

التنظيم القانوني للامتناع عن التصويت في مجلس الأمة دراسة تحليلية للمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة

الدكتور/ خليفة ثامر الحميدة
رئيس قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

يتناول البحث موضوع مدى إمكانية لجوء عضو مجلس الأمة للامتناع عن إدلائه بصوته فيما يعرض على المجلس المذكور من موضوعات برغم وجوده في الجلسة. وترجع أهمية هذا الموضوع على ما يرتبه من آثار محددة لمصير التصويت. ففي معرض التصويت على منصب نائب رئيس مجلس الأمة الكويتي وهو ما يتطلب الحصول على أغلبية محددة للفوز بالمنصب، امتنع أحد الأعضاء عن التصويت مما ترتب عليه ضرورة الإجابة عن التساؤل بشأن إدخال الورقة البيضاء والتي تعكس حالة الامتناع عن التصويت في حساب هذه الأغلبية. فكانت النتيجة أنه إذا اعتبر الممتنع غائباً فاز المرشح بالمنصب، بينما لا يعد حاصلاً على الأغلبية المطلوبة لذلك فيما لو عُد الممتنع حاضراً للجلسة. وتمهيداً للإجابة عن هذا التساؤل جاءت هذه الدراسة لتجيب عن هذا التساؤل، واضعة المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية قيد الدراسة باعتبارها القاعدة الوحيدة التي تحدد سبيل التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت. وفي سبيل بحث هذا الموضوع شرعت الدراسة ببيان مفهوم حالة الامتناع عن التصويت، وتمييزه عن غيره. ثم تحديد النصوص القانونية ذات العلاقة بهذا الموضوع، وأخيراً بيان التطور التشريعي الذي مرت به المادة المذكورة، ومنتهاية في ذلك إلى تحديد الموقف القانوني السليم للتعامل مع حالة الامتناع عن التصويت.

المقدمة

يقوم مكتب مجلس الأمة بدور أساسي في ترتيب أعمال هذا المجلس. وقد بينت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٣ ما يتوجب على هذا المكتب الاضطلاع به من مهام، فقد حصر الفصل الثالث من اللائحة الداخلية والذي جاء بعنوان مكتب المجلس تنظيم هذا الأخير، إذ نصت المادة (٣٩) من اللائحة المذكورة على مهامه بنصها أن:

" يختص مكتب المجلس بالأمور الآتية:

أ - الفصل فيما يحيله إليه المجلس من اعتراضات على مضمون مضابط الجلسات والقيام بعمليات القرعة وفرز الأصوات وغير ذلك من الأمور التي تعرض أثناء جلسات المجلس.

- ب - النظر في مشروع الميزانية السنوية للمجلس، وفي مشروع حسابه الختامي بناء على إحالة من الرئيس، وذلك قبل عرضهما على المجلس لإقرارها، وتدرج الاعتمادات المخصصة لميزانية المجلس رقماً واحداً في ميزانية الدولة.
- ج - أن يضع في شؤون المجلس الإدارية والمالية وموظفيه القواعد والأحكام المنظمة لها، وفيما عدا ذلك تطبق القوانين واللوائح السارية بهذا الشأن، وله ممارسة الصلاحيات المقررة لمجلس الوزراء ومجلس الخدمة المدنية وديوان الخدمة المدنية ووزير المالية في ذلك.
- د - اختيار الوفود، بناء على ترشيح الرئيس، لتمثيل المجلس في الداخل أو في الخارج تمهيداً لعرض الأمر على المجلس للبت فيه، وتعرض هذه الوفود على المكتب تقارير عن مهمتها وزياراتهم قبل عرضها على المجلس.
- هـ - أن يمارس بناء على طلب الرئيس اختصاصات المجلس الإدارية فيما بين أدوار الانعقاد وذلك بصفة مؤقتة حتى اجتماع المجلس.
- ز - أي أمر آخر يرى رئيس المجلس أخذ رأي المكتب في شأنه".

أما المادة (٣٢) من اللائحة الداخلية فقد رسمت كيفية تشكيل مكتب المجلس بنصها على أن: "يتكون مكتب المجلس من الرئيس ونائب الرئيس وأمين السر والمراقب، ويضم إليهم رئيس كل من لجنة الشؤون التشريعية والقانونية ولجنة الشؤون المالية والاقتصادية ولجنة الأولويات بمجرد انتخابهما". في حين بينت المادة (٣٥) من هذه اللائحة إجراءات انتخاب مناصب مكتب المجلس حيث قررت بأن: "يتم الانتخاب لمناصب مكتب المجلس بالتتابع وبطريق الاقتراع السري وبالأغلبية المطلقة، فإذا لم تتحقق هذه الأغلبية أعيد الانتخاب للمرة الثانية، ويكون الفوز فيها بالأغلبية النسبية، فإن تساوى اثنان أو أكثر في هذه الأغلبية تم اختيار أحدهما بالقرعة".

وفي معرض تشكيل مكتب المجلس للفصل التشريعي الخامس عشر لمجلس الأمة تراضى الأعضاء الحضور على أن يكون التصويت على منصبي رئيس المجلس ونائبه بالطريقة التقليدية، حيث الورقة هي التي يضع عليها العضو اختياره على من يرتضيه لهذا المنصب من بين المرشحين له. وفي سياق انتخاب نائب الرئيس ترشح للمنصب عضوان من المجلس، فشارك الحضور والبالغ عددهم أربعة وستون عضواً في هذا الانتخاب، إلا أن النتيجة كانت حصول أحد المرشحين على اثنين وثلاثين صوتاً في مقابل زميله الذي حصل على واحد وثلاثين صوتاً، بينما كانت هناك ورقة بيضاء امتنع صاحبها عن تحديد اختياره. ولما كانت أغلبية الاثنين والثلاثين لا تشكل

الأغلبية المطلقة لعدد الحضور الأربع والسنتين، فهذه الأخيرة تتحقق بالحصول على ثلاثة وثلاثين صوتاً، لم يكن هناك مفر من إعادة انتخاب نائب الرئيس بالأغلبية النسبية حيث يفوز بهذا المنصب من حصل على أكثر الأصوات بغض النظر عن عددهم، فأصبح من حصل على واحد وثلاثين صوتاً في المرة الأولى حاصلاً على اثنين وثلاثين، بينما نقص من كان حاصلاً على اثنين وثلاثين صوتاً في المرة الأولى صوتاً واحداً ليكتفي بالحصول على واحد وثلاثين صوتاً، فأعلن رئيس المجلس فوز من حاز أعلى الأصوات في التصويت الثاني.

وفي سياق الكلمة التي بادر إلى إلقائها من لم يحالفه الحظ في تولي منصب نائب الرئيس؛ فقد أشار إلى قرار للمحكمة الدستورية الكويتية والتي من خلاله حددت المقصود بالأغلبية المطلقة بتلك التي تنتج عن حاصل جمع أصوات الموافقين والمعارضين للأعضاء؛ واعتبار الممتنع عن التصويت بتركه لورقته بيضاء دون تحديد مرشح بعينه غائباً عن الجلسة. وفي الحقيقة أن تبني هذا القرار في انتخاب نائب رئيس المجلس كان سيغني عن إجراء الانتخاب للمرة الثانية، حيث سيكون من حاز لاثنتين وثلاثين صوتاً في المرة الأولى حائزاً على أصوات الأغلبية المطلقة من مجموع ثلاثة وستين مشاركاً في الانتخاب بعد اعتبار العضو الذي لم يدل بدلو غائباً عن الجلسة.

ولما كان تحديد مفهوم الأغلبية المطلقة اللازمة لتولي مناصب مكتب المجلس أولاً، والاعتماد عليها فيما يصدره المجلس من قرارات وتشريعات أمراً في غاية الأهمية، بل إن الحاجة إلى استظهار حقيقة هذه الأغلبية لتزداد نظراً لما أحاط بموقف المشرع من الأعضاء الممتنعين عن التصويت من تطور تغير من خلاله بين إدخالهم في حساب الأغلبية أو اعتبارهم غائبين. وغني عن البيان ما لهذين الموقفين من تباين على صعيد الفوز بمناصب المكتب حيث الممتنع الواحد قد يحول بين الحائز على أكثر الأصوات والمنصب بالنظر إلى جعل الأغلبية المطلقة تشمل في عددهم هذا العضو الممتنع أم يعتبر غائباً فلا يدخل ضمن حساب هذه الأغلبية.

أما فيما يتعلق بتمسك من لم يحالفه الحظ في الحصول على منصب نائب الرئيس بالقرار التفسيري لحكم المحكمة الدستورية الكويتية فيطلب استجلاء جدوى هذا القرار في تحديد حقيقة الأغلبية المطلقة، وذلك بحسب التطور التشريعي لمفهوم هذه الأغلبية. ومن هنا تتضح أهمية هذا البحث الذي يأتي ليلقي الضوء على موضوع إجرائي دستوري في غاية الأهمية لا تنفك إلا ويتعرض لها مجلس الأمة بالاستعمال

فيما يعرض عليه من موضوعات تتطلب التصويت عليها لاتخاذ قرار فيها؛ بما في ذلك انتخاب أعضاء مكتب هذا المجلس.

ولقد وقعت أحداث قريبة من هذه عام (١٩٩٦) عند تصويت مجلس الأمة على منصب رئيسه. فكان أحد الأعضاء قد ترك ورقة تصويته بيضاء فارغة من أية إشارة تدل على ترجيح مرشح على الآخر. ففي السعي للتأكد من صحة ما نجم عن التصويت من تنصيب لأحد المرشحين رئيساً للمجلس، طلب المجلس من المحكمة الدستورية الكويتية تحديد المقصود بالأغلبية المطلقة اللازمة لهذا التنصيب؛ ومدى تحققها في من أصبح رئيساً للمجلس. وترتيباً على ذلك أصدرت المحكمة الدستورية قرارها التفسيري في كلتا المسألتين^(١). كما أدلى فقهاء القانون الدستوري بأرائهم في ما وقع من إجراءات لمواجهة الورقة البيضاء آنذاك^(٢). وبرغم أهمية ما تبنته هذه المحكمة في قرارها التفسيري؛ وما سطره الفقه من دراسات قانونية متخصصة، فإن ما وقع من تعديل بعد ذلك على اللائحة الداخلية لمجلس الأمة يتطلب إعادة بحث الموضوع على ضوء هذا التعديل، ولاستجلاء مدى تأثر القرار التفسيري بهذا التعديل.

وفي تحديد منهج البحث في التعرض لهذا الموضوع، فقد اعتمد الباحث أساساً على المنهج التحليلي في الدراسات القانونية، والذي يتعلق بوسائل التحليل اللغوية والفنية لاستخلاص ما يصدق عليه التشريع، ومحدداً حقيقة الأغلبية المطلقة والتي تبناه المشرع الكويتي؛ ومبيناً التطور التشريعي الذي جرى على مضمونها.

(١) انظر: قرار المحكمة التفسيري رقم (٢٦/١٩٩٦) (تفسير) والصادر في جلسة ١/٨/١٩٩٧.

منشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" السنة الثالثة والأربعون، العدد (٢٩٢)، ص ٢.

(٢) في هذه الآراء التي قيلت في هذا الموضوع، انظر: الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، مفهوم الأغلبية المطلقة وعلاقته بانتخاب رئيس مجلس الأمة، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد (٢٢)، العدد (٣)، سبتمبر ١٩٩٨، الصفحات ٤٨-١٣ والأستاذ الدكتور محمد المقاطع، انتخاب رئيس مجلس الأمة الكويتي في ضوء أحكام الدستور واللائحة الداخلية والسوابق البرلمانية وأحكام القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد (٢٢)، العدد (٣)، سبتمبر ١٩٩٨، الصفحات ١٥٧-٢١٢، وكذلك الدكتور علي الباز، النصوص التشريعية الواجبة التطبيق عند انتخاب رئيس مجلس الأمة ومدى دستورية ما تم من إجراءات في انتخاب رئيس المجلس (الفصل التشريعي الثامن) (دراسة علمية)، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد (٢٥)، العدد (٢)، يونيو ٢٠٠١، الصفحات ٢١٧-٢٨٠.

هذا وقد انتهج البحث في خطته تقسيم الموضوع إلى مبحثين. جاء أولهما ببيان تعريف الممتنع عن التصويت؛ ومحددًا للنصوص التشريعية ذات العلاقة به. بينما تطرق المبحث الثاني إلى مناقشة معنى الأغلبية المطلقة في ضوء موقف المشرع المتطور عبر تشريعات مختلفة من الممتنعين عن التصويت.

المبحث الأول

مفهوم الامتناع عن التصويت والنصوص المنظمة له

قبل الخوض في غمار البحث عن موقف المشرع من حالة الامتناع عن التصويت في مجلس الأمة، يتعين بادئ ذي بدء تحديد المقصود بالامتناع عن التصويت؛ ثم حصر النصوص التشريعية المرتبطة به بشكل مباشر أو غير مباشر.

المطلب الأول

مفهوم الامتناع عن التصويت وتمييزه عن غيره

في سبيل البحث في موضوع الامتناع عن التصويت ينبغي تحديد المقصود به بتعريف جامع مانع من جهة، وتمييزه عما قد يتشابه به من جهة أخرى.

الفرع الأول: تعريف الامتناع عن التصويت

يقصد بالامتناع عن التصويت (abstaining)^(٣) عدم إعلان عضو البرلمان عن اختياره في تصويت. وبهذا المعنى لا تلحق صفة الممتنع إلا في مَنْ رفض إظهار إرادته في الاختيار بين المرشحين أو بين الموافقة على قرار معين أو رفضه، فهو بهذا الامتناع يرفض إلحاقه بأصوات الموافقين أو أصوات الراضين، كما أنه من خلال امتناعه يرفض الاشتراك في الاختيار بين المرشحين^(٤).

(٣) "to abstain is to refuse to vote either for or against a motion".

(٤) يذكر أن قواعد البرلمان الأسترالي تجبر مَنْ يتواجد من الأعضاء في جلسة التصويت على المشاركة في هذا الأخير، ولايسعه للتمسك بموقفه الممتنع عن التصويت سوى الخروج من قاعة الجلسة قبل البدء بالتصويت.

فينص الفصل الحادي عشر من تلك القواعد والذي جاء بعنوان "التصويت" على أنه:
" The procedures do not allow for senators formally to record an abstention from voting. All senators who are on the floor of the chamber when the count is begun must vote with the ayes or the noes, except the senator in the chair (SO 101(5)). Senators who wish to abstain in a vote can do so only by absenting themselves from the floor of the chamber. If a senator is absent during a division, it is therefore not possible to tell from the record of voting alone whether the senator has deliberately abstained from voting or has simply been absent. It is of course open to senators to declare an intention to abstain from voting during debate on a motion or otherwise to make their abstention known".

Odgers' Australian Senate Practice - Twelfth Edition, page, 222.

أما عن أسباب الامتناع عن التصويت فإنها لا تؤثر في النتيجة المترتبة عليها. فيستوي أن يكون الامتناع عن التصويت لإعلان امتناع الممتنع على الخيارات المتاحة أمامه والمراد التصويت عليها، والامتناع عن التصويت لرفضه للإجراءات المتخذة في هذا الشأن. كما يستوي الامتناع عن التصويت على المرشح لرفض الممتنع لتولي أي من المرشحين للمنصب، والامتناع عن التصويت لبيان حياديته بينهما، فهو يفضل عدم ترجيح أحدهما على الآخر.

وفي جميع الأحوال يفترض الامتناع عن التصويت وجود تصويت يدلي الأعضاء فيه بأصواتهم على محمل الموافقة أو الرفض للقرار؛ أو إيصال مرشح دون آخر لمنصب معين. وبهذا المعنى لا يتحقق الامتناع عن التصويت على مجرد التواجد في الجلسة لمناقشة موضوع على جدول الأعمال، ما لم يتخلل هذه المناقشة تصويت على موضوع محدد يزمع المجلس اتخاذ قرار فيه.

الفرع الثاني: تمييز الامتناع عن التصويت عن النصاب القانوني والتصويت الباطل

ويختلف الامتناع عن التصويت عن النصاب القانوني (quorum) اللازم تحققه لصحة انعقاد جلسات المجلس. فهذا الأخير يعني تواجد عدد محدد من الأعضاء لا يصح انعقاد الجلسة بوجود عدد أقل منهم. فمع بداية كل جلسة للمجلس وعند التصويت على موضوع معين، ينبغي على الرئيس أن يتحقق من توافر العدد اللازم لانعقاد الجلسة داخل قاعة المجلس، فإذا ما تبين عدم تحقق النصاب القانوني تعين عليه تأجيل انعقاد الجلسة لنصف ساعة، أو رفض البدء بإجراءات التصويت^(٥). وينتج عن ذلك عدم تأثر النصاب القانوني للحضور بامتناع عضو أو أكثر عن التصويت. فلا يعدو الأعضاء بالنسبة لهذا الأخير إلا حاضراً للجلسة أو غائباً عنها. في حين يضحى العضو ممتنعاً عن التصويت عندما لا يدلي بصوته في تصويت للمجلس يكون هو حاضراً فيه.

وفي هذا يذهب هنري مارتن روبرت في كتابه الذي أرسى فيه قواعد الإجراءات

(٥) تنص المادة (٧٤) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن: "يفتح الرئيس جلسات المجلس بحضور أغلبية أعضائه، فإذا تبين عند حلول موعد الافتتاح أن هذا العدد القانوني لم يتكامل، أخر الرئيس افتتاحها نصف ساعة، فإذا لم يتكامل العدد بعد ذلك يؤجل الرئيس الجلسة".

البرلمانية^(٦)، والذي أصبح مرجعاً في رسم كل ما يتعلق بجلسات البرلمان ونظامها الداخلي، إلى التمييز بين النصاب القانوني والتصويت، معلناً أنه متى تحقق الأول فلا بد من الاكتفاء بأصوات الأغلبية التي أفصحت عن رأيها بالقبول أو الرفض؛ ودونما اعتداد بالأوراق الخالية من أية تصويت. وفي هذا فهو يقول:

" when a quorum is present, a majority vote, that is the majority of the votes cast, ignoring blanks, is sufficient for the adoption of any motion that is in order"^(٧).

ففي النصاب القانوني للجلسات ينقسم الأعضاء بين حاضرين وغائبين، بينما ينقسم الأعضاء الحضور في التصويت بين موافقين ومعارضين وممتنعين، وبحسب التكييف القانوني للممتنعين يتجلى اعتبارهم من هؤلاء أو هؤلاء؛ أو حتى ضمهم إلى الغائبين من الأعضاء، ويظهر هذا التمييز بين التصويت في مجلس الأمة ونصاب جلساته جلياً فيما نصت عليه المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة والتي تقرر بأن:

"يشترط لصحة اجتماع مجلس الأمة حضور أكثر من نصف أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة.

ويعتبر الأمر الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً إذا لم يحصل على أغلبية الحاضرين أو الأغلبية الخاصة اللازمة لإقراره، ما لم يتعارض هذا الحكم مع نص خاص في الدستور أو في هذا القانون".

كما تختلف طبيعة الامتناع عن التصويت عن الإدلاء بالصوت على شكل خاطئ. فالأول ما هو سوى ترك ورقة التصويت بيضاء (blank vote) دون ترجيح لمرشح على غيره؛ أو للموافقة على القرار أو رفضه، في حين يظهر هذا الأخير في صورة التصويت بشكل يجعل ورقة التصويت باطلة. ويكون الحال كذلك في الأحوال التي يتجاوز فيها العضو التصويت بوضع إشارة إلى جانب الموافقة أو الرفض؛ أو بجوار

(٦) كتب السيد روبرت كتابه هذا في عام ١٨٧٦ حيث تم تبنيه كنظام داخلي للاجتماعات الرسمية في الولايات المتحدة. انظر كذلك: كتاب توماس جيفرسون بعنوان، A Manual of Parliamentary Practice of the Use of the Senate of the United State، والذي كتبه في طبعته الأولى عام (١٨٠١).

(٧) Henry Martin Robert, Robert's Rules of Order ÚRevised, published in 1921, p. 191.

مرشح بعينه، فيضع من الكتابات على ورقة التصويت ما لا يحقق أحد هذين الهدفين؛ أي موقفه من الموافقة أو الرفض؛ أو منح صوته إلى مرشح محدد.

وَمِمَّا حددته اللائحة الداخلية باعتباره تصويماً باطلاً ما نصت عليه المادة (٣٦) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة بنصها على أن: "لا يجوز أن تدرج في ورقة التصويت أسماء غير المرشحين وإلا اعتبر التصويت لغير المرشح باطلاً وصح التصويت في من عداه، فإن جاوز عدد الأسماء الصحيحة الواردة بورقة الانتخاب من بين المرشحين العدد المطلوب انتخابه بطلت الورقة كلها.

ويعتبر التصويت غير صحيح إذا وقع خطأ في اسم المرشح يثير لبساً في تحديد شخصيته، وعند الخلاف يفصل المجلس في الأمر".

وبالعودة إلى مقارنة الامتناع عن التصويت بالتصويت الباطل، يمكن القول بأن كل منهما يتميز عن الآخر في مدى دخوله في حساب الأصوات التي أدلى أصحابها بها في التصويت، فالصوت الباطل وإن كان لا يدخل ضمن أصوات أي من الفريقين، إلا إنه يظل مشمولاً بالعدد الفعلي للأعضاء الذين مارسوا حقهم في العملية التصويتية، فهو - أي الصوت الباطل - يدخل في حساب العدد الكلي للأصوات التي شاركت في التصويت والذي يجب أن يحوز الراجح من الرأي أو الفائز في المنصب على الأغلبية المطلقة للأصوات.

في حين يختلف الحال بالنسبة للممتنع عن التصويت والذي يتحقق في حضور جلسة التصويت دون رفع اليد بالموافقة أو الرفض إن كان التصويت برفع اليد؛ أو بترك الورقة بيضاء دون أية إشارة تدل على اتجاه إرادة الممتنع في التصويت، ففي مثل هذه الأحوال يتوقف الأثر المترتب على الامتناع عن التصويت على تكييف المشرع له بحسب ما إذا اعتبره غياباً عن الجلسة، أو حضوراً فيها.

المطلب الثاني

النصوص المنظمة للامتناع عن التصويت

في معرض بيان النصوص التشريعية المنظمة للامتناع عن التصويت، فإنه لمن الأهمية بمكان البحث عن هذه النصوص بين صفحات الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢ ومذكرته التفسيرية؛ والقوانين الأخرى ذات العلاقة، فالالتزام باستكمال ما يرسمه هذا الدستور بما تسطره تلك القوانين من أحكام يقوم على ركيزتين، هما:

١ - أن الدستور الكويتي لعام (١٩٦٢) هو دستور مختصر. ويعني ذلك اكتفاؤه بوضع المبادئ الأساسية تاركاً التفاصيل لقوانين ستصدر لاحقاً لإضافة القواعد

اللازمة لتنظيم الموضوع محل البحث تنظيمياً وافياً^(٨). وبهذا المعنى ينبغي عدم الاكتفاء بنصوص الدستور المختصر في بيان الأحكام المنظمة لموضوع معين، وإنما البحث في أروقة القوانين الأخرى لتحقيق هذا الغرض.

٢ - أن الدستور الكويتي لعام (١٩٦٢) أحال إلى مجلس الأمة لوضع القواعد اللازمة لتنظيم مباشرته لاختصاصاته، فتنص المادة (١١٧) منه على أن: "يضع مجلس الأمة لائحته الداخلية متضمنة نظام سير العمل في المجلس ولجانه وأصول المناقشة والتصويت والسؤال والاستجواب وسائر الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور، وتبين اللائحة الداخلية الجزاءات التي تقرر على مخالفة العضو للنظام أو تخلفه عن جلسات المجلس أو اللجان بدون عذر مشروع". ولقد بادر مجلس الأمة إلى إصدار القانون رقم (١٢ لسنة ١٩٦٣) بشأن اللائحة الداخلية له بتاريخ (١٩) مايو من عام (١٩٦٣)، وغني عن البيان أن الامتناع عن التصويت يتعلق بإجراءات التصويت في المجلس بحسب ما سبق بيانه، مما يجعل البحث في مواد هذا القانون أمراً لا مناص منه.

وبذلك ذهب المحكمة الدستورية في قرارها التفسيري رقم (١٩٩٦/٢٦) والصادر في جلسة ١٩٩٧/١/٨ بقولها بأن:

"وقد نصت تلك المادة (أي المادة ١١٧ من الدستور) على أن: (يضع مجلس الأمة لائحته الداخلية متضمنة نظام سير العمل في المجلس ولجانه وأصول المناقشة والتصويت والسؤال والاستجواب وسائر الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور) واستناداً إلى هذا التفويض الدستوري وضع مجلس الأمة اللائحة الداخلية الصادرة بالقانون ٦٣/١٢ والتي تضمنت نظام سير العمل بالمجلس وأصول المناقشة والتصويت، الذي يشمل في معناه ويندرج تحت مفهومه التصويت عامة - ما عدا ما هو منصوص عليه على وجه الخصوص- سواء أكان تصويتاً لانتخاب رئيس المجلس أم تصويتاً على مشروع قانون أو قرار، فضلاً عن تحديد أسلوب التصويت سواء أكان اقتراعاً سرياً أم علنياً، وإذا كانت تلك اللائحة صادرة استناداً إلى ذلك التفويض الدستوري فقد أضحت مكتملة لأحكام الدستور في خصوص وظيفة المجلس

(٨) في تعريف الدساتير المختصرة، انظر: الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت: دراسة مقارنة، غير محدد مكان الطبع، ١٩٨٥، ص ١٥٠. والأستاذ الدكتور محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر بكلية الحقوق في جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ص ٥٠ و ١١٦.

التشريعية، وسائر صلاحياته الدستورية، وتغدو وثيقة ذات طبيعة دستورية تأخذ حكم القوانين الأساسية وذلك في حدود التفويض الدستوري، وقد خصصت اللائحة المشار إليها الفصل الثالث منها بعنوان مكتب المجلس، وحرصت المادة (٣٢) منها على النص على تكوين مكتب المجلس من الرئيس ونائبه وأمين السر والمراقب فضلاً عن رئيسي لجنتي من لجان المجلس، أما المادة (٣٤) فتتظم طريقة الترشيح لمناصب المكتب، وتحدد المادة (٣٥) القواعد الضابطة لهذا الانتخاب، ثم جاءت المادة (٣٦) لتحدد حكم الأوراق الصحيحة والأوراق الباطلة في عملية الانتخاب، ثم جاءت المادة (٣٧) ويجري نصها على أن: (يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة الغياب عن الجلسة فلا تحسب أصوات الممتنعين ضمن أصوات المؤيدين أو المعارضين، كما لا تدخل في حساب الأغلبية، كل ذلك إذا كانت الأصوات التي أعطيت لم تقل عن النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة) .

وفي ضوء ما سبق سيكون البحث عن النصوص ذات العلاقة للتصويت في الدستور من جهة؛ وفي اللائحة الداخلية لمجلس الأمة من جهة أخرى، ثم استظهار مدى ارتباطها في حالة الامتناع عن التصويت في مجلس الأمة.

الفرع الأول: النصوص الدستورية ذات العلاقة بالتصويت في مجلس الأمة
وتشمل هذه النصوص المادتين (٩٢) و(٩٧) من الدستور.

الفصل الأول: تنظيم المادة (٩٢) من الدستور

لا انتخاب رئيس مجلس الأمة ونائبه

نصت المادة (٩٢) من الدستور على أن:

"يختار مجلس الأمة في أول جلسة له، ولمثل مدته رئيساً ونائب رئيس من بين أعضائه، وإذا خلا مكان أي منهما اختار المجلس من يحل محله إلى نهاية مدته.

ويكون الانتخاب في جميع الأحوال بالأغلبية المطلقة للحاضرين، فإن لم تتحقق هذه الأغلبية في المرة الأولى أعيد الانتخاب بين الاثنين الحائزين لأكثر الأصوات، فإن تساوى مع ثانيهما غيره في عدد الأصوات اشترك معهما في انتخاب المرة الثانية، ويكون الانتخاب في هذه الحالة بالأغلبية النسبية، فإن تساوى أكثر من واحد في الحصول على الأغلبية النسبية تم الاختيار بينهم بالقرعة، ويرأس الجلسة الأولى لحين انتخاب الرئيس أكبر الأعضاء سناً".

ويستفاد من هذه المادة تحديدها لإجراءات اختيار رئيس المجلس ونائبه، فاشتترطت الأغلبية المطلقة لمن حضر جلسة التصويت للفوز بأي من هذين

المنصبين، كما أنها عالجت حالة التساوي في الأصوات حيث أعادت الانتخاب بين اثنين أو أكثر من المرشحين الذين حصلوا على أعلى الأصوات، وعندها تطلبت الأغلبية النسبية، في حين تبنت القرعة لإعلان الفائز في أي من هذين المنصبين عندما تؤول نتيجة الانتخاب الثاني إلى التعادل بين المرشحين، في حين لم تبين هذه المادة التكييف الدستوري لحالة الامتناع عن التصويت، مما يجعل التمسك بها، وعلى فرض حصر الموضوع بها، يتقيد مفهوم الأغلبية المطلقة بمن حضر من الأعضاء في جلسة التصويت.

الغصن الثاني: تنظيم المادة (٩٧) من الدستور للنصاب القانوني لجلسات مجلس الأمة

جاءت المادة (٩٧) من الدستور بالنص على أن: "يشترط لصحة اجتماع مجلس الأمة حضور أكثر من نصف أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة.

وعند تساوي الأصوات يعتبر الأمر الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً". ومما يستفاد من هذه المادة عدم خروجها عن سابقتها - أي المادة (٩٢) من الدستور - حيث أرجعت التصويت إلى الحصول على أغلبية الأعضاء الحاضرين لجلسة التصويت، فقيدت المقصود بالأغلبية المطلقة بالحضور تحديداً؛ دونما تمييز بين الأعضاء الحضور والأعضاء المصوتين، كما أنها خلت من ترتيب حكم خاص لحالة الامتناع عن التصويت، الأمر الذي يجعله يخضع للقاعدة العامة للتصويت وهو الحصول على أصوات "الأغلبية المطلقة للحضور" كما أسمتهم المادة (٩٢)، أو "بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين" كما أطلقت عليهم المادة (٩٧) من الدستور.

الفرع الثاني: النصوص القانونية ذات العلاقة بالتصويت في مجلس الأمة
يمكن حصر ما ورد في القانون من نصوص مرتبطة بالأغلبية في التصويت فيما ورد في القانون رقم (١٢ لسنة ١٩٦٣) بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة بمجموعة من النصوص، وتحديداً بالمواد (٢٨ و ٣٢ و ٣٤ و ٣٥ و ٣٦ و ٣٧) من هذه اللائحة.

الغصن الأول: المادة (٢٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة
تنص المادة (٢٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن: "يختار مجلس

الأمة في أول جلسة له، ولمثل مدته، رئيساً ونائب رئيس من بين أعضائه، وإذا خلا مكان أحد منهما، اختار المجلس من يحل محلهما إلى نهاية مدته، ويكون الانتخاب في جميع الأحوال بالأغلبية المطلقة للحاضرين، فإن لم تتحقق هذه الأغلبية في المرة الأولى أعيد الانتخاب بين الاثنين الحائزين لأكثر الأصوات، فإن تساوى مع ثانيهما غيره في عدد الأصوات اشترك معهما في انتخاب المرة الثانية، ويكون الانتخاب في هذه الحالة بالأغلبية النسبية، فإن تساوى أكثر من واحد في الحصول على الأغلبية النسبية تم الاختيار بينهم بالقرعة.

ويرأس الجلسة الأولى لحين انتخاب الرئيس أكبر الأعضاء سناً.

إن أهم ما يستفاد من هذا النص، وفيما يتعلق بموضوع البحث تحديداً، تطلبه الحصول على أغلبية الحضور للفوز بأحد مناصبي رئيس المجلس أو نائبه. وبرغم التصريح بالحضور كمعيار لهذه الأغلبية المطلقة، إلا أن النص يقف صامتاً أمام حالة الامتناع عن التصويت، فهو لم يحدد شكل التعامل مع هذه الحالة إن وجدت.

الغصن الثاني: المادة (٣٢) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة

أما المادة (٣٢) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة فتتص على أن: "يتكون مكتب المجلس من الرئيس ونائب الرئيس وأمين السر والمراقب، ويضم إليهم رئيس كل من لجنة الشؤون التشريعية والقانونية ولجنة الشؤون المالية والاقتصادية ولجنة الأولويات بمجرد انتخابهما".

وكما يتضح جلياً من صياغة هذه المادة أنها لم تأتٍ لا على تحديد الأغلبية المطلوبة لانتخاب مكتب المجلس؛ فضلاً عن سكوتها عن تحديد طريقة التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت في هذا الانتخاب.

الغصن الثالث: المادة (٣٤) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة

تنص المادة (٣٤) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن: "تقدم الترشيحات لعضوية المكتب إلى رئيس المجلس فيعلنها للمجلس، ويجوز للعضو أن يزكي غيره للترشيح لعضوية المكتب". فهي لم تزدد عن بيان مكان تسليم طلبات الترشيح للأعضاء الراغبين، كما أنها سمحت للعضو أن يزكي غيره من الأعضاء ممن يتوسم فيهم صلاحيتهم للعضوية في مكتب المجلس.

الغصن الرابع: المادة (٣٥) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة

تنص المادة (٣٥) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن: "يتم الانتخاب

لمناصب مكتب المجلس بالتتابع، وبطريق الاقتراع السري، وبالأغلبية المطلقة، فإذا لم تتحقق هذه الأغلبية أعيد الانتخاب للمرة الثانية، ويكون الفوز فيها بالأغلبية النسبية، فإن تساوى اثنان أو أكثر في هذه الأغلبية تم اختيار أحدهما بالقرعة".

ومما يستفاد من هذا النص تطلبه للأغلبية المطلقة للفوز بأي من مناصب مكتب المجلس، كما أنه أرسى السرية في انتخاب هذه المناصب، بينما لم يبين كيفية التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت، مما يجعل هذه المادة قاصرة في هذا الشأن.

الفصل الخامس: المادة (٣٦) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة

تنص المادة (٣٦) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على أن: "لا يجوز أن تدرج في ورقة التصويت أسماء غير المرشحين وإلا اعتبر التصويت لغير المرشح باطلاً وصح التصويت في من عداه، فإن جاوز عدد الأصوات الصحيحة الواردة في ورقة الانتخاب من بين المرشحين العدد المطلوب انتخابه بطلت الورقة كلها.

ويعتبر التصويت غير صحيح إذا وقع خطأ في اسم المرشح يثير لبساً في تحديد شخصيته وعند الخلاف يفصل المجلس في الأمر".

وهي بذلك بينت حالة اعتبار التصويت باطلاً للورقة؛ وكيفية التعامل معها.

الفصل السادس: المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة مناط

تنظيم الامتناع عن التصويت في المجلس

وفي واقع الأمر تعد المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة هي أساس تنظيم الامتناع عن التصويت. إذ إنها بينت كيفية التعامل مع هذا الموقف في التصويت، إذ تتجسد في هذه المادة حقيقة التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت في مجلس الأمة، فهذه المادة تحديداً هي التي أخذت على عاتقها بيان كيفية التعامل مع حالة وجود أعضاء في المجلس شاركوا في الحضور في جلسة التصويت، ولكنهم تقاعسوا عن استكمال مشاركتهم في التصويت من خلال امتناعهم عن التصويت.

فهذه المادة واجهت بشكل صريح ومباشر، وبلا إبهام فيها أو غموض حالة الامتناع عن التصويت، الأمر الذي يجعل التعامل مع الامتناع عن التصويت مقيداً بربطتها، ومحصوراً بنطاقها. وهذا ما سيكون بحثه في المبحث التالي.

المبحث الثاني التطور التشريعي للامتناع عن التصويت في مجلس الأمة وتكييفه القانوني

منذ أن صدرت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة بموجب القانون رقم (١٢) لسنة (١٩٦٣)، لم تبق المادة (٣٧) منها على حالها، وإنما وقعت تحت تأثير عوامل التغيير للنصوص القانونية اقتضاه التطور الطبيعي لنظرة مجلس الأمة لحالة الامتناع عن التصويت بشكل خاص؛ ورسم المعنى التشريعي لمصطلح الأغلبية المطلقة بصورة عامة؛ فيما يعرض على المجلس من تصويت.

ويمكن حصر التعديلات التي مضت على نصوص المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية بتعديل وقع في عام (١٩٨٢)؛ وآخر عام (٢٠٠٧)، الأمر الذي يمكن معه تقسيم التطور التاريخي لهذه المادة إلى ثلاث مراحل، هي: المرحلة الأولى، والتي تشمل الفترة منذ صدور المادة المذكورة بشكلها الأولي مع صدور اللائحة الداخلية ذاتها. ثم المرحلة الثانية، والتي تبدأ من نفاذ تعديل عام (١٩٨٢) وحتى عام (٢٠٠٧)، وأخيراً المرحلة الثالثة، والتي استهلكت بدخول تعديل عام (٢٠٠٧) حيز النفاذ وتستمر إلى وقتنا الحاضر. وما من شك في أن هذه المرحلة الأخيرة هي مناط القراءة الحالية للنص القانوني المذكور، وعلى ضوءها يجب التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت، أخذاً بالمبدأ القانوني القائل بأن الأحدث من القواعد القانونية يَجِبُ الأقدم.

المطلب الأول التطور التشريعي للمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة وموقف المحكمة الدستورية الكويتية منها

لقد مرت المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة بثلاثة أنواع من الصياغة منذ صدورهما في عام (١٩٦٣) كما سبق بيانه، حيث شكلت كل صياغة لها مرحلة متميزة في تنظيمها لحالة الامتناع عن التصويت حتى وصلت إلى الوضع الحالي والذي بدء في عام (٢٠٠٧)، وتتلخص هذه الحالات الثلاث لصياغة المادة المذكورة تباعاً في الآتي:

١ - " يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة الغياب عن الجلسة، فلا تحسب أصوات الممتنعين ضمن أصوات المؤيدين أو المعارضين، كما لا تدخل في حساب الأغلبية

بشرط ألا يقل عدد الأصوات التي أعطيت عن النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة، ويسري هذا الحكم في شأن الأوراق غير الصحيحة" (٩).

٢ - " يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة الغياب عن الجلسة فلا تحسب أصوات الممتنعين ضمن أصوات المؤيدين أو المعارضين، كما لا تدخل في حساب الأغلبية، كل ذلك إذا كانت الأصوات التي أعطيت لم تقل عن النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة، أما إذا كان عدد المؤيدين والمعارضين يقل عن هذا النصاب فإن الامتناع عن التصويت لا يعتبر غياباً عن الجلسة، وتدخل أصوات الممتنعين في حساب الأغلبية، ويسري حكم هذه المادة على الأوراق غير الصحيحة" (١٠).

٣ - " يشترط لصحة اجتماع مجلس الأمة حضور أكثر من نصف أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة. ويعتبر الأمر الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً إذا لم يحصل على أغلبية الحاضرين أو الأغلبية الخاصة اللازمة لإقراره، ما لم يتعارض هذا الحكم مع نص خاص في الدستور أو في القانون" (١١).

وبناء على ذلك يكون تفصيل المراحل الثلاث التي مرت بها المادة المذكورة، وبيان موقف المحكمة الدستورية من تطبيق هذه المادة على حالة الامتناع عن التصويت.

الفرع الأول: التطور التشريعي للمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة

قبل البحث في هذا التطور للمادة المذكور ينبغي التأكيد على أمرين:

الأول: أن دراسة المادة المذكورة بصياغاتها المختلفة إنما قصد منه بيان مدى ارتباطها بحالة الامتناع عن التصويت، والذي يعكس تطور اتجاه المشرع في كيفية التعامل مع هذه الحالة، ففي الصياغتين الأولى والثانية يتجلى منطوق النص محل البحث بألفاظ صريحة في رسم معالم الحل التشريعي في كيفية حساب الأصوات التي تتخللها حالة الامتناع عن التصويت، فهذه المادة هي المعنية بشكل حصري بتنظيم هذا الموضوع دون منازع في ذلك من نص دستوري؛ أو قاعدة تشريعية.

(٩) انظر: الصياغة الأولى لهذه المادة والتي نشرت في الجريدة الرسمية " الكويت اليوم " ضمن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة يوم الأحد، الموافق ١٩ مايو ١٩٦٣.

(١٠) جاء هذا التعديل في القانون رقم (٣ لسنة ١٩٨٢)، ولقد نشرت هذه الصياغة في هذا التعديل في الجريدة الرسمية " الكويت اليوم " يوم الأحد، الموافق ٢٤ يناير ١٩٨٢.

(١١) جاء هذا التعديل في القانون رقم (٨ لسنة ٢٠٠٧)، ولقد نشرت هذه الصياغة في هذا التعديل في الجريدة الرسمية " الكويت اليوم " يوم الأحد، الموافق ٢٩ أبريل ٢٠٠٧.

الثاني: أن المحكمة الدستورية واجهت البحث في تكييف حالة الامتناع عن التصويت بمناسبة تفسيرها لما يتطلبه الدستور واللائحة الداخلية لمجلس الأمة من أغلبية مطلقة في التصويت على مرشحي مناصب مكتب المجلس؛ وغيره من القرارات. وإذا كان القرار التفسيري للمحكمة المذكورة ملزماً في تحديد بيان مفهوم هذه الأغلبية؛ وبيان كيفية التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت، إلا أن هذا القرار مرتبط أساساً وبصورة مباشرة بنص المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية وفقاً لما نصت عليه في صياغتها في تاريخ صدوره حصراً، الأمر الذي يقتضي معه إعادة النظر في هذا القرار التفسيري للمحكمة المذكورة؛ نظراً لتغير النص محل التفسير.

بعبارة أخرى، يتقيد التعامل بهذا القرار التفسيري في المرحلة المحددة للنص المذكور وقت صدور هذا القرار، وبناء على ذلك يفقد هذا القرار التفسيري إلزاميته، متى صدر تعديل على النص القانوني متضمناً تغييراً في أحكامها، ففي مثل هذه الحالة، لا يصح الاحتجاج بقرار المحكمة والذي بُني على نص تغير بعد صدوره. أما المراحل التي مرت بها المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، بحسب ما مر بنصها من صياغة، فتتقسم إلى ثلاث كما سبق بيانه.

الغصن الأول: المرحلة الأولى: منذ صدور اللائحة الداخلية لمجلس الأمة عام (١٩٦٣) وإلى ما قبل صدور تعديل عام (١٩٨٢)

ظهرت المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية أول ما ظهرت فيما انطوى عليه نص القانون رقم (١٢ لسنة ١٩٦٣) بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة. وكما تبين سابقاً أن هذه المادة تقرر بشكل صريح اعتبار الممتنع عن التصويت غائباً عن الجلسة. وبذلك فأصوات الممتنعين ينبغي ألا تدخل ضمن حساب الأصوات الموافقة؛ ولا الأصوات الراضية. وإن علقت هذا الحكم على شرط توفر النصاب القانوني للجلسة في حاصل جمع أصوات الموافقين والمعارضين.

وبمقتضى ما سبق فإن هذه المادة أقرت حق الممتنع عن التصويت في عدم حمل امتناعه على أنه موافقة أو رفض؛ وبشرط عدم فقدان النصاب القانوني باعتبار الممتنع عن التصويت غائباً، فإذا ما تحققت هذه الفرضية لم يصح اعتباره غائباً، وإن توقفت المادة المذكورة بصياغتها وقتذاك عن بيان ما إذا كان يتعين ضم الأصوات الممتنعة إلى مجموع الأصوات الموافقة أو إلى الأصوات المعارضة.

الغصن الثاني: المرحلة الثانية: منذ صدور تعديل عام (١٩٨٢) وإلى ما قبل صدور تعديل عام (٢٠٠٧)

وسيكون البحث فيها من حيث بيان ما استدعته الظروف من صدور لهذا التعديل، ثم شرح آراء الفقه الدستوري في هذه المادة على ضوء هذا التعديل، وبعدها دراسة ما أصدرته المحكمة الدستورية من قرار تفسيري للمادة بحسب ما ورد في صياغة هذه المادة من تعديل في هذه المرحلة.

أولاً: أسباب ومضمون تعديل عام (١٩٨٢) للمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة:

جاء هذا التعديل ليعالج حالة التصويت في مجلس الأمة والذي تنتهي إما إلى عرقلة الوصول إلى قرار حاسم في موضوع التصويت أو ترتب نتيجة غير منطقية. فقد جرى العمل على اعتبار الممتنعين عن التصويت غائبين عن الجلسة دائماً، مما أدى في أحوال عديدة إلى فقد الجلسة للنصاب القانوني لصحة انعقادها من جهة؛ أو إلى تعليق إصدار قرار في الموضوع محل التصويت من جهة أخرى، وبغض النظر عن عدد الموافقين على صدور القرار أو المعارضين له.

وبناء على ذلك أصبحت قراءة المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية بالشكل التالي:

"يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة الغياب عن الجلسة فلا تحسب أصوات الممتنعين ضمن أصوات المؤيدين أو المعارضين، كما لا تدخل في حساب الأغلبية، كل ذلك إذا كانت الأصوات التي أعطيت لم تقل عن النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة.

أما إذا كان عدد المؤيدين والمعارضين يقل عن هذا النصاب فإن الامتناع عن التصويت لا يعتبر غياباً عن الجلسة، وتدخل أصوات الممتنعين في حساب الأغلبية، ويسري حكم هذه المادة على الأوراق غير الصحيحة".

وقد بررت المذكرة الإيضاحية لتعديل عام (١٩٨٢) للمادة (٣٧) الحاجة إلى إجراء هذا التعديل بقولها:

"... ويخلص من هذا النص، وفقاً للتفسير الصحيح لأحكامه، وبما يزيل شبهة المخالفة لأحكام المادة (٩٧) من الدستور، أن الامتناع عن التصويت وإن كان حقاً لكل عضو إلا أنه وفقاً للقاعدة الشرعية التي تقضي بأنه لا ينسب لساكت قول فإنه عند التصويت على اتخاذ أي قرار لا تضاف أصوات الممتنعين إلى أصوات المؤيدين أو المعارضين، كما لا تدخل في حساب الأغلبية، كل ذلك معقود بشرط أساسي هو

ألا يقل عدد الأصوات المعطاة موافقة ورفضاً عن النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة، أي أن يكون مجموع من صوتوا بالموافقة أو الرفض ثلاثة وثلاثين عضواً وهو النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة، وفي هذه الحالة لا يكون للممتنعين أي تأثير على إصدار القرار، بل يتخذ القرار موافقة أو رفضاً كما لو كان الممتنعون غائبين عن الجلسة".

أما عن سبب صدور هذا التعديل فتستكمل هذه المذكرة الإيضاحية بيانها لذلك بقولها:

"إلا أنه جرى العمل على تفسير مغاير لذلك تماماً في الفصول التشريعية السابقة، باعتبار أن الامتناع عن التصويت بمثابة الغياب عن الجلسة في جميع الأحوال، سواء أكانت الأصوات المعطاة تقل أم تزيد عن النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة بالمخالفة لحكم المادة (٣٧) من اللائحة وقد ترتب على ذلك التطبيق نتائج شاذة عطلت صدور الكثير من القوانين والقرارات".

ثم جاءت المذكرة الإيضاحية بأمثلة على الخطأ في التعامل مع الامتناع عن التصويت وفقاً لذلك المفهوم، حيث بينت بأنه لو كان (١٧) موافقين على تصويت معين؛ و(١٦) معارضين له؛ و(١٢) ممتنعين فإن ذلك يؤدي إلى اتخاذ القرار؛ لأن مجموع المؤيدين والمعارضين بلغ حد النصاب القانوني. بينما لو توزعت الأصوات على (٢٣) مؤيدين؛ و(٩) معارضين؛ و(١٣) ممتنعين لا يتخذ القرار؛ ويعلق إلى تصويت لاحق لفقدان النصاب باعتبار الممتنعين غائبين، كما لا يتخذ القرار ويعلق إلى تصويت لاحق عندما تكون الأصوات موزعة إلى (٢٨) موافقين؛ و(٤) رافضين؛ و(١٣) ممتنعين حيث تفقد الجلسة نصابها القانوني، بل نصل إلى ذات الحكم عندما تتوزع الأصوات إلى (٣٢) موافقين؛ ولا يوجد رافضون؛ و(١٣) ممتنعين حيث يعاني التصويت كذلك من فقدته للنصاب القانوني".

كل ذلك أدى إلى صدور تعديل عام (١٩٨٢) حيث بادر به مجلس الأمة إلى إرساء المبدأ في التعامل مع الممتنع عن التصويت والاستثناء عليه، فمن حيث المبدأ يعد الممتنع عن التصويت غائباً ما لم يؤدّ اعتباره كذلك إلى فقدان النصاب القانوني لانعقاد الجلسة، عندئذ يعد موجوداً ويدخل في حساب الأغلبية. بعبارة أخرى تحسب الأغلبية المطلقة لاتخاذ القرار أو صدور قانون بناء على مجموع عدد الموافقين والمعارضين، فإذا قل هذا المجموع عن الحد الأدنى اللازم لانعقاد الجلسة، تتغير هذه الأغلبية لتصبح حاصل مجموع عدد الموافقين والمعارضين والممتنعين.

والجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية كانت قد أصدرت قرارها التفسيري بشأن

الامتناع عن التصويت على هدي من هذا التعديل كما سنرى لاحقاً، ففي مواجهة لا تتعد كثيراً عما حصل في انتخاب نائب رئيس مجلس الأمة بتاريخ ٢٠١٦/١٢/١١. فقد أثير أمامها السؤال بشأن تحديد مفهوم الأغلبية المطلقة لمجلس الأمة؛ وكيفية التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت فيه، فأصدرت قرارها التفسيري في هذا الطلب.

ثانياً: موقف المحكمة الدستورية الكويتية من الامتناع عن التصويت في مجلس الأمة الكويتي:

قبل الخوض في غمار قرار هذه المحكمة التفسيري ينبغي التأكيد على مسألتين، هما:

أولاً: أن المحكمة الدستورية استندت، وبحسب ما سيتبين لاحقاً، إلى قراءتها للمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية للوصول إلى قرارها التفسيري الملزم، المبين لما ينبغي أن يكون عليه الموقف عند تحقق حالة الامتناع عن التصويت في مجلس الأمة. ولذلك يتعين هنا التأكيد على أن القرار التفسيري كان قد صدر في المرحلة الثانية من تطور المادة المذكورة^(١٢). الأمر الذي يحتم الاعتراف بتقييد الاستشهاد بقرار المحكمة التفسيري في الفترة التي تلت تعديل عام (٢٠٠٧)، حيث أصبحت المادة المذكورة تُقرأ على نحو مغاير مما كانت عليه وقت صدور قرار المحكمة.

ثانياً: وهذه المسألة مرتبطة بشكل وثيق بسابقتها، يجب التأكيد على أن المحكمة الدستورية وهي في سياق البحث عن رأيها في مسألة الامتناع عن التصويت لجأت في نهاية الأمر إلى ما هو منصوص عليه في المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية. وبالتالي لا يصح الاحتجاج بقرار المحكمة من جهة، وغض النظر عن التعديل الذي طرأ لاحقاً على هذه المادة من جهة أخرى. بعبارة أخرى طالما أن المحكمة الدستورية أعلنت تمسكها بموقف معين من موضوع الامتناع عن التصويت، ومسببة هذا الموقف بنص المادة (٣٧) المذكورة، فينبغي لبيان حقيقة الموقف الاستمرار في استعمال ذات المادة لتحديد الآثار المترتبة على الامتناع عن التصويت؛ فإذا ما تغيرت أحكام هذه

(١٢) في الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية الكويتية، انظر: الدكتور محمد الفيلي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية في الكويت: ما له وما عليه، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد (٢٣)، العدد (٣)، سبتمبر ١٩٩٩، الصفحات ١٣-٦٦.

المادة بعد صدور قرار المحكمة المذكور، كان لزاماً أخذ هذا التغيير بعين الاعتبار لتقرير الموقف من حالة الامتناع عن التصويت.

وبعد التأكيد على المسألتين السابقتين، نشير إلى أن المحكمة الدستورية لم تتردد في إصدار قرارها التفسيري رقم (١٩٩٦/٢٦) (تفسير) والصادر في جلسة ١٩٩٨/١/٨ معلنة بأن:

" التصويت هو الإدلاء بالرأي، وتعبير عن الإرادة لصاحبه سلباً أو إيجاباً، سراً أو علناً في المرشح المطلوب اختياره، أو الأمر المطروح للتصويت، فهو عمل إرادي إيجابي وليس حضوراً مادياً فحسب، أما ترك الورقة بيضاء فهو عمل سلبي مؤداه عدم إفصاح الناخب عن رأيه وإرادته في شخصية المرشح المراد اختياره، وتجهيل برأيه في المرشح، وفي حقيقة الأمر هو امتناع عن المشاركة في التصويت، ولا يجوز اعتباره عملاً إيجابياً يمثل تصويتاً برفض أو بتأييد أي من المرشحين، فليس هناك أي وضع قانوني لصاحب الورقة البيضاء، والذي يعد ممتنعاً عن التصويت، بل يأخذ حكم الغائب وإن كان له حضور مادي، وذلك إعمالاً للمادة (٣٧) من اللائحة "

أما سبب تصديها لموضوع الامتناع عن التصويت في مجلس الأمة فقد بينته في معرض سردها لوقائع طلب التفسير المقدم أمامه. فقد جاء في قرار التفسير ما نصه:

" حيث إن الوقائع تتحصل - حسبما يبين من الأوراق - في أنه بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٨ ورد إلى المحكمة كتاب السيد رئيس مجلس الأمة مرفقاً به طلب تفسير نص المادة (٩٢) من الدستور لبيان وجه الحقيقة في المقصود بالأغلبية المطلقة للحاضرين في حكم هذه المادة، وهل تطبق بمعزل عن سائر مواد الدستور واللائحة الداخلية التي ترتبط بها وتحكم انتخاب رئيس مجلس الأمة، ومدى اعتبار الامتناع عن التصويت بمثابة الغياب عن الجلسة حكماً، وهل يلحق الامتناع عن التصويت إيداع الصوت ورقة بيضاء في صندوق الإدلاء بالرأي، وذلك حسماً للخلاف الذي أثير في هذا الشأن "

وفي سبيل بيان أسباب إثارة هذه التساؤلات تعلن المحكمة الدستورية في قرارها التفسيري المذكور بأنه:

" وأورد طلب التفسير مبرراً له بالقول إن مجلس الأمة عقد جلسته الافتتاحية الأولى في الفصل التشريعي الثامن بتاريخ ١٩٩٦/١٠/٢٠، وإن بدأت إجراءات انتخاب رئيس المجلس تقدم للترشيح كل من السنيين العضوين (.....)، و(.....)، وبعد

عملية فرز الأصوات تبين حصول السيد (.....) على ٣٠ صوتاً، بينما حصل السيد (.....) على ٢٩ صوتاً مع وجود ورقة بيضاء بين مجموع أوراق التصويت التي أودعت في صندوق إيداء الرأي وعددها (٦٠) ورقة، وعلى إثر ذلك أعلن رئيس السن عن فوز السيد (.....) بمنصب الرئيس، الذي بدأ ممارسة مهامه، إلا أن السيد (.....) أثبت بالجلسة اعتراضه على نتيجة الترشيح، لوجود شبهة خطأ في التطبيق الصحيح لأحكام الدستور^(١٣).

وتورد المحكمة دفاع من لم يحالفه الحظ بالفوز في منصب رئيس مجلس الأمة، حيث تمسك بقوله:

"إذ إنه لما كان عدد أوراق التصويت قد بلغ ٦٠ ورقة منها ورقة بيضاء، فإن المفهوم الصحيح لماهية الأغلبية المطلقة للحاضرين تكون بحصول الفائز على ٣١ صوتاً، بينما الثابت أن الفائز لم يحصل سوى على ٣٠ صوتاً، والقول بغير ذلك يمثل مخالفة لحكم المادة (٩٢) من الدستور والتي تنفرد بتنظيم إجراءات انتخاب الرئيس ونائبه بمعزل عن سائر مواد الدستور واللائحة الداخلية للمجلس، كما أنه في حساب الأغلبية المطلقة للحاضرين يجب الاعتداد بعدد النواب الحاضرين في الجلسة عند التصويت دون اعتبار لمن يكون منهم خارج القاعة أو من امتنع عن التصويت بوضع ورقة بيضاء في صندوق الإدلاء بالرأي، إذ إن اعتبارهم بمثابة الغائبين حكماً عن الجلسة يكون قد قام على غير سند يبرره، ويؤدي إلى تعارض بين مواد الدستور واللائحة الداخلية، التي يجب أن تنقيد أحكامها بالنص الدستوري دون أن تصيف إليه شروطاً أو قيوداً لم يرد النص عليها، ولم يخول المشرع العادي في هذا الشأن".

(١٣) انظر في هذا الخلاف والآراء التي قيلت فيه: الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، مفهوم الأغلبية المطلقة وعلاقته بانتخاب رئيس مجلس الأمة، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد (٢٢)، العدد (٣)، سبتمبر ١٩٩٨، والأستاذ الدكتور محمد المقاطع، انتخاب رئيس مجلس الأمة الكويتي في ضوء أحكام الدستور واللائحة الداخلية والسوابق البرلمانية وأحكام القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد (٢٢)، العدد (٣)، سبتمبر ١٩٩٨، وكذلك الدكتور علي الباز، النصوص التشريعية الواجبة التطبيق عند انتخاب رئيس مجلس الأمة ومدى دستورية ما تم من إجراءات في انتخاب رئيس المجلس (الفصل التشريعي الثامن) (دراسة علمية)، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد (٢٥)، العدد (٢)، يونيو ٢٠٠١.

إلا أن المحكمة الدستورية بادرت إلى بيان وجود رأي آخر داخل مجلس الأمة يذهب إلى خلاف الرأي السابق قائلة بأنه:

"وأضاف طلب التفسير أن هناك رأياً آخر اتجه إلى انتخاب رئيس المجلس ونائبه تحكمه ثلاثة نصوص دستورية هي المواد (٩٢)، (٩٧)، (١١٧). إذ إن المادة (٩٢) من الدستور لم تنص لأحكام النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة وحالات تساوي الأصوات والأغليات الخاصة بما لا محالة معه من إعمال حكم المادة (٩٧) من الدستور، كما أن المادة (١١٧) تكمل نص هاتين المادتين، إذ أولت تفويضاً تشريعياً لمجلس الأمة ليضع لائحته الداخلية متضمنة نظام سير العمل في المجلس ولجانه وأصول المناقشة والتصويت، وكذلك سائر الأحكام المتعلقة بالعملية الانتخابية وإجراءاتها. ووفقاً له فإن (الحاضرين) تعني المشاركين في التصويت بشكل إيجابي قبولاً أو رفضاً أو امتناعاً، فلا يدخل في حساب الأغلبية اللازمة لاتخاذ أي قرار إلا هؤلاء مادام أن عددهم يتحقق به النصاب اللازم لانعقاد المجلس، بما يعتبر معه أصحاب الأصوات الباطلة أو الممتنعة عن التصويت من غير الحاضرين عند حساب الأغلبية، أما السكوت، وفي حكمه ترك ورقة التصويت بيضاء فهو عمل سلبي يستوي والامتناع تماماً، والأغلبية المطلقة للحاضرين حسبما أورده المادتان (٩٢)، (٩٧) من الدستور إنما هي أغلبية الأصوات الصحيحة المشاركة في التصويت فعلاً والتي أعطيت من الحاضرين في مكان الاجتماع وقت التصويت مادام عددهم يتحقق به النصاب اللازم لانعقاد الجلسة".

وبعد بيان حجج كلا الطرفين في الخلاف حول المقصود بالأغلبية المطلقة المطلوب تحققها لمن يفوز بمنصب رئاسة المجلس ونائبه، تختتم المحكمة بيان وقائع الخلاف بتحديد موضوع الطلب التفسيري المقدم من مجلس الأمة بقولها:

"وانتهى طلب التفسير إلى أنه إزاء هذا الخلاف وحرصاً من المجلس على حسم النزاع الدائر في تحديد مدلول هذه العبارات، ومن ثم مدى توافر الصحة في انتخاب رئيس مجلس الأمة، وصوناً للدستور وقواعد المشروعية فقد انتهى المجلس بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٦ إلى الموافقة على طرح هذا الخلاف في الرأي على المحكمة الدستورية لتقضي فيما تضمنه الطلب من أمور حسماً للخلاف الذي نجم عن تطبيقها بجلسة المجلس المنعقدة بتاريخ ٢٠/١٠/١٩٩٦".

وفي معرض تقديم قرارها التفسيري، استعرضت المحكمة الدستورية مجموعة المواد ذات العلاقة بشكل مباشر وغير مباشر في الموضوع محل الطلب قائلة بأنه:

"وحيث إن الطلب قد استوفى الأوضاع المقررة قانوناً، وحيث إن طلب مجلس

الأمة المطروح إنما ينصب على بيان المقصود (بالأغلبية المطلقة للحاضرين) الواردة بالمادة (٩٢) من الدستور، وهي ما يلزم لانتخاب رئيس المجلس ونائبه، وكان النص في المادة (٩٢) من الدستور على أنه: (يختار مجلس الأمة في أول جلسة له، ولمثل مدته رئيساً ونائب رئيس من بين أعضائه، وإذا خلا مكان أي منهما اختار المجلس من يحل محله إلى نهاية مدته.. ويكون الانتخاب في جميع الأحوال بالأغلبية المطلقة للحاضرين، فإذا لم تتحقق هذه الأغلبية في المرة الأولى أعيد الانتخاب بين الاثنين الحائزين لأكثر الأصوات، فإن تساوى مع ثانيهما غيره في عدد الأصوات اشترك معهما في انتخاب المرة الثانية، ويكون الانتخاب في هذه الحالة بالأغلبية النسبية، فإن تساوى أكثر من واحد في الحصول على الأغلبية النسبية تم الاختيار بينهم بالقرعة، ويرأس الجلسة الأولى لحين انتخاب الرئيس أكبر الأعضاء سناً). وإذا كان هذا النص قد اقتصر على إيراد عبارة (الأغلبية المطلقة للحاضرين) كشرط لانتخاب رؤس المجلس ونائبه دون بيان كيفية الترشيح لهذا الانتخاب أو كيفية الاقتراع فيه أو فرز الأصوات أو إعلان النتيجة، أو كيفية احتساب الحضور، أو النصاب القانوني لانعقاد الجلسة اللازم لصحة قرار المجلس، وهي أمور لازمة لعملية الانتخاب للرئيس ونائبه، ومن ثم فإن تطبيق المادة (٩٢) المشار إليها وحدها في هذه المسألة يكون قاصراً، بما يلزم معه الرجوع للمادة (٩٧) من الدستور والتي تنص على أنه: (يشترط لصحة اجتماع المجلس حضور أكثر من نصف أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي يشترط فيها أغلبية خاصة) وهذا النص وإن كان يرسى الأصول العامة التي تهيم على قرارات المجلس بما فيها انتخاب الرئيس ونائبه، إلا أنه قد أجتزأ بيان النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة الذي لا تصح القرارات إلا به، ومن ثم فلا تكفي للإجابة عن المسألة المطروحة، والتعرف على معنى (الحاضرين) من أعضاء المجلس لإمكان الوصول إلى ماهية الأغلبية المطلقة لهؤلاء الحاضرين، والمنصوص عليها في المادة (٩٢) وكذلك المادة (٩٧) من الدستور بما يقتضي الأمر الرجوع إلى المادة (١١٧) من الدستور لمعرفة كيفية معالجة تلك الأمور على الوجه الأكمل".

وأمام اعتراف المحكمة بهذا العجز من المادتين (٩٢)، و(٩٧) من الدستور في تحديد المعنى الدقيق للأغلبية المطلقة للحاضرين، لم تجد مفرّاً من الاعتراف بالطبيعة المكملّة للائحة الداخلية لمجلس الأمة في استكمال نصوص الدستور قائلةً بأنه:

"وقد نصت تلك المادة (أي المادة ١١٧ من الدستور) على أن: (يضع مجلس الأمة لائحته الداخلية متضمنة نظام سير العمل في المجلس ولجانه وأصول المناقشة

والتصويت والسؤال والاستجواب وسائر الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور) واستناداً إلى هذا التفويض الدستوري وضع مجلس الأمة اللائحة الداخلية الصادرة بالقانون ٦٣/١٢ والتي تضمنت نظام سير العمل بالمجلس وأصول المناقشة والتصويت، الذي يشمل في معناه ويندرج تحت مفهومه التصويت عامة - ما عدا ما هو منصوص عليه على وجه الخصوص- سواء أكان تصويتاً لانتخاب رئيس المجلس أم تصويتاً على مشروع قانون أو قرار، فضلاً عن تحديد أسلوب التصويت سواء أكان اقتراعاً سرياً أم علنياً، وإذا كانت تلك اللائحة صادرة استناداً إلى ذلك التفويض الدستوري فقد أضحت مكملة لأحكام الدستور في خصوص وظيفة المجلس التشريعية، وسائر صلاحياته الدستورية، وتغدو وثيقة ذات طبيعة دستورية تأخذ حكم القوانين الأساسية وذلك في حدود التفويض الدستوري، وقد خصصت اللائحة المشار إليها الفصل الثالث منها بعنوان مكتب المجلس، وحرصت المادة (٣٢) منها على النص على تكوين مكتب المجلس من الرئيس ونائبيه وأمين السر والمراقب فضلاً عن رئيسي لجنتي من لجان المجلس^(١٤)، أما المادة (٣٤) فتتظم طريقة الترشيح لمناصب المكتب، وتحدد المادة (٣٥) القواعد الضابطة لهذا الانتخاب، ثم جاءت المادة (٣٦) لتحديد حكم الأوراق الصحيحة والأوراق الباطلة في عملية الانتخاب، ثم جاءت المادة (٣٧) ويجري نصها على أن: (يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة الغياب عن الجلسة فلا تحسب أصوات الممتنعين ضمن أصوات المؤيدين أو المعارضين، كما لا تدخل في حساب الأغلبية، كل ذلك إذا كانت الأصوات التي أعطيت لم تقل عن النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة)".

بل إن المحكمة لم تتردد في اعتبار المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية منطاً تحديد ما يصدق عليه الأغلبية المطلقة للحاضرين؛ وأساس معالجة حالة الامتناع عن التصويت، فبإسهاب مطرد أعلنت المحكمة عن تبنيها للمادة المذكورة في تكوين قناعتها في الموضوع محل الطلب قائلة بأنه:

" ولما كانت هذه الأحكام تتعلق بتكوين مكتب الأمة وانتخاب أعضائه وعلى قمته رئيسه ونائبيه، وجاءت مفصلة لما عممه الدستور ومبينة لما أجمله في خصوص ما فوضت المادة (١١٧) من الدستور لللائحة في تنظيمه، والتي جاءت المادة (٩٢)

(١٤) وتقصد بهما كلاً من رئيس اللجنة التشريعية والقانونية؛ ورئيس اللجنة المالية والاقتصادية بمجلس الأمة. يذكر أن القانون رقم (١٢ لسنة ١٩٦٣) بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١١٨ لسنة ٢٠١٤) في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة أنشأت لجنة جديدة باسم لجنة الأولويات، وضمت رئيسها إلى عضوية مكتب المجلس.

من الدستور خلواً منها مع لزومها، ومن بينها معالجة الأوضاع التي تقتضيها ممارسة المجلس التشريعي لصلاحياته بما فيها أصول التصويت، بما لزم معه الرجوع إليها وبخاصة المادة (٣٧) متى ما كانت لا تتعارض مع أي حكم دستوري، وذلك للتعرف على التطبيق الصحيح للمادة (٩٢) المشار إليها، ونطاق أعمال حكمها ومداه وصولاً لوجه الحق في المسألة المثارة، إذ إن المعروف أن القاعدة القانونية ليست منعزلة عن غيرها من القواعد بل مرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً، فالتشريع ليس عبارة عن نصوص متفرقة لا رابط بينها أو قاعدة تحكمها، وإنما يجب النظر إلى نصوصه كمجموعة واحدة، وبذلك يتحدد معنى كل منها في ضوء تلك المجموعة متماسكة، أو يتحدد مدى كل نص ومعناه، ومقارنته بغيره من النصوص".

ثم أكدت المحكمة على عدم مخالفة المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية للدستور، مما يجعلها واجبة التطبيق بالنسبة لكيفية التعامل مع الامتناع عن التصويت معلنة بأنه:

"وحيث إنه لما كانت مخالفة الدستور هي مناط عدم الدستورية الذي يدور معها وجوداً وعدمًا، بمعنى أن عدم الدستورية ينتفي بانتفاء المخالفة بحكم الدستور موضوعياً أو إجرائياً، وكانت المادة (٣٧) من اللائحة وفي نطاق التفويض الدستوري قد تناولت بالتنظيم موضوع الامتناع عن التصويت، فاعتبرته بمثابة الغياب عن الجلسة، وهو ما يتصل بالعملية الانتخابية، وتفسير كيفية احتساب الحاضرين عند إجراء الاقتراع وصولاً للأغلبية المطلقة المنصوص عليها في المادة (٩٢) من الدستور، ولا يعدو حكمها أن يكون تقريراً لحقيقة واقعية وقانونية، يفرضه المنطق المجرد، وإذ كانت هذه المادة قائمة و متمتعة بقريضة الصحة التي لا يزيلها أو يصمها عدم المشروعية الدستورية مجرد الدفع بذلك أو إثارته ما لم يتم وفقاً للقانون وتقضي به المحكمة الدستورية المختصة، وهو ما لم يحصل، بما يكون معه حكم هذه المادة ملزماً وواجب الاتباع، وإذ كان من المقرر أن المطلق يجري على إطلاقه والعام يبقى على عمومه ما لم يقم الدليل على تخصيصه، وإذ جاء حكم المادة (٣٧) المشار إليها عاماً بغير دليل على تخصيصه فإنه يكون واجب التطبيق في كل ما يعرض على المجلس للتصويت عليه وأخذ قرار فيه، يستوي في ذلك أن يكون في عملية انتخاب أو مشروع قانون أو أي قرار يصدره المجلس ومنه انتخاب رئيسه - من باب أولى لأهمية مركزه - ولا يغير منه أن التنسيق التشريعي قد أورد المادة المشار إليها في الفصل الخاص بمكتب الرئيس دون رئاسته، لأن النص القانوني يجب تطبيق حكمه

على كل موضوع ينطبق عليه، وهو ما توافر في شأن المادة المشار إليها بالنسبة لعملية انتخاب رئيس المجلس".

ثم شرعت المحكمة ببيان التكييف القانوني للامتناع عن التصويت وفقاً لما تقررته المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية؛ والمعدلة في عام (١٩٨٢) بقولها:

"وحيث إنه لما كانت المادة (٩٢) من الدستور قد اشترطت توافر الأغلبية المطلقة للحاضرين لانتخاب الرئيس ونائبه إلا أنها لم تحدد المقصود بالحاضرين من الأعضاء، مما يثير معه التساؤل عن المعنى المنطبق على هؤلاء الحاضرين والذين تحتسب على أساسهم الأغلبية المطلقة المشار إليها بتلك المادة والواردة أيضاً بالمادة (٩٧) من الدستور، ولما كان التصويت هو حق شخصي ذاتي يعبر به الناخب عن إرادته عند مباشرته لحقه الدستوري في الانتخاب، وذلك على نحو إيجابي، أي بالموافقة أو الرفض، سراً أو علناً، والتصويت وإن كان واجباً على كل ناخب إلا أنه يباشر هذا الواجب اختياراً وليس إلزاماً، ومن ثم كان امتناع الفرد عن استعماله يعد تنازلاً منه عن ذلك الحق دون ثمة جزاء، وعلى ذلك فإن كلمة (الحاضرين) الواردة في المادتين (٩٢)، (٩٧) من الدستور لا تعني سوى مجموع المشاركين في التصويت فعلاً، وبشكل إيجابي، قبولاً أو رفضاً، ومن ثم لا يدخل في عداد هؤلاء الحاضرين الأشخاص الحاضرون مادياً، دون أن يدلوا بأصواتهم في المسألة المطروحة، وكذلك الممتنعون عن التصويت ومن أعطى ورقة بيضاء، كما لا عبرة بمن أثبت اسمه بدفاتر الحضور أو بالحضور والانصراف السابق على عملية الانتخاب، طالما أنه لم يشارك فيها فعلاً وإيجابياً، وإن كان لا يعتد في الفهم القانوني في العملية الانتخابية إلا بالأصوات الصحيحة المعطاة أي المشاركة في التصويت فعلاً، فإنه يخرج من حساب الأغلبية الأصوات غير الصحيحة وتلك التي لحقها أي سبب من أسباب البطلان، وليس ذلك كله إلا تطبيقاً لقاعدة مقررة شائعها الفقه والقضاء وتبنتها بعض التشريعات، ومنها قانون الانتخاب الكويتي الذي نصت المادة (٣٩) منه على أن: (ينتخب عضو مجلس الأمة بالأغلبية النسبية لعدد الأصوات الصحيحة المعطاة ...) وهو ما يسري حكمه أيضاً على الورقة البيضاء، فتخرج من حساب الأغلبية، وذلك أن التصويت هو الإدلاء بالرأي وتعبير عن إرادة لصاحبه سلباً أو إيجاباً سراً أو علناً في المرشح المطلوب اختياره، أو الأمر المطروح للتصويت، فهو عمل إرادي إيجابي وليس حضوراً مادياً فحسب، أما ترك الورقة بيضاء فهو عمل سلبي مؤداه عدم إفصاح الناخب عن رأيه وإرادته في شخصية المرشح المراد اختياره، وتجهيل برأيه في المرشح، وفي حقيقة الأمر هو امتناع عن المشاركة في التصويت، ولا يجوز اعتباره عملاً إيجابياً

يمثل تصويتاً برفض أو بتأييد أي من المرشحين، فليس هناك أي وضع قانوني لصاحب الورقة البيضاء والذي يعد ممتنعاً عن التصويت، بل يأخذ حكم الغائب وإن كان له حضور مادي، وذلك إعمالاً للمادة (٣٧) من اللائحة".

ثم تناقش المحكمة المقصود بالأغلبية في مجلس الأمة قائلة بأنه:

"وحيث إنه بالنسبة لحساب الأغلبية المطلقة في التصويت فإن من بديهيات فهم المقصود بالأغلبية أنها تعني أكثر من نصف عدد الأصوات الصحيحة المعطاة، أيًا كان قدر هذه الزيادة، ولذلك كان خطأ - رغم شيوعه - القول بأن الأغلبية المطلقة هي النصف زائداً واحداً، وتختلف الأغلبية في حالة ما إذا كان عدد الأصوات الصحيحة المعطاة زوجياً أو فردياً، فإذا كان العدد زوجياً تكون الأغلبية المطلقة هي نصف عدد الأصوات زائداً واحداً، فإذا كان عدد الأصوات ٦٠ صوتاً فتكون الأغلبية المطلقة لهذا العدد هي ٣١ صوتاً، أما إذا كان العدد فردياً فتتحقق الأغلبية بأن يكمل الكسر الناتج من نصف العدد إلى العدد الصحيح التالي، ومن ثم تكون الأغلبية المطلقة لعدد ٥٩ صوتاً - كما في الحالة المطروحة - هي ٣٠ صوتاً، ذلك أن نصف العدد هو ٢٩,٥ فيكمل الكسر ليصل إلى العدد الصحيح التالي لرقم ٢٩ وهو ثلاثون، أما إذا قيل بأن الأغلبية المطلقة هي النصف زائداً واحداً لكانت النتيجة ثلاثين ونصفاً وهو ما لا يمكن القول به".

وتختتم المحكمة قرارها هذا بقولها بأنه:

"وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم يخلص القول بأن البين من المواد (٩٢)، (٩٧)، (١١٧) من الدستور والمواد (٢٨)، (٣٦)، (٣٧)، من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة بالقانون رقم ١٩٦٣/١٢ أنه في بيان المقصود بعبارة الأغلبية المطلقة للحاضرين المنصوص عليها في المادة (٩٢) من الدستور، فإن العبرة في الحضور، الذي تحسب على أساسه الأغلبية اللازمة لصحة الانتخاب أو اتخاذ القرار، هي بمن شارك في التصويت بشكل إيجابي وصحيح، ومن ثم يستبعد من حساب تلك الأغلبية الأصوات الباطلة أو الممتنعة، وهو ما يسري حكمه على الورقة البيضاء، الذي يعتبر صاحبها ممتنعاً عن التصويت، والامتناع عنه، هو بمثابة الغياب عن الجلسة، كل ذلك متى كانت النسبة الدستورية اللازمة لانعقاد المجلس متوافرة، والأغلبية المطلقة تعني أكثر من نصف الأصوات الصحيحة المعطاة بأي قدر".

وتنهي المحكمة قرارها التفسيري بقولها:

"فلهذه الأسباب

قررت المحكمة أن المقصود بالأغلبية المطلقة للحاضرين المنصوص عليها في

المادة (٩٢) من الدستور، إنما يجري التعرف عليه في ضوء غيرها من المواد المرتبطة، وبخاصة المادتين (٩٧)، (١١٧) من الدستور والمواد (٢٨)، (٣٦)، (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، والعبرة في الحضور الذي تحسب على أساسه تلك الأغلبية هو حضور من شارك في التصويت فعلاً بشكل إيجابي وصحيح، فتستبعد من حساب الحاضرين الأصوات الباطلة والممتنعة، وهو ما يسري حكمه على الورقة البيضاء الذي يعتبر صاحبها ممتنعاً عن التصويت، أي بمثابة الغائب عن الجلسة، كل ذلك متى كانت النسبة الدستورية اللازمة لانعقاد المجلس متوافرة، والأغلبية المطلقة تعني أكثر من نصف الأصوات الصحيحة المعطاة، أيًا كان قدر هذه الزيادة، وبناء على ذلك يكون من حصل على ثلاثين صوتاً من أصل (٥٩) صوتاً قد توافرت له الأغلبية المطلقة".

ثالثاً: آراء الفقه الدستوري من تعديل عام (١٩٨٢) للمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة:

لقد تباينت مواقف الفقهاء الدستوريين بشأن مدى انطباق المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة على تصويت هذا الأخير على منصبي رئيسه ونائب رئيسه، بل لقد اختلفت آراؤهم حول مدى دستورية هذه المادة أصلاً بحسب صياغتها الصادرة في عام (١٩٨٢)، وما تبع ذلك من حكم خاص يتعلق بالامتناع عن التصويت؛ فضلاً عن تحديد مفهوم الأغلبية المطلقة المطلوبة في التصويت في مجلس الأمة.

فقد ذهب رأي إلى قصر ما يصدق عليه مصطلح الأغلبية المطلقة على الأعضاء المشاركين فعلياً في التصويت إما بالقبول أو الرفض^(١٥). وبالتالي فوفقاً لهذا الرأي يخرج من مفهوم هذه الأغلبية الأعضاء الغائبون عن الجلسة من بدايتها؛ والأعضاء غير المتواجدين فيها عند التصويت وإن بدأت الجلسة بوجودهم؛ والأعضاء الموجودون في الجلسة عند التصويت إذا لم يدلوا برأيهم في التصويت موافقة أو رفضاً.

ويحتج هذا الرأي بقوله هذا بما حدث عند تصويت المجلس التأسيسي على الدستور عندما جرى التصويت على منصب نائب الرئيس في الجلسة الأولى للمجلس التأسيسي^(١٦)، وكان من بين أوراق التصويت ورقة بيضاء؛ لم تدخل في حصة

(١٥) الأستاذ الدكتور محمد المقاطع، مرجع سابق، ص ١٧٦.

(١٦) تم تشكيل هذا المجلس من عشرين عضواً منتخباً بانتخابات عامة؛ وضم إليهم أحد عشر وزيراً ليضعوا مسودة الدستور الكويتي. وانتهى من كتابة الدستور برفعه إلى الشيخ عبدالله السالم - رحمه الله - والذي صادق عليه وأصدره في ١١/١١/١٩٦٢.

الأغلبية المصوتة آنذاك، فقد جاء في تلك الجلسة أنه وبمناسبة التصويت على رئاسة المجلس: "جمعت الأوراق وعددها ثلاثون ورقة، وبعد فرز الأصوات بإشراف أعضاء المجلس، تبين أن الدكتور أحمد الخطيب قد حاز على تسعة عشر صوتاً، وحاز السيد منصور المزيدي على عشرة أصوات، وتبين أن إحدى أوراق الانتخاب بيضاء. وبذلك أعلن انتخاب الدكتور أحمد الخطيب نائباً لرئيس المجلس"^(١٧). كما يدل هذا الرأي على سابقة تصويت المجلس التأسيسي في جلسة أخرى على المادة (٩٢) من الدستور، حين قرر الوزراء وعددهم سبعة عدم المشاركة في التصويت على مواد الدستور تاركين ذلك لأعضاء المجلس المنتخبين، فكانت النتيجة على النحو التالي: الحضور ستة وعشرون؛ والموافقون على نص المادة المذكورة عشرة أصوات؛ والرافضون تسعة أصوات، "وبناء على ذلك فقد أعلن سعادة الرئيس موافقة المجلس على المادة (٩٢) من مشروع الدستور"^(١٨).

أما فيما يتعلق بمدى دستورية المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة والتي سمحت وفقاً لتعديل عام (١٩٨٢) للأعضاء بالامتناع عن التصويت، فيرى هذا الرأي دستورية هذا المنهج، معترفاً بأن هذه المادة هي الواجبة التطبيق فيما يتعلق بالتصويت على منصبي رئيس مجلس الأمة ونائبه^(١٩). فهو يرى دستورية المادة المذكورة لكونها صادرة عن تفويض دستوري للمشرع العادي، وفقاً لما جاء في نص المادة (١١٧) من الدستور والتي أحالت إلى هذا الأخير وضع أحكام التصويت فيه. فتنص هذه المادة على أن:

"يضع مجلس الأمة لائحته الداخلية متضمنة نظام سير العمل في المجلس ولجانه وأصول المناقشة والتصويت والسؤال والاستجواب وسائر الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور، وتبين اللائحة الداخلية الجزاءات التي تقرر على مخالفة العضو للنظام أو تخلفه عن جلسات المجلس أو اللجان بدون عذر مشروع".

(١٧) محاضر المجلس التأسيسي، الجلسة الأولى بتاريخ ١٩٦٢/١/٢٠، طبعة مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، ص ٣٩١.

(١٨) محاضر المجلس التأسيسي، الجلسة الحادية عشرة بتاريخ ١٩٦٢/٩/٢٥، طبعة مجلس الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، ص ٦٦٤.

(١٩) الأستاذ الدكتور محمد المقاطع، مرجع سابق، ص ١٩٣.

فجاءت المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لترسم كيفية التصويت على هذين المنصبين إعمالاً لهذا التفويض. ويشايح هذا الاتجاه عدد من الفقهاء^(٢٠).

من جهة أخرى رأى آخرون في المادة (٣٧) المذكورة مخالفة دستورية. وهم في ذلك يستندون إلى ما ترتب على منح أعضاء مجلس الأمة من حق في الامتناع عن التصويت من إساءة للاستعمال أدت إلى تعطيل العمل البرلماني من جهة؛ وإخلالها بالنصاب القانوني المطلوب لانعقاد الجلسات والنتيجة عن اعتبار الممتنعين عن التصويت غائبين عنها^(٢١). والجدير بالذكر أن هذا الفقه وإن عبر عن رأيه هذا في عام (١٩٧٩) في مذكرة رفعها - كما يشير - إلى سمو ولي العهد رئيس مجلس الوزراء وقتذاك؛ كما أكد عليها أمام اللجنة التشريعية في مجلس الأمة عام (١٩٨٠)، إلا أن رأيه هذا يصدق على المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية حتى بعد تعديلها الصادر في عام (١٩٨٢) إذ إن هذا التعديل لم يخرج عما كان منصوصاً عليه قبل صدوره من اعتبار الممتنعين من الأعضاء عن التصويت غائبين عن الجلسة، متى كان عدد المشاركين بالتصويت إيجابياً يحقق النصاب القانوني المطلوب لصحة الجلسة.

في حين أكد رأي آخر من الفقه الدستوري على وجوب تحقق النصاب القانوني لصحة التصويت في مجلس الأمة^(٢٢)، وهو بذلك يشير إلى ما قرره المادتان (٩٢) و(٩٧) من الدستور. فيرى هذا الرأي أن المادتين المذكورتين تكملان بعضهما البعض. فبينما خصت الأولى الأغلبية المطلقة بوجوب حصرها في الأعضاء الحضور، جاءت الأخرى ببيان كيفية التعامل مع حالة التساوي في الأصوات، فالمادة (٩٧) من الدستور تحديداً جاءت لتقرر نوعين لما يصدق عليه الأغلبية المطلقة في هذا السياق، الأول ويتحقق بما تطلبه المادة من أغلبية مطلقة كنصاب قانوني لصحة انعقاد الجلسات؛ أي بحضور أكثر من نصف الأعضاء. أما الثاني فيتعلق باشتراطها للأغلبية المطلقة المتمثلة في الحصول على أصوات أكثر من نصف الأعضاء الحاضرين في التصويت. فتنص المادة (٩٧) من الدستور على أن:

(٢٠) انظر في هذه الآراء: الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، غير محدد مكان الطبع، ١٩٨٣، ص ٢٥٣، والدكتور عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، غير محدد مكان الطبع، ١٩٦٨، ص ٢٦٩، والأستاذ الدكتور يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠، ص ٣٠١.

(٢١) الأستاذ الدكتور عثمان عبدالمك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، ٢٠٠٣، ص ٥٦٢.

(٢٢) الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص ٢٣.

"يشترط لصحة اجتماع مجلس الأمة حضور أكثر من نصف أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة.

وعند تساوي الأصوات يعتبر الأمر الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً".
أما فيما يتعلق بالمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة فيرى هذا الرأي عدم انطباقها على انتخابات رئيس مجلس الأمة؛ ولا نائبه. وذلك بمقولة أنها تختص في الحالات الأخرى للتصويت، ويستدل في رأيه هذا على صياغة هذه المادة، والتي استعملت المصطلحين المؤيد والمعارض، وهما يتعلقان بتصويت داخل المجلس على ما يطرح عليه من موضوعات. بينما جاءت المادة (٩٢) من الدستور بالنص صراحة على وجوب الحصول على الأغلبية المطلقة للحاضرين؛ فلم تكتف باستلزام الحصول على أصوات أكثرية الحاضرين.

كما يؤكد هذا الرأي أن المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لا تنظم كيفية صدور القرارات في مكتب المجلس ولا لجانه؛ نظراً لوجود المادة (١٨٠) من اللائحة الداخلية والتي خصصها المشرع لهذا الشأن. إذ تقرر هذه الأخيرة بأن:

"لا تكون اجتماعات لجان المجلس أو مكتبه صحيحة إلا بحضور أغلبية الأعضاء، وتصدر القرارات بأغلبية الحاضرين، فإذا تساوت الأصوات رجح رأي الجانب الذي فيه الرئيس".

وحول مدى دستورية المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية يذهب هذا الرأي إلى اعتبارها مخالفة للدستور؛ وما ذاك إلا لكونها تستلزم توافر النصاب في التصويت إلى جانب النصاب القانوني الذي قرره المادة (٩٧) من الدستور من جهة، كما أن حاصل جمع ما تتطلبه من مجموع أصوات الموافقين والرافضين يشكل في حقيقته طلباً منها للأغلبية المؤلفة للمجلس، فهي بذلك تعرقل الاكتفاء بما قرره الدستور من الاكتفاء بتحقيق الأغلبية المطلقة للحاضرين وليست الأغلبية المؤلفة للمجلس في التصويت، مما يعد إلغاء للأغلبية العادية التي تبناها الدستور كأصل عام.

وبالإضافة إلى هذا الرأي وسابقه اللذين يعتقدان بعدم دستورية المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية يؤكد رأي آخر على مثل هذا الرأي^(٢٣). فهو يميز بين التصويت على منصبي رئيس مجلس الأمة ونائبه، فيرى خضوعهما حصرياً للمادة (٩٢) من

(٢٣) الدكتور علي الباز، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

الدستور من جهة؛ والتصويت على منصبي أمين المجلس ومراقبه والذين يخضعان حصرياً - كذلك - إلى المادة (٣٥) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة. أما فيما يتعلق بتصويت المجلس على ما يعرض عليه من قوانين فيخضع - وفقاً لهذا الرأي - إلى ما ورد في نص المادة (٩٧)، كما يشير هذا الرأي إلى ما قرره المادة (٨٢) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة والتي كررت حرفياً ما ورد في نص المادة (٩٢) من الدستور.

ولقد ذهب هذا الرأي - كما الرأي السابق - إلى عدم دستورية المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة لوقوعها في خطأ التمييز بين أغلبية المصوتين المنصوص عليها فيها وأغلبية الحاضرين والمنصوص عليها في المادة (٩٢) من الدستور. كما أن عدم الدستورية في الأولى تتحقق بإضافتها لأغلبية غير تلك التي حددتها المادة (٩٧) من الدستور حين اعترفت بأغلبية الممتنعين عن التصويت، وهي خيار لم يتبناه الدستور في مواده؛ وعلى الأخص في المادتين (٩٢) و(٩٧) منه.

والواقع أن ما جاءت به المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية في صياغتها الأولى والصادرة عام (١٩٦٣)؛ وما جاء عليها من تعديل صادر عام (١٩٨٢) من إفساح المجال للأعضاء بالامتناع عن التصويت قد خالف الدستور - بحسب رأينا - نصاً وروحاً؛ فهي مخالفة صريحة لنص المادة (٩٢) من الدستور والتي بينت بشكل صريح لا لبس فيه ولا غموض اختصاصها ببيان إجراءات تولي منصبي رئيس مجلس الأمة ونائبه؛ والتي من بينها بيان الأغلبية المطلوبة للفوز بأي منهما، كما أنها خالفت ما هدف إليه الدستور في إشراكه للشعب في تشكيل مجلس الأمة، بل وحصر موضوعات معينة لا تنظم إلا به، فما هذا إلا إفساحاً لممثلي الشعب في التصويت لما يرونه في صالح البلاد والعباد. أما فتح الباب أمام العضو للاكتفاء بالامتناع عن التصويت، فهو يشكل موقفاً سلبياً منه لم يكن منتخباً لأجله.

وأياً ما كان الأمر فقد جاءت المرحلة الثالثة في تطور نص المادة (٣٧) المذكورة لينقلها إلى صياغة جديدة تغير في حكمها من شكل التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت. وبالتالي ما قيل من آراء سابقة في المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية، تنتقيد في صياغتها الصادرة في تعديل عام (١٩٨٢) بل يصدق هذا القول على قرار المحكمة الدستورية التفسيري والمشار إليه، فهو يرتبط بالمادة المذكورة في فترة ما قبل صدور تعديل عام (٢٠٠٧) عليه.

الغصن الثالث: المرحلة الثالثة: منذ صدور تعديل عام (٢٠٠٧)

وإلى وقتنا الحاضر

حسم هذا التعديل موضوع كيفية التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت بربط تحقق الأغلبية المطلقة بعدد الحضور الموجودين في جلسة التصويت، ولقد كان ذلك نظراً لما أدى إليه التمييز بين من مارس حقه في التصويت بالموافقة أو الرفض وبين الممتنع عن التصويت من مشكلات عملية، وفي هذا تبرر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٨ لسنة ٢٠٠٧) بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢ لسنة ١٩٦٣) في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة هذا التعديل بقولها:

" يقتضي التطور التشريعي للمؤسسة التشريعية تعديل القانون الذي ينظم عملها، إذ مضت على هذا القانون مدة طويلة قدمت خلال الفصول التشريعية لمجلس الأمة اقتراحات عديدة لتعديله، وذلك حتى يكون أداء العمل تحت قبة البرلمان على أكمل وجه سليماً خالياً من العيوب. لذلك أعد هذا القانون لتعديل أحكام القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٣ في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، لسد ما فيها من أوجه نقص وقصور أثرت على الأداء البرلماني."

وفيما يتعلق بكيفية تعامل التعديل الجديد مع حالة الامتناع عن التصويت تكمل هذه المذكرة بيان ذلك بقولها:

" تضمنت الفقرة الأولى من هذه المادة (والمقصود بذلك المادة ٣٧ من اللائحة الداخلية) ترديدا لحكم الفقرة الأولى من المادة (٩٧) من الدستور باشتراط حضور أكثر من نصف أعضاء المجلس لصحة اجتماعه وصدور القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة. أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد حسمت موضوع عدم حصول الأمر الذي جرت المداولة في شأنه على أغلبية الحاضرين أو الأغلبية اللازمة لإقراره واعتبرته مرفوضاً، ما لم يتعارض هذا الحكم مع نص في الدستور أو في هذا القانون."

ثم تشرع المذكرة في بيان الموقف الجديد من حالة الامتناع عن التصويت بقولها:

" وعليه فلا يعتبر الامتناع عن التصويت أو عدم المشاركة فيه، على الرغم من وجود العضو داخل القاعة، في جميع الأحوال غياباً عن الجلسة، إذ إن الممتنع عن التصويت أو الذي لا يجيب عند المناداة عليه على الرغم من وجوده في القاعة، حاضر في الجلسة ويحسب ضمن العدد اللازم لصحة انعقاد الجلسة."

وتختتم المذكرة شرح موقف التعديل هذا من حالة الامتناع عن التصويت بقولها:

"وبذلك يختفي تعليق القرار وإعادة التصويت عليه بجلسة قادمة، وربما ينحصر هذا التعليق فقط في الحالات المنصوص عليها في صدر المادة (٦٦)^(٢٤) من الدستور والمادة (١١٤)^(٢٥) من هذا القانون. وغني عن البيان أنه عند تساوي الأصوات يعتبر الأمر الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً بحكم الفقرة الثانية من المادة (٩٧) من الدستور وهو ما تضمنته الفقرة الثالثة من هذه المادة".

وبناء على ذلك، جاء تعديل عام (٢٠٠٧) للمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لتنص بشكل صريح على أن:

"يشترط لصحة اجتماع مجلس الأمة حضور أكثر من نصف أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة.

ويعتبر الأمر الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً إذا لم يحصل على أغلبية الحاضرين أو الأغلبية الخاصة اللازمة لإقراره، ما لم يتعارض هذا الحكم مع نص خاص في الدستور أو في هذا القانون".

وبإجراء المقارنة بين هذه الصياغة وكل من الصياغتين السابقتين لذات المادة يتضح ما ذهب إليه في شكلها الجديد من حساب الأغلبية المطلقة من حاصل مجموع الحاضرين لجلسة التصويت، سواء أشارك في التصويت أم التزم الصمت؛ وسواء أعلن بورقة التصويت عن رأيه أو تركها بيضاء؛ وسواء أرفع يده أثناء التصويت برفع اليد أم استمر في خفضها^(٢٦).

(٢٤) تتعلق المادة (٦٦) من الدستور بموقف مجلس الأمة من مرسوم إعادة النظر في مشروع قانون، والذي يمثل رفض الأمير التصديق عليه، فقد سمحت هذه المادة للمجلس إما إعادة التصويت عليه في ذات دور الانعقاد بأغلبية ثلثي الأعضاء؛ أو تأجيل إعادة التصويت عليه إلى دور انعقاد آخر بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس للمضي قدماً في إصدار هذا القانون.

(٢٥) تتعلق المادة (١١٤) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة بحق هذا الأخير بالتصويت على المراسيم بقوانين التي تصدر في غيابه بالموافقة أو الرفض، واشترطت لرفضها حصول قرار الرفض على أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس. وما من شك إلى أن اتخاذ أحد هذين الموقفين يتطلب دراسة تلك المراسيم بقوانين بشكل مستفيض، مما يتطلب معه أحياناً تأجيل البت فيها إلى جلسة لاحقة.

(٢٦) وتجدر الإشارة إلى أنه بهذا الاتجاه ذهب المرسوم بقانون رقم (٥٥ لسنة ٢٠٠٢) بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الشورى البحريني. فقد نص في المادة (١٦) منه على أن: "يتم انتخاب كل من النائب الأول والنائب الثاني لرئيس مجلس الشورى بالتتابع في أول جلسة للمجلس في بداية كل دور انعقاد، وذلك بالأغلبية المطلقة للحاضرين، فإن لم تتحقق هذه =

وبمقارنة أنواع الصياغة المختلفة والواردة في القانون المقارن لما يتحقق به الأغلبية المطلقة في التصويت من جهة، ومقارنة شكل صياغة المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة عبر تعديلاتها المختلفة، يظهر جلياً مآل الامتناع عن التصويت في جلسة مجلس الأمة. إذ إن مثل هذا الامتناع لا يقلص عدد الحضور في الجلسة؛ ولا يؤثر بدءاً من تعديل عام (٢٠٠٧) في حساب الأغلبية المطلقة. فهذه الأخيرة تستلزم دائماً الحصول على ما يزيد عن نصف أصوات الحضور في الجلسة؛ دونما اعتبار لعدد الأوراق التي يتركها أصحابها بيضاء دون اتخاذ قرار بترجيح موقف معين فيها بين المرشحين؛ أو بين القبول أو الرفض للقرار.

وخلاصة القول في هذا المقام أن المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة هي مناط التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت والذي يأتي اكتشاف ورقة بيضاء أثناء فرز أوراق التصويت على مكتب المجلس كأحد أشكاله. وأخذاً بعين الاعتبار ما

= الأغلبية في المرة الأولى أعيد الانتخاب بين الاثنين الحائزين لأكثر الأصوات، فإن تساوى مع ثانيهما غيره في عدد الأصوات اشترك معهما في انتخاب المرة الثانية، ويكون الانتخاب في هذه الحالة بالأغلبية النسبية، فإن تساوى أكثر من واحد في الحصول على هذه الأغلبية النسبية أجرى المجلس الاختيار بينهم بالقرعة". كما تبني النظام الداخلي لمجلس النواب الأردني والصادر عام (٢٠١٣) ذات الاتجاه، فتحت عنوان انتخاب المكتب الدائم، نصت المادة (١٤) منه على أن: "أ. يعتبر فائزاً بمنصب الرئيس من حصل على الأكثرية المطلقة للحاضرين إذا كان المرشحون للموقع أكثر من اثنين، أما إذا كان المرشحان اثنين فقط فيعتبر فائزاً من يحصل على الأكثرية النسبية، وإذا تساوت الأصوات تجرى القرعة بينهما. ولم يذهب النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي الصادر عام (٢٠١٣) بعيداً عن ذلك، فقد جاء الباب الرابع بعنوان "مكتب مجلس النواب" ليضم الفرع الأول والذي شمله عنوان "انتخاب رئيس مجلس النواب". وفي هذا الأخير نصت المادة (١٧) على أن: "ينتخب الرئيس/ة عن طريق الاقتراع السري - بالأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم المجلس في الدور الأول؛ وبالأغلبية النسبية في الدور الثاني؛ وعند تعادل الأصوات يعتبر المرشح/ة (الأصغر سناً فائزاً/ة)؛ ويتم اللجوء إلى القرعة للإعلان عن الفائز/ة) إذا حصل التساوي في السن". وعلى خلاف ذلك فقد انتهجت اللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري والصادرة في ١٨ أبريل ٢٠١٦ منهجاً مغايراً لما سبق من تشريعات فيما يتعلق بكيفية حساب الأغلبية في التصويت داخل هذا المجلس. إذ تبنت هذه اللائحة بشكل صريح حساب الأغلبية في تصويت مجلس النواب بالأصوات المشاركة فيه، ودون اعتبار لعدد الحضور مادام هذا الأخير يحقق النصاب القانوني لصحة جلسة التصويت. فقد بينت المادة (١٢) منه كيفية حساب الأغلبية في التصويت بنصها على أن: "ينتخب المجلس من بين أعضائه في أول اجتماع لدور الانعقاد السنوي العادي الأول الرئيس والوكيلين لمدة الفصل التشريعي، وذلك بالأغلبية المطلقة لعدد الأصوات الصحيحة التي أعطيت".

طراً عليها من تعديل في عام (٢٠٠٧)، وبهذا الرأي ذهبت المحكمة الدستورية في قرارها التفسيري الذي أصدرته في معرض بيان الموقف من الامتناع عن التصويت لمنصب رئيس مجلس الأمة، وهو ما سيكون محور دراسة الفرع التالي من هذا المبحث. ومن الأهمية بمكان التذكير بأن هذا القرار للمحكمة صدر عنها بتاريخ ١٩٩٧/١/٨، أي أنها تعاملت مع المادة (٣٧) من اللائحة المذكورة وفقاً لتعديل عام (١٩٨٢) وليس تعديل عام (٢٠٠٧)، مما يعني وجوب إخضاع التعامل مع الامتناع عن التصويت في وقتنا الحاضر للمادة (٣٧) المذكورة وفقاً لآخر تعديل أجري عليها. أما الاستشهاد بالقرار التفسيري المذكور للمحكمة الدستورية فيأتي للدلالة على ما أرسته المحكمة من وجوب إعمال المادة (٣٧) المذكورة باعتبارها القانون الواجب التطبيق على حالة الامتناع عن التصويت في مجلس الأمة.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للامتناع عن التصويت في مجلس الأمة

قبل البحث في التكييف القانوني لحالة الامتناع عن التصويت ينبغي التأكيد على ما يلي:

أولاً: أن المادة (٩٧) جاءت لتبين النصاب القانوني الخاص بصحة انعقاد جلسات مجلس الأمة، حيث استلزمت حضور ما زاد عن نصف أعضائه، كما بينت النصاب القانوني لصدور قرارات هذا المجلس بتطلب ما زاد عن نصف ذلك الحضور.

ثانياً: أن المادة (٩٢) من الدستور هي المنظمة بشكل صريح لموضوع التصويت على انتخاب رئيس مجلس الأمة ونائبه، وقد أتت بصياغة واضحة تفصيلية تُغني عن الحاجة إلى استكمال نصوصها بقواعد أخرى سواء أكانت في الدستور أم في اللائحة الداخلية لمجلس الأمة.

ثالثاً: أن المادة (٢٨) من اللائحة الداخلية أعادت التأكيد على ما قرره المادة (٩٢) من الدستور من أحكام تتعلق بانتخاب رئيس مجلس الأمة ونائبه، وهي بذلك تؤكد على ما يجب أن يراعى من أغلبية مطلوبة للفوز بمنصب رئيس مجلس الأمة؛ ونائب رئيس مجلس الأمة.

رابعاً: أن المادة (٣٥) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة هي المنظمة لموضوع التصويت على انتخاب أمين سر المجلس ومراقبه.

خامساً: أن المادة (١٨٠) من اللائحة الداخلية حددت بشكل صريح كيفية إجراء التصويت في مكتب مجلس الأمة ولجانه.

سادساً: أن المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لم تكن لتتعلق سوى بالحالة التي ينتج عن التصويت على مناصب مكتب المجلس امتناع عن التصويت. وتتجلى ذلك وضوحاً عندما يتفاجأ المجلس بوجود ورقة بيضاء بين الأوراق حيث تفسر بأنها امتناع عن ترجيح أي من المرشحين للمنصب.

سابعاً: أما وقد صدر تعديل عام (٢٠٠٧) على المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، ألغي بموجبه اعترافها بالامتناع عن التصويت بتطلبها الحصول على أغلبية الأصوات لمجموع الأعضاء الحاضرين سواء شاركوا في التصويت أو امتنعوا عن ذلك، فإن هذه المادة تصبح ليست ذات علاقة بموضوع انتخاب رئيس مجلس الأمة ونائبه تحديداً، حيث يكفي في هذين الموضوعين بما ورد في المادة (٩٢) من الدستور، وما جاءت به المادة (٢٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة من ترديد للنص الدستوري.

إن تحديد كيفية التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت في مجلس الأمة ليقضي بادئ ذي بدء حصر القواعد القانونية الواجبة التطبيق في هذا الشأن. وهنا، وبناء على ما سبق بيانه، يمكن القول بأن عدداً من مواد الدستور؛ وأخرى في اللائحة الداخلية لمجلس الأمة تشير بشكل مباشر وغير مباشر إلى مصطلح الأغلبية المطلقة في التصويت في المجلس المذكور، إلا أن المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية للمجلس هي التي كرست نصوصها حصرياً لترتيب كيفية حساب الأغلبية المطلقة ابتداءً؛ وانتهاءً بتحديد كيفية التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت.

فقد استهلّت المادة المذكورة في صياغتها الأولى الصادرة مع صدور اللائحة ذاتها في عام (١٩٦٣) وصياغتها الثانية الصادرة بتعديل عام (١٩٨٢) ما نصه: "يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة الغياب..." وذلك وفقاً لما تبين من تطور تشريعي ألم بها. أما تعديل عام (٢٠٠٧) فقد ضمّ الممتنعين عن التصويت إلى الأغلبية المطلقة، حيث أنشأت هذه الأخيرة من حاصل مجموع الأعضاء الحاضرين في جلسة التصويت بغض النظر عن اشتراكهم في التصويت من عدمه.

وإلى هذا الرأي ذهب المحكمة الدستورية الكويتية في قرارها التفسيري على ما رسمته المادة المذكورة من أحكام، أخصها شكل التعامل مع حالة الامتناع عن التصويت، ومن الأهمية بمكان في هذا المقام التأكيد على أن القول بهذا يجب أن يراعى فيه ما لحق بالمادة المذكورة من تطور تشريعي. بعبارة أخرى ينبغي تحديد الصياغة التشريعية لنص المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية، والتي اعتمدت عليها المحكمة الدستورية في قرارها التفسيري الصادر في عام (١٩٩٧)، والتأكيد على

اختلاف تلك الصياغة عما اشتملت عليه هذه المادة من صياغة جديدة استحدثتها التعديل الذي أحاط بها في عام (٢٠٠٧).

من جهة أخرى ينبغي التأكيد كذلك على البحث فيما تضمنته صياغة المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية من أحكام، وتعزيز معناها بالمذكرة الإيضاحية الملحقة بها، والتي بينت اتجاه المشرع فيما يقصده من نصوص تضمنها تعديله لها عام (٢٠٠٧). وبمراجعة ذلك يتضح أن موقف هذه المادة قد تغير عبر ما مرت به من تعديلين عام (١٩٨٢) وعام (٢٠٠٧). فبعد أن عاملت الامتناع عن التصويت كغياب عن الجلسة؛ حيث كان هذا المستفاد من النص المذكور في صياغتها الأولى وتعديلها الأول؛ فقد ضمت الممتنعين عن التصويت إلى الغائبين، إلا أن ما نجم على إعمال المادة المذكورة في صياغتها الأولى من تعليق البت على القرارات ومشروعات القوانين محل التصويت بداعي فقدان النصاب القانوني المترتب على اعتبار الممتنعين عن التصويت غائبين، فقد أدى ذلك كله إلى تعديل نصها في عام (١٩٨٢).

ولقد ركز هذا التعديل على ما من شأنه الحيلولة دون تحقق هذا التأخير في البت فيما يُعرض على المجلس ويتطلب التصويت عليه، فبمقتضى هذا التعديل أصبح هناك شرط لاعتبار الممتنعين عن التصويت بمثابة غائبين عن الجلسة، وهو ألا يؤدي ذلك إلى فقدان النصاب القانوني المطلوب لصحة انعقاد الجلسة، بمعنى يعد الممتنع عن التصويت غائباً عن الجلسة ما لم يترتب على هذا الغياب الحكمي نقصان أعداد المصوتين بالموافقة والرفض عن النصاب القانوني اللازم لانعقاد الجلسة، فإن وقع ذلك يتعين حينئذ اعتبارهم حاضرين في الجلسة؛ ويدخلون في حساب الأغلبية المطلقة، فهذا التعديل للمادة (٣٧) جاء لمعالجة حالة الامتناع عن التصويت على سبيل الحصر، ومعلقة في التعامل معها على مدى الاكتفاء بأصوات الموافقين والمعارضين لاستيفاء العدد المطلوب للنصاب؛ ومن ثم اعتبار الممتنعين عن التصويت غائبين أو حاضرين، معتمدين في ذلك على حاصل جمع الموافقين والمعارضين.

ولقد ذهبت المحكمة الدستورية إلى ذات الفهم للنص المذكور، والذي عبرت عنه في قرارها التفسيري الذي أصدرته في واقعة النزاع حول تحديد مفهوم الامتناع عن التصويت على منصب رئيس مجلس الأمة عام (١٩٩٦)، وترتيباً على ذلك ينبغي في تحديد موقف المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية من حالة الامتناع عن التصويت عدم التوقف على هذه الصياغة للنص، ولا على هذا الاتجاه للمحكمة الدستورية المعلن في قرارها التفسيري، وذلك لما وقع للنص المذكور من تعديل جاء لاحقاً على قرار المحكمة بعشر سنوات.

فقد صدر التعديل الثاني للمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية في عام (٢٠٠٧) ليشمل عنصرين؛ هما:

أولاً: إضافة كلمة "الحاضرين" على الأغلبية المطلقة المطلوب الحصول عليها للفوز بالمنصب، فقد كانت المادة في صياغتها السابقتين تلتقيان باشتراط الأغلبية في التصويت دون تحديد ما إذا شمل هذا المصطلح الحاضرين جميعاً، بل إنهما ميزتا في ذلك وسمح للعضو بالامتناع عن التصويت كما لو ترك ورقة بيضاء؛ مادام لا ينقص ذلك من النصاب القانوني للجلسة كما سبق بيانه آنفاً، فجاء تعديل عام (٢٠٠٧) ليشترط الحصول على الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين.

ثانياً: إلغاء ما اشتملت عليه الصياغتان السابقتان للمادة المذكورة من اعتبار الممتنعين عن التصويت غائبين عن الجلسة بشكل كامل، ودون تعليق ذلك ببلوغ أصوات الموافقين والمعارضين للنصاب القانوني للجلسة. فبموجب تعديل عام (٢٠٠٧) ينبغي أن تحسب الأغلبية المطلقة من حاصل جمع عدد الحاضرين في جلسة التصويت، يستوي في ذلك أن يشارك في التصويت أو لم يشارك؛ كما يستوي في ذلك أن يبدي صوته في ورقة بالموافقة أو الرفض أو حتى يتركها بيضاء؛ ويستوي كذلك أن يرفع يده عند التصويت برفع اليد أو أن يمتنع عن رفعها بالموافقة أو الرفض، وهذا ما اتجهت إليه إرادة المشرع في التعديل الذي أجراه على المادة المذكورة عام (٢٠٠٧).

ومما يجب التأكيد عليه كذلك هو عدم تفسير ما تضمنه تعديل عام (٢٠٠٧) للمادة (٣٧) من اللائحة الداخلية على أنه لم يمس ما كان منصوصاً عليه من اعتبار الممتنعين عن التصويت غائبين عن جلسة التصويت بداعي عدم وجود نص في التعديل يلغي هذا الحكم، ذلك أنه من المعروف في القواعد العامة للتشريع أن القواعد القانونية قد تلغى صراحة أو ضمناً، ويكون الإلغاء صريحاً متى ما نص في القواعد الجديدة على إلغاء القواعد القديمة، في حين يكون الإلغاء ضمناً متى ما صدرت القاعدة الجديدة متضمنة لحكم يتعارض مع ما قرره القاعدة القديمة، فعندئذ تطبق الجديدة من الأحكام، وتلغى القديمة منها. ويشير أساتذة الفقه القانوني إلى نوع محدد في الإلغاء الضمني للنصوص القانونية وهو ما يطلق عليه بالإلغاء الضمني بسبب إعادة تنظيم الموضوع.

ويقصد بذلك أن يأتي نص جديد ينظم الموضوع الذي كان ينظمه النص القديم. ففي ظل هذه الحالة يكون الإلغاء شاملاً لكل الأحكام التي تضمنها النص القديم متعارضة كانت مع أحكام النص الجديد أو غير متعارضة، فهذا النوع من الإلغاء الضمني يتحقق "بإصدار تشريع جديد يتضمن إعادة تنظيم موضوع كان ينظمه

تشريع سابق. والإلغاء في هذه الحالة يكون شاملاً لكافة القواعد التي ينظمها التشريع القديم جملة وتفصيلاً، سواء أكانت متعارضة مع قواعد التشريع الجديد أم غير متعارضة، لأن التعارض هنا يخص روح التشريع والأفكار الأساسية التي يقوم عليها، بل إن الإلغاء يلحق القواعد التي كان يتضمنها التشريع القديم ولم يرد مثيل لها في التشريع الجديد، ولو لم ينص التشريع الجديد صراحة على إلغاء التشريعات السابقة التي كانت تنظم نفس الموضوعات التي أعاد تنظيمها^(٢٧).

بعبارة أخرى أن "الإلغاء هنا لا يكون للتعارض، فقد تأتي أحكام التشريع الجديد مطابقة لأحكام التشريع السابق في مجموعها أو جزء منها، وإنما يكون الإلغاء لأن الموضوع قد أعيد تنظيمه برمته من جديد، وعند تكرار تنظيم موضوع واحد، يكون التشريع الأحدث هو الأول بالتطبيق"^(٢٨). وبذلك "يترتب على التنظيم الجديد للموضوع ذاته من جديد إلغاء أحكام التشريع القديم، بناء على أن المشرع، إذا ارتأى تنظيم الموضوع ذاته من جديد لابد أن يكون قصده هو إلغاء التشريع السابق الذي كان ينظم الموضوع ذاته من قبل. إن المشرع يريد بهذا أن يصفى الماضي"^(٢٩).

وبإعمال هذا المبدأ في إلغاء القواعد القانونية على ما جرى على المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية من تعديلات، فنقول بأن تعديل عام (٢٠٠٧) ألغى حكم اعتبار الممتنعين عن التصويت غائبين عن الجلسة، واستعاض عنه بما قرره من تعديل على مصطلح الأغلبية، فقد أصبح يعني "الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين".

"وعليه فلا يعتبر الامتناع عن التصويت أو عدم المشاركة فيه، على الرغم من وجود العضو داخل القاعة، في جميع الأحوال غياباً عن الجلسة، إذ إن الممتنع عن التصويت أو الذي لا يجيب عند المناداة عليه على الرغم من وجوده في القاعة، حاضر في الجلسة، ويحسب ضمن العدد اللازم لصحة انعقاد الجلسة، وبذلك يختفي تعليق القرار وإعادة التصويت عليه بجلسة قادمة"^(٣٠).

(٢٧) الأستاذ الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون: دراسة لأصول القانون ومبادئه العامة، غير محدد مكان الطبع؛ ١٩٩٩، ص ٣٢٣.

(٢٨) الدكتور نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مطبعة دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص ١٨٠.

(٢٩) الدكتور عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية: ١ - القانون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٥٩٢.

(٣٠) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٨ لسنة ٢٠٠٧) بتعديل المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة.

الخاتمة

إن نص المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة بينت صراحة في مذكرتها الإيضاحية موقفها من الامتناع عن التصويت قائلة: "وعليه فلا يعتبر الامتناع عن التصويت أو عدم المشاركة فيه، على الرغم من وجود العضو داخل القاعة، في جميع الأحوال غياباً عن الجلسة، إذ إن الممتنع عن التصويت أو الذي لا يجيب عند المناداة عليه على الرغم من وجوده في القاعة، حاضر في الجلسة ويحسب ضمن العدد اللازم لصحة انعقاد الجلسة".

وعودة على بدء، فإن ما وقع من تصويت على منصب نائب رئيس مجلس الأمة بتاريخ ٢٠١٦/١٢/١١ حين كان عدد الحضور (٦٤ عضواً)؛ فحصل أحد المرشحين على ما مجموعه (٣٢ صوتاً)؛ في حين حصل الآخر على (٣١ صوتاً) مما يجعل مجموع عدد الأصوات (٦٣ صوتاً) ووجود ورقة بيضاء واحدة، فإن هذه الواقعة لا تحقق العدد الكافي للفوز بالمنصب. ذلك أن الأغلبية المطلقة للحضور يتجسد في الحصول على (٣٣ صوتاً) من مجموع عدد الحضور؛ دونما اعتبار لعدد الأوراق البيضاء.

وهذا برأينا صحيح ما يجب أن يكون عليه الحال وفقاً للمادة (٩٢) من الدستور ونظيرتها المادة (٢٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة. أما التمسك باعتبار حالة الامتناع غياباً فهو قول مرجوح لسببين. الأول ويتمثل فيما ورد من تعديل على المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة حيث كانت هي الأساس في تبني هذا الاتجاه، إلى أن تم إجراء التعديل عليها بتبنيها للامتناع ضمن العدد الإجمالي للأعضاء المصوتين. أما السبب الآخر فيتمثل في التمسك ابتداء بما قرره المادة (٩٢) من الدستور صراحة من اعتبار التصويت حاصل جمع الأعضاء الحضور بغض النظر عما إذا كانوا مؤيدين أو معارضين أو ممتنعين.

أياً ما كان الأمر فإن التصويت الإلكتروني والمتمثل في استعمال الحاسوب لإظهار الخيارات ومنح العضو وسيلة تحديد خيار بعينه ثم طباعة ورقة تبين هذا الاختيار ليضعها في صندوق يسمح بالرجوع إليه وإعادة فرز الأصوات إن كان هناك من طعن في نتيجة التصويت، ليؤدي إلى الحيلولة دون تحقق حالة التصويت الباطل. بينما يتصور الحال كذلك متى كان العضو في حرج من إعلان موقفه الممتنع عن التصويت، فيضطر إلى الذهاب إلى الحاسوب أمام الملأ والمشاركة في التصويت، ثم وضع ورقته في الصندوق المخصص لذلك.

المراجع

أولاً: الكتب

- ١ - الأستاذ الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون: دراسة لأصول القانون ومبادئه العامة، غير محدد مكان الطبع، ١٩٩٩.
- ٢ - الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، غير محدد مكان الطبع، ١٩٨٣.
- ٣ - الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت: دراسة مقارنة، غير محدد مكان الطبع، ١٩٨٥.
- ٤ - الأستاذ الدكتور عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، غير محدد مكان الطبع، ١٩٦٨.
- ٥ - الدكتور عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢.
- ٦ - الأستاذ الدكتور عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري ومؤسساته السياسية في الكويت، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣.
- ٧ - محاضر المجلس التأسيسي، الجلسة الأولى بتاريخ ٢٠/١/١٩٦٢، طبعة مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت.
- ٨ - محاضر المجلس التأسيسي، الجلسة الحادية عشرة بتاريخ ٢٥/٩/١٩٦٢، طبعة مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت.
- ٩ - الأستاذ الدكتور محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر بكلية الحقوق في جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- ١٠ - الدكتور نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧.
- ١١ - الأستاذ الدكتور يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠.

ثانياً: الدوريات

- ١ - الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، مفهوم الأغلبية المطلقة وعلاقتها بانتخاب رئيس

- مجلس الأمة، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد ٢٢، العدد ٣، سبتمبر ١٩٩٨، الصفحات ٤٨-١٣.
- ٢ - الأستاذ الدكتور محمد المقاطع، انتخاب رئيس مجلس الأمة الكويتي في ضوء أحكام الدستور واللائحة الداخلية والسوابق البرلمانية وآراء الفقه وأحكام القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد ٢٢، عدد ٣، سبتمبر ١٩٩٨، الصفحات ١٥٧-٢١٢.
- ٣ - الدكتور محمد الفيلي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية في الكويت: ما له وما عليه، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد ٢٣، عدد ٣، سبتمبر ١٩٩٩، الصفحات ٦٦-١٣.
- ٤ - الدكتور علي الباز، النصوص التشريعية الواجبة التطبيق عند انتخاب رئيس مجلس الأمة ومدى دستورية ما تم من إجراءات في انتخاب رئيس المجلس (الفصل التشريعي الثامن) (دراسة علمية)، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد ٢٥، العدد ٢، يونيو ٢٠٠١، الصفحات ٢١٧-٢٨٠.

ثالثاً: المراجع الأجنبية

- 1 - Odgers' Australian Senate Practice - Twelfth Edition.
- 2 - Henry Martin Robert, Robert's Rules of Order, published in 1921.
- 3 - Merriam Webster Dictionary.

أثر تشكيل المحكمة الدستورية على استقلال القضاء الدستوري (دراسة في القانون المقارن والقانون القطري)

الدكتور/ حسن عبدالرحيم السيد
أستاذ القانون العام المشارك
كلية القانون - جامعة قطر

ملخص:

يعد استقلال القضاء مطلباً جوهرياً لصيقاً بالعدالة تخشى المجتمعات من تأثير مراكز القوة في الدولة عليه. والقضاء الدستوري قد يكون أكثر عرضة لانتهاك استقلاله والتأثير على حياده، وذلك لتداخل الجانب السياسي فيه مع الجانب القانوني. ولتحقيق استقلال القضاء لا بد أن يكون القضاة بمنأى عن أي تدخل، لا يخضعون في حكمهم إلا للقانون؛ لذا فإن وصول قضاة محايدين وكفاء إلى الجهاز القضائي المستقل أمر جوهري لدعم استقلال القضاء، وهو يستدعي بالضرورة النظر في الشروط الواجب توافرها في القاضي، وفي الألية التي يتم بها اختياره، وفي مدة عضويته في المحكمة. هذه العناصر الثلاثة هي مقومات تشكيل المحكمة، وهي الجوانب التي يتم التركيز عليها في هذا البحث.

يرتكز هذا البحث على تحليل القواعد المنظمة لتشكيل المحكمة في دساتير وتشريعات بعض دول العالم، ومقارنتها ببعض واستخلاص مدى قدرتها على تحقيق استقلال القضاء الدستوري، ثم البحث في القواعد المنظمة لتشكيل المحكمة الدستورية في دولة قطر، وفي مدى تقييدها وتفعيلها لمبدأ استقلال القضاء.

مقدمة:

يعد استقلال القضاء مطلباً أساسياً لتأمين العدالة، وقد أصبح جزءاً من الضمير الإنساني لم يعد من المقبول إنكاره، فبه يسمو القانون وتترسخ سيادته، إذ لا سلطان على القاضي في عمله إلا للقانون فلا يخضع لمراكز القوة، سواء أكانت سلطات أم أفراداً، وباستقلال القضاء تصان الحقوق والحريات، وبه يستقر الحكم والأمن في الدولة^(١). ومن أجل ذلك أصبح استقلال القضاء مبدأً دستورياً لا يكاد يخلو من

(١) تنص المادة (١٢٩) من الدستور الدائم لدولة قطر على أن: "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وشرف القضاء ونزاهة القضاة وعدلهم ضمان للحقوق والحريات". وفي السياق ذاته تنص المادة (٩٤) من الدستور المصري لعام ٢٠١٢ المعدل في ٢٠١٤ على أن: "... (و) استقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات".

التأكيد عليه دستور من دساتير العالم^(٢)، فالمادة (١٣٠) من الدستور الدائم لدولة قطر تنص، على سبيل المثال، على أن: "السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون". والمادة (١٦٣) من الدستور الكويتي تنص على أنه: "لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل". والمادة (١٨٤) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٢ المعدل في ٢٠١٤ تنص على أن: "السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها، والتدخل في شئون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم".

وإذا كان استقلال القضاء عموماً مطلباً جوهرياً لصيقاً بالعدالة تخشى المجتمعات من تأثير مراكز القوة في الدولة عليه، فإن القضاء الدستوري قد يكون أكثر عرضة لانتهاك استقلاله والتأثير على حياده^(٣)، وذلك لتداخل الجانب السياسي

(٢) في التأكيد على مبدأ استقلال القضاء انظر أيضاً: المادة (١٨٤) من الدستور المصري الجديد (٢٠١٤)، والمادة (١٠٢) من دستور تونس الجديد (٢٠١٤)، والمادة (٦٤) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، والمادة (٧٩)/١ من دستور ألمانيا لعام ١٩٤٩ المعدل في العام ٢٠١٢، والمادة (٩) و(١٣٨) من دستور تركيا لعام ١٩٨٢ المعدل في عام ٢٠١١، والمادة (٥٠) من دستور الهند لعام ١٩٤٩، والمادة (٧٦) من دستور اليابان لعام ١٩٤٦، والمادة (١٦٥)/٢ من دستور جنوب أفريقيا لعام ١٩٩٦ المعدل في عام ٢٠١٢.

(٣) تختلف الدول في شأن تقرير الجهة المختصة بالفصل في المنازعات الدستورية، فبعضها تقررها لجميع المحاكم، وهو ما يعرف بـ "لامركزية الرقابة الدستورية"، وبعضها تقررها لجهة واحدة تختص دون غيرها بهذه المنازعات وتعرف بـ "مركزية الرقابة الدستورية". ومركزية الرقابة الدستورية تقررها بعض الدول لدائرة في ذات الهيكل القضائي كمحكمة التمييز، بينما تقررها دول أخرى لمحكمة دستورية مستقلة. وفكرة تخصيص محكمة مستقلة للنظر في المنازعات الدستورية انتشر في العالم بعد أن اقترحها في الأصل النمساوي Hans Kelsen في عام ١٩٢٠، وكانت إيطاليا وألمانيا قد تبنتا هذا المقترح بعد الحرب، ثم انتشر في الكثير من الدول، ومن بينها تلك المتأثرة بالنظام القانوني الأمريكي كـ بعض دول أمريكا اللاتينية مثل كولومبيا وبوليفيا والإكوادور. انظر:

Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, Building Reputation in Constitutional Court: Political and Judicial Audiences, 2011, 28 Arizona Journal of International and Comparative Law 539.

John Ferejohn & Pasquale Pasquino, Comparative Avenues in Constitutional Law: Constitutional Structures and Institutional Designs: Constitutional Adjudication: lessons from Europe, 2004, 82 Texas Law Review 1671.

فيه مع الجانب القانوني، فالمنازعة الدستورية لا تكون في الغالب مجرد مخاصمة لنص تشريعي مخالف لأحكام الدستور، بل مخاصمة سلطة تقف بقوة إلى جانب هذا النص وترغب في استمرارية العمل به وتنفيذه^(٤).

ولتحقيق استقلال القضاء لابد أن يكون القضاة بمنأى عن أي تدخل، أحراراً لا يؤثر على حكمهم وقضائهم إلا القانون، وأن تنظم شئونهم سلطة مستقلة^(٥). لذا فإن وصول قضاة محايدين وأكفاء إلى الجهاز القضائي المستقل، أمر يستدعي بالضرورة النظر في الشروط الواجب توافرها في القاضي أولاً، وفي الآلية التي يتم بها اختيار القاضي لعضوية المحكمة ثانياً، وفي مدة العضوية في المحكمة ثالثاً. هذه العناصر الثلاثة هي مقومات تشكيل المحكمة.

إن دراسة الشروط الواجب توافرها في القضاة، وآلية اختيارهم، ومدة عضويتهم في المحكمة الدستورية وأثر ذلك على استقلالها، أمر لم يلق الكثير من الاهتمام والبحث والتفصيل لدى القانونيين، إذ إن أغلب الكتابات تعرضت لتشكيل المحكمة الدستورية بإيجاز في معرض دراسة القضاء الدستوري عموماً؛ لذا نأمل أن يكون هذا البحث إضافة للمكتبة القانونية العربية.

(٤) كما أن مسألة استقلال القضاء الدستوري تزداد أهمية عندما تتوسع اختصاصات المحكمة الدستورية، وتمنح اختصاص تقرير الإجراءات الواجبة لاتباع لتعديل الدستور ذاته، فقد أثر في الآونة الأخيرة جدل واسع في الإكوادور بسبب قرار المحكمة الدستورية الموافق للبرلمان في طلبه تعديل بعض نصوص الدستور، كان من أبرزها السماح لرئيس الدولة بأن يكون رئيساً مدى الحياة. انظر أيضاً في العديد من الأمثلة التي أوردها Stephen Gardbaum انظر:

Stephen Gardbaum, Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies, 2015, 53, Columbia Journal of Transnational Law 285.

وانظر أيضاً: عثمان عبدالملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، إصدار مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٦، ص: ٥٨، وعلي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية، القاهرة، ٢٠٠١، ص: ٣٩٦.

(٥) لتحقيق استقلال القضاء يرى Sanford Levinson ضرورة تحقق ثلاثة عناصر هي: عدم التأثير الرسمي أو غير الرسمي على القضاة في عملهم وأحكامهم، وآلية اختيار القضاة الموضوعية، وعدم قابليتهم للعزل. انظر:

Sanford Levinson, the Role of the Judge in the Twenty - First Century: Identifying "independence", 2006, 86 Boston University Law Review 1297.

انظر أيضاً: Stephen Gardbaum، المرجع السابق. ويرى أنه لتحقيق استقلال القضاء لابد أن يكون القضاة بعيدين عن تحكم الحكومة أو ضغطها أو تأثيرها، وأن يؤديوا أعمالهم بحياد وفقاً للقانون وبعيداً عن أي تأثير سياسي أو مطمع شخصي.

إن منهجية هذه الدراسة تتمثل في تحليل القواعد المنظمة لتشكيل المحكمة في دساتير وتشريعات بعض دول العالم، كإسبانيا وإيطاليا والبرتغال وألمانيا وتركيا، والإكوادور وكولومبيا وجمهورية مصر العربية وتونس والكويت والبحرين ومقارنتها ببعض، واستخلاص مدى قدرتها على تحقيق استقلال القضاء الدستوري. إن المقارنة تجعلنا ننظر إلى نظامنا القضائي بشكل أوضح، لذا بعد النظر في القانون المقارن سوف نبحث في القواعد المنظمة لتشكيل المحكمة الدستورية في دولة قطر، وفي مدى تقييدها وتفعيلها لمبدأ استقلال القضاء.

في هذه الدراسة سوف نقسم الموضوعات الأساسية، المشار إليها سلفاً، على ثلاثة مباحث، الأول يتناول الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية، والثاني يتناول آلية اختيار رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية، وأخيراً يتناول المبحث الثالث مدة العضوية في المحكمة الدستورية.

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية

تُعد الشروط الواجب توافرها في أعضاء أو قضاة المحكمة الدستورية هي المدخل الأول الذي يمكن أن يؤتى منه انتهاك مبدأ استقلال القضاء الدستوري. إذ من خلالها يمكن أن يزوج في عضوية المحكمة من تم شراء ذمته أو من باع نزاهته لصالح السلطة، ومن خلالها يمكن أيضاً أن يحرم من العضوية من كان أهلاً لها وعرف بنزاهته وحيده.

ونظراً لأهمية الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية تنص بعض الدساتير عليها صراحة في صلبها، فالمادة (١٤٨) من دستور أوكرانيا لعام ١٩٩٦ تؤكد على سبيل المثال، على أنه: "يجوز لكل مواطن أوكراني بلغ من العمر أربعين عاماً في يوم التعيين، حاصلاً على مؤهل عالٍ في الدراسات القانونية، ويتمتع بخبرة مهنية لا تقل عن عشر سنوات، ويقوم في أوكرانيا على مدى السنوات العشرين الماضية، ويجيد لغة الدولة، أن يكون أحد قضاة المحكمة الدستورية لأوكرانيا"^(٦).

بينما تذهب دساتير أخرى إلى إحالة تحديد الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة للمشرع العادي، فالمادة (١٩٤) من الدستور المصري لعام ٢٠١٢ المعدل في ٢٠١٤ تؤكد أن: "رئيس ونواب رئيس المحكمة الدستورية العليا ورئيس وأعضاء المفوضين بها مستقلون وغير قابلين للعزل، ولا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون، ويبين القانون الشروط الواجب توافرها فيهم..."^(٧).

ويلحق بهذا الاتجاه الدساتير التي أحالت للقانون تنظيم كل ما يتعلق بالفصل في المنازعات الدستورية، تاركة للمشرع العادي حرية إنشاء محكمة مستقلة مختصة بذلك، أو جعل اختصاص الفصل في المنازعات الدستورية لدائرة أو أكثر في محكمة عليا في النظام القضائي^(٨). وسبب إلحاقنا هذه الدساتير بالاتجاه الثاني هو كونها

(٦) لأمثلة أخرى انظر أيضاً: المادة (٤٣٣) من دستور الإكوادور لعام ٢٠٠٨، والمادة (١٩٩) / أولاً من دستور بوليفيا ٢٠٠٩، والمادة (١٤٧) والمادة (٢٠١) من دستور البيرو لعام ١٩٩٣، والمادة (٢٣٢) من دستور كولومبيا لعام ١٩٩٣.

(٧) انظر في السياق ذاته: المادة (١٠١) / ٣ من دستور كوريا لعام ١٩٤٨ المعدل في ١٩٨٧.

(٨) فالمادة (١٧٣) من الدستور الكويتي، على سبيل المثال، تنص على أن: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، وبيان صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها..."

كهذا الاتجاه لم تحدد الشروط الواجب توافرها في عضو المحكمة أو الجهة القضائية تاركة ذلك للقانون.

ولا شك في أن إدراج الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية في صلب الدستور يعد ضماناً لعدم تغيرها بسهولة، فالدستور هو الوثيقة التشريعية الأسمى ويتطلب تعديلها في أغلب الدول إجراءات أكثر شدة وصعوبة من إجراءات تعديل القوانين العادية. ولكن في المقابل نرى بأن ترك تحديد هذه الشروط للقانون العادي يتيح للمشرع تطويرها مع الزمن، وذلك وفقاً لتطور النظام القانوني والقضائي في الدولة، فعلى سبيل المثال، اشتراط أن يكون القاضي مواطناً شرطاً قد يصعب تحقيقه في جميع أعضاء المحكمة في بعض الدول بسبب ظروفها، كقلة عدد شعبها وعدم وجود عدد كافٍ من الكفاءات القانونية الوطنية بها، أو رغبة من الدولة في تطعيم المحكمة في المرحلة الأولى من عمرها بعناصر ذات خبرة عالية من دولة لها تجربة طويلة في القضاء الدستوري، ولكن مع الزمن ومع تزايد عدد الكفاءات الوطنية واكتساب الخبرات القضائية يتدخل المشرع لتطوير الشروط وتعديلها، ولا شك في أن هذا الأمر بالإمكان تحقيقه في يسر وسهولة إن نُصَّ على هذه الشروط في القانون، وليس في الدستور.

وسوف نتناول الشروط الواجب توافرها في عضو المحكمة الدستورية في هذا المبحث، ومن أبرزها شرط التأهيل والخبرة العملية، وشرط المواطنة وشرط التفرغ الوظيفي وعدم الانتماء السياسي.

المطلب الأول

شرط التأهيل والخبرة العملية

يقصد بشرط التأهيل والخبرة العملية ما يتطلبه المشرع في عضو المحكمة الدستورية من متطلبات تجعله مؤهلاً فنياً لعضوية هذه المحكمة، ولهذا الشرط أهمية كبيرة في ضمان وصول رجال أكفاء من الناحية المهنية للمحكمة، وهو أمر قد يُسهم في دعم استقلال القضاء، إذ الخبرة العملية الطويلة تكشف للمجتمع في الغالب مدى ما يتمتع به المرشح للعضوية من سمعة تكون مشجعة لاختياره إن كانت حسنة، أو تقف عائقاً أمام اختياره إن كانت سيئة. ويمكن أن نستخلص ذلك من المادة (٤٣٣)/٢/٣ من دستور الإكوادور لعام ٢٠٠٨، على سبيل المثال، إذ تشترط في عضو المحكمة الدستورية "أن يكون قد مارس مهنة المحاماة أو القضاء أو أن يكون أستاذاً جامعياً في مادة القانون مدة لا تقل عن عشر سنوات، وأن يكون مشهوداً له بالاستقامة خلال هذه

الممارسة"، فالممارسة الفعلية تظهر ما كان يتمتع به المرشح من جدارة واستقامة. ولا شك بأن عدم تمتع من تم ترشيحه بالجدارة والاستقامة يجعله عرضة للهجوم من قبل المناوئين لاختياره، في حين لا يجد هؤلاء هامشاً من المعارضة إن عرف المرشح من خلال سيرته السابقة بالنزاهة والحياد والمهنية والكفاءة^(٩).

في هذا المطلب سوف نتناول شرط التأهيل والخبرة العملية في القانون المقارن ثم في القانون القطري.

أولاً - شرط التأهيل والخبرة العملية في القانون المقارن:

للقوف على شرط التأهيل والخبرة العملية نتناول نوعية الخبرة التي تشترطها بعض الدساتير في أعضاء المحكمة الدستورية، كما نتناول المدة التي تقرها هذه الدساتير للدلالة على اكتساب الخبرة العملية.

١- نوعية الخبرة:

إن تحديد نوعية الخبرة التي تشترط في عضو المحكمة الدستورية لا شك في أنها ترتبط برباط وثيق بطبيعة العمل في هذه المحكمة، وهو أمر يقتضي بالضرورة معرفة اختصاصات المحكمة في كل دولة. فإذا كان جل تشريعات الدول المنظمة للمحكمة الدستورية بها، تتفق على أن من أبرز اختصاصاتها هو الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح^(١٠)، وهو عمل قانوني بلا ريب، فإن من تشريعات الدول أيضاً ما يجعل للمحكمة الدستورية اختصاصات أخرى يمتزج فيها الجانب القانوني بالجانب السياسي^(١١). ففي الدستور التونسي لعام ٢٠١٤، على

(٩) انظر: هشام فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦/٢٠٠٧، ص: ١٢١.

(١٠) في التأكيد على هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية انظر: المادة (١٢٥) من دستور الاتحاد الروسي لعام ١٩٩٣، والمادة (١٦١)/أ من دستور إسبانيا لعام ١٩٧٨، والمادة (٩٣)/٣ من دستور ألمانيا لعام ١٩٤٩ المعدل في ٢٠١٢، والمادة (٤٢)/ج ١ من دستور أندونيسيا لعام ١٩٤٥ المعدل في عام ١٩٥٩، والمادة (١٣٤) من دستور إيطاليا لعام ١٩٤٧ المعدل ٢٠١٢، والمادة (١٢٠) من دستور تونس لعام ٢٠١٤، والمادة (١٩٢) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤، وغيرها.

(١١) يبين كل من Nuno Garoupa & Tom Ginsburg بأن المحكمة الدستورية لم تعد فقط تنظر في دستورية القوانين بل بأن الكثير من الدول بدأت تقرر لها اختصاصات أخرى كاعتماد الانتخابات وبعض شؤون الأحزاب السياسية كاعتماد شرعية نشأتهم أو قانونية بعض أنشطتهم، واختصاصات أخرى سياسية. انظر: Nuno Garoupa & Tom Ginsburg، المرجع السابق.

سبيل المثال، يعهد للمحكمة الدستورية البت في مدى استمرار الحالة الاستثنائية التي اتخذ رئيس الجمهورية بشأنها تدابير لمواجهة خطر داهم مهدد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها^(١٢). كما يعهد للمحكمة الدستورية في تونس الحكم في إعفاء رئيس الجمهورية من منصبه بناء على لائحة معللة يرفعها مجلس النواب^(١٣).

لذا فإن دساتير العالم وإن كانت تتفق على أن العمل القانوني أساس جوهري يستمد منه المرشحون للعضوية خبرتهم، إلا أنها تختلف فيما إذا كان ينبغي أن يشترط هذا الشرط في جميع الأعضاء، أو في بعضهم. فبعض الدساتير تؤكد على أن يكون جميع أعضاء المحكمة الدستورية من المختصين في القانون، فالمادة ٢/(١٥٩) من الدستور الإسباني تنص، على سبيل المثال، على أنه: "يجب أن يعين أعضاء المحكمة الدستورية من قضاة ومدعين عموميين وأساتذة جامعيين وموظفين عموميين ومحامين، حيث يتوجب أن يكونوا جميعهم قانونيين مشهود لهم بالكفاءة، وأن تفوق مدة مزاولتهم لمهنتهم الخمس عشرة سنة". ويأخذ البعض على هذا التوجه كونه يجعل الرقابة مسألة فنية بحتة ويسننها إلى أشخاص قد لا يدركون أهمية المرونة ومسايرة الضرورات السياسية، مما يؤدي إلى جمود الحياة الاجتماعية^(١٤)، لذا يرون من الأهمية تطعيم المحكمة ببعض الأعضاء من ذوي الدراية الواسعة بالأوضاع السياسية.

وعليه ذهب بعض آخر من الدساتير إلى عدم اشتراط أن يكون جميع الأعضاء من المختصين في القانون، بل يكفي أن يكون أغلبهم من هذه الفئة، فالمادة (١١٨) من الدستور التونسي لعام ٢٠١٤، على سبيل المثال، تنص على أن: "المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من اثني عشر عضواً من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة"^(١٥).

(١٢) انظر: المادة (٨٠) من الدستور التونسي لعام ٢٠١٤.

(١٣) انظر: المادة (٨٨) من الدستور التونسي لعام ٢٠١٤.

(١٤) رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص: ٧٨٠، ويضرب الدكتور رمزي الشاعر مثلاً على تجميد الحياة الاجتماعية بسبب قصر عضوية المحكمة على قضاة قانونيين فنيين بما حدث في الولايات الأمريكية عندما عملت المحكمة العليا بين سنة ١٩٣٠ - ١٩٣٦ على إبطال كل تشريع يقرر بعض الضمانات الاجتماعية بحجة مخالفتها للدستور الأمريكي.

(١٥) كان الدستور التونسي السابق يذهب مذهب الدستور الفرنسي بإنشاء مجلس دستوري يتألف من تسعة أعضاء يختارهم رئيس الجمهورية، وتعرض عليه مشاريع القوانين الأساسية بشكل وجوبي، ومشاريع القوانين التي يرى رئيس الجمهورية عرضها عليه قبل التصديق. انظر: رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، القاهرة، ٢٠٠٤، ص: ٥٩.

بمعنى أن يكون تسعة من الأعضاء الاثني عشر من القانونيين ويمكن أن يكون الثلاثة الآخرون من غيرهم. وقد تعود الحكمة من عدم قصر العضوية على القانونيين وحدهم إلى طبيعة بعض اختصاصات المحكمة الدستورية والتي لا تخلو من امتزاج السياسة بالقانون، فالفهم الجيد بما يحيط النزاع من خلفيات سياسية قد يسهم في تحقيق العدالة، لذا وإن كانت هذه الدساتير تشترط أن يكون أغلب الأعضاء من القانونيين، إلا أن تطعيم المحكمة بعدد من رجال السياسة من ذوي الدراية بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تقتضيه الطبيعة المركبة لبعض المنازعات^(١٦).

وفي اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من القانونيين لا تشترط التشريعات - في الغالب - الحصول على الشهادة الجامعية في القانون كقريضة لتوافر هذا الشرط، فقد ترى فيه شرطاً بديهياً لا يقتضي التأكيد عليه؛ لذا تتجاوزته وتفترض فيمن يتم اختياره لعضوية المحكمة أن يكون قد مارس أعمالاً قانونية، أو عمل في مجالات قانونية لسنوات طويلة، فالحصول على شهادة القانون ليس في حد ذاته شرطاً لعضوية المحكمة، بل يجب أن يقترن بممارسة العمل القانوني. وفي المقابل لا تكتفي بعض الدساتير بذلك بل تتطلب صراحة في من يتم اختياره لعضوية المحكمة الدستورية أن يكون حاصلاً على الشهادة الجامعية في القانون، فالمادة (٤٣٣) من دستور الإكوادور لعام ٢٠٠٨ تنص، على سبيل المثال، على أن يكون عضو المحكمة الدستورية "حاصلاً على شهادة جامعية في القانون معترفاً بها في البلاد اعترافاً قانونياً"^(١٧).

ومن ثم فإن الحديث عن نوعية الخبرة المطلوبة في عضو المحكمة الدستورية يكشف عن اتجاهين للدساتير، أحدهما يكتفي باشتراط العمل القانوني دون تحديد

(١٦) يلاحظ بأن المحكمة الدستورية في بلجيكا تشترط أن يكون نصف أعضائها ممن كان عضواً سابقاً في البرلمان، وذلك لأهمية الجانب السياسي في اختصاصات هذه المحكمة، انظر: Sanford Levinson, Constitutional Design, 2014, 128 Harvard Law Review Forum 14.

تركي المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، ٢٠٠٨، ص: ١٩.

(١٧) ومن المفارقة أن جون مارشال (1755 - 1835) John Marshall رئيس المحكمة العليا الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية والذي نعت بأنه المؤسس الثاني للدستور الأمريكي وقد أرسى خلال مدة رئاسته للمحكمة أهم المبادئ القانونية والدستورية، ويعتبره البعض من أعظم رؤساء المحكمة العليا، لم تزد دراسته للقانون على حضور محاضرات قانونية للقاضي جورج ويث لمدة شهرين في كلية وليم أند ميرري. انظر: عثمان عبدالمك الصالح، المرجع السابق، ص: ٥٩.

مجالات محددة يستقي منها المرشح للعضوية خبراته، والآخر يحدد هذه المجالات. فالمادة (١٩٤) من دستور بولندا لسنة ١٩٩٧ المعدل في ٢٠٠٩ لا تحدد مجالاً قانونياً معيناً، إذ تنص على أن: "تتألف المحكمة الدستورية من ١٥ قاضياً يتم اختيارهم بصورة فردية من قبل مجلس النواب لمدة عضوية فترتها ٩ سنوات من بين الأشخاص المتميزين بمستوى عالٍ من الإلمام والمعرفة بالقانون....".

بينما تذهب دساتير أخرى إلى اشتراط مجالات قانونية محددة يكون المرشح لعضوية المحكمة قد استقى منها خبراته، فتتنص، على سبيل المثال، على أن يتم اختيارهم من القضاة وأساتذة القانون في الجامعات والمحامين.

ونرى أن النص على مجالات قانونية محددة لاختيار المرشحين لعضوية المحكمة منها أمرٌ يدعم استقلال القضاء الدستوري، فالقضاة وأعضاء النيابة العامة والمحامون وأساتذة القانون الأكاديميون، على سبيل المثال، ينتمون لجهات مستقلة ومهنة حرة، وهي فئات تشربت الحرية وعدم الخضوع لأية سلطة، وألا يكون لقراراتهم أو آرائهم سلطان لغير القانون، فتفترض بالتالي فيهم الاستقلالية والحياد.

من جانب آخر، يلاحظ أن دساتير قليلة تشترط أن تكون هذه الخبرة هي محصلة العمل في التخصص العلمي الدقيق كالقانون الدستوري، أو حقوق الإنسان، ومن الدساتير النادرة التي ذهبت إلى ذلك دستور بوليفيا لعام ٢٠٠٩ الذي يشترط في المادة (١٩٩) منه كي يكون المرشح مقبولاً كقاضٍ في المحكمة الدستورية أن يكون "أثبت تخصصه أو خبرة معترفاً بها لمدة لا تقل عن ثماني سنوات في مجالات القانون الدستوري أو الإداري أو حقوق الإنسان.."^(١٨). ونرى أن اشتراط التخصص الدقيق قد يقيد جهة الاختيار، إذ قد لا يتحقق هذا الشرط في جميع الأعضاء^(١٩).

ولكن هل لبعض هذه المجالات ميزة عن الأخرى تقتضيها طبيعة العمل في المحكمة وضمان استقلالها، وينبغي أن تكون نسبة تمثيلها في عضوية المحكمة أعلى؟ للإجابة عن هذا السؤال نجد أن الدساتير التي تشترط اختيار أعضاء المحكمة من

(١٨) انظر: المادة (١٩٩) من دستور بوليفيا، وفي السياق ذاته انظر أيضاً: المادة (٢٤)/ج/٥ من دستور إندونيسيا لعام ١٩٤٥ المعاد تفعيله في عام ١٩٥٩ والمعدل في عام ٢٠٠٢.

(١٩) كان مشروع قانون المحكمة الدستورية في الكويت ينص على أن يكون أحد أعضاء المحكمة من المختصين في الدراسات الدستورية، ولكن المشرع تبني المشروع المقدم من الحكومة والذي لم ينص على شرط التخصص الدستوري لأحد أعضاء المحكمة. عثمان عبد الملك الصالح، المرجع السابق، ص: ٦٠.

فئات قانونية محددة تذهب إلى اتجاهاين، الأول: عدم تحديد نسبة كل فئة أو عدد الأعضاء منها. والثاني على الخلاف يحدد عدد الأعضاء من كل فئة أو يحدد فئة معينة تكون لها الغلبة في عضوية المحكمة. وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ - دساتير لا تحدد نسبة عضوية كل فئة أو العدد الذي يتم اختياره لكل فئة. فالمادة (١٥٩) من الدستور الإسباني على سبيل المثال توجب "أن يُعين أعضاء المحكمة الدستورية من بين قضاة ومدعين عموميين وأساتذة جامعيين وموظفين عموميين ومحامين، وأن يكونوا جميعهم قانونيين مشهود لهم بالكفاءة وتفق مدة مزاولتهم لمهنتهم الخمس عشرة سنة". والمادة (١٣٥) من دستور إيطاليا لعام ١٩٤٧ المعدل في سنة ٢٠١٢ تنص على أن: "يتم اختيار قضاة المحكمة الدستورية من بين قضاة المحاكم العليا العادية والإدارية، وأساتذة القانون في الجامعات والمحامين الممارسين لمدة عشرين سنة على الأقل، وحتى المتقاعدين منهم". في هذه الدساتير يترك للجهة التي تقوم بترشيح الأعضاء اختيارهم من ضمن هذه الفئات دون التزام بعدد معين أو نسبة محددة لكل فئة، أو أن تكون لفئة ما الغلبة في العضوية. بتعبير آخر، كلتا المادتين أعلاه لم تشترطا، على سبيل المثال، أن يكون ثلث المرشحين من القضاة وثلثهم من المحامين وثلثهم من أساتذة القانون، ولعل الفائدة من عدم تحديد نسبة تمثيل لكل فئة تعود إلى رغبة المشرع الدستوري في هذه الدول إلى ترك الأمر للجهة المختصة بأن تقوم بالاختيار وفقاً للتوازنات التي تراها أو وفقاً للكفاءات المتوفرة في وقت الاختيار، وقد تظهر فائدة هذه التوجه في الدول الصغيرة أو النامية التي لا تتوافر فيها عناصر كافية من فئة معينة تغطي النسبة المطلوبة في حال تحديدها.

والسؤال الذي يمكن أن نثيره هنا هو: هل النص على هذه الفئات في هذه الدساتير جاء على سبيل المثال، أم على سبيل الحصر؟ بمعنى مدى إمكانية أن يتم اختيار أعضاء المحكمة منهم ومن غيرهم، وبالعودة إلى المثالين من الدستور الإسباني والإيطالي أعلاه، نجد أن صراحة على أن يكون الاختيار من بين الفئات التي حددتها، فعبارة (من بين) تفيد الحصر، لكن في الوقت ذاته يمكننا ملاحظة أن المثال الإسباني يكاد أن يشمل جميع مجالات العمل القانوني كالقضاء والادعاء العام والمحاماة وتدريس القانون في الجامعات والوظيفة العامة، وهذه الفئة الأخيرة تفتح المجال واسعاً أمام أي قانوني طالما كان موظفاً عاماً، ولكن لا تشمل القانونيين في القطاع الخاص، كالشركات الخاصة، والبنوك، وشركات التأمين على سبيل المثال. وفي المثال الإيطالي يمكننا أن نستقي من تحديده لدرجة التقاضي التي يمكن أن يتم

الاختيار منها أعضاء المحكمة الدستورية، إذ نص على أن تكون من أعلى درجة في المحكمة العليا، وهي بطبيعة الحال لا تشمل قضاة محاكم الاستئناف وقضاة المحاكم الابتدائية في إيطاليا، بأنه حصر الاختيار على من ينتمي للفئات التي نص عليها دون غيرها. ونرى بأن حصر الاختيار في فئات معينة كقضاة أعلى درجة يسهم في استقلال القضاء وحياد المحكمة، إذ يصعب تصور أن يضحى قاضٍ، اشتهر بالكفاءة وحسن السمعة، وصل إلى أعلى درجات السلم القضائي، عبر سنوات طوال، بسمعته، فيطمع بوعده، أو يخشى من وعيد.

ومن جانب آخر، فإن النص على أن يتم اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من فئات قانونية محددة ودون تحديد نسبة كل منها في العضوية يدفعنا إلى سؤال آخر هو: هل يشترط أن يتم الاختيار من جميع الفئات المنصوص عليها في الدستور؟ أم إن الاختيار من أغلبها يغني عن الاختيار من جميعها؟ ونرى في الإجابة عن هذا السؤال بأن صياغة النص الدستوري في كل من المثالين الإسباني والإيطالي تتسع لتجيز الاختيار من أغلب هذه الفئات، وليس بالضرورة من جميعها، كما أن عدم نص كل منهما على نسبة أو عدد معين لكل فئة يدعم هذا التوجه. ونرى بأن هدف المشرع الدستوري من النص على هذه الفئات دون تحديد نسبة لكل منها هو تحقيق التنوع في العضوية مما يؤدي إلى توافر مزيج من الخبرات تستفيد منها المحكمة، وبالتالي لا يشترط أن تشتمل المحكمة على جميع الفئات المذكورة في النص طالما تنوعت خلفياتهم العملية. وفي الواقع العملي نجد المحكمة الدستورية حالياً، في إسبانيا على سبيل المثال، لا تضم فئة المحامين بالرغم من النص عليها^(٢٠).

وبعد أن بينا الاتجاه الأول من الدساتير والتي جاءت بنص مطلق دون تحديد نسبة العضوية لكل فئة، نبين فيما يلي الاتجاه الثاني من الدساتير.

ب - دساتير تحدد عدد الأعضاء لكل فئة نصت عليها، أو تحدد الفئة الغالبة التي يجب أن تتشكل عضوية المحكمة منها، ففي تحديد عدد الأعضاء لكل فئة نجد الدستور التركي لعام ١٩٨٢، على سبيل المثال، يبين في المادة (١٤٦) منه بدقة الأعداد الممثلة لكل فئة، فعدد أعضاء المحكمة الدستورية في تركيا هو سبعة عشر عضواً، يأتي اثنان

(٢٠) تضم المحكمة الدستورية الإسبانية حالياً مَنْ عمل كقاضٍ في المحكمة العليا، وأساتذة جامعيين وعضواً من النيابة العامة، دون فئة المحامين، انظر: الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية الإسبانية:

<http://www.tribunalconstitucional.es/en/>

من ديوان المحاسبات، وعضو واحد من المحامين المستقلين يرشح من قبل رؤساء نقابات المحامين، وثلاثة أعضاء من محكمة الاستئناف العليا، وعضوان من مجلس الدولة، وعضو واحد من محكمة الاستئناف العسكرية، وعضو واحد من المحكمة الإدارية العسكرية، وثلاثة أعضاء من بين أعضاء هيئات التدريس في مجالات القانون والاقتصاد والعلوم السياسية، وأربعة أعضاء من كبار الموظفين التنفيذيين والمحامين المستقلين والمدعين العامين وقضاة الفئة الأولى ومقرري المحكمة الدستورية.

وفي تحديد فئة معينة تكون لها الغلبة في عضوية المحكمة نرى المادة (٢٢٢)/٢ من دستور البرتغال لعام ١٩٧٦ تنص على أن تتكون المحكمة من ثلاثة عشر عضواً وأنه: "يجب أن يكون ستة من القضاة سواء المعينين من قبل الجمعية الوطنية أو الذين تم اختيارهم من جهات أخرى مختارين من قضاة المحاكم الأخرى، والباقيون من رجال القانون" (٢١).

في المثال التركي أعلاه نجد أن جميع الجهات التي يتم ترشيح أعضاء المحكمة الدستورية منها هي جهات مستقلة كالمحاكم والجامعات والنيابة العامة وديوان المحاسبة والمحامين المستقلين، إلا أن المشرع التركي غلب فئة القضاة والتي يتجاوز عدد الأعضاء منها سبعة أعضاء (٢٢) من أصل سبعة عشر عضواً هم مجموع أعضاء المحكمة. وإلى هذا التوجه ذهب المثال البرتغالي إلا أنه اكتفى بالتأكيد على عدد المرشحين من المحاكم، وأن يكون عددهم ستة من أصل ثلاثة عشر عضواً هو مجموع عدد أعضاء المحكمة الدستورية. ولا شك أن خبرة العمل القضائي تجعل لفئة القضاة ميزة على الفئات الأخرى لتمثل طبيعة العمل التي تدرسوها وبين عملهم المقبل في المحكمة الدستورية، ولكونهم أكثر الفئات استقلالاً، وحرصاً على ألا يكون لغير القانون سلطان عليهم.

(٢١) إلى مثل هذا التوجه ذهب المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا، إذ اشترط في المادة (٥) منه على أن يكون ثلثا عدد أعضاء المحكمة على الأقل من العناصر القضائية، وتجدر الملاحظة بأن العمل قد جرى في جمهورية مصر العربية منذ نشأة المحكمة وحتى عام ٢٠٠٣ على قصر تشكيل المحكمة على العناصر القضائية فقط، إلا أن هذا الأمر تغير في عام ٢٠٠٣ بدخول إحدى المحاميات عضواً بالمحكمة. تركي المطيري، المرجع السابق، ص: ٣٨.

(٢٢) هم ثلاثة أعضاء من محكمة الاستئناف العليا، وعضوان من مجلس الدولة (المحكمة الإدارية العليا)، وعضو واحد من محكمة الاستئناف العسكرية، وعضو واحد من المحكمة الإدارية العسكرية، علاوة على أعضاء من قضاة الفئة الأولى ومقرري المحكمة الدستورية.

٢ - مدة الخبرة:

الحديث عن نوعية الخبرة القانونية التي تشترطها بعض الدساتير في عضو المحكمة الدستورية يرتبط بالحديث عن المدة المطلوبة لاكتساب هذه الخبرة، فالخبرة في الأصل لا تتكون إلا بمرور فترة كافية من الزمن تتطور وتنضج فيها قدرات الشخص ومهاراته نتيجة لتعرضه لكمّ متنوع من المسائل والقضايا والإشكالات التي تغطي جوانب واسعة ومختلفة من طبيعة عمله، كما أن مدة الخبرة من ناحية أخرى تكشف سمعة الشخص المهنية ومدى نزاهته، وبإلقاء الضوء على بعض الدساتير التي نصت صراحة على مدة الخبرة نجدها تتفاوت فيما بينها في تقريرها، فبعضها يشترط ألا تقل عن عشر سنوات كدستور أوكرانيا لعام ١٩٩٦^(٢٣)، ودستور الإكوادور لعام ٢٠٠٨^(٢٤)، وبعضها يشترط فترة أطول كأن لا تقل مدة الخبرة عن خمس عشرة سنة كدستور إسبانيا لعام ١٩٧٨^(٢٥)، أو مدة عشرين سنة فأعلى كدستور تركيا لعام ١٩٨٢ ودستور تونس لعام ٢٠١٤^(٢٦).

ومن جانب آخر، نجد بعض الدساتير تفترض مدة الخبرة بشكل ضمني من خلال اشتراطها أن يتم اختيار عضو المحكمة الدستورية من فئة معينة كقضاة محكمة عليا، وهي درجة لا يصلها القاضي إلا إذا تدرج في عمله وبقي فيه لمدة طويلة، أو كاشتراط أن يتم اختيار عضو المحكمة من أعضاء هيئة التدريس الحاصلين على درجة الأستاذية وهي كذلك درجة لا ينالها عضو هيئة التدريس في أغلب الجامعات إلا بعد مضي عشر سنوات على الأقل، علاوة على شروط أخرى.

ولكن هل تساوي الدساتير في تقرير مدة الخبرة بين جميع الفئات التي تتشكل منها المحكمة؟ في الإجابة عن هذا السؤال نجد بعض الدساتير لا تفرق في شأن مدة الخبرة بين الفئات التي يرشح منها لعضوية المحكمة الدستورية، إذ تساوي بينها جميعاً. فالمادة (٢٣٢)/٤ من دستور كولومبيا لعام ١٩٩١، على سبيل المثال، تشترط في عضو المحكمة الدستورية "أن يكون قد شغل مناصب في السلطة القضائية أو النيابة العامة لمدة ١٠ سنوات، أو أن يكون قد مارس بشرف، ولفترة

(٢٣) انظر: المادة (١٤٨) من الدستور الأوكراني.

(٢٤) انظر: المادة (٤٣٣) من دستور الإكوادور.

(٢٥) انظر: المادة (١٥٩)/٢ من دستور إسبانيا.

(٢٦) انظر: المادة (١١٨) من دستور تونس، والمادة (١٤٦) من الدستور التركي.

مماثلة، مهنة المحاماة أو التدريس الجامعي في الاختصاصات القضائية في مؤسسات معترف بها رسمياً". فسواء أكان المرشح لعضوية المحكمة من السلطة القضائية أم النيابة العامة أم أستاذاً جامعياً أم محامياً، فمدة الخبرة المطلوبة هي عشر سنوات فأعلى لجميع هذه الفئات دون تمييز، بينما تذهب دساتير أخرى إلى التفريق في مدة الخبرة بين الفئات التي يتم الترشيح منها، فالمادة (١٤٧) من دستور البيرو لعام ١٩٩٣ تشترط في عضو المحكمة الدستورية "أن يكون قد شغل منصب قاضٍ في المحاكم الرئيسية أو كمدعٍ عام رئيس مدة عشر سنوات، أو مارس القانون أو درّس فرعاً من علوم القانون على مستوى الجامعة مدة خمسة عشر عاماً".

وقد يكون السبب من التفريق بين الفئات في المثال السابق هو أن العمل القضائي في المحاكم الأخرى ذو طبيعة مماثلة للعمل في المحكمة الدستورية؛ لذا ميز المشرع هذه الفئة واشترط في شأن الفئات الأخرى كالأستاذة الجامعيين ومن مارس العمل القانوني خارج القضاء سنوات خبرة أكثر طولاً.

وبعد أن تناولنا بالتحليل شرط التأهيل والخبرة العملية الواجب توافرها في عضو المحكمة الدستورية في بعض دساتير وتشريعات دول العالم، نلقي الضوء على هذا الشرط في القانون القطري.

ثانياً - شرط التأهيل والخبرة العملية في القانون القطري:

في دولة قطر نصت المادة (١٤٠) من الدستور الدائم على أن: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها وكيفية الطعن والإجراءات التي تتبع أمامها، كما يبين القانون آثار الحكم بعدم الدستورية". وتفعيلاً لهذا النص ذهب المشرع القطري أولاً إلى منح اختصاص الرقابة على دستورية القوانين واللوائح لدائرة في محكمة التمييز وفقاً للمادة (١) من القانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٧ بشأن الفصل في المنازعات الدستورية^(٢٧)، وبالتالي قصر عضوية الجهة المختصة بالفصل في المنازعات الدستورية على قضاة محكمة التمييز، وما يشترطه القانون فيهم من شروط تتعلق بالمؤهل أو الخبرة العملية.

هذا التوجه في قصر العضوية على قضاة محكمة التمييز حرم من العضوية

(٢٧) نشر القانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٧ بشأن الفصل في المنازعات الدستورية في العدد الرابع من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٣ مايو ٢٠٠٧.

قضاة المحاكم الأدنى كالاستئناف مثلاً^(٢٨)، وقد يبرر هذا الأمر في أنه جعل الفصل في المنازعات الدستورية لأكثر القضاة خبرة ودراسة في العمل القضائي؛ نظراً لأهمية هذا النوع من المنازعات وخطورتها التي قد تسفر عن إلغاء تشريع قائم، كما أن هذا التوجه حرم أيضاً التوسع في نطاق العضوية إذ قصره على القضاة وحدهم، ففي هذا الجانب نجد الفقه في دولة الكويت، على سبيل المثال، ينتقد تشكيل المحكمة الدستورية، فعلى الرغم من خبرة قضاتها العالية إلا أنه كان يغلب عليهم عنصر عدم التخصص في المسائل الدستورية^(٢٩)؛ لذا طالب بتطعيمه ببعض الأعضاء من غير القضاة، كأساتذة القانون الدستوري.

لم يستمر توجه المشرع القطري في هذا الاتجاه طويلاً، إذ سرعان ما أصدر القانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٨ بشأن إنشاء المحكمة الدستورية^(٣٠)، الذي نصت المادة الأولى منه على أن: "تنشأ هيئة قضائية مستقلة تسمى (المحكمة الدستورية العليا) تكون لها موازنة مستقلة، ويكون مقرها مدينة الدوحة". تغيير توجه المشرع القطري من مجرد دائرة دستورية في محكمة التمييز إلى محكمة دستورية مستقلة انعكس تأثيره على الشروط التي يجب توافرها في القاضي الدستوري، فالمادة (٣) من قانون المحكمة نصت على أنه: "يجب أن تتوفر فيمن يعين عضواً بالمحكمة الشروط المطلوبة لتولي القضاء المنصوص عليها في قانون السلطة القضائية، على ألا يقل عمره عن أربعين عاماً، وأن تكون له خبرة في العمل القانوني لا تقل عن خمس عشرة سنة". فبالتالي نجد أن القانون الجديد بخلاف ما كان يذهب إليه القانون الملغي يجيز، أولاً، أن يكون من أعضاء المحكمة الدستورية القضاة الذين عملوا في الدرجات الأدنى كرئيس ونواب رئيس محكمة الاستئناف أو قضاة هذه المحكمة، فلم يشترط بالضرورة أن يكونوا من قضاة محكمة التمييز كما كان يذهب إليه القانون السابق. ومن جانب آخر لم يشترط القانون الجديد حصر عضوية المحكمة الدستورية

(٢٨) على خلاف ذلك نجد تشريعات دول أخرى كدولة الكويت مثلاً، لم يقصر المشرع فيها اختيار أعضاء المحكمة الدستورية على قضاة محكمة التمييز وحدهم، بل أتاح الأمر كذلك ليكون الاختيار من قضاة محكمة الاستئناف العليا، ويظهر ذلك جلياً من نص المادة (٢) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية في دولة الكويت، التي تذهب إلى أن: (يقوم أعضاء المحكمة (أي الدستورية) الأصليون بعملهم بها إلى جانب عملهم الأصلي بدائرة التمييز ومحكمة الاستئناف العليا).

(٢٩) أستاذنا الدكتور عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٥، ص: ٤٣.

(٣٠) نشر في العدد الثامن من الجريدة الرسمية، بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠٠٨.

على القضاة وحدهم، بل يمكن أن يكونوا من القانونيين ممن مارس المحاماة، على سبيل المثال، أو عمل في قضايا الدولة بوزارة العدل، أو قام بتدريس القانون في الجامعات. فالنص على أن تتوفر في عضو المحكمة الشروط المطلوبة لتولي القضاء لا يعني أن يكون هذا الشخص قاضياً أو مارس القضاء، فهي شروط عامة نصت عليها المادة (٢٧) من قانون السلطة القضائية، وتتمثل في: أن يكون من يتولى القضاء قطرياً، فإن لم يوجد فمن مواطني إحدى الدول العربية، وأن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق، أو الشريعة والقانون، أو الشريعة أو ما يعادلها من إحدى الجامعات المعترف بها، وألا يكون قد أدين بحكم نهائي في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، ولو كان قد رد إليه اعتباره^(٣١).

وبمقارنة هذا التوجه من المشرع القطري بما سبق عرضه من توجهات الدساتير الأخرى في العالم، نجد أن المشرع القطري فضل أولاً أن يكون جميع أعضاء المحكمة الدستورية من القانونيين ولم يذهب إلى أن تطعم العضوية ببعض رجال السياسة كالديبلوماسيين أو الوزراء السابقين أو أعضاء مجلس الشورى السابقين على سبيل المثال، علماً بأن هؤلاء بإمكانهم أن يكونوا أعضاء في المحكمة إن كانوا يجمعون في خبرتهم العملية بين الجانب السياسي والقانوني، فبعض الوزراء أو أعضاء مجلس الشورى يحملون شهادة القانون ومارسوا العمل القانوني في مسيرتهم العملية الطويلة. واشترط أن يكون جميع أعضاء المحكمة الدستورية القطرية من القانونيين أمر تقتضيه طبيعة هذه المحكمة، إذ إن اختصاصاتها قانونية بحتة تتمثل في الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، والفصل في تنازع الاختصاص وتحديد الجهة المختصة في الدعوى والفصل في المنازعات التي تنشأ بشأن تنفيذ الأحكام النهائية المتناقضة، وتفسير نصوص القانون إذا أثارت خلافاً في التطبيق^(٣٢).

ومن جانب آخر، لم ينص المشرع القطري صراحة على وجوب أن يتم اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من فئات محددة تتوافر فيها شروط محددة، فالمادة (٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا القطري سابقة الذكر، نصت على أن تتوفر فيهم الشروط ذاتها المطلوبة في من يتولى القضاء والمنصوص عليها في قانون السلطة القضائية، وأكد على ألا تقل خبرتهم في العمل القانوني عن خمس عشرة سنة، وقد

(٣١) المادة (٢٧) من قانون السلطة القضائية.

(٣٢) انظر: المادة (١٢) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية القطرية.

يبرر عدم تقييد المشرع القطري العضوية ضمن فئات محددة كالقضاة والمحامين وأساتذة القانون، وعدم تغليب أو تحديد عدد الأعضاء من كل فئة إلى واقع الحال في دولة قطر وما قد ينتج عن هذا الشرط من صعوبة في إيجاد المرشحين المناسبين لعضوية المحكمة.

ولكننا نرى بأن عدد أعضاء المحكمة الدستورية القطرية والممثل في ستة أعضاء علاوة على الرئيس لا يعد عدداً كبيراً يصعب معه إيجاد مرشحين أكفاء لعضوية المحكمة. ومن جانب آخر إن كان من غير المناسب تحديد نسبة معينة لكل فئة قانونية يتم الاختيار منها بسبب صغر حجم تشكيل المحكمة الدستورية القطرية، فإن هذا لا يمنع أن ينص على فئات قانونية محددة يتم الاختيار منها كالقضاة وأساتذة القانون الجامعيين والمحامين المستقلين، دون تحديد نسبة كل منها في تشكيل المحكمة، أو أن ينص على أن تكون لفئة معينة الغلبة كفئة القضاة على سبيل المثال، فالنص على فئات محددة يتم الاختيار منها يدعم استقلالية المحكمة لكونها تقتضي لعضويتها مرشحين ينتمون إلى جهات مستقلة، كما أن النص على هذه الفئات قد يحقق بعض الجوانب الإيجابية في الواقع العملي، كأن يتم اختيار المواطنين من هذه الفئات، دون الأجانب. ومن جانب آخر فإن تأكيد المادة (١٤٠) من الدستور الدائم لدولة قطر على أن تكون الجهة المختصة بالفصل في المنازعات الدستورية هي جهة قضائية يقتضي عند بعض الفقهاء أن يكون أغلب أعضاء هذه الجهة من القضاة^(٣٣).

وعلاوة على هذه الشروط ذهب قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا في قطر إلى اشتراط أن تكون للعضو خبرة في العمل القانوني لا تقل عن خمس عشرة سنة، وهو في حقيقة الأمر تخفيف عما كان يذهب إليه القانون الملغي، إذ إن ما كان يشترطه ذلك القانون من قصر العضوية على قضاة محكمة التمييز كان يلزم بالضرورة ألا تقل خبرة العضو عن خمس وعشرين سنة حتى يرقى قاضياً في هذه المحكمة^(٣٤).

(٣٣) انظر: فتحي فكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، الكتاب الأول، ٢٠٠٧، ص: ٢٥٠. وبشأنه أورد ما أعلنته المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ بأنه مراعاة "للصفة القضائية لهذه المحكمة نصت المادة الخامسة على أن يكون ثلثا عدد أعضائها على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية..".

(٣٤) انظر: المادة (٢٨) من قانون السلطة القضائية، إذ يشترط لكي يكون الشخص قاضياً بمحكمة التمييز أن يكون قد قضى في وظيفة رئيس محكمة الاستئناف خمس سنوات على الأقل، ولن يكون الشخص رئيساً بمحكمة الاستئناف ابتداءً إلا إذا أمضى في ممارسة القضاء عشرين سنة.

ونرى بأن شرط الخبرة والتأهيل، على الرغم من أهميته، إلا أنه لا بد أن يقترن بشرط المواطنة وشرط التفرغ الوظيفي وعدم الانتماء السياسي، لضمان فاعلية الشروط في دعم استقلال القضاء الدستوري، وهما ما سوف نتناولهما تباعاً فيما يلي.

المطلب الثاني شرط المواطنة

إن اشتراط المواطنة فيمن يتقلد القضاء عموماً عنصر هام للغاية لتفعيل مبدأ استقلال القضاء وعدم التأثير على القضاة، فغير المواطن في الغالب لم يترك بلده إلا للحاجة ولتحسين وضعه المعيشي، وهو مرتبط بالدولة التي أتى للعمل فيها بعقد مؤقت، وللتأثير عليه قد يُغرى بالتمديد، وعند امتناعه يواجه بالتهديد بإنهاء وظيفته. هذا من جانب، ومن جانب آخر، إن كان القضاء يشكل في العموم مظهراً من مظاهر السيادة للدولة، فإن القضاء الدستوري ذروة سنام النظام القضائي والتصاقه بالسيادة أعمق وإحاطته به أوسع، إذ تعرض عليه تشريعات الدولة فتبطل لعدم دستورتيتها أو تستمر لتوافقها مع دستور الدولة. وقد تكون إحالة التشريع ناجماً عن خلاف بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وقد يكون موضوع النزاع متعلقاً بنظام الحكم، أو بحقوق المواطنين أو حرياتهم أو باختصاصات سلطة من السلطات العامة، وهو أمر في المجمل يجعل التصاق القضاء الدستوري بالسيادة أوثق من ارتباط المحاكم الأخرى بها.

في هذا المطلب ننظر إلى شرط المواطنة في القانون المقارن أولاً، ثم نرى مدى أهميته في القانون القطري.

أولاً - شرط المواطنة في القانون المقارن:

أدركت العديد من الدساتير أهمية شرط المواطنة فيمن يتقلد عضوية المحكمة الدستورية، فنصت بعضها صراحة على هذا الشرط، فالمادة (١٧٤)/١ من دستور جنوب أفريقيا لعام ١٩٩٦ تنص على أنه يجب "أن يكون الشخص المعين في المحكمة الدستورية من مواطني جنوب أفريقيا...". والمادة (١١٩) من دستور الاتحاد الروسي لعام ١٩٩٣ توجب "أن يكون القضاة من مواطني الاتحاد الروسي" وهو يسري على جميع القضاة ومنهم قضاة المحكمة الدستورية.

ولأهمية هذا المنصب لا تكفي بعض الدساتير باشتراط المواطنة فقط بل تؤكد على ألا يحمل قاضي المحكمة الدستورية إضافة إلى جنسيته جنسية دولة أخرى، أي

تحظر ازدواج الجنسية لمن يعمل قاضياً في المحكمة الدستورية^(٣٥). فالمادة (١٥٢) من الدستور السوري لعام ٢٠١٢، على سبيل المثال، تنص على أنه: "لا يجوز لمن يحمل جنسية أخرى، إضافة إلى الجنسية العربية السورية أن يتولى مناصب رئيس الجمهورية أو نائبه أو رئيس مجلس الوزراء أو نوابه أو الوزراء أو عضوية مجلس الشعب أو عضوية المحكمة الدستورية العليا". والمادة (٦١) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ تنص على أن يشترط في عضو المحكمة الدستورية أن يكون أردنياً، ولا يحمل جنسية دولة أخرى.

بل نجد من الدساتير ما لا يكفي باشتراط المواطنة أو عدم ازدواج الجنسية لتولي منصب القضاء في المحكمة الدستورية بل يؤكد أيضاً أن تكون هذه الجنسية التي يحملها المواطن هي بصفة أصلية، أي لا يكون قد نال الجنسية بالتجنس، وفي ذات التوجه تشترط هذه الدساتير أن يكون المواطن قد ولد على أرض الوطن، أو أن يتمتع بالحقوق السياسية كحق الترشح وحق الانتخاب، وهو أمر تقره الدول غالباً للمواطنين بصفة أصلية، فـدستور كولومبيا لعام ١٩٩١ تنص، على سبيل المثال، في المادة (١٤٧) منه على أنه كي يكون الشخص قاضياً في المحكمة الدستورية أو محكمة العدل العليا أو مجلس الدولة ينبغي "أن يكون كولومبياً بالولادة...". وفي الإكوادور تنص المادة (٤٣٣) من دستورها لسنة ٢٠٠٨ بأن يكون من يتم تعيينه عضواً في المحكمة الدستورية مواطناً إكوادورياً متمتعاً بحقوقه السياسية".

وفي مقابل ما ذهبت إليه الدساتير السابقة، نجد دساتير دول أخرى لا تنص صراحة على شرط الجنسية، وهذا المسلك قد يفسر إما لاتجاه المشرع الدستوري إلى أن هذا الشرط من الشروط التقليدية التي لا بد أن يؤكد عليها القانون العادي فيمن يتولى منصب القضاء لكونه من الوظائف السيادية التي لا يتقلدها إلا المواطنون. أو أن يكون هذا المسلك بسبب رغبة المشرع الدستوري في ترك الأمر للمشرع العادي ليحدد ما يراه مناسباً وفقاً لظروف وزمن سن التشريع، فيجيز القانون استثناءً، على سبيل المثال، أن يتقلد هذا المنصب قضاة أو قانونيون مؤهلون من جنسيات أخرى بسبب قلة عدد مواطني الدولة وعدم توافر المؤهلين من أبنائها. ومن أمثلة الدول التي لم تنص دساتيرها صراحة على شرط الجنسية في عضو

(٣٥) يكون الشخص مزدوج الجنسية عندما تثبت له جنسيتان أو أكثر في وقت واحد ثبوتاً قانونياً وفقاً لقانون كل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها. انظر: عكاشة محمد عبدالعال، الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٢، ص: ١٤٨.

المحكمة الدستورية دستور دولة الكويت الذي ترك القواعد الخاصة بالفصل في المنازعات الدستورية للقانون العادي، فلما صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية قصر العضوية فيها على الكويتيين من مستشاري محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف، وقد قيل في تبرير اشتراط المشرع الكويتي للعنصر الوطني في العضوية، بأنه قد روعي في تشكيل المحكمة الدستورية الجانب السياسي في مهمتها، والأصداء السياسية التي قد تترتب على أحكامها^(٣٦).

ثانياً - شرط المواطنة في القانون القطري:

في دولة قطر ترك المشرع شرط الجنسية للقواعد العامة، ووفقاً لها يجوز عند عدم توفر شروط العضوية في المواطن القطري أن يكون من يتولى القضاء من مواطني الدول العربية، وقد يبرر ذلك برغبة المشرع في عدم التضيق من دائرة الاختيار. كما قد يبرر عدم اشتراط الجنسية القطرية في عضو المحكمة الدستورية بأن فيه إفساحاً؛ لأن تضم هذه الأخيرة بعض ذوي الخبرة في المنازعات الدستورية من مواطني الدول العربية التي سبقت دولة قطر في إنشاء القضاء الدستوري، إلا أن تعيين قضاة غير مواطنين لا شك بأنه يؤثر على استقلال القضاء، وقد ورد في تقرير المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كنول، في بعثتها إلى دولة قطر بأنه حسب "المعلومات الواردة يوظف القضاة الأجانب بموجب عقود مؤقتة تجدد سنوياً، غير أن طول مدة العقد يعتمد على القواعد التي تنظم الإعارة في بلدانهم الأصلية"، لذا تعرب المقررة عن "قلقها من إمكانية إقالة القضاة غير القطريين في أي وقت مما يعرضهم للضغوط التي تمارسها أي جهة..."، كما أن "القلق لا يزال يساورها بشأن مدى استقلالهم"^(٣٧).

ونحن نرى أنه لا مبرر لعدم اشتراط الجنسية القطرية فيمن يتولى القضاء في دولة قطر، لا سيما وقد مضى على وجود المحاكم النظامية في الدولة قرابة النصف

(٣٦) يورد الدكتور عثمان عبدالملك الصالح تعليق الدكتور عثمان خليل عثمان على اشتراط المشرع الكويتي للعنصر الوطني في تشكيل المحكمة الدستورية بأنه يبدو أنه كانت في الأذهان تلك الأزمة التي أعقبت في ليبيا حكم المحكمة العليا الاتحادية ببطلان الأمر الملكي الصادر بحل المجلس التشريعي لولاية طرابلس في عام ١٩٥٤، وما صاحب تلك الأزمة من اضطرابات سياسية وجماهيرية وتمهيد للعصف بسلطان المحكمة العليا بل وإلغاء النظام الفدرالي. عثمان عبدالملك الصالح، المرجع السابق، ص: ٦٠.

(٣٧) تقرير المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كول، البعثة إلى قطر، مجلس حقوق الإنسان، الجمعية العامة، الأمم المتحدة، ٣١ مارس ٢٠١٥.

قرن، كما أن عدد القانونيين القطريين في الجهات المستقلة كالقضاء والنيابة العامة وعدد المحامين القطريين وحملة الدكتوراه في القانون عدد كبير جداً ويشكل رافداً ثرياً يمكن أن يستقى منه من ذوي الكفاءة القانونية سبعة أشخاص يشكلون عضوية المحكمة الدستورية القطرية. أما ذوو الخبرة في المنازعات الدستورية من مواطني الدول العربية فيمكن الاستعانة بهم في المرحلة الأولى، ولكن ليس كأعضاء في المحكمة الدستورية بل كخبراء قانونيين بها.

المطلب الثالث

شرط التفرغ الوظيفي وعدم الانتماء السياسي

عدم الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وأية وظيفة أخرى، وعدم الانتماء إلى حزب سياسي أثناء فترة العضوية من الشروط التي تساهم في ضمان استقلال القضاء الدستوري وحياد القاضي وإبعاده عما يؤثر على قراره أو حكمه ويؤثر على استقلاليته المطلوبة لممارسة عمله، كما أنه، من زاوية أخرى، يحقق ثقة المتقاضين والمجتمع في المحكمة ونزاهتها. في هذا المطلب سوف نتناول هذا الشرط في القانون المقارن ثم في القانون القطري.

أولاً - شرط التفرغ الوظيفي وعدم الانتماء السياسي في القانون المقارن:

ذهبت العديد من الدساتير إلى التأكيد على شرط التفرغ الوظيفي وعدم الانتماء السياسي، وسوف نلقي الضوء عليهما تباعاً. ففي منع الجمع بين عضوية المحكمة والوظائف الأخرى تذهب بعض الدساتير إلى أن يكون هذا الحظر لجميع الوظائف سواء أكانت عامة أم خاصة، فالمادة (١٤٦) من الدستور التركي تنص، على سبيل المثال، على أنه: "لا يتولى أعضاء المحكمة الدستورية أي واجبات رسمية أو خاصة عدا واجباتهم الأساسية". وفي نص مشابه أكد قانون المحكمة الدستورية البحريني على أنه: "لا يجوز لعضو المحكمة الجمع بين عضويتها وعضوية مجلس الشورى أو مجلس النواب أو المجلس البلدي أو الوظائف العامة أو أية مهنة أخرى"^(٣٨).

بينما تحظر دساتير أخرى وظائف بعينها فقط، فالمادة (٩٤)/١ من دستور ألمانيا لعام ١٩٤٩ المعدل في عام ٢٠١٢ تنص على عدم جواز أن يكون أعضاء المحكمة الدستورية أعضاءً في البوندستاغ (مجلس النواب الاتحادي)، أو في

(٣٨) المادة (١١) من مرسوم بقانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٢ بإنشاء المحكمة الدستورية.

البوندسرات (مجلس المقاطعات الاتحادي)، أو في الحكومة الاتحادية، أو فيما يقابلها من هيئات في الولايات".

فيما نجد دساتير أخرى لا تكتفي بشرط عدم الجمع في وقت وزمن العضوية فقط بل ترجعه إلى الماضي أيضاً، فلا تجعل من تولى بعض الوظائف في السابق مؤهلاً لعضوية المحكمة إلا إذا انقضى زمن على انتهاء ارتباطهم بها، فالمادة (٢٤٠) من دستور كولومبيا لعام ١٩٩١ تنص على أنه: "يكون الأشخاص الذين مارسوا وظائف كوزراء في الحكومة أو قضاة في محكمة العدل العليا أو في مجلس الدولة خلال السنة السابقة للانتخاب غير مؤهلين للانتخاب هنا الآلية التي يتم من خلالها اختيار قضاة المحكمة الدستورية. وقد تعود الحكمة من اشتراط فاصل زمني بين ترك هؤلاء لمناصبهم وبين إمكانية ترشحهم لعضوية المحكمة، إلى التخفيف من تأثيرهم على قرارات الجهة المخولة بإعداد قوائم المرشحين للعضوية، ففي المثال السابق المتعلق بكولومبيا مثلاً، يعد كل من رئيس الجمهورية ومحكمة العدل العليا ومجلس الدولة قوائم المرشحين. وبعيداً عن المثال المتعلق بكولومبيا نجد دساتير أخرى تقصر شرط الفاصل الزمني فقط في حق رئيس ونائب رئيس المحكمة الدستورية، ولا يسري على باقي أعضاء المحكمة، فالمادة (١٤٧)/٥ من دستور النمسا لعام ١٩٢٠ المعد تفعيله في عام ١٩٤٥ تنص على أنه: "لا يمكن تعيين أي شخص تقلد خلال الخمس سنوات السابقة أي منصب من المناصب المحددة في الفقرة (٤) أعلاه كرئيس أو كنائب لرئيس المحكمة الدستورية". والوظائف المشار إليها في الفقرة (٤) أعلاه، هي: أعضاء المحكمة الاتحادية، وأعضاء حكومة ولاية، وأعضاء أي هيئة تمثيلية عامة، أو في البرلمان الأوروبي.

ومن جانب آخر لا تكتفي بعض الدساتير باشتراط التفرغ الوظيفي، بل تشترط أيضاً عدم الانتماء السياسي إلى حزب ما، فالمادة (١٩٥)/٣ من دستور بولندا لعام ١٩٩٧ تنص على أنه: "لا يجوز لقضاة المحكمة الدستورية خلال مدة عضويتهم الانتماء إلى حزب سياسي أو نقابة عمالية أو تنفيذ أنشطة عامة تتناقض مع مبادئ استقلالية المحاكم والقضاة". فالمادة المذكورة من الدستور البولندي كشفت عن الحكمة من حظر الانتماء الحزبي، إذ يتعارض مع مبادئ استقلال القضاء والقضاة، إلا أن بعض الدساتير تميز بين العمل في الحزب كتقلد منصب فيه أو إدارة شأن من شؤونه، وبين الانتماء له كالاشتراك في عضويته، فلا ترى ضرراً في الانتماء الحزبي لكنها تحظر من عضوية المحكمة الدستورية من يتولى منصباً قيادياً فيه، فالمادة (١٤٧)/٤ من دستور النمسا لعام ١٩٢٠ المعد تفعيله في عام ١٩٤٥ تنص على

أنه: "... لا يحق للأشخاص الذين يعملون أو يتقلدون مناصب في حزب سياسي الانتماء إلى المحكمة الدستورية".

وإذا كان المثال السابق يحظر تقلد منصب أو عمل في الحزب السياسي كشرط لعضوية المحكمة، مما تجيز له الانسحاب من الحزب إن أراد الترشح لعضوية المحكمة، نجد دساتير أخرى ترجع هذا الشرط على الماضي أيضاً فتمنع من سبق أن تولى منصباً أو عمل في الحزب أن يكون عضواً في المحكمة طالما لم تنقض فترة زمنية على انتهاء ارتباطه بالحزب، فالمادة (٤٣٣)/٥ من دستور الإكوادور لعام ٢٠٠٨ تنص على شروط أعضاء المحكمة الدستورية، ومنها "ألا ينتمي وألا يكون قد انتمى خلال السنوات العشر المنقضية إلى الهيئة التنفيذية لأي حزب أو حركة سياسية". وإن كنا نرى في اشتراط عشر سنوات كفترة زمنية تفصل بين العمل الحزبي وبين عضوية المحكمة شرطاً قاسياً، إلا أن تقرير هذه الفترة الطويلة قد تضمن إضعاف أي ميل لدى القاضي تجاه الحزب السياسي الذي كان ينتمي له أو عدم حياده إن كان هذا الحزب يشكل الأغلبية في البرلمان أو الحكومة وكان طرفاً في منازعة دستورية تعرض على المحكمة.

ثانياً - شرط التفرغ الوظيفي وعدم الانتماء السياسي في القانون القطري:

في دولة قطر لم يرد في قانون المحكمة الدستورية أي شرط يتعلق بالتفرغ الوظيفي أو حظر الانتماء الحزبي، ولكن هذا القانون أكد في المادة (٣٠) منه على أنه: "فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، تسري أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون السلطة القضائية، المشار إليهما، والقانون المنظم للخدمة المدنية في الدولة".

ففي شأن التفرغ الوظيفي، يلاحظ أن قانون السلطة القضائية وقانون المرافعات لم ينصا صراحة عليه، أما القانون المنظم للخدمة المدنية، وهو القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الموارد البشرية^(٣٩)، وعلى الرغم من أنه قد استثنى من نطاق تطبيقه وفقاً للمادة (٢) منه القضاة ومساعدى القضاة وأعضاء النيابة العامة ومساعدى النيابة العامة، إلا أن ما أكدت عليه صراحة المادة (١٢٣) منه من

(٣٩) نشر في العدد ١٣ من الجريدة الرسمية، في تاريخ ٢٣ نوفمبر ٢٠١٦. والقانون المنظم للخدمة المدنية في دولة قطر قبل هذا القانون هو القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٩، قد سبقه القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠١ بإصدار قانون الخدمة المدنية، وقد سبق هذا الأخير المرسوم بقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠١ بإصدار قانون الوظائف العامة.

حظر "الجمع بين أكثر من وظيفة بالجهات الحكومية بالدولة..". يعد أصلاً عاماً تفترضه الوظيفة العامة بدهاءة، وإن لم ينص عليه صراحة في قانون السلطة القضائية وقانون المرافعات، ويدعم ذلك تماثل الهدف الذي قرره المادة (٤١) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون السلطة القضائية^(٤٠)، من حظر مزاوله التجارة أو أي عمل لا يتفق مع استقلال القضاء، إذ تنص على أنه: "لا يجوز للقضاة مزاوله الأعمال التجارية أو أي عمل لا يتفق مع استقلال القضاء وكرامته سواء أكان بأجر أم بغير أجر، ويجوز للمجلس (الأعلى للقضاء) أن يقرر منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع طبيعة وواجبات الوظيفة وحسن أدائها".

أما بشأن عدم الانتماء الحزبي، فيجدر التأكيد ابتداءً بأن إنشاء الأحزاب السياسية محظور في دولة قطر، فالمذكرة التفسيرية للدستور الدائم لدولة قطر بينت صراحة في تفسيرها للمادة (٤٥) من الدستور التي كفلت حرية تكوين الجمعيات بأن: "المادة لم تنص على حرية تكوين الهيئات التي تعني في مدلولها العام الأحزاب السياسية"^(٤١). وتفعيلاً لذلك أكد قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة في المادة الأولى منه في معرض تعريفه لمفردة "جمعية" و"المؤسسة الخاصة" بأن "لا يكون من أغراضها تحقيق ربح مادي أو الاشتغال بالسياسية"^(٤٢). أما قانون السلطة القضائية والذي أحال له المشرع القطري فيما لم يرد بشأنه نص في قانون المحكمة الدستورية^(٤٣)، فقد نص في المادة (٤٢) منه على أنه: "يحظر على القضاة إبداء الآراء السياسية أو الاشتغال بالعمل السياسي..".

وفيما سبق نرى بأن شرط التفرغ الوظيفي وعدم الانتماء الحزبي مقرر في حق قضاة المحكمة الدستورية في دولة قطر.

(٤٠) نشر في العدد التاسع من الجريدة الرسمية، في تاريخ ١ أكتوبر ٢٠٠٣.

(٤١) المذكرة التفسيرية للدستور الدائم لدولة قطر، نشرت في العدد السابع من الجريدة الرسمية، في تاريخ ٧ يوليو ٢٠٠٥.

(٤٢) قانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة، نشر في الجريدة الرسمية في العدد الثامن منها، في تاريخ ٩ يونيو ٢٠٠٤.

(٤٣) وذلك وفقاً للمادة (٣٠) منه.

المبحث الثاني

آلية اختيار أعضاء ورئيس المحكمة الدستورية

بعد أن تناولنا في المبحث السابق الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية وكيفية إسهامها في دعم استقلال القضاء الدستوري، نرى بأن هذه الشروط ستكون عديمة الأهمية إن لم تقترن بآلية تضمن الموضوعية في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، ومن يتولى رئاستها، وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث.

المطلب الأول

آلية اختيار أعضاء المحكمة الدستورية

تعد آلية اختيار أعضاء المحكمة الدستورية عنصراً هاماً لتعزيز استقلال القضاء، إذ قد تكون مجالاً للتأثير سلباً عليه إن ابتعدت عن الموضوعية أو انفردت سلطة معينة في عملية الاختيار. في هذا المطلب سوف نبحث تباعاً عن كيفية معالجة القانون المقارن والقانون القطري لآلية اختيار أعضاء المحكمة الدستورية.

أولاً - آلية اختيار أعضاء المحكمة الدستورية في القانون المقارن:

تتعدد تشريعات الدول في تحديد صاحب الاختصاص في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، وذلك وفقاً للنظام السياسي فيها ومدى عمق الديمقراطية بها^(٤٤). فمنها ما تجعله للحاكم، ومنها ما تقرره للبرلمان أو للقضاء، ومنها ما تجعله من اختصاص جهات متعددة. وهنا تجدر الملاحظة بأن آلية اختيار قضاة المحاكم الدستورية والعليا تختلف عن آلية اختيار قضاة المحاكم العادية والإدارية^(٤٥)، والتي

(٤٤) محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، القاهرة، ١٩٩١، ص: ١٠٥، وفي المجال ذاته يقول المستشار الدكتور عوض المر: "لا ضمان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في مباشرتها لوظائفها إلا في النظم الديمقراطية التي تمتاز حكومتها بدعم الجماهير لها؛ وبالتنافس بين أحزابها السياسية؛ ويتداول السلطة" فيها، فلا مكان "للرقابة القضائية على الدستورية في الدول السلطوية التي تنعقد ناصية الأمر فيها لفرد أو لجماعة صغيرة تتخذ شكل أسرة أو طبقة اجتماعية، أو حزب سياسي واحد"، وكذلك لا يكون لهذه الرقابة موطئ قدم في الدولة الشمولية التي تفرض نزعتها الأيدولوجية على مواطنيها وتدعوهم إلى الدفاع عنها، والقتال من أجلها. انظر: عوض المر (المستشار الأسبق للمحكمة الدستورية العليا بمصر)، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان ديوي للقانون والتنمية، ص: ١١١ - ١١٥.

(٤٥) Sanford Levinson, the Role of the Judge in the Twenty - First Century: Identifying "independence", 2006, 86 Boston University Law Review 1297.

قد تأخذ أسلوب التعيين التنفيذي، وفيها تقوم السلطة التنفيذية باختيار القضاة مع ضمان بقائهم في عملهم مدى الحياة، أو أسلوب التأهيل المهني وفيه يتم اختيار القضاة بعد اختبارات تنافسية موضوعية^(٤٦). بينما يركز الكثير من التشريعات عند اختيارها لأعضاء المحكمة الدستورية على أسلوب الاختيار المشترك بين جهات أو أحزاب سياسية مختلفة، لكن هذا لا يعني عدم تبني بعض الدول لأسلوب الاختيار المنفرد، وفيه ينفرد الحاكم، أو البرلمان أو القضاء باختيار أعضاء هذه المحكمة. وعليه ندرج آليات اختيار أعضاء المحكمة الدستورية في أربعة أساليب كما يأتي:

الأسلوب الأول: تعيين أعضاء المحكمة الدستورية من قبل الحاكم:

وتختلف الدساتير في الدور الذي تقرره للحاكم بشأن اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، فمنها ما تفرده بالاختصاص، ومنها ما تقرن اختياره بموافقة جهة أخرى كالبرلمان، ومنها ما تقيد اختياره بأن يكون من قائمة ترفع إليه من جهات أخرى، وفيما يلي تفصيل ذلك:

١ - انفراد الحاكم أو الرئيس باختيار وتعيين أعضاء المحكمة الدستورية، دون ترشيح أو اقتراح من أية جهة أو سلطة من السلطات، ودون اشتراط موافقتها على الاختيار. ونجد مثلاً لهذه الطريقة فيما قرره المادة (١٠٦) من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢، إذ تنص على أن: "تنشأ محكمة دستورية من رئيس وستة أعضاء يعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون، وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح". في هذه الطريقة ينفرد شخص واحد هو رأس السلطة التنفيذية بعملية اختيار أعضاء المحكمة الدستورية دون مشاركة من سلطات أخرى، ودون تقييد لسلطته في الاختيار، مما قد يكون مدخلاً للتأثير على استقلال القضاء، لا سيما إذا كان الحاكم يتمتع بسلطات مطلقة.

٢ - تعيين أعضاء المحكمة من قبل الحاكم، بموافقة البرلمان أو أحد مجلسيه، ونجد مثاله فيما نصت عليه المادة (٨٤) / ٢ الدستور التشيكي لعام ١٩٩٢، إذ تذهب إلى أن: "يعين رئيس الجمهورية قضاة المحكمة الدستورية بموافقة مجلس الشيوخ". في هذه الطريقة تكون المبادرة في الاختيار للحاكم، إلا أنها تشترط لاعتماد التعيين موافقة مجلس الشيوخ، وبذلك تبتعد هذه الطريقة عن الانفرادية في الاختيار، وتكمن فاعليتها في استبعاد من يرى مجلس الشيوخ عدم صلاحيته

(٤٦) Mary L. Volcansek, Judicial Elections and American Exceptionalism: A comparative Perspective, 2011, 60 DePaul Law Review 805.

لعضوية المحكمة، لكن هذه الفاعلية قد تضعف إما بسبب التوافقات السياسية بين الأحزاب، أو إن كانت الأغلبية في مجلس الشيوخ من الحزب الذي ينتمي له الرئيس. ومن جانب آخر، فإن اختيار رئيس الدولة لأعضاء المحكمة قد يتأثر بسبب تدخل بعض الجهات بصفة رسمية أو غير رسمية في عملية الاختيار^(٤٧).

٣ - اختيار الحاكم أعضاء المحكمة الدستورية من قائمة مرفوعة إليه من جهة ما كمجلس القضاء وبعد التشاور مع جهات محددة، ونجد مثلاً على هذه الطريقة فيما ذهبت إليه المادة (١٧٤) / ٤ من دستور جنوب أفريقيا لسنة ١٩٩٦، إذ تنص على أن: "يعين رئيس الجمهورية، بصفته رئيس السلطة التنفيذية الوطنية، القضاة الآخرين في المحكمة الدستورية بعد التشاور مع رئيس القضاة وزعماء الأحزاب الممثلة في الجمعية الوطنية وفقاً للإجراءات التالية:

أ - تعد مفوضية الخدمات القضائية قائمة بأسماء المرشحين تتضمن ثلاثة أسماء زيادة على العدد المطلوب، وتقدم تلك القائمة للرئيس.

ب - يجوز للرئيس اختيار المعينين من القائمة، ويبلغ مفوضية الخدمات القضائية، مع إبداء الأسباب، إذا كان أي من المرشحين غير مقبول وبأي تعيينات لم تستكمل بعد.

ج - تستكمل مفوضية الخدمات القضائية القائمة بالمزيد من المرشحين ويستكمل رئيس الجمهورية التعيينات المتبقية من القائمة التكميلية....".

(٤٧) فعلى سبيل المثال، يتم اختيار أعضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة من قبل رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بموافقة مجلس الشيوخ، غير أن بعض الجهات كجمعية المحامين الأمريكية قد تؤثر على عملية الاختيار من خلال التقرير الذي تصدره بشأن المرشح لعضوية المحكمة وفيما إذا كان مؤهلاً أو غير مؤهلاً لهذا المنصب، وهو تقرير يصدر قبل أن يصبح الترشيح معروفاً وقبل إتمام الترشيح، كما أن لبعض جماعات المصالح تأثيراً محدوداً على الاختيار، فعلى سبيل المثال عارضت الجمعية الوطنية للمرأة ترشيح الرئيس فورد لجون بول ستيفنز John Paul Stevens بسبب قراراته السابقة المناهضة لحقوق المرأة عندما كان قاضياً في محكمة دنيا، وكذلك يلعب رئيس وقضاة المحكمة العليا دوراً في عملية اختيار أحد الأعضاء وذلك بإرسال خطاب توجيه للرئيس بشأن المرشح. انظر: هشام فوزي، المرجع السابق، ص: ١١٧. ومن جانب آخر يراعي رئيس الولايات المتحدة الأمريكية أن تكون المحكمة العليا متوازنة سياسياً من حيث الانتماءات الحزبية أو الأقليات الأثنية أو الدينية. انظر: علي الباز، المرجع السابق، ص: ١٤٥.

وهذه الطريقة تختلف عن سابقتها في أن الحاكم مقيد من حيث الأصل بالقائمة المرفوعة إليه، فصاحب المبادرة في الاختيار ليس الحاكم، ودور الجهة الأخرى لا يقتصر فقط في الوقاية من الانحراف، وعلى الرغم من ذلك يستطيع الحاكم في هذه الطريقة رفض بعض المرشحين، وهنا أيضاً لا يستطيع الحاكم استكمال التعيينات دون الرجوع إلى الجهة صاحبة الاختصاص في الاختيار، مبدئياً أسباب الرفض، وهذه الأخيرة هي من تستكمل القائمة بالمزيد من المرشحين ليقوم الرئيس باستكمال التعيينات.

ومن جانب آخر، نجد أن اشتراط دستور جنوب أفريقيا في المثال السابق الاستشارة المسبقة مع رئيس القضاة وزعماء الأحزاب السياسية الممثلة في البرلمان يحقق بعض التوازن في عملية الاختيار، إذ تشترك السلطات الثلاث فيها، السلطة التنفيذية من خلال رئيس الجمهورية، والسلطة التشريعية من خلال زعماء الأحزاب الممثلة في البرلمان، والسلطة القضائية من خلال رئيس القضاة، هذا التوازن تقتضيه طبيعة اختصاصات المحكمة الدستورية التي تنعكس نتيجة قراراتها على جميع السلطات.

الأسلوب الثاني: انتخاب أعضاء المحكمة الدستورية عن طريق البرلمان:

ونجد مثلاً على هذا الأسلوب فيما قرره المادة (٩٤)/١ من دستور ألمانيا لعام ١٩٤٩^(٤٨)، إذ تنص على أن: "تتألف المحكمة الدستورية الاتحادية من قضاة اتحاديين وأعضاء آخرين، يُنتخب نصف أعضاء المحكمة الدستورية الاتحادية من قبل البوندستاغ (مجلس النواب الاتحادي) بينما ينتخب النصف الآخر من قبل البوندسترات (مجلس المقاطعات الاتحادي)"^(٤٩). وفي هذه الطريقة ينفرد البرلمان بغرفتيه في اختيار جميع أعضاء المحكمة الدستورية، وتشكيل المحكمة يعكس بشكل واضح تشكيل البرلمان، إذ لا يمكن للمرشحين الوصول إلى عضوية المحكمة إلا بموافقة ثلثي الأعضاء في كل مجلس، وهو أمر يصعب تحقيقه في الواقع العملي إلا من خلال التوافق الحزبي في البرلمان، لذا نجد الحزبين اللذين يمتلكان أغلب المقاعد

(٤٨) أنشئت المحكمة الاتحادية الدستورية في ألمانيا في عام ١٩٥١.

(٤٩) انظر أيضاً: المادة (١٩٤) من دستور بولندا لسنة ١٩٩٧ المعدل في ٢٠٠٩ إذ تنص على أن: "تتألف المحكمة الدستورية من ١٥ قاضياً يتم اختيارهم بصورة فردية من قبل مجلس النواب لمدة عضوية فترتها ٩ سنوات من بين الأشخاص المتميزين بمستوى عالٍ من الإلمام والمعرفة بالقانون، ولا يجوز اختيار أي قاضٍ لأكثر من مدة عضوية واحدة".

البرلمانية هما من يتقاسمان اختيار أعضاء المحكمة الدستورية في ألمانيا مع اشراك أحد الأحزاب الصغيرة في اختيار أحد أعضاء المحكمة^(٥٠). ويرى البعض أن الأغلبية الكبيرة التي اشترطها المشرع لاختيار أعضاء المحكمة تعد في حد ذاتها ضماناً لاستقلال القضاة وعدم التأثير عليهم من قبل الجهة التي عينتهم، إذ إن الحصول على هذه الأغلبية الكبيرة يقتضي لا محالة توافق عدة أحزاب في البرلمان على المرشح للعضوية، كما سبق القول، مما يضاعف تأثيرهم بخلاف لو انفرد أحد الأحزاب بالاختيار^(٥١).

وفي التجربة البرتغالية، نجد المحكمة الدستورية مشكلة من ثلاثة عشر عضواً^(٥٢)، يقوم البرلمان بانتخاب عشرة أعضاء منهم بأغلبية خاصة تتمثل في موافقة ثلثي أعضاء البرلمان عليهم. وفي الواقع العملي يتم انتخاب أعضاء المحكمة من قائمة يتم إعدادها بعد المناقشة والتفاوض بين زعماء الأحزاب البرلمانية الأساسية، وعليه لا بد أن يكون لحزب الأغلبية النصيب الأوفى في اختيار أسماء المرشحين^(٥٣).

وفي ترك اختيار أعضاء المحكمة الدستورية للبرلمان قيل أنه يمكن التنبؤ بمن يصل إلى عضوية المحكمة من المرشحين قبل البدء بعملية التصويت، واشترطت أغلبية خاصة كموافقة ثلثي أعضاء البرلمان على المرشحين وإن كانت تعد ضماناً لعدم انفرد حزب الأغلبية باختيار القضاة^(٥٤)، إلا أن انفرد البرلمان باختيار أعضاء المحكمة الدستورية قد يؤدي إلى سيطرته على المحكمة، والتأثير على استقلال القضاء الدستوري^(٥٥). حيث تسود الاعتبارات السياسية والمؤثرات الحزبية، ولا يكون

(٥٠) انظر: Nuno Garoupa & Tom Ginsburg، المرجع السابق. انظر أيضاً:

Mary L. Volcansek, Judicial Selection: Part III. Additional Perspectives: Looking at How Other Nations Name Their Judges, 2010, 53 The Advocate 95.

(٥١) علي الباز، المرجع السابق، ص: ٣٨٦.

(٥٢) أما الثلاثة أعضاء المتبقين فيتم اختيارهم من قبل أعضاء المحكمة الدستورية أنفسهم.

(٥٣) انظر: Nuno Garoupa & Tom Ginsburg، المرجع السابق.

(٥٤) Mary L. Volcansek, Judicial Elections and American Exceptionalism: A comparative Perspective, 2011, 60 DePaul Law Review 805. And Tom Ginsburg, Economic Analysis of Constitutional Law: Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts, 2002, 3 Theoretical Inquiries in Law 49.

(٥٥) Enrique Lopez, Judicial Review In Spain: The Constitutional Court, Loyol of Los Angeles Law Review, Vol. 41, p: 535.

لعناصر العلم والكفاءة والخبرة ومتانة الخلق وغيرها من مؤهلات الوزن الأكبر في الاختيار^(٥٦).

وللتخفيف من وطأة سيطرة البرلمان في هذه الطريقة نرى أن يقتصر دوره في التصويت على مرشحين يتم اقتراحهم من جهات أو سلطات أخرى، وهذا ما تبناه دستور كولومبيا لعام ١٩٩١، إذ نص على أن: "يُنتخب قضاة المحكمة الدستورية من قبل مجلس الشيوخ لفترة واحدة قوامها ثماني سنوات، ومن قوائم تقدّم إليه من رئيس الجمهورية ومحكمة العدل العليا ومجلس الدولة"^(٥٧). وفي تركيا وعلى الرغم من أن الجمعية الوطنية الكبرى (البرلمان التركي) لا تنفرد وحدها باختيار أعضاء المحكمة الدستورية، إلا أن الأعضاء الذين تقوم بانتخابهم يتم ترشيحهم من قبل ديوان المحاسبات وممن يرشحهم رؤساء نقابات المحامين، فديوان المحاسبات في تركيا يرشح ثلاثة أشخاص لكل مقعد شاغر بمجموع تسعة مرشحين، يقوم البرلمان باختيار ثلاثة منهم، ورؤساء نقابات المحامين يقومون بترشيح ثلاثة أشخاص من المحامين المستقلين، يقوم البرلمان بانتخاب واحد منهم^(٥٨).

الأسلوب الثالث: اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من قبل مجلس القضاء:

ومثال هذا الأسلوب ما ذهبت إليه المادة (٢) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتي، إذ تنص على أن تشكل المحكمة الدستورية من "خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالاقتراع السري، كما يختار عضوين احتياطيين، ويشترط أن يكونوا من الكويتيين، ويصدر بتعيينهم مرسوم، وإذا خلا محل أي عضو من الأعضاء الأصليين أو الاحتياطيين اختار مجلس القضاء بالاقتراع السري من يحل محله ويكون تعيينه بمرسوم..."^(٥٩). في هذه الطريقة يكون اختيار قضاة المحكمة الدستورية من اختصاص مجلس القضاء، ويعد المرسوم الصادر بالتعيين مجرد إجراء شكلي، إذ يتم التقييد بالأسماء التي حصلت على أعلى الأصوات من المرشحين من قضاة محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف، نتيجة للاقتراع السري الذي قام به المجلس الأعلى للقضاء^(٦٠). ولا شك بأن انفراد المحاكم أو المجلس الأعلى للقضاء

(٥٦) محمد كامل عبيد، استقلال القضاء (دراسة مقارنة)، القاهرة، ١٩٩١، ص: ٨٦.

(٥٧) انظر: المادة (٢٣٩)/٢ من دستور كولومبيا لعام ١٩٩١.

(٥٨) انظر: الفقرة الأولى من المادة (١٤٦) من دستور تركيا لعام ١٩٨٢ المعدل في ٢٠١١.

(٥٩) المادة (٢) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية في دولة الكويت.

(٦٠) انظر: تركي المطيري، المرجع السابق، ص: ٤٧.

باختيار أعضاء المحكمة الدستورية العليا يؤدي إلى قصر العضوية على القضاة دون غيرهم من أصحاب الخبرة في المجالات القانونية الأخرى، حتى لو لم ينص المشرع على ذلك.

الأسلوب الرابع: اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من قبل جهات متعددة:

في هذا الأسلوب إما أن يكون الاختيار من قبل جهات متعددة تقدم مرشحينها على انفراد، أو أن يتم تشكيل لجنة مشتركة تضم أعضاء من جهات متعددة تكلف باختيار أعضاء المحكمة الدستورية، وإشراك جهات متعددة في ترشيح أو اختيار أعضاء المحكمة الدستورية له أهميته في عدم سيطرة سلطة معينة أو حزب سياسي في هذا الشأن مما قد يؤثر سلباً على استقلال القضاء، فانفراد جهة معينة بالتعيين أمر يرى أساتذة القانون بأنه لا يخلو من مخاطر^(٦١). وفي المقابل، فإن مشاركة سلطات متعددة في اختيار أعضاء المحكمة يجعل هذه السلطات أكثر ثقة في أعمال المحكمة وأكثر تقبلاً وانصياعاً لأحكامها وقراراتها. وفيما يلي نعرض هاتين الطريقتين:

١ - اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من قبل جهات متعددة تقدم مرشحينها على انفراد، فالمحكمة الدستورية في إيطاليا، على سبيل المثال، تتألف من خمسة عشر قاضياً، يقوم رئيس الجمهورية بتعيين ثلث هذا العدد، ويقوم البرلمان في جلسة مشتركة بتعيين الثلث الآخر، وتقوم المحاكم العليا العادية والإدارية بتعيين الثلث المتبقي^(٦٢). ولقد أوضحت الأعمال التحضيرية للجنة التأسيسية التي قامت بإعداد الدستور الإيطالي أن الحكمة من إشراك هذه الجهات في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية يرجع إلى أن الحكم الصادر بعدم دستورية القانون يكون حجة للسلطات العامة وقبل الكافة^(٦٣).

كما نجد مثلاً على هذه الآلية في الاختيار فيما قرره المادة (١٥٩)/١ من

(٦١) ذهب مؤتمر رجال القانون الذي عقد في مدينة نيو دلهي بالهند في عام ١٩٥٩ إلى أن انفراد إحدى السلطات العامة بتعيين القضاة أمر لا يخلو من المخاطر، انظر في ذلك: أشرف المساوي، الشريعة الدستورية ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص: ١٧٦.

(٦٢) انظر: المادة (١٣٥) من دستور إيطاليا لعام ١٩٤٧ المعدل في عام ٢٠١٢. وللحصول على أمثلة أخرى لهذه الطريقة في التعيين انظر أيضاً: المادة (٨٥)/٢٦، والمادة (١٠٦)/٢٢ من دستور أوكرانيا لعام ١٩٩٦ المعدل في ٢٠١١، والمادة (١١٨) من دستور تونس الجديد لعام ٢٠١٤. وانظر أيضاً: Nuno Garoupa & Tom Ginsburg، المرجع السابق، ص: ٧٧٩.

(٦٣) رمزي الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص: ٧٧٩.

دستور إسبانيا لعام ١٩٧٨ والتي تنص على أن: "تتألف المحكمة الدستورية من اثني عشر عضواً يعينهم الملك، ويقترح مجلس النواب أربعة منهم بموافقة ثلاثة أخصاص أعضائه، وبنفس الأغلبية يقترح مجلس الشيوخ أربعة أعضاء آخرين، كما تقترح الحكومة عضوين، ويقترح المجلس العام للسلطة القضائية عضوين" (٦٤).

ويجدر التأكيد هنا بأن تعيين الملك مجرد إجراء شكلي، إذ ليس له حق الاعتراض على أيٍّ من المرشحين.

ويلاحظ من المثالين أعلاه أن النموذج الإسباني وعلى الرغم من نصه على تعدد الجهات التي تقوم باختيار أعضاء المحكمة الدستورية، إلا أنه جعل اختيار العدد الأكبر من الأعضاء يكون من قبل البرلمان بمجلسيه، إذ يختاران ثمانية أعضاء، في حين تختار الحكومة عضوين، ويختار المجلس العام للقضاء عضوين. أما النموذج الإيطالي فإنه يساوي بين الجهات في عدد الأعضاء التي تقوم كل منها باختيارهم.

وفي تبرير جعل اختيار العدد الأكبر من الأعضاء في إسبانيا للبرلمان يقول لوبز: "إن الدور الأساسي للمحكمة الدستورية هو مراقبة دستورية القوانين لذا من المنطق أن يكون للجهة التي تضع القوانين دور في اختيار القضاة الذين يراقبون دستورية هذه القوانين" (٦٥). وعلى الرغم من أننا نرى بأن النموذج الإسباني يحقق الثقة لدى البرلمان في عمل المحكمة الدستورية عندما تقوم بإبطال قانون قام بإصداره؛ لكون أغلب القضاة تم اختيارهم من قبله، إلا أننا لا نذهب مع هذا التبرير، فالمحكمة الدستورية لا يقتصر دورها على مراقبة دستورية القوانين فقط بل اللوائح أيضاً والتي تصدرها الحكومة، كما أن اختصاصها يمتد للنظر في استثناءات حماية الحقوق والحريات من أي اعتداء، وغيرها من المنازعات التي نصت عليها المادة (٢) من قانون المحكمة الدستورية الإسباني (٦٦).

في أسلوب اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من قبل جهات متعددة، تنص بعض الدساتير صراحة على الأغلبية المطلوبة لفوز أحد المرشحين بعضوية المحكمة

(٦٤) انظر أيضاً: المادة (٢٤) ج/٣ من دستور إندونيسيا لعام ١٩٤٥ المعاد تفعيله في ١٩٥٩ والمعدل في ٢٠٠٢.

(٦٥) Enrique Lopez, Judicial Review In Spain: The Constitutional Court, Loyol of Los Angeles Law Review, Vol. 41, p: 535.

(٦٦) انظر: قانون المحكمة الدستورية الإسباني، الترجمة الإنجليزية Organic Law 2/1979 on Constitutional Court of 3 October 1979، موقع المحكمة الدستورية.

الدستورية. فالدستور الإسباني ينص، على سبيل المثال، على أن يختار مجلس النواب ومجلس الشيوخ أعضاء المحكمة الدستورية بموافقة ثلاثة أخصاس الأعضاء الذين يتألفان منهم، أي ٦٠٪ من الأصوات فأعلى، كما أن قانون المحكمة الدستورية يشترط حضور مرشحي البرلمان جلسة استماع أمام لجنة مختصة كجزء من عملية الترشيح^(٦٧).

٢ - تعيين أعضاء المحكمة الدستورية من قبل هيئة أو لجنة مؤلفة من ممثلين لعدة جهات وتحت رقابة الشعب، ونجد لهذه الطريقة مثلاً فيما قرره المادة (٤٣٤) من دستور الإكوادور لعام ٢٠٠٨، إذ تنص على أن: "يجري اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من قبل هيئة مؤلفة مؤلفة من ممثلين اثنين عن كل فرع من فروع الحكم التالية: السلطة القضائية، والسلطة التنفيذية، وفرع الشفافية والرقابة الاجتماعية. ويجري انتخاب أعضاء المحكمة من بين المرشحين الذين تقدمهم فروع الحكم المذكورة، بعملية فحص عامة، مع متابعة الجمهور الذي يحق له الطعن على العملية..."

وتختلف هذه الطريقة عما سبق في كون الجهات التي تقوم بالاختيار لا تقوم به بشكل منفرد ومستقل، بل تؤدي دورها مجتمعة من خلال عضويتها في هيئة أو لجنة تضمهم جميعاً. كما أن هذه الطريقة، من جانب آخر، تسمح للجمهور بالمراقبة والاعتراض على عملية الاختيار^(٦٨). وإمكانية اعتراض الشعب على اختيار أعضاء المحكمة الدستورية أمر يقرره أيضاً دستور فنزويلا لعام ١٩٩٩، إذ ينص في المادة (٢٦٤) منه على أنه: "يستطيع المواطنون تقديم اعتراضات معللة ضد أي مرشح إلى لجنة الترشيحات القضائية أو المجلس الوطني". ولا شك في أن فاعلية مراقبة الشعب من الناحية العملية تحكمها مدى وعي أفرادها وثقافتهم، كما قد تثيرها الحملات المنظمة التي تقوم بها منظمات المجتمع المدني أو الأحزاب السياسية.

وبعد أن بحثنا في أساليب وآليات اختيار أعضاء المحكمة الدستورية في بعض دول العالم، وظهر لدينا أن تعزيز استقلال القضاء الدستوري يتمثل في الابتعاد عن الطريقة التي ينفرد بها شخص واحد، أو سلطة واحدة في اختيار أعضاء المحكمة

(٦٧) انظر: الفقرة (٢) من المادة (١٦) من قانون المحكمة الدستورية الإسباني.

(٦٨) انظر في ذلك: الورقة المقدمة من المحكمة الدستورية في الإكوادور، في المؤتمر الدولي الثالث للعدالة الدستورية المنعقد في جمهورية كوريا، سيول، ٢٨ سبتمبر - ١ أكتوبر ٢٠١٤، تحت عنوان: العدالة الدستورية والتكامل الاجتماعي. "Constitutional Justice and Social Integration".

الدستورية، وذلك خشية من وقوع القضاة تحت تأثير السلطة التي تولت اختيارهم، لا سيما في البلاد التي لم تتوطد أقدامها بعد على صعيد الحياة الديمقراطية الحقيقية، ولم يبلغ فيها الرأي العام ووعي ونضج المجتمع مرحلة مؤثرة إيجاباً في العمل السياسي^(٦٩). فيما يلي نتناول الأسلوب الذي تبناه المشرع القطري.

ثانياً - آلية اختيار أعضاء المحكمة الدستورية في القانون القطري:

في دولة قطر، كان قانون الفصل في المنازعات الدستورية الملغي يذهب إلى جعل رئيس محكمة التمييز رئيساً للدائرة الدستورية في الوقت ذاته، فهو يتولى رئاسة هذه الدائرة بحكم منصبه، كما أن تعيين بقية أعضاء الدائرة الدستورية الأصليين والاحتياطيين كان بمرسوم بناء على ترشيح المجلس الأعلى للقضاء^(٧٠). ولم يبين هذا القانون الإجراءات التي يتبعها المجلس الأعلى للقضاء لترشيح أعضاء المحكمة الدستورية، مما يجعل الأمر يخضع للقواعد العامة التي ينص عليها قانون السلطة القضائية، وبالتالي يتم اختيار أعضاء الدائرة الدستورية في أحد اجتماعات المجلس الأعلى للقضاء والذي لا يعقد صحيحاً إلا بحضور أغلبية الأعضاء بمن فيهم الرئيس، وقرارات هذا المجلس تصدر بأغلبية أصوات الحاضرين وعند التساوي يرجح الجانب الذي فيه الرئيس، ويلاحظ أن المشرع في هذا الأسلوب الذي تبناه القانون الملغي لم يذهب إلى ما ذهب إليه المشرع الكويتي والذي سبق عرضه عند الحديث عن الأسلوب الثالث أعلاه، من أن يكون اختيار مجلس القضاء لأعضاء المحكمة الدستورية بالاقتراع السري، فسرية الاقتراع لها أهميتها إذ تضمن قيام كل عضو من أعضاء مجلس القضاء باختيار من يراه الأنسب لعضوية المحكمة الدستورية من المرشحين لها دون أن يكشف عن إرادته للغير، فيتجنب بذلك أي تأثير مباشر أو غير مباشر على اختياره من قبل رئيس المجلس الأعلى للقضاء أو الأعضاء الآخرين بها.

(٦٩) عثمان عبدالملك الصالح، المرجع السابق، ص: ١٨.

(٧٠) يتألف المجلس الأعلى للقضاء من رئيس محكمة التمييز، رئيساً للمجلس، ومن أقدم نواب الرئيس بمحكمة التمييز نائباً للرئيس، وعضوية كل من أقدم القضاة بمحكمة التمييز، ورئيس محكمة الاستئناف، وأقدم نواب الرئيس بمحكمة الاستئناف، وأقدم القضاة بمحكمة الاستئناف، ورئيس المحكمة الابتدائية. وللمجلس عدة اختصاصات بينها المادة (٢٣) من قانون السلطة القضائية، لعل من أهمها العمل على تحقيق استقلال القضاء، وبإبداء الرأي في المسائل المتعلقة بالقضاء، ودراسة واقتراح التشريعات الخاصة بتطوير النظام القضائي، وإبداء الرأي في تعيين القضاة وترقيتهم ونقلهم وندبهم وإعارتهم وإحالتهم إلى التقاعد وفقاً لأحكام هذا القانون، ويعقد المجلس اجتماعاً عادياً مرة على الأقل كل شهر.

أما القانون الحالي فلم يمنح للمجلس الأعلى للقضاء أي دور في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، إذ نصت المادة (٢) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن يتم تعيين رئيس المحكمة وأعضائها الستة بأمر أميري. والأمر الأميري أداة ينفرد الأمير بإصدارها دون مشاركة أية جهة أخرى، مما يجعل للأمير دوراً جوهرياً في اختيار رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية العليا، وهو أمرٌ يخشى أن يستغل للتأثير على استقلال القضاء الدستوري في قطر، لا سيما إذا ما اقترن بما سبق ذكره من توسيع نطاق الاختيار وعدم قصره على القضاة وحدهم، بل عدم قصره على القطريين وحدهم. وقد جاء في تقرير المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كنول بأن الأمير يعين جميع القضاة في المحاكم، وأنها تعرب عن "قلقها من أن هذه الآلية المستخدمة حالياً لتعيين القضاة قد تعرضهم لضغط سياسي لا موجب له، فمن شأن التعيينات أو التسميات من قبل الأمير أن تؤثر بشدة على مواقف القضاة وسلوكهم، لا سيما فيما يخص ممثلي السلطة التنفيذية" ^(٧١). فإذا كان مخاف المقررة الخاصة متعلقاً بشأن تعيين القضاة في المحاكم العادية وفيها يتم تعيينهم من قبل الأمير بناء على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء، فلا شك بأن قلقها سيكون أكثر جدية بشأن تعيين قضاة المحكمة الدستورية العليا إذ ينفرد الأمير بتعيينهم دون اقتراح المجلس الأعلى للقضاء.

ونرى تعزيزاً لاستقلال القضاء الدستوري في دولة قطر وتفعيلاً للمادة (١٤٠) من الدستور التي تؤكد على أن الجهة المختصة بالفصل في المنازعات الدستورية هي جهة قضائية ^(٧٢)، أن يتم اختيار أغلب أعضاء المحكمة الدستورية من قبل المجلس الأعلى للقضاء بالاقتراع السري، ووفقاً لآلية تجيز لمن يرغب بعضوية المحكمة الدستورية، من قضاة محكمة التمييز وقضاة محكمة الاستئناف، أن يرشح نفسه لها. وأن تُطعم عضوية المحكمة الدستورية بقانونيين آخرين كأحد الأساتذة الأكاديميين في مجال القانون وأحد المحامين أمام درجة التمييز وأحد المستشارين القانونيين في إدارة قضايا الدولة في وزارة العدل، ويصدر بتسميتهم قرار أميري.

(٧١) تقرير المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كنول، البعثة إلى قطر، مجلس حقوق الإنسان، الجمعية العامة، الأمم المتحدة، ٣١ مارس ٢٠١٥.

(٧٢) انظر في كون الصفة القضائية تقتضي أن يكون أغلب أعضاء الجهة من القضاة إلى ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا المصري.

المطلب الثاني آلية اختيار رئيس المحكمة الدستورية

يتمتع رئيس المحكمة الدستورية بدور يفوق ما يتمتع به بقية أعضاء المحكمة الدستورية، وقد يكون ذلك مدخلاً للتأثير على استقلال القضاء؛ لذا تولي بعض الدساتير عنايتها في تقرير كيفية اختيار رئيس المحكمة الدستورية. في هذا المطلب نتناول هذا الجانب في القانون المقارن والقانون القطري.

أولاً - اختيار رئيس المحكمة الدستورية في القانون المقارن:

نظراً لأهمية الدور الذي يقوم به رئيس المحكمة الدستورية^(٧٣)، اختلفت اتجاهات الدساتير في كيفية اختياره إلى عدة اتجاهات، فقد ينفرد الحاكم أو رئيس الدولة بتعيين رئيس المحكمة الدستورية، فالمادة (١٠٦) من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢ تنص، على سبيل المثال، على أن: "تنشأ محكمة دستورية من رئيس وستة أعضاء، يعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح".

وقد يتم اختيار رئيس المحكمة الدستورية تلقائياً بحكم منصبه، وذلك بأن ينص المشرع على أن يتولى رئيس المحكمة العليا، على سبيل المثال، رئاسة المحكمة الدستورية في الوقت ذاته، فالمادة (١٦٧)/١ من دستور جنوب أفريقيا تنص على أن: "تتكون المحكمة الدستورية من رئيس قضاة جنوب أفريقيا ونائب رئيس القضاة وتسعة قضاة آخرين".

كما قد يتم انتخاب رئيس المحكمة الدستورية من بين أعضاء المحكمة ذاتها،

(٧٣) يقوم رئيس المحكمة الدستورية بدور أساسي وجوهري في سير عمل المحكمة، فهو يمثل المحكمة تجاه الجهات الأخرى، ويعقد اجتماعاتها، ويترأس جلساتها، ويتخذ الخطوات المناسبة لضمان سير عمل المحكمة والدوائر والأقسام بها، ويمارس اختصاصات أخرى متعددة، فالمادة (١٥) من قانون المحكمة الدستورية الإسباني، تنص، على سبيل المثال، على قيام رئيس المحكمة الدستورية "بإعلام البرلمان والحكومة والمجلس العام للقضاء بأي شواغر وقعت في عضوية المحكمة". وقيامه "بتعيين كتاب قلم المحكمة، وإعلان المنافسة لملء الشواغر في المناصب الإدارية"، وممارسته "السلطة الإدارية على موظفي المحكمة". ومن جانب آخر، تأتي أهمية الآلية التي يتم بها اختيار رئيس المحكمة الدستورية من أهمية المحكمة ذاتها ودورها في النظام السياسي للدولة. أشرف للمساوي، المرجع السابق، ص: ١٧٤-١٧٥.

وبواسطتهم، فالمادة (١١٨) من دستور تونس لعام (٢٠١٤) تنص على أن: "ينتخب أعضاء المحكمة من بينهم رئيساً ونائباً له من المختصين في القانون" (٧٤).

وبمقارنة هذه الطرق الثلاث في اختيار رئيس المحكمة الدستورية يظهر جلياً أهمية استبعاد الطريقة الأولى لعدم فاعليتها في ضمان استقلال القضاء، لا سيما إن كان الحاكم في دولة ذات نظام ملكي مطلق يمنحه سلطات حقيقية وشاملة (٧٥). كما لا نرى من المناسب تبني الطريقة الثانية لا سيما وأن العمل بالمحكمة الدستورية قد يقتضي التفرغ لها، فالرئيس يتولى علاوة على دوره القضائي اختصاصات إدارية. ومن جانب آخر، فإن الجمع بين مناصبي رئاسة المحكمة العليا والمحكمة الدستورية قد يؤثر بدرجة ما أو بأخرى في فاعلية تحريك الدعوى من المحاكم النظامية إلى المحكمة الدستورية، فإن كان الشخص رئيساً أعلى للجهتين فقد يكون مداخلًا لمنع بعض الدعاوى من الوصول إلى المحكمة الدستورية. وعليه فإن الأسلوب الأمثل لاختيار رئيس المحكمة الدستورية هو انتخابه دورياً من قبل أعضاء المحكمة ذاتها، وهو ما يحقق استقلال رئيس المحكمة (٧٦).

وتذهب بعض الدساتير التي تتبنى أسلوب انتخاب الرئيس من قبل الأعضاء، إلى التأكيد على الألية التي يتم بها التصويت، وهي في الغالب بالاقتراع السري (٧٧). فالدستور التركي ينص، على سبيل المثال، على أن: "تنتخب المحكمة الدستورية رئيسها ونائبين له من أعضائها لفترة أربعة أعوام، بالاقتراع السري، ..." (٧٨). وقد تعود الحكمة في تبني الاقتراع السري إلى تجنب أي حرج قد يقع فيه الأعضاء أثناء التصويت مما قد يؤثر على اختيار من يرغبون به، ولمنع احتمالية عدم معاملة العضو الذي صوت لغير صالح الرئيس معاملة غير موضوعية في المستقبل. والأغلبية التي تشترطها التشريعات المتبعة لهذا الأسلوب، في الغالب، هي

(٧٤) وقد يكون لرئيس الدولة اختيار رئيس المحكمة إما من قضاة المحكمة أو من خارج المحكمة، كما هو الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية. هشام فوزي، المرجع السابق، ص: ١١١.

(٧٥) نجد على سبيل المثال، بعض اساتذة القانون في جمهورية مصر العربية قد انتقد تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا بقرار من رئيس الجمهورية، مما يجعل القضاء الدستوري خاضعاً للسلطة التنفيذية، ويرون بأن هذا الأمر لم يرتق حتى إلى مصاف ما اشترطه المشرع المصري في شأن تعيين رؤساء الهيئات القضائية الدنيا من أن يكون ذلك بعد أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى. انظر: أشرف للمساوي، المرجع السابق، ص: ١٧٦ - ١٧٧.

(٧٦) انظر في هذا الرأي: رمزي الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص: ٧٧٨.

(٧٧) انظر على سبيل: المادة (٩) من قانون المحكمة الدستورية الإسبانية

(٧٨) المادة (١٤٦) من دستور تركيا لعام ١٩٨٢.

الأغلبية المطلقة، أي ٥٠٪ + ١ من عدد الأعضاء الذين تتألف منهم المحكمة، وهذه الأغلبية قد تكون صعبة المنال في الواقع العملي لا سيما إذا ترشح للرئاسة أكثر من اثنين من أعضاء المحكمة، إذ من المحتمل أن تتوزع أصوات الأعضاء بينهم فلا ينال أحدهم الأغلبية المطلقة؛ لذا لا تترك بعض التشريعات هذه الحالة دون معالجة، فقانون المحكمة الدستورية الإسباني افترض عدم نيل أحد المرشحين لرئاسة المحكمة الدستورية الأغلبية المطلقة لأصوات أعضاء المحكمة، فنص على أن يجرى التصويت للمرة الثانية ويفوز بالرئاسة في هذه المرة العضو الحاصل على أكثر الأصوات بغض النظر عن حصوله على الأغلبية المطلقة من عدمه، فإن تساوى في الحصول على أغلب الأصوات مرشحان أو أكثر، يجرى التصويت للمرة الثالثة، فإن تساوا أيضاً في هذه المرة، يعين أقدم القضاة رئيساً للمحكمة، فإن تساوا في الأقدمية، يتم اختيار الأكبر سناً من بين هؤلاء^(٧٩).

والمدة التي ينتخب لها العضو لرئاسة المحكمة مؤقتة في الغالب، كأن تكون ثلث مدة العضوية، فإن كانت مدة عضوية الأعضاء تسع سنوات تكون مدة الرئاسة ثلاث سنوات كما في الدستور الإيطالي والأوكراني^(٨٠)، وإن كانت العضوية ١٢ سنة تكون مدة الرئاسة أربع سنوات كما في الدستور التركي^(٨١). وتعود الحكمة من النص على مدة رئاسة تماثل ثلث مدة العضوية، إلى أن بعض التشريعات تنص على التغيير الجزئي للأعضاء كما بينا سابقاً، إذ تنتهي عضوية ثلث الأعضاء ويحل محلهم أعضاء جدد، فلو كانت مدة الرئاسة لمدة أطول من الثلث، فإن الأعضاء الجدد سوف يفرض عليهم رئيس لم يصوتوا له ولم يختاروه، أما إذا فتح باب الترشيح للرئاسة فإن الفرصة سوف تتاح للأعضاء الجدد للتصويت والاختيار.

وهنا نجد أن هذا الأسلوب لا يشترط في رئيس المحكمة شروطاً خاصة إضافية، إلا أن بعض التشريعات وهي تلك التي تنص على التغيير الجزئي لأعضاء المحكمة، لا تجيز للعضو الجديد أن يرشح نفسه لرئاسة المحكمة مباشرة، إذ ينبغي أن تمر على عضويته فترة زمنية، وهو أمر يسمح لعضو المحكمة التعرف على تقاليدها، وقواعد تنظيمها، وإجراءات العمل بها، قبل أن يتسنى له الترشح لرئاستها.

(٧٩) المادة (٩) من قانون المحكمة الدستورية الإسباني، وانظر أيضاً: Enrique Lopez، المرجع السابق، ص: ٥٣٣.

(٨٠) المادة (١٣٥) من دستور إيطاليا للعام ١٩٤٧ المعدل في عام ٢٠١٢، و(١٤٨) من دستور أوكرانيا لعام ١٩٩٦.

(٨١) المادة (١٤٦) من الدستور التركي.

وتذهب بعض الدساتير إلى جواز إعادة انتخاب الرئيس لفترة رئاسة جديدة، كما في الدستورين التركي والإيطالي. فيما تنص دساتير أخرى على أن تكون فترة الرئاسة لمرة واحدة فقط، مما لا يجوز معه إعادة انتخاب الرئيس لفترة رئاسة أخرى، فالمادة (١٤٨) من الدستور الأوكراني لعام ١٩٩٦ تنص على أن: "يتم انتخاب رئيس المحكمة الدستورية لأوكرانيا عن طريق الاقتراع السري من بين قضاة المحكمة الدستورية لأوكرانيا لمدة واحدة فقط هي: ثلاث سنوات...". وقد تجيز بعض الدساتير انتخاب الرئيس لفترة انتخاب ثانية ولكن ليس مباشرة بعد انتهاء فترة رئاسته، فالمادة (٤٣٥) من دستور الإكوادور لعام ٢٠٠٨ تنص على أن: "تختار المحكمة الدستورية من بين أعضائها رئيساً ونائباً للرئيس تستمر ولاية كل منهما ثلاث سنوات، ولا يجوز انتخابه ثانية لهذه المهمة فور انتهاء ولايته، ويكون رئيس المحكمة الممثل القانوني للمحكمة الدستورية".

ثانياً – آلية اختيار رئيس المحكمة الدستورية في القانون القطري:

في دولة قطر كان قانون الفصل في المنازعات الدستورية الملغي، يجعل رئيس محكمة التمييز رئيساً للدائرة الدستورية بحكم منصبه^(٨٢)، متبعاً بذلك الاتجاه الثاني سابق الذكر، إلا أنه بصور قانون إنشاء المحكمة الدستورية أصبح اختيار رئيس المحكمة الدستورية من اختصاص الأمير يقوم به منفرداً، فالمادة (٢) من القانون تنص على أن: "تشكل المحكمة من رئيس وستة أعضاء، ويصدر بتعيين رئيس المحكمة أمر أميري، ويكون بدرجة وزير، ويعين باقي الأعضاء بأمر أميري، ويحدد أقدميتهم...".

ونرى لضمان استقلال المحكمة الدستورية القطرية أن يتم اختيار الرئيس من قبل أعضاء المحكمة الدستورية ذاتها، لفترة مؤقتة، لا تتجدد. كما لا نرى، من جانب آخر، أن ينص على أن يمنح رئيس المحكمة "درجة وزير"، فهذا الأمر إن كان المقصود به مخصصات الوزير، فلينالها من يتولى الرئاسة دون أن ينص عليه، وذلك ترسيخاً لمفهوم أن القضاء سلطة مستقلة، وأن رئيس المحكمة الدستورية يعادل في المقابل رئيس البرلمان ورئيس الحكومة^(٨٣). كما أن عدم النص على هذه العبارة تجنبنا نشر ثقافة نفسية تتمثل في منح الوزير هبة تفوق هبة القاضي.

(٨٢) المادة (٢) من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٧ بشأن الفصل في المنازعات الدستورية.

(٨٣) ترى Mary Volcansek بأن نموذج كلسن في تخصيص محكمة دستورية مستقلة تنظر في دستورية القوانين التي تصدر من البرلمان ودستورية القرارات واللوائح التي تصدر من الحكومة، جعل من المحكمة الدستورية في مصافٍ لكل من البرلمان والحكومة، وبالتالي فرئيس المحكمة الدستورية يعادل كل من رئيس البرلمان ورئيس الحكومة. انظر:

Mary L. Volcansek, Appointing Judges the European Way, 2007, 34 Fordham Urban Law Journal 363.

المبحث الثالث

مدة العضوية في المحكمة الدستورية

يقصد بمدة العضوية، في هذا المبحث، الفترة التي يقرها القانون لممارسة القاضي عمله في المحكمة الدستورية وإبقائه عضواً فيها، وقد تحدد هذه العضوية بخمس سنوات أو ست سنوات أو أكثر من ذلك وفقاً لتشريعات الدول، هذا وإن كان بقاء القاضي في المحاكم العادية أو الإدارية في عمله مدى الحياة أو لغاية وصوله لسن التقاعد يعد ضماناً لاستقلال القضاء وعدم تأثير سلطة التعيين أو الاختيار عليه^(٨٤)، إلا أن تشكيل المحكمة الدستورية يختلف عن المحاكم الأخرى في كونه يضم قضاة أو أعضاء، في سن متقدمة، من ذوي الخبرة العالية التي اكتسبها خلال مسيرتهم المهنية الطويلة، وقد يضم قضاة سبق لهم العمل في محاكم التمييز أو العليا، في حين يبدأ القاضي في المحاكم العادية من سن مبكرة تعقب حصوله على شهادة القانون في الغالب ويبقى فيها سنوات طويلة ويترقى إلى أن يصل إلى أعلى درجات النظام القضائي، لذا لا تؤقت عضوية القضاة في المحاكم العادية بفترات وجيزة، بل تنتهي بإحدى طرق الانتهاء الأخرى كالتقاعد مثلاً. ومن جانب آخر يعود سبب تأقيت العضوية في المحكمة الدستورية إلى آلية اختيار أعضاء المحكمة، فكثير من الدول تجعل اختصاص الاختيار لجهات منتخبة كالبرلمان مثلاً، وتأقيت العضوية يسمح للأعضاء الجدد الفائزين بمقاعد هذه الجهات باختيار أعضاء المحكمة الدستورية، فلا يفرض عليهم من تم اختياره من قبل سلفهم.

هذا وإن كان مبدأ تأقيت عضوية أعضاء المحكمة الدستورية قد سار عليه الكثير من تشريعات الدول، إلا أن من الفقهاء من يرى بأنه يخل بأهم ضمانات يحتمي بها القاضي والمتقاضي، وهي عدم القابلية للعزل^(٨٥).

ومدة العضوية قد تكون ثغرة يمكن من خلالها التأثير على استقلال القضاء الدستوري إذا لم تغلق بشكل محكم، وإمكانية الجهة المختصة باختيار الأعضاء، إعادة تشكيل المحكمة قبل انتهاء مدة العضوية، أداة قد يلوح بها لتطويع القضاة أو التدخل في أحكامهم. وإمكانية تجديد العضوية وإعادة اختيار من انتهت عضويته، على سبيل

(٨٤) انظر: محمد كامل عبيد، المرجع السابق، ص: ١٠٩، وانظر أيضاً:

Tom Ginsburg, Economic Analysis of Constitutional Law: Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts, 2002, 3 Theoretical Inquiries in Law 49.

(٨٥) فتحي فكري، المرجع السابق، ص: ٢٤٧.

المثال، أداة يمكن استغلالها للتدخل في عمل المحكمة بمكافأة القضاة المساييرين لتوجهات السلطة^(٨٦).

أولاً - مدة العضوية في المحكمة الدستورية في القانون المقارن:

تذهب الدساتير في شأن تحديد مدة العضوية إلى اتجاهين: الأول لا يحدد مدة العضوية، فتسري بشأن العضوية القواعد العامة التي تنظم القضاء عموماً، فلا تنتهي عضوية أعضاء المحكمة الدستورية إلا للأسباب ذاتها التي تنتهي فيها عضوية القضاة العاديين. والثاني، وهو مسلك أغلب الدساتير ويتمثل في تأقيت فترة العضوية بمدة محددة ينص عليها صراحة.

وفي المسلك الأول نرى بعض تشريعات هذه الدول تؤكد على استمرارية القاضي في عمله مدى الحياة، ولا تقرر له سناً للتقاعد الإجمالي، ولكن ولايته القضائية قد تنتهي باستقالته أو بحكم اتهام، أو بوفاته، كما في أمريكا^(٨٧). بينما نرى تشريعات أخرى تقرر انتهاء ولاية القاضي ببلوغ سن التقاعد علاوة على الأسباب الأخرى، كما في كندا وأستراليا والهند^(٨٨). وهنا تجدر الملاحظة، بأن المرشحين للتعين في المحاكم العليا أو الدستورية في هذه الدول هم في الغالب من أصحاب الخبرات القانونية والقضائية الواسعة والتي تجعل من يتم اختياره منهم، بطبيعة الحال، قد تجاوز سن الخمسين، مما ينعكس على مدة بقائه في عضوية المحكمة العليا أو الدستورية. ففي الهند، على سبيل المثال، أظهرت الدراسة بأن الفترة التي يبقى فيها القاضي في المحكمة العليا هي من ثلاث إلى سبع سنوات فقط، تنتهي ببلوغه سن التقاعد^(٨٩).

(٨٦) انظر: تركي المطيري، المرجع السابق، ص: ٦٢.

(٨٧) معدل بقاء القاضي في المحكمة العليا في أمريكا يتجاوز ٢٥ عاماً، انظر:

Abhinav Chandrachud, Does Life Tenure Make Judges More Independent? A Comparative Study of Judicial Appointments in India, 28 Connecticut Journal of International Law 297, 2013.

يظل القاضي في منصبه في الولايات المتحدة الأمريكية طالما تمتع بالسلوك الحسن، انظر: الفقرة الأولى من المادة (٣) من الدستور الأمريكي. ويبقى في هذا المنصب طالما تمتع بالصحة الطيبة، انظر: هشام فوزي، المرجع السابق، ص: ١١١، وتجدر الملاحظة بأن عزل القاضي لا يتم إلا بواسطة مجلس الشيوخ بأغلبية ثلثي أعضائه وبناء على اتهام موجه من مجلس النواب، وهو أمر لم يتم تنفيذه بعد في الواقع العملي بحق أي من قضاة المحكمة العليا. انظر: علي الباز، المرجع السابق، ص: ١٤٨.

(٨٨) انظر: Abhinav Chandrachud، المرجع السابق.

(٨٩) انظر: Abhinav Chandrachud، المرجع السابق.

وفي المسلك الثاني نرى الدساتير تتفاوت في تحديد هذه المدة، وهي في الغالب تسع سنوات^(٩٠)، فالمادة (١٣٥) من دستور إيطاليا لعام ١٩٤٧ المعدل في ٢٠١٢ تنص على أن: "يتم تعيين قضاة المحكمة الدستورية لفترة تسع سنوات تبدأ من يوم تلاوة القسم...". إلا أن من الدساتير ما يجعلها لمدة تقل عن ذلك كأربع سنوات في الدستور السوري لعام ٢٠١٢، وخمس سنوات، أو ست أو ثمان، ومنها ما يمدها إلى اثنتي عشرة سنة، وفقاً للجدول أدناه. ومن الدساتير ما يترك تحديد مدة العضوية للقانون، فالمادة (١٠٦) من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢ تنص، على سبيل المثال، على أن: "تنشأ محكمة دستورية من رئيس وستة أعضاء يعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون، وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح"، فلما صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية البحرينية، نص في المادة (٣) منه على أن: "تشكل المحكمة من رئيس وستة أعضاء يعينون بأمر ملكي لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد".

س	الدستور	المادة في الدستور	مدة العضوية	إمكانية تجديد العضوية
١	دستور البيرو لعام ١٩٩٣	٢٠١	٥ سنوات	ولا يجوز إعادة الانتخاب على الفور.
٢	دستور الأردن لعام ١٩٥٢	٢/٥٨	٦ سنوات	غير قابلة للتجديد.
٣	دستور بوليفيا لعام ٢٠٠٩	١٨٣، ٢٠٠	٦ سنوات	يجوز إعادة انتخاب القضاة.
٤	دستور كولومبيا لعام ١٩٩١	٢٣٣	٨ سنوات	لا يتم إعادة انتخابهم مرة أخرى.
٥	دستور تونس لعام ٢٠١٤	١١٨	٩ سنوات	ويكون التعيين لفترة واحدة.
٦	دستور إسبانيا لعام ١٩٧٨	٣/١٥٩	٩ سنوات	-----
٧	دستور تركيا لعام ١٩٨٢	١/٢/١٤٧	١٢ سنة	لا يجوز إعادة انتخابهم.
٨	دستور جنوب أفريقيا لعام ١٩٩٦	١/١٧٦	١٢ سنة	غير قابلة للتجديد.

وقد تنص بعض التشريعات على انتهاء عضوية أعضاء المحكمة قبل انتهاء فترة العضوية وذلك عند وصول العضو سن التقاعد، فالمادة (١٧٦)/١ من دستور جنوب

(٩٠) انظر على سبيل المثال: المادة (١٤٨) من دستور أوكرانيا لعام ١٩٩٦، والمادة (٣/١٥٩) من دستور إسبانيا لعام ١٩٧٨، والمادة (٤٣٢)/٢ من دستور الإكوادور لعام ٢٠٠٨، والمادة (١٩٤)/١ من دستور بولندا لعام ١٩٩٧، والمادة (٢٢٢)/٣ من دستور البرتغال لعام ١٩٧٦.

أفريقيا لعام ١٩٩٦ تنص على أن: "يشغل قاضي المحكمة الدستورية المنصب لمدة ١٢ عاماً غير قابلة للتجديد، أو حتى يبلغ أو تبلغ من العمر ٧٠ عاماً، أيهما أقرب..."^(٩١).

وتذهب بعض التشريعات إلى انتهاء عضوية جميع أعضاء المحكمة الدستورية في الوقت ذاته بحيث يحل محلهم جميعاً أعضاء آخرون، في حين تفضل بعض التشريعات الأخرى الانتهاء الجزئي للعضوية، فيستبدل كل ثلاث سنوات ثلث عدد الأعضاء فقط بأعضاء جدد، ويستمر الثلثان في عضويتهم علاوة على الأعضاء الجدد الذين انضموا للمحكمة، فإن مضت ثلاث سنوات استبدل بالثلث الأقدم في عضويته أعضاء جدد، وهكذا يكون بدء فترة العضوية لكل ثلث مغاير عن الآخر وتاريخ انتهاء عضويته مغاير عن الآخر^(٩٢). فالمادة (١٦٠)/٣ من دستور إسبانيا لعام ١٩٧٨ تنص على أن: "يعين أعضاء المحكمة الدستورية لمدة تسع سنوات، ويتم تجديد عضويتهم بتجديد عضوية ثلثهم كل ثلاث سنوات".

وتعود الحكمة من تبني أسلوب الانتهاء الجزئي للعضوية إلى كونه يضمن أن يبقى في المحكمة أعضاء من ذوي الخبرة الذين اكتسبوا من خلال عملهم في المحكمة ذاتها نظراً لأقدميتهم، فينقاسمون بالتالي خبرتهم مع زملائهم حديثي العضوية في المحكمة وينقلون لهم تجربتهم كلما تعرضوا لتجربة مماثلة، كما أن الانتهاء الجزئي للعضوية يسمح أيضاً للدول التي تجعل اختصاص اختيار أعضاء المحكمة للبرلمان أو لجهات منتخبة أن يقوم الفائزون الجدد بمقاعد هذه الجهات باختيار بعض أعضاء المحكمة، فالبرلمان، على سبيل المثال، يُنتخب أعضاؤه كل ثلاث أو أربع سنوات وقد يفوز بمقاعد أعضاء جدد، باتباع أسلوب الانتهاء الجزئي لعضوية المحكمة الدستورية، يتاح للبرلمان الجديد فرصة التصويت على الأعضاء الذين يحلون محل من تنتهي عضويته في المحكمة.

وتختلف الدساتير بشأن مدى إمكانية التجديد لأعضاء المحكمة مرة ثانية من

(٩١) انظر أيضاً: المادة (٢٣٣) من دستور كولومبيا لعام ١٩٩١، إذ تنص على أن: "يُنتخب قضاة المحكمة الدستورية ومحكمة العدل العليا ومجلس الدولة لمدة ثماني سنوات، ولا تتم إعادة انتخابهم مرة أخرى، ويظلون في مناصبهم طالما أظهروا حسن السلوك، وكان أدائهم مرضياً ولم يصلوا إلى سن التقاعد الإلزامي".

(٩٢) قد يؤدي التطبيق العملي للقواعد التشريعية المتعلقة بالتغيير الجزئي لأعضاء المحكمة الدستورية إلى بعض الصعوبات وذلك عندما يخلو منصب أحد الأعضاء بسبب الوفاة أو الاستقالة وقبل انتهاء المدة المحددة لعضويته، انظر: علي الباز، المرجع السابق، ص: ٣٦٤.

عدمه، إلى ثلاثة اتجاهات: الأول وهو مذهب أغلب الدساتير فيتمثل في منع تجديد عضوية الأعضاء مرة أخرى مطلقاً، فالمادة (١١٨) من دستور تونس الجديد لعام ٢٠١٤ تنص على أن: "... يكون التعيين لفترة واحدة..". والمادة (٢٣٣) من دستور كولومبيا لعام ١٩٩١ تنص على أن: "يُنتخب قضاة المحكمة الدستورية ومحكمة العدل العليا ومجلس الدولة لمدة ثماني سنوات، ولا تتم إعادة انتخابهم مرة أخرى...". أما الاتجاه الثاني، فيجيز إعادة تعيين أو انتخاب أعضاء المحكمة الدستورية ولكن ليس على الفور أو مباشرة بعد انتهاء عضويتهم، فالمادة (٤٣٢) من دستور الإكوادور لعام ٢٠٠٨ تنص على أن: "تتألف المحكمة الدستورية من تسعة أعضاء يقومون بمهامهم في محكمة عامة وفي غرف وفقاً للقانون، وتستمر ولاية العضو تسع سنوات، ولا تجوز إعادة انتخابه مباشرة بعد انقضاءها". والمادة (٢٠١) من دستور البيرو لعام ١٩٩٣ تنص بشأن أعضاء المحكمة الدستورية على أنه: "لا يجوز إعادة انتخابهم على الفور".

أما الاتجاه الثالث، فيجيز إعادة تعيين أو انتخاب أعضاء المحكمة الدستورية مباشرة، فالمادة (١٤٣) من دستور سوريا لعام ٢٠١٢ تنص على أن: "تكون مدة العضوية في المحكمة الدستورية العليا أربع سنوات قابلة للتجديد"، والمادة (١٨٣) من دستور بوليفيا لعام ٢٠٠٩ تنص على أنه: "يمكن أن يعاد انتخاب القضاة، وتكون فترة عضويتهم في المحكمة ست سنوات" (٩٣).

ثانياً - مدة العضوية في المحكمة الدستورية في القانون القطري:

في دولة قطر لم ينص في الدستور صراحة على مدة عضوية أعضاء المحكمة الدستورية، كما أن قانون إنشاء المحكمة الدستورية عندما صدر لم يحدد أيضاً مدة زمنية للعضوية في المحكمة. ونرى أن عدم النص على مدة العضوية في القانون القطري، يجعل انتهاء العضوية يخضع للقواعد العامة الواردة في قانون السلطة القضائية. وبالذهاب إلى هذا القانون نجد المادة (٦٣) منه تجعل من أسباب انتهاء ولاية القضاة "الفصل من الخدمة بقرار أميري لأسباب تتعلق بالصالح العام". وهي عبارة غير محكمة يمكن استغلالها لعزل بعض قضاة المحكمة (٩٤).

(٩٣) لمثال آخر انظر: المادة (١١٩)/٣ من دستور السودان لعام ٢٠٠٥، والمادة (١٧٦)/١ من دستور جمهورية كوبا لعام ١٩٤٨ المعدل في عام ١٩٨٧.

(٩٤) جاء في تقرير المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كنول، بأن "القلق يساور المقررة الخاصة بسبب الفقرة (٥) من المادة (٦٣) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣ الذي يمنح الأمير صلاحية إقالة القضاة خدمة للصالح العام، وهي ترى أن هذا =

ومن جانب آخر، يمكن الاستشهاد بالتجربة الواقعية في عام ٢٠٠٨ والمتمثلة في تغيير رئيس المجلس الأعلى للقضاء وتعيين رئيس جديد^(٩٥)، للدلالة على أن لا شيء يمنع من الناحية الواقعية من صدور أمر أميري بتشكيل جديد للمحكمة الدستورية، الأمر الذي يخشى منه أن يستغل للتأثير على استقلالية المحكمة. وعليه نرى أن توفقت مدة العضوية في المحكمة الدستورية بتسع سنوات غير قابلة للتجديد.

الخاتمة:

في هذا البحث تناولنا تشكيل المحكمة الدستورية، إذ به يُضم إلى المحكمة أشخاص يكفون بالحكم والفصل، فإن كانوا أكفاء محايدين لا يخشون جبروت فرد أو هيلمان سلطة تحققت العدالة، ونهضت الدولة، وإلا ضيعت الحقوق وانتهكت الحريات واختل التوازن بين السلطات وفسدت الأرض. وتشكيل المحكمة الدستورية يقتضي البحث في الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة، وآلية اختيارهم ومدة عضويتهم في المحكمة، فبهذه العناصر الثلاثة جميعها يتحقق استقلال القضاء.

وفي الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية تم التركيز على أبرزها، وهى شرط التأهيل والخبرة العملية، وشرط المواطنة، وشرط التفرغ الوظيفي وعدم الانتماء السياسي. ووجدنا في هذا البحث أن العمل القانوني هو الأساس الجوهري الذي تتفق عليه جل دساتير العالم كمجال يستمد منه المشرع لعضوية المحكمة خبرته، إلا أن من الدساتير ما يجيز أن تطعم العضوية ببعض ذوي الخبرة في المجال السياسي، وفقاً لطبيعة عمل المحكمة واختصاصاتها والتي لا تخلو من امتزاج الجانب السياسي بالجانب القانوني، كما وجدنا أن النص على مجالات قانونية محددة يُختار منها المرشحون لعضوية المحكمة أمر يدعم استقلال القضاء الدستوري، فالقضاة وأعضاء النيابة العامة، والمحامون المستقلون، وأساتذة القانون، ينتمون لجهات مستقلة ومهنة حرة، وهي فئات تشربت الحرية وعدم الخضوع لأي سلطة، ويفترض فيها الاستقلالية والحياد. ولاحظنا أن بعض الدساتير تجعل لفئة القضاة ميزة على الفئات الأخرى، وتشتترط أن تكون نسبة تمثيلها في عضوية المحكمة أكبر، وأرجعنا الحكمة في ذلك إلى تماثل طبيعة العمل الذي تمارس فيه هؤلاء

= السبب من أسباب الإقالة يشوبه غموض ولا يستجيب للمعايير الدولية المتعلقة بالتدابير التأديبية التي تتخذ في حق القضاة". تقرير المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كول، البعثة إلى قطر، مجلس حقوق الإنسان، الجمعية العامة، الأمم المتحدة، ٣١ مارس ٢٠١٥.

(٩٥) انظر: الأمر الأميري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٨ بتعيين رئيس لمحكمة التمييز، الجريدة الرسمية، العدد (٨)، بتاريخ ٢٥ أغسطس ٢٠٠٨.

القضاة وطبيعة عملهم المقبل في المحكمة الدستورية، وكونهم أكثر الفئات استقلالاً وحرصاً على ألا يكون لغير القانون سلطان عليهم. الحديث عن نوعية الخبرة التي يفترض توافرها في المرشح لعضوية المحكمة، ارتبط بالحديث عن مدة هذه الخبرة، وبيننا أهميتها للكشف عن سمعة الشخص المهنية ومدى نزاهته.

في هذا البحث تم التأكيد أيضاً على أن اشتراط المواطنة فيمن يتقلد القضاء الدستوري له أهميته في تفعيل مبدأ استقلال القضاء، فغير المواطن مرتبط بعقد مؤقت بالدولة التي أتى للعمل بها، وللتأثير عليه قد يغرى بالتمديد، أو قد يهدد بإنهاء عقده. كما بينا أهمية التفرغ الوظيفي وعدم الانتماء السياسي أو الحزبي في تعزيز مبدأ استقلال القضاء وحياد القاضي وإبعاده عما يؤثر على قراره أو حكمه. ورأينا اتجاهات الدساتير في هذه الجوانب، وأن بعضها لا يكتفي بعدم الجمع الوظيفي أو الانتماء الحزبي حال العضوية فقط، بل يرجع هذا الشرط على الماضي ويشترط انقضاء فترة زمنية كافية بين تلك الوظيفة وتاريخ الترشيح للعضوية. وذلك إمعاناً في استقلال القضاء وإضعاف أي ارتباط بين القاضي وبين ماضيه الوظيفي أو السياسي.

ثم تناولنا العنصر الثاني في تشكيل المحكمة الدستورية وهو: آلية اختيار أعضاء المحكمة الدستوري، ورأينا تعدد تشريعات الدول في تحديد صاحب الاختصاص في اختيار هؤلاء الأعضاء، وذلك وفقاً للنظام السياسي في الدولة ومدى عمق الديمقراطية بها، فمنها ما تجعله للحاكم، ومنها ما تقرره للبرلمان أو للقضاء، ومنها ما تجعله من اختصاص جهات متعددة. وتبين لنا في دراستنا لهذه الآليات أن تعزيز استقلال القضاء يتمثل في الابتعاد عن الطريقة التي ينفرد بها شخص واحد، أو جهة واحدة في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، وأن إشراك جهات متعددة في ترشيح أو اختيار أعضاء المحكمة الدستورية له أهميته في تحقيق التوازن، وعدم إخلال سلطة معينة أو حزب سياسي في نزاهة وحياد المحكمة الدستورية. كما تعرضنا في هذا البحث إلى آلية اختيار رئيس المحكمة نظراً لأهمية دوره فيها، ووجدنا أن من الدول ما تجعل اختيار رئيس المحكمة من اختصاص رئيس الدولة أو الحاكم، ومنها ما يتم فيها اختيار رئيس المحكمة تلقائياً بحكم منصبه، ومنها ما تقرر أن يتم انتخاب رئيس المحكمة من قبل أعضاء المحكمة ذاتها. وكشفنا عند المقارنة بين هذه الاتجاهات الثلاثة أن أسلوب انتخاب رئيس المحكمة دورياً من بين أعضاء المحكمة ذاتها هو الأسلوب الأمثل لدعم استقلال القضاء.

في هذا البحث تطرقنا أخيراً، إلى العنصر الثالث من عناصر تشكيل المحكمة وهو: مدة العضوية، ووجدنا بأنها قد تشكل ثغرة يمكن من خلالها التأثير على استقلال القضاء الدستوري إذا لم تغلق بشكل محكم، فتمكين الجهة المختصة باختيار

الأعضاء - على سبيل المثال - من إعادة تشكيل المحكمة قبل انتهاء مدة العضوية، يُعد أداة قد يلوح بها لتطويع القضاة أو التدخل في أحكامهم، وإمكانية تجديد العضوية وإعادة اختيار من انتهت عضويته - على سبيل المثال - أداة يمكن استغلالها للتدخل في عمل المحكمة بمكافأة القضاة المساييرين لتوجهات السلطة.

ومن خلال دراستنا القواعد المنظمة لتشكيل المحكمة الدستورية في دساتير وتشريعات الدول المختلفة، ثم دراسة تشكيل المحكمة الدستورية القطرية، اكتشفنا بعض الجوانب التي يمكن أن تضعف مبدأ استقلال القضاء الدستوري في دولة قطر، منها: توسيع نطاق اختيار أعضاء المحكمة، وعدم تحديد مجالات العمل القانوني التي يمكن أن يستمد منها المرشح لعضوية المحكمة خبراته، وعدم اشتراط المواطنة في عضو المحكمة، وانفراد الأمير باختيار أعضاء المحكمة، ورئيسها، وترك إنهاء ولاية القضاة للأحكام العامة المنظمة للسلطة القضائية والتي تجيز للأمير بقرار منه فصل القاضي من الخدمة لأسباب تتعلق بالصالح العام. وعليه تميننا على المشرع القطري التأكيد على بعض الجوانب في هذا المجال منها:

- النص على أن يتم الترشيح لعضوية المحكمة من فئات قانونية محددة كالقضاة وأعضاء النيابة العامة، وأساتذة القانون الجامعيين، والمحامين المستقلين، أو ينص على أن تكون لفئة القضاة الغلبة في عضوية المحكمة.
 - النص على اشتراط أن يكون أعضاء المحكمة الدستورية من المواطنين القطريين.
 - النص على أن يتم اختيار أغلب أعضاء المحكمة الدستورية من قبل المجلس الأعلى للقضاء بالاقتراع السري ووفقاً لآلية تسمح لمن يرغب بعضوية المحكمة الدستورية من قضاة محكمة التمييز وقضاة محكمة الاستئناف الترشيح لها. وأن تُطعم عضوية المحكمة بعضو من أساتذة القانون الأكاديميين، وعضو من مستشاري قضايا الدولة في وزارة العدل، وأحد المحامين أمام محكمة التمييز يصدر بتسميتهم قرار أميري.
 - النص على أن يتم اختيار رئيس المحكمة من قبل أعضاء المحكمة الدستورية ذاتها لفترة مؤقتة لا تتجدد.
 - النص على تأقيت عضوية أعضاء المحكمة الدستورية بمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد.
- ومن خلال المقترحات السابقة نأمل أن يعزز مبدأ استقلال القضاء الدستوري في دولة قطر.

والله ولي التوفيق

الحماية الجنائية في مجال زراعة الأعضاء البشرية دراسة تحليلية نقدية في ضوء تشريعات مصر والكويت وقطر

الدكتور/ بشير سعد زغلول
أستاذ القانون الجنائي
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

ملخص:

تعد عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وسيلة هامة لعلاج بعض المرضى الذين عجزت عن علاجهم الوسائل الطبية التقليدية، غير أنها وسيلة علاجية تحيطها مخاطر عديدة بالنسبة للمتبرع المنقول منه العضو البشري وأحياناً بالنسبة للمريض المنقول إليه، كما أنها تفتح المجال أمام تجارة غير أخلاقية فضلاً عن كونها غير قانونية موضوعها أعضاء جسم الإنسان. ونظراً لأن القانون هو تعبير عن احتياجات المجتمع، فإن تطوره يعد مطلباً أساسياً لمواكبة ما يطرأ على مختلف جوانب الحياة في المجتمع من تغيرات؛ ومنها ما يتحقق من تقدم علمي مفيد في مجال الطب؛ فصدرت التشريعات معترفة بمشروعية هذه الممارسات الطبية غير التقليدية. ونظراً للطبيعة المزدوجة لهذا النوع من الممارسات الطبية كان من واجب الدول أن تتبنى من التشريعات ما يتضمن تنظيمها محكماً ودقيقاً من حيث القواعد والضوابط التي تكفل مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية وتدعم ثقة المجتمع في الممارسات الطبية الخاصة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بحماية المتبرعين بأعضائهم سواء حال حياتهم أم عقب وفاتهم. وإلى جانب القواعد والضوابط القانونية المنظمة لعمليات نقل الأعضاء البشرية والتي من شأنها ضمان عدم حيدة هذه الممارسات الطبية عن هدفها المتمثل في علاج المرضى، وعدم استغلال هذه الوسيلة العلاجية في الاتجار بالأعضاء البشرية، فإن النصوص العقابية الواردة بالتشريعات المنظمة لعمليات نقل الأعضاء البشرية تلعب دوراً رئيسياً في مواجهة أي انتهاك لهذه القواعد والضوابط، وفي مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، غير أن فاعلية النصوص العقابية في تحقيق الردع يتوقف على مدى ما تتبناه هذه التشريعات من سياسة عقابية تتلاءم مع مقتضيات هذه الدور.

مقدمة:

أولاً: أهمية موضوع الدراسة

١ - أثارت عمليات نقل الأعضاء البشرية ولا تزال جدلاً واسعاً في الأوساط الطبية والقانونية والدينية، منبعا الطبيعة المزدوجة لهذا النوع من الممارسات الطبية، فعلى الرغم من أن مباشرة بعض الأعمال الطبية تنطوي على مساس بسلامة جسم الإنسان، سواء في صورة جرح أو في صورة إعطاء مواد ضارة نسبياً، إلا أن القانون

يرخص بممارستها وفق شروط معينة، مبيحاً بذلك التعرض للجسم البشري طالما استهدفت هذه الأعمال الطبية تحقيق مصلحة علاجية للمريض، وهو ما يسري كذلك بشأن عمليات زرع الأعضاء البشرية باعتبارها وسيلة علاجية حديثة تستهدف علاج المرضى وتخفيف آلامهم. في حين أن الإشكالية الأساسية في عمليات نقل الأعضاء البشرية تتعلق بالجانب الآخر في هذه العمليات المتمثل في استئصال الأعضاء البشرية من أجسام أشخاص غير مرضى أو من جثث حديثي الوفاة، حيث تشكل هذه العمليات إما مساساً بحق الإنسان في سلامة جسمه والمحافظة على صحته، وإما اعتداءً على حرمة الموتى وانتهاكاً لجثثهم، وكلا الأمرين يشكل جريمة جنائية يستحق مرتكبها العقوبة المقررة لها قانوناً، ونظراً لأن القانون هو تعبير عن احتياجات المجتمع، فإن تطوره يعد مطلباً أساسياً لمواجهة أو لمواكبة ما يطرأ على مختلف جوانب الحياة في المجتمع من تغيرات؛ ومنها ما يتم تحقيقه في مجال الطب من تقدم مفيد للبشرية، ومن هذا المنطلق صدرت التشريعات معترفة بمشروعية هذه الممارسات الطبية غير التقليدية ومانحة إياها أساساً قانونياً لإباحتها.

٢ - إلا أن هذه الممارسات الطبية تفتح المجال أمام نوع خطير ومشين من التجارة، هي تجارة الأعضاء البشرية، تلك التجارة التي تجعل من أعضاء جسم الإنسان سلعة تُباع وتشتري وتقوم على استغلال عوز البعض الذي يدفعهم إلى بيع أعضائهم البشرية نظير مبلغ من المال قل أو كثر، الأمر الذي يمثل امتحاناً للإنسان الذي كرمه الله - عز وجل - وخلق في أحسن صورة، وبالمقابل فإن التضامن الإنساني والاجتماعي يجعل من تنازل الإنسان عن أحد أعضائه تبرعاً منه للمساعدة في إنقاذ حياة مريض أو تخفيف آلامه، أمراً مقبولاً إذا ما توافرت ضوابط قانونية تكفل عدم خروج هذه الممارسات الطبية عن قواعد الأخلاق والنظام العام؛ ولذلك كان من المتعين حينما تنظم النصوص التشريعية الاستفادة من هذا التقدم العلمي في مجال الطب، أن تضبط في الوقت ذاته ممارسة هذا النوع من العمليات الطبية بما يحول دون إهدار القيم والمصالح الأساسية اللازمة لبقاء المجتمع واستمراره، ومن هنا كانت الحاجة إلى وضع تنظيم تشريعي محكم من حيث الضمانات والشروط القانونية اللازمة لحماية المتبرعين بأعضائهم البشرية سواء حال حياتهم أم عقب وفاتهم.

وإلى جانب القواعد القانونية المنظمة لعمليات نقل الأعضاء البشرية والتي من شأنها ضمان عدم حيدة هذه الممارسات الطبية عن هدفها المتمثل في علاج المرضى، وعدم استغلال هذه الوسيلة العلاجية في الاتجار بالأعضاء البشرية، فإن النصوص العقابية التي يتم إدراجها ضمن نصوص القوانين المنظمة لعمليات نقل الأعضاء

البشرية تلعب دوراً رئيسياً في فرض احترام هذه القواعد أثناء الممارسة العملية وفي مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، نظراً لما تحمله هذه النصوص العقابية من ردع خاص لمن يخالف النصوص التشريعية المنظمة لهذه الممارسات الطبية ومن ردع عام للكافة.

ثانياً: إشكالية الدراسة ونطاقها

٣ - على الرغم من تشابه نصوص التشريعات العربية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية من حيث القواعد المنظمة لإجراء هذه العمليات الطبية، فإنها تختلف فيما بينها وبين القانون المصري في العديد من هذه القواعد، كما تختلف عن القانون المصري كذلك في سياسة العقاب المقررة لمواجهة انتهاك هذه القواعد. والجدير بالذكر أن دولة الكويت كانت سباقة في تبني تشريع خاص في مجال زراعة الأعضاء البشرية بصفة عامة، حيث أصدرت في عام ١٩٨٧ المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء، وبعد ذلك تلاحق صدور التشريعات العربية في هذا المجال، فأصدرت المملكة الأردنية الهاشمية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وأصدرت دولة الإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، ثم أصدرت دولة قطر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، تلتها مملكة البحرين التي أصدرت المرسوم بقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨ بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وبعد انتظار طويل أصدرت جمهورية مصر العربية القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وباستعراض نصوص التشريعات العربية المشار إليها أعلاه نجد أنها جميعاً، باستثناء القانون المصري، تكاد تكون متطابقة من حيث الصياغة والمضمون، في حين اختلف الوضع بصدد نصوص القانون المصري سواء من حيث اشتماله على أحكام أكثر تفصيلاً مما ورد في التشريعات الأخرى، ثم من حيث تبنيه قواعد متميزة عن التشريعات الأخرى لتكون متلائمة مع طبيعة مصر كدولة ذات كثافة سكانية عالية تشجع على فتح الباب أمام الاتجار بالأعضاء البشرية، وأخيراً من حيث اتباعه سياسة عقابية مغايرة عما ورد بالقوانين الأخرى.

٤ - وستتناول هذه الدراسة القواعد والضمانات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في كل من القانون المصري والقانون الكويتي، باعتبار أن القانون المصري هو الأحدث في هذا الشأن والقانون الكويتي هو الأقدم، في حين تأتي دراستنا للقانون القطري، رغم تبنيه لذات الأحكام الواردة بالقانون الكويتي، استناداً

لمستجد آخر يتمثل في وجود مشروع قانون قطري لإعادة تنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ينتهج نهجاً مختلفاً عن القانون القطري الحالي، ومع أن مشروع القانون القطري قد تبنى بصفة أساسية الأحكام التفصيلية الواردة بالقانون المصري باستثناء تلك المتعلقة بخصوصية مصر من حيث كثافة السكان، فإنه اتبع سياسة عقابية مختلفة عن تلك الواردة في القانون المصري وتقرب من القوانين الأخرى من حيث عدم فاعلية هذه السياسة في فرض احترام أحكام القانون المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وتتناول الدراسة أحكام كل من القانون المصري والكويتي والقطري ومشروع القانون القطري فيما يتعلق بالقواعد والضمانات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية لبيان ما تتفق وما تتباين فيه مواقفها، وذلك من خلال تحليل النصوص التشريعية ونقدها كلما كان لذلك وجه قانوني معتبر.

٥ - غير أن دراسة هذه القواعد والضمانات يهدف للوقوف على طبيعة الممارسات التي يمكن أن تشكل انتهاكاً أو مخالفة لأحكام هذه القوانين؛ بما يعد جريمة في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية يستحق مرتكبوها العقوبات المقررة في هذه القوانين، ومن هنا نصل إلى الموضوع الآخر من هذه الدراسة وهو بيان سياسة العقاب التي تتبناها هذه التشريعات لمواجهة الصور العديدة للجرائم المرتكبة في هذا المجال، ونظراً لكون القانونين الكويتي والقطري قد أفردا للمسؤولية الجنائية والعقاب على مخالفة أحكامهما مادة واحدة، بما يعكس نظرة القانونين إلى مختلف الجرائم المرتكبة في هذا المجال على نحو متساوٍ والعقاب عليها بذات العقوبة، فإن دراستنا للعقوبات المقررة في هذا المجال سوف تتركز على ما ورد من عقوبات متنوعة في القانون المصري الذي اتبع سياسة عقابية مختلفة، وهو ما يجنبنا تكرار التعرض للعقوبة الواردة بالقانونين الكويتي والقطري على امتداد الدراسة؛ ولذلك سنتعرض في المطلب التمهيدي بالتحليل والنقد لسياسة العقاب التي يتبعها القانونان الكويتي والقطري، وكذلك مشروع القانون القطري لبيان مدى اتباعهما لسياسة تفريد عقابي تحقق العدالة والردع، ثم ستركز الدراسة في المطالب المتتالية على بيان العقوبات المقررة في القانون المصري لمواجهة انتهاك القواعد المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

ثالثاً: تقسيم الدراسة

٦ - تخضع عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الموتى إلى الأحياء للعديد من القواعد القانونية المشتركة، ومع ذلك ونظراً للخصوصية التي يتمتع بها كل نوع من نوعي هذه العمليات، تلك الخصوصية النابعة من كون المتبرع بالعضو

البشري في إحداهما إنسان حي وفي أخرهما إنسان ميت، فإن كل نوع من هذه العمليات يخضع لبعض القواعد القانونية الخاصة به دون الآخر، ونظراً لخصوصية المجتمع المصري من ناحية الكثافة السكانية العالية مع ارتفاع نسبة الفقر بين أفراده، ولما أثبتته واقعه من وجود تجارة للأعضاء البشرية تجعل مصر من الدول المرشحة لأن تصبح مسرحاً لهذه التجارة، اشترط القانون المصري توافر رابطة محددة بين المتبرع والمتلقي لإباحة عملية نقل الأعضاء البشرية، وعليه سنتناول كل نوع من هذه القواعد القانونية في مطلب مستقل نعرض فيه مضمونها والعقوبات المقررة لمواجهة أي انتهاك لها.

وتجنباً للإخلال بسياق الدراسة وتتابع موضوعاتها وتجنباً لتكرار الجزئية ذاتها في أكثر من موضع، أثرنا أن نعالج عدداً من النقاط القانونية العامة في مطلب خامس، خاصة أنها أمور مشتركة ومتداخلة، أو تكاد تكون كذلك، بين موضوعات الدراسة جميعها، وعلى ذلك نتناول موضوع هذه الدراسة وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: السياسة الجنائية بشأن انتهاك القواعد والضمانات المتعلقة بالتبرع بالأعضاء البشرية حال الحياة.

المطلب الثاني: السياسة الجنائية بشأن انتهاك القواعد والضمانات المتعلقة بالاستفادة بالأعضاء البشرية عقب الوفاة.

المطلب الثالث: السياسة الجنائية بشأن انتهاك القواعد المنظمة للعلاقة بين المتبرع والمتلقي.

المطلب الرابع: السياسة الجنائية بشأن انتهاك القواعد المشتركة بشأن نقل الأعضاء البشرية من الأحياء أو الموتى.

المطلب الخامس: قواعد خاصة بشأن سياسة العقاب في مجال زراعة الأعضاء البشرية.

المطلب الأول

السياسة الجنائية بشأن انتهاك القواعد والضمانات المتعلقة بالتبرع بالأعضاء البشرية حال الحياة

٧ - نتناول في هذا المطلب القواعد والضمانات المتعلقة بأهلية التبرع وخلو إرادة المتبرع من عيوب الرضاء، والضمانات المتعلقة بعدم تعريض حياة أو صحة المتبرع للخطر وحتمية إجراء عملية الزرع للمريض، ثم جزاء مخالفة هذه القواعد والضمانات المتعلقة بالتبرع بالأعضاء البشرية حال الحياة، وذلك في ثلاثة فروع متتالية على النحو الآتي:

الفرع الأول

القواعد والضمانات المتعلقة بأهلية التبرع وخلو إرادة المتبرع من عيوب الرضاء

٨ - تضع القوانين المنظمة لنقل الأعضاء البشرية مجموعة من القواعد والضوابط التي تكفل حماية إرادة الشخص في التبرع أو عدم التبرع بعضو أو نسيج حي من جسمه حال حياته، فتتضمن اكتمال الأهلية لصحة تبرعه، كما تشترط خلو إرادة المتبرع من عيوب الرضاء، فضلاً عن ضرورة تبصير المتبرع بأحد أعضاء جسمه بمخاطر التبرع، وتفريغ إرادته في شكل محدد لصحة التبرع، واشتراط أسبقية الرضاء بالتبرع على إجراء عملية الاستئصال، كما تضمن للمتبرع إمكانية عدوله عن رضائه السابق بالتبرع. ونتناول هذه النقاط جميعها تباعاً على النحو الآتي:

أولاً: اشتراط كمال الأهلية للتبرع بالأعضاء البشرية

٩ - يعد استئصال أحد الأعضاء البشرية من جسد شخص سليم اعتداء على الحق في سلامة الجسم، إلا أن التقدم في مجال العلوم الطبية أعطى للكثير من المرضى أملاً في العلاج عن طريق زرع أعضاء بشرية في أجسامهم بدلاً عن أعضائهم المريضة أو التالفة، ونظراً لخطورة هذه الممارسة الطبية ومساسها بسلامة وحرمة الجسد البشري، فإنه يتعين أن يصدر الرضاء أو القبول عن المتبرع بأعضائه البشرية وهو مكتمل الأهلية القانونية؛ وهو ما يعني أن يكون الشخص المتبرع مميزاً ومدرکاً لماهية تصرفه وللآثار المترتبة عليه، إذ حينئذ يكون الرضاء معبراً عن إرادة

معتبرة قانوناً^(١). وشرط كمال أهلية المتبرع بالأعضاء البشرية قد ورد في إحدى توصيات ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي^(٢).

وقد ورد النص على شرط كمال أهلية المتبرع بأحد أعضاء جسمه في كل من القانونين المصري والكويتي بشأن زراعة الأعضاء البشرية، حيث تنص المادة ٢/٥ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على عدم قبول التبرع من الطفل أو من عديم الأهلية أو ناقصها، ويعني ذلك أن قبول تبرع الشخص بأعضائه البشرية يتوقف على اكتمال أهليته القانونية، وفي المقابل تنص المادة ٢ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء صراحة على أن التبرع أو الوصية بعضو أو أكثر من أعضاء الجسم يكون للشخص كامل الأهلية^(٣). وهو ما يتبناه كذلك مشروع القانوني القطري الحالي بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في مادته الخامسة.

ويتربط على اشتراط كمال الأهلية أن رضاء الشخص عديم الأهلية أو ناقصها بالتبرع بأعضائه البشرية لغرض زراعته في جسم شخص آخر مريض لا يعتد به ولا ينتج أي أثر قانوني في هذا الخصوص.

١٠ - وفي ذات السياق فإن أحداً لا يملك بأي حال من الأحوال النيابة عن عديم الأهلية أو ناقصها في الموافقة على التبرع بأحد أعضائه البشرية لما يتضمنه ذلك من اعتداء صريح على صحته وسلامته الجسدية دون تحقيق أية مصلحة علاجية له^(٤). فالرضاء في هذا الفرض ينصب على المساس بحق الشخص في سلامة جسمه وهو ما

(١) دكتور/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، ١٩٨٩، ص ٢٥٤؛ دكتور/ عوض محمد عوض، قانون العقوبات - القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص ١٩٨.

(٢) توصيات ندوة "الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي"، ندوة علمية نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، بكلية الحقوق - جامعة القاهرة، في نوفمبر سنة ١٩٩٣، ص ١٩٥.

(٣) انظر كذلك وبذات الصياغة: المادة ٤ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

(٤) دكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية - دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة ١٧، ١٩٧٥، ص ١٢٢؛ دكتور/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث - دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٧، ص ٨٥٠.

يخرج عن نطاق الحقوق المالية لعيديم الأهلية أو ناقصها، ونظراً لكون النيابة القانونية ينحصر مجالها في الحقوق المالية، فإن موافقة النائب القانوني على التبرع بأحد الأعضاء البشرية لعيديم الأهلية أو ناقصها بغرض زرعها في جسم شخص آخر مريض لا يعتد بها قانوناً^(٥). وهذه الأحكام القانونية ورد النص عليها صراحة في المادة ٢/٥ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، حيث قررت عدم الاعتراف بموافقة أبوي الطفل أو من له الولاية أو الوصاية عليه، وعدم الاعتراف بموافقة من ينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو من يمثله قانوناً^(٦).

ثانياً: إمكانية التبرع بالخلايا الأم من غير مكتملي الأهلية

١١ - أجاز القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية في مادته ٣/٥ نقل الخلايا الأم من الطفل أو عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، واشترط نص الفقرة المشار إليها أعلاه لجواز عملية الاستئصال والزرع الحصول على موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني، أو موافقة من له الولاية أو الوصاية على الطفل، أو موافقة النائب أو الممثل القانوني لعيديم الأهلية أو ناقصها^(٧).

ولا شك أن هذا النوع من عمليات نقل الأعضاء البشرية تحيطه فرص نجاح كبيرة بسبب التقارب الجيني وتمائل الأنسجة بين الأخوة الأشقاء^(٨)، إلا أننا نعتقد أن هذه الإجازة يتعين إحاطتها بضمانات خاصة بحماية صحة الصغير وسلامته وعدم تعريض حياته للخطر، وأخرى خاصة بفاعلية عملية الزرع في شفاء الأخ أو الأب أو الأم أو الابن، على حسب الأحوال، المنقول إليه العضو، ونرى من جانبنا أن يقتصر الأمر على موافقة صريحة من جانب الأبوين مجتمعين في حالة وجودهما على قيد

(٥) دكتور/ طارق أحمد فتحي سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٢٠١.

(٦) وهو التوجه ذاته والصياغة ذاتها التي يتبناها مشروع القانون القطري الحالي بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في مادته ١/٨.

(٧) وهو ذات الموقف الذي يتبناه مشروع القانون القطري الحالي بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في مادته ٢/٨.

(٨) دكتور/ أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، ص ٨٦؛ دكتور/ مهند صلاح العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٣٧.

الحياة، بمعنى أن رفض الأب أو الأم للأخوة الأشقاء يجب أن يعتد به في منع عملية الاستئصال، وهو ما يعني حرمان أي ممثل قانوني آخر لغير كامل الأهلية من إمكانية الموافقة على عملية الاستئصال وذلك عند غياب الأب والأم، ذلك أن الوصي على الصغير أو الممثل القانوني لغير مكتمل الأهلية ليس دائماً بالحريص على مصلحة من يمثله، خاصة في ظل ضعف النفوس البشرية وفساد الضمائر في هذا الزمن، فليس بمستغرب أن يكون الضرر والأذى الذي يصيب الطفل مصدره الوصي عليه، الأمر الذي قد يدفع الوصي على الصغير أو الممثل القانوني لغير مكتمل الأهلية إلى التضحية بجزء من جسم هؤلاء نظير مكاسب شخصية^(٩).

ثالثاً: خلو إرادة المتبرع من عيوب الرضاء

١٢ - تنص المادة ١/٥ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على وجوب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وفي المقابل خلا المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء من أية إشارة إلى اشتراط صحة إرادة المتبرع وخلوها من عيوب الرضاء^(١٠). بينما تضمن مشروع القانون القطري الحالي بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ٦ وجوب تحقق الجهة المختصة بإجراءات التبرع من أن إرادة المتبرع خالية من عيوب الرضاء.

والحقيقة أن اشتراط سلامة إرادة المتبرع بأحد أعضاء جسمه وخلوها من عيوب الرضاء يعد أمراً في غاية الأهمية؛ نظراً لخصوصية التبرع بالأعضاء البشرية، ولما يترتب على هذا التبرع من مساس بسلامة جسم المتبرع. ولذلك يتعين أن يكون رضاء المتبرع بأحد أعضاء جسمه رضاءً معبراً عن إرادة حرة خالية من الخضوع لأي مؤثرات قد تمثل ضغطاً أو إكراهاً أو تحايلاً على إرادة المتبرع بما ينفي عنها حرية الاختيار^(١١). فعدم خلو الإرادة من العيوب ووقوعها تحت تأثير غش أو تدليس

(٩) دكتور/ بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دراسة على ضوء القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، ٢٠١٠، دار النهضة العربية، ص ٢٤.

(١٠) وهو ذات الموقف الذي يتبناه القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

(١١) دكتور/ منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤، ص ٩٩؛ دكتور/ مهند العزة، المرجع السابق، ص ١٣٣؛ دكتورة/ سميرة الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ١٤٢.

أو غلط أو إكراه مادي أو معنوي يجردها من قيمتها القانونية^(١٢). وفي معنى الإكراه قضت محكمة النقض المصرية "بتحقق الإكراه بانعدام الرضاء لدى المجني عليه فهو يتم بكل وسيلة قسرية تقع على الأشخاص يكون من شأنها تعطيل الاختيار أو إعدام قوة المقاومة عنده تسهياً لارتكاب الجريمة، فكما يصح أن يكون الإكراه مادياً باستعمال القوة فإنه يصح أيضاً أن يكون أدبياً بطريق التهديد، ويدخل في هذا المعنى التهديد بخطر جسيم على النفس أو المال^(١٣). وتنتمي حرية الإرادة كذلك إذا كان الشخص فاقداً للشعور وقت التعبير عن رضائه نتيجة وقوعه، على سبيل المثال، تحت تأثير مخدر أو تنويم مغناطيسي^(١٤). كما يتعين التأكد من عدم استغلال محبة الشخص وصلته بالمريض لإخضاعه لضغط نفسي وإحساسه بأن حياة المريض وشفاءه من مرضه أمر متوقف على تبرعه له بعضو من أعضاء جسمه، فمثل هذا الأمر يعيب الإرادة ويجعل رضاء الشخص بالاستئصال غير منتج لآثاره القانونية. كما يجب الحذر من أن يكون المتبرع محباً للشهرة أو أن يكون موافقته على التبرع وليدة لحظة يأس من الحياة أو لحظة سخط عليها، وهذا ما دعا البعض إلى ضرورة إخضاع المتبرع حال حياته لبعض الاختبارات النفسية^(١٥). ومن جهة أخرى فإن التأثير على إرادة الشخص بإغرائه بالمال أو بجني فائدة ما، كالحصول على وظيفة معينة، من شأنه أن يعدم الإرادة ويجرد الرضاء من أية قيمة قانونية، فضلاً عما يمثله ذلك من اتجار بالبشر يقتضي معاقبة مرتكبه لما تمثله هذه التجارة من إهدار لكرامة الإنسان وحرمة جسده^(١٦).

رابعاً: ضرورة تبصير المتبرع بأحد أعضاء جسمه بمخاطر التبرع

١٣ - تنص المادة ٧ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على ضرورة إحاطة المتبرع، وكذلك المريض، علماً بطبيعة

(١٢) دكتور/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٢٥٥؛ دكتور/ عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ١٩٩؛ مستشار/ عادل الشهاوي ومستشار دكتور/ محمد الشهاوي، شرح قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠١٢، ص ١٥٨.

(١٣) نقض مصري، الطعن رقم ١١٢٧١ - لسنة ٦٩ - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٥/٠٢ - مكتب فني ٥٣ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٧٠٠، موقع www.eastlaw.com

(١٤) دكتور/ طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

(١٥) دكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٢.

(١٦) دكتور/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص ٨٢؛ دكتور/ طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢١٤.

عمليتي الاستئصال والزرع، وكذلك تبصيره بكافة المخاطر المحتملة للعملياتين على المدى القريب أو البعيد، وقد حددت اللائحة التنفيذية للقانون المصري في مادتها ١/٧ المدى القريب بفترة تواجد المتبرع والمتلقي بالمنشأة الطبية التي تجري فيها عمليتا الاستئصال والزرع، والمدى البعيد بالعالم الأول من تاريخ إجراء العملية.

وقد ورد النص على التزام الفريق الطبي بتبصير المتبرع بكافة النتائج والمخاطر الصحية المؤكدة والمحتملة المترتبة على عملية استئصال أحد أعضائه في المادة ٤ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء، حيث اشترطت هذه المادة أن يتم تبصير المتبرع كتابة من قبل فريق طبي مختص بعد إجراء فحص شامل للمتبرع^(١٧)، وبالمقابل يتم تبصير المتبرع من قبل لجنة طبية ثلاثية لا يشترك أعضاؤها في إجراء عملية الزرع وهي لجنة مستقلة عن المنشأة المرخص لها بزرع الأعضاء، ويصدر بتشكيلها قرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وذلك وفقاً لما ورد بنص المادة ١٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

ويجب أن تشتمل الكتابة على مضمون ما بينه الفريق الطبي للمتبرع، وهذه الكتابة بما تشتمل عليه تكفل حماية المتبرع من محاولات التضليل المحتملة في هذا المجال من الممارسات الطبية، كما تكفل حماية الفريق الطبي المختص من المسؤولية الجنائية والمدنية في هذا الشأن^(١٨)، ويترتب على ذلك عدم الاعتراف برضاء المتبرع بأحد أعضاء جسمه حال حياته إلا إذا كان هذا الرضاء صادراً عنه بعد إطلاعه على طبيعة عملية الاستئصال وعلى كافة الأضرار والمخاطر الصحية المترتبة على إجرائها، سواء في ذلك الأضرار والمخاطر الحالية والمستقبلية، المؤكدة والمحتملة^(١٩).

١٤ - ونعتقد أن هذا الالتزام على الفريق الطبي المختص يقتضي تبسيط الأمور للمتبرع، وشرح كل صغيرة وكبيرة تخص عملية الاستئصال، فلا يجب إخفاء أي أمر يتعلق بعملية الاستئصال عن الشخص المتبرع، كما أن حق المتبرع في

(١٧) وهو ذات الاتجاه الذي تبناه القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ٦، والمشروع الحالي للقانون لقطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ١/٧.

(١٨) دكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ١١٥؛ دكتور/ منذر الفضل، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(١٩) دكتور/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص ٧٢؛ دكتور/ منذر الفضل، المرجع السابق، ص ١٠٩؛ دكتور/ طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢١٠.

تبصيره بكافة المخاطر والأضرار المترتبة على عملية الاستئصال من قبل الفريق الطبي المختص لا يجب أن يقتصر فقط على الجوانب الصحية المتعلقة بإجراء العملية، وإنما يتعين أن يمتد ليشمل ما قد يترتب على عملية الاستئصال من صعوبات تؤثر على ممارسة المتبرع بأحد أعضائه لمختلف أوجه حياته الاجتماعية والمهنية؛ كأن يترتب على إجراء عملية الاستئصال عدم قدرة الشخص على ممارسة حرفة أو مهنة معينة أو ممارسة رياضة خاصة على سبيل الاحتراف^(٢٠).

ومنعاً لما قد يثور من مشاكل قانونية تتعلق بتبصير المتبرع قبل موافقته على التبرع بأحد أعضاء جسمه بغرض زرعه لأحد المرضى، فقد نصت المادة ٧ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على ضرورة قيام لجنة طبية ثلاثية بتحرير محضر يوقع عليه المتبرع أو ممثله القانوني في الحالات التي يجوز فيها تبرع الطفل أو فاقد الأهلية أو ناقصها بالخلايا الأم، كما يوقع عليه المنقول إليه ما لم يكن غائباً عن الوعي أو الإدراك، يتضمن إثبات إحاطة المتبرع والمتلقي أو من يمثلهما على النحو المتقدم بطبيعة العملية وبكافة مخاطرها المحتملة. وفي هذا الشأن قررت المادة ٢/٧ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري أن تتم هذه الإحاطة بالمخاطر شفاهة وكتابة، وأن تضع اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية نموذجاً موحداً للإقرار الكتابي للمنقول منه والمنقول إليه يتضمن المخاطر المحتملة بكل عملية على حدة، وتحرير هذا المحضر وما يشتمل عليه من مضمون يكفل حماية المتبرع من محاولات التضليل المحتملة في هذا المجال من الممارسات الطبية، كما يكفل حماية الفريق الطبي المختص من المسؤولية الجنائية والمدنية في هذا الشأن^(٢١). ونرى أنه كان من الأولى اشتراط الحصول على توقيع المتبرع في حضور شاهد يختاره المتبرع نفسه، وليكن قريب له حتى الدرجة الثانية، شريطة أن تكون لدى هذا الشاهد المقدرة على فهم مضمون المعلومات الطبية التي يتم إحاطة المتبرع بها، وعلى قراءة ما يتم تدوينه في المحضر في حالة ما إذا كان المتبرع لا يجيد القراءة، كما يتعين توقيع الشاهد على هذا المحضر.

(٢٠) دكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ١١٥، مستشار/ عادل الشهاوي ومستشار دكتور/ محمد الشهاوي، ص ٥٠.

(٢١) دكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ١١٥؛ دكتور/ منذر الفضل، المرجع السابق، ص ١٠٩.

خامساً: الشكلية المطلوبة لصحة التبرع بالأعضاء البشرية

١٥ - يتعين في مجال عمليات نقل الأعضاء البشرية أن يكون رضا المنقول منه أحد أعضائه البشرية ثابتاً بالكتابة وموقعاً عليه منه ومن شهود يحددهم القانون. وهذه الشكلية المطلوبة في رضا المتبرع باستئصال أحد أعضائه بغرض زرع لشخص مريض تهدف إلى حماية المتبرع ضد أي تحريف يمس مضمون رضائه، كما أنها تكفل حماية الأطباء المختصين بإجراء عملية الاستئصال عند نشوء أي نزاع حول وجود أو حول مضمون رضا المتبرع، وتختلف مظاهر هذه الشكلية من تشريع إلى آخر، فوفقاً لنص المادة ٢ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء يشترط أن يكون التبرع بموجب إقرار كتابي من المتبرع يشهد عليه شاهدان كاملاً الأهلية^(٢٢). في حين اكتفت المادة ٥ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية بالإشارة إلى وجوب أن يكون التبرع ثابتاً بالكتابة، وأحالت إلى اللائحة التنفيذية في بيان تفاصيل هذا الثبوت بالكتابة، وقد قررت اللائحة التنفيذية للقانون المصري في مادتها ١/٥ بأن التبرع يكون بموجب إقرار كتابي من المتبرع، معززاً بشهادة اثنين من أقارب الدرجة الأولى، أو مصدقاً عليه من الشهر العقاري^(٢٣).

سادساً: اشتراط أسبقية الرضا بالتبرع على إجراء عملية الاستئصال

١٦ - يتعين في مجال عمليات استئصال الأعضاء البشرية أن يكون رضا المتبرع بأحد أعضائه سابقاً على إجراء عملية الاستئصال، فالرضا اللاحق في هذا الخصوص لا يعتد به ولا يجوز التعويل عليه ولا أثر له بخصوص نفي مسؤولية المساهمين في هذه العملية، فاستئصال أحد الأعضاء البشرية لشخص سليم، خارج الضوابط الخاصة بعمليات نقل الأعضاء البشرية، يشكل جنابة جرح أقصى إلى عاهة مستديمة، أو جرح أقصى إلى موت إذا توفي المجني عليه نتيجة ذلك، وهي جرائم لا مجال بشأنها لتطبيق أحكام الصلح الذي تنقضي به الدعوى الجنائية^(٢٤)، كما أن الرضا المعاصر لإجراء عملية استئصال أحد الأعضاء البشرية لا يسري في مجال

(٢٢) وهي ذات الشكلية المطلوبة لإثبات صحة التبرع والمنصوص عليها في المادة الرابعة من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، والمادة ٥ من المشروع القطري الحالي بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

(٢٣) انظر في هذا الاقتراح قبل صدور اللائحة التنفيذية للقانون: دكتور/ بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، سابق الإشارة إليه، رقم ٧٠، ص ٨٠.

(٢٤) دكتور/ طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢١٩.

عمليات نقل الأعضاء البشرية؛ نظراً لكون هذه العمليات الطبية ذات طبيعة خاصة وتحتاج لإجراءات وفحوصات طبية عديدة، فضلاً عن أن رضا المتبرع بأحد أعضاء جسمه يحيطه القانون بالعديد من الشروط والضوابط القانونية لكي ينتج أثره في الإباحة، وهذه الأمور جميعها تقطع بضرورة عدم الاعتداد قانوناً بالرضا المعاصر لعملية الاستئصال، ويستخلص هذا الشرط من عبارات نص المادة ٧ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، والمادة ٤ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء، حيث تلزم هذه المواد على الجهات الصحية المختصة بواجب إحاطة المتبرع، وكذلك المريض، بطبيعة العمليتين وبكافة الأضرار والمخاطر الصحية المترتبة على إجرائهما وذلك قبل البدء في عملية الاستئصال بقصد الزرع^(٢٥)، وعلى هذا فإنه يشترط في الرضا المبيح لإجراء عمليات الاستئصال أن يكون سابقاً على إجراء العملية من ناحية، وأن يستمر هذا الرضا حتى لحظة البدء في عملية الاستئصال من ناحية أخرى، وإلا تجرد الرضا من قيمته القانونية في إباحة إجراء هذه العملية.

سابعاً: إمكانية عدول المتبرع عن رضائه

١٧ - يعد رضا الشخص باستئصال أحد أعضاء جسمه من أجل زرع في جسم آخر مريض من قبيل التبرع على سبيل الهبة وهو تصرف من جانب واحد، ويحق للمتبرع أن يعدل عن رضائه الصادر عنه في أي وقت، شريطة أن يتم ذلك قبل إجراء عملية الاستئصال، أي أن رجوع الشخص في تبرعه جائز حتى قبل لحظة تخديره لإجراء عملية الاستئصال^(٢٦). وقد ورد النص على حق المتبرع في العدول عن تبرعه دون قيد أو شرط في المادة ٤/٥ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وفي المادة ٤ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء^(٢٧). والحقيقة أن حق العدول عن التبرع قبل إجراء عملية الاستئصال يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق

(٢٥) انظر كذلك: المادة ٦ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، والمادة ١/٧ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

(٢٦) دكتور/ منذر الفضل، المرجع السابق، ص ١١٦.

(٢٧) انظر كذلك: المادة ٢/٦ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، والمادة ٢/٧ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

على حرمان المتبرع من حقه في العدول عن تبرعه في أي وقت قبل إجراء عملية الاستئصال، كما لا يجوز تعليق حقه في الرجوع على أي قيد أو شرط أو على موافقة أي شخص غير المتبرع^(٢٨).

الفرع الثاني

الضمانات المتعلقة بعدم تعريض حياة أو صحة المتبرع للخطر وحتمية إجراء عملية الزرع للمريض

١٨ - مما لا شك فيه أن الاستفادة من عمليات زرع الأعضاء البشرية في علاج المرضى لا يمكن أن يكون بأي حال مقبولاً على حساب المحافظة على حياة المتبرع أو صحته من مخاطر تبرعه بأحد أعضاء جسمه، ولذلك تشترط القوانين المنظمة لعمليات نقل الأعضاء البشرية ألا تنطوي هذه العملية على تعريض حياة أو صحة المتبرع للخطر، وبالمقابل أن تكون العملية لازمة، دون وسيلة طبية أخرى، لعلاج المريض المتلقي لأحد الأعضاء البشرية، وهذا ما نعالجه على النحو الآتي:

أولاً: عدم تعريض حياة أو صحة المتبرع للخطر

١٩ - نظراً لكون المتبرع حال حياته بأحد أعضاء جسمه شخصاً سليماً صحيحاً ولا يشتكي من مرض ما، فيتعين لمشروعية تبرعه بأحد أعضاء جسمه ألا يترتب على ذلك تعريض حياته أو صحته للخطر، ويبلغ هذا الخطر ذروته إذا كان محل التبرع أحد أعضاء الجسم التي لا يمكن لحياة المتبرع أن تستمر بدونه، كما لو انصب التبرع على قلب الشخص، كما لا يعتد بالرضاء ولو ترتب على التبرع استمرار حياة المتبرع ولكن بصورة تتعطل معها ممارسته لحياته بصورة معتادة، كالتبرع بالعينين معاً، فالشخص لا يملك التصرف في جسمه بصورة مطلقة تصل إلى حد التنازل عن حياته أو تعطيل هذه الحياة^(٢٩)، كما يلزم أن يكون تبرع الشخص بأحد أعضاء جسمه غير ضار بصحته، ولذلك لا يعتد برضاء الشخص إذا كان سيترتب على تبرعه هذا إصابته بمرض أو بعجز لا يمكن تدارك آثاره^(٣٠)، أو تهديد صحته بشكل يؤثر على أداء أجهزة جسمه لوظائفها المعتادة بصورة طبيعية^(٣١)، وهذا

(٢٨) دكتور/ طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٢٩) دكتور/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٣٠) دكتور/ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٨٥.

(٣١) دكتور/ سليمان عبدالمنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٦٧.

الخطر يجد ما يبرره في عدم معقولية الاعتداد قانوناً برضاء الشخص المتجه إلى إهدار حياته، ولو كان الباعث على ذلك نبيلاً ومتمثلاً في إنقاذ حياة شخص آخر مريض ومعرض للهلاك بسبب مرضه، فحياة الناس جميعاً لها ذات القيمة القانونية وتحظى بالحماية الجنائية ضد كافة صور الاعتداء عليها، ولذلك فمن غير المقبول التضحية بحياة شخص سليم ليس به علة مرضية من أجل محاولة إنقاذ حياة شخص آخر مريض قد يتحقق له الشفاء وقد لا يتحقق، ومع احترامنا لحق المريض في العلاج والتمسك بالأمل في الشفاء، إلا أنه لا يعقل أن يؤدي علاجه إلى وفاة شخص آخر أو يسبب تعطيلاً لممارسته حياته بشكل طبيعي.

وللتحقق من هذه الأضرار والمخاطر الصحية المحتملة بالنسبة للمتبرع في حال إجراء عملية الاستئصال يتعين إخضاع هذا الأخير للفحص الطبي المتعمق والشامل من قبل فريق طبي متنوع التخصصات لإعداد تقرير يتضمن كافة المخاطر المحتملة والمؤكد المترتبة على عملية الاستئصال، ولا يجب أن تجرى عملية استئصال العضو البشري من جسد شخص على قيد الحياة إلا بعد أن يثبت بموجب تقرير طبي أن الضرر الصحي الذي قد يصيب الشخص المنقول منه أحد أعضائه هو ضرر صحي محدود، وأنه لا يعجزه عن القيام بوظائف الحياة المعتادة، ولا يحول بينه وبين أدائه لوظيفته الاجتماعية بصورة طبيعية^(٣٢).

٢٠ - وقد تعرض القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية لهذا الموضوع في إشارة سريعة وقاصرة وردت في المادة ١/٢ منه حيث ذكرت العبارة الأخيرة من هذه المادة "ألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته". كما تعرض القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية^(٣٣) لهذه الجزئية في المادة ٥ التي تنص على أنه: "لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حي، ولو كان ذلك

(٣٢) التوصيات العامة للندوة العلمية حول موضوع "الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي"، سابق الإشارة إليها، ص ١٩٥.

(٣٣) انظر: المادة ٣ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء، وكذلك: المادة ١٢ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، حيث يلاحظ خلو المادتين المشار إليهما من العبارة الأخيرة الواردة بالمادة ٥ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية والخاصة بحالة عدم جواز نقل عضو من جسم شخص حي إذا غلب على ظن الأطباء المعالجين عدم نجاح عملية الزرع.

بموافقته، إذا كان استئصال هذا العضو يفضي إلى وفاة صاحبه، أو فيه تعطيل له عن واجب، أو إذا غلب على ظن الأطباء المعالجين عدم نجاح عملية الزرع". والحقيقة أن العبارة الأخيرة من هذه المادة في غاية الأهمية بالنسبة لحماية الراغبين في التبرع بأعضائهم حال حياتهم، فالباعث الذي يدفع هؤلاء هو - من منظور القيم الأخلاقية - الرغبة في إنقاذ حياة مريض، لا تجدي في علاجه الوسائل الطبية التقليدية، وذلك من منطلق التضامن معه إنسانياً أو اجتماعياً أو عائلياً، ولذلك ليس من المقبول تعريض حياة المتبرع للخطر أو تعريض صحته أو سلامته الجسدية لضرر جسيم أو مخاطر يصعب تفادي آثارها، وذلك باستئصال أحد أعضاء جسمه من أجل زرع لمريض لن يستفيد طبياً من هذه العملية، والقول بغير ذلك يعني أن الأمر قد تحول إلى عبث وتلاعب بصحة الإنسان السليم والعليل، وأن شبهة قوية توجد وتدل على تحويل الأمر من كونه وسيلة علاجية إلى إجرائه على سبيل التجربة.

ثانياً: لزوم إجراء عملية الزرع للمريض

٢١ - لا شك أن عملية استئصال الأعضاء البشرية من الأحياء تشكل - ولو بنسبة ضئيلة - خطراً على صحة وسلامة المنقول منه، وقد يترتب على إجرائها بعض الأضرار الحالة أو المستقبلية؛ ولذلك وجب أن يكون الجانب الآخر من عمليات نقل الأعضاء والمتمثل في عملية الزرع للمريض ضرورياً حتى يبرر إجراء الجانب الأول من هذه العمليات وهو استئصال العضو البشري اللازم للزرع، وتتوافر هذه الضرورة عندما يكون المريض مصاباً بمرض خطير يهدد حياته أو ينبئ عن تدهور حالته الصحية إذا لم تجرى له عملية زرع أحد الأعضاء البشرية، نظراً لفشل الوسائل العلاجية التقليدية في القضاء على هذا المرض أو التخفيف من آثاره السيئة على صحة المريض، فتوافر وسيلة علاجية أخرى ينفي عن عملية الزرع صفة الاضطرارية^(٣٤)، خاصة عندما يكون التبرع من شخص حي، ولذلك تقرر المادة ١/٢ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية عدم جواز نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي إلا إذا كان النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة حالة ضرورة تقتضي المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، كما تقرر المادة ٨ من القانون ذاته إمكانية نقل عضو من جسد إنسان ميت لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من

(٣٤) دكتور/ طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١٧٧.

مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده^(٣٥). والحقيقة أن مدلول عبارات هذه النصوص القانونية في غاية الأهمية؛ لأنها تجعل الأولوية في علاج المرضى ليس باللجوء مباشرة إلى استئصال الأعضاء البشرية من أجساد أناس أحياء، وإنما باستخدام وسائل العلاج الأخرى التي قد تأتي بنتائج مرضية في تحقيق الشفاء، أو تخفيف آلام المرضى دون التعرض لسلامة أجسام وصحة أشخاص آخرين، بحيث إذا ثبت عدم جدوى هذه الوسائل العلاجية التقليدية، وأن الحل الطبي الوحيد يتمثل في إجراء عملية زرع أحد الأعضاء البشرية للمريض، فعندئذ يجوز اللجوء لعمليات نقل الأعضاء البشرية كوسيلة علاجية.

وفي حين أجازت المادة ١/٢ المشار إليها أعلاه نقل عضو أو نسيج من جسم إنسان حي إذا كانت هناك ضرورة تقتضي التدخل للمحافظة على حياة مريض أو لعلاج من مرض جسيم، فإن المادة ٨ المشار إليها أعلاه، قد أجازت - إضافة لما سبق - إجراء عملية النقل لضرورة استكمال نقص حيوي في جسم المريض في حال نقل الأعضاء من الموتى، ونعتقد أن هذا التوسع في نطاق الحالات التي تجيز اللجوء لنقل الأعضاء من جثث الموتى الذي تضمنته المادة الثامنة المشار إليها أمر مقبول، خاصة أن استكمال نقص حيوي في جسد المريض لن يعود بالضرر على حياة المتبرع أو سلامته؛ لأنه يتم من خلال عضو أو نسيج بشري مأخوذ من جسد إنسان قد فارق الحياة يقيناً.

٢٢ - الخلاصة أن عملية استئصال الأعضاء البشرية من الأحياء تشكل - ولو بنسبة ضئيلة - خطراً على صحة وسلامة المنقول منه، وقد يترتب على إجراءاتها بعض الأضرار ولو كانت هذه الأضرار مستقبلية، كما أن استئصال الأعضاء من جثث الموتى يمثل تعرضاً لحرمة الموتى، ولذلك كان لابد أن يكون الشق الثاني من عمليات نقل الأعضاء والمتمثل في عملية الزرع مبرراً لإجراء الشق الأول من هذه العمليات وهو عملية الاستئصال، ويتحقق ذلك عندما يكون الشخص مصاباً بمرض خطير يهدد حياته أو ينبئ عن تدهور حالته الصحية إذا لم تجرى له عملية زرع أحد الأعضاء

(٣٥) انظر كذلك: المادة الأولى والمادة ٦ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء، والمواد ٢ و ٨ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، والمواد ٤ و ١٤ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

البشرية، نظراً لفشل الوسائل العلاجية التقليدية في القضاء على هذا المرض أو التخفيف من آثاره السيئة على صحة المريض، فتوافر وسيلة علاجية أخرى ينفي عن عملية الزرع صفة الاضطرارية^(٣٦).

وعلى ذلك فبدون وجود مصلحة علاجية للمريض تقتضي إجراء عملية زرع أحد الأعضاء في جسمه لا يجوز إجراء هذه العملية، وعلى ذلك يحظر إجراء عمليات نقل الأعضاء بغرض تحقيق مصالح علاجية تجميلية، كما يحظر إجراء عمليات استئصال الأعضاء من الأحياء بقصد حفظها في بنوك الأعضاء، بالنسبة لما يجوز حفظه طبيياً من الأعضاء البشرية، وذلك لانتهاء وجود ضرورة علاجية لأحد المرضى^(٣٧). وللقول بتوافر ضرورة أو مصلحة علاجية تبرر عملية نقل الأعضاء البشرية يتعين دراسة حالة كل مريض على حدة^(٣٨). فمعاناة أكثر من مريض من مرض بعينه لا يعني بالضرورة احتياجهم جميعاً لإجراء عملية زرع أحد الأعضاء البشرية، فقد يكون من بينهم من تجدي معه الوسائل العلاجية التقليدية.

ومن الأمور المرتبطة بضرورة أن تستدعي حالة المريض إجراء عملية الزرع، أن يتم التحقق من قابلية العضو المراد استئصاله للزرع في جسم هذا المريض، وذلك من ناحية توافق الأنسجة وعدم رفض الجسم لهذا العضو^(٣٩). فكون حالة المريض سيئة من الناحية الطبية بحيث تتطلب مصلحته العلاجية إجراء عملية زرع أحد الأعضاء البشرية، لا تبرر إجراء عملية الاستئصال دون التحقق من توافق الأنسجة بين المنقول منه والمنقول إليه وملاءمة العضو أو النسيج المنقول لجسم المتلقي بعد التحقق من صلاحيتها^(٤٠)، وإلا كانت عملية الزرع غير مجدية من الناحية الطبية في علاج المريض، واعتبر الأمر من قبيل التجارب أو العبث بحياة البشر وسلامة وحرمة أجسادهم، سواء في ذلك المتبرع المنقول منه أو المريض المنقول إليه.

(٣٦) دكتور/ طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٣٧) دكتور/ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٨١.

(٣٨) دكتور/ طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١٧٤.

(٣٩) دكتور/ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٤٠) وهو ما ورد بالمادة ١٢/٢ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

الفرع الثالث

جزاء مخالفة القواعد والضمانات المتعلقة بالتبرع بالأعضاء البشرية حال الحياة

٢٣ - تنص المادة ١٦ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المواد التالية بالعقوبات المحددة لها فيها".

وتنص المادة ١٧ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أن: "يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من نقل عضواً بشرياً أو جزءاً منه بقصد الزرع بالمخالفة لأي من أحكام المواد ٢، ٤، ٥، ٧ من هذا القانون، فإذا وقع هذا الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنوات.

وإذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه".

وتنص المادة ١٩ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أن: "يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من نقل بقصد الزرع بطريق التحايل أو الإكراه أي عضو أو جزء من عضو إنسان حي، فإذا وقع الفعل على نسيج بشري تكون العقوبة السجن المشدد لمدة لا تزيد على سبع سنوات.

ويعاقب بالعقوبة المقررة في الفقرة السابقة كل من زرع عضواً أو جزءاً منه أو نسيجاً بشرياً تم نقله بطريق التحايل أو الإكراه مع علمه بذلك.

وتكون العقوبة السجن المؤبد وغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه إذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرتين السابقتين وفاة المنقول منه".

٢٤ - وباستعراض النصوص المشار إليها أعلاه نستخلص الآتي:

أولاً: أن الجرائم المعاقب عليها وفقاً للمادة ١٧ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية تتمثل في مخالفة القواعد والضمانات الواردة في المواد ٢، ٣، ٤، ٥، ٧ من القانون المشار إليه تبعاً للإحالة الواردة بالمادة ١٧ من هذا القانون، وهذه الجرائم يتحقق ارتكابها في الحالات الآتية:

- أ - إذا كان من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته.
 - ب - إذا لم تكن عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة لمواجهة حالة ضرورة تقتضي المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم.
 - ج - إذا لم يكن التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وسابقاً على إجراء عملية الاستئصال بقصد الزرع، شريطة أن يستمر هذا الرضاء حتى لحظة البدء في عملية الاستئصال.
 - د - إذا لم يكن رضاء المنقول منه أحد أعضائه البشرية ثابتاً بالكتابة وموقعاً عليه منه، ومعززاً بشهادة اثنين من أقارب الدرجة الأولى، أو مصداقاً عليه من الشهر العقاري.
 - هـ - إذا كان التبرع من شخص غير مكتمل الأهلية، حيث لا يجوز التبرع من الطفل أو من عديم الأهلية أو ناقصها، ولو كان ذلك بموافقة أبوي الطفل أو من له الولاية أو الوصاية عليه، أو بموافقة من ينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو من يمثله قانوناً.
 - و - إذا كانت عملية النقل تتعلق بالخلايا الأم، تعد عملية النقل جريمة إذا تم نقل الخلايا الأم من طفل أو عديم أهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة وكان هناك متبرع آخر من غير هؤلاء، أو إذا تمت عمالية النقل لغير الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة وإن لم يوجد متبرع من غير الطفل أو عديم الأهلية أو ناقصها، كما تعد جريمة إذا تم نقل الخلايا الأم بين من حددهم القانون إذا لم يتم الحصول على موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني، أو موافقة من له الولاية أو الوصاية على الطفل أو موافقة النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها.
 - ز - إذا أُجريت العملية رغم ثبوت عدول المتبرع عن تبرعه.
 - ح - إذا أُجريت العملية دون إحاطة المتبرع كتابة بطبيعة عملية الاستئصال، أو دون تبصيره بكافة المخاطر المحتملة للعملية على المدى القريب أو البعيد.
 - ط - إذا أُجريت العملية دون قيام لجنة طبية ثلاثية بتحرير محضر يوقع عليه المتبرع أو ممثله القانوني في الحالات التي يجوز فيها تبرع الطفل أو فاقد الأهلية أو ناقصها بالخلايا الأم، يتضمن إثبات إحاطة المتبرع أو من يمثله على النحو المتقدم بطبيعة العملية وبكافة مخاطرها المحتملة.
- ثانياً: ميزت المادة ١٧ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ من حيث جسامه العقوبة، سواء من ناحية مقدار العقوبة السالبة للحرية أو وجود الغرامة، بحسب كون الجريمة المرتكبة تتمثل في نقل عضو بشري أو جزء منه أم في نقل

نسيج بشري، فإذا كانت الجريمة تتمثل في نقل عضو بشري أو جزء منه كانت العقوبة هي السجن^(٤١) والغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه، في حين تكون العقوبة فقط السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات دون الغرامة إذا تمثلت الجريمة في نقل نسيج بشري.

ثالثاً: إذا ترتب على ارتكاب إحدى الجرائم المشار إليها أعلاه، سواء تمثل الفعل في نقل عضو أو جزء منه أو نسيج بشري، وفاة المتبرع تكون العقوبة المستحقة هي السجن المشدد^(٤٢) وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه.

رابعاً: أسبغ القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ في شأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية وصف الجنائية على الجرائم المشار إليها أعلاه في البند أولاً، وهي جميعها جرائم يتم ارتكابها بالمخالفة للقواعد والضوابط المنظمة لعمليات استئصال عضو أو جزء من عضو أو نسيج بشري من إنسان حي، فوفقاً للقانون المصري فإن عقوبة السجن أي كان نوعه أو مدته هي عقوبة مقررة للجنايات^(٤٣).

خامساً: وفقاً لنص المادة ١٩ من القانون المصري في شأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، تكون العقوبة السجن المشدد والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه إذا ارتكبت إحدى الجرائم المشار إليها أعلاه في البند أولاً بطريق التحايل أو الإكراه، وتمثل الفعل المكون لها في إجراء عملية استئصال عضو بشري أو جزء منه بطريق التحايل أو الإكراه، فإذا وقع الفعل المكون للجريمة بطريق التحايل أو الإكراه لاستئصال نسيج بشري تكون العقوبة هي السجن المشدد مدة لا تزيد على ٧ سنوات، وإذا ترتب على عملية الاستئصال بطريق التحايل أو الإكراه وفاة المنقول منه، تكون العقوبة السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه، سواء تعلق الفعل المكون للجريمة باستئصال عضو بشري أو جزء منه أم بنسيج بشري.

(٤١) وإطلاق كلمة السجن دون تحديد حد أقصى يعني أن العقوبة المقررة هي السجن الذي لا تزيد مدته على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، انظر: المادة ١٦ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وتعديلاته.

(٤٢) وتعني عقوبة السجن المشدد أن مدة العقوبة لا تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، انظر: المادة ٢/١٤ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وتعديلاته.

(٤٣) انظر: المادة ١٠ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وتعديلاته.

وتجدر الإشارة إلى أن تشديد العقوبة نزولاً على نص المادة ١٩ المشار إليها أعلاه يقتضي أن يكون الفعل المكون لإحدى الجرائم الواردة أعلاه بالبند أولاً قد ارتكب عن طريق التحايل أو الإكراه، كممارسة ضغط أو تهديد أو إكراه مادي على إرادة المتبرع أو ممارسة نوع من التدليس تجاهه، أو كان المتبرع فاقداً للشعور وقت التعبير عن رضائه نتيجة إخضاعه لتخدير أو تنويم مغناطيسي، ونعتقد أن استغلال محبة الشخص وصلته بالمريض وإخضاعه لضغط نفسي نتيجة إحساسه بأن حياة المريض وشفاءه من مرضه أمر متوقف على تبرعه له بعضو من أعضاء جسمه من قبيل الإكراه المعنوي الذي تقع به الجريمة في صورتها المشددة؛ نظراً لأن النص قد أطلق لفظ الإكراه، وهو ما يشمل الإكراه المادي والمعنوي في أي من صورهما، كما أن التأثير على إرادة الشخص بإغرائه بالمال أو بجني فائدة ما، كالحصول على وظيفة معينة، يعد من قبيل التحايل على إرادة المتبرع، كما أن إخفاء أي أمر يتعلق بعملية الاستئصال عن الشخص المتبرع أثناء إحاطته وتبصيره بالمخاطر المحتملة لعملية الاستئصال أو إطلاع المتبرع عليه بصورة غير واضحة يمثل تحايلاً يجرمه القانون وتُشدد حال ارتكابه العقوبة المستحقة على المتهم.

سادساً: يعاقب بالعقوبات الواردة في المادة ١٩ من القانون المصري في شأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية - على حسب الأحوال - كل طبيب زرع عضواً أو جزءاً منه أو نسيجاً تم نقله من إنسان حي بطريق التحايل أو الإكراه، طالما كان عالماً بوجود ذلك التحايل أو الإكراه؛ ذلك أن الواجب القانون والأخلاقي يفرض على الطبيب الامتناع عن إجراء هذه العملية طالما تحقق لديه العلم بوقوع تحايل أو إكراه يعيب إرادة المتبرع المنقول منه عضو أو نسيج بشري حال حياته.

سابعاً: توقع العقوبة ذاتها المنصوص عليها في أي من النصوص السابق الإشارة إليها أعلاه والمقرر لأي صورة من صور الجرائم الموضحة سابقاً على كل من اشترك في إحدى هذه الجرائم سواء أكان ذلك عن طريق التحريض أم الاتفاق أم المساعدة وفقاً للقواعد العامة ونزولاً على حكم المادة ٤١ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٣، والتي تقرر أن من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها إلا ما استثنى قانوناً بنص خاص، وبناء عليه تشمل العقوبات الواردة أعلاه - وبصفة خاصة - كل من ساهم في إجراء عملية النقل من العاملين في المنشآت الطبية التي تجرى فيها هذه العملية شريطة توافر العلم لديهم بإجراء العملية على الرغم من توافر إحدى صور التجريم الواردة في المواد المشار إليها أعلاه.

المطلب الثاني

السياسة الجنائية بشأن انتهاك القواعد والضمانات المتعلقة بالاستفادة بالأعضاء البشرية عقب الوفاة

٢٥ - نتناول في هذا المطلب الضوابط المتعلقة بضرورة التيقن من وفاة الشخص الموصي بالاستفادة من أعضاء جسمه عقب وفاته، والضمانات المتعلقة بوصية الشخص التبرع بأعضاء جسمه بعد الوفاة، ثم جزاء مخالفة هذه القواعد والضمانات، وذلك في ثلاثة فروع متتالية على النحو الآتي:

الفرع الأول

الضوابط المتعلقة بضرورة التيقن من وفاة الشخص قبل الاستفادة من أعضاء جسمه

٢٦ - مع تقدم العلوم الطبية وظهور عمليات زراعة الأعضاء البشرية ونجاحها في علاج الكثير من المرضى، أصبح لتحديد تاريخ الوفاة أهمية كبرى؛ لأنه يتوقف على تحديد لحظة الوفاة إعطاء إشارة البدء في استئصال الأعضاء البشرية اللازم زرعها لأغراض علاجية، وإدخال فعل الطبيب لدائرة الإباحة إذا ما توافر الأساس القانوني والشروط اللازمة لإباحة نقل الأعضاء البشرية، ويتوقف نجاح عمليات الاستئصال والزرع من الناحية الطبية على إجراءاتها بأسرع وقت ممكن عقب حدوث الوفاة، حيث تكون أعضاء الجسم وأنسجته محتفظة بحيويتها وقابليتها للزرع والاستمرار في جسم المريض المنقولة إليه^(٤٤).

وقد أثارت مسألة تحديد لحظة الوفاة جدلاً وخلافاً واسعاً ولا زالت في الأوساط الطبية، وانعكس هذا الخلاف بدوره على القانونيين عند تناولهم لموضوع نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى إلى الأحياء، فإباحة هذا النوع من الممارسات الطبية العلاجية يقتضي التأكد من حدوث وفاة المنقول منه أحد أعضائه، وبعيداً عن تفاصيل الجدل المثار بين الأطباء حول مسألة تحديد لحظة الوفاة ووسائل إثباتها والمعايير الطبية لذلك وما إذا كانت تتمثل في توقف القلب والرئتين أو تتمثل في موت المخ، أحال القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية

(٤٤) دكتور/ مهند صلاح العزة، المرجع السابق، ص ٤٦، دكتورة/ سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص ٢٦١.

مسألة تقرير موت الشخص من عدمه، باعتبار ذلك مسألة طبية في الأساس، إلى لجنة من الأطباء باعتبار هؤلاء من لديهم معرفة بالمعايير الطبية الدقيقة^(٤٥). حيث تنص المادة ١٤ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على عدم جواز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته للحياة^(٤٦). وقد أسندت المادة ١٤ المشار إليها أعلاه مهمة التحقق من ثبوت الموت إلى لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، وأمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، ويتم اختيار أعضاء هذه اللجنة الثلاثية بواسطة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، ويصدر قرار اللجنة الثلاثية بشأن التحقق من ثبوت الموت بموجب قرار يصدر بإجماع آراء أعضائها، بعد إجراء الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت طبقاً للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية والتي يصدر بها قرار من وزير الصحة، وقد منح القانون لهذه اللجنة الثلاثية الحق في الاستعانة بمن تراه من الأطباء المتخصصين على سبيل الاستشارة، وذلك في سبيل أداء مهمتها بشأن التيقن من ثبوت الموت.

٢٧ - وبالمقابل، تشترط المادة ٥ - أ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء أن تكون الموافقة على عملية النقل بموجب إقرار كتابي يصدر من لجنة تشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم طبيب اختصاصي في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية، في حين أجازت المادة ٧ - ١ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية عملية النقل بموجب تقرير مكتوب صادر بإجماع أعضاء لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين، من بينهم طبيب اختصاصي في

(٤٥) تجدر الإشارة إلى أن القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية قد نص في مادته الأولى على أن الوفاة، في أحكام هذا القانون، تعني توقف القلب والتنفس توقفاً نهائياً، أو تعطل وظائف الدماغ تعطلاً كاملاً لا رجعة فيه "الموت الدماغي"، وهو ما يعني تبني القانون القطري لمعاري تحديد لحظة الوفاة؛ وهو ذاته ما يتبناه المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في مادته الأولى.

(٤٦) من جانبها أجازت المادة ٥- أ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء نقل الأعضاء من جثة متوفي بعد التحقق من الوفاة بصورة قاطعة.

الأمراض العصبية، على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية، كما استبعدت من عضوية اللجنة أي طبيب يكون قريباً للمريض المتبرع له أو الشخص المتوفى، أو من تكون له مصلحة في وفاة الشخص المراد نقل الأعضاء من جثته^(٤٧).

الفرع الثاني

الضمانات المتعلقة بوصية الشخص التبرع بأعضاء جسمه بعد الوفاة

٢٨ - الأصل أن المساس بجثة المتوفى حديثاً لأغراض الاستفادة من عمليات زرع الأعضاء البشرية للمرضى ذوي الحاجة لا تجوز إلا إذا كان ذلك بناء على وصية من الشخص قبل وفاته، ومنعاً للتلاعب بشأن هذه الوصية تشترط التشريعات المختلفة شكلية محددة لإثبات هذه الوصية، ومع ذلك يثور التساؤل حول إمكانية موافقة أقارب المتوفى على الاستفادة بأعضاء جسمه، كما يثور التساؤل أيضاً حول مدى إمكانية الاستفادة من أعضاء جسم المتوفين مجهولي الشخصية. ونعالج هذه النقاط والتساؤلات جميعها على النحو الآتي:

أولاً: ضمانة وجود وصية من الشخص

٢٩ - للشخص أن يوصي بالتبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته طالما وجد تنظيم تشريعي يضبط ممارسة عمليات نقل الأعضاء البشرية، وهذا التبرع من الشخص نفسه يعد في حقيقة الأمر الوسيلة الفعالة لسرعة استئصال الأعضاء البشرية عقب الوفاة والاستفادة منها في علاج المرضى المحتاجين إليها^(٤٨). وهذا التبرع هو تصرف معلق نفاذه إلى ما بعد الموت، وهو لذلك يعد وصية يتعين على الأقارب احترامها وعدم الوقوف عقبة أمام تنفيذها. وفي هذا الخصوص، فإن المادة ٨ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية تُجيز نقل الأعضاء البشرية من جسد إنسان ميت إذا كان هذا الأخير قد أوصى بذلك قبل وفاته. كما أن المادة ٢ المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء تجيز للشخص كامل الأهلية أن يوصي بعضو أو أكثر من أعضاء

(٤٧) وهي ذات الضوابط التي تنص عليها المادة ١٣ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

(٤٨) دكتورة/ فوزية عبدالستار، "ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي"، سابق الإشارة إليها، ص ١١٥.

جسمه^(٤٩). وبناء على ذلك، فإنه يتعين فيمن يوصي بأعضاء جسمه عقب وفاته أن يكون كامل الأهلية وقت إبرام وصيته، بمعنى عدم جواز الاعتداد بوصية الشخص بالاستفادة من أعضائه البشرية بعد وفاته قبل اكتمال أهليته القانونية.

ثانياً: الشكلية المطلوبة في الوصية

٣٠ - تجنباً للخلاف حول توافر رضا الشخص من عدمه عندما تحدث الوفاة، فإنه يتعين أن تفرغ إرادة الشخص قبل وفاته في شكل معين، فيكون التعبير عنها في صورة مكتوبة. ولذلك تتطلب المادة ٨ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية شكلية محددة لإثبات وصية المتبرع بأعضاء جسمه بعد الوفاة، حيث اشترطت أن يكون إثبات التبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة بموجب وصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون، ويعني ذلك أن الوسيلة القانونية لإجازة نقل الأعضاء من جسد الميت هو وجود وصية من المتبرع نفسه تفيد موافقته على التبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته بغرض زرعها لذوي الحاجة إليها من المرضى، شريطة أن تكون هذه الوصية موثقة أو مثبتة في ورقة رسمية أو تم الإقرار بها^(٥٠). وقد أحال القانون إلى اللائحة التنفيذية تحديد المقصود بهذا التوثيق أو الإثبات الرسمي للوصية أو الإقرار بها. وقد حددت المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه أشكال الوصية على أحد الوجوه الآتية: ١ - أن تكون الوصية ثابتة بموجب إقرار كتابي موثق بمصلحة الشهر العقاري حال حياة المنقول منه. ٢ - أن تكون واردة في محرر من المحررات الرسمية المنصوص عليها في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، على أن تعتمد من اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية، ويحصل بعدها الموصي على كارت توصية صادر من هذا اللجنة. ٣ - أن تكون الوصية في شكل إقرار عرفي صادر من الموصي قبل وفاته إذا شهد عليه اثنان على الأقل من الأقارب أمام اللجنة العليا، وكان ممهوراً بتوقيع الموصي أو بصمته، وفي المقابل اكتفى المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء لإثبات الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية

(٤٩) وهو ما يتبناه كل من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ٤، والمشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ٥.

(٥٠) مستشار/ عادل الشهاوي ومستشار دكتور/ محمد الشهاوي، المرجع السابق، ص ٥٦؛ دكتور/ رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع المصري والمقارن، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٦٨.

على إفراغها في إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملاً الأهلية^(٥١). بينما أضافت المادة ٥ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية أن يدرج في البطاقة الشخصية ما يدل على وجود هذه الوصية.

٣١ - ونقترح للمزيد من فاعلية هذه الوسائل في إثبات وصية الشخص التبرع بأعضائه عقب وفاته أن تنشئ الدولة قاعدة بيانات تخضع لإشراف لجنة وطنية لزراعة الأعضاء يسجل بها بيانات المتبرعين، حيث تفيد قاعدة البيانات هذه في التعرف على رضا الشخص بخصوص استئصال أعضائه بعد وفاته من عدمه في حال ما إذا عرض له الموت في مكان ما وتم نقله إلى أحد المستشفيات ولم يكن يحمل بطاقة تحقيق الشخصية أو بطاقة التبرع، في حين تم التعرف على شخصيته عن طريق وثيقة أخرى رسمية أو غير رسمية، ففي هذا الفرض يمكن للفريق الطبي المختص بنقل الأعضاء إجراء عملية الاستئصال دون انتظار لحضور أقاربه وإحضار ما يفيد تبرعه وهو ما قد يستغرق وقتاً في بعض الحالات تضيق معه فرصة الاستفادة من أعضاء أو أنسجة جسمه، وتذهب بذلك رغبته في التبرع بأعضائه بعد وفاته أدراج الرياح، وبالإضافة إلى ذلك يتعين تسهيل وتبسيط إجراءات العدول عن هذه الوصية أو التبرع بالأعضاء بعد الوفاة، وأن يتم تسجيل هذا العدول مباشرة وعلى الفور في قاعدة البيانات المشار إليها. فاحترام إرادة الشخص وتشجيعه على التبرع يجب أن يقابلها تيسير رجوعه في هذا التبرع في أي وقت يشاء، فالوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ومن ثم فإنه لا يكون لها وجود قانوني إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصي مصرراً عليها^(٥٢). كما قضت محكمة النقض المصرية بأن: "النص في المادة ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها، يدل على أن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم لا تنفذ إلا بعد الوفاة، ولا يترتب عليها أي حق قبلها، فيجوز من ثم للموصي الرجوع صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها ما دام حياً"^(٥٣).

(٥١) وهو ذات الموقف الذي يتبناه القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ٢.

(٥٢) تمييز كويتي، الطعن رقم ٩ - لسنة ١٩٨١ - تاريخ الجلسة ١٥/٠٣/١٩٨٢ - مكتب فني ١٠ - رقم الصفحة ١٧٧، موقع www.eastlaw.com.

(٥٣) الطعن رقم ١٩٣ - لسنة ٦٣ - تاريخ الجلسة ٢٦/١٠/١٩٩٨ - مكتب فني ٤٩ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ٦٢٧، موقع www.eastlaw.com.

ثالثاً: إمكانية موافقة أقارب المتوفى على الاستفادة بأعضاء جسمه

٣٢ - لم يرد بالقانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية أي نص يجيز لأقارب المتوفى الموافقة على التبرع بأعضاء هذا الأخير إذا ما تحققت وفاته دون أن يعبر صراحة حال حياته عن إرادته التبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته، ومع ذلك فإنه يستفاد - بمفهوم المخالفة - من نص المادة ٨ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية أنه لا يجوز استئصال أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج بشري من إنسان ميت بغرض زرع لمريض ما إلا إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته، ويترتب على ذلك أن نقل الأعضاء البشرية من جسد ميت بغرض زرعها لإنسان مريض لا يجوز وفقاً لأحكام القانون المصري إلا إذا وجدت وصية صريحة صادرة عن الشخص نفسه حال حياته تعبر عن إرادته التبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته، وعلى هذا النحو يكون القانون المصري قد ضيق من نطاق ممارسة عمليات نقل الأعضاء البشرية من أجساد الموتى، حيث حصر إمكانية اللجوء إلى هذه الممارسة على الحالة التي يكون فيها الشخص قد أوصى - وهو في كامل أهليته القانونية - بالتبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته^(٥٤).

وبالمقابل للاتجاه الذي تبناه القانون المصري بشأن نقل الأعضاء البشرية، فإن المادة ٥ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء أجازت الحصول على موافقة الأقارب حال وفاة الشخص الذي لم يعبر عن إرادته بشأن التبرع بأعضائه من عدمه، وقيدت ذلك بمن وُجد حال وفاته من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية، وفي حال تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب عندئذ الحصول على موافقة غالبيتهم، في حين اشترطت المادة ٧ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، في حال تعدد الأقارب في مرتبة واحدة، ضرورة الحصول على موافقتهم جميعاً^(٥٥). واستلزم كل من المرسوم بالقانون الكويتي والقانون القطري أن تكون هذه الموافقة ثابتة بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية، وتجدر الإشارة إلى أن اقتصار الحصول على موافقة من وجد من الأقارب حال الوفاة ييسر من الناحية العملية إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية التي قد يقف حائلاً ضد مباشرتها ما يستلزمه البحث

(٥٤) دكتور/ بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٥٥) وهو ذات الموقف الذي يتبناه المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ١٣.

عن جميع الأقارب المطلوب الحصول على موافقتهم في حال عدم حضورهم وفاة الشخص. ومن جهة أخرى قيد كل من المرسوم بالقانون الكويتي والقانون القطري في المواد المشار إليها أعلاه الأثر القانوني لموافقة أقارب المتوفى على أمرين، الأول: التحقق من الوفاة بصورة قاطعة. والثاني: ألا يكون المتوفى قد اعترض حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه، إلا أن المرسوم بالقانون الكويتي اشترط أن يكون اعترض المتوفى حال حياته بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملاً الأهلية، بينما أجاز القانون القطري أن يكون الاعتراض إما مكتوباً، وإما بشهادة شاهدين كاملي الأهلية.

٣٣ - ومع ذلك عاد المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء وقرر في المادة ٦ وأجاز نقل عضو من جثة متوفى لزراعة في جسم حي في حاجة ضرورية لهذا العضو لإنقاذ حياته، وذلك بعد موافقة وزير الصحة العامة بناء على توصية لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل. يستخلص من هذه المادة أن المرسوم بالقانون الكويتي قد استبدل موافقة وزير الصحة العامة بموافقة أقارب المتوفى بناء على توصية اللجنة المشار إليها في مادته السادسة، شريطة أن يكون المريض في حاجة ضرورية لعملية الزرع لإنقاذ حياته.

ونزولاً على صياغة المادة السادسة المشار إليها أعلاه، والتي بدأت صياغتها بالقول: "مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة"، أي المادة الخامسة من المرسوم بالقانون الكويتي، فإن نقل عضو من جثة متوفى إعمالاً لحكم المادة السادسة من المرسوم ذاته يتعين أن يتقيد بالقيود المنصوص عليها في المادة الخامسة والتي تتعلق بالتحقق من الوفاة بصورة قاطعة، وعدم اعتراض المتوفى حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه، فالحقيقة أن القيد المتعلق بعدم وجود اعتراض من المتوفى حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه يعد في غاية الأهمية ولا يجوز انتهاكه؛ لأنه يؤكد على احترام إرادة صاحب الشأن المتمثلة في عدم جواز المساس بجثته بعد وفاته^(٥٦). فكما يطلب من الجميع وخاصة أقارب المتوفى احترام إرادته في التبرع بأعضائه عقب وفاته، فإنه يتعين على المشرع التأكيد على احترام إرادة الشخص حين يعبر صراحة عن رغبته في عدم التنازل عن أي من أعضاء جسمه بعد وفاته، ولو أبدى أقاربه موافقتهم على أخذ أعضائه.

(٥٦) دكتور/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

رابعاً: حالة الاستفادة بالأعضاء البشرية لمجهولي الهوية

٣٤ - قد يتوفى الشخص وفاة طبيعية أو نتيجة حادث ما دون أن يستدل على هويته، ويتعذر بالتالي العثور على أقاربه أو التحقق مما إذا كان قد أوصى باستئصال أعضائه بعد وفاته أم أوصى على العكس بعدم التعرض لجثته. لم يتعرض القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية لمثل هذه الفرضية، وبناء عليه، وفي ظل صمت القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، فإن نص المادة ٨ يكون واجب التطبيق، بحيث يمتنع استئصال أي عضو من أعضاء جسم الميت في هذه الفرضية إلا بعد التأكد من وجود وصية له تفيد تبرعه بأعضاء جسمه بعد وفاته، مع الانتباه إلى ضرورة الحصول على موافقة النيابة العامة على الاستئصال في حال كون الشخص قد توفى بشبهة جنائية حرصاً على مصلحة التحقيق الجنائي. كما لم يتعرض المرسوم بالقانون الكويتي في شأن زراعة الأعضاء لهذه الفرضية، ومع ذلك يمكن نزولاً على حكم المادة السادسة منه إجازة نقل عضو من جثة مجهول الهوية لزرعه في جسم مريض في حاجة ضرورية لهذا العضو لإنقاذ حياته، وذلك بموافقة وزير الصحة العامة وبناء على توصية لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل، إلا أنه يتعين التأكيد في هذا الخصوص على ضرورة التقيد بالقيود المنصوص عليها في المادة الخامسة من المرسوم بالقانون الكويتي والتي تتعلق بالتحقق من الوفاة بصورة قاطعة، وعدم اعتراض المتوفى حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه. وبالمقابل، عالج المشرع القطري هذه الفرضية في المادة ٨ من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، حيث أجاز نقل الأعضاء من جثث المتوفين مجهولي الشخصية بموافقة المحكمة الشرعية، بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة، كما أجاز للمحكمة بناء على تقرير من اللجنة الطبية المختصة الموافقة على النقل متى كان ذلك لازماً لإنقاذ حياة شخص آخر في حاجة ماسة للعضو المنقول، إلا أن وجوب انتظار مضي ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة للحصول على الموافقة على استئصال الأعضاء من جثة مجهول الهوية يعني طبياً عدم إمكانية الاستفادة من أعضاء هذا الشخص، باستثناء أعضاء محدودة، نظراً لتلفها وعدم صلاحيتها لزرعها في جسم المريض.

٣٥ - ولذلك فإن المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية يعالج هذه الفرضية على نحو مختلف حيث ينص في المادة ١٤ على أنه: "يجوز بأمر من قاضي الأمور الوقفية، بناء على توصية لجنة الأخلاقيات الطبية، نقل الأعضاء من جثث المتوفين مجهولي الهوية، بعد مضي أربع وعشرين ساعة من تاريخ الوفاة، إذا كان في ذلك مصلحة راجحة للمريض، كما يجوز لقاضي

الأمر الوقفية قبل انقضاء هذه المدة، بناء على تقرير من اللجنة، الموافقة على النقل متى كان ذلك لازماً لإنقاذ حياة شخص آخر". يستخلص من نص المادة ١٤ من مشروع القانون القطري الآتي:

أ - أن مشروع القانون القطري جعل الأمر بنقل الأعضاء البشرية من جثث مجهولي الهوية من اختصاص قاضي الأمور الوقفية بدلاً من المحكمة الشرعية وفقاً للقانون القطري الحالي.

ب - ينص مشروع القانون القطري على جواز نقل الأعضاء البشرية من جثث مجهولي الهوية إذا كان في ذلك مصلحة راجحة للمريض بعد مضي أربع وعشرين ساعة من تاريخ الوفاة، في حين يجعل القانون القطري الحالي هذه المدة ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة.

ج - أن صدور الأمر من قاضي الأمور الوقفية في هذه الفرضية يكون بناء على توصية من لجنة الأخلاقيات الطبية وهي لجنة طبية ثلاثية ينص مشروع القانون القطري على تشكيلها بقرار من وزير الصحة في كل مستشفى مرخص له بإجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية، ويحدد مشروع القانون طريقة تشكيلها في مادته السادسة عشرة.

د - في حالة لزوم نقل الأعضاء البشرية من جثث مجهولي الهوية لإنقاذ حياة إنسان، فإن مشروع القانون القطري يجيز لقاضي الأمور الوقفية بناء على تقرير، وليس مجرد توصية كما في الحالة السابقة، من لجنة الأخلاقيات الطبية أن يصدر أمره بنقل الأعضاء البشرية قبل انقضاء مدة الأربع والعشرين ساعة، في حين يسمح القانون الحالي بهذا الأمر قبل انقضاء مدة ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة، وهو ما يعني احتمال أن يكون ذلك بعد مرور يوم أو يومين من الوفاة الأمر الذي قد يحول دون الاستفادة من زرع الأعضاء البشرية.

الفرع الثالث

جزاء مخالفة القواعد والضمانات

المتعلقة بالاستفادة بالأعضاء البشرية عقب الوفاة

٣٦ - نبين فيما يلي العقوبات المقررة حال مخالفة الضوابط المتعلقة بضرورة التيقن من وفاة الشخص قبل الاستفادة من أعضاء جسمه في عمليات الزرع، ثم بيان العقوبات المقررة، ومدى فاعليتها، حال مخالفة الضمانة المتعلقة بوجود وصية من الشخص للتبرع بأعضاء جسمه بعد الوفاة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: جزاء مخالفة الضوابط المتعلقة بضرورة التيقن من وفاة الشخص قبل الاستفادة من أعضاء جسمه:

٣٧ - تنص المادة ٢١ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أن: "يعاقب بعقوبة القتل العمد مع سبق الإصرار المنصوص عليها في المادة ٢٣٠ من قانون العقوبات من نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان دون ثبوت موته ثبوتاً يقينياً وفقاً لما نصت عليه المادة ١٤ من هذا القانون مما أدى إلى وفاته مع علمه بذلك، وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن لكل من شارك في إصدار قرار التثبيت من الموت دون إجراء الاختبارات المنصوص عليها في المادة ١٤ من هذا القانون". نستخلص من هذا النص أن المشرع المصري جرم إجراء عملية استئصال أحد الأعضاء أو الأنسجة البشرية من شخص دون التأكد من موته على سبيل اليقين، وعاقب من ارتكب هذا الفعل بعقوبة الإعدام^(٥٧) إذا أدى هذا الفعل إلى وفاة المنقول منه شريطة علم الجاني بعدم تحقق وفاة المنقول منه، كما عاقب كل من شارك في إصدار قرار التثبيت من موت المنقول منه دون إجراء الاختبارات المقررة في هذا الشأن بعقوبة السجن المشدد أو السجن. وسوف نوضح هاتين الحالتين على النحو الآتي:

الحالة الأولى: تجريم عملية الاستئصال دون التيقن من حدوث الوفاة:

٣٨ - وفقاً للقانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية يحظر نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد شخص إلا بعد ثبوت موته ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته للحياة، وعاقبت المادة ٢١ منه بعقوبة الإعدام كل من باشر عملية الاستئصال دون التحقق على وجه اليقين من موت المنقول منه فأدى ذلك إلى وفاته مع علم الفاعل بعدم تحقق الوفاة قبل عملية الاستئصال، ويعني ذلك أن الشخص قبل عملية استئصال أحد أعضاء أو أنسجة

(٥٧) حيث تعاقب المادة ٢٣٠ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار بالإعدام. ونقترح تعديل المادة ٢١ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية وذلك باستبدال عبارة يعاقب بالإعدام بعبارة يعاقب بعقوبة القتل مع سبق الإصرار، حيث إن العبارة الأخيرة إما أنها تفترض توافر سبق الإصرار فيمن يجري عملية الاستئصال لمجرد توافر علمه بعدم تحقق الوفاة وهو ما يجعل النص مشوباً بعدم الدستورية لافتراضه ظرفاً مشدداً للعقوبة دون إقامة الدليل على ذلك؛ وإما أن يقوم الدليل أمام القاضي على توافر سبق الإصرار وهو ما قد يتعذر توافره في حالات كثيرة فيفضي ذلك لإفلات المتهم من العقوبة.

جسمه كان على قيد الحياة فحدثت وفاته نتيجة عملية الاستئصال، في إشارة لتوافر علاقة السببية بين فعل الاستئصال وحدث الوفاة، واشترطت المادة ٢١ المشار إليها أعلاه أن يتوافر لدى الطبيب القائم بعملية الاستئصال العلم بأن المنقول منه لم تثبت وفاته يقيناً، وفقاً للإجراءات المحددة في هذا الشأن، وأقدم مع ذلك على إجراء عملية الاستئصال، الأمر الذي يعكس مدى الاستهانة بأرواح وأجساد البشر، فاستوى لديه كون المنقول منه على قيد الحياة أم فارق الحياة، كما يشترط لاستحقاق عقوبة الإعدام أن يكون الطبيب قد أجرى عملية الاستئصال بإرادة حرة واعية فيتوافر في حقه عناصر القصد الجنائي لجريمة القتل العمد.

ونعتقد أنه في ظل الصياغة القائمة لنص المادة ٢١ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن زرع الأعضاء البشرية، والتي أغفلت الإشارة إلى عقوبة من اشترك في عملية الاستئصال، فإن من اشترك - بأية صورة من صور الاشتراك - في إجراء هذه العملية لعضو أو لنسيج بشري لشخص لم يتم التثبت من وفاته يقيناً مع العلم بذلك فأدى ذلك لوفاة، يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد نزولاً على حكم المادة ٢٣٥ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والتي تعاقب من اشترك في القتل الذي يستوجب الحكم على فاعله بالإعدام بعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد. ونظراً لأن جرم من ساهم في إجراء عملية الاستئصال في هذه الحالة لا يختلف عما يجرى في الاستئصال ذاته، فإننا نقترح تعديل صياغة نص المادة ٢١ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن زرع الأعضاء البشرية لتنص على عقوبة الإعدام لكل من الفاعل والشريك في عملية الاستئصال دون التثبت من حدوث الوفاة على سبيل اليقين.

الحالة الثانية: تجريم إصدار قرار التثبت من الموت دون إجراء الاختبارات اللازمة:

٣٩- أسندت المادة ١٤ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن زرع الأعضاء البشرية مهمة التحقق من ثبوت الموت إلى لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، وأمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة بموجب قرار يصدر بإجماع آراء أعضائها، بعد إجراء الاختبارات الإكلينيكية والتأكيديّة اللازمة للتحقق من ثبوت الموت واستحالة عودة الشخص للحياة طبقاً للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية.

وتعاقب المادة ٢١ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن زرع الأعضاء البشرية بعقوبة السجن المؤبد أو المشدد (أي السجن الذي لا يزيد على خمس عشرة سنة ولا يقل عن ثلاث سنوات)، كل من شارك في إصدار قرار التثبيت من الموت، والذي على أساسه تجرى عملية استئصال العضو أو النسيج البشري من المتوفى، دون إجراء الاختبارات والفحوصات الطبية المقررة في هذا الشأن. ونزولاً على صريح عبارة نص المادة ٢١ المشار إليها أعلاه فإن عقوبة السجن المؤبد أو السجن المشدد تستحق في حالة إصدار قرار التثبيت من الموت دون إجراءات الاختبارات الطبية اللازمة للتحقق من الوفاة يقيناً وبلا رجعة، ودون توقف على حدوث وفاة المنقول منه نتيجة استئصال أحد أعضاء جسمه أو أنسجته نتيجة لذلك.

وبالمقابل لم يشر نص المادة ٢١ إلى حالة حدوث الوفاة نتيجة عملية الاستئصال التي أجريت بناء على قرار صادر من اللجنة المختصة بالتثبيت من الموت دون إجراء الاختبارات والفحوصات المقررة في هذا الشأن. ونرى سداً لهذه الثغرة ضرورة تعديل نص المادة ٢١ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن زرع الأعضاء البشرية ومعاقبة كل شارك في إصدار قرار التثبيت من الموت دون إجراء الاختبارات المقررة في هذا الشأن بعقوبة الإعدام إذا أجريت عملية الاستئصال استناداً لهذه القرار وحدثت الوفاة نتيجة لذلك. ونعتقد في هذه الحالة أن هذا القرار يعد سبباً لإباحة فعل الطبيب الذي أجرى عملية استئصال العضو أو النسيج من جسم المنقول منه، إلا إذا كان الطبيب يعلم بصدر قرار التثبيت من الموت دون إجراء الاختبارات اللازمة وأقدم رغم ذلك على إجراء العملية فأدى ذلك لوفاة المنقول منه.

ثانياً: جزاء مخالفة الضمانة المتعلقة بوجود وصية من الشخص للتبرع بأعضاء جسمه بعد الوفاة:

٤٠ - وردت القواعد المتعلقة بوصية الشخص الاستفادة من أعضاء جسمه بعد وفاته في المادة ٨ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، ولم يرد نص خاص بشأن العقوبات المقررة كجزاء لمخالفة هذه القواعد؛ بينما ورد نص عام، هو نص المادة ٢٣ من هذا القانون، يقرر معاقبة كل من يخالف أي حكم من أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية لم تشمله عملية التجريم والعقاب الواردة في مواد القانون الأخرى، فتص المادة ٢٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه: "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أي حكم آخر من أحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية".

وقبل التعرض بالتحليل والنقد لصياغة ومضمون نص المادة ٢٣ سאלفة البيان من حيث فاعلية سياسة التجريم والعقاب الواردة بها، نوضح أولاً صور الأفعال التي يشملها التجريم والتي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون وبالتالي يستحق مرتكبها العقوبة المقررة في المادة ٢٣ منه.

البند الأول: إن الأفعال المعاقب عليها وفقاً للمادة ٢٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية تتمثل - في هذا الخصوص - في مخالفة القواعد والضمانات الواردة في المادة ٨ من القانون المشار إليه، وهي جرائم يتحقق ارتكابها في الحالات الآتية:

أ - إذا تم نقل عضو أو نسيج بشري من جسد إنسان ميت دون وجود ضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسمه، ويعني ذلك حظر الاستفادة من أعضاء أو أنسجة جسم ميت من أجل أغراض علاجية تجميلية.

ب - إذا تم نقل عضو أو نسيج بشري من جسد إنسان ميت دون أن يكون هذا الأخير قد أوصى بالاستفادة من أعضاء أو أنسجة جسمه قبل وفاته، فنقل الأعضاء البشرية من جسد ميت بغرض زرعها لإنسان مريض لا يجوز وفقاً لأحكام القانون المصري إلا إذا وجدت وصية صريحة صادرة عن الشخص نفسه حال حياته تعبر عن إرادته التبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته.

ج - إذا تم نقل عضو أو نسيج بشري من جسد إنسان ميت دون أن يكون هذا الأخير كامل الأهلية وقت إبرام وصيته، بحيث لا يجوز الاعتداد بوصية الشخص بالاستفادة من أعضائه البشرية بعد وفاته قبل اكتمال أهليته القانونية، ويستثنى من ذلك ما يتعلق بالخلايا الأم التي أجاز القانون الاستفادة منها في حدود معينة حال حياة المنقول منه سواء أكان طفلاً أم غير مكتمل الأهلية، فيكون من باب أولى من الجائز بالشروط والضوابط ذاتها الاستفادة منها حال موت المنقول منه في طفولته أو قبل اكتمال أهليته.

د - إذا تم نقل عضو أو نسيج بشري من جسد إنسان ميت بناء على موافقة أقاربه دون أن يكون قد عبر صراحة حال حياته عن إرادته التبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته، فالقانون المصري لم يقرر إجازة موافقة أقارب المتوفى حال موت الشخص دون وصية صريحة منه بالتبرع بأعضائه عقب وفاته.

هـ - إذا تم نقل عضو أو نسيج بشري من جسد إنسان ميت مجهول الهوية، حيث غفل القانون المصري عن معالجة هذا الفرض، وهو ما يستلزم الامتناع عن نقل الأعضاء في هذه الحالة.

و - إذا تم نقل عضو أو نسيج بشري من جسد إنسان ميت دون مراعاة الشكلية المطلوبة لإثبات وصية المتبرع بأعضاء جسمه بعد الوفاة^(٥٨).

البند الثاني: مدى فاعلية سياسة العقاب المقررة بشأن مخالفة أحكام الوصية:

٤١ - تجدر الإشارة بدايةً إلى أن تطبيق العقوبات الواردة بالمادة ٢٣ أعلاه يفترض أن الشخص المنقول منه العضو أو النسيج البشري قد تم التثبت من موته يقيناً وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، وأن الفعل المجرم وفقاً لهذه المادة يتمثل في مخالفة القواعد والضمانات المتعلقة بوجود وصية المتبرع وأهليته والشكلية المطلوبة لإثبات ذلك على النحو الموضح أعلاه في البند الأول.

إن مؤدى نص المادة ٢٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية في غاية الخطورة، إذ يكتفي القانون المشار إليه بموجب نص هذه المادة بجعل صور الجريمة المشار إليها أعلاه في البند الأول مجرد جنحة معاقب عليها بالحبس الذي لا يزيد على ثلاث سنوات ولا يقل عن أربع وعشرين ساعة^(٥٩) وبالغرامة، بصرف النظر عن مقدارها، أو إحدى العقوبتين.

ونعتقد أن مضمون ما ورد بالمادة ٢٣ سالفه البيان من عقوبات وما تعكسه من النظر إلى الجرائم المقررة لها هذه العقوبات على أنها من قبيل الجرح، يعد ثغرة قانونية يتعين مواجهتها تدعيماً للثقة في القانون وتشجيعاً على الممارسات المشروعة لنقل الأعضاء البشرية، ونقترح أن يكون ذلك بأمرين، أولهما: تشديد العقوبة السالبة للحرية لتكون السجن أياً كان مدته، فيصير وصف الجريمة تبعاً لذلك جنائية بدلاً من جنحة، وهو ما يضيف مزيداً من الردع في هذا الشأن. ثانيهما: جعل الغرامة عقوبة وجوبية إلى جانب العقوبة السالبة للحرية بدلاً من كونها - وفقاً للنص الحالي - عقوبة تخييرية قد توقع إلى جانب العقوبة السالبة للحرية أو منفردة، حيث لا يمكن أن تكون عقوبة الغرامة على سبيل الانفراد جزاء رادعاً وعادلاً لمثل هذه الأفعال المجرمة أعلاه والمعاقب عليها وفقاً لنص المادة ٢٣ المشار إليها أعلاه.

(٥٨) حيث اشترط القانون المصري ولائحته التنفيذية أن يكون إثبات التبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة بموجب وصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك على نحو محدد، انظر سابقاً رقم ٣٠.

(٥٩) وفقاً لنص المادة ١٨ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ فإن عقوبة الحبس لا يجوز أن تنقص عن أربع وعشرين ساعة وأن لا تزيد على ثلاث سنوات إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانوناً.

المطلب الثالث

السياسة الجنائية بشأن انتهاك القواعد المنظمة للعلاقة بين المتبرع والمتلقي

٤٢ - في مواجهة واقع سيئ فرض نفسه بشأن تجارة الأعضاء البشرية في ظل غياب تشريع يحكم عمليات نقل الأعضاء البشرية في مصر، ورغبة في عدم التلاعب والتخفي وراء القانون حال وجوده، قررت المادة ٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية حظر زرع الأعضاء البشرية من مصريين لأجانب، ثم أوردت على هذا المبدأ عدة استثناءات، كما تنص المادة ٤ من القانون ذاته على عدم جواز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج حي لزرعه في جسم إنسان آخر إلا فيما بين الأقارب من المصريين، ثم أوردت استثناء على حصر إجازة التبرع فيما بين الأقارب، كما أجازت المادة ٨ من القانون ذاته نقل الأعضاء البشرية من جسد إنسان ميت إلى مريض تتطلب حالته الصحية إجراء عملية الزرع وذلك فيما بين المصريين فقط، ثم اشترطت المادة ١٠ من القانون المشار إليه أعلاه أن يتم نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء من خلال قوائم للمرضى تحدد بموجبها أولوية الزرع وفقاً لأسبقية القيد بها.

وبالمقابل خلا كل من المرسوم بالقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء، والقانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية من أية قيود تخص العلاقة بين المتبرع والمتلقي، سواء في ذلك نقل الأعضاء البشرية من إنسان حي على سبيل التبرع أو من جثة إنسان ميت، في حين اشترط المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ٦ لإجازة نقل الأعضاء البشرية توافر صلة بين المتبرع والمنقول إليه تتمثل في وجود قرابة حتى الدرجة الرابعة، ثم عادت المادة ذاتها واستثنت من هذا القيد حالة وجود مريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع، حيث يجوز في هذه الحالة التبرع من غير الأقارب بشرط موافقة لجنة الأخلاقيات الطبية، في حين لم يستلزم مشروع القانون القطري أي صلة قرابة بين المنقول منه وبين المريض المتلقي في حال نقل الأعضاء من الموتى.

وبناء على ما ورد بنصوص القانون المصري بشأن تنظيم نقل الأعضاء البشرية نتناول ما يتعلق باشتراط صلة قرابة محددة أو رابطة جنسية معينة بين المنقول منه حال حياته أو بعد موته، على حسب الأحوال، وبين المريض المتلقي للعضو أو

النسيج البشري في فرعين متتاليين، نتبعهما ببيان العقوبات المقررة جزاء مخالفة ما ورد في هذا الشأن من قواعد وضوابط في فرع ثالث، وذلك كله على النحو الآتي:

الفرع الأول

مدى اشتراط توافر صلة محددة بين المتبرع حال حياته والمتلقي

٤٣ - وضع القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية أصلاً عاماً يلزم بموجبه وجود رابطة قرابة وجنسية بين المتبرع حال حياته وبين المتلقي لإجازة إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية، ثم سمح بهذه العمليات خارج هذا النطاق بضوابط محددة لمواجهة بعض الحالات التي يفرضها الواقع العملي؛ كالتبرع بين الزوجين حال كون أحدهما غير مصري، والتبرع فيما بين الأخوة من أم مصرية، والتبرع فيما بين الأجانب من ذات الجنسية. وفيما يلي نتناول بيان هذا الأصل العام وتلك الحالات الفرعية على النحو الآتي:

أولاً: اشتراط رابطة القرابة والجنسية بين المتبرع حال حياته وبين المتلقي

٤٤ - يستخلص من نص المادة ٤ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية أن نقل الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء يقتصر على الأقارب من المصريين^(٦٠).

فمن ناحية، يتعين قبل مباشرة عمليتي استئصال العضو أو النسيج البشري من المتبرع حال حياته وزرعه للمريض الذي تتطلب حالته الصحية ذلك، التأكد من أن كل من المتبرع والمتلقي يحملان الجنسية المصرية، يستوي في ذلك أن تكون جنسية أحدهما أو كليهما أصيلة أو مكتسبة، كما يستوي كون أحدهما أو كلاهما يتمتع بالجنسية المصرية فقط أم يتمتع إلى جانب الجنسية المصرية بجنسية أخرى طالما لم يحظر القانون ازدواج الجنسية، والسند في ذلك أن النصوص المشار إليها أعلاه جاءت مطلقة في استخدام عبارة المصريين.

ومن ناحية أخرى، يتعين كذلك التأكد من وجود قرابة بين الشخص المتبرع حال حياته وبين المريض المتلقي للعضو أو النسيج البشري، وتجدر الإشارة إلى أن

(٦٠) ومن جانبه يشترط المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في مادته ١/٦ وجود قرابة بين المتبرع والمريض المتلقي للعضو البشري حتى الدرجة الرابعة.

مفهوم القرابة الواردة في المادة ٤ من القانون المشار إليه أعلاه لا يقتصر فقط على قرابة الدم وإنما يشمل كذلك قرابة المصاهرة، نظراً لإطلاق النص لكلمة الأقارب. وتجدر الإشارة إلى أن القانون المصري لم يحدد درجة قرابة معينة يجوز داخل نطاقها نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، الأمر الذي قد يفتح الباب أمام التحايل على فكرة التبرع بالأعضاء البشرية، خاصة مع صعوبة إقدام الشخص على التبرع بعضو من أعضاء جسمه حال حياته لآخر لا تربطه به صلة قرابة قوية، لا نبالغ، إذا قلنا بأنها لا تتعدى الدرجة الثانية، وتجنباً لفتح تجارة مستترة للأعضاء البشرية فإننا نقترح أن يكون نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء مقتصرًا على المصريين الأقارب حتى الدرجة الثانية.

٤٥ - وبعد أن قصرت المادة ٤ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية نقل الأعضاء فيما بين الأقارب من المصريين، عادت المادة ذاتها وأجازت نقل الأعضاء البشرية بين غير الأقارب من المصريين شريطة أن يكون المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع، وبشرط موافقة لجنة خاصة يتم تشكيلها لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة، وفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون، وهو ذات الاتجاه الذي يتبناه المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، حيث يجيز في مادته ٢/٦ التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع بشرط موافقة لجنة الأخلاقيات الطبية.

ونعتقد أن هذه الإجازة تعد التفافاً على الحظر الذي قرره القانون المصري في بداية المادة الرابعة ذاتها، ومضمونه قصر عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء على الأقارب من المصريين، فإضافة إلى كون القانون لم يحدد درجة قرابة معينة يجوز في حدودها قبول التبرع بالأعضاء البشرية من شخص سليم إلى قريبه المريض، بل ترك الأمر مفتوحاً على مصراعيه بصرف النظر عن درجة القرابة بين المتبرع حال حياته والمريض المتلقي، إذا بهذا القانون يعود ويجيز نقل الأعضاء البشرية دون اشتراط قرابة مطلقاً بين المتبرع بأحد أعضائه أو أنسجة جسمه حال حياته وبين من يحتاج إليها من المرضى شريطة كون المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع، وموافقة لجنة خاصة تشكل لهذا الغرض^(٦١).

(٦١) انظر في تفاصيل هذه الانتقادات: دكتور/ بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٧٠.

ثانياً: ضوابط التبرع بين الزوجين حال كون أحدهما غير مصري

٤٦ - تجيز المادة ١/٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، تبرع من يحمل الجنسية المصرية بأحد أعضاء جسمه أو أنسجته حال حياته لمريض أجنبي، وذلك إذا كانت تربط بين المتبرع والمتلقي علاقة زوجية، شريطة أن يكون هذا الزواج قد تم بعقد موثق ومضى عليه ثلاث سنوات. ونعتقد أن الحكمة من اشتراط كون عقد الزواج موثقاً على النحو المقرر قانوناً لتوثيق عقود الزواج تتمثل في منع استغلال الإباحة الواردة بالمادة ١/٣ المشار إليها عن طريق الادعاء بوجود زواج غير موثق بين مصري وأجنبية أو مصرية وأجنبي، يكون الغاية منه نقل أحد الأعضاء البشرية من الزوج المصري أو الزوجة المصرية إلى الطرف الآخر في هذه العلاقة الزوجية السورية، في حين أن توثيق عقد الزواج يمكن من الوقوف على حقيقة الشرط الآخر الوارد في نص المادة ١/٣ المشار إليها أعلاه، المتعلق بمضي ثلاث سنوات على هذا الزواج، فاستمرار الزواج هذه المدة يدل على جدية الرابطة بين طرفيه، الأمر الذي يجعل تبرع أحد الزوجين بأحد أعضائه حال حياته للزوج الآخر المريض المحتاج لإجراء عملية زرع أمراً طبيعياً لا يثير شكوكاً حول حقيقة التصرف كتبرع مجرد وليس عملية بيع وشراء.

ثالثاً: ضوابط التبرع فيما بين الأخوة من أم مصرية

٤٧ - تنص المادة ٢/٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على جواز نقل الأعضاء البشرية بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي فيما بينهم جميعاً، وأغفل القانون النص على إجازة نقل الأعضاء حال حياة المتبرع من الأم المصرية لأولادها غير المصريين ومن الأولاد المصريين إلى أمهم غير المصرية. ونعتقد أنها سقطة خطيرة لهذا القانون الذي أباح نقل الأعضاء حال الحياة بين الزوجين إذا كان أحدهما مصرية والآخر أجنبياً، وتغافل عن النص على إباحة الشيء ذاته من الأم المصرية لأولادها غير المصريين ومن الأولاد المصريين إلى أمهم غير المصرية، على الرغم من استحالة تصور شبهة اتجار بالأعضاء البشرية في هذا الفرض الأخير، ومن هنا وجب إضافة فقرة مستقلة إلى المادة ٣ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية لمعالجة هذا النقص غير المبرر.

رابعاً: ضوابط التبرع فيما بين الأجانب من ذات الجنسية

٤٨ - تنص المادة ٣/٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على جواز نقل الأعضاء البشرية فيما بين الأجانب من جنسية

واحدة بناء على طلب الدولة التي ينتمي إليه المتبرع والمتلقي على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية للقانون، ونعتقد أن اشتراط القانون المصري كون المتبرع والمتلقي الأجانب من جنسية واحدة يضمن إلى حد كبير مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، ومما يؤكد على جدية الرغبة في عدم السماح للأجانب باتخاذ المنشآت الطبية المصرية ستاراً لإخفاء ممارسات تتعلق بالاتجار بالأعضاء البشرية، ما اشترطه القانون المصري من تقديم طلب من الدولة التي ينتمي إليها المتبرع والمتلقي يفيد رغبتهما في إجراء عملية زرع العضو البشري الذي يتم التبرع به داخل إحدى المنشآت المصرية المرخص لها في هذا المجال، حيث إنه من المستبعد أن تشارك دولة ما في الاتجار بالأعضاء البشرية لرعاياها.

الفرع الثاني

مدى اشتراط رابطة محددة بين المنقول منه بعد وفاته وبين المتلقي

٤٩ - تنص المادة ٨ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على إباحة نقل أحد الأعضاء البشرية فيما بين المصريين فقط من إنسان ميت لزرعه لأحد المرضى، وذلك إذا كان الميت قد أوصى بالتبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته، يتضح من ذلك النص أن القانون المصري قصر نقل الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء فيما بين المصريين فقط، ويعد هذا النص إحدى الوسائل التي تسهم بفاعلية في القضاء على تجارة الأعضاء البشرية المأخوذة من أجساد الموتى المصريين لحساب أي مريض أجنبي.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة الثامنة المشار إليها أعلاه لم تقيد إجراء عملية نقل الأعضاء البشرية فيما بين المصريين من الموتى إلى الأحياء باشتراط قرابة ما بين المتبرع بعد وفاته وبين المريض المتلقي^(٦٢). وقد أحسن المشرع صنعاً لأن هذا القيد كان كفيلاً بالقضاء على ممارسة عمليات زرع الأعضاء البشرية كوسيلة علاجية للكثير من المرضى، حيث تعتمد هذه الممارسة الطبية بصورة أوسع على تبرع الأشخاص بأعضائهم البشرية بعد وفاتهم، نظراً لندرة إقدام الشخص على التبرع حال حياته، وقد تتحقق وفاة الشخص الذي أوصى بالتبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته دون

(٦٢) وتجدر الإشارة إلى أن المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية لا يقيد إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء برابطة ما سواء في ذلك رابطة قرابة أو جنسية.

أن نجد مستفيداً من هذا التبرع، أما وأن القانون قد أباح أخذ أعضاء جسد الميت الذي قد تبرع بعد وفاته وزرعها لمن يحتاج إليها من المرضى المصريين دون أن يعلق هذه الإباحة على توافر قرابة ما بين المتبرع بعد وفاته وبين المريض، فإنه قد وسع بصورة مقبولة من نطاق الاستفادة الممكنة من عمليات زرع الأعضاء البشرية كوسيلة علاجية.

٥٠ - إلا أن هذا النص وحده يعد غير فعال في القضاء على تجارة الأعضاء البشرية فيما بين المصريين أنفسهم، ولذلك فقد أحسن المشرع بأن قيد إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية من أجساد الموتى إلى الأحياء من خلال قوائم للمرضى^(٦٣)، حيث تنص المادة ١٠ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أن تعد اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية قوائم بأسماء المرضى ذوي الحاجة للزرع من جسد إنسان ميت بحسب أسبقية القيد في السجل المعد لذلك، وتعد هذه القوائم - إذا أُحسن تنظيمها ومراعاة الأسبقية فيها على أسس موضوعية - وسيلة فعالة في مكافحة الاتجار والفساد المتصل بعمليات نقل الأعضاء البشرية حيث يتم إخفاء هوية كل من المتبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته والمريض ذي الحاجة لإجراء عملية الزرع. كما تنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة المشار إليها أعلاه على عدم جواز تخطي الترتيب الوارد في قوائم المرضى استناداً إلى عدم قدرة المريض على دفع نفقات عملية الزرع. ونعتقد أن الحظر القانوني الوارد بالفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون يعد في غاية الأهمية لأنه يرسخ فكرة التبرع بالأعضاء البشرية واستفادة المرضى ذوي الحاجة من عمليات الزرع كوسيلة علاجية، وأن الاستفادة منها لا تقتصر على المرضى القادرين على تحمل تكاليف هذه الجراحات، وإلا لعدنا من جديد لمفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية وإن كان هذه المرة تحت غطاء من نصوص القانون. وفي هذا السياق تنص المادة ١١ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أن تتكفل الدولة بنفقات إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية بالنسبة لمن حل عليه الدور وكان عاجزاً عن سداد هذه النفقات.

(٦٣) وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المادة ١٠ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ قصرت تطبيق فكرة قوائم المرضى على عمليات زرع الأعضاء المأخوذة من أجساد الموتى، واستبعدت تطبيقها فيما يخص عمليات زرع أحد الأعضاء التي يتبرع بها الشخص حال حياته، فالتبرع حال الحياة تحكمه ضوابط أخرى.

وقد عادت المادة ١٠ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية فأجازت تعديل الأسبقية الواردة في قوائم المرضى إذا كان هناك مريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع وفقاً للقواعد الطبية والإجراءات التي تحددها اللجنة العليا، ونعتقد أن هذا المبرر لتجاوز الأسبقية الواردة بتلك القوائم قد يفتح الباب أما مجاملة بعض المرضى على حساب آخرين، نظراً لكون هذا المبرر يتصل بتقديرات طبية غير حاسمة بشأن حالة المريض قد لا تكون متفقة مع الغاية المبتغاة من المرونة التي يجب أن تتمتع بها الأسبقية على هذه القوائم؛ ولذلك نقترح عدم السماح بتجاوز هذه الأسبقية إلا لأسباب تتعلق بالحرص على نجاح عملية الزرع، كأن يكون هناك عدم توافق في الأنسجة بين العضو المراد زرعه وبين المريض^(٦٤). ومع ذلك فقد أحال القانون وفقاً لمادته العاشرة لللائحة التنفيذية مهمة وضع الضوابط الخاصة ببيان الأسبقية على قوائم المرضى، وكيفية حفظ سجلات قيد المرضى، والإجراءات الخاصة بحالات العجز عن السداد، وكذلك الخاصة بالرجوع على المرضى القادرين على تحمل نفقات عملية الزرع.

الفرع الثالث

جزء مخالفات القواعد المنظمة للعلاقة بين المتبرع والمتلقي

٥١ - بينا في الفرعين السابقين أن القانون المصري - على وجه التحديد - اشترط رابطة محددة لإجازة نقل الأعضاء أو الأنسجة البشرية سواء أكانت عملية النقل حال حياة المانح أم بعد وفاته؛ وإن اختلفت هذه الرابطة في الحالتين، وقد وردت القواعد المنظمة للعلاقة بين المانح ومنه حال حياته وبين المريض المتلقي في المادتين ٣ و ٤ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، في حين وردت القواعد المنظمة لهذه العلاقة حال نقل العضو أو النسيج البشري من جثة متوفى في المادة ٨ منه. وحرصاً على حماية هذه القواعد قرر المشرع المصري في القانون ذاته عقوبات محددة توقع حال إجراء عملية نقل للأعضاء البشرية بالمخالفة لهذه القواعد، حيث وردت العقوبات المقرر لمخالفة أحكام المادتين ٣ و ٤ في المادتين ١٧ و ١٩ من القانون المشار إليه أعلاه، في حين وردت العقوبات المقررة لمخالفة أحكام المادة ٨ في المادة ٢٣ من القانون ذاته، كما تُوقع العقوبات الواردة في المادة ٢٣ من هذا القانون حال مخالفة الضوابط المنصوص

(٦٤) دكتور/ بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص ٨٠.

عليها في المادة ١٠ من القانون المشار إليه والمتعلقة بقوائم المرضى ذوي الحاجة لعمليات الزرع ممن فارقوا الحياة، وبناء عليه نبين فيما يلي الأفعال التي يشملها التجريم والتي يستحق مرتكبوها العقوبات المقررة في المواد أعلاه على النحو الآتي:

أولاً: جزاء مخالفة الشروط المحددة للرابطة بين المنقول منه حال حياته وبين المريض المتلقي:

٥٢ - سبق أن أوردنا نص المادتين ١٧ و ١٩ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وتناولنا بالتفصيل العقوبات الواردة فيها^(٦٥)، وعليه فإن المفيد في هذه الشأن بيان الأفعال المجرمة التي يستحق من أجلها العقوبات الواردة في هاتين المادتين، وهو ما سنوضحه كالآتي:

أ - يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من نقل عضواً بشرياً أو جزءاً منه بقصد الزرع في الحالات الآتية:

١ - إذا تمت عملية نقل العضو البشري من متبرع إلى مريض لا تربطهما صلة قرابة بصرف النظر عن درجة القرابة، أو تمت عملية النقل من مصري إلى أجنبي، فإجازة عملية النقل تقتضي أن يكون كل من المتبرع والمتلقي على درجة قرابة، ويحملان الجنسية المصرية.

٢ - إذا تمت عملية نقل العضو البشري بين غير الأقارب من المصريين دون أن يكون المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع، ودون موافقة لجنة خاصة يتم تشكيلها لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة، وفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون.

٣ - إذا تمت عملية نقل العضو البشري من متبرع يحمل الجنسية المصرية لمريض أجنبي دون أن تربط بينهما علاقة زوجية ثابتة بعقد موثق ومضى عليها ثلاث سنوات.

٤ - إذا تمت عملية نقل العضو البشري دون أن يكون المتبرع والمتلقي تربطهما علاقة أخوة من أم مصرية وأب أجنبي.

(٦٥) راجع ما سبق رقم ٢٣.

- ٥ - إذا تمت عملية نقل العضو البشري بين متبرع ومتلقي لا يحملان ذات الجنسية الأجنبية أو دون طلب الدولة التي ينتمي إليها كلاهما.
- ب - في جميع الحالات السابقة تكون العقوبة هي السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات إذا وقع الفعل على نسيج بشري.
- ج - إذا ترتب على عملية النقل في إحدى الحالات المشار إليها أعلاه، سواء تمتت العملية في نقل عضو بشري أو جزء منه أو مجرد نسيج بشري، وفاة المتبرع المنقول منه، تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه.
- د - في جميع الحالات المشار إليها أعلاه في البند الأول، إذا تمت عملية نقل عضو بشري أو جزء منه بطريق التحايل أو الإكراه تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه، فإذا تمت العملية على نسيج بشري تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تزيد على سبع سنوات، وتوقع العقوبات ذاتها - على حسب الأحوال - على الطبيب الذي قام بعملية الزرع إذا ثبت علمه بوجود تحايل أو إكراه شاب العملية.
- هـ - في جميع الحالات المشار إليها أعلاه في البند الأول، تكون العقوبة السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه إذا ترتب على عملية النقل بطريق التحايل أو الإكراه وفاة المنقول منه أحد أعضائه أو أنسجة جسمه، ويعاقب بالعقوبة ذاتها الطبيب الذي أجرى عملية الزرع مع علمه بوجود تحايل أو إكراه شاب عملية النقل وكانت النتيجة وفاة المنقول منه.

ثانياً: جزاء مخالفة الشروط المحددة للرابطة بين المنقول منه بعد وفاته وبين المريض المتلقي

- ٥٣ - وردت القواعد المنظمة للعلاقة بين المنقول منه عضو أو نسيج بشري عقب وفاته وبين المريض المتلقي في المادة ٨ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وقد بينا سابقاً^(٦٦) أنه لم يرد نص خاص بشأن العقوبات المقررة كجزاء لمخالفة الأحكام المتنوعة الواردة بالمادة ٨؛ وإنما جاء

(٦٦) انظر سابقاً رقم ٤٠.

نص المادة ٢٣ من هذا القانون ليحدد العقوبات المستحقة لكل من يخالف أي حكم من أحكام هذا القانون أو لآئحته التنفيذية لم تشمله عملية التجريم والعقاب الواردة في مواد القانون الأخرى.

وباستعراض العقوبة الواردة بالمادة ٢٣ والقواعد الواردة بالمادة ٨ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية^(٦٧)، يتضح أن عقوبة الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين مقررة كجزاء جنائي لمواجهة حالة إجراء عملية نقل عضو أو نسيج من جسد إنسان مصري ميت إلى مريض لا يتمتع بالجنسية المصرية، فالقانون المصري لا يجيز نقل الأعضاء البشرية من الموتى إلى الأحياء إلا فيما بين المصريين فقط، وذلك دون اشتراط قرابة ما بين المنقول منه بعد وفاته وبين المريض المتلقي.

ثالثاً: جزاء مخالفة الضوابط المتعلقة بقوائم المرضى ذوي الحاجة لعمليات الزرع

٥٤ - بينا أعلاه أن المادة ١٠ من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ قصرت تطبيق فكرة قوائم المرضى على عمليات زرع الأعضاء المأخوذة من أجساد الموتى، وحيث لم يرد نص خاص بشأن العقوبات المقررة كجزاء لمخالفة الضوابط المتعلقة بأسبقية القيد في هذه القوائم، فإن العقوبة الواردة بنص المادة ٢٣ من هذا القانون تكون هي العقوبة المستحقة في حال ارتكاب أي من الأفعال الآتية:

أ - إذا حدث أي تلاعب في أسبقية القيد بقوائم المرضى ذوي الحاجة للزرع من جسد ميت، إلا إذا كان ذلك بالنسبة لمريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع وفقاً للقواعد والأصول الطبية.

ب - إذا حدث تخطي للترتيب الوارد بقوائم المرضى ذوي الحاجة للزرع من جسد ميت بسبب عدم قدرة المريض على تحمل نفقات عملية الزرع.

(٦٧) سبق أن انتقدنا سياسة العقاب الواردة بالمادة ٢٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية لما تنطوي عليه من عدم فاعلية في تحقيق الردع والعدالة؛ انظر سابقاً رقم ٤١.

المطلب الرابع

السياسة الجنائية بشأن انتهاك القواعد المشتركة بشأن نقل الأعضاء البشرية من الأحياء أو الموتى

٥٥ - نتناول في هذا المطلب عدداً من القواعد المشتركة في عمليات نقل الأعضاء البشرية سواء أكانت من متبرع حي أم من شخص ميت، وهي تتصل بالمحافظة على القيم والمبادئ الإنسانية الهادفة إلى احترام كرامة الإنسان وحرمة، أو تتعلق بضبط المنظومة الطبية الممارسة لهذه النوعية من العمليات الطبية الخاصة كي لا تخرج عن هدفها المنشود في علاج المرضى وتخفيف آلامهم، وفي ذات الوقت ضمان احترام المتبرع أو المنقول منه حياً أو ميتاً، وهذه القواعد أو الضوابط منها ما يتعلق باشتراط مجانية التبرع بالأعضاء البشرية، ومنها ما يتعلق بحظر التعامل في الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية، ومنها ما يتعلق بنزاهة اللجان والأطقم الطبية المختصة بشؤون زراعة الأعضاء البشرية، ومنها ما يتعلق بحظر إجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية في غير المنشآت الطبية المرخص لها، ونعالج كل جزئية من هذه الجزئيات في فرع مستقل ثم نختم ببيان العقوبات المقررة لمخالفة أي من هذه القواعد في فرع أخير، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

اشتراط مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

٥٦ - لقد كرم الله - سبحانه وتعالى - الإنسان واصطفاه على جميع خلقه وسواه في أحسن صورة، فلا يقبل أن يكون الإنسان وأعضاء جسمه - سواء أكان حياً أم ميتاً - محلاً لأي نوع من المعاملات المالية أو التجارية، فالاتجار بالأعضاء البشرية هو امتهان لكرامة الإنسان ويعد صورة مرفوضة من صور الاتجار بالبشر، فتنازل الشخص عن جزء من جسمه بمقابل يحط من كرامة الإنسان ويجعل من أعضائه سلعة تباع وتشترى، ويخرج عمليات زراعة الأعضاء البشرية عن نطاق المشروعية القانونية والأخلاقية، ويهدر القيمة المستمدة منها التي تعكس نوعاً من التضامن الإنساني والاجتماعي^(٦٨). ولذلك وجب أن يكون التنازل عن الأعضاء البشرية، سواء حال الحياة أم بعد الوفاة، من قبيل التبرع على سبيل الهبة.

(٦٨) دكتور/ منذر الفضل، المرجع السابق، ص ٦٧.

وقد حرص القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على التأكيد على مجانية التنازل عن الأعضاء البشرية، وعلى حظر بيعها وشرائها بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي، حيث تحظر المادة ٤ منه نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع، سواء أكان ذلك بين الأقارب من المصريين وفقاً للأصل العام، أم كان بين غير الأقارب في الحالة التي يجوز فيها استثناء ذلك، ثم جاءت المادة ٦ من القانون ذاته لتضع المبدأ العام بخصوص عمليات نقل الأعضاء البشرية سواء فيما بين الأحياء أو من الموتى إلى الأحياء، حيث تنص في فقرتها الأولى على حظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيّاً كانت طبيعته، كما تنص المادة ذاتها في فقرتها الثانية على أنه لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من زويه بسبب النقل أو بمناسبته، وقد سار على ذات النهج من حيث الصياغة والمضمون المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وذلك في مادته العاشرة، وأضاف على ذلك حظر الدعوة إلى التعامل في الأعضاء البشرية بالبيع أو الشراء أو الإعلان عن ذلك أو الترويج له أو التوسط فيه. كما حرص كل من المرسوم بالقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء في المادة ٧، والقانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ٩ على تكريس المبدأ ذاته، حيث أكدّا على عدم جواز بيع أعضاء الجسم أو شرائها بأي وسيلة كانت، أو تقاضي أي مقابل مادي عنها. يتضح من هذه النصوص جميعها أنه يُحظر كافة صور الاتجار بالأعضاء البشرية، سواء بالبيع أو الشراء، حال الحياة أو بعد الوفاة، بين المتبرع نفسه أو ورثته وبين المريض المتلقي أو أقاربه، كما يُحظر كافة صور المقابل أو الفائدة التي يمكن أن تعود على المتبرع أو ورثته أو يتم طلبها من المريض المتلقي أو من أقاربه.

٥٧ - وتأكيداً على حرص المشرع في كل من مصر والكويت وقطر على مكافحة كافة صور الاتجار بالأعضاء البشرية فقد حظرت المادة ٣/٦ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، والمادة ٧ من المرسوم بالقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء، والمادة ٩ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة الأحكام المشار إليها أعلاه، أي عند علمه بوجود صورة من صور الاتجار بالأعضاء البشرية بالنسبة

للعملية المزمع إجراؤها بمعرفته، وسار على نفس النهج المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ١١، بل إنه توسع أكثر من ذلك حيث شمل الحظر المشار إليه أعلاه مقدمي الرعاية الصحية، وليس الأطباء فقط، وجميع العاملين في المنشآت الصحية المشاركة في عمليات استئصال الأعضاء البشرية. وحظر مشروع القانون القطري كذلك على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين تمويل عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية متى كانوا على علم بهذا التعامل المحظور، علاوة على فرض التزام قانوني على جميع من سبق الإشارة إليهم، مضمونه إبلاغ السلطات المختصة فور علمهم بوجود شكل من أشكال الاتجار في الأعضاء البشرية.

والحقيقة أن شمولية الحظر بالنسبة لجميع هذه الفئات يعد أمراً في غاية الأهمية لأنه يضع الجميع أمام مسؤوليته المهنية والأخلاقية والاجتماعية تجاه مجتمعه، ويحثهم على ممارسة دورهم في مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية بالإبلاغ عن أطرافها، وهو وسيلة هامة من وسائل مكافحة.

الفرع الثاني

حظر عمليات نقل الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية

٥٨ - إن إباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية هدفه تحقيق مصلحة علاجية للمرضى عن طريق الاستفادة من التقدم العلمي في مجال الطب والجراحة، وهذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة عمليات نقل الأعضاء البشرية للنظام العام والآداب والأخلاق، ولذلك يمتنع إجراء هذه العمليات - ولو كان ذلك تحقيقاً لمصلحة علاجية - إذا تعلق الأمر بنقل الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية في الرجل أو المرأة؛ والعلة من هذا المنع تتمثل في عدم اختلاط الأنساب، وهو أمر - فضلاً عن مخالفته لتعاليم الأديان السماوية والقيم الأخلاقية والآداب العامة - قد تترتب عليه الكثير من المشاكل الاجتماعية والأمنية التي تهدد الأمن والسلام الاجتماعي على المدى القريب والبعيد. وقد ورد هذا الحظر في المادة ٢/٢ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وفي المادة ٣ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وكذلك في المادة ٣ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية^(٦٩).

(٦٩) في حين خلا المرسوم بالقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء من نص مماثل.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أنه يتعين المحافظة على سلامة جسم المتبرع حال حياته بأحد أعضاء جسمه من التشوهات الجراحية الناتجة عن إجراء عملية الاستئصال مهما كان ذلك مكلفاً من الناحية المادية، فيكفي هذا الشخص تبرعه حال حياته بأحد أعضاء جسمه إنقاذاً لحياة مريض أو تخفيفاً من معاناته وآلامه، فإذا كان نقل الأعضاء يتم من جثة متوفى، فيتعين احترام كرامة الإنسان وحرمة جثته ضد التشويه والامتهان، وقد كان ذلك وارداً بنص المادة العاشرة من مشروع القانون المصري بشأن نقل الأعضاء البشرية، غير أنه لم يرد بنصوص القانون حين صدر برقم ٥ لسنة ٢٠١٠. والحقيقة أنه لا يوجد ما يبرر تجاهل القانون المشار إليه لهذه الجزئية، فكون الإنسان قد صار ميتاً وجسده أصبح جثة لا يبيح امتهان كرامته وحرمة جسده بحجة إياحة نقل أعضائه، فرضاء الشخص التبرع بأعضاء جسمه بعد موته هو عمل إنساني يستحق التقدير، ويتعين أن يرد لهذا الشخص معروفه بصيانة حرمة جسده ومعالجة الآثار الجراحية لعملية الاستئصال تمهيداً لدفنه.

الفرع الثالث

نزاهة اللجان والأطقم الطبية المختصة بشؤون زراعة الأعضاء البشرية

٥٩ - إن الاستفادة المرجوة من التقدم الطبي في مجال زراعة الأعضاء البشرية يتوقف - في جانب كبير منه - على ثقة أفراد المجتمع في نزاهة وموضوعية إجراء هذه العمليات على النحو الذي يبعث الطمأنينة إلى أن الأمر موكول للجان وأطقم طبية تقوم على تحقيق مصلحة المرضى بصورة مجردة، ودون إضرار بمصلحة المتبرع حال حياته، أو استغلال لأعضاء جسم الشخص بعد وفاته على نحو مخالف لإرادته وللقانون، ولذلك تلزم المادة ١٠ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية بإعداد قوائم بأسماء المرضى ذوي الحاجة للزرع من جسد إنسان ميت، وترتيبهم في هذه القوائم بحسب أسبقية القيد في السجل المعد لذلك، وتحظر تخطي هذه الأسبقية بسبب عدم قدرة المريض على تحمل نفقات عملية الزرع^(٧٠). وتنص المادة ١٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على تشكيل

(٧٠) انظر في إعداد هذه القوائم والعقوبات المترتبة على مخالفة القواعد الحاكمة لها ما سبق رقم ٥٠ و ٥٤.

لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزراعة، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية، وحظرت على أعضاء هذه اللجنة أن يكونوا من المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة، أو أن يرتبطوا بها برابطة عمل أو صلة وظيفية، كما حظرت عليهم المشاركة في إجراء عمليات الزرع أو تولي الرعاية اللاحقة لأي من المتلقين بالمنشأة^(٧١). كما تنص المادة ١٤ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على تشكيل لجنة طبية ثلاثية من أطباء متخصصين في أمور معينة تتمثل مهمتها في إصدار قرار ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً بعد إجراء الاختبارات الإكلينيكية اللازمة، وحظرت على أعضاء هذه اللجنة أن يكون لأي منهم علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو بمسؤولية رعاية أي من المتلقين المحتملين، ومن ناحية أخرى تنص المادة ٥-أ من المرسوم بالقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء على تشكيل لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين للتحقق من الوفاة بصورة قاطعة، ومنعت من عضوية هذه اللجنة الطبيب المنفذ لعملية الزرع، بينما وسعت المادة ٧-١ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية من دائرة الحظر المفروض على عضوي هذه اللجنة ليشمل - فضلاً عن الطبيب المنفذ لعملية الزرع - أي من أقارب المريض المتبرع له أو الشخص المتوفى أو من تكون له مصلحة في وفاته^(٧٢).

الفرع الرابع

حظر إجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية في غير المنشآت الطبية المرخص لها

٦٠ - تنظم المادة ١٢ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية مسألة منح التراخيص للمنشآت الطبية لمزاولة عمليات زرع الأعضاء البشرية، ويصدر الترخيص للمنشأة الطبية بقرار من وزير الصحة بناء على

(٧١) وقد نص المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ١٦ على تشكيل لجنة مماثلة في كل مستشفى مرخص له بإجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية تتمتع بذات الاختصاص وأطلق عليها مسمى لجنة أخلاقيات المهنة، وقد فرضت المادة ١٦ من مشروع هذا القانون على أعضاء هذه اللجنة نفس القيود الواردة بالمادة ١٣ من القانون المصري.

(٧٢) وهو ما يتبناه أيضاً المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ١٣-١.

موافقة اللجنة العليا لزراعة الأعضاء البشرية، ويصدر الترخيص في المرة الأولى لمدة عام واحد تخضع خلاله المنشأة الطبية للرقابة والإشراف بشأن ما يتم إجراؤه من عمليات زرع، ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن، وما يجب أن يتسم به تنظيم هذه العمليات من شفافية، فإذا ما ثبت الالتزام بالاشتراطات والمعايير المطلوبة يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات، وبالمقابل اشترطت المادة ٨ من المرسوم بالقانون الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء أن يتم إجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة العامة لهذا الغرض وفقاً للإجراءات والشروط التي يصدر بها قرار من وزير الصحة العامة. وعلى النهج ذاته أسندت المادة ١٠ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية لوزير الصحة مهمة إصدار القرارات المتضمنة للشروط والإجراءات الواجب توافرها في المستشفيات الحكومية التي تخصصها وزارة الصحة لإجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية^(٧٣).

الفرع الخامس

جزاء مخالفة القواعد المشتركة بشأن نقل الأعضاء البشرية من الأحياء أو الموتى

٦١ - نتناول في هذا الفرع العقوبات المقررة جزاء مخالفة أي من القواعد السابق تناولها في هذا المطلب والمتعلقة بمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، أو حظر التعامل في الأعضاء والأنسجة والخلايا التناسلية، أو كفالة نزاهة اللجان الطبية المختصة بشؤون زراعة الأعضاء البشرية، أو قصر إجراء هذا النوع من العمليات الطبية على المستشفيات المرخص لها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: العقوبة المقررة للاتجار بالأعضاء البشرية

٦٢ - تنص المادة ٢٠ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أن: "يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من خالف أيّاً من أحكام المادة ٦ من هذا القانون، وذلك فضلاً عن مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة أو

(٧٣) انظر كذلك: المادة ١٠ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مع ملاحظة أن مشروع القانون أطلق كلمة مستشفيات في حين استخدم القانون الحالي كلمة المستشفيات الحكومية.

الحكم بقيمته في حالة عدم ضبطه، ولا تزيد عقوبة السجن على سبع سنوات لكل من نقل أو زرع نسيجاً بالمخالفة لحكم المادة ٦ من هذا القانون.

وتكون الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة من الجرائم الأصلية التي يعاقب على غسل الأموال المتحصلة منها وفقاً لأحكام قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢".

وبالرجوع للمادة ٦ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية يتبين استحقاق العقوبات الواردة بالمادة ٢٠ من هذا القانون في الأحوال الآتية:

أ - إذا تمت عملية بيع أو شراء لعضو بشري أو جزء منه أو نسيج بشري سواء أكان ذلك من جسد إنسان حي أم جثة ميت، أو تقاضي مقابل مادي لذلك أيّاً كان نوع المقابل.

ب - إذا ترتب على عملية نقل أحد الأعضاء البشرية أو جزء منه أو أحد الأنسجة البشرية حصول المتبرع حال حياته أو أي من ورثة المنقول من جثته على أية فائدة مادية أو عينية من المريض المتلقي أو من نويه بسبب عملية النقل أو بمناسبتها.

ج - إذا بدأ الطبيب في إجراء عملية الزرع مع علمه بوجود عملية بيع أو شراء أو تقاضي المنقول منه أي مقابل مادي نظير نقل عضو أو جزء من عضو أو نسيج بشري من جسده، أو مع علمه باكتساب المتبرع أو أحد ورثة المنقول منه أية فائدة مادية أو عينية من المريض المتلقي أو من أقاربه بسبب هذه العملية.

٦٣- فإذا ما توافرت إحدى الحالات الآتية وقعت إحدى جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية واستحق مرتكبها العقوبات الآتية على حسب الأحوال:

أ - عقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه في حالة الاتجار، أيّاً كانت صورته، بعضو بشري أو جزء منه؛ أو عقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات في حالة الاتجار بنسيج بشري.

ب - عقوبة السجن مدة لا تجاوز سبع سنوات وغرامة تعادل مثلي الأموال محل الجريمة باعتبار الجرائم المشار إليها أعلاه جريمة غسل أموال معاقب عليها بهذه العقوبة وفقاً لنص المادة ١٤ من قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ المعدل بالقانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٣.

ج - مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة وفقاً للقواعد العامة التي تقضي بمصادرة الأشياء أو الأموال المتحصلة من الجريمة؛ وفي حال عدم ضبط المال أو الفائدة المادية أو العينية يُحكم بقيمة ماثلة للمال أو للفائدة، إعمالاً لحكم المادة ٢٠ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية والمادة ١٤ من قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

وعلى ذلك تتعدد جرائم المتهمين بارتكاب أحد الأفعال المشار إليها أعلاه ما بين جريمة اتجار بالأعضاء بالبشرية وجريمة غسل أموال.

ثانياً: جزاء مخالفة حظر عمليات نقل الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية

٦٤ - تحظر المادة ٢/٢ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية إجراء أية عملية تنطوي على نقل عضو أو نسيج أو خلية تناسلية ولو كان ذلك تحقيقاً لمصلحة علاجية لمريض، فإذا ما ارتكب أحد هذه الأفعال يطبق على مرتكبيها العقوبات الواردة بالمواد ١٧ و١٩ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية والسابق بيان نصوصهما، وذلك على حسب الفعل المرتكب وموضوعه والنتائج المترتبة عليه وفقاً للآتي:

أ - عقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه في حالة نقل أحد الأعضاء التناسلية، وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات في حالة نقل نسيج أو خلية تناسلية.

ب - عقوبة السجن المشدد مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه إذا ترتب على عملية نقل أحد الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية وفاة المنقول منه.

ج - عقوبة السجن المشدد مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه في حالة نقل أحد الأعضاء التناسلية بطريق التحايل أو الإكراه، وتكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تزيد على سبع سنوات في حالة نقل نسيج أو خلية تناسلية بطريق التحايل أو الإكراه. وتوقع العقوبات ذاتها - على حسب الأحوال - على الطبيب الذي قام بعملية زرع عضو أو نسيج أو خلية تناسلية إذا ثبت علمه بوجود تحايل أو إكراه شاب عملية النقل.

د - تكون العقوبة السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه إذا ترتب على عملية نقل أحد الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بطريق التحايل أو الإكراه وفاة المنقول منه، ويعاقب بالعقوبة ذاتها الطبيب الذي أجرى عملية الزرع مع علمه بوجود تحايل أو إكراه شاب عملية نقل أحد الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية وكانت النتيجة وفاة المنقول منه.

ثالثاً: جزاء مخالفة القواعد المقررة لحماية نزاهة اللجان المختصة بزراعة

الأعضاء البشرية

٦٥ - تُطبق العقوبة الواردة بالمادة ٢٣ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وهي الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وبالغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، في الحالات الآتية:

أ - إذا ثبت وجود رابطة عمل أو رابطة وظيفية لأي من أعضاء اللجنة الطبية الثلاثية المختصة بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية والمشكلة في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع بهذه المنشأة أو كان أحدهم من المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة.

ب - إذا اشترك أي من أعضاء اللجنة الطبية الثلاثية المختصة بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية والمشكلة في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع في إجراء عملية الزرع أو تولي الرعاية اللاحقة لأي من المتلقين للأعضاء بالمنشأة.

ج - إذا ثبت وجود علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة أو بمسؤولية رعاية أي من المتلقين المحتملين لأي من أعضاء اللجنة الثلاثية المختصة بإصدار قرار ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً في حالة إجراء عملية استئصال عضو أو نسيج بشري بغرض الزرع من شخص بعد وفاته.

رابعاً: العقوبات المقررة لمواجهة إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية في

غير المنشآت الطبية المرخص لها

٦٦ - تنص المادة ١٨ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه: "دون الإخلال بالعقوبات المقررة في المادتين ١٧ و١٩ من هذا القانون يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه كل من أجرى عملية من عمليات النقل أو الزرع في غير المنشآت الطبية

المرخص لها مع علمه بذلك، فإذا ترتب على الفعل وفاة المتبرع أو المتلقي تكون العقوبة السجن المؤبد.

ويعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة المدير المسؤول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية في الأماكن غير المرخص لها التي تجري فيها أية عملية من عمليات نقل الأعضاء البشرية أو جزء منها أو نسيج بشري مع علمه بذلك".

يشمل التجريم الوارد في المادة أعلاه جميع عمليات نقل الأعضاء البشرية التي يتم إجراؤها في غير المنشآت الطبية المرخص لها بذلك، سواء تمثلت العملية في استئصال عضو أو جزء من عضو أو نسيج بشري من متبرع حي أو ميت أم في زرع شيء مما تقدم لمرضى متلقي، وسواء أُجريت عملية الاستئصال أو عملية الزرع في منشأة طبية غير مرخص لها أم - ومن باب أولى - في أي مكان آخر لا يعد منشأة طبية.

ويطال العقاب الوارد بهذه المادة كل من أجرى إحدى هذه العمليات المشار إليها أعلاه طالما ثبت علمه بأن المنشأة التي يجري فيها عملية الاستئصال أو الزرع منشأة غير مرخص لها قانوناً بأن تُجرى فيها هذه النوعية من العمليات الطبية، بصرف النظر عما إذا كانت هذه المنشأة غير المرخص لها على هذا النحو منشأة طبية أم لا؛ والعلة في ذلك أن هذه النوعية من الجراحات تحتاج تجهيزات واستعدادات طبية خاصة لضمان نجاح هذه الجراحات ولمتابعة حالة المتبرع الحي والمريض المتلقي بعد إجراء العملية، حيث يلزم للحصول على مثل هذا الترخيص التزام المنشأة الطبية باشتراطات وبمعايير جودة محددة.

وقد شدد القانون المصري العقوبة في الحالات المشار إليها أعلاه لتكون الحبس المؤبد إذا ترتب على إجراء إحدى هذه العمليات في غير منشأة طبية مرخص لها قانوناً بإجراء هذا النوع من العمليات الطبية وفاة أي من المتبرع المنقول منه أو المريض المتلقي.

٦٧ - ويمتد العقاب ليشمل المدير المسؤول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية التي تُجرى فيها إحدى عمليات استئصال أو زرع الأعضاء البشرية دون أن تكون حاصلة على ترخيص القانون لإجرائها، طالما ثبت علمه بإجراء عملية الاستئصال بغرض الزرع أو عملية زرع العضو أو جزء منه أو النسيج البشري داخل المنشأة الطبية الخاضعة لإدارته الفعلية، ويعاقب هذا المدير وفقاً لما ورد بالمادة ١٨ المشار إليها أعلاه بعقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه لمجرد علمه بإجراء إحدى العمليات المشار إليها أعلاه داخل المنشأة، وتكون عقوبته السجن المؤبد إذا ترتب على إجراء إحدى هذه العمليات وفاة المتبرع المنقول منه أو المريض المتلقي.

المطلب الخامس

قواعد خاصة بشأن سياسة العقاب في مجال زراعة الأعضاء البشرية

٦٨ - في هذا المطلب سنلقي الضوء على سياسة التجريم والعقاب ومدى ما قد يعثرها من خلل يضعف فاعليتها في تحقيق العدالة الجنائية والردع العام والخاص، خاصة أن القوانين محل الدراسة لم تتبع في ذلك سياسة موحدة أو متقاربة فيما يتعلق بالعقوبات المقررة كجزاء لمخالفة أحكامها المتعلقة بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية. كما نتعرض لما أتى به القانون المصري، ويتبعه فيه مشروع القانون القطري، من إمكانية إعفاء الوسيط في الجرائم المتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء البشرية ومدى اتفاق هذا الإعفاء مع ما تقرره السياسة العقابية من إعفاء الشريك من العقوبة في جرائم معينة وبشروط محددة. وتجنباً لل تكرار الذي كان سيفرض نفسه على البحث حال عدم تجنبه، نبين ما ورد النص عليه من مسؤولية للشخص الاعتباري ومن عقوبات تكميلية يتم توقيعها إلى جانب العقوبات الأصلية المقررة في هذا المجال تدعياً لحماية النصوص المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وذلك كله على النحو الآتي:

أولاً: مدى اتباع التشريعات محل الدراسة لسياسة التفريد العقابي

٦٩ - عندما يتدخل المشرع بتجريم سلوك ما وتقرير عقوبة حال ارتكابه فإنه ينطلق من فكرة مؤداها أن الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية ذات أهمية معتبرة بالنسبة للمجتمع أو الأفراد، بحيث يقتضي ذلك تجريم أي اعتداء على هذه المصلحة أو ذلك الحق ومعاقبة مرتكب الاعتداء. ويخضع اختيار المشرع لعقوبة أو لعقوبات معينة كجزاء مقرر للجريمة المرتكبة لعدة اعتبارات منها جسامته الفعل المرتكب ومدى مساسه بالحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية، ومنها كذلك خطورة الفاعل وأهمية دوره في الجريمة، وكلما كان التناسب قائماً بين الجرم والعقاب كلما تحققت أغراض العقوبة المتمثلة في تحقيق العدالة والردع العام والخاص.

وعلى الرغم من أهمية اشتغال نصوص القوانين المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية لعقوبات أصلية وأخرى تكميلية لحماية القواعد والضمانات الواردة بنصوصها، فإن سياسة العقاب التي اتبعتها، كلياً أو جزئياً، قوانين كل من الكويت وقطر أو مصر تعد غير فعالة في فرض احترام هذه القواعد والضمانات الهادفة إلى عدم خروج هذه الممارسات الطبية عن مسارها المشروع، كما أنها لا تحقق مكافحة جادة

لظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث جاءت صياغة ومضمون النصوص العقابية، كلياً أو جزئياً، منبثة الصلة عن أبسط القواعد المتبعة في السياسة العقابية^(٧٤).

٧٠ - فتنص المادة ١٠ من المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء على معاقبة كل من يخالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، وبغرامة لا تزيد على ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ الحكم النهائي في الجريمة الأولى، كما تنص المادة ١٢ من القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية على معاقبة كل من يخالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على عشر سنوات، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف ريال ولا تزيد على أربعين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتضاعف العقوبة في حالة العود، ويعتبر عائداً من يرتكب جريمة مماثلة قبل مضي ثلاث سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة المحكوم بها^(٧٥).

مؤدى هذه النصوص أن القانون الكويتي والقانون القطري أقر نصاً واحداً متضمناً عقوبة أو أكثر تطبق حال مخالفة أي من أحكامه بصرف النظر عن نوعية القاعدة أو الضمانة التي تتم مخالفتها، وهو ما يعني المساواة بين مختلف صور الجرائم المرتكبة في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من حيث العقوبة المقررة كجزء لذلك، وهو ما يعكس عدم اتباع كل من القانون الكويتي والقانون القطري سياسة عقاب تشتمل على التفريد الواجب، في حين تتنوع العقوبات الواردة بنصوص القانون المصري لمواجهة صور متنوعة من الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكامه، وهو ما سبق تناوله تفصيلاً في سياق هذه الدراسة.

٧١ - وفضلاً عن ذلك ومن ناحية أولى، يتضح أن كلاً من القانون الكويتي

(٧٤) وهي ذات السياسة العقابية المتبعة في القوانين المنظمة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية السارية حالياً في كل من الإمارات والبحرين والأردن، وسار على نفس النهج المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية مخالفاً بذلك سياسة العقاب الواردة بالقانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على الرغم من تأثره بأحكام هذا القانون بشكل شبه كامل.

(٧٥) يقابل هذه المواد: المادة ١٠ من القانون الاتحادي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨ بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية في مملكة البحرين، والمادة ١٠ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المملكة الأردنية الهاشمية.

والقطري يعاقب على مخالفة أحكامه بعقوبة سالبة للحرية وعقوبة مالية، مع منح القاضي سلطة تقديرية في الجمع بينهما أو اختيار عقوبة واحدة من بينهما، والحقيقة أن هذه السياسة التشريعية في العقاب قد تكون ملائمة في مواجهة الجرائم البسيطة أو الجرائم ذات الطابع الاقتصادي؛ فالغرامة باعتبارها عقوبة مالية قد تكون رادعة لمن يرتكب جريمة بسيطة أو جريمة يبتغي من ورائها تحقيق كسب مالي غير مشروع، فتكون الغرامة عندئذ بمثابة معاملة هذا الأخير بنقيض مقصوده. وعلى ذلك فإن النصوص الحالية في القانونين الكويتي والقطري تعكس النظرة إلى الجرائم التي ترتكب بالمخالفة لأحكامهما، دون تمييز بينها، على أنها ليست من قبيل الجرائم الجسيمة أو الخطيرة التي يستحق مرتكبوها عقوبة سالبة للحرية وجوبية^(٧٦)، مع أن المنطق يقتضي استحقاق معظم الجرائم المرتكبة في نطاق عمليات نقل الأعضاء البشرية لإحدى العقوبات السالبة للحرية المقررة للجنايات.

ومن هنا فإن العقوبات الواردة بهذين القانونين لا تسهم بأي حال في فرض احترام أحكامهما أو في مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، لأنه لن يضير من يبحث عن شراء أحد الأعضاء البشرية لإنقاذ حياته أو للمتاجرة بها على سبيل السمسة، أن يدفع غرامة مالية كعقوبة لجريمته، تلك الجريمة التي ستعود عليه بالنفع الصحي إن كان مريضاً، أو بالفائدة المالية إن كان من المتاجرين بالأعضاء البشرية، كما أن العقوبات التكميلية الأخرى، كغلق المنشأة الصحية التي يرتكب فيها أحد الأفعال المخالفة لأحكام القانون أو وقف ترخيصها، أو مصادرة الأجهزة والمعدات الطبية المستخدمة، أو الحرمان من مزاولة مهنة الطب مدة معينة، لا تبرز أهميتها وفاعليتها إلا عندما تكون مصاحبة لعقوبة سالبة للحرية متناسبة مع جسامة الجريمة.

٧٢ - ومن ناحية أخرى، فإن القواعد الأولية في السياسة العقابية تقتضي ألا تكون الغرامة عقوبة مقررة على سبيل التخيير بينها وبين عقوبة سالبة للحرية في الجنايات أو في الجناح الجسيمة. وقد خالف القانون القطري وكذلك المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية هذ القواعد حين منح كل منهما للقاضي سلطة تقديرية في الجمع أو الاختيار بين عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة على الرغم من النظر للجرائم المرتكبة، جميعها وفقاً للقانون القطري الحالي ومعظمها

(٧٦) سند ذلك أن المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء اعتبر مخالفة الأحكام الواردة فيه من قبيل الجناح، حيث تنص المادة ٥ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على أن الجناح هي الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وفقاً لمشروع القانون القطري، على أنها من قبيل الجنايات^(٧٧). فضلاً عما تعكسه سياسة العقاب الواردة بالقانون الكويتي من النظر إلى الجرائم المرتكبة بالمخالفة لأحكامه على أنها من قبيل الجرح البسيطة كما ورد أعلاه.

ومع ذلك فإن عقوبة الغرامة في مجال نقل الأعضاء البشرية يمكن أن تكون رادعة لطرف واحد فقط ألا وهو المتنازل عن أحد أعضائه مقابل مبلغ من المال، فمما لا شك فيه أن هذا الشخص الذي باع أحد أعضاء جسمه إنما يبتغي الحصول على المال، فإذا ما تمت معاقبته بعقوبة مالية كجزاء لما ارتكبه في حق نفسه، فإنها تكون عقوبة مناسبة وملائمة، حيث يترتب عليها خسارته لما سعى أن يحصل عليه من مال، فضلاً عن فقدده لأحد أعضاء جسمه وتدهور حالته الصحية نتيجة لإجراء عملية الاستئصال في ظروف لا تتماشى في الغالب مع ما تفرضه الأصول الطبية اللازمة لإجراء لمثل هذه العمليات الجراحية.

وتجدر الإشارة إلى أن الإشارة الواردة في بداية المادة ١٠ من المرسوم الكويتي في شأن زراعة الأعضاء والمادة ١٢ من القانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية والتي تقرر كل منهما توقيع أية عقوبة أشد ينص عليها قانون أو قوانين أخرى لا تسد الفراغ الناشئ عن سياسة العقاب الواردة بكلا القانونين، لأنه مع الاعتراف بتكامل القوانين العقابية في مواجهة صور الجريمة إلا أن هذا التكامل لا يغني عن ضرورة أن تتبنى التشريعات الجنائية الخاصة بسياسة عقابية فعالة تصفي على أحكامها ذاتية خاصة نابعة من الموضوع الذي تتناوله بالتنظيم، وتجنب تشييت العقوبات بين أكثر من قانون.

٧٣ - وبالمقابل فإن القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية اعتبر أن إجراء عملية استئصال أحد الأعضاء البشرية من جثة المتوفى دون وجود وصية تفيد تبرعه بأعضائه بعد وفاته من قبيل الجرح التي عاقب عليها بالحبس والغرامة أو إحداهما، فالمشرع بهذه السياسة العقابية قد تعامل مع الفعل المرتكب وكأنه من قبيل انتهاك حرمة الموتى، متغافلاً أن الأمر بخصوص نقل الأعضاء البشرية تقف وراءه دوافع أخرى تفتح الباب أمام الاتجار بأعضاء جثث الموتى حديثي الوفاة بدافع مكاسب

(٧٧) تنص المادة ٢١ من قانون العقوبات القطري رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ على أن الجرائم ثلاثة أنواع: الجنايات، والجرح، والمخالفات، ويحدد نوع الجريمة وفقاً للحد الأقصى للعقوبة المقررة لها في القانون. كما تنص المادة ٢٢ من القانون ذاته على أن الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو الحبس المؤبد أو الحبس الذي يزيد على ثلاث سنوات.

مالية كبيرة، ومن هنا وجب اعتبار هذا الفعل من قبيل الجنايات شأنه في ذلك شأن الاستئصال من جسم شخص على قيد الحياة، فحرمة جسد الإنسان حياً كحرمة ميتاً. وفي السياق ذاته نجد أن المشروع الحالي للقانون القطري جعل مخالفة الضمانة المتعلقة بتبصير المتبرع بالمخاطر الصحية المحتملة والمؤكدّة التي تترتب على استئصال العضو المتبرع به بعد إجراء فحص شامل من قبيل الجرح، على الرغم من أن هذه الضمانة في غاية الأهمية بالنسبة لصحة رضاء المتبرع، وأن التلاعب بشأنها يهدر مصداقية هذه الوسيلة العلاجية في نظر أفراد المجتمع. وبالإضافة إلى ذلك خلا مشروع القانون القطري من تقرير أية عقوبة حال مخالفة بعض أحكامه مثل القواعد المتعلقة بأهلية المتبرع والشككية اللازمة لإثبات ذلك، وتلك المتعلقة بحظر تبرع الأطفال أو غير كامل الأهلية باستثناء الخلايا الأم وفي حدود معينة، على الرغم من أهمية هذه القواعد والضوابط، حيث لم تدرج مخالفة أي من القواعد المشار إليها لأي من النصوص العقابية الواردة فيه، مما يخرج أي انتهاك لها، أي لهذه القواعد، عن دائرة التجريم والعقاب احتراماً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وأخيراً فإن أي من القانون المصري أو الكويتي أو القطري لم يقرر العقاب على الشروع في إحدى الجرائم التي يتم ارتكابها في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، بينما نص مشروع القانون القطري الحالي على العقاب على الشروع في ارتكاب أي من صور الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بذات العقوبة المقررة للجريمة؛ وهي سياسة عقابية نقترح اتباعها في باقي القوانين المنظمة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، على أن يشمل ذلك حالة ارتكاب فعل مادي يدل بصورة قاطعة على محاولة استغلال المجني عليه للحصول على أعضائه، سواء أكان ذلك بالإغراء أم بالإكراه، ولو قبل البدء في عملية الاستئصال.

ثانياً: مدى ملاءمة إعفاء الوسيط في جرائم نقل وزراعة الأعضاء البشرية من العقوبة

٧٤ - تضمن القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية نصاً يقرر مسؤولية الوسيط في أي من الجرائم المعاقب عليها في هذا القانون مع إعفائه من العقوبة في حالة معينة^(٧٨)، حيث تنص المادة ٢٢ من القانون

(٧٨) وقد سار على نفس النهج المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية بنص المادة ٢٣ منه، في حين خلت التشريعات المنظمة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية والسارية حالياً في كل من الكويت وقطر والإمارات والبحرين والأردن من الإشارة صراحة إلى عقاب الوسيط في هذه الجرائم أو إعفائه من العقوبة المقررة للجريمة.

المشار إليه على أن: "يعاقب على الوساطة في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بالعقوبة المقررة للجريمة، ومع ذلك يعفى الوسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل تمامها وساهم ذلك في ضبط الجناة".

ونرى أن إعفاء الوسيط من العقوبة المقررة للجريمة التي توسط في ارتكابها قد أضر بالجهود التي بذلت في مصر من أجل إصدار قانون محكم، طال انتظاره، ينظم عمليات نقل الأعضاء البشرية على نحو يحقق الاستفادة من هذه الوسيلة الطبية في علاج الكثير من المرضى، ويضبط ممارستها كي لا تحيد عن تحقيق هدفها في العلاج دون استغلال لحاجة البعض المادية بصورة تمثل مكافحة للاتجار بالبشر.

فالجدير بالذكر أن التعامل بالأعضاء البشرية بصورة يجرمها القانون غالباً ما يتم - إن لم يكن دائماً - عن طريق وسطاء يجمعون بين المرضى وبين الراغبين في بيع أعضائهم البشرية، فإذا كانت حالة المريض الصحية تبرر له من وجهة نظره البحث عن العلاج بأية وسيلة، وإذا كانت الظروف المادية لمن يبيع أحد أعضاء جسمه تدفعه إلى ذلك، فإن الوسيط لا دافع ولا عذر لديه يمكن أن يثير أي نوع من التعاطف معه أو الشفقة عليه، وفي جميع الأحوال، فإن المريض يغرم مالياً وقد لا يستفيد صحياً إن لم تسوء صحته، ومن باع أحد أعضائه يضعف صحياً ولن تتحسن ظروفه المادية إن لم تزد سوءاً، أما الوسيط فهو رابح دائماً فقد جني المال ولم يقدم أعضاء جسمه. وعلى هذا النحو، فإن الوسيط في هذه النوعية من الجرائم يعد العقل المدبر للجريمة والحلقة القوية في سبيل ارتكابها، إذ أنه بدون وساطته ما كان يمكن للطرفين الآخرين في الجريمة أن يلتقيا في أغلب الأحوال، وبدلاً من تشديد عقوبته أو الاكتفاء بمعاقبته بالعقوبة ذاتها المقررة للجريمة، فإذا بالقانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية يقرر للوسيط مكافأة قانونية تتمثل في إعفائه من العقوبة المقررة للجريمة إذا أخبر السلطات بالجريمة، التي هو مصدرها، قبل تمامها وساهم ذلك في ضبط الجناة، الذين سيخرج من بينهم سليماً معافى.

٧٥ - وتجدر الإشارة إلى أن فكرة إعفاء الشريك أو الوسيط من العقاب بشأن بعض الجرائم تتصل بخصوصية هذه الجرائم حيث تتماشى طبيعتها مع فكرة الإعفاء من العقاب لبعض المساهمين فيها، كما في حالة إعفاء الراشي أو الوسيط في جريمة الرشوة، حيث تكمن علة إعفاء هؤلاء من العقوبة في تشجيعهم على إخبار السلطات بأمر الجريمة، التي قد يكونون مضطرين لارتكابها، أو الاعتراف بها بهدف الوصول للموظف المرتشي وتوقيع العقوبة عليه، فالموظف في هذه الجريمة هو المقصود

الأول من العقوبة كي يتم استئصاله وإيقاف فساد، ومن هنا تتجلى العلة في إعفاء الراشي أو الوسيط كمكافأة له على ما قام به من كشف فساد مستتر للموظف العام. هذه العلة وهذه الخصوصية لا نجدها متوافرة بشأن الجرائم المنصوص عليها في القوانين المنظمة لزراعة الأعضاء البشرية، فالوسيط في هذه الجرائم هو منشأة الجريمة أو على أقل تقدير لم يكن تحت ضغط من أحد لارتكابها، فضلاً عن أن تقرير إعفاء الوسيط في هذه الجرائم من العقوبة يفتح الباب أمامه كي يخضع الأطراف الأخرى في الجريمة لابتزازه، حيث يمكنه في أية لحظة وقبل البدء في تنفيذ الجريمة أن يساومهم بشأن زيادة المبالغ المدفوعة له ويضغط عليهم في هذا الشأن وهو على يقين من عدم خسارته في هذه المساومة، فإما أن يرضخوا له فتزيد فائدته المالية، وإما أن يرفضوا فيقوم بإخبار السلطات عن أمر الجريمة والإرشاد عن الجناة الآخرين فيها، فيجني بذلك ما حصله سابقاً من أموال، قد يصعب إثبات حصوله عليها كي تتم مصادرتها، ويستفيد في الوقت ذاته من مكافأة الدولة له بإعفائه من العقوبة المقررة للجريمة.

٧٦ - وفضلاً عن ذلك، فإن استفادة الوسيط من الإعفاء وفقاً لصياغة نص المادة ٢٢ المشار إليها تتوقف على إخبار السلطات بالجريمة قبل تمامها، وهنا نجد أن عبارة قبل تمامها تثير إشكالية قانونية تتعلق بالفعل اللازم ارتكابه من الجناة للقول بتمام الجريمة أو البدء في ارتكابها كي نكون أمام شروع معاقب عليه، بحيث يعد ما يرتكب قبل هذه الأفعال من قبيل الأعمال التحضيرية للجريمة التي لا عقاب عليها، وكان يجدر بالمشروع جعل الجرائم المنصوص عليها فيه من قبيل الجرائم التامة بمجرد الاتفاق على ارتكابها، خروجاً على القواعد العامة في ذلك، وهو خروج تبرره طبيعة الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون. ونرى أن ذلك يعد كفيلاً لعدم استفادة الوسيط من الإعفاء المقرر في المادة ٢٢ المشار إليها نظراً لتخلف شرط الإخبار بالجريمة قبل تمامها. ونرى إجمالاً ضرورة تعديل نص المادة ٢٢ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وذلك بحذف العبارة التي تجيز إعفاء الوسيط في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون من العقوبة المقررة للجريمة التي توسط فيها.

ثالثاً: العقوبات التكميلية ومسؤولية الشخص الاعتباري

٧٧ - تنص المادة ٢٤ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على بعض العقوبات أو التدابير التكميلية الجائز أو الواجب

الحكم بها، على حسب الأحوال، إلى جانب العقوبات الأصلية المقررة للجريمة^(٧٩). ويتحدد مجال تطبيق إحدى هذه العقوبات التكميلية أو بعضها وفقاً لكل حالة معروضة أمام القاضي وذلك على النحو الآتي:

- أ - يجوز للقاضي الحكم بحرمان الطبيب الذي أجرى إحدى عمليات الاستئصال أو الزرع بالمخالفة للأحكام الواردة بالقانون، مع علمه بهذه المخالفة، أو بحرمان أي من أعضاء اللجان المختصة وفقاً لهذا القانون، كل في نطاق اختصاصه، من مزاولة المهنة مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز ٥ سنوات، ويكون الحرمان من مزاولة المهنة وجوبياً في حالة العود لارتكاب الجريمة.
 - ب - يجوز للقاضي الحكم بغلق المنشأة الطبية غير المرخص لها بإجراء عمليات زرع الأعضاء إذا أُجريت فيها إحدى عمليات نقل أو زراعة الأعضاء البشرية مدة لا تقل عن شهرين ولا تجاوز سنة، وفي حالة العود فإن الحكم بغلق المنشأة الطبية غير المرخص لها يكون وجوبياً على المحكمة.
 - ج - إذا أُجريت إحدى عمليات نقل أو زراعة الأعضاء البشرية في غير منشأة طبية يحكم دائماً بغلق المكان نهائياً.
 - د - يجوز للقاضي وقف الترخيص بنشاط زرع الأعضاء أو الأنسجة في المنشأة الطبية المرخص لها بإجراء عمليات زرع الأعضاء، حال وقع مخالفة لأي من الضوابط أو القواعد الواردة بالقانون، مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس سنوات، وفي حالة العود فإن الحكم بوقف الترخيص بإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية يكون وجوبياً على المحكمة.
 - هـ - يجوز للقاضي الحكم بنشر الحكم بأي من العقوبات الأصلية أو التكميلية على نفقة المحكوم عليه في جريمتين يوميتين واسعتي الانتشار، وفي حالة العود فإن الحكم بالنشر يكون وجوبياً على المحكمة.
- ٧٨- وتنص المادة ٢٥ من القانون المصري رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم

(٧٩) ينص المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المادة ٢٥ على بعض العقوبات التكميلية المتمثلة في غلق المنشأة، والحرمان من مزاولة المهنة، ونشر الحكم، فضلاً عن المصادرة. في حين خلا المرسوم الكويتي بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء من النص على هذه العقوبات التكميلية وعلى تقرير مسؤولية الشخص الاعتباري، أما القانون القطري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية فلم ينص سوى على سحب ترخيص مزاولة المهنة دون أن يحدد لذلك مدة محددة.

زراع الأعضاء البشرية على مسؤولية الشخص الاعتباري التضامنية^(٨٠)، ويقصد به المنشأة الطبية المرخص أو غير المرخص لها بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أو أية منشأة غير طبية تُجرى فيها عمليات زرع الأعضاء بالمخالفة للقانون، حال ارتكاب أي من الجرائم الواردة في نطاق هذا القانون داخل هذه المنشأة، ووفقاً لنص هذه المادة يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن مع المحكوم عليه من العاملين لديه عن الوفاء بما يحكم به من التعويضات في الدعاوى الناشئة عن الجريمة التي ترتكب في المنشأة، كما يكون مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية إذا ثبتت مسؤولية أحد القائمين على إدارة المنشأة أو المكان.

توصيات

٧٩ - القانون هو أداة تنظيم المعاملات والتصرفات في المجتمع وهو كذلك وسيلة حماية الحقوق والمصالح ضد الاعتداء عليها. ولا شك أن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية تعد وسيلة هامة لعلاج بعض المرضى الذين عجزت عن علاجهم الوسائل الطبية التقليدية، إلا أنها وسيلة علاجية تحيطها مخاطر عديدة بالنسبة للمتبرع المنقول منه العضو البشري أو أحياناً بالنسبة للمريض المنقول إليه، كما أنها تفتح المجال أمام تجارة غير أخلاقية فضلاً عن كونها غير قانونية، موضوعها أعضاء جسم الإنسان الذي كرمه الله وأحسن خلقه. ومن هنا كان من واجب الدول أن تتبنى تشريعات خاصة تتناول بالتنظيم على نحو دقيق ومحكم القواعد والضمانات والضوابط التي تكفل مكافحة هذه التجارة الرديئة بالأعضاء البشرية، وتمنح الأفراد الثقة في الممارسات الطبية الخاصة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

وبعد دراستنا لعدد من التشريعات العربية المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، نقدم بعض التوصيات التي نراها هامة لتدعيم فكرة التبرع بالأعضاء البشرية ومكافحة الاتجار بها، ولسد عدد من الثغرات التي يمكن أن تفقد هذه التشريعات جدواها في تنظيم هذه الممارسات الطبية غير التقليدية. ونقسم هذه التوصيات إلى جانبين: يتعلق الأول بجانب السياسة العقابية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، ويتعلق الثاني بجانب القواعد والضمانات اللازمة لحسن الممارسات الطبية في هذا المجال، وذلك على النحو الآتي:

(٨٠) ورد النص على هذه المسؤولية في المادة ٢/٢٤ من المشروع الحالي للقانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، في حين خلا كل من المرسوم الكويتي بقانون والقانون القطري الحالي من نص مماثل.

أولاً: التوصيات المتعلقة بجانب السياسة العقابية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية

- أ - ضرورة تبني التشريعات المشار إليها في هذه الدراسة سياسة عقابية غير التي تتبعها حالياً، تشتمل على تفريد للعقوبة لتتماشى مع مقتضيات مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية وتحقق حماية جنائية أكثر فعالية للقواعد والضمانات الواردة بالتشريعات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية؛ تدعياً لثقة المجتمع في هذه الوسيلة العلاجية غير التقليدية، بحيث تتنوع العقوبات الواردة بنصوص هذه التشريعات لمواجهة صور متنوعة من الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكامها.
- ب - تجنب النص على عقوبة الغرامة كعقوبة تختيارية مع العقوبة السالبة للحرية لتعارض ذلك مع أوليات السياسة العقابية التي تأبى ذلك في الجنايات أو في الجرح الجسيمة، تلك الجرائم التي يتعين عقاب مرتكبيها بعقوبات متناسبة مع جسامتها وخطورتها تحقيقاً للعدالة الجنائية ومقتضيات الردع العام والخاص.
- ج - تبني نصوص صريحة للعقاب على الشروع في إحدى الجرائم التي يتم ارتكابها في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، على أن يشمل ذلك ارتكاب أي فعل مادي يدل بصورة قاطعة على محاولة استغلال المجني عليه للحصول على أعضائه، سواء أكان ذلك بالإغراء أم بالإكراه، ولو قبل البدء في عملية الاستئصال.
- د - تعديل نص المادة ٢٢ من القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية بحذف العبارة التي تجيز إعفاء الوسيط في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون من العقوبة المقررة للجريمة التي توسط فيها، حيث يتنافى ذلك مع وجوب اتباع سياسة عقابية فاعلة وراعدة في هذا المجال.
- هـ - تعديل المادة ٢١ من القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وذلك باستبدال عبارة يعاقب بالإعدام بعبارة يعاقب بعقوبة القتل مع سبق الإصرار، حيث إن العبارة الأخيرة إما أنها تفترض توافر سبق الإصرار فيمن يجري عملية الاستئصال لمجرد توافر علمه بعدم تحقق وفاة المنقول منه، وهو ما يجعل النص مشوباً بعدم الدستورية لافتراضه ظرفاً مشدداً للعقوبة دون إقامة الدليل على ذلك؛ وإما أنها توجب إثبات توافر سبق الإصرار يقيناً وهو ما قد يتعذر توافره في حالات كثيرة فيفضي ذلك لإفلات المتهم من الإعدام.
- و - تعديل صياغة المادة ٢١ من القانون المصري بشأن زرع الأعضاء البشرية لمعاقبة كل من شارك في إصدار قرار التثبيت من حدوث الوفاة على سبيل اليقين

دون إجراء الاختبارات المقررة لذلك بعقوبة الإعدام إذا أُجريت عملية الاستئصال استناداً لهذا القرار وترتب عليها وفاة الشخص.

ز - تعديل مضمون المادة ٢٣ من القانون المصري بشأن زرع الأعضاء البشرية بتشديد العقوبة السالبة للحرية لتكون السجن أياً كان مدته، فيصير وصف الجريمة تبعاً لذلك جنائية بدلاً من جنحة، وجعل الغرامة عقوبة وجوبية إلى جانب العقوبة السالبة للحرية.

ثانياً: التوصيات المتعلقة بقواعد وضوابط عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية

أ - ملائمة تبني التشريعات العربية المشار إليها في هذه الدراسة لقواعد أكثر تفصيلاً وإحكاماً من حيث الشروط والضمانات المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، على غرار ما اتبعه القانون المصري في هذا الشأن، مع تجنب بعض الثغرات الواردة بهذا القانون، وذلك دون إخلال بخصوصية هذا الدول وطبيعة تكوين مجتمعاتها، فالهدف يتمثل في وضع تشريع محكم يحول دون أن تحيد هذه الممارسات الطبية عن أهدافها.

ب - من الملائم تحديد درجة القرابة التي يجوز داخل نطاقها نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون المصري، بحيث لا تتعدى الدرجة الثانية بدلاً من إطلاقها وفقاً للنص الحالي بالقانون المصري، وذلك منعاً للتحايل على فكرة التبرع بالأعضاء البشرية، خاصة مع صعوبة إقدام الشخص على التبرع بعضو من أعضاء جسمه حال حياته لآخر لا تربطه به صلة قرابة قوية، فيكون نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء مقتصرًا على المصريين الأقارب حتى الدرجة الثانية.

ج - إضافة فقرة جديدة لنص المادة ٣ من القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية لإجازة نقل الأعضاء البشرية من الأم المصرية لأولادها غير المصريين ومن الأولاد المصريين إلى أمهم غير المصرية، لاستحالة تصور شبهة اتجار بالأعضاء البشرية في هذه الفروض.

د - إلغاء إجازة تعديل الأسبقية في قوائم المرضى نوي الحاجة لزرع الأعضاء من الموتى المنصوص عليها في المادة ١٠ من القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية إذا كان هناك مريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع وفقاً للقواعد الطبية والإجراءات التي تحددها اللجنة العليا؛ لأن هذا المبرر لتجاوز الأسبقية يفتح الباب أمام مجاملة بعض المرضى على حساب آخرين، نظراً لكون هذا المبرر يتصل بتقديرات طبية غير حاسمة بشأن حالة المريض قد لا تكون

متفقة مع الغاية المبتغاة من المرونة التي يجب أن تتمتع بها الأسبقية على هذه القوائم، وأن يقتصر تعديل الأسبقية استناداً لأسباب تتعلق بالحرص على نجاح عملية الزرع، كأن يكون هناك عدم توافق في الأنسجة بين العضو المراد زرعه وبين المريض.

هـ - قصر نقل الخلايا الأم من الأطفال وغير مكتملي الأهلية على موافقة صريحة من جانب الأبوين مجتمعين في حال وجودهما على قيد الحياة، بحيث يترتب على رفض الأب أو الأم منع عملية الاستئصال بغرض الزرع؛ وهو ما يعني حرمان أي ممثل قانوني آخر لغير كامل الأهلية من إمكانية الموافقة على عملية الاستئصال وذلك عند غياب الأب والأم وفقاً لما هو منصوص عليه حالياً بالقانون المصري ومشروع القانون القطري بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

و - إحاطة إجازة نقل الخلايا الأم من الأطفال وغير مكتملي الأهلية بضمانات خاصة تتصل بحماية صحة الصغير وسلامته وعدم تعريض حياته للخطر، وأخرى تتصل بفاعلية عملية الزرع في شفاء الأخ أو الأب أو الأم أو الابن، على حسب الأحوال، المنقول إليه العضو.

ز - إضافة اشتراط صحة إرادة المتبرع وخلوها من عيوب الرضاء ضمن الضمانات القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية لنصوص كل من المرسوم الكويتي بقانون والقانون القطري في شأن تنظيم زراعة الأعضاء البشرية حيث خلا كل منهما من النص على هذه الضمانة.

ح - لإثبات إحاطة المتبرع بالمخاطر المترتبة على تبرعه بأحد أعضاء جسمه نقترح اشتراط الحصول على توقيع المتبرع في حضور شاهد يختاره المتبرع نفسه، وليكن قريباً له حتى الدرجة الثانية، شريطة أن تكون لدى هذا الشاهد المقدرة على فهم مضمون المعلومات الطبية التي يتم إحاطة المتبرع بها، وعلى قراءة ما يتم تدوينه في المحضر في حالة ما إذا كان المتبرع لا يجيد القراءة، كما يتعين توقيع الشاهد على هذا المحضر.

ط - نقترح للمزيد من فاعلية إثبات وصية الشخص بأعضائه عقب وفاته أن تنشأ الدولة قاعدة بيانات تخضع لإشراف لجنة وطنية لزراعة الأعضاء يسجل بها بيانات المتبرعين، حيث تفيد قاعدة البيانات هذه في التعرف على رضاء الشخص بخصوص استئصال أعضائه بعد وفاته من عدمه في حال ما إذا عرض له الموت في مكان ما وتم نقله إلى أحد المستشفيات ولم يكن يحمل بطاقة تحقيق الشخصية أو بطاقة التبرع، في حين تم التعرف على شخصيته عن طريق وثيقة رسمية

أخرى، كما يتعين تسهيل وتبسيط إجراءات العدول عن التبرع أو الوصية بالأعضاء البشرية، وأن يتم تسجيل هذا العدول مباشرة وعلى الفور في قاعدة البيانات.

نظرية القيمة بين الفكر الكلاسيكي الجديد والفكر الكينزي

الدكتور/ محمد إبراهيم الشافعي
أستاذ مشارك بقسم القانون العام
كلية القانون - جامعة الشارقة
دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص:

إن الهدف من هذه الدراسة هو محاولة إبراز الأسس والمبادئ التي قامت عليها نظرية القيمة في كل من الفكر الكلاسيكي الجديد والفكر الكينزي؛ بغية الوقوف على أهم أوجه التباين بينهما. وسنعرض، من خلال مبحثين، لنظرية القيمة عبر دراسة وتحليل موقف هاتين المدرستين الفكريتين. سيعرض المبحث الأول من الدراسة لمجال القيمة في الفكر النيوكلاسيكي، بينما يقتصر المبحث الثاني على توضيح نطاقها عند كينز، مع تبيان أهم أوجه الاختلاف بينهما، ومدى انعكاس هذا التطور في مفهوم القيمة على علم الاقتصاد السياسي.

مقدمة عامة:

يهتم علم الاقتصاد السياسي بدراسة الطرق المختلفة لإنتاج وتوزيع ما يلزم لمعيشة أفراد المجتمع، أي بطرق الإنتاج، فعلم الاقتصاد ينفرد بدراسة وتحليل القوانين التي تحكم العلاقات الاقتصادية، أي العلاقات الاجتماعية التي تنشأ بين أفراد المجتمع بواسطة الأشياء المادية والخدمات، وهي العلاقات التي تتعلق بإنتاج وتوزيع الأشياء المادية والخدمات التي تشبع حاجات الإنسان في المجتمع. ويتمثل موضوع علم الاقتصاد في الأفكار المتعلقة بالقوانين الاجتماعية التي تحكم مجموع الظواهر التي تشكل النشاط الاقتصادي في المجتمع والقوانين الاجتماعية الخاصة بإنتاج المنتجات، وبالكيفية التي تجد بها هذه المنتجات سبيلها إلى يد الأفراد لإشباع حاجاتهم^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن القيمة تحتل مكاناً مرموقاً في هذه العلاقات، لدرجة يمكن معها القول بأنها ظلت لفترة طويلة من الزمن وما زالت جوهر التحليل الاقتصادي

(١) انظر: د. محمد دويدار (٢٠٠٨)، "مبادئ الاقتصاد السياسي: الجزء الأول، مذاهب الفكر الاقتصادي"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص: ١٠.

وأصبحت مرادفاً لعلم الاقتصاد السياسي في الكثير من المؤلفات على نحو تصدر معه اصطلاح "القيمة" عناوين العديد من المؤلفات.

وتأخذ القيمة مفاهيم مختلفة بحسب الزاوية التي تدرس منها ووفقاً للعلم الذي يتناولها، فهناك القيمة الأدبية وهناك القيمة الثقافية وهناك القيمة الاقتصادية. والقيمة بالمفهوم الاقتصادي تعني مجموعة الخصائص التي تجتمع في سلعة ما فتجعلها قابلة للتبادل مع غيرها من السلع الأخرى، وهي عندما تطرح في السوق فإن ذلك يتم بغرض الحصول على مقابل نقدي يسمى بالثمن في ظل الاقتصاد النقدي، فالثمن إذاً هو التعبير النقدي عن قيمة السلعة، وتتجلى أهمية الأثمان بالنسبة للقيمة في أن قيم السلع المتبادلة تحتاج إلى معيار مشترك لقياس قيمها حتى يمكن قيام علاقات تكافؤ بينها عند مبادلتها.

وتجدر الإشارة إلى أن القيمة فكرة عصية على الفهم، أبية على الاحتواء والإدراك، وما ذلك إلا لأنها في جوهرها تحتوي على نسيج متشعب بعضه معنوي وبعضه مادي، بعضه فلسفي وبعضه معرفي، بعضه شخصي وبعضه اجتماعي، بعضه فردي وبعضه جماعي، فهي بالنسبة لعلم الاقتصاد السياسي كالروح بالنسبة للجسد، ومع ذلك يصعب إدراكها والإلمام بكافة جوانبها وآثارها، حمالة أوجه وقابلة للتفسير، تتسم بأنها مرنة متمردة على التجسد في فكرة بعينها، وعصية على الموت في تابوت الجمود، ذلك لأنها تتغير مع العصر وتتطور مع الأحداث المختلفة، فتأخذ مما يحيط بها من ظروف وتؤثر فيها؛ لهذا فإننا وإن نتابع تطوّر هذه الفكرة عبر المدارس الفكرية المختلفة لا نستغرب اختلاف الرؤى حولها، ولا نندهش حتى للتناقض الذي قد يقع فيه المفكر الواحد عند محاولته الإلمام بجوانبها، كما أننا لا نعجب إذا ما تغيرت وجهة نظر كاتب فيها في طبعات مختلفة لنفس المؤلف.

وبالإضافة إلى كون القيمة فكرة متشعبة المعنى وغامضة المضمون على الصعيد الفكري العام، فإن هذه الصفة تلازمها أيضاً في علم الاقتصاد حيث يصعب على الباحث في ذاك العلم الوصول إلى جوهرها، وهو إذ يفعل ذلك يتعثر في عموميّتها وخصوصيّتها في آن واحد، عموميّتها باعتبار أنها تلمس الجوانب المختلفة لعلم الاقتصاد، تماماً كما تدبّ الروح في مختلف أنحاء الجسد الإنساني فتحرّك أعضائه كل على حسب ما خلق له، وخصوصيّتها التي تتمثل في طبيعتها وأسبابها وقسماتها ككيان مستقل يقع في جوهر علم الاقتصاد. وفي ضوء ذلك، يقع على الباحث الاقتصادي عبء كبير وهو يخلص فكرة القيمة من عموميّتها ليتحدث عن

جوهرها فلا تغطي التفاصيل على الأساس، أو حينما يتحدث عن تأثيرها في شتى فروع الاقتصاد فلا تغطي خصوصيتها على تفصيل نواحي تأثيرها.

تطور نظرية القيمة في الفكر الاقتصادي:

لقد حازت فكرة القيمة على اهتمام الفلاسفة والمفكرين منذ عهد قديم، فهي هو أرسطو، الفيلسوف الروماني، يقيم تحليله الاقتصادي للقيمة على التمييز بين قيمة الاستعمال وقيمة المبادلة، ذلك التمييز الذي يحتل مكاناً رئيساً في الاقتصاد السياسي. ووفقاً له، فإن قيمة المبادلة تشتق بطريقة أو بأخرى من قيمة الاستعمال، ومن الضروري أن يكون هناك مقياس مشترك بين الأشياء المتبادلة.

من ناحية أخرى، فقد تجلت أهمية القيمة في كتابات ابن خلدون، فقد أسهب هذا المفكر الكبير في عرض أساس العمران، أي النشاط الاقتصادي. إن العمل في نظر ابن خلدون هو مصدر القيمة، والمنفعة هي شرطها، فلكي يكون للسلعة قيمة فإنه يتعين أن تكون مطلوبة اجتماعياً، أي مطلوبة من قبل الآخرين، وانطلق بعد ذلك ابن خلدون من فكرته في القيمة إلى تفسير الأثمان الجارية للمنتجات وسبب اختلافها من قطر لآخر^(٢) والجدير بالذكر أيضاً أن ابن خلدون قد سبق إسهامات ماركس في الحديث عن القيمة المضافة. إن هذه المساهمة القوية من قبل ابن خلدون تجعله في مصاف الاقتصاديين الكبار بل تضعه في مكانة رائد لنظرية العمل في القيمة والتي ولد في فلكها علم الاقتصاد السياسي، ومن ثم كان من اللازم الإشارة إلى إسهاماته القوية عند الحديث عن العمل في القيمة.

ومع بداية القرن الخامس عشر ظهر فكر التجاريين أو "مدرسة التجاريين" في أوروبا حيث قامت أفكارهم على أساس أن الثروة الحقيقية لأي دولة تتمثل فيما تمتلكه من ذهب وفضة، ومن ثم يجب على أي دولة أن تتبع سياسة اقتصادية خارجية كانت أو داخلية تسمح لها بالحصول على أكبر قدر ممكن من هذين المعدنين، ولما كان حجم الثروة من هذين المعدنين ثابتاً، فإنه يتعين على الدولة أن تبذل قصارى جهدها من أجل الحصول عليهما من الخارج، كما يتطلب ذلك أيضاً أن يكون ميزانها التجاري مع الخارج في حالة فائض دائماً، على نحو يمكنها من الحصول على هذا الفائض من الدول المدينة في صورة ذهب وفضة.

(٢) انظر: د. محمد دويدار (١٩٧٢)، "من الفكر الاقتصادي العربي في القرن الرابع عشر"، مجلة مصر المعاصرة، السنة الثالثة والستون، العدد ٢٤٨، ص: ١٠٤-١٠٦.

أما بالنسبة لموقف التجاريين من القيمة فإنه يمكن القول بأن أنصار هذا الفكر حصر نطاق القيمة في مجال التداول (أي التبادل التجاري) الذي يساهم في النهاية في الحصول على الذهب والفضة والذي يعد بدوره الهدف من النشاط الاقتصادي وأساس تطور وتقدم الأمم. من ناحية أخرى، فقد حاول التجاريون تبيان كيفية تحديد الثمن الجاري للسلعة من خلال تفسيرات متعددة، كما أنهم خلطوا بين مفهومي القيمة والثمن.

يمكن الإقرار إذاً بأن مجال القيمة والثمن قد انحصر في فكر التجاريين في مجال التداول وليس الإنتاج، وهنا يكمن الخلل الأساسي في فكر التجاريين، فمن أجل تأسيس الاقتصاد السياسي كعلم، فإنه كان من الضروري الانتقال من الجزئي إلى منظور شامل، والتقدم من النظرة الشخصية التي تبناها التجار والساسة إلى نظرة موضوعية تنقلنا من محاولة الحصول على القيمة وتداولها إلى البحث في أصل نشأتها، هنا تكمن المساهمة الحقيقية لمدرسة الطبيعيين في تأسيس علم الاقتصاد حيث يرجع لها الفضل في الانتقال من التركيز على عملية تداول القيمة لعملية إنتاجها، وهذا ما يتضح من خلال تمييزهم بين ما يعد من قبيل العمل المنتج وما لا يعتبر كذلك، وهو ما ساعد في نهاية الأمر على تأسيس تحليل الإنتاج الرأسمالي^(٣).

لقد استقطبت القيمة انتباه الكثير من المفكرين الاقتصاديين اعتباراً من حقبة الطبيعيين، تلك الفترة التي ينظر لها البعض على أنها تمثل المولد الفعلي لعلم الاقتصاد السياسي كعلم، ثم بدأت المدارس الفكرية المتتابعة تغزل على نفس هذا المنوال ولكن بوجهات نظر مختلفة. لقد أخذت المدرسة الطبيعية في تعريف الثروة على أنها لا تعني الذهب والفضة كما كان يعتقد التجاريون، وإنما تعني مفهوماً آخر يتمثل في النشاط الزراعي باعتباره النشاط الاقتصادي الوحيد المنتج من وجهة نظرهم، وتبريرهم لذلك يتمثل في أن النشاط الزراعي هو النشاط الوحيد القادر على خلق قيم جديدة باعتبار أن الزراعة هبة من الطبيعة، في حين أن التجارة والصناعة لا يتجاوز دورهما تحويل أو نقل أو تطوير مواد موجودة من قبل، ومن ثم فإنهما لا يدران ناتجاً صافياً. لقد ساهم فكر الطبيعيين في نقل القيمة من مجال التداول الذي انحصرت فيه تبعاً لفكر التجاريين إلى مجال جديد هو مجال الإنتاج، ولكن يؤخذ على

(٣) انظر: جون كينيث جالبريث (٢٠٠٠)، "تاريخ الفكر الاقتصادي: الماضي صورة الحاضر"، ترجمة: أحمد فؤاد بلبع، مراجعة: إسماعيل صبري عبدالله، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، رقم ٢٦١، سبتمبر، ص: ٦٩.

أنصار الفكر الطبيعي أنهم أبقوا القيمة في مجال الإنتاج الزراعي دون غيره من مجالات الإنتاج الأخرى.

وتأتي الطفرة القوية لنظرية القيمة على يد المدرسة الكلاسيكية حيث تطفو القيمة على سطح الفكر الكلاسيكي كجوهر لتحليلهم الاقتصادي، وكأساس لبنیان الاقتصاد السياسي الذي أضافوا إلى هيكله قواعد جديدة ساهمت على نحو كبير في منحه زخماً كبيراً، أعقبته دراسات متتالية كالمدرسة الماركسية والكينزية كلها انطلقت من الفكر الكلاسيكي متفقة معه في بعض أطروحاته ومنتقدة لبعضه الآخر. وتتجلى نظريتهم في الثمن وهم يحاولون الوصول إلى تحليل أعمق من سابقهم بالنسبة لكيفية تكونه، فهم لا يقتصرون فقط، كما فعل التجاريون على تفسيره من خلال العرض والطلب المرتبطة بمجال التداول، وإنما يتوغلون في تفسير قيمة السلع بحثاً عن قيمتها الحقيقية في مجال الإنتاج.

لقد شهدت نظرية القيمة تطوراً حقيقياً على يد كل من آدم سميث وديفيد ريكاردو، وهما من رواد المدرسة الكلاسيكية، فالعمل يعد المصدر الوحيد للقيمة ومقياسها عند آدم سميث، وبناء على هذا فقد وضع سميث قيمة الاستعمال جانباً وأكد على قيمة التبادل على أساس الصورة التي عرفت لفترة طويلة بأنها "نظرية كمية العمل". فقيمة أي شيء يمتلكه الإنسان تقاس في نهاية الأمر بكمية العمل التي يمكن أن يبادلها به. إن قيمة أي سلعة بالنسبة للشخص الذي يمتلكها تكون مساوية لكمية العمل التي تمكنه من شرائها أو وضع يده عليها، ولذلك فإن العمل هو المقياس الحقيقي لما لجميع السلع من قيمة للتبادل^(٤). لقد استبعد آدم سميث بتقريره ذلك فكرة المنفعة من دراسة القيمة، وهو ما استتبع توجيه النظر إلى عوامل أخرى غير هذا العنصر.

ويذهب بعض المفكرين إلى القول بأن سميث تردد بين ثلاث نظريات متعارضة في القيمة: نظرية كمية العمل الواجب بذله لإنتاج الشيء (أي الذي تتضمنه السلعة)، ونظرية كمية العمل الذي تتبادل به السلعة (أي العمل الذي يمكن للشيء شراؤه)، ونظرية نفقة الإنتاج (أي تكلفة عناصر الإنتاج التي تضافرت في إنتاج السلعة)^(٥).

(٤) انظر في تفصيل ذلك: د. رفعت المحجوب (١٩٦٤)، "العمل في التحليل الاقتصادي: دراسة في الفكر التقليدي والفكر الماركسي"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد ٣٤، العدد ٢، ص: ٣٧٢-٣٧٥.

(٥) انظر في تفصيل ذلك: د. سعيد النجار (١٩٥٨)، "التقليديون ونظرية القيمة: (١) آدم سميث وأساس النظرية التقليدية"، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، السنة الثامنة والعشرون، سبتمبر وديسمبر، ص: ٤١٥.

لقد قدم آدم سميث أساساً قوياً إلى حد بعيد لنظرية القيمة، وبصفة خاصة لنظرية "كمية العمل" كمقياس وأساس للقيمة، ويعزى الفضل إلى هذا المفكر في أنه أخرج القيمة من نطاق "قيمة الاستعمال" التي تبناها الفيزيوقراط إلى "قيمة التبادل"، ومن قصر القيمة على النشاط الزراعي إلى تعميمه على كافة الأنشطة، لقد حاول آدم سميث البحث عن معيار ثابت يصلح لقياس القيمة، ووجد مبتغاه هذا في "كمية العمل" كمقياس وأساس في نفس الوقت للقيمة، وهو أساس نجده في حالة المجتمعات البدائية، كما قدم أساساً لنظرية نفقة الإنتاج في حالة المجتمعات المتمدينة. وكما أضاف سميث لنظرية القيمة، فقد أسهم في تطوير نظرية الثمن من ناحية أخرى، حيث ينسب إليه الفضل في عرض الثمن الاسمي والثمن الحقيقي أو الثمن الطبيعي وثمن السوق، كما بين أيضاً كيف يتغير الثمن الحقيقي كنتيجة لتغير قوى العرض والطلب في الأجل القصير، وكيف أن هذا الثمن يقترب من الثمن الطبيعي عند تغييره، تماماً كبنول ساعة يقترب من محورها جيئةً وذهاباً، وتعد طريقة معالجة سميث لموضوع الأثمان وكيفية تحقق سعر التوازن هي الأساس الذي يتم بناء عليه التحليل الجزئي المعاصر لنظرية الثمن.

وعلى الرغم من الوجوه الإيجابية الكثيرة التي تضمنتها نظرية آدم سميث في القيمة، إلا أنها لا تخلو على الرغم من ذلك من بعض أوجه القصور، التي كانت ولا زالت محلاً لسهام نقد العديد من الاقتصاديين، فمن ناحية أولى نلاحظ أن سميث اهتم فقط بقيمة المبادلة دون أن يعطي أهمية كبرى لقيمة الاستعمال أو يفسح المجال لفكرة المنفعة في نظرية القيمة، فقد اعتبر القيمتين مستقلتين كلاهما عن الأخرى. من ناحية ثانية، فإن آدم سميث قد خلط بين مقياس القيمة وسببها، حيث إنه اتخذ العمل الذي تبادل به السلع كمقياس لقيمتها رغبة في تفادي التقلبات النقدية، كما اعتبر في ذات الوقت العمل الذي تتضمنه السلعة هو مصدر تفسير قيمتها. وفي الواقع، فإن تفسير القيمة يختلف تماماً عن سببها وهذا ما حاول المفكرون الذين أعقبوا سميث تجنبه عند تصديهم بالدراسة والتحليل لنظرية القيمة. من ناحية ثالثة، فإنه من غير المتصور أن تكون كمية العمل فقط هي التعبير الصحيح عن قيمة السلعة، فغالبية السلع تحتوي، بدرجة أو بأخرى، على قدر من رأس المال ساهم في إنتاجها، وبالتالي فإنه سيكون من غير المقبول تجاهل هذا الجزء من القيمة عند التعبير عن قيمة السلعة، وربما يكون ذلك هو السبب الذي جعل آدم سميث يطور من أفكاره ويتحدث عن نظرية نفقة الإنتاج كسبب لتفسير القيمة في المجتمعات المتمدينة.

انطلاقاً من ذات الفكرة التي أقرها آدم سميث في نظريته حول القيمة، فقد ميز

ريكاردو بين قيمة الاستعمال وقيمة المبادلة. ومع ذلك، فقد كان ريكاردو أكثر حسماً من سميث في إقراره بأن كمية العمل التي تتضمنها السلعة هي التي تفسر قيمتها. لقد اتفق ديفيد ريكاردو مع ما ذهب إليه آدم سميث في أنه في حالة المجتمعات البدائية فإن قيمة المبادلة تعتمد فقط وبصورة كلية على الكمية النسبية للعمل المبذولة في إنتاج كل سلعة من السلعتين محل التبادل. وإذا كان آدم سميث قد اعتبر ذات المبدأ صالحاً على نحو ما لتفسير القيمة في المجتمعات المتمدينة، فإن ريكاردو قد حاول أن ينحو نحواً مختلفاً عن سلفه في هذا الشأن من خلال المضي في البحث عن مقياس أكثر ثباتاً، على اعتبار أن كمية العمل هي معيار متغير كنتيجة لتأثرها بتطور قوى العرض والطلب.

ثم تأتي بعد ذلك المدرستان النيوكلاسيكية والكينزية ليضيفا بإسهامتهما في نظرية القيمة زخماً جديداً إلى علم الاقتصاد تبعاً للمبادئ والأفكار اللائي تبنتهما، والتي انعكست بدورها على طبيعة ونطاق القيمة، وذلك على النحو الذي سنجد تفصيله في متن هذه الدراسة.

إشكالية الدراسة:

تتمحور إشكالية هذه الدراسة في محاولة تتبع مجال ونطاق فكرة القيمة في علم الاقتصاد السياسي باعتبارها جوهر هذا العلم. ونحن إذ نتتبع رحلة القيمة، سنحاول جاهدين تحديد طبيعتها ونطاقها عبر مدرستين من أهم المدارس الفكرية الاقتصادية: المدرسة الكلاسيكية الجديدة والمدرسة الكينزية، موضحين كيف أنها تأثرت بطبيعة الفكر المسيطر في حينه، وكيف أنها أثرت بدورها على وجهة علم الاقتصاد السياسي في مراحل المختلفة، وفي انتقاله من التحليل الجزئي إلى التحليل الكلي، ومن التداول إلى الإنتاج، ومن الاهتمام بقيمة المبادلة إلى الاهتمام بفكرة المنفعة وقيمة الاستعمال. لقد أثّرنا هنا أن نركز دراستنا على هاتين المدرستين دون غيرها من مدارس الفكر الاقتصادي الأخرى؛ لأنها لم تنل نفس الرعاية والاهتمام الذي نالتهما المدرستان الكلاسيكية والماركسية فيما يتعلق بتحليلهما لنظرية القيمة؛ لهذا فقد حاولت هذه الدراسة على استحياء سد هذه الثغرة في الدراسات الأكاديمية العربية.

وتجدر الإشارة إلى أن رحلة القيمة قد بدأت خارج علم الاقتصاد السياسي، ثم جاء هذا الأخير ليطوعها للدراسة والتحليل ويخضعها لمنطق العلم، ومع ذلك يستمر لفكرة القيمة ذاتيتها، التي ربما تستعصى على السيطرة والإخضاع لناموس محدد، وهو ما يؤثر حتى على محاولة توقع نطاقها وحركتها في المستقبل، وهذا ما يجعل أي دراسة تتعلق بالقيمة من أكثر الدراسات صعوبة.

تقسيم الدراسة:

سنعرض لدراستنا من خلال مبحثين، نخصص أولهما للحديث عن موقف الفكر الكلاسيكي الجديد من القيمة كأساس لعلم الاقتصاد. أما المبحث الثاني من هذه الدراسة فإنه سيلقي الضوء على موقف كينز من نظرية القيمة من خلال تناولنا لأهم الآراء التي حاولت تفسير وجهة نظره من تلك النظرية، وبصفة خاصة من مدى اعتبار العمل كتفسير رئيس للقيمة. وعلى هدي من ذلك، فإن خطة الدراسة ستنقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: القيمة في الفكر الكلاسيكي الجديد.

المبحث الثاني: القيمة في الفكر الكينزي.

المبحث الأول

القيمة في الفكر الكلاسيكي الجديد

لقد شهد النصف الثاني من القرن التاسع عشر مولد أفكار جديدة مثّلت انقلاً فكرياً في علم الاقتصاد السياسي بصورة عامة، وتحولاً جوهرياً في مجال نظرية القيمة والتمن بصفة خاصة، وأطلق على هذا التيار الفكري مسمى المدرسة الحدية أو المدرسة الكلاسيكية الجديدة أو المدرسة الرياضية، ولقد جاء هذا الكشف الكبير في العام ١٨٧١، على يد الاقتصادي الإنجليزي ستانلي جيفونز (١٨٣٥-١٨٨٢)، ووجد دعماً قوياً من كارل مينجر (١٨٤٠-١٩٢١) في النمسا، وليون فالراس (١٨٣٤-١٩١٠) في سويسرا، وتبعهما بعد سنوات قليلة جون بيتس كلارك (١٨٤٧ - ١٩٣٨) في الولايات المتحدة، وزعيم المدرسة الحدية بانجلترا الفريد مارشال (١٨٤٢-١٩٢٤). لقد أبرز هؤلاء الاقتصاديون الدور الهام الذي تقوم به المنفعة الحدية، وليس الذي تقوم به المنفعة العامة، فليس ما يعطي القيمة هو الإشباع الكلي المستمد من حيازة واستعمال أحد المنتجات أو إحدى الخدمات، بل هو الإشباع أو المنفعة التي تحققها الإضافة الأخيرة التي يحصل عليها المرء من ذلك الاستهلاك. ويضحي من المهم الآن أن نعرض لموقف المدرسة الحدية من القيمة والتمن قبل أن نخرج بعد ذلك نحو تقويم أفكارهم؛ لهذا فإننا سنعرض لذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول: جوهر القيمة عند الكلاسيك الجدد.

المطلب الثاني: تقويم موقف الكلاسيك الجدد من القيمة.

المطلب الأول

جوهر القيمة عند الكلاسيك الجدد

ينطلق التحليل الاقتصادي للقيمة في فكر المدرسة الحدية من فكرة المنفعة، تلك الفكرة التي لم تجد الاهتمام الكافي من قبل المفكرين التقليديين أو المدرسة الماركسية، وكذلك ممن سبقوهم، والمنفعة هي فكرة تعبر عن درجة الإشباع التي يحصل عليها الفرد نتيجة لاستهلاكه لعدد معين من وحدات سلعة معينة في وقت ما، نظراً لما تتضمنه هذه السلعة من صفات ومقومات معينة تجعلها صالحة لإشباع هذه الحاجة، وانطلاقاً من فكرة المنفعة يصوغ الكلاسيك الجدد قانون تناقص المنفعة الحدية، والذي يعني انخفاض إلحاح الحاجة مع تزايد استهلاك وحدات السلعة، مع افتراض ثبات العوامل الأخرى. يمكن أن نعرف المنفعة الحدية إذاً بأنها منفعة الوحدة الأخيرة

المستهلكة من السلعة، أو هي مقدار التغير الذي يحدث في المنفعة الكلية نتيجة لاستهلاك وحدة إضافية من السلعة.

وفي خطوة تالية يستخدم رواد هذه المدرسة فكرة المنفعة الحدية لتعيينهم على تفسير القيمة، حيث لاحظوا وجود ثمة صلة بين درجة إشباع الحاجة وندرّة الأموال الاقتصادية، حيث يمكن أن نقرر بأنه كلما انخفض عدد وحدات السلعة المستهلكة في إشباع الحاجة كلما زادت درجة المنفعة التي يحصل عليها الفرد منها والعكس صحيح. إن هناك إذاً علاقة عكسية بين مدى ندرة السلع وحجم المنفعة الناتجة عنها. ولقد ساهمت المدرسة الحدية في تفسير لغز القيمة الذي حاول آدم سميث من قبل تفسيره من خلال استخدامه لنظرية القيمة في العمل، فالماء وعلى الرغم من المنفعة الكلية الكبيرة له تقل قيمته السوقية، بينما الماس وعلى الرغم من منفعة الكلية المنخفضة، فإنه نظراً لندرته ترتفع قيمته السوقية.

بعبارة أخرى، إن منفعة أي سلعة أو خدمة تتناقص، إذا ظلت جميع الأمور الأخرى متساوية، مع زيادة توافرها، فمنفعة الوحدة الأخيرة والتي تكون الرغبة فيها عند أدنى حد، أي منفعة الوحدة الحدية هي التي تحدد قيمة جميع الوحدات، فجميع وحدات السلعة متجانسة ومتشابهة من حيث الخصائص، وبالتالي يمكن أن يحل بعضها محل البعض الآخر وتكون لها كلها نفس القيمة، وهذا ما يعرف بقانون الإحلال. وعلى ذلك، فإن الوحدات المتشابهة والمتجانسة من نفس السلعة يكون لها جميعاً، لدى الشخص الواحد، نفس القيمة، لأن كل منها يحل محل كل الوحدات الأخرى، ولما كانت منفعة الوحدة الأخيرة هي التي تحدد موقف الشخص نحو وحدات السلعة كلها، لذلك يكون لكل وحدة من هذه الوحدات نفس القيمة التي تتحدد على أساس منفعة الوحدة الأخيرة^(٦).

ولفترة من الوقت بدا أن فكرة المنفعة الحدية تساهم في حل مشكلة القيمة والتمن، فالتمن هو ما يدفعه الناس مقابل الزيادة الأخيرة أو التي تكون الرغبة فيها عند الحد الأدنى، والأثمان تستقر عند هذا المستوى، ومن الممكن أن نقرر في هذه الظروف أن تكلفة الإنتاج لها أهمية حقاً، والحقيقة أن حدية المنفعة كانت الخطوة الأولى على الطريق نحو صياغة أخرى ونهائية، فالحدية لا ترتبط فقط بالمنفعة والطلب، وإنما ترتبط بالعرض أيضاً؛ ذلك أن السلع تنتج عند مستويات مختلفة من

(٦) انظر في تفصيل ذلك: د. لبيب شقير (١٩٨٨)، "تاريخ الفكر الاقتصادي"، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، ص: ١٣٤-١٤٦.

التكلفة، وهو ما سبق أن أوضحه ريكاردو فيما يتعلق بالأرض، فالإنتاج الزراعي مع تزايدِهِ يمتد إلى الأرض الأقل خصوبة، وبالتالي تزداد مدخلات العمل أو التكلفة لوحدة الإنتاج، وهو الأمر الذي يمكن تطبيقه أيضاً في الصناعة، فالمؤسسات المختلفة ذات الأوضاع المختلفة أو ذات الكفاءة المختلفة تنتج الناتج نفسه بتكلفة مختلفة، كما أن المنشأة الواحدة تتحمل تكلفة متزايدة في سعيها لاستخلاص المزيد من معداتها وقوة العمل لديها.

وعلى ذلك ففي الصناعة، كما في الزراعة، يوجد قانون بالغ القدرة والحضور، هو قانون الغلة المتناقصة والذي يعني التكلفة المتزايدة. وكما أن الجدوى تستقر مع المنفعة عندما تصل إلى الحد، كذلك الأمر مع التكلفة عندما تصل إلى الحد. وعلى وجه التحديد، فمن تناقص المنفعة الحدية للمشتري يأتي انخفاض الاستعداد الجماعي للدفع، أي انخفاض الطلب، ومن ثم ينحدر منحنى الطلب هبوطاً بصفة دائمة، أي ضرورة انخفاض الأسعار باستمرار حتى يمكن أن تخرج من السوق الكمية المعروضة الزائدة من السلع. ومن التكاليف الحدية المتصاعدة للمنتجين، والتكاليف الأعلى للمنتجين الأقل كفاءة، تأتي التكاليف المتزايدة للكميات الإضافية المعروضة، وكلما زاد ما يطلب زاد ما ينبغي دفعه، ومن هنا يرتفع منحنى العرض صعوداً، فالأسعار التي ترتفع باستمرار تلزم لتغطية التكاليف الحدية واجتذاب الإمدادات المتزايدة إلى السوق. وعند نقطة التقاء المنحنيين يكون الإنجاز الأعلى مرتبة، وهو الثمن. وذلك هو الثمن اللازم لحفز العرض ويكون ذلك متوافقاً مع السعر الذي تقرره أقل الاحتياجات إلحاحاً. إنه إذاً قانون العرض والطلب الذي يؤدي في النهاية إلى تحقيق التوازن في السوق، وكان هذا التوازن هو الذي استقر في نهاية القرن في تعاليم ألفريد مارشال، ومازالت تلك هي الحال في التعليم التقليدي حتى يومنا هذا^(٧).

بالإضافة إلى ما سبق، فقد شهدت السنوات التالية تعديلات مهمة، وبخاصة فيما يتعلق بدراسة التوازن في سوقي الاحتكار والمنافسة الكاملة ولاسيما في أعمال ألفريد مارشال، أستاذ الاقتصاد بجامعة كامبريدج. وإن كان تحليله الاقتصادي، على الرغم من ذلك، قد قصر عن أن يشمل بعض أنواع الأسواق البينية كسوق المنافسة الاحتكارية وكيف يصل الاقتصاد إلى مرحلة التوازن فيها. ويظل هذا الاقتصادي الكبير يلبس القيمة، ذلك الاصطلاح الذي لم يذكره في مؤلفه، رداء الثمن في نقطة

(٧) انظر: جون كينيث جالبريت (٢٠٠٠)، "تاريخ الفكر الاقتصادي: الماضي صورة الحاضر"، مرجع سابق، ص. ١٢٣-١٢٤.

التوازن في سوق معينة. لقد حاول مارشال، متأثراً بروح عصره، أن يلغي أي وجود للأفكار الميتافيزيقية من علم الاقتصاد، ولما كانت القيمة بالنسبة له كذلك، فقد استبدل بها الثمن وافترض من أجل تيسير تحليله الاقتصادي ثبات القوة الشرائية للنقود.

القيمة والثمن بين المدرستين الكلاسيكية والكلاسيكية الجديدة:

وبتصدر الفكر الحديّ للمشهد في الاقتصاد السياسي، حدث تحول جوهري في تفسير القيمة، أو تفسير الإيرادات الناشئة عنها، ذلك التفسير الذي ساد في الفكر الكلاسيكي والماركسي، وهو التحول من الاهتمام الأساسي بالبائع إلى الاهتمام الأساسي بالمشتري، ومن الاهتمام الأساسي بالتكلفة إلى الاهتمام الأساسي بمنفعة المستهلك، ومن الاهتمام بالعرض إلى الاهتمام بالطلب. وعندما اقترب القرن التاسع عشر من نهايته، حدثت عودة إلى الاهتمام المتوازن بين الطلب والعرض، على يد مارشال الذي أحدث تطوراً كبيراً في آراء المدرسة الكلاسيكية الجديدة، فالقيمة عند مارشال تتحدد وفقاً لتغيرات العرض والطلب، ومد تحليله هذا ليشمل أيضاً أثمان عناصر الإنتاج (الأجر - الربح - الربح - الفائدة)، حيث يتحدد كل منها وفقاً لدالتي العرض والطلب الخاصة به ومدى إنتاجيته.

إن مقارنة رؤية الحديين للقيمة والثمن مع سابقهم من أنصار المدرسة الكلاسيكية لابد وأن تذكرنا بأن ريكاردو جعل مصدر قيمة أو ثمن أي سلعة متجددة الإنتاج راجعاً إلى التكلفة. وترجع التكلفة بدورها إلى العمل الذي يحتاج إليه المنتج في ظل الأوضاع الأقل ملاءمة للإنتاج، وأن ثمن العمل هو تكلفة الحفاظ على العامل. وكانت أجور العمال، بسبب الاندفاع غير المحكوم نحو التوالد، تتوازن عند المستوى الذي يكفي للحفاظ على الحياة، وما يتبقى يذهب ريعه إلى ملاك الأرض، أو على نحو أقل تحديداً كعائد على المنتج أو الرأسمالي. في ذلك الوقت لم يكن هناك بديل يمكن قبوله.

ومع قدوم الفكر الكلاسيكي الجديد تغيرت الصورة وأصبح مسرح الاقتصاد السياسي مهياً ليشغله مشهد جديد من التفكير، حاول أبطاله أن يصيغوا رواية قديمة (القيمة والثمن) بمفهوم حديث (المنفعة المرتكزة على الندرة). لقد سبق ورأينا أن التجاريين وجدوا في تداول السلع تفسيراً للقيمة، بينما اتجه الكلاسيك لتفسير القيمة والأثمان عبر نظرية كمية العمل في مجال الإنتاج. أما بالنسبة للكلاسيك الجدد فقد حاولوا تفسير القيمة وتحليل الأثمان من خلال مجال التداول، ولكنهم يختلفون في ذلك مع التجاريين، حيث إن تداول التجاريين مبني على الإنتاج، في حين أن التداول في الفكر الحدي مبني على رغبة الأفراد في تحقيق أقصى منفعة لحاجاتهم.

لقد أدخل الحديون تطوراً جديداً في مجال علاقات الإنتاج السائدة في علم الاقتصاد. ففي التحليل الاقتصادي الحدي، يصبح موضوع الاقتصاد متعلقاً بسلوك أفراد لهم صفة "الرجل الاقتصادي" سلوكاً مجرداً عن إطاره الهيكلي فيما يتعلق بنوع المجتمع ونوع علاقات الإنتاج السائدة فيه، وعليه ينعكس سلوك الأفراد الذين هم من قبيل الرجل الاقتصادي في علاقات بين هؤلاء الأفراد وبين الأشياء النادرة التي تصلح لإشباع حاجاتهم، وتمثل هذه العلاقات التي تنشأ بين الأفراد والأشياء من جانبها الكمي فقط موضوع الاقتصاد بالنسبة للحديين، وعلى هذا النحو يصبح الاقتصاد هو علم الندرة، الأمر الذي يعني أن العلاقات الاقتصادية ليست علاقات اجتماعية، هذا التصور للعلاقات الاقتصادية يجد انعكاسه في اعتبار علم الاقتصاد على حد تعبير "باريتو" علماً طبيعياً كالفسولوجيا والكيمياء وغير ذلك^(٨).

وفيما يتعلق بالأثمان وتكونها من وجهة نظر الكلاسيك الجدد، فإنها جاءت انعكاساً لنظريتهم في القيمة، فالأثمان تتحدد وفقاً لقوى العرض والطلب، التي تتحدد بدورها نتيجة مجموعة من العوامل خارج نطاق النشاط الاقتصادي، أو بالأحرى داخل نطاق التداول، فالطلب يتحدد على أساس المنفعة وسلوك المستهلك في السوق، أي سلوكه كمشتري للسلعة المشبعة لحاجاته، واستعمال السلعة أو استهلاكها ينتمي إلى مجالات أخرى من مجالات النشاط الاجتماعي، مما يجعلنا نقرر أن الطلب يتحدد بعوامل داخل إطار التداول، أي لا تنتمي للنشاط الاقتصادي، كما أن العرض يتحدد وفقاً لهم بسلوك المنظم في السوق، سلوكه كمشتري لعوامل الإنتاج وسلوكه كبائع للنواتج في سوقه، وفي كلا الحالتين فإن الأمر يتعلق بسلوكه في إطار التداول، ولا يمثل التعرض لنفقة الإنتاج إلا دراسة للعلاقات الفنية بين المدخلات والمخرجات لتحديد أحد العوامل التي تؤثر على سلوك المنظم كمشتري وبائع أي في إطار التداول^(٩).

إن الحديين لم يحاولوا البحث، كما فعل الكلاسيك وكذلك الماركسيون، عن كيفية تحديد الثمن الطبيعي من خلال التغلغل في مجال الإنتاج دون الاختصار فقط على مجال نفقة الإنتاج، وإنما الذهاب إلى ما وراء ذلك وصولاً للقيمة في حد ذاتها، ذلك الأمر الذي أبرزته نظرية العمل في القيمة.

(٨) انظر في تفصيل ذلك: د. محمد دويدار (٢٠٠٨)، "مبادئ الاقتصاد السياسي: الجزء الأول، مذاهب الفكر الاقتصادي"، مرجع سابق، ص ٢٣١-٢٣٣.

(٩) نظر: د. محمد دويدار (بدون تاريخ)، "دروس في الاقتصاد النقدي والتطور الاقتصادي"، الدار الجامعية، الإسكندرية، ص. ٥٢-٥٣.

وعلى هدي من التحليل السابق نستطيع أن نقرر بأن نظرية القيمة، وفقاً للمدرسة الحدية تتوقف على عنصرين: عنصر وصفي، هو المنفعة وعنصر عددي هو الندرة، ويظل العنصر الوصفي (المنفعة) هو أساس القيمة، بينما يقتصر دور الندرة على تحديد الوحدة التي تحدد منفعتها منفعة الوحدات جميعاً (الوحدة الحدية). وإذا كانت القيمة تتحدد بالمنفعة، فهي لا تتحدد بالمنفعة التي نحصل عليها فعلاً من السلعة، وإنما بالمنفعة التي نتوقع أن نحصل عليها من السلعة، وفي نفس الإطار تتكون الأثمان نتيجة لالتقاء قوى العرض والطلب التي تتحدد في النهاية في مجال التداول وليس مجال الإنتاج.

المطلب الثاني

تقويم موقف الكلاسيك الجدد من القيمة

لقد أسهم الكلاسيك الجدد بفكرهم في تطوير علم الاقتصاد السياسي، وخاصة الاقتصاد الجزئي القائم على تحليل سلوك الوحدة الاقتصادية الواحدة كسلوك المستهلك الفرد وسلوك المشروع الفرد، ولا زالت نظرياتهم في الاستهلاك والإنتاج والتوزيع والأسواق هي محور علم الاقتصاد السياسي الذي يدرس في الجامعات حتى الآن، كما ظل الفكر الاقتصادي المعاصر، على الرغم مما أحدثه من تطوير على آرائهم، وفيماً لأفكارهم الرئيسية خاصة تلك المتعلقة بالإنتاج والاستهلاك والتوزيع.

لقد ظلت الاتجاهات الاقتصادية المختلفة داخل المدرسة الكلاسيكية الجديدة وفيه لأيدولوجيات مفكرها الأوائل والتي تقوم على أساس سلوكهم الاقتصادي القائم على فكرة الفرد المنعزل الأناني الذي يقوم بالحساب الرشيد لكل تصرف لتعظيم المنفعة منه^(١٠).

ومع ذلك فإن المدرسة الحدية لم تسلم من النقد هي الأخرى، شأنها في ذلك شأن المدارس السابقة عليها، ومن أهم الانتقادات التي وجهت إليها ما يلي:

أولاً: إن النظرية الحدية تقوم على أساس تحليل استراتيجي لسلوك المستهلك الفرد، ومن ثم لا يأخذ عنصر الوقت في اعتباره. إن افتراض وجود عنصر الوقت واتخاذها في الحساب في التحليل الاقتصادي سوف يؤدي لا شك إلى تغيير عقيدتنا، حيث إن وحدات السلعة التي لم يكن لها منفعة عند افتراض إسقاط عنصر الوقت في

(١٠) انظر: د. سعيد الخضري (١٩٩٦)، "الفكر الاقتصادي النيوكلاسيكي المعاصر وتحرير الاقتصاد المصري"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة الثامنة والثلاثون، العدد الثاني، ص: ١.

التحليل قد يكون لها منفعة كبرى بعد عدة ساعات من استهلاك الوحدة السابقة عليها عند إدخال عنصر الوقت في التحليل^(١١).

لقد دفع هذا الأمر ألفريد مارشال إلى علاج العوار الذي لحق بأفكار الرواد الأوائل للمدرسة الحدية، فلقد أدخل عنصر الزمن في التحليل الاقتصادي، حيث ميز بين شروط التوازن في كل من الأجل القصير والطويل.

ثانياً: إن أفكار المدرسة الحدية تجعلنا ننظر إلى كل من المستهلك والمنتج على اعتبارهما رجال اقتصاد من الطراز الأول، يعلمون بواطن الأمور ويعرفون ما يريدون ويتحركون كآلات لا تخطئ، إن هذه الأفكار إلى حد كبير بعيدة عن الواقعية.

فشرط توازن المستهلك عند أنصار المدرسة الحدية هو أن تتساوى المنافع الحدية لما قيمته وحدة نقدية واحدة لكافة السلع، وذلك على النحو الآتي:

المنفعة الحدية للسلعة أ / سعر السلعة أ = المنفعة الحدية للسلعة ب / سعر السلعة ب= المنفعة الحدية للسلعة ن / سعر السلعة ن

إن الوصول لهذا التوازن يقوم على ضرورة توافر فرضين: أن المستهلك يسعى إلى الوصول إلى أقصى إشباع ممكن، وأن المنفعة الحدية تميل إلى التناقص مع زيادة الكمية المستهلكة من السلعة، وهذا الأمر يفترض علم المستهلك بكافة الأمور المتعلقة بطبيعة السلعة المعروضة عليه ومقدار المنفعة التي يرغب في الحصول عليها إذا قام باستهلاكها، وأسعار هذه السلعة والسلع المنافسة والمكملة لها في الحاضر والمستقبل، إن هذه الفروض جميعها غير حقيقية وتتلاءم مع آلة أكثر منها مع بشر. ونفس ما يقال عن المستهلك في نظرية الاستهلاك يقال عن المنتج في نظرية الإنتاج^(١٢). ولقد دفع هذا الانتقاد مؤيدي هذه المدرسة إلى القول بأن ما يقترحونه هو مجرد نظرية إرشادية تبين أفضل الطرق لمساعدة المنتج الفرد على تحقيق أقصى قدر من الربح^(١٣).

(١١) انظر في ذلك:

Dowidar, M. (1974), "La Theorie marginaliste du comportement du consommateur: Etude critique", Revue de Droit, Faculte de Droit, L'Universite d'Alexandrie, 16eme annee, no. 2, P. 10.

(١٢) انظر في تفصيل ذلك: د. جلال أمين (١٩٩١)، "في نقد النظرية الاقتصادية الجزئية"، مجلة مصر المعاصرة، السنة الثانية والثمانون، العددان ٤٢٣-٤٢٤، يناير - إبريل، ص: ١٧٣-١٧٨.

(١٣) انظر في ذلك: د. زكريا أحمد نصر (١٩٦١)، "مقدمة في نظرية القيمة"، الطبعة الأولى، مطبعة نهضة مصر، ٣٣٢-٣٣٣.

ثالثاً: اعتبار المشكلة الاقتصادية للفرد كمحور لعلم الاقتصاد السياسي، واعتبار هذه المشكلة مشكلة ندرة يعني خطأً بين المشكلة الاقتصادية للمجتمع الإنساني بصفة عامة والمشكلة الاقتصادية لمجتمع محدد تاريخياً (في المكان والزمان) والمشكلة الاقتصادية للفرد، وهذا الأمر فيه خلط كبير؛ لأنه يتجاهل أن الذي يعيش الصراع ضد الندرة هو المجتمع وليس الفرد، كما أنه تجاهل العلاقات الاجتماعية الناشئة عن عمليات الإنتاج فأفرغ العلاقات الاقتصادية من محتواها الاجتماعي، بالإضافة إلى الانشغال بالمظاهر الكمية للظواهر وتجاهل مظهرها الكيفي^(١٤).

رابعاً: لقد ركز رواد المدرسة الكلاسيكية الجديدة تحليلهم الاقتصادي على أساس الوحدات الاستهلاكية والإنتاجية الفردية أو الجزئية (على مستوى الاقتصاد الجزئي)، متجاهلين في ذلك التحليل على مستوى الاقتصاد الكلي مثل دراسة التغير في الاستهلاك الكلي والناتج الكلي والاستثمار والادخار الكليين، وهو أمر في غاية الأهمية.

خامساً: لقد بنت النظرية تفسيرها للقيمة على فرض وجود وحدات متعددة من الأموال محل المبادلة، وتواجه هذه الوحدات حاجات متعددة تختلف أهميتها عند الفرد. إن هذا الفرض يتناقض مع الواقع العملي، حيث تظهر مسألة القيمة غالباً عند شراء الشخص لوحدة واحدة من سلعة ما ليشبع بهذه الوحدة حاجة من حاجاته، إن النظرية لا تصلح إذاً للتطبيق ومن ثم لتفسير القيمة في غالبية المبادلات.

(١٤) انظر في تفصيل ذلك: د. محمد دويدار (٢٠٠٨)، "مبادئ الاقتصاد السياسي: الجزء الأول، مذاهب الفكر الاقتصادي"، مرجع سابق، ص ٢٣٩-٢٤٠.

المبحث الثاني القيمة في الفكر الكينزي

لقد رأينا في المبحث السابق كيف تحركت نظرية القيمة وتطورت على يد الكلاسيك الجدد الذين عولوا كثيراً على فكرة المنفعة في تفسير القيمة ونقلوا الاهتمام من جانب العرض، الذي ركزت عليه النظرية الكلاسيكية، إلى جانب الطلب، ومن جانب الإنتاج إلى جانب التداول، ومن جانب استخدام العمل إلى المنفعة الشخصية كأساس لتحديد الثمن. ومع ذلك، لم تسلم أفكارهم من سهام النقد خاصة فيما يتعلق ببعدهم عن الواقعية وغموض فكرة المنفعة وكيفية قياسها، بالإضافة إلى تجاهل العلاقات النفسية والاجتماعية لسلوكيات الأفراد، باعتبارهم بشراً، مستهلكين كانوا أو منتجين.

لقد كان الحدث الأكثر تأثيراً في فكر المدرسة الكلاسيكية الجديدة هو وقوع الأزمة الاقتصادية التي شهدتها العالم في عام ١٩٢٩، وخلفت الكثير من الآثار الاقتصادية السلبية على معظم دول العالم، وهو ما عرف فيما بعد باسم الكساد الاقتصادي العظيم. لقد أظهرت الأزمة الاقتصادية أن المشكلة تتعلق بأداء الاقتصاد القومي في مجموعه في ظل إطار هيكل محدد، وليست هي مشكلة سلوك الوحدة الاقتصادية (من قبيل الرجل الاقتصادي) معزولة عن بقية أجزاء الاقتصاد القومي، وبدأ الفكر الاقتصادي يهتم من جديد بتحليل طبيعة النظام الاقتصادي وميكانيزم أدائه^(١٥).

ويثار التساؤل الهام حول مدى تأثير الفكر الكينزي بنظرية القيمة، وعما إذا كانت أفكار كينز قد تأثرت بالفكر الكلاسيكي من حيث اعتناقه لنظرية العمل، أم أنه تأثر بالكلاسيك الجدد ونظرتهم للقيمة من خلال المنفعة الشخصية القائمة على الندرة، أم أنه قد جاء بأفكار جديدة مستقلة تحوي في داخلها مقياساً جديداً للقيمة وتفسيراً لها، أم أنه لم يكن في الأساس مكترباً بموضوع القيمة، ويدور التساؤل أخيراً حول مستقبل القيمة. سنعرض لهذه التساؤلات من خلال أربعة مطالب:

المطلب الأول: الفكر الكينزي: الأفكار الرئيسية.

المطلب الثاني: موقف كينز من نظرية القيمة.

المطلب الثالث: رؤيتنا حول موقف كينز من القيمة.

المطلب الرابع: مستقبل نظرية القيمة.

(١٥) انظر: د. محمد دويدار (بدون تاريخ نشر)، "تاريخ الفكر الاقتصادي"، دار الجامعات المصرية، ص. ١٣٣.

المطلب الأول

الفكر الكينزي: الأفكار الرئيسية

لقد كانت الظروف مهيئة بعد الأزمة الاقتصادية العالمية لمولد فكر جديد يعالج مثالب فكر الحديين، ذلك الفكر الذي عجز عن تقديم حلول حقيقية لمعالجة الأزمة، بل وربما كان هو أحد أسباب وقوعها، ولقد تحقق ذلك بالفعل حيث ظهرت أفكار الاقتصادي الكبير جون ماينرد كينز (١٨٨٣-١٩٤٦)، ذلك الاقتصادي الإنجليزي الذي أودع أفكاره عن التشغيل والنقود مؤلفه الأشهر في علم الاقتصاد "النظرية العامة في التشغيل والفائدة والنقود"، الذي نشره في عام ١٩٣٦، ويتكون هذا المؤلف من ستة كتب (أو أجزاء)، حيث تناول أولها تعريفاً بالنظرية العامة ونقداً للأفكار الكلاسيكية وشرحاً لمفهوم الطلب الفعلي، أما الكتاب الثاني فقد خصصه للحديث عن التوقع كحدد للنتاج والتشغيل ومفهوم الادخار والاستثمار والدخل، وفي الكتاب الثالث تحدث عن الميل للاستهلاك، بينما خصص الكتاب الرابع لشرح فكرة الكفاءة الحدية لرأس المال ونظرية الفائدة والنقود، وفي كتابه الخامس، أفاض كينز في الحديث عن النقود والأجور والأثمان، قبل أن ينهي مؤلفه بالحديث عن دورة الاقتصاد وملاحظاته حول التجاريين وقوانين المنفعة والاستهلاك وبعض النتائج المستخلصة من دراسته^(١٦).

أولاً - التشغيل وتوازن الاقتصاد الكلي:

لقد جاءت نظرية كينز في التشغيل على أنقاض رؤية الكلاسيك الذين كانوا يعتقدون بأن انخفاض الأجور هو الذي يضمن الوصول إلى مستوى التشغيل الشامل ومن ثم اختفاء ظاهرة البطالة، وهذا الطرح كان محل انتقاد كبير من قبل كينز الذي يرى بأن انخفاض الأجور قد يؤدي، وعلى عكس مما يزعمه الكلاسيك، إلى زيادة معدلات البطالة، حيث إن انخفاض الأجور سيؤدي إلى انخفاض الطلب الفعلي للعمال على السلع والخدمات التي ينتجها الرأسماليون (المنظمون)، وهو ما قد يدفعهم إلى تقليل حجم الإنتاج وتسريح جزء كبير من العمال لتفادي خسارة أكبر في إيرادات المشروع.

وانطلاقاً من هنا يقرر كينز أن مستوى الطلب الكلي الفعلي، وليس الأجر كما يرى الكلاسيك، هو الذي يحدد مستوى التشغيل في الاقتصاد القومي، فكلما ازداد الطلب الفعلي ازداد الإنتاج ومن ثم زاد الطلب على العمال وبالتالي زاد معدل التشغيل

(١٦) لمزيد من التفصيل حول مضمون هذه الأفكار انظر:

Keynes, J.M. (1949), "The General Theory of Employment, Interest and Money", Macmillan and co., London.

والعكس صحيح. ويتكون الطلب المقصود هنا من عنصرين: الطلب الكلي الاستهلاكي والطلب الكلي الاستثماري، ويتوقف الطلب الكلي على السلع والخدمات (الطلب الاستهلاكي) على مستوى دخل الأفراد وبعض العوامل النفسية، أما الطلب على سلع الاستثمار (الطلب الكلي الاستثماري)، فيقصد به الطلب على الآلات ووسائل الإنتاج والتجهيزات الرأسمالية اللازمة لعملية الإنتاج. ويتوقف الطلب الاستثماري على معدل الكفاية الحدية، أي النسبة بين الربح المتوقع الحصول عليه كنتيجة لاستغلال الآلة لمدة زمنية محددة وبعد خصم التكاليف، والنسبة بين هذا الربح وثمان الآلة نفسها. ويتوقف معدل الكفاية الحدية على عدد الأجهزة والآلات، فكثرة المعروض منها يميل بثمانها إلى الانخفاض ومن ثم إلى زيادة معدل الربح المتوقع منها والعكس صحيح. وهناك أيضاً بعض العوامل النفسية الأخرى وكذلك سعر الفائدة التي من المقرر أن يدفعها الرأسمالي نظير قروضه التي سيستخدمها في شراء هذه الآلات.

وفيما يتعلق بمستوى التشغيل وكيفية تحديده، فإن كينز يقرر بأن هذا المستوى يتوقف على مستوى الطلب الكلي الفعلي على السلع، حيث يتحدد مستوى الإنتاج والتشغيل عند المستوى الذي تطلب عنده كل الكمية المنتجة فعلاً من السلع. باختصار يمكن القول بأن مستوى التشغيل يتحقق عند التوازن بين الطلب الكلي والعرض الكلي، وأيضاً عندما يتعادل الادخار الكلي مع الاستثمار الكلي، ويلاحظ هنا أن مستوى التشغيل لا يقصد به بالضرورة مستوى التشغيل الشامل، فهذا المستوى الأخير يتحقق عندما يتساوى حجم الاستثمار مع حجم الادخار الذي يحققه الاقتصاد كله عند مستوى التشغيل الشامل، وهذا الأمر يصعب تحقيقه في الواقع حتى في الدول الرأسمالية نظراً لانخفاض الطلب الاستثماري عن معدل الادخار الكلي بسبب وجود استثمارات كثيرة متراكمة ومن ثم تنخفض الكفاءة الحدية لرأس المال وتقل الاستثمارات، ويترتب على ذلك انخفاض مستوى الإنتاج والتشغيل عند مستوى أقل من مستوى التشغيل الشامل.

ثانياً - التفضيل النقدي:

يعد موقف كينز من النقود من أهم الأسس التي قامت عليها نظريته لدرجة أنه يمكن تسميتها بالنظرية النقدية للإنتاج Monetary theory of production. إن الطلب على النقود له دوافع ثلاثة عند كينز: دافع المعاملات، دافع الاحتياط ودافع المضاربة^(١٧).

(١٧) انظر: د. أحمد ماهر عز (بدون تاريخ)، "مذكرات في تطور الفكر الاقتصادي"، بدون دار نشر، ص: ٧٦.

فبالنسبة للدافع الأول، نلاحظ أن الأفراد يستخدمون دخولهم النقدية، التي يحصلون عليها كمقابل لإسهامهم في العملية الإنتاجية، في الوفاء بالتزاماتهم اليومية من شراء لسلع وخدمات. لهذا، فإن ذلك يقتضي من الأفراد قيامهم بتوفير سيولة نقدية لمواجهة هذه المعاملات اليومية سواء أكانوا مستهلكين أم منتجين، إن النقود هنا تقوم بوظيفتها الرئيسية كوسيط للتبادل.

وقد تطلب السيولة بدافع الاحتياط، فهنا يفضل الأفراد الاحتفاظ بالنقود معهم للتحوط لأي ظروف طارئة، وتقوم هنا النقود بوظيفة مخزن للقيمة.

وأخيراً، فإن السيولة النقدية قد يطلبها الأفراد من أجل المضاربة بها في سوق الأوراق المالية مثلاً من خلال شراء الأسهم والسندات وبيعها عند ارتفاع سعرها. ويتوقف تفضيل الأفراد للسيولة هنا على سعر الفائدة، فمفاضلة الأفراد بين الاحتفاظ بالنقود في شكلها السائل أو في شكل أوراق مالية يتوقف على سعر فائدة هذه الأوراق، فكلما ارتفع سعر الفائدة على الأسهم والسندات كلما زاد الطلب عليها ومن ثم تنازل الأفراد عن السيولة النقدية والعكس صحيح في حالة انخفاض سعر الفائدة^(١٨).

ثالثاً - الدولة والسياسة الاقتصادية:

بقي أن نشير إلى أن الدولة في الفكر الكينزي لها دور كبير في السياسة الاقتصادية، على خلاف وضعها في الفكر الكلاسيكي الذي قيدها في إطار الدولة الحارسة، وحظر عليها التدخل في المجالات الاقتصادية والاجتماعية، ومما شجع كينز على اقتراح ضرورة تدخل الدولة في السياسة الاقتصادية حدوث الأزمة الاقتصادية العالمية خلال العقد الثالث من القرن العشرين، حيث اعتبر البعض أن غياب دور الدولة من ناحية، وتمجيد الحرية الاقتصادية المطلقة من ناحية أخرى كان مسؤولاً عن حدوث هذه الأزمة، فالدولة - وفقاً لكينز - يتعين عليها أن تتجاوز وظائفها التقليدية المتمثلة في الدفاع والأمن والقضاء، لتتجاوزها نحو التدخل في النشاط الاقتصادي والاجتماعي على النحو الذي يقلل الاقتصاد من عثرته، وتستطيع الدولة أن تتدخل من خلال سياستها المالية لمحاربة البطالة وجذب الاستثمارات الخاصة، كما تستطيع أيضاً التدخل من خلال سياستها النقدية، ولا سيما سعر الفائدة لزيادة الطلب الفعال ومن ثم الاستثمار^(١٩).

(١٨) لمزيد من التحليل حول سعر الفائدة ووظيفتها في التحليل الكينزي انظر:

Hamdi, M. (1953), "Some Remarks on Keynesian Economics", Contemporary Egypt Review, Vol. 44, No. 272, P. 49-50.

(١٩) انظر لمزيد من التفصيل حول دور الدولة في الفكر الكينزي:

Hassan, A. (1953), "A SocioUEconomic Analysis of The Keynesian Theory", Contemporary Egypt Review, Vol. 44, No. 272, P. 26-30.

المطلب الثاني موقف كينز من نظرية القيمة

لقد رأينا أن الكلاسيك الجدد، وبخاصة مارشال قد تجنب ذكر كلمة القيمة في مؤلفه تمهيداً لتحريير علم الاقتصاد السياسي من الأفكار الميتافيزيقية، وربما حاول كينز أن يقتفي خطاه، خاصة وأنه أطلق على نظريته العامة مسمى النظرية العامة في التشغيل والفائدة والنقود، ومع ذلك لم يستطع كينز أن يتخلص من التراث القديم للقيمة فنجدده قد ذكرها في تمهيد مؤلفه الشهير حينما قال: "our fundamental theory of value" (٢٠).

لقد ساهمت أفكار كينز في وضع علم الاقتصاد السياسي في مرحلة جديدة انتقل خلالها من الاهتمام والتركيز على سلوك الوحدات الاقتصادية الفردية الاستهلاكية والإنتاجية إلى التركيز على الاقتصاد القومي في مجموعه وعلى آليات حركته والمتغيرات الاقتصادية الكلية التي تؤثر في وصوله إلى مرحلة التوازن النهائي. لقد أثارت هذه الأفكار الجديدة تساؤلات العديد من الاقتصاديين حول مدى ملاءمة هذه الأفكار وتقاربها من نظرية القيمة، كما خطها الكلاسيك والكلاسيك الجدد أو مدى استقلالها وبعدها عنها وذاتيتها التي يمكن القول، حال تحققها والتأكد منها، بأن ثمة انقلاباً فكرياً في نظرية القيمة قد حدث على يد كينز.

لقد ذهب فريق من الاقتصاديين إلى التأكيد على أن نظرية العمل في القيمة كانت الأساس الذي بنى عليه كينز نظريته النقدية للإنتاج (٢١).

وعلى النقيض من ذلك، فإن البعض الآخر يرى أن لكينز نظريته الخاصة في القيمة، والتي بناها على أفكاره المتعلقة بتفضيل السيولة (٢٢). وسوف نعرض لهذين الرأيين بشيء من التفصيل، ثم نعرض بعد ذلك لموقف كينز من الأثمان.

(٢٠) انظر:

Keynes, J.M. (1949), "The General Theory of Employment, Interest and Money", op., cit., p. vii.

(٢١) انظر:

Dillard, D. (1960), "The Economics of John Maynard Keynes: The Theory of a Monetary Economy", Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 9th.ed.

(٢٢) انظر:

Townshend, H. (1937), "Liquidity - premium and the Theory of Value", The Economic Journal, Vol. 47, No. 185.

أولاً - كينز ونظرية العمل في القيمة:

يرى هذا الفريق أن أفكار كينز الاقتصادية توحى بأنه قد تبني أفكار نظرية العمل في القيمة، فعلى غرار ماركس، أراد كينز أن يجد أساساً منطقياً لتحديد الأسعار في عملية الإنتاج. وكما سبق أن رأينا فإن الأسعار النسبية تتحدد في الفكر الكلاسيكي الجديد من خلال فكرة المنفعة وأنواق المستهلكين، كما تضمن المنافسة أن تتحدد هذه الأسعار على النحو الذي تتساوى عنده المنافع الحدية للسلع والخدمات التي يستهلكها الأفراد، وبالمثل تتحدد الأرباح في عملية الإنتاج. وعلى خلاف ذلك، نجد أن كينز قد تبني منهجاً مختلفاً في كيفية تحديد الأسعار، ويمكن تلمس طبيعة وملامح هذا المنهج من خلال الترحال عبر فقرات مؤلفه الشهير.

فكينز يقترح استخدام وحدتين أساسيتين من الكميات: الأولى كميات قيمة النقود Money-value والثانية كميات التشغيل quantities of employment. يلاحظ أيضاً أن كينز أطلق مسمى "وحدة العمل" على الوحدة التي ستقاس بها كميات التشغيل، بينما أطلق مسمى "وحدة الأجر" على الأجر النقدي لوحدة العمل، ويمكن اختزال وحدة العمل لتكون وحدة متماثلة من خلال اتخاذ ساعة تشغيل كوحدة قياس للعامل العادي، وعمل وزن مختلف لساعة التشغيل للعمل الخاص (العمل الماهر) بالنسبة للعائد الذي يدره (مثلاً ساعة من العمل الخاص تدر ضعف إيراد العمل العادي فتحسب حينئذ بوحدين من العمل). واقترح كينز هنا يفيد كذلك في قياس الناتج الكلي لأن وحدة العمل تعتبر غامضة إلى حد كبير؛ لهذا فإن كينز يقرر "سوف نقيس التغيرات في الناتج الكلي الجاري باستخدام عدد ساعات العمل المدفوعة (سواء لإشباع المستهلكين أو لإنتاج تجهيزات رأسمالية جديدة) في حال وجود تجهيزات رأسمالية". وكما يرى كينز فإن استخدام أي مقياس آخر لقياس معدلات التشغيل والناتج القومي ستكون غير موضوعية بسبب عدم التماثل في طبيعة العمل وطبيعة الناتج^(٢٣).

ويلاحظ هنا أن ثمة اختلافاً بين الأسباب التي من أجلها اختار كل من ماركس وكينز وحدة العمل كمقياس، فعلى خلاف ماركس الذي لجأ لوحدة العمل من أجل إعطائنا نظرية عامة عن التاريخ وتوضيح مدى الاستغلال الذي تعاني منه الطبقات الفقيرة من الرأسمالي، نلاحظ أن كينز تبني هذا المعيار ليتجنب الاختلاف في طبيعة

(٢٣) انظر في تفصيل ذلك:

Keynes, J.M. (1949), "The General Theory of Employment, Interest and Money", op., cit., p.41 and 44.

العمل وكذلك الناتج الكلي، وربما كان ذلك هو السبب الذي من أجله لم يتخذ الأجر كوحدة قياس نظراً لتغير الأجور والمرتبات على الرغم من أن المرتبات تقوم بدورين في نفس الوقت وهي اعتبارها كتكلفة للإنتاج بالنسبة لأصحاب العمل وأيضاً كمصدر لدخل العمال، لقد أراد كينز مقياساً يعبر عن مستوى المعيشة والتكنولوجيا والمعدلات النسبية لعائدات الإنتاج لمختلف أنواع العمل. من ناحية أخرى، نجد أن كينز وجد في وحدة التشغيل مقياساً موضوعياً حيث إنه يعد محلاً لصنع القرار بالنسبة لهؤلاء المسؤولين عن اتخاذ القرارات الاقتصادية.

ويتأكد هذا الاتجاه حول مدى تأثير الفكر الكينزي بنظرية العمل في القيمة عند الكلاسيك ما قرره كينز نفسه بقوله: "وأعاطف، بالرغم من ذلك، مع الفقه الكلاسيكي في أن كل شيء ينتج بواسطة العمل، يعاونه... الفن الإنتاجي، والموارد الطبيعية....، ونتائج العمل السابق... إنه من الأفضل النظر للعمل، متضمناً بالطبع الخدمات الشخصية للمنظم ومساعدته، باعتباره عامل الإنتاج الوحيد. وهذا يفسر بطريقة جزئية لماذا اتخذنا وحدة العمل باعتبارها الوحدة المادية الوحيدة التي تتطلبها في نظامنا الاقتصادي، وبغض النظر عن وحدات النقود والزمن" (٢٤).

ومن الملاحظ أيضاً أن كينز لم يتبع نظرية المنفعة الشخصية في القيمة التي تبناها الكلاسيك الجدد نظراً لعدم ملاءمتها لأهدافه، فهو يرغب في الوصول بتحليله إلى سبر أغوار التوازن على مستوى الاقتصاد الكلي، لقد أراد كينز أن يعطينا فكرة عن العلاقات بين الكميات الكلية مثل العلاقة بين مستوى الإنفاق ومستوى العمالة أو بين مستوى الدخل ومستوى الإنفاق، وغير ذلك من العلاقات التي تشكل جوهر النظرية العامة. لقد استعان مارشال بأسلوب التحليل الجزئي لعلاج مشكلات القيمة، وهناك بعض المفاهيم في نظرية كينز التي تقع على الحافة بين التحليل الكلي والتحليل الجزئي مثل دالتي الطلب الكلي والعرض الكلي والتي تعد نظرية القيمة هي البيئة الطبيعية لهما، ولقد استعارهما كينز وحورهما التحوير الذي يلائم النظرية الكلية (٢٥).

Ibid, p. 213-214.

(٢٤)

وانظر أيضاً في هذا المضمون: د. محمد دويدار، دروس في الاقتصاد النقدي والتطور الاقتصادي، مرجع سابق، ص ٣٠٣-٣٠٤.

(٢٥)

د. سعيد النجار (١٩٥٩)، "بناء دالتي الطلب والعرض عند كينز"، مجلة مصر المعاصرة، السنة الخمسون، العدد ٢٩٦، إبريل، ص ٥، (٢٨-٥).

نخلص مما سبق إلى القول بأن نفقة التشغيل، معبراً عنها في صورة عدد معين من ساعات العمل بالنسبة للعمل العادي، وعدد من ساعات العمل الموزونة بالنسبة للعمل الخاص، تلعب دوراً محورياً في التحليل الكينزي، يتجاوز بكثير ذلك الدور الذي كانت تقوم به في الفكر الكلاسيكي (الكلاسيكي الجديد). ففي هذا الأخير، كانت تكلفة التشغيل مجرد تطبيق عادي لمعادلة تكلفة العرض في الأجل القصير مع تكلفة عوامل الإنتاج الحدية فقط، وهو ما أدى إلى خلق فكرة خاطئة لثمن العرض بالنسبة للمشروع أو الصناعة. لقد كان كينز يرى أن التمسك بتلك الفكرة من شأنه أن يجرّد التحليل الكينزي من واقعيته وأن يؤدي إلى نتائج غير منطقية. إن فكرة تكلفة التشغيل عند كينز لا تساعد فقط في إعطاء فكرة واضحة عما يمكن الحصول عليه عادة من تكلفة العرض في الأجل القصير بالنسبة لوحدة الإنتاج المباعة من المشروع، وإنما تشكل أيضاً أحد الروابط بين الحاضر والمستقبل، ويرجع ذلك إلى أنه من المتوقع وجود تضحية للمنفعة المستقبلية متضمنة في الاستخدام الحالي التي تحدد حجم تكلفة التشغيل، كما أنها عبارة عن الكمية الحدية لهذه التكلفة مع تكلفة عناصر الإنتاج الحدية تحدد معاً حجم الإنتاج^(٢٦).

بعبارة أخرى، فإن الأسعار المستقبلية، وبقدر ما يمكن توقعها، تنعكس في الأسعار الحالية، فبالنسبة للمنظمين، نجدهم يسترشدون ليس بكمية المنتج الذي سوف يحصلون عليه، وإنما بالفرص البديلة لاستخدام النقود. إن توقعات الأسعار السائدة في المستقبل يجب أن يتم إدراجها في الأسعار الحالية.

ثانياً - كينز ونظرية تفضيل السيولة في القيمة:

على خلاف الرأي السابق، فإن هذا الرأي يرى أن نظرية القيمة عند كينز تتمثل بصورة أساسية في نظرية تفضيل السيولة، لقد ميز كينز بين الاقتصاد الحقيقي والاقتصاد النقدي، فالإقتصاد الحقيقي هو الذي يقوم على المقايضة، بينما يعني بالاقتصاد النقدي ذلك الاقتصاد الذي يعتمد بصورة مكثفة على النقود.

لما كانت التوقعات بخصوص المستقبل تدخل في القرارات التي تتخذ في الحاضر، فإنه، ووفقاً لرؤية كينز، يتعين أن يوضع في الاعتبار أيضاً خصائص النقود كرابط بين الحاضر والمستقبل، وعلى الرغم من أن نظرية تغير التوازن يجب أن تتبع في إطار اقتصاد نقدي، فإنها تبقى مع ذلك نظرية للقيمة والتوزيع وليست نظرية نقود منفصلة.

Keynes, J.M. (1949), op., cit., p.67-69.

إن النقود تعد فوق كل شيء وسيلة دقيقة لربط الحاضر بالمستقبل، ومن ثم لا يمكن البدء في مناقشة أثر التوقعات المتغيرة على الأنشطة الحالية إلا من خلال النقود^(٢٧).

إن تطور الإنتاج السلعي يقتضي وجود النقود، ففي ظل النموذج الرأسمالي للإنتاج ليس من الممكن تبادل السلع على أساس قيم العمل، حيث إن معدل التبادل يجب أن يحسب في إطار مقياس آخر يسمح بالتساوي بين معدلات الربح في البلدان المختلفة. وكما يقرر كينز فإنه لا يمكن تأسيس نظرية للقيمة والتوزيع دون الاستعانة بالنقود، ثم يمكن بعد ذلك إضافة نظرية منفصلة عن النقود من أجل الحصول على قيم اسمية. ويتعين على نظرية الاقتصاد النقدي أن تسمح منذ البداية بتأثير التوقعات على القيمة والتوزيع. لقد قام كينز بإجراء تحليلاته للعائدات المتوقعة في صورة المعدلات الخاصة بالفائدة، التي تم تحويلها إلى نقود. إن اختيار النقود باعتبارها مقياساً للقيمة من شأنه أن يتجنب العديد من المشكلات المتعلقة باختيار مقياس موحد، كما أنها تفيد في إفراز معدل فائدة خاص والذي يعد ملزماً بصورة وثيقة بحجم الناتج والتشغيل.

ولقد تضمن الفصل السابع عشر من النظرية العامة لكينز تفاصيل خصائص سعر الفائدة والنقود، والتي تعتبر امتداداً لفكرة تكلفة التشغيل. وكما يقرر كينز فإنه كلما زادت كمية الأصول بمختلف أنواعها كلما انخفض العائد الناتج عنها، ومن ثم تنخفض أسعار الطلب عليها، وهو ما يؤدي إلى انخفاض حجم الإنتاج. أما بالنسبة للنقود، ونظراً لطبيعتها الخاصة، فإنه كلما زادت كميتها لا ينخفض عائدها. وعلى غرار ذلك، فعندما ترتفع تفضيلات السيولة، فإن ذلك سيؤدي إلى ارتفاع العائد الشخصي للأصول السائلة مقارنة بالأصول غير السائلة، وهو ما سيؤدي بدوره إلى زيادة أسعار الطلب على الأصول السائلة وانخفاض أسعار الأصول غير السائلة^(٢٨).

ونظراً لأهمية النقود في التحليل الكينزي والدور الكبير الذي يلعبه سعر الفائدة، وفي ضوء التحليل السابق، فقد أكدت العديد من الدراسات أن تفضيل السيولة يمكن أن يفسر على أنه نظرية قيمة للأصول^(٢٩).

Ibid, p. 294.

(٢٧)

Ibid, p. 222 and s.

(٢٨)

(٢٩) انظر:

Wray, L. (1991), "Endogenous Money and a Liquidity Preference Theory of Asset Prices", Review of Radical Political Economy, no.1-2, spring-summer, PP: 118-125.

Wray, L. (1992), "Alternative Theories of the Rate of Interest", Cambridge Journal of Economics, No. 16, PP: 69-89.

ثالثاً - موقف كينز من الأثمان:

لقد عالج كينز موضوع الأسعار في الفصل الحادي والعشرين من مؤلفه في النظرية العامة والذي جاء بعنوان "نظرية الأسعار"^(٣٠). وتعرض كينز من خلاله لتحديد الأثمان في الأجلين القصير والطويل، ففي الأجل القصير، تتحدد الأسعار وفقاً لقوى العرض والطلب على غرار ما ذهب إليه الكلاسيك الجدد مع بعض الاختلاف فيما يتعلق بجانب الطلب، حيث تكون ظروف العرض متشابهة إلى حد كبير في التحليلين الجزئي والكلي.

فتحديد الأثمان في حالة المشروع الفردي يتوقف على ظروف العرض والطلب، وبصفة خاصة التغير في النفقة الحدية ومرونة العرض في الأجل القصير، إلا أن هذا التحليل وإن كان جائزاً ومقبولاً على مستوى الاقتصاد الجزئي فإنه ليس بالضرورة قابلاً للتطبيق على مستوى الاقتصاد الكلي، وخاصة عند دراسة الناتج والتشغيل، فعند دراسة تكون الأثمان على مستوى الاقتصاد الجزئي نفترض ثبات الكمية الكلية من الموارد المستخدمة وكذلك ثبات ظروف المشروعات الأخرى، ومن ثم نتجاهل الخصائص الهامة للنقود. أما عند الانتقال للحديث عن تكون الأسعار على مستوى الاقتصاد الكلي، أي عن الناتج والتشغيل فإنه يلزم حينئذ الاستعانة بالنظرية الكاملة للاقتصاد النقدي. إن أهمية النقود من وجهة نظر التحليل الكينزي، كما سبق أن رأينا، تتجلى في كونها أداة ربط بين الحاضر والمستقبل، وبالتالي فإن أسعار السلع الحالية تتحدد في ضوء توقعات المنتجين لظروف المستقبل، وهذا ما يجب أن يوضع في الاعتبار دائماً عند الحديث عن تحديد الأسعار، وفي تلك الحالة يظهر أثر الطلب الفعلي وضرورة التعامل معه على نحو يختلف عن طريقة معالجته في التحليل الجزئي، فزيادة كمية النقود في الاقتصاد القومي تؤدي إلى زيادة مستوى التشغيل وبالتالي تقود إلى ارتفاع مستوى الأسعار.

نخلص مما سبق إلى القول بأنه ووفقاً لنظرية الأسعار كما صاغها كينز، فإن تحليل العلاقة بين التغير في كمية النقود والتغير في مستوى الأسعار، بالنظر إلى تحديد مرونة الثمن واستجابته للتغير في كمية النقود، تتوقف على عدد من العوامل والفروض. وتتمثل هذه الفروض التي ذكرها كينز في: عدم تغير الطلب الفعلي بنفس معدل التغير في كمية النقود، عدم تشابه الموارد وبالتالي ستكون العائدات متناقصة طالما أن التشغيل سيزيد بالتدريج، عدم مرونة عرض السلع، ميل وحدة الأجر wage-unit إلى الارتفاع

Keynes, J.M. (1949), op., cit., p.292-309.

(٣٠)

قبل الوصول إلى مرحلة التشغيل الشامل، عدم تغير عوائد عوامل الإنتاج المكونة للتكلفة الحدية بنفس النسبة^(٣١).

أما على صعيد الأجل الطويل، فإنه وكما يرى كينز، يتعين وضع أثر تفضيل السيولة في الاعتبار، فالعلاقة بين الدخل القومي وكمية النقود ستعتمد في الأجل الطويل على تفضيل السيولة، وكنتيجة لذلك فسوف يعتمد مدى استقرار أو عدم استقرار الأسعار في المدى الطويل على مدى الاتجاه التصاعدي لوحدة الأجر (أو بصورة أكثر تحديداً، على وحدة التكلفة) مقارنة بمعدل الزيادة في كفاءة الجهاز الإنتاجي^(٣٢).

من خلال هذا العرض يتضح لنا أن الأسعار تتحدد من وجهة نظر كينز بناء على قوى العرض والطلب، ولكن تحت تأثير كمية النقود في حالة الأجل القصير وتأثير تفضيل السيولة في الأجل الطويل. لقد حاول كينز، ومن خلال استخدامه وحدة العمل " لقياس كميات التشغيل المستخدمة في إنتاج السلعة، أن يبعث من جديد مجال الإنتاج ليحاول في إطاره تقديم تحليل واقعي للأسعار، إلا أن تأثير النقود وتفضيل السيولة طغى على نظريته.

المطلب الثالث

رؤيتنا حول موقف كينز من القيمة

من خلال تأملنا للرأيين السابقين، سواء ذلك الذي يعتبر أفكار كينز انتصاراً لنظرية العمل في القيمة أو الذي يعتبرها بمثابة نظرية تفضيل السيولة في القيمة، فإنه يمكن القول بأن كليهما أصاب جزءاً من الحقيقة وليس كلها. لقد ركز كل رأي في أقوال كينز التي تدعم موقفه وتجاهل ما يتعارض معها، في الوقت الذي لا يمكن معه تجزئة هذه الأفكار أو فصلها عن بعضها البعض، فلا يمكن فصل نظرية تفضيل السيولة عن نظرية الطلب الفعلي لكينز؛ لأن هاتين النظريتين مكملتان لبعضهما البعض، فتفضيل السيولة يساهم في تقييم الأصول، والتي تتولى بعد ذلك تحديد إنتاج السلع الاستثمارية بالإضافة إلى مستوى الإنتاج الكلي من خلال مضاعفة الإنفاق.

من ناحية أخرى، فإن اعتماد نظرية تفضيل السيولة كانت محل انتقاد البعض نظراً لاعتماد كينز على التوقع، فالتوقعات الشخصية في التحليل الكينزي ليست

Ibid, p. 296.

(٣١)

Ibid, P. 309.

(٣٢)

مريحة، فالالاقتصاد المبني على التوقعات الشخصية يحاول أن يفسر الأحداث الاقتصادية في إطار السلوك النفسى للأفراد، وهو ما سيجعله في النهاية في مواجهة مع فوضى عدم التحديد حيث كل شيء ممكن؛ لهذا يعد التحليل الاقتصادي في الأجل الطويل مميزاً حيث يتضاءل دور توقعات الأفراد في مثل هذا النوع من التحليل^(٣٣).

ويبقى التساؤل الهام: هل كان استخدام كينز لوحدة العمل ووحدات النقود ضرورياً لإيجاد مقاييس للوصول إلى التحليل الكمي الذي قام به في نظريته؟ هل اختيار هذه الوحدات كان يمثل أهمية كبيرة؟

البعض يؤكد على أن كينز استخدم وحدة العمل وكذلك تفضيل السيولة كوسيلة لخدمة هدفه التحليلي، كما فعل ماركس تماماً حينما استخدم وحدات العمل لبيان عملية تحديد الثمن خارج التبادل وأن يذهب إلى ما وراء التفسير البسيط للعرض والطلب. في الواقع، فإن كل من ماركس وكينز قد أدركا الأهمية الكبرى للتشغيل الكلي وتوزيع التوظيف بين الطبقات (في حالة ماركس) أو بين الاستهلاك والادخار والاستهلاك والاستثمار (في حالة كينز)، وأيضاً التأكيد على التخطيط التجميعي للإنتاج عند ماركس أو الطلب الكلي عند كينز. إن الاختلاف الرئيس بين المنهجين، يتعلق بالطريقة التي تندمج فيها التوقعات في تكوين الأسعار، فبمجرد سماحنا للتوقعات المستقبلية أن تؤثر مباشرة على القرار الاقتصادي الذي نتخذه اليوم، فإنه يمكن القول بأن نظرية العمل في القيمة لن تكفي وحدها في التحليل الاقتصادي، ويتعين من ثم الاستعانة بنظرية تفضيل السيولة. إن المنهج الماركسي القائم على نظرية العمل وفائض القيمة لن يعين كينز في تحليله الاقتصادي لهذا كان مضطراً للاستعانة بمنهج آخر، بمطية تفضيل السيولة لتعيّنه على الوصول إلى مأربه^(٣٤).

صفوة القول إذاً هي أن البحث دائماً عن معيار للقيمة يعين الباحث في تحليله الاقتصادي هو أمر جد صعب، حيث إن مثل هذا المعيار يقتضي أن يكون عاماً

(٣٣) انظر في تفصيل ذلك:

Dobb, M. (1945), "Political Economy and Capitalism", New York, International Publishers, P. 219.

وانظر أيضاً في تقويم النظرية الكينزية: دجمال الدين محمد سعيد (١٩٦٠)، "بحوث في النظرية العامة لكينز"، مطبعة لجنة البيان العربي، ٤٦٠-٤٢٣.

(٣٤) انظر في هذا التحليل:

Wray, L. (1994) "Theories of value and the monetary Theory of production", (٣٥) The Jerome Levy Economic Institute papers, Working Paper no. 261, p. 14.

وموضوعياً ومستقلاً عن قيمة مصدره. لقد رأينا الصعوبات التي واجهت الكلاسيك عند اختيار العمل كمقياس للقيمة، فصحیح أن اختيار العمل كمقياس خارجي للقيمة باعتبار أن فصل العمل (وهو ليس قيمة) عن قوة العمل (سلعة ذات قيمة) يمنحنا مقياساً جيداً إلى حد كبير، ولكنه يصطدم في النهاية بإشكالية العمومية فهو لا يغطي كافة عناصر الإنتاج بالإضافة إلى مشكلة تنوع العمل واختلافه من سلعة إلى سلعة أخرى، كما أن استخدام رأس المال كمقياس بديل للقيمة هو الآخر ليس مبرراً من النقص فهو - أي رأس المال - يعد قيمة في حد ذاته، كما أن إشكالية تنوعه تبدو أكثر جلاء عنها في حالة العمل كمقياس للقيمة، ونفس الشيء يقال عن اختيار وحدة النقود في التحليل الكينزي حيث يرجع ذلك إلى طغيان تفضيل السيولة والتوقعات الفردية. إن ذلك يعكس السمات الرئيسة للاقتصاد الرأسمالي الذي يواجه فيه أفراد المجتمع نوعاً من عدم التحديد؛ لهذا نرى بأن لجوء كينز للاستعانة بوحدات العمل والنقود في تحليله الاقتصادي كان أفضل السبل المتاحة أمامه لتحقيق هدفه، دون أن ينفس ذلك بالطبع سهام النقد الذي يمكن أن توجه إليه.

المطلب الرابع مستقبل نظرية القيمة

يعتبر الفكر الكينزي هو الفكر الاقتصادي الذي مازال مهيمناً في الكثير من الدول المتقدمة وكذلك النامية حتى وإن طرأ عليه بعض التطوير من قبل بعض المفكرين الذين أتوا بعده كالنقديين وغيرهم. لقد ساهم ميلتون فريدمان، زعيم تيار الفكر الاقتصادي المسمى بمدرسة شيكاغو، في تجديد الفكر الكمي التقليدي الذي صاغه أرفنج فيشر (١٨٨٧-١٩٤٧) ومارشال (١٨٤٢-١٩٤٢). وتتمحور أفكاره حول الارتباط بين تطور الكتلة النقدية *monetary mass* والمتغيرات الاقتصادية الكلية، تأسيس العلاقة بين الكتلة النقدية والمستوى العام للأسعار والتوصية بتثبيت معدل نمو الكتلة النقدية من أجل العمل على استقرار الأسعار^(٣٥).

وعلى الرغم من التوصيات التي طرحها فريدمان لمعالجة البطالة والتضخم من خلال تبني سياسات نقدية رشيدة إلا أنها لم تفلح في علاج الأزمات الرأسمالية سواء معدلات البطالة أو معدلات التضخم، وظلت الأزمات تطارد الرأسمالية كظلها لا تفتأ

(٣٦) انظر في تفصيل ذلك:

Jacoud, G. et Tournier, E. (1998), "Les grands auteurs de l'Economie", Hatier, Paris, P. 321.

تزول واحدة إلا ويعقبها أخرى. إن استمرار فشل الفكر الكينزي وتابعيه في علاج المشاكل الاقتصادية من خلال سياسات الاقتصاد الكلي أظهر الحاجة إلى ضرورة التحول من جديد نحو السياسات الاقتصادية الجزئية وهي السمة التي ميزت نهاية عهد الهيكلين. وفي تلك الأثناء، بدأت فكرة القيمة تطفو في عالم جديد أصبح التخلي فيه عن تدخل السياسات الحكومية في الشأن الاقتصادي أمراً ضرورياً. لقد أصبح دور الحكومة هو توفير الإطار الثقافي والقانوني للرأسمالي، بالإضافة إلى الوسائل الاقتصادية العامة التي تيسر له مشروعه الاقتصادي وزيادة الإنتاجية. لقد انتشر في ذلك الوقت اصطلاح "القيمة المضافة"، والذي يعني النشاط الاقتصادي الذي يضيف للثمن شيئاً جديداً قد يجعل السلعة أكثر جاذبية في السوق كالدعاية والبحث والتطوير. وأصبح العمل اليدوي مرادفاً للقيمة المضافة المنخفضة، بينما أضحت البرمجيات والدعاية والاستشارات أنشطة اقتصادية ذات قيمة مضافة كبيرة. إن فكرة القيمة ما هي إلا تكوين اجتماعي تأسس على نشاط قام به أطراف في ظل علاقات الإنتاج السائدة في وقت معين.

ومع النمو المتصاعد للمشاكل البيئية وارتفاع درجة حرارة الأرض وذوبان الجليد والدراسات التي أكدت الأثر السلبي للنمو الاقتصادي على البيئة والتأثير السلبي للتلوث البيئي على المجتمع، بدأ بعض المفكرين ينادوا بضرورة تعديل مفهوم القيمة على نحو يضع في اعتباره المستجندات البيئية، فقد ذهبوا إلى ضرورة إعادة احتساب الناتج المحلي الإجمالي من خلال حساب وتقييم الأثر السلبي للعناصر التي تؤدي إلى تدهور البيئة، وحساب تكلفة إصلاح هذه الخسائر وخصمها من الأرباح. إن إعادة حساب القيمة باعتبارها مجموع كل الدخول أو النفقات في الاقتصاد الفعلي تعكس تحاملاً موروثاً من حقبة التصنيع خلال القرن الثامن عشر، وهو ما يدعو إلى تخصيص قيمة أكبر للخدمات والبيئة وعلى نحو أقل للتصنيع والذي يمكن النظر إليه على أنه شر لطريقة الحياة وللبيئة.

إن قياس فائدة العمل البشري، أي القيمة، هو تكوين اجتماعي والذي بدأ في الحياة كمقياس لكيفية استغلال المرء لحياته ثم أصبحت مقياساً للأشياء وفقدت الصلة بالعمل البشري وبحاجاته ولكنها تظل تسيطر على حياتنا. لقد برزت القيمة دائماً من خلال وسيط التبادل وأي شيء لا يخضع للتبادل يكون عديم القيمة بالمفهوم الاقتصادي، ولعبت الأثمان دوراً رئيساً كمقياس للتكافؤ بين السلع المتبادلة، ربما ليست التعبير الحقيقي أو الدقيق عن قيمة السلع لكنها تظل أفضل المعايير للقيام بهذا الدور في الوقت الذي تتأرجح فيه عملية تكوينها بين مجالي التداول

والإنتاج. وتستمر رحلة القيمة وبرفقتها الثمن مع وجود الإنسان ووجود العلاقات الاجتماعية التي تنشأ عن الإنتاج والتبادل السلعي.

الخاتمة

لقد تناولنا موضوع مجال نظريات القيمة والثمن في علم الاقتصاد السياسي من خلال مبحثين، خصصنا المبحث الأول لدراسة وتحليل موقف الكلاسيك الجدد من القيمة وانعكاس ذلك على الثمن، أما المبحث الثاني فقد كرسناه لتحليل القيمة والثمن في الفكر الكينزي، الذي يمدنا بموقف كينز من القيمة لنختتم هذا المبحث برؤية حول مستقبلها.

ومن خلال استعراضنا لرحلة مجال القيمة عبر هاتين المدرستين الفكريتين المختلفتين، فإنه يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية:

أولاً: إن القيمة التي يهتم بها علم الاقتصاد السياسي هي القيمة التبادلية للسلعة في مقابل السلع الأخرى، فهنا تظهر أهمية التساؤل عن قيمة ما يملكه طرفا العملية التبادلية حتى يتمكن كل منهما من تقدير ما سيتلقاه من سلعة مقابلة (في حالة نظام المقايضة) أو من نقود (في حالة التبادل بواسطة النقود) نظير ما سيتخلى عنه من سلع وخدمات. ومع ذلك، فقد ينصرف مفهوم القيمة في بعض الأحيان إلى المنفعة أو قيمة الاستعمال ولكنها تظل محدودة إن قورنت بالقيمة التبادلية. لقد ارتبطت هذه القيمة الأخيرة بفكرة الفائض الاقتصادي، تلك الفكرة المتمثلة في عملية إنتاج سلع تفيض عن حد الاكتفاء الذاتي ليتم توجيهها خصيصاً للمبادلة.

ثانياً: لم يستقر الفكر الاقتصادي عبر مدارسه المختلفة حول مفهوم محدد لنطاق أو مجال القيمة، فكل مدرسة فكرية نظرت إليها من زاوية معينة تأثرت خلالها بمجموع الظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي أحاطت بنشأة هذه المدرسة. ويرجع ذلك في حقيقة الأمر إلى تشعب فكرة القيمة وانطوائها على جوانب مختلفة: اقتصادية واجتماعية وثقافية، وهذا ما يفسر لنا ليس فقط الاختلاف بين المدارس الفكرية في تحديد مجال أو نطاق القيمة على وجه محدد، بل وصل الأمر، إلى تردد بعض المفكرين حول فكرة القيمة من ناحية أساسها ومقياسها وكيفية تفسيرها كما حدث بالنسبة لأنصار الفكر الكلاسيكي (آدم سميث وريكاردو).

ثالثاً: لقد انتقلت القيمة عبر مراحل مختلفة، تغير مجالها خلالها واتخذ نطاقها صوراً وأشكلاً عدة، ما كانت إلا انعكاساً لطبيعة كل فكر. لقد انتقلت فكرة القيمة من نطاق التداول في عهد التجاريين إلى نطاق الإنتاج في عهد الطبيعيين ثم إلى نطاق العمل في عهد الكلاسيك.

رابعاً: خرج علم الاقتصاد السياسي من شرنقة "العرض" أو "الإنتاج" ليدخل في طور جديد بفضل إسهامات الكلاسيك الجدد، أو ما يسمى بالمدرسة الحدية، فهي هم رواد هذه المدرسة يركزون اهتمامهم على الجانب الخفي، جانب "الطلب" أو "الاستهلاك"، الحلقة المفقودة في التحليل الاقتصادي. وكالعادة يسير علم الاقتصاد السياسي في ركاب قافلة القيمة، تتأسس القيمة هذه المرة على فكرة المنفعة المرتبطة بالنزعة، أو ما يسمى بالمنفعة الحدية. وينتقل علم الاقتصاد من خلال أيقونة القيمة من الاهتمام بالعرض إلى الاهتمام بالطلب، ومن نطاق الإنتاج الذي احتضنه الفكر الكلاسيكي إلى مجال التداول مرة أخرى، الذي كان محور اهتمام فكر التجاريين، ولكنه هذه المرة تداول يرتكز على الاستهلاك وليس على الإنتاج كما كان يراه التجاريون، هنا يتحول موضوع علم الاقتصاد السياسي ليتعلق بسلوك الوحدات الجزئية أفراداً مستهلكين ومشروعات إنتاجية، أفراداً آليين يتحركون بصورة مجردة بغض النظر عن علاقات الإنتاج السائدة أو طبيعة المجتمع الذي تدور في رحاه هذه الأنشطة الاقتصادية. لقد ظل التحليل الاقتصادي كلياً منذ حقبة الفيزيوقراط وحتى ماركس، ولم ينصرف الاهتمام إلى التحليل القائم على الوحدة الجزئية إلا على يد الكلاسيك الجدد، وبفضل هذه المدرسة أمكن تفسير لغز القيمة الذي ظل الغموض يلفه منذ أن أثاره آدم سميث في كتاباته دون أن يمدنا بتفسير مقنع له، ويذكر لتلك المدرسة الفكرية أيضاً، وبغض النظر عن الانتقادات التي وجهت إليها أو جوانب القصور التي رافقت بنائها، تكون التحليل الاقتصادي الجزئي الذي ما زال صداه يتردد في قاعات العلم حتى يومنا هذا.

خامساً: وينتقل علم الاقتصاد إلى مرحلة أكثر تقدماً على يد الاقتصادي الكبير ألفريد مارشال، الذي يصنف على أنه أحد مفكري المدرسة الكلاسيكية الجديدة، وعلى الرغم من ذلك فإنه لم يقبل بفكرة المنفعة الحدية كأساس وحيد للقيمة، ودائماً تحركه القيمة، حتى وإن حاول مارشال أن يخفيها من ثنايا مؤلفه الشهير، إلا أن أفكاره تشي به لتبين لنا أن القيمة عنده تتوقف ليس فحسب على المنفعة الحدية، كما يرى ذلك أوائل الكلاسيك الجدد، وإنما على نفقة الإنتاج أيضاً. هنا تقف القيمة على قدمين: المنفعة ونفقة الإنتاج، وهو أمر لا يستسيغ معه أن نقول بأن أحدهما فقط هو الذي يحدد القيمة، تماماً حينما لا نستطيع أن نقرر أي طرفي المقص هو الذي يقطع الورق. هنا ومن جديد يتسع مجال القيمة ليتضمن جانبي المنفعة والنفقة أو الشخصية والموضوعية.

سادساً: بفضل كينز انتقلت القيمة وفي رحابها علم الاقتصاد السياسي من مجال

الاقتصاد الجزئي إلى مجال الاقتصاد الكلي، ومن مجال حيدت فيه النقود إلى مجال تلعب فيه الدور الرئيس في تحريك المتغيرات الكلية للاقتصاد القومي. هنا يستعيد التحليل الاقتصادي التجميعي بريقه بعد أن خفي عند الحدين الذين تبنا منهج التحليل الاقتصادي الجزئي. لقد أظهرت الأزمة الاقتصادية أن علاج المشاكل الاقتصادية لا يتأتى من خلال المعالجة الجزئية وإنما من خلال البحث والدراسة الخاصة بالمتغيرات الكلية للاقتصاد القومي كالادخار الكلي والاستثمار الكلي والعرض والطلب الكليين ومعدل التوظيف الكلي، كما أنه لا غنى عن تدخل الدولة من خلال سياستها المالية من أجل المساهمة في القضاء على الاختناقات التي يعاني منها الاقتصاد كالركود والتضخم. ومن جديد تظهر القيمة في أروقة الفكر الكينزي لتثير التساؤل حول طبيعتها في الفكر الاقتصادي الحديث. لقد جمع كينز بين جذور القيمة المتمثلة في العمل من ناحية وتفضيل السيولة، التي تعبر عن الدور الهام للنقود في الاقتصاد الحديث، من ناحية أخرى.

وهكذا ينتهي بحثنا في مجال القيمة والثلث دون أن تنتهي الرحلة، فما زال في المستقبل شيء مثير تخبئه الأقدار لهؤلاء الرخالة الباحثين عن الجديد في نظرية القيمة والثلث....

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- د. أحمد ماهر عز (بدون تاريخ)، "مذكرات في تطور الفكر الاقتصادي"، بدون دار نشر.
- د. جلال أمين (١٩٩١)، "في نقد النظرية الاقتصادية الجزئية"، مجلة مصر المعاصرة، السنة الثانية والثمانون، العددان ٤٢٣-٤٢٤، يناير - إبريل، ص ١٦٩-١٨٤.
- د. جمال الدين محمد سعيد (١٩٦٠)، "بحوث في النظرية العامة لكينز"، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة.
- جون كينيث جالبريت (٢٠٠٠)، "تاريخ الفكر الاقتصادي: الماضي صورة الحاضر"، ترجمة: أحمد فؤاد بليغ، مراجعة: إسماعيل صبري عبدالله، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، رقم ٢٦١، سبتمبر.
- د. زكريا أحمد نصر (١٩٦١)، "مقدمة في نظرية القيمة"، الطبعة الأولى، مطبعة نهضة مصر، القاهرة.
- د. رفعت المحجوب (١٩٦٤)، "العمل في التحليل الاقتصادي: دراسة في الفكر التقليدي والفكر الماركسي"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد ٣٤، العدد ؟
- د. سعيد الخضري (١٩٩٦)، "الفكر الاقتصادي النيوكلاسيكي المعاصر وتحليل الاقتصاد المصري"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة الثامنة والثلاثون، العدد الثاني، ص ١-١٥.
- د. لبيب شقير (١٩٨٨)، "تاريخ الفكر الاقتصادي"، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع.
- د. محمد حسن الجمل (١٩٥٤)، "القيمة والأثمان والتوزيع"، مطبعة نهضة مصر، القاهرة.
- د. محمد دويدار (٢٠٠٨)، "مبادئ الاقتصاد السياسي: الجزء الأول، مذاهب الفكر الاقتصادي"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- د. محمد دويدار (١٩٧٢)، "من الفكر الاقتصادي العربي في القرن الرابع عشر"، مجلة مصر المعاصرة، السنة الثالثة والستون، العدد ٢٤٨، ص ٩٣-١٠٦.

- د. محمد دويدار (بدون تاريخ نشر)، "تاريخ الفكر الاقتصادي"، دار الجامعات المصرية.
- د. محمد دويدار (بدون تاريخ)، "دروس في الاقتصاد النقدي والتطور الاقتصادي"، الدار الجامعية، الإسكندرية.
- د. محمد سعيد النجار (١٩٥٨)، "التقليديون ونظرية القيمة: (١) آدم سميث وأساس النظرية التقليدية"، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، السنة الثامنة والعشرون، سبتمبر وديسمبر، ص ٤١٣-٤٢٧.
- د. محمد سعيد النجار (١٩٥٩)، "التقليديون ونظرية القيمة: (٢) ريكاردو ونظرية العمل في القيمة"، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٢٩، العدد الثاني، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص ٣٤٥-٣٧٢.
- د. محمد سعيد النجار (١٩٥٩)، "بناء دالتي الطلب والعرض عند كينز"، مجلة مصر المعاصرة، السنة الخمسون، العدد ٢٩٦، إبريل، ص ٥-٢٨.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- Dillard, D. (1960), "The Economics of John Maynard Keynes: The Theory of a Monetary Economy", Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 9th.ed.
- Dobb, M. (1945), "Political Economy and Capitalism", New York, International Publishers.
- Dowidar, M. (1974), "La Theorie marginaliste du comportement du consommateur: Etude critique", Revue de Droit, Faculte de Droit, L'Universite d'Alexandrie, 16eme annee, no. 2, P. 10-25.
- Hamdi, M. (1953), "Some Remarks on Keynesian Economics", Contemporary Egypt Review, Vol. 44, No. 272, P.43-50.
- Hassan, A. (1953), "A Socio-Economic Analysis of The Keynesian Theory", Contemporary Egypt Review, Vol. 44, No. 272, P.18-42.
- Jacoud, G. et Tournier, E. (1998), "Les grands auteurs de l'Economie", Hatier, Paris.

- Keynes, J.M. (1949), “The General Theory of Employment, Interest and Money”, Macmillan and co., London.
- Townshend, H. (1937), “Liquidity -premium and the Theory of Value”, The Economic Journal, Vol. 47, No. 185.
- Wray, L. (1991), “Endogenous Money and a Liquidity Preference Theory of Asset Prices”, Review of Radical Political Economy, no.1-2, spring-summer.
- Wray, L. (1992), “Alternative Theories of the Rate of Interest”, Cambridge Journal of Economics, No. 16, PP: 69-89.
- Wray, L. (1994) “Theories of value and the monetary Theory of production”, The Jerome Levy Economic Institute papers, Working Paper no. 261.

أثر الإفلاس على عقد المحكم بين الآثار السلبية للإفلاس وحماية الأمان القانوني لمنظومة التحكيم الحر دراسة مقارنة

الدكتور/ محمد مرسى عبده

كلية القانون - جامعة الشارقة

كلية الحقوق - جامعة حلوان

ملخص:

يعد نظام التحكيم من الوسائل البديلة لفض المنازعات الأكثر شيوعاً في مجال التجارة الدولية، والذي حظي باهتمام بالغ من المجتمع الدولي؛ فأبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية بشأنه، وأنشئت العديد من المراكز المتخصصة في حل المنازعات عن طريق التحكيم سواء أكانت دولية أم إقليمية، وهذا كله يرجع إلى كون نظام التحكيم يتماشى مع حركة الاستثمار العالمي التي تحاول دائماً البعد بمنازعاتها عن القضاء العادي وآثاره السلبية الناجمة عن بقاء عملية التقاضي وتعقيداتها.

وعلى الرغم من شهرة وذبوع نظام التحكيم في الوقت الحالي، إلا أن حركة اللجوء إليه سوف تزداد في المرحلة المقبلة لمواكبة التطورات الاقتصادية وتغيراتها، وبخاصة في ظل الأزمات التي يمر بها النظام المالي العالمي، فالكينات الاقتصادية والشركات التجارية حتماً ستركن إلى التحكيم لضمان تحقيق مصالحها على نحو سريع وآمن، بيد أن هذا الإقبال على التحكيم في ظل الأزمات المالية الراهنة قد أفرز لنا مشاكل قانونية جديدة على هذا الفرع الجديد نسبياً من فروع العلوم القانونية، ومن أهم المشاكل العملية التي طرأت على نظام التحكيم بسبب الأزمات الاقتصادية هي تعرض أحد أطراف التحكيم للحكم بشهر إفلاسه، وأثر ذلك الحكم على اتفاق التحكيم.

وأوضحنا خلال البحث وبالنظر في القانون المصري والقانون الكويتي والقانون الفرنسي أن منظومة التحكيم بداية من الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ومروراً بإبرام عقد محكم والسير في إجراءات الخصومة التحكيمية وصولاً إلى صدور الحكم المنهي للنزاع تتأثر سلباً بإفلاس أحد أطراف النزاع، مما يشكل تهديداً على الأمان القانوني لنظام التحكيم، ويعرقل تطوره كأسلوب بديل وفعال في حل نزاعات التجارة الدولية.

وانتهينا إلى أن الأثر السلبي المترتب على تدخل إجراءات الإفلاس مع إجراءات التحكيم الحر، يمكن الحد منه عن طريق التنسيق بين تلك الإجراءات وبعضها البعض، حيث يجب على المحكم أن يراعي القواعد القانونية المنظمة لعملية شهر الإفلاس باعتبارها قواعد إجرائية متعلقة بالنظام العام، وإلا تعرض الحكم التحكيمي الصادر عنه للبطلان، كما يجب على أطراف النزاع أن يوفوا بكافة

الالتزامات المترتبة على اتفاق التحكيم وعقد المحكم، خاصة تسديد مصاريف التحكيم، والالتزام بمبدأ حسن النية والتعاون مع المحكم لإنجاح مهمته التحكيمية.

كما أن حماية الأمان القانوني لمنظومة التحكيم الحر من التداعيات السلبية لإفلاس أحد الخصوم يتطلب مواجهة الخصم سيئ النية الذي حاول استغلال نظام الإفلاس لتعطيل منظومة التحكيم وإفراغها من مضمونها، وذلك بتطبيق مبدأ عدم التناقض L'estoppel على الخصومة التحكيمية، بالإضافة إلى تقرير المسؤولية العقدية لذلك المحكم المفلس سيئ النية.

مقدمة:

يُعد نظام التحكيم من الوسائل البديلة لفض المنازعات الأكثر شيوعاً في مجال التجارة الدولية، والذي حظي باهتمام بالغ من المجتمع الدولي؛ فأبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية بشأنه، وأنشئت العديد من المراكز المتخصصة في حل المنازعات عن طريق التحكيم سواء أكانت دولية أم إقليمية، وهذا كله يرجع إلى كون نظام التحكيم يتماشى مع حركة الاستثمار العالمي التي تحاول دائماً البعد بمنازعاتها عن القضاء العادي وآثاره السلبية الناجمة عن بطء عملية التقاضي وتعقيداتها.

والتحكيم طريق بديل عن القضاء العادي لحسم المنازعات الناشئة عن العلاقات العقدية وغير العقدية، والذي يلجأ إليه أطراف النزاع بشكل إرادي سواء بإدراج شرط التحكيم في العقد أو في مشاركة تحكيم مستقلة؛ فالإرادة المشتركة لأطراف النزاع هي مصدر سلطات المحكم في حسم النزاع، وإصدار حكم نهائي فيه يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره.

وعلى الرغم من شهرة وذيوع نظام التحكيم في الوقت الحالي، إلا أن حركة اللجوء إلى التحكيم سوف تزداد في المرحلة المقبلة لمواكبة التطورات الاقتصادية وتغيراتها، وبخاصة في ظل الأزمات المالية التي يمر بها النظام المالي العالمي، فالكيانات الاقتصادية والشركات التجارية حتماً ستركن إلى التحكيم لضمان تحقيق مصالحها على نحو سريع وآمن.

بيد أن هذا الإقبال على التحكيم في ظل الأزمات المالية الراهنة قد يفرز لنا مشاكل قانونية جديدة على هذا الفرع الجديد نسبياً من فروع العلوم القانونية، ومن أهم المشاكل العملية التي قد تطرأ على نظام التحكيم بسبب الأزمات الاقتصادية هي تعرض أحد أطراف التحكيم للحكم بشهر إفلاسه، وأثر ذلك الحكم على اتفاق التحكيم.

من ناحية أخرى، يقع على عاتق الخصوم الراغبة في اللجوء إلى نظام التحكيم الحر للفصل في النزاع الناشئ بينهم الدخول في علاقة قانونية تابعة لاتفاق التحكيم

تمثل آلية تنفيذه، وهى تلك العلاقة التي تربط بين الخصوم من جهة والمحكم من جهة أخرى، والتي لم تحظ بالبحث والتدقيق من جانب المشرع والفقه كما حظي اتفاق التحكيم؛ لذلك سيكون من الأهمية بمكان الوقوف على ماهية تلك العلاقة والبحث في طبيعتها القانونية والتزامات أطرافها ودرجة الارتباط والتكامل بينها وبين اتفاق التحكيم، وبالتالي تحديد مدى تأثرها بإفلاس أحد أطراف الخصومة التحكيمية، وانعكاسات ذلك على منظومة التحكيم الحر برمتها.

إشكالية البحث:

قد يبدو من الوهلة الأولى أنه لا يوجد ارتباط بين نظام الإفلاس ونظام التحكيم، تأسيساً على أن الإفلاس من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز فيها التحكيم، وكونه نظاماً خاصاً بالتجار يهدف إلى تنظيم التنفيذ الجماعي على أموال التاجر المفلس الذي توقف عن سداد ديونه التجارية في مواعيدها وأشهرت المحكمة المختصة إفلاسه بحكم قضائي.

وعلى الرغم من ذلك، فإنه لا يخفى على أحد أن الأزمات المالية التي تجتاح معظم الدول في الوقت الحالي وتؤثر سلباً على الكيانات التجارية والمالية قد تجعل لمسألة الإفلاس بعداً جديداً في منظومة التحكيم؛ فإذا كان لكل من التحكيم والإفلاس نظاماً قانوني مختلف عن الآخر وخاص بالهدف الذي ترمي إليه قواعد كل نظام على حدة، إلا أن الواقع العملي أفرز لنا العديد من الحالات التي تأثرت فيها منظومة التحكيم بإجراءات الإفلاس، وظهر أمام الفقه القانوني العديد من الإشكاليات جراء تداخل إجراءات الإفلاس مع إجراءات التحكيم، والتي من أهمها؛ الوضع القانوني لاتفاق التحكيم من حيث مدى قابليته للتنفيذ في ظل شهر إفلاس أحد الخصوم، وهل يختلف الحال إذا كان الاتفاق على التحكيم قد تم قبل شهر إفلاس أحد الخصوم عن الحالة التي يتم فيها الاتفاق على التحكيم بعد شهر إفلاسه؟ وإذا وقع الإفلاس أثناء سير الخصومة التحكيمية وبعد إبرام عقد المحكم فمن الموكل له بالاستمرار في إجراءات التحكيم والتعاون مع الهيئة التحكيمية لإنجاح مهمتها، هل هو المحتكم المفلس أم أمين التفليسة؟

كما يطرأ على ذهن الحالة التي يلجأ فيها المحتكم صاحب الوضع الضعيف إلى نظام الإفلاس بسوء نية، حتى يجبر هيئة التحكيم على مراعاة القواعد الخاصة بالإفلاس والتي على رأسها انقطاع الخصومة التحكيمية لحين حلول أمين التفليسة محل المحتكم المفلس، وبهدف إطالة أمد العملية التحكيمية بما يتنافى مع روح التحكيم، ويؤثر بالسلب على حسن سير الخصومة التحكيمية.

وليس ببعيد عن ذلك الحالة التي يحاول فيها المحكم المفلس سيئ النية استغلال القواعد الخاصة بالإفلاس للتهرب من سداد نفقات الخصومة التحكيمية وأتعاب المحكم بحجة غل يده عن إدارة أمواله، الأمر الذي قد يدفع المحكم إلى حبس الحكم التحكيمي لحين الحصول على أتعابه، ومن ثم تعطيل منظومة التحكيم.

ومن أكثر المواقف التي قد تصيب منظومة التحكيم بالشلل وعدم الفعالية في حل منازعات التجارة الدولية، تلك الحالة التي يمتنع فيها المحكم المفلس بسوء نية عن كشف وضعه القانوني وحالة الإفلاس التي يمر بها إلى الهيئة التحكيمية، ثم ينتظر حتى صدور الحكم التحكيمي ليطعن عليه بالبطلان بحجة أن المحكم لم يراع القواعد المنظمة للإفلاس وكونها متعلقة بالنظام العام الدولي؛ ومن ثم يكون الحكم مشوباً بالبطلان ليعيب في إجراءات سير الخصومة التحكيمية.

مع هذا الواقع العملي الذي يظهر لنا العديد من الآثار السلبية في حالة حدوث تلازم بين إجراءات إفلاس أحد المحتكمين وإجراءات سير الخصومة التحكيمية، فكان لزاماً علينا تسليط الضوء على تلك السلبيات، وأن نعمل على وضع الحلول القانونية للحد منها بهدف الحفاظ على الأمان القانوني لمنظومة التحكيم الحر، وذلك بعد أن نقف على النظام القانوني للعلاقة التي تربط الخصوم بالمحكم باعتبارها أكثر حيز في منظومة التحكيم الحر يتأثر بإفلاس أحد الخصوم. مع التأكيد على أن هذه الدراسة سوف تقتصر على نظام التحكيم الحر Ad hoc، حيث إن لجوء الأطراف المحتكمة إلى التحكيم المؤسسي يستلزم تطبيق قواعد وإجراءات المؤسسة المتفق على حل النزاع أمامها في اتفاق التحكيم ومن ضمنها كيفية تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات التحكيم، وبالتالي لا حاجة لإبرام عقد محكم بين الخصوم والمحكم، حيث تكون قواعد التحكيم التي تخضع لها هذه المؤسسة بمثابة شروط عقد المحكم.

خطة الدراسة

على هدي ما سبق سيكون من المناسب لدراسة أثر الإفلاس على عقد المحكم وانعكاسات ذلك على الأمان القانوني لمنظومة التحكيم أن نقسم هذا البحث إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: أثر الإفلاس على عقد المحكم وانعكاساته على اتفاق التحكيم الحر.

المبحث الثاني: التصدي لإجراءات الإفلاس لحماية منظومة التحكيم الحر.
وحري بنا أن نمهد لهذا البحث بالحديث عن البناء القانوني لعقد المحكم لنقف

على زواياه التي تتأثر بإجراءات الإفلاس والتي تمتد بعد ذلك إلى منظومة التحكيم الحر بأكملها، فكان من المناسب تقسيم المطلب التمهيدي إلي فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول - ماهية عقد المحكم وطبيعته القانونية.

الفرع الثاني - التزامات أطراف عقد المحكم.

المطلب التمهيدي البناء القانوني لعقد المحكم

إذا كان اتفاق التحكيم هو دستور منظومة التحكيم باعتباره مصدر اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع^(١)، فإن عقد المحكم^(٢) هو مصدر ولاية المحكم للفصل في موضوع النزاع، حيث إن الأطراف لديهم حرية مطلقة في اختيار وتعيين محكميهم، ويعتبر اختيار هيئة التحكيم على وجه الخصوص من الحقوق الأساسية المكفولة للخصوم تأسيساً على أن مبعث اتفاق التحكيم بُني على حرية الأطراف في تعيين محكميهم والثقة في حسن تقدير المحكم وعدالته، بداية من لحظة اختياره حتى صدور الحكم التحكيمي أو انتهاء مهمته برده أو عزله أو تنحيته أو لأي سبب آخر^(٣). فالمحكم^(٤) هو المحور الأساسي الذي تدور حوله خصومة التحكيم الحر^(٥).

(١) د. سيد عيد نايل، محاضرة امتداد شرط التحكيم، الدورة المتعمقة لإعداد المحكم الدولي، مركز تحكيم حقوق عين شمس، جامعة عين شمس بتاريخ ١٨/٤/٢٠٠٩، جمهورية مصر العربية؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف ٢٠٠٧، ص ١٤٦.

(٢) تبنى العديد من فقهاء التحكيم تسمية العلاقة العقدية التي تربط بين الخصوم والمحكم بـ "عقد المحكم: contrat d'arbitre"؛ ومنهم على سبيل المثال:

Thomas Clay, L'arbitre., Dalloz collection 2001; J. ROBERT, Exposé introductif et général sur l'arbitrage, Annales de la Faculté de Liège 1964; R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica collections, études juridiques comparatives 1982; Ph. FOUCHARD, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Revue de l'arbitrage 1996; Ch. JARROSSON, Remarques sur le contrat d'arbitrage, à propos de la recevabilité du recours en annulation pour contester les honoraires des arbitres, Revue de l'arbitrage 1998.

(٣) د. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص ١٩٩؛ د/ سيد عيد نايل، محاضرة امتداد شرط التحكيم، الدورة المتعمقة لإعداد المحكم الدولي، مركز تحكيم حقوق عين شمس، بتاريخ ١٨/٤/٢٠٠٩، جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص ٢٤٨.

(٥) يستلزم لجوء الأطراف المحتكمة إلى التحكيم المؤسسي تطبيق قواعد وإجراءات المؤسسة المتفق على حل النزاع أمامها في اتفاق التحكيم ومن ضمنها كيفية تشكيل هيئة التحكيم، وبالتالي لا حاجة لإبرام عقد محكم بين الخصوم والمحكم في هذه الحالة، حيث تكون قواعد التحكيم التي تخضع لها هذه المؤسسة بمثابة شروط عقد المحكم. راجع: د. فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي Unictal، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الخامسة عشرة، العدد الأول يناير ٢٠٠٧، ص ١٠٤.

فهو الشخص الذي نال ثقة الخصوم وأولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، على أن يكون حكمه ملزماً لهم^(٦)، فهو بمثابة قاضيهم الخاص^(٧)، وحسن اختياره والتدقيق فيما يحمله من خبرات ومؤهلات سيتوقف عليه نجاح العملية التحكيمية من عدمه^(٨).

لذلك يُعد الوصول إلى حكم تحكيمي مشروطاً بتنفيذ عقدين مختلفين؛ العقد الأول هو اتفاق التحكيم، والثاني هو عقد المحكم، والأخير على وجه الخصوص لا غني عنه لتنفيذ اتفاق التحكيم، فإذا ما أصاب هذا العقد أو تنفيذه عيب فلا مجال للحديث عن حكم تحكيمي، حيث إن محل هذا العقد هو منح سلطة الفصل في النزاع للمحكمين، فهو عقد يربط بين المحكمين من ناحية والخصوم من ناحية أخرى، واتفاق جميع هؤلاء الأطراف وحده هو الذي يجعل من تشكيل هيئة التحكيم أمراً ممكناً.

وإذا كان الغالب أن يبرم عقد المحكم مستقلاً عن اتفاق التحكيم، إلا أن كلاً منهما يؤثر في الآخر، حيث إن المهمة الأولى لهيئة التحكيم بعد إبرام عقد المحكم هي التأكد من وجود اتفاق تحكيم صحيح تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص *compétence-compétence*، فإذا تأكدت من وجود اتفاق تحكيم صحيح انعد اختصاصها، وتبدأ النظر في موضوع النزاع، أما إذا انتهت إلى عدم وجود اتفاق تحكيم، فإن ذلك سيؤدي إلى غياب السند القانوني لاختصاصها، وبالتالي سييطل عقد المحكم لغياب محله، وهو الفصل في موضوع النزاع.

من ناحية أخرى إذا كان يبدو من الناحية الشكلية أن اتفاق التحكيم منفصل تماماً عن عقد المحكم، بيد أن وجود هذا الأخير وتنفيذه أمر جوهري لإتمام تنفيذ اتفاق التحكيم، حيث إن المحكم لن يكون له ولاية للفصل في النزاع محل التحكيم، إلا إذا تم تنفيذ عقد المحكم، مما يعني أن إخلال أحد المحتكمين بعقده مع المحكم - كالمحتكم المفلس - قد يؤدي إلى عدم مباشرة هذا المحكم لولايته داخل الهيئة

(٦) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف ٢٠٠١، ص ١٤٤؛ د. سحر عبد الستار، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص ٣٩؛ د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٩، ص ١٤٦.

(٧) Philippe Fauchard, le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, revue de la l'arbitrage 1996, p.327.

(٨) د. هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٢٦.

التحكيمية، أو أن يضطر المحكم إذا كانت الإجراءات قد وصلت إلى مرحلة إصدار الحكم، أن يحبس حكمه حتى يقوم المحكم المتعاقد معه بسداد أتعابه.

ولاشك أن ما نثيره في هذا الجزئية له تأثير واضح على منظومة التحكيم، فالطرف الذي لا يرغب في صدور حكم تحكيمي ينهي النزاع من الممكن أن يتخذ من الإفلاس طريقة تؤثر على عقد المحكم، وبالتالي إعاقته صدور الحكم التحكيمي، وهو الأمر الذي قد يؤثر في النهاية سلباً على التأييد الذي ناله التحكيم كطريقة سلسلة لفض المنازعات سواء على مستوى النظم القانونية المختلفة أو على المستوى الدولي. لذلك سيكون من الضروري تحليل عقد المحكم من الناحية القانونية حتى نستطيع بعد ذلك الوقوف على مدى تأثيره بإفلاس أحد الأطراف المحكمتة؛ على النحو التالي.

الفرع الأول

ماهية عقد المحكم وطبيعته القانونية

يعد عقد المحكم *contrat d'arbitre* من العقود غير المسماة، فالمشرع المصري وكذلك المشرع الكويتي لم يتناولاه بأي تنظيم خاص باستثناء بعض الإشارات البسيطة^(٩)؛ لذلك فهو يخضع للقواعد العامة المطبقة على العقود، سواء من حيث التراضي والمحل والسبب، فهو كباقي العقود الرضائية التي لا تحتاج شكلية معينة لانعقادها، بيد أن أهم ما يميزه أنه عقد قائم على الاعتبار الشخصي، حيث إن الصفات الشخصية المادية والمعنوية للمحكم تعد عنصراً جوهرياً وحاسماً في مسألة اختياره للفصل في النزاع التحكيمي^(١٠).

فالمحكم يتم اختياره مباشرة من قبل المحكمتين على أساس الثقة في شخصه

(٩) قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد ١٦ بتاريخ ٢١/٤/١٩٩٤، حيث تنص المادة (٣/١٦) على أنه: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابية، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده". مرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، مجموعة التشريعات الكويتية، وزارة العدل الكويتية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ٢٠١١، حيث تنص المادة (١٧٨) على أنه: "مع عدم الإخلال بما نص عليه في المادة السابقة أو أي قانون آخر، يشترط أن يقبل المحكم القيام بمهمته ويثبت القبول كتابة...".

(١٠) Bertrand Moreau, Arbitrage commercial, Répertoire de droit commercial, Dalloz 2004, p.75, n°169.

وجدارته للفصل في موضوع النزاع، ولهم مطلق الحرية في تقدير ذلك^(١١). فمثلاً المشرع المصري اتخذ موقف قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي^(١٢) ولم يحدد طريقاً للأطراف لاختيار الهيئة التحكيمية بل ترك الأمر لإرادتهم^(١٣)، وكذلك ذهب المشرع الكويتي الذي ترك للخصوم حرية تعيين المحكم في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل^(١٤)، وعليه نجد أن الخصوم غير ملزمين باختيار المحكم في اتفاق التحكيم مباشرة، بل يجوز لهم تعيينه في اتفاق لاحق عليه أو حين نشوب النزاع، فعدم تعيين المحكم في اتفاق التحكيم ذاته لا يؤدي إلى بطلانه أو عدم صحته^(١٥).

وعلى الرغم من أن عقد المحكم من العقود الرضائية، بيد أنه يتطلب لانعقاده قبول المحكم للمهمة التحكيمية كتابةً، فاتفاق الأطراف على اختيار محكم بعينه للهيئة التحكيمية لا يعدو إلا مجرد ترشيح، فلا يتم تعيين المحكم إلا إذا ثبت قبوله للمهمة التحكيمية كتابةً؛ حيث تنعقد ولايته للفصل في موضوع النزاع^(١٦)، وهذا ما اشترطه قانون التحكيم المصري، حيث تنص المادة (٣/١٦) على أنه: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده"، وأيضاً أكد عليه المشرع الكويتي الذي اشترط قبول المحكم القيام بالمهمة التحكيمية، وأن يثبت قبوله كتابة (م ١٧٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي)؛ فقبول المحكم لمهمته التحكيمية جوهر منظومة التحكيم، وشخص المحكم محور إدارة هذه المنظومة.

(١١) Georges-Albert et Didier Matray, L'arbitre: pouvoirs et statut, Actes du colloque du CEPANI, éditions Bruylant 2003, p.17.

(١٢) لمزيد من التفاصيل، يمكن الإطلاع على قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري باللغة العربية على العنوان الإلكتروني التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

(١٣) تنص المادة (١/١٧) من قانون التحكيم المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية وقت اختيارهم..."

(١٤) تنص المادة (١٧٤) من مرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه: "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفسلاً لم يرد إليه اعتباره. وإذا تعد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وتراً، كما يجب تعيين المحكم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل".

(١٥) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥، ص ١٣٠.

(١٦) D. Alexandre, arbitrage judiciaire, Revue de la l'arbitrage 1981, p.399.

كما أن مسألة الرضا هي التي قد تثير أحياناً بعض الصعوبات في مسألة تشكيل هيئة التحكيم، خاصة في الحالة التي يكون فيها أكثر من محكم لا يربطهم مع الخصوم عقد محكم واحد، ففي تلك الحالة يتطلب الأمر تشكيل هيئة التحكيم أن يبرم عقد محكم بين كل خصم والمحكم الذي اختاره على حدة، ثم يبرم الخصوم مجتمعين عقداً آخر مع المحكم المرجح^(١٧). ويمكن كذلك الاستدلال على الطبيعة العقدية لمهمة المحكم من الحكم الذي ذهبت فيه محكمة النقض المصرية^(١٨) إلى اعتبار المحكم ذلك الشخص الذي يعهد إليه بفض نزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له النظر في ذلك النزاع، والاشتراك في المداولة بصوت معدود، وفي إصدار الحكم والتوقيع عليه.

ولعل هذا العقد قد يقترب من عقود تقديم الخدمات بخاصة عقد الوكالة القانونية^(١٩)، لكن ما يحول دون ذلك أن المحكم لا يمثل الطرف الذي اختاره، فالمحكم يؤدي عمله باستقلال دون وجود رابطة تبعية أو رقابة أو إشراف من الخصم الذي تعاقد معه.

كما أن المحكم قد يشبه المفاوض في عقود المقاول^(٢٠) التي بمقتضاها يلتزم شخص بالقيام بعمل محدد باستقلالية تامة عن المتعاقد الآخر نظير أجر معين، وهو ما يقترب من طبيعة عمل المحكم الذي يتعاقد مع الخصوم دون أن يمثلهم، للقيام بعمل محدد ذي طبيعة ذهنية، وهو الفصل في نزاع معين. لكن ما يشوب هذا الرأي أن الطرف المتعاقد مع المفاوض - وإن تعدد - في عقد المقاول دائماً يكون له هدف

(١٧) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق - جامعة الكويت ١٩٩٤، السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، ص ٢٠٦.

(١٨) حكم لمحكمة النقض المصرية، نقض مدني، جلسة ١٤/٢/١٩٨٨، طعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق؛ انظر في ذات المعنى أيضاً: حكم لمحكمة استئناف القاهرة، جلسة ٢٩/١٠/٢٠٠٣، قضية رقم ١١٥/٧١ ق تحكيم تجاري، مشار إليه في مجلة التحكيم العربي، الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد السابع، يوليو ٢٠٠٤، ص ١٨٢.

(١٩) ذهب بعض الفقه إلى تكييف العلاقة التي تربط بين المحكم وأحد الخصوم بأنها عقد وكالة بحيث يُعد المحكم وكيلاً عن أحد المحتكمين أو كلاهما في ممارسته لمهمته التحكيمية؛ راجع: الأستاذ الدكتور محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص ٨٨.

(٢٠) ذهب جانب من الفقه إلى تكييف العلاقة التي تربط بين المحكم وأحد الخصوم بأنها عقد مقاول على اعتبار أن مهمة المحكم تتشابه كثيراً مع عمل المفاوض في عقود المقاول؛ راجع: الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٤، ص ١٨٤.

محدد يجب أن يعمل المفاوض على تحقيقه، أما الطرف المتعاقد مع المحكم في عقد المحكم دائماً يمثل جانبين تتنازع مصالحهما، ولا يكون في مقدور المحكم سوى إعمال مصالح الجانب الذي يقف القانون في صالحه^(٢١). ويضيف البعض^(٢٢) أن هذا التشبيه بين عقد المفاوض وعقد المحكم غير دقيق، حيث إن طبيعة عمل المحكم يفترض بها أن تكون بدون مقابل، حيث إن مسألة تحقيق العدالة لا تقدر بثمن.

كما يعد عقد المحكم من عقود المعاوضة الملزم للجانبين، فالمحكمون يلتزمون بتأدية العمل محل العقد وهو الفصل في النزاع خلال المهلة المحددة، والمحكمون يلتزمون بأداء أتعاب المحكمين، والتعاون فيما بينهم على حسن سير إجراءات التحكيم وصولاً إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، كما أن في غالب الأمر يطلب المحكم وضع اعتماد مالي مبدئي لتغطية مصاريف إجراءات التحكيم والأتعاب الخاصة به^(٢٣).

حيث إن الواقع العملي يثبت أن تنفيذ المحكم لعقده غالباً يكون نظير أجر يحصل عليه من الخصم الذي تعاقد معه، ولذلك ذهبت محكمة استئناف باريس^(٢٤) في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ ديسمبر ٢٠٠١، إلى أن عقد المحكم ينتج أثره بمجرد قبول المحكم تعيينه، فهو عقد ذو طبيعة خاصة يرتب التزامات على عاتق طرفيه، أهمها أن يدفع الخصم أتعاب المحكم، فالمحكم يستحق أتعاب عن الأعمال التي قام بها للفصل في النزاع، فإذا لم يتم دفعها قد يظل حكم التحكيم معلقاً، كما أن هذه الأتعاب لا تستحق إلا إذا أكمل المحكم مهمته، بل من الجائز تخفيض قيمة هذه الأتعاب أو إلغاؤها نهائياً إذا ثبت أن هناك تقصيراً من المحكم في أداء مهمته.

ولعل ما يؤثر أيضاً في تحديد الطبيعة القانونية لعقد المحكم أن المحكم لا يقوم بتأدية مهمته بناء على ما تم الاتفاق عليه في عقد المحكم فقط، حيث إن إرادة الأطراف لا تكفي وحدها لتسيير منظومة التحكيم؛ بل يجب على المحكم أن يراعي الإجراءات الآمرة التي ينص عليها المشرع عند سلوك طريق التحكيم لفض المنازعات،

(٢١) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٢٢) Thomas Clay, L'arbitre, op.cit, vol.2, n°862.

(٢٣) C. Reymond, Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et de sa répartition, in études de procédure et d'arbitrage, Mélanges Jean François Poudret, Faculté de droit de Lausanne 1999 p. 495.

(٢٤) Cour d'appel de paris, 13 décembre 2001, Revue de l'arbitrage 2003, note Loquin, p.1312.

حيث لا يمكنه بأي حال من الأحوال مخالفة هذه الإجراءات باعتبارها من أساسيات التقاضي؛ مثل الالتزام بأن يكون حكم المحكم كتابة وكيفية الطعن عليه^(٢٥).

وبناء على ذلك، إذا كان القاضي العادي يمتلك ولاية ذاتية للفصل في النزاعات القانونية مرتبطة بشغله وظيفه قضائية، تظل قائمة له طالما ظل متمتعاً بوظيفته، فإن المحكم لا يحظى بهذه الولاية إلا إذا تم تعيينه من قبل الأطراف المعنية بالنزاع، ليعود بعد الفصل في النزاع وانتهاء المهمة المكلف بها في عقد المحكم شخصاً عادياً، حيث إن ولايته للفصل في النزاعات القانونية تظل دائماً مؤقتة ومحددة بموضوع النزاع محل التحكيم.

هكذا يظل المحكم قاضياً خاصاً تم تعيينه بطريقة عقدية من خلال المحتكمين لكي يفصل في النزاع الواقع بينهم، كما أنه له حقوق وعليه التزامات عقدية بموجب عقد المحكم، فهو قاضٍ من ناحية، وطرف متعاقد من ناحية أخرى، كما أن مسألة تعيين المحكم تظل دائماً من الأمور المتعلقة بالنظام العام، فكما قضت محكمة استئناف باريس^(٢٦) أن الأطراف المحتكمين يجب أن يكونوا على قدم المساواة عند تعيين المحكم، فإذا ما اتفق في شرط التحكيم على انفراد أحدهم فقط بتعين المحكم - أو المحكمين - كان شرط التحكيم باطلاً، وذلك ما يتفق مع موقف المشرع المصري الذي نص في المادة (٢٦) من قانون التحكيم على أنه: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه".

كما ينبغي عند النظر في الطبيعة القانونية لعقد المحكم أن نراعي أنه عقد مشترك، يميزه تعدد المتعاقدين فيه، فهو يمثل منظومة عقدية بها أكثر من شخص له دور تعاوني فيها لخدمة هدفٍ واحد وهو الفصل في موضوع النزاع^(٢٧). فالمحكم يجد نفسه بموجب العقد ملتزماً ليس بالتعامل مع المحتكم الذي تعاقد معه فقط، بل بالقيام بجميع التصرفات التي تجعله يفي بالتزاماته التعاقدية، والتي يأتي على رأسها الاتصال بباقي المحكمين وكذلك الخصوم وكل شخص له علاقة بالنزاع الذي سيفصل فيه، فعقد المحكم لا يمكن تنفيذه إذا انعزل كل طرف في منظومة التحكيم عن باقي الأطراف التي تشكل المنظومة؛ فكل محكم وكل خصم يشترك في تنفيذ هذه

(٢٥) د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ٢١٦.

(٢٦) Cour d'appel de paris, 22 mai 1991, Revue de l'arbitrage 1996, note Ph. Fouchard, p.325.

(٢٧) V. Hascher, Arbitrage du commerce international, Répertoire international, Dalloz 2005, n°105.

المهمة التعاقدية، وهم ملتزمون بالتعاون فيما بينهم حتى صدور الحكم الذي بلاشك يمس مصلحة لكل واحدٍ منهم.

أخيراً يمكن تعريف عقد المحكم بأنه عقد ذو طبيعة خاصة يمنح أحد أطرافه - المحكم - ولاية ذات طبيعة قضائية تمكنه من الفصل في نزاع معين وقع بين الخصوم، دون أن يكون شاغلاً لوظيفة قضائية^(٢٨)، نظير مقابل يؤديه الخصوم له.

وعلي هدي ما سبق قد تظهر مسألة دفع الخصم لأتعاب المحكم عائلاً أمام الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، فالمحكم قد يرفض تولي مهمته الفصل في النزاع إذا أدرك أن أحد طرفي النزاع لا يمكنه تأمين نصيبه من أتعاب المحكمين، وبالتالي سيرفض التعاقد لتولي مهمته كمحكم، وعلى هذا الأساس قد نجد أن فكرة إنكار العدالة التحكيمية قد تكون متوقفة على ذهاب نية أحد الأطراف إلى عدم التعاون لإتمام تنفيذ عقد المحكم كما في حالة الطرف المعرض لخطر الإفلاس؛ وهو ما سنتعرض له تفصيلاً بعد الوقوف على التزامات أطراف عقد المحكم.

الفرع الثاني

التزامات أطراف عقد المحكم

يُعد عقد المحكم كغيره من العقود الملزمة للطرفين، فهو يرتب التزامات على عاتق المحكم تتمثل في البدء بالقيام بإجراءات التحكيم كأسس للوصول إلى حكم تحكيمي، وكذلك التزامات على عاتق المحتكمين تتمثل في حسن التعاون والمشاركة مع المحكم للوصول إلى حكم ينهي النزاع، بالإضافة إلى تسديد أتعاب المحكم.

وإذا كانت هذه الالتزامات هي نتيجة طبيعية لعقد المحكم، إلا أن محكمة استئناف باريس^(٢٩) في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٩٦، والذي أكدت على عدة مسائل هامة تؤثر في التزامات عقد المحكم، وهي أن عمل المحكم له طبيعة قضائية، وأن كل طرف من أطراف عقد المحكم يقع على عاتقه التزامات مختلفة ذات طبيعة خاصة، وأن جميع الخصوم يمثلون طرفاً واحداً في عقد المحكم، وأن جوهر

(٢٨) Cour de cassation, Chambre civile 2, du 31 janvier 2002, 00-18.509; voir en ligne:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affiochJouriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&id-Texte=JURITEXT000007435562&fastReqId=781048262&fastPos=5>

(٢٩) Cour d'appel de paris, 19 décembre 1996, Société Qualiconsult et autres c. Groupe Lincoln.

التزامات الخصوم هو سداد نفقات التحكيم وأتعاب المحكمين، وجوهر التزامات المحكمين هو إصدار حكم يفصل في موضوع النزاع.

لذلك نجد أن المحكم ملتزم بأداء عمل محدد، يجعله يقوم بعدة تصرفات ومهام لتنفيذه، وأن هذا الالتزام يُعد التزاماً ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، فالمحكم يقع على عاتقه القيام بكل جهد يلزم للوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، وإذا ثبت أنه أخطأ أو أهمل في تنفيذ مهمته التحكيمية فقد تثار مسؤوليته العقدية، كما أن الأطراف يلتزمون بسداد الأتعاب المنصوص عليها في العقد، والتعاون مع المحكم لتسهيل قيامه بمهمته^(٣٠)، فالخصم الذي يمتنع عن سداد الأتعاب المستحقة عليه أو يضع العراقيل أمام المحكم أو يقوم ببعض التصرفات التي تجعل تنفيذ المحكم لمهمته أمراً صعباً ومستحيلاً، يُعد مرتكباً لخطأ تعاقدية يثير مسؤوليته العقدية أمام باقي الأطراف، كما أن المحكم وفقاً للنظرية العامة للعقود يمكنه أن يحبس الحكم حتى يُحصل أتعابه من الطرف المتعنت، وهذا قد يصل بنا في النهاية إلى مسألة تعطيل العدالة التحكيمية.

من ناحية أخرى، إذا كان المحتكمون يمثلون طرفاً واحداً في عقد المحكم، وكونهم ملتزمين بسداد أتعاب المحكمين والاشتراك في تسهيل مهمة هيئة التحكيم للوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، فإن ذلك لا يؤثر على طبيعة موقفهم وأنهم في الأصل أطراف متخاصمة؛ لذلك نجد أن لكل واحدٍ منهم التزامات مستقلة عن الطرف الآخر.

أولاً - التزامات المحكم:

يترتب على قبول المحكم لمهمته التحكيمية وإبرام عقد المحكم مع المحتكمين العديد من الالتزامات التي تقع على عاتقه في إطار خصومة التحكيم؛ وتنقسم هذه الالتزامات إلى قانونية وتعاقدية. أما الالتزامات القانونية فقد تناولتها معظم المراجع الشارحة لأساسيات التحكيم^(٣١)؛ لذلك سنكتفي بالمرور عليها، ثم نتناول التزامات المحكم العقدية والمتصلة بموضوع البحث بشيء من التفصيل.

(٣٠) Cour d'appel de paris, 22 mai 1991, Revue de l'arbitrage 1996, note Ph. Fouchard, p.325 " les obligations de ce contrat, synallagmatique, sont les suivantes: le paiement des honoraires aux arbitres constitue l'objet de l'obligation des parties en litige, rendre une sentence tranchant le litige qui oppose les parties constitue l'objet de l'obligation des arbitres".

(٣١) لمزيد من التفاصيل راجع: Jacques Béguin, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires 01 mars 2012, p.4; Caroline Derache, Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires 02 août 2012, p.2.

تبدأ التزامات المحكم القانونية من مرحلة الترشيح لمهمة التحكيم، حيث يقع عليه لقبول المهمة التحكيمية أن يبدي موافقة عليها كتابة، وأن يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول حيده واستقلاله^(٣٢) (م ٣/١٦ من قانون التحكيم المصري). كذلك يلتزم المحكم أثناء سير الخصومة بأن يحترم مبدأ المساواة بين الخصوم (م ٢٦ من قانون التحكيم المصري) حيث إن احترام حق الإنسان في المساواة يعد أساساً شرعية نظام التحكيم^(٣٣). ويقع على المحكم احترام حقوق الأطراف في الدفاع والمرافعة والعلم بإجراءات التحكيم^(٣٤)، وأن يكفل للأطراف كافة حقوقهم المتعلقة بالضمانات الأساسية للتقاضي^(٣٥). أما في مرحلة إصدار الحكم فيلتزم المحكم بتسبب الحكم إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم (م ٢/٤٣ من قانون التحكيم المصري). كذلك يقع على عاتق الهيئة التحكيمية تسليم طرفي التحكيم صورة من حكم التحكيم موقعة منهم، وعدم نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقتهم (م ٤٤ من قانون التحكيم المصري).

بجانب هذه الالتزامات القانونية التي تقع على عاتق المحكم بموجب القانون، هناك التزامات أخرى يكون مصدرها الاتفاق المبرم بينه وبين أطراف الخصومة التحكيمية والذي يمنح المحكم ولايته التحكيمية؛ ومن أهم هذه الالتزامات:

(أ) الالتزام بتولي المهمة التحكيمية بنفسه حتى نهايتها: يذهب جانب من الفقه^(٣٦)

(٣٢) ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن عدم استقلالية المحكم لا يؤثر في صلاحية اتفاق التحكيم ذاته، إنما يقتصر الأمر على بطلان عقد المحكم المبرم بين الأطراف المحتكمة والمحكم لوجود عيب في رضا أحد الأطراف، مبني على غلط وقع فيه المحتكم بخصوص استقلالية المحكم. راجع:

Cour d'appel de paris, 6 novembre 2008, Revue de l'arbitrage 2009, note P. Leboulanger, p 376.

(٣٣) لمزيد من التفاصيل حول اعتبار أن حق الإنسان في المساواة أساساً شرعية أي نظام قضائي؛ راجع: د. عبد الغني بسيوني، المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠١؛ د. محيي شوقي أحمد، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة ١٩٨٦.

(٣٤) د. أشرف الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية. دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ٢٥٥.

(٣٥) E. Loquin, les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, revue de l'arbitrage 2006, p.152.

(٣٦) د. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص ١١٥.

إلى أن فلسفة منظومة التحكيم وطبيعتها الخاصة تقتضي من المحكم أن يباشر المهمة التحكيمية بنفسه دون أن يملك تفويض غيره للقيام بها حتى ولو لم ينص على ذلك في عقد المحكم، حيث إن شخصية المحكم سواء من الناحية المادية أو المعنوية تكون محل اعتبار للمحتكمين، وعلى أساسها يتم اختياره لمباشرة المهمة التحكيمية، فهي من أهم المحاور التي تدور حولها العملية التحكيمية، وكلما تم مراعاة الدقة، وحسن اختيار المحكم، ووضع ما يحمله من خبرات ومؤهلات في الحسبان، بحيث يكون المحكم فنياً رفيع المستوى وخبيراً في موضوع النزاع، كلما خرجت إجراءات التحكيم سليمة وصح الحكم الصادر عنه.

ومسألة مباشرة المحكم الذي تم تعيينه للمهمة التحكيمية بنفسه، وفي حدود سلطاته، يُعد من المبادئ الرئيسية في منظومة التحكيم، فالطابع الشخصي لهذه المهمة تلزم المحكم بأن يباشر إجراءات التحكيم دون أن يشترك معه غيره في المراحل المختلفة للعملية التحكيمية، فلا يملك المحكم أن يوكل غيره في سماع المرافعات أو أخذ رأيه أو يفوضه في المداولة والنطق بالحكم أو أي عمل من شأنه تخلي المحكم عن المهمة التي أُسندت إليه وإلا تعرض حكم التحكيم إلى البطلان^(٣٧).

وإذا ما شرع المحكم في مهمته التحكيمية فلا يجوز له أن يتخلى عنها إلا إذا وجد سبب جدي يمنعه من الاستمرار في مباشرة مهمته التحكيمية، أو طرأ سبب من أسباب رده، كما لو استجدت ظروف بعد توليه المهمة من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيده (م ١٨ من قانون التحكيم المصري)، وكذلك إذا اتفق الأطراف على عزله^(٣٨) لقلّة خبرته أو عدم أمانته أو رفضه المساهمة الإيجابية في إجراءات التحكيم (م ٢٠ من قانون التحكيم المصري).

هكذا يلتزم المحكم بالفصل في النزاع الذي وافق على الفصل فيه بموجب عقد المحكم، ولا يجوز له الانسحاب من العملية التحكيمية إلا في الأحوال السابقة، وإلا

(٣٧) د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ٢٧٥ وما بعدها؛ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص ٢٦٢؛ د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٩، ص ٤٢٨ وما بعدها.

(٣٨) يختلف رد المحكم عن إنهاء مهمته بعزله، ففي الحالة الأولى فقط يحكم ببطلان ما سبق من إجراءات وقرارات بالنسبة للمحكم الذي حُكم برده، على عكس الحالة الثانية التي تظل فيها الإجراءات والقرارات الصادرة من المحكم الذي تم إنهاء مهمته صحيحة. راجع: د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ناشر ٢٠٠٤، ص ١٠٣.

جاز للخصم الذي أضر من المحكم الذي ترك مهمته التحكيمية مطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر على أساس قواعد المسؤولية العقدية^(٣٩).

(ب) التزام المحكم بتطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف: من الالتزامات التي يرتبها عقد المحكم على عاتق المحكم ضرورة تطبيق القانون الذي اتفق أطراف الخصومة التحكيمية على تطبيقه على النزاع، فالهيئة التحكيمية مقيدة بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع؛ فكل ما هو تعاقدى صنعه المحكمون يكون أكثر عدلاً وأمناً بالنسبة لهم^(٤٠) مع الأخذ في الاعتبار أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على نحو يتعارض مع النظام العام الدولي أو كونه ينطوي على غش نحو قانون الدولة التي كان ينبغي اختيار قانونها لحكم النزاع وفقاً لمعطياته وظروفه، يجعل للمحكم سلطة اختيار القانون الأنسب للفصل في النزاع، ودون أن تثار مسؤوليته أمام أطراف الخصومة التحكيمية^(٤١).

وهذا ما أكد عليه المشرع المصري في المادة (١/٣٩) التي تنص على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك". أما المشرع الكويتي لم يشير إلى القانون الموضوعي الذي يطبقه المحكم على النزاع، وهو ما يدل على أن المشرع الكويتي ترك الأمر لإرادة المحكمين لاختيار القانون الموضوعي الأنسب لتطبيقه على النزاع الناشئ بينهم، وذلك على خلاف القواعد الإجرائية التي ورد بشأنها نص صريح يتيح للمحكم عدم التقيد بالإجراءات الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية - فيما عدا الإجراءات الخاصة بالتحكيم والواردة بالباب الثاني عشر - أثناء سير الخصومة التحكيمية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك^(٤٢).

(٣٩) Thomas Clay, Détermination de la responsabilité civile contractuelle de l'arbitre, La Semaine Juridique - Edition générale 2006, p.1.

(٤٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع "محاذير وتوجيهات"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، يناير ٢٠٠٨، ص ١٧ وما بعدها.

(٤١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مرجع سابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(٤٢) تنص المادة (١٨٢) من مرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه: "يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم".

أما في الحالة التي لا يتفق أطراف الخصومة التحكيم على قانون معين يحكم النزاع، يكون الأمر متروكاً للمحكم نفسه، حيث يختار القواعد القانونية التي يطبقها على موضوع النزاع، والتي يجب أن تكون مستمدة من القانون الذي ترى الهيئة التحكيمية أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع (م ٣٩/٢). وهكذا في حالة اختيار أطراف التحكيم للقانون الواجب التطبيق على النزاع لا يكون أمام المحكم سوى التقيد بهذا القانون، فلا يجوز له استبعاده وإلا تعرض حكمه للبطلان.

أما في الحالة التي يتجاوز فيها المحكم حدود الاتفاق بينه وبين الخصوم، بأن يطبق على النزاع قانوناً غير الذي ذهبت إليه إرادة الخصوم، فتقوم المسؤولية العقدية للمحكم لعدم تقيده بما تم الاتفاق عليه مع الخصوم، وانطلاقاً من أن تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم النزاع الناشئ بينهم يعد في حد ذاته أحد الغايات التي أبرم من أجلها عقد المحكم^(٤٣).

وحرى بنا الإشارة في هذه الجزئية إلى أن المحكم يجب عليه أن يصدر الحكم التحكيمي في الموعد الذي تم الاتفاق عليه مع الخصوم، وذلك تماشياً مع فلسفة التحكيم التي تقوم على السرعة في الفصل في المنازعات، وهرباً من القضاء العادي الذي لا يملك المتقاضون أمامه حث المحكمة على سرعة حسم النزاع^(٤٤). أما في حالة سكوت الاتفاق عن الموعد المحدد لصدور الحكم التحكيمي، فيجب على المحكم أن يصدر حكمه خلال الأجل المنصوص عليه في القانون الذي يحكم النزاع؛ فمثلاً وفقاً للمادة (١/٤٥) من قانون التحكيم المصري يتعين على الهيئة التحكيمية أن تصدر حكماً تحكيمياً منهيّاً للخصومة التحكيمية خلال اثني عشر شهراً من تاريخ البدء في إجراءات التحكيم.

كما أن المشرع الكويتي تنبه لأهمية عنصر الوقت وكونه أحد الغايات الرئيسية لمنظومة التحكيم؛ فوضع له تنظيمياً خاصاً يضمن به أمرين؛ الأمر الأول وهو سرعة الفصل في موضوع النزاع، وذلك بنصه في المادة (١٨١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: "إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم أجلاً للحكم، كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم، وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة، أو المضي

(٤٣) د. هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٤١٥.

(٤٤) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ١٨٩.

فيه أمامها إذا كان مرفوعاً من قبل، وإذا اختلفت تواريخ إخطار الخصوم بدأ الميعاد من تاريخ الإخطار الأخير".

الأمر الثاني هو تفادي المناورات التي قد يقوم بها أحد الخصوم مثل امتناعه عن تقديم ما يطلبه منه المحكم في الموعد المحدد، بهدف تعطيل سير الخصومة التحكيمية وإعاقة المحكم عن إصدار حكمه خلال المدة المحددة للفصل في النزاع، وذلك بنصه في المادة (١٧٩) على أنه: "يقوم المحكم خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من قبول التحكيم بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع، وبمكان انعقادها، وذلك دون تقيد بالقواعد المقررة في هذا القانون للإعلان، ويحدد لهم موعداً لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه دفاعهم، ويجوز الحكم بناء على ما يقدمه جانب واحد إذا تخلف الآخر عن ذلك في الموعد المحدد".

(ج) التزام المحكم بحفظ سرية الخصومة: يُعد من أهم الالتزامات العقدية التي تقع على عاتق المحكم الحفاظ على مبدأ السرية خلال ممارسته لمهمته التحكيمية؛ فيجب عليه عدم إفشاء سرية المستندات التي تقع تحت يده خلال نظره للمنازعة التحكيمية، وكافة المراسلات والمناقشات التي بمناسبة المرافعة حتى صدور الحكم التحكيمي، وكل ما يطالب الخصوم ببقائه تحت غطاء السرية^(٤٥).

لذا تعتبر مسألة التزام المحكم بموجب اتفاق المحكم بسرية ما يتم تداوله كتابةً أو شفاهةً خلال سير الخصومة التحكيمية من مقتضيات منظومة التحكيم ومزية من أهم مميزاته، بدءاً من عرض النزاع عليه ليفصل فيه ومروراً بجلساته التحكيمية حتى صدور حكم تحكيمي منه للنزاع^(٤٦). لذلك يجب على المحكم عدم إفشاء أي معلومة متعلقة بالعملية التحكيمية، باعتبار أن ذلك من الغايات التي جعلت الخصوم يقدمون على إبرام عقد محكم معه، باعتباره شخصاً محل ثقة سيحرص على سرية المهمة التحكيمية، وهو ما يصعب إيجاده في إجراءات التقاضي العادية التي يُعد مبدأ العلنية فيها ضمانة أساسية من ضمانات الخصومة القضائية^(٤٧).

(٤٥) E. Loquin, les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, op.cit, p.324.

(٤٦) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبه دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاهرة ١٩٧٣.

(٤٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص ٥١٢.

ثانياً - التزامات الخصوم: يترتب على لجوء الأطراف إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات التي نشأ - أو قد ينشأ - بينهم التزامهم بإبرام عقد محكم، تلك العلاقة العقدية التي تربط المحكم بالمحتكمين، وتمنحه الولاية لينظر الخصومة، ويفصل فيها باعتباره قاضيهم الخاص، هذه المهمة التحكيمية التي يبذل المحكم فيها الجهد والوقت يتطلب لإنجاحها أن يوفي المحتكمون بالتزاماتهم العقدية الناشئة عن عقد المحكم؛ وهي على النحو التالي:

(أ) دفع أتعاب المحكم: لاشك أن المحكم بقبوله القيام بالمهمة التحكيمية سيثبت له عدة حقوق مالية، فالأصل في التحكيم أنه بأجر^(٤٨)، لذلك يستحق المحكم الذي أتم مهمته التحكيمية بنجاح الحصول على كافة المصاريف التي أنفقها في سبيل إتمام المهمة التحكيمية، وكذلك أتعاب عن الوقت والجهد الذي بذله للوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع.

ومسألة تحديد الأتعاب المستحقة للمحكم لم ينظمها قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك قانون التحكيم المصري وقانون المرافعات الكويتي؛ لذلك يترك أمرها لما يتفق عليه الأطراف سواء في عقد المحكم أو في اتفاق مستقل، فإذا لم يتم تحديدها لا يكون أمام المحكم سوى اللجوء إلى القضاء لتتولى المحكمة تحديد أتعابه؛ حيث لا يجوز له أن يصدر قراراً يحدد مصاريفه وأتعابه إلا إذا قبل الأطراف ذلك^(٤٩).

فالمحكم يستحق أتعاباً عن وقته الذي كرسه لأداء مهمته التحكيمية، وعن كل ما بذله طيلة مدة التحكيم من جهد لفهم طبيعة النزاع وتحديد القواعد التي تحكمه وسماع مرافعات الخصوم وطلباتهم، وكذلك الانتقال إلى مكان النزاع إذا تطلب الأمر، كما يستحق المحكم كافة المصاريف التي أنفقها لأداء مهمته من نفقات سفر من موطنه إلى محل النزاع، ونفقات الإقامة، ونفقات سير الخصومة التحكيمية كأتعاب الكاتب الذي عاونه والخبير الذي انتدبه إذا تطلب النزاع، ونفقات الانتقال إلى المحكمة المختصة لإيداع الأحكام.

لذلك يتفق الخصوم والمحكم في عقد المحكم - غالباً - على تحديد مصاريف المحكم وأتعابه، على أن تدفع مناصفة بينهم، أو أن يتحملها الطرف الذي يصدر الحكم التحكيمي ضده، ولا يوجد ما يمنع من أن يفوض المحتكمون المحكم في تحديد

Georges-Albert et Didier Matray, op.cit, p.231.

(٤٨)

(٤٩) د. أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

مصاريفه وأتعابه على أن يدفع جزءاً منها أثناء سير الخصومة والباقي بعد صدور الحكم، وكذلك تحديد الطرف الملزم بها أو تعيين نصيب كل واحد منهم، مع خضوع تقدير المحكم لمصاريف الخصومة التحكيمية وأتعابه لرقابة القضاء، حيث تملك المحكمة تعديله بما يتناسب مع حجم المصاريف التي كانت تقتضيها الخصومة التحكيمية، والأتعاب الفعلية عن المجهود الذي بذله بما يتناسب مع قيمة النزاع وطبيعته ومركز المحكم الأدبي^(٥٠).

(ب) الالتزام بالتعاون مع الهيئة التحكيمية واحترامها: لحسن سير الخصومة التحكيمية ولضمان نجاح مهمة الهيئة التحكيمية موضوع عقد المحكم، يقع على عاتق الأطراف المتعاقدة مع المحكم التعاون معه، وإمداده بكافة المعلومات والوثائق المتعلقة بموضوع النزاع حتى يستطيع في النهاية أن يصل إلى العدالة التحكيمية التي ابتغاهم الأطراف عند إبرام عقد المحكم.

من ناحية أخرى، يجب على أطراف الخصومة التحكيمية إظهار الاحترام والتقدير لشخص المحكم باعتباره قاضيه الخاص، فلا يجوز لأحدهم إهانة المحكم أو التشهير به وبسمعته، كما يجب عليهم الالتزام بالتعليمات الصادرة عنه، واتباع النزاهة وحسن النية في كل تصرف يصدر عنهم خلال سير الخصومة التحكيمية حتى يستطيع المحكم القيام بمهمته على أكمل وجه، وأخيراً تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عنه؛ فالمحكم ليس أقل شأنًا من القاضي العادي، فهو الشخص الذي وثقوا في خبرته ونزاهته ومنحوه الولاية للفصل في النزاع القائم بينهم.

(٥٠) Thomas Clay, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, Panorama - Arbitrage, Recueil Dalloz 2009, n° 44, p.2965.

المبحث الأول

أثر الإفلاس على عقد المحكم وانعكاساته على منظومة التحكيم الحر

يعد اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف المتخاصمة هو العقد الرئيس الذي يلزم الأطراف باللجوء إلى المحكمين للفصل في منازعاتهم محل الاتفاق، بعيداً عن القضاء العادي، فمحل هذا العقد هو تنظيم مسألة الوصول إلى العدالة التحكيمية بين الأطراف^(٥١).

ولاشك أن اتفاق التحكيم كباقي العقود الرضائية يشترط لتنفيذه، التأكد من وجود الرضاء الصريح للأطراف، وفي حالة غياب رضاء أحد الأطراف لا يمكن الحديث عن التحكيم، فالأخير كطريق استثنائي لفض المنازعات يُعد رضاء الأطراف فيه بمثابة المصدر الرئيس لانعقاد اختصاص الهيئة التحكيمية للنظر في النزاع الواقع بين الطرفين، والأساس الذي يوضح حدود النزاع محل اختصاص المحكمين.

لذلك يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه اتفاق بين طرفين أو أكثر يلتزمون بمقتضاه بتسوية المنازعات التي نشأت - أو قد تنشأ - بينهم بواسطة محكم أو أكثر^(٥٢). فالتحكيم يقتضي وجود اتفاق بين طرفين على عدم اللجوء لقضاء الدولة لفض المنازعات التي تقع بينهم، سواء أكان هذا الاتفاق واقعاً على كل المنازعات أم بعضها التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية^(٥٣). فآلية التحكيم تقوم على عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحدونها ليفصل في النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية^(٥٤).

واتفاق التحكيم قد يأخذ صورة بند في العقد الأصلي أساس الرابطة القانونية Clause compromissoire، أو أن يرد في وثيقة منفصلة عن العقد الأصلي تتضمن

(٥١) POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), Droit comparé de l'arbitrage international, Librairie générale de droit et de jurisprudence 2002, p.121.

(٥٢) Jacques Béguin et Michel Menjucq, Traité de droit du commerce international, Litec 3 éd. 2005 p.863.

(٥٣) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٣.

(٥٤) المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم ٣٨٠ لسنة ٣ ق جلسة ٢٠٠٣/٠٥/١١.

الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع، كما قد يأخذ اتفاق التحكيم صورة اتفاق لاحق منفصل عن العقد الأصلي أو ما يسمى مشاركة التحكيم أو وثيقة التحكيم الخاصة Le compromise^(٥٥).

وغني عن البيان أن من أهم المبادئ التي تحكم منظومة التحكيم هي استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي موضوع النزاع، وهو ما أكد عليه المشرع المصري في المادة (٢٣) من قانون التحكيم بنصه على أنه: "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". وهو ذاته موقف المشرع الفرنسي في المادة ١٤٤٧ من قانون الإجراءات المدنية حيث أكد على أن اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد المرتبط به ولا يتأثر بعدم فعاليته، أما إذا كان شرط التحكيم ذاته باطلاً فإنه يعتبر غير مكتوب^(٥٦). فهذا المبدأ يعني أن شرط التحكيم يكون منفصلاً عن العقد الأساسي، فالعيوب التي تؤثر على العقد الأساسي لا تؤثر في اتفاق التحكيم ذاته، فالأخير لديه مناعة فلا يتأثر ببطلان العقد الأساسي أو فسخه^(٥٧).

ولاشك أن الحكمة من وراء اعتراف النظم القانونية بمبدأ استقلال شرط التحكيم هي أن الواقع العلمي أظهر لنا العديد من الحالات التي يحاول فيها الأطراف التهرب من اتفاق التحكيم بالادعاء بأن العقد الأساسي باطل، ومن ثم الابتعاد عن التحكيم والرجوع إلى قضاء الدولة^(٥٨). لذلك نصت على هذا المبدأ صراحة بعض الاتفاقات

(٥٥) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، المرجع السابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

(٥٦) L'article 1447, Code de procédure civil, (La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite). Emanuel Gaillard, La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, Texte de la Conférence donnée à la Cour de cassation le 13 mars 2007 sur "La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international"; Jacques Béguin et Michel Menjucq, Traité de droit du commerce international, op.cit, p. 875.

(٥٧) MAYER (P.), Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Revue de l'Arbitrage 1998, p. 359.

(٥٨) Emanuel Gaillard, La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, Texte de la Conférence donnée à la Cour de cassation le 13 mars 2007 sur "La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international"; Jacques Béguin et Michel Menjucq, Traité de droit du commerce international, op.cit, p. 875.

الدولية والكثير من التشريعات الوطنية، فنجد المادة الرابعة من اتفاقية أوهادا^(٥٩) تنص على أن اتفاق التحكيم يكون مستقلاً عن الاتفاق الأصلي، وذات المضمون نجده في المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري، وكذلك المادة (١٦/١) من قانون التحكيم البحريني، والمادة (٦١) من قانون التحكيم التونسي، والمادة (٢٣) من قانون التحكيم العماني، ونأمل من المشرع الكويتي أن يضيفه إلى التنظيم الخاص بالتحكيم والوارد في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

كما أن القضاء كان مؤيداً لمبدأ استقلال شرط التحكيم، حيث قضت محكمة استئناف باريس^(٦٠) بأن شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأساسي الذي ورد به، وأن بطلان العقد الأساسي لا يؤثر على صحة شرط التحكيم، كذلك قضت محكمة النقض المصرية^(٦١) بأن اتفاق التحكيم سواء أكان في صورة بند من بنود العقد الأصلي أم في صورة مشاركة تحكيم يعد مستقلاً عن أي عوار يلحق الاتفاق الأصلي يؤدي إلى فسخه أو بطلانه.

هذه الاستقلالية لاتفاق التحكيم يترتب عليها العديد من النتائج أهمها؛ اختصاص المحكم بالفصل في المنازعات التي تثور بشأن توليه لمهمته أو بشأن اختصاصه، وهو ما يعرف لدى الفقه بمبدأ الاختصاص بالاختصاص^(٦٢). وكذلك خضوع كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم لقانون مستقل، فالأخير يطبق عليه القانون الذي يختاره الخصوم، أما العقد الأصلي فيخضع لقانون دولة القاضي أو القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي إذا كان هناك عنصر أجنبي^(٦٣).

(٥٩) OHADA, Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, Acte adopté le 11 mars 1999 et paru au JO OHADA n°08 du 15 mai 1999, Art.4.- La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal....

(٦٠) Cour d'appel de paris, 17 November 2008, n° 06.06750.

(٦١) محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٦٥٠ سنة ٥٧ق، جلسة ٢٣/١/١٩٩٥، مشار إليه في كتاب الدكتور أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٠، ص ٣٠٩.

(٦٢) Robert, La législation nouvelle de l'arbitrage, Dalloz 1980, chronique 23, p.189; E. Gaillard, la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, Revue de l'arbitrage 2007, n°4, p.697.

راجع أيضاً: د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١٩٨١، ص ٣٧؛ د. علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية ١٩٩٦، ص ٣٤٨.

(٦٣) B. Moreau, arbitrage international, Fascicule du Répertoire de Procédure Civile Dalloz 2004, p. 3.

وما يهمننا في هذا الخصوص هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص وما ينتج عنه من أثر إيجابي يتمثل في إعطاء المحكم أولوية الفصل في موضوع النزاع، وأثر سلبي يقتضي امتناع القاضي من نظر نزاع يتضمن اتفاق تحكيم؛ الأمر الذي يستلزم قيام الخصوم بإبرام عقد محكم يمنح شخصاً معيناً ولاية الفصل في موضوع النزاع كآلية محددة لتنفيذ اتفاق التحكيم^(٦٤). وهو ما يجعل بالضرورة روابط مشتركة بين الأخير وعقد المحكم تجعل من الوصول إلى العدالة التحكيمية أمراً ممكناً، فكل منهما يسعى إلى تنظيم مسألة الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع بين المحكّمين؛ فهناك حلقة وصل بين هذين العقدين غير قابلة للفصل تجعل كليهما يتأثر بإفلاس أحد الخصوم؛ وعلى ذلك سنقسم هذا الفصل على النحو التالي:

المطلب الأول - التكامل العقدي بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم.

المطلب الثاني - تداعيات الإفلاس على عقد المحكم وامتدادها لاتفاق التحكيم الحر.

المطلب الأول

التكامل العقدي بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم

أولاً - إبرام عقد المحكم آلية لتنفيذ اتفاق التحكيم:

يُعد التحكيم الحر Ad Hoc أحد أنواع التحكيم الذي لا يتقيد فيه الخصوم بقالب تحكيمي معين، بل يتولى المحكّمون إقامته بأنفسهم بخصوص نزاع معين على أن يكون لهم الحرية في اختيار من يشاؤون من المحكّمين، وكذلك تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية التي ستحكم النزاع، فالخصوم في التحكيم الحر يتفقون على تنظيمه وفقاً لحالتهم؛ فيرجع إليهم حرية اختيار المحكم ومكان التحكيم والقانون والإجراءات الواجب تطبيقها.

لذلك إذا اتفق أطراف علاقة قانونية محددة عقدية أو غير عقدية على حل أي نزاع نشأ - أو قد ينشأ - بينهم عن طريق التحكيم الحر؛ فإن الخصوم يجب عليهم وبحسب الاتفاق أن يقوموا بتعيين محكم - أو أكثر - ليفصل في هذا النزاع، ويكون ذلك عن طريق إبرام عقد محكم بينهم وبين الشخص الذي تم اختياره ليحكم بينهم،

(٦٤) Emmanuel Gaillard, L'effet négatif de la compétence - compétence, Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p.387 et s.

حيث يُعد تعيين المحكم من قبل الخصوم التزاماً تمهيدياً لافتتاح خصومة التحكيم، ومصدراً لولاية المحكم للفصل في موضوع النزاع. ومسألة تعيين أطراف خصومة التحكيم للمحكم تتم بمقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ولا يجوز لأي طرف التنصل منه، وإلا اعتبر متعاساً عن تنفيذ التزامه ببدء إجراءات التحكيم، وبالتالي جاز للطرف الآخر أن يلجأ للقضاء - سلطة التعيين المختصة وفقاً للمادة ١٧ من قانون التحكيم المصري - ليختار محكماً للطرف المتعاس، وأن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلاله بالتزامه الناشئ عن اتفاق التحكيم كما سنرى^(٦٥).

ويأخذ عقد المحكم صورة اتفاق مشترك بين طرفين على تعيين شخص للقيام بعمل فني محدد، وهو الفصل في نزاع قانوني قد يقع أو وقع بين الطرفين، وهذا العقد الرضائي من النادر أن يكون عمل المحكم فيه مجانياً، بل غالباً نجد أن هذا الشخص فرغ جزءاً من وقته لدراسة موضوع النزاع والفصل فيه، الأمر الذي قد يجعل المقابل الذي أتفق على دفعه للمحكم من الأسباب التي قد تؤدي إلى عدم تنفيذ اتفاق التحكيم في حالة فشل أحد المحتكمين في دفع ما عليه من أتعاب للمحكم^(٦٦).

فإذا كانت الأطراف على علم بأن الاتفاق على التحكيم سيرتب على عاتقهم التزامات مشتركة كالتزامهم بعدم اللجوء إلى القضاء العادي، وكذلك التزامهم بالخضوع للقانون المتفق على تطبيقه في حالة حدوث نزاع بينهم، وأن الأخير سيفصل فيه حكم تحكيمي، فإنهم أيضاً على علم بأنهم ملتزمون بإبرام عقد محكم في حالة حدوث نزاع بينهم لتشكيل هيئة التحكيم التي ستتولى الفصل في النزاع^(٦٧).

هذا الأمر يظهر لنا أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين عقد المحكم واتفاق التحكيم، فعدم قدرة أحد المحتكمين على تنفيذ عقد المحكم قد يؤدي بالضرورة إلى التأثير على اتفاق التحكيم، بل قد يؤدي الأمر في النهاية إلى إنكار العدالة وغيابها وهو ما يتعارض مع المبادئ الرئيسية لسيادة القانون.

(٦٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص ٢٤٨.

(٦٦) D. VIDAL, Droit français de l'arbitrage commercial international, édition Gualino 2004, p.101.

(٦٧) Julie CLAVEL, Le deni de justice économique dans l'arbitrage international "L'effet négatif du principe de compétence-compétence", Thèse de doctorat, Université Paris II 2011, p.139.

ثانياً - الترابط العقدي بين عقد المحكم واتفاق التحكيم:

إذا أمعنا النظر في الفلسفة التي يقوم عليها اتفاق التحكيم وعقد المحكم سنجد أن كلاهما يكمل الآخر، فإذا طبقنا النظرية العامة للعقود التي تقضي بأن كل عقد لابد أن يكون له سبب بشأن اتفاق التحكيم وعقد المحكم سنصل إلى أن كليهما عضو في منظومة واحدة، نجاحها يستلزم وجودهما معاً؛ فالسبب الموضوعي لإبرام اتفاق التحكيم هو رغبة الأطراف في البعد عن قضاء الدولة والوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة، وهذا لن يتأتى إلا من خلال إبرام عقد محكم يضع الأساس القانوني للهيئة التحكيمية، والسبب الموضوعي لعقد المحكم هو الوصول إلى حكم ينهي النزاع بين الأطراف المحتكمة نظير مصاريف وأتعاب يتم الاتفاق عليها، وهذا لن يكون له محل إلا بوجود اتفاق أساسي يحيل النزاع إلى التحكيم.

فكما رأينا في صورتنا اتفاق التحكيم - شرط التحكيم ومشارطته - أن التزام كلا المتعاقدين منصب على أمر واحد، وهو عرض المنازعات التي نشأت - أو قد تنشأ - بينهما على التحكيم دون الطريق العادي لفض المنازعات، وهو ما لا يمكن الوفاء به إلا عن طريق إبرام عقد محكم؛ فيصبح كما لو كان السبب الموضوعي لاتفاق التحكيم وعقد المحكم أمراً واحداً.

ومن جانبنا نرى أن العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم يمكن أن ترد إلى ما أطلق عليه الفقه الفرنسي العقود المتتابعة Les contrats successifs^(٦٨)، حيث يتفرع العقد الثاني عن العقد الأول؛ فهذا التكامل العقدي بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم يجعل نجاح تنفيذ كل منهما متوقفاً على نجاح تنفيذ الآخر، فإذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على التحكيم، أو تم فسخه أو بطلانه، فسوف يكون عقد المحكم من غير ذي مضمون، كما أن انعقاد عقد المحكم صحيحاً هو ما سيفعّل اتفاق التحكيم ويجعله ينتج أثره.

لذلك نجد أن القضاء الفرنسي^(٦٩) في حالات عديدة يكون فيها تكامل بين أكثر من عقد، يقضي بأن بطلان العقد الأول يترتب عليه انقضاء العقد الثاني، وبتطبيق ذلك على اتفاق التحكيم وعقد المحكم نجد أنهما من العقود التكاملية التي لا تقبل التجزئة لاشتراكهم في السبب، وهو الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع بين المحتكمين.

B.Teyssie, les groupes de contrats, édition, Paris 1975, p.15..

(٦٨)

Cour de cassation, 1re Chambre civile, juillet 1997, n° 95-15.642.

(٦٩)

ولاشك أن هذا الأمر منطقي؛ فإذا ما تم إبطال اتفاق التحكيم أو فسخه، فلن يوجد سبب موضوعي لتنفيذ عقد المحكم.

وهذا التكامل العقدي بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم لاشتراكهم في السبب الموضوعي، لا يمكن أن يجعلنا نتجاهل أن كلاً منهما عقد له استقلالته، لذلك أثر هذا التكامل لا يظهر في الحقيقة إلا بعد إبرام عقد المحكم؛ حيث إن المحكم وحده هو من يملك الفصل في مدى وجود أو صحة أو حدود اتفاق التحكيم تطبيقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص^(٧٠)، والنظر في كل المسائل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم^(٧١)؛ لذلك إذا ثار نزاع حول وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه، التزم الأطراف بإبرام عقد محكم وتوليته للفصل في هذا النزاع ابتداءً على أساس أن ذلك اختصاص افتتحي للمحكم لنظر الخصومة والاستمرار فيها^(٧٢)، فإذا انتهى المحكم إلى عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله للمسائل المطروحة أمام هيئة التحكيم قضي بعدم الاستمرار في إجراءات التحكيم، وبالتبعية ينقضي عقد المحكم.

لذا يُفترض مع وجود عقد محكم أن يكون هناك اتفاق تحكيم سابق بغض النظر عن مدى صحته، فالمحكم لن تكون له ولاية للفصل في النزاع إلا إذا كان هناك اتفاق

(٧٠) ذهب غالبية الفقه والقضاء الفرنسي إلى أن المسألة التي تحول بين فصل المحكم في وجود أو صحة اتفاق التحكيم هو أن يكون بطلان أو استحالة تنفيذ شرط التحكيم أمراً ظاهرياً. فالبطلان أو استحالة التنفيذ الظاهرين لشرط التحكيم، حيث يستطيع القاضي أن يكشفهما بمجرد المراجعة السطحية أو الظاهرية لاتفاق التحكيم هما السببان الوحيدان لعودة الاختصاص لقاضي الدولة، على سبيل المثال أن يكون شرط التحكيم يتعارض مع النظام العام الدولي، أو يكون غامضاً أو يتعارض مع عبارة أخرى وردت في العقد الأصلي. راجع:

Gérard français, arbitrage international modalité et conséquence du contrôle de la validité d'un compromis ou d'une clause compromissoire en Europe, Revue général du droit des assurances 2004, Tome 75, N°3, pp.577-579; Olivier Cachard, le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, Revue de l'arbitrage 2006, N°4, p.893.

راجع أيضاً: أستاذنا الدكتور فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ١٤٩.

(٧١) د. عبد الحميد الأحذب، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، لسنة ٢٠٠٠، ص ٣٤.

(٧٢) وهذا ما أكد عليه المشرع المصري في المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم التي تنص على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

مسبق يقضي بإحالة موضوع النزاع إلى التحكيم، أما اختصاص المحكم وحدوده لا ينعقد إلا بإبرام عقد محكم بينه وبين أطراف الخصومة^(٧٣).

هكذا يظهر بوضوح أن هناك ارتباطاً شديداً بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم؛ حيث لا اختصاص للمحكم إلا في وجود اتفاق التحكيم، ولن تكون هناك فائدة من اتفاق التحكيم إلا بعد إبرام عقد محكم، فاتفاق التحكيم وعقد المحكم عقدان مستقلان لكل منهما محل مختلف عن الآخر، فمحل عقد المحكم هو تكوين الهيئة التحكيمية، ومحل اتفاق التحكيم هو إحالة أي نزاع بين الأطراف بشأن العقد الأساسي إلى التحكيم عن طريق إبرام عقد محكم؛ ومع ذلك نجد أنهما يشكلان سلسلة عقدية تتسم بأنها تخدم غرضاً واحداً وهو الوصول إلى عدالة تحكيمية.

ويجدر بنا الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم في هذه الوحدة العقدية هو العلاقة القانونية الرئيسية، وأن عقد المحكم هو الاتفاق الثانوي اللاحق عليه، والقول بغير ذلك قد يجعل من عقد المحكم وحده كافياً للوصول إلى النتيجة التي يريها الأطراف من وراء اتفاق التحكيم، وهو ما لا يستقيم مع الأساس القانوني لمنظومة التحكيم التي تقتضي بوجود اتفاق تحكيمي يمنح شخصاً من الغير - وهو المحكم - اختصاصاً استثنائياً للفصل فيما يثار بين الأطراف من نزاع بشأن العقد الأساسي، فإبرام عقد محكم دون وجود اتفاق سابق بين الأطراف على التحكيم يجعل من اختصاص المحكم بنظر النزاع معيماً^(٧٤).

فاتفاق التحكيم يعد جزءاً من مجموعة عقدية معقدة^(٧٥)، حيث أدرج في علاقة عقدية أولية موضوعها ذات طبيعة تجارية، ومع ذلك نجده غير مرتبط فعلياً بهذا الاتفاق الأولي طبقاً لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد محل النزاع، ومن ناحية أخرى نجده بمثابة اتفاق مبدئي ملزم للجانبين يمهد للوصول إلى إبرام عقد مستقبلي هو عقد محكم، فإذا ثار نزاع بين الأطراف واتجهوا إلى تطبيق شرط التحكيم، كان من عناصر تنفيذه إبرام عقد مع محكم للفصل في النزاع.

Thomas Clay, L'arbitre, op, cit, p.529.

(٧٣)

Cour de cassation, Chambre civile 2re, 9 July 1997, N° de pourvoi: 94-21074.

(٧٤)

note sous Cour de Cassation, 1re Chambre civile, 20 février 2001, affaire:,

(٧٥)

Revue de l'arbitrage 2001, p.514.

المطلب الثاني

تداعيات الإفلاس على عقد المحكم وامتدادها لاتفاق التحكيم الحر

إذا كان الأصل في الأحكام القضائية الصادرة في الخصومة أنها النهاية الطبيعية لها، فلم تعد هناك حاجة لوجودها قائمة بعد صدور هذا الحكم^(٧٦)، حيث إن الأحكام القضائية لها حجية الأمر المقضي، وأن القاعدة في الأحكام المدنية والتجارية أن حجيتها نسبية وليست مطلقة، حيث لا تثبت إلا بين أطراف الخصومة التي صدرت فيها دون غيرهم، فلا يصح الاحتجاج على شخص بحكم صدر في دعوى لم يكن طرفاً فيها، وإن حصل ذلك جاز له أن يدفع بمبدأ الأثر النسبي للأحكام، بيد أن الحكم بشهر الإفلاس يُعد استثناءً على قاعدة نسبية حجية الأحكام القضائية التي تقضي بأن أثر الحكم لا يطول سوى الخصوم في الدعوى دون غيرهم.

فالحكم بشهر إفلاس التاجر لا يقتصر أثره على أشخاصه بل يمتد لكافة الناس^(٧٧)، فالتاجر المدين لا يعتبر مفلساً في مواجهة الدائن الذي طلب شهر إفلاسه فقط، بل يُعد كذلك بالنسبة للكافة خاصة دائنيه، ولو لم يكونوا أطرافاً في الدعوى، وكذلك كل شخص دخل في علاقة قانونية مع التاجر المفلس، ولو لم تكن لهذه الأعمال القانونية موضع عند نظر دعوى شهر الإفلاس.

ومن ضمن هذه الأعمال القانونية التي يمتد لها أثر الحكم بشهر إفلاس التاجر، قد نجد عقوداً أبرمها التاجر تتضمن شرطاً تحكيمياً ينيط حل النزاعات الناشئة عن العقد إلى محكم، ومن ثم يلتزم التاجر بإبرام عقد محكم، فلاشك أن هذا الأخير سوف يتأثر بالنظام القانوني الجديد الذي أوجده الحكم على التاجر بشهر إفلاسه، خاصة فيما يتعلق بغل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، وكذلك إمكانية إبطال العقود التي أبرمها في فترة الريبة.

وعلى هدي ما سبق، يمكننا الوصول إلى أثر الإفلاس على عقد المحكم وانعكاساته على منظومة التحكيم الحر بالنظر في حالتين؛ الحالة الأولى وهي التي يقوم فيها التاجر بإبرام عقد محكم قبل الحكم بشهر إفلاسه. والحالة الثانية تلك التي يلجأ فيها التاجر إلى إبرام عقد محكم بعد الحكم بشهر إفلاسه تنفيذاً لاتفاق تحكيم أبرم قبل شهر إفلاسه؛ وذلك بعد النظر في سلطة المحكم في الفصل في منازعات الإفلاس.

(٧٦) د. نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٤، ص ٥٤٧.

(٧٧) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٠، ص ٢٧٠.

أولاً - سلطة المحكم في الفصل في منازعات الإفلاس:

قبل النظر في الوضع القانوني الجديد الذي يطراً على عقد المحكم بسبب تعرض أحد أطرافه لشهر إفلاسه، قد نجد أنه من الأهمية بمكان الوقوف عند سلطة المحكم في شهر إفلاس أحد المختصمين، ومدى اختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن الإفلاس.

(أ) مدى اختصاص المحكم بإعلان شهر الإفلاس:

يربط المادة (١١) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، بالمادة (٥٥١) من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام..". نصل إلى أن اتفاق التحكيم يجب ألا يخالف النظام العام، أي يجب أن يكون موضوعه متعلقاً بإحدى المسائل التي يجوز فيها الصلح، والتي لا تتعارض مع القيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع^(٧٨). وهو أيضاً ما أكد عليه المشرع الكويتي بنصه في المادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. وطالما أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام وفقاً للمادة (٥٤٤) من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠؛ فإنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ولقد تواترت أقوال الفقهاء^(٧٩) بعدم جواز الاتفاق على التحكيم في مسائل الإفلاس لتعلقها بالنظام العام^(٨٠) تأسيساً على أن المشرع قد وضع قواعد خاصة تنظم مسائل الإفلاس لضمان المساواة بين الدائنين وحماية مصالحهم من تصرفات المدين المفلس، وأن اختصاص القضاء العادي بهذه المسائل هدفه الحفاظ على النظام

(٧٨) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩، ص ٢٧٠.

(٧٩) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإجباري والاختياري، مرجع سابق، ص ٦٦؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٢٤؛ د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٠ وما بعدها.

(٨٠) يذهب البعض إلى تحديد فكرة النظام العام بمجموع القيم الأساسية لمجتمع معين، والتي لا يجوز للأفراد القيام بعمل قانوني ينتقص منها، وأن تلك القيم تختلف من مجتمع لآخر، كما أنها قد تتغير مع تطور المجتمع. راجع:

P. Mayer, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Revue de l'arbitrage 1994, n°29, p. 639.

العام. ومن جانبنا نرى أن المسائل المتعلقة بالإفلاس لا تتعلق بالنظام العام الداخلي فقط، بل تعتبر من النظام العام الدولي لارتباط نظام الإفلاس بالنواحي الاقتصادية للدول، فإذا ما تجاهل المحكم في التحكيم الدولي الحكم الصادر بشهر إفلاس أحد المحكمين، وما ينتج عنه من آثار إجرائية، قد ينتهي الحال ببطلان هذا الحكم.

ويُعد الحكم بشهر الإفلاس وفقاً للمشرع المصري والمشرع الكويتي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، حيث يجوز للمحكمة المختصة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها ولو لم يقدم إليها طلب بشهره من المدين أو الدائنين أو النيابة العامة، حيث تدخل المشرع لتنظيم مسألة شهر الإفلاس بشكل تفصيلي نظراً لتعلق هذا الأمر بحماية حقوق الدائنين وكذلك لارتباطه بالاقتصاد الوطني.

والمشرع المصري وفقاً للمادة (٥٥٩) قد أعطى للمحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن تجاري للمدين اختصاصاً إلزامياً لإعلان شهر الإفلاس لا يمكن مخالفته؛ فمحكمة موطن المدين التجاري أقدر جهة على تفهم مركز التاجر المراد شهر إفلاسه وحصر أمواله وجردها^(٨١). وكذلك الحال لدى المشرع الكويتي الذي قرر وفقاً للمادة (٥٦٣) من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ أن المحكمة الكلية التي يقع في دائرتها موطن المدين التجاري هي المختصة بشهر الإفلاس، والدعاوى التي تنشأ عن التفليسة.

وعلى الصعيد الدولي ووفقاً للفقرة الثانية من المادة (٥) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية - اتفاقية نيويورك ١٩٨٥ - التي تلزم كل دولة متعاقدة أن تعترف وتنفذ أحكام التحكيم الصادرة بناء على اتفاق تحكيم في مسائل يجوز التحكيم فيها، وأنه يجوز رفض الاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية إذا كانت صادرة في منازعات يكون موضوعها غير قابل للتحكيم طبقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

وبالنظر إلى أنه يشترط لصحة اتفاق التحكيم ألا يجري على المسائل التي قصرها المشرع على اختصاص القضاء الوطني، يكون الحكم بشهر الإفلاس من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم^(٨٢). وعلى هذا الأساس إذا تم الاتفاق على تحكيم

(٨١) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٨٢) د. محمود يونس، النظام العام والتحكيم في محكمة قضاء التمييز (دبي) ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٥، ص ١٤٤.

موضوعه شهر إفلاس تاجر كان هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته النظام العام^(٨٣)، ويكون لهيئة التحكيم أن تنظر في هذا البطلان من تلقاء نفسها، دون أن يدفع به المحكم ضده، حيث تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، وهذا ما يتفق مع المبادئ العامة في القانون الإجرائي^(٨٤).

وكما رأينا أن عقد المحكم مستقلاً عن اتفاق التحكيم، وبالتالي لن يمتد له بطلان اتفاق التحكيم، بيد أنه لا يمكن بأي حال الاتفاق على إناطة المحكم مثل هذه الصلاحية؛ لذلك إذا أبرم عقد محكم لتنفيذ اتفاق تحكيم للفصل في مدى إمكانية شهر إفلاس المدين كان لزاماً على المحكم أن يقضي بعدم اختصاصه^(٨٥)، حيث إن اختصاص المحكم يظل دائماً مقيداً باحترام فكرة النظام العام.

كما أن للدائن أن يتجاوز اتفاق التحكيم الباطل الذي يمنح المحكم ولاية لنظر شهر إفلاس المدين، وأن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة بشهر الإفلاس دون أن يُقدم على إبرام عقد محكم، ولا يمكن للمدين الرجوع عليه بقواعد المسؤولية المدنية، فالاتفاق على إناطة المحكم سلطة إعلان الإفلاس هو اتفاق ظاهر البطلان لا يحتاج إلى المنازعة فيه، فقد قضت محكمة استئناف باريس^(٨٦) بأن كل اتفاق تحكيم موضوعه تفسير أو تطبيق قواعد متعلقة بالنظام العام يكون باطلاً.

من جهة أخرى، قد نجد بجانب العقبة القانونية - فكرة النظام العام - التي تجعل من مسألة شهر الإفلاس موضوعاً لاتفاق تحكيم أمراً غير قابل للتطبيق، فقد ذهب جانب من الفقه^(٨٧) إلى أن إجراءات شهر إفلاس المدين التاجر والنتائج المترتبة عليه يجب أن تنظم بطريقة معينة؛ فحتى يضمن نجاحها يجب أن يختص بها قاضي الدولة دون غيره، حيث إن الحكم الصادر بشهر الإفلاس لن يقتصر أثره على طرفي الدعوى، بل هو حكم ذو حجية مطلقة ترتبط به مصالح الغير، فتنتقل إدارة أموال المفلس إلى أمين التفليسة الذي يجب عليه المحافظة على هذه الأموال عن طريق

(٨٣) محكمة استئناف القاهرة، الدعوى رقم ١١١ لسنة ١٢١ق، بتاريخ ٣٠ مايو ٢٠٠٥.

(٨٤) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٤٧.

(٨٥) Jean-Louis and others, Frenche arbitration Law and practice, Wolters Kluwer 2009, p.109.

(٨٦) Cour d'appel de paris, 9 février 1954, Dalloz 1954, p.192.

(٨٧) D. Mouralis, L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle, thèse Aix, 2008. J-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999.

الاستمرار في تشغيل متجر المفلس، وبالتالي لن يتعرض العمال لخطر غلق المحل التجاري وضياع مصدر رزقهم^(٨٨)، كما ينبغي ضمان المساواة بين الدائنين فتوقف جميع الدعاوى الفردية ضد المدين المفلس حتى لا يتسابق الدائنون في مقاضاته والتنفيذ على أمواله، فيتقدم بعضهم على البعض الآخر دون وجه حق^(٨٩).

(ب) مدى اختصاص المحكم بالدعاوى الناشئة عن الإفلاس:

إذا كان المحكم ملزماً بأن يقضي بعدم اختصاصه بشأن إعلان إفلاس المدين التاجر، على أساس أن الإفلاس من الموضوعات المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز فيها التحكيم؛ فإن الأمر لا يختلف كذلك بالنسبة للدعاوى المرتبطة بالإفلاس أو المنازعات الناشئة عنه^(٩٠)، فهي أيضاً تعد من الموضوعات المتعلقة بالنظام العام، وتختص المحكمة التي قضت بشهر الإفلاس بها اختصاصاً إلزامياً^(٩١).

هكذا تُعد الدعاوى التي كانت مصدر الحكم بشهر إفلاس التاجر أو تلك المبنية على نصوص خاصة بالإفلاس من الموضوعات التي لا يجوز فيها التحكيم، فالمحكمة المشار إليها سابقاً هي الأصلح لنظر جميع الدعاوى التي يكون منشؤها قواعد الإفلاس، وذلك ضماناً لحسن سير العدالة، وبذلك إذا تم إبرام عقد محكم، وتبين للمحكم أن مثل هذه المنازعات تدخل ضمن الاختصاص الإلزامي لمحكمة موطن المدين التاجر، وجب عليه أن يقضي بعدم الاختصاص لتعلق المنازعة بالنظام العام^(٩٢). أما إذا كانت المنازعة مستقلة عن الإفلاس ولا تنطبق عليها النصوص القانونية

(٨٨) المادة (٦٤٥) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد (١٩) مكرر، الصادر في ١٧/٥/١٩٩٩؛ وكذلك المادة (٦٥٠) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨، مجموعة التشريعات الكويتية، وزارة العدل الكويتية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى ٢٠١١.

(٨٩) المادة (٥٩٤) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٩٧) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨.

(٩٠) من المنازعات التي تعتبر ناشئة عن الإفلاس وتختص بها محكمة شهر الإفلاس: دعاوى عدم نفاذ التصرفات لوقوعها في فترة الريبة، دعاوى الاسترداد، الدعاوى التي يرفعها أمين التفليسة على أمين التفليسة السابق، دعاوى بطلان إجراءات نزاع ملكية أموال التفليسة؛ مشار إليها في مرجع الأستاذ الدكتور / مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

(٩١) المادة (٥٦٠) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٦٣) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨.

(٩٢) Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985, Revue de l'Arbitrage 1987, p.277.

الخاصة بالإفلاس بل تستند إلى قواعد قانونية غير مستمدة من أحكام الإفلاس، وليست من اختصاص محكمة شهر الإفلاس، حيث تكون الولاية للبت فيها لجهات قضائية أخرى أو لهيئة تحكيمية مثل النزاع حول عدم نفاذ تصرف صادر من المفلس قبل فترة الرتبة^(٩٣) أو نزاع بشأن أموال لا يُغل يد المدين بشأنها كوجود اتفاق تحكيم بشأن منازعة حول التعويضات التي تستحق للمستفيد في عقد تأمين صحيح أبرمه المفلس قبل صدور حكم شهر الإفلاس^(٩٤)، فيكون للمحكم سلطة الفصل فيها، بناء على عقد المحكم الذي أبرم بينه وبين المحتكمين.

ثانياً - أثر الإفلاس على عقد المحكم الذي أبرم قبل إعلان الإفلاس:

مما لا شك فيه أن اللجوء إلى نظام التحكيم يُعد في عالمنا المعاصر من أفضل الوسائل البديلة لفض المنازعات التجارية لما يتسم به من سرعة الوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة، وهذا الأمر قد يدفع العديد من أشخاص البيئة التجارية إلى الدخول في اتفاق تحكيم أملاً في الوصول إلى حل يثني خصمه من اللجوء إلى القضاء العادي للمطالبة بحقه، مما قد يؤثر على سمعته ويلفت نظر باقي المتعاملين معه على ضعف مركزه المالي، وهو ما قد ينذر بقرب شهر إفلاسه؛ لذلك قد يلجأ التاجر إلى عقد اتفاق تحكيم، وبالتالي عقد محكم، ثم يتم شهر إفلاسه؛ فما هو الأثر القانوني الذي يترتب على ذلك، وهل يختلف الوضع إذا تم إبرام عقد المحكم قبل فترة الرتبة عن إبرامه خلالها.

(أ) إبرام العقد قبل إعلان الإفلاس وبتاريخ سابق على فترة الرتبة:

في تلك الحالة التي يكون فيها المدين المفلس قد أبرم عقد محكم بناء على اتفاق تحكيم قبل أن يتم إعلان إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الرتبة، يكون هذا العقد صحيحاً وناظراً في مواجهة جماعة الدائنين وكذلك أمين التفليسة الذي يمثلهم^(٩٥). ووفقاً للمادة (١/٥٧٣) من قانون التجارة المصري الجديد التي تنص على أنه: "يقوم أمين التفليسة بإدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها وينوب عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها هذه الإدارة". وكذلك المادة (٦٣٠) من قانون

(٩٣) نقض مدني، طعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٨ ق، بتاريخ ٣٠ مايو ١٩٨٣، يمكن الاطلاع على ملخص الحكم على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المصرية على العنوان التالي:

http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/verdictShortTextResult.aspx?SP=REF&SIndex=&VerdictTypeID=1&VerdictID=V2M48+1648_3051983

(٩٤) المادة (٥٩٢) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٧٨) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨.

Philippe Bournoville, L'arbitrage, Larcier 2000, p.110.

(٩٥)

التجارة الكويتي التي تنص على أنه: "يقوم مدير التفليسة بإدارة أموالها والمحافظة عليها، وينوب عن المفلس في جميع الأعمال التي تقتضيها الإدارة المذكورة"، وعليه إذا أراد أمين التفليسة مطالبة المتعاقد الآخر بالوفاء بشأن العلاقة القانونية التي ورد بها البند التحكيمي، فليس أمامه سوى مباشرة إجراءات التحكيم نيابة عن المحكم المفلس ولمصلحة جماعة الدائنين^(٩٦).

فمثلاً إذا لم يكن الطرف الثاني قد عين محكمه بعد، فعلى أمين التفليسة أن يطلب منه تعيين محكمه، فإذا لم يعين هذا الطرف محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه الطلب، أو قام بتعيين محكمه لكن هذا المحكم لم يتفق مع المحكم المعين من قبل الطرف المفلس على اختيار المحكم الثالث، كان على أمين التفليسة مطالبة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تتولي اختيار هذا المحكم^(٩٧).

من جهة أخرى، إذا أراد المتعاقد الآخر في العلاقة القانونية التي ورد بها البند التحكيمي أن يطالب بحقه لدى المحكم المفلس فعليه أن يتقدم للمطالبة بحقه لدى أمين التفليسة مشفوعاً بالمستندات التي تثبت هذا الحق^(٩٨)، فإذا نازعه المفلس أو أمين التفليسة فيما يتعلق بوجود الدين أو مقداره - إذا كان النزاع لا يعتبر ناشئاً عن الإفلاس - فيحق له بموجب البند التحكيمي الوارد في العلاقة القانونية الأساسية أن يلجأ إلى التحكيم للحصول على حكم تحكيمي يفصل في النزاع الواقع بينه وبين المحكم ضده المفلس، وينبغي عليه في هذه الحالة أن يتوجه بإجراءات التحكيم إلى أمين التفليسة الذي ينوب عن المفلس في التقاضي بمجرد إعلان شهر إفلاسه، ويجوز في تلك الحالة أن يطلب أمين التفليسة من الهيئة التحكيمية وبعد الحصول على إذن من محكمة شهر الإفلاس إدخال المفلس في الدعوى التحكيمية باعتباره يملك معطيات ومعلومات تقوي موقفه أمام الهيئة التحكيمية قد لا يعلمها أحد سواه.

وفي تلك الحالة تكون إجراءات التحكيم التي اتخذها الطرف المتعاقد مع المفلس والقائمة على اتفاق تحكيم سابق على إعلان شهر الإفلاس وبتاريخ سابق على فترة الرتبة صحيحة وناظرة في حق جماعة الدائنين وأمين التفليسة، حيث إن المدين

(٩٦) د. عكاشة عبد العال ود. مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مكتبة الحلبي الحقوقية ١٩٩٨، ص ٤١٥.

(٩٧) المادة (٩) من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (١٧٥) من مرسوم بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (١٩٨٠/٣٨).

(٩٨) المادة (٦٥٠) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٦٥٥) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨.

المفلس وقت إبرام العقد الأساسي الذي ورد فيه شرط التحكيم - أو عند مشاركة التحكيم - كان له حق التصرف، وبالتالي يحتج بالبند التحكيمي في مواجهة الدائنين وأمين التفليسة.

وهذا ما استقرت عليه أحكام المحكمين في غرفة التجارة الدولية بباريس^(٩٩)، والتي كانت تؤكد على أن البدء في إجراءات التفليسة لا يكون سبباً لكي تقضي الهيئة التحكيمية بعدم اختصاصها؛ إذا كان اتفاق التحكيم أبرم قبل شهر الإفلاس وبتاريخ سابق على فترة الرتبة؛ ففي القضية التحكيمية التي عرضت على محكمة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس بين شركة طالبة التحكيم تدعى Casa من لوكسمبورج وشركة Cambior الفرنسية^(١٠٠)، قضت هيئة التحكيم بأن واقعة خضوع أحد أطراف التحكيم لإجراءات الإفلاس لا تكفي في حد ذاتها لجعل النزاع غير قابل للتحكيم، وأن المنازعات التي تخرج عن نطاق التحكيم هي تلك التي يكون لها أثر مباشر واتصال وثيق بإجراءات الإفلاس خاصة تلك التي تنشأ بسبب تطبيق قواعد الإفلاس الإجرائية.

أما إذا ثار نزاع بين الطرف المفلس والمحكم الذي عينه في الهيئة التحكيمية بشأن عقد المحكم المبرم بينهما قبل إعلان إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الرتبة أو كانت هناك دعوى مقامه من المفلس أو عليه والخصم هو المحكم، فيمنع المدين المفلس من السير في الدعوى أو مقاضاة المحكم ابتداءً^(١٠١)، وينوب عنه أمام القضاء أمين التفليسة^(١٠٢).

فمثلاً يقع على عاتق المحكم أن يباشر مهمته التحكيمية طالما وافق على عقد المحكم، ولا يحق له الانسحاب أو الامتناع عن المساهمة الإيجابية في إجراءات التحكيم أو رفض القيام بإجراء معين دون سبب جدي وإلا قامت مسؤوليته العقدية

(٩٩) Recueil des sentence arbitrages de la Chambre de commerce internationale (CCI), 1974, cci n° 2139, p.239.

(١٠٠) Casa v Cambior, Partial Award in ICC, l'affaire N° 6697, Revue de l'arbitrage 1992, p.135. See also, Fouchard and others, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999, p.355.

(١٠١) المادة (١/٥٩٤) من قانون التجارة الجديد التي تنص على أنه: "لا يجوز بعد صدور حكم شهر الإفلاس رفع دعوى المفلس أو عليه أو السير فيها".

(١٠٢) المادة (١/٥٧٣) من قانون التجارة الجديد التي تنص على أنه: "يقوم أمين التفليسة بإدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها، وينوب عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها هذه الإدارة".

تجاه الطرف المتعاقد معه، ويسأل عن تعويضه عن الأضرار التي أصابته نتيجة الإخلال بهذا الالتزام^(١٠٣)، فإذا كانت هناك مصلحة للمدين المفلس من إقامة دعوى لمطالبة المحكم بالتعويض، أو كانت هناك دعوى مرفوعة من المدين المفلس على المحكم قبل الحكم بشهر الإفلاس ناب عنه أمين التفليسة أمام القضاء.

من جهة أخرى إذا أراد المحكم مطالبة المفلس بحقه - أتعاب المحكم - الناشئ عن عقد المحكم الذي أبرمه معه قبل شهر إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الرتبة، يجب عليه التقدم للتفليسة بحقه، حيث لا يجوز للمحكم الدائن اتخاذ إجراءات فردية ضد المحتكم المفلس، بل يجب عليه أن يشارك في الإجراءات الجماعية التي يباشرها أمين التفليسة لحساب جماعة الدائنين^(١٠٤). حيث يقع على المحكم التقدم إلى أمين التفليسة بالمستندات التي تثبت حقه لدى المحتكم المفلس وفقاً للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في القانون، وإذا نازعه أمين التفليسة أو المفلس في صحة الدين أو مقداره، رفع الأمر إلى قاضي التفليسة، فإذا قرر رفض الدين كان من حق المحكم أن يطعن في هذا القرار أمام المحكمة المختصة^(١٠٥).

ومن جانبنا نرى أن عقد المحكم يُعد من العقود التي تقوم على الاعتبارات الشخصية؛ فلا شك أن المحكم قد راعى عند إبرام عقد المحكم شخص المتعاقد معه وصفاته الخاصة، لذلك يمكن اعتبار عقد المحكم من طائفة العقود التي تنفسخ بقوة القانون بمجرد شهر الإفلاس^(١٠٦). ويحق للمحكم المطالبة بالتعويض المترتب على الفسخ تأسيساً على أن عدم تنفيذ عقد المحكم يعتبر خطأ تعاقدياً من جانب المفلس سيئ النية^(١٠٧)، ومن ثم يحق له الاشتراك في التفليسة كدائن عادي بقيمة التعويض المستحق عن فسخ عقد المحكم.

(١٠٣) د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص ٦٣.
(١٠٤) المادة (٦٠٥) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٨٢) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨.
(١٠٥) المادة (٦٥٦) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٦٦٣) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨.
(١٠٦) تنص المادة (١/٦٢٣) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه: "لا يترتب على الحكم بشهر الإفلاس فسخ العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفاً فيها، إلا إذا كانت قائمة على اعتبارات شخصية". وكذلك المادة (٦١٤) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨ التي تنص على أن: "العقود الملزمة للجانبين التي يكون المفلس طرفاً فيها لا تنفسخ بالحكم بشهر الإفلاس، إلا إذا كانت قائمة على اعتبارات شخصية".
(١٠٧) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص ٣٣٥.

(ب) إبرام العقد قبل إعلان الإفلاس وخلال فترة الريبة:

كما اتضح لنا أن أول نقطة تلاقي بين نظام الإفلاس ونظام التحكيم تظهر بعد أن يشهر إفلاس المدين المتعاقد مع المحكم، والذي يمثل الطرف الآخر في العلاقة الأساسية التي تضمنت البند التحكيمي، ورأينا أن وجود اتفاق تحكيم وما يترتب عليه من إبرام عقد محكم بتاريخ سابق على شهر الإفلاس المدين وقبل فترة الريبة يكون صحيحاً وناظراً في مواجهة جماعة الدائنين وأمين التفليسة. أما في الحالة التي يكون فيه المدين المفلس قد أبرم اتفاق التحكيم وعقد المحكم قبل شهر إفلاسه ولكن بعد التاريخ الذي عينته المحكمة كموعداً لتوقف المدين عن الدفع أي خلال فترة الريبة فإن الوضع القانوني لمثل هذه التصرفات المتعلقة بنظام التحكيم سيختلف دون شك.

فالمشرع عندما وضع نظاماً خاصاً للإفلاس كان على دراية بأن الحكم الذي سيصدر بشهر إفلاس التاجر سيكون بعد مضي فترة طويلة أو قصيرة عن توقفه عن دفع ديونه، وأنه قد يعتمد في خلال تلك الفترة إلى القيام بتصرفات تضر بدائنيه أو تخل بالمساواة فيما بينهم، لذلك أخضع التصرفات التي تبرم خلال هذه الفترة التي تسمى فترة الريبة لنظام قانوني خاص، وقد يكون من ضمن هذه التصرفات القانونية التي قام بها المدين الذي أعلن إفلاسه إبرام عقد يتضمن بندا تحكيمياً أو إبرام عقد محكم.

نرى أن تلك الحالة سيحكمها المادة (٥٩٩) من قانون التجارة المصري الجديد، وكذلك المادة (٢/٥٨٤) من قانون التجارة الكويتي^(١٠٨)، حيث يكون اتفاق التحكيم وما استتبعه من إبرام عقد المحكم مع المفلس قبل إعلان الإفلاس وخلال فترة الريبة عرضة للحكم عليه بعدم النفاذ في حق جماعة الدائنين، مع بقائه صحيحاً بين أطرافه بحيث يحق للمتعاقد مع المفلس أن يطلب بتنفيذ العقد بعد انتهاء التفليسة؛ فيمكنه اللجوء إلى التحكيم والحصول على حكم تحكيمي لمصلحته دون أن يستطيع تنفيذه لعدم سريانه في مواجهة جماعة الدائنين لحين انتهاء التفليسة واسترداد المفلس لأمواله.

(١٠٨) تنص المادة (٥٩٩) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه: "كل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما ذكر في المادة ٥٩٨ من هذا القانون وخلال الفترة المشار إليها، يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان التصرف ضاراً بها وكان المتصرف إليه يعلم وقت التصرف بتوقف المفلس عن الدفع". وكذلك المادة (٢/٥٨٤) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨ التي تنص على أنه: "... وكل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما تقدم في الفقرة السابقة وخلال الفترة المذكورة فيها، يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين، إذا كان التصرف ضاراً بها، وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقوعه بوقوف المفلس عن الدفع".

ومع ذلك فإن حكم هذه الحالة التي يبرم فيها العقد الأساسي الذي تضمن بنداً تحكيمياً أو عقد المحكم يختلف بحسب ما إذا اعتبر أمين التفليسة هذا العقد مضرراً لجماعة الدائنين، ومن ثم يجب عليه إثبات أن العقد الأساسي أو عقد المحكم اللذين أبرمهما المفلس في فترة الريبة قد ترتب عليهما ضرر بجماعة الدائنين، وأن المتعاقد مع المفلس كان عالماً وقت إبرام التصرف بتردي أعماله وأنه متوقف عن الدفع؛ وبالتالي يجوز لمحكمة شهر الإفلاس أن تحكم بعدم نفاذ تلك التصرفات في مواجهة جماعة الدائنين.

أما إذا اعتبر أمين التفليسة أن العقد الأساسي وكذلك عقد المحكم من التصرفات التي قام بها المفلس في فترة الريبة والتي لا يترتب عليها ضرر بجماعة الدائنين أو لم تتوافر شروط عدم نفاذ تلك التصرفات كعدم علم المتعاقد مع المدين بأن هذا الشخص متوقف عن سداد ديونه، أو وجد أن حل النزاع الذي نشأ عن العقد الأساسي عن طريق التحكيم فيه مصلحة لجماعة الدائنين، أو أن إجراءات التحكيم قد بدأت قبل إعلان الإفلاس، وأنها في مراحل متقدمة، وأن موقف المدين المفلس جيد؛ وبالتالي لم يطلب من المحكمة المختصة الحكم بعدم نفاذ تلك التصرفات، وتكون إجراءات التحكيم تكون صحيحة وناظفة في حق جماعة الدائنين، ويجب على أمين التفليسة أن ينوب عن المفلس في مباشرة إجراءات التحكيم باعتباره ممثلاً لجماعة الدائنين، كما يجب عليه أن يسدد للمحكم أتعابه عن العملية التحكيمية.

ثالثاً - أثر الإفلاس على عقد المحكم الذي أبرم بعد إعلان الإفلاس:

كما رأينا أن الحكم بشهر الإفلاس يترتب عليه من يوم صدوره تخلي المفلس عن إدارة أمواله لأمين التفليسة الذي ينوب عنه في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها هذه الإدارة، كما لا يجوز بعد صدور حكم شهر الإفلاس أن ترفع دعوى من المفلس أو عليه أو السير فيها بل ينوب عنه في ذلك أمين التفليسة، وإن كان من الجائز إدخاله في تلك الدعاوى بعد الحصول على إذن من المحكمة، وذلك الوضع القانوني الخاص للتاجر الذي تم شهر إفلاسه يدفعنا للتساؤل حول إمكانية قيام أمين التفليسة بعقد اتفاق تحكيم وإبرام عقد محكم بعد شهر الإفلاس، لحل نزاع نشأ عن عقد أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه.

(أ) إبرام عقد محكم لحل نزاع ناشئ عن عقد لم يتضمن بنداً تحكيمياً أبرم قبل فترة الريبة:

في تلك الحالة يكون المدين المفلس قد أبرم عقداً لم يتضمن بنداً تحكيمياً قبل شهر إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الريبة، ثم يثار نزاع بشأن هذا العقد لكن بعد

شهر إفلاسه، فهل من الممكن أن يحل هذا النزاع باللجوء إلى التحكيم، خاصة وأن المفلس تُغل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس كما يمنع من التقاضي بشأنها، حيث يناط إلى أمين التفليسة مهمة إدارة أموال المفلس والحفاظ عليها والنيابة عنه أمام القضاء في الدعاوى التي ترفع منه أو عليه^(١٠٩).

لاشك في أن العقد الذي أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه وبتاريخ سابق على فترة الريبة يكون صحيحاً وناظراً في مواجهة جماعة الدائنين وأمين التفليسة، ولكن لا يجوز للمفلس بعد شهر إفلاسه أن يلجأ إلى إبرام اتفاق تحكيم في صورة مشاركة تحكيم، ومن ثم يبرم عقد محكم للفصل في النزاع الذي نشأ بشأن هذا العقد، فبمجرد شهر إفلاسه تغل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها، وينوب عنه في ذلك أمين التفليسة، فالمفلس يمنع من التقاضي بعد شهر إفلاسه فلا يجوز أن ترفع الدعاوى منه أو عليه، وأي اتفاق تحكيم يبرمه المفلس اعتباراً من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس يُعد باطلاً^(١١٠).

هكذا يكون أمين التفليسة ممثلاً للمفلس ولجماعة الدائنين في جميع الدعاوى والإجراءات القضائية المتعلقة بأموال التفليسة، والذي قد يرى أنه من المفيد للمفلس وجماعة الدائنين إنهاء دعوى مرفوعة من التفليسة أو عليها أو تفادي نزاع قضائي محتمل بشأن عقد أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه، وبتاريخ سابق على فترة الريبة عن طريق اللجوء إلى اتفاق تحكيمي وتعيين محكم للفصل في النزاع^(١١١).

لذا يمكن لأمين التفليسة أن يبرم مشاركة تحكيم وتعيين محكم بشأن عقد أساسي أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه، وبتاريخ سابق على فترة الريبة، وبالتالي اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع الذي نشأ عن هذا العقد بعيداً عن القضاء العادي، بيد أن هذا الأمر متوقف على الحصول على إذن من قاضي التفليسة الذي يجوز له أن يأذن لأمين التفليسة بقبول التحكيم في هذا النزاع المتعلق بالتفليسة بعد أخذ رأي المراقب وسماع أقوال المفلس أو إخطاره^(١١٢).

Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives, revue de l'arbitrage 1983, (١٠٩) p.258.

(١١٠) د. علي يونس، الإفلاس والصلح الواقي منه، مطبعة جامعة عين شمس ١٩٩٢، ص ١٥١.
et, L'arbitrage: droit interne, droit international privé, édition Dalloz 1983, (١١١) p.14.

(١١٢) المادة (١/٦٤٤) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٦٤٩/٢) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨.

وفي الأحوال التي يكون فيها النزاع غير معين القيمة أو كانت قيمته تزيد على خمسة آلاف جنيه، لا يكون قبول أمين التفليسة للتحكيم نافذاً إلا بعد تصديق قاضي التفليسة على شروطه؛ حيث يقع على قاضي التفليسة مراقبة اتفاق التحكيم وعقد المحكم ومراجعة بنودهما ورفضها في حال تقديره أنه من الأفضل الاحتفاظ باختصاص القضاء العادي، كما يجب عليه أن يدعو المفلس إلى الحضور عند التصديق وسماع أقواله إذا حضر، دون أن يكون لاعتراضه أثر، ويجوز له الطعن أمام المحكمة في قرار قاضي التفليسة إذا صدر برفض التصديق على شروط التحكيم^(١١٣).

على هذا الأساس يحق لأمين التفليسة أن يبرم اتفاق تحكيم وتعيين محكم نيابة عن المفلس إذا تبين أن هناك مصلحة ستعود على جماعة الدائنين بالبعد عن القضاء العادي واللجوء إلى التحكيم، بيد أنه ملتزم بتوضيح هذه المصلحة لقاضي التفليسة الذي يقع عليه التحقق من جديتها، فله أن يأنن لأمين التفليسة بتوقيع اتفاق التحكيم وإبرام عقد محكم، أو أن يرد طلبه جاعلاً الاختصاص لحل هذا النزاع الناشئ عن العقد الذي أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه والخالي من بند تحكيمي في يد قضاء الدولة.

(ب) إبرام عقد محكم لحل نزاع ناشئ عن عقد لم يتضمن بنداً تحكيمياً أبرم خلال فترة الريبة:

في تلك الحالة يكون المفلس قد أبرم عقداً دون أن يتضمن بنداً تحكيمياً قبل شهر إفلاسه، ولكن خلال فترة الريبة، ثم يثار نزاع بشأن هذا العقد بعد شهر إفلاسه، فهل من الممكن حل هذا النزاع عن طريق إبرام اتفاق تحكيم وتعيين محكم، أم سيترك الأمر للقضاء العادي.

رأينا أن التصرفات الصادرة من المفلس خلال فترة الريبة يجوز الحكم بعد نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا كانت ضارة بها، وكان المتصرف إليه يعلم وقت التصرف بتوقف المفلس عن الدفع، وهذا ما يجعل مسألة اللجوء إلى التحكيم لحل هذه النزاعات المتعلقة بهذا العقد لا تخرج عن أحد أمرين؛ الأمر الأول: إذا أثبت أمين التفليسة أن العقد الأساسي الذي أبرمه المفلس خلال فترة الريبة - الخالي من البند التحكيمي - ترتب عليه ضررٌ بجماعة الدائنين، وأن المتعامل مع المدين في فترة الريبة كان على علم بتوقفه عن الدفع وقت التصرف، كان له أن يطالب بعدم نفاذ هذا التصرف، فإذا قضي بعدم نفاذ هذا العقد في مواجهة جماعة الدائنين، فلا يملك أمين التفليسة بعد ذلك أن يبرم اتفاق تحكيم بشأن أي نزاع ينشأ عن هذا العقد.

(١١٣) المادة (٢/٦٤٤) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

ومن الجدير بالذكر أن مسألة عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين خلال فترة الريية مقررة لمصلحة جماعة الدائنين، وأن أمين التفليسة ممثلاً لجماعة الدائنين، حيث يحق له وحده رفع دعوى عدم النفاذ باعتباره ممثلاً لجماعة الدائنين^(١١٤)، لكن هذا الحق لا يمكنه من توقيع اتفاق تحكيم وإبرام عقد محكم للفصل في مسألة عدم نفاذ هذا التصرف؛ حيث إن دعوى عدم نفاذ التصرفات الصادرة في فترة الريية مبنية على نص من النصوص الخاصة بالإفلاس، وبالتالي تُعد من الدعاوى الناشئة عن التفليسة التي يكون لمحكمة شهر الإفلاس اختصاص إلزامي بنظرها، وبالتبعية لا يجوز لأمين التفليسة أن يوقع اتفاقاً تحكيمياً وإبرام عقد محكم بشأنها.

الأمر الثاني: وفيه لا يستطيع أمين التفليسة إثبات أن العقد الذي أبرمه المفلس في فترة الريية مضرراً بجماعة الدائنين، وثبت أن المتعاقد مع المفلس كان حسن النية لا يعلم بتوقف المدين عن الدفع وقت إبرام العقد، وبالتالي لا يكون هناك محل للحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في مواجهة جماعة الدائنين؛ لذا يمكن لأمين التفليسة أن يبرم اتفاق تحكيم وتعيين محكم بشأن هذا العقد الأساسي الذي أبرمه المفلس قبل شهر إفلاسه وخلال فترة الريية، وبالتالي اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع الذي نشأ - أو قد ينشأ - عن هذا العقد بعيداً عن القضاء العادي، لكن بعد الحصول على إذن من قاضي التفليسة على النحو الذي رأيناه سابقاً.

وآخر ما يمكن إثارته في هذه الجزئية هو مدى إمكانية إبرام عقدٍ أساسي يتضمن بنداً تحكيمياً بعد شهر الإفلاس عن طريق أمين التفليسة، وهو في معرض إدارته لأموال المفلس. يرى الباحث أنه يجوز لأمين التفليسة القيام بهذا الأمر، ولكن تحت ظروف معينة نص عليها القانون؛ فبمقتضى المادة (٦٤٣) من قانون التجارة المصري الجديد، والمادة (٢/٦٤١) من قانون التجارة الكويتي، يجوز لأمين التفليسة بيع المنقولات الخاصة بالمفلس طالما كانت قابلة لتلف سريع أو لنقص عاجل في القيمة، وكذلك بيع أي مال من أموال التفليسة إذا كان ضرورياً للحصول على النقود اللازمة لمتابعة أعمال التفليسة أو كان البيع يحقق نفعاً مؤكداً للدائنين أو المفلس، وذلك بعد الحصول على إذن من قاضي التفليسة.

وتأسيساً على ذلك يجوز لأمين التفليسة أن يقوم ببيع منقولات وعقارات من أموال التفليسة إذا كان ذلك لازماً لمتابعة أعمال التفليسة أو لتأمين مصلحة جماعة

(١١٤) المادة (٦٠٣) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (٥٨٨) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ١٩٨٠/٦٨.

الدائنين أو لحفظ حقوق المفلّس، ولا يوجد ما يمنع أمين التفليسة عند إبرامه عقداً في هذا الخصوص أن يدرج فيه بنداً تحكيمياً طالما كان ذلك يصب في مصلحة الدائنين أو المفلّس، ويخضع في ذلك لرقابة قاضي التفليسة الذي يقع عليه أن يراجع بنود العقد - بما فيها البند التحكيمي - ليتأكد من فائدتها، وبالتالي منح الإذن لأمين التفليسة للقيام بهذا التصرف.

وفي الحالة التي يحصل فيها أمين التفليسة على إذن من قاضي التفليسة للقيام بتصرف قانوني معين لم يضمنه شرطاً تحكيمياً، ثم رغب في إبرام مشاركة تحكيم بخصوص هذا التصرف، فإن عليه الحصول على إذن جديد من قاضي التفليسة، وإذا لم يراع هذا الإجراء القانوني فإن الجزاء هو بطلان مشاركة التحكيم^(١١٥).

رابعاً - أثر الإفلاس على حكم التحكيم:

في تلك الحالة نجد أن هناك هيئة تحكيمية قائمة عند البدء في إجراءات شهر الإفلاس، ثم يصدر منها حكم تحكيمي؛ فهل يختلف الأثر القانوني لهذا الحكم إذا صدر قبل الحكم بإعلان شهر الإفلاس عن صدوره بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس.

(أ) الحكم بشهر الإفلاس بعد صدور حكم التحكيم:

في تلك الحالة توجد خصومة تحكيمية ختمت وصدر فيها الحكم التحكيمي قبل الحكم بشهر الإفلاس، فلاشك وعلى هدي ما سبق يكون هذا الحكم صحيحاً ومنجّاً لكافة آثاره، ويقع على من صدر الحكم التحكيمي لصالحه أن يتقدم لأمين التفليسة لقيد دينه، فبموجب الحكم التحكيمي يكون من حق الطرف الذي كان الحكم في صالحه أن يتقدم بدينه إلى التفليسة باعتباره دائناً عادياً لكي يتحقق منها أمين التفليسة بمعاونة المراقب وبحضور المفلّس أو بعد إخطاره بالحضور^(١١٦). فلا يجوز ابتداء من تاريخ شهر الإفلاس التنفيذ أو الاستمرار في التنفيذ مباشرة على أموال المفلّس بمقتضى الأحكام التي تصدر لمصلحة خصم المفلّس، حتى لو كانت صادرة قبل شهر إفلاسه^(١١٧).

أما إذا نازع أمين التفليسة أو المراقب أو المفلّس في الدين المترتب على المفلّس

(١١٥) Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives, op.cit, p.262.

(١١٦) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص ٣٦٥ وما بعدها.

(١١٧) المادة (٢/٦٠٥) من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة

(٢/٥٩٧) من مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي ٦٨/

١٩٨٠.

بموجب الحكم التحكيمي، فلا يكون أمام أمين التفليسة سوى رفع دعوى بطلان حكم التحكيم باعتبارها الوسيلة الوحيدة للاستيثاق من حكم التحكيم، وفقاً لما تقتضي به المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري الجديد^(١١٨). والجدير بالذكر أن المشرع الكويتي وفقاً للمادة (١٨٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية قد سمح لأصحاب الخصومة التحكيمية الاتفاق - قبل صدور الحكم - على جواز الطعن على الحكم التحكيمي بالاستئناف، ويرفع الاستئناف عندئذ أمام المحكمة الكلية بهيئة استئنافية، ويخضع للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم، ويبدأ ميعاده من إيداع أصل الحكم إدارة الكتاب وفقاً للمادة (١٨٤)^(١١٩). وعليه إذا وجد مثل هذا الاتفاق بين الخصوم كان لأمين التفليسة الطعن على الحكم التحكيمي بالاستئناف، بجانب الاحتفاظ بحقه برفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للقواعد المنظمة لها في المواد (١٨٦ و ١٨٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

(١١٨) وفقاً للمادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤: ١- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

- (أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
- (ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
- (ج) إذا تذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
- (د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
- (هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

- (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.
 - (ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.
- ٢- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

(١١٩) تنص المادة (١٨٤) من مرسوم بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (١٩٨٠/٣٨) على أنه: "يودع أصل الحكم - ولو كان صادراً بإجراء من إجراءات التحقيق - مع أصل الاتفاق على التحكيم إدارة كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال العشرة أيام التالية لصدور الحكم المنهي للخصومة، ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع".

(ب) الحكم بشهر الإفلاس قبل صدور حكم التحكيم:

إذا كانت هيئة التحكيم منعقدة ولم تختتم أعمالها وغير مهيةة للحكم في موضوعها، ثم صدر حكم بشهر إفلاس أحد المحتكمين، فإن ذلك يؤدي إلى انقطاع خصومة التحكيم حيث يؤدي الحكم بشهر إفلاس أحد أطراف خصومة التحكيم إلى تغيير في الحالة أو المركز القانوني للخصم الذي أشهر إفلاسه بما يستوجب انقطاع الخصومة بحكم القانون ووقف إجراءاتها لزوال صفة من كان يباشرها عند آخر إجراء حصل قبل تحقق سبب الانقطاع أي قبل صدور حكم شهر الإفلاس^(١٢٠).

هكذا تنقطع خصومة التحكيم، ويمتنع على المحتكم المفلس السير في تلك الدعوى التحكيمية لزوال صفته، وتقع جميع الأعمال الإجرائية التي تتخذ قبل أن تستأنف الخصومة سيرها باطلة، ولكي يتم استئناف خصومة التحكيم يجب على خصم الطرف الذي أشهر إفلاسه إعلان من قام مقام خصمه وهو أمين التفليسة^(١٢١)، ويكفي حضور الأخير الجلسة المحددة لاستئناف سير خصومة التحكيم حتى ولو لم يتم إعلانه.

وفضلاً عن ذلك إذا تم استئناف الخصومة وعرض على المحكم أثناء إجراءات التحكيم إحدى المنازعات المتعلقة بالإفلاس - التي تخرج بطبيعة الحال عن ولايته - ولها صلة بموضوع النزاع الذي سيفصل فيه، وجب عليه أن يصدر قراراً بوقف خصومة التحكيم حتى يصدر حكم في هذا الشأن من محكمة الإفلاس المختصة، ولا يجوز له اتخاذ أي إجراء في خصومة التحكيم خلال تلك الفترة وإلا كان باطلاً، ويكون الموعد المحدد لإصدار حكم التحكيم موقفاً^(١٢٢).

وأخيراً في تلك الفرضية التي تقضي بصحة إجراءات التحكيم بعد شهر إفلاس

(١٢٠) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي ١٩٧٣، ص ٣١٧؛ د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني - قانون المرافعات، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩، ص ٥٥٣.

(١٢١) يتم إعلان أمين التفليسة وفقاً لما تقضي به المادة ٧ من قانون التحكيم الجديد، فلا يشترط إعلانه على يد محضر بل يكفي بإعلانه شخصياً أو في مقر عمله أو في محل إقامته المعتاد، وإذا تعذر معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة يعتبر التسليم قد تم إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدي معروف لأمين التفليسة.

(١٢٢) المادة (٤٦) من قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك المادة (١٨٠) من مرسوم بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (١٩٨٠/٣٨).

أحد المحتكمين تكون ولاية المحكم مقيدة بما يقضي به قاضي التفليسة الذي يختص بجميع المنازعات التي تترتب على التفليسة، فإذا خالف المحكم هذه النتيجة لشهر إفلاس أحد الأطراف المتحاكمة يكون بذلك قد خالف قاعدة من قواعد النظام العام، الأمر الذي قد يترتب عليه بطلان حكم التحكيم لهذا السبب^(١٢٣).

نستنتج من كل ما سبق أن تداخل إجراءات الإفلاس مع إجراءات التحكيم قد تؤدي إلى تعطيل منظومة التحكيم، أو تعرض الحكم الصادر عنها للبطلان، وهو ما يؤثر بالسلب على أهمية التحكيم وتطوره، والدور الفعال الذي يلعبه في حل النزاعات التجارية خاصة على المستوى الدولي؛ لذلك كان من الضروري البحث عن آلية قانونية تحد من تلك الآثار السلبية لإجراءات الإفلاس على منظومة التحكيم، خاصة في مواجهة المحتكم المفلس سيئ النية الذي ذهب إرادته إلى استغلال النظام الإجرائي للإفلاس لإفراغ العملية التحكيمية من مضمونها، وذلك على النحو التالي.

(١٢٣) د. محمود يونس، المرجع في أصول التحكيم، مرجع سابق، ص ٥١٣.

المبحث الثاني التصدي للمحتكم المفلس سيئ النية لحماية منظومة التحكيم الحر

إذا كانت الروابط المشتركة بين عقد المحكم واتفاق التحكيم قد تؤدي إلى غياب العدالة واستحالة الوصول إلى حكم ينهي النزاع المحتكم فيه إذا ما أفلس أحد الخصوم، فكان لابد من البحث عن آلية تنهي هذه المشكلة؛ حيث إن الوصول إلى العدالة التحكيمية مسألة تنطوي على عدة أمور تعاقدية، فالأطراف في البداية يتفقون على اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم، وكذلك الاتفاق على إبرام عقد مشترك يربط بينهم وبين المحكمين، ثم كذلك الاتفاق إذا اقتضت الحاجة إلى إبرام عقد ينظم التحكيم بينهم وبين الهيئة التحكيمية التي ستتولى عملية التحكيم، وجميعها تتأثر بمسألة الإفلاس.

وهذه الروابط العقدية المتشابكة تهدف إلى نجاح المهمة التحكيمية، وهو الأمر المرهون بتمام تنفيذها مجتمعة؛ لذلك يبقى من الضروري التفكير دائماً في كيفية معاقبة المحتكم سيئ النية الذي ارتبط باتفاق تحكيم مع علمه بأنه قد يشهر إفلاسه، أو سعى لشهر إفلاسه كطريقة لعدم تنفيذ اتفاق التحكيم أو عقد المحكم، ومن ثم تعطيل صدور حكم تحكيمي؛ وذلك للحفاظ على الأسس القانونية السليمة لمنظومة التحكيم.

وقد تسنى ذلك للباحث بتوجيه النظر إلى أحد المبادئ القضائية المستقر عليها في النظام اللاتيني والذي يمكن تطبيقه على منظومة التحكيم، وذلك بالإضافة إلى البحث في مسؤولية المحتكم المفلس سيئ النية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول - مبدأ عدم التناقض واحترام إجراءات التحكيم.

المطلب الثاني - مسؤولية المحتكم المفلس.

المطلب الأول مبدأ عدم التناقض واحترام إجراءات التحكيم

رأينا فيما سبق أن المحتكمين يقع عليهم التزام بالتعاون مع المحكم لإنجاح مهمته التحكيمية، ومن أجل ذلك ينبغي على الأطراف المحتكمة أن تلتزم باحترام إجراءات التحكيم، وأن تنفذ كل ما يطلبه المحكم لإتمام مهمته التحكيمية التي ابتغاها الأطراف من البداية بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ثم إبرام عقد محكم، لكن أثناء

سير الخصومة التحكيمية قد يجد أحد الأطراف أن وضعه القانوني ضعيف؛ لذلك يحاول أن يؤثر بأي شكل على إجراءات سير الخصومة التحكيمية من أجل منع خروج حكم تحكيمي عن الهيئة التحكيمية في غير صالحه، ومن ضمن هذه الأشياء محاولته تغيير مركزه القانوني بما يؤثر مباشرة في سير الخصومة التحكيمية، كالمحتكم الذي يشهر إفلاسه.

ولاشك أن مثل تلك الأفعال سوف تؤثر بالسلب على منظومة التحكيم، وتفقد المزية الرئيسية التي تتمتع بها، وهي الوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة؛ لذا كان من الضروري محاولة التصدي لمثل هذا التلاعب بإجراءات التحكيم، وقد أمكن ذلك للباحث بالنظر في تطبيق مبدأ عدم التناقض داخل منظومة التحكيم، وذلك على التفصيل التالي.

أولاً - ماهية مبدأ عدم التناقض:

يقصد بمبدأ عدم التناقض le principe de la contradiction - عموماً - لدى الفقه الفرنسي^(١٢٤) بأنه منع قيام الأشخاص بأفعال قانونية متناقضة بهدف الإضرار بالغير، تأسيساً على أنه ليس من قواعد العدالة ترك العلاقات القانونية عرضة لتقلبات أمزجة أحد الأطراف، وهذا المبدأ يعرف جيداً داخل القضاء العادي باعتباره أحد ضمانات سير إجراءات التقاضي بطريقة عادلة، كما أن الاتجاه السائد هو توسيع تطبيقه ليشمل العديد من الفرضيات التي تثار أمام القضاء والمتعلقة بقيام أحد الخصوم بأفعال من شأنه المساس بسير إجراءات الخصومة^(١٢٥). وبما أن التحكيم يتمتع بغالبية خصائص العمل القضائي؛ فكان من المناسب أن يوضع مبدأ عدم التناقض موضع التنفيذ داخل منظومة التحكيم أيضاً^(١٢٦)، بل أن البعض^(١٢٧) ذهب إلى اعتبار مبدأ عدم التناقض من مبادئ النظام العام الدولي.

(١٢٤) Emmanuel Gaillard, L'Interdiction de se Contredire au Détriment d'Autrui comme Principe Général du Droit du Commerce International, Revue de l'Arbitrage 1985, p. 241; Jean Georges, Enfin la définition de l'estoppel en droit français, Option droit et affaires 2010, p.8.

(١٢٥) Muir Watt, Pour l'accueil de l'Estoppel en droit privé français, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, Paris 1994, p.303.

(١٢٦) Charles Jarrosson, Les frontières de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 2001, p.5.

(١٢٧) Dominique Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, édition Gualino 2004, p.209.

ولاشك في أن تطبيق مبدأ عدم التناقض داخل منظومة التحكيم سيكون له أثرٌ إيجابيٌّ على حسن سير الخصومة التحكيمية وعدالتها؛ حيث إن كل محكم سيكون على يقين بأنه لا يستطيع أن يتخذ موقفاً قانونياً بسوء نية من شأنه أن يعطل العدالة التحكيمية التي ذهبت إرادته في البداية إليها عن طريق الاتفاق على التحكيم.

لذلك يكون من الجيد لمنظومة التحكيم أن يقوم المحكم بالجمع بين القواعد القانونية المطبقة على النزاع والقواعد المستقر على اتباعها أمام القضاء العادي - كمبدأ عدم التناقض - لضمان احترام وعدالة خصومة التحكيم؛ وهذا ما يمكن أن نستنتجه من المادة (١٤٦٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد^(١٢٨)، التي لا تمنع هيئة التحكيم من اللجوء إلى القواعد المستقر عليها داخل القضاء العادي، إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك في اتفاق التحكيم، وهذا الحكم يمكن أن نستخلصه أيضاً من المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري، والمادة (١٨٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي^(١٢٩).

لذا يُعد مبدأ عدم التناقض من المبادئ العامة التي يجب أن تحكم منظومة التحكيم مثل القضاء العادي، حيث لا يستطيع المحكم أن يرتكب فعلاً إجرائياً قانونياً يتناقض مع أفعاله القانونية السابقة، ليكسب مزية غير عادلة في مواجهة المحكم الآخر، وبما يؤثر مباشرة على المصالح المشروعة لهذا الأخير.

وهذا الوضع يظهر بوضوح عندما يتعلق الأمر بارتباط أحد المحكمين بإجراءات الإفلاس التي تؤثر بالسلب على سير خصومة التحكيم؛ لذلك فإن قيام الهيئة التحكيمية بإبلاغ الخصوم بتطبيق مبدأ عدم التناقض على إجراءات التحكيم سيجعل الطرف الذي يريد استغلال نظام الإفلاس بسوء نية لتعطيل سير الخصومة التحكيمية

L'Article 1464 de Code de procédure civile: A moins que les parties n'en soient (١٢٨) convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques....

(١٢٩) تنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة". كما تنص المادة (١٨٢) من مرسوم بالقانون ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه: "يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم".

على علم بأن الهيئة التحكيمية إذا ثبت لديها ذلك لن توقف سير الخصومة التحكيمية، بل قد تلزمه بدفع مبالغ مالية للطرف الآخر كعقوبة على اتخاذه فعلاً من شأنه الإضرار بمصلحة خصمه، والمتمثلة في الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع بعيداً عن القضاء العادي^(١٣٠).

لذلك تستطيع الهيئة التحكيمية أن تبلغ أطراف خصومة التحكيم بأن مبدأ عدم التناقض هو الذي سيحكم أي تنازع ينشأ بين إجراءات إفلاس أحد الأطراف وإجراءات سير الخصومة التحكيمية، حتى تنتهي الأخيرة بصدور حكم تحكيمي ينهي النزاع. وهكذا يكون تطبيق مبدأ عدم التناقض داخل منظومة التحكيم من الأسباب التي تدفع الخصوم إلى التعاون مع الهيئة التحكيمية، وتنفيذ التعليمات التي تصدرها لهم خلال سير الخصومة، وهو ما سينعكس بدوره على فعالية حكم التحكيم، حيث إن تطبيق مبدأ عدم التناقض من البداية من قبل الهيئة التحكيمية سيجبر الخصم سيئ النية على عدم رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وتعطيل تنفيذه بحجة عدم مراعاة الهيئة التحكيمية لإجراءات الإفلاس.

وفيما يتعلق بضرورة توافر سوء النية لدى المحكم الذي يلجأ إلى إجراءات الإفلاس لتعطيل منظومة التحكيم، يرى البعض^(١٣١) أن سوء النية في تلك الحالة تفترض في الطرف الذي يلجأ إلى نظام الإفلاس دون اكتراث للنتائج التي ستصيب منظومة التحكيم، وبالوضع الإجرائي غير العادل الذي سيصيب خصمه والمتمثل في عدم سرعة إنهاء النزاع، بما يتعارض مع السمة الرئيسية لاتفاق التحكيم؛ لذا يكفي لتطبيق مبدأ عدم التناقض على الخصومة التحكيمية أن تثبت في حق مرتكب الفعل الإجرائي المتناقض الرعونة المقصودة ونية الإضرار بالمحكم الآخر^(١٣٢).

إنّ ينتج عن تطبيق مبدأ عدم التناقض بهذا المفهوم السابق داخل منظومة التحكيم عدة نتائج تحقق الأمان القانوني لهذا الطريق البديل لفض المنازعات؛ وتتلخص تلك النتائج في عدة نقاط هي: (١) ضمان نزاهة تصرفات الأطراف المحكّمة خلال سير الخصومة التحكيمية. (٢) أن كل طرف سيبلغ الهيئة التحكيمية بكافة

Serge Guinchard, L'arbitrage et le respect du contradictoire, Revue de (١٣٠) l'arbitrage 1997, p.190.

Fabien Girard, Estoppel: faut-il acclimater le Poison Tree?, Revue Lamy de (١٣١) droit des affaires 2012, p.74.

Emmanuel Gaillard, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (١٣٢) comme.

المستندات والمعلومات التي تظهر حقيقة وضعه القانوني والمالي المتعلق بالنزاع، مما يساعد إيجابياً على حسن سير الخصومة التحكيمية. (٣) عدم تعرض حكم التحكيم للبطلان بحجة وجود عيب في إجراءات التحكيم.

ويرى البعض^(١٣٣) أن المحكم قد لا يحتاج لتطبيق مبدأ عدم التناقض على الخصومة التحكيمية أن يبلغ الخصوم به صراحةً؛ حيث إن تطبيق هذا المبدأ يُعد أثراً مباشراً لعقد المحكم الذي يلزم المحتكمين بالتعاون مع المحكم لإنجاح المهمة التحكيمية، فإذا ما قام أحد الخصوم عن قصد بفعل يتناقض مع ما ذهبت إليه إرادته في عقد المحكم يكون بذلك قد ارتكب سلوكاً إجرائياً مخالفاً لمبدأ التعاون مع الهيئة التحكيمية.

ثانياً - تطبيق مبدأ عدم التناقض ضمان لفعالية التحكيم الحر:

يهدف تطبيق مبدأ عدم التناقض في مجال التحكيم L'estoppel إلى منع قيام أحد المحتكمين - أو من يمثله - بارتكاب فعل يقصد به تعطيل سير إجراءات خصومة التحكيم، الأمر الذي يضر بالمصلحة المشروعة للمحتكم الآخر في الوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة^(١٣٤). فالتناقض يظهر من خلال قيام أحد أطراف العلاقة العقدية بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في حدوث نزاع مع الطرف الآخر، ثم يقوم بأفعال قانونية بسوء نية من شأنها تعطيل سير خصومة التحكيم، وهذا ما يؤثر بالسلب على الأمان القانوني لمنظومة التحكيم.

ومبدأ عدم التناقض استخدمته محكمة استئناف باريس^(١٣٥) في مجال التحكيم

principe général du droit du commerce international, Revue de l'arbitrage 1985, (١٣٣) p.248.

Dominique Vidal, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, (١٣٤) Vol.20/1, 2009, p.72.

Fabien Girard, Estoppel: faut-il..., op.cit, p.70; J. Ortscheidt, précisions sur le régime de l'estoppel dans l'arbitrage international, La semaine juridique Entreprise et Affaires 2010, p.1194; voir aussi: Jean Georges, Enfin la définition de l'estoppel en droit français, op.cit, p.8; Bowdenpaul, L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: Gaillard (ed.); Transnational Rules in Commercial Arbitration, International chamber of commerce publication, Paris 1993, p.127.

Cour d'appel de paris, 8 novembre 2007, N° de RG: 06/7417;

(١٣٥)

يمكن الاطلاع على الحكم بمراجعة العنوان الإلكتروني التالي:

<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=-JURITEXT000018677639&fastReqId=1577126486&fastPos=1>

كأسلوب يمكن عن طريقة معاقبة الخصم الذي يحاول تعطيل منظومة التحكيم بسوء نية؛ وتتلخص وقائع هذه الدعوى في وجود تعاقد لشركة فرنسية مع شركة مصرية يتضمن شرطاً يحيل أي نزاع بينهم إلى التحكيم، وعلى ذلك لجأت الشركة المصرية إلى الجهة المتفق على توليها أمر التحكيم، بعدما تأكدت أن الشركة الفرنسية لن تتمكن بالوفاء من التزاماتها، وخلال سير خصومة التحكيم دخلت الشركة الفرنسية في مرحلة التصفية القضائية بالفعل، وتم تعيين مصفي للشركة يمثل جماعة الدائنين، وتقدمت إليه الشركة المصرية للمطالبة بدينها، وبعد فترة أصدرت الهيئة التحكيمية حكمها بالزام الشركة الفرنسية بدفع بعض المبالغ إلى الشركة المصرية، وحصلت الأخيرة على قرار قضائي بتنفيذه من المحكمة المختصة.

بعد ذلك قام المصفي القضائي للشركة الفرنسية بالطعن على الأمر القضائي الصادر من محكمة الاستئناف بتنفيذ حكم التحكيم الدولي تأسيساً على أن المستندات الخاصة بإجراءات التحكيم والمراحل المختلفة التي مر بها لم ترسل له شخصياً باعتباره الممثل القانوني للمحتكم المفلس، بل أرسلت لمقر الشركة التي تمر بالتصفية؛ لذلك لم يتمكن من تمثيلها أمام الهيئة التحكيمية التي كان يجب عليها بدلاً من إصدار حكم تحكيمي أن تعلق إجراءات التحكيم تطبيقاً لمبدأ وقف الدعاوى الفردية، وبذلك يكون الحكم التحكيمي قد صدر مخالفاً للنظام العام الدولي.

قضت المحكمة بأنها بعد فحص ملف القضية وجدت أن المصفي القضائي قد اطلع شخصياً على موضوع التحكيم وعلى علم تام بالإجراءات التي وصلت إليها الخصومة التحكيمية، وهذا كافٍ بذاته حتى ولو لم يستلم المراسلات المتعلقة بالتحكيم شخصياً، ومع ذلك امتنع عمداً عن المشاركة في إجراءات التحكيم بهدف الاحتفاظ بوسيلة للطعن على حكم التحكيم؛ لذلك ذهبت المحكمة في حكمها إلى أن المصفي كان يجب عليه احترام مبدأ عدم التناقض، وألا يحاول عرقلة إجراءات التحكيم عن طريق استخدام القواعد المنظمة للتصفية القضائية بسوء نية.

من هذا الحكم يمكننا الوصول إلى أن تطبيق مبدأ عدم التناقض بقصد الإضرار بالغير لحماية منظومة التحكيم يتطلب اجتماع ثلاثة عناصر هي: (١) قيام أحد أطراف الخصومة التحكيمية بتغيير وضعه القانوني بالنسبة لمنظومة التحكيم بسوء نية. (٢) أن يكون غرض الخصم من تغيير وضعه القانوني - كما في حالة الإفلاس - التأثير على القواعد الإجرائية التي تحكم خصومة التحكيم. (٣) تأثر حق المحتكم الآخر في الحصول على حكم تحكيمي ينهي النزاع أو حصوله على حكم يصعب تنفيذه؛ مما يعطل الوصول إلى عدالة تحكيمية ناجزة، بسبب تغير الوضع القانوني لخصمه.

من ناحية أخرى، يُعد تطبيق مبدأ عدم التناقض في مجال التحكيم متفقاً مع التزام الأطراف بحسن النية؛ الذي بمقتضاه يستطيع المحكم أن يتجاهل تطبيق قواعد الإفلاس على الخصومة التحكيمية في حالة إفلاس أحد الأطراف، تأسيساً على أن الإفلاس من الأمور العرضية التي لا ينبغي على المحكم أن يبحث عنها بنفسه، حيث إن مردود الحكم بشهر الإفلاس على منظومة التحكيم يكون متوقفاً على إبلاغ الهيئة التحكيمية به بشكل رسمي؛ فمبدأ حسن النية يحظر على المحكمين الاستفادة من القواعد الإجرائية المقررة لحماية نظام الإفلاس على حساب منظومة التحكيم.

وأخيراً، يجب التأكيد على أن تطبيق مبدأ عدم التناقض على منظومة التحكيم يجب أن يكون بحذر ودون تفريط، وأن توضع معايير محكمة لإعماله، حتى لا يمثل انتهاكاً لحقوق المدعي عليه وحرية في الدفاع عن نفسه، وعائقاً يحول بين هيئة التحكيم وإفصاح المحكم عن أي تغيير يصيب مركزه القانوني؛ فعند تطبيق مبدأ عدم التناقض يجب أن يؤخذ في الاعتبار الظروف المحيطة بتغيير الوضع القانوني للمحكم، ومدى التطور الذي وصلت إليه الخصومة التحكيمية، وأن هذا الطرف قصد بسوء نية وعن بصيرة تغيير وضعه القانوني لهدف واحد لا يحيطه لبس أو غموض، وهو التسويق وتعطيل سير الخصومة التحكيمية، وإضاعة الفرصة على الطرف الآخر في الوصول إلى حقه المشروع بصور حكم تحكيمي ينهي النزاع^(١٣٦).

المطلب الثاني مسؤولية المحكم المفلس

إذا كان الأثر السلبي لإفلاس أحد أطراف خصومة التحكيم - غير المكثرت - على إجراءات التحكيم والمتمثل في تعطيل سير تلك الإجراءات أو تعرض الحكم الصادر عنها للبطلان قد أمكن مواجهته والحد منه عن طريق اللجوء إلى مبدأ عدم التناقض؛ فإن تداعيات الإفلاس على منظومة التحكيم لا تقف عند هذا الحد، بل قد يمتد الأمر إلى عدم قدرة المحكم المفلس على الوفاء بالتزاماته المالية المنبثقة عن عقد المحكم - أتعاب المحكم ومصاريف العملية التحكيمية - وهو ما سينعكس على اتفاق التحكيم الذي سيصبح تنفيذه مشكوكاً فيه، ومن ثم صعوبة الوصول إلى العدالة التحكيمية التي كان يأمل فيها المحكم الآخر، وهو ما يخل أيضاً بالأمان القانوني لمنظومة التحكيم.

Fabien Girard, Estoppel..., op.cit, p.72 et p.73.

(١٣٦)

وبما أن منظومة التحكيم تقوم على المظهر التعاقدي، كان بالضرورة للمسؤولية العقدية دوراً بارزاً في تأمين الوصول إلى العدالة التحكيمية؛ فالمسؤولية العقدية يمكن أن تمثل أسلوباً لمعاقبة المحتكم المخطئ الذي يرغب في التلاعب بإجراءات التحكيم والتسويق فيها لإطالة أمد العملية التحكيمية وإفراغها من مضمونها، مثل المحتكم المفلس الذي يمتنع عن المشاركة في إجراءات التحكيم دون سبب مشروع، وكذلك المحتكم المفلس الذي يحاول استغلال إجراءات الإفلاس للتهرب من التزامه بالاشتراك مع المحتكم الآخر - أو حسب الاتفاق - في دفع أتعاب المحكم ومصاريف خصومة التحكيم وذلك للتأثير على عقد المحكم وبالتالي تعطيل منظومة التحكيم.

أولاً - مصاريف التحكيم ديون في ذمة المحتكم المفلس:

إذا كان الواقع العملي في مسائل التحكيم الحر جرى على أن التنظيم الخاص بالالتزامات المالية الناشئة عن المهمة التحكيمية يكون مقتصرًا على بند في عقد المحكم يتضمن تسديد الأطراف لدفعة مقدمة على حساب مصاريف التحكيم، توزع بحسب الأصل بالتساوي بين المحتكمين^(١٣٧)، وذلك لحين صدور حكم التحكيم الذي يحدد مصاريف التحكيم بشكل نهائي، ويقرر من يتحملها من الأطراف أو النسبة التي يتحملها كل طرفٍ منهم، فإن البعض^(١٣٨) ذهب إلى أن مسألة تأثر منظومة التحكيم بعدم قدرة أحد الأطراف المحتكمة على الوفاء بالتزاماته المالية الناشئة عن عقد المحكم يمكن معالجتها عن طريق اللجوء إلى فكرة التضامن بين الأطراف المحتكمة، والتي تجد أساسها في كون الخصوم في العملية التحكيمية هم في النهاية يمثلون طرفاً واحداً في عقد المحكم لديه التزامات تجاه المحكم يجب الوفاء بها.

وبذلك يكون الالتزام بدفع نفقات التحكيم قائماً على أمرين؛ الأمر الأول: يكون في مرحلة تكوين عقد المحكم حيث يتم الاتفاق - غالباً - على التزام الأطراف المحتكمة بتسديد دفعة مقدمة من نفقات العملية التحكيمية، وأن هذا الالتزام يكون الأطراف متضامنين فيه تجاه المحكم. والأمر الثاني: أن هذا التضامن بين الأطراف

Ibrahim Fadlallah, Le recouvrement de la provision pour frais dans l'arbitrage (١٣٧) CCI: de l'obligation des parties entre elles, La Gazette du Palais 2003, Les Cahiers de l'Arbitrage, p.17.

Jean Rouche, le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les sur les frais d'arbitrage: simple faculté ou obligation contractuelle, Revue de l'arbitrage 2002, p.841; Voir aussi, Eric Loquin, Du droit aux honoraires des arbitres, Revue trimestrielle de droit commercial 2002, p. 282.

المحتكمة على تسديد الدفعة المقدمة يمتد إلى باقي مصاريف العملية التحكيمية التي يقضي بها المحكم، حيث يُعد كل واحدٍ منهم مدينًا بهذه المصاريف في حال تنفيذ عقد المحكم، ويستطيع المحكم أن يطلب من أحدهم الوفاء بكل المصاريف، على أن يقوم الطرف الذي سدها بالرجوع على الطرف الآخر بعد ذلك.

ونرى أن هذا الوضع من الناحية النظرية قد يمثل حلاً نضمن به عدم تعطل منظومة التحكيم في حالة رفض أحد الأطراف المحتكمة دفع ما عليه من نفقات التحكيم للهيئة التحكيمية متذرعاً بتعرضه للإفلاس وغل يده عن إدارة أمواله؛ حيث يستطيع الطرف الذي يرغب في خروج الحكم التحكيمي إلى النور أن يسد كافة نفقات التحكيم، وبذلك لن يكون لدى الهيئة التحكيمية سبب مشروع لحبس الحكم التحكيمي، ويستطيع الطرف الذي سدد مصاريف التحكيم أن يرجع بعد ذلك على الطرف الآخر بمقتضى التضامن المفترض بينهما.

هكذا يكون أطراف الخصومة التحكيمية مسؤولين بالتضامن عن سداد أتعاب المحكم بمقتضى العقد الذي أبرموه معه لإنهاء الخصومة والخروج بحكم تحكيمي يفصل بينهم، فإذا قام أحدهم بسداد كامل مصاريف المهمة التحكيمية وأتعاب المحكم حتى يصل إلى العدالة التحكيمية التي ابتغها الأطراف من البداية عند الاتفاق على التحكيم، فإن ذلك الطرف يستطيع بعد ذلك الرجوع على الطرف الذي تحجج بالإفلاس للتهرب من سداد نصيبه في نفقات التحكيم، وبالتالي تعطيل العملية التحكيمية، باعتبار أن تلك النفقات ديون في ذمة المحكم المفلس، ومن ثم يستطيع أن يدخل بها في التفليسة مدينه المفلس، مع مراعاة الإجراءات الخاصة بشهر الإفلاس. هذا بالإضافة لإمكانية الرجوع على المحكم المفلس بدعوى المسؤولية العقدية كما سنرى في النقطة التالية.

ثانياً - الأساس القانوني لمسؤولية المحكم المفلس:

رأينا أن عقد المحكم يُعد نتيجة حتمية لوجود اتفاق التحكيم، وأنه من العقود المشتركة التي يمثل فيها المحتكمون طرفاً والمحكم الذي تم اختياره الطرف الآخر، وأن هذا العقد يلزم الخصوم بالالتزام بحسن النية والتعاون فيما بينهم لإنجاح المهمة التحكيمية^(١٣٩)، وأن من مقتضيات هذا التعاون أن يوفي كل خصم منهم بالتزاماته المالية الناشئة عن عقد المحكم والمتمثلة في دفع أتعاب المحكم ومصاريف الخصومة التحكيمية.

(١٣٩) وذلك تطبيقاً للقواعد العامة لتنفيذ العقود، حيث تنص المادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية...".

وفي الحقيقة يشير الواقع العملي إلى أن مسألة امتناع الأطراف المدعى عليها عن الوفاء بالتزاماتهم المالية تجاه العملية التحكيمية أمرٌ متكرر الوقوع، صحيح أن في بعض القضايا التحكيمية يكون الامتناع عن الوفاء بأتعاب المحكم ومصاريف التحكيم راجعاً لسبب مشروع؛ إلا أنه في غالبية القضايا يكون الامتناع عن الوفاء بالتزامات المالية الناشئة عن عقد المحكم بقصد المناورة لإطالة أمد إجراءات التحكيم، ووضع العراقيل أمام المحتكم الآخر ليمنعه من الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع^(١٤٠).

وبالنظر إلى غالبية القوانين الوطنية التي تنظم مسائل التحكيم كقانون التحكيم المصري، وقانون الإجراءات المدنية الكويتي، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكذلك القواعد الدولية المعنية بأمور التحكيم كقانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، نجدها لا تضع صراحةً نصاً يتيح للطرف غير المقصر إجبار الطرف الآخر المقصر على دفع نصيبه من نفقات خصومة التحكيم؛ لذلك كان من المناسب رد تلك المسألة للقواعد العامة في المسؤولية المدنية^(١٤١).

فالطرف الذي يقدم على إبرام اتفاق تحكيم كطريق بديل لفض المنازعات يقع عليه الالتزام باحترام مبدأ حسن النية في تنفيذه للالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم والامتناع عن القيام بأي فعل يعوق المهمة التحكيمية؛ حيث يقع على الأطراف الاشتراك في إبرام عقد محكم باعتبارهم طرفاً والمحكم الطرف الآخر، ومن ثم التعاون مع بعضهما على الوفاء بالتزامات المشتركة التي تقع عليهما بموجب عقد المحكم، وفي مقدمتها وفاء كل طرف بنصيبه من أتعاب المحكم ومصاريف العملية التحكيمية^(١٤٢). وحتى لا تشكل مصاريف إجراءات التحكيم كما ذهب البعض^(١٤٣) عقبة أمام تطور منظومة التحكيم.

(١٤٠) P. Karrer, Arbitration saves! Costs: Poker and Hide-and-Seek, Journal of International Arbitration 1986, p.35; M Secomb, Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems, ICC International Court of Arbitration Bulletin 2003, p.59.

(١٤١) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية ٢٠١٠، ص ٤٩١ وما بعدها.

(١٤٢) Micha Bühler, Sentences arbitrales et actes de la procédure arbitrale - Note: Non-payment of the advance on costs by the respondent party - is there really a remedy? Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 2006, Issue 2, p.292.

(١٤٣) Carine DUPEYRON et Flore POLONI, Procédure de liquidation d'une partie, arbitrage et droit d'accès à la justice: l'impossible équation?, Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 2012, Issue 2, p.467.

تأسيساً على ذلك، إذا قام أحد المحتكمين بعدم تسديد التزاماته المالية المنبثقة عن عقد المحكم بداعي تعرضه للإفلاس؛ فإن هذا الأمر قد يدفع المحكم إلى حجب الحكم التحكيمي لحين الحصول على أتعابه المتفق عليها في عقد المحكم، وبالتالي قد يجد هذا المحتكم الذي أخل بالتزامه بسداد أتعاب المحكم يجد نفسه مسؤولاً عن تعويض خصمه عن ما أصابه من ضرر نتيجة عدم تنفيذه لاتفاق التحكيم، حيث إن إخلاله بالتزاماته الناشئة عن عقد المحكم سيؤدي إلى تعطيل منظومة التحكيم وعدم الوصول إلى حكم تحكيمي ينهي النزاع، بما يمثل خرقاً للالتزامات التعاقدية الناشئة عن اتفاق التحكيم، هذا بالإضافة إلى مسؤوليته العقدية تجاه المحكم نتيجة إخلاله بالتزاماته الناشئة عن عقد المحكم.

هكذا قد يعتبر إخلال أحد المحتكمين بسوء نية عن التزامه بسداد أتعاب المحكم ومصاريف التحكيم بحجة تعرضه للإفلاس وعدم قدرته على القيام بأدائها لتخليه عن إدارة أمواله لأمين التفليسة سبباً لفسخ اتفاق التحكيم وقيام مسؤوليته العقدية؛ ففي إحدى القضايا أمام المحكمة الدولية للتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٩٨^(١٤٤)، أصدر المحكم حكماً تحكيمياً يقضي بفسخ شرط التحكيم، مؤسساً حكمه على رفض المحتكم ضده دفع نفقات التحكيم التي ألزمته الهيئة التحكيمية بأدائها بالمشاركة مع المحتكم الآخر، مما يشكل انتهاكاً لشرط التحكيم الملزم للطرفين.

كما يمكن مواجهة الطرف سيئ النية الذي لجأ إلى الإفلاس للتهرب من سداد نفقات التحكيم وتعطيل المهمة التحكيمية عن طريق تطبيق القواعد العامة للالتزامات، والرجوع عليه بدعوى المسؤولية العقدية، باعتبار أن فعله يمثل انتهاكاً للالتزام تعاقدي يقع على عاتقه بموجب اتفاق التحكيم، ويفرض عليه ضرورة التعاون مع باقي أطراف العملية التحكيمية سواء المحتكم الآخر أو المحكم، والالتزام في كل تصرفاته بحسن النية للوصول إلى الغاية المرجوة من الاتفاق على التحكيم، وعدم القيام بتصرفات قانونية لا تتفق مع هذه الغاية.

حيث إن التزام الخصم بإبرام عقد محكم هو التزام بتحقيق نتيجة، ناتج عن اتفاقه على اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي يثبت خطأ الخصم بمجرد عدم تحقق النتيجة، وليس على المحتكم الآخر أن يثبت أن المحتكم المفلس ارتكب إهمالاً معيناً، كما لا يستطيع المحتكم المفلس سيئ النية أن يتهرب من المسؤولية لوجود السبب الأجنبي، حيث إنه ساهم بإرادته في حدوث الإفلاس، الأمر الذي يقطع عنه السبب الأجنبي.

لذا يُعد قيام أحد الخصوم المحتكمة بتصرفات تعسفية تؤثر على حسن سير الخصومة التحكيمية وترهق الخصم الآخر سبباً لقيام الأخير برفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض؛ لاسيما أن الرغبة في البعد عن الإجراءات المعقدة وطول أمد التقاضي كان الدافع الرئيسي للاتفاق على التحكيم، وبالتالي فإن عناصر المسؤولية العقدية متوافرة في الحالة التي نحن بصدها؛ فعنصر الخطأ يظهر في قيام الخصم - سيئ النية - الذي اشهر إفلاسه أو كان يعلم بأنه سوف يتم شهر إفلاسه في القريب العاجل بالدخول في علاقة قانونية يتضمنها شرط التحكيم، ومن ثم كان على يقين بأن منظومة التحكيم ستتأثر تأثيراً مباشراً بإجراءات الإفلاس، وأنه لن يستطيع تنفيذ الالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم وعقد المحكم أو سيتأخر في تنفيذها، والتي على رأسها سداد نفقات المهمة التحكيمية وأتعاب المحكم، الأمر الذي قد يفرغ اتفاق التحكيم من مضمونه.

وعنصر الضرر يتمثل في إضاعة الوقت والجهد والمال على المحتكم الآخر، وتقويت الغرض الذي من أجله تم الاتفاق على التحكيم، خاصة لو أثبت هذا الطرف أنه لولا وجود شرط التحكيم ما أبرم العقد الأصلي. وعنصر العلاقة السببية يظهر من خلال دخول إجراءات الإفلاس على إجراءات التحكيم، مما أدى إلى تعطيل منظومة التحكيم أو تعرض الحكم الصادر من الهيئة التحكيمية للبطلان بحجة تجاهل إفلاس أحد الخصوم.

والبعض^(١٤٥) توسع في مسؤولية المحتكم المفلس سيئ النية الذي يتهرب من سداد نفقات التحكيم لتعطيل منظومة التحكيم، ولم يكتف بتقرير مسؤوليته العقدية تجاه المحتكم الآخر بموجب اتفاق التحكيم، ومسؤوليته العقدية تجاه المحكم بموجب عقد المحكم، بل اعتبر أن انتهاك هذه الالتزامات العقدية بطريقة تتضمن تحايلاً وغشاً بهدف تعطيل الوصول إلى عدالة تحكيمية تجعل هذا الشخص مرتكباً لخطأ تقصيري يستوجب المسؤولية التقصيرية على الرغم من وجود العقد، وهو أيضاً ما يتفق مع المبادئ التي أقرها القضاء^(١٤٦).

وأخيراً، ذهب القضاء الفرنسي^(١٤٧) إلى أنه إذا لم يتم إثبات سوء نية الخصم المفلس، وأن شهر إفلاسه كان مقصوداً للتأثير على إجراءات التحكيم فلا مسؤولية عليه؛ كما لو كان شهر الإفلاس ناشئاً عن التزامات سابقة عن العقد الأصلي موضوع

Julie CLAVEL, Le deni de justice economique dans l'arbitrage international, (١٤٥) op.cit, p.399 et s.

(١٤٦) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٢٧٦ لسنة ٥٤، بتاريخ ٥/٧/١٩٩٠.

Cour d'appel de paris, Arrêt du 17 novembre 2011, Voir: Association Suisse de (١٤٧) l'Arbitrage Bulletin 2012, Issue 2, p.459.

التحكيم، وكونه راجعاً لأزمة طارئة ولأسباب خارجة عن إرادته، وأنه قبل الإفلاس كان قد بادر بدفع نصيبه من المبلغ المحدد كدفعة مقدمة لحساب نفقات التحكيم، ثم عندما شهر إفلاسه أبلغ الهيئة التحكيمية رسمياً بإفلاسه لتراعي وضعه القانوني الجديد، فإنه ينبغي في تلك الحالة على الهيئة التحكيمية أن تتخذ الإجراءات المناسبة لتوافق بين إجراءات التحكيم وإجراءات إفلاس الخصم، وذلك على النحو الذي سبق وأن تعرضنا إليه عند الحديث عن أثر الإفلاس على منظومة التحكيم.

الخاتمة

سمحت هذه الدراسة بإلقاء الضوء على إحدى الإشكاليات التي تواجه منظومة التحكيم الحر في ظل الأزمات المالية الراهنة وهي تعرض أحد أطراف الخصومة التحكيمية للإفلاس، والتي ظهر لنا من خلال البحث أن لها العديد من الآثار السلبية التي تهدد الأمان القانوني لمنظومة التحكيم، وتعوق تطوره ليواكب التطورات الاقتصادية الحالية وتغيرتها.

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في رصدتها للعلاقة القانونية التي تربط بين الخصوم والمحكم، أو ما يسمى عقد المحكم، والتي تُعد بمثابة آلية تنفيذ اتفاق التحكيم الحر؛ تلك العلاقة التي لم تحظ بالبحث والاهتمام من جانب المشرع والفقه، والتي تتأثر سلباً بإفلاس أحد أطراف الخصومة التحكيمية، ليمتد هذا الأثر ليطول اتفاق التحكيم ذاته، ومن ثم ينعكس على الأمان القانوني لمنظومة التحكيم وأهميته لحركة الاستثمار العالمي التي تحاول البعد بمنازعاتها عن القضاء العادي وتعقيداته الإجرائية.

لذلك انصب هذا البحث حول دراسة الآثار السلبية الناجمة عن إفلاس أحد المحتكمين على عقد المحكم واتفاق التحكيم الحر، وكيف يمكن لهذا الأمر أن يتسبب في تعطيل سير الخصومة التحكيمية بسبب انتظار حلول أمين التفليسة محل المحتكم المفلس، أو قيام المحكم بحبس الحكم بسبب عدم قدرة المحتكم المفلس على تسديد أتعابه نظير قيامه بالمهمة التحكيمية، أو تعرض الحكم التحكيمي للبطلان بحجة عدم مراعاة الهيئة التحكيمية لقواعد الإفلاس المتعلقة بالنظام العام.

وانتهينا إلى أن تلك الآثار السلبية لإفلاس أحد الخصوم المحتكمة على منظومة التحكيم حقيقة يفرضها الواقع العملي، وينبغي التعامل معها للحفاظ على سلامة النظام القانوني للتحكيم وتطوره، وهذا الأمر قد تسنى للباحث عن طريق محاولة التنسيق بين إجراءات الإفلاس وإجراءات التحكيم، ثم التصدي للمحتكم المفلس سيئ النية الذي يرغب في استغلال النظام القانوني للإفلاس لتعطيل منظومة التحكيمية وتفريغها من مضمونها. وعلى هدي ذلك توصلت الدراسة لعدة نتائج، أهمها:

- عقد المحكم أو العلاقة التي تربط الخصوم بالهيئة التحكيمية يترتب عليها العديد من الالتزامات العقدية على عاتق الخصوم، ويقع على رأسها التزامهم بحسن النية والتعاون مع الهيئة التحكيمية لإنجاح المهمة التحكيمية، وسداد مصاريف الخصومة التحكيمية وأتعاب المحكم.
- وجود تكامل عقد بين اتفاق التحكيم وعقد المحكم، وأن نجاح المهمة التحكيمية متوقف على نجاح تنفيذ العقدين.
- الحكم بشهر الإفلاس والدعوى الناشئة عنه من المسائل التي لايجوز فيها التحكيم.
- أثر إفلاس أحد الخصوم المحتكمة على منظومة التحكيم يختلف بحسب اللحظة التي تم فيها الاتفاق على التحكيم أو عقد المحكم، قبل شهر الإفلاس أم بعده، وخلال فترة الريبة أم قبلها. وأن الأثر السلبي لإجراءات الإفلاس على منظومة التحكيم يمكن مواجهتها بمراعاة عدة أمور، يمكن أن نوردتها في التوصيات الآتية:
- حث المشرع الكويتي على سرعة سن قانون خاص ينظم التحكيم في بعده المحلي والعالمي مستفيداً من تطور فقه منظومة التحكيم، وأسوة بباقي الدول العربية.
- حث المشرع العربي على وضع تنظيم قانوني لعقد المحكم باعتباره ركناً أساسياً داخل منظومة التحكيم الحر.
- حث المشرع العربي على وضع قواعد قانونية للتنسيق بين إجراءات التحكيم وإجراءات الإفلاس كضرورة يفرضها الوضع المالي الحالي وما تمر به الكيانات الاقتصادية من أزمات، بحيث لا تصبح مسألة إفلاس أحد المحتكمين عائقاً أمام الخصومة التحكيمية.
- حماية الأمان القانوني لمنظومة التحكيم ودوره الفعال في حل النزاعات بعيداً عن القضاء العادي وتعقيدهات الإجرائية، خاصة على مستوى التحكيم التجاري الدولي، لن يتأتى إلا بإقرار مبدأ عدم التناقض داخل منظومة التحكيم، والاعتراف بالمسؤولية العقدية للمحكم المفلس سيئ النية الذي اتجهت إرادته إلى تعطيل منظومة التحكيم.
- التأكيد على أن القضاء العادي له دورٌ فعال وحيوي في الحفاظ على الأمان القانوني لمنظومة التحكيم، يظهر جلياً في معاقبة المحكم المفلس سيئ النية الذي يرغب في تعطيل تنفيذ الحكم التحكيمي.

قائمة المراجع*

أولاً - مراجع باللغة العربية:

* مراجع عامة ومتخصصة:

- د. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١٩٨١.
- د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩.
- د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٧.
- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف ٢٠٠١.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- د. أحمد محمود حسني، قضاء النقص التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- د. أشرف الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية - دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٩٨.
- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية ٢٠١٠.
- د. سحر عبد الستار، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٣.
- د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي ١٩٧٣.
- د. عبد الغني بسيوني، المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠١.

* مرتبة ترتيباً أبجدياً.

- د. عكاشة عبد العال، د. مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مكتبة الحلبي الحقوقية ١٩٩٨.
- د. علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية ١٩٩٦.
- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الأسكندرية ٢٠٠٧.
- د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٩.
- د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ٢٠٠٧.
- د. محيي شوقي أحمد، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٨٦.
- د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مكتبة الوفاء القانونية ٢٠١٠.
- د. مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٩.
- د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥.
- د. نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٤.
- د. هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية ١٩٩٧.
- د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني - قانون المرافعات، دار الثقافة الجامعية ١٩٩٩.

* أبحاث ومقالات وندوات:

- د. أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق - جامعة الكويت ١٩٩٤، السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، ص ٢٠٦.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع "محاذير وتوجيهات"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، يناير ٢٠٠٨، ص ١٧ وما بعدها.

- د. عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٤، ص ١٨٤.
- د. فايز نعيم رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي Unictal، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الخامسة عشرة، العدد الأول يناير ٢٠٠٧، ص ١٠٤.
- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاهرة ١٩٧٣.
- د. محمود يونس، النظام العام والتحكيم في محكمة قضاء التمييز (دبي) ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٥، ص ١٤٤.

ثانياً - مراجع باللغة الأجنبية:

* مراجع عامة ومتخصصة:

- Bowdenpaul, L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: Gaillard edition; Transnational Rules in Commercial Arbitration, International chamber of commerce publication, Paris 1993.
- C. Reymond, Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et de sa répartition, in /tudes de procédure et d'arbitrage, Mélanges Jean François Poudret, Faculté de droit de Lausanne 1999.
- D. Mouralis, L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle, thèse Aix, 2008. J-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999.
- D. VIDAL, Droit français de l'arbitrage commercial international, édition Gualino 2004.
- Dominique Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, édition Gualino 2004.
- Emmanuel Gaillard, L'effet négatif de la compétence - com-

- pétence, Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p.387 et s.
- Fouchard and others, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999.
 - Georges-Albert et Didier Matray, L'arbitre: pouvoirs et statut, Actes du colloque du CEPANI, /ditions Bruylant 2003.
 - Jacques Béguin et Michel Menjucq, Traité de droit du commerce international, Litec 3 éd. 2005.
 - Jean Robert et Bertrand Moreau, L'arbitrage: droit interne, droit international privé, édition Dalloz 1983.
 - Jean-Louis and others, Frenche arbitration Law and practice, Wolters Kluwer 2009.
 - Muir Watt, Pour l'accueil de l'Estoppel en droit privé français, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, paris 1994.
 - Philippe Bournoville, L'arbitrage, Larcier 2000.
 - POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), Droit comparé de l'arbitrage international, Librairie générale de droit et de jurisprudence 2002.
 - R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica collections, Études juridiques comparatives 1982.
 - Thomas Clay, L'arbitre, Bibliothèque De Thèse, Dalloz collection 2001.

* مقالات وتحليلات:

- Bertrand Moreau, Arbitrage commercial, répertoire de droit commercial, Dalloz 2004, p.75, n°169.
- Caroline Derache, Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires 02 août 2012, p.2.
- Carine DUPEYRON et Flore POLONI, Procédure de liquidation d'une partie, arbitrage et droit d'accès à la justice:

- l'impossible équation?, Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 2012, Issue 2, p.467.
- - Ch. JARROSSON, Remarques sur le contrat d'arbitrage, a propos de la recevabilité du recours en annulation pour contester les honoraires des arbitres, Revue de l'arbitrage 1998.
 - - Charles Jarrosson, Les frontières de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 2001, p.5.
 - - D. Alexandre, arbitrage judiciaire, Revue de la l'arbitrage 1981, p.399.
 - - Dominique Vidal, Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, Vol.20/1, 2009, p. 72.
 - - Eric Loquin, les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 2006, p.152.
 - Eric Loquin, Du droit aux honoraires des arbitres, Revue trimestrielle de droit commercial 2002, p. 282.
 - Emmanuel Gaillard, la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, Revue de l'arbitrage 2007, n°4, p.697.
 - Emmanuel Gaillard, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international, Revue de l'arbitrage 1985, p.248.
 - Fabien Girard, Estoppel: faut-il acclimater le Poison Tree?, Revue Lamy de droit des affaires 2012, p.74.
 - Gérard français, arbitrage international modalité et conséquence du contrôle de la validité d'un compromis ou d'une clause compromissoire en Europe, Revue général du droit des assurances 2004, Tome 75, N°3, pp.577-579.
 - Ibrahim Fadlallah, Le recouvrement de la provision pour frais dans l'arbitrage CCI: de l'obligation des parties entre elles, La Gazette du Palais 2003, Les Cahiers de l'Arbitrage, p.17.

- J. ROBERT, Exposé introductif et général sur l'arbitrage, Annales de la Faculté de Liège 1964.
- Jacques Béguin, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires 01 mars 2012, p.4.
- J. Ortscheidt, précisions sur le régime de l'estoppel dans l'arbitrage international, La semaine juridique Entreprise et Affaires 2010, p.1194.
- Jean Georges, Enfin la définition de l'estoppel en droit français, Option droit et affaires 2010, p.8.
- Jean Rouche, le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les frais d'arbitrage: simple faculté ou obligation contractuelle, Revue de l'arbitrage 2002, p.841.
- Julie CLAVEL, Le déni de justice économique dans l'arbitrage international "L'effet négatif du principe de compétence-compétence", thèse de doctorat, Université Paris II 2011.
- M.Secomb, Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems, ICC International Court of Arbitration Bulletin 2003, p.59.
- MAYER, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Revue de l'Arbitrage 1998, p. 359.
- Mayer, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Revue de l'arbitrage 1994, n°29, p. 639.
- Micha Bühler, Sentences arbitrales et actes de la procédure arbitrale - Note: Non-payment of the advance on costs by the respondent party - is there really a remedy? Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 2006, Issue 2, p.292.
- Olivier Cachard, le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, Revue de l'arbitrage 2006, N°4, p.893.

- P. Karrer, Arbitration saves! Costs: Poker and Hide-and-Seek, Journal of International Arbitration 1986, p.35.
- Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985, Revue de l'Arbitrage 1987, p.277.
- Pascal Ancel, Arbitrage et procédures collectives, Revue de l'arbitrage 1983, p.258.
- Ph. FOUCHARD, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Revue de l'arbitrage 1996.
- Robert, La législation nouvelle de l'arbitrage, Dalloz 1980, chronique 23, p.189.
- Serge Guinchard, L'arbitrage et le respect du contradictoire, Revue de l'arbitrage 1997, p.190.
- Thomas Clay, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, Panorama - Arbitrage, Recueil Dalloz 2009, n°44, p.2965.
- Thomas Clay, Détermination de la responsabilité civile contractuelle de l'arbitre, La Semaine Juridique - Edition générale 2006, p.1.
- Thomas Clay, note sous Cour de Cassation, 1re Chambre civile, 20 février 2001, affaire: Société Cubic Défense Systems Inc. v. Chambre de commerce internationale, Revue de l'arbitrage 2001, p.514.
- V. Hascher, Arbitrage du commerce international, Répertoire international, Dalloz 2005, n°105.

الجزاءات الإدارية العامة في التشريع اليمني

الدكتور/ محمد أحمد غوير

أكاديمية الشرطة

الجمهورية اليمنية

ملخص:

يهدف البحث إلى بيان مفهوم الجزاءات الإدارية العامة من خلال دراسة الجزاءات الإدارية العامة في التشريع اليمني مع الإشارة إلى المصطلحات المشابهة، وقد انتهى البحث إلى أن تلك الجزاءات تأخذ وضع القرارات الإدارية العامة التي تصدر عن الإدارة سواء من حيث الشكل أو الموضوع، مع التأكيد على أن الأساس الدستوري للجزاءات الإدارية هو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني، وفي الأخير أوضح البحث أهم صور الجزاءات الإدارية العامة بنوعيتها والمتمثلة في الصورة المالية كالغرامة الإدارية والتي تختلف عن صور الغرامات الأخرى المدنية منها والجنائية، والصورة الأخرى الجزاءات الإدارية غير المالية، التي تتمثل في الوقف الإداري، وسحب الترخيص وإلغائه أو تجميده، والغلق الإداري..... إلخ

مقدمة:

الحمد والشكر لله تعالى والصلاة والسلام على محمد عبده ورسوله وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد.

يمكن القول بأن أغلب النظم السياسية في باب تنظيم السلطات، تسمح للإدارة بهامش وضع التشريعات القانونية واللائحية عن طريق السلطة التنظيمية، بحيث تظهر مجالات تخول للإدارة مهمة تحديد الجرائم التي تهدد النظام العام أياً كانت صورته، بل وتسمح لها أيضاً - في بعض الأحيان - بالنطق ببعض العقوبات الخاصة بتلك الجرائم، بالإضافة إلى تنفيذها مادام أن العقوبات السالبة للحرية تخرج عن هذا التصور^(١).

إذاً فالإدارة تتمتع في ممارستها لنشاطها الإداري بامتيازات عديدة، من بينها

(١) د. محمد الإدريسي العلمي المشيشي، دراسة حول ملاءمة مشروع القانون الجنائي مع المبادئ والقواعد المعتمدة في منظومة حقوق الإنسان، المجلس الوطني لحقوق الإنسان ٢٠١٢م، ص ٢٠٥، ٢٠٦ (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
www.editionslacroiseedeschemins.com.

امتنياز المبادرة الذي يخولها إصدار قرارات إدارية ملزمة ونافذة في مواجهة الأفراد، وعلى إثرها تنشئ لهم حقوقاً وترتب على عاتقهم التزامات، دون انتظار لموافقتهم^(٢).

مع العلم أن استخدام العقوبات الإدارية كآلية تنفيذ بديلة، ليست فكرة جديدة لأنها كانت مستخدمة لفترة طويلة في مجالات لا سيما في مجال الجمارك والهجرة والتجارة والمالية والمخالفات المرورية، كما أنها تستخدم على نطاق واسع في قوانين البيئة والموارد الطبيعية (مثل الغابات والمياه)^(٣).

أولاً: أهمية الدراسة

من البديهي أن سلطة قمع المخالفات من اختصاص القاضي الجنائي أو الجزائي^(٤)، بيد أن الاعتراف بالسلطة القمعية المتمثلة في الجزاءات الإدارية العامة للهيئات الإدارية المستقلة خصوصاً والإدارة عموماً قد أثار إشكاليات كثيرة - على وجه التحديد في فرنسا - فيما يخص الأساس القانوني لهذا النوع من الجزاءات، فمنهم من يرى أن جميع الجزاءات التي تصدرها الإدارة أو الهيئات المستقلة هي جزاءات تأديبية لا سواها، ومنهم من يرى بازدواجية الجزاء بين العام والتأديبي، ومنهم من يبرر هذه السلطة من خلال فكرة الضبط الاقتصادي، إلا أن القضاء في فرنسا قد جعل من فكرة امتياز السلطة العامة هو الأساس القانوني لتلك الجزاءات^(٥).

والممتنع للسياسة الجنائية في التشريعات المقارنة يجد أنها رصدت ظاهرة التضخم التشريعي، التي بدأت تستفحل بشكل كبير اعتباراً من نهاية القرن التاسع عشر، وذلك تزامناً مع الاضطرابات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي اجتاحت العالم، بسبب الحروب والأزمات الاقتصادية، وما أفرزته تلك الاضطرابات من نماذج سلوكية أدرك المشرع خطورتها وتهديدها للنظام العام، فعمد إلى مواجهتها من خلال توسيع نطاق التجريم ولا سيما في مجال الجرائم الاقتصادية، كجرائم النقد،

(٢) د. رفعت عيد السيد، دراسة تحليلية لبعض جوانب القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة في فرنسا ومصر طبقاً لأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٧.

(٣) P. Cacaud, M. Kuruc, M. Spreij, Administrative Sanctions in Fisheries Law, FAO LEGISLATIVE STUDY, 82, 2003, p.3.

(٤) أ. عز الدين عيسوي، المكانة الدستورية للهيئات المستقلة "مآل مبدأ الفصل بين السلطات، الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، ص ٩. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي: http://dc404.4shared.com/download/fCLO2OPi/_rar?tsid=20111203-173436-9cbab244

(٥) أ. عز الدين عيسوي، المرجع السابق، ص ٢١٢.

والتهريب، والاحتكار، والتسعير، والتهريب الضريبي...الخ، إضافة إلى جرائم المرور والصحة، والآثار، والبيئة^(٦).

كل ذلك أدى لأن أصبحت المخالفات الإدارية تحتل جزءاً واسعاً من القوانين الجنائية الحديثة، فضلاً عن التدخل من جانب الدولة، وما رافقه من اتساع في استخدام الجزاء الجنائي، خلق في الواقع وضعاً صعباً للغاية، فمن ناحية، أدى هذا التدخل إلى اتساع نطاق التجريم، ليشمل أفعالاً ليست بتلك الخطورة، الذي يهدد أمن المجتمع، فضلاً عن أن القيم والمصالح التي تنال هذه الأفعال ليست بتلك الأهمية التي يتوقف عليها استمرار المجتمع واستقراره، وهذا ما أثبتته التطبيق العملي الذي أظهر خطأ الإسراف في سياسة التجريم^(٧).

وهكذا تلازمت ظاهرة أزمة العدالة الجنائية مع ظاهرة التضخم العقابي، والتي كانت نتاجاً طبيعياً لتزايد أعداد القضايا الجنائية، الأمر الذي بات يهدد المحاكم بالشلل، فأضحى الوصول إلى العدالة الناجزة الآمنة أمراً عسيراً، وغدا القضاء معزوراً إذا لم يحقق العدالة الآمنة أمام الأعداد الهائلة من القضايا، فالطاقة البشرية محدودة بطبيعتها.

وأمام هذه المؤشرات الخطيرة كان لا بد للسياسة الجنائية أن تعيد النظر في إستراتيجيتها المتبعة في مكافحة الإجرام، وبالفعل بدأت السياسة الجنائية منذ منتصف القرن الماضي تبحث عن وسائل تحقق أقصى فعالية ممكنة في مكافحة الإجرام، تمثلت في الحد من التجريم، التحول عن الإجراء الجنائي، الحد من العقاب^(٨).

ثانياً: مشكلة الدراسة

إن المشكلة التي انصبت عليها هذه الدراسة ظهرت في عدد من المحاور والتساؤلات والتي يمكننا إجمالها على النحو التالي:

١ - عدم معرفة مفهوم الجزاءات الإدارية العامة لكثير من الناس بل وللمشرع اليمني

(٦) د. أحمد براك، نحو قانون للمخالفات العامة. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://ahmadbarak.com/ArticleView.aspx?ArticleId=20>

(٧) د. أحمد براك، مرجع سابق.

(٨) القانون الجنائي لدلومي (القانون العام والعلوم الجنائية) كلية الحقوق جامعة الإسكندرية (قوانين منتدى رجل مصر). (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.egypt-man.net/vb/login.php?do=login>

نفسه الذي أدى بذلك إلى الخلط بين هذا المفهوم وغيره من المفاهيم الأخرى المشابهة له أتى بها المشرع وأراد بها معنى أو مفهوم آخر مخالف لمفهوم الجزاءات أو العقوبات محل الدراسة.

٢ - رغم وجود قانون خاص سنه المشرع اليمني للأحكام العامة للمخالفات والعقوبات المقررة عليها، إلا أنه زيادة في الإيضاح، ولمنع الخلط الشائع التي تقوم به الإدارات في عدم الدقة والتحري في التفرقة بين المخالفات منط الجزاءات الإدارية التي يكون للإدارة فيها الحق في توقيع الجزاء المناسب على كل من خالف أحكام القوانين واللوائح، وبين سلطتها في ضبط المخالفة فقط، ومن ثم إحالة المخالف إلى النيابة العامة حالة ما إذا كان القانون لا يخولها توقيع الجزاء ضد المخالفين لأحكام القوانين واللوائح.

٣ - من أجل كفالة صون الحقوق والحريات العامة؛ ينبغي علينا في هذا المقام بيان المدى الذي تتحلى وتتمتع به السلطة التنفيذية في التجريم والعقاب من خلال تفويضها من قبل السلطة التشريعية الذي أقره الدستور وحدده لها.

٤ - عدم انسياق المشرع اليمني على نسق أو اتجاه واحد في بيان الأساس الدستوري والتشريعي لمبدأ شرعية المخالفات - والجزاءات - على وجه الخصوص من ناحية، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عموماً، من ناحية، كما أن هناك تناقضاً واضحاً - كما سنرى - بين ما قرره الدستور النافذ لعام ٢٠٠١م، وقانون الجرائم والعقوبات لعام ١٩٩٤م وبين هذا الأخير والقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤م بشأن الأحكام العامة للمخالفات ولائحته التنفيذية من ناحية أخرى.

ثالثاً: صعوبات البحث

من أهم الصعوبات التي واجهتنا لإعداد هذا البحث الآتي:

- ١ - قلة المراجع الفقهية على الصعيد العام وندرتها فيما يخص الجانب الفقهي في اليمن فضلاً عن شحة الأحكام القضائية في اليمن في هذا الجانب.
- ٢ - اتساع موضوع البحث إلى حد ما نظراً لأن كل جزئية منه تصلح أن تكون بحثاً مستقلاً بذاته، لكنه من جانبنا حاولنا أن نجعله في بحث مستقل بقدر الإمكان للمعرفة الكاملة بشرعية الجزاءات الإدارية، وأن يكون ذلك ثمرة لكل باحث بأن ينتقي كل جزئية من جزئياته ويتناولها بالتحليل المناسب.

رابعاً: منهج الدراسة^(٩)

إن البحث العلمي لن يؤتي ثماره إلا إذا سار وفقاً لمناهج علمية محددة، ومن أهم المناهج التي سوف نتبعها هما: المنهج الاستنباطي أو التحليلي والمنهج المقارن.

١ - المنهج الاستنباطي " التحليلي " :

لقد اتخذنا هذا المنهج من أجل تحليل نصوص الدستور والتشريع وأحكام القضاء وتطبيقها على وقائع القضية أو المشكلة البحثية، ومحاولة استخلاص حكم المسائل التي لا نجد فيها نصاً ولا رأياً أو المسائل التي يثور حولها الغموض. ومن ثم إذا كان هناك نقص تشريعي فإن استخلاص الحكم المسكوت عنه لا يخرج عن كونه بياناً لما يجب أن يكون، ومن ثم يتعين دعوة المشرع إلى أن يعيد النظر في التشريع تفادياً للنقص وتكملة للتشريع الدستوري أو العادي. ومن ذلك تحديد كل المسائل المتعلقة بموضوع البحث " ذاتية الجزاءات الإدارية العامة ".

٢ - المنهج المقارن:

لقد اتخذنا - أيضاً - المنهج المقارن في هذه الدراسة على ضوء الدراسات في القوانين الأخرى كالقانون الفرنسي والقانون المصري، وبعض قوانين الدول الأخرى، ويعد ذلك ذا أهمية كبيرة للبحث لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف، والموازنة بين هذا وذاك.

رابعاً: خطة البحث

لقد تم تقسيم هذا الدراسة إلى مطلبين: خصصنا المطلب الأول منها لماهية الجزاءات الإدارية العامة، والذي تم تقسيمه إلى أربعة فروع، تناولنا في الفرع الأول منه تعريف الجزاءات الإدارية العامة، وتحدثنا في الفرع الثاني منه عن الطبيعة القانونية للجزاءات الإدارية، وتكلمنا في الفرع الثالث منه عن الأساس التشريعي للجزاءات الإدارية العامة، وتناولنا في الفرع الرابع التمييز بين الجزاءات الإدارية والصور الأخرى المشابهة لها.

وخصصنا المطلب الثاني من هذه الدراسة للحديث عن صور الجزاءات الإدارية

(٩) د. جاد نصار، أصول وفنون البحث العلمي، ط١، دار النهضة العربية، ص٣٨ وما بعدها، د. صلاح الدين فوزي، المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث العلمية، ص١٣٧ وما بعدها.

العامة والذي تم تقسيمه إلى فرعين، تناولنا في الفرع الأول منه الحديث عن الجزاءات الإدارية العامة (المالية) والتي تتمثل في الغرامة الإدارية، وتحدثنا في الفرع الثاني منه عن الجزاءات الإدارية العامة غير المالية والذي تم تقسيمه إلى عددٍ من البنود على نحو الترتيب التالي: الغلق الإداري، الوقف الإداري، الحل الإداري، الإزالة الإدارية، سحب وإلغاء ووقف الترخيص الإداري، الشطب.

المطلب الأول ماهية الجزاءات الإدارية العامة

إن مصطلح الجزاءات الإدارية العامة ينعكس على مفردات ومعانٍ عديدة سوف نتناولها بالدراسة كل واحدة منها على مستقل.

وبناء على ما سبق سوف نقسم الدراسة في هذا المطلب إلى أربعة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الجزاءات الإدارية العامة

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للجزاءات الإدارية

الفرع الثالث: الأساس التشريعي للجزاءات الإدارية العامة

الفرع الرابع: التمييز بين الجزاءات الإدارية والصور الأخرى من الجزاءات

الفرع الأول تعريف الجزاءات الإدارية العامة

يعد فقيه القانون الإداري الإيطالي Guidio Zanobini، أول فقيه حاول وصف تلك العقوبات، وإظهار خصائصها، إذ وصفها بأنها: "الأعمال التي يتم تطبيقها من قبل الإدارة بناء على ترخيص تشريعي" (١٠).

إن مصطلح الجزاءات الإدارية يشير إلى العقوبات المفروضة من قبل مؤسسة إدارية أو هيئة مستقلة بسبب خرق اللائحة أو القاعدة التي حددتها تلك المؤسسة أو التي سنّها البرلمان، دون تدخل من قبل المحكمة (١١)، وهذا ما ذهب إليه كثير من التشريعات (١٢) ونتيجة لذلك، ليست الإدارة مطالبة بإثبات المخالفة وفقاً للمعايير الجنائية وليست مقيدة بإجراءات المحكمة الجنائية (١٣).

(١٠) ZANOBINI, Guidio, Idari Mi.leyideler, (Sanzioni Amministrative), 1964

مشار إليه في Yucel Ogurlu, Administrative Sanctioning System in Turkey, AUEHFD, C./X, S. 3-4 (2005), p. 510.

(١١) P. Cacaud, M. Kuruc, M. Spreij, op.cit. p. 2.

(١٢) كالتقانون الإداري التركي فقد منح الإدارة سلطة فرض قراراتها بوسائلها الخاصة إلى حد كبير جداً، من دون أمر أو قرار من المحكمة. (رجع)

Yucel Ogurlu, Administrative Sanctioning System in Turkey, AUEHFD, C./X, S. 3-4 (2005), p. 510.

(١٣) P. Cacaud, M. Kuruc, M. Spreij, op.cit. p. 2.

(راجع أيضاً) د. محمد الإدريسي العلمي المشيشي، ص ٢٠٥.

إذن العقوبات الإدارية، كنوع من الإجراءات الإدارية، تعد توسيعاً من جانب واحد لسلطة اتخاذ القرار بالنسبة للإدارة، وهذه السلطة تشمل تقرير أو تحديد وتطبيق وفرض عقوبات ضد الأفراد - والأشخاص المعنوية أيضاً - الذين ينتهكون قوانين النظام العام، ويتم استخدامها بشكل واسع في القانون البيئي، وقانون العمل، وقانون البناء والقانون التأديبي إلخ....^(١٤).

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للجزاءات الإدارية

يتبادر إلى ذهن القارئ لأول وهلة التساؤل عن ماهية الطبيعة القانونية للجزاءات الإدارية العامة، هل هي الطبيعة نفسها التي تخضع لها القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة من خلال سلطاتها التأديبية تجاه موظفيها أثناء مخالفتهم لواجباتهم الوظيفية والإخلال بها؟ أم أن لها طبيعة مختلفة عن ذلك؟

من خلال النصوص التشريعية والقضاء المقارن . كما سنرى . سوف يتبين لنا طبيعة هذه الجزاءات، على أنها قرارات إدارية بالمفهوم القانوني من حيث الجوانب الأساسية لها سواء أكانت موضوعية أم شكلية. هذا ما سوف نبينه من خلال البندين التاليين.

أولاً: الطبيعة القانونية الشكلية للجزاءات الإدارية العامة

من الثابت أن فكرة القرار الإداري من الموضوعات الهامة والجوهرية، باعتبارها إحدى المحاور الأساسية لأعمال الإدارة ونشاطها، من حيث الأثر الذي يحدثه إلى قسمين من الأعمال: القسم الأول: يتمثل في الأعمال المادية، والقسم الثاني: الأعمال القانونية.

فالأعمال المادية هي تلك الأعمال التي تأتي عن الإدارة ولكن لا تقصد من ورائها إحداث آثار قانونية نتيجة لها، سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغائه، بخلاف القانون الذي يرتب على أعمال الإدارة المادية نتائج وأحكام معينة.

أما الأعمال القانونية فهي تلك الأعمال أو التصرفات التي تأتي عن الإدارة قاصدة من ورائها إحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء مركز قانوني عام أو خاص أو تعديله أو إلغائه.

(١٤) كما في العقوبات التي تطبقها البلديات في تركيا. (راجع):

Yucel Ogurlu, Ibid. pp. 509. 510.

والأعمال القانونية تتخذ أحد المظهرين: الأول ما يتم بالإرادة المنفردة للإدارة، وتدعى القرارات الإدارية سواء التنظيمية أو الفردية، والثاني ما يتم بالتقاء إرادة الإدارة بإرادة أخرى، وتدعى العقود الإدارية^(١٥).

وبالعودة إلى الجزاءات الإدارية فما استقر عليه الفقه هو أن الجزاءات تعتبر من حيث طبيعتها قرارات إدارية وليست قرارات قضائية^(١٦).

وهذا ما أكد عليه القضاء الكويتي بقوله: "ولا تنهض حجة للقول بأن ما توقعه الجهة الإدارية من جزاء هو من طبيعة الحكم القضائي أو أشبه به^(١٧)".

أما الوضع في اليمن فقد نصت المادة (٢١) من القرار الجمهوري رقم (٤١) لسنة ٢٠١٠ بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م على أن: "يشترط لإصدار الجزاء الإداري ما يلي:

- ١ - أن يكون صادراً بالإجراءات المحددة قانوناً.
 - ٢ - أن يكون مستوفياً لعناصر صحته من حيث الاختصاص و الشكل والسبب والمحل والغاية مع مراعاة التسبب إذا نص عليه القانون".
- كما نصت المادة (٢٣) منه على أن: "يحق لمن صدر ضده جزاء إداري التظلم منه أمام الجهة مصدرة الجزاء أو الطعن فيه أمام المحكمة المختصة".
- يتضح مما سبق أن الجزاءات التي تصدر عن الإدارة هي قرارات إدارية يشترط أن تصدر وفق أسس ومعايير قانونية يحددها المشرع كالتسبب مثلاً، وأن يكون مستوفياً لعناصر صحته (الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية)، كما يجوز الطعن فيها كسائر القرارات الإدارية الأخرى التي تصدر عنها.

ثانياً: الطبيعة القانونية الموضوعية للجزاءات الإدارية العامة

إن العقوبات بكل أشكالها المختلفة لا توقع إلا إذا كان لها أصل مشروع وعادل، وإذا كانت لها منفعة يمكن جنيها والحصول عليها من ورائها، وبهذا يكون غرض العقوبة هو التكفير عن الذنب والدفاع عن المجتمع^(١٨).

(١٥) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة " الرقابة القضائية"، ١٩٨٥م، ص ٩ وما بعدها.

(١٦) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، ص ٤١٦.

(١٧) قضية رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦ دستوري، جلسة رقم ٢٧/٥/٢٠٠٧، منشور في الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، العدد (٨٢١)، السنة (٥٣).

(١٨) محمد بن عبد الرحمن الشدي، أثر الحكم الجنائي على ممارسة الحقوق السياسية، دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م، ص ١٤٤.

والهدف من العقوبات أو الجزاءات الإدارية ليس حماية المصلحة العامة فقط، ولكن لمنع المخالفات الصغيرة في نطاق النظامين الاجتماعي والعام أيضاً، وفي الوقت نفسه، تهدف إلى الردع بنوعيه العام والخاص، وعليه فإن هدفها الأساسي هو وقف الجريمة الحالية أو منع الجرائم في المستقبل، وهذه العقوبات هي دائماً ذات طابع عقابي^(١٩).

وعلى وجه الإجمال فإن الطبيعة العقابية متوافرة في الجزاءات الإدارية عموماً (التأديبية والتعاقبية والإدارية العامة) مع اختلاف هذه الطبيعة من جزاء لآخر^(٢٠).

فالتبعية العقابية للجزاء الجنائي (ردع عام وردع خاص) تكون متوفرة أيضاً في الجزاءات الإدارية عموماً^(٢١).

وبالنسبة للردع العام يتفاوت فيه الناس بحسب نوع الجريمة المرتكبة، فالعقوبات المقررة لجرائم التهريب الضريبي والجمركي وللمخالفات عموماً لا تحدث درجة التخويف بذات القدر الذي تحدثه العقوبات في الجرائم. أما الردع الخاص فهو الذي ينصرف أثره مستقبلاً على المخالف بعد تنفيذ العقوبة^(٢٢).

وما يؤكد لنا أيضاً الطبيعة العقابية الرادعة للجزاءات الإدارية العامة، ما يكون نتيجة مخالفة لأحكام المرور ولوائح كتوقيف المخالف إدارياً أو سحب رخصة القيادة منه مؤقتاً^(٢٣).

كما تتأكد الطبيعة العقابية (الردع) للجزاءات الإدارية العامة مع من رأى أن الصلح في الجرائم الاقتصادية جزاء إداري، لتكفل الدولة احترام القوانين الاقتصادية التي سنتها، وقد أسفر هذا التدخل عن خروج المشرع عن الأحكام العامة في قانون العقوبات ومن ذلك اتساع نطاق التجريم، وشمل ذلك قاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا

(١٩) Yucel Ogurlu, op.cit. pp. 509- 510.

(٢٠) د محمد سعد فوده، النظام القانوني للعقوبات الإدارية دراسة فقهية قضائية مقارنة، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ص ١٠١.

(٢١) Yucel Ogurlu, op.cit. pp. 509- 510.

(٢٢) د. أحمد لطفي السيد، الحق في العقاب (فلسفة الحق في العقاب، اقتضاء الحق في العقاب، صور رد الفعل العقابي) راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://dc120.4shared.com/img/J5jenfEm/preview.html>

(٢٣) د. هاشم محمد نور عبدالله المدني، خفض الحوادث المرورية من خلال ضبط النظام والقانون، مركز الإعلام الأمني. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.policemc.gov.bh/reports/2011/April/6-4-2011/634377092974243730.pdf>

بناء على قانون، إذ تخلى المشرع عن التجريم بقانون ولجأ إلى ذلك عن طريق اللائحة^(٢٤).

فالصلح الجنائي يعد جزاء أو عقوبة مالية، ومن أجل تفادي الانتقادات التي وجهت إلى هذا النظام لتعارضه مع مبدأ قضائية العقوبة، توجه الفقه إلى تكييف الصلح في الجرائم الاقتصادية بالصفة العقدية أو تكييفه بأنه جزاء إداري^(٢٥).

الفرع الثالث

الأساس التشريعي للجزاءات الإدارية العام

أولاً: دستورية الجزاءات الإدارية العامة

فعلى اعتبار أن الجزاءات الإدارية العامة لها نفس الطبيعة العقابية للجزاءات الأخرى كالجنائية، لكن لو تأملنا في المادة (٤٧) دستور الجمهورية اليمنية النافذ لعام ٢٠٠١ التي تنص على أن: "المسؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني، وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره".

فبالتأمل في ظاهر نص المادة (٤٧) (.....ولا عقوبة..... لصدوره) فهذا يثير الشك في أن لفظ العقوبة المذكور يقصد به أي عقوبة كانت سواء جنائية أم إدارية أم مدنية.

لكنه بقليل من التفكير والتروي يلاحظ على المشرع في المادة (٤٧) أنه قد ذكر قائلاً: (...وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات..... لصدوره) مما يزيل مبعث الشك الذي ذكرناه لأن الحكم القضائي الصادر في عقوبة معينة يكون قاصراً على العقوبة الجنائية دون غيرها من العقوبات التي تصدر بقرار إداري صادر عن الإدارة كالعقوبات الإدارية والتعاقدية باستثناء العقوبات التأديبية التي لم يذكر على أنها تخالف أحكام المادة (٤٧)^(٢٦) وبالتالي لو كانت العقوبات أو الجزاءات المذكورة

(٢٤) د. مصطفى كامل كيره، الجرائم التمييزية، القاهرة، د. ن، ١٩٨٣، ص ٧.

(٢٥) سعادي عارف محمد صوافطة، الصلح الجنائي في الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٠، ص ٥٧.

(٢٦) ناصر حسين محسن أبو جمة العجمي، الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة بمناسبة النشاط الإداري في غير مجال العقود والتأديب "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٦.

سلفاً . غير الجزاءات الجنائية . تشملها المادة (٤٧) لأصبحت غير دستورية لمخالفتها لنص المادة المذكور هذا من جانب.

ومن جانب آخر نصت المادة (٤٧) "المسؤولية الجنائية شخصية....." وبهذا يكون قد أخرجنا الجزاء المدني من نص المادة (٤٧) لأن شخصية العقوبة قد تكون منعقدة عند مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

وهذا ما أكدته المادة(٤) من القرار جمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية بقولها أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته و يفسر الشك لمصلحة المتهم، ولا يقضي بالعقاب إلا بعد محاكمة تجري وفق أحكام هذا القانون وتضمن فيها حرية الدفاع". أيضاً المادة (٤٦٩) منه تنص على أن: "لا يجوز تنفيذ العقوبات والتدابير المقررة بالقانون لأية جريمة إلا بمقتضى حكم قضائي نهائي واجب التنفيذ صادر من محكمة مختصة". وهذا يؤكد لنا قضائية العقوبة الجنائية في التشريع اليمني.

فهذا يعني أن المتهم بجريمة مهما كانت جسامة الجريمة أو حجمها، يعد بريئاً حتى تثبت إدانته^(٢٧).

أما المشرع الدستوري في الكويت فقد أورد في المادة (٣٢) من الدستور الكويتي بقولها: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون التي ينص عليها).

وبهذا يكون نص المشرع الدستوري الكويتي الذي أورده في المادة (٣٢) السالف ذكرها حتى ولو كان مغايراً لنص المادة (٤٧) من الدستور اليمني؛ لأنها لم تتضمن عبارة (ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي.....، وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات).

إلا أن المشرع الدستوري الكويتي قد أكمل وجه الاتفاق مع نص المادة (٤٧) من الدستور اليمني، في المادة (٣٤) من الدستور قائلاً: (المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محكمة قانونية.....)، كما أورد المشرع الكويتي في المادة (١) من القانون رقم

(٢٧) رائد أحمد محمد، البراءة في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، بغداد، ٢٠٠٩م، ص١، (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

raed66@yahooi.com

١٧ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أنه: (لا يجوز توقيع عقوبة جزائية إلا بعد محاكمة تجري وفقاً للقواعد والإجراءات التي يقرها هذا القانون)^(٢٨). وبالتالي لا يثور الشك حول دستورية الجزاءات الإدارية العامة.

كما أكد القضاء في الكويت على التلازم والصلة بين شرعية العقوبة وشخصية العقوبة، بوصفها علاقة لا تنفصم^(٢٩). كما أن شرعية الجزاء مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع^(٣٠).

كما أكد القضاء الكويتي بأن البراءة قاعدة أساسية تفرضها الفطرة^(٣١). أيضاً أقر المشرع الدستوري في دولة الكويت الشقيقة في المادة (٣٢) منه على أنه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليه).

كما لا يعني نص المشرع بأنه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون.....) أن يكون هذا النص هو المتضمن للنموذج التجريمي، وإنما يكفي أن يحيل النص القانوني - بمفهومه الضيق - لأي مصدر آخر ليكون الأخير هو المصدر للتجريم والعقاب، ولذا فإن مثل هذا الصياغة لا يعتد بها لجعل اللائحة مصدراً للتجريم والعقاب، إلا بموجب تفويض من قبل السلطة التشريعية، بمعنى آخر أن مثل هذه الصياغة لمبدأ الشرعية وإن كانت لا تسمح لللائحة بأن تكون مصدراً أصيلاً للتجريم والعقاب، إلا أنها في الوقت نفسه تعترف لها بهذه الصفة بناءً على تفويض من السلطة التشريعية بموجب نص قانوني بطبيعة الحال، وذلك في الحدود التي تقدرها

(٢٨) شبكة المعلومات القانونية للكويت (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/CountryHome.aspx?country=1>

(٢٩) قضية رقم (٦) لسنة ٢٠٠٧م دستوري - جلسة ٢٢/٤/٢٠٠٨م - منشور في الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، وزارة الإعلام، العدد (٨٦٨)، السنة (٥٤).

(٣٠) قضية رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦م دستوري - جلسة ٢٦/٧/٢٠٠٦م (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.reqaba.com/ArticleImages/6-2006LUBPNGSXIVAZGV-FAIENGMRRG.pdf>

(٣١) قضية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٥م دستوري - جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٥م. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.reqaba.com/ArticleImages/2-2005FPTTZQQIBHLZWKMSFA-VEQXJN.pdf>

السلطة التشريعية وبالشروط التي يعنها القانون الصادر منها، وهذا ما أكد عليه المشرع^(٣٢) والقضاء الكويتيين^(٣٣).

ثانياً: الاصطلاح في التشريع

١ - الاصطلاح في التشريع

في الحقيقة أن التشريعات المعاصرة لكثير من البلدان قد استخدمت الجزاء الإداري على نطاق واسع ولكن على نحو متباين، فقد تبني بعضها نظاماً متكاملاً للجزاء الإداري كالقانون الجنائي الإداري الإيطالي رقم ٦٨٩، لسنة ١٩٨١، وقانون الجرائم الإداري الألماني رقم ٢، يناير لسنة ١٩٧٥، والمعدل في ١٠ أكتوبر ١٩٧٨، والمعدل في ٢٠ أغسطس ٢٠٠٧ وهو قانون يتضمن نظاماً متكاملاً للجرائم الإدارية. وبذلك أصبحت الجرائم ذات تقسيم ثنائي بعد إخراج المخالفات من عداد الجرائم الجنائية^(٣٤).

(٣٢) حيث نصت المادة (٣٤) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن بلدية الكويت (٢٠٠٥/٥) على أنه: (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر تحدد اللوائح المشار إليها في المادة (٢٦) من هذا القانون العقوبات التي توقع على من يخالف أحكامها بالغرامة التي لا تقل عن مائة دينار كويتي ولا تزيد على ألف دينار كويتي. واستثناء من العقوبات الخاصة بمخالفة لوائح تنظيم البناء تكون الغرامة عشرة آلاف دينار كويتي عن كل متر زيادة في المباني على مساحة البناء المرخص بها بالنسبة للمباني الاستثمارية والتجارية والصناعية والخدمية، أما بالنسبة لمباني السكن الخاص فتكون الغرامة خمسين ديناراً كويتياً عن كل متر زيادة في المباني على مساحة البناء المرخص بها. ويجوز أن تتضمن اللوائح المشار إليها بالإضافة إلى عقوبة الغرامة وعقوبة المصادرة وسحب الترخيص نهائياً أو لمدة معينة والغلق النهائي أو لمدة معينة والإزالة وتصحيح الأعمال المخالفة والهدم والترميم ورد الشيء إلى أصله. ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات كل من المقاول والمهندس المشرف عن تنفيذ أعمال البناء المسندة إليه بطريق الغش مما يؤدي إلى هلاك البناء كلياً أو جزئياً، وتكون العقوبة بالحبس لمدة لا تتجاوز خمس عشرة سنة إذا أدى ذلك إلى حدوث خسائر في الأرواح).

(٣٣) قضية رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٥م دستوري - جلسة ٢٠٠٦/٦/١٢م. (راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.reqaba.com/ArticleImages/15-2005DOQXGMCYCMUZSTFMI-TYIYWYN.pdf>

(٣٤) منها: مخالفة الأحكام المتعلقة بحرية المنافسة حيث خول القانون الصادر، في أول ديسمبر سنة ١٩٨٦، المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة لمجلس المنافسة الفصل في الممارسات التي ترتكب من بعض المشروعات الاقتصادية بقصد تعويق حرية المنافسة، وجعل من سلطته فرض جزاءات مالية على المخالفين، وكما نص المشرع الفرنسي كذلك على الجزاء الإداري لبعض المخالفات في مجال قانون العمل وقانون حماية البيئة، والنقل، والمواصلات، والقانون العام للضرائب. (راجع) د. أحمد براك، مرجع سابق.

فعلى الرغم من عدم وجود نظام عام ومتكامل للجرائم الإدارية، إلا أنه يمكن القول: بأن المشرع الفرنسي . كما سنرى . لم يكن بعيداً عن هذا الاتجاه، ومن أمثلة ذلك في إقرار الجزاء الإداري- بدلاً من الجزاء الجنائي- بالنسبة لبعض الأفعال في مجالات أخرى متعددة.

كما تقرر نظام الجزاءات الإدارية العامة في كثير من البلدان الأخرى كسويسرا ومصر على سبيل الاستشهاد^(٣٥).

ففي جميع هذه المجالات لم تعد تفرض غرامات من قبل المحاكم الجنائية، بل من جانب السلطات الإدارية، ويمكن أن تستأنف لاحقاً أمام المحكمة الإدارية^(٣٦). وفي الكويت^(٣٧) فقد استخدم المشرع الكويتي مصطلح الجزاءات الإدارية مواطن

(٣٥) حيث تقرر في سويسرا ما يعرف بالغرامات النظامية في مجال مخالفات قانون المرور، كما أعطي لرجل الشرطة سلطة توقيع الغرامة بالنسبة لبعض المخالفات البسيطة، وفي هولندا أصبحت العقوبات الإدارية أداة هامة في العقاب، في قوانين وسائل الإعلام، وقانون الضمان الاجتماعي، وقانون المنافسة وقانون الاتصالات السلكية واللاسلكية، وقوانين التدقيق أو المراجعة المالية.

أما في التشريع المصري، فقد تقرر الجزاء الإداري في المجال الضريبي في القانون رقم ٤٠٣، لسنة ١٩٥٤، في شأن المحال الصناعية والتجارية في المادة ١٢ في إعطاء مدير عام إدارة الرخص فرض عقوبة إيقاف المحل على المخالف، وقانون المرور رقم ٦٦، لسنة ١٩٧٣، في المادة ١٤ و٣٢ و٤٢ في فرض عقوبات إدارية على المخالف من سحب الرخصة كعقوبة إدارية، كذلك نص المادة ١٩١ من قانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧، لسنة ١٩٨١، في شأن تصالح الإدارة مع المخالف، القانون رقم ١١، لسنة ١٩٩١، والخاص بإصدار قانون الضريبة العامة على المبيعات، والقانون رقم ٩٥، لسنة ١٩٩٢، والخاص بإصدار قانون رأس المال في المادتين ٣، ٣١ من فرض عقوبات إدارية على المخالف من منع الشركة من مزاولة نشاطها، أو توجيه تنبيه إلى الشركة (راجع) د. أحمد براك، مرجع سابق.

(٣٦) Rob Widdershoven, Encroachment of Criminal Law in Administrative Law in the Netherlands, Netherlands Comparative Law Association, The Electronic Journal of Comparative Law, (vol. 6.4, December 2002), p. 446.

(٣٧) حيث ورد في القسم التاسع من المرسوم بالقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٧ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي والمهن المصرفية مصطلح الجزاءات الإدارية، حيث أكدت المادة (٨٥) منه على أنه:

١- إذا خالف أحد البنوك أحكام نظامه الأساسي أو أحكام هذا القانون أو التدابير التي يفرضها البنك المركزي تنفيذاً لأحكام هذا القانون، أو لم يقدم الوثائق والبيانات والمعلومات المفروضة عليه تقديمها أو قدم بيانات غير مطابقة للحقيقة جاز أن تفرض عليه الجزاءات التالية: أ- التنبيه. ب- تخفيض تسهيلات التسليف الممنوحة له أو تعليقها. ج- منعه من =

= القيام ببعض العمليات أو فرض أية تحديدات أخرى في ممارسة المهنة. د- تعيين مراقب مؤقت لمتابعة سير أعماله. هـ- شطبه من سجل البنوك.

٢- تفرض الجزاءات المنصوص عليها في البندين أ، ب بقرار من المحافظ، أما سائر الجزاءات فتقرض بقرار من مجلس إدارة البنك المركزي، كل ذلك بعد سماع إيضاحات البنك ذي الشأن، ويشترط لنفاذ الجزاءات المنصوص عليها في البنود ج، د، موافقة وزير المالية عليها. كما نصت المادة (٨٥) من القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية على أنه:

١- إذا خالف أحد البنوك أحكام هذا القانون أو القرارات والتعليمات الصادرة تنفيذاً له، أو أحكام النظام الأساسي للبنك، أو لم يقدم الوثائق والبيانات والمعلومات المطلوب منه تقديمها إلى البنك المركزي، أو قدم بيانات غير مطابقة للحقيقة، جاز توقيع الجزاءات التالية: (أ) التنبيه. (ب) فرض جزاءات مالية على البنك، تتدرج تبعاً لمدى جسامة المخالفة، وبحد أقصى مقداره خمسون ألف دينار كويتي. (ج) الوقف المؤقت لكل أو بعض العمليات التي يجريها البنك المركزي عادة مع البنوك. (د) منع البنك من القيام ببعض الأعمال أو فرض أي قيود أخرى عليه في ممارسة النشاط. (هـ) طلب عزل أو تغيير الموظف المسؤول عن المخالفة إذا كان من الموظفين المسؤولين عن العمل في قطاعات رئيسية في البنك. (و) اعتبار عضو مجلس الإدارة المسؤول عن المخالفة فاقداً لصلاحيته العضوية في مجلس إدارة البنك. (ز) تعيين مراقب مؤقت لمتابعة سير العمل في البنك، ويحدد مجلس إدارة البنك المركزي صلاحياته واختصاصاته. (ح) حل مجلس إدارة البنك وتعيين مفوض لإدارة البنك لحين انتخاب مجلس إدارة جديد. (ط) الشطب من السجل.

٢- تفرض الجزاءات المنصوص عليها في البندين (أ) و (ج) بقرار من المحافظ، وتفرض الجزاءات المنصوص عليها في البنود (ب) و (د) و (هـ) و (و) و (ز) و (ح) بقرار من مجلس إدارة البنك المركزي، ويفرض الجزاء المنصوص عليه في البند (ط) بقرار من وزير المالية بعد موافقة مجلس إدارة البنك المركزي، كل ذلك بعد الاطلاع على إيضاحات البنك ذي الشأن. وتؤول إلى الخزنة العامة أي أموال يكون قد حصل عليها البنك المخالف نتيجة لما وقع من مخالفات، ما لم يكن قد تعلق بها حق للغير، كما تؤول إلى الخزنة العامة أي منافع مالية يكون قد حصل عليها عضو مجلس الإدارة أو موظف في البنك بسبب ما وقع من مخالفات. ويضع مجلس إدارة البنك المركزي القواعد والأسس التي يتم الاستناد إليها لتحديد مقدار الأموال التي تؤول إلى الخزنة العامة.

٣- يكون كل عضو مجلس إدارة في البنك المخالف، ورئيس الجهاز التنفيذي وكل من المدراء العاملين، ونوابهم ومساعدتهم، ومديري القطاعات، ومديري الفروع. كل في حدود اختصاصه - مسؤولاً عن كل فعل عمدي وقع منه وتسبب في مخالفة البنك لأحكام هذا القانون أو القرارات والتعليمات الصادرة تنفيذاً له أو أحكام النظام الأساسي للبنك، أو عدم تقديم الوثائق والبيانات والمعلومات المطلوب منه تقديمها إلى البنك المركزي، أو قدم بيانات غير مطابقة للحقيقة.

ويتحمل المسؤول عن المخالفة كافة الأضرار التي لحقت بالبنك أو المساهمين فيه أو الغير، كآثر وقع عليهم من جراء المخالفة.

متعددة؛ أهمها نص المادة (٨٥) من المرسوم بالقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٧ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي والمهن المصرفية، والذي كان يتضمن في القسم التاسع منه مصطلح الجزاءات فقط. كما ورد أيضاً مصطلح الجزاءات الإدارية العامة في القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٦ في شأن إصدار قانون الصناعة^(٣٨).

إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد ورد مصطلح العقوبة في بعض التشريعات الكويتية، ولكن المراد منها هو محل الدراسة، أي الجزاءات الإدارية العامة، من هذه التشريعات، القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٦ في شأن تنظيم مهنة الصيدلة وتداول الأدوية^(٣٩). والقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن بلدية الكويت^(٤٠).

(٣٨) حيث نصت المادة (٣٩) منه على أنه يجوز للهيئة أن توقع أحد الجزاءات الإدارية التالية على المنشآت والحرف الصناعية إذا ارتكبت أي مخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية:

- ١- التنبيه. ٢- الإنذار. ٣- الحرمان من الامتيازات الممنوحة كلياً أو جزئياً ويجوز للمنشأة أو الحرفة إذا عدلت عن المخالفة طلب إعادة النظر في قرار الحرمان. ٤- الإيقاف الإداري. ٥- إلغاء الترخيص في الحالات المنصوص عليها في المادة ٤١ من هذا القانون، وتصدر هذه الجزاءات بقرار من مجلس الإدارة ويجوز له أن يفوض مدير عام الهيئة في توقيع جزائي التنبيه والإنذار.

(٣٩) حيث ورد في المادة (١٧) منه أن تنشأ بوزارة الصحة لجنة برئاسة وكيل الوزارة أو من ينوب عنه وعضوية اثنين من الوكلاء المساعدين المعيّنين بشئون الأدوية، ورئيس الجمعية الصيدلية أو من ينوب عنه وعضو من الإدارة القانونية بالوزارة، تختص بالنظر في المخالفات التي تقع في غير ما ذكر في المادتين (١٤)، (١٥) من هذا القانون، ويجوز لها توقيع العقوبات الآتية: ١- الإنذار. ٢- الوقف عن العمل مدة لا تتجاوز سنة. ٣- إلغاء الترخيص بمزاولة المهنة. ٤- شطب الاسم من السجل. ٥- غلق المكان مدة لا تزيد على ستة أشهر وفي جميع الأحوال يجب أن تكون القرارات مسببة.

(٤٠) لقد ورد في الباب الثالث من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن بلدية الكويت في المواد من (٣٤ - ٣٧). حيث نصت المادة (٣٤) منه على أنه: (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر تحدد اللوائح المشار إليها في المادة (٢٦) من هذا القانون العقوبات التي توقع على من يخالف أحكامها بالغرامة التي لا تقل عن مائة دينار كويتي ولا تزيد على ألف دينار كويتي. واستثناء من العقوبات الخاصة بمخالفة لوائح تنظيم البناء تكون الغرامة عشرة آلاف دينار كويتي عن كل متر زيادة في المباني على مساحة البناء المرخص بها بالنسبة للمباني الاستثمارية والتجارية والصناعية والخدمية، أما بالنسبة لمباني السكن الخاص فتكون الغرامة خمسين ديناراً كويتياً عن كل متر زيادة في المباني على مساحة البناء المرخص بها، ويجوز أن تتضمن اللوائح المشار إليها بالإضافة إلى عقوبة الغرامة وعقوبة المصادرة وسحب الترخيص نهائياً أو لمدة معينة والغلق النهائي أو لمدة معينة والإزالة وتصحيح الأعمال المخالفة والهدم والترميم ورد الشيء إلى أصله. =

كما أورد المشرع الكويتي الجزاءات الإدارية العامة ضمن مصطلح العقوبات التأديبية، في المادة (١٢) من القانون^(٤١) رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن مزاولة مهنة

= ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات كل من المقاول والمهندس المشرف عن تنفيذ أعمال البناء المسندة إليه بطريق الغش مما يؤدي إلى هلاك البناء كلياً أو جزئياً، وتكون العقوبة بالحبس لمدة لا تتجاوز خمس عشرة سنة إذا أدى ذلك إلى حدوث خسائر في الأرواح.

كما نصت المادة (٣٥) منه على أن: (يعاقب المخالف بغرامة لا تقل عن دينار كويتي ولا تزيد على عشرة دنانير كويتية عن كل يوم يمتنع فيه عن تنفيذ ما قضى به الحكم من إزالة أو تصحيح الأعمال أو الهدم أو الترميم أو التجميل أو رد الشيء إلى أصله وذلك بعد انتهاء المدة التي تحددها البلدية لتنفيذ الحكم، وتتعدد الغرامة بتعدد المخالفات ولا يجوز الحكم بوقف تنفيذ ما قضى به من العقوبات التكميلية المذكورة، وتبدأ المدة المقررة للتنفيذ على المالك الجديد من تاريخ انتقال الملكية إليه وتطبق في شأن المالك الأحكام الخاصة بتلك الغرامة، ولا تسري أحكام هذه المادة على الأحكام التي اتخذت في شأن تنفيذها الإجراءات الجنائية في تاريخ سابق على العمل بهذا القانون).

كذلك نصت المادة (٣٦) منه على أن: (يكون للموظفين الذين يعينهم الوزير المختص لضبط المخالفات المنصوص عليها في المادة (٢٧) صفة الضبطية القضائية، ولهم في سبيل تأدية أعمالهم حق دخول الأماكن والمحلات العامة وضبط المخالفة والمواد موضوع المخالفة وتحرير المحاضر اللازمة وإحالتها إلى الجهة المختصة، ولهم أن يستعينوا بأفراد القوة العامة، وللمدير عام البلدية أو من يفوضه عند الضرورة في الأحوال التي يجوز فيها الحكم بالغلق أن يصدر أمراً كتابياً بذلك).

هذا بالإضافة إلى نص المادة (٣٧) منه فقد نصت على أن: (يجوز قبول طلب الصلح من المخالف فيما يتعلق بالأفعال المخالفة للوائح البلدية التي لا تزيد الغرامة المقررة فيها على ثلاثمائة دينار كويتي. وعلى محرر المحضر بعد مواجهة المخالف بالمخالفة أن يعرض عليه الصلح فيها ويثبت ذلك في محضره، وعلى المخالف الذي يرغب في الصلح أن يدفع خلال أسبوعين من تاريخ عرض الصلح عليه الحد الأدنى للغرامة المقررة للمخالفة المنسوبة إليه مع الرسوم والمصروفات المستحقة للبلدية، ولا يجوز للمحكمة في حالة الإدانة أن تحكم في الأفعال المشار إليها في الفقرة السابقة بعقوبة تقل عن مبلغ الصلح، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجزائية وكافة آثارها).

(٤١) والتي نصت على أن: (تختص اللجنة المنصوص عليها في المادة السادسة بالنظر فيما يرتكبه المصرح لهم بمزاولة مهنة الترميم من مخالفات لأحكام هذا القانون فيما عدا الأحوال المنصوص عليها في المادة السابقة، ويجب إعلان المخالف للحضور أمام اللجنة وسماع أقواله بشأن ما نسب إليه، ولهذه اللجنة أن توقع العقوبات التأديبية الآتية: ١- لفت نظر. ٢- الإنذار. ٣- الوقف عن مزاولة المهنة لمدة لا تتجاوز ستة أشهر. ٤- سحب الترخيص وشطب الاسم من السجل، ويجب اعتماد العقوبة التأديبية من وزير الصحة العامة).

التمريض بالكويت والذي يؤكد لنا أن روح المشرع الكويتي في المادة (١٢) السالف ذكرها هو الجزاءات الإدارية العامة لا العقوبات التأديبية؛ هو أن علاقة مزاول مهنة التمريض لا تربطه بوزارة الصحة رابطة وظيفية معها، كما يمكن أن نستشف ذلك من خلال نص المادة (٤) من القانون رقم ٢٣ المذكور، والتي نصت على أن: (من يرغب في الحصول على ترخيص بمزاولة مهنة التمريض في الكويت عليه أن يقدم طلباً إلى وزارة الصحة العامة مشفوعاً بالمستندات الآتية:

١..... ٢- ٣- ٤- ٥- شهادة الجنسية أو جواز السفر مع ثلاث صور شمسية.

والوضع في اليمن لا يختلف كثيراً عما سبقه من تشريعات، فقد استخدم المشرع اليمني مصطلح الجزاءات الإدارية العامة في مواطن متعددة قاصداً بذلك الجزاءات الإدارية العامة التي توقعها الإدارة في غير مجالي الجزاءات التأديبية والتعاقدية.

لهذا كان لزاماً علينا أن نبين مصطلح الجزاءات الإدارية العامة عن بقية المصطلحات الجزائية المذكورة سلفاً كما سنبينه في حينه.

ومن أمثلة ذلك التشريعات اليمنية التي ذكرت لفظ الجزاءات الإدارية، القرار الجمهوري رقم (٤١) لسنة ٢٠١٠م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤م الصادرة بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م فقد أوردت لفظ الجزاءات الإدارية في المادة (٢١) منها بقولها: "يشترط لإصدار الجزاء الإداري ما يلي: ١..... ٢....." ومواد أخرى متفرقة منه^(٤٢)، رغم هذا إلا أن المشرع اليمني قد أورد في نفس التشريع المذكور سلفاً في المادة (١١) منه^(٤٣) عنواناً للفصل الخامس باسم العقوبات والذي ينطوي في حقيقته تحت مظلة الجزاءات الإدارية العامة حتى وإن أورد لفظ العقوبات، وذلك يرجع للأهمية التي يعكسها عنوان التشريع المذكور تحت مسمى قانون المخالفات، ونستوحي من ذلك أن كل من يخالف أحكامه سواء أكان شخصاً

(٤٢) راجع أحكام المواد من ٢١ إلى ٢٤، أيضاً المادة ٢٨.

(٤٣) التي تنص على أن: "العقوبات التي يمكن توقيعها على المخالف هي: ١- الغرامة التي لا تقل عن ثلاثمائة ريال ولا تزيد على عشرة آلاف ريال. ٢- الغرامة النسبية في المخالفات المالية والاقتصادية. ٣- إغلاق المحل نهائياً أو بصورة مؤقتة. ٤- سحب الترخيص أو الحرمان من مزاولة المهنة أو النشاط بصفة دائمة أو مؤقتة. ٥- المصادرة. ٦- رد الشيء إلى أصله. ويحدد القرار الصادر بالمخالفات العقوبة التي توقع على مرتكبها من بين العقوبات سالفة الذكر، كما يجوز أن يقرر نشر المخالفة على نفقة المخالف وتعدد العقوبات بتعدد المخالفات.

طبيعياً أم معنوياً يخضع للجزاء الإداري العام المتمثل في إغلاق المحل نهائياً أو بصورة مؤقتة، أو سحب الترخيص أو الحرمان من مزاولة المهنة أو النشاط بصفة دائمة أو مؤقتة، عقوبة الغرامة التي لا تزيد عن عشرة آلاف ريال كما هو موضح في المادة (٢٢) منه أيضاً^(٤٤) إلى جانب الجزاء الجنائي كما سنرى في حينه.

كما نص المشرع اليمني على مصطلح الجزاءات الإدارية في المادة (٣٢/ب) من القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٤م بشأن حماية البيئة البحرية من التلوث^(٤٥).

وجدير بالذكر أن المشرع اليمني قد يستخدم عبارات وألفاظ ومصطلحات مختلفة عن الغاية التي يريدها أو يهدف من وراءه؛ كاستخدامه مثلاً لفظ أو مصطلح العقوبات التأديبية الوارد في المادة (٣٤)^(٤٦) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٩١م والمعدل بالقانون رقم (٢٦) لعام ٢٠٠٣م بشأن تنظيم السجون على أن: "يمنح مدراء السجون سلطة فرض العقوبات التأديبية على كل مسجون خالف الأنظمة والتعليمات الصادرة بموجب هذا القانون واللائحة المنفذة له^(٤٧)".

(٤٤) تنص المادة (٢٢) منه على أنه: "فيما عدا عقوبة الغرامة التي لا تزيد عن عشرة آلاف ريال وبما لا يخل أو يتعارض مع أحكام القوانين النافذة على الجهات الحكومية كل فيما يخصها ومتى كانت مخولة قانوناً بتطبيق العقوبات المبينة في الفقرتين (٤،٣) من المادة (١١) من هذه اللائحة اتباع الإجراءات الآتية: ١- إبلاغ المخالف بالمخالفة المنسوبة له والجزاء المقرر لها قانوناً. ٢- إبلاغ المخالف كتابة بتصحيح وضعه أو إزالة المخالفة خلال المدة المحددة قانوناً. ٣- تمكين المخالف من الدفاع عن نفسه، وإفساح المجال له لتقديم أدلته، وإعطائه المدة اللازمة لذلك وفقاً لما تحدده القوانين النافذة، فإذا امتنع أو لم يحضر في الموعد المحدد لسماع دفاعه جاز للجهة المختصة إصدار الجزاء المقرر قانوناً بعد الاطلاع على الأوراق والتحقيقات التي أجريت وبالشروط المبينة في المادة.

(٤٥) والتي تنص على أن: "لا يحول تطبيق العقوبات والغرامات المنصوص عليها في الباب من: أ- الحكم بالتعويض و/أو التكاليف المستحقة للهيئة أو لاية جهة أخرى وفقاً لأحكام هذا القانون. ب- تطبيق الجزاءات الإدارية على المخالفات غير المتعمدة لأحكام هذا القانون وفقاً لللائحة الخاصة بذلك. ج- المسائلة الجنائية إذا ترتب على ارتكاب المخالفة فعل جنائي.

(٤٦) تم تعديله بموجب القانون رقم (٢٦) لعام ٢٠٠٣م.

(٤٧) وذلك على النحو التالي: ١ - الحرمان من المشاركة في الفعاليات الرياضية والترفيهية لمدة لا تزيد على شهر واحد ويتبع ذلك خصم مالا يزيد على سبع درجات من السلوك. ٢ - الحرمان من المراسلات لمدة لا تزيد على شهرين ويتبع ذلك خصم مالا يزيد على سبع درجات من السلوك. ٣ - الحرمان من شراء المواد الاستهلاكية المسموح بها لمدة لا تزيد على شهر واحد ويتبع ذلك خصم مالا يزيد على سبع درجات من السلوك. ٤ - الحرمان من الزيارة الدورية مرتين ويتبع ذلك خصم مالا يزيد على خمس درجات من السلوك. ٥ - الحجز الانفرادي لمدة لا تزيد على أسبوعين ويتبع ذلك خصم مالا يزيد على خمس عشرة درجة من السلوك.

فمن المؤكد أن علاقة المسجون بمصلحة السجون أو بالمؤسسة العقابية ليست بالرابطة التي تربط الموظف الذي يعمل في إحدى مؤسسات الدولة بها، ومن ثم إذا أخل بأحد واجباته الوظيفية تقع عليه المسؤولية ومن ثم العقوبة التأديبية ضده، وبهذا نصل إلى نتيجة مؤداها أن المشرع أراد الجزاء الإداري العام لا العقوبات التأديبية التي تقع على الموظفين الخاضعين لقانون هيئة الشرطة^(٤٨).

يتبين مما سبق أن المشرع اليمني لم يستخدم اصطلاحاً محدداً للجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة في غير مجال العقود والتأديب، رغم أن المشرع قد أقرها في تشريعات عدة وإن كانت بألفاظ مغايرة لمصطلح الجزاءات، وإن كان قد استخدم مصطلح الجزاءات الإدارية في بعض القوانين كما بينا ذلك سلفاً.

إذاً وبعد تأكيدنا لدستورية الجزاءات الإدارية في اليمن، وفضلاً عما أشرنا إليه سلفاً فقد أقر المشرع اليمني الجزاءات الإدارية العامة أيضاً في تشريعات أخرى متباين^(٤٩) في تشريعات مختلفة بالصورة التي تعني البحث محل الدراسة.

(٤٨) وللاستدلال على المغايرة في المصطلح أيضاً ما ورد في المادة (١/٤٦) من القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٣م بشأن البعثات والمنح الدراسية بقولها: "لا يحول تطبيق عقوبة إيقاف صرف الحقوق والامتيازات المالية أو الحرمان منها دون حق الوحدة الإدارية أو اللجنة المختصة بمساءلة الموفد وتوقيع العقوبة التأديبية المناسبة".

كذلك نصت المادة (٢/٢) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بشأن لائحة الجزاءات والمخالفات الإدارية على أن: "تسري أحكام هذه اللائحة على الموظفين الخاضعين لقانون الخدمة المدنية ولائحته التنفيذية أينما كانت مواقع وظائفهم". رغم صدور هذا القرار والمنطوي تحت عنوان الجزاءات والمخالفات الإدارية، إلا أن هذا العنوان لا يعنيا في بحثنا هذا، فالجزاءات والمخالفات الإدارية التي تعنيا هي تلك الجزاءات التي تصدر عن الإدارة ضد كل من يخالف أحكام القوانين واللوائح عموماً ممن لا تربطهم مع الإدارة أي صلة أو رابطة كرابطة الوظيفة العامة أو رابطة التعاقد.

أيضاً نصت المادة (٨٩) قانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠م والمعدل بالقانون رقم (٧١) لسنة ٢٠٠٠م والمعدل أيضاً بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٢م بشأن السلطة المحلية على أن: "يكون مدير عام المديرية رئيساً لجميع الموظفين المدنيين العاملين في نطاق المديرية من حيث أدائهم لواجباتهم ومهامهم الوظيفية وله سلطة اقتراح تعيينهم ونقلهم وترقياتهم، كما يتمتع بحق إحالتهم للتحقيق والتأديب وتوقيع الجزاءات الإدارية عليهم وفقاً لأحكام القوانين والأنظمة النافذة.

(٤٩) القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م. قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة مخالفات النظافة وصحة البيئة والعقوبة عليها. كذلك قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة مخالفات التخطيط والبناء في المدن الرئيسية والثانوية والعقوبة عليها. أيضاً قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١١١) لسنة ٢٠٠٨م بشأن مخالفات أسعار بيع الخبز والعقوبات المقررة عليها.

الفرع الرابع

التمييز بين الجزاءات الإدارية العامة والصور الأخرى المشابهة لها

يتضح مما سبق أن الجزاءات الإدارية العامة قد تتشابه وقد تختلف مع بعض المسميات المختلفة (الجزاءات الجنائية، الجزاءات التأديبية، الجزاءات التعاقدية، الجزاءات المدنية)، في كثير من المسائل نوجز البعض منها بصورة سريعة نظراً لاتساع موضوع البحث على النحو التالي:

١ - تمييز الجزاءات الإدارية العامة عن الجزاءات التأديبية

الجزاء التأديبي هو العقوبة التي توقع على مَنْ أخلَّ بواجبه الوظيفي، أو خرج على مقتضيات الوظيفة ومس كرامتها، بحيث لا يمكن أن يصيب الجزاء التأديبي غير الموظف ممن لم تثبت له هذه الصفة التنظيمية، والقاعدة في أغلب النظم أنه لا يجوز توقيع الجزاء في حالة انعدام وجود رابطة التوظيف بين الموظف والإدارة، سواء في الماضي أو الحاضر^(٥٠).

ومن هنا يتضح أن الموظف يخضع لسلطة رئاسية عليا وذلك لمصلحة الجماعة^(٥١).

ويهدف الجزاء التأديبي إلى انضباط سير المرافق العامة بالدولة، ودوام استمرارها وانتظامها، وهذا الهدف يجعل الجزاء التأديبي مختلفاً عن أي نظام عقابي آخر، ومنها الجزاءات الإدارية العامة فتحقيق الفاعلية لا يعني مجرد الردع الذي هو هدف أساسي من فرض العقوبة في قانون العقوبات وإنما يتعدى ذلك إلى بحث الأسباب التي جعلت ارتكاب المخالفة أمراً ممكناً بهدف إعادة النظر في التشريع وإصلاح الخلل في التنظيم الإداري^(٥٢).

وترتكز فلسفة النظام التأديبي على فكرة التأديب وحدها، دون فكرة الردع،

(٥٠) محمد بن صديق أحمد الفلاتي، الجزاءات التأديبية على الموظف العام في نظام المملكة العربية السعودية "دراسة تأصيلية مقارنة وتطبيقية"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص ٦٤، ٦٥.

(٥١) محمد بن صديق أحمد الفلاتي، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٥٢) أكرم محمود الجمعات، العلاقة بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية "دراسة مقارنة، رسالة ماجستير"، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، الأردن، ٢٠١٠م، ص ٧٨، ٨٣، د. فيصل عقله شطناوي، علاقة الدعوى التأديبية بالدعوى الجزائية. (راجع): الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.wasmia.com/jazy/adm02.pdf>

فالغرض من التأديب غرض شخصي مقصود به شخص المذنب، بغرض تقويم المذنب وإصلاحه، حتى لا يعود للخطأ مرة أخرى، ولا بد أن يهدف التأديب إلى بحث الأسباب الدافعة لارتكاب المخالفة، لمنع وقوعها أو تكرارها^(٥٣).

كما تتجلى أهم الفروق بين الجزاءات الإدارية العامة والجزاءات التأديبية في أن الأولى لها صفة العمومية شأنها شأن الجزاءات الجنائية التي توقع على كل المخالفين لأحكام القوانين واللوائح، كما تتميز الجزاءات الإدارية العامة بأنها توقع على المخالفين الذين لا تربطهم بالإدارة رابطة عقدية أو وظيفية، بخلاف الجزاءات التأديبية التي تنزل على كل من خالف أحكام القوانين واللوائح من الموظفين الذين تربطهم مع الإدارة رابطة الوظيفة العامة.

٢ - تمييز الجزاءات الإدارية العامة عن الجزاءات التعاقدية

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته، سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة.

وتخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الإدارية، إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام واطراد تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة، ولما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ والتنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقاً للمصلحة العامة.

وتنبع فكرة الجزاءات الإدارية من مفهوم امتياز أو صلاحيات السلطة العامة المتأصلة في الوظيفة التنفيذية للإدارة، ولا سيما سلطة إصدار اللوائح، وهذا المنطق ينطبق على المؤسسات المستقلة المسؤولة عن "مهمة خدمة الجمهور"^(٥٤).

من أجل الحفاظ على حسن سير المرافق العامة، ومن غير الممكن أن تتنازل الإدارة عن هذه السلطة لا جزئياً بتقييد حقها في اتباع أنواع معينة من صور

(٥٣) راجي محمد سلامة الصاعدي، أغراض العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدعوة والإعلام، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٦ - ١٤٠٧ هـ، ص ٨٧، ٨٩.

P. Cacaud, M. Kuruc, M. Spreij, op.cit. p. 4.

(٥٤)

الجزاءات ولا كلياً، وتتمتع بسلطة تقديرية في فرض هذه الجزاءات لا يقيدتها في ذلك إلا المصلحة العامة^(٥٥).

٣ - تمييز الجزاءات الإدارية العامة عن إجراءات الضبط الإداري

لقد برز دور الدولة من خلال وظيفتين أساسيتين تقوم بهما الإدارة، الأولى منها سلبية تتمثل بالضبط الإداري والذي يقوم على مراقبة وتنظيم نشاط الأفراد حفاظاً على النظام العام، أما الوظيفة الثانية فهي وظيفة إيجابية تتمثل بإدارة المرافق العامة والوفاء بحاجات الأفراد وإشباع رغباتهم^(٥٦).

فالضبط الإداري في معناه العام هو تنظيم وقائي، وبهذا يختلف عن أي نظام قانوني آخر - ومنها نظام الجزاءات الإدارية العامة - الذي لا يتدخل إلا لمحاسبة الأفراد عما يقع منهم من جرائم أو مخالفات^(٥٧).

وبهذا يتفق الضبط الإداري مع الضبط التشريعي في أن كل منهما ينصرف إلى تنظيم الحقوق والحريات العامة بغرض المحافظة على النظام العام بمدلولاته المعروفة، وهي، الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة، وذلك رغم اختلاف وسائل كل منهما في هذا الخصوص، حيث تتمثل في الضبط الإداري في التشريعات التي تصدر عن السلطة التنفيذية (قرارات ولوائح وزارية فردية، أو تنظيمية بدون نص تشريعي إذا كانت أهداف الضبط تتطلب ذلك)، بينما تتمثل في الضبط التشريعي في القوانين التي يسنها البرلمان، إلا أن ذلك لا يعني خروج السلطة التنفيذية أو الإدارة عن القانون، بل لا بد عليها أن تتقيد بمبدأ تدرج القوانين، فكل ما يصدر عنها من أعمال قانونية لا بد من أن يستند إلى قانون.

ومن صور الضبط الإداري التي بينها المشرع اليمني قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٣٣) لسنة ٢٠٠٤م في اليمن بشأن لائحة تنظيم صناعة وتجارة الأدوية

(٥٥) سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://forum.law-dz.com/index.php?showtopic=2489&mode=threaded>

(٥٦) نشاط الإدارة العامة راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.hrdiscussion.com/hr30646.html>

خام الله محمد علي، بحث حول الضبط الإداري، جامعة التكوين المتواصل بمركز ورقلة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ص ٤. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://irbd.hooxs.com/t20320-topic>

(٥٧) زانا جلال، حدود سلطات الضبط الإداري، راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.barasy.com/pages-187.html>

والمستلزمات الطبية وما في حكمها^(٥٨) كما نص في المادة (٤٦) منه أنه: "لوزير بناءً على عرض الهيئة أن يصدر قراراً بحظر دخول أو تداول أي مادة أو مستحضر صيدلاني يرى في تداوله إضراراً بالصحة العامة".

ومن أمثلة الضبط التشريعي كما هو واضح من نص المادة (٩/د)^(٥٩) من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٢م في اليمن بشأن التجارة الخارجية على أن: "لوزير بعد موافقة مجلس الوزراء أن يصدر قرارات وزارية بمنع استيراد بعض السلع لمدة محددة أو تحديد الكمية أو القيمة المسموح باستيرادها أو تقييدها ببعض الشروط، أو اتخاذ غيرها من الإجراءات لتحقيق الأهداف التالية لتنفيذ القوانين والأنظمة والسياسات المتعلقة بالأمن والصحة والأخلاق العامة، وكذلك تطبيق القواعد والأنظمة التي يحددها الوزير والمتعلقة بمراقبة استيراد السلع وتصنيفها والتأكد من أسعارها وتحديد شروط استيرادها وبيعها لتأمين المصلحة العامة".

فإذا كان الضبط الإداري يتفق ويختلف مع الضبط التشريعي في بعض المسائل كما رأينا فإنه أيضاً يختلف ويتفق مع الضبط القضائي أيضاً، فبالنسبة لأوجه الاختلاف حيث يكون في الحالة الأولى (الضبط الإداري) إجراءً وقائياً مانعاً من وقوع الجريمة أو المخالفة التي يعاقب عليها القانون أو لم يكن كذلك، وفي الثانية (الضبط القضائي) يكون إجراءً علاجياً أو قمعياً لاحقاً على وقوع المخالفة الإدارية العامة، أو الجريمة.

كما يظهر الاختلاف في المنازعات القضائية الناشئة عن كل منهما، ففي الحالة الأولى، القضاء الإداري هو المختص بها، أما في الثانية، فإن القضاء العادي هو المختص بها.

أما بالنسبة لأهم صور الاتفاق بينهما فيتمثل في الأشخاص القائمين بالضبط الإداري، فقد يكونون - في بعض الأحيان - هم أنفسهم القائمون بأعمال الضبط القضائي أيضاً.

وإذا كان الوزير لا يعد من هيئات الضبط القضائي بل من هيئات الضبط الإداري فقد نصت المادة (٣٤) من قرار وزير السياحة رقم (٣٨) لسنة ٢٠٠٦م في

(٥٨) الجريدة الرسمية العدد الرابع والعشرون (الجزء الأول) الصادر بتاريخ ١٩/ ذو القعدة/ ١٤٢٥هـ الموافق ٣١/ ديسمبر/ ٢٠٠٤م.

(٥٩) تم إلغاء المادة (٩) بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٦م بشأن التجارة الخارجية.

اليمن بشأن اللائحة المنظمة لأعمال المنشآت الفندقية السياحية على أنه: "يجوز للوزير بقرار مسبب إلغاء الترخيص باستغلال وإدارة أي منشأة فندقية أو سياحية إذا ثبت مخالفتها لأحكام القانون أو لقواعد الآداب العامة أو إتيان أعمال ضارة بسمعة البلاد، أو يكون من شأنها المساس بأمنها واستقرارها، ولصاحب المنشأة حق اللجوء إلى القضاء".

رغم أن الإجراء الذي يتخذه الوزير وفقاً للمادة (٣٨) السالفة ذكرها هو إجراء لاحق لا إجراء وقائي، وبهذا يتفق الضبط الإداري في هذه الحالة مع الضبط القضائي، إلا أن الغريب أن الوزير ليس من سلطات الضبط القضائي فضلاً عن الإجراء (إلغاء الترخيص) من سلطات الضبط الإداري لا من سلطات الضبط القضائي كالاستيقاف مثلاً والتفتيش، وبهذا نكون أمام خلط واضح بين ما ذكر.

إلا أن الحقيقة التي يبتغيها المشرع اليمني في ما سبق هو الترابط بين الجزاءات الإدارية العامة والضبط الإداري، حيث يتخذ - المشرع اليمني أحياناً - الجزاءات الإدارية العامة في صورة ضبط إداري، والعلة في ذلك إما لصلتها بالنظام العام أو أحد مدلولاته وبهذا تتفق مع الضبط الإداري هذا من ناحية، وإنزال أو توقيع الجزاءات الإدارية العامة نتيجة لمخالفة أحكام القانون من ناحية أخرى، وهذا واضح من خلال نص المادة (٣٨) المذكورة.

رغم الاختلاف بين الجزاءات الإدارية العامة والضبط الإداري؛ فقد تتفق الأولى مع الثانية في كون الأولى لها طبيعة وقائية في الحالات التي قد يقتضي المشرع ذلك كما هو الحال في الحد من الجرائم الاقتصادية، حيث تساعد بشكل فعال على الحد من الأضرار التي يسببها الأشخاص الطبيعية والمعنوية^(٦٠).

كما تتخذ الجزاءات الإدارية أيضاً كإجراء له صفة الضبط الإداري عندما تهدف هذه الجزاءات إما لمواجهة احتمال ارتكاب جريمة اقتصادية أو الاستمرار فيها، كإغلاق مصنع أو محل غير مستوف للشروط القانونية، أو منع شخص من مزاولة مهنة إذا كان هناك احتمال إقدامه على ارتكاب جريمة، وإما إلى معالجة وضع لا يتفق مع السياسة الاقتصادية للدولة، وتبرر الجزاءات الإدارية بأن بعض أوجه النشاط الاقتصادي يحتاج لسرعة وحسم في مواجهة ما قد يؤدي إليه من إضرار بالمصالح

(٦٠) رامي يوسف محمد ناصر، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، نابلس - فلسطين، ٢٠١٠م، ص ٤٦.

الاقتصادية للمجتمع، ومن البديهي أن تخضع هذه الجزاءات لرقابة القضاء للحيلولة دون اتخاذها وسيلة للكيد والمساس بحقوق الغير والإضرار به دون مبرر^(٦١).

١ - تمييز الجزاءات الإدارية العامة عن الجزاءات الجنائية

من خلال توضيح الطبيعة الموضوعية للجزاءات الإدارية العامة - كما سبق بيانه - يتضح أن كلاً من الجزاء الإداري والجزاء الجنائي يتفقان في الطبيعة العقابية، فضلاً عن أن كلاً منهما يوقع نتيجة مخالفة أحكام القانون أو اللائحة مع الاختلاف في صفة القانون، ففي الأول تكون المخالفة لأحكام القانون الإداري. وأحياناً القوانين المالية والتشريع الضريبي. وفي الثاني تكون المخالفة لأحكام قانون العقوبات، وتكون طبيعة المخالفة بالنسبة للمخالفين صفة العمومية دون أن تحدد أن يكون ذلك مقصوراً على الموظفين كما في الجزاءات التأديبية أو على المتعاقدين مع الإدارية كما في الجزاءات التعاقدية.

كما أوضح القضاء في الكويت بأن تصرف الإدارة أو عملها لا يندرج في مفهوم الخصومة التي ترتبط سلامة تنظيمها - في المجال الدستوري - باستيفائها ما يلزم توافره في الخصومة القضائية بصفة عامة من ضمانات أساسية يقرها الدستور^(٦٢).

رغم التشابه الكبير بين الجزاء الإداري والجزاء الجنائي إلا أن هناك فروقاً بينهما، فأول هذه الفروق من حيث السلطة المختصة بتوقيع العقوبة، ففي الأول الإدارة تكون هي المختصة بتوقيعه، وفي الثاني القضاء يكون هو المختص بتوقيعه وفقاً لمبدأ قضائية العقوبة^(٦٣).

ونتيجة لذلك، ليست الإدارة مطالبة بإثبات المخالفة وفقاً للمعايير الجنائية وليست مقيدة بإجراءات المحكمة الجنائية، وهذا يوفر آلية بديلة للتطبيق يمكن أن تكون أكثر فعالية من حيث التكلفة، في الوقت المناسب والعمل^(٦٤). وهذا الوضع لا يتوقع حدوثه في العقوبات الجنائية التي تتطلب إجراءات لإثبات المخالفة أو الجريمة، فضلاً عن تدخل النيابة العامة لمباشرة الدعوى فيها.

(٦١) الجرائم البنكية. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

http://crimestoryanalyst.blogspot.com/2011/03/blog-post_8407.html

(٦٢) قضية رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦ دستوري، جلسة رقم ٢٧/٥/٢٠٠٧، منشور في الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، العدد (٨٢١)، السنة (٥٣).

(٦٣) P. Cacaud, M. Kuruc, M. Spreij, op.cit. pp. 1-2.

Ibid.

(٦٤)

ومن أهم صور الاختلاف أيضاً المصلحة المحمية، حيث يسعى المشرع من وراء تجريم الأفعال الجنائية وتوقيع العقوبة الجنائية إلى تحقيق العدالة الاجتماعية وصيانة أمن المجتمع، والمحافظة على مصلحة الجماعة وصيانة قيمها الأخلاقية^(٦٥). في حين الجزاء الإداري العام يحمي مصالح إدارية لا شأن لها بالقيم والأخلاق^(٦٦).

٢ - تمييز الجزاءات الإدارية العامة عن الجزاءات المدنية

تعرف العقوبة المدنية بأنها العقوبة التي تفرضها المحاكم بتطبيق الإجراءات المدنية عليها. ومن المفهوم على نطاق واسع أن العقوبات الإدارية هي العقوبات المفروضة من قبل الإدارة دون التدخل من قبل المحكمة أو هيئة التحكيم^(٦٧).

من أوجه الاختلاف بين الجزاء الإداري والجزاء المدني هو أن الجزاء المدني يترتب على مخالفة قاعدة من قواعد القانون الخاص، أما الجزاء الإداري فيترتب على مخالفة أحكام القانون الإداري، قد يكون الجزاء المدني في صورة تعويض على أساس المسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، بينما الجزاء الإداري يكون في صورة عقاب أو جزاء يستند إلى ما تتمتع به الإدارة العامة من امتيازات السلطة العامة على غرار تنفيذها للقوانين.

ومن حيث المسؤولية فصاحب الحق في المسؤولية المدنية هو المتضرر، وهو الذي يملك حق رفع الدعوى بها، كما يملك التنازل أو التصالح عليه، وإذا مات المتضرر جاز مطالبة ورثته بالتعويض، أما في المسؤولية الجنائية - والإدارية أيضاً - فالجزاء هو الردع عن طريق توقيع عقوبة، والعقوبة شخصية والذي يملك المطالبة بتوقيع العقوبة هو النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع، ولا تملك النيابة العامة الصلح أو التنازل في المسؤولية الجنائية لأنها حق للمجتمع^(٦٨).

(٦٥) ماهية الجريمة وتأصيلها الشرعي والقانوني (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي: <http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?Action=Display&ID=43025&Type=3>

مشروعية العقوبة وغايتها في الفقه الجنائي الوضعي (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي: <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=6872>

(٦٦) د. عزيزة الشريف، دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٢٠٩.

(٦٧) J. Dara Lynott B.E., MSc, PE, C.Eng., FIEI and Ray Cullinane B.AgrSc., MA, Dip. EIA (Mmgmt), Administrative Sanctions, p. 1. <http://documents.jdsupra.-com/7e1e27ce-2308-4b66-bfe6-f7d462fb2cb5.pdf>

(٦٨) الفرق بين الجزاء الجنائي والجزاء المدني. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي: <http://vb.bip.gov.sa/archive/index.php?t-1195.html>

ومن أوجه الاختلاف بينهما هو أن الجزاء الجنائي - والإداري أيضاً - يهدف إلى تحقيق آثار مستقبلية، بخلاف الجزاء المدني الذي يهدف إلى إصلاح آثار الماضي^(٦٩).

(٦٩) د. علي حسن خلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، ص ٤٠٦.

المطلب الثاني

صور الجزاءات الإدارية العامة

تعد الجزاءات الإدارية العامة في كثير من نظم البلدان المختلفة من أهم الوسائل العقابية للحد من كثير من المخالفات، كالولايات المتحدة حيث يتم تخويل الهيئات الإدارية فيها فرض العقوبات الإدارية من أجل تنفيذ القوانين واللوائح الإدارية ضد المخالفين لها، كما يتبع الأسلوب المذكور في كثير من القطاعات أهمها قطاع صيد الأسماك، وكذلك القطاعات الاقتصادية الأخرى الخاضعة لإدارة السلطات الاتحادية، كما يرخّص لإدارة المخدرات الاتحادية بفرض عقوبات إدارية في إطار قوانين الغذاء والدواء ومستحضرات التجميل^(٧٠).

وفي بروكسل تستخدم مثل هذه الجزاءات للحد من بعض المخالفات مثل ارتداء البرقع، والبصق، والتبول في الأماكن العامة، وتسكع المشردين بلا مأوى في الأماكن العامة، والتسول وتشغيل الموسيقى في وسائل النقل العامة^(٧١)، كذلك تم تطبيق العقوبات الإدارية ضد القوافل أو التجمعات المتمركزة في المواقع التي لا تخصص لهذا الغرض، باستثناء الحاصلين على رخصة بذلك^(٧٢). كل ذلك يعد من المخالفات التي يعاقب عليها في لوائح الشرطة بحيث يجوز تغريم مرتكبها كعقوبات إدارية ضدهم^(٧٣).

ومن أهم صور العقوبات الإدارية هذه عقوبة الغرامة الإدارية؛ وهذا ما نظّمته لائحة الضريبة على النظافة العامة من فرض غرامة مالية مقدارها ٢٨٠ يورو على مخالفة الكتابة على الجدران ووضع العلامات عليها. بالإضافة إلى ذلك، التبول في الطريق العام^(٧٤).

وفضلاً عن عقوبة الغرامة الإدارية فقد التجأ المشرع في بروكسل إلى أسلوب الإنذارات^(٧٥) ناهيك عن بعض العقوبات الأخرى التي تستخدمها البلديات فيها كسحب التصريح أو الترخيص أو تعليقه، وإغلاق المؤسسة مؤقتاً أو نهائياً^(٧٦).

P. Cacaud, M. Kuruc, M. Spreij, op.cit. p. 3. (٧٠)

Karen Meerschaut, Paul De Hert, Serge Gutwirth and Ann Vander Steene, op.cit. p. 3. (٧١)

Ibid, p. 5. (٧٢)

Ibid, p. 3. (٧٣)

Ibid, p. 4. (٧٤)

Ibid, p. 10. (٧٥)

Ibid, 10. (٧٦)

كما قد تستخدم العقوبات الإدارية في صور أخرى؛ كتقديم تعهد أو ضمانات قابلة للتنفيذ كبديل عن المحاكمة الجنائية، أو تقديم خدمة للمجتمع كما هو معمول به في بريطانيا^(٧٧) وهذا ما يطلق عليه التسوية أو الوساطة التي أدخلت عام ٢٠٠٤م في سياق التشريعات الإدارية في بروكسل، والتي اعتبرت كصورة عقوبة إلزامية للأشخاص القاصرين واختيارية للبالغين منهم^(٧٨).

كما يتم في بعض البلدان بأن تستبدل عقوبة الغرامة المالية عنها بالوساطة، والتي تتمثل في قيام المخالف بأداء خدمة معينة للمجتمع كما هو حاصل في مدينة سينت جيليس التي دخلت حيز التنفيذ في ١ كانون الثاني ٢٠٠٦، حيث تبقى عقوبة الغرامة الإدارية (المالية) قائمة فيما لو لم يقوم المخالف بالخدمة التي كلف بها في وقت معلوم تحدده الإدارة والقيام به بأسلوب ناجح^(٧٩).

ومن صور العقوبات البديلة عن عقوبة الغرامة الإدارية؛ المساعدة في جمع القمامة خلال يوم واحد، مع مشاهدة فيلم تثقيفي من ٣٠ دقيقة حول النظافة، والحضور (مجاناً) لدورة في اللغة الفرنسية^(٨٠).

وبناء على ما سبق سوف نقسم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الجزاءات الإدارية المالية.

الفرع الثاني: الجزاءات الإدارية غير المالية.

الفرع الأول

الجزاءات الإدارية المالية (الغرامة الإدارية)

لقد اعتبرت الغرامة الإدارية في كثير من نظم البلدان المختلفة كبروكسل الأسلوب الأنجح لمكافحة بعض المخالفات المتعلقة بسلوك النظام العام أو الإخلال به، التي غالباً ما تكون هذه الأخيرة حسب تصنيفها على غرار عدم تدوينها في السجلات

J. Dara Lynott B.E., MSc, PE, C.Eng., FIEI and Ray Cullinane BAgSc., MA, (٧٧) Dip. EIA (Mmg), op.cit. pp. 3-4.

Karen Meerschaut, Paul De Hert, Serge Gutwirth and Ann Vander Steene, op.- (٧٨) cit. p. 8.

Karen Meerschaut, Paul De Hert, Serge Gutwirth and Ann Vander Steene, op.- (٧٩) cit. p. 9.

Ibid, p. 9. (٨٠)

الجنائية بأنها من الجرائم الصغيرة، والتي لا يتم ملاحقتها قضائياً من قبل الجهات المختصة قضائياً بذلك^(٨١).

وفي بروكسل حيث وسع القانون الصادر في ١٣ مايو ١٩٩٩ بشأن تنفيذ العقوبات الإدارية المحلية من خلال منح السلطات المحلية خيار فرض عقوبة الغرامة الإدارية نتيجة انتهاك السلوك نتيجة الإخلال بالنظام العام، فضلاً عن تخفيف العبء على المحاكم الجنائية^(٨٢).

كما تستخدم عقوبة الغرامة الإدارية في إيرلندا عن المخالفات الصحية البسيطة وإلقاء القمامة أو انتهاكات القيادة، كما يتم إنزالها على المزارعين لعدم امتثالهم لمدونة قواعد الممارسة الزراعية الجيدة في ظل الأنظمة الزراعية المقررة من قبل الاتحاد الأوروبي^(٨٣).

فالغرامة إذا هي ما تأخذه الدولة من الأفراد عقوبة لهم بسبب ارتكاب أمر محرم ليس فيه عقوبة مقررة شرعاً، أو لمخالفة القوانين واللوائح المعمول بها داخل الدولة، أو مخالفة النظام العام أو العرف السائد، وقد تكون الغرامة نقدية أو عينية^(٨٤).

وقد عرفها المشرع اليمني في المادة (١) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٠٩) لسنة ٢٠٠٣م بشأن لائحة تنظيم الرقابة والتفتيش البحري والمخالفات والغرامات على قوارب الاصطياد الصناعي على أن الغرامات "هي المبالغ المالية التي يتم تحصيلها على قوارب الاصطياد نتيجة ارتكابها للمخالفات".

وقد نصت المادة (٩) من قرار وزير الثروة السمكية رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٨م بشأن لائحة تنظيم تصدير الأسماك والمنتجات البحرية على أن: "في حالة عدم استيفاء المصدر لشروط التصدير خلال ستين يوماً يتم دفع غرامة تحدد من الوزير وتورد إلى صندوق دعم نشاط الوزارة"^(٨٥).

وقد تكون الغرامة في صورة غرامة نسبية كما أوضحت ذلك المادة (١٤) من

(٨١) Ibid. p. 1.

(٨٢) Ibid, p 2.

(٨٣) J. Dara Lynott B.E., MSc, PE, C.Eng., FIEI and Ray Cullinane BAgSc., MA, Dip. EIA (Mmgt), op.cit. p. 4.

(٨٤) الغرامة المالية. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2011/06/

(٨٥) الجريدة الرسمية العدد السابع عشر الصادر بتاريخ ٢٤/جماد الأولى/١٤١٩هـ الموافق ١٥/سبتمبر/١٩٩٨م.

القرار الجمهوري بقانون رقم (٧) لسنة ١٩٩٠م بشأن الجوازات على أن: "يغرم كل من أئلف جواز سفره اليمني سواء حصل عليه بالمجان أو بمقابل بغرامة لا تتجاوز قيمة الجواز، وفي حالة فقدائه تضاعف الغرامة إلى ضعفي قيمة الجواز".

وقد تكون الغرامة في صورة حدي أدنى وأقصى وهذا ما أوضحتها المواد من (٢-١١) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة مخالفات النظافة العامة وصحة البيئة والعقوبات عليها، وغيره من التشريعات الأخرى^(٨٦). كما أكد المشرع الكويتي على ذلك في كثير من النصوص

(٨٦) المادة (١) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة مخالفات التخطيط والبناء بالمدن الرئيسية والثانوية والعقوبات المقررة عليها والتي تنص على أن: "يعمل بأحكام لائحة مخالفات التخطيط وأعمال البناء في المدن الرئيسية والثانوية والعقوبة عليها (المرافقة لهذا القرار). لائحة مخالفات التخطيط وأعمال البناء في المدن الرئيسية والثانوية والعقوبة المقررة عليها.

- ١- أعمال البناء أو الشروع فيه دون الحصول على ترخيص مسبق. غرامة لا تقل عن (٢٠٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إزالة المخالفة على نفقة المخالف في حالة عدم إمكانية منحه الترخيص لمخالفته للتخطيط. ٢- إضافة دور علوي أو ما علاه أو توسيع أو تعديل البناء القائم دون الحصول على ترخيص مسبق له. غرامة لا تقل عن (١٠٠٠) ريال ولا تزيد عن (٢٥٠٠) ريال مع إزالة المخالفة على نفقة المخالف في حالة عدم إمكانية منحه الترخيص. ٦- مخالفة التعليمات المرفقة بترخيص البناء كلها أو بعضها أو مخالفة شروط منح الترخيص كلها أو بعضها. غرامة لا تقل عن (٢٠٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إعادة الحالة إلى ما كانت عليه على نفقة المخالف طبقاً للتعليمات والشروط ٧- مخالفة خطوط التنظيم المحدودة أو تجاوز الإسقاطات المعينة في مخططات وحدات الجوار أو الرسوم التخطيطية والمرفقة بترخيص البناء. غرامة لا تقل عن (٢٥٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إزالة المخالفة على نفقة المخالف وإضافة الرسوم المقررة قانوناً.
- ١٠- إقامة البناء في الأراضي المخصصة للخدمات والمرافق العامة بما في ذلك حرمي الموانئ والمطارات وبحسب ما تحدده المخططات العامة. غرامة لا تقل عن (٢٥٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إزالة المخالفة على نفقة المخالف. ١١- إقامة البناء في مساحة أكبر من المساحة المصرح بها في ترخيص البناء. غرامة لا تقل عن (٢٥٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إزالة المخالفة على نفقة المخالف في حالة عدم إمكانية منحه الترخيص ورفع الرسوم القانونية في حالة سلامة الموقع على المخطط. ١٢- تغيير نوع البناء أو الشروع في ذلك خلافاً لما هو مصرح به في الترخيص الممنوح الذي يحدد فيه نوع البناء (سكني أو تجاري... إلخ. وخلافاً للمخطط العام الذي يحدد الاستعمالات المختلفة للمناطق من سكنية وتجارية وصناعية وإدارية... إلخ. غرامة لا تقل عن (٢٠٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إلزامه بإعادة الوضع إلى ما كان عليه بموجب الترخيص وفي حالة عدم الالتزام تزال المخالفة على نفقة المخالف. ١٣- تسوير الأرض أو العقار بدون ترخيص في =

التشريع^(٨٧).

وقد يكتفي المشرع اليمني بتحديد أقصى للغرامة الإدارية فقط كما أوضحته المادة (٣١) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٣٣) لسنة ٢٠٠٤م بشأن لائحة

= المناطق غير المخططة غرامة لا تقل عن (١٠٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إزالة المخالفة على نفقة المخالف. ١٤ - البناء على أرض غير مخططة وبدون ترخيص. غرامة لا تقل عن (٢٠٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إزالة المخالفة على نفقة المخالف. ١٦ - إقامة البناء على مجاري السيول أو على أرض رخوة أو في المناطق التي تحظر البناء عليها المخططات. غرامة لا تقل عن (٢٠٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إزالة المخالفة على نفقة المخالف وتحمله الأضرار الناجمة عن ذلك. ١٧ - إلحاق الأضرار بالشارع أو الرصيف أو إتلاف كابلات الإنارة وأعمدة الإنارة أو الخدمات الأخرى. غرامة لا تقل عن (٢٠٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال مع إعادة الحالة إلى ما كانت عليه على نفقة المخالف مع مراعاة أي عقوبة ينص عليها قانون آخر. ٢٨ - عدم الالتزام بالشروط الخاصة باستخدام الخرسانة الجاهزة في الشوارع التي يحددها المكتب المختص. غرامة لا تقل عن (٢٠٠٠) ريال ولا تزيد عن (٣٠٠٠) ريال وتكرر الغرامة بتكرار المخالفة مع رفع المواد والمخلفات على نفقة المخالف.

(٨٧) حيث تنص المادة (٩) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧ في شأن الباعة المتجولين على أنه: (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد تنص عليها القوانين واللوائح الأخرى يعاقب كل من يخالف أحكام المادتين ٥ و ٦ بغرامة لا تقل عن خمسة دنانير ولا تزيد على خمسين ديناراً. كما يعاقب كل من يخالف أحكام المواد ٢ و ٧ و ٨ بغرامة لا تقل عن خمسة دنانير ولا تزيد على مائة دينار ويجب الحكم بسحب الترخيص نهائياً في حالة مخالفة البند (أ) من المادة (٧)، ويجوز الحكم بمصادرة البضاعة المضبوطة أو بسحب الترخيص لمدة لا تزيد على شهر في الأحوال الأخرى.

كما نصت المادة (١١) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧م في شأن المحلات العامة والمقلفة للراحة والمضرة بالصحة على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب كل من خالف أحكام المواد ٢ و ٤ و ٥ (فقرة أولى) و ٦ و ٧ و ٨ (فقرة أولى) و ١٠ من هذا المرسوم بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مائتي دينار، ويجوز.....). كما نصت المادة (١٢) منه على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب كل من خالف أحكام المواد ٣ و ٨ (فقرة ثانية وثالثة) و ٩ من هذا المرسوم بغرامة لا تقل عن عشرة دنانير ولا تزيد على خمسين ديناراً).

كذلك نصت المادة (٢١) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧ في شأن بيع الأغذية وتخزينها والمحلات الخاصة بها على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب كل من خالف أحكام المواد ٣ و ٥ و ٦ (فقرة أولى) و ٧ و ٨ (فقرة أولى) و ٩ و ١٠ و ١١ (فقرة أولى) و ١٢ و ١٣ و ١٤ و ١٦ من هذا المرسوم بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مائتي دينار مع مصادرة المواد المضبوطة، ويجوز فضلاً عن ذلك الحكم بالغلق لمدة لا تزيد على ستة أشهر).

تنظيم صناعة و تجارة الأدوية والمستلزمات الطبية وما في حكمها^(٨٨).

كما سارت الفقرتان (٤،٥) منه على نفس النهج الذي انتهجته الفقرة (٢) المذكورة سابقاً^(٨٩).

وأحياناً أخرى اكتفى المشرع اليمني بالحد الأدنى للغرامة كما في الغرامات النسبية للمخالفات المالية والاقتصادية كما أوضحتها المادة (٣١) من القرار الجمهوري رقم (٤١) لسنة ٢٠١٠م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤م الصادرة بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م بقولها على أنه: "مع عدم الإخلال بما ورد في القوانين النافذة وبما لا يتعارض مع نص المادة (٤)^(٩٠) من هذه اللائحة يراعى تطبيق عقوبة الغرامة بحددها الأدنى عند قيام المخالف بتسليمها فوراً أثناء ارتكاب المخالفة أو خلال المدة المحددة قانوناً."

وقد قرر المشرع اليمني العقوبة في صورة غرامة مع إزالة سبب المخالفة على نفقة المخالف، كما ورد في المادة (٦) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٠٤) لسنة ٢٠٠١م بشأن لائحة ضوابط البناء في المدن التاريخية^(٩١) أنه: "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في القوانين النافذة يعاقب كل من خالف أحكام هذه اللائحة بالعقوبات التالية:

غرامه مالية لا تزيد عن (١٠) ألف ريال مع إزالة المخالفة، كل من خالف حكم الفقرة (أ) من المادة (٣) من هذه اللائحة.

(٨٨) في البند ثانياً (مخالفات البيع والتوزيع) في الفقرة (٢) منه تنص على أن: "عدم وجود اللوحة المرخصة على واجهة المؤسسة الصيدلانية يعاقب بغرامة لا تزيد عن عشرة آلاف ريال مع منحه مهلة لا تزيد عن ثلاثين يوم لتسوية محل المخالفة". (راجع الجريدة الرسمية العدد الرابع والعشرون (الجزء الأول) مرجع سابق).

(٨٩) نصت الفقرة (٤) منه على أن: "نقل الأدوية والمستلزمات الطبية بوسائل نقل غير ملائمة وتحت ظروف غير مناسبة يعاقب بغرامة لا تزيد عن عشرة آلاف ريال وفي حالة التكرار تضاعف الغرامة". ونصت الفقرة (٥) على أن: "عدم وجود السجلات الخاصة بالحركة التجارية للأدوية والمستلزمات الطبية يعاقب بغرامة عشرة آلاف ريال مع منحه مهلة لمدة شهر لتسوية محل المخالفة وفي حالة التكرار تضاعف العقوبة".

(٩٠) تنص المادة (٤) من القرار المذكور على أن: "تحدد المخالفات من الجهات الحكومية المختصة والعقوبات التي توقع على مرتكبي المخالفات التي حددها القانون بناءً على عرض الوزير المختص بعد أخذ رأي وزارة العدل وتصدر بقرار من مجلس الوزراء".

(٩١) الجريدة الرسمية العدد الرابع عشر الصادر بتاريخ ١٠/جماد أول/١٤٢٢هـ الموافق ٣١/يوليو/٢٠٠١م.

غرامة مالية قدرها (١٠) ألف ريال مع إزالة المخالفة وإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المخالفة، كل من خالف أي حكم من الأحكام الواردة في المادة (٥) من هذه اللائحة وتتعدد العقوبات بتعدد المخالفات."

كما يترتب على تكرار المخالفة بعد وقوع عقوبة الغرامة على المخالف، عقوبة أشد من عقوبة الغرامة قد تتمثل في صورة الغلق الإداري^(٩٢) أو سحب الترخيص أو إلغائه.

فبالنسبة لسحب الترخيص فقد أكد المشرع الكويتي على ذلك في المادة (١١) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧م في شأن المحلات العامة والمقلقة للراحة والمضرة بالصحة على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب كل من خالف أحكام المواد ٢ و ٤ و ٥ (فقرة أولى) و ٦ و ٧ و ٨ (فقرة أولى) و ١٠ من هذا المرسوم بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مائتي دينار، ويجوز أن يضاف إليها بحسب الأحوال سحب الترخيص أو الغلق النهائي أو الغلق المؤقت الذي لا تزيد مدته على ستة أشهر أو تصحيح الأعمال المخالفة، ويجب الحكم بالغلق النهائي عند مخالفة أحكام المادة ٢ (فقرة أولى).

أما بالنسبة لإلغاء الترخيص فقد أكد المشرع الكويتي على ذلك في المادة (١٣) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧م في شأن المذابح، على أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب كل من خالف أحكام المواد ١ و ٢ و ٣ و ٦ و ١١ (فقرة أولى) و ١٢ بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على مائتين وخمسة وعشرين ديناراً مع مصادرة اللحوم المضبوطة.

ويجوز الحكم بغلق المحل لمدة لا تزيد على شهر، وتضاعف هذه المدة إذا تكرر وقوع الفعل ذاته خلال ستة أشهر من تاريخ الحكم النهائي، ويحكم بإلغاء الترخيص وغلق المحل نهائياً عند وقوع الفعل ذاته للمرة الثالثة بعد الحكم عليه مرتين حكماً نهائياً.

(٩٢) كما ورد في الفقرة (٧) من البند ثانياً (مخالفات البيع والتوزيع) من المادة (٣١) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٣٣) لسنة ٢٠٠٤م بشأن لائحة تنظيم صناعة و تجارة الأدوية والمستلزمات الطبية وما في حكمها بقولها أن: "من منع المفتش أو اللجان من أداء مهامهم يعاقب بغرامة لا تزيد عن عشرة آلاف ريال وفي حالة تكرار المنع تغلق المؤسسة الصيدلانية". أيضاً نصت الفقرة (١٠) منه المتعلقة ببيع الأدوية من قبل مستوردي أو موزعي الجملة للجمهور مباشرة يعاقب بغرامة عشرة آلاف ريال، وفي حالة التكرار تغلق المؤسسة الصيدلانية (راجع) الجريدة الرسمية العدد الرابع والعشرون (الجزء الأول)، مرجع سابق.

ويجوز الحكم فضلاً عن ذلك بإزالة أو تصحيح أو استكمال الأعمال المخالفة على حسب الأحوال^(٩٣).

يتضح مما سبق أن الغرامة الإدارية تختلف في طبيعتها حال تنفيذها عن كل من الغرامة الجزائية والغرامة الجمركية.

فالغرامة الجنائية عرفتها المادة (٤٣) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م والمعدل بموجب القرار الجمهوري رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥م بشأن الجرائم والعقوبات بأنها: "إلزام المحكوم عليه بأن يدفع لخزينة الدولة المبالغ التي تقدرها المحكمة في الحكم ولا تنقص الغرامة عن مائة ريال ولا تجاوز سبعين ألف ريال مالم ينص القانون على خلاف ذلك".

والتي يمكن تنفيذها كما أوضحت ذلك المادة (٥٢٣) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية على أن: "يجوز تنفيذ الإكراه البدني على المحكوم عليه في جريمة لتحصيل المبالغ المقضي بها للدولة، ويكون هذا الإكراه بالحبس باعتبار يوم واحد عن كل مائة ريال على ألا تزيد مدته على ستة أشهر".

وبالإضافة إلى ذلك يوجد نوع آخر من الغرامات يسمى الغرامة المختلطة وهو الذي تختلط فيه فكرة العقاب مع فكرة التعويض، ويبدو ذلك في الغرامة النسبية، والغرامة الضريبية، وغرامة المصادرة.

فالغرامة النسبية^(٩٤) هي: الغرامة التي لا يحددها القانون بكيفية ثابتة بل يجعلها نسبية تتماشى مع الضرر الناتج من الجريمة أو الفائدة التي حققها الجاني أو حاول تحقيقها.

(٩٣) نص المشرع الكويتي في المادة (٢٨) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٩م في شأن تنظيم أعمال البناء على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقرها قانون الجزاء أو أي قانون آخر، يعاقب كل من يخالف أحكام المواد ١١ (فقرة ثانية) و ١٢ (فقرة ثالثة) و ١٣ و ١٥ (فقرة ثالثة) و ١٦ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢ (فقرة أولى) و ٢٣ بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تجاوز مائة وخمسين دينار، ويجوز الحكم فضلاً عن ذلك بإزالة أو تصحيح أو استكمال الأعمال المخالفة على حسب الأحوال).

(٩٤) ومن قبيل الغرامة النسبية التي نظمها المشرع اليمني ما قضت به المادة (٧) من القرار الجمهوري رقم (٤١) لسنة ٢٠١٠م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م على أن: "لا يمس الحكم بالعقوبات المنصوص عليها في المادة (١١) من هذه اللائحة ما يكون واجباً للأشخاص من الرد والتعويض، وذلك بما لا يخالف أحكام القوانين النافذة".

وتتميز الغرامة النسبية عن الغرامة العادية فيما لو تعدد المتهمون بالجريمة المستوجبة للغرامة النسبية فاعلين كانوا أو شركاء، فلا يحكم عليهم جميعاً إلا بغرامة واحدة تقاس بضرر الجريمة أو بفائدتها (أي وفقاً لضابط التناسب الذي حدده النص الخاص بهذه الجريمة) ويلتزمون بها متضامنين، ولكن يجوز للقاضي إعفاؤهم من هذا التضامن^(٩٥).

أما الغرامات العادية فهي ذات طابع شخصي تتعدد بتعدد المحكوم عليهم ولا تضامن بينهم في أدائها^(٩٦)..

ويقصد بالتضامن أنه إذا حكم على أكثر من شخص في جريمة واحدة هي عقوبة الغرامة فللدولة اقتضاء مبالغ الغرامات المحكوم بها عليهم جميعاً من شخص واحد فقط، ويكون لهذا الأخير أن يرجع على شركائه المتضامين معه كل بما أداه عنه من غرامة^(٩٧).

= حيث تنص المادة (٢/١١) المذكورة على أن: "العقوبات التي يمكن توقيعها على المخالف هي الغرامة النسبية في المخالفات المالية والاقتصادية".

وقد ينص القانون على حد أدنى للغرامة النسبية كما حددته المادة (٣١) من القرار الجمهوري رقم (٤١) لسنة ٢٠١٠م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م.

وبالعودة للطابع التعويضي للغرامة الجمركية فقد أوضحته المادة (٢٤١) من القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م بشأن الجمارك على أن: "تعتبر الغرامات الجمركية والمصادرات المنصوص عليها في هذا القانون تعويضاً مدنياً لمصلحة الجمارك ولا تشملها أحكام قوانين العفو".

كما نصت المادة (٢٤٢) منه على أن: "عند تعدد المخالفات تتوجب الغرامات عن كل مخالفة على حدة ويكتفى بالغرامة الأشد إذا كانت المخالفات مرتبطة بعضها ببعض بشكل لا يحتمل التجزئة".

(٩٥) الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://vb.bip.gov.sa/showthread.php?t=8310&page=5>

(٩٦) وهذا ما بينه المشرع الكويتي في المادة (٢٢) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧ في شأن بيع الأغذية وتخزينها والمحلات الخاصة بها على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب كل من خالف أحكام المواد ٦ (فقرة ثانية) و ١١ (فقرة ثانية) و ١٧ و ١٨ (فقرة ثانية) بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين ديناراً ولا تزيد على مائة دينار، وتتعدد الغرامة بتعدد العمال في حالة مخالفة أحكام المادة ١٨ (فقرة ثانية)). كما نصت المادة (٢٣) منه على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب كل من خالف أحكام المواد ٨ (فقرة ثانية) و ١٨ (فقرة أولى) و ١٩ بغرامة لا تقل عن خمسة دنانير ولا تزيد على خمسة وعشرين ديناراً، وتتعدد الغرامة بتعدد العمال في حالة مخالفة أحكام المادة ١٩.

(٩٧) ماهية العقوبة وتقسيماتها. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
http://qanouni.blogspot.com/2010/09/blog-post_9051.html

أما بالنسبة للطابع التعويضي للغرامة الإدارية فقد أوضحته المادة (٢٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٣م بشأن حماية البيئة البحرية من التلوث على أن: "تتولى الهيئة تحصيل الغرامات المستحقة للدولة وأية مبالغ مستحقة للهيئة تعويضاً عن الأضرار والتكاليف طبقاً لهذا القانون".

الفرع الثاني الجزاءات الإدارية العامة غير المالية

قد تتخذ العقوبات الإدارية أشكالاً مختلفة، فيمكن أن تكون تحذيراً أو إخطاراً أو تعليقاً أو إلغاء ترخيص، أو فقدان حصة صيد الأسماك، أو عدم الأهلية المؤقتة للتقدم بطلب ترخيص، أو مصادرة المعدات، أو السفينة، أو عقوبة مالية، وإغلاق مرافق الصيد، وممارسة صلاحيات محدودة^(٩٨).

وبالنسبة للوضع في اليمن فصور الجزاءات الإدارية العامة فيها متعددة ومختلفة كالجزاءات المالية (الغرامة) والجزاءات غير المالية (سحب الترخيص أو إلغاؤه أو وقفه أو وقف النشاط أو الغلق... إلخ) ومن تلك الجزاءات ما ينصب على الشخص المعنوي كالغلق أو الشطب أو الحل، ومنها ما ينصب على الشخص الطبيعي كسحب الترخيص أو إلغاؤه أو وقفه أو وقف أو توقيف النشاط أو إزالة المخالفة على نفقة المخالف، فضلاً عن ذلك في بعض الأحيان إلزامه بالتعويض، كما تتعدد الجزاءات بتعدد المخالفات وفي حالة العودة تضاعف العقوبة، على أنه لا يجوز أن يتكرر الجزاء لذات الفعل الذي يشكل مخالفة لأحكام القوانين واللوائح، وقد يقر المشرع مبدأ تدرج العقوبات تصاعدياً من الأخف جزاء إلى الأشد جزاء.

ومن هذه الجزاءات ما تقدره الإدارة، كما رأينا ذلك عند حديثنا عن الغرامة الإدارية، ومنها ما تقدره المحكمة وفقاً لخطورة وجسامة المخالفة، والأمثلة على ذلك كثيرة مما يجعلنا نقتصر على البعض منها على سبيل الاستشهاد لا الحصر.

وفضلاً عن ما سبق بالنسبة لما تقدره الإدارة ما أورده المادة (٢٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة على أن: "وزارة التربية والتعليم هي الجهة الرسمية المسؤولة عن كافة مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة والمخولة بمنح تراخيص عمل هذه المؤسسات أو سحبها أو إيقافها، والمعنوية بالقيام بعمليات الإشراف الميداني للتأكد من أداء تلك

المؤسسات لأعمالها وأنشطتها بالصورة السليمة وفقاً لنصوص القانون، وتنفيذاً لذلك تمارس المهام والصلاحيات التالية: إلغاء تراخيص مزاولة أعمال مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة وإصدار التوجيهات بإيقافها عن العمل وإغلاقها وفقاً للقانون".

أما بالنسبة لما تقدره المحكمة كما نصت المادة (٢٥) من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم تداول مبيدات الآفات النباتية على أن: "١- تعدد العقوبة بتعدد المخالفة وفي حالة العودة تضاعف العقوبة المنصوص عليها في المادة (٢٤)^(٩٩)".

كما يجوز سحب الترخيص أو التصريح وحرمان المخالف من ممارسة أي نشاط أو عمل متعلق بالمبيدات أو إغلاق المحل نهائياً أو بصورة مؤقتة وفقاً لخطورة وجسامته المخالفة حسب ما تقدره المحكمة.

٢ - إذا كانت المبيدات المخالفة مما يعد استيرادها أو صنعها أو حيازتها أو

(٩٩) والتي تنص على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى، تطبق على المخالف لأحكام هذا القانون العقوبات التالية-

١- يحبس لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات أو بغرامة لا تقل عن مليون وثمانمائة ألف ريال كل من خالف حكماً من أحكام المادتين (١٤، ٢٧ / أ، ب) مع إلزامه بإعادة المبيد على نفقته إلى مصدره الذي جلب منه.

٢- يحبس لمدة لا تقل على سنتين ولا تزيد على أربع سنوات أو بغرامه لا تقل عن مليون ومائتين ألف ريال كل من خالف حكم الفقرة (د) من المادة (١٨) مع إلزامه بإعادة المبيد على نفقته إلى مصدره الذي جلب منه.

٣- يحبس لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سنتين وبغرامه لا تقل عن تسعمائة ألف ريال كل من خالف حكم المادة (٧).

٤- عقوبة الغرامة لا تقل عن ثلاثمائة ألف ريال على كل من خالف حكماً من أحكام المادتين (١٦، ١٧) والفقرات (أ، ب، ج) من المادة (١٨) مع إلزام المخالف للمادة (١٧) بإعادة المبيد على نفقته إلى مصدره الذي جلب منه.

٥- عقوبة الغرامة لا تقل عن مائة وخمسين ألف ريال على كل من خالف حكماً من أحكام المادة (١١) مع إغلاق المحل حتى يتم الحصول على ترخيص.

٦- عقوبة الغرامة لا تقل عن ثلاثمائة ألف ريال على كل من خالف حكماً من أحكام المادتين (١٩، ٢٠).

٧- عقوبة الغرامة لا تقل عن تسعين ألف ريال على كل من خالف حكماً من أحكام المادة (١٣) والفقرة (ج) من المادة (١٥) مع مصادرة الكمية محل المخالفة للفقرة (ج) من المادة (١٥).

٨- تطبق على الشخص الاعتباري عقوبة الغرامة النسبية بما يعادل قيمة كمية المبيدات محل المخالفة، وبما لا يقل عن مليون وخمسمائة ألف ريال أيهما أكبر إذا خالف حكماً من أحكام المواد (٧، ١٤، ١٨ / د، ٢٧ / أ، ب) وبغرامة لا تقل عن ستمائة ألف ريال فيما عدا ذلك.

بيعها أو عرضها للبيع أو استعمالها محظور في الجمهورية طبقاً لأحكام هذا القانون والتشريعات الأخرى، فإنه يجب إلزام المخالف بإعادة تلك المبيدات على نفقته إلى مصدرها الذي جلبت منه.

كما أكد المشرع الكويتي ذلك في المادة (٢١) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧م في شأن بيع الأغذية وتخزينها والمحلات الخاصة بها على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب كل من خالف أحكام المواد ٣ و ٥ و ٦ (فقرة أولى) و ٧ و ٨ (فقرة أولى) و ٩ و ١٠ و ١١ (فقرة أولى) و ١٢ و ١٣ و ١٤ و ١٦ من هذا المرسوم بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مائتي دينار مع مصادرة المواد المضبوطة، ويجوز فضلاً عن ذلك الحكم بالغلق لمدة لا تزيد على ستة أشهر).

وبناء على ما سبق سوف نقسم الدراسة لهذا الفرع من خلال ستة بنود على النحو التالي:

أولاً: الإنذار

من الملاحظ عند اطلاعنا على صور الجزاءات الإدارية في دولة الكويت الشقيقة؛ سواء على مستوى التشريعات التي نظمتها، أو على مستوى القرارات الإدارية التي صدرت كجزاء إداري ضد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، كثيرة ومتعددة، والتي كان أهمها جزاء الإنذار، والذي يأتي في صورة إذا لم يقم المخالف أياً كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً بإزالة المخالفة في الموعد المحدد والذي يكون غالباً خلال أسبوع من تاريخ إبلاغ المخالف بإزالة المخالفة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين^(١٠٠) وخلال خمسة عشر يوماً من تاريخه بالنسبة للأشخاص المعنوية^(١٠١) كما حددها - على سبيل الاستشهاد - قانون الصناعة رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٩م ولائحته التنفيذية.

(١٠٠) والتي قد يتجاوز عددها أكثر من (٥٦) قراراً إدارياً بتوقيع جزاء (الإنذار) لعام ٢٠١٢م، والتي صدرت عن وزير التجارة والصناعة ووزير الدولة لشئون الإسكان وأرقامها على التوالي (٢١٠، ٢٢٣ - ٢٧٩) لسنة ٢٠١٢م. (راجع) الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة دولة الكويت، ٢٠١٢م، العدد (١١١١)، السنة (٥٩).

(١٠١) والتي قد يتجاوز عددها أكثر من (٥٦) قراراً إدارياً بتوقيع جزاء (الإنذار) لعام ٢٠١٠م، والتي صدرت عن وزير التجارة والصناعة ووزير الدولة لشئون الإسكان وأرقامها على التوالي (٤٤٦ - ٤٥٦) لسنة ٢٠١٠م، (٤٧٧ - ٤٨٠) لسنة ٢٠١٠م. (راجع) الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة دولة الكويت، ٢٠١٠م، العدد (٩٧٦)، السنة (٥٦).

فأهم النصوص التشريعية التي أكدت على الإنذار كجزاء إداري، المادة (١٠) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧م بشأن المحلات العامة والمقلقة للراحة والمضرة بالصحة، والتي نصت على أن: (إذا ثبت للبلدية أن استمرار أحد المحلات العامة أو المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة يهدد بضرر للصحة أو ينطوي على إخلال السكينة، وجهت إنذاراً إلى صاحب الشأن بإزالة هذه الأسباب، ولا يجوز مواصلة تشغيل المحل قبل تنفيذ الأعمال المطلوبة، وذلك كله مع عدم الإخلال بأحكام المادة ٥).

كذلك نصت المادة (٣٩/٢) من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٦ في شأن إصدار قانون الصناعة على أنه: "يجوز للهيئة أن توقع أحد الجزاءات الإدارية التالية على المنشآت والحرف الصناعية إذا ارتكبت أي مخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية: ١-.....، ٢- الإنذار، ٣-.....".

أيضاً نصت المادة (١٧/١) القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٦ في شأن تنظيم مهنة الصيدلة وتداول الأدوية على أن تنشأ بوزارة الصحة لجنة برئاسة وكيل الوزارة أو من ينوب عنه وعضوية اثنين من الوكلاء المساعدين المعيّنين بشؤون الأدوية، ورئيس الجمعية الصيدلانية أو من ينوب عنه وعضو من الإدارة القانونية بالوزارة، تختص بالنظر في المخالفات التي تقع في غير ما ذكر في المادتين (١٤)، (١٥) من هذا القانون، ويجوز لها توقيع العقوبات الآتية: ١- الإنذار. ٢-.....، ٣-..... .

كما ورد جزاء الإنذار في المادة (١٢/٢) من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن مزاولة مهنة التمريض بالكويت على أن: (تختص اللجنة المنصوص عليها في المادة السادسة بالنظر فيما يرتكبه المصريح لهم بمزاولة مهنة التمريض من مخالفات لأحكام هذا القانون، فيما عدا الأحوال المنصوص عليها في المادة السابقة، ويجب إعلان المخالف للحضور أمام اللجنة وسماع أقواله بشأن ما نسب إليه، ولهذه اللجنة أن توقع العقوبات التأديبية الآتية ١- لفت نظر. ٢- الإنذار.

هذا بالإضافة إلى نص المادة (٣٩) من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٦ في شأن إصدار قانون الصناعة على أنه: (يجوز للهيئة أن توقع أحد الجزاءات الإدارية التالية على المنشآت والحرف الصناعية إذا ارتكبت أي مخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية ١- التنبيه. ٢- الإنذار.....).

ثانياً: الغلق الإداري

قد يتخذ الغلق الإداري إحدى صورتين الغلق الإداري الوجوبي أو الجوازي، كما قد تتخذ كل صورة مما ذكرناه إما الغلق المؤقت أو الغلق النهائي.

إلا أن الغلق الإداري أحياناً قد لا ينفذ إلا بعد عرضه على المحكمة المختصة، كما هو واضح من نص المشرع الكويتي له في المادة (٤) من القانون رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٧ في شأن قمع الغش في المعاملات التجارية على أنه: (يجوز لوزير التجارة والصناعة في حالة الضرورة أو الاستعجال عند قيام دلائل على وجود حالة أو أكثر من حالات غش قام بها صاحب مهنة أو حرفة أو تجارة خدمة أو أي نشاط آخر أن يأمر بقرار مسبب بإغلاق المحل إدارياً بطريق التنفيذ المباشر).

على أن يعرض الأمر على المحكمة المختصة خلال أسبوع من تاريخ إصدار القرار لإقرار الغلق أو إلغائه وإلا اعتبر القرار كأن لم يكن.

ويجوز للمحكمة أن تأمر بإلزام المخالف برد المبالغ التي حصل عليها نظير بيعه سلعة مغشوشة أو فاسدة أو ضارة بصحة الإنسان أو الحيوان أو النبات أو نظير أجور خدمة.

ويجوز للوزير في حالة العود أن يأمر بقرار مسبب بسحب الترخيص إدارياً، على أن يعرض الأمر على المحكمة المختصة خلال أسبوع من تاريخ صدور القرار لإقرار السحب أو إلغائه وإلا اعتبر القرار كأن لم يكن.

١ - الغلق الإداري الوجوبي

وهذا ما أوضحه المشرع اليمني في كثير من نصوصه^(١٠٢). كالمادة (٥٧) من القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠م بشأن التعليم العالي على أن "أ- للوزارة بحكم هذا القانون إغلاق: ١- أي مؤسسة تعليم عالي أو كلية أو قسم أو مركز أو معهد يدعي ويمارس التعليم العالي في الجمهورية اليمنية بدون ترخيص، مخالفاً بذلك أحكام هذا القانون والقوانين واللوائح والأنظمة الأخرى النافذة، ٢- أي برنامج أكاديمي (دبلوم أو ماجستير أو دكتوراه أو غير ذلك) وأي نظام تعليمي غير مرخص به وفق نظام الاعتماد العام والخاص المنصوص عليه في هذا القانون والقوانين واللوائح

(١٠٢) أيضاً نص المادة (٦/٢٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٩م، بشأن تنظيم مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة على أن: "وزارة التربية والتعليم هي الجهة الرسمية المسؤولة عن كافة مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة، والمخولة بمنح تراخيص عمل هذه المؤسسات أو سحبها أو إيقافها، والمعنية بالقيام بعمليات الإشراف الميداني للتأكد من أداء تلك المؤسسات لأعمالها وأنشطتها بالصورة السليمة وفقاً لنصوص القانون، وتنفيذاً لذلك تمارس المهام والصلاحيات التالية: إلغاء تراخيص مزولة أعمال مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة وإصدار التوجيهات بإيقافها عن العمل وإغلاقها وفقاً للقانون.

والأنظمة الأخرى النافذة. ب- للوزارة أن تستعين بسلطات الضبط المختصة والنيابة العامة لتنفيذ الإجراء المنصوص عليه في الفقرة (أ) من هذه المادة".

هذا وقد يضاف إلى جزاء الغلق الإداري لبعض المخالفات عقوبة الغرامة المالية وعند تكرار المخالفة تكرر معها عقوبة الغرامة فقط.

وهذا ما أوضحته المادة (٢٤/أ) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة مخالفات النظافة العامة وصحة البيئة والعقوبات عليها^(١٠٣) بأن "عدم وجود وحدة لمعالجة المياه العادمة وبحسب الشروط والمعايير في المصانع التي تنتج عنها مواد كيميائية أو خطرة، يعاقب بغرامة (٣٠٠٠) ريال والغلق لمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر مع تكرار الغرامة بتكرار المخالفة"^(١٠٤).

وأحياناً أخرى يقر المشرع عند تكرار المخالفة تكرار نفس العقوبة المقررة لأول مرة، حتى وإن كانت أكثر من عقوبة فلا يقتصر على عقوبة الغرامة فقط كما هو موضح في المثال السالف ذكره، وهذا ما أكدته المادة (٣٤/ب) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٤م في المصانع التي ينتج عنها تلوث بيئي. يعاقب بغرامة (٣٠٠٠) ريال والغلق لمدة لا تزيد عن أشهر مع تكرار المخالفة.

وفي بعض الأحيان الأخرى يقر المشرع عقوبة الغرامة والغلق على المخالف دون أن يذكر التكرار لكل من المخالفة والعقوبة، كما نصت المادة (٣٥) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٤م على أن: أ- عدم قيام المصانع بفصل المواد الخطرة عن باقي المخلفات ووضعها في البراميل المخصصة لها والتخلص منها بالطريقة التي تحددها الجهة المختصة. مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد تنص عليها القوانين السارية يعاقب بغرامة (٣٠٠٠) ريال مع الغلق لمدة لا تزيد عن ١٥ يوماً".

وقد يرتب المشرع على تكرار المخالفة التي عوقب المخالف نتيجة ارتكابه لها بالغرامة الإدارية عقوبة الغلق الإداري حتى يتم تصحيح الوضع مع الإحالة إلى النيابة العامة، وهذا ما نصت المادة (٤٥) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٤م على أن: "عدم الالتزام باشتراطات ومعايير التلوث الصناعي المعدة من الجهة

(١٠٣) الجريدة الرسمية العدد (٨) لسنة ١٩٩٤م.

(١٠٤) بالإضافة إلى نص المادة (٤٠) منه أيضاً على أنه عند "عدم وجود حابسات مكثفة للانبعاثات الصناعية. يعاقب بغرامة (٣٠٠٠) ريال، ويغلق المصنع لمدة شهر وتكرر الغرامة بتكرار المخالفة".

المختصة بالوزارة، يعاقب بغرامة (٣٠٠٠) ريال للحالة الواحدة، وعند التكرار يغلق المصنع حتى يتم تصحيح الوضع ويحول المخالف إلى النيابة".

وفي حالة العود لارتكاب المخالفة بعد توقيع عقوبة الغرامة عليه - كما هو في المثال السالف - فهنا ينال المخالف جزاء أشد من عقوبة الغرامة، هذا الجزاء يقع على المنشأة نفسها ويتمثل في غلقها نتيجة عمله ذلك، ومن ثم اتخاذ الإجراءات القضائية ضده.

وهذا ما أكد عليه المشرع الكويتي في المادة (٤) من القانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٥ في شأن البيع والأسعار المخفضة والدعاية والترويج للسلع والخدمات والتي نصت على أن: (يعاقب على مخالفة أحكام هذا القانون والقرارات واللوائح الصادرة تنفيذاً له بغرامة لا تقل عن مائتي دينار ولا تجاوز ألف دينار، كما أن لوزير التجارة والصناعة أن يأمر بإغلاق المحل المخالف لمدة خمسة عشر يوماً ولمدة شهر عند تكرار المخالفة، وكل ذلك ما لم تأمر النيابة العامة أو المحكمة المختصة بفتح المحل).

إلا أن غلق المنشأة قد يكون في صورة مؤقتة وهنا تضاعف عقوبة غلق المنشأة المحكوم بها في حالة تكرار المخالفة كما أوضحت المادة (١/٢) من قرار رئيس مجلس الوزراء لسنة ٢٠٠٨م على التزام أصحاب الأفران والمخابز ومحلات بيع الخبز ببيعه بالوزن يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف ريال وفي حالة التكرار يعاقب بإغلاق المحل لمدة أسبوع، وفي حالة التكرار بعد ذلك تضاعف مدة الإغلاق بتكرار المخالفة".

كما أكد على ذلك المشرع الكويتي في المادة (١٣) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧ في شأن المذابح على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب..... ويحكم بإلغاء الترخيص وغلق المحل نهائياً عند وقوع الفعل ذاته للمرة الثالثة بعد الحكم عليه مرتين حكماً نهائياً).

٢ - الغلق الإداري الجوازي

ومن أمثلة صورة الغلق الإداري الجوازي ما نصت عليه المادة (٣٤) من قرار وزير السياحة رقم (٣٨) لسنة ٢٠٠٦م بشأن اللائحة المنظمة لأعمال المنشآت الفندقية السياحية على أنه: "يجوز للوزير بقرار مسبب إلغاء الترخيص باستغلال وإدارة أي منشأة فندقية أو سياحية إذا ثبت مخالفتها لأحكام القانون أو لقواعد الآداب العامة أو إتيان أعمال ضارة بسمعة البلاد، أو يكون من شأنها المساس بأمنها واستقرارها ولصاحب المنشأة حق اللجوء إلى القضاء".

كما أكد على ذلك المشرع الكويتي في المادة (١٣) من المرسوم الصادر سنة

١٩٧٧ في شأن المذابح على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب..... ويجوز الحكم بغلق المحل لمدة لا تزيد على شهر، وتضاعف هذه المدة إذا تكرّر وقوع الفعل ذاته خلال ستة أشهر من تاريخ الحكم النهائي.....، نهائياً).

كما نصت المادة (٢١) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧م الكويتي في شأن بيع الأغذية وتخزينها والمحلات الخاصة بها على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب كل من خالف أحكام..... ويجوز فضلاً عن ذلك الحكم بالغلق لمدة لا تزيد على ستة أشهر).

ثالثاً: الوقف الإداري

لقد أورد المشرع اليمني الوقف الإداري في تشريعات مختلفة منه، فقد يكون في صورة جزاء تطبقه الإدارة دون أن يكون لها الحق في توقيع جزاء آخر أشد نتيجة عدم تنفيذ الوقف الإداري من طرف المخالف، وأحياناً قد يمنحها المشرع نتيجة ذلك إنزال عقوبة أخرى أشد كعقوبة إلغاء الترخيص مثلاً، والوقف الإداري له صورتان إما مؤقتة وإما نهائية.

١) الوقف الإداري النهائي

لقد أورد المشرع اليمني حق الإدارة في الوقف الإداري النهائي في المادة (٤٠) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨م بشأن البذور والمحاصيل الزراعية على أن: "

أ - في حالة ثبوت أية مخالفة من المخالفات المشار إليها في هذا القانون يحق للوزير أو من يفوضه بإيقاف تداول البذور والمخصبات الزراعية موضوع المخالفة وإحالة المخالف للنيابة العامة، وللمتظلم أن يرفع تظلمه إلى القضاء.

ب - على موظفي السلطة المختصة القيام بالمهام اللازمة عند استلامهم لأي بلاغ من المواطنين عن أي من المخالفات المذكورة في هذا القانون".

كما نصت المادة (٥٧) من القرار الجمهوري بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٠م بشأن الصحافة و المطبوعات على أنه: "يجوز تداول أي صحيفة أو مجلة أو مطبوع يطبع خارج اليمن ما لم يتضمن أمراً من الأمور المحظور نشرها وتداولها وفقاً للقانون النافذ، وللوزير المختص الحق في منع تداول أي صحيفة أو مجلة أو مطبوع إذا تناقضت محتوياتها مع نصوص هذا القانون.

كما بين ذلك المشرع الكويتي في المادة (١٣) من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن مزاولة مهنة التمريض بالكويت على أن: (لوزير الصحة العامة وقف من

رخص له بمزاولة المهنة فوراً في حالة وقوع إهمال جسيم، أو لأمر تمس الاستقامة أو الشرف إلى أن يبت في أمر محاكمته تأديبياً).

٢) الوقف الإداري المؤقت

لقد أورد المشرع اليمني حق الإدارة في الوقف الإداري المؤقت في المادة (٢٩) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٦٠) لسنة ٢٠٠٩م بشأن لائحة شروط وقواعد تنظيم وإقامة المعارض التجارية الداخلية والخارجية على أنه: "في حالة مخالفة الشركة أو المؤسسة المنظمة لأي من الضوابط والشروط الواردة في هذه اللائحة يكون للوزارة الحق في اتخاذ الإجراءات الآتية:

١ - منع الشركة أو المؤسسة المنظمة من تنظيم وإقامة أي معرض لمدة ستة أشهر وذلك عند مخالفة شروط إصدار ترخيص إقامة و تنظيم المعارض، وتضاعف فترة المنع عند تكرار المخالفة، ثم يلغى الترخيص ويشطب من سجل المرخص لهم بتنظيم المعارض إذا كرر المخالفة للمرة الثالثة، ولا يجوز إعادة قيد النشاط في هذا السجل إلا بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ إلغاء أو شطب الترخيص، وتقديم تعهدات خاصة بعدم المخالفة والوفاء بأي مستجدات في حينه.

رابعاً: الحل الإداري

الحل الإداري بطبيعته ينصب كجزء إداري توقعه الإدارة على الأشخاص المعنوية، وهذا ما أكدته المشرع اليمني في المادة (٣٨/ج) من القانون رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٨م بشأن الجمعيات والاتحادات التعاونية على أن: "تحل الجمعية التعاونية وتصفى أموالها إذا ثبت إخلالها بالمبادئ الأساسية للتعاون أو خروجها على أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ونظامها الداخلي ونصوص الدستور".

كذلك نصت المادة (٨٤) منه على أن: "يصدر قرار حل الجمعية التعاونية وتصفية أموالها من قبل الجمعية العمومية وبموافقة ثلثي أصوات أعضائها في حالة وجود أي من الحالات المحددة في المادة السابقة، ويصادق الوزير على قرار الحل، وللجمعية العمومية تعيين مصفي أو أكثر من بين أعضائها من غير أعضاء مجلس الإدارة إلى جانب ممثلين من الجهات ذات العلاقة".

وسار على نحو هذا الاتجاه المشرع الكويتي في كثير من النصوص التشريعية منها ما أورده في المادة (٣٨) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن بلدية الكويت التي نصت على أنه: (يجوز حل المجلس البلدي بمرسوم مسبب، وإذا حل المجلس وجب إجراء الانتخابات والتعيين للمجلس الجديد في ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من

تاريخ الحل، على أن يدعى المجلس الجديد للانعقاد وفقاً لأحكام المادة الخامسة من هذا القانون).

كما نصت المادة (٣١) من المرسوم بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٩ في شأن الجمعيات التعاونية على أن: (لوزير الشؤون الاجتماعية والعمل أن يصدر قراراً بحل الجمعية في الأحوال الآتية - إذا نقص عدد أعضائها عن العدد الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون. - إذا فقدت أكثر من نصف رأسمالها وكان استمرارها داعياً للخسارة. - إذا ثبت إخلالها بالتزاماتها المالية وأهدافها التعاونية أو خروجها على القواعد التي قررها القانون. - إذا اندمجت في جمعية أخرى.

يصدر الوزير قرار الحل متضمناً تعيين المصفيين وتحديد أجورهم ومدة عملهم. لذوي الشأن الطعن في هذا القرار أمام المحكمة الكلية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

كما تضمنت المادة (٣٥) منه أن: (لوزير الشؤون الاجتماعية والعمل عند الاقتضاء أن يصدر قراراً مسبباً بحل مجلس إدارة الجمعية وتعيين مدير أو مجلس مؤقت لإدارتها، ويجوز أن يقتصر القرار على عزل أحد الأعضاء وتعيين من يقوم بعمله، ويتضمن القرار تحديد المدة التي يجب أن يتم خلالها انتخاب مجلس إدارة جديد أو انتخاب من يحل محل العضو المعزول. على أعضاء المجلس المنحل والقائمين بالعمل في الجمعية أن يبادروا بتسليم جميع أموالها ومستنداتها إلى المدير أو المجلس المؤقت، كما يلتزم العضو المعزول بتسليم ما يكون بعهدته من هذه الأموال والمستندات إلى من عينه الوزير).

كذلك نصت المادة (١٢) من المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٨ في شأن الهيئات الرياضية على أنه: (يجوز بقرار مسبب من الجمعية العمومية غير العادية أو من الوزير المختص حل مجلس إدارة نادي وتعيين مجلس إدارة مؤقت لمدة يحددها القرار قابلة للتجديد يتولى الاختصاصات المخولة لمجلس الإدارة في النظام الأساسي وذلك في الأحوال الآتية: مخالفة أحكام هذا القانون أو النظام الأساسي للنادي. - إذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة لا يكفي لانعقاده انعقاداً صحيحاً. - إذا كان ذلك من مصلحة الأعضاء والأهداف الاجتماعية للمجتمع).

خامساً: الإزالة الإدارية

تعد الإزالة الإدارية إحدى صور التنفيذ المباشر للإدارة التي يمنحها إياها المشرع لتنفيذ قراراتها ولا سيما الجزائية منها، حيث إن الأصل أن على المكلف بتنفيذ قرار الإزالة - سواء أكان شخصاً اعتبارياً أم عادياً - الصادر عن الإدارة أن يقوم بتنفيذه

اختيارياً بعد إخطاره من قبل الإدارة بالمخالفة المنسوبة إليه خلال مدة محددها تعينها الإدارة، حيث إنه في عدم قيام المخالف بتنفيذ قرار الإزالة طوعاً والالتزام بما قرره الإدارة تلجأ هذه الأخيرة إلى العمل المادي (الإزالة الإدارية) في صورة التنفيذ المباشر استثناءً عن الأصل العام وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

وما تجدر الإشارة إليه أن المدة التي تحددها الإدارة للمخالف لإزالة المخالفة سواء أكان الحكم عليه بالإزالة بموجب حكم قضائي صدر ضد المخالف أم بناءً على أمر النيابة العامة، أو يكون للإدارة أن تحدد مدة الإزالة ابتداءً دون اللجوء إلى القضاء حسب الأحوال التي يحددها المشرع لحالة كل قضية أو مخالفة.

وغالبا ما يكون الحكم على المخالف بإزالة أو تصحيح المخالفة كعقوبة تكميلية لعقوبة أخرى تتمثل في الغرامة وذلك بعد انتهاء المدة التي تحددها الإدارة لتنفيذ الحكم، وهذا ما أكد عليه المشرع الكويتي في كثير من نصوصه^(١٠٥).

(١٠٥) أهمها ما نصت عليه المادة (٣٥) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن بلدية الكويت على أن: (يعاقب المخالف بغرامة لا تقل عن دينار كويتي ولا تزيد على عشرة دنانير كويتية عن كل يوم يمتنع فيه عن تنفيذ ما قضى به الحكم من إزالة أو تصحيح الأعمال أو الهدم أو الترميم أو التجميل أو رد الشيء إلى أصله، وذلك بعد انتهاء المدة التي تحددها البلدية لتنفيذ الحكم، وتتعدد الغرامة بتعدد المخالفات، ولا يجوز الحكم بوقف تنفيذ ما قضى به من العقوبات التكميلية المذكورة، وتبدأ المدة المقررة للتنفيذ على المالك الجديد من تاريخ انتقال الملكية إليه، وتطبق في شأن المالك الأحكام الخاصة بتلك الغرامة، ولا تسري أحكام هذه المادة على الأحكام التي اتخذت في شأن تنفيذها الإجراءات الجنائية في تاريخ سابق على العمل بهذا القانون).

كذلك نصت المادة (٢٧) من المرسوم الصادر سنة ١٩٧٩م في شأن تنظيم أعمال البناء على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقرها قانون الجزاء أو أي قانون آخر، يعاقب كل من يخالف أحكام المواد ١ و ١١ (فقرة أولى) و ١٤ بغرامة لا تقل عن مائة وخمسين ديناراً ولا تجاوز مائتين وخمسة وعشرين ديناراً، ويجوز الحكم فضلاً عن ذلك بإزالة أو تصحيح أو استكمال الأعمال المخالفة على حسب الأحوال، وتقدر المحكمة عند الحكم بالعقوبة التكميلية مدى جسامته المخالفة وما يترتب على بقاء الأعمال المخالفة من أخطار، وتقضي المحكمة بإخلاء المبني من شاغلته وذلك بالنسبة للأجزاء التي يحكم بإزالتها، فإذا لم يتم الإخلاء في المدة التي تحدد لذلك بالحكم جاز تنفيذه بالطريق الإداري. ويجوز للبلدية أن تقف بالطريق الإداري كل بناء أو عمل يقام قبل الحصول على الترخيص المشار إليه في المادة (١)، ولها خلال مدة الوقف التحفظ على الأنوات والمهمات المستخدمة فيه، وذلك كله لحين الفصل في الدعوى).

أيضاً نصت المادة (٢٨) على أنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقرها قانون الجزاء أو أي قانون آخر، يعاقب كل من يخالف أحكام المواد ١١ (فقرة ثانية) و ١٢ (فقرة ثالثة) و ١٣ و ١٥ (فقرة ثالثة) و ١٦ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢ (فقرة أولى) و ٢٣ بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تجاوز مائة وخمسين ديناراً، ويجوز الحكم فضلاً عن ذلك بإزالة أو تصحيح أو استكمال الأعمال المخالفة على حسب الأحوال).

وأسلوب الإدارة هذا المتمثل في الإزالة الإدارية قد يكون إما على حساب أو نفقة المخالف مع تحمله المسؤولية الكاملة عن الهدم أو الإزالة، وقد تكون هذه الأخيرة في صورة تعويض أحياناً وعدم تحميل المخالف المسؤولية عن ذلك أحياناً أخرى، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد تكون الإدارة نفسها ملزمة بتعويض من صدر ضده القرار الإداري أو تقوم بتنفيذ الإزالة على نفقتها.

١) الإزالة الإدارية على نفقة المخالف مقترناً بمسؤوليته.

وهذا ما أوضحته المادة (١٧٨) من القرار الوزاري رقم (٢٦٠) لسنة ١٩٩٧م^(١٠٦) على أنه: "لا يجوز بأي حال من الأحوال استخدام الأراضي المخططة استخداماً مخالفاً لما أعدت له، ويجوز للوزارة أن تقوم بهدم المباني أو المنشآت التي يتم إنشاؤها بالمخالفة لهذه المخططات، ويتحمل المخالف المسؤولية الكاملة عن أعمال الهدم والإزالة".

٢) الإزالة الإدارية على نفقة المخالف مع عدم مسؤوليته.

لقد نصت المادة (١٧٥) من القرار الوزاري رقم (٢٦٠) لسنة ١٩٩٧م على أنه:

"في حالة وجود منشآت على الأرض تخالف نوع الاستخدام المحدد لها في المخططات، أو في حالة استغلال الأرض في أي غرض آخر مخالف للاستخدام المحدد لها في المخططات، تقوم الوزارة أو المكتب المختص بتحديد موعد لإزالة هذه المخالفات أو تغيير نوع الاستخدام، فإذا لم يلتزم المخالف بإزالة المخالفة أو تغيير نوع الاستخدام في الموعد المحدد، يجوز للوزارة إزالة المخالفة فوراً بعد الحصول على إذن من النيابة المختصة وعلى نفقة المخالف".

حيث وقد وردت هذه الصورة من الجزاءات في نصوص متفرقة، منها المادة (٣/٢٥) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٩١م^(١٠٧) بشأن القانون الأساسي للاتصالات السلكية واللاسلكية على أن: "كل مالك أو مستثمر أو شاغل أو مسؤول عن أرض تقع على مسار الاتصالات المذكورة أعلاه، يقوم بعد إعلامه من قبل الوزارة بتجاوز الارتفاعات المسموح بها، يعتبر مخالفاً لأحكام هذا القانون وتوقع عليه العقوبة المقررة، بالإضافة إلى تحميله قيمة العطل والضرر اللاحقين بالخدمة

(١٠٦) الجريدة الرسمية، العدد الرابع والعشرون، (الجزء الثاني)، الصادر بتاريخ ٣١/١٢/١٩٩٧م.
(١٠٧) المعدل بموجب قانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٦م بشأن تعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٩١م بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية.

والناجمين عن توقف الاتصالات أو إلحاق الضرر بها وضياع الواردات، وعلى المسؤول عن المخالفة أن يزيلها على نفقته، وإذا قصر في ذلك قامت الوزارة بإزالتها على نفقة المخالف.

٣) الإزالة الإدارية على نفقة الإدارة

لقد أكدت المادة (٥١/٢/ج) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٥م بشأن التخطيط الحضري على أن: "من مهام واختصاصات لجان التسوية أن تستعين اللجنة في تقديراتها بالوثائق والمستندات المسجلة التي يتقدم بها المالكون وأصحاب الحقوق، مع مراعاة الآتي عند التقدير، أن تكون الأشجار وأنقاض البناء لملكها وعليه أن يزيلها خلال المدة التي تحددها اللائحة التنفيذية أو المكتب المختص، فإذا تخلف عن ذلك للوزارة إزالتها على نفقتها".

٤) الإزالة الإدارية مع تعويض المخالف

لقد أوضحت ذلك المادة (٦١) من القرار الوزاري رقم (٢٦٠) لسنة ١٩٩٧م بشأن لائحة التخطيط الحضري على أنه: "إذا وجدت الوزارة أو المكتب المختص أن هناك مبان أو أغراس تتعارض مع المخططات الهيكلية فعليها أن تخطر مالكيها وأصحاب الحقوق فيها بإزالتها أو هدمها خلال المدة التي تحددها الوزارة أو المكتب، بشرط ألا تزيد على ثلاث سنوات مع تعويضهم عنها وفقاً لأحكام القانون".

سادساً: سحب وإلغاء ووقف الترخيص الإداري

لقد فرق المشرع اليمني بين الترخيص والرخصة والتصريح فبالنسبة للترخيص فقد عرفته المادة (٢) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١٣٢) لسنة ٢٠٠٤م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م بشأن المنشآت الطبية والصحية الخاصة بأنه الوثيقة الصادرة من الإدارة المختصة لتأسيس وتشغيل المنشأة الطبية أو الصحية الخاصة^(١٠٨).

(١٠٨) كما عرفته المادة (٢) من القرار الوزاري رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٤م بشأن لائحة تنظيم نشاط النقل البري للبضائع بالشاحنات المختلفة بأنه الترخيص الصادر من الوزارة للأشخاص الاعتبارية والأشخاص الطبيعية المستوفية لكافة الاشتراطات المنصوص عليها في القانون واللائحة التنفيذية وهذه اللائحة، وبموجبه يحق لهم ممارسة نشاط النقل البري للبضائع بوسائل النقل المرخص لها، وبما لا يتعارض مع أحكام قانون السلطة المحلية وحسب النموذج رقم (٣) المرفق بهذه اللائحة. (راجع) الجريدة الرسمية العدد الرابع والعشرون (الجزء الثاني)، مرجع سابق.

أما الرخصة فقد عرفتها المادة (٢) من قرار وزير الثروة السمكية رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٨م بشأن لائحة تنظيم تصدير الأسماك والمنتجات البحرية على أنها تصدير الأسماك والمنتجات البحرية^(١٠٩).

(١) سحب التراخيص

تعد وسيلة سحب الترخيص من أهم الوسائل المعمول بها في الدول المتقدمة كالولايات المتحدة الأمريكية ولا سيما على الأشخاص ذوي الهوية لقيادة السيارات وهم في حالة غياب اللاوعي (في حالة سكر)، كما قد ينطبق على الأشخاص المتورطين في حوادث^(١١٠).

يمكن استخدام سحب التراخيص كعقوبات في بعض الأحيان، ومع ذلك، عندما تعطي البلدية الترخيص لتشييد مبنى معين لفترة زمنية محددة كما حددها القانون التركي بشهر واحد، حينها يجب على الشخص المعني استخدام ذلك الترخيص في هذه الفترة الزمنية^(١١١).

وبالنسبة للوضع في اليمن فإن المشرع اليمني قد منح الإدارة الحق في إلغاء أو سحب أو وقف أو تجميد التراخيص في مواضيع كثيرة ومختلفة لأسباب متعددة ومختلفة. كما سنرى. يرجع إما لمخالفة القوانين واللوائح وإما لأسباب أخرى تكون نتيجة لحكم قضائي أو نتيجة حتمية بموجب القانون أو لأسباب يقتضيها النظام العام أو المصلحة العامة في ذلك.

فسحب التراخيص أو وقفها كجزاء لمخالفة أحكام القوانين واللوائح هو ما نصت

(١٠٩) كما أوضحت المادة (٢) من القرار المذكور الفرق بين الترخيص والتصريح، وذلك بأن التصريح هو الوثيقة التي تمنحها الوزارة لوسيلة النقل التابعة للأشخاص الطبيعية والاعتبارية لنقل البضائع الخاصة بهم على سياراتهم، ويشمل ذلك توزيع منتجات المصانع، نقل المواد الخام، وكلاء توزيع المنتجات الأجنبية والمحلية، والتجار والمستوردين والتجار ناقلي بضائعهم، والمشاريع الاستثمارية، ومقاولي الإنشاءات حسب النموذج رقم (٦) المرفق بهذه اللائحة. الجريدة الرسمية العدد السابع عشر، الصادر بتاريخ ٢٤/جمادى الأولى/١٤١٩هـ الموافق ١٥/سبتمبر/١٩٩٨.

(١١٠) Ross, H. L, Simon, S., and Cleary, J., License plate confiscation for persistent alcohol impaired drivers, Accident Analysis and Prevention 28, Accid. Anal. and Prev., Vol. 28, No. 1, 1996. P. 53.; Review of Sanctions in Corporate Law, Commonwealth of Australia 2007. Pp. 4-5. www.treasury.gov.au/.../Review_of_Sanctions.pdf

Yucel Ogurlu, op.cit. pp. 509- 510.

(١١١)

عليه المادة (٦/٢٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة على أن: "وزارة التربية والتعليم هي الجهة الرسمية المسؤولة عن كافة مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة والمخولة بمنح تراخيص عمل هذه المؤسسات أو سحبها أو إيقافها والمعنية بالقيام بعمليات الإشراف الميداني للتأكد من أداء تلك المؤسسات لأعمالها وأنشطتها بالصورة السليمة وفقاً لنصوص القانون، وتنفيذاً لذلك تمارس المهام والصلاحيات التالية: إلغاء تراخيص مزاولة أعمال مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة وإصدار التوجيهات بإيقافها عن العمل وإغلاقها وفقاً للقانون^(١١٢).

وقد لا يكتفي المشرع بجزاء سحب أو إلغاء أو إيقاف الترخيص مضافاً إليه جزاء آخر كإيقاف النشاط مثلاً، وهذا ما أوضحتها المادة (٣٨) من قرار وزير الثروة السمكية رقم (٣٦) لسنة ١٩٩٨م بشأن لائحة تنظيم بيع وشراء الأسماك والمنتجات البحرية للسوق المحلية في الجمهورية اليمنية^(١١٣).

على أن "يحق للوزارة أو من تخوله من جهاتها المختصة بالتنسيق مع السلطات المحلية سحب الرخص والإيقاف عن مزاولة المهنة في حالة الإخلال أو التلاعب بالأسعار أو الإضرار بمستوى تموين السوق المحلية أو مخالفة الشروط الصحية وشروط مزاولة المهنة لتداول الأسماك والمنتجات البحرية كسلعة غذائية مخصصة للاستهلاك الآدمي من قبل القوائم على المزاد أو المرخص له بالبيع أو التسويق أو المالك للمعرض أو لسوق البيع بالتجزئة".

وقد يكون سحب التراخيص من قبل الإدارة تنفيذاً لحكم قضائي كما أكدته المادة (١١٣) من القرار الجمهوري رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٢م بشأن لائحة الصحافة والمطبوعات على أن: "للوزارة أن تسحب تصريح توزيع الصحيفة أو المجلة في

(١١٢) كما نصت المادة (٦) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٥م والمعدل بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦م بشأن أعمال الصرافة على أن:

أ - يعمل بالترخيص الصادر بمقتضى هذا القانون لمدة سنة وللبنك تجديده بعد انتهاء مدته في حالة عدم وجود مخالفات لأحكام هذا القانون.

ب - يحق للبنك أن يصدر قراراً بسحب أي ترخيص إذا لم تقم الشركات أو المنشآت الصادر لها الترخيص بالالتزام بأحكام هذا القانون".

(١١٣) الجريدة الرسمية، العدد السابع عشر، الصادر بتاريخ ٢٤/جمادى الأولى/١٤١٩هـ الموافق ١٥/سبتمبر/١٩٩٨م.

إحدى الحالات التالية: ١- إذا صدر حكم قضائي بذلك ٢- إذا تضمنت محتوياتها بصورة متكررة مخالفات واضحة لأحكام القانون وهذه اللائحة.

وبالنسبة لسحب التراخيص من قبل الإدارة وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، فقد أوضحته المادة (٢٥) من القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٢م بشأن البناء على أنه: "إذا صدر قرار بتعديل خطوط التنظيم للمصلحة العامة وفقاً لقانون الاستملاك للمنفعة العامة أثناء القيام بالبناء، جاز للمكتب المختص أن يسحب رخصة البناء ومرفقاتها لتعديلها وفقاً لخطوط التنظيم الجديدة، ولا يجوز للمرخص له أن يقوم بالبناء أو التعلية في الأجزاء البارزة عن خطوط التنظيم الجديدة، ويعوض عن الأضرار التي قد تلحق به بسبب ذلك تعويضاً عادلاً".

كما يتضح لنا من المادة السالف ذكرها أن الأمر متروك للإدارة بالنسبة لتوقيع جزاء سحب الرخصة للجواز، فإن شأته أوقعته وإلا فلها الخيار في ذلك.

٢) إلغاء التراخيص

كما سنرى أنه ليس هناك اختلاف كبير بين إجراءات سحب الترخيص وبين إلغائه، فما قد ينطبق على الأول ينطبق على الثاني.

وقد يأتي في صورة الحرمان من التراخيص كما بين ذلك المشرع الكويتي في المادة (٦) من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم حملات الحج بقوله: (تختص لجنة شؤون الحج بالنظر فيما قد يقع من مخالفات لشروط الترخيص أو الشروط التي تقرها اللجنة طبقاً لأحكام هذا القانون، وعلى اللجنة أن تستدعي المرخص له لسماع أقواله فيما نسب إليه، فإذا لم يحضر جاز النظر في المخالفة دون سماع أقواله، وللجنة أن تعتد بالتقارير المقدمة لها من الموظفين الذين تندبهم لمراقبة تنفيذ أحكام هذا القانون وغيرهم ممن يمثلون الجهات المعنية الأخرى. والجزاءات التي يجوز للجنة توقيعها على المرخص له في حالة ثبوت المخالفة هي: ١- ٢- ٣- الحرمان من الترخيص في تسيير حملة حج لمدة سنة. ٤- الحرمان من الترخيص في تسيير حملة حج بصفة دائمة، ويجوز..... قد تترتب على المخالفة).

فإلغاء الترخيص يكون نتيجة لمخالفة أحكام القوانين واللوائح، وقد أكدت عليه المادة (٣٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٩١م والمعدل بموجب القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٦م بشأن القانون الأساسي للاتصالات السلكية واللاسلكية حيث نصت على أنه: "يحق للوزير أن يلغي في أي وقت أي ترخيص أو شهادة أو إذن منح بموجب أحكام هذا القانون، بسبب مخالفة أي حكم من أحكام

الترخيص، أو الشهادة أو الأذن أو بسبب عدم تسديد الرسوم والأجور المترتبة عليها، أو إذا رأى الوزير أو المؤسسة أن الصالح العام يقتضي مثل هذا الإلغاء، وفي كل الأحوال يجب أن يكون قرار الإلغاء مسبباً".

فضلاً عن ذلك يجوز إلغاء الترخيص نتيجة الإخلال بالنظام العام، كما هو مبين في نص المادة (١٦) من القرار الوزاري رقم (٦١) لسنة ٢٠٠٢م بشأن تنظيم عملية النقل البري للبضائع^(١١٤) أنه: "يجوز للوزير إلغاء أي ترخيص صادر بموجب هذه اللائحة في حالة المخالفة وعدم الانضباط والالتزام بأحكام الترخيص أو هذه اللائحة، كما يجوز ذلك في حالة الإخلال بالنظام العام".

كذلك قرر المشرع اليمني للإدارة الحق في اختيار الجزاء المناسب بصورة تخيرية لها بين جزاء الإلغاء وبين منح المخالف مهلة أو مدة محددة لتنفيذ ما أوجبه عليه القانون بالقيام به، كما ورد في المادة (١٣) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٥م والمعدل بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦م بشأن أعمال الصرافة أنه: "إذا تخلف الشخص الصادر له الترخيص عن مباشرة أعمال الصرافة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغه بصور الترخيص فلبنك الحق في إلغاء الترخيص أو إمهاله مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ انتهاء المدة الأولى، ويلغى نهائياً الترخيص إذا لم يمارس أعمال الصرافة بعد انتهاء مدة الإمهال".

٣) وقف التراخيص

لقد منح المشرع اليمني الإدارة وقف التراخيص الإدارية الصادرة عنها في تشريعات متباينة ومختلفة، والذي عادة - كما سنرى - أن الجزاء المتعلق بوقف التراخيص الإدارية ما يكون مؤقتاً لفترة محدودة تحددها الإدارة، والذي غالباً ما قد يعقبه جزاء آخر أشد منه، يتمثل في إلغاء الترخيص الإداري عند الإخلال بالقوانين واللوائح، ولهذا تستخدمه الإدارة كإجراء تمهيدي لتوقيع الجزاء الأشد في حق المخالف.

وقد يمنح المشرع الإدارة الحق في التخيير بين أنواع الجزاءات كالتخيير بين جزاء وقف الترخيص أو إلغائه، كما تضمنت المادة (٨٣) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣١٩) لسنة ٢٠٠٣م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٣٣) لسنة

(١١٤) الجريدة الرسمية، العدد الرابع والعشرون، الصادر بتاريخ ٢٧ / شوال / ١٤٢٣هـ الموافق ٣١ / ديسمبر / ٢٠٠٢م.

٢٠٠٣م بشأن النقل البري حالات^(١١٥) كثيرة يجوز فيها للوزارة وقف الترخيص وإلغاءه.

والغريب في هذا الشأن أن قرار وقف الترخيص أو إلغائه قد يكون قطعياً لا يقبل أي طريق من طرق المراجعة، كما هو مؤكد في بعض التشريعات مثل القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م بشأن الجمارك^(١١٦).

وقد يتخذ جزاء وقف الترخيص أكثر من صورة، فقد يكون في صورة مؤقتة قد تتشابه مع جزاء منع تجديد الترخيص، وهذا ما نصت عليه المادة (٨) من القرار

(١١٥) تتمثل هذه الحالات في الآتي:

- ١- ظهور عدم صحة البيانات المقدمة من أجل استصدار الترخيص.
 - ٢- التنازل عن الترخيص للغير، أو ممارسة نشاط مخالف لما هو مرخص به، أو ممارسة النشاط بواسطة وسائل نقل غير مرخص لها.
 - ٣- إلغاء السجل التجاري للجهة / الجهات.
 - ٤- إفلاس الجهة / الجهات و صدور حكم قضائي بتصفيتها.
 - ٥- عدم توفر الحد الأدنى من وسائل النقل المحددة و لأي سبب من الأسباب.
 - ٦- الكشط أو التعديل أو التزوير في بيانات الترخيص.
 - ٧- تجاوز عدد الركاب المسموح بهم.
 - ٨- ترحيل و استقبال الركاب خارج الأماكن المصرح بها.
 - ٩- مخالفة خطوط النقل المسموح بها.
 - ١٠- عدم توفير التأمين اللازم وفقاً للوائح و القرارات النافذة.
 - ١١- عدم تسديد الرسوم المفروضة على النشاط.
 - ١٢- تكرار المخالفة.
 - ١٣- القيام بنقل مواد ممنوعة أو محرمة قانوناً.
 - ١٤- مخالفة أحكام القانون و هذه اللائحة و اللوائح النافذة الأخرى.
- (راجع) الجريدة الرسمية، العدد العشرون الصادر بتاريخ ٦ / رمضان / ١٤٢٤هـ الموافق ٣١ / أكتوبر / ٢٠٠٣م.

(١١٦) حيث تنص المادة (٩٤) منه على أن: "يجري النقل وفق نظام العبور الخاص بواسطة هيئات السكك الحديدية وشركات النقل - بالسيارات أو بالطائرات المرخص بها بقرار من المصلحة وذلك على مسؤولية هذه الهيئات والمؤسسات، ويرخص لشركات النقل وفق الإعداد والشروط والمواصفات التي يحددها رئيس المصلحة بما لا يتعارض مع أي قانون آخر، ويتضمن قرار الترخيص الضمانات الواجب تقديمها وجميع الشروط الأخرى، ويمكن لرئيس المصلحة أن يوقف هذا الترخيص لفترة محددة أو يلغيه عند الإخلال بالشروط والتعليمات المحددة من قبل المصلحة، أو في حالة إساءة استعمال وضع العبور الخاص بارتكاب أعمال التهريب على وسائل النقل المرخص بها، وقرار وقف الترخيص أو إلغائه قطعي لا يقبل أي طريق من طرق المراجعة".

الجمهري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٦م بشأن تعديل قانون التجارة الخارجية رقم (١) لسنة ١٩٩٢م على أن: "يستبدل النص الوارد في المادة (٢٢)" (١١٧) "يجوز للوزير توقيف منح رخص الاستيراد لأي مستورد يخالف أحكام هذا القانون واللوائح والأنظمة الصادرة بمقتضاه لمدة لا تزيد عن سنة ولا تقل عن ثلاثة أشهر".

كما ورد في المادة (١٧) من قرار وزير الثروة السمكية رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٨م بشأن لائحة تنظيم تصدير الأسماك والمنتجات البحرية (١١٨) أنه: "في حالة مخالفة المصدر للمرة الأولى وبحسب حجم المخالفة يحق للوزارة تجميد رخصة مزاولة المهنة لفترة من ثلاثة أشهر إلى تسعة أشهر، وفي حالة تكرار المخالفة يحق للوزارة سحب الرخصة".

والملاحظ أيضاً أن هذه المادة قد أخذت بمبدأ التدرج في العقوبات حيث بدأت بتجميد القرار لفترة زمنية محددة، وفي حالة تكرار المخالفة يجوز للوزارة أن تنزل على المخالف عقوبة أشد كسحب الترخيص.

٤) عدم تجديد الترخيص

هذا ما أكدته المادة (١١) من القرار الجمهوري رقم (١) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة حمل الأسلحة النارية حيث نصت على أن: "سلطة الترخيص رفض طلب منح الترخيص ابتداء، كما لها أن ترفض تجديده أو تقوم بسحبه مؤقتاً وللفترة التي تراها مناسبة، على أن لا تتجاوز سنة، كما أن لها أن تلغي الترخيص قبل انتهاء مدته، وجميع الأحوال يجب أن يكون القرار الذي يصدر في هذا الشأن مسبباً".

سابعاً: الشطب

لقد تم النص على جزاء الشطب كأحد العقوبات أو الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المخالف أو المخالفين لأحكام القوانين واللوائح، في المادة (١٤/ب) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٧م بشأن تنظيم وكالات وفروع الشركات والبيوت الأجنبية وتعديلاته (١١٩) حيث نصت على أن: "

(١١٧) حيث تنص المادة (٢٢) من قانون التجارة الخارجية رقم (١) لسنة ١٩٩٢م على أن: "يجوز للوزير توقيف منح رخص الاستيراد أو التصدير لأي مستورد، وأي مصدر يخالف أحكام هذا القانون واللوائح والأنظمة الصادرة بمقتضاه لمدة لا تزيد عن سنة ولا تقل عن ثلاثة أشهر".

(١١٨) الجريدة الرسمية العدد السابع عشر الصادر بتاريخ ٢٤ / جمادى الأولى / ١٤١٩ هـ الموافق ١٥ / سبتمبر / ١٩٩٨.

(١١٩) الجريدة الرسمية، العدد الثامن عشر، (الجزء الأول)، مرجع سابق.

- تشطب الوكالة في بقرار من الوزير في الحالات الآتية:
 - ١ - إذا كان الترخيص قد منح بناء على بيانات كاذبة أو معلومات غير صحيحة.
 - ٢ - إذا ترك الوكيل بصفة نهائية ممارسة النشاط التجاري أو انقطع عن مزاوله النشاط التجاري المرتبط بالسلعة موضوع الوكالة لمدة سنة دون مبرر مقبول.
 - ٣ - إذا انقضت مدة ثلاث سنوات متوالية دون أن يقوم الوكيل بتجديد ترخيص الوكالة.
 - ٤ - إذا أخل الوكيل بالتزاماته المنصوص عليها في القانون واللوائح والقرارات المنفذة لأحكامه.
 - ٥ - إذا استخدم الوكيل الترخيص في غير الأغراض المحددة له .
- كما نصت الفقرة (٥) من البند ثانياً (مخالفة التوزيع) من المادة (٣١) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٣٣) بشأن لائحة تنظيم صناعة وتجارة الأدوية والمستلزمات الطبية وما في حكمها^(١٢٠) على أنه: "عند عدم مطابقة الصنف لشروط ومواصفات دساتير الأدوية أو شهادة التحليل المرفقة بالشحنة، يعاقب بإتلاف الصنف وشطب تسجيل الشركة في حالة التكرار."

الخاتمة

أولاً: نتائج عامة

- ١ - تطبيق مبدأ الشرعية على المخالفات والجزاءات الإدارية العامة على الرغم من الفجوة الواضحة بين أحكام الدستور من ناحية والقوانين واللوائح من ناحية أخرى.
- ٢ - حسب ما أكدته المشرع اليمني فإن المخالفات تكون بقانون أو بناء على قانون، أما الجزاءات فلا تكون إلا بقانون حتى وإن ملكت الإدارة تحديد العقوبات أو الجزاءات، فذلك يكون لها دون الخروج عن الإطار العام الذي رسمه لها القانون، يعني هذا أن الإدارة لا تملك أية سلطة أو صلاحية في توقيع الجزاءات الإدارية ما دام لم يمنحها القانون ذلك.
- ٣ - المشرع اليمني قد اتجه صوب ما أخذت بها الدول المتقدمة في أوروبا من الأخذ بقانون العقوبات الإداري، ولكن ليس بالصورة الواضحة المأخوذ بها في تلك البلدان.
- ٤ - اقتصر تطبيق الجزاءات الإدارية العامة على جميع الأفراد المخالفين لأحكام القوانين واللوائح شأنها في ذلك شأن الجزاءات الجنائية.

(١٢٠) الجريدة الرسمية، العدد الرابع والعشرون، (الجزء الأول)، مرجع سابق.

- ٥ - لم يقصر المشرع اليمني الجزاءات الإدارية العامة حصراً على الأفراد المخالفين لأحكام القوانين واللوائح بل والأشخاص الاعتبارية سواء العامة أو الخاصة منها.
- ٦ - تتمتع الجزاءات الإدارية العامة بالطابع الجنائي لتحليها بصفتي الردعية سواء العام أو الخاص.
- ٧ - الجزاءات الإدارية العامة التي تصدر عن الإدارة هي قرارات إدارية شأنها شأن أي قرار إداري آخر يصدر عن الإدارة في مراعاة الإدارة فيها للشكلية التي تصدر بها هذه القرارات.
- ٨ - إن العلاقة التي تربط بين الإدارة والشخص المخالف لا تمثل علاقة تعاقدية، كما هو الحال في توقيع الجزاءات التعاقدية عندما يخل المتعاقد مع الإدارة بالالتزامات التعاقدية تجاه هذا الأخير، أو علاقة وظيفية عندما يخل الموظف بواجباته والتزاماته الواجب عليه تنفيذها تجاه الإدارة التي تربطه بها علاقة أو رابطة وظيفية.
- ٩ - تتشابه الجزاءات الإدارية العامة إلى حد ما مع الجزاءات المدنية من ناحية عدم وجود رابطة عقدية أو وظيفية تربط بين الإدارة والشخص المخالف، لكنها تختلف عن الجزاءات المدنية من ناحية أخرى عندما يخل أحد أطراف التعاقد في العقود المدنية مثلاً بالتزاماته التي على عاتقه تجاه المتعاقد الآخر، مما يسبب ضرراً للطرف الآخر الذي يستوجب عنه التعويض للطرف المتضرر بحكم يصدر عن القضاء.

ثانياً: التوصيات

- ١ - نوصي المشرع اليمني بإزالة اللبس والتعارض الكامن بين أحكام الدستور والقوانين هذا من جانب، وبين إزالة التعارض الموجود في القوانين نفسها وبين اللوائح، ومن أهم صور هذه اللبس نص المادة (٣) من القرار الجمهوري رقم (٤١) لسنة ٢٠١٠م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م "لا مخالفة إلا بقانون أو بناء عليه ولا عقوبة إلا بقانون". والذي يتعارض مع نص المادة (٢) من القرار الجمهوري بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات "المسؤولية الجزائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون" الذي يتعارض هذا الأخير مع نص المادة (٤٧) من دستور ٢٠٠١م "المسؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني.....، بأثر رجعي لصدوره".
- ٢ - تبعاً للتوصية السابقة نقترح على المشرع اليمني أن يكون نص المادة (٢) من

- القرار الجمهوري بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات كالاتي "المسؤولية الجزائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون".
- ٣ - نقترح - تبعاً للتوصية رقم ١ - بتعديل المادة (٤٧) من دستور ٢٠٠١م على أن تكون "المسؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره". اتساقاً مع المادة (٣) من الدستور نفسه التي تنص على أن: "الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات".
- ٤ - نقترح - تبعاً للتوصية رقم ١ - بتعديل المادة (٣) من القرار الجمهوري رقم (٤١) لسنة ٢٠١٠م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم ١٧ لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م على أن تكون "لا مخالفة ولا عقوبة إلا بقانون أو بناء عليه".
- ٥ - نوصي المشرع اليمني في تقنين قانون العقوبات الإدارية أو قانون العقوبات الاقتصادي.
- ٦ - نوصي المشرع اليمني بتكليف الوضع القانوني الصحيح لمفهوم الجزاءات الإدارية العامة محل الدراسة نتيجة للخلط الشائع الذي قد يحدث بين المفهوم العام للجزاءات الإدارية العامة وما يشابهها من مفاهيم أخرى، وذلك يكون بوضع المصطلح المناسب الذي يعكس محتوى القانون عند سنه له.
- ٧ - كما نوصي القضاء اليمني بإرساء دعائم مبدأ شرعية الجزاءات الإدارية العامة.
- ٨ - نوصي المشرع اليمني بإعطاء الإدارة المزيد من السلطات ولا سيما سلطة العقاب؛ مما قد يخفف من أزمة العدالة الجنائية نتيجة البطء في التقاضي الموجود في المحاكم بسبب كثرة القضايا المنظورة أمام القضاء وتنوعها، فضلاً عن السهولة واليسر والإنجاز في الفصل للمخالفات التي تنظرها الإدارة.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

١ - المؤلفات

- د. جاد نصار: أصول وفنون البحث العلمي، ط١، دار النهضة العربية.
- د. رفعت عيد السيد: دراسة تحليلية لبعض جوانب القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة في فرنسا ومصر طبقاً لأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- د. شريف يوسف حلمي سلطان: القرار الإداري "دراسة مقارنة"، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د. صلاح الدين فوزي: المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث العلمية.
- د. محمد سعد فوده: النظام القانوني للعقوبات الإدارية دراسة فقهية قضائية مقارنة، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط: القرار الإداري، دار الفكر الجامعي.
- د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة "الرقابة القضائية"، بدون نشر، ١٩٨٥م.
- د. مصطفى كامل كير: الجرائم التمييزية، القاهرة، بدون نشر، ١٩٨٣.
- د. علي حسن خلف: د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد.

٢ - الرسائل الجامعية

- أكرم محمود الجمعات: العلاقة بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية "دراسة مقارنة، رسالة ماجستير"، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الدراسات العليا، عمان، الأردن، ٢٠١٠م.
- راجي محمد سلامة الصاعدي: أغراض العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدعوة والإعلام، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٦، ١٤٠٧هـ.
- رامي يوسف محمد ناصر، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، نابلس - فلسطين، ٢٠١٠م.

- سعادى عارف محمد صوافطة: الصلح الجنائي في الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٠.
- محمد بن صديق أحمد الفلاتي: الجزاءات التأديبية على الموظف العام في نظام المملكة العربية السعودية "دراسة تأصيلية مقارنة وتطبيقية" رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- محمد بن عبد الرحمن الشدي: أثر الحكم الجنائي على ممارسة الحقوق السياسية، دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.

٣ - التشريعات اليمنية

* الدساتير

- دستور الجمهورية اليمنية لدولة الوحدة ١٩٩١م وتعديلاته لعامي ١٩٩٤، ٢٠٠١م.

* الجرائد الرسمية

- الجريدة الرسمية: العدد السابع عشر الصادر بتاريخ ٢٤/جماد الأولى/١٤١٩هـ الموافق ١٥/سبتمبر/١٩٩٨م.
- الجريدة الرسمية: العدد الرابع والعشرون (الجزء الثاني) الصادر بتاريخ: ٣١/١٢/١٩٩٧م.
- الجريدة الرسمية: العدد الثامن عشر (الجزء الأول) الصادر بتاريخ ٣/رجب/١٤٢١هـ الموافق ٣٠/سبتمبر/٢٠٠٠م.
- الجريدة الرسمية: العدد الرابع عشر الصادر بتاريخ ١٠/جمادى أول/١٤٢٢هـ الموافق ٣١/يوليو/٢٠٠١م.
- الجريدة الرسمية: العدد الرابع والعشرون (الجزء الثاني) الصادر بتاريخ ١٩/نوفمبر/١٤٢٥هـ الموافق ٣١/ديسمبر/٢٠٠٤م.
- الجريدة الرسمية: العدد الرابع والعشرون (الجزء الأول) الصادر بتاريخ ٢٧/شوال/١٤٢٣هـ الموافق ٣١/ديسمبر/٢٠٠٢م.
- الجريدة الرسمية: العدد العشرون الصادر بتاريخ ٦/رمضان/١٤٢٤هـ الموافق ٣١/أكتوبر/٢٠٠٣م.

* القوانين واللوائح

- القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٢م بشأن التجارة الخارجية والمعدل بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٦م بشأن التجارة الخارجية.
- القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة.
- القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٢م بتعديل بعض أحكام القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٢م بشأن الرقابة على الأغذية وتنظيم تداولها.
- القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠م بشأن التعليم العالي.
- القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م بشأن الجمارك.
- القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٤م بشأن حماية البيئة البحرية من التلوث.
- القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٤م بشأن تنظيم وحماية الثروة الحيوانية.
- القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٣م بشأن البعثات والمنح الدراسية.
- القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٢م بشأن البناء.
- القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٥م بشأن التخطيط الحضري.
- القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨م بشأن البذور والمخصبات الزراعية.
- القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم تداول مبيدات الآفات النباتية.
- القانون رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٨م بشأن الجمعيات والاتحادات التعاونية.
- القانون رقم (٧) لسنة ١٩٩٧م بتعديل القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٩١م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة.
- القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠م والمعدل بالقانون رقم (٧١) لسنة ٢٠٠٠م والمعدل أيضاً بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٢م بشأن السلطة المحلية.
- القرار الجمهوري بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٣م بشأن حماية البيئة البحرية من التلوث.
- القرار الجمهوري بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٩م بشأن تنظيم مؤسسات التعليم الأهلية والخاصة.
- القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٦م بشأن تعديل قانون التجارة الخارجية رقم (١) لسنة ١٩٩٢م.

- القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤م بشأن المخالفات العامة.
- القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٥م والمعدل بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦م بشأن أعمال الصرافة.
- القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٩١م والمعدل بموجب القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٦م بشأن القانون الأساسي للاتصالات السلكية واللاسلكية.
- القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م والمعدل بموجب القرار الجمهوري رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥م بشأن الجرائم والعقوبات.
- القرار الجمهوري بالقانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٩١م والمعدل بالقانون رقم (٢٦) لعام ٢٠٠٣م بشأن تنظيم السجون.
- القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية.
- القرار الجمهوري بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٠م بشأن الصحافة والمطبوعات.
- القرار الجمهوري بقانون رقم (٧) لسنة ١٩٩٠م بشأن الجوازات.
- القرار الجمهوري رقم (٤١) لسنة ٢٠١٠م بشأن اللائحة التنفيذية للقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤م، بشأن المخالفات العامة، الصادرة بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م.
- القرار الجمهوري رقم (١) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة حمل الأسلحة النارية.
- القرار الجمهوري رقم (٤١) لسنة ٢٠١٠ الصادر بتاريخ ٢٢ فبراير ٢٠١٠م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤م.
- القرار الجمهوري رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٢م بشأن لائحة الصحافة و المطبوعات.
- القرار الوزاري رقم (١٠٨) لسنة ٢٠٠٤م بشأن لائحة تنظيم نشاط النقل البري لشركات الأجرة الخاصة.
- القرار الوزاري رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٤م بشأن لائحة تنظيم نشاط النقل البري للبضائع بالشاحنات المختلفة.
- القرار الوزاري رقم (٦١) لسنة ٢٠٠٢م بشأن تنظم عملية النقل البري للبضائع.
- القرار الوزاري رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٤م بشأن التعليمات الخاصة بالشروط والمواصفات والإجراءات المتعلقة بنقل الحاويات (المبردة وغير المبردة).

- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٦٠) لسنة ١٩٩٧م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون التخطيط الحضري.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بشأن لائحة الجزاءات والمخالفات الإدارية.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١٣٢) لسنة ٢٠٠٤ م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩ م بشأن المنشآت الطبية و الصحية الخاصة.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١١١) لسنة ٢٠٠٨م بشأن مخالفات أسعار بيع الخبز والعقوبات المقررة عليها.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٠٩) لسنة ٢٠٠٣م بشأن لائحة تنظيم الرقابة والتفتيش البحري والمخالفات والغرامات على قوارب الاصطياد الصناعي.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة مخالفات التخطيط والبناء في المدن الرئيسية والثانوية والعقوبة عليها.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة مخالفات النظافة وصحة البيئة والعقوبة عليها.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣١٩) لسنة ٢٠٠٣م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٣٣) لسنة ٢٠٠٣ م بشأن النقل البري.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٣٣) لسنة ٢٠٠٤م بشأن لائحة تنظيم صناعة و تجارة الأدوية والمستلزمات الطبية وما في حكمها.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٦٠) لسنة ٢٠٠٩م بشأن لائحة شروط وقواعد تنظيم وإقامة المعارض التجارية الداخلية والخارجية.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٠٤) لسنة ٢٠٠١ م بشأن لائحة ضوابط البناء في المدن التاريخية.
- قرار وزير الثروة السمكية رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٨م بشأن لائحة تنظيم تصدير الأسماك والمنتجات البحرية.
- قرار وزير الثروة السمكية رقم (٣٦) لسنة ١٩٩٨م بشأن لائحة تنظيم بيع وشراء الأسماك والمنتجات البحرية للسوق المحلية في الجمهورية اليمنية.

- قرار وزير السياحة رقم (٣٨) لسنة ٢٠٠٦م بشأن اللائحة المنظمة لأعمال المنشآت الفندقية السياحية.
- اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٧م بشأن تنظيم وكالات وفروع الشركات والبيوت الأجنبية وتعديلاته.

٤ - التشريعات الكويتية

* الدساتير

- الدستور الكويتي والمذكرة التفسيرية، مجموعة التشريعات الكويتية، ج ١، وزارة العدل، فبراير ٢٠١١م، ط ١.
- القوانين والمراسم والقرارات الإدارية.
- القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن مزاولة مهنة التمريض بالكويت.
- القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم حملات الحج.
- المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧ في شأن المذابح.
- المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧م بشأن المحلات العامة والمقلقة للراحة والمضرة بالصحة.
- المرسوم بالقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٧ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي والمهن المصرفية.
- المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧ في شأن الباعة المتجولين.
- المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧م في شأن المحلات العامة والمقلقة للراحة والمضرة بالصحة.
- المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧ في شأن بيع الأغذية وتخزينها والمحلات الخاصة بها.
- المرسوم الصادر سنة ١٩٧٧م في شأن المذابح.
- المرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٨ في شأن الهيئات الرياضية.
- المرسوم بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٩ في شأن الجمعيات التعاونية.
- المرسوم الصادر سنة ١٩٧٩م في شأن تنظيم أعمال البناء.
- القانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٥ في شأن البيع والأسعار المخفضة والدعاية والترويج للسلع والخدمات.

- القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٦ في شأن تنظيم مهنة الصيدلة وتداول الأدوية.
- القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٦ في شأن إصدار قانون الصناعة.
- القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية.
- القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ في شأن بلدية الكويت.
- القانون رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٧ في شأن قمع الغش في المعاملات التجارية.
- قرار إداري بتوقيع جزاء لعام ٢٠١٠م، والذي صدر عن وزير التجارة والصناعة ووزير الدولة لشئون الإسكان الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة دولة الكويت، ٢٠١٠م، العدد (٩٧٦)، السنة (٥٦).
- قرار إداري بتوقيع جزاء لعام ٢٠١٢م، والذي صدر عن وزير التجارة والصناعة ووزير الدولة لشئون الإسكان. (راجع) الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة دولة الكويت، ٢٠١٢م، العدد (١١١١)، السنة (٥٩).

٥ - المراجع الإلكترونية

- أ. عز الدين عيساوي: المكانة الدستورية للهيئات المستقلة " مآل مبدأ الفصل بين السلطات"، الاجتهاد القضائي، العدد الرابع. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
http://dc404.4shared.com/download/fCLO2OPi/_rar?tsid=20111203-173436-9cbab244
- الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة: راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://vb.bip.gov.sa/showthread.php?t=8310&page=5>
- د. أحمد براك: نحو قانون للمخالفات العامة (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://ahmadbarak.com/ArticleView.aspx?ArticleId=20>
- د. أحمد لطفي السيد: الحق في العقاب (فلسفة الحق في العقاب، اقتضاء الحق في العقاب، صور رد الفعل العقابي) راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://dc120.4shared.com/img/J5jenfEm/preview.html>
- رائد أحمد محمد: البراءة في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه،

- بغداد، ٢٠٠٩م. (راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.raed66@yahoo.com>
- شبكة المعلومات القانونية للكويت (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/CountryHome.aspx?country=1>
- د. فيصل عقله شطناوي: علاقة الدعوى التأديبية بالدعوى الجزائية. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.wasmia.com/jazy/adm02.pdf>
- د. محمد الإدريسي العلمي المشيشي: دراسة حول ملاءمة مشروع القانون الجنائي مع المبادئ والقواعد المعتمدة في منظومة حقوق الإنسان، المجلس الوطني لحقوق الإنسان ٢٠١٢م. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
www.editions-lacroise-deschemins.com
- د. هاشم محمد نور عبد الله المدني: خفض الحوادث المرورية من خلال ضبط النظام والقانون، مركز الإعلام الأمني. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.policemc.gov.bh/reports/2011/April/6-4-2011/634377092974243730.pdf>
- الغرامة المالية: راجع الشبكة الإلكترونية على رابط التالي:
<http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2011/06/>
- القانون الجنائي لدبلمومي: (القانون العام والعلوم الجنائية) كلية الحقوق جامعة الإسكندرية (قوانين منتدى رجل مصر) (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.egypt-man.net/vb/login.php?do=login>
- ماهية العقوبة وتقسيماتها: راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
http://qanouni.blogspot.com/2010/09/blog-post_9051.html
- سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها: راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://forum.law-dz.com/index.php?showtopic=2489&mode=threaded>
- نشاط الإدارة العامة: راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
<http://www.hrdiscussion.com/hr30646.html>
- خام الله محمد علي: بحث حول الضبط الإداري، جامعة التكوين المتواصل

بمركز ورقلة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجزائر، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ص ٤. راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://irbd.hooxs.com/t20320-topic>

— زانا جلال: حدود سلطات الضبط الإداري، راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.barasy.com/pages-187.html>

— الجرائم البنكية: راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

http://crimestoryanalyst.blogspot.com/2011/03/blog-post_8407.html

— ماهية الجريمة وتأصيلها الشرعي والقانوني: راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?Action=Display&ID=43025&Type=3>

— مشروعية العقوبة وغايتها في الفقه الجنائي الوضعي: راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=6872>

— د عزيزة الشريف: دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

— الفرق بين الجزاء الجنائي والجزاء المدني: راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://vb.bip.gov.sa/archive/index.php?t-1195.html>

ثانياً: قضايا

— قضية رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦ دستوري، جلسة رقم ٢٧/٥/٢٠٠٧، منشور في الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، العدد (٨٢١)، السنة (٥٣).

— قضية رقم (٦) لسنة ٢٠٠٧م دستوري - جلسة ٢٢/٤/٢٠٠٨م - منشور في الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، وزارة الإعلام، العدد (٨٦٨)، السنة (٥٤).

— قضية رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦ دستوري، جلسة رقم ٢٧/٥/٢٠٠٧، منشور في الكويت اليوم الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، العدد (٨٢١)، السنة (٥٣).

— قضية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٥م دستوري - جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٥م. (راجع)

الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.reqaba.com/ArticleImages/2-2005FPTTZQQIBHLZWKMSFAVEQXJN.pdf>

- قضية رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦م دستوري - جلسة ٢٦/٧/٢٠٠٦م (راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.reqaba.com/ArticleImages/6-2006LUBPNGSXIVAZGVFAIENGMRRG.pdf>

- قضية رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٥م دستوري - جلسة ١٢/٦/٢٠٠٦م. (راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.reqaba.com/ArticleImages/15-2005DOQXGMCYCMUZSTFMITYIYWYN.pdf>

ثانياً: المراجع الأجنبية

- 1 - J. Dara Lynott B.E., MSc, PE, C.Eng., FIEI and Ray Cullinane B.AgrSc., MA, Dip. EIA (Mmgmt), Administrative Sanctions. <http://documents.jdsupra.com/7e1e27ce-2308-4b66-bfe6-f7d462fb2cb5.pdf>
- 2 - Karen Meerschaut, Paul De Hert, Serge Gutwirth and Ann Vander Steene: The use of municipal administrative sanctions by the municipalities of Brussels. Is there a need for a regulating role for the Brussels Capital Region?, the e-journal for academic research on Brussels, Issue 18, 19 May 2008.
- 3 - P. Cacaud, M. Kuruc, M. Spreij: Administrative Sanctions in Fisheries Law, FAO LEGISLATIVE STUDY, 82, 2003
- 4 - Rob Widdershoven: Encroachment of Criminal Law in Administrative Law in the Netherlands, Netherlands Comparative Law Association, The Electronic Journal of Comparative Law, (vol. 6.4, December 2002).
- 5 - Ross, H. L, Simon, S., and Cleary, J.: License plate confiscation for persistent alcohol impaired drivers, Accident Analysis and Prevention 28, Accid. Anal. and Prev., Vol. 28, No. 1, 1996. P. 53.; Review of Sanctions in Corporate Law, Commonwealth of Australia 2007. www.treasury.gov.au/.../Review_of_Sanctions.pdf

- 6 - Yucel Ogurlu: Administrative Sanctioning System in Turkey, AUEHFD, C./X, S. 3-4 (2005).
- 7 - ZANOBINI, Guiidio, Idari Mi.leyyideler: (Sanzioni Amministrative), (1964).

سياسة الاعتقال الإداري بين القانون الدولي الإنساني والممارسات الإسرائيلية

الدكتور/ غسان شريف خالد
جامعة النجاح الوطنية - نابلس
دولة فلسطين

ملخص:

لقد مارست دولة الاحتلال الإسرائيلي العديد من المخالفات القانونية البشعة بحق الشعب الفلسطيني بوجه عام، وبحق الأسرى الفلسطينيين بوجه خاص، وتشكل سياسة الاعتقال الإداري بحق الأسرى الفلسطينيين شكلاً من أشكال هذه الممارسات؛ ذلك أن دولة الاحتلال الإسرائيلي والتي دأبت على ارتكاب شتى الجرائم والمخالفات بحق الشعب الفلسطيني دون أي رادع، لا تتورع عن مخالفة قواعد القانون الدولي الإنساني في تعاملها مع حقوق الشعب الفلسطيني، ومن ذلك ما يختص بسياسة الاعتقال الإداري، إذ أن قواعد القانون الدولي الإنساني تجيز اللجوء إلى الاعتقال الإداري في حالات معينة وضمن وصفه بكونه إجراءً استثنائياً لا يجوز التوسع فيه، وبحيث لا يتم التعامل معه كبديل عن الدعوى القضائية، فلا يجوز اللجوء إليه بعد فشل سلطات التحقيق في إثبات ارتكاب شخص ما لمخالفة معينة. وكذلك فإن قواعد القانون الدولي الإنساني تقضي بوجوب إنهاء الاعتقال الإداري متى انتفت أسبابه، وأن كونه يمثل إجراءً استثنائياً لا يغير من حقيقة أن من حق المعتقل اعتقالاً إدارياً معرفة سبب اعتقاله، وتقديم دفاعه حسب الأصول، وأن من حقه أن تكون الجهة التي تختص في إعادة النظر في قرار اعتقاله جهة محايدة ومستقلة وذات مصداقية ومهنية، وأنها في عملها تلتزم وتراعي ضمانات المحاكمة العادلة، وأنها تستند في تشكيلها وفي عملها إلى نظام قانوني مشروع. أما بشأن سياسة الاعتقال الإداري التي تمارسها دولة الاحتلال الإسرائيلي بحق المواطنين الفلسطينيين فإننا نجد أنها تخالف أحكام القانون الدولي والإنساني بشأن كافة الضمانات والقواعد أعلاه، بل وبشأن كافة الضمانات والقواعد الأخرى ذات الصلة، وذلك كما هو واضح مما انتهى إليه بحثنا هذا.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد، وعلى آله وصحبه ومن تبع هداة إلى يوم الدين.... وبعد،

مما لا ريب فيه أن المهمة الكبرى للشعب الفلسطيني هي إتمام تحقيق الهدف الرئيس المتمثل بالحرية والاستقلال بعد دحر الاحتلال البغيض، الذي عمل ومنذ

اللحظة الأولى لوجوده على القيام بمجموعة من الإجراءات التي تكفل - بظن الاحتلال - استمرار وجوده، فهو سعى لتهجير أكبر عدد من الشعب الفلسطيني، وسعى كذلك لإيجاد تبعية كاملة للاقتصاد الفلسطيني، الأمر الذي أدى إلى إيجاد تشوهات هيكلية في الاقتصاد الفلسطيني، وكان من ضمن ما قام به الاحتلال في سياق الإجراءات التي تخدم تحقيق هدفه أعلاه، إجراءات تتعلق بالجانب التشريعي حيث ألغى بعض التشريعات التي كانت سارية وعدّل في أخرى وأصدر أوامر عسكرية وأعطى لها صفة التشريع، وقد مارس الاحتلال الإسرائيلي ذلك خلافاً لقواعد القانون الدولي التي لا تقر اغتصاب الاحتلال لسلطة التشريع للشعب الواقع تحت الاحتلال، فمن خلال ما كان يعرف بالقائد العسكري للمنطقة، والذي كان يجمع بيده السلطات الثلاث، فقد أصدر الاحتلال مئات الأوامر العسكرية والتي كان يكسبها صفة القانون بهدف تحقيق رغباته وفلسفته الاستعمارية، وذلك على الرغم مما كان الاحتلال وما زال يعكف على ترديده من التزامه بقواعد القانون الدولي الإنساني، وخاصة فيما يتعلق باتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ مغمضاً عيناه عن نص المادة (٤٣) منها، والتي تنص بوضوح على أن قدرة سلطات الاحتلال على تغيير القوانين النافذة في الأراضي المحتلة إنما هي سلطات مقيدة إلى أشد درجات التقييد.

ولعلّ الإنسان الفلسطيني كان أكثر مكونات الحالة الفلسطينية معاناةً من جرّاء ممارسات الاحتلال الإسرائيلي وجرائمه، فقد وقعت عليه سائر أشكال الظلم والمعاناة والاضطهاد، سواءً بالقتل أو بالتعذيب أو بالتشريد أو بالاعتقال، فقد كانت الجزئية الأخيرة تحديداً - الاعتقال - إحدى الوسائل الفظيعة التي استخدمها الاحتلال الإسرائيلي لإذلال الشعب الفلسطيني وامتهان كرامته وتركيعه، فقد اعتقل الاحتلال الإسرائيلي منذ قيام دولته وحتى تاريخه مئات آلاف من الفلسطينيين، ذكوراً وإناثاً، أطفالاً وكهولاً، شباباً وشيباً، دون أن يراعي أبسط مقتضيات حقوق الإنسان في معاملة هؤلاء، وكان في إطار ذلك اتباعه لسياسة الاعتقال الإداري الممنهجة، والتي مثلت بكليتها نموذجاً سافراً لانتهاك الاحتلال لأبسط قواعد القانون الدولي الإنساني الخاصة بالمعتقلين، فهو شرّع لنفسه إمكانية اعتقال الأشخاص من غير أن يكون لهذا الاعتقال سقف زمني، ودون حتى أن يتم إعلام المعتقل إدارياً عن سبب اعتقاله، ودون مراعاة أبسط مبادئ ضمانات المحاكمة العادلة الأخرى من شفوية وعينية المحاكمة، بل وحتى دون توفير جهة محايدة ومستقلة لتختص بإعادة النظر في أوامر الاعتقال الإداري.

أهمية الموضوع

تتمثل أهمية الموضوع في التالي:

- ١ - كونه يعالج قضية هامة ضمن مسائل القانون العام، وتزداد أهميتها في ظل خصوصية الوضع في فلسطين.
- ٢ - تتجلى أهمية البحث أيضاً في ظل المتغيرات التي طرأت حديثاً في ما يتعلق بالمركز القانوني لدولة فلسطين.

البيانات المستخدمة في البحث

تم استخدام نوعين من البيانات:

- ١ - البيانات الأولية: وذلك عن طريق المقابلات مع المعنيين والمختصين للتعرف على موقفهم بشأن بعض المسائل المتعلقة بموضوع البحث.
- ٢ - البيانات الثانوية: وذلك عن طريق استقصاء البيانات المنشورة، وبخاصة الوثائق الدولية ذات الصلة، وعن طريق كذلك المراجعة الأدبية للأعمال والأبحاث والتقارير ذات الصلة بموضوع البحث.

الدراسات السابقة

لقد قل البحث في موضوع الدراسة على مستوى المكتبة العربية عموماً والفلسطينية خصوصاً، ولعل أبرز الدراسات التي تناولت الموضوع كانت دراسة يلينا بيجتس - المستشارة القانونية لدى اللجنة الدولية للصليب الأحمر - والتي كانت بعنوان المبادئ والضمانات الإجرائية المتعلقة بالاحتجاز الإداري في النزاعات المسلحة وغيرها من حالات العنف، حيث يلاحظ أن هذه الدراسة قد تناولت المبادئ التي يجب أن يحتكم إليها في حال أن الضرورة اقتضت تنفيذ اعتقال إداري بحق شخص ما، إلا أنه يلاحظ على هذه الدراسة أيضاً أنها جاءت خالية من دراسة حالات عملية بشأن احترام أو انتهاك المبادئ أعلاه.

أما على الصعيد الفلسطيني فلعل أبرز الدراسات كانت الدراستين المعدّتين من قبل مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، حيث كانت الأولى بعنوان "الاعتقال الإداري في الأرض الفلسطينية المحتلة" وكانت الثانية بعنوان "انتهاك حقوق المعتقلين الإداريين في السجون الإسرائيلية بين القانون والممارسة"، حيث يلاحظ أن هاتين الدراستين قد تناولتا بشكل جدي مسألة المبادئ والضمانات الإجرائية الخاصة بالاعتقال الإداري، والانتهاكات الإسرائيلية لها، إلا أنه يلاحظ على هذه الدراسات أنها قد جاءت خالية من مسائل هامة ذات صلة مثل الأساس التشريعي

الذي تستند إليه دولة الاحتلال الإسرائيلي في تنفيذها لسياسة الاعتقال الإداري بحق المواطنين الفلسطينيين، كما أنها جاءت شبه خالية من تناول مسألة التشوهات الفلسفية والهيكلية والإجرائية التي تعترى عمل المحاكم الإسرائيلية في نظرها لأوامر الاعتقال الإداري الصادرة عن جيش الاحتلال الإسرائيلي بحق المواطنين الفلسطينيين.

أسلوب التوثيق:

تم التوثيق في متن البحث، وفقاً لأسلوب الجمعية الأمريكية للسيكولوجية (APA).

خطة البحث

يشتمل البحث على مقدمة، وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة، حيث يتناول المبحث الأول إجراءات الاعتقال الإداري في السجون الإسرائيلية ومدى التزامها بالضمانات الأساسية والإجرائية للمحكمة العادلة كما هي مقرر في قواعد القانون الدولي الإنساني، أما المبحث الثاني فيدرس الأساس القانوني التشريعي الذي تستند إليه سلطات الاحتلال الإسرائيلي في ممارسة الاعتقال الإداري غير مشروع، في حين أن المبحث الثالث يعالج موضوع القضاء العسكري لدولة الاحتلال الإسرائيلي في نظره لأوامر الاعتقال الإداري والذي نجده يمثل حالة من التشوه الهيكلي والتنظيمي والأساسي، مما يجعله بكلية نموذجاً سافراً لحالة عدم المشروعية.

تمهيد

تشير الإحصائيات أن دولة الاحتلال الإسرائيلي أصدرت خلال فترة احتلالها للأراضي الفلسطينية عشرات الآلاف من أوامر الاعتقال الإداري بحق المواطنين الفلسطينيين، فهي قد أصدرت فقط في عام ٢٠٠٨ (٢٢٢٢) أمر اعتقال إداري^(١)،

(١) مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، انتهاك حقوق المعتقلين الإداريين في السجون الإسرائيلية بين القانون والممارسة، رام الله، ٢٠١٠، صفحة (٧).

وقد كان الباحث أحد ضحايا هذه الأوامر فقد أعتقلت من قبل قوات الاحتلال الإسرائيلي يوم الخميس الموافق ٢٠٠٨/٤/٣، حيث تم إعلامي بعد اعتقالي بأربعة أيام بأنني معتقل إداري لمدة ستة أشهر، وفي اليوم الثامن لاعتقالي تم عرضي على قاضي عسكري في محكمة الدرجة الأولى في محكمة عوفر العسكرية الإسرائيلية لتثبيت أمر الاعتقال الإداري الصادر بحقي، والصادر أصلاً عن القائد العسكري لمنطقة نابلس في الجيش الإسرائيلي، وهناك كانت الصدمة الكبرى بالنسبة لي، إذ أنني كنت انتظر تلك اللحظة دقيقة بدقيقة لأعرف سبب اعتقالي ولأدافع عن نفسي خاصة وأني محام مزاول لمهنة المحاماة وأدرس القانون، وأنه لم يكن قد مرَّ على الإفراج عني من زنازين التحقيق الإسرائيلية سوى عشرة أيام - حيث كانت =

= محكمة الاستئناف في محكمة عوفر العسكرية الإسرائيلية قد قررت الإفراج عني فوراً من زنازين التحقيق موضحاً أنه لا مسوغ مقبول لاستمرار اعتقالني - وكما أسلفت فقد كانت صدمتي الكبرى من طبيعة إجراءات المحكمة عند تداول الأمر بشأن تثبيت الأمر العسكري باعتقالي إدارياً أو إلغائه، حيث بدأت الأمور بأن سأل المحامي الخاص بي ممثل النيابة العسكرية الإسرائيلية عن سبب إعادة اعتقالني مع أنه لم يمر على الإفراج عني أكثر من (١٠) أيام، وأنه قد أفرج عني من الاعتقال الأول بقرار من محكمة الاستئناف العسكرية بعد دراستها لملفي وأنها قد قالت في قرارها أنه لا يوجد سبب منطقي لاستمرار اعتقالني، فأجاب ممثل النيابة العسكرية رداً على سؤال المحامي أن سبب اعتقالني يعود إلى ملف سري لا يمكنه الإفصاح عنه، فسأله المحامي إذا كانت محكمة الاستئناف قد قررت قبل عشرة أيام فقط من الاعتقال الثاني أنه لا يوجد أي سبب جدي للإبقاء على المعتقل في السجن، فهل المعتقل قد قام خلال العشرة أيام التي أفرج عنه فيها ما يستدعي إعادة اعتقاله، فأجاب ممثل النيابة العسكرية ثانية أن المعتقل معتقل استناداً إلى ملف سري لا يمكنه الإفصاح عنه، وهنا سأله المحامي سؤالاً ثالثاً هل الملف السري متعلق بذات التهمة التي كان المعتقل قد اعتقل بسببها المرة الأولى قبل أن تقرر محكمة الاستئناف الإفراج عنه، فأجاب ممثل النيابة العسكرية للمرة الثالثة أن المعتقل قد اعتقل استناداً إلى ملف سري لا يمكنه الإفصاح عنه، وهنا تدخل قاضي محكمة التثبيت العسكرية طالباً من ممثل النيابة العسكرية أن يطلع على تفاصيل الملف السري الذي يدور حوله الحديث، وما أن اقترب ممثل النيابة ومعه الملف من القاضي حتى انتفض الأخير قائلاً له بكل وضوح، لا يمكنكم أبداً اعتقال شخص استناداً إلى أسباب قد ولكن النيابة العسكرية قررت استئناف قرار الإفراج الصادر عن محكمة التثبيت في محكمة عوفر العسكرية الإسرائيلية، وقد جاء قرار محكمة الاستئناف في محكمة عوفر العسكرية الإسرائيلية بتثبيت أمر الاعتقال الإداري بحقي لمدة ستة أشهر دون الاهتمام بما سبق بيانه، وقد انتظرت فترة الشهور الستة بفارغ الصبر وأنا أنتظر عودتي لأطفالي وزوجتي وأمي وأبي، وفي صباح اليوم الأخير من فترة الستة أشهر، وبعد أن قمت بوداع من كان معي من الأسرى حضر شرطي السجن الإسرائيلي وفتح باب السجن ونادى على اسمي بالفعل - وقد كنت في فرحة يصعب التعبير عنها - وعندما اقتربت من الشرطي متلهفاً للخروج فإذا به يناولني ورقة باللغة العبرية ويقول لي بلغة عربية ركيكة بأنه لن يفرج عني وأن القائد العسكري في الجيش الإسرائيلي حيث أقيم قد قرر تمديد اعتقالني الإداري لمدة ستة أشهر جديدة، وقد حاولت بداية أن أجعل نفسي غير قادر على فهم كلامه، وقد استعنت بمن كان حاضراً من زملائي الأسرى لتفسير كلام الشرطي، وبذلك فقد تبخرت في لحظة كامل أحلامي بالعودة لأطفالي وأمي، ولم يعد هناك حاجة لجميع العبارات الجميلة التي كنت قد رتبته منذ فترة لأقولها لأطفالي وزوجتي وأمي وأبي عند عودتي إليهم، وهكذا استمر اعتقالني الإداري بتمديد وراء تمديد لمدة عشرين شهراً دون أن توجه لي أي تهمة، بل حتى دون أن أسأل أي سؤال، فلا أعرف حتى تاريخه لماذا تم اعتقالني، وما هو الأساس أو المعيار الذي اتبع ليتقرر الإفراج عني.

وهي تستند في سياستها هذه إلى كون القانون الدولي الإنساني يسمح لقوة الاحتلال أن تقوم باعتقال المدنيين من سكان الإقليم المحتل بموجب أمر اعتقال إداري يصدر عن القائد العسكري، غير أن ممارسات قوات الاحتلال الإسرائيلي لسياسة الاعتقال الإداري بحق المواطنين الفلسطينيين انطوت دائماً على انتهاكات خطيرة لأهم حقوق الإنسان ولأبرز قواعد القانون الدولي الإنساني، سواء من حيث كونها تبنى على ما يسمى بالملف السري^(٢)، أو من حيث كونها لا تخضع لرقابة قضائية جدية ومسؤولة تلتزم حتى بالحد الأدنى من معايير المحاكمة العادلة^(٣)، أو من حيث مخالفتها لمبدأ أن الاعتقال الإداري ينتهي متى انتفت أسبابه، وقيامها بتمديد مدة الاعتقال الإداري للمعتقلين الفلسطينيين المرة تلو المرة، ولسنين طوال دون الإكتراث بآثار ذلك عليهم وعلى ذويهم^(٤).

= إن تجربة الباحث أعلاه جعلته يقرر عمل كل ما يلزم في إطار محاربة ومكافحة الاعتقال الإداري في السجون الإسرائيلية لما يتضمنه من ظلم واعتداء واضحين، وعلى اعتبار أن ذلك يندرج أيضاً في إطار إيضاح الحقائق حول حجم الظلم الواقع على الشعب الفلسطيني، وفي إطار ذلك فقد جاء هذا البحث.

(٢) (تبنى التهم في ملفات الاعتقال الإداري على ملفات سرية يقدمها جهاز المخابرات الإسرائيلية ولا يملك المتهم أو محاميه حق الإطلاع عليها. للمزيد: (فراس أبو هلال، ٢٠٠٩، الصفحات ٤٥، ٤٧، ٥١)).

(٣) (تظهر الإحصاءات أنه في الفترة ما بين شهر آب ٢٠٠٨ حتى شهر تموز ٢٠٠٩ قد صادقت محاكم الدرجة الأولى العسكرية الإسرائيلية على (١٥٩٦) أمر اعتقال إداري بحق مواطنين فلسطينيين من أصل (١٦٧٨) أمر، مما يعني أن محاكم الدرجة الأولى العسكرية الإسرائيلية (محاكم التثبيت) قد صادقت على ما يزيد على ٩٥٪ من أوامر الاعتقال الإداري التي تصدر عن الجيش الإسرائيلي بحق المواطنين الفلسطينيين. بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.ppsmo.ps/portal بتاريخ ٢٠١٢/٩/١١).

(٤) (بشأن الأثر النفسي للاعتقال الإداري على المعتقل الفلسطيني وأهله راجع: الاعتقال الإداري، بحث منشور على موقع www.bahethcenter.net بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥ صفحة (٣). وراجع كذلك: ميسر عطيان، ماهية الاعتقال الإداري، مقال منشور على موقع: www.amin.org بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٣٠).

المبحث الأول

إجراءات الاعتقال الإداري في السجون الإسرائيلية والضمانات الأساسية والإجرائية للمحكمة العادلة كما هي مقررة في قواعد القانون الدولي الإنساني

يُعرف الاعتقال الإداري بوجه عام بأنه حرمان شخص ما من حريته بناءً على أمر من السلطة التنفيذية - وليست القضائية - دون توجيه تهم جنائية ضد المحتجز أو المعتقل إدارياً^(٥)..

في حين أن البعض يعرف الاعتقال الإداري في سجون الاحتلال الإسرائيلية بأنه "أمر إداري لا يصدر عن طريق المحكمة، يقضي بحجز شخص في المعتقل، إما بصورة انفرادية أو مع معتقلين إداريين آخرين لمدة لا تزيد على ستة أشهر ويمكن تجديدها دورياً، ودون توجيه اتهامات واضحة ومحددة ضد المعتقل، ودون تقديمه لمحكمة عادلة"^(٦).

ويعرف كذلك بأنه: "اعتقال بدون تهمة ومحاكمة، ويعتمد على ما يسمى بالملف السري، والتذرع بوجود أدلة سرية لدى جهاز الأمن الإسرائيلي، فالملف السري هو التهمة الجاهزة الملفقة التي توجهها سلطات الاحتلال الإسرائيلي إلى الفلسطينيين ليتم بموجبها اعتقالهم إدارياً لمدة مفتوحة دون أدنى حق في إجراءات قانونية"^(٧).

ويعرفه آخرون بأنه: "اعتقال بدون تهمة أو محاكمة، يعتمد على ملف سري، وأدلة سرية، لا يمكن للمعتقل أو محاميه الاطلاع عليها، ويمكن بحسب الأوامر العسكرية الإسرائيلية تجديد أمر الاعتقال الإداري مرات غير محدودة، حيث يتم استصدار أمر إداري لفترة أقصاها ستة أشهر في كل أمر اعتقال قابلة للتجديد"^(٨).

إن النظرة الأولية للتعريفات أعلاه تشير إلى أن نظام الاعتقال الإداري الذي يمارسه الاحتلال الإسرائيلي بحق الأسرى الفلسطينيين جاء مخالفاً لقواعد القانون

(٥) يلينا بيجتس "المبادئ والضمانات الإجرائية المتعلقة بالاحتجاز والاعتقال الإداري في النزاعات المسلحة وغيرها من حالات العنف" مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد (٨٥٨) بتاريخ ٣٠/١٢/٢٠٠٥، صفحة (١٧٦).

(٦) (الرشماوي، ١٩٨٥، كما هو وارد لدى: جامعة بيرزيت، ١٩٨٥، صفحة (٣)).

(٧) (ميسر عطيان، مرجع سابق).

(٨) (العزل الانفرادي والاعتقال الإداري كسياسة صهيونية انتقاماً من الأسرى، تقرير منشور على موقع: بتاريخ ٤/١١/٢٠١٢).

الدولي الإنساني وأنه لا تتوافر فيه الضمانات الإجرائية والأساسية التي تحكم الاعتقال الإداري - بصفته إجراءً استثنائياً أصلاً - ضمن حدها الأدنى، وذلك على الرغم من أن دولة الاحتلال الإسرائيلي تدعي أنه يتم اللجوء إلى الاعتقال الإداري بحق المواطنين الفلسطينيين فقط كوسيلة أمن ضرورية، وأنه يلجأ إليه فقط عندما لا تمنع الإجراءات القضائية أو الوسائل الإدارية الأخرى الأقل حدة الخطر المترتب عن المعتقل، غير أن هذا الزعم لا يعبر عن حقيقة الأمر بشأن الطريقة التي تجري بها دولة الاحتلال الاعتقال الإداري بحق المواطنين الفلسطينيين^(٩)، وما تتضمنه من مخالفات جسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، ولإيضاح ذلك، فقد نهج الباحث أسلوب تبيان موقف القانون الدولي الإنساني بشأن المسائل ذات الصلة، ومن ثم يعرض حقيقة المزاولة كما تجريها دولة الاحتلال الإسرائيلي بحيث يتضح بنتيجة البحث حقيقة موقع هذه المزاولة ضمن المنظومة التشريعية العالمية لحقوق الإنسان.

أ - الاعتقال الإداري بحسب قواعد القانون الدولي الإنساني إنما هو إجراء استثنائي ولا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، حيث لا يجوز اللجوء إلى الاعتقال الإداري إلا في الحالات التي يقتضي فيها ذلك بصورة مطلقة أمن الدولة أو لأسباب أمنية قهرية. (المواد ٤٢، ٧٨ من اتفاقية جنيف الرابعة).

حيث يفهم من المواد أعلاه أنه لا يجوز اللجوء إلى الاعتقال الإداري إلا إذا كان هناك خطر لا محال سيحل إن لم يلجأ إلى الاعتقال الإداري، وأنه لا يجوز اللجوء إليه كوسيلة للعقاب.

أمّا وفقاً لأحكام العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فإنه لا يجوز العمل بالاعتقال الإداري إلا إذا كانت هناك حالة طوارئ عامة تهدد حياة الأمة^(١٠). "وحتى في حالات الطوارئ لا يمكن وتحت أي ظرف الانتقاص مما يطلق عليه صلب حقوق الإنسان، وهو يشمل منظومة حقوق الإنسان غير القابلة للاستثناء،

(٩) ميسر عطيان، مرجع سابق).

(١٠) قالت الممثل الأعلى للسياسة الخارجية في الاتحاد الأوروبي كاثرين أشتون خلال جلسة استجواب لها نظمها الاتحاد الأوروبي أنها قلقة من استخدام إسرائيل المفرط للاعتقال الإداري بحق الأسرى الفلسطينيين في سجونها، وأضافت "أن الاعتقال الإداري يجب أن يبقى وسيلة استثنائية، وفي حالة استخدامه فإن قواعد القانون الدولي والإنساني يجب أن تطبق بما فيها ضرورة إعلام وإخبار المعتقلين حول أسباب اعتقالهم"، ورد هذا الخبر على موقع www.paltoday.ps/ar بتاريخ ٢٠١٢/٩/٨.

مثل، الحق في الحياة وحظر التعذيب وحق الأشخاص المحرومين من حريتهم في الطعن في شرعية احتجازهم" (١١).

وبذلك فإنه يصبح واضحاً أن سياسة الاعتقال الإداري المستخدمة من قبل دولة الاحتلال الإسرائيلي لا يمكن أن تكون إلا غير مشروعة، إذ أن دولة الاحتلال الإسرائيلي قد استخدمت الاعتقال الإداري كوسيلة عقابية ضد آلاف الفلسطينيين متجاوزةً أن القانون الدولي الإنساني لا يجيز اللجوء إليه إلا وفق شروط معينة وفي حالات استثنائية (١٢)، ولا أدل على ذلك من ما أقدمت عليه سلطات الاحتلال من اعتقال للعشرات من أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني بما فيهم رئيس المجلس التشريعي الفلسطيني (١٣) واعتقال كذلك العشرات من أعضاء المجالس البلدية في عام ٢٠٠٧، فهل شكّل وجود هؤلاء على رأس عملهم وبين أهلهم خطراً أمنياً محدقاً على دولة الاحتلال، ولم يكن بالإمكان تجاوزه إلا عبر الاعتقال الإداري، والإجابة بالتأكيد لا، إذ أن سلطات الاحتلال قد اعتقلت هؤلاء مباشرة بعد أسر الجندي جلعاد شاليط في غزة، وعليه فإن الاعتقال لهؤلاء إنما تم في إطار الإجراءات العقابية بحق من أسر الجندي المذكور أعلاه وبحق أنصارهم، وهو الأمر الذي يتعارض مع قواعد القانون الدولي الإنساني التي لا تقبل الاعتقال الإداري بصفته إجراءً عقابياً (١٤)، خاصةً وأنه يفهم من خلال الرجوع إلى قواعد القانون الدولي الإنساني أن الاعتقال الإداري يهدف إلى الوقاية ويتحسب للمستقبل (١٥).

ب - الاعتقال الإداري ليس بديلاً عن الدعوى القضائية، إذ أن المبرر القانوني الوحيد

(١١) يلينا بيجتس، مرجع سابق، صفحة (١٨٠)، راجع: المواد (٤)، (٩) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. وكذلك المادة (٣٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان).

(١٢) بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.btselem.org بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥.

(١٣) تراجع الفقرات (١٥٠٤، ١٤٩٩) من تقرير القاضي غولدستون بشأن الأوضاع في الأراضي الفلسطينية والحرب الإسرائيلية على قطاع غزة في عام ٢٠٠٩.

(١٤) مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان "الاعتقال الإداري في الأراضي الفلسطينية المحتلة"، رام الله، ٢٠١٠، صفحة (٧). ويتعزز ما ذهبنا إليه ليصل إلى كونه حقيقة مطلقة إذا ما أخذنا في الاعتبار أن دولة الاحتلال الإسرائيلي قد قامت ثانيةً في يوم ٢٢/١١/٢٠١٢ - أي في اليوم التالي لانتهاؤها حربها الأخيرة على قطاع غزة - باعتقال (٦) من أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني - عن كتلة التغيير والإصلاح، وقد حولتهم جميعاً بعد أيام من ذلك إلى الاعتقال الإداري).

(١٥) بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.btselem.org بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥.

الذي يمكن أن يبرر الاعتقال الإداري وفق قواعد القانون الدولي الإنساني هو وجود ملابسات واضحة بشأن خطر صادر عن شخص بصورة فورية، وأنه لا يمكن دفع إمكانية حدوث هذا الخطر إلا من خلال اعتقاله اعتقالاً إدارياً، وبشرط أن يكون الأمر يتعلق بخطر مستقبلي، بحيث لا يكون الاعتقال الإداري وسيلة معاقبته عن فعل سبق وقام به^(١٦)، وعليه فإنه لا يعني أن هناك شكاً في أن شخص ما قد ارتكب جريمةً جنائياً أو أمنياً وجود مبرر لاعتقال هذا الشخص اعتقالاً إدارياً أو أن يحرم هذا الشخص من ضمانات المحاكمة القضائية المفترضة وفق قواعد القانون الدولي الإنساني الخاصة بالمعتقلين، ومن بينها حق هؤلاء في محاكمة عادلة أمام محكمة مستقلة^(١٧). وبناءً على ما ورد فإنه يصبح واضحاً أن المحاكم العسكرية الإسرائيلية في نظرها لأوامر الاعتقال الإداري تخالف قواعد القانون الدولي الإنساني وقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، ابتداءً من حيث الغاية من الاعتقال الإداري وطبعاً من حيث ولايتها القانونية على المعتقلين الفلسطينيين^(١٨)، كما أنه يصبح واضحاً أن الحالة التي تلجأ فيها سلطات الاحتلال إلى إقرار الاعتقال الإداري بحق أحد المواطنين الفلسطينيين بعد فشلها في إثبات ارتكابه لمخالفة معينة وفق شروط الدعوى الجنائية^(١٩) يمثل تعدياً فاضحاً على قواعد القانون الدولي^(٢٠)، وبالتأكيد أن ذات الحكم ينصرف على الحالة التي تلجأ فيها دولة الاحتلال الإسرائيلي إلى تحويل المعتقل الفلسطيني بعد انتهاء محكوميته إلى اعتقال جديد تحت اسم الاعتقال الإداري، وقد حدث هذا مع مجموعة كبيرة من المعتقلين الفلسطينيين، فقد حولت سلطات الاحتلال الإسرائيلي مثلاً المعتقل الفلسطيني صالح محمد العاروري -من قرية عارورة قضاء رام الله - بعد انتهاء مدة محكوميته والتي استمرت عشر سنوات إلى الاعتقال الإداري، حيث مكث في

(١٦) (المرجع السابق).

(١٧) (يلينا بيجتس، المرجع السابق، صفحة (١٨١)).

(١٨) (من مقابلة تمت مع أد أحمد الخالدي، بتاريخ ٢٠١٢/٩/١).

(١٩) (وذلك كما حصل مع أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني عام ٢٠٠٧، وتكرر أيضاً حصوله في تشرين الثاني عام ٢٠١٢، وهو ذات الأمر الذي حصل مع الباحث ومع مئات المعتقلين الفلسطينيين الآخرين. للمزيد: ميسر عطيان، مرجع سابق).

(٢٠) (مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان "الاعتقال الإداري في الأراضي الفلسطينية المحتلة"، مرجع سابق، صفحة (١٠)، ويراجع أيضاً فراس أبو هلال، مرجع سابق، صفحة (٤٦)).

الاعتقال الإداري لمدة (٥) سنوات أخرى، وقد حدث ذات الأمر مع مجموعة كبيرة من المعتقلين الفلسطينيين^(٢١)، وحتماً أن ذات الحكم ينصرف أيضاً على الحالة التي تقوم فيها سلطات الاحتلال الإسرائيلي باستخدام الاعتقال الإداري كوسيلة ضغط على المعتقل الفلسطيني من أجل إجباره على الموافقة على إبعاده عن وطنه، فهي تخيره بين معادلة البقاء رهن الاعتقال الإداري إلى ما لا نهاية، أو أن يقبل الإبعاد عن وطنه، حتى أن النيابة العسكرية الإسرائيلية تعلن للمعتقل أو لوكيله ذلك صراحةً، وقد حدث ذلك مع مجموعة من المعتقلين الفلسطينيين والذين تم إبعادهم لاحقاً إلى خارج وطنهم، ومنهم المعتقل صالح محمد العاروري من قرية عارورة قضاء رام الله، والمعتقل عماد أبو حسن من قرية اليامون قضاء جنين، والمعتقل نزار عطية عمارنة من بلدة يعبد قضاء جنين^(٢٢).

ت - ينتهي الاعتقال الإداري متى انتفت أسبابه، إذ أنه من المسلمات أن أي شخص معتقل له الحق بأن يتم الإفراج عنه من قبل الدولة الحاجزة له بمجرد زوال الأسباب التي اقتضت اعتقاله (المادة ١٣٢ من اتفاقية جنيف الرابعة، والمادة (٣/٧٥) من البروتوكول الأول)، ومن باب أولى وجوب تطبيق هذا المبدأ على المعتقلين الإداريين؛ ذلك أن أحكام الاعتقال الإداري - كما سبق وأن تم التوضيح - تعد أحكاماً لإجراء استثنائي لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، ولا يجب اللجوء إليه أصلاً إلا لأسباب أمنية قاهرة، وبذلك فإنه يصبح واضحاً أن العشرات من القرارات العسكرية الإسرائيلية والقاضية بتمديد مدة الاعتقال الإداري لمعتقلين فلسطينيين المرة تلو المرة وتثبيت المحكمة العسكرية لهذه القرارات مما جعل مدة الاعتقال الإداري تزيد أحياناً على خمس سنوات^(٢٣)، لا يمكن تصور أن تكون مشروعة وفق قواعد القانون الدولي الإنساني، إذ لا يعقل تصور أن يبقى

(٢١) (للمزيد: راجع الاعتقال الإداري، بحث منشور على موقع www.bahethcenter.net بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥، صفحة (٣)، مرجع سابق).

(٢٢) (من مقابلة تمت مع المحامي فارس أبو الحسن / محامي مؤسسة التضامن الدولية لحقوق الإنسان في فلسطين / أجراها الباحث معه في مدينة نابلس بتاريخ ٢٠١٢/٩/٢٤، وللمزيد: راجع الاعتقال الإداري، بحث منشور على موقع www.bahethcenter.net بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥، صفحة (٤)، مرجع سابق).

(٢٣) (مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان "انتهاك حقوق المعتقلين الإداريين في السجون الإسرائيلية بين القانون والممارسة" رام الله، ٢٠١٠، صفحة (٨)).

شخص يمثل خطراً أمنياً قاهراً وطارئاً ولا يمكن درؤه إلاً باعتقاله إدارياً، ودون إعلامه عن سبب اعتقاله مدة تمتد إلى سنين طوال^(٢٤).

ث - المحاكم العسكرية الإسرائيلية تنتهك مبدأ شفوية المحاكمة وعينيتها وتهدر حق المعتقل اعتقالاً إدارياً في معرفة أسباب اعتقاله وتقديم دفاعه، إذ أن من الضمانات الأساسية للمعتقل التي نصت عليها قواعد القانون الدولي الإنساني (مثلاً: المادة (١٠٥) من اتفاقية جنيف الثالثة والمادة (٧١) من اتفاقية جنيف الرابعة والمادة (٣/٧٥) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف والمادة (٦) من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف) حق المعتقل في معرفة سبب اعتقاله، وبحيث يكون ذلك بلغة يفهمها، وبحيث تكون المعلومات بدرجة كافية من التفصيل، وذلك حتى يتمكن المعتقل من الطعن في قانونية احتجازه^(٢٥). ولعله لا يختلف اثنان على مدى أهمية هذا المبدأ ومدى اعتباره من أساسيات ضمانات المحاكمة العادلة وفق قواعد القانون الدولي^(٢٦)، فإضافة إلى ما سبقت الإشارة إليه من نصوص اتفاقية جنيف الرابعة ونصوص البروتوكول الأول فقد نصت عليه أيضاً المادة (٢/٩) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والتي نصت على أنه: "يجب إبلاغ كل شخص يقبض عليه بأسباب القبض عليه لدى وقوعه، ويجب إبلاغه على وجه السرعة بأية تهمة توجه إليه"، وقد ورد في التعليق العام رقم (٨) الصادر عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الدورة السادسة عشرة عام ١٩٨٢ بشأن المادة (٩) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التالي "وينبغي أيضاً، إذا استخدم ما يسمى بالحبس الوقائي لأسباب تتعلق بالأمن

(٢٤) (يمثل الاعتقال الإداري للمعتقلين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية فعلياً عملية اعتقال يمكن أن تستمر إلى ما لا نهاية، علماً أن أكثر من ٧٠٪ من المعتقلين الإداريين الفلسطينيين قد تم تجديد فترة اعتقالهم لأكثر من مرة متتالية. راجع: الاعتقال الإداري، بحث منشور على موقع: www.bahethcenter.net بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥، صفحة (٣)، مرجع سابق، وراجع كذلك: أحمد أبو شلال، ١٩٩٩، صفحة (١٩)).

(٢٥) (المادة (٩٩) من اتفاقية جنيف الثالثة، والمادة (٧٢) من اتفاقية جنيف الرابعة. راجع: يلينا بيجتس، مرجع سابق، صفحة (١٨٤). وكذلك راجع: معن إدعيس، ضمانات المحاكمة العادلة في التشريعات الدولية والمحلية، الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان والبيئة، القدس، ١٩٩٩، الصفحات (٣٥، ٣٩). وراجع كذلك: مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، انتهاكات حقوق الأسيرات والأسرى الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، ط١، رام الله، ٢٠٠٩، صفحة (٣٤-٣٨)).

(٢٦) (مركز علاج وتأهيل ضحايا التعذيب، ٢٠٠٩، صفحة (٤٠)).

العام، أن يخضع ذلك الحبس لذات هذه الأحكام، أي يجب ألا يكون تعسفياً، وأن يقوم على أسس وإجراءات ينص عليها القانون (الفقرة ١) وينبغي الإعلام بأسباب التوقيف (الفقرة ٢) وينبغي توفير المراقبة القضائية للاحتجاز (الفقرة ٤) فضلاً عن الحق في التعويض في حالة التوقيف غير القانوني (الفقرة ٥)."

إذ أن القواعد الأساسية للمحاكمات الجنائية توجب أن لا تستند الأحكام إلا على التحقيقات والمناقشات والمرافعات العلنية التي تحصل شفويّاً أمام المحاكم وفي مواجهة الخصوم، مما يتيح إمكانية التحقق من حقيقة وزن الأدلة ورفع الغموض عنها، فلا يجوز بأي حال أن يؤسس الحكم على دليل لم يكن مطروحاً على بساط البحث بالجلسة، ولم تتح للدفاع فرصة مناقشته أثناء المحاكمة، إذ من الواجب المساواة بين المتهم والنيابة العامة فيما يتعلق باستدعاء الشهود والاستماع إليهم واستجوابهم، وإجمالاً من الواجب المساواة بينهم بشأن كل جزئية من جزئيات التحقيق والمحاكمة، بل أن المتهم يجب أن يكون آخر من يتكلم حتى يتسنى له الرد على ما قدم ضده من أدلة، ومما لا شك فيه أن عكس ذلك سيرتب بطلان الحكم الذي صدر دون مراعاة الإجراءات والضمانات أعلاه، إذ أننا بصدد مسألة تتعلق بالنظام العام للعدالة الجنائية^(٢٧)، فقد نصت المادة (١٤/٣ هـ) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن من حق المتهم أن يستجوب - بنفسه أو بواسطة وكيله - خصمه وشهود خصمه، وأن له الحق في دعوة شهوده بذات الشروط والظروف التي تنطبق على الخصم وشهوده، وكذلك فإن القواعد الأساسية للمحاكمات الجنائية توجب مراعاة مبدأ عينية الدعوى الجزائية، بمعنى وجوب أن تتقيد المحكمة بعين الوقائع المرفوعة بها الدعوى، وذلك حتى لا يفاجأ المتهم بتهم غير تلك الواردة في لائحة الاتهام، فلا يكون لديه إمكانية لتحضير دفاعه المناسب، إذ ليس للمحكمة إضافة وقائع جديدة للوقائع المرفوعة بها الدعوى، ودون أن يعني ذلك التقيد بوصف التهمة المسندة للمتهم^(٢٨). وهذا المبدأ يمكن استنباطه من نصوص المواد (٩/٢، ١٤/٣ أ) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتي تقضي بوجوب إعلام المتهم فوراً وبلغاً يفهمها بطبيعة وسبب التهمة الموجهة إليه.

(٢٧) (معن إدعيس، مرجع سابق، صفحة (٣٧)). وكذلك من مقابلة تمت مع أ.د. أحمد الخالدي بتاريخ ٢٠١٢/٩/١. وتراجع المواد (٧١، ٧٢) من اتفاقية جنيف الرابعة، والمواد (٩٩، ١٠٥) من اتفاقية جنيف الثالثة).

(٢٨) (معن إدعيس، مرجع سابق، صفحة (٤٠)).

وبذلك فإنه يصبح واضحاً أن انتهاك المبدأ أعلاه يمثل انتهاكاً صارخاً لقواعد القانون الدولي الإنساني^(٢٩)، بل ويمثل انتهاكاً لمفاهيم كرامة الإنسان ضمن حدها الأدنى المفترض، فمن الغريب أن نجد من يشرع ذلك الآن^(٣٠)، بعد التطور الكبير الذي جرى على أنسنة التشريعات، ومروءة البشر، وفي ظل أن رواية كرواية كليلية ودمنة - وهي التي كتبت قبل مئات السنين - تمحورت في جزء رئيس منها أصلاً حول هذا المبدأ.

وبالتدقيق، فإنه يتضح أن إجراءات الاعتقال الإداري التي تنفذها سلطات الاحتلال الإسرائيلي والتي تستند إلى ما يسمى "بالملف السري" تمثل مخالفة لقواعد القانون الدولي، حيث لا يتاح للمعتقل معرفة سبب اعتقاله، مما يعني أنه لن يتسنى له إعداد دفاعه على النحو اللازم^(٣١)، فهو مثلاً لا يستطيع دعوة شاهد ما للمناقشة أمام المحكمة أو تقديم بيئة خطية معينة، ولا يستطيع طلب دعوة خبير ولا يستطيع الطلب من المحكمة الانتقال لمعاينة شيء ما، إذ كيف له ذلك وهو لا يعرف أصلاً سبب اعتقاله، فأكثر ما يستطيع المعتقل ومحاميه فعله هو التحدث بعموميات تخص شخص وحياته وطبيعة المعتقل، مثل القول أنه لم يُعهد عن المعتقل حب العنف أو التطرف، أو أن الوضع الاجتماعي لعائلته يستدعي أن تنظر المحكمة له ولعائلته بعين الرأفة^(٣٢). ولعل ما يزيد الأمر خطورة أن ممثل النيابة العسكرية كثيراً ما يبرر طلبه بتمديد الاعتقال الإداري بحق المعتقل الفلسطيني بوجود وقائع وأدلة جديدة سرية تستدعي - بحسب ادعائه - تمديد الاعتقال، فيغدو مع ذلك المعتقل الفلسطيني اعتقالاً إدارياً لا يعرف أصلاً سبب اعتقاله ولا سبب تمديد هذا الاعتقال ولا يعرف بشأن ماذا يقدم دفاعه^(٣٣)، إضافةً إلى أن طبيعة التشوه الهيكلي الذي تتصف به إجراءات الاعتقال الإداري في سجون

(٢٩) (للمزيد راجع: بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.btselem.org بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥).

(٣٠) (يراجع الأمر العسكري الإسرائيلي رقم (٣٧٨) لسنة ١٩٧٠ / المادة ٧٨ أ - د. (نشر هذا الأمر في العدد ٢١ من المناشير والأوامر والتعيينات بتاريخ ١٩٧٠/٤/٢٢، صفحة (٧٣٣)).

(٣١) (فراس أبو هلال، مرجع سابق، صفحة (٥١). راجع كذلك Hagit Shlonsky and Hava Halevi, Israeli Military Courts During 2006, MachsomWatch, 2007, page (15,17)).

(٣٢) (راجع ر، ٢٠٠٧، (page 17)).

(٣٣) (من مقابلة تمت مع المحامي فراس أبو الحسن/ محامي مؤسسة التضامن الدولية لحقوق الإنسان في فلسطين/ أجراها الباحث معه في مدينة نابلس بتاريخ ٢٠١٢/٩/٢٤).

الاحتلال الإسرائيلي، تهبط تلقائياً في مستوى أداء القاضي من كافة الجوانب، فهو مثلاً ليس بحاجة إلى بذل الجهد اللازم لتسبيب حكمه حسب الأصول طالما أن الدليل الذي سيستند إليه هو من قبيل الدليل السري، فهو غالباً ما يكتفي بالإشارة إلى وجود دليل سري ليقرر إجابة طلب ممثل النيابة العسكرية الإسرائيلية، على الرغم من أن ذلك يمثل إهداراً لأبسط حقوق الإنسان ويهمش حتى من أهمية الطعن على قراره^(٣٤).

تتضاعف خطورة انتهاك سلطات الاحتلال الإسرائيلي لحقوق الإنسان المشار إليها أعلاه إذا ما علمنا أن ذات الظروف وذات الانتهاك ينصرف على جميع جلسات المحاكم بما فيها الجلسات الدورية المخصصة لإعادة النظر في القرار المتخذ بشأن احتجاز المعتقل الإداري، وكذلك جلسات محاكم الاستئناف ومحكمة العدل العليا، مما يعني تلقائياً تفريغ هذه الجلسات من مضمونها أيضاً، وهو الأمر الذي يمثل حتماً مخالفة لأحكام المواد (٤٣، ٧٨ من اتفاقية جنيف الرابعة)^(٣٥).

ج - دولة الاحتلال الإسرائيلي تخالف قواعد القانون الدولي الإنساني في ممارستها للاعتقال الإداري حتى بشأن المكان الذي يحتجز فيه المعتقل، إذ أنه واستناداً لنصوص المواد (٧٣، ١٣٦) من اتفاقية جنيف الرابعة يجب على دولة الاحتلال أن تقوم على إخطار سلطات بلد المعتقل حول واقعة الاعتقال، وأن يتم الاحتجاز في حدود أراضي البلد المحتل، حيث يلاحظ أن سلطات الاحتلال لا تلتزم بالحكمين أعلاه^(٣٦)، فهي لا تقوم بإخطار السلطة الفلسطينية حول أماكن اعتقال المعتقلين الإداريين الفلسطينيين^(٣٧)، كما أنها تقوم على حجزهم في سجون بعيدة عن أهاليهم وخارج حدود المنطقة المصنفة دولياً بأنها الأراضي المحتلة^(٣٨).

(٣٤) (تراجع المواد (٢/٧٤، ٥/٧٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. وراجع كذلك حول ضمانات تسبب الحكم الجنائي باعتباره أحد ضمانات المحاكمة العادلة: معن إدريس، المرجع السابق، صفحة (٤٧)).

(٣٥) (لقد تم تناول موضوع قضاء دولة الاحتلال الإسرائيلي بالتفصيل في المبحث الثالث من بحثنا هذا).

(٣٦) (للمزيد راجع: بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع www.btselem.org بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥).

(٣٧) (مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، "انتهاك حقوق المعتقلين الإداريين في السجون الإسرائيلية بين القانون والممارسة"، رام الله، ٢٠١٠، صفحة (١٣)).

(٣٨) (هذا على افتراض جدلاً أن الأراضي المحتلة هي فقط تلك المشار إليها بموجب قرار التقسيم رقم (١٨١) على أنها أراضي فلسطينية).

ح - الجهة التي تختص بإعادة النظر في شرعية الاعتقال الإداري يجب أن تكون مستقلة ومحيدة، إذ يفهم من نصوص المواد (٤٣، ٧٨) من اتفاقية جنيف الرابعة أن الجهة التي تصدر القرار بالاعتقال الإداري أو تلك التي تختص بمراجعته يجب أن لا تتكون من شخص واحد، إنما من لجنة أو مجلس بما يضمن الاستقلال والحياد، وقد ورد في المادة (١٤/١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التالي: "الناس جميعاً سواء أمام القضاء، ومن حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلمي من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، ومنشأة بحكم القانون" (٣٩).

في حين أن سلطات الاحتلال الإسرائيلي قد أناطت مهمة دراسة تثبيت قرار الاعتقال الإداري أو إلغائه بقاضٍ عسكري واحد في محكمة الدرجة الأولى العسكرية (٤٠)، وكذلك فإن محكمة الاستئناف التي تنظر في الطعون المقدمة على قرار محكمة التثبيت هي أيضاً تتكون من قضاة عسكريين يعملون جنباً إلى جنب مع المدعي العسكري في نفس المؤسسة، فإذا كان أمر الاعتقال الإداري صادراً أصلاً عن ضابط في الجيش الإسرائيلي، ويدافع عن صحة مضمونه في المحكمة العسكرية مدعي عام يعمل موظفاً في جيش الاحتلال الإسرائيلي، وأن القاضي الذي ينظر في مدى صحة أمر الاعتقال الإداري هو أيضاً موظف في جيش الاحتلال الإسرائيلي (٤١)، فماذا بقي بعد ذلك بشأن ما تشترطه اتفاقية جنيف

(٣٩) (يلاحظ أن وثيقة الشارقة حول أخلاقيات وسلوك القاضي المنبثقة عن المؤتمر الحادي عشر لرؤساء أجهزة التفتيش القضائي في الدول العربية المعقود في الشارقة بتاريخ ٨-١٢/٤/٢٠٠٧ قد وضعت قاعدتي استقلال وحياد القاضي كأول وأهم قاعدتين لسلامة عمل القاضي، وكذلك تماماً فعل معنو مبادئ بانجلور للسلوك القضائي لعام ٢٠٠٢ والصادرة عن منظمة الأمم المتحدة، وتاماً هو ذات النهج الذي نهجته وثيقة الرياض حول أخلاقيات وسلوك القاضي العربي المنبثقة عن الاجتماع الخامس عشر لعمداء ومديري المعاهد والمراكز القضائية ورؤساء إدارات التأهيل والتدريب القضائي في الدول العربية والمعقود في الرياض بتاريخ ٤-٨/٣/٢٠٠٧. وأيضاً ذات المبدأ قد اتبعت المادة رقم (٦) من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧).

(٤٠) (للمزيد حول معايير اختيار قضاة المحاكم العسكرية الإسرائيلية وعملهم راجع: بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.ppsmo.ps/portal بتاريخ ١١/٩/٢٠١٢. وراجع كذلك: Hagit Shlonsky and Hava Halevi, Israeli Military Courts During 2006, MachsomWatch, 2007, page (22).

(٤١) (مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، المرجع السابق، صفحة (١٥). وراجع كذلك: Hagit Shlonsky and Hava Halevi, Israeli Military Courts During 2006, MachsomWatch, 2007, page (12).

الرابعة من أن تكون الجهات التي تنظر وتصدر وتراجع قرارات الاعتقال الإداري عبارة عن لجان أو هيئات مستقلة ونزيهة ومحايدة وغير متحيزة ضد المعتقل^(٤٢). إذ أنه من المسلمات أن القضاء غير المستقل والذي لا يتمتع بالحياد لا يمكن أن يستقيم حاله، سواءً تعلق الأمر بالقضاء كسلطة أم بالقضاء كأفراد، إنما سيعني ذلك حتماً إهدار حقوق من يلجأ إليه^(٤٣)، فكيف إن كان هذا القضاء هو قضاء لدولة الاحتلال، وأن القاضي قد يكون ممن وطن ووطن نفسه وربي على أن من يقف داخل قفص الاتهام إنما هو من الأعداء، والذين هم ليسوا بالبشر، إنما هم على هيئة البشر^(٤٤).

(٤٢) (المزيد حول هذا الحق للمعتقل الإداري راجع: يلينا بيجتس، مرجع سابق، الصفحات (١٨٦-١٨٩)).

(٤٣) (المزيد حول الدور المفترض للقاضي، وحول استقلاله وحياده وليايقته والمبادئ التي تحكم عمله، راجع: عبد الله غزلان، قواعد سلوك القاضي، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، ٢٠١٢، ط١، الصفحة (٨٦) وما بعدها. وراجع كذلك: معن إدعيس، مرجع سابق، الصفحات (٢٢-٣٠)).

(٤٤) (تزعّم بعض الخرافات التلمودية والتي يؤمن بها بعض اليهود المقيمين على الأراضي الفلسطينية في إطار دولة الاحتلال الإسرائيلي، أن البشر هم فقط اليهود، وأن الآخرين إنما هم كهية البشر، وأنه لا مبرر للتعامل مع الآخرين بعين الاحترام والإحسان إلا إذا كان عكس ذلك سينعكس سلباً على اليهود. للمزيد راجع: إبراهيم علوش، أحكام علاقة اليهود بالأغيار، مقالة منشورة على موقع: www.freearabvoice.org بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٨. هذا في ظل أن الفقهاء يرون أنه لقيام حياد القاضي على النحو المفترض لا يكفي ضمان وجود حياد القاضي تجاه الخصوم، وإنما يجب أن يكون محايداً تجاه موضوع النزاع ذاته، إذ يستلزم ذلك من القاضي أن يفصل في النزاع بموضوعية وبتجرد، ومن غير أن يتأثر في حكمه بمصلحة أو رأي سابق أو أي مؤثر آخر. راجع: حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج٢، ط١، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨، صفحة (٢٥) كما هو وارد لدى: معن إدعيس، مرجع سابق، صفحة (٢٢)).

المبحث الثاني

الأساس القانوني التشريعي الذي تستند إليه سلطات الاحتلال الإسرائيلي في ممارسة الاعتقال الإداري غير مشروع

إذ أن اعتقال أو توقيف أو احتجاز أي شخص لا بد أن يستند إلى أساس قانوني سليم، وواضح أن هدف هذا الشرط المباشر هو منع تشكيل السلطة التنفيذية لمحاكم استثنائية لإجراء محاكمات لا تلتزم بأسس وضمانات العدالة الجنائية في مرحلة المحاكمة^(٤٥)، وقد أكدت لجنة حقوق الإنسان في مؤتمر سانتياجو لسنة ١٩٦١، أن وجود قضاء استثنائي، أو قيام جهة الإدارة بالفصل في المنازعات، يعتبر عائقاً كبيراً أمام التمتع بالحقوق والحريات الفردية، وأنه يتعين وجود نصوص قانونية سليمة تستهدف تأمين استقلال السلطة القضائية والابتعاد عن كافة أشكال التأثير عليها^(٤٦)، ويزداد الأمر خطورة عندما تكون السلطة الحاجزة هي سلطة احتلال، وأن الحديث عن إجراء استثنائي أصلاً، ولا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات الضرورة القصوى^(٤٧)، وعلى الرغم من أن غالبية الدول التي مارست الاعتقال الإداري قد مارسته على استحياء ولفترة وجيزة (مثل، إيرلندا)، وأن إلغاء التعدي على حقوق الإنسان من خلال إلغاء الاعتقال غير المشروع وإلغاء الاعتقال الإداري يمثل مطلباً شعبياً عاماً، حتى أنه يعلنه لشعبه وللعالم من يسعى لرضاهم^(٤٨)، وأن ذلك قد أضحى محل إجماع كافة المؤسسات والهيئات الدولية^(٤٩)، وأن إلغاء الاعتقال الإداري الذي تجريه سلطات

(٤٥) (معن إدعيس، مرجع سابق، صفحة (٢٠)).

(٤٦) (كما هو وارد لدى المرجع السابق).

(٤٧) (راجع: المواد (٧٩، ٧٠، ٦٧) من اتفاقية جنيف الرابعة، وكذلك المادة (٩٩) من اتفاقية جنيف الثالثة، والمادة (١/١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حيث تنص الأخيرة على أن: "جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء، ولكل فرد الحق عند النظر في أي تهمة ضده أو في حقوقه والتزاماته في إحدى القضايا القانونية، في محاكمة عادلة وعلنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة استناداً إلى القانون").

(٤٨) (مثلاً صرح الرئيس الأمريكي باراك أوباما في مقابلة مع شبكة (أي بي سي) في ١١/٩/٢٠٠٩ بأنه يعتزم إغلاق معتقل غوانتانامو).

(٤٩) (مثلاً: طالب ريتشارد فولك - المقرر الخاص للأمم المتحدة حول وضع حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة - محكمة العدل الدولية في لاهاي بضرورة إصدار فتوى بشأن معاملة إسرائيل للسجناء الفلسطينيين، وبشأن احتلال إسرائيل للأراضي الفلسطينية لسنوات طويلة. وقال فولك في سياق كلمة ألقاها أمام مجلس الأمم المتحدة لحقوق الإنسان: يجب التحقيق في استخدام إسرائيل الاعتقال الإداري ضد الفلسطينيين، مطالباً بمحاكمة إسرائيل =

الاحتلال الإسرائيلي يمثل هدفاً سامياً تسعى إليه الكثير من مؤسسات حقوق الإنسان الفلسطينية والدولية^(٥٠)، إلا أن هذا الإجماع بشأن تقييم الاعتقال الإداري في السجون الإسرائيلية يشذ عنه فقط الكيان الذي لا تعرف البشرية في تاريخها الطويل مزاوله غير متحضرة إلا وحرص على مزاولتها، ولا توحشاً في الطباع والأخلاق إلا وحرص على أن تكون تصرفاته هي النموذج الأمثل للتدليل عليه، وأقصد طبعاً، كيان دولة الاحتلال الإسرائيلي، إذ أنها الدولة الوحيدة في العالم التي تجعل الاعتقال الإداري جزءاً من نظامها القانوني^(٥١) وبطريقة تتضمن العديد من المخالفات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، حيث تستند دولة الاحتلال الإسرائيلي في تنفيذها للاعتقال الإداري في الأصل إلى أنظمة الدفاع (الطوارئ) لسنة ١٩٤٥ وتحديداً إلى المادة (١١١) منها، والتي تدعي أنها كانت جزءاً من قانون البلد عندما احتلت الضفة الغربية عام ١٩٦٧^(٥٢)، وإلى الأوامر العسكرية التي أصدرها جيش الاحتلال الإسرائيلي

= على ذلك. (ورد هذا الخبر على الموقع الإلكتروني: <http://islamtoday.net/albasheer/artshow-12-169832.htm>). وأيضاً فقد أعلن البرلمان الأوروبي بأن رفع العلاقات بين الاتحاد الأوروبي وإسرائيل مرتبط بمدى انصياع إسرائيل لكافة الالتزامات بموجب القانون الدولي الإنساني، وقد طالب إسرائيل بإلغاء الاعتقال الإداري واحترام المعايير الدولية الخاصة بالأسرى، (ورد هذا الخبر في جريدة القدس بتاريخ ٥/١٠/٢٠٠٨/صفحة ٣). وكذلك فقد عبرت الممثل الأعلى للسياسة الخارجية للاتحاد الأوروبي "كاثرين أشتون" بتاريخ ٧/٩/٢٠١٢ عن قلقها من لجوء إسرائيل المفرط للاعتقال الإداري بحق المعتقلين الفلسطينيين، (ورد هذا الخبر على موقع: <http://safa.ps/details/news> بتاريخ ١١/٩/٢٠١٢). وكذلك فقد ورد في تقرير القاضي غولستون بشأن الأراضي الفلسطينية والحرب الإسرائيلية على قطاع غزة عام ٢٠٠٩ إشارة واضحة إلى مخالفة إسرائيل لقواعد القانون الدولي فيما يتعلق بالأسرى الفلسطينيين، بما في ذلك الإشارة إلى الاعتقال الإداري (الفقرات ١٧٣٩، ١٥٠٤، ١٤٩٩، ٨٦، ٢٠٩).

(٥٠) (مثلاً: دعت منظمة العفو الدولية يوم الأربعاء الموافق ٦/٦/٢٠١٢ إسرائيل إلى إلغاء الاعتقال الإداري وإلى إطلاق سراح جميع المعتقلين الإداريين الفلسطينيين (ورد هذا الخبر على موقع: <http://www.akhbarak.net/news/2012/06/06/951340/articles/8261196>). كما وأطلقت مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان في آذار عام ٢٠٠٩ حملة ضغط دولية بهدف فضح إجراءات الاحتلال وتحديداً فيما يتعلق بالاعتقال الإداري (راجع: مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، "انتهاك حقوق المعتقلين الإداريين في السجون الإسرائيلية بين القانون والممارسة"، رام الله، ٢٠١٠، صفحة (٥٥))، وراجع كذلك: بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.btselem.org بتاريخ ٥/١١/٢٠١٢).

(٥١) (مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، "الاعتقال الإداري في الأراضي الفلسطينية المحتلة"، رام الله، ٢٠١٠، صفحة (٦)).

(٥٢) (جامعة بيرزيت، ١٩٨٥، صفحة (٣)، وراجع كذلك: رجا شحادة، ١٩٩٠، صفحة (٩)).

لاحقاً والتي استندت إلى أنظمة الدفاع أعلاه، ومنها الأمر العسكري رقم (٣٧٨) باسم "أمر بشأن تعليمات الأمن" والذي أصدرته سلطات الاحتلال الإسرائيلي في نيسان ١٩٧٠^(٥٣)، والذي عُدل فيما بعد بموجب الأمر العسكري رقم (٨١٥)^(٥٤) والذي صدر في ١٩٨٠/٨/٣١ والذي عُدل أيضاً لاحقاً بموجب الأمر العسكري رقم (١٤٥١) والذي صدر بتاريخ ٢١ / شباط ١٩٩٧^(٥٥)، وقد استمرت دولة الاحتلال الإسرائيلي لاحقاً في إصدار حزمة من الأوامر العسكرية المتعلقة بالاعتقال الإداري، فكان منها مثلاً الأمر العسكري رقم (١٢٢٦)^(٥٦) والذي عُدل لاحقاً بموجب الأمر العسكري رقم (١٤٦٦)^(٥٧) والذي عُدل أيضاً بموجب الأمر العسكري رقم (١٥٩١)^(٥٨). حيث يلاحظ بشأن الوضع التشريعي للاعتقال الإداري ضمن المنظومة التشريعية لدولة الاحتلال الإسرائيلي التالي:

أ - لم تتطرق أنظمة الدفاع (الطوارئ) لسنة ١٩٤٥، وكذلك الأمر العسكري رقم (٣٧٨) المرتكز عليها والأوامر العسكرية المنظمة للاعتقال الإداري اللاحقة له إلى حقوق وواجبات المعتقل الإداري^(٥٩)، حيث استمر ذلك لحين إصدار دولة الاحتلال الإسرائيلي بتاريخ ١٩٨٢/١/٣ نظاماً بشأن الاعتقال الإداري تحت مسمى "شروط الحجز في الاعتقال الإداري لسنة ١٩٨٢"^(٦٠)، حيث عدلت هذه التعليمات بموجب عدة أوامر عسكرية إسرائيلية كان آخرها الأمر رقم "٠٤/٠٢/٠٠" بشأن "شروط احتجاز المعتقلين الإداريين"، والذي بدأ العمل به منذ ٢٠٠٣/٢/١١^(٦١).

- (٥٣) (نشر هذا الأمر في العدد (٢١) من المنشير والأوامر والتعيينات، الاحتلال الإسرائيلي/ الضفة الغربية، بتاريخ ٢٢/٤/١٩٧٠، صفحة (٧٣٣)).
- (٥٤) (نشر في العدد (٤٦) من المنشير والأوامر والتعيينات، الاحتلال الإسرائيلي/ الضفة الغربية، صفحة (٢٤٩)).
- (٥٥) (نشر في العدد (١٧٢) من المنشير والأوامر والتعيينات، الاحتلال الإسرائيلي/ الضفة الغربية، صفحة (٢٢٤١)).
- (٥٦) (نشر في العدد (٧٦) من المنشير والأوامر والتعيينات، الاحتلال الإسرائيلي/ الضفة الغربية، بتاريخ ١٢/٩/١٩٩٠، صفحة (١٨١)).
- (٥٧) (نشر في العدد (١٨٧) من المنشير والأوامر والتعيينات، الاحتلال الإسرائيلي/ الضفة الغربية، ١٩٩٩، صفحة (٢٥٩٤)).
- (٥٨) (أمر بشأن اعتقالات إدارية (تعليمات مؤقتة) رقم (١٥٩١) لسنة ٢٠٠٧).
- (٥٩) (جامعة بيرزيت، مرجع سابق، صفحة ٩).
- (٦٠) (المرجع السابق).
- (٦١) (مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، انتهاك حقوق المعتقلين الإداريين في السجون الإسرائيلية بين القانون والممارسة، مرجع سابق، صفحة (٤٤)).

ب - على الرغم من أن قضية المعتقلين الفلسطينيين مع الاحتلال الإسرائيلي في الأساس ليست قضية مدى سلامة الإجراءات التي اتبعت أثناء الاعتقال، فالاحتلال الإسرائيلي لا يملك أي حق قانوني في ممارسة أي سلطة على أي ذرة من الأرض الفلسطينية وما تحتها وما فوقها سواء تعلق الأمر بالإنسان أو بالحيوان أو بالنبات أو بالجماد، وهو لا يملك صلاحية تحديد حدود وطبيعة هذه السلطات أو أن يمنحها لغيره ففقد الشيء لا يعطيه، إلا أننا إن تجاوزنا عن ذلك لغايات التقييم العلمي الموضوعي فإننا سنجد أن التعليمات أعلاه والمنظمة للجانب الإداري (الضمانات الإجرائية) فيما يتعلق بالاعتقال الإداري جاءت في أكثر من موضوع مخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني، فمثلاً، نجد أن المواد (٤٣، ٧٨) من اتفاقية جنيف الرابعة تتحدث عن وجوب أن تقوم لجنة أو هيئة محكمة مختصة ومستقلة بمراجعة القرارات الصادرة بالاعتقال الإداري، فإن الذي يقوم بهذه المراجعة بحسب تشريعات الاحتلال هو أحد أفراد جيش الاحتلال، وفي محاولة من الاحتلال لتجميل فعله يسميه بمسمى "قاضي عسكري".

إضافةً إلى ما ورد، وعلى الرغم من أنه لا خلاف بشأن كون لوائح مصلحة السجون الإسرائيلية الخاصة بالاعتقال الإداري جاءت مخالفة للضمانات الإجرائية الخاصة بالاعتقال الإداري وفق قواعد القانون الدولي الإنساني، فإن الاحتلال حتى لا يلتزم بتطبيق هذه اللوائح - على سوءها - كلما اقتضت مصلحته ذلك، فإننا نجد مثلاً، أن المادة (٢/أ) من الأمر رقم "٠٤/٠٢/٠٠" من أوامر مصلحة السجون الإسرائيلية، والمادة (٢) من شروط الحجز في الاعتقال الإداري لسنة ١٩٨٢ تنص على وجوب احتجاز المعتقل الإداري بشكل مستقل عن السجناء المحكومين والموقوفين، فما يقوم به الاحتلال على أرض الواقع مخالف للنص أعلاه تماماً^(٦٢).

ج - إن إصدار الاحتلال لسيل كبير من الأوامر العسكرية المنظمة للاعتقال الإداري^(٦٣)، لا يمكن أن ينظر إليه إلا نظرة سلبية فهو بذلك يربك المتابعين

(٦٢) (المرجع سابق، صفحة (١٣)). وقد أكد ذلك أيضاً المحامي فارس أبو الحسن / محامي مؤسسة التضامن الدولية لحقوق الإنسان في فلسطين في مقابلة أجراها الباحث معه في مدينة نابلس بتاريخ ٢٤/٩/٢٠١٢.

(٦٣) (لقد أصدرت سلطات الاحتلال الإسرائيلي ما يزيد على اثني عشر أمراً عسكرياً تتعلق بتنظيم الاعتقال الإداري، راجع: بحث بعنوان الاعتقال الإداري، منشور على موقع: www.bahethcenter.net بتاريخ ٥/١١/٢٠١٢، صفحة (٢) وراجع كذلك: فراس أبو هلال، مرجع سابق، صفحة (٤٤)).

للشؤون القانونية للأسرى الفلسطينيين وكذلك نشاط حقوق الإنسان^(٦٤) وما يزيد تصرفات الاحتلال هذه خطورة هو أن دولة الاحتلال قد لا تنشر حسب الأصول المتبعة لديها "تشريعات معينة" قامت بإصدارها ومتعلقة بشأن من شؤون الشعب الفلسطيني وقد حدث ذلك مراراً، ومن ذلك ما هو متعلق بالاعتقال الإداري، فمثلاً، قامت دولة الاحتلال الإسرائيلي في آذار من عام ١٩٨٨ بإصدار الأمر العسكري رقم ١٢٢٨ والذي قضى بتخفيف القيود على إصدار قرارات عسكرية تتضمن اعتقالاً إدارياً لمواطنين فلسطينيين، ففي حين كان أمر الاعتقال الإداري لا يصدر - قبل التعديل - إلا عن قائد المنطقة في جيش الاحتلال الإسرائيلي، فقد أصبح بإمكان القائد العسكري اللوائي إصداره، وكذلك ألغي بموجب ذات التعديل وجوب الحصول على موافقة المحكمة العسكرية على أمر الاعتقال الإداري بحق المواطن الفلسطيني خلال (٩٦) ساعة من إصداره، فأصبح النص يقضي بأن يعرض أمر الاعتقال الإداري على المحكمة العسكرية لتثبيته أو إلغائه خلال عشرة أيام من صدوره، حيث يلاحظ أن دولة الاحتلال الإسرائيلي لم تقم بنشر هذه التعديلات حسب الأصول على اعتبارها تعديلاً للأمر العسكري رقم (٣٧٨)، ولم يصل العلم للمحامين المختصين بشأن وجودها إلا من خلال مقال لأحد الصحفيين تناولها بالشرح والتعليق^(٦٥).

إضافة إلى ما ورد، فإن دولة الاحتلال بهذه الأوامر تحاول إخفاء وإبعاد حقيقة ارتكازها إلى نصوص أنظمة الدفاع (الطوارئ) في تنفيذها لكافة العقوبات غير القضائية التي تتخذها بحق الشعب الفلسطيني بما فيها الاعتقال الإداري، ذلك أن هذه الأنظمة كانت دائماً محل ذم وانتقاد من خبراء القانون ومن نشاط حقوق الإنسان،^(٦٦) "حتى أن شمشون شابيرو - الذي شغل فيما بعد منصب وزير

(٦٤) (المزيد: عماد نوفل، الاعتقال الإداري والقوانين الدولية، دراسة منشورة على موقع www.paldf.net بتاريخ ٢٠١٢/١١/٩، صفحة (٧). يذكر أن مؤلف هذه الدراسة - عماد نوفل - عضو في المجلس التشريعي الفلسطيني، وقد اعتقلته قوات الاحتلال الإسرائيلي بتاريخ ٢٠١٢/١١/٢٣ وحولته بعدها بأيام للاعتقال الإداري).

(٦٥) (رجا شحادة، مرجع سابق، صفحة (٢١٤)، وانظر كذلك: أحمد أبو شلال، مرجع سابق، صفحة (١٦). تراجع المادة (٦٥) من اتفاقية جنيف الرابعة).

(٦٦) (تخالف أحكام هذه الأنظمة أحكام القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان في جوانب عديدة، فهذه الأنظمة تتيح لأي مسؤول اعتقال أي مواطن بدون أمر اعتقال مسبق، وبدون توجيه تهمة له، واعتقاله اعتقالاً إدارياً لعدة سنوات، بل وإلى ما لا نهاية، وتتيح هذه الأنظمة مراقبة ومنع أي كتاب، ومنع نشره أو توزيعه، وتتيح إمكانية فرض منع وقيود على حرية =

العدل في دولة الاحتلال الإسرائيلي - قد قال عن أنظمة الدفاع (الطوارئ) في مؤتمر بجمعية المحامين عقد في تل أبيب في ٧ / شباط / ١٩٤٦ بأنه لم يسبق لسوء بنودها مثيل في أي بلد متحضر^(٦٧).

د - إن استناد دولة الاحتلال الإسرائيلي إلى أنظمة الدفاع (الطوارئ) لعام ١٩٤٥ في تنفيذها للعقوبات غير القضائية بما فيها الاعتقال الإداري بحق أبناء وأرض الشعب الفلسطيني لا يستند إلى أي أساس قانوني، ذلك أن الاحتلال يبرر فعله هذا على اعتبار أن هذه الأنظمة كانت جزءاً من قانون البلد عندما جرى احتلال الأراضي الفلسطينية، في ظل أن الحقيقة هي - كالعادة - على خلاف ما يدعيه الاحتلال، "إذ إن الانتداب البريطاني كان قد ألغى أنظمة الدفاع (الطوارئ) في ٤ / ٥ / ١٩٤٨، حيث إنه ألغى جميع المراسيم التي أصدرها المندوب السامي في فلسطين بما فيها مرسوم إصدار أنظمة الدفاع (الطوارئ)، وقد أكدت ذلك رسالة رسمية بعثت بها وزارة الخارجية البريطانية في ٢٢ / ٤ / ١٩٨٧ إلى مؤسسة الحق / القانون من أجل الإنسان، وهي فرع للجنة الحقوق الدولية في فلسطين ومقرها رام الله، وقد كانت هذه الرسالة بناءً على طلب الأخيرة"، كما أن هذه الأنظمة تعتبر ملغاة حكماً بسبب تعارضها مع نظام دفاع شرق الأردن لعام ١٩٣٥، ذلك أن الضفة الغربية كانت قد ضمت إلى الأردن وجرى إخضاعها لنظام دفاع شرق الأردن لعام ١٩٣٥، حيث صرحت الحكومة الأردنية حينئذٍ أنها ستستمر بالعمل بالقوانين الفلسطينية إلا ما يتعارض منها مع نظام دفاع شرق الأردن لعام ١٩٣٥ وهو الأمر الذي ينصرف حتماً على أنظمة الدفاع لعام ١٩٤٥^(٦٨)، إضافةً إلى أن هذه الأنظمة تعتبر ملغية ضمناً بسبب تعارض بنودها مع الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ والذي ظلّ معمولاً به في الضفة الغربية إلى حين سن القانون الأساسي الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢^(٦٩).

= التنقل والاتصال بين الناس، وتتيح لأي مسؤول أن يصدر قراراً بنفي أي شخص داخل الأرض المحتلة أو خارجها وطرد أي موظف ومصادرة الأملاك وتدميرها وفتح أو إغلاق أي مساحة جغرافية أمام المواطنين، ويحق بموجبها للحاكم العسكري إلغاء الحريات الأساسية، وتعتبر قرارات الحاكم هذه قطعياً، ولا يمكن الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن. راجع: عبد الجواد صالح، الأوامر العسكرية الإسرائيلية، الجزء الأول، صفحة (١٢)، رام الله، ط ١، ١٩٨٦.

(٦٧) (رجا شحادة، مرجع سابق، صفحة (١٠)).

(٦٨) (المرجع سابق، صفحة (٩). راجع كذلك: عماد نوفل، مرجع سابق، صفحة (٢)).

(٦٩) (نشر الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ في العدد رقم (١٠٣٩) من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ ١ / ٨ / ١٩٥٢ صفحة (٣)، ونشر القانون الأساسي الفلسطيني لعام ٢٠٠٢ في العدد (٠) من الوقائع الفلسطينية بتاريخ ٧ / ٧ / ٢٠٠٢ صفحة (٤)).

ويبرز هنا سؤال حتى وإن كانت هذه الأنظمة قد ألغيت من قبل السلطات البريطانية قبل مجيء دولة الاحتلال، فما المانع أن تقوم دولة الاحتلال على إحيائها وإعادة تفعيلها، والإجابة على ذلك نجدها في أكثر من مصدر من مصادر القانون الدولي الإنساني ولعل أبرزها ما تنص عليه المادة (٤٣) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ والتي يفهم منها بشكل واضح أن دولة الاحتلال لا تستطيع أن تغير في مكونات المجتمع الذي جرى عليه الاحتلال بما في ذلك المكون التشريعي لهذا المجتمع.

وهنا قد يثور سؤال آخر، وهو ما جدوى الاستناد إلى اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ لتقييم ومحاكمة فعل من أفعال دولة الاحتلال الإسرائيلي والتي دأبت على تجاهل ومخالفة قواعد القانون الدولي والتنكر لها، والحقيقة بهذا الشأن أن أحكام وقواعد اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ تعد من قبيل القانون الدولي العرفي، والتي تكون بهذه الصفة ملزمة لجميع الدول الموقعة عليها وغير الموقعة، خاصة وأن دولة الاحتلال كانت قد وافقت رسمياً على الالتزام ببندوها وأن محاكم دولة الاحتلال قد حكمت بناءً على قواعدها وبندوها أكثر من مرة، مثلاً، في قضية عزت محمد دويكات ضد حكومة إسرائيل - الدعوى رقم ٧٩/٣٩٠ - والمسماة بقضية إيلون موريه، حيث حكمت محكمة العدل العليا الإسرائيلية بإلزام المستوطنين اليهود بإخلاء أرض تعود لمواطنين فلسطينيين حاول المستوطنون إقامة مستوطنة لهم عليها، حيث استندت المحكمة في قرارها أعلاه إلى أحكام اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ بصفة أنها ملزمة لدولة الاحتلال ولمحاكمه^(٧٠).

بناءً على كل ما ورد في هذا البند يصبح واضحاً أن الأساس القانوني الذي تستند عليه دولة الاحتلال الإسرائيلي في اعتقال المواطنين الفلسطينيين اعتقالاً إدارياً غير مشروع وباطل، ناهيك عن أن السلطة التي تقوم به أصلاً فاقدة لكافة أشكال الشرعية، بما في ذلك شرعية وجودها الذي أنتج ظلماً لم تعهده المدنية الحديثة، حيث ترتب معه للمظلوم الحق في دفعه^(٧١).

(٧٠) (للمزيد راجع: عماد نوفل، مرجع سابق، الصفحات (١،٢)).

(٧١) (تراجع المواد: (٤/٢)، (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة. وراجع كذلك: القرار الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية لبناء الجدار العازل في الأراضي الفلسطينية المحتلة، ٢٠٠٤، الفقرات (١٠٦، ٧٣، ١٠٧، ٩٨)). وراجع كذلك: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٣٠١٣) لعام ١٩٧٣ والذي نص على أن: "كفاح الشعوب الواقعة تحت السيطرة الكولونيالية والاحتلال الأجنبي والأنظمة العنصرية، من أجل تحقيق حقهم في تقرير المصير والاستقلال، هو كفاح شرعي وينسجم كلياً مع مبادئ القانون الدولي".

المبحث الثالث

القضاء العسكري لدولة الاحتلال الإسرائيلي في نظره لأوامر الاعتقال الإداري يمثل حالة من التشوه الهيكلي والتنظيمي والأساسي، مما يجعله بكليته نموذجاً سافراً لحالة عدم المشروعية

إن ضمانات الإجراءات القضائية تشكل جزءاً هاماً من الضمانات الأساسية والتي يجب أن توفر للمعتقلين والسجناء دائماً، وحتى في تلك الحالات التي لا تعترف لهم السلطات الحاجزة بالوضع القانوني لأسرى الحرب، وبحيث تتضمن كحد أدنى الضمانات التالية: إخطار المتهم دون إبطاء بتفاصيل التهمة الموجهة إليه، والتي يتعين أن تمثل عملاً جنائياً في الوقت الذي ارتكبت فيه، واعتبار المتهم بريئاً إلى أن تثبت إدانته، وعدم إرغام أي شخص على الاعتراف بأنه مذنب، وأن تكون الجلسة علنية وأن له حقوق دفاع كاملة ومضمونة^(٧٢). وقد تم تناول مسألة المحكمة المختصة والمحاكمة العادلة في العديد من مصادر التنظيم القانوني للقانون الدولي الإنساني، فمثلاً تنص المادة (١٤/١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن: "جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء، ولكل فرد الحق عند النظر في أي تهمة ضده أو في حقوقه والتزاماته في إحدى القضايا القانونية، في محاكمة عادلة وعلنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة استناداً إلى القانون"، وكذلك فإن المادة (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على أن: "لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه". وقد يكون ما انتهى إليه البند (د) من المبحث الثاني أعلاه حول المحاكم الإسرائيلية يجعل القارئ يتساءل ولماذا إذن لا يلجأ المواطنون الفلسطينيون في تظلماتهم وشكاويهم من أفعال الاحتلال الإسرائيلي وجيشه ومستوطنيه إلى القضاء الإسرائيلي، وتحديداً إلى محكمة العدل العليا الإسرائيلية، والحقيقة الكاملة بهذا الشأن أن قرار محكمة العدل العليا الإسرائيلية في قضية عزت محمد دويكات المذكور في البند (د) من المبحث الثاني أعلاه لا تمثل ظاهرة يتميز بها قضاء دولة الاحتلال الإسرائيلي، إنما هي حالة

(٧٢) منظمة الصليب الأحمر، القواعد الأساسية لاتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين، من غير سنة نشر، جنيف، سويسرا. راجع المواد (٥، ٧١) من اتفاقية جنيف الرابعة).

ضمن حالات محددة للغاية، ففضاء دولة الاحتلال عند نظره لمسألة تخص الشأن الفلسطيني - ومن ذلك أوامر الاعتقال الإداري - يخالف بشكل فاضح قواعد حقوق الإنسان وقواعد القانون الدولي الإنساني من جوانب عدة، وإننا في إطار تفسير ذلك نبين التالي:

أ - ترفض دولة الاحتلال الإسرائيلي ومحاكمها تطبيق اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ فيما يتعلق بالشأن الفلسطيني كاملاً، حيث تقوم المحكمة العليا الإسرائيلية برد أي دعوى أو شكوى تستند إلى اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ أو إلى أي مصدر آخر ضمن قانون المعاهدات الدولية^(٧٣)، متجاهلةً أن إقرارها بالتزامها ببنود اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ يرتب عليها تلقائياً الالتزام بباقي مصادر القانون الدولي الإنساني، حتى أن دولة الاحتلال ذاتها كانت قد أقرت بذلك بموجب الأمر العسكري رقم (٣) الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٦/٧^(٧٤)، وذلك تحديداً بموجب المادة (٣٥) من الأمر العسكري أعلاه، إلا أن دولة الاحتلال الإسرائيلي - كعادتها - تأبى أن ينسى أحد أنها الأرذل، فقد تراجعت عن إقرارها أعلاه وألغت نص المادة (٣٥) من الأمر العسكري أعلاه، حيث كان ذلك الإلغاء بموجب الأمر العسكري رقم (١٠٧) والصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٠/١١ والخاص بقطاع غزة، وبموجب كذلك الأمر العسكري رقم (١٤٤) والصادر بتاريخ ١٩٦٧/١١/٢٣ والخاص بالضفة

(٧٣) (ميسر عطيان، مرجع سابق. علماً أن المادة (٢) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ تنص على "علاوة على الأحكام التي تسري في وقت السلم، تنطبق هذه الاتفاقية في حالة الحرب المعلنة أو أي اشتباك مسلح آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يعترف أحدهما بحالة الحرب. تنطبق الاتفاقية أيضاً في جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يواجه هذا الاحتلال مقاومة مسلحة. وإذا لم تكن إحدى دول النزاع طرفاً في هذه الاتفاقية، فإن دول النزاع الأطراف فيها تبقى مع ذلك ملتزمة بها في علاقاتها المتبادلة، كما أنها تلتزم بالاتفاقية إزاء الدولة المذكورة إذا قبلت هذه الأخيرة أحكام الاتفاقية وطبقته"، وأن المادة (٤٧) من ذات الاتفاقية تنص على أنه: "لا يحرم الأشخاص المحميون الذين يوجدون في أي إقليم محتل بأي حال ولا بأية كيفية من الانتفاع بهذه الاتفاقية، سواء بسبب أي تغيير يطرأ نتيجة لاحتلال الأراضي على مؤسسات الإقليم المذكور أو حكومته، أو بسبب أي اتفاق يعقد بين سلطات الإقليم المحتل ودولة الاحتلال، أو كذلك بسبب قيام هذه الدولة بضم كل أو جزء من الأراضي المحتلة").

(٧٤) (نشر في العدد (١) من المناشير والأوامر والتعيينات، الاحتلال الإسرائيلي/ الضفة الغربية، صفحة ((٥)).

الغربية^(٧٥)، أي أن دولة الاحتلال تراجعت عن التزامها ببنود اتفاقية جنيف بعد أربعة أشهر فقط من إعلان التزامها بها^(٧٦)، حيث أعلنت دولة الاحتلال الإسرائيلي من خلال تلك الأوامر أنها تتعامل مع الأراضي الفلسطينية بصفتها أراضي مداره من قبل دولة الاحتلال لا محتلة من قبلها، وبالتالي لا تنطبق عليها اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، متجاهلة بذلك صريح نص المادة (٦) من اتفاقية جنيف الرابعة، ولعل هذا الفهم الملثوي ما يفسر أن محكمة العدل العليا الإسرائيلية قد قضت بشأن مجموعة من القضايا جمعت معاً وهي: ٥٩٣/٨٢، ١٠٢/٨٢، ١٥٠/٨٢، ٦٩٠/٨٢، بأن المادة (٧٨) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ تنطبق على الفلسطينيين الموقوفين في معسكر أنصار الواقع على الأراضي اللبنانية التي كانت تحتلها إسرائيل حينذاك^(٧٧).

ب - مما يقزم دور القضاء في دولة الاحتلال الإسرائيلي أيضاً اعتبار القضاء أن مقتضيات الأمن تسمو على كل شيء آخر، إذ أنه يكفي لحصول النيابة العسكرية على ما تدعي به أمام القضاء أن تعلن للمحكمة أن هناك حاجة أمنية تبرر ادعاءها ومطالبها، حتى أن المحكمة العليا الإسرائيلية ضمنت قراراتها بشكل فاضح أكثر من مرة ما يمكن أن ندرجه تحت بند الهوس الأمني الذي تعيشه دولة الاحتلال، ففي قضية سليمان حلو ضد دولة إسرائيل / الدعوى ٧٢/٣٠٢ / صرّح رئيس المحكمة علناً أن الشؤون الأمنية كشؤون السياسة الخارجية لا تحتاج إلى تبرير، وأن إجراءات السلطات العسكرية طالما أنها اتخذت لدواعٍ أمنية فهي تلقائياً لا تحتاج إلى تبرير^(٧٨).

ومما لا شك فيه أن فلسفة ومنهج محاكم دولة الاحتلال هذا يمثل مخالفة جسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، إذ أنه لا يجوز الانتقاص من الحقوق السياسية

(٧٥) (نشر في العدد (٨) من المنشير والأوامر والتعينات، الاحتلال الإسرائيلي / الضفة الغربية، صفحة (٣٠٣)).

(٧٦) (دأبت دولة الاحتلال الإسرائيلي على عادة التصديق على المواثيق والمعاهدات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان، ومن ثم التراجع عن ذلك، فهي قد صادقت على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في عام ١٩٩١، إلا أنها ما لبثت أن تراجعت عن التزامها بما يترتب في نمتها من التزامات بموجب المادة (٩) من العهد الدولي أعلاه، مبررة ذلك بأنها في حالة طوارئ منذ إنشائها عام ١٩٤٨. راجع: الاعتقال الإداري، منشور على موقع www.bahethcenter.net بتاريخ ١١/٥/٢٠١٢، صفحة (٢)، مرجع سابق).

(٧٧) (رجا شحادة، مرجع سابق، صفحة (١٠١)).

(٧٨) (بالمعنى ذاته وارد لدى: رجا شحادة، مرجع سابق، صفحة (١٠٣)).

للإنسان - ومنها حقه في أن يحاكم أمام محكمة تلتزم بضمانات المحاكمة العادلة - تحت أي ظرف واستناداً إلى أي ذريعة^(٧٩). وفي موضوع الاعتقال الإداري، فلم يحدث ولو مرة واحدة أن ألزمت المحاكم العسكرية الإسرائيلية أو حتى محكمة العدل العليا الإسرائيلية النيابة العسكرية الإسرائيلية بالكشف عن الأدلة السرية التي يستند إليها في اعتقال مواطن فلسطيني اعتقالاً إدارياً، أو حتى الكشف عن جزء منها بما يتيح للمعتقل الفلسطيني ولمحاميه مناقشتها، وإن تسليم المحاكم الإسرائيلية بإمكانية الاستناد إلى الدليل السري بصيغته التي تقدمه لها النيابة العسكرية الإسرائيلية دون إمكانية المساس به أو مناقشته يمثل دليلاً على مدى ثقة المحاكم الإسرائيلية بالنيابة العسكرية والأجهزة الأمنية الإسرائيلية، ومدى أهمية الاعتبار الأمني لديها^(٨٠)، علماً أن التشريع الإسرائيلي ذاته - على سؤئه - ينص على حق المحكمة في كشف أي مادة أو أي معلومة تتعلق بحق المعتقل في الدفاع عن نفسه شريطة عدم فضح مصدر المعلومات^(٨١)، وهو ينص كذلك على حق المحكمة في فحص مصادر المخابرات للتأكد من مدى مصداقيتهم، ولها أن تتيح ذلك لمحامي الدفاع كذلك، وهو الأمر الذي لم تفعله المحاكم العسكرية الإسرائيلية ولو حتى مرة واحدة^(٨٢).

ت - ومما يعزز تهميش دور القضاء في دولة الاحتلال الإسرائيلي عدم احترام الأجهزة الأمنية الإسرائيلية لأحكام المحاكم الإسرائيلية، بل أن ذلك كثيراً ما يحدث بتواطؤ من الجهاز القضائي ذاته، ونرى في مجموعة كبيرة من الوقائع تجلياً واضحاً لما

(٧٩) (تنص المادة (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته، وأية تهمة جنائية توجه إليه". وتنص المادة (٣٠) من ذات الإعلان على أنه: "ليس في هذا الإعلان نص يجوز تأويله على أنه يخول لدولة أو جماعة أو فرد أي حق في القيام بنشاط أو تأدية عمل يهدف إلى هدم الحقوق والحريات الواردة فيه". للمزيد حول ضمانات المحاكمة العادلة وضمانات المتهم المرتبطة بإجراءات وقواعد المحاكمة راجع: معن إدعيس، مرجع سابق، الصفحات (٣١-٤١)).

(٨٠) (بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.btselem.org بتاريخ ١١/٥/٢٠١٢. بالمعنى ذاته راجع: ميسر عطيان، مرجع سابق. وقديماً قال الفقيه الفرنسي مونتسكيو "إن اتحاد السلطة القضائية مع السلطة التنفيذية سيجعل القاضي طاغياً". راجع: معن إدعيس، مرجع سابق، صفحة (٢١)).

(٨١) (للمزيد: بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.ppsmo.ps/portal بتاريخ ١١/٥/٢٠١٢).

(٨٢) (المرجع السابق).

ندعيه أعلاه، فمثلاً هناك عشرات الحالات التي قررت فيها المحاكم الإسرائيلية الإفراج عن مواطنين فلسطينيين معتقلين في السجون الإسرائيلية، فتقرر مباشرة النيابة العسكرية الإسرائيلية وبعد لحظات فقط من صدور حكم الإفراج - وأمام المحكمة التي أصدرت الحكم - تحويل المعتقل المفرج عنه إلى الاعتقال الإداري، وقد حدث هذا مثلاً مع المعتقل الفلسطيني خالد محمد الحاج من مدينة جنين^(٨٣)، وحدث كذلك أيضاً عشرات المرات أن حكمت المحكمة العسكرية الإسرائيلية بالسجن لمدة معينة على مواطنين فلسطينيين معتقلين في السجون الإسرائيلية، وبحلول اليوم الأخير من مدة محكومية هؤلاء يقرر القائد العسكري للمنطقة في الجيش الإسرائيلي إصدار أمر اعتقال إداري بحقهم، وبالتالي لا يفرج عنهم كما كان مقررًا بموجب قرار المحكمة، وهذا حدث مثلاً مع المعتقل أحمد إسماعيل دولة من نابلس، والذي استمر في الاعتقال الإداري مدة (٣٢) شهراً بعد انقضاء مدة محكوميته^(٨٤)، وحدث أيضاً أن أفرج عن مواطنين فلسطينيين بقرار من المحكمة الإسرائيلية لعدم كفاية الأدلة لإدانتهم، إلا أن جيش الاحتلال الإسرائيلي قام باعتقالهم ثانيةً بعد فترة وجيزة من الإفراج عنهم وتحويلهم للاعتقال الإداري، وقد حدث ذلك مثلاً مع المعتقل خالد الراعي من أريحا، حيث اعتقلته قوات الاحتلال الإسرائيلي ثانيةً بعد أربعة أيام فقط من الإفراج عنه من سجون الاحتلال الإسرائيلي بموجب قرار محكمة وحولته مباشرة للاعتقال الإداري، وحدث أيضاً ذات الفعل مع المعتقل الفلسطيني غسان شريف خالد من جيبوس، حيث أعادت قوات الاحتلال الإسرائيلي اعتقاله بعد (١٠) أيام من الإفراج عنه من سجون الاحتلال الإسرائيلي بموجب قرار محكمة، وحولته مباشرة إلى الاعتقال الإداري، حيث مكث مدة عشرين شهراً في الاعتقال الإداري^(٨٥). وتزداد الخطورة عندما يتواطأ القضاء ذاته مع الأجهزة الأمنية الإسرائيلية، ففي موضوع الاعتقال الإداري نجد ذلك مثلاً عندما يلجأ المعتقل الإداري الفلسطيني لمحكمة العدل العليا

(٨٣) (من مقابلة تمت مع محامي مؤسسة التضامن الدولية لحقوق الإنسان في فلسطين، المحامي فارس أبو الحسن/ نابلس/ تمت بتاريخ ٢٤/٩/٢٠١٢، وقد تم التحقق من دقة الواقعة من خلال مقابلة مع المعتقل نفسه تمت بتاريخ ٢٥/٩/٢٠١٢).

(٨٤) (المرجع السابق، وقد تم التحقق من دقة الواقعة من خلال مقابلة مع المعتقل نفسه تمت بتاريخ ٢٥/٩/٢٠١٢).

(٨٥) (المرجع السابق، وقد تم التحقق من دقة الواقعة من خلال مقابلة مع المعتقل نفسه تمت بتاريخ ٢٥/٩/٢٠١٢).

الإسرائيلية للطعن في قرار محكمة الاستئناف حول تثبيت قرار اعتقاله الإداري الصادر عن الجيش الإسرائيلي، فإن وجدت محكمة العدل العليا عندئذٍ أن لا أساس قانوني لاستمرار الاعتقال الإداري بحق الطاعن - وهذا نادراً ما يحدث - فإنها لن تصدر حكمها بالإفراج عن المعتقل الإداري الفلسطيني - الطاعن - إنما تطلب من ممثل النيابة العسكرية أن يقرر هو عدم تمديد الاعتقال الإداري للطاعن، وأن يقدم لها ذلك على هيئة اتفاق تم بينه وبين المعتقل، وقد حدث ذلك مع المعتقل الفلسطيني الدكتور ناصر الدين الشاعر نائب رئيس الوزراء في الحكومة الفلسطينية العاشرة^(٨٦)، وهي بذلك تتجنب إصدار قرار منها يقضي بإلغاء قرار الاعتقال الإداري حتى لا يصبح ذلك القرار - فيما لو صدر - سابقة قضائية قد يستند إليها لاحقاً من قبل المحامين ونشطاء حقوق الإنسان المدافعين عن حقوق المعتقلين الفلسطينيين، خاصة وأن النظام القانوني المتبع في دولة الاحتلال الإسرائيلي يعتبر السوابق القضائية من المصادر القانونية الإلزامية.

ولعلّ المظهر الأخطر فيما يتعلق بعلاقة القضاء مع الأجهزة الأمنية الإسرائيلية بما فيها مؤسسة جيش الاحتلال الإسرائيلي هو عندما تقرر هذه الأخيرة عدم الانصياع للأحكام القضائية أو تجاهلها بشكل مباشر فاضح، ونجد ذلك مثلاً في عدم تنفيذ جيش الاحتلال لحكم محكمة العدل العليا الإسرائيلية الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٩ والذي قضى بوجوب نقل موقع جدار الفصل الذي أقامته دولة الاحتلال الإسرائيلي على أراضي المواطنين الفلسطينيين في منطقة فلسطينية إلى منطقة أخرى في اتجاه الغرب، إذ أن جيش الاحتلال لم ينفذ مقتضى ذلك القرار حتى تاريخ هذا اليوم الثلاثاء الموافق ٢٧/١١/٢٠١٢^(٨٧).

ث - إضافة إلى كل ما ورد فإن مما يحدّ أيضاً من سلطة القضاء في دولة الاحتلال الإسرائيلي بشأن إمكانية لجوء المعتقلين الفلسطينيين إليه بحثاً عن الإنصاف ورفع الظلم هو أن القضاء الإسرائيلي لا ييسر رقابته أصلاً على جزء خطير من السجون الإسرائيلية والمسماة "بالسجون السرية" ومنها مثلاً السجن السري رقم (١٣٩١)، إذ أن هذه النوعية من السجون لا تخضع لرقابة القضاء ولا يزورها

(٨٦) (المرجع السابق، وقد تم التحقق من دقة الواقعة من خلال مقابلة مع المعتقل نفسه تمت بتاريخ ٢٥/٩/٢٠١٢).

(٨٧) (من مقابلة تمت مع السيد شريف محمد خالد، ممثل لجان الدفاع عن الأراضي في محافظة قلقيلية بتاريخ ٢٧/٩/٢٠١٢).

ممثلو الصليب الأحمر أو غيرهم من المحامين أو نشطاء حقوق الإنسان^(٨٨)، ولا قيود فيها لضبط أنشطة الأجهزة الأمنية الإسرائيلية من حيث طريقة تعاملها مع المعتقلين الفلسطينيين^(٨٩)، حيث عانى آلاف المعتقلين الفلسطينيين من الاعتقال في هذه السجون ومنهم مثلاً المعتقل الفلسطيني محمد أنور منى من نابلس^(٩٠)

ج - ومما يحد من سلطة القضاء في دولة الاحتلال الإسرائيلي أيضاً، ويزيد في صعوبة واقع الأسرى الفلسطينيين في دولة الاحتلال الإسرائيلي، أن هذه الأخيرة بهدف التلاعب بحقوق الأسرى الفلسطينيين لا تقوم على تصنيف الأسرى الفلسطينيين المعتقلين في سجونها تصنيفاً واضحاً، فهي تتعامل معهم كأسرى حرب من خلال عرضهم على محاكم عسكرية، لكنها بالمقابل لا تلتزم في تطبيق القوانين عليهم بهذا الوصف، وتتغزز المسألة سوءاً إذا ما تذكرنا أن الغالبية الساحقة من المعتقلين الفلسطينيين هم من المدنيين، وبالتالي يفترض أن يصنفوا كرهائن، مما يعني أن فعل دولة الاحتلال في اتجاههم يصنف كجريمة حرب^(٩١)، وإن تم تصنيفهم كمحتجزين مدنيين، فإنه يتوجب عندئذٍ على دولة الاحتلال الإسرائيلي حمايتهم لا تعذيبهم والتنكيل بهم وغير ذلك من الأفعال التي لا يمكن أن تصنف إلا كجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية^(٩٢).

(٨٨) (تنص المادة (١٤٣) من اتفاقية جنيف الرابعة على التالي: "يصرح لممثلي أو مندوبي الدول الحامية بالذهاب إلى الأماكن التي يوجد بها أشخاص محميون، وعلى الأخص أماكن الاعتقال والحجز والعمل. ويكون لهم حق الدخول في جميع المرافق التي يستعملها الأشخاص المحميون، ولهم أن يتحدثوا معهم بدون رقيب. للمزيد: يلينا بيجتس، مرجع سابق، صفحة (١٩٢)).

(٨٩) (للمزيد حول هذه السجون: فراس أبو هلال، ٢٠٠٩، صفحة (٢٩)، وكذلك: www.falasteen.com).

(٩٠) (من مقابلة تمت مع المحامي فارس أبو الحسن، مرجع سابق، وقد تم التحقق من دقة الواقعة من خلال مقابلة تمت مع المعتقل نفسه بتاريخ ٢٥/٩/٢٠١٢. راجع حول المعايير والشروط الواجب توافرها في المكان الذي يحتجز فيه المعتقل: يلينا بيجتس، مرجع سابق، صفحة (١٨٥)). تراجع كذلك: القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء والمعتمدة في مؤتمر الأمم المتحدة المعقود في جنيف عام ١٩٥٥).

(٩١) (م. ٣٤ من اتفاقية جنيف الرابعة).

(٩٢) (المواد (٣١، ٣٢، ٣٣) من اتفاقية جنيف الرابعة، بالمعنى ذاته: فراس أبو هلال، مرجع سابق، صفحة (٢٧)). يلاحظ أن هناك نحو (١٨٥) قراراً صادرة عن هيئات الأمم المتحدة المختلفة تؤكد على انطباق اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ على الأسرى الفلسطينيين. ولتحديد فيما إذا كان الشخص أسير حرب أو معتقلاً مدنياً فإننا نعود إلى اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة والبروتوكول الملحق لها الأول، فقد ورد في المادة (٤) من اتفاقية جنيف الثالثة أن من بين أسرى الحرب "أفراد الميليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء =

بناءً على كل ما ورد في هذا البند يصبح واضحاً أن القضاء في دولة الاحتلال الإسرائيلي يعاني من تشوهات هيكلية وتشريعية وفلسفية لا يمكن معها أبداً اعتباره ملاذاً للمواطن الفلسطيني في البحث عن حقوقه المغتصبة، والذي أصلاً لا يرى في دولة الاحتلال برمتها إلا عنواناً لظلمه وقهره وسلب حقوقه.

الخاتمة

أولاً: في نهاية هذه الدراسة فإن الباحث يرى أنه يمكن إبراز واستخلاص النتائج التالية:

١ - تخالف دولة الاحتلال الإسرائيلي قواعد القانون الدولي الإنساني فيما يتعلق بالاعتقال الإداري من النواحي التالية:

أ - استخدمت وتستخدم سلطات الاحتلال الإسرائيلي الاعتقال الإداري ضد آلاف الفلسطينيين في إطار فهمها المغلوط له بأنه وسيلة عقابية، في ظل أنه بحسب قواعد القانون الدولي الإنساني يمثل إجراءً استثنائياً، ولا يلجأ إليه إلا لأسباب أمنية قهرية، وأنه لا يمكن أبداً التعامل معه كوسيلة عقابية.

= حركات المقاومة المنظمة، الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى لو كان هذا الإقليم محتلاً، على أن تتوفر فيهم الشروط التالية: أ- أن يقودها شخص مسؤول عن رؤوسه. ب- أن تكون لها شارة مميزة محددة يمكن تمييزها من بعد. ج- أن تحمل الأسلحة جهراً. د- أن تلتزم في عملياتها بقوانين الحرب وعاداتها. في حين أن العودة إلى البروتوكول الأول وتحديداً إلى المواد (٤٣، ٤٤) منهم توضح أنه يكفي لاعتبار الشخص أسير حرب توافر فقط الشرطين التاليين: - أن يكون جزءاً من حركات المقاومة أو الميليشيات التي يقودها شخص مسؤول عن رؤوسه، وأنها تلتزم في عملياتها بقوانين الحرب وعاداتها. وبذلك يصبح واضحاً أن مقاتلي منظمة التحرير الفلسطينية وأفراد الأجهزة الأمنية الفلسطينية ومقاتلي شتى حركات التحرر الفلسطينية المعتقلين في السجون الإسرائيلية يعتبرون وفق المعايير أعلاه أسرى حرب وبالتالي تنطبق عليهم اتفاقية جنيف الثالثة، في حين أن باقي المعتقلين الفلسطينيين - وهم الأغلبية - إنما هم من قبيل المدنيين حيث تنطبق عليهم اتفاقية جنيف الرابعة. ولا يخفى على أحد الآثار التي تترتب على التصنيف أعلاه، فمثلاً انطباق اتفاقية جنيف الرابعة على المعتقلين الفلسطينيين المدنيين يمنع اعتقالهم خارج الأراضي المحتلة، ويمنع إبعادهم ويحفظ لهم الحق في المحاكمة العادلة وغير ذلك من النتائج الهامة الأخرى. أما انطباق اتفاقية جنيف الثالثة على من يصنفون أسرى حرب من المعتقلين الفلسطينيين فإنه يفرض رقابة الدولة الحامية على ظروف احتجازهم، ويعتبر المخالفات الجسيمة للاتفاقية جرائم حرب وغير ذلك من النتائج الأخرى. للمزيد: شوقي العيسه، أسرى حرب أم معتقلين مدنيين، مقال منشور على موقع www.shawqiissa.org بتاريخ ٢٠١٣/٣/١.

ب - تستخدم سلطات الاحتلال الإسرائيلي الاعتقال كوسيلة عقابية بحق المعتقلين الفلسطينيين عندما تفشل في إثبات ارتكابهم لمخالفة معينة، وتلجأ إليه كذلك في الحالات التي تنتهي فيها فترة محكومية المعتقل الفلسطيني، والحالات التي تقرر فيها المحكمة الإفراج عن المعتقل، إلا أن الأجهزة الأمنية الإسرائيلية ترى عكس ذلك، وهي بذلك تخالف قواعد القانون الدولي الإنساني مخالفةً جسيمة، والتي ترى أنه لا يمكن اللجوء إلى الاعتقال الإداري إلا بشأن أمر يتعلق بخطر مستقبلي، وبحيث لا يكون الاعتقال الإداري وسيلة لمعاقبة المعتقل عن فعل سبق وقام به، وذلك على اعتبار أن الاعتقال الإداري ليس بديلاً عن الدعوى القضائية.

ت - تستخدم سلطات الاحتلال الإسرائيلي الاعتقال الإداري بحق المواطنين الفلسطينيين كوسيلة عقابية تمثل في حقيقتها اعتقالاً إلى ما لا نهاية، فهي تمدد مدة الاعتقال الإداري بحق المعتقل الفلسطيني مرةً تلو الأخرى دون أي ضوابط أو معايير أو قيود، وهو ما يمثل مخالفةً صريحة لقواعد القانون الدولي الإنساني، والتي ترى وجوب انتهاء الاعتقال متى انتفت أسبابه خاصةً وأن الاعتقال الإداري أصلاً يمثل إجراءً استثنائياً لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، ولا يجوز اللجوء إليه إلا لأسباب أمنية قاهرة، إذ كيف يستوي ذلك مع ما تقوم به دولة الاحتلال الإسرائيلي من اعتقال العشرات من أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني اعتقالاً إدارياً لعدة سنين، فهل مثل ويمثل هؤلاء خطراً أمنياً قاهراً.

ث - تعتقل سلطات الاحتلال الإسرائيلي المواطنين الفلسطينيين اعتقالاً إدارياً دون أن تراعي أبسط حقوق المعتقل من حيث حقه في معرفة سبب اعتقاله، وحقه بناءً على هذه المعرفة في تقديم دفاعه على النحو اللازم، ذلك أن سلطات الاحتلال الإسرائيلي تعتقل المواطنين الفلسطينيين اعتقالاً إدارياً بناءً على ما يسمى بالملف السري، حيث لا يتاح للمعتقل أو لمحاميهِ الاطلاع عليه، مما يجعل دفاع المحامي فعلياً عن المعتقل عديم الجدوى، في حين أن قواعد القانون الدولي

الإنساني ترى أن حق المعتقل في معرفة سبب اعتقاله وتقديم دفاعه يدخل في إطار ما يسمى "بصلب حقوق الإنسان" والذي لا يمكن الانتقاص منه بأي حال وتحت أي ظرف وبناءً على أي سبب.

ج - تعرض سلطات الاحتلال الإسرائيلي المعتقلين الفلسطينيين الذين صدرت أوامر اعتقال إداري بحقهم على قاضي عسكري واحد لدراسة أمر الاعتقال الإداري والفصل بشأنه باعتماده والإبقاء عليه أو بإلغائه، وذات الأمر ينصرف على ما يسميه الاحتلال بمحكمة الاستئناف العسكرية فهي أيضاً تتكون من قاضٍ عسكري واحد، وبذلك فإن سلطات الاحتلال الإسرائيلي تخالف قواعد القانون الدولي الإنساني من حيث مواصفات وشروط الجهة التي تختص بإعادة النظر في مدى شرعية أوامر الاعتقال الإداري، ذلك أن هذه الجهة يجب أن تكون مستقلة ومحيدة، وأن تكون عبارة عن هيئة أو لجنة مختصة ومحيدة ومستقلة، وهذا الاستقلال والحياد يجب أن يكون في اتجاه المتهم (المعتقل) وفي اتجاه الموضوع (محل الاتهام)، إذ كيف يستقيم والحاجة لضمان الاستقلال والحياد أن يكون القاضي ومن أصدر أمر الاعتقال الإداري وممثل النيابة العسكرية يعملان لدى ذات الجهة (جيش الاحتلال الإسرائيلي)، بل وفي نفس الدائرة غالباً، إضافةً إلى كون هذه الجهة لا يمكن أن تكون محايدة تجاه موضوع وسبب الاعتقال.

٢ - الأساس القانوني الذي تستند إليه دولة الاحتلال الإسرائيلي في ممارسة الاعتقال الإداري بحق المواطنين الفلسطينيين غير مشروع، إذ ليس لدولة الاحتلال الإسرائيلي ولاية قانونية على المواطنين الفلسطينيين، إضافةً إلى أنها تستند في اعتقالها للمواطنين الفلسطينيين اعتقالاً إدارياً إلى أنظمة الدفاع (الطوارئ) لعام ١٩٤٥ باعتبار أنها كانت جزءاً من تشريع البلد عند احتلاله، في ظل أن الحقيقة غير ذلك، إذ أن هذه الأنظمة قد ألغيت من قبل سلطات الانتداب البريطاني. ولا تستطيع دولة الاحتلال الإسرائيلي أن تقوم على إحيائها، وذلك استناداً إلى أحكام اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ والتي تؤكد دولة الاحتلال الإسرائيلي أنها تلتزم بها.

٣ - القضاء العسكري لدولة الاحتلال الإسرائيلي في نظره لأوامر الاعتقال الإداري يمثل حالة من التشوه الهيكلي والتنظيمي والأساسي، مما يجعله بكيته نموذجاً سافراً لحالة عدم المشروعية، ابتداءً من رفضه تطبيق اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ على المواطنين والمعتقلين الفلسطينيين، ومروراً باعتباره أن احتياجات الأمن تسمو على كل ما هو سواها، وانتهاءً بكون قراراته أصلاً لا تحترم الحد الأدنى المفترض لضمانات المحاكمة العادلة.

ثانياً: التوصيات

بناءً على ما ورد في متن البحث وفي نتائجه فإن الباحث يوصي بالتالي:

١ - إقامة شكاوى لمقاضاة القائمين على ظلم المعتقلين الفلسطينيين من المسؤولين في دولة الاحتلال الإسرائيلي أمام محاكم الدول الموقعة على اتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩، ذلك أن محاكم هذه الدول ستكون ملزمة بنظر الشكاوى المتعلقة بجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية بغض النظر عن من هو الضحية ومن هو المجرم، وبغض النظر عن مكان وقوعها، ذلك أن الاعتقال غير المشروع يعتبر ضمن هذا التصنيف وفق صريح نص المواد (١٤٦، ١٤٧) من اتفاقية جنيف الرابعة وكذلك نص المادة (٦) من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧، وقد يكون من المناسب اختيار محاكم دول أوروبية للتوجه إليها بشأن ذلك، لما لهذه الدول من علاقات مع دولة الاحتلال الإسرائيلي، ولكون المحاكم فيها تحظى بنوع من الاستقلال.

٢ - تقديم شكاوى لمجلس حقوق الإنسان وللمفوض السامي لحقوق الإنسان بشأن الاعتقال الإداري الذي تنفذه سلطات الاحتلال الإسرائيلي بحق المواطنين الفلسطينيين بصفته احتجازاً تعسفياً، وأنه يخالف قواعد القانون الدولي الإنساني. إذ أن هناك تجربة ناجحة بهذا الشأن، حيث قدمت شكاوى للمفوض السامي لحقوق الإنسان في جنيف بشأن اعتقال دولة الاحتلال الإسرائيلي للدكتور عصام راشد حسن الأشقر^(٩٣) اعتقالاً إدارياً لفترة طويلة، حيث صدر القرار الاستشاري بشأن الشكاوى أعلاه، والتي نظرها خمسة من خبراء القانون الدولي الإنساني "باعتبار أن اعتقال سلطات الاحتلال الإسرائيلي للدكتور عصام الأشقر والذي تستند فيه

(٩٣) (الدكتور عصام راشد حسن الأشقر، من مواليد قرية صيدا قضاء طولكرم في ١٠/٦/١٩٥٨، ويعمل مدرساً برتبة بروفيسور لمادة الفيزياء في كلية العلوم / جامعة النجاح الوطنية / نابلس، وقد اعتقلته سلطات الاحتلال الإسرائيلي عدة مرات).

دولة الاحتلال الاسرائيلي إلى ما يسمى بالملف السري يعدّ اعتقالاً تعسفياً وغير مشروع وأنه يجب أن يتم إنهاؤه فوراً^(٩٤).

٣ - على اعتبار أن فلسطين قد أصبحت الآن عضواً مراقباً في الجمعية العمومية للأمم المتحدة^(٩٥)، فإن الباحث يوصي بأن توقع وتصادق فلسطين على اتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩ وعلى بروتوكولها الإضافيين لعام ١٩٧٧ لتوفير وسيلة ضغط إضافية على دولة الاحتلال الإسرائيلي للتعامل مع المعتقلين الفلسطينيين لديها باعتبارهم أسرى حرب ويخضعون لأحكام اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩، وكذلك فإن الباحث يوصي بأن توقع وتصادق فلسطين على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - محكمة روما - من أجل توسيع إمكانية مقاضاة من ارتكب جرائم من المسؤولين في دولة الاحتلال الإسرائيلي بحق المعتقلين الفلسطينيين أمام هذه المحكمة.

(٩٤) (الرأي رقم ٢٦/٢٠٠٧، والذي صدر عن الفريق المختص في جلسته التاسعة والأربعين المعقودة في أيلول ٢٠٠٧، حيث قدّم الرأي لمجلس حقوق الإنسان في ذات الفترة).

(٩٥) (يشار إلى أن فلسطين قد حصلت على صفة "دولة غير عضو مراقب" في الأمم المتحدة وذلك بموجب القرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٢٩/١١/٢٠١٢، وذلك بأغلبية تصويت ١٣٨ دولة مقابل ٩ دول ضد وامتناع ٤١ دولة عن التصويت).

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- ميثاق الأمم المتحدة لعام ١٩٤٥.
- اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية لعام ١٩٠٧.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.
- اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ وبروتوكولها الإضافيين لعام ١٩٧٧.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨.
- تقرير القاضي غولدستون بشأن الأوضاع في الأراضي الفلسطينية والحرب الإسرائيلية على قطاع غزة في عام ٢٠٠٩.
- القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء والمعتمدة في مؤتمر الأمم المتحدة المعقود في جنيف عام ١٩٥٥).
- الرأي الاستشاري الصادر عن الفريق المختص المكلف من المفوض السامي لحقوق الإنسان للنظر في الاحتجاز التعسفي في دوراته التاسعة والأربعين والخمسين والحادية والخمسين والمعقودة في أيلول ٢٠٠٧ وتشيرين الثاني ٢٠٠٧ وأيار ٢٠٠٨، والمقدمة لمجلس حقوق الإنسان.
- القرار الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية لبناء الجدار العازل في الأراضي الفلسطينية المحتلة، ٢٠٠٤.
- الدستور الأردني لعام ١٩٥٢.
- الأمر العسكري الإسرائيلي رقم (٣٧٨) لسنة ١٩٧٠، إضافة إلى مجموعة الأوامر العسكرية الإسرائيلية الأخرى ذات الصلة.

ثانياً: المراجع

١ - الكتب:

- مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، انتهاك حقوق المعتقلين الإداريين في السجون الإسرائيلية بين القانون والممارسة، رام الله، ٢٠١٠.
- مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، الاعتقال الإداري في الأراضي الفلسطينية المحتلة، رام الله، ٢٠١٠.

- مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، انتهاكات حقوق الأسيرات والأسرى الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، ط ١، رام الله، ٢٠٠٩.
- منظمة الصليب الأحمر، القواعد الأساسية لاتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين، من غير سنة نشر، جنيف.
- مركز علاج وتأهيل ضحايا التعذيب، حقوق المحتجزين، ج ١، ط ١، رام الله، ٢٠٠٩.
- جامعة بيرزيت، الاعتقال الإداري، بيرزيت، ١٩٨٥.
- عبد الله غزلان، قواعد سلوك القاضي، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، ٢٠١٢، ط ١.
- معن إدعيس، ضمانات المحاكمة العادلة في التشريعات الدولية والمحلية، الجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان والبيئة، القدس، ١٩٩٩.
- رجا شحادة، قانون المحتل، بيروت، ١٩٩٠.
- يلينا بيجتس، المبادئ والضمانات الإجرائية المتعلقة بالاحتجاز والاعتقال الإداري في النزاعات المسلحة وغيرها من حالات العنف، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد (٨٥٨) بتاريخ ٣٠/١٢/٢٠٠٥.
- حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج ٢، ط ١، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.
- فراس أبو هلال، معاناة الأسير الفلسطيني في سجون الاحتلال الإسرائيلي، مركز الزيتونة، ط ١، بيروت، ٢٠٠٩.
- أحمد أبو شلال، الأسرى الفلسطينيون في السجون الإسرائيلية، مؤسسة التضامن الدولي لحقوق الإنسان، ط ١، ١٩٩٩.
- عبد الجواد صالح، الأوامر العسكرية الإسرائيلية، الجزء الأول، ط ١، رام الله، ١٩٨٦.
- Hagit Shlonsky and Hava Halevi, Israeli Military Courts During 2006, MachsomWatch.

٢ - أبحاث ومقالات منشورة على الإنترنت:

- ميسر عطيان، ماهية الاعتقال الإداري، مقال منشور على موقع: www.amin.org بتاريخ ٣٠/١٠/٢٠١٢.

- إبراهيم علوش، أحكام علاقة اليهود بالأغيار، مقالة منشورة على موقع: www.freearabvoice.org بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٨.
- عماد نوفل، الاعتقال الإداري والقوانين الدولية، دراسة منشورة على موقع www.alzaytouna.net بتاريخ ٢٠١٢/١١/٩.
- بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع www.bahethcenter.net بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥.
- بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.btselem.org بتاريخ ٢٠١٢/١١/٥.
- بحث بعنوان "الاعتقال الإداري" منشور على موقع: www.ppsmo.ps/portal بتاريخ ٢٠١٢/٩/١١.
- شوقي العيسه، أسرى حرب أم معتقلين مدنيين، مقال منشور على موقع www.shawqiissa.org بتاريخ ٢٠١٣/٣/١.
- تقرير بعنوان "العزل الانفرادي والاعتقال الإداري كسياسة صهيونية انتقاماً من الأسرى" منشور على موقع: www.palinfo.com بتاريخ ٢٠١٢/١١/٤.
- إضافة إلى مجموعة من الأخبار ذات الصلة والمنشورة على مواقع إلكترونية مختلفة مشار إليها في متن البحث.

٣ - مبادئ ووثائق دولية ذات صلة:

- مبادئ بانجلور للسلوك القضائي لعام ٢٠٠٢ والصادرة عن منظمة الأمم المتحدة.
- وثيقة الشارقة حول أخلاقيات وسلوك القاضي المنبثقة عن المؤتمر الحادي عشر لرؤساء أجهزة التنفيس القضائي في الدول العربية المعقود في الشارقة بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٢-٨.
- وثيقة الرياض حول أخلاقيات وسلوك القاضي العربي المنبثقة عن الاجتماع الخامس عشر لعمداء ومديري المعاهد والمراكز القضائية ورؤساء إدارات التأهيل والتدريب القضائي في الدول العربية والمعقود في الرياض بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٨-٤.

ثالثاً: الأشخاص الذين تمت مقابلتهم

- الأستاذ الدكتور أحمد مبارك الخالدي، أستاذ القانون الدستوري في جامعة

- النجاح الوطنية في نابلس ورئيس لجنة صياغة الدستور في فلسطين، وزير العدل السابق، وذلك بتاريخ ٢٠١٢/٩/١.
- المحامي فارس أبو الحسن، محامي مؤسسة التضامن الدولية لحقوق الإنسان في فلسطين، وذلك بتاريخ ٢٠١٢/٩/٢٤.
- السيد شريف محمد خالد، ممثل لجان الدفاع عن الأراضي في محافظة قلقيلية، وذلك بتاريخ ٢٠١٢/٩/٢٧.
- مجموعة من المعتقلين الفلسطينيين والوارد ذكرهم في البحث، وذلك بتاريخ ٢٠١٢/٩/٢٥.

جهود الدول العربية في مكافحة جرائم الاتجار بالبشر حصيلة الماضي ورهانات المستقبل

الدكتور/ دحية عبداللطيف

أستاذ محاضر قسم "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة - الجزائر

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة توضيح أهم جهود الدول العربية المبذولة بغية مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، وقد تمّ تقسيمها إلى ثلاثة أجزاء، شمل الجزء الأول جهود الدول العربية في المجال التشريعي من خلال سن القوانين العربية الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر، وكذا تجريم الاتجار بالبشر في التشريعات العقابية لبعض الدول العربية، وشمل الجزء الثاني جهود الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر في المجال المؤسسي وتمّ التطرّق فيه لأهم المؤسسات واللجان المنشأة بغية مكافحة الاتجار ممثلة في المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر في مصر، واللجنة الوطنية لمنع الاتجار بالبشر في الأردن، أما الجزء الثالث فقد تمّ تركه لتوضيح جهود جامعة الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر من خلال الحديث عن المبادرات التي شاركت فيها الجامعة لمكافحة الاتجار، وكذا المبادرات التي قام بها مجلس وزراء العدل العرب لمكافحة هذه الجرائم، ثم أخيراً الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر.

مقدمة:

لاشك أنّ جرائم الاتجار بالبشر^(١) قد شكّلت أكبر التّحديات التي يواجهها العالم

(١) نصت المادة ٣ من بروتوكول باليرمو على أنه: "يقصد بتعبير "الاتجار في الأفراد" تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرّق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء".

"Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments =

مؤخراً بشكل عام والمنطقة العربية بشكل خاص، كيف لا وهي تمثل أكبر تجارة لا شرعية في العالم^(٢)، حيث قدّرت منظمة العمل الدولية في آخر تقرير لها أرباح استغلال النساء والأطفال جنسياً بـ ٢٨ مليار دولار سنوياً، كما قدّرت أرباح العمالة الإجبارية بـ ٣٢ مليار دولار سنوياً، وتؤكد المنظمة أنّ ٩٨٪ من ضحايا الاستغلال التجاري الإجباري للجنس هم من النساء والأطفال، ويتعرّض حوالي ٣ ملايين إنسان في العالم للاتجار بهم، بينهم ١,٢ مليون طفل، ويتم الاتجار بطفلين على الأقل في الدقيقة سواء عن طريق الاستغلال الجنسي أو العبودية، كما يتنقل ما يتراوح بين ٤٥ ألف - ٥٠ ألف من الضحايا إلى الولايات المتحدة الأمريكية سنوياً.

والمنطقة العربية عرفت كغيرها من مناطق العالم زيادة في وتيرة جرائم الاتجار بالبشر، ولئن كانت تقارير وزارة الخارجية الأمريكية حول الاتجار بالبشر مبالغاً فيها من خلال تصنيف الكثير من الدول العربية ضمن دول المرتبة الثالثة من حيث عدم تعاطيها مع مسألة الاتجار بالبشر بشكل جدّي، فإنّ ذلك يطرح علينا عدّة تساؤلات لعلّ أهمها على الإطلاق ماذا فعلت الدول العربية بغية مكافحة الاتجار بالبشر؟ وهل هناك جهود مستقبلية في مجال مكافحة هذه الجرائم على الصعيد العربي؟

بغية الإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا اتّباع الخطة التالية:

المبحث الأول: جهود الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر على المستوى

التشريعي.

المطلب الأول: سن القوانين العربية الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر.

المطلب الثاني: مكافحة الاتجار بالبشر في التشريعات العقابية العربية.

= or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs...

The Trafficking Protocol entered into force on 25 December 2003. By June 2012, the Protocol had been signed by 117 countries, and there were 150 parties. for more details see the following site:

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-VIII-12-a&chapter=18&lang=en

Bassiouni Cherif et al., "Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st century", (٢) *Revue internationale de droit pénal*, ERES, 2010/3 Vol. 81, p. 417-491.

المبحث الثاني: جهود الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر في المجال المؤسساتي.

المطلب الأول: إنشاء المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر.

المطلب الثاني: تأسيس اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر في مصر.

المطلب الثالث: تأسيس اللجنة الوطنية لمنع الاتجار بالبشر في الأردن.

المبحث الثالث: جهود جامعة الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر.

المطلب الأول: المبادرات التي شاركت فيها جامعة الدول العربية لمكافحة الاتجار بالبشر.

المطلب الثاني: المبادرات التي قام بها مجلس وزراء العدل العرب لمكافحة الاتجار بالبشر.

المطلب الثالث: الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر.

المبحث الأول

جهود الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر على المستوى التشريعي

اتَّجهت إرادة الدول العربية إلى أخذ مسألة مكافحة الاتجار بالبشر بعين الاعتبار، لذا فقد قامت الكثير من هذه الدول بسن قوانين خاصة بمكافحة الاتجار بالبشر كالقانون الإماراتي، القانون البحريني، القانون الأردني والقانون المصري، وهو ما سنتطرق إليه في (المطلب الأول) كما لم تهمل الدول العربية تجريم الكثير من الأفعال ذات العلاقة بالاتجار بالبشر أو تلك التي تُشكِّل نمطاً من أنماط^(٣) الاتجار بالبشر ضمن تشريعاتها العقابية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سن القوانين العربية الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر

بالنظر إلى تعدد القوانين الوطنية التي جاءت بغية مكافحة الاتجار بالبشر في الدول العربية فإننا سوف نتحدث عن أهم هذه القوانين، من خلال حديثنا عن القانون الإماراتي الاتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ في (الفرع الأول)، القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص (الفرع الثاني)، القانون الأردني الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر رقم (٩) لسنة ٢٠٠٩ (الفرع الثالث)، وأخيراً القانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر (الفرع الرابع).

الفرع الأول

القانون الإماراتي الاتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦

تُعتبر دولة الإمارات من أوائل الدول العربية التي حظرت الرِّق وأفعال الاتجار بالأشخاص في تشريعاتها الدَّاخلية^(٤)، فالقانون الاتحادي ٥١ لسنة ٢٠٠٦ في شأن

(٣) يُقسَّم الاتجار بالبشر إلى ثلاثة أنواع رئيسية هي: الاتجار لأغراض السُّخرة؛ الاتجار للاستغلال الجنسي؛ الاتجار بالأعضاء البشرية. سالم إبراهيم بن أحمد النقبي، جرائم الاتجار بالبشر وإستراتيجيات مكافحتها على الصعيدين الدَّولي والإقليمي، دار المتحدة للطباعة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص ٢٦ وما بعدها.

(٤) المستشار عادل ماجد، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني مع التعليق على أحكام القانون الاتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، معهد التدريب والدراسات القضائية، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ٤٤.

مكافحة الاتجار بالبشر يُعتبر الأول من نوعه عربياً^(٥)، ويعرّف في مادته الأولى الاتجار بالبشر كما يلي: تجنيد أشخاص أو نقلهم أو ترحيلهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة الضعف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال.

ويشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

ومن الناحية القانونية فإنّ التعريف المذكور يحدّد نشاط جريمة الاتجار بالبشر في الجوانب الثلاثة التالية:

- * أفعال الاتجار بالبشر، وهي التجنيد والنقل والترحيل والاستقبال.
 - * الوسائل المتّبعة في الاتجار بالبشر، وهي استخدام القوة أو التهديد بها أو غير ذلك من أساليب القهر أو الاختطاف أو التزوير أو الخداع أو إساءة استخدام السلطة أو الوظيفة، أو استغلال حالة ضعف الضحية.
 - * أنواع الاستغلال في الاتجار بالبشر، والمتمثلة في إجبار الأشخاص على ممارسة الدّعارة أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد، أو نزع أعضاء الجسد بغرض الاتجار بها.
- وفيما يتعلق بالعقوبات المقررة لمرتكبي هذه الأفعال، يفرض القانون الاتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ عقوبات صارمة على مرتكبي جرائم الاتجار بالبشر بكافة أشكالها، تصل إلى حدّ السجن المؤبّد، فتتراوح العقوبات بين السجن لعام واحد والسجن المؤبّد، كما يفرض القانون غرامات تتراوح بين مائة ألف ومليون درهم.
- وبموجب أحكام المادة ١٢ من هذا القانون يتم إنشاء لجنة تسمى اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر يصدر بتشكيلها وتحديد رئاستها قرار من مجلس الوزراء^(٦).

(٥) سالم إبراهيم بن أحمد النقبي، نفس المرجع، ص ٤٤.

(٦) د. دهم أكرم عمر، جريمة الاتجار بالبشر، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ٢٩١.

الفرع الثاني

القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص

بمقتضى هذا القانون يُعرّف الاتجار بالبشر بأنّه: "تجنيد شخص أو نقله أو تنقيله أو إيواؤه أو استقباله بغرض إساءة الاستغلال، وذلك عن طريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة أو باستغلال الوظيفة أو النفوذ أو بإساءة استعمال سلطة ما على ذلك الشخص أو بأيّة وسيلة أخرى غير مشروعة سواء أكانت مباشرة أم غير مباشرة، وتشمل إساءة الاستغلال استغلال ذلك الشخص في الدّعارة أو في أي شكل من أشكال الاستغلال أو الاعتداء الجنسي، أو العمل أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق، أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء"، والشّيء الملاحظ هو اكتفاء المشرّع البحريني بإيراد تعبير الحيلة فقط بخلاف التعاريف الواردة في مختلف القوانين العربية المتعلقة بالاتجار بالبشر والتي وردت فيها تعابير مترادفة كالاختيال والخداع معاً، كما يتميّز هذا التعريف بإيجابية أخرى تتمثّل بإيراد وسائل إرتكاب جريمة الاتجار بالبشر على سبيل المثال وليس الحصر وهو موقف إيجابي^(٧).

وترتيباً على ما تقدّم، فإنّ الاتجار بالبشر وفقاً لهذا التعريف يتألّف من ثلاثة عناصر أساسية وذلك على النّحو التالي:

- * الفعل: المتمثّل في تجنيد الأشخاص أو نقلهم أو تنقيلمهم أو إيوائهم أو استقبالهم.
- * الوسيلة المتمثلة في: التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو حالة استضعاف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر.
- * الغرض من الاستغلال: الذي يشمل كحدّ أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السّخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء^(٨).

(٧) د. دهام أكرم عمر، المرجع السابق، ص ٥١.

(٨) د. هشام عبد العزيز مبارك، ماهية الاتجار بالبشر "بالتطبيق على القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص، مركز الإعلام الأمني، البحرين، ص ٥، على الرابط التالي:

<http://www.policemc.gov.bh/reports/2011/March/26-3-2011/634367511535212540.pdf>

ويفرض القانون البحريني في مادته الثانية على أفعال الاتجار عقوبة صارمة تتراوح ما بين ٣ و ١٥ سنة، كما أنه يسمح بظروف مُشدّدة قد تزيد من شدة العقوبة، كما أنّ المادة الرابعة حدّدت الظروف المشددة لجريمة الاتجار بالأشخاص.

وبمقتضى المادة الثامنة من هذا القانون وبقرار من وزير التنمية الاجتماعية تنشأ لجنة تسمى "لجنة تقييم وضعية الضحايا الأجانب للاتجار بالأشخاص".

الفرع الثالث

القانون الأردني الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر رقم (٩) لسنة ٢٠٠٩

صدر هذا القانون في ١/٣/٢٠٠٩ وأصبح ساري المفعول في ١/٤/٢٠٠٩، وقد جاء مُنسجماً مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، وقد تمّ تعريف الاتجار بالبشر في المادة الثالثة منه الفقرة (أ) بالقول: لمقاصد هذا القانون تعني عبارة (جرائم الاتجار بالبشر):

١ - استقطاب أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بغرض استغلالهم عن طريق التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة ضعف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على هؤلاء الأشخاص، أو

٢ - استقطاب أو نقل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشرة متى كان ذلك بغرض استغلالهم ولو لم يقترن هذا الاستغلال بالتهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من الطرق الواردة في البند (١) من هذه الفقرة، ب- لغايات الفقرة (أ) من هذه المادة، تعني كلمة (الاستغلال) استغلال الأشخاص في العمل بالسخرة أو العمل قسراً أو الاسترقاق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء أو في الدّعارة أو أي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي.

يُعتبر هذا التعريف شاملاً ومنسجماً مع بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، المكمّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الوطنية من حيث^(٩):

(٩) د. مهند فايز الدويكات، جهود المملكة الأردنية الهاشمية وإستراتيجيتها في مواجهة الاتجار بالبشر، ورقة علمية مقدّمة للملتقى العلمي "نحو إستراتيجية عربية لمكافحة الاتجار بالبشر" الذي نظّمته جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع جامعة الدول العربية بمقر جامعة الدول العربية بالقاهرة من ٢٠-٢٢ ديسمبر ٢٠١٠، ص ٧، على الرابط التالي: =

* الأفعال:

- استقطاب الأشخاص أو نقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بغرض استغلالهم.
- استقطاب أو نقل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشرة بغرض استغلالهم.

* الوسائل المستخدمة لارتكاب تلك الأفعال:

- من خلال التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر.
- أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استعمال حالة ضعف.
- أو بإعطاء أو تلقي مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على هؤلاء الأشخاص.
- كما أنَّ القانون ومن أجل حماية من هم دون الثامنة عشرة لم يشترط استعمال الوسائل سابقة الذكر في أفعال الاتجار بالبشر.

* أغراض الاستغلال:

- لقد حدّد القانون في الفقرة (ب) من المادة الثالثة منه أغراض استغلال الأشخاص والتمثلة في:
- العمل بالسّخرة.
- أو العمل قسراً.
- أو الاسترقاق أو الاستعباد.
- أو نزع الأعضاء.
- أو في أعمال الدّعارة.
- أو في أيّ شكل من أشكال الاستغلال الجنسي.
- وفيما يخصّ العقوبات المقرّرة للمتهمين بارتكاب جرائم الاتجار بالبشر، فقد

= http://www.nauss.edu.sa/Ar/CollegesAndCenters/strategicCollege/Collegeactivities/ScientificForums/act20122010/Documents/014.pdf?Mobile=1&Source=%2FAr%2FCollegesAndCenters%2FstrategicCollege%2FCollegeactivities%2FScientificForums%2Fact20122010%2F_layouts%2Fmobile%2Fview.aspx%3FList%3Daded3ff2-cef6-4ebf-9d3d-9a128a6618db%26View%3-D37573ac5-7736-40be-840e-dbed1c0e24d9%26CurrentPage%3D1

نص القانون في المادة ٨ منه على أن يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ٦ أشهر أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين كل من ارتكب إحدى جرائم الاتجار بالبشر المنصوص عنها في البند (١) من الفقرة ١ من المادة ٣.

كما نصت المادة ٩ من القانون على أنه يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تقل على خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار كل مَنْ:

أ - استقطب أو نقل أو أوى أو استقبل من هم دون الثامنة عشرة متى كان ذلك بغرض استغلالهم ولو لم يقترن هذا الاستغلال بالتهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من الطرق.

ب - ارتكب أيًا من جرائم الاتجار بالبشر في إحدى الحالات التالية:

- إذا كان مرتكب الجريمة قد أنشأ أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة للاتجار بالبشر أو انضم إليها أو شارك فيها.

الفرع الرابع

القانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر

يُشكل القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ حماية حقيقية وفعالة للأفراد الذين يتعرضون للاعتداء من جانب الآخرين، ومن ثمّ فإنّه يهدف بشكل أساسي إلى منع ومكافحة الاتجار بالبشر في جمهورية مصر العربية، وتعزيز التعاون مع الدول الأخرى على الصعيدين الوطني والدولي^(١٠) نموذجاً شاملاً للقانون الذي يُراعي القواعد القانونية التقليدية مع مراعاة مساهمة التطورات العالمية، حيث إنّهُ ليس قانوناً عقابياً محضاً من حيث تضمّنه على نصوص التجريم والعقاب فقط، وليس قانوناً إجرائياً محضاً من حيث توضيحه للإجراءات القضائية والتنفيذية فقط، وليس قانوناً اجتماعياً محضاً من حيث الواجبات التي ألّقاها على الدولة بمؤسساتها، ولكنه قانون شامل جامع لجميع الأبعاد المُلمّة بقضية في حجم وخطورة الاتجار بالبشر^(١١).

(١٠) د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر في ضوء القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٨٠.

(١١) د. رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالبشر في القانون المصري والتشريعات المقارنة وفي ضوء المواثيق والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٢٠٦.

ويتكوّن القانون من ثلاثين مادة موزعة على ستة فصول، حيث يضمّ الفصل الأول ثلاث مواد تتناول التعريفات ذات الصلة بالجريمة وجميع أشكالها وصورها وأركانها، ويحتوي الفصل الثاني على (١٢) مادة تُبيّن الجرائم وحجمها الجنائي والعقوبات قرينة كل منها بما في ذلك قيمة الغرامات المفروضة على الجاني.

أما الفصل الثالث فيتكون من مادتين توضحان نطاق تطبيق القانون من حيث المكان، ومدى اختصاص السلطات القضائية المصرية بمباشرة إجراءات الاستدلال والتحقيق والمحاكمة، ويتبعه الفصل الرابع الذي ترسم مواده الثلاث الإطار العام للتعاون القضائي والشرطي الدولي، وبعض الإرشادات الإجرائية للجهات القضائية المصرية.

ثم يتناول الفصل الخامس الذي يحتوي على سبع مواد الضمانات التي تكفل حماية المجني عليهم في جرائم الاتجار بالبشر، بدءاً من مرحلة كشف الجريمة والاستدلال والتحقيق والمحاكمة إلى مرحلة التأهيل وإعادة الإدماج في المجتمع.

وأخيراً الفصل السادس الذي يشتمل على ثلاث مواد بموجبها يتم إنشاء لجنة وطنية تنسيقية لمكافحة الاتجار بالبشر، وإصدار رئيس الوزراء اللائحة التنفيذية للقانون ونشر القانون في الجريدة الرسمية.

تمّ تعريف الاتجار بالبشر بموجب أحكام المادة ٢ من القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بالقول: يُعدّ مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأيّة صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية، إذا تمّ ذلك بواسطة استعمال القوة أو التهديد بها أو باستعمال شكل من أشكال القسر أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة أو الوعد بإعطاء أو تلقّي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله - إذا كان التعامل لقصد الاستغلال أيّاً كانت صورته، بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدّعارة وسائر أشكال الاستغلال الجنسي واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو السّخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو التسوّل أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها.

ومن خلال التعريف الوارد في نص القانون المصري نرصد ما يلي^(١٢):

(١٢) د. فايز محمد حسين محمد، قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر وحماية حقوق الإنسان (قراءة مقارنة لأهم أساسيات أحكام القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في =

- ١ - أشار التعريف إلى عناصر جريمة الاتجار بالبشر وهي الاستغلال والوسائل والمظاهر.
- ٢ - ورد به كافة مظاهر الاتجار بالبشر، وأدخل صورا كثيرة للاتجار بالبشر بالمقارنة للصور الواردة في نص المادة ٣ من البروتوكول المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والخاص بمنع قمع ومعاقة الاتجار بالبشر خصوصا النساء والأطفال.
- ٣ - يُعتبر تعريفاً جامعاً مانعاً للاتجار بالبشر، بالمقارنة للتعريفات الواردة في التشريعات العربية المقارنة كالتشريع الأردني والإماراتي والسوري والعماني ونظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي.

المطلب الثاني

القوانين ذات العلاقة بمكافحة الاتجار بالبشر في الدول العربية

لقد جرّمت الكثير من الدول العربية الاتجار بالبشر ضمن تشريعاتها العقابية الوطنية، وذلك سواء أكان الفعل المُرتكب يتمثل في الاتجار أم في أحد أنماطه وصوره كاستغلال دعارة الغير والعمل القسري وتهريب المهاجرين...إلخ، وسوف نتطرق بداية إلى قانون العقوبات المصري (الفرع الأول)، قانون العقوبات السوداني (الفرع الثاني)، قانون العقوبات الليبي (الفرع الثالث) على أن نختم بقانون العقوبات الجزائري (الفرع الرابع).

الفرع الأول

قانون العقوبات المصري

أكد قانون العقوبات المصري على تجريم اعتبار الإنسان سلعة تُباع وتُشتري، أو احتجازه بدون مُسوِّغ قانوني أو أمر من السلطات المختصة، حيث أكد هذا القانون على أن: (كل من ألقى القبض على أي شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك، وفي غير الأحوال التي تُصرَّح فيها القوانين أو اللوائح بالقبض على نوي الشبهة يُعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه)^(١٣).

= مصر، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٠، ص ٣٧٦.

(١٣) المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

كما نصَّ القانون على أن: (يُعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين كل شخص أعار محلاً للحبس أو الحجز غير الجائزين مع علمه بذلك)^(١٤).

نصَّ قانون العقوبات المصري على حماية الإنسان من السخرة والعمل قسراً، مؤكداً أن: (كل موظف عام استخدم سخرة عمالاً في عمل لإحدى الجهات المبينة في المادة (١١٩) أو احتجز بغير مبرر أجورهم كلها أو بعضها يُعاقب بالسجن المشدّد، وتكون العقوبة الحبس إذا لم يكن الجاني موظفاً عاماً)^(١٥).

كما جرّم قانون العقوبات المصري استئصال أعضاء جسد الإنسان، من خلال نصه على أن: (كل من أحدث بالغير جرحاً أو ضرباً نشأ عنه قطع أو انفصال عضو أو فقد منفعتة، أو نشأ عنه كفُّ البصر أو فقد أحد العينين، أو نشأت عنه عاهة مستديمة يستحيل برؤها يُعاقب بالسجن من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات)^(١٦).

واستمرَّ المشرع المصري في القيام بمكافحة الاتجار بالبشر لاسيما النساء والأطفال وذلك من خلال منع استغلالهم أو استخدامهم في الأغراض غير المشروعة والتي تتمثل في بيع الأطفال أو شرائهم أو عرضهم للبيع أو استلام أو تسليم الطفل أو نقله باعتباره رقيقاً، أو استغلال الطفل جنسياً أو تجارياً، أو استخدامه في العمل القسري، حيث جرّم كل مساس بحق الطفل في الحماية من الاتجار به أو الاستغلال الجنسي أو التجاري أو الاقتصادي أو استخدامه في الأبحاث والتجارب العلمية^(١٧)، مؤكداً على أن: (يعاقب بالسجن المشدّد مدة لا تقل عن خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ٥٠ ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من باع طفلاً أو اشتراه أو عرضه للبيع، وكذلك من سلّمه أو تسلّمه أو نقله باعتباره رقيقاً أو استغلّه جنسياً أو تجارياً أو استخدمه في العمل القسري، أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة ولو وقعت الجريمة في الخارج)^(١٨).

وباستقراء نص الفقرات الثانية والثالثة والخامسة من المادة ٢٩١ عقوبات يتبيّن

(١٤) المادة ٢٨١ من نفس القانون.

(١٥) المادة ١١٧ من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

(١٦) المادة ٣٧٥ من نفس القانون.

(١٧) مصطفى شحاته، جرائم الاتجار بالبشر بين القانون الدولي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٥٧.

(١٨) المادة ٢٩١ من قانون العقوبات رقم ١٥٨ لسنة ١٩٣٧ والمعدّلة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨.

أنَّ التجريم قد انصبَّ على بعض الأفعال الإجرامية التي يكون محلها طفلاً، ومنها بصفة خاصة:

- بيع الأطفال وشراؤهم أو عرضهم للبيع (الفقرة الثانية).
- تسليم الطفل أو تسلمه أو نقله باعتباره رقيقاً (الفقرة الثانية).
- الاستغلال الجنسي أو التجاري للأطفال (الفقرة الثانية).
- استغلال الأطفال في العمل القسري، أو في غير ذلك من الأغراض غير المشروعة (الفقرة الثانية).
- تسهيل وقوع أي من الأفعال السابقة أو التحريض عليها، ولو لم تقع الجريمة بناءً على ذلك (الفقرة الثالثة).
- نقل عضو من أعضاء جسد طفل أو جزء منه (الفقرة الخامسة).

الفرع الثاني قانون العقوبات السوداني

يعاقب قانون العقوبات السوداني عن جريمة الاتجار بمن هم دون الحادية والعشرين من العمر، إذ نصَّ على معاقبة كل من يبيع أو يشتري أو يستأجر أو يؤجّر شخصاً دون الحادية والعشرين من عمره، أو يتوصّل بأيّة طريقة أخرى إلى حيازته أو التصرّف في شأنه، قاصداً بذلك أن يستخدم هذا الشخص أو يستعمله في أغراض الدّعارة أو لأي غرض من الأغراض المنافية للأداب أو غير المشروعة، أو مع علمه باحتمال استخدام الشخص أو استعماله في غرض من الأغراض المذكورة، بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات وتجاوز معاقبته بالغرامة أيضاً^(١٩).

ويعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سنة واحدة أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً كل من يجبر إجباراً غير مشروع أي شخص على العمل رغم إرادته^(٢٠)، ويعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات كما تجوز معاقبته بالغرامة أيضاً، كل من يخطف أو يستدرج أي شخص لكي يمكن إجباره إجباراً غير مشروع على العمل رغم إرادته^(٢١). كما يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات وتجاوز معاقبته بالغرامة أيضاً

(١٩) المادة ٣١٠ من قانون العقوبات السوداني.

(٢٠) المادة ٣١١ من نفس القانون.

(٢١) المادة ٣١٢ من نفس القانون.

كل من ينقل أو يأتي بما يوحي أنه نقل حيازة أي شخص أو الرقابة عليه إلى شخص آخر نظير نقود أو شيء ذي قيمة نقدية، قاصداً بذلك تمكين شخص آخر من اعتقال ذلك الشخص بوجه غير مشروع أو إجباره إجباراً غير مشروع على العمل رغم إرادته^(٢٢)، ويعاقب القانون السوداني عن جريمة استغلال النساء في الدّعارة بالسجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات وتجاوز معاقبته بالغرامة أيضاً كل من يقطني أو يغري أو يقتاد امرأة أو بنتاً حتى لو كان ذلك برضاها لتزاول خارج السودان أغراضاً منافية للآداب لإشباع شهوة شخص آخر^(٢٣).

الفرع الثالث قانون العقوبات الليبي

يعاقب قانون العقوبات الليبي على جريمة الاتجار بالنساء على نطاق دولي من خلال تكميده على أنّ كل من أرغم امرأة بالقوة أو التهديد على النزوح إلى مكان في الخارج مع علمه بأنّها سوف تستغل فيه للدّعارة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة تتراوح بين مائة وخمسمائة دينار، وتطبق العقوبة ذاتها على من حمل بأية طريقة شخصاً قاصراً أو امرأة بالغّة ناقصة العقل على النزوح إلى مكان في الخارج مع علمه أنّها سوف تُستغل للدّعارة، وتزداد العقوبة بمقدار النصف في حالة اقتران الفعل بالعنف أو التهديد، وتضاعف العقوبة إذا ارتكب الفعل ضد شخصين أو أكثر وإن اختلفت وجهاتهم^(٢٤).

كما يعاقب القانون الليبي على جريمة تسهيل الاتجار بالنساء بالسجن مدة تتراوح بين ثلاث سنوات وخمس سنوات وبغرامة تتراوح بين مائة وخمسمائة دينار كل من سهّل بأية طريقة كانت ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة السابقة مع علمه بقصد الاستغلال للدّعارة وذلك ما لم يكن شريكاً في الجريمة^(٢٥).

ويُعاقب عن جريمة الاستعباد (كل من استعبد شخصاً أو وضعه في حالة تشبه العبودية) بالسجن من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة^(٢٦)، كما يُعاقب أيضاً عن

(٢٢) المادة ٣١٣ من نفس القانون.

(٢٣) المادة ٣١٥ من نفس القانون.

(٢٤) المادة ٤١٨ من قانون العقوبات الليبي.

(٢٥) المادة ٤١٩ من نفس القانون.

(٢٦) المادة ٤٢٥ من نفس القانون.

جريمة التعامل بالرقيق والاتجار به (كل من تعامل بالرقيق أو اتّجر به أو أي تصرف في شخص في حالة عبودية أو في حالة تشبه العبودية) بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات، وتكون العقوبة السجن من ثلاث سنوات إلى اثنتي عشرة سنة لكل من تصرّف في شخص مستعبد أو في حالة تشبه العبودية أو سلّمه أو حازه أو اكتسبه أو أبقاه على حالته، وتطبّق هذه العقوبة أيضاً إذا ارتكب الجاني هذا الفعل في الخارج على مجني عليه ليبي^(٢٧).

يعاقب قانون العقوبات الليبي على جريمة الإرغام على الدّعارة^(٢٨) معتبراً إياها جريمة ماسة بشرف الإنسان واعتباره^(٢٩) فنصّ على الحبس من ثلاث سنوات إلى ست سنوات وبغرامة تتراوح بين مائة وخمسين وخمسمائة دينار، وتضاعف العقوبة إذا وقع الفعل على امرأة متزوجة^(٣٠).

هذا وقد أراد المشرع الليبي أن يمد اختصاص القضاء الوطني إلى هذا النمط من الجرائم إذا وقعت من ليبي في الخارج، فيما يعرف في الفقه بمبدأ العينية، فنصّ في المادة ٤٢٠ تحت عنوان "اتّجار الليبي بالنساء" على عقاب الليبي الذي يأتي الأفعال المنصوص عليها في المادتين السابقتين وإن اقترفها وهو في الخارج^(٣١).

الفرع الرابع قانون العقوبات الجزائري

لقد جرم المشرع الجزائري جرائم الاتجار بالأشخاص بموجب أحكام القانون ٠٩-٠١ المؤرخ في ٢٥/٠٢/٢٠٠٩ المعدّل والمتمّم لقانون العقوبات في القسم الخامس مكرر ١ تحت عنوان "الاتجار بالأشخاص" من المواد ٣٠٣ مكرر ٤ إلى ٣٠٣ مكرر ١٥، وتشترط المادة ٤ من قانون العقوبات قيام الجاني بمجموعة من الأفعال التالية^(٣٢):

(٢٧) المادة ٤٢٧ من القانون.

(٢٨) بل أنّ قانون العقوبات الليبي يعاقب حتى على جريمة استغلال المومسات بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تتجاوز مائتي دينار. د. دهام أكرم عمر، جريمة الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ١٦٧.

(٢٩) د. دهام أكرم عمر، نفس المرجع، ص ١٦٧.

(٣٠) المادة ٤١٦ من قانون العقوبات الليبي.

(٣١) د.أحمد لطفي السيد مرعي، إستراتيجية مكافحة جرائم الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩، ص ١٨٣.

(٣٢) المادة ٣٠٣ مكرر ٤ من القانون ٠٩-٠١ المعدّل والمتمّم لقانون العقوبات الجزائري.

- التجنيد.
- نقل (وسيط).
- التنقل.
- إيواء.
- استقبال شخص أو أكثر.
- وتشمل الوسائل المستعملة:
- استعمال التهديد بالقوة أو أي شكل من أشكال الإكراه.
- الاختطاف.
- الاحتيال.
- الخداع.
- إساءة استعمال السلطة.
- استغلال حالة الاستضعاف.
- إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على آخر بقصد الاستغلال.
- يدخل في إطار الاستغلال الحالات الآتية:
- استغلال دعارة الغير وسائر أشكال الاستغلال الجنسي: يقصد به إجبار شخص ما على تقديم الخدمات الجنسية أو على إنتاج مواد إباحية (خاصة الأطفال والنساء)، لصالح منظمات متخصصة في هذا المجال.
- استغلال الغير في التسول: يستدعي الاستغلال في التسول إجبار الضحية على التسول تحت التهديد بأي عقوبة أو بمقابل.
- السخرة: هي تشغيل العمال بدون أجر، بالقوة الجبرية أو نظير أجر زهيد.
- الخدمة كرهاً.
- الاسترقاق: هي عملية بيع أو شراء ومبادلة الأشخاص بأي أسلوب من أساليب الشراء أو المقايضة مما يترتب عليه نقل السيادة على الشخص من مالك لآخر.
- الممارسات الشبيهة بالرق: مثال ذلك الحالة أو الظرف الناجم عن تعهد المدين تسديد الدين (بتقديم خدمات شخصية أو خدمات أشخاص تحت سيطرته خدمة للدين وله).

- الاستعباد: ظرف أو حالة شخص مجبور بحكم القانون أو العرف أو اتفاق ما، على أن يعيش ويعمل على أرض مملوكة لشخص ويقدم خدمات محددة لذلك الشخص سواء بمقابل أو بدون، دون أن تكون له حرية تغيير وضعه.

* نزع الأعضاء:

هناك نوعان:

- أ - نزع الأعضاء بغرض التبرع بها، في هذه الحالة يقدم الشخص السليم إلى الشخص المريض عضواً من أعضاء جسمه قاصداً تخفيف آلامه أو وضع حد لها (التبرع بعضو ينتج عن ظرف مرضي خطير).
- ب - نزع الأعضاء بغرض بيعها أو إيجارها، فهو استغلال للضحية وإجبارها على نزع أي عضو من أعضائها والتخلص منها نهائياً، دون موافقة فعلية وحقيقية للضحية على نزعها^(٢٣).
- وفيما يخص العقوبات المقررة على جريمة الاتجار بالأشخاص، الأصل أن هذه الجريمة تأخذ وصف الجنحة، غير أن الوصف القانوني للأفعال يتغير لتصبح جنحة مشددة أو جنائية بتوفر أحد الظروف المنصوص عليها في المادة ٣٠٣ مكرر ٤ الفقرة الأخيرة والمادة ٣٠٣ مكرر ٥.
- يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من ثلاث (٣) سنوات إلى عشر (١٠) سنوات وبغرامة من ٣٠٠,٠٠٠ دج إلى ١,٠٠٠,٠٠٠ دج.
- في حالة ما إذا سهل ارتكاب الجريمة استضعاف الضحية نتيجة أحد العوامل الآتية:
- (السن، المرض، عجزها البدني أو الذهني، متى كانت هذه الظروف ظاهرة أو معلومة لدى الفاعل) في هذه الحالة يعاقب الجاني بالحبس من خمس (٥) سنوات إلى خمس عشرة (١٥) سنة وبغرامة من ٥٠٠,٠٠٠ دج إلى ١,٥٠٠,٠٠٠ دج.

(٢٣) الأخضر عمر الدهيمي، التجربة الجزائرية في مكافحة الاتجار بالبشر، ورقة مقدّمة للنودة العلمية بعنوان مكافحة الاتجار بالبشر، بيروت أيام ١٢-١٣-١٤ مارس ٢٠١٢، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. ص ١٣. على الرابط التالي:

http://nauss.edu.sa/Ar/CollegesAndCenters/ResearchesCenter/centeractivities/Symposium/act_12.3201201/Documents/005.pdf

تأخذ جريمة الاتجار بالأشخاص وصفاً جنائياً في حالة ارتكابها بتوفر أحد الظروف التالية^(٣٤):

- إذا كان الفاعل زوجاً للضحية أو أحد أصولها أو فروعها أو وليها أو كانت له سلطة عليها أو كان موظفاً ممّن سهّلت لو وظيفته ارتكاب الجريمة.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.
- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

وتكون عقوبتها السجن من عشر (١٠) سنوات إلى عشرين (٢٠) سنة وبغرامة من ١,٠٠٠,٠٠٠ دج إلى ٢,٠٠٠,٠٠٠ دج.

وعملاً بنص المادة ٣٠٣ مكرر ٧، فإنّه يُطبّق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة ٩ من هذا القانون^(٣٥).

(٣٤) المادة ٣٠٣ مكرر ٥ من قانون العقوبات الجزائري المعدّل والمتمم.

(٣٥) نصت المادة ٩ من قانون العقوبات الجزائري على العقوبات التكميلية والتي تشمل: (الحجز القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية، تحديد الإقامة أو منعها، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، الإقصاء من الصفقات العمومية إلخ).

المبحث الثاني جهود الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر في المجال المؤسساتي

لقد نصّت غالبية القوانين العربية الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر على إنشاء لجان وطنية تحمل على عاتقها مسألة مكافحة الاتجار بالبشر، ومالت الكثير من الدول العربية إلى فكرة تأسيس هذه اللجان والمؤسسات، وحسبنا أن نتناول بالدراسة المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر (المطلب الأول) على أن نتطرق بعدها إلى اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر في مصر (المطلب الثاني) ونختم بالحديث عن تأسيس اللجنة الوطنية لمنع الاتجار بالبشر في الأردن (المطلب الثالث).

المطلب الأول إنشاء المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر

أولت دولة قطر اهتماماً كبيراً بمكافحة صور الاتجار بالبشر من خلال ما اتخذته من تدابير تشريعية وتنفيذية بتجريم كافة صور الاتجار بالبشر والمعاقبة عليها بنصوص قانون العقوبات، كما قامت الدولة بإنشاء المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، لمنع كافة صور الاتجار بالبشر ومكافحتها والوقاية منها؛ لذلك رأينا بأنه من الأفضل أن نتحدث بداية عن تاريخ المؤسسة (الفرع الأول) على أن نعرّج بعد ذلك إلى الحديث عن أهدافها (الفرع الثاني).

الفرع الأول تاريخ المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر

لقد تمّ في البداية إنشاء الدار القطرية للإيواء والرعاية الإنسانية استناداً للتوجيهات الصادرة عن مجلس الوزراء الموقر بتاريخ ١٣/٤/٢٠٠٣م، وبناء على التوصيات الواردة في التقرير الذي أعدته اللجنة المكلفة بدراسة الخطوات الإستراتيجية لمكافحة الاتجار بالبشر، وقد باشرت هذه الدار عملها في عام ٢٠٠٥م ومن أهم اختصاصاتها^(٣٦):

(٣٦) موقع المؤسسة على شبكة الإنترنت التالي:

<http://www.qfcht.org/mission-objectives.aspx>

- إيواء ضحايا الاتجار بالبشر وتقديم الحماية والرعاية الشاملة لهم وفقاً للمعايير الدولية والوطنية.
- إنشاء المكتب الوطني لمكافحة الاتجار بالبشر رقم (٨) لسنة ٢٠٠٥م، وتعيين منسق وطني له إذ باشر مهامه في بداية عام ٢٠٠٦م.
- وبناء على القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م الصادر عن صاحبة السمو الشيخة موزة بنت ناصر المسند حرم صاحب السمو أمير دولة قطر، تم تحويل المكتب الوطني لمكافحة الاتجار بالبشر إلى المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، وهي مؤسسة خاصة ذات نفع عام، وترتكز رسالتها على تحقيق وقاية المجتمع وحمايته من الاتجار بالبشر وتوفير الرعاية الشاملة لضحاياه.

الفرع الثاني

أهداف المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر:

- تهدف المؤسسة القطرية إلى مكافحة الاتجار بالبشر بصورة المتعددة باتخاذ كل ما من شأنه القضاء على هذه الظاهرة أو الحد منها وذلك من خلال^(٣٧):
- العمل على ترسيخ الوعي التام في المجتمع.
- اقتراح السياسات ووضع خطط العمل الوطنية وتفعيل القوانين الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر.
- الإشراف على الدار القطرية للإيواء والرعاية الإنسانية.
- إنشاء قاعدة معلوماتية وفقاً للتقنيات والأساليب الحديثة لتقييم مخاطر ظاهرة الاتجار بالبشر بالتعاون مع الجهات الحكومية وغير الحكومية المعنية في البلاد، ومع الهيئات العربية والدولية ومنظمات الأمم المتحدة.
- التنسيق مع الجهات المعنية في البلاد والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية من أجل تثقيف ونشر الوعي بين الموظفين للحيلولة دون قيامهم بتسهيل عمليات ممارسة الاتجار بالبشر أو مشاركتهم فيها.
- تطوير سياسة تدريبية وتوعوية للمؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر

(٣٧) د. رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالبشر في القانون المصري والتشريعات المقارنة وفي ضوء المواثيق والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص ٢٣١.

- إعداد برامج تدريبية وورش عمل تركز على الخبرات المتطورة والمستجدات العالمية للعاملين على كافة الأصعدة لمكافحة الاتجار بالبشر.
- وضع تصور لعقد مبادرات ومؤتمرات والترتيبات اللازمة للتعاون مع دول الجوار.
- التعاون والتنسيق مع المنظمات والهيئات الدولية من أجل تفعيل قرارات ومواثيق الأمم المتحدة الخاصة بالتصدي للجرائم المنظمة عبر الوطنية، وعملاً بالمبادئ التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- وقد عقدت المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر منتدى رفيع المستوى بعنوان "منتدى الدوحة التأسيسي" بالدوحة/ قطر، في الفترة ٢٢،٢٣ مارس ٢٠١٠، وبمشاركة (٦٣٥) شخصية دولية وعربية يمثلون مؤسسات ووزارات وهيئات حقوقية ومنظمات دولية معنية بمكافحة الاتجار بالبشر، وعدد من المهتمين بمكافحة الاتجار بالبشر وحقوق الإنسان من الدول العربية كافة، وذلك بهدف الإعلان عن المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر بالدول العربية ومناقشة ظاهرة الاتجار بالبشر على المستوى العربي، وبحث سبل التنسيق العربي لضمان تنفيذ المبادرة، كما حضر المنتدى العديد من المنظمات الدولية والإقليمية وجامعة الدول العربية والمكتب الإقليمي المعني بالمخدرات والجريمة ووفود رسمية تمثل الجهات المختصة بالدول العربية ونخب من الخبراء المختصين في هذا الميدان، وقد تلا هذا المنتدى منتدى الدوحة الثاني في ١٦-١٧ يناير ٢٠١٢ تحت عنوان انطلاق المبادرة العربية لبناء القدرات العربية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر، وكذا منتدى الدوحة الثالث في ٢٢-٢٣ يناير ٢٠١٣ تحت عنوان اتجاهات معاصرة لمكافحة الاتجار بالبشر^(٣٨).

المطلب الثاني

تأسيس اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر في مصر

نصّت المادة ٢٨ من قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ على أنه: "تنشأ لجنة وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر تتبع رئيس مجلس الوزراء تختص

(٣٨) موقع المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر التالي:
<http://www.qatarfcht.com/index.php/2012-01-15-09-00-47/2012-12-30-20-51-40/2012-12-30-20-52-43>

بالتنسيق على المستوى الوطني بين السياسات والخطط والبرامج الموضوعية لمكافحة الاتجار بالبشر وحماية المجني عليهم وتقديم الخدمات لهم وحماية الشهود، نتطرق بداية لتشكيل اللجنة (الفرع الأول) على أن نتطرق بعد ذلك إلى مهام واختصاصات اللجنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تشكيل اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر في مصر

تتشكل اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر، ويختار رئيس مجلس الوزراء من بين الخبراء المتخصصين في الموضوع رئيساً للجنة يتولى منصبه لمدة ثلاثة أعوام قابلة للتجديد^(٣٩)، وتضم اللجنة في عضويتها ممثلين للجهات الآتية^(٤٠):

- وزارة الخارجية.
- وزارة العدل.
- وزارة الداخلية.
- وزارة الدفاع.
- وزارة الصحة.
- وزارة الإعلام.
- وزارة التضامن الاجتماعي.
- وزارة السياحة.
- وزارة القوى العاملة والهجرة.
- وزارة التعليم العالي.

(٣٩) د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر في ضوء القانون رقم

٦٤ لسنة ٢٠١٠ والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

(٤٠) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٥٣ لسنة ٢٠١٠ بشأن إعادة تشكيل اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر، المصدر: مكتب السيدة السفير / نائلة جبر - معاون وزير الخارجية، للاطلاع على القرار، موقع وزارة الخارجية التالي:

<http://www.mfa.gov.eg/Arabic/Ministry/TraffickinginPersons/committee/Pages/na2ela2982010.aspx>

- وزارة التربية والتعليم.
 - وزارة الدولة للأسرة والسكان.
 - المخابرات العامة.
 - النيابة العامة.
 - المجلس القومي لحقوق الإنسان.
 - المجلس القومي للطفولة والأمومة.
 - المجلس القومي للمرأة.
- وللجنة أن تستعين بمن ترى من المتخصصين أو الخبراء أو العاملين في الوزارات والهيئات والمراكز البحثية والمجتمع المدني، وأن تطلب من هذه الجهات المعلومات والوثائق والدراسات التي تساعد على القيام بأعمالها.
- وللجنة أن تُشكل من بين أعضائها أو من غيرهم لجنة أو لجاناً فرعية لدراسة موضوع معين وعرضه على اللجنة الوطنية للتنسيقية، كما يجوز للجنة أن تُشكل من بين أعضائها لجنة أو لجان تعهد إليها ببعض الاختصاصات.

الفرع الثاني

مهام واختصاصات اللجنة^(٤١)

- تُعَدُّ اللجنة جهة تنسيق السياسات والجهود الحكومية في مجال مكافحة ومنع الاتجار بالبشر، كما تتولى التنسيق بين الجهات الحكومية الممثلة فيها وسائر الأطراف غير الحكومية، وتضطلع في سبيل ذلك بالمهام الآتية^(٤٢):
- صياغة خطة عمل وطنية لمكافحة ومنع ومعاينة الاتجار بالبشر، ومتابعة تنفيذها.
 - متابعة تنفيذ القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

(٤١) د. رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالبشر في القانون المصري والتشريعات المقارنة وفي ضوء المواثيق والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص ٢١٠.

(٤٢) - د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

- أميرة محمد بكر البحيري، الاتجار بالبشر وبخاصة الأطفال من وجهة النظر العلمية النفسية والاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٦٣٠.

- تنسيق المواقف الوطنية فيما يخص صياغة رؤية مصرية موحدة يتم التعبير عنها في المحافل الدولية.
- متابعة تنفيذ مصر لالتزاماتها الدولية الناشئة عن أحكام بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار في الأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بمكافحة استغلال الأشخاص.
- مراجعة التشريعات الوطنية ذات الصلة وضمان اتساقها مع الالتزامات المصرية بموجب الصكوك الدولية ذات الصلة التي تم التصديق عليها، وذلك بالتنسيق مع وزارة العدل.
- تنسيق جهود رفع الوعي وبناء القدرات سواء بين أفراد الشعب أو بين الفئات الأكثر عرضة للخطر، أو الكوادر الوطنية القائمة على إنفاذ القانون وذلك بالتعاون مع المنظمات الحكومية وغير الحكومية، ووضع الخطط الكفيلة برفع الوعي وبناء القدرات.
- إعداد قاعدة بيانات مركزية بالتنسيق مع مركز البحوث الاجتماعية والجنائية وغيره من المراكز البحثية من خلال جمع وتحليل المعلومات والبيانات والخبرات عن ظاهرة الاتجار بالبشر وتبادلها مع الجهات ذات الصلة، مع الحفاظ الكامل على خصوصية المجني عليهم.
- التنسيق مع صندوق مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر الذي سيتم إنشاؤه بموجب القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر لاتخاذ الإجراءات اللازمة لمساعدة ضحايا تلك الجريمة وحمايتهم.
- التنسيق والتواصل مع ممثلي المجتمع المدني المصري والأجنبي فيما يتعلق بجهود مكافحة الاتجار بالبشر.
- تقديم العون للجهات الوطنية المعنية فيما يتعلق بالتعاون بين دول المصدر والمعبر والدول المستقبلة لضحايا الاتجار بالبشر ولاسيما فيما يتعلق بتعزيز آليات التعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية على كافة المستويات.
- تفعيل التعاون مع الأجهزة والمنظمات الدولية ذات الصلة، وتنسيق الحصول على أشكال الدعم المتاحة لديها لمساعدة جهود الحكومة المصرية في مجالات مكافحة ومنع الاتجار بالبشر وبناء القدرات الوطنية.

- التعاون مع الجهات واللجان المناظرة على المستوى الإقليمي والدولي بغرض تبادل المعلومات والخبرات فيما بينها.
- إعداد تقرير سنوي^(٤٣) لرصد وتحليل ظاهرة الاتجار بالبشر ولتقييم التقدم المُحرز في مجالات منع الجريمة والمعاقبة عليها وحماية ومساعدة ضحايا الاتجار بالبشر، ويتم رفعه للعرض على السيد رئيس مجلس الوزراء.
- وتراعي الجهات الأعضاء في اللجنة التنسيق مع اللجنة بالنسبة لأنشطتها وموافاتها تبعاً بما تقوم به من أعمال تقع في إطار اختصاصات اللجنة.
- تعتبر اللجنة خطوة إيجابية في إطار الجهود الحثيثة التي تقوم بها الحكومة لتنفيذ التزاماتها في مجال مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وخاصة الاتجار بالبشر^(٤٤).

المطلب الثالث

تأسيس اللجنة الوطنية لمنع الاتجار بالبشر في الأردن

إيماناً من حكومة المملكة الأردنية الهاشمية بأن انتشار ظاهرة الاتجار بالبشر عالمياً تشكل تحدياً يتطلب تكاتف الجهود الوطنية للإبقاء على المملكة خالية من هذه الظاهرة العالمية بأنواعها وصورها كافة والتصدي لها، واستحداث الآليات الكفيلة للقضاء عليها في حال ظهور مؤشرات تدل على وجودها، فإنه قد تمّ استحداث لجنة وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في الأردن، ستنطرق بداية إلى تشكيلها (الفرع الأول) ومن ثمّ مهامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تشكيل اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في الأردن

بموجب المادة الرابعة من قانون منع الاتجار بالبشر رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ سالف الذكر، فإنّ اللّجنة الوطنية تكون برئاسة معالي وزير العدل وعضوية عدد من الأعضاء يمثلون مختلف الوزارات والجهات الرسمية وغير الرسمية المعنية بهذا الموضوع، وتضم اللّجنة المذكورة في عضويتها كلاً من: أمين عام وزارة العدل، أمين عام وزارة

(٤٣) وقد صدر التقرير السنوي الخامس للجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر في سبتمبر ٢٠١٢، للمزيد زيارة موقع الأمانة الفنية للجنة التالي:

<http://www.mfa.gov.jo/Arabic/Ministry/TraffickinginPersons/report/Pages/5emerapport.asp>

(٤٤) د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ٣٥١.

الداخلية، أمين عام وزارة العمل، المفوض العام للمركز الوطني لحقوق الإنسان، ممثل عن وزارة الخارجية، ممثل عن وزارة التنمية الاجتماعية، ممثل عن وزارة الصناعة والتجارة، ممثل عن وزارة الصحة، أحد كبار ضباط الأمن العام (مساعد مدير الأمن العام)، أمين عام المجلس الوطني لشؤون الأسرة^(٤٥).

وتجتمع اللجنة بدعوة من رئيسها مرة كل ثلاثة أشهر، وكلما دعت الحاجة ويكون اجتماعها قانونياً بحضور أغلبية أعضائها، وتتخذ قراراتها بأغلبية أصوات أعضائها الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي صوت معه رئيس اللجنة.

كما أنّ لرئيس اللجنة دعوة أي شخص من ذوي الخبرة والاختصاص لحضور اجتماعاتها للاستئناس برأيه في الأمور المعروضة عليها.

وتمكيناً للجنة من القيام بالمهام الموكولة لها فقد منح القانون اللجنة الوطنية صلاحية تشكيل لجنة فرعية واحدة أو أكثر بهدف مساعدة اللجنة في القيام بمهامها وتقديم التوصيات لها^(٤٦).

(٤٥) د. دهام أكرم عمر، المرجع السابق، ص ٢٩٥.

(٤٦) استناداً للصلاحيات المخولة للجنة الوطنية لمنع الاتجار بالبشر المنصوص عليها في الفقرة (ح) من المادة (٥) من قانون منع الاتجار بالبشر رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ المذكور آنفاً، تمّ الاتفاق - خلال الاجتماع الأول للجنة الوطنية - على تشكيل لجنة فرعية تتولى إعداد الإستراتيجية الوطنية وعرضها على اللجنة الوطنية، كما تمّ الاتفاق على تشكيل لجنة فنية لإعداد مشروع نظام دور الإيواء، إضافة إلى الاتفاق على تشكيل وحدة مكافحة الاتجار بالبشر لتضم مفتشين من وزارة العمل ومديرية الأمن العام، وذلك وسط إجماع على ضرورة نشر التوعية بالاتجار بالبشر من خلال تنظيم حملة إعلامية لهذا الغرض، وقد باشرت كلّ من اللجنتين المذكورتين عملهما بعد أن تمّ طلب تسمية أعضائها من الجهات التي تمّ الاتفاق على تمثيلها في تلك اللجان، ورفعت أعمالها إلى اللجنة الوطنية التي أقرّت الإستراتيجية الوطنية لمنع الاتجار بالبشر في اجتماعها المنعقد بتاريخ ٢٠١٠/٢/١١ وتمّ إجراء إطلاق لها في الثاني من مارس ٢٠١٠ وذلك برعاية رئيس الوزراء، كما أقرّت مسودة مشروع نظام دور الإيواء بتاريخ ٢٠١٠/٧/١٤ الذي تمّ رفعه إلى ديوان التشريع والرأي للسير في الإجراءات القانونية اللازمة لإصداره. ينظر موقع اللجنة الوطنية لمنع الاتجار بالبشر في الأردن التالي: <http://www.ahtnc.org.jo/ar/national-committee-members>

الفرع الثاني مهام اللّجنة^(٤٧)

- تتمثل مهام اللّجنة وفقاً للقانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠٩ فيما يلي:
- رسم السياسة العامة لمنع الاتجار بالبشر، وكذا وضع الخطط اللّازمة لتنفيذها والإشراف على تطبيقها ومراجعة التشريعات ذات العلاقة بمنع الاتجار بالبشر، وتقديم المقترحات والتّوصيات اللّازمة بشأنها.
 - التنسيق بين جميع الجهات الرّسمية وغير الرّسمية المعنية بمنع جرائم الاتجار بالبشر، بما في ذلك ما يلزم من إجراءات لتيسير عودة المجني عليهم والمتضرّرين من هذه الجرائم إلى أوطانهم أو أي دولة أخرى يختارونها وتوافق على استقبالهم.
 - إصدار دليل وطني يتضمن الإرشادات والمواد التثقيفية ذات الصلة بعملها ونشره.
 - نشر الوعي لدى أرباب العمل والمتعاملين باستقدام العمال والمستخدمين حول الأمور المتعلقة بمنع الاتجار بالبشر، من خلال عقد المؤتمرات والنّدوات والبرامج التدريبية والتثقيفية وغير ذلك من الوسائل^(٤٨).
 - التعاون مع جميع الجهات الرّسمية وغير الرّسمية لتنفيذ برامج التعافي الجسدي والنّفسي والاجتماعي اللّازمة للمجني عليهم والمتضررين من جرائم الاتجار بالبشر والإشراف على إيوائهم في أماكن منشأة أو معتمدة لهذه الغاية.

(٤٧) المادة الخامسة من قانون منع الاتجار بالبشر رقم (٩) لسنة ٢٠٠٩.

(٤٨) د. دهام أكرم عمر، المرجع السابق، ص ٢٩٥.

المبحث الثالث

جهود جامعة الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر

قد لا يمكننا الحديث عن جهود جامعة الدول العربية في مجال مكافحة جرائم الاتجار دون أن نتحدث بداية عن المبادرات التي شاركت فيها جامعة الدول العربية لمكافحة الاتجار بالبشر (المطلب الأول)، وكذا المبادرات التي قام بها مجلس وزراء العدل العرب لمكافحة الاتجار بالبشر (المطلب الثاني)، على أن نختتم هذا المبحث بضرورة الحديث عن وضع الإستراتيجية العربية لمكافحة الاتجار بالبشر (المطلب الثالث).

المطلب الأول

المبادرات التي شاركت فيها جامعة الدول العربية لمكافحة الاتجار بالبشر

تحرص الجامعة العربية على الاهتمام بالبعد الخاص بحقوق الإنسان في مسألة الاتجار بالبشر تنفيذاً للميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعتمد في مؤتمر القمة بتونس سنة ٢٠٠٤، ودخل حيز النفاذ في ١٥ مارس ٢٠٠٨ والذي نصّ في المادة (١٠) على حظر الرّق والاتجار بالأشخاص في جميع صورهما والمعاقبة على ذلك، وعلى حظر السّخرة والاتجار بالأشخاص من أجل الدّعارة والاستغلال الجنسي أو استغلال دعاية الغير أو أي شكل آخر أو استغلال الأطفال في النزاعات المسلحة^(٤٩)، تشمل أهم المبادرات التي شاركت فيها جامعة الدول العربية، المشاركة في الندوات والمؤتمرات الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر وهو ما نتطرق إليه في (الفرع الأول)، وحث الدول العربية على مواصلة الجهود لإصدار قوانين وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المشاركة في الندوات والمؤتمرات الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر

تعود جهود جامعة الدول العربية إلى سنة ١٩٩٨، عندما انعقدت في إطار مجلس وزراء العدل العرب ندوة عربية حول مكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود

(٤٩) محمد رضوان بن خضراء، ورقة عمل جامعة الدول العربية، مقدمة إلى المؤتمر الإقليمي الخاص ببناء شبكات لمنظمات المجتمع المدني لمكافحة الاتجار بالبشر، عمان ٢٩-٣٠/٩/٢٠١٠، ص ٣.

الوطنية بمقر الأمانة العامة بالقاهرة تطرقت من بين موضوعات أخرى إلى جريمة الاتجار بالبشر وخاصة الاستغلال الجنسي للنساء، وأصدرت حينها توصية اعتمدها مجلس وزراء العدل العرب بإعداد اتفاقية عربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وقد تم بالفعل إعداد مشروع هذه الاتفاقية من قبل لجنة فنية من خبراء في وزارات العدل والداخلية في الدول العربية، ويتضمن المشروع في المادة ١١ أحكاماً خاصة بالاتجار بالبشر وبخاصة النساء والأطفال^(٥٠).

ولقد انخرطت جامعة الدول العربية بشكل نشيط في جهود المجتمع الدولي للوقاية من جرائم الاتجار بالبشر، وحسبنا أن نشير هنا إلى أن الجامعة قد شاركت بشكل فعال كمنظمة إقليمية لها صفة مراقب في المناقشات الخاصة بصياغة بروتوكول منع وقمع ومعاقبة جرائم الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة والذي دخل حيز التنفيذ في ٢٥ ديسمبر وصادقت عليه أو انضمت إليه ١١٨ دولة من بينها ١١ دولة عربية^(٥١).

كما أعدت الجامعة تصوراً وخطة عمل عربية لمنتدى فيينا حول المبادرة العالمية لمكافحة الاتجار بالبشر الذي عُقد بفيينا خلال شهر فبراير ٢٠٠٨^(٥٢)، حيث عرضت الجامعة في بيانها أمام المنتدى تصورها حول التدابير الواجب اتخاذها على المستوى الدولي والإقليمي والوطني لمكافحة هذه الجرائم، والتي شملت^(٥٣):

على الصعيد الإقليمي:

- ضرورة تصديق كافة دول العالم على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالاتجار بالبشر وبخاصة بروتوكول باليرمو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة للجريمة المنظمة.

(٥٠) لقد تم اعتماد الاتفاقية بقرار مجلس وزراء الداخلية العرب رقم ٥٧٩ - ٢٧ (مارس ٢٠١٠) وتم التوقيع عليها في الاجتماع المشترك لمجلسي وزراء العدل والداخلية العرب بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢١.

(٥١) د. محمد رضوان بن خضراء، الجهود والإجراءات التي قامت بها جامعة الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر، المؤتمر العلمي الأول "مكافحة الاتجار بالبشر بين النظرية والتطبيق"، المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٩٦.

(٥٢) د. محمد رضوان بن خضراء، ورقة عمل جامعة الدول العربية مقدمة إلى المؤتمر الإقليمي الخاص ببناء شبكات لمنظمات المجتمع المدني لمكافحة الاتجار بالبشر، المرجع السابق، ص ٣.

(٥٣) د. محمد رضوان بن خضراء، الجهود والإجراءات التي قامت بها جامعة الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر، المرجع السابق، ص ٩٦.

- تعزيز الجهود الدولية من خلال المنظمات الدولية والإقليمية لمكافحة هذه الظاهرة، وتوفير الدعم التقني من المنظمات الدولية المعنية ومن الدول القادرة إلى الدول التي هي بحاجة إليها ودعم قدراتها لمكافحة الاتجار بالبشر.
- توفير الآليات الدولية والإقليمية لرصد هذه الظاهرة وحماية ضحاياها.
- أهمية عدم وضع أي قيود غير مبررة على حق الأشخاص في التنقل وحرية الحركة عند تنفيذ التدابير الرامية لمكافحة هذه الظاهرة.
- عقد ندوات وورش عمل دولية وإقليمية حول هذه الظاهرة
- النظر في إمكانية إنشاء صندوق دولي لمساعدة ضحايا الاتجار بالبشر تكون من بين موارده الأموال المصادرة من هذه الجريمة.

وعلى الصعيد الوطني:

- ضرورة مواصلة كافة الدول تشريعاتها مع أحكام الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.
- دعوة كافة الدول إلى مواصلة جهودها لإصدار قوانين وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر وتجريم كافة صوره وحماية ضحاياها.
- نشر البرامج التثقيفية والتربوية في مجال مكافحة جرائم الاتجار بالبشر.
- دعم المؤسسات الحكومية وغير الحكومية والمجتمع المدني العاملة في هذا المجال.
- العمل على إنشاء آليات وطنية لرصد هذه الظاهرة وحماية ضحاياها وإصدار تقرير دوري يتناول جهود الدولة التشريعية وغيرها من الإجراءات التنفيذية التي قامت بها في هذا المجال.
- دعم أجهزة العدالة والسلطات المكلفة بإنفاذ القانون في رصد الأنشطة المتصلة بالاتجار بالبشر عبر وسائل الاتصالات الحديثة ومراقبة الحدود وتدريب وتأهيل كوادرها في مجالات المنع والمكافحة^(٥٤).
- وفي إطار المبادرات العلمية بوسعنا أن نشير إلى أنَّ الجامعة قد قامت بعقد العديد من المؤتمرات والندوات لعلَّ أهمَّها ورشة العمل حول "آلية مواجهة الاتجار بالبشر في التشريعات العربية" سنة ٢٠٠٧ بالتعاون مع مشروع الحماية في جامعة جونز هوبكنز بواشنطن والتي صدرت عنها توصيات هامة تضمنت على الخصوص إنشاء آلية

(٥٤) د. محمد رضوان بن خضراء، نفس المرجع، ص ٩٦.

لرصد هذه الظاهرة واتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لمواجهتها، وحث الدول العربية على الانضمام إلى اتفاقيات حقوق الإنسان، كذلك عقد الجامعة للملتقى العلمي الموسوم بـ "نحو إستراتيجية عربية شاملة لمكافحة الاتجار بالبشر" بالقاهرة، مصر، ٢٠-٢٢ ديسمبر ٢٠١٠، بالتعاون مع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية (الرياض).

وقد نظّمت جامعة الدول العربية مؤتمراً انعقد في الدوحة من ١٧-١٨ ماي ٢٠١١، وكان ضمن سلسلة المؤتمرات التي تركز على تفعيل الجهود العربية والوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في منظمة جامعة الدول العربية، في إطار التنسيق والتعاون بين مختلف المؤسسات والجهات ذات الصلة بمكافحة الاتجار بالبشر في الدول العربية^(٥٥).

الفرع الثاني

حث الدول العربية على مواصلة الجهود لإصدار قوانين وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر

وفي نفس السياق، تقوم جامعة الدول العربية بحثّ الدول العربية على مواصلة الجهود لإصدار قوانين وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر وتجريم كل صوره وحماية ضحاياه، والاستفادة من القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالأشخاص الذي اعتمدته مجلسا وزراء العدل والداخلية العرب سنة ٢٠٠٥، ويركز هذا القانون على التعريف والتجريم والعقوبة، وتجري حالياً دراسة تحديثه وتطويره وخاصة في الجوانب المتعلقة بحماية الضحايا وتعويضهم، وكما رأينا سابقاً فإنّ بعض الدول العربية قد أصدرت قوانين خاصة بمكافحة الاتجار بالبشر^(٥٦) أو قامت بتطوير تشريعاتها الوطنية في هذا المجال، وفي هذا الإطار عقدت جامعة الدول العربية سنة ٢٠٠٧ ورشة عمل حول "آلية مواجهة الاتجار بالبشر في التشريعات العربية"

(٥٥) مصطفى شحاته، جرائم الاتجار بالبشر بين القانون الدولي والقانون المصري، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٥٦) يمكننا أن نذكر في هذا الصدد القانون الاتحادي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في دولة الإمارات العربية المتحدة، وكذا القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص في مملكة البحرين، والقانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في مصر، ومشروع قانون حول مكافحة الاتجار بالبشر في دولة قطر، ومشروع قانون حول مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين في دولة الكويت. للمزيد د. محمد رضوان بن خضراء، الجهود والإجراءات التي قامت بها جامعة الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر، المرجع السابق، ص ٩٦.

بالتعاون مع مشروع الحماية في جامعة جونز هوبكنز بواشنطن صدرت عنها توصيات هامة تضمنت على الخصوص إنشاء آلية لرصد هذه الظاهرة، واتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لمواجهتها، وحث الدول العربية على الانضمام إلى اتفاقيات حقوق الإنسان ذات الصلة.

وتأكيداً منها على أهمية وضرة التنسيق العربي المشترك لمكافحة هذه الجرائم فإن الجامعة لم تتوان لحظة واحدة في تقديم الدعم للدول التي تعاني من ضعف البنية القانونية، وحسبنا أن نشير في هذا الصدد إلى أن الجامعة قد قامت بإطلاق المبادرة العربية لتعزيز القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في مارس ٢٠١٠ بالتعاون مع المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، وذلك خلال المنتدى الذي عُقد في الدوحة بدولة قطر، وصدر عنه إعلان الدوحة التأسيسي لإطلاق المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر^(٥٧).

المطلب الثاني

المبادرات التي قام بها مجلس وزراء العدل العرب لمكافحة الاتجار بالبشر

أنشئ مجلس وزراء العدل العرب في سبتمبر ١٩٨٢^(٥٨) وهو أحد المجالس الوزارية المتخصصة العاملة في نطاق جامعة الدول العربية، ولقد ساهم المجلس بقدر

(٥٧) وتهدف هذه المبادرة التي بدأ تنفيذها سنة ٢٠١١ على مدى ثلاث سنوات إلى تعزيز استجابة نظام العدالة الجنائية في الدول العربية إزاء الاتجار بالبشر ودعم قدرات القائمين على إنفاذ القوانين والنيابة العامة والسلطة القضائية، وتشجيع التعاون العربي - العربي والعربي - الدولي في مجال تبادل المعلومات وملاحقة الجناة. للمزيد حول المبادرة:

<http://www.qatarfcht.com/index.php/the-initiative/achievements-menu>

(٥٨) من بين أهم أهداف المجلس:

١- تقوية وتعميق التعاون العربي في المجالات القانونية والقضائية، وتأهيل الأطر القانونية والقضائية بما يحقق قدرتها على مواكبة التطور، والعمل على تأكيد الضمانات لاستقلال القضاء وصون حرمة.

٢- دعم ومتابعة الجهد المشترك لتوحيد التشريعات العربية وفق أحكام الشريعة الإسلامية السمحة، مع الأخذ بالاعتبار ظروف المجتمع في كل قطر عربي.

٣- تطوير الأنظمة القضائية وتوحيدها، وتحسين أسلوب العمل بالحاكم. للمزيد انظر: النظام الأساسي لمجلس وزراء العدل العرب على الموقع الرسمي للجامعة:

<http://www.arableagueonline.org/>

كبير في مكافحة الجريمة المنظمة عموماً وجريمة الاتجار بالبشر بوجه خاص، فقد أسهم في تعميم مشروع "القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالبشر" بصيغته المعدلة، حاثاً الجهات المعنية في الدول الأعضاء لإبداء ملاحظاتها بشأنه^(٥٩).

دعا المجلس^(٦٠) إلى أخذ العلم بمشروع الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر الصادرة عن لجنة الخبراء الحكوميين العرب بالتعاون مع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ومكتب الأمم المتحدة الإقليمي المعني بالمخدرات والجريمة للشرق الأوسط وشمال إفريقيا، ودعا الدول العربية لاتخاذ ما تراه مناسباً للاستفادة من بنود الإستراتيجية في تعزيز جهودها الوطنية.

كما دعا المجلس الدول العربية إلى المشاركة الفعالة في البرامج والأنشطة المقرر تنفيذها في إطار المبادرة العربية لبناء القدرات العربية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر التي تم إطلاقها بالتعاون بين جامعة الدول العربية ومكتب الأمم المتحدة الإقليمي المعني بالمخدرات والجريمة للشرق الأوسط وشمال إفريقيا والمؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، وأكد على ضرورة إعداد تقرير سنوي عن جهود الدول العربية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر في إطار مهام وحدة تنسيق مكافحة الاتجار بالبشر المنشأة في إدارة الشؤون القانونية بجامعة الدول العربية بموجب الاتفاق الموقّع في هذا الشأن مع مكتب الأمم المتحدة الإقليمي المعني بالمخدرات والجريمة للشرق الأوسط وشمال إفريقيا بالقاهرة، وعرض التقرير على المجلس تمهيداً لتعميمه على الجهات المعنية في الدول العربية وإرساله إلى الجهات المختصة في الأمم المتحدة والمنظمات الدولية والإقليمية^(٦١).

وفي إطار جهوده الرامية إلى إبرام الاتفاقيات النازمة لمكافحة الاتجار بالبشر، وبناءً على طلب تقدّمت به السودان فقد قرّر المجلس الطلب من وزارة العدل في

(٥٩) انظر قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم: (ق ٨٧٥ - د ٢٧ - ٢٠١٢/٢/١٥) على نفس الموقع.

(٦٠) بتاريخ ١٩ نوفمبر ٢٠٠٩، أصدر مجلس وزراء العدل العرب القرار رقم ٧٨٤ - د ٢٥-٢٠٠٩/١١/١٩ الذي ينص في الفقرة التاسعة منه على التأكيد على قرار المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب رقم ٦٠٩ - ج ٤٢ - ٢٠٠٩/٥/٢٤ بشأن إطلاق المبادرة العربية لمكافحة الاتجار بالبشر والترحيب بدعوة دولة قطر إلى عقد اجتماع لإطلاق المبادرة في الدوحة يومي ٢٢-٢٣/٣/٢٠١٠، وبالفعل تم إطلاق المبادرة في الموعد المحدّد لها، وانتهى منتدى الدوحة التأسيسي إلى العديد من التوصيات الهامة.

(٦١) قرار المجلس: (ق ٨٧٩ - د ٢٧ - ٢٠١٢/٢/١٥) على موقع جامعة الدول العربية: <http://www.arableagueonline.org/>

جمهورية السودان إعداد مسودة أولية لمشروع اتفاقية عربية لمكافحة الاتجار بالبشر وتعميمها على الدول العربية لإبداء ملاحظاتها بشأنها وعرضها على لجنة مشتركة من خبراء مجلسي وزراء العدل والداخلية العرب لمراجعة المشروع وعرضه على المكتب التنفيذي والمجلس في دورته القادمة^(٦٢).

المطلب الثالث

الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر

لقد اهتمّت الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر بوضع السياسة العامة لمكافحة هذه الظاهرة في المنطقة العربية، بينما تركت لكل دولة عربية تنفيذ هذه السياسة عن طريق الإستراتيجيات الوطنية، وخطط العمل والبرامج المتعلقة بكل دولة، وللحديث عن الإستراتيجية العربية ينبغي التطرق بدايةً إلى دواعي صياغة الإستراتيجية (الفرع الأول)، ثم محاور الإستراتيجية (الفرع الثاني)، ومن ثمّ التطرق إلى أهم المبادرات وخطط العمل المطروحة حالياً لتفعيل الإستراتيجية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

دواعي صياغة الإستراتيجية

إنّ المنطقة العربية، بالنظر إلى موقعها الإستراتيجي الجغرافي، كانت وما تزال عرضة لأنشطة غير مشروعة مثل الاتجار بالبشر، وكما هو الحال مع الأنواع الأخرى للإجرام المنظم، فإنّ عصابات الاتجار بالبشر قد وسّعت نطاق عملها للإيقاع بضحايا جدد واستكشاف أسواق جديدة لنشاطها الإجرامي الآثم، وامتدّ إجرامها ليشمل بعض الأقاليم والدول العربية^(٦٣)، خاصة بعد تزايد الفقر والبطالة مع حلول الأزمة المالية العالمية وتناقص الإمكانيات المتاحة للهجرة والنزوح القانوني إلى البلدان الغربية.

(٦٢) قرار المجلس: (ق ٨٨٣ - د ٢٧ - ٢٠١٢/٢/١٥) على نفس الموقع.

(٦٣) بالفعل فالإمارات العربية المتحدة مثلاً تُعدّ مركزاً دولياً للاتجار بالبشر، وخاصة النساء والأطفال، فوفق تقارير عام ٢٠١٠، بلغت نسبة الاتجار بالبشر نسبة صامدة (٣٧٪) من بين جميع الحالات الواردة إلى مؤسسة دبي لرعاية النساء والأطفال عام ٢٠٠٩، وهي زيادة بنسبة ٢٨٪ عن عام ٢٠٠٨، أظهرت التقارير السنوية الصادرة عن مؤسسة دبي لرعاية النساء والأطفال أنّ المركز تلقّى ٨٩ حالة عام ٢٠٠٩، بما فيها حالات الاعتداء الجنسي على الأطفال والعنف المنزلي، ٤٥٪ منها تتعلق بأطفال تحت سن ١٨ عاماً، و٤٨٪ من الضحايا من النساء، وشكّل الإماراتيون المجموعة الكبرى من الحالات (٢٤,٧٪)، يليهم البنغلادشيون (١٩٪)، والإيرانيون (٩٪) والعراقيون (٨٪)، أما باقي الحالات فكانت تتعلق =

فضلاً عن ذلك، فإنَّ طبيعة التحولات الاقتصادية والتنموية الكبرى التي تشهدها العديد من البلدان العربية في شتى القطاعات التنموية ومناحي الحياة، وكون أنَّ المشروعات التنموية التي تتطلبها تلك التحولات تستوجب استقدام أعداد كبيرة من العمالة الوافدة التي قد يقع البعض منها ضحية للاستغلال من قبل المتاجرين بالبشر، وشبكات وعصابات الجريمة المنظمة التي تقف وراءهم، بما يترتب عليه من انتهاك لحقوقهم الأساسية، الأمر الذي يستوجب اتخاذ تدابير وقائية وحمائية بشأنه.

هذا وقد شكّل اختلاف النظم القانونية بين الدول العربية أو نماذج تجريم الصور المختلفة للاتجار بالبشر بها وعدم وجود قواعد موحّدة للتعاون الأمني والقضائي بينها ثغرات قانونية تستغلها عصابات الإجرام المنظم للنفاذ إلى البلدان العربية وممارسة أنشطتها الآثمة، وهو الأمر الذي يبرر ضرورة تضافر جهود كافة المؤسسات والأجهزة المعنية والتعاون فيما بينها في إطار إستراتيجية واضحة المعالم لمكافحة تلك التجارة المقيتة.

وغني عن البيان أنَّ وحدة الدين والقيم والتقاليد والثقافة واللغة بين الدول العربية ترشحها لتعزيز التعاون القائم بينها وتطويره من خلال إستراتيجية مدروسة للتصدي لجرائم الاتجار بالبشر تكون مثلاً يحتذى به في هذا المجال، وإنَّ غياب مثل هذه الإستراتيجية يمكن أن يترتب عليه إخفاق جهود مكافحة، فضلاً عن عدم الاستغلال الأمثل للموارد.

الفرع الثاني

محاور الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر

ترتكز الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر على ٨ محاور وهي^(٦٤):

المحور الأول: تجريم صور وأشكال الاتجار بالبشر كافة.

المحور الثاني: ضمان كفاءة التحقيق والاثام والمحاكمة في جرائم الاتجار بالبشر.

المحور الثالث: تعزيز تدابير وإجراءات المنع.

= جنسيات أخرى، ١-٤ ضحايا لكل منها. أميرة محمد بكر البحيري، الاتجار بالبشر وبخاصة الأطفال من وجهة النظر العلمية النفسية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٧٧. (٦٤) مصطفى شحاته، المرجع السابق، ص ١٠٩.

المحور الرابع: حماية الضحايا.

المحور الخامس: تعزيز التعاون الإقليمي العربي والدولي في مجال مكافحة الاتجار بالبشر

المحور السادس: تعزيز القدرات المؤسسية الوطنية اللازمة لمكافحة الاتجار بالبشر.

المحور السابع: تحديث القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالبشر وضمان نشره وتطبيقه.

المحور الثامن: ضمان تنسيق جهود مكافحة في المنطقة العربية.

الفرع الثالث

أهم المبادرات وخطط العمل المطروحة حالياً لتفعيل الإستراتيجية

١ - المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر بالدول

العربية

من أهم الخطوات التي تمّ اتخاذها مؤخراً على المستوى العربي، إطلاق المبادرة العربية لتعزيز القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر بالدول العربية بمنتهى الدوحة التأسيسي، وذلك بالتعاون مع مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة للشرق الأوسط وشمال أفريقيا والمؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، حيث تمّ عقد المنتدى خلال المدة من ٢٢ إلى ٢٣ مارس ٢٠١٠ بالعاصمة القطرية الدوحة، واختتم المنتدى بإصدار عدة توصيات كان من أهمها ضرورة تعزيز التعاون القضائي العربي في مجال مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، وتعزيز القدرات الوطنية العاملة في هذا المجال، وضرورة وجود تشريعات وطنية تجرم أفعال الاتجار بالبشر^(٦٥).

(٦٥) إنَّ المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر في الدول العربية بالشراكة مع المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر (QFCHT)، وجامعة الدول العربية ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (UNODC)، تهدف إلى بناء وتعزيز قدرات الدول العربية في مجال منع ومكافحة الاتجار بالبشر، وتسعى المبادرة العربية لتحقيق هذا الهدف من خلال بناء تحالفات وطنية وشبه إقليمية وإقليمية من أجل زيادة التنسيق الوطني والإقليمي لمكافحة الاتجار بالبشر، وعقد ورشات عمل تدريبية متخصصة إقليمية ووطنية لبناء قدرات جميع الجهات المعنية لمنع، ومحاسبة والبت في قضايا الاتجار بالبشر مع حماية حقوق الضحايا. برامج المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر على موقع المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر التالي:

<http://www.qfcht.org/NewsDetails.aspx?newsid=149>

٢ - مشروع "تعزيز الإطار الإقليمي العربي لمكافحة الاتجار بالبشر"

بتاريخ ٢١ أكتوبر ٢٠١٠ تمّ عقد جلسة جانبية على هامش مجموعة العمل المعنية بمكافحة الاتجار بالبشر بمؤتمر الدول الأطراف باتفاقية الأمم المتحدة للجريمة المنظمة عبر الوطنية والمخصّصة لعرض تطورات المبادرة العربية لمكافحة الاتجار بالبشر، فيينا ٢١/١٠/٢٠١٠ وتمّ من خلالها عرض مشروع مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة الجديد - بتمويل من حكومة مملكة النرويج - بعنوان "تعزيز الإطار الإقليمي العربي لمكافحة الاتجار بالبشر"، هذا وقد تمّ التوقيع على المشروع من قِبَل جامعة الدول العربية ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة بتاريخ الأول من ديسمبر ٢٠١٠ بمقر جامعة الدول العربية. ومن أهم بنود هذا المشروع:

- ١ - تطوير خطة عمل عربية شاملة لمكافحة الاتجار بالبشر للمنطقة العربية تنبع من داخل المنطقة العربية.
- ٢ - إنشاء وحدة تنسيقية لمكافحة الاتجار بالبشر داخل هيكل جامعة الدول العربية.
- ٣ - استكمال أنشطة المساعدة التشريعية للمبادرة العربية لمكافحة الاتجار بالبشر لتحسين قاعدة المعلومات في الإطار القانوني لدى الدول المشاركة بما يتفق مع بروتوكول مكافحة الاتجار بالأشخاص، والوثائق الدولية القانونية الأخرى.
- ٤ - تدريب متعمق لقدرات العاملين في العدالة الجنائية.

٣ - مبادرة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية لصياغة الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر

بمبادرة من جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية تمّ التنسيق مع إدارة الشؤون القانونية بجامعة الدول العربية لاضطلاع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بإعداد الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر، بوصفها الجهاز العملي لمجلس وزراء الداخلية العرب بالتعاون مع جامعة الدول العربية، وكانت أولى خطوات إعداد هذه الإستراتيجية عقد الملتقى العلمي حول "نحو إستراتيجية عربية لمكافحة الاتجار بالبشر" خلال المدة من ٢٠-٢٢ ديسمبر ٢٠١٠، وسوف تتولّى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الجانب العملي الخاص بتنفيذ بنود الإستراتيجية من خلال إعداد البحوث والدراسات وتنظيم وعقد المؤتمرات والبرامج التدريبية والحلقات العلمية أو الندوات^(٦٦).

(٦٦) جامعة الدول العربية، وحدة مكافحة الاتجار بالبشر، الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر، وثيقة استرشادية - طبقاً لقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم ق ٨٧٩ - د ٢٧ - ٢٠١٢/٢/١٥ الصادر في دورته ٢٧ على الرابط التالي:

٤ - المبادرة المصرية لتقديم الخبرة الهيكلية والتنظيمية والتشريعية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر في المنطقة العربية

بتاريخ ٢٨/١١/٢٠١٠ خاطبت وزارة الخارجية المصرية - معاون وزير الخارجية ورئيس اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة الاتجار بالبشر - جامعة الدول العربية بمذكرة أعربت فيها عن استعدادها لدعم المبادرة العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر من خلال تقديم خبراتها الهيكلية والتنظيمية فيما يتعلق بإنشاء وتفعيل اللجان الوطنية، وكذا تقديم ما يلزم من مساعدة فنية وقانونية وتشريعية لتحديث القانون العربي الاسترشادي لمواجهة الاتجار بالبشر، وضمان نشر ودعم تطبيقه في المنطقة العربية، تحقيقاً للمصالح العربية المشتركة في هذا المجال.

٥ - مبادرة القيادة العامة لشرطة دبي - مركز مراقبة جرائم الاتجار بالبشر - للتعاون مع جامعة الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر

أعربت القيادة العامة لشرطة دبي من خلال خطابات متبادلة مع إدارة الشؤون القانونية بجامعة الدول العربية عن رغبتها في التعاون مع الجامعة - من خلال مركز مراقبة جرائم الاتجار بالبشر التابع لها - في جهود مكافحة الاتجار بالبشر بالمنطقة العربية، وبصفة خاصة في مجالات التعاون الأمني والقضائي لمكافحة الاتجار بالبشر، وحماية الضحايا، مع توفير برامج التدريب الأمني والعلي في هذين المجالين بالتنسيق مع وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، فضلاً عن تعزيز جهود الإعلام العربي في زيادة الوعي المجتمعي بخطورة جرائم الاتجار بالبشر وأسبابها وسبل مواجهتها، بالإضافة إلى دعم وحدة مكافحة الاتجار بالبشر بجامعة الدول العربية.

٦ - البرنامج الإقليمي لمكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة حول مكافحة المخدرات ومنع الجريمة وتحديث العدالة الجنائية في الدول العربية (٢٠١١-٢٠١٥) (٦٧)

حيث جعل البرنامج من مكافحة الجريمة المنظمة والاتجار غير المشروع من المجالات ذات الأولوية، مع العمل على تحديث نظم العدالة الجنائية لكي تتسم بالكفاءة

<http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/686e05004aeac84d98da9c526698d42c/strategy.pdf?MOD=AJPERES> =

(٦٧) الصادر بشأنه قرار مجلس جامعة الدول العربية على المستوى الوزاري (ق: رقم ٧٢٤٧-د.ع (١٣٤) - ج٢-١٦/٩/٢٠١٠ في دورته العادية (١٣٤).

والقدرة على حماية الحقوق والحريات باعتبارها تُحقّق إسهاماً مباشراً في تحقيق التنمية المستدامة، وكذلك دعم القدرات القضائية وقدرات المؤسسات الوطنية والإدارات الحكومية الرئيسية، بما في ذلك أجهزة القضاء والنيابة العامة وإدارات الجمارك وجهات إنفاذ القانون وقطاعات الصحة لمواجهة التحديات التي تفرضها الجريمة المنظمة عبر الوطنية والإرهاب والفساد والاتجار بالمخدرات وتعاطيها، مع تحسين التعاون الإقليمي لمكافحة الجرائم المنظمة عبر الوطنية.

٧ - مبادرة مشروع الحماية بجامعة جونز هوبكنز للدراسات الدولية المتقدمة بالولايات المتحدة الأمريكية لدعم الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر

قدّم المدير التنفيذي لمشروع الحماية بجامعة جونز هوبكنز للدراسات الدولية المتقدمة بالولايات المتحدة الأمريكية مبادرة لدعم الإستراتيجية، خاصة فيما يتعلق بترجمة الإستراتيجية وما يتعلق بها من وثائق أخرى - إلى اللغة الإنجليزية، وتنظيم دورات تدريبية في مجال حماية ضحايا الاتجار بالبشر، وصياغة التشريعات الوطنية المتعلقة بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر وما يتصل بها من جرائم أخرى^(٦٨).

الخاتمة:

أضحت جرائم الاتجار بالبشر واحدة من أهم التحديات التي فرضت نفسها على الصّعيد العربي، ممّا جعل الدول العربية تبذل جهوداً كبيرة بغية الحدّ منها، تتجلى هذه الجهود من خلال مصادقة غالبية هذه الدول على الاتفاقيات والمواثيق النازمة لمكافحة هذه الجرائم، وكذا من خلال سنّها القوانين الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر، وتأسيس لجان وطنية ومؤسسات خاصة بمكافحة هذا النّمط الإجرامي، هذا ناهيك عن الإستراتيجيات والمبادرات الوطنية التي تبنتها الكثير من هذه الدول، بالإضافة إلى كل هذا وذاك فإنّ الاتجار بالبشر يعتبر من أهم الملفات التي تضطلع بها جامعة الدول العربية في الوقت الراهن، وهو يعكس اهتمامها الدائم بمجال حقوق الإنسان، فقد كثفت جهودها على جميع المستويات الوطنية والإقليمية والدولية منذ سنوات عدة، وأصدرت حزمة من القرارات والوثائق بهدف إعداد منظومة عربية متكاملة لمكافحة الاتجار بالبشر، وتمّ إصدار إستراتيجية عربية شاملة لمكافحة الاتجار بالبشر من قبل

(٦٨) جامعة الدول العربية، وحدة مكافحة الاتجار بالبشر، الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر، الوثيقة الاسترشادية السابقة، ص ١٤.

مجلس وزراء العدل العرب في منتصف فبراير ٢٠١٢، ثم اعتماد قانون عربي استرشادي لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر من قبل المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب، كما تعاصر ذلك مع إنشاء وحدة مركزية لتنسيق مكافحة الاتجار بالبشر على المستوى العربي، يتم من خلالها جمع المعلومات عن أبعاد وحجم الظاهرة في جميع الدول العربية من خلال مجلس وزراء العدل العرب.

إنّ الاتهامات الدولية للدول العربية بانتشار جرائم الاتجار بالبشر على جميع أشكالها وإهمال الضحايا، وتجاهل إصدار قوانين لمكافحةها - حتى إنّ أمريكا لتضع الدول العربية في آخر شريحة في تقريرها السنوي الذي يصدر عن وزارة الخارجية كل عام - تُعتبر مبالغاً فيها نوعاً ما، فبالإضافة إلى جهود بعض الدول العربية في مجال مكافحة هذا النمط الجرمي والتي تطرّقنا إليها في بحثنا هذا، فقد سعت هذه الدول للعمل معاً لوضع أول تقرير حول حالة الاتجار بالبشر في المنطقة، وجهود الدول العربية في مكافحتها بمعلومات وتقارير وطنية بعيداً عن المنظور الغربي للدول العربية.

وبغية تطوير جهود الدول العربية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، ارتأينا تقديم التوصيات التالية:

- ١ - دعوة كل الدول العربية إلى المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولين الملحقين بها، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- ٢ - تعزيز التعاون الدولي ودعم قدرات الدول العربية على مكافحة الاتجار بالبشر، وتوفير آليات مناسبة لهذا التعاون تكفل رصد هذه الظاهرة ومواجهتها.
- ٣ - بذل الجهود على مستوى الدول العربية للعمل عبر آليات وأدوات الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية ودعم الإستراتيجية العربية لمكافحة الاتجار بالبشر.
- ٤ - المشاركة الفعالة في تنفيذ مشروع المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية العاملة لمكافحة الاتجار بالبشر.
- ٥ - إنشاء مكاتب وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر، يكون من مهامها رصد الظاهرة، وإنشاء قاعدة بيانات، والنظر في إنشاء مكتب عربي تحت مظلة جامعة الدول العربية.
- ٦ - إسراع الدول بمواءمة تشريعاتها الوطنية مع أحكام الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بمنع الاتجار بالبشر، وبإصدار قانون خاص لمكافحة الاتجار بالبشر في الدول

- العربية التي لم يصدر فيها هذا القانون حتى الآن، مع الاستعانة بالقانونين الاسترشاديين الصادرين عن جامعة الدول العربية والأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربي.
- ٧ - وضع خطة متكاملة لتأهيل وإعادة تأهيل الكوادر البشرية العاملة في مجال مكافحة الاتجار بالبشر على صعيد الوقاية، الحماية، والرعاية، من أجل بناء قدرات عربية تتعامل بفاعلية مع قضايا الاتجار بالبشر.
- ٨ - الاستفادة من الخبرات الدولية (برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ومنظمة الهجرة الدولية، ومنظمة العمل الدولية، ومنظمة اليونسيف، ومركز الأمم المتحدة للتدريب والتوثيق في مجال حقوق الإنسان لجنوب غرب آسيا والمنطقة العربية بالدوحة) في مشاريع مكافحة الاتجار بالبشر، وفي رفع كفاءة وقدرات العاملين ذوي العلاقة.
- ٩ - توفير الدعم المالي الكافي لتمويل المشاريع التدريبية في كل دولة عربية لتأهيل وتدريب الكوادر العاملة في مختلف مجالات مكافحة الاتجار بالبشر المتعلقة بـ (الوقاية والحماية وتقديم الرعاية الشاملة لضحايا الاتجار).
- ١٠ - النظر في إنشاء صندوق وطني في كل دولة عربية لدعم ضحايا الاتجار بالبشر.
- ١١ - حماية الأطفال من الاستغلال في التسول والدعارة وترويج المخدرات وتهريب البضائع عبر الحدود والتجنيد في النزاعات المسلحة والعمالة المبكرة.
- ١٢ - إنشاء مؤسسات حكومية وغير حكومية في الدول العربية تُعنى بمختلف مجالات الرعاية الاجتماعية والإنسانية لضحايا الاتجار بالبشر في الدول التي لا تتوفر فيها مثل هذه المؤسسات.
- ١٣ - النظر في إنشاء صندوق وطني في كل دولة عربية هدفه دعم ضحايا الاتجار بالبشر.

المراجع

أ - الكتب:

- أحمد لطفي السيد مرعي، إستراتيجية مكافحة جرائم الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩.
- أميرة محمد بكر البحيري، الاتجار بالبشر وبخاصة الأطفال من وجهة النظر العلمية النفسية والاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر في ضوء القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١١.
- دهام أكرم عمر، جريمة الاتجار بالبشر، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.
- رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالبشر في القانون المصري والتشريعات المقارنة وفي ضوء المواثيق والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١١.
- سالم إبراهيم بن أحمد النقيب، جرائم الاتجار بالبشر وإستراتيجيات مكافحتها على الصعيدين الدولي والإقليمي، دار المتحدة للطباعة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠١٢.
- المستشار عادل ماجد، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني مع التعليق على أحكام القانون الاتحادي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، معهد التدريب والدراسات القضائية، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- مهند فايز الدويكات، جهود المملكة الأردنية الهاشمية وإستراتيجيتها في مواجهة الاتجار بالبشر، ورقة علمية مقدّمة للملتقى العلمي "نحو إستراتيجية عربية لمكافحة الاتجار بالبشر" الذي نظّمته جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع جامعة الدول العربية بمقر جامعة الدول العربية بالقاهرة من ٢٠-٢٢ ديسمبر ٢٠١٠.
- مصطفى شحاته، جرائم الاتجار بالبشر بين القانون الدولي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.

- هشام عبد العزيز مبارك، ماهية الاتجار بالبشر " بالتطبيق على القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص، مركز الإعلام الأمني، البحرين، ٢٠١٠.

ب - المقالات باللغة العربية:

- فايز محمد حسين محمد، قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر وحماية حقوق الإنسان (قراءة مقارنة لأهم أساسيات أحكام القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في مصر، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٠.
- الأخضر عمر الدهيمي، التجربة الجزائرية في مكافحة الاتجار بالبشر، ورقة مقدّمة للنوة العلمية بعنوان مكافحة الاتجار بالبشر، بيروت أيام ١٢-١٣-١٤ مارس ٢٠١٢، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- محمد رضوان بن خضراء، الجهود والإجراءات التي قامت بها جامعة الدول العربية في مكافحة الاتجار بالبشر، المؤتمر العلمي الأول "مكافحة الاتجار بالبشر بين النظرية والتطبيق"، المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، الطبعة الأولى، ٢٠١١.
- محمد رضوان بن خضراء، ورقة عمل جامعة الدول العربية، مقدمة إلى المؤتمر الإقليمي الخاص ببناء شبكات لمنظمات المجتمع المدني لمكافحة الاتجار بالبشر، عمان ٢٩-٣٠/٩/٢٠١٠.

ج - المقالات باللغة الأجنبية:

- Bassiouni Cherif et al., "Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st century", Revue internationale de droit pénal, ERES, 2010/3 Vol. 81.

د - القوانين:

- القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.
- القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص.
- القانون الأردني الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر رقم (٩) لسنة ٢٠٠٩ المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر.

- القانون المصري رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.
- القانون ٠٩-٠١ المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري.
- قانون العقوبات الليبي.
- قانون العقوبات المصري.
- قانون العقوبات السوداني.

هـ - القرارات:

- قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم: (ق ٧٨٤ - د ٢٥ - ٢٠٠٩/١١/١٩).
- قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم: (ق ٨٧٥ - د ٢٧ - ٢٠١٢/٠٢/١٥).
- قرار المجلس: (ق ٨٧٩ - د ٢٧ - ٢٠١٢/٢/١٥).
- قرار المجلس: (ق ٨٨٣ - د ٢٧ - ٢٠١٢/٢/١٥).

و - المواقع الحكومية على شبكة الإنترنت:

- موقع المبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر التالي:

<http://www.qatarfcht.com/index.php/2012-01-15-09-00-47/2012-12-30-20-51-40/2012-12-30-20-52-43>

- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٥٣ لسنة ٢٠١٠ بشأن إعادة تشكيل اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر، المصدر: مكتب السيدة السفير/ نائلة جبر - معاون وزير الخارجية، للاطلاع على القرار، موقع وزارة الخارجية التالي:

<http://www.mfa.gov.eg/Arabic/Ministry/TraffickinginPersons/committees/Pages/na2ela2982010.aspx>

- جامعة الدول العربية، وحدة مكافحة الاتجار بالبشر، الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر، وثيقة استرشادية - طبقاً لقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم ق ٨٧٩ - د ٢٧ - ٢٠١٢/٢/١٥ الصادر في دورته ٢٧ على الرابط التالي:

<http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/686e05004aeac84d98da9c526698d42c/strategy.pdf?MOD=AJPERES>

<http://www.mfa.gov.eg/Arabic/Ministry/TraffickinginPersons/report/Pages/5emerapport.asp>

<http://www.qatarfcht.com/index.php/the-initiative/acheivments-menu>

<http://www.arableagueonline.org/>

<http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/686e05004aeac84d98-da9c526698d42c/strategy.pdf?MOD=AJPERES>

تعليق في التناسق الشكلي والتوافق الموضوعي للقانون رقم ٢٠١٦/١ بإصدار قانون الشركات (الجزء الثاني)

الأستاذ الدكتور/ أحمد عبدالرحمن الملحم

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة:

صدر المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ (الملغي) بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠١٢ بشأن قانون الشركات في أثناء فترة حل مجلس الأمة باعتباره من مراسيم (الضرورة) ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩/١١/٢٠١٢، وعندما عرض على مجلس الأمة وافق عليه بتاريخ ٢٤/١/٢٠١٣، دون إجراء أي تعديل حسبما تقضي به المادة (٧١) من الدستور، ومن ثم أجرى المشرع عليه بعض التعديلات التي طالت زهاء (٦٥) مادة من مواد القانون وصدرت بمقتضى القانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٣ ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٧/٣/٢٠١٣^(١).

وحيث إن المحكمة الدستورية بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٥ قد أصدرت حكماً بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية لمخالفته للمادة (٧١) من الدستور، فقد خشي أن يطلال عدم الدستورية المرسوم بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٣، وذلك لتماثل ظروف إصدارهما^(٢).

وعلى أثر ذلك أصدر المشرع الكويتي القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بشأن قانون الشركات بتاريخ ٢٤ يناير ٢٠١٦، ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١ فبراير

(١) انظر: الجزء الأول من هذا التعليق "تعليق في التناسق الشكلي والتوافق الموضوعي للمرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ بإصدار قانون الشركات المعدل بالقانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٣". مجلة الحقوق العدد ٢ السنة ٢٩ يونيو ٢٠١٥، ص ٦١٧-٦٣٩.

(٢) صدر بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٥ في الطعن المباشر بعدم دستورية مرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية. والمقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (٢٤) لسنة ٢٠١٥ "طعن مباشر دستوري".

٢٠١٦، وعمل به بأثر رجعي منذ تاريخ ٢٦/١١/٢٠١٢ وهو تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٣ عدا المواد الخاصة بالعقوبات (٣٠٣-٣٠٦) من الفصل الثاني من الباب الثالث عشر فتسري من تاريخ صدور القانون بتاريخ ٢٤ يناير ٢٠١٦، حسبما نصت عليه المادة (٥) من قانون الإصدار رقم ١ لسنة ٢٠١٦^(٣). وبطبيعة الحال نصت المادة (٤) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ على إلغاء المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٣.

ويتألف القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ من (٣٠٦) مادة مقسمة إلى ثلاثة عشر باباً، يتضمن الباب الأول الأحكام العامة للشركات في المواد (١-٣٢) وأفرد المشرع لكل شكل من أشكال الشركات أو نوع للشركة بحسب غرضها باباً خاصاً لتنظيم أحكامها، كما أفرد لتحول الشركة واندماجها وانقسامها وانقضاءها باباً خاصاً، وختم ذلك باب العقوبات في الباب الثالث عشر.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (١٦٣) ثالثاً من القانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٥ بتعديل القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، نصت على أنه تلغى أحكام الفصل الخامس والسادس من الباب التاسع من قانون الشركات (في أثناء سريان المرسوم بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٣، ويتعلق الفصل الخامس في التصرف بالأسهم وتداولها، ويتعلق الفصل السادس في السندات والصكوك، حيث يمثل ذلك المواد (١٧١-٢٠٧)، من المرسوم بقانون الشركات رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم (٩٧) لسنة ٢٠١٣، باعتبار أن هذين الفصلين يتعلقان باختصاص هيئة أسوق المال.

بيد أنه عندما صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بشأن قانون الشركات أبقى على الفصل الخامس الخاص بالتصرف بالأسهم وتداولها دون تعديل، عدا إلغاء المادة (١٧٥) من المرسوم بقانون الشركات الملغي الخاصة بشراء الشركة لأسهمها، لأن هذا الموضوع نظم في الباب الحادي عشر من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال الصادرة بالقرار رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٥.

كما أنه وعلى الرغم من إلغاء المادة الخاصة بشراء الشركة لأسهمها من قانون

(٣) الكويت اليوم ملحق العدد ١٢٧٣ السنة الثانية والستون، الاثنين ٢٠١٦/٢/١.

الشركات لتعلق تنظيم ذلك باختصاص هيئة أسواق المال وخلق اللائحة التنفيذية لقانون الشركات من أي تنظيم لهذه العملية، فإنه ورد تعريف لأسهم الخزينة في المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون الشركات^(٤).

كما أن المشرع أبقى في الفصل الخامس من قانون الشركات على المادة (١٧٦) الخاصة باستهلاك الشركة لأسهمها، وهي المادة (١٧٥) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦، على الرغم من أن هذه المادة تدخل باختصاص هيئة أسواق المال، وتمثل المادة (١٤-٥) من الكتاب الحادي عشر من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠، الواردة ضمن تنظيم أسهم الخزينة، وعلى الرغم من ورود هذه المادة ضمن قانون الشركات، فإن اللائحة التنفيذية لقانون الشركات لم تحتو أي تنظيم لها، لأن ذلك يدخل ضمن نشاط الأوراق المالية الذي تختص بها هيئة أسواق المال، بما حاصلة أنه كان يتعين إلغاء هذه المادة من قانون الشركات. كما أن المشرع ألغى الباب الخاص بالسندات والصكوك من القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦؛ لأنه يدخل ضمن اختصاص هيئة أسواق المال ويتصل بنشاط الأوراق المالية.

نعرض في هذا التعليق بعض الملاحظات الشكلية والموضوعية لقانون الشركات، وهو تعليق مسحي وموجز للقانون ينصب على ملاحظات في مجملها ناشئة عن عيوب في الصياغة القانونية لمواد القانون. لذلك نقسم التعليق إلى مبحثين، هما على النحو التالي:

المبحث الأول: الملاحظات الشكلية.

المبحث الثاني: الملاحظات الموضوعية.

(٤) قرار رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٦ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات. الجريدة الرسمية العدد ١٢٩٧ السنة الثانية والستون بتاريخ ٢٠١٦/٧/١٧.

المبحث الأول الملاحظات الشكلية

يقصد بالملاحظات الشكلية تلك الملاحظات التي تمثل تكراراً في القواعد أو تزييداً قد لا يؤدي إلى نتائج مختلفة، أو وضع قاعدة عامة في باب الأحكام العامة ثم تكرارها في القواعد الخاصة بشكل معين من أشكال الشركات، أو وضع تعريف عام دون أن يستثني منه ما لا يسري عليه من قواعد خاصة. وتجدر الإشارة إلى أن ضابط التفرقة بين الملاحظات الشكلية والموضوعية غير محدد المعالم بشكل تام، وينطوي على سلطة تقديرية تعتمد على ضرورات التقسيم المنهجي للبحث، ويندرج تحت الملاحظات الشكلية ست عشرة ملاحظة على النحو التالي:

أولاً - تقسيم رأس مال شركة التضامن إلى حصص:

نصت المادة (٣٩) من قانون الشركات على أنه: "لا يجوز أن تكون حصص الشركاء في شركة التضامن في شكل أوراق مالية قابلة للتداول". ونرى أن هذه المادة تزيد لا داعي له، لأن المادة (٣٧) من قانون الشركات نصت على أنه "... ويقسم رأس المال إلى حصص متساوية القيمة غير قابلة للتجزئة". كما أن المادة (٤٠) من قانون الشركات حظرت على الشريك التنازل عن حصته لغير الشركاء في الشركة مالم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك، بما يتعارض مع خصائص السهم في قابليته للتداول بالطرق التجارية^(٥).

ثانياً - قيد التصرفات بالسجل التجاري:

عرفت المادة الأولى من قانون الشركات مصطلح القيد بأنه القيد بالسجل التجاري، بما يؤدي إلى اكتفاء مواد القانون باستعمال مصطلح القيد دون الحاجة إلى ذكر السجل التجاري، وباستعراض المواد التي تطلبت القيد بالسجل التجاري في ثانيا القانون نجد أن المشرع تارة يستعمل مصطلح القيد دون إشارة للسجل التجاري وتارة يشير إلى السجل التجاري، ومثال ذلك المادة (٤٢) يستعمل المشرع القيد مضافاً إليه السجل التجاري، في حين يكتفي المشرع في المادة (٤٣) بذكر القيد فقط. وكذلك في المادة (٥٢) يكتفي المشرع بذكر القيد، في حين أن المادة (٥٧) تذكر القيد بالسجل التجاري.

(٥) الطعن بالتمييز رقم ١٩٨٨/٣٠٥ تجاري جلسة ١٩٩٩/٥/١. الطعن رقم ٢٠٠٤/١٢٢٧ تجاري جلسة ٢٠٠٦/١/٤.

وتجدر الإشارة إلى أن عرف مصطلح الشهر في المادة الأولى من قانون الشركات على أنه القيد مع النشر في الجريدة الرسمية، وقد وفق المشرع في ثنايا القانون في استعمال مصطلح الشهر دون ذكر للقيد والنشر في الجريدة الرسمية.

ثالثاً - قيد التنازل عن الحصة في شركة التضامن في السجل التجاري لسريانه في حق الغير:

نصت المادة (٤٠) من قانون الشركات على إمكانية التنازل عن الحصة بين الشركاء، بيد أنه لا يجوز التنازل عنها للغير إلا إذا نص عقد الشركة على خلاف ذلك، ولا يسري هذا التنازل في حق الغير إلا إذا استوفيت كل إجراءات القيد. في حين نظمت المادة (٤٣) شروط وإجراءات توقيع الحجز على حصة الشريك من قبل الدائن الشخصي له، وأجازت هذه المادة الاتفاق بين الدائن والشريك المدين والشركة على طريقة البيع وشروطه، وتتبع في هذه الحالة الأحكام المنصوص عليها في المادة (٤٠)، وفي حالة عدم الاتفاق تعرض الحصة للبيع في مزاد علني وفقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وفي حالة رسو المزاد وعدم الاعتراض عليه من قبل الشركاء يتم تعديل عقد الشركة بناء على الحكم، ولا يسري التعديل في حق الغير إلا إذا استوفيت إجراءات القيد. ونورد بعض الملاحظات على هذه الأحكام على النحو التالي:

١ - نرى أن ثمة تكرار في المادة (٤٣) في تطلب استيفاء إجراءات القيد للاحتجاج بتعديل عقد الشركة في مواجهة الغير، وذلك لأن المادة (٤٠) نصت على هذه القاعدة، سواء أكان التنازل فيما بين الشركاء أم بين الشركاء والغير، فإذا كان التنازل بين الشركاء يتطلب قيده في السجل التجاري للاحتجاج به في مواجهة الغير، فمن باب أولى التنازل عن الحصة للغير، وسواء أكان هذا التنازل رضائياً أم قضائياً.

٢ - يؤدي خروج شريك من الشركة أو دخول الغير شريكاً فيها إلى تعديل عقد الشركة، وقد نصت المادة (٤٣) على ذلك صراحة، بأن يتم تعديل عقد الشركة بناء على حكم مرسى المزاد، فإذا كان الأمر كذلك فليس ثمة حاجة للنص في المادة (٤٣) من قانون الشركات على قيد الحكم أو التنازل عن الحصة في السجل التجاري لسريانه في حق الغير، لأن المادة (٩) من قانون الشركات التي بينت القواعد العامة في هذا الصدد نصت على أنه فيما عدا شركة المحاصة يشهر عقد الشركة وما يطرأ عليه من تعديلات وفقاً لأحكام هذا القانون.

٣ - ولما كان التنازل عن الحصة وفق المادة (٤٠) أو المادة (٤٣) يتطلب تعديل عقد

الشركة، فإنه لا يكفي قيد التنازل في السجل التجاري، بل يتعين اتخاذ إجراءات الشهر بحسب القواعد العامة المقررة في المادة (٩) من قانون الشركات.

رابعاً - عرض خلاف المديرين في شركة التضامن على الشركاء:

نصت المادة (٤٤) من قانون الشركات على أنه يتولى إدارة الشركة مدير أو أكثر من بين الشركاء، وتصدر القرارات عند تعددهم بالأغلبية المطلقة ما لم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك، وعند تساوي الأصوات يعرض المديرين الأمر على الشركاء للبت فيه وتكون الموافقة عليه بأغلبية الشركاء، كما نصت المادة (٤٥) على أنه إذا كان كل شريك مديراً فإنه يجوز لكل شريك الاعتراض على أي عمل يقوم به الشريك الآخر قبل تنفيذه، وفي حالة الاعتراض يعرض الأمر على الشركاء للبت فيه وتكون الموافقة عليه بأغلبية الشركاء. وثمة بعض الملاحظات على ذلك نوردتها كما يلي:

١ - نصت هاتان المادتان على أن تكون الموافقة بأغلبية الشركاء، والمقصود بالأغلبية هنا الأغلبية العددية، وقد كان يفترض عدم النص على الأغلبية العددية للشركاء، لأن من الجائز أن يملك شريك واحد أغلبية رأس المال والشركاء الآخرين الباقي من رأس مال، ولما كان الشركاء سيجتمعون لاتخاذ القرار في حالة الاختلاف، فإنه من المناسب الأخذ بالأغلبية المزدوجة، وهي أغلبية الشركاء الحائزين لأغلبية رأس المال، كما هو الشأن في المادتين (٥١) و (٥٢) التي أخذت بالأغلبية العددية للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع رأس المال.

٢ - نصت المادة (٤٤) على أن يتولى إدارة الشركة مدير أو أكثر من بين الشركاء، ولم يجز المشرع تعيين مدير من الغير في شركة التضامن، وقد كان يفترض تمكين الشركاء من تعيين مدير من الغير كما فعل في شركة التوصية البسيطة.

٣ - نصت المادة (٥٠) من قانون الشركات بشأن عزل مدير الشركة بأنه لا يترتب على عزل المدير الشريك حل الشركة، وكأنه يوجد مدير غير شريك، وقد تقدم القول إن المادة (٤٤) من قانون الشركات نصت على أن يتولى إدارة الشركة مدير أو أكثر من بين الشركاء.

خامساً - مسؤولية المؤسسين في شركة التوصية بالأسهم عن بطلان عقد الشركة:

نصت الفقرة الأخيرة من المادة (٦٤) من قانون الشركات على أنه لا يجوز أن يتضمن عقد الشركة أي شروط من شأنها أن تعفي الشركاء المتضامنين من المسؤولية الناشئة عن بطلان التأسيس. ونرى أن هذه الفقرة الواردة في عجز المادة (٦٤) لا داعي لها؛ لأن القواعد العامة الواردة في الباب الأول من قانون الشركات قد

نصت على هذا الحكم، حيث نصت المادة (٨) من قانون الشركات على أن: "يسأل مؤسسو الشركة أو الشركاء فيها بحسب الأحوال بالتضامن عن تعويض الضرر الذي يصيب الشركة أو الشركاء أو الغير بسبب بطلان عقد الشركة".

سادساً – توقيع المؤسس في شركة التوصية البسيطة على عقد الشركة:

نصت المادة (٦٥) من قانون الشركات على أنه: "يجب ألا يقل عدد الشركاء في الشركة عن خمسة، على أن يكون من بينهم ثلاثة على الأقل من المساهمين، ويتعين أن يوقع جميع الشركاء على عقد الشركة..". نرى بأنه ثمة تزايد في مطلب توقيع المؤسس على عقد الشركة في هذا الصدد؛ لأن تعريف المؤسس الوارد في المادة الأولى من قانون الشركات ينص على ذلك صراحة، حيث عرف المؤسس بأنه: "كل من يشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيس الشركة ويوقع عقدها بنفسه أو من خلال من ينوب عنه..".

سابعاً – مسؤولية الشريك المساهم التضامنية عن أعمال إدارته في شركة التوصية بالأسهم:

نصت المادة (٦٨) من قانون الشركات على أنه: "لا يجوز للشريك المساهم التدخل في أعمال الإدارة، ولو بناء على تفويض من الشركاء المتضامنين، وإلا كان مسؤولاً بالتضامن مع الشركاء المتضامنين عن الالتزامات التي نشأت عن أعمال إدارته". ونرى أنه ثمة ثغرة في صياغة هذه المادة، حيث كان يتعين النص صراحة على مسؤولية الشريك المساهم في أمواله الخاصة أو في جميع أمواله عن أعمال إدارته، ولأسيما أن المادة (٥٩) بصدد شركة التوصية البسيطة نصت على مسؤولية الشريك الموصي في جميع أمواله عن الالتزامات الناشئة عن الأعمال التي باشرها بالفعل لحساب الشركة.

ثامناً – السجلات والدفاتر التي تعد بمركز الشركة ذات المسؤولية المحدودة والبيانات التي تتضمنها:

نصت الفقرة الأولى من المادة (١١٠) من قانون الشركات على أنه: "تبين اللائحة التنفيذية السجلات والدفاتر التي تعد بمركز الشركة والبيانات التي تتضمنها...". وهذه الشركة الوحيدة التي نص القانون على أن يكون لها سجلات ودفاتر تعد بمركز الشركة دون باقي الشركات، وتبين اللائحة التنفيذية هذه السجلات والدفاتر والبيانات التي تتضمنها، وذلك لأن جميع الشركات تمسك الدفاتر والسجلات، وهي الدفاتر التجارية وسجلات المساهمين، ولا يوجد شيء يختلف فيه هذه الشركة عن باقي الشركات بالنسبة إلى وجوب مسك الدفاتر والسجلات، حيث إن المواد من

(٢٦-٣٣) من قانون التجارة رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ تضمنت الدفاتر التي يتعين على التاجر مسكها.

وبالرجوع إلى المادة (٦٤) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات نرى عدم خروجها عن هذه الأحكام، حيث نصت على سجل المساهمين الذي يعد بمركز الشركة، ووجوب إمساك الدفاتر التجارية التي نص عليها قانون التجارة^(٦).

تاسعاً: لا يكون لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو أعضاء مجلس الرقابة حق التصويت على القرارات الخاصة بإبراء ذمة أي منهم من المسؤولية:

نصت المادة (١١٣) من قانون الشركات على نصاب انعقاد الجمعية العامة العادية للشركة ذات المسؤولية المحدودة، ونصاب اتخاذ القرارات فيها، ثم أوردت هذه المادة أنه: "ولا يكون لمدير الشركة أو أعضاء مجلس الرقابة حق التصويت على القرارات الخاصة بإبراء ذمة أي منهم من المسؤولية". وبالرجوع إلى المادة (١١٤) من قانون الشركات التي تعنى بتحديد بنود جدول أعمال الجمعية العامة العادية تبين عدم وجود بند يتعلق بإبراء ذمة مدير الشركة أو أعضاء مجلس الرقابة، على خلاف ما هو مقرر في ثانيا شركة المساهمة وفق المادتين (٢٠١) و (٢١١) من قانون الشركات^(٧).

عاشراً - ينقسم رأس مال شركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة الاسمية:

نصت المادة (١١٩) من قانون الشركات على أن: "الشركة المساهمة العامة هي شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة.."، وقد كان من حسن الصياغة التشريعية استثناء الأسهم الممتازة التي تمثل استثناء من ذلك بمقتضى المادة (١٥٣) من قانون الشركات، وهي التي تقرر بعض الامتيازات لبعض أنواع الأسهم وذلك في التصويت أو الأرباح أو ناتج التصفية أو في غير ذلك^(٨).

(٦) عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة الكويتي، الجزء الأول، جامعة الكويت، ١٩٨٨، ص ١٩٧-٢١٨. محمد شكري سرور، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٤، ص ١١٨-١٢٠.

(٧) الطعن رقم ٩٦/٨١ تجاري، جلسة ٢٩/٣/١٩٩٨، مجلة القضاء والقانون، مايو، ٢٠٠١، السنة السادسة والعشرون، الجزء الأول، ص ٢٣٠-٢٣٤.

(٨) انظر: أحمد عبدالرحمن الملحم، الأسهم الممتازة في قانون الشركات الكويتي والقانون المقارن، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠. كتاب التعامل في الأوراق المالية، الفصل الثالث عشر، اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ وتعديلاته.

وقد تنبه المشرع في المادة (٢٩١) من قانون الشركات إلى ضرورة مراعاة أولوية حقوق أصحاب الأسهم الممتازة، حيث نصت هذه المادة على أنه: "مع مراعاة الحقوق المقررة لحملة الأسهم الممتازة، يقوم المصفي بقسمة ما تبقى من أموال الشركة بعد سداد ديونها بين الشركاء...".

أحد عشر - تكرار بين المادة (٢/١٧٩) والمادة (١٥٥) من قانون الشركات:

نصت المادة (٢/١٧٩) من قانون الشركات على أنه: "يلتزم العضو في الشركة بوجه خاص بما يلي: دفع النفقات التي تكون الشركة قد تحملتها في سبيل استيفاء الأقساط غير المدفوعة من قيمة أسهمه، وللشركة التنفيذ على الأسهم استيفاء لحقوقها". في حين أن المادة (١٥٥) من قانون الشركات تضمنت الحكم نفسه بما يمثل تكراراً لا داعي له.

اثنا عشر - مسؤولية مديرو الشركة ذات المسؤولية المحدودة بالتضامن تجاه الشركة والشركاء والغير:

نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٥) من قانون الشركات في شأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة على أنه: "... ويكون المديرون مسؤولين بالتضامن تجاه الشركة والشركاء والغير عن مخالفتهم لأحكام القانون أو عقد الشركة أو الخطأ في الإدارة وفقاً للقواعد المنصوص عليها في باب شركة المساهمة بهذا القانون". وبالرجوع إلى المادة (٢٠١) من قانون الشركات بشأن مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة نجد أن المشرع قرر مسؤوليتهم عن جميع أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة، وعن كل مخالفة للقانون أو لعقد الشركة وعن الخطأ في الإدارة. بما حصله أن المشرع ذهب إلى مسؤولية المديرين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة على النحو المقرر في المادة (٢٠١) من قانون الشركات، في حين أنه لم يذكر في المادة (١٠٥) الغش أو إساءة استعمال السلطة^(٩).

ثلاثة عشر - سقوط دعوى بطلان الاكتتاب بمضي ستة أشهر من قفل باب الاكتتاب:

قضت المادة (١٣٩) من قانون الشركات بأن تسقط دعوى بطلان الاكتتاب بشركة المساهمة العامة بمضي ستة أشهر من تاريخ قفل باب الاكتتاب، كما نصت

(٩) الطعن بالتمييز رقم ٣١٩ و ١٩٩٩/٣٦٠ تجاري، جلسة ٢٠٠٢/٢/٩. الطعن رقم ٢٠٠٤/١١١٧ تجاري، جلسة ٢٠٠٥/١١/١٦.

المادة (١٤٠) من قانون الشركات أنه على المؤسسين خلال ثلاثة أشهر من قفل باب الاكتتاب أن يقدموا للوزارة بياناً بعدد الأسهم التي اكتتب بها، وبقيام المكتتبين بدفع الأقساط الواجب دفعها، وبأسماء المكتتبين وعناوينهم...، ثم نصت المادة (١٤١) من قانون الشركات على أنه على المؤسسين دعوة المكتتبين إلى حضور الجمعية العامة التأسيسية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ قفل باب الاكتتاب، بما مؤداه أنه - بصفة عامة - لدى كل ذي مصلحة الحق في رفع دعوى بطلان الاكتتاب بعد تأسيس الشركة بثلاثة أشهر، على اعتبار أن فترة رفع دعوى بطلان الاكتتاب هي ستة أشهر من قفل باب الاكتتاب، ويقدم تقرير الاكتتاب إلى الوزارة، وتقدم دعوة الجمعية العامة التأسيسية خلال ثلاثة أشهر من قفل باب الاكتتاب، لذلك نرى أنه من الأجدي عدم تحديد موعد لسقوط دعوى بطلان الاكتتاب في المادة (١٣٩) من قانون الشركات، والاكْتفاء بما قرره المادة (١٤٦) التي نصت على أنه: "إذا تبين أن تأسيس الشركة قد تم مخالفاً لأحكام القانون، جاز لكل ذي شأن، خلال تسعين يوماً من تاريخ الشهر.."، وذلك إذا كانت الدعوى خاصة ببطلان عملية الاكتتاب التي من شأنها بطلان تأسيس الشركة، وليس دعوى خاصة ببطلان اكتتاب أحد أو بعض المكتتبين^(١٠).

أربعة عشر - رأس المال المصدر والمدفوع والمصرح به:

نصت المادة (١٤٨) من قانون الشركات على أن: "يكون للشركة رأس مال مصدر يمثل الأسهم المكتتب بها، ويجوز أن يحدد عقد الشركة رأس مال مصرح به لا يجاوز عشرة أمثال رأس المال المصدر". في حين لم تشر هذه المادة إلى فكرة رأس المال المدفوع، الذي قد يكون ربع رأس المال المصدر بالاستناد إلى المادة (١٥٢) من قانون الشركات التي نصت على أنه: "تدفع قيمة السهم كاملة أو على أقساط ولا يجوز أن يقل القسط الواجب السداد عند الاكتتاب عن خمسة وعشرين بالمائة من القيمة الاسمية للسهم..". ولعل المشرع تدارك ذلك في نموذج عقد شركة المساهمة، وتنبع أهمية بيان رأس المال المدفوع إلى جانب رأس المال المصدر إلى ما ينطوي عليه رأس المال من ضمان عام للدائنين^(١١).

خمس عشرة - بيانات نشرة الاكتتاب:

نصت المادة (١٢٨) من قانون الشركات على أنه: "تكون دعوة الجمهور للاكتتاب العام في أسهم الشركة بناء على نشرة اكتتاب مستوفاة البيانات والإجراءات

(١٠) الطعن رقم ١٩٩٥/٢٤٥، تجاري، جلسة ١٩٩٦/١٠/١، مجموعة القواعد القانونية التي قهرتها محكمة التمييز، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٩، ص ٤٢.

(١١) الكويت اليوم، ملحق العدد ١١٥٢، الأحد ٦ أكتوبر ٢٠١٣، السنة التاسعة والخمسون.

المنصوص عليها في القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية..". في حين نصت المادة (٩٦) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ وتعديلاته على أنه: "يجب أن تتضمن نشرة الاكتتاب في أسهم الشركة عند تأسيسها الإفصاح عن البيانات التي نص عليها قانون الشركات.."، ومن الملاحظ أن قانون الشركات لم ينص على أية بيانات تتضمنها نشرة الاكتتاب، وإنما أحال في ذلك إلى قانون هيئة أسواق المال، ذلك أن الخطأ الذي وقع فيه المشرع يتمثل في الإحالة إلى المادة (٧٦) من قانون الشركات الملغي رقم (١٥) لسنة ١٩٦٠ التي كانت تتضمن محتوى نشرة الاكتتاب، حيث كان هذا القانون سارياً إبان صدور القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠، فكان منطقياً أنذاك الإحالة إلى محتويات نشرة الاكتتاب الواردة في المادة (٧٦) من قانون الشركات الملغي، وعندما صدر المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢ لم يضمن قانون الشركات مادة تقابل المادة (٧٦) المشار إليها، لأن الأمر أصبح من اختصاص هيئة أسواق المال، واستمر الحال في القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦.

سنة عشر - تعيين الأجهزة الإدارية في شركة المساهمة المقفلة خلال فترة التأسيس:

نصت المادة (٢٣٥) من قانون الشركات على ضرورة إقرار المؤسسين في عقد شركة المساهمة المقفلة بأن الحصص العينية قد قومت وفقاً لأحكام القانون، وقد تم الوفاء بها كاملة، وأن المؤسسين قد عينوا الأجهزة الإدارية اللازمة للشركة، ولا نرى ثمة محل لتقديم هذين الإقرارين، لأن المادة (١٢٢) من قانون الشركات - وهي تسري على المساهمة المقفلة - نصت على أنه يتعين أن يرفق بطلب التأسيس ما يفيد تقويم الحصص العينية وفق المادة (١١) من قانون الشركات. وليس ثمة اختلاف بين شركة المساهمة المقفلة والشركات الأخرى حتى تخص هذه الشركة بضرورة تقديم المؤسسين ما يفيد تعيين الأجهزة الإدارية اللازمة للشركة، حيث إن هذه العملية لازمة بعد تأسيس الشركة وقيدها بالسجل التجاري.

المبحث الثاني الملاحظات الموضوعية

يقصد بالملاحظات الموضوعية تلك التي ينطوي عليها تغيير في الأحكام والقواعد القانونية نتيجة إلى اختلاف في تحديد مفهومها ومدلول مقاصد المشرع منها، ومثال ذلك، إيراد تعريف ناقص العناصر، أو وضع صياغات مختلف لمواد تعنى بتنظيم مسائل متماثلة، أو إيراد حكم خاص بشكل معين من أشكال الشركات دون وجود حكم مماثل له لباقي الأشكال على الرغم من تماثل الشركات في ذات المسألة، أو إغفال تنظيم مسائل معينة، أو وجود تعارض بين مادتين ينظمان ذات المسألة، ويندرج تحت الملاحظات الموضوعية اثنتا وعشرون ملاحظة، وذلك على النحو التالي:

أولاً - تعريف المؤسس:

نصت المادة الأولى من قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦ على تعريف المؤسس بأنه: "كل من يشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيس الشركة ويوقع عقدها بنفسه أو من خلال من ينوب عنه ويساهم في رأس مالها بحصة نقدية أو عينية". وقد أغفل المشرع إمكانية الاشتراك في تأسيس الشركة من خلال تقديم حصة عمل، وإن كانت لا تدخل ضمن مكونات رأس المال، ومثال ذلك تأسيس شركة توصية بسيطة من شريكين، متضامن يقدم حصة عمل وموصي يقدم حصة مالية.

ويتعارض التعريف الذي بسطه المشرع في المادة الأولى مع تعريف الشركة في المادة الثالثة، حيث عرف المشرع الشركة بأنها: "يكون تأسيس الشركة بعقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف تحقيق الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة..". كما يتعارض تعريف المؤسس في هذا الصدد مع المادة (١٧) من قانون الشركات التي أجازت للشريك تقديم مبلغ معين أو حصة عينية أو عمل مما يخدم أغراض الشركة.

ثانياً - مدى اكتساب الشركة ذات الغرض الخاص الشخصية الاعتبارية:

أجازت المادة (١٤) من قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦ تأسيس شركات ذات غرض خاص لإصدار صكوك أو غيرها من عمليات التوريق أو لأي غرض آخر، على أن تبين اللائحة التنفيذية الضوابط والأحكام الخاصة بهذا الشأن. وقد نصت المادة (٧) من قانون الشركات على أنه: "فيما عدا شركة المحاصة، يجب أن يكون

عقد الشركة مكتوباً في محرر رسمي موثق، وإلا كان باطلاً^(١٢). ونصت المادة (٩) من قانون الشركات على أنه: " فيما عدا شركة المحاصة، يشهر عقد الشركة وما يطرأ عليه من تعديلات..". ويترتب على ذلك أن تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية وفق المادة (٢٣) من قانون الشركات.

وبالنسبة إلى الشركة ذات الغرض الخاص، إذا تعلقت أغراضها بالأوراق المالية، فإنها تخضع للضوابط والأحكام المعمول بها في هيئة أسواق المال، وذلك حسبما نصت عليه المادة (١٩) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات، وذلك لأن المادة (٥) البند (٩) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ المعدل نصت على أن: "تقوم هيئة أسواق المال بجميع الأعمال اللازمة لتحقيق أهدافها ومنها إصدار القواعد التي تنظم الشركات ذات الغرض الخاص التي تصدر أوراقاً مالية، وذلك دون التقيد بأحكام قانون الشركات". ويبين أن المشرع استثنى هذه الشركات من قواعد وأحكام قانون الشركات، بالنسبة فقط للشركات التي تصدر أوراقاً مالية وهي شركات المساهمة، حيث إنه يجوز أن تتخذ الشركة ذات الغرض الخاص شكل شركة الشخص الواحد والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة المقفلة^(١٣).

وقد نصت المادة (١٩-٧) من الكتاب الحادي عشر من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال على أن تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية، دون أن يبرم عقدها بمحرر رسمي موثق، وذلك بالاستثناء من المادة (٧) من قانون الشركات. وإذا كانت المادة (٩/٥) من قانون هيئة أسواق المال أجازت للهيئة تنظيم الشركات ذات الغرض الخاص بالاستثناء من قواعد وأحكام قانون الشركات، إذا كانت الشركة تصدر أوراقاً مالية، فإن القانون لم يستثن الأحماء الملزمة الواردة في القانون المدني بشأن اكتساب الشخصية الاعتبارية، حيث نصت المادة (١٨) منه على أن: " تثبت الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بهذه

(١٢) الطعن بالتمييز ٨٧/١٩٠ تجاري، جلسة ١١/١١/١٩٨٨، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، مارس ١٩٩٥، ص ٦٠-٦٢. الطعن رقم ٩٩/١٢١ تجاري جلسة ١٣/١٢/١٩٩٩، مجلة القضاء والقانون، السنة السابعة والعشرون، الجزء الثاني، أغسطس ٢٠٠٢، ص ٢٤٨-٢٥٣. الطعن رقم ٩٩/٢٤٢ تجاري جلسة ٤/٦/٢٠٠٠، الطعن رقم ٩٩/٥٩٠ تجاري، جلسة ٤/٦/٢٠٠٠، مجلة القضاء والقانون، السنة الثامنة والعشرون، الجزء الثاني، يوليو ٢٠٠٣، ص ١٦-١٨ و ٢١-٢٣.

(١٣) المادة (١٩) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٦. الكويت اليوم العدد ١٢٩٧ السنة الثانية وستون بتاريخ ١٧/٧/٢٠١٦.

الشخصية". ويعني ذلك أنه يتعين أن تكون أداة اكتساب الشخصية الاعتبارية القانون وليست اللائحة^(١٤).

ثالثاً - استثناء الأحكام الصادرة بحل شركة التضامن:

نصت المادة (٤٣) من قانون الشركات على مسألتين، الأولى: إمكانية الدائن الشخصي لأحد الشركاء الحجز على حصة مدينه وتحديد إجراءات التنفيذ على حصة الشريك وبيعها في مزاد علني، والثانية: في حالة اعتراض أي من الشركاء على انضمام من رسا عليه المزار إلى الشركة ولم تقم الشركة أو الشركاء بالوفاء بدين الدائن الحاجز أو باسترداد الحصة، فيصدر قاضي البيوع حكماً بحل وتصفية الشركة وتعيين مصف. وقد نصت هذه المادة في عجزها بأن يكون الحكم الصادر في هذا الشأن قابلاً للطعن عليه بالاستئناف وفقاً للقانون. ولنا بعض الملاحظات في هذا الشأن نوردتها على النحو التالي:

١ - لا داعي للنص في عجز المادة (٤٣) من قانون الشركات على أن يكون الحكم الصادر في هذا الشأن قابلاً للاستئناف، لأن الحكم المشار إليه في هذه المادة ليس حكم رسو المزار الذي لا يقبل الطعن عليه وفق المادة ٢٧٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وإنما هو خاص بحكم حل وتصفية الشركة الذي يقبل الاستئناف وفق القواعد العامة في التقاضي على درجتين^(١٥).

٢ - كما أن ورود النص بهذه الصياغة قد يشير إلى أن الحكم قابل للاستئناف فقط، ولا يخضع بالتالي للتمييز بحسب القواعد العامة.

رابعاً - تصرفات مدير شركة التضامن التي تجاوز أعمال الإدارة العادية:

نصت المادة (٤٦) من قانون الشركات على أنه لا يجوز لمدير شركة التضامن القيام بالتصرفات التي تجاوز الإدارة العادية إلا بموافقة جميع الشركاء أو بنص صريح في عقد الشركة، وقد ذكرت المادة بعض التصرفات التي تجاوز أعمال الإدارة العادية، ومنها التحكيم بالصلح فقط، مع إن التحكيم برمته سواء أكان التحكيم بالقانون أم بالصلح يخرج عن أعمال الإدارة العادية، حيث نصت المادة (٧٠٢) من القانون

(١٤) أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، الجزء الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٤، ص ٣١٧-٢٤٧.

(١٥) المادة الثالثة من المرسوم بقانون بشأن قانون تنظيم القضاء. الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٢٠٠١ مدني جلسة ١٥ أبريل ٢٠٠٢. الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٢٠٠١ مدني ٢ جلسة ٢٩ أبريل ٢٠٠٢.

المدني على أنه: "لابد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم...". ولاسيما أن المادة (١٨٤) من قانون الشركات - بالنسبة إلى شركة المساهمة - نصت على أن يبين في عقد الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في بعض التصرفات التي تخرج عن أعمال الإدارة العادية ومنها التحكيم دون قصره على التحكيم بالصلح، ولم تخصص المادة أي نوع منه ومن ثم يسري على التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون، على الرغم من أن الأصل العام في شركة التضامن أن يكون لكل شريك صلاحية الإدارة لأنهم مالكون للشركة، مالم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك بحسب المادة (٤٥) من قانون الشركات^(١٦).

خامساً - سريان قواعد إدارة شركة التضامن وتعديل عقدها على شركة التوصية البسيطة :

نصت المادة (٥٧) من قانون الشركات على سريان الأحكام العامة في شركة التضامن على شركة التوصية البسيطة ومنها تعديل عقدها وإدارتها، وينتاب هذه المادة بعض التناقض على النحو التالي:

١ - بالنسبة إلى تعديل العقد فإن المادة (٥٢) من قانون الشركات نصت على أنه لا يجوز تعديل عقد شركة التضامن إلا بقرار يصدر عن اجتماع الشركاء بالأغلبية العددية للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع رأس المال، لأن جميع الشركاء في هذه الشركة من الشركاء المتضامنين، في حين أن شركة التوصية البسيطة تتألف من شركاء متضامنين وشركاء موصين، بحسب المادة (٥٦) من قانون الشركات، فلا يصح مساواة الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين في مسألة تعديل عقد الشركة، وخاصة أن المشرع استوجب أن يكون جميع الشركاء المتضامنين من الكويتيين، لذلك فإن المشرع في شركة التوصية بالأسهم خرج عن تلك المساواة بالنسبة إلى تعديل عقد الشركة بأن تطلب موافقة جميع الشركاء المتضامنين بالإضافة إلى عدد من المساهمين يمثلون أكثر من نصف أسهم الشركاء

(١٦) انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية رقم ٥٦٨ لسنة ١٩٩٨ الصادر بتاريخ ٢٣/١/٢٠٠٠. انظر: في التعليق على الحكم أحمد عبدالرحمن الملحم، سلطة مجلس إدارة شركة المساهمة في قبول شرط التحكيم - تعليق على حكم محكمة التمييز رقم ٥٦٨/١٩٩٨ الصادر بتاريخ ٢٣/١/٢٠٠٠. مجلة الحقوق العدد ١ السنة ٣٤ مارس ٢٠١٠.

المساهمين في رأس المال. كما أن المشرع في هذه الشركة أخضع الشريك المتضامن فيها للنظام القانوني الذي يخضع له الشريك في شركة التضامن. ٢ - وبالنسبة لإدارة شركة التوصية بالأسهم الذي أجرى عليه المشرع القواعد العامة في شركة التضامن، فإن المادة (٥٩) من قانون الشركات أجازت لشركة التوصية البسيطة أن يكون مديرها من بين الشركاء المتضامنين أو من الغير، في حين أن القواعد العامة في شركة التضامن لا تجيز أن يتولى إدارة الشركة من الغير.

سادساً - حق الشريك غير المدير في شركة التوصية بالأسهم في مراقبة أعمال المديرين:

نصت المادة (٦٩) من قانون الشركات على أنه: "يكون للشركاء من غير المديرين حق الاطلاع بأنفسهم أو عن طريق وكيل عنهم على دفاتر الشركة ومستنداتها واستخراج البيانات اللازمة وطلب أي معلومات، ويقع باطلاً كل اتفاق أو قرار على خلاف ذلك". وعلى الرغم من أن حق مراقبة الشريك غير المدير للمديرين من الحقوق العامة للشريك، فإنه لم ينص عليها صراحة للشريك الموصي في شركة التوصية بالأسهم.

كما أن المشرع ولئن أجرى القواعد العامة في إدارة شركة التضامن على شركة التوصية البسيطة بمقتضى المادة (٥٧) من قانون الشركات، فإن المادة (٤٧) التي بسطت حق الشركاء غير المديرين في مراقبة أعمال المديرين تتضمن صياغة مختلفة عما تضمنته المادة (٦٩) من قانون الشركات.

لذلك لما كانت المادة (٦٣) من قانون الشركات نصت على أن تسري الأحكام الخاصة بشركة التوصية البسيطة على شركة التوصية بالأسهم، فقد كان من الأجدى توحيد صياغة المادة التي تعنى بحق الشريك غير المدير في مراقبة أعمال المديرين، بأن يغدو مصدر هذا الحق المادة (٤٧) من قانون الشركات بالنسبة إلى شركة التضامن والتوصية البسيطة والتوصية بالأسهم.

سابعاً - تشكيل مجلس الرقابة في شركة التوصية بالأسهم:

نصت المادة (٧٠) من قانون الشركات على طريقة تشكيل مجلس الرقابة في شركة التوصية بالأسهم إذا زاد عدد الشركاء المساهمين على سبعة أعضاء، ويتكون من ثلاثة على الأقل تنتخبهم الجمعية العامة للشركة من بين الشركاء المساهمين، ولا يكون للشركاء المتضامنين صوت معدود في اختيار أعضاء مجلس الرقابة.

وقد كان من الأجدى توسيع نطاق تشكيل مجلس الرقابة بألا يقصر على

الشركاء المساهمين، لأن من حق الشريك المتضامن من غير المديرين دخول مجلس الرقابة أو التصويت على اختيار أعضائه من الشركاء المساهمين لوحدة المصلحة في هذا الشأن.

ثامناً - عدم اكتساب الشريك المتضامن صفة التاجر في الشركة المهنية:

نصت المادة (٨٠) من قانون الشركات على أن تتخذ الشركة المهنية شكل شركة المساهمة المقفلة أو ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التضامن أو التوصية البسيطة دون اكتساب الشريك فيها صفة التاجر، وتخضع للقواعد المقررة لشكل الشركة التي تتخذها فيما لا يتعارض مع أحكام هذه الشركة.

ومن غير المعلوم نطاق مسؤولية الشريك المتضامن في الشركة المهنية وكيفية تطبيق أحكام مسؤوليته عن أعمال الشركة، فثمة شيء من التناقض بين اكتسابه صفة الشريك المتضامن وعدم اكتسابه صفة التاجر، ولا سيما أن المشرع في المادة (٥٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات قد نص على أن: "يسأل كل شريك بصفة شخصية عن خطئه المهني تجاه الشركة، وتسأل الشركة عن تعويض الغير عما أصابه من أضرار بسبب خطأ الشريك". فما هو الفرق بين الشريك الموصي والشريك المتضامن في هذا الشأن؟

كما أنه ليس من المعلوم مدى مسؤولية شركة التضامن أو التوصية البسيطة عن تعويض المضرور مبالغ تفوق رأس مال الشركة، فهل يمكن الرجوع على الشريك المتضامن في أمواله الخاصة، وكيف يمكن ذلك إذا كان لا يكتسب صفة التاجر^(١٧).

وإذا كان الشيء بالشيء يذكر فقد نصت المادة (٤٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات على أنه: "لا يجوز لأصحاب المهن تأسيس شركات تجارية لممارسة أعمال المهنة"، ونعتقد أن المشرع جانبه الصواب في صياغة هذه العبارة؛ لأن المشرع لم يأخذ بما يسمى الشركات المدنية والشركات التجارية، حيث إن كل الشركات تجارية حتى وإن مارست أعمالاً غير تجارية وذلك وفق المادة (٢/١٣) من قانون التجارة التي نصت على أنه: "وكذلك تعتبر تاجراً كل شركة، وإن كانت تزاول أعمالاً غير تجارية". لذلك أطلق المشرع على القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ قانون الشركات دون أن يضيف إليه التجارية، على خلاف قانون الشركات التجارية القديم

(١٧) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٤٥٤ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ س ٢٥
ص ٤٠٤. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٧٩/١٢/١٨
س ٣٠ ص ٣٠٤.

رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠، الذي أضيفت إليه التجارية لأن مجلة الأحكام العدلية كانت سارية آنذاك، وألغيت بمقتضى المادة الثانية من مرسوم بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني. ولعله كان القصد من هذا الحظر هو منع الشركات المهنية من مزاوله الأعمال التجارية.

تاسعاً - رهن حصة الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في محرر رسمي موثق بمقتضى المادة (١٠٢) من قانون الشركات:

تطلبت المادة (١٠٢) من قانون الشركات لرهن الحصة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة إبرام عقد الرهن بمحرر رسمي موثق، ولا يكون لرهن الحصة من أثر بالنسبة إلى الشركاء أو الغير إلا من وقت القيد في السجل التجاري وإخطار الشركة بهذا الرهن. وتسري هذه المادة بطبيعة الحال على رهن حصص رأس المال في شركة الشخص الواحد وفق المادتين (٨٨) و (٩١) من قانون الشركات.

ونرى أنه ليست ثمة خصوصية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تستدعي لرهن الحصة إبرام عقدها بمحرر رسمي موثق، وذلك لأن المشرع لم يتطلب ذلك في رهن الحصة في شركة التضامن بمقتضى المادة (٤٢) من قانون الشركات التي نصت على أنه: "يجوز للشريك رهن حصته في الشركة، وينعقد الرهن بالكتابة، ولا يسري الرهن في مواجهة الشركة والغير إلا من تاريخ قيد الرهن بالسجل التجاري". ويسري هذا الحكم على رهن الحصة في شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم بمقتضى المادتين (٥٧) و (٦٣) من قانون الشركات.

كما لم تتطلب المادة (١٧٤) من قانون الشركات لرهن الأسهم توثيقها في محررات رسمية، وإنما يقتصر الأمر على قيد الرهن في سجل المساهمين بحضور الراهن والمرتهن أو من ينوب عنهما، وبطبيعة الحال تسري هذه المادة على شركة المساهمة العامة والمقفلة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع تطلب أن يبرم عقد الرهن في محرر رسمي موثق بمقتضى المادة (١٠٢) من قانون الشركات، وكذلك تطلب في إبرام عقد الشركة في محرر رسمي موثق، حيث نصت المادة (٧) على أنه فيما عدا شركة المحاصة، يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً في محرر رسمي موثق وإلا كان باطلاً... ونرى أنه من الأفضل أن يستعمل المشرع عبارة توثيق عقد الشركة بمحرر رسمي، لأن تطلب المشرع إبرام عقد الشركة بمحرر رسمي يجعل العقد شكلياً، وتضحى الشكلية ركناً من أركان العقد، وفق المادة (٢/٦٥) من القانون المدني، وذلك لأن المحرر الرسمي هو المحرر الذي يقوم كاتب العدل بتوثيقه وفق القانون رقم (٤) لسنة

١٩٦١ بإصدار قانون التوثيق ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم ١٦ لسنة ١٩٦٦^(١٨). وقد نصت المادة (٢) من قانون التوثيق على أنه يختص كاتب العدل بتوثيق جميع المحررات الرسمية، بحسبان أنه لا يوجد عقد أبرم بمحرر رسمي موثق وآخر غير موثق، حيث إن التوثيق عنصر من عناصر الرسمية^(١٩).

عاشراً - عدم مباشرة هيئة الرقابة الشرعية لمهامها لأسباب استثنائية وطارئة:

نصت المادة (٢١١) من قانون الشركات على أنه: "يدخل ضمن اختصاصات الجمعية العامة العادية لشركة المساهمة تعيين مراقب الحسابات وتعيين هيئة الرقابة الشرعية بالنسبة للشركات التي تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية وسماع تقرير تلك الهيئة". ومن الممكن خلال السنة المالية أن يلم عارض طارئ واستثنائي يحول دون مباشرة هيئة الرقابة الشرعية لمهامها، كالاستقالة الجماعية لأعضاء الهيئة بسبب خلاف مع الإدارة التنفيذية، وتحسباً لذلك فقد أجازت المادة (٢٢٧) من قانون الشركات لمجلس الإدارة أن يعين من يحل محل مراقب الحسابات، على أن يعرض هذا الأمر في أول اجتماع تعقده الجمعية العامة للبت فيه، ولم يقنن قانون الشركات حكماً مماثلاً لمراقب الحسابات لسريانه على هيئة الرقابة الشرعية، مما يستوجب عقد جمعية عامة عادية لتعيين هيئة رقابة شرعية بديلة.

أحد عشر - حق الدائنين في الاعتراض على قرار تخفيض رأس المال:

نصت المادة (١٦٩) من قانون الشركات على أنه: "إذا كان قرار التخفيض بسبب زيادة رأس المال عن حاجة الشركة، تعين على الشركة قبل تنفيذ قرار التخفيض أن تقوم بالوفاء بالديون الحالية، وتقديم الضمانات الكافية للوفاء بالديون الآجلة، ويجوز لدائني الشركة في حالة عدم الوفاء بديونهم الحالية أو عدم كفاية ضمانات الديون الآجلة، الاعتراض على قرار التخفيض أمام المحكمة المختصة وفقاً

(١٨) محمد شكري سرور، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٤، ص ٥٨-٦٧. الطعن رقم ٨١٠ لسنة ٢٠٠٧ تجاري ٢ جلسة ٩ نوفمبر ٢٠٠٨.

(١٩) المادة (٨) من المرسوم بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية. حيث يتعين أن يتوافر في المحرر الرسمي ثلاثة شروط، الأول: صدور الورقة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، والثاني: صدور الورقة من موظف عام في حدود سلطته واختصاصه، والثالث: مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير الورقة وهي حسب متطلبات قانون التوثيق. الطعن رقم ٤١٠ لسنة ١٩٩٩ تجاري ٢ جلسة ٢٨ مايو ٢٠٠٠.

لما تقرره اللائحة التنفيذية في هذا الشأن". ويعتري هذه المادة ثلاث ملاحظات، الأولى: عدم تحديد المدة الزمنية التي يتعين فيها رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة، والثانية: تحديد الإجراء الذي تبدأ منه هذه المدة، والثالثة: تحديد الآثار التي تترتب على الاعتراض.

بيد أن اللائحة التنفيذية لقانون الشركات في المادة (١٠٤) نصت على أنه: "للجمعية العامة غير العادية بناء على اقتراح مسبب من مجلس الإدارة وبعد موافقة الهيئة أن تقرر تخفيض رأس مال الشركة في حالة صدور قرار بتقسيم الشركة"، وكأن المشرع هنا تطلب ارتباط تخفيض رأس المال بتقسيم الشركة، ثم نصت المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات على أنه يتعين أن ترفع دعوى اعتراض الدائن خلال شهر من تاريخ التخفيض، في حين كان يتعين بدء فترة الشهر من تاريخ شهر قرار التخفيض، ولاسيما أن تخفيض رأس المال ينطوي على تعديل عقد الشركة، وكل تعديل للعقد يشترط بمقتضى المادة (٩) من قانون الشركات حتى ينفذ في مواجهة الغير. وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة (١٠٥) على أنه يترتب على رفع الدعوى وقف أية توزيعات على المساهمين تكون ناتجة عن قرار التخفيض، وذلك ما لم تقرر المحكمة التصريح للشركة بإجراء تلك التوزيعات. وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان قرار التخفيض مرتبطاً بتقسيم الشركة فإنه لن يكون - عادة - مبالغ تسترجع من المساهمين. كما أنه لم تشترط المادة وجود تقرير من مراقب حسابات الشركة، على النحو المقرر في زيادة رأس المال المصرح به بحسب المادة (١٥٧) من قانون الشركات.

اثنا عشر - تعارض بين المادة (٢/١٧٨) والمادة (٣/١٨٠) من قانون الشركات:

نصت المادة (٢/١٧٨) من قانون الشركات على أنه: "يتمتع العضو في الشركة بوجه خاص بالحقوق التالية ... المشاركة في إدارة الشركة عن طريق العضوية في مجلس الإدارة وحضور الجمعيات العامة والاشتراك في مداولاتها، وذلك طبقاً لأحكام القانون وعقد الشركة، ويقع باطلاً كل نص في عقد الشركة على خلاف ذلك". ومؤدى ذلك ثبوت حق المساهم في حضور الجمعية العامة والاشتراك في مداولاتها وعضوية مجلس إدارتها، ويتعلق ذلك بالنظام العام، ويقع باطلاً كل نص في عقد الشركة على خلاف ذلك. في حين ذهبت المادة (٣/١٨٠) إلى أنه لا يجوز للجمعية العامة للمساهمين القيام بما يلي... فرض شروط جديدة غير الشروط المذكورة في عقد الشركة تتعلق بأحقية المساهم في حضور الجمعيات العامة والتصويت فيها. على أنه

يجوز الخروج على هذه الأحكام بقبول جميع المساهمين كتابياً أو بتصويت إجمالي يشترك فيه جميع المساهمين، وبعد موافقة الهيئة واستيفاء الإجراءات اللازمة لتعديل عقد الشركة". حيث تعتبر المادة (٣/١٧٨) باطلاً كل نص في عقد الشركة يمنع المساهم من حقه في حضور الجمعية العامة والمشاركة في مداولاتها، في حين تجيز المادة (٣/١٨٠) ذلك بقبول جميع المساهمين.

ثلاثة عشر - نطاق منع رئيس مجلس الإدارة من تولي منصب الرئيس التنفيذي بمقتضى المادتين (١٨٣) و (١٨٥) من قانون الشركات:

نصت المادة (١٨٣) من قانون الشركات على أنه: "... ولا يجوز الجمع بين منصبي رئيس مجلس الإدارة والرئيس التنفيذي". وذلك بغرض الاستجابة لمتطلبات حوكمة الشركات، بالفصل بين الملكية والإدارة بما يحقق أفضل حماية وتوازن بين مصالح إدارة الشركة والمساهمين فيها، وأصحاب المصالح الأخرى المرتبطة بها. وعلى الرغم من ذلك فقد ضيق المشرع من نطاق الحظر وفتح ثغرة لممارسة رئيس مجلس الإدارة بعض الأعمال التنفيذية بمقتضى المادة (١٨٥) من قانون الشركات التي نصت على أنه لمجلس الإدارة أن يوزع العمل بين أعضائه وفقاً لطبيعة أعمال الشركة، كما يجوز للمجلس أن يفوض أحد أعضائه للقيام بعمل معين أو أكثر، أو الإشراف على وجه من وجوه نشاط الشركة، أو ممارسة بعض السلطات أو الاختصاصات المنوطة بالمجلس.

أربعة عشر - مدى خضوع تحالف مجموعة من المساهمين لتعيين ممثل لهم في مجلس الإدارة لواجب الإفصاح عن المصالح:

نصت المادة (١٨٨) من قانون الشركات على أنه يجوز لمجموعة من المساهمين أن يتحالفوا فيما بينهم لتعيين ممثل أو أكثر عنهم في مجلس الإدارة وذلك بنسبة ملكيتهم مجتمعة. ويثور التساؤل حول مدة التزام هؤلاء بالإفصاح عن مصالحهم في ضوء المادة (١٠٠) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، التي ألزمت بإفصاح كل شخص مستفيد له مصلحة تمثل ٥٪ فأكثر من رأس مال شركة مدرجة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر أو كمجموعة أو بالتحالف مع آخرين.

وقد حددت المادة (٢-١-٢) في كتاب الإفصاح والشفافية من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال المصلحة غير المباشرة أو بالتحالف مع آخرين بحقوق التصويت التي يحصل عليها الشخص المستفيد بشكل دائم أو مؤقت بموجب اتفاق مع مالك هذه الأسهم، ومن ثم ينبغي لهيئة أسواق المال أن تحدد بدقة مدى خضوع

التحالف بين مجموعة من المساهمين لتعيين ممثل عنهم في مجلس الإدارة أو التحالف من أجل انتخاب ممثل عنهم في المجلس^(٢٠).

خمس عشرة - فتح دفاتر الشركة لاطلاع المشتري المحتمل لحصة كبيرة في رأس المال بالمخالفة للمادة (١٩٦) من قانون الشركات:

نصت المادة (١٩٦) من قانون الشركات على أنه: "لا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة أن يفصحوا إلى المساهمين في غير اجتماعات الجمعية العامة أو إلى الغير عما وقفوا عليه من أسرار الشركة بسبب مباشرتهم للإدارة، وإلا وجب عزلهم ومساءلتهم عن تعويض الأضرار الناتجة عن المخالفة". وقد رصدت المادة (٦/٣٠٣) من قانون الشركات عقوبة جنائية تتمثل بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على مائة ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من يفشي في غير الأحوال التي يلزمه القانون بما يحصل عليه بحكم عمله من أسرار.

وتثور الحاجة إلى فتح دفاتر الشركة في بعض الأحيان للمشتري المحتمل لحصة كبيرة من رأس المال من أحد كبار المساهمين، وذلك من أجل تمكين المشتري المحتمل من الاطلاع على جميع البيانات وعمل الدراسات للوقوف على المركز المالي للشركة لتحديد القيمة الفعلية لأسهم الشركة المراد شراؤها (due diligence) (الدراسة أو التقرير النافي للجهالة). وقد جرى العمل على صدور قرار من مجلس الإدارة أو من الجمعية العامة العادية بالموافقة على فتح الدفاتر للمشتري المحتمل لإعداد تقريره النافي للجهالة. وإزاء صراحة المادة (١٩٦) من قانون الشركات فإن عمل ذلك من شأنه مخالفة المادة (١٩٦) من قانون الشركات، ومن ثم الخضوع للعقوبة المقررة في المادة (٦/٣٠٣) من قانون الشركات.

ستة عشر - تحديد التعاملات التي تمت أو ستتم مع الأطراف ذات الصلة:

ثمة ارتباط بين المادة (١٠/٢١١) والمادة (١٩٩) من قانون الشركات، حيث نصت المادة (١٠/٢١١) على أنه تختص الجمعية العامة العادية السنوية للشركة باتخاذ القرارات في المسائل التي تدخل في اختصاصها ومنها "تقرير التعاملات التي تمت أو ستتم مع الأطراف ذات الصلة، وتعرف الأطراف ذات الصلة طبقاً لمبادئ

(٢٠) حول إعلان المصالح انظر: أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، الجزء الثاني، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠١٥، ص ٤٦٣-٤٧٨.

المحاسبة الدولية". وأساس ذلك ما نصت عليه المادة (١٩٩) من أنه: "لا يجوز أن يكون لمن له ممثل في مجلس الإدارة أو لرئيس أو أحد أعضاء مجلس الإدارة أو أحد أعضاء الإدارة التنفيذية أو أزواجهم أو أقاربهم من الدرجة الثانية مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في العقود والتصرفات التي تبرم مع الشركة أو لحسابها إلا إذا كان ذلك بترخيص يصدر عن الجمعية العامة العادية".

من الأهمية بمكان الوقوف على ما إذا كان من الجائز إبرام الشركة تصرفات أو عقود مع أعضاء مجلس الإدارة ثم عرض هذه التصرفات بعد ذلك لأخذ موافقة الجمعية العامة العادية بحسبان أن المشرع في صياغة المادة (١٠/٢١١) يستعمل عبارة تقرير التعاملات التي تمت أو ستتم مع الأطراف ذات الصلة، بالاستناد إلى قاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، نرى أن ذلك غير جائز لأن المادة (١٩٩) تشترط ترخيص يصدر عن الجمعية العامة العادية، ولا تسري قاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، حيث لا تجدي إجازة الجمعية العامة نفعا إذا أبرم التصرف ونفذ قبل موافقة الجمعية العامة، مع قيام احتمال عدم موافقة الجمعية العامة على التصرف السابق.

وبالنسبة إلى قيام الشركة بإقراض أعضاء مجلس الإدارة، فإنه على الرغم من المادة (٢٠٠) من قانون الشركات التي نصت على استثناء البنوك والشركات التي يجوز لها الإقراض، فقد حظر المشرع على الشركات إقراض أعضاء مجلس الإدارة ما لم يكن هناك تفويض خاص بذلك من الجمعية العامة العادية للشركة، ولا يسري هذا الاستثناء على أعضاء مجلس إدارة البنوك بالاستناد إلى المادة (٦٩) من القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي والمهنة المصرفية التي حظرت على البنوك منح - بأي شكل من الأشكال - قروض أو سلف بالحساب الجاري أو تقديم كفالات لأعضاء مجلس إدارتها إلا بترخيص مسبق من الجمعية العامة.

سبعة عشر - ملكية مراقب الحسابات أسهم الشركة:

حظرت المادة (٢٢٨) من قانون الشركات على مراقب الحسابات شراء أسهم الشركة التي يراجع حساباتها أو بيعها خلال فترة التدقيق أو أداء أي عمل استشاري للشركة. بما حاصله أن ثمة حظر زمني مؤقت على مراقب حسابات الشركة في شراء أسهم الشركة التي يراجع حساباتها أو بيعها خلال فترة التدقيق. وثمة ملاحظتان على هذا الحظر:

الملاحظة الأولى: تتمثل في أن الأصل العام جواز شراء مراقب الحسابات أسهم

الشركة التي يراجع حساباتها وبيعها واستثناء حظر ذلك في فترة التدقيق، وليس واضحاً من الناحية القانونية المدى الزمني لفترة التدقيق، وهذه العبارة غير منضبطة، لأن مراقب الحسابات مطلع يخضع للحظر الوارد في المادة (١١٨) من قانون ٧ لسنة ٢٠١٠ في شأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، وبصفة عامة يحظر على المطلع التداول في الأوراق المالية للشركة المصدرة خلال عشرة أيام عمل قبل نهاية ربع السنة المالية وحتى الإعلان عن النتائج المالية لتلك الفترة وخلال عشرة أيام عمل قبل نهاية السنة المالية وحتى الإعلان عن النتائج المالية لتلك الفترة حسبما نص عليه كتاب الإفصاح والشفافية في الفصل الثالث من تنظيم التعامل في الأوراق المالية للأشخاص المطلعين في المادة (٣-١).

الملاحظة الثانية: على الرغم من أنه يجوز لمراقب الحسابات شراء أسهم الشركة التي يراجع حساباتها وبيعها - عدا فترة التدقيق - فإنه ينبغي ألا يكون من الدائنين أو من كبار المساهمين ممن يملك أكثر من ٥٪ من رأس المال.

ثمانية عشر - تمويل أو إقراض الشركة القابضة شركاتها التابعة إذا كانت تملك ما لا يقل عن ٢٠٪ من رأس مالها:

نصت المادة (٤/٢٤٦) من قانون الشركات على أنه يجوز للشركة القابضة أن تبشر كل أو بعض الاختصاصات المذكورة في هذه المادة ومنها "تمويل أو إقراض الشركات التي تملك فيها أسهماً أو حصصاً وكفالتها لدى الغير، وفي هذه الحالة يتعين ألا تقل نسبة ملكية الشركة القابضة في رأس مال الشركة المقترضة عن عشرين بالمائة". فإذا كانت الشركة يتحقق بها وصف قابضة فإن الشركة الأخرى تكون تابعة، وفي تعريفات الكتاب الأول من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال عرف الشركة التابعة بأنها التي يملك شخص آخر نسبة تزيد عن ٥٠٪ من رأس مالها، أما إذا كانت تملك نسبة لا تقل عن ٢٠٪ فإنه لا تكون تابعة وإنما شركة زميلة^(٢١).

تسعة عشر - إعداد الشركة القابضة ميزانية مجمعة وبيانات بالأرباح والخسائر لها ولجميع شركاتها التابعة:

نصت المادة (٢٤٧) من قانون الشركات على أنه: "تعد الشركة القابضة، في نهاية كل سنة مالية، ميزانية مجمعة وبيانات مالية بالأرباح والخسائر لها ولجميع شركاتها التابعة مشفوعة بالإيضاحات والبيانات المقررة وفقاً لما تتطلبه المعايير

(٢١) أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي المقارن، الجزء الثاني، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠١٥، ص ٧١٣.

المحاسبية الدولية". وتجدر الإشارة إلى أنه من الجائز أن تمتلك شركة غالبية أسهم أو حصص شركة أخرى، ويسري عليها هذا الالتزام دون أن يرد بعقد تأسيسها ما يفيد أنها شركة قابضة، حيث تعتبر وفق معايير المحاسبة الدولية شركة قابضة، بيد أنه قد تعجز الشركة القابضة عن إعداد ميزانية مجمعة مع شركاتها التابعة وفق متطلبات المادة (٢٤٧) في نهاية السنة المالية، حيث ينطوي ذلك على مدى زمني محدود.

عشرون - مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة:

نصت المادة (٢٤٩) من قانون الشركات على أنه: "تكون الشركة - مسؤولة على سبيل التضامن - عن ديون شركاتها التابعة في حالة توافر الشروط التالية:

- ١ - عدم كفاية أموال الشركة التابعة للوفاء بما عليها من التزامات.
- ٢ - أن تمتلك الشركة في الشركة التابعة نسبة من رأس مالها تمكنها من التحكم في تعيين غالبية أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين أو في القرارات التي تصدر عن الإدارة.
- ٣ - أن تتخذ الشركة التابعة قرارات أو تقوم بتصرفات تستهدف مصلحة الشركة المالكة والمسيطرة عليها وتضر بمصلحة الشركة التابعة أو دائئها، وتكون هي السبب الرئيسي في عدم قدرة الشركة التابعة على الوفاء بما عليها من التزامات..". ونرى أنه ليس ثمة حاجة إلى الشرطين الأولين، وذلك لسريان الشرط الأول دون حاجة للنص عليه صراحة، نتيجة إلى استقلال الشخصية الاعتبارية للشركة التابعة بما لها من ذمة مالية عن الشركة القابضة، وأما الشرط الثاني لأن في تعريف الشركة التابعة والشركة القابضة (الأم) ضمن الكتاب الأول في التعريفات اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال ما يفيد بأن تكون الشركة تابعة إذا تملك شخص نسبة ملكية تزيد عن ٥٠٪ من رأس مالها، ولا ريب في أن هذه النسبة تمكن من التحكم في تعيين غالبية أعضاء الإدارة أو المديرين أو التحكم في القرارات التي تصدر عن الإدارة. ونرى كفاية الشرط الأخير لتحديد مسؤولية الشركة القابضة عن ديون شركاتها التابعة.

واحد وعشرون - انقضاء الشركة المهنية إذا اقتصرَت الشركة على شريك واحد:

نصت المادة (٢٧٥) من قانون الشركات ضمن الأسباب الخاصة لانقضاء الشركات على أنه تنقضي الشركة المهنية إذا اقتصرَت لأي سبب من الأسباب على شريك واحد، إلا إذا بادر هذا الشريك خلال ستة أشهر بإدخال شريك آخر أو أكثر".

ومناطق ذلك هو من ناحية مراعاة الحد الأدنى لعدد الشركاء والتعاون الجماعي فيما بينهم من ناحية أخرى. بيد أن الشركة المهنية قد تأخذ شكل شركة المساهمة المقفلة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التضامن أو التوصية البسيطة.

وإذا كان هذا السبب الخاص يصدق في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والتضامن والتوصية البسيطة، فإنه غير صحيح في شركة المساهمة المقفلة، لأن الحد الأدنى لعدد المؤسسين هو خمسة شركاء بمقتضى المادة (٥/١٢١) من قانون الشركات، فهل يمكن استمرار الشركة في حالة خروج واحد منهم، بمعنى اقتصار الشركة على أربعة شركاء؟

اثنا عشر - عدم ربط جريمة استغلال المعلومات مع العقوبة:

نصت المادة (١٩٥) من قانون الشركات على أنه لا يجوز لرئيس أو عضو مجلس الإدارة ولو كان ممثلاً لشخص اعتباري أن يستغل المعلومات التي وصلت إليه بحكم منصبه في الحصول على فائدة لنفسه أو لغيره. ولا توجد مادة واضحة تحدد العقوبة في باب العقوبات، سوى ما نصت عليه المادة (٤/٣٠٤) من قانون الشركات من أنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل عضو مجلس إدارة أو مدير أو مصفي استغل بسوء نية بهذه الصفة أموال الشركة أو أسهمها لتحقيق منافع شخصية له أو لغيره بطريق مباشر أو غير مباشر. ومن الواضح عدم توافق المخالفة الواردة في المادة (١٩٥) مع الجريمة الواردة في المادة (٤/٣٠٤)، ذلك أن المخالفة في المادة الأولى عبارة عن استغلال معلومات، في حين الثانية استغلال أموال أو أسهم الشركة، وكان من الأجدي ربط مواد العقوبات مع أرقام مواد وردت في ثانيا قانون الشركات.

الخاتمة:

نؤكد في هذه الخاتمة ما انتهينا إليه في خاتمة الجزء الأول من هذا التعليق بأن ثمة عجلة في إصدار قانون الشركات، انعكس ذلك على صياغة غير منضبطة في بعض موادها، وظهر ذلك في تكرار قواعد خاصة لا تختلف عن القواعد العامة، أو تعارض بين بعض المواد أو غموض فيها على النحو المبين في ثانيا التعليق.

Understanding the Regulatory Context of the Internet

Dr. Alyamamah Khudair Al-Harbi
PhD in Internet, Media, and
E-Commerce Law

Abstract:

This paper focuses on regulatory issues arising from the Internet as an advanced technological medium, which requires an orientation on key elementary issues: first, its history, and second, the technological aspects behind it which means the software and hardware that altogether compose the infrastructure of the network. It describes the whole picture for the Internet as a regulatory context. It provides a brief history of the development of the Internet since its early days until recently. It then attempts to define the term 'Internet', looking at the network's infrastructure and then at the services it provides for the users. It also deals in brief with the regulatory issues originating from the distinctive nature of the Internet as a global network. The paper will lay down the background against which self- and co-regulation methods arose as alternative regulatory arrangements that are able to cope up with the complexity of the Internet.

Introduction

In the case of Kuwait, the Internet had been a complex environment that raised regulatory challenges for law makers before the **20/2014 Law Regarding the Electronic Transactions** was issued to be the first of its kind providing a regulatory framework for civil, commercial, and administrative transactions conducted by electronic means. One of the main barriers to initiating a workable framework for Internet governance was the lack of a specialised legal knowledge that would bridge the gap between the advanced technologies of the Internet and the legal

profession. This can be applicable to other countries in the region who still struggle with the elementary question of how to regulate the Internet?

One of the purposes of this paper is to fill that gap. However, it is not intended to comment on the **20/2014 Law** in this paper, it focuses on regulatory issues arising from the Internet. In the first place, it is necessary to understand the nature of the Internet as an advanced technological medium, which requires an orientation on key elementary issues: first, its history, and second, the technological aspects behind it which means the software and hardware that altogether compose the infrastructure of the network. By understanding those issues the regulatory context of the Internet becomes clear.

For this purpose, this paper describes the whole picture for the Internet as a regulatory context. It provides a brief history of the development of the Internet since its early days until recently. It then attempts to define the term 'Internet', looking at the network's infrastructure and then at the services it provides for the users. It also deals in brief with the regulatory issues originating from the distinctive nature of the Internet as a global network. The paper will lay down the background against which self- and co-regulation methods arose as alternative regulatory arrangements that are able to cope up with the complexity of the Internet but also involve limitations of freedom of expression⁽¹⁾. This paper is designed to underpin the theoretical foundations behind the self-regulation of Internet content in the light of experiences from US, EU, and UK systems. Given the complexity of the Internet as a regulatory context and the multiple dimensions of content regulation, the paper is intended to build an informed understanding of the nature of the Internet as an advanced technological medium.

(1) These issues are considered in further depth in: Al-Harbi, Alyamamah (2012), the Constitutional Implications of 'Monitoring' Harmful Internet Content in Kuwait: an Empirical Study in Light of European Union/United Kingdom and United States Regulatory Models, a thesis submitted for the degree of PhD (Department of Law/University of Essex).

Accordingly, this paper proceeds as follows: first section one highlights the history of the Internet in brief, and then section two defines the Internet as a term by looking first at its infrastructure, and then at the services it provides for the end users. Section three looks into the characteristics of Internet and multimedia content that entail advanced regulatory methods outside traditional state regulation. Also, it sheds light on the term 'convergence' and the emergence of multimedia services.

1. Concise Summary of the Internet

Internet technical development explains why it has become a global two-way network that integrates communication and information. This means that the involved parties can transmit and receive information via the network as well as communicate and interact with other users in various ways as it is explained below. Since the beginning of the network there have been various entities that worked together to make the Internet possible. The founders were a mixture of public, academic and business players. This fact explains the decentralized nature of the Internet since its early days. A significant progress was the design of Internet protocols which are essential components of the system that make it operate in the way we see. The 1990s witnessed the exponential growth of the Internet because of two events. The first was commercialising the network to be open to the public and the second was the emergence of the World Wide Web (WWW)⁽²⁾. The WWW is "The set of all information accessible using computers and networking, each unit of information identified by a URI."⁽³⁾

The Internet began in the US in 1964 as part of a federally-funded research program at the Advanced Research Project Agency (ARPA). It

(2) Cerf, V. G. and the Computing Research Association (1995, 1996, 1997), Computers Networking: Global Infrastructure for the 21st Century, online available at: <http://www.cs.washington.edu/homes/lazowska/cra/networks.html>, last accessed on 15/03/2017.

(3) Berners-Lee, T. with Fischetti (1999), *Weaving the Web: the Past, Present and Future of the World Wide Web by its Inventor*, (Orion Business: UK), p. 236. URI stands for (Universal Resource Identifier).

was an experimental project under the control of the US government and involving a number of universities and companies⁽⁴⁾. For this purpose, ARPANET was installed in 1969. ARPANET was based on linking a number of computers or 'nodes', exchanging messages that were divided up into a number of segments called 'packets'⁽⁵⁾. Its hosts started using the procedure Network Control Protocol (NCP). In the 1970s, a set of procedures was developed under the control of the US defence research laboratories (DARPA). The communication standard Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP), was created for specific purposes: the TCP for converting messages into streams of packets, and the IP for functions relating to addressing and routing the packets to their intended destination⁽⁶⁾.

In the mid-1980s, a major backbone communication service for the Internet, the NSFNET, was developed based on the initiative of the US National Science Foundation (NSF). In addition, other US state agencies contributed to developing backbone facilities such as the National Aeronautics and Space Administration (NASA) and the Department of Energy. That was not exclusive to the US but was also in Europe as Internet services became available through major international backbone services, such as NORDUNET and others. Also, commercial Internet service providers emerged at that time. It should be noted here that the continuous collaboration in the technical development of the Internet between entities from various fields: public, research and industry⁽⁷⁾. The operation and maintenance of the Internet have always involved similar

(4) A Brief History of the Internet by its inventors, version 3.32 last revised 10 Dec. 2003, available online at: <http://www.isoc.org/internet/history/cerf.shtml> last accessed on 15/03/2017; Cerf, V. (last modified on 15 Jan 2008), A Brief History of the Internet and Related Networks, online available at:

<http://www.isoc.org/internet/history/cerf.shtml>, last accessed on 15/03/2017; RFC 2235: Zakon, R. H. and The Internet Society (1997), Hobbes' Internet Timeline.

(5) On the initial concepts of the Internet, see: A Brief History of the Internet by its inventors, *supra* 4.

(6) RFC 791: Postel, J. editor (1981), Internet Protocol - DARPA Internet Program Protocol Specification", STD 5, USC/Information Sciences Institute, September 1981, pp. 1-3. See also: Vinton G. Cerf and the Computing Research Association (1995, 1996, 1997), *supra* 4.

(7) See: Internet Histories: A Brief History of the Internet and Related Networks by Vinton Cerf, Internet Society (2009), available online at: <http://www.isoc.org/internet/history/cerf.shtml>, last accessed on 15/03/2017.

collaboration⁽⁸⁾. For this reason a number of global organisations were established, such as the World Wide Web Consortium (W3C)⁽⁹⁾.

By May 1993 the WWW technology was available to everyone for free. However, in the mid-1990s, the network was transferred from government agencies to several private operations.⁽¹⁰⁾ As the Internet grew, more problems arose. There were concerns about the need to enhance security and privacy for business and e-commerce purposes. In addition, the possibility for illegal activities to be conducted over the Internet has been a fundamental reason behind states' pressure on the industry to adopt responsive regulatory solutions. Therefore, technology-based constraints have been developed within the Internet infrastructure. Also, commercial and advertising reasons have motivated the technologists to develop geo-locations and segmentation facilities to reach potential end-users⁽¹¹⁾.

In terms of the services available on the Internet, a new version of the web known as Web 2.0 was developed from 2002. Web 2.0 has maximised the social side of the Internet as it allows for more interactive communication and information sharing between users.⁽¹²⁾ The term was defined by O'Reilly as:

"Web 2.0 is the network as platform, spanning all connected devices; Web 2.0 applications are those that make the most

(8) See for example the role of Internet Activities Board (IAB) and its two primary components; the Internet Engineering Task Force (IETF) and the Internet Research Task Force (IRTF) in *supra* 7.

(9) (W3C) "is an international consortium where Member organizations, a full-time staff, and the public work together to develop Web standards. W3C's mission is: To lead the World Wide Web to its full potential by developing protocols and guidelines that ensure long-term growth for the Web". See the W3W website at: <http://www.w3.org/Consortium/>, last accessed on 15/03/2017.

(10) See: Charlesworth, A. (2000), "The Governance of the Internet in Europe" Ch3 in: YamanAkdeniz editor and others *The Internet, Law and Society* (Pearson Education Limited: UK), p.52. Also see: a Brief History of the Internet (2009) *supra* 4.

(11) For more information on Internet governance see: Zittrain, J. (2008), *The Future of the Internet and How to Stop It*, (US: Yale University Press), pp. 7-35; Wu, T. (2010), *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*, (New York: Alfred A. Knopf).

(12) The concept of Web 2.0 is not clearly defined. However, it is discussed in further details in: O'Reilly, T. (2005), 'What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software'.

of the intrinsic advantages of that platform: delivering software as a continually-updated service that gets better the more people use it, consuming and remixing data from multiple sources, including individual users, while providing their own data and services in a form that allows remixing by others, creating network effects through an "architecture of participation," and going beyond the page metaphor of Web 1.0 to deliver rich user experiences."⁽¹³⁾

Since then, many social networks have emerged such as 'YouTube', 'MySpace', and 'Flickr'. These new technologies allow end-users to produce their own content which is known as User Generated Content (UGC).

However, the nature of the Internet promises more technological developments yet to come. As those developments bring new ways of providing services and interaction, more complicated legal issues are likely to arise in parallel, amongst which are concerns about the availability of illegal and harmful content. Thus, the theoretical analysis of the problem in the context of the Internet requires defining the term 'Internet' itself from a legal perspective.

2. Defining the Internet

Internet was precisely defined in a resolution passed by the Federal Networking Council (FNC)⁽¹⁴⁾, the definition was developed in consultation with the leadership of the Internet and Intellectual Property Rights (IPR) Communities.

"The Federal Networking Council (FNC) agrees that the following language reflects our definition of the term "Internet".

(13) O'Reilly, T. (2005), 'Web 2.0: Compact definition?' *O'Reilly Radar* blog, 1/10/2005, available online at: <http://radar.oreilly.com/archives/2005/10/web-20-compact-definition.html>, last accessed on 16/03/2017.

(14) The Federal Networking Council (FNC) was chartered by the National Science and Technology Council's Committee on Computing, Information and Communications (CCIC) to act as a forum for networking collaborations among Federal agencies. On October 1997, it was decided to coalesce the FNC activities into several of the newer sub-organizations of the CCIC. For further information, see: University of Illinois Board of Trustees (1997), the FNC archived material-The Federal Networking Council.

- “Internet” refers to the global information system that
- i - Is logically linked together by a globally unique address space based on the Internet Protocol (IP) or its subsequent extensions/follow-ons;
 - ii - Is able to support communications using the Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP) suite or its subsequent extensions/follow-ons, and/or other IP-compatible protocols; and
 - iii - Provides, uses or makes accessible, either publicly or privately, high level services layered on the communications and related infrastructure described herein”⁽¹⁵⁾

The Internet was defined by Lessig as:

"[A] network of networks. In the main, these networks connect over wires. All of these wires, and the machines linked by them, are controlled by someone. The vast majority are owned by private parties - owned, that is, by individuals and corporations that have chosen to link to the Net. Some are owned by the government"⁽¹⁶⁾.

The term 'Internet' was also defined by Tim Berners Lee and Mark Fischetti as:

“[a] global network of networks through which computers communicate by sending information in packets. Each network consists of computers connected by cables or wireless links”⁽¹⁷⁾.

The definition of Berners Lee and Fischetti simply indicates some of the Internet features but fails to articulate all its characteristics. However, Lessig's definition focuses on the identity of the net owners.

From the above definitions we can identify the criteria through which the Internet can be understood:

1. - By its infrastructure or the hardware and software components that make up the infrastructure through which various applications are distributed; and
2. - By the services it provides for the Internet users.

(15) Definition of Internet 24/10/1995 available online at:

http://www.nitrd.gov/fnc/Internet_res.html last accessed on 15/03/2017.

(16) Lessig, L. (2001a), *the Future of Ideas: the Fate of Commons in a Connected World*, (First Vintage Books Edition: New York), p 26.

(17) Berners-Lee, T. with Fischetti (1999), *Weaving the Web: the Past, Present and Future of the World Wide Web by its Inventor*, (Orion Business: UK).

Accordingly, the Internet is distinct from other media that also provide either communication or information or perhaps both, but in different ways from the Internet. Starting with the term telecommunications in its traditional meaning, it was defined in the US Telecommunications Act of 1996 as “the transmission, between or among points specified by the user, of information of the user’s choosing, without change in the form or content of the information as sent and received”⁽¹⁸⁾. Here, although telecommunications provide two-way communication, there is a significant difference from the Internet which is that telecommunications services do not allow the receiver to change either the form or the content of the information it receives. However, the Internet allows the end-user to use the information in various ways, including modifying the form and content of information. Therefore, telecommunications service is excluded from the definition of Internet. However, consequent upon convergence and technological development, new generations of mobile phones are providing access to the Internet. Also, the ability of mobile telecom networks to carry multimedia applications constitutes another intersection area with the Internet. These issues have to be born in mind when considering the question of Internet regulation.

Secondly, another close notion is broadcast media. However, there are differences between the two terms. The Internet differs from broadcast media in two fundamental aspects, first is the method of service delivery, and second is the way in which users consume the service, particularly services linked with content. Broadcast content is transmitted to the general public at the press of a button and following an appointed programmes schedule. Conversely, access to the Internet requires connection to an ISP, wired or wireless, by subscription or other means based on pull-in mechanisms free of time restrictions. Also, a main feature of Internet content is the absence of editorial responsibility in general, although web-based cast can be subject to editorial procedure. Further features of Internet content are shown below.

(18) Telecommunications Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, purpose statement, 110 Stat. 56, 56 (1996), at § 714.

2.1 Internet infrastructure

The Internet infrastructure is what gives the network the capability to distribute a massive amount of information and to carry various types of services such as commerce, entertainment, and communication. In addition, the Internet architecture involves technology-based constraints through its network designs and standards, besides system configurations which explain the technical side of Internet governance. This feature of the Internet infrastructure was explained first by Reidenberg in the theory of 'LexInformatica'⁽¹⁹⁾, and then it was developed by Lessig, however under the term 'Code as law'⁽²⁰⁾. According to this, technology-based constraints throughout the network infrastructure constitute a fundamental source of rules for Internet governance. The technical description is needed to understand the regulatory context of the Internet before conducting the regulatory analysis throughout the following chapters.

The Internet is based on a global and complex operational infrastructure which indicates the limitation of the traditional power of states to exercise direct governance over it⁽²¹⁾. Technically, the Internet interconnects millions of computing devices around the world⁽²²⁾. These devices are of various types, such as personal computers and other servers that store and transmit data and are known as 'hosts' or 'end systems'.

The expansion of the Internet has been an exceptional phenomenon throughout the world. Since 2000, the growth of Internet users has been

(19) Reidenberg, J. (1998), 'LexInformatica: the Formulation of Information Policy Rules Through Technology': 76 *Texas Law Review*, no.3 Feb, 554- 584.

(20) Lessig, L. (1999a), *Code and Other laws of Cyberspace*, (Basic Books: New York).

(21) There are arguments taken from economic market perspective regarding new trends in Internet history claiming the Internet is changing to more closed networks following new generations of devices Like iPhone. See Zittrain, J. (2008), *The Future of the Internet and How to Stop It*, (US: Yale University Press), pp. 7-8. For general information see: Wu, T. (2010), *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*, (New York: Alfred A. Knopf).

(22) Internet Usage Statistics The Internet Big Picture: World Internet Usage and Population Statistics, last updated on March 04, 2017, available online at: <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>, last accessed on 16/03/2017.

estimated at 923.9 % worldwide⁽²³⁾, and by end of 2016, around 49.2 % of the world's population was estimated to have access to the Internet.⁽²⁴⁾

Internet access is available to the end-user through connection to commercial ISPs. According to Noam there are eight industries comprising the basic infrastructure components of the Internet: ISPs, broadband providers, portals, search engines, browser software, media player software, and IP telephony⁽²⁵⁾. The ISPs are known to be at the edge of the network connected to the rest of the networks through Internet backbone companies, which are a few companies at the top of the network such as AT & T and Verizon. The Internet backbone are also known to be international in their coverage, directly connected to each of the Internet backbone companies, and also connected to a large number of other local ISPs⁽²⁶⁾. From a regulatory perspective the ISPs constitute the most important local intermediaries in terms of content regulation⁽²⁷⁾.

The Internet is regulated through its infrastructure. Thus, there are four essential concepts about Internet infrastructure that have to be understood:

- 1 - packet switching network,
- 2 - Internet protocols that allow multiple packet networks to be interconnected,
- 3 - the concept of layers which is used as a tool for legal regulatory analysis,
- 4 - and end-to-end, the principle of control.

The four concepts are briefly explained below.

(23) *Ibid.*

(24) *Ibid.* See also: ITU (2016), *ICT Facts and Figures 2016*, (Geneva International Telecommunication Union).

(25) Noam, E. (2003), 'the Internet: Still Wide Open and Competitive?' *Oxford Internet Institute Issue Brief* No.1, August, p.2.

(26) Kurose, J. F. & Ross, K. W. (2003), *Computer networking: A Top-Down Approach Featuring the Internet*, 2nd ed. (Pearson Education: US), p39.

(27) See the discussion on how governments rule the net through Internet intermediaries in Goldsmith, J. & Wu, T. (2006), *Who Controls the Internet? Illusions a Borderless World*, (Oxford University Press), pp. 65-85.

I - Packet Switching Network

Within the global network, 'hosts' or 'end systems' are connected by communications links through which Internet traffic flows. These links are made up of different types of physical media namely: conventional copper wire, coaxial cable, fibre optics and radio waves. There are different rates for data transmission over the different types of communication links and the link transmission rate is called 'bandwidth' which is measured in bits/second. However, end systems are not directly connected to each other but indirectly through 'routers' which constitute the intermediate switching devices with ingoing and outgoing communication links. Here, the amount of information transmitted is called a 'packet' which flows from the sending end system to the receiving end system through what is known as a 'route' or 'path'. This was exactly the idea behind creating a decentralized network based on packet switching technology, or the Internet in its present form.⁽²⁸⁾

The Internet provides for multiple communicating end systems to share a path, or even parts of it, at the same time instead of providing a dedicated path. This is known as a 'packet switching' system, which was explained by Cerf:

"In a packet switching system, data to be communicated is broken into small chunks that are labelled to show where they come from and where they are to go, rather like postcards in the postal system. Like postcards, packets have a maximum length and are not necessarily reliable. Packets are forwarded from one computer to another until they arrive at their destination. If any are lost, they are re-sent by the originator. The recipient acknowledges receipt of packets to eliminate unnecessary re-transmissions."⁽²⁹⁾

Thus, the Internet constitutes a packet switching network as an alternative for the traditional 'circuit switching' technology used in telephony networks. In circuit switching networks the communication between two hosts would take a direct 'end-to-end' connection and during the communication session the resources needed along a path, such as

(28) On the initial concepts of the Internet, see: A Brief History of the Internet by its inventors, *supra* 4.

(29) Cerf, V. G. and the Computing Research Association (1995, 1996, 1997), *supra* 4. Also, see RFC 970 - On packet switches with infinite storage by John Nagle, December 1985.

link bandwidth, to provide for communication between the end systems are reserved for this particular communication session, while in packet-switched network, these resources are not reserved but used on demand and may have to wait for access to a communication link. This latter description summarises the idea of time-sharing provided through 'packet switching' communication.⁽³⁰⁾ The exchange of packets between two machines on the net is managed by a set of (TCP/IP) protocols which is explained in the next section.

II. TCP/IP Protocols

The concept of Internet Protocol was defined by Berners-Lee as "[a] language and a set of rules that allow computers to interact in a well-defined way"⁽³¹⁾. According to Postel, there are two functions implemented by TCP/IP: addressing and fragmentation⁽³²⁾. He explains:

"The internet modules use fields in the internet header to fragment and reassemble internet datagrams when necessary for transmission through "small packet" networks.

The mode of operation is that an internet module resides in each host engaged in internet communication and in each gateway that interconnects networks. These modules share common rules for interpreting address fields and for fragmenting and assembling internet datagrams. In addition, these modules (especially in gateways) have procedures for making routing decisions and other functions."⁽³³⁾

The Internet protocols provide two types of identification on the Internet, first for the computer on which a server runs which is known as 'Internet Protocol address', a unique 32-bit identifier looking like this: 86.166.164.41; a second type is a service identifier known as a 'protocol port number' which identifies each available service. For example, Hyper

(30) Lessig distinguishes between the telephone network and the Internet from a regulatory perspective. For further information, see: Lessig, L. (1999a), *Code and Other laws of Cyberspace*, (Basic Books: New York), pp. 44-46.

(31) Berners-Lee, T. with Fischetti (1999), *Weaving the Web: the Past, Present and Future of the World Wide Web by its Inventor*, (Orion Business: UK).

(32) RFC 791: Postel, J. editor (1981), Internet Protocol - DARPA Internet Program Protocol Specification", STD 5, USC/Information Sciences Institute, September 1981.

(33) *Ibid*; Lessig, L. (1999a), *Code and Other laws of Cyberspace*, (Basic Books: New York), pp. 100-102; Lessig, L. (2006a), *Code: Version 2.0*, 2nd ed., (Basic Books: U.S), p.43.

Text Transfer Protocol (HTTP) is a protocol to publish and read hypertext documents on the web⁽³⁴⁾. Actually, this is based on the original version of the IP suite known as IPv4. However, a new version of Internet Protocol called IPv6 has addresses which are 128-bit identifiers for interfaces and sets of interfaces⁽³⁵⁾. IPv6 maximizes the authentication function to identify senders and receivers of information over the Internet. This later development increases the potential for control of behaviours as it eliminates the opportunity for end-users to remain anonymous⁽³⁶⁾.

III. The concept of layers

The concept of 'layers', used as a tool for legal regulatory analysis, was first described by Yochai Benkler and later adopted by Lawrence Lessig to articulate the way in which a communications system is run. Benkler and Lessig divide the system into three layers: the physical infrastructure layer that includes wires, cable, and radio frequency spectrum; then the logical infrastructure layer which means software, and finally the content layer⁽³⁷⁾.

Internet 'layered protocol stack' was justified by end-to-end (e-2-e) argument as it was intended to be not only a structure for the network design, but also a philosophy about keeping the network as simple as possible.

IV. End-2-end

The aim of e-2e was deregulation of the network at its content level. This design was described by network architects Jerome Saltzer, David Clark and David Reed:

“end-to-end arguments have...two complementary goals:

- [1] Higher-level layers, more specific to an application, are free to (and thus expected to) organize lower-level network

(34) Further explanation how TCP/IP implemented provided by Lessig, L. (1999a), *Code and Other laws of Cyberspace*, (Basic Books: New York), pp. 100- 102.

(35) Hinden, R. & Deering, S. (2003), Internet Protocol Version 6 (IPv6) Addressing Architecture, RFC 3513 Internet Society, April.

(36) See for example: Shawn, H. (2001), 'Translating Privacy Values with Technology': 7 *B. U. J. Sci. & Tech. L.* 288; and Lessig, L. (2006a), *Code: Version 2.0*, 2nd ed., (Basic Books: U.S), p. 54.

(37) See: Benkler, Y. (2000), "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation": *Federal Communications Law Journal* 52, 561, 562-63; Lessig, L. ((2001a), *the Future of Ideas: the Fate of Commons in a Connected World*, (First Vintage Books Edition: New York), p 23.

resources to achieve application-specific design goals efficiently. (application autonomy);

[2] Lower-level layers, which support many independent applications, should provide only resources of broad utility across applications, while providing to applications usable means for effective sharing of resources and resolution of resource conflicts. (network transparency)”,⁽³⁸⁾.

The impact of 'end-to-end' design is providing more ability to the users at the lower level or edge of the network, because control is placed at that end instead of higher level of the network, in order to sustain innovations of applications for the network independently from the network owners. So, in contrast to traditional communications network which are centrally controlled, no approval or technical configuration is required inside the network. However, that was the original design of the Internet. As the network has grown up, the principle of end-to-end has been eroded. The design of the network has been developed to integrate more technology-based regulation in order to meet various regulatory objectives. These diverse objectives might be commercial or non-commercial depending on the type of interest they reflect amongst the Internet multi stakeholders. For example, the demand for increased security standards for e-commerce purposes was behind the development of a protocol known as “Cookie” which allows a web server to deposit a small bit of data on the user’s computer so the server could recognize the user when it exits to another page⁽³⁹⁾. Another example is the impact of state pressure on the industry to develop special technologies to facilitate censorship of illegal and harmful content.

2.2 Internet services

Two elements must be understood in order to assimilate the Internet services: the types of services provided over the network, and the role of

(38) See: Reed, D. P. *et al.*, Commentaries on "Active Networking and End-to-End Arguments," 12 IEEE Network 66, 69-71, (May-June 1998).

(39) For further details on architectural constraints over the network see: Lessig, L. (2006a), *Code: Version 2.0*, 2nd ed., (Basic Books: U.S), pp. 38-60.

the Internet Service Providers (ISPs) and Internet Content Producers (ICPs).

I. The available services (the virtual world)

Essential services accessed from the Internet by electronic means and based on the hybrid nature of the Internet as a communication/information medium are described by Chadwick as "a set of mass media"⁽⁴⁰⁾. These services have been broadly grouped into the following; electronic mail (e-mail), search engines and directories, dialog services between users with a common interest (chat), personalised and social networks based on Web 2.0 technologies like weblogs, and e-commerce of goods and services through the network.

Since the emergence of the Internet the social side has been crucial. According to its inventors the Internet influence was not only intended for the technical fields of computer communications but throughout society moving toward increasing use of online tools to accomplish the wide range of services provided through the network⁽⁴¹⁾. Therefore, the idea of the Internet as a parallel 'place' to the real world or (cyberspace)⁽⁴²⁾ has arisen since it became available for the public⁽⁴³⁾. This reflects the social diversity of the network among which people gather in a large variety to communicate or socialise in real time. These communities are known as 'virtual communities'⁽⁴⁴⁾.

(40) Chadwick, A.(2006), *Internet Politics: States, Citizens and New Communication technologies*, (Oxford University Press: New York), p.6

(41) See a Brief History of the Internet by its inventors, *supra* 4; Vinton G. Cerf and the Computing Research Association (1995, 1996, 1997), *supra*4.

(42) The term 'Cyberspace' was first described in *Neuromancer* a science fiction novel by Gibson first published in 1984. It means "[t]he notional environment within which electronic communication occurs, esp. when represented as the inside of a computer system; space perceived as such by an observer but generated by a computer system and having no real existence; the space of virtual reality": Gibson, W. (1993), *Neuromancer*, (Harper Collins: London). Also, see: Lessig, L. (1999a), *Code and Other laws of Cyberspace*, (Basic Books: New York), pp. 63-84.

(43) Goldsmith, J. & Wu, T. (2006), *Who Controls the Internet? Illusions a Borderless World*, (Oxford University Press), pp. 13-17.

(44) For further information on the concept and nature of virtual communities see: Schalken, K. (2000), 'Virtual Communities: New Public Spheres on the internet?' in Hoff, J. & Horrocks, I. & Tops, P. editors, *Democratic Governance and New Technology: Technologically mediated innovations in Political Practice in Western Europe*, (Routledge: London), 153- 170.

In 2001, further types of personalised weblogs (blogs) emerged, allowing users to interact with content by posting comments⁽⁴⁵⁾. Later on, following the emergence of Web 2.0 technologies, new online social networks, such as My Space and Twitter, became available to end-users. These new technologies have maximised the ability of Internet users to consume content and contribute to it. So, the users are able to download, comment, debate, and share various types of content such as videos, music, and texts. However, most importantly is the ability for users to upload User-Generated Content (UGC), although not necessarily created by the user⁽⁴⁶⁾. According to McNair, such developments led to the "rise of interactivity and mass participation"⁽⁴⁷⁾. The issue has drawn a great deal of attention within the literature of Internet politics and citizens' participation in democratic society⁽⁴⁸⁾. However, it is not the aim here to conduct a political analysis of the impact of the Internet on citizen participation. Here, the aim is to consider Internet content as the object to which regulation is applied. Therefore, understanding the features of such content is fundamental for regulatory purposes. As mentioned earlier in this paper, Internet content can be distinguished from traditional mass media through two criteria: the method of content delivery and the way in which the users consume or interact with content.

(45) See McNair, B. (2009), 'The Internet and the Changing Global Media Environment' in Chadwick, A. Howard, N. editors, *Routledge Handbook of Internet Politics*, (Routledge: Oxon), pp. 217-229, in particular pp. 221-23.

(46) *Ibid*, also see: Blazquez, F. j. c. (2008), 'User-Generated Content Services and Copyright': *IRIS plus Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, 2008-5; Papacharissi, Z. (2009), 'The Virtual Sphere 2.0: the Internet, the public Sphere, and Beyond' in Chadwick, A. Howard, N. editors, *Routledge Handbook of Internet Politics*, (Routledge: Oxon), 230-245; Stanyer, J. (2009), 'Web 2.0 and the Transformation of News and Journalism' in Chadwick, A. Howard, N. editors, *Routledge Handbook of Internet Politics*, (Routledge: Oxon), 201-214.

(47) *Ibid*.

(48) For a comprehensive background on Internet politics see: Chadwick, A. Howard, N. eds. (2009), *Routledge Handbook of Internet Politics*, (Routledge: Oxon); Chadwick, A. (2006), *Internet Politics: States, Citizens, and New Communication technologies*, (Oxford University Press: New York); Oates, S. & Owen, D. & Gibson, R. K. editors (2006), *The Internet and Politics: Citizens, Voters and Activists*, (Routledge: London); Hoff, J. & Horrocks, I. & Tops, P. editors (2000), *Democratic Governance and New Technology: Technologically mediated innovations in Political Practice in Western Europe*, (Routledge: London).

In this context, the coming together of all those services on the Internet is absolutely relevant to the phenomenon of convergence of media, information technologies, and telecommunication⁽⁴⁹⁾.

Convergence is briefly described below in relation to the closely allied notion of 'multimedia', by which means the characteristics of Internet content can be identified.

a) Convergence of media, IT, and telecommunications

The term 'convergence' in this context indicates the shift from a situation where media sectors are distinct or single purpose network to converged multipurpose networks which is reflected in the convergence of delivery channels. This convergence is linked with digitalization by which all forms of data are translated into digital bits⁽⁵⁰⁾. The convergence is reflected at various levels, indicated by Marsden and Verhulst⁽⁵¹⁾: convergence of content types (multimedia and new media), consumer markets convergence (access through multi devices, bottleneck control of data flow, convergence of broadcasting into the Internet) or which is described by Price and Verhulst as a "fundamentally different regulatory context"⁽⁵²⁾ compared to the analogue delivery model. They define the regulatory context by:

Shift in scarcities and intermediaries (based on the shift from analogue model to digital model).

(49) The complex interaction and the impacts of these interdependent factors and actors on the Internet as a regulatory context, are identified and analysed with special emphasis on Internet content in: Al-Harbi, Alyamamah (2012), *the Constitutional Implications of 'Monitoring' Harmful Internet Content in Kuwait: an Empirical Study in Light of European Union/United Kingdom and United States Regulatory Models*, a thesis submitted for the degree of PhD (Department of Law/University of Essex). See in particular pp. 44-54.

(50) Marsden, C. & Verhulst, S. (1999), 'Convergence: A Framework for Discussion' in Marsden, C. & Verhulst, S., *Convergence in European Digital TV Regulation*, (London: Blackstone Press Limited), pp. 1-20.

(51) Marsden, C. & Verhulst, S. (1999), *Ibid*; Tambini, D *et al.* (2008), *Codifying Cyberspace: Communications Self-regulation in the Age of Internet Convergence*, London: Routledge, pp. 30-37.

(52) Price, M. & Verhulst, S. (2005), *Self- Regulation and the Internet*, (Kluwer Law International), p. 137- 150.

1. Shift in information flows (from central information store to individual information store).⁽⁵³⁾

Convergence is also linked with the growth of the global information economy within which a multimedia market has cross-national regulatory influence⁽⁵⁴⁾.

b) Multimedia Services

As a result of convergence, new multimedia services emerge with wider ability; to carry different services by a single medium, to distribute a service through several different physical media, and to operate a multipurpose network or transmission mode⁽⁵⁵⁾. Multimedia was defined as “data that contains a combination of text, graphics, audio, and video”⁽⁵⁶⁾. In this context, Grewlich distinguished the term ‘new media’ services from ‘classic media’ by three ideas: “*firstly* the combination of different types of information; *secondly*, two-way communication or interactivity; and *thirdly*, the approximation, substitution or even the convergence of networks, terminal equipment and applications”⁽⁵⁷⁾. The term multimedia was also classified as “being synonymous with the term ‘Information Society Services’”⁽⁵⁸⁾. The latter was described as “any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.”⁽⁵⁹⁾

(53) Price, M. & Verhulst, S. (2005), *Ibid*; See also: Sauter, W. (1999), ‘Regulation for Convergence: Arguments for a Constitutional Approach?’ in Marsden, C. & Verhulst, S. (1999), *Convergence in European Digital TV Regulation*, (London: Blackstone Press Limited), pp. 65-98.

(54) See: Noveck, B. S. (1999), ‘Thinking Analogue about Digital Television? Bringing European Content Regulation into the Information Age’ Chapter 2 in Marsden, C. and Verhulst (Eds.), *Convergence in European Digital Television*, (Blackstone Press Ltd: London), pp. 21-64. For example, the European approach to data protection has been integrated into the network so it is applicable by default beyond the region.

(55) Goldberg, D., Prosser, T., Verhulst, S. (1998), *Regulating the Changing Media: A Comparative Study*, (Clarendon Press: Oxford), pp. 1-2.

(56) Comer, D. (2009), *Computer networks and Internets*, 5th ed. (Pearson Education International: US), p. 22.

(57) Grewlich, K. w. (1999), *Governance in "cyberspace": Access and Public Interest in Global Communications*, (Kluwer Law International: Netherlands), p. 59.

(58) Closs, W. (2001), “Does the Existing Regulatory Framework for Television Apply to the New Media”: *IRIS plus, Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, Issue 2001-6.

(59) Article 1(2) of Directive 98/34/ EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical

The characteristics of new multimedia have fundamentally changed the traditional context of mass media regulation. The impact affects the regulatory process of content regulation in several ways either regarding the rationale and justification of regulation or even practically in terms of methods of control, the identity of the regulator, and instruments of rules. Thus, self-regulation arose as a proper alternative response to deal with such converged services. Therefore, the role and liability of ISPs and ICPs become essential in regulating Internet content⁽⁶⁰⁾.

c) Internet content

Internet content is in various forms: text, images, audio, and video. It can be considered from different angles: first old forms of existing content that were provided through traditional interfaces based on the one-to-many push-button mechanism, in other words mass media, such as TV channels, radio and electronic versions of newspapers. These forms are now provided on the Internet, however, using pull-in delivery mechanisms. Here the content is duplicating the old form, but it is delivered differently where the end-user is able to download content with the choice of when and where to do so. Then there is Internet-based content which allows two-way, participative communication. Internet content is also divided into two generations: the type known as Web 1.0 which is characterised by downloading, consuming, corporate, based on separate media, and static. The abovementioned new generation of the Web 2.0 model is characterised by uploading, creating, being personal, based on converging media, and interactive. So, it has enhanced the

standards and regulations, as amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998. According to Sauter the concept of 'Information Society' emerged in the EU as a counter-initiative to the US 'Information Superhighways'. That was within a project promoted by the EC Commission in the context of driving the European economic and political integration. See: Sauter, W. (1999), 'Regulation for Convergence: Arguments for a Constitutional Approach?' in Marsden, C. & Verhulst, S., *Convergence in European Digital TV Regulation*, (London: Blackstone Press Limited), pp. 67-74.

(60) See: Al-Harbi, Alyamamah (2012), *the Constitutional Implications of 'Monitoring' Harmful Internet Content in Kuwait: an Empirical Study in Light of European Union/United Kingdom and United States Regulatory Models*, a thesis submitted for the degree of PhD (Department of Law/University of Essex), pp. 64-79.

ability of active end-users⁽⁶¹⁾ who create, annotate, comment and communicate⁽⁶²⁾.

There are two key elements in identifying type of content, the method through which it is delivered and the way consumers interact with it⁽⁶³⁾. Accordingly, Internet content is not delivered by a one-way controlled push-button method at appointed times and places and thus differs from the classic linear broadcasting. The two-way platforms changed the passive role of the consumer to an interactive relationship with the digital content which is being pulled in, modified, discussed and also reproduced for unlimited times and purposes. So, in addition to the existing professionally produced content, a new type of user-generated content is available on the Internet. These Web 2.0 platforms were classified by UK regulator Ofcom as: "social networking sites such as Myspace and Bebo, user/community-generated sites such as Youtube, and information sites such as Wikipedia."⁽⁶⁴⁾

The flow of information across such a global environment can include legal and non-legal content. In addition, content deemed to be harmful to minors is now accessible on the Internet outside traditional media zoning restrictions. Generally speaking, the availability of potentially illegal and harmful content raises the question of regulation. Internet characteristics explain the difficulty of dealing with such a complex non-central network operated by multi-stakeholders in terms of the applicable form and structure of regulation. A pragmatic response in combating undesirable types of Internet content required advanced technological knowledge and experience. Meanwhile, direct state

(61) Freedman, D. (2008), *The Rise and Fall of the Public Service Publisher*, a briefing paper prepared for the Center for Social Media Department of Media and Communications and Centre for the Study of Global Media and Democracy Goldsmiths, University of London.

(62) Harm and Offence in Media Content: Ofcom's Submission to the Byron Review in November 2007, Annex 6: Literary Review, A report for Ofcom By Andrea Millwood Hargrave and Sonia Livingstone, with David Brake Department of Media and Communications London School of Economics and Political Science, p.17. Also, see: Ofcom (2007), *A new approach to public service content in the digital media age*. Discussion paper, (London: Ofcom).

(63) See on digital content issues also papers published by Intellect the trade association for the UK technology industry: Intellect (2008), *Capitalising on Convergence 2 from Creation to Consumption: delivering Content in a Converged World* (February 2008); And Intellect (2008), *Capitalising on Convergence 2 the Blizzard of Content*, July.

(64) Ofcom (2007).

governance is challenged by practical and technological challenges. Intermediaries such as ISPs and ICPs are more likely to control the dissemination of content by imposing restrictions on access and distribution of content. In this context, the control of Internet content is practised by ISPs and ICPs through architectural constraints⁽⁶⁵⁾.

II. The rise of ISPs and ICPs in Internet regulation

As noted earlier, Internet access is available to the end-user through connection to commercial ISPs. Besides the basic actual connectivity, major ISPs usually provide additional content services through a default homepage 'portal' such as (msn.com) and (btyahoo.com). A wide range of facilities is available on those 'portal' homepages for the end-user, such as search facility, news, e-mail subscription, and entertainment services⁽⁶⁶⁾.

The term Internet Service Provider was defined in the European Directive 2000/31/EC: "'service provider": any natural or legal person providing an information society service"⁽⁶⁷⁾. Information society services are "services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC"⁽⁶⁸⁾. The latter defines 'service' as:

"any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

For the purposes of this definition:

'at a distance' means that the service is provided without the parties being simultaneously present,

(65) See Al-Harbi, Alyamamah (2012), *the Constitutional Implications of 'Monitoring' Harmful Internet Content in Kuwait: an Empirical Study in Light of European Union/United Kingdom and United States Regulatory Models*, a thesis submitted for the degree of PhD (Department of Law/University of Essex), pp. 41-43, 69-79.

(66) See: Tambini et al. (2008) *Codifying Cyberspace: Communications Self-regulation in the Age of Internet Convergence*, London: Routledge, pp.6-8; Sutter, G. (2005), 'Internet Service Providers and Liability' in Klang, M. & Murray, A., *Human Rights in the Digital Age*, (Glasshouse Press: London), pp. 71-84.

(67) Directive 2000/31/EC, Article 2(b).

(68) *Ibid*, Article 2(a).

‘by electronic means’ means that the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means,

‘at the individual request of a recipient of services’ means that the service is provided through the transmission of data on individual request.”⁽⁶⁹⁾

In fact, the ISPs constitute intermediaries for a massive amount of information and content passed or stored on their servers. Thus, their role in content regulation becomes significant as gatekeepers to the Internet. For this purpose, advanced filtering and rating technologies are used by ISPs and ICPs⁽⁷⁰⁾. Therefore, the question of the ISPs’ liability for content posted by third parties has been essential in the efforts to combat illegal and harmful content. According to Goldsmith and Wu, “Internet Service Providers are the obvious first target for a strategy of intermediary control”⁽⁷¹⁾. In the US and the European Union the ISPs enjoy a limited liability for content they distribute or store on their servers⁽⁷²⁾.

ISPs and ICPs usually apply rules originating from: their own standards, pre-existing standards (law or industry norms), or simply as a direct response to state pressure to do so. However, the fact that they enjoy limited liability for content, or are probably released from it, could

(69) Article 1(2) of Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations, as amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998.

(70) See s. 2.2.2 in: Al-Harbi, Alyamamah (2012), *the Constitutional Implications of ‘Monitoring’ Harmful Internet Content in Kuwait: an Empirical Study in Light of European Union/United Kingdom and United States Regulatory Models*, a thesis submitted for the degree of PhD (Department of Law/University of Essex), pp. 42-43.

(71) Goldsmith, J. & Wu, T. (2006), *Who Controls the Internet? Illusions a Borderless World*, (Oxford University Press), p.73.

(72) In this context, Yen indicates the controversy regarding ISPs’ liability for the behaviour of their subscribers, however, regarding copyright infringements. See: Yen, A. (2000), ‘Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment’: *Boston College Law School Research Paper No. 2000-03*.

result in unbalanced control of Internet content because there is possibility for ISPs and ICPs to over- or underestimate the potential harm of a given content. If such shortcomings occurred in the practice of ISPs' censorship then that might lead to illegitimate decisions. Driven by market imperatives, and interested mainly in making profits, it is cheaper for ISPs and ICPs to block or remove content rather than seeking legal advice. Consequently, the end-users rights to freedom of expression could be infringed. Thus, self-regulation by the industry was the preferred regulatory choice for governments and industry in the examined systems. However, the role of state is not completely absent⁽⁷³⁾. On the contrary, states have been involved in the development of Internet governance. The cooperation and interaction between the industry and states resulted in the move to co-regulation.

3. Alternative regulatory models for the Internet

During the last two decades the awareness of the need to combat certain types of content and conduct on the network has led to the adoption of more technological solutions integrated into the network infrastructure⁽⁷⁴⁾. In fact, the reason for that is the infrastructure's flexible design gave the network its emerging nature. In this context, Lessig stated that:

"Cyberspace has no permanent nature, save the nature of a place of unlimited plasticity. We don't *find* cyberspace, we build it. (If anything is socially constructed, cyberspace is.) And how we build it depends first upon the kind of place we want to make."⁽⁷⁵⁾

That proved to be true during years of the Internet maturing despite the claims for an Internet free from control⁽⁷⁶⁾. As the network grew, more concerns followed regarding unlawful activities occurring on it. In response to those diverse demands, architectural regulations were integrated into the network.

(73) Al-Harbi, Alyamamah (2012), *Ibid*.

(74) Zekos, G. I. (1993), "Internet or Electronic Technology: A threat to State Sovereignty", *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*.

(75) Lessig, L. (1996), 'Reading the Constitution in Cyberspace': 45 *Emory L. J.* 869.

(76) See: Goldsmith, J. (1998); Lessig, L. (2001a).

Since the Internet has become open to public use, the debate regarding Internet governance has been an interesting topic to research across different disciplines and to discuss the possibilities and limitations of designing balanced strategies for Internet regulation. In this context, the regular question of legitimacy and effectiveness has been crucial. A parallel development in legal thought followed the developments in Internet technologies as they facilitated architectural constraints through the network infrastructure. In particular three commentators' arguments have guided development in regulatory thoughts and attitudes towards Internet governance. These are Goldsmith, Lessig, and Reidenberg⁽⁷⁷⁾. Landmark court decisions like *Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racismet l'antisémitisme*⁽⁷⁸⁾ and *Reno v. ACLU*⁽⁷⁹⁾ have also influenced the literature of Internet governance.

Regulation constitutes intervention in a given field; the intervention must be justified by legitimate policy objectives to achieve, otherwise it would be undesirable intervention⁽⁸⁰⁾. In principle, purely state regulation of the Internet is not the right answer because of the abovementioned Internet characteristics as a decentralized international network run and operated by multiple players as it is explained in the previous sections of

(77) Goldsmith, J. (1998) 'Against Cyberanarchy': 65 *U. Chi. L. Rev.* 1199; Goldsmith, J. & Wu, T. (2006) *Who Controls the Internet? Illusions a Borderless World*, (Oxford University Press); Lessig, L. (2006a) *Code: Version 2.0*, 2nd ed., (Basic Books: U.S); Lessig, L. (1999) *Code and Other laws of Cyberspace*, (Basic Books: New York); Lessig, L. (2001a) *the Future of Ideas: the Fate of Commons in a Connected World*, (First Vintage Books Edition: New York); Lessig, L. (2001b) 'The End of End-To-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era': 48 *UCLA L. Rev.* 925; Testimony of Lawrence Lessig C. Wendell and Edith M. Carlsmith (Feb. 7, 2006b); Reidenberg, J. (2005) 'Technology and Internet Jurisdiction': 153 *U. Pa. L. Rev.* 1951; Reidenberg, J. (2004) 'States and Internet Enforcement': 1 *U. Ottawa L. & Tech. J.* 214; Reidenberg, J. (2002) 'Yahoo and Democracy on the Internet': 42 *Jurimetrics* 261; Reidenberg, J. (1998), 'LexInformatica: the Formulation of Information Policy Rules Through Technology': 76 *Texas Law Review*, no.3 Feb, 554- 584; Reidenberg, J. (1996) 'Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace': 45 *Emory L. J.* 911; Post, David G. (2000) What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cyberspace. *Stanford Law Review*, Vol. 52, p. 1439; Murray, A.D. D. & Scott, Colin David (2002) 'Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power': *Modern Law Review*, Vol. 65, pp. 491-516.

(78) *Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racism et l'antisémitisme* 2001 U.S. North Dist. California (San Joes Div.), 7 November 2001.

(79) *Reno v. American Civil Liberties Union* No. 96-511. 26/06/1997.

(80) Price, M. & Verhulst, S. (2005), *Self- Regulation and the Internet*, (Kluwer Law International), p.6.

this paper. This fact poses practical and technological difficulties in addition to some fundamental legal questions regarding jurisdiction and choice of applicable law⁽⁸¹⁾. For example, how to define the liable entity for certain undesirable content amongst all those parties who participate in the process of content generating and transmission? And are there available methods for states to impose their laws against users' behavior who are not based within their geographic territory?

However, this does not deny the fact that the Internet is actually regulated through a different form and structure of regulation by technological methods through the system design and based on codes and net protocols applied by the network owners. That is explained by the Lessig and Reidenberg theories of 'Code is law' and 'LexInformatica'⁽⁸²⁾. Control is possible by technological means by the network owners in addition to control by the net users⁽⁸³⁾.

However, it is necessary to indicate that the network system allows for two ways to control content. First, regulation of the delivery of content through network infrastructure⁽⁸⁴⁾; second, regulation that is practised on the actual content by means of censorship.⁽⁸⁵⁾

Accordingly, Internet content is controlled, however, by non-governmental entities, to maintain certain standards in the network through protocols they apply to it. Instead of command control, self-regulation involves a shift from legislation to industry-regulation. Thus, it is considered 'soft law', a term defined by Senden as

"[r]ules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but

(81) Reed, A. (2000), "Jurisdiction and Choice of Law in a Borderless Electronic Environment" Ch 4 in YamanAkdeniz editor and others, *The Internet, Law and Society* (Pearson Education Limited: UK) pp. 79-105.

(82) Reidenberg, J. (1998) 'LexInformatica: the Formulation of Information Policy Rules Through Technology'; Lessig, L. (1999a) *Code and Other laws of Cyberspace*, (Basic Books: New York).

(83) Hammond, A. (1995), "Regulating the Multi-Media Chimera: Electronic Speech Rights in the United States": *21 Rutgers Computer & Tech. L. J. 1*.

(84) Weinstein, S. (2003), "OFCOM, Information-Convergence and the Never Ending Drizzle of Electric Rain", *8 Int'l J. Comm. L. & Pol'y 5*.

(85) Weinstein, S. (2003), *Ibid*.

nevertheless may have certain - indirect - legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects"⁽⁸⁶⁾.

For example, 'soft law' instruments might take the form of communications, recommendations, and guidelines⁽⁸⁷⁾. Here, ISPs' codes of conduct can be classified as 'soft law'⁽⁸⁸⁾.

Self-regulation can be voluntarily applied, mandated by government either directly or indirectly under its pressure. The latter model of mandated self-regulation is known as co-regulation⁽⁸⁹⁾. In fact, making the regulatory choice between self-regulation and co-regulation is affected by socio-cultural factors under different legal systems. For example, Murray and Scott emphasized that while self-regulation strategies are well established under the UK system for media regulation, it is not the case in the US⁽⁹⁰⁾.

The state of economic development is another factor to be considered by policy designers in the regulatory procedure. According to Braithwaite, a responsive regulation approach has been designed in developed economies. Developing countries seem to have less regulatory capacity to adopt such an approach⁽⁹¹⁾. This is evident in Kuwait; for instance, the press refused to adopt codes of ethics for fear of potential pressure from the government on the press to implement codes against

(86) Senden, Linda A.J. (2005), 'Soft Law, Self-regulation and Co-regulation in European Law: Where do they Meet?': *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9, No. 1, January.

(87) Senden, Linda A.J. (2005), *Ibid*.

(88) *Ibid*.

(89) See Al-HarbiAlyamamah (2012), *the Constitutional Implications of 'Monitoring' Harmful Internet Content in Kuwait: an Empirical Study in Light of European Union/United Kingdom and United States Regulatory Models*, a thesis submitted for the degree of PhD (Department of Law/University of Essex), pp. 31-33.

(90) Murray, A.D. D. & Scott, David, C. (2002) 'Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power': *Modern Law Review*, Vol. 65, pp. 491-516; and Tambiniet al (2008), *Codifying Cyberspace: Communications Self-regulation in the Age of Internet Convergence*, London: Routledge. See Al-HarbiAlyamamah (2012), *the Constitutional Implications of 'Monitoring' Harmful Internet Content in Kuwait: an Empirical Study in Light of European Union/United Kingdom and United States Regulatory Models*, a thesis submitted for the degree of PhD (Department of Law/University of Essex), pp.64-68.

(91) Braithwaite, J. (2007), 'Responsive Regulation and Developing Economies' in Brown, D. & Woods, N. editors *Making Global Self-Regulation Effective in Developing Countries*, (Oxford University Press: US), pp. 149-74.

freedom of the press⁽⁹²⁾. Unjustified restrictions on content are expected given long standing experience of the state's behaviour in the field of media regulation⁽⁹³⁾. Serious concerns arise because in some cases content can be restricted in the name of law enforcement. If the contrast between the US and the UK raises interesting points to examine, more interesting points arise from the contrast between these two systems, on the one hand, and the Kuwaiti system on the other.

This topic presents a balance between two competing interests: society demands the protection of certain values such as protecting minors and human dignity from harmful content, and users have rights to access information and freedom of speech and their rights need to be protected against the providers' authority to control content. The problem of harmful content itself is not exclusive to a certain legal system. However, it is treated differently in different social contexts and jurisdictions. Therefore, the issue is worth comparing across a number of legal systems to examine their regulatory approaches in responding to the challenges that originate from Internet content in addition to the available methods of protecting users' rights against the implemented censorship⁽⁹⁴⁾.

4. Conclusion

This paper summarised the regulatory development of the Internet and the technological aspects that give the network its distinctive characteristics. It also identified the features of multimedia content that are connected with digitalization and convergence. The description highlighted the limitations of traditional classic regulation in dealing with multimedia issues. In brief, it explained the emerging role of industry, services providers, and self-regulation of Internet content as alternative

(92) See Chapter 5 in Al-HarbiAlyamamah (2012), *the Constitutional Implications of 'Monitoring' Harmful Internet Content in Kuwait: an Empirical Study in Light of European Union/United Kingdom and United States Regulatory Models*, a thesis submitted for the degree of PhD (Department of Law/University of Essex), pp. 129-188.

(93) *Ibid.*

(94) See for example: Noveck, B. S. (1999), 'Thinking Analogue about Digital Television? Bringing European Content Regulation into the Information Age' Chapter 2 in Marsden, C. and Verhulst (Eds.), *Convergence in European Digital Television*, (Blackstone Press Ltd: London), pp. 37-64.

regulatory arrangements for state's regulation. The background is necessary in order to underpin a better understanding of the nature of the Internet as an advanced technological medium and why alternative self-regulatory tools are used in combating undesirable Internet content and conducts.

Reconstruction of Civil Law Systems and the Law of Obligations under the English Common Law Heritage

Dr. Thafar M. Alhajri
Assistant Professor
Saad Al-Abdullah Academy for
Security Sciences, Department of
Law, Kuwait

Abstract:

The central theme of this research is to illuminate the role of judicial precedents in the reconstruction of civil law legal systems around the world. Consistent with this pursuit and analysis it will be essential to explore the historical background that underpins the role of judicial precedents in civil legal systems.

There are significant differences between civil and common law jurisdictions. Thus evidence will be presented to show that judges have found precedents to be persuasive when adjudicating similar cases. This research will also juxtapose the role judicial precedents against the backdrop of the doctrine of *Juris Constantein* the development of civil law legal systems.

In this regard, this paper will present an example of the mechanism of a civil law jurisdiction for further detailed exploration of the theory submitted. Finally, it will examine the relationship between common law and statutory provisions in the law of obligations under English law.

Key Words: Civil Legal Systems, Civil Countries, Common and Civil Laws, *Stare Decisis*, Judicial Precedents, English Law, Law of Obligations, English Law, Law of Obligations.

1. Introduction

In all the legal jurisdictions around the world, the concept of judicial precedent holds great importance⁽¹⁾. It may be considered an administrative practice whereby the decisions of higher courts are considered as binding on the lower courts⁽²⁾. This idea is certainly acknowledged and practiced within the Common Law traditions. The doctrine of *Jurisprudence Constante* also traces its origin from the same source enclosed within the same context⁽³⁾. In historical context, civil legal systems can be regarded as a set of ideas evolved from Justinian Code⁽⁴⁾, additionally covered by Germanic, Canonic, Feudal, Napoleonic and other local practices⁽⁵⁾. This paper will restrict itself, however, to the role that judicial precedents play in the development of civil law formats. Several theories have been proposed that have attempted to counter the perception that the civil legal system is uncertain⁽⁶⁾. This perception of an uncertain image may be true to some extent not least because generally, there is no concept of a developed doctrine of precedents in civil law jurisdictions. In practice, it is widely acknowledged and understood that different policies and strategies are applied in order to serve the interests of justice. These strategies and policies are then upgraded gradually. The remedies which are available under the law often leave some room for the judges over which they hold partial or absolute discretion. These remedies and judicial trends keep changing with the changing norms of the society. Countries following civil legal system are different from those where common law traditions are followed⁽⁷⁾. A strong and well developed feature of common law system is the doctrine of stare decisis

(1) Tim Vollans & Glenn Asquith, *English Legal System Concentrate Law Revision and Study Guide*, (2nd ed, Oxford University Press, UK, 2011), p 46.

(2) Payandeh, Mehrdad. "Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice." *International Journal of Constitutional Law* 12, no. 3 (2014)

(3) V. Fon, F. Parisi / *International Review of Law and Economics* 26 (2006) 519-535.

(4) Richard Schaffer and Others, *International Business Law and Its Environment*, (9th ed, Cengage Learning, Canada, 2014) p 48.

(5) Charles Arnold Baker, *The Companion to British History*, "Civilian" (London: Routledge, 2001), 308.

(6) Mattei, "Stare decisis." Milano, IT: Guiffre (1988).

(7) Thomas R. Van Dervort, *American Law and legal System: Equal Justice under the Law* (2nd ed, West Legal studies, United State, 2000) p 365.

which is nowhere to be found, hitherto, in civil law legal systems. This, however, is as far as it goes. It is not, by any means, a clear-cut principle. Even in civil law countries, legal precedents are regarded as persuasive force among judges and legal writers.

This paper will investigate the relationship between the common law and statute in the context of the English law for law of obligations (contracts- tort- unjust enrichment- compensation- damage- property- etc.) and the role played by each of them in the development of the other.

2. Civil Law System and the Doctrine of Precedents

To understand the function of precedents in the construction and development of civil law systems, it is important to ascertain the historical perspective. This paper will restrict itself to discussing and analyzing the gradual development and evolution of the doctrine of precedents in the civil legal system. This will assist in setting the stage for a clear understanding of the issues.

2.1 Stare Decisis

It is well acknowledged that there exists glaring differences between common and civil law traditions related to the doctrine of stare decisis or precedents⁽⁸⁾. Amongst the common propositions between the two systems is the understanding that the doctrine relates to the line of similar decisions which are adjudicated on a particular point of law and fact. This doctrine of precedent can be traced back from early 1500s A.D. Then, judges across England, also known as Common law judges,⁽⁹⁾ developed the practice of following pre-decided judicial principles and practices⁽¹⁰⁾. Despite its commencement at an early stage, this practice was not concretely established as a legal doctrine until 1700 -1800 AD. The relevant literatures on this topic further show that back then, English judges were more interested in finding the law rather than creating it⁽¹¹⁾.

(8) Kent Greenawatt, *Statutory and Common Law Interpretation*, (1sted, Oxford University Press, New York, 2013) p 279.

(9) Merryman, John Henry & Perdomo, Rogelio Perez, *The Civil Law Tradition: An Introduction of Europe and Latin America*, (3rded, Stanford University Press, California, 2007) p 34.

(10) Berman, Harold J., and Charles J. Reid Jr. "Transformation of English Legal Science: From Hale to Blackstone, the." *Emory LJ* 45 (1996).

(11) Blackstone. (1764). *Commentaries*. Chicago University of Chicago Press, 1979.

With the passage of time, this practice became more and more established; making these chains of similar decisions more persuasive than ever before⁽¹²⁾. This doctrine of *stare decisis* later became the primary legal source with the propagation of legal positivism during the period of 1800-1900 AD⁽¹³⁾.

Therefore, *stare decisis* lies at the very heart of common law. It is the main principle in common law. It represents the way of a group of judges that make up a present court to follow its own decisions⁽¹⁴⁾. A judge faced with two obviously identical cases must decide them similarly. A method of *stare decisis* depends on the court's power to identify those cases that it and lower courts must either follow or distinguish⁽¹⁵⁾.

2.2 History of Precedents in Civil LawSystem

The *Ius commune's*⁽¹⁶⁾ *Era was the time where the doctrine of judicial precedent in the civil legal system can be traced from*⁽¹⁷⁾. After the revolution in France, codified form of laws was regarded as the preferred form of legislation. The idea of judicial precedents had technically become obsolete with the prevalent proposition that the decision of new cases would not be influenced by the earlier decisions on the same subject matter. The courts in countries of Cassation system were under an obligation to pay regard to the decisions of any court which was not before the issuance of *renvoi* by the Court of Cassation⁽¹⁸⁾. Technically, the doctrine of precedent had become completely obsolete and as such there was no space for case law-based persuasive authorities within the civil legal system. Despite propositions, the importance of case laws was

(12) Hale, M. (1713). *The History of the Common Law of England* (p. 1971). Chicago: University of Chicago Press.

(13) Parisi, F., & Depoorter, B. (2003). *Legal Precedents and Judicial Discretion*. In C. K. Rowley & F. Schneider (Eds.), *Encyclopedia of public choice* (pp. 341-343). Amsterdam.

(14) Katja Langenbucher, 'Argument by Analogy in European Law', (1998), *Cambridge Law Journal*.

(15) William M. Richman & William L. Reynolds, *Injustice On Appeal: The United States Courts of Appeals in Crisis*, (1sted, Oxford University Press, New York, 2012). p.10-50.

(16) J. Drion, *Stare decisis/Het gezag van precedenten*, in *Verzamelde geschriften van J. Drion* 142-170 (1968).

(17) James Q. Whitman, *The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, (Princeton University Press, UK, 2014) p 9.

(18) Eva Steiner, French, *French Law: A Comparative Approach*, (Oxford University Press, New York, 2010) p 79-101.

never sabotaged. Later, scholarly writings of academics and policy makers presented the case that the role of precedents was of immense importance within the civil legal systems⁽¹⁹⁾.

After the support of this doctrine from legal academics and scholars of those times, the legislative codes secured to serve as primary source of law, alongside the case laws which served as persuasive yet secondary source of laws⁽²⁰⁾. In order to curtail the arbitrariness in the exercise of powers amongst the state institutions, the doctrine of separation of power was introduced. This attempted to limit the role of courts strictly to resolving disputes, therefore discouraging judges from law making. Such idea was introduced due to the increasing distrust of the public of the estate institutions, particularly, the judiciary of France. As a consequence, lawmakers started to draft the codes and policies in the exhaustive manner, covering each and every possible interpretation to reduce the chances of arbitrariness on the part of the courts⁽²¹⁾.

With the passage of time, this conservative approach started to change; jurists and scholars started to put more emphasis on bringing flexibility to the system. As a natural result, more and more civil law jurisdictions started to pay attention to the persuasive doctrine of judicial precedents, which practically started to serve as a source of law⁽²²⁾. This new approach resulted in minimizing the downsides of the legal administration and also served to increase stability, clarity and tenacity in legal administration. It also proved to be far better than the one which was practiced earlier⁽²³⁾. Following these developments, the doctrine of *jurisprudence constante* came into practice. According to jurisprudence constant, the courts are solely obliged to take into account and consider previous decisions if there is substantial uniformity between the previous and present cases⁽²⁴⁾. Considering the development of these cases as being

(19) Hondius, Ewoud. "Precedent and the Law." Australian Law Journal 83, no. 11 (2009): 775.

(20) Troper, M., & Grzegorzczuk, C. (1997). Precedent in France. In D. MacCormick & R. Summers (Eds.), *Interpreting. Precedents: A comparative study* (p. 103). Dartmouth, MA: Dartmouth Publishing Co.

(21) V. Fon, F. Parisi / International Review of Law and Economics 26 (2006).

(22) Hiroshi Oda, *Russian Commercial Law*, (2nded, MartinusNijhoff Publishers, Leiden, 2007) p 15.

(23) Ibid No.20.

(24) Ibid No.20.

consistent on certain points of fact and laws, it will be regarded as persuasive doctrine which will help the courts to adjudicate on them easily. The element of persuasiveness annexed with a particular doctrine is proportional to the uniformity of case laws developed.

2.3 Current Position

Today, most of the legal systems are fairly developed in the West in particular and in the world in general. In this regard, the doctrine of precedents as persuasive authority has been adopted in several civil law jurisdictions. This includes France, Germany and other civil law jurisdictions to name a few⁽²⁵⁾. In Germany, for instance, the approach, with respect to the judicial precedents on a particular subject matter, has created the novel idea of judicial customs.

In the same manner, consistent set of such cases that play the role of judicial precedents or *jurisprudence constante* became the persuasive source of law. In practice, however, such judicial pronouncements are hardly ever referred to as it is done in the common law regimes. Despite this, these case law principles serve as persuasive force and influence the judiciary in adjudicating over similar prospective issues. In this regard, academics have also dictated that “Courts, as well as scholars, tend to recognize the existence of [a case] rule and the character of ‘*arrete de principe*’ of the precedent when it has been followed by a line of others”⁽²⁶⁾. In the same manner, a set of predetermined cases serves as a source of law in the State of Louisiana, USA, once it is acknowledged as a settled precedent in law. Justice James Dennis of the Supreme Court of Louisiana suggests that where there is an existing trend of precedents that hold uniformity and consistency in the decisions, such precedents can be regarded as holding profound authority⁽²⁷⁾. This doctrine, as persuasive force, assists the courts in reaching coherent yet rational decisions. The

(25) McCormick, N., & Summers, R. (Eds.). (1997). *Interpreting precedent*. Aldershot, UK: Ashgate Publishing

(26) Troper, M., & Grzegorzczak, C. (1997) p 130 in *Precedent in France*. In D. McCormick & R. Summers (Eds.), *Interpreting Precedents: A comparative study* (p. 103). Dartmouth, MA: Dartmouth Publishing Co

(27) Dennis, J. (1993). The John Tucker Jr. Lecturer in Civil Law: Interpretation and application of the civil code and the evaluation of judicial precedent. *Louisiana Law Review*, 54.

aforementioned examples of the role of precedents in different jurisdictions evidence its development in civil legal systems⁽²⁸⁾.

2.4 An Example of a Civil Law Country

The Judiciary, as an institution, has always played a very important role in framing the judicial administration. It is, indeed, interesting to note that a substantial body of prevalent laws and regulations in Japan are made by judges from time to time. Although the literature written by civil law scholars usually denounces this theory of legal development, the judge made body of laws is not even widely acknowledged, but there are hardly any areas of law which are yet to be touched upon by the Japanese judges⁽²⁹⁾.

Although there are glaring differences in the role of judicial precedents in civil and common law jurisdictions,⁽³⁰⁾ an insight of legal administration of a civil law country will help to ascertain the role of precedents in the development of its legal system. Japan, a civil law jurisdiction, will best explain the administrative impact of precedents in its legal system and its development⁽³¹⁾. Per the constitutional principles of Japan, the power vested in the state is divided into three areas, namely: The Judiciary, the Executive and the Legislature⁽³²⁾. The parliament of Japan is bi-cameral, i.e. comprising of two houses. These upper and lower houses of parliament enjoy the highest status in terms of policy making role within the Japanese jurisdiction. Likewise, the judiciary, being the other organ of the state, comprises of the Supreme Court, the highest most in terms of hierarchy, the High Courts, Summary and the District Courts⁽³³⁾. In Japan, like all other civil law countries,⁽³⁴⁾ precedents are not regarded as a binding source of

(28) Ibid No.20.

(29) Haley, John O. "Role of Courts in Making Law in Japan: The Communitarian Conservatism of Japanese Judges," *Pac. Rim L. & Pol'y J.* 22 (2013): 491.

(30) Cyril Chem, *The Law of Construction Disputes*, (2nded, Informa Law from Routledge, New York, 2016) p 9.

(31) T. Morishita Transparency of Japanese Law Project - Group for International Finance Law 2006-2009 Kyushu University <http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/finance/>.

(32) M. Ibusuki, "Japanese Law via the Internet"[2005], Retrieved from: http://www.nyulawglobal.org/Globalex/Japan.htm#_Basic_Structure_of_Japanese%20Legal%20S

(33) Ibid No.20.

(34) Cliff Roberson & John Harrison Watts, *Law Society: An Introduction*, (CRC Press, London, 2013) p 37.

law. However, they serve as the non-binding guidelines for the judges to adjudicate on prospective cases. In other words, they serve as persuasive authorities to satisfy the courts in adjudication of similar cases. As such, whenever there is any previous guideline available with respect to a particular point of law or fact in question, the courts pay regard to it which is reflected in their decisions⁽³⁵⁾.

2.5 History

In the 12thtwelve century when warriors ruled the Japanese islands, the decisions of judges were regarded as the major source of law to maintain legal administration across the country. With the passage of time, the role of judicial precedents was further enhanced with a series of *Tokugawa* precedents. These were published a couple of centuries ago by the Japanese ministry of justice. The collection of these precedents was termed the 'Collection of Civil Customs of Tokugawa Era: Tokugawa Legal Precedents'. John Henry Wigmore was the person who first translated the copy of these precedents into English language⁽³⁶⁾. It was not much later than the post-earthquake era of 1920s that a new version of these precedents was initiated. This version was published during the period of 1960-1980 A.D by the University of Tokyo Press. Given all the literatures and writings on this subject matter, it can be argued, with some certainty, that the doctrine of judicial precedents had some influence on the judicial administration during the Tokugawa Era in relation to personal property and contract laws and regulations⁽³⁷⁾.

In previous centuries, judicial precedents have played an important role in Japanese legal development. According to some jurists, precedents as witnessed in Japan could be regarded as the reception of European law in Japan⁽³⁸⁾. The courts started to get influenced by the European style of construction and interpretation of laws, mostly borrowed from British

(35) Haley, John O, Ibid no 29.

(36) John Henry Wigmore, Law and Justice in Tokugawa Japan: Materials for the History of Japanese Law and Justice under the Tokugawa Shogunate 1603-1867, a part in 26 Vols. (1967-1986).

(37) Ibid No.31.

(38) Zentaro Kitagawa, Theory Reception: One Aspect of the Development of Japanese Civil Law Science, 29 SHIH? 251 (1967),

Common Law and French Civil law regime. Influence of German theoretical concept can also be seen in the interpretation of legal frameworks by Japanese policy makers. The Japanese administration went through substantial socio-political reforms during the 19th century. The policies which were enacted during subsequently proved to be of great success, resulting in economic and industrial boost across the country. These drastic policies lifted the status of Japan into the list of developed countries of the world. In order to maintain this status, new regulations and laws were enacted to meet the demand of ever increasing contentious matters. In the same manner, the doctrine of judicial precedents continued to play its role as a persuasive guideline to minimize the gap between interpretation of the enacted laws and regulations. It was during this time that the subjective ideas of good faith and misuse of rights by the individuals were recognized by the judiciary which made their interpretations liberal. Furthermore, the impact of public policy and socio-political factors was considered in order to deliver justice. The case of *Mukaiyama v Yoshikawa*⁽³⁹⁾ can be regarded as a relevant case law in this regard. In this case, the concept of good faith was recognized by the judge, despite being a novel idea in the civil administrative system⁽⁴⁰⁾. In this case, it was decided that the dispute between the parties will be decided on the balance of good faith, following which it was essential to debar the transfer of property in lieu of non-payment by one party. In the same manner, the doctrine of misuse of power was also applied in the case of *Sonoda v Sonoda*⁽⁴¹⁾. In this case, the discretionary authority of one party in dispute was restricted in view of the possible abuse of right and privilege which was revealed during the proceeding of the case. Such judicial activism, nonetheless, did not affect the pace of economic and industrial progress in the country. In fact, such activism apparently left a positive impact on bringing innovative measures to meet the corporate requirements necessitated by those times.

(39) Gr. Ct. Cass. Dec. 18, 1920, 26 Minroku 1947 (Japan).

(40) John Owen Haley, *The Spirit of Japanese Law*, (The University of Georgia Press, London, 2006) p 164.

(41) Gr. Ct. Cass., June 20, 1901, 7 MINROKU (No. 6) 47 (Japan).

In view of the foregoing and given the gradual development of the role of judiciary, Frank K. Upham has presented an explanation with respect to the approach of Japanese judges. According to him, the judges have been much more liberal in terms of family, discrimination and employment issues as compared to the real projection of Japanese society⁽⁴²⁾. This approach of Japanese judiciary can predominantly be observed after the world war. This, to some extent, explains the distortion between the eastern and western legal systems and their cultures. In this regard, it is submitted that something that appears to be liberal in western society will not necessarily be regarded in the same manner in an Asian society like the Japanese. Several cases of employment laws were brought before the Japanese courts during those times, with the bone of contention being the exclusion clauses. Being skeptical about termination issues, the courts handled such issues with extreme diligence. Similarly, Japanese courts have traditionally been more conservative in adjudicating over matters relating to the constitution. Despite such approach, their role has been similar in this regard as well.

There are ample numbers of judgments where certain legal principles have been settled by the court of law. In the case of *Sakata v Japan*⁽⁴³⁾, the contention was raised with regard to article 9 of the constitution of Japan. Known as the *Sunakawa case*, the matter was adjudicated in the late 1960s. In this case, the judges declared that the power related to the determination of the scope of the said article vested with the political authority. This case proved to be a turning point in the Japanese judicial norm and continued to serve as persuasive authority for many years. However, it is also essential to note that the judges further prescribed a limited position in relation to this which suggested that such would be the case in so far as it conforms to the framework of that provision.

2.6 Effect

In light of the foregone description which demarks the historical role of precedents in relation to civil legal system, this section will address the

(42) Frank K. Upham, *Stealth Activism: Norm Formation by Japanese Courts*, 88 WASHINGTON. UNIVERSITY. LAW. REVIEW.

(43) Sup. Ct., G.B. 1959, 13 Keishû 3225 (Japan).

role and effect of precedents in the modern-day administration of civil legal systems.

The persuasive nature of their authority brings the doctrine closer to the historical doctrine of precedents as acknowledged in Common law jurisdictions like United Kingdom, United States, and other common-wealth countries. This is indeed the case, regardless of the perception as endorsed by jurists and advocates of civil legal systems. In common law countries, courts have generally been reluctant to overturn earlier decisions⁽⁴⁴⁾. Likewise, in civil law countries, there have been rare incidents when the Supreme Court has overturned the decisions previously decided by its predecessor bench. This is not only restricted to the decisions of the Supreme Court, but the judicial institute has been generally reluctant to overturn the decision of its predecessor court, which is called the *Daishin'in*. As indicated earlier, the role of judicial law making has contributed to every area of law and policy. Even in the adjudication of criminal laws, the Apex Court of Japan seems to have acknowledged the persuasive role of judicial precedents, as it has applied the principle decided in one of the cases during 1930s to the case bearing similar facts which was brought before the court during late 1950s. In this case, the crime of arson was extended by the court by declaring that failure of the defendant to extinguish fire which was, in fact, ignited because of his negligence, would be regarded as sufficient evidence to prove arson⁽⁴⁵⁾. In the 1932 case law, on similar facts, it was decided that failure to put out fire started by the defendant with the motive to burn the building will be regarded as arson⁽⁴⁶⁾. Similarly, in another case that was decided about 6 years after the aforementioned one, it was held that failure to extinguish fire on the part of the defendant which was created by a fallen candle, which, in fact, had been due to negligence of the defendant, amounted to arson⁽⁴⁷⁾. All these cases clearly suggest that the judiciary of Japan has been active in creating legal principles with persuasive authority. This, it turns out, to some extent, serve in the same

(44) Keith S. Rosenn, *Law and Inflation*, (University of Pennsylvania Press, 2015) p 98.

(45) Gr. Ct. Cass. 1958, 12 Keishū2882 (Japan).

(46) Gr. Ct. Cass. 1932, 24 Keiroku 1558 (Japan).

(47) Gr. Ct. Cass. 1938, 17 DaihanKeishū237 (Japan).

manner as judicial precedents in the common law system. The case of Sumiyoshi v Governor of Heroshima was decided by the Supreme Court of Japan in 1975. This case also projects the acknowledgment of the persuasive role of precedent in civil legal system⁽⁴⁸⁾. In this case, the court held that it was an infringement of freedom protected by the constitution to restrict the location of pharmacies. However, in this case, the judiciary did not opt to overrule the Fukuoka Bathhouse case which was previously decided on a similar pattern⁽⁴⁹⁾.

However, it must be pointed out that despite the general reluctance of the judiciary to overrule previously adjudicated cases, there have been quite a number of cases where the courts have disregarded earlier decisions.

One such instance is the case of Aizawa v Japan⁽⁵⁰⁾. Some of the provisions of the Japanese Criminal Code were regarded as unconstitutional by the court. The reason was that the said provisions were abrasive due to the imposition of undue penalty on defendants belonging to a special category. This decision overruled the earlier decision of 1950 which was decided by the Grand Bench of Japanese judiciary⁽⁵¹⁾. The underlying reason for the judicial reluctance in overruling lower courts' pronouncements would be to adhere to consistency of judicial principles and practices. This also depicts the consensus of the judiciary as an institution that adheres to the coherence of persuasive principles of laws. A unique approach to Japanese legal development is that despite being a civil law country, its parliament has been proactive in endorsing the decisions of judges as part of policies.

2.7 Consequence of Precedent as Doctrine

Apart from the aforementioned discussion, the impact of the doctrine of precedents in the development and construction of civil legal system can be related from European countries⁽⁵²⁾. Civil law system

(48) Lawrence W. Beer and Hiroshi Itoh, *The Constitutional Case Law of Japan, 1970 through 1990*, 188-99 (1996).

(49) John M. Maki, *Court and Constitution in Japan: Selected Supreme Court Decisions, 1948-60* 293 (1964)

(50) Beer and Itoh, *The Constitutional Case Law of Japan*, 143 (1996).

(51) Meryll Dean, *Japanese Legal System*, (2nd ed, Cavendish Publishing Limited, London, 2002) p 508.

(52) Laetitia Hattingh and Others, *Australian Pharmacy Law and Practice*, (2nd ed, Elsevier, Australia, 2013) p 3.

traces its origins from the early Roman era of conquests. Amongst the main features, essential ones are the comprehensive codes of law, which are, in fact, legislative declarations. In general, the civil legal system of administration is governed by abstractions and principles which differentiate between the procedural and substantive rules⁽⁵³⁾. Although it is important to ascertain the difference between codes and statutes, case law emerged, increasing importance, as a secondary source. The Codes of law, on the other hand, provide the all-inclusive contents pertaining to that area of law to facilitate interpretation of the law without any possibility of deviation. The basic idea behind the emphasis on the literal interpretation of codified laws as opposed to the liberal approach of the court is to avoid arbitrariness in decisions. Judicial administration of civil law system is primarily carried out on the basis of comprehensive codes of laws, accompanied by scholarly writings on that subject of law⁽⁵⁴⁾. These codes, together with supporting articles, assist in the determination of rights, privileges and duties of individuals in Civil law countries. All the legal systems in the world, regardless of their background, tend to be inclined towards their adhesiveness with certainty, thereby paying deference to the concept of judicial precedents. Total disregard of this principle is not only impractical, but administratively unsustainable. Hypothetically, such proposition is likely to lead to anarchy within the society. Even in the case of France which is regarded as a high-end civil law system, the judicial pronouncements play this role to a certain degree. For instance, it was the decisions of the Apex Court of France, the Court of Cassation, which defined the law of torts being practiced within the jurisdiction⁽⁵⁵⁾. It has, from time to time, interpreted the law to make it more understandable, thereby filling the gaps left by the statutes and codes. In the same manner, the administrative law of France has also been developed by the decisions made by its courts and councils.

(53) Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, 4th edn. (Paris: Dalloz, 2001) p. 8.

(54) Neubauer, David W., and Stephen S. Meinhold. *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2007, p. 28.

(55) George A. Bermann & Etienne Picard, *Introduction to French Law*, (Wolters Kluwer, New York, 2008) p 238-239.

3. Juxtaposing Common-law with Statute in the Law of Obligations under English Legal System

Moving from continental Europe, we now turn attention to English law jurisdiction and the relationship between its legal provisions and the law of obligations.

Most discussions on the relationship between common law and statute in obligation law⁽⁵⁶⁾ are often focused on the difference⁽⁵⁷⁾ between the unclear nature of the common law and the codified nature of statutory provisions, represented in the case law systems based on the decisions of the courts. The extent of the strong effect of the statutes on the common law regulation is observed. However, the prevailing idea in the common law jurisdiction is that statutes are grounded on policy and not principle⁽⁵⁸⁾. Hence, no inference or measurement of the legislative intent can be made with regards to the common law.

The common law is based on principles and can easily be developed without defined border system in advance, making it superior, in some cases, to statutes which are considered to be issued rules, *the extent of which is determined by reference to the scope of its provisions*⁽⁵⁹⁾ Common law principles and the extent to which they impact the construction and understanding of statutes must be borne in mind during the legislative process⁽⁶⁰⁾. Whereas judicial precedents remained the favourite in the field of those working with contracts, damage, unjust enrichment or property, they considered the legislative system an unwelcomed guest in those areas "An alien intruder in the house of the common law"⁽⁶¹⁾. However, Henry Hart and Albert Sacks, in their seminal materials on legal process, say that judges should assume legislators are reasonable

(56) (Contracts, tort, compensation, unjust enrichment and property).

(57) Heikki Mattila, *Comparative Legal Linguistics*, (Ashgate Publishing Limited, England, 2007) p 106. See also, Michael R. T. Macnair, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, (Duncker&Humblot, Berlin, 2013) p 13.

(58) J. Beatson, 'The Role of Statute in the Development of Common Law Doctrine', (2001), *Law Quarterly Review*.248.

(59) Patrick Atiyah, (1985) 48 M.L.R. 1. Trevor Allan, *Law Liberty and Justice* (1993), pp. 79, 81.

(60) Radwan v. Radwan (No. 2) [1973] Fam. 35, *per* Cumming Bruce J.

(61) Justice Harlan Stone, "The Common Law in the United States" (1936) 50 Harvard L.R. 4.

people pursuing reasonable purposes rationally⁽⁶²⁾. The relationship between the common law and the statute in the law of obligations should not be seen to be that of two entities working independent of each other. Therefore, Beatson⁽⁶³⁾ sees that the statute depends, to some extent, on the common law and as the basis for its development, making statute and common law more integrated than traditionally thought. In *Pepper v. Hart*,⁽⁶⁴⁾ the courts are allowed, by reference to the legislative history, to interpret the legislations where the legislative intent is mysterious, enigmatic and unclear. This case law then led to the development of an informed platform to interpret the statutes so as to give effect to the legislative intent of a given statute.

Thus, statute in law of obligations remains dependent on the survival of the common law and the system relied on it in the interpretation of its statutes⁽⁶⁵⁾. This is evident in the law reform (Contributory Negligence) Act of 1945 which states that in the event the plaintiff contributed, by his error, partially in his loss, the court may limit the compensatory damages due to him. In this case, the statute does not define the law of tort nor does it attempt to establish the objectives and content of the tort.

Thus, the error contained in the definition of Article (1) S.1 is:

"Fault means negligence, breach of statutory duty or other act or omission which gives rise to liability in tort"⁽⁶⁶⁾.

Thus, the basis of the application of this legislation is the extent of our understanding of the rules of liability in tort in accordance with the principles of the common law.

For instance, the duty of care imposed on the director and members of the Board of Directors under the Insolvency Act of 1986 finds its

(62) Henry Hart & Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application Law*, 1124-1125 (William N. Eskridge, Jr., and Philip P. Frickey, eds, Westbury, Foundation Press, 1994)

(63) J. Beatson, "Has the Common Law a Future?" [1997] C.L.J. 291; J. Beatson, "The Role of Statute in the Development of Common Law Doctrine" (2001) 117 L.Q.R. 247.

(64) [1993] A.C. 593.

(65) Kent Greenawatt, *Ibid* no 8, p 290.

(66) Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945.

interpretation clearly under the standard of duty of care found in the common law principles where:

Bingham L.J. in *Interfoto Picture Library v. Stiletto visual Program Ltd*⁽⁶⁷⁾ sees that in the cases existing on the basis of a contractual clause, they must be read in the context of the common law principles. The Contributory Negligence Act may be a mixture of statutes and the common law, where the common law in question may have a legislative basis. The (Fatal Accidents Act 1976) refers to tort in claims under this Act and therefore, this legislation depends on the case law in its application and interpretation. This case law is the basis of the interpretation of the Law Reform (Contributory Negligence) Act of 1945.

Third Party Rights under English law

Third party's rights in the contract were unsatisfactory in English law where the judges were reluctant to recognize the right of others to carry out contractual obligations where both parties delegated this right to a third party. This reluctance is due to the nature of the third party rule, as in *Trident General Insurance Co. Ltd v. McNiece Bros Pty. Ltd*⁽⁶⁸⁾ where the majority of the court rejected a claim filed under the insurance contract by a third party. However, others felt that the third party rule is a substantial rule⁽⁶⁹⁾ and according to the interpretation of Anson, "seems to flow from the very conception we form of Contract"⁽⁷⁰⁾ and "is Statement or reflection of an aspect of the Nature of a Contract"⁽⁷¹⁾.

With the continuation of this reluctance came a legislative solution in the Contracts (Rights of Third Parties) Act of 1999, of which article (1) includes the following: "A person who is not a party to a contract (a third Party ") may in his own right enforce a term of the contract if (a) the contract expressly provides that he may..."

Despite this legislation, the understanding of third party rights remained dependent on the survival of the common law of contracts. So,

(67) [1989] Q.B. 433.

(68) (1988) 165 C.L.R. 107.

(69) Brennan and Deane JJ. in *Trident General Insurance Co. Ltd v. McNiece Bros Pty. Ltd.* (1988) pp. 128-148. pp. 128-145.

(70) Anson, *Principles of the Law of Contract* (1879), p. 195.

(71) Trident, *Ibid*, n. 45.

to find out what is intended by the contract, its duration and the contract parties, it is required to find out the principles of the common law⁽⁷²⁾. Thus, every statute concerning civil law relies, to varying degrees, on the survival of the principles of the common law⁽⁷³⁾. Indeed, the Act of 1999 did not include provision for the interpretation of the contract, but rather, they are derived from common law principles, where Atiyah sees that:

"a new statute becomes part of a very large body of law even though not one word is said about these things in the Act itself"⁽⁷⁴⁾.

Thus, when drafting any legislation, the established principles of common law must be taken into account. Statutes related to the law of obligations, such as contracts and tort are traditionally connected to the understanding of the common law.

Therefore, statutory provisions in the law of obligations and the common law may not be considered as completely separate. Rather, an appreciation of the statute should depend upon a good understanding and interpretation of the common law.

Another example explicitly illustrating this point is where the *promisee* is permitted to prosecute as stipulated in the Rights of Third Parties Act of 1999. Article 4 stipulates the following:

"Section 1 does not affect any right of the promisee to enforce any term of the contract"

There are also provisions in the statute which explicitly stipulate the necessity of maintaining the relevant common law. This is evident from the Sale of Goods Act of 1979, by S.62 (2):

"The rules of the common law, including the law merchant, except in so far as they are inconsistent with the provisions of this Act, and in particular the rules relating to the law of principal and agent and the effect of fraud, misrepresentation, duress or coercion, mistake, or other invalidating cause, apply to contracts for the sale of goods."

Whereas the Civil Evidence Act of 1995 pointed directly in article 7 (2) to the "effective preservation" of the common law rules set forth

(72) Millar & Co. Ltd, v. Taylor & Co. Ltd [1916] 1 K.B. 402.

(73) Thomas Lundmark, *Common Law Tort and Contract*, (Lit Verlag, 1998) p 132-140.

(74) P.Atiyah, "Common Law and Statute Law" (1985) 48 M.L.R. 1 at 2.

under article 9 (1) and (2) of the cancelled Evidence Act of 1968 in connection with hearsay evidence, where article 9 (1) stipulates the following:

“In any civil proceeding, a statement which, if this part of the Act had not been passed, would, by virtue of any rule of law mentioned in subsection 2 below, have been admissible as evidence of any fact stated therein, shall be admissible as evidence of that fact by virtue of this subsection.”

Thus, it becomes clear that the legislature is obliged, in some instances, to replace elements of the common law for reasons of clarity and other justice provisions. In the next section, we discuss this legislative intervention.

3.1 Statutory intervention and substitution of common law in law of obligations

We start by conceding that legislative intervention in the common law does not always lead to imposing a duty for a new condition nor is it designed to frustrate the previous common law principles. However the landscape and relevance of the statute and its relationship with the common law is be regarded as clear from a reading of the relevant statute.

In England, the legislator considered that the duty of care owed to the children exposed to exploitation and violence is not a common law duty of care⁽⁷⁵⁾.

There may be an explicit reference to the replacement of the common law by the statute as stipulated by article (1) of the Occupiers' Liability Act of 1957:

“The rules enacted by the two next following sections shall have effect, in place of the rules of the common law, to regulate the duty which an occupier of premises owes to his visitors in respect of dangers due to the state of the premises or to things done or omitted to be done on them.”

It is noted in the previous provision that the wording “in place of the rules of the common law”, confirms the statute's replacement of the

(75) Ors (Minors) v. Bedfordshire C.C. [1995] 2 A.C. 633 at p. 739.

common law rules, as evidenced by article (1) of the Occupiers Liability Act of 1984, which stipulates the following;

“The rules enacted by this section shall have effect, in place of the rules of the common law, whether any duty is owed by a person.....”

It is clear, upon a reading of the statute that the text “shall have effect in place of the rules of the common law” is conclusive of the substitution of the common law by the statute. To be clear, article 18 (8) of the Water Industry Act 1991 does not altogether forbid common law redress. However, the House of Lords, in *Marcic v. Thames Water Utilities Ltd*,⁽⁷⁶⁾ observed that the claim for compensation according for the tort of nuisance emanating from the overflow of sewage will clash with the statute Lord Nicholls confirmed that “the existence of a parallel common law right, whereby individual householders who suffer sewer flooding may themselves bring court proceedings when no enforcement order has been made, would set at nought the statutory scheme. It would effectively supplant the regulatory role the director was intended to discharge when questions of sewer flooding arise.”⁽⁷⁷⁾

Further, the matter is considered in *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd*⁽⁷⁸⁾ where the contracts had been frustrated pursuant to the Frustrated Contracts Act 1943. Article (1) stipulates that when the contract is revoked due to frustration, the next provisions of this section shall be effective in this respect. Thus, it is evident that these provisions replace the common law. The legislative intent is determined by reference to the benefits granted according to the contract and not on the basis of the common law rules. However, the Frustrated Contracts Act 1943⁽⁷⁹⁾ does not apply to the contract for the carriage of goods by sea or the contract of insurance. These are subject to the Common Law rules in addition to being applicable to the law on unjust enrichment because of the frustrated contracts. It would seem that as statutes began to replace large swathes of the common law, the latter

(76) [2003] UKHL 66; [2004] 1 All E.R. 135.

(77) *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2003] UKHL 66; [2004] 1 All E.R. 135 at [35].

(78) [1943] A.C. 32.

(79) S. 2(5).

did not recede into the shadows but started to evolve as a powerful luminescence of statutes.

In the following section, we expand on this theme by discussing the piecemeal evolution of the new common law into an interpretation aid to the statute in the law of obligations.

3.2 The emergence of the new Common Law as an aid to statutory Interpretation in the law of obligations

It is worth observing that when a judge interprets a statute, whether he is aware of it or not, he, invariably, creates a new body of law. Therefore, there is a strong relationship between statute and the common law which interprets it⁽⁸⁰⁾. This emerging *New Common Law*, nevertheless, still owes allegiance to the case law principles applicable under common law. It is noted that although the legislative intent provides the foundation upon which the judges base their decisions, they, nevertheless, rely on the spirit of this Common Law.

Furthermore, we find, in the implicit conditions of the Sale of Goods Act 1979, the implementation of the Occupiers Liability Act 1957 and 1984. The case law in the aforesaid Acts was the basis for the dependence of civil law on the common law.

Under common law rules, in *Baker v. Bolton*,⁽⁸¹⁾ we find that there is no reason for the case due to the death of another person. For this reason, the Fatal Accidents Act of 1976 was enacted. This Act permits compensation for the damage to the dependants, resulting from economic losses. In article 3 (1), it states that such damages may be awarded “as are proportioned to the injury resulting from the death to the dependants respectively”.

The Law Reform (Personal Injuries) Act 1948, rules that damages from deaths resulting from error are legislation based although the evaluation of damages resulting from economic losses in the law for compensation of personal injuries and death are based purely on common law rules.

(80) Clarkson, Miller and Cross, *Business Law: Text and Cases: Legal, Ethical, Global and Corporate Environment*, (12th ed, South Western Cengage Learning, United Kingdom, 2012) p 12.

(81) (1808) 1 Camp. 493.

This matter was settled in Dubai Aluminium Co. Ltd. V. Salaam⁽⁸²⁾ where the House of Lords decided that according to article 2 (1) of the civil liability (Contributory) Act 1978, the profits accruing to the defendants should be taken into account in determining the “just and equitable” contribution which should be paid according to the said law".

To achieve a balance between the interests of the plaintiff and the defendant, it is important to refer to the rule of common law. However, this should not be pushed beyond a reasonable bound so as not to injure the wording or intent of the Act. In this respect, Sales J. sees in 4 Eng Limited v. Harper⁽⁸³⁾ that there must be a balance between the interests of the parties who seek to redress by reference to the principles of equity and restitution.

Compensation is thus based on these principles in the relevant case law without omission of the interpretation of Article 423 of the Bankruptcy Act 1986.

In BP Exploration (Libya) v. Hunt (No.2)⁽⁸⁴⁾ where Robert Goff.J. said "The Principle underlying the Act (is) the principle of unjust enrichment, which underlies the right of recovery in very many cases in English law, and indeed is the basic principle of the English law of restitution, of which the Act forms a part."⁽⁸⁵⁾ He held that the Law Reform (Frustrated Contracts) Act of 1943 is based on the principle of unjust enrichment⁽⁸⁶⁾.

This, as we note, is a common law principle. However, there was a gradual erosion of the march of common law by a burgeoning body of statutes that sought to clarify the law while removing some of the subjectivity of interpretation.

3.3 The impact of supplanting common law by statute

The forgone depicts a landscape of a rich interplay between the foundational common law and statutory provisions. The reader may

(82) [2002] UKHL 48; [2003] 2 A.C. 366.

(83) [2009] EWHC 2633 (Ch).

(84) [1979] 1 W.L.R. 783.

(85) Hunt (No.2) [1979] 1 W.L.R. 783 at 799.

(86) Graham Virgo, *Principles of the Law of Restitution*, (3ed ed, Oxford University Press, UK, 2015). p 58-60.

notice a symbiotic relationship that acquiesces to the existence of one by the other without ousting their respective jurisdictions. There may be a natural evolution of the common law but the courts may ignore it under the pretext of the existence of a statute to address the subject. This led to the lack of development of the common law as a result of a practical clash between the common law and statute⁽⁸⁷⁾.

An example is that under the common law in the late payment of a debt, the amount of compensation is ruling for the amount agreed upon, where the House of Lords decided in *London Chatham and Dover Rly Co. v. South Eastern Rly*⁽⁸⁸⁾ that the interest cannot be awarded as compensation.

In the *President of India v. La Pintada Compania Navigacion SA*,⁽⁸⁹⁾ the House of Lords sought to determine whether to depart from the dicta in *London Chatham and Dover Rly*. However, their attempts collided with Article 35A of The Senior Courts Act 1981, where Article 35A stipulates that the court has the discretion to award the simple benefit for the amount agreed upon with effect from the date of the cause of action until the date of judgment or payment.

In contrast, in *Sempre Metals Ltd v. Inland Revenue Commissioners*⁽⁹⁰⁾ the House of Lords decided to abandon *London Chatham and Dover Rly* and decided to accept the compound interest that are judged as damages or restitutionary award.

In *Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd*,⁽⁹¹⁾ a judicial review of the law on privity of contracts addressed the Contracts (Rights of third Parties) Act of 1999. It made clear in its report that the statute does not aim to stop the development of the common law, in two key areas. The first is with respect to the measures of the *promisee* in a contract for the benefit of a third party and the second is with regards to new exceptions that allow for others to implement the contracts.

(87) Simona Grossi, *The U.S. Supreme Court and the Modern Common Law Approach*, (Cambridge University Press, Uk, 2015) p 122.

(88) [1893] A.C. 429.

(89) (*The La Pintada*) [1985] A.C. 104.

(90) [2007] UKHL 34; [2008] 1 A.C. 561.

(91) [2001] 1 A.C. 518.

For that, Lord Goff observes that “I cannot see why proposed statutory reform of the old doctrine of privity of contract should inhibit the ordinary judicial function, and so prevent your Lordships’ House from doing justice between the parties in the present case”⁽⁹²⁾. Thus, by Lord Goff’s belief, the statute does not prevent the return to the rules of the common law with respect to the promisee’s remedies. In contrast, Lord Clyde⁽⁹³⁾ observes that it is inappropriate to extend the statutory provision by judicial innovation which depends on the existence of the Act as a good reason not to think about judicial innovation. This statement clearly, foreshadows and embraces the debate on judge-made law.

Thus, it is clear that even in the House of Lords, there are different points of view. Whereas some judges see that the statute prevents the development of the common law, others see that it does not preclude the development of the common law⁽⁹⁴⁾. It is recognized that when Parliament passes a law, it is otherwise considered as the development of the common law rules. The statute must be seen that it does not hinder the development of the common law, except in rare cases. Thus, judges must not abandon the rules of the common law on the grounds that the legislature has the ability and freedom to issue a statutory solution or the issuance of the amendments when they deem that the rules of the common law are incomplete or unsatisfactory⁽⁹⁵⁾.

In *K2 Restaurants Ltd v Glasgow City Council*,⁽⁹⁶⁾ the defendants tried to persuade the court that as they did not breach the duty of care under the Building (Scotland) Act 1959, a common law duty of care did not arise. In other words, there was no explicit statutory provision for a duty of care. This argument was rejected:

"I have reached the view that this is a clear case of a common law breach of duty as contended for by Senior Counsel for the Pursuers. The physical proximity of the Prsuers’ premises to the part of the tenement on

(92) *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd* (No.1) [2001] 1 A.C. 518 at 553.

(93) *Panatown Ltd* (No.1) [2001] 1 A.C. 518 at 535.

(94) P. G. Turner, *Equity and Administration*, (1sted, Cambridge University Press, UK, 2016) p 231.

(95) Lord Goff’s brilliant speech in *Woolwich Equitable Building Society v Inland Revenue Commissioners* [1993] A.C. 70.

(96) [2011] CSOH 171.

which work was being carried out was such as to give rise to a clear and direct duty on the defenders to take reasonable care not to cause injury and damage to that property."⁽⁹⁷⁾ Clearly, the court was unable to ignore common law rules in its interpretation and application of this statute.

In a similar case, it was accepted in *X (Minors) v Bedfordshire CC*⁽⁹⁸⁾ by both Lord Jauncey and Lord Browne-Wilkinson that a patient in an NHS hospital is was owed a similar duty of care as someone being treated in a private hospital. The duty of care did not arise in National Health Service Act 1977. However, it can arise under common law duty⁽⁹⁹⁾.

4. Conclusion

This research explored the role of judicial precedent in the construction of civil law systems. The foregone paragraphs attempted to shed light on the historical and current approaches to civil legal systems concerning the role of judicial precedents. Certain examples have also been submitted with an analysis of the legal framework and case laws of different civil law countries. In this respect, considering the intrinsic roles of precedent as a persuasive force in civil systems, it is submitted that the doctrine of precedent has played an essential role in the development and construction of civil legal systems. Despite the fact that scholarly writing and perceptions suggest the contrary, the foundational role of judicial pronouncements in civil law jurisdictions cannot be ignored.

Finally, in England, statute and common law have developed as complementary parts of the legal jurisdiction. It is also clear that law on obligations derive the interpretation of its provisions from the common law. Statutory provisions, when created, we argue, have supplemented rather than replaced common law principles. Statutory provisions in the law of obligations (contracts- tort- unjust enrichment- compensation- etc.) depend on the survival of the common law to make sense of its principles. Conversely, we can also use statute by analogy to the

(97) *K2 Restaurants Ltd v Glasgow City Council* [2011] CSOH 171.

(98) [1995] 2 A.C.633.

(99) *Gorringe v Calderdale MBC* [2004] 2 All E.R. 326 at 339.

development of the common law. Courts should take into account the relevant common law when applying the provisions of statutes. Further, judicial precedents that are the result of the interpretation of the statute are of great significance as they are a mix of the judicial interpretation and the common law.

Bibliography

Table of Legislation

- The Bankruptcy Act 1986.
- The Building (Scotland) Act 1959.
- The Civil Evidence Act 1995.
- The civil liability (contributory) Act 1978.
- The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.
- The Fatal Accidents Act 1976.
- The Frustrated Contracts Act 1943.
- The Insolvency Act of 1986.
- The Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945.
- The Law Reform (Personal Injuries) Act 1948.
- The National Health Service Act 1977.
- The Occupiers Liability Act of 1957, 1984.
- The Sale of Goods Act of 1979.
- The Senior Courts Act 1981.
- The Water Industry Act 1991.

Table of Cases

- 4Eng Limited v. Harper [2009] EWHC 2633 (Ch).
- Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd [2001] 1 A.C. 518.
- Baker v. Bolton (1808) 1 Camp. 493.
- Bp Exploration (Libya) v. Hunt (No.2) [1979] 1 W.L.R. 783.
- Dubai Aluminium Co. Ltd. V. Salaam [2002] UKHL 48; [2003] 2 A.C. 366.
- FibrosaSpolkaAkcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.

- Gr. Ct. Cass. 1932, 24 Keiroku 1558 (Japan).
- Gr. Ct. Cass. 1938, 17 DaihanKeiroku 237 (Japan).
- Gr. Ct. Cass. 1958, 12 KEISHŪ 2882 (Japan).
- Interfoto Picture Library v. Stiletto visual Program Ltd [1989] Q.B. 433.
- K2 Restaurants Ltd v Glasgow City Council [2011] CSOH 171.
- London Chatham and Dover Rly Co. v. South Eastern Rly [1893] A.C. 429.
- *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2003] UKHL 66; [2004] 1 All E.R. 135 at [35].
- *Marcic v. Thames Water Utilities Ltd*.
- *Millar & Co. Ltd, v. Taylor & Co. Ltd* [1916] 1 K.B. 402.
- *Mukaiyama v Yoshikawa* Gr. Ct. Cass. Dec. 18, 1920, 26 Minroku 1947 (Japan).
- *Ors (Minors) v. Bedfordshire C.C.* [1995] 2 A.C. 633 at p. 739.
- *Pepper v. Hart* [1993] A.C. 593.
- *Radwan v. Radwan (No. 2)* [1973] Fam. 35, *per* Cumming Bruce J.
- *Sakata v Japan Sup. Ct., G.B.* 1959, 13 Keishū 3225 (Japan).
- *Sempra Metals Ltd v. Inland Revenue Commissioners* [2007] UKHL 34; [2008] 1 A.C. 561.
- *Sonoda v Sonoda* Gr. Ct. Cass., June 20, 1901, 7 MINROKU (No. 6) 47 (Japan).
- *Sumiyoshi v Governor of Heroshima* Supreme Court of Japan in 1975.
- *The President of India v. La Pintada Compania Navigacion SA (The La Pintada)* [1985] A.C. 104.
- *Trident General Insurance Co. Ltd v. McNiece Bros Pty. Ltd* (1988) 165 C.L.R. 107.
- *Woolwich Equitable Building Society v Inland Revenue Commissioners* [1993] A.C. 70.
- *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 A.C. 633.

Books and Articles

- Anson, *Principles of the Law of Contract* (1879).

- Beer and Itoh, *The Constitutional Case law of Japan*, 143 (1996).
- Berman, Harold J., and Charles J. Reid Jr. "Transformation of English Legal Science: From Hale to Blackstone, the." *Emory LJ* 45 (1996)
- Blackstone. (1764). *Commentaries*. Chicago University of Chicago Press, 1979.
- Charles Arnold Baker, *The Companion to British History*, s.v. "Civilian" (London: Routledge, 2001).
- Clarkson, Miller and Cross, *Business Law: Text and Cases: Legal, Ethical, Global and Corporate Environment*, (12thed, South Western Cengage Learning, United Kingdom, 2012).
- Cliff Roberson & John Harrison Watts, *Law Society: An Introduction*, (CRC Press, London, 2013).
- Cyril Chem, *The Law of Construction Disputes*, (2nded, Informa Law from Routledge, New York, 2016).
- Dennis, J. (1993). The John Tucker Jr. Lecture in Civil Law: Interpretation and application of the civil code and the evaluation of judicial precedent. *Louisiana Law Review*.
- Eva Steiner, French, *French Law: A Comparative Approach*, (Oxford University Press, New York, 2010).
- Frank K. Upham, *Stealth Activism: Norm Formation by Japanese Courts*, 88 WASH. U. L. REV.1 (2011).
- George A. Bermann& Etienne Picard, *Introduction to French Law*, (Wolters Kluwer, New York, 2008).
- Graham Virgo, *Principles of the Law of Restitution*, (3ed ed, Oxford University Press, UK, 2015).
- Hale, M. (1713). *The History of the Common Law of England* (p. 1971). Chicago: University of Chicago Press.
- Haley, John O. "Role of Courts in Making Law in Japan: The Communitarian Conservatism of Japanese Judges," *Pac. Rim L. & Pol'y J.* 22 (2013).
- HeikkiMattila, *Comparative Legal Linguistics*,(Ashgate Publishing Limited, England, 2007).

- Henry Hart & Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application Law*, 1124-1125 (William N. Eskridge, Jr., and Philip P. Frickey, eds, Westbury, Foundation Press, 1994)
- Hiroshi Oda, *Russian Commercial Law*, (2nded, MartinusNijhoff Publishers, Leiden, 2007).
- Hondius, Ewoud. "Precedent and the Law." *Australian Law Journal* 83, no. 11 (2009).
- J. Beatson, "Has the Common Law a Future?" [1997] C.L.J. 291.
- J. Beatson, "The Role of Statue in the Development of Common Law Doctrine" (2001) 117 L.Q.R. 247.
- J. Drion, *Stare decisis/Het gezag van precedenten*, in *Verzamelde-geschriften van J. Drion* (1968).
- James Q. Whitman, *The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, (Princeton University Press, UK, 2014).
- John Henry Wigmore, *Law and Justice in Tokugawa Japan: Materials for the History of Japanese Law and Justice under the Tokugawa Shogunate 1603-1867*, a part in 26 Vols. (1967-1986).
- John M. Maki, *Court and Constitution in Japan: Selected Supreme Court Decisions* (1964).
- John Owen Haley, *The Spirit of Japanese Law*, (The University of Georgia Press, London, 2006).
- Justice Harlan Stone, "The Common Law in the United States" (1936) 50 Harvard L.R. 4.
- KatjaLangenbucher, 'Argument by Analogy in European Law', (1998), Cambridge Law Journal.
- Keith S. Rosenn, *Law and Inflation*, (University of Pennsylvania Press, 2015).
- Kent Greenawatt, *Statutory and Common Law Interpretation*, (Oxford University Press, New York, 2013).
- Laetitia Hattingh and Others, *Australian Pharmacy Law and Practice*, (2nded, Elsevier, Australia, 2013).
- Lawrence W. Beer and Hiroshiito, *the constitutional case law of japan, 1970 through 1990*, 188-99 (1996).

- M. Ibusuki, "Japanese Law via the Internet"[2005].Retrieved, from: http://www.nyulawglobal.org/Globalex/Japan.htm#_Basic_Structure_of_Japanese%20Legal%20S.
- MacCormick, N., & Summers, R. (Eds.). (1997). *Interpreting precedent*. Aldershot, UK: Ashgate Publishing.
- Merryman, John Henry &Perdomo, Rogelio Perez, *The Civil Law Tradition: An Introduction of Europe and Latin America*, (3rded, Stanford University Press, California, 2007).
- Meryll Dean, *Japanese Legal System*, (2nded, Cavendish Publishing Limited, London, 2002).
- Michael R. T. Macnair, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, (Duncker&Humblot, Berlin, 2013).
- Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, 4th edn. (Paris: Dalloz, 2001).
- Morishita *Transparency of Japanese Law Project - Group for International Finance Law 2006-2009* Kyushu University <http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/finance/>.
- Neubauer, David W.,and Stephen S. Meinhold. *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2007.
- P. Atiyah, "Common Law and Statute Law" (1985) 48 M.L.R. 1 at 2.
- P. G. Turner, *Equity and Administration*, (1sted, Cambridge University Press, UK, 2016).
- Parisi, F., &Depoorter, B. (2003). Legal Precedents and Judicial Discretion. In C. K. Rowley & F. Schneider (Eds.), *Encyclopedia of public choice*. Amsterdam.
- Patrick Atiyah, (1985) 48 M.L.R. 1. Trevor Allan, *Law Liberty and Justice* (1993).
- Payandeh, Mehrdad. "Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice." *International Journal of Constitutional Law* 12, no. 3 (2014).
- Richard Schaffer and Others, *International Business Law and Its Environment*, (9thed, Cengage Learning, Canada, 2014).

- Simona Grossi, *The U.S. Supreme Court and the Modern Common Law Approach*, (Cambridge University Press, Uk, 2015).
- Thomas Lundmark, *Common Law Tort and Contract*, (Lit Verlag, 1998).
- Thomas R. Van Dervort, *American Law and legal System: Equal Justice under the Law* (2nded, West Legal studies, United State, 2000).
- Tim Vollans& Glenn Asquith, *English Legal System Concentrate Law Revision and Study Guide*, (2nded, Oxford University Press, Uk, 2011).
- Troper, M.,&Grzegorzczuk, C. (1997). Precedent in France. In D. MacCormick&R. Summers (Eds.), *InterpretingPrecedents: A comparative study* (p. 103). Dartmouth, MA: Dartmouth Publishing Co.
- William M. Richman & William L. Reynolds, *Injustice On Appeal: The United States Courts of Appeals in Crisis*, (1sted, Oxford University Press, New York, 2012).
- Zentaro Kitagawa, *Theory Reception: One Aspect of the Development of Japanese Civil Law Science*, 29 SHIH- 251 (1967).