



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد الثالث: ٢٠١٧/٣

مجلة فصلية تصدر عن

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

هيئة التحرير

العميد د. كميل حبيب
د. إيلي داغر
د. خالد الخير
د. رفيق رحيمة
د. خليل خير الله
د. عيسى بيرم

الهيئة الاستشارية العليا

معالي الرئيس د. عدنان السيد حسين
العميد د. كميل حبيب
د. ماري الحلو
د. دينا المولى
د. محمد عيسى عبدالله

المدير المسؤول:

د. عصام إسماعيل

رئيس التحرير

العميد د. كميل حبيب

ترحب عمادة كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية
بالمساهمات الفكرية في مجالي القانون والسياسة.

للإستفسار أو لمزيد من التفاصيل زيارة الموقع
(droit.ul.edu.lb)

أو لدى عمادة الكلية على الرقم:

00961 1 384133 – 00961 1 384114

00961 3 700209 – 00961 70 814915

أو مراسلتنا على عنوان البريد الإلكتروني:

camille_habib@hotmail.com

Issam.ismail@ul.edu.lb - droit@ul.edu.lb

قواعد النشر:

يراعى في نشر الأبحاث في المجلة، القواعد الآتية:

١- يشترط لقبول البحث أن يكون مراعيًا للشروط الآتية:

- أ- في موضوعات القانون أو العلوم السياسية والإدارية
 - ب- لا تقل عدد صفحات البحث عن ٢٠ صفحة.
 - ج- ممنهجاً مراعيًا الحداثة ومعتمداً الأصول العلمية في كتابة البحث.
 - د- منسقاً شكلاً ومدققاً لغوياً بحيث يردّ البحث غير مستوفي هذا الشرط.
 - هـ- المراجع موثقة ومدرجة في هوامش صفحات البحث (وليس في آخر البحث) وبشرط أن تقتصر الهوامش على ذكر المراجع أما الحواشي المطوّلة المذكورة في الهوامش فهي تحذف حكماً.
 - و- غير مقتبس عن بحث آخر.
 - ز- لم يسبق نشره في مجلة أو موقع الكتروني.
 - ح- ليس جزءاً من أطروحة الدكتوراه أو رسالة الماجستير، أو جزءاً من كتاب للباحث سبق نشره.
- ٢- فور ورود البحث إلى عمادة الكلية، يصبح ملكاً للمجلة ولا يجوز إعادة نشره إلا بعد موافقة هيئة التحرير.
- ٣- إن قبول نشر البحث لا يعني أنه سينشر في العدد اللاحق، لهيئة التحرير أن تقرر تاريخ النشر مراعاةً لمبادئ تراكم الأبحاث وتنسيق الموضوعات.
- ٤- تُذكر صفة الكاتب إذا لم يكن من أفراد الهيئة التعليمية في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية- الجامعة اللبنانية.
- ٥- تساهم جمعية المفكرة القانونية في دعم الأبحاث والدراسات المنشورة في المجلة من خلال بدل مادي تسدده للكاتب مباشرةً.
- ٦- بعد إدراج المجلة على الموقع الإلكتروني للكلية يمكن إعادة استخدام ونشر الدراسات الواردة فيها شرط الإشارة إلى المصدر.

محتويات المجلة

٧	كلمة رئيس التحرير
١٣	القسم الأول: دراسات في القانون العام
١٥	د. عبدالله بن نادر محمد العصيمي - الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية
٥٣	د. عمر عبدالرحمن البوريني - مدى تأثير انتفاء المصلحة على النظر بالدعوى الإدارية في ضوء اجتهادات محكمة العدل العليا الأردنية
٧٨	د.غازي عبيد العياش ود.فارس مناحي المطيري - أحكام المراسيم بقوانين وأثر رفضها في النطاق الجنائي
١٠٩	أ.عبد المجيد طيبي - العقلنة البرلمانية وأثرها على سيادة البرلمان في النظام السياسي الجزائري
١٢٧	د. عصام إسماعيل - أثر حكم تيران وصنافير في تغيير بعض المفاهيم في القانون الإداري
١٤٧	القسم الثاني: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية
١٤٩	د. محمد عباس محسن - أثر تسليح الوحدات المكونة للإتحاد الفيدرالي على سيادة الدولة الإتحادية .. قراءة في واقع عراقي متغير
١٧٥	د بهاء عدنان يحيى السعبري - إعادة بناء التحالفات لمواجهة ظاهرة التطرف
١٩٦	د. باخويا دريس - المقاربة القانونية والأمنية لمكافحة الإرهاب في دول المغرب العربي
٢٢٤	أ. ولد يوسف مولود - الإرهاب الإلكتروني والطرق الحديثة لتكوين التنظيمات الجهادية عبر شبكة الإنترنت
٢٤٢	أ. الطاهر زخمي - آليات رصد تطبيق الاتفاقيات الإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان
٢٦٩	القسم الثالث: دراسات في القانون الخاص
٢٧١	د حسين عبد القادر معروف - التزام المحكم بالإفصاح (الحياد و الشفافية)
٣٢٦	د. محمود ملحم - مدى دستورية المادة ٢/٢٦ من قانون الاجارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨

كلمة رئيس التحرير الأمن العربي المطلوب الأكثر إلحاحاً

رئيس التحرير

العميد د. كميل حبيب

وقع اختيار هيئة التحرير أن يخصص هذا العدد لأبحاث الكتاب والباحثين العرب، وفي معرض البحث عن الكلمة الافتتاحية وجدت الأفكار تأخذني نحو ما يؤرق المنطقة العربية التي تعيش أياماً حزينة، فالوطن العربي وبالرغم من كونه يحتلّ موقعاً جغرافياً فريداً إذ يربط القارات الثلاث: آسيا وأفريقيا وأوروبا ويمتلك ثروات هائلة وشعوبه في حركةٍ دائمة في انتقالها إلى القارات الأخرى ما جعل له تأثير في تكوين حضاراتٍ دولٍ عديدة. وبالرغم من وصفه بالكتلة الاستراتيجية الحيوية التي يمكن أن تكون ذات ثقل في السياستين العالمية والاقليمية، فهو قلب الأرض الذي يقع في مكان متوسط بالنسبة لأي مواجهة عالمية محتملة، وهو المتحكم في طرق نقل الطاقة سواء إلى الشرق الأقصى، أو إلى أوروبا والولايات المتحدة الأميركية، ويمتاز بطول شواطئه التي تبلغ ١٦٤٨٠ كلم ويتحكّم بثلاث مضائق، مضيق قناة السويس، مضيق باب المندب، مضيق هرمز، ويمكن أن نضيف إليها مضيق جبل طارق.

هذه الأهمية الجغرافية التي تعتبر العامل الأساسي لنجاح التجارة العالمية، وامتلاكه ثروة نفطية هائلة إضافة للموارد الطبيعية الأخرى، كالإراضي الزراعية الخصبة والمعالم السياحية، كلها عوامل لم تتجح في تحقيق الأمن والاستقرار في المنطقة، بل على العكس لقد أشتعلت المنطقة العربية بحروبٍ مدمّرة تهدد أمن ليس فقط الدول التي تقع على أراضيها الأحداث، بل أضرت هذه الحروب بكافة الأقطار العربية بلا استثناء، حتى بدأ الوهن يدب في هذه الدول التي خسرت الملايين من أبنائها قتلى

الحروب، وخسرت أضعافهم بفعل الهجرة، وشارفت ثرواتها على الزوال، وهذا ما يطرح التساؤل حول أسباب غياب مفهوم للأمن القومي العربي؟ إذ يواجه مفهوم الامن القومي العربي التباساً في تعريفه وتحديد جوانبه، ومقوماته، ومصدر هذا الالتباس، طبيعة الرابطة القومية التي تجمع الدول العربية، ويتجسد ذلك التناقض في امة تعتقد انها امة واحدة، وهي في الوقت، مجزأة إلى كيانات سياسية مستقلة ٢٢ دولة عربية بل إن الحروب الحالية قد تؤدي إلى زيادة التقسيم حيث لا يوجد أدنى مؤشر إلى توحد دولتين أو أكثر وعلى العكس فإن أدلة قوية حول نوايا تقسيم وتجزئة إضافية للمنطقة العربية.

وكان السبب في الانشقاق والانقسام بين الدول العربية هو غلبة الروح القطرية وتغليب المنطق القطري، حيث سعت كل دولة إلى البحث عن مصالحها الذاتية في مقابل تقزيم المنطق القومي والمصالح القومية. فلم تسهم العوامل الاجتماعية (وحدة اللغة والثقافة والحضارة والدين) والاقتصادية (الثروة النفطية، والموارد الطبيعية والمساحات الزراعية والقدرة السياحية) والعسكرية (الطاقة البشرية، الترسانة الهائلة من الاسلحة)، في خلق نظام عربي قادر على حفظ الامن القومي للدول العربية، ومرد ذلك بصورة اساسية:

١- الصراعات العربية الداخلية: حيث برزت بقوة مقولة جادة تنكر ان نظاماً عربياً قد وجد اصلاً في أي وقت من الاوقات، وذلك بفعل الحروب والأزمات الأمنية والسياسية المتتالية والتي هي في أشدها اليوم ولم تفلح جامعة الدول العربية ولا يوجد زعامة عربية قادرة على إنهاء هذه الصراعات التي يقف المجتمع الدولي إزاءها موقف المتفرج بل والمحرض على استمرارها.

٢- انشغلت كل دولة عربية بأزماتها الداخلية ما خلق القطرية العربية فانغلقت كل دولة ضمن حدودها وانشغلت بأمنها الداخلي وتلتهت عنه عن أي أمن خارجي وإن كان يمسّ دول شقيقة.

لقد دفعت هذه المعطيات إلى عدة تساؤلات، هل نحن امة؟؟ أم أن العالم العربي لا يعدو ان يكون منطقة جغرافية؟ ام هو تجمع حضاري له منزلة تاريخية وله دور في صياغة التوازنات الدولية سياسياً وثقافياً وحضارياً؟؟ واذا كنا نفخر بتلك الروابط التي نكثر من التغني بها، فلماذا لا نتصرف شعوبنا ودولنا بمقتضاها؟؟

وكما يقول الراحل د. محمد المجذوب ان الدول العربية استقلت ولكن ليس في دولة عربية واحدة، بل في دول متعددة. كل دولة منها لها كيان تحافظ عليه واستقلال تتمسك به، وثروة طبيعية لا ترضى ان يشاركها فيها الغير، ثم ملك او امير لا يتنازل عن عرشه لأحد.

لقد حاول كتاب عرب البحث عن مفهوم للأمن القومي العربي، محاولين بذلك هزّ المجتمعات والسياسات العربية لعلها تخرج من عزلتها وتفوقها وتنهض متألّفة موحدة على الأقل حول تحقيق الاستقرار والأمن في المنطقة. لكن صياغة فكرة الامن القومي العربي ادى الافراط في طرح المثاليات عن الوحدة والتوحد، الامة الواحدة، والقومية العربية الواحدة... إلى ردّ فعل عكسي من الدول الاعضاء، اذ سعت الدول العربية إلى تقليص دور الجامعة العربية، وترسيخ مفهوم السيادة القطرية، حتى وصلنا إلى غياب أي دور لهذه الجامعة وأن بقاءها اليوم لا يتعدى الاجتماعات الدورية دون أي مقررات فاعلة ونافذة.

ونحن اليوم لا نزال نواجه انواعاً متتابعة من المخاطر والتهديدات للأمن لعربي برمته بل ولوجود المنطقة العربية بذاتها التي في حال اشتدت الأزمات قد نصل إلى مرحلة زوال مصطلح المنطقة العربية والدول العربية ليحلّ مكانها رسمياً منطقة الشرق أوسطية، هي إذ أزمة وجود يخوضها العالم العربي، هي أزمة وليس في الافق المنظور ما يشير الى انتهائها بخسائر قليلة.

لهذا استغلّ مناسبة الترحيب بالكتاب العرب لأعيد التذكير بمقاطع من كلمة فخامة رئيس الجمهورية العماد ميشال عون في القمة العربية المنعقدة بتاريخ ٢٩/٣/٢٠١٧ حيث قال فخامته: "لم آتِ إلى هنا ناصحاً ولا مرشداً، إنما جنّت متسائلاً، فربّما نجد

في وجداننا الإجابات اللازمة. لذا، سأدع وجداني يخاطب وجدانكم، لعلنا نستفيق من كابوس يقضّ مضاجعنا. إن أصوات الانفجارات ومشاهد القتل تطغى على أي موضوع آخر. لذلك لم أستطع أن أنزع من مخيلتي الغيمة السوداء التي تخيم على أجوائنا العربية، ولا اللقاءات السابقة التي كانت في كل مرة دون مقررات عملية تزيد خيبتنا خيبةً، وطعم المرارة فينا يزداد مرارةً، حروب، مجازر، دمار، قتلى، جرحى، أوجاع وأنين.

من ربح الحرب؟ من خسر الحرب؟ الجميع خاسرون، الجميع قتلى، الجميع جرحى، الجميع متآلمون، الجميع جياح يتسولون لقمة العيش، من أجل من نقاتل، ومن أجل ماذا نقتل بعضنا البعض؟

أمن أجل تحرير القدس والأراضي العربية المحتلة؟ أم من أجل الوطن الفلسطيني الموعود وإعادة اللاجئين؟ وهل في هذه الحروب انتصارات وعلى من؟ وفي أي صفحة من صفحات تاريخنا سنسجّل الانتصارات؟ وهل بقيت لنا صفحات بيضاء نكتب عليها، بعدما امتلأت بأسماء ضحايانا واصطبغت بدمائهم؟ ماذا نقول لأهل فقدوا اطفالهم، وماذا سنقول لأطفال خسروا اهلهم؟ وهل سيكون لدينا شيء نقوله لهم؟ هل نحدّثهم عن حاضر يُدمر أم عن مستقبل يحترق؟

إنّ العاصفة التي ضربت منطقتنا أصابت جميع أوطاننا، منها من تضرّر مباشرة، ومنها من حمل عبء النتائج، ومنها من يقف مترقباً بحذر وقلق خوفاً من وصول شراراتها اليه. وقد طالت شظاياها جامعة الدول العربية، لا بل ضربتها في الصميم، فشلت قدراتها وجعلتها تقف عاجزة عن إيجاد الحلول .

لذلك، يمكن القول، وبكلّ ثقة، إنّنا جميعنا معنيون بما يحصل، ولا يمكن أن نبقى بانتظار الحلول تأتي من الخارج.

إنّ بيانات الاستنكار والإدانة لم تعد كافية، فالجامعة العربية، وهي المؤسسة الجامعة للعرب، وانطلاقاً من مبادئ وأهداف وروحية ميثاقها، وحفاظاً على الدول الاعضاء فيها، وإنقاذاً لإنسانها وسيادتها واستقلالها وثرواتها، عليها أن تستعيد دورها ومهمتها

ودورها الملحّ اليوم هو في اتخاذ زمام مبادرةٍ فعّالةٍ تستطيع أن تؤثر في مجرى الأحداث، وتوقف حمّات الدم، وتطفئ النار المستعرة، دورها اليوم في إعادة لمّ الشمل العربي، وإيجاد الحلول العادلة في الدول الملتهبة، لتحسين الوطن العربي في مواجهة تحديات المرحلة ومخاطرها. وإنّ خطورة المرحلة تحتمّ علينا، أن نقرّر اليوم وقف الحروب بين الإخوة، بجميع أشكالها، العسكرية والمادية والإعلامية والدبلوماسية، والجلوس إلى طاولة الحوار، لتحديد المصالح الحيوية المشروعة لكلّ فريق، واحترامها، وإلاّ ذهبنا جميعاً عمولة حلّ لم يعد بعيداً، سيفرض علينا، اللهم إني بلّغت" انتهى الاقتباس من كلمة فخامته.

وإني بدوري وإذ أرحب بالكتاب العرب وأعلن أن المجلة مفتوحة لهم، أمل منهم تقديم كتابات تسهم ليس في تحقيق الوحدة العربية التي أصبحت مستحيلة، ولا في الأمن القومي العربي الموحد الذي لا يعدو كونه حلمًا، وإنما أرغب بدراسات الحدّ الأدنى، دراسات تسهم في تقليص النزاعات بين الدول العربية وتحقق الأمن والاستقرار لشعوب المنطقة.

القسم الأول: دراسات في القانون العام

- د. عبدالله بن نادر محمد العصيمي - الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية
- د. عمر عبدالرحمن البوريني - مدى تأثير انتفاء المصلحة على النظر بالدعوى الإدارية في ضوء اجتهادات محكمة العدل العليا الأردنية والقضاء المقارن
- أ.د. غازي عبيد العياش و د. فارس مناحي المطيري - أحكام المراسيم بقوانين وأثر رفضها في النطاق الجنائي
- أ. عبد المجيد طيبي - العقلنة البرلمانية وأثرها على سيادة البرلمان في النظام السياسي الجزائري
- د. عصام إسماعيل - أثر حكم تيران وصنافير في تغيير بعض المفاهيم في القانون الإداري

الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية

في المملكة العربية السعودية

د. عبدالله بن نادر محمد العصيمي^(١)

مرّ القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية ، بظروف تشابه إلى حد كبير الظروف المصاحبة لنشأته في فرنسا، فلم يكن للإدارة قضاء خاص، بل كانت المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية هي صاحبة الولاية العامة في نظر جميع المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، مثلها مثل الأفراد ، وبدأت تظهر بعض ملامح الرغبة إلى نشؤ محاكم إدارية، وبعد إنشاء مجلس الوزراء عام ١٣٧٣ هـ ، الحق به شعبة ديوان المظالم، كانت هذه الشعبة تمارس عملاً استشارياً لمجلس الوزراء في كل ما يعرض عليه من شكاوى ضد الإدارات الحكومية، وفي عام ١٣٧٤ هـ ، صدر نظام خاص لديوان المظالم، منحه شخصية اعتبارية مستقلة، كهيئة إدارية تمارس اختصاصات استشارية لمجلس الوزراء، مع إعطائه صلاحية بعض الإجراءات القضائية، مشروطاً بتوافر بعض الاختصاصات الشرعية والقانونية في أعضائه، ثم صدر الأمر الملكي الكريم رقم ٢٠٩٤١ وتاريخ ٢٨/١٠/١٣٨٧ هـ، الذي منع بمقتضاه المحاكم الشرعية النظر في القضايا التي تكون الإدارة طرفاً فيها، ما لم يعرض الأمر على جلالة الملك وأخذ رأيه فيه، ما أعطى المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها طبيعة مختلفة عن غيرها من المنازعات، حتى صدر المرسوم الملكي رقم ٥١ بتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢ هـ ، الذي جعل من ديوان المظالم هيئة قضاء إداري

^(١) أستاذ القانون الإداري العام المساعد في كلية العلوم والدراسات الإنسانية بحريملاء/ جامعة شقراء -المملكة العربية السعودية.

مستقلة، واشتراط في أعضائه أن يكونوا حاصلين على شهادة من إحدى كليات الشريعة بالمملكة العربية السعودية، أو شهادة تعادلها، ومع نشأت الدولة كدولة قانونية حديثة ، بدأت الأجهزة المركزية وللأمركية في المملكة العربية السعودية، تمارس عملها بإشباع الاحتياجات العامة داخل الدولة بكافة الوسائل المتاحة، متخذة من القرار الإداري أداة لضبط النشاط الفردي وحماية النظام العام، باستصدار أوامر ذات طبيعة خاصة لا تختلف عن تلك القواعد الإدارية المطبقة في القانون الإداري، ما يتطلب خضوعها للقانون، فلا تكون أعمالها صحيحة إلا بقدر مطابقتها للقانون بغية تحقيق المصلحة العامة، ولكون القاضي الإداري هو الأقر والأجدر بمراقبة تلك المصلحة، ما يستوجب رسم حدود الطبيعة القانونية للقرار الإداري في المملكة العربية السعودية، وفق إجراءات وأدوات خاصة، فهل كانت هذه الحدود هي نفس تلك الحدود المطبقة في تحديد طبيعة القرار الإداري، وفق نظرية القرارات الإدارية المطبقة في القانون الإداري.

وهو ما سوف تجيب عليه الدراسة، من خلال دراسة وصفية للطبيعة القانونية للقرار الإداري، من خلال معرفة النظام القانوني الذي يحكم القرار الإداري في المملكة العربية السعودية (فصل أول)، والأثر القانوني على نفاذ القرار الإداري في المملكة العربية السعودية.

إشكالية الدراسة

تكمن إشكالية الدراسة، في معرفة قدرة القاضي الإداري في المملكة العربية السعودية ذو الخلفية الشرعية على تلمس طبيعة القرارات الإدارية كأحد نظريات القانون الإداري، لفرض رقابته على أعمال الإدارة، وخاصة أن كليات الشريعة في المملكة العربية السعودية التي يتطلب أن يحصل القاضي الإداري السعودي على شهادتها لعضوية القضاء الإداري لا تدرّس من ضمن خططها الدراسية مواد القانون الإداري .

الهدف من البحث

تهدف الدراسة ، إلى البحث في الأنظمة السعودية ، والقرارات النافذة ، وفي الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الإدارية السعودية القديمة والحديثة ، لتلمس الطبيعة القانونية للقرار الإداري في المملكة العربية السعودية ، وفق الطبيعة القانونية للقرار الإداري ، كأحد نظريات القانون الإداري .

منهج البحث

استخدمت دراسة هذا البحث المنهج الوصفي الوثائقي ، لتحليل الطبيعة القانونية للقرار الإداري في المملكة العربية السعودية ، من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول : النظام القانوني للقرار الإداري في المملكة العربية السعودية

الفصل الثاني : الأثر القانوني على نفاذ القرار الإداري في المملكة العربية السعودية

الفصل الأول: النظام القانوني للقرار الإداري في المملكة العربية السعودية

لكي تتمكن الدراسة من تلمس الطبيعة القانونية للقرار الإداري السعودي، لا بد من التطرق إلى إشكالية تعدد تعريفات القرار الإداري، وتبيان خصائصه بما يميزه عن غيره من التصرفات القانونية، وتحديد أركانه، وخاصة أن تعريف ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، قد خلط بين أركان القرار الإداري وشروط صحته، كنظام قانوني يحكم القرار الإداري في المملكة العربية السعودية.

المبحث الأول: تعريف القرار الإداري في المملكة العربية السعودية

لم يتعرض المنظم السعودي لوضع تعريف محدد للقرار الإداري، كما أن الفقه الإداري في المملكة العربية السعودية لم يول الموضوع الاهتمام المناسب بسبب عدم توافر بعض المواصفات والاشتراطات التي تمكن الفقيه السعودي من البحث والتحليل في

شتى الأمور الإدارية الدقيقة^(١) ، إلا أن القضاء الإداري السعودي قد تبنى تعريفاً للقرار الإداري ، تمثل في الآتي : إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يحدده القانون بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين، متى ما كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة^(٢).

وهذا المسلك الذي سار عليه القضاء الإداري السعودي ، هو نفس المسلك الذي سار عليه القضاء الإداري المصري^(٣). وكان قد تعرض هذا التعريف للانتقاد بسبب عدم تفرقة بين أركان القرار الإداري وشروط صحته، حيث تضمن التعريف السابق - والذي أكدته ديوان المظالم في قراره رقم ٣ / ٤ / ١٣٩٨ هـ في القضية رقم ٢٣ ق لعام ١٣٩٨ هـ - شروط صحة القرار ولم يتطرق إلى أركان وجوده ، فالشكل الذي يحدده القانون شرط لصحة القرار كما أن المركز القانوني الذي ينتجه القرار هو شرط آخر لصحته يتعلق بعيب المحل، فلو صدر القرار الإداري وأنتج مركزاً قانونياً غير جائز، كان القرار الإداري موجوداً ولكنه معيب بعيب المحل، وهكذا فيما يتعلق بعيب الهدف حيث أن التعريف السابق ذكر في وجود القرار الإداري أن يكون الباعث عليه ، ابتغاء المصلحة العامة.

وهو ما يدعو هذه الدراسة إلى عدم التسليم بهذا التعريف، لأنه لا يتصور أن جميع القرارات الإدارية التي تصدر قد سُلّم بها لتحقيق مصلحة عامة، فكم من قرار إداري صدر وأصبح نافذاً وتحصن وهو معيب بعيب الانحراف في استخدام السلطة.

(١) د. السيد خليل هيكل ، القانون الإداري السعودي، الطبعة الثالثة ، دار الزهراء، الرياض، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨ ، ص ١٨.

(٢) ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية ، قرار رقم ٣ / ٤ / ١٣٩٨ هـ في القضية رقم ٢٣ ق لعام ١٣٩٨ هـ ، مجموعة الديوان ، ص ٦٢٦ .

وكذلك القرار رقم ٦ / ٨٦ لعام ١٤٠١ هـ في القضية رقم ١/٤٩٧ ق لعام ١٤٠٠ هـ ، مجموعة الديوان ص ٢٩١ وما بعدها .

(٣) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ٢٧ / ١ / ١٩٧٩ م مجموعة الإدارية العليا في ١٥ سنة ص ٧٥ ، والطعن رقم ٦٧٤ لسنة ١٢ ق بتاريخ ٢ / ٩ / ١٩٦٧ م المجموعة س ١٢ ، ص ١١٢٣٦ ، وأيضاً حكمها في الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٢٨ ق ، جلسة ٩ / ١٢ / ١٩٨٤ م س ٣٠ غير منشور.

وقد تنبته المحكمة الإدارية العليا في مصر، إلى هذا الانتقاد، وحاولت جاهدة إلى إيجاد مجموعة من التعاريف المختلفة، أكثر توفيقاً من التعريف السابق، إلا أنه ما زال يعاب على هذه التعاريف أنها ما زالت تضمنه بعض شروط صحته^(١).

ورغم هذا الجدل القانوني في التفريق بين أركان القرار وشروط صحته إلا أن هذا التعريف هو السائد الآن في المملكة العربية السعودية رغم الاعتقاد السائد لدى قضاة المحاكم الإدارية في المملكة العربية السعودية ، بأن القرار الإداري قد يكون مكتوباً أو شفوياً أو أنه قد يصدر بشكل سلبي حيث ذكر نظام ديوان المظالم - الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م / ٧٨) وتاريخ ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ على عدم ضرورة أن يصدر القرار الإداري في شكل معين^(٢).

إن الإشكالية في عدم تبني القاضي الإداري السعودي إلى صقل تعريف القرار الإداري تكمن في أن مهمة القاضي الإداري السعودي البحتة إنما تتلخص في معرفة ما إذا كان القرار المطعون فيه قابلاً للطعن أم لا وهذا مل يتحقق من خلال البحث في صحة شروطه، وهو دور تقبله الدراسة لو كان للفقه الإداري السعودي دوراً فاعلاً في تأصيل نظرية القرار الإداري، على غرار ما سار عليه الفقه الأجنبي والعربي في هذا الاتجاه ، حيث عرف الدكتور فوزت فرحات ، القرار الإداري ، بأنه العمل القانوني

(١) د. عبد الناصر عبدا لله أبو سمهدانة ، القرار الإداري في النظرية والتطبيق ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٢ ، ص ١٨ .

(٢) نظام ديوان المظالم ، المادة (١٣) والتي تنص على (تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الأتي :-
أ- الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظام الخدمة المدنية والعسكرية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم المستحقين عنهم .
ب- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوي الشأن ، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص ، أو وجود عيب في الشكل ، أو عيب في السبب ، أو مخالفة النظم واللوائح ، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها ، أو إساءة استعمال السلطة ، بما في ذلك القرارات التأديبية ، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية ، والمجالس التأديبية ، وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام ، وما في حكمها - المتصلة بنشاطها - ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح .

الذي تتخذه السلطة الإدارية بنفسها لتعدل بموجبه أو ترفض حقوق وموجبات المواطنين بغض النظر عن موافقتهم^(١).

كما عرفه الدكتور زهدي يكن بأنه (مظهر من مظاهر الإدارة المنفردة لموظف عام يصوغ بها قاعدة قانونية أو ينشئ أو يعدل مركزاً قانونياً لفرد معين^(٢)، كما عرفه الدكتور جان باز بأنه العمل القانوني التي تصدره الإدارة منفردة لتظهر فيه إرادتها وهي تغير الوضع القانوني القائم بما تنشئه من حقوق وبما تفرضه من موجبات^(٣)، كما عرفه الدكتور سامي جمال الدين ، بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد إحداث أثر قانوني معين^(٤)، أما الفقه الفرنسي، فقد كان متوسعاً في هذا الاتجاه مما سبب إشكالية حقيقية في تحديد مفهوم موحد لتعريف القرار الإداري، إلا أن أغلبهم يتجه إلى التفريق بين أركان القرار الإداري من جانب، وشروط صحته من جانب آخر.

فلقد عرفه الفقيه M.Hauriou بأنه كل قرار يحدث أثراً قانونياً تتخذه السلطة الإدارية بشكل تنفيذي^(٥)، كما أن الفقيه L-Duguit قد عرفه بأنه التصرف الإداري الذي يصدر في لحظة مستقبلية معينة، أو هو التعبير عن الإرادة الذي يصدر بقصد إحداث تغيير في النظام القانوني للمجموعة^(٦)، وعند Eisenmann فإن القرار الإداري يعرف بأنه تصرف قانوني، يصدر منفرداً، عن سلطة إدارية^(٧).

(١) د. فوزت فرحات ، القانون الراداري العام ، الكتاب الأول ، بدون دار نشر ، ٢٠٠٤ ص ٣٧٩ .
(٢) د. زهدي يكن ، القانون الإداري ، المكتبة العصرية ، بيروت ، بدون تاريخ نشر ، ص ٢٣٥ .
(٣) د. جان باز ، الوسيط في القانون الإداري اللبناني ، الكتاب الأول ، بدون دار نشر ، ١٩٧١ ، ص ٢٥٢ .
(٤) د. سامي جمال الدين ، دعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري ، منشورات منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٩١ ، ص ٤٩ .

(٥) M.Hauriou- O.p.Cit.P277.

نقلاً عن عصام نعمة إسماعيل ، الطبيعة القانونية للقرار الإداري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، نوقشت في الجامعة اللبنانية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية ، الفرع الأول ، ٢٠٠٨/٢٠٠٧ .
(٦) د. عصام نعمة إسماعيل ، الطبيعة القانونية للقرار الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ م ، ص ٨٩ .
(٧) نفس المرجع السابق، ص ٩٠ .

وتعتقد الدراسة، أن هناك أسباب حقيقية ، أدت إلى عدم الوضوح في إيجاد تعريف موحد للقرار الإداري ، تتجلى في ثلاث صور وهي كالتالي : -
أولاً : أن القرار الإداري كان من بديهيات القانون الإداري التي لا تحتاج إلى توضيح.
ثانياً: ترك المجال مفتوحاً للاجتهاد والفقهاء، في إيجاد تعريف للقرار الإداري وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة المتغيرة والمرتبطة بالظروف السياسية والاقتصادية .
ثالثاً: التلازم الكبير والأصيل بين نظريات القانون الإداري والقانون نفسه الذي يمتاز بالمرونة والتطور، التي حتمت ترك المجال مفتوحاً لقبولية التعريف للتطور والتغير لمواكبة طبيعة القانون الإداري.

المبحث الثاني: خصائص القرار الإداري في المملكة العربية السعودية
يمتاز القرار الإداري السعودي بعدة خصائص تميزه عن غيره من الأعمال الأخرى، وتتلخص هذه الميزات في الآتي:

أولاً: أنه تصرف قانوني إداري

فالتصرفات القانونية التي تصدرها الإدارة لا تخلو من التالي:

- أ- تصرفات قانونية بإرادة منفردة (القرارات)
- ب- تصرفات قانونية بتوافق إرادتين (العقود)

تعنتي الدراسة بالتصرفات القانونية التي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة، وهو ما يتميز به القرار الإداري عن غيره من التصرفات الأخرى ، كما أن هذه التصرفات القانونية التي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة ، تفتقر عن أعمال الإدارة المادية ، سواء كانت هذه الأعمال إرادية أو غير إرادية⁽¹⁾، وتعتبر من قبيل الأعمال المادية الإدارية:

(1) د. عبد المهدي عبدا لله ، القرار الإداري وعيب إساءة استعمال السلطة في ضوء أحكام القضاء الإداري، مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، عدد ٦٩ ، ١٩٩٩ ، ص ١١٦ .

- الأعمال الفنية التي يباشرها رجال الإدارة المختصون.
- الأعمال التي تقوم بها الإدارة لتنفيذ الأحكام القضائية.
- الأعمال التي تقوم بها الإدارة لتنفيذ القرارات الإدارية
- الأعمال التي لا تؤثر على المراكز القانونية بشكل مباشر كالأعمال التحضيرية والأعمال التأكيدية والأعمال المؤيدة لتصرفات سابقة^(١).

ثانياً : أنه تصرف تتخذه السلطة الإدارية الوطنية

تنقسم السلطات الدستورية في المملكة العربية السعودية إلى ثلاثة سلطات: التنظيمية، التنفيذية، القضائية.

يتولى مجلس الوزراء الوظيفة التنظيمية والوظيفة التنفيذية^(٢) ما يعني أن مجلس الوزراء يتولى سلطة إصدار الأنظمة ، كونه سلطة تنظيمية ، ويتولى سلطة إصدار القرارات الإدارية كونه سلطة تنفيذية ، ويصعب للتمييز بينهما تطبيق المعيار الشكلي لتداخل أعضاء السلطتين في مجلس واحد، ما يستدعي تطبيق المعيار الموضوعي، لمعرفة أعمال السلطة التنظيمية (الأنظمة) وأعمال السلطة التنفيذية (التصرفات القانونية سواء كانت بإرادة منفردة أو بتوافق إرادتين، فالأنظمة في المملكة العربية السعودية تصدر مثلها مثل المعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات بمراسيم ملكية^(٣)، أما القرارات الإدارية فيختص بها مجلس الوزراء باعتباره سلطة تنفيذية، تملك الهيمنة التامة على شؤون التنفيذ والإدارة^(٤).

(٢) C.E. Set . 29 . 11 . 1983 , Tribier , AJ 1984 , 432 , chron . Lasserre et Hubac.

(٣) المادة التاسعة عشر من نظام مجلس الوزراء: مع مراعاة ما ورد في النظام الأساسي للحكم ونظام مجلس الشورى ، يرسم مجلس الوزراء السياسة الداخلية والخارجية والمالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية ، وجميع الشؤون العامة للدولة ، ويشرف على تنفيذها ، وينظر في قرارات مجلس الشورى ، وله السلطة التنفيذية ، وهو المرجع للشؤون المالية والإدارية في سائر الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى.

(٤) نظام مجلس الشورى المادة (١٨) :تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات ، وتعديل بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من مجلس الوزراء .

(٤) المادة الرابعة والعشرون من نظام مجلس الوزراء: للمجلس باعتباره السلطة التنفيذية المباشرة الهيمنة التامة على شؤون التنفيذ والإدارة.

ثالثاً: أن يؤثر على المراكز القانونية

الأصل في المراكز القانونية الثبات والاستقرار ولا يؤثر في طبيعتها إلا التصرفات القانونية سواء كانت تلك التصرفات القانونية بإرادة منفردة أو بإرادتين، وأكثر ما يؤثر على تلك المراكز القانونية، هو القرار الإداري الذي يقصد منه إحداث مركزاً قانونياً معيناً بغض النظر عن صحة هذا المركز، لأنه لو اشترطنا ضرورة صحة هذا المركز، لخالفنا رأينا السابق في التفريق بين أركان القرار وشروطه إنما الأصل يبقى في ضرورة تأثير هذا القرار على المراكز القانونية وهو ما يتطلب ضرورة أن يكون ذلك القرار نهائياً ، ويعتبر القرار الإداري نافذاً من تاريخ صدوره ، ويجب أن نفرّق ما بين نفاذ القرار الإداري وتنفيذه، وهو ما يقودنا إلى استخدام مفردة تنفيذي ، لان القرارات الإدارية النهائية هي في الأصل قرارات إدارية تنفيذية^(١)، والقرار الإداري التنفيذي هو ذلك القرار الذي أستكمل كافة إجراءات صدوره ولا يحتاج إلى تصديق أو موافقة سلطة عليا.

المبحث الثالث: أركان القرار الإداري في المملكة العربية السعودية

من الواضح في تعريف ديوان المظالم للقرار الإداري انه خلط بين أركان القرار الإداري وشروط صحته. وأركان القرار الإداري هي التي يجب أن تتوافر فيه ليكون موجوداً وسليماً وأي عيب يلحق بتلك الأركان يجعله معيباً أو منعدماً حسب جسامته هذا العيب ودوره ، أما شروط صحة القرار الإداري فتتعلق بمشروعيته بحيث تكون جميع أركانه سليمة وخالية من العيوب، بمعنى أنه يفترض فيها أنها قد صدرت صحيحة ومشروعة وخالية من العيوب، وهذه العيوب التي من الممكن أن تلحق بأحد

(١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ١٩٧٦، ص٣٤٧.

أو بعض أركان القرار الإداري، تسمى عيوب عدم المشروعية ، ويمكن تفصيلها على النحو التالي:

- ركن الاختصاص: العيب الذي يلحق به يسمى عيب عدم الاختصاص .
- ركن الشكل : العيب الذي يلحق به يسمى عيب مخالفة الشكل .
- ركن المحل : العيب الذي يلحق به يسمى عيب مخالفة النظام .
- ركن السبب : العيب الذي يلحق به يسمى عيب مخالفة السبب .
- ركن الغاية : العيب الذي يلحق به يسمى عيب إساءة استعمال السلطة .

إن العيوب التي تلحق بأركان القرار الإداري إما أن تجعل منه قراراً باطلاً أو منعماً ، حسب نوعية العيب وجسامته. وسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى فقرتين ، نتناول في الفقرة الأولى أركان المشروعية الخارجية ، وفي الفقرة الثانية أركان المشروعية الداخلية.

أولاً : أركان المشروعية الخارجية

لا يعتبر القرار الإداري عملاً قانونياً مؤثراً على المراكز القانونية، ما لم تتوفر فيه كافة أركان القرار الإداري بغض النظر عن صحتها ، والتي تتلخص في التالي :

١- ركن الاختصاص: أو الأهلية القانونية التي يجب على الموظف التمتع بها لجهة إنشاء العمل الإداري المنفرد الطرف^(١)، أي الصلاحية التي يجب أن يكتسبها الموظف مصدر القرار نظاماً.

تنقسم عناصر الاختصاص إلى ثلاثة أقسام على النحو التالي :

(١) د . فوزت فرحات، القانون الإداري العام، مرجع سابق ص ٣٩٨.

- **الاختصاص المادي:** ويعني أن الموظف الذي أكتسب الأهلية القانونية، تتلخص أهليته في الصلاحيات المرتبطة بطبيعة عمله، وبالمواضيع المتعلقة بإدارته، فمثلاً: لا يعتبر مدير الجامعة مختصاً بنقل أحد مدرسي إدارة التعليم.
 - **الاختصاص الإقليمي:** وهي دائرة جغرافية محددة تخول صاحب الصلاحية سلطة ممارسة اختصاصاته في حدودها، فلا يجوز لمدير شرطة منطقة محددة ، أن يضع نقاط تفتيشية في منطقة أخرى خارج حدود نطاقه الجغرافي.
 - **الاختصاص الزمني:** وهي الفترة التي يجوز فيها للسلطة المختصة، ممارسة نشاطها ، وتمتد هذه الفترة من تاريخ صدور قرار اكتسابها الأهلية القانونية التي أعطتها سلطة ممارسة تلك الصلاحيات حتى تاريخ انتهاء ولايتها.
- وتحدد الصلاحيات من خلال النصوص القانونية المكتوبة، وكذلك من خلال الأعمال المنفردة، التي تقوم بها الإدارة بشكل منفرد ، كما أن مخالفة قواعد الاختصاص تعتبر من النظام العام ، والتي تخول للقاضي سلطة إثارتها من تلقاء نفسه، وفي أي وقت من الدعوى^(١)، وهو ما أكدته المحاكم الإدارية في الملكة العربية السعودية^(٢).
- كما أن هذه الصلاحيات ليست حقاً لمن منحت له يستطيع أن يتصرف بها كيفما يشاء أو أن يفوضها لمن يشاء، إنما هي سلطة لا يتصرف بها إلا وفق ما حدده القانون، فلا تفويض إلا بنص ، فمثلاً: إن صاحب الصلاحية في تعيين أعضاء هيئة التدريس في الجامعات السعودية ، هو مجلس الجامعة ، الذي لا يجوز له أن يفوض تلك الصلاحيات لمدير الجامعة لعدم وجود نص قانوني يجيز ذلك^(٣).
- والعيب الذي يلحق بهذا الركن يسمى بعيب عدم الاختصاص ، وينقسم هذا العيب إلى قسمين، العيب الجسيم والعيب البسيط.

(١) د . جورج سعد ، القانون الإداري العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٦ ، بيروت ، ص ١٥٩ .
(٢) حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٤٨ / د / ١ / ١١١٠ / ق / لعام ١٤٢٧ هـ القضية رقم ١١١٠ / ١ / ق / لعام ١٤٢٧ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٠٩ / س / ٣ / لعام ١٤٣٢ هـ ، قضية رقم ١٣٥١ / ق / لعام ١٤٣١ هـ في الجلسة المنعقدة بتاريخ ١٤٣٢/١/٢٩ هـ ، مجموعة الأحكام الإدارية لعام ١٤٣٢ هـ ، ص ٣١ .
(٣) فقرة (٧) من المادة (٢٠) من نظام مجلس التعليم العالي والجامعات الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم م/٨ وتاريخ ١٤١٤/٦/٤ هـ .

يتحقق العيب الجسيم عندما يكون التصرف الإداري تعدياً أو اغتصاباً للسلطة، كأن يصدر قراراً إدارياً بفصل موظف لغيابه ثلاثة أيام لان الغياب حسمته الأنظمة المرعية^(١). فهذا العيب أعدم القرار الإداري مما جعل منه عملاً مادياً، بل أن هذا الانعدام يجعل من القضاء العادي قضاءً مختصاً في النظر في أي نزاع يلحق به، كأن يُصدر وزير الداخلية قراراً بإحالة من بلغت خدمته ٣٠ عاماً على التقاعد^(٢)، رغم وجود نظام التقاعد العسكري الصادر بمرسوم ملكي ، الذي نظم إجراءات الإحالة على التقاعد ولم يكن من بينها من بلغت خدمته ٣٠ عاماً وأي قرار يعتبر عملاً مادياً منعماً يقع واجباً على من أصدره تعديل أثاره، ولا يتحصن بفوات المدد النظامية، ولا يجوز الاحتجاج به إزاء الحقوق المكتسبة جرائه، كما أن الأفراد المخاطبين به لا يلزموا باحترامه، ولا يصح للإدارة أن تحتج به أمام الكافة كون عملها هذا يعتبر من قبيل التعدي^(٣).

وقد أخذ القضاء الإداري السعودي بهذا المسلك حديثاً وبدأ يفرق بين القرارات الإدارية المعيبة بعدم الاختصاص، كعيب بسيط، معتبراً إياها قرارات إدارية ، والقرارات الإدارية المعيبة بعيب الاختصاص كعيب جسيم ، معتبراً إياها أعمالاً مادية منعدمة، خلافاً لمساره السابق الذي كان لا ينحو باتجاه التوسع في تطبيق فكرة عيب عدم الاختصاص الجسيم ، حيث كان يصفها بعيب عدم الاختصاص العادي^(٤)، ثم إن مسلك القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية ليس فيه مصادمة لمواد نظام ديوان المظالم الذي عدد عيوب القرار الإداري ، إذ أن المادة (٨ / ١ / ب) من نظام ديوان المظالم عدت عيوب القرار الإداري على أساس أن القرار يعتبر معيباً

(١) المادة العاشرة من لائحة انتهاء الخدمة الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم ١ / ٨١٣ / وتاريخ ٢٠ / ٨ / ١٤٢٣ هـ والتي تنص على: "إذا انقطع عن عمله دون عذر مشروع مدة خمسة عشر يوماً متصلة أو ثلاثين يوماً متفرقة خلال السنة السابقة لإصدار القرار".

(٢) حكم الدائرة الفرعية الثالثة عشر بمقر ديوان المظالم رقم ٦٤ / د / ف / ١٣ لعام ١٤٢٥ هـ الصادر في القضية رقم ٧٧١ / ١ / ق / لعام ١٤٢٤ هـ.

(٣) د . صالح بن عبدا لرحمن الربيعه ، دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري وتطبيقاتها القضائية في المملكة العربية السعودية ، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤٢٦ هـ، ص ١٦٤ .

(٤) الحكم رقم ٨/٨٠ لعام ١٤٠٠ هـ في القضية رقم ١/٥٢٩/ق لعام ١٣٩٩ هـ لعام ١٤٠٠ هـ، ص ٣٠٥ .

متى حل به عيب من العيوب الوارد في المادة المشار لها سواء كان هذا العيب عيباً جسيماً أو عيباً بسيطاً، مع إيمان الدراسة بأن العيب الجسيم يعدم القرار الإداري وينزله من قيمته القانونية كقرار إداري ، ويجعله مجرد عملاً مادياً منعماً ، لا يؤثر على المراكز القانونية^(١).

٢- ركن الشكل: هو المظهر الخارجي للقرار والقواعد الإجرائية التي تتطلبها الأنظمة واللوائح لإصداره^(٢)، وعدم التزام جهة الإدارة بإتباع الشكليات والقواعد الإجرائية أو الشكلية التي نصت عليها الأنظمة واللوائح في إصدار القرارات الإدارية ، يعد عيباً يلحق بركن الشكل يسمى عيب الشكل^(٣)، وهذه القواعد إنما فرضت لحماية المصلحة العامة من جهة، ومصصلحة الأفراد من جهة أخرى^(٤).

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بإتباع مسلك معين وفق شكل معين لإصدار قراراتها، إلا في حالة وجود نص قانوني يقيد فيه عمل الإدارة^(٥)، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية في حكم حديث لها، حيث ذكرت " ضرورة احترام الإجراءات النظامية المنصوص عليها، لان مخالفة هذه الإجراءات ينال من الضمانة الممنوحة للموظف، وأن ما تقرره الأنظمة واللوائح من أشكال وإجراءات تستهدف حماية الأفراد من موظفين وغيرهم في مواجهة مظن خطأ جهة الإدارة أو تسرعها، تعتبر إجراءات جوهرية يؤدي مخالفتها إلى وسم القرار الإداري بعد المشروعية، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى إلغاء قرار المدعى عليها لمخالفته

(١) حكم الدائرة الفرعية الثالثة عشر بمقر ديوان المظالم رقم ٦٤ / د / ف / ١٣ لعام ١٤٢٥هـ الصادر في القضية رقم ٧٧١ / ١ / ق / لعام ١٤٢٤هـ.

(٢) د . محمد عاطف البناء ، مبادئ القانون ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩ ، ص ٣٤٨.

(٣) حكم ديوان المظالم رقم ٤٣٣ / ت / ٦ / لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ٣٣٧٥ / ١ / ق لعام ١٤٢٥هـ ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية ، ج ٢ ، ص ٧٠٣ .

(٤) د . محمد عبدا لعال السناري ، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية ، معهد الإدارة ، ١٤١٢هـ ، طبعة ١ ، الرياض ، ص ١٣١.

(٥) الفقرة (٤) من المادة (٨) من نظام المرافعات الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم م/٣ وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ والتي نصت على (يجب أن يكون قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم مسبباً)، وفي ذات السياق قرار ديوان المظالم رقم ٨٦/٦ لعام ١٤٠١هـ في القضية ١/٤٩٧/ق لعام ١٤٠٠هـ.

الإجراءات الجوهرية^(١)، " كما جاء في بعض أحكام ديوان المظالم القديمة، أن القضاء الإداري السعودي اعتبر أن العيب الذي يلحق بركن الشكل لا يبطل القرار الإداري، إلا إذا كان هذا العيب عيباً جوهرياً^٢، "كما أن كل ما تقرره الأنظمة واللوائح من أشكال وإجراءات، تستهدف حماية الموظفين العموميين أو الأفراد في مواجهة مظن خطأ الإدارة أو تسرعها ، تعتبر أشكالاً جوهرياً يؤدي إغفالها أو مخالفتها جزئياً أو كلياً إلى وسم القرار بعدم المشروعية^(٣) " ، وقد سار في اجتهاداته على أن الإجراءات الجوهرية المقررة لصالح الفرد، تكون إجراءات جوهرياً يترتب على إغفالها بطلان القرار، أما تلك المقررة لصالح الإدارة فإنها إجراءات غير جوهرياً^(٤)، كما أن صمت الإدارة مدة معينة هو بمثابة قرار إداري^(٥). وطالما أن المنظم السعودي يعتبر القرارات السلبية قرارات إدارية ، فكيف يمكن تلمس ركن الشكل في مثل هذه القرارات الضمنية؟ والجواب على ذلك فيما تعتقد الدراسة، أن المنظم السعودي رتب شكلاً ظاهراً في مثل هذه القرارات السلبية، يتلخص في الآتي:

- عدم صدور قرار إداري إيجابي بالرفض أو القبول .
- مرور مدة زمنية محددة، لولاها لما عرفنا المظهر الخارجي لإرادة الإدارة.

(١) حكم المحكمة الإدارية الابتدائية رقم ١٩ / د / ٤ / لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ١٦٠٠ / ٤ / ق لعام ١٤٣١ هـ ، والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١١٨٥ / إس / ١ لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ٣٣٢٨ / ق لعام ١٤٣٢ هـ ، تاريخ الجلسة ٢٠ / ٦ / ١٤٣٢ هـ ، مجموعة الأحكام الإدارية لعام ١٤٣٢ هـ ، ص ١٧٥ .

(٢) قرار ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية رقم ٨٦/٦ / لعام ١٤٠١ هـ في القضية رقم ١/٤٩٧/ق لعام ١٤٠٠ هـ مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية الصادرة من الديوان ص ٣٨٦ .

(٣) حكم ديوان المظالم رقم ٤٣٣/ت/٦ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ٣٣٧٥ من العام ١٤٢٥ هـ مجموعة الأحكام، ج ٢، ص ٧٠٤، وحكم ديوان المظالم رقم ٣٠ / ت / ١ لعام ١٤٠٤ هـ حكم غير منشور .

(٤) حكم ديوان المظالم رقم ٦٠/ت/١ لعام ١٤٠٥ هـ ، في القضية رقم ٧٥١ / ١ / ق لعام ١٤٠٤ هـ بجلسته ١٤٠٥/٦/٢١ ، حكم غير منشور .

(٥) الفقرة (٢) من المادة (٨) من نظام المرافعات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣ وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ هـ والتي تنص على " وعلى تلك الجهة أن تبت في الظلم خلال سنتين يوماً من تاريخ تقديمه ، وإذا صدر قرار التظلم دون البت فيه بمثابة صدور قرار برفضه " ، وكذلك الفقرة (ب) من المادة (١٣) من نظام ديوان المظالم الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ هـ والتي تنص على " ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح " .

والإفصاح هو تعبير عن إرادة الإدارة بغض النظر عن طبيعتها، فيتصور أن تكون تلك الإرادة إرادة ظاهرة، أو إرادة باطنة تتخذ مظهراً معيناً. وللقاضي الإداري أن يحمل مفردات القرار الإداري على ما يجب أن تحتل، ويطبق في ذلك ما تحمله المعاني لا ما تحمله المباني، لأنه يبحث في الإرادة المفترضة لمصدر القرار وفق الظروف المصاحبة، مما يجعل الإدارة تحرص على احترام ركن الشكل، والتروي والتدبر في تلك القرارات قبل إصدارها، كي لا تصدر قرارات كيفية أو تعسفية تمس حقوق الأفراد، كما أن الإدارة تستطيع أن تعدل قرارها المعيب بعيب الشكل^(١).

ثانياً : أركان المشروعية الداخلية

١- ركن المحل: هو الأثر القانوني الممكن والجائز الذي تتجه إرادة التصرف القانوني المنفرد إلى إنشائه أو تعديله أو إلغائه، ويختلف هذا الأثر باختلاف طبيعة القرار نفسه، فإن كان القرار قراراً تنظيمياً، فإن محل القرار لا بد أن يكون متمثلاً في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركزاً قانونياً عاماً، وإن كان القرار فردياً، فإن أثر هذا القرار يكون فردياً، وهو ما يميز محل التصرف القانوني عن محل التصرف المادي، ما يعني أن محل القرار الإداري، دائماً ما يكون إحداث مركزاً قانونياً، وقد سار القضاء الإداري السعودي منذ نشأته على ضرورة أن يكون هذا الأثر القانوني ممكناً وجائزاً، واعتبر ذلك شرطاً لصحة القرار وليس ركناً لوجوده، وهو ما يدعو الدراسة، إلى إعادة النظر في تعريف القضاء الإداري السعودي للقرار الإداري، محل نقدها السابق في تعريف القرار الإداري.

(١) حكم ديوان المظالم رقم ٧٨٠/ت/٦ لعام ١٤٢٧هـ بجلسة ١٤٢٧/١٢/٢٥هـ وفي القضية رقم ٣/٢٥٩/ق لعام ١٤٢٦هـ، مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ج ٣، ص ٨٧٦/٨٧٥.

والعيب الذي يلحق بركن المحل هو عيب مخالفة القانون^(١)، ويفترق عيب الاختصاص عن عيب مخالفة القانون، حيث أن عيب الاختصاص يتلخص في مخالفة قواعد الاختصاص، التي حددتها قواعد القانون، وعيب مخالفة القانون تتلخص في مخالفة القانون قواعد القانون^(٢)، كان يصدر القرار مخالفاً لنص قانوني، أو أن يكون هناك خطأ في تطبيق أو تفسير قاعدة قانونية، إذا كان التطبيق مشروطاً بإتباع مسلكاً معيناً كأن يُصدر مدير الإدارة قراراً بإحالة موظف على التقاعد لم يبلغ السن النظامي ولم يكن هناك موجباً آخر لصدور ذلك القرار، ويفترق عيب مخالفة القانون عن عيب الشكل، في أن عيب مخالفة القانون يتعلق بمخالفة مباشرة لقاعدة قانونية، ويكون ذلك عندما تتجاهل الإدارة العمل بقاعدة قانونية ملزمة^(٣)، أو تخطئ الإدارة في تطبيق تلك القاعدة القانونية، أو تقوم الإدارة بتفسير أو تأويل قاعدة قانونية بشكل خاطئ خلاف ما قصده المشرع، ويتولى القاضي الإداري في المملكة العربية السعودية مهمة تحديد معنى القاعدة القانونية إعمالاً لرقابته على مشروعية الأعمال الإدارية^(٤)، ويعتبر مجلس الشورى الجهة الرسمية التي تتولى سلطة تفسير الأنظمة السعودية^(٥)، أما عيب الشكل فيكون في عدم التزام جهة الإدارة بإتباع الشكليات والقواعد الإجرائية أو الشكلية التي نصت عليها الأنظمة واللوائح في إصدار القرارات الإدارية، ثم أن عيب مخالفة القانون يتعلق بمخالفة قواعد موضوعية، بينما عيب الشكل فينصب على مخالفة قواعد إجرائية.

(١) د . محمد عبا لعال السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية ، معهد الإدارة ، الرياض ، طبعة أولى ، ١٤١٤ هـ ص ١٦٤ .

(٢) د . محمد عبد العال السناري ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٩ / د / ١ / ٢ لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ٧٧٧ / ٧ / ق لعام ١٤٢٩ هـ والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٦٩١ / إ / س / ١ / لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ٧٩٩ / ق لعام ١٤٣٢ هـ ، مجموعة الأحكام الإدارية بديوان المظالم ، عام ١٤٣٢ هـ ص ٢١٥ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية رقم ١٢٢ / د / ١ / ف / ٢ لعام ١٤٣١ هـ في القضية رقم ١٩٦٥ / ١ / ق لعام ١٤٢٩ هـ والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٣٥٦ / إ / س / ١ / لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ٢٦٢٢ / ق لعام ١٤٣٢ هـ ، مجموعة الأحكام الإدارية بديوان المظالم ، عام ١٤٣٢ هـ ص ١٩٧ .

(٥) المادة (١٥) من نظام مجلس الشورى الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (أ / ٩١) وتاريخ ٢٧ / ٨ / ١٤٢٨ هـ .

٢- ركن الغاية: يُقصد به الهدف الذي يسعى القرار إلى تحقيقه، ويشترط فيه أن يكون الباعث إليه ابتغاء المصلحة العامة^(١)، والعيب الذي يلحق به يسمى عيب الانحراف في استخدام السلطة .

ولكون ركن الغاية يقع ضمن المشروعية الداخلية للقرار الإداري، فإن إرادة القرار والتي يُفترض أن تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، قد تختلط بإرادة مُصدره، والتي قد تجنح إلى تحقيق مصلحة شخصية أو خاصة، إذا ما سكت المشرع عن تحديد الهدف الذي يمثل المصلحة العامة، أو مجموعة من الأهداف، وهو ما يعرف بقاعدة تخصيص الأهداف، ويترك للإدارة سلطة تقديرية في ذلك قد يُساء استخدامها، مما يستوجب التوسع في تقييد السلطة، عبر سن تشريعات جديدة أو تعديلها، بدلاً من التوسع في استخدام السلطة التقديرية في التشريعات الحالية^(٢).

ويعتبر عيب الغاية، أكثر عيوب القرار الإداري العمدية، ويولي القاضي الإداري السعودي أهمية بالغة بهذا الركن، وخاصة فيما يلحقه من عيوب، ولصعوبة إثبات هذا العيب كونه يدخل في النوايا لمصدر القرار، فإن القاضي الإداري السعودي لا يلجأ إليه إلا في آخر الحالات التي يبحثها، وفي هذا يقول: حيث أن هذا العيب في القرار، هو أكثر العيوب صعوبة في الإثبات ، لأنه يتعلق بالنية الحقيقية لمصدر القرار، ومن الواضح أن الوصول إلى إثبات النوايا من الأمور البالغة الصعوبة، ولهذا فإن هذا العيب يكون الأخير حيث يفترض أن صاحب الشأن لا يستند إليه إلا بعد أن يجد الأخرى للإلغاء غير فعالة^(٣).

(١) حكم ديوان المظالم رقم ٦٨٨/ت/٦ لعام ١٤٢٧هـ بجلسة ١١/٢٢/١٤٢٧هـ في القضية رقم ١٢٥٣/ق/١٤٢٥هـ ، مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٨٢٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية رقم ٩٢ / د / إ / ف / ٣٧ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ١٧٠٠ / ٤ / ق لعام ١٤٣٠هـ والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٦١٦ / إس / ١ / لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١٧٠٧ / ق لعام ١٤٣٢هـ ، مجموعة الأحكام الإدارية بديوان المظالم ، عام ١٤٣٢هـ ص ١٨١ .

(٣) حكم ديوان المظالم رقم ٢٥٧/ت/٦ لعام ١٤٢٧هـ بجلسة ٤/٩/١٤٢٧هـ في القضية رقم ١/٣١٠١/ق/لعام ١٤٢٥هـ ، راجع مجموعة الأحكام ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥٦١ .

ويخلط القضاء الإداري السعودي في تسمية العيب الذي يلحق بركن الغاية ، فتارة يسميه عيب إساءة استعمال السلطة ، وتارة يسميه عيب الانحراف باستعمال السلطة ، وتعتقد الدراسة ، أن سبب هذا الخلط يعود إلى عدم التفريق بين مفهوم السلطة ومفهوم الحق ، حيث يعتقد كثيراً من القضاة في المحاكم الإدارية السعودية^(١)، أن السلطة حق، رغم الاختلاف بينهم، كون الحق قُدرة يعطيها القانون لشخص ما لإشباع حاجة شخصية مشروعة^(٢)، فإذا تملك هذا الشخص هذا الشيء ، صار له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه.

أما السلطة، فإنما هي تنظيم إداري حدده القانون وفق قواعد معينة، تباشرها الدولة بنفسها بواسطة موظفين يعملون باسمها، أو بواسطة هيئات أخرى تحت إشرافها، هذا التنظيم الإداري، لا يجيز لمستخدمه تملكه أو استعماله أو استغلاله. وهو ما يدعو الدراسة، إلى عدم التسليم بتسمية عيب الغاية، إساءة استعمال السلطة وضرورة التأكيد على تسميته الانحراف باستخدام السلطة. كما أن المادة (١٣) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ هـ ، ذكر في فقرته (ب) فيما يتعلق باختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الأتي : - دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوي الشأن، متى ما كان مرجع الطعن عدم الاختصاص ، أو وجود عيب في الشكل ، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح ، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها ، أو إساءة استعمال السلطة، فهل إساءة استعمال السلطة هو العيب الوحيد الذي يلحق بركن الغاية، إلا يمكن أن لا تساء تلك السلطة ومع ذلك يكون القرار معيب، وخاصة عندما ينحرف مصدره بحسن نية عن قاعدة تخصيص الأهداف، وهل الإساءة انحراف أم أن الانحراف أشمل؟، لأن مصدر القرار قد ينحرف عن الهدف الذي ابتغته المصلحة

(١) حكم ديوان المظالم رقم ٦/٧٢٤ لعام ١٤٢٧ هـ بجلسة ٣/١٢/١٤٢٧ هـ في القضية رقم ١/٢٠٩٢/ق/لعام ١٤٢٦ هـ ، راجع الأحكام ، مرجع سابق / ج ٣ ، ص ١٤٣٦ .
(٢) المدخل إلى دراسة الأنظمة السعودية ، مجموعة من المؤلفين السعوديين ، جده ، دار الحافظ للنشر ، ١٤٣٣ هـ ، الطبعة الرابعة ، ص ١٠٥ .

العامة، سواء كان ذلك الانحراف بحسن نية أو بسوء نية، فمن الممكن أن يصدر القرار معيباً بركن الغاية، ومع ذلك لا يوجد إساءة في استخدام السلطة، كون مصدر القرار كان يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، ولكنه جانب الهدف الذي حدده القانون وفق قاعدة تخصيص الأهداف، وكذلك هل يجوز لنا أن نقول استعمال السلطة أم أن الأولى نقول استخدام السلطة، كون السلطة أداة، الهدف من ممارستها الديمومة، بخلاف الحق الذي يمكن أن يستعمل لمرة واحدة، ما يعني أن الاستخدام يتوافق مع الأشياء الدائمة كالسلطة، بخلاف الاستعمال الذي قد يستهلك مادته لمرة واحدة. ما يجعل الدراسة تعتقد، أن التسمية المناسبة لعب الغاية، إنما هي الانحراف باستخدام السلطة، لتتناسب ذلك مع كافة صور العيوب التي تلحق بركن الغاية، وتلاؤمها مع السلطة واستخداماتها، وعدم التسليم بتسمية عيب الغاية بإساءة استعمال السلطة، وضرورة التأكيد على تسميته بالانحراف في استخدام السلطة.

٣- ركن السبب: ذكر نظام ديوان المظالم الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م / ٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩ هـ في الفقرة (ب) من المادة (١٣) منه ، العيوب التي تلحق بالقرار الإداري وتكون صالحة للطعن، وذكر من ضمنها عيب السبب، ثم أورد في نفس المادة وذكر أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، والدراسة لا توافق المشرع في ذلك، لان مخالفة النظم واللوائح والخطأ في تطبيقها، هو عيب يلحق بركن المحل، أما الخطأ في التأويل هو عيب في ركن السبب، ولا تعدو كونها من الزيادة التي لا ضرورة لها، كما أن كثيراً من شراح القانون الإداري في المملكة العربية السعودية، يخلطون بين الخطأ في تأويل النص القانوني وبين مخالفة تطبيق النص نفسه، ويعتبرون أن مخالفة تطبيقه إنما هو خطأ في تأويله، والدراسة لا تؤيد ذلك ، لان مخالفة تطبيق النص عيب يلحق بركن المحل ، أما الخطأ في تأويله إنما هو عيب يلحق بركن السبب، ولأن القرار الذي يصدر ويلحقه خطأ في تأويل النص القانوني، إنما هو قرار يهدف إلى إنشاء أثراً قانونياً ممكناً وجائزاً ، من وجهة

نظر مصدر القرار ، ولكون هذا النص القانوني يهدف لمعالجة أوضاع ومراكز قانونية مختلفة لا تتطابق مع الواقعة التي تصدى لها القرار، لذلك فإن الوصف القانوني للواقعة غير صحيح، ولا يوجد تطابق بين الواقعة والنص القانوني، مما يجعلها عيب في السبب، كون ذلك يمثل أحد مراحل الرقابة على ركن السبب، وتتمثل في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، ما يؤكد أن العيب الذي يلحق بالقرار الإداري في حالة وجود خطأ في التأويل هو عيب في ركن السبب.

وقد أكد القاضي الإداري في حكم حديث له: "أن القاضي الإداري يراقب مشروعية القرارات الإدارية ويفحص سلامة القرار، من جهة اختصاص مصدره بإصداره، وقيامه على السبب الواقعي والمبرر له نظاماً المؤدي إلى إصداره، وسلامة تكييف الوقائع المبررة لإصدار القرار، كما يراقب شكل القرار ومدى توافقه مع صحيح أحكام النظام وتطبيقه سليماً وصحة الغاية التي يهدف إليها، فمتى ما استوفى القرار تلك الأوصاف أصبح من زمرة القرارات المشروعة، لا يناله أحد بتغيير، ومتى ظهر للقضاء مخالفة القرار لأي من تلك الأوصاف حكم بعدم مشروعيته ، وأهدر الآثار النظامية المترتبة عليه^(١).

وعليه ، فإن السبب هو الواقعة القانونية أو المادية التي تسبق القرار وتكون باعثاً في وجوده ، ولكونها تسبق وجود القرار ، فإن ركن السبب يكون بذلك عنصراً خارجياً دفع الإدارة إلى اتخاذ هذا القرار^(٢)، ويشترط أن يقوم القرار الإداري على سبب يبرره ، أي أن يكون هناك سبباً حقيقياً موجوداً مشروعاً سابقاً على إصدار القرار، دعي بالاستناد عليه إلى استصداره ، وهو ما يعني أن الأسباب الاحتمالية لا يعتد بها، ويجب أن يكون السبب موجوداً قبل صدور القرار ولحظة إصداره، أما إذا أنعدم لحظة إصداره فإن القرار الإداري يكون قد صدر دون وجود سبباً يبرره.

(١) حكم المحكمة الإدارية رقم ٩٢ / د / ١ / ف / ٣٧ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ١٧٠٠ / ٤ / ق لعام ١٤٣٠هـ والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٦١٦ / إس / ١ / لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١٧٠٧ / ق لعام ١٤٣٢هـ ، مجموعة الأحكام الإدارية بديوان المظالم ، عام ١٤٣٢هـ ص ٢١٣ .
(٢) د . محيي الدين القيسي ، القانون الإداري العام ، منشورات الحلبي ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠١ .

ويخضع ركن السبب إلى رقابة دنيا من قبل القاضي الإداري ، حيث جرت أحكام المحاكم الإدارية في المملكة العربية السعودية ، على انه يفترض في القرار الإداري السعودي أنه قائم على سبب مشروع^(١)، ويقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف ذلك، أما إذا أفصحت الإدارة عن سبب قرارها المطعون فيه، فإن رقابة القاضي الإداري تنتقل من رقابة دنيا إلى رقابة قصى، للتأكد من صحة هذا السبب. ويجب أن نفرق بين سبب القرار الإداري وتسببیه، فكل قرار يجب أن يقوم على سبب، ولا يعني ذلك أنه يجب أن يكون لكل قرار تسبب، إلا إذا نص النظام على ذلك، ومخالفة عدم التسبب في حالة نص النظام عليه لا يعد عيباً يلحق بركن السبب إنما هو عيب يلحق بركن الشكل وإذا لم ينص القانون على ضرورة التسبب فان القرار الإداري يعتبر صحيحاً، لأنه يفترض في كل قرار أن يكون له سبباً يبرره^(٢).

الفصل الثاني: الأثر القانوني على نفاذ القرار الإداري في المملكة العربية السعودية

يفترض القانون الإداري السعودي كغيره من القوانين الإدارية الأخرى، أن القرار الإداري كتصرف قانوني منفرد لا يصدر إلا صحيحاً، ابتغاء المصلحة العامة، وان تعدد أنواعه لا يغير في طبيعته وتكوينه، وان القرار الإداري يعتبر نافذاً من تاريخ صدوره ولا يسري بأثر رجعي كأصل عام وأن جزاء الرجعية البطلان كما أن القرار الإداري يعتبر نافذاً بمجرد صدوره ، فانه يجوز سحبه أو إلغائه وفق شروط معينة ومواصفات تتعلق بالقرار نفسه.

(١) حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٩ / د / ١ / ٢ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٧٧٧ / ٧ / ق لعام ١٤٢٩هـ والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٦٩١ / إ س / ١ / لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٧٩٩ / ق لعام ١٤٣٢هـ ، مجموعة الأحكام الإدارية بديوان المظالم ، عام ١٤٣٢هـ ص ٢١٥ .
(٢) الفقرة (٢) من المادة (٨) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (٣ / م) وتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥هـ .

المبحث الأول: أنواع القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية

أولاً: القرارات الإدارية من حيث التكوين

سمح القضاء الإداري السعودي بالطعن في بعض القرارات التي تتكون من مجموعة من الإجراءات التي تتم على مراحل مستقلة وفق عملية مركبة وتسمى هذه القرارات بالقرارات المركبة، ويكون القرار بسيطاً عندما تتم عملية تكوينه وفق إجراء قانوني واحد.

أ- القرارات الإدارية المركبة:

هي القرارات الإدارية التي تتصل بعمل إداري آخر وتدخل من ضمن تكوينه، وتنقسم هذه القرارات الإدارية المركبة إلى نوعين:

- **القرارات الإدارية المنفصلة:** هي القرارات الإدارية التي تتصل بعمل إداري آخر وتدخل من ضمن تكوينه ويمكن أن تستقل عنه. وهذه القرارات يمكن أن ينظر إليها باستقلالية شأنها في ذلك شأن أي قرار إداري بسيط، ومثالها القرارات التي تصدرها الإدارة المتعلقة بعقودها الإدارية خلال مرحلة إنشاء العقد الإداري ويجوز الطعن فيها بالإلغاء. ترى الدراسة أن إلغاء هذا القرار ينسحب على كافة العملية القانونية، لأن ما بني على باطل فهو باطل، إذا كان يؤثر على بقيتها، أما إذا كان لا يؤثر على كافة العملية القانونية، فإن أثر الإلغاء ينسحب عليه فقط، وينظر إليه كقرار إداري مستقل بذاته.

- **القرارات الإدارية المتصلة:** هي القرارات الإدارية التي تتصل بعمل إداري آخر، تدخل من ضمن تكوينه ولا يمكن أن تستقل عنه. وهذه القرارات لا يمكن أن ينظر إليها باستقلالية، ومثالها القرارات التي تصدرها الإدارة والمتعلقة بعقودها الإدارية خلال المرحلة التي ترقى تنفيذ العقد الإداري. ولكون القرارات الإدارية المنفصلة تتصل بعمل إداري آخر، وتدخل من ضمن تكوينه ويمكن أن تستقل عنه كحالة القرارات التي تصدرها الإدارة المتعلقة بعقودها الإدارية خلال مرحلة

إنشاء العقد الإداري ولما ينطوي عليها من آثار يتعذر تداركها في حالة إتمام التعاقد، ولكون آثار هذا القرار الطعين يتصل بالعقد نفسه مما يصعب معه الفسخ مستقبلاً، وما قد يترتب من تعويضات كبيرة في حالة إلغائه، ترى الدراسة اعتبار الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة من قبيل الطلبات المستعجلة التي يجوز للمحكمة أن تنتظر في موضوع الدعوى وبصفة عاجلة وفق أحكام الفقرة (٥) من المادة (٨) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم والصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣/م) وتاريخ ١/٢٢/١٤٣٥هـ، مع استحسان تعديلها بما يضمن النظر في موضوع القرارات الإدارية المنفصلة كحالة استثنائية ترد على الحالات المستعجلة.

ب- القرارات الإدارية البسيطة:

هي القرارات الإدارية التي تشكل بمجملها عمل قانوني واحد ومثالها قرارات التعيين والفصل والنقل، والعبرة في تحديد طبيعتها يعود إلى ما يصادفها من تصرفات قانونية فقط، ولا يعتد بما يساهم في إنشائها من أعمال تمهيدية أو تحضيرية، لكون هذه الأعمال ليست بأعمال قانونية^(١).

ثانياً: القرارات الإدارية من حيث المخاطبين بها

تنقسم القرارات الإدارية من حيث المخاطبين بها إلى قرارات إدارية فردية تخاطب فرداً واحداً أو أفراداً محددين ومعينين بذواتهم، وإلى قرارات تنظيمية تحتوي على قواعد عامة مجردة تخاطب فرداً واحداً أو أفراداً غير محددين أو معينين بذواتهم ، بوصفهم في مراكز قانونية معينة.

(١) د . وهيب عباد سلامة ، الإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، ع ٢ ، السنة ٣٥ ، ١٩٩١ ، ص ٣٣ وما بعدها.

أ- القرارات الفردية:

هي القرارات التي تخاطب فرداً واحداً أو أفراداً محددين ومعينين بذواتهم، ويترتب عليها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني، ويسري هذا القرار في مواجهة صاحب الشأن من تاريخ العلم به^(١). وتحصن هذه القرارات بمرور المدة المقررة نظاماً^(٢)، ولا يجوز سحب القرار المعيب أو إلغائه المرتبط بحقوق مكتسبة لمن صدر لصالحه، بعد مرور ستين يوماً على إصداره، كما أن القرارات الإدارية الفردية الصحيحة التي تولد عنها حقاً أو مركزاً فردياً لا يجوز سحبها في أي وقت، متى ما كانت قد صدرت صحيحة، ويستثنى من ذلك القرارات الإدارية المنعدمة وهي التي اعتراها عيباً جسيماً في الاختصاص أو بنيت على غش أو تدليس أو فقدت ركناً من أركانها، كأن يصدر قرار إداري بنقل عضو هيئة تدريس إلى قسم غير موجود أصلاً^(٣)، ويعدّ من قبيل القرارات الفردية، القرار الصادر بترقية أو بتعيين أو نقل فرد أو أفراد معينين بذواتهم، فهذه القرارات الفردية تستنفذ مضمونها بمجرد تنفيذها^(٤).

ب- القرارات التنظيمية:

هي تلك القرارات التي تتضمن قواعد عامة مجردة تخاطب بها فرداً واحداً أو أفراداً بصفاتهم، غير محددين أو معينين بذواتهم، لا يمكن معرفتهم إلا بسبب وجودهم في مراكز قانونية معينة، وتسري هذه القرارات الفردية بعد نشرها في الجريدة الرسمية، أو إعلانها بالطرق الرسمية، ويترتب عليها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين، ولا يعني عمومية القرارات التنظيمية مخاطبتها للكافة، إنما قد تطبق عليهم جميعاً أو على فئة منهم، إنما العبرة في أنها صدرت لكي تطبق على عدد غير معين مسبقاً،

(١) الفقرة (٣) من المادة (٨) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٣) تاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ.

(٢) الفقرة (٤) من المادة (٨) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم.

(٣) د. عبد الناصر عبدالله سمهرانة، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة / ص ٨٣.

(٤) د. محمد عبد العال السناري، القرارات الإدارية، معهد الإدارة، الرياض ١٤١٤، ص ٧٥.

ولا يغير من طبيعة القرار الإداري التنظيمي، مخاطبته لمركز قانوني عام لا ينطبق إلا على شخص واحد، ما دام أن مضمون القرار يشتمل على قاعدة عامة موضوعية تخاطب شخصاً واحداً معين بوصفه لا بذاته، ومثال ذلك القرار الإداري التنظيمي الذي يحدد اختصاصات رئيس مجلس الوزراء أو الوزير، وهذه القرارات لا تستنفذ مضمونها بمجرد تنفيذها، وذلك بسبب عموميتها ولانصراف خطابها على شخص معين بالوصف لا بالذات، وتستطيع الإدارة إلغاء قراراتها الإدارية التنظيمية في أي وقت، سواء كان القرار الإداري التنظيمي صحيحاً أو معيباً، ولا يجوز للمخاطبين بها أن يحتجوا على القرارات الإدارية التنظيمية بالحقوق المكتسبة، وتقع هذه القرارات في مرتبة أعلى من القرارات الفردية، وتعتبر اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية ولوائح الضبط ولوائح الضرورة ولوائح التفويض قرارات تنظيمية^(١).

ثالثاً: القرارات الإدارية من حيث النفاذ

تنقسم القرارات الإدارية من حيث نفاذها إلى قسمين، هما القرارات الإدارية النافذة تجاه المخاطبين بها، والقرارات الإدارية غير النافذة والتي لا يترتب عليها نفاذ محلها، إنما تهدف إلى تأكيد قرار إداري سابق، وتسمى القرارات الإدارية النافذة قرارات إدارية منشئة، وتسمى القرارات الإدارية الغير نافذة قرارات إدارية كاشفة.

أ- القرارات الإدارية المنشئة

هي تلك القرارات التي يترتب على صدورها إنشاء أو تعديل أو إلغاء المراكز القانونية، وتتميز هذه القرارات بأنها نهائية، وقد أكد نظام ديوان المظالم في الفقرة (ب) من المادة (١٣) على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوي الشأن. وهذه القرارات الإدارية المنشئة، تعتبر نافذة

(١) د السيد خليل هيكل، القانون الإداري السعودي، دار الزهراء الرياض، الطبعة الثالثة ١٤٢٩ هـ ص ٢١٤.

في مواجهة الإدارة اعتباراً من تاريخ صدورها، حتى وان لم تشهر، أما فيما يتعلق بالمخاطبين بها فإنها لا تعتبر نافذة إلا بعد شهرها بالطرق التي حددها القانون. وحسب طبيعتها، فالإدارة هي التي أصدرت القرار وبالتالي فهي على علم به ولا فائدة من شهره تجاهها، كون الشهر إنما قرر لمصلحة المخاطبين به، حتى يتمكنوا من ترتيب أمورهم وفقاً لمضمونه، وقد تمس هذه القرارات الإدارية المنشئة بمصالح شخصية لمن صدرت بشأنه، وبالتالي فإنها تعتبر قرارات إدارية فردية تحسن بمرور المدد النظامية، حتى وان كان القرار الإداري غير مشروع، وذلك استناداً لدواعي المصلحة العامة التي تقضي باستقرار المراكز القانونية، كما أن هذه القرارات الإدارية المنشئة، قد تمس مصالح عامة، كونها تتضمن قواعد عامة مجردة، وتطبق على عدد غير محدد مسبقاً من الأفراد، ولطبيعة هذه القرارات الإدارية التنظيمية، فإنه يجوز للإدارة سحبها أو إلغاؤها إلا في حالة تطبيقها تطبيقاً فردياً، واكتسب أحد المخاطبين بها حقاً خاصاً فإنه لا يجوز سحبها أو إلغاؤها إلا بموجب نص قانوني يجيز تطبيقه بأثر رجعي أو تنفيذاً لحكم قضائي.

ب- القرارات الإدارية الكاشفة

هي القرارات التي لا يترتب على صدورها أثراً معيناً على المراكز القانونية السابقة، وتهدف إلى تأكيد حالة قانونية سابقة، ومثال ذلك القرار الإداري الصادر من مدير الجامعة بتعيين عضو هيئة تدريس، كون مدير الجامعة لا يملك صلاحية التعيين، وصدور القرار باسمه لا يعني أنه هو من إنشاء هذا الحق، إنما أعطي صلاحية الكشف عنه، كما أن مجلس الجامعة لا يملك تفويض تلك الصلاحيات لمدير الجامعة، حتى يصح الاحتجاج بقرار مدير الجامعة، إنما ضرورات العمل تستوجب أن يتبع قرار التعيين المنشئ الصادر من مجلس الجامعة، قراراً إدارياً كاشفاً من مدير الجامعة.

والمحاكم الإدارية السعودية في تعريفها للقرار الإداري ذكرت انه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة لإحداث أثراً قانوني يكون ممكناً وجائزاً) وهذا التعريف يخرج القرارات الإدارية الكاشفة من اختصاص المحاكم الإدارية السعودية، كونها لا تؤثر على المراكز القانونية. وقد ميزت اللائحة المنظمة لشؤون منسوبي الجامعات السعوديين من أعضاء هيئة التدريس ومن في حكمهم، الصادرة بقرار مجلس التعليم العالي رقم (٤ / ١٧/٦ / ١٤١٧ هـ) في مادتها (٣٧) بين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة، حيث ذكرت: تتم ترقية عضو هيئة التدريس علمياً من تاريخ صدور قرار المجلس العلمي بذلك، أما ترقبته وظيفياً فتعتبر من تاريخ صدور القرار التنفيذي إذا توافرت وظيفة شاغرة ممكن الترقية عليها، ما يعني أن قرار المجلس العلمي هو قرار منشئ لترقية عضو هيئة التدريس إلى درجة أعلى، أما القرار التنفيذي في حالة توفر الشاغر فإنما هو قرار كاشف لمركزه القانوني السابق الذي أقره المجلس العلمي باستحقاقه الدرجة الوظيفية، ولا يجوز الطعن بالقرار الإداري الكاشف الذي صدر لتأكيد مركزاً قانونياً سابقاً.

المبحث الثاني: نفاذ القرار الإداري في المملكة العربية السعودية

يعتبر القرار الإداري نافذاً من تاريخ صدوره مستوفياً لأركانه ولا يحتج به بمواجهة المخاطبين به إلا من تاريخ نشره إذا كان قراراً تنظيمياً أو العلم به إذا كان قراراً فردياً. والنشر أو الإبلاغ يعدّ شرطاً لحجية القرار الإداري على المخاطبين به وليس شرطاً لصحة نفاذه^(١)، والسبب في ذلك يعود إلى أن الإجراءات التي تلحق بالقرار الإداري كالنشر أو الإبلاغ ليست شكلاً يتوجب مراعاته إنما هو إجراء لاحق على صدور القرار ولا تدخل في تكوين القرار وليس لها أثر في وجوده ثم أن الشهر مقرر لمصلحة الأفراد لا لمصلحة الإدارة.

(١) د . محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، مرجع ساق ص ص ١٠٤

أولاً: نفاذ القرارات الإدارية التنظيمية

القرارات الإدارية التنظيمية لا يحتج بها إلا من تاريخ النشر الذي يعتبر في حكم الإعلان للمخاطبين بها، كون القرارات التنظيمية إنما هي لوائح تتضمن قواعد عامة مجردة وهي بمثابة تشريع صادر من سلطة إدارية والعلم بها لا يكون إلا بالنشر في الجريدة الرسمية أو بالطريقة التي حددها القانون، ولكون القرارات التنظيمية تتشابه مع القوانين فهي بمثابة تشريع استثنائي مثلها مثل المراسيم الملكية وإن كانت تحتل مرتبة أدنى من المرسوم الملكي، وهي لا تكون نافذة إلا من تاريخ نشرها^(١). ولكن العرف الإداري في المملكة العربية السعودية جرى على أن قرارات مجلس الوزراء التنظيمية التي يتطلب صدورها بمراسيم ملكية لا يشترط فيها الإعلان وتصبح نافذة من تاريخ صدورها إلا إذا تضمنت نصاً يستوجب نشرها.

ولا تؤيد الدراسة هذا الاتجاه، لأن نشرها يكسبها الصفة القانونية ويحقق علم الكافة بها وينتج أثارها، ولكون هذه القرارات بمثابة أنظمة تتضمن قواعد عامة فيسري عليها ما يسري على القوانين وتعامل معاملتها وفق قواعد النشر تطبيقاً لنص المادة (٧١) من النظام الأساسي للحكم والتي تنص على تنشر الأنظمة في الجريدة الرسمية، وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها ما لم ينص على تاريخ آخر.

ثانياً: نفاذ القرارات الإدارية الفردية

القرارات الإدارية تعتبر نافذة من تاريخ صدورها، ولكن لا يحتج بها في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ العلم بها بالطرق المقررة نظاماً، طالما أن القرار الإداري الفردي صدر مستوفياً لأركانه، ولكن السؤال الذي يجب أن يطرح هو: هل نفاذ القرار الإداري يتوقف على علم الأفراد به؟

(١) قرار ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية رقم ١٣ / ٨٦ / لعام ١٤٠١ هـ في القضية رقم ١ / ١٤٩ / ق لعام ١٣٩٩ هـ - المجموعة سبق الإشارة إليها ص ٩٣ .

إن القرار الإداري الفردي يعتبر نافذاً في مواجهة الأفراد من تاريخ صدوره وعلم المخاطبين به، إنما هو حجة على تنفيذه وليس نفاذه، وهو ما سوف نتطرق له الدراسة لاحقاً بالبحث في التفريق بين نفاذ القرار الإداري وتنفيذه.

ولو سلمت الدراسة بأن القرار الإداري لا يكون نافذاً في مواجهة الأفراد، إلا من تاريخ العلم به، فإنها بذلك تفرق بين نفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد، ونفاذ القرار الإداري في مواجهة الإدارة، وخاصة أن القرار مرتبط بمحل واحد، لا يجوز أن يترك هذا المحل نافذاً من جهة الإدارة من تاريخ صدوره وغير نافذاً في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ العلم به حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات، وإنما ربط النفاذ في مواجهة الأفراد بالعلم به لسريان المدد النظامية للاعتراض عليه، وهذا لا يؤثر على ما أنتجه من آثار قانونية ويشترط في التبليغ أن يكون للمخاطبين به دون أي شخص آخر، ثم أن تقصير الإدارة في التبليغ لا يلغي حق الفرد في إقامة دعوى أمام المحاكم الإدارية متى ما تحقق لديه العلم بالقرار^(١).

ثالثاً: مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية

ذكرت الدراسة فيما سبق أن القرار الإداري يكون نافذاً من تاريخ صدوره، وأن هذه الأهمية فرضتها المصلحة العامة التي تقتضي بأهمية اطمئنان الأفراد على استقرار مراكزهم القانونية ولا تكون عرضة للتهديد، وأن نفاذ القرار الإداري لا يعني تنفيذه طالما لم يتحقق العلم به ولأهمية استقرار المعاملات بين الأفراد فأن المصلحة العامة اقتضت أن لا يكون للقرار الإداري مفعولاً رجعيًا^(٢)، بغض النظر عن طبيعته كأصل عام احتراماً للقاعدة القانونية التي تقضي بأن تكون القرارات الإدارية نافذة من تاريخ

(١) حكم المحكمة الإدارية رقم ١٠٥ / د / ١ / ٢٣ لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ٢٥١ / ٥ / ق لعام ١٤٢٩ هـ والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٨٣٧ / إ س / ٥ لعام ١٤٣٠ هـ في الجلسة بتاريخ ١٢ / ٨ / ١٤٣٠ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، عام ١٤٣٠ هـ، ص ٢٣٥٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية رقم ٤ / د / ف / ٥ لعام ١٤٣٠ هـ في القضية رقم ٥٤٥٣ / ١ / ق لعام ١٤٢٧ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٣٠ / إ س / ١ لعام ١٤٣٠ هـ في الجلسة بتاريخ ٢٨ / ٣ / ١٤٣٠ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ١٤٣٠، ص ٤٥٥.

صدورها لعدة اعتبارات إضافة إلى أهمية استقرار المعاملات بين الأفراد وأهمية احترام الحقوق المكتسبة وكذلك لأهمية احترام قواعد الاختصاص حتى لا تكون هذه الاختصاصات عرضة للاعتداءات اللاحقة.

هذا هو الأصل العام الذي تقع عليه بعض الاستثناءات تتلخص في الآتي :

- إباحة الرجعية في القرارات الكاشفة كون هذه القرارات لا تنشئ مركزاً قانونياً جديداً إنما تهدف إلى تأكيده.
- إباحة الرجعية بنص النظام كون عدم الرجعية إنما يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ، فإن المشرع قد يرى استثناءً تضمنين قانون صريح مفعولاً رجعياً ، يجوز معه أن تُصدر الإدارة قراراتها بأثر رجعي استناداً إلى هذا النظام .
- إباحة الرجعية تنفيذاً لحكم قضائي ويقع واجباً على الإدارة إصدار قراراتها الإدارية بأثر رجعي تنفيذاً لهذا الحكم^(١).

وقد وافق ديوان المظالم هذا المسلك في حكم حديث له تضمن (ولئن كان من المقرر في الفقه والقضاء ، أن القرارات لا تسري بأثر رجعي ، فإن لهذه القاعدة استثناءات ترد عليها ، من أهمها القرارات التي تصدر تنفيذاً لأحكام صادرة عن جهات القضاء الإداري بإلغاء القرارات الإدارية ، ومن ثم يضحى القرار المحكوم بإلغائه كأن لم يكن، ويتعين على المدعي عليها عند تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء القرار أن تنزل القرار الملغي وكافة ما ترتب عليه من آثار بأثر رجعي من تاريخ صدوره حتى تاريخ الحكم بإلغائه، فلذلك كله حكمت الدائرة بالزام المدعى عليها صرف فروقات الرواتب والعلاوات للمدعي من تاريخ ٢٩/٧/١٤٢٥هـ إلى تاريخ ١٤/١٠/١٤٢٧هـ ومنحه علاوته السنوية خلال هذه الفترة لما هو موضح بالأسباب^(٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية رقم ١١/د/ف / ٣٧ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ٢٠٩٦ / ٤ / ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٥٢ / إس / ١ لعام ١٤٣٠هـ في الجلسة بتاريخ ١٦ / ٤ / ١٤٣٠هـ ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية ، ١٤٣٠ ، ص ٣٩٩ .

(٢) حكم ديوان المظالم رقم ٢٠ / د / ف / ٤٢ لعام ١٤٢٨هـ في القضية رقم ٥ / ٢٢ / ق لعام ١٤٢٨هـ ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لديوان المظالم لعام ١٤٢٨هـ ، ص ١٠٦٢ .

رابعاً: الفرق بين نفاذ القرارات الإدارية وتنفيذها

- تعتبر القرارات الإدارية نافذة بمجرد صدورها، ولا يمكن تطبيقها كواقع إلا بعد تنفيذها، وعليه فإن نفاذ القرار الإداري يختلف عن تنفيذه من عدة نواحي:
- نفاذ القرار الإداري يتعلق بسلامة أركان القرار وشروطه ، أما تنفيذ القرار الإداري فتتعلق بصحة الإجراءات اللاحقة على نفاذه.
 - نفاذ القرارات الإدارية ترتب أثارها القانونية أما التنفيذ فإنما تظهر تلك الآثار في حقيقة الواقع.
 - نفاذ القرار الإداري من النظام العام وعلى جميع الأفراد احترامه أما تنفيذ القرار الإداري فيمكن أن يكون اختيارياً أو جبراً بفرض جزاءات معينة لضمان تنفيذه.
 - نفاذ القرار الإداري لا يكون إلا عن طريق الإدارة نفسها أما تنفيذ القرار فقد يتدخل القاضي في ذلك كحالة ضرورة صدور حكم قضائي يقضي بتوقيع عقوبة جزائية على مخالفة القرار الإداري^(١).
 - تاريخ تنفيذ القرار الإداري يختلف عن تاريخ نفاذه.
 - تسري المدد النظامية من تاريخ النفاذ والعلم به ولا تسري من تاريخ التنفيذ.
 - تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في تنفيذ قراراتها ، بينما سلطتها مقيدة في نفاذ قراراتها ، طالما أنها صدرت صحيحة.

المبحث الثالث: زوال القرار الإداري في المملكة العربية السعودية

يزول القرار الإداري بطريقتين: الأولى الزوال بأثر رجعي، والثانية الزوال بأثر غير رجعي.

(١) د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ص ٦٥٠.

أولاً : الزوال الرجعي للقرار الإداري

يعني ذلك إزالة آثار القرار الإداري بالنسبة للماضي والمستقبل، وهذا الزوال يكون على قرار إداري تنظيمي سليم أو على قرار إداري فردي سليم ويسري على قرارات إدارية تنظيمية معيبة أو على قرارات إدارية فردية معيبة وقد يكون الزوال على قرارات إدارية تنظيمية منعدمة أو على قرارات إدارية فردية منعدمة، بحيث تعتبر هذا القرارات في حالة الزوال كأنها لم تكن، وهو ما سوف نعالجه بالتفصيل.

أ- الزوال الرجعي للقرار الإداري التنظيمي

١- الزوال الرجعي للقرار الإداري التنظيمي السليم

سبق أن ذكرنا ان القرارات الإدارية التنظيمية هي تلك القرارات التي تتضمن قواعد عامة مجردة ، وهي التي لا ترتب حقوقاً مباشرة للأفراد، وهذا النوع من القرارات يجوز للإدارة سحبها شريطة أن لا تكون قد رتبت حقوقاً للأفراد بطريق غير مباشر، أما إذا رتبت حقوقاً للأفراد فإن الإدارة لا يجوز لها سحبها إلا إذا تضمنت تلك القرارات التنظيمية نصاً يجيز ذلك^(١).

٢- الزوال الرجعي للقرار الإداري التنظيمي المعيب

تملك الإدارة سلطة كبيرة وحرية تامة حيال سحب قراراتها الإدارية التنظيمية المعيبة^(٢)، بل إن ذلك يقع واجباً عليها، شريطة أن يتم ذلك خلال المدة النظامية المقررة للطعن فيها^(١).

(١) حكم المحكمة الإدارية رقم ٦٧/د/٢٧ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ٣١١٧ / ١ / ق لعام ١٤٢٨هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٤٥ / إ س / ٥ لعام ١٤٣٠هـ في الجلسة بتاريخ ٢٧ / ٢ / ١٤٣٠هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ١٤٣٠، ص ٢٠٨٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٩ / د / ٢ / لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٧٧٧ / ٧ / ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٦٩١ / إ س / ١ لعام ١٤٣٢هـ قضية رقم ٧٩٩ / ق لعام ١٤٣٢هـ في الجلسة بتاريخ ٢٥ / ٤ / ١٤٣٢هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ١٤٣٢، ص ٢٠٣ .

٣- الزوال الرجعي للقرار الإداري التنظيمي المنعدم

كون الإدارة تملك سلطة واسعة حيال سحب قراراتها المعيبة، فإن الأولى أن تملك نفس السلطة حيال سحب قراراتها المنعدمة ولا يشترط في ذلك احترام المدد النظامية المقررة للطعن، بل يجب على الإدارة أن تبادر إلى ذلك متى ما اكتشفت طبيعة هذا القرار المنعدم حتى بعد فوات المدة المقررة لتحصل القرار^(٢).

ب- الزوال الرجعي للقرار الإداري الفردي

١- الزوال الرجعي للقرار الإداري الفردي السليم

لا يجوز للإدارة سحب قراراتها الفردية السليمة التي أنشأت حقوقاً ومزايا، وما ذلك إلا تطبيقاً للقاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية بأثر رجعي، إذ الأصل هو احترام الحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية التي تمت مشروعاً في ظل نظام معين^(٣)، أما القرارات الإدارية الفردية التي لم تنشئ أية حقوق ومزايا، فيجوز للإدارة سحبها لاعتبارات إنسانية.

٢- الزوال الرجعي للقرار الإداري الفردي المعيب

يجوز للإدارة سحب قرارها الفردي المعيب، شريطة أن يكون السحب خلال المدة المقررة للطعن، أو خلال سريان فترة دعوى الإلغاء، إذا تم مباشرتها أمام المحاكم

(١) حكم المحكمة الإدارية رقم ٧٠ / د/ف / ١٥ لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ٣٦١ / ١ / ق لعام ١٤٢٥ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢١٨ / س / ٨ لعام ١٤٣٠ هـ في الجلسة بتاريخ ١٤ / ٢ / ١٤٣٠ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ١٤٣٠، ص ٣١٥٧ .
(٢) حكم الدائرة الفرعية الثالثة عشر بديوان المظالم رقم ٦٤ / د / ف / ١٣ لعام ١٤٢٥ هـ في القضية رقم ٧٧١ / ١ / ق / لعام ١٤٢٤ هـ.
(٣) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ١٤٣٠ هـ، ص ٣١٦٢ .

الإدارية المختصة، أما إذا انتهت تلك المدة المقررة للطعن فإن القرار الإداري الفردي المعيب يتحصن ويكون كأنما صدر صحيحاً وذلك لتعلق حقوق ذوي الشأن به^(١).

٣- الزوال الرجعي للقرار الإداري الفردي المنعدم

القرارات الإدارية الفردية المنعدمة لا تؤثر على المراكز القانونية ويجوز سحبها في أي وقت ولا تحصن بفوات المدد ولا يجوز للمخاطبين بها الاحتجاج بتحصنها بمضي المدد المقررة للطعن لأنها تصرفات إدارية منعدمة لا تحمل أي قيمة قانونية ولا ترقى أن تكون قرارات إدارية.

ثانياً: الزوال غير الرجعي للقرار الإداري

أي إزالة آثار القرار الإداري بالنسبة للمستقبل فقط ، وهذا الزوال يسري على كافة أنواع القرارات الإدارية التنظيمية والفردية ، وهو ما سوف نتطرق له :

أ- الزوال غير الرجعي للقرار الإداري التنظيمي

١- الزوال غير الرجعي للقرار الإداري التنظيمي السليم

كون القرارات الإدارية التنظيمية ، تتضمن قواعد عامة مجردة ، فإن السلطة المعنية بتحقيق المصلحة العامة تستطيع إلغاؤها في أي وقت تراه مناسباً ، ويكون الإلغاء بالنسبة للمستقبل فقط .

(١) حكم المحكمة الادارية رقم ١٥٩/د/د/ف / ٤٢ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ٨٥١ / ٥ / ق لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٧٠ / إس / ١ لعام ١٤٣٢هـ في الجلسة بتاريخ ١٩/٢/١٤٣٢هـ ، مجموعة الاحكام والمبادئ الادارية، ١٤٣٢ ، ص ٤٣٩ .

٢- الزوال غير الرجعي للقرار الإداري التنظيمي المعيب

يقع واجباً على الإدارة تحقيقاً لمبدأ العدل والأنصاف وعدم الوقوع في حالات إنكار العدالة وتحقيق الصالح العام، المبادرة في إلغاء قراراتها التنظيمية المعيبة في أي وقت تكتشف فيه ذلك ولا يتحصن هذا القرار التنظيمي بمضي المدد المقررة للطعن.

٣- الزوال غير الرجعي للقرار الإداري التنظيمي المنعدم

القرارات الإدارية التنظيمية المنعدمة لا تؤثر على المراكز القانونية ولا تعتبر تصرفات قانونية إنما هي أعمال مادية لا قيمة لها ويقع واجب على الإدارة إلغاؤها في أي وقت^(١).

ب- الزوال غير الرجعي للقرار الإداري الفردي

١- الزوال غير الرجعي للقرار الإداري الفردي السليم

هذه القرارات الإدارية الفردية السليمة لا يجوز للإدارة إلغاؤها إذا تولد عنها حقوق مكتسبة ، بل يقع واجب على الإدارة المحافظة على تلك الحقوق ، أما إذا لم يترتب على هذه القرارات الإدارية الفردية السليمة أية حقوق مكتسبة فإنه لا يوجد مانع من إلغاؤها لتحقيق الصالح العام.

٢- الزوال غير الرجعي للقرار الإداري الفردي المعيب

تملك الإدارة سلطة إلغاء القرارات الإدارية الفردية التي لحقها عيب في أحد أركانها خلال المدة المقررة للطعن إذا كان مضمونها حقاً للمخاطبين بها، أما إذا لم ترتب حقاً للمخاطبين بها فإن الإدارة تملك سلطة إلغاؤها في أي وقت، أما إذا رتب حقاً مكتسباً للمخاطبين بها، فإن الإدارة لا تستطيع إلغاؤها بعد فوات المدة المقررة للطعن فيها،

(١) حكم الدائرة الفرعية الثالثة عشر بديوان المظالم رقم ٦٤ / د / ف / ١٣ لعام ١٤٢٥ هـ في القضية رقم ٧٧١ / ١ / ق / لعام ١٤٢٤ هـ.

وتحصن هذه القرارات الإدارية الفردية المعيبة بعد فوات المدة المقررة لطعن في صحتها ، وتكون كأنما صدرت صحيحة.

٣- الزوال غير الرجعي للقرار الإداري الفردي المنعدم

ما يجري على القرار الإداري التنظيمي المنعدم يجري على القرار الإداري الفردي المنعدم ويقع واجباً على الإدارة إلغاؤه فلا يجوز الاحتجاج باستقرار المراكز القانونية، لأن هذه القرارات الإدارية المنعدمة لم تؤثر على المراكز القانونية عند نشأتها كونها عملاً مادياً لا عملاً قانونياً^(١).

الخاتمة

بعد العرض السابق لهذه الدراسة ، والوقوف على الأنظمة المرعية في المملكة العربية السعودية، ومسلك القضاء في تطبيق نظرية القرارات الإدارية، ولما وجدته من صعوبة في جمع الوثائق والمعلومات وتحديد المسار الدقيق للطبيعة القانونية للقرارات في المملكة العربية السعودية خاصة أن عنوان الدراسة يوحى إلى إثبات ما هو مثبت من طبيعة قانونية للقرارات الإدارية، بينما المسار الذي سلكته الدراسة يهدف إلى سبر هذه الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية كأحد نظريات القانون الإداري من خلال الفكر القانوني الإداري السعودي ورسم حدودها بخاصة أن الدراسة اضطرت إلى ذكر الكليات والجزئيات لترابطها في تحديد الطبيعة القانونية للقرار الإداري، وهي صعوبة حاولت الدراسة جاهدة وإلى حد كبير في تبسيطها. ولقد أشكل علينا التعريفات المتعددة للقرار الإداري خاصة أنها البداية الحقيقية التي يجب أن تنطلق منها الدراسة، واستطاعت الدراسة أن تجاوز هذه الصعوبة خاصة أن القرار الإداري من بديهيات القانون الإداري التي لا تحتاج إلى توضيح ، وما يتطلبه ترك المجال مفتوح للاجتهاد

^(١) حكم الدائرة الفرعية الثالثة عشر بديوان المظالم رقم ٦٤ / د / ف / ١٣ لعام ١٤٢٥ هـ في القضية رقم ٧٧١ / ١ / ق / لعام ١٤٢٤ هـ .

والفقه ، في إيجاد تعريف للقرار الإداري وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة المتغيرة والمرتبطة بالظروف السياسية والاقتصادية وللتلازم الكبير والأصيل بين نظريات القانون الإداري والقانون نفسه الذي يمتاز بالمرونة والتطور، التي حتمت ترك المجال مفتوحاً لقابلية التعريف للتطور والتغير لمواكبة طبيعة القانون الإداري كخاصية تميزه عن غيره من القوانين الأخرى، وتطرقت الدراسة إلى ذكر خصائص القرار الإداري، والتي تعتبرها الدراسة من الكليات لإثبات الجزئيات المرتبطة بأركانه وأثاره لرسم حدوده وفق الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية.

وقد خلصت الدراسة إلى ما يلي:

- ساهم القاضي الإداري السعودي بشكل مقبول، في تطبيق النظريات القانونية الإدارية الحديثة وخاصة نظرية القرارات الإدارية.
- تأثر الأنظمة السعودية والقرارات النافذة بنظريات القانون الإداري، وخاصة نظرية القرارات الإدارية.
- لم يستطع القاضي الإداري السعودي أن يجتهد بأحكام إدارية حديثة، تحدد ملامح القضاء الإداري السعودي، كقضاء ذو شخصية إدارية مستقلة.
- تأثر القاضي الإداري السعودي بخلفيته الشرعية مما اثر على طبيعة القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية وخاصة فيما يتعلق بتسمية عيب ركن الغاية بإساءة استعمال السلطة.
- لم تستطع الدراسة الوقوف على أحكام إدارية تحدد الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية الكاشفة والمنفصلة في المملكة العربية السعودية ، رغم محاولتنا المتعددة من اجل ذلك .

التوصيات

- فتح مجال الانتساب لعضوية القضاء لحاملي شهادة كليات الحقوق في المملكة العربية السعودية لتناسب اختصاصهم مع مهام القضاء.
- إعادة النظر في نظام القضاء بما يسمح لقبول خريجي كليات الحقوق في سلك القضاء.
- إعادة النظر في نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، في اعتبار الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة من قبيل الطلبات المستعجلة ، التي يجوز للمحكمة أن تنظر في موضوع الدعوى وبصفة عاجلة وفق أحكام الفقرة (٥) من المادة (٨) من النظام نفسه .

مدى تأثير انتفاء المصلحة على النظر بالدعوى الإدارية في ضوء اجتهادات محكمة العدل العليا الأردنية والقضاء المقارن

د. عمر عبدالرحمن البوريني^(١)

يعتبر القضاء الإداري الملاذ الأساسي للأفراد لحماية حقوقهم وحياتهم، والجهة الأساسية لرقابة الإدارة على أعمالها وتصرفاتها، والحفاظ على مصالح الأفراد المادية والأدبية، ولدفاع الأفراد عن حقوقهم ومصالحهم فقد وجدت دعوى الإلغاء كوسيلة قضائية يستطيعون من خلالها إلزام الإدارة بحدود المشروعية، فهي دعوى قضائية موضوعية هدفها مخاصمة أعمال الإدارة والدفاع عن مبدأ المشروعية. ولأهمية هذه الدعوى وخطورتها على الإدارة وأعمالها فقد أحاطها المشرع بجملة من الشروط، سواء تلك المتعلقة بالعمل المراد الطعن به أو تلك المتعلقة بالطعن نفسه وأخيرا تلك الشروط المتعلقة بمواعيد الطعن ومهل التقاضي. ومن المبادئ المستقرة في القانون والقضاء، ذلك المبدأ الذي يقضي بأنه لا دعوى دون مصلحة، فهذه الأخيرة مناط الدعوى سواء أكانت إدارية أو غيري ذلك، وهي شرط لازم وضروري لقبول الدعوى أمام القضاء.

وعلى اعتبار أن دعوى الإلغاء تهدف لمخاصمة القرار الإداري وحماية لمبدأ المشروعية، ومنع التعدي والتجاوز عليه، إلا أن الفقه والقضاء استقر على أنه لا بد من أن تكون هناك مصلحة لرافع الدعوى، ولذلك نجد أن كثيرا من التشريعات الناظمة

^(١) استاذ القانون الاداري المشارك المعهد العالي للقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض.

لدعوى الإلغاء تشترط وجود مصلحة قائمة ومباشرة ومشروعة للشخص الطاعن، كما سنلاحظ لاحقاً.

ونظراً لأهمية الموضوع فقد تناوله الفقه الإداري بجملة من الدراسات، إلا أن هذا الموضوع ما زال يثير الكثير من المشكلات على صعيد التطبيق العملي والاجتهاد القضائي وعلى وجه التحديد لدى القضاء الإداري في الأردن، الذي يشكل أساساً لهذه الدراسة.

تدور هذه الدراسة حول جزئية أساسية تتمثل في مدى تأثير عدم استمرارية المصلحة على النظر في الدعوى أمام قضاء الإلغاء. فما هو موقف محكمة العدل العليا الأردنية من ذلك؟، وهل أن اجتهاداتها تصب في الغاية التي من أجلها أصلاً وجدت دعوى الإلغاء، وبالتالي القضاء الإداري برمته. هذا ما سوف نعالجه من خلال استقراء اجتهاداتها، ومقارنته بتوجه القضاء الإداري في دول المقارنة وعلى وجه التحديد في فرنسا ومصر كل ما لزم سياق البحث ذلك. لما يشكل بنهاية المطاف تأصيلاً قضائياً وفقهياً، لموضوع الدراسة، يكون من شأنه، وضع الأسس والمبادئ القضائية في إطارها الصحيح، وبما ينسجم مع روح وجوهر سيادة القانون ومبدأ المشروعية.

وعليه وللاإمام بجوانب الموضوع، وللوصول إلى الغاية المنشودة من هذه الدراسة، سوف نقوم بتقسيمها إلى ثلاثة مباحث، الأول نخصه لتحديد ماهية المصلحة في التقاضي، من خلال تحديد مفهومها وضوابطها القانونية والقضائية. أما المبحث الثاني فنخصه لتحديد موقف القضاء الإداري في الأردن والقضاء المقارن، في حين فإن المبحث الثالث فنخصه لتحليل موقف القضاء الإداري الأردني من ذلك، مبرزين رأينا في الموضوع، استناداً إلى كل من طبيعة شرط المصلحة والغاية منه من جهة، ومن جهة أخرى إلى طبيعة دعوى الإلغاء.

المبحث الأول: ماهية المصلحة في التقاضي المطلب الأول: تعريف المصلحة في التقاضي

من المبادئ المستقرة قانوناً أن المصلحة هي مناط الدعوى، حيث لا مصلحة فلا دعوى^(١). وتعني المصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى في الحكم له بطلباته كلها أو بعضها، فالمصلحة هي الضابط لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها باعتبارها وسيلة لحماية الحق. فقد حددها الفقه في مجال القانون الخاص بإنهاء الفائدة أو المنفعة العملية التي تعود على المدعي من الحكم له قضائياً بطلباته^(٢).

وعليه فإن المصلحة في نطاق القضاء المدني لا بد وان ترتبط بحق تم الإعتداء عليه أو يمكن أن يكون محل اعتداء، فهي مرتبطة بالحق وجوداً وعدمياً. فلا يتصور إلا أن تكون المصلحة قانونية ومشروعة تتمتع بحماية القانون. والمصلحة بهذا المعنى لا تختلف عن مقصود المصلحة في الفقه الإسلامي، فهي كل ما فيه فائدة حماها الشارع بما يفيد حفظ الدين والعقل والنفوس والعرض والمال، فكل ما من شأنه حفظ هذه الأمور الخمس تمكن صاحبها من اللجوء إلى القضاء لاستردادته ودفع العدوان عنه^(٣). فهي "المنفعة التي قصدتها الشارع الكريم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينهم"^(٤). وقد عرفها الإمام الغزالي بقوله " أما المصلحة فهي عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، وأنها المحافظة على مقصود الشارع"^(٥) فالأصل من قبول الدعوى عند فقهاء المسلمين، وجود مصلحة معتبرة ومحمية بنظر الشارع تعرضت للعدوان.

(١) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٣٣٤/٢٠٠٥، تاريخ ٢٦ / ١٠ / ٢٠٠٥، منشورات مركز عدالة.
(٢) عبد الحكم فودة، " الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية"، مكتبة الإدارة العامة، ١٩٩٧، ص ٤٨.

(٣) الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، " الموافقات في أصول الشريعة"، الجزء الثاني، مكتبة الرياض الحديثة.

(٤) محمد سعيد البوطي " ضوابط المصلحة"، مطبعة العلم، دمشق، ١٩٦٧، ص ٢٣.

(٥) د. عبد العزيز بن سطاتم بن عبدالعزيز آل سعود، " اتخاذ القرار بالمصلحة"، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٠٥، ص ٣٠.

أما في مجال القضاء الإداري فإن شرط المصلحة في دعوى الإلغاء يختلف عنه في دعوى القضاء الكامل، نظرا لاختلاف الغرض منهما، فبينما تستهدف دعوى القضاء الكامل الاعتراف بحق شخص وحمايته من ضرر لحق به من جراء تصرف صادر عن الإدارة، فإن دعوى الإلغاء تهدف إلى إلغاء قرار إداري صادر خلافا لمبدأ المشروعية ماسا بنفس الوقت المركز الشخصي للمدعي، بحيث يؤدي إلى إبطال القرار. مما يعني انه في دعوى الالغاء يكون رافعها صاحب مصلحة في الغاء القرار الإداري في حين يشترط في رافع دعوى التعويض ان يكون صاحب حق اصابته جهة الادارة بقرارها بضرر يراد جبره والتعويض عنه^(١). وعليه ففي مجال دعوى الإلغاء لا يشترط في المصلحة أن تستند إلى حق اعتدي عليه أو مهدد بالاعتداء عليه، بل يكفي أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تؤثر تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصية للمستدعي^(٢). كما أنه " يكفي لمخاصمة القرار الإداري في دعوى الإلغاء أن تكون لرافعها مصلحة شخصية يؤثر فيها القرار تأثيراً مباشراً"^(٣).

وبالاطلاع على الاجتهادات القضاء الإداري المصري، نجد أن محكمة القضاء الإداري المصرية تؤكد على ذلك بقولها "في مجال دعوى الإلغاء لا يقف القضاء الإداري في تفسير شرط المصلحة عند ضرورة وجود حق يكون القرار الإداري المطلوب إلغاؤه قد مس به كما هو الحال بالنسبة لدعوى التعويض وسائر الدعاوى الحقوقية، وإنما يتجاوز ذلك بالقدر الذي يسهم في تحقيق مبادئ المشروعية وإرساء مقنضيات النظام العام. ويتسع شرط المصلحة الشخصية لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل

(١) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٨٢ / ٩٤، " المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا"، المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة ١٩٩٣ وحتى نهاية سنة ١٩٩٧، ص ١٢٨٨.

(٢) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٣٥ / ٢٠١٢ " المجلة"، الأعداد الأول والثاني والثالث، السنة الحادية والستون ص ٣. والقرار رقم ٥٩ / ٨١ "المجلة"، العدد ١١، سنة ١٩٨١، ص ١٨٤٩. القرار رقم ٨٥ / ٣٩ . العددان ٤ و ٥ سنة ١٩٨٦، ص ٤٥٩.

(٣) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٩٧ / ٨٤، " المجلة"، العددان الأول والثاني، لسنة ٣٣، ص ٢١.

هذا القرار مؤثراً في مصلحة جدية له"^(١)، وذلك بحسب موضوع النزاع المعروض على القضاء الإداري أي على أساس طبيعة المنازعة المطروحة أمام القضاء^(٢). والتفرقة بين الدعاوى تتحدد تبعاً لطبيعة الحق على النزاع وهل هو حق عام أم أنه حق شخصي؟ فإذا ما اعتدى القرار الإداري على المراكز الناشئة عن حق عام (موضوعي) كانت الدعوى موضوعية وبشكل آخر إذا كان طعن المدعي يتركز على مخالفة القرار لقاعدة قانونية أو أن القرار أحدث أضراراً بحقوق نابعة وناشئة عن مركز قانوني عام "موضوعي" فإن المنازعة الإدارية تدخل في دائرة القضاء الموضوعي حيث أن موضوع الدعوى يكون هو القرار المطعون فيه أي أن الدعوى توجه ضد القرار الإداري ذاته ولا توجه ضد الإدارة ولذلك قيل إن دعوى الإلغاء تنتمي إلى القضاء الموضوعي أو العيني. أما إذا كان القرار الإداري يتضمن اعتداء على الحقوق الشخصية أو الذاتية لرافع الدعوى فهي خصومة حقيقية بين رافع الدعوى وبين جهة الإدارة القصد منها تبيان المركز القانوني للطاعن فهي منازعة تدخل في القضاء الشخصي ولذا فإنها تعتبر دعوى شخصية.

وعلى أساس هذه المعايير وتلك التفرقة بين الخصومة الموضوعية والخصومة الشخصية يتحدد اختصاص القاضي في كل دعوى على حدة... فالقاضي يملك الإلغاء في الحالة الأولى مادام أن الطعن في الخصومة الموضوعية ينصب على مخالفة قاعدة قانونية بينما في الحالة الثانية سلطة القاضي سلطة كاملة. لا تقف عند حد إلغاء القرار غير المشروع والمخالف للقانون بل يتعدى ذلك والحكم بالتعويضات المناسبة وتعيين حقوق المدعي إذا كان الطعن يتعلق بالمركز القانوني للطاعن وتبيان الحكم الصحيح الواجب إتباعه من الإدارة كالتعويض المتعلقة بالانتخابات كحالة إلغاء نتيجة الانتخابات الخاطئة والمزورة وإعلان النتيجة الصحيحة. وعليه فالمصلحة

(١) د. محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٠٢.

(٢) د. محسن خليل، المصدر السابق، ص ٤٤٨.

كمناط للدعوى - سواء في مجال القضاء الكامل أو الإلغاء - إذا لم تكن متوافرة عند إقامة الدعوى تخلف شرط من شروط قبولها مما يعني عدم أحقية القضاء من التصدي لموضوع الدعوى لان الفصل في الموضوع يستلزم ابتداء قيام دعوى مستوفية لشروط قبولها.

ونجد أن قانون القضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤، نص في المادة الخامسة منه على " لا تقبل الدعوى المقدمة ممن ليست له مصلحة شخصية" ومن قبله قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ نص في البند الثاني من الفقرة "ج" من المادة التاسعة على انه " لا تقبل الدعوى المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية. كما نص قانون مجلس الدولة المصري في الفقرة الأولى من المادة (١٢) فيه على هذه القاعدة. بقوله لا تقبل الطلبات الآتية : " أ. الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية "

يتبين من هذه النصوص أن المصلحة شرط أساسي لقبول جميع الدعاوى سواء رفعت أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري كما أنها شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم^(١). فلشروط المصلحة أهمية كبيرة لقبول الدعوى وذلك لعدم ترك أمر التقاضي فوضى بدون تقييده بشروط معينة وذلك لضمان الجدية وتنزيه ساحات القضاء من العبث ولعدم تراكم المنازعات أمام القضاء بدون مبرر، وللمنع الدعاوى الكيدية، والحد من تهديد أعمال الإدارة دون مسوغ، إضافة إلى ذلك فإن التنازل عن شرط المصلحة يجعل القاضي وكأنه يتعرض للنزاع من تلقاء نفس، كما أن عدم الاعتداد بشرط المصلحة يخلع عن دعوى الإلغاء الطبيعة القضائية^(٢)، والتي لا تختلف من حيث المبدأ عن أي دعوى قضائية أخرى.

(١) د. عيد الحسين، شرط المصلحة لقبول وقف العمل بالقوانين المؤقتة في ضوء اجتهادات محكمة العدل الأردنية، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية المجلد ٣٢، العدد ٢ تشرين الثاني، ٢٠٠٥ ص ٤٠٠.

(٢) د. محمد عبداللطيف، مرجع سابق ص. ١٠٠-١٠١.

المطلب الثاني: ضوابط المصلحة في دعوى الإلغاء

إن المصلحة كشرط لقبول الدعوى شكلاً، يمكن أن تكون مادية أو معنوية كما يمكن أن تكون فردية أو جماعية، وتعتبر المصلحة المادية أكثر أنواع المصالح وضوحاً وظهوراً من الناحيتين القانونية والعملية، خصوصاً المصلحة المالية، كالمصلحة التي تعود على الموظف من إلغاء قرار حجب الترقية أو الزيادة السنوية أو إنهاء الخدمة أو إجراءات الضبط الإداري القاضية بإقفال محل تجاري الخ^(١).

وبغض النظر عن نوع المصلحة أو المصالح التي لا بد من حمايتها قانوناً، فإن القضاء الإداري قد أوجد ضوابط عامة وأساسية لا بد وان تتصف بها المصلحة، والتي تؤهل المدعي إقامة وتوجيه دعواه لإلغاء القرار الإداري، وهذا ما سوف نقوم بالتطرق له من خلال الفرع التالي.

الفرع الأول: أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة

من المتفق عليه بصفة عامة في نطاق دعوى الإلغاء بان تكون المصلحة شخصية لرافع الدعوى، ومعنى ذلك ان من الواجب أن يكون الطاعن في حالة قانونية اثر فيها القرار المطلوب إلغاءه تأثيراً مباشراً، حيث تكون له مصلحة شخصية مباشرة في طلب إلغاء القرار^(٢)، وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل العليا بقولها " استقر الاجتهاد على انه لكي يتوافر شرط المصلحة كشرط لازم لقبول الدعوى الإدارية أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تؤثر تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصية للمستدعي"^(٣). كما تتطلب دعوى إلغاء القرار الإداري لصحة قبولها - بوجهة نظر المحكمة - " تحقق شروط المصلحة الشخصية والمباشرة للطاعن حسب صراحة نص المادة (٩/ج/٢) من قانون محكمة العدل العليا رقم

(١) د. عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني، الدار الجامعية، ١٩٩٩، ص ٣٧٣. د. نواف كنعان، " القضاء الإداري دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ٢٠٩.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، " القضاء الإداري"، دار الفكر العربي ١٩٧٦، ص ٥٠٢.

(٣) قرار رقم ٢٠١٢ / ١٣٥ " المجلة"، الأعداد الأول والثاني والثالث، السنة الحادية والستون ص ٣.

(١٢) لسنة (١٩٩٢)^(١)، فلا يكفي لقبول دعوى الإلغاء ان تكون هذه المصلحة شخصية بل أن تكون مباشرة وانفرادية أي أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية اثر فيها القرار المطلوب إلغاؤه تأثيراً مباشراً بشكل تميزه عن غيره^(٢).

وبالتالي فلا يقبل من الورثة أن يحلو محل مورثهم في السير في إجراءات دعوى الإلغاء ما لم تكن لهم مصلحة شخصية مباشرة ومتميزة عن مصلحة المورث، وبهذا تقول محكمة العدل العليا "إذا لم يكن المستدعي من عداد عائلة الموظف المتوفي المستحقين لراتب التقاعد والتعويض فإن دعواه بالطعن في القرار الصادر عن لجنة التقاعد المدني بخصوص التقاعد والتعويض حقيقة بالرد لعدم وجود مصلحة له فيها"^(٣).

ولا بد من التأكيد بهذا الصدد - وعند استقراء أحكام القضاء الإداري- بأنه لا يوجد معيار محدد لتحديد صفة المباشرة التي لا بد وان تتصف بها مصلحة الطاعن، وإنما يقوم القضاء الإداري بمراجعة كل حاله على حدة، وعليه فإذا لم تتوافر هذه العلاقة بين المدعي والقرار المطعون عليه فان القضاء الإداري يقضي بعدم قبول الطعن^(٤).

ولم تخرج محكمة العدل العليا الأردنية في اجتهاداتها عن هذا المنطق، حيث تؤكد على انه لا بد من وجود مصلحة شخصية يؤثر فيها القرار تأثيراً مباشراً، فقد أقرت بان للطاعن مصلحة شخصية ومباشرة بقولها "بأن لعضو المجلس المحلي المقال مصلحة شخصية ومباشرة للطعن بتعيين خلفا له"^(٥)، كما أقرت للزوج مصلحة شخصية ومباشرة للطعن بقرار إبعاد زوجته عن المملكة^(٦)، وأيضاً حكمها بأن لكل

(١) قرار رقم، ١٧٢ / ٢٠١٠، تاريخ ٢٠١٠/٧/٧، منشورات مركز عدالة. وبنفس المعنى، القرار رقم ٢٤٤ / ٢٠٠٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٨/٩/٢٩. منشورات مركز عدالة.

(٢) د. عبدالغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ٣٦٧

(٣) قرارها رقم ٤٣ / ٦١، " المبادئ القانونية لمحكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا"، الجزء الأول، إعداد المحامي موسى الأعرج ص ١٩٧.

(٤) د. محمد عبد اللطيف مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٥) قرارها رقم (٨٦/١٠١) بتاريخ ١٩٨٧/١/٢٣، "المجلة"، ١٩٨٨، ص ٦٦. والقرار رقم ٣١٤ / ٩٤، المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا"، المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة ١٩٩٣ وحتى نهاية سنة ١٩٩٧، القسم الثالث، إعداد المكتب الفني للنقابة، ص ١٢٨٩.

(٦) قرارها رقم (٨٤/٩٧) بتاريخ ١٩٨٤/١٠/٣، "المجلة" ١٩٨٥، ص ٢١

ناخب مسجلاً في جدول الناخبين مصلحة للطعن بتاريخ الانتخابات البلدية^(١)، وللصحفي مصلحة شخصية ومباشرة للطعن بقرار نقل اسمه من سجل الصحفيين غير الممارسين^(٢)، ولأعضاء المجالس وللجان مصلحة للطعن بعدم مشروعية تشكيلها^(٣).

كما أن القضاء الإداري المصري أقر بعدم توافر هذا الشرط من الأخ الذي يطالب بإلغاء قرار إداري يقضي بمنع منح إخوانه جوازات سفر^(٤)، لأن المصلحة في دعوى الإلغاء إنما تستمد مقومات وجودها من مركز خاص لصاحب الشأن تربطه بالقرار محل الطعن رابطة يكون من شأنها أن يترتب على هذا القرار المساس بمركزه القانوني^(٥).

ولا بد من التأكيد في هذا المقام على أن شرط وجود مصلحة شخصية ومباشرة للطاعن يميز دعاوى الإلغاء عن دعوى الحسبة، إذ تحقق هذه الدعوى للطاعن إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل صدور القرار المطلوب إلغاؤه وليس مجرد إلغاء القرار الإداري،... وهذا ما يميزها عن دعوى الحسبة". كما أن محكمة العدل العليا الأردنية وبخصوص الطعن بتسجيل العلامات التجارية قد سمحت لأي كان الطعن بتلك القرارات دون الالتفات لشرط بان تكون مصلحة الطاعن شخصية ومباشرة، وذلك على اعتبار أن المصلحة الشخصية والمباشرة لا تقتصر على تحقيق مصلحة ذاتية للطاعن وإنما قد تشمل أيضاً تحقيق مصلحة للجمهور وهي مصلحة غير مباشرة، وعليه تصرح المحكمة بقولها " إن اجتهاد محكمة العدل العليا قد استقر على انه لا يشترط في الاعتراض الذي يقدم بمقتضى المادة (١٤) من قانون العلامات التجارية أن يكون لمقدمة مصلحة شخصية مباشرة في رفض طلب التسجيل وإنما يجوز لأي

(١) قرارها رقم (٨٦/٥٤) بتاريخ ١٩٨٦/٩/٣، "المجلة" ١٩٨٧، ص ٨٦١.

(٢) قرارها رقم (٨٣/١١٥) بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٥، "المجلة"، ١٩٨٤، ص ١٢.

(٣) قرارها رقم (٨٧/٢٨) بتاريخ ١٩٨٧/٧/٢٦، "المجلة"، ١٩٨٨، ص ١١٧٥.

(٤) د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٥) د. احمد عودة الغويري "قضاء الإلغاء في الأردن"، الطبعة الأولى، ١٩٨٩، ص ٢٦٢.

شخص من الجمهور أن يعترض على طلب تسجيل أية علامة تجارية وذلك حتى لا يؤدي تسجيلها إلى غش الجمهور إذ أن الغرض من الاعتراض هو حماية مصلحة الجمهور من الغش وليس تحقيق مصلحة ذاتية مباشرة للمعترض^(١).

الفرع الثاني: أن تكون المصلحة محققة حين رفع الدعوى

من المتفق عليه أن المصلحة شرط لقبول الدعوى، ومعنى ذلك ان الدعوى بدون مصلحة لا تكون مقبولة حيث انه لا بد من توافرها لحظة اللجوء إلى القضاء، فهي شرط أساسي لقبول الدعوى، فلا تقبل دعوى الإلغاء من غير ذي مصلحة، والعبارة بتوافر هذا الشرط يوم رفع الدعوى^(٢)، فإذا لم يشترك المستدعي في المناقصة التي أنتجت القرار المشكو منه الصادر عن المجلس البلدي بإحالة العطاء على شخص آخر، فإن طعن المستدعي في هذا القرار غير مقبول لعدم وجود مصلحة له في ذلك^(٣)، وقضت محكمة العدل العليا بأنه ما دام المستدعي لا يملك المؤهلات والخبرات اللازمة لشغل الوظيفة بموجب أحكام نظام الخدمة المدنية، فلا مصلحة له في الطعن بقرار تعيين المستدعي ضده في هذه الوظيفة، إذ انه بفرض إلغاء هذا القرار لا يكون من حق المستدعي الحصول على هذه الدرجة^(٤). كما أن مجلس الدولة المصري يؤكد بدوره على توافر شرط المصلحة حين رفع الدعوى حيث قضى بأن العبارة في قبول الدعوى بتوافر المصلحة يوم رفعها، اما زوال المصلحة اثنا نظر الدعوى، وعدم زوالها، فانه يكون من الامور الموضوعية التي تنتظر فيها المحكمة دون ان يؤدي ذلك إلى عدم قبول الدعوى^(٥).

(١) قرارها رقم ٩٦ / ٨٤. راجع بخصوص ذلك الدكتور نواف كنعان، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٢) د. سليمان الطماوي مرجع، ص ٤٩٤.

(٣) قرار رقم ٦٦ / ٨١، المجلة، العدد السابع، لسنة ١٤، ص ٧٥٥.

(٤) قرار رقم ٧٠ / ١، " المجلة"، العددان الثالث والرابع، لسنة ١٨، ص ٢١٠.

(٥) د. محمد ماهر ابو العينين " اجراءات المرافعات امام القضاء الاداري"- اجراءات الدعوى أمام محاكم مجلس الدولة، دار الكتب القانونية مصر ودار صادر بيروت، ١٩٩٨، ص ٣٦٧.

وعليه فإن توافر المصلحة وتحققها عند رفع الدعوى أمر متفق عليها سواء في القضاء الإداري أو في القضاء العادي (المدني) إذا أن تواجد المصلحة وثبوتها عند رفع الدعوى شرط أساسي لقبولها ويحكم بعدم قبولها لو رفعت الدعوى قبل توافر هذه المصلحة حتى ولو تحقق هذا الشرط عند نظر الدعوى. فالأصل هو اشتراط توافر المصلحة عند رفع الدعوى، بمعنى أن يكون القرار الإداري المطلوب إلغاؤه قد اضر بالمركز القانوني للمدعي حال صدوره مما أدى إلى وقوع ضرر حال ومؤكد، يكون من شأن إلغاء القرار إزالة الضرر وإعادة المركز القانوني إلى ما كان عليه قبل صدوره. و لا جدال في توافر شرط المصلحة إذا كانت هذه المصلحة محققة أو حالة بحيث يكون من المؤكد أن هناك فائدة مادية أو أدبية ستعود على المدعي من إلغاء القرار. فالمصلحة المعتبرة لقبول الطعن لا بد وان تكون ملموسة، أي من شأن حكم الإلغاء حصول الطاعن على فائدة مادية أو معنوية^(١).

لكن في المقابل قد لا تكون مصلحة الطاعن على هذه الصورة من الجزم والتأكيد، بحيث تكون مصلحته محتمله والتي من شأنها أن تهيئ الفرصة لجلب نفع أو دفع ضرر دون ان يكون ذلك مؤكداً مما يثير حولها الشك^(٢)، مما يعني أنها قد تتحقق أو لا تتحقق في المستقبل. والقاعدة بهذا الخصوص إن احتمالية أن يقع الضرر على المركز القانوني للطاعن لا ينشئ له مصلحة بالإلغاء ما لم تكن هذه الاحتمالية قوية ومتوقعة^(٣). وقد أجاز مجلس الدولة المصري قبول دعوى الإلغاء مكتفياً بوجود مصلحة محتملة للطاعن إذ قضيت محكمة القضاء الإداري بان للموظف "حق الطعن في القرارات المخالفة للقانون حتى ولو لم يكن من شأن إلغاء هذه القرارات ترقيته فوراً ويكفي أن يكون من شأن هذا الإلغاء تقديم ترقيته في كشوف الأقدمية، ومن ثم فإن للمدعي في هذه الدعوى مصلحة شخصية محتملة في الطعن في القرار رغم عدم

(١) د. عبد العزيز خليفة، "المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة"، دار الكتب القانونية ٢٠٠٥، ص ٣١٠.

(٢) د. ماجد راغب الحلوي، "القضاء الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٥، ص ٣٠٠.

(٣) د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١١٠.

استيفائه وقت صدوره للمدة الزمنية الواجبة للترقية إذ انه سيترتب على تنفيذ القرار أسبقية زملائه له في الدرجة المرقيين إليها^(١).

أما في الأردن فنجد أن محكمة العدل العليا لم تشذ عن ذلك النهج السالف، بحيث تكتفي لقبول دعوى الإلغاء أن يكون لطالب الإلغاء مصلحة محتملة من جراء إلغاء القرار الإداري المطعون فيه، فإذا كان النزاع في الدعوى يدور بشكل عام حول مشروعية القرار الإداري نفسه فان المصلحة تتوافر للطاعن ولو كانت مصلحته محتملة، حيث لا يشترط فيها أن تستند إلى حق لرافعها اعتدت عليه الإدارة أو مهدد بالاعتداء عليه^(٢). فهي تؤكد بأنه يكفي في المصلحة أن تكون محتملة^(٣). ومن وجهة نظر المحكمة "لا يشترط في دعوى الإلغاء أن تكون مصلحة المدعي مؤكدة بل يكفي أن تكون مصلحة محتملة"^(٤)، كما "أن المصلحة في الدعوى الإدارية تتوافر ولو كانت محتملة ولا يشترط أن يكون لرافعها حق كما هو الشأن في الدعوى الحقوقية"^(٥).

وعليه فقد قبلت المحكمة الطعن بالقرار القاضي بتعيين شخص في الوظيفة العامة شريطة توافر طالب الإلغاء على الشروط اللازمة للتعيين في الوظيفة العامة، مع عدم ضرورة تعيين طالب الإلغاء في الوظيفة المذكورة، كما قبلت الطعن بإلغاء قرار إحالة العطاء شريطة أن يكون قد اشترك في العطاء علماً أن إلغاء قرار الإحالة لا يعني أن العطاء سيحال على الطاعن بل له مصلحة محتملة في أن يحال العطاء عليه^(٦). ولا بد من التأكيد في نطاق المحاكمات المدنية أن يؤخذ بالمصالح المحتملة - كاستثناء - وذلك دفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، وهذا ما أكد عليه قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠١ في

(١) د. عبد الغني بسيوني، مرجع سابق، ص ٤٩٤.

(٢) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٣٦ / ٩٤، "المبادئ القانونية"، مرجع سابق، ص ١٢٨٧.

(٣) قرارها رقم (٦٦/٧٩)، المجلة، العدد ١١، ص ١١٠٤ وقرارها رقم ٦٨ / ٩١، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا"، مرجع سابق، ص ٤٢٢.

(٤) قرارها رقم (٨٦/٩١)، المجلة، العدد ٤ سنة ١٩٦٩، ص ٣٢٩.

(٥) قرارها رقم (٧٦/٦٩)، المجلة، العدد ٩-١٠ لسنة ١٩٧٧.

(٦) د. حنا نده، "القضاء الإداري في الأردن"، دون ناشر، ١٩٧٢، ص ٢٨٨.

الفقرة (٢) من المادة (٣). وكذلك فإن قضاء الإلغاء أن يأخذ بالمصالح المحتملة بحيث لا يتطلب بخصوص المصلحة أن تستند إلى حق^(١)، لأن الهدف من قضاء الإلغاء هو حماية المشروعية وسيادة القانون، وإلزام الإدارة بجادة الصواب عند القيام بنشاطاتها.

المبحث الثاني: موقف القضاء الإداري من استمرارية المصلحة بدعوى الإلغاء

إن توافر المصلحة شرط لقبول الدعوى، ذلك أن الدعوى بدون مصلحة لا تكون مقبولة، فالأصل إذن هو اشتراط توافر المصلحة عند رفع الدعوى^(٢) وإذا كان الأمر كذلك فهل يلزم أن تستمر المصلحة من وقت رفع الدعوى وحتى صدور الحكم فيها؟ أم أن انتفاء المصلحة حين النظر بالدعوى يؤثر على السير بها؟. فما هو موقف القضاء الإداري المقارن بشكل عام من ذلك؟. وما هو موقف محكمة العدل العليا الأردنية على وجه الخصوص؟.

إن موطن الخلاف بخصوص هذا الشرط، هو بالمجمل قضائي، من حيث اعتبار شرط المصلحة شرط بداية وقبول أم أنه شرط استمرارية في الوقت نفسه، بمعنى هل لا بد وان يستمر رافع الدعوى متوافراً على المصلحة لحين الانتهاء من النظر بالدعوى؟، أم أنه يمكن الاكتفاء بذلك الشرط عند رفع الدعوى فقط؟.

سوف نناقش هذه الإشكالية على نطاق القضاء الإداري من خلال البحث في الاجتهادات القضائية بخصوص القضاء المقارن، من جهة. والبحث في التوجه القضائي لمحكمة العدل العليا الأردنية. مع التطرق لبعض الاتجاهات الفقهية بهذا الخصوص.

(١) د. شريف يوسف خاطر، " دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨/٢٠٠٩.

(٢) د. فؤاد العطار، " القضاء الإداري"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٥٤٠.

المطلب الأول: موقف القضاء الإداري المقارن

إن الاطلاع على اجتهادات القضاء الإداري العربي بشكل عام ومنه المصري نجد انه قد ذهب إلى انه لا يكفي لقبول الدعوى واستمرارها توافر المصلحة للطاعن لحظة رفع الدعوى، بل لا بد من استمرارها لحين البت بموضوع الدعوى وإصدار حكم بالخصوص^(١)، ذلك أن "شرط المصلحة الواجب تحققه لقبول الدعوى يتعين أن يتوافر للمدعي من وقت رفع الدعوى وان يستمر قيامه حتى يفصل فيها نهائياً"^(٢)، ولا يؤثر في هذا الدفع التأخير في إبدائه إلى ما بعد مواجهة الموضوع، لأنه من الدفع التي لا تسقط بالتكلم في الموضوع ويجوز إيدؤها في أية حالة كانت عليها الدعوى"^(٣). ثم استقرت أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية على أنه ينبغي أن يتوافر هذا الشرط (أي شرط المصلحة) عند رفع الدعوى، فإنه يجب أن يستمر قائماً حتى يفصل في هذه الدعوى نهائياً"^(٤).

المطلب الثاني: موقف محكمة العدل العليا الأردنية

بتفحص اجتهادات محكمة العدل العليا الأردنية نجد أنها سارت على ما سار عليه القضاء الإداري العربي، وأخذت بالرأي القائل بأن المصلحة يجب أن تتوافر عند إقامة الدعوى وان تستمر قائمة إلى حين الفصل في الدعوى. فإذا ما زالت المصلحة قبل صدور الحكم فإنها تقضي برد الدعوى وعدم الاستمرار في نظرها، وأن هذه المصلحة باعتبارها منوطاً للدعوى وأساساً لقبولها لا يتعين أن تتوافر عند رفع الدعوى فحسب بل ينبغي استمرار قيامها ما بقيت الدعوى قائمة ولحين الفصل فيها نهائياً^(٥)،

(١) د. عبدالغني بسيوني، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(٢) حكمها الصادر بتاريخ ٢٤/٣/١٩٦٣، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة، السنة الثامنة، ص ٩٢٥.

(٣) حكمها بتاريخ ٢٤/١٢/١٩٦٦، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، ص ٩٧١.

(٤) الطعن رقم ٣٩١١ لسنة ٣٨ ق جلسة ٢٧/٤/١٩٩١.

(٥) قرار رقم، ١٧٢/٢٠١٠، تاريخ ٧/٧/٢٠١٠، منشورات مركز عدالة، والقرار رقم ١٣٥/٢٠١٢ المجلة، الأعداد الأول والثاني والثالث، السنة الحادية والستون ص ٣.

لأن دعوى الإلغاء وان تميزت بأنها دعوى عينية تقوم على اختصاص القرار الإداري وان الحكم الصادر فيها بإلغائه يعدمه، إلا أن هذه الدعوى لا تخرج عن كونها خصومة قضائية مناطها توافر شرط المصلحة في رافعها وقت رفعها واستمرار هذا الشرط خلال الخصومة إلى أن يفصل فيها^(١)، فالمصلحة هي مناط الدعوى فلا دعوى بدون مصلحة، وفي دعوى الإلغاء فان قيام المصلحة شرط أساسي لقبولها ولا يكفي في ذلك توافر شرط المصلحة وقت رفع الدعوى بل يتعين ان يظل هذا الشرط قائما حتى الفصل فيها^(٢).

هكذا نجد أن محكمة العدل العليا أكدت في العديد من أحكامها على وجوب توافر شرط المصلحة عند رفع الدعوى وهي بهذا ذهبت مذهب مجلس الدولة المصري بعكس ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي الذي اكتفى بتوافر شرط المصلحة وقت رفع الدعوى فقط ولم يشترط استمرارها في الفصل في الدعوى. والمتخصص لاجتهادات محكمة العدل العليا بخصوص شرط المصلحة نجد أنها تساير القضاء العادي بنهجه والمتمثل بضرورة اعتبار المصلحة شرط بداية واستمرار، بالرغم من تأكدها على أن دعوى الإلغاء تعتبر دعوى موضوعية هدفها مخاصمة قرارات الإدارة وليست شخصية على غرار القضاء العادي، وعند تطرقها لموضوع المصلحة لم توظف هذا التكيف، فيما يتعلق بعدم ضرورة استمرار المصلحة لحين الفصل بالدعوى.

المبحث الثالث: مدى توافق اجتهادات محكمة العدل العليا الأردنية مع طبيعة المصلحة ودعوى الإلغاء

من خلال استعراض اجتهادات محكمة العدل العليا سالفه الذكر، نستنتج بأنها أخذت بالاتجاه القضائي القائم على ضرورة استمرار المصلحة لحين انتهاء النظر بالدعوى، مؤسسة اجتهاداتها على اعتبار أن الدفع بانعدام المصلحة هو دفع

(١) حكمها رقم ٤٣ / ٨١، " المجلة "، العدد ٤ سنة ١٩٨٢، ص ٤٥٤.
(٢) قرارها رقم ٣٨٩ / ٩٥، " المبادئ القانونية"، القسم الثالث، ص ١٢٩١.

موضوعي يتعلّق بالنظام العام يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى. وعليه نعرض طبيعة المصلحة في التقاضي والدفع بها من خلال الطبيعة الذاتية لدعوى الإلغاء.

المطلب الأول: طبيعة شرط المصلحة والحكمة منه

سارت أحكام محكمة العدل العليا على وتيرة واحدة فيما يتعلق بضرورة توافر المصلحة في التقاضي لحين الانتهاء من النظر بالدعوى، وان الدفع المتعلق بعدم قبول الدعوى هو دفع موضوعي يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، مع ضرورة استمرار المصلحة لحين انتهاء النظر بالدعوى على اعتبار أن هذا الدفع يوجّه بشكل أساسي إلى أصل الحق المدعى به، مما يعني تمسك الخصم بإنكاره بصفة مطلقة أو انه يتمسك بعدم استحقاقه أو تحصل المنازعة بصفة عامة في أي أمر يتعلق بطبيعته أو آثاره^(١).

يعرف الدفع الموضوعي بأنه اعتراض احد أطراف الدعوى على الحق المنازع به، عن طريق تأكيد أو إنكار واقعة تؤثر في استحقاقه بهدف الحصول على حكم من المحكمة برد الدعوى كلياً أو جزئياً^(٢). وبالعودة إلى طبيعة الدفع المتعلق بالمصلحة في مجال القضاء الإداري، نجد جانب من فقه القانون الإداري العربي لا يساير هذا الاتجاه على أساس أن الدفع بانعدام المصلحة هو دفع بعدم القبول وليس دفعا موضوعياً، وبالتالي ليس بالضرورة استمرار المصلحة لحين الانتهاء من الدعوى، فإذا كانت المصلحة غير متوافرة في البداية، وفات على الإدارة أن تطعن بعدم قبول الدعوى قبل التكلم في الموضوع، فان الدخول في الموضوع لا يسقط حقها في استعمال الدفع بعدم القبول. وعليه فان تخلف شرط المصلحة أثناء نظر الدعوى، إذا كان من شأنه أن يؤثر على الحكم في الموضوع، فانه ليس بالضرورة أن يؤثر على قبول الدعوى ذاتها، والقول

(١) د. احمد ابو الوفا، " المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٧٧.

(٢) د. فتحي والي " الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٨٣

بغير ذلك يعني إغلاق القاضي الإداري عينيه على قرارات إدارية لا شك في بطلانها^(١)، مما يؤدي بالنتيجة إلى تشجيع الإدارة على التماهي بتصرفاتها غير المشروعة. وفي هذا الصدد يؤكد الدكتور سليمان الطماوي على ذلك بقوله " أن الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء يجعلها قريبة لدعوى الحسبة ولهذا فإنه من العسير أن نجد مبرراً قاطعاً لشرط المصلحة"، والتعليل بأن جدية الدعوى مرتبط بتوافر مصلحة للطاعن عند رفع الدعوى، مما يعني ذلك توافر المصلحة وقت رفع الدعوى فقط، دون النظر إلى استمرار شرط المصلحة لحين صدور حكم بالموضوع. ومن الآثار الأساسية لتلك المصلحة العامة - التي تهدف إلى حمايتها دعوى الإلغاء - انه في حالة زوال المصلحة الشخصية لرافع الدعوى لسبب من الأسباب، تبقى المصلحة العامة التي يتعلق بها حق الجماعة بمجرد رفع الدعوى، فإذا ما زالت مصلحة رافعها لأمر ما فتضيع المصلحة العامة، فيما لو قلنا بعدم السير في الدعوى حتى نهايتها. وبهذا تفقد دعوى الإلغاء الكثير من صفاتها وخصائصها بانتمائها إلى القضاء العيني^(٢)، وهذا ما يتفق مع نصوص قوانين القضاء الإداري سواء في الأردن أو غيرها من قوانين القضاء الإداري العربي فها هي المادة (٩) من قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ تنص على " لا تقبل الدعوى المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية". كما أن قانون القضاء الإداري الأردني الجديد رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤، نص في المادة الخامسة منه على " لا تقبل الدعوى المقدمة ممن ليست له مصلحة شخصية". كما أن المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة المصري تنص على أنه "لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة". وعليه فإن الدفع بانعدام المصلحة لا يعد دعواً موضوعياً أو شكلياً إنما هو دفع بعدم القبول، مما يعني انه هذا الدفع لا يتأثر بالتأخر في إبدائه إلى ما بعد مواجهة موضوع الدعوى،

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، " القضاء الإداري ومجلس الدولة"، منشأة المعارف، ١٩٦٦، ص ٣٠٤.

(٢) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٩٥ وما بعدها.

على اعتبار انه لا يسقط بعد الدخول في موضوع الدعوى، مع انه يعتبر من الدفوع المتعلقة بالنظام العام^(١).

ولا بد هنا من التمييز بين انتفاء المصلحة وانتفاء الخصومة فقيام الإدارة ببعض التصرفات القانونية أو المادية التي من شأنها التأثير على مجريات الدعوى، كان تقوم بسحب قرارها موضوع النزاع أو إلغاؤه، فالحكم بالنتيجة من قبل القاضي الإداري هي اعتبار الخصومة منتهية^(٢). أما عدم استمرار المصلحة يعني أن المركز القانوني للطاعن والذي بمقتضاه سمح له بإقامة الدعوى ضد قرار الإدارة، تم تعديله بموجب إجراء من قبل الإدارة، أي تحقق لرافع الدعوى ذات النتائج المرجوة فيما لو حكم له بإلغاء القرار الإداري موضوع النزاع، ولا يعتبر قيام الإدارة بتنفيذ قرارها موضوع النزاع يحول دون الاستمرار بالنظر بالدعوى، فمصلحة الطاعن تبقى مستمرة، والمحكمة ملزمة بالاستمرار بنظر الدعوى بغض النظر عن النتائج المترتبة عن حكمها^(٣).

المطلب الثاني: خصائص دعوى الإلغاء

تعرف دعوى الإلغاء بأنها دعوى قضائية عينية موضوعها مخاصمة قرار إداري، تنصب على بحث مدى مشروعية القرار الإداري ومطابقته لمبدأ المشروعية، وإبطاله في حالة ثبوت عدم مشروعيته، أو ردها في حالة ثبوت مشروعية القرار. فدعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة، هي عبارة عن طعن قضائي يرمي إلى إلغاء قرار إداري، غير مشروع من طرف القاضي الإداري^(٤). تتصف هذه الدعوى بجملة من الخصائص تؤدي بالنتيجة إلى أن المصلحة بالتقاضي بخصوصها تختلف بشكل جذري عن تلك المصلحة التي لا بد من توافرها في مجال القضاء المدني، هذا من

(١) د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٠٥.

(٢) محكمة العدل العليا في قراها رقم ١٠٠/٢٠١٣ تاريخ ١٦/٥/٢٠١٣، "المجلة"، الأعداد الرابع والخامس والسادس، السنة الحادية والستون، ص ٤٨٤.

(٣) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٠٠.

(٤) د. عمار بوضياف، "الوسيط في قضاء الإلغاء"، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص ٦٠.

جهة، ومن جهة أخرى فإن خصائص دعوى الإلغاء تؤيد وجه نظرنا سالف الذكر فيما يتعلق بتوقيت توافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، وعدم تأثير زوالها على هذه الدعوى.

أولاً: دعوى الإلغاء هي دعوى عينية تنتمي لقضاء المشروعية

تنتمي دعوى الإلغاء للقضاء الموضوعي، وليس الشخصي فهي تهدف إلى مخاصمة قرار إداري غير مشروع صادر عن الإدارة، أي أنها تتعلق ببحث مشروعية القرار المطعون فيه، فإذا ما كان القرار الإداري غير مشروع ومخالف للقانون قام القاضي بإلغائه، حيث تتمحور سلطته في دعوى الإلغاء عند حد تقرير موافقة أو مخالفة القرار المطعون فيه للقواعد القانونية فإذا كان القرار المطعون جاء مخالفاً للقواعد القانونية حكم القاضي الإداري بإلغائه دون أن يعدله أو يستبدله أو يقضي بحقوق الطاعن. وبهذا فإن سلطة القاضي تنحصر في التحقق من مشروعية القرار أو عدم مشروعيته فقط ودون أن يبين للإدارة القرار السليم الواجب اتخاذه بالخصوص ويترتب على هذه الخصيصة لدعوى الإلغاء، بأن هذه الأخيرة لا تعد خصومة بين طرفين بالمعنى الفني الصحيح، بقدر ما هي مخاصمة للقرار الإداري ذاته^(١). وهذا ما أكد عليه القضاء الإداري في العديد من أحكامه، فالمحكمة العدل العليا الأردنية، تصرح بالخصوص أن دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية القصد منها ليس مجرد الدفاع عن المشروعية والصالح العام فحسب، بل والدفاع عن مصلحة ذاتية للمستدعي اثر فيها القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً حتى تكون هذه المصلحة قرينة على جدية الدعوى^(٢).

ومن أهم النتائج المترتبة على اعتبار دعوى الإلغاء دعوى موضوعية، هي الاكتفاء بوجود مصلحة شخصية مباشرة مسها القرار المطعون به، دون وجود أو توافر حق شخصي اعتدى عليه، أو مسه القرار المطعون به، وكثيراً ما يشير القضاء الإداري

(١) د. عثمان خليل عثمان، " مجلس الدولة"، الطبعة الرابعة، ١٩٥٦، ص ٢٧٥.

(٢) قرارها بتاريخ ٣١ / ٥ / ١٩٨١، " المجلة"، ١٩٨١، ص ١٢٧٢.

إلى ذلك، ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها "من المقرر أن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية تلحق القرار الإداري المطعون فيه بما لا يدع حاجة لإقامتها ضد المستفيد من القرار، كما أن الحكم الذي يصدر فيها يكون حجة على الكافة بمجرد صيرورته نهائياً"^(١).

وتأسيساً على ذلك نؤكد على عدم ضرورة استمرار المصلحة لحين الانتهاء من النظر بالدعوى، على اعتبار أن شرط المصلحة وجد فقط لضمان الجدية لدى رافع دعوى الإلغاء، مما يعني فقط ضرورة توافر المصلحة حين رفع الدعوى، وبصرف النظر عن استمرار المصلحة حتى الانتهاء من النظر بالدعوى وصدور الحكم فيها^(٢). ويدعم هذا الاتجاه من الفقه رأيه على اعتبار أن الدعاوى في نطاق القضاء العادي تهدف إلى حماية حق خاص اعتدى عليه أو من الممكن الاعتداء عليه، فعند زوال هذا الاعتداء أو ذلك التهديد يصبح من العبث استمرار النظر بالدعوى وإضاعة وقت القضاء. أما دعوى الإلغاء فإنها تهدف من حيث المبدأ إلى تحقيق مصلحتين في الوقت نفسه، مصلحة شخصية لرافع الدعوى، ومصلحة عامة تتمثل بالدفاع عن المشروعية وسيادة القانون، وقد تنتفي المصلحة الشخصية لرافع الدعوى لسبب ما، في حين تبقى المصلحة العامة والتي يتعلق بها حق جماعي بمجرد رفع الدعوى. وبعبارة ذلك يفقد القضاء الإداري أحد أهم وظائفه، فهو يعتبر حامي للمشروعية، كما أنه ومن خلال إصداره لإحكامه فإنه يمارس نوعاً من الرقابة على الإدارة، ويقوم بتوجيه الإدارة لأن تتوافق تصرفاتها مع مبدأ المشروعية^(٣).

وعليه لا بد من توافر شرط المصلحة حين رفع الدعوى أمام القضاء الإداري، وإلا تحولت دعوى الإلغاء إلى نوع من الرقابة الإدارية والسياسية، وأصبح للقاضي الإداري حق التعرض للنزاع من تلقاء نفسه، مما يخالف بالمجمل المبادئ التي تقوم عليها

(١) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق ص ٣١٨.

(٢) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٩٦.

(٣) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٩٧.

السلطة القضائية، كما انه لا يمكن نسيان المبررات العملية لتوافر شرط المصلحة حين رفع الدعوى، من حيث إضفاء الجدية على الدعاوى التي ترفع أمام القضاء الإداري، وإبعاد القضايا الكيدية، كما انه ومن خلال إصداره لإحكامه فانه يمارس نوعا من الرقابة على الإدارة، ويقوم بتوجيه الإدارة - ولو ضمنيا - لان تتوافق تصرفاتها مع مبدأ المشروعية. وكما هو معلوم كذلك فإن دعوى الإلغاء مقيدة بمدد قصيرة، فاذا ما رفع احدهم دعوى إلغاء فان اثر هذا التصرف يمتد إلى الغير، فقد يكتفي هذا الاخير أو هذه الجماعة بهذا التصرف من رافع الدعوى على اعتبار ان الحكم الصادر بالإلغاء يتضمن حجية مطلقة اما الكافة يمكن لهم التمسك به، فاذا ما زالت مصلحة رافع الدعوى لسبب ما فان المصلحة العامة سوف تهدد، خصوصا اذا ما انتهت مهلة التقاضي المحددة قانوناً، مما يعني فوات حق التقاضي على الغير بهذا الخصوص^(١). وبعبارة ذلك يفقد القضاء الإداري احد اهم وظائفه، من حيث حمايته للمشروعية وسيادة القانون والصالح العام، فدعوى الإلغاء هي بالأساس وسيلة للدفاع عن الصالح العام منها للدفاع عن الحقوق الشخصية^(٢).

ثانيا: دعوى الإلغاء من النظام العام

إن دعوى الإلغاء بهذه المعنى تعني انه يمكن توجيهها ضد أي قرار إداري من قبل الأفراد دون حاجة لنص تشريعي يجيز ذلك^(٣) ولا يجوز استبعادها بالمقابل إلا بنص تشريعي. وبما أن دعوى الإلغاء تتعلق بالدفاع عن مراكز موضوعية يتم حمايتها بموجب القواعد القانونية، فانه لا يجوز لأحد التخلي عن رفعها، أو التنازل عنها^(٤)، ولا يجوز الاحتجاج من أي كان بهذا تصرف، أي تنازل من قبل رافع الدعوى عن

(١) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٩٦.

(٢) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٠٠.

(٣) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٤) محكمة العدل العليا القرار تاريخ ٣٠ / ١١ / ١٩٧٨، ص ٤١. ذكره د. علي خنار شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

حقوقه المقررة بموجب حكم الإلغاء لا يضيفي بأية حالٍ المشروعية على القرار الملغي^(١). وعليه إذا ما كانت دعوى الإلغاء تتمتع بهذه الخصيصة، من حيث ارتباطها بالنظام العام، والآثار المترتبة على ذلك، فكيف يمكن منح القاضي الإداري أحقية رد الدعوى وإنائها في حالة انتفاء مصلحة المتقاضي، وعلى وجه التحديد إذا ما بقيت عدم المشروعية قائمة، مما يفتح الباب على مصراعيه أمام الإدارة للتحايل على المخاطبين بقراراتها، وعلى القضاء في الوقت نفسه، من خلال قيامها بتصرفات معينة، - كسحب أو إلغاء قرارها موضوع النزاع-، تؤدي إلى انتفاء مصلحة الطاعن بقرارها، مما يؤدي إلى إبقاء الخصومة ولو بشكل مؤقت.

ثالثاً: حجبية حكم الإلغاء مطلقة

استناداً إلى كافة الخصائص سالفة الذكر التي تتمتع بها دعوى الإلغاء، فإن الحكم الصادر بالخصوص لا بد وان يتمتع بحجية مطلقة أمام الكافة وليس أطراف الدعوى فقط (المدعي والإدارة)، وهذه الخصيصة تميّز دعوى الإلغاء عن غيرها من دعاوى القضاء الشخصي التي تتمتع بحجية نسبية تنطبق فقط على أطراف الدعوى، أي أن الحكم الصادر له حجية نسبية لا تتعدى أطراف النزاع، ولا يستطيع أي شخص آخر لم يكن طرفاً في الدعوى أن يتمسك بهذا الحكم ويعود ذلك لما تتميز به دعوى القضاء العادي من طبيعة ذاتية شخصية لرافع الدعوى فهي خصومة حقيقية بين رافع الدعوى وبين جهة الإدارة فالغرض منها تبيان المركز القانوني للطاعن، لهذا تنتمي للقضاء الشخص. والحجية المطلقة التي يتمتع بها حكم الإلغاء تعود بالأساس لطبيعة حكم الإلغاء فهذه الأخير لا يقرر لمصلحة المدعي فقط وإنما لمصلحة المشروعية،

(١) د. نواف كنعان، وسائل الإثبات الإداري في قضاء محكمة العدل العليا، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد ٢٦، عدد (١)، ١٩٩٩، ص ٤١.

والمصلحة العامة، مما يعني انه يجوز للكافة التمسك به، كما وانه يسري على الكافة فلا يجوز منازعة القرار مرة أخرى^(١).

خاتمة

ثابت أن القضاء الإداري الملاذ الأساسي للأفراد لحماية حقوقهم وحررياتهم، والجهة الأساسية لرقابة الإدارة على أعمالها والحفاظ على مصالح الأفراد من خلال رقابته على أعمال الإدارة، عن طريق النظر بالنزاعات التي يرفعها أصحاب الشأن أمامه طالبين إلغاؤها، لإلحاقها الضرر بمصالحهم المشروعة قانوناً. وما دعوى الإلغاء إلا الوسيلة القضائية الأساسية التي يلتجئ من خلالها الأفراد إلى القضاء الإداري، للحفاظ على حقوقهم، متى كان لهم مصلحة مباشرة ومؤكدة ومشروعة، وإلزام الإدارة بمنطوق القانون، وذلك بإلغاء كافة تصرفاتها غير المشروعة.

وتأسيساً على ما تناولته هذه الدراسة، فانه يمكن استخلاص النتائج التالية:-

١- تعتبر دعوى الإلغاء دعوى قضائية موضوعية هدفها مخاصمة أعمال الإدارة والدفاع عن مبدأ المشروعية. ولأهمية هذه الدعوى وخطورتها على الإدارة وأعمالها فقد أحاطها المشرع بجملة من الشروط، ومنها تلك المتعلقة بالطاعن نفسه، فلا دعوى دون مصلحة فهي شرط لازم وضروري لقبول الدعوى أمام القضاء.

٢- استقر كل من الفقه والقضاء الإداريين، على انه لا بد من أن تكون هناك مصلحة لرافع الدعوى، ولذلك نجد أن كثيراً من التشريعات الناظمة لدعوى الإلغاء تشترط وجود مصلحة قائمة ومباشرة ومشروعة للطاعن في القرار الإداري

٣- إن دعوى الإلغاء تتعلق بالدفاع عن مراكز موضوعية يتم حمايتها بموجب القواعد القانونية، وبما أنها تستهدف تحقيق المصلحة العامة من خلال حماية

(١) د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٥.

قواعد المشروعية بشكل عام. فانه لا يجوز لأحد التخلي عن رفعها، أو التنازل عنها، ولا يجوز الاحتجاج من أي كان بهذا التصرف، هذا من جهة، كما انه من جهة أخرى أي تنازل من قبل رافع الدعوى عن حقوقه المقررة بموجب حكم الإلغاء لا يضيفي بأيه حال المشروعية على القرار الملغي.

٤- لا يجوز بأي حال من الأحوال، إعطاء الحق للقاضي الإداري برد الدعوى لانتفاء مصلحة الطاعن لجملة من الأسباب، فدعوى لإلغاء هي دعوى عينية ولا تنتمي للقضاء الشخصي، فهي تهدف من حيث المبدأ إلى تحقيق مصلحتين في الوقت نفسه، مصلحة شخصية لرافع الدعوى، ومصلحة عامة تتمثل بالدفاع عن المشروعية وسيادة القانون، وقد تنتفي المصلحة الشخصية لرافع الدعوى لسبب ما، في حين تبقى المصلحة العامة والتي يتعلق بها حق جماعي بمجرد رفع الدعوى. وبعبارة ذلك يفقد القضاء الإداري احد أهم وظائفه، كحامي للمشروعية. هذا إضافة إلى أن حجية الحكم القضائي القاضي بالإلغاء يتمتع بحجية مطلقة أما الكافة.

٥- إن دعوى الإلغاء مرتبطة بالنظام العام، فكيف يمكن منح القاضي الإداري أحقية رد الدعوى وإنهائها في حالة انتفاء مصلحة المتقاضى، وعلى وجه التحديد إذا ما بقيت عدم المشروعية قائمة، مما يفتح الباب على مصراعيه أمام الإدارة للتحايل على المخاطبين بقراراتها، وعلى القضاء في الوقت نفسه، من خلال قيامها بتصرفات معينة، تؤدي إلى انتفاء مصلحة الطاعن بقرارها، مما يؤدي إلى إبقاء الخصومة ولو بشكل مؤقت.

٦- إن المصلحة بالتقاضي شرط أساسي لمباشرة دعوى الإلغاء، كشرط بداية، دون أن يكون لانقائها أثر على استمرارية الدعوى، مما يكون له الأثر الكبير على الحفاظ على حقوق الأفراد، من تعسف السلطة الإدارية، حيث تملك من الوسائل الكثير للتحايل على القضاء والتأثير على مجريات الدعوى، وعلى وجه التحديد

تلك المتعلقة بشرط المصلحة. حيث تعتبر المصلحة بالتقاضي شرط بداية وليس استمرارية، فالدفع المتعلقة بها دفع بعدم القبول.

٧- اتجه القضاء الإداري العربي، ومنه الأردني والمصري، إلى اعتبار شرط المصلحة هو شرط بداية واستمرار يغير ويناقض الخصائص الأساسية لدعوى الإلغاء من جهة، وطبيعة شرط المصلحة والهدف منه من جهة أخرى.

استنادا إلى الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء وانتمائها لقضاء المشروعية، الهدف منها بداية حماية مبدأ المشروعية والصالح العام، وحماية حقوق الأفراد، وعلى اعتبار أن دعوى الإلغاء من النظام العام وما يترتب على هذه الخاصية من آثار مهمة، ولطبيعة شرط المصلحة والهدف من وجوده، فإنه لا بد على كل من القضاء الأردني والمصري والعربي بشكل عام، من أن يرتقي باجتهاداته بما ويتلاءم مع خصائص دعوى الإلغاء وبما لا يتناقض مع الهدف من شرط المصلحة، ليبقى الملاذ الأول والأخير والضامن لحقوق الأفراد من تعسف الإدارة، والمدافع عن أسس ومبادئ سيادة القانون، وما صدور قانون القضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤ إلا بداية أساسية في الاتجاه الصحيح.

أحكام المراسيم بقوانين وأثر رفضها في النطاق الجنائي

د.غازي عبيد العياش^(١)

د.فارس مناحي المطيري^(٢)

تعد السياسة التشريعية في دولة الكويت وفق الدستور الكويتي اهم الطرق التي يمكن من خلالها معالجة الكثير من القضايا والمسائل في مختلف الاصعدة الاقتصادية منها او الاجتماعية او غيرها من الأمور التي تهدف الى تحقيق مصلحة البلاد والعباد. وقد نص الدستور الكويتي على هذه السياسة التشريعية^(٣) بحيث يكون لمجلس الامة (السلطة التشريعية) الأداة القانونية لتنظيم مثل هذه الأمور ومنحه حق اصدار القوانين ومعالجة أي موضوع بقانون بشرط أن يكون ذلك وفق الضوابط والشروط الدستورية في ذلك^(٤).

(١) استاذ القانون الدستوري والاداري _ كلية الدراسات التجارية- جامعة الكويت

(٢) أستاذ مساعد بالقانون الجنائي بقسم القانون- جامعة الكويت.

(٣) مرت الكويت منذ صدور الدستور الكويتي بمراحل سياسية مختلفة بين السلطين التشريعية والتنفيذية ومن اهم هذه المراحل مرحلة تعطيل الحياة البرلمانية عام ١٩٧٦ و عام ١٩٨٦ والتي برزت معها دور السلطة التنفيذية بإصدار مراسيم الضرورة كتشريعات لازمة لتيسير الحياة في البلاد طبقاً لنص المادة ٧١ من الدستور والتي تخول الأمير اصدار مراسيم بقوانين عند الضرورة بين أدوار الانعقاد او بالفترة ما بين حل البرلمان وانتخاب مجلس جديد. في هذه المرحلة تحديدا أصدرت الحكومة الكثير من هذا المراسيم بقوانين لتنظيم مختلف المجالات كأمر ضروري وملح لعدم وجود مجلس أمة ليصدر مثل هذه التشريعات. وللمزيد انظر:

د.عثمان الصالح. النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت. الطبعة الثانية ٢٠٠٣. مؤسسة دار الكتب.

(٤) المادة ١٠٩ من الدستور الكويتي.

وقد نص الدستور الكويتي في المادة ٥١ منه على أن " السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الامة وفقا للدستور. " وبذلك تتكون السلطة التشريعية من الأمير^(١) من ناحية ومجلس الامة من ناحية أخرى، فالامير ومجلس الامة يشكلان السلطة التشريعية. وان كان دور كل منهما يختلف عن الاخر في ممارسة اختصاصات السلطة التشريعية. هذه هي الطريقة العادية التي يمكن ان يصدر بها قانون عادي من قبل مجلس الامة او من خلال تقديمه من الحكومة وموافقة مجلس الامة عليه.

إلا أن هناك لوائح استثنائية وهي لوائح الضرورة او كما تسمى المراسيم بقوانين، وهي اللوائح التي تصدر في الظروف غير العادية وتصدر من السلطة التنفيذية في ظل غياب مجلس الامة وهي تعالج موضوعات تعد -بحسب الأصل- من اختصاص مجلس الامة وذلك لمواجهة ضرورة معينة تستدعي تنظيم موضوع معين على وجه الاستعجال مما لا إمكانية معه لانتظار عودة البرلمان. وتستمد المراسيم بقوانين الصادرة في غيبة مجلس الامة الأساس الدستوري من المادة ٧١ من دستور الكويت التي تنص على أنه: " إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز للأمير أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية.

يجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً وفي أول اجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك. أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من

(١) تنص المادة ٦٥ من الدستور الكويتي على أن " للامير حق اقتراح القوانين وحق التصديق عليها واصدارها... "

وقد جرى العمل على تسمية الاقتراح المقدم من الأمير (مشروع بقانون) وتسمية الاقتراح المقدم من عضو مجلس الامة (بالاقتراح بقانون). للمزيد انظر:

د. تركي المطيري و سحر الرفاعي. مبادئ القانون الدستوري والسلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي. شركة دار العلم للطباعة والنشر ٢٠١١. ص ١٧٢-١٧٣.

قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من أثارها بوجه آخر.

وقد تنظم هذه المراسيم بقوانين الكثير من الموضوعات المهمة والتي قد تتعلق بحقوق الافراد وحررياتهم او قد تتعلق بمسائل جنائية وبمصالح الافراد الامنية^(١). هذه المراسيم بقوانين قد تتعرض او يكون لها اثر مباشر على الحقوق. وتأتي هذه الدراسة لبيان مضمون تلك القوانين من خلال التعرض للنقاط التالية:

- مضمون ومفهوم المراسيم بقوانين من الناحية الدستورية.
- وما هو المعنى الحقيقي لمفهوم عرض المراسيم بقوانين على مجلس الامة.
- الضوابط الدستورية والتشريعية لموعد العرض واثر هذا العرض ونتائجه.
- المراسيم بقوانين الجزائية الموضوعية والاجرائية .
- تكييف المراسيم بقوانين الملغاه في نطاق تطبيق القوانين الجزائية من حيث الزمان.

لذلك تعد هذه الدراسة هي الأولى من نوعها في الكويت التي تتعرض وتتناول العلاقة بين المراسيم بقوانين (لوائح الضرورة) والقوانين الجزائية سواء كانت الموضوعية أو الإجرائية منها. ان هذه المراسيم بطبيعتها تتسم بعدم الاستقرار القانوني بسبب سلطة مجلس الامة بإلغائها بعد عرضها عليه وفحصها من الناحية الدستورية ومدى اتفاقها مع نص المادة ٧١ من حيث الشروط والضوابط التي وضعتها هذه المادة. وستتطرق هذا الدراسة الى موضوع المراسيم بقوانين من حيث مفهوم عرضها على مجلس الامة

(١) يعد المرسوم بقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ بشأن الاجتماعات والتجمعات ابرز الأمثلة المعاصرة على التجاوز التشريعي للحدود الدستورية المرسومة لعملية تنظيم ممارسة الحريات الفردية. فهذا المرسوم بقانون صدر كمرسوم ضرورة من قبل الحكومة وهو مرسوم يعالج ملامح ممارسة حق دستوري مهم وكان الأولى ان يصدر بقانون عادي من قبل مجلس الامة كمثل عن الشعب. للمزيد عن ذلك انظر بحثنا:
د. غازي عبيد العياش. الحدود الدستورية لحق الافراد في الاجتماع-دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية الكويتية- مجلة كلية القانون الكويتية العالمية- العدد ١٣- السنة الرابعة- مارس ٢٠١٦. ص٢٧٥.
وهناك الكثير من المراسيم بقوانين التي صدرت من السلطة التنفيذية ومنا على سبيل المثال المرسوم بقانون بتعديل قانون الانتخاب الكويتي وهو ما يسمى (مرسوم الصوت الواحد). وستعرض له في هذه الدراسة بصورة مختصرة.

بالطريقة الصحيحة والمطلوبة وفق صريح نص المادة ٧١ وموعد العرض لمثل هذه المراسيم بقوانين واثّر هذا العرض من بقائها او الغائها والنتائج المترتبة على ذلك. تكمن أهمية البحث في تكييف المراسيم بقوانين الملغاة في نطاق تطبيق القوانين الجزائرية من حيث الزمان لما لها من اثر على افراد المجتمع والنظام القانوني للدولة. وقد عالجتنا في هذا البحث التساؤل الذي يثور حول طبيعة المراسيم بقوانين خلال الفترة ما بين إصدارها وعرضها على مجلس الأمة فهل تدخل من ضمن مفهوم القوانين المؤقتة؟ أم تدخل في حكم القوانين الأصلح للمتهم؟ أو القوانين الإجرائية؟ وتعرضنا قبل ذلك لمفهوم المراسيم بقوانين الجزائرية الموضوعية منها والاجرائية مع بعض الأمثلة لهذه القوانين الحالية في دولة الكويت. واستعرضنا أيضا الى الخيارات التي يملكها مجلس الامة الكويتي حيال مثل هذه المراسيم بقوانين عند عرضها عليه ومدى اثرها على الإجراءات الجزائية التي تمت بناء على هذه المراسيم في الفترة قبل عرضها على مجلس الامة. إن أصل المشكلة بالنسبة للمراسيم بقوانين على مستوى تطبيق القانون الجزائري من حيث الزمان في تفاعل فكرة القوانين الأصلح للمتهم وتأقيت استقرار المراسيم بقوانين باعتبار أنها قوانين قابلة للإلغاء مستقبلا فيما لو لم تقر من قبل مجلس الأمة حال عرضها عليه، فيثور التساؤل حول تأثير هذه المراسيم على الإجراءات الجزائية التي تمت - سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي أو المحاكمة - في الفترة بين صدور هذه المراسيم إلى ما قبل عرضها على مجلس الأمة. وفي سبيل تحقيق الغاية من وراء هذه الدراسة حرصنا على سبر أغوار الموضوع وتمحيص زواياه وبلورته عن طرق الاستعانة بأراء من سبقونا، كما حاولنا قدر الإمكان إضافة مرئياتنا بشأنه كما تبعنا منهجية المقارنة بين الوجه الدستورية في التعامل مع مثل هذه المراسيم بقوانين مع الجانب الجنائي ومدى تأثير مثل تلك المراسيم على حقوق المتهمين او المراسيم بقوانين الجزائرية الملغاة وفق فرضيات علمية

تحليلية وقانونية، كما حرصنا على الاستعانة بالرأي القضائي والفقهي بالقدر اللازم لبيان الحكم القانوني موضع البحث.

وحرصنا أن تكون هذه الدراسة مختصرة ومفيدة بعيدا عن التكرار والاطالة من أجل الوصول إلى هدف الدراسة المرجو وهو الإجابة عن التساؤلات القانونية المشار إليها أعلاه. نرجو أن تكون هذه الدراسة قد أسهمت في موضوع هام وبارز في مفهوم العرض الحقيقي للمراسيم بقوانين على مجلس الأمة وأثر هذه المراسيم بقوانين على القضايا الجزائية الموضوعية والاجرائية.

المبحث الأول: مفهوم العرض طبقاً لنص المادة ٧١ من الدستور

تصدر المراسيم بقوانين أو لوائح الضرورة^(١) من الحكومة وفق صريح نص المادة ٧١ من الدستور في حالة الضرورة المطلوبة لذلك وفق اجراءات معينة ومن البديهي ان يستدعي استقرار وجود مثل هذه اللوائح عندما تصدر عرضها على مجلس الأمة وهو بلا شك مطلب دستوري يحتم ذلك. وهذا الوضع يجعلنا نتناول ثلاث جزئيات مهمة بالتتابع مفهوم العرض وموعده والنتيجة او الاثر لها.

وقبل التعرض لهذه الجزئيات المهمة لزاماً علينا ان نتعرض ولو بصورة مختصرة لكيفية عرض المرسوم بقانون على مجلس الأمة في الكويت والاثر المترتب على ذلك. تقرر المادة ٧١ من الدستور على وجوب عرض المراسيم بقوانين (لوائح الضرورة) التي تصدر من الحكومة على البرلمان وفق إجراءات ومدد قانونية معينة من خلالها يتقرر الاستمرار بهذا المرسوم باعتباره أكتسب الشرعية الشعبية والدستورية

(١) في معنى المراسيم بقوانين او مراسيم الضرورة من حيث المعنى "يتفق الفقه سواء في فرنسا او مصر ان المراسيم بقوانين تتغير طبيعتها القانونية من تاريخ تصديق البرلمان عليها فلا تكون لهذا التحول اثر رجعي يعود الى تاريخ إصدارها وهذا يعني انها تحتفظ بطبيعتها الإدارية خلال الفترة منذ صدورها الى تاريخ تصديق البرلمان عليها " للمزيد انظر:
د. عادل الطيباني- المحكمة الدستورية الكويتية (تكوينها , اختصاصها, إجراءاتها)-مجلس النشر العلمي- ٢٠٠٥ص.٦٩.

من ممثلي الأمة ومن ثم يأخذ قوة القانون. وعوداً على بدء نستعرض اهم الجزئيات التي ذكرناها سلفاً:

المطلب الاول: مفهوم العرض:

فرضت المادة ٧١ من الدستور عرض جميع المراسيم بقانون على البرلمان في أول اجتماع له بعد فترة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي أو خلال ١٥ يوماً إذا كان المجلس قائماً والمقصود هنا مراسيم الضرورة التي تصدر بين أدوار الانعقاد أي خلال فترة العطل البرلمانية. كما نرى أن هناك حالة مفترضة لم يتطرق لها النص الدستوري صراحة يمكن من خلالها استصدار مراسيم ضرورة وتتنطبق عليها مدة ١٥ يوم وهي ماجاء بنص المادة ١٠٦ من الدستور والتي تخول الأمير تأجيل جلسات مجلس الأمة وتنص على " للأمير أن يؤجل ، بمرسوم ، اجتماع مجلس الأمة لمدة لا تجاوز شهراً، ولا يتكرر التأجيل في دور الانعقاد الواحد الا بموافقة المجلس ولمدة واحدة ، ولا تحسب مدة التأجيل ضمن فترة الانعقاد " .

ففي حالة تأجيل انعقاد المجلس يتوفر الشرط الاول وهو غياب المجلس لفترة محدودة يمكن من خلالها اصدار مراسيم ضرورة اذا ما توافرت الشروط الاخرى كشرط الضرورة، وهنا يجب عرض المراسم على مجلس الأمة خلال ١٥ يوماً أي يجب أن يدعى البرلمان لدور إنعقاد غير عادي للنظر في المرسوم بقانون وفق صلاحياته الدستورية بالموافقة أو عدم الموافقة.

وعوداً على مفهوم العرض المقصود بهذه المادة، نود الإشارة الى موقف المحكمة الدستورية^(١) الذي حددت فيه بأن عرض هذه المراسيم يقع تحت مفهوم (العرض الوجوبي) بالرغم انها في هذا الحكم تحفظت من الولوج بإجراءات وتفاصيل مفهوم العرض وطريقة عرضه. وتتلخص وقائع هذا الحكم بان الطاعن طعن في الانتخابات

(١) المحكمة الدستورية الكويتية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ والصادر بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠١٤.

التكميلية لمجلس الامة التي اجريت بتاريخ ٢٦ يونيو ٢٠١٤ طالباً في تلك الصحيفة الحكم بإبطال عملية الانتخاب على سند من القول انه قد شابها عيب جوهرى جسيم ينال من صحتها ويفضي الى بطلانها، اذ اجريت على اساس المرسوم بقانون^(١) رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٢ بتعديل القانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٦ بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية لعضوية مجلس الامة، والذي كان قد صدر في غيبة مجلس الامة، على الرغم من سقوط هذا المرسوم لزوال ما كان له من قوة القانون وبأثر رجعي، لعدم عرضه على مجلس الامة عرضاً حقيقياً في اول اجتماع له، وفقا لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ٧١ من الدستور والمادة ١١١ من اللائحة الداخلية لمجلس الامة، وذلك دون حاجة الى صدور قرار بذلك، ولا يغير من ذلك احالة هذا المرسوم بمعرفة اكبر الاعضاء سنا (رئيس السن) الى لجنة الداخلية والدفاع وذلك قبل الجلسة الاولى لمجلس الامة، اذ ان تلك الاحالة لا يتحقق بها شرط العرض الوجوبى الذي استلزمته الفقرة الثانية من المادة ٧١ من الدستور، باعتبار ان العرض عمل برلماني ينبغي ان يسبق الاحالة الى لجان المجلس، فتأخذ بذلك حكم عدم العرض، بما يستتبعه ذلك من زوال ما لهذا المرسوم من قوة القانون وبأثر رجعي، وهو ما يعيب عملية الانتخاب التي اجريت على اساسه ويصمها بالبطلان.

واكتفت المحكمة الدستورية في تسببها أن المخاطب بلزوم عرض المراسيم على مجلس الأمة هي الحكومة وليس البرلمان والحكمة كما تقول المحكمة ظاهرة وواضحة وهي أنها تتمسك بهذه المراسيم باعتبار أنها هي من استصدرتها وأنها تريد العمل بها ومع ذلك فهي من تقدمها ليبيدي المجلس رأيه فيها إما بالإقرار أو عدم الإقرار.

(١) يسمى بمرسوم الصوت الواحد، وفيه حدد لكل ناخب صوت واحد فقط ، وهي المرة الأولى في التاريخ السياسى الكويتي التي يكون فيها الحق للناخب بالادلاء بصوت واحد. فقد أعلنت الحكومة، مرسومها الذي أبقى على الدوائر الانتخابية الخمس، لكنه عدّل آلية التصويت ليصبح لكل ناخب صوت واحد بدلاً من أربعة أصوات، على الرغم من كلّ تهديدات المعارضة، التي كانت قد طالبت بإبقاء قانون الانتخاب كما هو. فآلية الصوت الواحد ستززع منها أهم ورقة، وهي ورقة التحالفات والأصوات المتبادلة التي كانت ستؤمّن لها غالبية مريحة في الانتخابات.

لمزيد من التفاصيل جريدة الانباء الكويتية تاريخ ٧-٥-٢٠١٣.

وكان الأجدر بالمحكمة أن تدخل أكثر في تفاصيل ذلك طالما أعطت لنفسها الحق بمراجعة أعمال المجلس التي ترى هي نفسها بأنها أعمال برلمانية وكان ذلك بمناسبة الطعن بعدم دستورية قرار مجلس الأمة بشأن عدم أقرار بعض المراسيم بقانون الصادرة أثناء فترة الحل^(١)، ومن هنا نرى أنه كان على المحكمة الدخول أكثر بإجراءات ومفهوم العرض. وبناء على ما سبق ينقسم الفقه في تحديد مفهوم العرض إلى اتجاهين:

الأول: أن مفهوم العرض هو بإيداع المراسيم في مجلس الأمة ومناقشتها والتصويت عليها^(٢) في أول جلسة وهي في رأينا أمر في غاية الصعوبة لأن في حالة الحل تعرض جميع المراسيم على البرلمان مرة واحدة وهذا يعني أن البرلمان يجب أن يناقشها جميعا وقد يحيل بعضها إلى اللجان المختصة لمناقشتها ومن ثم التصويت عليها في جلسة واحدة^(٣) وهو أمر بغاية الصعوبة والتعقيد وقد ينتج عنه كثير من الأخطاء القانونية والفنية.

الثاني: أن المفهوم الحقيقي للعرض هو بإيداع المراسيم بقانون بمجلس الأمة^(٤) وهو ما أخذت به المحكمة الدستورية في الحكم المشار إليه اعلاه دون أن تشير إلى تفاصيل هذا العرض واكتفت بأن الحكومة هي المخاطبة بحكم العرض طبقاً لنص المادة ٧١ من الدستور.

إن توجه المحكمة يثير التساؤل التالي:

ماذا لو تعمدت أو تقاعست الحكومة بعرض هذه المراسيم بقانون على مجلس الأمة ولناخذ مثال على ذلك المرسوم بقانون (مرسوم الصوت الواحد) رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٢ وهو محل الطعن المائل في الحكم المشار إليه ، هذا يعني أن المرسوم بقانون سيزول

(١) حكم المحكمة الدستورية رقم ١ لسنة ١٩٩٤ بهذا الحكم قررت المحكمة الدستورية عدم اختصاصها بنظر إجراءات عرض المراسيم واعتبرتها من الاعمال البرلمانية والتي تخرج من اختصاصها (٢) د.سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، ١٩٨٢ ص.١٠٨.

(3) Steven I. Emanuel, constitutional law, 33th Edition 2016.p.223.

(٤) د. فتحي فكري، وجيز القانون البرلماني في مصر دراسة نقدية تحليلية، ٢٠٠٦ ص.٤٥٥-٤٥٧.

بأثر رجعي بغير حاجة الى اصدار قرار بذلك بقوة الدستور وسيتبع ذلك زوال المجلس الذي لم يمكن من عرض المرسوم عليه.

لذلك فإن استيفاء العرض هو بإيداعه المراسيم بقوانين أمانة المجلس فعليا وهو التزام يقع على عاتق الحكومة وفق معيار العدالة والتعاون بين السلطتين كأصل عام^(١)، ومن بعد ذلك يقع عاتق عرض المراسيم على البرلمان نفسه حتى لا تتعاس الحكمة أو تتعمد عدم عرض المراسيم ومن ثم تزول بأثر رجعي. فالاختصاص الاصيلي لمثل هذه المراسيم معقود للبرلمان وهو صاحب الرأي الاعلى في ذلك وفق الدستور. ولو سلمنا بأن (العرض) يكون من قبل الحكومة فقط لكان ذلك يهدد استقرار واستمرار البرلمان عندما تتعمد الحكومة عدم عرض المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٢ وهو ما يسمى (بمرسوم الصوت الواحد) على سبيل المثال فيزول المرسوم والمجلس معاً.

نخلص مما تقدم إلى أن مفهوم ايداع عرض المراسيم يكون بإيداع المرسوم بقانون أمانة المجلس^(٢) من الحكومة كأصل عام أو من البرلمان^(٣) كاستثناء بالمجلس في أول جلسة وفقا التفصيل السابق وتمكين مجلس الأمة من فحصها ومناقشتها والتصويت عليها في جلسة لاحقة. وهذا الرأي قد يخالف اتجاه المحكمة الدستورية بمفهوم العرض ولكن هو الحل الأمثل اذا ما تعمدت الحكومة التقاعس في عرض المراسيم بقوانين في وقتها وقد تكون هذه المراسيم بقوانين ذات طابع اقتصادي او مالي أو اجتماعي يؤثر في مصالح الناس وحقوقهم لذا ارتأينا أن يقع على عاتق البرلمان عرض مثل هذه المراسيم كجهة معنية وفق نص المادة ٧١ بمراقبة مثل هذا المراسيم بقوانين وفق الالية المشار اليها في هذا المطلب.

(1) John B. Attanasio and Hoel K. Goldstein, Understanding Constitutional law.4th. edition.2012.. P.34.

(٢) حكم المحكمة الدستورية المصرية – ١٨-٧-٢٠٠٢- الجريدة الرسمية- العدد ٢٩-

(٣) د.محمد ربيع مرسي-السلطة التشريعية لرئيس الدولة في النظم الحديثة-رسالة-كلية الحقوق-جامعة القاهرة- ١٩٩٦ص.٥٦٠.

ويمكن لنا هنا أن نبين ولو بصورة مختصرة ضرورة عرض هذه المراسيم بقوانين على مجلس الأمة وبالطريقة التي أشرنا إليها حتى في حالة المراسيم بقوانين التي تصدر اثناء حل المجلس حلا غير دستوري. لان حل البرلمان وتعطيل بعض مواد الدستور لا يعني عدم الالتزام بباقي المواد وتطبيقها واحترام الضوابط الدستورية بهذا الشأن فعلى الحكومة في هذه الحالة أن تعرض جميع الإجراءات التي اتخذتها خلال فترة عدم وجود البرلمان سواء كنا امام حل دستوري طبقا للمادة ١٠٧ أو في حالة الحل غير الدستوري. وقد حدث عام ١٩٧٦ في الكويت أن قررت السلطة العليا في الدولة حل مجلس الأمة وتعطيل بعض نصوص ومواد الدستور الكويتي وتعطيل الحياة البرلمانية لمدة اربع سنوات يعاد خلالها النظر في احكام الدستور. وهو ما تكرر عام ١٩٨٦ مرة أخرى اذ قدرت السلطة العليا وجوب تعطيل احكام الدستور وإيقاف الحياة البرلمانية ولكن هذه المرة لمدة غير محددة. وأصدرت الحكومة خلال هذه الفترات مجموعة كبيرة من المراسيم بقوانين^(١).

المطلب الثاني: موعد العرض

حدد المشرع الدستوري المدد القانونية اللازمة لعرض المرسوم بقانون على مجلس الأمة صراحة بنص المادة ٧١ من الدستور والمادة ١١١ من اللائحة الداخلية وفق التفصيل الآتي:

أولاً: في حالة وجود المجلس

أوجب الدستور عرض المراسيم بقوانين على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً. ويكون المجلس قائماً وفقاً لهذه الفقرة في حالتين هما: في العطل البرلمانية أي بين أدوار الانعقاد، او أثناء تأجيل جلسات

^(١) د. عادل الطيباني، مدى اختصاص مجلس الأمة بنظر المراسيم بقوانين الصادرة في حالة الحل- مجلة الحقوق-السنة الثامنة عشرة العدد الرابع- ديسمبر ١٩٩٤ ص.١٧-٢١.

مجلس الأمة وفق ما جاء بنص المادة ١٠٦ من الدستور وتحسب هذه المدة (خمس عشرة يوماً) من تاريخ الصدور لا النشر.

ومن ناحية أخرى هذه المدة هي الحد الأقصى^(١) لعرض المراسيم وإلا زالت بأثر رجعي وهذا يعني أن بالإمكان عرضها قبل هذه المدة. والحري بالبيان هنا أنه في حالة تأجيل جلسات مجلس الأمة وفق نص المادة ١٠٦ المشار إليها سابقاً لا يمنع البرلمان من الاجتماع لدور انعقاد غير عادي خلال خمسة عشر يوماً لمناقشة مرسوم الضرورة بل أن هذا هو التطبيق الصحيح لمفهوم الضرورة لانعقاد غير عادي.

وهذا الفهم أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر حيث أوضحت " ... أما في غير هاتين الحالتين -الوقف والحل- فيتعين أن يدعى المجلس لانعقاد لعرض تلك القرارات عليه خلال فترة زمنية محددة هي خمسة عشر من تاريخ صدورها"^(٢).

والجدير بالملاحظة أن الدستور الكويتي لم يحدد مدة معينة يجب أن يبت خلالها مجلس الأمة في المراسيم بقوانين التي تم ايداعها وعرضها عليه. والمدد المحددة بنص المادة ٧١ من الدستور هي مدد زمنية متعلقة بإيداع المراسيم وعرضها على مجلس الأمة، أما ما يتعلق بوجود البت بالموافقة أو عدم الموافقة على هذه المراسيم فلم يتناول المشرع الدستوري هذه الجزئية، كما هو الحال بحكم المحكمة الدستورية المشار إليه في المطلب الأول لم يشر لا من قريب أو بعيد عن هذه المسألة وإن كنا نرى أنه كان من الأفضل أن يتناول الحكم الإشارة إلى ما يسمى بالمدد المعقولة وهو بذلك يضع التزام على عاتق البرلمان والحكومة باحترام مبدأ التعاون وعدم التقاعس بواجباتهم الدستورية.

(١) د. تركي المطيري و أ. سحر الرفاعي، مبادئ القانون الدستوري والسلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي- دار اعلم - طبعة ٢٠١١ - ص. ٢٢٣.

(٢) المحكمة الدستورية العليا- ٢- ١- ١٩٩٩- المجموعة الرسمية- ج (٩) ص ١٣٣.

ونتفق جملةً وتفصيلاً مع الرأي القائل "أنه كان يحسن على المشرع الدستوري أن ينظم هذه الحالة. وذلك حتى لا يبقى أمر هذه المراسيم معلقاً، ذلك انها على الرغم مهددة بالرفض وزوال ما كان لها من قوة القانون"^(١).

ثانياً: الحل او انتهاء الفصل التشريعي

إذا صدرت مراسيم الضرورة اثناء حل البرلمان او بعد انتهاء الفصل التشريعي وبداية فصل تشريعي اخر وجب عرضها في أول اجتماع للمجلس الجديد فإذا لم تعرض زال ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى قرار من المجلس بذلك ولا يصحح هذا الزوال أن تعرض على المجلس في جلسة تالية أو أخرى لان المشرع قرر زوال قوة القانون عن تلك المراسيم مباشرة عند عدم عرضها ولم يجعل لذلك استثناء^(٢). ونود ان نشير هنا إلى ان غاية المشرع انصبت على فكرة العرض أي ايداعه في المجلس وهذا ما أكد عليه حكم المحكمة الدستورية الكويتية بقولها " فالعرض على المجلس بمعنى ايداعه في المجلس، وعرض الشيء لغة: أظهره وأبرزه وأعطاه، والأصل في ضرورة العرض ليس مجرد العناية بالأوضاع والأشكال، وإنما هو لتمكين المجلس من تمحيصها وفحصها ودرسها، والخلوص الى رأي فيها بما يستتبع ذلك ان يكون عرض هذه المراسيم من جانب الحكومة على مجلس الأمة عرضاً فعلياً كافياً وافياً، كما أن المقصود بعبارة في اول اجتماع لمجلس الأمة هو اول اجتماع له يلي الانتخابات العامة لإعلام المجلس بهذا الايداع"^(٣).

^(١) عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ٢٠٠٢ ص.٤٠٠.

Christopher H. Pyle. The president, congress, and the constitution. 1984. p.45.

^(٢) د. عمرو حسبو ود. ايمن ابوحمزة، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ٢٠١٥ ص.٤٤٠.

^(٣) المحكمة الدستورية الكويتية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ والصادر بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠١٤.

والجدير بالذكر أن تعديلاً لم يكتب له النجاح قدّم على نص المادة ٧١ من الدستور ويرمي إلى تعديل موعد العرض على المجلس من أول جلسة بعد الحل أو انتهاء الفصل التشريعي- وفق النص القائم- الى ثلاثين يوماً من تاريخ أول اجتماع^(١). وفي مفهوم موعد العرض تقرر المحكمة الدستورية العليا في مصر على ذلك بالقول " ان في عرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الشعب فان الامر يختلف بين ما اذا كان المجلس في عطلة السنوية العادية التي تتخلل دوري انعقاد متتابعين بذات الفصل التشريعي او اذا كان المجلس غير قائم سواءً بالحل او بوقف جلساته، ففي الحالة الأولى يتعين العرض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرارات بقوانين، وفي الحالة الثانية يجب عرضها في اول اجتماع للمجلس إذا كان قد صدر اثناء العطلة السنوية لمجلس الشعب بما يقتضي عرضه على المجلس اثناء المدة المشار اليها وهو العرض الذي يتم بايداع القرارات بقوانين المجلس واحالتها الى اللجان المختصة لدراستها على ان تكون لها الأولوية على ما عداها من الاعمال^(٢)".

ثالثاً: أثر العرض ونتائجه

إن ما جاء بنص المادة ٧١ سالفه البيان حيث ذكرت بأن قوة القانون التي تحملها المراسيم الصادرة في غيبة مجلس الأمة تظل بها ولا تزول عنها إلا في حالتين: إذا لم تعرض على مجلس الأمة في أول يوم اجتماع له، الثانية: إذا لم يقرها المجلس. والسؤال الذي يثور هنا، ماذا لو تقاعست الحكومة عن تنفيذ التزامها بوجوب عرض المراسيم بقوانين في التوقيات الزمنية المحددة السابق ذكرها والذي يقع على عاتقها وفق ما ذكرت المحكمة الدستورية في حكمها محل التعليق، فالأثر المترتب على ذلك دون محالة هو زوال قوة القانون عن تلك المراسيم.

(١) شفيق امام، القرارات والمراسيم بقوانين، مايو ١٩٩٥ ص.٤١.
(٢) المحكمة الدستورية العليا في مصر، الحكم تاريخ ١٨-٧-٢٠٠٢.

لذلك نعتقد هنا اننا أمام اتجاهين:

الاتجاه الأول، وهو ما تم عرضه سابقاً بأن الأصل في عرض هذه المراسيم بقوانين يقع على عاتق الحكومة كأصل عام والاستثناء أن مجلس الأمة ملزم بعرضه ومناقشته إذا ما تعمدت الحكومة أو تقاعست بعرضه لأي سبب. لان الآثار والنتائج المترتبة على ذلك قد تكون كبيرة جداً خصوصاً في بعض المراسيم بقوانين التي تتعلق على سبيل المثال بأمور اقتصادية مهمة أو اجتماعية أو ما يتعلق بها بقوانين ذات طابع خاص مثل قانون الانتخاب مما قد يؤثر باستقرار البرلمان.

الاتجاه الثاني، وهو ما دعا إليه العميد ديجي إلى أنه يعتبر شرطاً من شروط اصدار المراسيم بقوانين أن تكون الحكومة وهي تصدر هذه اللوائح قد عقدت النية على أن تعرضها على البرلمان بمجرد امكان انعقاده في أول اجتماع له لاخذ موافقته عليها^(١)، وهو رأي بنظرنا لا يعدو أن يكون مجرد رأي نظري لا يتماشى مع وضع البرلمان الكويتي خصوصاً مع صراحة نص المادة ٧١ المشار إليها سابقاً، والتي تقرر زوال المراسيم بقوانين عند عدم عرضها على البرلمان خلال الفترة الزمنية المحددة فيها والتي استعرضناها سلفاً.

المطلب الثالث: القوة القانونية للمراسيم بقوانين وفق الاجتهاد اللبناني^(٢)

المراسيم بقوانين وتسمى في لبنان مشاريع القوانين المنفذة بمرسوم، حيث ارتأى المشتري الدستوري أنّ حالة الضرورة تبرّر إقدام السلطة التنفيذية على إصدار مراسيم تدخل في اختصاص المشتري، فعمد إلى تنظيم هذه الحالة في المادة ٥٨ من الدستور التي أجازت للحكومة في حالة الاستعجال إصدار مشروع القانون بموجب مرسوم عند توفر الشروط التي وضعتها هذه المادة. ورغم أن التشريع وفقاً للمادة ٥٨ من الدستور

(١) شفيق امام، القرارات والمراسيم بقوانين، مايو ١٩٩٥ ص ١٠٨.

(٢) د. عصام إسماعيل- المنازعات الإدارية والدستورية- محاضرات ألقيت على طلبة ماستر القانون العام المهني - كلية الحقوق- الجامعة اللبنانية - العام الجامعي ٢٠١٦-٢٠١٧.

اللبناني، هو تشريعٌ استثنائيٌ يجب أن تبرره الضرورة والعجلة، إلا أن الحكومة لم تنتقد بهذا الشرط ، مما أوجد كتلة تشريعية كبيرة سندا للمادة ٥٨ من الدستور، تضم أكثر من ٢٣٤ مشروع قانون منفذ بمرسوم، يمكن أن نقول عنها بكل ثقة، أنها بمعظمها لا يتوفر لها شرط الاستعجال. وهذا ما حدا المشتري الدستوري في أثناء إقرار القانون الدستوري رقم ٩٠/١٨ إلى تعديل هذه المادة بإضافة شرط إدراج مشروع القانون في جدول أعمال جلسة عامة (لمجلس النواب) وتلاوته فيها، وقد أدى هذا الشرط إلى إعطاء مجلس النواب حق تعطيل استعمال هذه الوسيلة التشريعية، مما حرم الحكومة من اتخاذ تدابير تقتضيها ظروف استثنائية، ونذكر أنه منذ هذا التعديل الدستوري لعام ١٩٩٠ لم يجز تنفيذ أي مشروع قانون بموجب مرسوم سندا للمادة ٥٨ من الدستور. وكان أن أثير الخلافُ سابقاً حول الطبيعة القانونية للمرسوم الصادر وفقاً للمادة ٥٨ من الدستور هل هو عمل تشريعي أو عمل حكومي أو عمل إداري؟

بدايةً قضى مجلس شورى الدولة بأن المرسوم الذي يحيل أو ينشر مشروع قانون مستعجل مكرر له صفة تشريعية أكيدة^(١). بحيث لا يمكن الطعن بالمرسوم الذي بموجبه يتولى رئيس الجمهورية نشر مشروع قانون لم يبت به مجلس النواب ضمن المدة المعطاة له بعد إحالته إليه لأن له صفة تشريعية^(٢).

ولكن المجلس تراجع عن هذا الموقف معلناً أن الحالة الدستورية الناشئة عن المادة ٥٨ هي استثناء من القواعد العامة المتعلقة بالاختصاص التي تُؤلي مجلس النواب سلطة إقرار القوانين، والحكومة سلطة تنفيذها. لذا فإن المراسيم التي تصدرها الحكومة بموجب صلاحياتها الاستثنائية المقررة بالمادة ٥٨ من الدستور تجعل مشاريع القوانين المحالة على المجلس بمقتضاها نافذة بدون إقرارها منه فهي أعمال صادرة برمتها عن السلطة التنفيذية وتمارس الحكومة فيها سلطة ذاتية اختيارية وأنها بهذه الصفة لا تدخل في نطاق الأعمال التشريعية، إذ أن هذا النطاق يشتمل على كل عمل يصدر

(١) م.ش. قرار رقم ١١٩٨ تاريخ ٦ كانون الأول ١٩٦٢، الشحيمي / الدولة، م.إ. ١٩٦٣ ص ١٢٣.
(٢) م.ش. قرار رقم ٧٢٥ تاريخ ٣١ تشرين الأول ١٩٦٢، خليل الحلاق/الدولة، م.إ. ١٩٦٣ ص ٧١.

عن النواب، بينما المراسيم المذكورة هي أعمال إدارية صادرة عن الحكومة، فتكون لذلك قابلة الطعن بسبب تجاوز حد السلطة^(١). ثم أكد مجلس شورى الدولة ما استقر عليه الاجتهاد: "أن الأعمال التشريعية التي لا تخضع لرقابة قضاء الإبطال هي الأعمال البرلمانية التي تصدر عن السلطة التشريعية، وأن المراسيم ذات المضمون التشريعي تبقى مراسيم صادرة عن السلطة التنفيذية وبالتالي تتوافر فيها صفات القرارات الإدارية.. لأن نص المادة ٥٨ يفرد به الدستور اللبناني، ويجب فهمه في ضوء مجمل أحكام الدستور والتقليد البرلماني اللبناني الذي سار على تفويض الحكومة حق التشريع بموجب مراسيم، فتخضع لرقابة مجلس شورى الدولة لجهة التأكد مما إذا كان في مضمون هذا المرسوم التشريعي ما يتنافى مع الدستور والتقليد البرلماني اللبنانيين"^(٢). "إلا أن هذه الرقابة القضائية على هذا المرسوم التشريعي تتوقف عند صدور قانون جديد يعدل أحكامه ويثبت شرعيته على فرض انه كان مشوباً بعيبٍ من العيوب"^(٣). وعن الطبيعة الإدارية للمراسيم الصادرة وفقاً للمادة ٥٨ من الدستور نجداً تأييداً في اجتهاد المجلس الدستوري اللبناني الذي ساوى بين المراسيم العادية والمراسيم الصادرة وفقاً للمادة ٥٨ من الدستور^(٤)، ولكن لا يستقى من هذا الحكم أن هذه الأعمال لا تخضع لرقابته.

بخلاف هذا الاتجاه فإن حكماً حديثاً لمجلس شورى الدولة اللبناني عاد وأقرّ بالصفة التشريعية وليس الإدارية للمرسوم الذي يصدر بموجبه مشروع قانون سندا للمادة ٥٨ عندما يكون هذا المرسوم صادر لتعديل قانون، وقضى بأن مجلس شورى الدولة غير صالح للحكم بإبطاله^(٥).

(١) مجلس القضايا - قرار رقم ٨ تاريخ ٩ كانون الأول ١٩٧٠ - الخوري / الدولة ، م.إ. ١٩٧٠ ص ١٦٣

(٢) م.ش. قرار رقم ١٦٣ تاريخ ٢١ آذار ١٩٧٣، سعيد كيوان ورفاقه/ الدولة، م.إ. ١٩٧٣ ص ٦١.

(٣) م.ش. قرار رقم ١٧٩ تاريخ ٢٥ آذار ١٩٨٥، الاستاذ ميشال صالح/ الدولة، م.ق.إ. ١٩٨٦ ص ١٦٥.

(٤) م.د. قرار رقم ٢٠٠١/١٠/٥ تاريخ ٢٠٠١/٥/١٠ الصادر في طلب ابطال الفقرة (ثالثاً) من المادة الاولى من القانون رقم ٢٩٥ تاريخ ٢٠٠١/٤/٣.

(٥) م.ش. قرار رقم ٤٣ تاريخ ٢٠ كانون الأول ٢٠٠٠، الدولة/ لورانس زحول ورفاقها، م.ق.إ. ٢٠٠٤ م ٩٨ ص.

وهكذا أصبحت هذه الفئة من الأعمال الإدارية ذات الصفة التشريعية والتي لها قوة القانون محصنة من الإبطال، فهل تقبل الطعن أمام المجلس الدستوري على اعتبار أنها نصّ له قوة القانون أم يردّ المجلس هذا الطعن لأن الدستور أقرّ أن صلاحيته هي للبت بدستورية القوانين ولا يمكن قبول الطعن بمرسومٍ له قوة القانون؟ قد يثبت المجلس الدستوري ما سبق وقضى به لناحية المساواة بين المراسيم العادية والمراسيم الصادرة وفي المادة ٥٨ من الدستور وفي هذه الحالة سيكون مصير الطعن أمامه بمشروع القانون المنفذ بمرسوم هو الردّ لعدم الصلاحية.

أما المراسيم الإشتراعية فهي قرارات إدارية بطبيعتها، لها قوة القانون لصدورها بناءً على تفويضٍ تشريعي، والإشكالية هي حول خضوعها لرقابة المجلس الدستوري أو مجلس شورى الدولة.

فالمرسوم الإشتراعي هو قانون لجهة مادته ومضمونه، كل ما في الأمر أنه بدل أن يصدر عن المجلس النيابي الذي يتولى وحده سلطة التشريع عملاً بمبدأ فصل السلطات، فإنه يصدر عن السلطة التنفيذية بناءً على تفويض بالإشتراع يعطى لها استثناءً من المجلس النيابي، أي أن القانون والمرسوم الإشتراعي يتشابهان من الناحية الموضوعية ويختلفان من الناحية الشكلية^(١).

ورغم تمنع المراسيم الإشتراعية بقوة القانون والقدرة على تعديل نص قانوني، إلا أنها احتفظت وفقاً للمعيار الشكلي بطبيعة القرار الإداري بسبب صدورها عن السلطة التنفيذية وتخضع بالتالي لرقابة مجلس شورى الدولة إلى أن تقتنن بالإقرار من السلطة التشريعية^(٢)، ولا يكون هذا الإقرار شرطاً لنفاذ المرسوم الإشتراعي الذي تكون له كامل القوة التنفيذية، بل وقوة القانون بمجرد صدوره حتى قبل المصادقة عليه من المجلس

(١) م.ش. قرار رقم ٢١٣ تاريخ ١٢ شباط ٢٠٠١، الشيخ جميل أمين الجميل ورفيقاه / الدولة، م.ق.إ. ٢٠٠٤ ص ١ ص ٣٣٩.

(٢) مجلس القضايا قرار رقم ٩٢/١٤-٩٣ تاريخ ١٩ تشرين الثاني ١٩٩٢، القاضي يوسف سعد الله الخوري / الدولة - القاضي جوزف شاوول، م.ق.إ. ١٩٩٤ ص ١٥.

النيابي^(١). فإذا لم تصادق عليه السلطة التشريعية فإنه يبقى عملاً إدارياً وتملك السلطة التنفيذية صلاحية إلغائه، وحتى يقترن المرسوم الإشتراعي بالإقرار أو التصديق من السلطة التشريعية، يبقى عملاً من أعمال السلطة الإجرائية الخاضعة لرقابة القضاء الإداري بالطرق التي نص عليها قانون مجلس الشورى ومنها طريقة التفسير^(٢). وعندما يصدر قانون، ويُقرُّ شرعية هذا المرسوم الإشتراعي ويضعه في مصاف القوانين النافذة، فلا يكون لمجلس شورى الدولة صلاحية النظر بالطعون الموجهة ضده لان صلاحيته لا تتعدى إلى الأعمال التشريعية^(٣).

ولا يتحقق هذا التصديق بإيداع المرسوم الإشتراعي مكتب المجلس^(٤)، أو بإحالته على اللجنة النيابية للإدارة والعدل، وهو لا يكتسب صفة العمل التشريعي ويصبح بمنأى عن الطعن إلا إذا تم تصديقه من قبل المجلس النيابي بموجب نص تشريعي^(٥). فإذا اقترن بمصادقة ولو ضمنية فإنه يصبح بمنأى من أي رقابة قضائية^(٦). لكن تصديق السلطة التشريعية على مادة واحدة من المرسوم الإشتراعي أو تعديل مادة واحدة منه، لا يطال جميع المواد، إنما تبقى مفاعيله محصورة بالمادة أو المواد المصدقة أو المعدلة. وتبقى المواد الأخرى خاضعة لرقابة مجلس شورى الدولة^(٧).

وللعلم فإنه لا يوجد أي نص دستوريّ يجيز للبرلمان صاحب الاختصاص الأصيل في ميدان التشريع أن يفوض سلطته الدستورية إلى الحكومة. ولكن عرفاً دستورياً نشأ منذ

(١) م.ش. قرار رقم ٢٥٥ تاريخ ٣ تشرين الثاني ١٩٥٩، فريد خضير/ الدولة - وزارة الأشغال العامة، م.إ. ١٩٦٠ ص ٣٤.

(٢) م.ش. قرار رقم ٣٦٠ تاريخ ٣ نيسان ١٩٥٧، الدولة - رئيس دائرة القضايا، مراجعة تفسير، م.إ. ١٩٥٧ ص ١٤٥.

(٣) م.ش. قرار رقم ٢٩٩ تاريخ ١٨ حزيران ١٩٥٦، الدولة - رئاسة مجلس الوزراء/ سليم الطياره، م.إ. ١٩٥٧ ص ٦٧.

(٤) م.ش. قرار رقم ١٢٥ تاريخ ١٢/٣/١٩٧٠ - صوايا/ الدولة - م.إ. ١٩٧٠ ص ١١١.

(٥) م.ش. قرار رقم ٢٠١ تاريخ ١٠ نيسان ١٩٨٥، المهندس عادل الخوري/ الدولة، م.ق.إ. ١٩٨٦ ص ١٩٠.

(٦) م.ش. قرار رقم ٢١٣ تاريخ ١٢ شباط ٢٠٠١، الشيخ جميل أمين الجميل ورفيقاه / الدولة، م.ق.إ. ٢٠٠٤ م ١ ص ٣٣٩.

(٧) م.ش. قرار رقم ٢٦٩ تاريخ ١٥ كانون الثاني ١٩٩٦، اتحاد بلديات كسروان والفتوح - بلدية ذوق مكاييل - الدولة، م.ق.إ. ١٩٩٧ م ١ ص ٣٤٠.

العام ١٩٣٠ مؤداه أن يقوم المجلس النيابي بتفويض الحكومة وإعطائها حق التشريع عن طريق اتخاذ مراسيم في مجلس الوزراء لها قوة القانون، على أن تصدر هذه المراسيم في المدة المحددة في قانون التفويض الذي يحدد من جهة أخرى المواضيع أو المشاريع التي يمكن للحكومة اتخاذ مراسيم إشتراعية فيها^(١). بحيث يكون هذا التفويض محصوراً بالمواضيع الواردة في القانون، فإذا تجاوزت الحكومة حدود التفويض الممنوح تكون قراراتها مستلزماً للإبطال^(٢).

وبسبب عدم ارتكاز المراسيم الاشتراعية إلى أي أساس دستوري، فإن المجلس الدستوري اللبناني، قضى باعتبار أن أي تفويضٍ للصلاحيات التشريعية هو غير دستوري، واستند في اجتهاده إلى مبدأ سمو الدستور الذي ينجم عنه ان على كل سلطة عامة انشأها الدستور ان تمارس اختصاصها المحجوز لها في احكامه بنفسها وانه لا يجوز لها ان تفوض سلطة اخرى في ممارسة هذا الاختصاص الا اذا سمح الدستور بهذا التفويض بموجب نص صريح، لان هذا الاختصاص ليس امتيازاً شخصياً أو حقاً خاصاً وإنما وظيفة راعى الدستور في ايلائها إلى كل من السلطات أهلية السلطة وقدرتها لممارستها وبلوغ غاياتها، وإن مثل هذا التفويض اذا حصل بدون نص دستوري، انما يكون قد أهدر مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقيمه الدستور من المبادئ الأساسية للدولة. وأنه عند حصول مثل هذا التفويض للاختصاص المحجوز تنتفي الحاجة الى بحث مسألة عدم تحديد مدة لهذا التفويض وتركه على غاربه، لان مثل هذا التفويض يكون بحد ذاته غير جائز دستورياً وباطلاً، سواء تمّ تحديده بمدة أو لا، ذلك لان شرط المهلة إنما ينطبق على التفويضات الجائزة بالعرف الدستوري أو بموجب القانون والتي لا يمكن اطلاقها في الزمن لانها تتجاوز عندئذ طبيعة التفويض الى التخلي عن الاختصاص. وقضى المجلس بأن تخلي السلطة المشترعة عن صلاحية فرض الضريبة العمومية او إحداثها او السماح

(١) د. محي الدين القيسي - مبادئ القانون الإداري العام - منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٢ ص ٦٧.

(٢) م.ش. قرار رقم ٢ تاريخ ٥ كانون الثاني ١٩٦٠، أمين طليح/ الدولة، م.إ. ١٩٦٠ ص ٣.

بتحصيلها او تنظيم قواعد هذا التحصيل او تعديل الضريبة أو إلغائها إنما يمس بمبدأ الفصل بين السلطات ويخالف المادتين ٨١ و ٨٢ من الدستور^(١)، وحول هذه النقطة يرى د. محي الدين القيسي أنه وبحسب النظام القانوني للمراسيم الإشتراعية في لبنان نستطيع أن نفصل بين حالتين^(٢): الفترة السابقة على المصادقة التشريعية، فإنها قبل عرضها على مجلس النواب وموافقته عليها، تبقى قرارات إدارية يمكن الطعن فيها أمام مجلس الشورى، وهذا أمر يفرضه صالح المستدعين، إذ إنه وفقاً للمبادئ العامة للقانون، لا يجوز حرمانهم من المراجعة القضائية الفاعلة أمام محكمة وطنية. أما إذا حصل وصادق مجلس النواب على هذه المراسيم الإشتراعية فإنها تكتسب الصفة القانونية منذ تاريخ هذا التصديق وتكون خاضعة لرقابة المجلس الدستوري، سنداً لنص القانون، وإذا لم يطعن بها أياً من أصحاب الصلاحية في تقديم هذا الطعن خلال مهلة المراجعة القضائية، فإنها تصبح محصنة دستورياً، وغير خاضعة للرقابة القضائية، بوجهيها الإداري والدستوري. فالمراسيم الإشتراعية تبقى قابلة للطعن عن طريق الإبطال طالما لم يثبت أن المجلس النيابي قد صدّقها^(٣)، ويمكن الإدلاء بعدم قانونيتها في كل حين عن طريق الدفع في معرض الطعن بالمراسيم والقرارات الصادرة بالاستناد إليها^(٤).

خلص المجلس الدستوري إلى أن التفويض التشريعي غير دستوري وهو يخضع لرقابة المجلس الدستوري، ولكن على فرض أن مجلس النواب فوّض الحكومة صلاحية إصدار مراسيم اشتراعية ولم يتمّ الطعن بقانون التفويض، فهل يقبل المجلس الدستوري الطعن بهذا المرسوم الاشتراعي؟

(١) م.د. قرار رقم ٢٠٠٢/١/٣١ تاريخ ٢٠٠٢/١/٣١ الصادر في مراجعة إبطال القانون رقم ٢٠٠١/٣٧٩ "الضريبة على القيمة المضافة" ج.ر. عدد ٨ تاريخ ٢٠٠٢/٢/٧ ص ٨٧١.

(٢) د. محي الدين القيسي- محاضرات في القانون الإداري أقيمت على طلبه دبلوم القانون العام في الجامعة اللبنانية لعام الدراسية ١٩٩٨-١٩٩٩ غير منشورة.

(٣) م.ش. قرار رقم ٥٩١٥ تاريخ ١٥ أيار ١٩٩٧، محمد العنقوني وعلي عواضة/ الدولة، م.ق.إ. ١٩٩٨ م ٤٩٣.

(٤) م.ش. قرار رقم ١٧٥ تاريخ ٨ كانون الثاني ١٩٩٧، العقيد المتقاعد رفيق الزين/ الدولة- وزارة الدفاع الوطني، م.ق.إ. ١٩٩٨ م ١ ص ١٨٦.

قد يبدو موقف المجلس الدستوري من الطعن بمرسومٍ اشتراعيٍّ أكثر وضوحاً، إذ سيعلن ردّ المراجعة لإنعدام العمل محل الطعن كون الدستور اللبناني لا يجيز تفويض الحكومة صلاحية تشريعية، ولن يدخل في انطباق هذا المرسوم الاشتراعي على الدستور.

المبحث الثاني: المراسيم بقوانين الجزائية الموضوعية والإجرائية

سنعرض في المطلب الأول لمفهوم المراسيم بقوانين الجزائية الموضوعية، بينما نخصص المطلب الثاني لمفهوم المراسيم بقوانين الجزائية الإجرائية.

المطلب الأول: المراسيم بقوانين الجزائية الموضوعية:

لمعرفة المقصود بالمراسيم بقوانين الجزائية الموضوعية يجب أولاً أن نبين تعريف القوانين الجزائية ومن ثم بيان أمثلتها.

أطلق جانب من الفقه على القوانين الجزائية بأنها مجموعة من القواعد القانونية تحدد الأفعال التي تعد جرائم وتبين العقوبات المقررة لها^(١)، بينما عرّف جانب آخر القوانين الجزائية بأنها: مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم رد الفعل من قبل الدولة ، في مواجهة الجرائم وملاحقة المجرمين^(٢)، ويطلق جانب آخر أيضاً منه على القوانين الجزائية بأنها مجموعة القواعد التي تسنها الدولة لتبين ما يعد جريمة وما يفرض لها من عقوبة^(٣)، ومن أمثلتها على سبيل المثال قانون الجزاء الكويتي، قانون الاحداث الكويتي، قانون جرائم المفرقات الكويتي، قانون مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها.

(١) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الأول ، الطبعة السادسة ١٩٨٩، ص ١.

(٢) د.فاضل نصر الله ، شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الرابعة ٢٠١٠، ص ١٠.

(٣) د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، الطبعة العاشرة ١٩٨٣، ص ٣.

فالأصل أن السلطة التشريعية هي السلطة المختصة بالتشريع، ولكن لظروف استثنائية تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية وتصدر مراسيم لها قوة القانون في حالة الضرورة . وتعرّف بأنها تشريعات عادية تصدر بمراسيم لها قوة القانون من قبل السلطة التنفيذية في حالة الضرورة التي تستدعي الإسراع لاتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير^(١)، ومن ذلك على سبيل المثال المرسوم بقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٩٢ الرامي إلى اصدار قانون المحاكمات والعقوبات العسكريه والذي صدر في غيبة مجلس الأمة إلا أن مجلس الأمة رفض إقرار هذا المرسوم بعد عرضه عليه.

المطلب الثاني: المراسيم بقوانين الجزائية الإجرائية

المقصود بالقوانين الجزائية الإجرائية بأنها مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطات العامة بسبب جريمة تم ارتكابها، وذلك بهدف تحديد المسؤول عن هذه الجريمة ، وإنزال العقوبة به عن طريق محاكمة عادلة وإجراءات تحقيق ابتدائي قانونية تتصل بها إجراءات قانونية أخرى^(٢)، وأطلق جانب آخر منه على القوانين الجزائية الإجرائية بأنها مجموعة القواعد القانونية التي تتضمن إجراءات البحث عن الجرائم وضبطها، ووسائل إثباتها ، وتحدد السلطات المختصة بملاحقة المجرم ومحاكمته ، وتبين إجراءات المحاكمة وتنفيذ الأحكام الجنائية^(٣).

المبحث الثالث: تكيف المراسيم بقوانين الملغاة

تكمن أصل المشكلة بالنسبة للمراسيم بقوانين على مستوى تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان في تفاعل فكرة القوانين الأصلح للمتهم وتأقيت استقرار المراسيم بقوانين باعتبار أنها قوانين قابلة للإلغاء مستقبلاً فيما لو لم تقر من قبل مجلس الأمة حال

(١) د.أحمد رشيد المطيري و د. محمد سليمان الهطلاني ، المبادئ العامة للقانون ، ٢٠١٤، ص ٧٦.
(٢) د. مشاري خليفة العيفان ، د. حسين جمعة بوعرقي ، الوسيط في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية ، الطبعة الأولى ، الكويت - سبتمبر ٢٠١٦.
(٣) د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٨٦، ص ٣.

عرضها عليه، فيثور التساؤل حول تأثير هذه المراسيم على الإجراءات الجزائية التي تمت - سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي أو المحاكمة - في الفترة بين صدور هذه المراسيم إلى ما قبل عرضها على مجلس الأمة.

والمبدأ العام في تطبيق قانون الجزاء من حيث الزمان هو عدم رجعية نصوص القوانين الجزائية، ويقصد بقاعدة عدم رجعية نصوص قانون الجزاء أن نص التجريم لا يسري إلا على الأفعال التي ترتكب بعد نفاذ القانون ولا تطبق على الأفعال التي ارتكبت قبل نفاذه، وأن النص القانوني الجزائي الذي يجرم سلوكاً معيناً لا يسري إلا على الأفعال التالية لنفاذ هذا النص وعدم سريانه على الأفعال التي وقعت قبل نفاذه، فالنص الواجب التطبيق على الجريمة هو النص المعمول به وقت ارتكابها، وليس النص المعمول به وقت محاكمة مرتكبها، ويكون تاريخ نفاذ نص القانون الجزائي هو الفيصل في تحديد تطبيقه على الجرائم التي ترتكب بعد نفاذه، بينما لا يسري على الجرائم التي وقعت قبل نفاذه وعليه: يجب أن يحدد وقت نفاذ العمل بالقانون ووقت ارتكاب الجريمة، فالعبرة هنا بوقت ارتكاب الجريمة وهو اتيان الجاني لنشاطه الاجرامي وليس وقت تحقق النتيجة.

تطبيقاً لذلك فإن نصوص قانون الجزاء يطبق على جميع الافعال التي ترتكب بعد نفاذه وجميع الافعال التي كانت مباحة قبل نفاذه تظل مباحة وغير معاقب عليها، لأنه من غير المنطقي ان يرتكب شخص فعلاً مباحاً وبعد ارتكابه يصدر قانون جديد يجرم هذا الفعل ويطبق عليه وهذا يخالف مبدأ شرعية الجريمة والتي أكد عليها الدستور الكويتي، حيث نص على أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها، كما نص قانون الجزاء الكويتي بالمادة (١٤) على انه " يعاقب على الجرائم طبقاً للقانون المعمول به وقت ارتكابها ، ولا يجوز أن توقع عقوبة من أجل فعل ارتكب قبل نفاذ القانون الذي قرر عقوبة على هذا الفعل، ويتضح مما سبق أن قاعدة عدم جواز تطبيق نصوص القانون الجزائي بأثر رجعي ملزمة للمشرع والقضاء، لأن القاضي لا يستطيع أن يطبق عقوبة

على متهم وفقا لنصوص قانون جزائي لم يكن نافذا عند ارتكاب المتهم للجريمة والمشرع لا يستطيع أن ينص على قانون جزائي يطبق بأثر رجعي لأن هذا به إهدار لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والتي تتطلب أن يكون بجانب الفعل المرتكب نص يجرمه.

ويعد القانون الأصلح للمتهم استثناء على مبدأ عدم الرجعية، فالقانون الأصلح للمتهم ذو أثر رجعي ولكن القوانين المؤقتة تعد استثناء على القانون الأصلح للمتهم لذلك لها مجال لتطبيق قواعد خاصة من شأنها أن تجرد بعض النصوص الأصلح للمتهم من أثرها الرجعي المعتاد ، وقاعدة القانون الأصلح للمتهم مفادها: أن النص الأصلح للمتهم يطبق على الأفعال التي ارتكبت قبل صدوره ويعني ذلك استبعاد النص المعمول به وقت ارتكابه ثم إذا صدر قانون يحو عنه صفته الإجرامية أو يخفف العقاب المقرر له طبق على المتهم القانون الجديد، " فليس من العدل أن تطبق على المتهم عقوبة في الوقت الذي يعترف فيه الشارع بعدم فائدتها أو بزيادتها عن الحد اللازم^(١) .

إلا أن قاعدة عدم رجعية القانون الجزائي ليست قاعدة مطلقة بل ترد عليها بعض الاستثناءات ومنها القانون الأصلح للمتهم حيث نصت المادة (١٥) من قانون الجزاء الكويتي بالفقرة الأولى: "إذا صدر ، بعد ارتكاب الفعل وقبل أن يحكم فيه نهائياً ، قانون الأصلح للمتهم، وجب تطبيق هذا القانون دون غيره"، ونصت الفقرة الثانية: "إذا صدر بعد الحكم النهائي قانون يجعل الفعل غير معاقب عليه إطلاقاً، وجب تطبيق هذا القانون واعتبار الحكم كأن لم يكن". وتعليل ذلك أن المجتمع بعد أن سن القانون الأول ، تبين له أنه ظالم أو شديد ، فلجأ إلى إلغائه أو تعديله وأوجب تطبيق الجديد، لأنه أعدل قطعاً، ولولا شعوره بهذه العدالة، لما لجأ إلى الإلغاء أو التعديل"^(٢) .

(١) د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، الطبعة العاشرة سنة ١٩٨٣ مطبعة جامعة القاهرة ، ص ٩٩

(٢) د. عبد الوهاب حومد ، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي ، القسم العام سنة ١٩٩٣ ، ص ٦٨

وبإدخال هذا الاستثناء على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية يصبح نطاقها مقتصرًا على النصوص التي لا تسمى إلى المتهم وهي النصوص التي تجرم فعلاً كان مباحاً، أو تشدد عقاب فعل كان معاقبا عليه من قبل، علة الاستثناء أن سلطة المجتمع في توقيع العقوبة محدودة بحدود فكرتي الضرورة الاجتماعية والفائدة الاجتماعية، فإن لم تكن للعقوبة ضرورة أو فائدة فلا محل لتوقيعها وإذا ألغى القانون الجديد العقوبة أو خفف منها، فذلك اعتراف من الشارع بعدم جدواها فلا وجه للإصرار على توقيعها.

ويتضح لنا من النص السابق أن المادة (١٥) اشترطت شرطين لتطبيق القانون الأصلح للمتهم: (١) هو صدور القانون الجديد قبل أن يحكم على المتهم نهائياً ويكون هذا القانون أصلح للمتهم، (٢) صدور قانون جديد بعد الحكم النهائي على المتهم يجعل الفعل غير معاقب عليه إطلاقاً أي يلغي صفة الإجرامية عنه فيجب هنا أن يكون الفعل الذي كان معاقبا عليه بالقانون القديم غير معاقب عليه بالقانون الجديد أي مباح حتى يستفيد منه المتهم.

ومعيار تحديد القانون الأصلح للمتهم هو تحديد ما إذا كان القانون الجديد أصلح من القديم يقتضي المقارنة بين الوضعين القانونيين الناشئين عنهما والتحقق من أن الوضع الذي ينشئه القانون الجديد أفضل بالنسبة إلى متهم معين من الوضع الناشئ عن القانون القديم. وتنقسم تطبيقات القانون الأصلح للمتهم إلى قسمي : تطبيقات متعلقة بالتعديل الذي يدخله القانون الجديد على أركان الجريمة، وتطبيقات متعلقة بالتعديل الذي يدخله القانون الجديد على العقوبة، فإذا حذف القانون الجديد نص التجريم فأصبح فعلاً مشروعاً، فهو دون شك أصلح من القانون القديم ، وإذا أضاف القانون الجديد سبب إباحة أو مانع مسئولية أو مانع عقاب يستفيد منه المتهم فهو كذلك أصلح من القانون القديم . وإذا ظل الفعل معاقبا عليه طبقاً للقانون الجديد، ولكن بعقاب أخف، فهو دون ذلك أصلح للمتهم من القانون القديم والعبرة في ذلك للحد الأعلى للعقوبة القانونية، أي التي وردت في نص التجريم بالقانون، " والرأي

الصحيح هو الذي يقول بأن القانون الأصلح هو الذي يخفف الحد الأقصى ، وذلك لأنه أشد ما يمكن أن يصل إليه القاضي في حكمه"^(١) وتقرير ما ان القانون أصلح للمتهم من عدمه إنما يتوقف على " محكمة الموضوع خاضعة في ذلك لتقرير محكمة التمييز "^(٢) ولكن القانون الأصلح للمتهم لا يسري على القوانين المؤقتة والقوانين الإجرائية، ولذا يجب أولاً أن نبين المقصود بالقوانين المؤقتة وأنواعها والقوانين الإجرائية والأمثلة عليهما.

القوانين المؤقتة كما عرفها جانب من الفقه هي تلك القوانين التي تسن لمواجهة ظروف خاصة وطارئة وينتهي العمل بها بمجرد انتهاء تلك الظروف^(٣) أو هي القوانين التي ينص فيها على تاريخ لسريانها وآخر لانتهاء العمل بها^(٤) وقد نصت المادة ١٦ من قانون الجزاء الكويتي " بأن انتهاء الأجل الذي يسري فيه القانون المؤقت، أو انتهاء الظروف الطارئة التي اقتضت صدوره بانتهاء الأجل المحدد بالنص لا يحول دون تطبيقه، ومن خلال مراجعة نص المادة (١٦) يتبين لنا بأن القوانين المؤقتة على نوعين هما:

١- قوانين مؤقتة بحكم بنص: " وهي التي تحدد في نصوصها مدة تطبيقها بطريقة واضحة"^(٥).

٢- قوانين مؤقتة بطبيعتها: " هي التي تسن لظروف خاصة طارئة لمواجهة بعض الأحداث أو الأزمات الاستثنائية مثل القوانين التي تصدر أثناء الحروب أو الأزمات الاقتصادية دون أن تكون محددة بمدة معينة "^(٦)، لأن القوانين المؤقتة صدرت لمواجهة ظروف خاصة واستثنائية ؛ فإذا ما انقضت هذه الظروف لم يعد للقانون ما يبرره ، ولكن من ارتكب فعلاً خالف به هذا القانون أثناء العمل به

(١) د. مبارك عبد العزيز النوبيت ، النظرية العامة في قانون الجزاء الكويتي، سنة ١٩٧٨ ص ٧٣.
(٢) طعن رقم ٧١١ لسنة ٢٠٠٧، جلسة ٢٠٠٨/٤/١٥ ، مركز توصيف الأحكام كلية الحقوق جامعة الكويت.
(٣) د. أحمد رشيد المطيري و د. محمد سليمان الهطلاني ، المبادئ العامة لقانون ، سنة ٢٠١٤ ، ص ١٢٥ .
(٤) د. محمود مصطفى ، سرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثامنة ١٩٦٩ ، ص ١٠١ .
(٥) د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، الطبعة السادسة معدلة ١٩٩٦ ، ص ٨٠ .
(٦) أ. يوسف المطيري ، الوجيز في قانون الجزاء الكويتي القسم العام ، الطبعة الاولى ٢٠١٣ ، ص ٧٩ .

يكون قد اعتدى على المجتمع، وتطبيق قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم عليه ستؤدي إلى عدم احترام القانون وإفلات الكثير من العقاب، أما القوانين الإجرائية فقد أطلق عليها جانب من الفقه بأنها القوانين التي تتضمن القواعد الشكلية التي تنظم إجراءات التقاضي الجزائية من لحظة وقوع الجريمة حتى تمام تنفيذ العقوبة على المتهم^(١)، وذهب جانب آخر من الفقه بأن أصول المحاكمات الجزائية، تختص بالقواعد المتعلقة بالشكل أي التي تنظم إجراءات التقاضي وطرق سير الدعاوي الجزائية، وتتضمن هذه القواعد عادة تنظيم أجهزة العدالة الجزائية من نيابة عامة، ودوائر تحقيق ومحاكم، وتحديد اختصاصها، وسير الإجراءات أمامها، وطرق الطعن في أحكامها^(٢).

ويثور تساؤل حول طبيعة المراسيم بقوانين خلال الفترة ما بين إصدارها وعرضها على مجلس الأمة فهل تدخل من ضمن مفهوم القوانين المؤقتة؟ أم تدخل في حكم القوانين الأصلح للمتهم؟ أو القوانين الإجرائية؟ وهذا ما سيكون موضع نقاشنا بعد قليل.

أولاً: القوانين المؤقتة: المراسيم بقوانين هي قوانين دائمة لا تدخل ضمن مفهوم القوانين المؤقتة ما لم تتضمن نصوصها تأقيتاً زمنياً محدداً أو غرضاً مؤقتاً أو ظرفاً طارئاً، فلو افترضنا أن هناك مرسوم بقانون ذو طبيعة مؤقتة وانتهى العمل به قبل عرضه على مجلس الأمة ما مصير المحاكمة التي تمت بناء عليه، ففي هذه الحالة تعرض المراسيم بقوانين المؤقتة على مجلس الأمة لإقرارها عن الفترة التي طبقت وفي حالة إقرارها من قبل مجلس الأمة تترتب آثارها القانونية التي نشأت خلال فترة تطبيقها.

(١) د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي المرجع السابق ص ٧٢

(٢) د. فاضل نصر الله، شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي، الطبعة الرابعة، ٢٠١٠ ص ١٩٢.

ثانياً: المراسيم بقوانين الإجرائية

- تكون المراسيم بقوانين ذات طبيعة إجرائية بالنظر إلى نصوصها فهي تعتبر إجرائية إذا تضمنت نصوص وأحكام إجرائية جزئية وعندها يتعين التفرقة بين ثلاثة فرضيات:
- **الفرضية الأولى:** إذا تم إقرار المراسيم بقوانين الإجرائية الجزئية بعد عرضها على مجلس الأمة فإن الإجراء الجزائي الذي تم وفقاً للإجراءات سليم من الناحية القانونية.
 - **الفرضية الثانية :** إذا تم إلغاء فوري للمراسيم بقوانين الإجرائية الجزئية بعد عرضها على مجلس الأمة يكون الإجراء الجزائي الذي تم سليماً أيضاً ومنتجاً لأثاره القانونية.
 - **الفرضية الثالثة :** إذا تم إلغاء المراسيم بقوانين الإجرائية الجزئية بعد عرضها على مجلس الأمة بأثر رجعي فيكون الإجراء الجزائي الذي تم باطلاً لعدم وجود سند قانوني له.

ثالثاً: المراسيم بالقوانين الموضوعية

- تكون المراسيم بقوانين ذات طبيعة موضوعية إذا تضمنت أحكاماً تتعلق بالتجريم والعقاب ويتعين أيضاً التفرقة بين ثلاث فرضيات:
- **الفرضية الأولى:** حالة إقرار المراسيم بقوانين الموضوعية، فإن الإجراء والحكم الذي صدر يكون صحيحاً.
 - **الفرضية الثانية:** حالة الإلغاء الفوري للمراسيم بالقوانين الموضوعية، فإن القانون الأصلح للمتهم هو الذي يطبق.
 - **الفرضية الثالثة:** حالة الإلغاء الرجعي للمراسيم بالقوانين الموضوعية، في هذه الحالة توقف كافة التعقبات المساقة بحق المتهم.

الخاتمة:

استعرضنا في هذه الدراسة مفهوم المادة ٧١ من الدستور الكويتي والمادة ١١١ من اللائحة الداخلية لمجلس الامة الكويتي عن طريق شرح مفهوم عرض المراسيم بقوانين وكيفية عرضها على البرلمان من أجل نيل الاجازة الدستورية لمثل هذه المراسيم بقوانين. وما هو الدور الحقيقي الذي يقع على عاتق السلطة التنفيذية بحيث توصلنا انها ملزمة كسلطة تنفيذية اصدرت مثل هذه المراسيم بعرضها على البرلمان من خلال ايداعها امانة المجلس. ويقع على عاتق السلطة التشريعية بحثها في اول جلسة او احالتها الى اللجان المختصة.

وتوصلنا من خلال ذلك إلى ان الإيداع الوجوبي لمثل هذا المراسيم يكون من خلال عرض هذه المراسيم بقوانين على مجلس الامة وليس من الضروري ان يوافق عليها المجلس او يرفضها بذات الجلسة(جلسة العرض) وانما يبقى له الحق والسلطة الكاملة بالموافقة على هذه المراسيم بقوانين في اول جلسة او احالتها الى اللجنة المختصة لرفع التقرير بشأنها بعد دراستها ومن ثم عرضها على المجلس للتصويت عليها.

وقد تناولنا في هذا البحث حكماً مهماً للمحكمة الدستورية الكويتية والتي قررت به ان عرض المراسيم بقوانين يتحقق بمجرد عرضها وادراجها على امانة مجلس الامة الكويتي وهو المعنى الحقيقي لنص المادة ٧١ من الدستور الكويتي. وانتهت المحكمة الدستورية الكويتية الى توافر العرض بمجرد ادراج امانة مجلس الامة ولكننا ناقشنا المسألة باستفاضة وقدرنا الانحياز للنتيجة التي خلص اليها القاضي الدستوري خصوصاً في ما يتعلق بطريقة عرض المراسيم بقوانين على المجلس وكيفية تحقيق مقصد المشرع من هذا العرض.

وفي العجلة التي صدر بها هذا الحكم من القاضي الدستوري بينا الخلل في الحكم بان القاضي لم دخل بتفاصيل دقيقة قد تغنينا عن بعض المشاكل القانونية في المستقبل فقد تحفظت المحكمة من الولوج بإجراءات وتفاصيل مفهوم العرض وطريقة عرضه.

وقد تطرقنا في هذه الدراسة الى علاقة مثل هذه المراسيم بقوانين الملغاة في نطاق تطبيق القوانين الجزائية من حيث الزمان. وبيننا من خلال بعض الأمثلة ما هو الأثر على المتهم في مثل هذه الحالة وما هي الإجراءات التي تكون مؤثرة على مثل هذه الحالات ومدى تأثير مثل هذه القوانين الملغاه على المتهم من حيث القانون الاصلح للمتهم.

كما استعرضنا حالة القوانين المؤقتة ومدى تاثيرها بالمراسيم بقوانين الملغاة وعالجنا هذه المسألة بشئ من الاسهاب من حيث ارتباط مثل هذه الحالات الدستورية مع واقع القوانين الجزائية. واجبنا عن تساؤل مهم في اخر هذا البحث حول طبيعة المراسيم بقوانين خلال الفترة ما بين إصدارها وعرضها على مجلس الأمة فهل تدخل من ضمن مفهوم القوانين المؤقتة؟ أم تدخل في حكم القوانين الأصلح للمتهم؟ أو القوانين الإجرائية؟

أهم النتائج والتوصيات:

١- إن نص المادة ٧١ من الدستور هو استثناء من الأصل الذي يقرر ان صدور القوانين من اختصاص مجلس الامة. وان الحكومة لها الحق باصدار المراسيم بقوانين في حالة الضرورة وعند عدم وجود مجلس الامة. ما يعني التزامها وتقديرها للدور التشريعي لمجلس الامة فهناك نماذج كثيرة صدرت فيها مراسيم بقوانين قبل اجتماع المجلس بايام او أسابيع قليلة ودون حتى شبهة لضرورة. ومثال المرسوم بقانون بانشاء هيئة للانتخابات الصادر في فترة حل البرلمان والذي حكم بعدم دستوريته لعدم توافر شرط الضرورة.

٢- إن عرض المراسيم يتحقق بمجرد ايداعه في امانة مجلس الامة دون ان يتطلب ذلك التصويت عليه في اول جلسة بالموافقة او العرض. وهذا يعني إمكانية احالته الى احدى اللجان المختصة لدراسته ورفع تقرير عنه للبرلمان للموافقة او عدم الموافقة.

٣- لم يحدد المشرع الدستوري او لائحة مجلس الامة مدة قانونية محددة للبت في مصير هذه المراسيم بقوانين بعد عرضها على المجلس. وهو ما يعني انها قد تأخذ وقتا طويلا في الدراسة لعرضها على المجلس. وكان الاجدر ان تكون هناك مدة قانونية يلنزم بها المجلس مثلا شهر او شهرين ليبت في مدى توافقها مع الدستور والقانون.

٤- يجب على المشرع والمجلس ان يراعي ان هناك مراسيم بقوانين ذات طابع جنائي لها اثر مباشر وحتمي على حريات الافراد وحرمتهم وهي بلا شك حقوق وحرريات دستورية على الجميع احترامها وعدم العبث فيها.

٥- إن مجلس الامة لا يملك تعديل المراسيم بقوانين وانما فقط صلاحيته وفق نص المادة ٧١ يكمن بالموافقة او عدم الموافقة على هذه المراسيم.

العقلنة البرلمانية وأثرها على سيادة البرلمان في النظام السياسي الجزائري

أ. عبد المجيد طيبي^(١)

إن واقع المؤسسة التشريعية في الجزائر؛ يكشف ضعفها أمام المؤسسة التنفيذية، ذلك ما يشخصه الباحثون في دراساتهم، التي تشخص طبيعة العلاقة بين السلطتين، وكان من المنتظر والبرلمان يزكي مشاريع تعديل الدستور؛ أن يدافع عن حقه في التفرد بممارسة وظائفه السيادية، في إطار الفصل بين السلطات، لكن ذلك الضعف؛ جعله يأتّم بأمر السلطة التنفيذية وينتهي بنهيتها، لا يضع جدول أعماله إلا بمشورتها، يجتمع عند طلبها، وينحل بقرارها، يمرر جميع المشاريع التي تأتيه من قبلها، ويصادق مسلّمًا على جميع الأوامر التي تصدرها حال غيابه، ويعيد حساباته بشأن القوانين التي صادق عليها عند اعتراضها^(٢).

لا يستطيع الانتصار لتطلعات الشعب وفاءً للثقة الانتخابية، التي انتدبته، لممارسة السيادة في التشريع والرقابة نيابة عنه، بل أصبح يقف إلى جانب السلطة التنفيذية، يضيف المشروعية على البرامج والمشاريع، التي تريد تمريرها، مهما كانت خطورتها، لا يحسن توظيف سلطته الرقابية؛ إلا في الشكليات، الأمر الذي جعلها روتينًا لا يخشى أعضاء الحكومة أدنى تبعاتها.

(١) مدرّس مساعد أستاذ في جامعة أدرار، الجزائر

(٢) هذا هو الواقع المكرس في آخر تعديل دستوري شهر فيفري ٢٠١٦.

وهنا يثار الإشكال: ما هي عوامل هذا الضعف، التي ساهمت بهيمنة السلطة التنفيذية في ظلها على الحياة السياسية بجميع أبعادها؟ ألا يعود أساسها لعقلنة النشاط البرلماني المستوحاة من التجربة الديغولية في دستور الجمهورية الخامسة ١٩٥٨؟

تأتي هذه الدراسة لتستقرئ تعاطي المؤسس الدستوري الجزائري مع موضوع تنظيم العلاقة بين السلطات، وتحديد موقع السلطة التشريعية خاصة، في ضوء القيود المؤثرة على استقلالها وسيادتها، وذلك من خلال تحديد مفهوم كل من سيادة واستقلال البرلمان، وعقلنة النشاط البرلماني، ومبرراته التاريخية والواقعية (المبحث الأول)، ثم بيان مظاهر عقلنة النشاط البرلماني في الدستور الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم سيادة البرلمان وعقلنة نشاطه المطلب الأول: سيادة البرلمان:

مر مفهوم السيادة البرلمانية بمرحلتين تاريخيتين، أولاهما من بداية نشأة النظام البرلماني الإنجليزي إلى غاية صدور دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة، ويسمى المفهوم التقليدي للسيادة البرلمانية، وثانيهما ابتداء من صدور دستور ٥٨ في فرنسا إلى يوم الناس هذا.

بالنسبة للمفهوم التقليدي: تعتبر سيادة البرلمان من أهم مبادئ النظام البرلماني الإنجليزي، حيث البرلمان هو الحارس لسيادة القانون، والحائل دون استبداد السلطة التنفيذية، من خلال احتكاره لسلطة التشريع، سواء في الظروف العادية، أو الظروف الاستثنائية، حتى إن اضطرت السلطة التنفيذية إلى تصرفات اضطرارية، أو

استعجالية يستلزمها حفظ الأمن والنظام، فإن البرلمان هو الوحيد الذي يمكنه إضفاء المشروعية عليها^(١).

ومعنى ذلك؛ استقلاله عضويا ووظيفيا، إيجابيا وسلبيا، بالنسبة للاستقلال العضوي؛ يعتبر البرلمان مؤسسة سياسية لها ذاتيتها، مستقلة ماليا وإداريا، تستمد وجودها من الشعب مباشرة عبر الانتخاب، لا يسمح لأعضائها أن يجمعوا بين عضوية المجلس ووظائف أخرى، وتستقل بإثبات عضوية أعضائها، ووضع نظامها الداخلي.

أما استقلاله وظيفيا فيتجلى في كونه السلطة التي تتولى سيادة وضع القوانين، في جميع المجالات، والرقابة على أعمال الحكومة، دون الخضوع لضغوط وتوجيهات السلطات الأخرى، خاصة التنفيذية منها، ودون الخضوع لقيود دستورية ترسم نطاق اختصاص البرلمان، ويجب أن تتم المحافظة على هذه الاستقلالية حتى في مواطن التعاون بين السلطتين، التي تقتضيه ضرورة استقرار النظام السياسي.

ولعل الدستور الجزائري ١٩٦٣، من النماذج التي جسدت السيادة البرلمانية بهذا المفهوم، حيث التزم بنص المادة ٢٧ أن: "السيادة الوطنية للشعب يمارسها بواسطة ممثلين له في مجلس وطني، ترشحهم جبهة التحرير الوطني، و ينتخبون بأقتراع عام مباشر و سرى لمدة خمسة سنين".

كما أطلق اختصاص البرلمان في التعبير عن إرادة الشعب بخصوص وضع القوانين ومراقبة النشاط الحكومي، في مقابل تقييد السلطة التنفيذية بمجال تطبيق القوانين، وذلك بنص المادة ٢٨: "يعبر المجلس الوطني عن الإرادة الشعبية، ويتولى التصويت على القوانين، ويراقب النشاط الحكومي".

يرجع أصل سيادة البرلمان بهذا المفهوم للنظام الإنجليزي، الذي تبنى مبكرا مبدأ الفصل بين السلطات، وجعل من البرلمان رمزاً للسيادة الشعبية، لا يحد من نفوذه أحد، ولا يوقفه قيد.

(١) عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة- دراسة مقارنة (النظام الإنجليزي - النظام الفرنسي - النظام السوفييتي)، ط ١، ١٩٨٤، عالم الكتب، القاهرة، ص ٧٢.

أما بالنسبة للمفهوم الحديث: فقد تأثر واضعوه بفكرة عقلنة النشاط البرلماني، التي جاء بها دستور ديغول ١٩٥٨، فلم يعد البرلمان محتكراً للسلطة المطلقة في التشريع في مختلف الميادين، وإنما أصبح له الدور التشريعي في نطاق الاختصاص المرسوم دستورياً، مقابل المجال المفتوح للسلطة التنظيمية التي تتمتع بها السلطة التنفيذية^(١). وعلى غرار مختلف النظم المعاصرة، كفل الدستور الجزائري مبدأ الفصل بين السلطات، وصرح بذلك في ديباجته^(٢)، وفي المادة ١٤ منه^(٣) في تعديلات ٢٠١٦، لكن تقنيات العلاقة بين السلطات في تفاصيلها تجعل الكفة مائلة لصالح السلطة التنفيذية، الأمر الذي يجدد الانشغال حول مدى سيادة البرلمان واستقلاله في ممارسة التشريع، وللحصول على إجابة شافية لا بد من تتبع مراحل التطور السياسي الجزائري، الذي تميز بالمحاولة المستميتة من السلطة التنفيذية؛ كي تبقى هيمنتها على سائر السلطات، فأول دستور في الجزائر هو دستور ١٩٦٣، أجاب على الانشغال في مقدمته، باستبعاد تبني أي من النظامين البرلماني، أو الرئاسي، لأنهما لا يكفلان الاستقرار السياسي الذي ينشده الشعب، وتبنى مقابل ذلك، النظام القائم على قاعدة هيمنة الشعب صاحب السيادة، وعلى الحزب الطلائعي الواحد، الذي يمكنه أن يضمن ذلك الاستقرار بصورة فعالة.

ما يعني أن التجربة الفرنسية في عقلنة النظام البرلماني، أُلقت بظلالها على التنظير لأول نظام دستوري جزائري، وبالغ المؤسس الدستوري في استلهام تلك التجربة، لدرجة عدم ذكر مبدأ الفصل بين السلطات ولو بالإسم، أو الإشادة به كمبدأ هام من مبادئ الديمقراطية تقادياً لإشكالات التفسير التي قد تطرح فيما بعد، واستبدل ذلك بفكرة

(١) إبتسام العقون: مبدأ سيادة البرلمان في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، ٢٠١٥، ٢٠١٤، ص ٣٢.

(٢) جاء في ديباجة الدستور الجزائري بموجب تعديل ٢٠١٦، الفقرة ١٤، ما يلي: " يكفل الدستور الفصل بين السلطات واستقلال العدالة، والحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده".

(٣) نصت في فقرتها الأولى على أن: " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية".

ممارسة الشعب للسلطة بنفسه، وجعلها من الأهداف الأساسية للدولة، الواردة في صلب المادة ١٠ منه والتي من بينها: "ممارسة السلطة من طرف الشعب الذي يؤلف طبيعته فلاحون، وعمال، ومتقنون ثوريون"^(١). إلى جانب ممارسة الشعب لسيادته بواسطة المؤسسات التي يختارها، بقيادة الحزب الواحد، المهيم على جميع السلطات، طبقاً لما أوضحه في المادتين ٢٧ و ٢٨^(٢).

وبحكم أن دستور ١٩٦٣ لم يعمر طويلاً، دخلت الجزائر سريعاً في دوامة التشريعات الاستثنائية، فإنه يصعب تقييم ما وضعه من لبنات لبناء نظام سياسي واضح المعالم، لكن التقييم الأكاديمي لمضامين الدستور يكشف ارتقاء النظام الجزائري في أحضان تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، إلى الحد الذي جعل الدكتور محمد كامل ليلة يقول: "فإن النظام الجزائري يوصف بأنه نظام رئاسي موغل في الرئاسية، إذ أن النظام كله يقوم على أساس فكرة الحزب الواحد المسيطر على كل شيء في الدولة؛ ويطلق البعض على هذا الوضع اصطلاح نظام الدولة الحزب LE « système de « l'état – parti »"، ويضيف أن النظام الجزائري يأخذ صورة النظام الرئاسي المقفل على أساس أن الحزب هو المسيطر، وأن البرلمان تابع له، والرئيس المسؤول أمام البرلمان من الناحية الفعلية يعتبر الأمين العام للحزب"^(٣).

وبعد صدور دستور ١٩٧٦، وتحول المرجعية من الحزب الواحد إلى الميثاق الوطني، بدأت تتضح ملامح الديمقراطية النيابية، في ظل بقاء الخيار الاشتراكي والحزب الواحد، الأمر الذي أفرز أربعة سلطات بدل ثلاث، أولها الوظيفة السياسية التي يمارسها الحزب وثانيها الوظيفة التنفيذية، وثالثها الوظيفة التشريعية، ورابعها الوظيفة

(١) محمد كامل ليلة، النظم السياسية - الدولة والحكومة، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٦٩ ص ١٠٤١.
(٢) المادة ٢٧: "السيادة الوطنية للشعب، يمارسها بواسطة ممثلين له في مجلس وطني، ترشحهم جبهة التحرير الوطني، و ينتخبون باقتراع عام مباشر و سرى لمدة خمسة سنين".
المادة ٢٨: "يعبر المجلس الوطني عن الإرادة الشعبية، و يتولى التصويت على القوانين، و يراقب النشاط الحكومي".

(٣) محمد كامل ليلة، النظم السياسية، الدولة والحكومة، مرجع سابق ص ١٠٤٢.

القضائية^(١)، وظهرت بجلاء فكرة السيادة في التشريع، بمنطوق المادة ١٢٦ منه، التي نصت على أن: "يمارس الوظيفة التشريعية مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني. للمجلس الشعبي الوطني، في نطاق اختصاصاته، سلطة التشريع بكامل السيادة. يعد المجلس الشعبي الوطني القوانين و يصوت عليها".

لكن من الناحية العملية، بقي هذا النص جسداً بلا روح، وبقي رئيس الدولة هو السلطة النافذة الوحيدة، يمارس هيمنته من خلال الحزب على سائر السلطات، وبقي النظام مغلقاً بإحكام.

وفي دستور العام ١٩٨٩ الذي صدر عقب ما عرفته البلاد من أحداث في أكتوبر ١٩٨٨، حاول المؤسس أن يضيف طابع السيادة للبرلمان على العمل التشريعي، فاستبعد تقنية التشريع بالأوامر، وغلق بذلك مدخلاً هاماً من مداخل السلطة التنفيذية لوظيفة التشريع^(٢)، وإن كان هذا الإصلاح الدستوري حافظ على موقع السلطة التنفيذية من حيث القوة إلا أن هذه الأخيرة لم يرقها احتكار البرلمان للتشريع، الأمر الذي جعل البرلمان عرضة للحل في أقرب فرصة.

المطلب الثاني: مفهوم عقلنة النشاط البرلماني ومبرراته

يقصد بعقلنة النشاط البرلماني، إحداث قطيعة مع النظرية التقليدية في تحديد اختصاص البرلمان، والتي تقضي بأن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة^(٣). ويفسر البعض بأنه؛ إقامة توازن بين امتيازات كل من البرلمان والسلطة التنفيذية، بحيث يتم الحفاظ على التمثيل الوطني والاستقرار الحكومي المرتبط بالأغلبية البرلمانية، عبر جملة من الآليات^(٤).

(١) سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، ط ٢، ١٩٩٣، ص ١٩٣.

(٢) لدرع نبيلة، مجال التشريع ومجال التنظيم في النظام الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ٢٨.

(٣) عبد الله كامل محادين، ما هو المقصود بعقلنة النظام البرلماني في النظام الفرنسي، الموقع الإلكتروني محاماة نت <http://www.mohamah.net/answer/25412>.

(٤) لدرع نبيلة، المرجع السابق، ص ٢٧.

يعود أصل تسميته بعقلنة النظام البرلماني إلى مقولة للأستاذ ميشال دوبري (Michel Debré) رئيس اللجنة الاستشارية المكلفة بإعداد دستور ١٩٥٨، لما قيل له؛ إنكم بهذا تنقصون من قيمة البرلمان أمام السلطة التنفيذية، فقال: "إننا بصدد عقلنة النظام البرلماني، وليس الإنقاص من قيمة البرلمان"^(١).
أما مبررات عقلنة النشاط البرلماني فتعود إلى أمرين رئيسيين أحدهما تاريخي، والآخر واقعي:

السبب التاريخي: الديكتاتورية البرلمانية

في ضوء الظروف التاريخية التي مرت بها فرنسا في ظل الجمهوريتين الثالثة والرابعة، أبرزت الحاجة ضرورة تقييد النشاط البرلماني، وفسح المجال أمام مساهمة السلطة التنفيذية فيه، بما يضمن الاستقرار السياسي في الدولة، الأمر الذي أدى إلى تراجع البرلمان عن كونه السلطة الأولى في النظام السياسي التي تعبر عن إرادة الشعب وسيادته^(٢)، وبالرجوع للتاريخ الدستوري الفرنسي - مهد النظام شبه الرئاسي، أو البرلماني المعقلن- فإننا نجد مقدمات واحداثا وتطورات تاريخية كانت السبب وراء لجوء ديغول إلى العمل على إضعاف البرلمان، بما يضمن قوة السلطة التنفيذية ويقرر حقها في التصدي للأزمات، أهمها الصراعات الحزبية التي كان البرلمان فضاء لها، وكانت لها تداعيات حادة على التصدي للأزمات ووضع القوانين للخروج بالبلاد منها^(٣)، فعلى سبيل المثال؛ انعكست تلك الأوضاع على الاستقرار السياسي للحكومات، حيث عرفت فرنسا خمسة وعشرين تغييراً حكومياً خلال اثني عشر عاماً^(٤)، بمعدل تغييرين حكوميين في السنة.

(١) سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص ٣١٥.

(٢) لدرع نبيلة، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٣) سوجيت شودري، وريتشار سناسي: النظام شبه الرئاسي باعتباره شكلاً من أشكال الحكومة في الدساتير المقارنة، دراسة نشرت من طرف المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات IDEA، ٢٠١٢، ص ٦٨.

(٤) لدرع نبيلة، المرجع السابق، ص ٢٨.

السبب الواقعي:

زيادة على ما سبق ذكره فإن واقع ممارسة الوظيفة السياسية في الدولة، أفرز استحالة تفرد البرلمان بالتشريع بعيداً عن إعطاء أي دور فيه للسلطة التنفيذية، يرجع بعض الفقه ذلك إلى افتقار أعضاء البرلمان للكفاءة العلمية، والخبرة الفنية، ويعود بها البعض الآخر إلى انعدام الثقة في البرلمان من قبل الحكومة، نتيجة ولاءات الأغلبية التي قد ترتبط بمصالح حزبية، كما يرجعها البعض إلى أن السلطة التنفيذية هي أكثر معرفة بالاحتياجات الميدانية أثناء تنفيذ السياسات العامة، والتعرض للحالات الاستعجالية أو الضرورية، أو حدوث خلافات بين البرلمان والحكومة، أو خروج البرلمان نفسه عن الأطر الدستورية والقانونية في عمله، أو غيابه عن العمل كلية بسبب إجازة، أو انتهاء وجوده قانونياً.

وبناء على تلك التراكمات التاريخية، والمتطلبات الواقعية، أضفت العقلنة ظلها على واقع الفصل بين السلطات، حيث أصبحت السلطة التنفيذية هي صاحبة الكلمة والنفوذ على سائر السلطات، خاصة في التجربة الجزائرية التي أصبح البرلمان فيها مجرد جهاز تابع للحكومة.

المبحث الثاني: مظاهر عقلنة النشاط البرلماني في الدستور الجزائري

المطلب الأول: غلق قواعد اللعبة لصالح السلطة التنفيذية

وضعت دساتير مرحلة ما قبل التعددية الحزبية أساساً لنظام سياسي نيابي مغلق، ينتخب الشعب فيه برلماناً بغرفة واحدة ليتولى مهمة التشريع ومهمة الرقابة السياسية على أعمال الحكومة وانتخاب رئيس للجمهورية يتراأس الحكومة بصلاحيات رئاسية قوية، ويتراأس الحزب الواحد الذي يتولى ترشيح النواب ويهيمن على سائر الوظيفة السياسية. على أن تسأل الحكومة سياسياً أمام البرلمان⁽¹⁾، الأمر الذي يرجع ممارسة

(1) سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 64.

السلطة أولاً وأخيراً إلى قيادة الحزب التي يعلوها رئيس الجمهورية، فلا البرلمان يستطيع مساءلة الحكومة وسحب الثقة منها باعتبار أن رئيسها هو الأمين العام للحزب، ولا الرئيس يستطيع حل البرلمان، باعتبار أعضائه مرشحين من قبل الحزب^(١).

وقد أسفرت مدخلات النظام السياسي هذه عن حلقة مغلقة بشكل محكم لا مخرج منها، أنتجت جملة من المخرجات؛ أهمها قوة الرئيس وبسط هيمنته على كل السلطات، وجمعه بين السلطتين التشريعية والتنفيذية عند الضرورة، وجعل السيادة الشعبية وتوزيع السلطات حسب الاختصاص مجرد حبر على ورق، ولعل ذلك ما أغرى رئيس الجمهورية بإعلان الحالة الاستثنائية، وتجميد العمل بالدستور في ١٩٦٣، وفي نفس الوقت هو المبرر الذي جعل الرئيس هوارى بومدين ينقلب على الرئيس بن بلة. ويعتبر دستور ٨٩ خطوة على طريق كسر أقفال تلك الحلقة، من خلال مدخلات التعددية السياسية، وازدواجية السلطة التنفيذية، واستبعاد سلطة التشريع عن طريق الأوامر، لكن الإبقاء على منصب الرئيس بصلاحيات دستورية قوية لا تقابلها مسؤولية سياسية، شكّلت إخلالاً واضحاً بقاعدة التلازم بين السلطة والمسؤولية، والاكتفاء بمساءلة الحكومة كمؤسسة دستورية مستقلة عن الرئاسة، ودليلاً على بقاء توجه المؤسس نحو عقلنة النشاط البرلماني، لصالح إطلاق يد السلطة التنفيذية، تأثراً بالنموذج الفرنسي في دستور ١٩٥٨، الأمر الذي جعل المعارضة السياسية تبحث عن إجراء الانتخابات الرئاسية قبل الانتخابات التشريعية، كي تستغل قوة المنصب لخدمة أهدافها، وهو ما لم يتحقق لها، وفعلاً استطاع الرئيس حل البرلمان ليحدث الفراغ الدستوري الذي توقف على إثره المسار الانتخابي برمته، ودخلت البلاد في دوامة الظروف الاستثنائية.

وإذا كان دستور ٨٩ قد أعطى مدخلات هامة لفتح قواعد اللعبة السياسية، بما يكفل سيادة البرلمان واستقلاله؛ ولو جزئياً، فإن المؤسس في تعديل الدستور سنة ٩٦ توجه

(١) نصت المادة ٢٧ على أن: "السيادة الوطنية للشعب يمارسها بواسطة ممثلين له في مجلس وطني، ترشحهم جبهة التحرير الوطني، و ينتخبون باقتراع عام مباشر و سرى لمدة خمسة سنين".

نحو تعزيز موقع السلطة التنفيذية، بإعطائها دور المساهم الحيوي في التشريع عن طريق الأوامر، مع ضبط النشاط الحزبي بضوابط تجعله كذلك يسير في فلك الرئاسة، ومن حينها رجعت آلية الحلقة المقفلة متمثلة في قيادة الرئيس لتحالف سياسي يمتلك الأغلبية البرلمانية، ويقود الحكومة، مع تخيير المعارضة داخل البرلمان بين الانضمام لخيارات الأغلبية الرئاسية، أو البقاء خارج دائرة اللعبة.

ثانياً: تحديد نطاق الاختصاص التشريعي للبرلمان

لقد كان دستور الجزائر سنة ١٩٦٣ متأثراً بآليات سيادة البرلمان، من خلال جعله البرلمان، صاحب السيادة في التشريع، دون حصر مجال سلطته في نطاق محدد، مقابل تقييد سلطة الحكومة في التنفيذ ومباشرة السلطة النظامية، ولا يتمكن الرئيس من مزولة التشريع بالأوامر إلا بناء على تفويض من البرلمان، أو استجابة لمقتضيات الضرورة، لكن مع دستور العام ٧٦ حدث منزعج سياسي تبنى فيه المؤسس صياغة عدد من المدخلات، أدت في النهاية إلى تقييد السلطة التشريعية بوضع القوانين في مجالات مخصوصة، مقابل السلطة التنظيمية المفتوحة لرئيس الجمهورية، في المجالات غير المخصصة للقانون^(١).

وأصل هذا الإجراء يعود إلى محاكاة عقلنة اختصاص البرلمان، التي كرسها الدستور الفرنسي ١٩٥٨، بعد فشل البرلمان في مواجهة الأزمات الخطيرة التي عرفت أوروبا آنذاك، وتداعياتها المختلفة، الأمر الذي أفرز اعترافاً للسلطة التنفيذية بضرورة تملك وسائل التدخل التي تكفل لها الاستيلاء على الأوضاع، من خلال فتح نطاق سلطتها في التنظيم. لذلك من المبررات ما هو صالح كعامل استقرار، ومنها ما هو مرتبط بالتجربة الفرنسية وظروفها، لكن السلطة التنفيذية تستغل كل ذلك من أجل الحفاظ على نفوذها.

(١) سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

ثالثاً: تدخل السلطة التنفيذية في التشريع

أ- مشاركة الحكومة في الأعمال التشريعية:

تأخذ مشاركة الحكومة في الأعمال التشريعية عدة مظاهر، وباستقراء القانون العضوي رقم ٠٢-٩٩ مؤرخ في ٢٠ ذي القعدة، عام ١٤١٩هـ، الموافق ٨ مارس سنة ١٩٩٩، الرامي إلى تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، نجد ما يلي:

١- المشاركة في إعداد جدول أعمال البرلمان: طبقاً لما جاء في المادة ١٦ من القانون العضوي، المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة أنه: "يضبط مكتبتا الغرفتين وممثل الحكومة المجتمعون في مقر المجلس الشعبي الوطني جدول أعمال الدورة في بداية كل دورة برلمانية تبعاً لترتيب الأولوية الذي تحدده الحكومة".

٢- إحتكار ترتيب الأولويات في التشريع: إن مكتب كل من غرفتي البرلمان ملزم عند بداية كل دورة برلمانية بضبط جدول أعماله، تبعاً لترتيب الأولوية الذي تحدده الحكومة^(١). وقد أعطى المشرع هذا الحق للحكومة وحدها، وجعل رأيها في تحديد أولويات الدورة البرلمانية نافذاً، بل اعتبر مشاركتها في جلسات ضبط جدول الأعمال أمر إجرائي، وحق أساسي لها، بما يكفل نفوذها في توجيه نشاط البرلمان، طبقاً للمادة ١٦ السالفة الذكر، والمادة ١٨: التي نصت على أنه: "يضبط مكتب كل غرفة باستشارة الحكومة، جدول أعمال جلساتها". فإذا كانت الحكومة هي التي ترتب الأولويات في مجال التشريع بحكم احتياجاتها الميدانية، فإن لذلك إيجابياته لا شك، ولكن في الوقت نفسه يستغل في الحد من اعتداد البرلمان بنفسه،

(١) حسين بو الطين، الآليات القانونية لرقابة السلطة التشريعية على عمل السلطة التنفيذية، في ظل دستور ٨٩ والتعديلات اللاحقة عليه، مذكرة ماجستير جامعة قسنطينة ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ١١٥.

وممارسة سيادته في التشريع، الأمر الذي انعكس سلبا على المبادرات البرلمانية، حيث انخفض مستواها في الممارسة الجزائرية إلى قدر ينذر بتحول البرلمان إلى مجرد لجنة تابعة للحكومة تستقبل المشاريع وتصادق عليها، فعلى سبيل المثال إن أول برلمان تعددي في الفترة البرلمانية من ١٩٩٧ إلى ٢٠٠٢، أصدر فيها ٦٠ قانونا، كانت تسعة وخمسين (٥٩) منها من اقتراح الحكومة، وقانون واحد (١) من أصل برلماني، وثاني برلمان تعددي في الفترة التشريعية ٢٠٠٢-٢٠٠٧، صادق فيها البرلمان على ٣٣ أمراً رئاسياً، و ٥٩ قانون من اقتراح الحكومة، وقانون واحد مبادرة برلمانية.

٣- **إحتكار اقتراح مشاريع القوانين ذات الطابع الاستعجالي:** من مظاهر عقلنة النشاط البرلماني؛ قدرة الحكومة على إدراج مشاريع ذات طابع استعجالي في جدول أعمال الدورة البرلمانية السارية، وطابع الاستعجال من شأنه أن يؤثر على أعضاء البرلمان في التعامل مع المشروع من حيث مستوى دراسته، وطريقة مناقشته، وليس من خيار أمام البرلمان سوى الخضوع لرغبة الحكومة، طبقاً للمادة ١٧: من القانون ٩٩-٠٢ التي جاء فيها: "يمكن الحكومة، حين إيداع مشروع قانون، أن تلح على إستعجاله عندما يصرح باستعجال مشروع قانون يودع خلال الدورة، يدرج هذا المشروع في جدول أعمال الدورة الجارية." وفي حال غياب البرلمان في عطلة، أو شغوره يتولى رئيس الجمهورية التشريع في المسائل العاجلة، طبقاً للمادة ١٢٤ من الدستور.

٤- **اقتراح القوانين:** إن اقتراح السلطة التنفيذية لمشاريع القوانين يعتبر من الملامح الأصيلة في النظام البرلماني، تجسيدا لفكرة التعاون والتكامل بين السلطات، لكن أمر الممارسة، حوله من التعاون إلى مظهر من مظاهر عقلنة النشاط التشريعي، حيث أصبح الموازنة بين المبادرات البرلمانية ونظيرتها من السلطة التنفيذية غائبة، وبنسب كبيرة جدا، تحت ذرائع ومبررات مختلفة، الأمر الذي أدى إلى واقع عملي تراجع فيه البرلمان عن تحمل مسؤوليته في المبادرة بالقوانين، بشكل منقطع

النظير، وفي النموذج الجزائري بالاستناد إلى نص المادة ١١٩ من الدستور، التي تمنح الاختصاص للوزير الأول^(١)، تهيمن السلطة التنفيذية ممثلة في الحكومة على سلطة المبادرة بمشاريع القوانين، يساعدها في ذلك واقع قواعد اللعبة المغلقة، والشروط الإجرائية التي تمر عبرها اقتراحات النواب، إضافة إلى عزوف النواب عن القيام بواجباتهم السيادية، لدرجة أن أصبح أعضاء البرلمان يعتبرون ذلك من تقاليد العمل التشريعي، الذي يقتصر دورهم فيه على المناقشة والمصادقة.

٥- المشاركة في مراحل إعداد القانون: من مظاهر عقلنة النشاط البرلماني، تمكين السلطة التنفيذية من المشاركة الفعلية في مختلف مراحل صناعة القانون، وباستقراء العلاقات الوظيفية بين غرفتي البرلمان والحكومة، فإن أهم المراحل التي تشارك فيها الحكومة تتمثل في: إيداع مشاريع القوانين (المواد ١١٩ و ١١٩ مكرر من الدستور، والمواد من ٢٠ إلى ٢٦ من القانون العضوي ٩٩،٠٢)، مرحلة دراسة مشاريع القوانين (المواد ٢٧ و ٢٨)، مرحلة المناقشة والتصويت (المادة ١٢٠ من الدستور، والمواد من ٣٢ إلى ٤١ من القانون العضوي ٩٩،٠٢)، مرحلة تبليغ النصوص القانونية (المواد ٤٣، ٤٢ من القانون العضوي ٩٩، ٠٢).

ب: تدخل رئيس الجمهورية في التشريع

١- إصدار القوانين : أناطت الدساتير برئيس الجمهورية سلطة إصدار القوانين^(٢)، وقد تناول الفقه الدستوري المسألة من مختلف جوانبها، وأثار بشأنها عدة إشكالات، في مقدمتها؛ القيمة القانونية للإصدار، ومدى مسؤولية الرئيس سياسياً عن عدم احترام الآجال الدستورية، فالواقع الدستوري في النظام الجزائري، مثير

(١) التجارب الدستورية التي سبقها في ١٩٦٣، و ١٩٧٦، خولت الحق في ذلك لرئيس الجمهورية، بينما دستور ١٩٨٩، أوكل الأمر إلى رئيس الحكومة، الذي تحول منصبه بعد تعديل دستور ١٩٩٦ سنة ٢٠٠٨ إلى منصب الوزير الأول. وذلك وفق نص المادة ١١٩ من دستور ٩٦ المعدل: " لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين.

(٢) تنص المادة ١٢٦ / ١ " يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه إياه".

للاستغراب، حيث كان دستور ١٩٦٣ يعطي قيمة قانونية وسياسية لعملية إصدار القانون في حد ذاتها، كخطوة عملية من خطوات ميلاد القانون، يقوم بها رئيس الجمهورية، وإذا امتنع يتولاها رئيس المجلس الوطني (البرلمان)^(١)، لكن الدساتير التي جاءت بعد ذلك آخرها دستور ٩٦ المعدل سنة ٢٠١٦، حولت الأمر إلى اختصاص سيادي لرئيس الجمهورية^(٢)، وإذا لم يمارسه ليست هناك أية آلية تضمن سيادة البرلمان في مرور القانون نحو التطبيق، بل يمكن رئيس الجمهورية أن يمتنع عن إصدار القانون ويتبع ذلك بحل البرلمان، ما يعني أن سلطة الإصدار قد تتحول إلى أداة لعرقلة عمل البرلمان وإخضاعه^(٣).

٢- الاعتراض على القوانين: بناء على المادة ٤٥ من القانون العضوي ٩٩،٠٢، ووفقا لأحكام المادة ١٢٧ من الدستور؛ يمكن رئيس الجمهورية، أن يطلب مداولة ثانية للقانون المصوّت عليه وذلك خلال الثلاثين (٣٠) يوماً الموالية لتاريخ إقراره، على أن تتم المصادقة عليه بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة، وفي حالة عدم إقراره بأغلبية الثلثين، يصبح نص القانون لاغيا". وإذا كانت آلية الاعتراض على القوانين وضعت في سياق " السلطة توقف السلطة"، فإنها في الواقع الجزائري تمثل مظهرا من مظاهر هيمنة السلطة التنفيذية على وظيفة التشريع، ذلك أن اشتراط ثلثي أعضاء غرفتي البرلمان، في ظل طريقة تشكيل مجلس الأمة، ووجود أغلبية برلمانية مغلقة في الغرفة السفلى، تجعل القانون مستحيل المرور.

٣- الاستقلال بالتشريع: إذا كان الدستور قد مكّن رئيس الجمهورية من مشاركة السلطة التشريعية بعض أعمالها، فإن هذه المشاركة تنطوي على صور يستقل

(١) تنص المادة ٥١ من دستور ١٩٦٣ على أنه : "إذا لم يصدر رئيس الجمهورية القوانين في الأجل المنصوص عليها فإن رئيس المجلس الوطني يتول إصدارها".

(٢) سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

(٣) لقد زاد تعديل ٢٠١٦ من تعقيد المسألة بإضافة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الأمة، في حين كان الدستور قبل ذلك يشترط أغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني فقط.

فيها الرئيس بوضع القوانين، مراعاة لبعض الأحوال التي يكون فيها البرلمان شاغراً أو غائباً خارج الدورة التشريعية ويصعب التتامة في دورة استثنائية، ومن تلك الصور في الواقع الجزائري:

- **التشريع بالأوامر:** طبقاً للمادة ١٢٤ من الدستور، التي مكنت رئيس الجمهورية من التشريع بالأوامر في حالتين؛ الأولى: تتعلق بالمسائل العاجلة في حال شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة. والثانية: التشريع بالأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة ٩٣ من الدستور. وتظهر العقلنة هنا في استبعاد قيد التفويض البرلماني من جهة، واستبعاد ضبط سلطة الرئيس بقيود إجرائية تبعده عن ممارسة السلطة التحكيمية، ولذلك تعتمد السلطة التنفيذية انتظار العطلة البرلمانية لتمرر نصوصاً تشريعية على النحو الذي تريد. وإن كان تعديل ٢٠١٦ اتخذ خطوة نحو تقييد الأوامر بالمسائل العاجلة والاستشارة المسبقة لمجلس الدولة، بالنسبة للحالة الأولى، زيادة على القيود الإجرائية المعروفة في الحالة الاستثنائية، لكن نظرتي الاستعجال والضرورة تخضعان للسلطة التقديرية للرئيس، التي يستطيع أن يوجد بها التبريرات التي يقنع بها الهيئات التي يستشيرها.

- **التشريع في الظروف الاستثنائية:** تجد هذه الصلاحية أصلها في نظرية الظروف الاستثنائية، التي بدأ المؤسس الدستوري يكرس أحكامها منذ دستور الاستقلال إلى غاية اليوم، ويعالجها دستور ٩٦ المعدل ومن مظاهرها إعلان كل من حالتها الطوارئ، والحصار، والحالة الاستثنائية، والتعبئة العامة، وحالة الحرب، وتشكل آلة خطيرة لعقلنة النشاط البرلماني، بحكم علاقتها بالحقوق والحريات، من جهة، ولأنها الذريعة التي يمكن من خلالها تغييب البرلمان كلية واستحواد الرئيس على كل السلطات.

- **اللجوء إلى الشعب مباشرة، عبر خطاب أو استفتاء:** لئن كان الدستور قد نص على أن السيادة الشعبية من طرق ممارستها الاستفتاء، إلا أن لجوء الرئيس إلى

الشعب مباشرة، وتغيب البرلمان، يشكل قيماً موضوعياً على هذا الأخير، حيث يمكن الرئيس أن يتجاوز البرلمان إلى هذا الإجراء ويفوت عليه ممارسة جزء من اختصاصه.

رابعاً: تمتع رئيس الجمهورية بسلطة حل البرلمان

يعتبر حل البرلمان من أخطر السلطات التي منحها النظام البرلماني للسلطة التنفيذية بهدف موازنة سلطات البرلمان، والحيلولة دون تعسفه في حق السلطة التنفيذية، تكرست أول مرة في دستور ١٩٧٦، بموجب المادة ١٦٣ منه، ثم تبناها دستور ٨٩ بموجب المادة ١٢٠، ودستور ٩٦ بموجب المادة ١٢٩، وإن كانت هناك قيود إجرائية تتمثل في وجوب الاستشارة لعدد من الهيئات؛ أهمها المجلس الدستوري، إلا أن ذلك لا يرقى إلى مستوى الضمانات التي تحول دون تعسف الرئيس في استعمال هذه السلطة، لأن المؤسس لم يضع أسباباً محددة لاتخاذ مثل هذا القرار، كما لم يلزم الرئيس بالحصول على موافقة الهيئات المستشارة، وإنما نص على إمكانية اتخاذه للقرار بعد استشارة تلك الهيئات، ومجرد الاستشارة يحتمل يكون لمجرد الإعلام، خاصة إذا نظرنا إلى الموضوع من زاوية أعمال السيادة، أو السلطة التقديرية، الأمر الذي يجعل من الرئيس حكماً، يصدر الأوامر في لعبة يشارك فيها بصفته لاعباً أساسياً، ويجعل البرلمان حذراً من المواجهة مع السلطة التنفيذية، والعمل على تفادي كل ما يغضبها، وذلك هو عين المساس بسيادة البرلمان واستقلالته في التشريع.

وهذا الذي جعل البرلمان الجزائري يحجم عن مساءلة الحكومة، عبر الاستجواب، أو فتح التحقيقات، ويكتفي بالأسئلة الشفوية، التي لا يعقبها أي أثر سياسي.

ويعتبر تخويل رئيس الجمهورية سلطة حل الغرفة الأولى من البرلمان (المجلس الشعبي الوطني)؛ من المفارقات السياسية التي لا يزال الدستور الجزائري يحتفظ بها، رغم تعديل الدستور في ٢٠١٦، ورغم مطالبات المختصين من فقهاء وباحثين؛ بتعديلها بما يكفل التوازن بين السلطات، إذ من بديهيات النظام البرلماني؛ تبادل الرقابة بين

المؤسستين التنفيذية والتشريعية، وبالتالي حق البرلمان في طرح الثقة من الحكومة، يقابله قدرة الأخيرة على حل البرلمان، حتى توقف كل منهما الأخرى إذا تعسفت في حق الأخرى، وتبقى المصلحة العامة وتطوير الدولة هو الهدف الأساسي لكل منهما.

خامساً: الرقابة على دستورية القوانين

كان الأصل بعد قيام الثورة الفرنسية؛ أن يتمتع التشريع الصادر عن البرلمان بالسيادة المطلقة ولو كان متعارضاً مع الدستور، باعتبار أن السيادة الحقيقية هي للبرلمان الذي يمثل الأمة، لكن بالممارسة والتجربة، تبين للفرنسيين أنه لا مناص من وضع حد لسلطة البرلمان المطلقة، عبر فرض الرقابة على دستورية أعماله، وكان تجسيد هذه الرقابة في طورها الأول بموجب التعديل الدستوري ١٩٤٦م، ثم في طورها الثاني بموجب دستور الجمهورية الخامسة ١٩٥٨، حيث تم إنشاء المجلس الدستوري، ومن حينها أصبح مشروع القانون المخالف للدستور هو الواجب تعديله، طبقاً لقاعدة سمو الدستور.

وتبنى الدستور الجزائري قيد الرقابة على دستورية القوانين، بداية من أول دستور للجزائر المستقلة، سنة ١٩٦٣، عن طريق المجلس الدستوري، لكن دستور ٧٦ تراجع عن فكرة المجلس الدستوري، وترك الأمر مبهماً، طبقاً لنص المادة ١٨٥ " تمارس المراقبة بواسطة مؤسسات وطنية ملائمة وبأجهزة دائمة للدولة"، ثم أعيد المجلس الدستوري في الدساتير اللاحقة، وتعززت الرقابة على دستورية القوانين في دستور العام ٩٦ .

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة الاستقرائية لمدى تأثير عقلنة النشاط البرلماني لصالح هيمنة السلطة التنفيذية في الواقع الجزائري، تبين لنا ما يلي:

- ١- المضامين الدستورية التي تنص على استقلال البرلمان وسيادته في إعداد القانون والتصويت عليه، كادت أن تفرغ من محتواها بفعل الممارسة العملية الموعلة في العقلنة.
- ٢- ابتعاد المؤسس الدستوري الجزائري عن تبني أي من النظامين البرلماني والرئاسي، فرض عليه الارتقاء في أحضان التجربة الفرنسية، التي تعمدت إضعاف البرلمان، وتقوية مركز السلطة التنفيذية، خاصة رئيس الجمهورية.
- ٣- كل التعديلات الدستورية التي مرت بالتجربة الجزائرية، خدمت استقواء السلطة التنفيذية على نظيرتها التشريعية.
- ٤- رغم الإصلاحات المتعاقبة، لا يزال النظام الجزائري مقفلا، بفعل هيمنة الصفة السياسية على الحكم، بواسطة الأغلبية البرلمانية الموالية .
- ٥- النظام السياسي الجزائري بحاجة إلى إصلاح جذري تُزال به الديكتاتورية البرلمانية التي تجسدها الأغلبية الرئاسية، ونظام مجلس الأمة.
- ٦- تدخل السلطة التنفيذية في التشريع، تجاوز حد التعاون والتكامل والتوازن المتعارف عليها في النظام البرلماني، إلى الترويض والسيطرة.
- ٧- عقلنة النشاط البرلماني في الجزائر أدت إلى ضعف السلطة التشريعية وأفقدتها روح المبادرة، الأمر الذي جعل السلطة التنفيذية تهيمن على اقتراح القوانين، وتتحكم في إصدارها والاعتراض عليها، وإثارة الرقابة الدستورية عليها.
- ٨- تمتع رئيس الجمهورية بسلطة مطلقة في حل البرلمان، كعمل سيادي غير مسؤول؛ يشكل مصدر تهديد حقيقي للبرلمان، إن هو لم يدخل بيت الطاعة، وكان الأولى أن يكون اختصاصا سياسيا يخضع للرقابة.

حكم تيران وصنافير وتغيير بعض المفاهيم في القانون الإداري

د. عصام نعمة إسماعيل

خلاصة حكم المحكمة الإدارية العليا المحكمة الإدارية العليا
في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ قضائية عليا تاريخ
٢٠١٧/١/١٦ قضية جزيرتي تيران وصنافير

أولاً: مقدمة

يعدّ هذا الحكم وبحقّ من أكثر الأحكام جرأة في تاريخ القضاء الإداري ليس في مصر فحسب، بل في عموم هذا القضاء. تجلّت الجرأة في مواجهة هذه المحكمة لكافة أركان الدولة المصرية المنتمين إلى السلطتين التنفيذية والتشريعية، حيث ردّت الطعن المقدم من أركان الدولة المصرية (رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الوزراء، رئيس مجلس النواب، وزير الدفاع، وزير الخارجية، وزير الداخلية)، وكذلك لم تتأثر بموضوع الطعن المتعلق باتفاقية ترسيم حدود، حيث لم تعر اهتماماً لما استقرّ عليه الاجتهاد السابق على أن الاتفاقية هي من الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة التي لا تقبل الطعن، إلا أنه وبجرأة أبطل اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية الموقعة في أبريل/نيسان سنة ٢٠١٦ المتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير للمملكة العربية السعودية مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها استمرار هاتين الجزيرتين ضمن الإقليم البري المصري وضمن حدود الدولة المصرية واستمرار السيادة المصرية عليهما وحظر تغيير وصفهما بأي شكل لصالح أية دولة أخرى.

إذ من الثابت أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية بكافة مراحلها تدخل ضمن فئة الأعمال الحكومية، وتشكّل تعبيراً عن إرادة الدولة في سياستها الخارجية وارتباطها

الالتزام بمعاهدة على صعيد القانون الدولي العام، وكان الاجتهاد الإداري عالمياً مستقراً على أنه عندما تتخذ السلطة الإدارية أعمالها لغايات تتعلق بسياسة الدولة، في علاقاتها مع الدول والمنظمات الدولية، بواسطة المعاهدات وسائر المواثيق الدولية، فهي تدخل ضمن فئة الأعمال الحكومية^(١)، وقد استقر هذا القضاء باجتهاده المستمر على عدم النظر في مراعاة القواعد الدستورية في إبرام المعاهدة^(٢)، وتماشياً مع هذا الاجتهاد لم يهتم مجلس شورى الدولة في لبنان إلى أن اتفاقيات دولية أبرمتها الحكومة بموجب مراسيم أو قرار صادر عن المدعي العام مع أن الصلاحية هي لمجلس النوان، وردّ المراجعة لعلّة اتصال العمل المطعون فيه يدخل في فئة الأعمال ١٩٨٥ الحكومية، ففضى بأن وثيقة العهد والوفاق والتضامن بين قادة الدول العربية- الصادرة بموجب مرسوم استناداً للمادة ٥٢ من الدستور اللبناني، ونظراً لصفة مصدره والموقعين عليه ولمضمونه فإنه يشكل تعبيراً عن إرادة الدولة في إطار سياستها الخارجية وعلاقاتها الدولية ويدخل في فئة الأعمال الحكومية^(٣)، وكذلك "مذكرة التفاهم المعقودة بين الحكومة اللبنانية ومنظمة الأمم المتحدة بتاريخ ٢٠٠٥/٦/١٣ تعتبر من الاتفاقيات الدولية لأنها تهدف إلى تنظيم إجراءات قانونية معينة بغية تنفيذ مضمون قرار مجلس الأمن الدولي رقم ٢٠٠٥/١٥٩٥^(٤).

^(١)C.E. 13 juillet 1979, Coparex, D1979,IR, p558 obs. P. Delvolvé; C.E. 5 février 1926, Dame Caraco Rec. p125; C.E. Ass. 18 décembre 1992, A.J.D.A. 1993 p82, chron. C. Maugüie et R. Schwartz;

م.ش. قرار رقم ٨٣٨، تاريخ ١٩٦٢/١/٩، فؤاد هراوي/ الدولة- محافظ البقاع، م. إ. ١٩٦٢ ص ٢٣١.

^(٢)C.E.Ass. 29 mai 1981, Rekhou, Rec. p220; C.E. Ass. 9 avril 1999, Chevrol-Benkeddach, AJDA 1999 p459.

م.ش. قرار رقم ٤٣١ تاريخ ٢٦ آذار ٢٠٠٢، العقيد حنا ابو شقرا والسيدة هدى عواد/ الدولة - وزارة الخارجية ووزارة العدل، م.ق.إ. ٢٠٠٥ م ٢ ص ٦٤٤.

^(٣) م.ش. قرار رقم ٥٢٨/٢٠٠٥-٢٠٠٦ تاريخ ٢١ حزيران ٢٠٠٦، الدكتور محمد المغربي/ الدولة- رئاسة

الجمهورية، مجلة العدل عدد ٢٠٠٧/٢ ص ٦٥٣.

^(٤) م.ش. قرار رقم ٨/٢٠٠٦-٢٠٠٧ تاريخ ١٠ تشرين الأول ٢٠٠٦، اللواء الركن المتقاعد جميل السيد./ الدولة - وزارة العدل، غير منشور.

أما المحكمة الإدارية العليا في حكمها محلّ التعليق فإنها لم تشعر بالخوف من الطبيعة السياسية للعمل محل الطعن ولم يخشى السياسة^(١)، بل وضع مبادئ جديدة في العمل الحكومي، وأوجد تفسيراً لمعنى السيادة التي يجب أن تراعى وتحترم، معلناً أن سيادة الشعب هي الوحيدة محلّ الرعاية وما عداها فهي أعمال تبقى خاضعة للدستور والقانون ولرقابة القضاء.

أولاً: وقائع القضية

تقدم كل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس النواب ووزير الدفاع ووزير الخارجية ووزير الداخلية أمام المحكمة الإدارية العليا بمراجعة بوجه علي أيوب وآخرين طعنًا بالحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى بالقاهرة في الدعويين رقم ٤٣٧٠٩ و ٧٣٨٦٦ لسنة ٧٠ قضائية جلسة تاريخ ٢٠١٦/٦/٢١ والقاضي ببطان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية الموقعة في أبريل سنة ٢٠١٦ المتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير للمملكة العربية السعودية مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها استمرار هاتين الجزيرتين ضمن الإقليم البري المصري وضمن حدود الدولة المصرية واستمرار السيادة المصرية عليهما وحظر تغيير وصفهما بأي شكل لصالح أية دولة أخرى.

تمثلت أبرز أسباب الطعن في أن الحكم المطعون فيه رفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة - والقضاء عموماً - ولائياً بنظر الدعوى لأن المشرع أخرج الأعمال التي تتصل بسيادة الدولة سواء الداخلية أو الخارجية من ولاية المحاكم عموماً ، وأن قضاء المحكمة - المطعون فيه - قد خالف المستقر عليه من قضاء المحكمة الدستورية العليا والمحكمة ذاتها في منازعات مماثلة. وأهدر الحكم المطعون فيه اختصاصاً

(١) د. عصام نعمة إسماعيل، هل يخشى مجلس شورى الدولة من السياسة، جريدة الأخبار تاريخ ٢٠٠٧/٧/٢٠ - <http://droit.ul.edu.lb/index.php/research/file/202-dr-issam-ismail-067>

أصيلاً محجوزاً دستورياً لمجلس النواب ويمثل تدخلاً وإهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات، بحسبان المجلس هو الجهة الوحيدة المنوط به الموافقة على ما يبرمه رئيس الجمهورية من معاهدات مع الدول الأخرى.

وقد استند الحكم المطعون فيه إلى المواد ٩٧ ، ١٥١ ، ١٩٠ من الدستور الحالي وفيما تضمنته من حظر إبرام أية معاهدة أو اتفاقية يتوقف عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة ، وأن مصطلح الإبرام أعم وأشمل من مصطلح إقرار المعاهدات، وأن هذا الحظر يمتد إلى السلطة التنفيذية ويحظر عليها اتخاذ أي عمل من أعمال الإبرام بما فيها التوقيع إذا كانت المعاهدة تخالف الدستور أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من الإقليم وهو حظر وقائي ومطلق، لأن لإقليم الدولة قداسة بالمعنى الوطني وحرمة بالمعنى القانوني، وأنه يشكل وحدة واحدة لا سبيل إلى التنازل عن أي جزء منه، وخلصت المحكمة إلى أن توقيع الحكومة على الاتفاقية بما ينطوي عليه من التنازل عن الجزيرتين (تيران وصنافير) هو عمل إداري يخضع لولاية محاكم مجلس الدولة طبقاً لأحكام المادة (١٩٠) من الدستور باعتباره من المنازعات الإدارية، وقضت برفض الدفع المبدى من المدعى عليهم بصفتهم بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعويين.

وفي هذه القضية أسست المحكمة الإدارية العليا لنظريتها الجديدة في مجال العمل الحكومي على حجج متينة ومقنعة، نستعرضها فيما يلي.

ثانياً: النقاط القانونية المثارة من خلال حيثيات الحكم

١- وضع المحكمة تعريفاً للسيادة

من المعروف أن وضع تعريف لفكرة السيادة إنما هي مهمة علماء القانون الدستوري أو الفلاسفة، إلا أن المحكمة الإدارية العليا تصدّت لهذه المهمة، ووضعت تعريفاً لسيادة لتستفيد من هذا التعريف لإثبات أن السيادة لا تتعارض مع خضوع السلطة للرقابة القضائية.

فجاء في حكم أن للسيادة معنى سلبي وآخر ايجابي، والمعنى السلبي يقطع الاستقراء التاريخي له بأنها قد بدأت كفكرة سياسية ثم تحولت إلى فكرة قانونية وينصرف إلى عدم خضوع الدولة لسلطة دولة أخرى، وعدم وجود سلطة أخرى مساوية لسلطة الدولة في داخل حدود البلاد، أما المعنى الإيجابي فإنه ينصرف إلى سلطة الأمر والزجر في داخل البلاد وتمثيل الدولة وترتيب حقوق لها والتزامات عليها، والمعنى المنضبط إنها تمثل وظيفة الحكم التي تظهر في الوظيفة التشريعية والتنفيذية والقضائية ومجرد الاستناد إلى هذا المعنى الإيجابي للسيادة لا يكفي وحده تبريراً لعدم الخضوع للرقابة القضائية - بحسبان الخضوع لرقابة القضاء لا يتنافى في ذاته مع فكرة سيادة الدولة بالمعنى الإيجابي والفصل في المنازعات وإرساء قواعد العدالة والمحافظة على حقوق الدولة وحرية الأفراد - أحد مظاهر السيادة العامة، والقول بغير ذلك يحيى فكرة اندثرت في العالم والفهم القانوني كانت تقوم على أساس أن السيادة حق أصيل للحاكم وهو مالكة، فلم تعد هيئة من هيئات الدولة مالكة للسيادة وإنما تباشرها كوكيلة عن الشعب، ولا يمنع ذلك من القول بأن هناك نوع من الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية لا تخضع لرقابة القضاء، وأن مرجع الإعفاء ليس فكرة السيادة وإنما أسباب قانونية أخرى.

٢- مهمة تحصين اعمال السيادة هي مهمة القضاء

رأت المحكمة أن أنجع الوسائل لرقابة أعمال السيادة هو اللجوء إلى القضاء، فالقضاء هو من يحدد أعمال السيادة بحثاً عن اختصاصه للفصل في النزاع المعروض، فإذا استوى العمل من حيث سلطة إصداره وطبيعته بأنه من أعمال السيادة قضى بعدم اختصاصه، ولا ريب أن القاضي عندما يباشر الاختصاص المعقود له بتحديد ما يعتبر من أعمال السيادة ليلحق به حصانة تعصمه من رقابة القضاء ليس مطلق اليد حر التقدير، وإنما يحكمه التنظيم القانوني لممارسة السلطة الموصوفة بأنها عمل من

أعمال السيادة ، والنزاع الذى صدر بشأنه العمل ، ثم يستخلص القاضى المتروك له تحديد طبيعة العمل فى إطار اختصاصه وظروف ومستندات النزاع المعروف عليه.

٣- صلاحية إبرام المعاهدات الدولية فى شؤون سيادية

بعد أن تركت المحكمة للقاضي الإداري صلاحية تحديد ما إذا كان العمل محل الطعن لا يخضع لرقابة القضاء، عمدت إلى تطبيق هذا المبدأ ففحصت خصوصية النزاع المعروف والمتعلق بحقوق السيادة على الأراضى المصرية، وحدود سلطات الدولة بشأنها، فاستعرضت النص الدستوري المتصل بإبرام معاهدت متصلة بشأن سيادي، والواردة في دستور العام ٢٠١٤:

- المادة (١٥١) من الدستور ذاته على أن: "يمثل رئيس الجمهورية الدولة فى علاقاتها الخارجية ، ويبرم المعاهدات ، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور. ويجب دعوة الناخبين للاستفتاء على معاهدات الصلح والتحالف وما يتعلق بحقوق السيادة، ولا يتم التصديق عليها إلا بعد إعلان نتيجة الاستفتاء بالموافقة. وفى جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور أو يترتب عليها التنازل عن أى جزء من إقليم الدولة".

حسنت المحكمة بأن هذا النص الدستوري يتضمن أحكاماً بعضها له مردود سابق بالدساتير المصرية المتعاقبة ، وأحكاماً جديدة على النظام القانوني المصري تستوجب فهماً قانونياً جديداً، فمن سابق الأحكام أن إبرام المعاهدات سلطة بين رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية ممثلة فى البرلمان - على اختلاف مسمياته - أما الأحكام الدستورية الجديدة بشأن المعاهدات تجلت فى أمرين:

- إن معاهدات الصلح والتحالف وكل ما يتعلق بحقوق السيادة لا يتم التصديق عليها إلا بعد استفتاء الشعب - وهو أمر واجب - لا تقدير فيه لسلطة من

سلطات الدولة. إن هذا القيد الواجب لا يخاطب فقط السلطة التي تبرم المعاهدة أو السلطة المقرر لها الموافقة فيما يدخل في اختصاصها الدستوري، وإنما يمثل النكوص عنه حال لزمه استدعاء سلطة القضاء ولا يدفع أمامه حال تعلق الأمر بفكرة أعمال السيادة، لأن القيود الدستورية والضوابط التي حددتها الفقرتين الأخيرتين من المادة (١٥١) ترفع عن الأعمال المتصلة بها صفة كونها من أعمال السيادة ولا تقوم لها أية حصانة عن رقابة القضاء.

واضح إذا أن الدستور المصري رسّخ مبدأ سيادة الشعب في أعلى صورة فحظر أي التزام دولي على الدولة فيما يتعلق بهذه الأنواع من المعاهدات إلا بعد أخذ موافقة الشعب صاحب السيادة ومصدرها، فالتصديق وهو من سلطة رئيس الجمهورية مشروط بموافقة الشعب عبر استفتاء واجب، وفيه يحل الشعب محل السلطة التي تقوم مقامه بالتشريع والرقابة، وعلى رئيس الجمهورية أن يخاطب الشعب مباشرة طالباً رأيه الفاصل والملزم في أية معاهدة محلها الصلح أو التحالف أو تتعلق بحقوق السيادة.

٤- الدستور المصري يحظر التنازل عن أي جزءٍ من أراضي الدولة

بالإضافة إلى الحجة أعلاه والمتمثلة بضرورة استفتاء الشعب على المعاهدات المتصلة بشأن سيادي، فسّرت المحكمة الحظر الدستوري الوارد في الفقرة الثالثة من المادة (١٥١) بأنه لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة، وهذا الحظر لا يشمل التنازل فقط وإنما أية مخالفة لمبدأ دستوري آخر. وقضت بأن التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة أو إبرام معاهدة بشأنه، إنما هو بذاته فعلٌ مخالفٌ لأحكام الدستور المصري، ويعدّ من الأمور المحظور إبرام أي اتفاق دولي بشأنها، فلا تعرض على الشعب الذي أعلن إرادته عبر دستوره وحاصله إنه لا يُقبل التنازل عن أي جزء من الأرض أو مخالفة أي حكم من

أحكام الدستور الذي يمثل الوعاء الأصيل للنظام القانوني الحاكم من ناحية والضمان الوحيد لاستقرار نظام الحكم من ناحية أخرى.

خلصت المحكمة الإدارية العليا إلى أن توقيع رئيس الوزراء على الاتفاق المبدئي بتعيين الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية متلحفاً برداء غير مشروع في اتفاقية تبدو كأعجاز نخل خاوية فليس لها في الحق من باقية إذ أن تغييراً في الاختصاص لسلطات الدولة قد ولد من رحم الدستور الساري ووضحت يد مجلس النواب هي الأخرى بنص الدستور والقانون معاً مغلوطة ومحظورة عليه مناقشة أية معاهدة تتضمن تنازلاً عن جزء من إقليم الدولة ومنها الجزيرتين محل الطعن المائل، وما يخالف ذلك من جانب السلطتين التنفيذية والتشريعية هو والعدم سواء.

٥- اعتبار اجراءات التنازل عن أراضي مصرية أعمال منعدمة يدخل البت بصحتها في اختصاص القضاء الإداري

لم يفت المحكمة الإدارية العليا وهي تنظر في هذا الطعن، من أن تتطرق إلى أحكام قاضي الأمور المستعجلة المدنية الذي أصدر حكماً أوقف بموجبه تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية.

فكانت المحكمة الإدارية العليا حاسمة في موقفها من ضرورة احترام اختصاص القضاء الإداري حيثما تكون المنازعة متصلة بموضوع إداري.

أثبتت المحكمة الإدارية العليا بدايةً أن كافة الإجراءات المدعى اتخاذها من جانب الحكومة لم تستهد بأحكام الدساتير المصرية والقوانين المنظمة لعملها بشأن موضوع ينال من سيادة الدولة أو جزء من أرضها ويرتب التزاماً دولياً عليها فإن ذلك يقطع بأن المسألة المعروضة وما يلامسها لا تخرج عن كونها إجراءات إدارية وسد الاختصاص بالفصل في مشروعيتها أو بطلانها إلى جهة القضاء الإداري صاحبة الاختصاص الدستوري بالفصل في المنازعات الإدارية.

واستندت في تقرير اختصاصها إلى دستور العام ٢٠١٤ ، الذي رأته فيه أن استكمال السياج الحصين الذي أحاط به اختصاص مجلس الدولة ، حيث أسند بموجب المادة (١٩٠) منه لمجلس الدولة - دون غيره - الاختصاص بالفصل في المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، تكريساً للقضاء المستقر للمحكمة الإدارية العليا وللمحكمة الدستورية العليا^(١)، ورأت المحكمة أن هذا النص نافذ بذاته ولا يتطلب العمل به صدور تشريع لاحق - لم يعد ثمة شك في أن منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة من محاكم مجلس الدولة باتت من اختصاص هذه المحاكم دون غيرها توحيداً للقواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة في مجال المنازعات الإدارية والتي لا تستقيم عدلاً إلا إذا أخضعت لقواعد موحدة سواء في مجال اقتضاؤها أو الدفاع عنها أو الطعن في الأحكام التي تصدر فيها.

كما أن اختصاص مجلس الدولة - دون غيره - بالفصل في المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، يجد سنده في:

- إن اختصاص محاكم القضاء العادي بجميع مستوياتها ينحسر تماماً عن المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة، إعمالاً لصريح نص المادة (١٥) من قانون السلطة القضائية.

- إن قانون مجلس الدولة أفرد تنظيمياً متكاملًا لحجية الأحكام التي تصدر عن محاكم مجلس الدولة بكافة مستوياتها وكيفية الطعن فيها والمحكمة التي لها وقف تنفيذ الحكم، فالأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم التأديبية نافذة مالم تأمر دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا بوقف تنفيذها، والأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية نافذة مالم تأمر محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذها (المادة ٥٠ من قانون مجلس الدولة).

^(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ٢٠ قضائية " تنازع " جلسة ١٩٩٩/٨/١

وتبعاً لذلك وأمام هذا التنظيم التشريعي المحكم لا يجوز لأية محكمة تابعة للقضاء العادى أن تأمر بوقف تنفيذ أي حكم صادر من محاكم مجلس الدولة، إذ فى ذلك خرق صارخ لأحكام الدستور والقانون، وافتتات على الاختصاص الموسد لمجلس الدولة بحسابه قاضى القانون العام فى المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية ، وما فتئ قائماً عليها باسماً ولايته على مختلف أشكالها وتعدد صورها. وهذا ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا وكذا قضاء محكمة النقض، على أن الحكم الصادر من جهة قضاء خارج تخوم ولايتها معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية فى النزاع^(١).

وانتهت المحكمة إلى اعتبار أن محكمة الأمور المستعجلة بحكمها الصادر فى الدعوى رقم ١٨٦ لسنة ٢٠١٦ مستعجل القاهرة الصادر بجلسة ٢٠١٦/٩/٢٩ قد تجاوزت حدود ولايتها عندما قضت بوقف تنفيذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى بجلسة ٢٠١٦/٦/٢١، وأن حكم الأمور المستعجلة يستوى عدماً، ومن غير المتصور قانوناً أن يكون الحكم المنعده مرتباً لأية آثار قانونية، لأن انعدامه إفاء لذاتيته ويجتثه من قواعد فلا يولد حقاً، ولا يتعلق به التزام، بعد أن هدم الدستور، وجرده من كل أثر بعدوانه على قواعده وهى التى تسمو على كافة القواعد القانونية. وكانت محكمة الأمور المستعجلة قد عمدت بحكمها المنوه عنه فوق مخالفتها لقواعد الاختصاص الولائى المقررة دستوراً وقانوناً كما سلف بيانه إلى مناقشة حكم القضاء الإدارى محل النزاع ونصبت نفسها محكمة أعلى لنقضه وتعديله لا قاضى تنفيذ تتحدد ولايته فى إزالة ما يعرض من عقبات تحول دون تنفيذ الحكم متغافلة أوغافلة عن القواعد والأطر الدستورية والقانونية المنظمة لاختصاصاتها مما لا مناص معه من اعتبار حكمها عدماً لا طائل منه ومحض عقبة مادية تحيها المحكمة المختصة-

(١) حكم محكمة النقض فى الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ قضائية جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٤ ، وحكمها فى الطعن رقم ٧٣٦ لسنة ٣٣ قضائية جلسة ١٩٦٧/٥/٢

دائرة فحص الطعون - جانباً غير عابئة به وهي بصدد ولايتها الأصلية بنظر الطعن المعروض، وهي الولاية التي قررها الدستور وأحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦- غاية القضاء الإداري

بيت المحكمة الإدارية العليا أن دورها لا يقتصر على مجرد إبطال العمل محل الطعن، بل يقع على عاتقها واجب إرشاد الإدارة إلى أصول تطبيق القانون والدستور، بحيث بدت وكأنها قضائي إرشادي تعاوني وليس قضاء ردعي يهدم القرار الإداري المخالف للقانون.

فالمحكمة حال تصديها للنزاع فإنها تكمل منظومة الرقابة على أعمال الحكومة، حيث تقر ما يكون صحيحاً منها وتلغي ما خرج عن نطاق أحكام القانون والواقع وأصطدم بأحكام الدستور الآمرة، ولا يسوغ لها أن تنتظر حتى تكتمل للمخالفة أركانها غير المشروعة، لأن دور قاضي القانون العام لا يقف عند حد الفصل في الخصومة القضائية وإنما تبصير سلطات الدولة بدورها وحدود هذا الدور المرسوم لها دستورياً . والسبب الذي منح المحكمة الإدارية لهذا الدور، أن الدولة - في مفهومها المعاصر - وخاصة في مجال توجيهها نحو الحرية - تقوم على مبدأ مشروعية السلطة مقترناً ومعززاً بالخضوع للقانون باعتبارهما مبدآن متكاملان لا تقوم بدونهما المشروعية في أكثر جوانبها أهمية، ولأن الدولة القانونية هي التي يتوافر لكل مواطن في كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحياته وتنظيم السلطة وممارستها في إطار المشروعية، وهي ضمانة يدعمها القضاء من خلال استقلاله وحصانته لتصبح القاعدة القانونية محوراً لكل تنظيم، وحداً لكل سلطة، وردعاً ضد العدوان عليها^(١).

(١) المحكمة الدستورية العليا القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ ق دستورية، بجلسة ١٩٩٢/١/٤، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً ص ٨١٥ وما بعدها - والقضية رقم ٢٣٣ لسنة ٢٦ ق دستورية بجلسة ٢٠٠٨/٤/٦

٧- السيادة لا تقارن بالملكية الخاصة

لا يصحّ القول بأن حق الدولة على إقليمها هو حق ملكية، إذ يمثل هذا القول خلطاً بين السيادة الإقليمية وبين الملكية، فالحق في السيادة والحق في الملكية كلاهما مقصور على صاحبه يخوله سلطة التصرف في المال أو الشيء موضوعه، وذلك على الرغم من أنه وفقاً للمفاهيم الحديثة لأحكام القانون الدولي المعاصر ليس هناك ما يبرر وجود هذا الخلط فالسيادة في ضوء قواعد هذا القانون لها مدلول قانوني مجرد يقوم على اعتبار الدولة أعلى سلطة في داخل إقليمها، وهذا الإقليم هو الإطار الذي تباشر الدولة سلطتها فيه، ومن ثم يتعذر تشبيه سلطات الدولة واختصاص هيئاتها بالملكية الخاصة للأفراد ذلك أن حق الدولة على إقليمها ليس حق ملكية وإنما هو حق سياسي يشتمل على مجموعة من الحقوق التشريعية والتنفيذية والقضائية التي تسرى على إقليم الدولة ومؤدى ذلك أن الإقليم هو الذي تمارس فيه الدولة سلطتها السياسية، وهو الموضوع المباشر لسيادة الدولة التي تفترق عن حق الملكية العينية وعن سيادة الأشخاص على ممتلكاتهم الخاصة.

٨- تحقق المحكمة من سيادة مصر على الجزيرتين تاريخياً

درست المحكمة من الناحية التاريخية ما إذا كان لمصر سيادة على الجزيرتين محل النزاع، فثبت لها أن مصر تمتعت عبر تاريخها وعلى اختلاف أنظمتها بأهلية قانونية دولية كاملة تجاه جزيرتي تيران وصنافير أي بالسيادة القانونية الكاملة عليهما كشخص من أشخاص القانون الدولي، ولم يعتريها يوماً ما مانعاً يمنع من مباشرتها. وأن سيادتها في هذا الشأن وصفاً في الدولة يعبر عما لها من أهلية لم تتجزأ، فلا يوجد دولتان تقسمان أهلية واحدة وباتت السيادة الإقليمية المصرية هي العنصر الرئيسي في تصرفات الدولة المصرية عليهما، والتي ظهرت بها وفقاً لقواعد القانون الدولي، وأن التطور الذي لحق به لم يغير من واقع أن السيادة الإقليمية التي لازالت

هي النواة التي يدور حولها توزيع الحقوق بين الدول وهذه الحقوق القانونية للدول حسبما يعرفها القانون الدولي ترتبط ارتباطاً جوهرياً بمظاهر السيادة على الإقليم في مقوماته الثلاثة اليابسة والبحر والجو، وهو الأمر الذي لم ينفرد عقده لمصر على تلك الجزيرتين على الدوام والثبات، وفي عموم القول أنه قد ترسخ في الوجدان الدولي أن التنازل عن جزء من إقليم الدولة يجب أن تتوافر فيه الشروط الشكلية والقانونية المطلوبة لصحته من منظور القانون الدولي والقانون الداخلي.

وأبرز الأدلة والبراهين والشواهد التي استندت إليها المحكمة لبيان الدولة التي تدخل أرض جزيرتي تيران وصنافير ضمن حدودها، هي:

- تبين من اتفاقية تعيين الحدود الشرقية المبرمة بين الدولة العثمانية ومصر بشأن تعيين خط فاصل إداري بين ولاية الحجاز ومتصرفية القدس وبين شبه جزيرة طور سيناء الواردة ضمن اتفاقية رفح ١٩٠٦ لترسيم حدود سيناء الشرقية - المنشورة في الوقائع المصرية ١٠ نوفمبر ١٩٠٦ السنة السادسة والسبعون نمرة الجريدة ١٢٧ - أنها جاءت خالية مما يفيد أن جزيرتي تيران وصنافير تدخلان في ولاية الحجاز.
- إن خطوط الحدود في الولاية المصرية وفقاً لخريطة العقبة المطبوعة في مصلحة المساحة المصرية سنة ١٩١٣ مؤشراً عليها من المنوبين المختصين وتدخل فيهما الجزيرتين السالفتين وبها علامات الحدود المصرية عليهما طبقاً للخطوط المرسومة وفقاً لمعاهدة ١٩٠٦ المشار إليها، بينما حدّ الحجاز يبدأ من العقبة وذلك على الرغم من أن تلك الاتفاقية خاصة بالحدود البرية بين الدولتين.
- في ضوء فهم المحكمة للاتفاقية المبرمة ١٩٠٦ وخريطة العقبة المطبوعة في مصلحة المساحة عام ١٩١٣ تؤكد مصرية جزيرتي تيران وصنافير وأنه لا وجود لسيادة أخرى تتزاحم مصر في هذا التواجد، بل أنه لم تكن هناك دولة غير مصر تمارس أي نشاط عسكري أو أي نشاط من أي نوع على الجزيرتين، باعتبارهما جزءاً من أراضيها.

- جاء في كتاب وزارة المالية ملف رقم ٢١٩-٤/١ المؤرخ فبراير ١٩٥٠ الموجه لوزارة الخارجية مؤكداً على مصرية هاتين الجزيرتين متضمناً أنه: " بالإشارة إلى كتاب الوزارة رقم ٨٥٣ المؤرخ ٣ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بشأن قيام وزارة الخارجية بالاشتراك مع وزارة الحربية والبحرية بتحديد مدى المياه الإقليمية المصرية وطلب الوقوف على معلومات هذه الوزارة بشأن جزيرة تيران الصخرية الواقعة عند مدخل خليج العقبة.
- تأكد ذلك بما ورد بكتاب وزارة الخارجية السرى (رقم الملف ٢١/٣٧/٨١-٢٦) المؤرخ ٢٥ فبراير ١٩٥٠ الموجه لوكيل وزارة الحربية والبحرية من : " أنه بالإشارة إلى كتاب الوزارة رقم ٣ سرى المؤرخ ١٦ يناير ١٩٥٠ بشأن ملكية جزيرة تيران الواقعة عند مدخل جزيرة العقبة أرفقت كتاب وزارة المالية رقم ف ٤/١-٢١٩ الذى يتبين منه أن هذه الجزيرة تدخل ضمن تحديد الأراضى المصرية " .
- تأكد كذلك من كتاب قائد عام بحرية جلالة الملك المؤرخ ٢٢ فبراير ١٩٥٠ بقصر رأس التين بالاسكندرية الموجه لوزارة الحربية والبحرية عن تمويل قوات سلاح الحدود الملكى المصرى الموجودة بطابا وجزر فرعون وتيران وصنافير أرفق به كتاباً سرياً لرياسة الجيش مما يدل على ممارسة مظاهر السيادة المصرية على تلك الجزيرتين.
- إن العديد من التصرفات القانونية الدولية أكدت فيهما على حرية الملاحة فى الممر البحرى الذى يفصل بين جزيرتى تيران وصنافير عن الساحل المصرى بسيناء - وهو الممر المائى الوحيد الصالح للملاحة - وعززت السلطات المصرية مجموعة من قواتها فى الجزيرتين، ومصر لم تكثف فحسب بإصدار المراسيم والقوانين واللوائح بسيادتها على جزيرتى تيران وصنافير باعتبارها مصرية خالصة، وإنما طبقت ممارستها لمظاهر سيادتها الكاملة عملاً على مسرح الحياة

الدولية ومنعت بالفعل السفن الأجنبية التي خالفتها من المرور في مضيق تيران عملاً بحقها القانوني وسيادتها الإقليمية .

- تقدمت الدول الاستعمارية بشكوى ضد مصر بشأن تفتيش سفنها المتجهة إلى إسرائيل وخرقها لاتفاقية الهدنة المصرية الإسرائيلية عام ١٩٤٩ لتبرير مزاعمهم بعدم أحقية مصر في تفتيش السفن المتجهة لإسرائيل أو فرض الحصار عليها. وقد أجاب مندوب الدولة المصرية، أن لمصر الحق في فرض الحصار طبقاً للقانون الدولي وأن الهدنة ليست صلحاً مؤقتاً وأن حالة الحرب بين مصر والدول العربية من جهة وبين إسرائيل من جهة أخرى لاتزال قائمة وأن للدول المتحاربة الحق في فرض الحصار واحتجاز السفن المحايدة التي تحاول فك الحصار، بل إن تفتيش السفن الأجنبية عبر مضيق تيران المتجهة لإسرائيل وإيقافها لهذا الغرض أمر ضروري لسلامة مصر وأمنها.

إن معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية استخدمت في المادة الخامسة في فقرتها الثانية من تلك المعاهدة تعبير طرق الملاحة الدولية ولم تستخدم تعبير المرور العابر وفقاً لما أتت به اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ولا مرية أن النظرة الفاحصة في تلك المعاهدة وملاحقها تكشف النقاب عن أن أطراف المعاهدة ينظرون إلى مياه مضيق تيران بحسبانها جزءاً لا يتجزأ من المياه الإقليمية المصرية.

وبعد أن كوّنت المحكمة قناعتها من خلال هذه الأدلة، قضت أنه ليس في مكنة وزارة الخارجية بخطاب من وزيرها من بعد هذه الأدلة أن تعدّل عن مصرية هاتين الجزيرتين لأي سبب من الأسباب وأياً كانت الدوافع الرامية إليه.

إذ لا خلاف على أن مظاهر سيادة مصر على الجزيرتين قد أخذت صوراً متباينة ومظاهر متعددة وكانت تلك السيادة ثابتة ومستقرة ومستمرة منذ القدم كشف عنه العصر الحديث اعتباراً من ١٩٠٦ حتى الآن ولم يثبت في أية مرحلة من مراحل

التاريخ أن السعودية مارست على تلك الجزيرتين أدنى مظهر من مظاهر السيادة أو كان لها تواجد عسكري أو غيره من أى نوع والقاعدة المستقرة فى ظل القضاء الدولي كمبدأ من المبادئ العامة فى القانون هو مبدأ عدم جواز الادعاء بما يخالف سلوكاً سابقاً - كما أن مبدأ عدم وجود مظاهر منافسة للسيادة يعطى الدولة صاحبة السيادة الفاعلة أهلية كاملة على الإقليم الذى مارست فيه كافة شئون السيادة. ومن خلال ما تقدم قضت المحكمة الإدارية العليا أنه لا ريب أن الجزيرتين وما حولهما من المياه الإقليمية تملك مصر عليهما حقى الملكية والسيادة وأن ممارسة هذه السيادة لم يشبها عرقلة المرور البرئ. وما ترى من تفاوت فى ممارسة مصر سيادتها المذكورة ، فإذا أرجعت الحكومة الطاعنة البصر لتقرأ التاريخ ، فلن ترى من فطور أو إخلال أو تصدع أو شقوق ، ثم إذا أرجعت البصر كرتين فى جميع حقب تاريخ مصر للقول بإنكار سيادتها على الجزيرتين ينقلب إليها البصر خاسئاً وهو حسير .

وأن مصر مارست سيادتها الكاملة على تلك الجزيرتين فى جميع الفترات دون منازع على مسرح الحياة الدولية ، ولم توجد مظاهر منافسة من أية دولة للسيادة المصرية المشروعة على هاتين الجزيرتين .

من حيث أنه وبعد الاستعراض السابق بيانه ، تبين بجلاء ووضوح لا لبس فيه أو غموض أنها مظاهر للسيادة المشروعة لا تتمتع بها سوى دولة ذات سيادة على الجزيرتين، وبهذه المثابة يكون الإجراء الإدارى الذى سمته الحكومة المصرية فى تقرير طعنها اتفاقاً مبدئياً بترسيم الحدود وما نتج عنه من تنازل عن الجزيرتين - أياً كانت المبررات الدافعة إليه - حال كونهما ضمن الإقليم المصرى مخالفاً للدستور والقانون لوروده على حظر دستورى مخاطباً به السلطات الثلاث ، والشعب ذاته، ولانطوائه على خطأ تاريخى جسيم - غير مسبوق - يمس كيان تراب الوطن المملوك للشعب المصرى فى اجياله السابقة وجيله الحالى والأجيال القادمة وليس ملكاً لسلطة من سلطات الدولة ، ولذا فإن الحفاظ عليه والدفاع عنه فريضة محكمة وسنة واجبة ،

فهذا التراب أرتوى على مر الزمان بدماء الشهداء التي تُعين وتُرسِم حدوده ، باق وثابت بحدوده شمالاً وجنوباً، شرقاً وغرباً ، وسلطات الدولة متغيرة ، خاصة وأن التنازل عنه - على النحو المتقدم - سيفقد مصر حقوقها التقليدية على مياهها الإقليمية التي مارسها عبر قرون ، فضلاً عما يشكله من تهديد دائم للأمن القومي المصري، وإضرار بمصالحها الاقتصادية في مياهها الداخلية الإقليمية، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى هذا القضاء وعضدته هذه المحكمة بأدلته وعظمته ورسخت بنيانه وقواعده بما وقع تحت بصرها وبصيرتها من أدلة جازمة قاطعة فإنه يكون قد أصاب وجه الحق وصادف صحيح القانون ملتصقاً بحكمته ، ويكون الطعن عليه خلقياً بالرفض.

٩- التمييز بين الرأي الفقهي والحكم القضائي

في معرض النظر في هذه القضية، تسنى للمحكمة عرضياً وضع الأسس للتمييز بين الرأي الفقهي والحكم القضائي، فهي بعد أن انتهت من القرائن والأدلة حول سيادة مصر على الجزيرتين، لم تجد حرجاً في عرض بعض الآراء الفقهية مبيّنة أن هذه الآراء لا تحوز الحجية التي للحكم القضائي وواضحة حدوداً عملية للفارق بين الفقه والاجتهاد، فاستعرضت المحكمة آراء الفقهاء والعلماء والمفكرين حول سيادة على الجزيرتين، ورأت أنه لزاماً عليها أن تضع الفاصل بين الرأي والحكم، فتلك الآراء لا تفصل في نزاع ولا تنشئ قواعد لأنها اباحات ودراسات للتنظير العلمي، لأن عمل الفقيه ينحصر في استنباط مقاصد وأهداف التشريع ومدى ملائمته للأوضاع التي يهدف إلى تنظيمها وبيان أوجه النقص أو العيب فيها وما يجب أن يكون عليه طبقاً لمستجدات النشاط الاجتماعي والمنظور العلمي والتقدم الحضاري للمجتمع وكلها ليست ملزمة للمشرع أو القاضى، بينما حكم القضاء يفصل فصلاً قاطعاً في نزاع بين المتنازعين بمعنى الفصل في الخصومات حسماً للتداعى وقطعاً للتنازع ، فمهمة القاضى تطبيق القانون على ما يعرض عليه من أنزعة ليجسد الدستور والقانون في

الواقع تحقيقاً للعدل الذى هو قوام الأمر وحليته، وكما قال مونتسكيو "القضاء هو اللسان الناطق للقانون" ، وعلى هذا النحو فحكم القاضى ملزم لمن تحاكم إليه وينفذ حكمه قهراً ، أما آراء الفقهاء فإنها غير ملزمة فى المنازعات بين الخصوم، إذ ليس من شأنه طلب الوثائق والبيانات واستشهاد الشهود واستحلاف أطراف النزاع وتوقيع الغرامات على من يتخلف عن إيداعها، وليس مجلسه مجلس إقرار بخلاف القاضى فى كل ذلك ولأن القاضى شأنه الأناة والتثبت ومن تأنى وتثبت تهيأ له من الصواب ما لا يتهيأ لغيره، ذلك إن حكم القاضى كشف للحقيقة والفارق بينه وبين آراء الفقهاء أن حكم القضاء قوامه الحسم والجزم واليقين وينهى النزاع بألية ملزمة.

١٠- منطوق الحكم

وإذ وقر فى يقين هذه المحكمة - وهى التى تستوى على القمة فى مدارج محاكم مجلس الدولة - واستقر فى عقيدتها أن سيادة مصر على جزيرتى تيران وصنافير مقطوع به بأدلة دامغة استقتها المحكمة من مصادر عدة وممارسات داخلية ودولية شتى قطعت الشك باليقين بأنهما خاضعتان لسيادتها - وحدها دون غيرها - على مدار حقبة من التاريخ طالت وأن دخول الجزيرتين ضمن الإقليم المصرى ما انفك راجحاً يسمو لليقين من وجهين : أولهما : أن سيادة مصر عليهما مقطوع به على ما سلف بيانه، وثانيهما ما وقع تحت بصر المحكمة من مستندات وبراهين وأدلة وخرائط تنطق بإفصاح جهير بوقوعهما ضمن الإقليم المصرى على نحو ما سطرته المحكمة فى أسباب حكمها الأمر الذى يحظر معه على كافة سلطات الدولة بل والشعب ذاته بأمر الدستور إبرام ثمة معاهدة أو اتخاذ إجراء يودى إلى ضمن الإقليم المصرى على نحو ما إبرامها ويكون سبيلاً للتنازل عنهما ويكون من ثم الحكم المطعون فيه فيما قضى به قد صدر مرتكزاً على صحيح حكم القانون والواقع وتقضى المحكمة - والحال كذلك - برفض الطعن المائل.

لهذه الاسباب، حكمت المحكمة بإجماع الآراء : برفض الطعن.

خاتمة:

بعجالةٍ عمدت إلى تلخيص وتسليط الضوء على أبرز حيثيات حكمٍ مؤلفٍ من ٧٠ صفحة، وضعت فيه المحكمة مبادئ جديدة في العلاقة بين الإدارة والقضاء، فالإدارة إذا تخضع للقضاء لا يعني مساواةً بسيادتها، لأن السيادة هي حصراً للشعب فلا سلطة بعد اليوم سيّدة، وإن القضاء يقرر لاعتبارات المصلحة العامة ولظروف العمل المطعون فيه ما إذا كان من المناسب إخراجها من الرقابة حماية لاعتبارات مستمدة من علاقات الدولة الخارجية أو العلاقات الدستورية فيما بينها.

ولكن حتى في ظلّ هذه العلاقات فإن الإدارة لا تملك التصرف كما يحلو لها، فهي ليست بسلطةٍ سيّدة، بل هي سلطة خاضعة للدستور، ولهذا إذا أبرمت اتفاقية دولية تبين أنها تتضمن تنازلاً عن اراضٍ لصالح دولة أخرى، فإن القضاء ليس فقط يبطل عملها ويعلن انعدامه بل يصوّب المسار الإداري ويرشد الإدارة إلى كيفية انطباق أعمالها على القانون، وكان موقف المحكمة صارماً بأن متولي السلطة يذهبون أما الحق والأرض فتبقى وعلى حكم القضاء أن يكون عنواناً للصالح العام لا إرضاءً لصالح أشخاص السلطة، لأن مسايرة القاضي للإدارة سينعكس عليه سلباً إذ ستبدل الإدارة أما حكم القضاء فسيبقى وصمة على جبين متخذه فيما لو كان عنواناً للبطل لا للحق.

القسم الثاني: دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية

- د. محمد عباس محسن، أثر تسليح الوحدات المكونة للإتحاد الفيدرالي على سيادة الدولة الإتحادية .. قراءة في واقع عراقي متغير.
- د بهاء عدنان يحيى السعبري، إعادة بناء التحالفات لمواجهة ظاهرة التطرف.
- د. باخويا دريس، المقاربة القانونية والأمنية لمكافحة الإرهاب في دول المغرب العربي.
- أ. ولد يوسف مولود، الإرهاب الإلكتروني والطرق الحديثة لتكوين التنظيمات الجهادية عبر شبكة الإنترنت.
- أ. الطاهر زحمي، آليات رصد تطبيق الاتفاقيات الإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان.
- أ. برحاييل بودودة أميرة، مكانة القوى الدولية الصاعدة في النظام الدولي الجديد: "إعادة ترتيب التوازن الدولي".

أثر تسليح الوحدات المكونة للإتحاد الفيدرالي على سيادة الدولة الإتحادية .. قراءة في واقع عراقي متغير

د. محمد عباس محسن⁽¹⁾

إن مجمل التدابير والتنظيمات العملية التي تستهدف حماية الدولة، وتشكل التجسيد العملي لنظرية الأمن التي تتبناها أمة من الأمم هي محور دراستنا، حيث ان لكل دولة حق الدفاع عسكرياً عن أرضها وسكانها وشخصيتها الوطنية، وبالتالي فهي تستطيع أن تحدد بحرية نظام دفاعها الوطني وفقاً للإعتبارات السياسية والاستراتيجية التي تراها، شريطة الا يمس هذا النظام القواعد العامة للسلم والأمن الدوليين، وألا يكون قائماً على الغزو والعدوان.

يرتبط هذا المفهوم الحديث للدفاع الوطني بفكرة السيادة الوطنية، إذ ليس للدول ناقصة السيادة دفاع وطني حقيقي، كما في الإتحاد الفيدرالي لأن الدولة الإتحادية (المركز) تتولى الشؤون الدفاعية للدول المنظمة في هذا الاتحاد، ومن جهة أخرى فان تنظيم شؤون الدفاع الوطني في الدولة الحديثة لا يمكن ان يقوم الا على اساس الجيش الوطني.

ويتأثر تنظيم السياسة الدفاعية للدولة تأثيراً عظيماً بعلاقات الدولة الخارجية وخاصة علاقاتها بالاحلاف العسكرية، حيث تقضي أكثر دساتير الدول الحديثة بأن تتولى

⁽¹⁾ باحث في الشؤون الدستورية والسياسية – بغداد/ العراق.

السلطة التنفيذية الاتحادية وضع سياسة الدفاع، ويعتبر رئيس الدولة في النظام الفيدرالي، القائد الاعلى للقوات المسلحة وبالتالي المسؤول عن الدفاع الوطني. وفي اطار مقارنتنا في مدى صلاحية الوحدات المكونة للإتحاد الفيدرالي (الاقاليم او الكانتونات او المحافظات) بتنفيذ السياسة الدفاعية، نحاول ان نرسم انطلاقا منها مبادئ وموجهات نستلخص منها ابعاد رسم وتنفيذ هذه السياسة في مجال الدفاع والامن واشكاليات تنفيذها، فهي مقارنة واقعية عبر دراسة حالة العراق وفقاً للمبادئ العامة للنظام الفيدرالي ومقارنتها بالاتفاقيات الدولية النافذة.

من خلال هذه الورقة نحاول التعبير عن اشكالية الدراسة من خلال معالجة الظروف والصراعات السياسية ذات الصلة وبالتالي التركيز على أهم عناصر الخلاف حول الموضوع، ومحاولة تحليل النصوص ذات الصلة، مع محاولة إجراء مقارنة حول موضوع تسليح الوحدات الفدرالية بشكل مباشر، مع الحالة العراقية.

ويكتسب الموضوع أهميته لما له مساس بالواقع العراقي المتذبذب خاصةً بعد طرح دعوات تسليح اقليم كردستان بشكل مباشر، وبعد إبرام مذكرة تفاهم بين الولايات المتحدة الامريكية واقليم كردستان تسمح لوزارة الدفاع الأمريكية من تقديم دعم مباشر للبيشمركة، وهي اعتبارات من شأنها ان تقوض الاسس السياسية والقانونية لنشوء الاتحاد الفيدرالي وتهدد سلامته وامنه ان لم توظف بشكلها الصحيح.

وعليه تهدف هذه الدراسة الى استعراض الإمكانيات القانونية لتسليح الوحدات المنضوية في الاتحاد الفيدرالي بالاسلحة التقليدية من دون الرجوع الى المركز في ضوء اتفاقية تجارة الاسلحة لعام ٢٠١٤ والمعطيات السياسية للواقع العراقي وما يمكن ان تشكله هذه الخطوة من تهديد لسلامة بقاء الاتحاد الفيدرالي، إذ من الاهمية التعرف الى الاسباب الواقعية التي ابنتت عليها هذه الاتفاقية باحجامها عن حق الوحدات الفيدرالية في سياسة التسليح التقليدية على الرغم من توافر المسوغات القانونية لتسليحها كما تزعم الاخيرة بذلك.

المبحث الاول: الاطار العام لتسليح الوحدات المكونة للاتحاد الفيدرالي في ضوء تجارب الدول المقارنة

الفدرالية نظام سياسي يفترض تنازل عدد من الدول أو مكونات سكانية متنوعة عن صلاحياتها وامتيازاتها واستقلالها لمصلحة سلطة عليا موحدة تمثلها على الساحة الدولية وتكون مرجعها في كل ما يتعلق بالسيادة والأمن القومي والدفاع والسياسة الخارجية، والفيدرالية وفق هذا المفهوم هي نوع من الاتحاد الطوعي بين كيانات سياسية منفصلة أو قوميات وأعراق متباينة قررت العيش ضمن كيان سياسي واحد تحتفظ فيه المكونات الشعبية أو الدول المتحدة بصلاحيات داخلية ضمن حدودها المحلية، على أن تمنح الصلاحيات الأساسية للسلطة الاتحادية في المركز، وتدور كيانات الفدرالية في العالم حول هذا المفهوم وان كانت تختلف فيما بينها في الأسباب والجذور التاريخية ومراحل التشكيل والنتائج.

حيث نشير عند هذه الجزئية إلى نظام سياسي يشمل نوعاً من المشاركة في السلطة، فالحكومة تتألف من نظامين على الأقل، حكومة مركزية أو فيدرالية وكذلك حكومات الوحدات المكونة لها مثل المقاطعات أو الولايات التي تحتفظ بجزء كبير من استقلالها^(١). إذ في النظام الاتحادي يتم تقسيم السلطات في مجتمع ما، بحيث تكون بعض الاختصاصات والسلطات تتم ممارستها بواسطة جهة مركزية واحدة على جميع الاقليم، وتتم ممارسة بقية الاختصاصات بواسطة مراكز إقليمية تتمتع بالاستقلال عن الجهة المركزية في ممارسة هذه السلطات^(٢)، على أن يكون كلا المستويين من مراكز السلطة متعاوناً مع المستوى الآخر وفي نفس الوقت يتمتع بالاستقلال وعدم التبعية في ممارسة السلطة الموكلة اليه.

(١) سيلين أوكلير، الفيدرالية، مبادئها، مرونتها وقصورها، مجلة الاتحادات الفيدرالية، المجلد ٥، عدد خاص، خريف ٢٠٠٥، منتدى الاتحادات الفيدرالية، كندا، ص ٣.
(٢) د. هادف راشد العويس، توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية ألمانيا الاتحادية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الحادي عشر ١٩٩٨، ص ٨٧.

وهنا تكمن الاهداف السياسية للنظام الاتحادي، فهو يوفق بين فكرتين متناقضتين الوحدة والتنوع، فالنظام الاتحادي في سعيه الى تحقيق الاهداف التي قام من أجلها، يلغي الاستقلال الكامل لوحده، لكن دون ان يصل الى درجة إذابتها في محيط الجماعة الجديدة، فهو يؤمن التعايش بين نوعين من المصالح، المصالح العامة لمجموع الجماعة المتحدة والمصالح الذاتية للعناصر المكونة لهذه الجماعة^(١).

تتطلب الديمقراطيات الفدرالية توافر شروط ومقومات وخصائص الوعي الثقافي والسياسي والديمقراطي واحترام سيادة القانون وحقوق الأقليات وعنصر الهوية المشتركة، وعلى ذلك فان عدداً من الأنظمة الفدرالية قد فشلت خاصة في بداية وجودها ذلك إن معظم شعوبها كانت لديهم خبرة قليلة بالديمقراطية أو تاريخ قصير كبلد يشارك فيه الجميع أو شعور ضعيف بهوية مشتركة، وقد فشلت الفدراليات في الاستمرار بسبب عدم رسوخ الديمقراطية بالإضافة إلى عوامل أخرى مثل عدم التوازن الشديد في الوحدات المكونة أو حكومات مركزية ضعيفة وهويات إقليمية أو محلية أقوى من أية هوية وطنية وكان ينظر إليها على أنها غير متناسقة مع تلك الهوية أو معارضة لها^(٢)، وتتميز الأنظمة الفدرالية على الرغم من اختلافاتها المتعددة بعدد من الخصائص المشتركة التي تميزها عن الأنواع الأخرى من الحكومات:

- ١- وجود مستويين أو أكثر من الحكم تضم عناصر من الحكم المشترك من خلال المؤسسات المشتركة والحكم الذاتي الإقليمي في الوحدات المكونة للدولة .
- ٢- تعدد أشكال الدولة الفدرالية من حيث درجة المركزية او اللامركزية والترتيبات المالية وطابع المؤسسات التشريعية والتنفيذية والقضائية.
- ٣- تباين الأسباب الدافعة إلى تكوين الفدراليات.

(١) د.عادل الطبطبائي، الأستقلال الذاتي لولايات الدولة الاتحادية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الرابعة - كانون الثاني ١٩٨٠، ص ٩٢.

(٢) د.عزيز جبر شيال ، النظام الفدرالي ادارة التعددية الاثنية والعرقية ، المجلة السياسية والدولية ، كلية العلوم السياسية ، جامعة بغداد، العدد(٧) ، حزيران ٢٠٠٧، ص ٨.

- ٤- القبول بدرجة معينة من عدم التماثل في العلاقة ما بين الوحدات والأعضاء والحكومات الفدرالية ذاتها.
- ٥- سمو الدستور الفيدرالي.
- ٦- تحديد السلطات الفيدرالية والسلطات المحلية (والإقليمية) في الدستور الفيدرالي^(١).

أولاً: توزيع الاختصاصات في النظام الفيدرالي

تتكون الأنظمة الفدرالية عادة من فئة رئيسية واحدة للوحدات المكونة، يطلق عليها غالباً اسم ولاية أو مقاطعة، وغالباً ما تكون هناك فئات ثانوية أيضاً للاقليم الاقل تطوراً والمناطق الخاصة بالعواصم وكثيراً ما تتطور الاقليم الى وحدات مكونة جديدة وقد قامت بعض الانظمة الفدرالية باضفاء صفة دستورية على حكومات البلديات كمستوى ثالث من الحكم، وقد تشمل تلك الوحدات منطقة العاصمة الوطنية، والمناطق النائية او غير الاهلة بالسكان، والمواقع القبلية الخاصة، او الاقليم عبر البحار وقد تكون لها ترتيبات تمويلية خاصة.

إن القاسم المشترك في جميع الاتحادات الفدرالية هو وجود دوافع قوية للاتحاد لاغراض معينة وفي ذات الوقت وجود دوافع عميقة الجذور لحكومات اقليمية ذاتية الحكم لاغراض اخرى وقد تجلى ذلك في تصميم هذه الاتحادات الفدرالية من خلال توزيع السلطات بين الحكومة الفدرالية لاغراض مشتركة فيما بينها والسلطات الممنوحة لوحدات الحكومة الاقليمية لاغراض متعلقة بالتعبير عن الهوية الاقليمية^(٢). وعملية توزيع الاختصاصات بين السلطات الفيدرالية وسلطات الولايات والطريقة التي تتبعها الدولة في تنظيم هذه العملية تقوم على الاعتبارات السياسية والعملية الخاصة بكل دولة ولا يقتصر على الاعتبارات القانونية وحدها وفي مقدمة هذه الاعتبارات طريقة نشأة الدولة الفيدرالية، أو بعبارة أخرى فان الدولة الفيدرالية التي قامت عن طريق

(١) د. عزيز جبر شبال، النظام الفدرالي ادارة التعددية الاثنية والعرقية، مصدر سابق، ص ٨.

(٢) رونالد. واتس، الانظمة الفدرالية، منتدى الاتحادات الفدرالية، اوتاوا، كندا، ٢٠٠٦، ص ٤.

انضمام عدة دول مستقلة إلى بعضها فإنها تسعى لتضييق اختصاصات السلطات الفيدرالية لان الولايات ترغب في الاحتفاظ بأكبر قدر من الاستقلال وتحرص على ان يكون الجزء المتنازل عنه من الاختصاصات هو القدر الضروري الذي لا ينال كثيراً من استقلالها وهذا على خلاف الدولة الفيدرالية التي نشأت نتيجة تفكك دولة موحدة اذ إنها تتجه نحو توسيع اختصاصات السلطات الفيدرالية، نظرا لانحصار كل السلطات في يدها قبل تفككها وتحولها إلى الاتحاد الفيدرالي^(١).

كما إن اختيار طريقة توزيع الاختصاصات ومداهما يعود إلى مدى رغبة وثقة الأعضاء في الاتحاد وعدم خشيتهم منه حيث لو كان الأعضاء حذرون من سيطرة السلطات الفيدرالية يقوم المشرع الدستوري على تحديد صلاحيات السلطات الفيدرالية وترك ما تبقى للولايات أو على العكس من ذلك تماماً^(٢).

يقصد بنطاق الاختصاصات، المهام التي تمارسها أي مستوى من مستويات السلطات في النظام الفيدرالي وبموجب هذا التحديد يمكن معرفة المهام التي ليست لها حق في ممارستها، وبعبارة أخرى تشمل كمية ومدى الاختصاصات التي تمتلكها أي مستوى من مستويات الحكم في النظام الفيدرالي.

فبعض الاختصاصات السيادية مثل الدفاع والسياسة الدولية والسياسة المالية تتطلب إدارة فيدرالية قوية، ويمكن منح الاختصاصات السيادية الأخرى لسلطات الولايات أو المشاركة فيها بحسب تحديد الدستور الاتحادي لها.

ويبدو إن اغلب الدساتير الفيدرالية تميل إلى تحديد أهم اختصاصات السلطات الفيدرالية على سبيل الحصر، مع وجود قائمة من الاختصاصات المشتركة يمارسها الطرفان بالاشتراك معا وفي حالة تعارض القوانين يكون الأولوية للقانون الفيدرالي،

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري، نظرية الدولة – الحكومة – الحقوق و الحريات العامة، مطبعة السعدني، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١١٧.

(٢) عبد المنعم احمد ابو طيخ، توزيع الاختصاصات في الدولة الفيدرالية، دراسة مقارنة-رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الاكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، ٢٠٠٩، ص ٤١.

حيث توجد اختصاصات سيادية غالباً ما تضعها الدساتير الفيدرالية من ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطة الفيدرالية كالأشؤون الخارجية والمالية وشؤون الدفاع.

ثانياً: شؤون الدفاع في الأنظمة الفيدرالية المقارنة

شكل توزيع السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفق ما يقتضيه الدستور بين الحكومات العامة وحكومات الوحدات المكونة مظهراً أساسياً لا بل محدداً من مظاهر تصميم الاتحادات الفيدرالية وسير عملها، حيث تشير التوجهات فيما يتعلق بتوزيع السلطات في معظم الفدراليات، في مجال الدفاع والتي تعتبر من السلطات المركزية الكلاسيكية للاتحادات الفدرالية وأحياناً يكون هناك دور للوحدة المكونة^(١).

لكن عند إجراء معاينة مهمة لخصائص النظام الفيدرالي في جانب السياسة الدفاعية في أقدم نماذج الأنظمة الفيدرالية المقارنة نجد انه بموجب دستور الولايات المتحدة الأمريكية ١٧٨٧ تختص السلطات الفيدرالية دائماً باختصاص إعلان الحرب وتأليف الجيش ووضع قواعد الإدارة البرية والبحرية وتنظيمها وللكونجرس في الولايات المتحدة الأمريكية تفويض الولايات في رد العدوان على السفن والأخذ بالثأر ويضع البرلمان الفيدرالي القواعد الخاصة بالغانم والمستولى عليها في البر والبحر، حيث تعتبر هذه المهام أكثر مهام السلطات الفيدرالية أهمية^(٢)، وبموجب الدستور الأمريكي يعتبر الرئيس القائد العام للقوات المسلحة، فهو الذي يدير القوات البرية والبحرية والجوية في وقت السلم والحرب، ومن المعلوم أن هذه الصلاحيات تبرز للرئيس في وقت الحرب، ففي حالة الحرب هو الذي يترأس مجلس أركان الحرب ومجلس الدفاع المدني، وبذلك فهو الذي يصدر الأوامر العسكرية التنفيذية ويصادق على قرارات وزير الدفاع ويعين

(١) جورج أندرسون، مقدمة عن الفيدرالية، ماهي الفيدرالية؟ وكيف تنجح في العالم، منتدى الاتحادات الفيدرالية، أوتاوا، كندا، ترجمة مها تكلا، ٢٠٠٧، ص ٢٢.

(٢) هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، ترجمة باسيل يوسف، الناشر بيت الحكمة، العراق، بغداد، ٢٠٠٤، ص ٢١٢.

ويعزل العسكريين... الخ^(١)، أما إعلان الحرب فهو من اختصاصات الكونغرس ، حيث يقدم الرئيس رسالة إلى الكونغرس طالباً فيها بإعلان الحرب^(٢). وطبقاً للنموذج الاندماجي (أو التشابكي) للفدرالية الذي تمثله ألمانيا، فإن مواضيع معينة تكون قاصرة على مستوى معين من مستويي الحكومة (مثل الدفاع للحكومة الفدرالية)، ولكن معظم المواضيع تكون متزامنة حيث تضع الحكومة المركزية تشريعات عامة يمكن للوحدات المكونة تكملتها (دون معارضتها) من خلال التشريعات الخاصة بها^(٣).

وفي الدستور الألماني فإن شؤون الدفاع وتنظيمها تعد من اختصاصات السلطات الفيدرالية بموجب القانون الاساسي لجمهورية المانيا الاتحادية الصادر في ٢٣ أيار ١٩٤٩، وكذلك فإن الدستور الهندي الصادر في ٢٦ تشرين الثاني سنة ١٩٤٩، الذي خص الاتحاد بالدفاع عن الهند، وفي سويسرا تعتبر الحكومة الفيدرالية مسؤولة عن الدفاع الوطني، أما الكانتونات فهي مسؤولة عن جوانب هامة من النظام العام والشرطة، وبالرغم من التحولات التي طرأت خلال المائة وخمسون عاماً الماضية إلا أن المبدأ الرئيسي في توزيع السلطات والمسئوليات يبقى هو "التبعية"؛ أي توكيل الحكومة الفدرالية بالمهام التي تكون هي الجهة الأكثر قدرة على القيام بها مقارنة بالكانتونات، كما أن الحكومة الفيدرالية تستخدم سلطاتها فقط إذا كان هذا الاستخدام أكثر فعالية من استخدام الكانتونات لها وتترك البقية المتبقية للكانتونات^(٤).

(١) د. على يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الاولى، ايتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٤ ص ٢٠٦ .

(٢) كانت رسالة الرئيس (جيمس مادسون) سنة ١٨١١ أول رسالة حرب توجه إلى الكونغرس في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية عندما أشار فيها إلى تحرشات بريطانيا ، أما آخرها فكانت الرسالة التي وجهها الرئيس بوش الابن إلى الكونغرس للحرب على العراق في عام ٢٠٠٣ ، والذي بدأ في نفس العام في ٣/١٨ وانتهت بعد دخول قواتهم العاصمة بغداد في ٩/٤/٢٠٠٣ ينظر، د. هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧ ص ٢٦٦ .

(٣) جورج أندرسون، مقدمة عن الفيدرالية، ماهي الفيدرالية؟ مصدر سابق، ص ٢٠ .

(٤) سارة بايرن وتوماس فليبر، سويسرا: البحث عن توازن بين الحكم المشترك والحكم الذاتي، حوار عالمي حول الفدرالية، منتدى الاتحادات الفدرالية ، سلسلة كتيبات، الجزء الثاني، ترجمة مها بسطامي، اوتاوا - كندا، ٢٠٠٧، ص ٣٩ .

وفي استراليا يمنح الدستور للكومنولث سلطات حصرية في مجال الدفاع والأمر التي تعتبر "من اختصاص الكومنولث"^(١)، ويعترف الدستور نيجيريا الجديد لعام ١٩٩٩ بوجود ثلاث مستويات للحكم وهي الفدرالية والولاية والحكم المحلي، حيث يحتوي الدستور على قائمة حصرية للسلطات المركزية، وتحتوي القائمة الحصرية على ٦٨ عنصراً من ضمنها الدفاع والقيام بمهام الشرطة والعلاقات الخارجية^(٢).

وفي العراق بعد سيطرة مسلحي ما يعرف بتنظيم الدولة الإسلامية على مدينة الموصل ووصولهم على مشارف العاصمة بغداد في حزيران ٢٠١٤، فإن ايجاد حل لمآزق ظهور الدولة الإسلامية في العراق قد يتطلب الامر ان يتم تجهيز القوات الكردية كونها على تماس مباشر مع خط المواجهة مع تنظيم داعش ولكن يتطلب الامر ان يكون التجهيز بصورة صحيحة من دون عواقب ونتائج وخيمة. وتتردد الادارة الامريكية من تقديم مساعدات عسكرية للأكراد مشيرة بذلك الى ان سياستها تتضمن عراق موحد وغير مقسم، حيث تخشى من تقوية اقليم كردستان أن يؤدي الى نزاع مسلح مع الجيش العراقي حول الأراضي المتنازع عليها أو إعلان انفصال الاقليم عن العراق، وبالتالي تغيير السياسة الامريكية نتيجة تحريض الجارة تركيا ضد الدولة الكردية الجديدة^(٣)، ذلك لأن الولايات المتحدة والعديد من حلفائها في المنطقة يشعرون بالقلق من النزعة الانفصالية لأكراد العراق لان ذلك سيدعو الى عدم القدرة على التنبؤ والفوضى، بما في ذلك تأجيج المشاعر الانفصالية المماثلة للسكان الأكراد في الدول المجاورة، وبالتالي المخاطر من انهيار النظام الإقليمي^(٤).

(١) كليمنت ماكنتاير وجون ويليامز، ثورة هادنة في ميزان القوى، منتدى الاتحادات الفدرالية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ٤.

(٢) إيساو اليغوي، نيجيريا: مركزية زائدة عن الحد بعد سنوات من الحكم العسكري، منتدى الاتحادات الفدرالية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٣) Aliza Marcus and Andrew Apostolou, To Save Iraq, Arm the Kurds, The New York Times, OCT. 11, 2015.

(٤) Cale salih & Maria Fantappie, Kurds Need More Than Arms, The New York Times, OCT. 20, 2015. <http://www.nytimes.com/2015/10/21/opinion/kurds-need-more-than-arms.html>

ومما لا شك فيه تعد خطة تسليح الكرد، جريئة وتكاد أن تكون مغامرة دولية تحت ضغط تهديدات المسلحين المتطرفين لتنظيم ما يعرف بالدولة الإسلامية، حيث صرحت المستشارة الألمانية أنغيلا ميركل، أمام البرلمان في سبتمبر ٢٠١٤ إن تسليح البيشمركة خطر على المدى البعيد، لكنه ضروري^(١)، ولكن الحكومة المركزية في بغداد، كانت دائماً تعارض ذلك^(٢)، كما أن جهود دمج قوات البيشمركة مع منظومة الدفاع الاتحادية العراقية منيت بالفشل في السنوات العشر الماضية، ما جعل نظام التسليح الوطني متفاوتاً بين بغداد وأربيل.

يعوّل الكرد على زخم التدريب والتسليح من أجل تحقيق المزيد من التقدم في مناطق ذات غالبية سكانية كردية، لكن الآمال الكردية بالتغلب على المخاوف الكبيرة من «داعش»، تنتظرها مخاطر محلية تتعلق أساساً بالتوازن الحزبي السياسي في كردستان، وفي الحقيقة، أن الاستقرار المعهود في الإقليم قائم على ما يمكن تسميته بالتوازن الهش بين مصالح القوى الرئيسة: الاتحاد الوطني الكردستاني، والحزب الديمقراطي الكردستاني إلى جانب صعود قوة ثالثة وهي «التغيير» التي يتزعمها نوشيراون مصطفى.

وبالنسبة الى التسليح، فإن سياسيين كرد يقولون أن التسليح صار حكراً على حزب البارزاني، الذي يتحكم بآليات وحصص توزيع السلاح، ولا بد من الإشارة إلى أن التوازن الحزبي، يغطي إلى حد بعيد حجم الانقسام في الإقليم، فهناك إدارات مختلفة، وأيضاً بيشمركة مختلفة تتحرك وفقاً لسياسات أحزابها.

ولا يمكننا تجاهل ان تسليح البيشمركة قد يشكل خطراً على كردستان في المستقبل، حيث هناك تفاوت كبير في التجهيز بين أربيل والسليمانية، ما يعني أن الخلل بين

(1) Merkel defends decision to arm Iraqi Kurds with German weapons, Global Europe , News. <https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/merkel-defends-decision-to-arm-iraqi-kurds-with-german-weapons>.

(2) Ali Al Sarail, 'Do you turn the Western arms «time bomb» in the Kurdistan region? October 8, 2014. <http://www.al-monitor.com/pulse/security/2014/10/iraqi-kurds-weapons-islamic-state.html> .

الحزبين الكرديين يهدد مستقبل المنطقة الكردية . ولقد بادرت دول أوروبية مختلفة إلى توفير معدات غير قاتلة في أعقاب البيان الذي صدر عن الاتحاد الأوروبي في ٩ أيلول ٢٠١٤ والذي ذكر أن الدول الأعضاء في "الاتحاد" حرة في اتباع السياسات الوطنية الخاصة بها حول تسليح أكراد العراق، حيث تشكل المملكة المتحدة وفرنسا وألمانيا وإيطاليا الجهات المانحة الرئيسية. ومع ذلك، أكدت حالة ألمانيا أن هناك حدود لهذا النوع من التعاون الأمني مع كيان يمثل دولة فرعية مثل كردستان العراق ثم أحجمت عن تقديم الأسلحة مباشرة إلى كردستان العراق دون قيام رخصة استيراد صادرة عن الحكومة العراقية المركزية في بغداد^(١)، التي تستشعر القلق في استخدام إقليم كردستان للقدرات المتطورة المضادة للدبابات لتحويل التوازن العسكري الداخلي في العراق ضد الحكومة الاتحادية، الأمر الذي يعزز من طموحات الأكراد في الاستقلال عن العراق.

وبخصوص هذه العلاقة القائمة على الشك، لا يسعنا سوى القول بأن النظام الاتحادي الناجح هو الذي يوفق بين فكرة الوحدة وفكرة الاستقلال، أي بين الحاجات والمصالح المشتركة لعموم الدولة الاتحادية وبين الطموحات والرغبات المحلية، ولا مانع من اللجوء إلى تسليح الوحدات المكونة للاتحاد الفيدرالي بشرط أن تكون الآلية من خلال الحكومة المركزية أو إذا لم تستطع الحكومة المركزية من إيفاء التزاماتها الفيدرالية بالتسليح إذا كان هنالك خطر محقق بالوحدة المنضوية للاتحاد الفيدرالي يهدد أمنها وسلامتها الإقليمية.

إن الآثار المترتبة على تسليح الوحدات المكونة للدولة الفيدرالية في ضوء التجارب الفيدرالية وإنعكاسات التجربة العراقية التي تمر بمآزق يشبه عنق الزجاجة في حالة الاخفاق في وضع استراتيجية للتعامل مع تبعات تسليح الكيانات داخل الدولة العراقية

(1) Michael Knights, Divided Forces in Iraq, The Washington Institute improving the quality of U.S Middle East policy, October 9, 2014.
<http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/divided-forces-in-iraq>

مع ادعاء الدول الغربية التي تقدم المساعدات العسكرية لأكراد العراق في مواجهة الهجوم الذي شنته تنظيم الدولة الاسلامية أنها تدعم وحدة العراق، وهذه الاثار يمكن تلخيصها بالاتي:

- ١- القلق من ان يكون تسليح الوحدات الفرعية للاتحاد الفيدرالي وسيلة لتحويل التوازن العسكري ضد الحكومة الاتحادية وبقية الاقاليم والمحافظات المنظرية تحت هذا الاتحاد مما يهدد سلامة النظام السياسي.
- ٢- الحاجة الى رؤية يُبنى عليها من أجل تحويل القوات الكردية إلى مؤسسة رسمية موحدة، على الرغم من أن البشمركة تحت إمرة رئيس حكومة إقليم كردستان، الا ان الواقع الفعلي يشير الى انها اثنتين، القوات المسلحة النظامية والميليشيات الحزبية المستقلة، وكلى القوتين تخلص إلى حد كبير لحزبهما، وليس لحكومة الإقليم^(١).
- ٣- إن الأحزاب الكردية اصبحت أكثر، اعتماداً على تحالفاتها مع تركيا وإيران منذ ظهور تنظيم الدولة. كما أن تركيا لم تعلن أنها مستعدة لدعم الدولة الناشئة أو الاعتراف بها، بل أكدت على الدوام على أنها ترغب في المحافظة على وحدة العراق.
- ٤- الممارسة الواقعية للدول الغربية في تقديم الأسلحة للأكراد من خلال بغداد وتشجيع الجانبين على تسوية نزاعاتهما العالقة حول صادرات وإيرادات النفط ستبقي الإقليم الكردي داخل العراق.
- ٥- إن إقرار تسليح الوحدات المكونة للدولة الفدرالية يمكن أن يؤدي الى زيادة حركات الانفصال لأن من شأنه ان يقوي الوحدات الفيدرالية على حساب المركز كونها تمتلك مقومات الاستقلال.

(1) Lazar Berman, The Status of Western Military Aid to Kurdish Peshmerga Forces, Institute for Contemporary Affairs Founded jointly with the Wechsler Family Foundation, Vol. 15, No. 14 May 11, 2015 .

٦- بالامكان القبول بالمساعدات العسكرية للمكونات الفرعية اذا كانت تواجه خطر محقق يهدد امنها وسلامتها الاقليمية مع عجز الحكومة الاتحادية عن تقديم المساعدات العسكرية اللازمة ،مع لحاظ ان تكون هذه المساعدات تمر عبر القنوات الاتحادية وبصورة محددة ومتوازنة وخاضعة للرقابة الاتحادية .

المبحث الثاني: شؤون الدفاع في النظام السياسي العراقي

إن فكرة تطبيق النظام الفيدرالي في العراق بدأت تطفو إلى السطح في منتصف تسعينيات القرن الماضي عندما اتفقت أطراف المعارضة العراقية لنظام صدام في مؤتمراتها التي عقدتها في لندن وكردستان العراق، على إمكانية إقامة دولة فيدرالية في العراق بعد إسقاط حكومة صدام، حيث ترى إن استقرار العراق سياسياً لا يكون إلا بمنح المزيد من الصلاحيات للسكان المحليين ليتمكنوا من إدارة شؤونهم بحرية بعيداً عن الإشراف المباشر للسلطة المركزية، وقد نجحت جهود الأطراف والقوى السياسية المتفقة على تطبيق النظام الفيدرالي في العراق في صياغة الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ بطريقة تضمنت الحق في تشكيل الأقاليم وتطبيق النظام الفيدرالي في العراق^(١).

إن المتأمل في واقع النظام السياسي العراقي يكشف له الستار عن بعض الصعوبات والمعوقات في تطبيق النظام الفيدرالي في العراق، ولعل من أبرز هذه المعوقات:

١- حداثة مفهوم النظام الفيدرالي الذي يثير مخاوف التقسيم أكثر منها مفهوم الإتحاد.

٢- إن معالم النظام الفيدرالي المناسب للتطبيق في العراق تكاد تكون غامضة وغير واضحة، وذلك بسبب تعقيدات العملية السياسية التي مازالت تعاني من أزمات متتالية، وأجواء عدم الثقة السائدة بين مكونات الشعب العراقي، الأمر الذي يثير

(١) المواد (١، ١١٦، ١١٩) من الدستور ، والمادة (٢) من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بالإجراءات التنفيذية الخاصة بتكوين الأقاليم .

تساؤلات عديدة عن شكل النظام الفيدرالي الصالح للعراق وفيما إذا كان يستند إلى أساس قومي أو طائفي أو جغرافي أو إداري.

٣- غياب العوامل اللازمة لنجاح النظام الفيدرالي في العراق، فغياب الاستقرار الأمني والسياسي، ووجود نزاعات ومشاكل حدودية وإدارية فيما بين المحافظات العراقية، وعدم وجود رؤية واضحة ومحكمة لكيفية إدارة الأقاليم المقترحة، وطريقة توزيع الصلاحيات فيما بين الحكومة الاتحادية والحكومات المحلية، كل ذلك جعل مجرد التفكير في إقامة النظام الفيدرالي بمثابة السير إلى المجهول.

٤- الظروف الإقليمية والدولية التي تحيط بالعراق، فضلا عن حجم التأثير الأمريكي في مجريات القرار السياسي العراقي، حيث تنعكس هذه الظروف بشكل خطير على مقومات الوحدة، كما ان ضعف الحكومة المركزية وعدم فعالية مؤسساتها وعجزها عن بسط سلطتها على كل الأقاليم المحتملة التشكيل، مع وجود النزعات الانفصالية لدى بعض الأطراف العراقية، يخلق صعوبة في تطبيق الفيدرالية بصورة تضمن تحقيق التوازن في الصلاحيات والسلطات بين الحكومة المركزية والأقاليم وما سيحدث هو تطبيق فيدرالية هشة وضعيفة لا تمتلك فيها الحكومة الاتحادية مقومات الدولة خاصة الدفاع والخارجية والمالية والأمن.

إن شؤون الدفاع في النظام الفيدرالي العراقي حُددت ضمن الاختصاصات الفيدرالية والتي تشمل بالإضافة إلى ذلك اختصاص وضع سياسة الأمن الوطني وتنفيذها بما في ذلك إنشاء قوات مسلحة وإدارتها وخضوعها للسيطرة المدنية، دون التدخل في الشؤون السياسية^(١)، حيث يمارس رئيس مجلس الوزراء صلاحيات مهمة، فهو المسؤول التنفيذي المباشر عن السياسة العامة للدولة، والقائد العام للقوات المسلحة^(٢)، ومن صلاحياته التوصية الى مجلس النواب بالموافقة على تعيين رئيس اركان الجيش

^١ - المادة (٩/أ/١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

^٢ - المادة (٧٨) من الدستور العراقي .

ومعاونيه، ومن هم بمنصب قائد فرقة فما فوق، ورئيس جهاز المخابرات الوطني، ورؤساء الأجهزة الامنية.

وكان البند(ثانيا) من المادة (١١٠) من دستور جمهورية العراق واضحاً في منح الصلاحية الحصرية للسلطات الاتحادية بوضع سياسة الامن الوطني وتنفيذها، بما في ذلك انشاء قوات مسلحة وادارتها، لتأمين حماية وضمان امن حدود العراق، والدفاع عنه".

والسؤال الذي يطرح نفسه عند هذه الجزئية هل تمتلك الوحدات المكونة للاتحاد الفيدرالي مهام السياسة الدفاعية بدلاً عن الحكومة الاتحادية؟

أجابت المادة(٥/١٢١) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، عن هذا التساؤل مانحةً القوات المسلحة المحلية مهمة الحفاظ على الأمن الداخلي، على الرغم من أن هذه القوات المسلحة لم يشر اليها النص صراحة في المادة اعلاه ، كما تختص حكومة الاقليم بكل ما تتطلبه إدارة الاقليم، وبوجه خاص انشاء وتنظيم قوى الامن الداخلي للاقليم كالشرطة والامن وحرس الاقليم.

لكن هذا لا يعني بأن لا يوجد بعض الغموض والتعارض بشأن الوضع القانوني لقوات البيشمركة في القانون العراقي وإمكانية افتراض تسليحها بشكل مباشر او ادارتها لملف السياسة الدفاعية؟

لقد حظرت المادة (٩/اولا/ب) من الدستور تكوين ميليشيات عسكرية خارج اطار القوات المسلحة، لذا فإن وزارتي الدفاع والداخلية لهما حصراً سلطة إستيراد الأسلحة من الخارج، بموجب القانون العراقي^(١).

أما البيشمركة فهي مؤسسة أمنية بموجب القانون العراقي، ولا يتجاوز تكييفها على أنها قوات مسلحة ذات صبغة شبه نظامية لكنها ليست جزء من القوات المسلحة

(1) J. Devigne, "Iraq on cilable differences: The political nature of the Peshmerga", NIMEP Insights, 2011. See also, 'Kurds in N. Iraq Receive Arms From Bulgaria', Washington Post, 23 November 2008.

الحكومية، لأنها غير مرتبطة بالقائد العام للقوات المسلحة، وذات المفهوم ينسحب على المكونات الاثنية او القومية او الطائفية بالعراق من حيث اللجوء الى تسليحها بصورة مباشرة بمعزل عن الحكومة الاتحادية ،حيث يمكن الادعاء أن هناك حظراً عاماً بموجب القانون الدولي ضد توريد الأسلحة إلى الجهات غير الحكومية الرسمية بموجب معاهدة تجارة الأسلحة لعام ٢٠١٤^(١).

أولاً: مذكرة التفاهم بين وزارة الدفاع الامريكية واقليم كردستان

دفع النزاع المسلح في العراق إقليم كردستان إلى تبني سياسات اقتصادية وأمنية "كردية محضة" خارج النزاع الدائر في العراق والمنطقة مما انعكس على طبيعة مستقبل العلاقة مع العراق والحكومة المركزية في بغداد؛ وسيطرت على المناطق المختلف عليها بخاصة في كركوك، كما استمرت حكومة الإقليم في بيع النفط المنتج فيه بمعزل عن الحكومة الاتحادية، بما يتيح لها إدارة الإقليم بصورة مستقلة بالكامل قبل أن يبدأ الحديث عن استفتاء سكاني بشأن مصير الإقليم^(٢). ليستكمل الاستعدادات لتحويل الاستقلال الفعلي إلى استقلال أو شبه استقلال قانوني، ومن مقومات هذا الاستقلال هي سياسة التسلح الدفاعية والهجومية لقوات البيشمركة التي أبرمتها حكومة اقليم كردستان مع بعض الدول لغرض تسليح قوات البيشمركة بالسلح وان كانت الاسباب المصرح بها من ابرام مثل هكذا اتفاقيات هي لمحاربة تنظيم "داعش".

(١) معاهدة تجارة الأسلحة هي مشروع معاهدة لتنظيم التجارة الدولية للأسلحة التقليدية، وقد تم التفاوض على المعاهدة في مؤتمر عالمي تحت رعاية الأمم المتحدة في ٢٧ يوليو ٢٠١٢ في نيويورك، حيث لم يتمكن المؤتمر من التوصل إلى إجماع حول النص النهائي، ولذا تم عقد لقاء جديد للمؤتمر في ٢٨ مارس ٢٠١٣، والذي فشل أيضاً، فقرر تحويل المعاهدة للتصويت في الجمعية العامة للأمم المتحدة، لأن إقرارها في الجمعية العامة يحتاج إلى ثلثي الأصوات، وفي ٢ أبريل ٢٠١٣ وافق ١٥٤ من أصل ١٩٣ من الدول الأعضاء في الجمعية العامة للأمم المتحدة على نص المعاهدة وامتنع ٢٣ عضواً عن التصويت وعارضت ثلاث دول الصياغة الحالية للمعاهدة، حيث وقعت أول ٦٦ دولة على المعاهدة في ٣ يونيو ٢٠١٣، وبعد أن صادقت عليها الدولة الخمسون المطلوبة في أيلول ٢٠١٤، دخلت حيز التنفيذ في ٢٤ كانون الأول ٢٠١٤.

(٢) إقليم كردستان العراق... هل هي سياسة فرض الأمر الواقع؟ المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، وحدة تحليل السياسات، ١٥ يوليو، ٢٠١٤.

ومن الجدير بالذكر أنّ السياسة التركية لحزب العدالة والتنمية تبدي تفهماً، بل موافقة مبطنة على خطوات حكومة الإقليم، ومع أنّها لا توافق على فكرة الدولة، فهي تدعم تصرّف الإقليم بوصفه دولة أمر واقع، ومن غير المستبعد أن ترى في الإقليم متنفساً للمشاعر القومية الكردية، فلا مانع لديها أن يجري ذلك في العراق، وعلى حساب وحدته الإقليمية. لذا كانت سياسة التسليح التي ينتهجها الإقليم تمثل سياسة الأمر الواقع وبخاصة بعد أحداث الموصل كعلامة بارزة لإستراتيجيته في التعامل مع العملية السياسية في العراق والتحدّي الأمني الذي يواجهه الإقليم من قبل ما يعرف بتنظيم الدولة الإسلامية مع استمرار الوضع العراقي المفتت كما هو عليه.

وبتاريخ ١٢ تموز ٢٠١٦ وقّعت الولايات المتحدة مذكرة تفاهم مع «حكومة إقليم كردستان» بشأن التعاون العسكري بين الولايات المتحدة والأكراد في المرحلة المقبلة من الحرب ضد تنظيم الدولة الإسلامية، حيث وقد وقّع على الاتفاقية من الجانب الكردي القائم بأعمال وزير شؤون البيشمركة كريم سنجاري، في حين مثّلت الجانب الأمريكي القائمة بأعمال مساعد وزير الدفاع لشؤون الأمن الدولي إيلسا سلوتكين، وفي أعقاب الاتفاق اجتمعت القيادة الكردية مع قائد القيادة المركزية الأمريكية الجنرال جوزيف فوثل في ١٤ تموز، وتلت ذلك قيام وزير الدفاع الأمريكي آش كاتر بزيارة إلى أربيل في ٢٤ تموز. وتعود أهمية هذه الخطوة إلى أن الزعماء الأكراد غالباً ما اشتكوا من أن الولايات المتحدة تفضّل تسليح جيش الحكومة الاتحادية العراقية وتجهيزه بدلاً من البيشمركة. بموجب هذا الاتفاق تقدّم مساعدات أمريكية جديدة إلى وزارة شؤون البيشمركة، وعلى الرغم من أن «حكومة إقليم كردستان» قد طلبت ١٩٧ مليون دولار شهرياً لتغطية نفقات الحرب المتزايدة، إلا أن البنتاغون عمد إلى ترشيد هذا المبلغ وتخفيضه إلى ٦٠ مليون دولار^(١).

(1) Michael Knights, the U.S., the Peshmerga, and Mosul, The Washington Institute for Near East Policy.
<http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/the-u.s.-the-peshmerga-and-mosul> .

إن اقرار توريد الاسلحة وان كانت تحت غطاء محاربة داعش الا ان ذلك من شأنه ان يعزز روح الانفصال ويزيد من وتيرته لدى الاقليم بعد ضمان ترسانة عسكرية متكاملة، او انه يعتبر الحلقة الاولى من سلسلة مشروع الاعتراف بالدولة الكردية من قبل الولايات المتحدة والدول الاوروبية .

وقد صدر توضيح عن مديرية اعلام وزارة الدفاع العراقية بتاريخ ٢٢ تموز ٢٠١٦ فيما يخص مذكرة التفاهم بين وزارة الدفاع الأمريكية ووزارة البيشمركة في إقليم كردستان لشروط المساعدة في رواتب البيشمركة بمبلغ ٤١٥ مليون دولار، حيث بيّنت وزارة الدفاع إن ما تم توقيعه بين وزارة الدفاع الأمريكية ووزارة البيشمركة في إقليم كردستان ليست اتفاقية بل هي مذكرة تفاهم لشروط تقديم مساعدة أمريكية لرواتب البيشمركة. كما أشار توضيح الوزارة آنفاً أن المذكرة لا تتضمن إي وجود لقواعد عسكرية للجانب الأمريكي أو التحالف الدولي إطلاقاً أو إي سيادي آخر الذي هو حصراً من صلاحية حكومة جمهورية العراق الاتحادية^(١).

أبرز ما تضمنته مذكرة التفاهم ما يأتي:

- زيادة عدد أفراد البيشمركة المتواجدين في الخطوط الدفاعية الأمامية.
- توفير قوات متحركة للمساعدة في عمليات تحرير نينوى.
- إسناد التحالف الدولي في تدريب وتسليح عناصر الحشد داخل أراضي كردستان.
- التعاون الكامل والتنسيق مع الحكومة العراقية في عمليات تحرير نينوى.
- إسناد وتمكين زيادة مؤقتة لقوات التحالف الدولي في كردستان العراق لعمليات تحرير نينوى وبضمنها استخدام اراضي في كردستان العراق بصورة مؤقتة (بعد استحصال موافقة الحكومة العراقية) .
- انسحاب قوات البيشمركة وقوات الاقليم الاخرى من المناطق المحررة في عمليات نينوى حسب جدول زمني تقره الحكومة العراقية.

^(١)<https://www.mod.mil.iq/index.php?name=News&file=article&sid=3470> .

بعيدا عن توضيح وزارة الدفاع انفا فان توقيع الولايات المتحدة مذكرة التفاهم العسكرية مع حكومة إقليم كردستان تعتبر خطوة بانتهاك سيادة العراق باعتبار ان هذه المذكرة لا تقتصر على توريد الاسلحة وانما قد تكون مبررا وغطاء لإقامة عدة قواعد عسكرية في العراق، حيث تم توقيع المذكرة دون ابلاغ الحكومة العراقية والحصول على موافقتها.

ولنا ان تسأل ان كيف سيكون موقف الحكومة الاتحادية لو تم ابرام مذكرات تفاهم من قبل الوحدات المكونة للاتحاد الفيدرالي غير حكومة إقليم كردستان، حيث سيكون هذا الوضع شاذا للنظام الفيدرالي وستكون دول وكيانات مستقلة عسكريا ضمن نظام اتحادي واهي البنيان ومجرد من محتواه ومضمونه.

وقد ذهب البروفيسور جورج جوف الخبير في شؤون الشرق الأوسط في جامعة كامبريدج عندما سئل من قبل قناة العربية ما اذا كان هذا الاتفاق سيغضب بغداد، اكد "أنه هجوم على سيادة العراق، ولكن بغداد لا يمكنها ان تعترض على ذلك"⁽¹⁾.

ثالثاً: السياسة الدولية في مجال تسليح الدول وفق معاهدة تجارة الاسلحة لعام ٢٠١٤
لم تحظر معاهدة تجارة الاسلحة لعام ٢٠١٤ صراحة لنقل الاسلحة إلى الجهات غير الحكومية، مع ذلك فإن هذا النقل يشكّل انتهاكاً لميثاق الأمم المتحدة قد يوجب أعمال الفصل السابع إذا كان للناقل علم بأن الاسلحة سوف يتم استخدامها في ارتكاب جرائم إبادة جماعية، أو جرائم ضد الإنسانية، أو انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف، أو هجمات ضد المدنيين أو جرائم حرب أخرى⁽²⁾.

⁽¹⁾ <http://1001iraqithoughts.com/2016/07/29/us-conditions-military-aid-to-peshmerga-on-cooperation-with-baghdad/>

⁽²⁾ Ben Smith, Jon Lunn and Rob Page, UK arms transfers to the Peshmerga in Iraqi Kurdistan, International Affairs and Defense Section, House of Commons Commission - UK Parliament, 18 August 2014, p.2.

وهذا ما اكدته المادة (٥) من الاتفاقية التي نصّت على أن تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة لتنفيذ أحكام هذه المعاهدة، وتعين السلطات الوطنية المختصة كي يكون لها نظام وطني للمراقبة يتسم بالفعالية والشفافية لتنظيم النقل الدولي للأسلحة التقليدية، كما تعيّن كل دولة طرف جهة اتصال وطنية واحدة أو أكثر لتبادل المعلومات بشأن المسائل المتعلقة بتنفيذ هذه المعاهدة^(١)، وأقرّت المادة (٦) من الاتفاقية الاعمال المحظورة بنصها على "لا تأذن الدولة الطرف بأي عملية لنقل أسلحة تقليدية إذا كان من شأن هذا النقل أن ينتهك الالتزامات الواقعة على عاتق الدولة الطرف"^(٢) بموجب تدابير اتخذها مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة وهو يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، لا سيما تدابير حظر توريد الأسلحة، أو إذا كان من شأن هذا النقل أن ينتهك التزامات دولية تقع على عاتق الدولة الطرف بموجب اتفاقات دولية تكون الدولة طرفاً فيها، ولا سيما الاتفاقات المتعلقة بنقل الأسلحة التقليدية أو الاتجار بها بصورة غير مشروعة، أو إذا كانت على علم وقت النظر في الإذن بأن الأسلحة أو الأصناف ستستخدم في ارتكاب جريمة إبادة جماعية، أو جرائم ضد الإنسانية، أو جرائم حرب، أو مخالفات جسيمة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، أو هجمات موجهة ضد أهداف مدنية أو ضد مدنيين يتمتعون بالحماية بتلك الصفة، أو جرائم حرب أخرى على النحو الوارد تعريفه في الاتفاقات الدولية التي تكون طرفاً فيها.

وإذا كان التصدير غير محظور بموجب المادة (٦) اعلاه يتعيّن على الدولة الطرف المصدّرة وقبل أن تمنح الإذن بتصدير الأسلحة التقليدية في إطار ولايتها وبموجب نظام رقابتها الوطني، أن تقوم، مع مراعاة العوامل ذات الصلة، بما فيها المعلومات

(١) <https://unoda-web.s3-accelerate.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/06/3.pdf>.

(٢) تشير الاتفاقية اعلاه الى مفهوم الدولة وليس الى الوحدات المكونة لها خاصة ان الحكومة الاتحادية تمثل الدولة الفيدرالية في مجال السياسة الخارجية وليس الوحدات المكونة لها .

المقدمة من الدولة المستوردة بتقييم احتمال ما إذا كانت الأسلحة أو الأصناف التقليدية (المادة ٧):

أ- ستساهم في توطيد السلام والأمن أو في تقويضهما؛

(ب) يمكن أن تُستخدم في ما يلي :

- ١- ارتكاب انتهاك جسيم للقانون الدولي الإنساني أو تيسير ارتكابه؛
- ٢- ارتكاب انتهاك جسيم للقانون الدولي لحقوق الإنسان أو تيسير ارتكابه؛
- ٣- ارتكاب عمل يشكل جريمة بموجب الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية ذات الصلة بالإرهاب والتي تكون الدولة المصدرة طرفاً فيها، أو تيسير ارتكاب هذا العمل؛
- ٤- ارتكاب أو تيسير ارتكاب عمل يشكل جريمة بموجب الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، التي تكون الدولة المصدرة طرفاً فيها .

كما ان المادة(٨) من الاتفاقية اشارت الى الدولة الطرف في الاتفاقية والمستوردة وفق قوانينها الوطنية ولم تشر الى الوحدات او المكونات المدرج ضمن هذه الدولة الطرف. والمهم في هذا المقام ما ورد في ديباجة الاتفاقية بنصها على ان الدول الاطراف في هذه المعاهدة إذ تعترف بمصالح الدول السياسية والأمنية والاقتصادية والتجارية المشروعة في التجارة الدولية في الأسلحة التقليدية، وإذ تؤكد من جديد الحق السيادي لكل دولة في تنظيم ومراقبة الأسلحة التقليدية حصرياً داخل الإقليم التابع لها، عملاً بالنظام القانوني أو الدستوري الخاص بها .

كما جاء ايضاً في ديباجة الاتفاقية حرص الدول الاعضاء بالامتناع في علاقاتها الدولية عن التهديد باستخدام القوة أو استخدامها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأي دولة، أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة وفقاً للمادة (٤/٢) من ميثاق الأمم المتحدة، وعدم التدخل في الأمور التي تقع بالضرورة ضمن الولاية الداخلية لأي دولة، وفقاً للمادة (٧/٢) من ميثاق الأمم المتحدة، كذلك ينبغي أن تعكس معاهدة تجارة الأسلحة الواجب الذي يترتب على الدول بموجب ميثاق الأمم المتحدة إحترام سيادة الوطنية للدول من خلال الالتزام بالسياسة الدفاعية التي تقع

حصراً على السلطات الاتحادية دون غيرها من دون ان تمنح هذه الصلاحية الى الوحدات المندرجة ضمن إطار الدولة أو لأحدى مكوناتها .

ولقد حذّر تقرير⁽¹⁾ صدر عن مجموعة الازمات الدولية ICG في ١٢ آيار ٢٠١٥ من نتائج قيام دول غربية بتسليح اقليم كردستان الذي وصفه التقرير بأنه لا يمثل دولة ويشكل جزءاً من بلد طالما اعلنت الولايات المتحدة تأييدها لوحدة. لاحظ التقرير أن هذا التسليح يساهم في تعزيز الرغبة الانفصالية لدى الاقليم وفي تعميق التوترات بين الاكراد انفسهم من جهة وبين الاكراد وغير الاكراد في المناطق المتنازع عليها من جهة اخرى، كما يسهم في خلق توترات جديدة، هذا الوضع يشجع الاكراد ايضا على الاستحواذ على اراض وموارد يدعون انها من حقهم وهو ما يزيد من تدهور العلاقات مع السنة ومع العرب بشكل عام ومع الحكومة المركزية في بغداد.

لقد هزعت الدول الغربية بعد هجمات داعش في حزيران عام ٢٠١٤ الى تقديم مساعدات عسكرية لاقليم كردستان لمواجهة مسلحي التنظيم غير ان هذه الدول بدأت بعد ذلك واعتباراً من آب من عام ٢٠١٤ بتسليم مساعداتها العسكرية الى الاقليم بعد موافقة مسبقة من بغداد ، الا انه على الرغم من ذلك أرسلت الدول المانحة شحنات اسلحة دون اي تنسيق مع بغداد، مع الاشارة الى عدم فرض اي شروط بشأن استخدام هذه الاسلحة وتوزيعها، ولذا كانت النتيجة الطبيعية والسير العادي للأمر في الاقليم استحواذ الحزب الديمقراطي الكردستاني على الجزء الاكبر من هذه المساعدات وهو ما دفع الاتحاد الوطني الى اللجوء الى مساعدات ايران العسكرية اضافة الى التحالف مع حزب العمال الكردستاني(Kurdistan Workers' Party) مع وجود المبررات السياسية لهذا الصراع حول التسليح ظهر ما يمكن تسميته بالحرب الباردة في سباق

⁽¹⁾<http://www.crisisgroup.org/en/regions/middle-east-north-africa/iraq-iran-gulf/iraq/158-arming-iraq-s-kurds-fighting-is-inviting-conflict.aspx?ReturnID={B1BF42AF-CE7D-4512-80C2-196C407952ED}> .

التسلح في الاقليم من دون مبررات قانونية لذلك، اصف الى ذلك عدم اظهار الحزين الحاكمين (الاتحاد الوطني والديمقراطي الكوردستاني) اي رغبة في توزيع الادوار والتنسيق وتنفيذ عمليات مشتركة منسقة في المعارك ضد داعش. ان مباشرة تسليح الأكراد، دون المرور عبر بغداد لأول مرة، يعزز النزعة الانفصالية الكردية التي سعت الدول الغربية دائماً الى إحتواءها حيث تشعر بالقلق من التأثير الإقليمي من تقسيم العراق على أثر استقلال كردستان الذي يلقي بظلاله على استقرار تركيا وإيران ، والتي لها أيضا أقليات كردية كبيرة، ولقد تفوق هذا القلق الاستراتيجي على الضرورات المطروحة على المدى القصير لوقف زحف تنظيم الدولة الاسلامية والحفاظ على كردستان كملاذٍ آمن لمئات الآلاف من النازحين العراقيين والمهجرين السوريين.

خاتمة

اضطرت الأنظمة الفيدرالية على صعيد المفهوم والواقع في ترك إدارة شؤونها الخارجية للاتحاد وحده، إذ منحت هذه دساتير السلطة الإتحادية حق إعلان الحرب وإبرام المعاهدات بما فيها صفقات التسليح ، حيث لا يكون في مواجهة العالم الخارجي إلا شخص دولي واحد يتعامل مع الدول الأجنبية وهي الدولة الإتحادية، وهذا يتفق مع المنطق حيث إن هذه الدولة الإتحادية وحدها التي يخاطبها القانون الدولي وهي الخاضعة لإحكامه مباشرة، وبذلك فإن ممارسة العلاقات مع الدول الأجنبية والمنظمات الدولية تكون من أختصاص الإتحاد.

وبالتالي نصل الى نتيجة مؤداها بان اثر تسليح الوحدات المكونة للإتحاد الفيدرالي من شأنها ان تزعزع وجود الاتحاد واستقراره بل من شأنه ان يناقض الاسباب والدوافع التي أنشئ الاتحاد من اجلها، حيث تشكل مبادئ السياسة الدفاعية للإتحاد الفيدرالي ومعاهدة تجارة الأسلحة رؤية شاملة مبنية على المبادئ ذات الصلة من القانون والمعايير الدولية كحجر أساس لجهود عالمي يسعى إلى منع عمليات النقل او التسليح

غير القانوني لجهات غير حكومية رسمية تضطلع بهذا الدور ، من حيث ان طبيعة النظام الفيدرالي وما تضمنته احكام معاهدة تجارة الاسلحة لعام ٢٠١٤ سيضعان حداً للمقاربة الدولية الحالية، المتضمنة وجوب مراقبة نقل الاسلحة واستيرادها وطنياً وإقليمياً، وتزويد جميع الدول بمعايير دولية مشتركة قوية تكفل قيام تجارة للأسلحة تنسم بالمسؤولية، من خلال التأكيد على الحق السيادي لأي دولة في تنظيم سياستها الدفاعية داخل أراضيها استناداً إلى نظامها القانوني أو الدستوري .

وفي العراق ساهمت ظروف الانقسام السياسي وفوضى السلاح وعجز القوى السياسية عن إنتاج مصالحة وطنية تؤدي إلى إعادة بناء أجهزة الدولة القادرة على فرض سلطتها على كامل البلاد، وفي ظل حالة استياء شعبي من الأوضاع الاقتصادية والمعيشية والانفلات الأمني وانقسام إقليمي انعكس على العراق في صورة نزاع مسلح نعته البعض بالداخلي وصوره البعض الاخر بالمدول، كلّها عوامل أسهمت في وجود تنظيم الدولة الإسلامية "داعش".

وأن تقديم الأسلحة والتدريب للقوات البيشمركة، على اعتبار أنه سيحسن من أدائها في مواجهة تنظيم الدولة الإسلامية ، وهي فكرة يسارع القادة الأكراد للترويج لها، إلا أن الوضع المتغيّر للسياسات الكردية العراقية يقمّ صورة أكثر غموضاً؛ حيث إن الحزبين المهمين المتنافسين، الحزب الديمقراطي الكردستاني والاتحاد الوطني الكردستاني، يبتعدان فعلياً عن الاتفاقية الاستراتيجية الإطارية التي كانت قد حققت الاستقرار لعلاقتهم بعد فترة من الصراع وسمحت لهما بتشكيل جبهة موحّدة أمام الحكومة المركزية وكذلك أمام إيران وتركيا المجاورتين، أضف إلى ذلك أن قائديهما التاريخيين، مسعود برزاني وجمال طالباني، باتا في خريف مسيرتهما السياسية، ما يدفع بصراع على السلطة داخل نخب الحزبين مع الإشارة الى القوة الثالثة الصاعدة في الساحة الكردية وهي حركة التغيير بقيادة نوشيراون مصطفى .

لذلك فإن هذا الواقع العراقي يعتره الكثير من الهشاشة، بدلاً من تعزيز الوحدة والمؤسسات الكردية، فإن آخر تجليات "الحرب على الإرهاب" تثير توترات قاتلة

وتقوّض كل التقدم الذي تحقق في تحويل قوات البشمركة إلى قوة عسكرية حيادية سياسياً تخضع لسلسلة قيادة واحدة، كما أنه يمهد الطريق لتجدد التدخل الخارجي في الشؤون الكردية، خصوصاً من قبل إيران وتركيا ويشجع الأكراد على محاولة السيطرة على مزيد من الأراضي وعلى الموارد في المناطق التي يدعون أنها جزء من إقليمهم الذي يتمتع بالحكم الذاتي، مما يزيد من تعقيد علاقاتهم مع جيرانهم العرب وحكومة رئيس الوزراء حيدر العبادي، وبالتالي تقويض علاقات الأكراد مع بغداد ومفاقمة الاستياء العربي السني الذي يتغذى عليه تنظيم الدولة الإسلامية لسط نفوذه وسلطته مما ينذر بعواقب وخيمة لا تحمد عقباه.

ظاهرياً، وبعد تقديم المساعدات في آب ٢٠١٤، فإن المساعدات العسكرية الغربية قُدمت حتى الآن لحكومة إقليم كردستان، وبموافقة مسبقة من بغداد، لكن عملياً، فإن تقديم الأسلحة من قبل مجموعة من المانحين يتم بشكل أحادي، وغالباً دون تنسيق وكذلك دون شروط فيما يتعلق بتوزيعها واستخدامها على خطوط الجبهة، ونتيجة لذلك، فإنها عادت بالفائدة بشكل غير متناسب على الحزب الديمقراطي الكردستاني، القوة المهيمنة في أربيل، عاصمة الإقليم، وبالتالي دفعت الاتحاد الوطني الكردستاني إلى المزيد من الاعتماد على المساعدات العسكرية الإيرانية والتحالف مع حزب العمال الكردستاني، المنظمة الكردية المتمردة العاملة في تركيا.

وفي هذا السياق، فإن الحزب الديمقراطي الكردستاني والاتحاد الوطني الكردستاني، الشريكان الرسميان في حكومة وحدة وطنية، لم يظهرهما ميلاً يذكر لتوزيع الأدوار أو القيام بعمليات مشتركة، وفضلاً حتى الآن التنافس بدلاً من التنسيق، نتيجة لذلك، فإن القوات الكردية كانت أقل فعالية في محاربة تنظيم الدولة مما كان بوسعها أن تكون. علاوة على ذلك، فإنهم يتمكن القوات الكردية التابعة للأحزاب، فإنهم يسرعون بتداعي مؤسسات الدولة الاتحادية ويسهلون التدخل الخارجي. وبالنظر إلى الهشاشة والتنشيط اللذان باتا يعتريان العراق، فإن بوسع المرء أن يتساءل وحسب كيف يمكن لتدفق المزيد من الأسلحة إلى هذا البلد أن يجعله أقوى. بدلاً من ذلك، فإن الدول الأعضاء

في التحالف، والتي تعمل بالتنسيق مع بعضها بعضاً، ينبغي أن تقنع الأحزاب الكردية باستكمال عملية توحيد أجهزتها العسكرية، والأمنية والاستخباراتية في هيكلية واحدة غير حزبية ؛ والتعاون مع الجهات الفاعلة من غير الأكراد في المناطق المتنازع عليها؛ ووضع خطة لما بعد تنظيم الدولة مع الحكومة المركزية تعزز التعاون الأمني في هذه المناطق وتدفع قُدماً عملية تسوية وضعها من خلال المفاوضات.

إعادة بناء التحالفات لمواجهة ظاهرة التطرف

د بهاء عدنان يحيى السعبري^(١)

تعد سياسة التحالفات إحدى أهم وسائل العلاقات الدولية والتي استخدمت سابقاً من أجل تحقيق توازنات القوى الإقليمية والدولية، وفي ظل الفاعلين الدوليين وسياسات المصالح فإن مواجهة التحديات والتعامل مع التهديدات العقلانية فرضت اللجوء إلى التحالفات، فضلاً عن أن طبيعة القدرات والاستقطابات الإقليمية والدولية كانت تقوم في جزء كبير منها على سياسات التحالف والاعتماد المتبادل لمواجهة الآخرين من الدول، والتي تملك قدرات وإمكانات مدركة من قبل المنافسين، فضلاً عن أن سلوكها وتهديدها هي ضمن نطاق المصالح الاستراتيجية، لذلك فإن التحالفات والاستقطابات كانت موجودة لمواجهة حالات الاختلال في توازنات القوى ومواجهة تهديدات وتحديات تفوق قدرة دولة واحدة على مواجهتها. إن القدرة على المواجهة والتي على أساسها تقوم الدولة بحساب إمكاناتها لمعرفة توجهها نحو التحالف أو العمل المفرد لمواجهة هذه التهديدات أو التحديات، كل هذه المقاربات والاسس لسياسة التحالفات أصابها التغيير من حيث طبيعة الفاعلين المراد التحالف ضدهم أو التهديدات المراد مواجهتها من هذا التحالف أو الاقطاب والدول المراد التحالف معها.

هنالك متغيرين أساسيين يجب إدراكهم في اختيار الأعضاء لبناء التحالف، وهو أن تكون الدول المختارة للدخول في التحالف هي من الدول الهشة باعتبارها الدول التي تكون أما منبع للتطرف، أو أن الجماعات المتطرفة تقاوم على أراضيها ولذلك لا بد من دخولها للتحالف بغض النظر من مستوى القوى والإمكانات إلا أن دخولها

^(١) أستاذ العلوم السياسية المساعد، معاون عميد كلية العلوم السياسية - جامعة الكوفة.

للتحالف أمر مهم اما الاعتبار الثاني فهو اختيار دول لديها القدرة والامكانيات العسكرية والاستخبارية والاقتصادية لمواجهة خطر التطرف، فهذه التهديدات واللاتمائل في اشكال المواجهة يجعل من وجود قوى لديها امكانيات من اجل الاستمرار في هذه المواجهة والتي تتميز بأنها استنزاف للقدرات والقوات.

لقد ساهم طبيعة التهديد وحجمه المتمثل بالتطرف في الاتفاق على توحيد الجهود والعمل المشترك عبر سياسة التحالفات لمواجهة هذا الخطر، لكن يحتاج التحالف الى عمل متعدد وطويل الامد لمواجهة هذه الظاهرة دون القضاء عليها.

الاشكالية: التطرف تحدي حقيقي وتهديد مهم للأمن الدولي وبالتالي فإن مواجهة هذا التهديد يعدّ مسؤولية الجميع من اجل منع تمدد وتوسع هذه التهديدات، لاسيما وأنها تهديدات غير تقليدية، لذلك تبرز الاشكالية في انه من الضروري العمل على مواجهة هذه الظاهرة عبر الية التحالفات والتي عادت مرة اخرى للساحة الدولية ظاهرة جديدة للتعاون في مواجهة التهديد.

الفرضية: ان الفرضية العلمية هي لاختبار اثبات او نفي طبيعة العلاقة بين متغيرات البحث وتكمن فرضية البحث في اثبات العلاقة بأنه كلما ظهرت تحديات وتهديدات جديدة زادت وتيرة التحالفات وان التطرف كظاهرة مؤثرة على الامن الدولي دفعت لظهور التحالف كأحد الوسائل لمواجهة التهديد وتسعى الدراسة لأثبات ذلك عبر الاجابة على الاسئلة التالية:

١- ما هي علاقة الردع بالايولوجية وما امكانية ردع المتطرفين وما علاقة التحالف بذلك؟

٢- ما هو دور الدولة الهشة في التحالف ضد التطرف ولماذا تم اختيار هذه الدول؟

٣- لماذا يعد التحالف وسيلة مهمة لمواجهة التهديدات غير المتماثلة من قبل المتطرفين؟.

المنهجية: في دراسة علمية يتم اعتماد مناهج بحثية اكايدمية وحسب طبيعة الدراسة ويستمر الاعتماد على مجموعة مناهج ومنها منهج التحليل التنظيمي لدراسة المتغيرات المؤثرة في الظاهرة، فضلاً عن المنهج المقارن والمنهج الاستشراقي وذلك حسب مقتضيات الدراسة.

الهيكليّة: ان اعادة بناء التحالفات هو من اجل زيادة مستوى التأثير من اجل مواجهة التطرف الذي أصبح بدوره عابر للحدود وقادر على التهديد اي دولة في العالم من يتوجب العمل المشترك ولذلك سيتم تقسيم البحث الى ثلاثة محاور:

المحور الاول: الردع مقابل الأيدلوجية.

المحور الثاني: التحالف والدول الهشة.

المحور الثالث: التحالف واللاتمائل مع التطرف.

المطلب الاول: الردع مقابل الأيدلوجية

يرى الكثير من الباحثين ان فكرة الردع التي طبقت فترة الحرب الباردة وكان لها الدور الاساس في تحقيق توازن القوى والاستقرار العالمي لم يعد يمكن استمرارها في النظام الدولي، وان نظرية الردع تسير باتجاه الفشل وعدم القدرة على منع الاخرين من الاقدام على اي فعل، السبب بذلك حسب الباحثين هو التغيير في التهديد⁽¹⁾، ومثلت سياسة التحالفات في السابق احد اهم وسائل الردع لإبقاء الوضع الدولي ضمن نطاق الاستقرار، ولان نظرية الردع تقوم على اساس طرف رادع واخر مردوع وتعتمد في جوهرها على اساس التهديد بعقاب الطرف المراد رده عبر استخدام القوة، الا ان هذه الفكرة اصبحت تواجه تحديات لا تتعلق بالطرف الرادع وانما المراد رده، فأبي كان

(1) د. سوسن العساف، استراتيجية الردع، العقيدة العسكرية الامريكية الجديدة والاستقرار الدولي، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٤٢.

اسلوب الردع سواء كان بالترغيب ام بالترهيب، فإن نجاح نظرية الردع يعتمد على تقبل الطرف المردوع واستجابته لتهديد او ترغيب الطرف الرادع، وأن طريقة الاستجابة تعتمد بالدرجة الاساس على نمط التفكير وحسابات الربح والخسارة للطرف المردوع، جوهر نظرية الردع هذه بصيغته النظرية والمنطقية جعلت الولايات المتحدة تواجه تحدي كبير في فرضه ضد التنظيمات المتطرفة، فالفكرة تتعلق بالاستجابة والتراجع عن الفعل للطرف المردوع، وهذا الامر يتطلب مرونة في طريقة التعامل والتفكير، ولأن التنظيمات المتطرفة لا تؤمن بفكرة الردع والخسارة وان اهدافها غير قابلة للمساواة فإن فكرة الردع ضدها لم تأتي ثمارها.

ويقول دكتور جاكين ديفيس وريتشارلز بيرري العاملين في معهد تحليل السياسية الخارجية في واشنطن، ان الأيدولوجيات المتطرفة لا يمكن ردعها وان الجماعات المتطرفة قد استطاعت استغلال قوتها الدينية في زرع قناعة لدى افرادها بعدم التراجع امام القوات الأجنبية، وان المواجهة هي الموقف الذي يجب اتخاذه ضد هذه الجماعات⁽¹⁾. ويرى سكوت كارينتر الباحث في معهد واشنطن لسياسة الشرق الأدنى ان سبب فشل ردع الجماعات الارهابية المتطرفة هو قدرتهم على الانتشار العالمي الواسع، اذ أصبح التطرف عابر للحدود، مما يعني صعوبة ردعهم في منطقة معينة، فضلاً عن ان سياسة الردع قائمة بالدرجة الاساس على المنع من القيام بالفعل قبل وقوعه او الانسحاب وهذا الامر لا يمكن للولايات المتحدة او المجتمع الدولي ان يطبقه ضد الجماعات المتطرفة⁽²⁾.

(1) Dr. Jacquelyn K. Davis and Dr. Charles M. Perry, 'Rethinking the War on Terror: Developing a Strategy to Counter Extremist Ideologies', a Workshop Report, Institute for Foreign Policy Analysis, Washington, USA, 2007, p 6.

(2) J. Scott Carpenter, Matthew Levitt, and Michael Jacobson, 'Confronting the Ideology of Radical Extremism', The Journal of National Security Law & Policy, VOL(3), NO (2), Institute for National Security and Counterterrorism, New Jersey, USA, 2010, p 304.

لقد كان الردع طيلة فترة الحرب الباردة هو حجر الاساس لسياسات القوى الكبرى والتي كانت تهدف الى منع التهديد والرد بعقاب قاس ومدمر ، تطور هذا الردع بظهور السلاح النووي لأنه كان يعد عنصر للاستقرار والتوازن ومواجهة التهديدات ، فالعقلانية ومقدار التكاليف التي قد يتحملها احد الاطراف المراد ردعها كانت احد اهم العوامل في نجاح سياسة الردع، فجميع الاطراف والوحدات الدولية لديها مصالح تحاول الحفاظ عليها، لذلك فهي تخشى العقاب وتمتثل بالنهاية لسياسة الردع، الا ان هذا الفهم التقليدي قد تغيرت واصابه الكثير من التحولات، فلم تتجح الولايات المتحدة ولا المجتمع الدولي من ردع الجماعات المتطرفة بالوقت الراهن، لكن الجماعات الارهابية في السابق كان يمكن ردعها، اذا لم ترتبط بأيدولوجية او دين لاسيما اذا مثلت مطالبها بأهداف قابلة للتفاوض وممكنة التحقيق، كذلك من أساليب ردع الجماعات الإرهابية في السابق انه كان يمكن ممارسة الضغط والتهديد ضد هذه الجماعات مقابل امكانية احتوائها، في حين ان الجماعات المتطرفة المرتبط بأيدولوجية او دين معين لا يمكن ردعها الان فهي لا تملك اهداف قابلة للتفاوض وانها غير قابلة للحوار او قبول العقاب⁽¹⁾.

يذكر جميس لويس من مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية في واشنطن، ان اهم ميزة لنجاح نظرية الردع هو ادراك جدية الردع وتنفيذ التهديدات من قبل الطرف الرادع، فإذا كان الردع موجهاً لدولة أو طرفٍ لديه مصالح يحاول الحفاظ عليها فإن ردعه ممكن، وتعد كوريا الشمالية وايران مثالاً للأطراف الذين يفكرون بمستوى العقاب والتهديد الذي يمكن ان يطبق عليهم من المجتمع الدولي، في حين ان الجماعات الارهابية ليس لديهم شيء يمكن تهديدهم به، فهم لا يملكون دول او بنى تحتية يمكن التهديد بتدميرها، بل العكس ان التهديد باستخدام بالعقاب من اجل الردع يزيدهم

(1) د. بهاء السعيري، الاستراتيجية الامريكية تجاه إيران بعد احداث ١١ أيلول ٢٠٠١، مركز حورابي للبحوث والدراسات الاستراتيجية، بغداد، ٢٠١٢، ص ٤٣.

حماس لتنفيذ خططهم الإرهابية⁽¹⁾، في حين يرى كل ماثيو كونكر وباري بأفيل الباحثان في جامعة جورج تاون في واشنطن، ان الردع هو إما التهديد او المنع وفي كلا الحالتين تستطيع الدولة وقف محاولة الخصم لإلحاق الضرر بها، لكن مع الجماعات الإرهابية، فإن كلا الاسلوبين في الردع لم ينجح فلم تستطع القوى الكبرى تهديد او منع الجماعات الارهابية من الاقدام على افعالها⁽²⁾.

مع ان اشكالية مواجهة الايدلوجية المتطرفة والعمل على ايقافها تعد مشكلة بالنسبة للولايات المتحدة والمجتمع الدولي، فإن سياسة التحالفات تعتبر واحدة من اهم اشكال مواجهة التطرف، فالتحالفات لا يقصد بها بناء القوات العسكرية وتوجيه الضربات فهذه الخطوة هي المرحلة الاولى من سياسة التحالفات، بل ان التحالفات المراد بنائها هي من اجل مواجهة الظاهرة ككل وكفكر بالدرجة الاساس، فأساس التطرف هو ان الجماعات هذه قد استندت على تعاليم الدين والايديولوجية من اجل اعطاء الشرعية لاستخدام القوة والعنف، هذا الامر ساهم بصورة كبيرة في انتشار الفكر المتطرف وقد ركزت هذه الجماعات على الانتشار الايدلوجي اكثر من انتشارها الجغرافي والطبقي مما ساعدها على التوسع العالمي.

ولان الفكر المتطرف يؤمن اساساً بفكرة الهجوم ولا يقوم على اساس الدفاع كون هذه الجماعات لاسيما الاسلامية منها ترى نفسها بأنها مكلفة بمهمة إلهية وهي الجهاد، لذلك لا بد من عدم التراجع وهذا يفشل الردع، فنظرية الجهاد الهجومية التي تتبناها الجماعات المتطرفة التي تقوم على اساس ومبدأ استخدام القوة لنشر الفكر ساهمت بصورة كبيرة في ترسيخ الأيدلوجية المتطرفة وافشال الردع⁽³⁾.

(1) James A. Lewis, Cross-Domain Deterrence and Credible Threats, Center for Strategic and International Studies, Washington, USA, July 2010, PP 1-3.

(2) Matthew Kroenig and Barry Pavel, How to Deter Terrorism, *The Washington Quarterly*, VOL (35), NO (2), Center for Strategic and International Studies, Washington, USA, spring 2012, P 22.

(3) Dale C. Eikmeier, Qutbism: An Ideology of Islamic-Fascism, Parameters, Vol (37) Issue (1), Pennsylvania, UAS, Spring2007, pp 89-90.

لم تستطع اي دولة بما تملكه من قدرات من ردع ومنع الجماعات المتطرفة، لذلك ادرك المجتمع الدولي ان العمل الانفرادي والاعتماد على القدرات الفردية امر غير ممكن لمواجهة التطرف، وان الحل الامثل هو بناء التحالفات لتنسيق العمل ومحاربة هذه الظاهرة، ولا بد هنا من توضيح ان التحالفات التي اسست لمواجهة التطرف هي ليست من اجل الردع وانما من اجل التنفيذ، فأصل سياسة التحالفات هي سياسة رادعة تستخدمها الدول لزيادة مستوى القوة لديها، الا ان الامر مختلف عندما يتعلق الامر في مواجهة تهديدات غير محتملة او تقليدية، فالقوة ومستواها لا يعد له قيمة، انما يكون العمل الجماعي والمشارك هو الاساس ، لذلك فأن التحالف هو ليس من اجل ردع الجماعات المتطرفة بل من اجل مواجهتها، هذا الامر غير من سياسة التحالف واسسها النظرية، فسابقاً كانت التحالفات تصاغ على هياكل مؤسسية، وضمن معايير تعتمد على قوة الدول.

فالدول القوية دائماً ما تلجأ الى التحالف من اجل زيادة مستوى قوة الردع ومواجهة الاعداء، هذا الامر لم يعد كما هو الان لردع او مواجهة هذه التهديدات^(١). كان يعتقد البعض ان التطرف والعنف سوف ينتهي من الدول التي تكون منابع له، من خلال استخدام القوة وان اسلوب محاربة الجماعات المتطرفة سواء في افغانستان والعراق وليبيا سيساهم في القضاء على التطرف، الا ان الذي حدث هو العكس، فقد زاد مستوى التطرف ولم تساهم القوة في القضاء او الحد من نشاط هذه الجماعات، بل ان ظاهرة التطرف قد زادت وبدأ الانتشار الايدلوجي لهذا الفكر المتطرف، والكثير من الافراد اخذوا يؤمنون بفكر هذه الجماعات، فالوسيلة الايدلوجية اصبحت اكثر تأثيراً من الوسائل العسكرية، حتى ان تهديد هذه الايدلوجية لم يعد في مناطق الصراع او منابعه فقط، و لم تقف كل الاجراءات والتدابير الامنية والاستخبارية في مواجهة تمدد

(١) د. بهاء السعيري، الرؤية الامريكية للتحالفات الدولية بعد احداث ١١ أيلول ٢٠٠١، مجلة دراسات دولية، العدد (٥٧)، مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية، جامعة بغداد، نيسان ٢٠١٤، ص ١٨٩ - ١٩١.

الايولوجية لهذه الجماعات، وبداء الكثير من الشباب يؤمن و يسافر ليقاثل مع هذه الجماعات وهذا الامر بدأ يمثل تهديداً واسعاً للمجتمعات الغربية. لقد ساعد الفعل التبريري للفكر المتطرف على تقوية وترسيخ أيديولوجيته امام كل المحاولات التي تهدف محاربتة والقضاء عليه، فالأسس والتعاليم الدينية، فضلاً عن الوقائع السياسية والاجتماعية السائدة جميعها تم توظيفها من اجل تبرير افكار وتصرفات هذه الجماعات مما ساهم في انتشارها بصورة كبيرة، بالوقت نفسه ضعفت محاولات التصدي له، فالكثير من الباحثين يروا ان الحروب وسياسات الدول الكبرى من اجل محاربة التطرف ساهمت بصورة مباشرة او غير مباشرة في تقوية هذه الجماعات، اذ استطاعت توظيف هذه السياسات من اجل نشر فكرهم وكسب المؤيدين، ويرى الدكتور كمال حبيب المتخصص في الحركات الاصولية ان الحروب الامريكية اعطت لهذه الجماعات دفعاً دينياً ومعنوياً و عززت فكرة الجهاد الإسلامي، عبر اعطاء الحرب اطاراً دينياً وعزز هذا السلوك حرب العراق ومحاربة التنظيمات المتطرفة فيه^(١)، في حين يرى البعض ان الاجراءات ووسائل الردع والمراقبة للجماعات المتطرفة لم تكن فاعلة ولم تكن بالقوة من اجل تفكيك والقضاء على هذه الجماعات قبل اقدمها على التهديد.

إن غياب الردع امام التطرف جعل القوى الكبرى امام خيار اللجوء للتحالف لاسيما بعد الاتفاق العام حول خطورة هذه الجماعات، من ثم لابد من التحرك بسرعة وتوحيد الجهود من اجل التصدي والانتقال من اسلوب السياسي المتمثل بإمكانية ردع هذه الجماعات الى اسلوب الفعل عبر توحيد الجهود والتصدي لهذه الظاهرة، فلم تساهم الاستراتيجيات الاستباقية في خلق حالة من التراجع امام المتطرفين، فقد بدأت جميع القوى الكبرى تدرك ان عدم التحرك والاعتماد على منع المتطرفين من تهديدها لم يعد ممكناً، وان هذه الجماعات ستستغل اي ضعف او تباطؤ في الاجراءات من اجل شن

(١) د. كمال حبيب، حدود فاعلية التحالف الدولي في مواجهة الإرهاب، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٩٩)، القاهرة، يناير ٢٠١٥، ص ١٠٠.

الهجوم، لذلك لابد من العمل المشترك لان الجماعات المتطرفة منتشرة في كل مكان، واصبح اسلوب قتالها عابر للحدود، والهجمات يخطط لها في مكان وتنفذ في مكان اخر وهذا الامر يستدعي التكاتف والتواصل المستمر بين الدول للحد من أنشطة هذه الجماعات.

يقول هنري كيسنجر إن الجماعات الاسلامية تسعى الى فرض نفسها عبر أيولوجيتها التي تستند الى التعاليم الدينية مما يجعلها امام حالة مجابهة لا يمكن الهرب منها مع العالم الخارجي⁽¹⁾، اي ان هذه الجماعات ترى بأن الصراع والمواجهة هو أمر لا بد منه. والردع كسياسة لا يمكن ان ينجح معها لأن عملية رصدتها وتحديدتها امر صعب من اجل توجيه الردع ضدها فهذه الجماعات تعمل بأسلوب الشبكات ومن ثم يصعب رصد ومعرفة امتداد هذه الشبكات لذلك يصبح ردعها ليس سهلاً في ظل صعوبة تنظيمها وعدم التماثل في المصالح والاهداف، فضلاً عن الدوافع المختلفة بين الاطراف المتصارعة.

المطلب الثاني: التحالف والدول الهشة

يقوم نمط التحالفات في السابق على الدول القوية، التي يمكن من خلالها اما تحقيق الانتصار كونها طرف قوي او تجنب الهزيمة وهو تحالف الاذعان، وان سياسة توازن القوى والتحالفات هي من حكمت النظام الدولي لفرض حالة الاستقرار كون سياسة التحالفات احد اهم وسائل توازن القوى، لذلك يتم اضافة اطراف تمتلك مقومات القوة لصف طرف معين من اجل تحقيق التوازن، حتى تحالفات الدول الكبرى صاحبة القوة مع الدول الصغيرة كان الهدف منها حماية هذه الدول ولم تكن لهذه الدول أي ادوار

(1) هنري كيسنجر، النظام العالمي: تأملات حول طلائع الأمم ومسار التاريخ، ترجمة فاضل جتكر، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠١٥، ص ١٠٨.

في التحالفات، بل انها تتحالف لحماية مصالحها وبالتالي تصبح هي من تبحث عن التحالف^(١).

وانطلاقاً من رؤية ستيفن والت الاستاذ في جامعة هارفرد، بأن سياسات التحالف لم تعد كما هي، وان توازن التهديد هو الاساس وليس توازن القوى، لذلك فإن مواجهة التهديد هو من يدعو الى نهج سياسة التحالف مع كل الاطراف التي تعمل على المواجهة او ان تكون جزء من التهديد.

لقد ساهمت ظاهرة عدم الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي في ان تؤمن ظروف ملائمة وحاضنة للجماعات المتطرفة، فالدول التي تشهد مثل هذه الظروف تكون محل نظر لهذه الجماعات لكون الانتشار والتحرك بحرية يكون بسهولة، فضلاً عن ان هذه المناطق تكون قاعدة الانطلاق، فمثلاً تنظيم القاعدة وتنظيم داعش الارهابي بدأ وتكوّن وتوسّع في مناطق غير مستقرة وتعاني من الاضطراب^(٢)، فالظروف تكون ملائمة وتقوم الجماعات المتطرفة بالاستغلال وتوظيف جميع مؤشرات الفشل للدولة من اجل بناء نموذج خاص بها والعمل على نشره بعد ذلك، وقد ساهمت ثورات الربيع العربي في منطقة الشرق الاوسط وعدم الاستقرار في البيئة الاستراتيجية في ان تضمّ المنطقة اكثر الدول الفاشلة، ومن ثم اصبحت ملاذاً ومقرّاً للجماعات المتطرفة التي طرحت نفسها كبديل او وسيلة لإدارة حالة عدم الاستقرار.

تعد الدول الهشة او الفاشلة واحدة من اهم التحديات والتهديدات التي تواجه النظام العالمي في مناطق واسعة يعيش بها سدس سكان العالم وهي مسؤولة عن نصف الحروب الاهلية وتشارك ٧٧% من الازمات الدولية التي اندلعت بعد الحرب

(١) د. احمد محمد أبو زيد، كيف تتحرك الدول الصغرى، نحو نظرية عامة، مجلة العلوم السياسية، العدد (٤٤)، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد، ٢٠١٢، ص ٥٢.
(٢) أبو بكر دسوقي، إشكالية الانتقال في أجيال العنف، مجلة السياسة الدولية، العدد (١٩٨)، القاهرة، أكتوبر ٢٠١٤، ص ٧٠.

الباردة^(١)، وهي تمثل الارض المناسبة لنشوء الازمات والساحة المناسبة للصراع فليس هنالك أسس وانظمة قانونية وامنية ولا حتى اجتماعية تساهم في ضبط الصراع ولذلك تعد هذه الدول احد اهم التحديات، فمثلاً ساهمت الاوضاع في باكستان في ان تتحول واحدة من أبرز الدول التي تنتشر فيها الجماعات المتطرفة التي استغلت طبيعة نشوء ووضع الدولة وصراعاتها الداخلية والخارجية^(٢)، واستغل تنظيم القاعدة وجود هذه الدولة ونقل نشاطاته الى الدول المجاورة بسبب عدوى الدول الفاشلة والتي تنقل الفشل الى الدول الاخرى اذا لم يتم التدخل والعلاج .

وتمثل اشكالية تكوين الحاضنات للجماعات المتطرفة وكذلك امكانية انتقالها من هذه الدولة للدول المجاورة واحدة من اهم اشكاليات الدول الهشة، ولان هذه الدول ليس لديها القدرة على السيطرة على أراضيها، لذلك تترك الدول الكبرى والمجتمع الدولي ان فشل هذه الدولة سينعكس عليها، وان الدول الفاشلة تمثل خطراً على الامن الدولي كونها منبع للإرهاب والتطرف.

وكانت الوسيلة الوحيدة المستخدمة في مكافحة التطرف هي القوة العسكرية والتي تعتمد على قوات خارجية تقاوم في اراضي الدول الهشة ومن ثم تسعى للقضاء على التطرف، لكن هذا الامر لم يجدي نفعاً، فهناك الكثير من التغيرات والعوامل التي ساهمت في ان تكون هذه الدول فاشلة هي نفسها التي تمنع تدخل القوات الاجنبية وتصطف الى جانب الجماعات المتطرفة وتصبح قضية الاحتلال والصراع الايديولوجي اولوية بالنسبة لها^(٣)، بالمقابل أدركت الدول الكبرى ان اشراك هذه الدول والعمل على مساعدتها هي الحل الامثل لمواجهة التطرف فأصبحت هذه الدول محور

(١) كاتي كليمان، الازمات والصراعات الإقليمية والدول الهشة، في القوى العظمى والاستقرار الاستراتيجي في القرن الحادي والعشرين، رؤية متنافسة للنظام العالمي، دراسات مترجمة، العدد (٦٠)، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، ٢٠١٣، ص ١١٥.

(٢) اينياسيور رامونيه، حروب القرن الواحد والعشرين (مخاوف ومخاطر جديدة)، ترجمة أنطوان أبو زيد، دار التنوير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٧، ص ص ٦٠-٦٢.

(٣) جاسم محمد، الحواضن "الجهادية" في الدولة الفاشلة، دراسات، مركز بيروت لدراسات الشرق الأوسط، بيروت، أكتوبر ٢٠١٤، ص ٢.

اساسي في التحالف لتحملها المسؤولية كونها اصبحت منبع للتطرف والإرهاب، فضلاً عن انها تكون جزء من التحالفات بسبب موقعها الجغرافي وقربها من مواقع هذه التنظيمات على أراضيها، وأن زمام المبادرة يكون اكثر وطنية من قبل أنظمة وحكومات هذه الدول، بالتالي يحظى بالقبول والشعبية داخل هذه الدول.

والدول الكبرى تسعى الى اشراك هذه الدول ليس من اجل قوتها، بل من اجل أن تكون ساحة الصراع وكذلك لكي تكون الواجهة التي تقاوم بالنيابة، فالتطرف لا يمكن القضاء عليه من خارج اطار المجتمع ، لذلك فإن التحالف هنا لا يعتمد على مستوى القوة او البيئة الموجود بها، انما على مستوى الاطراف المؤثرين في الظاهرة. علماً أن هذه التحالفات تكون مكلفة للدول الكبرى لأنها ستتحمل الجزء الاكبر من التكلفة بسبب عدم تكافؤ القدرات بين الطرفين، الا ان دور الدول الهشة ومكانها في محاربة التطرف أكثر تأثيراً من الدول الكبرى⁽¹⁾.

ولا يشمل التحالف مع الدول الهشة محاربة التطرف فقط وإنما العمل على منع الجماعات المتطرفة والارهابية إلى بناء حواضنها في هذه الدول عبر تقوية مؤسساتها الامنية و الاستخبارية ومراقبة انشطتها الدينية والاجتماعية الداعمة للتطرف. ويرى دانيال بايمان الأستاذ في دراسات الأمن في كلية الخدمة الخارجية في جامعة جورج تاون ومدير البحوث في مركز سابان لسياسة الشرق الأوسط في معهد بروكينغز، أن خطورة تواجد الجماعات الارهابية والمتطرفة في الدول والحواضن لها تكون اكثر خطورة عندما تكون هذه الدول غنية بالموارد، فهي تشكل عامل دعم لها وتزيد من قدراتها على التواصل والتشدد، على العكس من تواجدها في دول فقيرة، فتبقى هذه الجماعات بحاجة الى الدعم من اجل المواصلة في قتالها ونشر فكرها، لذلك يؤكد

⁽¹⁾Joseph Franco and Philipp Holtmann, 'Pledges to Islamic State: Weak and Strong Alliances', RSIS Commentary, NO (221), S. Rajaratnam School of International Studies, Singapore, November 2014, P 2.

بايمان على ضرورة التأكيد في مثل هذه التحالفات على الدول الهشة ذات الموارد الغنية خوفاً من ان تكون تحت سيطرة هذه الجماعات ⁽¹⁾.

ويرى جوزيف سايكل مدير الابحاث في مركز افريقيا للدراسات الاستراتيجية في واشنطن، ان الدول الهشة غالباً ما تكون بسبب طبيعة انظمتها السياسية الدكتاتورية التي تكون فاسدة، لذلك يتم تعبئة الشباب من قبل الجماعات المتطرفة للوقوف بوجه هذه الانظمة ومن ثم تستغل طبيعة وشكل النظام السياسي من اجل تعبئة وتحشيد الجماعات وتنظيمها بحجة قتال الانظمة الفاسدة، ولذلك فإن الحل الامثل يكمن في مساعدة هذه الدول نحو التحول الديمقراطي السلمي حتى لا تتحول هذه الدول إلى منابع للإرهاب⁽²⁾، ولأن التطرف اصبح عابر للحدود فإن هذه الدول ستصبح منطلقاً لتهديدات عالمية، لذلك فإن التحالف يجب ان يركز على هذه الدول من أجل منع تكوين واستقرار هذه الجماعات، لان التهديدات اصبحت غير تقليدية، واصبحت تستخدم وسائل واساليب حديثة من حيث شكل التهديد ووسائل الاستخدام، إن التهديدات التي قد تتبع من الدول الهشة لا تقتصر على التطرف، فهذه الدول تصبح منبع التهديد وثم فإن تهديداتها تصبح مختلفة الاشكال مثل الأوبئة والجريمة المنظمة والفقر والمجاعة ولأن هذه الظروف هي اشبه بالأمراض المعدية فإن الفشل قد ينتقل الى المجتمعات الاخرى وثم يصبح التهديد اكثر خطورة .

ان الجماعات المتطرفة تستغل هذه الدول من اجل توفير المقاتلين والاسلحة وكذلك معسكرات التدريب فضلاً عن امكانية حصولها على الاسلحة المتطورة والاكثر خطورة في ظل ضعف البنية العسكرية والاستخبارية لهذه الدول، ومن ثم تستخدم هذه الدول كقواعد للقتال والتدريب ومقرات لشن الهجمات، وقد حذرت لجنة 9/11 الامريكية في

⁽¹⁾Daniel. Byman، Remaking Alliances for the war on terrorism، The Journal of strategic studies، VO (29)، NO (5)، Center for Peace and Security Studies، Georgetown University، Washington، 2006، p782.

⁽²⁾ Joseph Siegle، Stabilising Fragile States ، Global Dialogue، VOL (13)، NO (1) ، Centre for World Dialogue، Nicosia ، Cyprus، January، 2011 ، P 2.

تقاريرها من ان تصبح هذه الدول وبسبب غياب المراقبة الحدودية وضعف اجراءات المراقبة من اتساع خطر انتشار الجماعات الارهابية في المناطق⁽¹⁾. وتدرك القوى الكبرى ان الدول الهشة لم تكن هدفاً للجماعات المتطرفة فهي لا تسعى للتواجد وتحقيق اهدافها في الدولة عينها، بل تستخدمها كقاعدة للانطلاق نحو اهداف عالمية، فالجماعات المتطرفة لاسيما الاسلامية هي ليست نفسها الجماعات الارهابية الانفصالية، فهذه الجماعات تسعى لتحقيق اهدافها داخل الدولة نفسها، في حين ان الجماعات المتطرفة تستخدم هذه الدول من اجل الاستقرار، ومن ثم التخطيط لهجمات ارهابية خارج اطار الدولة ، لذلك فإن التحالف هنا لا يشمل كل الدول الهشة وانما فقط الدول التي يمكن ان تشكل آثارها تهديدات ابعد من حدودها الوطنية، فهناك الكثير من الدول الفاشلة والهشة، الا انها لا تشكل تهديداً على الامن الدولي حتى وان كانت تشهد صراعات داخلية، الا انها لا تنعكس خارجاً، ولذلك فإن سياسة التحالفات تعتمد على التحالف ومساعدة الدول التي تشكل تهديداً على الامن الدولي من خلال تواجد الجماعات المتطرفة فيها، لذا فان سياسة التحالف تراها الولايات المتحدة ضرورية هنا من اجل تحييد هذه الدول وبيان موقفها من مكافحة التطرف، فبعض الانظمة السياسية في الدول الهشة تحاول الا تكون جزء من هذا الصراع ، لذلك يتم التركيز عليها من اجل اشراكها وبيان موقفها من مواجهة هذه الجماعات والحد من اثار التهديدات العابرة للحدود والناבעة من دولهم.

تنصب جهود التحالف مع هذه الدول في تحقيق الاستقرار السياسي والديمقراطي، فضلاً عن تقوية وبناء المنظومة الاستخبارية والعسكرية حتى تتحمل المسؤولية بعد ذلك في مكافحة التطرف، فضلاً عن التركيز على المجتمعات والثقافات وتعزيز الولاءات الوطنية للدول الهشة، من اجل منع نشوء صراعات وانتماءات فرعية تساهم

⁽¹⁾Stewart Patrick، Weak States and Global Threats: Assessing Evidence of "Spillovers"، Working Paper، NO (73)، center for global development، Washington، USA، January 2006، pp 15-16.

بعد ذلك في تقوية جماعات وتكتلات على حساب الدولة، على ان يأخذ بنظر الاعتبار خصوصية وحالة كل دولة للتعامل معها بصورة صحيحة⁽¹⁾. ان واحدة من فوائد التحالف مع الدول الهشة هو تجنب الدول الغربية المواجهة والصدام واثارة المجتمعات الداخلية لهذه الدول عند محاربة التطرف واناطة هذا العمل لأجهزة ومؤسسات الدولة لأنه سيكون اكثر قبولاً وبالوقت نفسه سيؤدي اشراك طرف مهم بالصراع وهو مجتمع هذه الدولة، لذلك شهدت ظاهرة التآلف شكلاً جديداً وهو التحالف الذي لا يقوم على أساس مستوى القوة بل على اساس مواجهة التهديد او توازن التهديد، وهذا الاسلوب في التحالف فرضه شكل وطبيعة الجماعات المتطرفة ونمط تهديدات التي استوجبت تحشيد اكبر قدر مكان الأطراف، فضلاً عن اتباع اساليب واشكال جديدة من انماط التعاون مع الاطراف المعنية بظاهرة التطرف. لقد اثبت التجارب ان القتال المنفرد في دول ومناطق غريبة لا يؤدي الى الهدف المنشود، بل ان نتائجه كانت عكسية وزاد مستوى العنف والإرهاب، لذلك لا بد من اشراك هذه الدول في العمليات، هذا اضافة الى ان التحالف مع هذه الدول سيجعل منها ساحات للمعارك ونقل للمعارك بعيداً عن اراضي الدول الكبرى.

المطلب الثالث: التحالف والالتماثل مع التطرف:

ادى انتهاء الحرب الباردة الى التحول في مفهوم التهديدات من حيث فواعلها واصبحت مختلفة عن السابق، التحول في مفهوم التهديدات واتسامه بعدم التماثل دفع الدول الى البحث عن بدائل واليات لمواجهة التهديدات التي اتسمت بعدم التماثل وذلك من خلال محورين:

الاول: عدم التماثل من حيث طبيعة التهديدات، فالتهديدات سابقاً كانت مدركة مسبقاً ونطاق اختصاصها وطبيعتها محكومة بطبيعة وشكل الصراع ولذلك فإنها لا يمكن ان

⁽¹⁾ Ibid، p 30.

تخرج عنه، اما اليوم فالتهديدات غير مدركة لا من حيث أطرافها ولا من حيث اشكالها.

الثاني: عدم التماثل من حيث مصادر التهديدات فسابقاً كانت الدول هي الفاعل الاساس وان الخطر الحقيقي لا يمكن ان يكون الامر من خلال الدول ولذلك فهي تهديدات معرفة المصدر، اما الان فإن اللاتماثل أصبح من حيث مصدر التهديد كونه يأتي من أطراف وفواعل غير معروفين.

ان اسلوب الجماعات المتطرفة في فرض التهديد من خلال اتباع اساليب وانماط جديدة من الصراع فرض على القوى الكبرى التحرك من اجل مواجهة هذه المخاطر التي اخذت تتسارع وتزداد من حيث المساحة، فضلاً عن امكانية انتقال هذه الجماعات الى اساليب تهديد جديدة سواء عسكرية من خلال امتلاك اسلحة أكثر تطوير وتأثيراً مثل الاسلحة النووية او البيولوجية^(١)، ومن خلال تهديدات تكنولوجية وحروب اعلامية ونفسية.

ويعرّف حلف شمال الاطلسي الحروب غير المتماثلة بأنها الطريقة التي يقوم بها أحد الاطراف باستخدام وسائل واساليب من اجل تجنب قوة الخصم، مع استغلال ومهاجمة نقاط ضعفه من اجل تحقيق نتائج تفوق قدراته الفعلية، بالاتجاه نفسه يذهب البنتاغون في تعريفه لهذه الحروب بأنها تسعى لاستغلال نقاط الضعف لدى الاخرين عبر وسائل واساليب غير تقليدية^(٢). اسلوب اللاتماثل استخدمته الجماعات المتطرفة ادراكاً منها بأنها غير قادرة على مواجهة قوة الدولة او الدول، لذلك لا بد من ابتكار اساليب ووسائل غير تقليدية لتوجيه ضربات غير متوقعة للخصم، ولان الضعف هنا لا يقتصر بمستوى القوة او القدرات الشاملة للدولة انما هو عدم القدرة على تأمين وحماية كافة المصالح بنسبة ١٠٠% وذلك بسبب تعدد واختلاف هذه المصالح من

(١) د. ادمام شهرزاد، الطبيعة اللاتماثلية للتهديدات الأمنية الجديدة، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد (١)، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٥٢.
(٢) د. شادي عبد الوهاب، الحروب غير المتماثلة وأثرها على الاستراتيجية العسكرية، مجلة السياسة الدولية، العدد (٢٠٠)، القاهرة، ابريل ٢٠١٥، ص ١١٨.

حيث شكلها، فضلاً عن انتشارها في مناطق واسعة، لذلك فحمايتها تشكل تحدي حقيقي للدول، هذه النقطة استغلتها الجماعات المتطرفة لتكون اهدافاً لها لتوجه ضرباتها، وكما يقول رئيس هيئة الاركان الامريكية المشتركة السابق مارتن ديمبسي "لطالما كان هناك نوع من التباين في الحرب لكنه حالياً اكثر انتشار حيث ان خصوصاً سيصبحون الاساليب لمواجهة جوانب التفوق الذي نتمتع به وتعزيز بعض مزاياهم من خلال الحرب اللامتماثلة"، يرد من هذا الكلام أن من الضروري ايجاد خطوات لمواجهة الاساليب الجديدة التي تستخدمها الجماعات الارهابية من اجل الحفاظ دائماً على عامل تفوقها لا تؤثر به اساليب القتال غير التقليدية^(١)، لذلك فإن الولايات المتحدة تسعى دائماً الى ضمان التفوق في المواجهات غير التقليدية عبر محورين:

الاول: الاختلاف في طبيعة المعدات والتكنولوجيا المستخدمة في مثل هذه المواجهات لضمان التفوق.

الثاني: الدعم الدولي والمشاركة المتعددة الاطراف لتحقيق الشرعية وبالوقت نفسه حصر العدو في مناطق محددة.

وأن حشد أكبر قدر ممكن من الدول وضمها في التحالفات سيساهم في تقليص قدره ومناورة الجماعات المتطرفة من التعرض لمصالح واهداف استراتيجية عليا للدول الكبرى، ففكرة التحالفات تبقى اساسية للمواجهات غير المتكافئة لاسيما مع الجماعات الارهابية والمتطرفة وذلك لسببين:

الاول: ان هذه الجماعات اختارت وحددت اهداف واسعة النطاق ومتنوعة من حيث شكلها لذلك سيتطلب الكثير من الجهود من اجل حمايتها.

(١) نقلاً عن/ اوستن لونج، الحروب اللامتماثلة في القرن الحادي والعشرين، في الحروب المستقبلية في القرن الحادي والعشرين، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ط١، ٢٠١٤، ص ص ٢٥-٢٦.

الثاني: ان هذه الجماعات منتشرة في مناطق واسعة وأنها عبارة عن خلايا وشبكات يصعب رصدها ومتابعتها، لذلك لابد من تقاسم الادوار لمتابعة هذه الجماعات والقضاء عليها قبل تهديدها للدول الكبرى.

فمثلاً تساهم التحالفات والتعاون لمواجهة التحديات اللامتناهية في تبادل المعلومات والادوار عن متابعة أنشطة هذه الجماعات، لأنه لا يمكن لدولة واحدة متابعة حركة وارتباطات هذه الجماعات، لهذا فإن أسلوب التعاون يمكن ان يكون احد الوسائل للحد من المخاطر لان الكثير من الجماعات المتطرفة تحتمي في دول يصعب تعقبها بسبب قضايا تتعلق بالسيادة ومخاوف اختراقها⁽¹⁾، وتستغل هذه الجماعات الدول الضعيفة او غير المتعاونة للتواجد بها والانتشار ولذلك فإن ربط هذه الدول عبر التحالف يجعل من رصد وتعقب هذه الجماعات امر ممكن، فالعمل الانفرادي لمواجهة التهديدات غير المحتملة امر غير ممكن، وقد وفرت المعلومات الاستخبارية المتبادلة الكثير من الدلائل والحقائق حول اهداف محتملة للجماعات المتطرفة استطاعت الدول حمايتها قبل تعرضها للتهديد، او ان هذا التعاون ساهم بصورة كبيرة في القضاء على الارهابيين المتطرفين .

وتتسم التهديدات اللامتناهية بأنها تستغرق وقت طويل وهي لا تتحدد بإطار زمني ولا بمنطقة جغرافية، ولأنها تسعى لاستنزاف قدرات الآخرين فإن أسلوب الاستمرارية يكون أحد ادوات الجماعات المتطرفة لإطالة امد هذه المواجهة، هذا الامر تدركه الدول التي تسعى الى تكوين جبهة واسعة من التحالفات بسبب المدة الزمنية التي تحتاجها مثل هذه المواجهات، فضلاً عن القدرات التي يوجب توفرها للتصدي لهذه التهديدات. ولم تساهم جميع الاجراءات المتخذة ضد الجماعات المتطرفة في بناء استراتيجية شاملة قادرة على التصدي للتهديدات فهذه الجماعات دائماً تطور اساليب قتالها، وتستخدم تقنيات جديدة يصعب التنبؤ بها، فلم يتم الاستفادة من جميع التجارب عندما كانت

⁽¹⁾ المصدر السابق نفسه، ص ص ٤٥-٤٦.

هذه الجماعات هي من تبادر في فرض التهديد⁽¹⁾، هذا التهديد تنوع من حيث مصادره وانواعه وتسعى الدول الكبرى الى مواجهة التطرف وأساليبه عبر جبهة واسعة من الدول والاطراف فهي تسعى للاستفادة من كل الاطراف لمواجهة التطرف بأشكاله الفكرية والسياسية والاقتصادية والامنية ولذلك هي تحتاج الى الكل وحسب الامكانيات والموقع، لان التطرف يعتمد بأساليبه على كسب عقول وقلوب المتعاطفين عبر نشر ايديولوجية معينة وافكار دينية فأشراك دول ضمن التحالف من نفس الاتجاه الديني والايديولوجي سيساهم بصورة كبيرة في الحد من خطر هذه الجماعات.

إن حجم ونسبة الدمار كأسلوب في التهديدات اللامتماثلة المستخدمة من قبل الجماعات المتطرفة، لا يمكن مقارنته فهو من حيث الحجم لا يعد تفجير او اغتيال او هجوم معين ضمن نطاق جغرافي محدد وبالتالي لا يشكل خطراً عاماً، لكنه بالوقت نفسه يمثل تحدي وخرق لسيادة وامن الدولة من قبل جماعات مجهولة ، لذلك فإن افضل اسلوب هو توحيد الجهود من اجل مواجهة هذه الجماعات، فالتحالفات المراد بها هنا ليس الاعتماد على قوة الدول بمقدار ما يراد به مواجهة البؤر والمنابع الناشئة والحاضنة للجماعات المتطرفة ، لذلك فأشلوب الدعم مهم هنا، ولان التطرف ساهم في خلق حالة من الانقسام الداخلي بين توجهات هذه الجماعات وبين توجهات الدول نفسها فأش التحالف هنا سيكون بمثابة الاعلان الرسمي عن توجهات الدول لمحاربة التطرف.

ان الجماعات المتطرفة اعلنت ان اهدافها وساحات الصراع ستكون في العالم ككل وتحاول الولايات المتحدة تحشيد معظم دول العالم الى جانبها في حربها ضد الارهاب، وبالالاتجاه نفسه يذهب كاسبر ريكوك، الى ان ظهور التهديدات اللامتماثلة لاسيما من قبل الجماعات الارهابية في الشرق الأوسط، دفع حلف الناتو لأخذ دوره في مواجهة

⁽¹⁾David E Long، Countering Asymmetrical Warfare in the 21st Century: A Grand Strategic Vision، Strategic Insights، Vol (7)، Issue (3)، Center for Contemporary Conflict، Monterey، USA، July 2008، p 30.

هذه التهديدات، لأن الدول بمفردها غير قادرة على مواجهة التهديدات الارهابية⁽¹⁾ اما بسبب ضعف إمكاناتها، او لسبب تنوع التهديدات من حيث الشكل والاطار. إن آلية التحالفات لمواجهة التهديدات اللامتماثلة الصادرة من الجماعات المتطرفة هي آلية للمواجهة وليس للردع، لذلك لا بد من تجميع القوة من اجل فرض المبادرة على الخصم، بالوقت نفسه تقييد قدرته على فرض التهديد واختيار الزمان والمكان للتنفيذ، لذلك فإن التحالف دوره هو الاساس للمواجهة ويمكن بعد ذلك ان يحقق دوره في الردع من خلال منع ظهور مثل هذه الجماعات في المستقبل.

خاتمة:

شكلت احداث ١١ ايلول ٢٠٠١ نقلة نوعية في مواجهة الارهاب، ولم يكن الحدث نفسه هو من شكل صدمة بالنسبة لصناع القرار فحسب، انما حجم التغيير ومستقبل التحدي القادم من حيث مصدره وطبيعة فعله، فقد غيرت هذه الاحداث نمط التفكير بالدرجة الاساس حول مستقبل الصراع وكيفية المواجهة، اذ مثل الارهاب اهم التحديات التي واجهت العالم وستواجه بالمستقبل واثارت التساؤل حول كيفية المواجهة، وادراكاً ان ظاهرة الارهاب ليست ظاهرة جديدة لا من حيث الشكل ولا النطاق الجغرافي. وإن تحولها للعالمية وبأشكالها الجديدة هو ما جعل العالم يبحث عن وسائل وسبل للمواجهة، حتى مع ظاهرة الارهاب فإن سياسة التحالف كانت ذات فائدة فقد استطاعت الولايات المتحدة ان تحجم من دور تنظيم القاعدة والجماعات الارهابية عبر سلسلة من التحالفات الا ان سياسة التحالفات بعد عام ٢٠٠١ شهدت حالة من التغيير، فلم تعد قواعد التحالف ولا اشكاله هي نفسها، فقد فرض الارهاب شكل جديد واسلوب عمل مغاير لمواجهته.

⁽¹⁾Kacper Rękawek, 'When Symmetric and Asymmetric Threats Converge—A New (and Grim) Prospect for NATO', Strategic File, NO (43), Polish Institute of International Affairs (PISM), Warsaw, Poland, April 2014, P 3.

إلا ان مع تنامي ظاهرة التطرف واجتياح العالم بموجة شديدة من الاستقطاب الابدلوجي المتطرف، اصبح النظام يبحث عن سبل المواجهة والليات التي يمكن من خلال الحد من هذا التهديد المتنامي، ولان التطرف ظاهرة عالمية كان لابد من التحالف والتعاون لمواجهة هذا التهديد، فالتحالف هو الوسيلة التي يمكن من خلالها اشراك اكبر قدر ممكن من الدول لاستراتيجية محاربة التطرف، فضلاً عن تحمل المسؤولية وتقاسم الاعباء هي احد اهداف التحالف، ان التحالف والاصطفاف العسكري غير قادر على مواجهة التطرف بمفرده، وان الحرب اللامتماثلة بين الجماعات المتطرفة والدول المتحالفة تحتاج الى حشد أكبر قدر ممكن من القوة، فهي تمثل تحدياً حقيقياً امام الدول من اجل مواجهتها و لذلك تستعين حتى بالدول الضعيفة لإشراكها في هذه التحالفات، وعلى الرغم من ان اسس وقواعد التحالف لا يمكن تطبيقها في بناء التحالفات الجديدة لمواجهة التطرف فالتحالفات الجديدة لا تعتمد على الأسس التقليدية و ان مواجهة التهديد هو الأساس لبناء هذه التحالفات و ليس توازنات القوى و لذلك في تحالفات من اجل المواجهة و التنفيذ و ليس من اجل الردع.

دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية الدراسة الثالثة

المقاربة القانونية والأمنية لمكافحة الإرهاب في دول المغرب العربي تونس الجزائر والمغرب أنموذجاً

د. باخويا دريس⁽¹⁾

كان لتدهور الوضع الإقتصادي في الجزائر نهاية ثمانينات القرن الماضي الأثر الأكبر في عملية التحول الديمقراطي والذي تم على إثره فتح المجال لمختلف الأطياف السياسية للمشاركة في مسار هذا التحول الذي لم يكن كافياً للحيلولة دون الدخول في دوامة من العنف عانى منها الشعب الجزائري طيلة عقد من الزمن. وكان لتردي الأوضاع الأمنية في شمال مالي وليبيا ومنطقة الساحل أثراً كبيراً على أمن دول المغرب العربي فازدادت الهجمات الإرهابية كما ازدادت عمليات الإختطاف قصد المطالبة بالفدية أو المطالبة بإطلاق سراح قادة التنظيمات الإرهابية الناشطة في المنطقة المذكورة.

مشكلة الدراسة:

بالنظر إلى خطورة الجريمة الإرهابية وتعدد جوانبها نسعى في هذه الدراسة إلى رصد الإستجابة على مستوى تشريعات دول المغرب العربي للأحكام التي أقرتها مختلف الإتفاقيات الدولية والعربية في مجال مكافحة الإرهاب ومدى ملائمة هذه التشريعات للجهود الدولية المبذولة للقضاء على هذه الجريمة واستجلاء أهم المعوقات التي تحول دون ذلك.

وفي سبيل تحقيق ذلك سنحاول الإجابة عن التساؤلات التالية:

⁽¹⁾ أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أحمد دراية – أدرار، الجزائر.

- ما أسباب ظهور وتنامي الإرهاب بدول المغرب العربي ؟
- وما انعكاسات هذه الجرائم على هذه الدول ؟
- وما الآليات التي اعتمدت من قبل هذه الدول لمحاربتها؟

أهمية الدراسة:

جاء اهتمامنا بهذا الموضوع نتيجة لمجموعة من الإعتبارات الهامة فالحقيقة أن الجرائم الإرهابية أضحت اهتمام العديد من فقهاء القانون الجنائي والدولي نظراً لما تشكله من خطورة كبيرة ليس فقط على الدولة بل وكذلك على المجتمع والأفراد، وتتمثل هذه الخطورة بالأساس في أهدافها غير المحدودة الغرض؛ منها خلق حالة من الفوضى وعدم الإستقرار وذلك نتيجة لسعي مرتكبي هذا النوع من الجرائم إلى إثارة الفزع والرعب في نفوس الأفراد بشكل مقصود ولتحقيق أغراض غير مشروعة .

ومن هذا المنطلق بادرت العديد من الدول إلى سن قوانين خاصة بمكافحة الجرائم الإرهابية والدول المغاربية كجزء من المجتمع الدولي الذي تضرر كثيراً من هذا النوع من الجريمة وفاءً منها بالتزامها تجاه المجتمع الدولي وانسجاماً مع المواثيق الدولية التي صادقت عليها في هذا الإطار سارعت إلى سن قوانين خاصة بمكافحة الجرائم الإرهابية بغية التخفيف من حدتها أو القضاء عليها. مما يستلزم ضرورة التعرض لمختلف الأطر القانونية الوطنية والدولية لتحديد مدى نجاعة تشريعات دول المغرب العربي محل الدراسة في التعامل مع الظاهرة.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى:

- تحديد مفهوم دقيق للجرائم الإرهابية.
- رصد أسباب تنامي الجرائم الإرهابية بدول المغرب العربي.
- انعكاسات هذه الجرائم على دول المغرب العربي سياسياً واقتصادياً واجتماعياً.

- التعرف على تجارب دول المغرب العربي في مكافحة الإرهاب.
- إيجاد مقارنة استراتيجية شاملة بين دول المغرب العربي لمنع ومكافحة الإرهاب.

منهج الدراسة:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة أعلاه سنحاول رصد نشأة وتطور جرائم الإرهاب وأبعادها وفق منهج وصفي تحليلي للنصوص القانونية التي أقرتها الدول المغاربية والإتفاقيات العربية والدولية والآليات التي رصدتها في مجال مكافحة الإرهاب. ومن جانب آخر اعتمدنا المنهج المقارن كأداة للمقارنة بين أحكام مكافحة الجرائم الإرهابية فيما بين تشريعات دول المغرب العربي وبينها ومختلف الإتفاقيات العربية والدولية رجاء الوقوف على الحلول المختلفة التي أقرتها هذه الإتفاقيات والتشريعات فنعطي بذلك صورة للمشرع الجزائري عما وصل إليه الفكر القانوني المقارن في مجال مكافحة الإرهاب.

نماذج من الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى قام بها « علي لوني سي » بعنوان: آليات مكافحة الإرهاب الدولي بين فاعلية القانون الدولي وواقع الممارسات الدولية الإنفرادية (٢٠١٢) وهي أطروحة دكتوراه في القانون صادرة عن جامعة الجزائر حيث تعالج هذه الدراسة الظاهرة الإرهابية في شقيها النظري والقانوني على المستويين الوطني والدولي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية بغية التحقق في مدى انسجام القوانين الوطنية للدولية ومدى فاعليتها في التعامل مع الجرائم الإرهابية.

ويدين الباحث بضرورة إرساء سبل قانونية ناجحة لمكافحة الإرهاب الدولي وذلك بتغليب الإعتبارات القانونية على المصالح السياسية ولهذا الغرض حدد دراسته في أطر تخدم مسعاه العلمي فتطرق لمحاولة التأسيس النظري والقانوني لظاهرة الإرهاب ثم انتقل إلى فاعلية القانون الدولي لمكافحة الإرهاب من خلال الإعتماد على منهج

تحليلي نقدي للإتفاقات الدولية المعنية بظاهرة الإرهاب ودور الأمم المتحدة وأجهزتها في مكافحة هذه الظاهرة. وانتقل في القسم الثاني من دراسته إلى تحليل الممارسات الدولية الإنفرادية في مكافحة الإرهاب من خلال استخدام القوة العسكرية مبيناً مختلف الآثار القانونية والإيديولوجية المترتبة عنها ليصل إلى أن هذه الممارسات الإنفرادية العسكرية التي قادتها الولايات المتحدة الأمريكية ضربت قواعد القانون الدولي ومبادئه الأساسية بعرض الحائط وقامت بتقويض مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية. لينهي بعد ذلك دراسته بتقديم مجموعة من التوصيات تتعلق بضرورة إرساء سبل ناجعة لمكافحة الإرهاب الدولي بعيداً عن الممارسات العسكرية الإنفرادية.

الدراسة الثانية قامت بها « مريم براهيمى » بعنوان: التعاون الأمني الأمريكي الجزائري في الحرب على الإرهاب وتأثيره على المنطقة المغاربية (٢٠١٢). وهي رسالة ماجستير في الدراسات المغاربية صادرة عن جامعة الجزائر عالجت من خلالها الباحثة طبيعة التعاون الأمني الأمريكي الجزائري وتأثير تلك العلاقة على منطقة المغرب العربي فتطرقت لمراحل تطور مستويات هذا التعاون بغية الإجابة عن إشكالياتها المتعلقة بمساهمة ودور التعاون الأمني الأمريكي الجزائري في محاربة الإرهاب في دول المغرب العربي.

تطرقت الباحثة في القسم الأول من دراستها للإطار النظري والجيوستراتيجي لظاهرة الإرهاب فعرضت مختلف النظريات المفسرة لهذه الظاهرة فضلاً عن دراسة اقتصاديات الدول المغاربية والتحليل الجيوستراتيجي للمنطقة خاصة، وأن الدول المغاربية تقع في منطقة حساسة من الناحية الأمنية هي منطقة الساحل الإفريقي وما تفرضه من تهديدات أمنية خطيرة. وفي القسم الثاني من الدراسة أفردته الباحثة للإستراتيجية الأمريكية في محاربة الإرهاب بداية بتحديد الشق المفاهيمي المتعلق بالحرب الشاملة وصولاً إلى مرتكزات الإستراتيجية والتحديات التي تواجهها. كما عالجت الباحثة تكلفة هذه الإستراتيجية وتأثيرها على ميزانية دول المغرب العربي

مُبيّنة بذلك أسباب هذا التعاون وأهدافه للطرفين الأمريكي والجزائري. لتصل في نهاية دراستها إلى أن ارتفاع مستويات التهديدات الأمنية في المنطقة المغاربية هو الدافع الأساسي لقبول مبادرة التعاون الأمريكية.

الدراسة الثالثة قام بها « إدريس عطية » بعنوان: الإرهاب في إفريقيا (دراسة في الظاهرة وآليات مواجهتها) (٢٠١١) وهي رسالة ماجستير في الدراسات الإفريقية صادرة عن جامعة الجزائر. حيث عالج الباحث في دراسته تفاعلات الظاهرة الإرهابية في إفريقيا والآليات المعتمدة إفريقياً ودولياً لمواجهتها. وقد توصل الباحث من خلال دراسته إلى أن نشأة الإرهاب مرتبطة بحركية سببية كبيرة مركبة من الأسباب السياسية والإقتصادية والإجتماعية والنفسية وكذا الإرتباطات الدولية. كما توصل الباحث إلى أن التهديد الإرهابي في إفريقيا تتحدد طبيعته من خلال نمطين من الإرهاب؛ الإرهاب المحلي المتوطن في إفريقيا منذ القدم واللصيق بالإنسان الإفريقي النابع من جذوره الإفريقية والذي يرتبط بدوره بالعنف السياسي والحروب الأهلية. والنمط الثاني يتمثل في الإرهاب الدولي أو العابر للقوميات والذي يعتبر إرهاباً وافداً إلى القارة الإفريقية. من جانب آخر توصل الباحث في ختام دراسته إلى أن دور القوى الدولية في مواجهة الظاهرة الإرهابية في إفريقيا إنما هو مرتبط بمصالح هذه القوى والتي تتمثل أساساً في النفط والمواد الأولية.

تقسيمات (خطة) الدراسة:

تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين اثنين يتم التطرق في المبحث الأول للإطار المفاهيمي لجرائم الإرهاب وذلك من خلال التطرق لنشأة الجريمة الإرهابية وبيان مفهومها في المطلب الأول ثم لأسباب تطور وتنامي الجريمة في دول المغرب العربي في المطلب الثاني على نحو يُمكن من رصد تأثيرات الجريمة على أمن دول المغرب العربي في المطلب الثالث.

وفي المبحث الثاني يتم التطرق لآليات مكافحة جرائم الإرهاب في دول المغرب العربي وذلك من خلال بسط الآليات الوقائية الاستباقية لمكافحة الإرهاب في المطلب الأول ثم التطرق للمكافحة القانونية لجرائم الإرهاب في المطلب الثاني وصولاً للمكافحة الدولية والإقليمية لهذه الجرائم في المطلب الثالث.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لجريمة الإرهاب.

إن دراسة الإطار المفاهيمي لجرائم الإرهاب يحتم علينا ضرورة معرفة نشأة هذه الجريمة وبيان مفهومها (المطلب الأول) على نحو يمكننا من معرفة أسباب تطور وتنامي الجرائم الإرهابية في دول المغرب العربي (المطلب الثاني) لنصل بعد ذلك لتأثيراتها في هذه الدول (المطلب الثالث).

المطلب الأول: نشأة جريمة الإرهاب وبيان مفهومها

نتطرق في هذا الجزء لنشأة وتطور الجريمة الإرهابية (الفرع الأول) ثم نقوم بعد ذلك ببيان مفهومها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نشأة وتطور الجريمة الإرهابية

بالرغم من أن الجريمة الإرهابية لم تعرف بمفهومها الشائع إلا في العصر الحديث إلا أن لهذه الجريمة امتداد صاحب ظهور المجتمعات الإنسانية منذ القدم في المجتمعات البدائية نظراً لعدم وجود نصوص قانونية تنظم هذه المجتمعات^(١). وفي القرن السادس والسابع قبل الميلاد عُرفت الجرائم الإرهابية لدى الآشوريين وذلك من خلال التنكيل بأسرى الحرب وسكان المدن التي كانوا يُغيرون عليها^(٢).

(١) صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص: ٨٤.
(٢) عبد اللطيف عبد العال محمد، عقوبة الإعدام (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص: ٢٣.

الحضارة الفرعونية بدورها عرفت بعض الجرائم الإرهابية وبالتحديد في العصر الذي تمت فيه محاولة اغتيال الملك رمسيس الثالث بسبب محاولته توريث عرشه لأحد أبناءه غير الشرعيين^(١). والإغريق بدورهم عرفوا الجرائم الإرهابية نتيجة للربط بين الجريمة السياسية والمفهوم الديني على اعتبار عدم جواز المساس بشخص الملك باعتباره إلهاً أو ممثلاً للإرادة الإلهية فوق الأرض فكل محاولة للمساس به تستحق عقوبة الإعدام بغض النظر عما قام به في حق رعيتيه^(٢).

وفي المجتمع اليوناني الذي اعتنق النظام الجمهوري في الحكم، صدرت العديد من القوانين التي جرّمت كل محاولة للمساس بنظام الحكم، وأقرت عقوبات قاسية كالإعدام والنفى.

والرومان بدورهم عرفوا الجريمة الإرهابية ولئن خلطوا بينها وبين الجريمة السياسية، فاعتبروا الجريمة السياسية جريمة ضرر تشمل كل الأفعال التي يتعدى ضررها الأفراد إلى المجتمع بأسره كالتآمر وجريمة تهديد الأمن وأقروا لها عقوبات قاسية تمثلت في القتل عن طريق الحرق بالنار أو إلحاق العار بأسرة الجاني^(٣).

ويرى لاقور والتر (Laqueur Walter) أنه ومع قيام الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ ظهرت بعض الأفعال الإرهابية كأسلوب عمل يُراد به تحقيق بعض الأهداف التي قامت من أجلها الثورة حيث تم إعدام آلاف الفرنسيين نتيجة لإدانتهم بالعداء وخيانة مبادئ الثورة^(٤).

ومع بداية القرن التاسع عشر تغيّر مفهوم الإرهاب وانتقلت الجرائم من يد الدولة أو السلطة الحاكمة إلى يد المحكومين في شكل حريات فوضوية تعتنق الإرهاب كوسيلة

(١) د. عبيد رؤوف، القضاء الجنائي عند الفراعنة، المجلة الجنائية القومية، العدد ٣ ١٩٥٨ ص ٧٠.
(٢) برياش رتيبة، الأمن والإرهاب في المغرب العربي (مقاربة استراتيجية)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر ٠٣، ٢٠١٢، ص ٤.

(٣) سلام زنتاني محمود، موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المطبعة العربية الحديثة ١٩٧٧ ص: ٢٨٠. نقلاً عن: برياش رتيبة، المرجع السابق، ص: ٠٦.

(٤) Laqueur WALTER، Terrorism, London Weidenfeld and Nicolson, 1977, P. 23.

للترهيب والتخويف قصد إحداث حالة من الفوضى التي تؤدي إلى تفكك الدولة والمجتمع الذي تعقبه مرحلة بناء نظام حكم جديد قائم على الحرية والمساواة^(١). وفي القرن العشرين تغير مفهوم الجرائم الإرهابية ليمتد نطاقها من مجرد الإعتداء على أشخاص محددين إلى بث الرعب والخوف في كافة دول وهيئات المجتمع الدولي وهو ما كان سبباً في إقرار اتفاقيات ومعاهدات وإعلانات تتضمن أحكاماً تجريبية للظاهرة الإرهابية^(٢). ومهما يكن من أمر فلقد كان لتطور الجريمة الإرهابية تأثيراً كبيراً على منطقة الساحل وشمال إفريقيا خاصة بالنسبة لدول المغرب العربي وهو ما يحتم علينا دراسة مفهوم هذه الجريمة وأسباب تناميها في هذه الدول.

الفرع الثاني: مفهوم الجريمة الإرهابية وبيان أركانها

تعددت واختلفت مفاهيم الجريمة الإرهابية نظراً لاختلاف أنماطها وأسبابها وكذا المجتمعات المتضررة منها. لذلك توجب تحديد مفهوم الجريمة (البند الأول) ثم بيان أركانها (البند الثاني).

البند الأول: مدلول الجريمة الإرهابية

أولاً: في اللغة

الإرهاب لغة من أرهبَ يُرهب وأصله رهبَ يُرهبُ. ويقال: رهبْتُ الشيء رهباً أي: خفته^(٣).

ولقد وردت كلمة الإرهاب في القرآن الكريم في قوله تعالى: "يا بني إسرائيل اذكروا نعمتي التي أنعمت عليكم وأوفوا بعهدي وإياي فارهبون" أي خافون.

(١) هالة محمد طالبي عائشة، الإرهاب الدولي والحصانة الدبلوماسية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٨.

(٢) أبو الوفا أحمد، ظاهرة الإرهاب على ضوء أحكام القانون الدولي العام، مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد السابع عشر ١٩٩٠، ص ٧٥.

(٣) ابن منظور أبو الفضل، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت ٢٠٠٣ ص ٤٣٦.

ثانياً: في الإصطلاح

الإرهاب هو محاولة نشر الفزع والذعر لأغراض سياسية عادة، ويراد به: "استعمال العنف غير القانوني أو التهديد به وبأشكاله المختلفة كالاغتيال والتشويه والتعذيب والتخريب بغية تحقيق هدف سياسي معين"^(١). ولقد ورد في موسوعة علم العلاقات الدولية بأن الإرهاب يتمثل في: "جميع النشاطات التي تقوم بها الدولة أو غير الدولة ويتم فيها استخدام العنف قصد تحقيق أهداف سياسية"^(٢). وانطلاقاً من مجموع المفاهيم المذكورة أعلاه يتبين بأن مفهوم الإرهاب يرتبط بالعنف أو التهديد به والفزع والخوف قصد تحقيق غرض معين غالباً ما يكون سياسياً.

ثالثاً: مدلول الجريمة الإرهابية تشريعياً وفقهياً

وسنتطرق فيها لمفهوم جريمة الإرهاب في الإتفاقيات الدولية والإقليمية ولدى الفقه.

١- مفهوم جريمة الإرهاب في الإتفاقيات الدولية والإقليمية

عرفت المادة الأولى من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٧ الجريمة الإرهابية بأنها: "الأعمال الإجرامية الموجهة ضد الدولة وتهدف إلى إحداث حالة من الرعب في أفكار أشخاص معينين أو لدى العامة".

بدورها عرفت اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٧١ المتعلقة بمقاومة ومعاينة الإرهاب هذه الجريمة بأنها: "كل فعل يُنتج رُعباً أو فزعاً بين سكان الدولة أو قطاع منه ويخلق تهديداً عاماً للحياة أو الصحة أو السلامة البدنية أو حريات الأشخاص وذلك باستخدام وسائل تسبب بطبيعتها أو يُمكنها أن تُسبب ضرراً جسيماً أو مساساً خطيراً بالنظام العام".

(١) البيطار فراس، الموسوعة السياسية والعسكرية، الجزء الأول، دار أسامة الأردن ٢٠٠٣، ص ١٦.
(٢) فلاح العموش أحمد، أسباب انتشار ظاهرة الإرهاب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٩٩٩، ص ٦٩.

وعلى الصعيد الإقليمي نصت الإتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب تاريخ ٢٢ أبريل ١٩٩٨ في مادتها الأولى على تعريف جريمة الإرهاب حيث اعتبرت: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أياً كانت بواعثه أو أغراضه يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو الإستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر".

وما يلاحظ على هذا التعريف الذي أوردته الإتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب أنه فرق ما بين جريمة الإرهاب وحالة الكفاح المسلح ضد الإحتلال بالرغم من إغفاله للإرهاب الذي يكون مصدره الدولة، وعدم الإشارة للدافع كمعيار لتمييز الأعمال الإرهابية عن غيرها من الأعمال الإجرامية الأخرى.

٢- مفهوم جريمة الإرهاب لدى الفقه القانوني

لا يوجد إجماع لدى الفقه القانوني بخصوص إعطاء تعريف موحد لجريمة الإرهاب نظراً لغموض وتداخل أركان هذه الجريمة مع جرائم أخرى وفيما يلي نورد بعض التعريفات لبعض الجهود الفقهية والتي من بينها ما أورده "رولان غوشيه" (Rolan Ghosheh) الذي اعتبر الإرهاب بأنه: "اللجوء إلى أشكال من القتال قليلة الأهمية بالنسبة للأشكال المعتمدة في النزاعات التقليدية ألا وهي قتل السياسي أو الإعتداء على الممتلكات"^(١). كما يُعرّف الإرهاب بأنه: "كل اعتداء على الأرواح أو الممتلكات أو الأموال العامة أو الخاصة يقع بالمخالفة لأحكام القانون الدولي بمصادره المختلفة بما في ذلك المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية"^(٢).

(١) العكرة أدونيس، الإرهاب السياسي، دار الطليعة بيروت، ١٩٨٣، ص ٨٦.

(٢) سرحان عبد العزيز، تعريف الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢٩، ١٩٧٣، ص ١٧٣.

إن المفاهيم الواردة أعلاه تبين شمولية ودقة المفاهيم الواردة في المواثيق الدولية ومرد ذلك يعود إلى اختلاف الجريمة من دولة لأخرى نتيجة لاختلاف الأوضاع السياسية والإجتماعية والثقافية بما ينعكس على المفاهيم الفقهية الواردة بشأنها.

البند الثاني: أركان الجريمة الإرهابية

من خلال المفاهيم الواردة في البند السابق والمتعلقة بمفهوم الجريمة الإرهابية يتبين بأن لهذه الجريمة وكسائر الجرائم الأخرى ثلاثة أركان هي الركن القانوني (أولاً) والمادي (ثانياً) فالمعنوي (ثالثاً).

أولاً: الركن القانوني للجريمة الإرهابية.

يُضفي الركن القانوني لجريمة الإرهاب صفة خاصة مقارنة بباقي الجرائم وذلك نظراً لخصوصية هذه الجريمة ولذلك فهذا الركن يتكون من خلال عنصرين هما:

١- وجود نص قانوني جزائي يجرم الأعمال الإرهابية

أصدرت الجزائر مجموعة من القوانين المتعلقة بمكافحة الإرهاب باعتبارها من أكثر الدول المغاربية تضرراً من الجرائم الإرهابية خاصة خلال العشرية السوداء (١٩٩٠-٢٠٠٠) ومن أولى القوانين الصادرة في هذا الشأن نذكر المرسوم التشريعي رقم: ٩٢-٠٣ المتعلق بمكافحة الإرهاب، ثم صدر بعده الأمر رقم ٩٥-١٠ المعدل لقانون الإجراءات الجزائية والأمر رقم ٩٥-١١ المعدل لقانون العقوبات والذي أقر في المادة ٨٧ مكرر عقوبات قاسية على كل من يقوم بأعمال تخريبية أو إرهابية ماسة بأمن الدولة.

وكنتمة للمنظومة القانونية المذكورة صدر القانون رقم ٠٥-٠١ تاريخ ٦ فبراير ٢٠٠٥ المعدل والمتمم والمتعلق بمحاربة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها^(١) والذي كان له الفضل الكبير في محاربة الجرائم الإرهابية وتجفيف منابع الأموال غير المشروعة المستخدمة في تمويل الجماعات الإرهابية.

تونس بدورها كانت من الدول السبّاقة إلى تجريم الجرائم الإرهابية فأصدرت القانون رقم ٧٥ لسنة ٢٠٠٣ تاريخ ١٠ ديسمبر ٢٠٠٣ والمتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال ثم ما لبثت أن صادقت الحكومة التونسية مؤخراً عن مشروع قانون جديد لمكافحة الإرهاب حرصت من خلاله على التوفيق بين تحقيق الأمن ومحاربة الإرهاب من جهة واحترام حقوق الإنسان وحرّياته من جهة أخرى.

أما المغرب فلقد سار على نفس النهج فصادقت المغرب على مختلف الإتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب على غرار الإتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الموقعة بالقاهرة في ٢٢ أكتوبر ١٩٩٨ والمأمور نشرها بمقتضى الظهير الشريف رقم ٢٤٠-٩٩ بتاريخ ٢٢ نوفمبر ٢٠٠١ واتفاقية الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة لمنع الإرهاب الدولي واتفاقية جنيف لمنع ومعاقبة الجريمة الإرهابية.

وكنتيجة لذلك كان لزاماً على المشرع المغربي إصدار قانون خاص بمحاربة الجريمة الإرهابية ومكافحتها وهو ما تم فعلاً بصدور القانون رقم ٠٣-٠٣ تاريخ ٨ ماي/أيار ٢٠٠٣ المتعلق بمكافحة الإرهاب.

٢- انتفاء أسباب الإباحة:

لا يمكن قيام الركن القانوني للجريمة بمجرد وجود النص القانوني المجرم والصريح فقط بل لا بد من توافر عنصر آخر يتعلق بعدم خضوع الفعل الإجرامي لأسباب الإباحة وهو ما اتفقت عليه معظم التشريعات المقارنة محل الدراسة.

(١) اتمّ تعديل هذا القانون بموجب الأمر رقم ٠٢-١٢ المؤرخ في ١٣ فبراير ٢٠١٢، الرجيدة الرسمية عدد ٠٠٨، المؤرخة في ١٥ فبراير ٢٠١٢.

ثانياً: الركن المادي للجريمة الإرهابية

يتشكل الركن المادي لجريمة الإرهاب من خلال تعلق الأعمال الإرهابية بمشروع فردي أو جماعي يهدف إلى ترويع الأفراد وترهيبهم ولا يتم ذلك إلا من خلال نشاط مادي يقوم به الجاني.

ومن جانب آخر يجب أن ترتبط غاية هذا النشاط المادي بترهيب الأفراد وإخافتهم أو إلحاق الأذى بهم وذلك باستعمال أسلوب العنف أو التهديد به من خلال الصور المكونة للركن المادي.

ثالثاً: الركن المعنوي للجريمة الإرهابية

لا يكفي لقيام الجريمة الإرهابية مجرد وجود نص تجريمي لها وإتيان إحدى الصور التي تشكل الفعل الإرهابي المنصوص عليه قانوناً بل لا بد من ضرورة توافر القصد لدى الجاني وهو ما يعرف بـ: "الركن المعنوي في الجريمة" والذي يتحقق من خلال وجود إرادة إتيان الفاعل للعمل المجرم.

وجرائم الإرهاب لا تحيد عن ذلك أيضاً حيث أوجبت مختلف التشريعات المقارنة ضرورة تحقق الركن المعنوي في الجريمة، فالمشعر الجزائري مثلاً نص في المادة ٨٧ مكرر من قانون العقوبات على أن: "يعتبر فعلاً إرهابياً أو تخريبياً في مفهوم هذا الأمر كل فعل يستهدف أمن الدولة والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقرار المؤسسات وسيرها العادي عن طريق أي عمل غرضه ما يأتي: "...، بدوره المشعر المغربي سار على نفس النسق فنص في المادة ٢١٨ من القانون ٠٣-٠٣ المذكور على ضرورة توافر الإرادة بقوله: "تعتبر الجرائم الآتية أفعالاً إرهابية إذا كانت لها علاقة عمداً ..."، والمشعر التونسي بدوره استلزم هذا الركن وذلك بنص الفصل ٠٤ من القانون رقم ٧٥ لسنة ٢٠٠٣ المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال بقولها: "أو بث الرعب وذلك بقصد التأثير ...".

المطلب الثاني: أسباب تطور وتنامي الجرائم الإرهابية في دول المغرب العربي
يختلف ظهور وتطور الجرائم الإرهابية في دول المغرب العربي تبعاً لاختلاف ظروف كل دولة سياسياً واجتماعياً وجغرافياً بما يؤدي إلى الإختلاف في مظاهرها وعواملها بين الدول المعنية بهذه الدراسة، لذلك سنقوم بدراسة تطور الجرائم الإرهابية في الجزائر (الفرع الأول) ثم في تونس (الفرع الثاني) فالمغرب (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أسباب تطور وتنامي الجرائم الإرهابية في الجزائر.

بعد سقوط المعسكر الإشتراكي وتفككه سارعت معظم الدول الإشتراكية إلى تبني النظام الليبرالي الغربي واعتناق المبادئ الديمقراطية التي نادى بها هذا النظام. وفي نفس الإطار نذكر التحولات الدولية التي أدت إلى فرض ضغط كبير على الأنظمة الإشتراكية ودفعها نحو تبني الخيار الديمقراطي.

فالجزائر وكغيرها من الدول الإشتراكية في تلك الفترة قامت بإصدار ترسانة من النظم القانونية الممهدة لعملية الإنتقال من نظام اشتراكي موجه إلى نظام ليبرالي حر كان من أبرز القوانين وفي مقدمتها دستور ٢٣ فبراير ١٩٨٩ والقانون رقم ٨٩-١١ تاريخ ٥ يوليو ١٩٨٩ المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، الذي أقر التعددية الحزبية كمظهر من مظاهر الديمقراطية التي يقوم عليها الفكر الليبرالي الرأسمالي.

ومما زاد من حدة الأمر في الجزائر ظهور الحركات الإسلامية بداية التسعينات على غرار الحركة من أجل الدولة الإسلامية والجهة الإسلامية للإنقاذ وغيرها، ودخول هذه الحركات للمعترك السياسي مُستغلة بذلك حالة الإحتقان التي سادت المجتمع الجزائري في تلك الفترة وبالأخص مع عودة الكثير من الجزائريين الذين شاركوا في الحرب الأفغانية حاملين معهم منطلقاً جهادياً وتجربة ميدانية في مجال حرب العصابات ومختلف أنماط الجرائم الإرهابية^(١).

(١) مقدم محمد، الأفغان الجزائريون من الجماعة إلى القاعدة، منشورات المؤسسة الوطنية للإتصال، الروبية، ٢٠٠٢، ص ٤٦.

ونتيجة لفوز الأحزاب الإسلامية تم توقيف المسار الإنتخابي الذي أدى إلى الدخول في صراع ما بين النظام ومختلف الجماعات الإسلامية مستعينة بجناحها العسكري المنظم مسبقاً وهو ما أدى إلى الدخول في دوامة عنف شاملة خلفت ما لا يقل عن ١٥٠ ألف قتيل^(١).

الفرع الثاني: أسباب تطور وتنامي الجريمة الإرهابية في تونس

مع بداية ثمانينات القرن الماضي دخلت تونس في أزمة اقتصادية عميقة خاصة في ظل تصاعد الأصوات المنادية بضرورة استخلاف "بورقيبة" وكننتيجة لذلك تم إعلان التعددية الحزبية كمحاولة للتخفيف من الضغط السياسي الكبير والإقتصادي الذي عانته تونس آنذاك.

وبالرغم من إقرار التعددية الحزبية غير أن الحركات الإسلامية أقصيت من الساحة السياسية في محاولة استباقية لإجهاض كل محاولة للوصول إلى السلطة من قبل هذه الحركات. وهو ما دفع بهذه الأخيرة خاصة ما يعرف بحركة "الإتجاه الإسلامي" إلى تغيير اسمها لـ: "حركة النهضة" تماشياً مع دستور تونس الذي يحظر إنشاء الأحزاب على أساس ديني أو عرقي أو لغوي وذلك في خطوة منها لدخول المعترك السياسي^(٢).

وكننتيجة لذلك تم تنظيم انتخابات برلمانية مستقلة حاز على إثرها التيار الإسلامي على نحو ربع عدد الأصوات. وهو ما دفع بالسلطات التونسية إلى إجهاض المسار الإنتخابي وقمع أغلب أعضاء التيار الإسلامي ما أدى إلى ظهور جماعات إرهابية محلية كجماعة الأصوليين وحركة الإتجاه الإسلامي وحركة الثورة الشعبية والمقاومة المسلحة التونسية.

(١) يرقوق امحمد، الإستراتيجية الجزائرية لمكافحة الإرهاب، جامعة الجزائر، ص: ٠٧.

(٢) برباش تريتية، المرجع السابق، ص: ٤٧.

ومع تزايد تأثير الحركات الإسلامية عملت الحكومة التونسية على تنظيم حملات تحسيسية وتثقيفية وإجراءاتها الأمنية مستعينة في ذلك بخبرة الإتحاد الأوربي^(١). وبالرغم من ذلك إلا أن العمليات الإرهابية في تونس زادت بشكل ملفت للنظر خاصة في فترة ما بعد إسقاط حكم الرئيس زين العابدين بن علي، ووصول التيار الإسلامي للحكم و بروز صراع كبير ما بين التيار الإسلامي والتيار الليبرالي الفرانكفوني^(٢)، وهذا ما أوجد موجة عنف كبيرة أدت إلى وقوع العديد من الضحايا منذ ما يعرف في تونس بثورة يناير ٢٠١١.

الفرع الثالث: أسباب تطور وتنامي الجريمة الإرهابية في المغرب

شهدت المملكة المغربية منذ ستينيات القرن الماضي صدامات عنيفة ما بين ما يعرف بحركة "الشبيبة الإسلامية" والنظام الملكي أسفرت عن زوال هذه الحركة وميلاد حركتين هما "حركة العدل والإحسان" وحركة "الإصلاح والتجديد". ومع إقرار التعددية الحزبية في المغرب كان للحركتين المذكورتين حضور ملحوظ في الحياة السياسية المغربية بيد أنه ونتيجة للتضييق الكبير على التيار الإسلامي في المغرب تم تأسيس ما يسمى بجماعة الشبيبة الإسلامية من قبل مقاتلي حرب أفغانستان من المغاربة بهدف إرساء دعائم الدولة المغربية ومد يد العون لتنظيم القاعدة محلياً وإقليمياً^(٣) لظالما أن هذا التنظيم تشكل من مغاربة أفغان يعملون تحت لواء وإشراف زعماء تنظيم القاعدة.

ونتيجة للصراع ما بين التيار الإسلامي في المغرب والنظام الملكي قامت الجماعات الإرهابية بالعديد من العمليات داخل الأراضي المغربية أبرزها هجمات الدار البيضاء

(١) Botha ANNELI, Terrorisme in the Maghreb, the Transnationalisation of Domestic Terrorism, ISS Monograph Series, No: 144, June 2008, P. 111.

(٢) عبد الرزاق ب، توتر في مدينة القصرين التونسية إثر مظاهرة لأقارب ضحايا الثورة، AFP، تونس، ٠٨-٠٩-٢٠١٢.

(٣) برباش تريتية، المرجع السابق، ص ٤٨.

في ماي ٢٠٠٣. كما كشفت أجهزة الإستخبارات المغربية أن الكثير من العناصر الإرهابية المغربية كان لها دور كبير في عديد العمليات التخريبية، ومن بينهم زكريا الموسوي بالنسبة لهجمات ١١ سبتمبر ٢٠٠١ بالولايات المتحدة الأمريكية ومدير المتصدق بالنسبة لتفجيرات فرانكفورت وغيرهم^(١).

المطلب الثالث: تأثيرات الجرائم الإرهابية على أمن دول المغرب العربي

تختلف تأثيرات الجرائم الإرهابية في شمال افريقيا من دولة لأخرى نتيجة لاختلاف حدتها ونشاطها بين دول المغرب العربي وهو ما يحتم علينا ضرورة دراسة هذه التأثيرات سواء الأمنية منها (الفرع الأول) ثم السياسية (الفرع الثاني) فالإقتصادية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التأثيرات الأمنية للجرائم الإرهابية في دول المغرب العربي

إن تهديد أمن دول المغرب العربي يعتبر من أهم وأخطر التأثيرات على الإطلاق وخاصة في ظل تزايد عدد الهجمات الإرهابية التي عرفتها دول المنطقة وبالأخص في الجزائر أثناء العشرية السوداء (١٩٩٠-٢٠٠٠) وما عايشه الجزائريون في هذه الفترة من حالة اللأمن وما ترتب عن ذلك من ظهور العديد من التنظيمات الإجرامية المنظمة واتساعها وتطور أساليبها^(٢).

ومن أهم الإنعكاسات على الساحة الأمنية، هو ظهور حركات إسلامية مقاتلة في منطقة الساحل والصحراء أرهقت دول المغرب العربي خاصة الجزائر نتيجة لجهودها في تأمين حدودها المشتركة مع المناطق التي شهدت ميلاد هذه الحركات.

(1) Yonah ALEXANDER, Maghreb and Sahel : the Rising Threat from Al-Qaida and other Terrorism, Addressing Terrorists in North and West, Central Africa, 2010, P : 21.

(2) ابراهيم محمود أحمد، الإرهاب الدولي في افريقيا بين الأزمات الداخلية وتهديدات تنظيم القاعدة، مجلة دراسات استراتيجية، العدد ١٨٣، جانفي ٢٠٠٨، ص: ١٩.

جدير بالذكر في هذا المقام التنويه بأن هذه الحركات قامت بالكثير من الأعمال الإرهابية أبرزها ما قامت به "حركة التوحيد والجهاد" حينما قامت باختطاف الدبلوماسيين الجزائريين في دولة مالي والتهديد بتصفيتهم إذا لم تستجب السلطات الجزائرية لإطلاق سراح عدة قيادات في هذه الحركة ودفع فدية بقيمة ١٥ مليون أورو.

الفرع الثاني: التأثيرات السياسية للجرائم الإرهابية في دول المغرب العربي

تتطلب مكافحة الإرهاب من النظام السياسي في الدولة تعزيز المبادئ الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان، وذلك بـغية حرمان القائلون بهذه الجرائم الإرهابية من الحجج التي يسوقونها من أجل تنفيذ عملياتهم الإجرامية. وعليه فإن الأنظمة السياسية التي توفر ضمانات كافية لمواطنيها لممارسة الحقوق والحريات تتيح لنفسها فرصة تعبئة المجتمع للمساهمة في حربها ضد الإرهاب. وفي هذا الإطار نتيجة لقيام بعض دول المغرب العربي بإصلاحات سياسية هامة خاصة في الجزائر، استطاعت هذه الأخيرة احتواء هذه الجريمة نتيجة لسياسة الوئام ثم المصالحة الوطنية التي أعلن عنها رئيس الجمهورية.

وعلى العكس من ذلك فإن الحرب على الجماعات الإرهابية أفرزت تأثيرات سلبية على أنظمة الحكم، نتيجة للقوانين التي سنتها هذه الدول قصد مكافحة الجرائم الإرهابية، والتي شملت أحكاماً متشددة في مواجهة الإرهاب تتناقض مع ما ينص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق ذات الصلة، وهو ما يدفع بالجماعات الإرهابية لاستغلال الوضع وتأليب الرأي العام بـغية تقويض جهود المصالحة الوطنية وضرب الإستقرار النسبي المحقق.

الفرع الثالث: التأثيرات الاقتصادية للجرائم الإرهابية

تتسبب العمليات الإرهابية في انعكاسات اقتصادية سلبية خطيرة لاسيما في مجالات السياحة والاستثمار والنقل، وذلك بحكم ما يترتب عن تلك العمليات من آثار، بخاصة

وأن أغلب العمليات الإرهابية تستهدف الأجانب والمراكز الأمنية والدفاعية. وكننتيجة لذلك تعمل الدولة على زيادة الإنفاق المخصص للقطاعين المذكورين على حساب قطاعات أخرى كالبحت والتعليم ومختلف القطاعات التنموية الأخرى. وتشير الدراسات الأمنية والاقتصادية أن انعكاسات الجرائم الإرهابية على الإقتصاد تتباين من دولة لأخرى حسب كفاءة كل دولة في التعامل مع تداعيات تلك العمليات وحسب درجة التقدم الاقتصادي^(١). وبالنسبة لدول المغرب العربي وحسب ما ورد في تقرير منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، فإن تأثير العمليات الإرهابية أربكت مسار التنمية بدول شمال إفريقيا وحدثت من معدلات نمو اقتصاديات هذه الدول والتي ستعاني دون شك من صعوبات كبيرة في جذب الاستثمارات الخارجية.

المبحث الثاني: آليات مكافحة الجرائم الإرهابية في دول المغرب العربي.

إن دراسة آليات مكافحة الجرائم الإرهابية بدول المغرب العربي يحتم علينا دراسة الآليات الوقائية الإستباقية التي من شأنها أن تقي وقوع أنشطة إرهابية (المطلب الأول) ثم لآليات المكافحة الداخلية والتي أقرتها دول المغرب العربي (المطلب الثاني) فحتمية التعاون الإقليمي والدولي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الآليات الوقائية الإستباقية لمكافحة الإرهاب بدول المغرب العربي

بعدها فشل أسلوب القمع العسكري كأحد الحلول المستخدمة للقضاء على الخلايا الإرهابية بدول المغرب العربي، تبنت هذه الدول إجراءات وقائية استباقية من شأنها التخفيف من حدة هذه الجرائم، لذلك سنقوم بدراسة هذه الآليات في الجزائر (الفرع الأول) ثم تونس (الفرع الثاني) فالمغرب (الفرع الثالث).

(١) ابراهيم محمود أحمد، المرجع السابق، ص ٢٢.

الفرع الأول: الآليات الوقائية لمنع الجرائم الإرهابية في الجزائر

لا شك في أن سياسة الحوار والإعتماد على منهج الإصلاح يعتبر بمثابة المفتاح الرئيسي للقضاء على جرائم الإرهاب بالجزائر، وهو ما تجسد من خلال الإجراءات المتبعة بدءاً بمراجعة الدستور والقوانين المنظمة للمؤسسات السياسية في الدولة كما أصدرت الجزائر مجموعة من النصوص القانونية الهادفة إلى تحقيق مصالحة ووثام بين مختلف أطراف المجتمع الجزائري ونخص بالذكر قانون الوثام المدني^(١) الذي تضمن أحكاماً تسمح بالعتفو على كل تائب عُزِّرَ به، كما حدد هذا القانون تدابير الرحمة والعتفو والشروط الواجب توافرها في الأشخاص المتبعين بجرائم إرهابية وسلموا أنفسهم تلقائياً للسلطات المختصة وتعهدوا بالتوقف عن ممارسة الأنشطة الإرهابية أو التخريبية وذلك للإستفادة من أحكام هذا القانون.

ومن بين الإجراءات الوقائية التي قررتها الدولة الجزائرية، منح المتهمين بارتكاب جرائم إرهابية فرصة الاستفادة من حق العفو المقرر في دستور ٢٣ فيفري ١٩٨٩ في مادته ٤٧ والتي تخول للرئيس حق إصدار العفو على الذين يسلمون أنفسهم طواعية وساهموا في تفكيك شبكات إرهابية. وقامت الدولة الجزائرية باستحداث أجهزة أمنية وقائية جديدة أهمها ما يعرف باسم "الدفاع الذاتي" الذي أنشأ بمقتضى المرسوم رقم ٩٧-٠٤ تاريخ ٤ جانفي/كانون الثاني ١٩٩٧ المحدد لشروط ممارسة حق الدفاع المشروع في إطار منظم، بحيث أجاز لهذه الأجهزة بالحق في محاربة الخلايا الإرهابية وحماية المواطنين.

الفرع الثاني: الآليات الوقائية لمنع الجرائم الإرهابية في تونس

من أبرز المبادرات الإستباقية التي قامت بها تونس في مجال محاربة الإرهاب هو دعوتها إلى عقد مؤتمر دولي تحت إشراف الأمم المتحدة من أجل دراسة السبل الكفيلة

(١) قانون رقم ٩٩-٠٨ مؤرخ في ٢٩ ربيع الأول عام ١٤٢٠ الموافق ١٣ يوليوس سنة ١٩٩٩، يتعلّق باستعادة الوثام المدني.

بمحاربة الإرهاب وإيجاد آليات التعاون والتنسيق الدولي ومقاربات دولية مشتركة كفيلة بالتصدي للجرائم الإرهابية.

وفي إطار تجسيد ذلك أعطت الحكومة التونسية أهمية قصوى لمكافحة التطرف الديني، كما اهتمت بالسهر على التكفل بانشغالات مواطنيها اجتماعياً واقتصادياً خاصة ما يتعلق بالتعليم والصحة، وهي الجوانب التي غالباً ما يتم استغلالها من قبل الخلايا الإرهابية في تجنيد الشبان.

لقد حاولت تونس من خلال هذه الآليات العمل على الربط ما بين الجانب التنموي الإصلاحية وجانب الأمن والسلم فدعت إلى إنشاء صندوق عالمي للتضامن صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة كما دعت إلى تنشيط حوار الأديان والحضارات⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الآليات الوقائية لمنع الجرائم الإرهابية في المغرب

لقد كان لتورط عناصر مغربية في أحداث هجمات ١١ سبتمبر ٢٠٠١ بالولايات المتحدة الأمريكية الأثر الأكبر في تحرك المملكة المغربية نحو إقرار آليات استباقية وسياسية أمنية في إطار حربها على الإرهاب فعملت على إنشاء قاعدة عامة للبيانات يتم فيها تقييد المشتبه في تورطهم بأعمال إرهابية أو تخريبية ووضعهم تحت المراقبة خاصة ممن سبق لهم الدخول لأفغانستان.

وفي نفس الإطار أوجد المغرب آلية للتنسيق بين مختلف الأجهزة الأمنية لتقوية بياناته الإستخبارية حيث شمل هذا الإجراء إدارة الإستعلامات العامة التابعة للأمن ووزارة الداخلية والمديرية العامة للدراسات. وكننتيجة لهذه الإجراءات اتسعت رقعة الإعتقالات وتم التضيق على الحريات الفردية وزاد الإهتمام بصلات الشبكات والخلايا الإرهابية بالخارج.

⁽¹⁾ المكي عبد الستار، التجربة التونسية في مقاومة التطرف والإرهاب تاريخ ١٠ سبتمبر ٢٠١٠. <http://www.assakina.com/center/files/5479.html> .

إن المتتبع للسياسة المغربية الوقائية يدرك بأن هذه السياسة تعتمد على عزل الخلايا الإرهابية من خلال قاعدة البيانات المستحدثة داخلياً، ومن خلال القضاء على الأفكار الجهادية المتطرفة، وعلى التعاون الإقليمي والدولي من جهة ثالثة.

المطلب الثاني: مكافحة القانونية الداخلية للإرهاب بدول المغرب العربي

علاوة على تنسيق الجهود الدولية والإقليمية فيما بين دول المغرب العربي سعت هذه الأخيرة إلى إقرار آليات قانونية وطنية داخلية تسعى من خلالها إلى محاربة الجرائم الإرهابية لذلك سنقوم بدراسة هذه الآليات في الجزائر (الفرع الأول) ثم في تونس (الفرع الثاني) فالمغرب (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الآليات القانونية لمكافحة الجرائم الإرهابية في الجزائر

لم تكتفِ الجزائر في إطار محاربة الإرهاب بإصدار النصوص القانونية الوقائية المتعلقة بالوئام والمصالحة الوطنية فحسب بل تعداه إلى إقرار عديد النصوص القانونية الردعية المتعلقة بمكافحة هذه الجرائم ما بعد ارتكابها والمشار إليها سابقاً لا سيما المادة ٨٧ المعدلة ممن قانون العقوبات التي أقرت عقوبات قاسية على كل من يقوم بأعمال تخريبية أو إرهابية ماسة بأمن الدولة، ويعاقب بالسجن المؤبد كل من يقوم بتأسيس جمعية أو منظمة ويكون هدفها التخريب أو ارتكاب أعمال التخريب، ويجرد من الحقوق الوطنية لفترة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات.

وأذكر بالقانون رقم ٠٥-٠١ المعدل والمتمم والمتعلق بمحاربة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافئتهما والذي كان له الفضل الكبير في تحجيف منابع الأموال غير المشروعة المترتبة عن الأعمال الإرهابية وكذا المستخدمة في تمويلها.

الفرع الثاني: الآليات القانونية لمكافحة الجرائم الإرهابية في تونس.

سعت تونس إلى تعزيز قوانينها في مجال مكافحة الجرائم الإرهابية فعمدت إلى إضافة بنود وأحكام كفيلة بتجريم ومحاربة هذه الجرائم من بينها المادة ٥٢ مكرر من قانون العقوبات المُضافة بمقتضى التعديل الذي قامت به سنة ١٩٩٣ إذ ورد في المادة المذكورة الأفعال التي توصف بأنها جرائم إرهابية؛ والمتمثلة في كل عمل يهدف للنيل من الأشخاص أو الممتلكات مستخدماً أسلوب الترويع.

واستكمالاً للجهود التي بذلتها تونس في مجال مكافحة الإرهاب أصدرت بعد ذلك القانون رقم ٢٠٠٣-٧٥ والمتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع عمليات غسيل الأموال والذي تضمن أحكاماً صارمة في مجال مكافحة الإرهاب وعمليات غسيل الأموال فجرمت بمقتضاه كافة أشكال العنف والتحريض عليه وكافة الأعمال القائمة على أساس التعصب الديني.

الفرع الثالث: الآليات القانونية لمكافحة الجرائم الإرهابية في المغرب

المغرب بدورها أقرت نصوص تشريعية هامة في مجال محاربة الإرهاب يأتي في مقدمتها القانون رقم ٠٣-٠٣ المتعلق بمكافحة الإرهاب والمشار إليه سابقاً، والذي حدد الأفعال التي تعتبر أعمالاً إرهابية خاصة تلك الأفعال الماسة بالنظام العام وتستخدم فيها وسائل التهيب والعنف، وتشمل أفعال الإعتداء على الأشخاص بمختلف صورته والتزوير والتخريب والإختطاف واستعمال الأسلحة أو المتاجرة بها حيث أفرد لها عقوبة قاسية تتراوح ما بين السجن من عشر (١٠) إلى عشرين (٢٠) سنة وترفع العقوبة إلى المؤبد إذا نتج عن الأفعال المذكورة فقد أو بتر أحد الأعضاء وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب عن ذلك الوفاة.

إضافة لذلك عاقب المشرع المغربي على كل من يقوم بتقديم المشورة أو المساعدة لمرتكب الأفعال الواردة أعلاه بالسجن من خمس (٥) سنوات إلى عشرين (٢٠) سنة والغرامة من ٥٠٠,٠٠٠ درهم إلى ٢,٠٠٠,٠٠٠ درهم للشخص الطبيعي وبالغرامة

من ١,٠٠٠,٠٠٠ درهم إلى ٥,٠٠٠,٠٠٠ درهم بالنسبة للشخص الإعتباري دون الإخلال بالعقوبات التي توقع على مسيري هذه الأشخاص الإعتبارية وتضاعف العقوبات المذكورة في حالة العود أو إذا استُخدمت في ذلك تسهيلات توفرها وظيفة الجاني.

وفي إطار محاربة مصادر تمويل الإرهاب أصدر ملك المغرب الظهير الشريف رقم ١٤٧-٩٣-١ المتعلق بممارسة نشاط مؤسسات الإئتمان ومراقبتها والذي أجاز للوكيل العام للملك حق طلب معلومات حول أية عملية مشتبه في مصدرها بأنه غير مشروع أو مشتبه في كونها مرصودة من أجل تمويل عمليات إرهابية حينها يمكن تجميد هذه الأموال واتخاذ التدابير المتعلقة بالتحقيق.

عموم القول وبعد رصد أهم الآليات القانونية التي أقرتها دول المغرب العربي جاز لنا القول أن التقارب الجغرافي والثقافي والإجتماعي والمصير المشترك حتم على هذه الدول -إضافة للآليات القانونية المتبعة والمذكورة- ضرورة التعاون الأمني والسياسي إذ من مظاهر هذا التعاون، ونذكر إنشاء ما يسمى ب: "القوة العسكرية المشتركة لشمال إفريقيا التي ترأسها الجزائر في أبريل ٢٠٠٩، ومن مهامها المساعدة على تحقيق الأمن والإستقرار في منطقة شمال إفريقيا ومحاربة النشاطات الإرهابية والجريمة المنظمة والهجرة غير الشرعية وغيرها من الجرائم ذات البعد الإقليمي والدولي.

المطلب الثالث: المكافحة الدولية والإقليمية للإرهاب بدول المغرب العربي

علاوة على الإجراءات الوقائية التي اتخذتها دول المغرب العربي في مجال مكافحة الجرائم الإرهابية حتمت القواسم المشتركة بين هذه الدول ضرورة اتخاذ إجراءات إقليمية مشتركة (الفرع الأول) ودولية (الفرع الثاني) ساهمت وبشكل كبير في التخفيف من حدة وأثار هذه الجرائم في هذه الدول.

الفرع الأول: الآليات الإقليمية لمكافحة الإرهاب في دول المغرب العربي

تأتي في مقدمة الآليات الإقليمية لمكافحة الإرهاب بدول المغرب العربي الإتفاقية العربية لمنع ومكافحة الإرهاب التي أبرمت في القاهرة بتاريخ ٢٢/٤/١٩٩٨، ونصت على ضرورة وضع تدابير منع ومكافحة الإرهاب من خلال منع تنظيم أو تمويل أو الإشتراك في أية صورة من صور الأعمال الإرهابية والسهر على مكافحتها وتكييف القوانين الداخلية بما يتماشى وأحكام الإتفاقية، وكذلك العمل على تشديد الرقابة وضمان أمن كافة المنافذ وتنسيق التعاون الأمني بين مختلف الدول العربية. وبصفة عامة نصت الإتفاقية على ضرورة تعزيز التعاون الأمني والقضائي بين الدول المعنية في مجال مكافحة الإرهاب.

لم تقتصر مجهودات دول المغرب العربي في مجال مكافحة الإرهاب إقليمياً على الإتفاقية العربية لمنع ومكافحة الإرهاب فقط، بل تعداه ليشمل البعد الإفريقي، حيث تجسد ذلك من خلال قرار القمة الإفريقية سنة ١٩٩٢ الذي تضمن الإجازة الصريحة لمنظمة الوحدة الإفريقية التدخل من أجل فض النزاعات فيما بين الدول وفي إطار الدولة الواحدة كذلك. وتأكيداً لما تضمنه قرار القمة الإفريقية لسنة ١٩٩٢ تم إقرار الإتفاقية الإفريقية لمكافحة الإرهاب بالجزائر سنة ١٩٩٩ والتي نصت على ضرورة إنشاء وحدة لمكافحة الإرهاب تتولى عملية التنسيق وتلقي التقارير المرفوعة إليها من قبل الدول الأعضاء.

وفي إطار محاربة الإرهاب بدول المغرب العربي إقليمياً تم عقد عدة اتفاقيات فيما بين دول الساحل والصحراء، تضمنت تعزيز جهود دول المنطقة في مجال مكافحة الإرهاب والجريمة المنظمة والمتاجرة بالمخدرات والأسلحة والهجرة السرية وتنظيم دوريات عسكرية مشتركة على حدود الدول المعنية^(١).

(١) الإتفاقية الإفريقية المتضمنة إنشاء منظمة الدرك الإفريقي OGA، والمنعقدة سنة ٢٠٠٣ بالسنغال، والتي دخلت حيز التنفيذ سنة ٢٠٠٨.

الفرع الثاني: الآليات الدولية لمكافحة الإرهاب في دول المغرب العربي

بعد هجمات ١١ سبتمبر ٢٠٠١ في الولايات المتحدة الأمريكية تعالت الأصوات الدولية المنادية بضرورة مضاعفة الجهود الدولية في مجال مكافحة الإرهاب، ويأتي في مقدمة هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية التي سعت إلى ضرب المعازل الإرهابية كخطوة استباقية. وبما أن دول المغرب العربي تعتبر من أكثر الدول تضرراً من الجرائم الإرهابية، كان لزاماً على الولايات المتحدة الأمريكية المبادرة إلى تنسيق جهودها في مجال مكافحة الإرهاب مع هذه الدول، وتقديم الدعم المادي والسياسي بل وحتى اللوجستي في بعض الأحيان^(١).

وفي إطار المساعي الدولية كذلك لمكافحة الإرهاب سعى حلف شمال الأطلسي إلى تعزيز التعاون مع دول المغرب العربي والمساهمة في رفع كفاءة جيوش دول المغرب العربي من خلال المناورات العسكرية المشتركة وإنشاء وحدات عسكرية مُشتركة تُعنى بالسهرة على أمن ضفتي المتوسط وحل خلافات الدول المعنية.

بالرغم من وحدة الظروف والعوامل المؤدية لتفشي الجرائم الإرهابية بالدول محل الدراسة، والتي ترجع في أغلبها إلى الصراع ما بين التيارات الإسلامية والتيار الليبرالي وقيام السلطة بتضييق الخناق على الحركات الإسلامية الناشطة سواء في الجزائر أو تونس أو المغرب، إلا أن هناك العديد من أوجه الاختلاف ما بين الدول الثلاث سواء من حيث تأثيرات هذه الجريمة على البلدان الثلاث أو من حيث المنظومة القانونية أو الآليات التي تم رصدتها من أجل محاربة هذه الجريمة.

بالنسبة لتأثيرات الجرائم الإرهابية على الدول محل الدراسة، فمن الواضح أن الدولة الأكثر تضرراً هي الجزائر التي عانت طيلة عقد من الزمن تكبدت خلاله أضراراً جسيمة بشرية ومادية، وذلك نتيجة لشدة الصراع ونتيجة للموقع الجغرافي وطبيعة

(١) إبراهيم محمود أحمد، الإرهاب الدولي في إفريقيا بين الأزمات الداخلية وتهديدات تنظيم القاعدة، مجلة دراسات استراتيجية، العدد ١٨٣، جانفي ٢٠٠٨، ص: ١٥-١٦.

التضاريس التي شكلت ملجأ لمختلف الحركات الإسلامية المتطرفة ولمختلف فروع تنظيم القاعدة.

أما بالنسبة للمنظومة القانونية فبينما أفردت المغرب قانوناً مستقلاً وخاصاً بمكافحة الإرهاب (القانون رقم ٠٣-٠٣)، اكتفت كل من الجزائر وتونس بالنص على تجريم الظاهرة في قانون العقوبات وفي محاولة تمهيدية لإصدار قوانين خاصة بجريمة الإرهاب أصدرت الجزائر القانون رقم ٠٥-٠١ المتعلق بمحاربة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما المعدل والمتمم، وسارت تونس على نفس النهج فأصدرت القانون رقم ٧٥ لسنة ٢٠٠٣ المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال.

وبالنسبة للآليات التي تم رصدها من أجل محاربة الإرهاب عملياً، فبينما اعتمدت الجزائر أسلوب الوثام المدني والمصالحة الوطنية والمتضمنة إجراء العفو على كل من يسلم نفسه من الجناة ويتعهد بعدم العودة للأفعال الإرهابية، اعتنقت كلا من تونس والمغرب طريقة الردع وذلك من خلال تضيق الخناق وتشديد العقاب على كل من يثبت تورطه في ارتكاب جرائم إرهابية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، مع إعطاء تونس الأهمية والأولوية للسهر على التكفل بانشغالات مواطنيها والنهوض بالبنى التحتية أما المغرب فأعطت الأولوية للجانب الأمني، ومنحت صلاحيات واسعة لجهاز إدارة الإستعلامات الإستخباراتي في خطوة منها لعزل الخلايا الإرهابية تمهيداً للقضاء عليها.

خاتمة

بعد رصد نشأة الجرائم الإرهابية بدول المغرب العربي وتحديد مفهومها، ومعرفة أسباب تنامي هذه الجرائم في كل من الجزائر تونس والمغرب؛ نظراً للخصائص الإقتصادية والإجتماعية وحتى السياسية المشتركة بين هذه البلدان، تبينت خطورة هذه الجرائم وانعكاساتها المدمرة من الناحية الأمنية والإقتصادية والإجتماعية وما تفرزه من خسائر

كبيرة تنعكس على الوضع الاجتماعي، نتيجة لتقليص فرص الإستثمار وانتشار ظاهرة البطالة وغيرها من الإنعكاسات الأخرى.

كذلك وبعد رصد الآليات الوقائية وكذا الردعية المتبعة من قبل دول المغرب العربي، سواء من الناحية القانونية أو الأمنية أو الإقتصادية أو السياسية والتي ساهمت بشكل كبير في التخفيف من حدة العمليات الإرهابية بهذه الدول نتيجة لفاعلية ونجاعة بعض هذه الآليات، حقّ لنا طرح التوصيات التالية:

- إصدار قوانين خاصة بمكافحة الجرائم الإرهابية وتحيين الساري النفاذ منها.
- تعزيز التعاون الأمني بين مختلف الأجهزة الأمنية داخلياً وفي إطار الدولة الواحدة.
- ضرورة استخدام أحدث الوسائل المتعلقة بضبط وتأمين كل المنافذ البرية والبحرية والجوية والمنشآت الحيوية والإستراتيجية والمقار الحكومية باعتبارها المستهدف الرئيسي للعمليات الإرهابية.
- ضرورة التنسيق الأمني الكبير بين دول المغرب العربي وتجاوز الخلافات السياسية التي كثيراً ما تقف حائلاً دون فعالية هذا التنسيق.
- استحداث قاعدة بيانات مشتركة بين دول المغرب العربي تسمح بتبادل المعلومات في كل ما يتعلق بالأشخاص والعمليات المشتبه فيها.
- ضرورة إيجاد مقاربة إستراتيجية شاملة بين دول المغرب العربي لمنع ومكافحة الإرهاب.
- ضرورة التكفل ومساعدة ضحايا الإرهاب وذويهم.

دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية الدراسة الرابعة

الإرهاب الإلكتروني والطرق الحديثة لتكوين التنظيمات الجهادية عبر شبكة الإنترنت

أ. ولد يوسف مولود^(١)

يعيش العالم اليوم موجة من الأعمال الإجرامية التي تستهدف الأرواح والأموال^(٢)، اصطلح على تسميتها في أوساط السياسة الدولية والإعلام والفقهاء الدولي بالإرهاب الدولي، وصارت جريمة الإرهاب من أكثر الجرائم خطورة على المجتمع الدولي بأسره، الأمر الذي دعا الأمم المتحدة في عام ١٩٧٢ إلى إضافة لفظ "دولي International" إلى مصطلح "الإرهاب Terrorisme" الذي كان مستخدما من قبل للتعبير عن تلك العمليات الإرهابية^(٣). واعتبرت هجمات ١١ سبتمبر ٢٠٠١ من الأحداث الكبرى في تاريخ العلاقات الدولية^(٤)، ما دفع البعض إلى القول بأن عالم ما بعد ١١ سبتمبر ٢٠٠١ هو عالم جديد بجميع المقاييس، وظهرت ما يسمى بالحرب على الإرهاب^(٥). كما تفتن المجتمع الدولي إلى ارتباط الأعمال الإرهابية بالانترنت بشكل واضح، وظهر ما يسمى بالإرهاب الإلكتروني (Le cyber- terrorism)، وبذلك انتقلت

(١) كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة مولود معمري تيزي وزو
(٢) حجازي، مكافحة الإرهاب الدولي بين القانون الدولي وممارسات الدول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٥.
(٣) محمد عبد المطلب الخشن، تعريف الإرهاب الدولي بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات الموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٩.
(٤) Carole André-Dessornes, «Les États-Unis et la lutte contre le terrorisme international depuis le 11 septembre 2001», *Géostratégiques*, n° 29, 4 ème trimestre, 2010, p.113.
(٥) أمال يوسف، عدم مشروعية الإرهاب في العلاقات الدولية، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٨٥.
Gilles Andréani, « La Guerre contre le Terrorisme, le piège des mots », *Annuaire Français de Relations Internationales*, Vol. 4, 2003, p. 102.

المواجهة ضد الإرهاب والإرهابيين من المواجهة المادية المباشرة إلى المواجهة الإلكترونية وتحولت الحروب الواقعية إلى حروب رقمية، وأصبح الإنترنت من أشدّ الأسلحة فتكاً وهدماً إذا ما تم استُخدم لأغراض سيئة وتحقيق نوايا إرهابية، ويمكن تصنيف الإرهاب الإلكتروني كنوع من أنواع الجرائم الإلكترونية إذا ما اقتُرفت لتحقيق أغراض إرهابية^(١).

وأمام تنامي الإرهاب الإلكتروني وتوضيفه من قبل جماعات إرهابية متطرفة كالقاعدة وبيكو حرام وداعش، بات من الضروري البحث حول مفهوم الإرهاب الإلكتروني؟ والطرق الحديثة لتكوين التنظيمات الجهادية عبر شبكة الإنترنت؟ للإجابة على هذه الإشكالية، سوف نحاول تسليط الضوء على أهم النقاط المتعلقة بموضوع بحثنا بدراسة الإرهاب الإلكتروني كصورة من صور الإرهاب الدولي (أولاً)، (ثانياً) الطرق الحديثة لتكوين التنظيمات الجهادية عبر شبكة الإنترنت، (ثالثاً) ضرورة التفريق بين الإرهاب الإلكتروني والدين الإسلامي.

أولاً: الإرهاب الإلكتروني كصورة من صور الإرهاب الدولي

تصاعد الإرهاب خلال السنوات الأخيرة باستخدام العنف وتوظيفه في ممارسة ضغط معنوي على جهة أو دولة أو على عدة دول، وعدم اقتصار آثاره على حدود دولة واحدة، وانتشاره ليشمل دولا متعددة قريبة كانت أو بعيدة، وتزايد خطره ليهدد الأمن العام الدولي^٢.

(١) جعفر حسن جاسم الطائي، جرائم تكنولوجيا المعلومات، رؤية جديدة للجريمة الحديثة، الطبعة الأولى، دار البداية، ٢٠١٢، ص ١٠٨.

(٢) محمد عبد المطلب الخشن، تعريف الإرهاب الدولي بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات الموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ١٢١.

أ) إشكالية تعريف الإرهاب:

سقط المجتمع الدولي منذ عدة سنوات، فريسة لخلاف كبير حول تعريف الإرهاب ووصف صورته المختلفة⁽¹⁾، وقد اتسعت هوة الخلاف حول الإرهاب وتجريمه نتيجة للنزاعات والتناقضات السياسية والادبيولوجية التي سادت في فترة الحرب الباردة بين الكتلتين، وبعد ذلك أخذت محاولات التعريف منحى التمييز بين الإرهاب المشروع والإرهاب غير المشروع، واستخدمت عبارات معقدة مثل الإرهاب الفردي وإرهاب الدولة والإرهاب المنظم والعنف السياسي⁽²⁾، وغيرها من العبارات المركبة لمحاولة إخفاء الحقيقة، مما زاد من صعوبة التوصل إلى تعريف موحد يحدد عناصر الجريمة⁽³⁾.

«Dans le nécessaire débat qui s'engage sur la définition d'une norme internationale du terrorisme, le Professeur Francis Szpiner propose que soit retenue la définition suivante : « Tout meurtre, acte de torture ou de barbarie, prise d'otages, destruction d'édifices habités ou servant à l'habitation, détournement d'aéronefs commis individuellement ou collectivement dans le but de troubler gravement la paix publique par l'intimidation ou la terreur est un acte de terrorisme. Quand ces actes ont eu lieu dans une situation de conflit armé, s'ils visent des personnes civiles, ils constituent un acte de terrorisme. Toute personne qui fournit aide et assistance à la commission de ces crimes est complice du crime d'acte de terrorisme »⁽⁴⁾.

فالجريمة الإرهابية هي جريمة دولية لما تسببه من رعب شامل⁽⁵⁾، وهذه الصفة العالمية تأتي من خلال استخدام وسائل من شأنها إحداث خطر عام، وما ينجم من أضرار

⁽¹⁾ Kevin Constant Katouya, *Réflexions sur les instruments de droit pénal international et européen de lutte contre le terrorisme*, Editions Publibook, Paris, 2013, pp. 29-30.

⁽²⁾ Emmanuel Decaux, «Terrorisme et droit international des droit de L'homme», in: *Terrorismes, Histoire et droit*, Sous la direction de Henry Laurens et Mireille Delmas- Marty, CNRS Edition, Paris, 2010, pp. 300-301.

⁽³⁾ كامل فيلاي، " القانون الدولي الإنساني والإرهاب"، *إسهامات جزائرية حول القانون الدولي الإنساني*، الطبعة الأولى، كريكو للتصميم والطباعة، ٢٠٠٨، ص ٣٩.

⁽⁴⁾ Francis Szpiner, «Définir le terrorisme», in: *Livre Noir. Recueil des contributions préparatoire au colloque: Terrorisme et responsabilité pénale internationale*. Organisé par : S.O.S. Attentats, 5 Février 2002, p.21.

⁽⁵⁾ حسنين عبيد، *الجريمة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٢٤.*

عامة ليس لمواطني دولة محددة حيث تم ارتكاب الجريمة، بل للأجانب المقيمين فوق أراضيها، ولمواطني الدول الأخرى، لأنها تهدد الحضارة الإنسانية ولا تقل خطورة عن الجرائم الدولية كجرائم الحرب وجرائم إبادة الجنس البشري^(١).

ويعتبر الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة ظاهرة عولمية منفصلة من القيود الجغرافية، وعابرة لحدود الأوطان، كما أنها لا تعدّ ذات صفة محلية أو إقليمية مرتبطة بدولة أو بحضارة، بل هي ظاهرة إجرامية بلا دين ولا وطن ولا هوية تهدّد الحياة الإنسانية والمصالح الحيوية للمجتمع الدولي ككل، بما في ذلك الدول التي كانت تعتقد أنها في منأى عن الهجمات الإرهابية^(٢).

ولا يختلف الإرهاب الدولي عن الإرهاب الداخلي من حيث المضمون، فكلاهما عبارة عن أعمال عنف تؤدي إلى حالة من الرعب والهلع لدى أفراد أو فئة أو جمهور محدد من أجل تحقيق أهداف معينة^(٣)، أما الاختلاف الجوهرى فيكمن في أن الإرهاب الداخلي غالبا ما يقتصر على حدود الدولة ويختص بمحاكمة الجناة عملا بمبدأ إقليمية القانون، في حين أن الإرهاب الدولي يتميز بوجود عنصر دولي يضاف إلى عناصر جريمة الإرهاب بوجه عام^(٤)، ويخلق حالة تنازع في الاختصاص بين المحاكم وحول القانون الواجب التطبيق^(٥).

(١) عبد الرحيم صدقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٩٨.
(٢) حمياز سمير، إشكالية التدخل والسيادة في ضوء الإستراتيجية الأمريكية في مكافحة الإرهاب الدولي - دراسة حالة الشرق الأوسط، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ٣٠ جوان ٢٠١٤، ص ٨٢.

(٣) Mireille Delmas-Marty, «Typologie juridique du terrorisme: durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale de valeurs», in Terrorismes, Histoire et droit, Sous la direction de Henry Laurens et Mireille Delmas- Marty, CNRS Edition, Paris, 2010, pp. 167-168-169.

(٤) إسماعيل عبد الكافي، الإرهاب ومحاربه في العالم المعاصر، الكتب العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٩١.
(٥) عبد الله سليمان، "ظاهرة الإرهاب والقانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، مجلد ٢٨، العدد ٤، ١٩٩٠، ص ٩٣٢.

وقد تأكدت عالمية ظاهرة الإرهاب الدولي في معظم دول العالم، ولم تقتصر على دولة أو حضارة بعينها، على الرغم من محاولات البعض إصاق الإرهاب بالدين أو الحضارة الإسلامية^(١)، وهو الأمر الذي يتعارض مع الواقع فضلاً عن الموضوعية^(٢). والإرهاب الإلكتروني كصورة من صور الإرهاب الدولي جريمة مستحدثة يقصد بها استخدام الإمكانيات العلمية والتقنية المتطورة واستغلال وسائل الاتصال والشبكات المعلوماتية من أجل تخويف وترويع الآخرين وإلحاق الضرر بهم أو تهديدهم وإخضاعهم، أو القيام بمهاجمة نظم المعلومات على خلفية دوافع سياسية أو عرقية أو دينية، أو حتى دوافع شخصية، ولا يقتصر استخدام الإرهاب الإلكتروني على المجموعات الإرهابية فحسب بل قد تستخدمه الدول في عدوانها وحروبها أيضاً، وذلك عبر التضليل الإعلامي ونشر الرعب والفوضى والإشاعات والفتن بين المدنيين بما يسهل على الجيوش المعتدية تحقيق أهداف عدوانها^(٣).

وكانت بداية استخدام مصطلح الإرهاب الإلكتروني (Le cyber- terrorism) في فترة الثمانينات علي يد باري كولين (Barry Collin) والتي خلص فيها إلى صعوبة تعريف شامل للإرهاب التكنولوجي، ولكنه تبنى تعريفاً للإرهاب الإلكتروني مقتضاه، بأنه "هجمة الكترونية غرضها تهديد الحكومات أو العدوان عليها، سعياً لتحقيق أهداف سياسية أو دينية أو أيديولوجية، وأن الهجمة يجب أن تكون ذات أثر مدمر وتخريبي مكافئ للأفعال المادية للإرهاب"^(٤).

وعرّف مجلس الأمن الدولي الإرهاب تعريفاً عاماً بأنه: "كل عمل جرمي ضد المدنيين يقصد التسبب بالوفاة أو بالجروح البليغة أو أخذ الرهائن من أجل إثارة الرعب بين

(١) علي لونيبي، "الإرهاب الإسلامي كبديل عن الإرهاب الشيوعي في منظور الولايات المتحدة الأمريكية"، مجلة معارف، العدد ٩، ديسمبر ٢٠١٠، ص ٤٧.

(٢) Jean Marie Vianney Nyirurugo, La Cour Pénale Internationale et le terrorisme international: Le problème de compétence ratione materiae, Licence en droit, Université Libre de Kigali, Rwanda, 2006, p 9.

(٣) بدر أحمد، "الإرهاب الإلكتروني... أدواته وآثاره... أساليب لوقاية والعلاج".

(٤) أحمد ناصر أبو السعود، الإرهاب الإلكتروني، الموسوعة السياسية.

الناس أو إكراه حكومة أو منظمة دولية للقيام بعمل ما أو الامتناع عنه، وكل الأعمال الأخرى التي تشكل إساءات ضمن نطاق المعاهدات الدولية المتعلقة بالإرهاب ووفقاً لتعريفها، ولا يمكن تبريرها بأي اعتبار سياسي أو فلسفي أو إيديولوجي أو عرقي أو ديني.

لكن الأمم المتحدة لم تعالج حتى الآن أية حالة يمكن الاستناد إليها في تعريف الإرهاب الإلكتروني، وإمكانية التعامل معه من الناحية القانونية والجريمة، فالقانون الدولي لم يعطِ تعريفاً واضحاً، ومنهجاً معيناً للتعامل مع هذا النوع الجديد من الإرهاب، علماً أنه تنبه للإرهاب النووي وأصدر عدة قرارات يمكن الرجوع إليها، في حين أن الإرهاب الإلكتروني يمكن اعتباره أداة إرهابية مؤذية جداً، ويمكن أن ينطبق التعريف الأول للإرهاب في بعض الأحيان على العناصر الجديدة والأشكال المتنوعة له.

ولا بد هنا من الإشارة إلى أن قضية الحرب على سوريا فرضت على مجلس الأمن التعامل مع الإرهاب الإلكتروني عند تعرضه لهذه القضية، وذلك لأن الإرهابيين في سورية والعراق استخدموا تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في إرهابهم بشكل واسع وأساسي.

وقد أصدر مجلس الأمن مجموعة من القرارات التي تتعرض لمسألة استخدام الإرهابيين في سورية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وتطلب من الدول وفق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، إعاقة الإرهابيين في استخدامهم هذا، وقد تم تجاهل هذه القرارات من قبل الدول المعنية، ونشير هنا إلى بعض هذه القرارات:

- القرار (٢١٧٠) الصادر بتاريخ: ١٥ أوت ٢٠١٤، نص على: (القلق من استخدام الإرهابيين ومناصرهم المتزايد، في مجتمع العولمة، لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات الجديدة، ولا سيما الانترنت، لأغراض التجنيد والتحريض على ارتكاب أعمال الإرهاب، وكذلك لتمويل أنشطتهم وتخطيطها والتحضير لها، وإذ يشدد على ضرورة أن تتعاون الدول الأعضاء على منع الإرهابيين من استغلال التكنولوجيا والاتصالات والموارد للتحريض على دعم الأعمال الإرهابية، مع الحرص في

الوقت ذاته على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والامتثال للالتزامات الأخرى القائمة بموجب القانون الدولي).

- القرار (٢١٧٨) الصادر بتاريخ ٢٤ سبتمبر ٢٠١٤، نص في الفقرة (١٧) على: (منع استغلال الإرهابيين للتكنولوجيا والاتصالات والموارد، بما في ذلك الوسائل السمعية والفيديو، في التحريض على دعم الأعمال الإرهابية، مع الحرص في الوقت نفسه على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والامتثال للالتزامات الأخرى القائمة بموجب القانون الدولي).

- القرار (٢١٩٩) الصادر بتاريخ ١٢ فيفري ٢٠١٥، أشار إلى: (قلق مجلس الأمن إزاء تزايد قيام الإرهابيين ومؤيديهم، في سياق انتشار العولمة بالمجتمعات باستعمال التكنولوجيات الجديدة في مجال المعلومات والاتصالات، لا سيما شبكة الانترنت، في تيسير الأعمال الإرهابية، وكذلك استعمالها في التحريض على ارتكاب أعمال إرهابية وتجنيد مرتكبيها وتمويلها والتخطيط لها).

- القرار (٢٢٥٣) الصادر بتاريخ ١٧ ديسمبر ٢٠١٥، أكد في الفقرة السادسة على: (حظر ومنع الموارد المستخدمة في توفير خدمات استضافة المواقع على شبكة الانترنت وما يتصل بها من خدمات، التي تُستغل في دعم تنظيم القاعدة وتنظيم الدولة الإسلامية وغيرهما من الأفراد أو الجماعات أو المؤسسات أو الكيانات المدرجة أسماؤها في قائمة الجزاءات المفروضة على تنظيم الدولة الإسلامية "تنظيم داعش" وتنظيم القاعدة)، كما على: (منع إساءة استغلال شبكة الانترنت لأغراض إجرامية من قبيل تنظيم القاعدة وتنظيم الدولة الإسلامية وسائر من يرتبط بهما من أفراد وجماعات ومؤسسات وكيانات).

(ب) مصادر تمويل الإرهاب عن طريق الأنترنت:

يتم تمويل الإرهاب عن طريق استخدام الأنترنت للتخفي من خلال بيع المخدرات، وكذا بيع الآثار وتجارة الجنس:

- بيع المخدرات:

استغلت داعش الأراضي الزراعية بزراعة كل ما يمكن أن ينتج عنه «مخدرات» وبيع المحاصيل عبر متاجر متخصصة على شبكة تور بالتعاون مع تجار المخدرات في الجريمة المنظمة، فكانت مصدر تمويل بالملايين، ولاحظ أن شحن الهيروين مثلاً يتم لجميع دول العالم، ما يعني أن الجريمة المنظمة منتشرة في كل مكان لتبيع منتجات داعش.

- بيع الآثار:

تباع الآثار التي استولت عليها داعش من المواقع الأثرية التي تسيطر عليها، على متاجر موقع تور والتي يديرها في العادة جماعات الجريمة المنظمة، ويتم تهريبها عبر الحدود بذات الطرق التي تعمل بها الجريمة المنظمة العابرة للقارات، والتي تعتمد غالباً على علاقاتها المبنية على الرشاوى ونفوذ أعضاء الجريمة المنظمة.

- تجارة الجنس:

تستغل داعش رواج تجارة جنس الأطفال على شبكة تور، من صور وأفلام ومجلات وتعرض ما تنتجه للبيع على متاجر تور المخصصة لهذا الغرض، ومن يلاحظ إبداع داعش في تصوير أفلام إعدام الأسرى يدرك تماماً قدرتها على إنتاج أفلام إباحية عالية الجودة⁽¹⁾.

ثانياً: الطرق الحديثة لتكوين التنظيمات الجهادية عبر شبكة الإنترنت

أصبحت مواقع التواصل الاجتماعي أداة رئيسية للجماعات الإرهابية لنشر أفكارها المتطرفة واستقطاب مجندين لها، خاصة بعد أن وصل عدد مستخدميها إلى ما يقارب

⁽¹⁾ مواجهة خطر التطرف وفكر الإرهاب في شبكات التواصل الاجتماعي، مركز المزملة للدراسات والبحوث، ٢٥ جانفي ٢٠١٦، في الموقع الإلكتروني: www.almezmaah.com

الملياري مستخدم، هذا ويعتبر موقع "فيسبوك"، أكثر وسائل التواصل الاجتماعي استخداماً في تجنيد المتطرفين، حيث تقوم الجماعات الإرهابية بإنشاء "مجموعات" على "فيسبوك" من أجل اجتذاب الذين يتوافقون معها فكرياً، وذلك من خلال إيهامهم بتبني قضايا ذات بعد إنساني، كدعم القضية الفلسطينية مثلاً أو الحديث عن الإسلام بصفة عامة، ومع زيادة عدد الأعضاء المنتمين إلى هذه المجموعات، يتم تحميل المواد الجهادية تدريجياً بطريقة لا تتخالف مع سياسات الـ"فيسبوك"، من ثمة يتم توجيه أعضاء المجموعة مباشرة إلى المواقع أو المنتديات المرتبطة بالجماعة الإرهابية.

وتتيح الإنترنت العديد من الإمكانيات لجميع مستخدميه، من حيث سهولة الاستخدام ورخص التكلفة والقدرة على التخفي والتمويه والتشبيك بين الأفراد، فضلاً عن تسهيل الحصول على المعلومات والدخول على قواعد البيانات ومعظم الخدمات الحكومية، خاصة مع اتجاه كثير من الدول إلى تحديث أنظمتها وخدماتها الإلكترونية^(١). إن شبكة الانترنت في حد ذاتها تعتبر مكتبة إلكترونية هائلة الحجم، وتكتظ بالمعلومات الحساسة التي يسعى الإرهابيون للحصول عليها مثل أماكن المنشآت النووية، والمطارات الدولية، والمعلومات المختصة بسبل مكافحة الإرهاب، وبذلك يكون ٨٠ % من مخزونهم المعلوماتي معتمداً في الأساس على مواقع إلكترونية متاحة للجميع، دون خرق لأي قوانين أو بروتوكولات الشبكة^(٢).

يقوم الإرهابيون بإنشاء وتصميم مواقع لهم على شبكة الإنترنت لبث أفكارهم الضالة، الدعوة إلى مبادئهم المنحرفة، وإبراز قوة التنظيم الإرهابي، وللتعبئة الفكرية وتجنيد إرهابيين جدد، وإعطاء التعليمات والتلقين الإلكتروني، وللتدريب الإلكتروني من خلال تعليم الطرق والوسائل التي تساعد على القيام بشن هجمات إرهابية، فقد أنشئت مواقع

(١) مواجهة خطر التطرف وفكر الإرهاب في شبكات التواصل الاجتماعي، مركز المزمرة للدراسات والبحوث، ٢٥ جانفي ٢٠١٦: www.almezmaah.com
(٢) إيهاب شوقي، " الإرهاب الإلكتروني وجرائمه"، جريدة السكينة: www.assakina.com.

إرهابية إلكترونية لبيان كيفية صناعة القنابل والمتفجرات، والأسلحة الكيماوية الفتاكة، ولشرح طرق اختراق البريد الإلكتروني، وكيفية اختراق وتدمير المواقع الإلكترونية، والدخول إلى المواقع المحجوبة، ولتعليم طرق نشر الفيروسات، ونحو ذلك. والموقع عبارة عن معلومات مخزنة بشكل صفحات، وكل صفحة تشتمل على معلومات معينة تشكلت بواسطة مصمم الصفحة باستعمال مجموعة من الرموز تسمى لغة تحديد النص الأفضل، ولأجل رؤية هذه الصفحات يتم طلب استعراض شبكة المعلومات العالمية ويقوم بحل الرموز، وإصدار التعليمات لإظهار الصفحات المكتوبة.

وإذا كان الحصول على مواقع افتراضية صعباً بالنسبة للإرهابيين، فإن إنشاء مواقع خاصة بهم على شبكة الإنترنت لخدمة أهدافهم وترويح أفكارهم الضالة أصبح سهلاً وممكناً، ولذا فإن معظم التنظيمات الإرهابية لها مواقع إلكترونية، وهي بمثابة المقر الافتراضي لها.

استغل تنظيم الدولة (داعش) الانترنت في بث عمليات الإعدام التي كان يقوم بتنفيذها في الأسري وذلك لبث الرعب والفرع في نفوس أهالي المدن التي كان يرغب في السيطرة عليها وهو ما تحقق جزئياً في هروب واستسلام مدن وقري لتنظيم الدولة (داعش) خوفاً من تعرضهم لمصير من قبلهم ، كذلك استغل التنظيم في تجنيد العديد من الشباب حول العالم حيث بلغ عدد البلدان التي انضم منها أفراد الى تنظيم الدولة (داعش) إلى ٧٠ دولة.

وقد سمحت ثورة الأنترنت للجماعات الإرهابية بإخفاء عملياتها بطرق جديدة أكثر تعقيداً عن سابقتها التقليدية. فالجماعات الإرهابية أصبحت تدرك أهمية الإنترنت من خلال ما يوفره من خدمات موثوق بها، وشروط ميسرة، وهويات افتراضية. فطالبان، على سبيل المثال، أخذت تدير موقعاً دعائياً لعملياتها العسكرية وتنجيراتها الانتحارية ضد القوات الأمريكية في أفغانستان، لأكثر من سنة، مع العلم بأن هذا الموقع الإلكتروني كان مملوكاً لشركة أمريكية في ولاية تكساس الأمريكية، وكانت تُوجر

المواقع الإلكترونية بمبلغ ٧٠ دولارًا في الشهر، تُدفع بواسطة بطاقة الائتمان، وكانت تتعامل مع نحو ١٦ مليون حساب مستخدم.

كما استطاعت الجماعات الإرهابية استخدام الإنترنت في التواصل مع بعضها بعضاً عبر القارات، وهو الأمر الذي كان يستغرق شهوراً في الماضي. ليس هذا فحسب، بل استطاعت الجماعات الإرهابية تبادل المعارف بطرق جديدة ومبتكرة. وهو ما يسميه خبراء الأمن (TTPS) (Terrorist Tactics, Techniques, and Procedures)، وهو اختصار لـ"تكتيكات وتقنيات وإجراءات". فوصفات المتفجرات متوفرة بسهولة على شبكة الإنترنت، وكذلك طرق تجهيز العبوات الناسفة التي كان يتم استخدامها في مناطق الصراع من العراق إلى أفغانستان. وبذلك يكون الإنترنت قد وقّر لهذه الجماعات مساحات افتراضية للتدريب بعيداً عن خطر قصف الطائرات بدون طيار، وكذلك وقّر الإنترنت للجماعات الإرهابية مصدراً منخفض التكلفة لجمع المعلومات الاستخباراتية حول أهدافهم. فعلى سبيل المثال، مكّنت تقنية (Google Earth) جماعة (لشكر طيبة Lashkar-e-Taiba) الباكستانية الإرهابية من التخطيط لهجمات مومباي عام ٢٠٠٨^(١).

ج) المواقع الإلكترونية الخاصة بتجنيد الإرهابيين:

- تعمل الجماعات الإرهابية جاهدة لجلب عدد أكبر من المجندين في صفوفهم من خلال إنشاء مواقع إلكترونية خاصة بتجنيد الإرهابيين تتميز بـ:
- الشكل الفني المبدع في التصميم والحرفية في تقسيم الموضوعات والصور والمحتويات.
 - توفير خدمات تجاوز حجب المواقع وترسل بصورة منتظمة للأعضاء وتقدم كل جديد من خلال التواصل المنظم مع الأعضاء.

^(١) أحمد ناصر أبو السعود، المرجع السابق.

- التحديث المستمر للمحتوى ومواكبة الأحداث وملامسة رد الفعل الإنساني العفوي للإنسان والتعليق عليها وفق وجهة النظر التي يؤمنون بها.
- استقطاب كُتاب لهم تأثيرهم والنشر لعلماء معتبرين لرفع مستوى الثقة بالموقع.
- التنسيق العالي بين هذه المواقع لنشر البيانات التي تخصهم والمواد الجديدة التي يقدمها أحد قادة التنظيمات ومفكريها.
- صناعة نجوم هذه المنتديات ومؤازرتهم سواء من حيث حجم الرواد أو تميز مواضيعهم عن غيرها.
- توفير المواد السمعية والمرئية والكتب وغيرها لطالبيها بشكل سريع وفي صورة فنية محترفة.
- تقديم المعونة والمشورة الفنية لمساعدة المتصفحين لإخفاء الأثر من خلال مواقع وسطية أو برامج معينة.
- توزيع الأدوار في إدارة المواقع لأشخاص ذوي مقدرة متميزة وينتمون إلى بلدان مختلفة.
- تقديم مجموعة من الخيارات الثقافية المساعدة مثل خدمات تحميل الكتب وغيرها.

ومن وسائل التجنيد عند الإرهابيين:

- الإغراء بالمال : يدفع تنظيم داعش يدفع لأنصاره ما يصل إلى ١٠ آلاف دولار عن كل شخص يجندونه للانضمام إلى صفوف التنظيم ويستخدم مواقع التواصل الاجتماعي والشبكات غير الرسمية التي تضم أصدقاء وأقارب العديد منهم، وإذا كان الشخص الذي يتم تجنيده حاصل على تعليم جيد مثل أن يكون مختصاً في الكمبيوتر أو طبياً، يتم دفع مبلغ أكبر لمن يجنده.
- التجنيد عبر مواقع التواصل الاجتماعي: تتوفر مواقع تواصل اجتماعي وغرف دردشة ومنتديات على شبكة (TOR) ومؤخراً أصبحت فيسبوك جزءاً منها،

وتستخدم هذه الشبكات في التعارف وعرض الخدمات، والمجموعات التي تهتم باختصاص معين، وتنتشر فيها المنظمات الإجرامية والإرهابية لتبادل الأخبار والأحداث والتجنيد والتمويل وما إلى ذلك.

- **التجنيد عبر مواقع ويب خاصة:** تعتبر المواقع التالية من أشهر المواقع على شبكة تور وتحتوي ما بين منتديات وغرف دردشة ومواقع تواصل اجتماعي⁽¹⁾. ومن أهم نماذج من مواقع الإرهابيين نجد:
 - موقع النداء:** وهو الموقع الرسمي لتنظيم القاعدة بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١، ومن خلاله تصدر البيانات الإعلامية للقاعدة.
 - ذروة السنام:** وهي صحيفة إلكترونية دورية للقسم الإعلامي لتنظيم القاعدة.
 - صوت الجهاد:** وهي مجلة نصف شهرية، يصدرها ما يسمى بتنظيم القاعدة في جزيرة العرب، وهي تصدر بصيغ (pdf)، (word)، وتتضمن مجموعة من البيانات والحوارات مع قادة التنظيم ومنظريه.
 - البتار:** وهي مجلة عسكرية إلكترونية متخصصة، تصدر عن تنظيم القاعدة، وتختص بالمعلومات العسكرية والميدانية والتجنيد.

ولقد وجد الإرهابيون غايتهم في تلك الموارد المعلوماتية والوسائل الإلكترونية التي جلبتها حضارة التقنية في عصر المعلومات، فأصبح للمنظمات الإرهابية العديد من المواقع على الشبكة العالمية للمعلومات (Internet)، وصارت تلك المواقع من أبرز مظاهر وأشكال الإرهاب الإلكتروني، وظهر مؤخراً ما يعرف بالإرهاب الاستراتيجي وهو على غرار ما حصل في تسريبات ويكيلكس الشهيرة. ويستخدم الإرهابيون بكثافة الشبكات الاجتماعية وغرف الدردشة وموقع التواصل الاجتماعي، ومعظم الشبكات الاجتماعية الموجودة حالياً هي عبارة صفحات من الويب

(1) إيهاب شوقي، المرجع السابق.

تقدم مجموعة من الخدمات للمستخدمين من المحادثة الفورية والرسائل الخاصة والبريد الإلكتروني والفيديو وغيرها من الخدمات، ولقد أحدثت هذه الشبكات تغييراً جذرياً في كيفية الاتصال والمشاركة بين الأشخاص والمجتمعات وتبادل المعلومات^(١).

ثالثاً: ضرورة التفرة بين الإرهاب الإلكتروني والدين الإسلامي

إن ما تصوره وسائل الإعلام الغربية من ربط بين الإسلام والعنف^(٢) ساهم بشكل مباشر في ترسيخ فكرة أن الإرهاب صناعة إسلامية، ومما يؤسف له أن الإسلاميين المتطرفين غالباً ما يصفون أعمالهم الإرهابية بمصطلحات تسهم في شحن مشاعر الحقد، فاعلان الحرب ضد اليهود والصليبيين، كما فعل زعيم تنظيم القاعدة "أسامة بن لادن"، وتفسير خطف الطائرات وتفجيرها في أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ على أنها أعمال جهاد ساهم بقدر كبير في توسيع فكرة الربط بين الإرهاب والإسلام في الأوساط الغربية^(٣). استعرضت البحوث والدراسات التي قدمت ضمن أعمال الدورة الحادية عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث التي عقدت في استكهولم بالسويد في بداية شهر جويلية ٢٠٠٣ برئاسة "الشيخ يوسف القرضاوي" قضية الجهاد ونفي علاقته بالإرهاب، وكان القاسم المشترك للبحوث والدراسات التي نوقشت في ختام أعمال هذه الدورة هو تحديد مفهوم الجهاد والإرهاب، حيث يرى "الشيخ يوسف القرضاوي": "إن الإرهاب المتفق عليه والذي لا يكاد يخالف فيه أحد وتحاربه كل الشرائع والقوانين، الإرهاب المدني وهو الإرهاب الذي يهدد حياة الناس المدنية والاجتماعية بواسطة العمليات الإجرامية، وهو الذي يقوم به قطاع الطرق ومن على شاكلتهم ينهبون الأموال ويسفكون الدماء، ويتحكمون في رقاب الناس وممتلكاتهم بقوة السلاح"^(٤).

(١) إيهاب شوقي، المرجع السابق.

(٢) إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٣) لونيبي علي، "الإرهاب الإسلامي كبدل عن الإرهاب الشيوعي في منظور الولايات المتحدة الأمريكية"، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٤) لونيبي علي، المرجع السابق، ص ٥٢.

ويحتفظ الغرب عموماً بذاكرةٍ سلبية تجاه العالم الإسلامي، ولقد كانت هجمات ١١ سبتمبر ٢٠٠١ نقطة فارقة في المواجهة المحورية بين الغرب في جانب والعالمين العربي والإسلامي في جانبٍ آخر^(١)، فقد اكتشفت الولايات المتحدة الأميركية - ربما للمرة الأولى في تاريخها - أنه يمكن الهجوم عليها داخل أراضيها وأنه لا يوجد حائل يمنع ذلك، حيث كانت "غزوة نيويورك" كما سماها تنظيم «القاعدة» حينذاك بمثابة صفة الإفاقة لدى واشنطن وحلفائها للقيام بسلسلة من العمليات العسكرية تحت مظلة مكافحة «الإرهاب»، وهو ما سمح بشدة للربط بين التطرف الإسلامي والإرهاب الدموي وأعطى بالتالي مسوغاً لاستخدام جديد للإسلام، هذه المرة تحت غطاء «مكافحة التطرف والعنف والإرهاب» بعدما جرى استخدام الإسلام والمسلمين ثلاث مراتٍ من قبل، كانت الأولى في مواجهة الشيوعية والثانية لضرب القومية، والثالثة لتصفية الكفاح المسلح بخلطه بالمقاومة الإسلامية تحت مسمى «الإرهاب»^(٢).

إلى جانب تنظيم القاعدة نجد ظهور جماعات إرهابية متطرفة تهدد السلم والأمن الدوليين خاصة بوكو حرام وهي جماعة إسلامية نيجيرية مسلحة^(٣)، وتعنى بوكو حرام بلغة الهاوسا (تحريم التعليم). تأسست الجماعة عام ٢٠٠٤ على يد "محمد يوسف" وهو شاب نيجيري ترك التعليم في سن مبكرة، وتشارك مع مجموعة من الطلاب الذين تخلوا عن الدراسة بإنشاء الجماعة في قرية كاناما بولاية يوبه شمال شرقي نيجيريا على الحدود مع النيجر.

ترتكز جماعة بوكو حرام حول عدد من الأصول الفكرية، أهمها العمل على تأسيس دولة إسلامية في نيجيريا بالقوة المسلحة، والدعوة إلى التطبيق الفوري للشريعة الإسلامية في جميع الولايات النيجيرية، وعدم جواز العمل في الأجهزة الأمنية

(١) مانويل ألميدا، " الربيع العربي ومقتل زعيم القاعدة.. هل هي نهاية فورة الجهاد ما بعد أسامة"، المجلة، العدد رقم ١٥٦٣، ماي ٢٠١١، ص ٣٠، في: www.majalla.com

(٢) مصطفى الفقي، "توظيف الغرب للإسلام"، جريدة الحياة، الأربعاء ١١ مارس ٢٠١٥.

(٣) Marc-Antoine Pérouse de Montclos، «Boko Haram et le terrorisme islamiste au Nigeria : insurrection religieuse, contestation politique ou protestation sociale ?»، *Questions de Recherche*, N°40, Juin 2012, p. 4.

والحكومية في الدولة، كما أن الجماعة ترفض بشدة التعليم الغربي والثقافة الغربية^(١)، وتدعو إلى تغيير نظام التعليم في نيجيريا، ومنذ عام ٢٠١٢، تبني بوكو حرام المسؤولية عن إشعال النار في المدارس ومهاجمة الجامعات في الليل، لكن بداية من ٢٠١٣ أصبحت الهجمات أكثر وحشية، وتستهدف الطلاب والمعلمين على نحو متزايد، واعتبر بوكو حرام المدارس بأنها "مؤامرة ضد الإسلام". فقاموا بتهديد الآلاف من الأطفال ومنعهم من حضور المدارس مما انعكس على معدلات الحضور المنخفضة ومستويات محو الأمية، وخاصة بين النساء والفتيات، وعمدت جماعة بوكو حرام إلى اختطاف التلميذات والنساء والأطفال^(٢)، وترفض هذه الجماعة الاختلاط مع بقية هيئات المجتمع النيجيري، وتفضل الانعزالية.

كما عرف المجتمع الدولي حالياً ظهور جماعية إرهابية جدّ خطيرة تسمى تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام، الذي يُعرف اختصاراً بداعش بزعامة "أبو بكر البغدادي"، ويُطلق على المنتمين له اسم الدواعش، والذي يسمى نفسه الآن الدولة الإسلامية^(٣)، وهو تنظيم سلفي وهابي مسلح يُوصف بالإرهاب، يتبنى الفكر السلفي الجهادي يهدف أعضاؤه - حسب إعتقادهم- إلى إعادة "الخلافة الإسلامية وتطبيق الشريعة"، ينتشر بشكل رئيسي في العراق وسوريا وله فروع أخرى في جنوب اليمن وليبيا وسيناء وأزواد والصومال وشمال شرق نيجيريا وباكستان. وتحت قيادة زعيمها "أبو بكر البغدادي"، نمت داعش بشكل ملحوظ، وحصلت على الدعم في العراق بسبب التمييز الاقتصادي والسياسي المزعوم ضد السنة العراقيين العرب، وانتشرت بشكل كبير في المحافظات السورية من الرقة، وإدلب، ودير الزور وحلب بعد الدخول في الحرب الأهلية السورية.

(1) Oladunjoye Patrick and Omemu Felix , «Effect of Boko haram on School attendance in northern Nigeria», British Journal of Education, Vol.1, No 2, December 2013, p 9.

(2) Lauren Ploch Blanchard, «Nigeria's Boko Haram: Frequently Asked Questions, Congressional Research Service», June 10, 2014 , p 5.

(3) معتز الخطيب، " تنظيم الدولة الإسلامية: البنية الفكرية وتعقيدات الواقع"، في تنظيم "الدولة الإسلامية": النشأة، التأثير، المستقبل، مركز الجزيرة للدراسات، نوفمبر ٢٠١٤، ص ٩.

كان لداعش صلات وثيقة مع تنظيم القاعدة حتى بداية عام ٢٠١٤، عندما قطع تنظيم القاعدة كل العلاقات مع جماعة الدولة الإسلامية في العراق والشام واصفاً داعش بأنها تنظيم وحشي^(١).

يرى الباحث الأميركي "كلينت واتس" أن المعطيات الموجودة في ساحة الصراع اليوم تشير إلى تقدّم تنظيم الدولة الإسلامية على باقي التنظيمات الجهادية، وفي مقدّمتها التنظيم الأم "القاعدة"، ويشير في دراسته التي صدرت عن معهد أبحاث السياسة الخارجية الأميركي، إلى أنّ التغيرات الحاصلة اليوم في منطقة الشرق الأوسط لم تطل المشهد الجيوسياسي فحسب، بل تجاوزته لتخوض في أعماق أيديولوجيات التنظيمات الجهادية ذاتها خاصة القاعدة وداعش، وتكشف عن سباق مستحدث فيه من الغرابة ما يجعل الفوز بريادة الإرهاب وتزعم عمليات سفك الدماء هدفاً يتنافس عليه المتنافسون^(٢).

خاتمة:

- في نهاية الدراسة أردنا أن تكون حوصلة لجملة من التوصيات أهمها:
- ضرورة وضع تعريف دقيق لمصطلح الإرهاب وعدم الاكتفاء بوصفه حتى لا يكون أداة للهيمنة والسيطرة في يد الدول الكبرى، والاهتمام أكثر جدية بخطورة الإرهاب الإلكتروني في تهديد السلم والأمن الدوليين.
 - السعي لحجب وإزالة المواقع الإلكترونية المشبوهة التي تسعى إلى نشر الإرهاب والأفكار المتطرفة، وتلك المواقع التي تدعو وتعلم الإرهاب والعدوان والاعتداء على الآخرين.

(1) Olivier Guitta and Robin Simcox, Terrorism in Nigeria: The Threat from Boko Haram and Ansaru, Published by The Henry Jackson Society, London, 2014.

(2) داعش والقاعدة يتنافسان على زعامة الإرهاب، جريدة العرب، الجمعة ١٧/١٠/٢٠١٤، العدد ٩٧١٠.

- تفعيل الدور الوقائي الذي يسبق وقوع جريمة الإرهاب الإلكتروني، وذلك من خلال تفعيل دور المؤسسات التربوية (المدرسة، الأسرة، الجامعة، دور العبادة، أجهزة الإعلام)، وذلك بالتوعية حول خطورة هذه الجرائم على الأسرة والمجتمع.
- سن القوانين أو التشريعات الخاصة التي تسد كافة الثغرات التي تكتنف جريمة الإرهاب الإلكتروني وسبل التحقيق فيها، كالقوانين المتعلقة بكيفية اكتشاف الأدلة الإلكترونية، وحفظها، والأدلة التي تقبل قانوناً لإثباتها.
- ضرورة أن تكون هذه المواقع الإرهابية مصدر معلومات كبيرة للأجهزة الأمنية، من حيث علاقات الإرهابيين والفكر الإرهابي والخطط الإرهابية ودراسة البيانات الصادرة عن أرباب الإرهاب، لمعرفة خططهم واستراتيجياتهم حتى تتمكن الأجهزة الأمنية من مواجهة الإرهاب في المستوى الفكري نفسه واللوجستي إن لم تتفوق عليهم بواسطة استخدام أسلحتهم ومواقعهم.
- عقد الاتفاقيات بين الدول بخصوص جرائم الإرهاب الإلكتروني وتنظيم كافة الإجراءات المتعلقة بالوقاية من هذه الجريمة وعلاجها وتبادل المعلومات والأدلة في شأنها، بما في ذلك تفعيل اتفاقيات تسليم الجناة في جرائم الإرهاب الإلكتروني.
- تعزيز التعاون الدولي من خلال مراقبة كل دولة للأعمال الإجرامية التخريبية الإلكترونية الواقعة في أراضيها ضد دول أو جهات أخرى خارج هذه الأراضي.

دراسات في القانون الدولي والعلوم السياسية الدراسة الخامسة

آليات رصد تطبيق الاتفاقيات الإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان

الطاهر زحمي^(١)

توجد عدة أسباب تبرر لجوء الجماعات الإقليمية إلى تنظيم المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان، أبرزها رغبتها في التأكيد على الحقوق المنصوص عليها في المواثيق العالمية وإكسابها طابعاً أكثر إلزامية، حيث تعمل على تضمين تلك المواثيق حقوقاً جديدة لم تتضمنها المواثيق العالمية استجابة لاعتبارات الخصوصية الثقافية والاجتماعية، بالإضافة إلى وضع آليات للرقابة أكثر فعالية^(٢)، وتتضمن الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان مبادئ حقوق الإنسان محل الحماية المتفقة في مجملها مع المبادئ والمعايير الدولية، حتى وإن كانت تعكس خصوصية مجموعة إقليمية بعينها بالتركيز على أنواع معينة من الحقوق.

إن الاهتمام بموضوع حقوق الإنسان على مستوى نطاقات جغرافية محددة ساهم في بروز العديد من مواثيق حقوق الإنسان ذات البعد الإقليمي، فعلى المستوى الأوروبي تم تبني الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عام ١٩٥٠ التي شكلت نقطة الانطلاق بالنسبة للعديد من المواثيق ذات العلاقة بحقوق الإنسان خاصة في أمريكا اللاتينية من خلال الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان عام ١٩٦٩، ونفس الشيء بالنسبة للقارة الإفريقية، حيث صدر عن منظمة الوحدة الإفريقية عام ١٩٨١ الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، كما أن الدول العربية تأثرت بهذا النمط من الاتفاقيات وأقرت الميثاق العربي لحقوق الإنسان في العام ٢٠٠٤.

(١) طالب في قسم الدكتوراه، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر ١.
(٢) وائل أحمد علام، الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٩، ص ٨٣.

مما لا شك فيه أن النظام العالمي لحماية حقوق الإنسان لم يصبح بعد نظاماً كاملاً وغير قابل للإخفاق أو الفشل في بعض المواطن، فالعالم ما فتئ يشهد يومياً انتهاكات جسيمة وواسعة النطاق لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ولا يستطيع المجتمع الدولي في الواقع سوى اتخاذ تدابير محدودة لمعالجة أي إخفاق أو فشل في مجال حماية حقوق الإنسان، ولهذا تبدو النظم الإقليمية الخاصة بحماية حقوق الإنسان أمراً لازماً فهي تسمح بمتابعة ورصد خروق حقوق الإنسان بشكل أكثر ديمومة ودقة^(١). وعليه نتطرق إلى رصد تطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحرريات الأساسية (أولاً) ورصد تطبيق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (ثانياً) ورصد تطبيق الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (ثالثاً) ورصد تطبيق الميثاق العربي لحقوق الإنسان (رابعاً).

أولاً: رصد تطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحرريات الأساسية

رغبت الدول الأعضاء في مجلس أوروبا في أعقاب الحرب العالمية الثانية إلى إيجاد آلية تهدف إلى تعزيز استقرار القارة الأوروبية ومنع تكرار ويلات الحرب العالمية الثانية، وتعتمد هذه الآلية على مجموعة مشتركة من القيم الثقافية والقانونية بين هذه الدول منها حماية حقوق الإنسان وسيادة القانون وتعزيز الديمقراطية، وهذا ما أكدته مقدمة الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٢)، إذ جاء فيها أن "الحكومات الموقعة أدناه باعتبارها أعضاء في مجلس أوروبا... وبوصفها حكومات لدول أوروبية تسودها وحدة فكرية ذات تراث مشترك من الحرية والمثل والتقاليد السياسية واحترام القانون، فقد عقدت العزيمة على اتخاذ الخطوات الأولى نحو التنفيذ الجماعي لبعض الحقوق

(١) محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان " المصادر ووسائل الرقابة"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩، ص ١٥٣.
(٢) الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحرريات الأساسية (اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا)، روما في ٤ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٥٠. راجع: محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الثاني " الوثائق الإسلامية والإقليمية"، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣، ص ٥٤ وما بعدها.

الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة^(١).

تعتبر لجنة الوزراء التابعة لمجلس أوروبا من أبرز الأجهزة القائمة على تطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان على مستوى التنظيم الأوروبي، غير أن الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام ١٩٥٠ نصت في بداية الأمر على إنشاء جهازين يضطلعان بمهمة رصد تطبيق الاتفاقية على مستوى الأنظمة الداخلية للدول الأوروبية، الجهاز الأول يتمثل في اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان (أولاً)، والجهاز الثاني يتمثل في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (ثانياً).

١- اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان

نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية على إنشاء لجنة (اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان) ومقرها مدينة استراسبورغ في فرنسا، تضطلع بمهمة رصد تطبيق أحكام الاتفاقية على مستوى الأنظمة الداخلية للدول المصدقة عليها، والنظر في الشكاوى المقدمة إليها من إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية ضد أي دولة أخرى بسبب انتهاكها لحقوق الإنسان، بشرط تصديق كلا الدولتين على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وقد ضمن الإتحاد الأوروبي نزاهة اللجنة وعدم تبعية أعضائها لسلطة ما إلا ضمير العضو وحرصه على حماية الحق الذي تقره المبادئ العامة السائدة^(٢).

تعتبر اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان بمثابة جهة أولية يتم اللجوء إليها في جميع الأحوال قبل اللجوء إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وهذا لا يعني كون اللجنة درجة أولى من درجات التقاضي على الرغم من أن الإجراءات المتبعة فيها تقترب من

(١) رياض العجلاني، تطور إجراءات النظر في الطلبات الفردية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، ٢٠١٢، المجلد ٢٨، العدد ٢، ص ١٦٧.
(٢) المواد ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٣٩ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠. راجع: محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص ٥٩، ٦٠، ٦٣.

الإجراءات القضائية، وحق اللجوء إلى اللجنة مكفول للدولة الطرف في الاتفاقية وليس من الواجب أن يكون ضحايا الانتهاكات من رعايا الدولة التي تلجأ إلى اللجنة، إذ يكفي أن يكونوا رعايا لأي دولة طرف في الاتفاقية. ومن هذه النقطة يبرز الفرق بين اللجوء إلى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ومفهوم الحماية الدبلوماسية. وتجدر الإشارة إلى أن تلقي ونظر الطعون المقدمة من قبل الدول الأطراف إلزامي بالنسبة للجنة، في حين أن الطعون المقدمة من قبل الأفراد يتطلب الأمر قبول الدولة الطرف في الاتفاقية لقبول اختصاص اللجنة حتى تستطيع هذه الأخيرة أن تنظر في الطعن^(١). وعليه يحق للأفراد اللجوء إلى اللجنة، التي لها صلاحية البت في الشكاوى الفردية ضد الدول التي يدعى أنها قامت بانتهاك الحقوق المحمية^(٢)، وهنا تستطيع اللجنة أن تقوم بالتوفيق بين الفرد والحكومة المعنية، حيث يستطيع صاحب الحق في هذه الحالة أن يحصل على تعويض، وفي حال قبول اللجنة للشكاوى مع عدم إمكانية التوفيق تستطيع أية دولة أخرى من الدول التي صدقت على الاتفاقية أن تتبنى القضية وتقاضي الدولة المشكو منها أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

استمر هذا النظام قائماً حتى عام ١٩٩٨ (الوثيقة ٢٢) حيث صدر الملحق الإضافي الحادي عشر للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٣)، حيث تم إلغاء اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان وأسندت صلاحيتها إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وأصبح

(١) عزت سعيد السيد البرعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، دون دار النشر، القاهرة، مصر، ١٩٨٥، ص ٦٤.

(٢) من بين القضايا التي عالجتها اللجنة Arrondelle و Powell و Rayner والتي تطرقت فيها اللجنة إلى مشكلة الإضرار الصوتي الناجم عن استعمال المطارات، والذي يمس في الوقت نفسه احترام الحياة الخاصة والممتلكات، ورغم تأكيد اللجنة على أن هناك مساس بحقوق الإنسان لاسيما حقه في الحياة الخاصة والملكية العقارية، لكنها لم تتخذ أية إجراءات بشأن هذا المساس. راجع: كوثر بوحلمة، دور المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تطوير القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة- ٢٠٠٩، ص ٢٠١٠.

(٣) البروتوكول رقم (١١) لاتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دخل حيز التنفيذ في ١ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٨. راجع: محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص ٩٥ وما بعدها.

لهذه المحكمة حق النظر في الشكوى والقيام بإجراءات التوفيق بين الفرد والحكومة المدعى عليها.

٢- المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

ضماناً لالتزام الدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحيثياته الأساسية بتطبيق بنود الاتفاقية في نظمها الداخلية، نصت المادة ١٩ من الاتفاقية على إنشاء محكمة أوروبية لحقوق الإنسان، تتكون من عدد من القضاة مساوٍ لعدد الأطراف المتعاقدين، حيث تلعب دوراً كبيراً في تكريس الحماية الفعلية لحقوق الإنسان، فمن صلاحياتها البت بحكم قضائي ملزم فيما يحال عليها من قضايا سواء تعلق الأمر بالدولة الطرف المتضررة أو الدولة المشكو منها أو إحدى الدول المتعاقدة الأخرى، فالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لها كافة صلاحيات وسلطات القضاء، ولأحكام التي تقوم بإصدارها قوة الشيء المقضي به، ويمتد الاختصاص القضائي للمحكمة إلى كافة المسائل المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبروتوكولات الخاصة بها^(١).

يجوز لأي طرف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أن يحيل إلى المحكمة أي مخالفة مزعومة لأحكام الاتفاقية والبروتوكولات الخاصة بها من قبل طرف آخر، ويجوز للمحكمة كذلك أن تتلقى طلبات من أي شخص أو منظمة حكومية أو مجموعة من الأفراد تزعم بأنها ضحية انتهاك من قبل أحد الأطراف في الاتفاقية للحقوق المذكورة في هذه الاتفاقية أو البروتوكولات الخاصة بها، ويتعهد جميع الأطراف بعدم إعاقة الممارسة الفعالة لهذا الحق بأي حال، وحتى تكون الدعوى مقبولة أمام المحكمة يجب على الشاكي أولاً أن يستنفد كافة طرق التظلم الداخلية في الدولة المشكو في حقها، وعلى ذلك إذا لم يلجأ الشاكي إلى طرق التظلم المتاحة في الدولة المشكو في

(١) عزت سعيد السيد البرعي، المرجع السابق، ص ٦٤ ، ٦٥.

حقها لن تقبل المحكمة طلبه^(١)، وترفض المحكمة الشكاوى الفردية مجهولة المصدر أو التي سبق لها أن نظرت فيها، أو في حالة كون الطلب يتعارض مع أحكام الاتفاقية أو البروتوكولات الخاصة بها، أو يكون مؤسساً بشكل رديء أو يمثل سوء استخدام الحق في تقديم الشكوى^(٢).

يلاحظ على نظام رصد تطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان في إطار التنظيم الأوروبي أن الدول الأوروبية لم تكن بدمج قواعد اتفاقيات حقوق الإنسان في أنظمتها القانونية الوطنية، إنما كانت حريصة على تأسيس نظام حمائي أوروبي مشترك ومحايد كان قائماً في بداية الأمر على دعامين هما: اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ليتم فيما بعد إلغاء اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان بموجب المادة ١ من البروتوكول رقم (١١) الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، وإسناد صلاحياتها إلى غرفة تتكون من سبعة قضاة في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. تقوم هذه الغرفة بإصدار قرارات ملزمة، غير أن هذه القرارات لا تصبح نافذة إلا بعد مرور ثلاثة أشهر، ما لم يطلب أحد الأطراف إحالة القضية على الغرفة الكبرى المتكونة من سبعة عشر قاضياً، ولم تكن الدول الأوروبية بهذا النظام القضائي إنما حرصت على ضرورة وجود جهاز تنفيذي يتمثل في لجنة الوزراء^(٣) التي تشرف على تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة.

(١) حسب نص المادة ٣٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠ يجب تقديم الطلب خلال ستة أشهر من تاريخ صدور القرار النهائي عن طريق الطعن الداخلي. راجع: محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٢) يلاحظ على حالات عدم القبول هذه أن المحكمة يمكن أن ترفض قبول الدعوى في بداية الإجراءات ويجوز لها أن تفعل ذلك في أي مرحلة من الإجراءات، وعليه فإن النظام الحمائي الأوروبي قد أحاط استعمال حق تقديم المواطن الأوروبي لشكواه أمام المحكمة مباشرة بضمانات وقيود تكفل أفضل استخدام له وتجنبه أي شبهة إساءة أو تعسف في استعماله. راجع: إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية "دراسة تحليلية في مضمونه والرقابة على تنفيذه"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٢٣.

(٣) فريجة محمد هشام، الآليات الدولية الإقليمية لحماية حقوق الإنسان، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٠، العدد ٩، ص ٢٣، ٢٤.

من جهة أخرى سمح دخول البروتوكول الرابع عشر حيز التنفيذ في ٢٠١٠/٦/١ بإلغاء اختصاص لجنة الوزراء الشبه قضائي، وقصر صلاحيته على الرقابة وتنفيذ الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة بدلاً من صلاحياتها السابقة التي مكنتها من تقرير الطلبات الفردية والفصل فيها، وجعل اختصاص المحكمة في نظر الطلبات الفردية اختصاص إلزامي بعدما كان اختياريًا^(١)، وعلى هذا الأساس تعد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الآلية القضائية الأكثر كفاءة وفعالية في رصد تطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية، باعتبارها آلية قضائية متكاملة ذات اختصاص قضائي إلزامي يشمل سبعة وأربعين دولة، وهذا أمر يعكس تطور النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان فيما يخص القدرة على التجدد والابتكار القانوني سواءً من حيث الشكل أو الموضوع، الأمر الذي يجعله أنموذج لبقية الآليات الإقليمية.

ثانياً: رصد تطبيق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان

منذ إنشاء منظمة الدول الأمريكية^(٢) وصدور الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان عام ١٩٤٨ تكاثفت الجهود قصد إيجاد آليات لرصد وضعية حقوق الإنسان في الدول الأمريكية، وفي عام ١٩٥٩ خلال الاجتماع الخامس لمجلس وزراء الشؤون الخارجية للدول الأمريكية المنعقد في مدينة سننجاغو بالشيلي صدر أربعة عشر قراراً ستة منها متعلقة بحقوق الإنسان، أهم هذه القرارات القرار رقم ٨ القاضي بإنشاء لجنة دولية أمريكية لحقوق الإنسان، وقد أشار هذا القرار إلى التطور الذي عرفته منظمة الأمم المتحدة ومجلس أوروبا في مجال حماية حقوق الإنسان، وتضمن مشروعاً لاتفاقية أمريكية لحقوق الإنسان ومشروعاً آخر لمحكمة أمريكية لحقوق الإنسان^(٣).

(١) رياض العجلاني، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٢) تم إنشاء هذه المنظمة بموجب ميثاق سان جوزيه، الصادر بتاريخ ٣٠ نيسان/أبريل ١٩٤٨، وبدأ العمل به في ١٣ كانون الأول/ديسمبر ١٩٥١.

(٣) عزت سعيد السيد البرعي، المرجع السابق، ص ٤١٥.

من أهم الوثائق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٩٦ التي أقرت في إطار منظمة الدول الأمريكية في سان خوسيه بكوستاريكا في ١١/٢٢/١٩٦٩، بين ٢٦ دولة هي غالبية الدول الأمريكية، ودخلت حيز التنفيذ بدءاً من ١٨/٧/١٩٧٨، كما تم تبني البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام ١٩٧٧، وتوجد العديد من الاتفاقيات الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان في إطار التنظيم الإقليمي الأمريكي حيث تركز حماية لبعض الحقوق بعينها من بينها الاتفاقية الأمريكية لمنع التعذيب والعقاب عليه عام ١٩٨٥، وكذلك الاتفاقية الأمريكية بشأن الإخفاء القسري للأشخاص عام ١٩٩٤، وفي إطار جهود الدول الأمريكية المتعلقة بمسايرة المجتمع الدولي نحو إلغاء عقوبة الإعدام وقعت الدول الأمريكية على البروتوكول الخاص بالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لإلغاء عقوبة الإعدام، كما توجد العديد من الاتفاقيات الأخرى ذات الصلة بحماية حقوق الإنسان نذكر منها على سبيل المثال: الاتفاقية الأمريكية للجوء عام ١٩٢٨، والاتفاقية الأمريكية للجوء السياسي عام ١٩٣٣، بالإضافة إلى اتفاقية منظمة الدول الأمريكية للجوء الدبلوماسي عام ١٩٥٤، واتفاقية منظمة الدول الأمريكية للجوء الإقليمي عام ١٩٥٤، والاتفاقية المتعلقة بوضع الأجانب عام ١٩٠٢ واتفاقية وضع الأجانب عام ١٩٢٨، واتفاقية منظمة الدول الأمريكية لجنسية النساء عام ١٩٣٣، والاتفاقية الأمريكية لمنح الحقوق السياسية للنساء عام ١٩٤٨، يضاف إلى هذا لائحة اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان عام ١٩٩٢^(١).

يفهم من نصوص الاتفاقية أنها ملزمة للدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية فحسب دون باقي الدول الأخرى، الأمر الذي يكرس البعد الإقليمي لهذه الاتفاقية، وهو أمر إيجابي من حيث ضمان فعالية التطبيق الصارم لنصوصها، لأن الجهاز الرقابي في ظل التنظيمات الإقليمية أكثر فعالية مما هو عليه في التنظيمات العالمية.

(١) نبيل مصطفى إبراهيم خليل، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥، ص ٣٦٥.

سندرس رصد تطبيق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان من خلال اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان (أولاً)، والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان (ثانياً).

أولاً: اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان

قام مجلس منظمة الدول الأمريكية بتكليف لجنة خاصة بإعداد مشروع اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان تنفيذاً للقرار المنظمة رقم ٨ الصادر عام ١٩٦٠، وقد وصف النظام اللجنة بأنها كيان ذاتي تابع لمنظمة الدول الأمريكية تختص بتعزيز احترام حقوق الإنسان، ويعتبر الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان الأساس الموضوعي لاختصاص اللجنة حسب نص المادة ٢ من نظامها الأساسي، التي أنشئت بهدف رصد تطبيق الحقوق الواردة في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بالنسبة للدول الأعضاء فيها، وكذلك الحقوق الواردة في الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان بالنسبة للدول الأعضاء الأخرى^(١).

تتكون اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان من سبعة أعضاء يتمتعون بصفات خلقية عالية وكفاءة في ميدان حقوق الإنسان، وهي تمثل جميع أعضاء منظمة الدول الأمريكية، يتم انتخابهم من قبل الجمعية العامة للمنظمة بصفتهم الشخصية من قائمة بأسماء المرشحين تقوم باقتراحها الدول الأعضاء، حيث يحق لكل دولة ترشيح ثلاثة أشخاص كحد أقصى سواء كانوا من مواطنيها أو من مواطني أي دولة أخرى عضو في منظمة الدول الأمريكية، بشرط أن يكون أحد هؤلاء الثلاثة على الأقل مواطناً من مواطني دولة غير تلك التي تقدمت باللائحة، وتكون ولاية المنتخبين لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة^(٢).

تعمل هذه اللجنة تطوير الوعي بحقوق الإنسان بين شعوب الدول الأمريكية، من خلال تقديم توصيات لحكومات الدول بشأن اتخاذ الإجراءات التدريجية لصالح حقوق

(١) إبراهيم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٢) المواد ٣٤، ٣٦، ٣٧، ٣٨ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩.

الإنسان في إطار تشريعاتها ونصوصها الدستورية وتعهداتها الدولية، وكذلك الإجراءات المناسبة لمزيد من المراعاة لتلك الحقوق، كما تقوم اللجنة بإعداد دراسات بناءً على التقارير المقدمة من قبل حكومات الدول عن الإجراءات التي تتخذها في مسائل حقوق الإنسان، إضافة إلى هذا تقوم اللجنة بالرد على استفسارات أي دولة عضو عن طريق الجمعية العامة بشأن المسائل التي تتعلق بحقوق الإنسان في الدولة، وتقوم اللجنة بتقديم تقرير سنوي إلى الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية، تعرض فيه للنظام القانوني المطبق على الدول الأطراف في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وذلك النظام المطبق على الدول غير الأطراف. كما تقوم اللجنة بعرض مسودة البروتوكولات الإضافية للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على الجمعية العامة من أجل إدراج الحقوق والحريات الأخرى تدريجياً بموجب نظام الحماية الخاص بالاتفاقية، وتعرض التعديلات الخاصة بالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على الجمعية العامة عن طريق الأمين العام من أجل اتخاذ الإجراء الذي تراه الجمعية مناسباً^(١).

تنص المادة ٤٤ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على أحقية أي شخص أو جماعة أو أي هيئة غير حكومية معترف بها قانوناً في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في المنظمة، برفع عرائض إلى اللجنة تتضمن شكاوى ضد أي خرق لهذه الاتفاقية من قبل دولة طرف، وعليه فإن إعطاء الأفراد والمنظمات غير الحكومية حق تقديم تبليغ أو رفع شكوى، له أهمية كبيرة في رصد تطبيق نصوص الاتفاقية.

إن قبول هذه التبليغات والشكاوى يخضع لجملة من الشروط، أهمها استنفاد طرق المراجعة التي يوفرها القانون المحلي، وأن تكون العريضة قد تم تقديمها خلال ستة أشهر من تاريخ إبلاغ القرار النهائي إلى من يدعي أن حقوقه قد انتهكت، بالإضافة إلى عدم رفع موضوع العريضة أو التبليغ أمام هيئة إجرائية دولية أخرى، كل هذا مع

(١) إبراهيم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص ١٢٩.

ضرورة بيان الهوية المفصلة لمقدم العريضة لاسيما الاسم والجنسية والمهنة ومحل الإقامة والتوقيع^(١).

ينصب عمل اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان على معالجة الالتماسات والتبليغات المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان، فبمجرد تلقي اللجنة لأية عريضة أو تبليغ تطلب من حكومة الدولة المعنية بالانتهاك تقديم معلومات خلال مدة معقولة، وبعد تلقي تلك المعلومات تتحقق اللجنة من وجود أساس للشكوى، وفي حال انعدام الأساس تأمر بإقفال القضية، كما يمكنها أن تجري تحقيقاً إذا رأت ذلك ضرورياً، وتحاول اللجنة التوصل إلى تسوية ودية للقضية من خلال إرسال تقرير يتضمن استنتاجاتها إلى الدولة المعنية، وإذا لم تتم التسوية يمكن للجنة أو الدولة المعنية رفع القضية إلى المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان^(٢). ومن المناسب الإشارة إلى توصيات اللجنة ليست ملزمة، فمن بين ٨٦ تقريراً أعدتها اللجنة عام ٢٠٠٦ لم يتم التقيد التام بالتوصيات إلا في قضية واحدة فقط، في حين تم التقيد جزئياً بها في ٥٩ قضية، ولم يقع الالتزام بها في ٢٦ قضية، وكل هذا حسب تقرير اللجنة لعام ٢٠٠٦.

ولهذا تطلب اللجنة من المحكمة عند الضرورة اتخاذ الإجراءات المؤقتة التي تراها مناسبة في القضايا الخطيرة العاجلة التي لم تعرض عليها، وذلك للحيلولة دون الأضرار التي تصيب الأشخاص وبتعذر تعويضها، وتتشاور اللجنة مع المحكمة بشأن تفسير الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان أو الاتفاقيات الأخرى التي تتعلق بحماية حقوق الإنسان في الدول الأمريكية، ولا شك أن التنسيق بين هاتين الآليتين يساهم في حسم النزاعات القائمة بسرعة ويجنب التعقيدات الإجرائية التي ترهق كاهل الأشخاص المنتهكة حقوقهم.

(١) محمود شريف بيسيوني، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(٢) المواد ٤٨، ٤٩، ٥٠، ٥١ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩. راجع: محمود شريف بيسيوني، المرجع السابق، ص ٢١٩، ٢٢٠.

ثانياً: المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان

تعد المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان الدعامة الثانية في عملية الرصد، والجهاز القضائي لحماية حقوق الإنسان على مستوى منظمة الدول الأمريكية، وهي هيئة قضائية مستقلة، الغرض من إنشائها تطبيق وتفسير الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والبت في المنازعات الناشئة عن تطبيقها في النظم الداخلية للدول الأطراف، ويشمل الاختصاص القضائي للمحكمة جميع القضايا التي ترفع من قبل الدول الأطراف التي أقرت باختصاص المحكمة ولجنة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان.

يكون الإقرار بهذا الاختصاص بواسطة إعلان يتضمن الاعتراف بالولاية الإلزامية لها أو من خلال اتفاق خاص يعقد لهذا الغرض، وتكون الأحكام الصادرة عن المحكمة ملزمة للدول الأطراف المعنية بها، وقد تقضي المحكمة للطرف المتضرر من جراء انتهاك أحكام الاتفاقية بتعويض مناسب^(١)، وتلزم بضمان تمتعه بحقوقه المكفولة بمقتضى أحكام الاتفاقية وبإصلاح الوضع أو الإجراء الذي كان سبباً في الانتهاك متى كان ذلك ممكناً^(٢).

يقتصر الحق في رفع قضية أمام المحكمة على الدول الأطراف واللجنة فقط، مع ضرورة استنفاد الشروط المتعلقة بقبول اختصاص اللجنة، وعليه تم استبعاد إمكانية رفع دعوى من قبل الأفراد مثلما هو منصوص عليه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، وهذه إحدى نقاط الضعف في نظام الرصد على المستوى الأمريكي، لأن إسناد رفع الدعاوى إلى الدول الأطراف واللجنة من شأنه تسييس القضايا، بحكم التداخل الذي يطبع العلاقة بين أعضاء اللجنة والدول حكومات الدول، ومن جهة أخرى حرمان ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان من حقهم في محاكمة عادلة تضطلع بها جهة محايدة، غير القضاء الوطني.

(١) المادتين ٦١، ٦٢، ٦٣، ٦٨. راجع: محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص ٢١٩، ٢٢٠.
(٢) محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ٣١٦.

لعبت المحكمة الأمريكية دوراً بارزاً في حث الدول على الالتزام باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، حيث أصدرت المحكمة ما يقارب مائتين وخمسين حكماً وأمرأً، ومن بين القضايا التي نظرت فيها قضية *Rodrigues Valasques* و *Godines Cruz* عام ١٩٨٨ والمتعلقة بحالات اختفاء قسري، وجدت المحكمة أن هندوراس قد انتهكت أحكام الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، ففي القضية الأولى ذهبته المحكمة إلى أن الدولة المسؤولة عن منع خرق أحكام الاتفاقية، هي ملزمة باستخدام الوسائل التي تحت تصرفها لمنع خروقات حقوق الإنسان، والتحقق بمثل هذه الانتهاكات والمعاقبة عليها. استندت المحكمة إلى نص المادة ٤ من الاتفاقية الخاصة بالحق في الحياة والمادة ٥ الخاصة بالحق في عدم الخضوع للتعذيب والمادة ٧ الخاصة بالحرية الشخصية والأمن، وذلك قبل أن تخلص إلى حق ضحايا الاختفاء القسري بالتعويض، ومن اللافت أن هذا الحكم صدر في وقت لم يكن فيه الاختفاء القسري محل عناية المجتمع الدولي كما هو الحال الآن^(١).

تجدر الإشارة أيضاً إلى أنه بإمكان كل الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية سواء أكانوا طرفاً في الاتفاقية أم لا طلب رأي استشاري من المحكمة بشأن هذه الاتفاقية أو أي اتفاقية أخرى تتعلق بحقوق الإنسان في الدول الأمريكية أو حول مسألة مدى توافق تشريعاتها الداخلية مع الصكوك الدولية، كما بإمكان أي جهاز من الأجهزة المنصوص عليها في الفصل العاشر من ميثاق منظمة الدول الأمريكية طلب فتوى من المحكمة في موضوع من المواضيع شرط أن تكون الاستشارة متصلة باختصاص الجهاز وفي حدوده، ويظهر أن للمحكمة اختصاص استشاري واسع بالمقارنة مع الاختصاص الاستشاري الممنوح لأي محكمة دولية أخرى، وقد تعرضت المحكمة بمقتضى آرائها الاستشارية إلى جملة من المسائل الهامة حيث أكدت على الطبيعة الخاصة للصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وبحثت في القيود المفروضة

(١) محمد يوسف علوان، نظام الدول الأمريكية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ٨٩.

بموجب الاتفاقية على تنفيذ عقوبة الإعدام وفي شرط ضرورة استنفاد طرق الطعن الداخلية المتاحة، إذ جاء في رأيها الاستشاري الحادي عشر الصادر عام ١٩٩٠ أن نطاق الشرط الخاص باستنفاد طرق الطعن الداخلية المتاحة يجب أن يكون مرناً وأن يفسر في مصلحة الطرف الضحية^(١).

يتضح مما سبق أن اهتمام الدول الأمريكية بحقوق الإنسان - بالرغم من أنها لم تصل لدرجة التطور التي وصل إليها التنظيم الأوروبي، وتأخر إنشاء الأجهزة المشرفة على رصد تطبيق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لأكثر من عشر سنوات (١٩٦٩ - ١٩٧٩) - لم ينح منحى التنظيم الأوروبي، لاسيما فيما يخص الاقتصار على الآلية القضائية باعتبارها تمنح للأفراد حماية أكثر فعالية، ومن جهة أخرى فإن تطبيق الأحكام الصادرة عن المحكمة فيما يخص تعويض الأضرار الناتجة عن انتهاكات حقوق الإنسان تكون حسب التشريعات الوطنية للدولة المعنية، الأمر الذي قد يهدر قيمة هذه الأحكام، وعلى الرغم من النقائص التي تطبع أجهزة رصد تطبيق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، إلا أن دورها دور هام وساهم بشكل كبير في حث حكومات الدول على احترام حقوق الإنسان، خاصة و أن هذه القارة عرفت العديد من انتهاكات حقوق الإنسان.

الفرع الثالث: رصد تطبيق الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب

أصدر مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية (سابقاً) عام ١٩٧٩ قراراً بشأن إعداد مشروع أولي لميثاق إفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، وعلى إثر ذلك تقدمت لجنة من الخبراء لمجلس رؤساء الدول والحكومات الإفريقية المنعقد بنairobi في ١٩٨١/٦/٢٦ بمشروع يخص حقوق الإنسان الإفريقي، أطلق عليه اسم الميثاق

(١) محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ٣١٤.

الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب^(١)، وكرر الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان الحقوق التقليدية كما وردت في ما سبقه من موثيق وإعلانات، وقد جاء في نص المادة ١ منه أن الدول الأعضاء في منظمة الوحدة الإفريقية والأطراف في الميثاق تعترف بالحقوق والواجبات والحريات الواردة في هذا الميثاق وتتعهد باتخاذ الإجراءات التشريعية وغيرها من أجل وضعها موضع التنفيذ، الشيء المميز في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب خلافاً لما سبق من موثيق، أنه خصّ بعض الحقوق ذات الصبغة الجماعية بنصوص معينة، مثل حق المساواة بين الشعوب وحق تقرير المصير وحق الشعوب المستعمرة في الكفاح المسلح للتححرر من الهيمنة الاستعمارية^(٢).

وقد أخذت الدول الإفريقية بالنظام الحماي والرقابي المزدوج المعمول به في إطار التنظيم الأمريكي، حيث نص الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على إنشاء لجنة حقوق الإنسان، والتي يطلق عليها اسم اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، كما نص بروتوكول ١٩٩٨ على إنشاء المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان، وعليه نبين دور اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب (أولاً)، ثم نتطرق إلى المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب (ثانياً).

أولاً: اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب

انشئت اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب من قبل مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية في دورته الثالثة والعشرين عام ١٩٨٧ بمدينة أديس أبابا (أثيوبيا)، وتتكون اللجنة من أحد عشر عضواً ينتخبهم مؤتمر رؤساء الدول والحكومات لمنظمة الوحدة الإفريقية (الاتحاد الإفريقي حالياً) عن طريق الاقتراع السري من بين قائمة مرشحين من قبل الدول الأطراف في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب،

(١) عبد الكريم عوض خليفة، القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دون سنة النشر، ص ٩٢.

(٢) محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

من بين الشخصيات الإفريقية المشهود لها بأعلى قدر من الاحترام وسمو الأخلاق والنزاهة والجدية والخبرة في مجال حقوق الإنسان^(١)، وتتلقى اللجنة تقارير دورية كل سنتين من الدول الأعضاء عن الخطوات التي اتخذتها في سبيل تنفيذ الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان، كما تتلقى أيضاً البلاغات والشكاوى المقدمة من قبل الدول الأطراف في الميثاق، وتبذل اللجنة مساعيها الحميدة لإيجاد الحلول المناسبة لما يعرض عليها، فإن فشلت تعد تقريراً يضم ملاحظاتها والتوصيات التي تراها مناسبة، وتقدمه إلى مؤتمر رؤساء الدول والحكومات لمنظمة الاتحاد الإفريقي للنظر فيما أشكل عليها^(٢).

في هذا السياق تنص المادة ٤٧ من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب أنه إذا كانت لدى دولة طرف في الميثاق أسباب معقولة للاعتقاد بأن دولة أخرى طرف قد انتهكت أحكامه، فإن لها أن تلتفت نظر اللجنة كتابة لهذا الانتهاك، وتوجه هذه الرسالة إلى الأمين العام لمنظمة الاتحاد الإفريقي وإلى رئيس اللجنة، وعلى الدولة التي وجهت إليها الرسالة أن تقدم توضيحات أو بيانات مكتوبة حول هذه المسألة خلال فترة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ استلامها للرسالة على أن تتضمن هذه التوصيات والبيانات بقدر الإمكان بيانات عن القوانين واللوائح الإجرائية المطبقة أو التي يمكن تطبيقها وكذلك عن وسائل الإنصاف التي تم استنفادها بالفعل أو التي لا تزال متاحة^(٣). وإذا لم تتم تسوية القضية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تلقي الرسالة الأصلية من جانب الدولة الموجهة إليها على نحو مرض لكلا الطرفين المعنيين عن طريق المفاوضات الثنائية أو أي إجراء آخر، يحق لكل من الدولتين عرض هذه القضية على اللجنة بإبلاغ رئيسها وإخطار الدولة الأخرى المعنية والأمين العام لمنظمة الاتحاد الإفريقي، حيث تتولى اللجنة إعداد تقرير تسرد فيه الوقائع والنتائج التي استخلصتها

(١) المواد ٣٠ - ٤٤ من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١. راجع: محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص ٣٨٦ وما بعدها.

(٢) الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان "مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية"، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص ٣٢٦ - ٣٢٨.

(٣) المادتين ٥٠ و ٥١ من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

بعد حصولها على المعلومات التي تراها ضرورية من الدول الأطراف المعنية أو من أي مصادر أخرى، وبعد استنفاد كافة الوسائل الملائمة للتوصل إلى حل ودي قائم على احترام حقوق الإنسان والشعوب، ثم يحال التقرير إلى الدول المعنية ويرفع إلى مؤتمر رؤساء الدول والحكومات^(١).

تسترشد اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان أثناء النظر في المراسلات المقدمة إليها، بمختلف الوثائق الإفريقية المتعلقة بحقوق الإنسان والشعوب وأحكام ميثاق الأمم المتحدة وميثاق منظمة الوحدة الإفريقية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأحكام سائر الوثائق التي أقرتها الأمم المتحدة والدول الإفريقية في مجال حقوق الإنسان، وكذلك أحكام مختلف الوثائق التي أقرتها المؤسسات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة، التي تتمتع الدول الأطراف في هذا الميثاق بعضويتها، كما أنها تأخذ بعين الاعتبار الاتفاقيات الدولية الأخرى سواء العامة أو الخاصة التي ترسي قواعد اعترفت بها صراحة الدول الأعضاء في منظمة الاتحاد الإفريقي، والممارسات الإفريقية المطابقة للنواميس الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والشعوب، والعرف المقبول كقانون بصفة عامة، والمبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الدول الإفريقية^(٢).

إذن تمثل لجنة حقوق الإنسان جهاز توعية وتلقي بلاغات وشكاوى من الدول الأطراف في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان، حيث تعمل اللجنة على رصد وضعية حقوق الإنسان من خلال تجميع الوثائق وإجراء الدراسات والبحوث حول مختلف المشاكل الإفريقية، وتنظيم الندوات والحلقات الدراسية والمؤتمرات، ونشر المعلومات وتشجيع المؤسسات الوطنية وتقديم المشورة ورفع التوصيات إلى الحكومات عند الضرورة، بالإضافة إلى صياغة ووضع المبادئ والقواعد الهادفة إلى حل المشاكل القانونية المتعلقة بالتمتع بحقوق الإنسان والشعوب والحريات الأساسية، حتى تكون أساساً لسن

(١) محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ٣١٩.

(٢) المادة ٦٠ من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١. راجع: محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص ٣٩٢.

النصوص التشريعية من قبل حكومات الدول الإفريقية، ومن جهة أخرى تقوم اللجنة بتفسير كافة الأحكام الواردة في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بناءً على طلب دولة أو إحدى مؤسسات منظمة الإتحاد الإفريقي أو منظمة يعترف بها هذا الإتحاد.

ثانياً: المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب

تم إنشاء المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب بموجب البروتوكول الإضافي لعام ١٩٩٨^(١)، يتكون البروتوكول من خمس وثلاثين مادة وديباجة أكدت على ضرورة إنشاء محكمة لحقوق الإنسان تساهم في دعم رسالة المنظمة الإفريقية في تحقيق الحرية والمساواة والعدالة والسلام وكرامة الإنسان وفق تطلعات الشعوب الإفريقية، وتعتبر المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان جهة مكملة لعمل اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان، تختص بنظر القضايا والنزاعات المرفوعة إليها بشأن تفسير وتطبيق الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والبروتوكول المنشئ لها والاتفاقيات الإفريقية الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان، كما تفصل في أي نزاع يثار بشأن اختصاصها^(٢).

تقوم المحكمة أيضاً بإبداء الرأي في أي مسألة قانونية متعلقة بالميثاق أو أي وثيقة أخرى تتعلق بحقوق الإنسان بناءً على طلب إحدى الدول الأعضاء أو بناءً على طلب منظمة الإتحاد الإفريقي أو إحدى هيئاته أو أي منظمة إفريقية معترف بها من جانب الإتحاد الإفريقي، وقد خولت المادة ٥ من البروتوكول الإضافي لعام ١٩٩٨ حق إخطار المحكمة بأي قضية إلى لجنة حقوق الإنسان والشعوب والدولة الطرف التي رفعت شكوى إلى اللجنة والدولة الطرف التي رفعت ضدها شكوى إلى اللجنة، أما الأفراد والمنظمات غير الحكومية ومجموعات الأفراد فإن رفع القضايا يكون بصورة استثنائية،

(١) المعتمد من قبل مؤتمر القمة لمنظمة الوحدة الإفريقية في دورته الرابعة والثلاثين المنعقدة في بوركينافاسو في ٠٨ - ١٠ حزيران/يونيو عام ١٩٩٨.

(٢) محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص ٣٩٤ وما بعدها.

حيث ذكرت المادة ٦ من البرتوكول السابق أنه يجوز للمحكمة لأسباب استثنائية أن تسمح للأفراد والمنظمات غير الحكومية ومجموعات الأفراد برفع القضايا أمامها^(١). تعمل المحكمة على الوصول إلى تسوية ودية للقضية المعروضة عليها شرط عدم الإخلال بنصوص الميثاق، وتجري إجراءات النظر في القضية بصورة علنية إلا في الحالات الاستثنائية طبقاً لقواعد الإجراءات في المحكمة، وينيب كل طرف في القضية ممثلاً قانونياً له لدى المحكمة، حيث تستمع المحكمة لمرافعات كل الأطراف وتجري عند الضرورة التحقيقات اللازمة، كما تتلقى أدلة وشهادات شفوية أو مكتوبة بما في ذلك شهادة الخبراء ولها بناء قراراتها على تلك الأدلة، وإذا رأت المحكمة أن هناك انتهاك لحقوق الإنسان والشعوب تصدر الأوامر المناسبة لمواجهتها وعلاجها بما في ذلك دفع تعويض أو إصلاح عادل، في حالة الاستعجال أو الخطر الداهم أو عدم إصلاح الأمر للأشخاص يمكن أن تتخذ المحكمة التدابير التي تراها ضرورة لمواجهة الموقف.

تصدر المحكمة أحكامها بالأغلبية وهي أحكام نهائية غير قابلة للاستئناف وإن كان يمكن إعادة النظر فيها بناء على أدلة جديدة وفق قواعد الإجراءات الخاصة بها، تختص المحكمة دون غيرها بتفسيرها والنطق بها وفي حال عدم إجماع القضاة على حكم من الأحكام بإمكان القاضي المخالف إن يعلن رأياً معارضاً منفصلاً، يعلن الحكم إلى أطراف القضية ويحال إلى الدول الأعضاء في المنظمة ولجنة حقوق الإنسان ويتم إخطار مجلس الوزراء (المجلس التنفيذي) بالحكم حتى يقوم بمتابعة تنفيذه بالنيابة عن مؤتمر الرؤساء، وقد تعهدت الدول الأعضاء بتنفيذ أحكام المحكمة في أي قضية تكون طرفاً فيها وفي المهلة المحددة من جانب المحكمة، تعرض المحكمة على مؤتمر

(١) محمد أمين الميداني، المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب وانتهاك أحكام الميثاق العربي لحقوق الإنسان، مجلة الجنان لحقوق الإنسان، قسم حقوق الإنسان، جامعة الجنان، طرابلس، لبنان، كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٣، عدد مزدوج ٤-٥، ص ٢١.

الرؤساء تقريراً عن أعمالها للسنة السابقة، وتذكر في التقرير بصفة خاصة القضايا التي لم تلتزم الدولة بتنفيذ الأحكام الصادرة بشأنها^(١).

من بين أهم القضايا التي عرضت على المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب سيف الدين معمر القذافي، حيث تقدمت اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب بعريضة بتاريخ ٢٠١٣/١/٣١ إلى المحكمة ضد الحكومة الليبية، وتتعلق العريضة بإصدار أوامر خاصة تتضمن إجراءات مؤقتة بحق سيف الدين معمر القذافي، ضحية انتهاكات للمادتين السادسة والسابعة من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، وبينت العريضة أن المجلس الوطني الانتقالي في ليبيا، الذي يعتبر كحكومة ليبية، قام بوضع الضحية في سجن انفرادي ومنعه من حق الاتصال بأسرته وأصدقائه وبأي مستشار، كما لم يتم توجيه اتهامات للضحية أو عرضه على محكمة، وعبرت العريضة عن القلق من احتمال تنفيذ عقوبة الإعدام في حقه. في هذه القضية أعلنت المحكمة الأفريقية عن اختصاصها بالنظر فيها طبقاً للمادة الثالثة من نظامها الأساسي، كونها متعلقة بتفسير الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وتطبيقه، وأمرت المحكمة الحكومة الليبية بضرورة الامتناع عن كل عمل يتعلق بإجراءات قانونية أو خاصة بالتحقيق أو بالتوقيف، يمكن أن تسبب أضراراً للموقوف لا يمكن إصلاحها، من خلال انتهاك أحكام الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب أو وثائق دولية أخرى صادقت عليها ليبيا، والسماح للموقوف بالاستعانة بمستشار أو محامي يختاره، وكفالة حق الزيارة له، بالإضافة إلى الامتناع عن اتخاذ إجراءات يمكن أن تلحق أضراراً جسدية أو عقلية أو صحية بالموقوف، مع تقديم تقرير في أجل خمسة عشر يوماً من استلام قرار المحكمة يتضمن الإجراءات التي تم اتخاذها لتنفيذه^(٢).

(١) الشافعي محمد بشير، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

(٢) محمد أمين الميداني، المرجع السابق، ص ٣٣.

لقد حققت الدول الإفريقية إنجازاً كبيراً من خلال تبنيها لأجهزة خاصة برصد تطبيق الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، رغم أن نظام الرصد هذا لم يواكب التطور الذي عرفه النظام الأوروبي، وهذا الأمر ملاحظ حيث تم قصر حق تقديم شكاوى إلى المحكمة على اللجنة والدولة الطرف التي رفعت شكوى إلى اللجنة والدولة التي رفعت ضدها شكوى، وعلى ذلك تم حرمان الأفراد من اللجوء مباشرة إلى المحكمة إلا على سبيل الاستثناء، وهو نفس الحكم المطبق على المنظمات غير الحكومية، حيث أن قبول الشكاوى الفردية مرهون بإصدار إعلان من قبل الدولة التي تقدم الشكاوى ضدها، يقضي بقبول اختصاص المحكمة بتلقي مثل هذه الشكاوى، والإشكال الأكبر يكمن في أحقية المحكمة في الاختيار بين نظر الشكاوى أو إحالتها إلى اللجنة، لأن من شأن ذلك تعقيد الإجراءات وتمييع لعمل المحكمة القضائي، وكل هذا يعيق تطبيق الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

الفرع الرابع: رصد تطبيق الميثاق العربي لحقوق الإنسان

بموجب الاجتماع التكميلي للدورة الاستثنائية الثانية المخصصة لتحديث الميثاق في الفترة من ٠٤ إلى ١٤ يناير ٢٠٠٤، جددت اللجنة العربية لحقوق الإنسان الدعوة لاعتماد ميثاق عربي لحقوق الإنسان، وقد وافق مجلس جامعة الدول العربية على هذا الميثاق بناءً على المساعدة الفنية الاستشارية التي تلقتها الجامعة من مكتب المفوض السامي للأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وبرزت في ثنايا هذا الميثاق خصوصية الواقع السياسي والثقافي العربي في إطار الالتزام العام بالمبادئ العالمية لحقوق الإنسان، فهو ينص في ديباجته على أنه جاء تحقيقاً للمبادئ الخالدة للدين الإسلامي الحنيف والديانات السماوية الأخرى، خاصة فيما يخص تعزيز الأخوة والمساواة والتسامح بين البشر، كما يؤكد على إيمان الدول العربية بوحدة الوطن العربي وحرية وعلى رفض الشعوب العربية لكافة أشكال العنصرية والصهيونية، ويؤكد الميثاق في مادته الثانية على حق الشعوب في تقرير المصير.

يرتكز النظام الرقابي العربي على دعامتين أساسيتين هما: لجنة حقوق الإنسان العربية (أولاً) ، والمحكمة العربية لحقوق الإنسان (ثانياً).

أولاً: لجنة حقوق الإنسان العربية

أنشئت لجنة حقوق الإنسان العربية للنظر في تقارير الدول الأطراف بشأن التدابير التي اتخذتها لإعمال الحقوق والحريات المنصوص عليها في الميثاق العربي لحقوق الإنسان، وتتكون هذه اللجنة من سبعة أعضاء ينتخبون من قبل الدول الأطراف في الميثاق العربي لحقوق الإنسان عن طريق الاقتراع السري، ويشترط في المرشحين لعضوية اللجنة أن يكونوا من مواطني الدول الأطراف في الميثاق، وأن يكونوا من ذوي الخبرة والكفاءة العالية في مجال عمل اللجنة، كما يؤدون وظائفهم بصفتهم الشخصية وبكل تجرد ونزاهة، ولا يجوز أن تضم اللجنة أكثر من شخص واحد من مواطني الدولة الطرف، مع إمكانية إعادة انتخابه مرة واحدة فقط، ويراعى مبدأ التداول، حيث ينتخب أعضاء اللجنة لمدة أربع سنوات على أن تنتهي ولاية ثلاثة من الأعضاء المنتخبين في الانتخاب الأول بعد عامين ويحددون عن طريق القرعة^(١).

تلتزم الدول الأطراف في الميثاق العربي لحقوق الإنسان بتقديم تقارير بشأن التدابير التي قامت باتخاذها إعمالاً لجملة الحقوق والحريات المنصوص عليها في الميثاق، وبيان التقدم المحرز للتمتع بها، ويتولى الأمين العام لجامعة الدول العربية بعد تسلمه التقارير إحالتها إلى اللجنة للنظر فيها، تجدر الإشارة إلى أن تقديم التقرير الأول إلى اللجنة يكون خلال سنة من تاريخ دخول الميثاق حيز التنفيذ بالنسبة لكل دولة طرف، وتقوم بتقديم تقرير دوري كل ثلاث سنوات^(٢)، ويحق للجنة طلب معلومات إضافية من الدول الأطراف بحيث تساهم هذه المعلومات في تنفيذ الميثاق، بعد ذلك تقوم اللجنة

(١) المواد ٤٥ ، ٤٦ ، ٤٧ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤.

(٢) تقارير لجنة حقوق الإنسان على الرابط الإلكتروني التالي:

بدراسة التقارير بحضور ممثل الدولة المعنية لمناقشة التقارير، وتبدي ملاحظاتها وتعدّ التوصيات اللازمة لإعمال الميثاق، وتحيل اللجنة سنوياً تقريراً يتضمن ملاحظاتها وتوصياتها إلى مجلس الجامعة عن طريق الأمين العام، وتعتبر هذه التقارير والملاحظات الختامية والتوصيات وثائق ذات طابع علني يتم نشرها على نطاق واسع^(١).

كان من المحبذ أن يفسح المجال أمام اللجنة لتقديم استفسارات للدول الأطراف، من خلال النص على ذلك بشكل واضح في صلب الميثاق العربي، وأن لا يقتصر الأمر على طلب معلومات إضافية، فلطالما رافق طلب الاستفسارات القيام ببعض التحقيقات والتحريات مما يساعد على إجلاء أوضاع حقوق الإنسان في العالم العربي، من جهة أخرى يعتبر نشر تقارير وملاحظات وتوصيات اللجنة نوع من الشفافية التي تنتبها اللجنة في عملها، واحتراماً أيضاً للرأي العام الذي سيطلع على هذه الوثائق، ولقد تم النظر إلى هذه العلنية على أنها نوع من العقوبات في حق الدول الأطراف في الميثاق التي لا تحترم أحكامه، ويمكن أيضاً أن تؤثر هذه العلنية على الرأي العام داخل العالم العربي وخارجه^(٢).

يتضح لنا مما سبق أن اللجنة العربية لحقوق الإنسان تفتقر إلى إمكانية تقديم شكاوى حكومية أو فردية في حال انتهاك مواد الميثاق العربي لحقوق الإنسان من قبل دولة طرف فيه، والاقتصر على تقديم التقارير من الدول الأطراف، وهو ما يظهر ضعف هذه الآلية وبساطتها، بالمقارنة مع النظام الأوروبي والأمريكي والإفريقي، كما لم يتم تبني المقترحات الرامية إلى منح المنظمات غير الحكومية دوراً أثناء الإجراءات أمام اللجنة، هو أمر يجعل العلاقة محصورة بين اللجنة والدول الطرف ومجلس جامعة الدول العربية، الأمر الذي يجعل من اللجنة مجرد لجنة فنية من لجان جامعة الدول العربية.

(١) المادة ٤٨ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤.

(٢) د. محمد أمين الميداني، المرجع السابق، ص ٢٧.

ثانياً: المحكمة العربية لحقوق الإنسان

لم يتضمن الميثاق العربي لحقوق الإنسان نصوص تتعلق بإنشاء محكمة إقليمية تسهر على احترام تنفيذ الحقوق الواردة فيه، وتمكين الأفراد من اللجوء إليها بغية الانتصاف من الانتهاكات التي يتعرضون لها في دولهم، الأمر الذي دفع فريق من الخبراء العرب ولجنة الحقوقيين الدولية وكذلك المفوضية السامية لحقوق الإنسان إلى تقديم توصيات في عدة مناسبات، مفادها ضرورة مسارعة الدول الأعضاء في الميثاق العربي لحقوق الإنسان إلى تبني آلية قضائية، يؤول إليها الاختصاص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بانتهاك حقوق الإنسان في العالم العربي، وذلك حتى لا يبقى الميثاق نصاً بلا روح^(١)، وقد استجابت الدول العربية لهذا الطلب من خلال قرار مجلس جامعة الدول العربية الصادر بتاريخ ٧ أيلول/سبتمبر ٢٠١٤^(٢).

حيث تمت الموافقة على النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان، الذي نص في مادته ٢ على أن تنشأ في إطار جامعة الدول العربية محكمة عربية لحقوق الإنسان، بوصفها هيئة قضائية عربية مستقلة تهدف إلى تعزيز رغبة الدول الأطراف في تنفيذ التزاماتها فيما يتعلق بحقوق الإنسان وحياته الأساسية، ومقرها المنامة بمملكة البحرين^(٣)، وتتشكل المحكمة من سبعة قضاة من مواطني الدول الأطراف، ويجوز زيادتهم حتى أحد عشر قاضياً بناءً على طلب المحكمة وموافقة جمعية الدول الأطراف، ولا يجوز أن تضم في عضويتها الأصلية أو الاحتياطية أكثر من قاض من جنسية واحدة، وحسب المادة ٧ من النظام الأساسي للمحكمة يشترط في المرشحين للانتخاب أن يكونوا من الشخصيات المشهود لها بالنزاهة والالتزام بالقيم والأخلاق العالية، بالإضافة إلى الكفاءة والخبرة في مجال العمل القانوني أو القضائي.

(١) سامية بوروية، إسهام الميثاق العربي لحقوق الإنسان في تكوين قانون حقوق إنسان إقليمي، مجلة الجنان لحقوق الإنسان، جامعة الجنان، طرابلس، لبنان، حزيران/يونيو ٢٠١٢، العدد ٣، ص ٥٧.
(٢) قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم ٧٧٩٠، الدورة العادية (١٤٢) - ج ٣ - ٢٠١٤/٩/٧، أمانة شؤون مجلس الجامعة، الأمانة العامة، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، أيلول/سبتمبر ٢٠١٤، ص ١٥.
(٣) المادة ٣ من النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان لعام ٢٠١٤.

يعتبر اختصاص المحكمة مكملاً للقضاء الوطني، حيث يشترط لقبول الدعوى استنفاد طرق التقاضي الداخلية في الدولة المقدمة ضدها الشكوى، وعدم رفع القضية أمام محكمة إقليمية أخرى لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى رفعها بعد ستة أشهر من إبلاغ المدعي بالحكم البات الصادر عن المحاكم الوطنية، وتختص المحكمة بالنظر في كافة الدعاوى والنزاعات التي تنشأ عن تطبيق وتفسير الميثاق العربي لحقوق الإنسان أو أي اتفاقية عربية أخرى في مجال حقوق الإنسان، تكون الدول المتنازعة طرفاً فيها، وتفصل المحكمة في أي نزاع يثار حول اختصاصها بنظر الدعاوى أو الطلبات أو الحالات التي تنظرها، كما أن المحكمة لا تنظر في القضايا بأثر رجعي إنما ينصب اختصاصها على الوقائع التي ترتكب بعد نفاذ النظام الأساسي بالنسبة للدولة المعنية^(١).

والقضية الجوهرية في كل هذا تتعلق بمسألة حق اللجوء إلى المحكمة، إذ أن نص المادة ١٩ من النظام الأساسي للمحكمة لم يكن في مستوى الطموحات التي كانت مرجوة، حيث منحت هذا الحق للدولة الطرف التي يدعي أحد رعاياها أنه ضحية انتهاك حق من حقوق الإنسان، اللجوء للمحكمة بشرط أن تكون الدولة الشاكية والدولة المشكو في حقها طرفاً في النظام الأساسي، أما جواز اللجوء إلى المحكمة من منظمة أو أكثر من المنظمات الوطنية غير الحكومية المعتمدة والعاملة في مجال حقوق الإنسان، فإنه مشروط بقبول الدول الأعضاء عند المصادثة أو الانضمام للنظام الأساسي أو في أي وقت لاحق بمنح هذه المنظمات لهذا الحق.

ولا يوجد إلى حد الآن تفسير يبرر عدم السماح للأفراد برفع دعاوى مباشرة أمام المحكمة العربية لحقوق الإنسان على غرار باقي الأنظمة الإقليمية، وبهذا يبقى النظام الحمائي العربي لحقوق الإنسان يتلأ في تبني قواعد جريئة تضمن عدم انتهاك الدول للميثاق العربي لحقوق الإنسان.

(١) المواد ١٦، ١٧، ١٨ من النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان لعام ٢٠١٤.

الخاتمة

تمثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية لعام ١٩٥٠ علامة بارزة في مسار تطور القانون الدولي لحقوق الإنسان، حيث أنشأت لأول مرة أجهزة تنفيذية للسهر على رصد تطبيق نصوص الاتفاقية، وقد كفلت الاتفاقية للأفراد الحق في رفع شكاوى كل من اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وهو الإجراء -الشكاوى الفردية- يعتبر سابقة في مجال حماية الأفراد لحقوقهم أمام المؤسسات الدولية، من جهة أخرى امتازت آليات رصد الحماية الأوروبية لحقوق الإنسان تطورها المستمر والقدرة على الابتكار، تجلى ذلك من خلال إلغاء اللجنة وإسناد صلاحيتها إلى المحكمة، وكان ذلك نتيجة تداخل الاختصاصات بين اللجنة والمحكمة، والتماثل في الأنظمة القانونية والاجتماعية والثقافية للدول الأوروبية، بحيث لم يعد وجود اللجنة أمراً مبرراً باعتبار أن لها أدوار سياسية.

وجاء الهيكل التنفيذي الخاص بالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩ مماثلاً للهيكل القديم الذي قامت عليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، من حيث عمل لجنة حقوق الإنسان والمحكمة من حيث فحص الشكاوى والبت في مسألة مقبوليتها، ولم يتطور هذا النظام مثلما حدث في النظام الأوروبي، ويرجع هذا إلى عدم وجود الاندماج الاجتماعي والاقتصادي والثقافي الموجود على الساحة الأوروبية، وعلى هذا الأساس جاء اختصاصات اللجنة منصبة على تعزيز احترام حقوق الإنسان والدفاع عنها من خلال تنمية الوعي بأهميتها لدى الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية، والرد على الاستيضاحات التي تتقدم بها الدول حول مسائل حقوق الإنسان، أما دور المحكمة فيتمثل في نظر الدعاوى المرفوعة أمامها من قبل الدول الأطراف واللجنة دون الأفراد، وهي نقطة التمايز مع نظار الرصد على المستوى الأوروبي.

كما خطا الاتحاد الإفريقي خطوات واسعة وهامة في مجال حماية حقوق الإنسان والحرية الأساسية في القارة الإفريقية منذ أن تم اعتماد الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب عام ١٩٨١، ودخوله حيز التنفيذ عام ١٩٨٦، وتجلي تحقيق هذه

الحماية وتطبيقها في مرحلة أولى من خلال اختصاصات اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب ونشاطها، ولكن لم يكتف قادة هذا الاتحاد بما تصدره هذه اللجنة والتي تبقى لجنة شبه قضائية، فسعوا عام ١٩٩٨ لاعتماد بروتوكول تم إضافته إلى الميثاق الإفريقي، والذي سمح بتأسيس المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب والتي باشرت عملها عام ٢٠٠٤ بعد دخول هذا البروتوكول حيز التنفيذ، لكن تبقى صور الضعف والهشاشة تميز عمل هذه المحكمة، لاسيما فيما يتعلق بحق الأفراد والمنظمات غير الحكومية في رفع شكاوى أمامها.

وبالنسبة للميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي شهد تردداً كبيراً في عملية تبنيه، فإنه لم يتضمن نصوص تكفل حق تقديم الشكاوى الفردية سواء أمام اللجنة أو المحكمة، بالإضافة إلى الارتباط الشديد لهذه الأجهزة بجامعة الدول العربية، ورغم كل النقائص فهو يشكل خطوة مؤكدة في طريق بناء نظام حمائي عربي، بدليل تخطي العقبة الأولى ودخوله حيز التنفيذ بتاريخ ١٦ آذار/ مارس ٢٠٠٨، والتي ينبغي أن تتواصل باستعمال آلياته المتاحة، حتى يتم الرقي به إلى مصاف النظم الإقليمية الأخرى، لاسيما الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان باعتباره النموذج الأقرب إلى العالم العربي، وإذ أردنا أن نقيم النظام رصد اتفاقيات حقوق الإنسان على المستوى العربي، بالمقارنة مع باقي الأنظمة، فيمكن القول دون مبالغة أو انتقاص من الجهود المبذولة، أنه أضعف نظام بالمقارنة مع النظام الأوروبي أو الأمريكي أو الأفريقي.

القسم الثالث: دراسات في القانون الخاص

- د حسين عبد القادر معروف - التزام المحكم بالإفصاح (الحياد و الشفافية)
- د. محمود ملحم - مدى دستورية المادة ٢/٢٦ من قانون الايجارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨

التزام المحكم بالإفصاح (الحياد والشفافية)

د حسين عبد القادر معروف^(١)

يعد التحكيم، سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي وسيلة ناجعة لفض المنازعات، لما تتمتع به من ميزات ، تحمل المتخصصين على تفضيلها في قبال قضاء الدولة ، فالسرعة ، وقلة التكاليف ، والسرية ، فضلاً عن امكانية اطراف النزاع اخضاعها للقواعد القانونية التي يرونها مناسبة ، تجعل منها اكثر انسجاماً مع تطلعات الخصوم ، خاصة في نطاق التعامل التجاري الدولي.

وفي ضوء اهمية هذه الوسيلة واتساع انتشارها، تتجلى اهمية المحكم وهو الشخص الطبيعي الذي تتاط به مهمة الفصل في المنازعات^(٢) ، فهو المحرك الأساسي للعملية التحكيمية ومحورها^(٣) ، ومحط ثقة الخصوم^(٤) ، فاذا كان القاضي يسعى الى تحقيق عدالة عامة من خلال نظام القضاء ، فإن المحكم يسعى الى تحقيق عدالة خاصة من خلال نظام التحكيم ، ولذلك وسمت مهمة المحكم في جانب منها بالطبيعة القضائية ، الى جانب السمة العقدية التي يكون مصدرها العقد الذي يبرم بينه وبين اطراف الخصومة.

(١) أستاذ مساعد، جامعة البصرة، كلية القانون والسياسة.
(٢) د. مهند احمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٧.
(٣) د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطانه ، النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٢٦.
(٤) د. سحر عبد الستار امام يوسف ، المركز القانوني للمحكم ، الطبعة الأولى ، النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٩.

وهذه الإزدواجية في المركز القانوني للمحكم هي التي ادت الى اختلاف الفقه القانوني في تحديد طبيعة مهمته ، بين من جعلها تعاقدية بحتة او قضائية بحتة او مركبة او مستقلة^(١).

ونتيجة لهذا الدور الذي انيط بالمحكم في عملية التحكيم ، فقد عمدت التشريعات الى العناية بالشروط التي يجب توافرها فيمن يتصدى لهذه المهمة، ومن جملة هذه الشروط، ان يكون شخصاً طبيعياً كامل الأهلية وغير محجور عليه^(٢) .
ويعد شرط الحيادة والإستقلال، بوصفه احد الشروط الواجب توافرها في المحكم، من الشروط بالغة الأثر في التحكيم، اذ يعد اساساً للاعتقاد بعدالة حكم المحكم، واطمئنان الخصوم اليه .

ولضمان توافر هذا الشرط فرض المشرع على المحكم الالتزام بالإفصاح عن أية ظروف من شأنها اثاره الشك بشأن حيده او استقلاله، بوصفه التزاماً قائماً بذاته.
غير ان النظرة للالتزام بالإفصاح على هذه الصورة لم تكن واضحة لدى المشرعين في كثير من الدول، وفضلاً عن ان قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، لم ينظم هذا الالتزام بصورة تتناسب واهميته في نطاق نظام التحكيم، او التشريعات الحديثة للتحكيم في بلدان العالم. لذلك وجدنا من الضروري التركيز في هذه الدراسة على ابراز ذاتية الالتزام بالإفصاح ، ورسم ملامحه التي تميزه من الالتزام بالحيادة والاستقلال.

فإنبسطت دراستنا على مبحثين ، خصص اولهما لماهية التزام المحكم بالإفصاح ، وثانيهما للقواعد الناظمة لالتزام المحكم بالإفصاح .

(١) ماجد مجباس حسن ، المركز القانوني للمحكم ، رسالة ماجستير ، كلية القانون – جامعة البصرة ، ٢٠١٣ ، ص ٢٦ .

(٢) راجع المواد: (١١) تحكيم مصري، (١/١٤٥٠) اجراءات فرنسي، (٧٦٨) محاكمات لبناني، (١/١٣) تحكيم سوري ، (١/١٥) تحكيم اردني ، (٢٥٥) مرافعات عراقي.

المبحث الاول: ماهية التزام المحكم بالإفصاح

تعد ماهية التزام المحكم بالإفصاح من المسائل الهامة والدقيقة في الوقت نفسه. إذ في ضوء تحديد هذه الماهية سيتم تحديد القواعد التي يخضع لها هذا الإلتزام ، ولكون الفقه لم يتعمق في بحث هذا الإلتزام بالقدر الذي يستحقه ، لذا كانت دراسة ماهيته امراً ليس باليسير، سواء من حيث تحديد اساسه القانوني، او من حيث تحديد طبيعته. فضلاً عن ان تعريف هذا الإلتزام لم ينل من الاهتمام بقدر ذلك الذي ناله تحديد نطاقه، فكان علينا تحري الدقة في متابعة عبارات الفقهاء، ومحاولة تحليل النصوص التشريعية التي عالجت هذا الإلتزام .

المطلب الأول: مفهوم التزام المحكم بالإفصاح

يقتضي تحديد مفهوم التزام المحكم بالإفصاح، والاساس الذي يستند إليه مع عدم اغفال الغاية منه أو بعباره ادق مبررات فرض مثل هكذا التزام على عاتق المحكم، وهو ما سنحاول بيانه في فرعين.

الفرع الاول: تعريف التزام المحكم بالإفصاح ومبرراته

سنحاول ان نتلمس عبارات الفقه فيما يعد تعريفاً لالتزام الحكم بالإفصاح ، مع بيان موقف التشريعات قبل ذلك من تعريف هذا الإلتزام في فقرة اولى، ومبررات هذا الإلتزام في فقرة ثانية.

أولاً : تعريف التزام المحكم بالإفصاح

احجمت التشريعات الوطنية منها والدولية وكذلك انظمة بعض المؤسسات التحكيمية ، عن ايراد تعريف لهذا الإلتزام . وان كل ما اوردته يدخل في نطاق النص على هذا الإلتزام من حيث الإلزام لا من حيث التعريف، إذ لا يتوافر فيما نصت عليه هذه التشريعات والأنظمة مقومات التعريف.

وقد سلكت تلك التشريعات في ذلك منهجين ، تمثل المنهج الأول في فرض الإلتزام على عاتق المحكم بعبارات عامة ، فقد أوجبت عليه الإفصاح عن كل ما شأنه إثارة الشكوك بشأن حيده أو استقلاله. وهو ما سار عليه القانون النمطي للأمم المتحدة المعدل سنة ٢٠٠٦ ، إذ نصت المادة (١/١٢) منه على ان " عندما يفتح الشخص باحتمال تعيينه كمحكم، يجب عليه ان يفصح عن اية ظروف من شأنها ان تثير شكوكا لها ما يبررها بشأن حيده أو استقلاله... " (١). وقد سارت على هذا النهج ايضاً كل القوانين التي تأثرت بالقانون النمطي، كالقانون المصري، حيث نصت المادة (٣/١٦) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل على انه "...ويجب عليه ان يفصح عند قبوله عن اية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيده". وكذلك قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ في المادة (١٥، ج)، وقانون التحكيم السوري رقم (٤) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (١٧ / ١)، وكذلك قانون الإجراءات الفرنسي المعدل سنة ٢٠١١ في المادة (١٤٥٦ / ف٢) التي تنص على انه: "يجب على المحكم قبل قبول مهمته ان يكشف عن كل ظرف من الظروف التي من شأنها التأثير في استقلاليته او في حياده...".

اما المنهج الثاني فتمثل في وصف العلاقات التي يجب على المحكم الإفصاح عنها، او بعبارة اخرى تحديد نطاق التزام المحكم بالإفصاح، ومن هذا المنهج قانون الإجراءات اللبناني في المادة (٧٦٩ / ٢)، فقد نصت على أنه "...اذا قام في شخص المحكم سبب للرد فعليه اعلام الخصوم". وان تلك الأسباب هي ذاتها التي يرد بها القاضي على وفق المادة (٧٧٠ / ١) من القانون ذاته، وهي أسباب محددة على سبيل الحصر بموجب المادة (١٢٠).

(١) يطابق الفصل (١١) من قواعد اليونسترال للتحكيم المعدلة لسنة ٢٠١٠ ، إذ جاء فيه : "عندما يفتح الشخص بأحتمال تعيينه كمحكم / هو او هي ، يجب عليه ان يفصح عن اية ظروف من شأنها ان تثير شكوكا لها ما يبررها بشأن حيده او استقلاله".

ومن ذلك ايضاً ما نص عليه تقنين الاخلاق للمحكمين في المنازعات التجارية (ABA/AAA.Good of ethics) المعدل سنة ٢٠٠٤^(١) الصادر عن نقابة المحامين الأمريكية والمؤسسة الأمريكية للتحكيم . اذ جاء فيه أنه على المحكم الإفصاح عن "أية مصلحة معلومة مباشرة او غير مباشرة ، ناشئة عن التحكيم ، وعن أية علاقة عمل او مهنية، او شخصية التي يمكن أن تؤثر بشكل معقول على حيده واستقلاله". وكان هذا مسلك تقنين ارشادات تعارض المصالح في التحكيم التجاري الدولي المعدل سنة ٢٠١٤ الصادر عن نقابة المحامين الدولية (IBA) . اذ جاء في المعايير العامة (a/3) انه اذا كانت الحقائق والظروف يمكن من وجهة نظر الأطراف أن تثير شكوكاً بشأن حيده المحكم واستقلاله ، فيجب عليه الإفصاح عن ذلك . وقد قسمت هذه الإرشادات العلاقات التي يجب على المحكم الإفصاح عنها على ثلاثة ألوان من حيث إلزامية هذا الإفصاح^(٢)، وهو ما ذهبت اليه ايضاً قواعد غرفة التجارة الدولية (icc) المعدلة سنة ٢٠٠٩^(٣) التي فرضت في المادة (٧/١) على المحكم ان يوقع اقراراً بشأن حيده واستقلاله يتضمن بيان "أية علاقة في الماضي والحاضر مباشرة او غير مباشرة، بينهم (أي المحكمين) ومع اي طرف من الأطراف، ومن يخولهم او محاميهم او من يمثلهم ، سواء كانت علاقة مالية او مهنية أو اي نوع آخر".

اما فيما يتعلق بقانون المرافعات المدنية العراقي رقم (١٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، فإنه لم ينص على التزام المحكم بالإفصاح، ومع ذلك فقد ذهب بعض الباحثين^(٤) إلى محاولة تأصيل هذا الإلتزام بالاستناد الى المادة (١/٢٦١) مرافعات التي تجيز رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي، والى المادة (٢٦٠ / مرافعات) التي تنص على انه "لا يجوز للمحكم بعد قبول التحكيم ان يتنحى بغير عذر مقبول ...".

(1) http://www.abanet.org/dispute/commercial_dispute.pdf.

(2) Charles N. Brower, Keynote Address: The Ethics Arbitration Perspectives from Practicing International Arbitrator, Berkeley J. Int'l. Publicist, Vol. 5, 2010, p 11.

(3) <http://files.dlapiper.com/files/upload/arbitrator-disclosure-standards.pdf> .

(4) ماجد مجباس حسن ، المركز القانوني للمحكم ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .

إن هذه المحاولة لا تجد لها سنداً في النصوص، فالمادة (١/٢٦١) بإشارتها الى حالات رد القاضي تدلّ على وجوب التزام المحكم بالحيادة والإستقلال، ولا تلزمه ان يفصح عن الظروف التي من شأنها اثاره الشك بشأنها. فاللتزام المحكم بالإفصاح وان كان يرتبط باللتزام بالحيادة والإستقلال من حيث الغاية الا انه يستقل عنه من حيث الوجود فلا تلازم بين الإفصاح والحيادة والإستقلال^(١). اما الاستناد الى المادة (٢٦٠) فيه تحميل للنص اكثر مما يحتمل فالنص يلزم المحكم بعد قبوله مهمة التحكيم الاستمرار فيها، ولا يجوز له التثني إلا اذا قدم اعداراً مقبولة، ولذلك فلا صلة له باللتزام المحكم بالإفصاح.

على سعيد الفقه ، يعرف الإلتزام بالإفصاح بصورة عامة انه " اخطار او اعلام او تحذير احد المتعاقدين الذي يكون في مركز اقوى من المتعاقد الآخر بإخطار الطرف الآخر في العقد بكافة البيانات عند إبرامه للعقد ، والتي تساهم في تكوين الرضا الحر المستنير، والتي تمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على العقد عند إبرامه او التحلل منه اذا شاء ، ثم ايجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل ، وحماية الثقة المشروعة في العقد"^(٢). يكون الإلتزام بالإفصاح على صورتين: الأولى هي الإلتزام قبل التعاقد بالاعلام، والثانية هي الإلتزام بالإفصاح اثناء تنفيذ العقد^(٣).

وإذا ما انتقلنا الى نطاق التحكيم ، نجد ان الفقه قد اطلق على التزام المحكم بالإفصاح تسميات عديدة، فبعضهم اطلق عليه الإلتزام بالإعلان او الشفافية او المكاشفة^(٤)،

(١) د. ابو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ص ٣٠ .
(٢) د. سعيد سعد عبد السلام ، الإلتزام بالإفصاح في العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٨.
(٣) د. مصطفى ابو عمرو ، الإلتزام بالأعلام في عقود الأستهلاك ، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٨ ، ص ٤٣ .
(٤) د. ماهر حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية ٢٠١١ ص ١٢٦ .

وسماه آخر الإلتزام بالتصريح^(١)، ودعاه آخر بواجب الكشف^(٢)، والشائع تسميته الإلتزام بالإفصاح^(٣).

وفي نطاق تعريفه، هناك من ذهب^(٤) الى انه " مبادرة المحكم باحاطة الأطراف بصلته السابقة والحالية بموضوع النزاع واطرافه وممثلهم وذويهم . ويعد هذا الإلتزام من الإلتزامات اللصيقة بجوهر مهمة المحكم وتفرضه الطبيعة الخاصة لمهمته وكيفية تعيينه والطابع المؤقت لسلطته " . أو هو "ضرورة اعلان المحكم ، فور اختياره وقبوله بدء اجراءات التحكيم وتوقيعه مستند قبول المهمة، عن كل الظروف والوقائع التي يمكن ان تثير شبهة حول حياده واستقلاله، وهذا الإلتزام بالإعلان، او بالشفافية او بالمكاشفة، هو التزام عقدي مصدره عقد التحكيم ومستند قبول المهمة"^(٥).

يبدو جلياً ان هذه التعاريف قد تماثلت من حيث المضمون والصياغة في اغلبها، ولم تخرج عن حدود ما نصت عليه تشريعات التحكيم المختلفة فهذه التعاريف اقرب ماتكون الى وصف التزام المحكم بالإفصاح، او لنقل تقرير الزامية الإفصاح ، منها الى تعريفه تعريفاً جامعاً مانعاً، وان كان تعريف الدكتور احمد عبد الكريم سلامة ، قد تميز عن التعاريف الأخرى من خلال تحديده لأساس هذا الإلتزام بأنه التزام عقدي . وفي تقديرنا ان تعريف التزام المحكم بالإفصاح لا يكون مانعاً جامعاً الا اذا تضمن تحديد اساسه، وطبيعته من حيث كونه التزاماً قائماً بذاته او انه التزام يندرج مع التزام المحكم بالحيدة والإستقلال، ومن حيث كونه التزاماً بنتيجة او التزاماً بوسيلة، وتحديد نطاقه .

(١) اكرم محمد زيدان النجار ، المركز القانوني للمحكم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص٢٢٧ .
(٢) د. احمد عبد الرحمن الملحم ، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم ، مجلة الحقوق الكويتية، العدد ٢، السنة ١٨ ، ١٩٩٤ ، ص ٢٣٣ .

(٣) د. عبده جميل غصوب ، نظام المحكم في التحكيم الدولي ، مجلة الدراسات القانونية ، جامعة بيروت العربية، العدد ٦ ، السنة ٢٠٠١ ، ص٢٢٧ .

(٤) د. احمد قسمت الجداوي و د. ابو العلا النمر، المحكمون ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٩٨ .

(٥) د. احمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ ، ص ٧١١ .

لذلك نعرّف التزام المحكم بالإفصاح انه " التزم عقدي قائم بذاته، يفرض على المحكم بذل عناية الرجل المعتاد في التحري عن أية ظروف من شأنها اثاره الشك بشأن حيده او استقلاله، واعلام اطراف النزاع بها عند قبوله مهمة التحكيم، وبما يستجد منها اثناء المحاكمة التحكيمية " .

ثانياً: مبررات التزام المحكم بالإفصاح

يمكن اجمال مبررات التزام المحكم بالإفصاح في النقاط الآتية :

١- التحكيم عدالة خاصة، تطوع فيها اطراف النزاع الى قبول حكم المحكمين، وفي حالة الفساد فإن ثقة الأطراف بهذه العدالة ستزول، مما يقتضي ان يكون المحكمون مستقلين ومحايدين من اجل ضمان استمرار هذه العدالة الخاصة^(١). فنزاهة وحياد واستقلال المحكم هي الأساس الذي تبنى عليه منظومة السلوك الواجبة الاتباع^(٢)، ومع ازدياد اللجوء الى التحكيم وازدياد الثقة بهذا النظام، ترتبت مسؤولية جدية على الشخص الذي يعمل محكماً تجاه المجتمع واتجاه اطراف النزاع، فالمحكم يعد من اهم عناصر البنية الحيادية للتحكيم^(٣)، "والعدالة في التحكيم لا يجوز ان تتجاذبها اهواء ومصالح المحكم ذلك ان العدالة ليست ساحة بل هي وظيفة سامية"^(٤).

٢- تعد مهمة المحكم مهمة قضائية او شبه قضائية^(٥)، فهو يتولى حل النزاعات بين الأطراف، وان كان قاضياً خاصاً أو مختاراً^(٦). لذلك يجب ان يتوافر فيه ما يفترض توافره في القاضي لا سيما من خلال افصاحه عن أية روابط او صلات

(١) Zaki Ejaz,op,cit,p: 1.

(٢) د. محمد سليم العوا ، سلوك المحكمين ، مجلة التحكيم العربي، العدد ٣ ، ٢٠٠٠ ، فقرة (٥) ، ص ٤٤ .

(٣) Tibor Va´rady ,Johne J.Barcelo´, Arthur T.Von Mehren , international commercial arbitration, west group,st.Paul,Minn,1999,p:291.

(٤) وائل طيارة ، حياد المحكم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، العدد ٣ ، ٢٠٠١ ، ص ٣٠ .

(٥) Sausan D.Frank , The liability of international arbitrators , N.Y.L.Sch.J.Int´1 & comp.L.Vol.20,P:7.

(٦) د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصوصية التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٩ ، ص ٨٧ .

او علاقات مع الخصوم، ليطمئن الأطراف الى عدالة حكمه، ومن ثم الركون الى تنفيذه دون نزاع بشأن حيده او استقلاله.

٣- إن إفصاح المحكم عما يمكن ان يزرع الشك في نفوس اطراف التحكيم ، وعدم اعتراضهم من ثم على تعيينه، يمنع بعد ذلك الطعن بالمحكم وطلب رده، بما يؤدي الى عدم تأخير الفصل في النزاع وتوفير المصاريف^(١).

٤- يمكن التزام المحكم بالإفصاح اطراف التحكيم من الاعتراض المبكر على المحكم وطلب رده اذا ما تضمن افصاحه ما قد يرتقي اليه الخوف من عدم عدالة المحكم^(٢).

٥- ان انخراط المحكمين من ذوي الخبرة والكفاءة، في علاقات متعددة بحكم طبيعة عملهم، من شأنه ان يؤدي الى تشعب العلاقات التي يرتبط بها المحكم، سواء في نطاق عمله الأساس، او في نطاق عمله بوصفه محكماً. وان عدم الإفصاح عن هذه العلاقات اذا ما كانت لها صلة بموضوع النزاع او اطرافه، قد تؤدي الى ان تكون مسألة حيده المحكم واستقلاله محل تساؤل بعض اطراف التحكيم. لذلك فإن إفصاح المحكم يؤدي الى "تهيئة الجو للمحكمين في ان يعملوا في هدوء بعد ان كشف كل منهم عما قد يشكك في حيده واستقلاله"^(٣).

٦- إن إفصاح المحكم يعد من مقتضيات مبدأ حسن النية في العقود^(٤)، فالمحكم في علاقته باطراف النزاع يرتبط بعلاقة عقدية، مما يوجب عليه مراعاة مبدأ حسن النية في تكوين العقد وتنفيذه . وهذا المبدأ يفرض عليه ان يفصح عن كل الظروف التي يمكن ان تلقي بظلال من الشك بشأن قيامه بالتزامه الأساس في العقد، وهو حسم النزاع بإصدار قرار عادل يتجرد فيه عن كل ميل او هوى او علاقة تربطه باحد الأطراف.

(١) د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ١٠٤.

(٢) د. احمد الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه، دار الثقافة ٢٠١١، ص ١٥٣.

(٣) د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨.

(٤) د. مصطفى العوجي، العقد ، الطبعة ١ ، دار نوفل ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ٧٢٧ .

الفرع الثاني : الأساس القانوني لالتزام المحكم بالإفصاح

لم يكن الأساس القانوني لالتزام المحكم بالإفصاح محل اتفاق الفقهاء ، اذ سار في اتجاهين: احدهما جعل القانون اساساً لهذا الإلتزام ، في حين وجد ثانيهما ان العقد هو الأساس المباشر له .

أولاً: اختلاف الفقهاء بشأن اساس التزم المحكم بالإفصاح

يرجع اختلاف الفقهاء حول أساس التزم المحكم بالإفصاح إلى اختلافهم في اساس التزمات المحكم بصورة عامة ، وفي تحديد مصدر علاقة المحكم بأطراف التحكيم . فكانت هناك مدرستين، مدرسة العلاقة القانونية، ومدرسة العلاقة العقدية .

١- مدرسة العلاقة القانونية

ذهب انصار هذه المدرسة ^(١) الى بناء توجههم على فكرة المركز القانوني الخاص للمحكم، فالمحكم عندهم في مركز متميز عن المتعاقد، لذلك يرون ان القانون وحده هو مصدر هذه العلاقة ومنظمتها، وان المحكم في ذلك يقترب من مركز القاضي إلا انه قاض خاص.

استند هذا الفقه الى حجج عديدة تتمحور حول الجانب القضائي لمركز المحكم، فذهب بعض انصاره الى ان دور ارادة اطراف النزاع في التحكيم ينتهي عند تعيين المحكمين، وقد لا يكون لها مثل هذا الدور عندما يتولى القضاء تعيين المحكم ، او تقوم بذلك المؤسسات التحكيمية عندما يكون التحكيم مؤسسياً. لبيدأ بعد ذلك دور القانون، فيفرض الأخير على المحكم التزمات معينة في علاقته بالأطراف، واجراءات معينة يجب عليه اتباعها عند نظر النزاع موضوع التحكيم^(٢).

(١) د. احمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، دار المعارف الإسكندرية ١٩٧٨ ، ص ١٩٢ .
(٢) د. محمود سمير الشراوي ، المرجع السابق ، فقرة (١٧٣) ، ص ٢٤٨ .

فالتحكيم لا يمكن ان ينتج أثراً إلا لأن المشرع قد اجازته، وحدد بعض اجراءاته بقواعد أمره^(١)، وهناك من وجد من مؤيديه ان الطبيعة العقدية لمركز المحكم تعجز عن الإحاطة بالجوانب القانونية لمهمة المحكم، فالالتزامات المحكم يكون بعضها سابقاً على العملية التعاقدية، التي تبدأ بقبول مهمته كالتزامه بالإفصاح، وبعضها يستمر بعد انتهاء العقد كالتزامه بالسرية. ان هذه الإلتزامات لا ترتبط بطريقة تعيين المحكم، فسواء كان مختاراً من قبل اطراف النزاع، او من قبل القضاء او المؤسسات التحكيمية، تبقى الإلتزامات ذاتها على عاتقه. كما ان هذه الإلتزامات لا تقوم على التقابل، فلا يستطيع المحكم اللجوء الى الدفع بعدم التنفيذ، كما ان اطراف النزاع "لا يمكنهم مقاطعة الإجراءات عندما لا تسير لصالحهم او عند الاعتراض على مسلك المحكم"^(٢). وعليه كان التزام المحكم بالإفصاح يجد اساسه في القانون لا في العقد.

٢- مدرسة العلاقة العقدية

ذهب جانب كبير^(٣) من الفقه الى ان التزام المحكم بالإفصاح يجد اساسه في العقد، اذ يرون ان طبيعة العلاقة بين المحكم واطراف النزاع على الرغم من الجانب القضائي هي علاقة تعاقدية . فالمحكم يلتزم تجاه اطراف النزاع بموجب عقد اطلق عليه عقد التحكيم. وهذا العقد ينعقد بإيجاب اطراف النزاع بالتعبير عن ارادتهم باختيار المحكم للفصل في النزاع ، وبقبول المحكم لهذه المهمة . ويستمر هذا العقد الى حين الإنتهاء من المهمة التحكيمية. وذلك بإصدار حكم فاصل في النزاع وما يستتبعه من مسائل تتعلق بتنفيذه او تصحيح الأخطاء المادية فيه ، والفصل فيما لم يتم الفصل فيه^(٤).

(١) د. احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ .

(٢) د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص ١٥٥ .

(٣) على سبيل المثال: د. احمد عيد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٧١١؛ د. ماهر محمد حامد ، المرجع السابق ، ص ١٢٦؛ د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة ، ٢٠١٢ ، ص ٢٢٧ .

(٤) د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧ .

وهذا العقد هو سند العلاقة بين المحكم واطراف النزاع اياً كانت صورة التحكيم ، او آلية تعيين المحكم . فسواء كان التحكيم حراً او مؤسسياً ، وطنياً او دولياً خاصاً ، وسواء كان المحكم قد تم اختياره من قبل الأطراف ، او من قبل مؤسسة التحكيم او من قبل المحكمة^(١).

وقد كانت طبيعة هذا العقد وتكييفه محل اختلاف الفقهاء . ففي نطاق طبيعة العقد ، ذهب جانب من الفقه الإيطالي، الى ان عقد التحكيم هو عقد ذو طابع اجرائي عام . فهو ليس من عقود القانون الخاص، اذ يؤثر هذا العقد في وجود خصومة التحكيم . لذلك فهو يمنع قضاء الدولة من نظر الخصومة ويمنح المحكم سلطة قضائية^(٢)، بينما ذهب اتجاه آخر الى ان عقد التحكيم هو من عقود القانون الخاص ويخضع للقواعد العامة في القانون المدني^(٣)، في حين ذهب آخر الى ان القانون المدني لايعرف مثل هذه العقود . كما ان القانون المدني لا يتم اللجوء اليه الا في حالة عدم وجود تنظيم خاص لهذا العقد، وأن قوانين التحكيم قد عالجت بشكل تفصيلي الجوانب الأساسية لهذا العقد^(٤).

ان هذا العقد ، وبغض النظر عن طبيعته وتكييفه ، ينشأ التزامات متبادلة على عاتق كل من المحكم واطراف النزاع، ومنها التزام المحكم بالإفصاح ، والالتزام بالفصل في النزاع المتفق عليه بنفسه ، والالتزام بالمباديء الأساسية للتقاضي ، والالتزام باصدار الحكم في المدة المحددة قانوناً او اتفاقاً ، والالتزام بالمهمة لحين انتهائها ، والالتزام بالسرية ، وغيرها من الإلتزامات. كما يلتزم اطراف النزاع بدفع اجور المحكمين^(٥).

وعليه فإن اساس الإلتزام بالإفصاح، هو العقد، ويبدو لنا ان الطابع التعاقدي لعلاقة المحكم بالخصوم أمر جلي وواضح ولا سبيل الى انكاره ، الا انه لا ينفرد لوحده في

(١) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية ، دار السنهوري بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ٤٠٩ .

(٢) د. ابو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ، ص ٨٤ .

(٣) د. عزمي عبد الفتاح ، قانون التحكيم الكويتي ، الطبعة ١ ، جامعة الكويت ، ١٩٩٠ ، ص ٩٣ .

(٤) د. ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٨٤ .

(٥) د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

تحديد طبيعة العلاقة مع الخصوم. فالطبيعة القضائية لمهمة المحكم تفرض نوعاً من التمييز لهذه المهمة، ومن ثم العقد الذي يربط المحكم بالخصوم. لذلك نجد ان المشرع، وانطلاقاً من اهمية هذه المهمة قد حاول معالجة الجوانب الاساسية لها بنصوص هي في الغالب أمره ، لضمان حسن سير هذه المهمة آخذاً بالاعتبار انها تعد من قبيل الإستثناء على الأصل في اختصاص القضاء في الفصل في المنازعات. وتدخل المشرع هذا لا يخل بالطبيعة العقديّة. وان ما سار عليه المشرع ، ورغبة منه في حماية المصلحة التي يراها اولى بالرعاية ، في تنظيم بعض العقود بنصوص خاصة ، اديا الى وجود ما يطلق عليه " العقود المسماة " نسبة الى تنظيم المشرع لها، مع منحها تسمية معينة. وبعبارة ادق ان تدخل المشرع لا ينفي الطبيعة العقديّة للعلاقة. لذلك فإن العقد الذي يربط المحكم بالخصوم هو عقد ذو طبيعة خاصة ، وعقد متميز من حيث تكييفه.

واذا ما انتقلنا الى موضوع البحث ، وهو التزام المحكم بالإفصاح ، نجد ان تحليل نصوص التشريعات وقواعد مؤسسات التحكيم ، التي نصت على هذا الإلتزام ، يدعو الى الإعتقاد على وجه اليقين ان اساس هذا الإلتزام هو العقد.

فقوانين التحكيم المصري والأردني والسوري واللبناني ، تصرح بأن هذا الإلتزام لا يكون الا عند قبول المحكم للتحكيم^(١)، بذلك فهو ينشأ عند قبوله بوصفه اثرًا للعقد الذي نشأ نتيجة لهذا القبول. ولا يخرج عن هذه القاعدة الا القانون الفرنسي الذي اشترط ان يتم الإفصاح قبل قبوله. ومع ذلك فإننا نجد ان هذا النص لا ينسجم مع المنطق، فمع عدم رغبة المحكم في تولي مهمة التحكيم فلا منطوق في كشفه عن الظروف التي يمكن ان تؤثر في حيده او استقلاله. فمبادرة المحكم للكشف عن تلك الظروف تفترض انه قد قبل مهمته، وبذلك يكون هذا الكشف او الإفصاح دليلاً على قبوله، وبهذا القبول ينعقد عقد التحكيم .

(١) انظر نصوص المواد (٣/١٦) تحكيم مصري ، (٣/١٧) تحكيم سوري ، (١٥ / ج) تحكيم اردني ، (٢/٧٦٩) تحكيم لبناني .

ويعد الاساس العقدي لالتزام المحكم بالإفصاح امراً لاسبيل الى نقضه في نطاق التحكيم المؤسسي، فالعلاقة العقدية بين مؤسسة التحكيم والمحكمون المقيدون في قوانينها امر بيّن. فالمحكم وعند ترشيحه يلتزم بالإفصاح بناء على علاقته العقدية بمؤسسة التحكيم التي تفرض عليه عند الترشيح ان يفصح عن الظروف التي تشكك بحيديته واستقلاله. واذا كان نظام مؤسسة التحكيم يسمح للأطراف باختيار المحكمين ، فإن الإلتزام بالإفصاح يعد أثراً لعلاقة العقد بين المحكم وتلك الأطراف .

نعتقد ان العلاقة العقدية هي الرابط بين الخصوم والمحكم الثالث ، فاتفق التحكيم الذي يتضمن هذه الآلية في اختيار هيئة التحكيم يعد في ذاته ايجاباً، ولكنه ايجاب لشخص غير معين. فاذا ما تم اختيار المحكم الثالث من قبل المحكمين المعنيين وقبل هذه المهمة، يكون هذا قبولاً للإيجاب الذي تضمنه اتفاق التحكيم ، وبذلك ينشأ عقد التحكيم بين المحكم الثالث واطراف النزاع .

وفي نطاق القانون العراقي، وفي ظل غياب النص القانوني على التزام المحكم بالإفصاح ، فإننا نعتقد انه يمكن لأطراف النزاع تضمين العقد الذي يربطهم بالمحكم، وهو عقد يمكن تصوره في العراق ، على وفق القواعد العامة في نظرية العقد، التزاماً محدداً يوجب على المحكم الإفصاح عن كل الظروف التي من شأنها اثارة الشك بشأن حيديته او استقلاله عند قبوله مهمة التحكيم ، وعلى ذلك فإن اساس هذا الإلتزام يمكن ان يكون عقدياً في العراق.

ثانياً: اساس إلتزام المحكم بالإفصاح في القانون الأمريكي

يعد القانون الأمريكي من قوانين الشريعة العامة (common law) ، وان القاعدة العامة في اغلب هذه القوانين هي معاملة المحكم على نحو مشابه للقاضي، لذلك فإن

العلاقة بين المحكم والخصوم هي علاقة قانونية^(١). تفرض على المحكم واجب العناية ((duty of care))^(٢).

وعلى الرغم من ذلك ، وفي نطاق التزام المحكم بالإفصاح، فإن القانون الأمريكي يذهب الى ان العقد قد يكون هو اساس التزام المحكم بالإفصاح^(٣) . فإذا ما اتفق المتعاقدان على معايير معينة في نطاق الإفصاح ، فإن هذه المعايير هي الأساس في تحديد ما اذا كان المحكم قد اوفى بهذا الإلتزام من عدمه . وهو ما ذهب اليه القضاء في قضية (u.s.car.v.pioner life inc.co) في عام ٢٠٠٢ إذ جاء فيها " ان المحكمة لاتستطيع ان تطلب مستوى عالي من معايير الحيطة اكثر مما نص عليه الأطراف في اتفاق التحكيم " ^(٤).

ولقد أبطل القضاء حكم التحكيم للانحياز الواضح بسبب عدم الافصاح على الرغم من القانون لم ينص على هذا الإلتزام، كما أن قانون التحكيم الموحد المعدل (RUAA) هو اساس التزام المحكم بالإفصاح ، ومن ثم يتم اللجوء اليه لتحديد المعايير التي يجب على المحكم الإلتزام بها^(٥) . فقد ذهبت محكمة الدائرة الأولى في قضية (P.R.TEL.CO.V.U.S.phone mfy.crop) في العام ٢٠٠٥ الى ان " اطراف العقد يخضعون لقانون التحكيم الفيدرالي (FAA) وذلك لعدم وجود لغة صريحة تشير الى نية المتعاقدين في اخضاع حكم التحكيم الى معايير اخرى " ^(٦).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لألتزام المحكم بالإفصاح

يعد تحديد طبيعة إلتزام المحكم بالإفصاح مسألة غاية في الدقة ، كما ان تحديد هذه الطبيعة من شأنه ان يحدد القواعد القانونية التي يخضع لها هذا الإلتزام .

(1) Ramon Mullerat , OP,Cit,p:6.

(2) Sausan D.Frank,OP,Cit,p:6 .

(3) Merrick T.Rossian & Jennifer Hope, OP,Cit,p:23.

(4) (C.D.Cal.2002))244F.supp.2d 1057. 106.

(5) Merrick T.Rossian & Jennifer Hope, OP,Cit,p:231.

(6) 427 F.3d21,31(1st Cir 2005).

الفرع الأول: طبيعة التزام المحكم بالإفصاح: التزام قائم بذاته او التزاماً تابعاً

يعد التزام المحكم بالإفصاح التزاماً عاماً لا ينافي فيه احد، الا ان كثير من الفقه ، قد حجبا عنه الطبيعة الذاتية بما يحقق له الإستقلال عن غيره، فنجد جانباً منهم يصرح بان التزام المحكم بالإفصاح هو التزام تابع لالتزامه بقبول مهمة التحكيم^(١)، بينما نجد اتجاهاً آخر يوحي مسلكه الى ان التزام المحكم بالإفصاح ليس التزاماً قائماً بذاته او مستقلاً عن التزامه بالحيده و الإستقلال، حيث عمدوا الى معالجة الالتزام بالإفصاح تحت عنوان الحيده والإستقلال^(٢).

ومن جانبنا نعتقد ان التزام المحكم بالإفصاح هو التزام قائم بذاته، وليس التزاماً تابعاً لالتزامه بقبول المهمة، وذلك لأن قبول المهمة لا يعد التزاماً على عاتق المحكم^(٣)، وانما هو امر متروك له. اذ يستطيع ان يرفض قبول مهمة التحكيم، كما يستطيع قبولها. وبالتالي فالأمر منوط بإرادته ولا الزام عليه. لذلك فإن اعتبار قبول مهمة التحكيم التزاماً على عاتق المحكم يعكس تصوراً غير دقيق لهذه النصوص القانونية . فالنصوص القانونية التي اوجبت قبول المحكم لمهمة التحكيم صرفت هذا الوجوب الى كتابة القبول لا القبول في ذاته، فهي اوجبت ان يكون قبول المحكم كتابةً^(٤). وبذلك فهي قد فرضت وسيلة معينة لأثبات القبول وتعلق الوجوب بهذه الوسيلة .

كما ان التزام المحكم بالإفصاح ذو ذاتية تميزه عن التزامه بالحيده والإستقلال^(٥)، فالأخير يعني عدم ميل المحكم تجاه احد الأطراف وعدم ارتباطه بعلاقة من اية نوع قد تؤثر في استقلاله عند النظر في الدعوى التحكيمية، اما التزام المحكم بالإفصاح فهو اعلان المحكم عن اية روابط او علاقات يمكن ان تثير الشك بشأن حيده او استقلاله، فجوهر الإلتزام هو الإفصاح. إفصاح المحكم عن علاقات معينة لا يعني

(١) د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩.

(٢) د. خالد احمد حسني ، بطلان حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٤٢٩ .

(٣) د. ابو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، مرجع السابق ، ص ١٠٢ .

(٤) انظر المواد (٣/١٦) تحكيم مصري . (٢٥٩) مرافعات عراقي . (١٥/ج) تحكيم اردني . (١/١٧) تحكيم سوري . (١/٧٦٩) اجراءات اردني .

(٥) د. احمد عبد الرحمن الملحم ، المرجع السابق ، ص ٢١٠.

بالضرورة انه محايد ومستقل حتى وان لم يعترض الأطراف على تعيينه ، وان كان عدم الإفصاح يشكل قرينة على عدم حيده او استقلاله .

الفرع الثاني: طبيعة التزام المحكم بالإفصاح: التزام بنتيجة او التزاماً ببذل عناية
تحدد طبيعة الالتزام بصورة عامة في ضوء العناية الواجبة الإلتباع من قبل المدين في تحقيق النتيجة المتوخاة من هذا الالتزام ، وهو لذلك ينقسم على: التزام بنتيجة ، والتزام بوسيلة. والالتزام يكون بنتيجة او بتحقيق غاية اذا كان المدين لا تبرأ ذمته إلا اذا تحققت نتيجة معينة، ويكون الالتزام بوسيلة او ببذل عناية اذا كان المدين تبرأ ذمته بمجرد بذل القدر اللازم من العناية^(١).

أولاً: موقف التشريع والقضاء

تبنت بعض التشريعات عند معالجتها لالتزام المحكم بالإفصاح صيغة عامة، لا تدل في ذاتها على تحديد طبيعة هذا الالتزام. ويأتي قانون التحكيم المصري^(٢) في هذا السياق، فقد جاءت صياغة المادة (٣/١٦)^(٣) بالزام المحكم بالإفصاح عن كل الظروف التي تثير الشك بشأن حيده واستقلاله.

أما القضاء المصري، فإنه قد عدّ التزام المحكم بالإفصاح التزاماً ببذل عناية، اذ اقر ان تحديد ما يثير شكاً في حيده واستقلاله يعود امر تقديره الى المحكم نفسه ، ومن ثم تحديد ما يجب الإفصاح عنه . فقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة الى رد الطعن ببطان تشكيل هيئة التحكيم المؤسس على عدم صلاحية رئيس الهيئة التحكيمية لعدم افصاحه عن صلة القرابة بينه وبين شريكه في مكتب المحاماة الذي مثل المحكّمة، وجاء في حيثيات القرار انه "وحسب الطابع النظامي لمركز القاهرة الذي جرى التحكيم

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء ١، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان ، دون سنة طبع ، ص ٦٥٦.

(٢) د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ١٠٦.

(٣) تطابقها المادة (١٥/ج) تحكيم اردني ، والمادة (١٣) من مشروع التحكيم التجاري العراقي.

تحت مظلة - تفيد ان السيد رئيس الهيئة التحكيمية وهو العميد السابق لكلية الحقوق جامعة القاهرة والمتمرس ذو الشهرة في الشأن التحكيمي لم يجد ضرورة او ما يبرر اهمية التصريح بعلاقة القرابة التي تربطه وشريكه في مكتب المحاماة الذي حضر للدفاع في المحكمة^(١).

يبدو واضحاً ان عبارات المحكمة لا تدع مجالاً للشك في انها نظرت الى التزام المحكم بالإفصاح على انه التزام ببذل عناية، اذ وجدت ان سلوك المحكم لا يعد اخلاً بالالتزامه بالإفصاح على الرغم من عدم إفصاحه عن علاقة القرابة. فقد وجدت انه لم ينحرف عن العناية التي يجب عليه بذلها في تقدير الظروف التي تثير الشك بشأن حيده واستقلاله. وان تقديره للأمر من حيث عدم الإفصاح كان سليماً . وهذا هو الإلتزام ببذل عناية .

كذلك فإن القضاء الفرنسي قد تبنى الإلتزام ببذل عناية في النظر الى التزام المحكم بالإفصاح، إذ تبنى معياراً شخصياً، مفاده ان الإفصاح يجب ان يتم من وجهة نظر اطراف النزاع فيما يتعلق بالوقائع ، وهو ما ذهبت اليه محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ ١٢/٢/٢٠٠٩ فقد جاء في حيثيات قرارها " ان رابطة الثقة بين المحكم والأطراف يجب المحافظة عليها باستمرار، وان الأطراف يجب ان يتبلغوا، طيلة مدة التحكيم عن العلاقات التي ربما من وجهة نظرهم ، تؤثر في قرار المحكم ، والتي تكون من طبيعة العلاقات التي تؤثر في استقلاله"^(٢). فضلاً عن ان المحكمة في القرار ذاته ، قد فرضت على المحكم واجب البحث عن اية واقعة يمكن ان تثير الشك بشأن حيده واستقلاله، فقررت انه " ان المحكم يلزم بأن يبحث بصورة دائمة عن اية واقعة قد تؤثر على حياده في سياق المنازعة التحكيمية". وبما ان الأصل في

(١) قرار محكمة استئناف القاهرة ، الدائرة السابعة التجارية ، الدعوى رقم ٩٠ لسنة ١٢٦ ق تحكيم تجاري - جلسة ٢٠١١/٦/٨. منشور في مجلة التحكيم العالمية ، العدد (١٢) ، سنة ٢٠١١ ، ص ٦٧٤.

(٢) (R G 07/22/164) SPA,paris court of appeal, Feb,12,2009; Cite par: Juan M.Alcala ,camilo cardozo and claudia T.Salomon , op,cit, p: 75.

وأيضاً: القرار رقم ٨٧٨ تاريخ ٠٦ / ١٢ // ٢٠٠٨ ، منشور في مجلة التحكيم العالمية ، العدد ١ ، ٢٠٠٩ ، ص ٦٥٨.

العناية التي يبذلها المدين في تنفيذ التزامه هي عناية الرجل المعتاد ما لم ينص القانون او يقضي الإتفاق بغير ذلك. وبذلك يكون على المحكم بذل عناية الرجل المعتاد في البحث عن الظروف التي تثير الشك بشأن حيده واستقلاله، مما يفضي الى القول ان التزام المحكم هو التزام ببذل عناية.

وقد تبنى جانب آخر من التشريعات صياغة تدل على تحديد طبيعة التزام المحكم بالإفصاح، فالقانون اللبناني، تبنى معالجة لهذا للالتزام تدل على انه التزام بنتيجة ، فقد اشارت المادة (٢/٧٦٩) من قانون المحاكمات المدنية الى وجوب الإفصاح اذا ما قام في المحكمة سبباً للرد، وحيث ان اسباب رد المحكم هي ذاتها اسباب رد القاضي، وهي محددة بموجب المادة (١٢٠) على سبيل الحصر^(١) ، لذلك فإن مجرد توافر احد هذه الأسباب يلزم المحكم بالإفصاح. فهذه الأسباب يفترض فيها المشرع على وجه اليقين انها تخل بحيدة المحكم واستقلاله ، اما اذا لم يتوافر ايها منها . فلا يلزم المحكم بالإفصاح، او بعبارة اخرى، انه لا يوجد اي سلطة تقديرية للمحكم في الإفصاح من عدمه . فإذا ما قام احد هذه الأسباب نهض التزام المحكم بالإفصاح، ولا يستطيع ان يتحلل منه بادعاء انه بذل جهداً معقولاً في تقدير الظروف من حيث تأثيرها في حيده واستقلاله. كما ان واجب إثبات هذا الالتزام يقع عليه وحده. وكل ما يقع على الطرف الآخر هو اثبات سبب الرد الذي لم يفصح عنه

ويؤيد ذلك ما ذهب اليه الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت بقرارها الصادر بتاريخ ٢٠١١/٤/١٨، في قضية رد محكم كان محامياً لأحد الخصوم، وتذرع بعلم طالب الرد بهذا الأمر باعتبار ان الأخير هو شريك مع خصمه في الدعوى التحكيمية في الشركة الوارد في عقد تأسيسها شرط التحكيم، وان المحكم هو من وقع العقد المذكور بوكالته عن الخصم . اذ جاء في حيثيات قرارها " وحيث انه بالاستناد الى ما ورد ، يتبين ان هذه المادة قد وضعت قاعدة أمره هدفها تأمين الحقوق الأساسية للمتناقضي

(١) د. ادور عيد ، موسوعة اصول المحاكمات المدنية ، الجزء ١٠ ، ١٩٨٨، ص ٤٠٠؛ د. عبد الحميد الأحديب، دراسة حول قانون التحكيم اللبناني ، دار المنشورات الحقوقية ، صادر ، ١٩٩٦ ، ص ٥٠ ،

عبر الحصول على محاكمة عادلة متوازنة ، لا يكون فيها المحكم موضوع شك مقبول من شأنه التأثير في نزاهته وتجرده " . وحيث انه يستنتج من المادة المذكوره اعلاه، انها قد رتبت على عاتق المحكم موجب اعلام الخصوم بسبب الرد القائم في شخصه، فيقع عليه هو، نظراً لكونه شخصاً ممتهاً ، عبء اثبات هذا الموجب بالإعلام بطرق جدية (١).

كما ان التشريع والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية، قد عد التزام المحكم بالإفصاح ، إلتزاماً ببذل عناية ، من خلال تبنيه معيار الرجل المعتاد في نطاق هذا الإلتزام . فالتشريعات الاتحادية التي تعالج التحكيم هي : قانون التحكيم الفدرالي لعام ١٩٢٥ (FAA)، وقانون التحكيم الموحد المعدل سنة ٢٠٠٠ (RUAA).

ففي نطاق قانون التحكيم الفدرالي (FAA) ابطل القضاء القضاء الأمريكي حكم التحكيم في حالة عدم افصاح المحكم ، وذلك للانحياز الواضح بالاستناد الى المادة (10(a)2) : في قضية *common wealth coatings crop.v cotinental* ، حيث قضت المحكمة الأمريكية العليا ان "عدم الإفصاح عن علاقة العمل السابقة بين المحكم واحد الأطراف يشكل انحيازاً واضحاً" (٢). كما ان القضاء الأمريكي قد عد التزام المحكم بالإفصاح التزاماً ببذل عناية ، ويبدو ذلك من خلال المعيار الذي اعتمده في تحديد ما يؤثر على حياد المحكم وينهض معه التزامه بالإفصاح ، فقد تبني القضاء معيار موضوعياً هو معيار الرجل المعتاد ، اذ وجدت ان " حكم التحكيم يكون باطلاً عندما تقود الحقائق الرجل المعتاد الى الاستنتاج ان المحكم منحاز " (٣).

(١) فادي الياس، مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، مجلة التحكيم العالمية، العدد ٢٠١٢/١٥، ص١٣٩.

(٢) Charles N.Brower, OP,Cit,p:6.

(٣) Merrick T.Rossian & Jennifer Hope, OP,Cit,p:216.

وهذا ينطبق بدوره على قانون التحكيم الموحد (RUAA) الذي تبنى معيار الرجل المعتاد في المادة (12-a) بنصه على ان هذا الواجب يتطلب الإفصاح عن " اية وقائع يعتبر الرجل المعتاد انها تؤثر في حيده المحكم في الدعوى التحكيمية".
ومما تجدر الاشارة اليه ان قانون التحكيم الموحد في المادة (12-a) وكذلك القضاء الامريكي قد فرض على المحكم واجب التحري او البحث عن تعارض المصالح مع اطراف التحكيم، ففي قضية Hsmv crop v.ADI Ltd كانت شركة الحمامة التابعة للمحكم على علاقة عمل غير مباشرة بالمدعى عليه، وقد اكتشف المدعي هذه العلاقة بعد ان صدر حكمين تحكيميين ،فطالب بابطال حكم التحكيم الثاني ، وادعى المحكم انه لايعلم بوجود هذه العلاقة . اصدرت محكمة مقاطعة كاليفورنيا حكماً بابطال حكم التحكيم الثاني، وقررت ان على المحكم التزام مؤكد بالتحري عن التعارض المحتمل للمصالح⁽¹⁾.

وقد اختلفت قرارات المحاكم الأمريكية في مدى اعتبار التزام المحكم بالتحري التزاماً قائماً بذاته ومستقلاً عن التزامه بالإفصاح ، فقد ذهبت بعض المحاكم في قرارات قليلة الى ان الالتزام بالتحري هو التزام مستقل، وأن الفشل في التحري يقتضي في حد ذاته ابطال حكم التحكيم، لذلك فإن المحكم يمتلك معرفة مفترضة بتعارض المصالح، وان فشله في إبلاغ الخصوم ينتج عنه قرينة معقولة على الانحياز تؤدي الى ابطال الحكم⁽²⁾. وقد استنتج بعضهم⁽³⁾ من هذه القرارات " ان السوابق القضائية في الدائرة التاسعة في نطاق الظروف المحيطة بواجب الإفصاح تفرض على المحكم المحايد التزاماً مستقلاً بالتحري عن تعارض المصالح مع الأطراف، وذلك لأن نقص المعرفة يمكن ان ينشأ تعارضاً فعلياً في المصالح ، وان القرينة المعقولة على الانحياز تنشأ من وجود التعارض الفعلي ، وان المحكم على معرفة مفترضة بها".

(1) Michael Hwang, Ratie chung , Fong Lee chen , claims against arbitrators for Breach of Ethical duties ,the fordham,papers, 2007,p: 238.

(2) T.Rossian & Jennifer Hope, OP,Cit,p:228.

(3) Merrick T.Rossian & Jennifer Hope, OP,Cit,p:228.

الا ان هذا التوجه لا يمثل الاتجاه العام للقضاء الأمريكي، اذ ان غالبية المحاكم لا ترى في التزام المحكم بالتحري التزاماً مستقلاً عن الالتزام بالإفصاح ، وان مجرد الفشل في التحري لا يؤدي الى ابطال حكم التحكيم مالم تكن الحقائق غير المفصح عنها من شأنها ان تنشأ انحيازاً فاضحاً⁽¹⁾.

اما على مستوى تقنيات اخلاق او سلوك المحكمين ، فيبدو انها قد اعتبرت التزام المحكم بالإفصاح التزاماً ببذل عناية ، اذ انها تبنت معيار الرجل المعتاد اساساً لقياس سلوك المحكم . فقد جاء في المادة (7/d) من تقنين الأخلاق الصادر عن نقابة المحامين الدولية (IBA) انه " في نطاق واجب عمل التساؤلات المعقولة للتحري عن اي تعارض اساس في المصلحة واية حقائق او ظروف يمكن ان تجعل حيدة المحكم واستقلاله موضع تساؤل. فإن الفشل في الإفصاح عن التعارض الأساس في المصالح لن يكون معذوراً بنقص المعرفة اذا كان المحكم لم يبذل محاولة معقولة للتحري (البحث) ". وفي السياق ذاته جاءت المادة (CB) II canon من تقنين الأخلاق الصادر عن (ABA/AAA)، التي فرضت على المحكم ان يبذل جهوداً معقولة "reasonable effort" لاعلام الخصوم عن المصالح والعلاقات موضوع الإفصاح.

ثانياً: موقف الفقه

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة التزام المحكم بالإفصاح من حيث كونه التزاماً بنتيجة او التزاماً بوسيلة، وهذا الاختلاف يرجع الى اختلافهم في طبيعة التزام المحكم بموجب العلاقة التي تربطه بالخصوم. فذهب بعض الفقه⁽²⁾ الى ان التزام المحكم بموجب العقد الذي يربطه بالخصوم هو التزام بنتيجة، وهو ما يعني بالضرورة ان التزامه بالإفصاح هو التزام بنتيجة ايضاً. اذ يرى انصار هذا الاتجاه ان المحل في عقد التحكيم الذي يربط المحكم بالخصوم هو اصدار الحكم خلال مهلة التحكيم ، او هو

(1) Merrick T. Rossian & Jennifer Hope, OP, Cit, p:227.

(2) د. عبد الحميد الأحمد ، التحكيم في البلاد العربية ، الجزء ٢، مؤسسة نوفل للنشر ، ١٩٩٠ ، ص ٣٣٩.

حسم النزاع بين اطرافه^(١) "فالنشاط الذي يبذله المدين او (المحكم) لتحقيق النتيجة ما هو الا مجرد وسيلة وليس محل التزام"، وقد استند احد الفقهاء ممن تبني هذا الرأي الى حجتين: الأولى، ان هذه النتيجة لا يتوقف تحقيقها إلا على ارادة المدين ذاتها، فلا اثر لعوامل خارجية في تحقيق هذه النتيجة من عدمه. والثانية ان الحصانة التي اسبغها اغلب الفقه والتشريع، على حد قوله، على المحكم من الدعوى التي تقام ضده لا تتناسب مع اعتبار التزامه بموجب العقد هو التزام ببذل عناية^(٢). كما استند جانب اخر^(٣)، الى ان المحكم بقبوله مهمة التحكيم من خلال التوقيع عليها ينشأ في ذمته التزاماً يتجسد في المضي بإجراءات التحكيم حتى صدور الحكم النهائي خلال المدة المحددة اتفاقاً او قانوناً. ويدعم رأيه بموقف التشريعات القاضي بعدم جواز تنحي المحكم بعد قبوله لمهمته التحكيمية الا بعذر او سبب جدي.

وهذان الرأيان يؤيدان فيما انتهاها اليه الى اعتبار التزام المحكم بالإفصاح التزاماً بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة او بذل عناية . وقد عدّ عدم صلاحية المحكم للتحكيم اخلاً بالالتزام بنتيجة، اذ ان الإلتزام بالإفصاح يؤثر في صلاحية المحكم للتحكيم ، فالمحكم الذي يخل بهذا الإلتزام ويفشل في الإفصاح عن الظروف التي تخل بحيده واستقلاله، يعد غير صالح للنظر في الدعوى التحكيمية. ولذلك يجوز رده ، واذا ما صدر حكم في الدعوى فيجوز ابطاله لعدم تشكيل محكمة التحكيم تشكيلاً قانونياً.

ويذهب اتجاه آخر في الفقه^(٤) ، وعلى خلاف الاتجاه الأول ، الى ان التزام المحكم بموجب العلاقة التي تربطه بالخصوم، هو التزام ببذل عناية ، وهو ما يمكن استنتاجه من تبنيهم معياراً لقياس سلوك المحكم، وهذه الطبيعة للالتزامات المحكم تتسحب بدورها على التزامه بالإفصاح ، ليكون محصلة ذلك ان التزام المحكم بالإفصاح هو التزام ببذل عناية، فالمحكم لا يخرج عن كونه مهني، فهو يؤدي وظيفة يكون فيها للخبرة دوراً

(١) د. عبد الحميد الأحذب ، التحكيم في البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص ٣٣٩ .

(٢) د. احمد عبد الرحمن الملحم ، المرجع السابق ، ص ١٩٠ .

(٣) د. عبد الحميد الأحذب ، التحكيم في البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص ٣٣٩ .

(٤) د. ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، مرجع السابق ، ص ١٢٥ .

أساسيا ، لذلك فإن معيار قياس سلوك المحكم في تنفيذ التزاماته هو معيار الرجل المتبصر الحريص^(١). ويذهب جانب آخر الى ان المحكم لا يخرج عن كونه متعاقداً، وان هذا العقد يفرض عليه القيام بعمل، ولذلك فإن المعيار الموضوعي السائد على وفق القواعد العامة هو ما يجب الركون اليه ، فسلوك المحكم يقاس بمعيار الرجل المعتاد^(٢).

وفي تقديرنا ان انصار الاتجاه الاول قد غالوا في الركون الى الطبيعة العقدية لمركز المحكم متجاوزين في ذلك المهمة القضائية التي انيطت به، فطبيعة عمل المحكم لها جانبان ليس فيهما أدنى شك وهما الجانب التعاقدى والجانب القضائي . وفي ضوء هذين الجانبين يمكن فهم طبيعة التزامات المحكم. ولذلك فإن القول بان التزام المحكم بإصدار الحكم خلال المهلة التحكيمية متوقف على ارادته وحدها، ولا تتدخل عوامل خارجية فيه، انما هو قول ينفي تماماً الجانب القضائي لمهمة المحكم، اذ ان خصومة التحكيم تخضع في الغالب لقواعد الخصومة القضائية ذاتها، ويمكن بالتالي أن يعترها عارض من العوارض كوقف الخصومة، وهذا الوقف قد لا يكون بناء على اتفاق الخصوم ، وانما لأسباب يحددها القانون كوجود مسألة تخرج عن ولاية المحكمين، مما يقتضي وقف اجراءات التحكيم الى حين انتهاء البت في تلك المسألة، وهو ما يعني امتداد مرحلة التحكيم بما يتناسب ومدة التوقف. لذا فإن تحقق النتيجة لا يرتبط بإرادة المحكم وحدها، وانما قد تتدخل عوامل خارجية لا ينطبق عليها وصف السبب الأجنبي وتمنع المحكم من الفصل في النزاع خلال مهلة التحكيم.

أما الاستناد الى القاعدة التي تنص عليها اغلب التشريعات، وهي عدم جواز تنحي المحكم دون عذر مقبول، فهي في تقديرنا ، تدحض بذاتها القول ان التزام المحكم هو التزام بنتيجة، اذ ان هذه القاعدة سمحت للمحكم بالتنحي اذا كان هناك عذراً مقبولاً، وان بعض الأعذار المقبولة للمحكمين لا تدخل في نطاق السبب الأجنبي الذي يعد

(١) د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٣٩٧.

(٢) د. ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٢٥.

العامل الوحيد لدفع مسؤولية المدين في الالتزام بنتيجة، كأن يجد المحكم ان له صلة ما بأحد الخصوم، او انه سبق ان أبدى رأياً في النزاع، ويطلب لذلك تحييه عن نظر الدعوى التحكيمية ، فهذه الأسباب وغيرها لاتدخل في مفهوم السبب الأجنبي . كما ان الاستناد الى وجود الحصانة التي يتمتع بها المحكم تجاه الخصوم ، فهي في تقديرنا مبرر لهذا التوجه اكثر من كونها حجة له .

لكل ذلك فإننا نجد من غير المنطقي اعطاء طبيعة واحدة لكل التزامات المحكم الناشئة عن عقد التحكيم ، وانما يجب النظر الى كل التزام على حدة ، ودراسته بشكل عميق ، دون اغفال الجانب القضائي للمهمة التي يقوم بها المحكم. وفي ضوء ذلك، واذا ما انتقلنا الى التزام المحكم بالإفصاح ، فإن النظر اليه يجب ان ياخذ بالإعتبار الالية التي يتم بها تنفيذه. فهذا الالتزام لا ينشأ الا اذا وجدت ظروف تثير الشك بشأن حيده او استقلاله، اذ لا يترتب هذا الإلتزام في ذمة المحكم الا بتوافر تلك الظروف، ومع توافرها يعد المحكم مخلصاً بتنفيذ التزامه بالإفصاح بمجرد عدم افصاحه عنها للخصوم او مؤسسة التحكيم.

غير ان توافر تلك الظروف من عدمه يقتضي من المحكم التحري او البحث عن العلاقات سواء كانت شخصية او علاقات عمل او مالية مع الخصوم او من يمثلهم او يرتبط بهم او الشهود المحتملين في الدعوى . وهذا التحري هو التزام بعمل يفرض عليه على وفق القواعد العامة ان يبذل جهداً معقولاً يتناسب مع عناية الرجل المعتاد . فاذا ما بذل عناية الرجل المعتاد في التحري او البحث ولم يجد من الظروف ما يثير الشك بحيده واستقلاله لم ينشأ التزامه.

والتزام المحكم بالتحري او البحث هو التزام يتفرع عن التزام المحكم بالإفصاح ويرتبط به ، فليس له استقلالية ذاتية ، اذ لا يفرض بصورة مستقلة على المحكم . ولكل ذلك فإن التزام المحكم بالإفصاح هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بنتيجة.

المبحث الثاني: القواعد الناظمة للالتزام المحكم بالإفصاح

يقتضي تحديد النظام القانوني للالتزام المحكم بالإفصاح، في ضوء ما سبق بحثه بشأن مفهوم هذا الإلتزام وتحديد الحقائق والوقائع التي يلتزم بالإفصاح عنها ، كما يقتضي تحديد مدى هذه الوقائع والحقائق سواء من حيث تعلقها بالمحكم نفسه او تعلقها بغيره من الأشخاص، وكذلك المدة التي يجب على المحكم الإفصاح فيها. كما ان النظام القانوني لهذا الإلتزام لا يكتمل الا بتحديد ما يترتب على المحكم في حالة فشله في تنفيذ التزامه بالإفصاح .

المطلب الأول: القواعد الناظمة للالتزام المحكم بالإفصاح من حيث النطاق

إن نطاق التزام المحكم بالإفصاح من المسائل الأساسية في تحديد جوهر هذا الإلتزام وما اذا كان المحكم قد أوفى بهذا الإلتزام أم لا.

الفرع الأول: نطاق التزام المحكم بالإفصاح من حيث الموضوع

يتحدد نطاق التزام المحكم بالإفصاح في الحقائق والوقائع ذات التأثير في النزاع المعروض على التحكيم⁽¹⁾، ولا يتعدى ذلك الى مجمل علاقات المحكم، فما يدخل في هذا النطاق، علاقات المحكم الشخصية والمالية والمهنية التي من شأنها ان تثير الشكوك في حيده واستقلاله. ومع ذلك فإن بعض العلاقات قد تكون بحسب الظاهر من شأنها التأثير في حيده واستقلاله، الا ان المحكم لا يلزم بالإفصاح عنها.

أولاً : العلاقات التي لا يلتزم المحكم بالإفصاح عنها

تتمثل العلاقات التي لا يلتزم المحكم بالإفصاح عنها بالعلاقات ذائعة الصيت او العلنية والعلاقات قليلة الأهمية .

(1) د. وفاء فاروق محمد حسني ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ .

١- العلاقات العننية او ذائعة الصيت:

إن المحكم لا يلزم بالإفصاح عن الحقائق والوقائع ذائعة الصيت او العننية^(١)، وهذا ما اكدته محكمة استئناف باريس في قرارها تاريخ ١٣ آذار ٢٠٠٨ ، اذ جاء فيه "... على المحكم ان يعلم الأطراف بكل علاقة لا تتصف بالعننية والتي يمكن ان يعتبرها الأطراف ذات تأثير على النتيجة التي قد يتوصل اليها المحكم في حكمه". كما رفضت هذه المحكمة في حكمها تاريخ ١٦ ديسمبر ٢٠١٠ ، ابطال حكم التحكيم بسبب عدم افصاح المحكم عن حقيقة انه يرأس جمعية مهنية احد اعضائها المدعى عليه في الدعوى التحكيمية، لأن هذه الحالة عننية ومعروفة لكل العاملين او المنخرطين في تجارة المحاصيل الزراعية، ومن ضمنهم المدعي، كما ان المدعى عليه هو عضو من بين (٨٠٠) عضو في هذه الجمعية التي يرأسها المحكم^(٢). وتبنت محكمة استئناف القاهرة ذات الموقف في قرارها تاريخ ٨/٦/٢٠١١ ، اذ جاء فيه " اكتفت الطاعنة بمجرد ذكر القرابة القائمة بينه وبين الشريكة، وهي واقعة قد تكون معلومة بالضرورة للأطراف، ولا تشكل بمفردها عدم صلاحية المحكم في نظر النزاع، طالما ان الظروف لا تسمح بالشك في حياد المحكم^(٣). لذا فإن صفة العننية لا ترتبط بعلم اطراف النزاع من عدمه ان كان الشائع انها علاقة معروفة.

٢- العلاقات قليلة الأهمية

تعد العلاقات قليلة الأهمية من العلاقات التي لا يجب على المحكم الإفصاح عنها، اذ ليس من شأنها ان تثير الشكوك بشأن حيده المحكم او استقلاله ، فالمحكم في

(١) د. محمد حاج طالب، اسباب رد المحكم في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٢٩) ، العدد (٢) ، ٢٠١٣، ص ٥١.

(٢) Dominique Hascher , Independence and Impartialty of Arbitrator : 2 Issues . Am, V. Int'l.L. , Rev, Vol (27:4), 2012, p7 97.

(٣) استئناف القاهرة، دعوى رقم ٩٠ لسنة ١٢٦ ق، مجلة التحكيم العالمية ، العدد ١٢ ، ٢٠١١ ، ص ٦٧٤.

ضوء عمله الأساس خارج نطاق التحكيم، وكما يقول القاضي وايت " لا يتوقع ان يزود الأطراف بصحيفة اعمال كاملة وغير محذوف منها "(1).

فالعلاقات قليلة الأهمية لا يُطلب من المحكم الإفصاح عنها، وهو ما اشارت اليه محكمة استئناف باريس، في قرارها السابق تاريخ ١٣ آذار ٢٠٠٨، فقد وجدت ان واقعة مشاركة رئيس هيئة التحكيم ومحامي احد الأطراف في مؤتمر تنظمه الجمعية الفرنسية لقانون المعلوماتية والاتصالات واقعة غير ذات اهمية، كذلك رفضت طلب إبطال حكم التحكيم لعدم افصاح رئيس هيئة التحكيم عن اشتراكه في مجلة قانونية تدار من قبل احد المحكمين، اذ جاء في قرارها " ليس هناك ترابط او تداخل بين واجبات المحكم واشتراكه في مجلة قانونية"(2).

ويبدو ان سبب عدم التزام المحكم بالإفصاح عن العلاقات قليلة الأهمية ، يكمن في ان هذه العلاقات تدخل في نطاق العلاقات العامة للمحكم، وهذا امر لا يمكن تجنبه، فالمحكم يمارس عملاً معيناً، فضلاً عن نشاطات اخرى خارج مهمته التحكيمية، والزام المحكم بالإفصاح عن تلك العلاقات والنشاطات، امر لا ينسجم مع المنطق ، كما انه يتطلب قائمة طويلة لا نهاية لها.

ثانياً: العلاقات التي يلتزم المحكم بالإفصاح عنها

ان العلاقات التي يلتزم المحكم بالإفصاح عنها هي العلاقات التي تؤثر في التحكيم، ومن شأنها ان تثير الشكوك بشأن حيده او استقلاله، فهي علاقات جوهرية واسباسية، والتزام المحكم في هذه العلاقات هو التزام حتمي(3)، اذ يجب على المحكم الإفصاح عنها، وان هذا الإفصاح لا يتوقف على مطالبة الأطراف به وانما يجب عليه ان يفصح عنها من تلقاء نفسه. لذا فهذا الإلتزام لا يسقط عند عدم مطالبة الأطراف فهو

(1) Charles N.Brower ,Op,Cit,p: 7.

(2) Dominique Hascher ,Op,Cit,p: 798.

(3) د. مهند احمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، ٢٠٠٥ ، ص٧٠.

التزام ايجابي ، ينص عليه المشرع في اغلب التشريعات. وان المحكم لا يملك سلطة تقديرية في تخير هذه الوقائع، وانما يجب عليه الإفصاح عن كل علاقة تثير الشك في حيده او استقلاله^(١).

وقد تبنى قانون التحكيم السوري موقفاً متميزاً عندما فقد الزم المحكم بالإفصاح عن اية ظروف يمكن ان تثير الشك بشأن حيده او استقلاله (المادة ١٧/١) ، ثم عاد في المادة (١٨/١) ليقرر رد المحكم للأسباب التي يرد بها القاضي او اذا فقد احد شروط الصلاحية المنصوص عليها في القانون. وبذلك فإن المشرع السوري لم يحدد العلاقات او الظروف التي يجب على المحكم الإفصاح عنها بصوره حصرية ، ومع ذلك فإنه بعدّه اسباب رد المحكم هي ذات اسباب رد القاضي ، يكون قد افترض على نحو القطع ان المحكم ملزم بالإفصاح اذا ما تحقق احداها.

وفي ضوء موقف التشريعات السابقة ، فإن تحديد العلاقات التي يجب الإفصاح عنها لا تثار بشأنها اية صعوبة اذا ما كانت تلك العلاقات محددة على سبيل الحصر، على خلاف ما اذا كانت تلك العلاقات قد تم تحديدها بعبارات عامة، او تم وصف تلك العلاقات من حيث طبيعتها ، اذ ان تقدير ما اذا كانت تلك الظروف او العلاقات تثير الشك في حيدة المحكم او استقلاله يخضع لتقدير المحكمة. فليس عدم الإفصاح في ذاته يثير الشك وانما طبيعة العلاقة او الظرف غير المفصح عنه، مع الأخذ بالإعتبار ان الظروف المحيطة بهذه العلاقة هي من سيحدد ما اذا كانت تثير الشك ام لا.

ومع ذلك فإن العلاقات التي يجب على المحكم الإفصاح عنها بوصفها جوهرية، ومن شأنها اثاره الشكوك بشأن حيده او استقلاله، هي حالات عدم صلاحية القاضي ، وحالات رده، فضلاً عن اية علاقة او مصلحة للمحكم يمكن ان تثير الشكوك بشأن

(١) د. عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٩١.

حيده او استقلاله. ويمكن اجمال هذه العلاقات في ثلاثة انواع، هي العلاقات الشخصية، العلاقات المالية، وعلاقات العمل.

١- العلاقات الشخصية

هذه العلاقة قد تكون علاقة قرابة او مصاهرة مباشرة، كأن تكون بين المحكم وبين احد الخصوم قرابة او مصاهرة حتى الدرجة الرابعة، او قد تكون غير مباشرة ، كأن تكون له صلة قرابة او مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بوكيل احد الخصوم او الوصي او القيم عليه او بأحد اعضاء مجلس ادارة الشركة المختصة او احد مديريها اذا كانت له مصلحة شخصية في الدعوى^(١). وكذلك علاقة الزوجية^(٢) تعد سبب في رد المحكم، أو علاقة الخطيب بخطيبته.

وقد تكون هذه العلاقة علاقة خصومة قضائية، وقد تكون هذه الخصومة بينه او زوجته مع احد الخصوم او زوجته^(٣)، أو تكون لأحد اقاربه او اصهاره على عمود النسب خصومة قائمة امام القضاء مع احد الخصوم او مع زوجته، أو مطلقة التي له منها ولد^(٤).

كما تتمثل العلاقات الشخصية في علاقات العداوة ، التي اشترط جانب من التشريعات ان تكون شديدة ، وهو ما ذهب إليه قانون الأحوال السوري، اذ جاء في المادة (١٧٤/ز) انه " اذا وجد بينه وبين احد المتداعين عداوة شديدة " . او قد تكون علاقة صداقة^(٥)، فقد ابطلت احد المحاكم الأمريكية حكم التحكيم بسبب علاقة الصداقة التي تربط المحكم بمحامي احد الخصوم، اذ لم يفصح المحكم انه كان يتناول وبانتظام وجبة الغداء مع هذا المحامي.

(١) المادة (٢٠٣/١٢٠) اصول محاكمات لبنان ، المادة (٣٠١/٩١) مرافعات عراقي ، المادة ١٤٦ / ١٠٣ / مرافعات مصري ، المادة (٧١٤ / ب) احوال سوري، المادة (٣/٣٤١) مرافعات فرنسي.
(٢) المادة (١/٩١) مرافعات عراقي ، المادة ١/١٤٦ / مرافعات مصري.
(٣) المادة (٢/١٤٦) مرافعات مصري . والمادة (٢/٩١) مرافعات عراقي ، المادة (١٧٤/ج) اصول سوري.
(٤) المادة (٢/١٤٨) مرافعات مصري . والمادة (١٤٧/ج) اصول سوري .
(٥) المادة (٧/١٢٠) اصول لبناني . المادة (٨/٣٤١) فرنسي . المادة (١٧٤/ز) . المادة (٢/٩٣).

٢- المصالح المالية

يلزم المحكم بالإفصاح عن مصالحه المالية الناشئة عن التحكيم، وقد قصر المشرع الفرنسي (١/٣٤١) اجراءات، والسوري (١٧٤ / ١) اصول، هذه المصلحة على المحكم وزوجه، اما المشرع اللبناني فشمّل خطيبه (١/١٢٠) محاكمات، في حين ان قانون المرافعات المصري وان لم ينص على ان المحكم يرد بالأسباب التي يرد بها القاضي، وكذلك قانون المرافعات العراقي، وان لم ينص على التزام المحكم بالإفصاح، فقد وسعا من نطاق هذه المصالح، اذا لم يقصراها على القاضي نفسه، وانما شملت من يرتبط به بقرابة او مصاهرة او عمل (المادة ١٤٦ / ٤)، وهذه المادة جاءت لتحديد حالات عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى، فنصت على انه " اذا كانت له او لزوجته او لأحد اقاربه او اصهاره على عمود النسب او لمن يكون هو وكيلاً عنه او وصياً او قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة ". وعلى غرار ذلك جاءت المادة (٤/٩١) من قانون المرافعات العراقي لتقرر عدم صلاحية القاضي " اذا كان له او لزوجته او لإصوله او لأزواجهم او لمن يكون هو وكيلاً عنه او وصياً او قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة " .

ونعتقد ان الحالات التي اشار اليها كل من القانون المصري والقانون العراقي، من شأنها ان تثير الشك بشأن حيده او استقلاله، ولذا يجب على المحكم الإفصاح عنها. وقد تتمثل هذه المصلحة في علاقة المديونية بين المحكم و احد الخصوم، او بين اقاربه و احد الخصوم، وهو ما اشارت اليه المادة (٨/١٢٠) لبناني ، اذ جاء فيها " اذا كان احد الخصوم دائناً او مدنياً او خادماً للقاضي او لأحد اقاربه لغاية الدرجة الرابعة"، فإن من شأن هذه العلاقة ان تثير الشك بشأن حيده او استقلاله ، لذلك يجب على المحكم الإفصاح عن علاقة المديونية وبالسعة التي اشار اليها النص، اذ قد يجد المحكم اذا كان هو او احد اقاربه حتى الدرجة الرابعة ان من مصالحته الحكم لصالح المدين الطرف في التحكيم ، وذلك حتى يتمكن هو او احد اقاربه من استيفاء

الدين من المدين، كما ان علاقة المديونية تبقى مثاراً للشك حتى في حالة ما اذا كان المحكم مدنياً لأحد الخصوم ، اذ قد يصدر حكمه متأثراً بهذا الدين . وقد تبدو مصلحة المحكم في حالة ما اذا كان كفيلاً او ضامناً لأحد الخصوم، او اذا كان مهندساً واشرف على تنفيذ العمل واختير حكماً للفصل في النزاع بين المقاول ورب العمل، او كان مساهماً في شركة مساهمة وحصل نزاع بينهما وبين الغير^(١). فإذا ما تحققت احدى هذه الحالات ثارت الشكوك بشأن حيده المحكم او استقلاله ، ونهض من ثم التزامه بالإفصاح^(٢).

٣- علاقات العمل

تتمثل علاقات العمل في ضوء اسباب رد القاضي التي اشارت اليها قوانين المرافعات، في علاقة الوكالة بين المحكم واحد اطراف النزاع أو ممثله القانوني^(٣)، او اذا كان قد ابدى رأياً في النزاع، او اذا كان قد سبق ان نظر الدعوى بوصفه قاضياً او خبيراً او محكماً او كان شاهداً فيها^(٤).

وقد تميز قانون اصول المحاكمات اللبناني والسوري بالاشارة الى حالة ما اذا كان المحكم قد تم اختياره محكماً من قبل احد اطراف الدعوى في نزاع سابق فنصت المادة (٤/١٢٠) لبناني على انه "... او كان احد الخصوم قد اختاره محكماً في قضية سابقة ". كما نصت المادة (١٧٤/ و) سوري على انه " اذا كان احد المتداعين قد اختاره في قضية سابقة " .

والعلاقات التي اشارت اليها قوانين المرافعات هي علاقات عمل مباشرة بين المحكم واحد الأطراف في حين انها قد تكون غير مباشرة^(٥) ، وقد ابطلت محكمة استئناف

(١) د. احمد ابو الوفا ، عقد التحكيم واجراءاته ، المنشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٧٤ ، ص ١٦٧ .

(٢) Merrick T.Rossien & Jennife Hope, Op,Cit, p: 222.

(٣) المواد (٣/٩١) عراقي ، (٢ / ١٢٠) لبناني ، (٤/١٧٤) سوري . (٣/١٤٦) مصري.

(٤) المواد (٥/٩١) عراقي، (٦ / ٥ / ١٢٠) لبناني ، (٥ / ١٧٤) سوري، (٥ / ١٤٦) مصري.

(٥) Merrick T.Rossien & Jennife Hope, Op,Cit, p: 220.

باريس في حكمها تاريخ ٩ ديسمبر ٢٠١٠ ، حكم التحكيم بسبب عمل المحكم مستشاراً في مكتب محاماة كان مستشاراً لأحد الخصوم، لأنه لم يفصح عنها او عن مقدار المبالغ المالية التي استوفاهما نظير عمله. فقد وجدت المحكمة ان هذه الظروف يمكن ان تنشئ شكاً معقولاً في نظر الأطراف^(١). كما قضت محكمة باريس الابتدائية في ١٢ مايو ١٩٩٣ ابرد المحكم الذي لم يفصح عن كونه قد شغل وظيفة مستشاراً لدى رئيس مجلس إدارة شركة من الشركات الطرف في التحكيم^(٢).

وإذا كانت بعض التشريعات قد عدت سبق اختيار الشخص محكماً في قضية سابقة، سبب لرده ، فإن القضاء الأمريكي قد ميّز بين ما اذا كانت القضايا السابقة تتعلق او ذات صلة بالنزاع الحالي ام لا. فإذا كانت النزاعات السابقة ذات صلة بالنزاع الحالي أفيجب على المحكم الإفصاح عن ذلك، اما اذا كانت النزاعات السابقة ليست ذات صلة بالنزاع الحالي فلا يلزم المحكم بالإفصاح عنها^(٣).

أما في نطاق اعمال الوكالة ، فإن على المحكم ان يفصح عن وكالته لأحد الخصوم، كما يجب عليه ان يفصح ايضاً عن رغبته في الاستمرار بهذه الوكالة من عدمه ، وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز اللبنانية: "... إن قبول احد الفريقين بوضعه كوكيل سابق ، حتى لو اتى صريحاً او كان اكيداً، لا يعني بالضرورة الموافقة على بقاء الوضع في المرحلة التحكيمية، اذ من المفروض على المحكم بمقتضى المادة ٧٦٩ مدنية ، ان يعلم الفريق الآخر بالاستمرار بأعمال الوكالة ، لأن الجمع بين صفة المحكم بعد القبول وصفته كوكيل ممارس هو في المبدأ غير جائز"^(٤).

(1) Dominique Hascher ,Op,Cit,p: 799.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٨٦.

(3) www.butlerrubin.com/wpcontent/uploads/caselawandArticlesonArbitratorDisclosureARIASQuarterlysecondQuarter2011vol18No21.pdf.

٤ قرار رقم ١٦٩ ، ٢٠٠٣ ، بتاريخ ٢٠٠٣/١١/١٩ ، تمييز مدني ، الغرفة الخامسة ، منشور في مجلة، المرجع كساندرا ٩١٢ ، سنة ٢٠٠٣ ، ص ١٥٣٦ .

الفرع الثاني: نطاق التزام المحكم بالإفصاح من حيث الأشخاص والمدة

أولاً: نطاق التزام المحكم بالإفصاح من حيث الأشخاص

يقتضي تحديد نطاق التزام المحكم بالإفصاح من حيث الأشخاص تحديد المحكم الذي يفرض عليه هذا الإلتزام، والأشخاص الذين يلتزم بالإفصاح عن علاقته بهم، والأشخاص أو الجهات التي يتم الإفصاح لمصلحتهم .

١- المحكم الملزم بالإفصاح

هناك من يرى ان المحكم الذي يتم اختياره من قبل كل طرف في الدعوى، لا يلزم بالإفصاح، على خلاف المحكم الذي يتم اختياره من قبل الخصوم مجتمعين، فهذا الرأي يرى ان المحكم المختار هو وكيل لهذا الطرف^(١)، وهناك من يرى ان معايير الإفصاح تكون اكثر تشدداً فيما اذا كان المحكم منفرداً، او رئيساً لهيئة التحكيم ، منها اذا ما كان المحكم معين من قبل احد الأطراف، اذ يقول " ان الأطراف لا يتوقع منهم التنازل عن استقلالية رئيس هيئة التحكيم او المحكم المنفرد ، اذ ان خلاف ذلك يؤدي الى عدم توازن في تشكيل هيئة التحكيم ، الذي يؤدي الى تهديد المساواة بين الأطراف، وذلك لأن رئيس هيئة التحكيم او المحكم المنفرد يضمن ان هيئة التحكيم ستؤدي كل اعمالها بحيادية"^(٢). في حين يرى اتجاهاً آخر ان المحكم يلتزم بالإفصاح بصرف النظر عن آلية تعيينه ، فسواء كان معيناً من قبل احد الخصوم ، او من قبلهم مجتمعين، او من قبل المحكمة وسواء كان محكماً منفرداً أو رئيس هيئة تحكيم، او عضواً فيها^(٣)، فالنصوص التي تقرر هذا الإلتزام هي نصوص مطلقة^(٤) لاتقبل الاستثناء.

(١) د. احمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مرجع سابق ، ص ١٥٦.

(٢) Dominique Hascher ,Op,Cit,p: 796.

(٣) د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ١٦١.

(٤) د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩.

ونحن بدورنا نؤيد ما ذهب اليه الاتجاه الثالث، اذ ان النظر الى المحكم المعين من قبل احد الخصوم على انه محكم متحيز من شأنه ان يؤدي الى هدم نظام التحكيم ، فالأخير هو نظام عدالة وان كانت خاصة، اذ يسعى المحكم ,كالقاضي , الى تحقيق العدالة من خلال فض النزاع واعطاء كل ذي حقاً حقه ، فهو ليس مدافعاً عن حقوق من اختاره ، والقول بخلاف ذلك يؤدي الى زعزعة الثقة بهذا النظام وافراغه من محتواه، وسلبه غايته الأساس الا وهي العدالة ، لذلك فإن المحكم وبمجرد تعيينه ينفصل عن قام باختياره، ليمارس وظيفة قضائية هي الفصل في النزاع على اساس قواعد القانون او قواعد العدالة في حالة اتفاق اطراف التحكيم على ذلك .

وقد تبنى القانون الأمريكي النهج ذاته، فعلى الرغم من شيوع التمييز بين المحكم المعين وبين المحكم المحايد، الا ان ذلك لا يعني عدم التزام المحكم المعين بالإفصاح عما يثير الشك بشأن حيده او استقلاله^(١).

٢- الأشخاص الذين يلتزم المحكم بالإفصاح عن علاقته بهم:

يلتزم المحكم بالإفصاح عن علاقته سواء كانت بأطراف النزاع او وكلائهم او محاميههم او مستشاريههم او اقاربهم وسواء كانت مالية او مهنية او اجتماعية^(٢). ومما يجدر التساؤل بشأنه هو هل ان المحكم يلتزم بالإفصاح عن الوقائع والحقائق التي تتعلق بغيره ، وما هو مدى هذا الإلتزام ؟

يبدو ان تشريعات المرافعات محل المقارنة قد الزمت المحكم بالإفصاح عن وقائع وعلاقات الغير ، وذلك من خلال توسيع اسباب رد القاضي ، التي هي في الغالب اسباب رد المحكم ذاتها ، لتشمل علاقات من له صلة بالمحكم ، كالنص على انه اذا كانت للزوجة ، او الخطيبة ، او حتى المطلقة ، او اصوله او ازواجهم ، او فروعه او

^١ Charles N.Brower ,Op,Cit,p: 7, Not: 27.

^٢ د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، فقرة (١٢٤) ، ص ١٦١.د. ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٩٣.

ازواجهم ، او لمن يكون هو وكيلاً عنه او وصياً او قيماً، مصلحة في الدعوى . او خصومة مع احد الأطراف، او كان احد اقاربه او اصهاره لغاية الدرجة الرابعة قد سبق ان نظر الدعوى قاضياً او خبيراً او محكماً أو كان قد ادلى بشهادة فيها، لذلك فإننا نرى ان الزام المحكم بالإفصاح عن علاقات الغير من عدمه، يتحدد في ضوء طبيعة علاقة المحكم بهذا الغير، وفيما اذا كان الرابط بينهما وثيقاً، ومن شأنه اثاره الشكوك حول حيده او استقلاله. ليتحدد بعد ذلك وجوب التزام المحكم بالإفصاح عن تلك الوقائع او العلاقات ولذا فمن المناسب ترك تقدير هذه المسألة الى القضاء في حالة النزاع.

٣- الأشخاص او الهيئات التي يتم الإفصاح لمصلحتهم

تتمثل الغاية الأساسية لإفصاح المحكم في الحفاظ على الثقة بعدالة التحكيم بوصفه نظاماً اتفاقياً لحل المنازعات، لذلك فإن الأشخاص الذين يستفيدون من افصاح المحكم هم اطراف النزاع ، وهو ما نصت عليه التشريعات المنظمة لقواعد التحكيم اذ اوجبت على المحكم الإفصاح لأطراف النزاع^(١) عن كل الظروف التي تثير الشك بحيده او استقلاله.

ورغبة في ان تسود هذه الثقة اجواء المحاكمة التحكيمية، فقد قررت بعض التشريعات^(٢) ان التزام المحكم بالإفصاح لا يقتصر على اطراف النزاع وانما يشمل المحكمين الآخرين، في حالة ما اذا كان التحكيم يتم من قبل هيئة وليس محكماً منفرداً، اذ ان من شأن ذلك ان يولد الثقة لدى المحكم بغيره من المحكمين ، ويطمئن الى ان غاية الجميع الوصول الى العدالة في فض هذا النزاع .

(١) المادة (٢/٧٦٩) مرافعات لبناني ، (١/١٧) تحكيم سوري ،(١/١٢) من قانون التحكيم النمطي، المادة (٣/١٦) تحكيم مصري ، (١٤٥٦/٢ف) اجراءات فرنسي .
(٢) المادة (١/١٧) تحكيم سوري ، والمادة (١١) من قواعد اليونسترال للتحكيم المعدلة سنة (٢٠١٠)، المادة (12/a) قانون التحكيم الأمريكي الموحد.

أما اذا كان التحكيم مؤسساً فإن المحكم يلزم بإبلاغ هذه المؤسسة عن تلك الظروف، وهي بدورها تعلم اطراف النزاع بذلك^(١).

ثانياً: نطاق التزام المحكم بالإفصاح من حيث المدة

يعد التزام المحكم بالإفصاح التزام وقي^(٢)، اذ يتحدد بمدة معينة يجب على المحكم خلالها الإفصاح عن كل العلاقات السابقة والحالية وما يستجد منها وهذه المدة هي التي يستغرقها التحكيم^(٣).

يبتدأ هذا الإلتزام عند قبول المحكم لمهمة التحكيم ، فقبول المحكم التحكيم هو الوقت الذي يترتب فيه هذا الإلتزام عند وجود ظروف من شأنها اثاره الشكوك بشأن حيده او استقلاله، وهذا هو الوضع الشائع في اغلب التشريعات الوطنية، ولا يخرج عنها الا القانون الفرنسي. كما ان ذهاب بعض التشريعات الدولية^(٤) الى ان التزام المحكم بالإفصاح هو التزام في مرحلة الترشيح لا يعني ان التزامه بالإفصاح ينشأ قبل قبول مهمة التحكيم ، اذ ان مجرد قيام المحكم بالإفصاح ، يفترض انه قد قبل مهمة التحكيم، والقول بعكس ذلك يتنافى مع المنطق ، فإن لم يكن المحكم قد قبل هذه المهمة فلا معنى لافصاحه، وبذلك فإن هذا الإلتزام يرتبط بقبول المحكم للمهمة^(٥)، وبهذا القبول ينعقد عقد التحكيم بين المحكم والخصوم . ويظل التزام المحكم بالإفصاح قائماً طيلة المدة التي يستغرقها التحكيم ولا ينتهي عند افصاحه عند القبول، فيجب على المحكم المبادرة بإبلاغ الخصوم عن كل الظروف التي تستجد اثناء اجراءات التحكيم، اذا كان من شأنها اثاره الشكوك بشأن حيده او استقلاله، وينتهي هذا الإلتزام بإصدار حكم التحكيم.

(١) المادة (19/b) من قواعد المؤسسة الأمريكية للتحكيم (AAA) . والمادة (7/2) من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية (1٢٢).

(٢) مازن شديد ، الوضع القانوني للمحكم ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤.

(٣) د. ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٩٨.

(٤) القانون النمطي للتحكيم المادة (١/١٢) . قواعد اليونسترال للتحكيم المادة (١١).

(٥) محكمة التمييز اللبنانية قرار رقم ٢٠٠٣/١٦٩ في ٢٠٠٣/١١/١٩ مجلة كساندر ٢٠١٣ ، ص ٣٨.

المطلب الثاني: القواعد الناظمة للالتزام المحكم بالإفصاح من حيث الجزاء
يعد اخلال المحكم بالالتزامه بالإفصاح سبب يمنح المتضرر من ذلك المطالبة برد المحكم قبل صدور قرار التحكيم، او رفع دعوى بطلان الحكم بعد صدوره ، فضلاً عن امكانية مطالبة المحكم بالتعويض بما اصابه من ضرر نتيجة لهذا الإخلال .
ولما كان جزاء رد المحكم ودعوى البطلان، هما من الجزاءات الإجرائية المترتبة على هذا الإخلال، وان المطالبة بالتعويض يعد من الجزاءات الموضوعية، لذا سنبحث هذا الموضوع في فرعين، نخصص اولهما للجزاء الإجرائي لاخلال المحكم بالتزامه بالإفصاح، والثاني نخصصه للجزاء الموضوعي لاخلال المحكم بالالتزامه بالإفصاح .

الفرع الأول: الجزاء الإجرائي لاخلال المحكم بالالتزامه بالإفصاح

اولاً : التأصيل القانوني للجزاء الإجرائي

على الرغم من عدم انكار حقيقة ان الإفصاح هو التزام يقع على عاتق المحكم ، الا ان التدقيق والتأمل في عبارات جانب من الفقه ، والكثير من اجتهاد القضاء، لا يرى جزاءً خاصاً لمخالفة هذا الإلتزام ، سواء كان رد المحكم ، او بطلان حكم التحكيم ، وان الجزاء الذي يفرض في هذه الحالة يرد الى التزامات او اسباب اخرى غير عدم الإفصاح في ذاته .

ففيما يتعلق بجزاء رد المحكم نجد ان التشريعات على اختلاف في الصياغة قد جعلت منه جزءاً لعدم توافر الحيطة او الاستقلال باستثناء قانون اصول الحاكمات المدنية اللبناني.

فالمادة (١/١٨) تحكيم مصري ، تنص على انه " لا يجوز رد المحكم الا اذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده او استقلاله"، تطابقها المادة (١٧/ أ) تحكيم اردني، كذلك المادة (١٤٥٦ / ٢) من القانون الفرنسي على اختلاف في الصياغة، وكذلك المادة (١٨ / ١) من قانون التحكيم السوري التي تنص على " لا يجوز رد

المحكم الا للأسباب التي يرد بها القاضي او اذا فقد احد شروط صلاحيته المنصوص عليها في هذا القانون ."

يبدو ان النصوص المتقدمة لا تشير الى جزاء عدم الإفصاح ، وانما تبحث في جزاء عدم الحيادة والإستقلال، وهي بذلك لا تفرق من حيث الماهية بين الإلتزامين ، فمن الصحيح القول ان التشريعات السابقة قد فرضت على المحكم التزاماً بالإفصاح، الا انها عند تقرير جزاء الرد لا تبني حكمها على مجرد عدم الإفصاح، انما تبحث فيما اذا كانت الظروف او الوقائع غير المفصح عنها تؤثر فعلاً في حيادة المحكم من عدمه. فإن كان الظرف او الواقعة تؤثر في حيادة المحكم او استقلاله ، ينهض جزاء الرد ، اما اذا لم يكن من شأن الواقعة غير المفصح عنها التأثير في حيادة المحكم او استقلاله ، لم يكن عدم الإفصاح مبرراً لرد المحكم .

وقد عمد القضاء الى تبني هذه النظرة فلم يقبل رد المحكم على الرغم من اخلاله بالإلتزام بالإفصاح، طالما ان الظرف او الواقعة غير المفصح عنها لا تؤثر فعلاً في حيادة المحكم او استقلاله ، اذ قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها تاريخ ١٠/١٠/٢٠١٢، ابطال حكم محكمة استئناف باريس بسبب عدم ايضاحها للأثر السلبي للظروف غير المفصح عنها على حيادة المحكم واستقلاله^(١) . وفي ذات الاطار اعتبرت محكمة استئناف باريس في قرارها تاريخ ٢٩/١/٢٠٠٤، ان تعيين المحكم من قبل شركة المقاولات لأكثر من مرة لمواضيع متشابهة يمكن ان يفضي الى ما يسمى بـ"الحكم المسبق"، ومن ثم فإن عدم افصاح المحكم عن ذلك من شأنه اثارة الشكوك حول حيادته واستقلاله^(٢)، كما ذهبت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في ١٥ / ٢ / ٢٠١٤ في تقرير عدم الأخذ بطلب رد المحكم لعدم الإفصاح الى أنه من المقرر ان الأصل في المحكم انه محايد ومستقل ما دام قد قبل القيام

(١) اشار اليه د. نادر محمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٨٦.

(٢) القرار منشور في مجلة التحكيم العالمية ، ملحق عدد (٨) ، ٢٠١٠ ، ص ٦٥١.

بمهمته ،وعلى من يدعي عدم حياد المحكم او عدم استقلاله ان يتمسك بذلك ويثبته"^(١).

تبيّن هذه القرارات ، بما لا يدع مجالاً للشك، ان عدم الإفصاح عن الظروف التي من شأنها اثاره الشك في حيده المحكم او استقلاله ليست هي مناط ترتيب الجزاء، وانما اثبات عدم حيده المحكم او استقلاله، ولم يكن الفقه بعيداً عن هذا التوجه، اذ نجد جانب من الفقه ^(٢) يقرر ان ترتيب الجزاء في حالة الإخلال بالالتزام بالإفصاح يقتضي اثبات عدم حيده المحكم او عدم استقلاله، أما مجرد عدم الإفصاح عن الظروف التي تثير الشك في حيده او استقلاله فلا يكون كافياً لتقرير عدم الحيده او الإستقلال.

وبالمقابل فإن المشرع اللبناني قد تجاوز هذا الغموض وعدم الوضوح في تأصيل الإلتزام بالإفصاح عندما نص في المادة (٢/٧٦٩) محاكمات على وجوب افصاح المحكم عن سبب الرد وهو بذلك قد وضع جزاءً خاصاً لعدم الإفصاح، وهو رد المحكم، وإن عدم قيام المحكم بالإفصاح عن سبب الرد ، يؤدي الى امكانية رده، بل ان المشرع لم يجز لمن قام فيه سبب الرد ان يتولى مهمة التحكيم الا بموافقة الأطراف.

وإذا ما انتقلنا الى بطلان حكم التحكيم بوصفه جزاءً لعدم افصاح المحكم عما يثير الشك في حيده واستقلاله، لا نجد اختلافاً في النظرة اليه. فضلاً عن ان التشريعات لم تنص صراحةً على عدم البطلان جزاءً لعدم افصاح المحكم، وقد اختلف الفقه والقضاء في تأصيل بطلان حكم التحكيم برده الى سبب من الأسباب التي اوردها التشريعات للحكم بالبطلان .

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة ، الدائرة (١٨) تجاري ، رقم (٤٢) لسنة ١٣١ ق ، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٢/١٥ . منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد (٢٣) ، ٢٠١٤ ، ص ٣٤١ .
(٢) د. ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧ .

كما ان القانون الأمريكي سواء في قانون التحكيم الفيدرالي (FAA) سنة ١٩٢٥ ، او قانون التحكيم الموحد المعدل لسنة ٢٠٠٠ ، لم يخرج في بناء النظام القانوني لإبطال حكم التحكيم عما سارت عليه التشريعات محل المقارنة، اذ جعل من الإنحياز الواضح سبباً لإبطال حكم التحكيم لفشل المحكم في تنفيذ التزامه بالإفصاح وليس عدم الإفصاح في حد ذاته سبباً لذلك^(١).

إن ما ذهبت اليه التشريعات محل المقارنة وكذلك اجتهاد القضاء وبعض الفقه قد افقد الإلتزام بالإفصاح ذاتيته المستقلة عن الإلتزام بالحيادة والإستقلال، واضحي التزاماً تابعاً. في حين انه لا تلازم بين التزام المحكم بالإفصاح وبين الحيادة او الإستقلال من حيث الوجود، فافصاح المحكم عن وقائع او ظروف معينة لا يعني بالضرورة انه محايد او مستقل، حتى وان لم يعترض الأطراف على تعيينه. غير ان ذلك لا يعني عدم وجود نوع من الارتباط بينهما، ولكنه لا يصل الى حد الغاء ذاتية الإلتزام بالإفصاح، فالأخير قرينة على الحياد والإستقلال ما لم يثبت العكس. وعليه فإن مجرد عدم افصاح المحكم عن وقائع او ظروف من شأنها اثاره الشك بشأن حيده او استقلاله يكون سبب لرده او ابطال حكم التحكيم ، دون حاجة الى البحث في مدى تأثير تلك الظروف فعلاً في حيده او استقلاله . وإن نصوص التشريعات محل المقارنة تشير الى الظروف التي تثير الشك وليس الظروف التي تؤثر فعلاً في الحيادة او الإستقلال.

ثانياً: صور الجزاء الإجرائي

ينبسط الجزاء الإجرائي على رد المحكم وبطلان حكم التحكيم.

١- رد المحكم

^(١) Merrick T.Rossian & Jennifer Hope, oP,Cit,p:215.

رد المحكم يعني اتجاه ارادة احد اطراف عملية التحكيم الى منع المحكم من المضي في المهمة الموكلة اليه، وهي الفصل في النزاع، وذلك لإفتقاده للأسباب والشروط التي يحددها القانون^(١).

أ- اجراءات رد المحكم

تبدأ اجراءات رد المحكم بتقديم طلب الرد الى الجهة صاحبة الإختصاص في ذلك، وهذه الجهة قد تكون محكمة اناط بها المشرع البت بهذا الطلب، وهي الغرفة الابتدائية الكائن في منطقتها مركز التحكيم المتفق عليه، والا فالغرفة الابتدائية في بيروت (المادة ٢٧٠ / ٢) محاكمات لبناني، او المحكمة المتخصصة اصلاً بنظر النزاع (المادة ٢٦١ / ١) مرافعات عراقي، او محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرتها التحكيم (المادة ١٩ / ١) تحكيم سوري، او محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم مالم يتفق على اختصاص محكمة استئناف اخرى في المحكمة (المادة ١ / ١) و (المادة ٢ / أ) تحكيم اردني، او رئيس المحكمة الابتدائية التي حددها الخصوم او اتفقوا على ان اجراءات التحكيم تجري في نطاق اختصاصها، والا فلرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل اقامة المدعى عليه (المادة ١٤٥٩) اجراءات فرنسي.

وقد تكون الجهة التي يقدم اليها طلب رد المحكم هي هيئة التحكيم التي ينتمي اليها المحكم المطلوب رده ، فإذا لم يتتح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، يحال بغير رسم الى المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع في التحكيم الداخلي، او محكمة استئناف القاهرة ، او محكمة استئناف اخرى يتفق الطرفان على اختصاصها اذا كان التحكيم تجارياً دولياً (المادة ١٩ / ١) تحكيم مصري.

(١) د. خالد احمد حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٣٥.

أما قانون المرافعات المدنية العراقي، فإن (المادة ٩٥) تنص في فقرتها الثانية على أنه يجوز تقديم طلب الرد بعد ذلك ان استجدت اسبابه او اثبت طالب الرد انه لم يكن يعلم بها "، إن هذه الفقرة التي تشير الى امكانية طلب رد القاضي بعد الدخول في اساس الدعوى، يمكن الاستناد الى ذلك للقول انه يجب على الخصم، تقديم طلب رد المحكم بعد علمه بسبب الرد الذي استجد اثناء المحاكمة التحكيمية، فضلاً عن امكانية طلب رد المحكم لأسباب كانت موجودة قبل تشكيل هيئة التحكيم، ولكن بشرط اثباته انه لم يعلم بها (١) .

إن طلب رد المحكم مقيد بقيدتين، اولهما ان طلب الرد لا يقبل من الخصم الذي عينه او اشترك بتعيينه الا لسبب يظهر له بعد هذا التعيين، اذ ان سبب الرد اذا كان معلوماً للخصم قبل تعيين المحكم فإنه لا يصلح ان يكون سبباً يعتد به للرد، وذلك لأن الخصوم باختيارهم له رغم معرفتهم بالسبب يعني تنازلهم عن الإدلاء به، فلا يجوز رد المحكم الا لأسباب تظهر بعد تعيينه. فالتزام المحكم بالإفصاح لا ينهض اذا كانت الظروف التي تثير الشك بشأن حيده واستقلاله تتصف بالعلانية، او بتعبير آخر ان علم الطرف في التحكيم بهذه الظروف يدخل في نطاق "العلم العام، كما ان ذلك ينسحب الى حالة ما اذا كان علم الطرف في التحكيم بهذه الظروف علماً خاصاً غياب الإفصاح "لا يكفي في حد ذاته لثبوت ظرف الخوف من غياب الحياد والإستقلال"، وثانيهما: هو عدم قبول طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في التحكيم ذاته(٢).

يترتب على تقديم طلب الرد الى المحكمة المختصة، وقف اجراءات التحكيم وتعليق مدته الى حين الفصل بطلب الرد ، وهو ما ذهبت اليه غالبية التشريعات محل المقارنة (٣)، وعلى نحو مغاير اتجه قانون التحكيم المصري والأردني، فلم يرتباً على

(١) اسعد فاضل منديل ، احكام عقد التحكيم واجراءاته ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١، ص ١٤٧ .

(٢) د. نادر محمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ .

(٣) المادة (١٤٧٣) اجراءات فرنسي ، (٣/١٩) تحكيم سوري.

تقديم طلب الرد او على الطعن في حكم التحكيم الصادر برفضه وقف اجراءات التحكيم^(١). إن القرار الصادر من المحكمة المختصة بشأن طلب رد المحكم لا يكون قابلاً للطعن به^(٢)، وكان لقانون المرافعات المدنية العراقي موقفاً مغايراً اذ سمح بالطعن بقرار المحكمة بشأن رد المحكمة تمييزاً^(٣).

ب- آثار رد المحكم

يعد القرار الصادر من المحكمة المختصة برد المحكم بمثابة اعلان عدم صلاحية المحكم للاستمرار في الهيئة التحكيمية ، ولكن السؤال الذي يطرح في هذا النطاق هو ما الأثر الذي يمكن ان يترتب على رد المحكم على الخصومة التحكيمية ؟ ويبدو ان غالبية التشريعات محل المقارنة لم ترتب على رد المحكم انقضاء خصومة التحكيم، وذلك انسجاماً مع منهجها في وقف اجراءات التحكيم عند تقديم طلب التحكيم ، او عدم تأثيره على سير الإجراءات. وكان لقانون اصول المحاكمات اللبناني منهجاً مختلفاً ، اذ رتب على رد المحكم انقضاء خصومة التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم بشأن هذه الخصومة^(٤).

اما فيما يتعلق بالإجراءات التي اتخذها المحكم الذي قُضي برده ، فقد اختلفت التشريعات محل المقارنة في تحديد مصير هذه الإجراءات ، اذ ذهب جانباً منها ، وهو قانون التحكيم المصري والسوري والأردني وقانون المرافعات العراقي ، الى اعتبار تلك الإجراءات، بما فيها حكم التحكيم، كأن لم تكن^(٥) ، اي في حكم العدم ، فلا قيمة قانونية لها، ومن ثم يجب اعادة المحاكمة التحكيمية من نقطة البداية، بعد اختيار محكم جديد بدل الذي حكم برده.

(١) المادة (٤/١٩) تحكيم مصري ، (١٨/ج) تحكيم اردني .

(٢) المادة (٣/١٤٦٠) اجراءات فرنسي ، (٣/٧٧٠) محاكمات لبناني ، (٣/١٩) تحكيم مصري ، (١٨ / أ) تحكيم اردني ، (٢/١٩) تحكيم سوري .

(٣) المادة (٢/٢٦١) مرافعات.

(٤) المادة (٢/٧٨١).

٥ المادة (٤/١٩) تحكيم مصري ، (٥/١٩) تحكيم سوري ، (١٨/أ) تحكيم اردني.

ونحى جانباً آخر من التشريعات منحاً مختلفاً، فقد قرر قانون الإجراءات الفرنسي بقاء الإجراءات التي تم اتخاذها قبل رد المحكم صحيحة ، إذ نصّت المادة ١٤٧٥ على استئناف المحاكمة التحكيمية من النقطة التي كانت قد وصلت إليها، فالإجراءات التي اتخذت من قبل المحكم تبقى صحيحة وملزمة للخصوم^(١).

٢- بطلان حكم التحكيم

يعد اخلال المحكم بالتزامه بالإفصاح سبب لبطلان حكم التحكيم، اذا لم يتبين هذا الإخلال الا بعد صدور القرار التحكيمي، ما يقتضي بحث هذه المسألة وبيان تكييف هذا البطلان، واثر العلم بالظروف غير المفصح عنها في بطلان حكم التحكيم.

أ- تكييف البطلان لإخلال المحكم بالتزامه بالإفصاح

لم يكن تكييف بطلان حكم التحكيم لإخلال المحكم بالإفصاح محل اتفاق، اذ ذهب غالبية الفقه^(٢) الى ان عدم إفصاح المحكم عن الظروف الى من شأنها اثاره الشكوك بشأن حيديته او استقلاله يؤسس على تشكيل هيئة التحكيم بشكل مخالف للقانون، فالإفصاح يفرض على المحكم عند قبول مهمة التحكيم ويستمر الى حين صدور الحكم، وعدم افصاحه يفضي الى انتفاء احد الشرائط الواجب توافرها في المحكم. ويذهب جانب آخر^(٣) الى تاسيس هذا البطلان على عدم احترام حقوق الدفاع ، فإخلال المحكم بهذا الإلتزام يكون قد حرم الطرف الآخر من امكانية ممارسة حقه في طلب رده ، وهو احد وسائل الدفاع الوقائية التي يمكن ان يلجأ اليها . وهو ما يعد

(١) د. عزمي عبد الفتاح عطية ، اجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي ، مجلة الحقوق الكويتية، العدد (٤) ، ١٩٨٤ ، ص ٢٦٣.

(٢) د. ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٣٤ . عباس ناصر مجيد، الطعن بالبطلان على احكام التحكيم التجاري الدولي، منشورات زين الحقوقية ٢٠١١، ص ١٣٤. د. احمد بشير الشرايري ، المرجع السابق ، ص ١٢٠.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح عطية ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ . د. علي محمد القصاص ، حكم التحكيم (دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧ ، ص ٢٦٢.

انتهاكاً لمبدأ المساواة بين الأطراف. ويرى جانب آخر^(١)، ان بطلان حكم التحكيم يمكن رده الى الإخلال بفكرة النظام العام، اذ يستند مبدأ احترام الحقوق العامة الى هذه الفكرة.

أما في نطاق الاجتهاد، فقد اختلفت قرارات المحاكم الفرنسية في اساس ابطال حكم التحكيم لعدم الإفصاح، فأبطلت بعض المحاكم حكم التحكيم للغلط في الصفات الجوهرية للمحكم، واخرى ابطلت الحكم لتشكيل هيئة التحكيم على نحو مخالف للقانون، واخرى اسست بطلانها على فكرة النظام العام الدولي^(٢)، بالمقابل استقر القضاء المصري على ابطال حكم التحكيم في هذه الحالة لتشكيل هيئة التحكيم بشكل مخالف للقانون^(٣).

وفي القانون الأمريكي ، على الرغم من ان قانون التحكيم الفدرالي لسنة ١٩٢٥، لم ينص على التزام المحكم بالإفصاح، وورود هذا الإلتزام في قانون التحكيم الموحد المعدل سنة (٢٠٠٠)، فإن القضاء الأمريكي ابطل حكم التحكيم لعدم الإفصاح استناداً الى الإنحياز الواضح او الظاهر^(٤).

وفي القانون العراقي، ذهب جانب من الفقه^(٥) الى تأسيس بطلان حكم التحكيم على المادة (٢٧٣/١)^(٦)، الذي يرى ان عدم افصاح المحكم يعد خروجاً على اتفاق التحكيم.

وفي تقديرنا ان الإستناد الى الفقرة الأولى من المادة (٢٧٣) مرافعات ، كان في غير محله ، اذ ان خروج القرار عن اتفاق التحكيم لا يمت بصلة الى التزام المحكم بالإفصاح عما يثير الشك بشأن حيده واستقلاله، او الإخلال بهذا الإلتزام ، وقد كنا

(١) د. سحر عبد الستار امام يوسف ، المرجع السابق ، ص ١٩٣.

(٢) د. عبده غصوب ، المرجع السابق ، ص ٢٣٦.

(٣) د. محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ٥٠٩.

(٤) Case law and articles on Arbitration Disclosure and Arbitration Bias, OP.cit, p19.

(٥) ماجد مجباس ، المرجع السابق ، ص ١٣٧.

(٦) من اسباب بطلان حكم التحكيم " اذا كان القرار قد صدر بغير بينة تحريرية او بناءً على اتفاق باطل او اذا كان القرار قد خرج من حدود الاتفاق ".

قد ذهبنا الى ان الإلتزام بالإفصاح يعد التزاماً قائماً بذاته، ويجب ان يكون الجزاء مرتبطاً بهذه الذاتية ويؤسس عليه ، فإننا نجد ان بإمكان القضاء في العراق ، ومع عدم وجود نص يفرض هذا الإلتزام ، ان يؤسس بطلان حكم التحكيم على فكرة النظام العام، اذ مما لا شك فيه ان عدم افصاح المحكم من شأنه ان يخل بمبدأ المساواة بين الخصوم ، ومن ثم حقوق الدفاع ^(١) . وعليه فإن ابطال حكم التحكيم يمكن ان يؤسس على الفقرة الثانية من المادة (٢٧٣) ، التي تنص على بطلان حكم التحكيم " اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام او الأداب او قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون ."

ب- أثر العلم الخاص بالظروف غير المفصح عنها في بطلان حكم التحكيم يحدث ان يعلم احد الخصوم بوقائع او ظروف من شأنها اثاره الشك في حيده المحكم او استقلاله، الا ان هذه الوقائع او الظروف لا تتصف بالعلانية التي لا ينهض معها إلتزام المحكم بالإفصاح، وهو ما يطلق عليه بالعلم الخاص. فهل من شأن هذا العلم ان يؤثر في طلب ابطال حكم التحكيم؟

لقد ذهب فقهاء القانون الى ان علم الخصم بالظرف المبرر للرد بعد تعيين المحكم، دون ان يقدم طلب الرد في الميعاد المحدد قانوناً، يؤدي الى سقوط حقه في رد المحكم، وكذلك سقوط حقه في التمسك ببطلان حكم التحكيم ، اذ ان عدم تمسكه بهذه الظروف يعد قبولاً منه للمحكم على الرغم من وجود هذا الظرف ^(٢).

وهو ما ذهبت اليه ايضاً محكمة النقض المصرية، حيث قضت انه اذا " كان سبب عدم الصلاحية الذي تعزوه الطاعنة للمحكم، وجود مصلحة له في الدعوى لما تضمنته وثيقة التحكيم من اسناد الإشراف اليه على الرسومات وجميع الأعمال التنفيذية الخاصة بتعليق احد المنازل موضوع هذا التحكيم، فإنه امر لم يكن خافياً

(١) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، الجزء الرابع ، مطبعة الزهراء ١٩٩٠ ، ص٤٨٥ .
(٢) د. محمود مختار احمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧ ، ص٢٢٧ .

على الطاعنة، بإعتبارها احد اطراف الوثيقة ، قبل ان يصدر المحكم حكمه المدعي ببطلانه، واذ كان الثابت ان الطاعنة لم تقدم لمحكمة الموضوع ما يدل على اتخاذها تلك الإجراءات فإنه لا يجوز لها التمسك بهذا السبب في مجال دعواها ببطلان حكم التحكيم^(١)، كما قضت محكمة التمييز الأردنية انه " اذا علم احد المحكمين قبل صدور قرار المحكمين، بان احدهم كان قد ابدى رأيه في النزاع موضوع الدعوى قبل اقامتها ولم يقدم طلباً لرده عن التحكيم فإنه يكون قابلاً به ، وليس له بعد ذلك ان يطعن بقرار المحكمين " ^(٢). ويبدو ان الوضع في القانوني الأمريكي قد جرى على نحو مخالف ،اذ لم يرتب على هذا العلم اثر في نطاق بطلان حكم التحكيم، فالقضاء يعفي المحكم من الإفصاح في نطاق العلاقات العلنية او ذائعة الصيت.

وفي تقديرنا ان القول باسقاط حق الخصم في طلب ابطال حكم التحكيم لتحقيق علمه الخاص بالظرف غير المفصح عنه، يعد استمراراً للتوجه القائم على عدم الاعتراف بذاتية الإلتزام بالإفصاح، كما ان تراخي الطعن لا يمكن ان يكون مبرراً لإسقاط حق الخصم، وافترض قبوله او تنازله، او ربط الحق في المطالبة ببطلان حكم التحكيم بطلب رد المحكم، لأن البطلان والرد هما طريقان اجاز القانون للخصم سلوك ايأ منها واحدهما لا يرتبط بالآخر، أي أن عدم سلوك احدهما لا يعني الحرمان من سلوك الآخر.

الفرع الثاني : الجزاء الموضوعي لأخلال المحكم بالإفصاح

يتمثل الجزاء الموضوعي بالتعويض عن الأضرار التي سببها عدم إفصاح المحكم عن الظروف التي تثير الشك بشأن حيده او استقلاله ، بموجب قواعد المسؤولية المدنية.

أولاً: مدى جواز اللجوء الى الجزاء الموضوعي

(١) نقض مدني رقم ٢٠ تاريخ ٢٨ ايار ٢٠٠٨، مجلة التحكيم العدد الأول، ٢٠٠٩، ص ٦٤١.

(٢) قرار رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ - مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، العدد الثالث - ١٩٧١ ، ص ٦١١.

كان للقانون الأمريكي موقفاً متميزاً عن باقي التشريعات محل المقارنة في هذا النطاق، لذا سنعرض موقفه على نحو الإستقلال.

١- موقف القانون الأمريكي

انطلاقاً من النظرة في الولايات المتحدة الى المحكم بأنه يقوم بمهمة قضائية تماثل مهمة القاضي، فقد منح القانون الأمريكي المحكم، فضلاً عن المؤسسات التحكيمية حصانة في مواجهة المطالبات القضائية بالتعويض عما يكون قد صدر منهم من اخطاء في نطاق ممارسة مهامهم. اذ نصت المادة (14/A) من قانون التحكيم الموحد المعدل لسنة ٢٠٠٠ على انه " المحكم او مؤسسات التحكيم الذين يعملون بهذه الصفة محصنون من المسؤولية المدنية على نحو يشابه قضاء المحاكم في الولاية الذين يعملون بصفتهم قضاة " .

وعلى الرغم من النص السابق، و بالنظر لأهمية التزام المحكم بالإفصاح في هذا القانون، فقد عمد المشرع الأمريكي الى التأكيد على هذه الحصانة في نطاق هذا الإلتزام من خلال ايراده نصاً مستقلاً يعالج حصانة المحكم في حالة اخلاله بالإلتزام بالإفصاح ، اذ نصت المادة (14/2) على ان " فشل المحكم في الإفصاح وفقاً للمادة (١٢) لا يؤدي الى فقدان المحكم الحصانة بموجب هذه المادة " .

وبذلك فإن فشل المحكم في الإفصاح عما يثير الشك بشأن حيده واستقلاله لا يترتب عليه امكانية رفع دعوى تعويض ضد المحكم. فجزاء عدم الإفصاح هو بطلان حكم التحكيم ، بوصف الأخير الجزاء المثالي لهذا الإخلال^(١). وقد عبر القضاء الأمريكي بصورة واضحة عن ذلك، حيث أن " بطلان حكم التحكيم هو التعويض المناسب للطرف المتضرر"^(٢).

(1) Michel Hwang ,Ratie chung ,Fong Lee ,cheng , op.cit,p:238.

(2) D. Franck, op.cit, p: 37.

٢- موقف التشريعات محل المقارنة الأخرى

خلت هذه التشريعات من تبني نظام قانوني خاص لمساءلة المحكم ، وقد اقتصرت بعض التشريعات على الإشارة الى حالة واحدة ، قررت فيها الزام المحكم بالتعويض، وهي حالة التنحي عن التحكيم دون سبب مشروع. أما في نطاق الإلتزام بالإفصاح فلا وجود لمثل هذا النص، الا ان ذلك لم يمنع غالبية الفقه من الإقرار بمسؤولية المحكم عن الإخلال بإلتزامه بالإفصاح^(١). ولكنهم اختلفوا في اساس هذه المسؤولية، فمنهم من ارجعها الى القانون ونادى بالمسؤولية التقصيري ، ومنهم من ارجعها الى العقد ونادى بالمسؤولية العقدية.

اما فيما يتعلق بموقف القضاء ، فقد تسنى لمحكمة التمييز التونسية التعرض لهذا الموضوع، فأقرت امكانية مساءلة المحكم طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية في حالة اخلاله بإلتزامه بالإفصاح^(٢). ولما كنا قد سبق ان ناقشنا اساس هذا الإلتزام، وانتهينا الى نتيجة مفادها ان التزم المحكم بالإفصاح ناشيء من العقد الذي يربط المحكم بالخصوم. لذلك فإن المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال به هي مسؤولية عقدية ، وهذا العقد مستقل عن اتفاق التحكيم. وعليه فإننا نرى ضرورة ايراد نصوص خاصة تعالج مسؤولية المحكم المدنية، في نطاق الإلتزام بالإفصاح، ونقترح النص الآتي " يلتزم المحكم بتعويض طرفي التحكيم او ايأاً منهما عن الأضرار الناشئة عن عدم افصاحه عن الظروف التي تثير الشك بشأن حيده او استقلاله ".

(١) د. ابو العلا النمر ، المركز القانوني للمحكم ، مرجع سابق، ص ١٣٨.

(٢) دعوى رقم (٢٦٣٣٧) تاريخ ٢٨/٥/٢٠٠٩ ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد (٤) ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٣٨.

ثانياً: استقلال الجزاء الموضوعي وعناصره

١- استقلال الجزاء الموضوعي

يعد الجزاء الموضوعي، متمثلاً بالمطالبة بالتعويض، استناداً لقواعد المسؤولية المدنية نتيجة لعدم افصاح المحكمة، مستقلاً عن الجزاء الإجرائي، فلا تلازم بينهما من حيث الوجود، وإن عدم نجاح الخصم في اللجوء الى الجزاء الإجرائي لا يعني اسقاط حقه في الجزاء الموضوعي.

إن عدم تمكن الخصم من رد المحكم ، لفوات ميعاد تقديم الطلب مثلاً ، لا يؤدي الى عدم امكانية رفع دعوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببها عدم افصاح المحكم عن الظروف التي تثير الشك بشأن حيده او استقلاله. وكل ما يجب عليه في هذه الحالة هو اثبات اركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ويكون اثبات الخطأ عن طريق اثبات وجود هذه الظروف التي لم يفصح عنها المحكم، فضلاً عن اثبات الضرر .

كما انه لا ترابط بين دعوى البطلان ودعوى المسؤولية، فعدم امكان اثبات سبب البطلان، او فوات ميعاد تقديم هذه الدعوى، لا يمنع الخصم من اقامة دعوى المسؤولية لعدم افصاح المحكم.

غير ان نجاح الخصم في اللجوء الى الجزاء الإجرائي، سواء برد المحكم او ابطال حكم التحكيم من شأنه تيسير اثبات مسؤولية المحكم^(١). وأن نجاح الخصم في رد المحكم او ابطال حكم التحكيم هو اثبات لعنصر الخطأ في مسؤولية المحكم، فهذا الجزاء لا يتحقق الا بعد اثبات اخلال المحكم بالتزامه بالإفصاح، اي عدم افصاحه عن الظروف التي تبرر رد المحكم او ابطال حكم التحكيم . ويبقى على الخصم بعد ذلك ان يثبت ما اصابه من ضرر وارتباطه او كونه نتيجة لعدم الإفصاح .

(١) د. هدى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٤٢١.

وقد اشارت محكمة التمييز التونسية الى استقلال هذا الجزاء عن الجزاء الإجرائي في قرارها سابق الإشارة اليه: أن الطعن بما يكون قد ربط احد المحكمين بصورة غير مباشرة بأحد اطراف النزاع من مصالح مادية قد وقع التمسك به بعد صدور القرار التحكيمي ... وحيث ان سقوط الحق في التجريح في الحكم ببلوغ الأجل المذكور عند حد المرافعة لا يمنع من تتبعه حسب قواعد المسؤولية المترتبة عن اخلاله بواجب الإخطار وعدم الكتمان لكل ما من شأنه ان يثير شكوك الأطراف وهو امر مستقل ولا تأثير له على صحة القرار التحكيمي او بطلانه^(١).

٢- عناصر التعويض

للخصم في التحكيم الرجوع على المحكم بالتعويض عما اصابه من ضرر، ويتحدد هذا الضرر بالخسارة اللاحقة والكسب الفائت^(٢)، جراء اخلال المحكم بالإفصاح عن الظروف التي تثير الشك بشأن حيده واستقلاله، بشرط ان يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لإخلال المحكم بهذا الإلتزام، فلا يحكم بالتعويض إلا عن الضرر المباشر^(٣). والإتجاه الغالب يرى ان مسؤولية المحكم هي مسؤولية عقدية، فلا يجاوز التعويض حدود ما هو متوقع من الضرر، الا اذا ارتكب المحكم غشا او خطأ جسيماً عند ذلك يحكم للخصم عن الضرر المباشر متوقعاً كان او غير متوقعاً^(٤). وعناصر التعويض المادي، لايمكن حصرها الا انه يمكن الإشارة الى بعضها على سبيل المثال، فيستطيع الخصم ان يطالب بتعويض يشمل المصاريف الإدارية، والإتعايب التي تقاضاها المحكم، او التي تستحق له واتعايب الدفاع^(٥).

(١) دعوى رقم (٢٦٣٣٧) بتاريخ ٢٨/٥/٢٠٠٩، مجلة التحكيم العالمية، العدد الرابع، ٢٠٠٩، ص ٢٣٨.
(٢) المواد (١/٢٢١) مدني مصري، (١/١٦٨) مدني عراقي، (١١٤٩) مدني فرنسي، (٢٦٠) موجبات لبناني، (١/٢٢٢) مدني سوري، (٣٦٣) اردني.
(٣) د. فتحي والي، المرجع السابق، فقرة (١٥١)، ص ٢٨٨.
(٤) المادة (٢/٢٢١) مدني مصري، (٢/١٦٨) مدني عراقي، (٢/٢٢٢) مدني سوري.
(٥) ابو العلا النمر، المركز القانوني، مرجع سابق، ص ١٧٦.

خاتمة :

اذ نصل الى نهاية المطاف من دراستنا لموضوع " التزام المحكم بالإفصاح " لابد لنا من تسطير ابرز النتائج والتوصيات التي تمخضت عنها:

أولاً : النتائج

- ١- يمكن تعريف التزام المحكم بالإفصاح بأنه " التزام عقدي ، قائم بذاته ، يفرض على المحكم بذل عناية الرجل المعتاد في التحري عن اية ظروف من شأنها اثاره الشك بشأن حيده واستقلاله، واعلام اطراف النزاع بها عند قبوله مهمة التحكيم ، وبما يستجد منها اثناء المحاكمة التحكيمية " .
- ٢- إن الأساس العقدي لهذا الإلتزام، هو الأقرب الى حقيقته، ويتمثل الأساس العقدي في العقد الذي يربط المحكم بالخصوم، او بمؤسسات التحكيم، وان تدخل المشرع انطلاقاً من اهمية المهمة التي يقوم بها المحكم، لا يخل بالطبيعة العقدية، وهو ما تدعمه نصوص التشريعات محل المقارنة.
- ٣- ان اساس الإلتزام بالإفصاح على وفق القانون الأمريكي، قد يكون العقد ، وفي حالة عدم وجود اتفاق ، فإن هذا الإلتزام يخضع لقانون التحكيم الفيدرالي (FAA)، وقانون التحكيم الموحد المعدل سنة (٢٠٠٠) (VFAA).
- ٤- ان التزام المحكم بالإفصاح هو التزام قائم بذاته، ولا يتبع التزام المحكم بقبول مهمة التحكيم، او التزامه بالحيده والإستقلال.
- ٥- إن التزام المحكم بالإفصاح هو التزام بنتيجة إلا ان تحليل نصوص التشريعات محل المقارنة وما سار عليه اجتهاد القضاء في اغلب هذه التشريعات يدعو الى الإعتقاد بأنه التزام ببذل عناية .
- ٦- ان التزام المحكم بالإفصاح يفرض عليه واجب التحري عن كل الظروف التي من شأنها اثاره الشك بشأن حيده واستقلاله ، وهذا الواجب ليس له كيان مستقل عن الإلتزام المحكم بالإفصاح، فهو التزام يتفرع عن الإلتزام بالإفصاح ويرتبط به.

٧- لا يلتزم المحكم بالإفصاح عن العلاقات او الظروف العننية او ذائعة الصيت، وان هذه الصفة لا ترتبط بعلم اطراف النزاع من عدمه، اذ ينظر الى العلاقة في حد ذاتها.

٨- لا يلتزم المحكم بالإفصاح عن العلاقات قليلة الأهمية، وان معيار تحديدها يعود الى القاضي الذي يرفع امامه النزاع .

٩- ان تحديد الظروف التي من شأنها اثاره الشك بشأن حيده المحكم واستقلاله ، كما هو الحال في القانن اللبناني والقانون السوري ، من شأنه ان يسلب القاضي سلطته التقديرية ، في تحديد ما اذا كانت الظروف والوقائع تثير الشك في حيده المحكم او استقلاله من عدمه ، على خلاف التشريعات التي جاءت بصياغة عامة ، كالقانون الفرنسي والمصري والأردني ، اذ يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال .

١٠- ان نصوص التشريعات محل المقارنة لم تتبنى جزاءً خاصاً بعدم الإفصاح، وانما ربطت الجزاء الإجرائي بالتزام المحكم بالحيده والإستقلال، فلم تقبل رد المحكم او ابطال حكم التحكيم الا اذا ثبت عدم حيده المحكم او استقلاله.

١١- ان القانون الأمريكي وان كان قد نص في قانون التحكيم الموحد على التزام المحكم بالإفصاح، الا انه لم يرتب عليه في ذاته بطلان حكم التحكيم، وانما ابطال حكم التحكيم للانحياز الواضح او الظاهر.

١٢- لم تنص التشريعات محل المقارنة بشكل صريح على اعتبار عدم الإفصاح سبب من اسباب ابطال حكم التحكيم، لذلك ذهب الفقه والقضاء مذاهب شتى في رد عدم الإفصاح الى امد الأسباب التي نصت عليها التشريعات لإبطال حكم التحكيم، فمنهم ارجع عدم الإفصاح الى مخالفة قواعد النظام العامة، ومنهم من رده الى تشكيل هيئة التحكيم بشكل مخالف القانون .

١٣- في نطاق القانون العراقي، يمكننا ان نثبت النتائج الآتية:

- أ- ان قانون المرافعات المدنية العراقي لم ينص على التزام المحكم بالإفصاح، ولا يمكن استنتاج هذا الإلتزام من نصوصه بصورة ضمنية .
- ب- ان قانون المرافعات المدنية يعد متأخراً عن القوانين محل المقارنة في نطاق التزام المحكم بالإفصاح.
- ج- يمكن ادراج هذا الإلتزام في العقد الذي يبرم بين المحكم والخصوم .
- د- يمكن الاستناد الى قواعد رد القاضي عند اخلال المحكم بإلتزامه بالإفصاح.
- هـ- يمكن ابطال حكم التحكيم لعدم افصاح المحكم استناداً الى مخالفة قواعد النظام العام.

ثانياً: التوصيات

- ١- إقرار تشريع خاص بالتحكيم، ينص على التزام المحكم بالإفصاح.
- ٢- اضافة فقرة الى اسباب رد المحكم تكون على الشكل الآتي: " يرد المحكم عند عدم افصاحه عن واقعة او ظرف يثير الشك في حيده او استقلاله".
- ٣- اضافة فقرة الى اسباب بطلان حكم التحكيم تكون على الشكل الآتي : "عدم افصاح المحكم عن اية واقعة أو ظرف تثير الشك في حيده أو استقلاله "
- ٤- ايراد نص خاص يعالج مسؤولية المحكم المدنية، في نطاق الإلتزام بالإفصاح ، ونقترح النص الآتي " يلتزم المحكم بتعويض طرفي التحكيم او اياً منهما عن الأضرار الناشئة عن عدم افصاحه عن الظروف التي تثير الشك بشأن حيده او استقلاله ".

مدى دستورية المادة ٢/٢٦ من قانون الإيجارات

د. محمود ملحم*

من الحقائق الوضعية الثابتة تاريخياً، الأهمية المتعاظمة للحالة التأجيرية الشائكة الشديدة التآثر بالظروف الإقتصادية والإجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع. إذ تعدّ الأكثر إنتشاراً لمخاطبتها طبقة واسعة تستفيد من شيء لا تستطيع إمتلاكه. لقد أدركت مجمل النظم القانونية تلك الحقيقة، فإنطلقت نحو حياكة قواعد وضوابط ومعايير ناظمة للعلاقة التأجيرية بالقدر الممكن من الدقة و الحنكة والرصانة واضعة نصب أعينها الأهداف العامة المنشودة من توازن وعدالة بين مصالح محكمة بالتوافق وفق منطق الأمور قبل منطق القانون. يكفي دلالة على الدور المحوري للنسيج التعاقدى التأجيري في تحقيق ما يفترض تحقيقه من أمان و إستقرار العودة إلى خطبة العلامة Jaubert في مطلع القرن التاسع، حين قال ما حرفيته: " ... إن عقد الإيجار تولد من الحاجة إلى التضامن بين الثروة العقارية والصناعية، فالإيجار له علاقة وثيقة بالشيئين اللذين يرتبطان بالنظام العام أشد إرتباط، الملكية والصناعة، ولذلك كان من الضروري أن يكون للإيجار أحكام من شأنها المحافظة على الأملاك دون أن يغيب عن البال تلك الطبقة الكبيرة العدد و ليس لها من ملك غير أيديها العاملة وليس لها من مأوى إلا ما تستأجره من أملاك الغير، لذلك وجب أن تكون الأحكام القانونية الخاصة بالإيجار سهلة واضحة دقيقة .." (١).

ما يدعو للأسى و الحزن الشديد ، الصورة القائمة لبعض جوانب القانون الكويتي في العلاقات التأجيرية بخاصة التي تعكس نمط من أنماط الظلم القانوني مهددة

*دكتوراه دوله في الحقوق , استاذ محاضر لدى كلية القانون الكويتيه العالميه وكلية الدراسات التجاريه.
(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٦، دار النهضة العربية ١٩٦٣ ص ٣٤.

بدون أية مبالغة إيجابية المضمون المميز والتمايز للدستور الكويتي على النحو المبين أعلاه . ونعني بخاصة المادة ٢٦ مكررا (أ) من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ وتعديلاته المضافة بموجب المادة الثانية من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ التي نصت على أنه " إستثناء من أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، لا يجوز رفع إشكال في تنفيذ الأحكام الصادرة في منازعات إيجار العقارات إلا من غير المحكوم عليه ويجب على المستشكل أن يودع خزانة وزارة العدل كفالة قدرها مائة دينار عند تقديم صحيفة الإشكال، ولا تقبل إدارة الكتاب الصحيفة إذا لم تصحب بما يثبت الإيداع وتصادر الكفالة بقوة القانون إذا خسر المستشكل إشكاله. ... " .

أهمية البحث

تبرز أهمية هذا البحث في تسليطه الضوء على الصياغة المجحفة للفقرة الثانية من المادة ٢٦ من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ و تعديلاته بشأن إيجار العقارات، إحدى أبرز أوجه قصور المنظومة التشريعية التأجيرية الكويتية، والتي أخلت بالمقومات العامة والمبادئ الموجهة الدستورية الواجبة الإحترام في مطلق علاقة تعاقدية سليمة، مما يوجب إعادة النظر بها.

منهجية البحث

سعى لتحقيق الأهداف المنشودة من هذا البحث الشائك، و حرصا على إبراز أهمية التناسق العلمي والعملية بين المبادئ الدستورية والأحكام الوضعية في المنظومة القانونية التأجيرية الكويتية، سنتناول في (المبحث الأول) مدى فعالية المنظومة القانونية التأجيرية الكويتية ثم نتطرق في (المبحث الثاني) لمعضلة دستورية المادة ٢٦ السالفة الذكر.

المبحث الأول: مدى فعالية المنظومة القانونية التأجيرية الكويتية

تبنى المشرع الكويتي للمسلمات الرئيسية في مطلق علاقة تأجيرية سليمة، يتقدمها التعريف بعقد الإيجار (المطلب الأول) وتوزيع الأعباء الملقاة على عاتق أطراف العلاقة التأجيرية توزيعاً متناهماً في الدقة والوضوح (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: في مدلول عقد الإيجار وخصائصه المتميزة

عرّفت المادة ٥٦١ من القانون المدني الكويتي عقد الإيجار على أنه " عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين لمدة محددة في مقابل عوض مالي " كما نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ و تعديلاته على أنه " عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بعين معينة مدة محددة لقاء أجر معلوم ... " .

يستفاد من هذين التعريفين المتطابقين إلى حد كبير و المتجانسين عمق التباين بين الإيجار والملكية الذي يفيد عن تملك كامل وسلطات كاملة على الشيء المبيع دونما تقييد ب قيد زمني معين^١ ، وبين الإيجار الذي يقتصر على التزام المؤجر بأن يمكن المستأجر من الإنتفاع بالشيء المؤجر والتمكين من الإنتفاع يستلزم بالضرورة أن يكون مستمرا^(٢).

أولاً: عقد الإيجار، عقد رضائي

ينعقد بمجرد تراضي الطرفين على مكوناته الثلاثة من منفعة العين المؤجرة والمدة والأجرة بمعزل عن الطريقة التي إختارها الأطراف للتعبير عن إرادتهما كتابة أو شفاهة أو عرفاً أو بالإشارة الدالة عليه^(٣) بالرغم مما لحظته من جهة أولى الفقرة الأولى من

(١) طارق صالح رزق، الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي، دار النهضة العربية ٢٠٠٨، ص ١٤ .

(٢) منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، دار المعارف، القاهرة ١٩٥٧ ص ١١ .

(٣) عبد الزراق السنهوري : المرجع المذكور سابقاً ، ص ٧.

المادة ٥ من المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ وتعديلاته من شرط الكتابة باعتبارها الترجمة الفعلية لكيفية التعاقد الصحيح كوسيلة إثبات لعقد الإيجار وليس كركن من أركانه، بنصها على أن عقود الإيجار التي تبرم بعد نفاذ القانون يجب أن تكون ثابتة بالكتابة، ومع ذلك يثبت عقد الإيجار إذا وجدت كتابة من المالك تفيد ذلك، لا سيما فيما يتصل ببيان أسماء الأطراف وصفاتهم وجنسياتهم وموقع العين المؤجرة، و ما قررته من جهة ثانية الفقرة الأولى من المادة ١١ من المرسوم رقم ٥ لعام ١٩٥٩ بقانون التسجيل العقاري المعدل بالقانون رقم ٧٣ لعام ١٩٧٩ من وجوب تسجيل عقد الإيجار الذي يرد على منفعة العقار متى زادت مدته عن عشر سنوات إذ إن إستلزام التسجيل هنا ليس شرطاً لإنهاء العقد وإنما عدم جواز الإحتجاج به على الغير فيما يزيد عن هذه المدة^(١)، وقضت محكمة النقض، أن " .. عقد الإيجار عقد رضائي يخضع في قيامه لمبدأ سلطان الإرادة فيما عدا ما فرضه القانون من أحكام مقيدة لهذا المبدأ، والأصل في الإرادة هو المشروعية فلا يلاحقها بطلان إلا إذا كان الإلتزام الناشئ عنها مخالفاً للنظام العام أو الآداب محلاً أو سبباً أو كان على خلاف نص أمر أو ناهي في القانون، و لما كان التنبيه الصادر من المؤجر هو عمل قانوني من جانب واحد يتحقق أثره بمجرد أن يعلن عن إرادته في إنتهاء العقد إلى المتعاقد الآخر فتتحل تبعاً لذلك الرابطة العقدية التي كانت قائمة بينهما بعد فترة معينة، فإنه إذا ما تحقق هذا الأمر إنقضى العقد فلا يقوم من بعد إلا بإيجاب وقبول جديدين، و كان لا وجه للقول ببطلان التنبيه الذي يتجاوز فيه موجهه الميعاد المنصوص عليه في المادة السالفة الذكر لإنتفاء مبرر هذا البطلان قانوناً، وإنجازاً للطرف الموجه إليه التنبيه أن يختار بين إنهاء العقد قبل إستيفائه الفترة التي حددها القانون لمصلحته وبين التمسك بإستكمال هذه الفترة قبل إنهاء العقد"^(٢).

^(١) بدر جاسم اليعقوب عقد الإيجار في القانون المدني الكويتي وقانون إيجار العقارات وفقاً لآخر التعديلات و على ضوء أحكام القضاء الكويتي ، الطبعة الثالثة ، ٢٠١٠ - ٢٠١١ ، ص ١٢ .
^(٢) الطعن رقم ٢٠٠٧٦ سنة ٥٢ ق جلسة ٢٠٠٥-١٩٨٧ ، ذكره محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في أحكام عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد ، دار محمود للنشر والتوزيع القاهرة ١٩٩٤ ص ١٢ .

ثانياً: عقد الإيجار من العقود التبادلية الملزمة للجانبين

إن موضوع عقد الإيجار هو تمكين المؤجر للمستأجر من الإنتفاع بعين معينة، وأداء المستأجر الأجرة المتفق عليها للمؤجر^(١)، وقضت دائرة الإيجارات الثانية لدى محكمة الإستئناف إلى أنه " .. في العقود الملزمة للجانبين يكون إلتزام أحد المتعاقدين سبباً لإلتزام المتعاقد الآخر، وإذا كانت المستأنف ضدها قد إلتزمت بدفع مبلغ ...، مقابل إلتزام المستأنفة بتسليمها للمأجورين والإنتفاع بهما مدة العقد وقد نفذ كل منهما إلتزامه، وقد جرى البند السادس من عقد الإيجار على تأكيد أن المبلغ المدفوع هو سبب إلتزام المستأنفة لتمكين المستأنف ضدها من الإنتفاع بالعينين المؤجرين وأنه إلتزام بعدم المطالبة بإسترداده فإنه يكون لهذا الإلتزام سبب فلا يكون هناك مجال للقول بإثراء بلا سبب..."^(٢).

ثالثاً - عقد الإيجار من العقود ذات العوض

بحيث يحصل كل من طرفيه على مقابل لما يعطي، فالمؤجر يأخذ الأجرة مقابل تمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين والمستأجر يدفع الأجرة في مقابل هذا الإنتفاع^(٣).

رابعاً: عقد الإيجار من العقود الزمنية

إن الزمن هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها وهي محل العقد، ويترتب على ذلك عدم سريان أحكام الفسخ بأثر رجعي وإنما للمستقبل من تاريخ صيرورة الحكم بالفسخ نهائياً فإذا كان الأصل أن فسخ العقد يعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان

^(١) بدر جاسم اليعقوب: المرجع المذكور سابقاً، ص ١٣.

J.Guestin, M.Billiau, Le prix dans les contrats à longue durée, LGDJ 1990, n. 21.

^(٢) محكمة الإستئناف، قضية رقم ٢٣ / ٢٠٠٠ إيجارات ٢، جلسة ١٥ / ٥ / ٢٠٠٠.

^(٣) طارق صالح رزق، التنظيم القانوني للإيجار في التشريع الكويتي، دار النهضة العربية ٢٠١٠، ص ١٩.

Jérôme Huet, Traité de droit civil, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris 1996, p. 595.

عليها عند إبرامه وفقا للمادة ٢١١ من القانون المدني الكويتي إلا أنه يستثنى من ذلك ما نصت عليه المادة ٢١٢ من ذات القانون من أنه في العقود المستمرة لا يكون للفسخ أثر إلا من وقت تحققه. فإذا فسخ الإيجار بعد البدء في تنفيذه، فإن آثار العقد التي أنتجها قبل الفسخ تظل قائمة عملياً ولا يعد العقد مفسوخاً إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله، ويختلف الفسخ عن الإبطال ولهذا الإختلاف ما يسوغه إذ أن الإبطال يقوم على إخلال وقع في ذات تكوين العقد ومؤداه أن العقد قام صحيحاً وأنتج بالفعل آثاره فإذا تقرر بعد ذلك فسخه للإخلال بالالتزامات الناشئة عنه فمن المقرر طبقاً للقواعد العامة أن يقتصر اثر الفسخ على البعض من مدة سريانه دون البعض الآخر^(١)، وقضت محكمة النقض الكويتية بأن: "... التجهيزات وأعمال الديكور التي تطالب الطاعنة بقيمتها قد أقيمت في العين المؤجرة في تاريخ سابق على القضاء بفسخ عقد الإيجار، فيطبق بشأنها أحكام هذا العقد الذي نصت المادة الثامنة منه على عدم أحقية المستأجر في المطالبة بقيمة الأعمال والتحسينات التي يجريها في العين، ويكون إثراء المطعون ضدها على فرض حصوله - له سبب مشروع يبرره هو حكم العقد،..."^(٢).

خامساً: عقد الإيجار يرد على منفعة

بالتالي لا يكون إلا على الأشياء التي تقبل الإستعمال المتكرر التي لا تستهلك من أول إستعمال لها لذلك سمي المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ بـ " إيجار الأماكن " فالأماكن والعقارات غير قابلة للإستهلاك وقد أشارت الفقرة الأولى من المادة الأولى منه على أنه " تسري أحكام هذا القانون على العقارات بما في ذلك الأراضي الفضاء المؤجرة للسكن أو لغير ذلك من الأغراض و تستثنى من ذلك الأراضي الزراعية"^(٣).

^(١) طارق عبد الرؤوف صالح رزق : المرجع المذكور سابقا ، ص ٣٠ و ما يليها ; فهمي محمود الخولي، شرح قواعد إيجار العقارات والأماكن في دولة الكويت ، الطبعة الأولى ، ١٩٧١ .
^(٢) الطعن بالتميز ٢٠٠٢/٣٨٩ مدني جلسة ١٦ / ٦ / ٢٠٠٣ .
^(٣) توفيق حسن فرج : المرجع المذكور سابقا ، ص ١٢ .

سادساً: عقد الإيجار من أعمال الإدارة دون التصرف

إن هذا العقد هو وسيلة لإستغلال الشيء والحصول على ثماره مولداً لإلتزامات وحقوق شخصية لذلك لا يشترط في المؤجر لكي يبرم عقد الإيجار أن تكون له أهلية التصرف وإنما يكفي أهلية الإدارة، لذلك يجوز للصبي المميز الذي بلغ ١٨ سنة أن يبرم الإيجار مع المستأجر، ثم منع المشرع من يملك حق الإدارة فقط من إبرام عقود طويلة الأجل على نحو ما تفيده المادة ٥٦٨ من القانون المدني الكويتي التي تنص على أنه "لا يجوز لمن يقتصر حقه على الإدارة أن يعقد إيجار تزيد على ثلاث سنين إلا بإذن ممن يملكه، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول انقصت مدته إلى ثلاث سنين...". يستفاد من هذه المادة أن المشرع قد فطن بصورة كاملة إلى أن التأجير لمدة طويلة يؤدي إلى تحميل الشيء المؤجر عبء قد يؤدي إلى المساس بالشيء برغم عدم إنتقال الملكية للغير، و قد أشارت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ من القانون المدني الكويتي على أنه " يعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزيد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ وإستيفاء الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها ايضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة"، و من ثم فإن عقد الإيجار بالنسبة للمؤجر يعتبر من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف^(١).

سابعاً عقد الإيجار عقداً مؤقتاً وليس مؤبداً

يلتزم فيه المؤجر بأن يولي المستأجر منفعة الشيء خلال مدة معينة على نحو ما تفيده الفقرة الأولى من المادة الرابعة السالفة الذكر بنصها على أن الإيجار " عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بعين معينة مدة محددة ... " ^(٢). ويعتد فيه بشخصية المؤجر دون المستأجر على نحو ما تفيده المادة ٦٠٩ من القانون

^١ طارق عبد الرؤوف صالح رزق : المرجع المذكور سابقاً ، ص ٣٤ و ما يليها .

^(٢) Cass soc 16 décembre 1953 , D , 1955 , somm 41 ; Cass civ 8 mai 1973 , Bull civ 3 , n. 320 ; Cass civ 15 janvier 1976 , Bull civ 3 , n. 16.

المدني الكويتي التي نصت على أنه "إذا نفذ الإيجار في حق من إنتقلت إليه الملكية فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما يربته عقد الإيجار من حقوق والتزامات"، والفقرة الأولى من المادة ١٦ من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ التي نصت على أنه " إذا إنتقلت ملكية العين المؤجرة إختياراً أو جبراً إلى شخص آخر فإن الإيجار ينفذ بحق المالك الجديد و لو لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية وتستمر أحكام العقد من حيث آثاره و المدة اللازمة لتعديل الأجرة بالنسبة إلى المالك الجديد ... " ، والمادة ٢٢ من ذات المرسوم التي تنص على أنه " لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر و لا بموت المستأجر و مع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد"^(١).

المطلب الثاني: دقة توزيع الأعباء الملقاة على عاتق أطراف العلاقة التأجيرية

الملكية ليست حقاً مطلقاً وليس لها من الحماية ما يجاوز الإنتفاع المشروع بعناصرها، لذلك قام المشرع بتنظيم الإيجار في القانون المدني وفي المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ بشأن إيجار الأماكن و فرض إلتزامات متنوعة على عاتق طرفيه على قدر كبير من الدقة و الأهمية و الحساسية^(٢).

أولاً: في إلتزامات المؤجر

يغلب على الإلتزامات الملقاة على عاتق المؤجر السمة الإيجابية، ويمكن حصرها في ثلاثة إلتزامات رئيسية يتقدمها تسليم العين المؤجرة وفق القواعد العامة في عقد البيع على نحو ما تفيد المادة ٥٧١ من القانون المدني الكويتي التي تنص على أنه " يسري على الإلتزام بتسليم المأجور ما يسري على الإلتزام بتسليم المبيع من احكام،

(١) J.Lachaud : Le naufrage de l'intuitu personae en matière de bail rural, Gazette de Palais, 1986, 2, doctrine 802.

(٢) طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع المذكور سابقاً، ص ١٦١.

وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد المأجور وملحقاته والعجز او الزيادة فيه، وذلك ما لم يقض القانون بخلافه"، كما أن الفقرة الأولى من المادة السابعة من المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ تنص على أنه " يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة و ملحقاتها في التاريخ المحدد للتسليم في حالة تصلح معها لأن تقي بما أعدت له من المنفعة وفقا لما تم عليه الإتفاق كتابيا أو لطبيعة العين .."^(١)، والمؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالمأجور بحالة صالحة للإنتفاع به كل الإنتفاع المقصود وأن إخلال المؤجر بهذا الإلتزام يترتب عليه حق المستأجر بطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بمقدار ما نقص من الإنتفاع مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى"^(٢)، كما قضي أنه " .. يجب على المؤجر أن يسلم العين المؤجرة خالية من جميع العوائق التي تحول دون الإنتفاع بها و أن يمنع كل تعرض من الغير سواء أكان هذا التعرض ماديا أم مبنيا على سبب قانوني ما دام قد حدث قبل التسليم والمؤجر يضمن التعرض المبني على سبب قانوني ما دام قد حدث قبل التسليم والمؤجر يضمن التعرض المبني على سبب قانون سواء أكان حاصلًا قبل تسليم العين للمستأجر أو بعد التسليم"^(٣)، فالتسليم الصحيح للعين المؤجرة لا يكون إلا بتسليم هذه العين جميعها هي وملحقاتها تسليما يتمكن به المستأجر من الإنتفاع بالعين إنتفاعاً كاملاً دون حائل يكون ذلك في الزمان والمكان الواجبين أو المتفق عليهما فتسليم جزء من العين أو العين دون ملحقاتها أو تسليم العين في حالة غير حسنة أو عدم قيام المؤجر بما تعهد به من تصليحات أو تجهيزات أو بناء يقيمه في العين المؤجرة قبل التسليم أو مجرد التأخير في التسليم عن وقته، كل هذا لا يعد تسليما صحيحا ولا يمكن للمؤجر أن يجبر المستأجر على أن يجتزأ به عن التسليم

(١) طارق عبد الرؤوف صالح رزق : المرجع المذكور سابقا ، ص ٣٣ و ما يليها.

(٢) الطعن ٩٩/٦٠٤ ، تجاري جلسة ٢٠٠١/٢/١٩ .

(٣) الطعن ١٦ لسنة ٢٠ ، ق جلسة ٢٠ / ٣ / ١٩٥٢ . سعيد أحمد شعله، موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإيجارية ، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض .. خلال ٥٥ عاما ، ١٩٣١ - ١٩٨٦ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ١٩٨٧ ، ص ٣٣.

الصحيح ، وللمستأجر في جميع هذه الأحوال أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويضات اللازمة وفقا لحكم المادة ٥٦٥ من القانون المدني^(١)، ولا يكفي مجرد تخلي المؤجر عن العين المؤجرة و الإذن للمستأجر الإنتفاع بها إذا وجد عائق يحول دونه إذ لا يتم التسليم في هذه الحالة إلا بإزالة العائق يستوي أن يكون وليد تعرض مادي أو نتيجة تعرض قانوني ناشئا عن فعل المؤجر أو أحد أتباعه أم راجعا إلى فعل الغير أيا كان طالما قد وقع قبل حصول التسليم^(٢) .

يقع على عاتق المؤجر التعهد بصيانة العين المؤجرة و ملحقاتها: وذلك لإبقائها في حالة صالحة للإستعمال بحسب الفرض المقصود بصورة مستمرة دائما لا تقف عند تسليم العين المؤجرة بل تمتد طوال سريان العقد على نحو ما تفيده المادة ٥٧٢ من القانون المدني الكويتي، والمادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ في فقرتها الأولى التي تنص على أنه " يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة ويقوم أثناء الإجارة بالترميمات الضرورية على الأخص القيام بالأعمال اللازمة لصيانة الأسطح و الدرج و المصاعد و أنابيب المياه و نزح المجاري الصحية فإذا تأخر بعد إعداره في القيام بذلك جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من القضاء في إجرائها و إستيفاء تكاليفها من الأجرة "^(٣)، كما له حق إجراء الترميمات المستعجلة لحفظ العين على نحو ما تفيده المادة ٥٧٤ من القانون المدني الكويتي"، والفقرة الثانية من المادة الثامنة السابقة الذكر التي تنص على أنه " ...إذا كانت تكاليف الصيانة الضرورية قد بلغت حدا من الجسامة يرهق المؤجر فلا يلتزم المؤجر إلا بالحد المناسب الذي يقدره القاضي، وتراعي في ذلك أجرة العين ومدة بقاء المستأجر فيها،

(١) الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٣ / ٦ / ١٩٦٢ ذكره سعيد أحمد شعلة : موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإيجارية ، مرجع سابق، ص ٣٣.
(٢) الطعن ٥٥١ لسنة ٤٦ ، ق جلسة ٣ / ٦ / ١٩٨٢ ذكره سعيد أحمد شعلة : موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإيجارية ، المصدر نفسه.

(٣) Cass civ 7 février 1987 Bull civ 111 , n. 71 ; cass civ 12 avril 1995 , Bull civ 111 n. 103 ; cass civ 18 décembre 2002 , Bull civ 111 , n. 262.

ويكون للمستأجر إما فسخ العقد أو أن يتحمل ما يزيد على هذا الحد"، بحيث يؤخذ من تعريف إجارة الأشياء، حسب نص المادة ٣٦٢ مدني أن الإيجار عقد معاوضة ملزم لطرفيه بالتزامات متقابلة يعتبر كل منها سببا لوجوب مقابله . فمتى إنترم المؤجر في عقد الإجارة بالقيام بعمل إصلاحات معينة مقدرة في العين المؤجرة فلا يجوز له مطالبة المستأجر بالأجرة إلا إذا قام أولاً بما إنترم به من الإصلاحات، لأن الأجرة هي مقابل الإنتفاع بالعين المؤجرة، فإذا فوت المؤجر الإنتفاع على المستأجر بإهماله القيام بما إنترم به، يكون من حق المستأجر قانوناً فوق طلب الفسخ وطلب إنترم المؤجر بعمل الإصلاحات أو الإذن له هو بعملها على حسابه وطلب إنقاص الأجرة ، أن يدفع بعدم إستحقاق المؤجر للأجرة كلها أو بعضها^(١)، وإذا تأخر المؤجر بعد إعداره عن القيام بتنفيذ إنترامه بصيانة العين المؤجرة لتطبق على الحالة التي سلمت بها أو أخل بما عليه من واجب القيام في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية فإن المستأجر وفقاً للمادة ٥٦٨ من القانون المدني أن يحصل على ترخيص من القضاء في إجراء ذلك بنفسه وفي إستيفاء ما أنفقه خصماً من الأجرة^(٢)، فالمادة ٥٨٥ من القانون المدني الجديد وإن أوجبت على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف بها عيب، فليس مؤدى هذا النص أن يكون لزاماً على المستأجر أن يرفع دعوى لإثبات حالة العين المؤجرة قبل قيامه بالإصلاحات^(٣).

يقع على عاتق المؤجر ضمان إنتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، على النحو المتفق عليه أو بحسب ما أعدت له بعدم التعرض له شخصياً أو من أتباعه أو من الغير سواء أكان التعرض مادياً أم معنوياً: على نحو ما تقيده، المادتين ٥٧٦ و ٥٧٧ من

(١) الطعن ٢٩ لسنة ٣ ، ق جلسة ٧ / ١٢ / ١٩٣٣ ذكره سعيد أحمد شعلة، موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإيجارية مرجع سبق ذكره ص ٣٣.

(٢) الطعن ١٩ لسنة ٢١ ، ق جلسة ١٢ / ٦ / ١٩٥٢ ذكره سعيد أحمد شعلة، المصدر نفسه.

(٣) الطعن ٣١٧ لسنة ٢١ ، ق جلسة ١٧ / ٣ / ١٩٥٥ ذكره سعيد أحمد شعلة، المصدر نفسه.

القانون المدني الكويتي "، والمادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ التي تنص على أنه " على المؤجر أن يتمتع عن كل ما من شأنه أن يحول دون إنتفاع المستأجر بالعين المؤجرة على النحو المتفق عليه أو بحسب ما أعدت له"، وضمان العيوب الخفية على نحو ما تفيد به المادة ٥٨٢ من القانون المدني الكويتي، وفي هذا الصدد ، قضي أن عقد الإيجار المبرم بين الطرفين وبموجبه أجزت للطاعنة رافعات متحركة، وكان تسليم المطعون ضدها للطاعنة رافعات ذات قدرة أقل من المتفق عليه في العقد وهذا ما يستتبع بذاته إنقاص الأجرة دون إعتبار لأثر ذلك النقص على الإنتفاع بالرافعات المسلمة إلى الطاعنة ، وبغض النظر عما إذا كانت كافية لأداء العمل المؤجر من أجله أم غير كافية^(١)، والمؤجر لا يضمن التعرض المادي الحاصل من غيره ، فإذا كان المدعي يقيم دعواه على أنه إستأجر أرضاً وأنه بعد أن زرعها نزل السيل جارف غمرت جميع الأرض المؤجرة له وأتلفت زراعتها بفعل خطأ منسوب إلى وزارة الأشغال العامة، بينما أن المؤجر هو مجلس المديرية، لذا لا يحق للمدعي أن يطالب المؤجر بالتعويض لأن الفعل لا ينسب للمدعي إلى مجلس المديرية المؤجر بل إلى وزارة الأشغال ولكل من هذين شخصية مستقلة^(٢) ، كما قضي أن " .. للمستأجر أن يرجع بالضمان على المؤجر بناء على حصول التعرض له و لو لم يكن قد أخطره بالتعرض إذا كان المؤجر يعلم به أو إذا كان ذلك لم يفوت عليه فرصة المحافظة على حقوقه^(٣)، كما قضي أن " ... ليس للمستأجر أن يطالب بالتعويض عن أفعال التعرض في الإنتفاع بالعين المؤجرة له إلا إذا كانت هذه الأفعال قد وقعت بعد عقد إجارته لأن حقه في ذلك هو حق شخصي قبل التعرض لا ينشأ إلا من وقت تعطيل حقه في الإنتفاع، فإذا كان التعرض المدعى حاصلًا قبل

(١) الطعان ١٤٣ ، ١٥٢ / ١٩٨٥ ، تجاري جلسة ٢٠ / ١٢ / ١٩٨٧ ذكرهما: طارق عبد الرؤوف صالح رزق : المرجع المذكور سابقا ، ص ٢٥٠.
 (٢) الطعن ٧٩ لسنة ١٧ ، ق جلسة ١٩٤٩ / ١/٦ ذكره: سعيد أحمد شعلة، موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإجارية ، مرجع سبق ذكره ص ٣٣.
 (٣) الطعن ٥١ لسنة ٩ ، ق جلسة ١٩٤٠ / ٢/١ ذكره :سعيد أحمد شعلة، موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإجارية ، المصدر نفسه.

عقد الإيجار، فإنه لا يكون لمدعيه وجه في طلب التعويض"^(١)، ومتى كانت حياة المؤجر للعين المؤجرة بناء على حكم بالحراسة صادر له على المستأجر واجب التنفيذ فإنها تكون حاصلة بسبب مشروع ولا يمكن عدها تعرضاً من المؤجر، والقول بأن المؤجر يكون ملزماً بتسليم العين على أثر إلغاء حكم الحراسة ويكون عليه للوفاء بهذا الإلتزام إتباع الطريق المبين في المادة ١٧٦ من القانون المدني غير سديد، لأن الحارس لا يستطيع بمجرد إلغاء الحكم أن ينسحب من تلقاء نفسه من العين التي هو حارس قضائي عليها ولا أن يسلمها إلى غير ذي صفة في تسلمها وإلا عرض نفسه للمسؤولية، فإن إلتزامه بالتسليم لا ينشأ إلا بالمطالبة الصحيحة تنفيذاً للحكم القاضي بإلغاء الحراسة^(٢)، والمؤجر يلتزم بأن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون إنتفاع المستأجر بالعين المؤجرة فلا يجوز له أن يحدث بالعين أو ملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الإنتفاع، فإذا أخل المؤجر بهذا الإلتزام جاز للمستأجر أن يطلب التنفيذ العيني بمنع التعرض أو فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الإنتفاع مع التعويض في جميع الأحوال إن كان له مقتضى ويجوز للمستأجر حتى يدفع المؤجر إلى التنفيذ العيني أن يحبس الأجرة عنه إلى أن يقوم بوقف تعرضه و ذلك تطبيقاً للدفع بعدم تنفيذ العقد عملاً بالمادتين ١٦١ ، ٢٤٦ من القانون المدني، وهو أمر لا يحول دون أن يستعمل المستأجر حقه في طلب إنقاص الأجرة بنسبة ما نقص من إنتفاعه بالعين المؤجرة حسبما تقضي به المادتين ٥٦٥ / ١ ، ٥٧١ / ١ من القانون المذكور"^(٣)، كما قضي أن " ... تعرض الغير الذي يضمنه المؤجر هو التعرض المبني على سبب قانوني دون التعرض المادي ، و التعرض القانوني هو الذي يدعي

(١) الطعن ٣٧ لسنة ١٤ ق جلسة ٢٢ / ٣ / ١٩٤٥ ، ذكره: سعيد أحمد شعلة ، المصدر نفسه.

(٢) الطعن ٣٨ لسنة ١٤ ، ق جلسة ١٢ / ٤ / ١٩٤٥ ذكره: سعيد أحمد شعلة، موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإيجارية ، المصدر نفسه.

(٣) الطعن ٥٨ لسنة ٣٩ ، ق جلسة ٨ / ٤ / ١٩٧٥ ذكره: سعيد أحمد شعلة، موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإيجارية ، المصدر نفسه.

فيه الغير حقا يتعلق بالعين المؤجرة، ويكون سببه راجعاً إلى المؤجر أو من تلقى الحق عنه سواء أكان هذا الإدعاء مبنياً على اساس أو لا اساس له ، بل إن إدعاء الحق يكفي حتى و لو كان الإدعاء غير جدي و ظاهر البطلان. أما إذا تعرض الغير دون أن يدعي أي حق يستند إليه في تعرضه، فإن هذا التعرض يكون تعرضاً مادياً لا يضمنه المؤجر^(١)، وإذا كان القانون المدني القديم لم يأت بنص صريح على إلتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية إلا أنه لما كان إلتزام المستأجر بدفع الأجرة في مقابل إنتفاعه بالعين المؤجرة وهو إلتزام مستمر ومتجدد بطبيعته ، فإنه إذا ترتب على العيب الخفي عدم صلاحيتها، كان من مقتضى ذلك أن يكون للمستأجر الحق في طلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة قياساً على ما تقضي به المادة ٣٧٠ من القانون المدني القديم في حالة هلاك العين كلياً أو جزئياً ، لأن العلة في الحاليتين واحدة^(٢)، أما طلب إزالة ذلك التعدي فلا يكون إلا لمالك العقار سواء أكان هو المؤجر أو غيره^(٣).

ثانياً: في إلتزامات المستأجر

تتعدد الإلتزامات الملقاة على عاتق المستأجر، يتقدمها الإلتزام بسداد الأجرة في مواعيدها على نحو ما تفيد المادة ٥٨٦ من القانون المدني الكويتي، التي ترتب في ذمة المؤجر إلتزاماً في تسليم المأجور وملحقاته فور العقد أو على الوجه المحدد به وفي المقابل يلتزم المستأجر في دفع الأجرة في المواعيد المتفق عليها، على أنه إذا إشتراط المؤجر دفع الأجرة مقدماً فليس للمستأجر أن يطالب بتسليم العين المؤجرة أو التعويض عن عدم التسليم حتى و لو حل ميعاده إلا بعد دفع ما إشتراط دفعه مقدماً

(١) الطعن ٦٢٦ لسنة ٥٠ ، ق جلسة ٢٠ / ٣ / ١٩٨٦ ذكره: سعيد أحمد شعلة، موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإيجارية، المصدر نفسه.

(٢) الطعن ٣١٧ لسنة ٢١ ، ق جلسة ٣/١٧ / ١٩٥٥ ذكره: سعيد أحمد شعلة، موسوعة قضاء النقض في المنازعات الإيجارية، المصدر نفسه.

(٣) الطعن ١١٢ / ٢٠٠٤، مدني جلسة ١٠ / ١ / ٢٠٠٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الخامس، المجلد الثالث. المكتب الفني لمحكمة التمييز، وزارة العدل الكويتية، ٢٠٠٨.

من الأجرة، وللمؤجر في هذه الحالة وفقاً للقواعد العامة الحق في حبس العين لحين قيام المستأجر في تنفيذ ما تعهد به، أو طلب الفسخ بحسب الأحوال أو إعتبار العقد مفسوخاً إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح والذي يفسخ به العقد بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إنذار أو حكم بالفسخ إذ نص على ذلك ولا يكون الحكم بالفسخ إلا ليقرر إعمال الشرط الفاسخ الصريح^(١).

يقع على عاتق المستأجر إلزام إستعمال العين المؤجرة فيما أعدت لها وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها: على نحو ما تفيدته المادتين ٥٨٩ و ٥٩٢ من القانون المدني الكويتي والمادة ١٢ من المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ التي تنص على أنه "يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه فإن لم يكن هناك إتفاق أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له. ولا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييراً بدون إذن المؤجر، فإن أحدث بها تغييراً بدون إذن جاز للمؤجر مطالبته بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها"، كما أن المادة ١٣ من ذات المرسوم تنص أنه "على المستأجر أن يبذل من العناية في المحافظة على العين المؤجرة وفي إستعمالها ما يبذله الشخص المعتاد وعليه إجراء الإصلاحات التأجيرية التي ترجع إلى الإستعمال العادي المؤلف كإصلاحات الداخلية في التوصيلات الكهربائية أو الأدوات الصحية أو الأبواب والنوافذ أو الصبغ ما لم يكن هناك إتفاق على غير ذلك. ويكون المستأجر مسؤولاً عما يصيب العين أثناء إنتقاعه بها من تلف أو هلاك إذ كان ذلك ناشئاً عن إهمالها أو إستعمالها إستعمالاً غير مألوف".

فإذا كانت العين المؤجرة لا يمكن الإنتفاع بها بالحالة التي عليها ولا يمكن الإنتفاع بها بعد إصلاح ما تلف منها من الديكورات والتشطيبات لتمديد الكهرباء والتكييف والإطفاء والمساج والأبواب والشبابيك، وثبت وجود ضعف في الخرسانة يجعل غير

(١) الطعن ٨٠/١٩٩٠، تجاري جلسة ٣٠/٩/١٩٩١.

ذي جدوى إجراء الإصلاح بالعين المؤجرة في ظل عدم ضمان سلامة المبنى، فإن هذا العيب الدائم يترتب عليه إستحالة الإنتفاع بالعين المؤجرة ومن ثم يأخذ حكم الهلاك الكلي للعين مما يترتب عليه بالتالي إنفساخ عقد الإيجار ومتى إنفسخ العقد زالت إلتزامات كل من الطرفين عليه فلا تستحق الأجرة من وقت الهلاك المعنوي المانع من الإنتفاع من العين المؤجرة^(١)، ولئن كانت المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد إستحدثت حكماً جديداً بما نصت عليه من جواز الإخلاء إذا إستعمل المستأجر المكان أو سمح بإستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة أو المتعارف عليها وتضر بمصلحة المؤجر، أو إستعماله في غير الأغراض المؤجر من أجلها مما قد يوحي في ظاهره بإنتفاء شرط الضرر في حالة مخالفة الغرض من الإستعمال بإعتبار أن شرط الضرر حسبما ورد في النص قد إقترن بمخالفة شروط الإيجار المعقولة دون مخالفة الغرض من الإستعمال، وإن توافر الضرر شرط للحكم بالإخلاء في الحالتين المنصوص عليهما لوحدة العلة بينهما وهي حماية المستأجر من عنت المالك وبإعتبار أن طلب الإخلاء مع عدم توافر الضرر ينطوي على تعسف في إستعمال الحق، إذ أن الأصل طبقاً للقواعد العامة التي نصت عليها المادة ٥٨٠ من القانون المدني يدل على أن المحظور هو الإستعمال أو التغيير الذي ينشأ عنه ضرر للمؤجر^(٢)، كما لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو إنتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية .. د - إذا ثبت أن المستأجر إستعمل المكان المؤجر أو سمح بإستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للآداب العامة " يدل على أن المشرع لا يجيز الإخلاء لإساءة إستعمال العين المؤجرة إلا إذا إستعمل المستأجر العين المؤجرة

(١) الطعن ٤٣٨ / ١٩٩٩، إيجارات، جلسة ١١/١٦/٢٠٠٠.

(٢) الطعن ٥١٠ لعام ٥٠، ق جلسة ١٠ / ١ / ١٩٨٦ ذكره: سعيد أحمد شعله، موسوعة قضاء النقض في المنازل الإيجارية المصدر نفسه.

بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للآداب العامة^(١).

يقع على عاتق المستأجر إلترام رد العين المؤجرة حين إنتهاء الإيجار بذاتها و ليس بقيمتها أو تقديم بديل عنها حتى و لو كان أكثر قيمة من العين ما لم يوافق المؤجر على ذلك: على نحو ما تفيدته المادة ٥٩٥ من القانون المدني التي تنص على أن " يلتزم المستأجر برد المأجور وملحقاته عند إنتهاء الإيجار فإن اخل بالتزامه بالتسليم وجب عليه تعويض المؤجر عما لحقه من ضرر، وذلك دون اخلل بحق المؤجر في تسلم المأجور" والمادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ التي تنص على أنه " عند إنتهاء الإيجار لأي سبب يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة فإذا أبقاها تحت يده دون حق كان ملزما أن يدفع عن المدة الزائدة تعويضا يعادل ضعف الأجرة مع عدم الإخلال بحق المؤجر في إخلائه و يرد المتسأجر العين بالحالة التي تسلمها عليها إلا ما يكون قد اصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه . و إذا كان تسليم العين للمستأجر قد تم دون كتابة محضر أو دون بيان بأوصاف هذه العين إفتراض حتى يقوم الدليل على العكس أن المستأجر قد تسلم العين في حال حسنة . وإذا كان المستأجر قد أوجد في العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات فله عند إنقضاء الإيجار أن يتركها أو يزيلها على نفقته دون أضرار بالعقار ما لم يكن هناك إتفاق يقضي بغير ذلك"، والإلتزام الذي ألقاه المشرع على عاتق المستأجر في المادتين ٥٩٢ ، ٥٩٦ من القانون المدني من واجب بذل عناية الشخص العادي في لإستعمال المأجور والمحافظة عليه ورده بالحالة التي تسلمه عليها إلا ما يكون قد أصابه من هلاك أو تلف بغير خطأ يسأل عنه ليس من القواعد الآمرة و من ثم فإنه يجوز لأطراف عقد الإيجار الإتفاق على التخفيف من ذلك الإلتزام

(١) الطعن ١٩٩٤ لسنة ٥٢ ، ق جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٨٧ .

أو التشديد فيه حتى لو نشأ هلاك المأجور أو تلفه عن قوة قاهرة أو سبب أجنبي على تقدير أن ذلك نوع من التأمين عليها^(١). ولقد ورد في القانون المدني حكماً خاصاً بمسؤولية المستأجر عن الشيء المؤجر جرى به نص المادة ٣٧٨ وهو يقضي بمسؤوليته عن التلف الحاصل بفعله أو بفعل مستخدميه أو بفعل من كان ساكناً معهم أو بفعل المستأجر الثاني وهذا النص يرتب على المستأجر مسؤولية خاصة عن فعل الغير^(٢)، وإذا كان عقد الإيجار يوجب على المستأجر القيام بما يلزم العين المؤجرة من إصلاحات ويخول المؤجر أن يقوم بعمل هذه الإصلاحات على نفقة المستأجر في حال تأخره عن إجرائها، فإنه إذا ما أهمل المستأجر في القيام بتلك الإصلاحات ولم يستعمل المؤجر حقه في القيام بها فذلك لا يعتبر من جانب المؤجر خطأ مستوجباً خفض ما يستحقه من التضمينات عما أصاب العين المؤجرة من تلف^(٣).

المبحث الثاني: معضلة الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ و تعديلاته

لا خلاف أن القانون، فيما يقره من حقوق وواجبات، علم إجتماعي ينمو في صميم قيم سامية يؤمن بها المجتمع وإن اختلفت بحسب الأزمنة والأمكنة، تتجسد فعلياً في هندسة أدواته الرئيسية ونعني العقد بإعتباره عملية حسابية مبنية على التوازن الموضوعي أو الذاتي للقيم المتبادلة في سبيل الهدف المنشود من خلال إدراك المستقبل في عمل متوقع والحصول مقابل خدمات آنية على منافع مستقبلية. فهو

(١) الطعن ١٦٤ / ٢٠٠٥ تجاري، جلسة ٢٦ / ٩ / ٢٠٠٦ .

(٢) الطعن ٨٨ لسنة ١٧، ق جلسة ١٨ / ١١ / ١٩٤٨ .

(٣) الطعن ١ لسنة ١٨، ق جلسة ٢٤ / ١١ / ١٩٤٩ . كذلك راجع ضمن نفس السياق، الطعن ١٠٨ لسنة ١٥، ق جلسة ١٤ / ١١ / ١٩٤٦، الطعن ١٢٥ لسنة ٢٣، ق جلسة ١٦ / ٤ / ١٩٥٧، الطعن ٢٠٥ لسنة ٢٢، ق جلسة ١٢ / ١ / ١٩٥٦، الطعن ٤٤٨ لسنة ٢٦، ق جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٦٢، الطعن ٤١١ لسنة ٣٨، ق جلسة ٣١ / ١٢ / ١٩٧٤، الطعن ٦٨٧ لسنة ٤٣، ق جلسة ٢٨ / ٤ / ١٩٧٦، الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٦، ق جلسة ٢٢ / ١١ / ١٩٧٨، الطعن ٧٩٠ لسنة ٤٦، ق جلسة ٢٢ / ١١ / ١٩٧٨، الطعن ٥٤١ لسنة ٤٦، ق جلسة ٢٦ / ١٢ / ١٩٧٩، الطعن ٦١١ لسنة ٤٨، ق جلسة ١٠ / ٥ / ١٩٨٤، الطعن ٨٣٠ لسنة ٤٩، ق جلسة ٢٩ / ١١ / ١٩٨٤.

بحق كما ذهب كثيرون ليس غاية بذاتها بل وسيلة تختفي تحت عبائها مبادئ وقيم محورية في قمة عالم الأخلاق يتقدمها المساواة الشكل الأكثر بداهة والأكثر تعقيدا للعدالة والمنفعة المنشودة في مطلق عملية تعاقدية سليمة ومشروعة^(١) (المطلب الأول)، والتي لم يراعها المشرع المدني الكويتي لدى صياغته الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ و تعديلاته (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: المساواة أمام القانون و القضاء ركيزة وجودية ذات صبغة دينية لحوار الحضارات الإجتماعية و القانونية

لا خلاف على ما لمبدأ المساواة من قيمة متميزة في عالمي الإجتماع والقانون، بإعتباره الضمانة الأساسية لكفالة التمتع بالحقوق المعترف بها للأفراد في أي مجتمع سياسي بالنظر إلى أن توفير الحماية لأي حق من هذه الحقوق لا بد وأن يتم في إطار من المساواة بغض النظر عن الجنس، العرق، الدين، الوضع الاجتماعي والاقتصادي وغيرها، من دون امتياز، وإلا كان ذلك إخلالا بالحق ذاته وانتقاصاً منه.

أولاً: القيمة الحضارية ذات الأصول الدينية لمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء

تفيد المعطيات التاريخية الثابتة، أن الرسائل السماوية في العصور الوسطى بخاصة وضعت اللبنة الأولى لمبدأ خضوع الدولة للقانون ونادت بمبدأ المساواة قبل تكريسه في النظم الوضعية والمواثيق الإقليمية والدولية، وبخاصة الرسالة

^(١) دينيس لويد : فكرة القانون ، عالم المعرفة ، الكويت ١٩٨١ ، ص ٥٥ .

J. Ghestin, G. Loiseau, Y.M. Serinet : La formation du contrat : l'objet et la cause, les nullités ,Tome 2 , 4^e édition , L.G.D., Paris 2013 , p. 12 et s ; P.Durand : La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel , revue trimestrielle de droit civil , 1944 , p. 87 et s .

الإسلامية حيث يجد مصدره في كتب الله الكريم عز و جل و في أحاديث الرسول صلى الله عليه و سلم و خطب الخلفاء الراشدين و مكاتبتهم إلى الولاة و القضاة .
فإنه جل شأنه يقول في كتابه الكريم " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله و لو على أنفسكم أو الوالدين و الأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا و إن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعلمون خبيرا " (سورة النساء ، آية ١٣٥)، ويقول عز و جل " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها و إذا حكمتم بين الناس أو تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به" (سورة النساء ، آية ٨٥)، كما بين رسولنا الكريم صلوات الله عليه ما للمساواة أمام القضاء من خطورة و أهمية و أن الإخلال بها يؤدي إلى إهلاك الأمم حينما قال " إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه و إذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد فوأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها ". و لقد أوضح صلوات الله عليه للقاضي المسلم كيفية تحقيق المساواة في معاملة الخصوم أمام القضاء بقوله في حديثه الشريف أنه " إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت كلام الأول فإنه أحرى أن يتبين لك وجه القضاء ". و في حديث آخر يقول صلى الله عليه و سلم " سوى بين الخصمين في لحظك و لفظك".

وإن مبدأ المساواة أمام القضاء بخاصة يستلزم وحدة المعاملة بين المتقاضين بلا محاباة أو تمييز و تطبيق ذات الإجراءات بالنسبة لإستدعائهم أو حضورهم أو في مجلسهم أمام القاضي أو في الإستماع إليهم سواء من المدعي في بيان دعواه و حججه و بينته أو من المدعى عليه في رد الإتهام و شرح أوجه الدفاع عن نفسه .
و ضعياً، نتلمس من إستقراء الواقع القانوني على مساحة الخارطة الجغرافية القانونية الدولية من لاتينية جرمانية إلى إنكلوسكسونية إلى إسلامية إلى مختلطة، الحرص الشديد على تكريس مجمل القيم الموجهة الأخلاقية الإجتماعية الإقتصادية السياسية الفكرية، و ضمنا المساواة، في متن الدساتير بخاصة للدلالة على مرتبتها المتميزة في إستقرار التعامل و حماية المجتمع.

ثانياً: تكريس المشرع الكويتي لمبدأ المساواة أمام القانون و القضاء

لم تخرج دولة الكويت عن المنحى الأممي، بل ذخرت دستوراً بمواد متميزة تكفل مبدأ المساواة بإعتباره مبدأً أساسياً محورياً في ضمان الحقوق والحريات تتقدمها المواد الثانية منه التي نصت على أن "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"، والسابعة منه التي نصت على أن "العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين"، والتاسعة والعشرون منه التي نصت على أن الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين".

وفي سبيل البحث عن الوسائل الفعالة لتحقيق هذا المبدأ والانتقال من مرحلة ونطاق النصوص النظرية كمعاني مثالية إلى واقع فعلي يعيشه الأفراد نصت المادة الثانية والعشرون منه على أن "ينظم القانون، على أسس اقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية، العلاقة بين العمال وأصحاب العمل، وعلاقة ملاك العقارات بمستأجريها".

المطلب الثاني: مدى مراعاة الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من المرسوم بقانون رقم

٣٥ لعام ١٩٧٨ و تعديلاته لمبدأ المساواة أمام القانون و القضاء

ما يدعو للأسى والحزن الشديد، الصورة القائمة لبعض جوانب القانون الكويتي في العلاقات التأجيرية بخاصة التي تعكس نمط من أنماط الظلم القانوني مهددة بدون أية مبالغة إيجابية المضمون المميز والتمايز للدستور الكويتي على النحو المبين أعلاه. و نعني بخاصة المادة ٢٦ مكرراً (أ) من المرسوم بقانون رقم ٣٥ لعام ١٩٧٨ و تعديلاته المضافة بموجب المادة الثانية من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ التي نصت على أنه " إستثناء من أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، لا

يجوز رفع إشكال في تنفيذ الأحكام الصادرة في منازعات إيجار العقارات إلا من غير المحكوم عليه ويجب على المستشكل أن يودع خزانة وزارة العدل كفالة قدرها مائة دينار عند تقديم صحيفة الإشكال، ولا تقبل إدارة الكتاب الصحيفة إذا لم تصحب بما يثبت الإيداع وتصادر الكفالة بقوة القانون إذا خسر المستشكل إشكاله. ...".

لقد أقام هذا النص بوضوح التفرقة بين أطراف الخصومة أمام القضاء بالنسبة للمؤجر والمستأجر إذ أعطى للمؤجر مكنة الإستئناف للحكم الصادر في الدعوى دون قيود في حين قيد حق المستأجر في الإستئناف بإيداع مبلغ الأجرة المحكوم به وصادر حقه في الإستئناف حتى ولو كان قد سبق له إيداع الأجرة سيما ولو أن الحكم الابتدائي قد صدر في غيبته أو قد صدر نتيجة تعسف أو غش أو ما شابه من الخصم أو اتخذ هذا النص من عدم إيداع الأجرة (المخاطب به المستأجر فقط دون المؤجر) قاعدة لنهائية حكم محكمة أول درجة في حق من صدر ضده من المستأجرين - يستند به مرحلة من مراحل التقاضي - و أنشأ بهذا تمييزاً بين أطراف الخصومة في إتاحة الحق في الإستئناف للمؤجر وفرصة لا يحظى بها المستأجر على نحو يجافي بها المواد الدستورية السالفة البيان، كما أقام النص الطعين مانعاً قانونياً يحول في حد ذاته بين المستأجر المحكوم عليه وبين إعادة عرض دفاعه أمام المحكمة الإستئنافية بسبب عائق مادي (عدم قبول إدارة الكتاب إستئنافه) وحال كذلك دون قيام المحكمة الإستئنافية من بسط سلطتها في محاكمة حكم محكمة أول درجة .

ويرى الدكتور أحمد هندي أن النص المشار إليه أعلاه ".... يمثل مخالفة صارخة لحق المحكوم عليه في أن يقدم إشكالات في التنفيذ حماية لحقوقه و رعاية مصالحه ... "(1)، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور بدر جاسم اليعقوب

(1) أحمد هندي، المصلحة و الصفة في منازعات إيجار العقارات، ص ١٣.

من أن هذا النص بهذه الصورة يثير شبهة مخالفة الدستور لما يتضمنه من حرمان المحكوم عليه من رفع الإشكال في التنفيذ ومساسه بحق التقاضي وإخلاله بقواعد العدالة الإجتماعية وذلك ما يعد تجاوزاً من المشرع على الصلاحيات الممنوحة له من الدستور لتنظيم حق التقاضي ويؤدي إلى إهدار حقوق المواطنين .. " معتبراً أن المحكمة الدستورية لو قررت النظر في الطعن رقم ١ لسنة ٢٠٠٣ " حيث قضت بعدم قبوله لإفتقاره لشرط المصلحة الشخصية المباشرة إضافة إلى إفتقاره الأساس الذي يستقيم به تحريك ولاية هذه المحكمة ... لكانت توصلت إلى إهدار قيمته القانونية لعدم دستوريته ولمخالفته المادة ١٦٦ من الدستور التي تقضي بأن حق التقاضي مكفول للناس و يبين القانون الإجراءات و الأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق^(١).

بالمقابل .. لم يجد أستاذنا الدكتور طارق عبد الرؤوف صالح رزق في النص على عدم جواز رفع الإشكال من المحكوم عليه في منازعة إيجارية " ما يعد حرماناً له من إستعمال حق التقاضي لأن ذلك لا يعدو أن يكون تنظيمياً لإستعمال هذا الحق، و قد كان المحكوم عليه خصماً في الدعوى وأتيح له فرصة إبداء ما قد يكون لديه من دفوع ودفاع قبل صدور الحكم بخلاف الحال بالنسبة لمن لم يكن طرفاً في الخصومة فقد أجاز له النص بأن يستشكل في تنفيذ ذلك الحكم الذي لم يكن طرفاً فيه و بذلك فقد كفل له المشرع حق التقاضي. و إذا صدر حكم بإخلاء العين المؤجرة من شاغليها، وجب إخلاء العين من الزوجة والأولاد والأقارب، وليس لهم حق تقديم إشكال في حكم الإخلاء أو ليس لهم صفة في الإشكال ... فإقامة الزوجة أو الأولاد في العين المؤجرة إنما هي كإقامة تابعيه المستأجر، لا تجعل من أحدهم مستأجراً أصلياً ومن ثم فإذا كان المستشكل ليس طرفاً في الحكم المستشكل في تنفيذه، فهو من فصيلة الغير بالنسبة له، و إذ كان المستشكل قد اثاره في

(١) بدر جاسم اليعقوب، المرجع المذكور سابقاً، ص ٦٢٩، الطعن ١ لسنة ٢٠٠٣، دستوري جلسة ١٠ / ٥ / ٢٠٠٣، طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع المذكور سابقاً، ص ٤٩٤.

حصيفة دعواه وأن إجراءات التنفيذ بوشرت قبل شخص آخر دون أن يشير إلى وجه تعارض هذا التنفيذ مع حقوقه كان إشكاله غير جدي، وإذ تبين من ظاهر الأوراق أنها خلت من ثمة دليل جدي يفيد أن للمستشكل ثمة حقوق تتأثر بالتنفيذ وإن تنفيذ الحكم يتعارض مع حقوقه الثابتة بمستندات لا يحطها أدنى شك، وأنه قصد به تأخير التنفيذ ووضع العراقيل في سبيله يجب رفضه، وإذ خسر المستشكل دعواه وكان الإشكال موقفاً للتنفيذ، للمحكمة أن تقضي بتغريمه مائة دينار عملاً بالحق المخول لها بنص المادة ٢٦ مكرر أ من المرسوم بقانون ٣٥ لعام ١٩٧٨ في شأن إيجار العقارات. و لا يجوز وقف التنفيذ برفع إشكال على سند من أن هناك إستئناف في الحكم المستشكل فيه ذلك ان الإستئناف لا يوقف تنفيذ الحكم المستشكل فيه سيما إذا كان مشمولاً بالإنفاذ المعجل فيما عدا الأحكام الصادرة بالإخلاء ... " (١).

وفي نفس السياق ، يرى زميلنا المحامي عادل قريان " ... أن قانون الإيجارات حظي بإهتمام كبير من المشرع الكويتي بأثره البالغ في كثير من نواحي النشاط الإقتصادي الإجتماعي ... ومن سلبياته عدم التطبيق الكامل لمبدأ التقاضي على درجتين فيما يتعلق بموضوع الإعلانات حيث تكون صحيحة في نظر قانون الإيجارات بمجرد اللصق بخلاف الطريقة التي حددها قانون المرافعات لأنه و بموجب هذا القانون لا يجوز الطعن بالإستئناف إلا بسبب الخطأ في تطبيق القانون أو إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات اثر في الحكم ، أي بمعنى أن إستئناف قضايا الإيجارات يعتبر تمييزاً أي محكمة قانون لا محكمة موضوع ... وكذلك يندرج ضمن سلبيات القانون النص القاضي بأن الحكم الصادر في قضايا الإيجارات لا يستشكل فيه من قبل أطرافه وإنما من الغير، حيث أن المعني والمتضرر هو المستأجر لا الغير ، فكيف يحرم المستأجر من عمل الإستشكال

^١ طارق عبد الرؤوف صالح رزق : المرجع المذكور سابقا ، ص ٤٩٤ و ما يليها .

وهو المنتفع بالعين لا سيما أن قانون الإيجارات قد قصر الإستئناف على حالات معينة محصورة بمخالف الحكم للقانون "، كما يشدد زميلنا المحامي عبد الله الغريللي " ... على ضرورة وجود قانون يخدم مصالح المالك والمستأجر ويوفر التوازن فيما بينهما، هذا ما يريده أصحاب العقارات حفاظاً على مصالح البسطاء من المواطنين، فأسعار إيجارات الوحدات العقارية سواء كانت سكنية أو تجارية في دولة الكويت ليست ضمن حدود معقولة إذ قورنت بأسعار الوحدات في كثير من دول المنطقة أو حتى البعض من عواصم العالم التي تعتبر أسعارها اقل نسبياً بالمقارنة، كما أنها تمنح إمتيازات توفرها تلك الدول مواطنيها أو مستثمرين فيها، وبدوره يؤكد زميلنا المحامي لبيد عبدال على " ... ضرورة إعادة النظر في نص المادة ٢٦ لما تشكله من إنتقاص كبير لحق التقاضي المكفول للمواطنين و المقيمين و مما تثيره من شبهة عدم دستورية .. فيجب أن يشمل التعديل الجديد جواز عمل إشكال في تنفيذ الحكم من أطراف الدعوى و أمام المحكمة و يقدم كل طرف مبررات إشكاله و على المحكمة أن تقرر قبول الإشكال أو رفضه من دون التقيد بعمل الإشكال من الغير بإعتباره أيضاً خروجاً عن المألوف و إبتساراً لحق اللجوء إلى القضاء ... " ، كما يؤيد زميلنا المحامي خالد القطان " ... أي تعديل يعيد التوازن بين مصالح طرفي العقد في ضوء المصلحة العامة للجميع و بما يتفق مع الظروف الإقتصادية و الإجتماعية ... وضمنا تعديل المادة ٢٦ مكرر "أ" التي تعد محاولة من المشرع في رسم التقاضي بإجراءات مبسطة و مختصرة يمكن عن طريقها الفصل في المنازعات الإيجارية على وجه الإستعجال و توخياً للسرعة و إبتغاء التبسيط و التيسير".

خاتمة

في زمن الفوضى في الأخلاق والقيم وممارسة الحريات، يدق الموقف الملائم من صياغة القواعد الناظمة للعلاقات التأجيرية المؤثرة بقوة في إستقرار التعامل في المجتمع ورفاهيته بأن تأتي مشبعة بالقيم و المبادئ المثالية الموجهة نصاً وروحاً. ومبدأ المساواة أمام القانون كمبدأ دستوري ليس مبدأ جامداً منافياً للضرورة العملية ولا هو بقاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء، وإذ جاز للمشرع أن يتخذ ما يراه ملائماً من التدابير لتنظيم موضوع محدد إلا أن تطبيق مبدأ المساواة لا يجوز أن يكون كاشفاً عن إعتاقه لأوضاع جائرة تنثير ضغائن أو أحقاد بين المواطنين بل يتعين أن يكون ما يصدره من تشريعات معتدلاً في مجال التعامل مع المواطنين فلا يمايز بينهم إملاءً أو تعسفاً، بين مراكز لا تتحد معطياتها أو تتباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها على أن تكون الفوارق بينها حقيقة لا إصطناع فيها، ذلك أن ما يصون مبدأ المساواة ولا ينقص محتواه هو ذلك التنظيم الذي يقيم تقسيماً تشريعياً ترتبط فيه النصوص التي يضمها للأغراض المشروعة التي يتوخاها ، فإذا قام الدليل على إنفصال هذه النصوص عن أهدافها كان التمييز إنفلاتاً لا تبصر فيه كذلك الأمر إذا كان إتصال الوسائل بالمقاصد واهياً إذ يعتبر التمييز عندئذ مستنداً إلى وقائع يتعذر أن يحمل عليها فلا يكون التشريع دستورياً.

وحيث أن الأصل في النصوص القانونية التي إقتضتها الضرورة أن يكون إعمالها مشروطاً بتوافر موجباتها وبقدرها ولا يجوز بالتالي أن تعتبر التدابير التي يتدخل بها المشرع في مجال إجراءات التقاضي من أجل ضبطها في العلاقة بين ملاك العقارات بمستأجريها حلاً نهائياً ودائماً لمشكلاتها، إذ أن تطبيقها يظل مرتبطاً بالضرورة التي أملتها بوصفها باعثها وإطارها وما كان لسريانها بالتالي أن ينفصل عن مبرراتها ولا أن يجاوز مداها قدر هذه الضرورة وإلا إعتبر إقرارها منافياً لمواد دستورية عدة تكفل حقوق المساواة بين المواطنين والعدالة الإجتماعية بين ملاك

العقارات و مستأجريها و تكفل التساوي بينهم أمام القانون في الحقوق و الواجبات و لا تمييز بينهم في ذلك.

نعم ، نعتقد بكل ثقة ووضوح أنه يجب تعديل قانون الإيجار ورفع الظلم عن شريحة من المستأجرين يئنون تحت ظلم القانون ولا قوة لهم سوى الخضوع لمنطوقه، نعم نعتقد أن الأون قد آن ، كي تمحى سمعة الظلم اللصيقة دوماً في مقاربة المنظومة الوطنية للعلاقات الإيجارية، نعم، نعتقد أن الأوان قد آن ليأتي تدخل المشرع ضامناً للتوازن المطلوب بين طرفي العقد حتى ولو كان دافعه الرئيسي حماية الطرف الضعيف في العقد.

فيا أيها المشرع الكويتي، إن المادة ٢٦ مكرر (أ) بصيغتها الحالية تركز التمييز في زمن المساواة وإحترام حقوق الإنسان ، والطبقية في زمن التكافل الإجتماعي والتقدم بمختلف المجالات،

أيها المشرع الكويتي، حرصاً على الهدف الأسمى المتمثل بتجسيد القيم والمبادئ التي لطالما نادى بها الدساتير وشرائع الأمم قاطبة فعلاً لا قولاً، و كي لا تفرع الأجراس عبثاً بعد اليوم، وكي لا يترنح صرح العدالة وينداعى أخرج نفسك من أتون العبث و حلقة اللادستورية المفرغة المحرقة من خلال تعديل صياغة المادة ٢٦ السالفة الذكر بحيث يفرض رسم على المحكوم عليه أيا كان مقداره يؤديه قبل رفعه الإشكال كما يجرى الإشكال الذي يرفعه من الأثر الواقف لضمان جدية المحكوم عليه و منعا لتعطيل التنفيذ.