision to dismiss on the ground that the penalty was disproportionate⁽³⁵⁾. In BERNETTE case the Conseil came to the same conclusion. Here, the fault alleged against Bernette was considered not sufficiently

(34) Al-Helo, M., Administrative Jurisprudence op. cit., pp: 454-456.

(35) CE 26 July 1978

grave to justify the decision of the Minister of Agriculture to dismiss him from office, and therefore was held to an illegal administrative decision⁽³⁶⁾.

The test of proportionality has also been applied in the area of fundamental rights to safeguard liberties and control municipal police powers. There has to be a reasonable proportion between the means employed by the administration and its desired ends. French administrative courts examine not only whether certain decision is necessary but in accordance with the public interest as well. Liberties should not be restricted more than is absolutely necessary for the protection of public interest. This was the case when the Conseil d' Etat held that a mayor, by forbidding the holding of a lecture, had gone further in interfering with the right of assembly, than required by the need to maintain law and order; the court concluded that the risk of disturbances was not so acute so that it could not be averted by less drastic measures⁽³⁷⁾.

The test of proportionality has also been applied in regards with emergency situations. French law allows derogations from the ordinary laws in cases of exceptional circumstances but only if these derogations are indispensable to deal with the situation. The Conseil d' Etat, therefore, in the famous "Affaire Canal" quashed a death penalty imposed by a military court, since the derogation from common standards of judicial procedure was not indispensable to achieve the independence of Algeria⁽³⁸⁾.

Proportionality has also been applied to cases involving questions of urban planning and land development. The judge examines here whether the encroachments on private property, financial implications and social inconvenience resulting from an administrative measure or project are excessive or not with regard to the public interest. This view was so obvious in *VILLE NOUVELLE EST DE LILLE* case⁽³⁹⁾. The facts of the case were as follows. New faculties of law and arts for the University of Lille were to be built on the outskirts of that city. As experience had

(36) CE 5 May 1976.

(37) CE 19 May 1933.

(38) CE 19 October 1962.

(39) CE 28 May 1971

shown the undesirability of segregating students from the rest of the population, it was proposed to build a whole new town adjoining the faculties in order to form a single residential and academic complex. To acquire the extensive site (involving the demolition of some hundred houses), the usual procedures of compulsory purchase were set in train. The consequent public inquiry provoked a storm of protest led by a 'Defence Association' of threatened property owners and residents. The Association challenged the subsequent declaration of the minister that the acquisition was in the public interest.

This challenge was upheld by the Tribunal Administratif of Lille on account of certain procedural irregularities, and the declaration was quashed. The minister appealed to the Conseil d'Etat, which found that there had been no irregularity in the procedure leading to the declaration. The Conseil extended its previous case-law so as to examine whether the minister's decision was warranted by the evidence before him, holding that "an operation cannot be legally declared d'utilite publique unless the inference with private property, the financial cost, and, where it arises, the attendant inconvenience to the public is not excessive having regard to the benefits of the operation".

(D)

The Need to Adopt the Test of Proportionality in Jordanian Law

According to the 1952 Constitution and its latest amendments in 2011 the courts in Jordan are three types: the Regular courts, the Religious Courts and the Special Courts⁽⁴⁰⁾. Section 100 of the Constitution provides for the establishment of the "High Court of Justice", which has the power to review the legality of actions and decisions made by administrative bodies and agencies according to the High Court of Justice Act 1992 .

The 1992 Act provides - in Section 10 - that proceedings against administrative actions must be based on one of the following grounds of review: incompetence, statutory infringement, failing to observe

(40) See Al- Kaswani, S., Principles of Constitutional law with a particular analysis of Jordanian Constitutional System, (Amman, Al-Kaswani Press, 1983) Section 4; Al - Gazwi, M., The Political and Constitutional System in the Hashmiate Kingdom of Jordan, (Amman, Dar Al-Thaqafah, 1996) pp. 65-69.

procedural requirements, and misuse of power. The High Court of Justice may examine under the "misuse of power" grounds of judicial review whether a 'manifest error' has been committed in appreciating the relevant facts⁽⁴¹⁾.

Although the principle of proportionality is adopted in Jordanian law in general, the case law of the High Court of Justice shows that it is still operating within a very narrow area in comparison with the French administrative law.

The main field in which the principle of proportionality is applied is basically concerning cases where civil servants, students and members associations are disciplined. In many occasions the High Court of Justice was of the view that there must be a balance between penalties imposed and offences committed. Case (201\2004) is an illustrative example. In this case the Council of the Jordanian Bar Association decided to prevent a lawyer from practicing his profession for three years as a penalty for his offence. According to the facts of the case the applicant (the lawyer) was found guilty on the ground that he deceived his client by asking him to sign some papers one of them includes assignment of a case still hearing before the judiciary.

When the case came before the High Court of Justice it was argued on behalf of the applicant that the Council of the Jordanian Bar Association had 'exaggerated' in preventing the applicant from practicing his profession for three years. It was submitted that this behaviour is punishable, but the penalty was manifestly disproportionate. The High Court concluded that the decision under attack was illegal as that there was no balance between the offence committed and the penalty imposed on the applicant⁽⁴²⁾.

Comparatively speaking, the Jordanian law adopts, to a large extent, the "traditional" approach in examining the reasons given for administrative decisions, but it is still hesitate to adopt the "new" trend in this regard. The High Court of Justice may examine whether a

(41) See Al- Gwairey, A., *Administrative Jurisdiction in Jordan*, (Amman: Dar Al-thaqafah, 1989), 427; Kan'an, N., *Administrative Jurisdiction in Jordan*, (Amman: Dar Al-alafaq, 2012, p. 307.

(42) For a similar position see Case 85\79 LAJ , 28, 608, Case 511\98 L.A.J, 48, 114, Case 329\96 L.A.J, 45, 4330.

discretionary decision was based on existing and sound factual basis, but the examination of whether a deciding authority had committed a 'manifest error' in appreciating the relevant facts or came to a disproportionate conclusion still operates in a very limited area concerning basically, as stated above, cases where civil servants are disciplined.

The discussion shows that the test of proportionality has been applied in many areas in French law, which is a lesson that the Jordanian law may learn from this study. The test of proportionality has been applied in the area where civil servants are disciplined. It is also adopted in the area of fundamental rights to safeguard liberties and freedoms of people. According to the French case law, there has to be a reasonable proportion between the means employed by the administration to keep the public order and the necessity to protect and not infringe rights and freedoms of people.

The case law of the High Court in Jordan has no direct reference to the test of proportionality in the area concerning the rights and freedoms of people as it is the case in French law. An explicit reference to the test of proportionality is required in this area if the High Court of Justice would be a guardian for the rights and freedoms of Jordanians. It is not enough to talk about the rights and freedoms of people in national and international occasions. There must be a group of guarantees through which these rights and freedoms are protected in reality, notable among them the rule of the High Court of Justice in examining the legality of administrative actions concerning the rights and freedoms of people.

The test of proportionality is adopted in French law in other fields out of discipline and safeguarding the liberties and freedoms of people. As the discussion shows, it has been applied in emergency situations, and in cases involving questions of urban planning and land development. The study would argue for extending the areas in which the test of proportionality is applied in Jordanian law as it is the case in French law, which is the main lesson to be taken from the comparison of this study.

Conclusion

This study examines the test of proportionality in French administrative law. It contains two main sections, the first one examines the traditional French law approach in examining the reasons of administrative decisions, whereas the second considers deeply the test of proportionality and the need to adopt it in Jordanian administrative law. The study shows that although the High Court of Justice in Jordan may examine whether a decision was based on existing and sound factual basis, it still adopts the test of proportionality, the "high" level of examining the reasons of administrative decisions, in a very narrow area, mainly where civil servants are disproportionality disciplined. A useful lesson can be taken here from the French law where the test of proportionality is adopted in many other areas, including cases concerning the infringement of liberties and freedoms of people.

Bibliography

Books and thesis:

- Al-Badawi, T., Principles of Administrative Law (Cairo, 1968)
- Al - Gazwi, M., The Political and Constitutional System in the Hashmiate Kingdom of Jordan, (Amman, Dar Al-Thaqafah, 1996)
- Al- Gwairey, A., Administrative Jurisdiction in Jordan, (Amman: Dar Al-thaqafah, 1989)
- Al- Kaswani, S., Principles of Constitutional law with a particular analysis of Jordanian Constitutional System, (Amman, Al-Kaswani Press, 1983)
- Al-Khalayleh, M., . Administrative Law, (Dar Ithraa, Amman: 2010)
- Al-Helo, M., Administrative Law Cairo: 1999
- Al-Helo, M., Administrative Jurisprudenc,e Cairo: 1999
- Auby and Drago, Traite de contentieux administratif, Volume, 11, 2nd Ed., Paris 1977
- Brown, N and Bell, J, French Administrative Law, (Clarendon Press, 5th ed., 1998)
- Craig, P. Administrative Law (Sweet & Maxwell, 4 rd Ed. 1999)

- Jowell and Lester, "Proportionality: Neither novel nor dangerous", *New directions in Judicial Review* (Jowell and Oliver ed., 1988)
- Kan'an, N., *Administrative Jurisdiction in Jordan*, (Amman: Dar Alafaq, 2012)
- Neville Brown and J. Garner, *French Administrative law*, (3rd ed., 1983)
- Lord Hoffmann, 'The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law', *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Ellis ed., 1999)
- M.Long, et Autres, , *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Dalloz, 12e Édition, Paris, 1999.
- Schwartz, B., *French Administrative Law and The Common -Law World*, (New York University Press, 1954)
- Shatnawi, A., *Administrative Jurisdiction*, (Amman: Dar Al-thaqafah, 2004)

Articles:

- Al - Tabtabai, A., "Judicial Control of Proportionality Between Disciplinary Penalties and Offences Committed by Civil Servants" [1982] Kuwait, The University of Kuwait, Law Journal.
- Iddo, P., "Proportionality and the culture of Justification", *American Journal of Comparative Law*, 2010
- Jaber, M., "Judicial Developments concerning the review of Proportionality between Offence and Penalty" , *State Cases Body Journal*, Cairo, 1991.
- Jaber, M., "the Role of the State Council to Review the Manifest Error in evaluating the merits", *State Cases Body Journal*, Cairo, 1993
- John Bell, "The expansion of judicial review over discretionary powers in France", *PL*, 1986.
- Thomas, P., "The Reformation of English Administrative Law", *LSE Law, Society and Economy Working Paper*, 2007, London School of Economic and Political Science- Law Department.
- Thierry Cathala, *Le contrle de la l'ogalit' administrative par les tribunaux judiciaire* L.G.D.J, Paris, 1966.

- Wong, G., "Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality", [2000] PL.

Confirmation of Arbitral Awards in Emirati Civil Procedures Law Analytical Comparative Study with the Kuwaiti Law

**Dr. Bakr A. F. Al-Serhan
Head of Private Law Department
University of Sharjah
United Arab Emirates**

Abstract:

Parties to a dispute do refer to arbitration to have their disputes resolved. This is due to the fact that arbitration achieves more than one advantage to the parties such as speediness and confidentiality. Arbitrators, who are ordinary people as a general rule, deliver a judgment on the case. This judgment (the arbitral award) has no value if not respected and enforced. Both the Emirati and the Kuwaiti laws state that the arbitrators' delivered judgment (the award) is not eligible for enforcement unless confirmed by a court of law. This article analyses, examines and assesses the requirements and steps that must be met and followed in order to confirm the arbitrators' delivered award, both in the Emirati and the Kuwaiti laws. However, the article adopts more than one recommendation concerning the matters it addresses.

Key Words: Arbitral Awards; Confirmation; Emirati law; Kuwaiti Law; Civil Procedures Law; Comparative Study.

1. Introduction

It is established that arbitration- which is referred to as an alternative dispute resolution process- achieves many advantages that made it one of the most important dispute resolution means. Furthermore, arbitration, in more than one case, comes first and is preferred to courts of law⁽¹⁾. This is due to the fact that arbitration is, as a general rule, discretionary (contractual) in more than one aspect. In one way, it enables the parties to agree on and appoint the arbitrators. Parties, in arbitration, may also designate and determine both procedural and substantive rules that are to be applied on their disputes. Furthermore, arbitration enables the parties to set and determine the time limits for the arbitrators. Arbitration, also, provides secrecy, confidentiality, and privacy to the parties. Accordingly, arbitration has become a well-known dispute resolution process, and countries all around the world adopted it and enacted laws regulating it. The Emirati and Kuwaiti laws are no exception. They, the Emirati and the Kuwaiti laws, regulated arbitration in their internal laws.

However, it is important to note that opponents do refer their disputes to arbitration in order to have them resolved and determined. Yet, as a general rule, an arbitrator-similar to a judge of a court of law-ends the process before him by issuing a decision on the case. This decision or judgment, which is referred to as the 'arbitral award', is a mere piece of paper if not further steps are taken. In other words, this decision, the arbitral award, has no value if not respected and enforced

(1) For more on the advantages of arbitration see Altehaiwee. Mahmoud,1999, Arbitration in Civil and Commercial matters and its Possibility in Administrative Contracts, (Alexandria/ Darul Matboa'at Aljame'iah: [The House of Universal Publications] p. 4, et. Seq. Also see Shafeeq, Muhsen, Without Year of Publication, International Commercial Arbitration, (Cairo: Darul Nahda, [House of Revival], p28, et. Seq. also see Alrefa'ae, Ashraf, 2003, Arbitration Agreement and the Practical and Legal issues in the Private International Relations, Darul Fikr Aljami'ee [[The House of Universal Thinking Publications] p.1, et. Seq.. Also see Sherwin, Peter, et al "The Decision to Arbitrate" at <http://www.proskauerguide.com/arbitration/19/> accessed 1st Oct 2014. Also see Mazirow, Arthur, "The Advantages and Disadvantages of Arbitration as Compared to Litigation" at http://www.cre.org/images/MY08/presentations/The_Advantages_And_Disadvantages_of_Arbitration_As_Compared_to_Litigation_2_Mazirow.pdf accessed 2 Dec. 2012. Also see

by the parties involved. Otherwise, an award will be of no effect, and, as a result, arbitration as a dispute resolution process will be valueless.

Therefore, the enforceability of the arbitral awards is organised internationally through conventions and treaties⁽²⁾, and internally by domestic laws. It is legally established that if a party does not respect the arbitral award voluntarily, he will be forced to do so. A compulsory enforcement action can be initiated against a party who denies the rights imposed by an arbitral award. Same thing applies to court of law reached decisions. Yet, the Emirati and the Kuwaiti laws differentiate between arbitration and court decisions in terms of enforceability. Courts of law judgments are enforceable *per se*. In other words, a judgment of a court of law needs not to be referred to any other party to make it eligible for enforcement. While, on the other hand, an arbitral award needs such referral. Arbitral awards need to be submitted to courts of law in order to be eligible for enforcement. Strictly speaking, an arbitral award, in order to be compulsorily executed and enforced, needs to be confirmed by a court of law. This is the general rule in both the Emirati and the Kuwaiti laws.

The followed methodology: As mentioned above, this article is mainly set to analyse and assess the regulation adopted by the Emirati law concerning the confirmation of domestic arbitral awards. However, the regulation adopted by the Kuwaiti law is of interest in this study, since a comparison is made between the two laws. Therefore, it is to be noted that the methodology followed in this article is the comparative analytical methodology. The study analyses and compares the two regulations to show the pros and cons of each regulation concerning the matter in question and whether they can benefit from each other.

Still, it is to be noted that this article is concerned with the private arbitration in the Kuwaiti law, which is solely made on the hands of arbitrators appointed by the parties' agreement or by the court where no such agreement is found. Accordingly this study excludes the judicially

(2) See for example the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

formed arbitration committee or what can be referred to as 'the judicial arbitration panel', which can be dealt with in a separate study⁽³⁾.

Once again, it is of importance to note that this study is concerned with the confirmation of domestic arbitral awards. Yet, as to when an arbitral award is considered domestic or non-domestic, the Emirati Civil Procedures Law states that a foreign (non-domestic) arbitral award is an award that is delivered outside the United Arab Emirates, and as a result, if an award is delivered within the country (i.e. in Emirate) it is considered domestic⁽⁴⁾. The Kuwaiti law adopts similar view in this regard⁽⁵⁾.

Finally, it is to be noted that this article is divided into two parts; the first one addresses the application made to have an award confirmed.

-
- (3) It is important to note that the Kuwaiti law acknowledges and regulates two types of arbitration, which are arbitration on the hands of judicial arbitration panel and private arbitration panel. In other words, the Kuwaiti law states that one or more arbitration panel must be established within the Court of Appeal to handle the disputes that are to be brought before arbitration. This arbitration panel is composed of 5 members, three of which are from the judiciary, and the other two are chosen by the disputants (one by each). This panel is presided over by one of the three judges (the highest in degree between them). Accordingly, this arbitration panel can be referred to as the judicial arbitration panel, since it is composed by the law, it is situated in the Court of Appeal, judges constitute the majority in its formation, and it is presided over by a judge. On the other hand, parties, in the Kuwaiti law, are eligible to agree not to submit their disputes to the judicial arbitration panel. The law makes it possible for the parties to agree to bring their disputes before arbitrators of their own choice (i.e. private arbitration panel). This is regulated in two laws in the Kuwaiti law, the Civil Procedures Law, and the Judicial Arbitration Law (the Law no11\year1995), which is (the latter law) concerned with the judicial arbitration panel. See articles 1 and 2 of the Kuwaiti Judicial Arbitration Law and article 177 of the Kuwaiti Civil Procedures Law. However, it is to be noted that the private arbitration panel in the Kuwaiti law is regulated by the Civil Procedures Law. While, the other law (i.e. the Judicial Arbitration Law) solely addresses the judicial arbitration panel.
- (4) Article 212 of the Emirati Civil Procedures Law states: "An arbitral award must be delivered in the United Arab Emirates, or otherwise the rules designated for the arbitral awards delivered in a foreign country will be applied to it". This is also supported in rule 236 of the same law. For more on when to consider an arbitral award domestic or non-domestic (international) see Abdel Hameed Al-Ahdab, *International Arbitration*, part 3, (Beirut: Nofal Institute, 1990), p. 1 et seq. Hafeiza Hadad, *Challenging the Arbitral Award Delivered on Private International Disputes by Nullification*, (Alexandria: Darul Fikr Aljami'ee [[The House of Universal Thinking Publications], without year of publication), p 41 et seq. Also see Khalid Hasan, *Nullification of Arbitral award*, (Cairo: Darul Nahda, [House of Revival]: 2010), p 89 et seq. Also see Nasser Ottoman, *Criteria of International Arbitration*, paper presented in the proceedings of the "International Arbitration conference", (United Arab Emirates University, 2008), published on <http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/naser%20osman.pdf>
- (5) See article 182 of the Kuwaiti Civil Procedures Law.

The court of competence is defined in this part. The second part identifies the choices a court has towards the confirmation issue. The finality of the court's decisions is also addressed in this part.

2. Arbitral Awards Confirmation Applications:

Confirmation of an arbitral award by a court of law is a process that starts with an application made to this effect. This application, in the Emirati law, can be- depending on the type of arbitration- made either by an arbitrator or by the parties, since there are two types of arbitration that are of concern in this regard, which are the via-court and the outside-court made arbitrations. In both types of arbitration, arbitrators deliver an award that needs to be confirmed. The Kuwaiti law adopts a different regulation in this regard. The two regulations can be addressed as follows.

2.1 Confirmation Application of 'Via-Court-Reached' Arbitral Awards in Emirati Law:

As mentioned above, the Emirati Civil Procedures Law differentiates between two types of arbitral awards; 'via court-reached' arbitral awards, and other arbitral awards (i.e. 'outside-court reached arbitral awards'). The 'via court-reached' arbitral award is referred to to mean the arbitral award that is reached through a court of law. In other words, the Emirati law recognises the fact that the parties to a dispute may submit their dispute to a court of law, and after so doing, they agree to refer their case to arbitration and the court approves such an agreement. In such a case, the arbitrator's delivered decision is referred to as an arbitral award reached via court of law, since the agreement on arbitration is concluded under the court's endorsement⁽⁶⁾.

In this type of arbitration, the Emirati law states that the process of confirmation starts from the arbitrators. In other words, the Emirati law

(6) See article 213/1 of the Emirati Civil Procedures Law. It is to be noted here that the Emirati courts decided, in more than one case, that the mere appointment of arbitrators by the court does not constitute an arbitration made through courts. See Dubai Cassation court decision no. 151/year 2007/Hearing no. 17 dated 17th Sep. 2007, Published on "Mohamoon" website at www.mohamoon-ju.net. It is to be noted that "Mohamoon" is a website that electronically contains Emirati, Kuwaiti and other Arab countries' courts decisions. From now on it will be referred to as "Mohamoon". Accessed 9th Aug. 2014.

states that in the via court arbitration, arbitrators- once they have a decision on the case- need to submit their reached decision (the arbitral award) to the court of competence in order to have it confirmed. However, it is pertinent to note that the law states that an arbitral award is considered complete and issued, not from the time it is announced or uttered by the arbitrators, but from the time it is signed by them (i.e. the arbitrators)⁽⁷⁾.

Furthermore, the Emirati law states that arbitrators must submit their reached judgment for confirmation within a certain time limit, which is fifteen days, starting from the date of the issuance of their decision⁽⁸⁾. Yet, the law does not impose any sanction if this time limit is not respected. Furthermore, the Emirati Federal Supreme Court decided that such time limit is just imposed to rush up and urge the submission of the award by the arbitrators, and that no nullification is applied if not adhered to by them⁽⁹⁾. However, it can be said that in all cases, if the

(7) See article 212/7 of the Emirati Civil Procedures Law. It is pertinent to note here that the law in this regulation contradicts the regulation adopted in the case of courts' judgment. In the latter case (in the court-delivered judgments), a decision is considered complete, effective and issued not from the time it is signed from the judges, but from the time it is announced and delivered to the parties. See article 127 of the Emirati Civil Procedures Law. However, such a regulation (considering that the arbitral award is issued from the time it is signed and not from the time it is delivered) is considered advantageous and beneficial for arbitration. This is due to the fact that the law states that an arbitrator is obliged to reach a decision on the case within a certain time limit. This time limit, if not agreed to the contrary by the parties, is six months starting from the first meeting held in the case. If no decision is reached by an arbitrator within the assigned time limits, the law states that a party is allowed to refer his case to courts of law to have it decided and settled. See article 210/1 of the Emirati Civil Procedures Law. As a result, deciding that an arbitral award is issued from the time it is signed, and not from the time it is delivered to the parties, means that the award is reached earlier in the case. In other words, an arbitrator, as a general rule, prepares his decision and signs it long before delivering it to the parties. Therefore, considering that an award is delivered and issued from the time it is signed increases the cases of having that award issued within the assigned time limits. Such a thing decreases the cases of awards nullification due to the excess of time limits by the arbitrators. What is more, the Emirati law- as will be seen later on- specifies no time limits on the parties to either confirm or nullify an arbitral award. Therefore, considering that an arbitral award is issued from the time it is signed and not from the time it is delivered to the parties causes no harm to them (to the parties). It is to be noted that the Kuwaiti law adopts a similar provision concerning the time an award is considered issued by the arbitrators. See article 183 of the Kuwaiti Civil Procedures Law.

(8) Article 213/1 of the Emirati Civil Procedures Law.

(9) See the Federal Supreme Court decision no. 22/ year 22 dated 3/3/2002, published on the website of the Ministry of Justice at <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx> Accessed 16th Sept. 2014.

court does not accept the decision if such a time limit is not respected by arbitrators, parties harmed of such violation can always ask for remedies under the general rules of civil liability⁽¹⁰⁾. Furthermore, arbitrators, according to the Emirati law, in this type of arbitration, are asked to submit their awards to the court of competence along with both the arbitration agreement document, the case file, which contains and shows the parties' pleadings, their adduced evidence, and the arbitration's held hearings⁽¹¹⁾.

It is also pertinent to note, that in this type of arbitration, an arbitrator has no obligation to deliver or hand the parties copies of his decision. He is, instead, obliged to hand the parties' copies to the court, and the latter (the court) afterwards hands them (the copies of the award) to the parties. Furthermore, the time limit for an arbitrator to submit the parties' copies of the decision (the award) to the court is five days starting from the day he deposits his judgment for confirmation⁽¹²⁾.

In brief, it can be said that an arbitrator- in via-court arbitration- is the one obliged to file the award to the court in order to have it confirmed. Accordingly, a related question can be posed to the effect that does the Emirati law exclude this type of arbitration from the general rule of civil litigation? This is to say that the general rule of civil litigation states that courts of law are not to issue any order or judgment unless an application is made before it to that effect by the beneficiary party⁽¹³⁾, either personally or through a qualified agent⁽¹⁴⁾. This is due to the fact that an arbitrator is

(10) See article 282 of the Emirati Civil Transactions Act. However, illustration of the general rules of civil liability goes beyond the scope of this article, which is concerned with the confirmation of the arbitral awards.

(11) See article 213/1 of the Emirati Civil Procedures Law.

(12) Ibid.

(13) The beneficiary is the party who has the right that needs the court's protection or endorsement. On this regard see Fathi Wali, *Alwaseet on Civil Adjudication Law*, (Cairo: Cairo Uni. Press and Universal Books Publishers: 2001/2002), p 45 et seq. Also see Nabeel Omar, *The Law of Civil Procedures*, (Beirut: Al-Halabee Legal Publications: 2008), p. 193 et seq.

(14) The Emirati law acknowledges that the agents eligible to represent a party before courts of law are lawyers as a general rule. However, it is also possible for a party to assign his spouse or any of his fourth degree next of kin relatives to act as agents representing him in courts. See articles 20 and 21 of the Emirati Federal Law regulating the lawyering profession no 23 of the Year 1991. Still, it is to be noted that only lawyers can represent a party before the Emirati Supreme Federal Court. See article 177 of the Emirati Civil Procedures Law.

not the beneficiary of the reached judgment, and, as a general rule, he must not have interest in the case he hears⁽¹⁵⁾. Furthermore, an arbitrator is not an agent representing the parties⁽¹⁶⁾. As a result, the question, then, is why the Emirati law states that an arbitrator is the one who puts and files the award for confirmation in this type of arbitration? It is also to be mentioned here that the arbitral award confirmation process, in this type of arbitration, commences and begins after the deposition of the award by the arbitrator. The Emirati law states that a court must- within fifteen days after receiving the arbitral award, from an arbitrator in this type of arbitration- hold a hearing for the purpose of confirming it⁽¹⁷⁾.

However, as an answer to the given question, it can be, logically, said that the Emirati law seems to adopt a certain presumption, in this type of arbitration. The presumption is that since the first step of referring to arbitration (i.e. the agreement on arbitration) was taken before the court, then the latter (the court) will be interested in monitoring and supervising the outcome of that arbitration (the award). Strictly speaking, parties in the first place- in this type of arbitration- bring their case before a court of law and decide afterwards to refer that case to arbitration. Therefore, the law presumes that the court stays attached to the case despite the fact that it was sent to arbitration. In other words, according to the fact that the case started before the court, the case even after referring it to arbitration, must end before it (i.e. the court). As a result, arbitrators are asked to finish their work by submitting the award to the court for confirmation.

Furthermore, as seen above in this type of arbitration, the party or the authority of responsibility to hand or provide the opponents with

(15) See Mustafa Al-Jamal, and Mohammed Okashah, *Arbitration in Internal and International Private Relations*, (Beirut: Al-Halabee Legal Publications: 1998), p. 607.

(16) This applies even if the arbitrator is appointed by the party. In other words, parties to a dispute, when referring their case to arbitration, may agree to appoint arbitrators in a certain way, allowing each one of them to appoint an arbitrator of his own and the two appointed arbitrators appoint a third one heading the arbitration panel. In this case, the arbitrators appointed by each party are in no way considered as agents of the parties appointing them. This was confirmed by the Emirati Courts. See the Federal Supreme Court decision no. 537/year 1999, Hearing dated 23rd of April 2000. Published on "Mohamoon". Accessed 9th Aug. 2014.

(17) See article 213/1 of the Emirati Civil Procedures Law.

copies of the award is not the arbitrators who decided the case, but the court itself, after receiving them (the copies) from the arbitrators⁽¹⁸⁾.

2.2 Confirmation Application of Outside-Court Reached Arbitral Awards in Emirati Law:

The other type of arbitral awards is the award reached in an arbitration concluded without courts' involvement. As a general rule, parties in this type of arbitration refer their disputes to arbitration from the outset (i.e. without having their case put before a court of law at the time of referring it to arbitration)⁽¹⁹⁾. Here, in this type of arbitration, an arbitrator has no obligation of any kind towards the court. In other words, an arbitrator- in this type of arbitration- is not obliged to hand copies of his reached decision to the court.

The Emirati law states that an arbitrator, in this type of arbitration, is only obliged to directly hand the parties with copies of his given decision (the award). As a result, confirming the arbitral award will be the responsibility of the parties themselves. Parties, as a result, need to apply to the court to achieve such an end. However, it is pertinent to note that, in this type of arbitration, an arbitrator needs to provide the parties with copies of his award within five days starting from the day of the issuance of the award⁽²⁰⁾.

(18) This can be supported with article 210 of the Emirati Civil Procedures Law, which refers to the time limit of the arbitration process. This article says that- if no agreement to the contrary is made- arbitrators must deliver their judgment within six months starting from the first meeting held in the case. Otherwise, if no decision is made by arbitrators within this time limit, parties may file a case before a court to resolve their dispute or ask the court to continue dealing with the case if that case was brought before it in the first place. In other words, article 210 of the Emirati Civil Procedures Law presumes that if parties refer to arbitration after bringing their case before a court of law and the arbitrator exceeds the time limits, a party can go back to the court to continue dealing with the case. This provision implies that a case put before a court of law, and which is after that referred to arbitration, stays before it (the court) in a standby situation until it is either decided by arbitrators or sent back to the court to continue dealing with it. This is supported by the Emirati courts. See Dubai Court of Cassation decision no. 167/year 2002, hearing dated 2nd of June 2002 on "Mohamoon". Accessed 9th Aug. 2014.

(19) It is also imaginable- in this type of arbitration- for the parties to withdraw their case from a court of law and refer it to arbitration without the court involvement in their agreement.

(20) See article 213/3 of the Emirati Civil Procedures Law. Still, the Emirati courts decided that the excess of time limits in handing the parties copies of an award, does not lead to the nullification of an arbitral award. See Dubai Court of Cassation decision no. 40/year 2004, hearing dated 26th of Sep. 2004 on "Mohamoon". Accessed 9th Aug. 2014. Also see the Federal Supreme Court decision no. 279/Year 18 dated 14th Dec. 1997, published on the website of the Ministry of Justice at <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx> Accessed 16th Sept. 2014.

As to how to confirm an outside-court-reached arbitral award, it can be said that a party seeking for such a confirmation- in this type of arbitration- needs to file an application to this effect to the court of competence. Such an application can be originally made to the court. This is seen when the party initiates proceedings, by filing a lawsuit asking the court for nothing but to have the award confirmed. However, a party, on the other hand, may apply to achieve such an end (have the award confirmed by the court) as a plea, a counterclaim, adduced in an existing case.

This is supported by both the general rules of litigation, which allows it⁽²¹⁾, and the decisions of the Emirati courts, which acknowledged such a thing. The Court of Cassation of Dubai, for example, dealt with a case concerning the nullification of an arbitral award. In that case, a party contended that an opponent can only ask for the nullification of an arbitral award when the other party applies for its confirmation. The party supported his argument with article 216/1 of the Civil Procedures Law, which states that "Opponents may seek for the nullification of arbitral awards when they are brought before the court for confirmation..." The Court of Cassation of Dubai denied this argument and decided that

"...despite the fact that arbitral awards are unappealable according to any appellate means regulated within the Civil Procedures Law, a party still can ask for their nullification in any of the cases specified in article (216/1 a, b, and c) of the Civil Procedures Law. However, applications to nullify an award can be made as a counterclaim in the very case brought by an opponent to confirm that award... A party may also initiate or file an original lawsuit to have an arbitral award nullified- according to article 213/3 of the CPR- even if he does so long before the other party's application for the confirmation of the award. This is due to the fact that nothing in the law compels a party to wait until the other party applies for the confirmation of an award to ask for its nullification"⁽²²⁾.

(21) Counterclaims are regulated in article 99 of the Emirati Civil Procedures Law.

(22) The Court of Cassation of Dubai, decision no. 233/ Year 2007, hearing dated 13th Jan. 2008. On "Mohamoon". Accessed 9th Aug. 2014. Also see Federal Supreme Court decision no. 92/Year 25, dated 8th June 2003, published on the website of the Ministry of Justice at <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx>. Accessed 16th Sept. 2014. However, article 213/3 of the CPR states that "In the arbitration that is made by the parties outside courts of law, the arbitrators must hand copies of the award to each one of the parties within five days after the issuance of their award and the court decides whether to confirm or nullify it according to any of the parties application, which is to be brought in accordance with the proceedings regulating the filing of lawsuits".

As a result, if looked at, from the other angle, this judgment implies that if a party applies for the nullification of an arbitral award in an original lawsuit, the other party is allowed to ask the court, through a counterclaim, to confirm that award.

2.3 Time Limits for Applying to the Court in Emirati Law:

It is seen above that, in the 'via-court reached arbitral awards', the Emirati law stipulates that an arbitrator must submit an arbitral award to the court with no more than fifteen days starting from the date of its issuance. Still, it was seen that the courts decided that exceeding this time limit does not cause nullification. What is more, the law states that a court, in this type of arbitration, needs to hold a hearing within fifteen days after the submission of the award to see whether to confirm or not to confirm it. Nevertheless, it can also be said that exceeding this time limit by the court, the fifteen days, may not lead to nullification, since the law does not impose such a sanction⁽²³⁾.

On the other hand, in the other type of arbitration, the 'outside-court made arbitration', the Emirati law does not determine any time limits at all. In other words, a party, as a general rule, can apply for confirmation of an award at any time of his choice. In addition, the court- if an application for confirmation is made by a party- is not obliged to assign and hold a hearing within a certain time limit to deal with such an application.

Still, it is worth mentioning that a party may find himself obliged to apply for the confirmation of the arbitral award if the other party applies for the nullification of that award. In other words, it is seen above that the Emirati courts decided that it is possible for a party to initiate proceedings before a court of law asking for the nullification of an award, even if there was no application made to confirm that award. In such a case, a party

(23) Although it may lead to responsibility under article 71 of the Emirati Civil Procedures Law, which states that a court of law, if not convinced with the excuses, can impose a fine ranging between 500 and 3000 Emirati Dirham [equals 136-800 US Dollars] on any party or court employee if they fail to deposit to the court any document or fail to perform any procedure needed in the case. Alternatively, this rule allows the court to hold and stop the proceedings for three months if the party in default is the claimant. Furthermore, a judge may be held responsible if found to have committed serious mistake or cheating. See article 197 of the Emirati Civil Procedures Law.

benefiting from the award needs to ask the court to confirm that award when the other party asks for its nullification. This is due to the fact that a court, when asked to nullify an award, has two choices; either to nullify or not to nullify it, and as a result have it confirmed. Therefore, a party needs to ask the court in that same case to confirm the award. As a result, it can be said that the time limits for confirmation of an award, in the latter case will be before the closure of the trial in the original case, which was initiated to have the award nullified⁽²⁴⁾.

2.4 The Court of Competence in the Emirati Law:

A relevant question can be posed to the effect that which court of law is competent to confirm an arbitral award in the Emirati law, and is there a certain court assigned in advance to confirm an arbitral award? As an answer, it can be said that the Emirati Civil Procedures Law does not assign or name, in advance, a specific court to deal with the matters concerned with arbitration including the confirmation of an award. Yet, it, the Emirati Law, refers all arbitration-related matters (including the confirmation of the award) to the court of competence to address the subject matter of the dispute. In other words, the court of competence to confirm an arbitral award, in Emirati law, is the very court which was deprived of jurisdiction in dealing with the case as a result of referring it to arbitration⁽²⁵⁾.

However, distinction should be made between the two previously mentioned types of arbitral awards (both the 'via-court' and the 'outside-court' reached arbitral awards). This is to say that if the arbitral award is an outside-court one, the court of competence to confirm it will be the court that was deprived of deciding the case as a result of referring it to arbitration. Yet, this does not literally apply to the 'via-court' reached arbitral awards. In the latter type of arbitration, the court of competence to confirm an award is the court that dealt with the case before referring it to arbitration. This court, as a general rule, should be the court which was originally competent to decide the case. However, this does not always apply.

(24) See article 100/1 of the Emirati Civil Procedures Law.

(25) See articles 213/1&2, 204/1 and 207/3 of the Emirati Civil Procedures Law

Strictly speaking, it is imaginable for the parties to bring their case before a different court (i.e. a court other than the one that has jurisdiction). For example, parties may agree to bring their case before a court other than the court of competence⁽²⁶⁾. In this case, if the parties brought their dispute before a court other than the court that was originally competent to deal with it, and they (the parties) afterwards agree, before that court, to refer their dispute to arbitration, and the arbitrators reached a decision on that dispute, the confirmation of the reached decision is referred to this court rather than the one which was originally competent to address it. This is due to the fact that the former court is the court that dealt with the case before referring it to arbitration.

Still, another related question that needs to be addressed here can be given to the effect that is it possible to have an award confirmed by tribunals other than courts of law? As an answer to the latter question, it can be said that article 213/1 of the Emirati Civil Procedures Law refers to 'courts of law' as the authority concerned with confirming arbitral awards. Still, the Court of Cassation of Dubai interpreted article 213/1 of the Civil Procedures Law to the effect that the arbiter or the adjudicator of competence to confirm an arbitral award is the one who, originally, had the jurisdiction to deal with the case, whether this arbiter or adjudicator was a court of law or any other tribunal.

The case, where the court so decided, was about a landlord-tenant dispute. The Emirati Civil Procedures Law, in article 26, allows every Emirate in the state to refer such disputes (i.e. landlord-tenant disputes) to private committees formed by the concerned Emirate⁽²⁷⁾. The Emirate

(26) It is pertinent to note that there are two types of courts in the United Arab Emirates; local and federal courts. There are three Emiratis that have local courts, which are, Dubai, Abu Dhabi and Ra'sul Khaimah. While, on the other hand, the other Emiratis are part of the Federal Court System. Furthermore, the law adopts three types of jurisdiction-distribution-rules in the Emirati law; location, cost and type of case. The jurisdiction built upon location does not, as a general rule, relate to public policy. Therefore, parties can agree not to adhere to it. See article 31/5 of the Emirati Civil Procedures Law.

(27) Article 26 of the Emirati Civil Procedures Law states: "As an exemption of the ruling of the previous article, every Emirate has the right to establish committees that solely has the right to decide landlord-tenant disputes, and the concerned Emirate specifies the proceedings to be followed in order to enforce the decisions of these committees". However, the previous rule, article 25 of the same law, states: "The Federal courts are of competence to address all civil, commercial and administrative law disputes".

of Dubai, according to the above mentioned article (article 26), established a committee to settle landlord-tenant disputes within its jurisdiction. However, it happened that two parties, in a landlord-tenant dispute located in the Emirate of Dubai, agreed to refer their dispute to arbitration to have it settled. The arbitrators delivered a decision (an award) on the case, and as a result, the winning party needed to have the reached arbitral award confirmed in order to have it enforced. A dispute has risen as to who should be the arbiter of competence to confirm the award. An argument was given to the effect that only courts of law are eligible to have the award confirmed. Yet, the Emirate of Dubai Court of Cassation adopted a different view. It decided that

"... since article 213 of the Civil Procedures Law states that the court of competence to confirm an arbitral award is the court that was originally competent to address the case that was referred to arbitration, and since the dispute between the parties is a landlord-tenant one,... and since there is a certain committee assigned for settling this type of disputes, then this committee is solely the arbiter of competence... to confirm the arbitral awards concerned with this issue. As a result, the normal courts of law have no authority to confirm the arbitral awards related to landlord-tenant disputes"⁽²⁸⁾.

It is obvious from the given judgment that the arbiter of competence to confirm an arbitral award needs not to be a court of law. It can be any tribunal of competence to address the subject matter of the dispute. In other words, a court of law of jurisdiction to confirm an arbitral award is any tribunal, who was of competence to deal with the case that was decided through arbitration.

(28) Court of Cassation of Dubai decision no 193 year 2002. Hearing dated 23rd of June 2002. Published on "Mohamoon". Accessed 9th Aug. 2014. It is to be noted that article 213/1 of the Emirati Civil Procedures Law states: "In the arbitration made through a court of law, arbitrators must deposit to the court, which was originally of competence to decide the case, within fifteen days from its issuance, both their reached decision along with the arbitration agreement, the file of the case and the relevant documents. Arbitrators, within five days after depositing the original award, must also deposit a copy of that award to the court's administrative employees to have it delivered to each one of the parties, and a court's employee needs to write down such a deposition and must inform the concerned judge with it in order to hold a hearing within fifteen days to confirm that award. The parties must be notified with the latter hearing's date".

2.5 The Position in the Kuwaiti Law:

The Kuwaiti law, same as is the case in the Emirati law, acknowledges the fact that parties to a dispute may refer their case to arbitration either before or after bringing their case before courts of law⁽²⁹⁾. Yet, the Kuwaiti law does not place any specific effect on such a thing. In other words, unlike the Emirati law, the Kuwaiti law does not distinguish between via and outside court arbitration even if referral to arbitration was made after bringing the case before courts.

However, as to the court of competence, the Kuwaiti law adopted a similar regulation to the one adopted by the Emirati law. It, the Kuwaiti law, states that jurisdiction concerning the confirmation of an arbitral award is held to the court which was originally of competence to address the case⁽³⁰⁾. Yet, as to the time limits, the Kuwaiti law states that an award must be submitted and deposited to the court within ten days starting from the date of its issuance⁽³¹⁾. However, the law does not determine the party responsible for such deposition; is it the concerned party or the arbitrator?

As an answer, one can say that it is more likely that the arbitrator is the one responsible for such a thing due to the fact that the deposition must be made within ten days from the issuance of the award. Moreover, the Kuwaiti law, same as is the case in the Emirati law, considers the award issued from the time it is signed by the arbitrator, and the latter may sign his award long before handling it to the party. Therefore, it is more logical to consider the ten days time limit imposed on the arbitrators and not on the parties⁽³²⁾. Accordingly, parties seem not to be addressed by the ten days time limit.

However, depositing the award does in no way mean starting the process of its confirmation in the Kuwaiti law. To have an arbitral award confirmed in that law, the beneficiary party must file an application to this effect to the court⁽³³⁾. Furthermore, same as is the case in the Emirati

(29) See article 181 of the Kuwaiti Civil Procedures Law.

(30) See article 184 of the Kuwaiti Civil Procedures Law.

(31) Ibid.

(32) However, this is not a public policy rule, since parties may file and deposit the arbitral award to the court instead of the arbitrators.

(33) See article 185 of the Kuwaiti Civil Procedures Law.

law, the Kuwaiti law specifies no time limits for the party to apply for confirmation, although the party will have to wait until the extinction of the time assigned for appeal, if applicable, to have the award confirmed⁽³⁴⁾. Still, the Kuwaiti law adopts no time limits for the court to address and deal with the adduced confirmation application.

2.6 Assessment:

As an assessment to the above given regulations, more than one point can be raised, as follows:

Firstly, the Emirati law's distinction between via court and outside court arbitration needs to be revised and readdressed by the legislator. This is due to the fact that in the via court arbitration the agreement on arbitration is made before the court, the latter (the court) actually does not interfere with both the parties' agreement nor does the court interfere with the arbitrators' work. The court is as external from arbitration in this type of arbitration as it is in the other type of arbitration (the outside-court arbitration).

Accordingly, in the two types of arbitration, the arbitrator's role must end at the time of delivering his award, and a court in order to confirm an arbitral award should receive an application from the concerned party (the beneficiary).

Initiating the confirmation process without an application from the concerned party in the via-court reached arbitral awards in the existing regulation may lead to undesirable results. Mainly, in more than one case the party who is seen as the beneficiary from an arbitral award may not be satisfied with it or he may be unwilling, for any reason, to have it enforced. Therefore, initiating the confirmation process by a court by holding a hearing to have such an award confirmed will be meaningless and may be done against the parties wishes. Accordingly, it may be more logical to wait until an application is made by the interested party to initiate the arbitral award confirmation process before the court.

(34) Ibid. It will be seen later on that a party in certain cases can appeal against the arbitral award. It is to be noted that a party may find himself to apply for confirmation, in counterclaim, if an appeal or nullification lawsuit is brought against the award by the other party.

Secondly, from another angle, the Emirati law's regulation of the via-court made arbitrations requiring the court to hold a hearing within 15 days to confirm an award can be extended and adopted as a general rule in arbitration. In other words, assigning a certain time limit for the court to hold a hearing is advantageous and constitutes privilege, since it supports arbitration, which is referred to as a speedy dispute resolution process. Such a provision can be extended to the Kuwaiti law as well.

3. The Court's Authority towards the Application:

A court of law, when an application is made before it to confirm and ratify an award, has to check the award and order or issue a judgment either to, or not to, confirm it. This decision may be final. It may also be subjected to appeal. This can be seen as follows.

3.1 The Emirati Court's Choices towards the Filed Award:

Once an award is filed to the court, whether by an arbitrator or by the parties, in the two types of arbitration in the Emirati law, the question will be what authority a court has towards such an award? In other words, what a court has to do with the award, which may be found to be correct or incorrect? What do courts exactly do when assessing the confirmability of an award? Do they (the courts of law) re-assess the award in terms of correctness and accuracy?

As an answer to the above given questions, it can be said that the Emirati law states that a court, when asked to confirm an award, scrutinises and oversees it (the award), and confirms it whenever it finds that nothing prevents its enforcement⁽³⁵⁾. As to what may prevent an arbitral awards' enforcement and, accordingly, leads to its non-confirmability by a court, and as to what is exactly meant by courts' scrutiny of arbitral awards, it can be said that the Emirati courts have addressed this issue in more than one case. For example, the Emirati Federal Supreme Court decided that

"...according to article 215 of the Civil Procedures Law an arbitral award cannot be compulsorily enforced without confirmation of a court of law... and the judicial scrutiny of an award, when an application is made to have it confirmed according to the above mentioned article, is meant only to see

(35) Article 215/1 of the Emirati Civil Procedures Law.

the legality of the arbitrators' work. The court's role in this regard is no more than checking that nothing prevents the awards' enforcement. This is to say that a court, in order to confirm an award, checks whether or not that award fulfilled its formal conditions; whether or not it respected the parties' right to confrontation; whether or not it opposes another previously delivered judgments addressing both the same parties and same subject according to the same reasons; and to check whether or not the award is in conflict with public policy. A court's role does not extend to checking the subject matter of the conflict or assessing the correctness of the award..⁽³⁶⁾.

Then, it can be said that a court, when asked to confirm an award, examines it superficially and externally. A court does not re-assess the arbitrators' work⁽³⁷⁾.

(36) The Federal Supreme Court decision no 92/year 25, dated 8th of June 2003, Also see, to the same effect, the Federal Supreme Court decision no 165/ year no. 18, dated 30/11/1996. Both decisions published on the website of the Ministry of Justice at <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx>. Accessed 16th Sept. 2014.

(37) It is worth mentioning that there is another approaches found to be followed towards the award by a court, when asked to confirm it, which is the revision approach, where the court revises the award in terms of correctness and erroneous. While, the other approach is the one followed by the Emirati law. for more in those two approaches, see Nabeel Omar, "Arbitration on National and International Civil and Commercial Matters", 2nd ed. (Alexandria/Dar Aljameah for Publication [The House of Universal Publications]: 2004), p 218 et seq. Furthermore, a court is enabled to nullify an award if a party calls for its nullification as a general rule. However, study of setting aside and nullification of an award lies beyond the scope of this study. For more on the nullification of an award issue, see Hafeiza Hadad, Challenging the Arbitral Award Delivered on Private International Disputes by Nullification, (Alexandria: Darul Fikr Aljami'ee [[The House of Universal Thinking Publications], without year of publication), p 114 et seq. also see Khalid Hasan, Nullification of Arbitral Award, (Cairo: Darul Nahda, [House of Revival]: 2010), p 231 et seq. Mamdoh Al-Enizi, 2006, Nullification of International Arbitral Award (Beirut: Al-Halabee Legal Publications: 2008), p.93 et seq. Also Ibrahim, Jaghbeer, 2009, Nullification of Arbitral Award, Dar Al Thaqafa [House of Knowledge: Amman], p127 et seq. also see Teresa Giovannini what are the grounds on which awards are most often set aside, at http://www.lalive.ch/data/publications/tgi_what_are_the_grounds.pdf accessed 20th May 2016. Also see Mark Beswetherick and Keith Hutchison, Enforcement of arbitration awards: Moving in the right direction, at <http://www.cmguide.org/archives/3095> accessed 20th May 2016. Also see Mohamed Al Marzooqi, Why do UAE Courts annul Final Arbitral Awards which are issued in the UAE? At http://www.almc.ae/catalogPublication/18382016123857Thesis_A1%20Marzooqi_ESCL_-May%2026%202013.pdf accessed 20th May 2016. Also see Hassan Elhais, United Arab Emirates: Challenging An Arbitration Award, at <http://www.mondaq.com/x/261718/Arbitration+Dispute+Resolution/Challenging+An+Arbitration+Award> accessed 20th May 2016.

Furthermore, a court- when an award is adduced for confirmation- is, as a general rule, not dealing with a dispute, since the confirmation of an arbitral award is a requirement imposed by the law to have it compulsorily enforced, even if the parties do not have anything against that award⁽³⁸⁾. Accordingly, it can be said that a court may or may not confirm the award. The relevant question will then be what parties can do against a court's decision in this regard? In other words, how final is a court's decision confirming or not confirming an arbitral award? The answer to this question can be seen as follow.

3.2 Finality of the Emirati Court's Decision Concerning Confirmability (The Parties Right of Appeal):

It is seen above that the court of competence to confirm an arbitral award, in the Emirati law, is the very court that had the jurisdiction to decide the dispute at the first place. Accordingly, it can be said that the court of competence to confirm arbitral awards may be a court of first instance or a court of second instance (a Court of Appeal)⁽³⁹⁾. However, as to the appealability of the court decision on the confirmation applications, it can be said that the Emirati Civil Procedures Law states that a party, as a general rule, can appeal against the court decision confirming or not confirming an award.

Yet, the Emirati law refers to two types of appeal towards a court's decision; appeals before the Court of Appeal, and appeals before the Court of Cassation⁽⁴⁰⁾. This is to say, if the court dealing with the

(38) Nabeel Omar, "Arbitration on National and International Civil and Commercial Matters", 2nd ed. (Alexandria/Dar Aljameah for Publication [The House of Universal Publications]: 2004), p 219.

(39) Article 213/1 & 2 of the Emirati Civil Procedures Law.

(40) This is due to the fact that article 217 of the Emirati Civil Procedures Law states, in its first paragraph, that "Arbitral awards are not subjected to any way of appeal", and the second paragraph of it states: "Whereas, the courts' judgments confirming or nullifying arbitral awards can be appealed through the adequate appellate means". Article 213 of the Emirati Civil Procedures Law, which was dealt with above, states in its first paragraph, that "In the arbitration made through a court of law, arbitrators must deposit to the court which was originally of competence to decide the case - within fifteen days from its issuance- their reached decision along with both the arbitration agreement, the file of the case, and the relevant documents. Arbitrators, within five days after depositing the original award, must also deposit a copy of that award to the to have it delivered to each one of the parties, and a court's employee needs to write down such a deposition and must inform the concerned judge with it =

confirmation issue is a court of first instance, then a party can challenge the court's reached decision by appealing before both the Court of Appeal and afterwards he can appeal against the latter court's decision before the Court of Cassation. However, if the court dealing with the confirmation of an award is a court of second instance (the Court of Appeal), then a party can only challenge the court's reached decision by appealing before the Court of Cassation.

Nonetheless, the Emirati Civil Procedures Law refers to three cases in which a party is deprived of the right to appeal- before the Court of Appeal- against the judgment of the courts of first instance concerning the confirmation of an award. These cases are as follows:

3.2.1 Non-Appealability Depending on the Parties' agreement: The law allows the parties, either in advance or after the court judgment is delivered, to abandon and waive their right to challenge the judgment of the court of first instance before the Court of Appeal⁽⁴¹⁾. This applies to all types of arbitration regardless of the amount at stake.

3.2.2 Non-Appealability Depending on the Amount at Stake: The law states that parties are deprived of appealing and challenging the courts' reached decision, whether it confirms or disconfirms the award, if the monetary value is either equal to or less than 20 thousand AED⁽⁴²⁾. The logical explanation supporting this view is that the Emirati law, most likely, tends not to engage the Court of Appeal with cases of trivial or small monetary value⁽⁴³⁾.

= in order to hold a hearing within fifteen days to confirm that award. The parties must be notified with the latter hearing's date", and the second paragraph of it (article 213) states that "If arbitration is involved with an Appeal Court's case, the deposition must be to court's administrative employees of the concerned Court of Appeal". These two articles imply that appeals of relevance in this regard are both the appeal before the Court of Appeal if the court concerned with confirming an arbitral award is the Court of first instance, and the appeal before the Court of Cassation, if the court concerned with confirming an arbitral award is the Court of Appeal as will be illustrated hereafter.

(41) See article 217/3 of the Emirati Civil Procedures Law. See the Federal Supreme Court judgment no. 417/year 18, dated 1st of Nov. 1998. Published on the website of the Ministry of Justice at <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx> accessed 16th Sept. 2014.

(42) A Dirham is the United Arab Emirate currency. The mentioned amount (the 20 thousand AED) approximately equals about 6000 US Dollars.

(43) See article 217/3 of the Emirati Civil Procedures Law.

However, it is possible to see two different sums of money within the scope of arbitral awards confirmation. In such a case, the question then will be which amount should be taken into account to apply the given exception? In other words, it is imaginable to refer to arbitration on many issues in one case. For example, a party- in a landlord-tenant dispute- may agree with his opponent to refer more than one point of disagreement between them to arbitration. It is imaginable to see a landlord asking- in a dispute before an arbitrator against the tenant- for both the rent and compensation for defects caused by the tenant to the rented flat. The value concerning the rent may be worth of 10 thousand AED. While the required compensation equals thirty thousand AED.

Supposing that the arbitrator only decided on the landlord's application for rent, which is of ten thousand AED value, the question will be then which value will be of concern in this regard to prevent a party from appealing against the court's decision confirming the arbitral award? Is it the value of the whole case which was put before the arbitrator in the first place? Or is it the value of the parts put before the court for confirmation? Such a question is of importance, since if looked at the lowest value, in such a situation, there may be no appeal if it was less than 20 thousand AED. While, on the other hand, if the contrary was adopted, appeal will be allowed. It is imaginable to see conflict of interest in this regard.

However, it is pertinent to note here that- despite the fact that the Emirati law does not contain rules regulating the application for confirmation of parts of arbitral awards- the Emirati courts adopted views that makes such a thing imaginable. For example, the Court of Cassation of Dubai decided, in one case, that a court when asked to nullify an arbitral award and whenever it sees that only some parts of it are capable of nullification, it (the court) may nullify these parts and confirm the other parts. 'Portioning Nullification', according to the court, is applicable only if it is possible to separate the null parts from the non-null ones in the award⁽⁴⁴⁾.

(44) See the Court of Cassation of Dubai decision no.10/year 1995, hearing dated 8th of Oct.1995, published on Mohamoon. Accessed 9th Aug. 2014.

Although this decision addresses a different angle of arbitral awards portioning, which is dividing the arbitral award by the court when finished with dealing with it, it (this judgment) seems- in this article's view- to support the possibility of portioning and dividing an arbitral award from the outset by a party (i.e. when asking to have part of it confirmed by a court). Furthermore, the general rules of execution allow such a thing, since a party can ask for the execution of part of the rights he has against his debtors. It is imaginable then to see two values involved in the court's confirmation process. In such a case, if a party seeks for the confirmation of the part of the lesser amount (the ten thousand dirham amount) of the arbitral award, which value will be of concern to determine the appealability of the court's decision?

No clear-cut answer is given by the Emirati Civil Procedures Law, since article 217/3 of the law states that parties cannot appeal against the court's decision if "...the amount or the value of the dispute does not exceed 20 thousand AED". The word "dispute" here seems to be confusing, since there may be two disputes concerned in the process; the dispute before the arbitrator⁽⁴⁵⁾, and the dispute before the court over the confirmability and the non-confirmability of the given award⁽⁴⁶⁾.

Yet, as an answer, it can be said that it is more likely that the law in the above mentioned provision (article 217/3 of the Civil Procedures Law) refers to the dispute brought before the court (i.e. the amount of the part brought before the court for confirmation). However, justice, which supports the parties' right to appeal, may be in support of the other view (i.e. considering the value of the whole case brought before arbitration). In all cases, an intervention from the legislator is highly welcomed to have this point illustrated and made clear.

3.2.3 Non-Appealability in 'Conciliation Arbitration' in Emirati Law:

The Emirati law states that the parties can agree to enable the arbitrators to decide their case not according to rules contained on a certain law but according to the principles of natural law and rules of

(45) This amount is of a higher value, since it is concerned with the whole amount disputed before the arbitrator.

(46) This amount is of a lesser value, since it is confined with the amount adduced by the party before the court (the part put before the court for confirmation).

justice. In this type of arbitration an arbitrators' decision looks more like a settlement or reconciliation. Yet, this settlement is imposed by an arbitrator rather than the parties' agreement. This type of arbitration is called 'Conciliation Arbitration'⁽⁴⁷⁾. It seems that the Emirati law, here, presumes that if the parties agree to have their dispute settled according to any law of the arbitrator's choice including principles of natural law and the rules of justice, then it is more likely that they want to have their dispute settled at any cost by an arbitrator. Therefore, a court's decision confirming the award is deemed unappealable.

However, such a regulation needs to be re-addressed, since a court's decision confirming or disconfirming an award may be wrongly made. Therefore, parties should be enabled to challenge such a decision.

3.2.4 The Extent of the Non-Appealability in Emirati Law:

A related question is posed to the effect that does the above mentioned unappealability (the exclusions from appeal) apply to all court judgments? In other words, the law- in preventing challenging the court decisions regarding the confirmation of an arbitral award- refers literally to the appeals before the Court of Appeal. Therefore, does such a prohibition extend to apply to appeals before the Court of Cassation? That is to say if a decision, confirming or not confirming an arbitral award, was delivered by the Court of Appeal in a case where the parties, for example, agreed to enable the arbitrators to conclude conciliation, will the parties be deprived of the right to challenge that decision before the Court of Cassation?⁽⁴⁸⁾

(47) See article 217/3 of the Emirati Civil Procedures Law. It is pertinent to note that the Emirati law differentiates between two types of arbitration in this regard; the above mentioned arbitration (the 'Conciliation Arbitration'), and the 'According to Law Arbitration'. Conciliation Arbitration, as mentioned above means the arbitration where in which the parties enable the arbitrators to apply to the dispute any law of their choice, including rules of justice and principles of natural law. Whereas, the other type of Arbitration- the 'According to Law Arbitration'- is the arbitration where the parties specify a certain law or certain legal rules that an arbitrator must adhere to in order to decide the case. For more on these two types of arbitration, see Mahmoud Altehawi, Types of Arbitration, (Alexandria/Darul Matboa'at Aljame'iah: [The House of Universal Publications] 2002), p. 178 et seq. Also see Alansary Alnedany, Judicial Conciliation (Alexandria/Dar Aljameah Aljadeedah: [The House of New University Publications] 2001) p. 23.

(48) However, if the legislator meant to adopt the first view, a clearer provision needs to be adopted to address such a thing.

As an answer to the latter question, it can be said that there are two imaginable views; logical and legal. Logically, it can be said that the exemptions adopted concerning the appeals before the Court of Appeal should be applied before the Court of Cassation. This is due to the fact that the wisdom (the reasoning) supporting and standing behind the prohibition of the appeals before the Court of Appeal is also found in the case of the appeals before the Court of Cassation. In other words, if a system prevents appeals against a decision before the Court of Appeal, which constitutes the normal way to challenge the decisions of the courts of first instance⁽⁴⁹⁾, then logic necessitates the prevention of appealing same cases before the Court of Cassation. Nevertheless, the legal view to this issue can be given to the effect that the prevention from appeal, should be looked at as an exception to the rule, and therefore, it should not be largely interpreted and, as a result, should not be extended to apply to the appeals before the Court of Cassation. Furthermore, the law referred only to appeals before the Court of Appeal. Therefore, from a legal point of view, the exception should be confined with the appeals before this court (i.e. the Court of Appeal) and no other court (i.e. the Court of Cassation)⁽⁵⁰⁾.

(49) It is agreed that the Emirati judicial system stands on the principle of the "two-step adjudicating process". This principle means that, as a general rule, opponents are eligible- when referring to courts of law- to present their case before two courts; the Court of First Instance and the Court of Appeal. This principle, which is adopted by the Emirati law, is of great importance; since it enables the parties to bring their cases before more than one court, which helps in reaching more accurate decisions by allowing the Court of Second Instance (the Court of Appeal) to correct the judgments of the Court of First Instance. This principle also urges the judges of the Court of First Instance to take utmost care when delivering their judgments; since they will feel that they will be most likely scrutinised and monitored by the Courts of Second Instance (i.e. the Courts of Appeal). For more on this principle, see Fathi Wali "Alwaseet [the Intermediate] on Civil Adjudication Law", (Cairo, Cairo University Publications and University Books 2001/2002), p. 207 et seq. Also see Mustafa Qandeel, "Alwajeez [The Concise] on Litigation and Adjudication within the United Arab Emirates Civil Procedures Law", (UAE Alaafaq Almushriqh, [Shining Horizons Publications] 2010), p. 44 et seq. Also see the Federal Supreme Court judgment no. 603/year no 29, dated 11 March 2009, published on the website of the Ministry of Justice at <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx> Accessed 16th Sept. 2014..

(50) It is important to note here that the Emirati law states that, as a general rule, a decision can be subjected to appeal before the Court of Cassation only if it is issued by the Court of Appeal. Therefore, if a case is not subjected to appeal, it cannot, as a general rule, be brought before the Court of Cassation. See article 173 of the Emirati Civil Procedures Law. Also see the Federal Supreme Court decision no. 170/Year 2009 dated 10th of June 2009, published on the website of the Ministry of Justice at <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx> visited Dec. 23rd 2014.

On the other hand, it is also pertinent to note that the Emirati law, in terms of appealing against courts' judgments when confirming arbitral awards, states that the parties can appeal through, what the legislator names as, "the adequate means of appeal"⁽⁵¹⁾. Furthermore, as mentioned above according to the Emirati law, arbitration may be concerned with disputes that can be brought before either courts of first instance or courts of second instance. As a result, the 'adequate means of appeal' can be logically interpreted, as mentioned above, to mean both appeals before the Court of Appeal if the decision (concerning the confirmability of an arbitral award) was delivered by a court of first instance, and appeals before the Court of Cassation, if the decision was delivered by a court of second instance. Still, the Emirati Civil Procedures Law adopts a third appellate means, which is re-trial. The question, as a result, will be is it possible for the parties to appeal against a court decision by this appellate means?

As an answer to the latter question, it can be said that re-trial is an appellate procedure⁽⁵²⁾. This procedure, which is regulated by the Emirati law, means that a party- if certain reasons and requirements are established- can ask the court that addressed the case to re-address and re-decide it again. An example of the reasons that allow re-trial is when forged documents or false testimony (perjury) is involved in the case. The law states that if, for example, a party adduces such evidence and the court found them (the evidence) to be material and depended on them in deciding the case, the other party, if these evidences were proved to be forged, may appeal through this means of appeal (i.e. he may ask for re-trial)⁽⁵³⁾. As a result, it can be said that this appellate procedure should be applicable to the courts' decisions confirming arbitral awards. This is due to that fact that re-trial is built on reasons that are of high merits and of direct intact with justice⁽⁵⁴⁾. Accordingly, this type of appeal should be

(51) See article 217/2 of the Emirati Civil Procedures Law.

(52) See article 169 of the Emirati Civil Procedures Law.

(53) For more on retrial see Fathi Wali, Alwaseet [[the Intermediate]]on Civil Adjudication Law, (Cairo: Cairo Uni. Press and Universal Books Publishers: 2001/2002), p. 757 et seq. Also see Ahmed Abul Wafa, The rules of Pleadings in Emiratis, 1st ed. (No publishers: No Year of publication), p. 473 et seq.

(54) Reasons for re-trial are found in cases such as building a judgment on forged documents, false testimony, cheating, etc. see article 169 of the Emirati Civil Procedures Law.

looked at as a part of the appeals referred to as the 'the adequate means of appeal' in article 217/2 of the Civil Procedures Law. However, a provision clarifying whether such a view is adopted is highly welcomed from the Emirati legislator.

3.3 The Position in the Kuwaiti Law:

As to the court choices towards the arbitral award and the finality of its ruling in the Kuwaiti law, more than one point can be addressed in this regard. First of all, it is pertinent to note that the Kuwaiti law, unlike the Emirati law, made it possible for the parties to appeal against the arbitral awards. The Kuwaiti law states that the parties can agree, in advance⁽⁵⁵⁾, to make appeals possible against the award before the competent Court of Appeal⁽⁵⁶⁾. Yet, in the Kuwaiti law, appeals against the awards are not allowed in three cases;⁽⁵⁷⁾ the first of which is the case where the award is delivered in 'Conciliation Arbitration'⁽⁵⁸⁾. Appeals are also not allowed if the Amount at stake is no more than 500 Kuwaiti Dinars⁽⁵⁹⁾. The third case is the case where the dispute is referred to arbitration at the Court of Appeal level (i.e. if the dispute was before the Court of Appeal and the parties agreed to refer it to arbitration)⁽⁶⁰⁾.

(55) Agreement must be made before the issuance of the award.

(56) It is to be noted that the Kuwaiti law states that the appeal against an arbitral award is to be brought before the court of general jurisdiction. However, this court is a first instance court but given competence to act as a Court of Appeal in certain cases including the case in question. See articles 34 and 186 of the Kuwaiti Civil Procedures Law.)

(57) The talk here is concerned with private arbitration panels only. This is to say that it was mentioned earlier that the Kuwaiti law regulates what can be referred to as the 'judicial arbitration panel'. This arbitration panel, which is formed within the Court of Appeal, is composed of 5 members, three of them are from the judiciary, and the other two are chosen by the disputants (one by each). This panel is presided over by one of the three judges (the highest in rank between them). See articles 1 and 2 of the Kuwaiti Judicial Arbitration Law and article 177 of the Kuwaiti Civil Procedures Law. The law states that this panel's award is unappealable. Therefore, no appeal is accepted against the awards delivered by the judicial arbitration committee. See article 186 of the Kuwaiti Civil Procedures Law. However, it was mentioned earlier that addressing this panel and its decisions, which can be dealt with in a study of its own, goes beyond the scope of this study.

(58) See article 186 of the Kuwaiti Civil Procedures Law. However, the reasoning supporting this case is similar to the one adopted in the Emirati law, which is illustrated above.

(59) See article 186 of the Kuwaiti Civil Procedures Law. However, although the amount is slightly different, the reasoning supporting this case is similar to the one adopted in the Emirati law, which is illustrated above.

(60) See article 186 of the Kuwaiti Civil Procedures Law.

Accordingly, it is established that the Kuwaiti law- apart from the three above given cases- allows the parties' agreement on making appealable the arbitral awards. Moreover, parties can always ask the court to confirm the delivered award. Yet, concerning the confirmation issue, it can be said the court can either confirm or disconfirm the award. Similar thing can be applied in the case where an appeal is made against an award. A court may accept or deny the appeal (support or abolish the award).

Yet, the law was not clear as to whether the delivered award is still- after being subjected to appeal- needs to be confirmed by the court of competence, which may be the court of first instance. No clear-cut answer is given by the law. No court decisions were found in this regard. However, logically, one can say that it needs not such a procedure, since if the Court of Appeal, supports the award, it will be meaningless to go again to the Court of First instance, for example, to have it confirmed. However, a bigger problem will be seen if this court chose not to confirm that award, which was supported by a court of higher level.

Yet, a clarification of this matter is highly welcomed from the legislator, especially when knowing that he (the legislator) states that the confirmation application can only be made after the laps or the expiry of the appellate time limit. Moreover, nothing in the law prevents a party from appealing before the Court of Cassation against the Court of Appeal's decision on the adduced appeal. The question still stands; does a party need to seek a court confirmation of an award after being supported by the Court of Cassation as well?

From another related angle, one may ask about the powers a court has in the case of appeal and whether it differs from the case of confirmation of an award? As an answer, it can be said that the court's powers are different from each other in the two cases. This is to say that in the case of application for confirmation, a court, in the Kuwaiti law- similar to the Emirati law- can confirm the award if it finds that "nothing prevents its enforcement"⁽⁶¹⁾. However, the law does not specify the cases that may prevent its enforcement. Yet, the court powers in such a case are

(61) See article 185 of the Kuwaiti Civil Procedures Law.

similar to that established for the Emirati courts. This is to say that a court only externally scrutinises the award. A court in no way assesses the award in terms of substance⁽⁶²⁾.

However, it is a different story in the case of the appeal of the award. The Kuwaiti law states that an appeal against an arbitral award is subjected to the same rules governing appeals against judgments' of courts of law⁽⁶³⁾. Accordingly, the Court of Appeal seems to have the full power to assess the appealed award in terms of substance and correctness, and if it finds it to be incorrect, a court can abolish it and decide on the case, same as if it was dealing with a court of first instance decision⁽⁶⁴⁾.

As to the finality of the court's decision in the Kuwaiti law, it can be said that the court of competence, in the Kuwaiti law same as is the case in the Emirati law, can be either a court of first instance or a court of second instance. Accordingly, if the court confirming an arbitral award is a court of first instance, then parties can challenge the court's decision- confirming or not confirming the award- before the Court of Appeal. On the other hand, if the court confirming an arbitral award is a court of second instance (i.e. a Court of Appeal), then parties can challenge the court's decision before the Court of Cassation.

However, it is important to note that the Kuwaiti law, unlike the Emirati law, does not exclude any of the courts' decisions, concerning the award confirmation issue, from appeal. The previously mentioned exclusions from appeal in the Kuwaiti law are concerned with appeals against arbitral awards only. The Kuwaiti law adopts no exclusions from appeal concerning the courts' decisions confirming arbitral awards.

Still, despite the fact that the Kuwaiti law allows the parties to appeal against the awards, it was seen that the law prevents appeals (i.e.

(62) See Kuwaiti Civil Cassation Appeal no. 21\87. Hearing dated 11th Jan. 1988. Published on "Mohamoon". Accessed 9th Aug. 2014. Also see Kuwaiti Civil Cassation Appeal no. 113\2004. Hearing dated 31st Jan. 2005. Also on "Mohamoon". Accessed 9th Aug. 2014.

(63) See article 186 of the Kuwaiti Civil Procedures Law.

(64) For more on the Court of appeals powers towards the court of first instance decision, see Fathi Wali, *Alwaseet [the Intermediate] on Civil Adjudication Law*, (Cairo: Cairo Uni. Press and Universal Books Publishers: 2001/2002), p 756 et seq.

the law overlooks and invalidates agreements of appeal) against the awards in three cases, which were addressed earlier⁽⁶⁵⁾.

However, it is recommended to allow appeals against the awards, after an agreement is made by the parties, regardless of the amount at stake, and regardless of type of arbitration or the stage in which arbitration is referred to to address the case, since this supports the parties' will and their needs for justice. This is so provided that such a thing (opening the way for appeal) is governed by their will (their agreement) as it is the case with other permitted cases.

3.4 Assessment:

It is obvious that there are some differences between the two regulations. The Kuwaiti law allows the parties to agree on making appealable the arbitral awards. Parties can agree on appealing an arbitral award before Kuwaiti courts of law. Such a thing is not applicable in the Emirati law.

As an assessment, from the outset, one may say that the Kuwaiti law regulation of such a thing contradicts with the idea supporting arbitration. This is to say that opponents refer to arbitration in order to avoid referring their case to courts of law in the first place. Therefore, when allowing appeals against an arbitral award, the arbitral award will be put before the court's assessment. What is more, when an appeal is made before it, the court can abolish the award and give its ruling on the very case that was agreed to be brought before arbitration.

However, although considerable, this criticism does not apply to the Kuwaiti law's regulation. On the contrary, the Kuwaiti law's regulation of this point is advantageous. This is due to the fact it is discretionary and consensual procedure. This is to say that it only applies where an agreement is made by the parties. Such a thing agrees with the arbitration contractual nature. This also allows the parties to mix between arbitration and litigation. Whereas, the latter is a standby procedure, they can refer to it when not satisfied with the result reached by an arbitrator.

(65) These case area: The case where the amount at stake is less than 500 Kuwaiti Dinars, where the parties agreed to refer to 'Conciliation Arbitration' and where arbitration is agreed upon after bringing the case before the Court of Appeal. Here, one can say that the amount that makes it possible to appeal is the amount, which was disputed before the arbitrator, since the court is not addressing the case again.

Furthermore, this regulation, the Kuwaiti law's regulation of this issue, avoids one of the arbitration disadvantages. In other words, arbitral award- as a general rule and as is the case in the Emirati law- is unappealable, and a court's power when asked to confirm it is only to check that nothing prevents its enforcement. Accordingly, an arbitral award is not subjected to revision in terms of correctness and fairness. This in some cases leads to enforcing awards that are far from justice or which are substantially incorrect. Therefore, allowing court revision of an arbitral award when the parties allow appealing against it helps in monitoring the arbitrators' work and helps ensuring the issuance of a more accurate decision by them⁽⁶⁶⁾.

Accordingly, adopting such a view is recommended for the Emirati law. However, this needs to be after an agreement is made by the parties to that effect. Such a thing (the parties' agreement) can be seen in rare cases, since parties agree on arbitration to avoid referring their cases to courts. One imaginable case is seen where the parties found to be uncertain as to the competence of the arbitrator.

Another point of assessment is the finality of the decisions delivered by the court. The Kuwaiti law, unlike the Emirati law, does not exclude any of the court's decisions- concerning the confirmation of the award- from appeal. This was not the case in the Emirati law, which adopts three exclusions on the parties' right of appeal against the first instance courts decisions on the confirmability issue. These exclusions, as seen above, were concerned with the type of arbitration⁽⁶⁷⁾, the monetary value at stake⁽⁶⁸⁾, and the case where the parties agree not to appeal.

However, it is important to note that the three cases embodied in the Kuwaiti law as exclusions from the right of appeal were concerned with the appeals against the arbitral award itself rather than with the appeals against the courts' decisions concerning the confirmation issue.

(66) In addition, arbitrators may pay more attention when knowing that their work will be revised by another tribunal (i.e. a court of law) not only externally but in terms of substance and content.

(67) It is seen that the Emirati law prevents appeals in the case where Conciliation arbitration is involved.

(68) It is seen that the Emirati law prevents appeals in the case where the amount at stake is no more than 20 Thousand Dirhmas.

However, it is suggested that allowing appeals, in all cases, against courts' decision when dealing with the confirmation issue seems to be closer to justice, since it makes it possible to correct the court's mistaken decisions concerning arbitral awards confirmation issue⁽⁶⁹⁾. Therefore, the Emirati law is recommended to adopt such a view.

However, the Kuwaiti law is also recommended to allow parties' agreement on appeals against all arbitral awards, since appeals can only be seen where the parties agree on them. Therefore, it is more logical to give them the right to agree on appealing against all types of arbitral awards. However, if such a recommendation is not adopted, the parties in the Kuwaiti law are still better off, since they have the right to appeal against the court decisions concerning the confirmation issue in all cases. This, as mentioned above, it is hoped to be adopted by the Emirati law along with the other earlier adopted recommendations.

4. Conclusion

To conclude, it can be said that arbitration- which is referred to as an alternative dispute resolution means- achieves many advantages that made it one of the most important ways to resolve disputes, and it is agreed that opponents do refer their disputes to arbitration in order to have them resolved. Accordingly, as a general rule, an arbitrator ends the arbitration process by issuing a decision or a judgment on the case. This decision, the arbitral award, in order to be of value, needs to be respected and enforced by the party against whom it is delivered. Both the Emirati and Kuwaiti laws regulated the enforceability, the confirmation issue, of arbitral awards. This article dealt with the regulation adopted by the two laws and assessed the regulation made in both of them.

4.1 Findings of the study:

the study has mainly found that the Emirati law and Kuwaiti law agree with each other on the fact that both of them stipulate that arbitral awards- in order to be capable of enforcement- need to be confirmed by the authorities of competence, which are courts of law as a general rule.

(69) However, parties' agreement not to appeal can be respected, since it supports their will, which is respected in almost all arbitration aspects as a general rule.

However, despite the fact that both laws, the Emirati and Kuwaiti laws, are considered part of the civil law legal system, and that they both come from the same legal school, the two laws differed from each other in their approach. Both of them addressed the confirmation issue in a different, distinct, way. The study in this regard found that:

The Emirati Civil Procedures Law, in terms of arbitral awards confirmation issue, differentiates between two types of arbitral awards; 'via court-reached' arbitral awards, and other arbitral awards (i.e. 'outside-court reached arbitral awards'). It is found that the 'via court-reached' arbitral award is referred to to mean the arbitral award that is reached through a court of law. Furthermore, it is found that the Emirati law, concerning this type of awards, states that arbitrators need to submit their reached awards to the court of competence in order to have it confirmed.

It is also found that arbitrators, in this type of awards, must submit their reached awards to the courts for confirmation within a certain time limit, which is fifteen days, starting from the date of the issuance of their decision. Moreover, it is also found that, in this type of arbitration, an arbitrator has no obligation to deliver or hand the parties copies of his decision. He is, instead, obliged to hand the parties' copies to the court, and the latter (the court) afterwards hands them (the copies of the award) to the parties. Furthermore, the time limit for an arbitrator to submit the parties' copies of the decision (the award) to the court is five days starting from the day he deposits his judgment for confirmation. In addition, it is found that, in this type of awards, the Emirati law states that a court must hold a hearing- within fifteen days after receiving the arbitral award, from an arbitrator in this type of arbitration- for the purpose of confirming it.

However, concerning the other type of arbitral awards, in the Emirati law, it was found here, that an arbitrator has no obligation of any kind towards the court. In other words, an arbitrator- in this type of arbitration- is not obliged to hand copies of his reached award to the court, but, directly, to the parties. Accordingly, it is found that confirming an arbitral award, in this type, is the responsibility of the parties themselves. However, it is also found that, in this type of

arbitration, an arbitrator needs to provide the parties with copies of his award within five days starting from the day of its issuance.

It is found that a party seeking for confirmation of an outside-court-reached arbitral award needs to file an application to this effect to the court of competence. Such an application can be originally made to the court. It can also be made as a plea, a counterclaim, adduced in an existing case.

Still, in terms of the court of competence to confirm an arbitral award in the Emirati law, it is found that the Emirati courts decided that the arbiter or the adjudicator of competence to confirm an arbitral award is the arbiter who, originally, had the jurisdiction to deal with the case, whether this arbiter or adjudicator was a court of law or any other tribunal.

As to the Kuwaiti law, despite the fact it allows the parties to refer to arbitration; either before or after bringing their case before courts of law. Yet, it is found that this law (the Kuwaiti law) does not place any specific effect on this fact. This law, unlike the Emirati law, does not distinguish between via and outside court arbitrations.

What is more, as to the time limits in the Kuwaiti law, it is found that the law states that an award must be submitted and deposited to the court within ten days starting from the date of its issuance.

However, the Kuwaiti law states that the process of confirmation of an award starts at the time the beneficiary party files an application to this effect to the court. Furthermore, it is found that the Kuwaiti law specifies no time limits for a party to apply for confirmation of an award, although the party will have to wait until the extinction of the time assigned for appeal, if applicable, to have the award confirmed. Moreover, it was found that the Kuwaiti law adopts no time limits for the court to address the adduced confirmation application.

As to the powers a court has towards the confirmation application, it was found that a court, in both the Emirati law and the Kuwaiti law, scrutinises and oversees it (the award), and confirms it whenever it finds that nothing prevents its enforcement. However, it is found that a court, when asked to confirm an award, examines it superficially and externally. A court does not re-assess the arbitrators' work.

It is also found that a court, in the two laws, may or may not confirm the award. However, the two laws approach towards the appeal against both the court's decision confirming or disconfirming an award and against the delivered arbitral award itself was found to be inconsistent.

It is found that the Emirati law, as a general rule, allowed the appeals against the court's decision confirming or disconfirming the award only. No appeal is allowed against the arbitral award itself in the Emirati law. Still, it is found that the Emirati law refers to two types of appeal towards a court's decision; appeals before the Court of Appeal, and appeals before the Court of Cassation.

It also found that the Emirati Civil Procedures Law refers to three cases in which a party is deprived of the right to appeal- before the Court of Appeal- against the judgment of the courts of first instance concerning the confirmation of an award. This is seen in the case of parties' agreement on such a thing. It is also seen where the amount at stake is no more than 20 thousand Emirati AED, and where the award is delivered in a 'conciliation arbitration' case.

It was found that the Kuwaiti law, unlike the Emirati law, made it possible for the parties to appeal against the arbitral award and against the court's decision confirming or disconfirming the award. This is to say that it, the Kuwaiti law, states that the parties can agree, in advance to make appeals possible against the award before the competent Court of Appeal. However, it was seen that the Kuwaiti law, states that appeals against the awards are not allowed in three cases; the first of which is the case where the award is delivered in 'Conciliation Arbitration'. Appeals are also not allowed if the Amount at stake is no more than 500 Kuwaiti Dinars. The third case is the case where the parties referred their dispute to arbitration at the Court of Appeal level.

Yet, it was also found that the law was not clear as to whether the delivered award is still- after being subjected to appeal- needs to be confirmed by the court of competence.

In the Kuwaiti law also, it was also found that the powers a court has in the case of appeal differ from those it has in the case of confirmation of an award. This is to say, in the case of application for

confirmation, a court, can only externally scrutinise the award. A court in no way assesses the award in terms of substance. While if subjected to appeal before it, the Court of Appeal seems to have the full power to assess the appealed award in terms of substance and correctness, and if it finds it to be incorrect, a court can abolish it and decide on the case, same as if it was dealing with a court of first instance decision.

Last but not least, as to the finality of the court's decision, in the Kuwaiti law, it was found that the court of competence, in the Kuwaiti law same as is the case in the Emirati law, can be either a court of first instance or a court of second instance. Accordingly, if the court confirming an arbitral award is a court of first instance, then parties can challenge the court's decision- confirming or disconfirming the award- before the Court of Appeal. On the other hand, if the court confirming an arbitral award is a court of second instance (i.e. a Court of Appeal), then parties can challenge the court's decision before the Court of Cassation. Once again, it was found that the Kuwaiti law, unlike the Emirati law, does not exclude any of the courts' decisions, concerning the award confirmation issue, from appeal.

4.2 Main Recommendations of the study:

The study reached a conclusion that both regulations can learn from each other in more than one point, and the legislators in both regulations are recommended to re-address this issue in order to achieve a higher level of justice. Yet, the main adopted recommendations are as follows:

4.2.1 The Emirati law's distinction between via court and outside court arbitrations needs to be revised and readdressed by the legislator. This is due to the fact that it is true that, in the via court arbitration, the agreement on arbitration is made before the court, but, nonetheless, the latter (the court) actually does not interfere with both the parties' agreement nor does the court interfere with the arbitrators' work. The court is as external from arbitration in this type of arbitration as it is in the other type of arbitration (the outside-court arbitration). Accordingly, in the two types of arbitration, the arbitrator's role must end at the time of delivering the award, and, second, in Emirati law, a court in order to confirm an arbitral award should receive an application from the concerned party (the beneficiary).

4.2.2 It was seen above that Initiating the confirmation process without an application from the concerned party in the via-court reached arbitral awards in the existing regulation may lead to undesirable results. Mainly, in more than one case the party who is seen as the beneficiary from an arbitral award may not be satisfied with it or he may be unwilling, for any reason, to have it enforced. Therefore, initiating the confirmation process by a court by holding a hearing to have such an award confirmed will be meaningless and may be done against the parties' wishes. Accordingly, it may be more logical to wait until an application is made by the interested party to initiate the arbitral award confirmation process before the court.

4.2.3 From another angle, the Emirati law's regulation of the via-court made arbitrations requiring the court to hold a hearing within 15 days to confirm an award can be extended and adopted as a general rule in arbitration. In other words, assigning a certain time limit for the court to hold a hearing is advantageous and constitutes privilege, since it supports arbitration, which is referred to as a speedy dispute resolution process. Such a provision can be extended to the Kuwaiti law as well.

4.2.4 The Emirati law's position preventing appeals against the awards if delivered in 'conciliation arbitration' cases needs to be revised. It is recommended for the Emirati legislator to make appealable such decisions, since a court's decision confirming or disconfirming an award may be wrongly made. Therefore, parties should be enabled to challenge such a decision. Same thing applies to the case where the amount at stake is no more than 20 thousand AED.

4.2.5 It is also found that the Emirati law, when addressing the non-appealability against the courts' decisions referred to the appeals before the court of appeal. Therefore, doubts and questions were posed to the effect that does such a prohibition extend to appeals before the Court of Cassation? This is due to the fact that a decision, confirming or disconfirming an arbitral award, can be delivered by a Court of Appeal on a case of arbitration conciliation, no clear-cut provision is made by the law to address this point. Moreover, it is also asked whether the prohibition includes the appeals by way of retrial. The Emirati law is recommended to make such matters clear.

4.2.6 It was seen that the Kuwaiti law was not clear as to whether the delivered award is still- if and after being subjected to appeal- needs to be confirmed by the court of competence, which may be the court of first instance. No clear-cut answer is given by the law. If such a procedure is stipulated, a problem will be seen if the court of competence, if it was a court of first instance, chose not to confirm that award, which was supported by a court of higher level (the Court of Appeal) when the award is appealed before it. The Kuwaiti legislator is recommended to make such a matter clear.

4.2.7 It is recommended for the Kuwaiti law to allow appeals against the awards, after an agreement is made by the parties, regardless of the amount at stake, and regardless of the type of arbitration or the stage in which arbitration is referred to to address the case, since this supports the parties' will and their needs for justice. This is so provided that such a thing (opening the way of appeal for them) is governed by their will (their agreement) as it is the case with other permitted cases. Adopting this view seems to be closer to justice, since it makes it possible to correct the arbitrators' mistaken awards when the parties agree on such a thing.

4.2.8 Allowing appeals against arbitral awards after parties' agreement is recommended for adoption in the Emirati law. Such a thing, which is adopted by the Kuwaiti law, agrees with the arbitration contractual nature. Such a thing also allows the parties to mix between arbitration and litigation. This also helps in avoiding one of arbitration disadvantages, which is seen as a result of the fact that an arbitral award is not subjected to revision in terms of correctness and fairness. This in some cases leads to enforcing awards that are far from justice or which are substantially incorrect. Therefore, allowing court revision of an arbitral award- when the parties allow appealing against it- helps in monitoring the arbitrators' work and helps ensuring the issuance of a more accurate decision by them.

References

- Abul Wafa, Ahmed, The rules of Pleadings in Emiratis, 1st ed. (No publishers: No Year of publication), [Original Language (Arabic)].
- Al-Ahdab, Abdel Hameed, International Arbitration, part 3, (Beirut: Nofal Institute, 1990). [Original Language (Arabic)].
- Al-Enizi, Mamdoh, 2006, Nullification of International Arbitral Award (Beirut: Al-Halabee Legal Publications: 2008), [Original Language (Arabic)].
- Al-Jamal, Musttafa and Okashah, Mohammed, Arbitration in Internal and International Private Relations, (Beirut: Al-Halabee Legal Publications: 1998), [Original Language (Arabic)].
- Al-Marzooqi, Mohamed, Why do UAE Courts annul Final Arbitral Awards which are issued in the UAE? At http://www.almc.ae/catalogPublication/18382016123857Thesis_Al%20Marzooqi_ESCL_May%2026%202013.pdf accessed 20th May 2016. [Original Language (English)].
- Al-nedany, Alansary, Judicial Conciliation (Alexandria/Dar Aljameah Aljadeddah: [The House of New University Publications] [Original Language (Arabic)].
- Alrefa'ae, Ashraf, 2003, Arbitration Agreement and the Practical and Legal issues in the Private International Relations, Darul Fikr Aljami'ee [[The House of Universal Thinking Publications] [Original Language (Arabic)].
- Altehaiwee. Mahmoud, 1999, Arbitration in Civil and Commercial matters and its Possibility in Administrative Contracts, (Alexandria/Darul Matboa'at Aljame'iah: [The House of Universal Publications] [Original Language (Arabic)].
- Altehawi, Mahmou, Types of Arbitration, (Alexandria/Darul Matboa'at Aljame'iah: [The House of Universal Publications] 2002), [Original Language (Arabic)].
- Beswetherick, Mark and Hutchison, Keith, Enforcement of arbitration awards: Moving in the right direction, at <http://www.cmguide.org/archives/3095> accessed 20th May 2016. [Original Language (English)].
- Elhais, Hassan, United Arab Emirates: Challenging An Arbitration Award, at [http://www.mondaq.com/x/261718/Arbitration + Dispu-](http://www.mondaq.com/x/261718/Arbitration+Dispu-)

- te + Resolution/Challenging + An + Arbitration + Award accessed 20th May 2016. [Original Language (English)].
- Hadad, Hafeiza, Challenging the Arbitral Award Delivered on Private International Disputes by Nullification, (Alexandria: Darul Fikr Aljami'ee [[The House of Universal Thinking Publications], without year of publication), [Original Language (Arabic)].
 - Giovannini, Teresa, what are the grounds on which awards are most often set aside, at http://www.lalive.ch/data/publications/tgi_what_are_the_grounds.pdf accessed 20th May 2016. [Original Language (English)].
 - Hasan, Khalid, Nullification of Arbitral award, (Cairo: Darul Nahda, [House of Revival]: 2010), [Original Language (Arabic)].
 - Jaghbeer, Ibrahim, Nullification of Arbitral Award, Dar Al Thaqafa [House of Knowledge: Amman 2009], [Original Language (Arabic)].
 - Mazirow, Arthur, "The Advantages and Disadvantages of Arbitration as Compared to Litigation" at http://www.cre.org/images/MY08/presentations/The_Advantages_And_Disadvantages_of_Arbitration_As_Compared_to_Litigation_2_Mazirow.pdf accessed 2 Dec. 2012. [Original Language (English)].
 - Muhsen, Shafeeq, Without Year of Publication, International Commercial Arbitration, (Cairo: Darul Nahda, [House of Revival] [Original Language (Arabic)].
 - Omar, Nabeel, Arbitration on National and International Civil and Commercial Matters, 2nd ed. (Alexandria/Dar Aljameah for Publication [The House of Universal Publications]: 2004), [Original Language (Arabic)].
 - Omar, Nabeel, The Law of Civil Procedures, (Beirut: Al-Halabee Legal Publications: 2008) [Original Language (Arabic)].
 - Ottoman, Nasser, Criteria of International Arbitration, paper presented in the proceedings of the "International Arbitration conference", (United Arab Emirates University, 2008), published on <http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/naser%20osman.pdf> accessed 20th Sep 2014. [Original Language (Arabic)].
 - Qandeel, Mustafa, "Alwajeez [The Concise] on Litigation and Adjudication within the United Arab Emirates Civil Procedures

- Law”, (UAE Alaafaq Almushriqh, [Shining Horizons Publications] 2010), [Original Language (Arabic)].
- Sherwin, Peter, Ana Vermal, Elizabeth Figueira, The Decision to Arbitrate, at <http://www.proskauerguide.com/arbitration/19/I> accessed 1st Oct 2014. [Original Language (English)].
 - Wali, Fathi, Alwaseet [[the Intermediate]] on Civil Adjudication Law, (Cairo: Cairo Uni. Press and Universal Books Publishers: 2001/2002), [Original Language (Arabic)].