

# KILAW

كلية القانون الكويتية العالمية  
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

## مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

علمية ، محكمة ، ربع سنوية ، تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية  
صدر العدد الأول منها في مارس 2013

العدد 2 - السنة الخامسة - العدد التسلسلي (18)

رمضان 1438هـ - يونيو 2017 م



## ثمن العدد

- الكويت: 750 فلساً.
- دول الخليج: السعودية: 10 ريالات، قطر: 10 ريالات، الإمارات: 10 دراهم
- البحرين: 1 دينار، عمان: 1 ريال
- الوطن العربي: ما يعادل دولاراً أمريكياً
- الدول الأجنبية: ثلاثة دولارات

## الإشتراكات السنوية

نوع الإشتراك	الكويت	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الإشتراك
أفراد	٣ دنانير	٤ دنانير	١٥ دولاراً	سنة
	١٥ ديناراً	١٥ ديناراً	٦٠ دولاراً	
مؤسسات	٥ دنانير	٥ دنانير	٢٥ دولاراً	سنتان
	٢٥ ديناراً	٢٥ ديناراً	١٠٠ دولار	
أفراد	٧ دنانير	١٠ دنانير	٣٥ دولاراً	٣ سنوات
	٣٥ ديناراً	٣٥ ديناراً	١٤٠ دولاراً	
مؤسسات	٩ دنانير	١٣ ديناراً	٤٥ دولاراً	٤ سنوات
	٤٥ ديناراً	٤٥ ديناراً	١٨٠ دولاراً	

تدفع الإشتراكات بإحدى الطرق التالية:

- شيك لأمر كلية القانون الكويتية العالمية على أحد المصارف الكويتية.
  - تحويل بنكي لحساب كلية القانون الكويتية العالمية:
- رقم الحساب: 012010074824 اسم البنك: بنك الكويت الدولي  
IBAN: K W94 K W I B 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 2 0 1 0 0 7 4 8 2 4

العنوان: الكويت - مدينة الدوحة - قطعة 4 - قسيمة 800005

هاتف: (+965)22280222 - مباشر: (+965) 22280181 - فاكس: (+965)22280209

Kilawjournal@kilaw.edu.kw

www.kilaw.edu.kw

جميع الآراء التي تتضمنها هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها،  
ولا تعبر عن رأي المجلة ولا تعكس رأي كلية القانون الكويتية العالمية

## هيئة التحرير

● رئيس التحرير

أ.د. بدرية عبدالله العوضي

● مدير التحرير

أ.د. أسامة محمد الفولي

● مستشارو التحرير

أ.د. علي عبدالقادر القهوجي

أ.د. عبدالحميد محمود البعلي

أ.د. سهام عبدالوهاب الفريح

● لجنة مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

د. مصطفى محمد موسى

د. عباس هبر الشمري

د. أنضال العبدالهادي

د. أسسم جوسيك

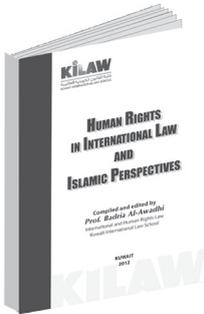
د. مايرا ويليامسون



# KILAW

كلية القانون الكويتية العالمية  
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

## إصدارات كلية القانون الكويتية العالمية



للحصول على نسخة من أحد الإصدارات يرجى الاتصال:

تلفون: 22280222 (+965) - داخلي: 168 - 487

فاكس: 22280209 (+965) أو البريد الإلكتروني: [info@kilaw.edu.kw](mailto:info@kilaw.edu.kw)

## قواعد النشر

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلة قانونية علمية محكمة ربع سنوية، تقبل النشر فيها باللغة العربية والفرنسية والإنجليزية، وهي تعنى بنشر كل ما يتصل بالموضوعات القانونية محل اهتمام المجلة، وذلك في أي من المجالات التالية:

- البحوث والدراسات.
- التعليق على أحكام قضائية.
- ملخصات الرسائل الجامعية.
- التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات.
- عرض الكتب القانونية الجديدة ومراجعتها.

وذلك وفق القواعد الآتية:

### أولاً - البحوث والدراسات العلمية:

#### ■ قواعد عامة:

- 1 - ألا يكون البحث أو الدراسة قد سبق نشرها، أو مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
- 2 - ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير، إلا إذا كانت هذه الأخيرة ذات أهمية وإضافة في مجال التخصص، وأقرتها هيئة التحرير، وألا يكون جزءاً من كتاب له سبق نشره.
- 3 - أن تكون عدد صفحات البحث أو الدراسة بحد أقصى (50) صفحة.
- 4 - لا يجوز نشر البحث أو الدراسة في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.

- 5 - يجب أن تكون البحوث أو الدراسات مطبوعة، وتقدم البحوث مطبوعة من ثلاث نسخ، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- 6 - لا ترد أصول البحث أو الدراسة بعد الموافقة عليها من هيئة التحرير.
- 7 - يجب أن يرفق الباحث ملخصاً للسيرة الذاتية لا يتجاوز صفحة واحدة.
- 8 - يمنح كل باحث ثلاث نسخ من العدد المنشور فيه بحثه مع عشرين مستلاً من البحث.
- 9 - يرفق الباحث ملخصاً عن البحث أو الدراسة في حدود صفحة واحدة فقط باللغتين العربية والإنجليزية.
- 10 - يكون للمجلة الحق في الاحتفاظ بجميع حقوق النشر، ورقياً وإلكترونياً للبحث المجاز.

#### ■ قواعد خاصة:

- 1 - يجب تخصيص قائمة بالمراجع في آخر البحث أو الدراسة، تتضمن المراجع التي أشير إليها في المتن، وتوضع في صفحة مستقلة، على أن تُرتب المصادر والمراجع بدءاً بالمراجع العربية ثم المراجع الأجنبية، من دون ترقيم.
- 2 - يشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة على امتداد صفحات البحث أو الدراسة، وتشرح مرقمة بحسب تسلسلها.
- 3 - يخضع ترتيب البحوث والدراسات المنشورة في المجلة لاعتبارات فنية.
- 4 - يراعى في أولوية النشر:
  - البحوث الواردة من أعضاء هيئة التدريس في كلية القانون الكويتية العالمية.
  - البحوث والدراسات التي تعنى بالقوانين الكويتية أو المقارنة بالقوانين الكويتية.

- تاريخ تسليم رئيس التحرير للبحث، وأسبقية تقديم البحوث التي يتم تعديلها.
- تنوع البحوث والدراسات كلما أمكن ذلك.

### ثانياً - التعليق على الأحكام القضائية:

- تنشر المجلة التعليق على أحكام القضاء، إيماناً منها بأهمية آراء الفقه القانوني في تحليل الحكم وتأصيله ونقده، من واقع الربط بين نظرية القانون وعلمه، وبين التطبيق العملي، وذلك وفق القواعد التالية:
- أن يكون مُعدّ التعليق متخصصاً في القانون.
  - أن يتناول التعليق حكماً نهائياً استنفد طرق الطعن فيه.
  - ألا يناقش التعليق إلا المبادئ التي أقام عليها الحكم دعائمه.
  - ألا يتعرض التعليق للهيئة والقضاة الذين أصدروه.

### ثالثاً: عرض ملخصات الرسائل الجامعية:

- تنشر المجلة الرسائل الجامعية (الماجستير - الدكتوراه) التي تمت إجازتها، ويراعى فيها أن تكون حديثة، وأن تعد بمعرفة صاحب الرسالة، وأن تمثل إضافة علمية جديدة في أحد مجالات القانون المعروفة، على ألا يزيد العرض على (10) صفحات، مع مراعاة أن يضم الملخص ما يلي:
- مقدمة لبيان أهمية الرسالة.
  - ملخصاً لموضوع الرسالة وكيفية تحديده، ويكون ضمن الرسالة.
  - ملخصاً لمنهج الرسالة وفروضها وعينتها وأدواتها.
  - خاتمة لأهم ما توصل إليه معد الرسالة من نتائج وتوصيات.

## رابعاً: تقارير اللقاءات العلمية:

تنشر المجلة التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات التي تتصل بموضوعاتها بواحد أو أكثر من مجالات اهتمام المجلة، والتي انعقدت حديثاً في داخل الكويت أو خارجها، ويراعى فيها:

- أن يغطي التقرير فعاليات الندوة أو المؤتمر مركزاً على الأبحاث العلمية وأوراق العمل المقدمة ونتائجها، وأهم التوصيات التي توصل إليها.
- ألا يزيد التقرير عن (5) صفحات.

## خامساً: عرض الكتب ومراجعتها:

تنشر المجلة المراجعات التقييمية للكتب حديثة النشر، التي تخص أي حقل من حقول القانون والتي تتوافر فيها الشروط الآتية:

- أن يكون الكتاب متميزاً ومشملاً على إضافة علمية جديدة.
- أن يكون معد المراجعة متخصصاً في المجال العلمي نفسه للكتاب.
- ألا يكون قد سبق تقديم العرض للنشر في مطبوعة أخرى.
- أن يعرض المراجع ملخصاً وافياً لمحتويات الكتاب، مع بيان أهم أوجه التميز والقصور، على ألا يزيد العرض على (5) صفحات.
- تمنح المجلة مقابلاً مالياً لعرض الكتب الذي يتم بتكليف من المجلة فقط.
- ترسل البحوث والدراسات إلى رئيس تحرير مجلة القانون الكويتية العالمية على العنوان التالي:

● البريدي: الكويت - مدينة الدوحة - قطعة 4 - قسيمة 800005

ص.ب: 59062 - الرمز البريدي 93151

● هاتف: +96522280222

● الفاكس: +96522280209

● البريد الإلكتروني: [kilawjournal@kilaw.edu.kw](mailto:kilawjournal@kilaw.edu.kw)

[www.kilaw.edu.kw](http://www.kilaw.edu.kw)



مع تقديم مكافأة مالية لمن تقبل أبحاثهم وجائزة الإسهام العلمي

## إعلان عن الاستعداد لنشر أبحاث

### طلبة كلية القانون الكويتية العالمية

في إطار سياسة كلية القانون الكويتية العالمية لتشجيع الطلبة على الانخراط في مجالات كتابة الأبحاث العلمية وعلى التفكير العلمي، تعلن إدارة تحرير مجلة الكلية عن استعدادها لنشر أبحاث الطلبة التي تراعي وتلتزم بقواعد النشر العلمي، كما تعلن عن تقديمها مكافأة مالية ومنحها جائزة الإسهام العلمي المرموق للطلبة الذين تقبل أبحاثهم للنشر.

يشترط في الأبحاث أن تكون في أحد الموضوعات القانونية الحيوية وذات الأهمية، وأن تراعي قواعد النشر الواردة في مقدمة أعداد المجلة، وأن تسلم في نسختين إلكترونية ومطبوعة إلى إدارة المجلة.

للاستفسار يمكن التواصل مع إدارة المجلة على الأرقام التالية:

22280222 – داخلي: 168 - 487

البريد الإلكتروني: [kilawjournal@kilaw.edu.kw](mailto:kilawjournal@kilaw.edu.kw)

## Announcement to the students of Kuwait International Law School

Within the framework of KiLaw's policy to encourage students to engage in the fields of academic research writing as well as academic thinking, the school's journal would like to announce its willingness to publish students' research which adhere and abide by the rules of academic publishing. It would also like to announce offering monetary rewards as well as granting the Prestigious Academic Contribution Award for students whose research is eligible for publication.

The presented research papers should concern one of the legal issues of vital importance, and should abide by the rules of academic publishing as stated at the introduction of the journal's issues. Two copies, an electronic and a printed copy, of the paper should be submitted to the administration of the journal.

## محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
كلمة العدد	
13	نحو تعزيز مكانة ودور السلطة القضائية
دراسات وأبحاث باللغة العربية	
19	حق الانتخاب والترشح بين الدستور والقانون في الكويت د. هشام الصالح
131	التطورات القضائية الحديثة للطعن في العقود الإدارية - دراسة مقارنة د. يحيى محمد النمر
205	ضمانات التوقيف للنظر في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أ.د. حسينة شرون وأ.د. عبد الحليم بن مشري
235	اللجوء للحق في اتخاذ إجراءات مضادة ومدى ملاءمته كخيار للرد على الهجمات السيبرانية المعادية أ.د. ياسر يوسف الخلايلة وأ.د. مخلد إرخص الطراونة
287	الوزير والوزارة في التنظيم الإداري السعودي د. إبراهيم محمد الحديثي
343	حقوق والتزامات المطور العقاري في القانون القطري - دراسة في قانون تنظيم التطوير العقاري رقم 6 لسنة 2014 مقارنة بتشريعات دولة الإمارات د. صالح أحمد اللهيبي
379	الإصلاحات الدستورية في الأردن بعد «الربيع العربي» د. ليث كمال نصرأوين
457	جريمة العدوان في منظور القانون الدولي الجنائي د. فريجه محمد هشام
دراسات وأبحاث باللغة الإنجليزية	
33	المساعدة على الانتحار: دراسة في القانون الجنائي الإنجليزي واجتهادات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان د. سامي حمدان الرواشدة

## نحو تعزيز مكانة ودور السلطة القضائية

يعد القضاء ركناً مهماً من أركان العدالة وبناء المجتمعات المستقرة، ولأجل ذلك، حرصت الشرائع السماوية والقوانين الوضعية على إيلائه أهمية كبيرة، كما رفعت الوثائق الدستورية، القديمة والحديثة، إلى مصاف السلطات مثله في ذلك مثل السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية، وقد منحتة منحتة وضعية مستقلة، ومن الأدوات ما يكفل له تحقيق المهام التي أوكلت إليه. وقد ترسخ وضع القضاء وتزايدت أهميته بعد أن أصبح احترامه وتعزيز دوره الفعال توجهاً عالمياً، وأحد المعايير الرئيسة في بيان تقدم الدول ونهضتها، باعتباره منفذاً للقوانين ومحققاً للعدالة في النزاعات المختلفة التي تعرض عليه، وحامياً للحقوق والحريات، وطرفاً محايداً في الفصل بالنزاعات التي تحدث أحياناً بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وقد أخذت الدول العربية بهذا النهج على مستوى الوثائق والنصوص الدستورية والقانونية، لكن دور السلطة القضائية فيها ومسارعتها وفعاليتها تباينت واختلفت بحسب ظروف كل واحدة منها، وهي تواجه تحديات متقاربة نحو تطوير أداء السلطة القضائية باتجاه إيجابي وفعل من شأنه أن ينعكس على غيره من القطاعات والمجالات الاجتماعية، ومن شأنه أن يسهم بتطوير القوانين وتعزيزها عبر اجتهادات قضائية مبتكرة ومؤصلة، تدعمها في ذلك حركة دؤوبة ومتميزة لرجال الفقه القانوني في المجالات المختلفة، بالإضافة إلى تشريعات قانونية تراعي متطلبات العمل الحكومي والإداري وغيره.

إن الوقائع الدولية المقارنة المتتالية تسلط الأضواء على الأدوار الإيجابية والفاعلة التي تقوم بها السلطة القضائية في مجال تطوير تعزيز استقرار النظام القانوني وسيادته، فابتداءً من اجتهادات القضاء الفرنسي في مجال العقود والالتزامات والإدارة، التي تمت عبر سنوات وعقود وسدت نقصاً حاداً في مجالات حيوية في مجال العقود والأعمال والتجارة الدولية والحريات، والتي استوعبها المشرع الفرنسي في مئات المواد القانونية التي أدرجت في الإصلاح التشريعي الأوسع في تاريخ الجمهورية المنشور بالجريدة الرسمية في فبراير

من العام الماضي، ومروراً بقرارات المحكمة الدستورية في كوريا الجنوبية التي قضت بعزل رئيسة البلاد من منصبها بعد إدانتها من قبل البرلمان في قضية فساد وتصويته على عزلها، ونصت في حكمها التاريخي، الذي تقرر بموجبه لأول مرة عزل رئيس منتخب، على أن "أفعال الرئيسة بارك أفستت روح الديمقراطية وروح القانون في البلاد"، وعلى أنها "خرقت القانون بسماعها لتشوي سون سيل (صديقتها) بالتدخل في شؤون البلاد، كما أنها خرقت قواعد السرية بتسريب وثائق رئاسية مهمة"، وقد أنهى هذا الحكم القضائي الأزمة السياسية في البلاد، وانتظمت بعدها انتخابات رئاسية جديدة، وأحيلت خلالها الرئيسة المعزولة إلى القضاء ليفصل في قضية الفساد الملاحقة بها.

ومن هذه الوقائع الدولية المؤثرة أيضاً والتي تعكس الدور الحاسم للقضاء، ما قررتة المحكمة العليا في بريطانيا بحكمها الصادر بتاريخ 4 نوفمبر 2016 من أن الحكومة ملزمة بضرورة الحصول على موافقة مجلس العموم قبل الشروع في أي مفاوضات مع الاتحاد الأوروبي بشأن الخروج منه، حيث أشارت إلى أن عدم القيام بذلك سيشكل انتهاكاً للمبادئ الدستورية، ورفضت حجة الحكومة بأنه يمكن لها استخدام سلطات تنفيذية تُعرف باسم "الامتياز الملكي"، لاستخدام المادة خمسين من معاهدة لشبونة للاتحاد الأوروبي وبدء محادثات للانسحاب من الاتحاد. وبموجب هذا الحكم، فقد تعين على الحكومة عرض تفاصيل سحب العضوية على البرلمان للتصويت عليها قبل بدء عملية التفاوض مع الاتحاد الأوروبي، وهو ما قامت به لاحقاً تنفيذاً لحكم المحكمة.

إن الوقائع المقارنة السابقة، تقدم دليلاً على الدور الايجابي الفعال الذي يمكن للقضاء القيام به، سواء في تطوير القوانين وإيجاد الحلول عبر الاجتهادات القضائية، أو في حل الأزمات والحفاظ على علوية المبادئ الدستورية واحترام الحقوق والحريات، ولا يمكن لاختلاف البيئات والظروف العامة أن تحول دون النظر في تطوير أداء السلطة القضائية ودورها وفعاليتها في البلاد العربية المختلفة. إن هناك متطلبات أساسية تحتاج للمراجعة والنظر في وضعية السلطة القضائية في بعض الدول، إذ لا بد من الإسراع في استكمال توطین

---

وظائف رجال السلطة القضائية، والعمل على تعزيز تكوينهم من النواحي النظرية والعملية، بما يؤهلهم لحسن تطبيق القانون والاجتهاد بما يكفل سيادة القانون وتحقيق العدالة، كما أنه من المهم تعزيز ضمانات استقلال القضاء سواء من الناحية الموضوعية أو التنظيمية، وتقع مسؤولية ذلك كما هو معروف على السلطتين التنفيذية والتشريعية.

ولا يفوتنا بمناسبة حلول شهر رمضان المبارك أن نتقدم لقرائنا الأكارم وزملائنا الباحثين وأعضاء هيئة التدريس بأحر وأطيب التهاني بالشهر الفضيل، داعين الله العلي القدير أن يتقبل طاعاتهم ويبارك أعمالهم ويوفقهم لما فيه الخير والساد والصلاح، وأن يحفظ للأمة الإسلامية دينها وعزتها ووحدتها ويرد كيد أعدائها، إنه على كل شيء قدير.

**أ.د. بدرية عبدالله العوضي**



---

# أبحاث ودراسات باللغة العربية



## حق الانتخاب والترشح بين الدستور والقانون في الكويت

د. هشام الصالح

أستاذ القانون العام المساعد

كلية القانون الكويتية العالمية

### الملخص:

حرصت الدساتير والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان على أن تضمن للمواطنين حقي الانتخاب والترشح باعتباره حقاً دستورياً مقدساً، لكنه وبعد التسليم بهذه الهرمية تواجهنا مشكلة التفاصيل التي يتطرق إليها القانون الصادر عن السلطة التشريعية، والتي تفصل ما أجملته القواعد الدستورية المقتضية. وتبدأ المشكلة بتغيب النص الدستوري وعدم الاحتكام إليه أو بعدم استيعاب مفهومه وأبعاده، خاصة وأن الدستور ليس نصاً مغلقاً انتهى مفعوله لحظة إقراره، بل هو عمل حي منفتح على الاستنباط المتواصل لحقوق الإنسان وحياته، وعلى الأخص السياسية منها؛ كونها تمثل حجر الأساس ونقطة الارتكاز للممارسة الفعلية لكافة الحقوق والحريات؛ ولهذا كان ربط الحقوق السياسية بالدستور، الذي يهدف إلى تقييد سلطة المجالس التشريعية وأهواء أغلبياتها المختلفة عن مصادرة أو انتقاص هذه الحقوق.

والواقع أن الانتخابات البرلمانية في الكويت أصبحت جزءاً من الحياة الدستورية والسياسية في البلاد باعتبارها استحقاقاً دستورياً وديمقراطياً ارتضاه المواطنون منهجاً لاختيار مؤسساتهم الرقابية، ومع كل انتخابات تثار قضية مدى دستورية بعض الشروط؛ خاصة أنها قد تستر خلفها رغبة في إقصاء بعضهم عن المشهد السياسي، في ظل دستور كفل حق الانتخاب والترشح، وأناط بالقانون تحديد الشروط الواجب توفرها لممارسة هذا الحق.

وتهدف هذه الدراسة إلى تناول الأساس الدستوري والدولي لحق الانتخاب والترشح، موضحة مفهومه ونطاقه وأبعاده؛ ومن ثم تتناول كافة الشروط التي تطلبها القانون في المرشح والناخب في الكويت، ومدى مطابقتها لأحكام الدستور.

وبصفة عامة، سجّلنا وجود خلل ومثالب في تلك القوانين المنظمة لهذه الحقوق؛ إذ إن الخلل الحقيقي يبقى على مستوى الممارسة الميدانية، من خلال التشريعات التي أقرها مجلس الأمة وتطبيقات السلطة التنفيذية لها؛ لأن دراسة النصوص الدستورية وحدها لا تعطي صورة صادقة لما يتمتع به الأفراد من الحقوق والحريات. فعلى مستوى مؤسسة مجلس الأمة، سجّلنا ما يعبر عن قصور المشرع الكويتي في مفهوم التدخل التشريعي في مجال تنظيم الحقوق السياسية المتعلقة بحق الانتخاب والترشح، حتى كاد أن يعصف ويزهق النص الدستوري الكافل لتلك الحقوق. وفي خاتمته، جدد البحث دعوة المشرع الكويتي لتبني عدد من الاقتراحات، سواء على صعيد تعديل الدستور أو القوانين، بالإضافة أو الإلغاء.

## المقدمة:

يشهد حق الانتخاب والترشيح ونظرية الحقوق السياسية الكثير من الزيج، واختلاف القول عن الفعل، إلى هذا الحد أو ذاك، رغم كل هذا، فإن الحقوق السياسية كمسألة وموضوع لم تشهد في الاهتمام في أي عصر سابق كما تشهد اليوم، هذه الحقوق التي يجب أن يُعترف بها، وأن تُحترم، ولا يجوز الاعتداء عليها أو المساس بها.

إن كل حق من الحقوق يكفي لوحده أن يكون موضوعاً لدراسة مستقلة، بل إنه يستحق ذلك بجدارة، ومع ذلك كان اختيارنا أن نتناول هذه الدراسة حق الانتخاب والترشح لارتباطهما معاً، خاصة في ظل غياب مثل هذه الدراسات الجامعة المانعة للموضوع من جوانبه المختلفة.

ولا مراء في القول إن حق الانتخاب وحق الترشيح من أهم الحقوق السياسية والدستورية للمواطنين؛ لتعلقهما بالإرادة الشعبية، وباعتبارهما يمثلان الطريق القانوني لممارسة السيادة، من خلال اختيار أعضاء البرلمان لتولي ذلك نيابة عن الأمة، إلا أن هذا الحق — كغيره من الحقوق — يخضع للتنظيم؛ لذلك عُنيت الدساتير به؛ لإضفاء نوع من القدسية، كما تناولته القوانين المختلفة بتحديد هيئة الناخبين، والشروط التي ينبغي تحقيقها في المرشح.

ولا يمكننا إنكار أن مبادئ حقوق الإنسان العالمية قد أصبحت ذات تأثير متزايد على القوانين والدساتير إذ أصبح لها صبغة دستورية، وتمثل أحد عناصر الاسترشاد

والمعايير الهامة في التفسير الدستوري للحقوق والحريات.

وعلى ذلك، فإن الانتخاب عمل جماعي يُخَوَّل مَنْ يَسْتَوْفِي شروطه الحقَّ في الاختيار، كما أن ممارسة حق الانتخاب تتطلب توفر شروط معينة؛ حتى يمكن للمواطن التمتع به واستعماله؛ وكذلك حق الترشُّح يقتضي -أيضاً- وجود بعض الشروط؛ حتى يستطيع المواطن استخدامه وترشيح نفسه في الانتخابات للمجالس النيابية؛ حيث يعد حق الترشُّح أحد وسائل المشاركة في الحياة السياسية للمواطن، وأحد الحقوق السياسية التي اهتمت المادة (82) من الدستور الكويتي بالنص عليه صراحة.

والواقع أن مثل هذه الشروط هي عُرضة للتلاعب، بقصد أو بغير قصد، وتثير مشكلات على نطاق التطبيق العملي، وتتسبب في جدال قانوني وقضائي يطفو في كل موسم انتخابي. ونظراً لمدى أهمية الانتخابات، فإن قانونية هذه الشروط تعد محل اهتمام الكثير من الفقهاء والمختصين بالقانون والسياسيين، وتأتي هذه الدراسة من زاوية فعالية النص القانوني ومدى تحصينه للحق الانتخابي.

وتهدف هذه الدراسة إلى التأكيد على الحماية الدستورية لحق الانتخاب والترشح، وإلى إبراز الإيجابيات الحاصلة في تطور المنظومة الانتخابية على مستوى النصوص الجديدة، ومحاولة استدراك النقائص الموجودة، باعتبارها تمثل انتهاكاً للدستور، وتحسين القانون الوطني من خلال تقديم الاقتراحات في هذا الصدد.

على ضوء ما تقدم، فإن هذه الدراسة تناولت -كتأصيل- كلاً من حق الانتخاب والترشح، وأساسهما في الدستور وفي المواثيق الدولية، وانتقلت بعد ذلك إلى تناول الشروط التي يتطلبها الدستور والقانون الكويتي في الناخب والمرشح. وفي هذا الصدد، فإن هذه الدراسة تنطلق من رؤية مفادها: أن حرية الانتخاب وحرية الترشح هما من الحقوق الأساسية للإنسان، ليس من خلال صيغة واحدة، وإنما من خلال صيغ تختلف من دولة إلى أخرى، لكن بنفس الوقت يجب كفالته وتحققها.

وعليه، أمل أن يكون بين دفتي هذه الدراسة ما يكفي من الإجابات والموضوعات المفيدة عن مسائل تكون دائماً محلاً للنقاش والجدال والاختلاف حول الموقف الدستوري السليم منها، وما يسهم في إمداد الساحة السياسية والدستورية بالمعلومات السليمة والصحيحة والكافية حول هذا الموضوع المهم في جوانبه الدستورية.

## المبحث الأول

### الانتخاب والترشح والأساس الدستوري والقانوني لهما

يعد حقّ الترشح والانتخاب من أهم الحقوق العامة على الإطلاق، باعتبارهما يمثلان الطريق القانوني لممارسة السيادة؛ من خلال اختيار أعضاء البرلمان لتولي ذلك نيابة عن الأمة؛ لذا تحرص دساتير الدول الحديثة على تقرير هذه الحقوق في الدستور ذاته، لإضفاء نوع من القدسية والحماية عليها. وقد كان ذلك مسلك المشرع الدستوري الكويتي.

وتقتضي الدراسة، وقبلولوج في بيان الأسس الدستورية والقانونية لحقي الانتخاب والترشح، تحديد ماهية الانتخاب والترشح، وطبيعتهما القانونية، وأهم الأسس والقواعد التي تحكم عملية تنظيم هذين الحقين.

## المطلب الأول

### التعريف بالانتخاب والترشح وطبيعتهما القانونية

نظام الحكم لا يكون نيابياً بالمعنى الصحيح إلا إذا كان البرلمان أو أحد مجلسيه — على الأقل — مكوّناً بالانتخاب. وإذا كان فقهاء القانون الدستوري يتفقون على أن الانتخاب هو الوسيلة الوحيدة لإسناد السلطة السياسية في النظام الديمقراطي، فإنهم يختلفون في تكييف هذه الوسيلة، ويتعددون في بيان وشرح أسس الانتخاب وأنظمتها وأساليبه. وللوقوف على النظام القانوني لحق الانتخاب، فإننا سنتناوله في ثلاثة أفرع؛ الأول يتناول ماهية الانتخاب، والثاني يتناول الطبيعة القانونية لحق الانتخاب، والثالث يتناول المبادئ التي تحكم تنظيم حق الانتخاب.

## الفرع الأول

### ماهية الانتخاب

تعني الديمقراطية بمفهومها الواسع حكم الشعب من أجل الشعب، والانتخاب هو الوسيلة التي من خلالها يمكن الوصول إلى مبتغى حكم الشعب؛ لفرز أفضل العناصر الأكفاء ليكونوا ممثلين مخلصين يُنفذون ما يطمح إليه الشعب وما يُصلح الدولة. إن

الانتخاب<sup>(1)</sup> هو الدعامة الأساسية للنظام الديمقراطي، والديمقراطية في مفهومها العام هي أن يحكم الشعب نفسه بنفسه؛ أي أن يمارس كل السلطات بنفسه، أو بواسطة نواب عنه، واختيارهم لن يكون إلا عن طريق الانتخاب، الذي يعد الطريق الوحيد المتفق مع الديمقراطية. بعبارة أخرى، فإن الانتخاب هو الطريق الديمقراطي الوحيد في اختيار الحكم والحكام والنواب. ولم يضع الفقهاء في كتاباتهم العربية تعريفاً دقيقاً للانتخاب، ولعل ذلك راجع إلى وضوح معناه عند النطق به، نتيجة شيوع المصطلح وتداوله؛ لذا فإنهم لم يروا حاجة إلى تعريفه. ومع ذلك، ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الانتخاب بأنه: إفصاح إرادات متفقة بقصد إجراء تعيين، وذهب بعضهم الآخر إلى أنه: اختيار شخص أو أكثر من مجموعة مرشحين لتمثيلهم في حكم البلاد<sup>(2)</sup>، وذهب رأي إلى تعريف حق الانتخاب بأنه: قيام الشعب باختيار أفراد يمثلونه في مباشرة أو مزاولة السيادة نيابة عنهم، والقيام بإحدى وظائف الدولة التي تتعلق - في الغالب - بالتشريع<sup>(3)</sup> والمراقبة، فيما ذهب آخرون إلى أنه: حق الشخص في التصويت لاختيار الأشخاص الذين ينوبون عن أفراد الشعب في تولي السلطات العامة في البلاد<sup>(4)</sup>.

ويضاف وصف السياسي للانتخاب الذي يُعبر فيه الناخبون عن السيادة الوطنية؛ كانتخاب رئيس الدولة، والانتخابات التشريعية، وحتى الانتخابات المحلية؛ وذلك من أجل تمييزه عن باقي الانتخابات الأخرى التي تجريها جمعيات النفع العام، والنقابات المهنية والطلابية وغيرهما.

أما في الفقه الفرنسي، فهناك من يعرف الانتخاب بأنه: ممارسة الحق في الاختيار على نحو تتسابق فيه الإرادات المؤهلة لتلك الممارسة<sup>(5)</sup>.

(1) الانتخاب مصطلح يرجع إلى أصله اللغوي: انتخب ونخب وانتخب الشيء: اختاره، والانتخاب: الانتزاع والانتقاء، ومنه النخبة؛ وهم الجماعة تختار من الرجال، وهم المنتخبون من الناس؛ أي المُنتَقُونَ، وانتخبه: اختاره. راجع في ذلك: ابن منظور، لسان العرب، المجلد 14، بيروت: دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع، ص 79.

(2) أحمد رشاد يحيى الرصاص، النظام الانتخابي في الجمهورية اليمنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1995، ص 36.

(3) د. خليل هيكل، الأنظمة السياسية التقليدية، النظام الإسلامي، أسبوط: مكتبة الآلات الحديثة، بدون تاريخ نشر، ص 162.

(4) زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 1994، ص 132.

(5) Jean Paul Charany, Le Suffrage Politique en France, Paris, 1965, p 24 والمشار إليه في مؤلف د. خليل هيكل، الأنظمة السياسية التقليدية، مرجع سابق، 145.

وفي ضوء ذلك، يمكن تعريف حق الانتخاب بأنه: هو أن يكون لكل مواطن -استوفى الشروط التي نص عليها الدستور والقانون- الحق في أن ينتخب مَنْ يراه صالحاً لتولي ممارسة الوظيفة النيابية، باعتباره من الحقوق السياسية التي تضمنها الدستور الكويتي. وعلى ذلك فإنه يتضح اتفاق فقهاء القانون الدستوري على أن الانتخاب هو الوسيلة الوحيدة لإسناد السلطة السياسية في النظام الديمقراطي، لكنهم يختلفون في تكييف هذه الوسيلة الديمقراطية، وتتعدد آراؤهم في بيان وشرح أسس الانتخاب وأساليبه وإجراءاته وأنظمته.

## الفرع الثاني

### الطبيعة القانونية لحق الانتخاب

ثار الجدل بين الفقهاء الفرنسيين في أعقاب الثورة الفرنسية حول موضوع الانتخاب، وبشكل خاص في تكييفه، وكان هذا الجدل مرتبطاً - إلى حد كبير - بتطور مفهوم السيادة، وبيان صاحبها، ففي الفترة التي ساد فيها مبدأ سيادة الأمة، عد الانتخاب وظيفة دستورية، وأما في الفترة التي ساد فيها مبدأ سيادة الشعب فقط، فعد الانتخاب حقاً شخصياً.

### أولاً- التكييف القانوني للانتخاب:

إذا حسبنا أن الانتخاب حق من الحقوق الفردية، فهذا يعني أن صاحب الحق له الحرية في استعماله أو عدم استعماله، ويترتب على ذلك أن يكون التصويت اختيارياً. أما إذا حسبنا أن الانتخاب يعد وظيفة؛ ففي هذه الحالة يحق للدولة أن تُقيده، ويُصبح التصويت في هذه الحالة إجبارياً.

### 1 - الانتخاب ووظيفة:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الانتخاب وظيفة أو اختصاص، وتتلاقى هذه النظرية مع مبدأ سيادة الأمة، وهو الاتجاه الذي ساد في الجمعية التأسيسية التي عُهد إليها بوضع دستور 1791 في فرنسا، فالأمة شخص معنوي متميز عن الأفراد المكونين للأمة، وسيادة هذا الشخص غير قابلة للتجزئة؛ ومن ثم لا يجوز لأي فرد من أفراد الأمة أن يدّعي أن له جزءاً من السيادة. وإذا كانت السيادة للأمة، فإن لها أن

تختار من ترى أنه الأصلح والأقدر؛ ليقوم بوظيفة اختيار النواب، والناخب يكتسب هذه الصفة باعتبارها وظيفة عامة<sup>(6)</sup>.

### وترتب على الأخذ بهذا الاتجاه النتائج التالية:

- 1 - لما كان الاختيار مجرد وظيفة، فإن للأمة أن تحدد الشروط اللازم توافرها في هيئة الناخبين؛ مما يؤدي إلى فكرة الاقتراع المقيد، الذي يشترط في الناخب شرط نصاب مالي، أو شرط تعليم؛ كي يُسمح له باختيار من يمارس السلطة السياسية<sup>(7)</sup>.
- 2 - للأمة إجبار الناخب على أداء الانتخاب؛ أي اعتناق مبدأ التصويت الإجباري، فضلاً عن أنه لا يجوز التنازل عنه، ولا ترد عليه كافة التصرفات<sup>(8)</sup>.

### 2 - الانتخاب حق شخصي:

وفقاً لهذه النظرية، يعد الانتخاب حقاً شخصياً لكل مواطن من مواطني الدولة، ويتم ممارسته بواسطة جميع المواطنين بسبب تمتعهم بالصفة الأدمية، وبعضوية المجتمع الذي يعيشون فيه، وإعمالاً لمبدأ المساواة بينهم. ويُستثنى من مباشرة هذا الحق فقط الأشخاص الذين لا يكون بمقدورهم مباشرة هذا الحق كالقصر وعديمي الأهلية.

وتستند هذه النظرية إلى مبدأ سيادة الشعب، على أساس أن كل فرد يملك جزءاً من السيادة الشعبية، ومادام أن السيادة ملك لجميع أفراد الشعب، فإن ذلك مقتضاه أن يكون من حق جميع أفراد الشعب أن يشاركوا في ممارسة هذه السيادة؛ وذلك عن طريق حق الانتخاب بمنطق الاقتراع العام.

### ويترتب على الأخذ بمنطق هذه النظرية النتائج التالية:

- 1- لما كان الانتخاب حقاً شخصياً، فهو بذلك سابق في وجوده على وجود الدولة؛ ومن ثم فإنه لا يجوز تقييده أو انتزاعه، ولا يحرم منه أحد. وعلى هذا الأساس، فإن نظرية الانتخاب حق شخصي تمثل الأساس القانوني لنظام الاقتراع العام<sup>(9)</sup>.

(6) د. صلاح الدين فوزي، النظم والإجراءات الانتخابية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1985، ص 14.

(7) د. داود الباز، القيد في الجداول الانتخابية ومنازعة أمام القضاء، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص 5.

(8) د. بكر القباني، دراسة في القانون الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص 497.

(9) داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1992، ص 49.

- 2 - بمقدور صاحبه حرية استعماله أو عدم استعماله، وله الحرية في ذلك؛ ولذا تكون مباشرة حق الانتخاب وفقاً لهذه النظرية اختيارية، وليست إجبارية<sup>(10)</sup>.
- 3 - من حق صاحبه أن يمارس فيه حرية التصرف، ويعني ذلك أنه يجوز أن يسري الانتخاب على جميع أعمال التصرف؛ كالبيع والهبة والترك<sup>(11)</sup>.

### 3 - الانتخاب وظيفة وحق:

يذهب هذا الرأي إلى أن الانتخاب حق ووظيفة في آن واحد، ويبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم بالقول إن جعل الانتخاب حقاً إنما هو تأكيد على وجود بعض الحقوق الطبيعية للفرد، والتي لا يجوز للدولة أن تمسها أو تنتقص منها؛ لأنها تسمو على القانون الوضعي، وفي ذلك فائدة كبيرة؛ لأنه يولد لدى الجميع - حاكماً أو محكوماً - الشعور بضرورة المحافظة على حقوق وحرريات الأفراد بشكل دائم ومستمر. أما القول بأن الانتخاب وظيفة، فذلك يعني أن الانتخاب ليس اختياراً للفرد له أن يمارسه أو لا يمارسه، بل يعني أن الانتخاب إجباري يجب على المواطن أدائه، وإلا تعرض للمسؤولية الجنائية ممثلة بغرامة مالية في أغلب الأحوال<sup>(12)</sup>.

### 4 - الانتخاب سلطة قانونية:

يرى أنصار هذه النظرية أنها تقوم على أساس أن الانتخاب يعد حقاً، ولكنها تقرر أن هذا الحق ليس حقاً شخصياً، ذاتياً أو طبيعياً، وإنما هو حق من الحقوق العامة التي تتصل بالقانون العام؛ أي إن الانتخاب سلطة قانونية. وبناء على ذلك، يعد حق الانتخاب هذا بمثابة سلطة قانونية يستمدها الفرد من القانون مباشرة، وليس من كونه عضواً في مجتمع منظم، وذلك بخلاف ما ذكرت نظرية الانتخاب من أنه حق ذاتي أو طبيعي أو شخصي، أي إن الانتخاب حق سياسي يستمد من الدساتير والقوانين القائمة فعلاً، وبمعنى آخر يعد سلطة قانونية مستمدة من القانون الذي ينظمه.

(10) د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص 92.

(11) نفس المرجع، ص 93.

(12) ارجع في عرض هذا الرأي: نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 278.

## ويترتب على ذلك نتيجتان مهمتان:

**الأولى:** أنه ليس للناخب أن يتنازل عن هذا الحق، ولكن بإمكانه ألا يستعمله، وذلك إذا كان التصويت اختياريًا. أما إذا كان التصويت إجباريًا، فإنه بعدم استعماله لهذا الحق يتحمل الجزاء المقرر وفقًا لأحكام القانون.

**الثانية:** بإمكان المشرع أن يعدّل من شروط الانتخاب، تسهيليًا أو تشديديًا، بما يراه متفقًا مع الصالح العام، دون الاعتراض عليه بفكرة «الحق المكتسب» الذي جاءت به نظرية الحق الشخصي<sup>(13)</sup>.

وعلى ذلك، فإن الانتخاب سلطة قانونية يحددها المشرع ليعطي الناخبين حق المشاركة السياسية بشكل عادل ومتساو، ولا يجوز للناخبين أن يتفقوا على مخالفة القواعد المنظمة لممارسة هذا الحق بأي شكل، خاصة في منع من يحق له الانتخاب، أو منح من هو ممنوع من ممارسة هذا الحق أو موقوف بشكل دائم أو مؤقت، أما الذي يحق له أن يعدل في شروط وإجراءات ممارسة حق الانتخاب، فهو المشرع، دون أن يكون لأحد أن يحتج على ذلك.

والحقيقة أننا نذهب مع ما يؤيده غالبية فقهاء القانون الدستوري من أن الانتخاب سلطة قانونية تتبع من مركز موضوعي يُنشئه القانون؛ من أجل إشراك الأفراد في اختيار السلطات العامة في الدولة حسب الشروط التي يراها المشرع مناسبة في كل وقت، ما دام لا يخالف من خلالها الدستور نصًا وروحًا<sup>(14)</sup>، مع ضرورة التضييق من تقييد حق الانتخاب لأنه يؤدي إلى الإقلال من عدد الناخبين، في حين أن توسيع حق الانتخاب يجعل هيئة الناخبين أكبر عددًا، وأقل تعرضًا لمؤثرات السلطة الحاكمة، فيكون الانتخاب أصدق تمثيلًا للرأي العام، فهو حق شخصي ينظمه القانون من أجل ضمان مساهمة المواطنين في الشأن العام، وتفرضه الطبيعة الديمقراطية للنظم السياسية المعاصرة ومبادئ حقوق الإنسان.

(13) عويد عابد سراح الصليلي، نظام الانتخابات التشريعية في الكويت، مملكة البحرين، الجامعة الخليجية، رسالة ماجستير، ص 17 وما بعدها.

(14) يشير هنا الدكتور ثروت بدوي إلى رأي العلامة الفرنسي (la ferriere)، بينما يشير الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي إلى العلامة (barthelemy). ارجع في ذلك تفصيلًا: د. ثروت بدوي، النظم السياسية، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 201 وما بعدها.

## ثانياً- أسس الانتخاب وأساليبه:

يمثل الانتخاب أهم جانب من جوانب الحياة الديمقراطية وأخطرها، ومع ذلك فإن الجزء الأكبر من هذه العملية هو الأسس والأساليب التي تتبناها الأنظمة المختلفة لتحقيق الغاية الرئيسية من تبني الانتخاب لتحقيق الديمقراطية وحكم الشعب نفسه بنفسه. وتماشياً مع ما ذهب إليه الفقه الدستوري، نذهب إلى عرض هذه الأساليب والإجراءات في موضوعين رئيسيين؛ هما: الاقتراع المقيد، والاقتراع العام.

### 1 - الاقتراع المقيد:

يقصد بالاقتراع المقيد أو الانتخاب المقيد اشتراط توفر نصاب مالي معين أو قسط من التعليم أو الاثنان معاً في الناخب، بالإضافة إلى الشروط التنظيمية العادية الأخرى حتى يستطيع مباشرة حق الانتخاب<sup>(15)</sup>. وقد يحرص حق الانتخاب في الرجال فقط<sup>(16)</sup>، وقد يتطلب النظام الانتخابي ضرورة أن يكون الناخب مالكاً لثروة عقارية معينة أو أن يكون دخله السنوي في حدود معينة أو أن يتوفر نصاب مالي محدد أو أن يكون من الدافعين لضرائب معينة أو أي شكل من الأشكال التي يتطلب فيها المشرع توفر نوع من المقدرة المالية لدى الناخب. ومن ناحية أخرى، قد يتطلب النظام الانتخابي ضرورة تمتع الناخب بدرجة علمية معينة، ولو كانت مجرد الإلمام بقواعد القراءة والكتابة.

إن تقييد أي نظام انتخابي لحق الانتخاب، والتفرقة بين المواطنين، وحرمان أي طائفة من هذا الحق لأسباب ترجع إلى الاختلاف في الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو العقيدة يُفقد الأسلوب الانتخابي لعموميته، ويجعله انتخاباً مقيداً<sup>(17)</sup>.

(15) د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية، مرجع سابق، ص 280، 281.

(16) ومن بين التشريعات التي كانت تقصر حق الانتخاب على الذكور دون الإناث قانون الانتخاب الكويتي رقم 35 لسنة 1962 بشأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة؛ حيث كان يقصر حق الانتخاب، وبالتالي الترشيح على الذكور دون الإناث، إلا أنه تم تعديل القانون عام 2005، ومنح التعديل المرأة حق الانتخاب والترشح، على الرغم من تبني الدستور الكويتي حق الاقتراع العام، وفي ذلك يرى الدكتور عثمان عبد الملك الصالح أن قصر الانتخاب على الرجال دون النساء فيه مساس أكيد بمبدأ الانتخاب العام. انظر في ذلك: د. عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، 1989، ص 513.

(17) د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، 1971، ص 238.

## 2 - الاقتراع العام:

هو النظام الذي يسمح لكل مواطن في الدولة بحق الانتخاب، بصرف النظر عن الجنس أو الملكية أو التعليم أو العقيدة، وذلك إذا توفرت في الناخب الجنسية والسن القانوني للانتخاب. ومن الجدير بالذكر أن الانتخاب العام لا يعني بالضرورة حق كل مواطن في مباشرة الانتخاب؛ ففي ظل هذا النظام الانتخابي يمكن تصور وجود بعض الشروط التي لا بد وأن يتمتع بها كل ناخب؛ ومن هذه الشروط ضرورة تمتع الناخب بجنسية الدولة التي يريد مباشرة حق الانتخاب بها، وعدم الاكتفاء بمجرد الإقامة، وأيضاً اشتراط سن معينة في الناخب. هذه الشروط لا تنفي عن هذا النظام الانتخابي صفة العمومية، فالنضج السياسي للفرد لا يتحقق قبل بلوغ سن معينة هي سن الرشد السياسي - وتتباين الدول في تحديد هذه السن - واشتراط أن يكون الناخب متمتعاً بالقوة العقلية، على أن يتم إثبات العكس، أي عدم الأهلية العقلية بمقتضى أحكام قضائية في النظم الانتخابية المتباينة؛ لتجنب استغلال هذا الشرط في حرمان بعض الأفراد من ممارسة حق الانتخاب لأسباب سياسية.

ومما تجدر الإشارة إليه أيضاً أن اشتراط عدم صدور أية أحكام جنائية في حق الناخب لا يتنافى مع نظام الانتخاب العام، وخاصة ما يصدر على الناخب من أحكام تتعلق بالشرف والأمانة؛ مثل: الاختلاس والتزوير وخيانة الأمانة.

ومما سبق، يمكننا القول إن نظام الانتخاب العام أكثر ديمقراطية من نظام الانتخاب المقيد؛ وذلك لأن الأسلوب الأول يسهم في زيادة أعداد هيئة الناخبين في الدولة؛ ومن ثم إشراك غالبية المواطنين في مباشرة السلطة؛ وذلك هو جوهر النظام الديمقراطي، في حين أن الانتخاب المقيد يجعل الديمقراطية مجرد ديمقراطية صورية زائفة تتجه إلى حماية بعض طوائف بعينها ممن تمتلك الثروة المالية أو الكفاءة العلمية أو غيرهما؛ ومن هنا نجد أن مبدأ الاقتراع العام أصبح من المبادئ الراسخة المعمول بها في غالبية الدول الحديثة، ويتم النص عليه صراحة في تشريعاتها الانتخابية؛ نظراً لمزاياه واتفاقه مع الديمقراطية.

لذا نجد معظم دساتير العالم وقوانينه نصت عليه، والكويت هي إحدى الدول التي أخذت بأسلوب الانتخاب العام منذ أن وضعت دستورها عام 1962؛ فقد نصت المادة

(80) منه على أن: (يتألف مجلس الأمة من خمسين عضواً يُنتخبون بطريق الانتخاب العام السري المباشر وفقاً للأحكام التي يُبينها قانون الانتخاب)، وبذلك فقد أخذ الدستور بمبدأ عمومية الانتخاب. ويتضح من النص أنه أحال لقانون الانتخاب، وهو القانون رقم 35 لسنة 1962 وتعديلاته؛ ليحدد شروط الانتخاب. ولو اطلعنا على قانون الانتخاب هذا، فلن نجد أية شروط يتطلبها في الناخب تتصل بالمقدرة المالية، أو الكفاءة العلمية، أو حتى دخلا سنويا معيناً، إلا أنه حرم المرأة من حق الانتخاب والترشح طوال فترة زمنية مضت، حتى عدلّ المشرع المادة الأولى من قانون الانتخاب بالقانون رقم 7 لسنة 2005 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة، فمُنح المرأة حقها في الترشيح والانتخاب.

ولا شك أن استبعاد المرأة من حق الانتخاب -على الرغم من الاعتراف لها بصفة المواطنة- وحرمانها من هذا الحق بسبب كونها امرأة (الجنس)؛ يؤديان إلى إفراغ قاعدة الناخبين، واستبعاد أكثر من نصفها؛ ومن ثم التعارض مع فكرة الانتخاب العام، الذي يهدف إلى أن يكون الانتخاب شأنًا عامًا للمواطنين؛ وذلك يتحقق بربط حق الانتخاب بالجنسية والمواطنة فقط. وقد سبقت الإشارة إلى أن مبدأ الانتخاب العام يزيل القيد، إلا أنه لا يلغيه تمامًا، فلا بد من أن تحيط به قيود وشروط تحميه ولا تتعارض مع مضمونه، بل على العكس، يجب أن تسعى هذه القيود التنظيمية للمحافظة على هدف عمومية الانتخاب ونزاهتها. وسنتناول هذه الشروط تفصيلاً في الفصل الثاني من هذا البحث.

### الفرع الثالث

#### المبادئ التي تحكم قواعد حق الانتخاب

يعد وجود الإطار القانوني دوماً أمراً حيوياً وجوهرياً، كما تعد المبادئ والقواعد القانونية إلزامية حيث إنها تعمل على تحديد طريقة تنظيم وتنفيذ أي نظام انتخابي، كما تعمل هذه المبادئ القانونية على توفير إجراءات تضمن نزاهة العملية الانتخابية وكفالة حق الانتخاب وسلامة تمثيل الأمة، وفيما يأتي المبادئ التي تحكم حق الانتخاب:

## 1 - المساواة في تقرير القدرة التصويتية للناخبين:

الانتخاب حق تسوده المساواة، ومقتضى ذلك أمران؛ الأول: أن يكون لكل ناخب صوت واحد فقط، أو ذات العدد من الأصوات لكل منهم<sup>(18)</sup>، والأمر الثاني: ألا يدلي الناخب بصوته أكثر من مرة في الانتخاب الواحد؛ بمعنى أن يباشر التصويت في دائرة انتخابية واحدة. وقد كانت بعض الدول تخرج على مبدأ المساواة في تقرير حق الانتخاب؛ إذ كانت تخص بعض الناخبين بقدرة تصويتية أعلى من الناخبين الآخرين، وهذا التمييز يرجع لمبررات عديدة؛ كأن يكون ذا مكانة اجتماعية عالية، أو صاحب كفاءة علمية، أو يؤدي ضريبة للدولة. كما كانت بعض الدول تمنح رب العائلة قدرة تصويتية تسمح له بالتصويت عن نفسه وعن أبنائه، ويطلق على هذا النظام مصطلح التصويت العائلي<sup>(19)</sup>.

في حين خرجت دول أخرى على مبدأ المساواة على نحو آخر؛ حيث أجازت للناخب الذي تتوفر لديه شروط الانتخاب في عدة دوائر أن يمارس حقه في الانتخاب في جميع هذه الدوائر؛ بمعنى أنها تسمح بتعدد التصويت<sup>(20)</sup>، إلا أن هذا النظام قد هُجر في ظل تطور الأفكار السياسية وتبني الأنظمة الدستورية المعاصرة؛ حيث أصبح القيد المتعدد والتصويت المتعدد من الجرائم الانتخابية<sup>(21)</sup>، ذلك أن مقتضيات مبدأ المساواة تفرض أن يكون المواطن مقيداً في جدول انتخابي واحد، وهو منهج التشريعات الحديثة، وهذا ما قرره المشرع الكويتي؛ حيث حظر القيد المتعدد في جداول الانتخاب؛ وقررت المادة (7) من قانون رقم 35 لسنة 1962، الخاص بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أنه: (لا يجوز للناخب أن يقيد في أكثر من جدول واحد).

(18) أصدر سمو الأمير القانون في 1/8/2006 رقم 42 لسنة 2006 بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية، على أن تنتخب كل دائرة عشرة أعضاء للمجلس، وأن يكون لكل ناخب حق الإدلاء بصوته لأربعة مرشحين في الدائرة المقيد فيها، وفي 24/10/2012 صدر مرسوم بقانون رقم 20 لسنة 2012 بتعديل القانون رقم 42 لسنة 2006 ينص على: (تنتخب كل دائرة عشرة أعضاء للمجلس، على أن يكون لكل ناخب حق الإدلاء بصوته لمرشح واحد في الدائرة المقيد فيها، ويعتبر باطلاً التصويت لأكثر من هذا العدد).

(19) د. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، 1988، ص 246.

(20) أخذت إنجلترا بهذا النظام في قانون الانتخاب الإنجليزي الصادر 1918؛ حيث قرر جواز التعدد في أكثر من دائرتين. هذا مع تقرير وجوب إجراء الانتخاب العام في جميع دوائر المملكة في يوم واحد؛ لذلك فإنه أصبح من المتعذر تكرار عملية التصويت، خصوصاً إذا ما بعدت المسافة بين الدائرتين.

(21) د فيصل الكندري، أحكام الجرائم الانتخابية، الكويت: مجلس النشر العلمي، 2000، ص 88.

كما أن المشرع الكويتي يجرم التصويت المتعدد، ويقرر عقوبة على من يقوم بالتصويت لأكثر من مرة<sup>(22)</sup>. ويريد المشرع بذلك العقاب تجنب وتلافي التصويت المتعدد؛ لما له من أثر في سلامة ونزاهة العملية الانتخابية، وهو تدخل محمود؛ لما يقتضيه مبدأ المساواة الذي اعتنقه المشرع الدستوري في مادته (7)؛ حيث قرر أن: (العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين)، كما ورد أيضاً بالمادة (29) النص على أن: (الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، فلا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين).

والحقيقة أن المساواة هي أساس كل الحريات العامة وجوهرها، ولا يجوز قصر التمتع بها على فئة دون أخرى، أو إلى التمايز فيما بينهم بالقوة التصويتية، وإلا أدى ذلك إلى إهدار مبدأ المساواة، وفي نفس الوقت لا يمكن للمشرع أن يساوي بين الناس جميعاً بشكل عام على أساس الجنسية فقط، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا إن: (مبدأ المساواة لا يتعارض مع وضع المشرع لقواعد مختلفة عندما يكون بصدد تنظيم مراكز متباينة، كما أن هذا المبدأ لا ينفى إمكان خروج المشرع على مقتضياته متى كان ذلك لازماً لتحقيق مصلحة عامة، ولكن يشترط في جميع الأحوال أن تكون هذه المعاملة المتباينة على علاقة مع هذا القانون الذي قرر الحكم)<sup>(23)</sup>، وخير مثال على خروج المشرع على مبدأ المساواة لتحقيق المصلحة العامة أنه أخرج فئة من المواطنين من عداد الناخبين، على الرغم من أنه أخذ بمبدأ عمومية الانتخاب، وذلك لكون هذه الفئة فاقدة لأحد الشروط التي تطلبها المشرع في الناخبين؛ مثل: شرط السن أو شرط حسن السمعة، فالمشرع حين أخرجهم أراد ضمان وصول أفراد جديرين بتمثيل الشعب، منتخبين من خيرة المواطنين سلوكاً وسمعةً وأحسنهم كفاءة وليس أفسدهم أو أقلهم خبرة.

مع ذلك، لا يجوز الاستناد إلى المصلحة العامة في تبرير اختلاف المراكز القانونية المتماثلة، فالمصلحة العامة لا تُفترض، بل يجب تحديدها وتوضيح ارتباطها بالهدف

(22) تنص المادة 43 من قانون الانتخاب الكويتي رقم 35 لسنة 1962 على أنه: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تجاوز مائة دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين: ... سادساً: كل من استعمل حقه في الانتخاب الواحد أكثر من مرة ...).

(23) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، رقم 12 ق جلسة 5/11/1996.

من وضع التشريع، وهو تحديد الناخب، وتنظيم عملية الانتخابات، إلا أن مثل هذه المصلحة لا تُتصور، ومن ثم فإنه ليس هناك تبرير لإخلال المشرع بالمساواة وبعمومية الانتخاب، خاصة في حالة غياب النص والسند الدستوري المبرر لذلك<sup>(24)</sup>. والقضاء الدستوري مستقر على أن الأصل في سلطة المشرع العادي في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتعد تخوفاً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها، وكأن الدستور إذا عهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن ما تقررته تلك السلطة من قواعد قانونية في هذا النطاق لا يجوز أن تنال من الحقوق التي كفل الدستور أصلها، سواء بنقصها أو انتقاصها من أطرافها؛ ذلك أن إهدار هذه الحقوق أو تهमيشها عدوان على مجالاتها الحيوية التي لا تتنافس إلا من خلالها، ولا يجوز -بالتالي- أن يكون تنظيم هذه الحقوق اقتحاماً لفحواها، بل يتعين أن يكون منصفاً ومبرراً<sup>(25)</sup>. والمساواة في جوهرها تعني التسوية في المعاملة بين المتماثلين وضماً أو مركزاً، والمغايرة في المعاملة بين المختلفين وضماً ومركزاً، والمقصود بمبدأ المساواة أمام القانون أن يكون الجميع أمامه سواء لا تفرقة بينهم أو تمييز، فالحقوق والمزايا التي يمنحها القانون، وينعم بها الناس، ويستظلون بها، تكون وفق قواعد موحدة، وتحظى من القانون بحماية واحدة، وبدرجة متساوية، والواجبات التي يفرضها القانون على الناس يخضع لها الجميع على السواء دون تفرقة بينهم<sup>(26)</sup>.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى قيام مجلس الوزراء في 13/8/2012 بطلب الطعن بعدم دستورية المادتين الأولى والثانية من القانون رقم 42 لسنة 2006، بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية لعضوية مجلس الأمة، بدعوى الزيادة والتفاوت في أعداد

(24) حرم المشرع الكويتي العسكريين من حق الانتخاب على الرغم من أنهم مواطنون، واستند في ذلك إلى وضعهم الوظيفي الخاص، ولا توجد هناك علاقة بين هدف القانون والوضع الوظيفي الخاص بالعسكريين، المتمثل بانتماثلهم للسلك العسكري، فلا يوجد اختلاف بين المواطن العسكري والمواطن غير العسكري يبرر موقف القانون وما رتبته من آثار متباينة بالنسبة لحق الانتخاب، بل إن المشرع الكويتي لم يحرم الحرس الوطني من حق الانتخاب، على الرغم من قيامهم بعمل ذي طبيعة عسكرية، وهو ما سنخرج عليه تفصيلاً في الفصل الثاني من هذا البحث عند تناولنا الشروط السلبية لحق الانتخاب.

(25) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، قضية رقم 62 لسنة 18 ق، جلسة 15/3/1997، الجزء الثامن، قاعدة 3/31، ص 491.

(26) حكم المحكمة الدستورية في الدعوى المقيدة رقم 7 لسنة 2007 دستوري، جلسة 10/12/2007، وحكم الدستورية في الدعوى المقيدة برقم 5 لسنة 2008 دستوري، جلسة 4/4/2008.

الناخبين في دائرة عن أخرى، وهو ما رتب الإخلال-بشكل شديد- بمقاييس العدالة والمساواة، بأن ثمة تمايزاً بين الناخبين في وزن هذا الصوت في العملية الانتخابية برمتها؛ بسبب توزيع غير عادل للدوائر، فاختلفت القيمة الانتخابية لصوت المواطن بين دائرة وأخرى، وهو ما يمثل إخلالاً جسيماً بأحكام الدستور<sup>(27)</sup>. وانتهى الحكم إلى رفض الطعن في قانون تقسيم الدوائر، باعتبار أن المقصود بالمساواة ليس المساواة المطلقة أو المساواة الحسابية، وأن هذا الواقع متغير، ولا يسوغ في مقام الوقوف على مدى دستورية القانون الاستناد إليه<sup>(28)</sup>.

## 2 - حرية المشاركة بالتصويت أو الامتناع عنه:

يقصد بالانتخاب الاختياري أو حرية المشاركة بالتصويت عدم وجود التزام وتكليف للناخب بضرورة المشاركة والإدلاء بصوته؛ ومن ثم فهو يتمتع بالحرية التامة في تقرير الاشتراك في العملية الانتخابية أو عدم الاشتراك فيها. ومع ذلك، فهناك أنظمة انتخابية نصت على إجبارية التصويت، والمقصود به أن يلتزم الناخب بالإدلاء بصوته في العملية الانتخابية وإلا تعرض لعقوبة معينة. ويجد اتخاذ مبدأ إجبارية التصويت مبرراته في أن المساهمة في الحياة العامة واجب وطني<sup>(29)</sup>، ورغبة في زيادة عدد الناخبين، ومعالجة امتناع عدد كبير منهم عن الإدلاء بأصواتهم والاشتراك في الحياة السياسية، وقيل: إن قلة عدد الناخبين تنتقص من قيمة النظام النيابي، ولا تجعل البرلمان ممثلاً حقيقياً للشعب<sup>(30)</sup>.

(27) ارجع تفصيلاً في أسباب طعن مجلس الوزراء بقانون الانتخاب رقم 42 لسنة 2006 إلى صحيفة طعن الحكومة، المنشور على موقع مركز الخليج لسياسات التنمية، المكتبة وبند المعلومات، المنشور في 2012/9/25.

(28) المحكمة الدستورية، طعن رقم 26 لسنة 2012، جلسة 2012/12/25.

(29) نصت المادة 62 من الدستور المصري الصادر 1956 على أن: (مساهمة المواطن في الحياة السياسية واجب وطني)، كما نصت المادة الأولى من قانون رقم 73 لسنة 1956 على أنه: (يعاقب بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً كل من كان اسمه مقيداً بجدول الانتخاب وتخلف لغير عذر عن الإدلاء بصوته في الانتخاب أو الاستفتاء).

(30) بلال أمين زين الدين، النظم الانتخابية المعاصرة، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2013، ص 168.

والحقيقة أن سلبية المواطنين وعدم مشاركتهم بالانتخابات<sup>(31)</sup> يجب البحث عن أسبابها وعلاجها بعيداً عن فكرة إجبارية التصويت؛ وذلك حتى تستقيم الحياة السياسية، وتسود المبادئ الديمقراطية، ولعل أهم هذه الأسباب يتلخص في قلة الوعي السياسي؛ حيث يريد المواطن الابتعاد عن السياسة، ولا يأبه بالانتخابات، ويفضل الراحة والاسترخاء أيام الاقتراع عوضاً عن ملء ذهنه وعقله بأفكار وبرامج لا طائل من ورائها.

وأولوية العلاج لتلك السلبية السياسية تقع على عاتق الحكومة وأجهزة الإعلام والمتقنين والسياسيين؛ بالتنبيه على أهمية المشاركة السياسية، بحيث يتم خلق رأي عام واع ومستنير يهتم بدور انتخابات المجالس البرلمانية في الرقابة والتشريع، كما يجب استعادة ثقة المواطنين بنزاهة الانتخابات.

إننا لا نملك فرض إجبارية التصويت والمشاركة باعتباره حقاً شخصياً، فهو ما دام حقاً، فإن للمواطن الحرية في أن يستعمله أو أن يمتنع عن استعماله، ولا جزاء على هذا الامتناع إلا إذا اعتبرناه وظيفة، بحيث يتبنى دستور الدولة هذا المبدأ؛ لأن الوظيفة تتضمن واجب أدائها<sup>(32)</sup>. كما أن تنظيم أمر جزاء التخلف مسألة دقيقة تكتنفها الصعوبات<sup>(33)</sup>، ومن ناحية أخرى، فإنه إذا كان بعضهم ينتقد التخلف الفردي عن الانتخاب، فإن الامتناع كموقف جماعي سياسي قد يدل على قوة النظام السياسي

(31) بلغت نسبة المشاركة في انتخابات المجلس التأسيسي في الكويت عام 1962 ما يقارب 90%، وهي ذات نسبة المشاركين في انتخابات مجلس الأمة الكويتي عام 1981، والتي جاءت بعد إيقاف الحياة النيابية في الكويت لمدة ناهزت الخمس سنوات، بينما بلغت نسبة المشاركة في انتخابات مجلس الأمة الكويتي في حدود 80% ست مرات؛ أولها كان عام 1963، والمرتات الخمس الأخرى كانت منذ الانتخابات الخامسة عام 1995 إلى الانتخابات العاشرة عام 2003، كما بلغت نسبة المشاركة حوالي 77% في عام 2006، وبلغت حدود 60% أربع مرات؛ كانت الأولى في عام 1967، والثانية في عام 1975، والثالثة في عام 2008، والرابعة في انتخابات المجلس المبطل الأول عام 2012، وبلغت الانتخابات حدود الـ 50% ثلاث مرات؛ في عام 1971، و2009، والمرتة الثالثة في الانتخابات الأخيرة عام 2013، وأخيراً بلغت نسبة المشاركة أدنى حدودها في عام 2012 في المجلس المبطل الثاني؛ حيث كانت في حدود 40%. ارجع في ذلك تفصيلاً: موقع مجلس الأمة الكويتي على شبكة الإنترنت: إحصائيات، المشاركة في الانتخابات.

(32) تتجاوز نسبة المتخلفين عن المشاركة بالانتخابات في الولايات المتحدة نسبة 50% من الناخبين، وتصل في إنجلترا إلى حوالي 23%، وفي فرنسا حوالي 20%. انظر في ذلك: د. محمود عاطف البنا، الوسيط في النظم السياسية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1988، هامش صفحة 296.

(33) الجزاء التافه بالغرامة قد لا يحقق غايته، والجزاء الشديد بالحبس ليس له مقتضى، ويخالف قواعد العدالة، كما أن الاعتدال بوجود عذر قهري، أو عدم وجود قصد جنائي سبب يحول دون تطبيق الجزاء، وقد تتضخم القضايا في أروقة المحاكم لمناسبة بحث وتطبيق مثل هذه الجزاءات.

لا على ضعفه، ويحمل مضامين سياسية معينة؛ مثل مقاطعة المعارضة لأسباب قد ترتبها<sup>(34)</sup>. وقد تبنى المشرع الدستوري نظام الانتخاب الاختياري في حديثه عن الحقوق السياسية؛ إذ لم يتبن مبدأ اعتبار المشاركة بالانتخابات وظيفة، كما أن المشرع الكويتي ترك الحرية التامة للناخب في الإدلاء بصوته أو عدم الإدلاء دون تقرير أي جزاء على تخلفه أو امتناعه.

### 3 - سرية التصويت:

التصويت السري هو أن يقوم الناخب بالإدلاء بصوته الانتخابي دون أن يعرف أحد الموقف الذي اتخذ في التصويت، وذلك بخلاف التصويت العلني الذي يقوم فيه الناخب بالإدلاء بصوته علانية، بالكشف عن اسم المرشح الذي وقع عليه اختياره أمام لجنة الانتخابات. وفي العصور الوسطى، كان مبدأ الانتخاب العلني هو المبدأ الغالب، ويسوّغ لهذا المبدأ أن علانية التصويت تمتاز بالشفافية والوضوح، وترسخ في الأفراد روح المسؤولية. وقد تم تطبيق هذا المبدأ في فرنسا حتى تم العدول عنه بموجب دستور السنة الثالثة للثورة الفرنسية، الذي قرر صراحة تبني مبدأ الاقتراع السري.

والحقيقة أن مسألة التصويت السري جوهرية في البنيان الديمقراطي؛ لأن الديمقراطية الحقيقية تعتمد في وجودها ذاته وبطريقة مباشرة على سرية التصويت، ذلك أنه إذا سيطر الخوف على الناخب، فإنه لن يقوم بإبداء رأيه وفقاً لقناعته، وبصفة خاصة إذا ما كان متعارضاً مع ما تؤمن به السلطة من مبادئ وأفكار؛ ذلك أنه يعلم أن مسئولية السلطة سوف يقومون -بطريقة أو بأخرى- بالنيل منه، أو التنكيل به، أو قد يشعر بالخوف من انتقام وبطش المرشحين الأقوياء ذوي النفوذ والسلطات، وفي النهاية قد يضطر إلى الإحجام عن المشاركة في العملية الانتخابية<sup>35</sup>، أو قد يكون التصويت العلني بوابة لآفة شراء الأصوات؛ مما يؤدي إلى تفويض النظم النيابية والديمقراطية برمتها.

(34) في الكويت مثلاً قررت المعارضة الكويتية مقاطعة الانتخابات عام 2012 بمناسبة صدور مرسوم يقضي بتغيير عدد الأصوات التي يملكها الناخب من (4) أصوات إلى نظام الصوت الواحد، وهو ما قوبل بالاحتجاج عن طريق المسيرات ومقاطعة الانتخابات الكويتية.

(35) د. عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية، مرجع سابق، ص 527.

ومن أجل ذلك، تبنى الدستور الكويتي نظام الانتخاب السري؛ وذلك في مادته 80؛ إذ نصّت على أن: (يتألف مجلس الأمة من خمسين عضواً ينتخبون بطريق الانتخاب العام السري المباشر وفقاً للأحكام التي بيّنها قانون الانتخاب). وسائر قانون الانتخاب الكويتي منهج الدستور الكويتي في تبني سرية الانتخاب<sup>(36)</sup>؛ من خلال تحقيق وكفالة هذا المبدأ، فقرر إعداد أماكن خاصة مستترة في كل مقر انتخابي لإدلاء الناخبين فيها بأصواتهم بكل حرية<sup>(37)</sup>. ويقرر مبدأ السرية بطلان كل الأوراق الانتخابية التي يضع عليها أصحابها أي إشارات أو علامات تدل عليهم<sup>(38)</sup>، بالإضافة إلى تجريم وعقاب كل من يسهم في الإخلال أو المساس بمبدأ سرية الانتخاب<sup>(39)</sup>.

ولكن الحال قد يختلف مع الأميين، وهم الذين لا يجيدون القراءة والكتابة؛ فكما أشرنا فإن القاعدة هي سرية التصويت، غير أنه يرد عليها استثناءً يبرره الواقع، وهو تصويت الأميين والمعوقين من العاجزين عن تحريك كلتا اليدين، أو أصحاب الظروف الصحية، فقرر قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي أن يبدي الناخب رأيه شفاهة بحيث لا يسمعه سوى أعضاء اللجنة، وأجاز القانون للناخب أن يُسِرَّ برأيه لرئيس اللجنة وأحد أعضائها فقط، ويقتضي أعمال هذا النص أن يكون في أضيق حدود، وبعد التيقن من وجود هذا العجز والحائل<sup>(40)</sup>.

ونخلص مما سبق إلى أن التصويت إذا فقد سرية فقد الانتخاب حرية؛ حيث إن مبدأ سرية الانتخاب يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالديمقراطية، وبالنظام النيابي برمته، وبحرية الانتخاب، وبالحرية الشخصية، فضلاً عما يحققه هذا المبدأ من حماية المجتمع من المشاحنات والمنازعات والرشاوى الانتخابية.

(36) تنص المادة (33) من قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي على أنه: (يجري الانتخاب بالاقتراع السري).

(37) تنص المادة (34) من القانون رقم 35 لسنة 1962 بشأن انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي على أنه: (يسلم رئيس اللجنة كل ناخب ورقة انتخاب، وينتهي الناخب في ناحية من النواحي المخصصة لإبداء الرأي داخل قاعة الانتخاب).

(38) تنص المادة (38) من القانون رقم 35 لسنة 1962 من قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي على أن: (تعتبر باطلة: ... - الآراء التي أثبتت على ورقة أمضاها الناخب، أو وضع عليها إشارة أو علامة قد تدل عليه).

(39) تنص المادة (43) من القانون رقم 35 لسنة 1962 على أنه: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين: ... سابغاً - كل من أفشى سر إعطاء ناخب لرأيه بدون رضاه).

(40) تنص المادة (34) من قانون رقم 32 لسنة 1962 على أن: (... والناخب الذي لا يستطيع أن يثبت بنفسه رأيه في ورقة يبيده شفاهة بحيث لا يسمعه سوى أعضاء اللجنة، ويثبت الرئيس الرأي في الورقة ويشمعه في الصندوق، ويجوز للناخب أن يُسِرَّ برأيه لرئيس اللجنة وأحد أعضائها فقط).

#### 4 - شخصية التصويت:

يقتضي هذا المبدأ أن الإدلاء بالصوت يجب أن يكون من قبل الناخب الذي يتوفر له صفة الناخب بنفسه، فالقاعدة وفقاً لهذا المبدأ: (لا نيابة بالتصويت)، وهو ما أخذ به قانون الانتخاب الكويتي من خلال ما نصت عليه المادة (4) من قانون الانتخاب<sup>(41)</sup>؛ من وجوب أن يزاول الناخب حقه في التصويت بنفسه أمام لجنة الانتخابات، بعد أن يثبت شخصيته، ولم يأخذ بفكرة الإنابة بالتصويت التي تجيز للناخب أن ينيب شخصاً آخر في مزاولة هذا الحق، ولا بفكرة التصويت بالمراسلة، التي تجيز للناخب أن يملأ بطاقة التصويت ويرسلها إلى لجنة الانتخاب في الدائرة الانتخابية التي بها موطنه عن طريق البريد، أو بأية طريقة أخرى، في ظل تطور أجهزة ووسائل التواصل الإلكتروني.

والحقيقة أن هذا المبدأ يكفل نزاهة الانتخابات، وحرية وسرية التصويت، ويحد من ظاهرة شراء الأصوات والرشوة الانتخابية؛ من خلال نسبة كل صوت إلى صاحبه، وتسهيل عمل اللجان الانتخابية، والشفافية اللازمة لنجاح الانتخابات، وحماية لها من التزوير والترهيب والتمييز، الذي قد ينشأ -مثلاً- في حالة إقرار بدائل التصويت التقليدية؛ مثل: التصويت الإلكتروني<sup>(42)</sup>، أو في حالة قبول الإنابة والوكالة.

#### 5 - محلية التصويت:

ليس للمواطن ممارسة حق الانتخاب إلا في موطنه الانتخابي؛ أي في الدائرة الكائن بها محل إقامته، فالتصويت في الكويت مكاني، وهو النظام المتبع في غالبية دول العالم. وقد كانت المادة (4) من قانون الانتخاب رقم 35 لسنة 1962 تحدد موطن الانتخاب بالمكان الذي يقيم فيه الشخص أو الذي فيه مقر عائلته، إلا أنها عدلت بمرسوم وفقاً

(41) تنص المادة (4) من قانون رقم 32 لسنة 1962 على أنه: (على كل ناخب أن يتولى حقوقه الانتخابية بنفسه في الدائرة الانتخابية التي بها موطنه...).

(42) التصويت الإلكتروني هو مباشرة الحق السياسي في الانتخابات واختيار المرشحين من خلال استخدام تقنية المعلومات بدلاً من الطرق التقليدية؛ كالأوراق وصناديق الاقتراع، وهو بذلك يختلف تماماً عن فكرة استخدام التكنولوجيا في العملية الانتخابية، وهو منهج أغلب الدول في العالم. ارجع تفصيلاً في موضوع التصويت الإلكتروني: وهاج خضر عباس، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة، 2015، ص 450-481، منشور على شبكة الإنترنت، ويشير فيه إلى عيوب ومزايا نظام التصويت الإلكتروني؛ كإعدام الشفافية؛ لأنه لا يحدث تحت أعين المراقبين، كما قد يواجه بفكرة التصويت العائلي، وهو قيام رب الأسرة بالتصويت بالنيابة، واحتمالية تعرض النظام للقرصنة الإلكترونية، وتعرضه للخلل الإلكتروني أو العبث أو التحكم الحكومي.

للقانون رقم 64 لسنة 1980، فحذفت عبارة: (أو الذي فيه مقر عائلته)، فأصبح -بذلك التعديل- الموطن الانتخابي هو المكان الذي يقيم فيه المواطن بصفة فعلية، وقيد تعديل الموطن بوجوب إجرائه في المواعيد، وبالإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون؛ وذلك ضبطاً للأوضاع، ومنعاً لإجراء أي تعديل في غير هذه المواعيد.

وعلى ذلك، فلكي يثبت للمواطن الحق في مباشرة الانتخاب، لا بد أن يكون اسمه مقيداً بأحد الجداول الانتخابية، وذلك حسب الدائرة الانتخابية.

ولا نجد للجدول الانتخابي تعريفاً في القانون الكويتي، ومع ذلك فإن الفقه الحديث يعرفه بأنه: الوثيقة التي تحتوي على أسماء المواطنين الذين لهم حق ممارسة التصويت، والمدون فيها اسم كل واحد منهم بترتيب أبجدي، ويرقم مسلسل لكل حرف، وتشتمل على البيانات الخاصة بالناخب من حيث اسمه بالكامل، ومهنته، وتاريخ ميلاده، وعنوانه، ومحل إقامته العادية<sup>(43)</sup>.

ولهذا فإن للجدول التي تقوم على أساس الموطن الانتخابي<sup>(44)</sup> أهمية كبيرة؛ وذلك لكونها وسيلة للتحقق من استيفاء الناخبين لشروط ممارسة حق الانتخاب، فهي تحدد من له حق التصويت، كما أنها أداة لمقاومة التزوير، بحيث لا تسمح بالقيود والتصويت إلا مرة واحدة، وهذا الشرط الشكلي سيتم تناوله لاحقاً في هذا البحث عند تناولنا الشروط الشكلية الواجب توافرها في الناخب.

ومع ذلك، لا يوجد ما يحول دون تبني المشرع الكويتي مبدأً آخر؛ كأن يقوم بإجراء تعديل دستوري بما يجعل الكويت كلها دائرة انتخابية واحدة<sup>(45)</sup>، أو يتبنى إلزامية وجوبية ممارسة المواطن للاقتراع في اختيار ممثلين له في البرلمان.

أما عن حالة تعدد موطن الناخب، فإن قانون الانتخاب الكويتي نصّ على ضرورة

(43) داود الباز، القيد في جداول الانتخاب ومنازعه أمام القضاء، دراسة في فرنسا ومصر، القاهرة: دار النهضة العربية، 1995، الطبعة الأولى، ص 19.

(44) يأخذ المشرع المصري بمبدأ تعدد معايير الموطن الانتخابي؛ حيث قررت المادة 10 من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية أن (الموطن الانتخابي هو الجهة التي يقيم فيها الشخص عادة، ومع ذلك يجوز له أن يختار لقيد اسمه الجهة التي بها محل عمله الرئيسي، أو التي له بها مصلحة جدية، أو مقر عائلته، ولو لم يكن مقيماً فيها...).

(45) تنص المادة (81) من الدستور الكويتي على أن: (تحدد الدوائر الانتخابية بقانون)، ولفظ الدوائر يقتضي التعدد في الدوائر الانتخابية، وهذا ما انتهت إليه المحكمة الدستورية في الكويت. انظر: حكم المحكمة الدستورية، طعن رقم 26 لسنة 2012، جلسة 2012/12/25.

تعيين المواطن الذي يريد استعمال حقوقه الانتخابية فيه .

وإذا أراد الناخب تغيير موطنه، فإن جهة تلقي البلاغ تكون وزارة الداخلية، وليس لجان القيد، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية: (إن الناخب إذا ما أخل بالترتيبات التي استحدثها القانون الجديد بالنسبة إلى الوطن؛ كأن غيّر موطنه، ولم يسلك الطريق المرسوم لتعديل القيد؛ بأن لم يُخطر وزارة الداخلية بهذا التغيير لإجراء التعديل في المواعيد المحددة، أو تراخى في الإخطار حتى فاتت المواعيد؛ كان جزاء ذلك سقوط حقه في الانتخاب)، وختمت قضاءها بقولها: (وينبني على ما سلف أن الناخب الذي يقضي القانون بسقوط حقه في الانتخاب لا يجوز له الانتخاب؛ لأن حقه سقط بقوة القانون من اللحظة التي انتهت فيها مواعيد الجداول دون تصحيح وضعه، ويحرم من التمتع بهذا الحق، فإذا ما مارسه على الرغم من حرمانه منه؛ كأن أدلى بصوته في دائرة قيد اسمه وليس فيها موطنه؛ فإن هذا التصويت يعد باطلاً، ويزول كل أثر له)<sup>(46)</sup>.

وفي الواقع، فإن هذا النص المتعلق بضرورة تعديل القيد الانتخابي من دائرة إلى أخرى في حال تغيير محل الوطن والسكن لم يدخل حيز التنفيذ، فالعديد من الناخبين قاموا بتغيير موطنهم دون الإبلاغ عن ذلك، ومن ثم فإن الإدارة لم تطبق عليه الجزاء المستحق، حتى بدت على الساحة الانتخابية في الكويت ظاهرة تسمى نقل الأصوات، وهي تعني نقل أصوات المؤيدين لأحد المرشحين من الدوائر الأخرى إلى دائرته الانتخابية خلال المواعيد القانونية (فبراير من كل عام)، بادعاء انتقاله للسكن في تلك الدائرة؛ من خلال الادعاء بتغيير موقع مسكنه<sup>(47)</sup>.

## المطلب الثاني

### ماهية الترشيح وطبيعته القانونية

إن الترشيح للانتخابات النيابية هو حق من حقوق المواطن السياسية، كما أنه يقوم على حق الشعب باختيار ممثليه في البرلمان، ويعد أهم ركن تقوم عليه الديمقراطية النيابية، ونقصد به أن البرلمان منتخب من قبل الشعب؛ أي إن الشعب هو الذي يختار أعضاء البرلمان. وعلى ذلك، يعد الترشيح من أهم عمليات الانتخاب، فقد نصت المادة

(46) حكم المحكمة الدستورية في الكويت، الطعن رقم 1 لسنة 1981، جلسة 1981/7/5.

(47) عادة ما يتم ذلك من خلال تقديم عقود إيجار صورية وليست حقيقية، تشير إلى سكنه في الدائرة المراد نقل القيد إليها، ولعلها مناسبة أن نناشد الهيئة العامة للمعلومات المدنية وضع ضوابط حازمة للحد من هذه الظاهرة.

(80) من الدستور الكويتي على أنه: (يتألف مجلس الأمة من خمسين عضواً يُنتخبون بطريق الانتخاب العام السري المباشر وفقاً للأحكام التي يبيّنها قانون الانتخاب). وقد اهتم المشرع الكويتي بتنظيم حق الترشيح من خلال قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة رقم 35 لسنة 1962، والذي نظم شروط وإجراءات استعمال حق الترشيح وأهليته.

وقبل الخوض في الشروط والقواعد التي تنظم عملية الترشيح، ينبغي لنا تناول وبيان ماهية الترشيح وطبيعته القانونية.

## الفرع الأول

### ماهية الترشيح

الترشيح<sup>(48)</sup> هو حق الفرد في تقديم نفسه إلى هيئة الناخبين لتولي السلطات العامة نيابة عنهم<sup>(49)</sup>. وتعرف صلاحية الترشيح بأنها صلاحية الشخص لأن يكون منتخِباً (نائباً)<sup>(50)</sup>؛ لأن الديمقراطية تقوم على أساس تحقيق الحرية السياسية، وهي حكم الشعب نفسه بنفسه، ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق الانتخاب والترشح للانتخابات البرلمانية. وعلى ذلك، فإن عملية الترشيح تعد أحد جوانب الحقوق السياسية التي يتمتع بها الفرد، وهي مرحلة تحضيرية للعملية الانتخابية، والترشح عمل قانوني يُعبر فيه الفرد عن إرادته في شغل عضوية مجلس الأمة عن طريق الانتخاب.

وتُفسر أهمية حق الترشيح كأحد الحقوق السياسية وأهمية كفالتها للمواطن في ضوء ضمان إسهامه في اختيار ممثليه في إدارة دفة الحكم، ورعاية مصلحة الجماعة، وعلى أساس أن حقي الانتخاب والترشح - بصفة خاصة - هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بواحد منها دون الآخر. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن حق الترشيح يعد تجسيداً حقيقياً للبعد الديمقراطي في إتاحة الفرصة للمواطنين في المشاركة الفعلية في إدارة شؤون بلادهم، من خلال التمثيل النيابي، فضلاً عن تفعيله

(48) الترشيح في اللغة: مصدر رَشَّح، والترشيح تنقية الماء ونحوه من المواد العالقة به، والترشيح للرئاسة يعني التربية والتهيئة لها، والترشيح للانتخابات القادمة طلب التسجيل في قائمة المرشحين بعد التهيؤ لذلك. ارجع في ذلك: موقع معجم معاني على شبكة الإنترنت.

(49) د. ساجد ناصر الجبوري، حقوق الإنسان السياسية في الإسلام والنظم العالمية، دار الكتب العلمية، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2005، ص 175.

(50) داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، مرجع سابق، ص 361.

ممارسة المواطنين لحقهم في انتخاب من يمثلهم في المجلس النيابي.

وانطلاقاً من هذه الأهمية، فإن مبدأ حرية الترشيح، بمعنى فتح باب الترشيح على مصراعيه، وعلى أساس من المساواة أمام كل المواطنين؛ يعد من أهم المبادئ الدستورية التي حرصت الدولة على إرسائها ووضعها موضع التطبيق في الانتخابات النيابية العامة.

ولما كانت مهمة التمثيل النيابي تلقي على عاتق من يقع عليه الاختيار عبئاً ضخماً؛ نظراً لعظم الدور الذي تؤديه المجالس النيابية، بوجه عام، سواء في مجال سن القوانين، أو إقرار السياسة العامة للدولة، فضلاً عما تضطلع به من دور رقابي على أعمال السلطة التنفيذية، فقد أحيطت ببعض الضمانات والمحظورات، وتطلب الدستور والقانون شروطاً خاصة فيمن يتقدم لهذه العضوية. وعلى ذلك، يمكننا القول بأن الترشح هو حق كل شخص تتوفر فيه الشروط التي تطلبها القانون في من يعلن رغبته الصريحة في المشاركة في الانتخابات؛ بغرض تولي عضوية مجلس الأمة (البرلمان)، فهو يحمل معنى الإفصاح عن الإرادة السياسية للمساهمة في الحياة السياسية.

## الفرع الثاني

### المبادئ التي تحكم ممارسة الحق في الترشح

تتمثل هذه المبادئ في عمومية الترشح وفي ضرورة توافر الأهلية حسبما يحددها القانون وألا وجود لعدم صلاحية الترشح إلا بنص، كما ألا قيود إلا بموجب القانون، وفيما يلي تفاصيل ذلك:

#### 1 - عمومية الترشح:

ونقصد به تمكين جميع المواطنين من خوض غمار المنافسة الانتخابية من خلال ترشحهم دون تمييز بعضهم عن بعضهم الآخر، وهذا لا يعني خلو هذه المنافسة من شروط وإجراءات محددة، فهنا حق الترشح مفتوح أمام جميع الأفراد ممن تتوفر فيهم شروط يحددها القانون، ووفق إجراءات معينة تجعل هذه المنافسة تجري وفق مسار صحيح وقانوني، ذلك أن الانتخاب العام قد نظمته المشرع وفقاً لشروط معينة تتفق مع مضمونه؛ ومن ثم فإنه من الصعب الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه على النحو

المثالي أو النظري؛ وذلك راجع إلى عدة اعتبارات عملية ونظرية تتعلق بتدخل المشرع في تنظيم حق الترشيح.

وفي هذا الصدد، أرسى الدستور الكويتي مبدأ المساواة كأحد دعائم المجتمع، فنصت المادة (7) منه على أن: (العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين). كما ضمنه المشرع الدستوري - أيضاً - في الباب الثالث، الذي تناول فيه الحقوق والواجبات العامة؛ حيث نصت المادة (29) من دستور دولة الكويت على أن: (الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، فلا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين).

ومن قبل ذلك، أشارت ديباجة الدستور إلى المساواة التي يستهدفها الدستور، بل وضماناً للمساواة ومبادئها المنصوص عليها في الدستور، حظر الدستور الكويتي في مادته (175) أي تعديل على الدستور في مبادئه المتعلقة بالمساواة، إلا بمزيد من الحرية والمساواة؛ حيث نصت على أن: (الأحكام الخاصة بالنظام الأميري للكويت، وبمبادئ الحرية والمساواة المنصوص عليها في الدستور؛ لا يجوز اقتراح تنقيحها ما لم يكن التنقيح خاصاً بلقب الإمارة، أو بمزيد من ضمانات الحرية والمساواة).

كما أن المادة (82) من الدستور نصت على شروط عضوية مجلس الأمة دون تمييز أو تفضيل بين المواطنين، وأناطت بالقانون أن يصدر تنظيم الشروط الواجب توفرها بالناخب.

وعلى هذا، فإن الدستور الكويتي لم ينص صراحة على مبدأ المساواة في الانتخاب والترشيح، ولذلك نرجع إلى الأصل العام لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادتين (7، 29)؛ إذ ينصرف - أيضاً - إلى مبدأ المساواة في الترشيح؛ إعمالاً لانصراف هذا المبدأ لكافة الحقوق والواجبات، ومنها حق الانتخاب والترشيح. وهكذا، فإن الدستور الكويتي أخذ بمبدأ عمومية الترشيح على أساس من المساواة أمام كل المواطنين، إلا أن بعض الاعتبارات القانونية والسياسية والاجتماعية تتطلب تحديد بعض الشروط الموضوعية والشكلية التي لا تتنافى مع مبادئ المساواة والديمقراطية، ولا تتناقض مع عمومية حق الترشيح.

ولقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا بأبلغ تعبير في حكمها الصادر في 4 يناير سنة 1991؛ والذي جاء فيه: (إن مبدأ المساواة ليس مبدأً تلقينياً جامداً منافياً للضرورة العملية، ولا هو بقاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء، وإذا جاز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من التدابير لتنظيم موضوع محدد، أو توقيماً لشر تقتدر ضرورة رده، وكان دفعها للضرر الأكبر بالضرر الأقل لازماً، إلا أن تطبيقها منبئاً عن اعتناقها لأوضاع جائرة تثير ضغائن أو أحقاداً، وتنفلت به ضوابط سلوكها، ولا عدواناً معبراً عن بأس سلطاتها، بل يتعين أن يكون موقفها اعتدالاً في مجال تعاملها مع المواطنين، فلا تمايز بينهم إملأء أو تعسفاً، ومن الجائز - بالتالي - أن تُغيّر السلطة التشريعية، ووفقاً لمقاييس منطقية بين مراكز لا تتحد معطياتها، أو تتباين فيما بينهم في الأسس التي تقوم عليها، على أن تكون الفوارق بينها حقيقة لا اصطناع فيها ولا تخيلاً<sup>(51)</sup>).

كما أن المحكمة الدستورية في الكويت أكدت على هذا المعنى بصورة أكثر وضوحاً في أحد أحكامها، عندما قررت (أن المقصود بالمساواة أمام القانون هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية)<sup>(52)</sup>. وإعمال هذا المبدأ يكون بفتح باب الترشيح أمام أكبر عدد من المرشحين المتنافسين في المعركة الانتخابية لنيل العضوية بالمجالس النيابية، كما أن مفهوم الديمقراطية وسيادة الأمة يقتضيان عدم إخراج فئات كبيرة من الأمة من حقها في الترشيح.

## 2 - أهلية الترشيح:

وتعني توفر شروط موضوعية وشكلية في الشخص الذي يتقدم للترشح؛ وذلك من أجل الكشف عن رغبته في ترشيح نفسه. وتختلف هذه الشروط من دولة إلى أخرى، فالدور الذي يلعبه المرشح في المشاركة السياسية لا يقل عن دور الناخب، بل يفوقه، فكان من المنطق التشدد في الشروط الواجب توفرها في المترشح، والتي من بينها الأهلية في الانتخاب، ويضاف إليها أهلية الترشيح. وفي ذلك جاءت المادة (82)

(51) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 47 لسنة 17 ق دستورية، بتاريخ 4 يناير 1997، الجريدة الرسمية، 16 يناير، 1997.

(52) المحكمة الدستورية في الكويت، القضية رقم (1) لسنة 1975، بتاريخ 22/2/1976.

من الدستور لتنص على أنه: (يشترط في عضو مجلس الأمة: أ- أن يكون كويتي الجنسية بصفة أصلية. ب- أن تتوافر فيه شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب. ج- ألا تقل سنه يوم الانتخاب عن ثلاثين سنة ميلادية، د- أن يجيد قراءة اللغة العربية وكتابتها). وفي هذا السياق، وضع المشرع الكويتي بعض الضوابط على ممارسة هذه الحقوق بغرض التنظيم، وذلك في قانون رقم 35 لسنة 1962، بشأن انتخاب مجلس الأمة الكويتي.

### 3 - لا وجود لعدم صلاحية الترشيح دون نص:

ونقصد به أن عدم الصلاحية للترشيح لا يمكن افتراضها؛ لأن ذلك الافتراض ينال من حق أساسي مرتبط بممارسة السيادة؛ ولهذا فإن عدم الصلاحية للترشيح يجب أن يصدر عن نص صريح يقره. وقد قدم كل من مجلس الدولة والمجلس الدستوري في فرنسا تطبيقاً للقاعدة؛ ففي حكم لمجلس الدولة، أشار إلى عدم وجود نص يحظر على الأميين أن يكونوا أعضاء في المجالس البلدية، وقال في حيثيات حكمه: (ويستنبط من ذلك أن الحالة التي فيها السيد (...))، والذي لا يعرف القراءة ولا الكتابة؛ لا يمكن أن تحرمه من حق الترشيح)<sup>53</sup>. وقدّم المجلس الدستوري تطبيقاً آخر لنفس القاعدة: (لا وجود لعدم صلاحيته للترشيح دون نص) في قراره بمناسبة قضية معرفة ما إذا كان رئيس الجمهورية السابق - بصفته عضواً في المجلس الدستوري - يستطيع بهذه الصفة أن يرشح نفسه لعضوية البرلمان<sup>54</sup>.

### 4 - القانون وحده هو الذي يضع القيود على حرية الترشيح:

لا يجب أن يفهم أن أي تدخل من المشرع في تنظيم حق الانتخاب والترشح يعد عدواناً عليهما؛ ذلك أنه كثيراً ما يكون التنظيم للحقوق معاوناً للحرية، وضرورة لممارستها. من جانب آخر، فإنه يبقى صحيحاً القول بأن العدوان على الحرية أو الحق، وكذلك النيل منهما قد يستتر وراء تنظيم أي منهما<sup>55</sup>. ومما ينبغي الالتفات له،

(53) ارجع في ذلك: د. داود الباز، حق المشاركة السياسية، مرجع سابق، ص 363، ويشير إلى مرجع:

C.E. 10 Jan, 1930. el. mun, De Fontan, Rec. P37.

(54) ارجع في ذلك: نفس المرجع، ص 364 ويشير إلى مرجع:

CF. AJDA, 1985, P 93, note de M.cliquennios

(55) نفس المرجع، ص 360.

أن أي قيد على حق الانتخاب والترشح يجب أن ينص عليه القانون صراحة، وذلك بوصف المشرع ممثلاً لإرادة الشعب، ويحق له تنظيم ممارسة الحقوق في الإطار الذي رسمه له الدستور. وعلى ذلك، فإن اشتراط النص القانوني وضّعه نص المادة (82) من الدستور، عندما أحال تحديد الشروط الواجب توفرها بالناخب إلى قانون يصدر بهذا الشأن، وذلك لتجنب القيود التعسفية على تلك الحقوق فيما لو تم السماح للسلطة التنفيذية باتخاذ وتشريع مثل تلك الإجراءات والضوابط. وعلاوة على ذلك، فإن القانون المقيد لحق الانتخاب والترشح يجب أن يكون دقيقاً بالقدر الكافي، ويتفق مع معيار الوضوح وإمكانية العلم؛ حتى يتمكن معه الفرد من التنبؤ بدرجة معقولة من اليقين بالحدود المسموح بها في التشريع، وبذلك فإن كل تنظيم لصلاحيات المرشح لا يستند إلى قانون لا قيمة له.

### المطلب الثالث

#### أسس حق الانتخاب والترشح

يقوم حق الانتخاب والترشح على أساس أنها ركيزة أساسية للديمقراطية الحديثة، وضرورة إتاحة فرصة المشاركة السياسية أمام كافة فئات الشعب وطبقاته، وعلى أساس أن الاتفاقيات والمواثيق الدولية قد أكدت على هذا الحق، كما حرصت أغلب دساتير دول العالم تضمينها على مثل هذه الحقوق.

#### الفرع الأول

##### الديمقراطية وحق الانتخاب والترشح

الدولة الديمقراطية هي الدولة التي تكون فيها الانتخابات إحدى آليات التعبير عن الإرادة الشعبية، والتي تتجسد على وجه الخصوص في الاختيار الحر والنزيه لمن سيمثل هذه الإرادة في المؤسسات الدستورية، وعلى ذلك سنتناول في الغصن الأول من هذا الفرع مفهوم حق الانتخاب والترشح كركيزة أساسية للديمقراطية الحديثة، وفي الغصن الثاني منه سنتعرض إلى وظائف الانتخابات والترشح في الديمقراطيات الحديثة.

## الغصن الأول

### حق الانتخاب والترشح كركيزة أساسية للديمقراطية الحديثة

تعد المشاركة السياسية التي تقوم على كفالة حق الانتخاب والترشح ركيزة أساسية للديمقراطية، وتطور ونمو الديمقراطية يتوقف على إتاحة فرص المشاركة السياسية أمام كافة فئات الشعب وطبقاته، وجعلها حقوقاً يتمتع بها كل إنسان في المجتمع، كما أن المشاركة السياسية الحقيقية والمكفولة والمضمونة هي التي تخلق معارضة قوية، ومن ثم تساعد على تدعيم الممارسة الديمقراطية وترسيخها، وتحولها إلى ممارسة يومية عند أفراد الشعب، وهي من الوسائل المهمة لمقاومة الظلم والجور والاستبداد<sup>(56)</sup>.

فالمشاركة السياسية من خلال كفالة حقي الانتخاب والترشح تشكل حجر الزاوية في كل ديمقراطية، بغض النظر عما تمتاز به الديمقراطية من خصائص أخرى؛ مثل: حق تقرير المصير، واحترام رأي الأغلبية، والمساواة، وتكافؤ الفرص. وإن كانت الحقوق السياسية تتضمن طائفة من الحقوق، إلا أن حق الانتخاب والترشح هما من أبرز الحقوق المدنية والسياسية؛ حيث اعتمد فيها بديل مناسب لتمثيل الشعب، بعد تعذر ممارسة الديمقراطية المباشرة. وقد بدأ استعمال مصطلح حق الانتخاب إبان فترة (الفرانك الأحرار) في فرنسا القديمة، عندما كان التصويت ممنوعاً على مجموعات كثيرة؛ لأن أعضائها لم يكونوا رجالاً أحراراً<sup>(57)</sup>.

فمع بداية تطبيقه كان محصوراً بطبقات اجتماعية معينة؛ كالأغنياء أو ذوي المستوى التعليمي المحدد، كما كان الحال في فرنسا قبل عام 1848؛ حيث تم حصره بمن يجيد القراءة والكتابة، أو بمن يحسن تفسير الدستور، كما كان حال الزوج في أمريكا في القرن التاسع عشر. كل ذلك كان بهدف إبعاد فئات معينة عن ممارسة هذا الحق. وقد خضع هذا الحق لعملية تطور من خلال الممارسة وأوصلته إلى مفهومه الحالي؛ حيث أصبح يمارس ضمن شروط وقواعد، أبرزها العمومية والاختيارية والسرية<sup>(58)</sup>.

(56) د. داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، مرجع سابق، ص 13.

(57) د. أحمد الجلفة، ضمانات الحق الانتخابي في ضوء القانون الجديد، لبنان، منشورات الحلبي، ص 9.

(58) د. أحمد الجلفة، نفس المصدر، ص 10.

ويرى بعض الفقه الدستوري في الحق الانتخابي أنه أحد الحقوق الطبيعية، ولا يمكن سحبه من الشعب - على حد تعبير جان جاك روسو - انطلاقاً من مبدأ السيادة الشعبية<sup>(59)</sup>. والحقيقة أن حق الانتخاب والترشح يرتبط بمفهوم الديمقراطية ارتباطاً وثيقاً؛ ذلك أن هذه المبادئ والحقوق تجعل الديمقراطية هدفاً لها؛ لأن الحياة الديمقراطية السليمة تركز على اشتراك المواطنين في تحمل مسؤوليات التفكير والعمل من أجل مجتمعهم، فالمشاركة هي السياج الأمين للديمقراطية من الخروج أو الافتتات عليها.

وعلى ذلك، فإن الديمقراطية تركز على حق الانتخاب والترشح من خلال كفالة حق الجماهير في المشاركة الفعلية في حكم نفسها بنفسها، وتسيير أمورها في شتى المجالات، ومادام أن الديمقراطية المباشرة يصعب - إن لم يستحل - تطبيقها من الناحية الفنية والعلمية، نظراً لاتساع رقعة الدولة من ناحية، وتدخل الدولة في كافة ميادين النشاط، وازدياد وظائفها من ناحية أخرى؛ لذا اتجهت الأفكار الديمقراطية إلى الأخذ بأسلوب الديمقراطية النيابية التي يمارس الشعب السلطة في إطارها بطريق غير مباشر. وبذلك فإن هناك ربطاً بين المبدأ الديمقراطي والتصويت لإسناد السلطة، فلا توجد ديمقراطية ما لم يكن التصويت هو وسيلة الاختيار وأساسه الحق؛ حيث يعد هو الوسيلة الأساسية الأولية التي يتم بها التعبير عن إرادة الشعب، وضرورة احترام حقوقه وحرياته<sup>(60)</sup>.

ويتميز حق الانتخاب والترشح بأنه عن طريقهما يمكن التحكم والسيطرة على دفة الحكم في البلاد؛ حيث يعبر بهما الشعب عن إرادته، ويمسك بيده زمام الأمور، وبدون هذا الحق تعد الحريات الأخرى منحة يمكن للسلطة صاحبة الأمر أن تستردها متى تشاء<sup>(61)</sup>. وقد أصبح حق الانتخاب والترشح من ألزم حقوق الإنسان في العالم المعاصر، بوصفه الوسيلة المشروعة والمناسبة في التعبير عن اتجاهات ورغبات المواطنين في سبيل حماية حقوقهم وحرياتهم<sup>(62)</sup>.

(59) د. حسني قمر، الحماية الجنائية للحقوق السياسية، مصر، دار الكتب القانونية، ص 43.

(60) ارجع في عرض هذا الرأي: د. عقيلة خرباشي، العلاقة بين الحكومة والبرلمان، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط 1، 2007، ص 87.

(61) د. شمس علي، القانون الدستوري، القاهرة: عالم الكتب، ص 671.

(62) د. محيي شوقي، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان، بلا دار نشر، ص 359.

## الغصن الثاني

### وظائف الانتخاب والترشح في الديمقراطيات الحديثة

#### أولاً- التعبير عن مبدأ أن الشعب هو مصدر السيادة:

يكفل حق الانتخاب حكم الشعب نفسه بنفسه، فيقوم بذلك بالتعبير عن مبدأ أن الشعب مصدر السلطات، وتحقيق فكرة التمثيل النيابي، وذلك من خلال إتاحة الفرصة أمام الناخبين لممارسة أظهر صور المشاركة السياسية في عملية صنع القرارات، وهو الانتخاب العام، وبهذا يتحقق الفصل بين الشخص الحاكم والسلطة، التي هي وظيفة يؤديها الحاكم لحساب الجماهير، وبتفويض منهم، وليس مُلكاً يتولاه من غير قبول من المحكومين.

ويرتبط مبدأ أن الشعب هو مصدر السلطات بحق الشعب في تقرير مصيره، وتحديد مَن يحكمه عن طريق صناديق الانتخاب دون تأثير مباشر أو غير مباشر من أي فرد، أو مجموعة من الأفراد داخل المجتمع، أو من أي قوة أو هيئة خارجية؛ ولهذا فإن محاولة بعض القوى، سواء كانت محلية أو دولية، التأثير في نتائج الانتخابات أمر يتنافى مع مبدأ السيادة الشعبية وديمقراطية الانتخابات.

#### ثانياً- اختيار الحكام والسلطة التشريعية:

توفر الانتخابات الطريقة التي يتم من خلالها اختيار الحاكم بتفويض شعبي، وذلك من خلال انتقال السلطة إلى المرشحين الفائزين في الانتخابات؛ وذلك فيما يتصل برئاسة السلطة التنفيذية، أو أعضاء المجالس التشريعية النيابية، وذلك وفقاً لقواعد ذات صلة بالنظامين السياسي والانتخابي. وتضمن الانتخابات التعددية السياسية ذلك من خلال تمثيل كافة التيارات السياسية الرئيسية في المجتمع، وتمثيل الأقليات في الدول ذات التعددية العرقية، أو اللغوية، أو الدينية.

#### ثالثاً- تسوية الصراعات السياسية بطرق سلمية:

توفر الانتخابات آلية لتداول السلطة، وتغيير مراكز القوة، وإمكانية تقلد قوى المعارضة - في حال فوزها بالانتخابات - الحكم بدلاً عن الحكومة القائمة؛ أي إن الانتخابات هي آلية لتسوية الصراعات السياسية في الدول الحديثة بطرق سلمية، وهي

تؤدي إلى قبول كافة المتنافسين على المناصب السياسية المختلفة بنتائج الانتخابات، والتسليم بشرعية الفائزين، لا سيما المتنافسين الخاسرين في الانتخابات؛ لذا فالنظام الديمقراطي لا يسمح بتغيير الحكومات بطرق غير الاحتكام إلى غالبية أصوات الناخبين؛ كالانتقال العنيف للسلطة بانقلاب عسكري، أو ثورة مسلحة بشكل مباشر، كما لا يمكن إقصاء حكومة جاءت باختيار الناخبين في انتخابات حرة ونزيهة بشكل غير مباشر.

#### رابعاً- توفير الشرعية السياسية وتجديدها:

تقوم الانتخابات بوظيفة توفير شرعية شعبية للحكومة المنتخبة، أو تجديد شرعية الحكومة القائمة، فعن طريق الانتخابات يصل إلى مواقع صنع القرار أولئك الذين يحظون بقبول شعبي من طرف الناخبين. فالشرعية تستند إلى أن الحكومة المنتخبة تعمل في إطار المبادئ الديمقراطية، وتخضع لإرادة الشعب من خلال آلية الانتخابات التنافسية والدورية. هذا كله في إطار دستوري يحترمه الجميع، وضمن آليات محددة للمشاركة في الحياة السياسية. كما توفر الانتخابات الديمقراطية آلية لتجديد شرعية الحكومات القائمة، فحكومات الدول الديمقراطية قد يعثرها الضعف مع مرور الوقت؛ ومن ثم تحتاج إلى تجديد شرعيتها وسط ناخبها، وهنا يستطيع النظام الديمقراطي أن يجدد شرعية الحكومات القائمة، ويعزز من الدعم الذي يوفره الناخبون لمن هم في مواقع صنع القرار.

#### خامساً- محاسبة السلطة التنفيذية والتشريعية:

للاختبارات مقصد مهم هو محاسبة السلطة التنفيذية والتشريعية، ومساءلتها سياسياً وقت الانتخاب؛ إما من خلال تقويم برامج المتنافسين قبل الانتخاب، وإما عن طريق مكافأة أو معاقبة السياسيين إذا ما أرادوا الترشح مرة أخرى، وهذا الهدف يعد واحداً من أبرز أهداف الانتخابات الديمقراطية في النظم السياسية المعاصرة، وأحد الآليات الرئيسية التي يمكن من خلالها التأكد من ديمقراطية النظام الحاكم، فهو يستجيب بانتظام لمطالب الناخبين ويرعى مصالحهم المختلفة.

وقد اهتم الكثير من خبراء السياسة بمناقشة مجمل الجوانب المتصلة بالمسائل الانتخابية؛ أي إن مسألة الحكم عن طريق إجراء انتخابات حرة ونزيهة بصفة دورية

تجعل بقاءهم في أماكنهم مرهوناً بأصوات الناخبين. ولأن المساءلة تعد محاسبةً للمسؤولين عما فعلوه في السابق، فإن آلية المحاسبة هي انتخابات التجديد، أو الحصول على فترة جديدة، وليست الانتخابات نفسها. ولهذا كان تقرير الحق وراء السماح بحق الترشح لأكثر من فترة واحدة، كما أن هناك وسائل تستهدف مساءلة الحكام قبل اختيارهم؛ كأن يخضعوا لتقدير الناخبين من خلال وعودهم الانتخابية وحكمهم وحملاهم الدعائية، كما أن هناك حالات يُلزم فيها القانون باستشارة الناخبين عن طريق الاستفتاء قبل اتخاذ القرار؛ مثل: التعديل الدستوري، أو القرارات المصيرية؛ مثل: الانضمام أو الانسحاب من كتلت إقليمي أو منظمة دولية.

### سادساً- التجنيد السياسي:

تقوم الانتخابات الديمقراطية بدور تعبئة الجمهور، فهي تعد مصدراً رئيسياً من مصادر التجنيد السياسي، ووسيلة مهمة من وسائل المشاركة السياسية في النظم الديمقراطية المعاصرة، وعادة ما يقوم السياسيون وقادة الأحزاب بمهمة اختيار المرشحين للمناصب السياسية، وإعداد البرامج السياسية لمواجهة المشكلات والتحديات العامة التي تواجهها مجتمعاتهم. لذا فإن الانتخابات تؤدي دوراً محورياً في إعداد السياسيين وتدريبهم وتأهيلهم لمنصب أعلى، الأمر الذي يُسهم في تحديد حيوية المجتمع، ويضمن مشاركة عناصر جديدة في وضع السياسات وصنع القرار.

وعلى العكس من ذلك، نجد المجتمعات التي لا تجري فيها انتخابات ديمقراطية غير قادرة على تجديد حيوية المجتمع، ولا الدفع بعناصر جديدة إلى مواقع صنع القرار، فتفقد بذلك أجيالاً الفرصة في المشاركة في العمل السياسي وصنع القرار، وما الانتخابات التي يجريها بعض الحكام إلا وسيلة للسيطرة من خلال ترشيح أتباعهم وضمان فوزهم، بعد التلاعب بقوانين وإجراءات الانتخابات؛ إذ يتوقف دور الحكام على تبرير تصرفاتهم، وسن القوانين التي تضمن لهم البقاء لأطول مدة، وعلى هذا فإن هذا النوع من الانتخابات ليس وسيلة للتجنيد السياسي والمشاركة السياسية، وإنما هو أداة للسيطرة والحيلولة دون بروز سياسيين جدد يتنافسون على مواقع السلطة.

## سابعاً- التثقيف السياسي:

تحقق الانتخابات الديمقراطية دوراً تثقيفياً مهماً، فهي تشارك في تثقيف المواطنين بالمسائل المتصلة بالعمل والشؤون السياسية قبل وأثناء عملية الانتخابات؛ وذلك من خلال إذاعة وإعلان البرامج المختلفة للمرشحين والأحزاب، ومواد الدعاية الانتخابية خلال فترة الانتخابات، وهو الأمر الذي يتيح الفرصة أمام الجماهير للاطلاع ومناقشة المشكلات التي يواجهونها؛ لذا ففي الدول الديمقراطية المعاصرة هناك علاقة طردية بين مستوى الوعي والثقافة والتعليم من جهة، ومستوى المشاركة في الانتخابات من جهة أخرى، وعلى العكس من ذلك، نجد العلاقة سلسلة في الكثير من الدول غير الديمقراطية، فالانتخابات لا تجري على أساس الأفكار والبرامج التي تعالج الشأن العام، وإنما على أساس الأشخاص وأداء الخدمات والمصالح الشخصية؛ ولهذا يعزف المتعلمون والمثقفون عن المشاركة فيها<sup>(63)</sup>.

## الفرع الثاني

### التشريع كمصدر لحق الانتخاب والترشح

ليس من المبالغة القول بأن حق الانتخاب والترشح هو أم الحقوق التي ينعم بها الإنسان؛ كونه يعكس النظام السياسي لأي مجتمع من المجتمعات، وبدون ممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية تصبح غيرها من الحقوق والحريات منحة من الحاكم يستردها متى شاء؛ ولذلك سعت الأمم إلى تكريسها وتضمينها في دساتيرها، وكان هذا هو مسلك الدستور الكويتي. ولقد كان أول ظهور لأفكار حقوق الإنسان وبلورتها في مواثيق عالمية وإقليمية مبعثاً للمشرع الدستوري لكي يختار منها ما هو أساسي ولازم، ولا شك أن هذا الاختيار ناتج عن القيم والتوجهات الأيديولوجية التي يعتنقها النظام السياسي، والتي تعبر عنها الإرادة السياسية في الوثيقة الدستورية. وعليه، فإن الأفراد يتمتعون بحقي الانتخاب والترشح بناء على سند صريح من الدستور، الذي أحال للمشرع العادي أمر تنظيم ممارسة هذه الحقوق وفقاً لضوابط تمنعه من مصادرتها أو الانتقاص منها.

(63) ارجع في عرض وظائف الانتخاب تفصيلاً: موقع منتديات الخليفة، دراسة بعنوان: ضمانات الحق الانتخابي في ضوء القانون الجديد، منشور في 2013/12/11.

وتأسيساً على ما سبق، سنتناول في الغصن الأول من هذا المطلب حق الانتخاب والترشح في المواثيق الدولية، وفي الثاني: نتناول الأساس الدستوري لحق الانتخاب والترشح في الكويت.

## الغصن الأول

### حق الانتخاب والترشح في المواثيق الدولية

تجسدت حقوق الإنسان، ومنها حقه في الانتخاب والترشح، في بداية الأمر، في مجموعة من الوثائق الوطنية، مثل: العهد الأعظم؛ للحد من سلطة الملك (جون) سنة 1215، وإعلان الحقوق سنة 1776 بالولايات المتحدة الأمريكية، وإعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن سنة 1789<sup>64</sup>. وبعد نهاية الحرب العالمية الثانية، تطورت حماية حقوق الإنسان إثر التحرك العالمي والإقليمي الواسع لتعزيز هذه الحقوق باعتبارها من الحقوق السياسية الأساسية، كما أفردت لها ضمانات تهدف إلى التمتع بها. أما على مستوى حماية حق الانتخاب والترشح، فإن المواثيق الدولية، العالمية منها والإقليمية، تبرهن جميعاً على أنه يجب كفالة هذه الحقوق السياسية من أجل الحركة السلمية في المجتمعات الديمقراطية<sup>65</sup>. مع ذلك، فإن درجة الحماية الممنوحة لهذه الحقوق تختلف من اتفاقية إلى أخرى، وكذلك القيود المسموح بها عند تنظيم ممارستها، باعتبار أن هذا التنظيم أجازته كل المواثيق الدولية، على اعتبار أنها من الحقوق السياسية مثلها مثل باقي الحقوق ليست حقوقاً مطلقة<sup>66</sup>. وفي الواقع، فإن بلورة الحقوق - ومنها حق الانتخاب والترشح - في إعلانات ومواثيق الدول كانت عاملاً أساسياً مهماً في التحول الجذري الذي شهده العالم نحو تحديد الحقوق والحريات وحمايتها.

وسنعرض بصورة مجملة لأهم تلك الاتفاقيات والمواثيق الدولية.

(64) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 38-39.

(65) د. طارق عبد العال، كريم خليل، ميشيل كيجان، حرية التنظيم والأحزاب السياسية، القاهرة، مركز هشام مبارك، ص 14.

(66) هناك طائفة من الحقوق هي مطلقة لا تقبل التنظيم أو التقييد؛ مثل: حق الاعتقاد الذي كفله الدستور الكويتي في مادته (35)، وحق عدم جواز إبعاد الكويتي، المنصوص عليه في المادة (29)، وحق الاجتماع الخاص الذي كفله في المادة (44).

## أولاً- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر 1948 بتوقيع جهود الأمم المتحدة بعد التوقيع على ميثاقها في سان فرانسيسكو عام 1945؛ ليجعل موضوع تطبيق حقوق الإنسان يدخل المسؤولية الدولية بعدما كانت مشكلة داخلية صرفة. وإقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة للإعلان العالمي، دعت الجمعية الدول الأعضاء إلى الاهتمام واعتراف وتفعيل نص الإعلان، الذي تضمنت ديباجته ضرورة (أن يتولى القانون حماية حقوق الإنسان؛ لكي لا يضطر المرء آخر الأمر إلى التمرد على الاستبداد).

وقد أكدت المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على مبدأ الحرية والمساواة، كما نصت المادة الثانية منه على أحقية كل إنسان بالتمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي<sup>67</sup>، وبذلك كفلت المادتان سالفتا الذكر المبادئ الأساسية اللازمة للتمتع بالحقوق والحريات السياسية وممارستها ممارسة فعلية. أما المادتان (20، 21) فقد خطتا بداية الاهتمام الفعلي بالحماية القانونية للحقوق السياسية؛ فقد نصت المادة (20) على أن: (لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الجمعيات والجماعات السلمية، ولا يجوز إرغام أحد على الانضمام إلى جمعية ما).

أما المادة (21)، فقد نصت على أنه: (لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده؛ إما مباشرة أو بواسطة ممثلين يُختارون اختياراً حراً، ولكل شخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة، وأن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة، ويعبر عن هذه الإرادة بانتخابات نزيهة ودورية تجري على أساس الاقتراع السري، وعلى قدم المساواة بين الجميع، أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت). وبناء عليه، يمكننا أن نعد أن صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو نقطة الانطلاق الحقيقية للاعتراف بحقوق الإنسان، وخاصة حقوقه السياسية على المستوى الدولي، كما أنه الخطوة الأولى في مجال تعزيز وحماية هذه الحقوق.

(67) ارجع في عرض نصوص اتفاقية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: موقع شبكة الأمم المتحدة على شبكة الإنترنت، نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وتعد دولة الكويت -كمعظم دول العالم- من الدول التي استقت في دستورها الصادر عام 1962 بعض المبادئ الأساسية الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ حيث جاء التنغم والتوافق في مواد الوثيقتين في نحو 45 مادة في دستور البلاد<sup>(68)</sup>. ولقد خلا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من تحديد كيفية تنفيذه، فهو لا يعتبر اتفاقية ودية، ولم يكن محلاً لتصديق الدول الأعضاء، والاتجاه السائد في الفقه يميل إلى اعتباره وثيقة خالية من أية قيمة قانونية، وأنه مجرد بيان بالغ العمومية ليس له إلا تأثير أدبي وفلسفي محض<sup>(69)</sup>. ولذلك تخلت المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان عن إعلانات الحقوق التي تحوي المبادئ دون القيمة الإلزامية الكافية لحمايتها، ولجأت إلى الصيغة الاتفاقية بصورة واسعة، على اعتبار أن الاتفاقيات الدولية في العصر الحديث تنتج آثاراً قانونية ملزمة للدول متى ما تم المصادقة عليها.

وعلى ذلك سنتناول حق الانتخاب والترشح ضمن طائفة الحقوق السياسية المقررة في الاتفاقيات الدولية الإقليمية منها والعالمية.

### ثانياً- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية:

ترجعت جهود الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان، وتفاوتت بين الوعي بها إلى الاعتراف بها إلى حمايتها، ويمثل إقرار العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وصول هذه الجهود إلى درجة الحماية الدولية. ولقد تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهد الدولي في تاريخ 16 ديسمبر عام 1966، وأصبح نافذاً في 23 مارس 1976، لينتقل بالقواعد القانونية التي تركز حقوق الإنسان، ومنها الحقوق السياسية، من حالة التعزيز إلى مرحلة الالتزام<sup>(70)</sup>. ولقد نصت المادة الثانية من العهد الدولي على تعهد كل دولة طرفاً فيه باحترام وتأمين الحقوق المقررة في العهد دون تمييز، واتخاذ كافة

(68) انظر في استعراض لأهم أوجه التوافق بين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والدستور الكويتي: موقع وكالة الأنباء الكويتية كونا على شبكة الإنترنت، مقال بعنوان: العالم يحتفل غداً بذكرى مرور 54 عاماً على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، منشور في 9/12/2002.

(69) ارجع في عرض الآراء الفقهية الداعمة لهذا الاتجاه: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 70.

(70) أقر مجلس الأمة الكويتي القانون رقم 12 لسنة 1996 بانضمام الكويت إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

الخطوات اللازمة لتحقيق هذه الحقوق، مع ضمان مساواة الرجال والنساء في حق الاستمتاع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المدونة في الاتفاقية، وهو ما أكدته المادة الثالثة منه.

ويكفل العهد الدولي جميع الحقوق السياسية، فقد نصت المادة (22) منه على أنه: (لكل فرد الحق في حرية المشاركة مع الآخرين، بما في ذلك تشكيل النقابات العامة، أو الانضمام إليها لحماية مصالحه. لا يجوز وضع القيود على ممارسة هذا الحق غير تلك المنصوص عليها في القانون، والتي تستوجبها في مجتمع ديمقراطي مصالح الأمن الوطني، أو السلامة العامة، أو النظام العام، أو حماية الصحة العامة، أو الأخلاق، أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم).

ونصت المادة (25) منه على أنه: (لكل مواطن الحق والفرصة دون أي تمييز ورد في المادة الثانية، ودون قيود غير معقولة في:

- 1 - أن يشارك في سير الحياة العامة إما مباشرة أو عن طريق ممثلين مختارين بحرية.
- 2 - أن ينتخب ويُنتخب في انتخابات دورية أصلية وعامة، وعلى أساس من المساواة، على أن تتم الانتخابات بطريق الاقتراع السري، وأن تتضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين.
- 3 - أن يكون له الحق في الحصول على الخدمة العامة في بلاده على أسس عامة من المساواة<sup>(71)</sup>.
- 4 - والحقيقة أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية يكتسي أهمية استثنائية لما ورد فيه من تعهد الدول الأطراف على كفالة:
- 5 - توفير سبيل فعال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها، حتى ولو صدر الانتهاك عن أشخاص بصفتهم الرسمية.
- 6 - البت في الانتهاكات التي ترتكبها السلطات العامة في البلاد.
- 7 - قيام السلطات المختصة بإنفاذ الأحكام الصادرة لصالح المتظلمين.

(71) ارجع إلى نصوص اتفاقية العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، منشور على موقع جامعة مينيسوتا على شبكة الإنترنت، مكتبة حقوق الإنسان.

### ثالثاً- الاتفاقيات الدولية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة:

أكدت جميع الوثائق العالمية والإقليمية على ضرورة المساواة بين المرأة والرجل بصفة عامة، وتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مواده الأولى ما يؤكد على حق كل إنسان في التمتع بكافة الحقوق والحريات دون تمييز، ودون أية تفرقة بين الرجال والنساء. ولقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1967 إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، وفي العام 1972 بدأت لجنة مركز المرأة في الأمم المتحدة استطلاع رأي الدول الأعضاء حول كل مضمون صك دولي بشأن حقوق المرأة. وفي عام 1974، بدأت اللجنة المعنية في مركز المرأة بصياغة اتفاقية بشأن القضاء على التمييز ضد المرأة، وظلت تعمل لسنوات إلى أن أنهت إعداد اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، والتي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1979، ودخلت حيز التنفيذ في العام 1981، وقد صدّقت عليها الكويت عام 1994<sup>(72)</sup>.

ووفقاً للمادتين السابعة والثامنة، فإنه يجب على الدول القضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد؛ من خلال إعطائها الحق في التصويت والانتخاب والترشح، وشغل المناصب، والمشاركة في الأحزاب السياسية والمنظمات والنقابات على قدم المساواة مع الرجل، كما ينبغي منح النساء فرصاً متساوية لتمثيل حكوماتهن، والمشاركة في أعمال المنظمات الدولية والإقليمية<sup>(73)</sup>.

#### وعلى ذلك، نوجز أهم بنود هذه الاتفاقية:

- 1 - التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، وأهلية الانتخاب لجميع الهيئات التي يُنتخب أعضاؤها بالاقتراع العام.
- 2 - المشاركة في صياغة سياسة الحكومة، وتنفيذ هذه السياسة، وفي شغل الوظائف العامة وتأدية جميع المهام العامة على المستويات الحكومية.
- 3 - المشاركة في جميع المنظمات والجمعيات الحكومية التي تُعنى بالحياة العامة والسياسية للبلد.

(72) صدر مرسوم حمل رقم 24 لسنة 1994 يقضي بانضمام الكويت إلى اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، وتعتبر هذه الاتفاقية من أكثر الاتفاقيات عضوية في تاريخ الأمم المتحدة، بالمقارنة مع باقي اتفاقيات حقوق الإنسان؛ إذ بلغ عدد الدول الأعضاء فيها (171) دولة؛ أي حوالي 90% من الدول الأعضاء.

(73) انظر في ذلك: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشور في موقع ويكيبيديا على شبكة الإنترنت.

4 - وكانت أول اتفاقية تُعنى بحقوق المرأة هي الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة، التي صدرت عام 1952، ونصت على حق النساء في التصويت في جميع الانتخابات، بعدما كانت حكراً على الرجل في بعض الدول لمدة طويلة؛ وذلك على قدم المساواة مع الرجال. وقد تضمنت الاتفاقية 11 مادة تكفل في مجموعها ثلاثة مبادئ:

5 - كفالة حق الاقتراع للمرأة في جميع الانتخابات على قدم المساواة مع الرجل.

6 - منح المرأة حق الترشح لجميع الهيئات المنتخبة انتخاباً عاماً.

تأمين حق النساء في تقلد المناصب العامة ومباشرة جميع الوظائف التي تنص عليها القوانين الوطنية.

وتجدر الإشارة إلى عدم تصديق دولة الكويت على هذه الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق المرأة السياسية، وبذلك لا تعتبر ضمن البناء القانوني للدولة، بخلاف الاتفاقية الدولية لمناهضة كافة أشكال التمييز ضد المرأة، ولعل تطابق مبادئ الاتفاقيتين كان سبب الاكتفاء بالتصديق على الاتفاقية الأحدث؛ حيث أُغنت عن الأولى.

#### رابعاً- الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان:

نص الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الصادر عام 1997، في مادته (19) على أن: (الشعب مصدر السلطات، والأهلية السياسية حق لكل مواطن رشيد يمارسه طبقاً للقانون)<sup>(74)</sup>. كما جاء في الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الصادر في عام 2004، في مادته (24) على أنه: (لكل مواطن الحق في: 1- حرية الممارسة السياسية. 2- المشاركة في إدارة الشؤون العامة إما مباشرة أو بواسطة ممثلين يُختارون بحرية. 3- ترشيح نفسه أو اختيار من يمثله بطريقة حرة ونزيهة، وعلى قدم المساواة بين جميع المواطنين، بحيث تتضمن التعبير الحر عن إرادة المواطنين...)<sup>(75)</sup>.

كذلك نجد صدقاً لمبدأ الحق في الانتخاب والترشح في نصوص الاتفاقيات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الصادرة في روما في 4 نوفمبر 1950؛ إذ نصت المادة (3) من البروتوكول الأول الملحق بالاتفاقية، على ضرورة أن

(74) اعتمد ونشر بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية 5427 بتاريخ 15 سبتمبر 1997.

(75) اعتمد ونشر بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية 6405 بتاريخ 4/3/2004.

تتولى الأطراف المتعاقدة القيام بانتخابات حرة في فترات زمنية معقولة عبر الاقتراع السري، وفي ظروف تضمن التعبير الحر عن رأي الشعب في اختيار المشرع). وقد أولت هذه الاتفاقية ضماناً مهماً لاحترام الحقوق والحريات، وخاصة السياسية منها، فقد نصت على إنشاء لجنة ومحكمة أوروبية لحقوق الإنسان<sup>(76)</sup>.

ومن الملاحظ أن بعض هذه الإعلانات والمواثيق والمعاهدات تعد أن مبدأ حق الانتخاب والترشح مبدأً أساسياً تحرص عليه، وعلى ذلك، فإنه يجب التمييز بين هذه الإعلانات والمواثيق والاتفاقيات، فهي على نوعين: الأول: عبارة عن توجهات فلسفية غير ملزمة للدول - ومنها الكويت - وإنما تساعد على تبني ما جاء فيها من نصوص في دساتيرها وقوانينها، ومن أمثلتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، وإعلان الجامعة العربية لحقوق الإنسان؛ اللذين أكدوا على حق المواطنين والفرص المتاحة لهم في الانتخاب والترشح على قدم المساواة، مع النص على جواز فرض قيود، ومن ثم ليس هناك ما يمنع الدول الأطراف من وضع شروط لأهلية الانتخاب والترشح، من قبيل تحديد السن الأدنى لممارسة هذا الحق، أو المستوى التعليمي، أو معايير حسن السيرة والسمعة.

وهناك نوع آخر من المعاهدات والاتفاقيات الدولية يسبغ عليها الدستور الكويتي في مادته (70)، بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، قوة القانون العادي<sup>(77)</sup>، ومثال ذلك: اتفاقية العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. ويلاحظ على هذا النوع من المعاهدات والاتفاقيات أنها أكدت على مبدأ حق الانتخاب والترشح بالمعنى الواسع، كما أنها تضمنت نصاً يلزم الدول الموقعة عليه بأن تصدر التشريعات، وتتخذ التدابير والإجراءات الإدارية والقضائية التي تكفل هذه الحقوق والحريات. وتتمتع كل من المعاهدة والتشريع في الدستور الكويتي بقيمة قانونية واحدة، وعليه فإن حدث تعارض بين قاعدة واردة في

(76) راجع المادة (19) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

(77) تنص المادة (70) من الدستور الكويتي على أن: (يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم، ويبلغها مجلس الأمة مشفوعاً بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، على أن معاهدات الصلح والتحالف والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة، أو ثرواتها الطبيعية، أو بحقوق السيادة، أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة، ومعاهدات التجارة والملاحة والإقامة، والمعاهدات التي تحمل خزنة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية، أو تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت، يجب لنفاذها أن تصدر بقانون، ولا يجوز في أي حال أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية).

معاهدة وقاعدة واردة في تشريع داخلي، فإن القاضي ينبغي أن يغلب القاعدة اللاحقة استثناءً إلى أن النص القانوني اللاحق ينسخ النص السابق عليه، إذا كان متعارضاً معه، وهذا هو المبدأ الذي يحكم تطبيق القوانين من حيث الزمان<sup>(78)</sup>.

## الغصن الثاني

### الأساس الدستوري لحق الانتخاب والترشح

تعد دولة الكويت من أقدم الدول التي نشأت في شبه الجزيرة العربية؛ حيث ظهرت كدولة بالمفهوم القانوني على الخريطة الدولية عام 1756م، وكان مبدأ الانتخاب - في صورته البدائية - ملازمًا لوجود دولة الكويت؛ ذلك أن عملية اختيار حاكم الكويت كانت تتم وفقاً للتقاليد، والتي تمر بمرحلتين أساسيتين؛ وهما: الترشيح والمبايعة.

#### المرحلة الأولى- مرحلة الترشيح:

إن الشرط الأساسي الذي يجب توافره بالحاكم هو شرط النسب؛ أي كونه من عائلة الصباح، وذلك عن طريق اجتماع عائلة الصباح على شكل مجلس يعقد لهذا الغرض.

#### المرحلة الثانية- مرحلة المبايعة:

وهي المرحلة التي تيين لنا - بوضوح - تلازم وجود مبدأ الانتخاب في صورته الأولية؛ حيث كان أعيان الكويت ووجهاء البلاد يبايعون الحاكم؛ وذلك بعد أن يشترطوا عليه إقامة العدل والمساواة فيما بينهم، ومشاورتهم في الرأي، وعدم الاستبداد فيه. واستمر الحال إلى أن قامت الكويت بإصدار الدستور الأول؛ حيث صدر مرسوم أميري بعد شهرين من إعلان الاستقلال - حمل رقم 12 بتاريخ 26/8/1961 - بالدعوة إلى إجراء انتخابات عامة لمجلس تأسيسي يتولى إعداد دستور البلاد، وصدر خلال هذه الفترة القانون رقم (1) لسنة 1962، متضمناً النظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال. ويعد هذا القانون دستوراً مؤقتاً للبلاد خلال فترة الانتقال السابقة لإقرار الدستور الدائم للكويت. وقد أخذ الدستور الانتقالي بالحقوق والحريات

(78) ارجع تفصيلاً في بيان القيمة القانونية لإعلانات ومواثيق واتفاقيات الحقوق: د. يسري العصار، القيمة القانونية لإعلانات ومواثيق واتفاقيات الحقوق بين مصادر القانون في الكويت ومصر وفرنسا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، السنة الأولى، يونيو 2013.

العامة الأساسية التي تتضمنها عادة الدساتير الحديثة - وردت في باب خاص هو الباب الأول، وتضمنت إحدى عشرة مادة من المواد (3-13)، وشملت في نطاقها مبدأ المساواة أمام القانون والحرية في اختيار العمل.

وبعد ذلك قام المجلس التأسيسي بدوره بوضع الدستور الدائم للبلاد، وصدق عليه الأمير الراحل عبد الله السالم الصباح، وأصدره عام 1962، وبدأ العمل به عام 1963، وقد تضمن هذا الدستور في مادته (6) أن: (نظام الحكم في الكويت ديمقراطي، والسيادة فيه للأمة مصدر السلطات جميعاً، وتكون ممارسة السيادة على الوجه المبين بهذا الدستور).

وتجسيدا لمبدأ السيادة الشعبية، فقد أخذ الدستور الكويتي بمبدأ الاقتراع العام الذي يخول كل مواطن حق الانتخاب، دون أن يستبعد أحداً من استخدام هذا الحق تحت ذريعة الأسباب التي كان يتقيد بها حق الاقتراع المقيد، قبل التطور الذي ناضلت الشعوب للعدول عنه في كل دول العالم، ومنها الكويت، لتحقيق مبدأ الاقتراع العام<sup>(79)</sup>؛ حيث تنص المادة (80) من الدستور على أن: (يتألف مجلس الأمة من خمسين عضواً يُنتخبون بطريق الانتخاب العام السري المباشر وفقاً للأحكام التي يُبينها قانون الانتخاب).

وبذلك فإن المشرع الدستوري الكويتي قرر، صراحةً، أن يكون انتخاب أعضاء مجلس الأمة بطريق الانتخاب العام السري المباشر، مسيراً في ذلك أحدث النظم الانتخابية وأكثرها ديمقراطية، وقرر الإحالة إلى قانون الانتخاب لبيان الشروط الواجب توفرها في الناخب الكويتي، تلك الشروط التي لا تنفي عن أسلوب الانتخاب صفة العمومية؛ حيث لم يحصر المشرع الناخبين في فئة معينة استناداً لشروط تتعلق بالمقدرة المالية أو الكفاية العلمية أو غير ذلك مما قد ينفي عن الانتخاب عموميته ويجعله انتخاباً مقيداً.

ونظراً لأن الترشيح لعضوية مجلس الأمة يعد من أهم مسائل العملية الانتخابية؛ لذا أولى المشرع الدستوري هذه المسألة اهتماماً بالغاً، وقام بتنظيمها بنصوص

(79) انظر: د. شفيق امام، مقالة منشورة في صحيفة الجريدة بعنوان حرمان المدانين من الانتخاب والترشح يخالف الدستور والشريعة، وينتقص من ولاية القضاء، منشور بتاريخ 26/6/2016 على موقع الصحيفة على شبكة الإنترنت.

صريحة في صلب الدستور، ثم أحال إلى قانون الانتخاب لاستكمال هذا التنظيم؛ فقد نصت المادة (82) من الدستور على الشروط الواجب توفرها في عضو مجلس الأمة بقولها: (يشترط في عضو مجلس الأمة: أ- أن يكون كويتي الجنسية بصفة أصلية. ب- أن تتوافر فيه شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب. ج - ألا تقل سنه يوم الانتخاب عن ثلاثين سنة ميلادية. د- أن يجيد قراءة اللغة العربية وكتابتها).

وبذلك أحال المشرع الدستوري تنظيم ممارسة حق الانتخاب إلى المشرع العادي، بحيث ينفرد وحده بتنظيمها، وهو مقيد في ذلك بمراعاة بعض الشروط؛ حتى لا يكون القانون الصادر عن الهيئة مخالفاً لأحكام الدستور. وينبغي الالتفات إلى أن حق الانتخاب والترشح يعد صورة من صور التعبير الذي يكفله الدستور الكويتي في مادته (36) بقوله: (حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه). وفي هذا السياق، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن: (حق الاقتراع صورة من صور التعبير عن الرأي من خلال إدلاء الناخبين بأصواتهم التي يبلورون بها إرادة اختيار ممثليهم)<sup>(80)</sup>.

وبذلك يعد حق الانتخاب والترشح من صور حرية التعبير في الشؤون العامة عندما يختار المواطنون ممثليهم في مجلس الأمة، وهو الأكثر أثراً وخطراً في النظام الديمقراطي، والانتقاص منه هو عدوان على حرية الرأي وحق المواطنين في التعبير عن آرائهم في شؤون الحكم. كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن حرية التعبير هي قاعدة التنظيم الانتخابي ومحوره، وأن تنظيم العملية الانتخابية لا يكون ممكناً إلا إذا كان معقولاً، وإلا إذا كان محايداً في محتواه، وهو لا يكون كذلك إلا بما يوفره لهيئة الناخبين من حقائق تعينها على تحديد موقفها من المرشحين الذين يريدون الظفر بثقتها، ومن خلال التعريف بأحقيتها في الدفاع عن مطالبها، ولتكون المفاضلة بين المرشحين على أسس موضوعية لها ما يظاهاها وفق قناعتهم بموقفهم من قضاياها<sup>(81)</sup>.

والحقيقة أنه عند تعامل المشرع الدستوري مع الحقوق والحريات - ومنها حق الانتخاب والترشح - كان عليه أن ينهج إحدى طريقتين:

(80) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 1998/2/7، قضية رقم 77 لسنة 19 قضائية دستورية.

(81) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 1996/2/3، قضية رقم 2 لسنة 16 قضائية دستورية.

**الأولى:** أن يفصل هذه الحقوق وينظمها بشكل قطعي، بحيث لا يدع للسلطة التشريعية أو التنفيذية فرصة التغول عليها أو الانتقاص منها.

**الثانية:** أن يحدد الركائز والمبادئ الأساسية لهذه الحقوق، ويترك التفاصيل والتنظيم لسلطات الدولة.

ومع سلامة الطريقة الأولى إلا أنها تتعارض مع الاعتبارات الفنية والقانونية، ويصعب تطبيقها في الواقع العملي، فما كان من الدستور الكويتي إلا أن سلك الطريقة الأخرى؛ فالدستور يقرر الحقوق، ويبيح للمشرع العادي أحياناً تنظيمها؛ لبيان حدودها، وكيفية ممارستها من غير نقص أو انتقاص، وطوراً يطلق الحقوق والحريات إطلاقاً عاماً يستعصي على التقييد أو التنظيم، فإذا خرج المشرع فيما يضعه من تشريعات على هذا الضمان الدستوري، بأن قيد حقاً وردّ مطلقاً في الدستور، أو أهدر حقاً أو انتقص منه تحت شعار التنظيم الجائز دستورياً، وقع تدخله التشريعي مخالفاً للدستور<sup>(82)</sup>.

#### أولاً- انفراد التشريع بالاختصاص في مجال تنظيم حق الانتخاب:

رأينا فيما سبق أن الدستور يحدد الحقوق والحريات التي يضمنها لها الحماية الدستورية، ويحيل تنظيمها إلى المشرع العادي، وهو منهج في كفالة حق الانتخاب والترشح في الكويت، وهو ما يعني انفراد التشريع من مجلس الأمة وحده بمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه، وهذا يعني أن السلطة التنفيذية لا يمكنها التدخل في هذه الاختصاصات، والتي على رأسها الحقوق والحريات، فهي منطقة محرمة على غير المشرع بوصفه ممثلاً لإرادة الشعب. والعلة في ذلك أن هذه الحقوق والحريات تتم ممارستها في مواجهة السلطة التنفيذية نفسها؛ فالسلطة التشريعية وحدها هي المختصة بتعيين حدود ممارسة المواطنين لحقهم في الانتخاب والترشح، ولا ارتباط هذه السلطة بإرادة الشعب، دون أن يكون لها الحق في إهدار هذه الحقوق أو الانتقاص منها، أو إفراغها من محتواها، على أساس أنها وغيرها من الحقوق مقيدة باحترام أحكام الدستور حتى تكون تصرفاتها مشروعة ونافاذة<sup>(83)</sup>.

(82) انظر: د. محمد إبراهيم الوكيل، دور القضاء الإداري والدستوري في إرساء مؤسسات المجتمع المدني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007، ص 145-146.

(83) انظر: د. ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على الدستورية، الجزء الأول، القاهرة، دار الكتب المصرية، 2006، ص 26.

وقد عني الدستور الكويتي في كثير من المواد بضمانة وكفالة حق الانتخاب والترشح ووجه خطاباً إلى السلطة التشريعية كي تحدد عن طريق القانون إطار ممارسة الحق أو الحرية التي أقرها. ورغم استئثار المشرع وحده بالاختصاص في معالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه، فإن المادة (71) من الدستور أجازت للسلطة التنفيذية أن تمارس عملاً من أعمال التشريع، وهو ما يعرف بـ (مراسيم بقوانين)، والتي تنطوي على خطورة كبيرة على مبدأ أفراد التشريع؛ إنها تؤسس قاعدة قوية لانفراد السلطة التنفيذية، ولكن هذا الحق تحده ضوابط حقيقية تحد من استعمال هذه السلطة، كما أن الإطار الدستوري للتدخل التشريعي لتنظيم الحقوق السياسية يقيده أيضاً، ويخضعه له<sup>84</sup>.

### ثانياً- سلطة المشرع في تنظيم حق الانتخاب والترشح:

أشرنا إلى أن الأصل في حق الانتخاب والترشح أن ينظمه الدستور، ويتصدى لضمانه وكفالاته، ولكن لاعتبارات عملية تم إقرارها في صلب الوثيقة الدستورية أحال موضوع تنظيمها إلى المشرع العادي. ولقد أناط الدستور بالمشرع العادي تنظيم حق الانتخاب والترشح شريطة ألا يؤدي التدخل التشريعي إلى أمر من الأمور التالية:

- إهدار الحق أو الحرية إهداراً تاماً.

- الانتقاص من الحق أو الحرية دون أسس دستورية أو شرعية.

- فرض قيود على ممارسة الحق على نحو يجعل استخدامه شاقاً.

وعلى ذلك، فإن هذا التفويض الدستوري يجب أن يقف عند حدود التنظيم الذي ينبغي ألا يتضمن نقصاً للحرية أو انتقاصاً منها، وأن يلتزم بالحدود والضوابط التي حددها الدستور، فإذا جاوزها إلى حد إهدار الحق ذاته أو النيل منه، وقع القانون المجاوز لدائرة التنظيم مخالفاً للدستور.

(84) تنص المادة 71 من الدستور الكويتي 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 ألا تكون مخالفة للدستور أو التقديرات المالية في قانون الميزانية...).

## - عدم مصادرة الحق أو الحرية:

لقد أجاز الدستور للمشرع تنظيم حق الانتخاب والترشح، إلا أنه أقره من حيث المبدأ؛ ولذلك على المشرع أن يؤكد هذا الإقرار الدستوري؛ وذلك احتراماً لمبدأ تدرج القواعد القانونية، فالقاعدة الأدنى يجب أن تحترم الأعلى منها، وما دام المشرع الدستوري قد كرس الحق، فلا يجوز للمشرع العادي أن يصادره أو يلغيه. لقد كان الهدف من تضمين الدساتير - ومنها الدستور الكويتي - حق الانتخاب والترشح هو حمايته في مواجهة المشرع نفسه، الذي عليه واجب الامتناع عن إصدار أي تشريع يصادره أو ينتهكه، وإلا اعتبر هذا القانون الصادر باطلاً كأن لم يكن؛ لمخالفته الدستور، وهو ما قضت به المحكمة الدستورية في الكويت من أن المشرع فيما يسنه من قوانين تنظيمًا للحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، باعتبارها من الدعامات الأساسية التي لا يقوم أي نظام ديمقراطي من دونها؛ يجب عليه ألا يجاوز الحدود والضوابط التي فرضتها هذه النصوص أو ينال من أصل الحق أو يحد من ممارسته أو يحيد عن الغاية من تنظيمه على الوجه الذي لا ينقص من الحق أو ينتقص منه، ولئن كان للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم العملية الانتخابية، إلا أن سلطته في هذا الشأن تجد حدها الطبيعي في عدم الخروج على القيود والضوابط والمبادئ التي نص عليها الدستور، وعدم المساس بالحريات والحقوق العامة التي كفلها الدستور<sup>(85)</sup>.

## - عدم الانتقاص من الحرية:

ما دام أن الدستور قد أجاز الحق وسمح بممارسته، فلا يجوز للمشرع أن يجعل التمتع بالحق منقوصاً غير كامل، ويكون التمتع بالحق كاملاً من خلال المساواة بين المواطنين، فلا يحق تمتع طائفة دون أخرى بالحق إلا وفقاً للشروط القانونية الموضوعية، ما دامت تتساوى المراكز القانونية لهم. لذا فإن المشرع ملزم بتمكين الجميع على قدم المساواة من ممارسة الحق موضوع التنظيم. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يقتضي كمال التمتع بالحق عدم الانتقاص من مضمونه في حد ذاته. وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا أنه: (لا يجوز أن تفرض على مباشرة أي من حق الانتخاب والترشح قيود يكون من شأنها المساس بمضمونها، بما يعوق ممارستها بصورة جدية وفعالة؛ ضماناً لحق المواطنين في اختيار ممثليهم في المجالس النيابية؛

(85) حكم المحكمة الدستورية في الكويت، جلسة 1/5/2006، قضية رقم 8 لسنة 10.

لإعمال الديمقراطية في محتواها المقرر دستورياً، ولضمان أن تكون المجالس النيابية كاشفة في حقيقتها عن الإرادة الشعبية، ومعبرة تعبيراً صادقاً عنها<sup>(86)</sup>. كما قررت أنه: (لا يجوز أن تنال من تلك الحقوق بما يقلص من محتواها، أو يجردها من خصائصها، أو يقيد من آثارها، وإلا كان هذا التنظيم مخالفاً للدستور)<sup>(87)</sup>.

#### - عدم جواز فرض قيود مرهقة على ممارسة الحق:

فالقيود المرهقة تجعل ممارسة الحق أمراً شاقاً وعسيراً على الأفراد، وذلك مخالف لمقاصد الدستور؛ لأن الغرض من النص على الحق وتضمينه في الدستور هو إعطاؤه حرية أكبر، وفرض القيود الشاقة على ممارسته من قبل المشرع يتنافى والغرض من التكريس الدستوري للحق أو الحرية. وعلى ذلك، فإن القانون المنظم للحقوق المكرسة في الدستور لا يجب أن يتقل كاهل المستمعين بها بالإجراءات الكثيرة والعسيرة، فتحرمهم بذلك من ممارسة هذه الحقوق؛ ولذلك يجب على المشرع أن يراعي مقاصد الدستور، ويتوخى في تشريعه ذات الغايات التي ينشدها المشرع الدستوري، دون أن ننسى الطابع التنظيمي للتشريع ودوره في الحفاظ على النظام العام والأمن في المجتمع. وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه: (يفترض في أي نظام ديمقراطي للحكم أن يكون حق الاقتراع منضبطاً وفق قواعد محددة يكون إعمالها منصفاً وعادلاً، فلا يباشره المواطنون مثقلاً بقيود تؤثر في وزن أصواتهم لتضعفها أو تفرقها)<sup>(88)</sup>.

والحقيقة أن مشكلة تدور حول السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم الحقوق والحريات، والتي قد يساء استخدامها؛ لأن الفارق دقيق جداً بين تشريع يراعي القيود السابقة الذكر، فيُعد منظماً فقط لاستخدام الحق، وتشريع يهمل تلك القيود فيصادر الحق الذي كفله الدستور، أو ينتقص منه، أو يجعل ممارسته مرهقة على الأفراد، فدور المشرع العادي يجب أن يكون مكملاً لإرادة المشرع الدستوري لا متجاوزاً لها.

(86) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، جلسة 2008/7/8، قضية رقم 11 لسنة 13 قضائية دستورية.

(87) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، جلسة 1996/2/3، قضية رقم 2 لسنة 16 قضائية دستورية.

(88) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 1998/2/7، قضية رقم 77 لسنة 19 قضائية دستورية.

### ثالثاً- الإطار الدستوري للتدخل التشريعي لتنظيم حق الانتخاب والترشح:

أناط الدستور الكويتي بالمشرع العادي تنظيم ممارسة حقي الانتخاب والترشح بحيث ينفرد بتنظيمها، وهو مقيد في ذلك بمراعاة بعض الشروط، ولا يتسم القانون الخاص بتنظيم هذه الحقوق بعدم الدستورية.

#### 1 - قيام التدخل على أساس هدف مشروع:

وفي هذا الصدد، نشير إلى أن المواثيق الدولية قد أجازت تنظيم ممارسة حق الانتخاب والترشح بتشريع صادر من البرلمان، شريطة أن يهدف إلى مصلحة مشروعة، أو إذا وجد ما يبرر ذلك من احتياجات الضرورة الممتثلة في الأمن الوطني، والسلامة العامة، ومنع الاضطرابات والجريمة، وحماية الآداب والصحة، وحماية حقوق وحرية الآخرين. ويلاحظ أن تلك المواثيق لم تحدد المعنى الدقيق لهذه المصطلحات، التي يجب أن تفسر من خلال السياق والنصوص الأخرى<sup>(89)</sup>.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا أن: (كل تنظيم تشريعي ينال من فرص الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لا يقل سوءاً عن حرمان بعضهم أصلاً - ودون مسوغ - من حق الاقتراع العام)<sup>(90)</sup>. كما قضت المحكمة الدستورية في الكويت بأن الترشح حق أصيل شأنه شأن باقي الحقوق السياسية، وهو من الحقوق التي لا تقبل - بطبيعتها - من القيود إلا ما كان هادفاً للمصلحة العامة، ومحققاً لأغراضها، وبأن حقي الاقتراع والترشح يجب مباشرتهما على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً لممارستهما أو الانتفاع بهما<sup>(91)</sup>. وعلى ذلك، يمكن القول بأن المشرع يعد في

(89) المقصود بـ (الأمن الوطني) هو حماية السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي ضد القوة الأجنبية أو التهديد بالقوة، وأنه يمكن أن يبرر فرض القيود على حقوق الأفراد أو الجماعات عند الضرورة لمواجهة تهديد، أو استخدام القوة الخارجية، أو تلك المخاطرة الناتجة عن الجاسوسية، كما يجوز تقييد حق الانتخاب والترشح إذا تضمنت ممارسته تعريض السلامة العامة للأشخاص للخطر في حياتهم، أو أجسادهم، أو صحتهم، كما يمكن فهم مصطلح النظام العام في تقييده للإضرابات لصالح حركة المؤسسات العامة الضرورية للجماعة. أما مصطلح (الآداب العامة) فهو نسبي، وطبيعته متغيرة، وإجمالاً يشير المصطلح إلى المبادئ التي يقبلها - بصفة عامة - الغالبية العظمى من المواطنين كإرشادات أخلاقية لسلوك الفرد أو الجماعة، وآخر هذه الأسس المشروعة يضع على الحكومة عبء حماية حقوق وحيات الغير. انظر في هذه المعاني: د. عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2006، ص 119-120.

(90) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 1998/2/7، طعن رقم 77 لسنة 19 قضائية دستورية.

(91) حكم المحكمة الدستورية في الكويت، جلسة 2008/7/16، قضية رقم 2 لسنة 16.

دائرة التنظيم ما دام يتناول حق الانتخاب وحق الترشح بترتيبات وإجراءات تكفل حسن ممارسته؛ بحيث لا تتحول إلى نشاط ضار بالمجتمع، وإلا فإنه يفتقر من الحق ويضيع من التمتع به.

## 2 - أن يكون التدخل ضرورياً:

إن متطلبات الديمقراطية وحكم الشعب نفسه بنفسه تقوم على إتاحة المشاركة السياسية للجميع، وعلى ذلك فإن كل قيد لا بد أن يتفق وينسجم مع فكرة النظام الديمقراطي؛ ومن ثم فإن من متطلبات النظام الديمقراطي كفاءة حقوق الإنسان؛ من أجل ديمقراطية سياسية فعالة. فالدولة القانونية لا يجوز لها أن تسلك في تنظيماتها المختلفة إلى الحقوق الدنيا للمتطلبات المقبولة، بوجه عام، في الدول الديمقراطية، ولا أن تفرض على تمتعهم بها، أو مباشرتهم لها قيود يكون جوهرها أو مداها مجاناً لتلك التي درج العمل في النظم الديمقراطية على إطلاقها، فكل قيد لتقييد حق الانتخاب والترشح يجب أن يكون ضرورياً بالدرجة الأولى، ومقبولاً في المجتمعات الديمقراطية.

وفي ذلك، تقرر المحكمة الدستورية العليا أنه: (لا يجوز بالتالي أن تفرض على مباشرة حق الانتخاب وحق الترشح القيود التي لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية، وضمان مصداقيتها، أو بما يكون كافلاً إنصافها، وتدقق الحقائق الموضوعية، بل يجب أن تتوافر للقيود التي يفرض هذا التنظيم أسس ضبطها بما يصون حيديتها، ويحقق الفرص المتكافئة بين المترشحين فيها)<sup>(92)</sup>.

وعلى ذلك، فإنه ينبغي - كأصل عام - أن يتدخل المشرع لتنظيم حق الانتخاب والترشح، ويحدد الضمانات الفعلية له، مع مراعاة ضرورة التوفيق بينه وبين الحقوق الدستورية الأخرى، والتي تتطلب دوماً احتراماً مماثلاً، وعلى المشرع التوفيق بين جميع هذا المصالح القانونية، وعدم تغليب أحد مكوناتها؛ حتى لا يختل التوازن، وضابط ذلك هو الضرورة والتناسب، وهنا يبرز دور المحكمة الدستورية في كشف ما هو ضروري وما هو ضار للمجتمع. والقاضي الدستوري حين يبسط رقابته على الضرورة والتناسب بين المساس بالحق والمصلحة الجدية بالحماية لا يغتصب سلطة

(92) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة 1996/2/3، قضية رقم 2 لسنة 16 قضائية دستورية.

المشرع، ولا يستبدل تقديره بتقدير المشرع بوجه عام؛ ذلك أن القاضي الدستوري حينما يتصدى للمسألة، فإنما يتصدى لها بحكم مهمته في تغليب المبادئ الدستورية من جهة، ومن جهة أخرى فإن سلطة المشرع - كما أوضحنا - ليست مطلقة، وهذا يقضي عدم جوره على الحقوق والبغى عليها، وإلا فإنه يعصف بالحماية الدستورية للحقوق، ويجعل النصوص التي تكفلها عديمة الفاعلية.

### 3 - عدم جواز تقرير الرجعية في القيود:

ومقتضى هذا المبدأ هو سريان حظر ومنع الترشح بأثر فوري؛ وبناء عليه عدم جواز تقرير سريانه بأثر رجعي، ذلك أن المنع أو الحظر في حقيقته هو عقوبة تبعية مرتبطة بعقوبة جزائية يقررها المشرع، ويحكم القضاء بها، بينما الحرمان أثر مباشر يرتبه القانون ربطاً بالعقوبة الجزائية، ولا يغير من وصفها كعقوبة جزائية أنها قد وردت في قانون انتخاب مجلس الأمة أو في أي قانون آخر غير قانون الجزاء؛ إذ إن هناك العديد من القوانين تضمنت جزاءً ورد في غير قانون الجزاء؛ مثل: قانون حماية الأموال العامة، وقانون البلدية، وقانون الانتخاب نفسه، وهي تسمى قوانين جزائية خاصة. وفي ذلك تنص المادة (179) من الدستور الكويتي على أن: (لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيها وقع قبل هذا التاريخ، ويجوز في غير المواد الجزائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية الأعضاء الذين تتألف منهم مجالس الأمة).

وقد ردَّ الدستورُ الكويتي مبدأً أساسياً من مبادئ الدساتير الحديثة يقيد به المشرع، فوفقاً لهذا النص، فإن الأصل هو سريان القوانين بأثر فوري، والاستثناء هو جواز سريانه على المراكز القانونية المكتملة قبل صدوره إذا توافر فيه شرطان؛ الأول: هو موافقة مجلس الأمة على سريانه بأثر رجعي، والثاني: ألا يكون هذا السريان في مادة جزائية<sup>(93)</sup>. كما أن المادة (32) من الدستور الكويتي قررت أنه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها). وقد استقر القضاء في تطبيق هذا المبدأ الدستوري على أن العبرة في تحديد

(93) انظر: د. محمد الفيلى، تعديل قانون الانتخاب يخالف الدستور، مقال منشور في جريدة الجريدة على موقعها في شبكة الإنترنت، في 27/6/2016.

القانون الواجب التطبيق هو بوقت ارتكاب الجريمة، وليس بوقت صدور الحكم في الدعوى<sup>(94)</sup>. كما نصت عليه المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(95)</sup>، والمادة 15 من العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية<sup>(96)</sup>.

وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى عدم دستورية قانون رقم 33 لسنة 1978 بشأن الجبهة الداخلية، والذي نشر في 3 يونيو سنة 1978، فيما تضمنته المادة الخامسة من سريانه بأثر رجعي على الأفعال السابقة على نفاذ القانون<sup>(97)</sup>.

وعلى ذلك، فإن الأصل في النصوص العقابية، سواء كانت عقوبات أصلية أو تبعية أو تكميلية، ومنها تلك المتعلقة بالحرمان من حق الانتخاب والترشح، يجب أن يكون سريانه بأثر مباشر، فلا يكون تطبيقها رجعيًا؛ إعمالاً لقواعد الدستور والمواثيق الدولية التي تقضي بأنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذي ينص عليها، وإلا كان تطبيقها رجعيًا، ويتعين بذلك ألا تتعلق هذه القوانين بغير الأفعال التي ارتكبتها جُناتها بعد سريانه؛ ليكون نفاذ تلك القوانين سابقاً عليها<sup>(98)</sup>. ويعد القانون أسوأ للمتهم، إذ لا يجوز سريانه -بالتالي- بأثر رجعي إذا ألحق بالجاني عقوبة أشد مما كان ينص عليه القانون القديم، سواء من حيث النوع أو القدر، أو من حيث الحد الأدنى أو الأقصى، أو من حيث استحداث عقوبة تبعية أو تكميلية، أو جعل العقوبات التكميلية وجوبية بعد أن كانت جوازية، فكل ما يعدل على العقوبة بالإضافة أو المزيد من التقييد يعتبر قانوناً أسوأ للمتهم، ولا يجوز أن يسري بأثر رجعي<sup>(99)</sup>. وبناء على ذلك، لا يمكن إضافة قيد يُحرم بموجبه الشخص من حقه في الانتخاب والترشح إلا على الأفعال اللاحقة على نفاذ القانون وسريانه.

(94) محكمة النقض المصرية، جلسة 1962/4/7، مجموعة أحكام النقض، س 13، رقم 91، ص 361.

(95) تنص المادة (11) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 على أنه: (لا يدان أي شخص من جراء أدائه عملاً أو امتناع عن أدائه عملاً إلا إذا كان ذلك يعتبر جرمًا وفقًا للقانون الوطني أو الدولي وقت الارتكاب، كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة).

(96) تنص المادة (15) من الدستور على أنه: (لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة...).

(97) حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 49 لسنة 6، جلسة 4 أبريل سنة 1987.

(98) قررت المحكمة الدستورية العليا أن مبدأ عدم تطبيق العقوبة بأثر رجعي يسري على كافة العقوبات، ومنها العقوبات التأديبية. انظر في ذلك: حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 22 لسنة 8، جلسة 4 يناير 1992.

(99) انظر: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، 2006، ص 114..

#### 4 - أن تكون القيود موضوعية منصفة وعادلة:

يقتضي هذا المبدأ أعمال قواعد مبدأ التناسب، ونعني به بيان مقدار الإهدار منسوباً إلى المصلحة المعنية بالاعتبار، بمعنى مقدار المساس بالحق من جهة، وحماية اعتبارات المصلحة العامة من جهة أخرى؛ للتوفيق بينهما، فالحق في الإضراب، مثلاً، مكفول دستورياً ضمن نطاق حرية التعبير، ويقابله مبدأ استمرار المرفق العام بانتظام.

ولضمان التوازن بين الحق في الإضراب وحماية المصلحة العامة، المتمثلة في استمرارية المرفق العام، يُطلب من المشرع إقامة التناسب بينهما، فالتناسب هو صمام الأمان لتحديد الحدود التي يمكن أن توضع لحق الانتخاب والترشح المقررة بالدستور، وبناء عليه فهو أداة التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وهو أداة التوافق بين الضوابط التي يتم إدخالها على التمتع بالحقوق والحريات وإشباع المصلحة العامة.

والحقيقة أن القاضي الدستوري حين يبسط رقابته على التناسب بين المساس بالحق والمصلحة الجديرة بالحماية لا يغتصب سلطة المشرع، ولا يستبدل تقدير المشرع بوجه عام؛ ذلك أن القاضي الدستوري حينما يتصدى للمسألة، فإنما يتصدى لها بحكم مهمته في تغليب المبادئ الدستورية من جهة، ومن جهة أخرى، فإن سلطة المشرع - كما أوضحنا - ليست مطلقة، وهذا يقتضي عدم اعتدائه وعصفه بالحقوق والبعي عليها، وإلا فإنه يعصف بالحماية الدستورية للحقوق، ويجعل النصوص التي تكفلها عديمة الفعالية<sup>(100)</sup>. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن حقاً الاقتراع والترشح هما محور السيادة الشعبية، وقاعدة بنيانها، فلا يجوز إنكار أصل وجودهما، أو تقييد آثارهما بما يحول دون مباشرتهما على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً بممارستهما أو الانتفاع بهما<sup>(101)</sup>.

#### 5 - القواعد التي تضع قيوداً على التشريع يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً:

يعد هذا المبدأ في غاية الأهمية، ومن أولى قواعد التفسير القانوني الواجب إتباعها عند تطبيق مثل هذه القيود؛ فقد تلجأ الكثير من القوانين إلى تقييد حق الانتخاب

(100) انظر: د. أحمد سيف الإسلام، مدى دستورية التنظيم التشريعي المصري لجريمتي السب والذف، مطبعة الوادي، ص 43.

(101) المحكمة الدستورية العليا، جلسة 2/3/1996، طعن رقم 2 لسنة 16 قضائية دستورية.

والترشح من خلال نصها على عبارات عامة وغامضة تطلق يد السلطة في تعاملها مع هذه الحقوق. والمسألة الخطيرة هنا هي في التنازع المباشر بين النصوص الدستورية والنصوص المقيدة لحق الترشيح؛ ومن هنا فإن أي توسع في تفسير مثل هذه العبارات ينتقل بالفعل من إطار الحق المحمي بموجب الدستور إلى إطار المنع والحجب بموجب قانون تنظيم الترشيح، وكثيراً ما يتم تبرير مثل هذه النصوص بأن القضاء هو صاحب السلطة في تفسير وتوضيح هذه العبارات، وصاحب الصلاحية في التحقق من انطباق شروط الترشح وتمتعه بها من عدمه، وهذا يخالف أولاً مبدأ سيادة القانون، وثانياً فكرة النظام الدستوري الديمقراطي.

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في مناسبات عديدة هذا المبدأ؛ منها قراره الصادر في 17 مايو 1969، المتعلق بشروط الترشيح لرئاسة الجمهورية، وبخصوص أحد المرشحين الذي كان مازال يؤدي خدمته العسكرية في قضية شهيرة ارتبطت باسمه وصارت تسمى قضية <sup>102</sup>krivine. وعلى الرغم من وجهة الحجج القوية التي كانت تطرح لصالح الحل المضاد (عدم صلاحيته للترشح)، فإن المجلس الدستوري أعمل قاعدة: كل قيد يرد على ممارسة حق من الحقوق لا يمكن أن يفسر إلا تفسيراً ضيقاً. ولهذا انتهى حكم مجلس الدولة إلى معارضته التفسير الواسع للمادة (45) من قانون الانتخاب الفرنسي، والذي ينتهي إلى إضافة شرط بالصلاحية للترشح إلى الشروط الأخرى التي يتطلبها القانون، وخلص إلى صلاحية *krivine* للترشح. وعلى ذلك، نخلص إلى أن القواعد التي تقيد حق الانتخاب والترشح يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً، مع حظر تفسيرها بطريق القياس.

## 6 - عدم جواز الحرمان الأبدي المطلق:

كفل الدستور الكويتي حق الانتخاب والترشح تعميقاً للنظام الديمقراطي الذي تبناه كأساس سياسي للدولة، وردده في كثير من مواده وأحكامه، على نحو ما سنرى لاحقاً؛ للتأكيد على المشاركة الشعبية، وهي جوهر الديمقراطية، وأن الشعب مصدر السلطات، وعلى كفالاته الحريات والحقوق العامة، وهي هدف الدستور ووسيلته لضمان إنفاذ محتواه لكفالة حق الانتخاب والترشح والرقابة. وعلى ذلك، فإن المشرع

(102) ارجع في عرض القضية: د. داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، مرجع سابق، ص 365.

لا يملك ولا ينبغي له عند تنظيمه لحق الانتخاب والترشح أن يعصف بهذه الحقوق، أو يؤثر على بقائها، فيقرر حرمان فئة من المواطنين منها حرماناً مطلقاً ومؤبداً.

ولا يقدح في هذا القول أن الدستور قد أناط بالمشرع سلطة تنظيم هذا الحق، وأن تقرير مثل هذا الاتجاه يدخل ضمن إطار السلطة التقديرية المخولة للمشرع إعمالاً للتفويض الدستوري الذي تضمنه الدستور، عندما أحال تنظيم حق الانتخاب والترشح إلى قانون يصدر من المجلس؛ ذلك أنه لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، والتي يجب إعمالها عند تنظيم الحقوق، بحيث لا تتضمن مصادرة أو انتقاصاً لها؛ ومن ثم فإن إقرار الحرمان الأبدي المطلق هو إهدار لهذا الحقوق، ويعد بدوره مخالفة لأحكام الدستور<sup>(103)</sup>. وعلى ذلك ينبغي أن يكون تنظيم حق الترشح في حالة الحرمان مؤقتاً.

وهذا الأمر يختلف عند تنظيم حق الترشح لمن لم يؤدِّ الخدمة العسكرية أو لم يُعَفَ منها؛ ذلك أن تقرير حالة عدم الترشح لمن لم يؤدِّ الخدمة العسكرية وفقاً للقانون أمر ملازم للشخص لا فكاك منه، ولا يستطيع تغييره، وبناء عليه يظل محروماً من الترشيح من بقي حياً، ومع ذلك أيدت المحكمة الدستورية العليا في مصر ذلك الحرمان الأبدي؛ نظراً لاتفاقه مع طبيعة حق الترشح ومقتضياته ومقوماته والنيابة البرلمانية. ولا شك أن المرشح بعدم تأدية الخدمة العسكرية يكون قد اتخذ موقفاً سلبياً نحو وطنه بالامتناع عن أدائها، وهي حالة مستمرة تتفق وحالة استمرار الحرمان من الحق.

(103) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، قضية رقم 56 لسنة 6، جلسة، 21 يونيو 1986، حيث انتهت المحكمة إلى عدم دستورية المادة الرابعة من القانون رقم 33 لسنة 1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية؛ نظراً لأن عباراته جاءت بالحرمان المطلق من الحق في الانتماء إلى الأحزاب السياسية، ومن مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية كافة، وهو بذلك قد حرم فئة من المواطنين — وهم من أفسد الحياة السياسية قبل ثورة يوليو سنة 1952 — حرماناً مطلقاً ومؤبداً، وهو أمر رأته المحكمة تجاوزاً لدائرة تنظيم تلك الحقوق وعصفاً بها.

## المبحث الثاني

### التنظيم القانوني لحق الانتخاب والترشح في الكويت

أشرنا فيما سبق إلى أن القانون يتطلب عددا من الشروط التي يلزم توفرها في الناخب حتى يمارس حقوقه السياسية، ومنها حق الانتخاب، وحدد بعض الحالات التي يعد فيها الفرد محروماً من مباشرة تلك الحقوق إلى أن يزول السبب الذي استدعى الحرمان. وكما تطلب القانون ذلك بالنسبة إلى الناخب، تطلب أيضاً الدستور تلك الشروط في الفرد حتى يستطيع ترشيح نفسه لعضوية مجلس الأمة، وأضاف إليها شروطاً أخرى، وهو ما سنتناوله تفصيلاً في مطلبين منفصلين؛ أولهما: يتناول الشروط الموضوعية والشكلية التي تطلبها القانون في تنظيم هيئة الناخبين، وثانيهما: يتناول شروط الترشيح العامة والخاصة.

### المطلب الأول

#### تنظيم هيئة الناخبين

يقصد بهيئة الناخبين مجموع الناخبين الذين لهم حق المساهمة في الانتخاب، ومجموعة الشروط التي تتطلب قوانين الانتخاب توفرها في كل ناخب. ويمكن تقسيم تلك الشروط إلى شروط موضوعية وشروط شكلية على النحو الذي سنتناوله تفصيلاً في فرعين؛ الأول: نعرض فيه للشروط الموضوعية، والثاني: نعرض فيه للشروط الشكلية.

### الفرع الأول

#### الشروط الموضوعية

لا يمكن القول بأن صفة المواطن تسمح للفرد بأن يشارك في التصويت دونما قيد أو شرط، ومعنى ذلك أنه لا يمكن منح حق المشاركة لكل فرد على أساس كونه مواطناً، وإنما تُمنح المشاركة للأفراد الذين يستجمعون الشروط القانونية اللازمة لاكتساب صفة الناخب، فالأطفال والمجانين ومن في حكمهم من فاقد الأهلية لا يدركون المغزى السياسي والقانوني لحق التصويت؛ ولذا كان حرياً بالمشرع أن يستبعدهم

من المشاركة، باعتبار أنهم لا يحسنون القيام بشؤون حياتهم الخاصة، ومن ثم يكون إقصاؤهم عن المشاركة في الحياة العامة من باب أولى<sup>(104)</sup>.

وفي سبيل إرساء مشاركة جدية وفعالة بعيدة عما يشوب التصويت من أضرار تنال من سلامته، قرر قانون الانتخاب الكويتي رقم 35 لسنة 1962 عدداً من الشروط الموضوعية لاكتساب صفة الناخب والتمتع بالأهلية السياسية، تركز على أسس متعددة مثل صفة المواطنة، وكذلك العمر، والمعبر عنه بسن الرشد السياسي، والأهلية الأدبية والعقلية التي تستبعد من المشاركة من يحول بينه وبينها أي مانع من موانع التصويت. وجملة القول إن الشروط الموضوعية تتلخص في شرطين إيجابيين: (الجنسية وسن الانتخاب)، وشرط (عدم وجود مانع من موانع التصويت)، وبتناول هذه الشروط فيما يلي:

## الغصن الأول

### الشروط الإيجابية

وهذه الشروط تتمثل في اكتساب الجنسية (أولاً) وفي بلوغ سن معين (ثانياً)، ونفصل ذلك على الشكل التالي:

#### أولاً- شرط الجنسية :

حق الانتخاب قاصر على المواطنين الكويتيين فقط دون الأجانب، وهذا هو الواضح من نص المادة الأولى من قانون الانتخاب الكويتي رقم 35 لسنة 1962؛ حيث اشترطت الجنسية الكويتية في الناخب، والكويتي قد يكون بصفة أصلية، وقد يكون متجنساً، فقد فرق المشرع الكويتي بينهما؛ حيث أعطى حق الانتخاب والترشح للكويتي بصفة أصلية دون قيد، أما المتجنس فقد قيد حقه في الانتخاب دون الترشح بمرور 20 سنة ميلادية على تجنسه؛ وذلك وفقاً لحكم المادة (6) من القانون رقم 15 لسنة 1959 الخاص بالجنسية الكويتية. وبناء على ذلك، فإن المشرع لم يجعل المواطن الكويتي المتجنس في مصاف المواطن الكويتي الأصلي إلا بعد مرور فترة زمنية طويلة. واشتراط الجنسية الكويتية يعد شرطاً بديهياً، فحق الانتخاب لا يتمتع به ولا

(104) انظر: د. داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، مرجع سابق، ص 158.

يمارسه إلا من يرتبط بالوطن والأرض ارتباطاً قوياً، ومعيار هذا الارتباط الوثيق هو الجنسية، أي أن يكون حاملاً لجنسية الدولة، ويمكن تلخيص أساس استبعاد الأجانب من ممارسة حق الانتخاب فيما يلي:

أن الناخب هو أداة التعبير عن إرادة الأمة، ولقد عبر عنه بعضهم بقوله: (إن ممثلي الشعب في المجالس النيابية ينتخبون بواسطة الناخبين، ولكن الناخبين لا يختلطون بالشعب؛ لأنه ليس كل المواطنين ناخبين؛ ومن هنا فالناخبون أنفسهم هو نواب عن الشعب، فهم النواب الأوائل عن الأمة بمقتضى أنهم أعضاء الجماعة الوطنية التي كانت أساساً للدولة)<sup>(105)</sup>.

أن المواطن وحده هو الذي يستطيع أن يعبر عن إرادة الأمة، ذلك أن المواطن هو الذي يشعر جدياً بالمصلحة الوطنية، ويعمل مع الجماعة من أجل تحقيقها، ولأنه وحده الذي يبدي رأيه كمواطن يهدف إلى تحقيق صالح المجتمع مجرداً عن أية ارتباطات خارجية، كما أنه يبدي رأيه وهو مستنير بالمصلحة العامة؛ مما يجعله قادراً على المساهمة بحرية وتجرد في ممارسة السيادة. وهذا بخلاف الأجنبي الذي قد يعد خطراً كامناً بالنسبة للدولة، كما قد تعد مشاركة الأجانب بالانتخاب تدخلاً خارجياً في المسائل الوطنية، فالأجنبي يظل خصماً غريباً كامناً بالنسبة للدولة.

وقد يكون هذا النقاش حول مدى جواز منح الأجنبي حق الانتخاب نقاشاً حيويًا ومهما خاصة في بعض الدول الأوروبية؛ التي منحت الأجانب حق التصويت في الانتخابات المحلية؛ بدعوى إدماجهم في المجتمع، ولكن مثل هذه النقاشات تعد بعيدة تمامًا عن الكويت وعن دول المنطقة.

## ثانياً- شرط السن:

لكي يكون المواطن ناخباً، لابد وأن يكون قد بلغ سنًا معينة يطلق عليها سن (الرشد السياسي)، وبلوغ هذه السن يعد قرينة على نضجه وإدراكه لمهام الحياة السياسية، وتفهمه لها؛ مما يبهر تمتعه بحق الانتخاب. وفي حقيقة الأمر، تؤدي الملابس السياسية والظروف الاجتماعية والاقتصادية دوراً سياسياً في تحديد سن الرشد السياسي؛ ذلك أن الفرد كلما كان شاباً، كان أكثر ثورية في تفكيره ميالاً

(105) نفس المرجع، ص 166، ويشير فيه إلى أنه رأي العميد هورويو.

إلى التجديد، مندفعاً وراء الحلول التي تزيل معوقات التطور والتنمية. وكلما تقدم به السن، كلما صار أكثر حرصاً على التقاليد، ميالاً إلى المحافظة على الوضع القائم، كما هو بدون تغيير ولا تبديل غير مندفع ولاهث وراء الشعارات والتصريحات المختلفة المثيرة للعواطف والغزيرة<sup>(106)</sup>.

وعلى ذلك، نجد أن الدول تختلف في تحديد سن الرشد السياسي، ويمكن أن نلاحظ أن أكثر من نصف الدول العربية تعتمد عمر 18 سنة لإعطاء المواطن حقه في الانتخاب، كما ذهبت دولتان كالصومال والسودان أبعد من ذلك، مع اعتمادهما عمري 16 و17 سنة على التوالي لمنح مواطنيهما حق الانتخاب. أما في الكويت فللمواطنين حق مباشرة حق الانتخاب ببلوغهم سن 21 سنة ميلادية، وهي في المقاييس العربية ضمن الأقلية التي لا زالت تعتمد سن 21 لاقتراع مواطنيها<sup>(107)</sup>. ولقد ثارت خلافات ونقاشات حادة حول تحديد سن الانتخاب في الكويت، وهذه النقاشات يتردد صداها منذ أيام المجلس التأسيسي إلى الوقت الحاضر، فمن وقت لآخر تظهر دعوات وآراء مطالبة بتخفيض سن الانتخاب في كل فصل تشريعي تقريباً، وأثناء الحملات والندوات الانتخابية، حيث كانت بداية تلك النقاشات أمام المجلس التأسيسي، عندما تمت مناقشة قانون الانتخاب رقم 35 لسنة 1962، إذ اقترح بعض الأعضاء جعل سن الانتخاب ثماني عشرة (18) سنة ميلادية؛ قياساً على سن الرشد المدني في الشريعة الإسلامية. وتم التصويت على هذا الاقتراح، ولم ينل الأغلبية المطلوبة لإقراره؛ حيث استند المعارضون لخفض سن الانتخاب إلى أن العمل السياسي يحتاج إلى نضج أكبر وأكثر<sup>(108)</sup>.

وخلال الفصول التشريعية اللاحقة لمجلس الأمة، استمرت اقتراحات أعضاء مجلس الأمة المطالبة بخفض سن الناخب إلى سن 18 سنة، وكان سندهم في ذلك أن معظم الكويتيين من فئة الشباب، وأن في القانون القديم حرماناً لفئة كبيرة منهم،

(106) انظر: فهد مطر العنزي، سن الناخب بين الثبات والخفض، منشور على موقع مجلس الأمة على شبكة الإنترنت، دراسات وبحوث، 2009.

(107) يبلغ سن الانتخاب في الصومال 16 سنة، وفي السودان 17 سنة، وفي مصر والجزائر وفلسطين واليمن والعراق والأردن وجيبوتي 18 سنة، وفي تونس والمغرب يبلغ سن الانتخاب 20 سنة. أما في البحرين ولبنان، فسن الانتخاب فيهما 21 عاماً.

(108) محضر جلسات المجلس التأسيسي، جلسة رقم 62/28 بتاريخ 10 نوفمبر.

وأن سن 18 سنة هي السن المقررة لدخول الشباب في الجيش، فكيف نطلب منهم أن يموتوا ونحرمهم من إبداء رأيهم في المواقف المصيرية التي قد يموتون من أجلها<sup>(109)</sup>، ولكن تم رفض هذا الاقتراح ولم ينل الأغلبية الكافية لإقراره؛ لأن غالبية مجلس الأمة كانوا يرفضون الزج بالشباب في عوالم السياسة ودهاليزها.

وفي الوقت الذي لا يزال يتردد بين الحين والآخر المقترح الذي يرمي إلى خفض سن الناخب في الكويت؛ وحجته في ذلك توسيع المشاركة الشعبية في العملية الانتخابية؛ كي يعزز المبدأ الديمقراطي، ويعمق الوعي السياسي، والتنمية السياسية بين الشباب في وقت مبكر، ولأن القوانين في الكويت تعد من بلغ سن السادسة عشر شخصاً بالغاً ومسؤولاً ومسؤولية كاملة من الناحية الجزائية، فكيف بالحال وعمره الثامنة عشر، وهو في هذا السن يحق له تولي الوظيفة العامة، وأن يزوج نفسه، وأن يدير أمواله بنفسه إن أنس منه وليه رشداً؟! فبأي سبب يمنع من ممارسة هذا الحق السياسي؟، وفي المقابل، فإن الفريق المعارض لذلك يرى ضرورة الإبقاء على سن الرشد السياسي عند واحد وعشرين (21) سنة، وعدم تخفيضه إلى ثمانية عشر (18) سنة، وحجتهم في ذلك أنه ليس لدى الشباب الحق المدني في ذلك وفق القانونين المدني والتجاري اللذين يحددان سن الأهلية، التي يفترض فيها للشخص النضج والوعي في أعماله وتصرفاته، مدركاً لها، عالماً ما ينفعه وما يضره منها، وبالمسؤولية والأعمال التي يقوم بها بإحدى وعشرين سنة ميلادية، على أساس الافتراض أنه في هذه السن يملك مزيداً من الإدراك والوعي الذي يتراكم بفعل عامل السنين والخبرة.

والحقيقة أن الفئة الشبابية في جميع المجتمعات تمثل شريكاً مهماً في تنمية وتطور المجتمع، وعاملاً أساسياً في تقدمه وازدهاره، وإذا كان من الصعب الحديث عن الديمقراطية دون ربطها بمبدأ مشاركة المواطنين في الشأن العام، فمن المستحيل الحديث عن تلك المشاركة دون إشراك الشباب في مختلف جوانب الحياة العامة. إن مفهوم المشاركة في الشأن العام يتم عبر أشكال مختلفة؛ كالمراقبة وإبداء الرأي والحوار والمسيرات، إلا أن عملية المشاركة في الانتخابات البرلمانية تبقى التعبير الأوسع بنيوياً عن تلك المشاركة في الشأن العام، ولا بد من إشراك الشباب في ترسيخ الديمقراطية،

(109) فهد المطيري، سن الناخب بين الثبات والخفض، مرجع سابق، ويشير فيه إلى أنه اقتراح قدم من نائبين في مجلس الأمة في فصله التشريعي الثالث.

والدفاع عن قناعاتهم من خلال مشاركتهم بالتصويت؛ لعلهم يتحملوا المسؤولية في اختيار ممثليهم ومراقبة أداؤهم لاحقاً.

والواقع أن الشباب الكويتي الجامعي حاضر في الحياة السياسية بكل تفاصيلها اليومية، بل هم الخزان البشري الحقيقي لبعض التيارات السياسية في الكويت، كما يعتبرون على درجة عالية من الوعي السياسي، كما يتضح ذلك من خلال بعض المشاهدات في الحياة السياسية. ومن المعروف أيضاً أن النسبة الأعلى من المتعلمين هم من الشباب، وأنه ومع تطور نظم المعلوماتية فإن الشباب هم الأقدر على امتلاك المعرفة لاستعمال كل الوسائل المناسبة من أجل الحصول على المعلومات، واختيار ما هو أنسب وأقرب إلى قناعاتهم. وتتمتع الكويت بمزايا فريدة وتفاضلية عن العديد من دول الجوار، إن كان من حيث الحيوية السياسية والاجتماعية والثقافية وتنوعها، أو التطور الذي شهدته المنظمات غير الحكومية في آليات عملها وانتشارها، ومن ثم تجمعها على أسس شبكات متخصصة، إضافة إلى تمتع الكويتيين بمساحة من الحرية، ونوع من الديمقراطية النسبية، وحرية التعبير، وهذا ما يفتقد إليه القسم الأكبر من الدول المجاورة. كل هذه المكونات أفضت إلى تضافر وبلورة فرص جيدة لممارسة الحياة العامة للفئة العمرية بين الـ 18-21 سنة، والتي تنطوي تحتها عناوين المشاركة في الحياة المدنية والعسكرية والسياسية.

ورغبة في توسيع قاعدة الناخبين في ظل تقدم العالم، وارتفاع مستوى الفكر، وتدفق المعلومات من خلال شبكات التواصل الاجتماعي، ووسائل تبادل المعلومات الحديثة، أصبح الشباب أكثر نضجاً في عمر مبكر؛ مما يجعلهم قادرين على خوض الحياة السياسية بتعبيرها الأوسع، بما في ذلك حق اختيار ممثلين في مجلس الأمة، وبكل جدارة، ونرى أهمية قيام المشرع الكويتي بتخفيض سن الانتخاب إلى 18 سنة بدلاً من 21 سنة.

## الغصن الثاني

### الشروط السلبية - عدم وجود مانع من موانع التصويت

#### أولاً- موانع تؤدي إلى الحرمان من المشاركة في الانتخابات:

جاء قانون رقم 35 لسنة 1962 وتعديلاته بالنص على حرمان فئات من ممارسة حق الانتخاب، وهم المحكوم عليهم بعقوبة جنائية، والمحكوم عليهم بعقوبة مخلة بالشرف والأمانة، ما لم يرد إليه اعتباره، وجاء قانون رقم 27 لسنة 2016 ليضيف إليهما حالة أخرى؛ وهي حالة الإدانة في جرائم بالمساس بالذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية.

ونبين فيما يلي فئات المواطنين المحرومين من ممارسة الحقوق السياسية وفقاً للقانونين المذكورين على النحو التالي:

#### ● المحكوم عليهم بعقوبة جنائية ما لم يكن قد رد إليهم اعتبارهم:

ويعود السبب في حرمان أولئك إلى أن المشاركة في انتخاب النواب شرف يستدعي الجدارة والاستحقاق في المشارك؛ من خلال احترام ومراعاة القوانين السائدة في المجتمع؛ إذ ينبغي في الناخب أن يكون جديرًا بشرف التصويت<sup>(110)</sup>، والحرمان في هذه الحالة ليس مستمرًا، بل مرهون بما إذا كان الشخص قد رد إليه اعتباره أم لا، وبذلك فإن رد الاعتبار شرط أساسي لممارسة حق الانتخاب والترشح لفئة المحكوم عليهم، والذين صدر بحقهم أحكام نهائية، ويكون رد الاعتبار بحكم القانون أو بحكم قضائي؛ حيث إن رد الاعتبار ينقسم إلى شقين؛ أولهما قانوني يتمثل برد الاعتبار بعد مضي عشر سنوات من تمام تنفيذ مدة العقوبة، أو صدور عفو أميري، أو سقوطها بالتقادم، أما الشق القضائي، فيحصل عليه المحكوم عن طريق محكمة الاستئناف بثلاثة شروط؛ هي: أن تكون العقوبة قد نفذت أو صدر عنها عفو أميري، أو سقطت بالتقادم، وأن تمضي مدة خمس سنوات بعد تنفيذ العقوبة، وأن يكون المحكوم عليه حسن السيرة<sup>(111)</sup>. كما تبين المادة (50) من قانون الجزاء الكويتي، أنه لا يجوز

(110) انظر: داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، مرجع سابق، ص 187.

(111) ارجع في ذلك: نص المادة 244-246 من قانون رقم 17 لسنة 1960 بإصدار قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية، وقررت أن رد الاعتبار يترتب عليه محو الحكم بالإدانة بالنسبة إلى المستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من آثار جنائية، ولكن لا أثر له في حقوق الغير.

الاستفادة من رد الاعتبار إلا مرة واحدة في حياة المحكوم عليه، بمعنى أن من يعود إلى ارتكاب جناية أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة مرة أخرى يُحرم من حق الانتخاب طوال حياته.

وتجدر ملاحظة أن المادة الثانية من قانون رقم 35 لسنة 1962 اشترطت ألا يكون المرشح محكوماً عليه في (عقوبة) جنائية، ولم تقل (جريمة) جنائية، وأن المادة (3) من قانون الجزاء الكويتي رقم 16 لسنة 1962 تنص على أن الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، أو بالحبس المؤبد، أو بالحبس المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات.

كما تنص المادة (68) من قانون الجزاء على أن كل حكم بعقوبة جنائية يستوجب حتماً حرمان المحكوم عليه من عدة حقوق؛ منها الترشح لعضوية المجالس والهيئات العامة، وتقرر المادة (69) على أنه: (إذا كان المحكوم عليه بعقوبة جنائية يتمتع وقت صيرورة الحكم واجب النفاذ بحق من حقوق الحكم في المادة السابقة، تعين حرمانه فوراً من ذلك).

وعلى ذلك، ينبغي في تقرير منع حق الانتخاب والترشح النظر إلى مقدار العقوبة، فإذا كانت أكثر من ثلاث سنوات، ولأنها تمثل عقوبة جنائية فإنه يمنع من حقه، أما إذا كانت ثلاث سنوات وأقل، فلا تتأثر حقوقه بها؛ ذلك أن المشرع قرر صراحة - وبشكل واضح - لفظ (عقوبة)، والمشرع منزّه عن اللغو، فلكل لفظ له معنى لا يجوز إهماله، كما أن القواعد التي تضع قيوداً على الترشيح يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً.

وعلى ذلك، فإن صياغة النص تلزمنا بالعقوبة، كما ينطق بها القاضي، وليس كما حددها المشرع للفعل بالجرم، فإذا كان تكييف الجريمة ووصفها في القانون أنها جنائية، ولكن المشرع سمح في مواجهتها أن ينزل القاضي في حكمه إلى عقوبة الجنحة، فالعبرة لا تكون بوصف الفعل في القانون، وإنما بالعقوبة التي ينطق بها القاضي.

والسؤال الذي قد يثار هنا: هل حالة الحبس الاحتياطي لها أثر في منع الانتخاب والترشح؟ الحقيقة أن الحبس الاحتياطي ليس عقوبة، وإنما هو إجراء من إجراءات التحقيق، والأصل في الإنسان البراءة، وفي ضوء ذلك فإنه لا يجوز أن يكون الحبس الاحتياطي قيداً على صاحبه من حق الترشح الدستوري متى توفرت فيه باقي

الشروط، وأنه لا يجوز القياس على حالات المنع، كما لا يجوز تضيق الخناق على حق دستوري أصيل في المساهمة في الحياة العامة دون مسوغ قانوني.

### ● من حكم بإدانتهم في جرائم مخلة بالشرف والأمانة:

يمنع من حق الانتخاب، وبناء عليه من حق الترشح، كل من تتم إدانته في جريمة مخلة بالشرف والأمانة، وذلك وفقاً للمادة الثانية من قانون رقم 35 لسنة 1962 بشأن قانون الانتخاب، وعلى ذلك؛ فإن صدور حكم نهائي في جريمة مخلة بالشرف والأمانة أياً كانت العقوبة، ولو كانت غرامة مالية، فإنه يحول دون ممارسة المحكوم عليه لحقه في الانتخاب والترشح، ما لم يرد إليه اعتباره على النحو الذي أشرنا إليه سابقاً، غير أن الجرائم المخلة بالشرف والأمانة لم تحدد في قانون الجزاء الكويتي أو في أي قانون آخر، بحيث لم يتم تعريفها تعريفاً جامعاً مانعاً.

ومع ذلك، وضعت محكمة التمييز الكويتية تعريفاً عاماً لها، وهو (أن يكون الجرم من الأفعال التي ترجع إلى ضعف في الخلق، وانحراف في الطبع، وتفقد مرتكبها الثقة، أو الاعتبار، أو الكرامة، وفقاً للمتعارف عليه في مجتمعه من قيم وآداب، بما لا يكون معه الشخص أهلاً لتولي المناصب العامة، مع الأخذ في الاعتبار ظروف كل حالة على حدة، بحسب الظروف والملابسات التي تحيط بارتكاب الجريمة، والباعث على ارتكابها)<sup>112</sup>.

مع ذلك، فإن هذا المعيار لا يعد جامعاً ومانعاً لوصف الجريمة المخلة بالشرف والأمانة، وعلى سبيل المثال: جريمة إصدار شيك بدون رصيد اختلف القضاء ذاته في تكيفها؛ هل هي مخلة بالشرف والأمانة أم لا؟ وذات الاختلاف رأيناها بالنسبة لجريمة التعاطي للمخدرات والمسكرات.

والواقع أنه في ظل عدم وجود حصر أو تحديد في التشريع لما يعتبر من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، فإن الأمر في هذا الصدد متروك تقديره لجهات القضاء تفصل فيه على ضوء المعيار العام الذي أرسته محكمة التمييز.

وفي هذا الصدد، ننادي بضرورة تدخل المشرع لتحديد ماهية الجرائم التي تعتبر

(112) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن بالتمييز رقم 615/1997 تجاري، جلسة 21/6/1999. طعن رقم 2301 مدني لسنة 2016 مدني، جلسة 24/11/2016. حكم التمييز، طعن رقم 2321 مدني، جلسة 24/11/2016.

مخلة بالشرف والأمانة حسماً لأي اجتهدات، وقطعاً لدابر الشك والاختلاف، خاصة وأن آثارها قد تمتد إلى إسقاط العضوية عن أحد النواب<sup>(113)</sup>. وحتى تشريع مثل هذا القانون، نرى وجوب التشدد في المرشح بما يتوافق مع حساسية مهمة النائب ممثل الأمة، وضرورة تطلب أقصى درجة من درجات النقاء الأدبي والخلقي في من يتولى هذه المسؤولية. وقد يثور السؤال هنا حول تكييف الحكم بالامتناع في قضية مخلة

(113) يمكن أن نجتهد في محاولة لحصر الجرائم المخلة بالأمانة التي يمكن تضمينها قانوناً بحيث تنحصر بها دون غيرها من الجرائم التالية:

- 1- الجرائم المنصوص عليها في قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960، وتحدد حصراً بالتالي:
    - (أ) جريمة الرشوة المنصوص عليها في المواد 114 إلى 119.
    - (ب) جريمة شهادة الزور المنصوص عليها في المواد 136 إلى 139.
    - (ج) جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة بأنواعها.
    - (د) جرائم التزوير والتزييف بأنواعها.
- ولا تعد جرائم السرقة أو النصب أو الاحتيال أو خيانة الأمانة أو التزوير من الجرائم المخلة بالأمانة أو بالشرف إذا كان الجاني من أصول أو فروع أو زوج للمجنى عليه، ولو بعد انتهاء الرابطة الزوجية، ما دامت الجريمة قد وقعت خلال وجود تلك الرابطة.

- 2- الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 31 لسنة 1970، وتحدد حصراً بالتالي:
  - (أ) جرائم أمن الدولة الخارجي المنصوص عليها في المواد من 1 إلى 22.
  - (ب) جرائم أمن الدولة الداخلي المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 34 مكرراً.
  - (ج) جرائم الرشوة واستغلال النفوذ المنصوص عليها في المواد من 35 إلى 41.
  - (د) جرائم اختلاس الأموال الأميرية والغدر المنصوص عليها فقط في المواد من 444 إلى 49.
- 3- الجرائم المنصوص عليها في المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2012 في شأن حماية الوحدة الوطنية.
- 4 - الجرائم المنصوص عليها في المواد 15، 16، 22 من المرسوم بقانون رقم 2 لسنة 2016 بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية.
- 5 - الجرائم المنصوص عليها في المواد من 9 إلى 19 من القانون رقم 1 لسنة 1983 بشأن حماية الأموال العامة.
- 6 - الجرائم المنصوص عليها في المواد 31، 32، 32 مكرر أ، 33، 37، 38، 41، 42، 43، 44، 45 من المرسوم بقانون رقم 48 لسنة 1987 في شأن مكافحة المؤثرات العقلية وتنظيم استعمالها والاتجار فيها.
- 7 - الجريمة المنصوص عليها في المادة 28 من القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي.
- 8 - الجرائم المنصوص عليها في المادة 38 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما.
- 9 - الجرائم المنصوص عليها في المادتين 44، 45 من القانون رقم 35 لسنة 1962 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة.
- 10 - الجرائم المنصوص عليها في المواد 3 إلى 11 من القانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

#### تنحصر الجرائم المخلة بالشرف بالجرائم التالية دون غيرها:

- 1 - جرائم الإجهاض المنصوص عليها في قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 في مواد 174، 176، 177.
- 2 - جرائم الخطف والحجز والاتجار بالرقيق المنصوص عليها في قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 في المواد 178 إلى 181، والمواد من 183 إلى 185.
- 3 - جرائم الواقعة الجنسية وهتك العرض المنصوص عليها في قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 في المواد 186 إلى 194.
- 4 - جرائم الزنا المنصوص عليها في قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 في المواد من 200 إلى 205.
- 5 - جرائم الخمر والمخدرات المنصوص عليها في قانون الجزاء رقم 16 لسنة 1960 من 206 إلى 206 مكرر ج، وعلى ذلك أصبح بالإمكان حصر مثل تلك الجرائم، وهو أبلغ رد على المشككين في إمكانية تحديد مثل هذه الجرائم حصراً، ويبقى أن نشير إلى ضرورة النص على سريان هذا القانون - في حالة إقراره من مجلس الأمة - سواء كان مرتكب الجريمة فاعلاً أصلياً أو مشتركاً فيها.

بالشرف والأمانة، وعن آثارها على حق الانتخاب والترشح؛ إذ سبق وأن صدر على أحد أعضاء مجلس الأمة في الكويت حكم من محكمة التمييز الكويتية يقضي بالامتناع عن النطق في جريمة تزوير محررات رسمية (طلبات اكتتاب أسهم)<sup>(114)</sup>، وكان تقرير لجنة الشؤون التشريعية والقانونية في مجلس الأمة انتهى إلى عدم إسقاط العضوية، وهو ما وافق عليه مجلس الأمة بدافع أن الحكم القضائي استخدم رخصة منحها له القانون بالتخفيف من العقاب، وتأجيل توقيعه لمدة أقصاها سنتين، يكون فيها تحت الرقابة، فإذا كان حسن السير والسلوك اعتبر الحكم كأن لم يكن؛ أي لا وجود له.

والحقيقة أن الحكم المذكور الذي أدين بموجبه العضو؛ وهو التزوير في محررات رسمية، هو من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، وأن الامتناع عن نطق الحكم لا يعني البراءة، بل تعني الإدانة، ولكن بالنظر إلى أخلاقه، أو ماضيه، أو سنه، أو الظروف التي ارتكبت فيها جريمته، أو تفاهة هذه الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام، قرر القاضي تخفيف الحكم استناداً إلى نص المادة 81 من قانون الجزاء الكويتي رقم 16 لسنة 1960.

وعلى ذلك، فإن الإدانة في جريمة مخلة بالشرف والأمانة تكفي لتقرير منعه من حق الانتخاب والترشح، وترتب آثار فقدان شرط من شروط العضوية وإسقاطها، فلا أهمية بعد ذلك لنوع العقوبة، أي سواء أكانت عقوبة مقيدة للحرية، أو غرامة مالية، أو امتناع عن النطق بالعقاب، الذي هو إدانة.

#### ● المدان في جريمة الإساءة إلى الذات الإلهية والأنبياء والذات الأميرية:

صدر قانون - حمل رقم 27 لسنة 2016 - يقضي بإضافة فقرة ثانية إلى المادة الثانية من قانون الانتخاب رقم 35 لسنة 1962 تنص على أنه: (كما يحرم من الانتخاب كل من أدين بحكم نهائي في جريمة المساس بـ: أ- الذات الإلهية. ب- الأنبياء. ج- الذات الأميرية).

بمقتضى هذا التعديل، فإن أي إدانة ولو كانت بعقوبة جنحة، بل وحتى إن كان مع وقف تنفيذ الحكم، أو إذا ما قرر القاضي الامتناع عن النطق في العقوبة، فإن من شأنها

(114) صدر حكم من محكمة الاستئناف في 25/1/2010 على النائب خلف دميثير يقضي بالامتناع عن النطق بالحكم في جريمة تزوير في محررات رسمية، وقد أيدت محكمة التمييز هذا الحكم في 24/1/2012.

الحرمان المؤبد والدائم من حق الانتخاب، والذي يستتبعه حرمان من حقه في الترشح لعضوية مجلس الأمة، فهذا الحرمان لا يزيله رد الاعتبار.

والحقيقة أن هذا التعديل السالف الذكر يثير العديد من الشبهات الدستورية.

### ● الرجعية:

جاء بالقانون المشار إليه آنفاً ما يدل على صيغة الماضي عندما حرم من الانتخاب (كل من أدين)، ولم يستخدم صيغة المستقبل (كل من يدان)، مستهدفاً بذلك سريان التعديل بأثر رجعي على الجرائم السابقة على العمل به. كما أن المذكرة الإيضاحية للقانون أشارت إلى أنه قد: (أعد هذا القانون المرافق ليمنع من ممارسة حق الانتخاب بأثر مباشر من يوم نفاذه، وليعمل بمقتضاه في الحذف من الجداول الانتخابية كل من صدر عليه حكم نهائي بالإدانة - أيًا كان منطوق الإدانة - في أي جريمة من الجرائم المذكورة؛ ومن ثم يعد عدم الإدانة بحكم نهائي في تلك الجرائم شرطاً جوهرياً لممارسة حق الانتخاب، وما يستتبعه من حق الترشح، وهو ما يعني سريان هذا المانع القانوني من حرمان من حق الانتخاب والترشح بأثر رجعي على الجرائم السابقة على العمل به. والحقيقة أن المنع الوارد في القانون المشار إليه في حقيقته هو عقوبة تبعية مرتبطة بعقوبة جزائية يقررها المشرع، ويحكم القضاء بها، في ما الحرمان أثر مباشر لم يتبناه القانون ربطاً بالعقوبة الجزائية، ولا يغير من وصفها كعقوبة جزائية أنها قد وردت في قانون انتخاب مجلس الأمة، أو في أي قانون آخر غير قانون الجزاء؛ إذ إن هناك العديد من القوانين تضمنت جزاءات وردت في غير قانون الجزاء؛ مثل: قانون حماية الأموال العامة، وقانون البلدية، وقانون الانتخاب نفسه، وهي تسمى قوانين جزائية خاصة. وفي ذلك تنص المادة (179) من الدستور الكويتي على أن: (لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ، ويجوز في غير المواد الجزائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة).

وقد ورد بالدستور الكويتي مبدأً أساسياً قيد به المشرع، فوفقاً لهذا النص، فإن الأصل هو سريان القوانين بأثر فوري، والاستثناء هو جواز سريانه على المراكز القانونية المكتملة قبل صدوره، إذا توافر فيه شرطان؛ الأول: هو موافقة مجلس الأمة

على سريانه بأثر رجعي، والثاني: ألا يكون هذا السريان في مادة جزائية. كما أن المادة (32) من الدستور الكويتي قررت أنه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها).

وقد استقر القضاء في تطبيق هذا المبدأ الدستوري على أن العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق هي بوقت ارتكاب الجريمة، وليس بوقت صدور الحكم في الدعوى.

كما نصت عليه المادة (11) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 15 من العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية. وبناء على ذلك، لا يمكن إضافة قيد يُحرم بموجبه الشخص من حقه في الانتخاب والترشح إلا على الأفعال اللاحقة على نفاذ وسريان القانون. وعلى ذلك، فإن هذا التشريع مخالف للدستور فيما تضمنه من سريانه بأثر رجعي، وأن هذا العيب لا يصححه الاكتفاء بتطبيق هذا النص بأثر فوري على أرض الواقع كما حدث في انتخابات مجلس الأمة في 26/11/2016، حيث لم يتم تطبيق هذا القانون بما تضمنه من سريانه بأثر رجعي والاكتفاء بأثر فوري، إذ ليس من شأن ذلك تصحيح هذا العوار الدستوري الذي شاب هذا النص بما يقتضي إلغاؤه أو تعديله بتشريع آخر.

### ● الحرمان الأبدي (التجريد من حقوق المواطنة):

جاء النص خالياً من توقيت هذا الحظر، ولم يتضمن حالة رد الاعتبار وأثره في استئناف وعودة الحقوق السياسية لمن ينطبق عليه النص، وهو ما يجعل المواطن الذي يخضع له أقرب ما يكون إلى الموت المدني الذي عرفه القانون الروماني في سالف الزمن، فهو بمثابة الإعدام السياسي. فهذا النص يعني مصادرة أبدية وتجريداً للمواطن من حقوقه التي كفلها له الدستور، ومن بينها حقه في الحياة السياسية والعامّة. وإذا كانت الحقوق المذكورة تنظم بقانون، فإن الإحالة من الدستور على القانون لا تعني مصادرة حرية ما، وإلا فإنه يسهل على الدستور أن يفرغ جميع الحريات العامة من محتواها بمجرد الإحالة على القانون، والواجب على القانون أن يكون نصيراً للحرية، وليس مانعاً وحراراً أبدياً لها، فإذا صادرها أو قيدها على غير مقتضى الصالح العام أو النظام العام بمفهومه الضيق، فإنه يكون منافياً للدستور، وهذا ينطبق على أي حريات، وفي مقدمتها حرية المشاركة السياسية، فلا ينبغي العصف بهذه الحقوق بحجة التنظيم، وإلا اتصف بعدم الدستورية، وما الحرمان الأبدي المطلق سوى

تجاوز لدائرة التنظيم لحق المشاركة السياسية ومصادرة لها .

وعلى ذلك، فإن المشرع لا يملك ولا ينبغي عند تنظيمه لحق الانتخاب والترشح أن يعصف بهذه الحقوق، أو يؤثر على بقائها، فيقرر حرمان فئة من المواطنين منها حرماناً مطلقاً ومؤبداً. ولا يقدر في هذا القول أن الدستور قد أناط بالمشرع سلطة تنظيم هذا الحق، وأن تقرير مثل هذا الاتجاه يدخل ضمن إطار السلطة التقديرية المخولة للمشرع إعمالاً للتفويض الدستوري الذي تضمنه الدستور، عندما أحال تنظيم حق الانتخاب والترشح إلى قانون يصدر من المجلس؛ فذلك لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، والتي يجب إعمالها عند تنظيم الحقوق، بحيث لا تتضمن مصادرة أو انتقاصاً لها؛ ومن ثم فإن قرار الحرمان الأبدي المطلق هو إهدار لهذا الحق، ويعد بدوره مخالفة لأحكام الدستور. وعلى ذلك، ينبغي أن يكون تنظيم حق الترشح في حالة الحرمان مؤقتاً.

#### ● عدم الانضباطية:

يتسم هذا القانون بعدم الانضباطية والتحديد، إذ لم يشر إلى ماهية الجرائم التي تعد مساساً بالذات الإلهية والرسول والإساءة إلى الذات الأميرية، فهل تكون وفق قانون الجزاء، أو وفق قانون أمن الدولة، أو قانون المرئي والمسموع، أو قانون المطبوعات والنشر، أو قانون تقنية المعلومات، فجميع هذه القوانين جرمت بعض الوقائع التي قد تمثل مساساً بالذات الإلهية والرسول وبالذات الأميرية، فقد يثور -مثلاً- خلاف حول ما إذا كان المساس بصلاحيات سمو الأمير ينطبق عليها لفظ المساس بالذات الأميرية؟

إن القانون المقيد لحق الانتخاب والترشح يجب أن يكون دقيقاً بالقدر الكافي، ويتفق مع معيار الوضوح وإمكانية العلم؛ حتى يتمكن معه الفرد من التنبؤ بدرجة معقولة من اليقين بالحدود المسموح بها في التشريع. أما في القانون المشار إليه فقد جاء عاماً غامضاً غير محدد ولا منضبط على نحو كافٍ.

#### ● الانتقاص من حق الانتخاب والترشح:

أوضحنا فيما سبق أن المشرع الدستوري قد أجاز للمشرع القيام بتنظيم الحقوق

السياسية، شريطة ألا يؤدي التدخل التشريعي إلى إهدار الحق أو الحرية إهدارًا تامًا، أو ينتقص من الحق أو الحرية، أو يفرض قيودًا على ممارسة الحق على نحو يجعل استخدامه شاقًا. فالمشرع إذن ليس له إلا سلطة التنظيم، ولا يمنع من التصرفات إلا ما كان ضارًا، فالمشرع الدستوري قرر الحقوق السياسية للمواطنين من انتخاب وترشيح، وعهد إلى القانون بأمر تنظيم شروط الناخب، فأباح بذلك التدخل التشريعي في تنظيم هذا الحق، إلا أن التدخل التشريعي - بناء على هذا التفويض - يجب أن يقف عند حدود التنظيم الذي ينبغي ألا يتضمن نقضًا للحرية، أو انتقاصًا منها، وأن يلتزم بالحدود والضوابط التي حددها الدستور، فإذا تجاوزه إلى حد إهدار الحق ذاته، أو النيل منه، وقع القانون المجاوز لدائرة التنظيم مخالفًا للدستور، وهو ما كان في هذا القانون المشار إليه؛ إذ إن المشرع قد تجاوز دوره في أن يكون مكملاً لإرادة المشرع الدستوري، وأصبح متجاوزًا لها، وأن المشرع قد تناول حقه السياسي بترتيبات وإجراءات لا تهدف إلى حسن ممارسته، بل تحول إلى نشاط ضار بالمجتمع؛ حيث تعمد التضيق من هذا الحق بفئة المعارضين المدانين بهذه الجرائم، وبقصد إقصائهم عن المشهد السياسي في الكويت.

كما أن هذا القانون المرتب لحرمان الشخص المدان من حقه في الانتخاب والترشح الأبدي يمثل انتهاكًا لمبدأ التناسب بين الحقوق والحريات وحماية المصلحة العامة، والذي يعد صمام الأمان لتحديد الحدود للحقوق التي يمكن أن تنظم بواسطة القانون.

### ● الانحراف التشريعي:

استهدف هذا القانون حرمان المعارضة في الكويت والمدانين في جرائم المساس بالذات الأميرية من المشاركة السياسية، وتشريع قوانين لأجل منع معارضين معلومين بالذات قبل تشريع القانون يمثل رياحًا عاتية على نبت الديمقراطية الغض في الكويت، ومن شأن هذه الرياح أن تجتثه من أساسه، فلا يبقى للديمقراطية والرأي الآخر من وجود أو كيان. وإن القبول بحرمان البعض من المشاركة السياسية نتيجة اختلافات شخصية محضة هو أمر مرفوض، فلا يجب أن يترتب على تباين آراء الفرقاء حرمان الضعيف منهم من ممارسة الحقوق السياسية، ولا بد من الإقرار بأن الديمقراطية تقتضي تنوع واختلاف الآراء. إن المصلحة العامة أو تحقيق النفع العام غاية التشريع وهدفه النهائي، بل غاية كل عمل قانوني، وإذا كان المشرع يتمتع

بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مفهوم المصلحة العامة من ناحية، فإنه من ناحية أخرى يجب عليه إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة. ويضرب الفقه لذلك مثلاً بزيادة موارد الدولة، فنظرة موضوعية للأمور تؤكد أن التشريع الذي يهدف لتنمية موارد الدولة لا شك يحقق المصلحة العامة، غير أن الأمر يختلف إذا كانت تلك الزيادة في موارد الدولة مرتبطة بتقييد بعض الحريات، أو إرهاب المواطنين بالضرائب<sup>(115)</sup>، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا: (إن قانون الضريبة العامة وإن تولى حماية المصلحة الضريبية للدولة، باعتبار أن حصولها على إيراداتها هدف مقصود منه ابتداءً، إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية، بوصفها مفهوماً وإطاراً مقيداً لنصوص هذا القانون، فلا يكون دين الضريبة متمخضاً عقاباً بما يخرجها عن بواعثها الأصلية والعرضية، ويفقدها مقوماتها، وبالتالي لتصبح عدماً)<sup>(116)</sup>، ذلك أن حرية التقدير التي يتمتع بها المشرع لا تعني أنه مطلق التقدير في هذا الأمر؛ إذ يراقب القاضي الدستوري مدى استهداف المشرع للمصلحة العامة من عدمه، باعتبار أن تحقيق المصلحة العامة هو الغاية النهائية للتدخل التشريعي، فضلاً عن الارتباط المنطقي بين الأغراض التي استهدفها المشرع ووسائل تحقيقها.

ولا وجه للمحاججة بأن مجلس الأمة، بوصفه هيئة منتخبة من الشعب، هو الأقدر على تحري المصلحة العامة؛ لأن مجلس الأمة غالباً ما يعبر عن التوجهات السياسية للحكومة التي تشكل غالبية أعضائه، وتتحكم في تسيير أعماله، ومن هنا فإن الحقيقة أن هذا التشريع لجأ تحت ستار التنظيم والمصلحة العامة إلى تشريع قانون لتصفية الخصوم السياسيين والمعارضة السياسية في الكويت<sup>(117)</sup>، خاصة وأن من شأنه

(115) انظر: د. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، دعوى إلغاء القرارات الإدارية، دعاوى التسوية، منشأة المعارف، 2003، ص 313.

(116) المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 18، لسنة 8 ق دستورية، جلسة 1996/2/3.

(117) انطلق وسم «هاشتاق» على موقع التواصل الاجتماعي «تويتر» بعنوان المجلس يقر قانون منع مسلم البراك، وهو كان بمثابة غضب في الشارع الكويتي اجتاح مواقع التواصل الاجتماعي رفضاً للتعديل المفاجئ لقانون الانتخاب. انظر في ذلك: موقع جريدة الوطن على شبكة الانترنت، خبر بعنوان (صدمة على مواقع التواصل الاجتماعي من سرعة اقرار القانون واتهامات للمجلس بالشخصانية واللعب واللهو في التشريع، نشر بتاريخ 2016/6/22).

حرمان عدد يفوق 13 نائباً معارضاً من أصل 50 نائباً في المجلس<sup>(118)</sup>، لا سيما وأنه صدر في فصل تشريعي شارف على الانتهاء، وهو ما يتعارض مع النظام الديمقراطي الذي يقوم على حرية الرأي وحرية الاختيار، بما مفاده وجود حريات لصيقة بالمبدأ الديمقراطي لا يتسنى تطبيقه دونها، أو فهمه بعيداً عنها<sup>(119)</sup>.

وعلى ذلك لا ينبغي التسليم بحق مجلس الأمة - بدواعي السلطة التقديرية- في العصف بهذه الحقوق؛ لأن السلطة - أيًا كان مصدرها- يتعين أن تكون سلطة منضبطة، وليست تحكيمية أو تعسفية، فالسلطة التقديرية ليست استهواءً أو تشفيئاً أو انتقاماً؛ إذ إن حدها عدم التعارض مع المبادئ الدستورية وأهداف الديمقراطية وغايات الدستور. وتجدر ملاحظة أن هذا القانون قد صدر بغية تطبيقه على حالات محددة معلومة سلفاً، وعلى أشخاص محددين، فكان التشريع بذلك منحرفاً عن المصلحة العامة.

والحقيقة أن هذا القانون قد جاء مجاناً للدستور، منافياً لمقاصده؛ إذ تعرض لحق الانتخاب والترشح بإهداره والانتقاص منه، وهو ما يعد مساساً بالديمقراطية السليمة، كما أنه يستهدف إقصاء المعارضين من الذين ينطبق عليهم النص، وبذلك حاد عن غاية التشريع؛ وهي المصلحة العامة. مع ذلك كله فقد انتهت محكمة التمييز إلى اعتبار أن الإدانة في جريمة الطعن علناً في حقوق الأمير وسلطته والعيب في ذاته والتطاول على مسند الإمارة من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، إذ إنها تنم على ضعف الخلق وانحراف في الطبع، وينبذها المجتمع الكويتي وتقاليده، وبذلك يترتب على ثبوتها افتقاده شرطاً من شروط الترشيح لانتخابات مجلس الأمة<sup>(120)</sup>.

(118) بتاريخ 15/4/2013 قام عدد من المعارضين الكويتيين بإعادة قراءة خطاب (لن نسمح لك) بذات العبارات والتي حكم بشأنها على النائب السابق مسلم البراك بالحبس مدة سنتين، وقد تم توجيه تهمة المساس بالذات الأميرية لمن أعاد الخطاب المذكور وبلغ عددهم 57 شخص، من ضمنهم 13 نائباً سابقاً ومن المتوقع صدور أحكام قضائية عليهم بهذا الصدد، انظر في ذلك موقع جريدة الجريدة على شبكة الانترنت، تقرير بعنوان (الأغلبية كرروا الخطاب والسعدون لم يقرأه) منشور بتاريخ 16/4/2013.

(119) حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 47 لسنة 3 ق دستورية، جلسة 11/6/1983.

(120) حكم محكمة التمييز، طعن رقم 2302 لسنة 2016، جلسة 24/11/2016. وأيضاً حكم التمييز، طعن 2321 لسنة 2016، جلسة 24/11/2016.

## ثانياً- موانع يترتب عليها الوقف عن المشاركة في الانتخابات:

يتعلق الوقف عن المشاركة بالانتخابات بالمواطنين الذين يكونون في حالة من حالات فقد الأهلية العقلية، أو السلامة الذهنية؛ إذ إن المشاركة بالانتخابات لا تمنح إلا للمواطنين الذين لديهم تمييز لازم لممارسته، ومن ثم يُستبعد مؤقتاً من المشاركة بالانتخابات الأشخاص فاقدو الأهلية المدنية؛ لأنهم إذا لم يكونوا أهلاً لإدارة أعمالهم الخاصة، فمن باب أولى لا يقبل منهم المشاركة في إدارة الحياة العامة.

وسنتناول حالات الوقف عن مباشرة حق الانتخاب؛ وهي كالتالي:

### ● المحجور عليهم طوال مدة الحجر والمصابون بأمراض عقلية:

يجب أن يتمتع المرشح بقوى عقلية سليمة، وبحالة ذهنية ونفسية سليمة تمكنه من إدراك الأمور إدراكاً صحيحاً، فلو تمعناً بمفهوم ممارسة حق الانتخاب لوجدناه تعبيراً عن إرادة الأمة، وبالتالي فهو يحتاج للأهلية العقلية التي تعبر عن إرادة الناخب الصحيحة، بالإضافة لبلوغ سن معينة هي سن الرشد السياسي، فمن المنطقي اشتراط سلامة إرادة الناخب وخلوه من الجنون، أو العته، أو أنه غير محجور عليه. وكان ذلك موقف القانون الفرنسي؛ حيث يقول: (لا يكون ناخباً إلا الفرنسيون والفرنسيات المتمتعون بحقوقهم المدنية والسياسية، والذين ليسوا في حالة من حالات فقد الأهلية المنصوص عليها في القانون)<sup>(121)</sup>. ويقابل نص المادة الثانية من الفصل الأول من قانون رقم 45 لسنة 2014، الخاص بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية في مصر؛ حيث يقول: (يحرم مؤقتاً من مباشرة الحقوق السياسية الفئات التالية: أولاً: 1- المحجور عليه، وذلك خلال مدة الحجر. 2- المصاب باضطراب نفسي أو عقلي، وذلك خلال مدة احتجازه الإلزامي بإحدى منشآت الصحة النفسية طبقاً للأحكام الواردة بقانون رعاية المريض النفسي الصادر بالقانون رقم 71 لسنة 2009). ويقسم المحجور عليهم إلى فئتين؛ هما: المحجور عليهم لذواتهم وبقوة القانون، والمحجور عليهم بحكم قضائي. فالصغير والمجنون والمعتوه محجور عليهم لذواتهم بقوة القانون، فالمعتوه هو في حكم الصغير المميز، والمجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز. أما المجنون غير المطبق، فتصرفاته في حال إفاقة كتصرف العاقل، وبالتالي

(121) المادة 2 من قانون الانتخاب الفرنسي رقم 631 لسنة 1974، الصادر في 5 يوليو 1974.

يحرم من حق الترشيح من كان محجوراً عليه ولم يرفع الحجر عنه، وتشمل هذه الفئة السفهية وذا الغفلة، فتحجر عليهما المحكمة، وترفع الحجر عنهما وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون المدني<sup>(122)</sup>.

أما القانون الكويتي، فنجد أنه لم ينص على حرمان المصابين بأمراض عقلية من حق الانتخاب، كما لم ينص على حرمان المحجور عليهم طيلة مدة حجرهم. وكان حرياً بالمشرع أن ينص على حرمان المصابين بمرض عقلي أو المحجور عليهم من حق الانتخاب، وذلك بسبب مرضهم العقلي الذي سيؤثر حتماً على إدراكهم وحسن اختيارهم؛ مما يُوجد لدينا ثغرات تشكك في النزاهة الانتخابية. كما ينبغي للمشرع وهو ينظم هذه الحالة، خاصة وأن الموضوع على قدر من الجسامته، إسناد الفصل في هذا الأمر إلى جهات القضاء، وليس إلى السلطة التنفيذية التي لا تتوافر لديها ضمانات الحيطة والاستقلال، والتي كثيراً ما تتخذ من الاتهام بعدم السلامة العقلية ذريعة - على خلاف الواقع - للتخلص من الأفراد الذين يخالفونها الرأي والعقيدة السياسية، وتحرمهم، بالتالي، من المشاركة السياسية<sup>(123)</sup>. فمن الوارد أن يلجأ الحكام إلى التخلص من معارضيتهم، أو لا يتفقون مع فكرهم أو توجههم السياسي عن طريق اتهامهم جزافاً بالجنون؛ لذلك كان المنطق السوي ومقتضيات العدالة تقرير الإصابة بالجنون عن طريق القضاء.

#### ● الأشخاص الذين أشهر إفلاسهم ما لم يُرد إليهم اعتبارهم:

يرجع السبب في تقرير مثل هذا الشرط إلى اعتبارات الثقة والأمانة في عمليات القرض والائتمان، بالإضافة إلى أنه من الناحية التاريخية كان حق التصويت في بعض الأوقات مرتبطاً إلى حد ما بممارسة المهنة<sup>(124)</sup>. وباستقراء قانون الانتخاب الكويتي، نجد عدم تطلبه مثل هذا الشرط، غير أن المادة (575) من قانون التجارة رقم 68 لسنة 1980 نصت على أنه: (تسقط حقوق المفلس السياسية بشهر إفلاسه، فلا يجوز له أن

(122) انظر: د. فيصل شطناوي، حق الترشيح وأحكامه الأساسية لعضوية مجلس النواب في التشريع الأردني، بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 9، 2007، ص 8.

(123) انظر: داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، مرجع سابق، ص 209، ويشير إلى أنه رأي الدكتور محمد رفعت في مؤلفه النظم السياسية.

(124) نفس المرجع، ص 210.

يكون مرشحاً أو ناخباً في المجالس السياسية أو المجالس المهنية، ولا أن يقوم بوظيفة أو مهمة عامة، ولا أن يكون مديراً أو عضواً في مجلس إدارة أية شركة، وذلك كله إلى أن تعاد إليه حقوقه وفقاً للقانون).

والحقيقة أنه يعاب على النص السابق عدم تفريقه بين الإفلاس بسبب التدليس، أو الإفلاس بسبب التقصير، أو سوء الحظ، وأنه ليس من العدالة الإنسانية عدم التمييز بينهم؛ وعليه نقترح أن يكون النص هو: (تسقط حقوق المفلس السياسية بشهر إفلاسه بسبب ارتكابه جنائية تدليس، وبموجب حكم نهائي، فلا يجوز أن يكون مرشحاً أو ناخباً في المجالس السياسية أو المجالس المهنية، ولا أن يقوم بوظيفة أو مهمة عامة، ولا أن يكون مديراً أو عضواً في مجلس إدارة أية شركة، وذلك كله إلى أن تعاد حقوقه وفقاً للقانون).

وبذلك، ووفقاً لهذا المقترح، فإن المفلس بالتدليس، وهو المعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات، وهو الأمر الذي يجعل من هذا جنائية لا جنحة، مع ذلك قد يرى القاضي لاعتبارات معينة أن ينزل بالعقوبة إلى الجنحة، لا يجوز له الانتخاب أو الترشح في المجالس النيابية، وكذلك من الوظيفة العامة إلى أن يرد إليه اعتباره.

على خلاف حالة الإفلاس بالتقصير، التي تنص عليها المادة (790) من قانون التجارة، وحالة الإفلاس بسوء الحظ، أو بسبب القوة القاهرة التي لا ترجع إلى جريمة عمدية من جانب المفلس. فمن العدالة الإنسانية ألا يحرم التاجر المفلس من حقوقه السياسية، وتنهار أسرته بفقدان مواردها المالية بحرمانه من الوظيفة العامة بسبب لا يرجع إلى جريمة ارتكبتها بإرادة عمدية؛ كالتفلس بالتدليس، الذي يدخل في عداد المفهوم العام لجرائم النصب والاختلاس والتزوير، بوصفها جنائية لا جنحة، وهذه التفرقة منصفة توازن بين الدواعي المنطقية والإنسانية والاجتماعية التي مردها العدالة الطبيعية، وبين عدم إهدار أحكام القانون - بصفة مطلقة - التي يلزم الاعتداد بها في الحدود المنطقية السليمة؛ للمبررات التي تشفع في الإبقاء عليها؛ حتى لا يستوي المفلس سيئ الحظ أو المقصر بإهمال، والمفلس الضالع في جريمة عمدية موجبة للجزاء الحق.

### ثالثاً- الوقف عن المشاركة في الانتخابات:

حرم المشرع الكويتي العسكريين من الشرطة والجيش من استعمال حق الانتخاب، باعتبار أن ذلك لا ينسجم مع واجباتهم وطبيعة عملهم<sup>(125)</sup>؛ بقصد إبعادهم عن المعارك السياسية، ويظل استعمالهم لهذا الحق موقوفاً ما دامت لهم الصفة العسكرية. وفي ذلك تنص المادة (3) من قانون الانتخاب رقم 35 لسنة 1962 على أنه: (يوقف استعمال حق الانتخاب بالنسبة إلى رجال القوات المسلحة والشرطة). وبذلك فإن هذا الحرمان مؤقت ما داموا مستمرين في وظائفهم العسكرية، وبمجرد انتهاء وضعهم العسكري بالتقاعد أو الاستقالة يكون لهم مطلق الحق في ممارسة حقهم الانتخابي. والواقع أن قانون الانتخاب حين وضع كان هدفه تحديد الناخب والمواطنة، وهي الأساس الذي بني عليه حق الانتخاب، ولا توجد هناك علاقة بين هدف القانون والوضع الوظيفي الخاص بالعسكريين، المتمثل في انتمائهم للسلك العسكري، فلا يوجد اختلاف بين المواطن العسكري والمواطن غير العسكري يبرر موقف القانون وما رتبته من آثار متباينة بالنسبة لحق الانتخاب، فصفاة المواطنة توجب على العسكريين المساهمة في أداء الواجب السياسي؛ مثل أداء العسكري تماماً، وإبعادهم يضر الحياة السياسية أكثر مما يفيدها.

كما أن المصلحة العامة لا تبرر مثل هذا الموقف، وإن كنا أمام مراكز قانونية متماثلة، فالمصلحة العامة لا تُفترض، بل يجب تحديدها وتوضيح ارتباطها بالهدف من وضع التشريع؛ وهو تحديد الناخب، وتنظيم عملية الانتخاب، إلا أن هذه المصلحة لا تتصور، وبناء عليه، فإنه ليس هناك تبرير لإخلال المشرع هنا بالمساواة، وبعمومية الانتخاب كركيزة للديمقراطية، خاصة في ظل غياب السند الدستوري، الأمر الذي يجعل منع العسكريين من المشاركة بمثابة استبعاد لقطاع كبير من المواطنين عن المساهمة في أداء الواجب السياسي.

ونجد أن المشرع الكويتي قد أثبت هذا الإخلال - بشكل قاطع - حينما لم يحرم الحرس الوطني من حق الانتخاب، على الرغم من قيامهم بعمل ذي طبيعة عسكرية، فقانون الانتخاب أوقف حق الانتخاب بالنسبة لرجال القوات المسلحة والشرطة، في

(125) المحكمة الدستورية في الكويت، طعن رقم 4 لسنة 1992، جلسة 1992/12/29.

حين نص القانون رقم 2 لسنة 1967 في مادته الأولى على أن الحرس الوطني: (هيئة مستقلة عن القوات المسلحة وهيئات الأمن العام)، وعلى ذلك، فإن وقف استعمال حق الانتخاب لا يشمل العسكريين في الحرس الوطني مع أن المادتين (4,3) من القانون رقم 2/1967 أشارت - بصورة جلية - إلى أنهم يقومون بعمل ذي طبيعة عسكرية، وبناء عليه، فإن هذا الإخلال يمثل مخالفة دستورية يجب تلافئها.

كما أن منع حق الانتخاب يتعارض مع مبدأ عمومية الانتخاب ومبدأ المساواة في القانون؛ إذ لا يوجد ما يبرر قانون منع العسكريين من ممارسة حقهم في الانتخاب. وفي هذا الصدد، انتهت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى عدم دستورية حرمان العسكريين من حق الانتخاب، وفي ذلك تقول: (إنه لا يجوز حرمان أي مواطن من ممارسة حقه الدستوري في الانتخاب متى ما توافرت فيه شروطه، إلا إذا حال بينه وبين ممارسته مبرر موضوعي مؤقت أو دائم يترد في أساسه إلى طبيعة حق الاقتراع وما يقتضيه من متطلبات، كما أن حق المواطنة يستلزم المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات العامة، ولا يجوز تقييده أو الانتقاص منه إلا لمبرر موضوعي، ومن ثم يكون حرمان ضباط وأفراد القوات المسلحة وهيئة الشرطة من مباشرة حقوقهم السياسية طوال مدة خدمتهم - بسبب أدائهم لهذه الوظائف رغم أهليتهم لمباشرتها - ينطوي على انتقاص من السيادة الشعبية، وإهداراً لمبدأ المواطنة، وهو ما يصمه بمخالفة المواد 5، 6، 33، 55، 64 من الدستور<sup>(126)</sup>).

لذلك نناشد المشرع الكويتي إلغاء حرمان العسكريين من استعمال حقهم في الانتخاب، وفي الوقت نفسه نقرر أهمية عدم السماح للعسكريين بالتصويت داخل ثكناتهم العسكرية، وإنما يشارك كل منهم برأيه داخل موطنه المدني، مهما كانت التبريرات والحجج الواهية التي تستند إلى طبيعة الحياة العسكرية، خاصة وأن الكويت دولة صغيرة المساحة.

(126) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، طعن رقم 2 لسنة 35 ق، جلسة 25/5/2013.

## الفرع الثاني

### الشرط الشكلي لتنظيم هيئة الناخبين

يتمثل الشرط الشكلي لتنظيم هيئة الناخبين في ضرورة قيد الناخب بأحد الجداول الانتخابية، ويرتبط هذا الشرط الشكلي ارتباطاً وثيقاً بالشروط الموضوعية لعضوية هيئة الناخبين، وهو ارتباط كامل لا يقبل التجزئة أو الانقسام. فاستيفاء المواطن للشروط الموضوعية للناخب لا جدوى له، ولا طائل من ورائه إن لم يتبعه مباشرة استيفاء الشرط الشكلي المتمثل بالقيد في جداول الناخبين. وعلى ذلك لا يمارس المواطن الحق الانتخابي إلا بعد استيفاء الشروط الموضوعية، وبعد تقييده في جداول الناخبين؛ إذ يعد بذلك القيد دليلاً على أهليته السياسية.

وسوف نعرض فيما يلي لشرط القيد في الجداول من خلال تناول مفهوم الجداول:

## الغصن الأول

### مفهوم الجدول الانتخابي

ويقصد بجدول الانتخاب الكشوف التي تحتوي على أسماء من لهم حق الانتخاب، وهي قوائم قاطعة في دلالاتها يوم الانتخاب على اكتساب عضوية هيئة المشاركة، بحيث لا يجوز حينذاك إثبات عكس ما جاء فيها<sup>127</sup>. وعلى ذلك، فإن للجداول أهمية كبيرة؛ وذلك لكونها وسيلة للتحقق من استيفاء الناخبين لشروط ممارسة حق الانتخاب، فهي تحدد من له حق التصويت، وأن الشخص الذي يحضر أمام صناديق الانتخاب مستوفٍ للشروط الموضوعية التي يتطلبها ممارسة حق التصويت، والتي من الصعب إثبات توفرها في كل ناخب على حدة عند القيام بالعملية الانتخابية، بحيث يتم قبل إجراء العملية الانتخابية تحديد هيئة الناخبين، كما أنها وسيلة لمقاومة التزوير لا تسمح بالقيد والتصويت إلا مرة واحدة. هذا بالإضافة إلى أنه يسهل من إجراء العملية الانتخابية؛ حيث يساعد اللجان في تحديد أعداد الناخبين، وأعمال التصويت، وإجراء الاقتراع. لذلك فإن عمل هذه الجداول والقيد فيها والإشراف عليها، وكذلك ضمان صحتها أمر في غاية الأهمية بالنسبة للعملية الانتخابية بصفة عامة.

(127) انظر: د. داود الباز، الحق في المشاركة السياسية، مرجع سابق، ص 218.

والجهة المختصة سابقاً بوضع الجداول الانتخابية كانت وزارة الداخلية، إلا أن القانون رقم 173 لسنة 2005، المعدل للقانون 73 لسنة 1956، جاء وأخرج هذا الاختصاص من سلطة وزارة الداخلية، وجعله من اختصاص (اللجنة العليا للانتخابات)، وهذه اللجنة استحدثت بموجب هذا القانون؛ حيث جاء في المادة (3) مكرر أن: (تتولى اللجنة الاختصاص بوضع قواعد إعداد جداول الانتخاب ومحتوياتها وطريقة مراجعتها وتنقيتها...). وقد نظم قانون الانتخاب الجداول الانتخابية بأن أورد لها باباً كاملاً في القانون، وهو الباب الثاني، إلا أن القانون لم يأمر بوجوب القيد في الجدول الانتخابي، ولا في مواجهة الناخب نفسه، بعكس المشرع المصري الذي جعل القيد في الجداول إجبارياً.

وعلى ذلك، فإن إنشاء الجداول الانتخابية والقيد فيها من الأعمال التحضيرية المهمة للعملية الانتخابية، فتحرير الجداول وقيد الناخبين أمر سابق على عملية الانتخاب، ويتم القيد في الجداول الانتخابية على أساس الموطن الانتخابي للمواطن، وقد سبق لنا الحديث عن ذلك عند تناولنا للمبادئ التي تحكم حق الانتخاب<sup>(128)</sup>.

## الغصن الثاني

### التنظيم القانوني للقيد بالجدول الانتخابي

لكي يثبت للمواطن حقه في مباشرة الانتخاب، يجب أن يكون اسمه مدرجاً في أحد الجداول الانتخابية، ولا يجوز أن يقيد الناخب في أكثر من جدول واحد<sup>(129)</sup>. ويتم تحرير جداول الانتخاب أو تعديلها خلال شهر فبراير من كل عام، ويشمل التعديل السنوي إضافة أسماء الذين أصبحوا حائزين للصفات التي يشترطها القانون لتولي الحقوق الانتخابية، وإضافة أسماء من تم إهمالهم بغير حق في الجداول السابقة، وحذف أسماء المتوفين<sup>(130)</sup>.

ويعرض جدول الانتخابات لكل دائرة انتخابية مدرجاً فيه أسماء الناخبين بترتيب الحروف الهجائية في مكان بارز بمخافر الشرطة والأماكن العامة الأخرى

(128) ارجع في ذلك: هذا البحث، البند الثالث، المبادئ التي تحكم حق الانتخاب، الفقرة الخامسة، محلية التصويت، ص 15.

(129) المادة السابعة من قانون رقم 35 لسنة 1962 بشأن انتخاب مجلس الأمة.

(130) المادة الثامنة من قانون رقم 35 لسنة 1962 بشأن انتخاب مجلس الأمة.

التي يحددها وزير الداخلية، كما ينشر في الجريدة الرسمية، وذلك في الفترة من أول مارس إلى الخامس عشر منه من كل عام. كما أن لكل كويتي مقيم في الدائرة الانتخابية أن يطلب إدراج اسمه في جدول الانتخابات الخاص به إذا كان قد أهمل إدراج اسمه بغير وجه حق، أو حذف اسم من أدرج بغير وجه حق كذلك، إذ نصت المادة (10) من قانون الانتخاب على أن: (لكل كويتي مقيم في الدائرة الانتخابية أن يطلب إدراج اسمه في جدول الانتخاب الخاص به إذا كان قد أهمل إدراج اسمه بغير حق، كما أن لكل ناخب مدرج في جدول الانتخاب أن يطلب إدراج اسم من أهمل بغير حق أو حذف اسم من أدرج بغير حق كذلك).

ومن النص السابق يتضح أنه جاء مطلقاً، فهو ينصرف لكل ناخب مدرج في جداول الانتخاب، وليس هناك من محل لتقييده بوجوب ورود الاعتراض على ناخب مدرج في جداول انتخاب المنطقة التي يتم فيها الاعتراض<sup>131</sup>. وتقدم الطلبات إلى مقر لجنة قيد الناخبين في الفترة من أول مارس إلى العشرين منه، وتقيد بحسب تاريخ ورودها في دفتر خاص، وتعطى إيصالات لمقدميها، ويجوز لكل ناخب أن يطلع على هذا الدفتر. وتفصل لجنة القيد في الطلبات (الإدراج أو الحذف) في موعد لا يتجاوز الخامس من شهر أبريل، وللجنة أن تسمع أقوال مقدم الطلب ومن قدم الطلب في شأنه، وأن تجري ما تراه لازماً من تحقيق وتحريات. ووفقاً للمادة (14) من قانون الانتخاب، فإن لكل ذي شأن ولكل ناخب مدرج في جدول انتخاب الدائرة أن يطعن في قرار اللجنة بطلب يقدم إلى مخفر الشرطة المختص في موعد أقصاه اليوم العشرون من شهر أبريل، وتحال فوراً إلى المحكمة الكلية المختصة. وتعتبر جداول الانتخاب النهائية حجة قاطعة وقت الانتخاب، ولا يجوز لأحد الاشتراك فيه ما لم يكن اسمه مقيداً بها.

وكنا نأمل أن تكون اللجنة التي يعهد إليها بمهمة إنشاء الجدول يتولى إدارتها أحد أعضاء الهيئات القضائية، عوضاً عن تولى السلطة التنفيذية اختيار أعضائها؛ رغبة في إبعاد ممثلي الحكومة عن هذه المهام، ولو بصورة جزئية، بحيث يكون الإشراف القضائي هو السائد على عملية إعداد الجداول الانتخابية، وبحيث يستكمل دور الإشراف القضائي على العملية الانتخابية منذ بدايتها، عند إعداد الجداول الانتخابية، وانتهاء إلى إعلان الفائزين في هذه الانتخابات.

(131) المحكمة الدستورية، طعن انتخابي، طعن رقم 419 لسنة 55 ق، جلسة 2000/10/31.

وما يلاحظ هنا أيضا هو قصر مدة القيد في الجداول الانتخابية، والتي تكون في شهر فبراير، والذي اعتاد فيه الكويتيون السفر إلى الخارج أو إقامة المخيمات البرية؛ مما يشكل عائقاً في تقييدهم في جداول الناخبين، وهي مدة قصيرة نسبياً إذا ما قورنت بالقوانين الانتخابية في الدول الأخرى، مثل فرنسا، والتي تمتد مدة 4 شهور من أول سبتمبر من كل عام وحتى نهاية ديسمبر.

## المطلب الثاني

### شروط الترشيح

لا تلازم بين أهلية الانتخاب وأهلية الترشيح، فليس كل ناخب مرشحاً، وعليه فإن المرشح يلزم أن يكون لديه صلاحية قانونية للترشيح حسب الدستور والقانون. وقد أشرنا فيما سبق إلى أن القانون تطلب عدداً من الشروط التي يلزم توفرها في الناخب حتى يمارس حق الانتخاب، وقد تطلب الدستور الكويتي في مادته (82) في المرشح ابتداءً توفر شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب، على نحو ما سبق شرحه وبيانه، ومع ذلك أضاف الدستور شروطاً أخرى تمثلت في وجوب أن يحمل الجنسية الكويتية بصفة أصلية، وألا تقل سنه عن ثلاثين سنة ميلادية، وأن يجيد قراءة اللغة العربية وكتابتها، كما أضافت المذكرة التفسيرية للدستور شرط ألا يكون من أعضاء الأسرة الحاكمة، وأخيراً قررت المادة 23 من قانون الانتخاب عدم جواز ترشيح رجال القضاء أو النيابة العامة. هذا بالإضافة إلى أنه ليس للمرشح ترشيح نفسه ممثلاً عن أكثر من دائرة انتخابية واحدة، ولا يهتم بعد ذلك كون الدائرة المرشح عنها هي نفسها الدائرة الانتخابية التي ينتمي إليها، والمقيد اسمه في جدولها الانتخابي أو غيرها. ونعرض لهذه الشروط وفقاً للشكل التالي:

### الفرع الأول

#### الشروط العامة

لا يمكن القول بأن إقرار حق الانتخاب يتيح لأي مواطن كائناً من كان أن يمارس حق الترشيح، وإذا كان التدخل التشريعي في تحديد صفة الناخب مستحق، فإنه من باب أولى يتدخل في تنظيم شروط ممارسة حق الترشيح، لا سيما مع ثقل المسؤولية الملقاة على كاهل نواب الشعب، فضلاً عن الشروط المقررة لاكتساب صفة الناخب.

ويهدف التنظيم القانوني للمرشح إلى التأكد من أن المرشح قادر، وبشكل كافٍ، على ممارسة أعمال الوكالة التي يسعى إليها، بالإضافة إلى شروط خاصة تهدف إلى ضمان حرية الناخب، واستقلال النائب، وتقتضيها طبيعة عمله والمصلحة العامة. وسنوضح الشروط العامة فيما يلي:

### أولاً- أن تتوافر في المرشح شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب:

فيجب أن تتوافر في المرشح لعضوية مجلس الأمة الكويتي جميع الشروط الواجب توافرها في الناخب على النحو المتقدم تفصيلاً في المبحث الأول من الفصل الثاني، ونحيل إليه لعدم تكرار الحديث في هذا الشأن.

### ثانياً- الجنسية:

هذا شرط بديهي، وهو ما يتطلبه المشرع في الناخب، فكان لا بد وأن يتطلبه في المرشح، فلا يجب أن يتمتع بحق الترشح ويمارسه إلا من يرتبط بالوطن وبالأرض ارتباطاً قوياً، ومعيار هذا الارتباط هو الجنسية: أي أن يكون حاملاً للجنسية الكويتية، غير أن الدستور في مادته (82) اشترط في المرشح أن يكون: (كويتي الجنسية بصفة أصلية)، وبذلك يحرم المتجنس، وهو من يكتسب حق الجنسية من الحق في الترشح، ويبقى على حقه في الانتخاب فقط بعد مرور 20 سنة ميلادية على اكتسابه الجنسية الكويتية<sup>(132)</sup>. ويعد كويتياً أصلياً، طبقاً لقانون الجنسية الكويتي رقم 15 لسنة 1959 وتعديلاته، المتوطن في الكويت قبل عام 1920، وكان محافظاً على إقامته العادية إلى يوم نشر القانون، وتعتبر الإقامة عادية ولو أقام الكويتي في بلد أجنبي لفترة، ما دام قد استبقى نية العودة إلى الكويت<sup>(133)</sup>. كذلك يعد كويتياً بصفة أصلية طبقاً للمادة 3/7 من قانون الجنسية بمقتضى التعديل المؤرخ في 1994/7/9: المتجنسون الذين يولدون بعد كسب الجنسية الكويتية، وكذلك كل من يولد في الكويت، أو في الخارج من أم كويتية الجنسية، ويتعذر فيها معرفة الأب، وأخيراً كل من ولد في الكويت لأبوين مجهولين يكون كويتياً بحكم ميلاده في الأراضي الكويتية، ما لم يثبت أن اللقيط جاء للكويت من أي بلد آخر، ولا خلاف أو جدال في حق الكويتي الأصلي في الانتخاب والترشح.

(132) ارجع في ذلك: نص المادة السادسة من قانون الجنسية الكويتي رقم 15 لسنة 1959، والمعدل بتاريخ 10 يوليو 1966.

(133) ارجع في ذلك: نص المادة الأولى من قانون الجنسية الكويتي رقم 15 لسنة 1959.

أما الكويتي المتجنس فإنه لا يتمتع بحق الترشح في أي حال من الأحوال إلا أنه يتمتع بحق الانتخاب بعد مضي عشرين سنة على تجنسه، رغم أن المادة الخامسة من قانون الجنسية قد تمنح للشخص نظراً لتأديته خدمات جلية للبلاد، فكان ينبغي معاملته معاملة متميزة من حيث منحه حق الترشح؛ لأنه من غير المنطقي منح شخص الجنسية الكويتية لتأديته خدمات جلية للبلاد، ثم يتم حرمانه من التمتع بحق الترشح طوال فترة حياته. وقد يكون الفرد حاملاً لجنسية أكثر من دولة، ويطلق عليه في الكويت لفظ (المزدوج)<sup>(134)</sup>، وهنا يثور التساؤل حول مدى تأثير مثل هذا التعدد في الجنسية على تمتع هذا الفرد بحقه في الانتخاب.

بادئ ذي بدء نشير إلى نص المادة (11) من قانون الجنسية الكويتي، التي تنص على أن (يفقد الكويتي الجنسية إذا تجنس مختاراً بجنسية أجنبية، ولا تفقد زوجته الكويتية جنسيتها إلا إذا دخلت في جنسيته، ويفقد أولاده القصر جنسيتهم الكويتية إذا كانوا يدخلون في جنسية أبيهم الجديدة بموجب القانون الخاص بهذه الجنسية، ولهم أن يعلنوا وزير الداخلية باختيار جنسيتهم الكويتية خلال السنتين التاليتين لبلوغهم سن الرشد، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء، بناءً على عرض وزير الداخلية، إعادة الجنسية الكويتية لمن فقدوها طبقاً للفقرة السابقة، إذا أقام في الكويت إقامة مشروعة لمدة سنة على الأقل، وطلب العودة إلى الجنسية الكويتية، وفي هذه الحالة يعتبر مسترداً للجنسية الكويتية من تاريخ موافقة مجلس الوزراء).

وعلى ذلك، فإن قانون الجنسية الكويتي رتب أثراً على ازدواجية الجنسية تمثل في فقد الكويتي للجنسية. والواقع أن الأجنبي لا يجوز منح حق الترشح له، فهو لا يدين للوطن بالولاء، ولا يأبه بما يحقق مصلحته العامة، ولا باستقامة مؤسساته. ونظراً لحساسية العضوية في المجالس النيابية وخطورتها وأهميتها، وبما أن النيابة تتطلب ولاء كاملاً للوطن، خاصة وأن مهمة مجلس الأمة طبقاً للدستور هي تولى

(134) لم يتضمن قانون الجنسية الكويتية نصاً يعرف تعدد الجنسية، وإنما تضمن نصاً يمنعه ويحاربه، وتركت مهمة تعريفه لشرح قانون الجنسية، وعلى ذلك عرفه بعض هؤلاء الشراح، ومن ذلك أنه: الحالة التي يكون فيها للفرد جنسية دولتين أو أكثر في نفس الوقت، ومن ثم فتعدد الجنسية عبارة عن حالة معينة تدعى فيها أكثر من دولة تبعية الفرد لها وفقاً لقانونها. انظر على سبيل المثال لا الحصر بشأن تعريف تعدد الجنسية: د. أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية ومركز الأجنبي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987، ص 55، د. هشام خالد، المركز القانوني لتعدد الجنسية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2001، ص 13.

سلطة التشريع والرقابة على الحكومة: لهذا كله لا يمكن الاعتراف بحق الترشيح إلا لمن يرتبط بالبلد الذي يعيش فيه ارتباطاً وثيقاً يجعله حريصاً على مصلحته، وأن يكون ولاؤه متفرداً.

ويأتي نص المادة (11) من قانون الجنسية ليرتب أثراً على الازدواجية، فيقرر فقدان الجنسية الكويتية دون تمتع السلطة التنفيذية بأي سلطة تقديرية في ذلك، وما المرسوم المتضمن فقدان الجنسية لمزدوج الجنسية إلا قراراً كاشفاً لما يرتبه ذلك من أثر بقوة القانون. وبناء عليه، فإنه يمكننا القول بأنه في حال تقاعس الدولة عن إصدار المراسيم المتضمنة فقدان الجنسية عن الكويتي مزدوج الجنسية؛ وهو الشخص الذي جمع بين الجنسية الكويتية وجنسية دولة أخرى في ضوء قانون الجنسية الكويتي رقم 15 لسنة 1959، فإنه إذا ما عرض الأمر على القضاء بمناسبة الطعون الانتخابية أو بمناسبة جداول القيد، فإن القضاء يتعين عليه حظر الترشيح لعضوية مجلس الأمة الكويتي كل كويتي يجمع بين الجنسية الكويتية وأي جنسية أخرى.

وبذلك نستطيع القول إن الجنسية الكويتية المنفردة هي شرط لا بد من توفره في عضو البرلمان، وهذا الاشتراط لا يمثل إخلالاً بقاعدة المساواة المقررة للكويتيين جميعاً وفق الدستور، وذلك لاختلاف المراكز القانونية وعدم تطابقها، فالمركز القانوني للكويتي يرتبط، في ذات الوقت، بجنسية دولة أخرى، لا يتماثل في الواقع القانوني المجرد مع غيره ممن يتفردون بالجنسية الكويتية<sup>(135)</sup>. ثالثاً: أن تمتع الفرد بجنسيتين مختلفتين في وقت واحد يثير الريبة في ولاءه، خاصة إن قامت الحرب بين دولتين يحمل الفرد جنسيتها معاً، واستبعاد مزدوج الجنسية من حقه في الترشح له أسبابه، ومنها تطلب الوظيفة النيابية وطنية خالصة وكاملة، فلا يستقيم أن يحتوي قلب واحد على ولاء وحب وطنين مختلفين؛ فمن غير المتصور أن يباشر فرد معين حق الترشح لعضوية مجلس الأمة في الكويت، ثم يباشر حق الترشح لإحدى المجالس النيابية في دولة أخرى يحمل أيضاً جنسيتها.

(135) قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر ببطلان حرمان مزدوجي الجنسية من الترشح لمجلس النواب، باعتبار أن هذا القانون مخالف للدستور عند كفالته لمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة، وعلى أن مثل هذا الشرط يمثل انتقاصاً للحقوق السياسية، خاصة للمصريين المقيمين بالخارج. انظر في ذلك: حكم المحكمة، طعن رقم 25 لسنة 37 ق، جلسة 2015/3/7.

ويمكن القول أن متعدد الجنسية لا يعد وطنياً خالصاً، ولا يعد أجنبياً خالصاً، لا سيما في مواجهة الدولة الأخرى المتمتع بجنسيتها. كما أن القانون في الكويت قد تضمن اشتراط الولاء الكامل والخاص في مواطنيها عندما حظر ازدواج الجنسية، ورتب أثره في فقدان الجنسية الكويتية، فالولاء أمر معنوي يتعذر تجزئته بين دولتين وأكثر، ومن غير المتصور أن تتقاسم دولتان قلب فرد واحد، وما حرمان القاضي -إذا ما كان- لمزدوج الجنسية عند نظره للطعون الانتخابية، واشتراطه انفراد الجنسية سوى تطبيق صحيح وسليم للقانون.

### ثالثاً- السن:

تشتراط جميع الأنظمة الانتخابية بلوغ المواطن سنًا معينة حتى يستطيع ممارسة حقه في الترشيح لعضوية المجالس النيابية، ويعد هذا الشرط مظهرًا من مظاهر التشدد التشريعي حيال تحديد الشروط، والواجب توافرها في المرشح لعضوية المجالس النيابية، وبلوغ السن المطلوبة للترشيح قرينة على نضج المواطن وقدرته على إدراك الأمور العامة، والقدرة على التصرف في تعقل وحكمة، وبناء عليه يعد شرط السن شرطاً أساسياً حتى يتمتع المرشح بالنضج اللازم لتمثيل الشعب في النيابة عنه. وفي هذا السياق، اشترطت المادة (82) من الدستور الكويتي على المتقدم بطلب الترشيح لعضوية مجلس الأمة، أن يكون قد أتم ثلاثين سنة ميلادية يوم الانتخاب، لا بتاريخ طلب الترشيح، فقد يحدث أن يقوم مرشح بتقديم الطلب قبل بلوغ سن الثلاثين بأيام، وعند حلول اليوم المحدد للانتخاب سوف يستكمل هذه السن، فعندئذ يعد المرشح مستوفياً لهذا الشرط، ويجب قبول ترشيحه ما دام أنه سيتم الثلاثين عاماً يوم الانتخاب أو قبله. وفي تبرير الارتفاع بسن الترشيح إلى ثلاثين عاماً، فإن ذلك مبرر من جانب الدستور وقانون الانتخاب في ضوء ما تفرضه الواجبات والأعباء الملقاة على عاتق ممثل الأمة من ضرورة تحليه بالخبرة والنضج، وصواب الرأي، وحسن التقدير لعظيم المهام التي يقوم بها.

### رابعاً- أن يجيد المرشح اللغة العربية قراءة وكتابة:

اشترط الدستور الكويتي، في مادته (82)، في المرشح (أن يجيد قراءة اللغة العربية وكتابتها). وعلى ذلك، فإن الدستور أوجب على المرشح أن يعرف القراءة والكتابة،

وهي تعني علم الفرد بالشيء دون إدراكه ودون ضرورة الإتقان، بحيث إذا ثبت عدم معرفة عضو مجلس الأمة للقراءة والكتابة اعتُبر انتخابه باطلاً في أي وقت كان؛ لتعلق ذلك بشروط أهلية المرشح. ويعتبر اشتراط معرفة القراءة والكتابة حالياً أمراً قصراً، إذ إنه لا بد من ضرورة إتقان اللغة العربية بدرجة معينة، بل واشتراط حصول المرشح على مؤهل علمي عالٍ معين حتى يتمكن عضو مجلس الأمة من ممارسة صلاحيته والمهام المنوطة به، والتي تستوجب العلم والثقافة والقدرة على التعامل مع نصوص الدستور والقانون، وكشف صور تحايل السلطة التنفيذية عليهما، والتعامل مع أدوات الرقابة، واضطلاعه بها، وفعالية الواجبات الملقاة على عاتقه<sup>136</sup>.

هذا وينبغي التمييز بين الضعف في القراءة والكتابة وبين عدم معرفتهما، فهو لا يؤدي إلى القول بعدم توافر هذا الشرط<sup>137</sup>. وفي ذلك، أنهت قرارات مجلس الدولة في لبنان إلى أن القدرة على القراءة لا تتطلب بالضرورة تلاوة دقيقة على نحو يراعي بالتمام لفظ الكلمات المقروءة تبعاً لحالتها، بل أن تكون في الجملة التي تتألف منها، والتقدير بلهجة التعبير اللازمة، وملائمة للجملة وفق سياق النص الذي وردت فيه، ومهارة الكتابة أيضاً لا تستلزم خلو الكتابة من أخطاء إملائية في قواعد أو صياغة التعبير بفن بليغ متقن. إن البطء في القراءة، أو التردد فيها، أو افتقادها إلى اللهجة المناسبة، كما أن الأخطاء الإملائية في الكتابة، والتي لا تحول دون إمكانية معرفة المقصود بالكلمة بصعوبة لا تعد - وإن اجتمعت - منشئة لعدم الأهلية لعضوية مجلس البلدية، أما حالة الاعتراف بأنه لم يعد يستطيع القراءة التي كان عليها في صغره؛ لسبب ضعف نظره، وليس لجهله لها، فتجعل منه عديم الأهلية للترشح<sup>138</sup>.

وفي نقاشات المجلس التأسيسي في الكويت، تساءل أحد الأعضاء عن المقصود بإجادة العضو للقراءة والكتابة باعتباره شرطاً من شروط الترشح لعضوية مجلس

(136) لعله من المفارقة أن يشترط قانون رقم 118 لسنة 2013 في شأن الجمعيات التعاونية بالكويت في أعضاء مجلس إدارة الجمعيات التعاونية أن يكون حاصلاً على شهادة دبلوم بعد الثانوية العامة، وأن يشترط الدستور في مرشح عضو مجلس الأمة مجرد الإلمام بالقراءة والكتابة!

(137) قرار رقم 84 تاريخ 16/1/1965 / الدولة م 1965، ص 68 - قرار رقم 847 تاريخ 10/9/1998 صوان الدولة وطنوس ورفاقه م. ق. أ. 1998، ص 250، والمشار إليهما في مؤلف د. زياد أنطوان أيوب، الترشح وحالات عدم الأهلية والتمانع في التنافس الانتخابي الإداري، لا يوجد دار وسنة الطبع، ص 95.

(138) انظر: د. زياد أنطوان أيوب، نفس المرجع، ص 97، ويشير فيه إلى قرارات مجلس الدولة رقم 88 تاريخ 4/11/2004 ش م ص / الدولة، م. ق. أ. 2006، ص 632.

الأمة، فقال الخبير الدستوري: إن المعنى المقصود هو الكتابة بدون أخطاء إملائية، والقراءة بدون تلثم، ولا يقصد بها الإلمام بقواعد اللغة والنحو<sup>(139)</sup>. وتنبغي الإشارة إلى أن الإلمام بالقراءة لا يكفي وحده لتوفر أهلية الترشح، ما دام الدستور أوجب أن يكون المرشح ملماً بالقراءة والكتابة معاً؛ أي توفر الشرطين. والواقع أنه يجري التحقق من هذا الشرط في الكويت عند قيام المرشح بتعبئة نموذج الترشيح لعضوية مجلس الأمة، والذي يشترط أن يضطلع بها بنفسه، ويمكن تخطي هذا الإجراء في حال وجود عائق معين؛ مثل: الإعاقة أو الإصابة، بأن يقدم المستندات اللازمة لإثبات ذلك.

وننادي بأن يتم تعديل المادة (82) من الدستور الكويتي الذي وضع عام 1962؛ ففي مرحلة زمنية معينة كان اشتراط القدرة على القراءة والكتابة يلائم الكويت في تلك المرحلة الزمنية في ظل نسبة أمية كبيرة آنذاك، ولصغر المجتمع، فاكتمت المشروع الدستوري بهذا الشرط، إلا أنه وبعد مرور هذه الفترة الزمنية، وزيادة الوعي الثقافي، والمستوى التعليمي، وندرة الأمية فيه، أصبح تعديل هذا الشرط بأن يكون حاصلًا على الشهادة الجامعية، أو ما يعادلها، حتى تتمكن الكويت من الولوج في الألفية الثالثة وهي متسلحة بتشريعات متطورة بمراحلها المختلفة؛ من اقتراح ومناقشة وتصويب وتصويت، وكذلك ليسهم النائب في أداء البرلمان؛ لدوره الرقابي على السلطة التنفيذية وصور تحايلها على الدستور والقانون؛ حيث غدت الحياة والقوانين فيها أكثر تعقيدًا وتطورًا.

#### خامسًا - الأهلية الأدبية:

تتطلب غالبية القوانين المتعلقة بالخدمة المدنية أن يكون المتقدم للوظيفة حسن السيرة، كما هو منصوص عليه في المادة الأولى من نظام الخدمة المدنية الكويتي لعام 1979، ولا شك أن هذا الشرط بديهي ومنطقي؛ إذ يجب قصر الالتحاق بالوظيفة العامة على الشخص النزيه ذي السمعة الحسنة، على أن الوظيفة العامة خدمة وطنية يجب ألا تناط إلا بشخص صالح، وإلا فسدت الوظيفة؛ ومن ثم اختلت الموازين. وإذا كان توافر شرط حسن السمعة من الشروط الأساسية للتعيين في الوظيفة العامة، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما مدى اعتباره شرطًا أساسيًا للترشح في المجلس،

(139) منشور على موقع «كونا» في شبكة الإنترنت، بعنوان مشروع السوابق البرلمانية، بتاريخ 2016/1/5.

خصوصاً في ظل عدم وجود النص الذي يشير إلى ذلك؟. في الواقع، لقد تصدت المحكمة الدستورية ومحكمة التمييز في الكويت لهذا الأمر في مواقع كثيرة؛ مما أدى لتشكيل مبدأ دستوري راسخ حول وجوب توفر شرط حسن السمعة لمن يترشح لعضوية مجلس الأمة، على الرغم من الفراغ التشريعي وغياب النص الصريح على ذلك، فقد قضت المحكمة الدستورية بأنه: (كما أنه غني عن البيان أن ثمة شرطاً آخر لا ريب فيه هو شرط حسن السمعة، وأنه وإن كان قانون الانتخاب لم يورده ضمن الشروط اللازمة للترشح، فإن هذا الشرط تفرضه طبيعة الوظيفة النيابية؛ لعلو شأنها، وأهمية مسؤوليتها، وخطورة واجباتها، ويعد هذا الشرط -وفق ما هو مستقر عليه- من الأصول العامة في التوظيف وتقلد المناصب النيابية والتنفيذية، ولا يحتاج إلى نص خاص يقرره، وهو شرط يتعلق بالسلوك الشخصي للمرشح، ويقصد به ألا يكون قد اشتهر عنه قول السوء، أو الترددي فيما يشين؛ صوتاً لكرامة السلطة التشريعية، وحفظاً لهيبتها، وضماناً لتمثيل الأمة في مجلسها النيابي بتخيير من ينوب عنها أحسن تمثيل (...)<sup>(140)</sup>.

وهكذا أفصحت المحكمة الدستورية عن وجوب توفر شرط حسن السمعة بالنسبة للترشح لعضوية مجلس الأمة. وفي الحقيقة، فإننا نراه خلقاً لقواعد قانونية جديدة لم ينص عليها القانون، وبالمخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات، على الرغم من وجهة مبررات مثل هذا الشرط، إلا أن ذلك لا يعني افتراض تواجده دون سند قانوني صريح، كما أن الحرمان الذي يعد استثناء من الأصل؛ وهو التمتع بحق المشاركة السياسية بالانتخاب والترشح، فالاستثناء لا بد من النص عليه صراحة، ولا يجوز التوسع فيه، ولا يقاس عليه، بل يجب تفسيره دائماً في أضيق نطاق.

وقد سارت أحكام محكمة التمييز ضمن نفس سياق المحكمة الدستورية؛ حيث أكدت في حكمها ذات الاتجاه من اشتراط توفر حسن السمعة في من يترشح لعضوية مجلس الأمة؛ حيث قررت: (إن الثابت بالأوراق أن الطاعن قد تقدم بطلب ترشيح نفسه في انتخابات مجلس الأمة عن الدائرة الأولى، ثم صدر القرار المطعون فيه متضمناً استبعاد اسمه من كشوف المرشحين في انتخابات تلك الدائرة، وقد أفصحت الجهة الإدارية عن قرارها بأن الطاعن يفتقد شرط حسن السمعة؛ استناداً إلى صدور أحكام

(140) حكم المحكمة الدستورية، طعن رقم 8 لسنة 2008، جلسة 2008/7/16.

جنائية ضده بلغت عشرين حكماً تنوعت بين مخالفات وزارة الشؤون والبلدية، والإطفاء، وجنح ضرب، ومنع حيازة عقار، وإعطاء شيكات بدون رصيد، وبغض النظر عن المخالفات، وعمّا إذا كانت تشكل إخلالاً بحسن السمعة، إلا أن الثابت من مطالعة الحالة الجنائية للمرشح أن الطاعن قد اعتاد ارتكاب جرائم إعطاء شيكات بدون رصيد مع تعددها وتنوعها، وتعدد المجني عليهم، وامتدادها إلى ما يقارب سبع سنوات، فضلاً عن ارتكابه جنح ضرب ومنع حيازة عقار؛ مما يستدل من مجملها ومضمونها أنها تخل بالثقة فيه، وتفقده الهيبة والاحترام، وتجعله غير أهل لتمثيل الأمة في المجلس النيابي<sup>(141)</sup>.

كما أكدت في حكم آخر على نفس المبدأ عندما قررت (أنه وإن كان دستور دولة الكويت والقانون رقم (32) لسنة 1962، في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة، قد وردا خلواً من إيراد شرط حسن السمعة ضمن الشروط التي يتعين توافرها في من يرشح نفسه لعضوية مجلس الأمة، إلا أن ذلك لا يعني الإعفاء منها، باعتباره شرطاً أولياً مفترضاً في من يرشح نفسه لتمثيل الأمة في مجلس الأمة؛ وهو شرط لازم توافره فيه، ومن ثم يكون مكماً لباقي الشروط الأخرى، ومستقلاً بذاته عن الشرط المتطلب في الناخب بالألا يكون قد حُكم عليه بعقوبة جنائية، أو في جريمة مخلة بالشرف والأمانة، باعتبار أن عضو مجلس الأمة لا يمثل ناخبيه في الدائرة المقيد بها، بل يمثل الأمة بأسرها، ويمارس وظيفته بالنظر في علو شأنها، وأهمية مسؤولياتها وواجباتها)<sup>(142)</sup>.

وقد عرفت محكمة التمييز حسن السمعة عندما قالت: (إن المستقر عليه في القضاء الإداري أن القانون وإن لم يورد تعريفاً جامعاً مانعاً لما يعتبر من الجرائم المخلة بالشرف أو بالأمانة، أو يحدد أسباباً لفقدان حسن السمعة، قاصداً بذلك أن يكون في مجال التقدير والنظرة إلى هذا الشأن من المرونة بحيث تساير تطورات المجتمع، وأن تكون هي تلك التي ينظر إليها المجتمع على أنها كذلك، كما تختلف النظرة إليها في ضوء كل حالة بحسب الظروف التي تمت فيها، وما قد يتكشف من أفعال، وما عسى أن ينعكس ذلك سلباً على سيرة الشخص وسلوكه، إلا أن حسن السمعة

(141) حكم محكمة التمييز، طعن رقم 241 لسنة 2009، جلسة 2013/3/13.

(142) حكم محكمة التمييز، طعن رقم 173/2013، جلسة 2016/2/1.

لا يخرج عن كونه مجموعة من الصفات والخصائص التي يتحلى بها الشخص، فتكسبه الثقة والاحترام بين الناس، وتجنبه قاله السوء أو ما يمس الخلق؛ ومن ثم فهي لصيقة بشخصه، ومتعلقة بسيرته، وهي صفات وخصائص أوجب وألزم ما ينبغي أن يتصف بها كل مرشح لعضوية مجلس الأمة، كما أنها من المبادئ السامية والمثل العليا التي تواضع الناس على إجلالها وإعزازها، في ضوء ما تفرضه قواعد الدين ومبادئ الأخلاق والقانون السائد في المجتمع، وإزاء ذلك ترك أمر التقدير في هذا المجال إلى الجهة الإدارية المنوط بها فحص طلبات الترشح لانتخابات مجلس الأمة؛ للتحقق من أن المرشح متمتع بالصفات المطلوبة؛ وذلك لإصدار قرارها في هذا الشأن؛ إما بإدراج اسمه في كشوف المرشحين أو استبعاده منها، بحسب الأحوال، وما يصدر عنها من قرار في هذا الصدد إنما يخضع لرقابة القضاء الإداري لدى تحريك ولايته، واستنهاض اختصاصه؛ لبسط رقابته على ذلك القرار<sup>(143)</sup>.

ويلاحظ أن هذا المفهوم اشتمل عبارات عامة وفضفاضة غير منضبطة أو محددة، فمن الصعوبة بمكان تعريف حسن السمعة، على اعتبار أن هذا الأمر نسبي يختلف من زمان إلى زمان، ومن مجتمع إلى آخر. ومن المقرر أن القيم الأخلاقية تختلف من عصر إلى عصر؛ وذلك لأن تطور الحياة يغير كثيراً من المعتقدات التي كانت قائمة، كما ينشئ معتقدات أخلاقية جديدة لم تكن قائمة من قبل؛ لأنه في ظل العصر السابق عليها لم يكن من المستطاع افتراض قيام هذه القاعدة الأخلاقية<sup>(144)</sup>.

ونرى من الأجدى أن يتصدى المشرع لتبني شرط حسن السمعة بالنص والتنظيم عوضاً عن تركه لاجتهادات الفقه والقضاء، كما نرى ضرورة الإسناد إلى وقائع ثابتة في تقرير عدم توفر مثل هذا الشرط، مع إمكانية تطبيق معيار قضائي يقضي بإسقاط شرط حسن السمعة عن كل شخص اتخذت إجراءات قضائية بحقه، إلا أنها لم تستكمل لأسباب خارجة عن إرادة السلطة القضائية؛ كامتناع البرلمان عن رفع الحصانة عن الأعضاء، أو هروب الشخص مع رغبته في العودة والاشتراك في الانتخابات ترشحاً. هذا فيما يتعلق بمن لم تصدر بحقهم أحكام قضائية. أما من

(143) حكم محكمة التمييز، طعن رقم 241 لسنة 2009، جلسة 2013/3/13.

(144) ارجع تفصيلاً في شرط حسن السمعة: د. علي الظفيري، حسن السمعة كشرط مفترض في المرشح للبرلمان، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 13، السنة الرابعة، مارس 2016.

صدرت بحقهم أحكام قضائية، فللقضاء تقدير ذلك، واستبعاد كل شخص مرتكب لجريمة، وإن لم يشكل جرمًا مخلصًا بالشرف والأمانة.

## الفرع الثاني الشروط الخاصة

بعد أن استعرضنا الشروط العامة المقررة للترشيح، فإننا سنتناول في هذا المطلب عددًا من الشروط الخاصة، والتي تتعلق إما بطوائف معينة من المواطنين لا يجوز لهم الترشيح قبل استيفاء تلك الشروط، التي لا تهدف إلى التحقق من أن المرشح قادر على ممارسة الوكالة التي يسعى إليها والقيام بأعبائها فحسب، وإنما تهدف إلى إقصاء الأشخاص الذين يزاولون وظائف أو مهنة معينة يكون لها تأثير على الناخبين، وتوجيه سير الاقتراع، وإما لأنها تتعلق ببعض الانتخابات التي تستدعي شروطًا معينة في المرشحين لها.

### أولاً- الشروط الخاصة بالوزراء ورجال القضاء والنيابة العامة ورؤساء وأعضاء لجان قيد الناخبين:

هناك فئات معينة من المواطنين لا يصح لهم مزاولة الترشيح قبل تقديم استقالته من وظائفهم؛ درءًا للشبهات التي تلقي بظلالها على سير الاقتراع، وتضر بالممارسة النزيهة.

فمن ناحية أولى، نصت المادة (23) من قانون الانتخاب على أنه لا يجوز لرجال القضاء والنيابة العامة ترشيح أنفسهم إلا إذا استقالوا مقدمًا من وظائفهم؛ ويرجع ذلك إلى ما لهذه الوظائف من أهمية وحساسية؛ لذا كان من الضروري الحفاظ على هيبة القضاء وحيده ونزاهته، والنأي بأعضائه عن التيارات السياسية وغيرها مما قد ينال من مكانة القضاء وقديسته.

ومن ناحية أخرى، قررت المادة (23) أنفة الذكر أيضًا أن تحظر على رؤساء لجان قيد الناخبين أو أعضائها، وحتى أقربائهم من الدرجة الأولى من ترشيح أنفسهم في دائرة عمل هذه اللجان، إلا إذا تنحوا عن الاشتراك في أعمالها؛ وذلك حفاظًا على سلامة الانتخابات ونزاهتها.

وأخيراً، فإنه لا يجوز للوزراء ترشيح أنفسهم إلا إذا استقالوا مقدماً من مناصبهم؛ حفاظاً على نزاهة العملية الانتخابية، وحتى لا يكون هناك نيل ومساس بالمساواة في المنافسة الانتخابية، أو تزيف نتائج الانتخابات من خلال الضغط المادي والمعنوي على الناخبين، ورغبة في عدم استغلال المنصب الوزاري في خدمة مصالحه الانتخابية. وفي هذا الصدد، نرى ضرورة اشتراط مرور مدة معينة بعد خروج الوزير من الوزارة لكي يتمكن بعدها من الترشح، ويترك للمشروع أمر تحديدها، على ألا يقل عن سنة في رأينا، والهدف من ذلك زوال ما قد يكون هناك من ضغط أو تأثير على الناخبين ينال من حريتهم في التصويت، أو استغلال منصبه في تعيينات وترقية أبناء دائرته، خاصة وأنه في الواقع أصبح هذا المسلك سمة الوزراء المنتخبين في الكويت، مع تقرير الإعفاء من هذا الشرط في حالة حل مجلس الأمة، باعتباره غير معلوم موعده سلفاً.

### ثانياً- ألا يكون من الأسرة الحاكمة:

يشترط في المرشح لعضوية مجلس الأمة ألا يكون من أعضاء الأسرة الحاكمة، وذلك وفقاً لما ورد بالملزمة التفسيرية للدستور الكويتي؛ حيث قررت ذلك بقولها: (وإيراد هذا الحكم الخاص بتعيين وزراء من غير أعضاء مجلس الأمة مع تعمد ترك ما تتضمنه الدساتير الملكية عادةً من نص على ألا يلي الوزارة أحد أعضاء البيت المال، أو أحد من الأسرة المالكة؛ يؤدي إلى جواز تعيين أعضاء الأسرة الحاكمة وزراء من خارج مجلس الأمة، وهذا هو الطريق الوحيد لمشاركتهم في الحكم؛ نظراً لما هو معروف من عدم جواز ترشيح أنفسهم في الانتخابات؛ حرصاً على حرية هذه الانتخابات من جهة، ونأياً بالأسرة الحاكمة عن التجريح السياسي الذي قلما تتجرده منه المعارك الانتخابية من جهة أخرى)<sup>(145)</sup>.

وعلى ذلك، يتضح أن الغاية من تقرير عدم جواز خوض أبناء الأسرة الحاكمة لانتخابات مجلس الأمة؛ يرجع إلى الحفاظ على نزاهة العملية الانتخابية وحرية الانتخابات، ونأياً بالأسرة الحاكمة عن التجريح السياسي الذي يرافق الحملات الانتخابية.

(145) الملزمة التفسيرية للدستور الكويتي، بند أولاً: التصوير العام لنظام الحكم.

ويرى فريق من الفقهاء حق أبناء الأسرة الحاكمة في ترشيح أنفسهم في انتخابات مجلس الأمة، وأن امتناع أفراد الأسرة الحاكمة هو قيد ذاتي من تلقاء أنفسهم لم يأت به نص في الدستور، وأن ما ورد بالمذكرة التفسيرية غير ملزم، ومن غير المتصور أن يغفل الدستور النص على قيد عدم جواز ترشح أبناء الأسرة الحاكمة، وأن الشعب الكويتي بلغ من النضج الفكري والسياسي والحرية ما يمكنه من إبداء رأيه في المرشح، بصرف النظر عن انتمائه الأسري، كما أن التجريح السياسي لا يطول الأسرة، وإنما المرشح نفسه، وأن عدم ترشيح أبناء الأسرة الحاكمة طوال تلك الفترة لا يشكل عرفاً يمنعهم من هذا الحق؛ لأن الحرمان يتعارض مع نصوص الدستور والقانون<sup>(146)</sup>.

إلا أن الاتجاه الغالب يرى عدم جواز ترشيح أبناء الأسرة الحاكمة، وأن تلك المذكرة ملزمة لإزام الدستور نفسه، ويرون أن المشرع الدستوري قد أغفل النص في صلب الدستور على هذا القيد، مكتفياً في ذلك بما أورده بالمذكرة التفسيرية التي جاءت لتذكر بالفعل هذا الحظر، وأن تفسير مواد الدستور لا بد وأن يكون في إطار مصادرها التاريخية ومذكراتها التفسيرية التي رافقت إصدار هذه النصوص؛ وذلك حتى يمكن الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية، وأن إلزامية المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي هي على خلاف المذكرات التفسيرية للقوانين، ملزمة، وأن هناك ما يعد عرفاً مستقراً على ذلك<sup>147</sup>. والحقيقة أن بيان مدى جواز ترشيح أبناء الأسرة الحاكمة لانتخابات مجلس الأمة من عدمه مرتبط ببيان مدى إلزامية المذكرة التفسيرية، ونحن نرى إلزامية المذكرة التفسيرية، وأنها تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الدستور الكويتي، وأن لها قيمة الدستور نفسه، وعليه نرى قيام هذا القيد والمنع بحق أبناء الأسرة الحاكمة، ونستطيع أن نوجز أسباب إلزامية المذكرة التفسيرية بما يلي:

أن المذكرة التفسيرية وضعت بالأسلوب الذي اتبع في وضع نصوص الدستور؛ حيث عرضت على المجلس التأسيسي لنظرها وإقرارها، والذي بدوره خصص لها يومي 10/30، 1962/11/3؛ حيث ناقشها ووافق عليها، وأرفعت بمشروع الدستور عند رفعه لسمو الأمير للتصديق عليه؛ وبناء عليه فقد كانت تحت نظر الأمير عندما صدق على الدستور ذاته.

(146) انظر: موقع مجلس الأمة الكويتي على شبكة الإنترنت، المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ومدى إلزاميتها، دراسات وبحوث، ويشير إلى أنه رأي الدكتور علي الباز والمستشار أحمد كمال.

(147) نفس المرجع، ويشير إلى أنه رأي الدكتور عادل الطبطبائي، والدكتور محمد الفيلي، والدكتور محمد المقاطع، والدكتور طعيمة الجرف.

العبرة الأخيرة الواردة بالملزمة التفسيرية، وهي: (في ضوء ما سبق من تصور عام لنظام الحكم، ووفقاً لهذه الإيضاحات المتفرقة في شأن بعض المواد، يكون تفسيراً لأحكام دستور دولة الكويت)، وبذلك فإن العبارة تقطع بقيمتها كتفسير ملزم.

الأزمة الدستورية عام 1964 حول تفسير المادة (131) من الدستور، والتي من أجلها شكلت لجنة مشتركة من الحكومة ومجلس الأمة لحلها، جاء في تقريرها أن: (الملزمة التفسيرية ملزمة تعتبر جزءاً مكملاً لمواد الدستور)، وعليه لم يكن باللجنة إلا التسليم بما ورد فيها باعتبار أن ليس بالإمكان وضع أي تفسير جديد للمادة آنفة الذكر.

تم الاستناد إلى الملزمة التفسيرية في تحديد الأداة القانونية التي توضع بها خطة التنمية الوردتان بالمادتين (20، 21) من الدستور؛ حيث تم تقديم مشروع بقانون خاص مجارةً لحكم المادة (20)، وعلى أساس ما ورد بالملزمة التفسيرية.

الأزمة الدستورية عام 1975 بسبب الخلاف بين الحكومة والمجلس حول تفسير المادتين (98 و104) من الدستور تم حلها في اللجنة التشريعية بالمجلس، والتي قدمت تقريراً كان المرجع فيه ما ورد بالملزمة التفسيرية؛ مما يؤكد إلزاميتها.

قيام حالة التفويض التشريعي في الكويت عام 1967 إبان العدوان الإسرائيلي، استناداً إلى ما ورد في الملزمة التفسيرية، على الرغم من تبني الدستور مبدأ الفصل بين السلطات، وعدم جواز تنازل أي سلطة عن أي جزء من اختصاصاتها إلى أي سلطة أخرى.

جرى العمل في الكويت خلال تعيين رئيس مجلس الوزراء على قيام أمير البلاد بإجراء مشاورات تقليدية حددت نطاقها الملزمة التفسيرية بقولها: (سمو الأمير يستطيع بموجبها أخذ وجهة نظر الشخصيات السياسية صاحبة الرأي في البلاد، وفي مقدمتهم رئيس مجلس الأمة، ورؤساء الوزارات السابقين).

نصت المادة (55) من الدستور على مباشرة الأمير سلطاته بواسطة وزرائه، وذلك بمراسيم أميرية، غير أن هناك اختصاصات لا يمكن أن تباشر إلا بأوامر أميرية. ولقد تكفلت الملزمة التفسيرية ببيان الحالات التي يجوز فيها إصدار الأوامر الأميرية حصراً، وعلى سبيل الاستثناء.

أكدت أحكام المحكمة الدستورية إلزامية المذكرة التفسيرية، وانتهت إلى أن لها قيمة الدستور ذاته<sup>(148)</sup>.

أكدت أحكام محكمة التمييز أن المذكرة التفسيرية للدستور هي متممة لأحكام الوثيقة الدستورية<sup>(149)</sup>.

وعلى ذلك، ننتهي إلى إلزامية المذكرة التفسيرية باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من الدستور؛ ولذلك فهي ملزمة إلزام الدستور نفسه، ولا يمكن تجاوزها أو الخروج عنها.

والواقع أن هذا النص ليس حديث الوجود في ظل دستور الكويت الحالي الصادر عام 1962؛ فهي قاعدة قديمة في الكويت منذ عام 1921؛ حيث نشأت عرفاً دستورياً في ظل وثيقة عام 1921، التي قررت أن تتكون عضوية مجلس الشورى من أبناء الأسرة المالكة ووجهاء الكويت، ثم ظهر وترسخ ذلك العرف عبر المجالس الإدارية المنتخبة في الثلاثينيات؛ وهي: مجلس التعليم، مجلس الصحة، مجلس الأوقاف، مجلس المعارف، والمجلس البلدي؛ إذ اقتصر الترشيح والانتخاب لعضوية تلك المجالس على الكويتيين دون أبناء الأسرة الحاكمة على مدى عشرة انتخابات تمت لتلك المجالس في الفترة من عام 1930 حتى عام 1938<sup>(150)</sup>.

وقد توج هذا العرف بنص دستوري صريح في ظل مشروع دستور عام 1938، الذي قرر صراحة منع أبناء الأسرة الحاكمة من الترشيح لعضوية مجلس الأمة التشريعي<sup>(151)</sup>. وقد أجريت الانتخابات في عام 1938 مرتين متعاقبتين، ولم يكن من مرشحيه ولا من ناخبيه أحد من أبناء الأسرة الحاكمة. وانتقلت هذه القاعدة بعد ذلك إلى دستور فترة الانتقال، الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 1962، الذي نص في

(148) انظر على سبيل المثال لا الحصر: القرار التفسيري للمحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 1986.

(149) انظر حكم محكمة التمييز، طعن رقم 2328 لسنة 2016، جلسة 2016/11/24.

(150) انظر في ذلك: د. محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، وحدة التأليف والنشر، جامعة الكويت، كلية الحقوق، 2006، ص 83 وما بعدها.

(151) نصت المادة 28 من مشروع دستور 1938 على أنه: (لا يكون عضواً في مجلس الأمة التشريعي من كان من الأسرة الحاكمة).

المادة (15) منه على تشكيل المجلس التأسيسي<sup>(152)</sup>، الذي تولى السلطة التشريعية، بالإضافة إلى مهمة وضع دستور جديد للكويت؛ حيث تكون من عشرين عضواً منتخبا، بالإضافة إلى الوزراء، ومن الناحية العملية، اقتضت العضوية في هذا المجلس بطريق الانتخاب للكويتيين دون أبناء الأسرة الحاكمة، وذلك حتى جاء نص المذكرة التفسيرية للدستور الحالي للكويت، الصادر في 11/11/1962 متوجاً لتلك الأعراف والنصوص، ومؤكداً لها، حينما قرر إبعاد الأسرة الحاكمة عن الترشح في انتخابات مجلس الأمة. وقد تعاقبت الانتخابات المرة تلو الأخرى منذ عام 1963 حتى يومنا هذا، ولم يحدث خروج عن هذا المبدأ الدستوري<sup>(153)</sup>.

والتساؤل الذي يتبادر إلى الذهن حول مفهوم أبناء الأسرة الحاكمة، وما إذا كان يشمل جميع أبناء أسرة الصباح، أم يقتصر على أبناء ذرية مبارك الصباح، باعتبار أن الحكم في هذه الذرية فقط وفقاً للمادة (4) من الدستور وقانون توارث الإمارة؛ على الرغم من أن المفهوم الشائع للأسرة الحاكمة في الكويت بصورة عامة يشير إلى أنهم عموم آل الصباح بالمعنى الواسع، فإن واقع الحال والجوانب الدستورية والقانونية يُقصرانه على ذرية الشيخ مبارك الصباح، وهو ما يتضح من نص المادة (4) من الدستور، ومن المذكرة التفسيرية؛ ذلك أن مفهوم الأسرة الحاكمة له مدلول ضيق يقتصر على ذرية مبارك الصباح، باعتبارهم مصدر إمداد الكويت بالحكام فقط دون سواهم، وأن هذا المنع لا يشمل عموم آل الصباح؛ إذ لا طريق لهم للوصول إلى الحكم، وأن القاعدة الأصولية والقانونية المستقرة هي: (أن الغنم بالغرم).

كما أن كافة النصوص الدستورية قد كفلت لكافة المواطنين حرية الترشح، وساوت بينهم في التمتع بالحقوق السياسية، ولم تحظر إلا على أبناء ذرية المبارك خوض الانتخابات، ومن ثم تغدو أفرع آل الصباح من غير ذرية المبارك أبناء الوطن العاديين، والقول بخلاف ذلك يعني حرمان أسرة الصباح من غير ذرية المبارك من

(152) تضمنت المادة 15 من القانون رقم 1 لسنة 1962، الصادر في 6 من يناير 1962، طريقة تكوين المجلس التأسيسي الذي تولى القيام بأعمال السلطة التشريعية، وأيضاً صياغة وإعداد الدستور الكويتي الدائم؛ حيث إنه انتخب من المواطنين فقط، ولأجل محدد.

(153) قد تظهر بعض الحالات الفردية من قبل بعض أبناء الأسرة الحاكمة الذين أعلنوا فيها نيتهم خوض الانتخابات لعضوية مجلس الأمة، وعادة ما تنتهي ببيان من الديوان الأميري يؤكد عدم وجود مرشح للانتخابات من أبناء الأسرة، دون الإقدام على الترشح فعلاً.

حقهم في الترشح، ومع عدم إمكانية الوصول إلى سدة الحكم بالدولة، ومعاملتهم على نحو يقل عن المواطن العادي، وعلى نحو يخل بمبدأ المساواة وبحق المشاركة السياسية .

مع ذلك انتهى حكم التمييز في الكويت إلى خلاف ذلك، حيث قررت أن الأسرة الحاكمة في دولة الكويت هي أسرة الصباح وأن الإمارة في ذرية مبارك الصباح، وأن تعيين أحد أفراد الأسرة الحاكمة في الوزارة ليكون بحكم منصبه عضواً في مجلس الأمة يعد استثناء من الأصل الدستوري فلا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، وأنه هذا ما قد جرى العمل به في الكويت فعلاً منذ أول أيام انتخابات الفصل التشريعي الأول لمجلس الأمة، وعليه فلا يجوز ويحظر على أبناء أسرة آل الصباح وهي الأسرة الحاكمة في دولة الكويت حق الترشح لانتخابات مجلس الأمة<sup>(154)</sup>.

---

(154) حكم محكمة التمييز الكويتية، طعن رقم 2328 لسنة 2016، جلسة 2016/11/24.

## الخاتمة:

حاولنا من خلال هذه الدراسة إعطاء صورة حقيقية للحماية الدستورية لحق الانتخاب والترشح؛ من خلال توضيح الأسس والمرتكزات التي قامت عليها هذه الحماية، وإبراز صور الضمانات الدستورية لحماية هذه الحقوق، كما تناولنا كافة الشروط التي يتطلبها الدستور والقانون في الناخب والمرشح. وبصفة عامة، سجلنا وجود خلل ومثالب في تلك القوانين المنظمة لهذه الحقوق؛ إذ إن الخلل الحقيقي يبقى على مستوى الممارسة الميدانية، من خلال التشريعات التي يقرها مجلس الأمة، وتطبيقات السلطة التنفيذية لها؛ لأن دراسة النصوص الدستورية وحدها لا تعطي صورة صادقة لما يتمتع به الأفراد من الحقوق والحريات.

فعلى مستوى مؤسسة مجلس الأمة، سجلنا ما يعبر عن قصور المشرع الكويتي في مفهوم التدخل التشريعي في مجال تنظيم الحقوق السياسية المتعلقة بحق الانتخاب والترشح، حتى كادت أن تعصف وتزهق النص الدستوري الكافل لتلك الحقوق، أما عن الدستور، فقد سجلنا ملاحظاتنا على بعض نصوصه، خاصة ما تضمنه من عدم النص صراحة على كفالة حق الانتخاب والترشح، وعلى شروط المرشح المنصوص عليها في المادة (82) من الدستور.

أما على مستوى المؤسسة القضائية، فإنها تجتهد في محاولة الرقابة على أعمال الحكومة وعلى القوانين التي تنتهك حق الانتخاب والترشح، خاصة في ظل وجود محكمة دستورية يمكن الطعن لديها مباشرة بعدم دستورية القوانين المخالفة للدستور. ومع ذلك، سجلنا بعض تحفظاتنا على خلقها لقواعد قانونية تحد من حق الترشح فيما يتعلق بشرط حسن السمعة دون سند قانوني ودستوري.

وقد عرضنا في هذه الدراسة لحق المشاركة السياسية، وتناولنا على سبيل الحصر أهم وسيلتين؛ وهما: حق التصويت، وحق الترشيح، تاركين دراسة الأحزاب السياسية وحق تولي الوظائف العامة، باعتبارهما يحتاجان دراسات متخصصة فيهما، وما كنا عن دراستهما غافلين.

والآن، وبعد أن انتهينا من إتمام هذا البحث بتوفيق من الله، فمن الطبيعي أن تتدلى نتائجه، وهي -في رأينا- منضودة، ولا تفي الخاتمة بالإحاطة بكل ثمرة، وتقليب

وجهات النظر، ولا نريد أن نجعل من الخاتمة ترديداً لما سبق أن ذكرناه في ثنايا البحث، وإنما أن نجعل التركيز فيها -بإيجاز شديد- على أهم النتائج التي توصلنا إليها، ثم نقرر عدداً من التوصيات التي نقترح على المشرع الكويتي الأخذ بها.

### أولاً- النتائج:

حق الانتخاب والترشح يرتبط بمفهوم الديمقراطية ارتباطاً وثيقاً؛ ذلك أن هذه المبادئ والحقوق تجعل الديمقراطية هدفاً لها؛ لأن الحياة الديمقراطية السليمة تركز على اشتراك المواطنين في تحمل مسئوليات التفكير والعمل من أجل مجتمعهم، فالمشاركة هي السياج الأمين للديمقراطية من الخروج أو الافتتات عليها. وعلى ذلك، فإن الديمقراطية تركز على حق الانتخاب والترشح؛ من خلال كفالة حق الجماهير في فرص المشاركة الفعلية في حكم نفسها بنفسها، وتسيير أمورها في شتى المجالات.

إن المشاركة في الحياة السياسية من خلال الانتخاب والترشح لها تأثير إيجابي على مستوى الفرد والسياسة العامة للدولة، فعلى مستوى الفرد تُشعره المشاركة بأهمية وثقل وزنه السياسي، وتُربي فيه روح الانتماء لوطنه، وتُحمله مسؤولياته تجاهه، وعلى مستوى السياسة العامة للدولة، تعكس المشاركة رغبات المواطنين في المساهمة في إصلاح ورقي السياسة العامة للدولة؛ بحيث يكون القرار السياسي تحقيقاً لديمقراطية المشاركة.

إن الانتخابات التنافسية تقتضي حرية الاختيار، فهي إحدى المميزات الرئيسية للديمقراطية والدستور، وهي على اتصال وثيق بالاعتراف بالحرية كعنصر ذي كيان مستقل، بل وثابت في إطار الدولة، وأن الانتخاب هو الوسيلة الوحيدة لإسناد السلطة في النظام الديمقراطي.

الانتخاب سلطة قانونية تنبع من مركز موضوعي ينشئه القانون من أجل إشراك الأفراد في اختيار السلطات العامة في الدولة حسب الشروط التي يراها المشرع مناسبة في كل وقت، ما دام لا يخالف من خلالها الدستور نصاً وروحاً، مع ضرورة التضييق من تقييد حق الانتخاب؛ لأنه يؤدي إلى الإقلال من عدد الناخبين، في حين أن توسيع حق الانتخاب يجعل هيئة الناخبين أكبر عدداً، وأقل تعرضاً لمؤثرات السلطة الحاكمة،

فيكون الانتخاب أصدق تمثيل للرأي العام، فهو حق شخصي ينظمه القانون من أجل ضمان مساهمة المواطنين في الشأن العام، وتفرضه الطبيعة الديمقراطية للنظم السياسية المعاصرة ومبادئ حقوق الإنسان.

إن الأمر الذي يوازي إجراء الانتخابات في أهميته هو توفير الضمانات الكافية لتحقيق نزاهة الانتخابات، ولا يمكن أن تتسم المشاركة في الانتخابات بالحييدة إلا إذا كُفّلت -على نحو صحيح- حرية الرأي، وحرية الاجتماع، وحرية إنشاء المؤسسات الإعلامية الخاصة.

الترشيح للانتخابات النيابية هو حق من حقوق المواطن السياسية، كما أنه يقوم على حق الشعب باختيار ممثليه في البرلمان، وهو يعد أهم ركن تقوم عليه الديمقراطية النيابية، ونقصد به أن البرلمان منتخب من قبل الشعب.

تفسر أهمية حق الترشيح -كأحد الحقوق السياسية- أهمية كفالة حقوق المواطن في ضوء ضمان إسهامه في اختيار ممثليه في إدارة دفة الحكم، ورعاية مصلحة الجماعة، وعلى أساس أن حقي الانتخاب والترشح -بصفة خاصة- هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بواحد منها دون الآخر. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن حق الترشيح يعد تجسيداً حقيقياً للبعد الديمقراطي في إتاحة الفرصة للمواطنين في المشاركة الفعلية في إدارة شؤون بلادهم، من خلال التمثيل النيابي، فضلاً عن تفعيله لممارسة المواطنين لحقهم في انتخاب من يمثلهم في المجلس النيابي.

عدم الصلاحية للترشيح لا يمكن افتراضها؛ لأن ذلك الافتراض ينال من حق أساسي مرتبط بممارسة السيادة؛ ولهذا فإن عدم الصلاحية للترشح يجب أن تصدر عن نص صريح يقرها.

يجب ألا يُفهم أن أي تدخل من المشرع في تنظيم حق الانتخاب والترشح يعتبر عدواناً عليهما؛ ذلك أنه كثيراً ما يكون التنظيم للحقوق معاوناً للحرية، وضرورة لممارستها، ومن جانب آخر، فإنه يبقى صحيحاً القول بأن العدوان على الحرية أو الحق، وكذلك النيل منهما قد يستتر وراء تنظيم أي منهما.

إن العضوية في مجلس الأمة الكويتي ترتكز على بعض الأسس والشروط الدستورية والقانونية، وهذه الشروط والمتطلبات يجب أن تواكب العضوية من بداية

اكتسابها قانوناً، مع لزوم بقائها لصيقة بالعضو خلال مدة الفصل التشريعي المحدد، وإلا فإنه يترتب إسقاط هذه العضوية.

إن السلطة التشريعية وحدها المختصة بتعيين حدود ممارسة المواطنين لحقهم في الانتخاب والترشح؛ لارتباط هذه السلطة بإرادة الشعب، دون أن يكون لها الحق في إهدار هذه الحقوق، أو الانتقاص منها، أو إفراغها من محتواها على أساس أنها وغيرها من الحقوق مقيدة باحترام أحكام الدستور؛ حتى تكون تصرفاتها مشروعة ونافذة.

إن القيود المرهقة تجعل ممارسة الحق أمراً شاقاً وعسيراً على الأفراد، وذلك مخالف لمقاصد الدستور؛ لأن الغرض من النص على الحق وتضمينه في الدستور هو إعطاؤه حرية أكبر، وفرض القيود الشاقة على ممارسته من قبل المشرع يتنافى والغرض من التكريس الدستوري للحق أو الحرية.

إن التناسب هو صمام الأمان لتحديد الحدود التي يمكن أن توضع لحق الانتخاب والترشح المقررة بالدستور، وبناء عليه فهو أداة التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وهو أداة التوافق بين الضوابط التي يتم إدخالها على التمتع بالحقوق والحريات وإشباع المصلحة العامة.

إن القواعد التي تقيد حق الانتخاب والترشح يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً مع حظر تفسيرها بطريق القياس.

## ثانياً- التوصيات:

فتح باب القيد في الجداول الانتخابية فترة أطول من المقررة حالياً، مع قيام جهة الإدارة بقيد الناخبين الذين يبلغون سن الرشد في الجداول الانتخابية مباشرة دون توقف عن تقديمهم طلباً بذلك، كما هو الشأن في قيام جهة الإدارة بقيد المواطنين الذين يبلغون سن أداء الخدمة العسكرية واستدعائهم لأداء الواجب الوطني، مع إخطار الناخب بذلك، فالقيد في الجداول الانتخابية ليس مُنشئاً للحق في الانتخاب والترشح، وإنما هو كاشف لحق سبق وجوده وقرره الدستور، ودليل على التمتع بهذا الحق.

نقترح تحديد فترة التمثيل النيابي لعضو مجلس الأمة بثلاث دورات برلمانية،

أو مدة 12 سنة، أيهما أكبر، كشرط من شروط الترشح؛ وذلك لإتاحة الفرصة أمام الشباب في تحمل المسؤولية تجاه الوطن، واجتثاثاً لفكرة توريث المناصب، أو فكرة شيخ وفخذ القبيلة، وحتى نقطع على النائب رغبته في البقاء في مجلس الأمة والتربع فيه، والذي يعد أحد أسباب أزمة الأكفاء بالمجلس. وما دام أهل الكفاية كثيرين، فلا خوف من نزوب نبع الديمقراطية.

إلغاء قانون رقم 27 لسنة 2016 المتضمن حرمان المسيء للذات الإلهية والرسول والذات الأميرية من حقه في الانتخاب والترشح؛ وذلك لتعارضه مع الدستور الذي يمنع العقاب على كل فعل وقع قبل سريان القانون، وباعتبار أن هذا القانون يمثل عقوبة أبدية مطلقة، وهو مُصادرٍ بذلك لحق الانتخاب والترشح الدستوري، والاكتفاء بما في قانون العقوبات من نصوص تجريم، وما ورد في قانون الانتخاب من حرمان من يُدان في عقوبة الجناية من حقه في الانتخاب والترشح، ولا يسوغ عقلاً ومنطقاً أن يترتب على تباين الفرقاء في الرأي حرمان الضعيف منهم من المشاركة السياسية بالانتخاب والترشح.

إن مجرد الإلمام بالقراءة والكتابة ليس هو الوضع المثالي بالنسبة للمرشح ممثل الأمة في الرقابة والتشريع؛ ولذا فإننا ننادي بتعديل دستوري يقضي باشتراط الحصول على مؤهل عالٍ في من يباشر تمثيل الأمة، فإذا كانت ممارسة المهنة الحرة كالتطب والمحاماة تستلزم شهادات علمية وكفاءة خاصة تعقد لها امتحانات دورية، فمن باب أولى اشتراط مثل هذا الشرط في من يتقدم لعضوية السلطة التشريعية، وعليه ننادي بتعديل دستوري للمادة (82) يقضي بتعديل هذا الشرط.

حرمان المتجنس من حق الترشح، واشتراط مرور فترة زمنية طويلة من أجل السماح له بممارسة حق الانتخاب؛ يعارضان الدستور الذي يحظر التمييز بين المواطنين بحسب الأصل، أو الجنس، أو لأي سبب كان.

السماح بمشاركة الأميين في عملية الاقتراع وإبداء رأيهم شفاهة أمام اللجنة الانتخابية ناهيك عن إخلاله بسرية الانتخابات، فإننا نرى ضرورة اشتراط كون الناخب ملماً بالقراءة والكتابة على الأقل. والحقيقة أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره وإدراكه، والناخب يعد في الواقع قاضياً يحكم بين المرشحين، والذي لا يدرك

حقيقة التصويت لا يمكنه أن يفصل بين المرشحين، وإذا طلبت منه المشاركة باعتباره واجباً وطنياً كلفته بالمحال، أو جعلته يردد رأي غيره؛ إذ لا رأي له.

نناشد المشرع الكويتي خفض سن الرشد السياسي إلى ثماني عشرة سنة، فليس من المنطق رغم التطورات التي شهدناها في مصادر المعرفة، وسرعة النضوج، وسهولة تدفق المعلومات، وتوافر شبكات التواصل الاجتماعي، والتطور التكنولوجي، والتي تسهم جميعاً في النضج والوعي السياسي، أن يظل سن الانتخاب ثابتاً (21 سنة) لمدة تربو على خمسة عقود من الزمن. كما أن خفض سن الناخب في الكويت من شأنه توسيع المشاركة الشعبية في العملية الانتخابية؛ ويعزز المبدأ الديمقراطي، ويعمق الوعي السياسي والتنمية السياسية بين الشباب في وقت مبكر؛ ولأن القوانين في الكويت تعد من بلغ سن السادسة عشر شخصاً بالغاً ومسؤولاً مسؤولة كاملة من الناحية الجزائية، فكيف بالحال وعمره ثمانية عشر عاماً، ولأنه في هذا السن يحق له تولي الوظيفة العامة، وأن يزوج نفسه، وأن يدير أمواله بنفسه، إن آتس منه وليه رشداً، وعليه فلا سبب منطقياً يمنع من ممارسة هذا الحق السياسي في هذا السن.

إن وقف حق الانتخاب للعسكريين يعد مباحة بينهم وبين ممارسة السيادة الشعبية، وهم قطاع عريض من المواطنين تملي عليهم صفة المواطنة أداء الواجب السياسي، بالإضافة للواجب العسكري، وأن السماح لفئة منهم (هم الحرس الوطني) دون غيرهم من القطاعات العسكرية فيه إخلال جسيم بمبدأ المساواة. وفي هذا الصدد، يُشترط أن تكون مشاركتهم في التصويت عند السماح بها خارج ثكناتهم العسكرية.

إن إسناد أمر إعداد جداول الانتخاب لوزارة الداخلية أمر يعوزه الدقة، ويجانبه الصواب، والواجب أن يقوم بإعدادها ومراجعتها هيئة عامة مختصة، بحيث تتولى ابتداءً الإشراف على هذه الجداول، وانتهاءً الإشراف على سير العملية الانتخابية وتنظيم شؤونها، كما يمكن أن يوكل الإشراف عليها إلى لجنة قضائية عليا يكون لها فرع في كل مركز، ويرأسها قاض جزئي وعدد من رؤساء ووكلاء النيابة.

نقترح أن يفرد الدستور باباً كاملاً ينص فيه على ضمانات حرية التصويت والترشح، وحياد الإدارة، فهذا الباب من الأولى أن يحتويه الدستور من أن ينظمه القانون.

يفتقر النظام الانتخابي الكويتي إلى قانون ينظم تمويل الحملات الانتخابية، سواء أكان هذا الدعم من الإنفاق العام، أم من أموال المرشحين. ونوصي بهذا الصدد بإتاحة الفرصة لمحدودي الموارد والدخل لدخول المعترك الانتخابي، وفرصة الوصول إلى قبة المجلس؛ وذلك من خلال إدراج حد أعلى لنفقات الحملات الانتخابية تسمح لهؤلاء بالظهور على الساحة السياسية، مع ضرورة إضافة مادة في قانون الانتخاب تلزم جميع المرشحين بالإفصاح عن مصادر تمويل حملاتهم الانتخابية، في ظل احتمالية تدخل السلطة التنفيذية بثقلها المالي لدعم مناصريها في البرلمان، مع وضع حظر على قبول التبرعات أو التمويل من جهات خارجية، سواء أكانوا أفراداً، أم مؤسسات، أو شركات أجنبية، أو حكومات دول.

ضرورة الإسراع في التدخل التشريعي لسد الثغرات الواردة في القوانين؛ وذلك حرصاً على نزاهة العملية الانتخابية، وتقديرًا لحرمان سيئ السمعة من الحق في الترشيح، وأيضاً لحرمان المصابين بأمراض عقلية والمحجور عليهم من حق الانتخاب والترشح.

ننادي بضرورة تدخل المشرع في تحديد ماهية الجرائم التي تعد مخلة بالشرف والأمانة؛ حسماً لأي اجتهادات، وقطعاً لدابر الشك والاختلاف، خاصة وآثارها قد تمتد إلى إسقاط العضوية عن أحد النواب.

كان حرياً بالمشرع أن ينص على حرمان المصابين بمرض عقلي أو المحجور عليهم من حق الانتخاب؛ وذلك بسبب مرضهم العقلي الذي سيؤثر حتماً على إدراكهم وحسن اختيارهم؛ مما يوجد لدينا ثغرات تشكك في النزاهة الانتخابية، فينبغي للمشرع وهو ينظم هذه الحالة - ولأن الموضوع على قدر من الجسامه - أن يسند الفَصْل في هذا الأمر إلى جهات القضاء، وليس إلى السلطة التنفيذية التي لا تتوافر لديها ضمانات الحيده والاستقلال، والتي كثيراً ما تتخذ من الاتهام بعدم السلامة العقلية ذريعة - على خلاف الواقع - للتخلص من الأفراد الذين يخالفونها الرأي والعقيدة السياسية، وتحرمهم - بالتالي - من المشاركة السياسية.

يُعبأ على قانون التجارة رقم 68 لسنة 1980 في مادته (575)، والذي يحظر على المفلس مباشرة حقوقه السياسية عدم تفريقه بين الإفلاس بسبب التدليس، والإفلاس

بسبب التقصير أو سوء الحظ، فليس من العدالة الإنسانية عدم التمييز بينهما؛ وعليه ننادي المشرع بتبني تعديل تشريعي يقضي بالتمييز بينهم.

نرى ضرورة اشتراط مرور مدة معينة بعد خروج الوزير من الوزارة لكي يتمكن بعدها من الترشيح، ويترك للمشرع أمر تحديدها، على ألا يقل عن سنة -في رأينا- والهدف من ذلك زوال ما قد يكون هناك من ضغط أو تأثير على الناخبين ينال من حرّيتهم في التصويت، وعدم استغلال المنصب الوزاري، ويمكن استثناء حالة حل مجلس الأمة منه، باعتبار أنه قد يأتي مفاجئاً.

وفي النهاية، فإن هذه الدراسة مجرد نقطة في صرح الديمقراطية، الذي يحتاج إلى المزيد من الجهود لتدعيمه.

## قائمة المراجع:

- (1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد 14، بيروت: دار إحياء التراث العربي، بلا سنة طبع.
- (2) أحمد الجلفة، ضمانات الحق الانتخابي في ضوء القانون الجديد، لبنان: منشورات الحلبي.
- (3) أحمد رشاد يحيى الرصاص، النظام الانتخابي في الجمهورية اليمنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1995.
- (4) أحمد سيف الإسلام، مدى دستورية التنظيم التشريعي المصري لجريمتي السب والقذف، مطبعة الوادي.
- (5) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، 2006.
- (6) أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية ومركز الأجانب، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987.
- (7) بكر القباني، دراسة في القانون الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
- (8) بلال أمين زين الدين، النظام الانتخابية المعاصرة، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2013.
- (9) ثروت بدوي، النظم السياسية، القاهرة: دار النهضة العربية.
- (10) حسني قمر، الحماية الجنائية للحقوق السياسية، مصر: دار الكتب القانونية.
- (11) خليل هيكل، الأنظمة السياسية التقليدية، النظام الإسلامي، أسيوط: مكتبة الآلات الحديثة، بدون تاريخ نشر.
- (12) داود الباز، القيد في الجداول الانتخابية ومنازعه أمام القضاء، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
- (13) داود الباز، القيد في جداول الانتخاب ومنازعه أمام القضاء، دراسة في فرنسا ومصر، القاهرة: دار النهضة العربية، 1995، الطبعة الأولى.

- 14) داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1992.
- 15) زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 1994.
- 16) زياد أنطوان أيوب، الترشح وحالات عدم الأهلية والتمانع في التنافس الانتخابي الإداري، لا يوجد دار وسنة الطبع.
- 17) ساجد ناصر الجبوري، حقوق الإنسان السياسية في الإسلام والنظم العالمية، دار الكتب العلمية، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2005.
- 18) سامي جمال الدين، دعاوى الإدارية، دعوى إلغاء القرارات الإدارية، دعاوى التسوية، منشأة المعارف، 2003.
- 19) سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، 1988.
- 20) شفيق إمام، مقالة منشورة في صحيفة الجريدة بعنوان حرمان المدانين من الانتخاب والترشح يخالف الدستور والشريعة، وينتقص من ولاية القضاء، منشور بتاريخ 26/6/2016 على موقع الصحيفة على شبكة الإنترنت.
- 21) شمس علي، القانون الدستوري، القاهرة: عالم الكتب.
- 22) صلاح الدين فوزي، النظم والإجراءات الانتخابية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1985.
- 23) طارق عبد العال، كريم خليل، ميشيل كيجان، حرية التنظيم والأحزاب السياسية، القاهرة: مركز هشام مبارك.
- 24) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- 25) عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، 1989.

- (26) عقيلة خرباشي، العلاقة بين الحكومة والبرلمان، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، 2007.
- (27) علي الظفيري، حسن السمعة كشرط مفترض في المرشح للبرلمان، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 13، السنة الرابعة، مارس 2016.
- (28) عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2006، ص 119-120.
- (29) عويد عايد سراح الصليبي، نظام الانتخابات التشريعية في الكويت، مملكة البحرين، الجامعة الخليجية، رسالة ماجستير.
- (30) فهد مطر العنزي، سن الناخب بين الثبات والخفض، منشور على موقع مجلس الأمة على شبكة الإنترنت، دراسات وبحوث، 2009.
- (31) فيصل الكندري، أحكام الجرائم الانتخابية، الكويت: مجلس النشر العلمي، 2000.
- (32) فيصل شطناوي، حق الترشيح وأحكامه الأساسية لعضوية مجلس النواب في التشريع الأردني، بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 9، 2007.
- (33) ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على الدستورية، الجزء الأول، القاهرة: دار الكتب المصرية، 2006.
- (34) محمد إبراهيم الوكيل، دور القضاء الإداري والدستوري في إرساء مؤسسات المجتمع المدني، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007.
- (35) محمد الفيلى، تعديل قانون الانتخاب يخالف الدستور، مقال منشور في جريدة الجريدة على موقعها في شبكة الإنترنت، في 27/6/2016.
- (36) محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، وحدة التأليف والنشر، جامعة الكويت، كلية الحقوق، 2006.
- (37) محمود عاطف البناء، الوسيط في النظم السياسية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1988.

- 38) محيي شوقي، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان، بلا دار نشر.
- 39) نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 40) هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2001.
- 41) وهاج خضر عباس، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة، 2015، منشور على شبكة الإنترنت.
- 42) يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، 1971.
- 43) يسري العصار، القيمة القانونية لإعلانات ومواثيق واتفاقيات الحقوق بين مصادر القانون في الكويت ومصر وفرنسا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، السنة الأولى، يونيو 2013.

#### المواقع الإلكترونية:

- 1) محضر جلسات المجلس التأسيسي، جلسة رقم 62/28 بتاريخ 10 نوفمبر 1962، منشور في موقع مجلس الأمة الكويتي على شبكة الانترنت.
- 2) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشور في موقع ويكيبيديا على شبكة الإنترنت.
- 3) ضمانات الحق الانتخابي في ضوء القانون الجديد، منشور في 11/12/2013. موقع منتديات الخليفة على شبكة الانترنت .
- 4) العالم يحتفل غداً بذكرى مرور 54 عاماً على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، منشور في 9/12/2002. موقع وكالة الأنباء الكويتية كونا على شبكة الإنترنت.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
19	الملخص
20	المقدمة
22	المبحث الأول- الانتخاب والترشح والاساس الدستوري والقانوني لهما
22	المطلب الأول- التعريف بالانتخاب والترشح وطبيعتهما القانونية
22	الفرع الأول- ماهية الانتخاب
24	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لحق الانتخاب
30	الفرع الثالث : المبادئ التي تحكم قواعد حق الانتخاب
40	المطلب الثاني : ماهية الترشيح وطبيعته القانونية
41	الفرع الاول : ماهية الترشيح
42	الفرع الثاني : المبادئ التي تحكم ممارسة الحق في الترشح
46	المطلب الثالث : اسس حق الانتخاب والترشح
46	الفرع الاول : الديمقراطية وحق الانتخاب والترشح
47	الغصن الأول : حق الانتخاب والترشح كركيزة أساسية للديمقراطية الحديثة
49	الغصن الثاني : وظائف الانتخاب والترشح في الديمقراطية الحديثة
52	الفرع الثاني : التشريع كمصدر لحق الانتخاب والترشح
53	الغصن الاول : حق الانتخاب والترشح في المواثيق الدولية
60	الغصن الثاني : الاساس الدستوري لحق الانتخاب والترشح
74	المبحث الثاني : التنظيم القانوني لحق الانتخاب والترشح في الكويت

الصفحة	الموضوع
74	المطلب الاول : تنظيم هيئة الناخبين
74	الفرع الاول : الشروط الموضوعية
75	الفصل الاول : الشروط الايجابية
80	الفصل الثاني : الشروط السلبية
96	الفرع الثاني : الشرط الشكلي لتنظيم هيئة الناخبين
96	الفصل الاول : مفهوم الجدول الانتخابي
97	الفصل الثاني : التنظيم القانوني للقيود بالجدول الانتخابي
99	المطلب الثاني : شروط الترشح
99	الفرع الاول : الشروط العامة
109	الفرع الثاني : الشروط الخاصة
116	الخاتمة
124	قائمة المراجع



## التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة - دراسة مقارنة

د. يحيى محمد مرسى النمر

أستاذ مساعد القانون العام

كلية القانون الكويتية العالمية

### الملخص:

يهدف هذا البحث إلى دراسة التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة في كل من فرنسا ومصر والكويت، وتوصلت الدراسة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي بعد أن طبق لوقت طويل مبدأ نسبية آثار العقد، وتبنى نظرية الإدماج «Théorie de l'incorporation»، فيما يتعلق بالقرارات الإدارية التي تدخل في تكوين العقد؛ قام بهجرها وتبنى نظرية القرارات المنفصلة «Théorie des actes détachables»، كما نص المشرع الفرنسي في قانون حقوق وحرريات الوحدات المحلية «Droits et libertés des communes, des départements et des régions»، الصادر في 2 مارس 1982 أن لمثل السلطة المركزية الطعن بتجاوز السلطة ضد العقود التي تبرمها تلك الهيئات، ثم أرسى مجلس الدولة مبدأً جديداً والذي قبل فيه الطعن على العقد ذاته «Le contrat lui-même» من الغير أمام قاضي العقد بولاية قضاء كامل «Pleine juridiction».

وتوسع مجلس الدولة المصري في قبول الطعون المرفوعة ضد العقود التي تبرمها الدولة لبيطل منها العقود المشوبة بإهدار المال العام؛ فبدأ بتبني نظرية القرارات القابلة للانفصال منذ نشأته، ثم تبنى دعوى الحسبة في مجال حماية الأموال العامة؛ حيث اكتفي بصفة المواطن لقبول تلك الدعاوى، ثم أكد على تبنيه «لنظرية القرارات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة» في مجال الطعن على تلك العقود؛ وكان لذلك التوسع أثره في تقييد دوره في تلك الرقابة من قبل المشرع.

ولم تتوسع الدائرة الإدارية في الكويت في قبول الطعون المرفوعة ضد العقود التي

تبرمها الدولة، وقبل نشأتها بالمرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 اختص القضاء العادي بنظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة، وطبق نظريات وقواعد القانون الإداري في مجال العقود الإدارية، وتبنت الدائرة الإدارية منذ نشأتها نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال، ونص القانون رقم 49 لسنة 2016 بشأن المناقصات على أن تحدد غرفة أو أكثر تختص بنظر الطعون في عقود الدولة، والتي نأمل من خلال ذلك البحث أن تتبنى المبادئ الحديثة التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي دون أن يصل ذلك إلى جعل تلك الدعاوى من قبيل دعاوى الحسبة كما ذهب إلى ذلك مجلس الدولة المصري.

## المقدمة:

تلجأ الجهات الإدارية إلى التعاقد مع بعضها البعض أو مع أشخاص القانون الخاص، من أجل إدارة المرافق العامة أو تسييرها، وذلك من أجل إشباع الحاجات العامة، فتبرم العقود اللازمة لتحقيق تلك الأغراض، ويحدد المشرع لجهة الإدارة أساليب التعاقد والقواعد التي يتعين الالتزام بها؛ بشكل يضمن الحفاظ على الأموال العامة وصيانتها، مع عدم إغفال النظر إلى أهمية مراعاة الواقع العملي الذي يتطلب أن توجد مرونة تتيح لجهة الإدارة مواجهة المستجدات والتغلب على الأزمات، على ألا يُستخدم ذلك كوسيلة للإفلات من أحكام القانون.

وتتميز عقود الإدارة بأنها ليست من طبيعة واحدة، فهناك عقود تبرمها الإدارة لا تختلف عن العقود التي يبرمها الأفراد، وتلك العقود تتسم بالصفة المدنية، وهي عقود القانون الخاص «Contrats de droit privé»<sup>(1)</sup>، ولكن الإدارة قد تتصرف كسلطة عامة وتبرم عقوداً تختلف عن العقود السابقة، وتوصف تلك العقود بأنها إدارية «Contrats administratifs»<sup>(2)</sup>، وللتمييز بين نوعي عقود الإدارة أهمية مزدوجة من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات التي تثور بشأن تلك العقود.

ويمارس القضاء الإداري دوره في رقابة أعمال جهة الإدارة التعاقدية بإرساء مبادئ قانونية راسخة، تقوم بالصياغة والتأصيل لخصائص وسمات العقد الإداري

(1) André de Laubadère, Traité de Droit Administratif, 6 édition, 1973, p. 234

(2) Nadine Poulet-Gibot Leclerc, Droit Administratif, 3 édition, Bréal, 2007, p. 130

والتصدي لمنازعاته المتنوعة، مع تطوير القواعد والمبادئ التي تحكم تلك المنازعات؛ ومن ثم تمييز نظرية العقود الإدارية بطابعها القضائي.

ولحق المبادئ القضائية التي تحكم منازعات العقود التي تبرمها الدولة العديد من التطورات، والتي تتجه نحو التوسيع من نطاق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التعاقدية، فينتقل مجلس الدولة الفرنسي من نظرية إلى أخرى سعياً وراء تلك الغاية؛ وذلك لضمان الحفاظ على الأموال العامة وصيانتها، وفتح الباب أمام كل ذي شأن للطعن في تلك العقود؛ سواء بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد أو في العقد ذاته، وقد يسانده المشرع في الحفاظ على الأموال العامة كما فعل المشرع الفرنسي في قانون حقوق وحرريات الوحدات المحلية الصادر في 2 مارس 1982.

ويتلمس مجلس الدولة المصري خطى نظيره الفرنسي في تبني المبادئ التي أرساها لرقابة أعمال الإدارة التعاقدية، ووصل الأمر إلى المبالغة في إعمال تلك الرقابة، بتبني دعوى الحسبة أو الدعوى الشعبية «Action populaire» لحماية الأموال العامة؛ مما دفع المشرع على المستويين الدستوري والعادي إلى تحجيم هذا الدور؛ مما قد يُدخل القضاء الدستوري على خط المواجهة؛ وذلك في حالة الطعن بعدم دستورية التشريع الصادر بذلك الشأن.

وتحاول الدائرة الإدارية في الكويت أن تسير على نهج مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري، بتبني النظريات التي تم إرسائها في مجال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التعاقدية؛ لحماية الأموال العامة التي تستخدمها جهة الإدارة في ذلك المجال.

وقد اتبعنا في هذه الدراسة المنهج القائم على الاستقراء، ثم المقارنة والموازنة بين الاتجاهات القضائية المختلفة لمجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري والدائرة الإدارية في الكويت، مع التركيز على الجانب العملي والتطبيقي، وإلى أي مدى حاول القضاء الإداري الموازنة بين مبدأ الأثر النسبي للعقد وحماية الأموال العامة في أعمال رقابته على عقود الدولة.

#### – هدف البحث ومضمونه:

يهدف البحث إلى دراسة الاتجاهات الحديثة في القضاء الفرنسي والمصري

والكويتي لموضوع الطعن في عقود الدولة. وتناول الباحث التنظيم التشريعي في كل من فرنسا ومصر والكويت للحق في رفع الدعاوى، واتجاهات القضاء في كل منها وتطوراتها من حيث قبول الطعن في عقود الدولة؛ فتبنت فرنسا في البداية مبدأ نسبية آثار العقد ثم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ثم أقر القضاء بحق الغير في الطعن بإلغاء العقد، وكان للمشرع الفرنسي دورٌ لا يمكن إنكاره في هذا التطور، كما تناول البحث اتجاهات القضاء في مصر وقبوله لنظرية القرارات المنفصلة، ثم قبوله لدعوى الحسبة لحماية الأموال العامة؛ والذي كان له كبير الأثر في تقييد كل من المشرع الدستوري والمشرع العادي لسلطة القاضي الإداري في قبوله للطعن على عقود الدولة، وأوضح البحث تبني الدائرة الإدارية بدولة الكويت لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، لكنها لم تتوسع في قبولها للطعن في عقود الدولة.

#### – أهمية موضوع الدراسة:

تناول التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة بالبحث له أهمية عملية وكذلك أهمية علمية، ونوضحهما على الوجه التالي:

#### – الأهمية العملية:

تتمثل أهميته العملية في أنه يقدم للمهتمين بحماية المال العام الطرق التي يمكن من خلالها حماية الأموال العامة، ومحاولة إقناع القضاء بتبني تلك الأفكار الحديثة عند قيامهم بالطعن في عقود الدولة، الأمر الذي قد يشجع القضاء على الاستجابة لتلك التطورات ولو بشكل جزئي، خاصة وأن القانون الإداري يتميز بأنه قانون قضائي النشأة، وكذلك يوضح للقضاء الإداري التجربة العملية التي مر بها مجلس الدولة المصري في قبوله للطعن في عقود الدولة وتحويل تلك الدعاوى إلى دعوى حسبة لحماية المال العام؛ الأمر الذي تسبب في رد فعل قوي من جانب كل من المشرع الدستوري والمشرع العادي بتقييد سلطة القاضي الإداري في رقابته على عقود الدولة.

#### – الأهمية العلمية:

تتضح الأهمية العلمية لتناول موضوع التطورات الحديثة للطعن في عقود الدولة؛ في بيان المراحل المختلفة التي مر بها القضاء لقبول الطعن على عقود الدولة، سواء تبنت الدولة نظام القضاء الموحد أم نظام القضاء المزدوج، كما يوضح ميل القضاء

العادي كقاعدة عامة إلى عدم التوسع في قبول الطعن في عقود الدولة، وصعوبة تبنيه للأفكار الحديثة التي يطبقها القضاء الإداري، كما يوضح الدور الذي يقوم به القضاء الإداري في تطوير مبادئ القانون الإداري بشكل مستمر لدعم حق المواطن في حماية الأموال العامة وحماية حقه في الثروة، بالإضافة إلى إلقاء الضوء على كيفية تطبيق دعوى الحسبة في مجال حماية الأموال العامة والآثار القانونية المترتبة على تطبيقها.

#### - إشكالية البحث:

تتمثل الإشكاليات التي يثيرها موضوع البحث في مدى إمكانية تطبيق القضاء العادي للمبادئ التي تحكم العقود الإدارية على عقود القانون الخاص التي تدخل في اختصاصه، ومدى مواكبة مبدأ نسبية أثر العقد للتطورات الحديثة في مجال العقود الإدارية، ومدى إمكانية تبني المشرع في كل من مصر والكويت للأفكار التي أقرها المشرع الفرنسي للطعن في العقود التي تبرمها وحدات الإدارة المحلية، ومدى إمكانية تطبيق كل من مجلس الدولة المصري والدائرة الإدارية في الكويت للمبادئ الحديثة التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في ذلك المجال، ومدى إمكانية تطبيق مجلس الدولة المصري لدعوى الحسبة بعد أن تم تقييد سلطته في الرقابة على عقود الدولة من قبل كل من المشرع الدستوري والمشرع العادي.

#### - منهج البحث:

دراسة هذا الموضوع تستلزم استخدام المنهج التحليلي التأصيلي المقارن وهو ما سيقوم الباحث من خلاله بتناول موضوعات وجزئيات المشكلة موضوع البحث.

## المبحث الأول

### الحق في رفع الدعاوى وعدم توسع القضاء في قبول الطعن في عقود الدولة

نظم المشرع في كل من فرنسا ومصر والكويت شروط قبول الدعاوى، ونظر لأن الدولة تبرم نوعين من العقود، عقوداً إدارية وعقوداً مدنية، فبنتج اتجاه القضاة يتضح عدم توسع القضاء العادي في كل من فرنسا ومصر والكويت في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه في البداية كل من مجلس الدولة في فرنسا ومصر والدائرة الإدارية في الكويت بالنسبة للطعن في عقود الدولة الإدارية.

وبناء على ذلك، نبحث تباعاً التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى «المطلب الأول»، وعدم توسع القضاء العادي في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية «المطلب الثاني»، وعدم توسع القضاء الإداري في قبوله للطعن في عقود الدولة «المطلب الثالث».

### المطلب الأول

#### التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى

نص المشرع الفرنسي في قانون المرافعات على شروط محددة لقبول الدعاوى بشكل عام، وكذلك حدد المشرع المصري والمشرع الكويتي شروط قبول الدعاوى، ويؤكد المشرع على ضرورة توافر مصلحة لرافع الدعوى حتى تقبل دعواه.

وبناء على ذلك، نبحث تباعاً التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في فرنسا «الفرع الأول»، والتنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في مصر «الفرع الثاني»، والتنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في الكويت «الفرع الثالث».

### الفرع الأول

#### التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في فرنسا

نوضح في هذا الفرع التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في فرنسا، وفقاً لما نص عليه قانون المرافعات، وأن شرط المصلحة المشروعة لرافع الدعوى يتعين توافره سواء كانت دعواه تتعلق بعقد إداري أم بعقد من عقود القانون الخاص.

أكد المشرع الفرنسي على شروط محددة لقبول الدعاوى بشكل عام، والتي تنطبق بالتأكيد على تلك المرفوعة بالطعن في العقود التي تبرمها الدولة أو في القرارات المرتبطة بها، فنص قانون المرافعات المدنية «Code de procédure civile»<sup>(3)</sup> في المادة (31) على أن الدعوى تتاح لكل من له مصلحة مشروعة في نجاح ادعاء معين أو في رفض القضاء لهذا الادعاء. وتورد هذه المادة تحفظاً على هذا المبدأ العام في الحالات التي يقصر فيها المشرع الحق في الدعوى على أشخاص معينين تكون لهم وحدهم الصفة في رفع ادعاء معين للقضاء أو في الرد على ادعاء معين أو في الدفاع عن مصلحة محددة<sup>(4)</sup>.

«L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé»

(3) Décret n°751123- du 5 décembre 1975, Dernière modification : Décret n°2017450- du 29 mars 2017

(4) Jean Vincent - Serge Guinchard, Procédure civile, 23e édition, Paris, Dalloz, 1994, p. 88. «les conditions de recevabilité de l'action tenant à la personne du plaideur se ramènent essentiellement à deux : l'intérêt et la qualité elles sont exigées de toute personne qui agit».

- Hervé Croze, Le Procès civil, 2e édition, Paris, Dalloz, 2003, p. 26.

«(Pas d'intérêt, pas d'action), qui a une grande importance pratique, car il gouverne la recevabilité, non seulement des demandes initiales en première instance, mais aussi des interventions et des voies de recours qui sont aussi une modalité d'exercice de l'action en justice. La qualité pour agir est présentée ouvertement dans l'article 31 comme un correctif au principe selon lequel celui qui justifie d'un intérêt a le droit d'agir».

- Gérard Couchez, Procédure civile, 7e édition, Paris, Dalloz, 1992, pp. 108111-

Les conditions de recevabilité de l'action tenant à la personne du plaideur se ramènent essentiellement à deux : l'intérêt et la qualité.

- Christophe Lefort, Procédure civile, 2e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 55.

«l'action en justice doit normalement, et comme l'établit l'article 31..., remplir deux conditions qu'il faut s'efforcer de ne pas assimiler : l'intérêt et la qualité à agir. A défaut, l'action sera déclarée irrecevable et la juridiction ne pourra statuer sur le fond».

- Gérard Cornu - Jean Foyer, Procédure civile, 3e édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 334.

«La doctrine traditionnelle considérait que l'intérêt et la qualité constituaient deux conditions distinctes de l'action, et que ces deux conditions étaient toujours cumulativement exigées».

- Jean Vincent - Serge Guinchard, Procédure civile, 22e édition, Paris, Dalloz, 1991, p. 39.

«L'intérêt et la qualité. Elles sont exigées de toute personne qui agit, que celle-ci se présente comme demandeur, comme défendeur ou comme tiers intervenant».

وتبرم الدولة نوعين من العقود، عقوداً عادية يختص بها القضاء العادي في فرنسا، وتطبق عليها قواعد القانون العادي، وعقوداً إدارية يختص بها القضاء الإداري ويطبق عليها قواعد ومبادئ ونظريات القانون الإداري، فالعقد الإداري هو الذي يكون أحد أطرافه جهة إدارية، وأن يتصل بنشاط مرفق عام، أو أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية خارقة للشريعة العامة أي غير مألوفة في قواعد القانون الخاص<sup>(5)</sup>، وترفض محكمة النقض الفرنسية قبول الدفع بعدم اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها جهة الإدارة إذا كان العقد يعد عقداً من عقود القانون الخاص؛ وذلك كأن لا يتضمن العقد شروطاً خارقة للشريعة العامة<sup>(6)</sup>.

## الفرع الثاني

### التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في مصر

نوضح في هذا الفرع كيف نظم المشرع المصري الحق في رفع الدعاوى، وذلك وفقاً لقانون المرافعات الذي اشترط وجود مصلحة لدى رافع الدعوى لقبول دعواه، والذي أكده قانون مجلس الدولة الحالي.

(5) Stéphanie CLAMENS, La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel, Revue de l'Actualité Juridique Française, 10 avril 2001.

<http://www.rajf.org/spip.php?article9> .

(Dernière visite : Février 2017).

«Le contrat administratif contient des clauses différentes de celles stipulées par les personnes privées ou a pour objet la participation à une mission de service public, voire, de façon plus exceptionnelle, nécessite l'application d'un régime exorbitant du droit commun».

(6) Cass. 1ère Civ., 24 mars 1987, Commune de Doubs c. M. Ammerich, Bull. Civ., n° 8516146-.

«Attendu, ensuite, que la qualification administrative ou de droit privé d'une convention ne dépend pas de celle qui a été retenue par les parties et que la circonstance qu'un contrat passé entre un particulier et une personne publique s'inscrit dans la recherche d'un but d'intérêt général et économique ne suffit pas à lui conférer un caractère administratif dès lors que le cocontractant de la personne publique n'est pas associé à l'exécution du service public qu'elle gère ; d'où il suit qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés».

نصت المادة (3) من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968<sup>(7)</sup> على أنه «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه»، ثم عدل المشرع تلك المادة بالقانون رقم 81 لسنة 1996، وجاء نصها بعد التعديل كالتالي: «لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها، في أي حالة تكون عليها الدعوى، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين. ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لا تزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعى قد أساء استعمال حقه في التقاضي».

وهو ما أكده قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم 47 لسنة 1972<sup>(8)</sup> في الفقرة الأولى من المادة (12) والتي نصت على أنه «لا تقبل الطلبات الآتية: (أ) الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية»، ولكن مفهوم المصلحة في الدعاوى الإدارية يختلف تماماً عن مفهومه في الدعاوى المدنية<sup>(9)</sup>، ومن ثم يتعين أن تتوافر لدى رافع الدعوى بشأن العقود التي تبرمها الدولة مصلحة حتى تقبل دعواه.

وتبرم جهة الإدارة نوعين من العقود، عقوداً مدنية تخضع لقواعد القانون الخاص، وعقوداً إدارية تخضع لمبادئ وأحكام القانون الإداري، وتبنت مصر -في البداية- نظام القضاء الموحد، ولم تعرف نظام القضاء المزدوج إلا بعد نشأة مجلس الدولة بالقانون رقم 112 لسنة 1946، وفي ظل نظام القضاء الموحد كان يختص

(7) قانون رقم 13 لسنة 1986 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية، العدد 19، بتاريخ 9 مايو سنة 1968.

(8) قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة، الجريدة الرسمية، العدد 40 في 15 أكتوبر 1972.

(9) راجع في ذلك: د. فتحي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، شركة ناس للطباعة، 2004/2003، ص 134 وما بعدها.

القضاء العادي بكافة العقود التي تبرمها الدولة، سواء أكانت عقوداً مدنية أم عقوداً إدارية، ولكن بعد نشأة مجلس الدولة لم ينص المشرع في البداية على اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ولكن في التعديلات التشريعية اللاحقة تم النص على اختصاصه بالمنازعات في تلك العقود ولكن تدريجياً.

### الفرع الثالث

#### التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في الكويت

نوضح في هذا الفرع كيف نظم المشرع الكويتي الحق في رفع الدعاوى في قانون المرافعات والذي اشترط وجود مصلحة لدى رافع الدعوى لقبول دعواه، وهو ما أكده المشرع في المرسوم بقانون إنشاء الدائرة الإدارية المعدل.

اشترط المشرع لرفع الدعاوى العادية أن تكون لرافع الدعوى مصلحة قائمة يقرها القانون، ومن ثم فأى نزاع يتعلق بعقود الدولة المدنية لن يقبل الطعن إلا من صاحب المصلحة دون غيره، وهو ما أكده المشرع في المرسوم بقانون رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية<sup>(10)</sup> في مادته الثانية والتي نص فيها على أنه: « لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه».

كما اشترط المشرع لرفع الدعاوى الإدارية أن تكون لرافع الدعوى مصلحة شخصية ومباشرة، ومن ثم فأى نزاع يتعلق بعقود الدولة الإدارية لن يقبل الطعن إلا ممن تتوافر له تلك المصلحة دون غيره، وهو ما أكده المشرع في المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981<sup>(11)</sup> المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982<sup>(12)</sup> بإنشاء دائرة المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية في المادة الثالثة منه والتي نصت على أنه «مع عدم

(10) مرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية، العدد 1307، السنة السادسة والعشرون، بتاريخ 25 يونيو سنة 1980.

عدل بالقوانين أرقام 121 سنة 1986، 42 سنة 1987، 3 سنة 1988، 44 سنة 1989، 57 سنة 1989، 47 سنة 1992، 18 سنة 1995، 36 سنة 2002، 38 سنة 2007.

(11) منشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، العدد 1344، السنة 27، ص 5.

(12) منشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، العدد 1449، السنة 29.

الإخلال بنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم 19 لسنة 1959، لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة»<sup>(13)</sup>.

## المطلب الثاني

### عدم توسع القضاء العادي في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية

لم يتوسع القضاء العادي في قبوله للطعن في عقود الدولة المدنية، وهو المسلك الذي تم اتباعه من قبل القضاء العادي في فرنسا ومصر والكويت.

وبناء على ذلك، نبحت تباعا عدم توسع القضاء العادي الفرنسي في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية «الفرع الأول»، وعدم توسع القضاء العادي المصري في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية «الفرع الثاني»، وعدم توسع القضاء العادي الكويتي في قبوله للطعن في عقود الدولة المدنية «الفرع الثالث».

## الفرع الأول

### عدم توسع القضاء العادي الفرنسي في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية

نوضح في هذا الفرع عدم توسع القضاء العادي الفرنسي في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية، فاشتترط محكمة النقض الفرنسية ضرورة توافر شرط المصلحة لدى رافع الدعوى، ولم توسع من مفهوم شرط المصلحة عند نظرها لتلك المنازعات.

لم يتوسع القضاء الفرنسي العادي في تعريفه لمفهوم شرط المصلحة في الدعاوى العادية، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة توافر شرط المصلحة «*intérêt à agir*» سواء بالنسبة للمدعي أو بالنسبة للمتدخلين، فقد قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 مارس عام 2015 بتوافر المصلحة في التدخل الاختياري «*L'intervention volontaire*»، ومن ثم رفضت الطعن بالنقض المرفوع من أحد المحامين لإلغاء حكم محكمة الاستئناف بقبول التدخل الاختياري من محامين قاما بالانضمام للمدعى عليه في الدعوى المرفوعة منه لإلغاء انتخاب نقيب المحامين وذلك لعدم توافر مصلحة لهما في التدخل، وأسست محكمة النقض حكمها

(13) كان المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بشأن إنشاء دائرة المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية ينص في مادته الثالثة قبل تعديله على: (لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة).

بأن المتدخلين لهما الحق في التصويت «Droit de vote» وكذلك لهما الحق في الطعن على انتخابات النقابة تطبيقاً للمادة 12 من مرسوم 27 نوفمبر 1991، فإن ذلك يبرر المصلحة في التدخل في الدعوى «Intérêt à intervenir dans une instance» المتعلقة بالطعن في صحة انتخاب نقيب المحامين «La validité de l'élection du bâtonnier»، ولهذا السبب وحده تكون محكمة الاستئناف أقامت حكمها على أساس قانوني<sup>(14)</sup>.

وبالنسبة لنظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد المبرم من قبل جهة الإدارة، ومدى إمكانية الطعن في تلك القرارات بتجاوز السلطة في حالة كون العقد المبرم عقداً مدنياً، فإن تلك النظرية تنطبق على كل من عقود القانون الخاص والعقود الإدارية<sup>(15)</sup>، وفي حالة الطعن في قرار قابل للانفصال عن عقد من عقود القانون الخاص، فإن الطعن بتجاوز السلطة يتم أمام القاضي الإداري، أما بالنسبة للمنازعات العقدية فيظل القاضي العادي هو المختص بها «Les actes préalables peuvent concerner aussi bien des contrats de droit privé que des contrats administratifs, et être ainsi déférés au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir alors que le contentieux des relations contractuelles de droit privé relève du juge judiciaire<sup>(16)</sup>».

ويوضح الفقه الفرنسي أن نظرية القرارات القابلة للانفصال بالإضافة إلى دورها الكبير في مجال العقود التي تبرمها جهة الإدارة سواء كانت عقوداً مدنية أم عقوداً إدارية والتي سمحت للغير في العقد الإداري أن يطعن بتجاوز السلطة في تلك القرارات القابلة للانفصال، فإن تلك النظرية دخلت أيضاً في معركة مع نظرية أخرى وهي

(14) Cass. Civ. 19 Mars 2015, N° 1410352-.

«Mais attendu que l'arrêt relève qu'il n'existe aucun obstacle réglementaire ou légal à l'intervention volontaire en défense d'un avocat qui, disposant du droit de vote, peut déférer les élections à la cour d'appel en application de l'article 12 du décret n° 911197-du 27 novembre 1991, ce qui justifie de son intérêt à intervenir dans une instance en contestation de la validité de l'élection du bâtonnier ; que par ce seul motif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision».

(15) C.E., Sect. 26 nov. 1954, Syndicat de la raffinerie de soufre française, Rec. 620

(16) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative - 17e édition, Paris. Dalloz, 2009, p.97

نظرية أعمال السيادة « La théorie des actes de gouvernement » والتي استمرت لفترة طويلة ولكن فازت نظرية القرارات القابلة للانفصال على تلك النظرية أيضا بشكل واضح ونهائي، وخاصة فيما يتعلق بالعلاقات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها<sup>(17)</sup>.

## الفرع الثاني

**عدم توسع القضاء العادي المصري في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية**  
نوضح في هذا الفرع عدم توسع القضاء العادي المصري في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية، وذلك من خلال التعرض لمرحلة القضاء الموحد واختصاص القضاء العادي بكافة عقود الدولة، وعدم توسع ذلك القضاء في قبوله لدعاوى الطعن على عقود الدولة، ورفضه تطبيق أحكام القانون الإداري على العقود الإدارية.

**أولاً: مرحلة القضاء الموحد واختصاص القضاء العادي بكافة عقود الدولة**  
أخذت مصر بنظام القضاء الموحد وذلك قبل إنشاء مجلس الدولة سنة 1946، ومن ثم فإن جميع عقود الإدارة كان يختص بها القضاء العادي ويتم تطبيق قواعد القانون المدني، ما لم توجد قواعد خاصة تم سنها لتطبق على تلك العقود، فقد قضت محكمة النقض بتاريخ 23 نوفمبر سنة 1944 على أن تصرف السلطة الإدارية في الأملاك العامة لانتفاع الأفراد لا يكون إلا على سبيل الترخيص، ولجهة الإدارة الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله<sup>(18)</sup>.

## ثانياً: القضاء الموحد وعدم التوسع في قبول الدعاوى

أكدت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 19 يناير سنة 1933 على اشتراط وجود مصلحة لمقدم الطعن في الحكم، وأن الشخص الذي قامت المحكمة بإخراجه

(17) Bernard-Franck Macéra, Les actes détachables dans le droit public français, Pulim, Paris, 1992, p.72

« La bataille entre la théorie des actes de gouvernement et celle des actes détachables ayant pour enjeu l'emprise sur les décisions administratives d'exécution ou d'application des accords internationaux se déroule sur nombreux fronts du droit public. En matière d'extradition, comme nous avons pu le constater, la théorie des actes détachables a remporté une victoire claire et apparemment définitive ».

(18) حكم محكمة النقض، الطعن رقم 110 مدني، لسنة 13 قضائية، بتاريخ 23 نوفمبر سنة 1944.

من الدعوى، ولم يكن ممن استأنفوا حكمها، ولم يلزمه الحكم الاستئنافي بشيء، لا يقبل منه الطعن على هذا الحكم، فقضت المحكمة بأنه «...لا يجوز الطعن من غير ذي مصلحة، فالشخص الذي أخرجته المحكمة الابتدائية من الدعوى، ولم يكن ممن استأنفوا حكمها، وإنما اختصم في الاستئناف الذي رفعه غيره، ولم يلزمه الحكم الاستئنافي بشيء، هذا الشخص لا يقبل منه الطعن على هذا الحكم لأنه لا مصلحة له في طعنه، وكذلك لا يقبل ممن لم يوجه أمام محكمة الموضوع طلباً ما ضد بعض الخصوم الذين أخرجوا من الدعوى بناء على استئنافهم أن يطعن في الحكم»<sup>(19)</sup>

### ثالثاً: القضاء الموحد ورفض تطبيق أحكام القانون الإداري على العقود الإدارية

رفض القضاء العادي في مصر قبل نشأة مجلس الدولة أن يطبق أحكام القانون الإداري والتي تختلف عن قواعد القانون العادي على المنازعات المتعلقة بعقود الدولة الإدارية، فقد رفض القضاء الأهلي والقضاء المختلط الأخذ بنظرية الظروف الطارئة التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي<sup>(20)</sup>، حيث أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة حكماً في 31 مارس سنة 1924 أنكرت بمقتضاه على شركة مياه الإسكندرية حقها في طلب زيادة المقابل الذي تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف، وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق مع الإدارة ودياً، وليس للقضاء أن يعتدى على حق الإدارة في هذا الخصوص لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقات المبرمة وليس تعديلها<sup>(21)</sup>، وهو ما أكدته محكمة الإسكندرية المختلطة في 6 مايو سنة 1926م فأعلنت أن القانون المصري يجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحاكم تنحصر في تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقات التي تعقد بحرية، وأن هذه

(19) حكم محكمة النقض، الطعن رقم 74 لسنة 2 قضائية، مدني، بتاريخ 19 مارس سنة 1933.

(20) انظر: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية «دراسة مقارنة»، دار الفكر العربي، سنة 2005، ص 41.

- د. جورج شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري «دراسة مقارنة لأحدث النظريات والمبادئ في قضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر» - دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2002/2003، ص 133 وما بعدها.

- د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، 1987، ص 175 وما بعدها.

(21) حكم محكمة الاستئناف المختلطة في 31/3/1924، مجموعة التشريع والقضاء المختلطة، السنة 36، ص 281.

مشار إليه لدى د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 41 وما بعدها.

المبادئ تسرى على عقود الامتيازات التي تبرمها الإدارة دون شك<sup>(22)</sup>، وهو ما أكدته المحاكم الأهلية، وعندما أرادت محكمة الاستئناف تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك بتبني تلك النظرية من القضاء الإداري الفرنسي، قامت محكمة النقض بإلغاء ذلك الحكم، والتأكيد على رفض تطبيق قواعد القانون الإداري على العقود التي تبرمها الدولة<sup>(23)</sup>.

### الفرع الثالث

**عدم توسع القضاء العادي الكويتي في قبوله للطعن في عقود الدولة المدنية**  
نوضح في هذا الفرع عدم توسع القضاء العادي الكويتي في قبوله للطعن في عقود الدولة المدنية، حيث اقتصت الدوائر العادية بنظر منازعات عقود الدولة المدنية، وعقودها الإدارية، وطبقت نظريات وقواعد القانون الإدارية على العقود الإدارية، ولكنها لم تتوسع في قبولها للطعن في عقود الدولة المدنية.

صدر المرسوم الأميري رقم (19) لسنة 1959 بقانون تنظيم القضاء<sup>(24)</sup>، وذلك قبل إصدار دستور الكويت الحالي الصادر بتاريخ 11 نوفمبر سنة 1962، ونصت المادة الأولى من ذلك المرسوم على أن «تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالمسائل المدنية والتجارية وبالنظر في جميع الجرائم الا ما استثني بنص خاص»، ونصت المادة الثانية منه على أنه «ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة. ولها، دون أن تلغي الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أو توؤله، أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة ما عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك»، ونصت الفقرة الأولى من المادة (7) على أن «تختص الدائرة التجارية بالفصل في جميع المنازعات التجارية. وتفصل أيضا في المنازعات التي تقع بين الأفراد والحكومة، مدنية كانت هذه المنازعات أو تجارية».

(22) حكم محكمة الإسكندرية المختلطة في 6/5/1926، الجازيت، السنة 16، ص 255.

مشار إليه لدى: د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، سنة 2005، ص 19.

(23) حكم محكمة الإسكندرية الأهلية الابتدائية، في 20 ديسمبر سنة 1923، مجموعة رسمية، سنة 1927، حكم رقم 116، ص 222. مشار إليه لدى: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 42.

(24) مرسوم أميري رقم 19 لسنة 1959 بقانون تنظيم القضاء، الجريدة الرسمية، ملحق العدد 255 عدد خاص، السنة السادسة، بتاريخ 28 ديسمبر سنة 1959.

ومؤدى تلك النصوص أن ولاية القضاء تمتد إلى المنازعات الإدارية، وفقا لنص المادة الثانية من ذلك المرسوم، والتي لا تدخل في نطاق المادة الأولى، ولكن تم تقييد السلطة القضائية بعدم إلغاء القرار الإداري أو وقف تنفيذه أو تأويله، وجاء بالمشكرة التفسيرية لهذا المرسوم بقانون أن «الأوامر الإدارية التي لا تتعلق بأعمال السيادة، فهذه تنظر المحاكم المنازعات التي تقوم بشأنها ولكنها لا تستطيع إلغاؤها أو وقف تنفيذها أو تأويلها، بل كل ما تملكه في شأنها هو أن تحكم بتعويض لمن أصيب بضرر من جراء أمر إداري باطل»<sup>(25)</sup>.

ومن ثم فإن عقود الدولة المدنية وعقودها الإدارية كانت تخضع لرقابة الدائرة المدنية والدائرة التجارية في تلك الفترة، وهو ما نوضحه على الوجه التالي:

#### أولاً: اختصاص الدوائر العادية بنظر منازعات عقود الدولة المدنية

وعلى ذلك يمكن القول إن عقود الدولة المدنية تختص بها الدوائر العادية قبل إنشاء الدائرة الإدارية وفقا لنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم 19 لسنة 1959 حيث نصت على أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة، ما عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك، كما نصت المادة (7) وهي تبين اختصاص الدائرة التجارية بأنها تختص بالفصل في المنازعات التي تقع بين الأفراد والحكومة مدنية كانت هذه المنازعات أو تجارية.

ونصت المادة (3) من ذلك القانون على أن الكويت بها محكمتان، المحكمة الكلية ومحكمة الاستئناف العليا، وتتكون الأولى من أربع دوائر؛ دائرة للأحوال الشخصية ودائرة مدنية، ودائرة تجارية، ودائرة جزائية، ومن ثم فإن المنازعات المتعلقة بعقود الدولة المدنية سيتولى الفصل فيها القاضي العادي وستكون له كافة السلطات التي له على العقد المدني والعقد التجاري، ومن ثم فإنه يملك سلطات في مواجهة الجهات الإدارية لا يملكها القاضي الإداري في دعوى الإلغاء.

(25) د. محمود سامي جمال الدين - القضاء الإداري في دولة الكويت المنازعات والدعاوى الإدارية - 1998 - ص 26 وما بعدها.

## ثانياً: اختصاص الدوائر العادية بنظر منازعات عقود الدولة الإدارية

وفقاً لنص المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء، فإن الدائرة المدنية والدائرة التجارية تختص بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، وذلك يستفاد بمفهوم المخالفة؛ حيث نصت تلك المادة على قيد يتعين ألا تخالفه المحاكم في تلك الفترة وهو عدم جواز نظرها لأعمال السيادة، بالإضافة إلى قيد آخر يتمثل في أنه لا يجوز للمحاكم فيما يتعلق بالأمر الإداري أن تلغيه أو توقف تنفيذه أو تؤوله وذلك في عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك.

وبالتالي فإن الدائرة المدنية والدائرة التجارية إذا تم الطعن أمامها في قرارات إدارية صادرة عن جهة الإدارة؛ فإنها تلتزم بعدم الغائها أو وقف تنفيذها أو تأويلها، بل كل ما تملكه فيما يتعلق بذلك - كما أوضحت المذكرة التفسيرية - هو أن تحكم بالتعويض لمن أصابه ضرر من جراء ذلك الأمر الإداري الباطل.

## ثالثاً: تطبيق نظريات وقواعد القانون الإداري على العقود الإدارية

يذهب بعضهم<sup>(26)</sup> - وهو ما نؤيده - إلى أن القضاء الكويتي قبل إنشاء الدائرة الإدارية كان يطبق في مناسبات كثيرة نظريات وقواعد القانون الإداري في مجال العقود الإدارية، حيث اعترف بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص؛ وذلك لارتباطها بإدارة المرافق العامة، وساعده على ذلك المشرع الدستوري؛ حيث نص دستور الكويت الصادر سنة 1962 على عقد القرض العام في المادتين (136)، (137)، وعقود استثمار موارد الثروة الطبيعية وعقود امتياز المرافق العامة (م152)، وأن الاحتكار لا يمنح إلا بقانون وإلى زمن محدود (م153). ثم تدخل المشرع العادي وأصدر القانون رقم 37 لسنة 1964 في شأن المناقصات العامة<sup>(27)</sup>.

وقد استعان القضاء في الكويت بنظريات القانون العام للتمييز بين عقود الدولة الإدارية وعقودها المدنية، فقضت المحكمة الكلية بتاريخ 31 يناير سنة 1976 بأنه «... يتعين التفرقة بين نوعين من أنواع العقود التي تبرمها جهة الإدارة

(26) د. عزيزة الشريف، دراسة في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، الطبعة الأولى، مكتب الدراسات والاستشارات القانونية وحدة التأليف والترجمة والنشر، 1998، ص 14 وما بعدها.

(27) قانون رقم 37 لسنة 1964 في شأن المناقصات العامة، الجريدة الرسمية، العدد 488، السنة العاشرة، ص 15.

النوع الأول يتمثل في شروطه مع تلك التي يبرمها الأفراد، كعقد تبرمه إحدى الوزارات باستئجار مبنى ليشغله أحد أقسامها، والنوع الثاني عقود تبرمها الإدارة وتفترق عن عقود الأفراد في شروطها بأن تتضمن شروطاً استثنائية يندر وجودها في عقود الأفراد»<sup>(28)</sup>.

وهو ما أكدته محكمة التمييز في حكمها الصادر في الطعن رقم 17 لسنة 1978، بأن قواعد تنفيذ الالتزامات التعاقدية في عقود القانون الخاص تختلف عن قواعد تنفيذ الالتزامات التعاقدية في العقود الإدارية، فقد جاء بحكمها أن «...تنفيذ الالتزامات التعاقدية في عقود القانون الخاص لا يجرى على نسق من القواعد التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية ففي العقود الإدارية تستهدف الإدارة أساساً المصلحة العامة»<sup>(29)</sup>.

وقضت محكمة التمييز في الطعن رقم 31 لسنة 1979 بأن تضمين عقود الدولة الإدارية قدراً من التعويض يلتزم به المتعاقد مع جهة الإدارة عند اقترافه لخطأ أثناء تنفيذ العقد والذي يُعدّ من قبيل الغرامات؛ ليس الغرض منه جبر الضرر الذي يصيب الإدارة من تقصيره فحسب وإنما الهدف الأساسي منه هو تحقيق المصلحة العامة بتأمين سير المرافق العامة وحسن سيرها<sup>(30)</sup>.

وهو ما أكدته إدارة الفتوى والتشريع، فقد أفتت بأن النص في عقد الأشغال العامة المبرم بين وزارة الكهرباء والماء والمقاول المتعاقد، على حق الوزارة وفقاً للجدول المرفقة بالعقد في التنفيذ المباشر بالخصم من مستحقات المقاول لديها دون حاجة لإجراء قضائي في حالة تسببه في إلحاق أضرارٍ لأية ممتلكات عامة سواء أكانت تابعة للوزارة أو لغيرها من الجهات الحكومية، لا ينفي حق الوزارة في اقتضاء كامل التعويض الذي يقدره القانون، وأن المقصود بهذه الشروط هو ضمانة إضافية لحق الوزارة في اقتضاء التعويض؛ إعمالاً لقواعد القانون الإداري وتحقيقاً للمصلحة العامة<sup>(31)</sup>.

(28) حكم المحكمة الكلية، القضية رقم 70/69، بتاريخ 31 يناير سنة 1971.

مشار إليه لدى: د. عزيزة الشريف، دراسة في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص 14 وما بعدها.

(29) محكمة التمييز، الدائرة المدنية والتجارية، الطعن رقم 17 لسنة 1978 قضائية، بتاريخ 20 فبراير سنة 1980.

(30) حكم محكمة التمييز، الدائرة المدنية والتجارية، الطعن رقم 31 لسنة 1979 قضائية، بتاريخ 20 فبراير سنة 1979.

(31) مبادئ إدارة الفتوى والتشريع، الفتوى رقم 4337، لسنة 1981 قضائية، بتاريخ 12 ديسمبر سنة 1981.

## رابعاً: عدم توسع القضاء العادي في الكويت في قبوله للطعن في عقود الدولة المدنية

أكد القضاء العادي في أحكامه على عدم قبول أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، وهو ما قضت به دوائر محكمة التمييز غير الدائرة الإدارية، فقضت المحكمة بأن «المشرع أورد في المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية والتجارية قاعدة مؤداها عدم قبول أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ولما كانت المصلحة في الطعن لا تتوافر إذ أنبنى على وجه غير منتج أو على سبب لو صح واقتضى تمييز الحكم لما عاد على الطاعن من ذلك فائدة»<sup>(32)</sup>، كما أكدت ذات المبدأ في الطعن على الأحكام فقضت بأنه « لا يكفي لقبول الطعن في الحكم أن يكون الطاعن طرفاً في الخصومة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بل يجب أن يكون خصماً حقيقياً وجهت إليه طلبات من خصمه أو وجه هو طلبات إليه وبقي على منازعته معه ولم يتخل عنها حتى صدور الحكم في الدعوى، كما يجب أن يكون الحكم قد قضى عليه بشيء»<sup>(33)</sup>.

### المطلب الثالث

#### عدم توسع القضاء الإداري في قبوله للطعن في عقود الدولة

لم يوسع مجلس الدولة الفرنسي في البداية من اختصاصه بنظر الطعن في منازعات العقود الإدارية، حيث رفض الطعن على عقود الدولة بالإلغاء وتبني نظرية الإدماج، وهو نفس النهج الذي اتبعه مجلس الدولة المصري في البداية، وتبنته الدائرة الإدارية في الكويت.

(32) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية الثالثة، الطعن رقم 685 لسنة 2010 تجاري/3، بتاريخ 11 يونيو سنة 2013.

وراجع أيضاً في ذلك:

حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية الثانية، الطعن رقم 195/2007 تجاري/2، بتاريخ 4 نوفمبر سنة 2007.

حكم محكمة التمييز، الدائرة المدنية الثانية، الطعن رقم 364/2006 مدني/2، بتاريخ 28 مايو سنة 2007.

(33) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية، الطعن رقم 411/2006 تجاري، بتاريخ 26 يونيو سنة 2007.

وراجع في ذلك أيضاً:

حكم محكمة التمييز، الدائرة المدنية الأولى، الطعن رقم 821/2006 مدني/1، بتاريخ 18 يونيو سنة 2007.

وبناء على ذلك، نبحت تباعاً عدم توسع مجلس الدولة الفرنسي في قبوله للطعن في عقود الدولة «الفرع الأول»، وعدم توسع مجلس الدولة المصري في قبوله للطعن في عقود الدولة «الفرع الثاني»، وعدم توسع الدائرة الإدارية بالكويت في قبولها للطعن في عقود الدولة «الفرع الثالث».

## الفرع الأول

### عدم توسع مجلس الدولة الفرنسي في قبوله للطعن في عقود الدولة

نوضح في هذا الفرع عدم توسع مجلس الدولة الفرنسي في قبوله للطعن في عقود الدولة، ونتعرض لمرحلة قبوله للطعن في عقود الدولة بالإلغاء في البداية، ثم قيامه بعد ذلك بالعدول عن ذلك الاتجاه، ثم تبنيه لنظرية الإدماج.

لم يوسع مجلس الدولة الفرنسي - في البداية - من اختصاصه بنظر منازعات العقود التي تبرمها الدولة، وإن كان قد وضع مبدأ معيناً يوسع فيه من ذلك الاختصاص لكنه ما يلبث أن عدل عنه، وبالتالي كانت السمة الغالبة في تلك المرحلة هو عدم التوسع في نظر تلك المنازعات والتي نجملها على الوجه التالي:

### أولاً : مرحلة الطعن على عقود الدولة بالإلغاء

تقسيم اختصاصات مجلس الدولة إلى ولاية إلغاء وولاية قضاء كاملة لم يكن معروفاً قبل صدور مرسوم سنة 1864 الذي أعفى دعوى الإلغاء من وساطة المحامي، ومن ثم فإن التمييز بين ولاية المجلس لم يكن أمراً ضرورياً قبل هذا التاريخ، ثم ظهرت أهميته بعد ظهور هذا المرسوم، فبدأ الفقهاء ومفوضو الحكومة يتكلمون عن نوعين من الولاية: ولاية القضاء الكاملة «Le contentieux de pleine juridiction»، وولاية الإلغاء «Le contentieux de l'annulation»<sup>(34)</sup>

وتم التمييز بين نوعين من ولاية المجلس على أساس مدى سلطات القاضي، فتنحصر سلطة القاضي في مجال الإلغاء في الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع، بينما يملك القاضي في ولاية القضاء الكامل الحكم بالتعويض وسلطة التعديل والحلول محل الإدارة، وفي دعوى الإلغاء يكفي مجرد المصلحة لرفع الدعوى أما ولاية القضاء

(34) David Bailleul, L'efficacité comparée des Recours pour Excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, L.G.D.J., Paris, 2002, pp.8081-

الكامل فيشترط وجود حق تم الاعتداء عليه<sup>(35)</sup>.

ووسع مجلس الدولة الفرنسي من سلطاته في قبول الطعن على العقود التي تبرمها الدولة، ولكن كان ذلك بشكل مؤقت ما لبث أن عدل عنه، فبالرغم من وجود تعارض بين العقد والطعن لتجاوز السلطة، ذلك أن الطعن بأسلوب تجاوز السلطة لا يكون إلا ضد القرارات الإدارية المنفصلة التي تسهم في تكوين العقد والتي أقرها مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك، لكن يؤكد الفقه على أن ذلك التناقض لم يكن دائماً موجوداً، فمن عام 1884 كان مجلس الدولة الفرنسي يقبل الطعن بتجاوز السلطة ضد العقد الإداري ذاته، ولكن منذ حكم مجلس الدولة الفرنسي سنة 1899 في قضية «Levieux» عدل عن قبول الطعن بتجاوز السلطة حتى ولو قدم من أحد المتعاقدين<sup>(36)</sup>.

### ثانياً: مرحلة عدم جواز الطعن على عقود الدولة بالإلغاء

بعد أن ظهرت بوضوح التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، عدل مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 19 مايو سنة 1899 في قضية «Levieux» عن قضائه بالسماح بطعن تجاوز السلطة ضد العقد الإداري ذاته، واستقرت أحكامه على ذلك المبدأ، ويستوي في ذلك أن يكون الطعن موجهاً من أحد المتعاقدين أو من الغير، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه برفض الطعن بالإلغاء إذا تم الطعن على العقد نفسه<sup>(37)</sup>.

وقد أيد بعضهم رفض مجلس الدولة لقبول دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته، واستند في ذلك إلى العديد من الأسباب، فمنها وجود طريق مواز للمتعاقدين بالطعن في العقد ذاته وهو دعوى القضاء الكامل، كذلك النصوص القانونية تمنع ذلك لأن دعوى تجاوز السلطة تقتصر على التصرفات الصادرة من الهيئات الإدارية، ومن ثم فلا يجوز رفعها ضد التصرفات التي تشارك فيها هيئات أخرى غير إدارية وذلك يتحقق بالنسبة للعقود المبرمة بين جهة الإدارة وشخص من أشخاص القانون الخاص،

(35) Pierre Tifine, ' Droit administratif français – Troisième Partie – Chapitre 3, Chapitre 3: Contentieux administratif ': Revue générale du droit on line, 2013, numéro 4417 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4417)

(36) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية «دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه، جامعة عيش شمس، 1981، ص 364 وما بعدها.

(37) CE. Sect. 4 févr. 1955, Ville de Saverne, Rec. 73.

كما أن دعوى تجاوز السلطة توجه ضد القرارات الصادرة بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة في حين نجد العقد قائماً على إرادتين. ولكن كل تلك الحجج يمكن الرد عليها<sup>(38)</sup>، فوجود طريق مواز للمتعاقدین للطعن على العقد بدعوى القضاء الكامل غير متاح للغير والذي لن يتمكن من الطعن أمام قاضي العقد، والاستناد إلى أن العقد الإداري قد يكون بين جهة إدارية وشخص من أشخاص القانون الخاص مردود عليه بأنه يتعين -وفقاً لتلك الحجة- قبول دعوى تجاوز السلطة ضد العقد ذاته إذا كان العقد بين جهتين إداريتين، والاستناد إلى أن دعوى تجاوز السلطة توجه ضد الأعمال الصادرة بالإرادة المنفردة من جهة الإدارة مردود عليه بأن الهدف من دعوى تجاوز السلطة هو تأكيد مبدأ المشروعية والذي يتعين أن يمتد ليشمل جميع أعمال جهة الإدارة سواء ما صدر منها بالإرادة المنفردة أو العقود التي تبرمها.

### ثالثاً: مرحلة نظرية الإدماج «La théorie de l'incorporation»

كان القضاء الفرنسي حتى أوائل القرن الحالي يطبق نظرية الإدماج «La théorie de l'incorporation»، ويؤكد دائماً على مبدأ نسبية آثار العقد، حيث تقتصر آثاره على طرفيه؛ فلهم وحدهم الطعن في صحته، وبالنسبة للقرارات الإدارية التي تدخل في تكوين العقد والمتعلقة بشروط صحة العقد، كان المجلس يدمجها في العقد وتصبح نهائية ولا يكون للغير الحق في المنازعة فيها، وإنما يقتصر ذلك على طرفي العقد، ويختص قاضي العقد بدعاوئها<sup>(39)</sup>.

## الفرع الثاني

### عدم توسع مجلس الدولة المصري في قبوله للطعن في عقود الدولة

نوضح في هذا الفرع عدم توسع مجلس الدولة المصري في قبوله للطعن في عقود الدولة بالتعرض للمراحل المختلفة التي مر بها مجلس الدولة فيما يتعلق باختصاصه بمنازعات عقود الدولة، وذلك من خلال مرحلة إنشاء مجلس الدولة وخروج منازعات عقود الدولة من اختصاصه، ومرحلة الاختصاص المحدود والمشارك لمجلس الدولة

(38) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. رأفت فودة، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، 2009، ص 243 وما بعدها.

(39) Bernard-Franck Macéra, Les actes détachables dans le droit public français, Pulim, Paris, 1992, pp. 3536-

بنظر منازعات عقود الدولة، ثم أصبح هو صاحب الولاية العامة في نظر منازعات عقود الدولة، ولكنه لم يتوسع في قبوله للطعن في عقود الدولة.

**أولاً: مرحلة إنشاء مجلس الدولة وخروج منازعات عقود الدولة من اختصاصه**

بعد إنشاء مجلس الدولة سنة 1946 بالقانون رقم 112 لسنة 1946 أصبح في مصر قضاء مزدوج، وقد صدرت عدة قوانين لتنظيم مجلس الدولة كان آخرها القانون رقم 47 لسنة 1972، وهو القانون الحالي لمجلس الدولة بالإضافة للتعديلات التشريعية الأخرى التي دخلت عليه.

وقد حدد القانون رقم 112 لسنة 1946 اختصاص مجلس الدولة على سبيل الحصر، ولم يرد من بين تلك الاختصاصات نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ومن ثم احتفظ القضاء العادي باختصاصه الكامل في مجال عقود الدولة، سواء كانت عقود مدنية أم عقود إدارية<sup>(40)</sup>.

**ثانياً: الاختصاص المحدود والمشارك لمجلس الدولة بنظر منازعات عقود الدولة**

وبصدور القانون رقم 9 لسنة 1949 الخاص بمجلس الدولة، تم النص فيه على اختصاص مجلس الدولة بنظر بعض منازعات العقود الإدارية على سبيل الحصر، وهي عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد والتي تنشأ بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، وكان ذلك الاختصاص مشتركاً بين مجلس الدولة والقضاء العادي، ويترتب على رفع الدعوى أمام إحدى الجهتين عدم جواز رفعها أمام الجهة الأخرى، وهو ما يراه البعض شذوذاً في التنظيم القانوني يتعارض مع فكرة وجود قضاء إداري مستقل<sup>(41)</sup>، كما أن اختصاص مجلس الدولة بتلك العقود اقتصر على المنازعات التي تنشأ بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، أما غيرها من المنازعات فإنها ظلت من اختصاص القضاء العادي<sup>(42)</sup>.

(40) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 45.

(41) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

(42) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 46 وما بعدها.

### ثالثاً: مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في نظر منازعات عقود الدولة

صدر القانون رقم 165 لسنة 1955 في شأن تنظيم مجلس الدولة، وتم النص في المادة العاشرة منه على أن «يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر»، ومن ثم أصبح مجلس الدولة هو صاحب الاختصاص العام بكافة العقود الإدارية، وله أن يطبق قواعد القانون الإداري على تلك المنازعات والتي تختلف عن قواعد القانون المدني.

وبصدور دستور سنة 1971 تم النص في المادة (172) منه على أن «مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى»، وبذلك أصبح مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في كافة المنازعات الإدارية لأول مرة منذ إنشائه، والذي تطلب أن يصدر قانون جديد ينظم اختصاصات مجلس الدولة، وهو قانون مجلس الدولة الحالي رقم 47 لسنة 1972، ونصت المادة (10) في الفقرة (11) على اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد وبأي عقد إداري آخر، وذلك تأكيداً لما نص عليه دستور سنة 1971، وقد أكد مجلس الدولة على أنه أصبح صاحب الولاية العامة فيما يتعلق بمنازعات العقود الإدارية، فقضت محكمة القضاء الإداري بأنه «... لم يعد اختصاص مجلس الدولة المصري في مجال العقود الإدارية مقصوراً على عدد معين من عقود الإدارة، بل انطوى على كافة العقود الإدارية، وامتد إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود»<sup>(43)</sup>.

وأكد دستور مصر لسنة 2012 على الولاية العامة لمجلس الدولة في المنازعات الإدارية؛ حيث نصت المادة (174) على أن «مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة؛ يختص دون غيره من جهات القضاء بالفصل في كافة المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه. ويتولى الدعاوى والطعون التأديبية...»، وهو ما أكده دستور مصر لسنة 2014 في المادة (190) والتي نصت على أن «مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية...».

(43) محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 9/12/1959، القضية رقم 870 لسنة 5ق، س11، ص76.

## رابعاً: عدم توسع القضاء الإداري في قبول الطعن في عقود الدولة

لم يتوسع القضاء الإداري في مصر في قبول الطعن على عقود الدولة وكان يؤكد على ضرورة توافر شرط المصلحة لقبول الدعوى دون أن يوسع من مفهومها، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا، حيث قضت بأن «... شرط المصلحة هو شرط جوهرى يتعين توافره ابتداء وقت إقامة الدعوى، واستمراره قائماً حتى يفصل فيها نهائياً، وأن الدفع بعدم قبول الدعوى هو من الدفوع التي لا تسقط بالتكلم في الموضوع وإنما يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى»<sup>(44)</sup>، وهو ما كانت تؤكد الأحكام الأولى لمحكمة القضاء الإداري حيث كانت تقضي بأن «... المصلحة شرط مباشرة الدعوى وأساس قبولها. فإذا كانت المصلحة منتتفيه من بادئ الأمر أو زالت بعد قيامها أثناء سير الدعوى؛ فإن الدعوى تصبح غير مقبولة»<sup>(45)</sup>.

وكان يؤكد القضاء الإداري أن المطالبة بإبطال العقد لا تقدم إلا من المتعاقدين وتكون أمام قاضي العقد نفسه بولاية قضاء كامل، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 29 يونيو سنة 1973؛ حيث قضت بأن «... الغلط الذي وقع فيه المدعي يعد للأسباب المتقدمة غلطاً جوهرياً إذ كان من شأنه ولا شك أن يمتنع عن التعاقد عن توريد الشعير المطلوب بالسعر وبالشروط التي تم العقد على أساسها ولما كان الأمر كذلك، وكان هذا الغلط قد اتصل بجهة الإدارة المتعاقدة بالنظر إلى أنها تشارك في إعداد الميزانية وكانت تعلم أو على الأقل كان من السهل عليها أن تعلم بأن اعتماد الميزانية سوف يتراخى شهوراً ذات عدد وكان عليها بهذه المثابة لاعتبارات النزاهة في التعامل أن تبصر مقدمي العطاءات إلى هذه الحقيقة حتى يكونوا على بينة من أمرهم عند التقدم بعطاءاتهم ولكنها لم تفعل، لما كان الأمر كذلك فإن المدعي يكون على حق في طلب إبطال العقد للغلط الجوهرى الذي وقع فيه وذلك بالنسبة للشق الذي لم ينفذ منه الخاص بتوريد باقى كمية الشعير المتعاقد عليها وهى 300 أردب ويتعين من ثم الحكم بإبطال العقد في هذا الشق منه وما يترتب على ذلك من أحقية المدعي في استرداد مبلغ التأمين المقدم منه على ذمة العقد»<sup>(46)</sup>.

(44) حكم غير منشور، المحكمة الإدارية العليا، الطعن 494، لسنة 45 قضائية، بتاريخ 8 مايو سنة 2004.

(45) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 1716، لسنة 7 قضائية، بتاريخ 18 يناير سنة 1955.

(46) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 297، لسنة 16 قضائية، بتاريخ 29 يونيو سنة 1974.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 13 يناير سنة 1976 على أن المطالبة ببطلان العقد لا تكون للأجنبي عن العقد بل تكون لمن تقرر الشرط المانع من التصرف لمصلحته دون الآخرين فله وحده حق التمسك ببطلان العقد، وقضت في حكمها بأن «البطلان ليس مقرراً لكل ذي مصلحة كما هو الشأن في الآثار العادية للبطلان في القانون المدني و لكنه مقرر فقط لمن تقرر الشرط المانع لمصلحته دون الآخرين فإذا تقرر الشرط لمصلحة المشتري أو المتصرف كان له و حده حق التمسك بالبطلان وكذلك الأمر إذا تقرر الشرط لمصلحة الغير فله وحده حق التماسك بالبطلان، و الغير في الشرط المانع من التصرف ليس هو الأجنبي عن العقد و لكنه من تقرر الشرط لمصلحته كما أن هذا البطلان تلحقه الاجازة إذا صدرت ممن شرع الشرط لمصلحته»<sup>(47)</sup>.

### الفرع الثالث

#### عدم توسع الدائرة الإدارية بالكويت في قبولها للطعن في عقود الدولة

نوضح في هذا الفرع عدم توسع الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية في قبولها للطعن في عقود الدولة، واختصاص الدوائر العادية بنظر منازعات عقود الدولة المدنية، واختصاص الدائرة الإدارية بنظر منازعات عقود الدولة الإدارية، ووفقاً لقانون إنشاء الدائرة الإدارية فإنها صاحبة الولاية العامة في منازعات العقود الإدارية؛ حيث نص المشرع على اختصاصها بنظر منازعات العقود الإدارية على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

صدر المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981<sup>(48)</sup> المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982<sup>(49)</sup> بإنشاء دائرة المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية ونصت المادة الثانية من هذا المرسوم على أن «تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والاشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر»، ونلاحظ أن الدولة تبرم نوعين من العقود عقوداً مدنية وعقوداً إدارية، ونوضح اختصاص القضاء بكل نوع على الوجه التالي:

(47) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 993، لسنة 19 قضائية، بتاريخ 13 يناير سنة 1976.

(48) منشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، العدد 1344، السنة 27، ص5.

(49) منشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، العدد 1449، السنة 29.

## أولاً: اختصاص الدوائر العادية بنظر منازعات عقود الدولة المدنية

يخرج عن اختصاص الدائرة الإدارية في الكويت عقود الدولة المدنية، وتختص بتلك العقود الدوائر العادية، وهو ما أكدته محكمة التمييز في أحكامها، بأن عقود الدولة التي لا تتوافر فيها شروط العقد الإداري تدخل في ولاية الدوائر القضائية الأخرى غير الدائرة الإدارية<sup>(50)</sup>، وأكدت الدائرة التجارية بمحكمة التمييز على اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بعقود القانون الخاص التي تبرمها الدولة، كالعقود المبرمة بشأن القسائم الصناعية المملوكة للدولة والتي تعتبر من أموالها الخاصة<sup>(51)</sup>، كما أكدت محكمة التمييز على عدم اختصاص الدائرة الإدارية بالدعوى التي يرفعها المقاول من الباطن للمطالبة بحقوق ناشئة عن عقد إداري في مواجهة الجهة الإدارية<sup>(52)</sup>، وأكدت الدائرة التجارية لمحكمة التمييز على أنه ليس كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري يخضع لذلك القانون بما مقتضاه أن يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بمعناها الفني<sup>(53)</sup>، وقضت بأن اختصاص الدائرة الإدارية بنظر منازعات العقود التي تبرمها الدولة لا ينعقد إلا إذا عدّ العقد إدارياً<sup>(54)</sup>، وبالتالي لا تختص الدائرة الإدارية بمنازعات عقود الدولة المدنية، ولا تعد القرارات الصادرة بشأن تنفيذ تلك العقود من القرارات الإدارية<sup>(55)</sup>.

## ثانياً: اختصاص الدائرة الإدارية بنظر منازعات عقود الدولة الإدارية

نصت المادة (2) من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 بإنشاء دائرة المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية على أن «تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والاشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر»؛ ومن ثم إذا تحققت

(50) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية، الطعن رقم 768، 769 / 2002 تجاري، تاريخ الجلسة 2 مارس سنة 2005.

(51) حكم محكمة التمييز، الدائرة المدنية والتجارية، الطعن رقم 179 لسنة 2004 قضائية، بتاريخ 27 ديسمبر سنة 2004.

(52) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية، الطعن رقم 128، 140 / 1994 تجاري، بتاريخ 6 ديسمبر سنة 1994.

(53) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية، الطعن رقم 768، 769 / 2002 تجاري، تاريخ الجلسة 2 مارس سنة 2005.

(54) حكم محكمة التمييز، الدائرة المدنية، الطعن رقم 147 / 2001 مدني، تاريخ الجلسة 18 مارس سنة 2002.

(55) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 233 لسنة 1990 قضائية، بتاريخ 29 مارس سنة 1992.

في العقد المبرم بين جهة الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها شروط العقد الإداري اختصت الدائرة الإدارية بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد.

ويعد العقد إدارياً وتختص به الدائرة الإدارية إذا توافرت فيه شروط العقد الإداري بأن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بأنه سلطة عامة وأن يتصل العقد المبرم بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص، وذلك الاختصاص يتعلق بالنظام العام<sup>(56)</sup>، وقضت الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز بأنه إذا أخذ الترخيص بالانتفاع بالمال العام الممنوح للطاعن صورة العقد الإداري فلا يقبل منه الدفع بعدم اختصاص الدائرة الإدارية، وذلك إذا تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، كأن يتم النص في الترخيص على حق الوزارة في إنهاء الترخيص في أي وقت تراه للمصلحة العامة، وأنه لا يجوز للمرخص له الرجوع على جهة الإدارة بأية تعويضات من أي نوع بسبب إنهاء الترخيص<sup>(57)</sup>.

وتظل الدائرة الإدارية مختصة بنظر منازعات العقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة ولو تضمن العقد الإداري بعض الشروط التعاقدية التي تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وأنه في حالة عدم تضمن شروط العقد تنظيمياً لمسألة معينة؛ فإنه يتم تطبيق ما جرى عليه العرف السائد في سائر العقود الإدارية<sup>(58)</sup>، كما تختص الدائرة الإدارية بالمنازعات المتعلقة بعقود التوظيف التي تبرمها جهة الإدارة وأحد الأفراد والذي بمقتضاه يتولى هذا الأخير تحت إشرافها أمر وظيفة معينة ويكون ملتزماً بأعباء تلك الوظيفة مقابل حصوله على عدد من الحقوق ومن ثم فإنه يكون في مركز تعاقدية لائحي، ويتم تحديد مراكز هؤلاء المتعاقدين على أساس العقود الإدارية المبرمة معهم، وتسري القواعد القانونية واللائحية فيما لم يرد بشأنه نص في تلك العقود، ويدخل في ولاية القضاء الكامل ما تصدره جهة الإدارة المتعاقدة من قرارات إدارية تنفيذياً لتلك العقود<sup>(59)</sup>.

- (56) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 444 لسنة 1998 قضائية، بتاريخ 14 مارس سنة 1999.  
 (57) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 49 لسنة 2006 قضائية، بتاريخ 25 مارس سنة 2008.  
 وكذلك: حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 81 لسنة 2006، بتاريخ 3 فبراير سنة 2009.  
 (58) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 179 و183 لسنة 2009 قضائية، بتاريخ 28 مارس سنة 2012.  
 (59) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 134، لسنة 2009 قضائية، بتاريخ 9 مارس سنة 2011.

### ثالثاً: الدائرة الإدارية صاحبة الولاية العامة في منازعات العقود الإدارية

نرى أن نص المادة (2) من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية والتي نصت على أن «تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر»، يثير التساؤل حول ما إذا كان اختصاص الدائرة الإدارية بنظر منازعات عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، هل ورد على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟

ونرى أن المشرع في المادة السابقة قد أورد اختصاص الدائرة الإدارية بنظر منازعات العقود الإدارية على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فبعد أن نص على اختصاصها بمنازعات عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، أعقب بذلك بعبارة «...أو أي عقد إداري آخر»، مما يدل صراحة على أن الاختصاص المعقود للدائرة الإدارية في منازعات العقود الإدارية هو على سبيل المثال وليس الحصر، وهو ما يؤكد الفقه من أن المشرع ذكر في المادة السابقة أمثلة للعقود التي تعتبر إدارية بنص القانون، ثم وضع تعميماً بأن الدائرة الإدارية تختص أيضاً بأي عقد إداري آخر، ومن ثم فهذا توجيه من المشرع لتلك الدائرة بضرورة تحديد طبيعة العقد الذي تختص بنظر المنازعة فيه وحدها، مما يستتبع أن تعتنق الدائرة الإدارية نظرية عامة في التمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية التي تبرمها الدولة<sup>(60)</sup>، وأكدت محكمة التمييز على أن ذكر المشرع لعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد في المادة السابقة قد ورد على سبيل المثال وليس الحصر<sup>(61)</sup>.

ولم تتوسع الدائرة الإدارية في قبولها للطعن على العقود الإدارية، وسارت على نفس النهج الذي اتبعته الدوائر القضائية الأخرى، فأكدت في أحكامها على أن «...إذا

(60) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. عزيزة الشريف، دراسة في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

(61) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية، الطعن رقم 768، 769 / 2002 تجاري، تاريخ الجلسة 2 مارس سنة 2005. وكذلك: حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية، الطعن رقم 444، 450 / 98 تجاري بتاريخ 14 مارس سنة 1999.

ما صدر الحكم في الدعوى وتحدد نطاقها من حيث الموضوع أو الأسباب والأطراف انصرفت إليهم آثار الحكم وكان حجة عليهم بما قضى به، وبالتالي تتحقق لهم الصفة والمصلحة في الطعن على الحكم باعتبار أنهم من المحكوم ضدهم»<sup>(62)</sup>، وأكدت في حكم آخر بها بأنه «لا يكفي فيمن يختصم في الطعن أن يكون طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه بل يجب أن تكون له مصلحة في الدفاع عن الحكم حين صدوره»<sup>(63)</sup>، كما أكدت على أن الدعاوى الإدارية ليست من دعاوى الحسبة «التي يكفي تحقق المصلحة العامة لرفعها، بل يجب أن تتوافر المصلحة الشخصية المباشرة لرفعها حتى يمكن قبولها»<sup>(64)</sup>.

(62) محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، جلسة 2008/1/29، الطعن رقم 2006/139 إداري - مجلة القضاء والقانون - أكتوبر 2011 - السنة السادسة والثلاثون، الجزء الأول، صفحة 118.

(63) محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، جلسة 2004/9/27، الطعن رقم 2004/197 إداري، مجلة القضاء والقانون، السنة الثانية والثلاثون 2007، الجزء الثالث، صفحة 9.

(64) حكم محكمة الاستئناف، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 412، لسنة 2007ق، بتاريخ 17 مارس 2008.

وراجع في ذلك أيضاً:

حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 93، لسنة 1986ق، بتاريخ 14 يناير 1987.

## المبحث الثاني

### التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة

شهد مجلس الدولة الفرنسي العديد من التطورات والتي بمقتضاها تم التوسع في قبوله للطعن في العقود التي تبرمها الدولة، فهجر نظرية الإدماج وتبنى نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، في حين نجد أن مجلس الدولة المصري والدائرة الإدارية لم يتبن أي منهما نظرية الإدماج بل تبنيا نظرية القرارات المنفصلة منذ نشأتها.

وبناء على ذلك، نبحت تباعا تطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة «المطلب الأول»، و الطعن بالإلغاء في العقد الإداري «المطلب الثاني»، ورد الفعل المشرع المصري على توسع القضاء الإداري في قبول الطعن على العقود «المطلب الثالث».

### المطلب الأول

#### تطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة

تبنى مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات المنفصلة وظل يرفض قبول دعوى تجاوز السلطة ضد العقد الإداري، في حين تبني مجلس الدولة المصري منذ نشأته تلك النظرية كما أكد على تبنيه لنظرية القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة، وتبنت أيضا الدائرة الإدارية في الكويت نظرية القرارات المنفصلة.

وبناء على ذلك، نبحت تباعا مجلس الدولة الفرنسي ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة «الفرع الأول»، ومجلس الدولة المصري ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة «الفرع الثاني»، والدائرة الإدارية ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة «الفرع الثالث».

### الفرع الأول

#### مجلس الدولة الفرنسي ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة

نوضح في هذا الفرع تبني مجلس الدولة الفرنسي لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، فنبين مفهوم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، ثم نعرض التطبيقات القضائية لتلك النظرية.

أولاً: مفهوم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة «Théorie des actes détachables»

يعرف بعضهم القرارات الإدارية القابلة للانفصال بأنها «قرارات إدارية تكون جزءاً من بنية عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد»، فهي تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة في إطار عملية مركبة، مع إمكان تجنيب هذه التصرفات، لتمثل على حدة قرارات إدارية قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، دون أن يؤثر ذلك على كيان العملية ذاتها أو يعطلها أو يحول دون ترتيب آثارها القانونية<sup>(65)</sup>.

ويقسم الفقه القرارات الإدارية من حيث التكوين إلى قرارات بسيطة، كالقرار الصادر بمنح ترخيص أو برفضه، وقرارات إدارية مدمجة وهي التي تدخل في تكوين عملية قانونية مركبة تتم على مراحل، مثل القرار الصادر بإرساء المزاد أو المناقصة، وتتمثل أهمية ذلك التقسيم في أن القضاء الإداري في فرنسا وفي مصر يسمح بفصل القرار الإداري الذي يسهم في تكوين العملية القانونية، والطعن فيه على استقلال بقصد إلغائه، وكان على صاحب الشأن قبل تبني نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال أن ينتظر حتى تتم العملية القانونية، ثم له أن يطعن بعد ذلك في العملية بتمامها، فمثلاً إذا تم استبعاد شخص من الدخول في مناقصة معينة، فعليه أن يطعن في العقد الإداري الذي يُبرم نتيجة تلك المناقصة، أما بعد تبني تلك النظرية فتم السماح لمن تم استبعاده في المثال المذكور أن يتدارك ذلك الخطأ حال وقوعه بالطعن في القرار الإداري المنفصل<sup>(66)</sup>.

فالقرارات الإدارية التي تدخل في تكوين عمل إداري مركب لا تصدر مستقلة ولكن تكون مصاحبة لأعمال إدارية أخرى، وتلك القرارات قد تكون سابقة أو معاصرة أو

(65) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء واقتناء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الأول: إبرام العقد الإداري، 2004، ص 120 وما بعدها.

(66) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، 1991، ص 420 وما بعدها.

لاحقة على عمل إداري آخر مع وجود صلة ارتباط بينها وبين ذلك العمل<sup>(67)</sup>، فالعقد الإداري يمر بمراحل متعددة، وتدخل في تكوينه عناصر مختلفة منها ما له طبيعة عقدية، ومنها ما ينطبق عليه وصف القرارات الإدارية، كالقرار الصادر بالترخيص بإبرام العقد أو التصديق عليه، ورغم دخول تلك القرارات في العملية العقدية لكن يمكن فصلها عن تلك العملية نظرا لما تتمتع به من استقلال؛ ومن ثم الطعن عليها بدعوى الإلغاء<sup>(68)</sup>.

ويثور التساؤل عن الأحوال التي يكون فيها القرار قابلا للانفصال ويمكن الطعن عليه بالإلغاء، وللإجابة على ذلك استعان القضاء الإداري في فرنسا بمعياريين، الأول هو انعدام الدعوى الموازية «Recours Parallèle» أي عدم وجود طريق طعن قضائي يُمكن الطاعن من الوصول إلى نفس النتائج، والمعياري الثاني هو معيار موضوعي يقوم القاضي بتحديد بصرف النظر عن شخص الطاعن وموقعه من الخصومة، ويستعين القضاء في ذلك بالعديد من العناصر لتحديد مدى قابلية القرار للانفصال والطعن عليه على استقلال<sup>(69)</sup>.

وكانت القرارات التي تدخل في تكوين عمل إداري مركب لا تقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة الفرنسي تطبيقا لنظرية الدعوى الموازية «Théorie de Recours Parallèle»، وكان مجلس الدولة الفرنسي يحكم بعدم قبول الطعن في مثل هذه القرارات؛ لأن القانون قد نظم لصاحب الشأن طريقا آخر يستطيع به تحقيق ما توفره دعوى الإلغاء من مزايا، وكان يطبق ذلك على القرارات المصاحبة للعقد سواء السابقة على إبرامه أو المعاصرة أو اللاحقة عليه؛ وذلك لأن قاضي العقد «Juge du contrat» هو المختص بنظر كل منازعات ذلك العقد، بما في ذلك الطعون في القرارات المصاحبة له، وقبل تبني مجلس الدولة الفرنسي لتلك النظرية، كان يحكم بعدم القبول لأي طعن يتجاوز السلطة في القرارات التي تدخل في تكوين العقد، وكان عدم القبول يواجه كذلك المتعاقد مع جهة الإدارة؛ وذلك لوجود طريق طعن مواز؛ والمتمثل في الطعن في تلك القرارات أمام قاضي العقد بما له من ولاية

(67) لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دار النهضة العربية، 1993، ص 74 وما بعدها.

(68) راجع في ذلك: د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 64 وما بعدها.

(69) لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، بغداد، 1999، ص 198 وما بعدها.

قضاء كامل، كما كان يحكم كذلك بعدم قبول تلك الطعون إذا كانت مرفوعة من الغير، ثم تحول مجلس الدولة الفرنسي عن تلك النظرية إلى نظرية القرارات القابلة للانفصال «Théorie des actes détachables»<sup>(70)</sup>.

ويعيب بعضهم على تسمية الطعن الموازي، فعبارة طعن «Recours» تشير للبس بين مصطلح «دعوى» ومصطلح «الطعن على الأحكام»، كما أن وصف الطعن بأنه مواز منتقد لأن التوازي من خصائص علم الهندسة ولا مجال له في النظم القانونية، والأفضل استخدام مصطلح «دعوى أخرى غير دعوى الإلغاء يملك صاحب الشأن رفعها أمام مجلس الدولة نفسه أو أمام غيره»، وتلك النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي ولا سند لها من القانون، وقد لعبت تلك النظرية دورا هاما كوسيلة لتحديد نطاق كل من ولاية الإلغاء وولاية القضاء الكامل، وأداة لاحترام قواعد توزيع الاختصاص بين مجلس الدولة ومجالس دواوين المديرية من ناحية، وبين محاكم جهة القضاء العادي من ناحية أخرى، وتعد تلك النظرية مثالا للسياسة المرنة للمجلس في صياغته للمبادئ والنظريات على ضوء الاعتبارات العملية، ويحاول من خلالها إعمال مبدأ الشرعية في أوسع نطاق، بالتوسع في قبول دعوى الإلغاء<sup>(71)</sup>.

ويرى بعضهم<sup>(72)</sup> أن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة «Théorie des actes détachables» محاولة من مجلس الدولة الفرنسي لتبرير موقفه الراض لدعوى تجاوز السلطة ضد العقد الإداري، وأن تلك المحاولة غير مقنعة للأسباب الآتية:

1- أن الأسباب التي تقوم عليها فكرة رفض دعوى تجاوز السلطة غير منطقية.

2- قبول هذه الدعاوى من المتعاقد بالنسبة للقرارات المتعلقة بمرحلة إبرام العقد تدل دلالة قاطعة على عدم صدق الأسباب الراضة أصلا للدعوى ضد العقد ذاته، حيث

(70) Bernard-Franck Macéra, Les actes détachables dans le droit public français, Pulim, Paris, 1992, p. 17

«...la théorie des actes détachables a été conçue ab origine comme un palliatif à l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat, irrecevabilité qui était opposée non seulement aux partenaires contractuels de l'administration (lesquels disposaient, il est vrai, d'un recours «parallèle» sous la forme du recours contractuel de plein contentieux) mais aussi et surtout aux tiers, qui ne pouvaient prétendre attaquer en excès de pouvoir, en vue d'un contrôle de sa légalité objective, un contrat auquel ils n'étaient pas partie»

(71) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

(72) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. رأفت فودة، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 253 وما بعدها.

- إن المتعاقد أمامه أن يلجأ إلى قاضي العقد ذاته عن طريق دعوى القضاء الكامل.
- 3- التفرقة في طعون المتعاقد أثناء الإبرام وبعده لا أساس لها من الواقع والقانون؛ فوسائل عدم المشروعية الموضوعية قد توجد أثناء التنفيذ كما في مرحلة الإبرام؛ وذلك كالخروج على قاعدة الحقوق المكتسبة.
- 4- الاستثناءات التي أوردها مجلس الدولة للمتعاقد في مرحلة التنفيذ؛ لا تفسر إلا على ضوء ضعف المبدأ العام الراض لرفع الدعوى ضد العقد ذاته.
- 5- قبول دعوى تجاوز السلطة ضد قرار إبرام العقد، والادعاء بأنها ليست ضد العقد نفسه، أمر يحمل الكثير من التناقض.
- 6- نص المشرع الفرنسي في قانون حقوق وحرية الوحدات المحلية الصادر بتاريخ 2 مارس سنة 2891 والمعدل بالقانون رقم 28-326 والصادر بتاريخ 22 يوليو سنة 2891، في المواد (2، 64، 96) لممثل السلطة المركزية برفع دعوى تجاوز السلطة ضد بعض العقود التي ذكرها على سبيل الحصر في المادة (2) وذلك خلال شهرين من إحالتها إليه، أما بالنسبة للعقود التي لا تلتزم تلك الهيئات بإحالتها إليه، فإن لكل ذي مصلحة خلال شهرين من علمه بالعقد أن يطلب من ممثل السلطة المركزية أن يطعن في ذلك العقد بدعوى تجاوز السلطة، وإذا رفض ممثل السلطة المركزية، فإن الشخص المتضرر له أن يطعن في قرار ممثل السلطة المركزية بالإلغاء خلال المواعيد المحددة لدعوى تجاوز السلطة، ويرى ذلك الرأي أن هذا التدخل التشريعي يُعدّ قاصماً لمبدأ عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته.
- ونميل إلى تأييد ذلك الرأي، بالسماح برفع دعوى تجاوز السلطة ضد العقد ذاته من كل ذي مصلحة، وذلك وفقاً لما يقوم به مجلس الدولة من تطوير دائم للمبادئ التي أرساها، كما أنه يبتدع العديد من المبادئ الجديدة، وأن ذلك المبدأ سيتم تبنيه ولكن بعد فترة من الزمن، كما أن المشرع الفرنسي يطور دائماً من القواعد القانونية، والدليل على ذلك قانون حقوق وحرية الوحدات المحلية المعدل والصادر سنة 1982، فقد تبني صراحة مبدأ قبول دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته وفقاً للشروط التي نص عليها القانون، وإن كان ذلك ينطبق فقط على العقود التي تبرمها الهيئات والمؤسسات العامة المحلية ولا ينطبق على عقود السلطة المركزية، وتلك الدعوى لا توجه إلى القرارات التي

تقبل الانفصال عن العقد وإنما إلى العقد ذاته، ويحق لكل من المتعاقد والغير رفعها.

## ثانياً: التطبيقات القضائية لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة

### «Théorie des actes détachables»

ومن أوائل الأحكام التي طبق بها مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات المنفصلة هو حكم السيد «Martin» حيث كان عضواً بالمجلس العام لإقليم «Loir-et-Cher» فأقام طعناً في قرارات اتخذها ذلك المجلس في شأن عقد التزام الترام، واستند في طعنه إلى مخالفة مدير المجلس للقانون المتعلق بالتنظيم الإقليمي وذلك بدعوة المجلس للتداول وعدم توزيعه تقريراً مطبوعاً عن الموضوع قبل الانعقاد بثمانية أيام بالمخالفة للقانون. فتمسكت جهة الإدارة بأن تلك القرارات المطعون فيها لا يمكن أن تكون محلاً للطعن بالإلغاء لأنها أدت لإبرام العقد وليس للغير أن يطعن فيها أمام قاضي العقد «Le juge du contrat». ولكن مجلس الدولة الفرنسي أقر بقبول الطعن بالإلغاء في تلك القرارات. وكانت القاعدة أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء في الأعمال ذات الطبيعة التعاقدية؛ ليس فقط لأنها أعمال صدرت بإرادتين «Actes bilatéraux»، وأن الطعن بالإلغاء يوجه ضد الأعمال الصادرة من جهة الإدارة بإرادتها المنفردة «Acte unilatéral» ولكن كذلك لوجود طعن مواز «Recours parallèle» أمام قاضي العقد يحول دون قبول ذلك الطعن. وكان اتجاه مجلس الدولة الفرنسي قبل عام 1905 هو الحكم بعدم القبول «Irrecevabilité» سواء رفعت دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته أو ضد القرارات الإدارية التي تدخل في العملية العقدية، فتلك القرارات تكون مع العقد كلاً لا يتجزأ. واقترح مفوض الحكومة «Romieu» قبول الطعون المقامة من الغير في القرارات الإدارية الممكن فصلها عن العقد «Actes administratifs détachables du contrat»، وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي<sup>(73)</sup>.

(73) C.E., 4 août. 1905, Martin, Rec. 749, concl. Romieu. «L'administration soutenait que les délibérations attaquées, ayant abouti à la conclusion d'un contrat, ne pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et ne pouvaient être déferées qu'au juge du contrat. Le Conseil d'État n'a pas adopté cette thèse. Il a admis au contraire implicitement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé par le sieur Martin. traditionnellement les actes de nature contractuelle ne sauraient être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, non seulement parce qu'il s'agit d'actes bilatéraux et que le recours pour excès de pouvoir est, dans la conception traditionnelle, un procès fait à l'acte unilatéral d'une autorité administrative, mais aussi parce que l'existence d'un recours parallèle devant le juge du contrat fait obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Avant 1905 cette irrecevabilité concernait, outre le contrat lui-même, tous les actes administratifs, même unilatéraux, qui l'avaient préparé et rendu possible ; ces actes formaient, disait-on, un tout indivisible avec le contrat et ne pouvaient donc être attaqués qu'autant que ce dernier n'était pas devenu définitif».

ويعد من القرارات القابلة للانفصال كل قرار سابق على الإبرام النهائي للعقد، بما في ذلك القرار الصادر من جهة الإدارة بإبرام العقد أو إقراره أو رفضه<sup>(74)</sup>، وتطبق نظرية القرارات المنفصلة على عقود الإدارية وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، ويختص القاضي الإداري بالعقد الإداري أما عقود القانون الخاص فتدخل في اختصاص القضاء العادي<sup>(75)</sup>. ويقبل الطعن من الغير في القرارات التي أسهمت في إبرام العقد الإداري كطعن ممول لشخص محلي يتمسك بأن العقد يثقل أعباء البلدية وبالتالي يؤدي لزيادة الضرائب المحلية<sup>(76)</sup> كما يجوز للمحافظ بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 2 مارس 1982 أن يطعن أمام القاضي الإداري ببطلان العقود التي تبرمها وحدات الإدارة المحلية في نطاق المحافظة ويحق له أيضا الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال بالنسبة لتلك العقود<sup>(77)</sup>، ويقبل الطعن في القرارات المنفصلة من جميع الأشخاص الذين كانوا مرشحين لإسناد العقد الإداري إليهم ولكن تم إسناد العقد لغيرهم<sup>(78)</sup>.

ويتعين أن يكون سبب طعن تجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد هو مخالفتها لمبدأ الشرعية وليس مجرد الإخلال بالشروط الواردة في العقد «l'absence d'un acte détachable postérieur au contrat ne peut être invoquée la violation des clauses du contrat»<sup>(79)</sup>

وبالنسبة لأثر إلغاء القرار القابل للانفصال على العقد الإداري نفسه، فإن القاعدة العامة أنه لا يؤثر على العقد بشكل مباشر، ولكن على جهة الإدارة مع ذلك أن ترتب آثار إلغاء القرارات المنفصلة على العقد، فلها أن تقرر بنفسها بطلان العقد أو فسخه أو حتى تنفيذ العقد إلى حين انقضاء مدته، والجهة الإدارية تراعي في ذلك ما يمثله التنفيذ من أهمية للمرفق العام أو درجة تنفيذ الأداءات المقررة في العقد أو حالة الاستعجال أو

(74) CE., Ass. 30 mars. 1973, Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c. Schwetznoff, Rec. 264.

CE. Sect. 9 nov. 1934, Chambre de commerce de Tamatave, Rec. 1034.

(75) CE. Sect. 26 nov. 1954, Syndicat de la raffinerie de soufre française, Rec. 620.

(76) CE. 29 mars 1901, Casanova, Rec. 333.

(77) CE. Sect. 13 janv. 1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales, Rec. 7.

(78) CE. 30 mars 1906, Ballande, Rec. 261.

(79) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative - 17e édition, Paris. Dalloz. 2009, p.91

مراعاة للآثار المالية المترتبة على إنهاء ذلك العقد. وللغير أن يطلب من الجهة الإدارية اتخاذ التدابير الضرورية لترتيب آثار إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد، ومن ثم فإذا رفضت الجهة الإدارية ترتيب تلك الآثار فإن ذلك يعد قراراً سلبياً بالامتناع يجوز الطعن عليه بالإلغاء<sup>(80)</sup>.

## الفرع الثاني

### مجلس الدولة المصري ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة

نوضح في هذا الفرع مدى تبني مجلس الدولة المصري لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، ونرى أنه قد تبناها منذ نشأته، ونعقب ذلك بالتطبيقات القضائية لتلك النظرية، مع الإشارة إلى تأكيد مجلس الدولة المصري على تبنيه لنظرية القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة.

#### أولاً: تبني مجلس الدولة المصري لنظرية القرارات المنفصلة منذ نشأته

تبني مجلس الدولة المصري نظرية القرارات القابلة للانفصال «Théorie des actes détachables» منذ إنشائه وقبل أن يتقرر له الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ولم يأخذ بنظرية الإدماج «La théorie de l'incorporation»، وهو ما أكدته كل من محكمة القضاء الإداري<sup>(81)</sup>، والمحكمة الإدارية العليا<sup>(82)</sup> في أحكامهما.

#### ثانياً: التطبيقات القضائية لنظرية القرارات المنفصلة

قضت محكمة القضاء الإداري باختصاصها بنظر دعوى إلغاء قرارات إدارية متصلة بعقد من العقود التي أبرمتها الدولة، والتي يمكن فصلها عن ذلك العقد، فقضت في حكمها الصادر بتاريخ 25 نوفمبر سنة 1947 بأن «...العمليات التي تباشرها الإدارة منها ما قد يكون مركباً له جانبان: أحدهما تعاقدية بحث تختص به المحكمة المدنية، والآخر إداري يجب أن تسير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإداري المقرر

(80) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative - 17e édition, Paris, Dalloz, 2009, p.91

(81) حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 25 نوفمبر سنة 1947، المجموعة السنة الثانية، ص 10.

(82) حكم الإدارية العليا، القضيتان رقما 456، 320 لسنة 17 ق، بتاريخ 25 أبريل سنة 1975.

لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد، تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية، وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده، فتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات<sup>(83)</sup>، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بأنه «...ينبغي التمييز في مقام التكيف القانوني بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد بها لإجراء هذا العقد أو تهيبه لمولده. ذلك أنه بقطع النظر عن كون هذا العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته... ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلاً»<sup>(84)</sup>.

**ثالثاً: تأكيد مجلس الدولة على تبنيه لنظرية «القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة»**

أكد مجلس الدولة على تبنيه لنظرية القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة، وذلك كان بخصوص طعن الحكومة أمام المحكمة الإدارية العليا في حكمي محكمة القضاء الإداري الصادرين بشأن وقف تصدير الغاز لإسرائيل، فأكدت المحكمة الإدارية العليا على قبول الطعن في القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة، حيث صدر حكمها بجلسة 27 فبراير 2010 في الطعون أرقام 5546 و6013 و7975، والذي قضت فيه بأن الموافقة على تصدير الغاز إلى إسرائيل تعد صادرة عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم لتنظيم علاقاتها الدولية، وأن صفة «عمل السيادة» لا تلحق إلا بهذه الموافقة من حيث مبدأ التصدير. أما ما صدر عن مجلس الوزراء بتاريخ 18 سبتمبر 2000 ثم قرار وزير البترول رقم 100 لسنة 2004 بالتفويض في إجراءات التعاقد مع شركة شرق البحر الأبيض المتوسط لتصدير الغاز الطبيعي مع الشركات الواقعة في منطقة البحر المتوسط وأوروبا، بما فيها شركة كهرباء إسرائيل فقد صدرت عن سلطة وطنية ووفق التشريعات المصرية، ومن ثم فهما يشكلان قرارين إداريين قابلين للانفصال عن عمل السيادة المشار إليه ويخضع كل منهما لرقابة القضاء الإداري؛ وبناء على ما سبق قضت المحكمة بإلغاء الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري لأنه صدر في مسألة تتعلق بعمل من أعمال السيادة، ومن ثم فيجب أن يستمر تصدير الغاز الطبيعي

(83) حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 25 نوفمبر سنة 1947، المجموعة السنة الثانية، ص 10.

(84) حكم الإدارية العليا، القضيتان رقما 456، 320 لسنة 17ق، بتاريخ 25 أبريل سنة 1975.

المصري لإسرائيل ولكن مع مراجعة دورية للكميات والأسعار خلال مدة التعاقد بما يحقق الصالح المصري وضمانا لتوفير الاحتياجات المحلية، ووجوب مراجعة الحدين الأدنى والأعلى للأسعار بصفة دورية بما يتفق وتطورات أسعار السوق العالمي<sup>(85)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الدائرة الإدارية ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة

نوضح في هذا الفرع مدى تبني الدائرة الإدارية لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، ونرى أنها قد تبنت تلك النظرية منذ نشأتها، ثم نعقبها بالتطبيقات القضائية لتلك النظرية.

#### أولاً: تبني الدائرة الإدارية لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة منذ نشأتها

تبنت الدائرة الإدارية نفس النهج الذي اتبعه مجلس الدولة المصري، فطبقت نظرية القرارات القابلة للانفصال «*Théorie des actes détachables*» منذ نشأتها، ولم تأخذ بنظرية الإدماج «*La théorie de l'incorporation*»، وهو ما أكدته الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية<sup>(86)</sup>، بنظر الدعاوى المرفوعة لإلغاء القرار الصادر باستبعاد أحد المتقدمين للمناقصة لبطلان عطائه وقيام لجنة المناقصات المركزية بإرساء العطاء على مناقص آخر، وأكد ذلك أيضاً حكم الدائرة الإدارية بمحكمة الاستئناف<sup>(87)</sup>، والدائرة الإدارية بمحكمة التمييز<sup>(88)</sup>، ونلاحظ في تلك الأحكام إنه وإن تم رفض دعوى المدعية؛ فإن ذلك كان لمشروعية القرار الصادر باستبعاد عطائها، ولكن قضت الدائرة الإدارية باختصاصها بنظر تلك الدعاوى، ولم يطعن ممثل الحكومة بعدم اختصاص المحكمة ولكن كان طعنه ينصب على رفض الدعوى لمشروعية القرار الصادر من لجنة المناقصات المركزية باستبعاد العطاء.

(85) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعون أرقام 5546 و6013 و7975، لسنة 55ق، تاريخ الجلسة 27 فبراير 2010.

(86) حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية، الدعوى رقم 6 لسنة 1985 إداري، بتاريخ 27 مايو سنة 1985.

(87) حكم الدائرة الإدارية بمحكمة الاستئناف، الطعن رقم 922 لسنة 1985، بتاريخ 15 نوفمبر سنة 1985.

(88) حكم محكمة التمييز، الطعن رقم 1985/239 تجاري، بتاريخ 25 يونيو سنة 1986.

## ثانياً: التطبيقات القضائية لنظرية القرارات المنفصلة

أكدت الدائرة الإدارية في العديد من أحكامها باختصاصها بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري وذلك كالقرار الصادر باستبعاد أحد المناقصين من التقدم للمناقصة، والقرار الصادر بترسية المناقصة، وهو ما أكدتته الدائرة الإدارية في أحكامها؛ حيث قضت بأنه « وان كان العقد الإداري لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه من طرفيه ، وأن إخطار المناقص أو المزايد الفائز بقبول عطاءه وما يترتب عليه بعد ذلك من مباحثات ومفاوضات تدور بين الطرفين خلال المراحل التمهيديّة التي تسبق إبرام العقد ، أو أية قرارات تصدر خلال تلك المرحلة لا تعدو أن تكون من الإجراءات التمهيديّة لإبرام العقد إلا أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التصرفات التي لا تعد أعمالاً مادية وتستهدف التمهيّد لإبرام العقود الإدارية أو السماح بإبرامها أو تلك التي تحول دون ذلك ، تصلح لأن تكون محلاً لدعوى الإلغاء متى تمت في ظل العمل بأحكام القانون رقم 61 لسنة 1982 المعدل لأحكام المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة لنظر المنازعات الإدارية ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها الأولى اقامت دعواها طعناً على تصرفات أبرمت في ظل العمل بأحكام القانون المشار إليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص في نطاق سلطته في فهم الواقع في الدعوى وبما له أصل ثابت بالأوراق إلى أن هذه التصرفات المتمثلة في قرار مصادرة قيمة خطاب الضمان المقدم من الشركة المطعون ضدها الأولى بعد طلب مدّ صلاحيته بدون موافقة من الأخيرة ، لا تعد من الأعمال المادية وتصلح لأن تكون محلاً لدعوى الإلغاء أمام الدائرة الإدارية ورتب عليه قضاءه برفض الدفع المبدى من الطاعن بصفته بعدم اختصاص تلك الدائرة بنظر الدعوى ، فإنه لا يكون قد خالف القانون ولم يخطئ في تطبيقه ويضحى النعي عليه بهذا السبب على غير أساس»<sup>(89)</sup>.

كما قضت الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز باختصاصها بنظر الطلب المقدم من الطاعن بإلغاء قرار الترسية الصادر من لجنة المناقصات المركزية والمتعلق بطرح مناقصة لتجهيز خدمات التنظيف والنقل الداخلي والتخلص من النفايات بمبنى مجمع وزارة الإعلام والإدارات التابعة لها، والذي تم فيه تخطى شركة الطاعن وإرساء

(89) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية الأولى والإدارية، الطعن رقم 964/2000 إداري، تاريخ الجلسة 20 يونيو سنة 2005.

المناقصة على الشركة التالية لها في الترتيب بالمخالفة لأحكام القانون رقم (37) لسنة 1964 في شأن المناقصات، فقضت الدائرة الإدارية بإلغاء القرار المطعون فيه بتاريخ 19 فبراير سنة 2001، وهو ما تم تأييده عن طريق حكم محكمة الاستئناف بتاريخ 17 فبراير سنة 2002، وتم الطعن على ذلك الحكم بالتمييز فأيدت الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز حكم محكمة الاستئناف، وأكدت على أن مبدأ آلية المناقصة تكون سلطة الإدارة فيه مقيدة بإرساء المناقصة على العطاء المتفق وشروط المناقصة والأقل سعرا، وأن تلك القواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء؛ لكفالة احترام مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المناقصين جميعا<sup>(90)</sup>.

وقضت الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز باختصاصها بنظر الطعن المقدم إليها بإلغاء القرار الصادر بترسية المناقصة الخاصة بالنظافة والتخلص من النفايات والمراسلات الداخلية لجميع قطاعات وزارة التخطيط على رابع أقل الأسعار واستبعاد شركته، بالإضافة إلى الحكم له بالتعويض الجابر للأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء ذلك القرار، وقضت الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بإلغاء ذلك القرار وتعويض الطاعن بتاريخ 19 مارس سنة 2001، وتم استئناف الحكم فقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم وزيادة مبلغ التعويض للطاعن بتاريخ 27 أبريل سنة 2003، ثم قضت محكمة التمييز بتمييز ذلك الحكم وذلك لثبوت مشروعية قرار الإدارة باستبعاد الطاعن<sup>(91)</sup>.

(90) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 225/2002 إداري، تاريخ الجلسة 21 أبريل سنة 2003.

(91) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 435/491/2003 إداري، بتاريخ 16 فبراير سنة 2004.

## المطلب الثاني

### الطعن بالإلغاء في العقد الإداري

قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في العقد الإداري من الغير، وذلك بمقتضى قانون حقوق وحرريات الهيئات المحلية الصادر في 2 مارس سنة 1982، كما سمح في أحكامه الحديثة للغير بأن يطعن بالإلغاء في العقد الإداري، وهو ما تبناه مجلس الدولة المصري ولكنه توسع إلى الحد الذي جعل من تلك الدعوى دعوى حسبة لحماية المال العام، في حين لم تتبن الدائرة الإدارية في الكويت تلك التطورات الحديثة.

وبناء على ذلك، نبحت تباعا مجلس الدولة الفرنسي وقبول الطعن بإلغاء العقد الإداري «الفرع الأول»، ومجلس الدولة المصري وقبول الطعن بإلغاء العقد الإداري «الفرع الثاني»، ومدى إمكانية تبني الدائرة الإدارية في الكويت لطعن الغير بإلغاء العقد الإداري «الفرع الثالث».

### الفرع الأول

#### مجلس الدولة الفرنسي وقبول الطعن بإلغاء العقد الإداري

نوضح في هذا الفرع مدى قبول مجلس الدولة الفرنسي للطعن بالإلغاء في العقد الإداري، ونتعرض لمرحلة ما بعد صدور قانون حقوق وحرريات الهيئات المحلية بتاريخ 2 مارس سنة 1982، ثم الاتجاه الحديث الذي تبناه وقرر بمقتضاه السماح للغير في العقد الإداري بالطعن في صحة العقد أمام قاضي العقد ذاته.

#### أولاً: مرحلة ما بعد صدور قانون حقوق وحرريات الهيئات المحلية 1982

أصدر المشرع الفرنسي بتاريخ 2 مارس سنة 1982 القانون رقم 213 لسنة 1982 والمعدل بالقانون رقم 623 لسنة 1982 بشأن حقوق وحرريات الهيئات المحلية «Droits et libertés des communes, des départements et des régions»<sup>(92)</sup>، وقد أحل هذا القانون نظام الرقابة القضائية محل نظام الوصاية الإدارية على أعمال الهيئات المحلية، وسمح ذلك القانون لممثل الدولة بالطعن بالإلغاء على العقود نفسها والتي تبرمها تلك الهيئات وكذلك الطعن على القرارات القابلة للانفصال عن تلك العقود،

(92) Loi n° 82213- du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions

وذلك القانون قد أحدث تغييرا عميقا في توزيع الاختصاصات بين السلطة المركزية والهيئات المحلية وتبنى نظام اللامركزية «Décentralisation» بشكل يحقق استقلال تلك الهيئات، وأكد الفقه على أن قانون 2 مارس سنة 1982 قد أصبح من الناحيتين السياسية والقانونية هو قانون اللامركزية «La loi de décentralisation» في دولة فرنسا، والذي من شأنه التأكيد على أن فرنسا دولة تطبق نظام اللامركزية الإدارية وتبتعد عن تركيز الاختصاصات الإدارية في يد الحكومة المركزية في العاصمة<sup>(93)</sup>.

ويطعن ممثل السلطة المركزية في بعض العقود التي تبرمها الهيئات المحلية والتي حددها قانون سنة 1982<sup>(94)</sup>، وقد اعتبر مجلس الدولة ذلك الطعن هو طعن تجاوز السلطة بالمعنى الحقيقي<sup>(95)</sup>، وبالإضافة إلى ذلك لمثل السلطة المركزية أن يطعن أيضا بتجاوز السلطة في القرارات القابلة للانفصال بالنسبة لجميع العقود التي تبرمها تلك الهيئات<sup>(96)</sup>.

وأصبحت -وفقا لذلك القانون- قرارات الهيئات المحلية نافذة من تاريخ إحالتها إلى ممثل الدولة أو من تاريخ نشرها أو إعلانها، وقد حدد القانون رقم 213 لسنة 1982 والمعدل بالقانون رقم 623 لسنة 1982 بعض العقود تلتزم السلطات المحلية بإحالتها إلى ممثل الدولة، ولا تكون نافذة إلا من تاريخ الإحالة وهي عقود الامتياز، وعقود إيجار المرافق المحلية، وعقود القروض، وعقود الأشغال العامة، ولمثل الدولة الطعن فيها بالإلغاء خلال شهرين من تلك الإحالة أمام المحكمة الإدارية.

أما بالنسبة لأنواع الأخرى من العقود فإن ذلك القانون لم يشترط لنفاذها أن يتم إحالتها إلى ممثل الدولة، بل أنها تعتبر نافذة من تاريخ نشرها أو إعلانها، ولا يستطيع ممثل الدولة الطعن في تلك العقود بالإلغاء من تلقاء نفسه، ولكن يجوز له ذلك بناء

(93) Thoenig Jean-Claude, Dupuy François. La loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation. De l'analyse des textes à l'observation des premiers pas. In: Revue française de science politique, 33<sup>e</sup> année, n°6, 1983. p.962

(94) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. رأفت فودة، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 253 وما بعدها.

- د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ص 121 وما بعدها.

(95) C.E., sect. 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie, Rec. 302

(96) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative - 17e édition, Paris. Dalloz, 2009, p.91

على طلب من الغير الذي لحقه ضرر من جراء ذلك العقد سواء كان شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا، ويتمتع ممثل الدولة بسلطة تقديرية في الاستجابة لطلب الغير بالطعن في ذلك العقد، ولكن من ناحية أخرى يحق لهذا الغير في حالة عدم استجابة ممثل الدولة لطلبه أن يطعن في ذلك القرار بالإلغاء.

كما يجوز لممثل الدولة طلب وقف تنفيذ القرارات الصادرة من الهيئات المحلية وفقا للقانون الصادر سنة 1982، وتم الأخذ بنظام وقف التنفيذ العاجل خلال (48) ساعة في حالة ما إذا كان القرار المطلوب وقف تنفيذه من شأنه تعريض ممارسة إحدى الحريات العامة أو الفردية للخطر.

وهذا يعد تحولاً كبيراً في مجال الطعن على عقود الدولة، ولكن ذلك التحول يقتصر فقط على العقود التي تبرمها الهيئات المحلية دون غيرها، ومن ثم لا يمتد إلى العقود التي تبرمها الهيئات المركزية، كما أن الطعن بالإلغاء في عقود الهيئات المحلية يقتصر تقديمه عن طريق ممثل الدولة.

### ثانياً: مرحلة السماح للغير بالطعن في صحة العقد أمام قاضي العقد

توسع مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 16 يوليو 2007 في قبوله للطعن في العقود التي تبرمها الدولة، وذلك بقبول الطعن في العقد الإداري ذاته من الغير وليس من طرفي العقد، ومن ثم فلم يقصر الطعن من الغير على القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية العقدية بل جعله يشمل العقد ذاته، حيث قضى بإلغاء حكم قاضي المحكمة الإدارية برفض طلب الشركة المدعية بالطعن في العقد الإداري المبرم بين جهة الإدارة وشركة أخرى، وتتلخص وقائع الدعوى في أنه بخصوص عقد أشغال عامة بمطار « Le Raizet à Pointe-à-Pitre » لوضع إشارات بالمنطقة المخصصة للطائرات وبطريق المطار وأرصفتها، قامت غرفة التجارة والصناعة في مدينة « Pointe-à-Pitre » بإسناد التعاقد لشركة « Rugoway »، فقامت إحدى الشركات التي تم رفض عطائها برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية في مدينة « Basse-Terre » لوقف تنفيذ القرار الصادر من غرفة التجارة والصناعة برفض عطائها والقرار الصادر بإسناد العقد إلى شركة « Rugoway » وقرار التوقيع بإبرام العقد وأيضا الطعن على العقد نفسه « Marché lui-même ».

وأوضح المجلس في حيثيات حكمه أنه من حيث استقلال دعاوى أطراف العقد الإداري « Indépendamment des actions dont les parties au contrat » والتي لهما

استعمالها أمام قاضي العقد « Le juge du contrat »، فإن لكل منافس تم إقصاؤه من التعاقد «Le concurrent évincé» أن يطعن أمام نفس القاضي بدعوى القضاء الكامل «Pleine juridiction» في صحة هذا العقد «La validité de ce contrat» أو في بعض بنوده «Clauses»، ورفع الدعوى يتعين أن يتم في غضون شهرين تحسب من انتهاء إجراءات الإعلان عن إبرام العقد وطريقة إبرامه وكل ما يتعلق بالعقد ما عدا المسائل التي تعتبر من الأسرار التي لا يجوز إعلانها والتي حددها القانون، وللقاضي أن يحكم بالإلغاء الكلي أو الجزئي للعقد أو بتعديل بعض بنوده<sup>(97)</sup>.

وبالتالي يعد ذلك مبدأ وقاعدة جديدة أقرها مجلس الدولة الفرنسي بالسماح للغير في العقد الإداري والذي تم استبعاده من التعاقد أن يطعن على العقد نفسه «Le contrat lui-même» فيما يتعلق بصحة العقد ذاته أو بصحة بعد بنوده، فالقاعدة التقليدية أن دعوى تقرير البطلان للعقد ذاته لا يملكها سوى طرفي العقد أو أحدهما، ويختص بها القضاء الكامل بوصفه قاضي العقد. أما القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري فيملك الغير أن يطعن عليها أمام قاضي الإلغاء طالما كانت له مصلحة في رفع الدعوى أمام قاضي الإلغاء، ومن ثم فليس له الحق في رفع دعوى ضد العقد الإداري ذاته أو اللجوء أمام قاضي العقد، فالغير في العقد الإداري كانت نظرية القرارات المنفصلة هي السبيل الوحيد أمامه للطعن في تلك القرارات أمام قاضي الإلغاء<sup>(98)</sup>.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي ذات المبدأ في حكمه الصادر بتاريخ 4 أبريل 2014، فقد فتح الباب للجميع من الغير «Tout tiers» في أن يطعنوا في العقد

(97) C.E., 16 juillet 2007, Societetropic travaux signalisation, n° 291545.

«Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi... soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement».

(98) راجع في تفصيلات ذلك: د. زكي محمد محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية «دراسة مقارنة»، المرجع السابق، ص 315 وما بعدها.

الإداري نفسه أمام قاضي العقد «Le juge du contrat»، والغير هنا يشمل كل شخص أصابه ضرر من العقد، وكانت له مصلحة مباشرة بشكل كافٍ ومؤكدة «Suffisamment directe et certaine»، فلمن تم استبعاده من التعاقد أن يطعن في صحة العقد أمام قاضي العقد نفسه، وتكون ولاية القاضي هنا ولاية القضاء الكامل «Pleine juridiction»، وأكد مجلس الدولة أن للغير أن يطعن في صحة العقد ذاته أو في صحة بعض بنوده غير المشروعة « La validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires»<sup>(99)</sup>.

ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي بهذا الحكم على حق الغير في العقد الإداري أن يلجأ إلى الطعن المباشر «Recours direct» في صحة العقد أمام قاضي العقد نفسه، وقبل هذا التاريخ كان يقتصر على المتعاقدين دون غيرهم الحق في الطعن على العقد أمام قاضي العقد، أما بعد ذلك الحكم فلكل شخص أصابه ضرر من إبرام ذلك العقد أن يطعن فيه أمام قاضي العقد، وذلك بالطبع سيكون في المخالفات الجسيمة لمبدأ المشروعية، ووجود علاقة مباشرة بين تلك المخالفات ومصالحهم الضرورية لمبدأ «Intérêt lésé»، وهذا يخالف المبدأ التقليدي الذي كان مستقرا والذي كان يسمح فقط للمتعاقدين دون غيرهم بالطعن مباشرة في صحة العقد عن طريق اللجوء إلى قاضي العقد «Contester directement la validité devant le juge du contrat»، وكان مبرر ذلك هو الحفاظ على استقرار العلاقات التعاقدية التي تدخل فيها الدولة بمنع الغير من ولوج ذلك الطريق، ولم يكتف مجلس الدولة الفرنسي بنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد والتي بموجبها سمح للغير بالطعن في صحتها أمام قاضي الإلغاء، كما لم يكتف بنص المشرع على حق ممثل الدولة في الطعن بالإلغاء في العقود التي تبرمها الهيئات المحلية وفقا لقانون حقوق وحرريات الهيئات المحلية.

(99) CE., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994.

«Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 55113- et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles».

## - رأينا الخاص:

نرى أن ذلك الاتجاه يُسهم في التوسيع من نطاق تطبيق مبدأ المشروعية على كافة أعمال الجهة الإدارية، بما يحافظ على الأموال العامة، ويُفعل من دور الشعب في القيام بالمحافظة على تلك الأموال، ولكن يتعين ألا يحول مجلس الدولة الفرنسي تلك الدعوى إلى دعوى شعبية، وذلك بأن يشترط توافر شرط المصلحة لدى رافع الدعوى؛ بأن يكون قد لحقه ضرر من جراء ذلك العقد المطعون في صحته، وأن تكون هناك مخالفات جسيمة لحقت بهذا العقد مما يبرر للغير أن يطعن في صحته أمام قاضي العقد نفسه.

## الفرع الثاني

## مجلس الدولة المصري وقبول الطعن بإلغاء العقد الإداري

نوضح في هذا الفرع قبول مجلس الدولة المصري للطعن بالإلغاء في العقد الإداري، ونبين أنه قد تبنى ذلك الاتجاه في العديد من أحكامه، والذي حول به دعوى الطعن في عقود الدولة إلى دعوى حسبة لحماية المال العام، وذلك في العديد من أحكامه، والتي نذكر منها حكمه في عقد بيع أرض مدينتي، وحكمه بإبطال عقد شركة مصر شبين الكوم للغزل والنسيج، وحكمه بإبطاله عقد بيع شركة عمر أفندي.

توسع القضاء الإداري في مصر في قبوله للطعن على عقود الدولة؛ وذلك بتبنيه لدعوى الحسبة من أجل حماية الأموال العامة، وقبوله للطعون المرفوعة من الغير بإلغاء العقد الإداري؛ وقضت محكمة القضاء الإداري بتوافر شرطي الصفة والمصلحة لدى المدعي لكونه من مواطني جمهورية مصر العربية، وأن لكل مواطن صفة ومصلحة أكيدة في اللجوء للقضاء مطالباً بحماية الملكية العامة؛ واستندت في ذلك إلى نص المادة (33) من دستور 1971 التي نصت على أن «الملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون»، وترى المحكمة أنه وفقاً لتلك المادة ألقى المشرع الدستوري على عاتق كل مواطن التزاماً بحماية الملكية العامة من أي اعتداء والذود عنها ضد كل من يحاول العبث بها أو انتهاك حرمتها، الأمر الذي من شأنه أن يجعل لكل مواطن صفة ومصلحة أكيدة في اللجوء للقضاء مطالباً بحماية الملكية العامة، سواء بإقامة الدعوى ابتداءً أو بالتدخل في دعوى مقامة بالفعل، وبالتالي أجاز القضاء الإداري للغير الطعن في العقد الإداري نفسه بالبطلان.

ومن أهم تلك الأحكام حكم محكمة القضاء الإداري ببطلان عقد مدينتي<sup>(100)</sup>، والذي سمحت فيه المحكمة للغير في العقد الإداري بالطعن في العقد ذاته بالبطلان، وقضت بتوافر شرط المصلحة لدى المدعي لمجرد كونه من مواطني جمهورية مصر العربية، وهدفه هو حماية الأموال العامة، وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري بإبطال عقد بيع شركة مصر شبين الكوم للغزل والنسيج<sup>(101)</sup>، وعقد بيع شركة عمر أفندي<sup>(102)</sup>، وعقد استغلال منجم الذهب بجبل السكري<sup>(103)</sup>، وعقد بيع شركة النصر للمراجل البخارية<sup>(104)</sup>، وعقد بيع شركة النيل لحليج الأقطان<sup>(105)</sup>، وإلغاء القرار الصادر بتصدير الغاز لإسرائيل<sup>(106)</sup>، وقبول دعوى لإلغاء قرار الحكومة بعرض الآثار المصرية في اليابان<sup>(107)</sup>، وإبطال عقد بيع شركة طنطا للكتان والزيوت<sup>(108)</sup>، وإبطال عقد بيع أرض بالم هيلز<sup>(109)</sup>، ونكتفي بعرض ثلاثة منها على النحو التالي:

#### أولاً: حكم محكمة القضاء الإداري في عقد بيع أرض مدينتي 22 يونيو 2010

وتتلخص وقائع الدعوى في أنه تم رفع دعوى من المدعين أمام محكمة القضاء الإداري للمطالبة ببطلان عقد البيع الابتدائي المؤرخ 1 أغسطس 2005 وملحقه، المبرم بين هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة والشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني بخصوص بيع الهيئة للشركة مساحة ثمانية آلاف فدان، بمدينة القاهرة الجديدة لإقامة مشروع للإسكان الحر تحت مسمى «مدينتي» للإسكان الفاخر الذي تصل قيمة الوحدة فيه إلى عدة ملايين جنيه واحتياطياً بفسخ العقد، وأوضح المدعي أنه فوجئ بنشر العقد في موقع إحدى الصحف دون إعلان عن مزايده أو اتخاذ إجراءات

- 
- (100) حكم محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 12622، لسنة 36ق، تاريخ الجلسة 22 يونيو 2010.
- (101) حكم محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار، الدعوى رقم 34517، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 21 سبتمبر 2011.
- (102) حكم محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية، الدعوى رقم 42978، لسنة 60ق، تاريخ الجلسة 16 مايو 2009.
- (103) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 57579، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 30 أكتوبر 2012.
- (104) حكم محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية، الدعوى رقم 40510، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 21 سبتمبر 2011.
- (105) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 37542، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 17 ديسمبر 2011.
- (106) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 33418، لسنة 62ق، بتاريخ 18 نوفمبر 2008.
- (107) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 10664، لسنة 54ق، تاريخ الجلسة 20 فبراير 2001.
- (108) حكم محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية، الدعوى رقم 34248، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 21 سبتمبر 2011.
- (109) حكم محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 49065، لسنة 64ق، تاريخ الجلسة 26 أبريل 2011.

قانونية بالمخالفة لقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 التي تسري على جميع هيئات الدولة بما فيها هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، علماً بأن قيمة هذه الأرض تبلغ مائة وخمسة وستين مليار جنيه مصري تم تخصيصها بالمجان للمذكور بصفته رئيس مجلس إدارة الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني وفقاً للعقد المشار إليه، فدفعت جهة الإدارة بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرطي المصلحة والصفة في المدعين وبأنهما لم يقدمتا أي طلبات إلى هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة بخصوص تخصيص قطعة أرض لهما بمدينة القاهرة الجديدة.

فقضت محكمة القضاء الإداري بتوافر شرطي الصفة والمصلحة لدى المدعين، وأسست ذلك على توافر صفة المواطن لديهما وحققهما في حماية الملكية العامة، وجاء بحكمها أنه «... لما كان ما تقدم، وكان المدعيان من مواطني جمهورية مصر العربية وهم من المخاطبين بأحكام الدستور ويحق لهما الدفاع عما يبدو لهما أنه حق من حقوقهما المتعلقة ببيع جزء من أراضي الدولة»<sup>(110)</sup>.

### ثانياً: حكم محكمة القضاء الإداري بإبطال عقد بيع شركة مصر شبين الكوم للغزل والنسيج بتاريخ 21 سبتمبر 2011

وتتلخص وقائع الدعوى في أن المدعي رفع دعواه مطالبا بإبطال عقد بيع كامل الأصول المادية والمعنوية للشركة المذكورة وحق الإيجار للأرض لمدة 25 سنة، موضحاً أن الشركة المذكورة كانت إحدى قلاع صناعة الغزل والنسيج ومساحتها 157 فدان ولها العديد من مخازن الإنتاج والمعدات والخامات. وأضاف المدعي بأن قرار البيع قد خالف قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، وأهدر حقوق العمال الذين تم تشريدهم وإحلال آخرين بدلاً منهم بعقود مؤقتة، فقضت المحكمة بقبول الدعوى وأسست حكمها في توافر شرطي الصفة والمصلحة على أساس أن للملكية العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن وفقاً لما ينص عليه الدستور، وقضت المحكمة بأن «... المادة (6) من الإعلان الدستوري المعمول به حالياً المقابلة للمادة (33) من دستور جمهورية مصر العربية الساقط قد نصت على أن «للملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون»، وبذلك فقد ألقى المشرع الدستوري على عاتق كل مواطن التزاماً بحماية الملكية العامة من أي

(110) حكم محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 12622، لسنة 36ق، تاريخ الجلسة 22 يونيو 2010.

اعتداء والذود عنها ضد كل من يحاول العبث بها أو انتهاك حرمتها، الأمر الذي من شأنه أن يجعل لكل مواطن صفة ومصلة أكيدة في اللجوء للقضاء مطالباً بحماية الملكية العامة»<sup>(111)</sup>.

**ثالثاً: حكم محكمة القضاء الإداري بإبطال عقد بيع شركة عمر أفندي بتاريخ 7 مايو 2011.**

قضت محكمة القضاء الإداري في تلك الدعوى بتوافر شرطي الصفة والمصلحة لرافع دعوى الإلغاء استناداً إلى أن المشرع الدستوري قد ألقى على عاتق كل مواطن التزاماً بحماية الملكية العامة من أي اعتداء والذود عنها ضد كل من يحاول انتهاك حرمتها، الأمر الذي من شأنه أن يجعل لكل مواطن صفة ومصلة أكيدة في اللجوء للقضاء مطالباً بحماية الملكية العامة.

ونود التأكيد على توفر شرطي الصفة والمصلحة بالنسبة للعاملين بشركة عمر أفندي إذا قاموا بالطعن على القرار الإداري المترتب عليه بيع الشركة، ولكن محكمة القضاء الإداري لم تقصر رفع الدعوى بالإلغاء عليهم فقط بل توسعت في ذلك، فقضت بأن كل مواطن له صفة ومصلة أكيدة في اللجوء للقضاء للمطالبة بحماية الملكية العامة، سواء بإقامة الدعوى ابتداءً أو بالتدخل في دعوى مقامة بالفعل.

وتتلخص وقائع الدعوى في أن المدعي قد تقدم للمحكمة بدعوى لإلغاء قرار المجموعة الوزارية للسياسات الاقتصادية والمعتمد من كل من اللجنة الوزارية للخصخصة ومجلس الوزراء ببيع شركة عمر أفندي وما يترتب على ذلك من آثار أهمها بطلان عقد بيع شركة عمر أفندي، وقد قضت المحكمة بانعدام القرار المطعون فيه واستندت في ذلك إلى أن ذلك القرار «... قد خالف أحكام القانون والقرارات المنظمة لبيع مساهمات المال العام المملوكة للدولة والبنوك وشركات قطاع الأعمال العام والأشخاص الاعتبارية العامة، وقد بلغت هذه المخالفات حداً من الجسامة أدى إلى إهدار المال العام والتفريط فيه ببيع أسهم شركة عمر أفندي بثمن لا يتناسب مطلقاً والحقوق والامتيازات التي حصل عليها المشتري، فضلاً عن تسليم المشتري عقارات مملوكة

(111) حكم محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار، الدعوى رقم 34517، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 21 سبتمبر 2011.

للشركة مجاناً ودون أي مقابل على النحو سالف البيان، والسماح له ببيع أصول ذات طابع أثري وتاريخي وحضاري لا يجوز التصرف فيها، وتمكين المستثمر من بيع أصول الشركة بالقيمة السوقية رغم تقييمها على أساس التدفقات النقدية المخصومة، وتمكينه من التهرب الضريبي وتحميل الشركة قيمة الضرائب المستحقة الأداء منه شخصياً، وغيرها من المخالفات السالف بيانها، وهي مخالفات من شأنها أن تهوي بالقرار المطعون فيه إلى درك الانعدام، ليصبح هو والعمل المادي سواء، فلا تلحقه أي حصانة، ولا يتقيد من ثم بالمواعيد المقررة لسحب وإلغاء القرارات الإدارية»<sup>(112)</sup>، ورتبت المحكمة على انعدام القرار المطعون فيه بطلان العقد بطلاناً ينسحب بحكم اللزوم على كامل الالتزامات التي ترتبت على العقد.

واتبعت محكمة القضاء الإداري ذات النهج من الاكتفاء بصفة المواطن لقبول الدعوى والقول بتوافر شرط المصلحة، وقبول الطعن المقدم من الغير بإلغاء العقد الإداري، وذلك في حكمها بإبطال عقد استغلال منجم الذهب بجبل السكري بتاريخ 30 أكتوبر 2012<sup>(113)</sup>، وحكمها بإبطال عقد بيع شركة النصر للمراجل البخارية بتاريخ 21 سبتمبر 2011<sup>(114)</sup>، وحكمها بإبطال عقد بيع شركة النيل لحليج الأقطان بتاريخ 17 ديسمبر 2012<sup>(115)</sup>.

## • رأينا الخاص:

يتضح من خلال تلك الأحكام مدى التوسع الذي تبناه مجلس الدولة المصري في

(112) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 11492، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 7 مايو 2011.

(113) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 57579، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 30 أكتوبر 2012.

قضت المحكمة بأن «... لكل مواطن مصري صفة ومصلحة في النعي على مثل هذا التصرف بولوج سبيل الدعوى القضائية دفاعاً عن حقه في هذه الثروة... وبناءً عليه يكون للمدعي مصلحة حقيقية وليست نظرية في دعواه الماثلة»  
(114) حكم محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية، الدعوى رقم 40510، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 21 سبتمبر 2011.

قضت المحكمة بأن «... المادة (6) من الإعلان الدستوري المعمول به حالياً «المقابلة للمادة (33) من دستور جمهورية مصر العربية الساقط» قد نصت على أن «الملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون»، وبذلك فقد ألقى المشرع الدستوري على عاتق كل مواطن التزاماً بحماية الملكية العامة»  
(115) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 37542، لسنة 65ق، تاريخ الجلسة 17 ديسمبر 2011.

قضت المحكمة بأنه «... بالنظر إلى حجم التصرف المطلوب الحكم ببطلانه والمتمثل في بيع أسهم شركة النيل لحليج الأقطان، وكذا المخالفات الجسيمة التي صاحبت ذلك وما له من انعكاس على حقوق المدعي وغيره في تراب هذا الوطن، بحسبان أن هذه الأموال ملك للشعب بكل أفراده ملكية شيوع، الأمر الذي يجعل لكل مواطن من أفراد هذا الشعب حقاً في هذه الأموال وله -بل عليه- أن يهب للدفاع عنها»

قبوله للطعن في العقود التي تبرمها الدولة، والاكتفاء بصفة المواطن لقبول الدعوى والقول بتوافر شرطي الصفة والمصلحة لجرد أن المدعي من مواطني جمهورية مصر العربية؛ يعد خروجاً على المفهوم العادي لشرط المصلحة في دعوى الإلغاء، والتي تم رفعها على القرارات الإدارية الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة والتي ترتب عليها إبرام العقد الإداري، ونرى أن ذلك سيكون له رد فعل من قبل السلطتين التنفيذية والتشريعية، بتحجيم دور المجلس في قيامه بتلك الرقابة.

### الفرع الثالث

#### الدائرة الإدارية والتطبيقات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة

نوضح في هذا الفرع مدى إمكانية تبني الدائرة الإدارية في الكويت للتطبيقات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة، مع بيان الأسباب التي قد تعرقل تبني ذلك الاتجاه، والتعرض للطعن في عقود الدولة وفقاً لقانون المناقصات الجديد رقم 49 لسنة 2016.

#### أولاً: صعوبة تبني الدائرة الإدارية للتطبيقات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة

لم تتبن الدائرة الإدارية في الكويت التطبيقات القضائية الحديثة بشأن قبول الطعن بالإلغاء في العقد الإداري المرفوع من الغير، كما أن المشرع في الكويت لم يأخذ بنظام اللامركزية الإدارية إلا في صورة واحدة فقط وهي بلدية الكويت، وتبنى في القوانين المنظمة للبلدية نظام الوصاية الإدارية وذلك في قانون البلدية رقم (15) لسنة 1972 بإصدار قانون بلدية الكويت، والقانون رقم (5) لسنة 2005<sup>(116)</sup>، والقانون الحالي رقم (33) لسنة 2016<sup>(117)</sup>، ولم يتبن المشرع في الكويت نفس المسلك الذي تبناه المشرع الفرنسي والذي أحل نظام الرقابة القضائية محل نظام الوصاية الإدارية على أعمال الهيئات المحلية بالقانون رقم 213 لسنة 1982 والمعدل بالقانون رقم 623 لسنة 1982 بشأن حقوق وحريات الهيئات المحلية «Droits et libertés des communes, des départements et des régions»، وتتميز الكويت بصغر مساحتها ولا تتمتع فيها المحافظات بالشخصية القانونية المستقلة

(116) انون 5 لسنة 2005 في شأن بلدية الكويت، الجريدة الرسمية، العدد 710، السنة الحادية والخمسون، بتاريخ 13 أبريل سنة 2005.

(117) قانون رقم 33 لسنة 2016 بشأن بلدية الكويت، الجريدة الرسمية، ملحق العدد 1296، السنة الثانية والستون، بتاريخ 12 يوليو سنة 2016.

وذلك وفقاً للمرسوم بقانون رقم 81 لسنة 2014 بشأن نظام المحافظات<sup>(118)</sup>.

وبالتالي نرى صعوبة تطبيق تلك المبادئ الحديثة في الوقت الراهن -على الأقل- فما زالت المنازعات الإدارية تنظرها دائرة المحكمة الكلية، ولم يقر المشرع مشروع القانون المقدم إليه بإنشاء مجلس دولة في الكويت على غرار ما هو موجود في فرنسا ومصر.

### ثانياً: الطعن في عقود الدولة في قانون المناقصات الجديد

صدر القانون رقم 49 لسنة 2016 بشأن المناقصات العامة<sup>(119)</sup> ونصت المادة (79) على أن تحدد الجمعية العامة للمحكمة الكلية غرفة أو أكثر من غرف الدائرة الإدارية تختص بنظر القضايا المتعلقة بالمناقصات العامة (وما في حكمها) من عمليات الشراء العامة، وما يرتبط بها ويتفرع عنها من منازعات إدارية. وترتب بمحكمة الاستئناف دائرة أو أكثر متخصصة فيما يستأنف من الأحكام الصادرة من الدائرة الإدارية المشار إليها، ويكون حكمها باتاً لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

ونرى أن ذلك القانون قد أكد على الولاية العامة للدائرة الإدارية بنظر منازعات العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، حيث نصت المادة (79) على أن تختص بنظر «...» القضايا المتعلقة بالمناقصات العامة (وما في حكمها) من عمليات الشراء العامة، وما يرتبط بها ويتفرع عنها من منازعات إدارية»، وذلك اختصاص عام وشامل لنظر كل المنازعات الإدارية المرتبطة بالعقود التي تبرمها الدولة، كما نص على أن تعد أحكام محكمة الاستئناف أحكاماً باتة لا يجوز الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن، وذلك لسرعة الفصل في تلك المنازعات، ولجذب المستثمر الأجنبي كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون.

ولم تصدر الدائرة الإدارية أحكاماً بعد في منازعات تتعلق بعقود أبرمتها الجهات الإدارية وفقاً لقانون المناقصات الجديد؛ حيث نصت المادة (96) من ذلك القانون على

(118) مرسوم رقم 81 لسنة 2014 بشأن نظام المحافظات، الجريدة الرسمية، العدد 1178، السنة الستون، بتاريخ 6 أبريل سنة 2014.

(119) الجريدة الرسمية، العدد 1299، السنة الثانية والستين، بتاريخ 31 يوليو سنة 2016.

أن يُعمل بهذا القانون بعد ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، وتم نشر القانون بتاريخ 20 يوليو سنة 2016.

ونأمل أن تقوم الغرف التي سيتم تخصيصها بالدائرة الإدارية للنظر في القضايا المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة، سواء بالمحكمة الكلية أو بمحكمة الاستئناف بتطوير المبادئ المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية والتي أرساها مجلس الدولة الفرنسي وذلك دون التوسع في شرط المصلحة إلى حد جعل دعاوى الطعن في العقود الإدارية والقرارات الإدارية المرتبطة بها من قبيل دعاوى الحسبة، كما ذهب إلى ذلك مجلس الدولة المصري.

### المطلب الثالث

#### رد الفعل المشرع المصري على توسع

#### القضاء الإداري في قبول الطعن على العقود

تم تقييد دور مجلس الدولة في قبوله للطعن في عقود الدولة سواء بالطعن مباشرة في العقد المبرم من قبل جهة الإدارة، أو بالطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن ذلك العقد والتي كان يرتب على حكمه بإلغائها بطلان العقود التي دخلت في تكوينها، وجاء التقييد من قبل كل من المشرع الدستوري والمشرع العادي، ونرى أن ذلك التقييد يمتد إلى كل عقود الدولة سواء كانت عقود مدنية يختص بها القضاء العادي أم عقود إدارية يختص بها القضاء الإداري.

وبناء على ذلك، نبحت تباعا رد فعل المشرع الدستوري «الفرع الأول»، ورد فعل المشرع العادي «الفرع الثاني».

#### الفرع الأول

#### رد فعل المشرع الدستوري

نوضح في هذا الفرع رد فعل المشرع الدستوري على توسع مجلس الدولة المصري في قبوله للطعن على عقود الدولة، حيث تم تعديل دستور سنة 2012 وصدر دستور سنة 2014 ونصت المادة (34) منه على أن حماية الملكية العامة

واجب وفقا للقانون.

كانت المادة رقم «33» من دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 12 سبتمبر سنة 1971 تنص على أن «للملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقا للقانون، باعتبارها سندا لقوة الوطن وأساسا للنظام الاشتراكي ومصدر لرفاهية الشعب»، والتي تم تعديلها في 2007 وأصبحت تنص على أن «للملكية العامة حرمة، وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقا للقانون». وعندما انتهى العمل بدستور 1971 بعد نجاح ثورة 25 يناير 2011 نصت المادة رقم «6» من الإعلان الدستوري الصادر من رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة بتاريخ 30 مارس 2011 على أن «للملكية العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن وفقا للقانون»<sup>(120)</sup>؛ ومن ثم فدستور 1971 سواء قبل تعديله في 2007 أو بعد ذلك التاريخ جعل حماية الأموال العامة واجب على كل مواطن، وهو ما أكدته المادة السادسة من الإعلان الدستوري الصادر في 30 مارس سنة 2011، وفي الدستور المصري الصادر بتاريخ 25 ديسمبر سنة 2012<sup>(121)</sup>، أكد أيضا على حماية الأموال العامة فنصت المادة رقم «22» منه على أن «للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب وطني على الدولة والمجتمع»، ومن ثم أصبحت حماية الأموال العامة واجب على الدولة والمجتمع، وبعد تعطيل العمل بدستور سنة 2012 وبصفة مؤقتة، أصدر رئيس الجمهورية المؤقت إعلانا دستوريا بتاريخ 6 يوليو 2013<sup>(122)</sup>، ونصت المادة «11» منه على أن «للملكية حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن وفقا للقانون»، وتم تعديل دستور 2012 و صدر دستور سنة 2014 ونصت المادة رقم «34» على أن «للملكية العامة حرمة، لا يجوز المساس بها، وحمايتها واجب وفقا للقانون»<sup>(123)</sup>.

ويتضح من دستور مصر الحالي المعدل والصادر في سنة 2014 أن حماية الأموال العامة لم تعد واجب على المواطنين - وفقا لدستور 1971- ولم تعد واجب على المجتمع -وفقا لدستور 2012- وإنما أصبحت حماية الأموال العامة واجبا وفقا للقانون؛ أي

(120) الجريدة الرسمية، العدد 12 مكررا (ب)، بتاريخ 30 مارس سنة 2011.

(121) الجريدة الرسمية، العدد 51 مكرر (ب)، 25 ديسمبر سنة 2012.

(122) الجريدة الرسمية، العدد 27 مكرر (أ)، بتاريخ 8 يولييه سنة 2013.

(123) الجريدة الرسمية، العدد 3 مكررا (أ)، في 18 يناير سنة 2014.

أن تلك الحماية يتم تنظيمها بقانون يضع قواعد حماية الأموال العامة وشروط قبول الدعوى وتحديد الإجراءات الواجب اتباعها لحماية تلك الأموال<sup>(124)</sup>.

## الفرع الثاني

### رد فعل المشرع العادي

نوضح في هذا الفرع رد فعل المشرع العادي على توسع مجلس الدولة المصري في قبوله للطعن في عقود الدولة، وذلك بصدور القانون رقم 32 لسنة 2014 بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة.

كرد فعل على تحول الطعن في عقود الدولة بهدف الحفاظ على المال العام إلى دعوى حسبة أو دعوى شعبية «Action populaire»، وبعد صدور دستور سنة 2014؛ قام رئيس الجمهورية المؤقت<sup>(125)</sup> في تاريخ 22 أبريل 2014 بإصدار القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة<sup>(126)</sup>.

وجاء القانون في ثلاث مواد، ونصت المادة الأولى منه على أنه «مع عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات والمؤسسات العامة، والشركات التي تمتلكها الدولة أو تسهم فيها، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، وكذلك قرارات تخصيص العقارات من أطراف التعاقد دون غيرهم، وذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة».

وتنص المادة الثانية من القانون على أنه «مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية

(124) محمد بصل، مصادر حكومية: لجنة الخمسين مهدت الطريق لإصدار تشريع تقييد الطعن، جريدة الشروق، العدد 1908، بتاريخ 24 أبريل 2014، ص 9.

(125) أصدر رئيس الجمهورية المؤقت المستشار. عدلي منصور، بعد وضع دستور جمهورية مصر العربية المعدل الصادر في 18 يناير 2014 ذلك القرار بقانون في غياب مجلس النواب الجديد، حيث لم يكن تم انتخابه بعد.

(126) قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 32 لسنة 2014، الجريدة الرسمية، العدد 16 مكرراً (ح)، 22 أبريل سنة 2014.

الباتة، تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون».

### الفرع الثالث

#### تقييم مسلك المشرع بتقييد دور مجلس الدولة بنظر الطعن في العقود

تقيم في هذا الفرع مسلك المشرع بتقييد دور مجلس الدولة بنظر الطعن على عقود الدولة عن طريق القانون رقم 32 لسنة 2014، ويشير ذلك القانون العديد من التساؤلات، كأسباب صدوره، ونطاقه الزمني، ومدى تحصيله لأعمال الإدارة من الخضوع لرقابة القضاء، وحدود حق التقاضي بالنسبة لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، ومدى منعه لدعاوى الحسبة التي سترفع لحماية المال العام، ودور المواطن في ظل هذا القانون في حماية المال العام، وهو ما نتعرض له بالتحليل.

#### أولاً: أسباب إصدار القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014

جاء إصدار القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 بتنظيم بعض إجراءات الطعن في عقود الدولة، كرد فعل على توسع القضاء الإداري في قبوله للطعون في العقود التي تبرمها الدولة والتي اكتفى فيها بصفة المواطن لقبول تلك الطعون، وكما ورد بالتقرير الذي صدر عن قسم التشريع بمجلس الدولة عند عرض مشروع القانون عليه إن الهدف من إصداره هو استعادة الثقة في العقود التي تبرمها الوزارات والهيئات والمؤسسات العامة ووحدات الإدارة المحلية والشركات التي تسهم فيها الدولة، مع المتعاقدين معها<sup>(127)</sup>.

#### ثانياً: النطاق الزمني للقرار بقانون رقم 32 لسنة 2014

نص القانون في مادته الثانية على أنه مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالطعن بالبطلان في العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها أو الطعن في القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، والمقامة أمامها بغير الطريق الذي

(127) رأى مجلس الدولة في «تنظيم الطعن على العقود»: قصر حق التقاضي على أصحاب المصلحة المباشرة بعد انتشار التعسف في استعماله، جريدة الأهرام، السنة 138، العدد 46530، ص 13، بتاريخ 29 أبريل 2014.

حدده القانون بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل العمل بهذا القانون، وبالتالي فالقانون سيطبق بأثر رجعي على جميع المحاكم، وسيطبق حتى ولو صدر حكم في الدعوى طالما طريق الطعن في الحكم مازال مفتوحاً، وحتى لو تم الطعن في الحكم قبل صدور هذا القانون طالما أن باب المرافعة لم يقفل بعد أمام محكمة الطعن، والقاعدة العامة هو التطبيق الفوري للقانون وعدم تطبيقه بأثر رجعي، وهو من المبادئ العامة التي أكدتها المحكمة الإدارية العليا<sup>(128)</sup>.

### ثالثاً: مدى تحصين القرار بقانون لأعمال الإدارة من الخضوع لرقابة القضاء

لا يحصن القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، أعمال جهة الإدارة من الخضوع لرقابة القضاء، فيجوز الطعن على تلك العقود وفقاً للأحكام التالية:

1- قصر القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014، على أطراف التعاقد دون غيرهم - كما جاء بنص المادة الأولى منه - الحق في الطعن ببطالان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، وكذلك قرارات تخصيص العقارات.

2 - لأصحاب الحقوق الشخصية كالعمال واتحادات العمال ونقابات العمال رفع دعاوى للمطالبة بحقوق العمال إذا ترتب على إبرام ذلك العقد المساس بتلك الحقوق.

3 - لأصحاب الحقوق العينية على الأموال محل التعاقد كالمساهمين والدائنين المرتهنين، والبنوك التي لها حقوق عينية تتعلق بتلك الأموال المطالبة بحقوقهم أمام القضاء إذا ترتب على إبرام ذلك العقد المساس بها.

4 - وبالإضافة لما سبق ذكرهم نرى أنه يجوز للغير في العقد الإداري أن يطعن على القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد بشرط أن يكون له مصلحة شخصية ومباشرة في رفع الدعوى.

رابعاً: حدود حق النقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية في عقود الدولة ما نميل إليه هو أنه وفقاً لنص المادة الأولى من القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014

(128) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2825، لسنة 44ق، بتاريخ 29 مايو 2004.

وكذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2550، لسنة 36ق، بتاريخ 9 فبراير 1992.

بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، لا يجوز لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد المطالبة بإبطال عقود الدولة الواردة على تلك الأموال. وإنما لهم فقط المطالبة بحقوقهم المرتبطة بالأموال محل التعاقد، فالعمال لهم المطالبة بحقوقهم الشخصية المرتبطة بالأموال محل التعاقد سواء باستمرارهم في العمل وبنفس الشروط مع من آلت إليه أموال الشركة محل البيع، أو المطالبة بجميع حقوقهم المالية المترتبة على إنهاء علاقة العمل. وأصحاب الحقوق العينية كالشركاء والدائنين المرتهنين ليس لهم المطالبة بإبطال العقد وإنما استيفاء جميع حقوقهم المرتبطة بالمال محل البيع.

### خامساً: القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 لا يمنع دعاوى الحسبة لحماية المال العام

ما نميل إليه هو أنه بالرغم من صدور القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 فإنه مازال يجوز رفع دعوى حسبة أمام مجلس الدولة لحماية الأموال العامة؛ حيث يحق لغير طرفي العقد ولغير أصحاب الحقوق الشخصية وأصحاب الحقوق العينية على الأموال محل التعاقد، أن يطعنوا ببطلان العقد المبرم بين جهة الإدارة المتعاقد معها، كما لهم الطعن على القرارات والإجراءات التي أبرم العقد استناداً لها، إذا صدر حكم بات بإدانة أحد طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام في قانون العقوبات والمنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وكان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة، والكتاب الثاني في قانون العقوبات يتعلق بالجنايات والجنح المضرة بالمصلحة العمومية، والباب الثالث منه يتعلق بجريمة الرشوة، والباب الرابع منه يتعلق بجرائم اختلاس المال العام والعدوان عليه والهدر. فيحق لغير من حدده القانون الطعن في العقد المبرم بين الدولة والمتعاقد معها، والطعن على القرارات والإجراءات التي أبرم العقد وفقاً لها، إذا كان العقد تم إبرامه بناءً على تلك الجرائم.

### سادساً: القرار بقانون 32 لسنة 2014 ودور المواطن في حماية المال العام

يثور التساؤل بشأن مدى تأثير إصدار القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 على الدور الإيجابي للمواطن في حماية المال العام، فعلى عكس ما يرى بعضهم من أن المواطن تم منعه تماماً من القيام بأي دور إيجابي لحماية المال العام والحفاظ عليه،

نرى أن المواطن يمكن أن يؤدي دورًا أساسيًا في حماية المال العام حتى ولو لم يكن من ضمن الأطراف الذين نص عليهم المشرع في القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014. وذلك بالتقدم ببلاغ للنائب العام لتحريك الدعوى الجنائية في حالة وجود شبهات على وقوع جريمة اعتداء على المال العام اقترفتها الجهة الإدارية المتعاقدة أو المتعاقد معها، وتم التعاقد بناءً على تلك الجرائم. وفي تلك الحالة تقوم النيابة العامة بدورها في التأكد من وقوع تلك الجريمة وتحريك الدعوى الجنائية بشأنها.

وقد أثار ذلك القرار بقانون جدلاً واسعاً ما بين مؤيد ومعارض واحتدم الخلاف بين مؤيديه ومعارضيه، ويكفي أن نوضح أنه من مظاهر شدة ذلك الاختلاف قيام أحد المعارضين للقرار بقانون في 20 مايو 2014 بتقديم بلاغ إلى نيابة استئناف الإسكندرية يتهم فيه رئيس الجمهورية المؤقت بالاشتراك في الإضرار بالمال العام بإصداره لذلك القرار بقانون<sup>(129)</sup>، كما قام مواطن آخر برفع دعوى مستعجلة لإلغائه<sup>(130)</sup>، وفي تاريخ 4 مايو 2014 صرحت الدائرة السابعة بمحكمة القضاء الإداري لمحامي المدعين بالطعن أمام المحكمة الدستورية العليا على دستورية القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014، وذلك بعد أقل من 10 أيام على صدوره، وذلك في أولى جلسات نظر دعاوى بطلان قرارات خصخصة شركات القطاع العام بعد صدور ذلك القرار بقانون، وذلك لاستكمال نظر قضيتي شركتي «نوباسيد» و«القاهرة للزيوت والصابون»<sup>(131)</sup>.

## ● رأينا الخاص

نميل إلى تأييد القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014، وحثتنا في ذلك عدم مخالفتها لمواد الدستور، ومنها المادة «34» التي لم تجعل حماية المال العام واجبا على المواطن، والمادة «97» التي نصت على كفالة حق التقاضي، وكذلك اتفاهه مع نص المادة «3»

(129) السيد سعيد، بلاغ يتهم عدلي منصور بإهدار المال العام، بوابة الوفد الإلكترونية، بتاريخ 20 مايو 2014. متاح على:

<http://alwafd.org> (Last visit: March 2017)

(130) محمد عبد الرازق، دعوى مستعجلة لإلغاء قرار الرئيس بقانون تنظيم الطعن على عقود الدولة، بوابة اليوم السابع الإلكترونية، بتاريخ 27 أبريل 2014. متاح على:

<http://www.youm7.com> (Last visit: March 2017)

(131) محمد بصل، إحالة قانون تنظيم الطعن على العقود إلى «الدستورية»، جريدة الشروق، السنة السادسة، العدد 1918، صفحة 3، تاريخ 4 مايو 2014.

من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل، والتي نصت على عدم قبول أي دعوى أو طلب أو دفع لا يكون لصاحبه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون، واتفاقه مع المادة «12» من قانون مجلس الدولة التي نصت على عدم قبول الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية، واتفاقه مع المبادئ التي أقرتها المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بسلطة المشرع في تنظيم الحقوق، واتفاقه مع مبدأ عدم جواز أن تتذرع جهة الإدارة بعدم استيفاء الإجراءات عند إبرام العقد أو مخالفة العقد للقانون لفسخ العقد بعد إبرامه إضراراً بالمتعاقدين معها.

وقد وافق مجلس النواب المصري على القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 بعد أن رفضه في جلسة سابقة، وصوت بالموافقة عليه (374) نائبا، واعترض فقط (86) نائبا، وأثناء تلك الجلسة انسحب بعض أعضاء المجلس من الجلسة، وتم طرد أحد المعارضين على القانون من الجلسة في واقعة تعد هي الأولى من نوعها منذ بداية عمل المجلس، وذلك لإخلاله بالنظام داخل المجلس، وبعد أن أخذ رئيس المجلس الموافقة على طرده؛ قام بإخراجه من القاعة<sup>(132)</sup>.

(132) محمد سعودي، لماذا وافق البرلمان على عقود الدولة؟، الموقع الإلكتروني لجريدة برلماني، بتاريخ 21 يناير سنة 2016.

متاح على:

<http://www.parlmany.com/News/7/31047> (Last visit: March 2017)

## الخاتمة :

بينما من خلال هذا البحث، التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في فرنسا وضرورة توافر مصلحة مشروعة لرافع الدعوى لقبول دعواه، ولاحظنا عدم توسع القضاء العادي الفرنسي في قبوله للطعن في عقود الدولة المدنية، ولكنه تبني «نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال»، وتبنى مجلس الدولة الفرنسي في بدايته مسلكا يغلب عليه الطابع المتحفظ في قبوله للطعن في عقود الدولة، لكن ما لبث أن عدل عن ذلك بأن هجر «نظرية الإدماج»، وتبنى «نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال»، ثم صدر قانون 2 مارس 1982 بشأن حقوق وحرريات الهيئات المحلية المعدل بالقانون 623 لسنة 1982 والذي منح ممثل السلطة المركزية حق الطعن بتجاوز السلطة في العقود التي تبرمها الوحدات المحلية، ثم توسع مجلس الدولة الفرنسي بأن قبل الطعون التي يقدمها الغير في العقد ذاته أمام قاضي العقد بولاية قضاء كامل.

كما مر مجلس الدولة المصري بنفس التطور، حيث نظم المشرع الحق في رفع الدعاوى واشترط أن يكون لدى رافع الدعوى مصلحة شخصية ومباشرة وبقراها القانون لقبول دعواه، وقبل تبني نظام القضاء المزدوج كان القضاء العادي يختص بنظر كافة المنازعات الناجمة عن عقود الدولة، ولم يتوسع في قبول تلك الدعاوى، كما أنه رفض تطبيق أحكام القانون الإداري على العقود الإدارية، وبعد نشأة مجلس الدولة بالقانون رقم 112 لسنة 1946 اختص مجلس الدولة بالقانون رقم 165 لسنة 1955 بنظر كافة منازعات عقود الدولة الإدارية، وهو ما أكدته دستور مصر لسنة 1971، ودستور سنة 2012، ودستور سنة 2014، وتبنى مجلس الدولة «نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال» منذ نشأته، ثم توسع في قبول الدعاوى المرفوعة ضد العقود التي تبرمها الدولة، بأن جعلها دعوى حسبة يكفي لقبولها توافر صفة المواطن لدى المدعي، وأكد على تبنيه «نظرية القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة»، مما كان له أثره في تقييد دور المجلس في رقابة تلك المنازعات عن طريق كل من المشرعين الدستوري والعادي.

ونظم المشرع في دولة الكويت الحق في رفع الدعاوى واشترط أن يكون لرافع الدعوى مصلحة يقرها القانون، وقبل إنشاء الدائرة الإدارية كانت الدوائر العادية تختص بنظر كافة المنازعات المتعلقة بعقود الدولة، وطبقت نظريات وقواعد القانون

الإداري على العقود الإدارية، ولم تتوسع في قبول الطعون على عقود الدولة، وبعد إنشاء الدائرة الإدارية بالقانون رقم 20 لسنة 1981 والمعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 أصبحت تختص وحدها بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وتبنت الدائرة الإدارية «نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال»، لكنها لم تتوسع في قبول الطعون المرفوعة ضد عقود الدولة، ونص قانون المناقصات الجديد رقم 49 لسنة 2016 على أن يتم تحديد غرفة أو أكثر من غرف الدائرة الإدارية تختص بنظر القضايا المتعلقة بعقود الدولة، والتي نأمل أن تتبنى المبادئ القضائية الحديثة التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي دون أن تُحول تلك الدعاوى إلى دعاوى حسبة كما فعل مجلس الدولة المصري.

## التوصيات:

- 1- تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال على عقود القانون الخاص والعقود الإدارية التي تبرمها الدولة، على أن يستفيد منها كل من أطراف العقد والغير.
- 2- توسيع القضاء العادي لشرط المصلحة ليقبل الطعون المرفوعة ضد عقود القانون الخاص التي تبرمها الدولة؛ كوسيلة للمحافظة على الأموال العامة.
- 3 - قبول الطعن بالإلغاء من الغير على العقود التي تبرمها الدولة بشرط أن يكون لرافع الدعوى مصلحة شخصية ومباشرة و يقرها القانون.
- 4- اشتراط القضاء وجود مخالفات جسيمة اقترفتها جهة الإدارة في إبرام العقود لقبول الطعن من الغير بإلغاء تلك العقود.
- 5 - موافقة مجلس الأمة في دولة الكويت على سن قانون بإنشاء مجلس دولة على غرار مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري، ليقوم بتبني المبادئ القضائية الحديثة وتطويرها.
- 6- سن المشرع المصري لقانون يتبنى فيه نظام الرقابة القضائية بدلا من الوصاية الإدارية في رقابة السلطة المركزية على العقود التي تبرمها الوحدات المحلية.
- 7- سن تشريع ينص على أن لممثل السلطة المركزية في مصر بالحق في الطعن بالإلغاء في العقود التي تبرمها وحدات الإدارة المحلية.
- 8- تفعيل المشرع المصري لدور المواطن في حماية الأموال العامة بأن يسمح له القانون بأن يطلب من ممثل السلطة المركزية في المحافظة التي يتبعها بالظعن بالإلغاء في عقود الوحدات المحلية بالمحافظة.
- 9- ينص المشرع المصري على أن يخضع قرار ممثل السلطة المركزية الراض للظعن في عقود الوحدات المحلية بناء على طلب أحد المواطنين لرقابة الإلغاء.
- 10- النص على حق المواطنين ممن لديهم مصلحة بأن يطعنوا مباشرة في العقود التي تبرمها السلطة المركزية، في حالة وجود أدلة على إهدار المال العام.
- 11- أن يوازن القضاء بين دوره في رقابة أعمال الإدارة التعاقدية ومبدأ الأثر النسبي للعقد، بما لا يخل بهذا المبدأ.
- 12- عدم تحويل الرقابة القضائية على عقود الدولة إلى دعوى حسة؛ لأن ذلك قد يثير حساسية السلطين التشريعية والتنفيذية، مما قد يهدد وجود وبقاء القضاء الإداري أو يحد من رقابته.

## المصادر والمراجع:

### - المراجع العربية:

- 1 - د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2011
- 2 - د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، سنة 2005
- 3 - د. جورجى شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري «دراسة مقارنة لأحدث النظريات والمبادئ في قضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر» - دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2002/2003
- 4 - أ. حسام محفوظ، المصلحة والصفة، النتائج القانونية والعملية المهمة المترتبة على التعديل الجديد لنص المادة 3 مرافعات بموجب القانون 81 لسنة 1996، الطبعة الأولى، الإسكندرية، المكتب العلمي، 1997
- 5 - د. رأفت فودة، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، 2009
- 6 - د. زكي محمد محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية «دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه، جامعة عيش شمس، 1981
- 7 - د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية «دراسة مقارنة»، دار الفكر العربي، سنة 2005
- 8 - د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، 1991
- 9 - د. عزيزة الشريف، دراسة في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، الطبعة الأولى، مكتب الدراسات والاستشارات القانونية وحدة التأليف والترجمة والنشر، 1998
- 10 - د. فتحي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، شركة ناس للطباعة، 2003/2004

- 11 - د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2009
- 12 - د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، بغداد، 1999
- 13 - د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، 1987
- 14 - د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية
- 15 - د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمنقصات في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الأول: إبرام العقد الإداري، 2004
- 16 - د. محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري في دولة الكويت المنازعات والدعاوى الإدارية، 1998
- 17 - د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دار النهضة العربية، 1993

– المراجع الأجنبية:

- 1- André de Laubadère, Traité de Droit Administratif, 6 édition, 1973
- 2- Bernard-Franck Macéra, Les actes détachables dans le droit public français, Pulim, Paris, 1992
- 3- Christophe Lefort, Procédure civile, 2e édition, Paris, Dalloz, 2007
- 4- David Bailleul, L'efficacité comparée des Recours pour Excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, L.G.D.J, Paris, 2002
- 5- Gérard Couchez, Procédure civile, 7e édition, Paris, Dalloz, 1992
- 6- Gérard Cornu - Jean Foyer, Procédure civile, 3e édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1996
- 7- Jean Vincent - Serge Guinchard, Procédure civile, 22e édition, Paris, Dalloz, 1991
- 8- Jean Vincent - Serge Guinchard, Procédure civile, 23e édition, Paris, Dalloz, 1994
- 9- Hervé Croze, Le Procès civile, 2e édition, Paris, Dalloz
- 10- M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative - 17e édition. Paris. Dalloz. 2009
- 11- Nadine Poulet-Gibot Leclerc, Droit Administratif, 3 édition, Bréal, 2007
- 12- Pierre Tifine, ' Droit administratif français – Troisième Partie – Chapitre 3, Chapitre 3: Contentieux administratif ': Revue générale du droit on line, 2013, numéro 4417
- 13- Stéphanie CLAMENS, La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel, Revue de l'Actualité Juridique Française, 10 avril 2001
- 14- Thoenig Jean-Claude, Dupuy François. La loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation. De l'analyse des textes à l'observation des premiers pas. In: Revue française de science politique, 33<sup>e</sup> année, n°6, 1983

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
131	الملخص
132	المقدمة
136	المبحث الأول: الحق في رفع الدعاوى وعدم توسع القضاء في قبول الطعن في عقود الدولة
136	المطلب الأول: التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى
136	الفرع الأول: التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في فرنسا
138	الفرع الثاني: التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في مصر
140	الفرع الثالث: التنظيم التشريعي للحق في رفع الدعاوى في الكويت
141	المطلب الثاني: عدم توسع القضاء العادي في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية
141	الفرع الأول: عدم توسع القضاء العادي الفرنسي في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية
143	الفرع الثاني: عدم توسع القضاء العادي المصري في قبول الطعن في عقود الدولة المدنية
143	أولاً: مرحلة القضاء الموحد واختصاص القضاء العادي بكافة عقود الدولة
143	ثانياً: القضاء الموحد وعدم التوسع في قبول الدعاوى
144	ثالثاً: القضاء الموحد ورفض تطبيق أحكام القانون الإداري على العقود الإدارية
145	الفرع الثالث: عدم توسع القضاء العادي الكويتي في قبوله للطعن في عقود الدولة المدنية

الصفحة	الموضوع
146	أولاً: اختصاص الدوائر العادية بنظر منازعات عقود الدولة المدنية
147	ثانياً: اختصاص الدوائر العادية بنظر منازعات عقود الدولة الإدارية
147	ثالثاً: تطبيق نظريات وقواعد القانون الإداري على العقود الإدارية
149	رابعاً: عدم توسع القضاء العادي في الكويت في قبوله للطعن في عقود الدولة المدنية
149	المطلب الثالث: عدم توسع القضاء الإداري في قبوله للطعن في عقود الدولة
150	الفرع الأول: عدم توسع مجلس الدولة الفرنسي في قبوله للطعن في عقود الدولة
150	أولاً: مرحلة الطعن على عقود الدولة بالإلغاء
151	ثانياً: مرحلة عدم جواز الطعن على عقود الدولة بالإلغاء
152	ثالثاً: مرحلة نظرية الإدماج
152	الفرع الثاني: عدم توسع مجلس الدولة المصري في قبوله للطعن في عقود الدولة
153	أولاً: مرحلة إنشاء مجلس الدولة وخروج منازعات عقود الدولة من اختصاصه
153	ثانياً: الاختصاص المحدود والمشارك لمجلس الدولة بنظر منازعات عقود الدولة.
154	ثالثاً: مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في نظر منازعات عقود الدولة
155	رابعاً: عدم توسع القضاء الإداري في قبول الطعن في عقود الدولة
156	الفرع الثالث: عدم توسع الدائرة الإدارية بالكويت في قبولها للطعن في عقود الدولة
157	أولاً: اختصاص الدوائر العادية بنظر منازعات عقود الدولة المدنية

الصفحة	الموضوع
157	ثانيا: اختصاص الدائرة الإدارية بنظر منازعات عقود الدولة الإدارية
159	ثالثا: الدائرة الإدارية صاحبة الولاية العامة في منازعات العقود الإدارية
161	المبحث الثاني: التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة
161	المطلب الأول: تطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة
161	الفرع الأول: مجلس الدولة الفرنسي ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة
162	أولا: مفهوم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة
166	ثانيا: التطبيقات القضائية لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة
168	الفرع الثاني: مجلس الدولة المصري ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة
168	أولا: تبني مجلس الدولة المصري لنظرية القرارات المنفصلة منذ نشأته
169	ثانيا: التطبيقات القضائية لنظرية القرارات المنفصلة
169	ثالثا: تأكيد مجلس الدولة على تبنيه لنظرية «القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة»
170	الفرع الثالث: الدائرة الإدارية ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة
170	أولا: تبني الدائرة الإدارية لنظرية القرارات المنفصلة منذ نشأتها
171	ثانيا: التطبيقات القضائية لنظرية القرارات المنفصلة
173	المطلب الثاني: الطعن بالإلغاء في العقد الإداري
173	الفرع الأول: مجلس الدولة الفرنسي وقبول الطعن بإلغاء العقد الإداري
173	أولا: مرحلة ما بعد صدور قانون حقوق وحرريات الهيئات المحلية 1982
175	ثانيا: مرحلة السماح للغير بالطعن في صحة العقد أمام قاضي العقد

الصفحة	الموضوع
178	الفرع الثاني: مجلس الدولة المصري وقبول الطعن بإلغاء العقد الإداري
179	أولاً: حكم محكمة القضاء الإداري في عقد بيع أرض مدينتي 22 يونيو 2010
180	ثانياً: حكم محكمة القضاء الإداري بإبطال عقد بيع شركة مصر شبين الكوم للغزل والنسيج بتاريخ 21 سبتمبر 2011
181	ثالثاً: حكم محكمة القضاء الإداري بإبطال عقد بيع شركة عمر أفندي بتاريخ 7 مايو 2011.
183	الفرع الثالث: الدائرة الإدارية والتطبيقات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة
183	أولاً: صعوبة تبني الدائرة الإدارية للتطبيقات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة
184	ثانياً: الطعن في عقود الدولة في قانون المناقصات الجديد
185	المطلب الثالث: رد الفعل المشرع المصري على توسع القضاء الإداري في قبول الطعن على العقود
185	الفرع الأول: رد فعل المشرع الدستوري
187	الفرع الثاني: رد فعل المشرع العادي
188	الفرع الثالث: تقييم مسلك المشرع بتقييد دور مجلس الدولة بنظر الطعن في العقود
188	أولاً: أسباب إصدار القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014
188	ثانياً: النطاق الزمني للقرار بقانون رقم 32 لسنة 2014
189	ثالثاً: مدى تحصين القرار بقانون لأعمال الإدارة من الخضوع لرقابة القضاء
189	رابعاً: حدود حق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية في عقود الدولة

الصفحة	الموضوع
190	خامسا: القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 لا يمنع دعاوى الحسبة لحماية المال العام
190	سادسا: القرار بقانون 32 لسنة 2014 ودور المواطن في حماية المال العام
193	الخاتمة
195	التوصيات
196	المصادر والمراجع



# ضمانات التوقيف للنظر في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

أ.د. حسينة شرون وأ.د. عبد الحليم بن مشري

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر

## الملخص :

يستمد التوقيف للنظر أساسه من الدستور الجزائري الصادر في العام 1996، الذي نص عليه في مادتيه 47 و48، ومن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل بموجب الأمر رقم رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015، الذي تطرق إليه بإسهاب في المواد 50، 51، 51 مكرر 1، 51 مكرر 2، 52، 53 والمادة 65 فيما يخص الجريمة المتلبس بها والمادة 141 فيما يخص الإنابات القضائية.

إن إجراء التوقيف للنظر يعد أحد الإجراءات الخطيرة التي تهدد بانتهاك حرية الأشخاص، وقد منحه المشرع لضباط الشرطة القضائية كآلية ضرورية للتحري في الجرائم وإيجاد مرتكبيها وإظهار الحقيقة، غير أن الموازنة بين حريات الأفراد وضرورة التصدي للإجرام تتطلب جملة من الضوابط والضمانات حتى لا تنتهك حقوق المشتبه بهم، ولا يتم المساس بها إلا بالقدر الذي تتطلبه مصلحة المجتمع في مكافحة الإجرام والمحافظة على النظام والأمن فيه، وهو الأمر الذي تطلب تدخل المشرع الجزائري من جديد لمحاولة منح مزيد من الضمانات وتفعيل ما كان موجودا منها.

وهذا البحث يبين تلك الضمانات ومدى كفايتها في تحقيق تلك الموازنة.

## المقدمة :

إن التحري عن الجرائم والبحث عن مرتكبيها يستلزم بالضرورة تمكين عناصر الشرطة القضائية من الوسائل الإجرائية التي تساعدهم على تقصي الحقيقة وكشف الملابس المتعلقة بظروف اقتراف الفعل الإجرامي ومعرفة الفاعل، ومن تلك الوسائل إمكانية الإبقاء على الشخص محل الشبهة تحت تصرفهم لمدة معينة للتحري معه،

فالضبطية القضائية قد تضطر إلى القبض على الأشخاص وتوقيفهم للنظر لمدة معينة تسمح بفحص هويتهم وعلاقتهم بالجريمة أو المجرم، سواء أكانت علاقة مباشرة أم غير مباشرة، لذا وضع المشرع نصوصا تكفل ضمانات للمشتبه فيه موضوع التوقيف للنظر، وتراعي التوفيق بين هدفين يتمثلان في وقاية الأفراد من تعسف الضبطية القضائية وفي ذات الوقت تمكينها من أداء وظيفتها المتمثلة في فرض احترام النظام العام وتنفيذ القانون ومكافحة الجريمة.

لقد نظم المشرع الجزائري إجراء التوقيف للنظر وصاغه في أحكام قانونية تحدد بشكل واضح الحالات التي يخول فيها القانون لضابط الشرطة القضائية التوقيف للنظر لشخص من الأشخاص وما هي المبررات التي تسمح له بذلك والمدة الزمنية والإجراءات الشكلية التي يجب مراعاتها لتنفيذ هذا الإجراء، والتي تعد في الوقت نفسه ضمانات للمشتبه فيه. وتأكيدا لموقفه جاء التعديل الأخير بالأمر رقم 15-2 لقانون الإجراءات الجزائية المؤرخ في 23 يوليو 2015 متضمنا نصوصا تزيل بعض الغموض الذي كان يشوب بعض الإجراءات الخاصة بنظام التوقيف للنظر.

وطالما أن التوقيف للنظر يعد وسيلة جبر وإكراه تنطوي على تعرض للحرية الشخصية المكفولة دستوريا، فإن الأمر يتطلب إحاطته بالضمانات الكفيلة باحترام الحقوق والحريات، ووضع الحد الفاصل بين التوقيف للنظر المشروع تحقيقا للمصلحة العامة والتوقيف للنظر غير المشروع الذي يعد هدرا للحرية وانتهاكا لحقوق الأفراد. وبناء عليه تدور إشكالية هذا البحث حول: هل الضمانات المقررة قانونا في نظام التوقيف للنظر تكفي لصيانة الحريات الفردية من تعسف استخدام هذا الإجراء؟ وماهي الضمانات التي استحدثها المشرع الجزائري في تعديله الأخير 15 - 2 لقانون الإجراءات الجزائية المؤرخ في 23 يوليو 2015.

وبشأن ذلك نجد أن المشرع الجزائري أقر جملة من الضمانات التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار، والتي تكفل حقوق الشخص الموقوف للنظر في كيانه الجسدي وحرية الفردية، وتتباين هذه الضمانات بين تلك المتعلقة بإجراء التوقيف في ذاته، وتلك التي ترتبط بحقوق الموقوف للنظر؛ وذلك ما نتناوله بالبحث من خلال المطالبين التاليين:

**المطلب الأول:** الضمانات المتعلقة بإجراء التوقيف للنظر.

**المطلب الثاني:** الضمانات المتعلقة بحقوق الموقوف للنظر.

## المطلب الأول

### الضمانات المتعلقة بإجراء التوقيف للنظر

إن عناصر الشرطة القضائية لدى قيامهم بالتحريات عن الجرائم، يعتمدون على بعض الوسائل الإجرائية من بينها، إمكانية الإبقاء على الشخص محل الشبهة تحت تصرفهم لمدة معينة للتحري معه، ولكون هذا الإجراء يمس إحدى الركائز الأساسية للحريات الفردية، فإن المشرع ضبط نصوصا تكفل ضمانات للموقوف للنظر وتراعي التوفيق بين هدفين يتمثلان في وقاية الأفراد من تعسف ضباط الشرطة القضائية، وفي ذات الوقت تمكينهم من أداء وظيفتهم المتمثلة في فرض احترام النظام العام وتنفيذ القانون ومكافحة الجريمة.

وعلى غرار باقي التشريعات الأخرى ولاسيما الفرنسية؛ نظم المشرع الجزائي إجراء التوقيف للنظر وبين أحكامه القانونية التي تحدد بشكل واضح الحالات التي يخول فيها القانون لضباط الشرطة القضائية حجز شخص من الأشخاص، والمبررات التي تسمح لهم بذلك، والمدة الزمنية، والشكليات التي يجب مراعاتها لتنفيذ هذا الإجراء، وهي التي تعد في الوقت نفسه ضمانات للمشتبه فيه، وسوف نتطرق فيما يلي إلى ضمانات التوقيف في حد ذاته (الفرع الأول)، ثم ننقل إلى ضمانات التنفيذ (الفرع الثاني)، وذلك على الشكل التالي:

## الفرع الأول

### الضمانات المتعلقة بحالات التوقيف للنظر

إن التوقيف للنظر إجراء لا يمكن الأمر به إلا من طرف ضابط الشرطة القضائية في حالات واردة في القانون على سبيل الحصر<sup>(1)</sup>، وهذه ضمانات أساسية تكفل صون الحرية الفردية من أي شكل من أشكال التعدي والانتهاك، وهذه الحالات هي التوقيف للنظر في حالة الجنائية أو الجنحة المتلبس بها (أولاً)، والتوقيف للنظر في حالة التحقيق الابتدائي (ثانياً)، والتوقيف للنظر في إطار تنفيذ إنابة أو أوامر قضائية (ثالثاً).

(1) محمد صبحي نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 32، العدد 01، 2005، ص 129

## أولاً: التوقيف للنظر في حالة الجناية أو الجنحة المتلبس بها:

بموجب نص المادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية، وهي المادة المعدلة بموجب الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 23 يوليو 2015<sup>(2)</sup>، والتي جاء فيها أن: «إذا رأى ضابط الشرطة القضائية لمقتضيات التحقيق أن يوقف للنظر شخصا أو أكثر ممن أشير إليهم في المادة 50، فعليه أن يطلع فوراً وكيل الجمهورية ويقدم له تقريراً عن دواعي التوقيف للنظر.

لا يجوز أن تتجاوز مدة التوقيف للنظر ثمان وأربعين ساعة غير أن الأشخاص الذين لا توجد أية دلائل تجعل ارتكابهم أو محاولة ارتكابهم للجريمة مرجحاً، لا يجوز توقيفهم سوى المدة اللازمة لأخذ أقوالهم.

وإذا قامت على شخص دلائل قوية و متماسكة من شأنها التدليل على اتهامه فيتعين على ضابط الشرطة القضائية أن يقتاده إلى وكيل الجمهورية دون أن يوقفه للنظر أكثر من ثمان وأربعين ساعة».

من خلال نص هذه المادة، يتضح أنه في حالة ارتكاب جناية أو جنحة متلبسة، فإن ضابط الشرطة القضائية عند تنقله لإجراء المعاينة يمكنه أن يوقف للنظر كل شخص موجود بمكان الجريمة ومنعه من الابتعاد ريثما ينتهي من تحرياته، كما يمكنه إيقاف أي شخص يرى ضرورة التحقق من هويته، وهذا ما تنص عليه المادة 50 من قانون الإجراءات الجزائية التي تحيل إليها الفقرة الأولى من المادة 51 من نفس القانون، فهو لاء الأشخاص يمكن أن يفيدوا التحقيق بتوقيفهم للنظر، وهو الإجراء الذي تبرره مقتضيات وضرورة إجراء التحريات والكشف عن ملابسات الجريمة.

أما السبب الثاني الذي أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة 51 فيتمثل في توفر دلائل قوية و متماسكة، فما هو المقصود بهذه العبارة؟

إن الدلائل (Indices) هي علامات ووقائع ثابتة ومعلومة تسمح باستنتاج وقائع مجهولة، ولكن الصلة بين النوعين ليست قوية ولا حتمية أي لا تفيد اليقين والجزم ومثالها تعرف الكلب البوليسي أو حيازة سلاح الجريمة أو وجود جروح على جسم الشخص

(2) الجريدة الرسمية، العدد 40، المؤرخة في 23 يوليو 2015، ص 28.

وتسمى أيضا القرائن التكميلية (Présomptions Complémentaires)<sup>(3)</sup>، والدلائل المعتبرة يجب أن تكون متناسقة ومتماسكة فيما بينها ويرجع تقدير ذلك لضابط الشرطة القضائية تحت رقابة وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق<sup>(4)</sup>.

كما أن المشرع ولمزيد الاحتياط من التعسف في استعمال إجراء التوقيف للنظر، اشترط أن يكون ذلك فقط في حالة الاشتباه لارتكاب جريمة أو جنحة قرر لها عقوبة سالبة للحرية، بعد أن كان يسمح بهذا الإجراء بالنسبة لكل أنواع الجرائم دون تحديد لوصفها، أو للعقوبة المقررة لها<sup>(5)</sup>.

وفي جميع الحالات، فإنه لا يجوز لضابط الشرطة القضائية أن يتجاوز مدة 48 ساعة عند التوقيف للنظر؛ إذ عليه أن يفتاد الموقوف للنظر لوكيل الجمهورية خلال هذه المدة، ولهذا الأخير أن ينظر في احتمالية تمديد التوقيف للنظر وفق ما يسمح به القانون، وكل خرق لهذه الضمانة يعرض ضابط الشرطة القضائية للمساءلة الجنائية.

### ثانياً: التوقيف للنظر في حالة التحقيق الابتدائي:

لقد حوّل قانون الإجراءات الجزائية لضابط الشرطة القضائية حق توقيف شخص للنظر في إطار تحرياته العادية أي تنفيذ إجراءات التحري في غير حالة التلبس، وذلك بموجب المادة 65 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على ما يلي: «إذا دعت مقتضيات التحقيق الابتدائي ضابط الشرطة القضائية إلى أن يوقف للنظر شخصاً توجد دلائل تحمله على الاشتباه في ارتكابه جريمة أو جنحة يقرر لها القانون عقوبة سالبة للحرية مدة تزيد عن 48 ساعة، فإنه يتعين عليه أن يقدم ذلك الشخص قبل انقضاء هذا الأجل إلى وكيل الجمهورية...».

(3) أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة التحريات الأولية دراسة مقارنة للضمانات النظرية والتطبيقية المقررة للمشتبه فيه في التشريع الجزائري والتشريعات الأجنبية والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 61.

– محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، القاهرة، دار المطبوعات الجامعية، 2012، ص 115.

(4) محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزء الثاني، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 1992، ص 53.

(5) طباش عز الدين، «التوقيف للنظر في التشريع الجزائري دراسة مقارنة لمختلف أشكال الاحتجاز في المرحلة التمهيديّة للدعوى الجنائية»، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، الجزائر، 2004، ص 64.

وتفيد عبارة مقتضيات التحقيق أن ضابط الشرطة القضائية يمكنه أن يتخذ إجراء التوقيف للنظر ضد أي شخص شرط أن يكون ذلك ضروريا ومفيدا لمجرى تحرياته، وتقدير ذلك يعود له تحت رقابة وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق. وقد أعاد المشرع تعديل هذا النص بإضافة عبارة: «توجد ضده دلائل تحمل على الاشتباه في ارتكابه جناية أو جنحة يقرر لها القانون عقوبة سالبة للحرية» تأكيداً على حصر حالات إجراء التوقيف للنظر في الجرائم التي تحمل وصف الجناية أو الجنحة التي تكون العقوبة المقررة لها هي عقوبة سالبة للحرية فقط، ولكن قد يضطر ضابط الشرطة القضائية إلى استدعاء شاهد، فيرفض هذا الأخير الامتثال، فهل يحق له - في هذه الحالة - استعمال القوة لإرغامه على الحضور؟

للإجابة على هذا السؤال نشير إلى أنه في حالة تنفيذ الإجراءات خارج حالة التلبس من طرف ضابط الشرطة القضائية يجب أن تتم - على العموم - بموجب رضا الشخص المعني، ولا يجوز لرجال الشرطة أو الدرك اللجوء إلى التدابير القسرية كما هو الشأن بالنسبة للتحريات في الجريمة المتلبس بها، ونشير هنا إلى الصعوبات التي تثيرها المرحلة البوليسية في التمييز بين المشتبه فيه وغيره من الشهود خاصة أثناء البحث التمهيدي، فالأشخاص الذين يتم استدعائهم في هذا الإطار يعتبرون كشهود حتى وإن وجد بينهم هؤلاء الذين تتوفر في حقهم دلائل تفيد ارتكابهم أو محاولة ارتكابهم الجريمة، ولتفادي الوقوع في اللبس أورد المشرع الجزائري فقرة ثالثة في المادة 51 تفيد بعدم جواز توقيف غير المشتبه فيهم وهم الشهود إلا للمدة اللازمة لأخذ أقوالهم، واكتفى المشرع الجزائري بذلك، وبالتالي يكون قد أثار مشكلة أخرى، فمن جهة قام بتدعيم ضمانات المشتبه فيه الذي تقرر وضعه رهن التوقيف للنظر، ومن جهة أخرى استحدث مكانة أخرى للتوقيف خاصة بالشهود، تخضع لتقدير ضابط الشرطة القضائية دون وضع تقنية قانونية لتنظيمها حماية للشاهد الموقوف.

غير أن الفقرة الأخيرة من المادة 65 من قانون الإجراءات الجزائية تنص على تطبيق نصي المادتين 51 و52، وهما المادتان المتعلقتان بحالة التلبس أثناء التحري، فإذا رأى ضابط الشرطة القضائية توقيف شخص للنظر وهذا من أجل التعرف على هويته أو التحقق من شخصيته، فإذا امتنع المستدعى عن الحضور ورفض الامتثال،

فإن ضابط الشرطة القضائية يخطر وكيل الجمهورية الذي يستطيع إجباره على الحضور بواسطة القوة العمومية<sup>(6)</sup>.

وينبغي على ضابط الشرطة القضائية استدعاء الشخص كتابيا، وأن يتضمن الاستدعاء سببه وتكفي عبارة لضرورة التحقيق كسبب للاستدعاء، ثم التأكد من تسلم الاستدعاء وعدم وجود مبرر مقبول للامتناع عن الحضور كالقوة القاهرة.

### ثالثاً : التوقيف للنظر في إطار تنفيذ إنابة أو أوامر قضائية :

إذا استدعت الضرورة إلى توقيف شخص للنظر من طرف ضابط الشرطة القضائية خلال تنفيذه لإنابة قضائية، جاز له ذلك بشرط أن يقدمه خلال 48 ساعة إلى قاضي التحقيق المتواجد في الدائرة التي يجري التنفيذ فيها الإنابة القضائية، فضلا على ذلك فإن ضابط الشرطة القضائية مجبر على احترام الأحكام التي تضمنتها المواد من: 51 إلى 53، وهذا يعني مراعاة أن تكون الجريمة المشتبه بارتكابها جنائية أو جنحة معاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية حسب ما جاء في التعديل الأخير، وهذا وفقا لنص المادة 141 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص: «إذا اقتضت الضرورة لتنفيذ الإنابة القضائية أن يلجأ ضابط الشرطة القضائية لتوقيف شخص للنظر...».

وتطبق الأحكام المنصوص عليها في المادتين 51 مكرر و51 مكرر/1 من هذا القانون على إجراءات التوقيف للنظر التي تتخذ في إطار هذا القسم.

يمارس قاضي التحقيق الصلاحيات المخولة لوكيل الجمهورية بمقتضى المادتين 51 و52 الفقرة الأخيرة من هذا القانون، وينوه في المحاضر طبقا للأوضاع المنصوص عليها في المادتين 52 و53 بإجراءات التوقيف للنظر الذي يتخذ بهذه الكيفية بمعرفة ضابط الشرطة القضائية، ومن خلال ذلك يتبين أن الفرق بين التوقيف للنظر في حالتي التلبس والتحقيق الابتدائي يختلف عن حالة الإنابة القضائية، حيث إن ضابط الشرطة

(6) عدلت المادة 65 من قانون الإجراءات الجزائية أعلاه مرة واحدة، منذ تحريرها أول مرة بالأمر 66 - 155، وهذا بموجب القانون 06 - 22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد 84، ص 8.

«Que la personne gardée à vue se soit mis d'elle même à la disposition de la police judiciaire, l'arrestation forcée n'étant possible en dehors du flagrant délit que sur un mandat émanant d'un magistrat ».

- Charles PARRA et Jean MONTREUIL, Traité de procédure pénale policière, Imprimerie des dernières nouvelles de Strasbourg, QUILLET Editeur, Paris 1970. P 252.

القضائية يرجع إلى وكيل الجمهورية في الحالتين الأوليتين، في حين يتعامل مع قاضي التحقيق في الحالة الثالثة<sup>(7)</sup>.

## الفرع الثاني

### ضمانات تنفيذ إجراء التوقيف للنظر

تتمثل هذه الضمانات في تحديد المدة الزمنية التي يسمح بها المشرع لضابط الشرطة القضائية بتوقيف الشخص على مستوى مركز الشرطة أو الدرك، ومكان التوقيف وكيفية تنفيذ الإجراءات وإثبات كل البيانات المتعلقة به كتابة.

### أولاً: آجال التوقيف للنظر:

قبل أن نتناول مدة التوقيف للنظر وما يثيره حساب هذه المدة من إشكاليات، لا بد لنا أن نسجل ملاحظتين: الأولى تتمثل في أن طول هذه المدة أو قصرها يتناسب طردا مع مدى الاحترام والحماية التي يوليها المشرع لحقوق وحرية الأفراد، حيث نلاحظ أن هذه المدة قصيرة في البلدان التي تسود فيها قيم الديمقراطية، إذ تحظى حقوق وحرية الأفراد برعاية واحترام كبيرين ويسود فيها مبدأ سيادة القانون فعلا لا نظريا على خلاف البلدان النامية وذات الأنظمة العسكرية التي نلاحظ أن مدة التوقيف للنظر فيها تكون طويلة وتقل فيها الضمانات المقررة للمحجوزين.

أما الملاحظة الثانية فتتمثل في أن طول مدة التوقيف للنظر تكون أطول في الحالات الاستثنائية أي في حالة تقرير أحكام القوانين العرفية وحالة الطوارئ وحالة الحروب الأهلية، ففي هذه الظروف عادة ما تقلص الحريات والحقوق وتسد للسلطات التنفيذية مهام وإجراءات تمكنها من احتجاز الأشخاص والقبض عليهم لمجرد الشبهة، ويكون ذلك عادة مبررا بضرورة المحافظة على النظام أو أمن الدولة الذي يكون مهددا، ففي

(7) والملاحظ أن المادة 141 لم تحل إلى تطبيق المادة 51 ق.إ.ج، وبذلك يبقى المبرر الوحيد للتوقيف للنظر في هذه الحالة هو ضرورة تنفيذ الإنابة القضائية؛ والاستناد إلى هذه الضرورة فقط، قد يؤدي إلى التعسف في استخدامه وتعريض حريات الأفراد للخطر بمجرد وجود شبهات بسيطة.

هذبالإضافة إلى التوقيف للنظر الذي يمكن ممارسته أثناء تنفيذ أحكام المادة 28 ق.إ.ج المتعلقة بسلطات الوالي، بحيث إنه استنادا إلى هذه المادة فإن للوالي تفويض ضباط الشرطة القضائية سلطة توقيف أي شخص للنظر، بشرط ألا تتعدى مدة ذلك الإيقاف الـ 48 ساعة المقررة لتبليغ وكيل الجمهورية المختص وإرسال الأوراق والأشخاص المضبوطين إليه.

هذه الحالة يكون الباب مفتوحاً على مصراعيه لكل أشكال التجاوزات والتعسف نظراً لكون الظروف السائدة تسهل تبرير أي عمل ولو كان غير قانوني.

ونظراً لما تكتسبه حريات الأشخاص من أهمية، لجأ المشرع إلى تنظيم إجراءات التوقيف للنظر، وحدد المدة التي يجوز لضابط الشرطة القضائية توقيف شخص للنظر بمركز الشرطة أو الدرك، ويعد ذلك مظهراً من مظاهر الحماية القانونية للأفراد وتجسيداً للمبدأ الشرعي الإجرائي، وهذا ما فعله المشرع الجزائري، إذ نص على التوقيف للنظر في المادة 48 من الدستور وحدد مدة التوقيف للنظر بـ 48 ساعة، مشيراً إلى أن تمديد هذه المدة يعد إجراء استثنائياً يحدد شروطه القانون<sup>(8)</sup>.

فمدة التوقيف للنظر هي 48 ساعة، سواء في حالة التلبس (المادة 51 من ق إ ج) أو في حالة التحريات خارج حالة التلبس (المادة 65 من ق إ ج)، ففي حالة التلبس يوقف الشخص الذي تتوافر ضده دلائل قوية ومتماسكة ترجح ارتكابه للجريمة ويقتاد أمام وكيل الجمهورية بعد توقيف للنظر لمدة لا تتجاوز 48 ساعة، أما في حالة إجراء ضابط الشرطة القضائية لتحرياته خارج حالة التلبس، فعليه أن يقتاد الشخص الذي يوقف للنظر إلى وكيل الجمهورية قبل انقضاء مدة 48 ساعة.

وهناك حالات لا يستطيع فيها ضابط الشرطة القضائية استكمال تحرياته خلال المدة المذكورة ويحتاج إلى مزيد من الوقت، ففي هذه الحالة أجاز القانون لوكيل الجمهورية مد مدة التوقيف للنظر 48 ساعة بعد تقديم الموقوف أمامه وفحص ملف القضية، ويكون قرار هذا التمديد بإذن كتابي واستثناء يجوز لوكيل الجمهورية الإذن بالتمديد دون تقديم الشخص أمامه طبقاً لنص المادة 65 ق إ ج، ونظراً لخطورة جرائم الإرهاب والتخريب وبعض الجرائم الخاصة كتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية وجرائم تبييض الأموال والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصراف والفساد<sup>(9)</sup>، والتي تستلزم تحريات كبرى وإجراءات أوسع تقلص من حرية المشتبه فيه، نصت المادة 65 ق.إ.ج الحالات التي يجوز فيها تمديد

(8) ليطوش دليلة، الحماية القانونية للفرد الموقوف للنظر، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة قسنطينة، 2009، ص 51.

- أحمد غاي، المرجع السابق، ص 29.

(9) ليطوش دليلة، المرجع السابق، ص 54 وما بعدها.

التوقيف للنظر لمدة تزيد عن 48 ساعة<sup>(10)</sup>.

إن هذا النص يحقق المزيد من الضمانات للموقوف للنظر ذلك أن تمديد إجراء التوقيف للنظر في التحقيقات الموصوفة آنفاً، لا يتم إلا بناء على إذن من وكيل الجمهورية، وقد بينت هذه المادة بشكل أكثر تفصيلاً حقوق الموقوف للنظر انسجاماً مع المسعى الرامي لتدعيم وحماية حقوق الإنسان.

وهذا الوضع قد يوحي لأفراد أجهزة الأمن، وأفراد الجيش وكل الأجهزة التنفيذية إنه بإمكانها التصرف بحرية ولا عقاب لما تقوم به من إجراءات حتى ولو تضمنت تجاوزات ما دام عملها يمكن تبريره بسهولة فيكفي مجرد الاشتباه للقبض على الشخص وحجزه، ولا يجد المواطن الأمر سهلاً للطعن في أي إجراء لذلك كان من مستلزمات حماية الحقوق والحريات والحد من احتمالات التجاوز والتعسف أن يضبط المشرع إجراءات هذا التمديد مبيناً تفاصيل حالات اللجوء إليه وكيفية تنفيذه.

بالنسبة للأفراد العسكريين، فإن مدة التوقيف للنظر هي 3 أيام ويمكن تمديدها لمدة 48 ساعة بموجب إذن كتابي صادر عن وكيل الجمهورية العسكري، وهذا ما تنص عليه المواد 57، 58، 59 من قانون القضاء العسكري<sup>(11)</sup>.

(10) حيث جاء في المادة 65 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة أنه يجوز تمديد التوقيف للنظر لمدة تزيد عن 48 ساعة وهذا «... بإذن كتابي من وكيل الجمهورية المختص:

- مرتين إذا تعلق الأمر بالاعتداء على أمن الدولة.

- ثلاث مرات إذا تعلق الأمر بجرائم المتاجرة بالمخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية وجرائم تبييض الأموال والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف والفساد.

- خمس مرات إذا تعلق الأمر بجرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية...».

(11) بالنسبة للأفراد العسكريين فإن مدة التوقيف للنظر هي 3 أيام، ويمكن تمديدها بـ 48 ساعة بموجب إذن كتابي صادر عن وكيل الجمهورية وهذا ما تنص عليه المواد 57، 58، 59 من قانون القضاء العسكري.

- الأمر 71 - 28 المتضمن قانون القضاء العسكري، المؤرخ في 22 أبريل 1971، المعدل والمتمم بموجب الأمر 73 - 4، لسنة 1973، الجريدة الرسمية، العدد 5.

- انظر شرح هذه المواد في: أحمد لعور، نبيل صقر، الموسوعة القضائية في المواعيد القانونية، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 93-94.

إن مدة التوقيف للنظر تختلف من تشريع لآخر، وهي تعد مؤشراً لمدى احترام المشرع لحقوق وحرية المشتبه فيهم في كل دولة<sup>(12)</sup>.

### ثانياً : بداية حساب مدة التوقيف للنظر:

إن النص على مدة إجراء التوقيف للنظر لا يكفي لضمان الالتزام بهذه المدة، بل يجب بيان كيفية حساب بدايتها، سواء بواسطة التشريع أو التنظيم بحيث يتلقى ضباط الشرطة القضائية - أثناء تكوينهم - كل التفاصيل التي تجعلهم عارفين بلحظة بداية حساب هذه المدة وإلزامهم بإثبات ذلك في المحضر، وهذا يشكل إحدى الضوابط والضمانات التي تحول دون أي تجاوز أو تعسف في حق المشتبه فيهم.

وفي ظل غياب نص في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري يبين كيفية حساب مدة التوقيف للنظر رغم التعديل الأخير، فإننا ونظراً لتشابه تشريعنا والتشريع الفرنسي أثرنا الاستئناس بالاجتهاد القضائي الفرنسي والآلية التنظيمية التطبيقية له فائدة ويساعد على حل الكثير من الإشكالات، فقد نظم المشرع الفرنسي في المادة 124 من مرسوم 1903 المعدل بالمرسوم المؤرخ في 22 أوت 1958 والمتضمن تنظيم الخدمة في الدرك الفرنسي إجراء التوقيف للنظر والتعرض لمسألة بداية حساب مدة التوقيف<sup>(13)</sup>.

(12) فالمشرع المصري والمشرع الفرنسي يحددانها بـ 24 ساعة قابلة للتمديد لمدة تساويها أما المشرع الموريتاني فيحدد مدة التوقيف بالنظر بضرورة التحقيق بـ 24 ساعة و عند توافر دلائل قوية و متماسكة بـ 48 ساعة قابلة للتمديد لمدة تساويها، ونظراً لطبيعة المناطق الصحراوية، فلقد نص قانون الإجراءات الجزائية الموريتاني على تخويل مصالح الضبط القضائي حق حجز الشخص لمدة لا تتجاوز 8 أيام بالنسبة لحالة إيقاف شخص في مكان بعيد عن مقر المحكمة المختصة تحسب على أساس يوم واحد لكل 50 كلم<sup>2</sup>، وتتقلص مدة التوقيف للنظر في بعض التشريعات لتصل إلى 6 ساعات كما هو الحال بالنسبة للتشريع الهولندي، أما المشرع المغربي والمشرع الكويتي فيحددان مدة التوقيف للنظر بأربعة (4) أيام.

- Laurent SCHWARTZ, Petit manuel de garde a vue et de mise en examen, Edition ARLEA- 2003, P 213.

13) Le Décret Du 20 Mai 1903 Portant Règlement sur l'Organisation et le service de la Gendarmerie Code de Procédure Pénal, Dalloz, 1984 – 1985 p 18.

- المعدل بالمرسوم المؤرخ في : 22/8/1958 المتضمن تنظيم الخدمة في الدرك الفرنسي، المعدل والمتمم بالقانون 971-9 لسنة 2009.

## 1- كيفية حساب مدة التوقيف للنظر:

عند توقيف شخص في حالة التلبس، يبدأ حساب التوقيف للنظر من لحظة ضبطه وإذا تعلق الأمر بشخص منعه ضابط الشرطة القضائية من مبارحة مكان ارتكاب الجريمة أو شخص تبين له ضرورة التحقق من شخصيته، فإن بداية حساب مدة التوقيف للنظر يبدأ من لحظة تبليغه. وإذا كان الأمر يتعلق بموقوف كان شاهدا استدعي أمام ضابط الشرطة القضائية، فإن سريان المدة يبدأ من لحظة تقديمه أمامه، فقد يرى ضابط الشرطة القضائية في مجرى تحرياته وأثناء سماع شخص ضرورة توقيفه، فبداية حساب المدة بالنسبة لهذا الشخص هي بداية الشروع في سماع أقواله، إلا أنه في حالة وجود نزاع حول إجراء من إجراءات التوقيف للنظر، فإن القضاء الفرنسي أقر بأن ساعة بداية سماع الفرد دون إطلاق سراحه تعد بداية التوقيف للنظر حتى ولو سمع عدة مرات، أو أطلق سراحه على سبيل الراحة، أو البحث عن الدليل<sup>(14)</sup>.

لكن تحديد آجال إجراء التوقيف للنظر في النصوص التشريعية والتنظيمية لا يكفي لضمان احترامها، فالمشرع ألزم ضباط الشرطة القضائية بإثبات كيفية تنفيذ هذا الإجراء كتابة في سجل خاص يفتح في مراكز الشرطة والدرك يعرف بسجل التوقيف للنظر يؤشر عليه وكيل الجمهورية ويراقبه دوريا (الفقرة الثانية من المادة 52 من ق إ ج) ويثبت فيه ضابط الشرطة القضائية رقم المحضر واسم ولقب الشخص الموقوف وسبب ومدة حجزه. ولقد أكدت التعليمات الوزارية المشتركة، المحددة للعلاقات الوظيفية بين السلطة القضائية والشرطة القضائية في مجال إدارتها والإشراف عليها ومراقبة أعمالها، على ضرورة تفقد وكيل الجمهورية لأماكن التوقيف للنظر والإطلاع على سجلات التوقيف للنظر<sup>(15)</sup>.

(14) عبد الله أوهائية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي «الاستدلال»، الجزء الأول، الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004، ص 127.

- طباش عزالدين، المرجع السابق، ص 75 وما بعدها.

- محمد محدة، المرجع السابق، ص 202.

- Charles PARRA et Jean MONTREUIL, OP Cit, P 309.

(15) التعليمات الوزارية المشتركة بين كل من وزارتي العدل والدفاع ووزارة الداخلية والجماعات المحلية المحددة للعلاقات التدريجية بين السلطة القضائية والشرطة القضائية، صادرة في 31 يوليو 2000.

## 2- البيانات التي يتضمنها سجل التوقيف للنظر:

يتفقد وكيل الجمهورية أماكن التوقف للنظر بصفة دورية في أي وقت لمعاينة ظروف التوقيف والإطلاع على السجلات ذات الصبغة القضائية، والتي يمكن له أن يدون عليها ملاحظاته، وتكون سجلات التوقيف للنظر مرقمة وموقع عليها من طرف وكيل الجمهورية.

وبالإضافة إلى البيانات التي يتضمنها السجل فإن المحضر الذي يحرره ضابط الشرطة القضائية يجب أن يتضمن البيانات التالية<sup>(16)</sup>:

- مكان وسبب التوقيف للنظر، المكان الذي يحجز فيه الشخص الموقوف هو مكان إجراء التحقيق أو غرفة الأمن بمركز الشرطة أو الدرك، أما السبب فيكون إما لمقتضيات التحقيق أو لوجود دلائل قوية وامتاسكة.
- تاريخ وساعة بداية سريان مدة إجراء التوقيف للنظر.
- مدة سماع أقواله (البداية والنهاية).
- مدة الاستراحة (البداية والنهاية).
- ساعة وتاريخ تقديم الموقوف أمام وكيل الجمهورية أو إخلاء سبيله، ويوقع الشخص المعني على المحضر إثباتا للبيانات المسجلة مع ضابط الشرطة القضائية وإذا امتنع عن التوقيع يشار إلى ذلك في المحضر<sup>(17)</sup>.

## 3- شروط ومكان التوقيف للنظر:

يجب تخصيص داخل مقرات مصالح الشرطة القضائية التي تباشر التحريات الأولية أماكن لوضع الأشخاص الموقوفين للنظر (وحددت جملة من الشروط يجب أن تتوفر في هذه الأماكن (غرف الأمن)، إذ يجب أن تراعى سلامة الشخص الموقوف للنظر وأمن محيطه، أي أن يتوفر في الغرفة شرط التهوية والنظافة ومستلزمات

(16) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية «التحري والتحقيق»، الجزء الأول، الجزائر: دار هومه، 2008، ص 244.

- أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، مرجع سابق، ص 187 وما بعدها.

(17) طباش عزالدين، المرجع السابق، ص 130.

النوم، وأن تكون خالية من أي شيء يمكن استخدامه لإيذاء المحجوز نفسه وأن تكون مجهزة بوسيلة لإنذار المناوبة عند الاقتضاء، إلا أن مستلزمات النوم لم يتم تحديدها، لذا يمكن أن تكون بعض هذه المستلزمات من الأشياء التي يمكن استخدامها لإيذاء المحجوز نفسه<sup>(18)</sup>.

كما ينبغي الفصل بين البالغين والأحداث، وبالرغم من النص على هذا الشرط في التعليمات إلا أن الأحداث عادة لا يتم حجزهم، بل يسلمون لأوليائهم الذين يلتزمون بتقديمهم في الوقت المحدد، وإذا اضطر المحقق لحجز حدث فلا يجب أن يكون مع البالغ، وعادة تكون غرف الحجز فردية. كما يفصل بين الذكور والإناث، غير أن حجز النساء والأحداث وتحديد مواصفات موحدة لغرف الأمن وطرق وأساليب الفحص الطبي واتصال المحجوز بعائلته من المسائل التي تثير العديد من الإشكالات على صعيد الواقع<sup>(19)</sup>.

## المطلب الثاني

### الضمانات المتعلقة بحقوق الموقوف للنظر

إن الحقوق التي يضمنها المشرع للمشتبه فيه موضوع التوقيف للنظر هي بالنسبة لضابط الشرطة القضائية التزامات نصت عليها المادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية، وسنعرض لهذه الحقوق في الفروع التالية:

(18) لا يوجد نص في القانون يحدد بدقة مكان تنفيذ التوقيف للنظر، لذا رأى الفقه أن التوقيف للنظر ينفذ في مراكز الشرطة أو الدرك كما يستفاد من المادة 52 فقرة 4 التي تشير إلى أماكن خاصة بالتوقيف للنظر معلومة مسبقاً من قبل النيابة العامة، فهذا يفيد ضماناً أن التوقيف للنظر نفذ في مراكز الشرطة أو الدرك، وفي هذا الموضوع وخلال الأعمال التحضيرية لقانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، اعتبر أن موضوع تحديد مكان تنفيذ التوقيف للنظر من اختصاص التنظيم وليس القانون، وفي هذا نص مرسوم 20 مايو 1903 المتعلق بتنظيم الخدمة في الدرك في مواده 124، 127، 134 على إمكانية تنفيذه في ثكنة الدرك، مع ملاحظة أنه بالنسبة للأشخاص الذين يشكلون خطراً على الأمن العام فهؤلاء يتم حجزهم في غرفة الأمن وهو ما جاء في منشور المدير العام الأمن الوطني الفرنسي المؤرخ 14 أغسطس 1953. وعلى خلاف المشرع الفرنسي، فإن المشرع الجزائري لم يحدد أماكن التوقيف للنظر ولكن نصت التعليمات الوزارية المشتركة المحددة للعلاقات الوظيفية بين السلطة القضائية والشرطة القضائية على تخصيص داخل مقرات مصالح الشرطة القضائية التي تباشر التحريات الأولية أماكن لوضع الأشخاص الموقوفين للنظر، وحددت جملة من الشروط يجب أن تتوفر في هذه الأماكن التي تسمى بغرف الأمن.

- Laurent SCHWARTZ, OP Cit, P 325 .

(19) أحمدغاي، المرجع السابق، ص 204.

## الفرع الأول

### تمكين الشخص الموقوف للنظر من الاتصال بعائلته أو محاميه

أضاف المشرع ضمانة جديدة تمكن الموقوف للنظر من كل وسيلة تمكنه من الاتصال فوراً بأحد أفراد عائلته، ومن تلقي زيارته أو الاتصال بمحاميه ومن تلقي زيارته لمدة لا تتجاوز ثلاثين دقيقة، واشترط أن تنقضي نصف المدة القصوى المنصوص عليها في المادة 51 المتعلقة بأجل التوقيف للنظر في جرائم المتاجرة بالمخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف والفساد.

ويمكن أن يتم ذلك بواسطة الهاتف أو أية وسيلة أخرى، كما يسمح لعائلته بزيارته، فذلك أمر ضروري لطمأنة أهله بمعرفتهم بمكان وجوده، مما يسهل تزويده بما يحتاجه من أكل وملبس عند اللزوم واختيار محام له، بحيث إن كل ذلك يجب أن يتم بشرط عدم الإضرار بحسن سير التحريات.

إن المشرع الجزائري نص صراحة على السماح للمحامي الحضور مع المشتبه فيه الموقوف للنظر في مرحلة التحريات التي تعد مرحلة سابقة للتحقيق، وكان هذا الأمر مثار جدل كبير بين الفقهاء، فبعضهم يعد مرحلة جمع الاستدلالات سابقة على مرحلة التحقيق ومن ثم فهي مرحلة تمهيدية لا يحق لرجال الضبطية القضائية خلاله المساس بحريات وحقوق الأفراد أثناء تأدية واجبهم في جمع الأدلة والكشف عن الجريمة فليس من الضروري حضور مدافع عن المشتبه فيه خلال هذه المرحلة، وهناك رأي آخر يجيز حضور المحامي مع المشتبه فيه إذا قام رجال الضبطية القضائية بعمل رجال التحقيق استثناء، لأنه يحق للمشتبه فيه طلب مدافع عنه في مرحلة التحقيق. لكن الرأي الراجح أنه لما لهذه المرحلة من أهمية فمعظم أقوال المشتبه فيه تؤخذ خلال هذه المرحلة وحفاظاً على حقوقه وحرياته، فإنه يفضل حضور المدافع عنه حيث إحصار المتهم في مراكز الشرطة أو الدرك يترتب عنه ضغط يمارس على المشتبه فيه ويمس بحريته.

لقد نصت المواثيق والاعلانات الدولية على حق الدفاع، إذ كفلت المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 الضمانات الضرورية للدفاع على كل شخص أتهم بجريمة وطالبت باعتباره بريئاً إلى أن تثبت إدانته بمحاكمة نزيهة وعلنية وعادلة، كما نصت على ذلك أيضاً المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان الموقعة سنة 1950، بعدها أوصى المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات في رومانيا عام 1953 على ضرورة تعيين مدافع عن المتهم قبل أن يسأل عن شخصيته وقبل أن يدلي بأية أقوال وإبلاغه بحقه بعدم الإجابة إلا بعد حضور مدافع عنه، وزيادة على ذلك أوصت الحلقة الدراسية المنعقدة بسنتياغو عام 1958 بضرورة الاستعانة بمحام في كل مرحلة من مراحل التحقيق وضمان هذا الحق للمشتبه فيه لتأتي بعد ذلك الحلقة الدراسية التي انعقدت في فيينا عام 1960 لتؤكد ذلك.

كما أن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان المنعقدة سنة 1962 رأت أن مرحلة التحري والاستدلال من المراحل الخطرة خاصة وأن المشتبه فيه يكون تحت تصرف رجال الضبط فأوصت بضرورة الاستعانة بمدافع عنه، وقضت التوصية السادسة للمؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات المنعقد في هامبورغ خلال الفترة من 16 إلى 22/09/1979، أن من الضروري إبلاغ المشتبه فيه أن له الحق في الاستعانة بمدافع خلال جميع الإجراءات الجزائية وله أن يختاره بنفسه أو تقوم السلطة القضائية بتعيينه إذا ما تعذر ذلك على المشتبه فيه خاصة ما كان منها في الحالات الخطرة، لكن رغم ذلك فإنه لم ينص على هذا الحق في مرحلة التحري والاستدلال في أغلب دساتير الدول رغم ما ينتج عنها من آثار تكون الدليل الوحيد أمام القاضي، لذا يرى الفقه الحديث بحتمية حضور المدافع عن المشتبه فيه أثناء هذه المرحلة لعدم وجود نص في القانون يحضره وذلك استناداً إلى حق الدفاع العام الذي يضر بإنكار حرية الاستعانة بمحامى في مرحلة التحري والاستدلال الذي قد تكون نتائجه عامة فيما يخص إجراءات التحري والإثبات<sup>(20)</sup>.

(20) علي سالم الحلبي، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول: دعوى الحق العام ودعوى الحق الشخصي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 332.

- علي السالم عياد الحلبي محمد، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن، الكويت، دون دار نشر، 1981، ص 295 وما بعدها.

ونلاحظ في هذا السياق أن مشكل إطعام المحجوزين تعترض رجال الشرطة القضائية ولاسيما بالنسبة للمحجوزين الذين يسكنون بعيدا عن مكان الحجز والذين ليس لديهم مقابل مالي لاقتناء ما يحتاجونه.

والأصل في هذا الشأن أن الدولة هي التي تتكفل بالمصاريف، غير أنه يلاحظ عدم وجود قواعد محددة تبين الجهة التي تدفع المصاريف اللازمة لإطعام الموقوفين للنظر الأمر الذي يجعل ضابط الشرطة القضائية - ولاسيما في المناطق النائية- الاضطرار إلى إطعام المحجوزين من مالهم الخاص أو اللجوء إلى المؤسسات العمومية القريبة. إن هذا الوضع غير طبيعي ويجب تداركه بوضع قواعد تنظيمية تحدد بدقة الجهة التي تتحمل تلك المصاريف وكذا الإجراءات التي تنظم طريقة إطعام الموقوفين للنظر<sup>(21)</sup>.

## الفرع الثاني

### إخضاع الشخص الموقوف للنظر للفحص الطبي

نص المشرع في التعديل الأخير على إلزامية إخضاع الموقوف للنظر للفحص الطبي بموجب نص المادة 51 مكرر فقرة أخيرة. ويكون الفحص عند نهاية مدة الحجز وقبل تقديمه أمام القاضي المختص أو إخلاء سبيله. كما قد يكون في أية لحظة من الأجل المنصوص عليها في المادة 51 ق إ ج، طبقاً لأحكام المادة 52 فقرة أخيرة، وعلى ضابط الشرطة أن يبلغه بحقه في إجراء فحص طبي إذا رغب هو شخصياً في ذلك أو بطلب من أحد أفراد عائلته أو محاميه، ويكون الفحص من طرف الطبيب الذي يختاره الموقوف أو بناء على تسخير من ضابط الشرطة القضائية أو وكيل الجمهورية.

وتفاديا لأي طعن في مصداقية التحريات ومشروعيتها من قبل الأشخاص المحجوزين يوصى عادة - من الناحية العملية- بإجراء فحص حتى ولو لم يطلبه الموقوف وذلك توكفاً من الادعاءات المغرضة أو الاتهامات الكيدية التي قد يلجأ إليها المحجوز، والتي عادة ما تكون ادعاء بأن الاعترافات التي أدلى بها أمام رجال الشرطة القضائية كانت نتيجة التهديد أو الإكراه أو الضرب. تضاف الشهادة الطبية إلى أوراق

(21) ليطوش دليّة، المرجع السابق، ص 75 وما بعدها.

- Serge Guinchardet Jaques Buisson, Procédure pénale ; édition LEXISNEXIST;Paris; 1999, P 278

المحضر لتكون شاهدا يوم المحاكمة أو أمام قاضي التحقيق على أن الموقوف للنظر كان سليما يوم أن غادر الشرطة أو الدرك. سواء أجرى الفحص للمحجوز أم لا، فإن المحضر يجب أن يشير إلى الفحص أو إلى أن المعني قد بلغ بحقه في إجراء الفحص ولم يرغب في ذلك<sup>(22)</sup>.

## الفرع الثالث

### حق الموقوف في التزام الصمت

يقصد بالحق في الصمت حرية الشخص في الكلام أو الامتناع عنه أو رفض الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه، فهو حق متأصل في مبدأ افتراض براءته، كما أنه ضمان مهم للحق في ألا يرغم على الاعتراف بذنبه أو الشهادة على نفسه، وطالما كان حق الصمت من حقوق الدفاع فلا يجوز للمحكمة أن تستخلص من هذا الصمت قرينة ضده، وإلا كان في ذلك إهدار لقرينة البراءة وما تولد عنها من حقوق للدفاع.

فقد كان موضوع الحق في الصمت من ضمن توصيات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما سنة 1953 حيث جاء النص عليه: «لا يجبر المتهم على الإجابة، ومن باب أولى لا يكره عليها، فهو حر في اختيار الطريق الذي يسلكه ويراه محققا لمصلحته»، بينما قررت لجنة مؤتمر القانون الجنائي الذي نظمته اللجنة الدولية لرجال القانون في أثينا في جوان 1955 أن المتهم يستطيع أن يرفض الإجابة أمام الشرطة وسلطة الاتهام، ويطلب سماعه بواسطة القاضي، ولا يجوز للمحكمة أن تجبره على الكلام، كما أوصت لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة في يناير 1962

(22) أضافت المادة 51 مكررا ضمانات أخرى تتمثل في إلزامية إجراء الفحص الطبي للشخص الموقوف إذا ما طلب ذلك مباشرة أو بواسطة محاميه أو عائلته، كما أن المادة 52 من قانون الإجراءات الجزائية سمحت لوكيل الجمهورية إذا اقتضى الأمر سواء من تلقاء نفسه أو أحد أفراد عائلة الشخص الموقوف، أو محاميه، أن يندب طبيب لفحصه في أية لحظة من الأجل المنصوص عليها في المادة 51 كما أن الفحص يتم من طرف طبيب يختاره الشخص الموقوف من بين الأطباء الممارسين في دائرة اختصاص المحكمة، وإذا تعذر ذلك يعين له ضابط الشرطة القضائية تلقائيا طبيبا. انظر أكثر تفصيلاً للموضوع في:

- محمد مدحة، المرجع السابق، ج الثاني، ص 151.

- عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 158.

- معراج جديدي، الوجيز في الإجراءات الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، الهامش رقم 1، ص 13.

بأن «لا يجبر أحد على الشهادة ضد نفسه ويجب قبل سؤال واستجواب كل شخص مقبوض عليه أو محبوس أن يحاط علما بحقه في التزام الصمت».

كما اعتبرت المحكمة الأوروبية أنه على الرغم من عدم ذكر حق الصمت بصورة واضحة في الاتفاقية الأوروبية، إلا أن واجب احترام حقوق الدفاع يفترض الاعتراف للشخص المشتبه فيه ارتكاب الجريمة بحقه في التزام الصمت أثناء سماعه من طرف الشرطة وحقه ألا يجبر على الشهادة ضد نفسه، ويجب الأخذ بهذا الحق عبر الإجراءات الجزائية في جميع الجرائم من أبسطها إلى أعقدها، فحق الصمت وعدم تجريم النفس من المعايير المعترف بها دوليا التي تدخل في صلب فكرة عدالة الإجراءات الواردة في المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية<sup>(23)</sup>، لم يعترف المشرع الجزائري بحق الصمت إلا في مرحلة التحقيق القضائي حيث ألزمت المادة 100 ق إ ج قاضي التحقيق بضرورة تبصير المتهم بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار، فالسؤال الذي يمكن طرحه هل للمشتبه فيه رفض الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه أثناء التوقيف للنظر أم لا<sup>(24)</sup>؟

ويمكن القول أنه مادام أن القانون لم يمنح ضابط الشرطة القضائية أي سلطة لإجبار الموقوف على الإدلاء بتصريحاته أو الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه، فإنه يستفاد ضمنا أن هذا الحق ينسحب أيضا إلى المشتبه فيه أثناء توقيفه للنظر، لأنه لا يوجد نص يعاقبه على عدم الكلام وبالتالي لا يمكن اعتبار صمته دليل لإدانته أو قرينة ضده.

(23) Henri Hélène, Des mesures attentatoires à la liberté individuelle prise avant tout jugement pénale, Thèse Montpellier, 1976, P 100.

(24) إلا أن الحق في الصمت لا يعني تطبيقه بصورة مطلقة، باعتبار أن مقتضيات حسن سير العدالة تفرض على الشخص المشتبه فيه أن يقدم بعض المعلومات الخاصة باسمه ولقبه وعنوانه ومهنته، ثم أن حق عدم تجريم النفس اعتبرته المحكمة الأوروبية أنه لا يجب أن يمتد إلى الأدلة المحصل عليها عن طريق إجراءات خارجة عن إرادة المشتبه فيه، مثل تلكالنتيجة عن الفحوصات المخبرية المتعلقة بغسل المعدة وتحليل البول والدم وكذا عملية رفع البصمات.

- طباش عزالدين، المرجع السابق، ص 90.

- Serge GUINCHARD et Jaques BUISSON, OP Cit, P 315

## الفرع الرابع

### بعض الإشكالات المتعلقة بالتوقيف للنظر

نظرا للاهتمام البالغ للسلطة السياسية في البلاد وانشغالها بمسألة توفير الضمانات اللازمة للمشتبه فيهم خاصة منهم الموقوفين للنظر، فإنها تسعى لأجل تكييف تشريعنا الداخلي مع جميع المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، ولأجل ذلك تم إدخال العديد من التعديلات على نصوص تقنين الإجراءات الجزائية كان آخرها كما أسلفنا في 23 يوليو 2015 بموجب الأمر 15/02 إلا أن الملاحظ على هذه التعديلات لم تأت بكل الحلول للعديد من الإشكالات التي قد تعيق ضابط الشرطة القضائية عند لجوئه لهذا الإجراء.

وأهم الإشكالات المتعلقة بالتوقيف للنظر، متعلقة بمكان التوقيف، ومدته، وبداية سريان المدة، ومنها ما هو متعلق بالشخص الموقوف نفسه، على غرار اتصاله بعائلته، والفحص الطبي، وكثرة الموقوفين، وكون الموقوف حدثا، وسوف نحاول فيما يلي بعض الثغرات التي لا تزال تعترى التشريع الجزائري بخصوص هذه المسائل:

#### 1- غرفة التوقيف:

اكتفى المشرع في التعديل المذكور بالنص على أن يكون التوقيف للنظر في أماكن معلومة مسبقا من طرف النيابة العامة ومخصصة لهذا الغرض تضمن احترام كرامة الإنسان دون أن يحدد المواصفات النموذجية لغرفة الأمن من حيث تأثيث الغرفة ما يجب توفيره وما لا يجب، دورة المياه هل تكون داخل الغرفة أم خارجها (مشكلة العدد)، ضيق الغرفة عند تواجد عدد هائل من الموقوفين للنظر، تواجد أغلب الغرف في الطابق السفلي مما يعرضه للرطوبة.

#### 2- مدة التوقيف للنظر:

صحيح أن المدة قد لا تكون كافية خاصة بالنسبة للجرائم المنظمة العابرة للحدود أو القضايا الهامة والخطيرة، وهو الأمر الذي جعله ينص على تمديدها بإذن كتابي من وكيل الجمهورية حسب خطورة الجريمة، فيجب التقيد بما ينص عليه القانون، غير أنه أغفل خصوصية المناطق؛ ففي المناطق الصحراوية خاصة يكون تقديم شخص من عين صالح أو بتنزواطين مثلا أمام وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بمحكمة

تمنراست، وهذا قد يستغرق المدة الكاملة للتوقيف للنظر كان من الأحسن مراعاة خصوصية هذه المناطق، حيث إنه يصل بعد بعضها عن مقر المحكمة بأكثر من 600 كلم.

### 3- بداية سريان مدة التوقيف بالنظر:

تختلف عملية التوقيف للنظر من ضابط لآخر، فقد يبدأ حسابها منذ توقيف المشتبه فيه في مسرح الجريمة، أو منذ بداية تلقي تصريحاته، أو من ساعة إدخاله الغرفة المخصصة للتوقيف، إذ كان من المستحسن ضبط هذه المسألة قانوناً لتفادي لأي تطبيق غير سليم وهو ما شرحناه سابقاً.

### 4- اتصال الموقوف للنظر بعائلته وزيارتها له:

إذا كان المشرع قد سمح بإمكانية استعمال كل وسيلة للقيام بهذا الإجراء، فإنه لم يحدد درجة القرابة التي يجب التوقف عندها، ولا كيف يمكن التأكد من أن المتصل به هو فعلاً أحد أقرباء الموقوف للنظر أو مجرد شريك معه في الجريمة، وكذلك ما هو عدد مرات الاتصال؟ هذا من جهة؛ وكذلك من يتحمل تكلفة الاتصال؟ وهل يحضر ضابط الشرطة القضائية زيارة الموقوف للنظر من طرف أهله أو عائلته؟ أم أن الاتصال بالعائلة يكون في معزل عن الضبطية، من أجل تأمين خصوصية الاتصال، فكل هذه المسائل مغفلة في التعديلات الأخيرة، وتحتاج إلى ضرورة مراجعة.

### 5- كثرة عدد الموقوفين للنظر:

يطرح مشكل كثرة عدد الموقوفين خاصة في التحقيقات الكبرى عندما لا تتسع الغرفة أو الغرف المخصصة للتوقيف لاستيعاب كل الموقوفين للنظر، فهل يمكن توزيعهم على فرق أخرى بالتنسيق مع الجهات المختصة؟ وإذا ما تم اتباع هذا الإجراء ففي أي سجل توقيف يتم تسجيلهم فيه؟

### 6- الفحص الطبي:

من يتحمل تكاليف الكشف والدواء والفحوص المخبرية؟ ولذلك يجب أن ننظر إلى الموقوف للنظر وإن كان له ضمانات على أساس أنه لم يتهم بأي شيء بعد، إلا أن موضع الاشتباه هو الذي قاده إلى هذا المركز، ومن ثم نجد بأن المصاريف سوف

تقع على الخزينة العمومية، وعلى ذلك فإنه بالإمكان في حالة ثبوت الجريمة في حق الموقوف بعد المحاكمة وإدانتته أن يتم احتساب هذه المصاريف على ذمته.

#### 7- الأشخاص محل المتابعة بموجب الأوامر القضائية:

فبالنسبة للأشخاص الصادرة في حقهم أوامر قضائية، مثل تنفيذ صورة قرار نهائي أو حكم نهائي بالحبس أو تنفيذ إكراه بدني، وتم إلقاء القبض عليه بعد ساعات الدوام أو في عطلة نهاية الأسبوع، فهل يجوز توقيفه للنظر؟ خاصة أن هذا الإجراء يفتقد للشرعية الإجرائية مع غياب أي نص ينظم ذلك.

#### 8- توقيف الأحداث للنظر:

لقد أفرد المشرع الجزائري في الكتاب الثالث الإجراءات الخاصة بالأحداث المجرمين، إلا أنه وفيما يتعلق بباب التوقيف للنظر، فإنه سكت عن ذلك مما جعل العملية تختلف من جهة لأخرى، ففي قانون الإجراءات الجزائية لم يخصص المشرع الجزائري نصوصاً عن مدد توقيف الأحداث للنظر، وإنما أبقاهم على نفس الآجال التي يخضع لها البالغون وهي مدة 48 ساعة قد تكون قابلة للتمديد أم لا حسب الحالة.

إلا أننا نرى أن ذلك يجوز إذ كيف يعقل أن الحبس المؤقت والذي هو إجراء أكثر خطورة من التوقيف للنظر يمكن أن يخضع إليه الحدث البالغ من العمر من 13 إلى 18 سنة ومنه يجوز توقيف الأحداث للنظر.

وإذا كان الالتزام بأجال التوقيف للنظر والشكليات المنوه عنها سالفا تعد ضمانات لحقوق المشتبه فيهم، وكل إخلال أو انتهاك لها يعرض ضابط الشرطة القضائية للمسؤولية التأديبية وحتى الجزائية، غير أن الالتزام بتلك الشكليات لم يوضع تحت طائلة البطان فاختلاف إحدى الشكليات لا ينتج عنه بالضرورة بطان الإجراءات ما لم يتضمن عيوباً تؤثر تأثيراً بالغاً على إثبات الحقيقة، وهذا ما قرره الاجتهاد القضائي في فرنسا<sup>(25)</sup>.

(25) نص الأمر الفرنسي الصادر بتاريخ 2 فبراير 1945 بشأن الأحداث المجرمين في المادة الرابعة منه أنه: «يحظر كقاعدة عامة احتجاز الأطفال الذين يقل عمرهم عن ثلاث عشرة سنة، ويجوز بصفة استثنائية لضرورة جمع الاستدلالات التحفظ على الطفل الذي تتراوح سنه بين عشر سنوات وثلاث عشر سنة تحت تصرف مأمور الضبط القضائي بالشروط والضمانات الآتية، منها ما يتعلق بمكان التوقيف بأن تكون الشروط المادية للتحفظ ملائمة لسن الطفل سواء فيما يتعلق بضرورة فصله تماماً عن البالغين، أو من حيث التغذية والرعاية الصحية المناسبة».

ويبقى خير ضمان مقرر للمشتبه فيه هو رقابة السلطة القضائية على أعمال الشرطة القضائية، غير أنه ولتعزيز العمل بالمواد المحددة ل ضمانات المشتبه فيه الموقوف للنظر وكذا السهر على عدم مخالفة أحكامها، وضع المشرع نصوصاً معاقبة عن الإخلال بها، بحيث تطرق قانون العقوبات في قسم الاعتداء على الحريات إلى العقوبات المطبقة على كل من يتعدى على حق من الحقوق، بحيث نص في المادة 107 «يعاقب الموظف بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا أمر بعمل تحكيمي أو ماس سواء بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر»، وفي المادة 108 «مرتكب الجنايات المنصوص عليها في المادة 107 مسؤول شخصياً مسؤولية مدنية وكذلك الدولة على أن يكون لها حق الرجوع على الفاعل».

ولقد حددت المادة 110 مكرر العقوبات المخصصة لكل مخالفة تخص سجل الوضع تحت النظر وكذا الفحص الطبي على النحو التالي: «كل ضابط بالشرطة القضائية الذي يمتنع عن تقديم السجل الخاص المنصوص عليه في المادة 52 الفقرة 3 من قانون الإجراءات الجزائية إلى الأشخاص المختصين بإجراء الرقابة، وهو سجل خاص يجب أن يتضمن أسماء الأشخاص الذين هم تحت الحراسة القضائية، يكون قد ارتكب الجنحة المشار إليها في المادة 110 ويعاقب بنفس العقوبات (أي جريمة الحجز التحكيمي ويعاقب بالحبس مدة من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، وكل ضابط بالشرطة القضائية الذي يتعرض رغم الأوامر الصادرة طبقاً للمادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية ومن وكيل الجمهورية لإجراء الفحص الطبي لشخص هو تحت الحراسة القضائية الواقعة تحت سلطته يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر و بغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط) 26(26).

إننا نرى ضرورة تدعيم الجزاء الشخصي بالجزاء الموضوعي، وذلك بالنص صراحة على بطلان إجراء التوقيف للنظر وكل ما يليه من إجراءات أخرى في حالة ما إذا شابته عيب يستوجب ذلك، لأنه يبقى أهم إجراء يوفر الحماية القانونية للموقوف

(26) عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 196، 197.

- طباش عز الدين المرجع السابق، ص 106.

للنظر، فلا أهمية لسن النصوص القانونية التي تشيد بحقوق وحرية الفرد الموقوف للنظر إذا لم تنطوي على إجراءات فعّالة لصدّ أيّ تعدّ.

## 9 - حق الموقوف للنظر في معرفة الوقائع المنسوبة إليه:

من غير المعقول أن تتم مناقشة الموقوف للنظر عن الأفعال والوقائع المنسوبة إليه دون أن يعلمه ضابط الشرطة لقضائية بهذه الوقائع التي كانت سبب توقيفه، إذ أنه قبل أن يقرر الموقوف استعمال حقه في الرد عن أسئلة الضابط أو التزام الصمت، يفترض أنه كان يدرك الأفعال المنسوبة إليه ومدى خطورتها حتى يتمكن بعد ذلك من تحضير الدفاع المناسب، فقد نصت المادة 9/ف2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن: «يستوجب إبلاغ أي شخص يتم توقيفه بأسباب ذلك التوقيف لدى وقوعه، كما يتوجب إبلاغه سريعا بأية تهمة توجه إليه». واعتبرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن نص المادة 14 من العهد في فقرتها الثالثة نقطة (أ) التي تنص على: «أن يتم إعلامه (المتهم) وبالتفصيل وفي لغة يفهمها، بطبيعة التهمة لموجهة إليه وأسبابها»، يجب أن تراعى عندما تعمد المحكمة أو سلطة الادعاء أثناء التحقيق، إلى اتخاذ خطوات إجرائية ضد الشخص المشتبه في ارتكابه للجريمة قيد التحقيق كما ورد هذا الحق في المادة 5/ف2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بأن يخبر كل شخص موقوف وفي أسرع وقت ممكن وبلغة يفهمها بأسباب توقيفه والتهم الموجودة ضده.

وقد ذكر المشرع الفرنسي هذا الحق بنص صريح في التعديلات الأخيرة لقانون الإجراءات الجنائية واعتبره من بين الحقوق التي يلتزم ضابط الشرطة القضائية بإبلاغها للمشتبه فيه فور توقيفه للنظر<sup>(27)</sup> في حين لم تتضمنه التعديلات الأخيرة لقانون الإجراءات الجنائية الجزائري بل اكتفى المشرع بذكره صراحة في المادة 100 ق إ ج المتعلقة بالتحقيق القضائي.

(27) Jacques BUISSON, La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000, RSC ,N° janvier-mars 2001, P 231.

## الخاتمة:

إن موضوع ضمانات التوقيف للنظر من المواضيع الدقيقة والحساسة في مرحلة البحث؛ وذلك لارتباطها بحماية حقوق الأشخاص الموقوفين للنظر، ذلك أنه كلما كانت الإجراءات صحيحة وسليمة دل ذلك على أن الضبطية القضائية قد سارت بكيفية قانونية وأن الضمانات القانونية قد تم مراعاتها واحترامها.

ومن بين أهم الضمانات المضافة بموجب التعديلات التي مست قانون الإجراءات الجزائية فيما يخص إجراء التوقيف للنظر، نجد المشرع حدد ضابطا زمنيا ينشأ التزاما على عاتق وكيل الجمهورية لزيارة أماكن التوقيف للنظر في فترات معينة حددها بمرة كل ثلاثة أشهر بشكل إلزامي، وله أن يتنقل لأماكن التوقيف للنظر كلما رأى ذلك ضروريا وهي ضمانات جديدة

كما نص صراحة على ضرورة إخبار الموقوف للنظر بحقوقه المذكورة في المادة 51 مكرر، في بداية التوقيف، وعند الاقتضاء الاستعانة بمرجم مع الإشارة لذلك في محضر الاستجواب.

كما سمح للموقوف الأجنبي الاتصال فورا بمستخدمه و/أو بالممثلة الدبلوماسية أو القنصلية لدولته في حال لم يتصل بعائلته أو محاميه.

ولكن ينبغي أن نشير أن المشرع رغم التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية قد أغفل بعض الجوانب في إجراء التوقيف للنظر منها عدم التحديد الصريح لوقت بداية حساب مدة هذا التوقيف المحددة بـ 48 ساعة، عدم تحديد مستلزمات النوم بدقة بحيث يمكن أن تعد إحداها من الأشياء التي يمكن استخدامها لإيذاء المحجوز نفسه، وكيفية التكفل بجانب تغذية الموقوف للنظر التي تخلق مشاكل جمة لضابط الشرطة القضائية، الشيء الذي يفرض إيجاد حلول ناجعة خاصة للمشكلة الأخير وصياغتها في نصوص واضحة.

كما أنه أغفل تقرير حق المشتبه فيه بالصمت بشكل صريح فهو ضمانات لا بد منها، لأن الفرد قد يدرك بأن لديه هذا الحق عند مواجهة التهمة أمام قاضي التحقيق، إلا أنه يستبعد ذلك عندما يكون محل سماع الشرطة القضائية نتيجة الطابع القمعي الذي يتميز به هذا الجهاز، مما يؤدي إلى خلق الاضطراب والخوف الذي يجعله يدلي

بتصريحات قد تضيره أو تضير بالآخرين، رغم أنها قد تكون لا أساس له في الواقع. كما أنه من الأجدر بالمشرع أن ينص على البطلان كجزء إجرائي في حالة مخالفة أحكام التوقيف للنظر، ما دام الأمر يتعلق بمصلحة الموقوف، حيث إذا تم خرق هذه الحقوق والضمانات أو إغفالها ينتج عنه إهدار لضمانات الحماية لحرية وحقوقه والتي هي مصونة دستوريا.

كل ذلك مع تقليص مدة التوقيف للنظر نظرا لخطورته وتعارضه مع مبدأ افتراض البراءة في المشتبه فيه، ثم أن الشرطة القضائية لديها اليوم من الإمكانيات ما يجعلها تقوم بمهامها في أسرع وقت ممكن، ولذا نرى أنه لا يوجد مبرر للإبقاء على مدة 48 ساعة التي تعتبر مدة طويلة، ما دامت تتضمن تقييدا لحرية الأفراد في مرحلة، الأصل أن تتم الإجراءات فيها برضاهم.

## قائمة المصادر والمراجع:

### أ- المصادر:

- 1- الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015، المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، العدد 40، المؤرخة في 23 يوليو 2015.
- 2- الأمر 71 - 28 المتضمن قانون القضاء العسكري، المؤرخ في 22 أبريل 1971، المعدل والمتمم بموجب الأمر 73 - 04، لسنة 1973، الجريدة الرسمية، العدد 05.
- 3- المرسوم المؤرخ في: 08/1958/22 المتضمن تنظيم الخدمة في الدرك الفرنسي، المعدل والمتمم بالقانون 971-09، لسنة 2009.
- 4- التعليمات الوزارية المشتركة بين كل من وزارة العدل والدفاع ووزارة الداخلية والجماعات المحلية المحددة للعلاقات التدريجية بين السلطة القضائية والشرطة القضائية، صادرة في 31 جويلية 2000.
- 5- Le Décret Du 20 Mai 1903 Portant Règlement sur l'Organisation et le service de la Gendarmerie Code de Procédure Pénal, Dalloz, 1984 - 1985.

### ب- المراجع باللغة العربية:

- 1- أحمد لعور، نبيل صقر، الموسوعة القضائية في المواعيد القانونية، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 2- أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة التحريات الأولية دراسة مقارنة للضمانات النظرية والتطبيقية المقررة للمشتبه فيه في التشريع الجزائري والتشريعات الأجنبية والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2005.
- 3- طباش عزالدين، «التوقيف للنظر في التشريع الجزائري دراسة مقارنة لمختلف أشكال الاحتجاز في المرحلة التمهيدية للدعوى الجنائية»، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2004.
- 4- ليطوش دليلة، الحماية القانونية للفرد الموقوف للنظر، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة قسنطينة، 2009.

- 5- محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، القاهرة، دار المطبوعات الجامعية، 2012.
- 6- محمد محده، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزء الثاني، دار الهدى عين مليلة، 1992.
- 7- محمد صبحي نجم، «حق المتهم أو الظنن في محاكمة عادلة في أصول المحاكمات الجزائية الأردني»، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 32، العدد 01، 2005.
- 8- معراج جديدي، الوجيز في الإجراءات الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 9- عبد الله أوهاببية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي «الاستدلال»، الجزء الأول، الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004.
- 10- شرح قانون الإجراءات الجزائية «التحري والتحقيق»، الجزء الأول، الجزائر: دار هومه، 2003.
- 11- علي سالم عياد الحلبي، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول: دعوى الحق العام ودعوى الحق الشخصي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.
- 12- ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن، الكويت، دون. دار نشر، 1981.

### ج - المراجع باللغة الفرنسية:

- 1 - BRHINCKY Corinne Renault, Procédure Pénale, 7ème éditions, Paris, GUALINE éditeur 2006.
- 2- Charles PARRA et Jean MONTREUIL, Traité de procédure pénale policière, Imprimerie des dernières nouvelles de Strasbourg, QUILLET Editeur, Paris, 1970.
- 3- Henri HELENE, DES mesures attentatoires à la liberté individuelle prise avant tout jugement pénale, Thèse université Montpellier, 1976

- 4- Jacques BUISSON, Lagardeà vue dans la loi du 15 juin 2000, RSC ,N° janvier-mars, 2001.
- 5- Serge GUINCHARD et Jaques BUISSON, Procédurepénale ; édition LEXISNEXIST,Paris; 1999.
- 6- Laurent SCHWARTZ, Petit manuel de garde à vue et de mise en examen, Edition ARLEA- 2003.
- 7- Stifani GASTON. George LEVASSEUR. et Bernard BOULOC, Procédure pénale, 18émeédition, DALLOZ, 2001.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
205	الملخص
205	المقدمة
207	المطلب الأول- الضمانات المتعلقة بإجراء التوقيف للنظر
207	الفرع الأول- الضمانات المتعلقة بحالات التوقيف للنظر
212	الفرع الثاني- ضمانات تنفيذ إجراء التوقيف للنظر
218	المطلب الثاني- الضمانات المتعلقة بحقوق الموقوف للنظر
219	الفرع الأول- تمكين الشخص الموقوف للنظر من الاتصال بعائلته أو محاميه
221	الفرع الثاني- إخضاع الشخص الموقوف للنظر للفحص الطبي
222	الفرع الثالث- حق الموقوف في التزام الصمت
224	الفرع الرابع- بعض الإشكالات المتعلقة بالتوقيف للنظر
229	الخاتمة
231	قائمة المصادر والمراجع

## اللجوء للحق في اتخاذ إجراءات مضادة ومدى ملاءمته كخيار للرد على الهجمات السيبرانية المعادية

أ. د. مخلص إرخص الطراونة  
قسم القانون - كلية الشرطة - قطر

أ. د. ياسر يوسف الخلايلة  
كلية القانون - جامعة قطر

### الملخص:

بلغت الثورة التكنولوجية ذروتها مع دخول العالم الرقمي إلى كل مناح الحياة اليومية، منها ما له آثار إيجابية ومنها ما له آثار سلبية، ومنها ما له أثر مباشر على الأفراد وما له أثر يصيب الدول ذات السيادة. ونحن نشهد الآن استخدامات للشبكة العنكبوتية كوسيط يتم من خلاله تنفيذ هجمات سيبرانية غير مشروعة دولياً باعتبار أنها تؤثر في سيادة الدول المستهدفة. وعليه، يثير هذا البحث سؤالاً متعلقاً بالإمكانات المتاحة للدول لأن ترد على تلك الأنشطة حال حصولها، وتكون فيه ضحية لها، بعيداً عن استخدامها لحقها المتمثل بالدفاع الشرعي عن نفسها المشار إليه في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة. فهذا الحق، وإن كان يعكس عرفاً من أعراف القانون الدولي المستقر، إلا أنه في اللجوء إليه مباشرة تجاهلاً كبيراً لإمكانات أخرى يوفرها القانون الدولي، متمثلة بالحق في اتخاذ تدابير مضادة وردت الإشارة إليها صراحةً في المادة 22 من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً. ويقترح هذا البحث أن هذه التدابير يمكن أن تكون ناجعة، وأنها جاءت تحديداً تحت الفصل الخاص بـ «الإجراءات البديلة المضادة المتعلقة بالأعمال غير المشروعة».

لذلك، يسعى هذا البحث إلى تثبيت فكرة ضرورة الإبقاء على اللجوء للتدابير المضادة كوسيلة أساسية يلجأ إليها في المقام الأول، سواء في المساومة السياسية أو القانونية، قبل الالتجاء لغيرها من الإجراءات. وذلك بسبب صعوبة الوقوف على ما إذا كانت الهجمات السيبرانية ترقى لمستوى العمليات «العسكرية» المعادية للتمكّن من إثارة المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة. ولبناء هذه النتيجة، يجيب البحث عما إذا كانت

العمليات السيبرانية المعادية تخوّل الدول المعتدى عليها بداية من استخدام حقّها في اللجوء إلى التدابير المضادة في إطار مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة دولياً.

## المقدمة :

تنوّعت وتسارعت وتيرة استخدام الفضاء الإلكتروني في تنفيذ عمليات غير مشروعة دولياً تؤثر وبشكل مباشر على سيادة الدولة وسياساتها وقدرتها على النهوض باقتصادها. ومع كثرة هذا النوع من الأنشطة السيبرانية المعادية يثار التساؤل: كيف يمكن للدول أن ترد على الأنشطة الإلكترونية السيبرانية الخارجية المعادية؟ سؤال طالما تعرّضت له الأبحاث الفقهية بالارتكاز على الحق العام المتمثّل بالدفاع الشرعي المُشار إليه في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، والذي يعكس عرفاً من أعراف القانون الدولي المستقرّة، كحق عام لأي دولة في الدفاع عن نفسها ضمن ثوابت محددة مدارها السماح باستخدام القوة، إن لزم الأمر، على «الهجمات المُسلحة»، بما في ذلك العمليات السيبرانية التي ترقى إلى مصاف الهجوم العسكري<sup>(1)</sup>.

والحقيقة أن النظرة الفقهية لمفهوم الدفاع عن النفس قد تبلورت بشكل أكبر في أعقاب أحداث 9/11، وذلك إثر تخوف المجتمع الدولي من تكرار أحداث إرهابية مماثلة، بحيث أصبح الناتج الفكري في هذا الموضوع متركّزاً على محاولة تجاوز المعنى اللغوي لنص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، ومتجاهلاً إلى حد كبير إمكانية اتخاذ تدابير مضادة وردت الإشارة إليها صراحةً في المادة 22 من

(1) تحدد المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة أن حق الدفاع الشرعي مرتبط بوجود هجوم عسكري كشرط سابق لتفعيل هذا الحق. ويمكن الرجوع إلى عدد كبير من السوابق القضائية التي تدل على وجود عرف دولي ثابت بخصوص استخدام هذا الحق مثل قرار محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا (Nicaragua v. U.S., I.C.J. 14, 176, 27 June 1986). انظر أيضاً: فتوى محكمة العدل الدولية بخصوص مدى قانونية التهديد باستخدام السلاح النووي (ICJ Advisory Opinion, I.C.J. 226, 38, 41, 8 July 1996). أيضاً، قضية موانئ البترول بين أمريكا وإيران (Iran v. U.S., I.C.J. 161, 74, 6 Nov. 2003).

مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً<sup>(2)</sup>. هذه التدابير جاءت تحديداً تحت الفصل الخامس الخاص بالظروف النافية لعدم المشروعية، كإجراءات بديلة يمكن استخدامها بكفاية عالية بدلاً من حق الدفاع عن النفس المذكور في المادة 21 من ذات الفصل<sup>(3)</sup>.

(2) مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، 2002، السجلات الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (10/56/A)، الفصل الرابع، الفقرة 76. انظر: النسخة العربية من المشروع على الموقع الإلكتروني:

[http://www.un.org/arabic/documents/GADocs/56/A\\_56\\_589.pdf](http://www.un.org/arabic/documents/GADocs/56/A_56_589.pdf)

جميع المواقع الإلكترونية في هذه الدراسة تم زيارتها بتاريخ 2 فبراير 2016.

(3) أيضاً يمكن الرجوع في موضوع الحق في الدفاع عن النفس في مجال الاعتداء السيبراني إلى «مدونة مبادئ تالين» الإرشادية الخاصة بالقانون الدولي المستخدمة في الحروب السيبرانية وخصوصاً المبادئ 13 - 17:

<https://www.usnwc.edu/getattachment/Departments---Colleges/International-Law/Tallinn-Manual/Tallinn.pdf.aspx>

ولقد نشر حلف شمال الأطلسي «الناو» هذه المدونة من 282 صفحة؛ لتصبح المرجع للقوانين الدولية المطبقة في حالة نشوب حروب الإلكترونيات وأيضاً لتنظيم قواعد الاشتباك عبر الإنترنت. جاءت هذه المدونة على أثر تخوف مسؤولين عسكريين أمريكيين من هجمات إلكترونية مستمرة تتعرض لها الولايات المتحدة من قبل الصين، وحيث ساد اعتقاد عند مسؤولين عسكريين بحلف شمال الأطلسي أن الحرب الإلكترونية أصبحت سلاحاً مدمراً حاله حال السلاح الحربي. وتعطي مدونة تالين حقاً للدولة التي تتعرض لهجوم إلكتروني في شن حرب هجومية إلكترونية مضادة، بل وتسمح باستخدام القوة العسكرية في حالة كان من نتيجة شن الهجوم الإلكتروني المعادي خسائر بالأرواح البشرية. انظر في هذا الصدد:

<https://blog.cyberkov.com/270.html>.

ولا يخفى أنه من المتوقع أن تقوم الولايات المتحدة باستعمال هذه القوانين لصالحها، وذلك بشن هجمات مضادة على الدول واعتبارها أهدافاً شرعية وبدعم من حلف الناتو، وخصوصاً في غياب رؤية صينية روسية واضحة لهذا القانون. انظر: ما جاء بخصوص مبادئ تالين عموماً المذكرات التفسيرية لمايكل شميت (Michael Schmitt ed., 2013).

وانظر أيضاً ماثيو واكسمان:

M. C. Waxman, Self-defensive Force Against Cyber Attacks: Legal, Strategic and Political Dimensions, 89 INT'L L. STUD. 109 (2013);

وأيضاً:

M. N. Schmitt, Cyber Operations and the Jus ad Bellum Revisited, 56 VILL. L. REV. 569, 586-603 (2011)

وأيضاً:

Y. Dinstein, Computer Network Attacks and Self-Defense, 76 INT'L L. STUD. 99 (2002)

هذا البحث<sup>(4)</sup> يُناقش ويُجادل بضرورة الإبقاء على اللجوء للتدابير المضادة كوسيلة أساسية في المساومة السياسية والقانونية، فالواقع يشير مثلاً إلى أنه من الصعوبة بمكان أن ترقى العمليات السيبرانية المعادية دائماً إلى مصاف العمليات «العسكرية» المعادية بوصفها المذكور في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة. فعلى سبيل المثال، هناك خلاف حول إمكانية وصف عملية «ستوكس نت» عام 2010 (والمعروفة بأنها كانت موجّهة لتحجيم مشروع إيران النووي والتي أدت إلى تخريب ما يقارب 1000 جهاز طرد مركزي نووي إيراني) على أنها اعتداء عسكري عدائي يتفق والوصف الوارد في المادة 51<sup>(5)</sup>.

ويبقى السؤال هنا - وبعيداً عن الحق التقليدي في الدفاع الشرعي الوارد في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة - هل تخوّل العمليات السيبرانية المعادية الدول المعتدى عليها استخدام حقّها في اللجوء إلى التدابير المضادة في إطار مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة دولياً<sup>(6)</sup>؛ خصوصاً إذا لم ترتق هذه العمليات إلى كونها عمليات عسكرية بالمعنى الحرفي الوارد في المادة 51 من ميثاق الأمم

(4) يركز هذا البحث في مجمله على مبادئ تالين، المرجع السابق، وعلى مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، 2002، وقد تم تأسيسه على ترجمة لمفاصل الدراسة التي قدّمها مايكل شميت، أستاذ القانون الدولي في الكلية البحرية الأمريكية في بحثه المعنون بـ:

“Below the Threshold” Cyber Operations: The Countermeasures Response Option and International Law, 3 Virginia Journal of International Law, vol. 54;

وأيضاً على دراسة تحليلية لجورمان:

S. Gorman, China Hackers Hit U.S. Chamber, WALL ST. J., Dec. 21, 2011, at: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052970204058404577110541568535300>

وعلى دراسة تحليلية لجروس:

M. J Gross, Enter the Cyber-Dragon, VANITY FAIR, Sept. 2011, <http://www.vanityfair.com/culture/features/201109/chinese-hacking-201109>

وبيرلوث:

N. Perlroth, Washington Post Joins List of News Media Hacked by the Chinese, N.Y. TIMES, Feb. 1, 2013, <http://www.nytimes.com/201302/02/technology/washington-posts-joins-list-of-media-hacked-by-the-chinese.html>

(5) انظر: مدوّنة مبادئ تالين الإرشادية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه، الصفحة 58.

(6) المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

المتحدة والمخول للحق في الدفاع الشرعي (علمًا بأن هذه المادة لا تُعطي مدلولاً نوعياً واضحاً لماهية «الهجوم العسكري»)؟.

ستقوم هذه الدراسة بالتعرّض لهذه المسائل عموماً لكن دون الخوض في دلالات الحق في استخدام الدفاع الشرعي السيبراني ضد الاعتداء الخارجي بمفهومه التقليدي، كما ستعنى فقط بمسؤولية الدول في حال الاعتداء السيبراني دون التعرّض لمسؤولية المنظمات الدولية في هذا الخصوص<sup>(7)</sup>، وستقوم تحديداً بسبر غور الشروط الواجب توافرها قبل نشوء حق الدول للجوء لتلك التدابير المضادة للهجمات السيبرانية، وذلك بعد الوقوف على طبيعة تلك التدابير. وستحاول الدراسة إثبات أن اللجوء لهذه التدابير وحدودها له فوائد جمة يمكن التعويل عليها كرد مناسب للاعتداءات الدولية التي لا ترقى لأن تنصف بأنها اعتداء عسكري، بيد أنها أيضاً موشحة بالعديد من المعوقات التي تحد من الاستخدام الأمثل لها وقت الحاجة. من هذا المنطلق - ونظراً لأهمية هذا الموضوع - فإننا نرتئي تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول عموميات في حق اللجوء إلى التدابير المضادة، وندرس في المبحث الثاني الشروط السابقة لحق اللجوء إلى التدابير المضادة، ونركز في المبحث الثالث على حدود وقيود التدابير المضادة ومدى تناسبها.

(7) في هذا الخصوص انظر:

Int'l L. Comm'n, Responsibility of International Organizations, U.N. Doc. A/CN.4/L.778

## المبحث الأول

### عموميات في حق اللجوء إلى التدابير المضادة

سنتناول دراسة هذا الموضوع في هذا المبحث في ثلاثة مطالب، نبحت في المطلب الأول مفهوم الهجوم السيبراني وأشكاله، وفي الثاني نتعرض لتعريف التدابير المضادة ومدى شرعيتها، وناقش في المطلب الثالث مسألة التفرقة بين التدابير المضادة وغيرها من الإجراءات الدولية المشابهة لها.

### المطلب الأول

#### مفهوم الهجوم السيبراني وأشكاله

يُعد الاعتداء السيبراني من المفاهيم الحديثة نسبياً، ولذلك، يعتبر الوقوف على تعريفه، وتحديد طبيعته وعناصره، وما يترتب على إتيانه من مسؤولية دولية، جنائية كانت أم مدنية، حرياً بالبحث والدراسة، والحقيقة أن هناك غموضاً يكتنف الاعتداء السيبراني فيما يتعلق بالتعريف به<sup>(8)</sup>، ولكن لغايات هذا البحث، رأينا أن يشمل مفهوم الهجمات السيبراني جميع الأعمال التي تشكّل فقط اعتداءً على دولة ذات سيادة عن طريق استخدام أنظمة إلكترونية معينة تخدم مصالح المعتدي، سواء أكانت على شكل «هجوم سيبراني» أو «حرب سيبرانية»<sup>(9)</sup>.

(8) انظر في مفهوم الهجوم السيبراني وأشكاله أحمد عيسى نعمة الفتلاوي، الهجمات السيبرانية: مفهومها والمسؤولية الدولية الناشئة عنها في ضوء التنظيم الدولي المعاصر، مجلة المحقق الحلي، كلية القانون، جامعة بابل 2015. ولا شك بأن غياب تعريف واضح للهجوم السيبراني يشكل عائقاً بوجه المختصين. انظر في ذلك عموماً:

Oona` A.Hathway , Rebecca Crootof , Philip Levtiz , aley Nix, Aileen Nowlan ,William Perdue and Julia Spiegel, «The Law of Cyber –Attack», California Law Review, 2012 , p.7.

(9) للوقوف على التفرقة بينها انظر:

K. Saalbach,»Cyber War, Methods and Practice», Version 9.0, University of Osnabruck, 17 Jun 2014, p. 6; Shin, Beomchul,» The Cyber Warfare and the Right of Self –Defense: Legal Perspectives and the Case of the United States, IFANS, Vol.19, No1, June 2011, p. 104; and Scoot Shckelford, ,» State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem», University of Cambridge, Department of politics and International Studies, Cambridge, UK,2009, p. 194.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن استخدام النشاط الإلكتروني قد يكون موجّهاً لتحقيق أهداف عسكرية كجزء من هجوم عسكري، فهنا، وبقراءة نص المادة 1/49 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، نجد أن المقصود بالهجمات هو «أعمال العنف الهجومية والدفاعية ضد الخصم». وبالرغم من أنه لا يشترط بالهجمات السيبرانية أن يرافقها أعمال عنف مسلح بشكل ملموس ومباشر، إلا أننا لا يمكننا التسليم بأن كل عمل على شكل قرصنة سيبرانية لا يشكّل عمل عنف مسلح، حيث إنّه بالنظر إلى الآثار التي ترتبها تلك العمال السيبرانية قد تتجاوز في تأثيرها وجسامتها الهجمات العسكرية التقليدية، خصوصاً أن المادة 2/51 من نفس الاتفاقية تنص على أنه «لا يجوز أن يكون المدنيون بوصفهم هذا وكذا الأشخاص المدنيون محلاً للهجوم، وتحظر أعمال العنف أو التهديد به الرامية أساساً إلى بث الذعر بين السكان المدنيين».

ولكن بالنظر إلى أشكال الهجمات السيبرانية نظرة شمولية، فإنّه لا بد من القول بأنّه يصعب حصر جميع أنواع الهجمات الممكنة، بيد أنّه يمكن عرض بعض نماذج الهجمات السيبرانية التي حدثت منذ العقد الثمانين من القرن المنصرم. ففي عام 1982 مثلاً، شنّت الولايات المتحدة الأمريكية هجوماً سيبرانياً ضد منظومة التحكم العالمية صناعياً في أنبوب نفط (Chelyabinsk) السوفييتي، محدثةً انفجاراً كبيراً امتد لثلاث كيلومترات<sup>(10)</sup>. وفي عام 1999، استهدف سلاح الجو التابع لحلف شمال الأطلسي شبكة الهاتف اليوغسلافية عن طريق هجمات سيبرانية منظمّة،<sup>(11)</sup> تلاه استهداف بعض قرصنة صينيين لمواقع إلكترونية تابعة للبيت الأبيض كرد للاعتداء على سفارة الصين في بلغراد<sup>(12)</sup>. وبين الأعوام

(10) انظر:

Diego Rafael Canabarro and Thiago Borne, «Reflection on the fog of Cyber War», National Center for Digital Government, Policy working Paper No. 13:001, March 1, 2013.

(11) انظر:

Thomas W. Smith, «The New Law of War: Legitimizing Hi-Tech and Infrastructural», International Studies Quarterly, 2002, Vol. 46, p.366.

(12) المرجع السابق.

1998-2000، تعرّضت أنظمة اتصال إلكترونية أمريكية رفيعة المستوى (تابعة لوزارة الدفاع، ولوكالة الفضاء الأمريكية، ووكالة الطاقة الأمريكية) لهجمات سيبرانية لسرقة آلاف من الملفات المصنّفة على أنها سرّية للغاية<sup>(13)</sup>.

وقد يكون للهجمات السيبرانية شكلاً متصلاً اتصالاً مباشراً بالقدرات الهجومية أو الدفاعية لدولة ما، من ذلك ردّة فعل الصين تجاه الولايات المتحدة الأمريكية، بعد استهدافها لمواقع إلكترونية عسكرية صينية تتعلق بتطوير مقاتلات 3-EP ومقاتلات Fighter Jet، بأن قامت بمهاجمة مواقع إلكترونية أمريكية كانت حصيلتها تقدّر بملياري دولار أمريكي<sup>(14)</sup>. ومن ذلك أيضاً، الهجمات الإلكترونية المتلاحقة عام 2007 على استونيا من قبل روسيا الاتحادية، والتي أدت إلى تعطل كامل لشبكات الاتصال الإلكتروني في استونيا من ضمنها شبكة الاتصال الخاصة برئيس وزرائها ورئيس برلمانها<sup>(15)</sup>. هذا الهجوم له أهميّة واضحة، إذ إنّ نظر إليه كاختبار لمدى إمكانية قيام حلف شمال الأطلسي على الرد باعتبار أن استونيا تنتمي إلى هذا الحلف<sup>(16)</sup>. ومن نفس هذا النمط الهجوم الإلكتروني الذي تعرّضت له مواقع إلكترونية في سوريا من قبل سلاح الجو الإسرائيلي عام 2007، واستهدف

(13) انظر:

Scott J. Shackelford, «Analogizing Cyber: from Nuclear War to Net War Attacks in International Law», p.14.

(14) وجّهت أمريكا تهماً رسمية للصين ومحمّلة إيّاها عواقب هذه الهجمات. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر:

Kenneth Grees, Darien Kindlind, Ned Moran, Rob Rachwald, «World War C: Understanding Nation-States Motives behind Today's Advanced Cyber Attaches». Fire Eyes report, p. 6, at: <https://www.fireeye.com/resources/pdfs/fireeye-wwc-report.pdf>

(15) انظر:

Scott J. Shackelford, «Analogizing Cyber: From Nuclear War to Net War Attacks in International Law», op.cit 13, p. 205.

(16) تقدّمت استونيا بطلب لعقد اجتماع أمني طارئ لأعضاء حلف الناتو على إثر هذا الهجوم، وذلك على اعتبار أن هذا الهجوم يهدد دول الحلف جميعاً استناداً إلى المادة 5 من اتفاقية الناتو لعام 1959، والتي تنص على أنه: «يتفق الأطراف، على أن أي هجوم، أو عدوان مسلّح ضد أي طرف منهم أو عدّة أطراف في أوروبا أو أمريكا الشمالية، يُعدّ عدواناً عليهم جميعاً، وبناء عليه فإنهم متفقون على أنه في حالة وقوع مثل هذا العدوان المسلّح، فإن على كل طرف منهم، تنفيذاً لما جاء في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة عن حق الدفاع الذاتي عن أنفسهم بشكل فردي أو جماعي...».

إحداث شلل تام في أنظمة اتصال في وزارة الدفاع السورية<sup>(17)</sup>، وكذلك الهجوم الروسي الجورجي عام 2008 بعد إعلان انفصال جورجيا عن روسيا<sup>(18)</sup>.

والواقع أيضاً أن جُلَّ العمليات السيبرانية لا ترقى أساساً لمستوى العمليات «العسكرية» بوصفها أعلاه، فعلى سبيل المثال، هناك خلاف حول إمكانية وصف عملية «ستوكس نت» عام 2010 على أنها اعتداء عسكري عدائي يتفق والوصف الوارد في المادة 51، بالرغم ما هو معروف بأنها كانت موجّهة لتحجيم مشروع إيران النووي وأنها أدت إلى تخريب ما يقارب 1000 جهاز طرد مركزي نووي إيراني<sup>(19)</sup>. وتدعو المؤشرات للاعتقاد بوجود العديد من العمليات السيبرانية المعادية التي يصعب تصنيفها بالعمليات العسكرية بالشكل المطلق. فعلى سبيل المثال، تتكرّر الأخبار في انطلاق عمليات سيبرانية من إقليم دولة الصين بالذات، وعلى أيدي قراصنة شبكة الإنترنت (أو ما يسمون بالهاكرز)، واختراقها لحسابات بنكيّة لمراكز مالية عالمية كمركز «مورغان ستانلي» وغرفة تجارة الولايات المتحدة الأمريكية، وحتى اختراق شبكات إعلامية أمريكية عالمية مثل شبكة «نيويورك تايمز» وصحيفة «وول ستريت» وصحيفة «واشنطن بوست»<sup>(20)</sup>. هذه العمليات، في مجملها، يصعب تصنيفها بالعمليات العسكرية البحتة<sup>(21)</sup>.

(17) أنظر:

Eshel, David,, "Israel adds cyber-attack to IDF", Aviation Week's DTI, 9 Feb. 2010:  
<http://infosecisland.com/blogview/5160-Analysis-on-Defense-and-Cyber-Warfare.html>

(18) الهجوم أضعف قدرة جورجيا على استخدام دفاعها الجوي. أنظر:

Jonathan A. OPHARD, "Cyber Warfare and the Crime of Aggression: The Need for Individual Accountability on Tomorrow's Battlefield", DUKE Law & Technology Review, No. 3, p. 3.

وأيضاً:

Thomas W. Smith, "The New Law of War: Legitimizing Hi-Tech and Infrastructural", International Studies Quarterly, 2002, Vol. 46, p. 366.

(19) انظر: مدوّنة مبادئ تالين الإرشادية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه، الصفحة 58.

(20) انظر: في هذا الخصوص جورمان؛ جروس وبلروث، المرجع 4 سابق الإشارة إليه.

(21) للتعرف على المصادر والتقنيات المستخدمة لمثل هذه الاعتداءات السيبرانية، انظر:

K. Geers Et Al., Fireeye Labs, World War C: Understanding Nation-State Motives Behind Today's Adbadvanced Cyber Attacks, (2013);

انظر أيضاً: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه.

وعلى مستوى يمكن تصنيفه بأنه لا يرقى لهجوم عسكري، نرى أن الهجمات السيبرانية تمارت لتطال البنى التحتية الاقتصادية أو الإعلامية، أو حتى الشؤون السياسية الأكثر أهمية في دول أخرى، من ذلك التشويش الذي تعرضت له قناة الجزيرة الرياضية منذ سنوات قليلة خلال نقلها لمباريات كأس العالم لكرة القدم<sup>(22)</sup>. وحديثاً، كان هناك ادعاءات بأن روسيا قد تدخلت عن طريق هجمات سيبرانية في نتائج الانتخابات الأمريكية، وشنّها لهجمات سيبرانية تدخلت منها في حملة الانتخابات الرئاسية الفرنسية<sup>(23)</sup>، ونقلت صحيفة «الشرق الأوسط» السعودية منذ شهور قليلة أن دوائر استخباراتية أوروبية قامت بإحباط هجوم إلكتروني شنته مجموعة متسللين يُطلق عليها اسم «روكيت كيتين» يُعتقد أنها مرتبطة بالحرس الثوري الإيراني، واستهدفت شخصيات سياسية واقتصادية بارزة على مستوى العالم بينهم أمراء ومسؤولون سعوديون وقطريون<sup>(24)</sup>. وهناك خلاف، كما أشرنا سابقاً، حول إمكانية وصف عملية «ستوكس نت» عام 2010 (والمعروفة بأنها كانت موجهة لتحجيم مشروع إيران النووي والتي أدت إلى تخريب ما يقارب 1000 جهاز طرد مركزي نووي إيراني) على أنها اعتداء عسكري عدائي يتفق والوصف الوارد في المادة 51<sup>(25)</sup>.

إلا أنه لا يفوتنا الإشارة إلى أن هذه معظم الهجمات السيبرانية، كما قدّمنا أعلاه، كانت ولا زالت، تُستخدم من دول ذات سيادة ضد دول أخرى ذات سيادة، فدولة الصين ذاتها كانت متهمّة باستخدام قراصنة شبكة الإنترنت ضد دول أخرى كما هي الحال في عملية «كومنت كرو» التي اشتهرت بأنها أدت إلى النفاذ إلى

(22) انظر في دواعي التشويش الإلكتروني على المحطات الإذاعية:

<http://www.aljazeera.net/programs/infocus/2015/5/17/>

التشويش-من-وراء-ولماذا

(23) انظر الخبر على الموقع الإلكتروني:

<http://www.bbc.com/arabic/world-38344457>

<http://www.france24.com/ar>

(24) كشفت شركة «تشيك بوينت تكنولوجيز» التي تُعنى بالأمن المعلوماتي عن أن المجموعة استهدفت تحديداً أمراء وشخصيات بارزة في أوساط اقتصادية وحكومية سعودية، وصحفيين ووكالات أنباء وعلماء نوويين، فضلاً عن المؤسسات التعليمية وناشطى حقوق الإنسان. انظر صحيفة الشرق على الموقع الإلكتروني:

[http://www.al-sharq.com/news/details/383883#.VkNnnl\\_XeJl](http://www.al-sharq.com/news/details/383883#.VkNnnl_XeJl)

(25) انظر: مدونة مبادئ تالين الإرشادية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه، الصفحة 58.

شبكة الدفاع عن صناعات الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(26)</sup>، والولايات المتحدة من ناحيتها أيضًا لديها قوة سيبرانية عالمية متطورة لا يقاربها فيها أي دولة أخرى، وهي متهمّة بشن هجمات سيبرانية. كما أن دولاً أخرى، ككوريا الشمالية لديها أجهزة حكومية خاصّة للقيام بعمليات سيبرانية تم توجيهها ضد دول الجوار بالذات<sup>(27)</sup>. كما أن دولتي الهند والباكستان التي يظهر أنهما تقومان باستخدام مكثّف لهذا النوع من العمليات للكشف عن النواحي الاستخباراتية لكل منهما ضد الأخرى؛ نظرًا لظروف الصراع القائم بينهما. أمّا في سوريا، فهناك قوّة عسكرية خاصة بهذا النوع من العمليات، ونُسب لها عمليات التشويش على اتصالات جماعات حقوق الإنسان المناهضة للرئيس الأسد، والتشويش على محطات إعلامية مثل: «شبكة الجزيرة»، وال «بي بي سي»، وحقوقية مثل «هيومن رايتس ووتش»، وغيرها<sup>(28)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّه ربّما يخرج عن مفهوم الاعتداء السيبراني في هذه الدراسة الجريمة السيبرانية الاعتيادية التي تغطّيها اتفاقية مجلس أوروبا المتعلقة بالجريمة السيبرانية (Convention on Cybercrime) في الحالات التي لا يتم فيها الاعتداء السيبراني على سيادة دولة أخرى بشكل مباشر، الأمر الذي يمكنها من حق اللجوء إلى تدابير مضادّة ضد دولة أخرى كما سيأتي شرحه. هذا بالرغم

(26) انظر بهذا الخصوص:

D. E. Sanger, D. Barboza & N. Perloth, Chinese Army Unit is Seen as Tied to Hacking Against U.S., N.Y. TIMES, Feb. 18, 2013, <http://www.nytimes.com/2013/19/02/technology/chinas-army-is-seen-as-tied-to-hacking-against-us.html?pagewanted=all>

انظر أيضًا: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه.

(27) M. Fisher, South Korea Under Cyber Attack: Is North Korea Secretly Awesome at Hacking?

<http://www.washingtonpost.com/blogs/worldviews/wp/2013/20/03/south-korea-under-cyber-attack-is-north-korea-secretly-awesome-at-hacking/>

(28) أنظر:

H. Tsukayama & P. Farhi, Syrian Hackers Claim Responsibility for Disrupting Twitter, [http://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/syrian-hackers-claim-responsibility-for-hacking-twitter-new-york-times-web-site/201320500/27/08/f580-f5c-11e3-bdf6-e4fc677d94a1\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/syrian-hackers-claim-responsibility-for-hacking-twitter-new-york-times-web-site/201320500/27/08/f580-f5c-11e3-bdf6-e4fc677d94a1_story.html);

انظر أيضًا: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه.

من أنّ هذه الاتفاقية أوردت في المادة الخامسة منها أنّه: «تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الفعل التالي في قانونها الوطني، إذا ما ارتكب عمداً وبغير حق الإعاقة الخطيرة لعمل منظومة الكمبيوتر عن طريق إدخال أو إرسال أو إتلاف أو محو أو تغيير أو تبديل أو تدمير بيانات الكمبيوتر»، وعليه، يكون للحديث عن تسريب معلومات سرية، ذات طابع دبلوماسي وأمني وسياسي وغيره، إلى موقع «ويكيليكس» الإلكتروني ونشرها من قبل هذا الأخير شأن آخر يخرج عن مدار هذه الدراسة، إذ إن ما نشر على هذا الموقع يمثل بوجهة نظرنا جريمة على المستويات الوطنية باعتبارها أداة تعمل على تشويه المجتمع البشري، والذي لا بد منه في هذه الحالة هو أن يقوم المجتمع الدولي ومؤسساته الدولية، وعلى رأسها الأمم المتحدة ومنظماتها ومحاكمها، بتشكيل لجان من هيئات دولية ومنظمات حقوقية وقانونية دولية، لمحاكمة مرتكبي تلك الخروقات التي تمثل صورة لجريمة عابرة للحدود. إن فحوى التسريب ما كان يشكّل اعتداءً على دولة ذات سيادة بطريقة تخدم مصالح المعتدي، وترقى لأن تكون شكلاً من أشكال الهجوم السيبراني أو الحرب السيبرانية.

## المطلب الثاني

### التعريف بالتدابير المضادة ومدى شرعيتها

تتضمّن مبادئ القانون الدولي العرفي لمسؤولية الدول - كما أشير إليها في مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً لعام 2002<sup>(29)</sup> - ما يبرّر تلك الأفعال غير المشروعة بصفة استثنائية باعتبار اتخاذها من قبيل التدابير المضادة<sup>(30)</sup>. ويعد استخدام التدابير المضادة كتدابير قسرية يُلجأ لها حصراً عندما تتسبب دولة بضرر في حق دولة أخرى، وتستخدمها الدولة المتضررة من أجل حث تلك الأخيرة على احترام التزاماتها ولوقف السلوك غير المشروع دولياً<sup>(31)</sup>، بل ويمكن لأي دولة كانت أن تتخذ تلك التدابير القانونية ضد دولة تقوم بانتهاكات من نوع خاص، كانتهاكات حقوق الإنسان أو الالتزامات

(29) المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

(30) المرجع ذاته، المادة 22 بشأن التدابير المضادة المتعلقة بالأفعال غير المشروعة دولياً.

(31) المرجع ذاته، المادة 49 بشأن موضوع التدابير المضادة وقبورها.

تجاه المجتمع الدولي بأكمله (الالتزامات في مواجهة الكافة)، وذلك ضمانًا لوقف الخرق وجبرًا تناله الدولة المتضررة أو المستفيدون من الالتزام الذي خُرق<sup>(32)</sup>.

ومن المعروف أن عبارة «التدابير المضادة» صعبة التعريف إذا ما جاءت كتدابير قسرية انفرادية، إذ إنَّها غالبًا ما تعني اتخاذ تدابير اقتصادية من قبل دولة لحمل دولة أخرى على تغيير سياستها،<sup>(33)</sup> كالجاء التجاري الذي يُفرض في شكل حظر و/أو مقاطعة، أو وقف للتدفقات المالية أو الاستثمارية للدولة المستهدفة، وفي بعض الحالات رفض وارداتها<sup>(34)</sup>، بل وكثيرًا ما يُشار أيضًا إلى الجمع بين القيود المفروضة على الواردات والصادرات كحظر تجاري<sup>(35)</sup>.

وكما هو معروف، تتحمّل الدول عمومًا المسؤولية الناتجة عن تصرفاتها غير المشروعة على أساس القانون الدولي للمسؤولية الدولية وما تضمّنه مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليًا لعام 2002، وكما أقرته مجمل الأحكام ذات العلاقة الصادرة عن محكمة العدل الدولية، خصوصًا في قضيتي قناة كورفو لعام 1949 وقضية نيكارجوا لعام 1986<sup>(36)</sup>، هاتان القضيتان - وغيرهما الكثير<sup>(37)</sup> - كانت ولا زالت ركائز صياغة مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليًا الآنف ذكرها، والتي بدورها شملت الأعمال السيبرانية بالقواعد الخاصة بمسؤولية الدول<sup>(38)</sup>.

(32) المرجع ذاته، المادة 54 بشأن التدابير المتخذة من جانب دول خلاف الدولة المضرورة.  
(33) انظر:

A. F. Lowenfeld, *International Economic Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002) p. 698.

(34) M. P. Doxey, *International Sanctions in Contemporary Perspective* (Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1996)

(35) انظر: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه، وأيضًا:

C. C. Joyner, "Boycott", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2011), available from [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

(36) انظر: قضية كورفو، ألبانيا وبريطانيا (1949 I.C.J. 4, 23)، وقضية نيكارجوا، المرجع 1 سابق الإشارة إليه، 292.

(37) انظر: قضية مشروع غابتشيكوفو - ناغيماروس بين هنجاريا وسلوفاكيا:

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), ICJ 97, Judgment of 25 September 1997.

وقد توصلت محكمة العدل الدولية الدائمة إلى ذات النتيجة في قضية فوسفات المغرب (Preliminary Objections.)، الصفحات 10 و 28؛ وأيضًا في قضية ويمبلدون بين بريطانيا وفرنسا

(1923 P.C.I.J., ser. A/B, No. 74)، الصفحات 15 و 30؛ وأيضًا في قضية مصنع شورزو بين ألمانيا وبولندا (1927

P.C.I.J., ser. A, No. 9)، الصفحات 3، 29 و 30.

(38) المبدأ رقم 6 من مبادئ تالين الإرشادية الخاصة بالقانون الدولي المستخدمة في الحروب السيبرانية، المرجع رقم 3 سابق الإشارة إليه.

وبالرغم من أن مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة دولياً لا تعد من قبيل الاتفاقية الدولية بالمعنى المعروف (باعتبار أنها لا تُعدُّ من الاتفاقيات الملزمة كما تقرر في ذلك قواعد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات)، إلا أنها تتمتع بصفة القواعد القانونية ذات القوة الملزمة باعتبار أن اللجنة الدولية للقانون الدولي قامت بتطوير هذه القواعد على مرّ عقود طويلة تجاوزت الخمسة، وتناوب أكثر من خمسة مقررين خاصين بهذا المشروع عليها، ثمّ قيام الجمعية العمومية للأمم المتحدة بالتوصية بنفاذ بنودها، بل إنه يمكن القول بأن كثيراً من قواعد هذا المشروع تعكس مضموناً لقواعد عرفية ملزمة، ومن المؤشرات على ذلك التكرار الهائل في استخدام المحاكم الدولية لهذا المشروع في استصدارها لقراراتها والتي تجاوزت المائة والخمسين مرّة.<sup>(39)</sup> لذلك، يمكن الاستنتاج بأن قواعد القانون الدولي الخاصة بالمسؤولية الدولية تأتي من قبيل القواعد الفاعلة التي يمكن أن يكون لها تطبيق مباشر على أفعال الدول غير المشروعة، ومنها قيامها بعمل غير مشروع على شكل نشاط سيبراني.

وينطوي تحت هذه القواعد بندٌ خاصٌ بالتدابير المضادة التي يُمكن اللجوء إليها، فهذه التدابير لا تجوز في الأحوال العادية على أساس أن الفعل الذي يعبر عنها يكون عادة مخالفاً لقواعد القانون الدولي، وهي بالتالي لا تعدو عن كونها تمكين لدولة متضررة من القيام بسلوك، أو الانتهاء عن القيام بسلوك، في وجه دولة أخرى متسببة بالضرر، ومن قبيل التدابير المضادة، بغية إرغام تلك الأخيرة على الرضوخ والعدول عن مخالفتها لالتزاماتها الدولية. إن هذه التدابير يُلجأ لها كوسيلة ضاغطة في غياب جبرية التقاضي الدولي أو إيقاع العقوبات الرادعة، والأصل هو منع مثل تلك التدابير في الأحوال الاعتيادية، إلا أن المتمعّن بأحكام القضاء الدولي يجد بأن هناك جملة من القرارات القضائية الدولية التي سمحت ببعض التدابير المضادة بسبب ما ينتج عنها من إيجابيات قد لا يدركه اللجوء للقضاء<sup>(40)</sup>.

(39) انظر:

U.N. Doc. ST/LEG/SER.B/25 (2012)

(40) انظر: تحديداً قضية مشروع غابتشيكوفو- ناغيماروس، مرجع سابق الإشارة إليه، الصفحات 82 و 83، وأيضاً: قضية نيكارجوا، مرجع سابق الإشارة إليه، صفحة 249.

وتؤكد القرارات القضائية، وممارسات الدول، والنظريات الفقهية، مشروعية التدابير المضادة التي تستوفي شروطاً معينة من حيث المضمون والشكل، فالتدابير المضادة تُعد من الظروف النافية لعدم المشروعية سواء انطوى عليها إخلال بالالتزام ناشئ بموجب قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، أو بموجب معاهدة، أم بموجب صك أحادي الطرف، أو أي مصدر آخر، ما لم يُنص على خلاف ذلك، وهي لا تنهي الالتزام أو تلغيه، وإنما تبرّر عدم الوفاء به ما دام ظرف استخدامها قائماً. وقد سلّمت محكمة العدل الدولية في قضية "مشروع غابتشيكوفو- ناغيماروس" بأنه يمكن للتدابير المضادة أن تبرر تصرفاً، وإن كان تصرفاً غير مشروع، في حال تم القيام به «رداً على فعل غير مشروع دولياً قامت به دولة أخرى وكان موجهاً ضد تلك الدولة»<sup>(41)</sup>، شريطة استيفاء شروط معينة. ففي هذه القضية، نفت هنجاريا صفة عدم مشروعية توقفها عن العمل في مشروع السد المتنازع حوله مع تشيكوسلوفاكيا بموجب المعاهدة على أساس أنها أضرت بها، وكان رد المحكمة على هذا الدفع بأن «حالة الضرورة... تسمح بتأكيد أن هنجاريا... لن تتحمّل مسؤولية دولية لتصرفها»<sup>(42)</sup>، وورد في قرارات التحكيم في قضية «ناوليل»<sup>(43)</sup> و«الاتفاق بشأن الخدمات الجوية»<sup>(44)</sup> ما يماثل هذا الاعتراف بشرعية التدابير المضادة في حالات معينة.

### المطلب الثالث

#### التفرقة بين التدابير المضادة وغيرها

#### من الإجراءات الدولية المشابهة لها

كان مصطلح «الانتقام» هو الشائع في وصف أي تدبير مضاد في النصف الأول من القرن الماضي. ومع أن المقصود بهذا المصطلح لم يتغيّر، باعتبار أن الدول تبحث

(41) انظر: القضية، المرجع السابق، الصفحة 55، الفقرة 83.

(42) انظر: المرجع السابق، ص 39، الفقرة 48.

(43) قضية مستعمرات البرتغال، حادثة نوليل (UNRIIAA, vol. II, 1928)، الصفحة 11.

(44) القضية الخاصة باتفاقية الخدمات الجوية 27 مارس 1946 بين الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، قرار تاريخ

9 ديسمبر 1978 (UNRIIAA, vol. XVIII - Sales No. E/F.80.V.7)، صفحة 415.

عن وسائل مختلفة لحفظ سيادتها في الظروف التي تهدد مصالحها، إلا أن مصطلح الانتقام غدا من التاريخ القديم في وقتنا الحاضر، باعتبار أنه من المفاهيم التي توسّع من أسباب استخدام القوة<sup>(45)</sup>، فلا سبيل اليوم لاستخدام القوة المشروعة إلا ضد من استخدم القوة العسكرية كما جاء به ميثاق الأمم المتحدة، وفي إطار المواد 2(4)، 39، 42، 51 التي باتت الآن من الأعراف الدولية الراسخة<sup>(46)</sup>.

والحقيقة أنه تمت الدلالة على التدابير المضادة من الناحية التاريخية عن طريق استخدام مصطلح «الأعمال الثأرية المشروعة» أو «الحماية الذاتية» أو «المساعدة الذاتية»، كما استخدم مصطلح «الجزاءات» للدلالة على التدابير التي تتخذ طبقاً للصك التأسيسي لبعض المنظمات الدولية، ولا سيما بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. أمّا في وقتنا الحاضر، وعلى الأقل منذ صدور قرار التحكيم في قضية الاتفاق بشأن الخدمات الجوية، فلم يعد تعبير «الأعمال الثأرية» مستخدماً، وقد استبدل به مسمى «التدابير المضادة»، لذلك، وجب هنا التنويه إلى عدم الخلط بين التدابير المضادة و «الأعمال الانتقامية الحربية» التي تكون خلال نزاع مسلح ومشكلة بذاتها انتهاكاً للقانون الدولي الإنساني، وإن جاءت على شكل رد على سلوك عسكري غير قانوني من العدو<sup>(47)</sup>.

كما أنه تجب التفرقة بين التدابير المضادة و«الأعمال غير الصديقة» التي لا يشترط بها أن تكون تصرفات غير مشروعة ولا تنتمي أساساً إلى مجموعة التصرفات غير المشروعة<sup>(48)</sup>، ومثال ذلك، كما هو مذكور في المبدأ الثاني من مبادئ تالين، قيام الدولة باعتراض موجات سيبرانية خارجية باعتبار أنها تتمتع بسلطة

(45) انظر بهذا الخصوص:

M. Ruffert, Reprisals, 8 Max Planck Encyclopedia of International Law, 927 (2012);

(46) انظر: المؤشرات لذلك في التعليق على ميثاق الأمم المتحدة (Bruno Simma et al. eds., 3d ed. 2013)، الصفحات 200 – 213؛ وانظر: عموماً مايكل شميت في التفرقة بين التدابير المضادة وغيرها من الإجراءات الدولية المشابهة لها، المرجع 4 سابق الإشارة إليه.

(47) انظر في ذلك، وفي القانون الدولي الإنساني عموماً:

F. Kalshoven, Belligerent Reprisals, 1971.

(48) انظر:

T. G. Retorsion, 8 Max Planck Encyclopedia of International Law, 976 (2012).

على المنشآت السيبرانية الموجودة على إقليمها<sup>(49)</sup>، فهذا التصرف هو تصرف قانوني، حتى وإن جاء معكراً لمصالح الدولة التي انبعثت من أراضيها الموجات السيبرانية، طالما أنه لم يخالف اتفاقاً واضحاً مبرماً بين الدولتين أو جاء مناقضاً لعرف دولي، بل إن إنهاء الاتفاق ذاته بشكل منفرد - وإن كان جائزاً بموجب الاتفاق - لا يُعد بذاته من قبيل التدابير المضادة<sup>(50)</sup>.

وكما تختلف التدابير المضادة أيضاً عن «الرد بالمثل»، أي التصرف غير الودي الذي لا يتلاءم مع أي التزام دولي للدولة التي تقوم به حتى لو كان ردّاً على فعل غير مشروع دولياً. وتشمل أفعال الرد بالمثل حظر العلاقات الدبلوماسية العادية أو غيرها من الاتصالات أو فرض قيود عليها، أو سحب برامج المعونة الطوعية. ومهما تكن دوافع مثل هذه الأفعال - ما دامت غير متعارضة مع الالتزامات الدولية للدول التي تقوم بها تجاه الدولة المستهدفة - فإنّها لا تنطوي على تدابير مضادة ولا تدخل ضمن نطاقها.

لا يعد من قبيل التدابير المضادة أيضاً العقوبات التي يفرضها مجلس الأمن بالاستناد إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة؛ والسبب في ذلك أن العقوبات التي يقرها مجلس الأمن طبقاً لهذا الفصل تكون مشروعة بحسب ميثاق الأمم المتحدة ذاته، والمجلس هو صاحب اختصاص في استصداره لهذه العقوبات، وبالتالي تُعد جميع الأعمال التي تصب في تحقيق الغاية من هذه العقوبات من قبيل الأعمال المشروعة طالما انضبطت بقواعد القانون الدولي الإنساني. وعليه، يكون اعتراض الاتصالات - بموجب قرار من مجلس الأمن، واستناداً على المادة 41 من الميثاق - مشروعاً لمن يقوم بتنفيذه، ولا يمكن وصف أعمال تحطيم وهدم البنية التحتية الخاصة بالشبكة العنكبوتية لدولة صدر بحقها مثل هذا القرار بالإجراءات المضادة، وذلك باعتبار أنها أعمال مشروعة بموجب القرار الذي تم التوصل إليه.

(49) انظر: مبادئ تالين، المرجع 5 سابق الإشارة إليه؛ أيضاً: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه.

(50) انظر: بذلك المادة 42 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (1969، U.N.T.S. 331 1155).

وأخيراً، لا بد لنا من تمييز التدابير المضادة عن الأعمال التي يُلجأ إليها بحجة الضرورة، ففي الحالات التي لا يمكن فيها درء خطر داهم على مصلحة دولية أساسية، فإن اللجوء إلى الأعمال المضادة (سواء اتخذت شكل عمل سيبراني أو غير سيبراني) يصبح مشروعاً بحكم تلك الضرورة، طالما أن تلك الأعمال اتخذت في حدود دفع ذلك البلاء، أو المحافظة على تلك المصلحة الدولية الأساسية<sup>(51)</sup> أو كليهما معاً، وهنا لا بد من التنبيه إلى أن الأعمال التي تعتمد أساس الضرورة لها تختلف عن التدابير المضادة في أوجه ثلاثة<sup>(52)</sup>، وهي:

**أولاً:** يشترط وجود عمل دولي غير مشروع لتسبب اللجوء إلى أعمال الضرورة؛ بينما لا يُشترط ذلك للجوء إلى التدابير المضادة.

**ثانياً:** لا يُشترط للجوء لأعمال الضرورة أن يكون مصدر الخطر داهم أو مسببه ناشئاً عن تصرفات صادرة عن دولة، أو حتى تحديد الجهة المسؤولة عنه (وهذا ما يهمننا في هذه الدراسة المتعلقة بالتصرفات التي تصدر عن مشغلات سيبرانية لا تكون تابعة للدولة دائماً)؛ بينما يُشترط ذلك إذا ما أرادت الدولة الدفع باللجوء إلى التدابير المضادة كسبب لتصرفها.

**ثالثاً:** لا يتم اللجوء لأعمال الضرورة إلا في الحالات الاضطرارية الملحة، وعضاً عن ذلك يُتاح للدولة اللجوء للتدابير المضادة للتصدي للتصرفات الخارجية غير القانونية ولكن الأقل إلحاحاً. ولا نغفل أنه في إطار الأعمال السيبرانية المعادية، يمكننا قبول أن يكون الرد مستنداً لمبدأ الضرورة في مواجهة التصرفات التي تُهدد البنية السيبرانية للدولة التي يقع عليها اعتداءً سيبراني خارجي.

(51) انظر: في ذلك فتوى محكمة العدل الدولية في قضية حائط الفصل العنصري (I.C.J. 136, 140, 2004).

(52) انظر: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه؛ وأيضاً: مبادئ تالين، المرجع 3 سابق الإشارة إليه، ولمزيد من التوضيح:

J. Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, 178-86 (2002).

## المبحث الثاني

### الشروط السابقة لحق اللجوء إلى التدابير المضادة

يظهر مما سبق أنه لا يمكن اللجوء للتدابير المضادة إلا في مواجهة تصرف دولي خارجي غير قانوني، ويجب في هذه التصرفات غير القانونية أن يتوفر فيها شرطان أساسان: أولاً، خرق لالتزام دولي في حق دولة أخرى، وثانياً، وجود رابطة واضحة بين التصرف غير القانوني والدولة التي يُزعم بأنه نشأ عنها،<sup>(53)</sup> وهي الشروط ذاتها الخاصة بنشوء المسؤولية الدولية بين دولة مسؤولة عن الضرر ودولة أخرى هي متضررة. ولذلك، يتولد بتوافر هذين الشرطين حق عام للدولة المتضررة اللجوء إلى تدابير احترازية مضادة تفرضها طبيعة الاعتداء أيًا كان شكله. فعلى سبيل المثال، قامت القوّات المسلّحة الأمريكية بعملية مضادة في عام 1998 ضد قرصنة الكمبيوتر المعروفين باسم «مسرح الاضطراب الإلكتروني» الذين قاموا بتهديد البنّتاغون إلكترونياً باعتراض وإجهاض الخدمة الإلكترونية فيه<sup>54</sup>. ولتصنيف هذه العملية بأنها من قبيل التدابير المضادة المشروعة، كان لا بد أولاً من إثبات أنه كان هناك اعتداء مخالف لقواعد القانون الدولي من قبل من قاموا بالقرصنة وربط تصرفاتهم تلك بدولة أخرى. من هنا؛ ونظرًا لأهمية هذين الشرطين فإننا سنتعرّض لهما في مطلبين، نعالج في المطلب الأول وجود مخالفة لالتزام دولي إزاء دولة أخرى، وندرس في المطلب الثاني مسألة إسناد العمل غير المشروع للدولة في الجرائم السيبرانية على وجه الخصوص.

### المطلب الأول

#### وجود مخالفة لالتزام دولي في حق دولة أخرى

يترتب على عدم احترام الالتزامات الدولية من قبل أي دولة حقّ للدولة، أو الدول المتضررة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الفعل غير المشروع، أساسه

(53) انظر: المادة 2 من مشروع مواد المسؤولية الدولية للدول الناجمة عن أعمال غير مشروعة، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.  
54) W. Schwartau, Striking Back, Network World Fusion: <http://www.networkworld.com/news/0111vigilante.html>

القواعد الخاصّة بمسؤولية الدولة المتسببة بالضرر<sup>(55)</sup>، وينجم عن هذا الحق القدرة على المطالبة بالكف عن العمل الضار أو وقف الاستمرار به، والتعويضان المادّي والمعنوي، أو حتى إعادة الحال لما كان عليه الوضع قبل الانتهاك إن كان ذلك ممكناً<sup>(56)</sup>.

ومن المعروف أن المخالفة تأتي إمّا على صورة مخالفة صريحة لاتفاقية أو على صورة مخالفة لعرف دولي مستقر، فعلى سبيل المثال، الدولة التي تقوم بأعمال سيبرانية معادية من على سفينة لها من داخل مياه إقليمية لدولة أخرى، وموجّهة ضد تلك الدولة، تكون بهذا العمل قد خرقت ليس فقط مبدأ «حق المرور البريء» المنصوص عليه في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982<sup>(57)</sup>، وإنّما أيضاً تكون قد خرقت الأعراف الدولية المستقرّة بهذا الشأن<sup>(58)</sup>. وبذات الطريقة، فإنّ قيام طائرة ملاحية لدولة ما بأعمال سيبرانية غير متّفق عليها خلال مرورها بأجواء دولة أخرى يُعد من قبيل المخالفة للأعراف الدولية<sup>(59)</sup>.

ومن المعروف أيضاً أن من بين أهم المبادئ العرفية المستقرّة مبدأ سيادة الدولة

(55) المادة 2 من مشروع مواد المسؤولية الدولية للدول الناجمة عن أعمال غير مشروعة، المرجع 3 سابق الإشارة إليه، وانظر أيضاً: كروفورد، المرجع 38 سابق الإشارة إليه، على الصفحة 81. وأيضاً: قضية فوسفات المغرب، المرجع سابق الإشارة إليه، على الصفحة 48 منه؛ وأيضاً: قضية الدبلوماسيين الأمريكيين في طهران (1980 I.C.J. 3).  
(56) وتعتبر المسؤولية الدولية من أهم الأسس التي يقوم عليها القانون الدولي العام، حيث إنها بمثابة محرّك الجزاء ضد الدولة التي تخالف التزاماتها التي يفرضها هذا القانون. هذه الحقيقة تؤكدها العديد من القرارات الدولية منها القرار الذي أصدرته محكمة العدل الدولية الدائمة بتاريخ 1926/03/25 بشأن مصنع شورزو والمتعلق بتمكّن بولونيا لمصنع ألماني دون دفع تعويض لألمانيا بمخالفة صريحة للاتفاقية المعقودة بينهما سنة 1922، وحيث رفع النزاع أمام المحكمة التي قررت أنه: «... من المبادئ المقبولة في القانون الدولي أن أي خرق للالتزامات الدولية سيتوجب تعويضاً مناسباً...». انظر تحليلاً في ذلك: د. السيد أبو عطية، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 2001.

(57) انظر: المواد 17 و 19 من اتفاقية الأمم المتحدة للبحار لعام 1982 (U.N.T.S. 397 1833) والتي دخلت حيّز النفاذ عام 1994.

(58) بالرغم من أن الولايات المتّحدة الأمريكية ليست عضواً في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 إلاّ أنّها تعترف بوجود عرف دولي يجعل من حق المرور البريء لازمة دولية كأحد أعراف القانون الدولي. انظر: في هذا «مدونة القادة» الأمريكية:

U.S. NAVY/U.S. MARINE CORPS/U.S. COAST GUARD, THE COMMANDER'S HANDBOOK ON THE LAW OF NAVAL OPERATIONS, NWP 114-M/MCWP 512.1-COMDTPUB P5800.7A, 2.5.2.1 (July 2007).

(59) اتفاقية الملاحة الجوية الدولية لعام 1944 (U.N.T.S. 295 15).

على إقليمها، حيث جاء في حكم التحكيم الدولي في قضية جزيرة بالماس أن: «... من مظاهر استقلال الدولة تمتّعها بصلاحيات ومهام الدولة - دون غيرها - على كافة إقليمها»<sup>(60)</sup>، فهذا يعني بهذا المقام إن الدولة لها - دون غيرها - أن تنظّم فضاءها السببراني دون مؤثرات خارجية<sup>(61)</sup>، وعليه، فإن من نتائج مبدأ السيادة الإقليمية أن يكون للدولة الحق في حماية أراضيها وما فيها من بنية تحتية سواء أكانت مملوكة للدولة ذاتها (حكومية) أم كانت ملكيات خاصة لمواطنيها. وكنتيجة لذلك، يصنّف أي اعتداء سببراني خارجي ضار على هذه البنية التحتية - سواء أكانت ذات ملكية عامة أم ملكية خاصة - بأنه اعتداء على سيادة الدولة ذاتها<sup>(62)</sup>، ما لم يكن الفعل الذي أقدمت عليه الدولة نتيجة لاستخدامها الطبيعي لحق الدفاع عن النفس، أو بسبب لجوئها لاتخاذ تدابير مضادة كما سنبين ذلك لاحقاً.

ولا بد من الإشارة هنا أن بعض فقهاء القانون الدولي لا يشترطون تحقق وقوع الضرر في كل الحالات لقيام المسؤولية الدولية، كما هي الحال في حالة زرع برمجيات لمراقبة النشاطات الإلكترونية في دولة أخرى<sup>(63)</sup>، وهذا الطرح مبني على المقصود من الحق في «السيادة الإقليمية» والذي يعني قدرة الدولة صاحبة الحق - لا غيرها - على القيام بالنشاطات التي تراها مناسبة على إقليمها بما يحقق مصالحها دون تدخّل من دولة أخرى. ولذلك، يرفض أصحاب هذا الرأي القول بأن زرع برمجيات لمراقبة أنشطة الدولة من قبل دولة أخرى يُعد فقط من قبيل «أعمال التجسس»، فأعمال التجسس عندهم يمنعها القانون الدولي، وذلك لأنّ التجسس إن احتوى على زرع برمجيات يؤدي حتماً إلى تدمير منظومة حفظ المعلومات السرية للدولة التي يتم التجسس عليها، بل ويؤدي حتماً إلى اختراق السيادة الإقليمية بدرجة كبيرة، وإلى إضعاف منظومة السيادة الإقليمية للدول بشكل ليس له مثيل.

وعليه، تعد أعمال القرصنة الإيرانية على شركات النفط الأمريكية، ومحاولتها الحصول على معلومات قد تؤثر في صنع القرار الأمريكي حول الطاقة النفطية، انتهاكاً

(60) انظر: قضية جزيرة بالماس بين هولندا والولايات المتحدة الأمريكية (R.I.A.A. 829, 838 - Perm. Ct. Arb. 1928.2).

(61) انظر: الصفحات 15 و 16 من كراسة مبادئ تالين، المرجع 5 سابق الإشارة إليه؛ أيضاً: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه.

(62) انظر: الصفحة 16 من مدونة مبادئ تالين، المرجع السابق.

(63) المرجع السابق.

لسيادة الولايات المتحدة الأمريكية على إقليمها حتى وإن لم يثبت تحقق الضرر<sup>(64)</sup>، وبذات الطريقة، تكون إيران مسؤولة دولياً - إذا ثبت تورطها - بإطلاق فيروس «شامون» الإلكتروني وتعطيل ذاكرة آلاف محركات الأقراص الصلبة في أجهزة شركة «أرامكو» السعودية عام 2012، وإن لم تتعطل تلك الأقراص بذاتها<sup>(65)</sup>.

والحقيقة أنه لا بد لنا من التنبيه إلى أن الأعمال التي تقوم بها دولة وتشكل تدخلاً في شؤون دولة أخرى تأتي عموماً على نمطين: فهي إما أن يكون الهدف منها «إجبار» الدولة المعتدى عليها على التصرف على نحو ما، أو أن يكون الهدف منها فقط «التأثير» على تلك الدولة لأن تنحى نحواً سياسياً معيناً. ولا يخفى أنه عندما تأخذ تلك الأعمال شكل التدخل السيبراني فإنها عادة ما تكون على النمط الجبري وليس لمجرد إحداث أثر في الموقف السياسي، وهنا، لنا أن نتصور كم أنه من الصعب اشتراط ثبوت «تحقق الضرر» وأنه بذلك يفترض ألا يكون شرطاً في تحقق المسؤولية الدولية<sup>(66)</sup>. وهذا ما وضحه قرار محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا، والذي جاء فيه بأن: «مبدأ السيادة الإقليمية يمنع جميع الدول من التدخل المباشر أو غير المباشر في الشؤون الداخلية والخارجية لدولة أخرى»<sup>(67)</sup>، ففي هذه القضية، أشارت المحكمة إلى أنه بالرغم من أن قيام دولة بتزويد مقاتلي الميليشيات في دولة أخرى بأموال لا ينطبق عليه وصف استخدام القوة بمفهومه اللغوي الوارد بنص المادة 2<sup>(4)</sup> من ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن مثل هذه الأعمال غير مشروعة باعتبار أنها تمثل تدخلاً غير مشروع في شؤون دولة أخرى<sup>(68)</sup>.

ولا بد في هذا السياق من الإشارة إلى أن القانون الدولي يفرض قيوداً على تمتع الدولة بخصائص سيادتها الإقليمية بأن فرض عليها حسن تدبير شؤونها الداخلية

(64) انظر بهذا الرأي: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه، وأيضاً:

S. Gorman & D. Yadron, Iran Hacks Energy Firms, U.S. Says, WALL ST. J.: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887323336104578501601108021968>

(65) انظر بهذا الرأي أيضاً: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه، وأيضاً:

C. Bronk & E. Tikk-Rigas, The Cyber Attack on Saudi Aramco, SURVIVAL, Apr-May 2013. P. 81.

(66) انظر: كراسية مبادئ تالين على الصفحات 43 - 45، المرجع 3 السابق الإشارة إليه.

(67) انظر: قضية نيكاراغوا، المرجع 3 سابق الإشارة إليه، 292، وأيضاً: قضية كورفو، ألبانيا وبريطانيا، (I.C.J. 4, 23 1949).

(68) «يتمتع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة». قضية نيكاراغوا، المرجع السابق، الصفحة 228.

بما لا يحدث ضرراً على سيادة الدول الأخرى، ومن هذا المنطلق، تكون الدولة مطالبة بالسيطرة على ما يحدث داخل إقليمها كما أقرت بذلك محكمة العدل الدولية في قضية قناة كورفو والتي جاء في حكمها بأنه: «لا يكون للدولة أن تسمح، وبعلمها، استخدام أراضيها للقيام بأعمال مخالفة لحقوق الدول الأخرى»<sup>(69)</sup>. وتأسيساً على ذلك، أقرت مجموعة الخبراء الدوليين في صياغتهم لمبادئ تالين عام 2013 أنه: «على الدول عدم السماح باستخدام أراضيها للقيام بأعمال سيبرانية تسبب ضرراً لدولة أخرى إذا علمت بهذه الأنشطة»<sup>(70)</sup>، وأنه عليها أن تقوم «بكل ما لديها من جهد» لتحقيق هذا الالتزام<sup>(71)</sup> باعتبار أن المتسبب بالضرر في مثل هذه الحالات عادة ما يكون جهات غير حكومية (أو ما يطلق عليهم مسمى قراصنة الإنترنت).

أمّا الدفع الذي يمكن استخدامها من قبل الدولة التي ثبت أنها كانت حاضنة لنشاط سيبراني معادي فهي نفس تلك الخاصة بالأحكام العامة المتعلقة بموانع المسؤولية الدولية، فلا تقع المسؤولية في الحالة التي يثبت فيها وجود مسبق لرضا الدولة المتضررة من النشاطات السيبرانية، كما لا تقع المسؤولية في استخدام هذا النوع من النشاطات في سياق الدفاع عن النفس، أو عندما يسمح استخدامها بقرار من مجلس الأمن، وبالإضافة إلى ذلك، فإن القوة القاهرة والضرورة تعتبران أسباباً لعدم المسؤولية عن النشاط السيبراني الذي يتسبب بضرر لدولة أخرى<sup>(72)</sup>. وهنا، لا بد من الإشارة إلى أن مبادئ تالين أقرت بأن للدولة المتضررة في هذا السياق أن تلجأ إلى التدابير المضادة والتي قد تكون على شكل رد فعل سيبراني ضد الدولة التي ابتدأت النشاط السيبراني المعادي، وفي هذه الحالة، لا يكون رد الفعل هذا عملاً غير مشروع طالما أنه اتسم بالتناسبية مع النشاط المتسبب أصلاً بالضرر<sup>(73)</sup>.

(69) انظر: قرار محكمة العدل الدولية في قضية قناة كورفو، (I.C.J., 1949, Corfu Channel), الصفحة 22، وكذلك قضية الدبلوماسيين الأمريكيين في طهران (I.C.J., 1980, USA Diplomatic Consular Staff in Tehran) صفحة 67-68.

(70) انظر: المبدأ 5 في كراسة مبادئ تالين، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

(71) انظر: التعليق على مبادئ تالين، المرجع 38 سابق الإشارة إليه، صفحة 140.

(72) انظر: نص المواد 20 و 21 من مشروع المسؤولية الدولية للدول الناجمة عن أعمال غير مشروعة، المرجع 3 سابق الإشارة إليه؛ وانظر أيضاً: المواد 42 و 51 من ميثاق الأمم المتحدة، سابق الإشارة إليه.

(73) انظر: المبدأ 9 من كراسة مبادئ تالين، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

## المطلب الثاني

### إسناد العمل غير المشروع للدولة

انطلاقاً من مفهوم الإسناد، تؤكد النظرية التقليدية أن الشخص الدولي، متمثلاً بالدولة، هو وحده الذي يمكن أن يتحمل المسؤولية الدولية سواء بصورة مباشرة أم غير مباشرة، وسواء جاء الفعل غير المشروع بصورة قيام بعمل أم امتناع عن القيام بعمل، ذلك لأن هذه النظرية تفترض بأن الشخص الدولي هو وحده الذي يتحمل مسؤولية التعويض عن الضرر الناجم عن هذا الفعل. ويعني مفهوم «الإسناد» أن ينسب فعل معين ارتكبه شخص ما أو مجموعة من الأشخاص الطبيعيين إلى دولة ما، أو إلى شخص دولي، لأجل أن تثبت المسؤولية الدولية، ويعتبر الفعل أو النشاط غير القانوني وكأنه صادر عن الدولة ذاتها، أو ذلك الشخص الدولي ذاته، وبالتالي تنتج مسؤولية الدولة ذاتها عن ذلك النشاط.

وتنشأ المسؤولية الدولية المباشرة عن الأفعال المنسوبة إلى الدولة بأن تكون صادرة عن سلطاتها المختلفة، أي عن فرد أو هيئة يمنحها القانون الداخلي اختصاصاً، وبالتالي تُسأل الدولة عن الضرر الناجم عن هذه الأفعال. أما المسؤولية الدولية غير المباشرة للدولة فهي تنشأ عن أفعال صدرت عن أفراد عاديين يحملون جنسيتها أو عن أفراد من الأجانب يقيمون في إقليمها، وتلتزم الدولة في هذه الحالة بمعاينة الفاعلين أو بإلزامهم بدفع التعويض إلى الأجنبي المتضرر. ولا تترتب على الدولة هذه المسؤولية غير المباشرة إلا إذا قصرت في الوفاء بهذا الالتزام؛ لأن تقصيرها في هذه الحالة يعتبر فعلاً غير مشروع.

ومن المسلّمات اتفاقاً أنه لا يجوز اللجوء إلى التدابير المضادة إلا بتحقيق شرط «الإسناد» بموجب قواعد المسؤولية الدولية<sup>(74)</sup>، لذلك ومن أجل أن نحدد نطاق السماح للجوء إلى التدابير المضادة، لا بد لنا من أن نفهم حدود مفهوم الإسناد في القانون الدولي. ويبدو الأمر واضحاً عندما تنشأ المسؤولية الدولية بقيام مسؤولين حكوميين من

(74) المادة (2/a) من مشروع المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

الدولة (كالعسكريين أو الاستخبارات) بأفعال مخالفة لقواعد القانون الدولي<sup>(75)</sup>، فعلى سبيل المثال، تعد جميع النشاطات الإلكترونية السيبرانية الصادرة عن وكالة الأمن القومي الأمريكية مسندة إلى الولايات المتحدة الأمريكية، وبالتالي تثار مسؤوليتها كدولة إزاء تلك النشاطات. فبموجب الأحكام العامة في القانون الدولي، تعتبر الدولة مسؤولة عن القيام بالأعمال الصادرة عن موظفيها أو إدارتها العامة أو مؤسساتها العامة، أو عدم قيامهم بواجبهم، إذا نتج عن ذلك ضرر. وينطبق هذا بوجه خاص على كبار رجال الإدارة، أما فيما يتعلق بصغار الموظفين، فإن بعدهم النسبي عن سلطة الدولة غالباً ما ينشئ مسؤولية الدولة غير المباشرة. ولا تترتب المسؤولية الحقيقية في هذه الحالة إلا إذا فشلت الدولة في إيقاع العقوبة على الموظف المذنب<sup>(76)</sup>.

وهنا لا بد لنا من التذكير بأن نشاط الدولة قد يكون هو ذاته عرضة لسوء استخدام أحد الأفراد العاملين بالدولة سواء بقصد أم بدون قصد، وبدون أن يُسمح له بإتيان ذلك النشاط من الدولة أو حتى بدون علمها. ولربما يكون هناك من استطاع اختراق البنية التحتية السيبرانية لدولة ما وقام بتطويعها لمصلحته الخاصة. وتتعدد الأمور حتماً إذا ما تدخلت الدولة بشكل سريع لإحباط هذا النوع من القرصنة؛ لأنها بذلك - أي الدولة - تخاطر بإمكانية الدفع بعدم إسناد العمل لها؛ لأنها ستبدو وكأنها هي التي ابتدأت النشاط المخالف للقانون. ولهذا السبب، جاء في المبدأ السابع من مدونة مبادئ تالين أنه: «مجرد إطلاق الفعل السيبراني عن أحد أجهزة الدولة أو صدوره عنه لا يُثبت علاقة الإسناد... وإن كان يكفي للاعتقاد بوجود علاقة بين الدولة والنشاط ذاته»<sup>(77)</sup>، وبالتالي يتوجب على الدولة أن تتبين مصدر هذا النشاط المخادع، وأن تتولى بيان الأمر لمن تحقق الضرر بحقه من الدول الأخرى؛ حتى تُزيل الشك من حولها.

(75) المادة (1/4) من مشروع المسؤولية الدولية، المرجع السابق.

(76) تعتبر قضية (Massey claim) عام 1927 (R.I.A.A. 155.4) مثالا على ذلك، حيث قُضي لصالح الولايات المتحدة وحُكم لها بمبلغ 15000 دولار على سبيل التعويض بسبب إخفاق السلطات المكسيكية في اتخاذ الإجراءات المناسبة لعاقبة قاتل (Massey)، وهو مواطن أمريكي يعمل في المكسيك. جاء في رأي المفوض نيلسن: «ينجم عن سوء إدارة الأشخاص العاملين في خدمة الدولة إخفاق دولة في الوفاء بالتزاماتها المقررة بمقتضى القانون الدولي، وأنه يتوجب على الدولة أن تتحمل مسؤولية الأفعال غير القانونية المرتكبة من قبل موظفيها مهما كان مركزهم أو مقامهم الخاص بمقتضى القانون المحلي».

(77) مبادئ تالين، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

في هذا الصدد، جاء قرار محكمة العدل الدولية في قضية قناة كورفو مبيناً أن: «مجرد سيطرة الدولة على إقليمها لا يعني دائماً ضرورة الاستنتاج بأنها على دراية، أو أنها يجب أن تدري، بجميع النشاطات التي تحصل على إقليمها»<sup>(78)</sup>، وفي هذا الإطار لا بد من الإشارة إلى أنه، وبسبب تعقّد علوم استخدام الحاسوب وتقدّمها، يمكن أن نكون إزاء حالة هجوم إلكتروني على شاكلة الهجوم الذي قامت به كوريا الشمالية في عام 2013 عندما أنشأت أكثر من 100 عنوان حساب إلكتروني مفرد (IP address) في أكثر من أربعين دولة؛ كلها كانت تعمل للتأثير على حسابات وكمبيوترات حكومية وغير حكومية في كوريا الجنوبية، ومن الصعب إثبات علاقة الإسناد فيها<sup>(79)</sup>.

وكما أبرزنا سابقاً، فإنه يبقى على الدولة التي ينتهي إلى علمها إتيان مثل هذه النشاطات على إقليمها أن تقوم بجميع الإجراءات الضرورية للحيلولة دون وقوع الضرر وإلا تكون مسؤولة دولياً، وكما أنه على الدولة التي لحقها ضرر وتختار اللجوء لإجراءات مضادة أن تتبع الحذر الشديد في طبيعة الإجراء الذي تتبناه، وعلى وجه الخصوص أن يكون الرد متناسباً وقدرة الدولة على السيطرة على الأنشطة الإلكترونية على إقليمها، وعلى قدرتها للحيلولة دون وقوع نتائجها، وذلك بدلاً من التركيز على خطورة الهجوم السيبراني ذاته أو درجة وقع نتائجه. وباختصار، يجب أن يُتخذ التدبير الاحترازي لغاية أساسية هي إجبار الدولة التي وقع من عندها الاعتداء أن تفرّض هيمنتها وسيطرتها على النشاطات الإلكترونية المعادية على أراضيها، وأن تتكفّل قدر المستطاع بدرئها.

أما النشاطات الإلكترونية التي يكون مصدرها أشخاصاً طبيعيين، أو هيئات غير حكومية، ولكنهم يتمتّعون بقدر من السلطة بموجب نظام أو قانون، فإن أعمالهم

(78) بين بريطانيا وألمانيا (I.C.J., 4, 18) عام 1949.

(79) انظر: بهذا الخصوص أيضاً مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه، وأيضاً:

Y. Lee, South Korea Says North Korea Behind Computer Crash In March, HUFFINGTON POST (Apr. 10, 2013), at: [http://www.huffingtonpost.com/2013/10/04/north-korea-cyberattack\\_n\\_3050992.html](http://www.huffingtonpost.com/2013/10/04/north-korea-cyberattack_n_3050992.html).

فيما يتعلق بهذه السلطة تُعزى للدولة ذاتها وإن تجاوز أولئك حدود السلطات المخولة لهم<sup>(80)</sup>.

وفضلاً عما تقدّم، يوجد في القانون الدولي ما يشير إلى إمكانية اشتراك أكثر من دولة في المسؤولية عن الأضرار التي تتسبب من عدم احترام قواعده<sup>(81)</sup>، إذ يمكن لنشاط دولة ما أن يتسبب بمسؤولية دولة أخرى، وبالتالي إتاحة الفرصة بأن يتم استخدام التدابير المضادة في مواجهة أكثر من دولة، فالدولة تكون مسؤولة بالاشتراك عند قيامها بمساعدة دولة أخرى على إتيان سلوك غير مشروع، إذا هي علمت بعدم مشروعية ذلك السلوك، كالسماح لها - مثلاً - باستخدام منشآتها الإلكترونية كواسطة لشن هجوم إلكتروني على دولة أخرى، بل وتكون مسؤولة بالاشتراك بمجرد تمويلها مثل هذا النشاط. كما أن إكراه أو إجبار دولة ما على إتيان نشاط سيبراني معادي يجعل من الدولة التي قامت بذلك الإجبار مشتركة في المسؤولية<sup>(82)</sup>، ولكن لا بد لنا هنا من أن نفرّق بين نوع أو مدى التدابير المضادة التي يمكن اللجوء إليها، وبين الحالة التي تكون الدولة المساندة مشتركة فعلياً في العملية السيبرانية المعادية أو أنها كانت مجرد ممولة لبعض ذاك النشاط<sup>(83)</sup>، أو كانت هي المسيطر الفعلي على مجريات الأمور في الدولة التي انطلق منها النشاط<sup>(84)</sup>، كأن تكون هي الدولة الحامية أو المحتلة لها.

(80) انظر: نص المادتين 6 و 7 من مشروع المسؤولية الدولية سابق الإشارة إليها. وجاء في قضية Caire Claim لعام 1929 بين فرنسا والمكسيك (R.I.A.A. 516. 5) ما يوضح ذلك؛ حيث طلب ضابطان مكسيكيان مبلغاً من المال من المدعو كبير وهداه بالموت إن لم يستجب لطلبهما. وبما أن المبلغ المطلوب لم يكن في متناول يده أمراً بإطلاق النار عليه. وأورد رئيس اللجنة التي نظرت هذه القضية بأنه: "تتحمل الدولة أيضاً مسؤولية دولية عن جميع الأفعال المرتكبة من قبل موظفيها أو أجهزتها والتي تعتبر تقصيرية طبقاً للقانون الدولي، بغض النظر عما إذا كان الموظف أو الجهاز الحكومي قد تصرف ضمن حدود اختصاصه أو أنه تجاوز تلك الحدود. وعلى كل حال، فلتبرير الأخذ بهذه المسؤولية الموضوعية للدولة عن الأفعال المرتكبة من قبل موظفيها أو جهازها خارج حدود اختصاصه، فإن من الضروري أن يكون قد تصرف، من حيث الظاهر على الأقل، على أنه موظف أو جهاز مفوض في ذلك، أو أنه، في معرض قيامه بالعمل، استعمل صلاحيات وتدابير تتلاءم مع صفته الرسمية". تجدر الإشارة إلى عدم اتفاق واضعي مدونة تالين بخصوص فيما لو كانت الدولة مسؤولة عن منع النشاطات المحتملة.

(81) انظر: نص المادة 16 من مشروع المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

(82) انظر: المادة 18 من مشروع المسؤولية الدولية، المرجع السابق. أيضاً: انظر المذكرات التفسيرية لجيمز كروفورد، المرجع سابق الإشارة إليه، على الصفحة 156.

(83) انظر: المذكرات التفسيرية لجيمز كروفورد، المرجع السابق، على الصفحة 151 منه.

(84) انظر: نص المادة 17 من مشروع المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

ويحوز شرط «الإسناد» على أهمية ونتائج خاصة فيما يتعلق بالتصرفات الخاصة بالأفراد أو المجموعات، إذ إن أعمال هؤلاء لا تمثل الدولة ذاتها على أساس أنهم ليسوا من منتسبي أجهزتها التنفيذية أو التشريعية أو القضائية، أو أن نشاطهم لا يقع تحت دائرة سيطرة الدولة المباشرة، والأصل هنا أنه لا يجوز إسناد أعمال هؤلاء إلى الدولة ذاتها إلا إذا تم منحهم سلطة لتمثيل الدولة، أو أنهم قاموا بتصرفاتهم بناء على توجيه من أحد أجهزة الدولة<sup>(85)</sup>. وتصبح الأمور أكثر تعقيداً في حالة ما إذا قامت دولة ما برعاية تصرفات مجموعة من الأفراد من غير مواطنيها ويقطنون في دولة أجنبية وذلك بشنهم عدواناً إلكترونياً محلياً أو خارجياً، وفي هذه الحالة، وحتى تثبت مسؤولية الدولة الراعية، لا بد من ثبوت ربط ذلك النشاط بها مباشرة، ولنا في التقارير الخاصة بـ«مرتزقة الفضاء الافتراضي» توضيح لمدى تعقيد مثل هذه الأوضاع<sup>(86)</sup>، ولذلك لا يمكن اعتبار الارتباط العرضي أو السطحي محققاً لشرط الإسناد، تماماً كما لم تكف الدلائل بتورط روسيا بأعمال القرصنة الإلكترونية المعادية التي وجهت ضد إستونيا وجورجيا وقام بها مجموعة من قراصنة الإنترنت عامي 2007 و 2008<sup>(87)</sup>، ومثال ذلك أيضاً، ما حصل عام 2013 عندما بُثت تغريدة مفبركة على إحدى أكبر وكالات الأنباء الأمريكية «أسوشيتد برس» أفادت بوقوع انفجارين في البيت الأبيض وإصابة الرئيس باراك أوباما. فقد تسببت هذه التغريدة بحالة من الهلع داخل الولايات المتحدة وهبوط مؤشر «داو جونز» الصناعي بشكل حاد قبل أن يتضح أن الصفحة تعرضت لهجوم من قبل مجموعة من القراصنة (الهاكرز). ورغم الادعاء حينها بمسؤولية الجيش السوري الإلكتروني عن اختراق حساب الوكالة الأمريكية، إلا أن مزاعم الارتباط السطحي أو العرضي بين سوريا وذلك الاختراق الإلكتروني

(85) انظر: المادة 8 من مشروع المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

(86) انظر في ذلك:

J. Boone, Mercenary Hacker Group 'Hidden Lynx' Emerges as World's Most Potent Cyber Threat, Globalpost (Sept. 18, 2013,) at: <http://www.globalpost.com/dispatches/globalpost-blogs/the-grid/hacker-mercenary-group-china-hidden-lynx-worlds-most-potent-cyber-threat>.

(87) انظر في ذلك:

E. Tikk, K. Kaska & L. Vihul, International Cyber Incidents: Legal Considerations (2010).

يمنع حل اللجوء إلى التدابير المضادة الممكنة<sup>(88)</sup>.

وتثار في هذا الإطار مسألة في غاية الأهمية تتمثل في درجة ارتباط النشاط السيبراني بالدولة لثبوت مسؤوليتها القانونية، ففي قضية نيكاراغوا، أقرت محكمة العدل الدولية بأنه: «من أجل أن ينتج عن الفعل مسؤولية الولايات المتحدة القانونية لا بد من ثبوت سيطرتها الفعلية على سير العمليات العسكرية التي يُدعى عدم مشروعيتها»<sup>(89)</sup>. وتجب التفرقة هنا بين معيار «السيطرة الفعلية» عن معيار «السيطرة الكاملة» الذي تم التعرّض له في قضية تاديتش المشهورة التي صدر بها قرار من المحكمة الجنائية الدولية بخصوص الجرائم ضد الإنسانية في يوغسلافيا<sup>(90)</sup>، مع أن المحكمة تعرّضت فقط لموضوع العلاقة بين الدولة والعناصر غير الحكومية (تحديداً العلاقة التي تربط يوغسلافيا بالقوات الصربية البوسنية) لتمكّنها من تقرير فيما لو كان النزاع المسلح في البوسنة يُعد من النزاعات الدولية، والحقيقة أن قرار محكمة العدل الدولية في قضية «جريمة الإبادة الجماعية» جاء مبيناً إلى حد كبير هذا الإطار المعياري في تقريرها بأن اشتراط «الإسناد» لقيام المسؤولية الدولية يجب أن يعتمد على إثبات سيطرة الدولة الفعلية وليس السيطرة الشاملة أو الكاملة على مجريات الأحداث المخالفة لقواعد القانون الدولي<sup>(91)</sup>. وبناءً على ذلك، لا يعد مجرد تقديم التمويل أو المساعدة اللوجستية من قبيل السيطرة الفعلية، وهي كما أقرت المحكمة في قضية نيكاراغوا بأنه: «حتى السيطرة العامة على القوّة المسلّحة ... لا تعني بالضرورة سيطرة فعلية إذا كانت القوّة تتمتع بدرجة من الاستقلالية العالية»<sup>(92)</sup>.

(88) انظر الموقع الإلكتروني:

<http://archive.arabic.cnn.com/2013/world/423//false.obamaTweet/>

وأيضاً:

S. Stalinsky, China Isn't the Only Source of Cyberattacks, WALL ST. J. (May 21, 2013), at:

<http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887324744104578475571183053736>.

(89) انظر: قضية نيكاراغوا، المرجع 1 سابق الإشارة إليه، على الصفحة 11.

(90) انظر: قضية الادعاء العام ضد تاديتش في محكمة يوغسلافيا 1999 (Case No. IT-94-1-A, Appeals)

(Chamber Judgment, 117, 131-40, 145

(91) انظر: القضية بين البوسنة وصربيا عام 2007 (I.C.J. 43, 403-05).

(92) قضية نيكاراغوا، المرجع 1 سابق الإشارة إليه، على الصفحة 115 منه.

في هذا المقام، وفي علاقة الأعمال التي تقوم بها الشركات بالدولة، لا بد لنا من التذكير بأنه لا تُسند جميع أعمال الشركات المملوكة للدولة لها بمجرد ثبوت هذه الملكية، فعلى سبيل المثال، لا يكفي مجرد ثبوت ملكية الدولة لشركة اتصالات ما أو مؤسسة معلومات تقنية أن تُسند جميع تصرفاتها للدولة ذاتها، وبالتالي ليس للدولة المتضررة من تصرفات هذه الشركات الحق في اللجوء إلى تدابير مضادة بحق دولة إلا إذا ثبت أن الشركة المعنية قد تصرفت كمرفق حكومي أو كمثل لتلك الدولة، أو أنها قامت بتصرفاتها المخالفة برعاية، أو سيطرة، مباشرة من الدولة. ويستوي هذا فيما لو كانت تلك الشركة المملوكة للدولة موجودة داخل إقليم الدولة ذاتها أو خارجه، إذ لا اعتبار للمكان الجغرافي للشركات على إمكانية إسناد أنشطتها للدولة، وعليه، إذا قامت إحدى شركات الاتصالات الأجنبية والمملوكة لدولة ما بنشاط سيبراني مُعادي - سواء بحق دولة الموطن أم خارجه - يمكن إسناده لتلك الدولة، لأن هذه الأخيرة تكون مسؤولة دولياً عن تلك التصرفات، غير أنه تجب الإشارة هنا - وبخلاف المادتين السادسة والسابعة من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة دولياً، والخاصة بتجاوز الأفراد الطبيعيين والمؤسسات الحكومية لحدود السلطات المخولة لهم - أنه لا يثبت شرط الإسناد في حالة تجاوز الشركات المملوكة للحكومة إطار الصلاحيات المخولة لهم أو مخالفتهم لتعليمات الدولة، فقيام بعض قرصنة الشبكة العنكبوتية بالخارج بتجاوز التعليمات الصريحة لهم من دولتهم بعدم إتيان نشاطات محددة يعني بالتالي عدم توافر شرط الإسناد بحق الدولة إذا هم قاموا بتلك النشاطات المخالفة. وعليه، تفقد الدولة المتضررة حقها في اللجوء إلى التدابير المضادة ضد هذه الدولة.

## المبحث الثالث

### حدود وقيود التدابير المضادة ومدى تناسبها

يتناول هذا الجزء شروط و حدود اتخاذ تدابير مضادة من جانب دولة متضررة من تهديد سيبراني، أي إنه يتناول حدود تلك التدابير التي كان اتخاذها سيتعارض مع التزامات الدولة المتضررة لو تم اتخاذها في الحالات الاعتيادية تجاه الدولة المتسببة بالضرر. وقد علمنا أن هذه التدابير تأتي ردًا على فعل غير مشروع دوليًا وتقوم به الدولة المتضررة من أجل ضمان الكف عن هذا الفعل الضار، والجبر حيثما أمكن، فالتدابير المضادة تعتبر نظامًا تحاول بواسطته الدول المتضررة إثبات حقوقها واستعادة العلاقة القانونية بالدولة المسؤولة، وهي علاقة قُطعت بسبب الفعل غير المشروع دوليًا. لذا فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، ندرس في المطلب الأول حدود اللجوء للتدابير المضادة، و نتناول في المطلب الثاني قيود اللجوء للتدابير المضادة.

### المطلب الأول

#### حدود اللجوء للتدابير المضادة

لا بد من الإشارة بداية إلى أنه بما أن التدابير المضادة تمثل شكلاً من أشكال دفع الضرر ومساعدة الذات، فإن للدولة المتضررة الحق في تقييم الوضع القائم، وتحديد فيما إذا كان هناك مخالفة للقانون الدولي أتت بها دولة أخرى بحقها. وتقوم الدولة المتضررة بتقييم التهديد الموجه لها وتحديد الدولة المسؤولة عن ذلك، وهي بذلك عرضة لأن يكون تقييمها مصيباً أو خاطئاً، فإذا ثبت أن تقديرها كان خاطئاً، تنتفي صفة «التدابير المضادة» عن كل فعل قامت به، أو امتناع عن فعل، بل وتصبح هي بدورها محل مسؤولية دولية عن المخالفات التي تنتج عن سوء تقديرها، وعن الضرر الذي يلحق بالدولة الأخرى.

لذلك، ولما كان من الصعب التحقق دائماً من شرط الإسناد في الأعمال الإلكترونية السيبرانية المخالفة، باعتبار أن اللجوء إليها - أساساً - قد يكون من أجل تضليل المتضرر وعدم تمكينه من التعرف على هوية الجناة، فإنه لا بد لمن يلجأ للتدابير

المضادة من الدول أن تتوخى الحيطة حتى لا تدور رحى المسؤولية وتصبح موجهة ضدها، ومقدار الحيطة اللازمة هنا هو ما قررتها محكمة تحكيمية في "قضية إيجر" بين أمريكا وإيران بأن المعيار هو «المعقولة في الاستنتاج»<sup>(93)</sup>، وذلك بالوصول إلى استنتاج معقول في تحديد المخالفة الدولية وهوية المسؤول عنها وإسناد العمل غير المشروع إلى دولة ما، وفي حال تحقق هذا الشرط، وحدود اللجوء للتدابير المضادة وقيودها كما سيأتي ذكره تالياً، تنتفي صفة المسؤولية عن خطأ الدولة في تقديرها للأمر قبل تنفيذها لتدابير مضادة.

وأيضاً، لا بد لنا من أن نتذكر دائماً بأن المسؤولية الدولية هي تلك التي تتعلق بمساءلة الدول كشخص من أشخاص القانون الدولي، فلا يكون حق استخدام التدابير المضادة إلا من قبل دولة، وعليه، ليس هناك في القانون الدولي ما يخول الشركات الخاصة (كشركات الاتصال وشركات المعلومات الإلكترونية) حق استخدام التدابير المضادة بشكل منفرد، كرد على عمل دولي مخالف، حتى وإن كان مؤثراً بشكل مباشر على أعمالها. على سبيل المثال، بالرغم من الارتباط بين الصين كدولة ومجموعة شركة جوجل العالمية، لم يكن هناك مسوغ شرعي أو أدنى مبرر لشركة جوجل بالقيام بأعمال قرصنة سيبرانية كرد على أعمال لعصابة إنترنت قامت بالانفاذ إلى شبكتها<sup>(94)</sup>، بيد أنه يجوز للدولة أن تستخدم مثل هذه الشركات إن هي أرادت أن تستخدم حقها في التدابير المضادة<sup>(95)</sup> وتنسب حينها جميع ما تقوم به الشركة من باب مساعدة الدولة المتضررة إلى تلك الدولة إعمالاً لمبدأ الإسناد الأنف ذكره.

وكقاعدة عامّة، يجوز للدول المتضررة فقط حق اللجوء إلى التدابير المضادة، وذلك باستثناء حالتين وُضحتا في متن المادة 48 (1) من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية

(93) قضية إيجر ضد إيران عام 1987 (Yeager v. Iran, 17 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep)، الصفحات 101 و 102.  
(94) انظر بهذا الصدد:

D.E. Sanger & J. Markoff, After Google's Stand on China, U.S. Treads Lightly, N.Y. TIMES (Jan. 15, 2010), at:  
[http://www.nytimes.com/2010/15/01/world/asia/15dipl.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/15/01/world/asia/15dipl.html?_r=0).

(95) مشروع مواد المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه. وانظر بهذا الخصوص:

Zach West, Young Fella, If You're Looking for Trouble I'll Accommodate You: Deputizing Private Companies for the Use of Hackback, 63 SYRACUSE L. REV. 119 (2012).

الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً لعام 2002، تحت عنوان «احتجاج دولة غير مضرورة بمسؤولية دولة أخرى» بأنه: «يحق لأي دولة خلاف الدولة المضرورة أن تحتج بمسؤولية دولة أخرى:

إذا كان الالتزام الذي خرق واجباً تجاه مجموعة من الدول تضم تلك الدولة، وكان الغرض منه هو حماية مصلحة جماعية للمجموعة؛ أو إذا كان الالتزام الذي خرق واجباً تجاه المجتمع الدولي ككل».<sup>(96)</sup>

ويستلزم في هذه الاستثناءات أن تكون صادرة عن مجموعة من الدول. ولذلك فإنه لا يجوز لدولة منفردة غير متضررة أن تنخرط بأعمال تدابير مضادة لحساب دولة أخرى متضررة، وذلك كما جاء في قرار محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا<sup>(97)</sup>.

إنّ الهدف الأساس من اللجوء للتدابير المضادة هو ما ورد في المادة 49 (1) من النصوص المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً لعام 2002، والذي يتمثل بمحاولة إرجاع الوضع غير المشروع إلى مسار مشروع<sup>(98)</sup>، وعليه، فالدولة المعتدية ملزمة بأن: «تكف عن الفعل إذا كان مستمراً... وأن تقوم... بتقديم التأكيدات والضمانات الملائمة بعدم التكرار إذا اقتضت الظروف ذلك... وعلى الدولة المسؤولة... الالتزام بجبر كامل الخسارة الناجمة عن الفعل غير المشروع دولياً... بحيث تشمل الخسارة... أي ضرر سواء كان مادياً أم معنوياً»<sup>(99)</sup>.

وقد اختلفت الآراء أيضاً بشأن الأحكام المتعلقة بالتدابير المضادة الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني من مشروع النصوص المتعلقة بالمسؤولية الدولية

(96) تتمثل الحماية الجماعية بالاتفاقيات المتعلقة بالمناطق أو الأقاليم الخالية من السلاح النووي، وكما أكثر ما يتمثل الالتزام تجاه المجتمع الدولي ككل (Erga Omnes) بالالتزامات المتعلقة بمنع الاعتداء الدولي، التطهير العرقي والعبودية. من ذلك ما قامت به مجموعة من الدول بتجميد أرصدة حكومية عراقية عام 1990 إثر اجتياحها للكويت.

(97) قضية نيكاراغوا، المرجع 1 سابق الإشارة إليه، على الصفحة 249.

(98) مسودة المشروع، المرجع 5 سابق الإشارة إليه. وانظر أيضاً: قضية آرشر دانيالز ضد المكسيك (Archer Daniels Midland Company v. Mexico) وخصوصاً دفاع المكسيك بأن الضريبة تكون مشروعة كإجراء مضاد وحكم المحكمة بنفي ذلك على أساس أن المكسيك لم تقم بفرض الضريبة لإجبار الولايات المتحدة الأمريكية للوفاء بالتزاماتها نحو المكسيك (ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Awa)، على الصفحات 134 وحتى 151.

(99) المادة 30، المرجع السابق.

عن الأفعال غير المشروعة دولياً لعام 2002، فقد أعرب بعض من الأعضاء الذين اشتركوا بوضعه عن استحسانهم لاستبقاء هذا الفصل لسببين اثنين: أولهما، لأنه لا يمكن إنكار وجود التدابير المضادة كجزء معترف به في القانون الدولي، خصوصاً بعد تأكيد قرار محكمة العدل الدولية عليه في «قضية غابكيكوفو ناجيمروس» الذي بيّن أن الهدف من مثل هذه التدابير هو إرجاع العلاقات بين الدول إلى مشروعيتها كما كانت من قبل حيثما كان ذلك ممكناً<sup>(100)</sup>؛ وثانيهما، لأن التدابير المضادة تؤدي دوراً حاسماً في إعمال الغرض من المسؤولية الذي يتمثل بحثّ الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع على الامتثال بالتزاماتها، ثم ليس الكف عن الفعل فحسب، وإنما بجبر الضرر أيضاً.

### وينتج عن هذه الحدود نتائج لا بد من إدراكها:

**أولاً:** لا يكون من قبيل التدابير المضادة إذا كان اتخاذها سيفاقم المشكلة، وألا يكون اتخاذها بمثابة انتقام. وجاء بشأن هذا ما وصفته محكمة تحكيم دولية في قرار لها بقضية الخدمات الجوية بأن: «التدابير المضادة ما هي إلا رهان على مدى حكمة الدولة بالتصرف المعقول... واستخدامها بروح من المنطقية والعزم على حل النزاع»<sup>(101)</sup>. هذا بالرغم من أن الحكمة لا تكون دائماً ممكنة في الخلافات الدولية المتعلقة بالهجمات الإلكترونية باعتبار أن رد الفعل السريع لدرئها لا يُتيح مجالاً لكثير من العقلانية.

**ثانياً:** لأن الهدف من التدابير المضادة هو إرجاع العلاقات إلى المشروعية بين الدول، فإنه لا يجوز اللجوء إليها استباقاً، وهو ما انتهت إليه محكمة العدل الدولية في قضية «غابكيكوفو ناجيمروس» - سالف الذكر - بأنه يمكن اللجوء إلى التدابير «كوسيلة مضادة لعمل دولي سابق غير مشروع»<sup>(102)</sup>.

**ثالثاً:** لا يجوز اللجوء إلى التدابير المضادة كوسيلة من الوسائل الرادعة أو التأديبية، وبالتالي لا يجوز استخدامها في مواجهة ما تم وانتهى من أخطاء اقترفتها

(100) انظر: قضية كابكيكوفو، المرجع سابق الإشارة إليه، على الصفحة 87؛ انظر أيضاً: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه في جمع هذه الآراء.

(101) انظر: قضية الخدمات الجوية، المرجع سابق الإشارة إليه، صفحة 91؛ انظر أيضاً: مايكل شميت، المرجع 4 سابق الإشارة إليه.

(102) قضية كابكيكوفو، المرجع 23 سابق الإشارة إليه، على الصفحة 83.

دولة أخرى ولا يُتوقع تكرار الخطأ ذاته من جانبها، ولذلك، يصبح العامل الزمني مهماً في مشروعية اللجوء للتدابير المضادة حيث يقتصر استخدام التدابير المضادة على عدم الوفاء في الوقت الحاضر بالالتزامات الدولية للدولة المتخذة للتدابير تجاه الدولة المسؤولة<sup>(103)</sup>.

**رابعاً :** وعليه، يبقى الحق بهذه التدابير قائماً طالما أنّ خطأ الدولة المعتدية يمثل جزءاً من سلسلة من الاعتداءات القائمة، أو أنّ الخطأ ينتج عنه لا محالة سلسلة من الأضرار المتعاقبة.

**خامساً :** يتوجب التوقف عن التدابير المضادة المتخذة فور ثبوت توقف الدولة المعتدية عن اعتدائها وتحقيقها لالتزاماتها الدولية<sup>(104)</sup>، مع ملاحظة أنّ الحق باللجوء للتدابير المضادة يبقى مستمراً إذا كانت محاولات إرجاع الوضع إلى ما كان عليه أو التعويض لا زالت قائمة.

**سادساً :** يجب التوقف عن التدابير المضادة في حالة عرض النزاع على جهة قضائية دولية بصدور إصدار قرار ملزم على حيثياته، بل إنه يمكن تفسير الحق باتخاذ التدابير المضادة، والذي يهدف إلى إرجاع شرعية العلاقات بين الدول، بإجبار الدول على الاتفاق على ردّ موضوع العلاقة إلى التحكيم أو القضاء الدولي عموماً. ويكمن السبب في هذا بأن عنصر الضرورة للجوء لتلك التدابير يتلاشى مع وجود جهة قضائية لها حق إصدار ما تراه مناسباً من تدابير مؤقتة لحماية الدولة المعتدى عليها، أما إذا استحال هذا، بأن لا تمتلك الجهة القضائية هذه المكنة، فإنه يبقى للدولة المتضررة الحق بالتدابير المضادة<sup>(105)</sup>.

**سابعاً :** ينبغي على الدولة المتضررة أن تطلب من الدولة المعتدية تصويب الإخلال قبل لجوئها للتدابير المضادة. هذا الالتزام أقرته محكمة التحكيم الدولية في قضية

(103) انظر في هذا الصدد: المادة 49(2) من مشروع مواد المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه؛ وأيضاً:

M. Kamto, The Time Factor in the Application of Countermeasures, in "the Law of International Responsibility", 1169, James Crawford et al. eds., 2010.

(104) المادة 53 من مشروع اتفاقية المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

(105) انظر في هذا الخصوص: قضية الخدمات، سابق الإشارة إليه، على الصفحة 59.

«ناوليليا»<sup>(106)</sup>، التي دارت حثيياتها بشأن اللجوء للانتقام في العلاقات الدولية، علاوة على قرار قضية «كابتشيكوفو ناجيمروس»، والذي قضى بأنه: «يتوجب على الدولة المتضررة، قبل استخدامها حقها باتخاذ تدابير مضادة، أن تقوم بالتواصل مع الدولة المتسببة بالضرر لتطلب منها وقف سلوكها الخاطيء وتعويضها إن لزم الأمر»<sup>(107)</sup>.

## المطلب الثاني

### قيود اللجوء للتدابير المضادة

لا بد لنا هنا من الإشارة إلى أن هناك شروطاً أوردتها مشروع مواد المسؤولية الدولية تتعلق باللجوء إلى التدابير المضادة، إذ إن على الدولة المضروبة أن تستنفذ إجراءين ضروريين قبل استخدامها لحقها بالتدابير المضادة: أولهما، أن تطلب من الدولة المسؤولة الوفاء بالتزاماتها؛ وثانيهما، أن تُخطِر الدولة المسؤولة بأي قرار باتخاذ تدابير مضادة، وتعرض عليها التفاوض معها. ومما لا شك فيه بأن لهذه الشروط، وما يتمخض عنها من نتائج، أثراً خاصاً وعلاقة مباشرة بالمسؤولية عن النشاطات الإلكترونية المعادية، إذ إنها قد تصدر بغير علم من الدولة التي صدر من إقليمها النشاط المعادي، أو أنها كانت بذاتها ضحية لاستغلال قرصنة الإنترنت من على أراضيها، غير أنه من الواجب التذكير هنا أن الطلب من الدولة المسؤولة الوفاء بالتزاماتها، أو ضرورة إخطارها المسبق بأي قرار باتخاذ تدابير مضادة، والتفاوض معها ما أمكن، لا يكون دائماً متاحاً، فقد جاء في قرار محكمة التحكيم الدولية في قضية «الخدمات الجوية» أنه: «في ظل تعقيد العلاقات الدولية، فإنه ليس من الممكن دائماً تعطيل استخدام التدابير المضادة خلال فترة التفاوض»، وخصوصاً إن كانت المفاوضات لا تجري بروح النية الحسنة، أو أن عدم الالتزام لا زال قائماً. كما أنه يمكن طرح شروط اللجوء للتدابير جانباً في الحالات التي تدل فيها المؤشرات على تعنت الدولة المسؤولة، أو أن الدلائل توحى بتفاقم الضرر إن لم يتم اتخاذ إجراءات مضادة على وجه السرعة.

(106) انظر عموماً في هذه الخصوص: في مذكرات كروفود التفسيرية: Y. Iwasawa & N. Iwatsuki, Procedural Conditions، المرجع سابق الإشارة إليه.

(107) قضية كابيكوفو، سابق الإشارة إليه، على الصفحة 84؛ وأيضاً قضية الخدمات الجوية، سابق الإشارة إليه، الصفحات 85-87. وانظر أيضاً: ذات المطلب في المواد 43(2) و 52(1)(a) من مشروع مواد المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

وفي كل الأحوال، تلتزم الدولة المتضررة بعدد من الالتزامات الدولية عند اللجوء للتدابير المضادة في مواجهة الاعتداء السيبراني، فقد جاءت المادة (50) من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة دولياً لتبين الالتزامات التي لا تتأثر بالتدابير المضادة على أنها تشمل:

**أولاً:** الالتزام المنصوص عليه في ميثاق الأمم المتحدة بالامتناع عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها فعلاً، وذلك كما ورد في نص المادة (2) (4) من ميثاق الأمم المتحدة الذي يعكس عرفاً دولياً قائماً لا يجوز الإخلال به<sup>(108)</sup>. ويثار التساؤل هنا عمّ إذا كان يمكن وصف بعض التدابير المضادة بأنها ليست إلا سبباً من سبل استعمال القوة؟ والحقيقة أنه لا يمكننا هنا التفريق قطعاً بين ما يمكن اعتباره من قبيل التدبير المضاد أو استخداماً للقوة، وقد جاء اختلاف واضعي مدونة تالين على هذا الأمر جلياً، إذ إن كل ما وصلوا إليه من اتفاق بهذا الشأن بعد ثلاث سنوات من المناقشات هو أن: «العمليات السيبرانية ترتقي لمصاف استخدام القوة إذا امتد أثرها بطريقة مشابهة للأثر الذي يحدثه استخدام العمليات غير السيبرانية التي تصل إلى مصاف استخدام القوة»<sup>(109)</sup>.

ومع أنه من السهولة بمكان تصنيف النشاط السيبراني بأنه مكافئ لاستخدام القوة التقليدية إذا كان من نتائجه تدمير ملموس للبنية التحتية أو إزهاق للأرواح، إلا أن استخدام القوة قد يتحقق أحياناً بالرغم من عدم وجود تدمير ملموس، وهذا ما قضت به محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا، إذ أشارت إلى أن مجرد تسليح وتدريب الميليشيات يجعل من هذا العمل استخداماً غير مشروع للقوة<sup>(110)</sup>. إن قرار المحكمة هذا لم يكن نتيجة لإسناد عمليات الميليشيات إلى الولايات المتحدة الأمريكية مباشرة، وإنما مجرد قيامها بتسليح وتدريب تلك الميليشيات، غير أننا لا نستطيع إسقاط نتائج هذا القرار بعمومية على جميع النشاطات التي لا ترتقي نتائجها إلى تدمير أو إزهاق للأرواح، وبالتالي عدم إمكانية وصفها باستخدام القوة المعروف تقليدياً.

(108) انظر بهذا الخصوص: المبدأ II لمؤتمر التعاون والأمن في أوروبا (I.L.M 197514)؛ وأيضاً: قضيتي كورفو ونيكاراجوا سابق الإشارة إليهما.

(109) المبدأ 11 من مبادئ كراسه تالين، المرجع 3 سابق الإشارة إليها.

(110) قضية نيكاراغوا، المرجع 1 سابق الإشارة إليه، الصفحة 228.

ونتيجة لصعوبة تحديد متى يكون الاعتداء السيبراني استخداماً للقوة، عهد واضعو مدونة تالين إلى تبني عددٍ من العوامل التي يمكن للدول الاعتداد بها لتصنيف النشاط السيبراني كمكافئ لاستخدام القوة منها: وضوح الاعتداء السيبراني، الأثر المباشر للاعتداء السيبراني، الطبيعة الانتهاكية الظاهرة للاعتداء السيبراني، إمكانية وقابلية قياس الانتهاك، تطبع الانتهاك السيبراني بطبيعة عسكرية، تدخل الدولة المباشر في إحداثه وافتراض مشروعيته، نوع الهدف المعتدى عليه، والعلاقات السياسية السائدة وقت الاعتداء بين الدولة المعتدى عليها والدولة المسؤولة عن الاعتداء<sup>(111)</sup>.

في ضوء ما سبق، ونتيجة لهذه الصعوبات والتأويل الذي يمكن أن يكون محلاً للخلاف، يمكننا القول إنه يمكن أن نكون إزاء حالة لا يمكن معها تحديد فيما إذا كان الرد على الاعتداء السيبراني يعد بمثابة استخدام للقوة وليس استخداماً للحق في التدابير المضادة. إن هذا بدوره يجعل من الجائز تصوّر استخدام لقوة مناسبة للتصدي لنشاط دولي غير مشروع - لدرء مخاطر سيبرانية معادية دون أن يفقد هذا السلوك تصنيفه - بأنه من التدابير المضادة، خصوصاً إذا لم يصل الصدام إلى مستوى نزاع مسلح، بمعنى أن هناك مساحة فاصلة بين ما يمكن أن يكون استخداماً للقوة وبين النزاع العسكري المسلح. إن هذا يعني أن هناك فرقاً بين الحالات التي يمكن فيها للدولة اللجوء لحقها باستخدام التدابير المضادة وتلك التي تخولها اللجوء للدفاع الشرعي المسلح. ومما قد ينتج عن هذا الاختلاف أنه يمكن للدفاع الشرعي أن يكون منفرداً أو جماعياً، وذلك على خلاف التدابير المضادة التي لا تستساغ إلا أن تتخذ بشكل منفرد من قبل الدولة المتضررة، ففي الحالة الأخيرة، يكون لتلك الدولة حق اللجوء لتدابير مضادة اعتيادية أو قهرية (دفاع شرعي) حتى وإن لزم الأمر استخدام القوة العسكرية، وهو كما وضّحه القاضي سيما في قضية «موانئ النفط» بقوله: «في الحالات التي لا تصل فيها المشاكسات الدولية حد الهجوم المسلح بحسب ما ورد في نص الدفاع الشرعي في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، يكون للدولة فقط

(111) المبادئ 48 - 52 من مدونة تالين، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

الحق في الرد المناسب والمتناسب لا غير»<sup>(112)</sup>.

**ثانياً :** لا يجوز في اتخاذ التدابير المضادة أن تؤدي تلك القواعد إلى الإخلال بالالتزامات المتعلقة بحماية حقوق الإنسان الأساسية<sup>(113)</sup>، وهنا يثور إشكال آخر يتعلّق بتحديد تلك الحقوق الأساسية، فمن ناحية، قد يفهم من نص المادة 50 (1) من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة دولياً بأن التدابير المضادة يجب ألاّ تمس الحقوق التي لا يجوز انتهاكها حتى في وقت إعلان حالة الطوارئ أو وقت النزاعات المسلحة، ومن ناحية أخرى، قد يتعدّى هذا المنع ليطال أيضاً الحقوق المتعلقة بحماية سرّية المعلومات والاتصالات<sup>(114)</sup>، بل والحق في الخصوصية، باعتبارها من الحقوق الأساسية أيضاً. وفي هذا الإطار، لا بد من التذكير بالتعليق للذي أوردته لجنة الأمم المتحدة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية بشأن نصوص المسؤولية الدولية، وتأكيداً على أنه: «من الضروري التفرقة بين الأهداف المرجوة من إيجاد نوع من الضغط السياسي أو الاقتصادي على حكومات الدول للامتثال لالتزامات دولية معيّنة، وبين الضرر الذي قد يحدثه هذا الضغط من أثر سلبي على الأفراد أو الجماعات في تلك الدول»<sup>(115)</sup>، وعليه، لا يجوز استخدام التدابير المضادة إذا كان من شأنها الإضرار بالأفراد أو الجماعات التي ليس لها علاقة، لأن المقصود منها يجب أن لا يتعدى غاية إرغام الحكومات المخلة بالتزاماتها بالعودة إلى جادة الصواب واستمرار العلاقات الدولية المتزنة.

**ثالثاً :** لا يجوز في استخدام التدابير المضادة أن تمس بالالتزامات ذات الطابع الإنساني التي تمنع الأعمال الانتقامية<sup>(116)</sup>، وهذا بموجب اتفاقية جينيف لعام 1929

(112) انظر: قضية الأنشطة المسلحة في الكونغو بين الولايات المتحدة الأمريكية والكونغو (I.C.J. 168, 147, 2005). وأيضاً: تمت التفرقة في قضية نيكاراغوا بين «النزاع المسلح والحالة التي يكون فيها استخدام القوة مفرطاً»، قضية نيكاراغوا، المرجع 1 سابق الإشارة إليه، الصفحة 191.

(113) المادة 50 (1) (b) من مشروع مواد المسؤولية الدولية.

(114) انظر مثلاً: المواد 7 و 8 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لعام 2000 (O.J., C364). وأيضاً:

المادة 8 من معاهدة حماية الحقوق والحريات لعام 1950 (U.N.T.S. 221 213).

(115) انظر الملاحظة رقم 8 من:

The Relationship Between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights, U.N. Doc. E/C.128/1997/ (Dec. 12, 1997), General Comment 8, 125, 4.

(116) المادة 50 (1) (b) من مشروع مواد المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.

واتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وبرتوكولها الإضافي الأول لعام 1977<sup>(117)</sup>، والتي تعكس عرفاً دولياً بمنع الأعمال الانتقامية (وإن كانت بصورة تدابير مضادة) بحق الجرحى والغرقى والأسرى وبمن يقومون بأعمال الإغاثة أو الأعمال الطبية، فلا يجوز مثلاً القيام بهجوم إلكتروني سيبراني يمكن أن يؤدي إلى تعطيل الأجهزة الطبية أو الكهربائية اللازمة لإسعاف المرضى والجرحى من قوات العدو كرد على قيامهم هم بمثل هذا النوع من العمليات العسكرية.

**رابعاً:** لا يجوز في استخدام التدابير المضادة أن تمس بالالتزامات الأخرى القائمة بموجب قواعد قطعية من قواعد القانون الدولي العام<sup>(118)</sup>، فلا يجوز الإخلال مثلاً بمبدأ عدم مشروعية الإبادة الجماعية كأن يكون من شأن اتخاذ التدابير المضادة التحريض على تلك الجريمة، أو التلاعب بالمعلومات الإلكترونية أو التقارير بشأنها.

**خامساً:** لا تُعفى الدولة التي تتخذ تدابير مضادة من الوفاء بالتزاماتها بموجب أي إجراء لتسوية المنازعات يكون سارياً بينها وبين الدولة المسؤولة، أو فيما يتعلق بصون حرمة الممثلين الدبلوماسيين أو القنصلين أو الأماكن أو المحفوظات أو الوثائق الدبلوماسية أو القنصلية<sup>(119)</sup>.

**سادساً:** لا بد في التدابير المضادة من الانتباه لمبدأ التناسب في استخدامها حتى تكون مشروعة، وتجدر الإشارة هنا أنه لا بد من التفريق بينها وبين مبدأ التناسب في قانون الحرب والذي يرتبط بقدر القوة المستخدمة اللازمة لدولة ما للدفاع عن نفسها في نزاع مسلح، ففي هذه الحالة الأخيرة، قد تتجاوز القوة اللازمة مبدأ التناسب إذا كان من شأنها إيقاف الاعتداء المسلح وكانت ضرورية لذلك، أمّا في التدابير المضادة، فلا يجوز فيها تجاوز مبدأ التناسب. لذلك، يبقى على الدولة المتضررة أن تبقى في

(117) انظر: المادة 2 من اتفاقية جنيف لعام 1929 (L.N.T.S. 303 118)؛ والمادة 64 من اتفاقية جنيف الأولى لعام 1949 (U.N.T.S. 31 75)، والمادة 47 من اتفاقية جنيف الثانية لعام 1949 (U.N.T.S. 85 75)، والمادة 13 من اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 (U.N.T.S. 135 75)؛ والمادة 33 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 (U.N.T.S. 75)؛ وبروتوكولاتها الإضافية في المواد 20، 51(6)، 52(1)، 53(c)، 54(4)، 55(2) 56(4).  
(118) المادة 50 (1) (b) من مشروع مواد المسؤولية الدولية، المرجع 3 سابق الإشارة إليه.  
(119) المادة 50 (2) (a) من مشروع مواد المسؤولية الدولية، المرجع السابق. وانظر بهذا الخصوص أيضاً: قضية الرهائن الدبلوماسيين في طهران، المرجع سبق الإشارة إليه، الصفحات 61، 62، 67، 77، 86؛ والمواد 33، 35 من اتفاقية فيينا للحصانة القنصلية لعام 1963 (U.N.T.S. 261 596).

ذهنها أنه بلجوتها للتدابير المضادة لا بد أن تتيقن من أن يتناسب التدبير المضاد وحجم الضرر الواقع عليها وألا يتجاوز في أي حال من الأحوال جسامه الفعل المتسبب بالضرر.

ثم أيضاً وجب التفرقة بين مبدأ التناسب في التدابير المضادة ومبدأ التناسب المعروف في القانون الدولي الإنساني، والذي يقصد به مراعاة التناسب ما بين الضرر الذي قد يلحق بالخصم والمزايا العسكرية الممكن تحقيقها نتيجة لاستخدام القوة أثناء سير عملياتها العسكرية، بحيث يكون الهدف منه هو إقامة التوازن بين مصلحتين متعارضتين هما الإنسانية و«الضرورة الحربية»، بمعنى أن مبدأ التناسب في القانون الدولي الإنساني معني بشكل مباشر بتناسب الضرر المتوقع حصوله مع المكاسب العسكرية المنشودة، أما مبدأ التناسب في التدابير المضادة فهو معني بتناسبه مع الضرر الذي وقع على الدولة المتضررة.

إنذا، لا بد للتدابير المضادة أن تتناسب مع الضرر الذي ينتج عن العمل غير المشروع، وقد نصت المادة 51 من مشروع مواد المسؤولية الدولية عن ذلك بالنص على إنه: «يجب أن تتناسب التدابير المضادة مع الضرر المتكبد، على أن توضع في الاعتبار جسامه الفعل غير المشروع دولياً والحقوق المعنية». لقد جاء هذا المبدأ متوافقاً مع ما قرّرته محكمة التحكيم الدولية في قضية «ناوليلا» والتي نص حكمها على إنه: «حتى لو قبلنا جدلاً بأن القانون يجيز التدابير الانتقامية كأعمال مشروعة، إلا أنه لا بد لنا مع ذلك ألا نغفل عن عدم شرعيتها إذا كانت مفرطاً أو أنها لا تتناسب والفعل الدافع لها»<sup>(120)</sup>.

(120) المرجع السابق الإشارة إليه.

## الخاتمة :

هذه الدراسة جاءت لتلقي جانب الحق التقليدي في الدفاع الشرعي الوارد في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، ولتحدد فيما إذا كانت العمليات السيبرانية المعادية تُعطي حقاً للدولة المعتدى عليها استخدام حقها في اللجوء إلى التدابير المضادة في إطار مشروع مواد المسؤولية الدولية عن الأعمال غير المشروعة دولياً. فمن المعلوم أنه ينصوي تحت قواعد المسؤولية الدولية بنداً خاصاً بالإجراءات المضادة التي يُمكن اللجوء إليها، ومفادها تمكين الدول المتضررة من مخالفة دولية ما بإتيان سلوك، أو الانتهاء عن سلوك واجب، ضد دولة تسببت بضرر ما، وإرغامها على الرضوخ والعدول عن مخالفتها لالتزاماتها الدولية.

وألقت هذه الدراسة الضوء على الشروط الواجب توافرها قبل نشوء حق الدول للجوء لتلك التدابير المضادة للهجمات السيبرانية، بغية إثبات أن اللجوء لهذه التدابير له فوائد جمة يمكن التعويل عليه كرد مناسب للاعتداءات الدولية التي لا ترقى لأن تتصف بأنها اعتداء عسكري، بيد أنها لا تبدو كذلك من الناحية العملية لوجود عدد من الأسباب التي تحد من الاستخدام الأمثل لها وقت الحاجة.

ففي أكثر الحالات، لا ترقى الكثير من العمليات السيبرانية المعادية - بالرغم من أثرها المباشر على زعزعة الأمن الدولي - إلى مصاف العمليات «العسكرية» المعادية بوصفها المذكور في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، والسماح بالرد العسكري له محاذيره الخاصة به أقلها أن تتفاقم الاختلافات الدولية إلى مزيد من عدم الاستقرار، وإلى غياب السلم الدولي، أما التدابير المضادة ففيها ميزة استدراك الوضع المتأزم بين الدول والوصول إلى حالة أفضل من العلاقات الدولية، حيث إن هذه التدابير، وإن أتت كرد على فعل دولي غير مشروع، فإن المغزى منها هو تصويب الوضع القائم بحيث تقوم الدولة المتضررة بما يجب لضمان الكف عن هذا الفعل الضار، ثم جبر الضرر حيثما أمكن. لذلك، تعد التدابير المضادة نظاماً تحاول بواسطته الدول المتضررة إثبات حقوقها واستعادة العلاقة القانونية بالدولة المسؤولة، وهي علاقة قُطعت بسبب الفعل غير المشروع دولياً.

وبيّنت هذه الدراسة أن للتدابير المضادة شروطاً ومحاذير وحدود خاصة بها، فلا يمكن اللجوء للتدابير المضادة إلا في مواجهة تصرف دولي خارجي غير قانوني،

ويجب في هذه التصرفات غير القانونية أن يتوافر بها مكوّنان أساسان: أولاً، خرق لالتزام دولي في حق دولة أخرى، وثانياً، وجود رابطة واضحة بين التصرف غير القانوني والدولة التي يُزعم بأنه نشأ عنها، وهي الشروط ذاتها الخاصّة بنشوء المسؤولية الدولية بين دولة مسؤولة عن الضرر ودولة أخرى هي متضررة. لذلك، يأتي شرط الإسناد ماثلاً كي يقلص من إمكانية اللجوء لهذه التدابير، فلا تدابير دون أن يتّسم أطراف النزاع بصفة الدولة، فلا تُسند جميع أعمال الشركات المملوكة للدولة لها بمجرد ثبوت هذه الملكية، فعلى سبيل المثال، لا يكفي مجرد ثبوت ملكية الدولة لشركة اتصالات ما أو مؤسسة معلومات تقنية أن تُسند جميع تصرفاتها للدولة ذاتها، وبالتالي ليس للدولة المتضررة من تصرفات هذه الشركات الحق للجوء إلى تدابير احترازية بحق الدولة إلا إذا ثبت أن تلك الشركة تصرفت كمرفق حكومي أو كممثل للدولة، أو أنها قامت بتصرفاتها المخالفة برعاية، أو سيطرة، مباشرة من الدولة.

وينتج عن هذه الحدود نتائج لا بد من إدراكها، فلا يكون من قبيل التدابير المضادة إذا كان اتخاذها سيفاقم المشكلة، وإلا يكون اتخاذها بمثابة الانتقام، ولأن الهدف من التدابير المضادة هو إرجاع العلاقات إلى المشروعية بين الدول، فإنه لا يجوز اللجوء إليها استباقاً، ثم أنه لا يجوز اللجوء إلى التدابير المضادة كوسيلة من الوسائل الرادعة أو التأديبية، وبالتالي لا يجوز استخدامها في مواجهة ما تم وانتهى من أخطاء اقترفتها دولة أخرى ولا يُتوقّع تكرار الخطأ ذاته من جانبها، بل ويتوجب التوقف عن التدابير المضادة المتخذة فور ثبوت توقف الدولة المعتدية عن اعتدائها وتحققها لالتزاماتها الدولية، ويجب التوقّف عن التدابير المضادة في حالة عرض النزاع على جهة قضائية دولية.

كما بيّنت هذه الدراسة أن هناك شروطاً إجرائية يجب إتباعها في التدابير المضادة منها أن يُطلب من الدولة المعتدية تصويب الإخلال قبل لجوئها للتدابير المضادة، بل ويتوجّب على الدولة المتضررة، قبل استخدامها حقّها باتخاذ تدابير مضادة، أن تقوم بالتواصل مع الدولة المتسببة بالضرر لتطلب منها وقف سلوكها الخاطيء، فلا بد من أن يُطلب من الدولة المسؤولة الوفاء بالتزاماتها، ولا بد من إخطارها بأي قرار باتخاذ تدابير مضادة، ولا بد من أن يُعرض عليها التفاوض.

وأخيراً بيّنت هذه الدراسة أنّه لا بد في التدابير المضادة من الانتباه لمبدأ التناسب في استخدامها حتى تكون مشروعة، إذ يجب أن تتناسب التدابير المضادة مع الضرر المتكبد، على أن توضع في الاعتبار جسامه الفعل غير المشروع دولياً والحقوق المعنية.

### ومما تقدّم، يمكن التوصل للنتائج التالية:

- 1 - لا ترقى الكثير من العمليات السيبرانية المعادية إلى مصاف العمليات «العسكرية» المعادية بوصفها المذكور في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة.
- 2 - السماح بالرد العسكري له محاذيره الخاصّة به أقلّها أن تتفاقم الاختلافات الدولية إلى مزيد من عدم الاستقرار، وإلى غياب السلم الدولي.
- 3 - التدابير المضادة فيها ميزة استدراك الوضع المتأزم بين الدول والوصول إلى حالة أفضل من العلاقات الدولية.
- 4 - هناك شروط إجرائية يجب إتباعها في التدابير المضادة منها أن يُطلب من الدولة المعتدية تصويب الإخلال قبل لجوئها للتدابير المضادة.
- 5 - ويتوجّب على الدولة المتضررة، قبل استخدامها حقّها باتخاذ تدابير مضادة، أن تقوم بالتواصل مع الدولة المتسببة بالضرر لتطلب منها وقف سلوكها الخاطيء، فلا بد من أن يُطلب من الدولة المسؤولة الوفاء بالتزاماتها، ولا بد من إخطارها بأي قرار باتخاذ تدابير مضادة، ولا بد من أن يُعرض عليها التفاوض.
- 6 - لا بد في التدابير المضادة من الانتباه لمبدأ التناسب في استخدامها حتى تكون مشروعة، إذ يجب أن تتناسب التدابير المضادة مع الضرر المتكبد، على أن توضع في الاعتبار جسامه الفعل غير المشروع دولياً والحقوق المعنية.
- 7 - ولأن الهدف من التدابير المضادة هو إرجاع العلاقات إلى المشروعية بين الدول، فإنّه لا يجوز اللجوء إليها استباقاً.
- 8 - لا يجوز اللجوء إلى التدابير المضادة كوسيلة من الوسائل الرادعة أو التأديبية، وبالتالي لا يجوز استخدامها في مواجهة ما تم وانتهى من أخطاء اقترفتها دولة أخرى، ولا يُتوقّع تكرار الخطأ ذاته من جانبها.

- 9 - يتوجب التوقف عن التدابير المضادة المتخذة فور ثبوت توقف الدولة المعتدية عن اعتدائها وتحقيقها لالتزاماتها الدولية، ويجب التوقف عن التدابير المضادة في حالة عرض النزاع على جهة قضائية دولية.
- 10 - المغزى من التدابير ما هو إلا تصويب لوضع قائم بحيث تقوم الدولة المتضررة بما يجب فقط لضمان الكف عن هذا الفعل الضار، ثم جبر الضرر حيثما أمكن.
- 11 - تعد التدابير المضادة نظاماً تحاول بواسطته الدول المتضررة إثبات حقوقها واستعادة العلاقة القانونية بالدولة المسؤولة، وهي علاقة قُطعت بسبب الفعل غير المشروع دولياً.
- 12 - لا بد أن يقوم المجتمع الدولي ولجنة القانون للأمم المتحدة بدراسة ظاهرة الهجمات السيبرانية بشكل أكثر توسعاً ووضع قواعد قانونية لها أكثر وضوحاً وصرامة.

## المراجع:

### المراجع باللغة الأجنبية:

- 1 - A. F. Lowenfeld, International Economic Law (Oxford, Oxford University Press, (2002).
- 2 - C. Bronk & E. Tikk-Rigas, The Cyber Attack on Saudi Aramco, SURVIVAL, Apr–May 2013.
- 3 - C. C Joyner, "Boycott", Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford University Press, 2011), available from: www.mpepil.com.
- 4 - D.E. Sanger & J. Markoff, After Google's Stand on China, U.S. Treads Lightly, N.Y. TIMES (Jan. 15, 2010), at: [http://www.nytimes.com/201015/01/world/asia/15diplo.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/201015/01/world/asia/15diplo.html?_r=0).
- 5 - D. E. Sanger, D. Barboza & N. Perlroth, Chinese Army Unit is Seen as Tied to Hacking Against U.S., N.Y. TIMES, Feb. 18, 2013, at: <http://www.nytimes.com/201319/02/technology/chinas-army-is-seen-as-tied-to-hacking-against-us.html?pagewanted=all>.
- 6 - Diego Rafael Canabarro and Thiago Borne, "Reflection on the fog of Cyber War", National Center for Digital Government, Policy working Paper No. 13:001, March 1, 2013.
- 7 - Eshel, David,, "Israel adds cyber-attack to IDF", Aviation Week's DTI, 9 Feb. 2010: <http://infosecisland.com/blogview/5160-Analysis-on-Defense-and-Cyber-Warfare.html>.
- 8 - E. Tikk, K. Kaska & L. Vihul, International Cyber Incidents: Legal Consideration (2010).
- 9 - H. Tsukayama & P. Farhi, Syrian Hackers Claim Responsibility for Disrupting Twitter, available at: [http://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/syrian-hackers-claim-responsibility-for-hacking-twitter-new-york-times-web-site/201320500/27/08/f580-f5c-11e3-bdf6-e4fc677d94a1\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/syrian-hackers-claim-responsibility-for-hacking-twitter-new-york-times-web-site/201320500/27/08/f580-f5c-11e3-bdf6-e4fc677d94a1_story.html).
- 10 - Int'l L. Comm'n, Responsibility of International Organizations, U.N. Doc. A/CN.4/L.778.
- 11 - J. Boone, Mercenary Hacker Group 'Hidden Lynx' Emerges as World's Most Potent Cyber Threat, GLOBALPOST (Sept. 18, 2013, ), available at: <http://www.globalpost.com/dispatches/globalpost-blogs/the-grid/hacker-mercenary-group-china-hidden-lynx-worlds-most-potent-cyber-threat>.

- 12 - J. Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, 178–86 (2002).
- 13 - Jonathan A. Ophard, "Cyber Warfare and the Crime of Aggression: The Need for Individual Accountability on Tomorrow's Battlefield", DUKE Law & Technology Review, No. 3.
- 14 - Kenneth Grees, Darien Kindlind, Ned Moran, Rob Rachwald, "World War C: Understanding Nation-States Motives behind Today's Advanced Cyber Attacks". Fire Eyes report, at: <https://www.fireeye.com/resources/pdfs/fireeye-wwc-report.pdf>.
- 15 - K. Saalbach, "Cyber War, Methods and Practice", Version 9.0, University of Osnabruck, 17 Jun 2014.
- 16 - M. Ruffert, Reprisals, 8 Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 927 (2012).
- 17 - M. P. Doxey, International Sanctions in Contemporary Perspective (Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1996).
- 18 - M. Fisher, South Korea Under Cyber Attack: Is North Korea Secretly Awesome at Hacking?, at: <http://www.washingtonpost.com/blogs/worldviews/wp/201320/03/south-korea-under-cyber-attack-is-north-korea-secretly-awesome-at-hacking/>.
- 19 - M. C. Waxman, Self-defensive Force Against Cyber Attacks: Legal, Strategic and Political Dimensions, 89 INT'L L. STUD. 109 (2013).
- 20 - M. N. Schmitt, Cyber Operations and the Jus ad Bellum Revisited, 56 VILL. L. REV. 569, 586–603 (2011).
- 21 - M. J Gross, Enter the Cyber-Dragon, VANITY FAIR, Sept. 2011, at: <http://www.vanityfair.com/culture/features/201109/chinese-hacking-201109>.
- 22 - M. Kamto, The Time Factor in the Application of Countermeasures, in The law of International Responsibility, 1169 (James Crawford et al. eds., 2010).
- 23 - Michael Shmidt, "Below the Threshold" Cyber Operations: The Countermeasures Response Option and International Law, 3 Virginia Journal of International Law, vol. 54.
- 24 - N. Perlroth, Washington Post Joins List of News Media Hacked by the Chinese, N.Y. TIMES, Feb. 1, 2013, at: <http://www.nytimes.com/201302/02/technology/washington-posts-joins-list-of-media-hacked-by-the-chinese.html>

- 25 - Oona` A.Hathway , Rebecca Crootof , Philip Levitz , aley Nix, Aileen Nowlan ,William Perdue and Julia Spiegel, «The Law of Cyber –Attack», California Law Review, 2012.
- 26 - S. Gorman & D. Yadron, Iran Hacks Energy Firms, U.S. Says, WALL ST. J., at: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887323336104578501601108021968>
- 27 - S. Gorman, China Hackers Hit U.S. Chamber, WALL ST. J., Dec. 21, 2011, at: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052970204058404577110541568535300>
- 28 - T. G. Retorsion, 8 MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF INTERNATIONAL LAW 976 (2012).
- 29 - W. Schwartau, Striking Back, Network World Fusion, at: <http://www.networkworld.com/news/0111vigilante.html>
- 30 - Y. Dinstein, Computer Network Attacks and Self-Defense, 76 INT'L L. STUD. 99 (2002).
- 31 - Y. Lee, South Korea Says North Korea Behind Computer Crash In March, HUFFINGTON POST (Apr. 10, 2013), at: [http://www.huffingtonpost.com/2013/10/04/north-korea-cyberattack\\_n\\_3050992.html](http://www.huffingtonpost.com/2013/10/04/north-korea-cyberattack_n_3050992.html).
- 32 - Scott J. Shackelford, «Analogizing Cyber: from Nuclear War to Net War Attacks in International Law».
- 33 - Scoot Shckelford, ,» State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem», University of Cambridge, Department of politics and International Studies, Cambridge, UK, 2009.
- 34 - Shin, Beomchul,» The Cyber Warfare and the Right of Self –Defense: Legal Perspectives and the Case of the United States, IFANS, Vol.19, No1, June 2011.
- 35 - S. Stalinsky, China Isn't the Only Source of Cyberattacks, WALL ST. J. (May 21, 2013), at: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887324744104578475571183053736>
- 36 - Thomas W. Smith,» The New Law of War: Legitimizing Hi-Tech and Infrastructural,» International Studies Quarterly, 2002, Vol. 46.

37 - Zach West, Young Fella, If You're Looking for Trouble l'll Accommodate You: Deputizing Private Companies for the Use of Hackback, 63 SYRACUSE L. REV. 119 (2012).

38 - أحمد عيسى نعمة الفتلاوي، الهجمات السيبرانية: مفهوما والمسئولية الدولية الناشئة عنها في ضوء التنظيم الدولي المعاصر، مجلة المحقق الحلبي، كلية القانون، جامعة بابل 2015.

39 - د. السيد أبو عطية، الجزاءات الدولية بين النظرية و التطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 2001

### المراجع الالكترونية المستخدمة:

1 - النسخة العربية من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، 2002، السجلات الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٠ (A/56/10)، الفصل الرابع، الفقرة 76:

[http://www.un.org/arabic/documents/GADocs/56/A\\_56\\_589.pdf](http://www.un.org/arabic/documents/GADocs/56/A_56_589.pdf)

2 - مدونة مبادئ تالين» الإرشادية الخاصة بالقانون الدولي المستخدمة في الحروب السيبرانية:

<https://www.usnwc.edu/getattachment/Departments---Colleges/International-Law/Tallinn-Manual/Tallinn.pdf.aspx>

3 - <http://www.aljazeera.net/programs/infocus/201517/5//>

4 - [http://www.al-sharq.com/news/details/383883#.VkNnnl\\_XeJJ](http://www.al-sharq.com/news/details/383883#.VkNnnl_XeJJ)

5 - <https://blog.cyberkov.com/270.html>

### قائمة بالقضايا المشار إليها بالبحث:

1 - قضية البوسنة و صربيا لعام 2007 (I.C.J. 43, 403-05).

2 - قضية الأنشطة المسلّحة في الكونغو بين الولايات المتحدة الأمريكية والكونغو (I.C.J. 168, 147, 2005). فتوى محكمة العدل الدولية في قضية حائط الفصل

العنصري (I.C.J. 136, 140, 2004).

- 3 - قضية موانئ البترول بين أمريكا وإيران  
(Iran v. U.S., I.C.J. 161, 74, 6 Nov. 2003)
- 4 - قضية الادعاء العام ضد تادتش في محكمة يوغسلافيا  
(Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, 117, 131-40, 145) 1999 .
- 5 - قضية مشروع غابتشيكوفو - ناغيماروس بين هنجاريا وسلوفاكيا  
Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), ICJ 97 Judgment,  
of 25 September 1997
- 6 - فتوى محكمة العدل الدولية بخصوص مدى قانونية التهديد باستخدام السلاح  
النووي (ICJ Advisory Opinion, I.C.J. 226, 38, 41, 8 July 1996).
- 7 - قضية إيجر ضد إيران عام 1987 (Yeager v. Iran, 17 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep) 1987 .
- 8 - قرار محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا  
(Nicaragua v. U.S., I.C.J. 14, 176, 27 June 1986).
- 9 - القضية الخاصّة باتفاقية الخدمات الجوية 27 مارس 1946 بين الولايات  
المتحدة الأمريكية وفرنسا، قرار تاريخ 9 ديسمبر  
(UNRIAA, vol. XVIII - Sales No. E/F.80.V.7) 1978
- 10 - قضية الدبلوماسيين الأمريكيين في طهران (I.C.J. 3 1980).
- 11 - قضية كورفو والبنانيا وبريطانيا (I.C.J. 4, 23 1949).
- 12 - قضية فوسفات المغرب  
(Preliminary Objections, 1938 P.C.I.J., ser. A/B, No. 74).
- 13 - قضية Caire Claim بين فرنسا والمكسيك (, R.I.A.A. 516 19295)
- 14 - قضية مستعمرات البرتغال، حادثة نوليا (UNRIAA, vol. II, 1928).
- 15 - قضية جزيرة بالماس بين هولندا والولايات المتحد الأمريكية  
(R.I.A.A. 829, 838 - Perm. Ct. Arb. 1928 2).

- 16 - قضية مصنع شورزو بين المانيا وبولندا (P.C.I.J, ser. A, No. 9 1927).
- 17 - قضية ويمبلدون بين بريطانيا وفرنسا (P.C.I.J, ser. A, No. 1 1923).
- 18 - قضية Massey claim عام 1927 (R.I.A.A. 155 4)

#### قائمة بالاتفاقيات المشار إليها بالبحث:

- 1 - ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لعام 2000 (O.J., C364).
- 2 - اتفاقية الأمم المتحدة للبحار لعام 1982 (U.N.T.S. 397 1833).
- 3 - اتفاقية فينا لقانون المعاهدات (1969, U.N.T.S. 331 1155).
- 4 - اتفاقية فينا للحصانة القنصلية لعام 1963 (U.N.T.S. 261 596).
- 5 - معاهدة حماية الحقوق والحريات لعام 1950 (U.N.T.S. 221 213).
- 6 - اتفاقية جنيف الأولى لعام 1949 (U.N.T.S. 31 75).
- 7 - اتفاقية جنيف الثانية لعام 1949 (U.N.T.S. 85 75).
- 8 - اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 (U.N.T.S. 135 75).
- 9 - اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 (U.N.T.S. 287 75).
- 10 - اتفاقية الملاحة الجوية الدولية لعام 1944 (U.N.T.S. 295 15).
- 11 - اتفاقية جنيف لعام 1929 (L.N.T.S. 303 118).

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
235	الملخص
236	المقدمة
240	المبحث الأول- عموميات في حق اللجوء إلى التدابير المضادة
240	المطلب الأول- مفهوم الهجوم السيبراني وأشكاله
246	المطلب الثاني- التعريف بالتدابير المضادة ومدى شرعيتها
249	المطلب الثالث- التفرقة بين التدابير المضادة وغيرها من الإجراءات الدولية المشابهة لها
253	المبحث الثاني- الشروط السابقة لحق اللجوء إلى التدابير المضادة
253	المطلب الأول- وجود مخالفة للالتزام دولي في حق دولة أخرى
258	المطلب الثاني- إسناد العمل غير المشروع للدولة
265	المبحث الثالث- حدود وقيود التدابير المضادة ومدى تناسبها
265	المطلب الأول- حدود اللجوء للتدابير المضادة
270	المطلب الثاني- قيود اللجوء للتدابير المضادة
276	الخاتمة
280	المراجع

## الوزير والوزارة في التنظيم الإداري السعودي

د. إبراهيم محمد الحديشي<sup>(1)</sup>

أستاذ القانون الإداري المشارك، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

مدير عام الإدارة القانونية - جامعة الملك سعود - الرياض - المملكة العربية السعودية

### الملخص:

يتناول هذا البحث بالشرح والتحليل أحكام الوزير والوزارة في التنظيم الإداري السعودي؛ فقد استعرض هذا البحث: نشأة الوزارة في المملكة، وهيكلتها الوزارات وتصنيفها، ثم بحث في شروط تعيين الوزراء وآلية اختيار الوزراء وإعفاءهم، والقيود المفروضة عليهم، وتم تحليل الأحكام المتعلقة بوزراء الدولة ونواب الوزراء، وانتهى البحث ببيان الخلل الوارد في نظام محاكمة الوزراء؛ حيث لم يتم تحديثه من صدوره في عام 1380 هـ، 1960 م.

وتضمن البحث عدة توصيات من ضمنها عدم وجود لائحة تنفيذية لنظام مجلس الوزراء رغم الإشارة إليها في أنظمة مجلس الوزراء المتعاقبة، كذلك فإن اختيار الوزراء وإعفاءهم حق حصري للملك، وليس لرئيس مجلس الوزراء أي دور في اختيار الوزراء، وأنه ليس من مهام الوزراء تقديم برنامج عمل لوزاراتهم.

### تمهيد:

استعاد الملك عبد العزيز الرياض في 5 شوال 1319 هـ، ثم انطلق إلى شتات مناطق الجزيرة العربية ليجمع شملها، ويوحد سلطانها، فبسط نفوذه على القصيم عام 1326 هـ، ثم فتح الأحساء في 5 جمادى الأولى 1331 هـ، ثم ضم حائل في 29 صفر عام 1339 هـ، ثم انطلقت جيوشه إلى عسير؛ لتدخل تحت ولايته في سنة 1338 هـ، وانتظم عقد الدولة بدخول الحجاز تحت حكمه بدخول مكة المكرمة في 7 جمادى الأولى

(1) يتقدم الباحث بجزيل الشكر والتقدير لمركز البحوث بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود لدعمه هذا البحث.

عام 1343هـ، ثم المدينة المنورة ومدينة جدة في عام 1344هـ<sup>(2)</sup>. وكان لدخول الحجاز تحت ملك السلطان عبدالعزيز أبلغ الأثر في تطور الإدارة المحلية<sup>(3)</sup>، حيث كانت هذه الإدارة في المناطق الأخرى إدارة بسيطة، تتمثل في انتظام كل منطقة تحت إشراف أمير، يعتبر هو الحاكم الإداري لتلك المنطقة، مرجعه السلطان عبدالعزيز، وهو المسؤول أمامه عن إدارة تلك المنطقة، وبسط الأمن والاستقرار فيها، وتعيين من يساعده في مدنها وقرائها، وإلى جانب الأمير هناك قاضي البلد، وهو الشخصية الثانية النافذة في المنطقة، يساعدهما في الإدارة المحلية مأمور بيت المال.

في أواخر أيام الملك عبدالعزيز - رحمه الله - تم البدء في إنشاء الوزارات - على ما سيتم تفصيله لاحقاً -، فأنشأ الوزارات التي كان يرى أنها الأهم في تقديم الخدمات للمواطنين، والتي ستساعد في تكوين الدولة؛ مثل الداخلية والمالية، ثم انتهى الأمر إلى إنشاء أول مجلس للوزراء، ولكن بعد شهر واحد توفي الملك عبدالعزيز - رحمه الله -، وتولى الملك من بعده الملك سعود - رحمه الله .

بعدها بدأ الاهتمام بالوزارات يتزايد شيئاً فشيئاً، حتى أصبحت مع مرور الأعوام هي الجهات التنفيذية التي تؤثر في اتخاذ القرارات في المملكة، ومنها أيضاً بدأ الاهتمام بالوزراء، وكيفية تعيينهم، وإعفائهم، وتحديد القيود المفروضة عليهم، وبيان الفرق بينهم؛ سواء أكانوا أعضاء في مجلس الوزراء، أم وزراء دولة بدون عضوية المجلس، أو حتى نواب عن وزراء آخرين، وساند هذا أيضاً كثرة إنشاء الوزارات، واختلاف أنواعها عن بعضها البعض، واختلاف هيكلتها، وتصنيفاتها؛ الأمر الذي يستدعي بحث كل جزئية من هذه على حدة، وتحليلها من واقع نصوص الأنظمة واللوائح والتنظيمات ذات العلاقة.

(2) للمزيد انظر الريحاني، أمين، تاريخ نجد الحديث، دار الجيل، بيروت، بدون سنة طبع. سعيد، أمين، تاريخ الدولة السعودية، مطبوعات داره الملك عبدالعزيز، بدون سنة طبع.

(3) ذكر الأستاذ محمد المانع في كتابه: توحيد المملكة العربية السعودية، ترجمة د. عبدالله بن صالح العثيمين، الطبعة الأولى عام 1402 هـ، 1982 م، ص 225، صورة من التباين الإداري بين الحجاز ونجد إبان فترة التأسيس، أنه: «حين التحقت بالخدمة (عام 1344 هـ 1926) لم يكن بين موظفي الديوان (الملكي) من يتسلم راتبه منتظماً، كان جلالته يدفع لنا ما يراه بنفس الأسلوب الذي كان يدفعه لجنوده من البادية ...، ولم يكن ذلك الأسلوب متبعاً في الحجاز؛ لأن الموظفين هناك كانوا يتسلمون رواتب منتظمة، كما كانت عليه الحال زمن حكم الأشراف لها».

## أهمية البحث:

هناك عدد من الدراسات المتعلقة بالقانون الإداري السعودي، ولكنها لم تبحث بعمق في موضوع الوزراء والوزارات، وما يتعلق بهما؛ إذ تبدو هذه الدراسات للباحث مقتضبة؛ فبعضها كان الهدف منه أن يكون مقررًا دراسياً؛ لذلك جاء مبسطاً، يقتصر على التعاريف والمصطلحات، وأثار من الإشكاليات على قدر المتطلبات المعرفية الأساسية لمقررات الدروس، وبعضها اكتفى بالوصف والتصنيف، وبعضها اكتفى بالتأريخ لإنشاء الوزارات، أو كيفية تعيين الوزراء.

لذلك رأى الباحث أن هذا الموضوع يحتاج إلى مزيد من الاهتمام، وإلى دراسة قانونية دقيقة، يتم فيها تحليل النصوص القانونية، التي تحكم الوزراء، والوزارات، ونقدها، وتقديم التوصيات اللازمة لتطويرها.

## موضوع البحث:

يتناول هذا البحث موضوع الوزير والوزارة في التنظيم الإداري السعودي، وذلك بإجراء دراسة تحليلية للمواد الخاصة بتعيين الوزراء، وإعفائهم، وتحليل النصوص المتعلقة بنواب الوزراء، وبحث كل ما يتعلق بوزراء الدولة، وإنشاء الوزارات، وهيكلتها، وتصنيفها، الواردة في النظام الأساسي للحكم، وأنظمة مجلس الوزراء المتعاقبة، ونظام مجلس الشورى، وكذلك بعض الأنظمة، واللوائح، والتنظيمات ذات العلاقة.

## خطة البحث:

ستقدم هذه الدراسة صورة تحليلية مختصرة لكل ما يتعلق بالوزارات والوزراء في أربعة مباحث:

**المبحث الأول:** نشأة الوزارة في المملكة.

**المبحث الثاني:** هيكله الوزارات وتصنيفها، وشروط تعيين الوزراء، وألية اختيارهم.

**المبحث الثالث:** اختصاصات الوزراء، ونوابهم، ووزراء الدولة.

**المبحث الرابع:** القيود المفروضة على الوزراء، والرقابة عليهم، ومحاكمتهم.

## المبحث الأول نشأة الوزارة في المملكة

تميزت الثلاثون سنة الأولى بعد فتح الإمام عبدالعزيز للرياض عام 1319 هـ 1902م بالتنظيم الإداري غير المركزي، والتفاوت بين التنظيمات الإدارية في مناطق المملكة؛ فقد كان لكل إقليم تنظيم إداري خاص به، يختلف عن التنظيمات الإدارية في الأقاليم الأخرى؛ حيث كان التنظيم الإداري في الحجاز يختلف عن التنظيم الإداري في الأحساء، وفي نجد<sup>(4)</sup>. كانت مملكة الحجاز في العهدين العثماني والهاشمي على قدر من توافر الخدمات، والمرافق، والتنظيم الإداري، الذي يتميز عن سائر الأقاليم الأخرى في شبه الجزيرة العربية؛ إذ أنشأ العثمانيون مجالس أهلية في معظم مدن وقرى الحجاز، وأشركوا الأهالي مع الحاكم العثماني في الشؤون الإدارية، ونظموا البريد والبرق، وأسسوا مطبعة حكومية، وأصدروا عدة صحف؛ منها: جريدة رسمية باسم «الحجاز» عام 1326هـ 1908<sup>(5)</sup>. وعندما ثار الشريف حسين على الدولة العثمانية عام 1334 هـ 1915، شكل أول حكومة حجازية، تكونت من وزارات للداخلية والخارجية والحربية، والمعارف والنافعة (الأشغال والمواصلات) والأوقاف والمالية والبرق والبريد والصحة، بالإضافة إلى تعيين قاضٍ للقضاة<sup>(6)</sup>.

وعندما آل الحكم فيها بشكل كلي إلى الدولة السعودية في منتصف عام 1344هـ وأواخر عام 1925م استفادت من ذلك الإرث الإداري والتنظيم المحلي؛ فهدبته، بحيث أبقت ما ينفعها وطورته، وألغت ما رأت أنه لن تستفيد منه، فمرت الإدارة الجديدة في إقليم الحجاز، وعلى مدار ستة أعوام بين 1344هـ-1350هـ (1925م-1931م) بسلسلة من التطورات المتدرّجة والمتلاحقة، أدت إلى نشوء السلطات الدستورية

(4) البابطين، د. هيا عبدالمحسن، التنظيمات الإدارية لشؤون الحج في عهد الملك عبدالعزيز، الطبعة الأولى 1422هـ، ص 167.

(5) السباعي، أحمد، تاريخ مكة: دراسات في السياسة والعلم والاجتماع والعمران، الطبعة السادسة، نادي مكة المكرمة الأدبي، 1404 هـ، ورد في كتاب العتيبي، د. إبراهيم بن عويض، تنظيمات الدولة في عهد الملك عبدالعزيز، منشورات جامعة الملك سعود، الطبعة الأولى 1419 هـ، ص 66.

(6) العتيبي، د. إبراهيم بن عويض، مرجع سابق، ص 69.

الثلاث: القضائية، والتنظيمية، والتنفيذية<sup>(7)</sup>، هذه التطورات في الحجاز كان يقابلها - كما أشرنا سابقاً - إدارة محلية بسيطة في باقي المناطق؛ حيث كانت كل منطقة تقع تحت إشراف أشخاص، اختارهم السلطان عبدالعزيز، ويطلق عليهم لقب (أمير) لإدارة تلك المنطقة، وحفظ الأمن والاستقرار فيها؛ ولهذا فإن الناظر في تاريخ نشأة الوزارة في المملكة سيبحث في أمر نشأتها، وتطورها في الحجاز أولاً؛ لأن البدايات كانت هناك، وهي بدايات أسست للإدارة الحكومية في سلطنة نجد، ثم في مملكة نجد فيما بعد، إلى أن اكتمل العقد بتوحيد الكيان تحت مسمى المملكة العربية السعودية في عام 1351 هـ، وإنشاء أول مجلس للوزراء بعد استقرار الدولة في عام 1373 هـ.

فالملك مصدر السلطات جميعها، وفي يده تصريف شؤونها على النحو الذي يريده، وقوله هو القول الفصل في كل الأمور، ولا يقيد هذه السلطة المطلقة إلا أحكام الشرع الحنيف، ولا يوجد بجانب جلالته هيئة وزارية تعاونه في تصريف الأمور، وإدارة الأحكام، بل إن لجلالته ديواناً فيه موظفون دائمون لإنجاز الأعمال وعرضها على جلالته، وتلقي أوامر جلالته فيها، فما كان مختصاً بالشرع أحيل إلى القضاء للحكم فيه، وما كان من الأمور خاصاً بالشؤون المالية أو العسكرية فصل فيه جلالته<sup>(8)</sup>. أما بالنسبة للإدارة المحلية، فقد كانت هناك دوائر حكومية في نجد، والأحساء، والقصيم، وعسير، تتكون غالباً من دوائر للشرطة، والمالية، والجمارك، وخفر السواحل في الأحساء<sup>(9)</sup>. ولم يشهد إقليم نجد (وكذلك الأقاليم الأخرى عدا الحجاز) تطوراً في التنظيمات الإدارية بمفهومها الحديث؛ نظراً للطريقة التي كان يتبعها الملك عبدالعزيز في المجالس المفتوحة للعامة والخاصة، كما أن وجوده في الرياض ساعد على سرعة اتخاذ القرار، فلم تظهر الحاجة إلى التنظيم الإداري في البداية<sup>(10)</sup>. أما في الحجاز، فقد كان وضعها التاريخي والجغرافي مختلفاً عن بقية المناطق؛ فتوافد قوافل الحجاج

(7) الشيبلي، د. عبدالرحمن، مجلس الوكلاء في مكة المكرمة نواة السلطة التنفيذية (مجلس الوزراء) في عهد الملك عبدالعزيز 1350 - 1373 هـ (1931 - 1953 م)، محاضرة أقيمت في نادي جدة الثقافي، ونشرت في جريدة الجزيرة، الخميس 01 ذي القعدة 1432 هـ العدد 14245.

(8) حمزة، فؤاد، في قلب جزيرة العرب، طبعة عام 1421 هـ، بدون دار نشر، ص 71.

(9) صادق، محمد توفيق، تطور الحكم والإدارة في المملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الطبعة الأولى، 1385 هـ، ص 24 - 25.

(10) صادق، محمد توفيق، مرجع سابق، ص 25.

سنوياً، وحكم الأشراف أدياً إلى نشوء بعض الإدارات البسيطة التي لم تكن معروفة في المناطق الأخرى؛ إذ كانت هناك إدارات للأوقاف، والحج، والحجر الصحي. كما شكلت أيام الأشراف بعض المجالس الأهلية في مكة المكرمة، والمدينة المنورة، وجدة<sup>(11)</sup>.

وفي 22-5-1343هـ عقد السلطان عبدالعزيز اجتماعاً مع أعيان مكة المكرمة؛ بقصد إشراكهم في إدارة البلد، وطلب من العلماء والتجار والأعيان اختيار ممثلين عنهم، وتشكيل مجلس أهلي يدير البلد؛ فتم انتخاب ممثلين عنهم، وتألّف أول مجلس من رئيس وخمسة عشر عضواً<sup>(12)</sup>، برئاسة الشيخ عبدالقادر الشيبني، سادن الكعبة، وأوكل إلى المجلس مهمة إدارة شؤون مكة المكرمة، والعمل على مساعدة بعض الدوائر؛ مثل: الصحة، والبلدية، والأوقاف، ما عدا الشؤون الخارجية، والأمور العسكرية، اللتين خضعتا مباشرة لإشراف السلطان<sup>(13)</sup>.

وفي 28 من جمادى الآخرة 1344هـ، 13 يناير 1926م عين الأمير فيصل بن عبدالعزيز نائباً للملك في الحجاز، يساعده مجلس استشاري مكون من ثلاثة أعضاء، عينهم الملك عبدالعزيز، كما تشكلت هيئة تأسيسية مكونة من ثمانية أعضاء، تم انتخابهم من قبل ممثلين عن جميع مدن الحجاز، وقد أضاف الملك إليهم خمسة أعضاء، وعين لهم رئيساً، مهمتهم وضع التشكيلات الأساسية للحكومة<sup>(14)</sup>. وقبل اكتمال التعليمات الأساسية صدرت الإرادة السنوية الملكية رقم 808 في 20 من المحرم 1345هـ 30 من يوليو 1926م بالعمل بموجب التنظيم الإداري المؤقت، ويتضمن تعليمات تسير عليها البلاد في نُظْم الحكم والإدارة ريثما تقرر الأنظمة، وجرى تبليغ هذا الأمر لعموم الدوائر الحكومية في 12 من صفر 1345هـ، 21 أغسطس 1926م؛ للعمل بموجبها<sup>(15)</sup>.

(11) خاشقجي، د. يوسف هاني، تطور التنظيمات والمؤسسات الحكومية في المملكة العربية السعودية خلال مائة عام، الندوة الجامعية الكبرى المنعقدة في جامعة الملك سعود بمناسبة مرور مائة عام على تأسيس المملكة، الرياض 7-18 رجب 1420هـ، ص 203.

(12) صادق، محمد توفيق، مرجع سابق، ص 28.

(13) العتيبي، د. إبراهيم بن عويض، مرجع سابق، ص 73.

(14) السلوم، لطيفة عبدالعزيز، التطورات السياسية والحضارية في الدولة السعودية المعاصرة 1344 - 1351هـ، الطبعة الثانية، 1419هـ، ص 102، نقلاً عن صادق، محمد توفيق، مرجع سابق، ص 30.

(15) السلوم، لطيفة عبدالعزيز، مرجع سابق، ص 103.

وصدرت التعليمات الأساسية متضمنة تسعة أقسام: اختص القسم الأول بالمملكة، وشكل الدولة، والعاصمة، واللغة. والقسم الثاني بإدارة المملكة، والأحكام، والنيابة العامة، ومسؤولية الإدارة. والقسم الثالث بأمور المملكة. والقسم الرابع بالمجالس؛ وهي أربعة مجالس: مجلس الشورى، والمجلس الإداري، ومجالس النواحي، ومجالس القرى والقبائل. والقسم الخامس بديوان المحاسبات. والقسم السادس بالمفتشية العامة. والقسم السابع بالمأمورين. والقسم الثامن بالمجالس العمومية البلدية. والقسم التاسع بلجان الإدارة للبلديات<sup>(16)</sup>.

وبالنظر إلى التطور الإداري للمملكة الفتية، نرى أنها خضعت لتغييرات كثيرة ومتلاحقة منذ ضم مكة المكرمة إلى ملك السلطان عبدالعزيز - رحمه الله -، وهذا أمر طبيعي تقتضيه ظروف التأسيس، وتثبيت الملك، والاستفادة من تجارب الآخرين؛ لذا نجد أن المجلس الأهلي شكّل في مكة المكرمة، ثم أعيد تشكيله بعد ستة أشهر، ثم شكّلت الهيئة التأسيسية لوضع تشكيلات الحكومة، وأثناء ممارستها لعملها أصدر الملك بلاغاً لانتخاب مجالس استشارية، ثم صدرت تشكيلات الحكومة، ومن ضمنها مجلس الشورى، وتم تشكيله، ثم أعيد التشكيل بعد ثمانية أشهر؛ ليضم شرائح لم تكن ممثلة في المجلس الأول.

هذه التطورات المتلاحقة، والتغييرات المستمرة في فترات وجيزة تعكس صورة واقعية للتطور الإداري المتسارع الذي وصلت إليه مكة المكرمة خصوصاً، والحجاز عموماً آنذاك<sup>(17)</sup>، والتي كانت تمهد لإنشاء الوزارات، بعكس الأمر في نجد، أو عسير، أو الأحساء؛ إذ لم تجر أية تغييرات أساسية، وكل ما هنالك - كما أشرنا - أنه قد تم تعيين حاكم عام لكل منها، وكانت سلطات الحاكم الإداري في كل إقليم واسعة، تشمل إشرافه على جميع شؤون الإقليم المالية، والحربية، والأمنية، وغيرها؛ حيث ترتبط به جميع الإدارات الحكومية في عاصمة الإقليم، والتي ترتبط بها جميع الإدارات الفرعية، ويشرف الأمير على حكام المناطق التابعة له إشرافاً مباشراً، ويرجعون إليه

(16) صادق، محمد توفيق، مرجع سابق، ص 31.

(17) الحديثي، د. إبراهيم محمد، إنشاء وترتيب المصالح العامة في المملكة العربية السعودية، مجلة الحقوق الكويتية، في العدد 3، السنة 39، ذو الحجة 1436 هـ سبتمبر 2015.

في شؤونهم كلها بلا استثناء<sup>(18)</sup>.

أمر الملك عبدالعزيز بتشكيل لجنة التفتيش والإصلاح الإداري في غرة المحرم 1346هـ 1927م بعد مرور تسعة أشهر على صدور التعليمات الأساسية، وكانت مهمتها مراجعة عامة للجهاز الإداري للدولة، وتحسس مواطن الخلل فيه، والعمل على إصلاحه<sup>(19)</sup>. ومن أهم ما قامت به لجنة التفتيش والإصلاح في تلك الفترة، وضع قواعد نظام الشرطة، وتحديد صلاحياتها ومسؤولياتها، وتقديم بمقترحات في مسائل تنظيمية أخرى؛ منها: إصدار نظام الشورى، وتأليف مجلس للمعارف، وتشكيل مجلس لإدارة عين زبيدة، واقتراح إصدار نظام للبلدية، وتكوين مجلس تنفيذي يساعد النائب العام، يقوم بتنسيق العمل بين الدوائر الحكومية<sup>(20)</sup>.

وكانت الجهات الحكومية في الحجاز يطلق عليها إدارات أو مديريات؛ فمثلاً: أورد الأستاذ توفيق صادق - رحمه الله - خارطة تنظيمية لجهاز الدولة بموجب التعليمات الأساسية صادرة في 12 - 2 - 1345 هـ الموافق 30 - 8 - 1925 م، يتبين منها ارتباط المفتشية العامة، والنائب العام بجلالة الملك، وارتباط ديوان المحاسبات ومجلس الشورى بالنائب العام، ثم قسمت الجهات الإدارية إلى قسمين، كلها ترتبط بالنائب العام - مديريات وإدارات -؛ فالإدارات مثل: إدارة القضاء، وإدارة الحج، وإدارة الأوقاف. أما المديريات؛ فمثل: مديرية الأمور الخارجية، ومديرية الأمور العسكرية، ومديرية الأمور الداخلية، ومديرية الأمن العام، ومديرية المالية، ومديرية الصحة العامة، ومديرية البرق والبريد، والبلديات، ثم بدأ تحويل بعض هذه المديريات إلى وكالات؛ مثل: مديرية المالية، التي نشأت في 20-7-1344هـ، فقد تم تحويلها إلى وكالة المالية بعد صدور نظام وكالة المالية العامة بالموافقة الملكية بتاريخ 18 ربيع الأول من عام 1347هـ<sup>(21)</sup>.

هناك أمران أثرا كثيراً في تطور الحياة الإدارية في منطقة الحجاز؛ هما: النيابة العامة، وإنشاء مجلس الوكلاء، أما النيابة العامة، فقد أشرنا إلى أن السلطان عبدالعزيز

(18) جريس، د. غيثان علي، عسير في عصر الملك عبدالعزيز، الطبعة الأولى، 1420 هـ، ص 30.

(19) العتيبي، د. إبراهيم بن عويض، مرجع سابق، ص 86.

(20) العتيبي، د. إبراهيم بن عويض، مرجع سابق، ص 86.

(21) وزارة المالية والاقتصاد الوطني ومراحل تطور النظام المالي في المملكة، كتاب صادر عن وزارة المالية بمناسبة مرور

مائة عام على تأسيس المملكة، شوال 1419هـ، ص 10.

اختار ابنه فيصلاً ليكون نائباً له في الحجاز، وأوكل إليه الإشراف على بعض الدوائر الحكومية، التي كانت هناك، ويلاحظ أن السلطة التنفيذية حُصرت في يد النائب العام، وهو أمر اقتضته فترة التأسيس، وبقيت النيابة العامة تعمل بمقتضى ذلك إلى أن صدر نظام مجلس الوكلاء الذي ألغاه<sup>(22)</sup>. التأثير الكبير الثاني حدث بعد تشكيل مجلس الوكلاء في 9 شعبان 1350 هـ 29 ديسمبر 1931م، قبل توحيد المملكة العربية السعودية بتسعة أشهر<sup>(23)</sup>؛ ف جاء إيداناً بقيام نواة السلطة التنفيذية، في حين كانت السلطان التنظيمية (مجلس الشورى) والقضائية، قد سبقتا بالنشوء بنحو ستة أعوام<sup>(24)</sup>.

قبل إنشاء مجلس الوكلاء أصدر السلطان عبدالعزيز مرسوماً ملكياً بتحويل مديرية الشؤون الخارجية إلى وزارة للخارجية في 26 - 7 - 1349 هـ، الموافق 17-12-1930م، وتعيين الأمير فيصل بن عبدالعزيز وزيراً لها<sup>(25)</sup>، ثم صدر المرسوم الملكي رقم 381 وتاريخ 11-4-1351 هـ، الموافق 14-8-1932م بإنشاء وزارة المالية، وعين الشيخ عبدالله بن سليمان وزيراً لها<sup>(26)</sup>، وفي سنة 1365 هـ تحولت وكالة الدفاع ومديرية الأمور العسكرية إلى وزارة الدفاع، وتم تعيين الأمير منصور بن عبدالعزيز أول وزير لها<sup>(27)</sup>. وبهذا يكون المرسوم الملكي هو الأداة القانونية التي ارتضاها السلطان لتكون الأداة الخاصة بإنشاء الوزارات في بداية تأسيس الدولة.

وما بين سنة 1370 هـ 1950م، و1372 هـ 1952م نشأت ثلاث وزارات أخرى؛ هي: وزارة الداخلية؛ حيث حولت النيابة العامة بعد صدور نظام مجلس الوكلاء عام 1350 هـ، إلى وزارة، وتعيين الأمير عبدالله الفيصل وزيراً لها، والصحة وقد صدر مرسوم ملكي برقم 5-11-4-8697 وتاريخ 26 - 8 - 1370 هـ بتحويل مديرية

(22) العتيبي، د. إبراهيم بن عويض، مرجع سابق، ص 90.

(23) صدر الأمر الملكي رقم 2716 وتاريخ 17 جمادى الآخرة 1351 هـ الموافق 18 سبتمبر 1932 م بتحويل اسم مملكة الحجاز ونجد وملحقاتها إلى اسم المملكة العربية السعودية، ويكون لقب الملك: «ملك المملكة العربية السعودية».

(24) الشبيلي، د. عبدالرحمن، مقال: في السعودية كان مجلس الوكلاء نواة السلطة التنفيذية، نشر في العدد 128 من مجلة الشورى، الصادرة في شهر رجب 1432 هـ.

(25) السلوم، لطيفة عبدالعزيز، مرجع سابق، ص 111.

(26) وزارة المالية والاقتصاد الوطني ومراحل تطور النظام المالي في المملكة، مرجع سابق، ص 16.

(27) صادق، محمد توفيق، مرجع سابق، ص 83.

الصحة العامة إلى وزارة، وتعيين الأمير عبدالله الفيصل وزيراً لها، والمواصلات  
بمرسوم الملكي بتاريخ 28-12-1372هـ، وتعيين الأمير طلال بن عبدالعزيز  
وزيراً لها<sup>(28)</sup>.

وبناءً على مقتضيات مصلحة البلاد العامة، وبناءً على تكاثر الواجبات، وتنوع  
المسؤوليات الملقاة على عاتق الدولة، وللرغبة بالقيام بما يكفل ضبط الأعمال، وتركيز  
المسؤوليات على أحسن وجه<sup>(29)</sup>،... فقد أصدر الملك عبدالعزيز - رحمه الله - مرسوماً  
ملكياً مكوناً من عشر مواد، برقم 4288-1-19-5، وتاريخ 1 صفر 1373هـ، الموافق  
9 أكتوبر 1953م بتشكيل أول مجلس للوزراء، يرأسه ولي العهد، ويتألف من جميع  
وزراء الدولة المكلفين بإرادة ملكية<sup>(30)</sup>، ويعين رئيس المجلس نائباً له للرئاسة أثناء  
غيابه<sup>(31)</sup>.

وتضمنت المادة السادسة منه أن يوضع لكل وزارة من الوزارات نظام، تبين فيه  
حدود صلاحيات، وواجبات تلك الوزارة، وتشكيلاتها الواجب عليها عرضها على مجلس  
الوزراء<sup>(32)</sup>، على أن يكون لمجلس الوزراء حق الإشراف والهيمنة على جميع الوزارات،  
وله أيضاً أن يطلب أية قضية من أية وزارة لتدقيقها، وإصدار تعليمات بشأنها<sup>(33)</sup>،  
على أنه لا يجوز لأية وزارة أن تقوم بأي عقد أو اتفاق مع أية جهة إلا بعد أخذ موافقة  
رئيس مجلس الوزراء عليه<sup>(34)</sup>. وأجازت المادة التاسعة لكبير المستشارين، ومستشاريه  
حضور جلسات المجلس كأعضاء، بصفتهم وزراء دولة<sup>(35)</sup>. لم يُصغ نظام مجلس  
الوزراء بالتفصيل، فلم يضم إلا عشر مواد، وعلاوة على ذلك لم تكن لغته محكمة، كما  
لم تكن أحكامه محددة، كما لم تحدد بوضوح بعض وظائف المجلس؛ فعلى سبيل المثال:  
نصت المادة الخامسة على أن تتخذ قرارات مجلس الوزراء بالإجماع، أو بالأكثرية، ولكن

(28) صادق، محمد توفيق، مرجع سابق، ص 52.

(29) مقدمة المرسوم الملكي الخاص بإنشاء أول مجلس للوزراء.

(30) المادة الأولى من مرسوم إنشاء مجلس الوزراء.

(31) المادة الثانية من مرسوم إنشاء مجلس الوزراء.

(32) المادة السادسة من مرسوم إنشاء مجلس الوزراء.

(33) المادة السابعة من مرسوم إنشاء مجلس الوزراء.

(34) المادة الثامنة من مرسوم إنشاء مجلس الوزراء.

(35) المادة التاسعة من مرسوم إنشاء مجلس الوزراء.

دون تحديد أي الأمور تحتاج إلى الإجماع، أو تلك التي يمكن أن تقر بالأغلبية<sup>(36)</sup>.

بعد شهر واحد تقريباً على تأسيس أول مجلس للوزراء، وقبل أن يعقد المجلس أي جلسات له، توفي الملك عبد العزيز رحمه الله في 2-3-1373 هـ الموافق 9-11-1953 م، وبويع الأمير سعود ملكاً، والأمير فيصل ولياً للعهد، فأصدر الملك سعود قراراً بتثبيت جميع الوزراء والقضاة والمديرين وجميع موظفي الدولة في مناصبهم<sup>(37)</sup>، فور تولي الملك سعود - رحمه الله - الملك أمر بإنشاء وزارة المعارف بالمرسوم الملكي رقم 5-3-26-2950 وتاريخ 18-4-1373 هـ، وتعيين الأمير فهد بن عبد العزيز أول وزير لها، ووزارة الزراعة، وقد أصدر أمراً ملكياً برقم 5-21-1-4951 وتاريخ 18-4-1373 هـ برفع المديرية العامة للزراعة إلى مستوى وزارة، وتعيين الأمير سلطان بن عبدالعزيز أول وزير لها.

وفي 2-7-1373 هـ، الموافق 7-3-1954 م افتتح الملك سعود أول دورة لمجلس الوزراء، وأصدر المجلس النظام الثاني له، برئاسة الملك، واستمر هذا الأمر خمسة أشهر وأربعة عشر يوماً، إلى أن عين الأمير فيصل رئيساً للمجلس<sup>(38)</sup>. وبعد حوالي أربع سنوات أصدر الملك مرسوماً ملكياً في 22-10-1377 هـ بنظام جديد لمجلس الوزراء، برئاسة ولي العهد، ثم عدل النظام ليكون الملك هو رئيس مجلس الوزراء في عام 1380 هـ، واستمر هذا النظام ينظم أحكام مجلس الوزراء - مع تعديل بعض موادها - أكثر من سبع وثلاثين سنة، حيث تم استبداله بنظام جديد في عام 1414 هـ. خلال هذه السنوات تطورت الوزارات في المملكة تطوراً كبيراً، وزاد عددها؛ لتصبح حوالي ثلاثاً وعشرين وزارة، وسيستعرض المبحث التالي شيئاً من هذا التطور.

(36) شلهوب، د. عبدالرحمن بن عبدالعزيز، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1426 هـ، ص 222.

(37) عبدالعزيز، د. سلمان بن سعود، تاريخ الملك سعود بن عبدالعزيز: 1319-1389 هـ، ج 3، الناشر مكتبة دار الساقى، ص 141.

(38) صادق، محمد توفيق، مرجع سابق، ص 53-54.

## المبحث الثاني

### هيكله الوزارات وتصنيفها

### وشروط تعيين الوزراء وآلية اختيارهم

يستعرض هذا المبحث هيكله الوزارات وتصنيفها، وشروط تعيين الوزراء، وآلية اختيارهم، في خمسة مطالب.

#### المطلب الأول

#### هيكله الوزارات

أنيط بمجلس الوزراء - باعتباره السلطة التنفيذية - مهمة إنشاء الوزارات وترتيبها، أو إعادة هيكلتها وفقاً للبند (2) من المادة (25) من نظام مجلس الوزراء لعام 1377هـ؛ حيث قررت أن للمجلس - باعتباره السلطة التنفيذية - إنشاء وترتيب المصالح العامة، وقد وردت نفس العبارات في البند (2) من المادة (24) من نظام المجلس لعام 1414هـ (1994)؛ لأنه الأقدر على تلمس احتياجات تلك الوزارات، وعلى اختيار الشكل الذي يلائمها، واختيار نوع النظام أو اللائحة التي تحكمها، ولأن إنشاء المرافق العامة عموماً يقتضي أن يترك للسلطة التنفيذية تنظيم المرافق، ووضع القواعد التي تسير عليها بعد إنشائها بحسب ما يتوفر لديها من الخبرة الفنية وحاجة العمل، فهي التي تقرر ما إذا كانت إدارة المرفق الجديد تتولاها الدولة بنفسها أو بواسطة غيرها من الهيئات العامة أو الخاصة، أو ما إذا كان أسلوب إدارة هذا المرفق العام هو الإدارة المباشرة عن طريق السلطة الإدارية، أو أن يعهد به إلى القطاع الخاص<sup>(39)</sup>.

ونظراً لأهمية إنشاء الوزارات وتعديلها، فقد أفرد مجلس الوزراء لها لجنة عليا مستقلة، عرفها بلجنة الإصلاح الإداري، يرأسها الملك، وعضوية خمسة من أعضاء مجلس الوزراء، تكون مهمتها الأساسية بحث كل ما يتعلق بهذه الوزارات، والمرافق العامة، واتخاذ ما تراه بشأنها.

(39) الحديثي، د. إبراهيم محمد، إنشاء وترتيب المصالح العامة في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق.

استمرت لجنة الإصلاح الإداري تعمل أكثر من خمس وأربعين سنة، إلى أن ألغيت بأمر ملكي في عام 1436هـ - كما سنشير إلى ذلك لاحقاً في هذا الجزء من البحث -، وأنيطت مهامها بهيئة الخبراء التابعة لمجلس الوزراء. بالإضافة إلى سلطة لجنة الإصلاح الإداري التي ألغيت، وكذلك هيئة الخبراء في ترتيب الأجهزة الإدارية، فإنه يجوز للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة أن ينظم الشؤون الداخلية لوزارته أو إدارته، ليضمن حسن سير العمل بها، وهذا أمر طبيعي؛ إذ إن مجلس الوزراء يضع القواعد العامة لهذا التنظيم، وللوزير تنفيذ ما يتعلق بهذا التنظيم، بحيث يضمن استمرار تنفيذ أهداف إنشاء ذلك الجهاز، وهذا أمر منطقي تمليه ضرورات الإدارة، وضرورة ضمان انتظام سير العمل بها، بشرط ألا تخالف الترتيبات التي يضعها الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة لتنظيم جهازه الإداري الترتيبات التي وضعها مجلس الوزراء، بل يلزم التقيد بهذه الترتيبات، وأن يعمل الوزير في ضوءها؛ إذ إن مباشرة اختصاصات الوزير يجب أن تكون في إطار السياسة العامة للوزارة التي يرسمها ويحددها مجلس الوزراء، باعتباره الهيئة التنفيذية العليا في الدولة<sup>(40)</sup>.

أعيد تنظيم الوزارة في السعودية أكثر من مرة، ويعرف ذلك داخلياً بإعادة هيكلة الحكومة؛ بحيث يعاد النظر في أعمال بعض الوزارات وأهدافها، وهل من المصلحة العامة إلغاء تلك الوزارة، أو دمج عدة وزارات، أو هيئات، أو مؤسسات عامة مع بعض، أو تطويرها من مؤسسة عامة لتصبح وزارة. وإعادة الهيكلة أمر طبيعي؛ إذ من غير المنطقي أن تبقى الجهات الحكومية على حالها فترة طويلة من الزمن دون أن يعاد النظر في أدائها، وتحقيق أهدافها، وإنجاز مهامها؛ حيث إن عدم التغيير سيجعل الأجهزة الحكومية تتراكم، وتعمق الإجراءات البيروقراطية، ويصبح تنفيذ الأهداف حملاً روتينياً ثقيلاً بدلاً من أن يكون هدفاً وطنياً يجب إنجازه.

ومن نظرة تحليلية لهيكلة الحكومة منذ بداياتها حتى الآن، نلاحظ أن الحكومة تريد أن تحقق من الهيكلة أهدافاً كثيرة، تتغير في كل مرحلة تقريباً؛ استجابة لعوامل التغيير التي تمر بها الدولة؛ ومنها تعديل السياسة العامة التي كانت تدير الجهاز الحكومي؛ إذ يعاد النظر في الأهداف التي كانت موضوعة سابقاً، وتطرح

(40) الحديثي، د. إبراهيم محمد، إنشاء وترتيب المصالح العامة في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق.

أهدافاً جديدة، يتم بسبب الرغبة في تحقيقها تعديل وسائل تنفيذها، أو زيادة فعالية الأجهزة الحكومية، ورفع مستوى الأداء، وتسهيل الإجراءات، وتوحيد الجهات المتماثلة التي تخدم المواطن، وكذلك تنويع روافد الاقتصاد الوطني، وتطبيق الحوكمة التي تضمن رقابة فعالة على الأعمال اليومية التي تقوم بها الوزارات، ويقتضي هذا وجود أهداف واضحة لكل وزارة، يمكن قياس أدائها من خلال مؤشرات واضحة، ومعايير محددة.

إن إعادة هيكلة الحكومة من وقت إلى آخر يعكس قدرة الحكومة على التعامل مع العوامل الخارجية المؤثرة، بحيث تتوافق الهيكلية مع الطابع الاقتصادي والمالي والاجتماعي المحيط بها؛ إذ منذ تشكيل أول مجلس للوزراء في السعودية في عام 1373هـ مرت الوزارات في المملكة بعدة دورات تغييرية، تم فيها إعادة هيكلتها لتتوافق مع المرحلة التي تمر بها، وكل مرحلة تمت في عهد ملك مختلف؛ فبداية الإنشاء والتأسيس كانت في عهد الملك عبدالعزيز، ثم عهد الملك سعود - رحمه الله -، واقتصرت تقريباً على إنشاء الوزارات السيادية، وحين تولى الملك فيصل - رحمه الله - كانت الحالة المالية في المملكة في بدايات نموها، فتم إنشاء وزارات خدمية؛ لتتعاون مع الوزارات السيادية في خدمة المواطن؛ مثل: وزارة الحج والأوقاف، ووزارة العمل والشؤون الاجتماعية، وفي بداية عهد الملك خالد - رحمه الله -، واستجابة للطفرة المالية التي مرت بها المملكة، تمت إعادة هيكلة الوزارات؛ بإنشاء وزارات جديدة، وترقية هيئات ومصالح عامة لتصبح وزارات، ودمج بعض الوزارات مع بعضها مستفيدة من خطط التنمية الخمسية، التي بدأت في 1390هـ 1970م، وفي عهد الملك فهد - رحمه الله - كانت هناك أيضاً إعادة هيكلة؛ بحيث عدل مسمى وزارة المواصلات، إلى وزارة النقل، وعدل مسمى وزارة البرق والبريد والهاتف ليكون وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، وتم تغيير اسم وزارة المعارف ليصبح وزارة التربية والتعليم، وألغيت وزارة الصناعة والكهرباء، وتم إنشاء وزارة جديدة بمسمى وزارة المياه والكهرباء، وتم دمج الصناعة مع التجارة لتكون هناك وزارة جديدة بمسمى وزارة التجارة والصناعة، وأعيد النظر في أهداف وزارة المالية، فنقل نشاط الاقتصاد من وزارة المالية إلى وزارة التخطيط، وأصبحت وزارة الاقتصاد والتخطيط، وألغيت وزارة الأشغال العامة والإسكان،

ونقلت اختصاصاتها إلى وزارة الشؤون البلدية والقروية، وأضيفت مهام الثقافة إلى وزارة الإعلام؛ لتصبح وزارة الثقافة والإعلام.

ثم أعيدت هيكلية الوزارات في عهد الملك سلمان، فأصدر أوامر ملكية في يوم السبت 1436/7/3هـ، دمج فيها بعض الوزارات، وعدّل مسميات بعضها، وألغى بعضها؛ حيث تم تعديل مسمى وزارة التجارة والصناعة ليصبح وزارة التجارة والاستثمار، وسلخت مهام الصناعة من وزارة التجارة، ونقلت إلى وزارة البترول والثروة المعدنية، التي سميت وزارة الطاقة والصناعة والثروة المعدنية، كذلك عدّل مسمى وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد لتلغى منها مهام الأوقاف، التي كونت لها هيئة عامة؛ ليصبح المسمى الجديد وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، وعدل مسمى وزارة الحج ليصبح وزارة الحج والعمرة، وألغيت وزارة المياه والكهرباء، ونقلت اختصاصات المياه إلى وزارة الزراعة، ليصبح مسماها وزارة البيئة والمياه والزراعة، ودمجت وزارة العمل والشؤون الاجتماعية لتصبح وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، لتعود وزارة واحدة مثلما كانت في عام 1395هـ.

وقد ذكر بيان للديوان الملكي نشرته وكالة الأنباء السعودية أنه: «انطلاقاً من حرص خادم الحرمين الشريفين على استمرار مسيرة التنمية والتطوير التي دأبت عليها بلادنا - والله الحمد والمنة - منذ توحيدها على يد المؤسس الملك عبدالعزيز بن عبدالرحمن، فقد واصل خادم الحرمين الشريفين المسيرة في ظل استراتيجية متكاملة وفق خطط مدروسة، وضعت بعد إجراء العديد من الدراسات المتخصصة، التي بدأت أولى ثمارها بإعادة هيكلية أجهزة مجلس الوزراء، وإلغاء العديد من المجالس، والهيئات، واللجان، وإيجاد مجلسين؛ أحدهما للشؤون السياسية والأمنية، والآخر للشؤون الاقتصادية والتنموية، اللذين باشرا مهامهما بما يخدم مصالح الوطن والمواطنين.... وامتداداً لذلك، ومن منطلق التطوير المستمر، وانسجاماً مع رؤية المملكة العربية السعودية 2030 - تمت إعادة درس هيكلية بعض الوزارات، والأجهزة، والمؤسسات، والهيئات العامة، بما يتوافق مع متطلبات هذه المرحلة، ويحقق التطلعات في ممارسة أجهزة الدولة لمهامها واختصاصاتها على أكمل وجه، وبما يرتقي بمستوى الخدمات المقدمة للمواطن والمقيم، وصولاً إلى مستقبل زاهر، وتنمية مستدامة مما استدعى إلغاء اختصاصات العديد من الوزارات والأجهزة والهيئات العامة والمصالح الحكومية

ودمجها وترتيبها؛ بهدف تركيز المسؤوليات، ووضوحها، وتسهيل الإجراءات؛ لتوفير أفضل الخدمات بما ينسجم مع سياسة الدولة، ولتحقيق هذه الأهداف صدرت عدد من الأوامر الملكية، شملت إعادة هيكلة بعض الوزارات والأجهزة الحكومية، وتعيين عدد من الوزراء والمسؤولين.

إعادة الهيكلة الأخيرة جاءت لتتواءم مع رؤية المملكة 2030 التي أعلنت عنها الحكومة، والتي هدفت إلى إيجاد بدائل للنفط، وتنويع مصادر الدخل، وعدم الاعتماد على موارد البترول كمورد رئيس للدخل في المملكة؛ لذا جاءت هذه التعديلات شاملة، وتهدف إلى تحقيق أقصى درجات النمو، باعتمادها على الإيرادات غير النفطية وفقاً لخطة التحول الوطني التي أعلن عنها مؤخراً، والتي توجت برؤية المملكة التي ترغب في الوصول إليها في العام 2030.

## المطلب الثاني

### تصنيف الوزارات

أصبح عدد الوزارات في المملكة بعد إعادة الهيكلة الأخيرة التي تمت في 1437/7/30هـ إحدى وعشرين وزارة بعد أن كانت أربعاً وعشرين في الهيكلة السابقة، وجدير بالذكر أن الأنظمة المتعاقبة لمجلس الوزراء لم تحدد عدداً معيناً للوزارات، وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للملك، وللمرحلة التي تمر بها الدولة؛ إذ يعود إنشاء الوزارات، أو دمجها، أو إلغاؤها إلى الأحوال الاقتصادية والسياسية التي تمر بها الدولة، ويمكن تصنيف الوزارات كما يلي:

#### أ- الوزارات السيادية:

وتشمل وزارات الدفاع، والداخلية، والخارجية، وأضيف إليها وزارة الحرس الوطني، بعد أن تمت ترقيتها من رئاسة عامة إلى وزارة.

#### ب- الوزارات الخدمية:

ومهمتها الرئيسية تقديم خدمة معينة للمواطن، ويمكن حصرها في الوزارات التالية: النقل، والعمل والتنمية الاجتماعية، والعدل، والصحة، والشؤون البلدية والقروية، والشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، والخدمة المدنية، والحج والعمرة،

والثقافة والإعلام، والتعليم، والاتصالات وتقنية المعلومات، والإسكان.

### ج- وزارات الإنتاج:

وتشمل وزارة التجارة والاستثمار، والطاقة والصناعة والثروة المعدنية، والبيئة والمياه والزراعة.

د- وزارات القطاع المالي والتخطيط، وتشمل وزارتي المالية، والاقتصاد والتخطيط.

أما هيكله الوزارات، فقد اختلفت بعض الوزارات عن بعضها تبعاً للمناصب الإدارية العليا بها، وقد يكون هذا هو العامل الرئيس في تركيبة بعض الوزارات، أو اختلاف بعضها عن بعض، وقد حاول الباحث الوصول إلى سبب هذا التباين في هيكله الوزارات، ورجع إلى بعض تقارير لجنة الإصلاح الإداري، المختصة بهيكله الوزارات، فلم يجد سبباً قانونياً يمكن أن يعزیه إلى تغير نماذج هيكله الوزارات، ولعل السبب في ذلك يعود إلى عدم وجود قاعدة محددة يجب أن تعتمد لتقسيم أو هيكله كل وزارة، كذلك فإن اختلاف أعمال الوزارات عن بعضها يحتم اختلاف النموذج الذي تتم به هيكلتها، فمثلاً وزارة المالية تحتاج إلى وجود نائب واحد للوزير، في حين أن وزارة التربية والتعليم تحتاج إلى نائبين للوزير؛ واحد لتعليم البنين، والثاني لتعليم البنات بعد أن دمجت الرئاسة العامة لتعليم البنات التي كانت مستقلة عن الوزارة في وزارة التربية والتعليم، في حين أن أعمال وزارة الداخلية مثلاً تستدعي وجود نائب للوزير، ومساعد لهذا النائب.

### ويمكن تقسيم هيكله الوزارات إلى عدة نماذج:

#### النموذج الأول:

ويتشكل هذا النموذج من الوزير الذي يتربع على قمة الهيكل التنظيمي للوزارة، ثم يليه في المستوى الوظيفي نائب الوزير على مرتبة وزير، أو المرتبة الممتازة، وعدد من الوكلاء؛ مثل: وزارات الصحة والإعلام، ووزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، ووزارة الخدمة المدنية، ووزارة الشؤون البلدية والقروية، ووزارة الطاقة والصناعة والثروة المعدنية.

### النموذج الثاني:

ويتشكل هذا النموذج من الوزير، ثم يليه ثلاثة نواب للوزير، وعدد من الوكلاء، ونجد هذا النموذج في وزارة التعليم بعد دمج وزارتي التعليم العالي التي كان يوجد بها منصب نائب وزير، ووزارة التربية والتعليم التي كان يوجد بها منصباً نائب وزير، ولا زالت هذه الثلاثة مناصب قائمة، ويوجد في الوزارة عدد من الوكلاء.

### النموذج الثالث:

نموذج وزارة الخارجية التي يوجد بها - بالإضافة إلى الوزير - منصب مساعد وزير الخارجية، ووزير الدولة للشؤون الخارجية، علماً أن منصب وزير الدولة يمارس فقط في وزارة الخارجية، وليس في مجلس الوزراء، مثلما هم وزراء الدولة الآخرون.

### النموذج الرابع:

ويتشكل هذا النموذج من الوزير الذي يتربع على قمة الهرم الوظيفي، وله نائب يعين على مرتبة وزير، ومساعد للوزير يعين على المرتبة الممتازة، وعدد من وكلاء الوزارة، ونجد في هذا النموذج في وزارات الداخلية، والدفاع، والمالية.

### النموذج الخامس:

نموذج وزارة الحرس الوطني التي تتميز بأنها بالإضافة إلى وجود نائب للوزير، إلا أن بها وكيل ووزارة، تم تعيينه في 30/7/1437هـ على المرتبة الممتازة، ومن المعلوم أن وكلاء الوزارات يتم تعيينهم على إحدى المراتب الخامسة عشرة أو الرابعة عشرة أو الثالثة عشرة.

## المطلب الثالث

### شروط تعيين الوزراء

اشتطرت المادة الثالثة من نظام مجلس الوزراء الصادر عام 1414هـ ثلاثة شروط، يجب أن تتوفر في الشخص لكي يصبح وزيراً، وفي الحقيقة أن هناك شروطاً أخرى لم تنص عليها هذه المادة، لكنها مطلوبة ضمناً، وتؤخذ في الاعتبار؛ لأنها يجب أن تتوفر في الموظف العام تطبيقاً لنص المادة الرابعة من نظام الخدمة المدنية، ومن تلك الشروط

شرط السن؛ إذ يجب ألا يقل سن الوزير عند تعيينه عن سبع عشرة سنة<sup>(41)</sup>، كذلك شرط اللياقة الصحية؛ إذ يجب في من سيعين وزيراً أن يكون صحيحاً معافى قادراً على القيام بمهام الوزارة، وبالإضافة إلى هذه الشروط الضمنية، فقد نصت المادة الثالثة من نظام مجلس الوزراء على الشروط التالية المفترض انطباقها على الوزير:

1 - أن يكون سعودي الجنسية بالأصل والمنشأ.

2 - أن يكون من المشهود لهم بالصلاح والكفاية.

3 - ألا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين والشرف.

وقبل أن نشرع في شرح هذه الشروط نود أن نوضح أنه لم يتضمن نظام مجلس الوزراء الأول الصادر بالأمر الملكي رقم 4288/1/19/5 وتاريخ 1373/2/1هـ، ولا نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي المؤرخ في 12/7/1373هـ أي إشارة إلى الشروط الواجب توافرها في الشخص الذي سيصبح وزيراً، وأول إشارة كانت في نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم 38 وتاريخ 22 شوال 1377هـ؛ حيث نصت المادة الثالثة منه على ما يلي: لا يكون عضواً في مجلس الوزراء إلا السعودي، ولا يكون عضواً من كان سيئ السمعة، أو محكوماً عليه بجناية أو جنحة مخلة بالدين والشرف. ولم تتطرق هذه المادة للأصل والمنشأ، بل منحت الحق لكل شخص يحمل الجنسية السعودية؛ سواء أكان سعودياً بالأصل والمنشأ أم بالتجنس، وقد أخذ نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم 13/أ/13 وتاريخ 3/3/1414هـ بمبدأ تقييد شغل مرتبة وزير، وحصراً بقيود تستبعد بعض السعوديين من تولي الوزارة؛ إذ وضع النظام شروطاً محددة يجب أن تتوفر في الشخص حتى يتم اختياره وزيراً، وهذا يعني أن عدم توافرها يعني استبعاد من لم تتوفر فيه؛ ومنها: شرط الجنسية المقيد وليس المفتوح؛ إذ اشترط أن يكون الوزير سعودي الأصل والمنشأ، وهذا يعني استبعاد السعودي المتجنس من تقلد وظيفة وزير. ويبدو أن السبب يعود إلى كثرة من تم منحهم الجنسية السعودية منذ أن تأسس أول مجلس للوزراء عام 1373هـ حتى عام 1414هـ، ولذا لم يؤخذ هذا الأمر في الحسبان في العقود الأولى لتأسيس المملكة العربية السعودية.

(41) أورد الدكتور عمر الخولي في كتابه الوزارات والوزراء في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1437هـ، أن الأمير طلال بن عبدالعزيز هو أصغر الوزراء سناً؛ حيث تولى وزارة المواصلات وعمره 22 سنة. ص 98.

والجنسية الأصلية هي التي يتمتع بها الشخص بموجب حق الإقليم الذي ولد ونشأ فيه، أو بسبب انتسابه لوالدين ترجع أصولهما وولادتهما إلى نفس البلد<sup>42</sup>. وقياساً على هذا، فلم يقتصر الأمر على تعيين الوزراء فقط، بل إن بعض الأنظمة اشترطت هذا الشرط مثل نظام مجلس الشورى في مادته الرابعة، ونظام القضاء في مادته الثامنة والثلاثين، ونظام الضباط في مادته الرابعة، كذلك يتم تطبيق هذا الشرط عند تعيين العاملين في السلك الدبلوماسي من السعوديين.

وقد حدد نظام الجنسية العربية السعودية الصادر بالإرادة الملكية رقم 5604/2/8 وتاريخ 1374/2/22هـ في مادته الرابعة أن السعوديين هم:

(أ) من كانت تابعيته عثمانية عام 1332هـ الموافق 1914م من سكان أراضي المملكة العربية السعودية.

(ب) الرعايا العثمانيون المولدون في أراضي المملكة العربية السعودية، أو المقيمون فيها عام 1332هـ 1914م الذين حافظوا على إقامتهم في تلك الأراضي إلى 1345/3/22هـ، ولم يكتسبوا جنسية أجنبية قبل هذا التاريخ.

(ج) من كان من غير الرعايا العثمانيين مقيماً في أراضي المملكة العربية السعودية عام 1332هـ 1914م وحافظ على إقامته فيها إلى 1345/3/22هـ ولم يكتسب جنسية أجنبية قبل هذا التاريخ.

ونصت المادة السابعة على ما يلي: أن يكون سعودياً من وُلد داخل المملكة العربية السعودية أو خارجها لأب سعودي، أو لأم سعودية وأب مجهول الجنسية، أو لا جنسية له، أو ولد داخل المملكة لأبوين مجهولين.

وأن يكون من المشهود له بالصلاح والكفاية، وهذا الشرط نصت عليه أيضاً بعض الأنظمة؛ مثل الفقرة (2) من المادة الخامسة من النظام الأساسي للحكم، والمادة الثانية من نظام هيئة البيعة، التي اشترطت أن يبيع للملك الأصلح من الأسرة الحاكمة للحكم، كذلك اعتبر هذا شرطاً لاختيار أعضاء مجلس الشورى تطبيقاً لحكم المادة الرابعة من نظامه، وهكذا....، ولم تتضمن هذه الأنظمة جميعها أي معايير أو ضوابط تشير إلى معنى الصلاح، ولكن يفهم منها بشكل مباشر مجموعة من الصفات

(42) السندي، عبدالله راشد، مبادئ الخدمة المدنية في المملكة العربية السعودية، الطبعة 12، 1429هـ، ص 139.

والخصال الحميدة، توجد في الشخص المرشح للوزارة، فتجعله محل ثقة الناس، وكسب احترامهم: حسن السيرة، وذو سمعة طيبة، لا يعيبه أمر، ولم يسمع عنه سوء أو ذكر غير جيد. والصلاح كلمة ظاهرة عامة، تعني قبول الناس لهذا الشخص؛ لأنه لم يُعهد عنه إتيان ما يشينه.

ودرجت الأنظمة المختلفة في المملكة - كما أشرنا أعلاه - إلى اختيار مثل هذا اللفظ العام (الصلاح) حتى يمكن انطباقه على أكبر قدر ممكن من المخاطبين بأحكام النظام، كذلك حتى تكون ردة فعل الناس حسنة عندما يتم اختيار الشخص ليكون وزيراً، ولهذا فإن أي فعل سيئ يرتكبه الشخص، ويسجل ضده يحسب ضده، ويطعن في صلاحه.

والصلاح هنا يعني السمات الظاهر اللصيق بالشخصية، وليس له علاقة بالكفاءة في العمل، أو القدرة على الإنجاز، وإنما هي خصال يتطلى بها الشخص تؤثر إيجاباً أو سلباً في شخصيته، وبالتالي في مدى اختياره ليكون عضواً في الحكومة؛ فإن من يختاره الملك ليكون وزيراً يكون قد استحق رضى الملك، وبالتالي نجح في اختبار صلاح الشخصية.

ولم يحدد النظام متى تبحث هذه الصلاحية، ولكن من البديهي أنه في حال ترشيح شخص ما ليكون وزيراً أن يُرفع تقرير عن مدى صلاحه وكفاءته للملك؛ إذ يتم بدهة السؤال عنه، ويبحث مدى صلاحه قبل أن يتم ترشيحه للوزارة.

ويفهم من شرط الصلاح هنا أيضاً أنه لم يحكم عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف، ويستتنبط من هذه الفقرة أن الشخص حتى لو صلح حاله، واستقام وأصبح مشهوداً له بالصلاح والكفاية، إلا أن ذلك لا يشفع له ليكون وزيراً إذا حكم عليه في أي مرحلة من مراحل حياته بجريمة مخلة بالدين أو الشرف.

الشرط الثاني الذي تضمنته هذه الفقرة هي الكفاية؛ وهي تتعلق بخبرات المرشح العملية التي تؤهله لأن يصبح وزيراً، ومن الواقع العملي الذي رأيناه عند اختيار الوزراء أن يكون لدى المرشح خبرات عملية في المجال الذي سيعمل فيه؛ بالإضافة إلى الشهادات العلمية التخصصية؛ لأن المنصب يفترض أن يكون الشخص خبيراً في مجاله، عالماً بأحوال العمل الذي سيوكل إليه؛ لأنه سوف يتعامل مع زملائه الآخرين في مجلس الوزراء، وبالتالي يجب أن يكون في مستوى كفاءتهم وخبراتهم، وكذلك مع

كبار الموظفين الذين سيعملون معه في الوزارة؛ ولهذا فإن شرط الكفاية شرط مهم، يميز الشخص الكفاء عن غيره.

ونفس الأمر في الصلاحية، لم يتضمن النظام معايير أو ضوابط يمكن بواسطتها تحديد معنى الكفاءة؛ ولذا فإن العبء يقع على من سيرشح الشخص ليكون وزيراً، وذلك لإثبات مدى كفاءة ذلك المرشح، وقدرته على إدارة مهام الوزارة.

الشرط الثالث: ألا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف، وهذا الشرط لم يوجد في الشروط الواجب توافرها في نظام هيئة البيعة، ولا في نظام مجلس الشورى؛ لأن هذا شرط بديهي يدخل ضمن نطاق الشرط الخاص بالصلاح، لكن نظام مجلس الوزراء هنا يؤكد المعنى العام للصلاح بالتخصيص؛ بألا يكون المرشح محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف، ويفهم من هذا النص الإطلاق؛ أي ألا يكون قد حكم عليه في حياته السابقة قبل الترشيح مطلقاً، حتى لو رُدَّ اعتباره، أو حتى لو تاب، أو حتى لو كان ذلك قبل سنوات طويلة.. فالنص هنا عام قاطع.

وركز النص على أمرين اعتبرهما جماعاً لكل شيء في حياة المرشح؛ ألا وهما: الإخلال بالدين، أو الإخلال بالشرف.. وقد أوجز نص نظام عام 1414هـ ما ورد في نص نظام عام 1377هـ؛ حيث نصت المادة الثالثة من هذا الأخير على أنه: «لا يكون عضواً في مجلس الوزراء إلا السعودي، ولا يكون عضواً من كان سيئ السمعة، أو محكوماً عليه بجناية أو جنحة مخلة بالدين والشرف.. فاختصر نص نظام عام 1414هـ الجنحة والجناية في لفظ جريمة، ويفهم من هذا أن أي جنحة أو جناية يرتكبها الشخص، ويصدر حكم ضده بسببها تعفيه من شرف الحصول على هذه الوظيفة، كذلك استبدال النظام الحالي بالصلاح بدلاً من عبارة سيئ السمعة، وهي أعم وأشمل، ثم ركز على جريمة الإخلال بالدين؛ مما يعني أنه يجب أن يتحلى المرشح بالقدر الأدنى من الأمور الدينية، وأن يبتعد عن كل ما يشينه أو يعرض شرفه وسمعته للكلام السيئ.

الجدير بالذكر أن نصوص الأنظمة المتعاقبة لمجلس الوزراء لم تشر - لا صراحة ولا ضمناً - إلى تعيين الذكور في مناصب الوزراء، وإنما نصوصها عامة تنطبق على الرجال والنساء..

صحيح أنه لم تُعين أي امرأة في منصب وزيرة حتى الآن، لكن لا يوجد ما يقيد ذلك من الناحية القانونية، ولعل أول امرأة انطبقت عليها أحكام نظام مجلس الوزراء هي الدكتورة نوره الفائز، التي عينت بأمر ملكي على المرتبة الممتازة نائبة لوزير التربية والتعليم لشؤون البنات<sup>(43)</sup>.

## المطلب الرابع

### آلية اختيار الوزراء وإعفائهم

اختيار الوزير في السعودية يحظى في المقام الأول بعناية واهتمام وثقة الملك؛ فاختيار شخص معين ليكون وزيراً يعني ببساطة حصوله على ثقة الملك، وذلك لأن اختيار الوزير حق حصري ومقيد بموافقة الملك، حتى لو كانت هناك ترشيحات من لجان، أو أشخاص؛ إذ إن القرار النهائي بالاختيار يكون للملك، ولا يشاركه فيه أحد، ومع ذلك تنتهي علاقة الملك (رئيس الدولة) الوظيفية بالوزراء بعد أداء القسم؛ إذ لا يرتبطون وظيفياً بالملك رغم أنه اختارهم لهذا المنصب، بل لرئيس مجلس الوزراء الذي سيكون مسؤولاً ومسؤولية مباشرة عنهم في مجلس الوزراء<sup>44</sup>. وبعد إنشاء مجلس الشؤون السياسية والأمنية برئاسة ولي العهد، ومجلس الشؤون الاقتصادية والتنمية برئاسة ولي العهد في عام 1436 هـ، أصبح رئيسا المجلسين مسؤولين أيضاً عن الوزراء الأعضاء في المجلسين، والرئيسان بدورهما يرفعان التقارير عن أداء الوزراء لأعمالهم إلى رئيس مجلس الوزراء.

الجدير بالذكر أنه ليس لرئيس مجلس الوزراء أي دور رسمي في اختيار الوزراء، إذ لم يتضمن النظام الأساسي للحكم، ولا نظام مجلس الوزراء أي إشارة إلى ذلك،

(43) عينت بالأمر الملكي رقم (أ/ 15) بتاريخ 18 / 1 / 1433 هـ.

(44) كان راتب الوزير عندما عُينت في الوزارة خمسة عشر ألف ريال، بعدها ببضعة سنوات، أقر مجلس الوزراء زيادة كبيرة في رواتب الموظفين. كان هناك تساؤل عن وضع الوزراء، فوجئت ومجلس الوزراء يبحث هذا الموضوع، بزميل يقول: إن ضميره لا يسمح له بقبول أي زيادة. وفوجئت بزميل آخر يؤكد يقظة ضمير هذه. تدخلت على الفور وكان الملك خالد - رحمه الله - يرأس الجلسة وقلت: إنه لا يجوز للوزراء أن يناقشوا رواتبهم، أو أن يحددوها، وأن الأمر متروك للملك وحده. وأضفت أن على الوزراء الذين يؤنبهم ضميرهم إذا زيدت الرواتب أن يتبرعوا بالزيادة للجمعيات الخيرية. قرر الملك خالد مضاعفة الرواتب، بعدها بعدة سنوات زيد راتب الوزير إلى خمسة وأربعين ألف ريال، وبقي عند هذا الحد. القصيبي، د. غازي عبدالرحمن حياة في الإدارة، الطبعة الثانية، 1999.

فرتيس مجلس الوزراء يبدأ دوره بعد اختيارهم، وأداء القسم أمام الملك. إذا فاختيار الوزراء حق حصري لرئيس الدولة فقط، هو من يختار، وهو من يمدد خدمة الوزراء، وهو من يعفيهم.

وبمفهوم المخالفة، فإن إعفاء الوزير أيضاً حق حصري للملك، يخضع لمشيئته وحده، حتى لو كانت هناك بوادر أو تصرفات صدرت من الوزير تجعله عرضة لسحب ثقة الملك منه، إلا أن قرار الإعفاء قرار تظهر فيه بوضوح رغبة الملك (رئيس الدولة) في عزل الوزير عن منصبه، ولا يظهر أي دور لرئيس مجلس الوزراء في ذلك. وهذا الأمر يقودنا إلى الإشارة إلى أن حل مجلس الوزراء أيضاً حق حصري للملك، لا دور لرئيس مجلس الوزراء فيه؛ تطبيقاً للفقرة (3) من المادة (57) من النظام الأساسي للحكم؛ التي نصت على أن للملك حل مجلس الوزراء، وإعادة تكوينه.

لم تشر المادة (57) من النظام الأساسي للحكم إلى أي مشاورات يجربها الملك عند اختياره للوزراء، أو رؤساء الجهات الإدارية، وطريقة الاختيار وإجراءاته غير واضحة في السعودية، وليس هناك أي قرار رسمي، أو نظام، أو لائحة تحدد كيفية اختيار المرشحين للوزارة، غير أنه في الواقع العملي تتم هذه المشاورات، إذ يأخذ الملك رأي كبار الأسرة المالكة أولاً، وقد يشكل لجنة خاصة لترشيح الوزراء.

جدير بالذكر أن اختيار أعضاء الحكومة من قبل الملك لا يتطلب منهم تقديم برنامج عمل للحكومة مثلما هو الحال في النظم البرلمانية، وإنما اختيار الحكومة يعني - حتى لو تم حل الحكومة السابقة - إكمال هذه الحكومة للخطة والسياسات العامة، والقرارات التي بدأتها، أو أكملتها الحكومة السابقة، أو الوزير السابق، دون الحاجة إلى تقديم برنامج حكومي، يلتزم الوزراء بتنفيذه خلال مدة معينة.

## المبحث الثالث

### اختصاصات الوزراء ونوابهم ووزراء الدولة

الوزير هو رأس الهرم، والمسؤول الأول في وزارته، تتبعه كل الإدارات، والوحدات والمراكز الإدارية، وهو بالتالي يتمتع باختصاصات عديدة يفرضها منصبه، سواءً كان ذو حقيبة وزارية أو وزير دولة أو نائب للوزير.

سوف يناقش هذا المبحث اختصاصات الوزراء، ونوابهم، ووزراء الدولة في ثلاثة مطالب كما يلي.

### المطلب الأول

#### اختصاصات الوزير

الوزير هو رأس الهرم في وزارته، والرئيس الأعلى، والرئيس المباشر، والمرجع النهائي لشؤون وزارته، ويمارس أعماله وفق نظام مجلس الوزراء، والأنظمة، واللوائح الأخرى<sup>(45)</sup>، تتبعه جميع الوحدات والهيئات والمراكز التابعة لوزارته مهما كان موقعها في الدولة، فهو إلى جانب مكانته السياسية - كأحد أعضاء مجلس الوزراء - يتمتع باختصاص إداري بصفته يحتل قمة الهرم الإداري في وزارته، فاختصاصاته متعددة، بعضها يمارسها أثناء إدارته لوزارته، وبعضها يمارسها خارج الوزارة. ونشير هنا إلى التمييز بين الوزير العامل - أي الوزير ذو الحقيبة الوزارية، أو صاحب وزارة يتولى إدارة شؤونها - ووزير الدولة الذي لا حقيبة وزارية له، رغم أنه قد يكون عضواً في مجلس الوزراء، فالحديث هنا عن الوزراء العاملين فقط، وفي مبحث آخر سنتم مناقشة أعمال وزراء الدولة.

وسنناقش في فرعين منفصلين اختصاصات الوزير أثناء إدارته لوزارته، واختصاصات الوزير خارج وزارته كما يلي:

(45) المادة العاشرة من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ.

## الفرع الأول

### اختصاصات الوزير أثناء إدارته لوزارته

الوزير مسؤول عن حسن إدارته للوزارة، وعن تحقيق الأهداف المرسومة لها، وكونه الرئيس الأعلى في وزارته لا يعني استقلاله المطلق بشؤون وزارته، بل إنه يخضع للأنظمة والتعليمات والقرارات التي تصدر عن سلطة أعلى منه؛ مثل تلك الصادرة من الملك (رئيس الدولة)، أو رئيس مجلس الوزراء<sup>(46)</sup>، أو المحاكم، أو حتى من الهيئات الرقابية؛ مثل: هيئة الرقابة والتحقيق<sup>(47)</sup>، وديوان المراقبة العامة<sup>(48)</sup>، أو الهيئة الوطنية للنزاهة ومكافحة الفساد<sup>(49)</sup>، بل إن الوزير ملزم أيضاً باحترام القرارات التنظيمية الصادرة منه شخصياً، بحيث لا يملك الخروج عليها قبل تعديلها<sup>(50)</sup>.

وقد أشارت المادة الثامنة من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ إلى أنه تحدد مسؤوليات الوزراء وفقاً للمادتين السابعة والخمسين، والثامنة والخمسين من النظام الأساسي للحكم. وبالرجوع لهاتين المادتين نجد أنهما تتعلقان بمسؤولية الوزراء أعضاء مجلس الوزراء أمام الملك، وأمام رئيس مجلس الوزراء؛ إذ نصت المادة السابعة والخمسون على أن الوزراء الأعضاء في مجلس الوزراء مسؤولون بالتضامن

(46) نصت المادة (29) من نظام مجلس الوزراء على: الملك رئيس مجلس الوزراء ..... وهو الذي يُراقب تنفيذ الأنظمة واللوائح والقرارات.

(47) صدر الأمر السامي رقم 28853 وتاريخ 15-6-1437 هـ بالتأكيد على الوزارات والجهات الإدارية الرد على ملاحظات واستفسارات الهيئة في مدة لا تقل عن شهر من تاريخ تلقي الجهة طلب الهيئة.

(48) نصت المادة التاسعة من نظام ديوان المراقبة العامة على أن تخضع لرقابة الديوان... جميع الوزارات... (49) نصت المادة الخامسة من تنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم: (165) / 28 / 5 / 1432 هـ على ما يلي: .. 2. على الجهات المشمولة باختصاصات الهيئة والجهات الخاصة المتعاقدة معها تزويد الهيئة بكل ما تطلبه من وثائق وبيانات ومعلومات تتصل بأعمالها. 3. على جميع الجهات المشمولة باختصاصات الهيئة القيام بما يأتي: أ- تزويد الهيئة - وفق آلية تحددها - بالمشاريع المعتمدة لديها وعقودها، وعقود التشغيل والصيانة.

ب- تمكين منسوبي الهيئة من تأدية مهامهم، وتزويدهم بما يطلبونه من وثائق وأوراق أو نسخ منها.

ج- الرد على استفسارات الهيئة وملحوظاتها، وإفادتها بما اتخذ حيالها، وذلك خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ إبلاغها بها.

(50) غوبر، د. محمد أحمد، الوزير في النظم السياسية المعاصرة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1431 هـ، ص 457.

أمام الملك عن تطبيق الشريعة الإسلامية والأنظمة والسياسة العامة للدولة، في حين أن المادة الثامنة والخمسين نصت على مسؤولية الوزراء أمام رئيس مجلس الوزراء عن الوزارات التي يرأسونها.

ولم يشر لا النظام الأساسي للحكم ولا نظام مجلس الوزراء إلى حدود سلطات الوزير في وزارته، ولم يتضمنها أيضاً نظام الوزراء، ونواب الوزراء، وموظفي المرتبة الممتازة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 10 وتاريخ 18-3-1391هـ<sup>(51)</sup>؛ ولذا يمكن استنباط هذه الصلاحيات من القواعد العامة، ومن أنظمة بعض الوزارات التي صدرت لها أنظمة أو تنظيمات.

والوزير أحد رموز السلطة التنفيذية، وعامل رئيس من عوامل تنفيذ سياساتها، يقوم بإدارة وزارته وفقاً للسياسات العامة التي ترسمها، ويقدم لها ابتداءً مشروع السياسة التي ترغب وزارته في تنفيذها، فإذا نوقشت في مجلس الوزراء وأقرت، فإن دوره يكون في تنفيذها وفقاً للمعطيات المالية، والاقتصادية، والاجتماعية التي أقرت خطته في ظلها. والوزير مسؤول مسؤولية مباشرة عن أعمال وزارته؛ ولذا تقع عليه مهمة الإشراف على جميع قطاعات الوزارة، وتوجيه إدارتها وفقاً للأنظمة واللوائح التي صدرت في الدولة، وهو يمثل الدولة في كل ما يتعلق بأعمال وزارته؛ كإبرام العقود، والنقاضي، وغير ذلك من التصرفات القانونية الخاصة بوزارته<sup>(52)</sup>.

ومهمة الإشراف على جميع قطاعات الوزارة تقتضي إطاعة أوامر الوزير، والخضوع لها، وتنفيذها مادامت متوافقة مع الأنظمة واللوائح، ويُستقى ذلك من المركزية الإدارية<sup>(53)</sup> التي تبناها النظام الإداري السعودي إلى جانب اللامركزية

(51) تضمن هذا النظام سبع مواد فقط، حددت كيفية تعيين الوزراء ونواب الوزراء، وموظفي المرتبة الممتازة، ومقدار راتب الوزير ونوابه، ومدة إجازة الوزير ونوابه، وسريان نظام محاكمة الوزراء على نواب الوزير وموظفي المرتبة الممتازة، وقد عدلت أغلب مواد هذا النظام.

(52) الطماوي، د. سليمان، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1428 هـ، ص 131.

(53) تأخذ المملكة بنظامي المركزية واللامركزية الإدارية، ويغلب عليها الأخذ بالنظام المركزي الذي يتكون من الملك رئيس الدولة، ومجلس الوزراء، والوزراء، وأخذت باللامركزية بصورتها اللامركزية الإقليمية المتمثلة في البلديات، والمجالس البلدية، والقرى، واللامركزية المصلحية المتمثلة في المؤسسات والهيئات العامة، وأخذ النظام السعودي بمبدأ استقلال الهيئات اللامركزية استقلالاً إدارياً ومالياً، وعلى سبيل المثال نصت المادة الأولى من نظام البلديات والقرى على أن البلدية شخصية اعتبارية ذات استقلال مالي وإداري، تمارس الوظائف الموكولة إليها بموجب هذا النظام ولوائحها التنفيذية. انظر العجمي، د. حمدي العجمي، القانون الإداري في المملكة العربية السعودية، 1431 هـ، ص 117 - 125.

الإدارية، فالمركزية تقتضي تبني السلطة الرئاسية التي تخضع الموظف الأدنى لسلطة الموظف الأعلى، إلى أن يصل الهرم الإداري إلى رأسه، فيخضع الجميع لسلطة الوزير، وصلاحياته.

ومن مهام الوزير أيضاً إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ مهام الوزارة، والتخطيط للمهام المستقبلية، وتوزيع العمل، واختيار وكلاء الوزارة ومديري العموم، وتحديد صلاحياتهم، وله كذلك اتخاذ كل ما يراه لتوفير أو الحد من الكفاءات الإدارية؛ إذ له تعيين، وترقية، وندب، وأيضاً إنهاء عقود موظفي وعمال الوزارة، كذلك له أن يشرف على أعمال منسوبي الوزارة، ويطلب منهم تقارير دورية عن الأعمال الموكلين بها. والوزير هو الذي يقوم بتحضير مشروع موازنة وزارته، ويسأل عن تنفيذ الاعتمادات الخاصة بوزارته، وله أن يمنح الموظفين الحوافز والعلاوات، ويعقد الصفقات اللازمة لتسيير عمل وزارته وفقاً لنظام ولوائح المشتريات الحكومية<sup>(54)</sup>.

ويقع على عاتق الوزير أيضاً عمل الترتيبات الداخلية لتنظيم وزارته، فله إنشاء وكالات، أو إدارات عموم، أو إدارات عادية، أو وحدات أو مراكز، وتعيين من يرى فيه الكفاءة لإدارتها، مستفيداً من الأنظمة واللوائح المرعية؛ مثل نظام الخدمة المدنية ولوائحه، ونظام العمل، ولائحة التكليف؛ فمثلاً اقتضت المادة السادسة من نظام الخدمة المدنية أن يختص الوزراء بتعيين شاغلي وظائف المرتبة الثالثة عشرة فما دون، كذلك له أن يضع قواعد تبين كيفية خدمة المراجعين المتعاملين مع الوزارة، خاصة إذا كانت وزارة خدمية مهمتها تقديم خدمة للجمهور؛ مثل: وزارة العمل، والتنمية الاجتماعية، أو وزارة الشؤون البلدية والقروية.

وللوزير إصدار قواعد قانونية في شكل لوائح؛ سواءً أكانت لوائح تنفيذية مثلما اشترط نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في مادته الثمانين على أن يصدر وزير المالية اللائحة التنفيذية للنظام، أو نظام استئجار الدولة للعقار وإخلائه الذي نص في المادة الثامنة عشر أن يشترك وزراء المالية، والتربية والتعليم، والصحة في إصدار اللائحة التنفيذية لذلك النظام، أو لوائح تنظيمية مستقلة مثلما نصت المادة الرابعة

(54) الغصيني، ربيع مفيد، والأيوبي، د. أمير عزت، الوزير في النظام السياسي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 45.

والتسعون من نظام الأحوال المدنية الصادر في 20 \ 4 \ 1407 هـ على أن يصدر وزير الداخلية اللوائح، والقرارات التنفيذية لهذا النظام.

وترتبط القرارات التنظيمية التي يصدرها الوزير بالسلطة التي منحت له، وهذا أمر بديهي؛ إذ يحتاج الوزير لإدارة شؤون وزارته أن يصدر قواعد تنظيمية - إما تنفيذية أو مستقلة -؛ لتساعد في حسن سير عمل الوزارة، وتحقيق أهدافها. وإذا كان يحق له أن يقترح مشروع نظام، أو لائحة تتعلق بأعمال وزارته وفقاً للمادة الثالثة والعشرين من نظام مجلس الوزراء، فإنه يحق له من باب أولى إصدار مثل تلك اللوائح لإدارة أعمال وزارته.

## الفرع الثاني

### اختصاصات الوزير خارج وزارته

يمارس الوزير عدداً من الاختصاصات خارج وزارته؛ منها: مشاركته في اجتماعات مجلس الوزراء، وقد يطلب منه تمثيل وزارته في مجلس الشورى، كذلك يقوم الوزير بدور وصائي عند ترؤسه لبعض مجالس الإدارة للمؤسسات العامة التابعة له.

#### (أ) مشاركته في مجلس الوزراء:

تعد مشاركة الوزير في أعمال مجلس الوزراء من أهم الأعمال التي يقوم بها، ومجلس الوزراء هو قلب السلطة التنفيذية، ومحركها الأساسي، واختصاصاته التنفيذية ليس لها حد، وتتعلق تقريباً بكل نواحي الحياة في الدولة، فهو يرسم السياسة الداخلية، والخارجية، والمالية، والاقتصادية، والتعليمية، والدفاعية، وجميع الشؤون العامة للدولة، ويشرف على تنفيذها، وينظر في قرارات مجلس الشورى، وهو المرجع للشؤون المالية والإدارية في سائر الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى<sup>55</sup>.

ويقوم المجلس بأعماله من خلال أعضائه - ومنهم الوزراء - وهذه العضوية منحت الوزير صفة سياسية، تختلف عن صفته الإدارية التي يمارسها عند إدارته لوزارته، فهو ركن أساسي وفاعل في مجلس الوزراء، يشارك في تنفيذ السياسة العامة

(55) المادة 19 من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ.

للدولة، ويعاون في اتخاذ القرارات المصيرية المهمة، التي تتخذها الحكومة، ويتبنى قرارات المجلس؛ لينفذها عن طريق وزارته.

ودور الوزير مهم جداً في مجلس الوزراء، وإسهاماته ضرورية، بل إن مشاركته في أعمال المجلس تعطي رئيس المجلس انطباعاً عن مهارة الوزير في إدارته للوزارة، كذلك مدى كفاءة الوزير في تحقيق أهداف وزارته، ومدى قدرته في الدفاع عن السياسات العامة التي يضعها المجلس، ويمكن استنباط بعض مهام الوزير من القواعد القانونية الواردة في الأنظمة المختلفة؛ مثل: النظام الأساسي للحكم، ونظام مجلس الوزراء؛ إذ أشارت المادة السادسة والخمسون من النظام الأساسي للحكم أن الملك هو رئيس مجلس الوزراء، ويعاونه في أداء مهامه أعضاء مجلس الوزراء، وذلك فيما يتعلق بالشؤون الداخلية والخارجية، وتنظيم الأجهزة الحكومية والتنسيق بينها، فأجملت هذه المادة ما فصلته المادة التاسعة عشرة من نظام مجلس الوزراء، فيفترض أن يشارك الوزير برأيه في المسائل التي تطرح في مجلس الوزراء أياً كانت، حتى لو لم تكن تتعلق بأعمال وزارته، فمجلس الوزراء مثلاً يدرس مشروعات الأنظمة واللوائح<sup>(56)</sup>، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، والامتيازات<sup>(57)</sup> المعروضة عليه، ويصوت عليها مادة مادة؛ ولهذا ينبغي على الوزير قبل أن يصوت على مشروع القرار والمعروض أن يبدى برأيه في الموضوع ابتداءً، ثم يصوت.

وعلى الوزير أن يدافع عن مشاريع الأنظمة واللوائح التي يقدمها للمجلس، ويجب على استفسارات أعضاء المجلس عن أي أسئلة تطرح حيال هذه المشروعات؛ ولهذا يشترط نظام مجلس الوزراء عدم مناقشة أي موضوع يتعلق بوزارة ما إلا بوجود وزيرها؛ ليبدى وجهة نظره، وليدافع عن قرار وزارته<sup>(58)</sup>. ومن مهام الوزير أيضاً في مجلس الوزراء مناقشة الحساب الختامي للدولة عن العام المالي المنقضي، الذي يرفعه وزير المالية إلى رئيس مجلس الوزراء لغرض اعتماده<sup>(59)</sup>، ويبدى رأيه في أوجه الصرف ومجالاته، ويقترح ما يراه موافقاً للخطة الخمسية، وما فيه مصلحة عامة. ومن باب الموافقة، على الوزير أن يناقش مع أعضاء المجلس ميزانية الدولة التي يرفعها وزير

(56) المادة 21 من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ.

(57) المادة 20 من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ.

(58) المادة 15 من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ.

(59) المادة 28 من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ.

المالية، ويصوت عليها فصلاً فصلاً تمهيداً لإصدار مرسوم ملكي بها<sup>(60)</sup>. ويشترك الوزير في متابعة تنفيذ الخطة العامة للدولة<sup>(61)</sup>، ومن هذا المنظور فإن له دورين: الأول يتعلق برأيه في الخطة العامة بمجملها، وذلك عند طرحها في مجلس الوزراء وقت اعتمادها، ثم يأخذ ما يتعلق منها بوزارته لينفذها باعتبارها داخلة في اختصاصات الوزارة، وعند اعتماد مجلس الوزراء لرؤية المملكة 2030، وهي الرؤية التي ستكون عليها المملكة بحول الله في العام 2030م عقد جميع الوزراء تقريباً اجتماعات عامة، وصحفية، وخاصة لبيان دور كل وزارة في تحقيق هذه الرؤية.

الجدير بالذكر أنه بعد تولي الملك سلمان الملك أصدر أمراً ملكياً بإلغاء بعض المجالس العليا واللجان، وإعادة هيكلة مجلس الوزراء، وإنشاء مجلسين فيه<sup>(62)</sup>:

الأول أطلق عليه مجلس الشؤون السياسية والأمنية، ويتولى تحديد التوجهات والرؤى والأهداف ذات الصلة بتلك الشؤون، ومراجعة الاستراتيجيات والخطط السياسية والأمنية اللازمة لذلك، ومتابعة تنفيذها والتنسيق بينها، وله إبداء المرئيات في شؤون الدولة الخارجية، وشؤون الدولة الأمنية والعسكرية، وكل ما يتصل بالشؤون الإسلامية.

والثاني مجلس الشؤون الاقتصادية والتنمية ويتولى تحديد التوجهات والرؤى والأهداف ذات الصلة بالشؤون الاقتصادية والتنمية، ومراجعة الاستراتيجيات والخطط الاقتصادية والتنموية اللازمة لذلك، ومتابعة تنفيذها والتنسيق بينها، وله إبداء المرئيات في الشؤون الاقتصادية، والمالية، والاستثمارية، والتجارية، والصناعية، والتعليمية، والصحية، والاجتماعية، والبلدية والمائية، والزراعية، والبيئية، والثقافية، والرياضية، والتقنية، وشؤون الطاقة والتعدين<sup>(63)</sup>. وشكل المجلسان من عدد من الوزراء الذين تتوافق مهام وزاراتهم مع أهداف كل مجلس<sup>(64)</sup>.

(60) المادة 26 من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ.

(61) المادة 24 الفقرة 3 من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ.

(62) الأمر الملكي رقم أ\ 69 وتاريخ 9\ 4\ 1436 هـ.

(63) قرار مجلس الوزراء رقم 196 وتاريخ 20\ 4\ 1436 هـ المتضمن التنظيم الخاص بأجهزة مجلس الوزراء، المادتان الثانية والثالثة.

(64) الأمر الملكي رقم أ\ 70 وتاريخ 9\ 4\ 1436 هـ.

ودور الوزراء في المجلسين كبير؛ لأنهما يطلبان من كل وزير تقديم رؤيته وتوجهاته في إدارة وزارته، ومدى تحقيقه لأهداف الوزارة، ويقدم الوزير كل ستة أشهر تقريراً عن أعمال وزارته - ماذا أنجز؟ والمعوقات التي اقتضت عدم الإنجاز؟ -، ثم ترفع تقارير المجلسين ورؤيتهما إلى مجلس الوزراء؛ لبحث من خلالها أداء كل وزارة. ونتيجة للتقارير التي رفعت من مجلس الشؤون الاقتصادية والتنمية، فقد أصدر الملك خلال شهر واحد (شهر 6 / 1436هـ) أمرين ملكيين بإعفاء اثنين من الوزراء<sup>(65)</sup>.

### (ب) مشاركته في مجلس الشورى:

بالإضافة إلى الأعمال التي يقوم بها الوزير في مجلس الوزراء؛ قد يشارك في بعض اجتماعات مجلس الشورى؛ إذ نص نظام مجلس الشورى على أن من اختصاصه مناقشة التقارير السنوية التي تقدمها الوزارات، والأجهزة الحكومية الأخرى، واقتراح ما يراه حيالها، وهذه التقارير هي نفسها التي نص نظام مجلس الوزراء عليها؛ إذ على جميع الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى أن ترفع إلى رئيس مجلس الوزراء خلال تسعين يوماً من بداية كل سنة مالية تقريراً عما حقته من إنجازات مقارنة بما ورد في الخطة العامة للتنمية خلال السنة المالية المنقضية...<sup>(66)</sup>. وهذا أحد الأدوار الرقابية لمجلس الشورى؛ إذ يدرس التقرير الحكومي في لجانته المتخصصة، ثم يثير التساؤلات التي يراها، وقد يطلب المسؤول الأول في الجهة الحكومية للرد على استفسارات أعضاء المجلس.

والطلب هنا مقيد بالرفع إلى رئيس مجلس الوزراء بطلب حضور أي مسؤول حكومي جلسات مجلس الشورى إذا كان يناقش أمراً يتعلق باختصاصه، والنص لم يرسم حدوداً محددة لمهمات هذا الحضور، سوى أن الوزير ليس له حق التصويت، وفيما عدا ذلك فتح النص المجال رحباً أمام المناقشة، وجعل للوزير حق الدخول في النقاش ما دام المجلس يناقش أموراً تتعلق باختصاصاته، وتظل حدود نطاق النقاش غير واضحة أيضاً، فهل تضيق هذه الحدود لتقتصر فقط على مجرد الاستيضاح

(65) تم إعفاء وزير الإسكان بعد تقديم رؤى وتوجهات وزارته حول الإسكان في المملكة، وأعفي وزير الصحة بعد 73 يوماً من تعيينه وزيراً.

(66) المادة 29 من نظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ.

من المسؤول، والاكتفاء بإجابته وشرحه، أم تتسع تلك الحدود لتشمل الاستيضاح، والإجابة، ومناقشة الإجابة، وسماع الرد بما يشبه أسلوب المسألة؟

وقد لاحظ الباحث من استعراض عدد من المقابلات مع بعض الوزراء في مجلس الشورى أنه يتم رصد ملاحظات المجلس الخاصة بالتقرير السنوي، وترسل إلى الوزير ليجيب عنها، ثم تحدد جلسة لمناقشة الوزير بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء على ذلك، ويقوم المجلس في هذه الأثناء بالطلب من المواطنين عبر موقعه على الإنترنت بإرسال ما لديهم من استفسارات وأسئلة لطرحها على الوزير، ثم أثناء حضور الوزير يمنح فرصة للحديث عن أعمال وزارته، وعن بعض الملاحظات الواردة في التقرير السنوي والمرسلة إليه، ثم تبدأ أسئلة أعضاء المجلس. وغالباً ما ينتهي وقت جلسة المجلس ولم تنته أسئلة الأعضاء ولا ملاحظاتهم؛ لذا تُجمع باقي الأسئلة وترسل للوزير ليجيب عنها كتابة بعد عودته للوزارة؛ فمثلاً: عند لقاء وزير الشؤون الاجتماعية بأعضاء المجلس في يوم الثلاثاء 18\3\1437هـ، وفي نهاية اللقاء تم جمع أكثر من 160 سؤالاً وردت للمجلس من المواطنين.

وتجاوب الوزراء مع ملاحظات مجلس الشورى تفترضها ميزة التعاون بين السلطات العامة في المملكة التي أشار إليها النظام الأساسي للحكم في مادته (44)؛ إذ العلاقة بينها علاقة تعاون، كذلك تجعل الوزير يدقق أكثر في أعمال وزارته، ويراجع تنفيذ سياساتها ومهامها أولاً بأول؛ إذ بالإضافة لدور الجهات الرقابية في متابعة إنجاز وأداء الوزارات - وهذه غالباً تكون بين هذه الأطراف فقط، بحيث تكتب الملاحظات الرقابية وترسل من الجهة الرقابية - ديوان المراقبة العامة مثلاً - إلى الوزارة، فتقوم هذه بتصحيح ملاحظة الديوان، وقد يحل الأمر بينهما - تأتي رقابة مجلس الشورى، وهذه الرقابة تكون علنية، تتاح فيها الفرصة لوسائل الإعلام بالحضور، وللمواطنين أيضاً؛ ولذا فإن دور الوزير في الحضور والإجابة المقنعة عن أسئلة أعضاء المجلس ستصب في صالح الوزير.

### (ج) مشاركته في إدارة المؤسسات العامة المرتبطة بوزارته:

بالإضافة إلى النظام المركزي في التنظيم الإداري السعودي، تأخذ الدولة أيضاً باللامركزية الإدارية؛ إذ أنشئت مؤسسات عامة بقصد تحرير بعض الأعمال الإدارية

التي تتطلب مرونة، وسرعة في الإنجاز من بعض الإجراءات البيروقراطية، ومنحتها استقلالاً مالياً وإدارياً لممارسة أعمالها، غير أن هذا الاستقلال ليس كاملاً، إذ منحت بعض الوزراء صلاحية رئاسة مجالس إدارة هذه المؤسسات وفقاً لنوعها وطبيعتها؛ فمثلاً نصت المادة الثانية من تنظيم وكالة الأنباء السعودية<sup>(67)</sup> على أن تتمتع الوكالة بالشخصية الاعتبارية المستقلة، والاستقلال الإداري والمالي، باعتبارها هيئة عامة، وترتبط تنظيمياً بالوزير، وقررت المادة الخامسة من التنظيم أن يكون للوكالة مجلس إدارة برئاسة وزير الثقافة والإعلام، وهذا ما يسمى بالوصاية الإدارية<sup>(68)</sup>؛ إذ إن القرارات الاستراتيجية التي تتخذها المؤسسة العامة يؤخذ فيها رأي الوزير، بل إن ترشيح المسؤول الأول في المؤسسة العامة يكون بناءً على قرار من الوزير؛ فمثلاً نصت المادة العاشرة من تنظيم هيئة الإذاعة والتلفزيون<sup>(69)</sup> على أن يكون للهيئة رئيس بالمرتبة الممتازة، يعين بأمر ملكي بناء على اقتراح من الوزير.

## المطلب الثاني

### وزراء الدولة

وزير الدولة لقب كان ملوك فرنسا يمنحونه لشخص يثق به الملك، ويكون بمثابة مستشار له في المسائل التي تعني رئيس الدولة، بالإضافة إلى توقيعه إلى جانب الملك على مراسيم تعيين الوزراء، وهو لقب فخري كان يُمنح لبعض الأشخاص ممن أدوا خدمات جليلة لبلادهم. وزير الدولة يطلق عليه عدة ألقاب؛ فهو وزير دولة، أو وزير بلا حقيبة، أو وزير بلا وزارة، وهو ليس وزيراً عاملاً له حقيبة وزارية يكون مسؤولاً عن تنفيذها لمهامها. ووزير الدولة وزير، مثله في الحقوق والواجبات مثل الوزير العامل، غير أنه يختلف عنه في الممارسة العملية. ووزراء الدولة يتحملون المسؤولية الوزارية التي يتخذونها بمناسبة عملهم سواءً عن الوزراء العاملين في إدارة وزاراتهم، أو أثناء قيامهم بمهام عملهم، مثلهم في ذلك مثل الوزراء العاملين، ويخضعون أيضاً لنفس إجراءات المحاكمة التي يخضع لها الوزراء العاملون.

(67) تنظيم وكالة الأنباء السعودية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 303 وتاريخ 11\9\1433 هـ.

(68) انتقد بعض فقهاء القانون مصطلح «الوصاية الإدارية»؛ لأنه قد يثير لبساً وخطأ مع الوصاية المعروفة في القانون الخاص. لمزيد من التوضيح راجع عثمان، د. حسين عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي، 2008، ص 362.

(69) تنظيم هيئة الإذاعة والتلفزيون الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 302 وتاريخ 11\9\1434 هـ.

عند النظر التاريخي لمنصب وزير دولة نجد عدة أسباب وراء تعيين وزراء الدولة؛ إذ وجد المنصب في بعض الأنظمة السياسية بهدف دراسة مشكلات معينة، أو إرضاء بعض النفوذ الحزبي، أو يكونون سبباً في الاستقرار الوزاري؛ إذ يؤدي عدم استطاعة حزب بمفرده الحصول على الأغلبية البرلمانية إلى الاضطرار إلى تشكيل وزارة ائتلافية من عدد الاحزاب، قد يكون بينها تعارض مذهبي، وما يعني ذلك من تعقيدات وتوزيع للمسؤوليات، ويكون تعيين وزراء بلا وزارات بهدف استمرار الائتلاف في الحاكم، وعدم سقوط الوزارة<sup>(70)</sup>.

أما في الوقت الحاضر، فنجد أن وزير الدولة يكلف بمهام كثيرة، كأن يتولى منصباً محدداً، مثلاً، وزير الدولة لشؤون مجلس الشورى، أو يكون مبعوثاً خاصاً لرئيس الدولة في بعض الأمور الهامة، وقد يكلف بملف معين من قبل رئيس الدولة، وقد ينوب عن بعض الوزراء في إدارة وزاراتهم عند غيابهم غياباً مؤقتاً.

عند مراجعة الباحث للنظام الأساسي للحكم، ولنظام مجلس الوزراء لعام 1414 هـ لاحظ أن هناك إشارة وحيدة لوزراء الدولة، وردت في الفقرة (د) من المادة الثالثة عشرة من نظام مجلس الوزراء، التي أشارت إلى تكوين مجلس الوزراء؛ حيث نصت على أن مجلس الوزراء يتكون من.... (د) وزراء الدولة الذين يعينون أعضاء في مجلس الوزراء بأمر ملكي، أما أولئك غير الأعضاء في المجلس فليس هناك أي مادة تحدد الأداة القانونية لتعيينهم أو اعفائهم، رغم أنه تنطبق عليهم القاعدة الدستورية المشار لها في المادة 57 من النظام الأساسي للحكم التي منحت الملك - رئيس الدولة - امتيازاً دستورياً حصرياً لتعيين الوزراء، ونواب رئيس مجلس الوزراء، ومن يعين على مرتبة وزير.

وقد استعرض الباحث مناصب وزراء الدولة منذ أول تعديل وزاري في عهد الملك فهد - رحمه الله -، فرصد عدد ستة وزراء دولة في التعديل الوزاري لعام 1416 هـ، وسبعة وزراء دولة في التعديل الوزاري لعام 1424 هـ، من ضمنها منصب جديد بمسمى وزير الدولة لشؤون مجلس الشورى، ووزير الدولة للشؤون الخارجية، وخمسة وزراء دولة في التعديل الوزاري في عهد الملك عبدالله - رحمه الله - عام

(70) حسن، محمد قدرى، رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة، رسالة دكتوراه قدمت لجامعة القاهرة،

1433 هـ، و سبعة وزراء دولة في التعديل الوزاري لعام 1436 هـ في عهد الملك سلمان بن عبد العزيز.

### المطلب الثالث

#### نائب الوزير

يعرض للوزير ما يعرض لغيره من الموظفين، فيترك وزارته لفترة مؤقتة؛ إما بسبب عمل خارج المكتب، أو خارج المملكة، أو إجازة، أو مرض... إلخ؛ ولذا تضمن نظام مجلس الوزراء مادة تعالج هذه الجزئية، وحدد من ينوب عن الوزير في غيابه المؤقت؛ حيث نصت المادة (11) على أن النيابة عن الوزير في مجلس الوزراء لا تكون إلا لوزير آخر وبموجب أمر يصدر من رئيس مجلس الوزراء، ويتولى نائب الوزير ممارسة صلاحيات الوزير في حالة غيابه. ويتم ذلك بموجب أمر سامي يصدره رئيس مجلس الوزراء، وقد أنيط ذلك برئيس المجلس تطبيقاً لأحكام المادة (29) من نظام مجلس الوزراء؛ حيث إنه هو الذي يكفل التوجيه والتنسيق والتعاون بين مختلف الأجهزة الحكومية، ويضمن الانسجام والاستمرار والوحدة في أعمال مجلس الوزراء.

وفي الواقع العملي يتم تقسيم جدول أعمال النيابة تقسيماً غير رسمي بين الوزراء العاملين ووزراء الدولة، ولاحظنا مثلاً أن وزارة التعليم العالي يكلف بها دائماً أحد وزراء الدولة إذا غاب وزير التعليم العالي عن مكتبه، واستمر هذا لسنوات عديدة. ويمارس نائب الوزير مهام وصلاحيات الوزير، وكأنه الأصيل، غير أننا لاحظنا أيضاً أن نائب الوزير يمارس عمله وكأن مهمته تسيير أعمال الوزارة فقط، بحيث لا يتعرض للأمور الاستراتيجية للوزارة، أو يتدخل في تعيين أو عزل ذوي المراتب الكبيرة في الوزارة.

ويحضر نائب الوزير جلسات مجلس الوزراء لتمثيل تلك الوزارة، وله أن يصوت على قرارات المجلس؛ ولذا يتم اختيار النائب من الوزراء العاملين، أو وزراء الدولة الأعضاء في مجلس الوزراء، وإذا كان النائب وزيراً عاملاً فله صوتان؛ صوت عن وزارته، وصوت عن الوزارة الأخرى التي هو نائب عنها. ويتحمل نائب الوزير المسؤوليات السياسية والتنظيمية التي أشرنا إليها سابقاً، فيكون مسؤولاً عن القرارات التي اتخذها أثناء ممارسته للعمل في فترة النيابة. وتنتهي فترة النيابة وفقاً للتاريخ الذي حدده الأمر السامي، ويكون بعودة الوزير الأصلي لوزارته.

## المبحث الرابع

### القيود المفروضة على الوزراء والرقابة عليهم ومحاكمتهم

سيتناول هذا المبحث دراسة القيود المفروضة على الوزراء، والرقابة عليهم، ومحاكمتهم في ثلاثة مطالب كما يلي:

#### المطلب الأول

#### القيود المفروضة على الوزراء

وردت بعض القيود التي ينبغي على الوزراء مراعاتها في المادتين الخامسة والسادسة من نظام مجلس الوزراء لعام 1414هـ؛ حيث نصت المادة الخامسة على أنه: «لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الوزراء وأية وظيفة حكومية أخرى، إلا إذا رأى رئيس مجلس الوزراء أن الضرورة تدعو إلى ذلك». ونصت المادة السادسة على أنه: «لا يجوز لعضو مجلس الوزراء أثناء توليه العضوية أن يشتري أو يستأجر مباشرة أو بالواسطة أو بالمزاولة أيًا كان من أملاك الدولة، كما لا يجوز له بيع أو إيجار أي شيء من أملاكه إلى الحكومة، وليس له مزاولة أي عمل تجاري، أو مالي، أو قبول العضوية لمجلس إدارة أي شركة».

وباستقراء نص المادتين، نجد أنهما فرقتا بين عدة أمور؛ نوجزها فيما يلي:

#### أولاً - عدم جواز الجمع بين الوزارة وأي وظيفة حكومية أخرى:

فلا يجوز للوزير أن يجمع بين عمله وزيراً وأي وظيفة حكومية أخرى، وعليه فإذا كان الوزير موظفاً حكومياً قبل أن يتم اختياره وزيراً، فإن تعيينه في الوزارة يعني انتهاء رابطة الوظيفة السابقة بالوظيفة السابقة مباشرة.. ولا يلزم صدور قرار إداري بذلك، بل يعتبر الانفكاك عن الوظيفة السابقة بقوة القانون، ويقصد بالوظيفة الحكومية هنا أي وظيفة يتقاضى شاغلها مرتبه من خزنة الدولة. ويقصد المشرع من هذا القيد ألا يتم استغلال منصبه الوزاري الجديد فيما يتعلق بوظيفته السابقة، ومثل هذا القيد تقريباً ورد في نظام مجلس الشورى؛ إذ ألزم النظام في مادته التاسعة أعضاء المجلس بالفصل بين عضوية المجلس وأي وظيفة حكومية، وكذلك أضاف إدارة أي شركة، إلا

إذا أجاز له الملك ذلك. وقد أوردت المادة استثناء على هذا القيد، إذ جعلته حقاً حصرياً لرئيس مجلس الوزراء إذا رأى أن الضرورة تستدعي عدم تطبيق هذا القيد بخصوص وزير معين، أو وظيفة معينة، وهي سلطة تقديرية حصرية، يتمتع بها رئيس مجلس الوزراء.

### ثانياً- عدم جواز الجمع بين الوزارة وأي عمل تجاري أو مالي:

نفس القيد الوارد بخصوص الوظائف العامة ينطبق أيضاً على الأعمال الخاصة؛ سواءً أكانت أعمالاً تجارية، أو مالية، فيجب على الوزير الامتناع عن ممارسة هذه الأعمال بمجرد تعيينه وزيراً، وهذا أمر بديهي تقتضيه المصلحة العامة، فلا يترك للوزير مجال لممارسة عمل تجاري قد يستغل منصبه أو نفوذه لتحقيق مكاسب مالية أو تجارية لنفسه، أو يسبب استعمال الصلاحيات الممنوحة له لتحقيق أرباح من مشروع خاص، وهذا أمر منطقي، أغلب دساتير الدول تنص عليه؛ ولهذا لا يوجد في المادة أي استثناء قد يجيز للعضو القيام بذلك.

ولم تحدد المادة ماهية العمل التجاري أو المالي؛ ولذا يرجع في تعريفه إلى النصوص الخاصة بالقانون التجاري، وأيضاً تلك الخاصة بالأمر المالية؛ وعلى الأخص المادة الثانية من نظام المحكة التجارية الصادر عام 1350هـ، وكذلك المادة (13) من اللائحة التنفيذية لنظام الخدمة المدنية، التي أوجبت على الموظف أن يمتنع عن القيام بأي عمل يؤدي إلى اكتساب صفة التاجر، وأوردت المادة ستة أمثله على ذلك؛ منها:

(أ) الاشتغال بالتجارة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. (ب) الاشتراك في تأسيس الشركات أو قبول عضوية في مجالس إدارتها، أو أي عمل فيها، أو في محل تجاري. ثم نصت في الفقرة (2) من المادة على بعض الأمور التي يمكن للموظف العام - ومنهم الوزير - ممارستها؛ مثل: تملك الحصص والأسهم في الشركات المساهمة، والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركات التوصية. والمقصود من هذا النص هو حق الموظف بحدود الاكتتابات العامة فقط، التي تجري عند تأسيس هذه الشركات، وزيادة رأس مالها كما حصل في الاكتتابات العامة التي تطرح في السوق عند تأسيس الشركات دون أن يكون للموظف الحق في المضاربة بالأسهم عند طرحها للتداول في السوق المالية .

ومن نافلة القول أن نقول: إنه ليس مطلوباً من الوزير أن يتخلى عن ملكيته أو رأسماله عندما كان يمارس العمل التجاري أو المالي قبل توليه الوزارة، إذ يجوز له أن يحتفظ بملكية أسهمه، أو حصته، أو نصيبه في هذه الأعمال التجارية أو المالية، شريطة أن يتخذ الإجراء القانوني المقرر لنقل العمل بأرباحه وخسائره إلى غيره، أو أن يحول حصته ونصيبه في أعماله.

### ثالثاً - عدم جواز الجمع بين الوزارة وقبول عضوية مجلس إدارة أي شركة:

القيد الثالث يمنع الوزير من الجمع بين منصبه الوزاري وعضوية مجلس إدارة أي شركة. وقد خضع هذا القيد لدراسة مطولة في هيئة الخبراء، وكان هناك رأي مصاد من وزارة التجارة، كانت نتيجته صدور قرار من مجلس الوزراء رقم 27 في تاريخ 26\11\1421هـ بتوضيح هذا القيد؛ إذ قُسمت الشركات التي تملكها الدولة إلى ثلاث فئات: فئة ينص نظامها على أن يتولى الوزير المختص رئاسة مجلس إدارتها؛ مثل شركة أرامكو السعودية، وفئة منصوص في أنظمتها على أن تمثل الدولة في مجالس إدارتها بممثلين يصدر بتعيينهم قرار من مجلس الوزراء؛ مثل شركة سابك، وشركة النقل الجماعي، وفئة لم تتضمن أنظمتها أي نص يجيز تعيين ممثلين للدولة في مجالس إدارتها، وإنما يتم تعيين أعضاء مجالس إدارتها من قبل الجمعيات العامة للمساهمين؛ مثل شركة نادك، والشركة السعودية للأسماك.

ورأت الدراسة أنه ليس من المصلحة أن يشترك الوزراء في مجالس إدارات الشركات التي تملكها الدولة، أو أي من الأشخاص ذوي الصفة المعنوية العامة كلياً أو جزئياً، رؤساء، أو أعضاء؛ لكون الحكومة هي التي تتولى عملية الرقابة على تلك الشركات، وهي في الغالب المرجع الإداري للخلافات التي تنشأ بين هذه الشركات وغيرها. وقد أورد الدكتور عصام بن سعيد في كتابه فتوى هيئة الخبراء رقم 105 وتاريخ 4\8\1417؛ حيث استعرضت الهيئة مفهوم الحظر المشار إليه في عبارة «أنه لا يجوز لعضو مجلس الوزراء قبول العضوية لمجلس إدارة أي شركة»، وهو لا يشمل الوزراء الذين يتولون رئاسة مجلس إدارات الشركات أو الاشتراك في عضويتها تطبيقاً لنص نظامي أو قرار من مجلس الوزراء؛ إذ يقتصر هذا الحظر على قبول الوزير لعضوية مجلس إدارة أي شركة للمساهمة أو المنصب؛ حيث إن عضوية الوزير المعين من قبل الدولة في مجالس إدارات تلك الشركات بموجب النظام، أو بقرار من مجلس الوزراء

تختلف عن مسألة قبول الوزير لهذا العضوية للمساهمة أو المنصب .

وقد درس مجلس الوزراء الآراء المختلفة، ثم أصدر قراره رقم 27 في تاريخ 1421\11\26 هـ متضمناً ما يلي:

1- لا يجوز لأي وزير أن يتولى رئاسة مجلس إدارة أي شركة، أو أن يكون عضواً في المجلس .

2- الوزير الذي يتولى عند صدور هذا القرار رئاسة مجلس إدارة أي شركة أو يكون عضواً فيه، يستمر في ذلك إلى أن تنتهي مدته .

3- يستثنى من البند (1) أعلاه شركة أرامكو السعودية، وما تقضي به الاتفاقات الدولية .

**رابعاً- لا يجوز للوزير أن يشتري أو يستأجر أيًا كان من أملاك الدولة، كما لا يجوز له بيع أو إيجار أي شيء من أملاكه إلى الحكومة:**

وهذا القيد ينقسم إلى قيدين: الشراء والبيع أيًا كان نوعه، مباشراً أو عن طريق المناقصة أو المزايدة...؛ فلا يجوز لعضو مجلس الوزراء أثناء توليه العضوية أن يشتري أو يستأجر مباشرة، أو بالواسطة، أو بالمزاولة أيًا كان من أملاك الدولة، فالوزير ممنوع من شراء أيًا من أملاك الدولة ما دام وزيراً، وقد أخذت المادة في الاعتبار التملك المباشر أو عن طريق الغير، إذ قد يشتري الوزير بعض أملاك الدولة باسمه مباشرة، أو باسم شخص آخر - زوجته أو أحد أولاده أو باسم شخص يعمل لحسابه -، لكنها في الحقيقة تعود للوزير وليست للشخص الوسيط، ونفس الأمر ينطبق على البيع، أو تأجير بعضاً من أملاكه على بعض مؤسسات الحكومة. والحكمة من هذا الحظر تتمثل في الوزير وهو يمارس سلطة تنفيذية، ويتولى رئاسة العمل الإداري، فإنه يجب أن ينأى بنفسه عن نطاق الاستغلال، أو إساءة السلطة؛ حفاظاً على نزاهة الحكم، وصيانة لأموال الدولة من أن تكون محلاً للاستغلال .

نشير إلى أن المادة نصت على تقييد الوزراء الأعضاء في مجلس الوزراء، والحقيقة أنها تنطبق على جميع الوزراء؛ سواء كانوا أعضاء في مجلس الوزراء، أو وزراء دولة

ليسوا أعضاءً في المجلس، فهذه القيود نرى أنها عامة، تنطبق على كل شخص اتصف بوصف وزير.

يمكن تصنيف القيود السابقة بأنها قيود إدارية؛ لأن نظام محاكمة الوزراء الصادر في عام 1380 هـ 1960 م حدد في الفصل الثاني بعض الجرائم والعقوبات التي يحظر على الوزير ارتكابها؛ مثل: الأفعال المقصود بها محاولة تغيير النظام الملكي، أو جرائم الخيانة العظمى، أو تعريض أمن الدولة الداخلي وسلامتها ووحدها للخطر، أو حمل السلاح ضد الدولة. إضافة إلى الجرائم السابقة، حظر نظام محاكمة الوزراء على الوزير قبول فائدة أيا كان نوعها لنفسه أو لغيره لقضاء عمل رسمي، أو الامتناع عن عمل رسمي، أو استغلال النفوذ للحصول على فائدة أو ميزة لنفسه أو لغيره، أو تعمد مخالفة النظم واللوائح والأوامر التي يترتب عليها ضياع حقوق الدولة المالية، أو حقوق الأفراد، أو التدخل الشخصي في شؤون القضاء، أو إفساء قرارات أو مداوات مجلس الوزراء. واعتبر نظام محاكمة الوزراء هذه الأفعال الأخيرة جرائم يعاقب عليها بالسجن لمدة تتراوح من ثلاث إلى عشر سنوات، ويتبع هذه العقوبة عقوبة تبعية نص عليها النظام في المادة السادسة؛ وهي العزل من المنصب، والحرمان من تولي الوظائف العامة وعضوية مجالس الشركات والمؤسسات، ومن أية وظيفة فيها.

## المطلب الثاني

### الرقابة على أعمال الوزارات

الرقابة على أعمال الوزارات أمر طبيعي؛ إذ يفترض أن تكون هناك مراجعة لأعمال الوزارات لبحث مدى تنفيذها لخططها، وكيفية صرفها للمال العام في سبيل تحقيق أهدافها، ومدى التزامها بالأنظمة واللوائح في الدولة. في المملكة هناك عدة جهات لها اختصاص برقابة أعمال الوزارات؛ منها: ما هو داخل الوزارات، ومنها ما هو خارج هذه الوزارات، الرقابة الخارجية تتمثل في رقابة مجلس الوزراء، ومجلس الشورى، وديوان المراقبة العامة، وهيئة الرقابة والتحقيق، والهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، أما الرقابة الداخلية في الوزارات فتتمثل في إدارة المتابعة، والإدارة القانونية، وإدارة المراجعة الداخلية، والمراقب المالي. وسوف يختصر الباحث الحديث عن هذه الوسائل نظراً لتشعبها وتفصيلاتها.

وقد أشرنا سابقاً الى رقابة مجلس الوزراء؛ لذا لن نفضل في رقابة المجلس في هذه الجزئية، إذ ورد في قسم الشؤون التنفيذية في نظام المجلس أن للمجلس باعتباره السلطة التنفيذية المباشرة الهيمنة التامة على شؤون التنفيذ والإدارة، ويدخل في اختصاصاته التنفيذية الأمور الآتية:

1- مراقبة تنفيذ الأنظمة واللوائح والقرارات.

2- متابعة تنفيذ الخطة العامة للتنمية.

3- إنشاء لجان تتحرى عن سير أعمال الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى، أو عن قضية معينة وترفع هذه اللجان نتائج تحرياتهما إلى المجلس في الوقت الذي يُحدده لها، وينظر المجلس في نتيجة تحرياتهما، وله إنشاء لجان للتحقيق على ضوء ذلك والبت في النتيجة مع مراعاة ما تقضي به الأنظمة واللوائح<sup>(71)</sup>.

وعلى جميع الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى أن ترفع إلى رئيس مجلس الوزراء خلال تسعين يوماً من بداية كل سنة مالية تقريراً عما حققته من إنجازات مقارنة بما ورد في الخطة العامة للتنمية خلال السنة المالية المنقضية، وما واجهها من صعوبات وما تراه من مقتر

(72).

وما من شك أن مجلس الوزراء هو أهم جهة رقابية على أعمال الوزارات، وفي الواقع العملي، فإن المجلس أكثر جهة ذات تأثير على أعمال الوزارات، ولو طلب المجلس من وزارة من الوزارات رداً على موضوع معين، أو تقديم وجهة نظر بخصوص أمر معين، فإن الوزارة ستأخذ ذلك على محمل الجد، وستقدم بصفة عاجلة إجابات على كل استفسارات المجلس.

أما رقابة مجلس الشورى فهي تختلف؛ إذ تصطدم بضوابط تنظيمية، تجعلها أكثر صعوبة في بسط تلك الرقابة؛ فبعد أن ترفع الجهة الإدارية تقريرها السنوي إلى مجلس الوزراء وفقاً للمادة (25) من نظام المجلس، فإنه يحيلها بدوره إلى مجلس الشورى وفقاً لأحكام المادة الخامسة عشر التي منحت في فقرتها (د) لمجلس الشورى

(71) المادة 24 من نظام مجلس الوزراء 1414 هـ.

(72) المادة 25 من نظام مجلس الوزراء 1414 هـ.

حق مناقشة التقارير السنوية التي تقدمها الوزارات، والأجهزة الحكومية الأخرى، واقتراح ما يراه حيالها.

وقد حددت المادة الرابعة عشر من قواعد عمل المجلس واللجان المتخصصة كيفية مناقشة تلك التقارير؛ إذ تطرح اللجنة المختصة التقرير على المجلس ضمن تقرير يتضمن رأيها فيه، وتوصياتها بشأنه، وما ورد إليها من دراسات، أو مرئيات، أو قرارات، أو توجيهات حيال قرارات المجلس السابقة ذات العلاقة بموضوع التقرير، ويقوم المجلس بمناقشة الموضوع، ويبيدي ملحوظاته وآراءه بشأنه؛ فإذا رأى المجلس أن يستدعي أحد الوزراء لمناقشته بخصوص التقرير، فعلى رئيس المجلس أن يرفع لرئيس مجلس الوزراء بطلب حضوره جلسة المجلس، وعند الموافقة على حضور الوزير، يتم تزويده بملخص عن أبرز محاور اللقاء، وبيان بالموضوعات المحالة للمجلس المتعلقة بوزارته، وتقوم اللجنة المتخصصة بتحضير أسئلتها، والأسئلة التي تلقتها من المواطنين، على أن تكون مختصرة، وغير مكررة، ومنصبة على الموضوع، ويجوز - بموافقة الرئيس - أن ترسل للمسؤول قبل حضوره، ويُعطى الوزير فرصة لإلقاء ملخص مختصر، ويحق لكل عضو من أعضاء المجلس توجيه سؤال واحد للوزير.

تقوم الأمانة العامة للمجلس بترتيب أسئلة الأعضاء التي لم يسمح الوقت بطرحها على الوزير أثناء الجلسة، واستبعاد المكرر منها، وترسل إلى الوزير للإجابة عنها كتابة، ويحاط المجلس بما يرد منه. وتقوم اللجنة المعنية بإعداد تقرير عما دار في الجلسة التي حضرها المسؤول، وترفعه لرئيس المجلس، الذي له رفعه للملك، متى رأى ذلك محققاً للمصلحة العامة<sup>(73)</sup>.

ينبغي الإشارة إلى أن نظام مجلس الشورى في اختصاصه الرقابي لجأ إلى تقديم الأسئلة للوزراء والمسؤولين الحكوميين، فالسؤال يصطدم ابتداء بموافقة رئيس مجلس الوزراء لحضور الوزير لمجلس الشورى لمناقشته في الملاحظات التي رآها المجلس حيال التقرير، لكن ليس هناك أي إلزام للوزير للإجابة عن كل الأسئلة التي توجه إليه، فله أن يجيب أو لا يجيب على أي سؤال يراه، ثم لو ظهر لمجلس الشورى

(73) المواد 33، 34، 35، 38، 39، 40 من قواعد عمل مجلس الشورى.

إخفاق أو خلل في أعمال الوزير، أو تأخر في تنفيذ بعض أعمال الوزارة، فليس لدى مجلس الشورى أي وسيلة لإجبار الوزير على تصحيح تلك الأوضاع، قصارى الأمر أن يرسل رئيس مجلس الشورى تقريراً عن تلك الملاحظات إلى رئيس مجلس الوزراء ليتخذ حيالها ما يراه.

ولكي تكون رقابة مجلس الشورى فعالة يجب إعطاء المجلس صلاحية استجواب الوزراء مباشرة بدون قيد استئذان رئيس مجلس الوزراء في ذلك.

أما رقابة ديوان المراقبة العامة فتكون له رقابة لاحقة، تخضع لها جميع الوزارات والإدارات الحكومية وفروعها، ويتم بعد إرسال ميزانية الوزارة من وزارة المالية للوزارة، وتنفيذ المشاريع؛ حيث نصت المادة السابعة من نظام ديوان المراقبة العامة على أن يختص الديوان بالرقابة اللاحقة على جميع إيرادات الدولة ومصروفاتها، وكذلك مراقبة كافة أموال الدولة المنقولة والثابتة، ومراقبة حسن استعمال هذه الأموال واستغلالها، والمحافظة عليها<sup>(74)</sup>.

ويختص الديوان بالتحقق من أن جميع إيرادات الدولة ومستحققاتها من أموال وأعيان وخدمات قد أدخلت في ذمتها وفقاً للنظم السارية، وأن كافة مصروفاتها قد تمت وفقاً لأحكام الميزانية السنوية، وطبقاً للنظم واللوائح الإدارية، والمالية، والحسابية النافذة، وأن كافة أموال الدولة المنقولة والثابتة تستعمل في الأغراض التي خصصت من أجلها من قبل الجهة المختصة، وأن لدى هذه الجهات من الإجراءات ما يكفل سلامة هذه الأموال، وحسن استعمالها واستغلالها، ويضمن عدم إساءة استعمالها، أو استخدامها في غير الأغراض التي خصصت من أجلها. ويختص الديوان أيضاً بمتابعة الأنظمة واللوائح المالية والحسابية النافذة؛ للتحقق من تطبيقها وكفايتها وملاءمتها للتطورات التي تستجد على الإدارة العامة بالمملكة، وتوجيه النظر إلى أوجه النقص في ذلك، وتقديم الاقتراحات اللازمة لتطوير هذه الأنظمة واللوائح أو تغييرها<sup>(75)</sup>.

وللديوان صلاحيات كبيرة لحماية المال العام، إذ نصت المادة السابعة عشرة على كل جهة من الجهات الإدارية إحاطة الديوان فور اكتشافها لأية مخالفة مالية أو وقوع حادث من شأنه أن تترتب عليه خسارة مالية للدولة، وذلك دون إخلال بما يجب أن

(74) نظام ديوان المراقبة العامة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م / 9) وتاريخ: 11 / 2 / 1391 هـ (1971).

(75) المادة الثامنة من نظام ديوان المراقبة العامة.

تتخذها تلك الجهة من إجراءات، وكذلك نصت المادة الحادية عشرة من نظامه على أن يبلغ الديوان ملاحظاته إلى الجهة المختصة، ويطلب إليها اتخاذ الإجراءات اللازمة. وعلى الجهة أن تخبر الديوان بما اتخذته في خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ إبلاغها، ولا يكفي أن تقوم الجهة الإدارية بإبلاغ الديوان بالمخالفة التي وقعت، بل قررت المادة السادسة عشرة من نظام الديوان أنه في حالة اكتشاف مخالفة فللديوان أن يطلب تبعا لأهمية المخالفة من الجهة التابع لها الموظف إجراء التحقيق اللازم، ومعاقبته إداريا، أو أن يقوم الديوان بتحريك الدعوى العامة ضد الموظف المسئول أمام الجهة المختصة نظاما بإجراءات التأديب. وعلى الجهة الإدارية أن ترفع تقريراً إلى الديوان الملكي مشفوعاً بنوع المخالفة (المالية خاصة) وتطلب منه إجازة الصرف المالي غير القانوني، وللديوان أن يتخذ من الإجراءات ما يراه حيال تلك المخالفات.

ديوان المراقبة العامة مسؤول عن سلامة النظام الرقابي ككل؛ لذا يبدأ عمله من حيث انتهى الآخرون، فهو يقوم بفحص كل الإجراءات التي تمت، ولديه سؤال لا ينفك: هل تمت العمليات والتصرفات المالية في الأصول والممتلكات وفقا للنظام أم مخالفة له؟ سيكون الديوان مسؤولاً دائماً عن متابعة إصلاح وسلامة النظام ككل؛ لذا عليه البحث بدقة لماذا حدث الخطأ؟ وكم حدث قبل هذا؟ وكيف لم تتمكن الإجراءات المتبعة من منعه؟ بل عليه أحيانا البحث في الخطأ الذي لم يقع بعد؛ لذا فعمله دوري روتيني مستمر غير محدود بقضية بعينها، فهو شامل ومهم جداً<sup>(76)</sup>.

أما هيئة الرقابة والتحقيق، فهي تختص بما يتعلق بأعمال الموظفين، والوظيفة العامة، إذ تقوم بالرقابة على حسن الأداء الإداري، وتطبيق الأنظمة، والتحقيق في المخالفات المالية والإدارية، والادعاء فيها أمام المحكمة المختصة<sup>(77)</sup>.

(76) الفرق بين هيئة مكافحة الفساد وديوان المراقبة العامة، د. محمد آل عباس، جريدة الاقتصادية، العدد 6963، السبت 18 ذي الحجة 1433 هـ. الموافق 03 نوفمبر 2012.

(77) صدرت موافقة خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان على صرف مكافأة تشجيعية مقدارها ستة ملايين وستمئة وواحد وستون ألفاً ومائتان وستة وثمانون ريالاً، لمئتين وثلاثة وأربعين موظفاً من منسوبي ديوان المراقبة العامة، الذين أدى اجتهادهم ويقظتهم خلال العام المالي المنصرم، إلى اكتشاف صرف مبالغ من قبل عدد من الجهات الحكومية المشمولة برقابة الديوان أو الالتزام بصرفها دون سند نظامي. وقد أدت ملاحظات الديوان ومتابعته المستمرة إلى استرداد مبالغ كبيرة لصالح خزينة الدولة بلغ مجموعها أكثر من ملياري ريال.

وتأتي هذه الموافقة الكريمة على صرف هذه المكافأة التشجيعية وفقاً لنص المادة (26) من نظام ديوان المراقبة العامة التي تقضي بأن لرئيس الديوان بناء على اقتراح منه وموافقة رئيس مجلس الوزراء، صرف مكافأة تشجيعية لموظفي الديوان، =

تضمنت اختصاصات هيئة الرقابة والتحقيق أن تختص إدارة الرقابة الإدارية في الهيئة وفقاً للمادة الثامنة من الباب الثاني من اللائحة الداخلية - بمراقبة تفويض الصلاحيات والمسؤوليات وفقاً للنظم المعتمدة، واللوائح المقررة، والقرارات الصادرة المنظمة لذلك، والكشف عن المخالفات الناتجة عن التقصير في الرقابة الداخلية في الوحدات الإدارية، واقتراح وسائل العلاج اللازمة في حالة وقوع حوادث الإهمال، أو المخالفات الإدارية، وإحالتها للجهات المختصة.

وتقوم الهيئة - حسب اختصاصاتها - بإجراء الرقابة اللازمة؛ للكشف عن المخالفات المالية والإدارية، وفي حال اكتشاف مخالفات في إحدى الجهات الحكومية، يتم إبلاغ وزير أو رئيس هذه الجهة بهذه المخالفات، حسب أهميتها؛ وذلك لاتخاذ اللازم نحوها، أو إجراء التحقيق المطلوب، وإحالتها للجهة المختصة في ديوان المظالم<sup>(78)</sup>.

أما الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، فهي تهدف إلى حماية النزاهة، وتعزيز مبدأ الشفافية، ومكافحة الفساد المالي والإداري بشتى صورته ومظاهره وأساليبه، وذلك بمتابعة تنفيذ الأوامر والتعليمات المتعلقة بالشأن العام، ومصالح المواطنين، بما يضمن الالتزام بها، والتحري عن أوجه الفساد المالي والإداري في عقود الأشغال العامة، وعقود التشغيل والصيانة، وغيرها من العقود، المتعلقة بالشأن العام ومصالح المواطنين في الجهات المشمولة باختصاصات الهيئة، واتخاذ الإجراءات النظامية اللازمة بشأن أي عقد يتبين أنه ينطوي على فساد، أو أنه أبرم أو يجري تنفيذه بالمخالفة لأحكام الأنظمة واللوائح النافذة، وإحالة المخالفات والتجاوزات المتعلقة بالفساد المالي والإداري عند اكتشافها إلى الجهات الرقابية، أو جهات التحقيق<sup>(79)</sup>.

ويلزم الهيئة الجهات الحكومية وفقاً لنص المادة الخامسة من تنظيم الهيئة الرد على استفسارات الهيئة وملحوظاتها، وإفادتها بما اتخذ حيالها، وذلك خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ إبلاغها بها.

=الذين يؤدي اجتهادهم إلى توفير مبالغ ضخمة للخزينة العامة، أو إنقاذ كميات كبيرة من أموال الدولة من خطر محقق. مجلة سبق الإلكترونية، 12 رمضان 1437، 17 يونيو 2016.

(78) الفرق بين ديوان المراقبة وهيئة الرقابة والتحقيق، سطات المقرن، جريدة الوطن أونلاين، 20 - 9 - 2010.

(79) المادة الثالثة من تنظيم الهيئة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم: (165) وتاريخ: 28 / 5 / 1432 هـ.

## المطلب الثالث

### محاكمة الوزراء

لمحاكمة الوزراء نظام ينظمها، وهو نظام قديم جداً، صدر في عام 1380هـ 1960م، أي قبل سبع وخمسين سنة، ويتضمن أخطاءً نحوية وإملائية كثيرة، وما زال نافذاً، وقد تضمن النظام تحديد الجرائم التي تستوجب محاكمة الوزراء، وتحديد عقوباتها، وبيان أحكام التحقيق، وتشكيل هيئة المحكمة، وإجراءاتها، وكيفية الطعن في الحكم، ونهائية الحكم، وكيفية العفو من العقوبة.

وإنشاء هيئة خاصة تتولى محاسبة الوزير عن الجرائم التي يقترفها أثناء تأديته لأعمال وظيفته الوزارية فإن هذه ضمانات خاصة لمنصب الوزير لا لشخصيته<sup>(80)</sup>.

وقد تضمن النظام عقوبات أصلية، وأخرى تبعية، انقسمت الأصلية إلى ثلاث فئات؛ هي: جرائم عقوبتها القتل، ومنها قيام الوزير بأفعال يقصد بها تغيير النظام الملكي، أو جرائم الخيانة العظمى، أو تعريض أمن الدولة وسلامتها للخطر<sup>(81)</sup>، وجرائم عقوبتها السجن المشدد من 10 إلى 15 سنة، كأن يقدم سكناً أو طعاماً، أو لباساً لأحد جنود الأعداء أو أحد جواسيسهم، أو يقدم وثائق أو معلومات تتعلق بسلامة المملكة لدولة أجنبية<sup>(82)</sup>، وجرائم عقوبتها السجن المخفف من 3 إلى 10 سنوات؛ إذا قام بأي تصرف من شأنه التأثير بالزيادة أو النقص في أثمان البضائع، والعقارات، أو الأوراق المالية، كذلك إذا قبل فائدة أياً كان نوعها لنفسه أو لغيره لقضاء عمل رسمي، أو إذا أفشى قرارات أو مداورات مجلس الوزراء التي تتعلق بأمن الدولة، أو أن يتدخل شخصياً في شؤون القضاء<sup>(83)</sup>.

أما العقوبة التبعية، فتتمثل في عزل الوزير من منصبه، وحرمانه من تولي الوظائف العامة، ومن عضوية مجالس إدارة الشركات، وذلك إذا أدين بأي من

(80) العجمي، سالم مفضي، النظام الدستوري للوزارة في النظام البرلماني وتطبيقها في دولة الكويت، رسالة ماجستير قدمت في 2012 لجامعة الشرق الأوسط، ص 99.

(81) المادة الثالثة من نظام محاكمة الوزراء.

(82) المادة الرابعة من نظام محاكمة الوزراء.

(83) المادة الخامسة من نظام محاكمة الوزراء.

تلك الجرائم، مع التعويض عن الأضرار التي تسبب بها<sup>(84)</sup>. ونص النظام في مادته الأولى على أن يكون ارتكاب الجريمة أثناء تولي الوظيفة المعين عليها الوزير، فإن كان ارتكابه للجريمة قبل صدور قرار تعيينه، أو بعد تقاعده، أو بعد استقالته، أو كان أثناء ارتكابه للجريمة المنصوص عليها بعد انتهاء خدماته، أو بعد صدور قرار إعفائه فلا يسري عليه هذا النظام<sup>(85)</sup>.

والوزراء مثلهم مثل القضاة، وأعضاء مجلس الشورى، وأعضاء هيئة التدريس في الجامعات، وأعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام؛ إذ تتم محاكمتهم على مرحلتين: مرحلة التحقيق، ومرحلة المحاكمة، فيتم التحقيق أولاً مع الوزير المتهم بواسطة لجنة يشكلها رئيس مجلس الوزراء من وزيرين، وقاض لا تقل مرتبته عن درجة رئيس محكمة<sup>(86)</sup>، ترفع تقريرها - أي اللجنة - لرئيس مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تشكيلها، ويعرض رئيس المجلس التقرير على مجلس الوزراء لمناقشته، فإذا تمت إدانة الوزير المتهم، يقوم المجلس بتشكيل هيئة المحاكمة المكونة من ثلاثة وزراء، يختارهم مجلس الوزراء عن طريق القرعة، وعضوين شرعيين، يلزم الا تقل مرتبتهما عن رئيس محكمة كبرى، ومدع عام يختاره رئيس مجلس الوزراء، ويكون للمحكمة أمين سر يضبط جلساتها ومحاضرها<sup>(87)</sup>.

ويلاحظ أن النظام منح حق اختيار أعضاء هيئة المحاكمة من الوزراء لمجلس الوزراء، وليس لرئيس المجلس، ثم إن ذلك يتم عن طريق إجراء القرعة بين الوزراء، وقد يكون ذلك لرفع الحرج عنهم فيما لو تم اختيار أعضاء هيئة المحاكمة مباشرة. ورغم أن النظام لم يحدد رتبة المدع العام، أو أمين السر، إلا أنه قياساً على درجات أعضاء هيئة المحاكمة الوظيفية، فنرى أنه يلزم أن يكون المدع العام، وكذلك أمين السر درجتهم الوظيفية قريبة من القضاة، والوزراء الآخرين، أو على الأقل ما يعادل المرتبة الخامسة عشرة.

ويلزم أن تكون المحاكمة بحضور المتهم، وحضور كامل أعضاء هيئة المحاكمة،

(84) المادة السادسة من نظام محاكمة الوزراء.

(85) الشيعبي، عبد المنعم عبدالله، محاكمة الوزراء في الفقه والنظام، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة نايف العربية، 1431، ص. 27.

(86) المادة الخامسة من نظام محاكمة الوزراء.

(87) المواد 15، 16، 17 من نظام محاكمة الوزراء.

فإذا تغيب المتهم أجل اجتماع الهيئة لحضوره، فإذا تعذر ذلك عقدت هيئة المحاكمة اجتماعاتها في غيابه. ورغم هذا، فقد أعطى النظام للوزير المتهم الذي لم يحضر جلسة المحاكمة فرصة أخرى ليطالب إعادة المحاكمة لعدم حضوره، وفي هذه الحالة تعاد المحاكمة خلال ثلاثين يوماً من حضوره<sup>(88)</sup>. وليس هناك استثناء من أحكام هذه الهيئة، وتعتبر أحكامها نهائية. ونصت المادة (25) على أنه لا يجوز للمتهم الاعتراض على أحكامها، وهذا خلل كبير يجب تلافيه، ومنح الوزير المتهم فرصة الطعن في الحكم الصادر.

منح النظام الوزير فرصة التظلم للملك، رئيس الدولة، في حالات محددة تضمنتها المواد 9، 19، 20، 22، وكلها تتعلق بالإجراءات الإدارية التي يجب أن تتبع في المحاكمة، فالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا النظام تعتبر قواعد أمر، واجبة الاتباع في جميع أدوار التحقيق والمحاكمة، وأي إخلال بها يجعل الحكم باطلاً، وفقاً لنص المادة التاسعة، فإذا لم يكتمل أعضاء هيئة المحاكمة وفقاً للتكوين المشار إليه في المادة التاسعة عشرة، أو تم تأخير جلسة الحكم أكثر من ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان المتهم بصورة من قرار إحالته إلى المحاكمة، أو عقدت هيئة المحاكمة جلساتها في غياب المتهم بدون إعلانه بكتاب مسجل إلى عنوانه، أو تخلف أحد من أعضاء هيئة المحاكمة عند إصدار الحكم ولم يكن لديه عذر شرعي يقبله الملك، أو عوقب المتهم عن وقائع لم ترد في قرار إحالته إلى المحاكمة، أو حكم عليه بغير العقوبات الواردة في نظام محاكمات الوزراء فإن للوزير أن يتظلم للملك بسبب إخلال هيئة المحاكمة اتباع هذه الإجراءات.

أمر آخر لافت للانتباه في هذا النظام، أنه يمكن لهذه الهيئة أن تصدر حكماً بقتل الوزير، ولا يحق للوزير أن يتظلم من ذلك الحكم إذا استوفت هيئة المحاكمة الإجراءات المنصوص عليها في النظام. ونظراً لتطور القضاء في المملكة، وبسبب إنشاء محاكم جزائية خاصة مختصة بالجرائم المتعلقة بأمن الدولة؛ مثل ارتكاب جرائم الإرهاب، أو التجسس لصالح دول أجنبية؛ لذا نوصي بأن يمنح اختصاص محاكمة الوزراء في هذه الجرائم للمحكمة الجزائية المختصة.

مع التأكيد على ضرورة إعادة النظر في نظام محاكمة الوزراء كلية وتعديله بما يتوافق مع التطور الذي وصلت إليه المملكة العربية السعودية.

(88) المواد 20، 21، 23 من نظام محاكمة الوزراء.

## الخاتمة:

في نهاية هذا البحث، توصل الباحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

- 1 - لا توجد قواعد قانونية تبين حقوق وواجبات الوزراء، عدا تلك المحظورات المشار إليها في نظام مجلس الوزراء، ونظام محاكمة الوزراء.
- 2 - نظام الوزراء ونواب الوزراء، وموظفي المرتبة الممتازة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م\10 وتاريخ 18\3\1391هـ نظام قديم، يتضمن سبع مواد فقط، حددت الأداة القانونية التي يتعين بها الوزراء ونوابهم، ومرتباتهم وإجازاتهم فقط، ويفترض من عنوان النظام أن يتضمن جميع حقوق وواجبات الوزراء ونوابهم، وطريقة إدارتهم للوزارة.
- 3 - رغم النص على إصدار النظام الداخلي لمجلس الوزراء في المادة الثلاثين من نظام مجلس الوزراء لعام 1414هـ، إلا أنه لم يصدر حتى الآن.
- 4 - لا توجد أي قواعد قانونية خاصة تحكم أعمال وزراء الدولة، والإشارة الوحيدة لهم وردت في الفقرة (د) من المادة الثالثة عشرة من نظام مجلس الوزراء.
- 5 - ينوب عن الوزير وزير آخر، يمارس مهامه واختصاصاته، وقد بين لنا الواقع العملي أن النيابة هي في الواقع مهمة تسيير أعمال الوزارة إلى أن يعود الوزير الأصلي، أو يعين غيره، ولم نلاحظ أن نائب الوزير غير من الخطط الاستراتيجية للوزارة، ولم يتدخل بتعيين أو عزل كبار المسؤولين فيها.
- 6 - اختيار الوزراء وإعفاؤهم حق حصري للملك، ومقيد بموافقته.
- 7 - ليس لرئيس مجلس الوزراء أي دور في اختيار الوزراء.
- 8 - ليس من مهام الوزراء في الحكومة تقديم برنامج عمل كما هو الحال في النظم البرلمانية، بل يكمل كل وزير الخطط السابقة للوزارة، وله اقتراح خطط جديدة.
- 9 - لكي تكون رقابة مجلس الشورى على أعمال الوزارات فعالة، يجب إعطاء المجلس صلاحية استجواب الوزراء مباشرة بدون قيد استئذان رئيس مجلس الوزراء في ذلك.

- 10 - نظام محاكمة الوزراء نظام قديم جداً، صدر من سبع وخمسين سنة، ولا زال نافذاً، وهو يحتاج إلى إعادة نظر، وتعديله حتى يواكب المستجدات الحديثة.
- 11 - يجب أن يكون ارتكاب الوزير لإحدى الجرائم التي نص عليها النظام أثناء توليه الوزارة، فإن كان ارتكابه للجريمة قبل ممارسته للوظيفة، أو بعد عزله منها فلا تسري عليه أحكام نظام محاكمة الوزراء.
- 12 - يمكن لهيئة محاكمة الوزراء أن تصدر حكماً بقتل الوزير إذا ثبت ارتكابه لإحدى الجرائم التي نص عليها نظام محاكمة الوزراء، ولا يحق للوزير أن يتظلم من ذلك الحكم إذا استوفت هيئة المحاكمة الإجراءات المنصوص عليها في النظام.

## المراجع:

- 1 - البابطين، د. هيا عبدالمحسن، التنظيمات الإدارية لشؤون الحج في عهد الملك عبدالعزيز، الطبعة الأولى 1422هـ.
- 2 - البقمي، د. عايض بن سلطان، ممارسة الموظف العام المضاربة بالأسهم ومدى تجارية هذا العمل، مجلة التنمية الإدارية الصادرة عن معهد الإدارة العامة، العدد 135، 1437هـ.
- 3 - جريس، د. غيثان علي، عسير في عصر الملك عبدالعزيز، الطبعة الأولى، 1420 هـ. حمزة، فؤاد، في قلب جزيرة العرب، طبعة عام 1421 هـ، بدون دار نشر.
- 4 - حسن، محمد قدرى، رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة، رسالة دكتوراه قدمت لجامعة القاهرة.
- 5 - الحديثي، د. إبراهيم محمد، إنشاء وترتيب المصالح العامة في المملكة العربية السعودية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 3، السنة 39 ذي الحجة 1436 هـ سبتمبر 2015.
- 6 - الحماد، صالح إبراهيم، دور مجلس الوزراء في مجال التشريع بالمملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة لبرنامج دراسات الأنظمة بمعهد الإدارة العامة، 1404هـ.
- 7 - الخولي، عمر، الوزارات والوزراء في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1437هـ.
- 8 - خاشقجي، د. يوسف هاني، تطور التنظيمات والمؤسسات الحكومية في المملكة العربية السعودية خلال مائة عام، الندوة الجامعية الكبرى المنعقدة في جامعة الملك سعود بمناسبة مرور مائة عام على تأسيس المملكة، الرياض 7 - 18 رجب 1420 هـ.
- 9 - الريحاني، أمين، تاريخ نجد الحديث، دار الجيل، بيروت، بدون سنة طبع. سعيد، أمين، تاريخ الدولة السعودية، مطبوعات دار الملك عبدالعزيز، بدون سنة طبع.

- 10 - السباعي، أحمد، تاريخ مكة: دراسات في السياسة والعلم والاجتماع وال عمران، الطبعة السادسة، نادي مكة المكرمة الأدبي، 1404هـ.
- 11 - سعيد، د. عصام بن سعد، الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في المملكة العربية السعودية، الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، 1432هـ.
- 12 - السندي، عبدالله راشد، مبادئ الخدمة المدنية في المملكة العربية السعودية، الطبعة 12، 1429هـ،
- 13 - السلوم، لطيفة عبدالعزيز، التطورات السياسية والحضارية في الدولة السعودية المعاصرة 1344 - 1351هـ، الطبعة الثانية، 1419هـ.
- 14 - الشبيلي، د. عبدالرحمن، مجلس الوكلاء في مكة المكرمة نواة السلطة التنفيذية (مجلس الوزراء) في عهد الملك عبدالعزيز 1350 - 1373هـ (1931 - 1953م)، محاضرة ألقى في نادي جدة الثقافي، ونشرت في جريدة الجزيرة، الخميس 01 ذي القعدة 1432هـ العدد 14245.
- 15 - الشبيلي، د. عبدالرحمن، مقال: في السعودية كان مجلس الوكلاء نواة السلطة التنفيذية، نشر في العدد 128 من مجلة الشورى، الصادرة في شهر رجب 1432هـ.
- 16 - الشعبي، عبدالمنعم عبدالله، محاكمة الوزراء في الفقه والنظام، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة نايف العربية، 1431هـ.
- 17 - شلهوب، د. عبدالرحمن بن عبدالعزيز، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1426هـ.
- 18 - صادق، محمد توفيق، تطور الحكم والإدارة في المملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الطبعة الأولى، 1385هـ.
- 19 - عبدالعزيز، د. سلمان بن سعود، تاريخ الملك سعود بن عبدالعزيز: 1319-1389هـ، ج 3، الناشر مكتبة دار الساقى.
- 20 - العباس، د. محمد، الفرق بين هيئة مكافحة الفساد وديوان المراقبة العامة، جريدة الاقتصادية، العدد 6963، السبت 18 ذي الحجة 1433هـ، الموافق 03 نوفمبر 2012م.

- 21 - العتيبي، د. إبراهيم بن عويض، تنظيمات الدولة في عهد الملك عبدالعزيز، منشورات جامعة الملك سعود، الطبعة الأولى 1419 هـ.
- 22 - العجمي، سالم مفضي، النظام الدستوري للوزارة في النظام البرلماني وتطبيقها في دولة الكويت، رسالة ماجستير قدمت في 2012 لجامعة الشرق الأوسط.
- 23 - الغصيني، ربيع مفيد، والأيوبي، د. أمير عزت، الوزير في النظام السياسي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- 24 - غوبر، د. محمد أحمد، الوزير في النظم السياسية المعاصرة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1431 هـ.
- 25 - القصيبي، د. غازي عبدالرحمن، حياة في الإدارة، الطبعة الثانية، 1999 م.
- 26 - الطبطبائي، د. عادل، النظام الدستوري في الكويت: دراسة مقارنة، ط 5، 2009 م.
- 27 - الطماوي، د. سليمان، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1428 هـ.
- 28 - المانع، محمد، توحيد المملكة العربية السعودية، ترجمة د. عبدالله بن صالح العثيمين، الطبعة الأولى عام 1402 هـ 1982 م.
- 29 - مجلة سبق الإلكترونية، 12 رمضان 1437 هـ، 17 يونيو 2016 م.
- 30 - المقرن، سطاتم، الفرق بين ديوان المراقبة وهيئة الرقابة والتحقيق، جريدة الوطن أونلاين، 20 - 9 - 2010 م.
- 31 - وزارة المالية والاقتصاد الوطني ومراحل تطور النظام المالي في المملكة، كتاب صادر عن وزارة المالية بمناسبة مرور مائة عام على تأسيس المملكة، شوال 1419 هـ.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
287	الملخص
287	تمهيد
289	أهمية البحث
289	موضوع البحث
289	خطة البحث
290	المبحث الأول - نشأة الوزارة في المملكة
298	المبحث الثاني - هيكله الوزارات وتصنيفها وشروط تعيين الوزراء وآلية اختيارهم
298	المطلب الأول - هيكله الوزارات
302	المطلب الثاني - تصنيف الوزارات
304	المطلب الثالث - شروط تعيين الوزراء
309	المطلب الرابع - آلية اختيار الوزراء وإعفائهم
311	المبحث الثالث - اختصاصات الوزراء ونوابهم ووزراء الدولة
311	المطلب الأول - اختصاصات الوزير
312	الفرع الأول - اختصاصات الوزير أثناء إدارته لوزارته
315	الفرع الثاني - اختصاصات الوزير خارج وزارته
320	المطلب الثاني - وزراء الدولة
322	المطلب الثالث - نائب الوزير
323	المبحث الرابع - القيود المفروضة على الوزراء والرقابة عليهم ومحاكمتهم
323	المطلب الأول - القيود المفروضة على الوزراء
323	أولاً - عدم جواز الجمع بين الوزارة وأي وظيفة حكومية أخرى
324	ثانياً - عدم جواز الجمع بين الوزارة وأي عمل تجاري أو مالي

الصفحة	الموضوع
325	ثالثاً- عدم جواز الجمع بين الوزارة وقبول عضوية مجلس إدارة أي شركة
326	رابعاً- لا يجوز للوزير أن يشتري أو يستأجر أيًا كان من أملاك الدولة، كما لا يجوز له بيع أو إيجار أي شيء من أملاكه إلى الحكومة
327	المطلب الثاني- الرقابة على أعمال الوزارات
333	المطلب الثالث- محاكمة الوزراء
336	الخاتمة
338	المراجع

# حقوق والتزامات المطور العقاري في القانون القطري دراسة في قانون تنظيم التطوير العقاري رقم 6 لسنة 2014 مقارنة بتشريعات دولة الإمارات

د. صالح أحمد اللهبي

أستاذ القانون المدني المشارك - كلية القانون - جامعة الشارقة

دولة الإمارات العربية المتحدة

## المقدمة:

صدر في قطر قانون تنظيم التطوير العقاري رقم 6 لسنة 2014، ويعد هذا القانون من القوانين الحديثة قياساً بقانون إمارة دبي ذي الرقم 13 لسنة 2008 ولائحته التنفيذية رقم 6 لسنة 2010 وقد حاول هذا القانون أن يستفيد من القوانين التي سبقته ويتجاوز كل الثغرات التي وقعت فيها.

وينظم هذا القانون بيع العقار على الخريطة ومسؤولية المطور العقاري، وبيع العقار على الخريطة يحقق أهدافاً عدة، سواء للمطور العقاري أو للمشتري، أهمها تحقيق المسؤولية النقدية للمطور العقاري، إذ إنه عند البيع على الخريطة يأخذ في الغالب دفعة أولية (ما يعادل 20-25% من الثمن الكلي للعقار)، وبالتالي فإن هذا الأمر يحقق للمطور العقاري سيولة نقدية لا بأس بها تمكنه من بدء المشروع، كما أن هذا الأمر يحقق للمشتري مصلحة هامة ألا وهي حصوله على عقار (وحدة عقارية) دون أن يكلف بدفع قيمتها دفعة واحدة خصوصاً الطبقة الواسعة من ذوي الدخل المحدود.

إن القانون القطري رقم 6 لسنة 2014 قد حاول أن يسد الكثير من الثغرات، وكان موفقاً في بعضها دون بعضها الآخر، وعليه سنحاول في هذا البحث الإجابة على التساؤلات الآتية:

هل نص هذا القانون على العيوب الظاهرة وهل هي مشمولة بالضمان؟

التمن هو أهم التزامات المشتري وأهم حقوق البائع - المطور-، هل يمكن مراجعة هذا التمن أم إنه ثابت بمجرد الاتفاق عليه؟

حكم عقد البيع، أي متى تنتقل الملكية إلى المشتري؟ هل تنتقل بأثر رجعي بعد اكتمال البناء، أم إنها تنتقل أولاً بأول وفقاً لأحكام الالتصاق؟

تكييف حق المشتري هل يملك حقاً عينياً أو إنه يملك حقاً شخصياً، قبل اكتمال البناء؟

ما مدى إمكانية تصرف المشتري بحقه ثانية سواء بالرهن أم البيع.

كلهذه المسائل نجد أنها بحاجة إلى المعالجة، لذلك آثرنا معالجتها ضمن هذا البحث المتواضع، وقد قسمنا الخطة وفق الآتي:

**المطلب الأول:** التعريف بالمطور العقاري في القانون القطري

**المطلب الثاني:** التزامات المطور العقاري في القانون القطري.

**المطلب الثالث:** حقوق المطور العقاري في القانون القطري.

**المطلب الرابع:** وقت انتقال الملكية من المطور العقاري الى المشتري وفقاً للقانون القطري.

## المطلب الأول

### التعريف بالمطور العقاري في القانون القطري

سنتناول في هذا المطلب بيان ماهية المطور العقاري في فرع أول، ثم نوضح شروط ممارسة مهنة المطور العقاري في القانون القطري في الفرع الثاني.

## الفرع الأول

### ماهية المطور العقاري

ورد في القانون رقم 6 لسنة 2014 الخاص بالتطوير العقاري عدة مصطلحات لا بد من التعرف عليها، وقد جاءت على الشكل التالي:

– **التطوير العقاري:** «أعمال تشييد متعددة الطوابق أو مجمعات سكنية أو تجارية، بهدف بيع وحداتها المفردة على الخارطة».

– **المطور العقاري:** فيعرف بأنه «كل شخص طبيعي أو معنوي مرخص بمزولة أعمال التطوير العقاري».

– **البيع على الخارطة:** «بيع الوحدات العقارية المفردة على الخارطة قبل اكتمال إنشائها».

– **المقاول من الباطن:** هو «كل شخص طبيعي أو معنوي يسند إليه المطور القيام ببعض الأعمال التي يتولاها بموجب اتفاق بينهما»<sup>(1)</sup>.

وعليه نجد أن المطور العقاري هو كل شخص طبيعي أو معنوي مرخص له بمزولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها، ويشمل المطور الرئيس أو الفرعي<sup>(2)</sup>. وقد فرّق قانون تنظيم التطوير العقاري القطري رقم 6 لسنة 2014 بين الشخص

(1) المادة 1 من الفصل الأول من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري، انظر ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري - دراسة مقارنة - دائرة القضاء، أبوظبي، ط1، 2014، ص 13.

(2) لمزيد من التفصيل راجع المادة 2 من قانون رقم 8 لسنة 2007 الخاص بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، وكذلك المادة رقم 1 من المرسوم الأميري رقم 22 لسنة 2008 بشأن حسابات الضمان العقاري في إمارة رأس الخيمة، أما إمارة عجمان فإن المرسوم الأميري رقم 8 لسنة 2008 بشأن تنظيم الملكية المشتركة في المشروعات العقارية والبنائيات الاستثمارية عرفت المطور العقاري بأنه: «أي شخص طبيعي أو شركة تجارية أو مؤسسة عامة مرخص لها من الحاكم، أو من ينوب عنه، للقيام بتطوير وتشبيد مشروع عقاري في إمارة عجمان وفقاً لأحكام هذا المرسوم، وتشمل العبارة أي مطور فرعي متعاقد مع المطور العقاري الرئيسي المعني ويقوم مقامه بالنسبة لأي جزء من عملية تطوير المشروع العقاري المعني».

الطبيعي والشخص المعنوي في ممارسة مهنة المطور العقاري، كما أنه فرّق بين المواطن وغير المواطن بالنسبة للشخص الطبيعي، فحصر ممارسة مهنة المطور العقاري بالنسبة للشخص الطبيعي بالقطري حصراً، وأن تكون له خبرة لا تقل عن ثلاث سنوات، وأن يكون حسن السيرة والسلوك، ومقيداً بالسجل التجاري<sup>(3)</sup>. أما بالنسبة للشخص المعنوي، فقد سمح القانون له بأن يكون مواطناً أم أجنبياً في ممارسة هذه المهنة، ولكنه تشدد في الشروط بالنسبة للشخص المعنوي الأجنبي، فاشتراط إضافة إلى التسجيل أن يكون لهذا الشخص فرع في دولة قطر، وأن تكون له خبرة لا تقل عن عشر سنوات في هذا المجال، وأن لا يكون قد أشهر إفلاسه من قبل، وأن يمارس عمله في الحدود التي يسمح لغير القطريين التملك فيها فقط<sup>(4)</sup>.

ولا نتفق مع المشرع القطري في هذا التوجه ذلك أن الشخص المعنوي المفروض أن يسمح له بمزاولة العمل في أي مكان يرغب فيه طالما سمح له بممارسة المهنة في دولة قطر، ولكن بعد ذلك نفرق بين التملك لهذه العقارات بين المواطنين وغير المواطنين، فإن كان العقار المبني أو الذي في طور البناء - الإنشاء - في منطقة لا يسمح للأجانب التملك فيها، سيكون لدينا المطور العقاري غير وطني ولكن المشتري مواطن، وإن كان نشاط التطوير العقاري في مكان يسمح لغير المواطنين التملك فيها فلا ضير من أن يكون النشاط - التطوير العقاري - والتملك لغير المواطنين طالما كان في مناطق يسمح فيها هذا الأمر، لذلك ندعو المشرع القطري إلى إعادة النظر في هذا النص وصياغته مجدداً بحيث يتلاءم مع ما سبق ذكره، إذ إن ممارسة النشاط شيء وتمليك العقارات شيء آخر. وبالنسبة للشخص المعنوي الوطني فالخبرة المشترطة هي ثلاث سنوات فقط، وألا يكون قد أشهر إفلاسه، وأن يكون قد أسس وفقاً لأحكام القانون القطري وأن يكون من بين نشاطه هو ممارسة التطوير العقاري<sup>(5)</sup>.

أما في القانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008، فقد عرف هذا القانون المطور الرئيسي والمطور الفرعي، فقال إن المطور الرئيسي هو: (كل من يرخص لممارسة أعمال تطوير العقارات في الإمارة وبيع وحداتها)، أما المطور الفرعي فهو: (كل من يطور جزءاً من مشروع عقاري عائد لمطور رئيس بموجب اتفاق بينهما)<sup>(6)</sup>.

(3) المادة 3/ أولاً من الفصل الأول من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري.

(4) المادة 3/ ثانياً من الفصل الأول من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري.

(5) المادة 3/ ثانياً من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري.

(6) المادة 2 من القانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بإمارة دبي، والقانون رقم 9 لسنة 2009 الخاصة بتعديل بالقانون رقم 13 لسنة 2008.

## الفرع الثاني

### شروط ممارسة مهنة المطور العقاري

لكي يمارس المطور العقاري عمله لابد من توافر عدة شروط، إضافة إلى ما ذكر سابقاً، منها ما هو إجرائي ومنها ما هو موضوعي، أما الإجرائي فهو: وجوب تجديد إجازة - رخصة التطوير العقاري - والتي تمنح لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، إذ يجب على المطور العقاري أن يجدد الرخصة مرة كل ثلاث سنوات على أبعد تقدير، وحسنا فعل المشرع القطري في جعله المدة القصوى لرخصة أعمال التطوير العقاري ثلاث سنوات، إذ إن مثل هذا الأمر يجعل المطور العقاري دائماً حريصاً على أن ينجز عمله على أتم وجه في سبيل ضمان تجديد رخصته<sup>(7)</sup>، وإن تم رفض طلب هذا الشخص في تجديد رخصته، فإن قرار الرفض لن يكون قطعياً بل إنه قابل للتظلم فيه أمام الوزير المختص، خلال مدة أقصاها ستين يوماً من تاريخ إخطاره بالقرار، أو من تاريخ اعتباره مرفوضاً<sup>(8)</sup>، أي قد يكون الرفض صريحاً من الإدارة أو ضمناً وهو إهمال أو تأخر الإدارة بالرد على صاحب الطلب أكثر من ستين يوماً.

أما الشرط الموضوعي والمهم فهو وجوب أن يكون عمل المطور العقاري وإدارة حساباته الخاصة بأي مشروع من خلال حساب الضمان<sup>(9)</sup>، وحساب الضمان هو أحد العمليات المصرفية المستحدثة التي تبتدعها المصارف في ضوء أنشطتها وحاجات العملاء<sup>(10)</sup>، وهو ضمانة جديّة للمشتري فيما يدفعه إذ إنه لن يبدد من قبل البائع أو لن يتم التلاعب به - إذا صح التعبير - إلا لأغراض المشروع المخصص، (وهو حساب مصرفي خاص بالمشروع الذي تودع فيه المبالغ المدفوعة من المشتريين لوحدة على الخارطة أو من الممولين للمشروع على أن يقوم بإدارة هذه الأموال أمين الحساب ويقصد به المؤسسة المالية أو المصرفية المعتمدة من دائرة الأراضي والأملاك)<sup>(11)</sup>.

(7) المادة 5 من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري.

(8) المادة 4 من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري، اعتبرت انقضاء هذه المدة دون رد رفضاً ضمناً للطلب.

(9) أ. سندس حميد الجبوري، المسؤولية المدنية للمطور العقاري، دار النهضة العربية القاهرة، 2015، ص 32.

(10) د. الآء يعقوب النعيمي، العمليات المصرفية: الآفاق المشرقة، الشارقة، 2010، ص 17.

(11) المادة 18 من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري، المادة 2 من القانون رقم 8 لسنة 2008 لإمارة دبي والمادة 6

من القانون رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

وإذا تعددت المشاريع فيجب فتح حساب ضمان مستقل لكل مشروع على حدة، وذلك بموجب طلب يقدمه المطور العقاري إلى الإدارة، مشفوعاً بالمستندات المطلوبة التي تحددها الإدارة، وبعد ذلك يفتح الحساب بموجب اتفاق بين المطور والبنك، ويحدد بمقتضاه حقوق والتزامات كل منهما، وهذا الحساب هو مملوك للمطور، ولكن أهم ما في الأمر أن دائني المطور لا يجوز لهم الحجز عليه حماية للمشتريين من تواطؤ المطور مع غيره - دائنيه - الذين قد يكونون صوريين في أغلب الأحيان، أي إن ديونهم وهمية غير حقيقية، لذلك يتدخل المشرع في تحديد ما يصرف للمطور وفقاً لمراحل البناء التي ينجزها، إذ تعتمد في القانون القطري من الإدارة المختصة بوزارة البلدية والتخطيط العمراني ووفقاً لمراحل التنفيذ، على أن نراعي أن أول دفعة تصرف للمطور من حساب الضمان، لا يستحقها المطور ما لم يكن قد أنجز 20% على الأقل من الأعمال الإنشائية للمشروع، وفي كل الأحوال يحجز ما يعادل 10% من مبلغ حساب الضمان الإجمالي لأي مشروع ولا يسلم للمطور العقاري إلا بعد انقضاء المدة التي تحددها الوزارة<sup>(12)</sup>، وذلك لإصلاح العيوب في حالة ظهورها في البناء<sup>(13)</sup>.

وقد منع القانون القطري من التسديد المباشر للمطور العقاري<sup>(14)</sup>، ويتولى الرقابة على هذا الحساب المصرف المركزي القطري، والمفروض أنه يصدر التعليمات والضوابط التنظيمية لإدارة الحساب وإجراءات الإيداع فيه، وأية أحكام تنظيمية أخرى تتعلق بهوفق المادة 28 من القانون القطري. ويجب الإيداع في الحساب، أما المشرع المحلي لإمارة الشارقة، فلم يلزم المطور العقاري بفتح حساب ضمان، إذ إن تسديد الثمن يكون بموجب شيكات محررة باسم المطور العقاري، وكما ذكرنا فإن هذه المبالغ تعد مملوكة للمطور ولكنه لا يملك التصرف بها إلا وفقاً للقانون لأنها بمنزلة أمانة بيده، وإلا فإنه سيتعرض للعقوبة القانونية الجزائية في أغلب الأحيان<sup>(15)</sup>.

(12) المادة 18-25 من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري، ولمزيد من التفصيل في حسابات الضمان ينظر، حصة الهاشمي، ضمانات حماية المشتري في بيع عقار على الخريطة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الشارقة، 2011، ص 64.

(13) علماً إن المادة 14 من قانون حسابات الضمان المحلي لإمارة دبي رقم 8 لسنة 2007، قد حدد نسبة الاستقطاع بأنها لا تقل عن 5% من القيمة الإجمالية لمبلغ حساب الضمان.

(14) المادة 24 من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري.

(15) د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، جامعة الكويت، 1989، ص 168. هدى سعيد التمير، القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق وطبقات، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، مصر، 1989، ص 135.

## المطلب الثاني

### التزامات المطور العقاري في القانون القطري

سوف نتناول في هذا المطلب التزامات المطور العقاري ونعالج فيها التزامه بإكمال البناء في فرع أول وفي الفرع الثاني نتناول التزامه بالتسليم، ثم الفرع الثالث خصصناه لضمان العيوب الظاهرة.

#### الفرع الأول

##### الالتزام بإكمال البناء

إن التزام المطور العقاري بإكمال البناء ضمن المدة المتفق عليها، إن كان هناك تحديد للمدة، هو الأهم، وفي هذه الحالة يعد التزام المطور هو التزام بنتيجة، أما إن لم يكن هناك تحديد للمدة، وذكر أن المطور ملزم بإكمال البناء خلال مدة معقولة، فإن الرأي الراجح في هذه الحالة أن التزام المطور هو التزام بوسيلة، وبالتالي لا يسأل عن التأخير - لكنه حتماً مسؤول عن إتمام البناء -<sup>(16)</sup>، بينما يذهب رأي آخر إلى أن هذا التمييز لا يقوم على أساس سليم فسواء حددنا المدة بالقطعية أو التقريبية فهي ترتب التزاما بنتيجة على عاتق المطور، وبالتالي لا يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وعقد بيع العقار تحت الإنشاء يجب ان يبرم قبل تمام البناء حتى يخضع لأحكام النظام الذي استحدثه القانون القطري رقم 6 لسنة 2014 ، وكذلك القوانين التي عالجت هذه المسألة، أما إن كان البيع قد جرى بعد إكمال البناء فإن العقد هو بيع عادي يخضع للقواعد العامة في القوانين المدنية<sup>(17)</sup>، وهذا ما عبرت عنه محكمة تمييز دبي في أحد أحكامها فجاء فيه: (الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة هي الوحدات غير الموجودة وقت التصرف ويمكن وجودها في المستقبل أو التي في طور الإنشاء أو التي لم يكتمل إنشاؤها بعد)<sup>(18)</sup>.

(16) ينظر آراء الفقهاء التي ذكرها د. محمد المرسي زهرة، المصدر السابق، ص 37.

(17) د. أحمد الحيارى، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4 لسنة 33، ص 280.

(18) حكم غير منشور صادر عن محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 40 / 2009 / طعن عقاري / صادر عن محكمة تمييز دبي في 7-2-2010.

وذهب جانب من الفقه إلى أن الالتزام بإقامة البناء يشمل كذلك الالتزام بالتسليم، فالبايع يقوم ببناء العقار حتى يتمكن بعد ذلك من تسليم العقار بعد نقل ملكيته إلى المشتري، إذن عقد بيع عقار تحت الإنشاء يتضمن التزامين متلازمين الالتزام بالبناء (القيام بعمل)، والالتزام بالتسليم<sup>(19)</sup>.

وقد فرض القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري عدة التزامات على المطور أهمها:

- 1 - بدء الأعمال وإنهاؤها في الموعد المحدد في العقد.
- 2 - استخدام الأموال المودعة في الحساب في الأغراض المخصصة لها.
- 3 - المتابعة والإشراف على تنفيذ المقاول من الباطن للأعمال التي تسند إليه، وفقاً للمواصفات الفنية المعتمدة.
- 4 - إعداد وتقديم التقارير التي تطلبها الجهات المختصة، وفقاً للضوابط التي تحددها الإدارة.
- 5 - تحقيق المواصفات الفنية المعتمدة وفقاً للتصاميم العامة للمشروع، ولكل وحدة من وحداته.
- 6 - تسليم المشتري وحداتهم المحجوزة، في التاريخ المحدد في العقد، وبالمواصفات الفنية المعتمدة التي تم التعاقد على أساسها، واتخاذ الإجراءات اللازمة لتسجيلها بأسمائهم.
- 7 - لا يجوز للمطور أن يعهد إلى المقاول من الباطن بالقيام ببعض أعماله بما يجاوز نسبة 50% (خمس في المائة) من المشروع، إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة، ولا يعتد بأي اتفاق على خلاف ذلك<sup>(20)</sup>.

وهذا أمر جيد إذ لا يجوز أن يتنازل المطور الرئيس إلى المقاول من الباطن أو إلى المطور الفرعي عن أكثر من 50% من المشروع، إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة، ولا يعتد بأي اتفاق على خلاف ذلك، إذ إن الغاية من تحديد نسبة التنازل بما لا يتجاوز 50% هي أن شخصية المطور الرئيسي محل اعتبار بالتأكيد، وإلا لما لجأ المشتري

(19) د. أحمد الحيارى، المصدر السابق، ص 280.

(20) المادة 7-8 من القانون القطري رقم 6 لسنة 2014.

للشراء من المطور الفلاني وترك غيره، وفي نفس الوقت لا بد من وجود المقاول من الباطن لتنفيذ المشروع في الموعد المحدد ولوجود أعمال متخصصة لا بد أن يقوم بها أشخاص ذوي خبرة فنية دقيقة غير عقارية في كثير من الأحيان مما لا يتوافر في المطور الرئيس، مثل أعمال البناء وغيرها من الأعمال الأخرى، لكل ذلك حدد المشرع نسبة التنازل بالقول إنها يجب ألا تتجاوز ما نسبته 5% من المشروع.

ولكن الإشكالية هي لحظة إكمال البناء فلم نجد المشرع القطري قد حدد لحظة إكمال البناء، وبالتالي هذا الأمر كان لا بد من معالجته ونجد أنه يحتاج إلى توضيح، فعلى سبيل المثال المشرع الفرنسي قد حدد لحظة إكمال البناء في النطاق الخاص، إذا تم تنفيذ الأعمال ووضع العناصر اللازمة والضرورية للاستعمال بحسب الغرض المخصص له البناء المبيع، والأمر الذي يهمنا في تحديد لحظة الانتهاء من البناء هو الإسراع بتحديد لحظة انتقال الملكية ولا سيما بالنسبة للبيع لأجل، أما في النطاق العام فلم يحدد المشرع الفرنسي لحظة الانتهاء من البناء، إلا أن أغلب الفقه الفرنسي يذهب إلى القول: إنه لا مانع من استعارة المعيار الذي وضعه المشرع الفرنسي في النطاق الخاص وتطبيقه على العقد المبرم في النطاق العام، والهدف من ذلك هو أن أي عقد بعد هذه اللحظة هو بيع عادي لا يخضع للقواعد العامة، أما قبل هذه اللحظة فهو بيع عقار تحت الإنشاء يخضع للقواعد الخاصة في بيع عقار تحت الإنشاء<sup>(21)</sup>.

ونتفق مع من يذهب إلى أن هذا المعيار غير دقيق ويحتاج إلى مراجعة ذلك أن القول بأن البناء اكتمل بمجرد إكمال العناصر الرئيسية معناه أن البناء لم يكتمل كلية ولكنه مع ذلك قد يحرم المشتري من الضمانات المقررة في القواعد الخاصة ببيع عقار تحت الإنشاء<sup>(22)</sup>.

في القانون الإماراتي - القانون المحلي لإمارة دبي - رقم 13 لسنة 2008، قال إن المطور العقاري يعد قد أكمل البناء بتاريخ حصوله على شهادة الإنجاز من الجهات المختصة<sup>(23)</sup>، أما القانون المحلي لإمارة عجمان فقد ذكر أن تاريخ إكمال البناء هو

(21) د. محمد المرسي زهرة، المصدر السابق، ص 21-22.

(22) أ. حصة الهاشمي، المصدر السابق، ص 105.

(23) المادة رقم 8 من القانون 13 لسنة 2008 المحلي لإمارة دبي، والمادة 7 من اللائحة رقم 6 لسنة 2010 الخاصة بالقانون رقم 13 لسنة 2008.

تسليم أول وحدة عقارية<sup>(24)</sup>، وبتقديرنا فإن ما ذهب إليه المشرع المحلي لإمارة دبي هو الأفضل والمفروض أن يؤخذ بنظر الاعتبار.

أما القانون القطري رقم 6 لسنة 2014 فلم يشر إشارة واضحة إلى هذا الأمر، ولكنه تناوله بمناسبة التزامات المطور العقاري، فذكر أنه يجب على المطور العقاري أن يتخذ إجراءات التسجيل بعد ستين يوماً من تاريخ حصوله على شهادة إتمام البناء التي تأتي بعد فرز الوحدات العقارية<sup>(25)</sup>.

## الفرع الثاني

### الالتزام بالتسليم

قبل مناقشة التزام المطور العقاري بالتسليم لابد من القول بأن المطور ابتداءً ملتزم بالإدلاء بالمعلومات، وهذا من أهم الضمانات التي تقر لمصلحة مشتري عقار تحت الإنشاء لحماية رضاءه وضمان تنوره وقيامه على أساس سليم، إذ إن تمكنه من الحصول على كافة المعلومات الضرورية عن الشيء المبيع<sup>(26)</sup>، كما أن هذا الأمر يحقق المساواة في المراكز القانونية إلى حد ما في العلم والمعرفة بين طرفي العقد المراد إبرامه، وبالتالي ردم هوة التفاوت في المعرفة بين المتعاقدين والذي كان سبباً جوهرياً في وجود وبلورة هذا الالتزام<sup>(27)</sup>.

والقانون رقم 6 لسنة 2014 القطري لم ينص بصورة صريحة على هذا الالتزام، لكنه يفهم ضمناً من نصوصه، وتحديد النص الذي تكلم عن التزامات المطور العقاري

(24) المادة 14 من المرسوم الأميري رقم 8 لسنة 2008 الخاص بتنظيم الملكية المشتركة في المشروعات العقارية والبنائيات الاستثمارية في إمارة عجمان، المعدل بموجب المرسوم الأميري رقم 12 لسنة 2008.

(25) المادة 16 من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري.

(26) د. محمد المرسي زهرة، الحماية القانونية للمستهلك، مجلة الحق شريعة وقانون، تصدر عن جمعية الحقوقيين، الإمارات العربية المتحدة، العدد 7 لسنة 2001، ص 220؛ د. نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 9-15.

(27) د. دينا محمود حبال، حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، بحث منشور على شبكة الأنترنت على الموقع <http://www.startimes.com/?t=22725404> بتاريخ 24-2-2016؛ د. مدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقاً للقانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي وأحكام القضاء، القاهرة، المكتب الفني، الإصدارات القانونية، 1999، ص 88.

في المادة 7 / 5 منه ، لكن يبقى التساؤل عن السند القانوني لهذا الالتزام، أيضا هذا الأمر لم ينص عليه القانون رقم 6 لسنة 2014 ولكن نتفق مع بعضهم أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود تكفي للأخذ بهذا الالتزام<sup>(28)</sup>، بينما أقامه آخرون على أساس خيار الوصف الذي بدوره يرتبط بركن الرضا في العقد، فإبرام عقد معين بموجب صفات معينة في المبيع وثبوت عدم وجود هذه الأوصاف يستتبعه اختلال في رضاء المشتري بسبب اختلاف الوصف<sup>(29)</sup>.

وبالتأكيد يلتزم المطور بعد ذلك بتسليم العقار وأن يكون مطابقاً لما تم الاتفاق عليه، ولا يكون التسليم مبرئاً لذمة المطور إلا إذا وقع على شيء مطابق للمواصفات المتفق عليها باعتبار أن التسليم هو نقل الشيء إلى سلطة وحيازة المشتري، وهذا يستوجب المطابقة والتي لا يمكن التحقق منها إلا لحظة التسليم<sup>(30)</sup>.

ويعد العقار المبيع مطابقاً للمواصفات إذا قام المطور بتنفيذ عمليات البناء حسب المتفق عليه بأن يستخدم مواد البناء المذكورة في العقد، أما إذا خالف المطور مواد البناء المتفق عليها في العقد أو لم تكن العقارات بعد تسليمها مطابقة للنماذج والرسومات التي صدر بشأنها رضاء المشتري، كاستخدام مواد بناء غير المتفق عليها، كما في حالة عدم وضع مادة عازلة أو وضع مادة عازلة ولكنها من غير المتفق عليه، أو استخدام أبواب خشب بدلاً من الألمنيوم وما إلى ذلك من مخالفات أخرى، فإن المطور يعد مسؤولاً، كما إن هناك حالة أخرى مهمة وهي إذا تبين أن العقار غير مطابق للغرض المتفق عليه، ولكن في هذه الحالة يجب أن يكون الغرض من العقار متفقاً عليه صراحة أو ضمناً في العقد<sup>(31)</sup>.

كما إن أي نقص في مساحة المبنى يعد من قبيل عدم المطابقة سواء أكان النقص واقعاً على مساحة المبنى ذاته أو مساحة الأرض المقام عليها البناء، وقد تناول القانون

(28) د. ممدوح محمد مبروك، المصدر السابق، ص 267-277.

(29) لمزيد من التفصيل ينظر د. عدنان إبراهيم سرحان و د. نوري حمد خاطر، الأساس القانوني للالتزام المؤمن له تقديم المعلومات (دراسة نقدية في قانون التأمين الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي)، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 1 السنة 31، مارس 2007، ص 284.

(30) السيد محمد السد عمران، المجموعة العملية للأبحاث القانونية في عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشديد، الإسكندرية، مصر، درا المطبوعات الجامعية، 1999، ص 15-16.

(31) أ. حصة الهاشمي، المصدر السابق، ص 44.

رقم 6 لسنة 2014 ذلك وذكر صراحة في المادة 17 منه التي جاء فيها: «تعد مساحة الوحدة العقارية المسجلة في السجل العقاري المبدئي هي المساحة المتعاقد عليها، فإذا تبين عند تسليم الوحدة إلى مالكيها أن مساحتها الفعلية أقل من المساحة المتعاقد عليها، يخفض ثمن الوحدة بما يتناسب مع مساحتها الفعلية، على أساس سعر المتر المقيد في السجل العقاري المبدئي، وفي جميع الأحوال، يجوز لمن أصابه ضرر، سواء في حالة زيادة أو نقص مساحة الوحدة العقارية، المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض».

وكان المشرع القطري في هذا الاتجاه موفقاً أكثر من القانون الإماراتي وتحديداً القانون الخاص بإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008، الذي جاء فيه بعدم الاعتداد بالزيادة في مساحة الوحدة العقارية كونها تأتي لمصلحة المشتري، وما يعتد به هو بالنقصان فقط، فلا يجوز للمطور أن يطالب بقيمة الزيادة من المشتري ما لم يتفق على خلاف ذلك، أما النقص فيعتد به ويجوز للمشتري المطالبة بالتعويض عنه، ويعد النقص مؤثراً إذا تجاوز نسبة 5% من المساحة الصافية للوحدة<sup>(32)</sup>، لكن من جانب آخر نجد أن المشرع الإماراتي كان موفقاً في تحديد النسبة بما يجاوز الـ 5% كي يستطيع المشتري المطالبة بالتعويض عن النقص، وهذا ما ندعو المشرع القطري للأخذ به، وهو تحديد النسبة فلا يمكن المطالبة بالتعويض على أي نقص مهما كان تافهاً، فالمفروض أن تكون هناك نسبة نقص في المساحة خصوصاً في العقارات على الخريطة بما لا يجاوز نسبة 5% مثلما فعل المشرع الإماراتي في القانون رقم 13 لسنة 2008 .

وطبيعي بعد ذلك أن يكون الجزاء المترتب على تخلف المطور في تنفيذ التزاماته هو مطالبة المشتري له بالتنفيذ العيني إن كان ممكناً، كأن تكون عدم المطابقة في المواصفات غير جوهرية ويمكن تنفيذها من الناحية العملية كما لو طلب المشتري تغيير الأبواب أو تغيير الدهان أو وضع ورق الحائط لم يضعه المطور مع وجود اتفاق مسبق<sup>(33)</sup>، كما أن المشتري يستطيع أن يطالب بفسخ العقد ويحصل ذلك إذا كانت مخالفة المطور للمواصفات المتفق عليها جوهرية<sup>(34)</sup>، ويقع على عاتق المشتري إثبات جسامته

(32) المادة 12 من القانون رقم 13 لسنة 2008، والفقرة الثانية من المادة 13 من اللائحة رقم 6 لسنة 2010 الخاصة بالقانون رقم 13 لسنة 2008.

(33) د. محمد المرسي زهرة، المصدر السابق، ص 182.

(34) الطعن رقم 178 لسنة 2007 (طعن تجاري)، صادر عن محكمة تمييز دبي في 18 ديسمبر 2007، العدد الثامن عشر، ج 2 (حقوق)، ص 946.

المخالفة وفي كل الأحوال تقدير فسخ العقد من عدمه من صلاحية قاضي الموضوع، فقد يستجيب القاضي لطلب الفسخ وقد يرفضه ويمهل المطور مدة زمنية لإصلاح الضرر أو تلافي العيوب وإكمال النقص.

ومع الفسخ أو التنفيذ العيني يقبل طلب التعويض إن كان له مقتضى، والتعويض يقدر بالفرق بين قيمة العقار سليماً وقيمه معيماً<sup>(35)</sup>، كما يشمل التعويض ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب جراء عدم المطابقة<sup>(36)</sup>.

### الفرع الثالث

#### التزام المطور بضمان العيوب الظاهرة

لم ينص القانون رقم 6 لسنة 2014 على هذا الالتزام، واكتفى بما جاء في القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004، الذي نص على أن الضمان في عقد البيع يقتصر على ضمان البائع للعيوب الخفية فقط، وهي تكون كذلك إن توافر فيها شروط، أن تكون قديمة قبل التسليم، وأن تكون مؤثرة في المبيع سواء الثمن أو المنفعة، وأن تكون خفية بالألا يستطيع الشخص المعتاد ان يكتشفها بالفحص المعتاد للمبيع<sup>(37)</sup>.

ولكن في البيع على الخريطة وطالما أن العقارات غير موجودة وقت البيع كي يعاينها المشتري لهذا السبب، فإن المطور يضمن العيوب الظاهرة للمشتري، هذا الأمر أخذ به المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1/1642 من القانون المدني، والتي أفادت أن بائع العقار تحت الإنشاء لا يستطيع أن يتخلص قبل قبول الأعمال قبل انقضاء مدة شهر من شغلها بواسطة المكتسب من ضمان عيوب البناء الظاهرة حينئذ، نلاحظ أن المشرع قد اشترط أن يكون العيب ظاهرياً كي يجعل مدة الضمان شهراً واحداً، وفي كل الأحوال تنقضي هذه الدعوى إن شغل المشتري ذلك العقار وحازه مدة ستة أشهر،

(35) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ج4، ص 742.

(36) ينظر الطعن رقم 2 لسنة 2010 (الأحكام المدنية والتجارية) الصادر عن محكمة النقض في إمارة أبوظبي، بتاريخ 13-3-2010؛ والطعن 1398 الصادر عن نفس المحكمة في 27-12-2009. كلا الطعنين منشورين في شبكة قوانين الشرق <http://www.eastlaws.com/AhkamSearch.733139.aspx?tab=divSearchCustom>

(37) المادة 455-465 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004.

أو من تاريخ قبول المشتري لتلك العيوب رغم اطلاعه عليها<sup>(38)</sup>.

والمقصود بشغل العقار في هذا الصدد هو الحيازة الفعلية، ويأخذ نفس الحكم تسليم المفتاح إلى المشتري، ولا يشترط أن يسكن المشتري شخصياً في العقار، فقد يؤجره المشتري قبل أن يسكنه إلى مستأجر وفي هذه الحالة تكون حيازة المستأجر بالتأكيد لمصلحة المشتري<sup>(39)</sup>.

وأقصى مدة لإقامة الدعوى هي سنة<sup>(40)</sup> وهذه المدة هي مدة سقوط وليست تقادماً، ويستطيع البائع تفادي الفسخ إذا عرض إصلاح العيب، وفي حقيقة الأمر الإصلاح هو صورة من صور التنفيذ العيني الجبري فإن طلبه المشتري وكان ممكناً وجب على المحكمة أن تستجيب له، فإن كان غير ممكن وجب اللجوء إلى التنفيذ بمقابل (التعويض).

أما موقف القوانين المحلية لدولة الإمارات وتحديداً قانون إمارة دبي رقم 13 لسنة 2008 فلم ينظم هذه المسألة ولم يأت بنص قريب من نص القانون الفرنسي، وعليه وجب الرجوع إلى القواعد العامة في عقد البيع وبالرجوع إلى تلك القواعد تبين أن البائع غير مسؤول عن العيب الظاهر ما لم يثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عن طريق الغش وألا يكون المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب<sup>(41)</sup>، وبالرجوع إلى المادة 3/545 من قانون المعاملات المدنية الإماراتية التي جاء فيها: «لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات الآتية: 3- إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب».

وبإعمال مفهوم المخالفة لهذا النص نجد أن البائع يضمن العيوب التي لم يكن في مقدور المشتري معرفتها وقت الشراء، باعتبار أن المبيع غير موجود وقت إبرام البيع أو غير مكتمل الموجود<sup>(42)</sup>.

(38) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدنياً - دراسة مقارنة في الضمان العشري - ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر مسؤولية المهنيين، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2006، ص 276.

(39) د. محمد مرسي زهرة ن المصدر السابق، ص 277.

(40) المادة 1642 والمادة 2/1648 من القانون المدني الفرنسي.

(41) د. عدنان السرحان، أحكام البيع، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، ط3، 2013، ص 190.

(42) حصة إسحاق الهاشمي، ضمانات حماية المشتري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الشارقة، غير

ولعدم ورود نص في هذه المسألة حاول رأي من الفقه<sup>(43)</sup> الاستناد إلى أحكام خيار الرؤية<sup>(44)</sup> الواردة في القواعد العامة للعقد، فالمشتري لعقار تحت الإنشاء قد اشترى العقار وهو لم يره فمن حقه بعد رؤيته أن يطالب بالفسخ، واشتراط البائع إعفاءه من ضمان هذا العيب يجعله باطلاً، ذلك أن المشتري كان في حالة تمنعه من الاطلاع على العيب، وعليه ان كان هناك مثل هذا الشرط فهو شرط باطل<sup>(45)</sup>، كما استند رأي آخر<sup>(46)</sup> على أساس ثان لإبطال مثل هذا الشرط، إذ ذهب إلى أن هذا الشرط هو من قبيل الشروط التعسفية المقترنة بعقد إذعان؛ لذلك كان لا بد من إبطالها من قبل القاضي المختص؛ إذ كما هو معلوم أن أي شرط اقترن بعقد إذعان وكان ذلك الشرط تعسفياً بتقدير القاضي فيجب إلغاؤه أو تعديله حسب الحال.

وأمام هذا النقص الواضح في التشريعات المحلية لدول الخليج عموماً ودولة قطر تحديداً، إذ إنها ستقبل حتماً على بناء الكثير من المجمعات السكنية لتغطية متطلبات المرحلة المقبلة، عليه نقترح على المشرع القطري أن ينظم هذه المسألة بنصوص صريحة وواضحة تحدد التزامات البائع عن ضمان العيوب الظاهرة.

### المطلب الثالث

#### حقوق المطور العقاري في القانون القطري

إن أهم حقوق المطور العقاري هو الحصول على الثمن من المشتري، وللثمن أحكام لا بد من بيانها، وأهمها كيفية دفع الثمن، ثم مبدأ مراجعة الثمن، وبعد ذلك نعالج طبيعة حق المشتري، وأخيراً تصرف المشتري بحقه، وذلك في أربعة أفرع على الشكل التالي:

منشورة، 2011، ص 102.

(43) د. أحمد الحباري، المصدر السابق، ص 294.

(44) وردت هذه المواد في قانون المعاملات المدنية في المواد (226-230) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

(45) المادة 545 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(46) د. محمد مرسي زهرة، المصدر السابق، ص 205.

## الفرع الأول

### التزام المشتري بدفع الثمن

إن أهم حق من حقوق المطور العقاري تجاه المشتري، والذي يمثل في نفس الوقت التزاماً من التزامات المشتري هو دفع الثمن، والثمن مبلغ نقدي يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، إما بسعر السوق أو الاعتماد على السعر الذي اشترى به البائع - بيوع الأمانة<sup>(47)</sup>، ولم يشر القانون القطري رقم 6 لسنة 2014 إلى طريقة الثمن وبيان تفاصيله، وكل ما ذكره هو وجوب دفع الثمن في حساب الضمان ولا يمكن دفعه يدوياً، وأن يربط بمراحل الإنجاز<sup>(48)</sup>.

وبعد فتح حساب الضمان يدفع الثمن في هذا الحساب، ولا يستطيع المطور أن يسحب من هذا الحساب أية مبالغ إلا بعد أن يكون قد أنجز 20% على الأقل من الأعمال الإنشائية بالمشروع، وتقدر نسبة إنجاز تلك الأعمال بمقارنة تكلفتها منسوبة إلى إجمالي التكلفة التقديرية للمشروع، ولا يدخل ضمن التكلفة قيمة الأرض محل التطوير ومصروفات تسويق المشروع<sup>(49)</sup>، يكون الثمن مستحق الأداء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع، فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب أدائه في موطن المشتري وقت استحقاقه، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، وإذا لم يؤد المشتري الثمن عند استحقاقه، أو أحل بالالتزامات الأخرى التي يرتبها عقد البيع، يكون البائع بالخيار بين طلب إلزام المشتري بالتنفيذ أو طلب فسخ البيع<sup>(50)</sup>.

(47) المواد 419، 421، 425 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004، والمواد 423، 489، 489، 504، 505، 507، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 المعدل، وشرحها لدى د. جاسم علي الشامسي، عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة)، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، 1998، ص 249-250.

(48) المادة 18 وما بعدها من القانون رقم 6 لسنة 2014.

(49) المادة 20 من القانون رقم 6 لسنة 2014.

(50) المواد 467 - 468 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004، ولزيد من التفصيل حول خيارات المطور العقاري - البائع - في إمكانية طلب الفسخ أو التنفيذ العيني يراجع د. أحمد عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (عقد البيع) - الإمارات العربية المتحدة - أكاديمية شرطة دبي، ط 1، 1989، ص 263.

وكما وفر المشرع الضمانات للمطور العقاري في حصوله على الثمن، فإنه وفر ضمانات للمشتري أيضاً في حال طالبه المطور بالسداد عكس الطريقة التي رسمها القانون، وكانت تلك النصوص في القانون الإماراتي رقم 13 لسنة 2008 ولائحته التنفيذية رقم 6 لسنة 2010 أوضح من غيرها، فنصت المادة 20 من اللائحة على أنه يحق للمشتري أن يطالب بفسخ العقد إذا (1- امتنع المطور عن ربط الدفعات بمراحل الإنجاز الإنشائية المقترحة من لدن المؤسسة).

ونتفق مع من يذهب<sup>(51)</sup> إلى ضرورة أن يكون للمؤسسات العقارية المعنية بتسجيل هذا البيع القدرة على مراجعة الإجمالي من الثمن الذي سيدفعه المشتري؛ إذ يجب أن يكون هناك تعادل بين التزامات المتبايعين، كما هو الحال لدى المشرع الفرنسي الذي أجاز للمشتري المطالبة بفسخ البيع بسبب الغبن الفاحش عندما يتجاوز 7-12 من قيمة العقار وقت البيع<sup>(52)</sup>.

أما القانون المدني القطري فلم يجز الطعن بالغبن الفاحش ما لم ينتج هذا الغبن عن التغيرير أو الاستغلال أو الإكراه أو التدليس، ولكن الأمر الحسن في القانون المدني القطري هو أن هذا القانون حدد النسبة التي يمكن القول بعدها بوجود غبن فاحش فذكر ويعد الغبن فاحشاً إذا زاد عند إبرام العقد عن الخمس<sup>(53)</sup>.

أما القوانين المحلية للإمارات، فنجد أن قانون إمارة الشارقة رقم 23 لسنة 2005 قد اشترط في المادة 2 منه ألا تزيد قيمة الدفعة الأولى عن نصف الوحدة المشتراة لتتناسب مع قيمة الضمان المصرفي الذي يتعين على البائع دفعه والذي يجب ألا يقل عن 30% من قيمة المشروع لصالح دائرة الأراضي والأملاك، أما المشرع المحلي لإمارة عجمان، فقد اشترط أن تكون دفعات شراء الوحدة العقارية متناسبة مع ما يتم إنجازه دون بيان هذه الدفعات<sup>(54)</sup>.

(51) د. أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص 275.

(52) وهذا ما نصت عليه المادة 1674 من القانون المدني الفرنسي، ولمزيد من التفصيل ينظر د. أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 21 العدد 1 لسنة 2005، ص 114.

(53) المواد 143-144 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004.

(54) المادة 14 فقرة 3 منها من المرسوم الأميري رقم 8 لسنة 2008 لإمارة عجمان المعدل.

## الفرع الثاني مراجعة الثمن

لم يتطرق القانون القطري لهذا المبدأ أيضاً، وعليه فلا يبقى أمامنا إن أردنا تعديل الثمن سوى الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 وتحديد أحكام نظرية الظروف الطارئة.

جاءت هذه الفكرة بسبب طبيعة بيع العقار على الخريطة ذلك أن الزمن عامل مهم في هذه البيوع، وقد تطول المدة وتتغير الظروف، فهل يجوز للبائع أن يطالب بزيادة الثمن متعللاً بارتفاع الأسعار؟ أو هل يجوز للمشتري أن يطالب بإنقاص الثمن متعللاً بانخفاض الأسعار؟

نجد أن القواعد العامة في عقد البيع تجعل من عقد البيع بعد انعقاده عقداً لازماً لا يجوز لأي طرف تعديله إلا بموافقة الطرف الثاني، أو حدوث ظرف طارئ يبرر ذلك وفقاً لنظرية الظروف الطارئة<sup>(55)</sup>، وتدخّل القاضي لمساعدة المدين في تخفيف هذا الالتزام المرهق عنه.

ولكن إن لم تصل تلك الظروف إلى حد الظروف الطارئة بحيث لا تسعفنا القواعد العامة في تعديلها، ولكن في نفس الوقت هناك زيادة ملحوظة في الأسعار أو انخفاض ملحوظ يستوجب التدخل والحماية، فالسؤال حينئذ هل يستطيع أي طرف المطالبة بتعديل الثمن زيادةً أو نقصاناً إلى حد ما؟، وقد تدخل المشرع الفرنسي وأجاز للطرفين البائع والمشتري أن يتفقا على مبدأ (مراجعة الثمن)<sup>(56)</sup> لكن يشترط ربط المراجعة

(55) المادة 249 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي وشرحها لدى د. عدنان السرحان ود. يوسف عبيدات، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط1، 2011، ص 200.

(56) كما أجاز القانون الجزائري الخاص بالترقية العقارية رقم 04-11 لسنة 2011 في المادة 38 مبدأ مراجعة الثمن فنصت هذه المادة على إنه: (يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدماً تشغيل الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كيفية المراجعة يجب أن تركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة (20%) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية. وفي كل الأحوال، يجب تبرير تغيرات السعر وزيادة على ذلك، يجب أن يتضمن، في الملحق أو بالرجوع إلى الوثائق المودعة لدى الموثق، البيانات المفيدة المتعلقة بالقوام والخصائص التقنية للعقار. يسلمنظام الملكية المشتركة إجبارياً لكل مقتن خلال توقيع العقد يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة عن طريق التنظيم).

بمؤشر معين ثم حدد ذلك بمؤشرين فقط لا ثالث لهما، وذكر أن المراجعة للثمن إما أن تكون على أساس المؤشر الذي حددته وزارة التعمير أو مؤشر تكلفة عمليات البناء المنشور بواسطة المعهد الوطني للإحصاء والدراسات الاقتصادية I.N.S.E.E، وجعل الاتفاق على أي مؤشر آخر باطلاً وغير جائز، أما إذا اتفقوا على مبدأ المراجعة دون الاتفاق على مؤشر ما، فقد افترض المشرع أن المؤشر هو ذلك المعتمد من وزارة التعمير والإسكان، وفي الغالب الثمن المتبقي هو الذي يخضع للمراجعة، أما الذي دفع فلا يخضع للمراجعة<sup>(57)</sup>.

أما المشرع القطري في القانون رقم 6 لسنة 2014، فلم يأخذ بهذا المبدأ واكتفى بنظرية الظروف الطارئة، ونجد أن ذلك غير كافٍ والمفروض أن نأخذ بمبدأ مراجعة الثمن وإمكانية ربطه بمؤشر معين، وخير مؤشر حسب ما نراه هو قيمة مواد البناء وتحديدًا (الحديد، والإسمنت) فهذه أهم العناصر الداخلة في البناء، فإذا انخفضت انخفاضاً واضحاً أو ارتفعت ارتفاعاً بيناً، فإن بقية المواد الأخرى للبناء سوف تنخفض حتماً، وأن لم يصل الأمر إلى حد الظروف الطارئة، ولكن هذا لا يمنع من اتفاق الطرفين على مبدأ مراجعة الثمن وربطه بسعر مواد البناء مثلاً (الحديد والإسمنت) عن بلوغ ارتفاع الأسعار أو انخفاضها نسبة معينة، وإن لم تصل إلى حد نظرية الظروف الطارئة فللمتعاقدين حرية وضع الشروط التي يريدونها في العقد سواء أكانت لمصلحة الطرفين أو لمصلحة أحد الطرفين دون الآخر ما لم تخالف النظام العام أو الآداب العامة، ويجب الانتباه إلى أن العبارة الواردة في المادة 171 من القانون المدني القطري (.... ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.) هي تتكلم عن الاتفاق عن حرمان القاضي من التدخل وحماية الطرف الضعيف أو الضحية الذي ظهر نتيجة الظروف الطارئة، أما اتفاق الطرفين على ذلك فلا نجد ما يمنع منه في ظل المبادئ العامة في القانون المدني القطري.

(57) لمزيد من التفصيل حول مؤشر مراجعة الثمن، د. محمد المرسي زهرة، المصدر السابق، ص 386.

## الفرع الثالث

### طبيعة حق المشتري

وردت الكثير من التعريفات التي تشير الى أن المشتري عندما يشتري عقاراً على الخريطة فإنه يملك حقاً عينياً (حق ملكية)، فمنها من عرف بيع العقار على الخريطة بأنه: (عقد يتملك بموجبه المشتري عقاراً لم يبدأ ببناءه بعد أو لم يكمل ببناءه حين العقد، وفيه يتعهد البائع ببناء العقار المتفق على مواصفاته خلال المدة المتفق عليها مقابل تعهد الأخير بدفع أقساط الثمن في مواعيدها)<sup>(58)</sup>.

وتحفظنا على هذا التعريف من عدة جهات أهمها: أن بيع العقار على الخريطة هو تطبيق من تطبيقات التعامل في الأشياء المستقبلية، وهذه الأشياء لا يملكها المشتري قبل وجودها فكيف يصح القول بعد ذلك - أن يتملك بموجبه المشتري عقاراً لم يبدأ ببناءه بعد - أين المحل لكي يملكه؟ وعلى هذا الأساس سنجد أن ملكية المشتري لا تظهر إلا بعد وجود الشيء فعلياً<sup>(59)</sup>، إذ إن ملكية المشتري وبكل سهولة معلقة على شرط واقف ومضمون هذا الشرط هو وجود الشيء مستقبلاً، هذا من جهة ومن جهة أخرى ليس بالضرورة القول بأن بيع العقار على الخريطة يكون مقسط الثمن، فقد يبادر المشتري إلى دفع الثمن جملة واحدة أو على دفعتين فليس بالضرورة أن يكون الثمن مقسطاً<sup>(60)</sup>.

وما يؤيد وجهة نظرنا أن المشرع الإماراتي نفسه في القانون رقم 14 لسنة 2008 والخاص بالرهن التأميني في إمارة دبي عندما عرف الراهن ذكر بأنه: (مالك العقار أو الحق العيني أو صاحب الحق الشخصي بموجب عقد البيع الموقع مع مالك العقار المباع على الخارطة والمسجل في السجل العقاري أو السجل العقاري المبدئي)، وعليه يمكن القول بأن التكييف القانوني الدقيق لحق مشتري العقار على الخريطة هو أنه

(58) د. ضحى محمد سعيد، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن جامعة الإمارات، العدد 49، لعام 2012، ص 232.

(59) هذا ما سنبحثه في المطلب الأخير من البحث، وهو متى تظهر ملكية المشتري، وقد تمت معالجته تحت عنوان حكم عقد بيع عقار على الخريطة.

(60) لكن إن اتفق البائع والمشتري على تقسيط الثمن، بعد ذلك يجب ربط الأقساط بمراحل الإنجاز، فإذا رفض البائع ربط الثمن بمراحل الإنجاز، قد يعتبر ذلك سبباً لفسخ العقد، المادة 20 من اللائحة رقم 6 لسنة 2010 الخاصة بالقانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008.

يملك حقاً شخصياً فقط، وليس حقاً عينياً بتاتاً<sup>(61)</sup>، ذلك أن حق المشتري في هذه الفترة مشابه تماماً لحق المتعهد له ببيع العقار، فهل المتعهد له يملك حقاً عينياً؟ وهو حق الملكية قطعاً، الجواب لا، إنما يملك حقاً شخصياً فقط وهو إلزام المتعهد بالقيام بالعمل وفي حال نكول المتعهد يجب إلزامه بالتعويض إن لم يكن القيام بعمل ممكناً<sup>(62)</sup>.

عليه ما نوّده في هذا المجال هو التعريف الذي يقول بأن بيع العقار على الخريطة هو: (عقد تمهيدي يرتب التزامين أساسيين متقابلين، التزام المطور بالبناء ونقل الملكية وفقاً للمواصفات المتفق عليها والتزام المشتري بدفع الثمن على شكل أقساط دورية متناسبة مع حجم الأعمال والإنشاءات)<sup>(63)</sup>.

كما أن المشرع الفرنسي عندما عرف بيع العقار تحت الإنشاء في المادة 1/1901 من القانون الصادر في 7 يونيو 1967 قال بأنه: (البيع الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء - أو إقامة - عقار خلال مدة يحددها العقد)، عليه ما يقع على المطور العقاري هو التزام بالبناء فقط أما بعد اكتمال البناء فهنا نتحدث عن نقل الملكية وهذا موضوع آخر.

كما أن القانون القطري رقم 6 لسنة 2014 في المادة 1 عندما عرف العقد - وقصد به بين المشتري والمطور العقاري - قال بأنه: (اتفاق مبرم بين المطور والمشتري، يحدد بمقتضاه الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما) إذن هذا العقد هو تبادلي يُنشئ حقوقاً والتزامات وهو لا ينقل الملكية ابتداءً لسبب بسيط هو أن العقار غير موجود لحظة الاتفاق.

(61) الطعن رقم 47 لسنة 2010 قضائية بتاريخ 6-6-2010، حكومة دبي، محكمة التمييز، الأحكام المدنية؛ والطعن حكومة دبي - محكمة التمييز - الأحكام المدنية - الطعن رقم 31 لسنة 2010 قضائية بتاريخ 25-4-2010، منشورين في موقع قوانين الشرق <http://www.eastlaws.com/AhkamSearch.951318#aspx?tab=divSearchCustom>

(62) لكن ما لا نتفق فيه مع المشرع الإماراتي في القانون رقم 14 لسنة 2008 هو امكانية رهن هذا الحق رهنًا تأمينياً، فكما هو معلوم إن الرهن التأميني لا ينصب محله إلا على عقار أو حق عيني عقاري، فكيف يمكن القول بأن المشتري في هذه الفترة يملك حقاً شخصياً ويرهن هذا الحق رهنًا تأمينياً.

(63) في هذا المعنى ينظر د. عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز، مطبوعات الدار البيضاء، المغرب، دون سنة طبع، ص 61.

## الفرع الرابع

### تصرف المشتري بحقه

نصت المادة 15 من القانون رقم 6 لسنة 2014 على أنه من حق المشتري أن يتصرف بحقه بالبيع أو الرهن بشرط أن يكون المشتري قد سجل حقه في السجل الابتدائي.

ولدينا تحفظ على هذه المادة أيضاً إذ طالما توصلنا إلى القول بأن المشتري له حق شخصي وليس حقاً عينياً، عليه فإنه لا يستطيع أن يرهن هذا الحق؛ إذ إن الأشياء التي يمكن رهنها تأمينياً هي العقارات، وحيازياً هي المنقولات والعقارات، وحق المشتري خلال هذه المدة هو حق شخصي فقط وليس حقاً عينياً، ومن ثم لا يصح القول بصحة رهنه إلا إن كان ذلك من خلال رهن الدين إذ إن الورقة التي بحوزة المشتري تتضمن إقراراً بدين وقد نستطيع بهذه الحالة أن نرهن الدين وفقاً لأحكام رهن الدين، أما التصرف بالحق الشخصي للمشتري - المتعهد له - فلا يمكن القول بأنه بيع، بل هو أقرب إلى حوالة الحق منه إلى البيع.

## الفرع الخامس

### التكييف القانوني لعقد بيع عقار تحت الإنشاء

إن بيع العقار على الخريطة هو تطبيق من تطبيقات التعامل في الأشياء المستقبلية، وهذه الأشياء لا يملكها المشتري قبل وجودها، فكيف يصح القول بعد ذلك - أن يملك بموجبه المشتري عقاراً لم يبدأ بناؤه بعد؟ - أين المحل لكي يملكه؟ وعلى هذا الأساس سنجد أن ملكية المشتري لا تظهر إلا بعد وجود الشيء فعلياً، إذ إن ملكية المشتري وبكل سهولة معلقة على شرط واقف، ومضمون هذا الشرط هو وجود الشيء مستقبلاً، هذا من جهة ومن جهة أخرى ليس بالضرورة القول بأن بيع العقار على الخريطة يكون مقسط الثمن، فقد يبادر المشتري إلى دفع الثمن جملة واحدة أو على دفعتين فليس بالضرورة أن يكون الثمن مقسطاً.

لكن هناك رأياً ثانياً يرى بأن التكييف القانوني لبيع عقار على الخريطة إنما هو وعد بالبيع، وهذا هو توجه المشرع الأردني حيث نصت المادة 20/أ<sup>(64)</sup> من قانون ملكية الطوابق والشقق على ما يأتي: (أ- على الرغم مما ورد في هذا القانون أو في أي تشريع آخر يكون الاتفاق الذي يتعهد فيه شخصان متعاقدان أو أكثر بإبرام عقد في المستقبل ببيع بموجبه أحدهما للآخر شقة أو طابقاً أو بناية لم يباشر بإنشائها أو كانت تحت الإنشاء عند الاتفاق على أرض تمت التسوية فيها اتفاقاً قانونياً وملزماً للمتعاقدين، في حالة توثيقه لدى مديرية تسجيل الأراضي المختصة ويجب أن يتضمن هذا الاتفاق تحديد مدة لنفاذه ووصفاً للعقار المراد بيعه والتمن المتفق عليه. ب- لا يجوز إجراء أي معاملة تسجيل على تلك الأرض أو الشقة أو الطابق أو البناية موضوع الاتفاق إلا بموافقة المتعاقدين. ج- بعد تنفيذ الاتفاق (عقد الوعد بالبيع) وفقاً للشروط المتفق عليها يتم نقل ملكية العقار موضوع الاتفاق بناء على طلب من المتعاقدين بعد استيفاء الرسوم القانونية المقررة).

ولكن يلاحظ عملياً أن هذا الحكم لا ينطبق إلا إذا تعلق الأمر بشقة أو طابق أو بناية لم يباشر بإنشائها أو كانت تحت الإنشاء، أما فيما يتعلق بالعقارات الأخرى فقد درجت دوائر تسجيل الأراضي في الأردن على عدم تسجيل وعود البيع الخاصة بها بحجة عدم وجود نص تشريعي مشابه لنص المادة 20 من قانون ملكية الطوابق والشقق يوجب تسجيلها<sup>(65)</sup>، وعليه فما نذهب إليه أن التكييف الصحيح هو اعتباره بيعاً معلقاً على شرط واقف، ولكن مع ضرورة تخصيص سجل ابتدائي أو أولي لتسجيل ذلك، إذ إن اعتباره وعداً بالبيع لا يلقى صعوبات عملية حتى في القانون الذي تبنى ذلك وهو القانون الأردني.

(64) قانون رقم 25 لسنة 1968 بشأن ملكية الطوابق والشقق وتعديله في القانون رقم 54 لسنة 1985 والقانون المعدل له ذي الرقم 5 لسنة 1990، المملكة الأردنية الهاشمية.

(65) مزيد من التفصيل حول موقف الفقه والقضاء الأردني من الوعد بالبيع العقاري ينظر د. عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 76-80.

## المطلب الرابع

### وقت انتقال الملكية من المطور العقاري إلى المشتري في القانون القطري

إن عقد البيع يرتب حكمه فوراً إذا توافرت الشروط الثلاث، وهي أن يكون البيع منعقداً على شيء محدد بالذات، أو محدد بالنوع ولكن بيع جزافاً، وأن يكون البيع صحيحاً غير باطل، وأن يكون البيع نافذاً غير موقوف، فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً وإن تأخر التسليم أو كان الثمن مقسماً أو مؤجلاً<sup>(66)</sup>.

إن المشكلة في بيع العقار على الخريطة أن المبيع لحظة التعاقد غير موجود، وإنما هو شيء مستقبل، لذلك لا تظهر ملكية المشتري عليه ولا يرتب العقد حكمه، إذ لا تنتقل الملكية إلا بعد وجود الشيء وجوداً فعلياً، من ناحيته فقد حدد المشرع الفرنسي طريقتين لنقل الملكية وهما البيع حسب الحالة المستقبلية والبيع الآجل وسمح للطرفين أن يتفقا على أي طريقة منهما، وذكر أن أي اتفاق على طريقة أخرى لانتقال الملكية بغير إحدى الطريقتين يجعل العقد بالكامل عقداً باطلاً<sup>(67)</sup>، وقد اختلف الفقهاء هل البطلان نسبي أم مطلق، لكن الرأي الراجح يذهب إلى أنه بطلان مطلق، وسنعالج هاتين الحالتين بشيء من التفصيل.

### الفرع الأول

#### نقل الملكية أولاً بأول (حسب الحالة المستقبلية)

عرف المشرع الفرنسي هذه الصورة ونص عليها صراحة في المادة 1601 من القانون المدني وتقابلها المادة 3-261 L من تقنين السكن والبناء وجاء فيها: (العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري حقوقه على الأرض، وكذلك ملكية المباني المقامة على الأرض والموجودة وقت إبرام البيع. وتنتقل ملكية المنشآت التي ستقام في المستقبل أولاً بأول إلى المشتري بمجرد الانتهاء منها، ويلتزم المشتري

(66) د. جاسم الشامسي، عقد البيع، مصدر سابق، ص 389؛ د. مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، 1965، ص 31-33.

(67) في المراجع الفرنسية في هذا المجال ينظر د. محمد المرسي زهرة، المصدر السابق، ص 390.

المكتسب بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء، ويحتفظ البائع بسطات رب العمل حتى تسليم المنشآت)، أي إن الملكية هنا تنتقل بموجب أحكام الالتصاق أو الاتصال، فكل ما يتصل بالأرض يدخل في ملكية المشتري، وفي هذه الحالة يتم الاتفاق على نقل ملكية الأرض المراد إقامة البناء عليها، وما تم إقامته عند إبرام العقد، ثم يتم نقل ملكية بقية عناصر البناء عند اكتماله أولاً بأول، أي وفق أحكام الالتصاق<sup>(68)</sup>، أي إن الاتفاق ينقل مباشرة ملكية الموجود من العقار وهو الأرض وما يكون قد أنجز لحظة الاتفاق، فالمشتري له حصة أو سهم بمقدار ما اشتراه في أرض العمارة<sup>(69)</sup>.

وبالرغم من أن القانون قد نص على انتقال الملكية إلى المشتري أولاً بأول، إلا أنه أبقى للبائع سلطات رب العمل وهذا الأمر ليس لمصلحة البائع بل على العكس تماماً جاء لمصلحة المشتري، إذ إن المقصود منه تحميل البائع تبعه الهلاك إلى حين التسليم الفعلي للعقار<sup>(70)</sup>.

## الفرع الثاني

### البيع الآجل

وهي الصورة الثانية من صور بيع العقار على الخريطة، والتي تعالج جزئية انتقال الملكية ونص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1601/2 من القانون المدني وجاء فيها: (العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الانتهاء من بنائه ويتعهد المشتري باستلامه ودفع الثمن عند التسليم، فيتم انتقال الملكية بتحرير ورقة رسمية تثبت الانتهاء من البناء، وتنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد).

وفي هذه الطريقة، فإن الملكية لا تنتقل إلا بعد الانتهاء من أعمال البناء، وانتهاء أعمال البناء في القانون الفرنسي تكون بتنفيذ الأعمال الرئيسية وإقامة العناصر

(68) د. أحمد الحيارى، المصدر السابق، ص 312.

(69) علماً إن المشرع المحلي لإمارة دبي لم يعط للمشتري أي حق بتملك أي سهم في أرض العمارة وإن اشترى وحدة عقارية فيها أو أكثر، فكل ما يملكه هو العقار الذي اشتراه دون أرض العمارة، المادة 6 من القانون رقم 8 لسنة 2007 الخاص بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

(70) أ. حصة الهاشمي، المصدر السابق، ص 116 وما بعدها.

اللازمة لاستعمال البناء بحسب الغرض المخصص له<sup>(71)</sup> ووجود العقار -المبيع- فعلياً، ثم بمجرد إثبات الانتهاء بمحرر رسمي، تنتقل الملكية إلى المشتري بقوة القانون وهذه القاعدة أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها، والملكية هنا تنتقل بأثر رجعي تترد إلى وقت إبرام العقد، وبالتالي كل تصرفات البائع خلال المدة ما بين انعقاد العقد وإتمام البناء لا تنفذ بحق المشتري، كما أن البائع يتحمل تبعه الهلاك أيضاً ولكن في هذه المرة وفقاً لما له من سيطرة فعلية<sup>(72)</sup>.

أما الموقف في القوانين المحلية للإمارات، فلم نجد نصاً صريحاً يعالج هذه المسألة رغم أهميتها في القوانين التي نظمت بيع العقار على الخريطة، وما وجدناه هو التزام على المطور بضرورة أن يقدم إلى دائرة الأراضي والأملاك لتسجيل الوحدات المباعة كشف بأسماء المشترين الذين نفذوا التزاماتهم التعاقدية، وذلك فور حصوله على شهادة الإنجاز<sup>(73)</sup>، كما يجوز للدائرة بناءً على طلب المشتري أن تسجل من تلقاء نفسها الوحدات باسم المشتري متى ما نفذ التزاماته التعاقدية.

ونصت المادة 6 من القانون رقم 13 لسنة 2008 على أن من حق المشتري أن يرهن أو يبيع الوحدة العقارية التي اشتراها على الخريطة، وفي الغالب المشتري لم يسدد شيئاً في هذه المدة سوى 20 أو 30% وفي ذلك إجحاف بحق المطور، فالمفروض أن تنظم هذه المسألة، ونجد أن خير وسيلة هي جعل الملكية معلقة على شرط واقف وهو تسديد كامل الثمن من المشتري.

كما لا بد من التذكير بأن بيع العقار على الخريطة يجب أن يسجل في السجل العقاري المبدئي بدائرة الأراضي والأملاك ولا يسجل في السجل العقاري النهائي<sup>(74)</sup>،

(71) المادة 1601 / 2 من القانون المدني والمادة 7 من قانون 3 يناير 1967، أما انتهاء أعمال البناء في القوانين المحلية للإمارات فهي بصور شهادة الإنجاز، ينظر المادة 26 من القانون 27 لسنة 2007 الخاص بملكية العقارات المشتركة لإمارة دبي.

(72) د. أحمد الحيارى، المصدر السابق، ص 311؛ أ. حصة الهاشمي، المصدر السابق، ص 115؛ د. محمد المرسي زهرة، المصدر السابق، ص 525.

(73) المادة 3 من القانون رقم 13 لسنة 2008.

(74) المادة 13 من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري، وينظر أيضاً الطعن رقم 14 لسنة 2009 / عقاري، صادر عن محكمة تمييز دبي / منشور في المستحدث من مبادئ محكمة التمييز في إمارة دبي في الطعون العقارية، المكتب الفني، محكمة التمييز، 2014، ص 1

ويجب تقديم الطلب مشفوعاً بالمستندات اللازمة سواء من المطور الرئيس أو المطور الفرعي، أما عدم قيامها بذلك فآثره بطلان التصرف، كما أن مسألة تذرع المطور الفرعي بعدم قيام المطور الرئيس بتسجيل مشروعاته والكائن بأحدها وحدة النزاع لا أثر له في بطلان التصرف لعدم تسجيله<sup>(75)</sup>، عليه ما نقترحه على المشرع القطري هو ضرورة تنظيم مسألة انتقال الملكية لتعلق أمور أخرى بها أهمها تبعة الهلاك، أي إن المحصلة النهائية هي أن القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري لم ينظم هذه المسألة حاله حال بقية القوانين لدولة الإمارات ودول الخليج.

---

(75) الطعن رقم 91 لسنة 2010، عقاري صادر عن محكمة تمييز دبي، منشور في المستحدث من مبادئ محكمة التمييز، المصدر السابق، ص 296.

## الخاتمة :

سوف نقسم الخاتمة إلى نتائج وتوصيات، وذلك على الشكل التالي:

### أولاً - النتائج :

أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث هي:

- 1 - أفضل تعريف لعقد بيع العقار على الخريطة هو ما ذكرته محكمة تمييز دبي إذ جاء في أحد أحكامها: (الوحدات العقارية المفردة على الخارطة هي الوحدات غير الموجودة وقت التصرف ويمكن وجودها في المستقبل أو التي تكون في طور الإنشاء أو التي لم يكتمل إنشاؤها بعد، ويتعهد المطور بالتزامه بالبناء خلال مدة معينة وبالمقابل المشتري يلتزم بدفع الثمن).
- 2 - تكيف حق المشتري لعقار على الخريطة وإن سجل حقه في السجل الابتدائي هو حق شخصي وليس حقاً عينياً فهو لم يملك العقار بعد لسبب بسيط وهو أن العقار لم يظهر بعد. ومحل هذا الحق الشخصي هو إلزام المطور بالبناء والتسليم (أي التزام بالعمل) وفق المواصفات، أما الملكية للعقار (وهي الحق العيني) فهي لا تظهر إلا بعد اكتمال البناء وبأثر رجعي أو أولاً بأول وفقاً لأحكام الالتصاق.
- 3 - لا يجوز للمطور أن يعهد إلى المقاول من الباطن بالقيام ببعض أعماله بما يجاوز نسبة 50% (خمس في المائة) من المشروع، إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة، ولا يعتد بأي اتفاق على خلاف ذلك.
- 4 - المطالبة بالتعويض عن النقص وفق المادة 17 من القانون رقم 6 لسنة 2014 القطري، أجاز هذا القانون المطالبة بالتعويض على أي نقص مهما كان تافهاً، والمفروض أن تكون هناك نسبة نقص في المساحة خصوصاً في العقارات على الخريطة بما لا يجاوز نسبة إلى 5% مثلما فعل المشرع الإماراتي في القانون رقم 13 لسنة 2008، بمعنى أن النقص اليسير متسامح فيه.
- 5 - ولكن لا نتفق مع المشرع القطري ومع من ذهب إليه من إمكانية رهن حق المشتري بمجرد تسجيل حقه في السجل الابتدائي، ذلك إن حقه في هذه المدة هو حق شخصي وليس حقاً عينياً، ومحل الرهن التأميني هو الحق العيني وليس الحق الشخصي.

6 - إن القانون الفرنسي كان واضحاً بنصوص صريحة في تحميل البائع الضمان عن العيوب الظاهرة للبناء، عكس المشرع القطري الذي اكتفى بالقواعد العامة في الضمان.

7 - حساب الضمان يعد من العمليات المصرفية المستحدثة التي ابتدعتها المصارف في ضوء أنشطتها وحاجات العملاء، ويمكن تعريفه بأنه الحساب المصرفي الخاص بالمشروع العقاري الذي تودع فيه المبالغ المتحصلة من المشتريين لوحدة مبيعة على الخارطة أو من الممولين للمشروع، وقد صدرت قوانين خاصة في الكثير من الإمارات، والدول لتنظيم هذه المسألة .

8 - لا يستطيع المطور العقاري أن يسحب أي مبالغ من حساب الضمان إلا إذا كان قد أكمل 20% من الأعمال الإنشائية للمشروع.

9 - مبدأ مراجعة الثمن في غير حالات نظرية الظروف الطارئة، مبدأ أخذت به القوانين في فرنسا والجزائر، ولم يأخذ به المشرع القطري في عقد البيع في القانون رقم 6 لسنة 2014.

10 - المشرع الفرنسي حدد طريقتين لنقل الملكية في بيع العقار على الخريطة إما نقل الملكية أولاً بأول (بطريق الالتصاق) أو نقل الملكية لأجل (أي البيع لأجل)، ولم يحدد القانون القطري رقم 6 لسنة 2014 أي طريقة لنقل الملكية.

## ثانياً - التوصيات:

نقترح على المشرع القطري ضرورة الأخذ بالأحكام الآتية في بيع العقار على الخريطة لأهميتها - حسب وجهة نظرنا:

1 - ضرورة منع المشتري من رهن حقه بنص صريح قبل إكمال البناء وتسلمه للوحدة العقارية.

2 - لحظة إكمال البناء، فلم نجد المشرع القطري قد حدد لحظة إكمال البناء، وبالتالي فإن هذا الأمر كان لا بد من معالجته ونجد أنه يحتاج إلى توضيح، فالمشرع الفرنسي - على سبيل المثال - قد حدد لحظة إكمال البناء في النطاق الخاص، إذا تم تنفيذ الأعمال، ووضع العناصر اللازمة والضرورية للاستعمال بحسب الغرض

- المخصص له البناء المبيع، والأمر الذي يهمننا في تحديد لحظة الانتهاء من البناء هو الإسراع بتحديد لحظة انتقال الملكية ولا سيما بالنسبة للبيع لأجل.
- 3 - ضرورة النص على تحميل البائع المسؤولية عن ضمان العيوب الظاهرة، ذلك أن المبيع غير موجود وقت البيع وهو يوجد مستقبلاً.
- 4 - مبدأ مراجعة الثمن من المبادئ الهامة التي يجب الأخذ بها في بيع العقار على الخريطة.
- 5 - كما أن تحديد طريقة نقل الملكية إلى المشتري من المسائل الهامة التي لا بد من معالجتها، ونجد أن كل قوانين دول مجلس التعاون الخليجي - على حد علمي - لم تنظم هذه المسألة.

## المراجع:

- 1 - د. احمد الحراكي ، الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 21 العدد 1 لسنة 2005.
- 2 - د. أحمد الحيارى، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء - دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4 السنة 3.
- 3 - السيد محمد السيد عمران، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية في عدم المطابقة في بيع العقار تحت التشييد، الإسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1999.
- 4 - د. الآء يعقوب النعيمي، العمليات المصرفية، الآفاق المشرقة، الشارقة، 2010.
- 5 - حصة إسحاق الهاشمي، ضمانات حماية المشتري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الشارقة، غير منشورة، 2011.
- 6 - د. جاسم علي سالم الشامسي، عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية، ط1، جامعة الإمارات، 1998.
- 7 - د. خميس خضر، عقد البيع في القانون المدني، القاهرة، مصر مكتبة القاهرة الحديثة، 1972.
- 8 - د. دينا محمود حبال، حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع <http://www.startimes.com/?t=22725404> بتاريخ 2016-2-24.
- 9 - سبيل جعفر حاجي، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، ط1، دار وائل، عمان، 2014.
- 10 - سندس حميد الجبوري، المسئولية المدنية للمطور العقاري، دراسة في ضوء قوانين إمارة دبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
- 11 - د. ضحى محمد سعيد، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن جامعة الإمارات، العدد 49، لعام 2012.

- 12 - د. عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- 13 - د. عدنان السرحان، أحكام البيع، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، ط3، 2013.
- 14 - د. عدنان السرحان ود. يوسف عبيدات، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط1، 2011.
- 15 - د. عدنان إبراهيم سرحان و د. نوري حمد خاطر، الأساس القانوني للالتزام المؤمن له تقديم المعلومات (دراسة نقدية في قانون التأمين الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي)، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 1 السنة 31، مارس 2007.
- 16 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ج4.
- 17 - علاء حسين علي، عقد المباني تحت الإنشاء، ط1، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011.
- 18 - د. عبد الخالق أحمد حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، ج3، عقد البيع، ط1، مطابع أكاديمية شرطة دبي، 1989.
- 19 - د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدنياً - دراسة مقارنة في الضمان العشري - ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر مسؤولية المهنيين، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2006.
- 20 - المستحدث من مبادئ محكمة التمييز في إمارة دبي في الطعون العقارية، المكتب الفني، محكمة التمييز، 2014.
- 21 - د. مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، 1965.

- 22 - د. محمد المرسي زهرة، الحماية القانونية للمستهلك، مجلة الحق شرعية وقانون، تصدر عن جمعية الحقوقيين، الإمارات العربية المتحدة، العدد 7 لسنة 2001.
- 23 - د. ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقاً للقانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الإسلامي وأحكام القضاء، القاهرة، المكتب الفني، الإصدارات القانونية، 1999.
- 24 - د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2003.
- 25 - د. نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 26 - د. هدى سعيد النمير، القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم الى شقق وطبقات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1989.
- 27 - د. ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري، ط 1، منشورات دائرة القضاء، أبو ظبي، 2014.

## القوانين:

- 1 - المرسوم الأميري لإمارة عجمان رقم 8 لسنة 2008 بشأن تنظيم الملكية المشتركة في المشروعات والبنيات الاستثمارية المعدل بموجب المرسوم الأميري رقم 12 لسنة 2008.
- 2 - القانون المحلي لإمارة دبي رقم 13 لسنة 2008 الذي عدل بالقانون رقم 9 لسنة 2009، وصدرت اللائحة الخاصة بهذا القانون وهي اللائحة رقم 6 لسنة 2010.
- 3 - القانون رقم 14 لسنة 2008 في إمارة دبي بشأن الرهن التأميني.
- 4 - قرار المجلس التنفيذي لإمارة الشارقة رقم 32 لسنة 2005 والقرار ذي الرقم 38 لسنة 2005 الخاص بأحكام التعهدات واليات تنفيذ قرار المجلس رقم 32 لسنة 2205.

- 5 - القانون رقم 3 لسنة 2015 بشأن التنظيم العقاري في أبو ظبي.
- 6 - القانون المدني الفرنسي.
- 7 - قانون المعاملات التجارية رقم 13 لسنة 1992.
- 8 - قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- 9 - المرسوم الأميري رقم 22 لسنة 2008 الخاص بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة رأس الخيمة.
- 10 - قانون تنظيم التطوير العقاري لدولة قطر رقم 6 لسنة 2004.
- 11 - القانون رقم 16 لسنة 2007 في إمارة دبي الخاص بإنشاء مؤسسة التنظيم العقاري.
- 12 - القانون الجزائري الخاص بالترقية العقارية رقم 04-11 لسنة 2011.
- 13 - القانون المدني العراقي.
- 14 - القانون رقم 8 لسنة 2007 الخاص بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.
- 15 - القانون 27 لسنة 2007 الخاص بملكية العقارات المشتركة لإمارة دبي.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
343	المقدمة
345	المطلب الأول: التعريف بالمطور العقاري في القانون القطري
345	الفرع الأول: ماهية المطور العقاري
347	الفرع الثاني: شروط ممارسة مهنة المطور العقاري في القانون القطري
349	المطلب الثاني: التزامات المطور العقاري في القانون القطري
349	الفرع الأول: الالتزام بإكمال البناء
352	الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم
355	الفرع الثالث: الالتزام بضمان العيوب الظاهرة
357	المطلب الثالث: حقوق المطور العقاري في القانون القطري
358	الفرع الأول: التزام المشتري بدفع الثمن
360	الفرع الثاني: مراجعة الثمن
362	الفرع الثالث: طبيعة حق المشتري
364	الفرع الرابع: تصرف المشتري بحقه
364	الفرع الخامس: التكييف القانوني لعقد بيع عقار تحت الإنشاء
366	المطلب الرابع: وقت انتقال الملكية من المطور العقاري إلى المشتري وفقاً للقانون القطري
366	الفرع الأول - نقل الملكية أول بأول (حسب الحالة المستقبلية)
367	الفرع الثاني: البيع الآجل
370	الخاتمة
370	أولاً - النتائج
371	ثانياً - التوصيات
373	المراجع



## الإصلاحات الدستورية في الأردن بعد «الربيع العربي»

د. ليث كمال نصراوين

أستاذ القانون الدستوري المشارك

كلية الحقوق - الجامعة الأردنية

### الملخص:

تناولت هذه الدراسة الإصلاحات الدستورية التي تمت في الأردن على ضوء هبوب رياح «الربيع العربي»، وذلك من حيث بيان الظروف السياسية الداخلية والخارجية التي أحاطت بالدولة الأردنية ودفعتها إلى اتخاذ القرار بإجراء مراجعة شاملة لأحكام الدستور في عام 2011، حيث تم تسليط الضوء على المبررات والدوافع التي كانت وراء إصدار القرار بإجراء التعديل الدستوري، وتحديد الأدوار التي لعبتها كل من القوى الشعبية والسياسية الحزبية في عملية تعديل الدستور وحجم مشاركتها فيها. كما ركزت هذه الدراسة على ماهية التعديلات الدستورية التي تمت وبيان طبيعتها، وتحديد أثرها على النظام السياسي والدستوري الأردني وذلك من حيث مدى تحقيقها لمبدأ الفصل المرن بين السلطات، والحد من هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية وتكريس الحقوق والحريات العامة. فالدستور الأردني قبل تعديله في عام 2011 كان يمتاز بأنه يكرس سطوة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية من خلال الصلاحيات والحقوق الواسعة المقررة لها في مواجهة مجلس الأمة، فجاءت التعديلات الدستورية ووضعت قيوداً وضوابط دستورية على ممارسة تلك الحقوق من جانب السلطة التنفيذية في مواجهة السلطة التشريعية. أما بخصوص السلطة القضائية، فقد بينت هذه الدراسة التعديلات الدستورية ذات الصلة والتي هدفت إلى تعزيز استقلال القضاء وذلك من خلال إنشاء المجلس القضائي بقانون، وإنشاء محكمة دستورية مهمتها الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

وفي مجال الحقوق والحريات الأساسية، فقد كان للتعديلات الدستورية لعام 2011 الأثر الإيجابي في تكريس حقوق الأردنيين العامة والخاصة وذلك من خلال

إعادة التأكيد على بعضها، وإدراج حقوق دستورية جديدة بما يتوافق مع القانون الدولي لحقوق الإنسان والمعايير الدولية الناظمة لها في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، حيث تم التركيز على التعديلات الدستورية ذات الصلة بالحقوق والحريات ومقارنتها بنظيراتها في الدساتير العربية التي صدرت بعد اندلاع الربيع العربي. وقد استمرت عملية الإصلاح الدستوري في الأردن بعد أن خمدت رياح الربيع العربي، حيث خضع الدستور الأردني لتعديلين اثنين محدودين الأثر على نصوصه وأحكامه في عامي 2014 و2016، والذين أسهما في إرساء ملامح العلاقة داخل السلطة التنفيذية بين كل من الملك من جهة ورئيس الوزراء والوزراء من جهة أخرى.

**الكلمات الدالة:** الربيع العربي، تعديل الدستور الأردني، التوازن بين السلطات، استقلال القضاء، إنفاذ التعديلات الدستورية.

## المقدمة:

لم يكن الأردن بمنأى عن هبوب رياح التغيير التي رافقت ظاهرة «الربيع العربي» وما نجم عنها من ثورات قادتها الشعوب العربية الثائرة على أنظمتها السياسية الحاكمة، والتي أسفرت عن إسقاط العديد منها وإصدار دساتير جديدة نتيجة لذلك. أما أثر «الربيع العربي» على الأردن وتبعاته، فقد كان سلمياً بحتاً اقتصر على مجرد المطالبة بالإصلاح على كافة الأصعدة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدستورية، فكان للقوى الأردنية السياسية والشعبية ما طلبت، إذ بادرت الدولة الأردنية إلى إتباع الإصلاح طريقاً ونهجاً، فتقرر تشكيل لجنة ملكية لمراجعة نصوص الدستور، والتي قدمت توصياتها ومقترحاتها لإعادة النظر في معظم الأحكام والمبادئ الدستورية التي تحكم نظام الحكم في المملكة الأردنية الهاشمية وذلك من حيث تشكيل السلطات الثلاث فيها والعلاقة فيما بينها بغية تحقيق الفصل المرن بين السلطات والحد من هيمنة أي من تلك السلطات على الأخرى.

وما يميز التعديلات الدستورية لعام 2011 عن سابقتها أنها كانت الأكبر والأوسع نطاقاً، وأنها جاءت كرد فعل رسمي على المطالب الشعبية والسياسية بترسيخ أسس النظام النيابي الديمقراطي في الحكم، هذا على خلاف التعديلات السابقة التي شهدتها الدستور الأردني، والتي جاءت محدودة الأثر في نطاقها وتطبيقها لتشمل معالجة آثار سياسية ودستورية معينة نجمت عن ظروف ومعطيات داخلية

وخارجية محددة لم يكن للأردن الدور الايجابي المهم في حدوثها، فهي تطورات خارجية دولية فرضت على الأردن تعديل دستوره في مناسبات عديدة وذلك لمواجهة تلك المعطيات والتعامل معها.

فعلى الرغم من أن الدستور الأردني قد خضع لتعديلين اثنين بعد عام 2011 في عامي 2014 و2016، إلا أن التعديل الدستوري لعام 2011 يبقى الأكبر والأكثر أهمية بالنسبة للنظام الدستوري الاردني بسبب طبيعة تلك التعديلات ونطاقها الشامل الواسع على أركان النظام النيابي البرلماني في الأردن، وذلك على خلاف التعديلين الدستوريين لعامي 2014 و2016 اللذين كانا محدودين في أثرهما والنتائج الدستورية المترتبة عليهما.

من هنا تنبع أهمية هذه الدراسة في أنها تلقي الضوء على التعديلات التي خضع لها الدستور الأردني قبل الربيع العربي من حيث إطارها المحدود وطبيعتها والظروف التاريخية والسياسية التي دفعت نحو القيام بها. كما سنتناول هذه الدراسة التعديلات الدستورية التي جرت بعد الربيع العربي وتحديدًا في عام 2011 وذلك من حيث المحرك الرئيسي لها، والخطوات والمراحل التحضيرية السابقة لها والمتمثلة في تشكيل اللجنة الملكية لتعديل الدستور ولجنة الحوار الوطني. كما سنتطرق هذه الدراسة إلى طبيعة التعديلات الدستورية لعام 2011 وأثرها على السلطات الثلاث في الأردن وعلى تكريس الحقوق والحريات، ومرحلة ما بعد تلك التعديلات الدستورية المتمثلة في ضرورة إنفاذ النصوص الدستورية المعدلة، والحاجة إلى المزيد من الإصلاحات السياسية والدستورية في الأردن، بالإضافة إلى إلقاء الضوء على التعديلات الدستورية المحدودة لعامي 2014 و2016 على النظام الدستوري الأردني.

وتأسيساً على ما سبق، سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث أساسية ومبحث تمهيدي، يتناول المبحث التمهيدي التعديلات التي جرت على الدستور الأردني قبل الربيع العربي، في حين يتناول المبحث الأول التعديلات التي جرت على الدستور الأردني في عام 2011 وذلك في أربعة مطالب يخصص المطلب الأول للحديث عن تعديل الدستور الأردني والربيع العربي، والمطلب الثاني للجنة الملكية المكلفة بمراجعة نصوص الدستور، والمطلب الثالث للجنة الحوار الوطني وتعديل الدستور، والمطلب الرابع لمجريات تعديل الدستور الأردني عام 2011.

أما المبحث الثاني، فيتناول طبيعة التعديلات الدستورية لعام 2011 وأثرها على النظام الدستوري الأردني وذلك في أربعة مطالب، المطلب الأول أثر التعديلات الدستورية على السلطة التنفيذية، والمطلب الثاني أثر التعديلات الدستورية على السلطة التشريعية والمطلب الثالث أثر التعديلات الدستورية على السلطة القضائية والمطلب الرابع أثر التعديلات الدستورية على الحقوق والحريات الأساسية.

وأخيراً، يتناول المبحث الثالث من هذه الدراسة مرحلة ما بعد تعديل الدستور الأردني عام 2011 وذلك في ثلاثة مطالب يتناول المطلب الأول إنفاذ التعديلات الدستورية لعام 2011، والمطلب الثاني التعديلات الدستورية لعامي 2014 و2016، والمطلب الثالث الحاجة إلى مزيد من الإصلاح السياسي والدستوري في الأردن.

## المبحث التمهيدي التعديلات التي جرت على الدستور الأردني قبل الربيع العربي

تعاقبت على الدولة الأردنية منذ نشأة إمارة شرق الأردن عام 1921 ثلاثة دساتير، القانون الأساسي (الدستور) لإمارة شرق الأردن لعام 1928 الذي كرست نصوصه المعاهدة الأردنية البريطانية لعام 1923، حيث كانت بريطانيا تفرض انتدابها على شرق الأردن في ذلك الوقت،<sup>(1)</sup> ودستور الاستقلال لعام 1946 الذي جاءت بنوده أكثر تكريسا لمبدأ الديمقراطية النيابية، وإن لم تكن مطبقة بشكل كامل كمنهج حكم في الدولة الأردنية،<sup>(2)</sup> والدستور الحالي لعام 1952 الذي صدر في عهد المغفور له الملك طلال بن عبد الله وذلك على ضوء قرار الوحدة بين الأردن والضفة الغربية في عام 1950.<sup>(3)</sup>

ومنذ صدوره عام 1952، خضع الدستور الأردني لسلسلة من التعديلات على نصوصه وأحكامه وذلك في مناسبات مختلفة وصل عددها إلى أحد عشر تعديلا، حيث كان أهم ما ميز تلك التعديلات أنها أتت استجابة لظروف تاريخية وتطورات سياسية محددة كان يتم التعامل معها من خلال إدخال نص دستوري معين أو تعديل القائم منه أو إلغائه، ولم تهدف أي من تلك التعديلات إلى مراجعة حالة قائمة ووضع سائد بقصد الإصلاح والتطوير. فقد عدل الدستور الأردني على ضوء الاتحاد الهاشمي بين الأردن والعراق في عام 1958 ليتوافق مع الدستور العراقي النافذ في حينه<sup>(4)</sup>، وما إن انتهى ذلك الاتحاد الذي لم يدم أكثر من بضعة أشهر حتى جرى تعديل آخر على

(1) للمزيد عن الظروف التاريخية التي رافقت إصدار القانون الأساسي لعام 1928 انظر الدكتور منيب ماضي وسليمان الموسى، تاريخ الأردن في القرن العشرين 1910-1959، 1988، ص 264-279.

(2) للمزيد عن الظروف التاريخية التي رافقت إصدار دستور 1947 وخصائصه العامة، انظر الدكتور نعمان الخطيب، البسيط في النظام الدستوري، 2014، ص 57-64.

(3) نشر دستور 1952 في عدد الجريدة الرسمية رقم (1093) الصادر بتاريخ 1952/1/8، وقد صدر قرار الوحدة بين الأردن والضفة الغربية بتاريخ 24 نيسان 1950، للمزيد حول مجريات الوحدة بين الضفتين وطبيعتها والإجراءات الدستورية التي مرت بها، انظر الدكتور عادل الحباري، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، 1972، ص 571-573.

(4) نشر هذا التعديل في عدد الجريدة الرسمية رقم (1380) الصادر بتاريخ 1958/5/4.

نصوص الدستور الأردني لإعادة تسميته من (دستور الاتحاد العربي) إلى دستور المملكة الأردنية الهاشمية<sup>(5)</sup>.

كما عدل الدستور الأردني في عام 1960 وأعطى الملك حق تمديد مدة مجلس النواب مدة لا تقل عن سنة واحدة ولا تزيد على سنتين<sup>(6)</sup>. وفي عام 1965، عدلت المادة (28) من الدستور لكي يسمح للمغفور له الملك الحسين بن طلال بتعيين أخوه سمو الأمير الحسن بن طلال وليا للعهد<sup>(7)</sup>. وفي عام 1973، عدلت المادة (88) من الدستور بحيث أعطي مجلس النواب وبأكثرية أصوات أعضائه المطلقة الحق في اختيار عضو جديد في حال شغور أحد مقاعد نواب الضفة الغربية في المجلس لأي سبب من الأسباب وذلك لمواجهة حالة تعذر إجراء انتخابات فرعية تكميلية بسبب الاحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية<sup>(8)</sup>.

وفي عام 1974، تم إجراء تعديل على المادة (73) من الدستور أعطي بموجبها الملك الحق في تأجيل الانتخاب تأجيلا عاما لمدة لا تزيد عن سنة واحدة إذا كانت هناك ظروف قاهرة تجعل إجراء الانتخابات التشريعية أمرا متعذرا<sup>(9)</sup>، قبل أن يتم تعديل نفس المادة عام 1976 بحيث أعطي الملك الحق في تأجيل الانتخاب تأجيلا عاما إذا كان إجراء الانتخابات التشريعية أمرا متعذرا<sup>(10)</sup>.

وعلى ضوء قرارات مؤتمر القمة العربية في الرباط في عام 1974 والخاص بالاعتراف بمنظمة التحرير الفلسطينية ممثلا شرعيا ووحيدا للشعب الفلسطيني، فقد برزت الحاجة إلى فك الارتباط بين الضفتين، وهذا ما استلزم بالضرورة حل مجلس النواب الأردني ومن بعده مجلس الأعيان، فعدلت المادة (34) من الدستور

(5) نشر هذا التعديل في عدد الجريدة الرسمية رقم (1396) الصادر بتاريخ 1958/9/1.

(6) نشر هذا التعديل في عدد الجريدة الرسمية رقم (1476) الصادر بتاريخ 1960/2/16، وقد تم تطبيق هذا الحكم الدستوري لأول مرة في 15/4/1971 عندما انتهت ولاية مجلس النواب الذي انتخب في 15/4/1967 ونظرا لتعذر إجراء انتخابات تشريعية جديدة في الضفتين الشرقية والغربية بسبب احتلال الضفة الغربية، فقد تم تمديد مدة ذلك المجلس حتى 15/4/1973.

(7) نشر هذا التعديل في عدد الجريدة الرسمية رقم (1831) الصادر بتاريخ 1965/4/1.

(8) نشر هذا التعديل في عدد الجريدة الرسمية رقم (2414) الصادر بتاريخ 1973/4/8.

(9) نشر هذا التعديل في عدد الجريدة الرسمية رقم (2523) الصادر بتاريخ 1974/11/10.

(10) نشر هذا التعديل في عدد الجريدة الرسمية رقم (2605) الصادر بتاريخ 1976/2/7.

وأعطى الملك الحق بأن يحل مجلس الأعيان<sup>(11)</sup>.

أما التعديل الأخير على الدستور الأردني في عام 1984 فقد أعطى الملك الحق بأن يأمر بإجراء الانتخاب العام في نصف عدد الدوائر الانتخابية على الأقل في المملكة بسبب الظروف القاهرة التي تحول دون إجراء انتخاب عام، على أن يتولى الأعضاء الفائزون انتخاب ما لا يزيد على نصف عدد الأعضاء في الدوائر الانتخابية الأخرى التي تعذر إجراء الانتخاب فيها. كما أعطى هذا التعديل الملك الحق في حال ما استمرت الظروف القاهرة التي تجعل من إجراء الانتخاب أمراً متعذراً أن يقرر إعادة مجلس النواب المنحل ودعوته للانعقاد<sup>(12)</sup>.

خلاصة القول، إن التعديلات التي جرت على الدستور الأردني قبل عام 2011 كانت تهدف إلى توفير حلول دستورية للخروج من مأزق سياسية وتاريخية معينة أهمها ظروف الاحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية، ولم يكن أي من تلك التعديلات وليد شعور عام بالحاجة إلى مراجعة القواعد الدستورية التي تحكم نظام الحكم والحقوق والحريات الأساسية في الأردن والعلاقة بين السلطات، وهي الأمور التي كانت محل تعديل عام 2011 كما سيتم بيانه في المبحث القادم.

(11) نشر هذا التعديل في عدد الجريدة الرسمية رقم (2523) الصادر بتاريخ 10/11/1974.

(12) تم تطبيق هذا الحكم الدستوري عام 1984 عندما تمت دعوة مجلس النواب التاسع الذي تم انتخابه في 18 نيسان 1967 إلى الانعقاد بإرادة ملكية اعتباراً من 9 كانون الثاني 1984.

## المبحث الأول

### التعديلات التي جرت على الدستور الأردني عام 2011

تعد التعديلات التي طرأت على الدستور الأردني في عام 2011 الأوسع من حيث عدد المواد الدستورية التي تمت مراجعتها والتي اتسع نطاقها ليشمل أكثر من (42) مادة دستورية<sup>(13)</sup>. فعلى خلاف سابقتها من التعديلات الدستورية التي جاءت مجزوءة بطبيعتها ومقصورة على مواد معينة بذاتها، اتسمت التعديلات الدستورية لعام 2011 بالشمولية كونها قد جاءت استجابة لظاهرة «الربيع العربي» والحراك السياسي والشعبي الذي خلفه على الساحة السياسية الأردنية، والذي أثمر عن تشكيل لجنة ملكية لمراجعة نصوص الدستور سبقتها لجنة للحوار الوطني والتي أوصت بدورها بضرورة تعديل الدستور. وهذه الأمور سيتم بيانها في هذا المبحث الذي سيتناول التعديلات التي جرت على الدستور الأردني في عام 2011 في أربعة مطالب، يخصص المطلب الأول للحديث عن تعديل الدستور الأردني و«الربيع العربي»، والمطلب الثاني للحديث عن اللجنة الملكية المكلفة بمراجعة نصوص الدستور، والمطلب الثالث بعنوان لجنة الحوار الوطني وتعديل الدستور، والمطلب الرابع مجريات تعديل الدستور الأردني عام 2011.

## المطلب الأول

### تعديل الدستور الأردني والربيع العربي

لقد كان من أهم نتائج هبوب رياح «الربيع العربي» على المنطقة العربية أن سقطت بعض الأنظمة السياسية الحاكمة التي مارست الاستبداد والتسلط وتم استبدالها بأخرى ديمقراطية منتخبة، وهذا ما استتبعه تغيير في دساتير تلك الدول وذلك إما من خلال تعديل القوائم منها أو إلغائها واستبداله بدساتير جديدة صيغت استجابة للمطالب الشعبية بإطلاق الحقوق والحريات الأساسية.

وقد هبت رياح «الربيع العربي» على الأردن ابتداء من عام 2011 حيث اندلعت التظاهرات والاعتصامات في معظم مدن المملكة تطالب بالإصلاح قادتها المعارضة

(13) نشر هذا التعديل في عدد الجريدة الرسمية رقم (5117) الصادر بتاريخ 2011/10/1.

التقليدية في الأردن ممثلة بحزب جبهة العمل الإسلامي والتيارات اليسارية الأخرى، في حين بقيت الأغلبية المطلقة من الأصوات المطالبة بالإصلاح ذات صبغة شعبية، فتشكلت الحركات الشبابية التي كان أكثرها تنظيماً تلك التي تشكلت في جنوب المملكة ابتداءً قبل أن تمتد إلى العاصمة عمان، ومن ثم إلى منطقة الشمال في الأردن (14).

أما عن المطالب الإصلاحية، فقد اتسع نطاقها لتشمل تعديل الدستور الأردني ومراجعة مجموعة أخرى من القوانين ذات الصبغة السياسية. فعلى صعيد الدستور، تعالت المطالب الشعبية بضرورة إجراء مراجعة شاملة لنصوصه، وتجاوز الفكرة التي كانت سائدة في الأردن بأن الدستور يعد وثيقة ذات خط أحمر لا يسمح لأحد الاقتراب منه أو مجرد اقتراح تعديله وإعادة النظر فيه. وحول النصوص الدستورية التي طالب كل من الحراك الشعبي والقوى السياسية تغييرها، فقد اختلفت بين معتدلين يطالبون بمجرد العودة إلى الدستور الأردني بصيغته الأولى التي صدر فيها عام 1952<sup>(15)</sup>، أي إلغاء جميع التعديلات التي أدخلت عليه خلال فترة الستين عاماً من عمر المملكة الأردنية الهاشمية، في حين تعالت أصوات متشددة تدعو إلى أكثر من مجرد العودة إلى نصوص دستور عام 1952، لتشمل تعديل كافة النصوص الدستورية ذات الصلة بالصلاحيات الدستورية للملك وتقييدها لصالح تحويل الملكية في الأردن إلى ملكية دستورية رمزية أسوة بما هو عليه الحال في بريطانيا.

إن المطالب الشعبية بإعادة العمل بالصيغة الأساسية التي صدر فيها الدستور عام 1952 لم يكن من الممكن تجاهلها أو التنكر لها، نتيجة لما سبقت الإشارة إليه بأن معظم التعديلات السابقة على نصوص الدستور الأردني قد جاءت سياسية بطبيعتها واستجابة لظروف استثنائية عصفت بالدولة الأردنية لم يعد من المبرر الإبقاء عليها في الوقت الحالي وذلك بسبب انتفاء الغاية والظروف التي صيغت من أجلها. أما فيما يتعلق بالمطالب الأخرى الخاصة بالملكية الدستورية، فقد فهمها الحراك الشعبي على أنها تقوم على أساس جعل الملك رمزا ومجرداً من الصلاحيات والسلطات الدستورية التي يجب أن تنتقل بحكم الدستور إلى رئيس الوزراء المنتخب من الشعب في انتخابات حرة ونزيهة وذلك أسوة بالنظام الملكي في الدستور البريطاني.

(14) انظر بيان من الحركة الشعبية الأردنية منشور على موقع كل الأردن الإخباري بتاريخ 2011/2/13.

(15) انظر سمر حدادين، «العربية لحقوق الإنسان» تدعو للعودة إلى دستور 1952، تقرير صحفي منشور في جريدة الرأي الأردنية بتاريخ 2011/5/3، وربي كراسنة، قوى شبابية تطلق مبادرة حركة دستور 1952، مقالة منشورة في جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2011/2/20.

وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى أن المقصود بالملكية الدستورية هو أن نظام الحكم -سواء أكان ملكيا أو جمهوريا- فإنه يجب أن يكون وفق أحكام الدستور الذي يستمد منه أي نظام حاكم شرعيته. فالدستور في أي دولة وبغض النظر عن نظام الحكم فيها يتضمن قواعد خاصة بتشكيل السلطات واختصاصات كل سلطة والعلاقة بين الفرد والسلطة، حيث يجب أن تمارس كل سلطة صلاحياتها وفق أحكام الدستور وإلا كانت قراراتها وأعمالها مخالفة للدستور. وهذا الاتجاه قد تبناه الدستور الأردني الذي ينص على تشكيل سلطات ثلاث هي التشريعية والتنفيذية والقضائية، يحدد لكل سلطة مهامها وأعمالها الخاصة بها، وينظم طبيعة العلاقة بينها والتي تقوم على أساس الفصل المرن بين السلطات،<sup>16</sup> كما يعتبر الدستور الأردني الأمة هي مصدر السلطات تمارس صلاحياتها على الوجه المبين في الدستور، فإذا مارست هذه السلطات المهام الموكولة إليها وفق أحكام الدستور فإن نظام الحكم يعد دستوريا.

وإذا كانت هناك أنظمة نيابية تأخذ بالدور السلبي الملك وتنكر عليه حق التدخل في شؤون الحكم باعتباره مركزا شرفيا كما هو الحال في بريطانيا، فإن هناك أنظمة أخرى يكون فيها للملك حق التدخل الفعلي في شؤون الحكم، ولكن بصورة غير مباشرة من خلال وزرائه كما هو الحال في الأردن، حيث يحكم الملك بواسطة وزرائه من خلال قاعدة التوقيع الوزاري المجاور<sup>(17)</sup>.

من هنا فإن من الخطأ تعريف الملكية الدستورية على أساس أنها الدعوة إلى تقليص صلاحيات الملك ومنعه من التدخل في شؤون الحكم أسوة بالنظام الملكي البريطاني الذي يعتبره البعض الأنموذج الأفضل للملكية الدستورية ويطالب باقي الأنظمة الملكية أن تحذو حذوها. فسلبية الملك في بريطانيا وتقليص صلاحياته الدستورية لم يكن وليد مبدأ أو رأي مقرر سلفا بقدر ما كان ثمرة تطورات تاريخية ومصادمات بين الملك والبرلمان البريطاني على مدى عدة قرون أدت جميعها إلى إضعاف سلطات الملك في مواجهة البرلمان<sup>(18)</sup>. فقد كان الملك في بريطانيا وحتى القرن الثامن عشر يمارس صلاحيات واسعة في إدارة شؤون الحكم، إلا أن ذلك الوضع قد تغير بعد صدور

(16) انظر المواد (25 و 26 و 27) من الدستور الأردني لعام 1952.

(17) الدكتور أمين العضالية، الوجيز في النظام الدستوري الأردني، 2010، ص 102-106.

(18) A. W. Bradely, and K. D. Ewing, Constitutional and Administrative Law, UK: Pearson Education (2003), 9195-.

قانون الانتخاب البريطاني لعام 1832 الذي تنازل بموجبه الملك عن حقوقه للبرلمان، وأصبح مجلس الوزراء منبثقا عن مجلس العموم البريطاني الذي ينتخبه الشعب، وخسر الملك حقه في اختيار شخص رئيس الوزراء لصالح رئيس الحزب الفائز في الانتخابات التشريعية<sup>(19)</sup>.

إلا أن الحالة البريطانية السابقة من تقليص صلاحيات الملك لا تعني بالضرورة أن يتم تقليص صلاحيات الملك في الأردن بحجة وجود ملكية دستورية في بريطانيا وعدم وجودها في الأردن. فعلى الرغم من الحد من سلطات الملكة في بريطانيا فيما يتعلق بتعيين رئيس الوزراء إلا أن الوضع لا يصل إلى درجة القول بأن الملكة في بريطانيا قد تجردت من كافة صلاحياتها وحقوقها الدستورية لصالح رئيس الوزراء. فالمملكة في بريطانيا ما تزال تتمتع بحقوق دستورية تمارسها إلى جانب رئيس الوزراء المنتخب تتمثل في رئاستها لدول الكومنولث، والتصديق على القوانين، ودعوة البرلمان البريطاني للانعقاد وإلقاء خطاب العرش، والأهم من ذلك تكليف رئيس الحزب الفائز بتشكيل الحكومة واختيار شخص رئيس الوزراء في حالات معينة تقتضيها الضرورة والمصلحة العامة<sup>(20)</sup>. فالمملكة في بريطانيا إذا كانت قد رضيت أن تقيد حقه الدستوري في اختيار رئيس الوزراء في شخص رئيس الحزب الفائز في الانتخابات، إلا أنه لا يوجد ما يمنعه دستوريا من أن تختار شخصا آخر لرئاسة الوزراء، وليس رئيس الحزب الفائز في الانتخابات<sup>(21)</sup>.

بذلك نصل إلى نتيجة مفادها أن الملكية الدستورية ليس لها علاقة بطبيعة الصلاحيات التي يمارسها الملك في النظام الدستوري وحجمها، بل هي تتعلق بضرورة أن تكون السلطات التي يمارسها الملك في حدود الدستور، سواء كان الملك عبارة عن

19) D. Polland, et, al. Constitutional and Administrative Law, 4th ed. UK: Oxford University Press (2007), 7781-.

20) I. Loveland, Administrative Law and Human Rights, 5th ed. UK: Oxford University Press (2009), 94.

21) هذا ما حدث عام 1931 عندما اختارت ملكة بريطانيا رئيس الوزراء العمالي رامزي ماكدونالد لتشكيل حكومة وطنية من معظم الأحزاب السياسية لمواجهة الظروف الاقتصادية في ذلك الوقت رغم فوز حزب المحافظين في تلك الانتخابات. وفي عام 1963 عندما استقال رئيس الوزراء البريطاني المحافظ هارولد ماكميلان لم يكن لدى حزب المحافظين آلية واضحة لاختيار خلفا له فما كان من الملكة إلا أن تدخلت شخصيا ومارست حقه الدستوري في اختيار رئيس الوزراء وعينت دوغلاس هوم رئيسا للوزراء.

مركز شرقي يسود ولا يحكم، أم يسود ويحكم من خلال وزرائه. لذا، فإن المطالب الإصلاحية ذات الصلة بحقوق الملك وصلاحياته والتي تمثلت في المطالبة بتكريس الملكية الدستورية - التي هي متوافرة في النظام الدستوري الأردني - كان يجب أن تثار في إطار مختلف يتمثل في المطالبة بالتحول من نظام الملكية الدستورية الواسعة التي يتمتع فيها الملك بحقوق مطلقة في الدستور، إلى الملكية الدستورية التي يتمتع فيها الملك بحقوق مقيدة بضوابط دستورية كتلك التي تتعلق باختيار رئيس الوزراء من الحزب الفائز في الانتخابات.

أما على صعيد تعديل القوانين ذات الصبغة السياسية، فقد تمحورت المطالب الشعبية حول ضرورة إعادة النظر بالقوانين الناظمة للحياة السياسية في الأردن وأهمها قانون الانتخاب وقانون الأحزاب السياسية وقانون الاجتماعات العامة كوحدة واحدة، وذلك للارتباط الوثيق لتلك التشريعات بالهدف الأساسي للإصلاح والمتمثل في تطبيق مفهوم الحكومة البرلمانية، وهي الأمور التي أخذتها بعين الاعتبار اللجنة الملكية المكلفة بمراجعة نصوص الدستور كما سيتم بيانه في المطلب القادم.

## المطلب الثاني

### اللجنة الملكية المكلفة بمراجعة نصوص الدستور

في ظل تصاعد وتيرة الربيع العربي الأردني، جاءت المبادرة الملكية بتشكيل لجنة ملكية لمراجعة نصوص الدستور الأردني برئاسة رئيس الوزراء السابق المرحوم أحمد اللوزي وعضوية تسعة أشخاص أسندت إليهم مهمة مراجعة نصوص الدستور الأردني واقتراح أي تعديلات دستورية ضرورية عليه<sup>(22)</sup>.

وقد ظهر جلياً أن الباعث الأساسي لمراجعة نصوص الدستور الأردني يكمن في إعادة صياغة العلاقة بين السلطات الثلاث في الدولة، والتي كانت تمتاز بهيمنة تمارسها السلطة التنفيذية ممثلة بمجلس الوزراء على السلطة التشريعية ممثلة بمجلس الأمة بشقيه الأعيان والنواب وعلى السلطة القضائية. وهذا ما يمكن استنتاجه من رسالة التكليف الملكية للمرحوم أحمد اللوزي والتي جاء فيها «... أن غايتنا من ذلك كله هو

(22) صدرت الإرادة الملكية السامية بتعيين لجنة ملكية مكلفة بمراجعة نصوص الدستور بتاريخ 26 نيسان 2011 وقد قدمت توصياتها إلى جلالة الملك بتاريخ 15 آب 2011.

ترسيخ التوازن بين السلطات، والارتقاء بالأداء السياسي الحزبي والنيابي وصولاً إلى صيغة دستورية تمكن مجلس الأمة من القيام بدوره التشريعي والرقابي بكفاءة واستقلالية، بالإضافة إلى تكريس القضاء حكماً مستقلاً بين مختلف السلطات والهيئات والأطراف، وأن يظل مرفقاً مكتمل البناء في جميع درجات التقاضي وأشكاله»<sup>(23)</sup>.

إن أهم الملاحظات على تشكيل اللجنة الملكية أنها ضمت أعضاء من نفس اللون والطياف السياسي، ولم تضم في عضويتها ممثلين عن الأطياف السياسية المختلفة من حزيين ونقابين وممثلين عن الحراك الشعبي. فمن خلال الوقوف على أشخاص لجنة تعديل الدستور، نجد أنها تتألف من أربعة رؤساء وزراء سابقين من ضمنهم رئيسها أحمد اللوزي، وعضوية رئيس المجلس القضائي الأردني في ذلك الوقت والرئيس السابق له، وخبير اقتصادي واجتماعي ووزير عدل سابق، بالإضافة إلى وزيرين سابقين من غير المتخصصين في مجال القانون.

كما لم تضم اللجنة في عضويتها أكاديميين ومتخصصين في مجال القانون الدستوري، وضمت فقط عضواً واحداً من مجلس النواب المنتخب هو رئيس المجلس في ذلك الوقت، وهو ما يمكن اعتباره استبعاد تام لمجلس النواب عن عملية اقتراح تعديل الدستور، واقتصار دوره فقط على إقرار التعديلات التي قدمت إليه من قبل اللجنة الملكية لمراجعة نصوص الدستور.

وبهذا يكون الأردن قد خط خطاً إصلاحياً في مجال تعديل الدستور مختلفاً عن ذلك الذي اتبعته الدول العربية الملكية الأخرى كالمغرب، والذي قام فيها الملك بتشكيل لجنة من (19) فقيهاً قانونياً ودستورياً ليتشاركوا مع أصحاب المعرفة والرأي وقادة الأحزاب السياسية للخروج بتعديلات على الدستور المغربي تتجاوب مع مطالب الشعب المغربي وذلك في عام 2011<sup>(24)</sup>.

وقد جاء رد الحكومة بأن اللجنة الملكية قد سعت إلى التواصل مع كافة أطراف

(23) من رسالة جلالة الملك عبد الله الثاني ابن الحسين إلى المرحوم أحمد اللوزي رئيس اللجنة الملكية المكلفة بمراجعة نصوص الدستور بتاريخ 26 نيسان 2011.

(24) دراسة أعدها كل من محمد مدني وإدريس المغروي وسلوى الزهوني، دراسة نقدية للدستور المغربي لعام 2011، منشورة من قبل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات حول بناء الدستور، 2012.

المجتمع الأردني من خلال فتح المجال أمام جميع القوى السياسية والشعبية بأن تتقدم إليها باقتراحاتها وأفكارها حول التعديلات المطلوب إدخالها على الدستور الأردني، إلا أن الأحزاب السياسية والقوى الشعبية عبرت في أكثر من مناسبة عن عدم رضاها عن مستوى تواصل اللجنة الشعبي، حيث اشتكى ناشطون وحزبيون من تجاهل اللجنة الملكية لمراسلاتهم واقتراحاتهم الخاصة حول تعديل نصوص الدستور<sup>(25)</sup>.

أما على صعيد الأحزاب السياسية الكبرى فقد بقيت مشاركتها في عملية تعديل الدستور من خلال التفاعل مع اللجنة الملكية ضعيفة، اقتصر فقط على إرسال توصياتها واقتراحاتها الخاصة للجنة الملكية حول رؤى كل منها للإصلاح الدستوري في الأردن. وقد جسدت تلك الاقتراحات رؤى حزبية وشخصية بحتة للأحزاب السياسية، ولم تنطلق من مصلحة عامة مشتركة وذلك بسبب اختلاف الواقع السياسي للأحزاب العاملة في الأردن. ففي الوقت الذي تشددت فيه بعض أطراف قوى المعارضة من اتجاه إسلامي وتيارات يسارية أخرى في انتقاد اللجنة الملكية لمراجعة نصوص الدستور مطالبة استبدالها بلجنة أخرى لصياغة دستور جديد، رحبت أحزاب سياسية أخرى بالخطوة الإصلاحية، ودعت اللجنة إلى العمل على إزالة كافة التشوهات التي طرأت على الدستور الأردني والعودة إلى دستور عام 1952 بصيغته الأولى مع تقليص صلاحيات الملك الدستورية لصالح رئيس وزراء منتخب من الشعب<sup>(26)</sup>. كما طالبت الأحزاب السياسية بتكريس مبدأ الأمة مصدر السلطات من خلال تغيير آلية اختيار مجلس الأعيان في الأردن، وهو المجلس الأعلى في مجلس الأمة الأردني الذي يتم اختيار أعضائه مباشرة من قبل الملك، وذلك لصالح انتخاب أعضائه من قبل الشعب<sup>(27)</sup>.

ويعود السبب في غياب أي دور بارز للأحزاب السياسية عن عملية تعديل الدستور إلى الواقع الذي تعيشه تلك الأحزاب. ففي الأردن يوجد هناك (23) حزبا سياسيا

(25) بيان اللجنة التحضيرية للمؤتمر الوطني للإصلاح الذي تنتقد فيه التعديلات الدستورية المقترحة، منشور على موقع عمان نت بتاريخ 2011/9/13.

(26) بيان صادر عن التيار الوطني التقدمي "الحد الأدنى للإصلاح هو العودة إلى دستور 1952 أولا" منشور على موقع كل الأردن الإخباري بتاريخ 2011/2/3.

(27) بشير المومني، التعديلات الدستورية، قراءة في موقف الإخوان المسلمين، مقالة منشورة على موقع وكالة زاد الأردن الإخبارية بتاريخ 2011/8/20.

مرخصا، يزيد عددهم وينقص بصورة سريعة بين الحين والآخر وذلك بسبب ضعف الإمكانيات المادية والبشرية لمعظم تلك الأحزاب السياسية، مما يضطرها إلى إغلاق أبوابها وطلب إلغاء تراخيصها بسبب عدم قدرتها على التقيد بأحكام القانون. فمعظم الأحزاب الأردنية غير قادرة على استئجار مقرات لها، أو حتى تعيين محاسب يقوم بإعداد موازنتها السنوية لغايات تسليمها إلى السلطات الرسمية، فتجد نفسها مضطرة لطلب سحب ترخيصها طوعا واختيارا نتيجة عدم قدرتها على الالتزام بالقواعد القانونية الناظمة لعمل الأحزاب السياسية في الأردن.

أما أكبر الأحزاب السياسية الأردنية وأكثرها تأثيرا وعددا من حيث الأعضاء فهو حزب جبهة العمل الاسلامي، الذراع السياسي لجماعة الإخوان المسلمين في الأردن والتي هي جماعة مرخصة في وزارة التنمية الاجتماعية كجمعية بموجب قانون الجمعيات الأردني لعام 2008. ويحمل حزب جبهة العمل الاسلامي نفس المبادئ والأفكار التي تقوم عليها جماعة الإخوان المسلمين المتمثلة في سعيهم إلى الوصول الى البرلمان لسن تشريعات تتوافق مع الشريعة الاسلامية، ورفع شعار «الإسلام هو الحل».

ويعد حزب جبهة العمل الاسلامي أكبر تكتل حزبي في الأردن، إذ يزيد عدد أعضائه عن (13) ألف عضو، في الوقت الذي تعجز فيه بعض الأحزاب الأخرى عن الحفاظ على الحد الأدنى لتأسيس حزب سياسي في الأردن والمتمثل في (500) عضو، وأغلب التقديرات تشير إلى أن أعضاء حزب جبهة العمل الإسلامي منفردا يفوق حجم كافة الأحزاب السياسية الأردنية الأخرى مجتمعة، فضلا عن وجود الآلاف من أعضاء جماعة الإخوان المسلمين غير منتمين للحزب بشكل رسمي<sup>(28)</sup>.

وعادة ما يشار إلى كل من جماعة الإخوان المسلمين وحزب جبهة العمل الإسلامي بـ«الحركة الاسلامية» ذلك على الرغم من أن أحدهما مصنف على أنه «جمعية خيرية» والآخر على أنه «حزب سياسي» إلا أن كليهما يمارس العمل السياسي، وتكون الاجتماعات المشتركة بين الطرفين دائمة الانعقاد، ويشغل العديد من الأشخاص مناصب قيادية في كل من الجماعة والحزب بنفس الوقت.

(28) تقرير بعنوان «أفق الخارطة السياسية بالأردن بعد الانتخابات وتعديلات الدستور»، منشور على موقع العربية الإلكترونية بتاريخ 2013/3/7.

وإلى جانب حزب جبهة العمل الإسلامي، هناك حزب الوسط الإسلامي الذي تأسس في عام 2001 على أيدي مجموعة تضم نشطاء حزبيين ونقابيين خرجوا من عباءة حزب جبهة العمل الإسلامي وجماعة الأخوان المسلمين، وكان طموحهم تشكيل بديل عن الحركة الإسلامية التقليدية التي يعرفها الأردنيون منذ عشرات السنين. وقد فاجأ حزب الوسط الإسلامي كافة المراقبين والمحللين بالنتائج التي حققها في الانتخابات التشريعية لمجلس النواب السابع عشر التي جرت في بداية عام 2013، حيث حصل الحزب على أعلى عدد من مقاعد «القوائم الوطنية»، كما أنه قد حصل على أعلى عدد من مقاعد الدوائر الانتخابية التي استحوذت عليها الأحزاب السياسية.

أما أحزاب اليسار في الأردن، والتي تعد من قبيل أحزاب المعارضة، فهي تتبنى أفكاراً ذات امتداد خارجي كحزب البعث العربي الاشتراكي القريب من البعث العراقي، وحزب البعث التقدمي القريب من سوريا، وحزب الوحدة الشعبية الذي يتبنى أفكار الجبهة الشعبية لتحرير فلسطين، والحزب الشيوعي الأردني الذي يتبنى الأفكار الشيوعية التقليدية التي قام عليها الاتحاد السوفييتي في السابق، فضلاً عن أحزاب أخرى قومية وناصرية وعروبية، وجميعها صغيرة الحجم وضعيفة التأثير في الحياة السياسية الأردنية<sup>(29)</sup>.

وأمام هذا الواقع الحزبي والسياسي المبتدئ في الأردن لم يكن من المستغرب أن تستفرد الحكومة الأردنية بعملية إصلاح دستورها بنكهة واحدة حكومية دون أي صبغة معارضة، ذلك بسبب غياب الانسجام بين صفوف الأحزاب السياسية وعجزها عن رسم سياسة واحدة مشتركة للمعارضة الأردنية، ذلك على الرغم من وجود لجنة تنسيق عليا لأحزاب المعارضة الأردنية تضم في عضويتها حزب جبهة العمل الإسلامي، وحزب الوحدة الشعبية، وحزب الشعب الديمقراطي، وحزب البعث العربي الاشتراكي، والحزب الشيوعي، وحزب البعث العربي التقدمي، والحركة القومية للديمقراطية المباشرة<sup>(30)</sup>. أما القوى النسائية والجهات المدافعة عن حقوق المرأة فقد كانت أكثر حماسة وفعالية، إذ رأت في تعديل الدستور فرصة سانحة للمطالبة بتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في مجال إعطاء الجنسية الأردنية، فطالبت

(29) أفق الخارطة السياسية بالأردن بعد الانتخابات وتعديلات الدستور، مرجع سابق.

(30) دليل الأحزاب السياسية الأردنية الصادر عن مركز القدس للدراسات السياسية بتاريخ 2013/6/1.

بتعديل المادة (6) من الدستور وإضافة كلمة (الجنس) إليها، حيث تنص المادة المذكورة أن «الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين».

وفي هذا المجال فقد انقسمت الآراء الفقهية والقانونية إلى قسمين، الأول يرى أن إضافة كلمة «الجنس» إلى المادة الدستورية السابقة سيفرض على الدولة تغيير قانون الجنسية الأردني لصالح تحقيق المساواة في منح الجنسية لكل من الأردني والأردنية بحيث يصبح للأردنية المتزوجة من غير أردني الحق في أن تمنح الجنسية الأردنية لأبنائها<sup>(31)</sup>، أما الرأي الثاني، فقد اعتبر أن الدستور الأردني ينص صراحة على المساواة بين الرجل والمرأة دون الحاجة إلى إضافة كلمة «الجنس» إلى المادة (6) من الدستور، وأن مظاهر الاختلاف التي وردت في هذه المادة الدستورية التي يجب عدم التمييز على أساسها بين الرجل والمرأة، العرق واللغة والدين، قد جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وأنه من غير الممكن تضمين المادة الدستورية السابقة كافة المعايير والأسس التي يمكن أن يقوم على أساسها التمييز بين الرجل والمرأة، بالتالي فإن المساواة مفروضة دستوريا حتى في ظل غياب كلمة «الجنس»<sup>(32)</sup>.

أما النشاط في مجال حقوق الإنسان، فقد وجدوا في تعديل الدستور ضالتهم للمطالبة بتوسيع نطاق الحقوق والحريات الأساسية للأردنيين، وإضافة حقوق دستورية جديدة لم يكن مشارا إليها في الدستور الأردني، أهمها حظر التعذيب وحماية الأسرة والأمومة والطفولة والشيخوخة<sup>(33)</sup>. كما نادى النشاط بتكريس ضمانات المحاكمة العادلة في الدستور الأردني بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي قطعي، وامتد نطاق تلك المطالب إلى ضرورة إلغاء محكمة أمن الدولة، وهي محكمة عسكرية أنشئت في ظل حالة الطوارئ والأحكام العرفية التي سادت في الأردن في الخمسينيات من القرن الماضي، والتي تمتاز بأن المدنيين فيها يحاكمون من

(31) رانية الجعبري، الحركة النسائية لن توقف مطالبتها بإضافة كلمة (الجنس) للمادة 6 من الدستور، مقالة منشورة في جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2011/9/17.

(32) إسلام الحرشي، حق أبناء الأردنيات في جنسية أمهاتهم ثابت في الدستور الأردني، مقالة منشورة على موقع السوسنة الأردنية بتاريخ 2014/10/26.

(33) رسالة إلى أعضاء اللجنة الملكية الأردنية لتعديل الدستور من الشبكة الأورومتوسطية لحقوق الإنسان، ومنظمة هيومان رايتس ووتش، والفدرالية الدولية لحقوق الإنسان بتاريخ 2011/7/5.

قبل قضاة عسكريين يعينون من قائد الجيش أو من قضاة مدنيين في بعض الحالات يعينون من قبل رئيس الوزراء نفسه<sup>(34)</sup>.

ويبقى اللافت للنظر الدور الواضح والجلي للعشيرة في التعديلات الدستورية لعام 2011، والذي طغى في بعض الأحيان على دور الأحزاب السياسية، فالعشيرة كانت دائماً ما تمثل المؤسسة السياسية الأهم والأقوى في الأردن، وقد أثبت «الربيع العربي» أنها ما تزال الأقدر على المشاركة السياسية والتأثير في الرأي العام، فقد توسع دورها السياسي بعد الربيع العربي، وانخرطت في دعوات الإصلاح، وشكلت لتلك الغاية كتكتلات أشبه بالأحزاب السياسية مارست من خلالها العمل السياسي وصاغت من خلالها مطالبها ورؤيتها للإصلاح وموقفها من التعديلات الدستورية<sup>(35)</sup>. وعليه، فلا مجال للشك بأن العشائر الأردنية ستظل لاعبا مهما في الحياة السياسية خلال السنوات المقبلة، حيث كان لها حضور مميز في عملية تعديل الدستور والتي ابتدأت قبل تشكيل اللجنة الملكية من خلال لجنة الحوار الوطني كما سيتم بيانه في المطلب القادم.

### المطلب الثالث

#### لجنة الحوار الوطني وتعديل الدستور

في شهر آذار/ مارس من عام 2011 قررت الحكومة الأردنية إدارة حوار وطني مكثف حول مختلف التشريعات التي تتعلق بمنظومة العمل السياسي ومراجعتها، بغية التوصل إلى الأهداف التي تسعى الحكومة إلى تحقيقها، وهي إيجاد حياة حزبية وديمقراطية متقدمة، وتشكيل حكومات برلمانية عمادها الأحزاب السياسية، وتقديم مشروع قانونين توافقيين للانتخابات العامة والأحزاب السياسية يليان هذه الأهداف<sup>(36)</sup>. ولتحقيق تلك الغايات، فقد تم تشكيل لجنة للحوار الوطني تضم في

(34) قانون محكمة أمن الدولة رقم (17) لسنة 1959 وتعديلاته المنشور على الصفحة (529) من عدد الجريدة الرسمية رقم (1429) الصادر بتاريخ 1/7/1959.

(35) نور العمدة، رفض عشائري للتعديلات الدستورية، مقالة منشورة على موقع عمان نت الإخباري بتاريخ 2011/8/22.

(36) تقرير بعنوان «مجلس الوزراء يشكل لجنة الحوار الوطني بمشاركة الاسلاميين»، منشور على موقع عمان نت الإخباري بتاريخ 2011/3/14.

عضويتها (52) عضوا من مختلف التيارات الحزبية والسياسية ومن كافة أطياف المجتمع الأردني وعشائره.

وقد جاء تشكيل هذه اللجنة في ظل تواجد مجلس النواب السادس عشر الذي يملك دستوريا الولاية العامة في التشريع ومراجعة القوانين ذات الصلة بالحياة السياسية التي تدخل ضمن إطار عمل لجنة الحوار الوطني. وهذا ما دفع بعضهم إلى القول بأن الحكومة ومن خلال تشكيل لجنة الحوار الوطني قد تجاوزت مجلس النواب المنتخب، وعمدت إلى تغييره خاصة وأنها ضمت في عضويتها نائبا واحداً فقط هو عبد الكريم الدغمي باعتباره رئيس اللجنة القانونية في مجلس النواب في ذلك الوقت<sup>(37)</sup>. وقد رد مجلس النواب على ذلك القرار بتشكيل لجنة حوار نيابية موازية للجنة الحوار الوطني، لكنه ما لبث أن قام بإلغائها بعد بضعة أيام على الإعلان عن تشكيلها.

وقد عصفت بلجنة الحوار الوطني مشاكل داخلية في وقت مبكر من تشكيلها، حيث قدم العديد من أعضائها استقالاتهم منها احتجاجا على قيام قوات الأمن الأردنية باستخدام القوة بشكل مفرط لفض اعتصام حركة سياسية أطلقت على نفسها اسم حركة «24 آذار» وذلك في الخامس والعشرين من آذار عام 2011، قبل أن يعود الأعضاء المستقيلين إلى اللجنة<sup>(38)</sup>.

أما عن توصيات لجنة الحوار الوطني، فقد تمحورت حول ثلاثة محاور رئيسة هي قانون الانتخاب، وقانون الأحزاب السياسية، وإجراء تعديلات مقترحة على الدستور الأردني. فحول قانون الانتخاب، تمخضت توصيات لجنة الحوار الوطني عن ضرورة استبعاد نظام الصوت الواحد والاستبدال به النظام الانتخابي المختلط الذي يجمع بين القائمة النسبية المفتوحة على مستوى المحافظة والقائمة النسبية المفتوحة على مستوى الوطن، مع الإبقاء على مبدأ الكوتا وزيادتها من خلال إضافة ثلاثة مقاعد للنساء في مجلس النواب لدوائر البدو الثلاثة<sup>(39)</sup>.

(37) عامر اسماعيل، لجنة الحوار الوطني كما يجب أن تكون !!!، مقالة منشورة على موقع جغرافيا نيوز الإخباري بتاريخ 2011/6/16.

(38) تقرير بعنوان «استقالة 16 عضوا من لجنة الحوار الوطني» منشور على موقع خبرني الإلكتروني بتاريخ 2011/3/25.

(39) التوصيات الكاملة للجنة الحوار الوطني المنشورة على موقع عين نيوز الإخباري بتاريخ 2011/5/24.

وبخصوص قانون الأحزاب السياسية، فقد أوصت لجنة الحوار الوطني بتعديل القانون وتبسيط إجراءات تسجيل الأحزاب السياسية وإزالة العقبات الإدارية التي تواجه عملها، وتوفير الدعم المالي لتمكين الأحزاب السياسية من القيام بنشاطاتها ضمن أحكام القانون، وتبسيط الإجراءات الرقابية على أنشطتها المالية دون المساس بفاعلية تلك الرقابة، وتسهيل قدرتها على الحصول على التمويل المالي من داخل الأردن، والتشديد على منع التمويل الخارجي بكافة أشكاله، وتحديد صلاتها مع الجهات الرسمية وتبسيطها بما يضمن أقصى درجات الحرية في ممارسة أنشطتها السياسية<sup>(40)</sup>.

وعن التعديلات الدستورية، فقد اعتبرت لجنة الحوار الوطني أن عملية الإصلاح السياسي لا يمكن أن تتم على الوجه المطلوب دون إدخال تعديلات جديدة على الدستور لتتماشى نصوصه مع مقترحات تعديل قانوني الانتخاب والأحزاب السياسية، وذلك بهدف الانتقال إلى مرحلة تشكيل حكومات الأغلبية البرلمانية<sup>(41)</sup>. ولتلك الغاية، فقد قدمت لجنة الحوار الوطني مجموعة من المقترحات لتعديل بعض مواد الدستور الخاصة بالعلاقة بين السلطين التشريعية والتنفيذية بهدف إعادة التوافق والانسجام فيما بينها، وذلك من خلال إلغاء صلاحيات السلطة التنفيذية بتأجيل الانتخاب العام لمجلس النواب تأجيلاً عاماً، وتقليص صلاحياتها الدستورية في إصدار القوانين المؤقتة، وزيادة مدة الدورة العادية لمجلس الأمة من أربعة إلى ستة شهور. كما أوصت لجنة الحوار الوطني بإنشاء محكمة دستورية في الأردن، وأن تتم محاكمة الوزراء السابقين أمام القضاء النظامي، حتى لو كان الجرم قد وقع أثناء وجود الوزير على رأس عمله.

وقبل أن تصدر لجنة الحوار الوطني توصياتها النهائية في تقريرها الكامل، كانت الإرادة الملكية السامية قد صدرت بتشكيل اللجنة الملكية لمراجعة نصوص الدستور، حيث جاء التأكيد الملكي على الارتباط بين لجنة الحوار الوطني ولجنة تعديل الدستور بالقول «...إن الإطار العام لمهمة هذه اللجنة هو العمل على كل ما من شأنه النهوض بالحياة السياسية في السياق الدستوري، على أن تأخذ بعين الاعتبار

(40) المرجع السابق.

(41) المرجع السابق.

ما سيصدر عن لجنة الحوار الوطني من توصيات متعلقة بالتعديلات الدستورية المرتبطة بقانون الانتخاب<sup>(42)</sup>.

ومع ذلك، فإن ما صدر عن لجنة الحوار الوطني من توصيات ومقترحات لم تجد أذناً مصغية لتطبيقها بل تم تجاهلها والالتفات عنها، وهذا ما ظهر بشكل جلي في موضوع قانون الانتخاب الأردني، حيث إنه في الوقت الذي أوصت فيه لجنة الحوار الوطني بإلغاء نظام الصوت الواحد والاستبدال به نظام التمثيل النسبي، أصرت الحكومة الأردنية على الإبقاء على نظام الصوت الواحد في قانون الانتخاب رقم (25) لسنة 2012 الذي صدر بعد مخرجات اللجنة مع إدخال خجول لفكرة القوائم الوطنية المغلقة لما مجموعه (27) مقعداً<sup>(43)</sup>، وهي الفكرة التي لم يكتب لها النجاح على أرض الواقع، حيث عجزت أي من القوائم الانتخابية الكثيرة التي تزاومت على المقاعد النيابية عن إيصال عدد من المرشحين إلى مجلس النواب، على الرغم من أن الهدف من تجربة القوائم الوطنية كان يتمثل في أن تشكل تلك القوائم الفائزة في الانتخابات نواة أحزاب سياسية وكتل برلمانية داخل المجلس النيابي<sup>(44)</sup>، لذا فقد كان من الطبيعي أن يتم إلغاء ذلك القانون واستبداله بقانون الانتخاب الحالي رقم (6) لسنة 2016 والذي أخذ بجزء من توصيات لجنة الحوار الوطني من خلال إلغاء نظام الصوت الواحد واستبداله بنظام التمثيل النسبي ضمن قوائم مغلقة على مستوى المحافظة<sup>(45)</sup>.

ونتيجة للتعاطي الحكومي السلبي مع مخرجات لجنة الحوار الوطني، فقد تولد الشعور لدى القوى السياسية والحزبية الأردنية المعارضة بالإحباط وبعدم جدوى المشاركة والتعاطي مع اللجنة الملكية لمراجعة نصوص الدستور بحجة أنها لن تختلف عن سابقتها من المبادرات الإصلاحية التي شهدتها الدولة الأردنية، حيث كان الانطباع العام بأنه سيتم فرض النسخة الرسمية الحكومية من الإصلاح دون الالتفات إلى الأصوات المعارضة للتوجهات الحكومية والتي تنادي بقدر أكبر من

(42) من رسالة جلالة الملك عبد الله الثاني ابن الحسين إلى السيد أحمد اللوزي رئيس اللجنة الملكية المكلفة بمراجعة نصوص الدستور بتاريخ 26 نيسان 2011.

(43) القانون منشور على الصفحة رقم (29659) في عدد الجريدة الرسمية (5165) الصادر بتاريخ 2012/7/1.

(44) الدكتور ليث كمال نصراوين، جريمة شراء المرشحين والقوائم الانتخابية، مقالة منشورة في جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2012/12/29.

(45) القانون منشور على الصفحة رقم (1442) في عدد الجريدة الرسمية (5386) الصادر بتاريخ 2016/3/15.

الإصلاح، خاصة وأن تشكيل اللجنة الملكية قد غلب عليه الطابع الحكومي الرسمي وغياب نكهة المعارضة السياسية والحزبية، وهو ما انعكس على مجريات تعديل الدستور كما سيتم بيانه في المطلب القادم.

## المطلب الرابع

### مجريات تعديل الدستور الأردني عام 2011

بعد فترة عمل استمرت قرابة الأربعة أشهر قدمت اللجنة الملكية المكلفة بمراجعة نصوص الدستور توصياتها حول إجراء العديد من التعديلات على نصوص الدستور الأردني، إذ طالت مقترحات اللجنة تعديل أكثر من (42) مادة دستورية، والتي تم وضعها في إطار مشروع قانون معدل للدستور تمت مناقشته وإقراره من قبل مجلس الأمة وصدّق عليه الملك وفقاً للأصول الدستورية<sup>(46)</sup>. إن الملاحظة الأساسية في مجريات تعديل الدستور الأردني لعام 2011 أنها قد تمت بمعزل تام عن أي مشاركة لمجلس النواب خارج إطار دوره الدستوري المتمثل في إقرار التعديلات التي قدمت إليه من السلطة التنفيذية. ففي الوقت الذي كان يتوقع فيه الأردنيون من مجلس النواب أن يكون المحرك الرئيسي لعملية الإصلاح الدستوري في الأردن من خلال التقدم بمقترح تعديل الدستور قبل أن يطلبه الملك، أو على الأقل المشاركة الحقيقية مع اللجنة الملكية في صياغة مقترحات التعديل، فقد اقتصر دور مجلس النواب على مجرد مناقشة التعديلات الدستورية والموافقة عليها داخل أروقة البرلمان.

وقد جرى إقرار التعديلات الدستورية من قبل مجلس الأمة استناداً لأحكام المادة (1/126) من الدستور الأردني التي تشترط لإقرار تعديل الدستور أن تجيزه أكثرية الثلثين من أعضاء كل من مجلسي الأعيان والنواب. لذا، فقد عرض مشروع تعديل الدستور على مجلس النواب لإقراره، حيث خضعت مواده إلى مناقشات مستفيضة مطولة انتهت إلى تصويت مجلس النواب على مجمل مشروع التعديل بواقع (98) نائباً فيما رفضه نائب واحد فقط ولم يمتنع أي من النواب عن التصويت في حين غاب عن

(46) صدرت الإرادة الملكية السامية بالموافقة على تعديل الدستور بشكله الذي أقره مجلسا الأعيان والنواب بتاريخ 2011/9/30 والتي تم نشرها على الصفحة (4452) من العدد رقم (5117) من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 2011/10/1.

جلسة التصويت التي عقدت يوم 24/9/2011 ما مجموعه (21) نائباً<sup>(47)</sup>.

إن أهم ما ميز جلسات مجلس النواب الخاصة بمناقشة التعديلات الدستورية غياب الوعي الكامل لدى كافة أعضاء المجلس بماهية الإجراء الدستوري الذي كانوا يقومون به وأهميته، فقد اقتصرت المداخلات والمناقشات النيابية على عدد معين من النواب المخضرمين الذين يتمتعون بخبرة نيابية واسعة وسبق لهم التواجد في مجالس نيابية سابقة، في حين لم يبد الغالبية العظمى من النواب الحماس ذاته عند مناقشة التعديلات الدستورية، إذ تغيب العديد منهم عن جلسات المجلس في تلك الفترة، وكان هناك دائماً تخوف لدى رئاسة المجلس من ضياع النصاب القانوني للجلسات التي خصصت لمناقشة التعديلات الدستورية وإقرارها.

وعندما رفع مشروع تعديل الدستور إلى مجلس الأعيان لإقراره كانت الدورة الاستثنائية لمجلس الأمة المخصصة لإقرار التعديلات الدستورية قد شارفت على الانتهاء، حيث كان يجب أن يتم فضها قبل الأول من شهر تشرين أول، موعد انعقاد الدورة العادية لمجلس الأمة وذلك استناداً لأحكام المادة (78) من الدستور. وقد استتبع هذا الأمر أن كان لمجلس الأعيان فترة زمنية قصيرة نسبياً لإقرار التعديلات الدستورية قبل نهاية شهر أيلول من ذلك العام، حيث كان يخشى أن يقوم المجلس برد أي تعديل أقره مجلس النواب على مواد الدستور، وهو ما كان سيخلط الأوراق بسبب العامل الزمني الضيق لإقرار التعديلات الدستورية، إلا أن النتيجة كانت أن أقر مجلس الأعيان مشروع تعديل الدستور كما ورد من مجلس النواب، وذلك بعد يومين فقط من المناقشات وبأغلبية (51) عينا<sup>(48)</sup>.

أما أهم التعديلات الدستورية التي تار الخلاف حول إقرارها بين مجلسي الأعيان والنواب، فتمثلت في المادة (74) من الدستور التي تتعلق بحل المجلس النيابي. فبعد أن صوت مجلس النواب على صيغة معينة تتمثل في أنه: «لا يجوز حل مجلس النواب إلا لأسباب واقعية وظروف طارئة، وإذا حل مجلس النواب لسبب ما فلا يجوز حل

(47) حمزة السعود، النواب يقر تعديلات الدستور ويعطلونها حتى 3 سنوات، مقالة منشورة على موقع عمان نت بتاريخ 2011/9/24.

(48) ماجد الأمير، (الأعيان) يقر التعديلات الدستورية، مقالة منشورة في جريدة الرأي الأردنية بتاريخ 2011/9/29.

المجلس الجديد للأسباب ذاتها»، أعيد التصويت مرة أخرى ليستقر الأمر على النص بصيغته الحالية الذي يقضي بأنه «إذا حل مجلس النواب لسبب ما فلا يجوز حل المجلس الجديد للسبب نفسه»<sup>(49)</sup>.

أما أكثر التعديلات الدستورية إثارة لعلامات الاستفهام داخل مجلس النواب والتي ضربت بعرض الحائط باقي التعديلات الدستورية بأن عطلت نفاذها والبدء بتطبيقها فتمثلت في المادة (39) من مشروع تعديل الدستور التي تنص على أن: «جميع القوانين والأنظمة وسائر الأعمال التشريعية المعمول بها في المملكة الأردنية عند نفاذ هذا الدستور تبقى نافذة إلى أن تلغى أو تعدل بتشريع يصدر بمقتضاه بما لا يتجاوز ثلاث سنوات». فبمقتضى هذا التعديل الدستوري يكون مجلس النواب قد أوقف نفاذ العديد من التعديلات الدستورية لمدة أقصاها ثلاث سنوات، وذلك لكي يتسنى للسلطة التشريعية إصدار القوانين اللازمة لإنفاذها أو تعديلها أو إلغائها القائم منها. ففي الوقت الذي كان مقترح الحكومة يقضي بتعطيل نفاذ التعديلات الدستورية لأجل غير مسمى حتى يتم إلغاء أو تعديل القوانين ذات الصلة، قام مجلس النواب بتحديد فترة زمنية قوامها ثلاث سنوات للإتمام هذه المهمة.

وعلى صعيد الأمور المالية للدولة، فقد صوت مجلس النواب على إقرار المادة (36) من مشروع تعديل الدستور التي تنص على أن: «يقدم مشروع قانون الموازنة العامة ومشروع قانون موازنات الوحدات الحكومية إلى مجلس الأمة قبل ابتداء السنة المالية بشهر واحد على الأقل للنظر فيهما وفق أحكام الدستور، وتسري عليهما نفس الأحكام المتعلقة بالموازنة في هذا الدستور، وتقدم الحكومة الحسابات الختامية إلى مجلس الأمة في نهاية كل ستة شهور من انتهاء السنة المالية».

إن الأثر الدستوري المترتب على هذا الإقرار يتمثل في أن الحكومة قد أصبحت ملزمة بتقديم مشروع قانون موازنات المؤسسات المستقلة مع مشروع قانون الموازنة العامة، فكثيرا ما تعرضت الحكومات للنقد بسبب تباطؤها في إرسال موازنة الوحدات

(49) تقدم (77) نائبا بمقترح إعادة التصويت على المادة (74) من الدستور استنادا إلى أحكام المادة (73) من النظام الداخلي لمجلس النواب لعام 1996 الذي كان نافذا وقتئذ والذي كان يسمح بإعادة فتح النقاش قبل التصويت على مشروع القانون بمجمله، حيث صوت (86) نائبا لصالح العودة إلى مقترح اللجنة القانونية في حين خالف العودة لنص اللجنة (19) نائبا بينما امتنع (3) نواب عن التصويت وغاب (12) نائبا.

المستقلة إلى ما بعد إقرار الموازنة العامة للدولة، حيث ترسلها بعد ذلك بشكل سري بعيدا عن التدقيق النيابي والإعلامي.

كما أقر مجلس النواب تعديلا دستوريا يلزم ديوان المحاسبة بتقديم تقاريره إلى مجلس الأمة في بداية كل دورة عادية وكلما طلب إليه ذلك أحد مجلسي الأعيان أو النواب<sup>(50)</sup>، في حين كان النص الدستوري قبل التعديل يقتصر فقط على أن يقدم ديوان المحاسبة تقاريره إلى مجلس النواب فقط دون الأعيان وذلك بناء على طلبه. وهذا التعديل من شأنه أن يوسع من نطاق الرقابة السياسية على الحكومة فيما يتعلق بالشؤون المالية للدولة كما وردت في تقرير ديوان المحاسبة لتشمل مجلس الأمة بشقيه الأعيان والنواب.

أما داخل أروقة مجلس الأعيان، فقد كادت فرصة إقرار التعديلات الدستورية قبل موعد استحقاق الدورة العادية أن تتعثر وذلك بإعادة بعض المواد الدستورية إلى مجلس النواب، حيث صوت الأعيان على عدم الموافقة على مادتين من مواد تعديل الدستور كما وردت من مجلس النواب، قبل أن يعاد التصويت عليها مرة أخرى ويتم تأييد ما توصل إليه النواب بشأنهما. فقد اختلف السادة الأعيان مع النواب حول سن المرشح للنيابة، ففي الوقت الذي رفض فيه مجلس النواب تخفيض سن المرشح لمجلس النواب من (30) إلى (25) سنة، صوت مجلس الأعيان لصالح تخفيض سن المرشح، إلا أنه ما لبث أن أعاد التصويت وتمت الموافقة على قرار مجلس النواب برفض تخفيض سن الترشيح<sup>(51)</sup>.

كما ظهر خلاف أيضا بين الأعيان والنواب حول الحكم الذي أضافه مجلس النواب فيما يتعلق بحل مجلس النواب والذي يقضي بأنه: «إذا حل مجلس النواب لسبب ما فلا يجوز حل المجلس الجديد للسبب نفسه»، وتنص الفقرة الثانية منها «الحكومة التي يحل مجلس النواب في عهدها تستقيل خلال أسبوع من تاريخ الحل، ولا يجوز تكليف رئيسها بتشكيل الحكومة التي تليها». فعند تصويت السادة الأعيان على ذلك المقترح كما جاء من مجلس النواب لم يحز على الأغلبية المطلوبة دستوريا لإقراره حيث صوت

(50) المادة (1/119) من الدستور الأردني لعام 1952.

(51) تقرير بعنوان، «الأعيان يقر سن المرشح للنيابة ب 30 سنة»، منشور على موقع الإصلاح الإخباري بتاريخ 2011/9/28.

لصالحه (39) عينا فقط وخالفه (14) عينا، إلا أن مجلس الأعيان قد عاد وأقر ذلك النص المقترح عند إعادة التصويت الذي تم بناء على مذكرة قدمها (10) أعيان، حيث حازت تلك المادة الدستورية على تأييد (50) عينا ومعارضة عين واحد فقط<sup>(52)</sup>.

خلاصة القول، إن إقرار التعديلات الدستورية من قبل مجلس الأمة قد تم بفترة زمنية قياسية لا تتناسب مع طبيعة التعديلات ومضمونها، وذلك بسبب ضيق الوقت والحاجة إلى فض الدورة الاستثنائية لمجلس الأمة، وهو الأمر الذي لم يعط فرصة كافية للفعاليات السياسية والحزبية أن تتشارك مع الأعيان والنواب في مناقشة التعديلات الدستورية، فقد اقتصر دور الأحزاب السياسية ومنظمات المجتمع المحلي وقطاعات الحراك الشعبي على إرسال ملاحظاتهم وتعليقاتهم على التوصيات التي تقدمت بها لجنة تعديل الدستور والتي أفرغتها الحكومة في مشروع قانون لتعديل الدستور، حيث استقبلت اللجنتان القانونيتان في مجلسي الأعيان والنواب العديد من الملاحظات والآراء حول توصيات لجنة تعديل الدستور، إلا أن ضيق الوقت قد حال دون أن يتم إتاحة المجال الكافي أمام أصحابها للدفاع عنها أثناء فترة إقرار التعديلات الدستورية. فجاءت مداوالات اللجنتين القانونيتين سرية، ومخرجاتها غير متوافقة مع المطالب السياسية والحزبية التي قدمت إليهما بشكل كبير، مما كان له الأثر الأكبر في إضفاء الصفة الحكومية الرسمية على طبيعة التعديلات الدستورية ومضمونها خاصة فيما يتعلق بالعلاقة بين السلطات الثلاث كما سيتم بيانه في المبحث الثاني.

(52) مصطفى ريلات، «الأعيان يقر مشروع تعديل الدستور كما ورد من النواب»، مقالة منشورة في جريدة الدستور الأردنية بتاريخ 2011/9/29.

## المبحث الثاني

### طبيعة التعديلات الدستورية لعام 2011 وأثرها على النظام الدستوري الأردني

إن نقطة الفصل في التعديلات الدستورية تكمن في إلقاء الضوء على طبيعتها ومدى تأثيرها على النظام الدستوري الأردني من حيث إعادة رسم العلاقة بين السلطات الثلاث في الأردن وتحقيق التوازن المنشود فيما بينها، حيث إن السمة الأساسية لتلك العلاقة قبل عام 2011 كانت تتمثل في هيمنة السلطة التنفيذية على السلطتين التشريعية والقضائية. كما تظهر أهمية بيان التعديلات الدستورية التي أدخلها المشرع الدستوري في عام 2011 في تقديم مجموعة من التوصيات الإضافية لتعديل نصوص دستورية أخرى لم تتضمنها تعديلات عام 2011 والتي يمكن أن يتم أخذها بعين الاعتبار في أية مراجعة مستقبلية لنصوص الدستور الأردني.

وتأسيساً على ما سبق، سيتم تناول طبيعة التعديلات الدستورية لعام 2011 وأثرها على النظام الدستوري الأردني في أربعة مطالب يخصص المطلب الأول للحديث عن أثر التعديلات الدستورية على السلطة التنفيذية، والمطلب الثاني للحديث عن أثر التعديلات الدستورية على السلطة التشريعية، والمطلب الثالث للحديث عن أثر التعديلات الدستورية على السلطة القضائية، والمطلب الرابع للحديث عن أثر التعديلات الدستورية على الحقوق والحريات الأساسية.

#### المطلب الأول

##### أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطة التنفيذية

تضمنت التعديلات الدستورية لعام 2011 مراجعة العديد من الأحكام الخاصة بتشكيل السلطة التنفيذية التي تناط بالملك ويتولاها بواسطة وزرائه وفق أحكام الدستور، وبممارستها لمهام عملها والمسؤولية السياسية المترتبة عليها. ففيما يتعلق بتشكيل السلطة التنفيذية في الدستور الأردني، فقد ثار خلاف بين الأوساط السياسية والحزبية حول تعديل المادة (35) من الدستور المتعلقة بحق الملك في تعيين رئيس الوزراء والوزراء وقبول استقالتهم، حيث تعالت أصوات أحزاب المعارضة

والقوى السياسية مطالبة بتطبيق مبدأ الحكومة النيابية وتقييد حق الملك في تعيين رئيس الوزراء من رئيس الحزب الفائز في الانتخابات<sup>(53)</sup>، إلا أن تلك المطالب لم تلق آذانا مصغية وبقيت المادة (35) من الدستور دون تعديل، والتي تنص على أن يعين الملك رئيس الوزراء ويقيله ويقبل استقالته، ويعين الوزراء ويقيلهم ويقبل استقالتهم بناء على تنسيب من رئيس الوزراء.

ومع ذلك، فإنه يمكننا القول بأن الدستور الأردني بنصوصه الحالية يجيز تشكيل حكومة نيابية، إذ لا بد وأن تتم قراءة المادة (35) من الدستور مع باقي النصوص الدستورية الأخرى وأهمها المادة (16) التي تعطي الأردنيين الحق في تأليف الجمعيات والنقابات والأحزاب السياسية على أن تكون غاياتها مشروعة ووسائلها سلمية، وكذلك المادة (52) من الدستور التي تعطي رئيس الوزراء أو الوزير الذي يكون عضواً في أحد مجلسي الأعيان والنواب حق التصويت في مجلسه وحق الكلام في كلا المجلسين، والمادة (3/53) من الدستور التي تلزم كل وزارة جديدة تؤلف أن تقدم بيانها الوزاري إلى مجلس النواب خلال شهر واحد من تاريخ تأليفها لتطلب الثقة على ذلك البيان.

إن هذه المواد الدستورية في مجموعها تقود إلى الحكم بأنه إذا ما جرت انتخابات تشريعية على أساس حزبي في الأردن، فإن الملك سيختار رئيس الحزب السياسي الفائز بأغلبية مقاعد مجلس النواب رئيساً للوزراء على اعتبار أن الأصل في تشكيل الحكومة أن يتم من داخل مجلس النواب، وأن الاستثناء أن يتم من خارجه. وهذا ما سبق وأن حدث في عام 1956 عندما جرت انتخابات نيابية في الأردن على أساس حزبي، وتم تشكيل حكومة نيابية من الحزب الوطني الاشتراكي الذي فاز بأغلبية المقاعد في مجلس النواب<sup>(54)</sup>.

(53) بيان الحركة الإسلامية/حزب جبهة العمل الإسلامي وجماعة الإخوان المسلمين المتعلق بالتعديلات الدستورية الذي أطلق في مؤتمر صحفي عقد في مقر الحزب بتاريخ 28/11/2011.

(54) في انتخابات عام 1956 فاز الحزب الوطني الاشتراكي بأحد عشر مقعداً وثلاثة أعضاء من الجبهة الوطنية (اثنا عشر شيعيان) وعضوان من حزب البعث وخمسة أعضاء من حزب الإخوان المسلمين والتحريريين، وقد تم تكليف المرحوم سليمان النابلسي عن الحزب الفائز برئاسة الحكومة، انظر الدكتور مصطفى صالح العماوي، التنظيم السياسي والنظام الدستوري، 2009، ص 191.

وعن المسؤولية السياسية للوزارة في الدستور الأردني، فقد طرأ عليها تعديلات جوهرية هدفت بشكل أساسي إلى تحقيق التوازن مع السلطة التشريعية أهمها إلزام كل وزارة جديدة تؤلف أن تتقدم ببيان وزارتي إلى مجلس النواب خلال شهر من تاريخ تشكيلها لغايات الحصول على ثقة المجلس على ذلك البيان، وإلغاء حكم اعتبار خطاب العرش بياناً وزارياً للحكومة التي تتشكل إذا كان مجلس النواب منحلاً أو غير منعقد. فبموجب النص الدستوري المعدل، فإن كل وزارة جديدة تؤلف يجب عليها أن تقدم بياناً وزارياً إلى مجلس النواب وأن تطلب الثقة على أساسه وذلك خلال شهر من تشكيلها. فإذا تشكلت وزارة جديدة وكان مجلس النواب غير منعقد، فإنه يجب عليها أن تدعو مجلس الأمة للإنعقاد في دورة استثنائية، وأن تقدم بيانها الوزاري للحصول على ثقة مجلس النواب خلال شهر من تاريخ تشكيلها<sup>(55)</sup>، أما إذا كان مجلس النواب منحلاً، فعلى الوزارة الجديدة أن تتقدم ببيانها الوزاري وأن تطلب الثقة على ذلك البيان خلال شهر من تاريخ اجتماع المجلس الجديد<sup>(56)</sup>.

إن أهمية هذا التعديل الدستوري تكمن في تفادي المشاكل التي كانت تنجم عن اعتبار خطاب العرش بياناً وزارياً للحكومات التي تشكل في ظل غياب مجلس النواب والمتمثلة في الزج باسم الملك في نقاشات مجلس النواب بطرح الثقة، وهو ما يخالف أهم أركان النظام الملكي بأن الملك مصون وغير مسؤول. كما أن اعتبار خطاب العرش بياناً وزارياً للوزارة الجديدة كان دائماً ما يؤثر سلباً على جدية تصويت مجلس النواب على الثقة بالحكومة، إذ إنه من غير المتوقع أن يقدم أي نائب على حجب الثقة عن البيان الوزاري للحكومة والذي هو في حقيقته خطاب العرش السامي<sup>(57)</sup>.

أما اختصاصات السلطة التنفيذية الواسعة في الدستور الأردني، فقد خضعت لمراجعة بغية تقليصها وذلك فيما يتعلق بإصدار القوانين المؤقتة التي تعد الاختصاص

(55) المادة (4/53) من الدستور الأردني.

(56) المادة (5/53) من الدستور الأردني.

(57) لم تتقدم حكومة سمير الرفاعي بأي بيان وزارتي عام 2010، بل اعتبرت خطاب العرش بياناً وزارياً لها لغايات الحصول على ثقة مجلس النواب، مما أدى إلى حصولها على ثقة غير مسبوقه بأغلبية (111) نائباً من أصل (119) نائباً، انظر الدكتور ليث نصرأوين، أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطات العامة في الأردن» بحث منشور في مجلة دراسات الصادرة عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية في المجلد رقم (40) علوم الشريعة والقانون، العدد (1) أيار 2013، ص 225.

التشريعي الوحيد لها في الظروف الاستثنائية والذي كانت المادة (94) من الدستور قد توسعت به وذلك من خلال عدم تحديد حالة الضرورة التي تعد شرطاً أساسياً لإصدار القوانين المؤقتة على سبيل الحصر. لذا، فقد تعالت الأصوات السياسية والشعبية مطالبة بتحديد حالات الضرورة التي تبرر لمجلس الوزراء إصدار قوانين مؤقتة كما كان عليه النص الدستوري الأصلي الذي تضمنه دستور 1952 عند إصداره.

وقد استجابت التعديلات الدستورية لتلك المطالب بأن تم إلغاء التعريف الواسع لحالة الضرورة الذي كان يسمح لمجلس الوزراء إصدار قوانين مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتمل التأخير أو تستدعي صرف نفقات مستعجلة غير قابلة للتأجيل لصالح تحديد حالة الضرورة على سبيل الحصر لتشمل حالة الحرب والكوارث العامة، والطوارئ والحاجة إلى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتمل التأجيل.

كما جرى تعديل آخر على أحكام القوانين المؤقتة فيما يتعلق بشرط الزمن الواجب لإصدارها، حيث تم تعديل المادة (94) من الدستور وقصر حق مجلس الوزراء بإصدار القوانين المؤقتة عندما يكون مجلس الأمة منحلاً فقط دون حالة أن يكون مجلس الأمة غير منعقد، وذلك على خلاف النص الدستوري قبل التعديل والذي كان يعتبر إرجاء اجتماع مجلس الأمة أو تأجيل جلساته مبرراً لمجلس الوزراء لإصدار قوانين مؤقتة<sup>(58)</sup>.

إن هذا التعديل هو تعديل إيجابي، ذلك أن السماح لمجلس الوزراء بإصدار قوانين مؤقتة في فترتي الإرجاء أو التأجيل كان يؤدي إلى نتائج غير مقبولة دستورياً، فالسلطة التنفيذية كانت دائماً ما تسعى إلى ممارسة حقها في إرجاء مجلس الأمة وتأجيل جلساته لإصدار قوانين مؤقتة قد لا يصدرها مجلس الأمة إذا كان في حال انعقاد<sup>(59)</sup>. كما أن مجلس النواب أثناء فترتي الإرجاء أو التأجيل موجود وقائم ويمكن دعوته في أي وقت للإنعقاد لممارسة دوره التشريعي الأصيل دون الحاجة لإصدار قوانين مؤقتة. ومن التعديلات الأخرى على المادة (94) من

(58) الدكتور ليث نصرأوين، أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطات العامة في الأردن»، مرجع سابق، ص 226.

(59) الدكتور عادل الحيايري: القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، مرجع سابق، ص 666.

الدستور وضع قيد زمني على مجلس الأمة لإقرار القوانين المؤقتة التي يعرضها عليه مجلس الوزراء، وذلك خلال دورتين عاديتين متتاليتين لمجلس الأمة تحت طائلة إعلان بطلان تلك القوانين المؤقتة فوراً من قبل مجلس الوزراء. إن الهدف من تحديد فترة زمنية لمجلس الأمة لإقرار القوانين المؤقتة هو معالجة مشكلة بقاء القوانين المؤقتة لفترة زمنية طويلة في مجلس الأمة دون إقرارها، فهناك قوانين مؤقتة بقيت في أدرج مجلس الأمة سنوات عديدة لعدم وجود التزام دستوري على المجلس بإقرارها خلال فترة زمنية معينة<sup>(60)</sup>.

وحول حق السلطة التنفيذية في حل مجلس النواب، فقد جاءت التعديلات الدستورية لعام 2011 لتقدم ضمانات دستورية جديدة على عدم تعسفها في استخدام هذا الحق بشكل يؤثر سلباً على علاقتها بالسلطة التشريعية، فقد تمت إضافة فقرة جديدة إلى المادة (74) من الدستور تلزم الحكومة التي يحل مجلس النواب في عهدها أن تستقيل خلال أسبوع من تاريخ الحل، وأن لا يتم تكليف رئيسها بتشكيل الحكومة التي تليها. إن من شأن هذا الحكم أن يمنع مجلس الوزراء من التنسيب للملك بحل مجلس النواب إلا لأسباب جدية وحقيقية، على اعتبار أن الحكومة وخلال أسبوع من قرار الحل ستعد مقالة حكماً بموجب الدستور، وهو الأمر الذي سيضمن عدم تعسف السلطة التنفيذية في حل مجلس النواب، ويعيد التوازن في العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

أما التعديل الأكثر أهمية والذي طالبت به معظم القوى السياسية والحزبية في الأردن فتمثل في تعديل النصوص الدستورية التي كانت تجيز للملك تأجيل الانتخاب تأجيلاً عاماً، حيث تم إلغاء الفقرات (4 و5 و6) من المادة (73) من الدستور التي كانت تعطي الملك الحق المطلق في تأجيل الانتخاب تأجيلاً عاماً إذا كانت هناك ظروف طارئة يرى معها مجلس الوزراء أن إجراء الانتخاب يعد أمراً متعذراً. إن الأثر الدستوري المترتب على هذا التعديل يتمثل في عدم جواز تغيب مجلس النواب لمدة غير محددة كما كان عليه الحال قبل عام 2011، فبموجب النصوص الدستورية المعدلة يجب إجراء

(60) إن المثال الأبرز على ذلك أن القانون المدني الذي صدر كقانون مؤقت عام 1976 قد بقي بصفته كقانون مؤقت أكثر من عشرين عاماً قبل أن يتم إقراره من مجلس الأمة عام 1996، كما أن قانون تنظيم المدن والقرى الأردنية رقم (79) لسنة 1966 وتعديلاته ما زال قانوناً مؤقتاً منذ ذلك التاريخ ولم يتم إقراره بعد.

انتخاب عام خلال أربعة أشهر على الأكثر من تاريخ الحل وإلا عاد مجلس النواب المنحل بحكم الدستور، وهو الحكم الذي من شأنه أن يحد من هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية من خلال تغييبها لفترة زمنية غير محددة بعد صدور القرار بحلها وفق أحكام الدستور، ويعزز من دور السلطة التشريعية التي تأثرت إيجاباً بالتعديلات الدستورية لعام 2011 كما سيتم بيانه في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطة التشريعية

شملت التعديلات الدستورية لعام 2011 عدداً من النصوص ذات الصلة بصلاحيات السلطة التشريعية وعلاقتها مع السلطة التنفيذية تتمثل في الأحكام المتعلقة بتشكيل السلطة التشريعية واختصاصاتها، وكذلك أحكام الفصل في الطعون بصحة عضوية أعضاء مجلس النواب الذي انتقل الاختصاص بنظرها من مجلس النواب إلى القضاء النظامي وتحديدًا إلى محكمة الاستئناف.

ففيما يتعلق بتشكيل السلطة التشريعية، وردا على الانتقادات الشعبية والسياسية على عمليات التزوير والتلاعب في نتائج الانتخابات التشريعية التي جرت عامي 2007 و2010، فقد سعت التعديلات الدستورية إلى إعادة الثقة بالمؤسسة البرلمانية وآلية تشكيلها وذلك من خلال إنشاء هيئة مستقلة للانتخاب تكون مهمتها الأساسية الإشراف على العملية الانتخابية وإدارتها في كافة مراحلها<sup>(61)</sup>.

إن الأثر السياسي المترتب على إدخال عنصر مستقل للإشراف على الانتخابات التشريعية يتمثل في إنهاء عصر هيمنة السلطة التنفيذية على إجراء الانتخابات التشريعية في الأردن في كافة مراحلها، ابتداءً بتنظيم جداول الناخبين ومروراً بالإشراف على التصويت وانتهاءً بفرز الأصوات وإعلان النتائج، وهو الأمر الذي من شأنه أن يحقق أقصى درجات النزاهة والموضوعية عند إجراء الانتخابات التشريعية<sup>(62)</sup>. أما

(61) صدر قانون الهيئة المستقلة للانتخاب رقم (11) لسنة 2012 ونشر على الصفحة (1588) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5152) الصادر بتاريخ 2012/4/9.

(62) الدكتور ليث نصرابين، أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطات العامة في الأردن» مرجع سابق، ص 229.

اجتماعيا، فقد أسهم إنشاء الهيئة المستقلة للانتخاب في زيادة إقبال الناخبين الأردنيين على المشاركة في الانتخابات التشريعية تسجيلا واقتراعا وترشحا، مما انعكس إيجابيا على تركيبة مجلس النواب الذي أصبح أكثر تمثيلا لأطياف المجتمع وفئاته المختلفة، فقد شهدت أول انتخابات أشرفت عليها الهيئة المستقلة للانتخاب عام 2013 أكبر عدد من المرشحين لمجلس النواب في تاريخ الانتخابات النيابية في الأردن<sup>(63)</sup>.

وفيما يتعلق بشروط العضوية في السلطة التشريعية، فقد تم تعديل الدستور الأردني بحيث أصبح يحظر على من يحمل جنسية دولة أخرى أن يكون عضوا في مجلسي الأعيان والنواب، وهو الحكم نفسه الذي تم فرضه على الوزراء في السلطة التنفيذية، بحيث نصت التعديلات الدستورية لعام 2011 أن يلي منصب الوزارة إلا أردني لا يحمل جنسية دولة أخرى. إلا أن هذا الحظر لم يدم طويلا، حيث خضع الدستور الأردني لتعديل آخر في عام 2016 تم بموجبه إلغاء الحظر المتعلق بازواج جنسية كل من النائب والوزير، بحيث أصبح يسمح لكل من يحمل جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية الأردنية أن يترشح لعضوية مجلس النواب، أو أن يتم تعيينه عضوا في مجلس الأعيان وفي مجلس الوزراء.

وعن اختصاصات السلطة التشريعية، فقد تم إعادة النظر فيها في التعديلات الدستورية لعام 2011 وذلك من خلال تعديل النصوص ذات الصلة بسير العمل داخل مجلس الأمة أهمها زيادة مدة الدورة العادية لمجلس الأمة لتصبح ستة أشهر بدلا من أربعة أشهر وذلك بهدف تمكين المجلس من إنجاز أكبر قدر من الأعمال والمشاريع البرلمانية خلال الدورة العادية. أما مدة مجلس النواب، فقد بقيت أربع سنوات شمسية مع إعطاء الملك الحق في أن يمدد للمجلس مدة لا تقل عن سنة واحدة ولا تزيد عن سنتين<sup>(64)</sup>. كما أعطي الملك الحق في أن يرجئ انعقاد الدورة العادية مدة لا تزيد عن شهرين، وأن يؤجل جلسات مجلس الأمة ثلاث مرات على أن لا تزيد مدد التأجيلات في غضون الدورة العادية الواحدة على شهرين<sup>(65)</sup>. إن إعطاء الملك مثل هذه الحقوق على

(63) موقع الهيئة المستقلة للانتخاب، <http://www.entikhabat.jo/>، انظر أيضا حمزة العكايلة، عدد المرشحين لانتخابات المجلس السابع عشر الأكبر في تاريخ الأردن، مقالة منشورة في جريدة الدستور الأردنية بتاريخ 2012/11/27.

(64) المادة (1/68) من الدستور الأردني

(65) المادة (1/81) من الدستور الأردني.

مدد مجلس النواب يمارسها باعتباره رئيساً للسلطة التنفيذية يشكل مظهراً من مظاهر هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية، فحق السلطة التنفيذية في تمديد مدة مجلس النواب يتناقض مع المبدأ الأساسي في الديمقراطية النيابية الخاص بالدورية الحتمية للانتخاب العام. كما أن تمديد مدة مجلس النواب أكثر من أربع سنوات من شأنه أن يؤثر على الرقابة الشعبية على النواب، حيث يفترض أن يتم تجديد انتخاب أعضاء المجلس خلال مدة متوسطة غير طويلة حتى لا تفقد تلك الرقابة فاعليتها<sup>(66)</sup>. هذا بالإضافة إلى أن الغاية من تمديد مدة مجلس النواب بحجة تمكينه من استكمال أعماله البرلمانية قد انتفت بعد زيادة مدة الدورة العادية إلى ستة أشهر.

أما حق الملك في إرجاء انعقاد الدورة العادية لمجلس الأمة المقرر دستورياً في الأول من شهر تشرين الأول من كل عام مدة لا تزيد عن شهرين، فإنه يحد من استقلالية المجلس ويشكل انتقاصاً من هيئته. وكذلك الحال بالنسبة لحقه في تأجيل جلسات مجلس الأمة فهو يعد تدخلاً من قبل السلطة التنفيذية في أعمال السلطة التشريعية أثناء انعقادها الدستوري ومساساً بسيادة البرلمان وحقه في تنظيم أموره الداخلية بنفسه دون تدخل أية جهة خارجية، وهو ما يبرر إعادة النظر في هذه النصوص الدستورية في أي تعديل قادم على الدستور الأردني.

ومن المواضيع الأخرى ذات الصلة بالسلطة التشريعية والتي شملها التعديل الدستوري موضوع الفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس النواب والذي طالبت القوى السياسية والحزبية إخراجه من ولاية مجلس النواب نفسه وإعطائه للقضاء النظامي. وقد استجابت التعديلات الدستورية لذلك المطلب، حيث تم تعديل المادة (71) من الدستور بأن أعطي الحق لكل ناخب بأن يقدم طعناً إلى محكمة الاستئناف التابعة لها الدائرة الانتخابية للنائب المطعون بصحة نيابته في دائرته الانتخابية وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشر نتائج الانتخابات في الجريدة الرسمية، على أن تكون قرارات المحكمة نهائية وغير قابلة لأي طريق من طرق الطعن. إن الهدف الأساسي من إخراج الاختصاص في نظر الطعون الانتخابية من مجلس النواب إلى القضاء النظامي هو إشباع غريزة العدالة عند الأفراد الطاعنين بصحة نيابة أعضاء مجلس النواب وذلك من خلال إسناد مهمة الفصل في هذه الطعون إلى القضاء المستقل، وهو الأمر الذي

(66) الدكتور محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، 1975، ص 254.

لم يكن يحققه النص الدستوري السابق الذي كان يجعل من مجلس النواب الخصم والحكم في الطعون الانتخابية<sup>(67)</sup>.

إلا أنه ونظرا للطبيعة الإدارية للطعون الانتخابية، فقد كنا نتمنى على المشرع الدستوري أن يقرر الاختصاص في الطعون الانتخابية للقضاء الإداري كونه أكثر قدرة على تفهم روح القانون العام الذي يحكم موضوع الطعن في صحة عضوية النائب بعد الانتخاب، خاصة بعد التعديل الدستوري الذي جعل القضاء الإداري في الأردن على درجتين<sup>(68)</sup>. كما أن إعطاء الاختصاص للقضاء الإداري في الفصل في الطعون الانتخابية من شأنه أن يوحد المبادئ والأحكام القضائية حول المنازعات المتعلقة بموضوع الانتخابات، ذلك أن وجود ثلاث محاكم استئنافية في الأردن لا تخضع أحكامها لرقابة محكمة عليا سيؤدي إلى تعدد في التفسير التشريعي وفي فهم القانون وتطبيقه بصورة مختلفة، وذلك نظرا للاختلاف المتوقع في الاجتهاد القضائي بين تلك المحاكم.

كما أن المشرع الدستوري قد جعل القرار الصادر عن محكمة الاستئناف في الطعن بصحة عضوية النائب نهائيا غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، وهو ما يشكل إنكارا للعدالة وللحق في التقاضي على درجتين. فالغريب في الأمر أن يسحب المشرع الدستوري اختصاص الطعون الانتخابية من مجلس النواب الذي يمثل جهة غير قضائية لا تحقق أبسط قواعد العدالة من حيث التقاضي على درجتين، وأن يقره للقضاء النظامي مع إنكار الحق بالطعن بالقرار الصادر إلى محكمة أعلى.

إن أهمية الطعن بالقرار الصادر عن محكمة الاستئناف في الطعون الانتخابية تكمن في أنه ولأول مرة قد تقرر منح محكمة الاستئناف الحق في إعلان بطلان الانتخاب في الدائرة التي تعلق الطعن بها، إذا ما تبين لها نتيجة نظرها في الطعن المقدم أن إجراءات

(67) الدكتور أمين المشاقبة، النظام السياسي الأردني، 2009، ص 73.

(68) تم تعديل المادة (100) من الدستور بحيث تم إلغاء محكمة العدل العليا وإنشاء قضاء إداري على درجتين، وتنفيذا لذلك النص الدستوري صدر قانون القضاء الإداري الأردني الذي ألغى محكمة العدل العليا واستبدل بها محكمة إدارية ابتدائية تكون قراراتها والأحكام الصادرة عنها قابلة للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، انظر قانون القضاء الإداري الأردني رقم (27) لسنة 2014 المنشور على الصفحة رقم (4866) في عدد الجريدة الرسمية (5297) الصادر بتاريخ 17/8/2014.

الانتخاب في تلك الدائرة لا تتفق وأحكام القانون<sup>(69)</sup>، فمثل هذا الحكم الصادر عن المحكمة يتجاوز نطاق تطبيقه وحجتيه كلا من الطاعن والمطعون بصحة نيابته إلى جميع النواب، الذين تم انتخابهم عن تلك الدائرة الانتخابية التي تقرر إعلان بطلان نتائج الانتخاب فيها، مما يبرر منحهم الحق في الطعن بذلك القرار أمام جهة قضائية عليا ضمن السلطة القضائية، التي بدورها تأثرت بالتعديلات الدستورية كما سيتم بيانه في المطلب القادم.

### المطلب الثالث

#### أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطة القضائية

لقد أدخلت التعديلات الدستورية لعام 2011 أحكاماً إيجابية على السلطة القضائية كان لها الأثر الكبير في ضمان استقلاليتها عن السلطة التنفيذية وتفعيل ممارستها لاختصاصاتها، أهمها تكريس استقلال المجلس القضائي من خلال إنشائه بقانون ليكون مستقلاً مالياً وإدارياً عن السلطة التنفيذية، وليتولى إدارة جميع الشؤون المتعلقة بالقضاة كتعيينهم وترفيعهم ونقلهم وإحالتهم إلى التقاعد.

أما أكثر التعديلات الدستورية ذات الصلة بالسلطة القضائية إثارة للخلاف فتعلقت بمحكمة أمن الدولة، حيث تعالت أصوات السياسيين والحزبيين مطالبة بإلغاء محكمة أمن الدولة، والتي هي محكمة عسكرية ذات اختصاص قضائي واسع يشمل جرائم تتعلق بأمن الدولة الداخلي والخارجي والجرائم الاقتصادية، والتي تنعقد من قضاة عسكريين معينين من قبل قائد الجيش، أو من قضاة مدنيين معينين من قبل رئيس الوزراء نفسه<sup>(70)</sup>.

لقد ذهب الأصوات المناوئة لمحكمة أمن الدولة إلى الضغط نحو إلغائها ونقل الاختصاص في نظر القضايا التي تدخل ضمن ولايتها إلى المحاكم النظامية، وذلك بسبب انتهاء الغاية من إنشائها. فقد أنشئت محكمة أمن الدولة عام 1953 في الفترة التي كانت فيها الأحكام العرفية وقانون الدفاع مطبقة في الأردن، ومع أن تلك الحقبة

(69) المادة (5/71) من الدستور الأردني.

(70) وداد السعودي، مطلب الغاء «أمن الدولة» يقفز إلى أولويات الحراك الاصلاحى، مقالة منشورة على موقع دقة خبر الإخباري بتاريخ 2011/6/27.

قد انتهت إلى غير رجعة إلا أنه لم يتم إلغاء تلك المحكمة أو على الأقل تغيير القواعد القانونية التي تحكم إنشائها وممارستها لاختصاصها<sup>(71)</sup>. كما دفعت بعض الأحزاب السياسية إلى المناداة بأن محاكمة المدنيين أمام محكمة أمن الدولة العسكرية يتعارض مع أبسط حقوق الإنسان في محاكمة عادلة تتوافر فيها ضمانات قانونية وقضائية أهمها استقلالية القضاة وحياديتهم. هذا بالإضافة إلى أن العديد من الأحكام القضائية التي صدرت عن محكمة أمن الدولة لم يعترف بها دولياً وتحديداً من جهاز الشرطة الدولية (الانتربول) كونها صادرة عن محكمة عسكرية، كما سبق وأن حدث في قضية المعتقل الأردني أبو قتادة الذي رفضت الحكومة البريطانية تسليمه إلى الأردن كونه سيحاكم أمام محكمة عسكرية، ولم تقم بتسليمه إلا بعد أن أبرمت اتفاقية خاصة مع الحكومة الأردنية تضمن للسجناء والمعتقلين الذين تستلمهم السلطات الأردنية معاملة إنسانية ومحاكمة عادلة<sup>(72)</sup>.

كما أثرت مسألة عدم الاعتراف بالأحكام القضائية التي تصدرها محكمة أمن الدولة في قضية أحمد الجلبلي المتهم باختلاس بنك البترا الأردني، والذي صدر بحقه حكم بالحبس ومصادرة أمواله من محكمة أمن الدولة، إلا أن جهاز الشركة الدولية «الانتربول» رفض التعاون مع السلطات الأردنية لجلب الجلبلي الذي توفي قبل تسليمه للحكومة الأردنية، وذلك بسبب عدم الاعتراف بشرعية الحكم القضائي الصادر بحقه، والذي صدر عن محكمة عسكرية وليست مدنية<sup>(73)</sup>.

وفي الوقت الذي كان يتوقع فيه الجميع أن توصي اللجنة الملكية المكلفة بمراجعة نصوص الدستور بإلغاء محكمة أمن الدولة، اكتفت اللجنة باقتراح إعادة النظر باختصاصات المحكمة وألية التقاضي أمامها، حيث اقترحت تعديل المادة (2/101) من الدستور لتتحظر محاكمة أي شخص مدني في قضية جزائية لا يكون جميع قضاتها مدنيين، على أن يستثنى من ذلك جرائم الخيانة والتجسس والإرهاب

71) محمد فلاح الزعبي، ما مدى دستورية محكمة أمن الدولة؟، مقالة منشورة على موقع الحقيقة الدولية الإخبارية بتاريخ 2010/11/28.

72) محمد الدعمة، البرلمان الأردني يقر اتفاقية المساعدة القانونية مع بريطانيا تمهيدا لتسليم أبو قتادة، مقالة منشورة في جريدة الشرق الأوسط بتاريخ 2013/7/12.

73) الدكتور ليث نصرأوين، (أبو قتادة).. دروس وعبر، مقالة منشورة في جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2013/7/12.

وجرائم المخدرات وتزيف العملة لتبقى ضمن اختصاص محكمة أمن الدولة، وهو الاقتراح الذي وافق عليه مجلس الأمة. فبموجب هذا التعديل الدستوري، فقد تم حصر اختصاص محكمة أمن الدولة فيما يتعلق بالقضايا التي يمكن أن تنظرها بهيئة قضاة عسكريين لتشمل الجرائم الخمسة المذكورة، على أن تحال باقي الجرائم الأخرى، التي كانت تدخل في اختصاص محكمة أمن الدولة إلى المحاكم النظامية التي تمارس حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية عملاً بأحكام المادة (102) من الدستور.

إن هذا الموقف من المشرع الدستوري في الإبقاء على محكمة أمن الدولة، وإن كان قد قلص صلاحياتها، قد قابلته القوى السياسية والحزبية بالرفض المطلق على اعتبار أن المطالب السياسية كانت تتمثل في إلغاء المحكمة وليس دسترتها من خلال التأكيد على اختصاصاتها بنص دستوري صريح، ونقل اختصاص القضايا التي تنظرها إلى المحاكم النظامية صاحبة الولاية العامة في القضاء على جميع الأردنيين في الأمور المدنية والجزائية<sup>(74)</sup>. هذا بالإضافة إلى أن تحديد اختصاص محكمة أمن الدولة في جرائم معينة قد رفضه بعضهم على اعتبار أن بعض تلك الجرائم التي أصبحت تدخل ضمن اختصاص المحكمة واسعة النطاق من حيث تعريفها وصورها، مثل جرائم الإرهاب، حيث توسع المشرع الأردني في قانون العقوبات في الجرائم التي تدرج تحت مفهوم الإرهاب لتشمل جرائم تقويض نظام الحكم السياسي في المملكة أو التحريض على مناهضته، وكل عمل فردي أو جماعي يهدف إلى تغيير كيان الدولة الاقتصادي أو الاجتماعي أو أوضاع المجتمع الأساسية<sup>(75)</sup>.

ومن التعديلات الدستورية الأخرى المتعلقة بالسلطة القضائية نقل الاختصاص في محاكمة الوزراء من المجلس العالي لتفسير الدستور إلى المحاكم النظامية<sup>(76)</sup>، فبعد أن كان الوزراء في الأردن يحاكمون أمام المجلس العالي لتفسير الدستور الذي كان يتألف من أربعة أعضاء من مجلس الأعيان وخمسة من قضاة أعلى محكمة نظامية بترتيب الأقدمية، أصبحوا يحاكمون عما ينسب إليهم من جرائم ناتجة عن تأدية وظائفهم

(74) هديل البس، نظرة على محاولة دسترة محكمة أمن الدولة في التعديلات الدستورية، مقالة منشورة على موقع صحفي الإخباري بتاريخ 2011/9/13.

(75) المادة (149) من قانون العقوبات الأردني.

(76) المادة (55) من الدستور الأردني لعام 1952.

أمام المحاكم النظامية<sup>(77)</sup>.

إن محاكمة الوزراء أمام المجلس العالي كانت دائما سياسية بطبيعتها بسبب وجود أعضاء غير قانونيين في المجلس، وهو ما أثر سلبا على فاعليته وقدرته على محاكمة الوزراء. فخلال فترة حياته التي امتدت منذ عام 1930 حتى عام 2012، لم يحاكم المجلس العالي لتفسير الدستور سوى وزير واحد، وقرر براءته عن التهم المسندة إليه<sup>(78)</sup>.

كما أن محاكمة الوزراء أمام المجلس العالي كان فيها انتهاك صارخ للمعايير الدولية الخاصة بالمحاكمة العادلة والتي تقوم على أساس محاكمة الشخص محاكمة علنية من قبل قضاة طبيعيين ومستقلين، وأن يتاح له فرصة الطعن بالأحكام القضائية التي تصدر بإدانتته إلى محكمة أعلى، وهو الأمر الذي لم يكن متوفرا في المحاكمة أمام المجلس العالي لتفسير الدستور الذي كان يصدر قرارات نهائية غير قابلة للطعن.

إن الأثر الاجتماعي لتعديل جهة محاكمة الوزراء في الأردن يكمن في أنه قد حقق المساواة بين الأردنيين أمام القانون من حيث المسؤولية الجزائية عن الإخلال بواجبات الوظيفة العامة، فقد أصبح كل من الوزير العامل والموظف العادي يحاكمان أمام المحاكم الجزائية عن كافة الجرائم التي يرتكبوها بحكم وظيفتهما العامة وبسببهما، مما أعاد الاعتبار للنظام القضائي الأردني بأن اختصاصه يمتد ليشمل جميع الأردنيين على اختلاف مهامهم ومراكزهم في الدولة.

ومن التعديلات الدستورية الأخرى الخاصة بممارسة القضاء لاختصاصاته دسترة مبدأ أساسي في القانون الجزائي هو أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قطعي، فهذا المبدأ يفترض أن تتم معاملة أي متهم بقضية جزائية على أنه بريء حتى يصدر قرار قضائي قطعي بإدانتته وفق أحكام القانون.

إن الأثر القانوني لتكريس هذا المبدأ ودسترتته يتمثل في أنه قد جعل الدستور الأردني أكثر توافقا مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وأهمها الإعلان العالمي

77) حمزة السعود، النواب يقر محاكمة الوزراء أمام المحاكم النظامية، مقالة منشورة على موقع عمان نت بتاريخ 2011/9/19.

78) تقرير بعنوان «النواب أقرّوا محاكمة الوزراء أمام القضاء المدني» منشور على موقع السوسنة الإخباري بتاريخ 2011/9/19.

لحقوق الإنسان لعام 1948 الذي ينص في المادة (11) منه أن كل شخص متهم بجريمة يعد بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية<sup>(79)</sup>، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 الذي ينص في المادة (14) منه على أن من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً<sup>(80)</sup>.

مع ذلك تبقى ضمانات المحاكمة العادلة التي لم يشر إليها الدستور الأردني صراحة محل جدل وخلاف بين السياسيين والحزبيين، خاصة في ظل استمرار محكمة أمن الدولة في محاكمة المدنيين أمام قضاة عسكريين، وفي محكمة عسكرية لا يتوافر فيها أبسط ضمانات المحاكمة العادلة والتي من أهمها إشاعة جو من الراحة والطمأنينة في نفس المتهم، وهو حتماً ما لا يتوافر عند وجوده في محكمة عسكرية يكون فيها المدعي العام والموظف وقلم المتابعة من العسكريين الذي يأترون بأوامر قادتهم العسكريين الأعلى رتبة منهم.

وتبقى أهم التعديلات الدستورية التي تتعلق بالقضاء في الأردن تتمثل في إنشاء محكمة دستورية تكون مهمتها الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وتفسير نصوص الدستور<sup>(81)</sup>، حيث تولف هذه المحكمة من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد، وتصدر المحكمة أحكامها النهائية غير القابلة للطعن باسم الملك، وتكون نافذة بأثر مباشر من تاريخ صدورها ونشرها في الجريدة الرسمية ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذها<sup>(82)</sup>.

وحول الجهات التي يحق لها الطعن بعدم دستورية القوانين والأنظمة أمام المحكمة الدستورية، فقد طالبت القوى السياسية والحزبية أن يكون لكل من الأحزاب والنقابات المهنية والجمعيات حق الطعن مباشرة بعدم دستورية أي قانون أو نظام

(79) اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموجب قرار الجمعية العامة رقم 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول 1948.

(80) اعتمد هذا العهد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وقد صادق عليه الأردن وتم نشره على الصفحة (2227) من عدد الجريدة الرسمية رقم (4764) بتاريخ 15/6/2006.

(81) صدر قانون المحكمة الدستورية رقم (15) لسنة 2012 وبدأ نفاذه في 7/10/2012 حيث نشر على الصفحة (2519) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5161) الصادر بتاريخ 7/6/2012.

(82) انظر المادتين (5) و(15) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية رقم (15) لسنة 2012.

أمام المحكمة الدستورية<sup>(83)</sup>، إلا أن تلك المطالب قد قوبلت بالرفض، حيث حصرت التعديلات الدستورية حق الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية بمجلس الوزراء ومجلسي الأعيان والنواب فقط، وهو ما من شأنه أن يثير تساؤلاً حول فاعليته وجدوى إعطاء مجلسي الأعيان والنواب حق الطعن بدستورية القوانين التي تصدر عنهما إلى المحكمة الدستورية<sup>(84)</sup>.

أما الأفراد العاديين، فلم يتقرر لهم حق إقامة دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية للطعن بعدم دستورية أي قانون أو نظام نافذ، حيث تم الإبقاء على أسلوب الدفع الفرعي بعدم الدستورية الذي يملك الأفراد أن يثيروه أمام قاضي الموضوع حول عدم دستورية القانون أو النظام المراد تطبيقه في دعوى معينة. فإذا وجدت محكمة الموضوع أن الدفع بعدم الدستورية جدي وله ما يبرره، فإنها تحيله إلى محكمة التمييز ابتداءً لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة الدستورية من عدمه<sup>(85)</sup>.

إن حق الأفراد في الدفع بعدم دستورية أي قانون أو نظام بموجب الدستور المعدل موقوف على موافقة جهتين قضائيتين؛ هما محكمة الموضوع التي تبت في الدفع الفرعي بعدم الدستورية لتقرر إحالته إلى محكمة التمييز من عدمه، ومحكمة التمييز لتقرر إحالة الطعن بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية من عدمه، حيث تعمل المحكمة الدستورية عند وصول الدفع بعدم الدستورية إليها كدرع قانوني لحماية الحقوق والحريات الدستورية التي بدورها تأثرت بالتعديلات الدستورية لعام 2011 كما سيتم بيانه في المطلب القادم.

(83) حمزة السعود، النواب يمنع الأحزاب من الطعن أمام المحكمة الدستورية، مقالة منشورة على موقع عمان نت بتاريخ 20/9/2011.

(84) ومنذ عام 2012 حتى تاريخ إعداد هذا البحث، مارس النواب حقه في الطعن بعدم دستورية القوانين مرة واحدة فقط فيما يتعلق بقانون البلديات وذلك عام 2013، إلا أن المحكمة الدستورية قد ردت الطعن شكلاً لعدم استكمال الشرائط الدستورية المتمثلة في ضرورة بيان أوجه مخالفة قانون البلديات لنصوص الدستور حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم (6) لسنة 2013 المنشور على الصفحة (3544) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5233) الصادر بتاريخ 1/8/2013.

(85) المادة (11) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية رقم (15) لسنة 2012، انظر الدكتور نواف كنعان، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني وفقاً للتعديلات الدستورية لعام 2011، 2013، ص 325-326.

## المطلب الرابع

## أثر التعديلات الدستورية لعام 2011

## على الحقوق والحريات الأساسية

لقد أثمرت التعديلات الدستورية لعام 2011 عن إضافة العديد من الحقوق والحريات الأساسية إلى الفصل الثاني من الدستور الأردني الخاص بحقوق الأردنيين وواجباتهم، أهمها الحق في مناهضة التعذيب، والحق في إنشاء النقابات، والحق في حرية البحث العلمي والإبداع الأدبي والفني والثقافي بما لا يخالف النظام العام والآداب العامة. كما أعادت التعديلات الدستورية لعام 2011 الاعتبار إلى الأسرة الأردنية باعتبارها أساس المجتمع وقوامها الدين والأخلاق وحب الوطن على أن يحفظ القانون كيانها الشرعي ويقوي أواصرها وقيمها. كما أكد المشرع الدستوري على ضرورة حماية الأمومة والطفولة ورعاية النشء وذوي الإعاقات وحمايتهم من الاستغلال، وتوسيع نطاق التعليم المجاني ليصبح التعليم الأساسي إلزامياً للأردنيين بعد أن كان التعليم الابتدائي هو الإلزامي، ومرحلة التعليم الأساسي هي تلك التي تمتد من الصف الأول ولغاية الصف العاشر كما جاء في قانون التربية والتعليم الأردني رقم (3) لسنة 1994<sup>(86)</sup>.

كما منحت التعديلات الدستورية لعام 2011 الأردنيين مزيداً من هامش الحرية والحماية الشخصية، وذلك من خلال ضمان حماية الصحف ووسائل الإعلام من الإغلاق القسري لها والصحفيين من الحبس والتوقيف. كما وفرت هذه التعديلات حماية للحريات الشخصية من الاعتداء عليها وذلك من خلال منع توقيف أي شخص دون محاكمة أو اعتقاله دون توجيه أي تهمة له، وحظر الحصول على أي اعترافات تحت وطأة الاكراه أو التعذيب.

أما جوهر التعديلات الدستورية الخاصة بالحقوق والحريات فتمثلت في إضافة الفقرة الأولى من المادة (128) من الدستور التي تنص صراحة على أنه: «لا يجوز أن تؤثر القوانين التي تصدر لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو

(86) هذا القانون منشور على الصفحة رقم (608) من عدد الجريدة الرسمية رقم (3958) الصادر بتاريخ 1994/4/2.

تمس أساسياتها». فهذا النص الدستوري يرقى إلى مستوى توفير حماية دستورية للحقوق والحريات الأساسية من أي اعتداء قد يقع عليها من خلال القوانين التي تصدر لتنظيم ممارسة الحقوق والحريات، بحث يمكن الطعن بعدم دستوريته أمام المحكمة الدستورية وإلغائها بحجة مخالفتها أحكام تلك المادة الدستورية.

وقد سبق للمحكمة الدستورية الأردنية أن تمسكت بهذا النص الدستوري الجديد للحكم بعدم دستورية قانون المالكين والمستأجرين لعام 2011 حول عدم جواز الطعن بالحكم المتعلق بتقدير أجر المثل الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، معتبرة إياه بمثابة سياق أقامه المشرع الدستوري لفرض حماية على الحقوق والحريات على اختلافها لمنع الالتفاف عليها. فقد ذكرت المحكمة الدستورية في قرارها أن: «...قطعية الحكم بأجر المثل يعد مساساً أصاب جوهر الحقوق التي حرص المشرع الدستوري على صيانتها وعدم المساس بها، وأن عدم إتاحة المجال للطعن بقرار له مساس جوهري بحقوق المواطنين لدى درجة أعلى من شأنه إهدار الحماية التي فرضها الدستور للحقوق على اختلافها، ومنع حق اللجوء إلى درجة أعلى في القضاء في مثل هذه القضايا له مساس مباشر في حياة المواطنين ومن شأن ذلك المساس بجوهر العدالة الذي يتوجب معه السماح بإتاحة فرص الطعن المتعارف عليها، وأن منع ذلك يناقض دلالة المادة (128) من الدستور في الحماية القضائية للحق والحرية»<sup>(87)</sup>.

إن المتعارف عليه في مجال تنظيم ممارسة الحقوق والحريات الأساسية أن أي ضوابط أو قيود على ممارسة الحقوق يجب أن لا تنال من الحقوق الدستورية سواء بنقضها أو انتقاصها، بمعنى أن سلطة المشرع لا يجب أن تتجاوز التنظيم إلى إهدار الحق أو مصادره بأي شكل من الأشكال، فإذا حصل مثل هذا التجاوز كان ذلك خروجاً على أحكام الدستور. وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية في قرارها السابق حول عدم دستورية قطعية القرار الصادر بأجر المثل بالقول: «...إن حق التقاضي مبدأ دستوري أصيل، وأنه قد تُرك للمشرع العادي أمر تنظيمه شريطة مراعاة الوسيلة التي تكفل حمايته والتمتع به وعدم الانتقاص منه، بل تمكين المواطنين من ممارسته على أكمل وجه من خلال تقريره على درجتين، وإلا كان متجاوزاً لحدود

(87) حكم المحكمة الدستورية رقم (4) لسنة 2013 المنشور في الجريدة الرسمية على الصفحة رقم (1407) من العدد رقم (5213) تاريخ 2013/3/20.

التفويض ومخالفا لروح الدستور الذي يضمن تمكين المواطن من استنفاد كافة الطرق والوسائل التي تضمن له حقوقه بشكل كامل ومنها حق التقاضي على درجتين».

وفي حكم آخر لها، قضت المحكمة الدستورية الأردنية أنه: «وبالرجوع إلى أحكام المادة (1/128) من الدستور، فإن سلطة المشرع العادي في تنظيم ممارسة الحقوق والحريات وإن كانت تقديرية، إلا أنها مقيدة بضوابط تحد من إطلاقها أهمها عدم جواز نيل القواعد القانونية النازمة للحقوق من جوهر تلك الحقوق أو المساس بأساسياتها والتي كفلها الدستور، سواء بإنقاصها أو تمييزها بين الأفراد، وإلا كان ذلك إهدارا لمبدأ المساواة»<sup>(88)</sup>.

وفي سياق الحديث عن التعديلات الدستورية ذات الصلة بالحقوق والحريات، لا بد من الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى المطالبات الشعبية المتزايدة نحو إطلاق مجال الحقوق والحريات، فقد كان لردة الفعل الدولية على التقارير التي قدمها الأردن حول واقع حقوق الإنسان للجهات الأممية دور في الدفع نحو تفعيل الحماية القانونية والدستورية لحقوق الإنسان في الأردن من خلال مراجعة النصوص الدستورية ذات الصلة. وعلى الرغم من ذلك، فقد بقيت التعديلات التي أدخلها المشرع الدستوري على الحقوق والحريات الدستورية خجولة تقتصر فقط على الحقوق الشخصية والمدنية دون الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. فمن خلال مقارنة التعديلات الخاصة بالحقوق والحريات الأساسية في الدستور الأردني لعام 2011 مع تلك التي أجريت في الدساتير العربية المقارنة بعد «الربيع العربي»، نجد أن أثر التعديلات الدستورية على الحقوق والحريات الأساسية في الأردن قد جاء دون المأمول، حيث أضافت الدساتير العربية في كل من مصر وتونس والمغرب نصوصا وأحكاما دستورية أفضل في مجال تكريس الحقوق والحريات الأساسية.

ففي مجال الحقوق الشخصية، كرس الدستور المصري الحق في الكرامة الإنسانية وسلامة الجسد بأن اعتبر أن الكرامة حق لكل إنسان، وأنه لا يجوز المساس بها وعلى الدولة أن تلتزم باحترامها وحمايتها، معتبرا أن التعذيب بجميع صورته وأشكاله

(88) حكم المحكمة الدستورية رقم (2) لسنة 2015 المنشور في الجريدة الرسمية على الصفحة رقم (6750) من العدد رقم (5348) تاريخ 2015/7/1.

جريمة لا تسقط بالتقادم<sup>(89)</sup>، وهو الحكم ذاته الذي تضمنه الدستور التونسي الذي فرض على الدولة أن تحمي كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وأن تمنع التعذيب المعنوي والمادي بحيث لا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم<sup>(90)</sup>، وعلى صعيد الحق في الحياة الآمنة، فقد تفرد الدستور المصري بالنص صراحة على هذا الحق بالقول أن الحياة الآمنة حق لكل إنسان بحيث تلتزم الدولة بتوفير الأمن والطمأنينة لمواطنيها ولكل مقيم على أراضيها<sup>(91)</sup>.

وفيما يخص الحقوق المدنية والسياسية وفي مقدمتها الحق في حرية الاعتقاد، فقد جاء النص في الدستور التونسي أكثر شمولية بالقول إن: «الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، ضامنة لحياد المساجد ودور العبادة عن التوظيف الحزبي، وتلتزم الدولة بنشر قيم الاعتدال والتسامح وبحماية المقدسات ومنع النيل منها، كما تلتزم بمنع دعوات التكفير والتحريض على الكراهية والعنف وبالتصدي لها»<sup>(92)</sup>. كما أكد الدستور المصري على الحق في حرية الفكر والرأي بالقول إن: «حرية الفكر والرأي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول، أو بالكتابة، أو بالتصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر»<sup>(93)</sup>.

وضمن إطار الحقوق المدنية، وتحديدًا الحق في الحصول على المعلومات، فقد نص الدستور المصري صراحة على أن: «الحصول على المعلومات والبيانات والإحصاءات والوثائق الرسمية ملك للشعب، والإفصاح عنها من مصادرها المختلفة حق تكفله الدولة لكل مواطن، وتلتزم الدولة بتوفيرها وإتاحتها للمواطنين بشفافية»<sup>(94)</sup>، وهو الحكم ذاته الذي كرسه الدستور التونسي بالقول: «تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة، وتسعى الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال»<sup>(95)</sup>، في حين جاء الدستور الأردني خالياً من الإشارة إلى أي نص يكفل حق

89) المادتان (51) و(52) من الدستور المصري لعام 2014.

90) الفصل (23) من الدستور التونسي لعام 2014.

91) المادة (59) من الدستور المصري لعام 2014.

92) الفصل (6) من الدستور التونسي لعام 2014.

93) المادة (65) من الدستور المصري لعام 2014.

94) المادة (68) من الدستور المصري لعام 2014.

95) الفصل (32) من الدستور التونسي لعام 2014.

الحصول على المعلومات، وهو ما يفسر عدم جدوى وفاعلية قانون ضمان حق الحصول على المعلومات الأردني الذي صدر منذ عام 2007، والذي لا يستند إلى نص دستوري واضح يقرره.

وفي مجال الحق في التجمع السلمي، لقد جاءت معالجة الدستور المصري للحق في الاجتماع العام أفضل من الدستورين الأردني والتونسي، حيث نص صراحة على أنه: «للمواطنين حق تنظيم الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهرات، وجميع أشكال الاحتجاجات السلمية غير حاملين سلاحاً من أي نوع، بإخطار على النحو الذي ينظمه القانون، وحق الاجتماع الخاص سلمياً مكفول دون الحاجة إلى إخطار سابق، ولا يجوز لرجال الأمن حضوره أو مراقبته أو التنصت عليه»<sup>(96)</sup>. أما معالجة الحق في الاجتماع العام في الدستورين الأردني والتونسي فقد جاءت مقتضبة، حيث اكتفى الدستور التونسي بالقول إن: «حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة»، والدستور الأردني نص على إن: «للأردنيين حق الاجتماع ضمن حدود القانون»<sup>(97)</sup>.

وفيما يتعلق بحق الأفراد في المشاركة في الحياة العامة، وعلى خلاف الدستورين الأردني والتونسي اللذين لم يتضمنا أي نص حول حق الفرد في المشاركة في الحياة العامة، فقد نص الدستور المصري صراحة على أن: «مشاركة المواطن في الحياة العامة واجب وطني، ولكل مواطن حق الانتخاب والترشح وإبداء الرأي في الاستفتاء، وينظم القانون مباشرة هذه الحقوق، ويجوز الإعفاء من أداء هذا الواجب في حالات محددة يبينها القانون»<sup>(98)</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للحق في حماية مصالح المواطنين بالخارج، وعلى الرغم من أهمية امتداد نطاق تطبيق النصوص الدستورية لتشمل مواطنو الدولة المقيمين في الخارج (المغتربين)، إلا أن الدستور الأردني لم يتضمن أي نص حول إلزام الدولة بكفالة حقوق وحرريات مواطنيها في الخارج وتقرير حق المشاركة لهم في الحياة السياسية. هذا على خلاف الدستور المصري الذي نص صراحة على أن: «تلتزم الدولة برعاية مصالح المقيمين بالخارج، وحمايتهم وكفالة حقوقهم وحررياتهم، وتمكينهم من أداء واجباتهم العامة نحو الدولة والمجتمع

(96) المادة (73) من الدستور المصري لعام 2014.

(97) الفصل (37) من الدستور التونسي لعام 2014، والمادة (1/16) من الدستور الأردني لعام 1952.

(98) المادة (87) من الدستور المصري لعام 2014.

وإسهامهم في تنمية الوطن، وينظم القانون مشاركتهم في الانتخابات والاستفتاءات، بما يتفق والأوضاع الخاصة بهم»<sup>(99)</sup>.

وعلى صعيد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الأساسية، نجد أن الدستور المغربي لعام 2011 قد أضاف مجموعة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية الأساسية التي لم يضمنها المشرع الأردني النصوص الدستورية المعدلة أهمها الحق في العلاج والعناية الصحية، والحماية الاجتماعية والتغطية الصحية، والتكوين المهني والاستفادة من التربية البدنية والفنية، والسكن اللائق، والحصول على الماء والعيش في بيئة سليمة، والتنمية المستدامة، وتوسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد، ومساعدة الشباب على الاندماج في الحياة النشيطة والجموعية، وتقديم المساعدة لأولئك الذين تعترضهم صعوبة في التكيف المدرسي أو الاجتماعي أو المهني<sup>(100)</sup>.

وهذه الحقوق ذاتها قد جرى تكريسها في كل من الدستورين المصري والتونسي بشكل واضح وجلي وذلك على خلاف الدستور الأردني بجلته المعدلة في عام 2011. ففيما يتعلق بالبيئة الصحية السليمة، فقد أفرد الدستور المصري نصا دستوريا يقضي بأن: «لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة، وحمايتها واجب وطني، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية بما يكفل تحقيق التنمية المستدامة، وضمان حقوق الأجيال القادمة فيها»، وهو الحكم ذاته الذي قرره الدستور التونسي بالقول إن الدولة «تضمن الحق في بيئة سليمة ومتوازنة والمساهمة في سلامة المناخ، وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي»<sup>(101)</sup>، في حين لم يتضمن الدستور الأردني أي إشارة حول الحق في بيئة صحية وسليمة رغم أهميته.

وعلى صعيد الحق في المسكن اللائق والغذاء الصحي، فقد نص المشرع الدستوري المصري على أن: «تكفل الدولة للمواطنين الحق في المسكن اللائق والأمن والصحي، بما يحفظ الكرامة الإنسانية ويحقق العدالة الاجتماعية»، وأن «لكل مواطن الحق في

(99) المادة (88) من الدستور المصري لعام 2014.

(100) الفصلان (31) و(33) من الدستور المغربي لعام 2011.

(101) المادة (46) من الدستور المصري لعام 2014، والفصل (45) من الدستور التونسي لعام 2014.

غذاء صحي وكاف، وماء نظيف، وتلتزم الدولة بتأمين الموارد الغذائية للمواطنين كافة، كما تكفل سيادة الغذائية بشكل مستدام»، في حين أكد الدستور التونسي على أن: «الحق في الماء مضمون، والمحافظة على الماء وترشيد استغلاله واجب على الدولة والمجتمع»<sup>(102)</sup>، ولم يرد نص مشابه حول ثبوت الحق في المسكن والغذاء الصحي في الدستور الأردني. وبخصوص الحق في الثقافة، فقد نص الدستور المصري على أن: «الثقافة حق لكل مواطن، تكفله الدولة وتلتزم بدعمه وبتاحة المواد الثقافية بجميع أنواعها لمختلف فئات الشعب، دون تمييز بسبب القدرة المالية أو الموقع الجغرافي أو غير ذلك»، وأكد الدستور التونسي على أن: «الحق في الثقافة مضمون، وحرية الإبداع مضمونة، وتشجع الدولة الإبداع الثقافي، وتدعم الثقافة الوطنية في تأصلها وتنوعها وتجدها، بما يكرس قيم التسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثقافات والحوار بين الحضارات، وتحمي الدولة الموروث الثقافي وتضمن حق الأجيال القادمة فيه»<sup>(103)</sup>، في حين أنه لا يوجد أي نص مشابه يقرر الحق في الثقافة في الدستور الأردني.

وفيما يتعلق بالحق في حماية التراث الحضاري والثقافي، فقد كرسه الدستور المصري بالقول أن: «تراث مصر الحضاري والثقافي، المادي والمعنوي، بجميع تنوعاته ومراحلها الكبرى، المصرية القديمة، والقبطية، والإسلامية، ثروة قومية وإنسانية، تلتزم الدولة بالحفاظ عليه وصيانتها»، وأن: «تلتزم الدولة بحماية الآثار والحفاظ عليها، ورعاية مناطقها، وصيانتها، وترميمها، واسترداد ما استولى عليه منها، وتنظيم التنقيب عنها»<sup>(104)</sup>، هذا على خلاف الدستور الأردني بتعديلاته التي جاءت خالية من الإشارة إلى الحق في حماية التراث الحضاري والثقافي.

وفي مجال حماية اللغة العربية، فقد تضمن كل من الدستور المصري والدستور التونسي نصوصاً تدعو إلى حماية اللغة العربية، إذ نص الدستور المصري على أن: «اللغة العربية والتربية الدينية والتاريخ الوطني بكل مراحلها مواد أساسية في التعليم قبل الجامعي الحكومي والخاص، وتعمل الجامعات على تدريس حقوق الإنسان

(102) المادتان (78) و(79) من الدستور المصري لعام 2014، والفصل (44) من الدستور التونسي لعام 2014.

(103) المادة (48) من الدستور المصري لعام 2014، والفصل (42) من الدستور التونسي لعام 2014.

(104) المادتان (49) و(50) من الدستور المصري لعام 2014.

والقيم والأخلاق المهنية للتخصصات العلمية المختلفة»، كما أكد الدستور التونسي على أن: «تعمل الدولة على ترسيخ اللغة العربية ودعمها وتعميم استخدامها والانفتاح على اللغات الأجنبية والحضارات الإنسانية ونشر ثقافة حقوق الإنسان»<sup>(105)</sup>. أما الدستور الأردني، وعلى الرغم من أنه قد نص على أن: «الإسلام هو دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية»<sup>(106)</sup>، إلا أنه لم يتضمن أي نص حول ضرورة حماية اللغة العربية ودعمها.

خلاصة القول، إنه في الوقت الذي اهتمت فيه التعديلات الدستورية للعام 2011 بإضافة عدد من الحقوق الدستورية المدنية والسياسية للأردنيين، ما يزال الدستور الأردني بعيدا كل البعد عن التكريس الأمثل لحقوق الإنسان على اختلاف أنواعها، إلا أن المشرع الدستوري قد اهتم بتوفير ضمانات دستورية وقانونية لضمان صون تلك الحقوق وعدم الاعتداء عليها وذلك في مرحلة ما بعد تعديل الدستور الأردني والتي سيتم تناولها في المبحث القادم.

(105) المادة (24) من الدستور المصري لعام 2014، والفصل (39) من الدستور التونسي لعام 2014.

(106) المادة (2) من الدستور الأردني لعام 1952.

## المبحث الثالث

### مرحلة ما بعد تعديل الدستور الأردني عام 2011

لا يمكن القول أن مسيرة الإصلاح السياسي والدستوري في الأردن قد انتهت مع إقرار التعديلات الدستورية لعام 2011، ذلك أن هناك العديد من النصوص الدستورية التي عدلت أو أضيفت إلى الدستور الأردني كانت بحاجة أن يتم إنفاذها من خلال تعديل القوانين ذات الصلة وإلغاء القائم منها. فكما هو معلوم فإن النصوص الدستورية تتضمن دائماً مبادئ عامة مجردة تستند في تفعيلها وتطبيقها على نصوص قانونية تصدر عن السلطة التشريعية. هذا بالإضافة إلى أن الدستور الأردني قد خضع لتعديلين لاحقين في عامي 2014 و2016، وإن كانا أقل تأثيراً على المشهد السياسي والدستوري في الأردن من تعديل عام 2011. ومع ذلك، تبقى الحاجة إلى جولة إصلاحية أخرى سواء على مستوى الدستور أو القوانين الأساسية ذات الصلة بالمنظومة السياسية، وفي مقدمتها قانوني الانتخاب والأحزاب السياسية، وذلك لضمان عملية التحول في نظام الحكم نحو تطبيق مفهوم الحكومات البرلمانية بشكل كامل. وهذا ما سيتم تناوله في هذا المبحث في ثلاثة مطالب يخصص المطلب الأول للحديث عن إنفاذ التعديلات الدستورية لعام 2011، والمطلب الثاني للحديث عن التعديلات الدستورية لعامي 2014 و2016، والمطلب الثالث للحديث عن الحاجة إلى المزيد من الإصلاح السياسي والدستوري في الأردن.

### المطلب الأول

#### إنفاذ التعديلات الدستورية لعام 2011

اختلف زمن نفاذ التعديلات التي تمت على الدستور الأردني في عام 2011 تبعاً لطبيعتها، فهناك العديد من التعديلات الدستورية التي نفذت بأثر فوري بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية في الأول من شهر تشرين الأول من عام 2011، ومن أمثلتها مدة الدورة العادية التي تمت زيادتها من أربعة إلى ستة أشهر، وحظر إزدواج الجنسية على أعضاء مجلس الأمة والوزراء حيث تقدم الأعضاء مزدوجي الجنسية باستقالاتهم الخطية. أما بالنسبة للمجموعة الأخرى من النصوص الدستورية المعدلة، فقد علق المشرع الدستوري نفاذها على مدة زمنية معينة وردت في الفقرة الأولى من المادة

(128) المعدلة من الدستور، التي حددت فترة ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ التعديلات الدستورية لتعديل أو إلغاء القوانين النافذة بما يتوافق مع ما طرأ على الدستور من تعديلات على نصوصه وأحكامه.

ومنذ إقرار التعديلات الدستورية، بادرت السلطان التشريعية والتنفيذية إلى العمل على إصدار القوانين اللازمة لتتواءم مع النصوص الدستورية المعدلة، فصدر قانون القضاء الإداري الأردني الذي ألغى محكمة العدل العليا واستبدل بها قضاءً إدارياً على درجتين، محكمة إدارية ابتدائية ومحكمة إدارية عليا وذلك تنفيذاً لأحكام المادة (100) من الدستور المعدل. كما صدر قانون استقلال القضاء الأردني رقم (29) لسنة 2014 الذي أنشأ مجلساً قضائياً بقانون ليتولى جميع الشؤون المتعلقة بالقضاة وذلك تفصيلاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة (98) من الدستور<sup>(107)</sup>.

كما صدر قانون معدل لقانون محكمة أمن الدولة ليتواءم مع تعديل الفقرة الثانية من المادة (101) من الدستور فيما يتعلق باختصاصات محكمة أمن الدولة بخصوص الجرائم التي يحاكم فيها المدني أمام قضاة عسكريين، حيث تم تحديدها على سبيل الحصر في صلب القانون بجرائم خمسة هي الخيانة والتجسس والإرهاب وجرائم المخدرات وتزييف العملة<sup>(108)</sup>، وجرى تعديل قانون تشكيل المحاكم العسكرية بحيث أصبح تشكيلها من قضاة عسكريين فقط، وتختص بالنظر في جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب وجريمة العدوان وفقاً لأحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>(109)</sup>.

ومن القوانين الأخرى التي جرى تعديلها على ضوء التعديلات الدستورية لعام 2011 قانون محاكمة الوزراء لعام 1953 لصالح تغيير جهة محاكمة الوزراء عما ينسب إليهم من جرائم أثناء تأدية وظيفتهم من المجلس العالي لتفسير الدستور إلى

(107) هذا القانون منشور على الصفحة رقم (6001) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5308) الصادر بتاريخ 2014/10/16.

(108) صدر قانون معدل لقانون محكمة أمن الدولة رقم (19) لسنة 2014 المنشور على الصفحة رقم (3370) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5289) الصادر بتاريخ 2014/6/1.

(109) صدر قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم العسكرية رقم (20) لسنة 2014 المنشور على الصفحة رقم (3373) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5289) الصادر بتاريخ 2014/6/1.

المحاكم النظامية المختصة في العاصمة<sup>(110)</sup>، وقانون تشكيل المحاكم النظامية لعام 1953 بإضافة اختصاص جديد إلى محاكم الاستئناف يتمثل في الفصل في صحة نيابة أعضاء مجلس النواب وذلك انسجاماً مع المادة (71) المعدلة من الدستور<sup>(111)</sup>.

كما صدر قانون جديد لمجالس الطوائف المسيحية تكريساً لأحكام المادة (2/109) من الدستور المعدلة التي تعطي مجالس الطوائف الدينية الحق في تطبيق الأصول والأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية التي لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين الداخلة في اختصاص المحاكم الشرعية، على أن تنظم تشريعات هذه المجالس شروط تعيين قضااتها وأصول المحاكمات أمامها<sup>(112)</sup>.

وانسجاماً مع التعديل الذي جرى على الفقرة الثانية من المادة (8) من الدستور التي حظرت التعذيب بكافة أشكاله وصوره البدني والمعنوي، جرى تعديل المادة (208) من قانون العقوبات الأردني لترسيخ مبدأ عدم جواز التعذيب بجميع أشكاله وذلك من خلال توسيع نطاق التعذيب في القانون ليشمل التعذيب البدني والمعنوي معاً<sup>(113)</sup>.

## المطلب الثاني

### التعديلات الدستورية لعامي 2014 و 2016

لم تكن قد مضت ثلاث سنوات على التعديلات الدستورية لعام 2011 حتى خضع الدستور الأردني إلى تعديلات جديدة، وإن اختلف نطاق كلا التعديلين، فقد امتاز التعديل الدستوري الأول عام 2011 بأنه واسع النطاق امتد ليشمل أكثر من (43) مادة دستورية، في حين اقتصر نطاق التعديل الدستوري الثاني عام 2014 على مادتين اثنتين في الدستور، تتعلق الأولى منها بتعديل الفقرة الثانية من المادة

(110) صدر قانون معدل لقانون محاكمة الوزراء رقم (7) لسنة 2014 المنشور على الصفحة رقم (1071) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5271) الصادر بتاريخ 2014/2/16.

(111) صدر قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (2) لسنة 2014 المنشور على الصفحة رقم (594) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5268) الصادر بتاريخ 2014/2/2.

(112) صدر قانون جديد لمجالس الطوائف المسيحية رقم (28) لسنة 2014 المنشور على الصفحة رقم (5140) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5299) الصادر بتاريخ 2014/9/1.

(113) صدر قانون معدل لقانون العقوبات رقم (9) لسنة 2014 المنشور على الصفحة رقم (1701) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5275) الصادر بتاريخ 2014/3/16.

(67) من الدستور لصالح توسيع اختصاصات الهيئة المستقلة للانتخاب لتشمل إجراء الانتخابات النيابية والبلدية كاختصاص أصيل أو أي انتخابات عامة أخرى وفقا لأحكام القانون، على أن يحق لمجلس الوزراء تكليف الهيئة المستقلة للانتخاب بإدارة أي انتخابات أخرى أو الإشراف عليها وذلك بناء على طلب الجهة المخولة قانونا بإجراء تلك الانتخابات. أما المادة الثانية التي جرى تعديلها في عام 2014 فهي المادة (127) من الدستور التي أضيف إليها بندا ثالثا يعطي الملك الحق في تعيين قائد الجيش ومدير المخابرات وأن يقللها ويقبل استقالتهما على الرغم مما ورد في المادة (40) من الدستور.

وبعد عامين على تعديل الدستور في عام 2014، خضع الدستور الأردني لتعديلات محدودة على نصوصه وأحكامه في عام 2016 اقتصر نطاقها على إعادة النظر في الحظر على ازدواج الجنسية الأردنية لأعضاء السلطتين التشريعية والتنفيذية وتحديد صلاحيات الملك الدستورية التي يمارسها بإرادته المنفردة دون تنسيب من مجلس الوزراء. وسيتم تناول التعديلات الدستورية اللاحقة في فرعين اثنين يخصص الفرع الأول للحديث عن التعديلات الدستورية لعام 2014، في حين يتناول الفرع الثاني التعديلات الدستورية لعام 2016.

## الفرع الأول

### التعديلات الدستورية لعام 2014

ومن خلال استعراض مضمون التعديلات الدستورية لعام 2014، نجد أنه قد كان بالإمكان تضمينها التعديلات التي سبقتها عام 2011 خاصة تلك المتعلقة بتوسيع اختصاصات الهيئة المستقلة للانتخاب، والتي كان بالإمكان التروي في دراستها وتحديدها على سبيل الحصر في صلب الدستور عند إنشاء الهيئة المستقلة لأول مرة. وكذلك الحال بالنسبة للتعديل الآخر الخاص بتثبيت حق الملك في تعيين قائد الجيش ومدير المخابرات، حيث كان بالإمكان تضمينه التعديل الدستوري لعام 2011 وذلك في مناسبة إعادة النظر بولاية مجلس الوزراء ومهام السلطة التنفيذية التي تناط دستوريا بالملك ويمارسها بواسطة وزرائه وفق أحكام الدستور.

ففيما يتعلق بتوسيع اختصاصات الهيئة المستقلة للانتخاب، فقد أسفرت التعديلات الدستورية لعام 2011، كما سبق الإشارة إليه، عن إنشاء هيئة مستقلة للانتخاب تكون مهمتها الإشراف على العملية الانتخابية وإدارتها في كل مراحلها، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (67) من الدستور المعدلة في عام 2011 على أنه: «تنشأ بقانون هيئة مستقلة تشرف على العملية الانتخابية النيابية وتديرها في كل مراحلها، كما تشرف على أي انتخابات أخرى يقرها مجلس الوزراء».

واستناداً إلى هذا النص الدستوري الذي أضيف عام 2011، فقد أنشئت الهيئة المستقلة للانتخاب بموجب القانون رقم (11) لعام 2012، كهيئة مستقلة تتمتع بشخصية اعتبارية وباستقلال مالي وإداري تكون مهمتها الإشراف على العملية الانتخابية النيابية وإدارتها في كافة مراحلها، حيث مارست هذه الهيئة اختصاصها الدستوري لأول مرة من خلال إدارتها للانتخابات النيابية التي جرت في شهر كانون الثاني من عام 2013 لاختيار أعضاء مجلس النواب السابع عشر، إلا أن صلاحيات الهيئة المستقلة للانتخاب كما وردت في النص الدستوري لعام 2011 قد جاءت ناقصة، اقتصر فقط على إجراء الانتخابات النيابية كاختصاص أصيل لها، في حين أن حقها في الإشراف على أي انتخابات أخرى كالانتخابات البلدية قد ربطه المشرع الدستوري بموافقة مجلس الوزراء. وقد أثار هذا الحكم الدستوري تساؤلات عديدة حول استقلالية الهيئة وتبعيتها للسلطة التنفيذية في ممارسة مهامها، فالهيئة المستقلة للانتخاب لم تكن تملك ومن تلقاء نفسها أن تقرر الإشراف على الانتخابات البلدية، ذلك أن الدستور الأردني بحلته عام 2011 قد أعطى الحق لمجلس الوزراء في أن يطلب من الهيئة المستقلة للانتخاب الإشراف على أي انتخابات أخرى من عدمه<sup>(114)</sup>. من هنا، جاءت أهمية إجراء تعديل دستوري على اختصاصات الهيئة المستقلة للانتخاب بأن تقرر منحها اختصاص أصيل بإدارة الانتخابات النيابية والبلدية وذلك بنص صريح في الدستور، فقد جرى تعديل الفقرة الثانية من المادة (67) من الدستور بأن أصبحت تنص على أن: «تنشأ بقانون هيئة مستقلة تدير الانتخابات النيابية والبلدية وأي انتخابات عامة وفقاً لحكام القانون، وللمجلس الوزراء تكليف الهيئة المستقلة بإدارة أي انتخابات أخرى أو الإشراف عليها بناء على طلب الجهة المخولة قانوناً بإجراء تلك الانتخابات».

(114) الدكتور ليث كمال نصرابين، مقالة بعنوان مدى دستورية إشراف الهيئة المستقلة على الانتخابات البلدية!! منشورة في جريدة العرب اليوم بتاريخ 15/5/2013.

أما التعديل الدستوري الثاني في عام 2014 فتمثل في صلاحية الملك في تعيين قائد الجيش ومدير المخابرات العامة، حيث أضيف بند ثالث جديد إلى المادة (127) من الدستور ينص على أنه: «على الرغم مما ورد في المادة (40) من الدستور يعين الملك قائد الجيش ومدير المخابرات ويقيلهما ويقبل استقالتهما». إن الغاية من إعطاء الملك صلاحية تعيين قائد الجيش ومدير المخابرات تكمن في إبعاد هذين المنصبين عن أي مناكفات أو تجاذبات سياسية كانت أم شخصية من شأنها أن تضفي طابعا سياسيا أو حتى إقليميا على من يتولى هاتين الوظيفتين في الدولة، فالملك هو رأس الدولة ورئيس السلطة التنفيذية في الدستور الأردني، كما أنه القائد الأعلى للقوات البرية والبحرية والجوية بموجب المادة (32) من الدستور، بالتالي يثبت له بهذه الصفات القيادية الحق في تعيين كل من قائد الجيش ومدير المخابرات لتحديدتهما عن أي نزاعات قبيلة أو سياسية قد تحول دون قيامهما بالعمل لخدمة المصلحة العليا للدولة الأردنية.

كما أن هذا التعديل الدستوري يتوافق مع ما طرحه جلالته الملك في الورقة النقاشية الثالثة التي أصدرها عام 2013 بعنوان «أدوار تنتظرنا لنجاح ديمقراطيتنا المتجددة»، والتي تحدث فيها بوضوح عن إعادة تعريف دور «الملك» في النظام السياسي الأردني بحيث تكون «الملكية» هي صمام الأمان لاستقرار الدولة والسلم الاجتماعي وحامية للقيم السياسية والوطنية العليا، في حين يترك للحكومات البرلمانية إدارة الشأن العام والتعامل مع الأوضاع الاقتصادية والسياسية الداخلية والخارجية، فقد أكد جلالته الملك على ذلك في الورقة النقاشية الثالثة بالقول «...وبصفتي رأسا للدولة وقائداً أعلى لقواتنا المسلحة، فإنني سأزود في الدفاع عن قضايانا المصيرية المرتبطة بالسياسة الخارجية وأمننا القومي، كما أن دوري يتطلب التأكيد على بقاء مؤسسة الجيش العربي والأجهزة الأمنية والقضائية والمؤسسات الدينية العامة مستقلة، ومحيدة، ومهنية، وغير ميسّسة، على امتداد مسيرتنا نحو ديمقراطية يقوى بنيانها حكومات برلمانية تقوم على أسس حزبية»<sup>(115)</sup>.

أما القول بأن تقرير الحق للملك في تعيين قائد الجيش ومدير المخابرات سيتعارض مع تطبيق فكرة الحكومة البرلمانية فهو قول في غير محله، ذلك أن الملك في ظل النظام

(115) الورقة النقاشية الثالثة لجلالة الملك الصادرة بتاريخ 2013/3/2، منشورة على الموقع الإلكتروني .kingabdullah.jo

النيابي الكامل سيبقى يتمتع بقدر من الصلاحيات الدستورية التي يمارسها إلى جانب الحكومة البرلمانية. بذلك تثبت الغاية من هذا التعديل الدستوري أنه مجرد إجراء احترازي يهدف إلى تحصين موقعي قائد الجيش ومدير المخابرات والنأي بهما عن أي ارتباطات أو تجاذبات سياسية وحزبية.

إن هذا النهج الذي كرسه المشرع الدستوري الأردني في تثبيت حق الملك في تعيين قائد الجيش ومدير المخابرات قد سبقه إليه العديد من الدساتير المقارنة التي حصرت صلاحية التعيين في الوظائف المدنية والعسكرية العليا وعزلهم برئيس الدولة على الرغم من تقريرها لمبدأ الحكومات النيابية المنتخبة من الشعب، وذلك بهدف تفادي الآثار السلبية المحتملة لتشكيل حكومات نيابية على التعيين في تلك المناصب<sup>(116)</sup>، ففي المغرب مثلاً، ينص دستورها على أن: «الملك هو القائد الأعلى للقوات المسلحة الملكية، وله حق التعيين في الوظائف المدنية والعسكرية...»<sup>(117)</sup>، كما ينص الدستور المصري على أن: «يعين رئيس الجمهورية الموظفين المدنيين والعسكريين والممثلين السياسيين ويعفيهم من مناصبهم...»<sup>(118)</sup>، والدستور البحريني على أن: «يعين الملك الموظفين المدنيين والعسكريين والممثلين السياسيين لدى الدول الأجنبية والهيئات الدولية ويعفيهم من مناصبهم...»<sup>(119)</sup>، والدستور السوري على أن: «يعين رئيس الجمهورية الموظفين المدنيين والعسكريين وينهي خدماتهم»<sup>(120)</sup>.

## الفرع الثاني

### التعديلات الدستورية لعام 2016

جاء مشروع تعديل الدستور الأردني لعام 2016 لتعزيز مبدأ الفصل بين السلطات، وتكريس استقلال كل من المحكمة الدستورية والسلطة القضائية، ولتأكيد حيادية قوات الدرك وعدم تأثرها أو تأثيرها في السياسة العامة للدولة، ولتحقيق هذه الغايات، فقد وسعت التعديلات الدستورية لعام 2016 من صلاحيات الملك الدستورية

(116) الدكتور عصام الدبس، الوسيط في النظام الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 201.

(117) الفصل (30) من الدستور المغربي لعام 2011.

(118) المادة (153) من الدستور المصري لعام 2014.

(119) المادة (40) من الدستور البحريني لعام 2002.

(120) المادة (106) من الدستور السوري لعام 2012.

التي يمارسها بإراداته المنفردة دون مشاركة رئيس الوزراء والوزير المختص، فبعد أن كانت التعديلات الدستورية لعام 2014 قد حددت صلاحيات الملك في التعيين بإرادة منفردة كل من قائد الجيش ومدير المخابرات، جاءت التعديلات الدستورية لعام 2016 لتوسع من هذه الصلاحية في التعيين المنفرد من قبل الملك لتشمل فئات وأشخاص جدد يعينون مباشرة من الملك دون تنسيب من مجلس الوزراء ودون توقيع كل من رئيس الوزراء والوزير المختص على الإرادة الملكية الصادرة بالتعيين. وبهذا يكون المشرع الدستوري قد استكمل عملية إعادة رسم العلاقة بين الملك من جهة ومجلس الوزراء من جهة أخرى والتي بدأت في عام 2014، فتحدت صلاحيات الملك المنفردة على سبيل الحصر في الدستور الأردني يمارسها بمفرده دون أي تدخل من مجلس الوزراء وذلك نظرا لطبيعة الأشخاص والفئات المطلوب تعيينها، والتي تقتضي طبيعة عملها إبعادها عن أي تجاذبات سياسية بين الملك ومجلس الوزراء في حال الأخذ بفهوم الحكومة البرلمانية التي تسعى الدولة الأردنية إلى تطبيقها.

إن الهدف الأساسي من التعديلات الدستورية لعام 2016 هو أن يحتاط المشرع الأردني إلى التبعات القانونية والدستورية من وصول حزب سياسي ما إلى السلطة في الأردن عن طريق الانتخاب، ومخاطر ذلك من التأثير في تعيين كبار الموظفين في المناصب السياسية والعسكرية العليا في الدولة. فلكي لا يقع الصدام داخل السلطة التنفيذية بين الملك ومجلس الوزراء المشكل من الحزب الفائز في الانتخابات التشريعية، جاءت التعديلات الدستورية لعام 2016 لتستكمل تحديد صلاحيات الملك الدستورية التي يمارسها بمفرده دون تنسيب من مجلس الوزراء وحددها على سبيل الحصر، لتكون باقي الأعمال والسلطات الدستورية الأخرى في إدارة شؤون الدولة الداخلية والخارجية والتي لا تمس الأمن القومي والمصلحة العليا بيد مجلس الوزراء في الحكومة البرلمانية.

أما الأشخاص والفئات التي حددتها التعديلات الدستورية لعام 2016 والتي يتم تعيينها من قبل الملك بمفرده، فقد امتدت لتشمل ولي العهد، ونائب الملك، ورئيس وأعضاء مجلس الأعيان، ورئيس وأعضاء المحكمة الدستورية، ورئيس المجلس القضائي، وقائد الجيش ومدير المخابرات ومدير الدرك<sup>(121)</sup>. فهذه الفئات والأشخاص

121) تم إضافة فقرة (ب) إلى المادة (40) من الدستور استتقت بموجبها الفئات السابقة من توقيع رئيس الوزراء والوزير المختص على الإرادة الملكية السامية بالتعيين.

وبحكم طبيعة عملهم وصلاحياتهم الدستورية، فإن المصلحة العليا للدولة تقتضي أن يترك أمر تعيينهم للملك باعتباره رأس الدولة والقائد الأعلى للقوات المسلحة دون مشاركة من مجلس الوزراء، إذ إن من شأن تطبيق الحكومة البرلمانية في الأردن وتداول الأحزاب السياسية على السلطة أن يزيد من فرص النزاعات السياسية والحزبية حول ماهية رئيس المجلس القضائي ورئيس المحكمة الدستورية وأعضائها، وكل من قادة الأجهزة الأمنية والعسكرية. لذا فقد اختار المشرع الدستوري أن يخرج صلاحية تعيين هذه الفئات من المناصب العليا من أي دائرة تجاذب بين الملك والأحزاب السياسية التي ستصل إلى السلطة، وأن ينيطها مباشرة بالملك وحده دون مشاركة مجلس الوزراء.

ومن التعديلات الدستورية الأخرى التي جرت في عام 2016 تعديل نص المادة (50) من الدستور فيما يتعلق بحالة وفاة رئيس الوزراء، فبعد أن كان النص الدستوري يقضي بضرورة استقالة الحكومة بعد وفاة رئيس الوزراء، أصبحت المادة (50) من الدستور بعد تعديلها في عام 2016 تنص على أنه في حال وفاة رئيس الوزراء تستمر الوزارة برئاسة نائب رئيس الوزراء أو الوزير الأقدم حسب مقتضى الحال ولحين تشكيل وزارة جديدة.

إن هذا التعديل الدستوري يخدم الهدف الأسمى من الإصلاح الدستوري في الأردن المتمثل في السعي نحو تطبيق الحكومة البرلمانية، فمن المستقر عليه في الأنظمة الديمقراطية النيابية أن وفاة رئيس الوزراء يجب أن لا يكون مبرراً دستورياً لكي تستقيل الحكومة، وبالتالي إجراء انتخابات برلمانية جديدة قد تفرز حزب سياسي آخر إلى رئاسة الحكومة، فالحزب السياسي الذي فاز في الانتخابات التشريعية يفترض به أن يبقى في سدة الحكم طيلة مدة مجلس النواب الدستورية إلى حين إجراء انتخابات جديدة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال إجبار الحكومة على الاستقالة عند وفاة رئيسها، فمنطق الأمور يقضي بأن تستمر الحكومة في حالة وفاة رئيسها، وأن يحل نائب رئيس الوزراء أو الوزير الأقدم محله إلى حين تشكيل حكومة جديدة.

ومن التعديلات الأخرى التي تمت على الدستور الأردني في عام 2016 إلغاء التعديل الدستوري لعام 2011 المتمثل في حظر ازدواج الجنسية الأجنبية لكل من الوزير والنائب والعين، فبعد أن عدلت المادتان (42) و(75) من الدستور في عام 2011

بأن أصبح يُشترط فيمن يلي منصب الوزارة أو يكون عضواً في مجلسي الأعيان والنواب أن يكون أردنياً لا يحمل جنسية دولة أخرى، جاءت التعديلات الدستورية لعام 2016 لتلغي هذا الحظر، فأصبح يحق لمزدوجي الجنسية التعيين في مجلس الوزراء وفي السلطة التشريعية بمجلسيها الأعيان والنواب. وبهذا يكون الدستور الأردني قد أعاد الاعتبار لمعاري الكفاءات والمؤهلات في شغل الوظائف العامة والقيادية دون فرض أي شروط إضافية قد تحول دون تحقيق مبدأ المساواة بين الأردنيين، فالأصل أن يثبت لكل أردني الحق في تولي المناصب العامة بمجرد توافر شروط الكفاءة والمؤهلات، أما فرض شروط أخرى كحظر ازدواج الجنسية فقد يترتب عليها حرمان كفاءات أردنية من تولي المناصب العامة بسبب حملهم لجنسية دولة أخرى قد تكون قد فرضت عليهم بسبب الولادة مثلاً.

أما آخر التعديلات الدستورية لعام 2016، فتعلقت بمدّة رئاسة مجلس النواب، حيث جرى تعديل المادة (69) من الدستور الأردني التي كانت تحدد مدّة رئاسة رئيس مجلس النواب بسنة شمسية واحدة، لتصبح بعد التعديل مدّة الرئاسة سنتين شمسيّتين، وهذا التعديل إيجابي كونه يعطي فرصة زمنية أكبر لرئيس مجلس النواب في منصبه، ويجعل إجراء انتخابات رئاسة مجلس النواب مرتين فقط خلال فترة تواجده الدستورية، بعد أن كانت انتخابات رئاسة مجلس النواب تتم في كل سنة من عمر المجلس النيابي، وهذا ما من شأنه أن يقلل الاحتقان والتنافس بين أعضاء مجلس النواب على منصب الرئاسة.

### المطلب الثالث

#### المزيد من الإصلاح السياسي والدستوري في الأردن

على الرغم من أهمية التعديلات التي جرت على الدستور الأردني في عام 2011 من حيث توقيتها واتساع نطاقها وما تبعتها من تعديلات في عامي 2014 و2016، إلا أن تطبيقها العملي قد أثبت عدم كفايتها في تحقيق إصلاح سياسي حقيقي في مؤسسات الدولة التشريعية والتنفيذية في الأردن، فقد انعقدت الطموحات والأمني على الانتخابات التشريعية التي جرت عام 2013 استناداً للنصوص الدستورية المعدلة وذلك للدخول في مرحلة جديدة في الحياة السياسية في الأردن، خاصة وأن قانون الانتخاب لعام 2012

الذي جرت بموجبه تلك الانتخابات قد دمج بين نظامي «الصوت الواحد» و«التمثيل النسبي» في محاولة لتحفيز الأحزاب السياسية على المشاركة في الانتخابات وتشكيل حكومة نيابية، إلا أن تلك المحاولة قد باءت بالفشل، ذلك أن قانون الانتخاب قد خصص (27) مقعدا نيابيا فقط من إجمالي مقاعد البرلمان البالغ عددها (150) مقعدا للتمثيل النسبي من خلال القوائم الوطنية، كما خصص (15) مقعدا للنساء من خلال الكوتا في المجلس، أما الغالبية الساحقة من مقاعد المجلس المتبقية بواقع (123) مقعدا، فتم انتخابها بناء على نظام الصوت الواحد المرفوض من كافة القوى السياسية والشعبية في الأردن، كونه قد أسهم في تجزئة المجتمع وتغييب الأحزاب والحركات السياسية عن المشاركة في الانتخابات، فهو يقوي الفزعة العشائرية ويعزز الإقليمية والجهوية على حساب البرامج والرؤى السياسية والحزبية<sup>(122)</sup>.

أما ردة فعل الأحزاب السياسية على الإصلاحات الدستورية لعام 2011 وما تبعها من اصلاحات سياسية وتشريعية أهمها إصدار قانون جديد للانتخاب وقانون للأحزاب السياسية، فظهرت جليا في تعاطيها مع الانتخابات النيابية الأخيرة التي جرت بعد تعديل الدستور في عام 2013، فقد قاطعت الأحزاب السياسية الرئيسة ممثلة بحزب جبهة العمل الاسلامي وحزب الوحدة الشعبية والحزب الشيوعي وحزب الحياة الأردني تلك الانتخابات النيابية ترشحا وانتخابا، في حين لم تقدم أربعة أحزاب أخرى أي مرشحين لها على الرغم من عدم إعلانها مقاطعة الانتخاب، فكان عدد الأحزاب التي شاركت بصورة عملية في الانتخابات ما مجموعه (15) حزبا سياسيا فقط<sup>(123)</sup>، ومن بين هذه الأحزاب المشاركة في الانتخابات، تمكنت (9) أحزاب سياسية فقط من الوصول إلى قبة البرلمان بتمثيل ضعيف جدا، من بينها (7) أحزاب سياسية فازوا بمقاعد عن «القوائم الوطنية»، وحزبين فقط وصلوا إلى البرلمان بموجب الدوائر الانتخابية المحلية وعلى قاعدة قانون الصوت الواحد، في حين شاركت ستة أحزاب بالانتخابات ولم ينجح أي من مرشحيها في الفوز بمقاعد نيابية<sup>(124)</sup>.

(122) بسام بدارين، قانون الانتخاب الأردني عالق بين «سقوط العشائر» وفعالية «الصوت الواحد» في تحجيم الإخوان والمكون الفلسطيني، مقالة منشورة في جريدة القدس العربي بتاريخ 15/11/2014.

(123) مؤيد أبو صبيح، الأردن: مقاطعة الانتخابات تستنفر الحكومة، مقالة منشورة في جريدة القبس الكويتية بتاريخ 14/8/2010.

(124) دراسة بعنوان «أثر قانون الانتخاب لسنة 2012 وتوزيع المقاعد الانتخابية على تمثيل الأحزاب السياسية في مجلس النواب»، أعدها مركز القدس للدراسات السياسية عام 2014.

وعلى الرغم من هذا النجاح المحدود في عدد الأحزاب السياسية التي تمكنت من إيصال ممثليها إلى مجلس النواب في عام 2013، إلا أن التمثيل الحزبي في المجلس ظل ناقصا ومشوها، وذلك بسبب عدم وجود أي روابط أيديولوجية أو فكرية بين تلك الأحزاب الممثلة في البرلمان تدفعها إلى التحالف. وقد مثل حزب الوسط الاسلامي أكبر كتلة سياسية في مجلس النواب السابع عشر، حيث تمكن من الاستحواذ على (16) مقعدا، أي ما نسبته (11%) تقريبا من إجمالي مقاعد المجلس النيابي، وهذا هو أكبر عدد من المقاعد يفوز بها الحزب منذ تأسيسه في عام 2001، كما أنه عدد مشابه تقريبا لما حصل عليه حزب جبهة العمل الاسلامي في آخر انتخابات نيابية شارك فيها، ما يدفع إلى الاعتقاد بأن «الوسط الاسلامي» نجح ولو نسبيا في طرح نفسه كبديل لجبهة العمل الاسلامي.

ومثل حزب الجبهة الأردنية الموحدة المفاجأة الثانية في الانتخابات النيابية لعام 2013، وثاني أكبر كتلة في البرلمان بواقع ثمانية مقاعد، أحدهما عن «القوائم الوطنية»، والسبعة الباقية بواسطة الدوائر المحلية، وهذا الحزب يعد حزبا أردنيا غير معارض يمثل مجموعة من النشطاء الأردنيين الراغبين بالمشاركة في الحياة السياسية، أما بقية الأحزاب الممثلة في البرلمان الأردني فجميعها حصلت على مقعد واحد فقط<sup>(125)</sup>. لقد استفادت الأحزاب السياسية الصغيرة من مقاطعة الأحزاب الرئيسية لانتخابات عام 2013 وفي مقدمتها حزب جبهة العمل الإسلامي لتطفو على السطح وتطرح نفسها على أنها قوى سياسية جديدة ذات وزن وفعالية تتمتع بشعبية في الشارع، وإن كانت شعبية غير كافية لأخذ زمام المبادرة داخل المجلس النيابي.

أما على صعيد الترشح، فقد استطاعت انتخابات عام 2013 أن تستقطب أكبر عدد من المرشحين في تاريخ الدولة الأردنية للمنافسة على مقاعد البرلمان، مما يعني أن قانون الانتخاب الجديد وإن كان قد تعرض لنقد واسع من الأحزاب السياسية المعارضة، إلا أنه قد أغرى فئات أخرى من أفراد الشعب للمشاركة في الانتخابات التشريعية وذلك رغبة في الفوز بعضوية مجلس النواب<sup>(126)</sup>.

(125) مرجع سابق.

(126) تقرير بعنوان «دراسة وتحليل لقوائم المرشحين عن الدوائر المحلية والقوائم الوطنية» منشور على موقع الشعب نيوز الإخباري بتاريخ 2010/12/7.

وعلى الرغم من أن قانون الانتخاب الأردني لعام 2012 قد سعى إلى تشجيع مشاركة الأحزاب السياسية من خلال فكرة القوائم الوطنية، إلا أن الرياح قد سارت بغير ما تشتهي الدولة الأردنية، حيث أثبتت الأرقام والنتائج أن تجربة القوائم الوطنية قد فشلت في تحقيق الهدف منها، فتزاحمت القوائم الانتخابية بين بعضها البعض، وتسابق المرشحون في شخصنة القوائم الانتخابية وتسخيرها لصالح إيصالهم إلى سدة البرلمان بغض النظر عن باقي الأعضاء في القائمة الذي وصل عددهم (27) مرشحا بموجب أحكام القانون، فكان أكبر عدد من النواب الذي أفرزته القوائم الانتخابية (3) نواب فقط لصالح قائمة الوسط الإسلامي<sup>(127)</sup>.

ومع ذلك، فقد حاولت الدولة الأردنية تطبيق مفهوم الحكومة النيابية بصورة مغايرة، حيث عمدت إلى إشراك مجلس النواب في مشاورات نيابية لاختيار شخص رئيس الوزراء، فكان الواجب الأول لمجلس النواب السابع عشر الدخول في مخاض طويل من المشاورات لاختيار رئيس الوزراء، فسارعت الكتل النيابية التي لا تقوم على أي أساس برامجي مشترك بين النواب، وإنما على أساس «الفرعة» النيابية، إلى فرض شروطها الخاصة لاختيار رئيس الوزراء من بين الأسماء المرشحة، والتي كان الجزء الأكبر منها شخصياً لا يحقق المصلحة العامة<sup>(128)</sup>.

ولم يختلف الواقع السياسي في الأردن كثيراً حتى مع صدور قانون الانتخاب الجديد لعام 2016 الذي جرت بموجبه الانتخابات التشريعية للمجلس النيابي الثامن عشر، فمن أبرز معالم قانون الانتخاب لعام 2016 أنه قد أخذ بنظام القائمة النسبية المفتوحة على مستوى المحافظة - باستثناء ثلاث محافظات كبرى هي عمان وإربد والزرقاء التي قسمت إلى أكثر من دائرة انتخابية، حيث اشترط القانون أن يتم الترشح للانتخابات النيابية في قوائم فقط لتحل محل الترشح الفردي<sup>(129)</sup>.

وقد كان يفترض بالقوائم أن تكون حزبية ابتداءً، أو أن يجمع بين أعضائها أفكار

(127) وليد حسني، أين ذهب نواب القوائم العامة؟، مقالة منشورة في جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2015/5/17.

(128) للمزيد حول مجريات المشاورات النيابية، انظر تقرير بعنوان «الطراوة يبدأ مشاورات نيابية اليوم للتداول حول رئيس الوزراء المقبل» المنشور على موقع JO24 الإلكتروني بتاريخ 2013/2/12.

(129) انظر المادة (8) من قانون الانتخاب الأردني رقم (6) لسنة 2016 المنشور على الصفحة (1442) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5386) الصادر بتاريخ 2016/3/15.

وأيدولوجيات وبرامج مشتركة يسعون إلى تطبيقها في حال نجاحهم ووصولهم إلى البرلمان، إلا أن الواقع العملي قد أثبت خلاف ذلك، فتشكلت معظم القوائم الانتخابية على أسس عشائرية ومناطقية، في حين جاءت القوائم الأخرى صورية لم يجمع بين المرشحين فيها أي صفات أو قواسم فكرية أو عقائدية مشتركة، وهذا ما ظهر جليا في مظاهر الدعاية الانتخابية، حيث حلت الدعاية الانتخابية للمرشحين بشكل فردي محل الدعاية الانتخابية للقوائم المترشحة، فغابت البرامج الانتخابية وحلت محلها صور المرشحين منفردين معتمدين على انتماءاتهم العشائرية والقبلية للفوز بالانتخابات.

من هنا، فإن قانون الانتخاب الأردني لعام 2016 وعلى الرغم من اعتماده القائمة النسبية المفتوحة<sup>(130)</sup>، إلا أنه قد أبقى على نظام الصوت الواحد، ولكن بطريقة مغايرة تقوم على أساس أن ينتخب الفرد قائمة معينة ثم يختار ابن عشيرته أو منطقتة من الأسماء المترشحة في القائمة دون غيرها، وهذا ما ظهر جليا في نتائج الانتخابات الأولية حيث عجز السواد الأعظم من القوائم الانتخابية عن إفراز أكثر من نائب واحد فقط، وهو الشخصية الأقوى والأكثر نفوذا في القائمة، حيث أستعمل باقي المرشحين في القائمة مطية للوصول إلى مجلس النواب.

وكما كان متوقعا، فلم تفلح معظم القوائم الانتخابية في إيصال أكثر من مرشح واحد إلى مجلس النواب، وهذا بسبب طبيعة النظام الانتخابي ابتداء وآلية تشكيل القوائم التي تمحورت حول شخصية مرشح واحد فقط وباقي المرشحين أطلق عليهم مصطلح «الحشوة»، فمن بين ما مجموعه (227) قائمة شاركت في انتخابات عام 2016 تمكنت (15) قائمة فقط من الحصول على أكثر من مقعد نيابي في جميع دوائر ومحافظات المملكة. ويأتي في مقدمة هذه القوائم قائمة الإصلاح الوطني المدعومة من حزب الإخوان المسلمين والتي تمكنت من الفوز بما مجموعه (15) مقعدا انتخابيا في الدوائر الانتخابية المختلفة. وتلت هذه القائمة الإسلامية، قائمتان انتخابيتان في محافظة الكرك هما قائمة «وطن» وقائمة «أبناء الكرك» حصلت كل منهما على (3) مقاعد نيابية، في حين حصلت باقي القوائم الانتخابية على مجرد مقعدين فقط<sup>(131)</sup>.

(130) المادة (9) من قانون الانتخاب الأردني رقم (6) لسنة 2016.

(131) أظهرت النتائج التي أعلنتها الهيئة المستقلة للانتخاب أن عددا من القوائم الانتخابية لم تحصل على أي صوت، كقائمة «الشباب» في الدائرة الثالثة في العاصمة عمان، قائمة «العز والشموخ» في محافظة الكرك، وقائمة «الصوت الحق» في الدائرة الأولى في الزرقاء، للمزيد انظر الموقع الإلكتروني للهيئة المستقلة للانتخاب <http://www.entikhabat.jo>.

أما بخصوص مشاركة الحركة الإسلامية في الانتخابات النيابية لعام 2016، فقد شاركت من خلال (20) قائمة أهمها قائمة الإصلاح الوطني، وبلغ عدد مرشحيها (120) مرشحا منهم (72) عضوا في حزب جبهة العمل الإسلامي وجماعة الإخوان المسلمين، إلا أن النتائج النهائية للانتخابات أشارت إلى فوز قوائم الإصلاح الوطني (إسلاميين وقوى سياسية) بما مجموعه (15) مقعدا، (10) منها حصدها أعضاء في الحركة الإسلامية، أما الخمسة الأخرى فذهبت لحلفائهم، أي ما نسبته (11.5%) من عدد مقاعد مجلس النواب الثامن عشر<sup>(132)</sup>. أما باقي الأحزاب السياسية الأخرى والشخصيات اليسارية والقومية، فقد منيت قوائمها بهزيمة كبيرة في الانتخابات، فعلى الرغم من مشاركة أكثر من (217) حزبي في انتخابات عام 2016، كانت حصيلة الحزبيين الفائزين (27) نائبا فقط جلهم من قائمة الإصلاح الوطني، التي حازت على (15) مقعدا مدعوما من جماعة الإخوان المسلمين غير المرخصة<sup>(133)</sup>.

وفيما يتعلق بتقليص صلاحيات الملك بغية الوصول إلى مفهوم الملكية الدستورية المقيدة، فقد رسمها جلاله الملك نفسه ضمن مجموعة الأوراق النقاشية التي أصدرها والتي تعد خارطة طريق للإصلاح السياسي والدستوري في الأردن والمتمثل في الوصول إلى التطبيق الكامل لمفهوم الحكومة البرلمانية<sup>(134)</sup>، فأولى خطوات الإصلاح الدستوري كما رسمه جلاله الملك تبدأ بالأحزاب السياسية التي يفترض بها أن تعمل على تقوية جبهتها الداخلية وأن تندفع نحو المشاركة في الحياة السياسية بكافة مظاهرها، ومن أهمها المشاركة في الانتخابات النيابية التي يجب أن يتم إجراؤها على أساس حزبي وفق قانون انتخاب عصري متفق عليه. وعلى ضوء وصول

(132) للمزيد انظر الدكتور فايز الربيع، «قراءة في نتائج الانتخابات الأردنية» دراسة منشورة على موقع عمون الإلكتروني بتاريخ 2016/10/1.

(133) للمزيد انظر تقرير بعنوان «خصوم جماعة الإخوان في الأردن المنشقون عنها يخفقون بالنجاح بأي مقعد برلماني» منشور على موقع رأي اليوم بتاريخ 2016/9/24.

(134) أصدر جلاله الملك خمسة أوراق نقاشية الورقة النقاشية الأولى بعنوان «مسيرتنا نحو بناء الديمقراطية المتجددة» بتاريخ 2012/12/29، والورقة النقاشية الثانية بعنوان «تطوير نظامنا الديمقراطي لخدمة جميع الأردنيين» بتاريخ 2013/1/16، والورقة النقاشية الثالثة بعنوان «أدوار تنتظرنا لنجاح ديمقراطيتنا المتجددة» بتاريخ 2013/3/2، والورقة النقاشية الرابعة بعنوان «نحو تمكين ديمقراطي ومواطنة فاعلة» بتاريخ 2013/6/2، والورقة النقاشية الخامسة بعنوان «تعميق التحول الديمقراطي: الأهداف، والمنجزات، والأعراف السياسية» بتاريخ 2014/9/13.

الأحزاب السياسية إلى مجلس النواب، يتم تشكيل الحكومة النيابية من الحزب الفائز في الانتخابات، بحيث يدعى رئيس الحزب الفائز إلى تشكيل الحكومة، على أن يقوم الحزب الخاسر بالإئتلاف مع الأحزاب السياسية الأخرى لتشكيل حكومة معارضة تسمى حكومة الظل هدفها الرقابة على أعمال وقرارات الحكومة النيابية. فيكون طموح الحكومة النيابية البقاء في السلطة من خلال محافظة الحزب الحاكم على أغلبية تمثيله في مجلس النواب، في حين تسعى حكومة الظل المعارضة إلى الإطاحة بالحكومة والانتقال إلى سدة الحكم، فيتحقق مبدأ التداول السلمي للسلطة.

وبمجرد أن يصل النظام السياسي والدستوري الأردني إلى مثل هذه المرحلة المتقدمة من الإصلاح الديمقراطي والمشاركة الشعبية، سينعكس هذا الوضع إيجاباً على الفرد الأردني وذلك من خلال تعظيم الحماية لحقوقه وحرياته الأساسية وضمان تحسين مستوى معيشتته من خلال التنافس بين الأحزاب السياسية على إدارة الشأن العام بما يخدم المصلحة العامة ويحقق مصلحة الفرد، عندها فقط يمكن للملكية في الأردن أن تنتقل إلى حالة الملكية المقيدة التي تقوم على أساس تقليص صلاحيات الملك في الدستور، واعتباره رأس الدولة ومصون من كل تبعة ومسؤولية.

خلاصة القول، إن المعطيات الدستورية والسياسية السابقة تعطي انطبعا بأن هناك حاجة ماسة لجولة جديدة من التعديلات على الدستور الأردني كمرحلة ثانية تستكمل ما تم إنجازه من إصلاحات دستورية جرت بعد عام 2011 وتبني عليها، فالإصلاح الناجح والذي يدوم يجب أن يأتي على أجزاء ومراحل وليس دفعة واحدة وذلك تفادياً لحدوث اضطرابات واختلالات في البنية التشريعية والسياسية للدولة. وفي أي تعديلات مستقبلية على الدستور الأردني يجب أن يكون لمجلس النواب الدور الأكبر والأكثر تأثيراً من ذلك الذي قام به عند إقراره لكافة التعديلات الدستورية التي جرت منذ عام 2011 باعتباره صاحب الولاية العامة في التشريع وتعديل الدستور. فمجلس النواب الأردني مدعو إلى أن يأخذ زمام المبادرة، وأن يتقدم باقتراحاته الخاصة بتعديل الدستور بدلا من أن ينتظر أن تأتي التعديلات المقترحة من الحكومة أو من أية لجنة مستقلة سيتم تشكيلها لهذه الغاية، فيقتصر دوره في هذه الحالة على مجرد إقرارها كما سبق وأن حدث في التعديلات الثلاث الأخيرة على الدستور الأردني بعد «الربيع العربي».

## الخاتمة :

تعد التعديلات الدستورية التي جرت عام 2011 الأوسع من حيث نطاقها والأكثر إصلاحاً كونها قد هدفت وبشكل أساسي إلى القضاء على العديد من مظاهر هيمنة السلطة التنفيذية على السلطتين التشريعية والقضائية، وإعادة التوازن إلى العلاقة بين تلك السلطات الثلاث في الأردن، وقد استتبعت تلك التعديلات جولتين أخرتين من التعديلات الدستورية في عامي 2014 و2016 أسهمتتا في تعزيز مسيرة الإصلاح الدستوري في الأردن، وإن كان بأثر أقل من المراجعة الشاملة لنصوص الدستور الأردني في عام 2011، ومع ذلك تبقى الحاجة دوماً إلى إبقاء القواعد الدستورية في الأردن محط المتابعة والرصد في ضوء التطورات السياسية والاجتماعية الداخلية والخارجية منها بشكل يكفل تحقيق العدالة والمساواة وتعزيز منظومة سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات الدستورية.

وعلى صعيد شكل الدولة الأردنية بعد التعديلات الدستورية، فقد نجح الأردن في التعاطي مع رياح «الربيع العربي» بحكمة واقتدار عاليتين، وذلك من خلال الاستجابة للمطالب الشعبية بمراجعة نصوص الدستور وإعادة الاعتبار للسلطة التشريعية، إلا أن الرضا العام عن تلك التعديلات الدستورية تبقى مسألة مثار خلاف ونقاش بين كافة الأطياف السياسية، ففي الوقت الذي تعبر فيه الجهات الحكومية عن قبولها لما قامت به الدولة الأردنية من إصلاحات دستورية وسياسية، يقف السياسيون والحزبيون موقفاً سلبياً من النهج الإصلاحي، معتبرين أن التعديلات الدستورية قد جاءت دون المأمول، إذ اقتصر نطاقها على إضافة نصوص وأحكام شكلية إجرائية، وأنها تحتاج إلى إرادة سياسية حقيقية لترجمتها على أرض الواقع. فهناك فرق بين الإصلاحات الدستورية الإجرائية التي خضع لها الدستور الأردني من خلال تعديل آلية إجراء الانتخابات النيابية والرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، والإصلاحات الدستورية الموضوعية التي قوامها الأحكام التي تضمن تنفيذ التعديلات الدستورية على أرض الواقع.

## النتائج:

تتلخص أبرز النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة فيما يلي:

1- لقد نجحت التعديلات الدستورية لعام 2011 إلى حد كبير في تحقيق الأهداف والغايات المرجوة منها، حيث قلصت من صلاحيات السلطة التنفيذية في إطار علاقتها مع السلطة التشريعية وذلك من خلال إنهاء حق السلطة التنفيذية في تأجيل الانتخاب تأجيلاً عاماً، وتحديد حالة الضرورة لإصدار القوانين المؤقتة بحالات ثلاثة محددة على سبيل الحصر في الدستور، وإنشاء هيئة مستقلة للإشراف على الانتخابات التشريعية وإدارتها.

2- كما حدث التعديلات الدستورية لعام 2011 من حق السلطة التنفيذية في حل مجلس النواب وذلك من خلال اشتراط أن تتقدم الحكومة التي يحل البرلمان في عهدها باستقالتها الخطية خلال أسبوع من تاريخ الحل، وأن لا يتم إعادة تكليف نفس رئيس الوزراء لتشكيل الحكومة التي تليها.

3- وفي إطار علاقتها مع السلطة القضائية، فقد تضمنت النصوص الدستورية المعدلة في عام 2011 أحكاماً تعزز من استقلالية الجهاز القضائي في مواجهة السلطة التنفيذية أهمها إنشاء المجلس القضائي بقانون، وإعادة النظر في اختصاص محكمة أمن الدولة لصالح تحديد الجرائم التي ينظرها قضاة عسكريون على سبيل الحصر، وإنشاء المحكمة الدستورية كجهة قضائية مستقلة للرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وتفسير نصوص الدستور.

4- أما على الصعيد السياسي، فقد مثلت التعديلات الدستورية لعام 2011 خطوة بالغة الأهمية في اتجاه الإصلاح السياسي في الأردن، وإن كانت لم تمس صلاحيات الملك أو تقلصها أو تقيدها، إذ أفرزت الانتخابات التشريعية التي شهدتها الدولة الأردنية في عام 2012 صعود أحزاب سياسية جديدة كحزب الوسط الإسلامي وذلك في ظل غياب وتراجع الحركة الإسلامية التقليدية المعارضة وصمود وثبات دور «العشيرة» وبقاءها كقوة سياسية وشعبية لا يمكن تجاهلها.

5- لقد ركزت التعديلات الدستورية لعامي 2014 و2016 على إعادة رسم العلاقة بين كل من الملك باعتباره رئيس الدولة ورئيس الوزراء كخطوة استباقية قبل

تطبيق مفهوم الحكومة البرلمانية، حيث كرس كلا التعديلين صلاحيات دستورية منفردة للملك يمارسها بإرادة ملكية منفردة تتمثل في تعيين كبار موظفي الجيش والقيادات الأمنية والمخابراتية وكبار موظفي الدولة من أعيان وقضاة محاكم دستورية ورئيس السلطة القضائية، فتكون بذلك باقي السلطات الأخرى حقا خالصا للحكومة البرلمانية التي ستتشكل في المستقبل على أساس برامجي ومنهجي قبله الشعب واختار بموجبه الحزب السياسي ليشكل الحكومة البرلمانية.

## التوصيات :

### في نهاية هذه الدراسة يمكن تقديم التوصيات والمقترحات التالية:

- 1- ما زالت الحاجة ملحة لتحديد الشكل الجديد للخارطة السياسية والدستورية في الأردن خلال السنوات المقبلة، وتحديد ماهية القوى السياسية الفاعلة الآن وتلك التي ستكون فاعلة في المستقبل، وما إذا كان الأردن بانتظار مزيدا من التغيير أم أن ما تم حتى الآن يعد كافيا ومرضيا لكل من النظام السياسي والمواطنين على حد سواء.
- 2- إن نكاء السلطة السياسية في الأردن من خلال تجاوبها السريع مع معظم مطالب الحركة الإصلاحية، وذلك من خلال إجراء مراجعة شاملة لنصوص الدستور الأردني في عام 2011 يجب أن يبقى على الدوام المحفز الأساسي لإخضاع الدستور الأردني لجولات مستقبلية من التعديلات الدستورية، كلما شعرت السلطة السياسية أن التطبيق العملي لأي نص دستوري لا يلقي الرضا الشعبي والسياسي في الأردن. فالدستور الأردني قد بقي فترة زمنية طويلة دون تعديل، وهذا ما من شأنه أن يجعله عرضة أكبر لتعديلات دستورية مستقبلية تجعل من نصوص الدستور أكثر تكريسا للشأن الداخلي.
- 3- إن الحالة الأردنية في مجال الإصلاح الدستوري تعتبر نموذجا وسطيا في التغيير، فالأردنيون مؤيدون و متمسكون بالثوابت العليا في الدستور، إلا أنهم قد طالبوا، وما زالوا يطالبون بإطلاق حقيقي للحقوق والحريات الأساسية خاصة تلك التي تمت إضافتها على نصوص الدستور عام 2011، والتي يخشى أن تلقى مصير سابقاتها من الحقوق الدستورية بأن تبقى أسيرة النص الدستوري، وأن لا تخرج إلى أرض الواقع تطبيقا حقيقيا متكاملًا.

4- إن الأردنيين وإن طالبوا بالإصلاح السياسي والدستوري، إلا أن مشكلتهم الأساسية تبقى في الظروف الاقتصادية الصعبة التي يمرون بها والتي أنهكتهم اقتصاديا واجتماعيا جراء محدودية موارد الدولة، واعتمادها بشكل كبير على المساعدات الخارجية الأجنبية التي تتحكم بها وبمقدارها الظروف والعوامل السياسية الأخرى. ففي الوقت الذي تولي فيه الدولة الأردنية اهتمامها بالإصلاح السياسي والدستوري نحو الدفع بمزيد من إطلاق الحقوق والحريات الأساسية، فإنه يجب أن لا يغيب عن ذهنها أن الضائقة المالية التي يعيشها المواطن الأردني سيكون لها حتما انعكاسات خاصة على مشاركته في عملية التحول السياسي والديمقراطي وعن مدى رضاه عنها، خاصة إذا لم تترجم عملية الإصلاح على أرض الواقع بشكل يضمن تغييرا جذريا في حياة المواطن الأردني بكافة جوانبها الاقتصادية منها والاجتماعية والسياسية.

## قائمة المراجع

### أولاً - الكتب العربية:

- 1- الدكتور أمين العضاليلة، الوجيز في النظام الدستوري الأردني، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع (2010).
- 2- الدكتور أمين المشاقبة، النظام السياسي الأردني، الطبعة الأولى، عمان: مطبعة السفير (2009).
- 3- الدكتور عادل الحيارى، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، الطبعة الأولى، عمان: مطابع غانم عبدو (1972).
- 4- الدكتور عصام الدبس، الوسيط في النظام الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (2014).
- 5- الدكتور محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، بيروت: دار النهضة العربية (1975).
- 6- الدكتور مصطفى صالح العماوي، التنظيم السياسي والنظام الدستوري، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع (2009).
- 7- الدكتور منيب ماضي وسليمان موسى، تاريخ الأردن في القرن العشرين 1910-1959، الطبعة الثانية، عمان: مكتبة دار المحتسب (1988).
- 8- الدكتور نعمان الخطيب، البسيط في النظام الدستوري، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع (2014).
- 9- الدكتور نواف كنعان، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني وفقا للتعديلات الدستورية لعام 2011، الطبعة الأولى، عمان: دار إثراء للنشر والتوزيع (2013).

### ثانياً - الأبحاث والدراسات العلمية:

- 1- الدكتور ليث نصرأوين، أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطات العامة في الأردن، مجلة دراسات الصادرة عن عمادة البحث العلمي في الجامعة

- الأردنية، المجلد رقم (40) علوم الشريعة والقانون، العدد (1) أيار (2013).
- 2- محمد مدني وإدريس المغروي وسلوى الزرهوني، دراسة نقدية للدستور المغربي لعام 2011، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات حول بناء الدستور (2012).
- 3- مركز القدس للدراسات السياسية، أثر قانون الانتخاب لسنة 2012 وتوزيع المقاعد الانتخابية على تمثيل الأحزاب السياسية في مجلس النواب (2014).
- 4- مركز القدس للدراسات السياسية، دليل الأحزاب السياسية الأردنية (2013).

### ثالثاً - المقالات والتقارير الصحفية:

- 1- إسلام الحرحشي، حق أبناء الأردنيات في جنسية أمهاتهم ثابت في الدستور الأردني، موقع السوسنة الأردنية بتاريخ 2014/10/26.
- 2- بسام بدارين، قانون الإنتخاب الأردني عالق بين «سطوة العشائر» وفعالية «الصوت الواحد» في تحجيم الإخوان والمكون الفلسطيني، جريدة القدس العربي بتاريخ 2014/11/15.
- 3- بشير المومني، التعديلات الدستورية، قراءة في موقف الإخوان المسلمين، موقع وكالة زاد الأردن الإخبارية بتاريخ 2011/8/20.
- 4- حمزة السعود، النواب يقر محاكمة الوزراء أمام المحاكم النظامية، موقع عمان نت بتاريخ 2011/9/19.
- 5- حمزة السعود، النواب يمنع الأحزاب من الطعن أمام المحكمة الدستورية، موقع عمان نت بتاريخ 2011/9/20.
- 6- حمزة السعود، النواب يقر تعديلات الدستور ويعطلونها حتى 3 سنوات، موقع عمان نت بتاريخ 2011/9/24.
- 7- حمزة العكايلة، عدد المرشحين لانتخابات المجلس السابع عشر الأكبر في تاريخ الأردن، جريدة الدستور الأردنية بتاريخ 2012/11/27.
- 8- رانية الجعبري، الحركة النسائية لن توقف مطالباتها بإضافة كلمة (الجنس)

- المادة 6 من الدستور، جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2011/9/17.
- 9- ربي كراسنة، قوى شبابية تطلق مبادرة حركة دستور 1952، جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2011/2/20.
- 10- سمر حدادين، «العربية لحقوق الإنسان» تدعو للعودة إلى دستور 1952، جريدة الرأي الأردنية بتاريخ 2011/5/3.
- 11- عامر اسماعيل، لجنة الحوار الوطني كما يجب أن تكون !!!، موقع جغرافيون الإخباري بتاريخ 2011/6/16.
- 12- فايز الربيع، «قراءة في نتائج الانتخابات الأردنية» موقع عمون الإلكتروني بتاريخ 2016/10/1.
- 13- ليث نصراوين، (أبو قتادة).. دروس وعبر، جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2013/7/12.
- 14- ليث كمال نصراوين، مقالة بعنوان مدى دستورية إشراف الهيئة المستقلة على الانتخابات البلدية !! منشورة في جريدة العرب اليوم بتاريخ 2013/5/15.
- 15- ليث كمال نصراوين، جريمة شراء المرشحين والقوائم الانتخابية، جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2012/12/29.
- 16- ماجد الأمير، (الأعيان) يقر التعديلات الدستورية، جريدة الرأي الأردنية بتاريخ 2011/9/29.
- 17- محمد فلاح الزعبي، ما مدى دستورية محكمة أمن الدولة؟، موقع الحقيقة الدولية الإخبارية بتاريخ 2010/11/28.
- 18- محمد الدعمة، البرلمان الأردني يقر اتفاقية المساعدة القانونية مع بريطانيا تمهيدا لتسليم أبو قتادة، جريدة الشرق الأوسط بتاريخ 2013/7/12.
- 19- مصطفى ريلات، «الأعيان يقر مشروع تعديل الدستور كما ورد من النواب»، جريدة الدستور الأردنية بتاريخ 2011/9/29.

- 20- مؤيد أبو صبيح، الأردن: مقاطعة الانتخابات تستنفر الحكومة، جريدة القبس الكويتية بتاريخ 2010/8/14.
- 21- نور العمدة، رفض عشائري للتعديلات الدستورية، موقع عمان نت الإخباري بتاريخ 2011/8/22.
- 22- وداد السعودي، مطلب الغاء «أمن الدولة» يقفز إلى أولويات الحراك الاصلاحى، موقع دقة خبر الإخباري بتاريخ 2011/6/27.
- 23- هديل البس، نظرة على محاولة دسترة محكمة أمن الدولة في التعديلات الدستورية، موقع صحفي الإخباري بتاريخ 2011/9/13.
- 24- وليد حسني، أين ذهب نواب القوائم العامة؟، جريدة العرب اليوم الأردنية بتاريخ 2015/5/17.
- 25- بيان الحركة الشعبية الأردنية، منشور على موقع كل الأردن الإخباري بتاريخ 2011/2/13.
- 26- بيان اللجنة التحضيرية للمؤتمر الوطني للإصلاح منشور على موقع عمان نت بتاريخ 2011/9/13.
- 27- بيان الحركة الإسلامية / حزب جبهة العمل الإسلامي وجماعة الإخوان المسلمين المتعلق بالتعديلات الدستورية بتاريخ 2011/11/28.
- 28- بيان التيار الوطني التقدمي «الحد الأدنى للإصلاح هو العودة إلى دستور 1952 أولاً» منشور على موقع كل الأردن الإخباري بتاريخ 2011/2/3.
- 29- تقرير بعنوان «خصوم جماعة الأخوان في الأردن المنشقون عنها يخفقون بالنجاح بأي مقعد برلماني» منشور على موقع رأي اليوم بتاريخ 2016/9/24.
- 30- تقرير بعنوان «الطراونة يبدأ مشاورات نيابية اليوم للتداول حول رئيس الوزراء المقبل» المنشور على موقع JO24 الإلكتروني بتاريخ 2013/2/12.
- 31- تقرير بعنوان «مجلس الوزراء يشكل لجنة الحوار الوطني بمشاركة الاسلاميين»، منشور على موقع عمون الإخباري بتاريخ 2011/3/14.

- 32- تقرير بعنوان "النواب أقرّوا محاكمة الوزراء أمام القضاء المدني" منشور على موقع السوسنة الإخباري بتاريخ 2011/9/19.
- 33- تقرير بعنوان "استقالة 16 عضواً من لجنة الحوار الوطني" منشور على موقع خبرني الإلكتروني بتاريخ 2011/3/25.
- 34- تقرير بعنوان، "الأعيان يقرّ سن المرشح للنيابة ب 30 سنة"، منشور على موقع الإصلاح الإخباري بتاريخ 2011/9/28.
- 35- تقرير بعنوان "دراسة وتحليل لقوائم المرشحين عن الدوائر المحلية والقوائم الوطنية" منشور على موقع الشعب نيوز الإخباري بتاريخ 2010/12/7.
- 36- تقرير بعنوان "أفق خارطة السياسية بالأردن بعد الانتخابات وتعديلات الدستور" منشور على موقع العربية الإلكتروني بتاريخ 2013/3/7.
- 37- رسالة إلى أعضاء اللجنة الملكية الأردنية لتعديل الدستور من الشبكة الأوروبية ومتوسطة لحقوق الإنسان، ومنظمة هيومان رايتس ووتش، والفدرالية الدولية لحقوق الإنسان بتاريخ 2011/7/5.

#### رابعاً - أحكام المحكمة الدستورية الأردنية:

- 1- حكم المحكمة الدستورية رقم (2) لسنة 2015 المنشور في الجريدة الرسمية على الصفحة رقم (6750) من العدد رقم (5348) تاريخ 2015/7/1.
- 2- حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم (6) لسنة 2013 المنشور على الصفحة (3544) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5233) الصادر بتاريخ 2013/8/1.
- 3- حكم المحكمة الدستورية رقم (4) لسنة 2013 المنشور في الجريدة الرسمية على الصفحة رقم (1407) من العدد رقم (5213) تاريخ 2013/3/20.

### خامساً - الدساتير والقوانين والاتفاقيات الدولية:

- 1- الدستور الأردني لعام 1952 .
- 2- الدستور الأردني لعام 1946 .
- 3- القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن لعام 1928 .
- 4- الدستور التونسي لعام 2014 .
- 5- الدستور المصري لعام 2014 .
- 6- الدستور السوري لعام 2012 .
- 7- الدستور المغربي لعام 2011 .
- 8- الدستور البحريني لعام 2002 .
- 9- قانون محكمة أمن الدولة رقم (9) لسنة 2014 .
- 10- قانون الهيئة المستقلة للانتخاب رقم (11) لسنة 2012 .
- 11- قانون القضاء الإداري الأردني رقم (27) لسنة 2014 .
- 12- قانون المحكمة الدستورية الأردنية رقم (15) لسنة 2012 .
- 13- قانون تشكيل المحاكم العسكرية رقم (20) لعام 2014 .
- 14- قانون محاكمة الوزراء رقم (7) لسنة 2014 .
- 15- قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (2) لسنة 2014 .
- 16- قانون مجالس الطوائف المسيحية رقم (28) لسنة 2014 .
- 17- قانون العقوبات الأردني رقم (9) لسنة 2014 .
- 18- قانون الانتخاب الأردني رقم (25) لسنة 2012 .
- 19- قانون الانتخاب الأردني رقم (6) لسنة 2016 .
- 20- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 .
- 21- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 .

### سادساً - الأوراق النقاشية الملكية:

- 1- الورقة النقاشية الأولى بعنوان «مسيرتنا نحو بناء الديمقراطية المتجددة» بتاريخ 2012/12/29.
- 2- الورقة النقاشية الثانية بعنوان «تطوير نظامنا الديمقراطي لخدمة جميع الأردنيين» بتاريخ 2013/1/16.
- 3- الورقة النقاشية الثالثة بعنوان «أدوار تنتظرنا لنجاح ديمقراطيتنا المتجددة» بتاريخ 2013/3/2.
- 4- الورقة النقاشية الرابعة بعنوان «نحو تمكين ديمقراطي ومواطنة فاعلة» بتاريخ 2013/6/2.
- 5- الورقة النقاشية الخامسة بعنوان «تعميق التحول الديمقراطي: الأهداف، والمنجزات، والأعراف السياسية» بتاريخ 2014/9/13.

### سابعاً - المراجع الأجنبية:

- 1- A. Bradely and K. Ewing, Constitutional and Administrative Law, 13th ed. UK: Pearson Education (2003).
- 2- D. Polland, N. Parpworth, and D. Hughes, Constitutional and Administrative Law, 4th ed. UK: Oxford University Press (2007).
- 3- I. Loveland, Administrative Law, and Human Rights, 5th ed. UK: Oxford University Press (2009).

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
379	الملخص
380	الكلمات الدالة
380	المقدمة
383	المبحث التمهيدي- التعديلات التي جرت على الدستور الأردني قبل الربيع العربي
386	المبحث الأول- التعديلات التي جرت على الدستور الأردني عام 2011
386	المطلب الأول- تعديل الدستور الأردني والربيع العربي
390	المطلب الثاني- اللجنة الملكية المكلفة بمراجعة نصوص الدستور
396	المطلب الثالث- لجنة الحوار الوطني وتعديل الدستور
400	المطلب الرابع- مجريات تعديل الدستور الأردني عام 2011
405	المبحث الثاني - طبيعة التعديلات الدستورية لعام 2011 وأثرها على النظام الدستوري الأردني
405	المطلب الأول- أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطة التنفيذية
410	المطلب الثاني- أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطة التشريعية
414	المطلب الثالث- أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على السلطة القضائية
420	المطلب الرابع- أثر التعديلات الدستورية لعام 2011 على الحقوق والحريات الأساسية
428	المبحث الثالث- مرحلة ما بعد تعديل الدستور الأردني عام 2011
428	المطلب الأول- إنفاذ التعديلات الدستورية لعام 2011
430	المطلب الثاني - التعديلات الدستورية لعامي 2014 و2016
431	الفرع الأول- التعديلات الدستورية لعام 2014
434	الفرع الثاني- التعديلات الدستورية لعام 2016

الصفحة	الموضوع
437	المطلب الثالث- المزيد من الإصلاح السياسي والدستوري في الأردن
444	الخاتمة
445	النتائج
446	التوصيات
448	قائمة المراجع

## جريمة العدوان في منظور القانون الدولي الجنائي

د. فريجه محمد هشام

أستاذ القانون الدولي الجنائي المشارك - كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة المسيلة - الجزائر

### المقدمة:

إن موضوع جريمة العدوان كجريمة دولية هو من الموضوعات ذات الأهمية البالغة، وذلك نظرا لما تحدثه هذه الجريمة من آثار خطيرة تمس المصالح والقيم الجوهرية والتي لطالما حرص المجتمع الدولي على حمايتها وعدم المساس بها، فهي تتضمن اعتداء صارخا على المصالح الحيوية التي يكفل لها القانون الدولي الجنائي وكذا القانون الدولي الإنساني حماية خاصة.

ثم إنه قد كثرت الحديث عن جريمة العدوان باعتبارها محور القانون الدولي الجنائي وتمثل إحدى المشكلات الرئيسية التي تواجه العالم، كما تشكل في الوقت الحاضر إحدى القضايا الرئيسية التي لازالت تشغل بال المجتمع الدولي وفكره، من ناحية الخطورة التي تتميز بها كونها لا تهدد شخصا بعينه بل تهدد كيان المجتمع الدولي وبنائه بأسره.

وقد شهد المجتمع الدولي منذ القَدَم حتى إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة انتهاكات جسيمة للمواثيق الدولية التي تحكم الدول فيما بينها والأعراف الإنسانية، تمثلت في ارتكاب جرائم حرب وجرائم عدوان اهتز لها ضمير الإنسانية والتي مسّت في الوقت نفسه كيان الدول، مما أدى بالمجتمع الدولي إلى بذل جهود مضمّنية لوضع الأسس الكفيلة لمعاقبة مرتكبي هذه الجريمة، لكن ليس قبل أن يتم وضع تعريف عام وشامل لها، وهو ما أقرته المحكمة الجنائية الدولية إذ يكون لها اختصاص على الأشخاص الطبيعيين الذين يرتكبون جريمة العدوان، كما أن الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية وعرضة كذلك للعقاب وفقا لنظامها الأساسي.

غير أنه يمكن لنا أن نلاحظ وجود العديد من المشاكل والمعضلات تواجهها المحكمة اليوم، وقد جاءت حرب العراق مؤكدة هذا الأمر، وذلك بسبب عدم إمكانية النظر في الانتهاكات الأمريكية خاصة، لأن الولايات المتحدة الأمريكية ليست من الدول المصدقة على النظام الأساسي لهذه المحكمة، كما أن العراق ليست كذلك، وكذا جرائم العدوان الدولية الواقعة في مختلف أقاليم دول العالم، هذا إضافة إلى بعض المشاكل والعقبات الأخرى التي يواجهها القضاء الدولي الجنائي اليوم، كتغليب الاعتبارات السياسية.

وتكمن أهمية الدراسة بوضوح في أن الحد من جريمة العدوان الدولية ومساءلة مقترفها وعقابهم، خاصة وبعد التوصل إلى تعريف لها عام 2010، يشكلان الهدف الرئيسي للقانون الدولي الجنائي، كما أن هذه الدراسة تكتسب أهميتها من خطورة الموضوع الذي تتناوله، فجريمة العدوان تؤثر سلباً على التعايش بين الشعوب وخاصة الوقت الحالي، فالسلام العالمي حلم الأجيال عبر التاريخ وسيظل حلمًا مادامت المنظمات الدولية والهيئات العالمية والإقليمية لم تف بالغرض الذي أنشئت من أجله، ويعتبر السلام من أهم المصالح اللازمة لاستمرار الحياة في المجتمع الدولي حتى يسوده الأمن والطمأنينة.

وسيمكننا هذا التناول من بحث وتحليل وقائع دولية تتمثل في جرائم عدوان واقعة في العديد من دول العالم، ومدى إمكانية القضاء الدولي الجنائي من الحد من هذه الجريمة ومكافحتها، من خلال دراسة محطات تاريخية كبرى كان لها الإسهام الجوهري في وضع معالم جريمة العدوان إلى أن تم تفعيل نص (المادة 08 مكرر) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي أنشئت بموجب نظام روما الأساسي بتاريخ 17 تموز 1998. كما أنه تم تسليط الضوء على بزوغ جريمة العدوان، ومدى الاهتمام العالمي بهذه الجريمة، والعمل الذي يهدف إليه المجتمع الدولي في إطار المحاولة للتخفيف من الآلام التي ألمت بالبشرية جراء ارتكاب هاته الجريمة البشعة في حق الدول والأفراد، لاسيما خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية وما تبعتهما من حروب أهلية وإثنية وعرقية وسياسات تمييز عنصري عانت ولا زالت تعاني منها البشرية، بالإضافة إلى العدوان الذي يرتكب ضد المواطنين الأبرياء في كل زاوية من هذا العالم البسيط. وفي هذه الدراسة عملنا على تتبع تاريخي لنواة جريمة العدوان، وكذلك عرض جميع المحاولات والمؤتمرات والاتفاقيات التي نتج عنها قيام محاكم

دولية لمحاكمة مرتكبي هذه الجريمة، وذلك خلال مرحلة الحرب العالمية الأولى وما تلاها من محاكم شكلت عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية، وصولاً إلى إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، هدفها حماية حقوق وحرّيات الأفراد وذلك من خلال الحد من ارتكاب جريمة العدوان الدولية.

### كما تهدف الدراسة إلى إبراز مجموعة من النقاط أهمها:

إعطاء صورة واضحة عن أحكام ومبادئ جريمة العدوان الدولية.

جهود المجتمع الدولي من أجل وضع تعريف لجريمة العدوان وتقنينها.

تتبع الجهود المبذولة والاختلافات الواقعة من أجل وضع تعريف لجريمة العدوان، وصولاً إلى تقنينها عام 2010 في المؤتمر الاستعراضي المنعقد بكمبالا.

وضع دراسة تفصيلية لأركان جريمة العدوان، وتوضيح بعض النقائص التي تتخلل هذه الأركان.

آلية المجتمع الدولي في التصدي لانتهاكات حقوق الإنسان من خلال إيجاد جهاز قضائي دولي دائم يهدف إلى مكافحة جريمة العدوان الدولية.

وعلى الرغم من الجهود المبذولة من قبل المجتمع الدولي لتجريم الحرب العدوانية بموجب ميثاق الأمم المتحدة، والعديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية، وذلك عن طريق التوصل إلى تعريف عام وشامل لهذا النوع من الجرائم مع تحديد الأركان التي تحكم جريمة العدوان، إلا أن التوصل لهذا التعريف، جعله يكتسب حياة جديدة بأن أصبح مصدراً رئيسياً للمفاوضات حول الاتفاق على تعريف جريمة العدوان في إطار الولاية القضائية للمحكمة الجنائية الدولية. وقد أثار استخدام التعريف لأغراض المسؤولية الجنائية الفردية خلافات، حيث إن التعريف يفرق بين مسؤولية الدولة والجرائم الفردية، وهو ما يشكل إحدى الصعوبات الرئيسية أمام التوصل إلى توافق في الآراء على هذا التعريف. وفي إطار البحث عن الإجابة يتم طرح الإشكالية التالية: ما هي أهم مراحل القانون الدولي الجنائي التي يرجع لها الفضل في وضع تعريف لجريمة العدوان، وكيف تم تعريفها في نظام روما الأساسي حسب المؤتمر الاستعراضي لعام 2010.

## ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

ما هي أحكام جريمة العدوان الدولية؟

ما هي المراحل التي مرت بها هذه الجريمة حتى تم تقنين الأفعال التي تعتبر جريمة عدوان دولية؟

ما مدى فعالية المحكمة الجنائية الدولية كقضاء دولي جنائي، في إيجاد تعريف لجريمة العدوان، وتحديد معالمها من أجل التصدي ومحاكمة مرتكبي هذه الجريمة الدولية؟

وهل أن الدول تسهر على التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، وتنفذ الأحكام التي تصدرها في شأن جريمة العدوان؟

كما تتضح خطورة وجسامة جريمة العدوان في اتساع وشمولية آثارها، ويكفي بأن نذكر بأنها من بين الجرائم الدولية التي تستهدف إبادة وتدمير مدنٍ بأكملها، وغير ذلك من الأعمال الفظيعة التي يعجز القلم عن وصف نتائجها المدمرة، ومن أجل ذلك وجب علينا إتباع المنهج الوصفي التحليلي بقصد رصد صور جريمة العدوان الدولية وأحكامها، مع إعطاء مفهوم لها ومعرفة خصائصها وأركانها وكذا المبادئ العامة التي تحكمها، مع اللجوء إلى دراسة لموقف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من هذه الجريمة. وإلى جانب ذلك، تم الاستعانة بالمنهج النقدي وذلك من أجل دراسة بعض جرائم العدوان الواقعة في أقاليم دول العالم، مع رصد الدور الذي لعبه في ذلك القضاء الدولي الجنائي من أجل الحد من هذه الجريمة، ثم إن الجهود المبذولة من أجل تنفيذ طلبات وأوامر المحكمة الجنائية الدولية من قبل الدول، وكذا عدم تنفيذ الأحكام الصادرة عنها، يعتبر من بين العقبات التي تواجه هذه الآلية والتي يجب تداركها بمفهوم السعي نحو تحقيق العدالة الدولية.

ولقد كانت هنالك مخاوف من أن إعداد قائمة بالأعمال العدوانية لا مناص من أن يشوبه النقص، ومن ثم يصبح مضملاً. وخلال الفترة التي كانت اللجان الخاصة والمنشأة لغرض النظر في موضوع وإيجاد تعريف لجريمة العدوان، فإن انتشار التهديدات والنزاعات الدولية، كأزمة النزاع في الكونغو على سبيل المثال، أثار أفكاراً متعارضة فيما يتعلق باستصواب تعريف جريمة العدوان، فقد رأى بعضهم أنه من

اللازم أكثر من أي وقت مضى أن يوضع تعريف واضح للعدوان، في حين رأى آخرون أن تعريف العدوان من شأنه أن يزيد من صعوبة تحقيق السلام، إذ إنه قد يحدّ من مرونة الأمم المتحدة، ومن أجل معالجة هذا الجزء البسيط من هاته المسائل الشائكة، قمنا بتقسيم موضوع الدراسة كالتالي:

**المبحث الأول: التطور التاريخي لجريمة العدوان ومفهومها في القانون الدولي.**

**المبحث الثاني: الاتجاهات المتعددة حول وضع تعريف لجريمة العدوان.**

**المبحث الثالث: جريمة العدوان في نظر الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية**

**المبحث الرابع: جريمة العدوان في نظام روما الأساسي حسب المؤتمر الاستعراضي لعام 2010.**

## المبحث الأول

### التطور التاريخي لجريمة العدوان ومفهومها في القانون الدولي

سنتناول جريمة العدوان من خلال مراحل تطورها التاريخي، إلى أن تم التوصل إلى وضع مفهوم ينظمها في القانون الدولي، وذلك بعد تباين عدة آراء بين مؤيدين ومعارضين لتعريف هذه الجريمة وهو ما سنتعرض له كالتالي:

#### المطلب الأول

#### التطور التاريخي لجريمة العدوان

كانت الحرب في العصور الوسطى مباحة<sup>(1)</sup>، حيث كان الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة وضمها أمراً مشروعاً، ثم بدأت هذه الفكرة تندثر بعد الولايات والدمار الذي خلفته الحروب المختلفة<sup>(2)</sup>. وتطور هذا الحق خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر وأصبح مقيداً، غير أن تلك القيود ظلت دون جزاء يوقع على من يخالف أحكامها<sup>(3)</sup>. وفي مؤتمر لاهاي المنعقد في 18/10/1907 نجحت عدة دول في وضع ثلاث عشرة اتفاقية تنظم الحرب البرية والبحرية والوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية. ولعل أهم ما ورد في هذه الاتفاقيات هو تجريم استعمال القوة المسلحة لإجبار الدولة المدينة على سداد ديونها إلا إذا رفضت هذه الدولة الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة سلمية لتسوية المنازعات الدولية<sup>(4)</sup>. وازداد سخط الشعوب المختلفة بسبب ما خلفته الحرب العالمية الأولى وما جلبته من خراب ودمار وما حصدته من ملايين الأرواح من المقاتلين والمدنيين المسلمين على حد سواء، فقد تطلع العالم وهو يريزح تحت وطأة أهوال الحرب

(1) د. محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 18.

(2) د. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية - النظرية العامة للجريمة الدولية - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 154.

(3) د. محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية في القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 686.

(4) د. عبد الواحد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 155.

الطاحنة إلى عالم يسوده الرخاء<sup>(5)</sup>.

وقد تزامن ذلك مع توصية تضمنتها معاهدة فرساي تنص على إنشاء محكمة جنائية خاصة لمحاكمة غليوم الثاني إمبراطور ألمانيا باعتباره المسؤول عن فتيل الحرب العالمية الأولى، غير أن هذه المحكمة لم تنشأ ولم تتم المحاكمة بسبب لجوء الإمبراطور الألماني إلى هولندا ورفض هذه الأخيرة تسليمه من أجل محاكمته. وتعد هذه المرة الأولى التي يتم فيها التصريح بتجريم الحرب العدوانية، واعتبارها جريمة دولية<sup>(6)</sup>، فقد نصت (المادة 12) من عهد عصبة الأمم، التي تم إنشاؤها سنة 1919، على أنه: «إذا نشأ نزاع من شأن استمراره أن يؤدي إلى احتكاك دولي يجب أن يعرض الأمر على التحكيم أو التسوية القضائية أو التحقيق بواسطة المجلس.. كما يجب أن يوافق الأطراف على عدم الالتجاء للحرب بأي حال قبل انقضاء ثلاثة شهور على صدور قرار التحكيم أو الحكم القضائي أو تقرير المجلس»<sup>(7)</sup>. وتواصلت الجهود الدولية التي ترمي إلى تجريم الحرب العدوانية باعتبارها عملاً غير مشروع دولياً ولم تتوقف في ظل عصبة الأمم، فقد ورد في ديباجة ميثاق المساعدة المتبادلة الذي تبنته العصبة في سنة 1923 ما يلي: «تعلن الأطراف السامية المتعاقدة في صراحة ووضوح أن حرب العدوان جريمة دولية، ويتعهد كل منهم من ناحيته بالأيقترف هذه الجريمة»<sup>(8)</sup>.

كما نجح عدد من الدول الأعضاء في استصدار قرار من الجمعية العامة لعصبة الأمم في سنة 1927 ينص صراحة على أن: «حرب الاعتداء جريمة دولية» وهذا القرار تبنته أكثر من ستين دولة<sup>(9)</sup>، غير أن ميثاق «بريان- كيلوج» المنعقد في باريس سنة 1928، والذي تم توقيعه من طرف الدول الأعضاء بالعصبة في ذلك الوقت، عندما حرم الحرب كوسيلة لحل النزاعات لم يضع في مقابلها بياناً بالطرق السلمية لفض النزاعات، كما لم يفرض على الدول واجب قبول الحلول التي يمكن أن تؤدي إليها تلك الطرق السلمية<sup>(10)</sup>.

(5) د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1976، ص 56.

(6) د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 155.

(7) د. منى محمود مصطفى، استخدام القوة المسلحة في القانون الدولي بين الخطر والإباحة، دراسة تحليلية لتطبيقات المساعدة الذاتية في المجتمع الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 8.

(8) د. محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 689.

(9) د. سمعان بطرس فرج الله، تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 24، سنة 1968، ص 187.

(10) د. صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 65.

وبالرغم من الجهود المبذولة من المجتمع الدولي لتجريم الحرب العدوانية بموجب المواثيق السابقة، إلا أن تلك الجهود قد عصفت بها الحرب العالمية الثانية، تلك الحرب التي جلبت على البشرية خرابا و دمارا لم يشهد له العالم مثيلا من قبل، فقد حصدت أرواح الملايين من الأبرياء، و قد أسفرت هذه الحرب عن إبرام ميثاق الأمم المتحدة الذي جرم الحرب تجريما قاطعا<sup>(11)</sup>، فقد نصت المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة على أن: «مقاصد الأمم المتحدة هي أولا حفظ السلام والأمن الدوليين واتخاذ التدابير الجماعية الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم وإزالتها، وقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال باستخدام السلم»، كذلك فقد نهبت الفقرة الرابعة من المادة الثانية على أن: «يمتنع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستخدام القوة أو باستخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على وجه آخر لا يتفق مع مقاصد الأمم المتحدة»<sup>(12)</sup>.

وقد تم النص لأول مرة على جريمة حرب العدوان والعقاب عليها والمحكمة عنها أمام محكمة دولية بنورمبورغ<sup>(13)</sup>، إذ تم وضع اللائحة التي عرفت فيما بعد بلائحة لندن بتاريخ 1945/08/08 والتي تتضمن محاكمة مجرمي الحرب، وقد نصت المادة السادسة منها على جريمة حرب الاعتداء باعتبارها جريمة دولية كما نصت عليها المادة الخامسة من لائحة طوكيو الصادرة في 19 كانون الثاني 1946. وهكذا، أسفرت جهود المجتمع الدولي عن تجريم الحرب العدوانية، والتي أصبحت جريمة دولية يمكن محاكمة مرتكبيها وتوقيع العقاب المناسب عليهم أمام المحاكم الدولية<sup>(14)</sup>.

(11) د. عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 158.

(12) المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة، الموقع في 26 حزيران 1945 في سان فرانسيسكو، مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية، ودخل حيز النفاذ في 24 تشرين الأول 1945، مجلس الأمن، الأمم المتحدة، نيويورك.

(13) د. محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 693.

(14) د. عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي - مبادئه، قواعده الموضوعية والإجرائية -، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 287؛ د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 157.

## المطلب الثاني

### مفهوم جريمة العدوان في القانون الدولي

توصل المجتمع الدولي إلى أن العدوان جريمة دولية، تتطلب محاكمة مرتكبيها أمام المحاكم الجنائية، ولهذا كان من اللازم أن يتم البحث عن تعريف محدد لهذه الجريمة. وتكمن أهمية وضع تعريف هذه الجريمة في وضع ضوابط لها، وتوضيحها بحيث يمكن تحديد المعتدي والمعتدى عليه، كما يؤدي ذلك إلى قيام مجلس الأمن بالسلطات التي كفلها له ميثاق الأمم المتحدة من أجل المحافظة على الأمن والسلم الدوليين، بالإضافة إلى تقديم الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب هذه الجريمة إلى المحاكم الجنائية الدولية لتوقيع الجزاء المناسب.

وفي ضوء ذلك، سنعرض فيما يلي إلى تحديد مفهوم جرائم العدوان، والذي ظهر بشأنه اتجاهان، أحدهما يرفض وضع تعريف للعدوان بينما فريق ثانٍ يتمسك بوضع تعريف له.

### الفرع الأول

#### الاتجاه المعارض لتعريف جريمة العدوان

ترزعت هذا الاتجاه الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، اللذين استندا في رفضهما إلى أن وضع هذا التعريف إنما يعد استجابة لطلب الدول التي تأخذ نظمها القانونية بالنظام اللاتيني أي تبني النص المكتوب، وتعتبره مصدر الشرعية، وهذا بدوره لا يعترف بدور العرف باعتباره أحد المصادر الرئيسية للتشريع كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، كما أن وضع تعريف يتعارض مع قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الجنائي ذات المصدر العرفي<sup>(15)</sup>. وذهب هذا الاتجاه إلى أن ميثاق الأمم المتحدة وما يتضمنه من نصوص (المواد 3-4-10-11-14) تتعلق بالمحافظة على السلم والأمن الدوليين وما يفرضه من التزامات على

(15) د. علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص 24.

الدول وما يمنحه من صلاحيات لأجهزة الأمم المتحدة في هذا الشأن يغني عن البحث في تحديد معنى «العدوان»<sup>(16)</sup>.

ويحسب هذا الاتجاه، فإن المجتمع الدولي لا يوجد به سلطة قضائية مهمتها الفصل فيما ينشأ بين الدول من منازعات قانونية، وذلك بموجب قرارات ملزمة لها صفة الأحكام القضائية الوطنية من حيث الحجية والتنفيذ الجبري لها، حيث إن محكمة العدل الدولية قراراتها غير ملزمة، كما أن قرارات مجلس الأمن يعترضها حق الفيتو<sup>(17)</sup>، من جانب الأعضاء الدائمين.

غير أن الحجج السابقة يمكن الرد عليها، إذ إنه ليس عيباً أن يتم تعريف العدوان وتدوين هذا التعريف، لأن التدوين أصبح سمة لكل القوانين الداخلية بما فيها الدول ذات النظام الأنجلوسكسوني، وهو الآن سمة القانون الدولي العام والقانون الدولي الجنائي، وأن النصوص التي وردت في ميثاق الأمم المتحدة والمتعلقة بالسلم والأمن الدوليين كشف التطبيق العملي عدم كفايتها وقصورها في أداء دورها في المستقبل. كما أن السعي نحو وضع تعريف للعدوان يكون حافزاً للدول نحو إنشاء قضاء دولي جنائي يتحقق من توافر وتعيين شخص المعتدي<sup>(18)</sup>.

## الفرع الثاني

### الاتجاه المؤيد لتعريف جريمة العدوان

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب وضع تعريف محدد للعدوان ويبررون ذلك بحجج قانونية منها أن وضع التعريف يجعل فكرة الجريمة الدولية أكثر وضوحاً وتحديدًا لتصبح مثل الجريمة الداخلية في القوانين العقابية، كما أن وضع تعريف للعدوان يسهل مهمة القاضي الجنائي الدولي في تطبيق القانون الدولي الجنائي على مرتكب جريمة العدوان.<sup>(19)</sup> كما أن وضع تعريف لجريمة العدوان، سيجعل من يخطط لارتكاب هذه الجريمة يفكر كثيراً وملياً قبل الإقدام على ارتكاب هذه الجريمة، وهو

(16) د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع نفسه، ص 24.

(17) د. محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 697.

(18) د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 158؛ د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 25.

(19) د. محمود عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 700.

ما يسهم في الحفاظ على السلم و الأمن الدوليين<sup>(20)</sup>. وقد طلب عدد كبير من الدول، ومن بينهم مصر وألمانيا وإيطاليا، إدراج جريمة العدوان ضمن اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية<sup>(21)</sup>، وقد أدرجت هذه الجريمة دون تعريف لها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد بتاريخ 17 تموز 1998<sup>(22)</sup>، رغم أن غالبية الدول وفي مقدمتها الاتحاد السوفياتي - سابقاً - كانت ترى وجوب وضع تعريف للعدوان، لأن وضع تعريف لهذه الجريمة معناه التأكيد على التمسك بمبدأ الشرعية في مجال القانون الدولي الجنائي، لأنه يساعد على تحديد مضمون جريمة الحرب العدوانية بصورة موضوعية مما يزيد وضوحها و تحديدها<sup>(23)</sup>، كما أن من شأنه تسهيل ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان ووضع الشروط التي تمارس المحكمة على أساسها اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة، بالإضافة إلى بيان حيثيات الحكم الذي سيصدر عنها والذي يجب أن يكون متسقاً مع الأحكام ذات الصلة بميثاق الأمم المتحدة<sup>(24)</sup>، لكي ينال المعتدي القصاص العادل.

(20) د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 158.

(21) د. محمد أحمد داود، الحماية الأمنية للمدنيين تحت الاحتلال في القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه، مطابع أخبار اليوم، القاهرة، 2008، ص 310.

(22) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، المعتمد في 17 تموز 1998، الوثيقة رقم 9 / A/CONF. 183، دخل حيز التنفيذ بتاريخ 01 تموز 2002.

(23) د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 26.

(24) نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 19.

## المبحث الثاني

### الاتجاهات المتعددة حول وضع تعريف لجريمة العدوان

بعد أن سجلنا وجود اختلافات جوهرية فيما يتعلق بالحاجة لوجود تعريف لجريمة العدوان، نلاحظ أيضا وجود انقسام في الاتجاهات حول وضع تعريف لجريمة العدوان، فهناك من يرى ضرورة الاكتفاء بتعريف عام (المطلب الأول)، وهناك من ينادي بضرورة اعتماد تعريف حصري محدد لجريمة العدوان (المطلب الثاني)، فيما برز اتجاه مختلط (المطلب الثالث)، وفيما يلي تفاصيل ذلك:

#### المطلب الأول

##### اتجاه وضع تعريف عام لجريمة العدوان

حظي هذا الاتجاه بتأييد عدد من الدول والفقهاء، وهؤلاء يرفضون تعريف العدوان، وهم يسلمون، بإرادة بصورة عامة غير مقيدة، وقد تعددت الصيغ التي قال بها الفقه لتعريف العدوان فقد ذهب الفقيه «Pella» إلى أن العدوان هو: «كل لجوء إلى القوة من قبل جماعة دولية فيما عدا حالة الدفاع الشرعي والمساهمة في عمل مشترك تعتبره الأمم المتحدة مشروعاً»<sup>(25)</sup>.

كما عرفه الفقيه «جورج سل» على أنه: «كل جريمة ضد السلام وأمن الإنسانية، وهذه الجريمة تتكون من كل التجاء إلى القوة، بالمخالفة لأحكام ميثاق الأمم المتحدة، يهدف إلى تعديل القانون الوضعي الساري أو يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام»<sup>(26)</sup>. وبهذا الاتجاه أخذت لجنة القانون الدولي المكلفة بوضع تعريف للعدوان سنة 1951، إذ خلصت إلى أن: «كل استخدام للقوة أو التهديد بها من قبل دولة أو حكومة ضد دولة أخرى، أي كانت الصورة، وأيما كان نوع السلاح المستخدم، وأيما كان السبب والغرض، وذلك في غير حالات الدفاع الشرعي الفردي أو الجماعي، أو تنفيذ قرار أو أعمال توصيات صادرة من أحد الأجهزة المختصة بالأمم المتحدة»<sup>(27)</sup>. وعرف العدوان أيضا

(25) Vespasion (Pella), la codification du droit international , P.G.D.I , Paris , 1952 .P 44.

(26) د. عبد الواحد محمد الفار، المرجع السابق، ص 161.

(27) د. حسنين عبيد، المرجع السابق، ص 161.

بأنه: «التخطيط، والتحضير، والقيام بالحرب العدوانية بالمخالفة لنصوص ميثاق الأمم المتحدة، والمواثيق الدولية الأخرى، والموجهة ضد سلامة واستقلال دولة، أو مجموعة من الدول»<sup>(28)</sup>.

لكن وضع تعريف عام للعدوان لن يحل مشكلة تعريف العدوان، ومن شأن ذلك أن يذهب بالمنشود من وضع هذا التعريف من حيث تسهيل مهمة القاضي الجنائي الدولي في معرفة شروط وحالات تطبيق جريمة العدوان<sup>(29)</sup>. كما أن عدم وضع تعريف محدد لجريمة العدوان من شأنه إهدار الهدف من وضع وإنشاء قضاء دولي جنائي له صفة الدوام، وإلى جانب ذلك تعرض هذا الاتجاه للنقد الشديد على أساس أن وضع تعريف عام لجريمة العدوان سوف يثير منازعات حول التفسير والتطبيق، الأمر الذي يؤدي إلى تكييف وقائع ارتكاب هذه الجريمة بصورة تحكيمية غير عادلة<sup>(30)</sup>.

## المطلب الثاني

### التعريف الحصري لجريمة العدوان

وفق هذا الاتجاه، فإن جريمة العدوان تكون محددة وواضحة، ونتيجة لذلك فقد تعددت التعريفات الحصرية للعدوان، ومن ذلك ما أشار إليه «مارو بوليتي» «M.N.Politis» في التقرير الذي قدمه إلى مؤتمر نزع السلاح، الذي عقد في لندن بتاريخ 03 تموز 1933، والذي نص على أنه يعتبر من قبيل العدوان وتعتبر الدولة معتدية إذا قامت بما يلي:

- 1- إعلان الحرب ضد دولة أخرى.
- 2- غزو إقليم دولة أخرى بالقوات المسلحة أو بدون إعلان الحرب.
- 3- هجوم قواتها البرية أو البحرية أو الجوية على إقليم دولة أخرى أو على سفنها أو طائراتها سواء بعد إعلان الحرب أو بدون إعلان للحرب.

(28) د. رشيد العنزي، محاكمة مجرمي الحرب في ظل قواعد القانون الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، العدد الأول، آذار سنة 1991، ص 331.

(29) د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 160.

(30) د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 270.

4- إدخال أو إنزال قواتها البرية أو البحرية أو الجوية إلى إقليم دولة أخرى دون تصريح من حكومتها أو إخلالها بشروط هذا التصريح، فيما يتعلق بمدة الإقامة أو تجاوز حدود المناطق المصرح بالإقامة فيها.

5- فرض الحصار البحري على شواطئ أو موانئ دولة أخرى.

6- قيام الدولة بتقديم المساعدة للعصابات المسلحة الموجودة على إقليمها بقصد غزو إقليم دولة أخرى، أو رفض الدولة اتخاذ التدابير اللازمة لحرمان تلك العصابات من المساعدة والحماية.

كما تضمن التعريف الإشارة أيضا إلى حالات ارتكاب الدولة لعدوان غير مباشر وتتمثل في الآتي:

أ- تشجيع العمليات التخريبية ضد دولة أخرى (أعمال إرهابية أو تخريبية).

ب- المساهمة في اندلاع حرب أهلية في دولة أخرى.

ج- المساهمة في إحداث انقلاب داخلي في دولة أخرى، أو انقلاب سياسي لصالح المعتدي<sup>(31)</sup>.

ورغم مزايا التعريف الحصري للعدوان التي ساقها أنصاره، غير أن التعريف الحصري للعدوان يضيق كثيرا من مفهوم العدوان لاسيما بعد التطور العلمي والبيولوجي في الأسلحة والمعدات الحربية ووسائل القتال المختلفة، وبالإضافة إلى ذلك، فإنه لا يمكن التنبؤ مستقبلا بكافة صور ووسائل العدوان الأخرى التي تستجد وإدراجها في هذا التعريف الحصري<sup>(32)</sup>. كما أن وضع تعريف حصري محدد للعدوان يسهل الطريقة أمام الجناة للهروب من المسؤولية الجنائية حينما يتبعون وسائل عدوانية جديدة غير منصوص عليها في التعريف الحصري للعدوان<sup>(33)</sup>.

(31) M.N.Politis, Report of the committee on Security questions, league of nations, conference for the reduction and limitation of armaments, general commission, Conf.D./C.G./108., Geneva, May 24, 1933, PP: 119-. (Published online by Equipo Nizkor, defining International Agression, the search for world peace 26 March 2013, on the site web: www.derechos.org);

انظر أيضاً: د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 31؛ د. حسن بن عبيد، المرجع السابق، ص 162، د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 271.

(32) د. محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 708؛ د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 161.

(33) نصّ قانون روما الأساسي المتضمن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية على اختصاصه بجريمة العدوان حتى اعتمد بهذا الشأن وفقا للمادتين 121 و123 تعريفاً.

## المطلب الثالث

### الاتجاه المختلط لتعريف جريمة العدوان

يعتبر الاتجاه المختلط فيما يتعلق بتعريف جريمة العدوان اتجاهاً توفيقياً بين الاتجاه الأول «وضع تعريف عام» والاتجاه الثاني «وضع تعريف حصري»، إذ يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى وضع تعريف عام للعدوان مع وضع بعض الأمثلة له، لكنها أمثلة ليست على سبيل الحصر، بل هي استرشادية توضح وتبين التعريف العام له<sup>(34)</sup>.

وقد حظي هذا الاتجاه بالموافقة من طرف جانب من الفقه الجنائي الدولي بالإضافة إلى عدد غير قليل من الدول التي تقدمت بمشروعات تعريف العدوان، إذ تقدم مندوب سوريا في الأمم المتحدة في سنة 1957 إلى اللجنة القانونية بهذه المنظمة بمشروع لوضع تعريف للعدوان<sup>(35)</sup>، يبدأ بتعريف العدوان من زاويتين، تتعلق الأولى بـ (المادة 39) من الميثاق حيث يتحقق بكل فعل ينطوي على انتهاك للسلام، وذلك باستخدام القوة المسلحة من قبل دولة أو مجموعة من الدول بصورة مباشرة أو غير مباشرة سواء كان ذلك ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لدولة معينة أو مجموعة من الدول، وبأية طريقة لا تتفق مع أغراض ومبادئ الأمم المتحدة<sup>(36)</sup>، وذلك في غير الأحوال المنصوص عليها في (المادة 51) من ميثاق الأمم المتحدة الخاصة بحق الدفاع الشرعي الطبيعي أو الجماعي، أو تنفيذاً للتدابير الوقائية أو الأحكام القهرية الصادرة عن مجلس الأمن وفقاً لنص (المادة 42) من الميثاق والمتضمنة استخدام القوة المسلحة<sup>(37)</sup>.

وقد ذكر أنصار الاتجاه التوفيقى عدة أمثلة على سبيل المثال لا الحصر للعدوان وهي:

- 1- إعلان دولة الحرب ضد دولة أخرى.
- 2- غزو القوات المسلحة لدولة الإقليم لدولة أخرى، ولو بغير إعلان حالة الحرب.

(34) د. عبد الوهاب حومد، الإجراء الدولي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1978، ص 239.

(35) د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 274.

(36) د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص 274؛ د. محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 709.

(37) د. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 162.

- 3- الحصار البحري لدولة عن طريق القوة المسلحة لدولة أخرى.  
4- الهجوم المسلح ضد إقليم دولة أو شعبها أو ضد قواتها البحرية أو الجوية أو البرية.

وقد أخذ هذا الاتجاه بتعريف عام للعدوان مع إعطاء بعض صور لجريمة العدوان، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، حتى يمكن مواجهة أي صورة للعدوان وليتسنى توفير المرونة في تحديد العدوان من أجل مجابهة وسائل القوة وتنوعها<sup>(38)</sup>.

(38) د. حسنين عبد الخالق حسونة، توصل الأمم المتحدة إلى تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 32 سنة 1976، ص 58.

## المبحث الثالث

### جريمة العدوان في نظر

### الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية

بذل المجتمع الدولي جهوداً ماضية من أجل التوصل لتعريف محدد لجريمة العدوان، وذلك بداية بالمشروع الذي قدم عام 1950 بمناسبة الحرب الكورية سنة 1950<sup>(39)</sup> والمشروع العربي الذي تقدم به مندوب سوريا سنة 1957 ومشروعات قدمت سنة 1968 و1969<sup>(40)</sup>، ثم توالى المشروعات<sup>(41)</sup> حتى توصلت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى وضع تعريف للعدوان في قرارها الصادر بتاريخ 14 كانون الأول 1974<sup>(42)</sup>.

(39) قرّر مجلس الأمن عدة مرات إنشاء قوات لحفظ السلام وقوات تدخل يتمثل الهدف الأساسي منها في منع استئناف الاشتباكات وليس القتال ضد دولة تعتبر معتدية وقد استند مجلس الأمن إلى ميثاق الأمم المتحدة وقام بعمليات عسكرية منها: - عملية الولايات المتحدة وحلفائها في كوريا، والمستندة إلى القرار 83/1950 الذي أصدره مجلس الأمن في: 27 حزيران 1950.

- عملية التحالف ضد العراق بهدف تحرير الكويت المستندة إلى القرار 678/1990 الصادر في: 29 تشرين الثاني 1990.

- تدخل قوات حلف شمال الأطلسي في البوسنة والهرسك والمستند إلى القرارين 816/1993 و836/1993 الصادرين في: 31 آذار و4 حزيران 1993.

كما عبر مجلس الأمن في قراره رقم 1368 الصادر في: أيلول 2001 إثر هجمات 11 أيلول 2001 ضد نيويورك وواشنطن عن إدانته وعزمه عن محاربة التهديدات الإرهابية التي تهدد السلم والأمن الدوليين بكافة السبل وأقر بحق الولايات المتحدة في الدفاع الشرعي عن النفس. (أنظر: فرنسوا يونيون، الحرب العادلة وحرب العدوان والقانون الدولي الإنساني المجلة الدولية للصليب الأحمر 2002، ص53).

(40) د. محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 712؛ د. حسنين عبيد، المرجع السابق، ص 168.

(41) وقد نظرت الجمعية العامة في المسألة مرة أخرى في عام 1952، وأنشأت لجنة خاصة لصياغة "تعريف للعدوان أو مشاريع بيانات لفكرة العدوان" حسب القرار رقم 688(د-7) الصادر بتاريخ 20 كانون الأول 1952. ولم تتمكّن أي من هذه اللجنة أو اللجنتين اللاحقتين المنشأتان بالقرار رقم 895(د-9) الصادر بتاريخ 4 كانون الأول 1954، والقرار رقم 1181(د-12) الصادر بتاريخ 29 تشرين الثاني 1957، من التوصل إلى اتفاق فيما يتعلق بتعريف للعدوان. وقد تطلّب الأمر إنشاء لجنة خاصة رابعة بموجب القرار رقم 2330(د-22) المؤرخ في 18 كانون الأول 1967، وانقضاء ست عشرة سنة أخرى قبل التصديق على تعريف للعدوان في نهاية الأمر. (أنظر: إليزابيث ويلمز هيرست، وثيقة من أجل تعريف العدوان، مكتبة الأمم المتحدة السمعية البصرية للقانون الدولي، الأمم المتحدة، 2010، ص ص 1-2).

(42) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314(د-29)، الصادر بتاريخ 14 كانون الأول 1974، في الجلسة العامة رقم 2319، الذي يتضمن تعريف جريمة العدوان.

## المطلب الأول

### تعريف الجمعية العامة للأمم المتحدة لجريمة العدوان

في سنة 1974، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3314 بتاريخ 14/12/1974 ووضعت فيه تعريفا للعدوان، ونصت في مادته الأولى على أنه: «استعمال القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، أو بأية صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة، وفقاً لنص هذا التعريف»<sup>(43)</sup>. وقد جاء تعريف الجمعية العامة جامعاً بين الاتجاه التوفيقي وبين الاتجاه الحصري في تعريف العدوان، والذي ذكر بعض الأمثلة لم تكن على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال<sup>(44)</sup>. فالعدوان في نظر قرار الأمم المتحدة هو استخدام القوة المسلحة من طرف دولة ضد أية دولة سواء كانت هذه الدولة عضواً في هيئة الأمم المتحدة أم لا، وسواء كانت محل اعتراف من الجماعة الدولية أم لا<sup>(45)</sup>. واعتبر القرار أن بدء دولة باستخدام القوة العسكرية دليل على وجود العدوان، وذلك إذا ما استخدمت هذه القوة خارج نظام ميثاق الأمم المتحدة.

كما أنه لا تقوم جريمة العدوان، إلا إذا توافرت لدى الدولة المعتدية نية العدوان، وتتمثل هذه النية في انصراف إرادة الدولة المعتدية إلى المساس بسيادة الدولة المعتدى عليها، أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، فإذا انتفت الإرادة انتفت جريمة العدوان<sup>(46)</sup>.

ويلاحظ أن مجلس الأمن هو المختص طبقاً لميثاق الأمم المتحدة ولقرار الجمعية العامة لتحديد توافر شروط جريمة العدوان، فقد نصت (المادة 39) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: «يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو الإخلال به، أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان»، فإذا قرر مجلس الأمن أن الأعمال التي صدرت عن الدولة تشكل عملاً من أعمال العدوان، فإن الدولة المعتدية تكون مسؤولة دولياً عن هذه الأعمال العدوانية».

(43) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 (د-29)، الصادر بتاريخ 14 كانون الأول 1974، في الجلسة العامة رقم 2319، الذي يتضمن تعريف جريمة العدوان.

(44) د. محمد المجذوب، القانون الدولي الإنسان وشرعية المقاومة ضد الاحتلال، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 32.

(45) د. منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 163؛ د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 281 وما بعدها.

(46) د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص 286.

إن تعريف العدوان بموجب القرار 3314 رتب على الدولة المعتدية المسؤولية عن تعويض الأضرار التي أحدثتها بمصالح الدولة المعتدى عليها<sup>(47)</sup>، فضلا عن تحمل الأشخاص الطبيعيين للمسؤولية الجنائية الدولية عند اعتماد جمعية الدول الأطراف حكما بشأن جريمة العدوان<sup>(48)</sup>. وقد تضمن تعريف العدوان والذي وافقت عليه الجمعية العامة ثمانية مواد تتعلق بتعريف العدوان، حيث نصت المادة الأولى على أن: «العدوان هو استخدام القوة المسلحة من جانب إحدى الدول ضد سيادة ووحدة الأراضي أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى، أو أية طريقة لا تتفق مع ميثاق الأمم المتحدة ولفظ الدولة يستخدم:

1- دون التعرض لمسألة الاعتراف أو مسألة معرفة ما إذا كانت الدولة عضوا في منظمة الأمم المتحدة أم لا.

2- يسري عند الضرورة على مجموعة من الدول بغض النظر عن عضويتها في الأمم المتحدة.

كما نصت المادة الثانية<sup>(49)</sup> على أن البدء باستخدام القوة المسلحة بواسطة دولة خلافا لما يقضي به الميثاق، يشكل دليلا على وقوع العمل العدواني. أما المادة الثالثة فقد أوردت صورا للعمل العدواني بحيث إنه: «يعتبر كل فعل من الأفعال الآتية مكونا لشروط فعل عدواني حتى ولو لم تكن الحرب معلنة، شريطة عدم المساس بأحكام المادة الثالثة والتطابق مع مقتضياتها:

1- قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو أو شن هجوم على أراضي دولة أخرى، أو أي احتلال عسكري - ولو بصورة مؤقتة - ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم أو أي ضم لأراضي دولة أخرى أو جزء منها عن طريق استخدام القوة.

2- قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف أراضي دولة أخرى أو استخدام دولة لأية أسلحة ضد دولة أخرى.

(47) د. عبد الواحد الفار، المرجع السابق، ص 173.

(48) أنظر: المادة 5 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(49) نصت المادة الثانية من قرار الجمعية العامة المتحدة رقم 3314 الصادر في 14/12/1974 على: «إن المبدأة باستخدام القوة من جانب إحدى الدول انتهاكا للميثاق تشكل دليلا كافيا للوهلة الأولى على ارتكابها عملا عدوانيا، وإن كان لمجلس الأمن، طبقا للميثاق أن يخلص إلى أنه ليس هناك ما يبرر الحكم بأن عملا عدوانيا قد ارتكب وذلك في ضوء الظروف والملايسات المحيطة بالحالة، بما في ذلك أن تكون الأفعال المرتكبة أو نتائجها ليست على جانب كاف من الخطورة».

- 3- محاصرة موانئ أو سواحل دولة ما عن طريق استخدام القوة المسلحة لدولة أخرى.
  - 4- قيام القوات المسلحة لدولة ما بشن هجوم على القوات البرية أو البحرية أو الجوية أو مهاجمة السفن البحرية التجارية والطيران المدني لدولة أخرى.
  - 5- استخدام القوات المسلحة لدولة ما، والتي تكون متواجدة على إقليم دولة أخرى بموجب اتفاق الدولتين استخداما يتعارض مع الشروط المنصوص عليها في هذا الاتفاق أو تمديد بقائها في إقليم الدولة المضيفة بعد انتهاء المدة المحددة في هذا الاتفاق.
  - 6- قيام دولة ما بالسماح باستخدام أراضيها التي وضعت تحت تصرف دولة أخرى لارتكاب عمل عدواني ضد دولة ثالثة.
  - 7- قيام دولة بإرسال أو إيفاد جماعات مسلحة، أو قوات غير نظامية أو مرتزقة لارتكاب أعمال بالقوة ضد دولة أخرى بصورة تكون على درجة من الخطورة تعادل الأعمال السابق ذكرها أنفا أو التزامها بصورة فعلية بمثل هذا العمل.
- ويظهر من خلال المادتين الثالثة والرابعة أن الجمعية العامة للأمم المتحدة قد تبنت التعريف المختلط أو الإرشادي للعدوان، ويتجسد هذا التعريف من القوة الملزمة لأن قرارات وتوصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة ليست لها هذه القوة، غير أنه سيكون بمثابة النبراس الملهم لأجهزة الأمم المتحدة وفي مقدمتها مجلس الأمن والقضاء الدولي الجنائي عند نظره في قيام العدوان أو عدمه<sup>(50)</sup>.

## المطلب الثاني

### المحكمة الجنائية الدولية الدائمة وجريمة العدوان

تعد جريمة العدوان من ضمن الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، وقد حددت (المادة 5 الفقرة 1) متابعة أخطر الجرائم الدولية وهي جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان، مستجيبة بذلك إلى تطلعات المجتمع الدولي في وضع حد لفظائع هزت ضمير الإنسانية جراء ما خلفته من أعداد لضحايا لا يمكن تصورها في صفوف المدنيين من الأطفال والنساء والرجال،

(50) د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 42؛ د. محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 714.

خاصة في الشكل والحجم اللذين ظهرت بهما في العشرية الأخيرة في كل من البوسنة والهرسك ورواندا<sup>(51)</sup> والشيشان وما يجري في فلسطين، ولاشك بأن النظر في ذلك أمر ضروري لأي محكمة جنائية دولية يراد منها أن تكون ضماناً لتحقيق العدالة الدولية<sup>(52)</sup>.

## الفرع الأول

### تعليق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

#### لحين وضع تعريف لجريمة العدوان

إن جريمة العدوان تبقى معلقة الاختصاص طبقاً للفقرة 2 من المادة 5 إلى حين اعتماد حكم بهذا الشأن، فبعد مضي سبع سنوات من دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، لم تعرف المحكمة الجنائية الدولية جريمة العدوان ولم تضع الشروط اللازمة لممارسة اختصاصها بهذه الجريمة<sup>(53)</sup>.

لقد أخفقت الدول المشاركة في مفاوضات روما في الاتفاق الذي يجب تبنيه بشأن تعريف جريمة العدوان، وذلك في ضوء التجاذب بين الأخذ بالتعريف الحصري الذي يقوم على تعداد لأفعال العدوان على سبيل الحصر، تأكيداً لمبدأ الشرعية المأخوذ به في القوانين الداخلية وتسهيلاً لمهمة الجهة المختصة في تقرير وقوع جريمة العدوان، أو الأخذ بالتعريف العام تفادياً لجمود التعريف الحصري، استناداً إلى معايير عامة تعطي سلطة تقديرية أوسع للأجهزة المختصة<sup>(54)</sup>، أو أيضاً الأخذ بالتعريف الإرشادي الذي ينطوي على تعريف عام ثم يلحقه بتعداد على سبيل المثال لنماذج من الأفعال التي يشكل أي ارتكاب لأي فعل منها جريمة العدوان.

ويبدو أن أهم مسألة أدت إلى إخفاق الدول في التوصل إلى جريمة العدوان، هي شروط ممارسة المحكمة اختصاصها دون الإخلال بصلاحيات مجلس الأمن،

(51) Mauro Politis, Le statut de Rome de la cour pénale internationale, le point de vue d'un négociateur, R.G.D.I.P, P 27.

(52) نصر الدين بوسماحة، المرجع السابق، ص 20.

(53) رغم تعريف الأمم المتحدة لجريمة العدوان بموجب القرار 3314 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 14 كانون الأول 1974 في دورتها التاسعة والعشرين فإن المحكمة الجنائية الدولية أخفقت في وضع تعريف لجريمة العدوان يمكنها من ممارسة اختصاصها، إلا بعد وقت لاحق في المؤتمر الإستعراضي بتاريخ 2010.

(54) د. عبد الله سليمان سليمان، المرجع السابق، ص 195.

المختص الأول طبقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، فأغلب دول مجموعة عدم الانحياز بالإضافة إلى دول أخرى، طالبت بالمحافظة على المركز المستقل للمحكمة الجنائية الدولية، وأن تكون صلاحيتها في تحديد المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد غير متوقفة على قرار سابق من مجلس الأمن، إلى جانب تخوفها من استعمال أحد الأعضاء الخمس لحق الفيتو، مما يحول دون ممارسة المحكمة اختصاصها على جريمة العدوان، في حين تمسكت الدول الكبرى بموقفها القاضي بتعليق اختصاص المحكمة في المتابعة على جريمة العدوان على ضرورة صدور قرار سابق من مجلس الأمن يقرر فيه حالة العدوان، وقد عبرت عن هذا الاتجاه لجنة القانون الدولي من خلال مشروع إنشاء محكمة جنائية دولية سنة 1994 إذ نصت (المادة 23) من هذا المشروع على أنه لا تودع أية شكوى بخصوص عمل عدواني أو فعل مرتبط به، إلا إذا كان قد صدر عن مجلس الأمن قرار يثبت ارتكاب الدولة للفعل العدواني موضوع الشكوى<sup>(55)</sup>.

وما يثير التساؤل، بالفعل حول جريمة العدوان، هو رفض الدول المتفاوضة في مؤتمر روما اعتماد تعريف العدوان الذي جاءت به الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 3314 الصادر في 14 كانون الأول 1974، مع أنه يعد تعريفاً شاملاً، بالإضافة إلى سوابق العمل القضائي الدولي الناتج عن محاكمات نورمبرغ و التي جرمت العدوان، واعتبرته الجريمة الكبرى وعاقبت مرتكبيه ودون تعريف محدد للعدوان في ذلك الوقت<sup>(56)</sup>. وسعياً لتجاوز هذه العقبة في التوصل إلى تعريف مقبول لجريمة العدوان، أسندت هذه المهمة إلى لجنة تحضيرية تابعة للمحكمة الجنائية الدولية، عكفت على دراسة مختلف المسائل التي أعاققت وضع تعريف لجريمة العدوان مع استمرارها على نفس النهج الذي ميز مفاوضات روما، بالتركيز على فئة القادة

(55) Marie Dumeé, Le crime d'agression, droit international Pénal, CEDIN, Paris 08, édition A. Padone. page 262.

(56) La question de l'agression comme crime de l'individu s'est posée avec une particulière acuité à la Conférence de Rome de juillet 1998 sur le Statut de la Cour pénale internationale. Ce texte essaie de renvoyer le fil de l'approche inaugurée par les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo. Selon le Statut de la C.P.I., la Cour est compétente pour connaître des « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale », mais sa compétence est limitée aux personnes physiques. (voir : Maurice Kamto, L'agression en droit international, Deuxième partie, L'agression, crime de l'individu, Editions A. Pedone, Paris, P 274).

العسكريين والسياسيين في تعريف جريمة العدوان وصولاً إلى إقرار مسؤوليتهم الجنائية<sup>(57)</sup>.

وقد جاء في تقرير اللجنة التحضيرية في دورتها التي انعقدت بين 1 و 12 تموز 2002 اقتراح مفاده أنه: «لأغراض هذا النظام الأساسي، يرتكب شخص ما جريمة العدوان عندما يكون في وضع يتيح له التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو توجيهه، ويأمر أو يشارك مشاركة فعلية، عمداً وعن علم، في التخطيط لعمل عدواني أو الإعداد له أو الشروع فيه أو شنه على أن يشكل العمل العدواني، بحكم خصائصه وخطورته ونطاقه انتهاكاً صارخاً لميثاق الأمم المتحدة»<sup>58</sup>. كما أشار التقرير أن المقصود من عبارة العمل العدواني هي تلك التي تضمنها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 والتي تضمن نماذج أفعال العدوان، كما أعد الفريق العامل ورقة العمل بشأن تعريف جريمة العدوان، أثناء اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية بحيث تعرض إلى جريمة العدوان و ممارسة الاختصاص كما يلي:

1- لأغراض هذا النظام الأساسي، يرتكب شخص ما «جريمة عدوان» عندما يكون في وضع يتيح له التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو توجيهه، ويأمر أو يشارك مشاركة فعلية عمداً وعن علم، في التخطيط لعمل عدواني أو الإعداد له أو الشروع فيه أو شنه، على أن يشكل العمل العدواني بحكم اختصاصه وخطورته ونطاقه انتهاكاً صارخاً لميثاق الأمم المتحدة<sup>59</sup>.

يجب أن يبت جهاز مختص تابعاً للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة في ما إذا تم ارتكاب عمل عدواني أم لا والتأكد من هذه الأفعال:

1- أن يكون مرتكب الفعل في وضع يتيح له أن يتحكم أو يوجه العمل السياسي أو العسكري للدولة التي ترتكب العمل العدواني.

2- أن يكون مرتكب الفعل العدواني عن علم وقصد.

3- أن يأمر مرتكب الفعل العدواني بتخطيط العمل العدواني أو الإعداد له أو شنه، أو أن يشارك فيه مشاركة فعلية.

(57) نصر الدين بوسماحة، المرجع السابق، ص 22.

(58) تقرير اللجنة التحضيرية التابعة للمحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 24 تموز 2002 - PCNICC 2/Add 2002/2. (59) PENICC /20022//add.

- 4- أن ترتكب دولة ما عملاً عدوانياً، أي عملاً مرتكباً على النحو المحدد في قرار الجمعية العامة رقم 3314 المؤرخ في 14 كانون الأول 1974.
- 5- أن يكون مرتكب الفعل على علم بأن أفعال الدولة تمثل عملاً عدوانياً.
- 6- أن يشكل العمل العدواني بحكم خصائصه وخطورته ونطاقه انتهاكاً صارخاً لميثاق الأمم المتحدة<sup>(60)</sup>.

ويتضح من خلال الأركان أن يكون مقترف جريمة العدوان في وضع يتيح له التحكم بالفعل في العمل السياسي أو العسكري للدولة التي اقترفت العمل العدواني وذلك باستعمال القوة المسلحة من قبل دولة ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي بأي صورة تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة، وأن يكون العمل العدواني المقترف يشكل بحكم خصائصه وخطورته ونطاقه انتهاكاً واضحاً<sup>(61)</sup>.

ويظهر بأن التعريف المقترح في جريمة العدوان لا يشمل الأعمال الإرهابية التي تقوم بها الجهات الفاعلة من غير الدول كما أن دور مجلس الأمن هو المختص حصرياً بالبت في وقوع عمل من أعمال العدوان<sup>(62)</sup>.

## الفرع الثاني

### محاولة تعريف جريمة العدوان أثناء المؤتمر

### الاستعراض للمحكمة الجنائية الدولية لعام 2010

عقد الفريق الدولي المكلف ببحث جريمة العدوان<sup>(63)</sup> والذي ترأسه الأمير الأردني زيد رعد بن الحسين، اجتماعاً في الفترة من 8 إلى 10 حزيران 2009 بنيويورك، حيث تم مناقشة المسائل ذات الصلة بجريمة العدوان، استناداً إلى المقترحات المتعلقة بنص

(60) ICC-ASP/210/.

(61) ICC-ASP/8/INF-2-CNF-2-CN.727.2009 TREATIES .7 29 OCTOBRE 2009.

(62) مؤتمر صحفي بشأن الفريق العامل الخاص المعني بجريمة العدوان - الأمم المتحدة - نيويورك 13 فبراير 2009، المنشور على الموقع: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

(63) الاجتماع غير الرسمي ما بين الدورتين المعني بجريمة العدوان الذي استضافه معهد لختنشتاين بشأن تقرير المصير، مدرسة وودرو ويلسن، بنادي برينستن، نيويورك، في الفترة من 08 إلى 10 حزيران 2009، قرار المحكمة الجنائية الدولية، رقم ICC-ASP/8/INF.2، جمعية الدول الأطراف، الدورة الثامنة، لاهاي، بتاريخ 18-26 تشرين الثاني 2009، المنشور على الموقع: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

يخص العدوان الذي بلوره الفريق واعتمد في 13 شباط 2009<sup>(64)</sup>، وارتكزت المناقشات على أساس ورقتين قدمهما الرئيس هما: ورقة غير رسمية بشأن أركان الجرائم، فضلا عن ورقة غير رسمية بشأن شروط ممارسة الاختصاص، وقدم الرئيس كلتا الورقتين وأشار إلى التقدم المهم الذي أحرزه الفريق، وبعدها قام بتقديم ورقة غرفة اجتماع بشأن جريمة العدوان في المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي بتاريخ 2010، بغية تيسير أداء ما تبقى من عمل بشأن جريمة العدوان، وتحتوي هذه الورقة على مشروع نتائج مقترح للمؤتمر الاستعراضي بشأن جريمة العدوان<sup>(65)</sup>، أين تم الاجتماع في جلسة أخرى بتاريخ 10 حزيران 2010، نظمتها أمانة جمعية الدول الأطراف للمحكمة الجنائية الدولية وقام الفريق العامل المعني بجريمة العدوان بتقديم تقرير تضمن تعريف جريمة العدوان، والذي لقي ترحيباً من بعض الوفود باعتبارها محاولة إيجابية للتوصل إلى توافق في الآراء<sup>(66)</sup>.

وبتاريخ 11 حزيران 2010 قامت لجنة الصياغة المجتمعة بكمبالا باعتماد مشروع قرار لجريمة العدوان، الذي تناول ثلاث مقترحات بخصوص وضع حكم بشأن جريمة العدوان، حيث أشار في الاقتراح الأول إلى إدخال تعديلات على نظام روما

(64) انظر تقرير الفريق العامل المخصص لجريمة العدوان لشهر شباط 2009 في الوثائق الرسمية لجمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الدورة السابعة، (الاستئناف الأول والاستئناف الثاني، نيويورك، 19-23 كانون الثاني و9-13 شباط 2009، منشور المحكمة الجنائية الدولية، (ICC-ASP/7/20/Add)، الفصل الثاني، المرفق الثاني، التذييل الأول، المنشور على الموقع: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

(65) أ- مشروع القرار التمكيني بشأن جريمة العدوان، على النحو الذي أُحيل إلى المؤتمر الاستعراضي بالقرار 6. ICC-ASP/7/Res.6، مع إضافة ديباجة قصيرة وفقرات تنفيذية إضافية متعلقة بعناصر الجرائم (OP2) والتفاهات المتعلقة بتفسير التعديلات (OP3)، وكذلك الدعوة المعتادة إلى التصديق على، أو إلى قبول التعديلات (OP4)؛

ب- مشروع التعديلات على نظام روما الأساسي بشأن جريمة العدوان، (المرفق الأول) التي أُحيلت بالقرار 6. ICC-ASP/7/Res.6؛

ج- مشروع التعديلات على عناصر الجرائم (المرفق الثاني) على نحو ما أُحيل بالقرار 6. ICC-ASP/7/Res.6؛

د- مشروع التفاهات بشأن تفسير التعديلات الخاصة بجريمة العدوان، على نحو ما ناقشه سلفاً الفريق العامل الخاص المعني بجريمة العدوان أثناء دورته الأخيرة المعقودة في شباط 2009 (انظر الفقرات 27-41 من التقرير ICC-ASP/7/20/Add.1، المرفق الثاني «القضايا الفنية الأخرى المتعلقة بالعدوان المنتظر أن يتناولها المؤتمر الاستعراضي»). (انظر: ورقة اجتماع بشأن جريمة العدوان، المحكمة الجنائية الدولية، المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي، كمبالا، الورقة رقم: RC/WGCA/1، ألف، مذكرة توضيحية، 26 أيار 2010، المنشور على الموقع: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)).

(66) تقرير الفريق العامل المعني بجريمة العدوان، المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي، المحكمة الجنائية الدولية، الوثيقة رقم RC/5، كمبالا، 10 حزيران 2010، المنشور على الموقع: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بشأن جريمة العدوان، وفي الاقتراح الثاني تناول تعديلات على أركان هذه الجريمة، كما تعرض في الاقتراح الثالث إلى كيفية الإحالة من قبل مجلس الأمن والاختصاص الزمني والمحلي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>(67)</sup>.

### المطلب الثالث

#### تعريف جريمة العدوان من خلال إضافة (المادة 8 مكرر)

#### وإدخال تعديلات في نظام روما الأساسي

بعد إحالة الدول الأطراف مقترحات بخصوص وضع نص بشأن جريمة العدوان إلى المؤتمر الاستعراضي، المنعقد بكمبالا من 31 أيار إلى غاية 11 حزيران 2010، تم اعتماد القرار بتوافق الآراء في الجلسة العامة الثالثة عشر المنعقدة بتاريخ 11 حزيران 2010، حيث توصل إلى تعريف لجريمة العدوان وأوصى المحكمة الجنائية الدولية بممارسة اختصاصها على هذه الجريمة في أقرب وقت ممكن، كما دعا جميع الدول الأطراف إلى التصديق أو القبول على التعديلات الواردة بشأن هذه الجريمة.

(67) لجنة الصياغة، مشروع قرار: جريمة العدوان، المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي، المحكمة الجنائية الدولية، الوثيقة رقم RC/DC/3، كمبالا، 11 حزيران 2010، المنشور على الموقع: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

## المبحث الرابع جريمة العدوان في نظام روما الأساسي حسب المؤتمر الاستعراضي لعام 2010

في هذا المبحث سنتناول تعريف جريمة العدوان حسب المؤتمر الاستعراضي لعام 2010 في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنناقش كيفية ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان، ثم سنتطرق إلى التعديلات المتطرق لها فيما يتعلق بجريمة العدوان، وذلك على الشكل التالي:

### المطلب الأول

#### تعريف جريمة العدوان حسب المؤتمر الاستعراضي لعام 2010

لقد ورد تعديل على جريمة العدوان بموجب المؤتمر الاستعراضي لعام 2010، وذلك بحذف نص (الفقرة 2 من المادة 5) من نظام روما الأساسي، ونص على وجوب إدراج تعريف جريمة العدوان بموجب نص (المادة 8 مكرر)، وذلك على الشكل التالي:

«1- لأغراض هذا النظام الأساسي، تعني «جريمة العدوان» قيام شخص ما، له وضع يمكنه فعلاً من التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيه هذا العمل، بتخطيط أو إعداد أو بدء أو تنفيذ عمل عدواني يشكّل، بحكم طابعه وخطورته ونطاقه، انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة.

2- لأغراض الفقرة 1، يعني «العمل العدواني» استعمال القوة المسلحة من جانب دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، أو بأي طريقة أخرى تتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة. وتنطبق صفة العمل العدواني على أي عمل من الأعمال التالية، سواء بإعلان حرب أو بدونه، وذلك وفقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (د-29) المؤرخ في 14 كانون الأول 1974:

أ- قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو إقليم دولة أخرى أو الهجوم عليه، أو أي احتلال عسكري، ولو كان مؤقتاً، ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم، أو أي ضم لإقليم دولة أخرى أو لجزء منه باستعمال القوة؛

- ب- قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف إقليم دولة أخرى بالقنابل، أو استعمال دولة ما أية أسلحة ضد إقليم دولة أخرى؛
- ج- ضرب حصار على موانئ دولة ما أو على سواحلها من جانب القوات المسلحة لدولة أخرى؛
- د- قيام القوات المسلحة لدولة ما بمهاجمة القوات المسلحة البرية أو البحرية أو الجوية أو الأسطولين البحري والجوي لدولة أخرى؛
- هـ- قيام دولة ما باستعمال قواتها المسلحة الموجودة داخل إقليم دولة أخرى بموافقة الدولة المضيفة، على وجه يتعارض مع الشروط التي ينص عليها الاتفاق، أو أي تمديد لوجودها في الإقليم المذكور إلى ما بعد نهاية الاتفاق؛
- و- سماح دولة ما وضعت إقليمها تحت تصرف دولة أخرى بأن تستخدمه هذه الدولة الأخرى لارتكاب عمل عدواني ضد دولة ثالثة؛
- ز- إرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة من جانب دولة ما أو باسمها تقوم ضد دولة أخرى بأعمال من أعمال القوة المسلحة تكون من الخطورة بحيث تعادل الأعمال المعددة أعلاه، أو اشترك الدولة بدور ملموس في ذلك“.

## المطلب الثاني

### ممارسة الاختصاص فيما يتعلق بجريمة العدوان

سنعرض في هذا الفرع إلى كيفية ممارسة المحكمة لاختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان، وذلك من خلال الإحالة من قبل الدولة ومباشرة المدعي العام التحقيقات من تلقاء نفسه (الفرع الأول)، وأيضاً الإحالة من مجلس الأمن (الفرع الثاني)، وذلك على الشكل التالي:

#### الفرع الأول

##### الإحالة من قبل الدولة ومباشرة المدعي العام التحقيقات من تلقاء نفسه

لقد تم إدراج المادة 15 مكرر، المتعلقة بممارسة الاختصاص بشأن جريمة العدوان أثناء الإحالة الصادرة عن الدول، من تلقاء نفسها، وذلك بنصه على التالي<sup>(68)</sup>:

(68) لجنة الصياغة، مشروع قرار: جريمة العدوان، المرجع السابق.

## المادة 15 مكرر- الإحالة الصادرة عن الدول، من تلقاء نفسها:

- 1- يجوز للمحكمة أن تمارس الاختصاص بشأن جريمة العدوان وفقاً للمادة 13 (أ) و(ج)، رهنا بأحكام هذه المادة.
- 2- لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان إلا فيما يتعلق بجرائم العدوان التي ترتكب بعد مضي سنة واحدة على مصادقة أو قبول التعديلات من ثلاثين دولة طرفاً.
- 3- تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان وفقاً لهذه المادة، وrehنا بقرار يتخذ بأغلبية دول أطراف تساوي الأغلبية المطلوبة لاعتماد تعديلات على النظام الأساسي، وذلك بعد الأول من كانون الثاني 2017.
- 4- يجوز للمحكمة، وفقاً للمادة 12، أن تمارس اختصاصها بشأن جريمة العدوان التي تنشأ عن عمل عدواني ترتكبه دولة طرفاً ما لم تكن تلك الدولة الطرف قد أعلنت سابقاً أنها لا تقبل الاختصاص عن طريق إيداع إعلان لدى المسجل. ويجوز سحب هذا الإعلان في أي وقت ويجب النظر فيه من قبل الدولة الطرف خلال ثلاث سنوات.
- 5- فيما يتعلق بدولة ليست طرفاً في هذا النظام الأساسي، لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها المتعلق بجريمة العدوان عندما يرتكبها مواطنو تلك الدولة أو ترتكب على إقليمها.
- 6- عندما يخلص المدعي العام إلى وجود أساس معقول للبدء في تحقيق يتعلق بجريمة عدوان، عليه أن يتأكد أولاً مما إذا كان مجلس الأمن قد اتخذ قراراً مفاده وقوع عمل عدواني ارتكبه الدولة المعنية، وعلى المدعي العام أن يبلغ الأمين العام للأمم المتحدة بالوضع القائم أمام المحكمة، بما في ذلك أي معلومات أو وثائق ذات صلة.
- 7- يجوز للمدعي العام، في الحالات التي يتخذ فيها مجلس الأمن مثل هذا القرار، أن يبدأ التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان.
- 8- في حالة عدم اتخاذ قرار من هذا القبيل في غضون ستة أشهر بعد تاريخ الإبلاغ، يجوز للمدعي العام أن يبدأ التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان، شريطة أن تكون الشبهة التمهيدية قد أذنت ببدء التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان وفقاً للإجراءات الواردة في المادة 15، وأن لا يكون مجلس الأمن قد قرر خلاف ذلك طبقاً للمادة 16.

- 9- لا يخل القرار الصادر من جهاز خارج المحكمة بخصوص وقوع عمل عدواني بما تخلص إليه المحكمة في إطار هذا النظام الأساسي<sup>(69)</sup>.
- 10- ليس في هذه المادة ما يخل بالأحكام المتعلقة بممارسة الاختصاص فيما يتعلق بجرائم أخرى مشار إليها في المادة 5.

## الفرع الثاني

### الإحالة من مجلس الأمن

لقد تم أيضا إدراج المادة 15 مكرر ثالثاً، المتعلقة بممارسة الاختصاص بشأن جريمة العدوان أثناء الإحالة الصادرة من مجلس الأمن، وذلك بنصه على ما يلي<sup>(70)</sup>:

### المادة 15 مكرر ثانياً- إحالة من مجلس الأمن.

- 1 - يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها المتعلق بجريمة العدوان طبقاً للمادة 13 (ب)، رهناً بأحكام هذه المادة.
- 2- لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان إلا فيما يتعلق بجرائم العدوان التي ترتكب بعد مضي سنة واحدة على مصادقة أو قبول التعديلات من ثلاثين دولة طرفاً.
- 3- تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان رهناً بأحكام هذه المادة، وبموجب قرار يتخذ بأغلبية دول أطراف تساوي الأغلبية المطلوبة لاعتماد تعديلات على النظام الأساسي، وذلك بعد الأول من كانون الثاني 2017.
- 4- لا يخل القرار الصادر من جهاز خارج المحكمة بخصوص وقوع عمل عدواني بما تخلص إليه المحكمة في إطار هذا النظام الأساسي.
- 5- ليس في هذه المادة ما يخل بالأحكام المتعلقة بممارسة الاختصاص فيما يتعلق بجرائم أخرى مشار إليها في المادة 5.
- كما قام بإدراج الفقرة 3 من المادة 25، المتعلقة بالمسؤولية الجنائية الفردية لمرتكب جريمة العدوان، وذلك بنصه على:

(69) لجنة الصياغة، مشروع قرار: جريمة العدوان، المرجع السابق.

(70) لجنة الصياغة، مشروع قرار: جريمة العدوان، المرجع السابق.

3 مكرر- فيما يتعلق بجريمة العدوان، لا تنطبق أحكام هذه المادة إلا على الأشخاص الذين يكونون في وضع يمكنهم من التحكم فعلاً في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيهه.

واستبدال الفقرة 1 من المادة 9، المتعلقة بأركان الجرائم، وذلك بنصه على:

1 - تساعد أركان الجرائم المحكمة في تفسير وتطبيق المواد 6 و 7 و 8 و 8 مكرر. كما استبدلت الفقرة 3 من المادة 20، المتعلقة بمبدأ عدم جواز المحاكمة عن نفس الجريمة مرتين، وذلك بنصه على:

3 - لا يجوز محاكمة الشخص الذي يكون قد حوكم أمام محكمة أخرى عن سلوك يكون محظوراً أيضاً بموجب المواد 6 أو 7 أو 8 أو 8 مكرر أمام المحكمة فيما يتعلق بنفس السلوك إلا إذا كانت الإجراءات في المحكمة الأخرى.

### المطلب الثالث

#### التعديلات المتطرق لها فيما يتعلق بجريمة العدوان

لقد تم إدخال تعديلات على أركان جريمة العدوان، بحيث نصت المادة 8 مكرر من النظام الأساسي كالتالي<sup>(71)</sup>:

- تقديم:

1 - من المفهوم أن عبارة العمل العدواني تنطبق على أي من الأعمال المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 8 مكرر.

2 - لا يلزم إثبات أن مرتكب الجريمة قد أجرى تقييماً قانونياً لما إذا كان استعمال القوة المسلحة يتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة.

3 - كلمة «واضحاً» هي وصف موضوعي.

4 - لا يلزم إثبات أن مرتكب الجريمة قد أجرى تقييماً قانونياً للطابع «الواضح» لانتهاك ميثاق الأمم المتحدة.

(71) لجنة الصياغة، مشروع قرار: جريمة العدوان، المرجع السابق.

## - الأركان:

- 1 - قيام مرتكب الجريمة بتخطيط عمل عدواني أو بإعداده أو بدئه أو تنفيذه.
  - 2 - كون مرتكب الجريمة شخص في وضع يمكنه من التحكم فعلاً في العمل السياسي أو العسكري للدولة التي ارتكبت العمل العدواني أو من توجيه هذا العمل.
  - 3 - ارتكاب العمل العدواني، المتمثل في استعمال القوة المسلحة من جانب دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي أو بأي صورة أخرى تتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة.
  - 4 - كون مرتكب الجريمة مدركاً للظروف الواقعية التي تثبت أن استعمال القوة المسلحة على هذا النحو يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة.
  - 5 - العمل العدواني يشكل، بحكم طابعه وخطورته ونطاقه، انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة.
  - 6 - كون مرتكب الجريمة مدركاً للظروف الواقعية التي تثبت هذا الانتهاك الواضح لميثاق الأمم المتحدة.
- كما توصل الأطراف إلى تفاهات بخصوص تعديلات نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بشأن جريمة العدوان.

## الفرع الأول

### الإحالات من مجلس الأمن<sup>(72)</sup>

يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تمارس اختصاصها بشأن جريمة العدوان بناء على إحالة من مجلس الأمن وفقاً للفقرة (ب) من المادة 13 من النظام الأساسي، بعد مرور سنة واحدة على التصديق أو القبول بالتعديلات من ثلاثين دولة طرف أو (يضاف نص مماثل للفقرة 3 من المادة 15 مكرر) أيهما يكون تالياً.

كما تمارس المحكمة اختصاصها بشأن جريمة العدوان بناءً على إحالة من مجلس الأمن وفقاً للفقرة (ب) من المادة 13 من النظام الأساسي بغض النظر عما إذا كانت الدولة المعنية قبلت اختصاص المحكمة في هذا الصدد.

(72) لجنة الصياغة، مشروع قرار: جريمة العدوان، المرجع السابق.

## الفرع الثاني

### الاختصاص الزمني بشأن جريمة العدوان

وفقاً للفقرة (أ) أو (ج) من المادة 13 من النظام الأساسي، فإن ممارسة المحكمة لاختصاصها تنحصر في جرائم العدوان المرتكبة فقط بعد اتخاذ القرار المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 15 مكرر، ومرور سنة واحدة على التصديق أو القبول بالتعديلات من ثلاثين دولة طرف أيهما يكون تالياً.

## الفرع الثالث

### الاختصاص المحلي بشأن جريمة العدوان

تنطبق التعديلات التي تتناول العمل العدواني وجريمة العدوان فقط لأغراض هذا النظام الأساسي، ووفقاً للمادة 10 من نظام روما الأساسي، لا تفسر هذه التعديلات على أنها تحدّ أو تخلّ، بأي شكل من الأشكال، بقواعد القانون الدولي القائمة أو تلك التي تتطور فيما بعد لأغراض غير أغراض هذا النظام الأساسي. كما أنه لا يجب أن تفسر هذه التعديلات على أنها تنشئ الحق في ممارسة الاختصاص المحلي، أو الالتزام به، فيما يتعلق بعمل عدواني ترتكبه دولة أخرى.

## الخاتمة :

بعد وضع المبادئ الأولى بصورة حقيقية لجريمة العدوان منذ محاكمات نورمبورغ وطوكيو، وبعد المناداة العديدة من الفقهاء والمجتهدين الجبارة التي بذلتها الدول من أجل ذلك، فقد تقرّر تعريفها بصورة جلية بعد إقامة المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، وتم تقنينها على أساس جريمة دولية، وتمّ تحديد شروط هذه الجريمة، وكيفية ممارسة المحكمة الجنائية الدولية اختصاصها على هذه الجريمة الدولية، وذلك عام 2010 أثناء المؤتمر الاستعراضي المنعقد بكمبالا، إذ أصبحت هناك جريمة عدوان دولية مقننة، ومدرجة ضمن قانون دولي جنائي يمثل الشرعة الدولية، يجب أن تطبقه الدول وتحترمه عن طريق إدراجها ضمن قوانينها الداخلية.

إن جريمة العدوان كأخطر أشكال الاستخدام غير المشروع للقوة، وتحديد ما إذا كان قد ارتكب هو عمل عدواني، يتطلب أن تؤخذ في الاعتبار جميع الظروف الخاصة بكل حالة، بما في ذلك خطورة الأعمال المعنية وعواقبها، وفقاً لميثاق الأمم المتحدة. كما إنه لدى تقرير ما إذا كان العمل العدواني يمثل انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة، يجب أن تكون الأركان الثلاثة، وهي الطبيعة والخطورة والنطاق، كافية لتبرير تقرير الانتهاك «الواضح».

ولا يجوز اعتبار أي ركن بمفرده كافياً للوفاء بمعيار الوضوح، حتى لا يتم التداخل بينها وبين أفعال أخرى ذات تصنيف مغاير من الجرائم، مع ضرورة العمل على تجنب العديد من المسائل التي تعيق عمل المحكمة الجنائية الدولية من أجل النظر في جريمة العدوان، ومن بينها:

وجوب تعديل نص (المادة 15 مكرّر فقرة 6) من نظام روما الأساسي، وذلك باستبعاد ضرورة وجود قرار صادر من مجلس الأمن مفاده وقوع عمل عدواني ارتكبه الدولة المعنية، لأنه يعيق عمل المدعي العام ويكون مثل الجدار الذي يعرقل إجراءات البدء في التحقيق فيما يتعلّق بجريمة العدوان، ونصبح أمام سيطرة واضحة ومباشرة لدول مجلس الأمن الدولي على عمل المحكمة الجنائية الدولية.

إنشاء آلية أو جهاز تابع للمحكمة الجنائية الدولية يسهر على تنفيذ قراراتها وأحكامها، وخاصة تنفيذ إجراءات القبض والحضور للمتهمين بارتكاب جرائم

عدوان، بعد أن أصبح مشكلة من المشكلات التي تعيق عمل المحكمة الجنائية الدولية المنشأة من أجله، مع العمل على إنشاء مراكز تابعة للمحكمة الجنائية الدولية تسهر على تنفيذ أحكام السجن، خاصة وأن إشراف قضاة المحكمة الجنائية الدولية على تنفيذ حكم السجن في جرائم العدوان الدولية داخل سجون الدول، يعتبر تدخلاً في شؤونها الداخلية ويتعارض مع لوائح وأنظمة السجون الداخلية.

## قائمة المراجع:

### المراجع باللّغة العربية:

#### أولاً - الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

- 1 - ميثاق الأمم المتحدة، الموقع في 26 حزيران 1945 في سان فرانسيسكو، مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية، ودخل حيز النفاذ في 24 تشرين الأول 1945، مجلس الأمن، الأمم المتحدة، نيويورك.
- 2- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، المعتمد في 17 تموز 1998، الوثيقة رقم 9 / A / CONF. 183، دخل حيز التنفيذ بتاريخ 01 تموز 2002.

#### ثانياً - القرارات الدولية:

- 1 - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 (د-29)، الصادر بتاريخ 14 كانون الأول 1974، في الجلسة العامة رقم 2319، الذي يتضمن تعريف جريمة العدوان.
- 2- قرار اللجنة التحضيرية التابعة للمحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 24 تموز 2002 - PCNICC / 2 / 2002 2Add.

#### ثالثاً - الكتب القانونية المتخصصة:

- 1- إليزابيث ويلمز هيرست، وثيقة من أجل تعريف العدوان، مكتبة الأمم المتحدة السمعية البصرية للقانون الدولي، الأمم المتحدة، 2010.
- 2 - د . حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 3 - د . محمد أحمد داود، الحماية الأمنية للمدنيين تحت الاحتلال في القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه، مطابع أخبار اليوم، القاهرة، 2008.
- 4 - د . محمد المجذوب، القانون الدولي للإنسان وشرعية المقاومة ضد الاحتلال، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.

- 5- د. محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 6- د. محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية في القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- 7 - د. منى محمود مصطفى، استخدام القوة المسلحة في القانون الدولي بين الخطر والإباحة، دراسة تحليلية لتطبيقات المساعدة الذاتية في المجتمع الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 8 - د. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية - النظرية العامة للجريمة الدولية - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- 9 - نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 10 - د. عبد الواحد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 11 - د. عبد الوهاب حومد، الإجرام الدولي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1978.
- 12- د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1976.
- 13- د. علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.
- 14- د. عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي - مبادئه، قواعده الموضوعية والإجرائية -، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

#### رابعاً - أبحاث المجالات العلمية:

- 1 - د. حسنين عبد الخالق حسونة، توصل الأمم المتحدة إلى تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 32 سنة 1976.
- 2 - د. سمعان بطرس فرج الله، تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 24، سنة 1968.
- 3- فرنسوا يونيون، الحرب العادلة وحرب العدوان والقانون الدولي الإنساني المجلة الدولية للصليب الأحمر 2002.
- 4 - د. رشيد العنزي، محاكمة مجرمي الحرب في ظل قواعد القانون الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، العدد الأول، أذار سنة 1991.

#### خامساً- التقارير والمؤتمرات الدولية:

- 1- مؤتمر صحفي بشأن الفريق العامل الخاص المعني بجريمة العدوان -الأمم المتحدة- نيويورك 13 فبراير 2009.
- 2 - الاجتماع غير الرسمي ما بين الدورتين المعني بجريمة العدوان الذي استضافه معهد لختنشتاين بشأن تقرير المصير، مدرسة وودرو ويلسن، بنادي برينستن، نيويورك، في الفترة من 08 إلى 10 حزيران 2009، قرار المحكمة الجنائية الدولية، رقم INF/8/ICC-ASP، 2، جمعية الدول الأطراف، الدورة الثامنة، لاهاي، بتاريخ 18-26 تشرين الثاني 2009.
- 3 - تقرير الفريق العامل المخصص لجريمة العدوان لشهر شباط 2009 في الوثائق الرسمية لجمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الدورة السابعة، (الاستئناف الأول والاستئناف الثاني، نيويورك، 19-23 كانون الثاني و09-13 شباط 2009، منشور المحكمة الجنائية الدولية، Add/20/7/ICC-ASP)، الفصل الثاني، المرفق الثاني، التذييل الأول.
- 4 - ورقة اجتماع بشأن جريمة العدوان، المحكمة الجنائية الدولية، المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي، كمبالا، الورقة رقم: 1/RC/WGCA، ألف، مذكرة توضيحية، 26 أيار 2010.

- 5 - تقرير الفريق العامل المعني بجريمة العدوان، المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي، المحكمة الجنائية الدولية، الوثيقة رقم RC/5، كمبالا، 10 حزيران 2010.
- 6 - لجنة الصياغة، مشروع قرار: جريمة العدوان، المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي، المحكمة الجنائية الدولية، الوثيقة رقم RC/DC/3، كمبالا، 11 حزيران 2010.

### المراجع باللّغة الأجنبية:

- 1 - Marie Dumeé, Le crime d'agression, droit international Pénal, CEDIN, Paris 08, édition A .Padone.
- 2- Maurice Kamto, l'agression en droit international, Deuxième partie, L'agression, crime de l'individu, Editions A.Pedone, Paris.
- 3 - Mauro Politis, Le statut de Rome de la cour pénale internationale, le point de vue d'un négociateur, R.G.D.I.P.
- 4- M.N.Politis, Report of the committe on Security questions, league of nations, conférence for the reduction and limitation of armements, General commission, Conf.D./C.G./108., Geneva, 24 May 1933. (Published online by Equipo Nizkor, defining International Agression, the search for world peace 26 March 2013, on the site web: [www.derechos.org](http://www.derechos.org)).
- 5 - vespasion (Pella), la codification du droit international, P.G.D.I, Paris, 1952.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
457	المقدمة
462	المبحث الأول: التطور التاريخي لجريمة العدوان ومفهومها في القانون الدولي
462	المطلب الأول: التطور التاريخي لجريمة العدوان
465	المطلب الثاني: مفهوم جريمة العدوان في القانون الدولي
465	الفرع الأول: الاتجاه المعارض لتعريف جريمة العدوان
466	الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لتعريف جريمة العدوان
468	المبحث الثاني: الاتجاهات المتعددة حول وضع تعريف لجريمة العدوان
468	المطلب الأول: اتجاه وضع تعريف عام لجريمة العدوان
469	المطلب الثاني: التعريف الحصري لجريمة العدوان
471	المطلب الثالث: الاتجاه المختلط لتعريف جريمة العدوان
473	المبحث الثالث: جريمة العدوان في نظر الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية
474	المطلب الأول: تعريف الجمعية العامة للأمم المتحدة لجريمة العدوان
476	المطلب الثاني: المحكمة الجنائية الدولية الدائمة وجريمة العدوان
477	الفرع الأول: تعليق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لحين وضع تعريف لجريمة العدوان
480	الفرع الثاني: محاولة تعريف جريمة العدوان أثناء المؤتمر الاستعراضي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 2010
482	المطلب الثالث: تعريف جريمة العدوان من خلال إضافة (المادة 8 مكرر) وإدخال تعديلات في نظام روما الأساسي
483	المبحث الرابع: جريمة العدوان في نظام روما الأساسي حسب المؤتمر الاستعراضي لعام 2010

الصفحة	الموضوع
483	المطلب الأول: تعريف جريمة العدوان حسب المؤتمر الاستعراضي لعام 2010
484	المطلب الثاني: ممارسة الاختصاص فيما يتعلق بجريمة العدوان
484	الفرع الأول: الإحالة من قبل الدولة ومباشرة المدعي العام التحقيقات من تلقاء نفسه
486	الفرع الثاني: الإحالة من مجلس الأمن
487	المطلب الثالث: التعديلات المتطرق لها فيما يتعلق بجريمة العدوان
488	الفرع الأول: الإحالات من مجلس الأمن
489	الفرع الثاني: الاختصاص الزمني بشأن جريمة العدوان
489	الفرع الثالث: الاختصاص المحلي بشأن جريمة العدوان
490	الخاتمة
492	قائمة المراجع



# المخلصات العربية للأبحاث الإنجليزية

