

الترقيم الدولي للنسخة الورقية 2410-2237
الترقيم الدولي للنسخة الإلكترونية 3079-0220

48

السنة الثانية عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي
صفر - ربيع الأول 1446هـ - سبتمبر 2024م

بحوث ودراسات باللغة العربية

● نظام حماية حق المؤلف وتحديات الذكاء الاصطناعي: دراسة تحليلية مقارنة

د. محمد حسن عبدالله
كلية القانون، جامعة الفجيرة
الإمارات العربية المتحدة

● إجراءات التقاضي في ضوء نظام إدارة الدعوى العمالية في القانون البحريني: دراسة تحليلية نقدية بين النظرية والتطبيق (ج1)

أ.سيد إبراهيم محسن العلوي
محام وباحث
كلية الحقوق، جامعة البحرين

● خطورة مرونة مفهوم النظام العام كقيد على ممارسة الحقوق والحريات

د. حازم سليمان توبات ود. نسرین فتحي عدوان
كلية القانون، جامعة اليرموك، إربد، الأردن

تعليق على أحكام قضائية

● تعليق على حكم المحكمة الدستورية رقم 11 لسنة 2022م ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022

د. خالد فايز الحويلة
قسم القانون، كلية الدراسات التجارية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، دولة الكويت

بحوث ودراسات باللغة الإنجليزية

● أهمية تطبيق مبادئ التمويل الإسلامي في الاقتصاد العالمي: النظام المصرفي الإسلامي في دولة الكويت - دراسة حالة

د. حمد الحساوي
كلية القانون الكويتية العالمية

● الإعلانات التفسيرية وأثرها على سريان المعاهدات الدولية

د. خالد الباقوت
كلية القانون الكويتية العالمية

● الاتجاه نحو اعتماد نظام القوائم الانتخابية المقفلة في الانتخابات البرلمانية الكويتية: الإشكالات والحلول

د. فاطمة خالد المحسن ود. خالد عوض الحربي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

● مسألة تعارض النص العام المتأخر مع النص الخاص المتقدم: دراسة تحليلية، مع الإشارة إلى تطبيقات للمسألة في الفقه والتشريعات الكويتية

د. راشد سعود العميري
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

● الإشكاليات التي يثيرها نشر القوانين في الجريدة الرسمية: دراسة تحليلية تأصيلية في القانون الكويتي

د. عبد الكريم ربيع العنزي ود. تركي سطات المطيري
قسم القانون، كلية الدراسات التجارية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، دولة الكويت

● التحكيم الإلكتروني كوسيلة فعالة لفض المنازعات وفقاً للنظام السعودي: دراسة مقارنة

د. عثمان مراد خلك
معهد الإدارة العامة
الرياض، المملكة العربية السعودية

● تحديات قانونية في مواجهة استخدام الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة التجارية

أ.د. آلاء يعقوب يوسف
كلية القانون، جامعة الشارقة
دولة الإمارات العربية المتحدة



كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

فصلية، علمية، محكمة

تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية

صدر العدد الأول منها في مارس 2013



السنة الثانية عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي⁴⁸

صفر - ربيع الأول 1446 هـ - سبتمبر 2024 م



النصوص الكاملة للبحوث متاحة على موقع المجلة على الإنترنت

Journal.kilaw.edu.kw



تفهرس المجلة وملخصاتها ونصوص أبحاثها في:

- قاعدة معلومات مكتبة الكونغرس الأمريكي تحت رقم: K13. A4755

على الرابط التالي: <https://Iccn.Ioc.gov/2018350324>

- قاعدة معلومات العلوم الإسلامية والقانونية (ISLAMIC info)

دار المنظومة لقواعد المعلومات العربية: www.mandumah.com

الاشتراكات

ثمن العدد

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

الاشتراكات السنوية

نوع الاشتراك	سنوات الاشتراك	الكويت	الدول العربية	الدول الأجنبية
أفراد	سنة	3 دنانير	4 دنانير	15 دولاراً
مؤسسات		15 ديناراً	15 ديناراً	60 دولاراً
أفراد	ستتان	5 دنانير	5 دنانير	25 دولاراً
مؤسسات		25 ديناراً	25 ديناراً	100 دولار
أفراد	3 سنوات	7 دنانير	10 دنانير	25 دولاراً
مؤسسات		35 ديناراً	35 ديناراً	140 دولاراً
أفراد	4 سنوات	9 دنانير	13 ديناراً	45 دولاراً
مؤسسات		45 ديناراً	45 ديناراً	180 دولاراً

تُدفع الاشتراكات بإحدى الطرق التالية:

- شيك لأمر كلية القانون الكويتية العالمية على أحد المصارف الكويتية.

- تحويل بنكي لحساب كلية القانون الكويتية العالمية:

اسم البنك: بنك الكويت الدولي رقم الحساب: 012010074824

IBAN: KW94KWIB0000000000012010074824

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

هاتف بدالة: 22280222 (+965) - مباشر: 22280183 (+965) - فاكس: 22280209 (+965)

الموقع الإلكتروني: www.kilaw.edu.kw البريد الإلكتروني: Kilawjournal@kilaw.edu.kw

تنويه: جميع الآراء التي تتضمنها البحوث المنشورة في هذا العدد من مجلة كلية القانون الكويتية العالمية تُعبّر عن وجهة نظر كاتبها فقط، ولا تُعبّر عن رأي المجلة ولا تعكس رأي الكلية

هيئة التحرير

- **رئيس التحرير**
أ. د. بدرية عبد الله العوضي
- **رئيس التحرير المشارك**
د. أحمد حمد الفارسي
- **مدير التحرير**
د. شريفة المهنا
- **مستشارو التحرير**
أ. د. يسري العصار
أ. د. سهام الفريح
أ. د. إقبال المطوع
أ. د. ياسر الصيرفي
أ. د. مجدي شهاب
د. حمد الحساوي
د. معاذ الملا
- **لجنة المجلة**
د. أرديت ميميتي
د. أحمد العتيبي
د. فرح ياسين
د. فاطمة البدر
د. حمد الفهد

الهيئة الاستشارية العربية والعالمية

- أ.د. أسامة الفولي
أستاذ الاقتصاد والمالية العامة
عميد سابق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية
جمهورية مصر العربية
- أ.د. أيوب بن منصور بن علي
أستاذ القانون الإداري والدستوري
معهد الإدارة العامة، الرياض
عضو مجلس الشورى السعودي لدورتين
المملكة العربية السعودية
- د. صالح البراشدي
أستاذ القانون التجاري المشارك
عميد كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس
مسقط، سلطنة عُمان
- أ.د. جون موريسون
أستاذ القانون، كلية القانون
جامعة كوينز بلفاست، المملكة المتحدة
- أ.د. روجر فينشيرو فيراري
أستاذ القانون، وعميد سابق كلية القانون
جامعة ميلانو، إيطاليا
- أ.د. حبيب قزي
أستاذ قانون الاقتصاد الدولي
عميد كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية
بيروت - لبنان
- أ.د. باسم ملحم
أستاذ القانون التجاري
عميد كلية الحقوق، الجامعة الأردنية
عمّان - المملكة الأردنية الهاشمية

قواعد النشر في المجلة العلمية وملاحقها

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلة قانونية علمية محكمة، ومنبر علمي أكاديمي يسعى إلى الجودة والجدية والتميز، تصدر بشكل دوري، مرة كل ثلاثة أشهر، كما تصدر ملاحق خاصة تتضمن بحوث المؤتمر السنوي الدولي للكلية، التي تطبق بشأنها قواعد ومعايير نشر البحوث بالأعداد الدورية نفسها، وهي تُرَحَّبُ بنشر كل ما يتصل بالموضوعات القانونية محل اهتمامها، باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية؛

وذلك في أحد الأبواب التالية:

1. البحوث والدراسات
2. التعليق على أحكام قضائية
3. ملخصات الرسائل الجامعية
4. التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات
5. عرض الكتب القانونية الجديدة ومراجعتها

على أن تكون في أي من المجالات العلمية، وعلى وجه الخصوص:

1. القانون بمختلف فروع
2. الشريعة والفقه الإسلامي
3. المالية العامة والاقتصاد والتشريعات الاقتصادية
4. العلوم الاجتماعية والطبيعية المرتبطة بالقانون
5. الدراسات المقارنة في القانون
6. التعريب في أي من المجالات السابقة

وذلك وفق السياسات والقواعد التالية:

أولاً: السياسات العامة للنشر

1. تولي إدارة الكلية أهمية كبيرة لدور المجلة العلمية في نشر وتشجيع البحث العلمي، وهي تسعى إلى تعزيز وتعميق دورها ورسالتها، ومراجعتها باستمرار بما يكفل رفع جودة البحوث المنشورة وفقاً لأفضل المعايير والممارسات العالمية، ويعزز من تأثيرها وإشعاعها في محيطها.
2. تسعى المجلة إلى أن تكون منبراً علمياً جاداً ومتميزاً، وأن تُشكِّلَ البحوث

المنشورة فيها قيمة مضافة في مجال تخصصها بما يعزز المجالات القانونية المختلفة، ويجعلها في مصاف المجالات العلمية العالمية، وذلك في إطار مشروع للتجديد في الفكر والمنهج البحثي.

3. تعمل المجلة على ضمان جودة البحوث التي تقبلها للنشر، من خلال تطبيق قواعد النشر، والتحكيم، والمراجعة التحريرية، والتدقيق اللغوي.

4. تحرص المجلة على أن تقوم البحوث المقدمة للنشر فيها على حالات واقعية بآلية تستوعب المتغيرات الجارية من النواحي الموضوعية والمنهجية والشكلية.

5. تشجع المجلة الدراسات القانونية المقارنة.

6. تشجع المجلة أن تعتمد البحوث المقدمة للنشر فيها منهج النقد والتحليل وقدر الأفكار بالأفكار من خلال المنهجية والأساليب الحديثة.

7. تقبل المجلة البحوث المقدمة للنشر من باحث منفرد، ومن باحثين مشتركين، وفي حالة اشتراك ثلاثة باحثين، يجب تقديم خطاب موقع منهم يبين إسهام كل واحد في البحث.

8. تخضع جميع المواد المقدمة للنشر للتحكيم من قبل متخصصين وحاصلين على درجة علمية أعلى من الباحث أو موازية له.

ثانياً: قواعد النشر

1 - بالنسبة للبحوث والدراسات العلمية:

أ - 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 دكتوراه أو ماجستير الباحث، أو من كتاب له سبق نشره، إلا إذا كان ذا قيمة أو إضافة جديدة، توافق عليها هيئة تحرير المجلة مسبقاً.
3. أن يكون موضوع البحث مستجداً وأصيلاً ومبتكراً، ويعالج قضية حيوية ومهمة.
4. أن ينصبّ التركيز في البحث على الموضوع محل الدراسة دون مقدمات نظرية أو استطراد أو إضافات لا لزوم لها، على أن يكتفي الباحث بالإحالة إلى المراجع التي تناولت ذلك ما دام لازماً.

5. أن يستخدم الباحث المنهج النقدي في دراسته، ويناقش بعمق موضوع البحث والإشكالات التي يثيرها.
6. أن يتضمن في خاتمته بياناً بالنتائج التي توصل إليها الباحث، وعرضاً للتوصيات التي يقدمها لمعالجة القضايا المطروحة أو الإشكالات محل الدراسة، ومقترحات لدراسات مستقبلية يستدعيها موضوع البحث.
7. أن تكون مراجع البحث أو الدراسة حديثة ومتنوعة، محلية وعالمية، عربية وأجنبية كلما كان ذلك ممكناً، وموثقة بشكل كامل، وذلك على النحو التالي
بالنسبة للكتب: اسم الكاتب الشخصي ثم لقبه العائلي / عنوان الكتاب / الجزء (ج)، الطبعة (ط)، دار النشر، بلد النشر، وسنة النشر، والصفحة (ص) بالنسبة للهوامش.
وبالنسبة للأبحاث: اسم الباحث الشخصي ثم لقبه العائلي، عنوان البحث، اسم المجلة أو الدورية، الناشر (الكلية أو الجامعة أو الجهة، البلد، المجلد (مج)، السنة (س)، العدد (ع)، الشهر، السنة، الصفحة بالنسبة للهوامش.
8. أن تكون القوانين والتشريعات واللوائح موثقة بالإشارة إلى عدد وتاريخ الجريدة الرسمية.
9. أن يتضمن البحث بعد قائمة المراجع جدولاً بمحتوى البحث / الفهرس.
10. ألا يتجاوز عدد كلمات البحث أو الدراسة خمسة عشر ألف (15000) كلمة، أو ألا يتجاوز عدد الصفحات (30) صفحة عادية، من حجم A4. (نوعية الخط Times new Roman - حجمه (14) - المسافة بين الأسطر في الصفحة الواحدة 1.15 - الهوامش: نوعية الخط نفسها - حجمه (10) - المسافة بين الأسطر 1.0)، متضمنة الملخصين (العربي والإنجليزي والمراجع).
11. أن يرفق بالبحث ملخص باللغتين العربية والإنجليزية، يتكوّن كل واحد منهما من 250 إلى 300 كلمة بحد أقصى (أو صفحة واحدة)، ويتضمن موضوع البحث وإشكاليته، أهدافه ونطاقه، ومنهجيته وأهم محاوره، وبيان بأهم نتائجه، وأبرز توصياته، على ألا يكون ذلك نسخاً أو تكراراً لنصوص وردت في باقي أجزاء متن البحث. ويتلو الملخص كلمات دالة، على ألا تزيد على خمس كلمات (غير واردة في عنوان البحث)، تعبّر عن المجالات التي يتناولها البحث، لاستخدامها في الكشف.

12. لا يجوز نشر البحث أو الدراسة في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، إلا بعد إذن كتابي من هيئة التحرير.
13. ترسل البحوث أو الدراسات بطريقة إلكترونية عبر منصة المجلة أو البريد الإلكتروني، كما يمكن أن تسلم مطبوعة، من ثلاث نسخ، أو إلكترونية بصيغتي بي دي إف PDF وورد Word، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
14. لا ترد أصول البحث أو الدراسة بعد الموافقة عليها من هيئة التحرير.
15. يجب أن يرفق الباحث ملخصاً للسيرة الذاتية لا يتجاوز صفحة واحدة، يتضمن البحوث المنشورة للباحث.
16. يمنح كل باحث 3 نسخ من العدد المنشور فيه بحثه مع 20 مستلاً من البحث.
17. يكون للمجلة الحق في الاحتفاظ بجميع حقوق النشر، ورقياً وإلكترونياً للبحث المجاز، وذلك لمدة 3 سنوات من تاريخ النشر.

ب - 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 ترتب المصادر والمراجع بدءاً بالمراجع العربية، ثم المراجع الأجنبية، من دون ترقيم، وأن يكون الترتيب حسب الحروف الأبجدية، ولا تدخل «ال» التعريف و«ابن» و«أبو» في الترتيب، بل ينظر إلى ما بعدها.
 2. يُشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة على امتداد صفحات البحث أو الدراسة، وتشرح مرقمة بحسب تسلسلها.
 3. لا توضع إشارة إلى هوامش على العناوين الرئيسة أو الفرعية للبحث.
 4. يخضع ترتيب البحوث والدراسات المنشورة في المجلة لاعتبارات فنية.
 5. 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.

II - بالنسبة للتعليق 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، مع مراعاة عدم التعرض للهيئة والقضاة الذين أصدروه.

III - بالنسبة لعرض ملخصات الرسائل الجامعية:

تنشر المجلة ملخصات للرسائل 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.
- ملخص لموضوع الرسالة وكيفية تحديده، ويكون ضمن الرسالة.
- ملخص لمنهج الرسالة وفروضها وعيبتها وأدواتها.
- خاتمة لأهم ما توصل إليه معد الرسالة من نتائج وتوصيات.

IV - بالنسبة لتقارير اللقاءات العلمية:

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

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

V - بالنسبة لعرض 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 ومشتتلاً على إضافة علمية جديدة.
- أن يكون معد المراجعة متخصصاً في المجال العلمي للكتاب نفسه.

- 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 إلى: السيد/ رئيس تحرير مجلة كلية القانون الكويتية العالمية:**

• البريد العادي:

الكويت - مدينة الدوحة - قطعة 4 - قسيمة 800005

ص.ب: 59062 - الرمز البريدي: 93151

الهاتف: بدالة +965 22280222 مباشر +965 66305615

• موقع المجلة على الإنترنت:

<https://journal.kilaw.edu.kw/>

• البريد الإلكتروني:

kilawjournal@kilaw.edu.kw

محتويات العدد

الموضوع	الصفحة
كلمة العدد	
الذكاء الاصطناعي والأدوات الرقمية في خدمة حرب الإبادة في غزة! أ.د. بدرية عبدالله العوضي	13
بحوث ودراسات باللغة العربية	
الإعلانات التفسيرية وأثرها على سريان المعاهدات الدولية د. خالد الياقوت	17
الاتجاه نحو اعتماد نظام القوائم الانتخابية المقفلة في الانتخابات البرلمانية الكويتية: الإشكالات والحلول د. فاطمة خالد المحسن ود. خالد عوض الحربي	87
مسألة تعارض النص العام المتأخر مع النص الخاص المتقدم: دراسة تحليلية، مع الإشارة إلى تطبيقات للمسألة في الفقه والتشريعات الكويتية د. راشد سعود العميري	139
الإشكاليات التي يثيرها نشر القوانين في الجريدة الرسمية: دراسة تحليلية تأصيلية في القانون الكويتي د. عبد الكريم ربيع العنزي ود. تركي سطاتر المطيري	183
التحكيم الإلكتروني كوسيلة فعالة لفض المنازعات وفقاً للنظام السعودي: دراسة مقارنة د. عثمان مراد خلك	255

313	تحديات قانونية في مواجهة استخدام الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة التجارية أ.د. آلاء يعقوب يوسف
341	نظام حماية حق المؤلف وتحديات الذكاء الاصطناعي: دراسة تحليلية مقارنة د. محمد حسن عبدالله
393	إجراءات التقاضي في ضوء نظام إدارة الدعوى العمالية في القانون البحريني: دراسة تحليلية نقدية بين النظرية والتطبيق (ج1) أ.سيد إبراهيم محسن العلوي
451	خطورة مرونة مفهوم النظام العام كقيّد على ممارسة الحقوق والحريات د. حازم سليمان توبات ود. نسرین فتحی عدوان
تعليق على أحكام قضائية	
489	تعليق على حكم المحكمة الدستورية رقم 11 لسنة 2022م ببطان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 د. خالد فايز الحويلة
بحوث ودراسات باللغة الإنجليزية	
37	أهمية تطبيق مبادئ التمويل الإسلامي في الاقتصاد العالمي: النظام المصرفي الإسلامي في دولة الكويت - دراسة حالة د. حمد الحساوي

الذكاء الاصطناعي والأدوات الرقمية في خدمة حرب الإبادة في غزة!

أ. د. بدرية عبدالله العوضي^(*)

رئيس التحرير

من دون اكرتاث بالقانون الدولي الإنساني، أو بأي اتفاقيات أو أعراف دولية، أو بالقيم الإنسانية والأخلاقية، يواصل الكيان الصهيوني حرب التدمير والإبادة ضد الشعب الفلسطيني الأعزل في قطاع غزة. وتتكشف يوماً بعد يوم الأساليب الوحشية والهمجية التي يستخدمها جيش الاحتلال في حربه ضد المدنيين، مستخدماً - في ذلك - أحدث الأسلحة المحرمة، بما فيها القنابل الضخمة، والصواريخ عالية الانفجار، وكذلك آخر تقنيات وبرامج الذكاء الاصطناعي، والأدوات الرقمية الأخرى.

وقد أكدت تقارير منظمات حقوق الإنسان الدولية الصادرة أخيراً، ومن بينها تقرير لمنظمة «هيومن رايتس ووتش»، أن من شأن استخدام جيش الاحتلال الإسرائيلي تقنيات المراقبة والذكاء الاصطناعي، وأدوات رقمية أخرى، للمساعدة في تحديد أهداف هجماته في غزة، أن يزيد من خطر إلحاق أضرار كبيرة وواسعة بالمدنيين. وهو ما أكدته - بالفعل - تقارير لمنظمات دولية إنسانية؛ حيث أشارت إلى أن خمسة عشر (15) من بين كل ستة عشر (16) شهيداً في غزة هم من المدنيين.

كما أكدت «هيومن رايتس ووتش» أن استخدام جيش الاحتلال الإسرائيلي الأدوات الرقمية يثير مخاوف أخلاقية وقانونية وإنسانية خطيرة. وأوضحت - في شرح تفصيلي - أن «جيش الاحتلال يستخدم - في أعماله العدائية في غزة - أربع أدوات رقمية بغية تقدير عدد المدنيين في منطقة ما قبل الهجوم، وإخطار الجنود بموعد الهجوم، وتحديد ما إذا كان شخص ما مدنياً أم مقاتلاً، وما إذا كان مبنى ما مدنياً أم عسكرياً». وقد وجدت «هيومن رايتس ووتش» أن «هذه الأدوات الرقمية يفترض أنها تعتمد على بيانات خاطئة، وتقديرات تقريبية غير دقيقة؛ لتزويد الأعمال العسكرية بالمعلومات بطرق قد تتعارض مع التزامات إسرائيل بموجب القانون الدولي الإنساني، خاصة قواعد التمييز والحيطة».

وأكدت المنظمة أن جيش الاحتلال يستخدم بيانات غير كاملة، وحسابات معيبة، وأدوات غير مناسبة؛ للمساعدة في اتخاذ قرارات مصيرية تنطوي على حياة أو موت في

* أستاذ متفرغ ورئيس سابق لقسم القانون الدولي العام بكلية القانون الكويتية العالمية، وعميد سابق لكلية الحقوق بجامعة الكويت.

غزة؛ مما قد يزيد من الضرر اللاحق بالمدنيين. وشددت «هيومن رايتس ووتش» على أن المشكلات الكامنة في تصميم هذه الأدوات واستخدامها تعني أنه، بدلا من تقليل الضرر اللاحق بالمدنيين، قد تؤدي (هذه الأدوات) إلى قتل المدنيين وإصابتهم بشكل غير قانوني. ووفق التقرير الموثق فإن هذه الأدوات تتضمن مراقبة مستمرة ومنهجية للسكان الفلسطينيين في غزة، بما في ذلك بيانات جُمعت قبل الحرب الحالية بطريقة تتعارض مع القانون الدولي لحقوق الإنسان. وتستخدم هذه الأدوات البيانات الشخصية للمدنيين لتقديم معلومات تستند إليها توقعات التهديدات، وتحديد الأهداف، والتعلم الآلي.

ومن ضمن الأدوات التقنية والرقمية التي أشار إليها التقرير أن هناك أداة تعتمد على تتبع الهواتف الخلوية لمراقبة إجلاء الفلسطينيين من أجزاء من شمال غزة، أمر جيش الاحتلال كل سكانها بالمغادرة، وأداة تُعرف بـ «غوسبل» The Gospel، تعد قوائم بالمباني أو الأهداف الهيكلية الأخرى التي سيتم مهاجمتها؛ وأداة تُعرف بـ «لافندر» Lavender تمنح تصنيفات للأشخاص في غزة، فيما يتعلق بانتمائهم المشتبه به إلى جماعات المقاومة الفلسطينية، من أجل تصنيفهم كأهداف عسكرية؛ وأداة تعرف بـ «أين أبي؟» Where's Daddy، تزعم تحديد متى يكون الهدف في مكان مُعين - غالبًا مكان إقامة عائلته المفترض، وفقا لتقارير - لمهاجمته هناك.

إن استخدام برامج الذكاء الاصطناعي، والأدوات التقنية والرقمية المختلفة، لأغراض إيذاء المدنيين والتنكيل بهم، وقتلهم وتشريدهم وإبادتهم، هو جزء من جريمة الإبادة الجارية، وهو جريمة حرب وجريمة ضد الإنسانية، وتقع تحت طائلة القوانين الدولية المختلفة، بما في ذلك القانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات بين أشخاص المجتمع الدولي (ويشمل ذلك الدول المحتلة والشعوب المحتلة)، والقانون الدولي الإنساني الذي ينظم الالتزامات الإنسانية خلال الحروب، واتفاقيات جنيف الأربع التي تستهدف حماية ضحايا النزاعات المسلحة، وكذلك اتفاقيات وأخلاقيات استخدام هذه التقنيات الرقمية الحديثة.

وإذا كانت دولة الاحتلال تمتلك شركات لتصنيع مثل هذه التقنيات وتطويرها، فإن كثيراً من هذه التقنيات تحصل عليها (دولة الاحتلال) من الشركات العالمية؛ ما يفتح باب المساءلة القانونية لهذه الشركات بدعوى المشاركة في جريمة الإبادة.

وأخيراً، إذا كان من المؤكد أن دولة الاحتلال الإسرائيلي دولة مارقة، وتجد دعماً من القوى العظمى، فإن الإرادة الإنسانية والحقوقية والقانونية الدولية يمكنها أن تكبح جماح هذه الممارسات، وتكشفها وتتصدى لها، وهو أمر تقع مسؤوليته على جميع الأطراف الحية والواعية والمبادرة.

بحوث ودراسات باللغة العربية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الثانية عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي 48

صفر - ربيع الأول 1446هـ - سبتمبر 2024م

الإعلانات التفسيرية وأثرها على سريان المعاهدات الدولية^(*)



د. خالد الياقوت
أستاذ القانون الدولي العام المساعد
كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

تدور الدراسة حول سبيل الإعلان التفسيري باعتباره أحد صور اعتراض الدول والمنظمات الدولية الأطراف في معاهدة ما على نص أو أكثر من نصوص المعاهدة، وبيان أثر ذلك حال صدوره، مع اقتصار ذلك الاعتراض على التفسير لنصوص المعاهدة من وجهة نظر الدولة أو المنظمة الدولية مصدرة الإعلان، إذ يتناول البحث الكيان الخاص بالإعلان التفسيري من حيث تعريفه وتمييزه عما يشابهه لا سيما التحفظ باعتباره أقرب الصور للإعلان التفسيري فيما يخص اعتراض الأطراف على المعاهدات الدولية، وذلك من خلال بيان ماهية الإعلان التفسيري وماهية التحفظ وسائر المتشابهات الأخرى، بغاية الوقوف على أوجه الاختلاف.

وعمل الباحث على إجلاء مدى جوازية الإعلان التفسيري وردود الفعل بشأنه، مع البيان لمدى وجوب إصدار الإعلان التفسيري في شكل معين مع إيضاح وقت إصدار الإعلان وردود الفعل عليه، فضلاً عن إيضاح الأثر القانوني المترتب على الإعلان التفسيري، وعلى ردود الفعل على ذلك الإعلان سواء كانت بالموافقة أو الاعتراض أو إعادة الوصف. كما سعى إلى بيان الإشكاليات العملية المتعلقة بالإعلان التفسيري بداية من غايته، وصولاً إلى أثره القانوني، والإجراءات المتعلقة به مع إلحاق كل منها بالحلول العملية الممكنة بشأن كل فرضية حتى تحقق الدراسة الغاية المرجوة منها بشأن التنظيم القانوني للإعلانات التفسيرية، ونوّهنا في متن البحث ومذيلته بتوصيات حول التنظيم القانوني للإعلان التفسيري باتفاقية فيينا، سواء بشكل وإصدار الإعلان

وتاريخ قبوله: 15 أغسطس 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 8 أبريل 2024

وسائر إجراءاته، أو ردود الفعل بشأنه، وجاء على رأس تلك التوصيات وجوب أن يصدر الإعلان التفسيري كتابة، مع لزوم الإبلاغ الوجوبي له حتى تتحقق الغاية من الإعلان، وإلا كان الإعلان التفسيري بمثابة اعتراض سري على نصوص المعاهدات الدولية لا قيمة له.

كلمات دالة: الاتفاقية الدولية، والمعاهدة الدولية، والدول الأطراف، وحُجية الإعلان التفسيري، وآثار الاتفاقيات، وسريان المعاهدات.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث وأهميته

في ظل أن الدول لا تحيا بالعالم على نحو انفرادي، وإنما تقيم العديد من العلاقات الدولية الثنائية والمتعددة مع الدول الأخرى والمنظمات الدولية في سبيل إجراء التعاون العام، وكذا لأجل تحقيق علاقات متنوعة على الصعيد الأقليمي والدولي فيما يتعلق بالعديد من الجوانب، منها الجانب التنظيمي والتشريعي واللوجستي والحربي والتجاري والجنائي إلى غير ذلك من الجوانب.

وكان السبيل لأجل إجراء تلك العلاقات بين الدول بعضها البعض أو مع المنظمات الدولية هو إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، ففي المعاهدات الثنائية تنضم الدولتان أو المنظمتان الدوليتان أو الكيانان - من دول ومنظمات - إلى المعاهدة منذ إبرامها مع توقف نفاذها على بعض الإجراءات الرسمية والداخلية، أما المعاهدات المتعددة الأطراف فتتضم الدول والمنظمات الدولية إليها وقت إبرامها أو في تاريخ لاحق لإبرامها باعتبارها ذات طبيعة متعددة توسع المجال للدخول فيها بعد إبرامها ولو بسنوات سيما إذا لم يمنع ذلك نصوص المعاهدة.

بيد أن هناك بعض الدول والمنظمات الدولية تنضم للمعاهدات الدولية، إلا أن بعض نصوص تلك المعاهدات تعترض عليه الدولة أو المنظمة الدولية المنضمة، فتستخدم آلية التحفظ بتعليق العمل بنص ما وفق إجراءات معينة، وقد لا تعترض الدولة أو المنظمة الدولية على نص أو نصوص المعاهدة إلا أنها تفسرها تفسيراً يتوافق مع فهمها ودستورها وإطارها التشريعي وديانها ومبادئها العامة وذلك بتفعيل آلية الإعلان التفسيري الذي يقتصر دوره على تفسير نص أو نصوص معينة بالمعاهدة على نحو معين دون تعليق العمل بها.

وقد خلت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات - باعتبارها الشريعة العامة في إرساء قواعد المعاهدات الدولية - من تنظيم للإعلان التفسيري مثلما قامت به في التحفظ، إلا أن الواقع العملي بالمعاهدات الدولية هو من أتى بالإعلان التفسيري دون النص عليه بقانون المعاهدات، إذ شرع الإعلان التفسيري من خلال أفعال وممارسات الدول

والمنظمات الدولية بالعديد من المعاهدات الدولية، ما جعل الإعلان التفسيري أحد لبنات الواقع العملي بشأن التعقيب على المعاهدات والاتفاقيات.

ومناطق بحثنا تناول الإعلان التفسيري بالدراسة بالشروع في بيان الإرهاسات السابقة على صدور الإعلانات التفسيرية والتي جعلت منها أداة فعّالة للتعقيب على المعاهدات الدولية، الذي تم إلحاقه ببيان ماهيته بكافة جوانبها وسائر ما يميزه عما يشابهه من سبل تعقيب واعتراض على المعاهدات الدولية سيما سبيل التحفظ، هذا فضلاً عن بيان صور الإعلان التفسيري التقليدية التي جرى عليها الواقع العملي جراء فعل الدول والمنظمات الدولية بحسب الأصل الذي يليه بعد ذلك بصور الإعلان التفسيري الاستثنائي، ثم سنتقل بعد ذلك إلى بيان الآثار القانونية المترتبة على الإعلانات التفسيرية بشأن سريان المعاهدات الدولية، والتي اتضح من خلالها مدى تأثير تلك الإعلانات التفسيرية على نصوص الاتفاقية ومدى الزاميتها سواء بالعلاقات الثنائية أو العلاقات المتعددة الأطراف.

وختمنا بحثنا بالتعرض إلى ردود الأفعال الصادرة من الدول بشأن الإعلانات التفسيرية سواء بالموافقة أو الاعتراض أو السكوت أو غير ذلك من ردود الأفعال، مع بياننا لأثر كل رد فعل من تلك الردود على سريان المعاهدات الدولية، سواء بالعلاقات الثنائية أو بالعلاقات متعددة الأطراف.

ثانياً: هدف البحث ومضمونه

يهدف البحث إلى إبراز خصوصية الإعلانات التفسيرية للمعاهدات الدولية التي تنضم إليها الدولة أو المنظمة الدولية، وبيان الفارق بينها وبين ما قد تبديه الدول والمنظمات الدولية من تحفظ، وكيفية فض التنازع الناجم عن ذلك بين الدول والمنظمات أطراف المعاهدة، مع إبراز آثار تلك الإعلانات على نطاق سريان المعاهدة، كما يركز البحث على ضرورة وضع آلية جديدة لتفادي المشكلات الناجمة عن هذا الوضع، ولا سيما تعديل الاتفاقيات الدولية المرجعية بشأن التفسير.

ثالثاً: إشكاليات البحث

تتمثل إشكالية البحث في عدم تنظيم الإعلانات التفسيرية بتقنين دولي من خلال المعاهدات الدولية، واقتصار تواجد تلك الإعلانات على الواقع العملي من خلال ممارسات الدول والمنظمات الدولية.

رابعاً: منهجية البحث

سوف يتبنى الباحث المنهج التحليلي، مع الأخذ في بعض جوانبه بالمنهج التأصيلي.

خامساً: خطة البحث

نتناول هذا البحث في مبحثين على النحو المبين أدناه:

المبحث الأول: ماهية الإعلان التفسيري وصوره.

المبحث الثاني: الآثار القانونية للإعلانات التفسيرية على سريان المعاهدات الدولية.

المبحث الأول

ماهية الإعلان التفسيري وصوره

في ظل اعتبار الإعلان التفسيري أحد صور التعقيب والاعتراض على المعاهدات الدولية من الدول والمنظمات الدولية، فينبغي لبيان الماهية العامة له وصوره بيان تعريف هذا الإعلان وتمييزه عما يشابهه كالتحفظات، ثم بيان صور الإعلان التفسيري، ما على إثره نتناول هذا المبحث في مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: تعريف الإعلان التفسيري وتمييزه عما يشابهه.

المطلب الثاني: صور الإعلان التفسيري.

المطلب الأول

تعريف الإعلان التفسيري وتمييزه عما يشابهه

ليتسنى لنا بيان ماهية الإعلان التفسيري على نحو إيضاحي من خلال هذا المطلب، علينا تناول الجانب التاريخي لظهوره، ثم تعريفه وتمييزه عما يشابهه.

لذا سنتناول في هذا المطلب: إرهاصات ظهور الإعلان التفسيري، وتعريف الإعلان التفسيري، وتمييز الإعلان التفسيري عما يشابهه، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

إرهاصات ظهور الإعلان التفسيري

لم تنظم المعاهدات الدولية الإعلان التفسيري، حتى أن اتفاقيتي فيينا لعامي 1969 و1986 التزمتا الصمت حيال الإعلانات التفسيرية، إلا أن تلك الإعلانات نظمها الواقع العملي بممارسات الدول الأطراف بالمعاهدات، إذ اعتبرت الدول أن بإمكانها أن ترفق بموافقتها على معاهدة متعددة الأطراف إعلانات تفسيرية تشير فيها إلى المعنى الذي تقبل به الالتزام بالمعاهدة دون أن تبتغي من ذلك التعديل أو الاستبعاد للأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة.

فلم تكن فكرة الفصل بين التحفظات والإعلانات التفسيرية مهيمنة في الفقه

القانوني قبل إقرار نظام اتفاقية فيينا للمعاهدات، إذ اعتقد العديد من المؤلفين أن كلا المفهومين واحد ونفس الشيء⁽¹⁾.

ويعد لجوء الدول إلى تلك الإعلانات أمراً ضارباً في القدم منذ ظهور المعاهدات متعددة الأطراف، إذ يرجع تاريخها إلى ظهور الوثيقة الختامية لمؤتمر فيينا لعام 1815 التي تضم في صك شامل جميع المعاهدات المبرمة بعد هزيمة نابليون، إذ بمجرد ظهور هذا الشكل متعدد الأطراف من المعاهدات ظهر معه الإعلان التفسيري إلى جانب التحفظ، إذ صدر أول إعلان تفسيري عن بريطانيا التي أعلنت عن تبادل وثائق التصديق أن المادة (8) من معاهدة التحالف المبرمة مع النمسا.... وروسيا - وهي المادة التي دعت فرنسا إلى الانضمام إلى هذا التحالف - ينبغي فهمها على أنها «تلتزم الأطراف المتعاقدة... ببذل جهد مشترك ضد سلطة نابليون بونابرت... ولكن يجب ألا تفهم على أنها تلزم صاحب الجلالة البريطانية بمواصلة الحرب بهدف فرض حكومة معينة على فرنسا»⁽²⁾.

والآن أصبحت الإعلانات التفسيرية شائعة في الواقع العملي باستخدامها من الدول والمنظمات الدولية على نحو واسع في العديد من المعاهدات الدولية باعتبارها طريقاً للاعتراض أيسر من التحفظ، ولا يتغيا تعديل نصوص المعاهدة.

الفرع الثاني

تعريف الإعلان التفسيري

يعني الإعلان التفسيري إعلاناً انفرادياً أيّاً كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة أو منظمة دولية وتهدف به تلك الدولة أو المنظمة الدولية إلى تحديد أو إيضاح معنى أو نطاق المعاهدة أو بعض أحكامها⁽³⁾. ولا أهمية لما تطلقه الدول على الإعلانات الانفرادية التي تقوم بها، فقد تدّعي الدول أن إعلاناً انفرادياً أصدرته هو إعلان تفسيري

(1) Fr. Horn, Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, Elsevier Science, Amsterdam, 1988, p.229.

(2) تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة - الدورة الثالثة والستون - 2012 - المبدأ التوجيهي رقم 1 - 2 - ص 82.

(3) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

بينما هو تحفظ، لذا العبرة بطبيعة الإعلان وليس بالمسمى الذي تطلقه الدولة مصدرة الإعلان عليه⁽⁴⁾. وهذا ما تؤكد ممارسة الدول التي لا تتردد إزاء الإعلانات الانفرادية التي تقدّمها بعض الدول بوصفها إعلاناً تفسيرياً في الاعتراض عليها واعتبارها ليست إعلانات تفسيرية بل هي تحفظات⁽⁵⁾.

إلا أن صعوبة تحديد مفهوم التفسير هو ما يعقد بيان الماهية التوضيحية للإعلان التفسيري⁽⁶⁾، وقد ذهبت محكمة العدل الدولية بشأن بيان ماهية التفسير إلى أنه التحديد

(4) Monika Heymann, Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen, Dunker & Humblot, Berlin, 2005, pp.34-37.

(5) هناك أمثلة عديدة على هذه الظاهرة كاعتراض هولندا على الإعلان التفسيري للجزائر بخصوص الفقرتين 3، 4 من المادة (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لعام 1966، وكذا ردود الفعل العديدة من عدة دول على إعلان الفلبين بشأن اتفاقية قانون البحار لعام 1982، وكذا اعتراض المكسيك الذي اعتبر أنه الإعلان الثالث الذي وصف رسمياً بأنه تفسيري والتي أصدرته الولايات المتحدة الأمريكية بشأن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية المؤرخة 20 ديسمبر لسنة 1988، وكذا رد فعل ألمانيا على إعلان أشارت فيه حكومة تونس إلى أنها لن تتخذ لتطبيق اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة 1989/11/20 أي قرار تشريعي أو تنظيمي يتعارض مع أحكام الدستور التونسي، وكذا رد ألمانيا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية على إعلان تفسيري ليوغوسلافيا بشأن معاهدة قاع البحار لعام 1971 باعتباره إعلاناً تفسيرياً حقيقياً يرفضونه ثم باعتباره تحفظاً، انظر :

“Declarations and Reservations to the 1971 Seabed Treaty”, I.Y.B.I.L. 1985, p.110.

(6) «De l'interprétation des traités», IIL Yearbook, 1950, pp. 366-423 et 1952 t.I and 1952, vol. I, pp. 197-223 and vol. II, pp. 359-406; V.D. Degan, L'interprétation des accords en droit international, (The Hague, Nijhoff, 1963), p. 176; Myres S. McDougall, H.D. Laswell and J.C. Miller, The Interpretation of Agreements and World Public Order, (Yale University Press, 1967), p. 410 and Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 536; Serge Sur, L'interprétation en droit international public, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 449; Mustapha Kamil Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne», Recueil des cours..., 1976-III, vol. 151, pp. 1-114; Marteen Bos, «Theory and Practice of Treaty Interpretation», Netherlands International Law Review, 1980, pp. 3-38 and 135-170 ; Anthony Aust, Modern Treaty Law and Practice, New York, Cambridge University Press, 2nd edition, 2007, pp. 230-233; Ulf Linderfalk, On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Dordrecht, Springer, 2007, pp. 10-13; Richard K. Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 26-33; Alexander Orakhelashvili, « The Recent Practice on the Principles of Treaty Interpretation », en Alexander Orakhelashvili et Sarah Williams, 40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties, London,

الدقيق لمعنى ونطاق نص ملزم قانوناً⁽⁷⁾.

الفرع الثالث

تمييز الإعلان التفسيري عما يشابهه

أولاً: تمييز الإعلان التفسيري عن التحفظ

لم تكن فكرة الفصل بين التحفظات والإعلانات التفسيرية مهيمنة في الفقه القانوني قبل إقرار نظام اتفاقية فيينا للمعاهدات، إذ اعتقد العديد من المؤلفين أن كلا المفهومين واحد ونفس المضمون والمعنى والأثر⁽⁸⁾، وكثيراً ما قاموا بصياغة تعريفات للتحفظات تشمل الإعلان التفسيري لأحكام المعاهدة⁽⁹⁾، ويمكن العثور على هذا الاتجاه في جهود التدوين الخاصة مثل مشروع اتفاقية هارفارد لقانون المعاهدات⁽¹⁰⁾.

British Institute of International and Comparative Law, 2010, p. 117; Panos Merkouris, «Introduction : Interpretation is a Science, is an Art, is a Science », en Malgosia Filzmaurice, Olufemi Elias et Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010. pp.1-13.

(7) انظر حكم محكمة العدل الدولية الدائمة، الحكم الصادر في 16 ديسمبر/1927 تفسير الحكامين رقم 7، 8 (مصنع شورزوف) مجموعة الأحكام، المجموعة (أ) العدد 13، ص 10، وتنتظر أيضاً حكم ذات المحكمة الصادر في 27 نوفمبر/1950 بشأن طلب تفسير الحكم الصادر في 20 نوفمبر/1950 في قضية حق اللجوء، مجموعة الأحكام لعام 1950، ص 402.

(8) Fr. Horn, Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, Elsevier Science, Amsterdam, 1988, p.229.

(9) Some examples: D.H. Miller, Reservations to Treaties: The Effect and the Procedure in Regard Thereto, Washington D.C., 1919, p. 79: "to add to or limit the terms of a treaty, or to exclude or to modify, to qualify, to interpret, or to explain certain terms"; D. Kappeler, Les reserves dans les traites internationaux, Basel, Verlag fur Recht und Gesellschaft, 1958, p. 13: "un Etat fixe definitivement, en ce qui le concerne, l'interpretation d'une ou plusieurs stipulations du traite"; J. F. Triska et R.M. Sussler, The Theory, Law, and Policy of Soviet Treaties, Stanford, Stanford University Press, 1962, p.82 : "a declaration (...) that the said State intends to exclude some provision from the treaty, to change its significance or to impart a special meaning to it".

(10) The commentary to Article 13 (Use of the Term "Reservation") affirms: "By the very act of formulating such a condition the declarant State recognizes by implication that there are other possible interpretations which might otherwise be placed upon the treaty and which it wishes definitively ruled out so far as it is concerned. Such a reservation, therefore, restricts the effect of the treaty because, in the absence of the reservation, the other

ويُنَبِّأ فيما سبق أن الإعلان التفسيري هو إعلان انفرادي أيًا كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة أو منظمة دولية وتهدف به تلك الدولة أو المنظمة الدولية إلى تحديد أو إيضاح معنى أو نطاق المعاهدة أو بعض أحكامها، أما التحفظ فقد عرّفته المادة الثانية في فقرتها الأولى (البند د) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بأنه إعلان من جانب واحد أيًا كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو موافقتها أو انضمامها إلى معاهدة، مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من حيث سريانها على تلك الدولة⁽¹¹⁾.

وبمطالعة ماهية كل من التحفظ والإعلان التفسيري يتبين أن الإعلانات التفسيرية تختلف عن التحفظات بالهدف الذي تنشده الدولة أو المنظمة الدولية، إذ تهدف الدولة أو المنظمة الدولية من التحفظ استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة هي النصوص المتحفظ عليها، بينما تهدف الدولة أو المنظمة الدولية من الإعلان التفسيري تحديد المعنى والإطار لأحكام النصوص محل الإعلان التفسيري.

بعبارة أخرى، يتوقف تصنيف الإعلان الانفرادي بأنه تحفظ على ما إذا كان هدفه استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة عند تطبيقها على الدولة أو المنظمة الدولية التي يصدر عنها الإعلان، ويتوقف تصنيف الإعلان الانفرادي بأنه إعلان تفسيري على ما إذا كان هدفه تحديد أو توضيح المعنى أو الإطار العام الذي ينسب إليه الإعلان إلى المعاهدة أو إلى أحكام محددة فيها⁽¹²⁾.

parties would have had the right to rely upon, and to seek to make prevail, some one of the other possible interpretations". See Harvard Research in International Law, "Law of Treaties", A.J.I.L. Supp., 1935, pp. 657-665.

(11) اعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عُقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقمي 2166، 2287 الصادرين عام 1967 وتم اعتماد الاتفاقية في 1969/05/22 ودخلت حيز النفاذ في عام 1980.

(12) وهذا ما أكدته التطبيقات القضائية، ففي قضية تحديد الجرف القاري اعتبرت هيئة التحكيم الإنجليزية - الفرنسية أنه بغاية تحديد التحفظات والإعلانات التي أصدرتها فرنسا فيما يتصل باتفاقية جنيف لعام 1958 بشأن الجرف القاري أن المسألة المطروحة كانت مسألة معروفة ما كانت عليه نوايا كل من فرنسا والمملكة المتحدة فيما يتعلق بعلاقتها القانونية بموجب الاتفاقية - الحكم الصادر في 30/06/1977 الحاشية 24 أعلاه، المجلد الثامن عشر الفقرة 30، ص 28، وأيضاً في قضية بيلوس أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن من الضروري التحقق من النية الأصلية للجهة مصدرة الإعلان - المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان 1988/04/29 - فقرة 48 - ص 23.

وعلى الرغم من وضوح المعيار الذي على إثره يحدد ما إذا كان الإعلان الانفرادي إعلاناً تفسيريّاً أم تحفظاً، إلا أن التطبيق العملي يوضح صعوبة ذلك التحديد كون بعض الدول والمنظمات الدولية تصدر إعلاناً انفرادياً يحمل في طياته التمويه الذي يصعب معه تحديد النية من الإعلان.

والتساؤل المطروح هنا: هل يجب تطبيق المعيار الشخصي بما كان يهدف به الطرف مصدر الإعلان أن يفعله، أم معيار مادي بما فعله صاحب الإعلان؟

ولعل المعيار الفاصل في بيان طبيعة الإعلان الانفرادي فيما إذا كان إعلاناً تفسيريّاً أم تحفظاً هو النتيجة المتحققة من الإعلان، فإذا ترتّب على الإعلان تعديل أو استبعاد الأثر القانوني للنصوص محل الإعلان كان تحفظاً، وإذا ترتّب على الإعلان توضيح أو تفسير أو تحديد نطاق النص أو النصوص محل الإعلان كان إعلاناً تفسيريّاً دون النظر للتسمية التي يطلقها مصدر الإعلان الانفرادي على إعلانه⁽¹³⁾.

وما يمكن استخلاصه مما سبق أن المعيار الذي على إثره يتم تحديد ما إذا كان الإعلان الانفرادي تحفظاً أم إعلاناً تفسيريّاً هو ما أحدثه فعلياً الإعلان بعد صدوره، وليس بما يطلق على الإعلان من تسمية.

ثانياً: تمييز الإعلان التفسيري عن إعلان عدم الاعتراف

إن إعلان عدم الاعتراف هو الذي تشير فيه إحدى الدول إلى أن اشتراكها في

(13) وإدراك المضمون الحقيقي للإعلانات التي تتسم عادة بالتعقيد، والتي تصدرها الدول لدى التصديق على معاهدة متعددة الأطراف أو الانضمام إليها مسألة استنباط يجب معالجتها بالرجوع إلى قواعد التفسير العادية، انظر في هذا المعنى:

Massimo Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights", California Western International Law Journal, vol.15, 1985. p.10.

وقد توصّلت محكمة العدل الدولية في بعض أحكامها إلى أن النظام المتصل بتفسير الإعلانات الصادرة بموجب المادة (36) من النظام الأساسي ليس مطابقاً لنظام تفسير المعاهدات الذي وضعته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات... وتشير المحكمة إلى أنه لا يجوز تطبيق أحكام اتفاقية فيينا إلا بطريق القياس بقدر اتفاقها مع الطابع الفريد من نوعه بالقبول الانفرادي لاختصاص المحكمة.

انظر حكم محكمة العدل الدولية الصادر في 1998/12/4 في قضية اختصاص المحكمة في مجال مصادات الأسماك التي كانت بين أسبانيا وكندا الفقرة 46، وانظر أيضاً حكم المحكمة الصادر في 1998/06/11 في قضية الحدود البرية والبحرية بين الكاميرون ونيجيريا - الاعتراضات الأولية - الفقرة 30.

المعاهدة لا يعني الاعتراف بكيان ما لا تعترف هي به، حتى إذا كان الهدف منه استبعاد تطبيق المعاهدة بين الدولة المصدرة للإعلان والكيان غير المعترف به.

وهذا النوع من الإعلانات له صورتان؛ الأولى: أن يذكر الطرف مصدر الإعلان أنه لا يعترف بكيان معين من أطراف الاتفاقية وليس معنى انضمامه إلى الاتفاقية أنه معترف بهذا الكيان، والثانية: فيها الدولة أو المنظمة مصدرة الإعلان تستبعد صراحة تطبيق أحكام المعاهدة بينها وبين الكيان غير المعترف به⁽¹⁴⁾، ويثار الشك حول ما إذا كانت تلك الإعلانات الصادرة بعدم الاعتراف بمثابة تحفظ أو إعلان تفسيري أم لا.

أما عن الصورة الأولى الخاصة بإعلان عدم الاعتراف التي يذكر الطرف مصدر الإعلان أنه لا يعترف بكيان معين من أطراف الاتفاقية وليس معنى انضمامه إلى الاتفاقية أنه معترف بهذا الكيان، فإن الإعلان بعدم الاعتراف لا يشكل تحفظاً أو حتى إعلاناً تفسيرياً كونه لم يأت بجديد كون المشاركة في نفس المعاهدة المتعددة الأطراف لا تعني الاعتراف بالطرف غير المعترف به ولو بشكل ضمني كما لا تعني الاعتراف

(14) وصورتا الإعلان بعدم الاعتراف تم تطبيقهما بشأن الإعلان الصادر من دولتي أستراليا وألمانيا الاتحادية حول انضمام بعض الدول إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949 إذ أكدت أستراليا بموجب إعلانها عن عدم اعترافها بكل من جمهورية كوريا الشعبية وجمهورية الصين الشعبية وجمهورية فيتنام الديمقراطية وجمهورية ألمانيا الاتحادية، إلا أن ذلك لم يمنعها من أن تحيط علماً بموافقة تلك البلدان على أحكام الاتفاقيات وامتثالها للأحكام المذكورة، وعلى خلاف ذلك فإن جمهورية ألمانيا الاتحادية استبعدت كل علاقة تعاقدية مع فيتنام الجنوبية، إذ جاء إعلان جمهورية ألمانيا الاتحادية كالتالي: «... لا تعترف الحكومة الاتحادية بالحكومة الثورية المؤقتة جهازاً مؤهلاً لتمثيل دولة... وبالتالي فهي لا تستطيع أن تعتبر الحكومة الثورية المؤقتة طرفاً في اتفاقيات جنيف المؤرخة في 12/أغسطس/1949) انظر في ذلك وثيقة لجنة الصليب الأحمر الدولية «اتفاقيات جنيف المؤرخة في 12/أغسطس 1949 والمتعلقة بحماية ضحايا الحرب - التحفظات والإعلانات والرسائل التي قدمت في وقت التصديق أو الانضمام أو الخلافة، ص 13، وص 6 من النص الأصلي، وانظر أيضاً إعلان الجمهورية العربية السورية عند توقيع الصك التأسيسي للصندوق الدولي للتنمية الزراعية، إذ جاء إعلانها كالتالي: «من المفهوم أن تصديق الجمهورية العربية السورية على هذا الاتفاق لا يعني بأية حال من الأحوال أن الجمهورية العربية السورية تعترف بإسرائيل، وأيضاً الإعلان الأول للجمهورية العربية السورية أيضاً فيما يتعلق باتفاقية فيينا بشأن العلاقات الدبلوماسية الذي جاء نصه: «لا تعترف سورية بإسرائيل ولا تقيم معها أية علاقات».

المتبادل بين الدول⁽¹⁵⁾.

وأما الصورة الثانية والخاصة باستبعاد دولة تطبيق أحكام الاتفاقية بينها وبين كيان لا تعترف به فتوصيفها من الصعوبة بما كان كون تلك الصورة ترمي بجلاء إلى إحداث أثر قانوني على تطبيق أحكام المعاهدة فيصبح التطبيق مستبعداً كلية في العلاقة بين الدولة مصدرة الإعلان والكيان غير المعترف به، إذ يمكن الشك فيما إذا كانت هذه الصورة من الإعلان بعدم الاعتراف تشكل إعلاناً تفسيريّاً بالمعنى المتعارف عليه، إذ إن هذا الإعلان الخاص بعدم الاعتراف لا يرمي في الظروف العادية إلى تفسير أي حكم من الأحكام الجوهرية للمعاهدة.⁽¹⁶⁾

فضلاً عن كونه هناك اختلاف جوهري بين إعلانات عدم الاعتراف من جانب والإعلانات التفسيرية من جانب آخر، باعتبار أن إعلانات عدم الاعتراف لا تنصب على الأثر القانوني للمعاهدة ذاتها أو أحد أحكامها، وإنما تنصب على أهلية الكيان غير المعترف به للالتزام بالمعاهدة، ما مفاده عدم إمكانية القول بأن إعلان عدم الاعتراف كإعلان انفرادي هو إعلان تفسيري لاختلاف أثر وفحوى كل منهما على النحو مار البيان.

ثالثاً: الإعلان التفسيري والإعلان الخاص بطرق تنفيذ المعاهدة داخلياً

إن الإعلانات المتعلقة بطرق تنفيذ المعاهدة داخلياً هي التي تعتمز بموجبها الدولة تنفيذ معاهدة على الصعيد الداخلي دون التأثير في حقوقها والتزاماتها تجاه الدول أو المنظمات المتعاقدة. وتعرف تلك الإعلانات بالإعلانات الإعلامية، وقد تكون على سبيل المثال خاصة ببيان الدولة مصدرة الإعلان السلطات الداخلية القائمة على تنفيذ الاتفاقية أو بيان الطريقة التي ستقوم بها الدولة بتنفيذ الالتزامات وممارسة الحقوق الخاصة بالاتفاقية، كون تلك الإعلانات لا تستهدف أي أثر دولي وإنما غايتها داخلية محضة.

(15) Joe. Verhoeven, La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, Pédone, Paris, 1975, pp. 429-431.

(16) B.R. Bot, Non-Recognition and Treaty Relations, Sijthoff, Leyden, 1968, pp. 30-31, 132-139 and 252-254; M. Lachs, "Recognition and Modern Methods of International Co-operation", British Year Book of International Law, 1959, pp.252-259; H. Lauterpacht, Recognition in International Law, (Cambridge, Cambridge University Press, 1947, pp. 369-374 or J. Verhoeven pp.428-448.

وقد أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية إعلاناً إعلامياً بشأن تنفيذها داخلياً للمعاهدة المبرمة مع كندا عام 1950 حول نهر نياجرا، ولم يأذن مجلس الشيوخ آنذاك بالتوقيع عليها إلا بشرط بيان السلطات الوطنية المختصة القائمة على تنفيذ الاتفاقية لدى الولايات المتحدة ونقل هذا الإعلان إلى كندا فقبلته، ذاكرة إلى أن قبولها أحكامه لا تتعلق إلا بالتطبيق الداخلي للمعاهدة داخل الولايات المتحدة ولا تؤثر على حقوق كندا أو التزاماتها بموجب المعاهدة⁽¹⁷⁾.

وفي ضوء ما سبق، نتبين أن هذا النوع من الإعلانات خاص بطرق تنفيذ المعاهدة على الصعيد الداخلي ولا يمس بحقوق والتزامات الدولة أو المنظمة مصدرة الإعلان، كما لا يمس بحقوق سائر أطراف الاتفاقية، بما يكون معه هناك بون شاسع بين تلك الإعلانات والإعلانات التفسيرية كون الأخيرة خاصة بتفسير نص أو أكثر بالمعاهدة بينما الإعلانات الإعلامية خاصة فقط بطرق التنفيذ الداخلية للمعاهدة دون أن يكون لها أثر على الصعيد الدولي.

رابعاً: الإعلان التفسيري والإعلان الصادر بموجب بند يجيز الاختيار

الإعلان الانفرادي الصادر بموجب بند يجيز الاختيار هو الإعلان الانفرادي الذي تصدره دولة أو منظمة دولية وفقاً لبند وارد في معاهدة يجيز للأطراف قبول التزام لا تفرضه أحكام أخرى في المعاهدة، أو يجيز لها الاختيار بين حكمين أو أكثر من أحكام المعاهدة.

ويتناول هذا الإعلان الانفرادي فرضيتين؛ الأولى: خاصة بالشروط الاختيارية التي تمنح الجهة المصدرة للإعلان حرية الاختيار أو عدم الاختيار، والثانية: خاصة بالشروط التي تجيز للدولة المتعاقدة أو المنظمة المتعاقدة قبول التزامات معينة من بين الالتزامات العديدة التي تنص عليها المعاهدة، ويترتب على هذه الإعلانات زيادة التزامات الجهة المصدرة لها، إذ من خلالها يجوز للدولة أو المنظمة مصدرة الإعلان أن تقبل التزامات

(17) انظر في ذلك:

Louis Henkin, "The Treaty Makers and the Law Makers: The Niagara reservation", Columbia Law Review, 1956, pp.1151-1182.

لا تسري عليها تلقائياً إذا لم تقبلها صراحة، إذ يتضمّن هذا الإعلان الانفرادي شروطاً لا ترمي إلى الحد من التزامات الجهة المصدرة لها والناشئة عن المعاهدة، بل ترمي إلى زيادة تلك الالتزامات⁽¹⁸⁾.

ومن تلك الشروط التي توسّع المجال لمثل تلك الإعلانات الانفرادية ما ورد بنص الفقرة الثانية من المادة (36) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تنص على أن «للدول الأطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرّح في أي وقت بأنها تعترف بأن المحكمة تتمتع بحكم القانون ودون حاجة إلى اتفاق خاص، باختصاص للنظر في جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين أية دولة أخرى تقبل الالتزام نفسه، وذلك بشأن المسائل الآتية:

- تفسير معاهدة من المعاهدات.
- أية مسألة من مسائل القانون الدولي.
- تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقاً لالتزام دولي.
- طبيعة التعويض المترتب على خرق التزام دولي أو مدى هذا التعويض».

مما تقدّم يتبيّن الاختلاف التام بين الإعلانات التفسيرية والإعلانات الانفرادية بموجب بند في المعاهدة يجيز الاختيار، إذ من شأن الإعلانات التفسيرية تفسير نص أو أكثر من نصوص المعاهدة على نحو يقيد تطبيقها دون التزام على سائر الأطراف بالمعاهدة، بينما الإعلانات الانفرادية بموجب بند في المعاهدة يجيز الاختيار لا يترتب عليها استبعاد أو تعديل أو تقييد تطبيق أو تفسير أي نص من نصوص المعاهدة، بل ترمي إلى زيادة الالتزامات محل المعاهدة.

(18) انظر في ذلك:

“Des moyens utilisés dans la pratique pour) limiter l’effet obligatoire des traités”, in Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des Droits de l’homme, Les clauses échappatoires en matière d’instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme, (Bruylant, Brussels, 1982), p.13.

المطلب الثاني

صور الإعلان التفسيري

هناك العديد من الصور للإعلان التفسيري منها ما يحوي الوجه التقليدي للإعلان التفسيري كالإعلان التفسيري الانفرادي والإعلان التفسيري المشروط، ومنها ما يحوي الوجه الاستثنائي للإعلان التفسيري وهو الإعلان التفسيري المشترك والإعلان التفسيري بالمعاهدات الثنائية.

لذا سنتناول هذا المطلب على الترتيب الآتي: صور الإعلان التفسيري التقليدية، وصور الإعلان التفسيري الاستثنائية، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

صور الإعلان التفسيري التقليدية

هناك صورتان للإعلان التفسيري التقليدي؛ الصورة الأولى: هي الإعلان التفسيري الانفرادي، والصورة الثانية: هي الإعلان التفسيري المشروط، وتتناول كل منهما تالياً:

أولاً: الإعلان التفسيري الانفرادي

هو الصورة التقليدية البحتة للإعلان التفسيري، إذ هو بمثابة إعلان انفرادي أيًا كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة أو منظمة دولية، وتهدف به تلك الدولة أو المنظمة الدولية إلى تحديد أو إيضاح معنى أو نطاق المعاهدة أو بعض أحكامها⁽¹⁹⁾. والغاية التي ترمي لها الدولة أو المنظمة من الإعلان التفسيري هو بيان السبيل الذي على إثره ستقوم بتنفيذ النص محل الإعلان، بحيث تدلي الدولة بفهمها في تطبيق هذا الإعلان واقعاً دون تعليق هذا الإعلان على شرط.

وهذه الصورة من الإعلانات التفسيرية هي الصورة الأساسية المعروفة عن تلك الإعلانات، والتي تقتصر على بيان الدولة أو المنظمة فهمها لنص ما وطريقة تطبيقه، أي تفسير النص بمفهومها على نحو لا يتعارض مع سياساتها أو ثوابتها أو قوانينها الداخلية. وهناك العديد من الحالات العملية على الإعلانات التفسيرية الانفرادية بالعديد

(19) تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 1 - 2.

من المعاهدات الدولية، ومن أبرز تلك الحالات ما أصدرته الكويت من إعلانات تفسيرية حول بعض نصوص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 والمنظمة إليها الكويت في عام 1996، إذ أصدرت دولة الكويت إعلانات تفسيرية حول المواد (1/2) و(3) و(23) من نصوص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وإن ذكرت دولة الكويت بموجب القانون رقم 12 لسنة 1996 بالموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بنص المادة (1) من مواد الأساس أن إجراءاتها بشأن المادة (3) هو تحفظ، كون العبرة ليس ما تطلقه الدولة من تسميات على إجراءاتها، بل بطبيعة تلك الإجراءات، وقد ثبت أن الكويت لم تتحفظ على نص المادة (3) بالواقع العملي كونه تفعله وتطبقه، إلا أنها تقيده في التفسير وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء فقط⁽²⁰⁾.

(20) تنص الفقرة 1 من المادة (2) التي نصّت على أن «تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً، أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب». وتنص المادة (3) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي نصّت على أن «تعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة تساوي الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في هذا العهد».

هذه المادة ذكرت الكويت أنها متحفظة عليها بموجب المادة (1) من مواد الأساس بالقانون رقم 12 لسنة 1996 بالموافقة على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، إلا أن التطبيق العملي لتلك المادة من الكويت جعل موقف دولة الكويت بشأنها إعلاناً تفسيري كون الكويت طبقت النص مع تقييد تطبيقه بتفسيره وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ما كان التزاماً معه تعديل المادة (1) من مواد الأساس بالقانون بإيراد المادة (3) ضمن الإعلانات التفسيرية وحذف عبارة تحفظ بشأنها كون ذلك هو الموقف الحقيقي للكويت والذي على إثره يتم تقييم الطبيعة القانونية لإجراء الكويت على النحو الذي أستقر عليه تقرير لجنة القانون الدولي بالجمعية العامة للأمم المتحدة، التي توصلت إلى أن العبرة بحقيقة الإجراء وليس بما تطلقه الدول على ذلك الإجراء، وهناك غاية أخرى من حذف عبارة التحفظ بشأن المادة (3) وهو إزالة التضارب بين نص المادة (1) من مواد الأساس بالقانون رقم 12 لسنة 1996 التي ذكرت أن المادة (3) متحفظ عليها والمذكرة الإيضاحية للقانون التي ذكرت تارة أن المادة (3) صادر بشأنها إعلان تفسيري، وتارة أخرى ذكرت أن ذات المادة صادر بها تحفظ.

تنص المادة (23) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي نصت على أن:

«1 - الأسرة هي الوحدة الاجتماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.

2 - يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في الزواج وتأسيس أسرة.

- 3 - لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملاً لا إكراه فيه.
- 4 - تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى الزواج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله، وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم».

أما المادة (25/ب) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فقد تحفظت الكويت عليها ولم تقتصر على إصدار إعلان تفسيري بشأنها، إذ نصّت تلك المادة على أن «يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكور في المادة (2)، الحقوق التالية التي يجب أن تُتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة.

(ب) أن ينتخب ويتنخب، في انتخابات نزيهة تجرى دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين».

سُطرت دولة الكويت العديد من المبررات لاعتراضها على المواد (1/2)، (3) (23)، (25/ب) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

إذ جاءت مبررات دولة الكويت حول الإعلانات التفسيرية بحسب الأصل إلى:

 - 1 - مبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ومدى اتفاقها مع أحكام الدستور والنظام العام.
 - 2 - القانون المنظم للأحكام المتعلقة ببعض الحقوق المبيّنة بالمواد محل الإعلانات التفسيرية هو قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 المستمد من الشريعة الإسلامية الغراء والمتفق مع نص المادة (2) من الدستور التي تنص على أن «دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع»، بما يلزم معه تطبيقه حال التعارض بينه وبين نصوص العهد الدولي محل الإعلانات التفسيرية.
 - 3 - نص المادة (7)، (29) من الدستور الكويتي يرسخ مبادئ المساواة وعدم التمييز بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين، بما يؤكد على تبني دولة الكويت مبدأ المساواة التامة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.
 - 4 - الإعلانات التفسيرية الصادرة من الكويت متسقة مع نص المادة (18) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تقول بمبدأ حرية العقيدة والدين، إذ يتعلّق قانون الأحوال الشخصية بالشريعة الإسلامية ولا يطبق إلا على معتنق الدين الإسلامي، أما الشرائع السماوية الأخرى فتطبق عليهم أحكام شرائعهم.
 - 5 - أن الإعلانات التفسيرية الصادرة من دولة الكويت بشأن المواد (1/2)، (3)، (23) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لا تعني عدم تطبيق تلك النصوص، بل تطبيقها في إطار الشريعة الإسلامية المنسجم مع نص المادة (18) من العهد.
 - 6 - الإحصائيات الرسمية في دولة الكويت تؤكد تطبيق أحكام الشرائع السماوية الخاصة بغير المسلمين احتراماً لحرية العقيدة الواردة بالمادة (18) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

وجاء موقف دولة الكويت بالتمسك بعدم جواز معارضة أحكام المواد محل الإعلانات التفسيرية للشريعة الإسلامية اتساقاً مع المادة (18) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ذاته، إذ نصت

ثانياً: الإعلان التفسيري المشروط

هو إعلان انفرادي تصوغه دولة أو منظمة دولية عند التوقيع أو التصديق على معاهدة أو إقرارها رسمياً أو قبولها أو الموافقة عليها أو الانضمام إليها أو الذي تصوغه دولة عندما تقدم اشعاراً بالخلافة في معاهدة، والذي تخضع بموجبه تلك الدولة أو المنظمة الدولية موافقتها على أن تلتزم بالمعاهدة لتفسير محدد للمعاهدة أو لبعض أحكامها⁽²¹⁾.

وتعد الإعلانات التفسيرية المشروطة موجودة منذ فترة في الممارسات العملية، إلا أن الفقه القانوني لم يضع نظاماً لها إلا مؤخراً، ويجب التمييز بين حالتين؛ الأولى: عندما ترفق الدولة بإجراء قبولها إعلاناً يقتصر على تقديم تفسير للمعاهدة أو لجزء منها، ويمكن أن يسمّى هذا إعلاناً تفسيرياً مطلقاً، والحالة الثانية: عندما تخضع الدولة تصديقها على المعاهدة أو انضمامها إليها لتفسير خاص للمعاهدة ككل أو لجزء منها أو تشترط ذلك، وهو ما يُعرف بالإعلان التفسيري المشروط.

وفي الافتراض الأول: اقتصرَت الدولة على تحديد طريقتها في تفسير المعاهدة، وهي الطريقة التي تتبع أو لا تتبع عند اتخاذ إجراء تحكيمي أو قضائي، والدولة عند تقديمها لهذا التفسير لم تستبعد إجراءات تفسيرية لاحقة، كما لم تستبعد إمكانية رفض تفسيرها وتكون النتيجة مختلفة إذا رأت الدولة المعلنة، على العكس من ذلك، فرض تفسيرها أيّاً كان ما قد تقرره المحكمة فيما بعد، أي أن الدولة عندما أصدرت إعلانها قد

تلك المادة على أن «1- لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحرته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة وأمام الملاء أو على حدة.

2 - لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره. 3- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية. 4- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة».

وقد خلصت أحكام تلك المادة إلى حرية الفكر والمعتقد والدين بحيث لا يجوز فرض تطبيق أحكام معينة لدين ما على شخص غير معتنق لهذا الدين فيما يخص الأحوال الشخصية كون جميع الحالات الخارجة عن الأحوال الشخصية لا خلاف حولها ولم تبد الكويت تفسيراً بشأنها.

(21) تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 1 - 4، ص

استبعدت إمكانية تفسير لاحق للمعاهدة لا يتفق مع التفسير الذي قدمته، وعند ذلك يتعلق الأمر بإعلان تفسيري مشروط، فالدولة تجعل قبولها للمعاهدة مرهوناً بموافقتها على تفسيرها ومشروطاً بهذا التفسير⁽²²⁾.

بيد أن هناك العديد من الحالات العملية لمثل هذا الإعلان التفسيري المشروط منه الإعلان التفسيري الصادر من فرنسا على البروتوكول الإضافي الثاني من معاهدة تانيلولكو بشأن حظر الأسلحة النووية في أمريكا اللاتينية إذ أوردت فرنسا بإعلانها أن « في حال اعتراض طرف أو عدة أطراف في المعاهدة على البروتوكول الثاني على الإعلان التفسيري المقدم من الحكومة الفرنسية أو على جزء منه تصبح هذه الصكوك باطلة وكان لم تكن في العلاقات بين الحكومة الفرنسية والدولة أو الدول المعارضة».

وكذلك هناك الإعلان التفسيري الصادر عن جمهورية إيران بشأن اتفاقية مونتيفو باي لقانون البحار، وإن كان أقل وضوحاً بالشرطية من الإعلان الفرنسي آنف الذكر، إذ جاء بالإعلان الإيراني أن « تقدم حكومة جمهورية إيران الإسلامية... هذه الإعلانات أساساً بغية تفادي أي تفسير مستقبلي محتمل لمواد الاتفاقية يتعارض مع القصد الأساسي لجمهورية إيران الإسلامية ومواقفها السابقة أو لا يتفق مع قوانينها ونظمها الوطنية».

ومن تلك الأمثلة أيضاً الإعلان التفسيري التركي بشأن اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى لعام 1976 إذ جاء به: « ترى حكومة تركيا أنه يتعين إيضاح معنى عبارة الآثار الممتدة أو المستدامة أو الخطيرة الواردة في الاتفاقية، وحكومة تركيا ترى نفسها في غياب هذه الإيضاحات إلى اتباع تفسيرها الخاص في هذا الصدد وتحفظ لنفسها بالحق في إيضاح المعنى بالطريقة وفي الوقت المناسبين لها»⁽²³⁾.

وعلى الرغم من اختلاف الإعلان التفسيري المشروط كلياً عن التحفظات، إلا أنه يخضع لذات القواعد الشكلية والموضوعية التي تنطبق على التحفظات.

(22) McRae, D.M., "The Legal Effect of Interpretative Declarations", British Year Book of International Law, 1978, pp.160-161.

(23) تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 1 - 4، ص 113.

الفرع الثاني

صور الإعلان التفسيري الاستثنائية

أولاً: الإعلان التفسيري المشترك

هو الإعلان التفسيري الذي يُصاغ من اثنين أو أكثر من الدول أو المنظمات الدولية، إلا أنه لا يؤثر اشتراك عدة دول أو منظمات دولية في الطابع الانفرادي للإعلان التفسيري.

ويقع ذلك الإعلان في الممارسات العملية من خلال مشاور الدول معاً الواحدة تلو الأخرى قبل صياغة إعلانات متطابقة أو متشابهة بحيث تصدر كل دولة منها إعلاناً تفسيرياً انفرادياً لكن بذات المضمون، وقد صدرت مثل تلك الإعلانات بالواقع العملي، على سبيل المثال الإعلانات التفسيرية التي صاغتها دول الكتلة الشرقية، وكذا الإعلانات التفسيرية التي صاغتها بلدان الشمال الأوروبي فيما يتعلق بالمادة (22) من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، والإعلانات التي أصدرتها ثلاث عشرة دولة عضواً من أعضاء الجماعة الأوروبية عند التوقيع على اتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية لعام 1993، وأكدتها وقت التصديق عليها إذ جاء بها: « تقوم كل دولة بوصفها دولة عضواً في الجماعة الأوروبية بتنفيذ أحكام الاتفاقية المتعلقة بحظر الأسلحة الكيميائية، طبقاً لالتزاماتها الناشئة عن قواعد المعاهدات المنشئة للجماعات الأوروبية بالقدر الذي تنطبق فيه هذه القواعد ».

كما صدرت إعلانات تفسيرية مشتركة في صك واحد كحالة الإعلان التفسيري المشترك الصادر من الجماعة الاقتصادية الأوروبية «الاتحاد الأوروبي حالياً»⁽²⁴⁾. ولعل إمكانية صياغة إعلان تفسيري مشترك سواء بشكل انفرادي من كل دولة أو منظمة على حدة مع سبق الاتفاق على المضمون، أو من خلال صياغته بإعلان واحد من عدة دول

(24) كانت تلك الإعلانات بشأن:

- 1 - النظر في إمكانية قبول المرفق ج/1 من بروتوكول اتفاق استيراد التربية والعلمية والثقافية لعام 1976.
- 2 - تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ المؤرخة 1992/05/09.
- 3 - تنفيذ اتفاقية التنوع البيولوجي المؤرخة 1992/06/05.
- 4 - تنفيذ اتفاق الأرصاد السمكية المتداخلة المؤرخ 1995/08/04.
- 5 - تنفيذ اتفاقية منظمة الصحة العالمية الإطارية لمكافحة التبغ المؤرخة 2003/05/21.

لا يخل بالطابع الانفرادي للإعلان التفسيري، إذ تظل كل دولة أو منظمة تعبر عن نفسها دون أن يسري ذلك على غيرها من الدول.

ونجد في الإعلان التفسيري المشترك فكرة جيدة لصناعة واقع موحد لبعض الدول المتحدة في الثقافة كالدول العربية مثلاً كي تؤثر في تفسير أي اتفاقية ما ككل سيما وإن كانت تمثل نسبة غالبية في الاتفاقية أو حتى نسبة معقولة مؤثرة.

ثانياً: الإعلانات التفسيرية بالمعاهدات الثنائية

هي الإعلانات التفسيرية التي يصدرها أحد طرفي المعاهدات الثنائية، والتي جرى العمل عليها رغم خلو نصوص الاتفاقيات سيما اتفاقية فيينا من تنظيمها، وتتسم تلك الإعلانات بأنها محدودة كونها تسري على المعاهدات الثنائية ذات النطاق الجغرافي الضيق.

بيد أن ممارسة الإعلانات التفسيرية في المعاهدات الثنائية تتميز ببعض الشيء في بعض الجوانب عن الإعلانات التفسيرية التي تجري في المعاهدات متعددة الأطراف، إذ من الممارسات الثابتة لتلك الإعلانات أن تقوم الحكومة التي تصدر الإعلان بإخطار الحكومة الأخرى به قبل الشروع في تبادل وثائق التصديق، لا بل أحياناً قبل التصديق على المعاهدة حتى تُتاح لحكومة الدولة الأخرى فرصة قبول هذا الإعلان من عدمه، أو بيان وجهة نظرها بشأن ذلك، ومتى أقر الإعلان التفسيري بالمعاهدة الثنائية أصبح جزءاً لا يتجزأ من المعاهدة⁽²⁵⁾.

والتساؤل الذي يطرح ذاته هنا: هل يلزم لسريان الإعلان التفسيري في المعاهدات الثنائية موافقة الطرف الآخر؟

وهنا علينا أن نفرّق بين الإعلان التفسيري المشروط وغير المشروط، فالأمر يتوقف

(25) «... إذا أرفق أحد الأطراف في معاهدة، عند التصديق عليها إعلاناً خطياً يفسر صيغة غامضة في الصك... وصدق بعد ذلك الطرف الآخر على المعاهدة المرفق بها الإعلان، وتم تبادل وثائق تصديقها حسب الأصول، يصبح الإعلان المرفق على هذا النحو جزءاً من المعاهدة، كما يصبح ملزماً وكأنه كان وارداً بمتن المعاهدة، وتستخلص إرادة الطرفين من المعاهدة في مجموعها على النحو الذي كانت عليه عند تبادل وثائق التصديق». انظر: حكم المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية بشأن الإعلان الأسباني المتعلق بمعاهدة 22 فبراير 1819.

على نية صاحب الإعلان فيمكن أن يجعله شرطاً لا غنى عنه لقبول المعاهدة، وفي هذه الحالة يصبح إعلاناً تفسيرياً مشروطاً، وفي تلك الحالة لا تسري المعاهدة إلا إذا قبل الطرف الآخر ذلك التفسير، كما يمكن أن تقصد الدولة مصدرة الإعلان إبلاغ الطرف الآخر بالمعاهدة بالمعنى والنطاق اللذين تفسر بها نص ما في المعاهدة أو عدّة نصوص بالمعاهدة دون أن ترغب في فرض الإعلان عليها، وهنا يكون الإعلان التفسيري غير مشروط، وفي تلك الحالة تسري المعاهدة وتنفذ سواء قام الطرف الآخر بقبول الإعلان التفسيري الصادر من الدولة أو المنظمة الدولية مصدرة الإعلان أم لم يقبل⁽²⁶⁾.

(26) تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 1 - 6 - 2، ص 156.

المبحث الثاني الآثار القانونية للإعلانات التفسيرية على سريان المعاهدات الدولية

هناك العديد من الآثار القانونية للإعلان التفسيري سيما في ضوء ردود فعل الدول والمنظمات المتعاقدة ما بين رافض ومؤيد وممتنع، لكن قبل ولوج سبيل بيان تلك الآثار وردود الفعل بشأن الإعلانات وآثارها، علينا إيضاح الإجراءات الخاصة بالإعلان التفسيري فضلاً عن بيان الآثار القانونية سواء بالنسبة للإعلان التفسيري أو ردود الفعل عليه بمختلف صورها.

وفي ضوء ما سبق نتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: إجراءات إصدار الإعلان التفسيري.

المطلب الثاني: أثر الإعلان التفسيري وردود الفعل بشأنه.

المطلب الأول

إجراءات إصدار الإعلان التفسيري

الإعلان التفسيري شأنه شأن أي سبيل للاعتراض على المعاهدات الدولية، يلزم أن يتبع بشأنه العديد من الإجراءات، ولكن بياناً لتلك الإجراءات علينا إجماع مدى قابليته للوجود ومدى لزوم إصداره في شكل معين، والطرف المصدر له والوقت اللازم لإصداره إلى غير ذلك من الإجراءات.

وفي ضوء ما سبق، نتناول في هذا المطلب قابلية الإعلان التفسيري للوجود، والشكل القانوني للإعلان التفسيري، وصفة محرر الإعلان التفسيري، وضابط الوقت بتحرير الإعلان التفسيري، ووصول الإعلان التفسيري إلى علم الأطراف المتعاقدة، إلى جانب تعديل وسحب الإعلان التفسيري، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

قابلية الإعلان التفسيري للوجود

يحق للدولة أو المنظمة الدولية صياغة إعلان تفسيري ما لم يكن الإعلان التفسيري محظوراً بموجب نصوص المعاهدة المرغوب إصدار إعلان تفسيري بشأن أحد نصوصها، ومرد هذا الاستخلاص هو خلو اتفاقتي فيينا لأي قواعد تتعلق بالإعلانات التفسيرية في حد ذاتها، ويشمل ذلك بطبيعة الحال شروط جواز الإعلانات التفسيرية الانفرادية.

إذ يعرف الإعلان التفسيري على النحو الذي نوهنا إليه سابقاً بأنه إعلان انفرادي - أيّاً كانت صيغته أو تسميته -، صادر عن دولة أو منظمة دولية، وتهدف به تلك الدولة أو المنظمة الدولية إلى تحديد أو إيضاح المعنى أو الإطار العام للمعاهدة أو لبعض أحكامها⁽²⁷⁾.

وتحديد ما إذا كان الإعلان الانفرادي يهدف إلى إيضاح معنى معين لأحد نصوص أو أحكام المعاهدة محل الإعلان، يختلف عن تحديد ما إذا كان التفسير الوارد في الإعلان صحيحاً، إذ تحديد معنى الإعلان التفسيري غايته شكلية بالأساس بعيداً عن الجانب الموضوعي للإعلان، إذ لكي يصنّف الإعلان الانفرادي على كونه إعلاناً تفسيرياً يجب أن يقتصر على تفسير نص أو حكم معاهدة ما مع وجود ضابط هو ألا تكون المعاهدة تحظر الإعلانات التفسيرية، بينما تقيّم التفسير الصادر عن الدولة أو المنظمة الدولية بأنه تفسير صحيح أم خاطئ هو أمر موضوعي بحث ينظر فيه إلى مضمون الإعلان وإلى توجّه الدولة في تفسيره، وهل جاء تفسيره في ضوء المعنى الصحيح والمنطقي لصريح ألفاظ الإعلان أم تضمّن شذوذاً بعيداً عن ظاهر المقصود من الإعلان التفسيري⁽²⁸⁾.

(27) فإذا كان المقصود بالتفسير تحديد معنى القاعدة المراد تطبيقها، فلا يمكن أن ينتج عن هذه العملية سوى تحديد الإطار الذي تشكّله تلك القاعدة، ومن ثم استخلاص مختلف السبل الممكنة داخل هذا الإطار، فالتفسير قاعدة ما لا يفضي بالضرورة إلى حل واحد فحسب يكون هو الحل الأوحده الذي يتسم بأنه سليم، بل يمكن أن يقدم عدة حلول متساوية في قيمتها من وجهة النظر القانونية، انظر في ذلك: Hans Kelsen, Pure Theory of Law, tr. Max Knight, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1967, p.351.

(28) إذ عملية التفسير ليست مركزية في حالات استثنائية، سواء عندما تقوم بها هيئة قضائية أو بأي طريقة أخرى، ويعود اختصاص التفسير إلى جميع الأشخاص وإلى كل منهم بصفة فردية، وتكاثر طرق

ونرى أنه في ضوء مدى قابلية الإعلان التفسيري للوجود قد تُضمّن معاهدة ما نص صريح يحظر الإعلانات التفسيرية، وهنا يتمتع ويحظر على أية دولة إصدار إعلان تفسيري بشأن المعاهدة، بينما وفي جانب آخر قد تُضمّن معاهدة عدم جواز تفسير أحد أو بعض نصوصها بمعان معينة، وهنا تجوز الإعلانات التفسيرية مع حظر تفسيرها على نحو معين بمعان محددة، أما إذا صدر الإعلان التفسيري وفق معانٍ أخرى، فهو أمر جائز مادامت المعاهدة لم تحظر المعنى المفسر به النص أو مجموعة النصوص محل الإعلان.

الفرع الثاني

الشكل القانوني للإعلان التفسيري

في ظل عدم وجود نصوص وأحكام تتعلّق بالإعلانات التفسيرية في اتفاقية فيينا، فإنه لا يوجد نص أمر يجبر أي دولة أو منظمة دولية على إصدار الإعلان التفسيري بشكل معين، ومن ثم لا ينال من صحة الإعلان التفسيري صياغته بأي شكل كون اتفاقية فيينا لم تنظم الإعلان التفسيري ولم تتطلب شكلاً معيناً لإصداره، بما يمكن معه إصدار الإعلانات التفسيرية شفهيّاً، لكن يُفضّل تيسيراً للإبلاغ بالإعلانات التفسيرية أن تتم بشكل مكتوب تحقيقاً لإشهار الإعلان كلما أمكن ذلك دون وجود التزام على الدولة أو المنظمة مصدرة الإعلان بهذا الأمر⁽²⁹⁾، إذ يترتب على عدم إشهار الإعلان بصياغته وإصداره مكتوباً عدم تحقيق أثره من إعلام جميع الأطراف بمعاهدة ما به، إذ الغاية الأساسية من الإعلان التفسيري هي تحقيق أثره بما يتبيّن معه الغاية من إصداره مكتوباً.

لذا فإن تفضيل كتابة الإعلان التفسيري منبتها هو تحقيق الغاية من الإعلان بإعلام

التفسير نتيجة لذلك لا يعوّضه تدرجها في الأهمية سوى جزئي، وتكون التفسيرات الانفرادية من حيث المبدأ متساوية القيمة، أما الصيغ المتفق عليها فهي اختيارية، ومن ثم احتمالية، ولكن ينبغي عدم المبالغة في تقدير حجم الصعوبات العملية، فالمشكلة لا تتعلق بوجود عيب جوهري في القانون الدولي، بقدر ما تتعلق بعنصر من العناصر المكوّنة لطبيعته، وهو عنصر يوجّهه بكامله نحو التفاوض الدائم الذي تسمح القواعد السارية بترشيده وتوجيهه». انظر في ذلك:

Jean Combacau and Serge Sur, Droit international public, 8th ed., Montchrestien, Paris, 2008, p.171.

(29) Heymann, Monika, Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen [Unilateral Interpretative Declarations to Multilateral Treaties] Duncker & Humblot, Berlin, 2005.p.117.

جميع الأطراف بالمعاهدة به، إذ إن تلك الإعلانات التفسيرية ذات أثر بالغ في المعاهدة، لذلك تتوجّه إليها أطراف المعاهدة، وقد أكدت محكمة العدل الدولية على أهمية هذه الإعلانات من الناحية العملية بقولها إنه «حتى لو لم يكن التفسير الذي تعطيه الأطراف نفسها للنصوص بالمعاهدة قاطعاً في تحديد مدلولها فإنه يتمتع مع ذلك بقوة إثبات كبيرة عندما يتضمّن إقرار أحد الأطراف بما عليه من التزامات»⁽³⁰⁾.

وفي الواقع العملي تتّجه الدول نحو كتابة إعلاناتها التفسيرية بغاية إشهارها وتوسيع نطاق التعريف بها لدى الدول الأطراف، وبعد تسليم الدول إعلانها يقوم الأمين العام للأمم المتحدة من جهته بنشر نصّها كما يدرجها في منشور Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General على الشبكة المعلوماتية «الإنترنت»⁽³¹⁾.

ولكن رغم هذا التوجّه الواسع من الدول في كتابة الإعلان التفسيري، إلا أن ذلك غايته تحقيق الأثر المطلوب من الإعلان التفسيري، دون وجود أي التزام قانوني على الدول أو المنظمات المتعاقدة في إصدار الإعلان التفسيري كتابة أو في شكل معيّن. ومع ذلك، إذا نصّت إحدى المواد بمعاهدة ما على وجوب إصدار الإعلان التفسيري مكتوباً، فإنه في تلك الحالة تلزم الدولة أو المنظمة الدولية الراغبة بإصدار إعلان تفسيري بشأن إحدى مواد تلك المعاهدة في إصداره مكتوباً تنفيذاً لأحكام المعاهدة.

ونرى أنه من الأجدي أن يتم تعديل اتفاقية فيينا بتنظيم الإعلان التفسيري ووجوب إصداره مكتوباً، بغاية إحداث الأثر المرغوب تحقيقه من إصدار الإعلان التفسيري سواء بالنسبة للدولة أو المنظمة الدولية مصدرة الإعلان أو بالنسبة لسائر الأطراف بالمعاهدة التي من الممكن أن تصدر ردود فعل على ذلك الإعلان سواء بالموافقة عليه أو بمعارضته. وبدلاً لذلك، نوصي بأن تنص أي معاهدة مزع إصدارها على وجوب إصدار الإعلان التفسيري مكتوباً تحقيقاً للغاية منه، بما يلزم الدول الراغبة في الانضمام لتلك المعاهدة الالتزام بذلك حال رغبتها في إصدار إعلان تفسيري.

(30) International Status of South-West Africa, I.C.J. Reports 1950, pp.135-136.

(31) وعلى سبيل المثال لا الحصر رغم أن المادة (319) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لا تلزم مطلقاً مصدر الإعلان التفسيري بإبلاغ الإعلان التفسيري المصاغ وفقاً للمادة (311) من الاتفاقية، فإن الأمين العام يتولى نشرها بشكل منتظم في الفصل الحادي والعشرين رقم 6 من منشور:

Multilateral Treaties <http://treaties.un.org>

الفرع الثالث

صفة محرر الإعلان التفسيري

يلزم أن يقوم بصياغة الإعلان التفسيري شخص يعد ممثلاً للدولة أو المنظمة الدولية مصدرة الإعلان حتى يكون ذلك الإعلان ذو أثر مُلزم للطرف الذي أصدره، فلا يمكن إلزام أي طرف بإعلان لم يصدره شخص يمثلّه. فمثلاً: الإعلان الذي يصدر من شخص لا يمثل الدولة لا يُلزم الدولة بأي جانب مما تضمّنه، بينما الإعلان الذي صدر من ممثل الدولة هو فقط الذي يعبر عن إرادة الدولة ويلزمها بطبيعة الحال فيما أصدرته وما تضمّنه.

وعليه، لا ينتج الإعلان التفسيري أثره إلا إذا كان القائم به شخصاً ذا صفة بالدولة أو المنظمة الدولية المنتسب إليها الإعلان، وإلا حال حدوث نزاع بين دولة أو منظمة دولية نُسب لها إصدار إعلان تفسيري ما مع عدم ثبوت صفة من ادّعى أنه يمثلها لا يمكن التمسك من الطرف الآخر بهذا الإعلان التفسيري على اعتبار أن القائم بالإعلان ليس ذا صفة.

ويحدّد القانون الداخلي لكل دولة، أو القواعد المنظمة لسائر المنظمات الدولية الجهة ذات الصفة في صياغة الإعلان التفسيري، كما يحدّد القانون الداخلي الإجراءات الواجب اتباعها على الصعيد الداخلي، إلا أنه لا يجوز لأي دولة أو منظمة دولية أن تحتج بإبطال الإعلان التفسيري على إثر مخالفته لحكم من أحكام القانون الداخلي للدولة أو لقاعدة من قواعد المنظمة الدولية فيما يتعلّق بالاختصاص والإجراءات لصوغ الإعلانات التفسيرية سيما حال أقرت الإعلان التفسيري وكانت بطبيعة الحال على علم تام به، فليس لمصدر الإعلان الاحتجاج بقواعد أو نصوص أو أحكام القانون الداخلي ليجرد الإعلان التفسيري الذي أصدره من قيمته القانونية،⁽³²⁾ إذ يعد الإقرار اللاحق كتوافر الصفة السابق على إصدار الإعلان.

(32) انظر في تفصيل ذلك: تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 2 - 4 - 3، 2 - 4 - 4، ص 262 و 263.

الفرع الرابع

ضابط الوقت بتحرير الإعلان التفسيري

بوجه عام ليس هناك التزام على مصدر الإعلان التفسيري الانفرادي غير المشروط بإصداره في وقت معين، إذ يجوز له إصداره في أي وقت، إلا إذا نصّت المعاهدة الصادر بشأنها الإعلان صراحة على وجوب إصدار الدول أو المنظمات الدولية المتعاقدة للإعلان التفسيري في وقت معين. أما الإعلانات التفسيرية المشروطة فهي مقيدة بقيد زمني، ولا يجوز إصدارها في أي وقت، إذ يجب إصدارها عند التوقيع أو التصديق على المعاهدة أو إقرارها رسمياً أو قبولها أو الموافقة عليها أو الانضمام إليها⁽³³⁾. بيد أن الإعلان التفسيري الذي يُصاغ عند التوقيع على المعاهدة لا يتطلب تأكيداً لاحقاً كما الحال في حال إعراب الدولة أو المنظمة الدولية مصدرة الإعلان عن موافقتها على الالتزام بالمعاهدة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع الطرف مصدر الإعلان التفسيري عند التوقيع على المعاهدة من أن يؤكد هذا الإعلان عندما يُعرب عن موافقته النهائية بالموافقة على المعاهدة.

الفرع الخامس

وصول الإعلان التفسيري إلى علم الأطراف المتعاقدة

سبق وبيّنا أنه ليس لازماً على الدول والمنظمات الدولية المصدرة للإعلان التفسيري أن تصدره في شكل معين، ولكن حتى يمكن وصول الإعلان التفسيري إلى علم جميع الأطراف المتعاقدة بالمعاهدة، يجب أن يصدر كتابة، والوجوب هنا ليس معناه البطالان حال تخلفه، بل الوجوب هنا لكي تتحقق الغاية من الإعلان، إلا أنه ليس هناك مانع من إبلاغ الإعلان التفسيري دون أن يصدر في صيغة كتابية، بينما تفضيل الكتابة لتحقيق النشر لذلك الإعلان، إذ من مصلحة مصدر الإعلان سواء كان دولة أو منظمة دولية نشره على أوسع نطاق ممكن، كونه سيتمكن من التمسك بتفسيره للإعلان حال نشوب نزاع بينه وبين أحد الأطراف في الاتفاقية⁽³⁴⁾.

فضلاً عن إمكانية تمسك الأطراف الأخرى بتفسير الإعلان الصادر من الدولة أو المنظمة التي أصدرته بشأن نشوب نزاع بينهما باعتباره حجة على من أصدره، ما

(33) المرجع السابق، ص 263.

(34) المرجع السابق ص 265.

يجعل نشر الإعلان كتابة لإيصاله لعلم الطرف الآخر ذي أهمية بالغة، سواء حال تنفيذ المعاهدة، أو عند وقوع خلاف بين الدولة أو المنظمة الدولية مصدرة الإعلان وأحد الأطراف بالمعاهدة.

الفرع السادس

تعديل وسحب الإعلان التفسيري

يحق للدولة أو المنظمة الدولية مصدرة الإعلان التفسيري تعديله في أي وقت، إلا إذا كانت المعاهدة الصادر الإعلان بشأن أحد نصوصها تنص على خلاف ذلك، بحيث تورّد بنصوصها موعداً محدداً يجب أن يتم تعديل الإعلان التفسيري خلاله، ولعل ذلك مستخلص من عدم نص اتفاقية فيينا على تقييد بشأن تقديم أو تعديل الإعلان التفسيري، إذ لم تنظم الإعلان التفسيري من الأساس، ومن ثم يتم العودة إلى الأصل العام وهو الإباحة في الأشياء مادامت لم تقيّد بنص.

وعليه يجوز تعديل الإعلان التفسيري في أي وقت دون الإخلال بالأحكام المخالفة التي قد ترد في المعاهدة ذاتها، وتشمل تلك الأحكام حالتين؛ الأولى: أن تنص المعاهدة على وجوب صدور التعديل على الإعلان التفسيري في وقت محدد لا يجوز تخطيه أو مجاوزته، والثانية: أن يرد نص بالمعاهدة بعدم جواز التعديل على الإعلان التفسيري، وتلك الحالة نادرة الحدوث بشكل كبير، إذ يصعب حدوثها بالواقع العملي⁽³⁵⁾. أما عن سحب الإعلان التفسيري، فيجوز في أي وقت سحب الإعلان التفسيري من جانب السلطة ذات الصلة في الدولة مصدرة الإعلان، وذلك باتباع ذات الإجراء الساري على صياغة الإعلان التفسيري.

وفي الواقع العملي حدث أن سحبت بعض الدول الإعلانات التفسيرية التي أصدرتها، من ذلك على سبيل المثال: سحب جمهورية مصر العربية الإعلانات التي أصدرتها بشأن إسرائيل فيما يتصل باتفاقية القضاء على أشكال التمييز العنصري

(35) ورغم ندرة الأمثلة بشأن تعديل الإعلانات التفسيرية إلا أنه يمكننا ذكر التعديل الذي أدخلته المكسيك في عام 1987 على إعلانها المتعلق بالمادة (16) من اتفاقية نيويورك لمناهضة أخذ الرهائن والمؤرخة 17/ديسمبر/1979 وهو الإعلان الذي أصدرته عند انضمامها في عام 1987، انظر:

Multilateral Treaties..., chap. XVIII.5.

لعام 1966، وواقعة سحب إيطاليا إعلانها التفسيري التي أصدرته بعدم الاعتراف بالمادتين (17) و(18) من اتفاقية جنيف الخاصة باللاجئين الصادرة في 1951/07/28 باعتبارها توصيات فقط دون أن تمثل إعلاناً تفسيرياً، إذ أبلغت الحكومة الإيطالية الأمين العام بسحب ذاك الإعلان التفسيري في 1990/03/01، وكذا سحب فنلندا الإعلان التفسيري الذي أصدرته بشأن الفقرة الثانية من المادة (7) عند تصديقها على اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، إذ أبلغت الحكومة الفنلندية الأمين العام بسحب إعلانها التفسيري آنف الذكر في 2001/04/20⁽³⁶⁾.

المطلب الثاني

أثر الإعلان التفسيري وردود الفعل بشأنه

بطبيعة الحال، وباعتبار أن الإعلان التفسيري هو سبيل للاعتراض على نص أو نصوص بمعاهدة دولية ما، فيترتب عليه العديد من الآثار على المعاهدة الدولية الصادر بشأنها، وهو الأمر الذي يصدر بشأنه ردود أفعال على الإعلان الصادر من الدولة أو المنظمة الدولية من الأطراف بالمعاهدة، ولتلك الردود آثار على المعاهدة.

في ضوء ذلك عنيينا في هذا المطلب بدراسة البنود الآتية: أثر الإعلان التفسيري على المعاهدة الصادر بشأنها، ومدى قبول إجراء رد فعل على الإعلان التفسيري، والآخر المنبثق عن ردود الأفعال على الإعلانات التفسيرية، والإجراءات المتعلقة بردود الفعل على الإعلان التفسيري، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

أثر الإعلان التفسيري على المعاهدة الصادر بشأنها

أولاً: إرهابات حدوث آثار للإعلان التفسيري على المعاهدات الدولية

على الرغم من كون ممارسة الإعلانات التفسيرية من قبل الدول والمنظمات الدولية ضاربة في القدم، إلا أن اتفاقيتي فيينا قد خلّيتا من أي بيان للإعلان التفسيري والأحكام المتعلقة به، أو بالأحرى الأحكام المتعلقة بالآثار المترتبة عليه. وقد جاءت

(36) انظر في تفصيل ذلك: تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 2 - 5 - 12، ص 319.

الأعمال التحضيرية لاتفاقيتي فيينا تفسيراً لتلك الثغرة، إذ أوضح الفقيه والدوك في تعريفه لمصطلح التحفظ أنه لا يعد تحفظاً الإعلان التوضيحي أو التفسيري أو الإعلان عن النوايا المتعلق بمدلول الاتفاقية والذي لا ينطوي على تغيير للتأثير القانونية للمعاهدة⁽³⁷⁾، ما يتبين معه من التعريف السابق أن الفقيه والدوك كانا على علم بكل من هذه الصعوبات الناشئة عن هذه الإعلانات والحل البديهي لتلك المشكلة.

وبالفعل تناولت حكومات عدة في تعليقاتها على مشاريع المواد المعتمدة في القراءة الأولى ليس مسألة عدم وجود إعلانات تفسيرية وضرورة التمييز بين هذه الإعلانات والتحفظات⁽³⁸⁾ فحسب، وإنما أيضاً العوامل التي يجب أخذها في الاعتبار عند تفسير المعاهدة⁽³⁹⁾، وفي عام 1965 سعى المقرر الخاص جاهدًا إلى طمأنة هذه الدول، مؤكداً أن مسألة الإعلانات التفسيرية موضع اهتمام اللجنة، بذكره أن «مسألة الإعلانات التفسيرية مع ذلك، ربما على غرار إعلانات السياسة العامة الصادرة بشأن معاهدة ما، والسؤال المطروح هو طبيعة الآثار المترتبة على كل فئة من هاتين الفئتين من الإعلانات على حدة، وهناك بعض القواعد التي تتناول هذا الموضوع بشكل عابر في المادة (69)، سيما في الفقرة 3 حول الاتفاق على تفسير المعاهدة والممارسة المتبعة لاحقاً لتنفيذها، وتتعلق المادة (70) التي تتناول وسائل التفسير التكميلية بهذه المشكلة أيضاً»⁽⁴⁰⁾.

وفي مؤتمر فيينا لعامي 1968 و1969، تم مناقشة مسألة الإعلانات التفسيرية مجدداً، وخاصة فيما يتعلق بتعديل المجر لتعريف مصطلح «التحفظ» والمادة (19) التي أصبحت بعد ذلك المادة (21) بشأن آثار التحفظ، وكان سترتب على هذا التعديل دمج الإعلانات التفسيرية والتحفظات، دون أي تمييز بين الفئتين، وخاصة فيما يتعلق بالآثار المترتبة على كل منهما، غير أن العديد من الوفود اعترضت

(37) التقرير الأول عن قانون المعاهدات: 4a/CN/Yearbook, 1962, vol.37, p.144

(38) التقرير الرابع للسير همفري والدوك عن قانون المعاهدات، تعليقات الحكومة اليابانية،

(and Add.1 and 2, Yearbook ... 1965, vol. II, p. 50 177/A/CN.4

(39) التقرير السادس للسير همفري والدوك عن قانون المعاهدات، تعليقات الولايات المتحدة الأمريكية على المادتين (69)، (70) بشأن التفسيري، 4. 183/A/CN. 1966 Yearbook ... Add.1 to 4

(vol. II, p. 100)

(40) Yearbook ... 1965, vol. I, 799th meeting, 10 june 1965, p. 165, para. 13.

بوضوح على هذا الدمج، وحذر الفقيه والدوك، بصفته خبيراً استشارياً، من المخاطر التي ينطوي عليها دمج الإعلانات التفسيرية في مفهوم التحفظات، والواقع أن إصدار الدولة إعلاناً تفسيرياً عادة ما يكون بغرض تفادي الوقوع في شرك قانون التحفظات إن صح القول.

وبناء على ذلك، طلب من لجنة الصياغة عدم إغفال حساسية الموضوع، والاعتقاد بأن دمج الإعلانات التفسيرية في التحفظات مسألة تسهل معالجتها، ولم تعتمد لجنة الصياغة التعديل المجري في نهاية المطاف، ورغم الملاحظة التي أبداه السيد «سيولفيدا أمور» باسم المكسيك، ومفادها أن المواد قيد النظر لا تتضمن تعريفاً للنص المشار إليه في الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة ٢ من المادة (27) التي أصبحت المادة (31)، في حين أن النصوص التفسيرية من هذا القبيل شائعة في الممارسة العملية، وإشارته إلى أنه من الضروري إيضاح الأثر القانوني لهذه الإعلانات من حيث كونها مختلفة عن التحفظات بالمعنى الدقيق للكلمة، فهي لم تخصص أيّاً من أحكام اتفاقية فيينا للإعلانات التفسيرية⁽⁴¹⁾.

وبعيداً عن الدخول في الإرهاصات التاريخية لاتفاقتي فيينا بشأن الإعلان التفسيري، لا يغيّر الإعلان التفسيري الالتزامات الناشئة عن المعاهدة، وهو لا يعدو أن يحدد أو يوضح المعنى أو النطاق الذي يعطيه صاحب الإعلان للمعاهدة أو لبعض أحكامها، ولذلك يجوز، حسبما يكون مناسباً، أن يشكّل عنصراً يتعيّن أخذه في الحسبان لأغراض تفسير المعاهدة وفقاً للقاعدة العامة لتفسير المعاهدات، وعند تفسير المعاهدة تؤخذ في الحسبان أيضاً حسبما يكون مناسباً موافقة الدول المتعاقدة أو المنظمات المتعاقدة الأخرى على الإعلان التفسيري أو معارضتها إيّاه.

ثانياً: الأثر المباشر للإعلان التفسيري على المعاهدات الدولية

تدلّ تسمية الإعلانات التفسيرية بوضوح، على هدفها ووظيفتها في اقتراح تفسير للمعاهدة لذلك يتم تعريفه على أنه «إعلان انفرادي، أيّاً كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة أو منظمة دولية وتهدف به تلك الدولة أو المنظمة الدولية إلى تحديد أو إيضاح

(41) انظر في تفصيل ذلك: تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 4 - 7 ص 751-752.

معنى أو نطاق المعاهدة أو بعض أحكامها»، وعلى الرغم من أن التعريف المعتمد لا يخل إطلاقاً بصحة هذه الإعلانات أو بالآثار المترتبة عليها فيبدو من البديهي تقريباً أن أثر الإعلان التفسيري يحدث أساساً في إطار عملية التفسير المعقدة للغاية⁽⁴²⁾.

وإذا كان الإعلان التفسيري هو تعديل للمعاهدة، فلا يعتبر عندئذ تفسيرياً وإنما تحفظاً، كما شددت محكمة العدل الدولية على أن تفسير معاهدة لا يمكن أن يؤدي إلى تعديلها، وذلك على النحو الذي أوردته في فتاها بشأن تفسير معاهدات السلام المبرمة مع بلغاريا ورومانيا والمجر، بأن المحكمة مدعوة لتفسير المعاهدات، لا لإعادة النظر فيها⁽⁴³⁾. ويمكن الاستنتاج انطلاقاً من هذه العناصر أن الإعلان التفسيري لا يمكن أن يعدل الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة أو للمعاهدة ككل فيما يتعلق ببعض الجوانب، وسواء كان التفسير صحيحاً أم لا، فإن صاحبه يبقى ملزماً بأحكام المعاهدة⁽⁴⁴⁾.

(42) وقبل بحث الدور الذي قد يؤديه هذا الإعلان في عملية التفسير، يجدر توضيح الأثر الذي لا يمكن، يقيناً، أن يترتب عليه، إذ يتبين بالفعل من المقارنة بين تعريف الإعلانات التفسيرية وتعريف التحفظات أنه في حين أن هذه الأخيرة ترمي إلى تعديل الأثر القانوني للمعاهدة أو إلى استبعاد أحكام معينة منها في تطبيق هذه الأحكام على الجهة المتحفظ، فإن الإعلانات التفسيرية تهدف فقط إلى تحديد معنى المعاهدة أو توضيحه، ولا يسعى صاحب الإعلان التفسيري إلى التحلل من التزاماته الدولية بموجب المعاهدة، وإنما يقصد إعطاء معنى محدداً لهذه الالتزامات، وكما شرح ياسين على نحو يبين جداً بأنه تعترف الدولة التي تبدي تحفظاً بأن للمعاهدة أهمية معينة بصفة عامة، لكنها ترغب في تغيير أو تقييد أو توسيع نطاق حكم أو أحكام عدة من هذه المعاهدة فيما يخصها» والدولة التي تصدر إعلاناً تفسيرياً تعلن أنه في رأيها، يجب أن تفسر المعاهدة أو إحدى موادها بطريقة معينة؛ أي أنها تمنح قيمة موضوعية وعامة لهذا التفسير، فهي بعبارة أخرى، تعتبر هنا ملزمة بالمعاهدة، وبدافع الشفافية، تحرص على التعبير عن وجهة نظرها بشأن تفسير هذه المعاهدة.

Yearbook... 1965, vol. I, 799th meeting, 10 June 1965, p. 166, paras. 25-26

(43) انظر فتوى 18 يولية 1950 - I.C.J Report. 1950, p.22. انظر أيضاً الحكمين الصادرين بتاريخ 27 أغسطس 1952 Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc France c

(44) وهذا بالتأكيد هو المعنى الذي ينبغي أن يُعطى لفتوى المفوضية الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية بيلوس، التي أكدت فيها أن إعلاناً تفسيرياً "يمكن أن يؤدي دوراً في تفسير مادة من الاتفاقية، لكن في حال توصل المفوضية أو المحكمة إلى تفسير مختلف، تكون الدولة المعنية ملزمة بهذا التفسير".

Report of 7 May 1986, vol. I, No. 32, para. 102.

وبعبارة أخرى، فإن الدولة أو المنظمة الدولية لا تتحرّر، باعتمادها على التفسير الذي اقترحه من طرف واحد، من خطر انتهاك التزاماتها الدولية وفي حال عدم توافق تفسيرها مع المعنى العادي الذي يُعطى لتعابير المعاهدة في السياق الذي ترد فيه وفي ضوء موضوع المعاهدة وغرضها، قد يكون السلوك الذي اتبعه صاحب الإعلان في إطار تنفيذ المعاهدة مخالفاً لما هو مطلوب منه بموجب التزاماته بالمعاهدة، ومن ثم لا يكون هناك أثر للإعلان التفسيري⁽⁴⁵⁾.

وفي الحالات التي تتخذ فيها دولة أو منظمة دولية من تفسيرها شرطاً يعتمد عليه التزامها بالمعاهدة، وذلك بصوغ إعلان تفسيري مشروط، فإن الوضع يختلف نوعاً ما وحتماً، إذا ظل التفسير الذي يقترحه صاحب الإعلان وتفسير المعاهدة الذي تعطيه دولة أو منظمة أخرى منسجمين، فلن تكون هناك صعوبة، إذ إن الإعلان التفسيري يبقى تفسيرياً فحسب، ويمكن أن يؤدي في عملية تفسير المعاهدة دوراً مطابقاً لدور أي إعلان تفسيري آخر، لكن في حال عدم توافق تفسير صاحب الإعلان التفسيري مع تفسير المعاهدة المحدد موضوعياً من جانب طرف ثالث محايد باتباع قواعد اتفاقيتي فيينا، سوف تنشأ إشكالية، إذ يعني هذا أن صاحب الإعلان لا ينوي الالتزام بالمعاهدة إذا فسّرت على هذا النحو، وإنما ينوي الالتزام فقط بالنص المفسّر والمطبّق بالطريقة التي اقترحها.

وقد اشترط إذن منح موافقته على أن يُلزم بالمعاهدة بـ "تفسير" خاص لا يتوافق - من الناحية الفرضية - مع المعنى العادي الذي يُعطى لتعابير المعاهدة في السياق الذي ترد فيه وفي ضوء موضوعها وغرضه، وفي هذه الحالة - وحدها دون غيرها - يحدث الإعلان التفسيري المشروط آثار التحفظ في حال استيفاء الشروط الملائمة، وهكذا يبرر هذا الاحتمال الذي لا يمثل احتمالاً فرضياً فحسب، أن يكون الإعلان التفسيري هذا خاضعاً للوضع القانوني نفسه الذي يطبّق على التحفظات رغم أنه لا يرمي، حسب نصّه، إلى تعديل المعاهدة.

بيد أنه في حالات الإعلان التفسيري البسيط، لا يغيّر اقتراح تفسير غير

(45) Horn, Frank, Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, North-Holland, Amsterdam, 1988, p.326.

متفق مع أحكام المعاهدة من موقف صاحب التفسير تجاه المعاهدة بأي شكل من الأشكال، بل هو يبقى ملزماً بأحكامها ويتعين أن يحترمها.⁽⁴⁶⁾

وبرغم أن الإعلان التفسيري لا يؤثر من ثم في القيمة المعيارية والطابع الإلزامي للالتزامات الواردة في المعاهدة، فإنه لا يخلو مع ذلك من بعض التأثير أو الإسهام بشكل ما في تفسيرها، إذ لكل دولة بمقتضى سيادتها الحق في أن تبيّن المعنى الذي تعطيه للمعاهدات التي هي طرف فيها، في حدود ما يخصّها، ويعزى ذلك إلى حاجة المستهدفين بالقاعدة القانونية إلى تفسير هذه القاعدة بالضرورة ليتسنى تطبيقها والوفاء بما عليهم من التزامات⁽⁴⁷⁾.

ونظراً لطابع عمل التفسير في حد ذاته - الذي يشكّل عملية، بل هو فن أكثر منه - فمن غير الممكن تحديد قيمة التفسير بصورة عامة ومجردة كونه علماً دقيقاً ومن غير الممكن تحديد قيمة التفسير إلا باستخدام "القاعدة العامة في التفسير" الواردة في المادة (13) من اتفاقيتي فيينا لقانون المعاهدات، كما لا يمكن بتاتاً إعادة النظر فيها ولا «مراجعتها» في سياق هذه العملية ومن ثم، ففي إطار هذا الدليل، يتعيّن بالضرورة حصر المشكلة في مسألة حُجّة التفسير المقترح في الإعلان التفسيري، وفي مسألة قيمته الإثباتية لدى أي مفسّر آخر، أي بعبارة أخرى، في مكانته ودوره في عملية التفسير.

وحُجّة التفسير الذي يقترحه صاحب الإعلان التفسيري، يجب ألا يغيب عن البال أن الأمر يتعلق بإعلانات انفرادية، حسب تعريف الإعلانات التفسيرية،

(46) وقد أعرب ماكري أيضاً عن هذا الموقف بقول: « كل ما في الأمر أن الدولة أعربت عن رأيها في تفسير المعاهدة، وهو رأي قد يؤخذ به أو لا يؤخذ به في أي إجراءات تحكيمية أو قضائية، وعند تقديم هذا التفسير، لم تستبعد الدولة أي إجراءات تفسيرية لاحقة ولا هي استبعدت إمكانية رفض تفسيرها ومن ثم، فما لم تكن الدولة المبدية للتحفظ لا تزال تتوخى إصدار تفسير رسمي نهائي قد يتعارض مع رأيها الخاص، فليس ثمة أي سبب للتعامل مع الإعلان التفسيري على غرار محاولة تعديل المعاهدة أو تحويلها»، انظر ص 160، أعلاه، الحاشية 129، D. M. McRae.

(47) G. Abi-Saab, "Interprétation et 'auto-interprétation': quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international", in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Springer, Berlin, 1995, p.14.

لذا، فالتفسير المقترح ليس في حد ذاته سوى تفسير انفرادي، وهو بصفته تلك لا يحظى بقيمة خاصة، ومن ثمّ، فمن المؤكد أنه لا يمكن أن يكون ملزماً للأطراف الأخرى في المعاهدة⁽⁴⁸⁾.

ولما كان الإعلان يعبر عن النية الانفرادية لصاحبه فحسب - أو عن نية مشتركة، في أفضل الأحوال، إذا وافق عليها بعض الأطراف في المعاهدة - فمن المؤكد أنه لا يجوز إعطاؤها قيمة موضوعية ذات حُجية تجاه الجميع، بل لا يجوز إعطاؤها قيمة التفسير الصحيح المقبول من جميع الأطراف، ولئن كانت النية غير حاسمة في تحديد المعنى اللازم لإعطاؤه لأحكام المعاهدة، فإنها تؤثر مع ذلك إلى حد ما في العملية التفسيرية لنصوص المعاهدة.

ويتوقّف اعتبار الإعلانات التفسيرية أحد العوامل الواجب أخذها في الاعتبار في تفسير المعاهدات إلى حد كبير على سياق الإعلان وموافقة الدول الأطراف الأخرى عليه، ولأحظت محكمة العدل الدولية في فتاها المتعلقة بالوضع الدولي لجنوب غرب أفريقيا بشأن إعلانات اتحاد جنوب أفريقيا عن التزاماته الدولية بموجب الولاية بذهابها إلى أنها تشكل هذه الإعلانات اعترافاً من حكومة الاتحاد بتواصل التزاماتها بموجب الولاية وليس مجرد إشارة إلى طبيعة سلوك هذه الحكومة في المستقبل، فرغم أن تفسير النصوص القانونية من قبل الأطراف نفسها قد يكون غير قاطع في تحديد المعنى، فإن له مع ذلك قيمة ثبوتية كبيرة عندما يتضمّن الإعلان اعتراف أحد الأطراف بالتزاماته بموجب النص، وفي هذه الحالة تؤكد الإعلانات الصادرة عن اتحاد جنوب أفريقيا الاستنتاجات التي توصلت إليها المحكمة⁽⁴⁹⁾.

وبذلك توضح المحكمة أن لإعلانات الدول بشأن التزاماتها الدولية «قيمة ثبوتية» في تفسير أحكام النصوص القانونية التي تتعلّق بها، لكنها تؤيد أو

(48) E. de Vattel, The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns, Carnegie Institution of Washington, Washington, 1916, Part II, p.462, para. 265. *Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Springer, Berlin, 1995, p.14.

(49) International status of South-West Africa, Advisory opinion of 11 July 1950, I.C.J. Reports 1950, pp.135-136.

”تدعم“ تفسيراً سبق التوصل إليه بأساليب أخرى، لذلك فإن الإعلان التفسيري يأتي ليؤكد تفسيراً قائماً على أساس العناصر الموضوعية المذكورة في المادتين (31) و (32) من اتفاقتي فيينا.

ويتبين بذلك من الممارسة والتحليل الفقهي أن دور الإعلانات التفسيرية ينحصر في دعم أو تكميل التفسير، بحيث إنها إنما تؤكد معنى تم التوصل إليه مسبقاً بشأن أحكام المعاهدة، بناء على موضوعها وغرضها، لذلك فليس لها تأثير مستقل، وكل تأثير لها يكون مقترباً بنص تفسيري آخر يقتصر دورها على تأكيده في معظم الأحيان.

ومن هذا المنطلق، ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار أيضاً مدى إمكانية إصدار ردود فعل بشأن الإعلان التفسيري، فضلاً عن ردود الفعل المؤيدة أو الراضية التي قد تصدر عن الأطراف الأخرى إزاء الإعلان التفسيري، لأنه يمكن أن تكون لها إعلاناتها التفسيرية الخاصة، وللإعلان التفسيري الذي تؤيده واحدة أو أكثر من الدول قيمة ثبوتية أكبر بالتأكيد بشأن نية الأطراف، مقارنة بالإعلان التفسيري الذي يُعترض عليه، أو الإعلان التفسيري المسكوت عن إبداء رد فعل بشأنه.

الفرع الثاني

مدى قبول إجراء رد فعل على الإعلان التفسيري⁽⁵⁰⁾

إن النظر إلى مسألة مدى إمكانية ردود الفعل على الإعلانات التفسيرية سواء بالموافقة أو المعارضة أو إعادة الوصف لا تكون إلا في ضوء مدى إمكانية قبول الإعلانات التفسيرية نفسها. وبالنظر إلى أنه يحق لأي دولة أن تصدر إعلانات تفسيرية، وذلك بموجب حقها الانفرادي العائد إلى سيادتها في تفسير المعاهدات التي تكون طرفاً فيها، فلا شك أنه يحق كذلك للمتعاقدين الآخرين الرد على هذا الإعلان التفسيري وأن تخضع تلك الردود عند الاقتضاء لشروط القبول نفسها التي تسري على إصدار الإعلان المردود عليه.

(50) انظر في تفصيل ذلك: تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 3 - 6 ص 583-584.

وكقاعدة عامة، وعلى غرار الإعلانات التفسيرية نفسها، قد تكون حالات الموافقة أو الاعتراض عليها التي تثيرها صحيحة أو خاطئة، لكن هذا لا يستتبع أنها جائزة أو غير جائزة، هذا من جانب، ومن جانب آخر، يجب معالجة مسألة قابلية إعادة وصف الإعلانات التفسيرية بشكل مختلف قليلاً، فالواقع أنه بصياغة بيان إعادة الوصف، لا يشكك صاحب البيان في مضمون الإعلان الأصلي، وإنما في طبيعته القانونية والنظام الذي ينبغي أن ينطبق عليه.

وذلك لن يحصل إلا من خلال أن يحدّد وصف الإعلان الانفرادي بأنه تحفظ أو إعلان تفسيري بموضوعية، إذ يتحدّد طابع الإعلان الانفرادي، كتحفظ أو كإعلان تفسيري، بالأثر القانوني الذي يقصد صاحب هذا الإعلان إحداثه، ويراعى في هذا النظر آثار الإعلان المحتملة التي ينشدها صاحبه على المعاهدة، إذ لا يمكن تحديد طبيعة الإعلان الانفرادي إلا بتحديد الهدف من الإعلان. ولأغراض تحديد الطبيعة القانونية للإعلان الذي يتم تقديمه فيما يتصل بالمعاهدة، يقوم المعيار الحاسم على النتيجة الفعلية أو المحتملة لتطبيقه، فإذا أفضى إلى تعديل أو استبعاد الأثر القانوني للمعاهدة أو لأحكام معيّنة منها، فإن الأمر يتعلق في هذه الحالة بتحفظ، أيًا كانت صياغته أو تسميته.

وإذا كان الإعلان يقتصر على تحديد أو توضيح المعنى أو النطاق الذي يعطيه مقدّمه للمعاهدة أو لأحكام معيّنة منها، فإن الأمر يتعلق بإعلان تفسيري ودون أن تكون ثمة ضرورة للحكم مسبقاً على آثار هذه الإعلانات، فإنه من الواضح أنها تشكّل عنصراً لا يُستهان به لتحديد الطبيعة القانونية الانفرادية للإعلان الأصلي، فلتحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بإعلان تفسيري أو بتحفظ، ينبغي أخذ هذه الإعلانات في الاعتبار كتعبير عن موقف الأطراف في المعاهدة بشأن طبيعة "الإعلان التفسيري" "أو التحفظ"، مع كل ما يترتب على ذلك من نتائج.

أما صاحب بيان إعادة الوصف فهو ببساطة يبدى رأيه في هذه المسألة، وقد يكون رأيه صحيحاً أو خاطئاً لكن هذا لا يستتبع أثبتة أن إعادة الوصف جائزة أو غير جائزة، فالأمر هنا يتعلق مرة أخرى بمسألتين منفصلتين، كما أن بيانات إعادة الوصف، بصرف النظر عن كونها تستند أو لا تستند إلى أساس صحيح، لا تخضع

لأي معيار من معايير الجواز، فالممارسة العملية تتمثل في أن الدول أو المنظمات الدولية المتعاقدة تعتبر أن من حقها إصدار هذه الإعلانات، وذلك لضمان سلامة المعاهدة أو لكفالة احترام حظر المعاهدة للتحفظات في كثير من الأحيان.

الفرع الثالث

الأثر المنبثق عن ردود الأفعال على الإعلانات التفسيرية

أولاً: الموافقة على الإعلان التفسيري وأثره

إن المقصود بالموافقة على الإعلان التفسيري إصدار دولة أو منظمة دولية بياناً منفرداً كرد فعل على إعلان تفسيري متعلق بمعاهدة صاغته دولة أخرى أو منظمة دولية أخرى، تعلن فيه الدولة أو المنظمة مصدرة البيان عن موافقتها على التفسير المصاغ في ذلك الإعلان، وفي الواقع العملي يندر الموافقة على الإعلانات التفسيرية، ولعل ذلك يعزى إلى أن البند 3 من الفقرة 3 من المادة (31) من اتفاقيتي فيينا تنص على أن: «لأغراض تفسير معاهدة ما، يؤخذ في الحساب بالإضافة إلى السياق: (أ) أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها».

ورغم ندرة ردود الفعل بالموافقة على الإعلانات التفسيرية التي تصدر من الدول أو المنظمات الدولية، إلا أن لها وجوداً عملياً مع ندرته، من ذلك رد فعل الحكومة النرويجية على إعلان فرنسا بشأن بروتوكول عام 1978 المتعلق بالاتفاقية الدولية لمنع التلوث الناجم عن السفن لعام 1973 الذي نشره الأمين العام للمنظمة البحرية الدولية، وجاء على النحو المسطر أدناه: «أحاطت حكومة النرويج على النحو الواجب بالرسالة التي تفهم على أنها إعلان من جانب حكومة فرنسا وليس تعديلاً لأحكام الاتفاقية تترتب عليه آثار قانونية مثل تلك التي تترتب على التحفظ الرسمي، لو جاز قبول التحفظات...»⁽⁵¹⁾.

يستخلص من ذلك المثال قبول النرويج الإعلان التفسيري الفرنسي ما لم يتعلق الأمر بتحفظ، وفي ضوء ذلك يستبين أنه من الممكن إعراب دولة أو منظمة دولية ما عن موافقتها على تفسير محدد تقترحه الدولة أو المنظمة مصدرة الإعلان التفسيري، وهو ما

(51) Status of Multilateral Conventions and Instruments in Respect of Which the International Maritime Organization or its Secretary General Performs Depositary or Other Functions (as of 31 December 2007), p. 108 (note 1).

يتوافق مع الفرضية المنصوص عليها بالمادة (31/أ) من اتفاقية فيينا آفة الذكر، وذلك دون أن يتم بيان تحديد الأهمية التي ينبغي منحها إلى الاتفاق اللاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة. ومن ثم يكون أثر الموافقة على الإعلان التفسيري هو اعتباره ذا حجية تامة بين الطرف مصدر الإعلان والطرف الموافق على الإعلان، بحيث حال حصول نزاع ما فيما بينهما بشأن محاور ونصوص المعاهدة يطبق التفسير السابق وروده بالإعلان التفسيري.

في ضوء ما سبق، يحول في فلك العقول تساؤل مهم خاص ببيان أثر الإعلان التفسيري حال وافقت عليه جميع الدول المتعاقدة، إذ يجوز أن يشكل الإعلان التفسيري الذي تكون جميع الدول والمنظمات الدولية المتعاقدة قد وافقت عليه اتفاقاً بشأن تفسير المعاهدة، إذ تغيّر موافقة جميع الأطراف الأخرى في المعاهدة على الإعلان التفسيري الوضع تغييراً جذرياً⁽⁵²⁾.

لذا، فإن اتفاق الأطراف بالإجماع يشكل اتفاقاً تفسيرياً صحيحاً يمثل إرادة أطراف المعاهدة، وهو بذلك تفسير ذو حجية⁽⁵³⁾، ومن أكبر الأمثلة على حالة الموافقة بالإجماع على الإعلان التفسيري، موافقة الدول المتعاقدة في ميثاق بريان - كيلوغ لعام 1928 على الإعلان التفسيري للولايات المتحدة الأمريكية بشأن الحق في الدفاع عن النفس⁽⁵⁴⁾. ومن الصعب حتى في هذه الحالة تحديد ما إذا كان الاتفاق التفسيري يشكل جزءاً من السياق الداخلي على النحو المسطر بالفقرة 2 من المادة (31) من اتفاقيتي فيينا أو الخارجي على النحو المبين بالفقرة 3 من المادة (31) من المعاهدة.

والواقع أن كل شيء يتوقف على الظروف التي يصدر فيها الإعلان وتوافق عليه الأطراف الأخرى، فإذا صدر الإعلان قبل التوقيع على المعاهدة ونال الموافقة عليه عند أو قبل إعراب جميع الأطراف عن موافقتها على الالتزام به، فإن تزامن صدور الإعلان مع الموافقة بالإجماع عليه يبدو اتفاقاً تفسيرياً يمكن أن يفهم

(52) R. Kolb, Interpretation et création du droit international, Bruylant, Brussels, 2006, p.609.

(53) I. M. Voicu, De l'interprétation authentique des traités internationaux, Pedone, Paris, 1968, p.134 Herdegen, "Interpretation in International Law", Max Planck Encyclopedia of Public International Law online <http://www.mpepil.com/>, para. 34

(54) American Journal of International Law (A.J.I.L.) Supplement, vol.23, 1929, pp.1-13.

على أنه: «اتفاق يتصل بالمعاهدة تم بين جميع الأطراف بصدد عقد المعاهدة» حسب نص الفقرة 2/أ من المادة (31) من اتفاقية فيينا، أو يعتبر وثيقة وضعها طرف واحد أو أكثر متعلقة بعقد المعاهدة وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة ذات صلة بالمعاهدة وفقاً للفقرة 2/ب من المادة ذاتها.

أما إذا لم يتم التوصل إلى الاتفاق التفسيري إلا بعد إبرام المعاهدة، فلنا أن نتساءل إذا كان الأمر يتعلق بمجرد «ممارسة لاحقة في تطبيق المعاهدة تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة» بالمعنى المقصود في الفقرة 3/ب من المادة (31)، أو ما إذا كانت العلاقة بين الإعلان والموافقة عليه بالإجماع، بسبب طابعها الرسمي، بمثابة «اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها» وفق الفقرة 3/أ من المادة (3) من اتفاقية فيينا.

إلا أننا نرى أنه في ظل غياب النص القاطع على تلك الفرضية يمكن تبعاً للظروف، أن تشكل موافقة جميع الأطراف على الإعلان التفسيري لأحد الأطراف اتفاقاً، ويجب مراعاة الاتفاق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة في تفسير الأحكام التي تتعلق بها.

ثانياً: السكوت حيال الإعلان التفسيري وأثره

لا يعد مجرد سكوت دولة أو منظمة دولية إزاء إعلان تفسيري صادر عن دولة أو منظمة دولية أخرى بمثابة موافقة على ذلك الإعلان، إذ إن السكوت لا يصلح أن يكون الأداة المعبرة عن إعلان تفسيري ومن ثم لا يصلح كأداة لقبول إعلان تفسيري. ويمكن القول بوجه عام إن السكوت في ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له لا يكون تعبيراً من دولة أو منظمة دولية عن قبولها إعلاناً تفسيرياً، لأن الإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي، كون السكوت لا يمثل إرادة ضمنية، إذ الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها، أما السكوت فهو كالعدم وأولى بالعدم أن تكون دلالة أقرب على الرفض لا القبول.

وهناك ملاحظة وردت في دراسة عن السكوت على انتهاك قاعدة من قواعد القانون الدولي، وهي تنطبق انطباقاً تاماً على هذه الحالة، إذ ورد فيها أنه «لا ينم

السكوت في حد ذاته عن شيء لأنه قادر على قول الكثير من الأشياء في الوقت نفسه»⁽⁵⁵⁾.

فالسكوت يمكن أن يعبر عن الموافقة على الإعلان التفسيري وعدم الموافقة عليه في آن واحد، ويمكن للدول أو المنظمات الدولية أن تعتبر أنه ليس من الضروري أن ترد على الإعلان التفسيري ما دامت مؤيدة للموقف الذي أعربت عنه هذه الدول، كما يمكنها أن تعتبر هذا التفسير خاطئاً من وجهة نظرها، وأن الجهر بذلك لا يجدي نفعاً، لأنه مهما كان الحال، فلن يأخذ به طرف ثالث محايد في حالة حدوث نزاع، ومن المحال الثبوت من صحة أي من هاتين الفرضيتين⁽⁵⁶⁾.

وعلى الرغم من كون السكوت، من حيث المبدأ، لا يعد موافقة على إعلان تفسيري أو إقراراً له، فإنه ليس من المستبعد أن تعتبر الدولة التي تلتزم السكوت، في ظروف معينة، قد قبلت الإعلان من خلال تصرفها أو عدمه في ظروف يكون فيها السلوك مشروطاً فيما يتصل بالإعلان التفسيري، وهذا استثناء من المبدأ العام، الذي ينبغي عدم الاستهانة به، والذي لا يكون تلقائياً على الإطلاق، وعليه لا ينبغي اعتبار السكوت سوى عنصر من عناصر التصرف العام من جانب الدولة أو المنظمة الدولية المعنية.

فعلى سبيل المثال استناد إحدى الدول الأطراف بالمعاهدة الصادر بموجبها إعلان تفسيري إلى ذلك الإعلان دون سبق اعتراضها عليه بمثابة قبول لهذا الإعلان، كون العمل بالتفسير يقوم مقام القبول. وأيضاً عدم اعتراض الدولة الطرف بنزاع ما على تفسير محل إعلان تفسيري - صمتت بموجبه ولم تبدِ فعلاً إيجابياً بشأنه - متمسك به من الدولة أو المنظمة الدولية الخصم لها بالنزاع بمثابة قبول لهذا الإعلان.

(55) G. Buzzini, "Abstention, silence et droit international général", Rivista di Diritto internazionale, 2005/2, p.382.

(56) Heinrich Drost, "Grundfragen der Lehre vom internationalen Rechtsgeschäft", in D.S. Constantopoulos and Hans Wehberg (eds.), Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift für Rudolf Laun zu seinem siebzigsten Geburtstag (Hamburg, Girardet 1953), p.218: «Wann Schweigen als eine Anerkennung angesehen werden kann, ist Tatfrage. Diese ist nur dann zu bejahen, wenn nach der Sachlage – etwa nach vorhergegangener Notifikation – Schweigen nicht nur als ein objektiver Umstand, sondern als schlüssiger Ausdruck des dahinterstehenden Willens aufgefaßt werden kann».

خلاصة ما تقدّم أن السكوت بحسب الأصل لا يعد قبولاً للإعلان التفسيري المسكوت عنه، إلا أنه في بعض الحالات يعد السكوت قبولاً إذا كانت الظروف والملابسة للسكوت سواء كانت معاصرة له أو لاحقة له تنم على القبول، وذات الأمر ينطبق على حالة المعارضة على الإعلان التفسيري.

ثالثاً: الاعتراض على الإعلان التفسيري وأثره

يعني الاعتراض على إعلان تفسيري بياناً انفرادياً تصدره دولة أو منظمة دولية كرد فعل على إعلان تفسيري متعلّق بمعاهدة صاغته دولة أخرى أو منظمة دولية أخرى، وتعارض فيه الدولة أو المنظمة مصدرة البيان التفسير المصاغ في الإعلان التفسيري، بما في ذلك عن طريق صوغ تفسير بديل.

وتعددت الأمثلة على ردود الأفعال السلبية على الإعلانات التفسيرية، أي عدم الاتفاق الذي تعبّر عنه دولة أو منظمة دولية مع التفسير المقدم في إعلان تفسيري، وإن كانت أقل استثناء، فإنها متفرقة بقدر لا يقل عن ردود الأفعال الإيجابية، من ذلك رد فعل المملكة المتحدة «بريطانيا» وأيرلندا الشمالية على الإعلان التفسيري للجمهورية العربية السورية المتعلّق بالمادة (52) من اتفاقية فيينا لعام 1969 نموذجاً على ذلك، إذ جاء به «لا تعتبر المملكة المتحدة أن تفسير المادة (52) الذي قدّمته الحكومة السورية يعكس بدقة استنتاجات مؤتمر فيينا بشأن موضوع الإكراه؛ فالمؤتمر قد حسم في هذه المسألة باعتماده لإعلان بشأنها يشكل جزءاً من الوثيقة الختامية»⁽⁵⁷⁾.

وأثارت أيضاً مختلف اتفاقيات الأمم المتحدة لقانون البحار ردود أفعال سلبية على الإعلانات التفسيرية المقدمة بشأنها، فأثناء التصديق على اتفاقية الجرف القاري الموقعة في جنيف في أبريل 1958، أعلنت كندا أنها لا يمكن أن

(57) فيما يلي نص هذا الإعلان (دال) تفهم حكومة الجمهورية العربية السورية الأحكام الواردة في المادة (52) على النحو الآتي: «ينطبق أيضاً مصطلح استخدام القوة أو التهديد باستخدامها الوارد في هذه المادة على ممارسة الإكراه الاقتصادي والسياسي والعسكري والنفسي، وكذلك على كافة أنواع الإكراه التي يكون الغرض منها حمل الدولة على إبرام معاهدة تتعارض مع رغبتها أو مصلحتها» 1 Treaties Multilateral chap XXIII.

تقبل إعلان جمهورية ألمانيا الاتحادية بشأن الفقرة 1 من المادة (5)⁽⁵⁸⁾، وترتب على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، بموجب مادتيها (309) و(310) اللتين تحظران التحفظات لكنهما تجيزان الإعلانات التفسيرية، عدداً كبيراً من «الإعلانات التفسيرية» التي فتحت الباب بدورها أمام ردود أفعال سلبية عديدة من جانب الدول المتعاقدة الأخرى، من ذلك ما قامت به تونس بإبلاغها في رسالتها المؤرخة 22 فبراير 1994 بأن المادتين (74) و(83) من الاتفاقية قد فُسرتا - في إعلان مالطة - على أنهما تعنيان بأنه في ظل غياب اتفاقات بشأن تحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة أو الجرف القاري أو غيرهما من المناطق البحرية، فإن البحث عن حل منصف يفترض أن تكون الحدود هي خط الوسط، أي الخط الذي تكون كل نقطة من نقاطه على مسافة متساوية من أقرب نقاط خطوط الأساس التي يُقاس انطلاقاً منها عمق المياه الإقليمية، وفي هذا الصدد، تعتبر الحكومة أن مثل هذا التفسير لا ينسجم مطلقاً مع روح أحكام هاتين المادتين ولا نصهما، كونهما لا تنصان على التطبيق التلقائي لخط الوسط في مجال تحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة أو الجرف القاري⁽⁵⁹⁾.

ومن جهة أخرى، ورد بالواقع العملي ردود فعل تبدو للوهلة الأولى، بمثابة رفض، ففي بعض الحالات، بدت الدول وكأنها تقبل التفسير المقترح بشرط أن يكون مطابقاً لتفسير تكميلي ومن أبرز الأمثلة على ذلك، الشروط التي رهنّت بها ألمانيا وتركيا موافقتهم على الإعلان التفسيري الذي قدّمته بولندا بشأن الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بتسليم المجرمين المؤرخة 13 ديسمبر 1957 فقد

(58) المرجع السابق، الفصل الحادي والعشرون - 4، وفيما يأتي نص الإعلان التفسيري الألماني: «تود جمهورية ألمانيا الاتحادية أن توضح أنها ترى أن الفقرة 1 من المادة (5) من الاتفاقية المذكورة تضمن ممارسة حقوق الصيد في المياه العلوية للجرف القاري، وفق الشروط التي جرت حسبها إجمالاً ممارسة هذه الحقوق حتى الآن».

(59) المرجع السابق، الفصل الحادي والعشرون - 6، فقد نصّ الجزء ذو الصلة من الإعلان المالطي على ما يأتي: «تفسر الحكومة المالطية المادتين (74) و(83) على أنهما تعنيان أنه في ظل غياب اتفاقات بشأن تحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة أو الجرف القاري أو غيرهما من المناطق البحرية، فإن البحث عن حل منصف يفترض أن تكون الحدود هي خط الوسط، أي الخط الذي تكون كل نقطة من نقاطه على مسافة متساوية من أقرب نقاط خطوط الأساس التي يُقاس انطلاقاً منها عمق المياه الإقليمية لمالطة وللدول الأخرى المشابهة لها».

اعتبرت ألمانيا أن إعلان بولندا المتعلق بالفقرة 1/ أ من المادة (6) من الاتفاقية، الذي بمقتضاه يعامل الأشخاص المتمتعون بحق اللجوء في بولندا معاملة المواطنين البولنديين، لا يتوافق مع موضوع الاتفاقية والغرض منها، إلا إذا كان لا يمثل عائقاً أمام تسليم هؤلاء الأشخاص إلى دولة غير الدولة التي منحوا بسببها حق اللجوء⁽⁶⁰⁾.

وفي إطار بروتوكول عام 1978 المتعلق بالاتفاقية الدولية لمنع التلوث الناجم عن السفن لعام 1973، أبدت فيما يخص إعلان كندا بشأن مياه منطقة القطب الشمالي ردود فعل مشروطة أيضاً⁽⁶¹⁾، فقد أعلنت إسبانيا وألمانيا وإيطاليا والبرتغال وفرنسا والمملكة المتحدة وأيرلندا الشمالية وهولندا واليونان، أنها «تحيط علماً بهذا الإعلان الذي قدّمته كندا، وترى أنه ينبغي أن يفهم على نحو يتماشى مع المواد (57) و (234) و (236) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار وعلى وجه الخصوص، تشير الحكومة إلى أن المادة (234) من تلك الاتفاقية تنطبق في حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة أو منطقة مماثلة تعيّن حدودها وفقاً للمادة (57) من الاتفاقية، وأن القوانين واللوائح التي تنص عليها المادة (234) ينبغي أن تراعى على النحو الواجب الملاحة وحماية البيئة البحرية وصونها، بالاستناد إلى أفضل المعارف العلمية المتوافرة».

ويختلف إعلان الجمهورية التشيكية المقدم رداً على الإعلان التفسيري لجمهورية ألمانيا الاتحادية للاتفاقية الموقعة في «مونتيغو باي» بشأن الجزء العاشر اختلافاً طفيفاً، من حيث إنه يصعب تحديد ما إذا كان يمثل معارضة للتفسير الذي

(60) الإعلان المؤرخ 15 يونيو 1993 «تعلن جمهورية بولندا، فيما يتعلق بالفقرة 1/ أ من المادة (6)، أنها لن تقوم في أي حال من الأحوال بتسليم مواطنيها وتعلن جمهورية بولندا لأغراض هذه الاتفاقية، وفقاً للفقرة 1 (ب) من المادة (6)، أن الأشخاص المتمتعين بحق اللجوء في بولندا يُعاملون معاملة المواطنين البولنديين». (European Treaty Series, No. 024 (<http://conventions.coe>)). (int).

(61) للاطلاع على نص إعلان كندا انظر:

Status of Multilateral Conventions and Instruments in Respect of 'Which the International Maritime Organization or its Secretary General Performs Depositary or Other Functions (as of 31 December 2007), p.106.

قدّمته ألمانيا أم إعادة وصف للإعلان في صيغة تحفظ وصرّحت حكومة الجمهورية التشيكية، بعد أن نظرت في الإعلان الذي قدّمته جمهورية ألمانيا الاتحادية في 14 أكتوبر 1994 بشأن موضوع تفسير أحكام الجزء العاشر - من الاتفاقية المذكورة - التي تتناول حق وصول الدول غير الساحلية إلى البحر ومن البحر وحرية المرور العابر، بأن الإعلان آنف الذكر الذي قدّمته جمهورية ألمانيا الاتحادية لا يمكن أن يفسّر، فيما يخص الجمهورية التشيكية، تفسيراً مخالفاً لأحكام الجزء العاشر من الاتفاقية⁽⁶²⁾.

ولا تشكّل أنواع «القبول المشروط» «هذه موافقة»، إذ يجب أن تعتبر بمثابة رد فعل سلبي، إذ في واقع الأمر، لا يوافق مقدمو هذه الإعلانات على التفسير المقترح، بل يقدمون تفسيراً آخر، يعتبرون أنه الوحيد الذي يتماشى مع المعاهدة.

وتبيّن هذه الأمثلة جميعاً أن رد الفعل السلبي على إعلان تفسيري يمكن أن يتخذ أشكالاً متنوّعة، فيمكن أن يوصف بأنه رفض كامل للتفسير المبيّن في الإعلان أو اقتراح مضاد لتفسير الأحكام موضع الخلاف، أو محاولة للحد من نطاق الإعلان الأولي، الذي يكون بدوره موضع تفسير، وفي كل الحالات تهدف الدول أو المنظمات الدولية التي تصوغ رد فعل على إعلان تفسيري ما إلى منع ما ينطوي عليه الإعلان التفسيري من أثر قانوني على المعاهدة أو تطبيقها أو تفسيرها، أو الحد من نطاق هذا الأثر.

وفي هذا الصدد، يمكن مقارنة رد الفعل السلبي، إلى حد ما، بالاعتراض على التحفظات، لكن دون أن تكون له الآثار نفسها، وعليه لا يجوز لدولة أو

(62) فيما يلي الجزء المعني من إعلان ألمانيا: «فيما يتعلق بتنظيم حرية المرور العابر التي تستفيد منها الدول غير الساحلية، يجب ألا يخل المرور عبر أراضي الدول بسيادة هذه الدول. ووفقاً للفقرة 3 من المادة (125)، لا تخل الحقوق والتسهيلات المنصوص عليها في الجزء العاشر بأي شكل من الأشكال بسيادة دول المرور العابر ومصلحتها المشروعة. وينبغي لدولة المرور العابرة والدولة غير الساحلية المعنيتين أن تتفقا في كل حالة بشأن التعريف الدقيق لحرية المرور العابر. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق بشأن شروط وطرائق ممارسة حق الوصول، تنظم التشريعات الوطنية المرور العابر للأشخاص والممتلكات عبر الأراضي الألمانية، ولا سيما فيما يتعلق بوسائل النقل واستخدام الهياكل الأساسية».

Treaties Multilateral chap XXI 6.

منظمة دولية أن تُعارض بدء نفاذ المعاهدة بينها وبين مقدّم الإعلان التفسيري بحُجة أنها لا توافق على التفسير الذي ينطوي عليه الإعلان، فالجهة التي تصوغ رد فعل سلبي تعتبر رد الفعل هذا بمثابة إجراء وقائي واحتجاج على إرساء تفسير للمعاهدة يمكن أن تكون له حُججة تجاهها، وتود به تسجيل عدم موافقتها⁽⁶³⁾ لأنها تعتبر التفسير المعني غير مناسب⁽⁶⁴⁾.

رابعاً: إعادة وصف الإعلان التفسيري وأثره

تعني إعادة وصف إعلان تفسيري بياناً انفرادياً تصدره دولة أو منظمة دولية كرد فعل على إعلان تفسيري متعلق بمعاهدة صاغته دولة أخرى أو منظمة دولية أخرى، وترمي به الدولة أو المنظمة الدولية مصدرة البيان إلى معاملة الإعلان بوصفه تحفظاً.

وكما يتّضح من تعريف كل من التحفظات والإعلانات التفسيرية، فإن تسمية أو صيغة الإعلان الانفرادي التي تضعها الجهة المصدرة له فتصفه بأنه تحفظ أو إعلان تفسيري، حتى وإن أمكن اعتبار ذلك مؤشراً على قدر من الأهمية أمر لا صلة له بوصف هذا الإعلان الانفرادي، ويُستدل على ذلك من عبارة «أيّاً كانت صيغته أو تسميته» الواردة بنص المادة (2) من اتفاقية فيينا بالفقرة 1/د.

وعلى صعيد الواقع العملي، يحدث كثيراً ألا تتردد الدول المعنية في الرد على إعلانات انفرادية تقدّمها الجهة المصدرة على أنها إعلانات تفسيرية فتعتبرها تلك الدول بمثابة تحفظات، وتقوم الدول والمنظمات الدولية بإصدار ردود الأفعال بإعادة الوصف للإعلان التفسيري بحكم موضوعها نفسه، وتختلف بصورة ظاهرة عن

(63) انظر في هذا المعنى:

A. McNair, The Law of Treaties, (Clarendon, Oxford, 1961, pp. 430 and 431.

(64) انظر، على سبيل المثال: رد فعل إيطاليا على الإعلانات التفسيرية للإكوادور وأوروغواي وفنزويلا وكولومبيا والمكسيك بشأن اتفاقية بازل المتعلقة بالتحكم في نقل النفايات الخطرة والتخلص منها عبر الحدود (Treaties Multilateral chap XXVII) وقد سجل الأمين العام أيضاً رد فعل كندا على الإعلان التفسيري لجمهورية ألمانيا الاتحادية لاتفاقية جنيف بشأن الجرف القاري. انظر: المرجع نفسه، الفصل الحادي والعشرون 4- في فئة «الاعتراضات».

الموافقة والمعارضة من حيث كونها لا تتعلق بالضرورة بمضمون الإعلان الانفرادي المعني، بل هي تتعلق بالشكل الذي يتخذه والنظام القانوني المنطبق عليه⁽⁶⁵⁾.

ونورد على ذلك العديد من الأمثلة على تلك الظاهرة المتمثلة في إعادة وصف الإعلان التفسيري منها⁽⁶⁶⁾:

- رد فعل هولندا على الإعلان التفسيري الصادر عن الجزائر بشأن الفقرتين ٣ و ٤ من المادة (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 والتي ذكرت فيه هولندا أنها: «تري حكومة مملكة هولندا أن الإعلان التفسيري المذكور ينبغي اعتباره تحفظاً على العهد، إذ يتبين بالنظر إلى نص هذا العهد وتاريخه أن التحفظ الذي صاغته حكومة الجزائر بشأن الفقرتين 3 و4 من المادة (13) يتعارض مع موضوع العهد وروحه، وبناءً على ذلك، تعتبر حكومة هولندا هذا التحفظ غير مقبول وتصوغ اعتراضها عليه رسمياً».

- ردود أفعال بعض الدول على الإعلان الصادر عن باكستان بشأن العهد نفسه المبرم في عام 1966، وقد خلصت هذه الدول إلى أنه: «تعتبر حكومة... الإعلانات المذكورة آنفاً تحفظات تتعارض مع موضوع العهد والغرض منه وبناءً عليه، تصوغ حكومة... اعتراضها على التحفظات المذكورة أعلاه والصادرة عن حكومة جمهورية باكستان الإسلامية بشأن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية».

- ردود أفعال الكثير من الدول على الإعلان الصادر عن الفلبين بشأن اتفاقية مونتيجو باي لعام 1982، إذ جاء بتلك الاعتراضات ما فحواه: «تري... أن الإعلان الصادر عن حكومة الفلبين عند توقيع اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار والذي أكدته فيما بعد لدى التصديق على الاتفاقية المذكورة يتضمن في واقع الأمر تحفظات واستثناءات، وهو ما يتعارض مع أحكام المادة (309) من الاتفاقية».

(65) انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 2-9-3 ص 434.

(66) انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 2-9-3 - ص 434 حتى ص 436.

- قيام المكسيك بإعادة وصف إعلان تفسيري، إذ اعتبرت أن الإعلان الثالث - الموصوف صراحة بكونه إعلاناً تفسيرياً- الذي قدّمته حكومة الولايات المتحدة الأمريكية يعد محاولة انفرادية من جانبها للتذرع بسبب لا تنص عليه - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988 - لتبرير رفض تقديم المساعدة القضائية التي تطلبها دولة ما، ومن ثم فهو يشكل تعديلاً للاتفاقية يتعارض مع الغرض منها.
- رد فعل ألمانيا على إعلان أشارت فيه الحكومة التونسية إلى أنها لن تقوم في إطار تطبيق اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة 20 نوفمبر 1989 باتخاذ «أي قرار تشريعي أو تنظيمي يتعارض مع الدستور التونسي»، إذ جاء رد الفعل الألماني كالآتي: «تعتبر حكومة ألمانيا الاتحادية الإعلان الأول من الإعلانات الصادرة عن الجمهورية التونسية تحفظاً يحد من أثر الجملة الأولى من المادة (4)....».
- ردود أفعال تسع عشرة دولة إزاء الإعلان الصادر عن باكستان والمتعلق بالاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام 1997، وفيه أوضحت باكستان أن «أيّاً من أحكام - الاتفاقية المذكورة - لا ينطبق على أشكال الكفاح، بما في ذلك الكفاح المسلح، من أجل أعمال حق تقرير المصير ضد الاحتلال أو السيطرة الأجنبية»، إذ جاء بتلك الردود ما مضمونه: «تعتبر حكومة... هذا الإعلان تحفظاً، حيث إن الهدف منه هو التضييق الانفرادي لنطاق تطبيق الاتفاقية، وهو بذلك يتنافى مع موضوع الاتفاقية والغرض منها».
- رد فعل كل من ألمانيا وهولندا على الإعلان الذي أصدرته ماليزيا لدى انضمامها إلى اتفاقية عام 1973 لمنع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية، بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون، والمعاقبة عليها، وبموجبه تخضع تطبيق المادة (7) من الاتفاقية لتشريعاتها الوطنية، إذ جاء بذلك الرد: «ترى حكومة جمهورية ألمانيا الاتحادية أن الحكومة الماليزية، بجعلها تفسير وتطبيق المادة (7) من الاتفاقية مرهونين بتشريعاتها الوطنية، تصوغ تحفظاً عاماً غير دقيق يستحيل معه أن يتحدّد بشكل واضح الطريقة التي تقترح بها تعديل الالتزامات الناشئة عن الاتفاقية، وبناءً على ذلك،

تصوغ حكومة جمهورية ألمانيا الاتحادية اعتراضها على الإعلان المذكور، إذ تعتبر التحفظ المقدم يتنافى وموضوع الاتفاقية والغرض منها، ولا يمنع هذا الاعتراض سريان الاتفاقية بين جمهورية ألمانيا الاتحادية وماليزيا».

- رد فعل السويد على الإعلان الصادر عن بنغلاديش وبموجبه يרתن تطبيق المادة (3) من اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لعام ١٩٥٣ باتفاقها مع دستور بنغلاديش وجاء به: «وفي هذا الصدد، تذكر الحكومة السويدية بأن التسمية التي تطلق على إعلان يستبعد أو يعدل الأثر القانوني لأحكام معينة من معاهدة ما لا تُعتبر، وفقاً لمبدأ راسخ من مبادئ القانون الدولي التعاهدي، عاملاً حاسماً في تحديد ما إذا كان الإعلان يمثل تحفظاً على المعاهدة أم لا، وبناءً على ذلك، فإن الحكومة السويدية ترى في غياب أي إيضاحات أن الإعلانات الصادرة عن حكومة بنغلاديش تشكل في جوهرها تحفظات على الاتفاقية، وتلاحظ الحكومة السويدية أن الإعلان المتعلق بالمادة (3) ذو طابع عام، حيث إنه يشير إلى أن بنغلاديش ستطبق هذه المادة وفقاً لأحكام دستورها ذي الصلة، وترى الحكومة السويدية أن هذا الإعلان يثير شكوكاً بشأن التزام بنغلاديش بموضوع الاتفاقية والغرض منها، وهي تذكر بأنه استناداً إلى المبدأ الراسخ في القانون الدولي، لا يجوز صوغ التحفظات التي تتعارض مع موضوع معاهدة أو الغرض منها»⁽⁶⁷⁾.

إبان بيان الواقع العملي للأمثلة الخاصة بإعادة الوصف، نخلص إلى أن إعادة الوصف تكمن في كون الإعلان الانفرادي المقدم بوصفه إعلاناً تفسيرياً يعتبر في حقيقة الأمر تحفظاً بكل ما للتحفظ من آثار قانونية من وجهة نظر الدولة «الدول» أو المنظمة «المنظمات» مصدرة رد الفعل على الإعلان، وعلى ذلك فإن المقصود من إعادة الوصف هو تعديل النظام القانوني للإعلان الانفرادي في سياق العلاقة بين الدولة أو المنظمة المصدرة للإعلان الانفرادي والدولة أو المنظمة التي تعيد وصفه، وكقاعدة عامة فإن هذه الإعلانات التي تكون في معظم الحالات إعلانات معللة بإسهاب تستند بصفة أساسية إلى معايير التمييز بين التحفظات والإعلانات التفسيرية.

(67) انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 2-3، ذات الموضوع السابق.

وعمليات إعادة الوصف هي محاولات، أو مقترحات، مقدّمة بغرض توصيف الإعلان الأحادي الجانب المقدّم بوصفه إعلاناً تفسيرياً متحفظاً، وبغرض إخضاعها للوضع القانوني لذلك الإعلان، إلا أنه يجب الإشارة إلى أن «إعادة الوصف»، في حد ذاتها، لا تنطوي على تحديد لوضع الإعلان من جانب واحد، وإن تباين الآراء بين الدول أو المنظمات الدولية المعنية لا يمكن تسويته إلا بتدخل طرف ثالث محايد مخوّل البت في هذا الشأن، وإعادة الوصف للإعلان التفسيري كرد فعل ذي طابع ذاتي بحيث لا يفرض على الجهة المصدرة للإعلان الأول ولا على الأطراف المتعاقدة أو المعنية الأخرى».

الفرع الرابع

الإجراءات المتعلقة بردود الفعل على الإعلان التفسيري

أولاً: السلطة في إبداء الموافقة أو الاعتراض أو إعادة الوصف للإعلان التفسيري

يجوز لأي دولة أو منظمة متعاقدة ولأي دولة أو منظمة دولية، يحق لها أن تصبح طرفاً في المعاهدة أن تصوغ في أي وقت موافقتها على إعلان تفسيري أو معارضته أو إعادة وصفه استناداً إلى المبدأ الأساسي المتمثل في توافق الآراء، إذ يُجسّد ذلك ما تتمتع به الدول والمنظمات الدولية من حرية واسعة في إصدار ردود أفعالها على إعلان تفسيري سواء كانت قبلها أو تعترض عليها أو تعتبر أنها في الواقع، بمثابة تحفظ.

وفيما يتعلّق بمواعيد إبداء ردود الفعل على الإعلانات التفسيرية، فيمكن من حيث المبدأ إصدار ردود الفعل على الإعلانات التفسيرية في أي وقت، ذلك أن التفسير يرافق المعاهدة ما بقيت، ولا نرى داعياً لحصر ردود الفعل على الإعلانات التفسيرية في مدة معينة، إذ لا تخضع الإعلانات ذاتها كقاعدة عامة لأي آجال، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك.

هذا فضلاً عن وجوب أن يكون بإمكان كل من الدول والمنظمات الدولية المتعاقدة، والدول والمنظمات الدولية التي لها صفة تؤهلها لأن تكون طرفاً في المعاهدة، أن تصوغ رد فعل صريح على الإعلان التفسيري بمجرد علمها - وفي هذا

الجانب، تشبه ردود الفعل على الإعلانات التفسيرية قبول التحفظات والاعتراض عليها - على أساس أن الطرف الذي يُصدر الإعلان هو المسؤول عن نشره أو عدم نشره، وأن ردود فعل الدول أو المنظمات الدولية غير المتعاقدة لن تحدث بالضرورة الأثر القانوني نفسه المترتب على ردود الفعل الصادرة عن طرف متعاقد، ولن يكون لها حتماً أي أثر ما دامت الدولة أو المنظمة الدولية التي صدر عنها رد الفعل لم تُعرب عن موافقتها على الالتزام بالاتفاقية، ولذا يبدو من المنطقي جداً أن يقبل الأمين العام بلاغ إثيوبيا بشأن معارضتها للإعلان التفسيري الصادر عن الجمهورية العربية اليمنية بشأن اتفاقية مونتيجو باي بالرغم من عدم تصديقها على الاتفاقية⁽⁶⁸⁾.

ثانياً شكل الموافقة والاعتراض وإعادة الوصف للإعلان التفسيري

بداية وكما سبق وبيّنا في شأن الإعلان التفسيري أنه ليس بلازم أن يكون مكتوباً إلا أنه يفضل كتابته تيسيراً لعلم الغير به وذات الأمر ينطبق بالنسبة لردود الفعل على الإعلان التفسيري، إذ من المحبذ أن يتم نشر ردود الفعل على الإعلانات التفسيرية على أكبر نطاق ممكن علماً بأن الدول والمنظمات الدولية لا تقع تحت طائلة أي التزام قانوني في هذا الصدد وأن الأثر القانوني الذي يمكن أن تتوقعه منها سيتوقف إلى حد كبير بما كفلته لها من نشر.

ودون الخوض، في هذه المرحلة في تلك الآثار القانونية فإنها مقترنة بالآثار الناشئة عن الإعلان الأولي التي تنعكس على تفسير المعاهدة المعنية وتطبيقها، كون الإعلانات الانفرادية من شأنها أن تقوم بدور ما خلال عمر المعاهدة؛ فتلك علة وجودها، وذلك هو القصد من لجوء الدول والمنظمات الدولية إليها، وقد أبرزت محكمة العدل الدولية ما تكتسبه هذه الإعلانات من أهمية من الناحية العملية بأحد فتاويها بأنه «إذا لم يكن التفسير الذي تعطيه الأطراف نفسها للنصوص القانونية قاطعاً في تحديد مدلولها، فإنه يحظى مع ذلك بقوة ثبوتية كبيرة عندما يتضمن إقرار أحد الأطراف بما عليه من التزامات بموجب الإعلان الانفرادي الذي يصدره سواء كإعلان تفسيري أو رد فعل بشأنه⁽⁶⁹⁾.

(68) Multilateral Treaties..., chap. XXI.6.

(69) International Status of South-West Africa, I.C.J. Reports 1950, pp.135 – 136.

وعلى الرغم من الأهمية المنبثقة عن نشر الإعلانات التفسيرية، ليس فقط لصالح المفسّر والجهة المعروض عليها النزاع فحسب، وإنما أيضاً في تمكين الدول والمنظمات الدولية الأخرى المعنية من تحديد موقفها الخاص إزاء الإعلان، إلا أن اتفاقية فيينا لا تطالب بالإبلاغ عن الإعلان التفسيري⁽⁷⁰⁾.

وليس ثمة أي سبب لاتباع سبيل مختلف فيما يتعلّق بالردود على هذه الإعلانات التفسيرية، ولن يكون من المفضلّ فرض إجراءات شكلية أكثر صرامة مما عليه الحال بخصوص الإعلانات التفسيرية، التي جاءت لترد عليها، غير أنه يتعيّن توخّي القدر نفسه من الحيطة إذا لم تكفل الدول أو المنظمات الدولية ما يكفي من الإشهار لردودها على الإعلان التفسيري، فستعرّض نفسها لمخاطر عدم تحقّق الآثار المتوقّعة من ردود الفعل على الإعلانات التفسيرية، وإذا كان أصحاب الردود يودّون أن تراعى مواقفهم عند تطبيق المعاهدة، ولا سيما في حالة حدوث منازعة، فالأجدر بهم على الأرجح أن يقوموا بصوغ هذه الردود كتابياً، سواء لتلبية مقتضيات الوثوق القانوني أولاً لإتاحة نشرها، والبديل المتعلّق باستخدام الشكل الكتابي لا يترك مجالاً لأية حلول وسط.

ونرى في ذلك حتى تحقق ردود الأفعال على الإعلانات التفسيرية غايتها أن تتم كتابةً، ويفضّل التعديل على اتفاقية فيينا بتنظيم الإعلانات التفسيرية بشكل واضح مع إيراد نص يُلزم باتباع شكل معيّن سواء في إصدار الإعلانات التفسيرية، أو في ردود الفعل عليها، حتى تتحقّق الغاية من الإعلانات التفسيرية والرد عليها حال حصول نزاعات دولية بشأن الاتفاقية محل الإعلان.

وحال عدم تعديل اتفاقية فيينا يمكن أن تنص المعاهدة الصادر بشأنها إعلان تفسيري على وجوب إصداره كتابة وإصدار رد الفعل عليه كتابة لتحقيق الغاية منه.

(70) Sapienza, Rosario, Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali, Giuffrè, Milan, 1996, p.274.

ثالثاً: مسببات الموافقة والاعتراض وإعادة الوصف للإعلان التفسيري⁽⁷¹⁾

يتعيّن أن تبيّن الدول والمنظمات الدولية حال الموافقة على إعلان تفسيري أو معارضته أو إعادة وصفه، بقدر المستطاع الأسباب الدافعة إلى الصياغة محل الرد، إذ على الدول والمنظمات الدولية المخوّلة إصدار ردود فعل على إعلان تفسيري بأن تبيّن الأسباب الموجبة لصياغة موافقتها على الإعلانات التفسيرية أو معارضتها لها أو إعادة وصفها، إذ تحرص الدول، على أن تبيّن أحياناً بشكل مفصّل جداً، الدوافع التي تبرّر في نظرها موافقتها على الإعلان أو معارضتها له، أو إعادة وصفه وليست هذه الدوافع مفيدة بالنسبة للمفسر فحسب، بل يمكن أيضاً أن توجّه انتباه الدولة أو المنظمة الدولية صاحبة الإعلان التفسيري إلى النقاط التي يرى أنها مثار خلاف في إعلانها، وأن تجعلها عند الاقتضاء، تراجع إعلانها أو تسحبها.

غير أن لجنة القانون الدولي قد تساءلت بتقريرها عمّا إذا كان من المناسب توسيع نطاق هذه التوصية، من وجوب تسبب الإعلانات التفسيرية، بحيث تشمل الموافقة عليها، فإضافة إلى أن هذه الممارسة نادرة جداً يمكن الاعتقاد أن الموافقة تُعزى إلى الأسباب ذاتها التي دعت إلى إصدار الإعلان، علماً بأن تلك الأسباب مرّدها الصيغة ذاتها لذلك الإعلان، مع أن بعض أعضاء اللجنة يرون أن تسبب الموافقة ربما يكون مصدر التباس لا سيما إذا كان الإعلان التفسيري نفسه مسبباً، وإذا كان التسيبان متغايرين، إلا أن غالبية أعضاء اللجنة قد رأوا عدم وجوب إقامة تمييز في هذا الشأن بين مختلف فئات ردود الأفعال على الإعلانات التفسيرية سيما وأن ذلك مُجرّد توصية بسيطة ليس لها أثر ملزم لصاحب الموافقة.

وينطبق هذا أيضاً على معارضة الإعلان التفسيري أو إعادة وصفه، ولكن في أي حال، فإن عرض الأسباب الموجبة لإصدار رد الفعل قد يكون مفيداً في إطار الحوار فيما بين الدول المتعاقدة أو المنظمات المتعاقدة والكيانات المؤهلة لأن تصبح أطرافاً. ونرى بأنه يلزم تسبب الإعلان التفسيري، فضلاً عن لزوم تسبب رد الفعل على الإعلان التفسيري سواء بالموافقة عليه أو معارضته أو بإعادة وصفه أو تكييفه، إذ إن إيراد المسببات سواء بإصدار الإعلانات التفسيرية أو بردود الفعل عليها

(71) انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 2-9-6، ص 441، 442.

ستكون عاملاً مساعداً لعدم التلاعب حال حدوث نزاعات بين الطرف مصدر الإعلان والطرف مصدر رد الفعل أو بين الطرف مصدر الإعلان أو رد الفعل مع أطراف أخرى بالمعاهدة.

ولا ينال من ذلك حالة رد الفعل بالموافقة على الإعلان التفسيري، كونه قد يكون الداعي للموافقة على الإعلان التفسيري ذا سبب مختلف عما سبب به الإعلان، وذلك سيكون مرجعاً حال الخلاف، لذا نرى أنه حال عدم تسبب الموافقة على الإعلان التفسيري أن يكون ذلك بمثابة موافقة على تسبب الإعلان التفسيري ذاته، أي كأن الطرف مصدر رد الفعل بالموافقة اعتنق ذات تسبب الطرف مصدر الإعلان.

وأما بشأن أهمية تسبب المعارضة أو إعادة وصف الإعلان التفسيري، فهذا سيكون له فائدة كبيرة ليس حال حصول نزاعات فحسب كما سبق وبيّنا، بل سيسهم في تقريب وجهات النظر بين الطرف مصدر الإعلان والطرف المعارض أو المطالب بإعادة الوصف للإعلان بما قد يحقق تراجع الطرف مصدر الإعلان عن إعلانه أو تعديله بشكل توافقي، أو يحصل من خلاله تراجع الطرف المعارض أو الطالب إعادة الوصف للإعلان التفسيري عن ردة فعله بما يحقق الفائدة من التسبب ويجعله ذا أثر قانوني وواقعي عميق.

رابعاً: صياغة وإخطار الموافقة أو الاعتراض وإعادة الوصف⁽⁷²⁾

تعد صياغة رد الفعل على إعلان تفسيري كتابةً، سواء كان رد الفعل يتعلّق بالموافقة أو المعارضة أو إعادة الوصف، عاملاً مساهماً في نشر رد الفعل بين الكيانات المعنية أو الدول المتعاقدة، أو المنظمات المتعاقدة، أو الدول أو المنظمات الدولية الأخرى الأطراف في المعاهدة، أو التي يحق لها أن تصبح أطرافاً فيها.

وعلى الرغم من أن نشر رد الفعل ليس له أي أثر قانوني مُلزم، تعتقد لجنة القانون الدولي اعتقاداً راسخاً أن ذلك في مصلحة أصحاب ردود الفعل على إعلان أحادي الجانب، وكذلك في مصلحة مجمل الكيانات المعنية، وأن صياغة وإبلاغ رد فعل ما يمكن أن يتبع بالإجراءات الواجبة التطبيق على الأنواع الأخرى من الإعلانات

(72) انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، مرجع سابق، المبدأ التوجيهي رقم 2-9، ص 442-443.

المتصلة بمعاهدة ما وهي، في الواقع، متسقة للغاية فيما يتعلق بالإعلانات التفسيرية من جهة، وتلك المتصلة بالتحفظ من الجهة الأخرى، على التوالي، فيما يتعلق بالاعتراضات على التحفظات وبقبولها الصريح.

إلا أنه، وخلافاً لما يحدث في صياغة التحفظات، فهذه القواعد، فيما يتعلق بصياغة وإبلاغ ردود الأفعال على الإعلانات التفسيرية ليس لها سوى صفة اختيارية ولا تتضمن أي جانب إلزامي.

ونرى من جانبنا أنه يجب تعديل الوضع الراهن من خلال إجراء تعديل على اتفاقية فيينا من شأنه تنظيم الإعلان التفسيري وردود الفعل عليه، من بين ما يتضمن لزوم أن يصدر الإعلان التفسيري وردود الفعل عليها كتابةً حتى يحقق الغاية منه، ولتيسير إبلاغه إلى سائر الأطراف بمعاهدة ما، أو الأطراف المزمع انضمامها إلى معاهدة ما.

وحتى يحقق الإعلان التفسيري وردود الفعل عليه أثرها يجب أن تكون الكتابة شرطاً لصحة الإعلان ورد الفعل عليه بحيث يترتب على تخلفها انعدام أو بطلان الإعلان أو رد الفعل عليه.

خامساً: إنعدام قرينة الموافقة أو الاعتراض على الإعلان التفسيري

إن الموافقة أو الاعتراض على الإعلان التفسيري لا تفترض، وإنما لابد من قيام الدليل عليها باتخاذ واقع مادي على النحو سابق البيان، ولكن يمكن استثناء استخلاص الموافقة على إعلان تفسيري أو الاعتراض عليه من سلوك الدول أو المنظمات الدولية المعنية، مع مراعاة كل الظروف ذات الصلة. وكما سبق من بيان الموافقة والاعتراض على إعلان تفسيري، فإن كلاً من قبول الإعلان التفسيري والمعارضة عليه بمثابة إعلان أحادي صادر عن دولة أو منظمة دولية يُبدي فيه صاحبه موافقته أو عدم موافقته على التفسير المقدم في الإعلان التفسيري.

وفي حالة التحفظات، يعتبر السكوت، بموجب القرينة الواردة في الفقرة 5 من المادة (20) من اتفاقيتي فيينا، مرادفاً للقبول، ولأحظت محكمة العدل الدولية بالفعل في فتاها الصادرة عام 1951 « ما تكتسبه الموافقة الضمنية على

التحفظات من أهمية كبيرة للغاية»، كما أن أعمال لجنة القانون الدولي بوّأت القبول الضمني مكانةً مهمة منذ البداية⁽⁷³⁾.

ولا يوجد فيما يتعلّق بالإعلانات التفسيرية البسيطة مقابل الإعلانات المشروطة قاعدة مقابلة للفقرة 5 من المادة (20) من اتفاقيتي فيينا، وليس هناك ما يدعو إلى القلق في هذا الشأن، وفي واقع الأمر، لا يرمي الإعلان التفسيري بطبيعته إلا إلى تحديد أو توضيح المدلول أو البعد الذي يضيفه صاحب الإعلان على المعاهدة أو بعض أحكامها، بيد أنه لا يضع بتاتاً أي شرط على قبول صاحب الإعلان للمعاهدة، ولا يترتب على قبول أو رفض الدول أو المنظمات الدولية الأخرى للتفسير الوارد في الإعلان أي تأثير البتة على الوضع القانوني لصاحب الإعلان إزاء المعاهدة، إذ يصبح أو يبقى طرفاً متعاقداً في أي حال من الأحوال.

وليس لتمادي الأطراف الأخرى في السكوت أي أثر على الدولة أو المنظمة صاحبة الإعلان التفسيري من حيث صفتها طرفاً في المعاهدة، فذلك السكوت لا يمكن أن يحول دون أن تصبح أو تبقى طرفاً، بخلاف ما قد يقع في حالة التحفظات المبداة بموجب الفقرة 4/ ج من المادة (20) من اتفاقيتي فيينا لو أن القرينة الواردة في الفقرة 5 من المادة نفسها لم تكن موجودة.

وما لم يؤخذ بمبدأ القياس على التحفظات، فإن السؤال عمّا إذا كان ثمة غياب رد صريح، قرينة تفيد الموافقة على الإعلانات التفسيرية أو معارضتها يظل بالتالي قائماً بأكمله، إذ إنه في واقع الأمر، لا يمكن أن يكون الرد على هذا

(73) وبرر السير همفري والدوك مبدأ القبول الضمني ملاحظاً ما يأتي: «صحيح أنه... في إطار النظام المرن الذي نقترحه، ينعكس قبول أو رفض دولة معيّنة لتحفظ صاغته دولة أخرى على العلاقات بين هاتين الدولتين بوجه خاص، ومن ثم، فربما لم يعد تحديد وضع التحفظ أمراً ملجأً على غرار ما كان عليه الحال في نظام القبول بالإجماع، بيد أنه من غير المستصوب إلى حد بعيد، على ما يبدو، أن يكون لدولة، بحكم امتناعها عن صوغ ملاحظات على تحفظ، حق التمادي في موقفها الغامض إلى أجل غير مسمى تقريباً إزاء علاقاتها بالدولة التي صاغت التحفظ - انظر:

First report on the law of treaties (A/CN.4/144), Yearbook... 1962, vol. II, p. 67, para.15.

السؤال سوى بالنفي، إذ لا يعقل، بطبيعة الحال، أن يخلف السكوت في حد ذاته أثراً قانونياً من هذا القبيل⁽⁷⁴⁾.

وعلى الرغم من أنه لا يمكن اعتبار عدم صياغة رد فعل بمثابة موافقة أو معارضة، ولا يمكن افتراض ذلك، إلا أنه يمكن أن يتحوّل السكوت إلى قبول، في حالات معينة، وفقاً لمبادئ حسن النية، وعلى وجه التحديد في إطار تفسير المعاهدات وذلك وفق الفقرة 3 / ب من المادة (31) من اتفاقيتي فيينا والتي تنص على أنه عند تفسير المعاهدة، يتعيّن أن تؤخذ في الاعتبار «أي ممارسة لاحقة في تطبيق المعاهدة تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة».

وفكرة الإقرار ليس بمستجدة على اتفاقية فيينا لعام 1969، إذ تنص في المادة (45) منها على «ألا يعود جائزاً للدولة أن تحتج بسبب لإبطال معاهدة أو لإنهائها أو الانسحاب منها أو تعليق نفاذها بمقتضى المواد من (46) إلى (50) أو المادتين (60) و(62)، إذا كانت، بعد أن أصبحت على علم بالوقائع (أ) [...] (ب) بسبب مسلكها، يتحمّم اعتبارها قد وافقت ضمناً على صحة المعاهدة أو على إبقائها نافذة المفعول أو استمرار العمل بها، تبعاً للحالة».

غير أن هذا الحكم لا يقدّم بياناً محدداً لفرضيتنا، إذ يظهر بما يُقارب الاستحالة إمكانية التحديد المسبق للظروف التي يتعيّن على دولة أو منظمة دولية أن تحتجّ فيها صراحةً لتفادي اعتبارها قد قبلت إعلاناً تفسيريّاً، إذ يصعب بوجه خاص تحديد

(74) هذا هو الموقف الذي اتخذه الرأي الراجح في الفقه، فعلى حد قول فرانك هورن: «يجب التعامل مع الإعلانات التفسيرية بوصفها تفسيرات مقدّمة على نحو انفرادي، وينبغي ألا تحكمها بالتالي إلا مبادئ التفسير، وتمثّل القاعدة العامة في أنه لا يجوز الاستظهار بالتفسير الانفرادي ضد أي طرف آخر في المعاهدة، ولا ينجم عدم تصرف الدول الأخرى عن افتراض قبولها بشكل تلقائي، فذلك لا يعدو أن يكون سوى واحد من العوامل التراكمية العديدة التي قد تثبت مجتمعةً حصول القبول... رغم أنه سيقضي وجود دلائل أكثر صراحة على استعداد الدول الأخرى لقبول التفسير».

- انظر:

Horn, Frank, Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, North-Holland, Amsterdam, 1988, - McRae, D.M., "The Legal Effect of Interpretative Declarations", British Year Book of International Law, 1978, p.168.

متى وفي أي ظروف محددة يصبح عدم صوغ رد فعل على إعلان تفسيري معادلاً للقبول⁽⁷⁵⁾. ومن ثم، يبدو من غير الممكن القطع بشكل مجرد معرفة متى تكون الدولة الساكتة قد أحدثت، بفعل سكوتها، أثراً ينم عن قبول أو رفض حكمي، إذ لا يمكن معرفة ذلك إلا على أساس كل حالة على حدة، في ضوء ملابساتها.

(75) ومسايرة لذلك، شددت لجنة ترسيم الحدود بين إريتريا وإثيوبيا على أن «من البديهي أن طابع ومدى السلوك الذي من شأنه أن يتمخض عن تغيير في المعاهدة إنما يعودان إلى تقدير المحكمة في كل قضية على حدة، ولقرار محكمة العدل الدولية في قضية المعبد Temple صلة وثيقة بهذا الموضوع على وجه العموم، ففي هذا الصدد، بعد تحديد مسلك أتاه طرف معين وتوافرت بشأنه أسباب معقولة تدفع إلى التوقع بأن الطرف الآخر سيرفضه صراحةً إذا هو لم يوافق عليه، خلصت المحكمة إلى أن الطرف الثاني قد حيل دون طعنه في صحة وأثر مسلك الطرف الأول، أو أنه قد مُنع من ذلك، وأطلقت على هذه العملية مختلف النعوت، من قبيل الإغلاق الحكمي، أو الاستبعاد، أو الإقرار، أو الاتفاق الضمني أو المستتر، كون العناصر تظل هي نفسها في كل حالة على حدة الفعل أو مسار المسلك أو الامتناع الذي يقدم عليه أحد الأطراف أو يتم تحت سلطته، والذي يفصح عن رأيه إزاء مضمون القاعدة القانونية المنطبقة - سواء كان منشؤها معاهدة أم عُرفاً ومعرفة الطرف الآخر بذلك السلوك أو بالامتناع عنه، سواء كانت هذه المعرفة حقيقية أم مستنبطة على نحو معقول؛ وعدم قيام الطرف الثاني، في أجل معقول، برفض الموقف الذي اتخذته الطرف الأول أو بالنأي بنفسه عن هذا الموقف.

- انظر قرار محكمة التحكيم الدائمة المتعلق بترسيم الحدود بين إريتريا وإثيوبيا بتاريخ 2002/04/13 Permanent Court of Arbitration, UNRIAA, vol. XXV, p. 111, para. 3.9

انظر أيضاً الرأي الفردي الشهير للقاضي ألفارو الوارد في: (Cambodia v. Thailand) case, I.C.J. Reports 1962, p.40. Temple of Preah Vihear,

الخاتمة

كون المعاهدات الدولية هي السبيل لإجراء علاقات متنوعة بين الدول بعضها البعض والدول مع المنظمات الدولية والمنظمات الدولية بعضها البعض، وكذا السبيل لإلغاء الالتزامات على الدول والمنظمات الدولية في علاقتها مع طرف ثانٍ، بل والسبيل في إنشاء كيانات دولية أي خارج البوتقة الداخلية للدول أو المنظمات الدولية، ما دفع العديد من الدول والمنظمات الدولية لإبرام العديد من المعاهدات بشتى المجالات الماسة للاقتصاد والتجارة والسياسة والتنظيم والتجريم إلى غير ذلك.

ولما كانت المعاهدة سبيلاً تعاقدياً كما سبق وبينّا، فلكل طرف راغب في الانضمام إليها التعقيب على بعض البنود التي لا تناسبه، أو التي يجد لها تفسيراً ذا وجه خاص بطبيعة مجتمعه أو هويته أو قوانينه ودستوره إلى غير ذلك.

وهذا ما أدى إلى نشأة الإعلان التفسيري محل دراستنا بالبحث الماثل، إذ على الرغم من خلو قانون المعاهدات من تنظيم للإعلان التفسيري وقواعده، إلا أن الواقع العملي لممارسات الدول والمنظمات الدولية هو من أنجب ذلك الإعلان.

لذلك عنيابدراستنا إلى تناول التنظيم الواقعي للإعلان التفسيري في إطار الممارسات العملية وذلك في مبحثين، المبحث الأول: تناولنا فيه ماهية الإعلان التفسيري وصوره، وتم تقسيمه إلى مطلبين، الأول: خُصص لتعريف الإعلان التفسيري تحديداً، فضلاً عن تمييزه عما يشابهه من وسائل أخرى متعلقة بالمعاهدات الدولية، والثاني: خاص بصور الإعلان التفسيري، وهما صورتان رئيسيتان داخل كل منهما صورتان أخريان، أما عن الصورتين الرئيسيتين فهما الصورة التقليدية للإعلان التفسيري والصورة الاستثنائية لذلك الإعلان، وأما عن الصور الفرعية، فقد جاء تحت الصورة الرئيسة الأولى وهي الصورة التقليدية صورتان هما الإعلان التفسيري الانفرادي والإعلان التفسيري المشروط، كما جاء تحت الصورة الرئيسة الثانية وهي الصورة الاستثنائية صورتان هما الإعلان التفسيري المشترك الصادر عن عدة دول أو منظمات دولية، أو بالاتفاق بين عدة دول ومنظمات دولية، والآخر هو الإعلان التفسيري بالمعاهدات الثنائية.

أما المبحث الثاني فخصصناه للأثار القانونية للإعلانات التفسيرية على سريان المعاهدات، وقسمنا ذلك المبحث لمطلبين، المطلب الأول: خاص بإجراءات إصدار

الإعلان التفسيري، والمتمثلة في قابلية الإعلان التفسيري للوجود، أي مدى جواز إصدار إعلان تفسيري والشكل القانوني للإعلان حال إصداره وصفه محرر الإعلان التفسيري، والوقت الذي يجب إصدار الإعلان التفسيري خلاله، وحالة وصول الإعلان التفسيري إلى علم الأطراف المتعاقدة، وأخيراً حالة تعديل وسحب الإعلان التفسيري، وأما المطلب الثاني من هذا المبحث فتناولنا فيه أثر الإعلان التفسيري وردود الفعل بشأنه، وفيها بيّنا ردود الفعل الممكنة على الإعلان التفسيري والتي لم تخرج عن أربعة صور هي الموافقة والاعتراض والسكوت وإعادة الوصف أو التكييف للإعلان التفسيري، بحيث يكون من وجهة نظر الدولة أو المنظمة الدولية مصدرة رد الفعل تحفظاً وليس إعلاناً تفسيرياً، وبيّنا إجراءات ردود الفعل على الإعلان التفسيري والتي عرضنا فيها السلطة في إصدار ردود الفعل والشكل الخاص بإبداء رد الفعل على الإعلان التفسيري ومسببات رد الفعل سواء في حالة الموافقة أو الاعتراض أو إعادة الوصف، كذا صياغة إخطار الموافقة أو الاعتراض أو إعادة الوصف، وأخيراً بيّنا أثر رد الفعل في حالة انعدام قرينة الموافقة أو الاعتراض وهي حالة السكوت.

وقد أوضحنا بكامل البحث مدى الآثار القانونية المترتبة على الإعلان التفسيري بشتى الأوجه، فضلاً عن ردود الفعل الممكنة على الإعلان التفسيري وآثارها القانونية.

التوصيات:

لكي يصبح الإعلان التفسيري أداة فاعلة في التعقيب على المعاهدات الدولية، نوصي بتحقيق التوصيات الآتية:

- 1 - ينبغي تقنين الإعلان التفسيري في معاهدة فيينا من خلال إجراء التعديل عليها حتى تتمكن الدولة أو المنظمة مصدرة الإعلان من اتباع قواعد محددة.
- 2 - نوصي بتدوين كل معاهدة تنظيمياً للإعلان التفسيري من حيث إجازته وإجراءاته وشكله وردود الفعل بشأنه.
- 3 - من الضروري إلزام الدولة أو المنظمة الدولية مصدرة الإعلان من خلال تعديل معاهدة فيينا أو المعاهدة محل الإعلان بإصداره كتابة تحقيقاً للغاية من الإعلان وتبليغه للأخرين.

- 4 - نوصي بإلزام الدول والمنظمات الدولية التي ترغب بإصدار ردود فعل بشأن الإعلان التفسيري من خلال تعديل معاهدة فيينا أو المعاهدة محل الإعلان بأن يكون رد الفعل كتابياً حتى يسهل معرفة توجه الطرف مصدر رد الفعل للطرف مصدر الإعلان.
- 5 - نوصي بتحديد الأثر القانوني للإعلان التفسيري على وجه القطع بمعاهدة فيينا أو المعاهدة محل الإعلان بالنسبة للدولة أو المنظمة مصدرة الإعلان والدولة أو المنظمة مصدرة رد الفعل سواء في العلاقة بينهما أو في العلاقة بينهما وبين الأطراف الأخرى بالمعاهدة، حتى يُستفاد من ذلك حال حصول نزاع بين الأطراف.
- 6 - ضرورة تحديد ميعاد يلزم تقديم الإعلان التفسيري خلاله من خلال تعديل معاهدة فيينا أو المعاهدة محل الإعلان حتى لا يكون الإعلان ذريعة لتلاعب بعض الأطراف بالمعاهدة.
- 7 - ينبغي تحديد الأثر القانوني للسكوت عن الإعلان التفسيري في معاهدة فيينا أو المعاهدة محل الإعلان حتى لا يكون منبت خلاف بين الأطراف بعد ذلك.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والأبحاث والمقالات

- A. McNair, The Law of Treaties, Clarendon, Oxford, 1961.
- Alexander Orakhelashvili, «The Recent Practice on the Principles of Treaty Interpretation », 40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties, British Institute of International and Comparative Law, London, 2010.
- Anthony Aust, Modern Treaty Law and Practice, 2nd edition, Cambridge University Press, New York, 2007.
- B.R. Bot, Non-Recognition and Treaty Relations, Sijthoff, Leyden, 1968.
- D. Kappeler, Les reserves dans les traites internationaux, Basel, Verlag fur Recht und Gesellschaft, 1958.
- D.H. Miller, Reservations to Treaties: The Effect and the Procedure in Regard Thereto, Washington D.C., 1919.
- D.M. McRae, “The Legal Effect of Interpretative Declarations”, British Year Book of International Law, 1978.
- E. de Vattel, The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns, Carnegie Institution of Washington, Washington, 1916.
- Fr. Horn, Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, Amsterdam, Elsevier Science, 1988.
- G. Abi-Saab, “‘Interprétation’ et ‘auto-interprétation’: quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international”, in Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer, Berlin, 1995.
- G. Buzzini, “Abstention, silence et droit international général”, Rivista di Diritto internazionale, 2/2005.
- H. Lauterpacht, Recognition in International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1947.

- Hans Kelsen, Pure Theory of Law, tr. Max Knight, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1967.
- Heinrich Drost, "Grundfragen der Lehre vom internationalen Rechtsgeschäft", Hamburg, Girardet, 1953.
- J. F. Triska et R.M. Sussler, The Theory, Law, and Policy of Soviet Treaties, Stanford University Press, 1962.
- Jean Combacau and Serge Sur, Droit international public, 8th ed., Montchrestien, Paris, 2008.
- Louis Henkin, "The Treaty Makers and the Law Makers: The Niagara reservation", Columbia Law Review 1956.
- M. Lachs, "Recognition and Modern Methods of International Cooperation", British Year Book of International Law, 1959.
- Marteen Bos, «Theory and Practice of Treaty Interpretation», Netherlands International Law Review, 1980.
- Massimo Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights", California Western International Law Journal, vol.15, (1985).
- Miller, The Interpretation of Agreements and World Public Order, Yale University Press, 1967.
- Monika Heymann, Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen, Dunker & Humblot, Berlin, 2005).
- Mustapha Kamil Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne», Recueil des cours..., 1976-III.
- Myres S. McDougall, H.D. Laswell and J.C. Miller, The Interpretation of Agreements and World Public Order, Yale University Press, 1967.
- Panos Merkouris, «Introduction: Interpretation is a Science, is an Art, is a Science », en Malgosia Filzmaurice, Olufemi Elias et Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.
- R. Kolb, Interpretation et création du droit international, Bruylant, Brussels, 2006.

- Richard K. Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford University Press, 2008.
- Sapienza, Rosario, Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali, Giuffrè, Milan, 1996.
- Serge Sur, L'interprétation en droit international public, L.G.D.J., Paris, 1974.
- Ulf Linderfalk, On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in 1969.
- V.D. Degan, L'interprétation des accords en droit international, The, Nijhoff, Hague, 1963).

ثانياً: إصدارات وتقارير وفتاوى

- الكتاب السنوي لمعهد القانون الدولي لعام 1950.
- الكتاب السنوي لمعهد القانون الدولي عام 1952.
- تقرير المفوضية الأوروبية لحقوق الإنسان بشأن قضية بيلوس الصادر بتاريخ 1986/05/07.
- تقرير قانون المعاهدات الصادر عام 1962.
- تقرير قانون المعاهدات الصادر عام 1965.
- 6 - تقرير لجنة القانون الدولي الصادر عن الأمم المتحدة - الدورة الثالثة والستون - 2012.
- تقرير محكمة العدل الدولية الدائمة عن الوضع في جنوب غرب أفريقيا - 1950.
- فتوى المفوضية الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية بيلوس الواردة بتقرير المفوضية المؤرخ 1986/05/07.
- فتوى محكمة العدل الدولية الدائمة الصادرة بتاريخ 1950/07/18 - الواردة بتقرير المحكمة لعام 1950.

ثالثاً: مجلات علمية ومؤتمرات ووثائق وموسوعات

- ملحق المجلة الأمريكية للقانون الدولي (A.J.I.L.).
- مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عُقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقمي 2166، 2287 الصادران بعام 1967 وتم اعتماد الاتفاقية في 1969/05/22 ودخلت حيز النفاذ في عام 1980.

■ وثيقة لجنة الصليب الأحمر الدولية «اتفاقيات جنيف المؤرخة 12/أغسطس 1949 والمتعلقة بحماية ضحايا الحرب».

■ موسوعة ماكس بلانك للقانون الدولي العام

رابعاً: مواقع إلكترونية

<http://treaties.un.org>.

<http://www.mpepil.com/>.

<http://conventions.coe.int>.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	17
المقدمة	19
المبحث الأول: ماهية الإعلان التفسيري وصوره	22
المطلب الأول: تعريف الإعلان التفسيري وتمييزه عما يشابهه	22
الفرع الأول: إرهاصات ظهور الإعلان التفسيري	22
الفرع الثاني: تعريف الإعلان التفسيري	23
الفرع الثالث: تمييز الإعلان التفسيري عما يشابهه	25
المطلب الثاني: صور الإعلان التفسيري	32
الفرع الأول: صور الإعلان التفسيري التقليدية	32
الفرع الثاني: صور الإعلان التفسيري الاستثنائية	37
المبحث الثاني: الآثار القانونية للإعلانات التفسيرية على سريان المعاهدات الدولية	40
المطلب الأول: إجراءات إصدار الإعلان التفسيري	40
الفرع الأول: قابلية الإعلان التفسيري للوجود	41
الفرع الثاني: الشكل القانوني للإعلان التفسيري	42

44	الفرع الثالث: صفة محرر الإعلان التفسيري
45	الفرع الرابع: ضابط الوقت بتحرير الإعلان التفسيري
45	الفرع الخامس: وصول الإعلان التفسيري إلى علم الأطراف المتعاقدة
46	الفرع السادس: تعديل وسحب الإعلان التفسيري
47	المطلب الثاني: أثر الإعلان التفسيري وردود الفعل بشأنه
47	الفرع الأول: أثر الإعلان التفسيري على المعاهدة الصادر بشأنها
54	الفرع الثاني: مدى قبول إجراء رد فعل على الإعلان التفسيري
56	الفرع الثالث: الأثر المنبثق عن ردود الأفعال على الإعلانات التفسيرية
68	الفرع الرابع: الإجراءات المتعلقة بردود الفعل على الإعلان التفسيري
77	الخاتمة
80	قائمة المراجع

الاتجاه نحو اعتماد نظام القوائم الانتخابية المقفلة في الانتخابات البرلمانية الكويتية: الإشكالات والحلول^(*)

د. فاطمة خالد المحسن

أستاذ القانون العام المشارك

كلية الحقوق، جامعة الكويت

د. خالد عوض الحربي

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الحقوق، جامعة الكويت

الملخص

تقدّم عدد من أعضاء مجلس الأمة الكويتي باقتراح قانون تتمحور فكرته الأساسية حول تغيير آلية الترشيح للانتخابات النيابية في دولة الكويت لكي تكون من خلال تطبيق نظام القوائم الانتخابية المقفلة بنظام التمثيل النسبي، وعليه، فإن هذا البحث يجب عن السؤال التالي: مدى توافق فكرة القوائم الانتخابية المقفلة بنظام التمثيل النسبي مع كل من دستور دولة الكويت من جهة، والقوانين ذات الصلة من جهة أخرى. وعليه، فإن هذا البحث - وفي المبحث الأول منه - يقوم بعرض مقترح القوائم الانتخابية المقفلة على ثلاثة أفكار دستورية مهمة: (أولاً) الأحزاب السياسية: حيث يقوم البحث بتحليل موقف الدستور الكويتي من إنشاء الأحزاب السياسية، وما إذا كان الاعتراف بالقوائم الانتخابية المقفلة يعد إشهاراً للأحزاب السياسية، أم أنه ستار لعمل حزبي لا يُراد له أن يظهر بشكله الكامل، (ثانياً) العملية الانتخابية: حيث يستوثق هذا البحث من كون أن التصويت للقوائم الانتخابية المقفلة لا يتعارض مع شروط العملية الانتخابية التي يتطلبها المشرع الدستوري، والتي تتمثل في كون أن الانتخاب يجب أن يكون عاماً ومباشراً وسرياً، كما يقوم برصد حجم التغيير الذي سيطرأ على نظام الدوائر الانتخابية بشكله القائم في حال تم الانتقال إلى نظام الانتخاب بالقوائم المقفلة، (ثالثاً) الانتخابات التكميلية: يستكشف هذا البحث بعض العوائق التي قد تواجه تطبيق فكرة القوائم المقفلة باعتبار أن الفوز فيها يكون بالتمثيل النسبي، بينما سبق أن حدّد الدستور الكويتي كيفية شغل أماكن أعضاء مجلس الأمة في حال أصبحت شاغرة.

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 22 مايو 2024

وتاريخ قبوله: 15 أغسطس 2024

يقوم هذا البحث - وفي المبحث الثاني منه - بإسقاط نصوص كل من قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة رقم 120 لسنة 2023، وقانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 على المقترح محل الدراسة لمعرفة حجم التعديل المطلوب إدخاله عليهما بما يتناسب مع اعتماد التمثيل النسبي لتحديد نتائج الفوز في الانتخابات، وينتهي هذا البحث إلى كون أن النصوص القانونية الواردة في كل من دستور دولة الكويت، وقانوني انتخاب أعضاء مجلس الأمة رقم 120 لسنة 2023، وإنشاء المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 لا تتعارض بمجملها مع فكرة القوائم الانتخابية المقفلة بنظام التمثيل النسبي، إلا في بعض المواضع المحددة التي تستوجب التعديل.

كلمات دالة: القوائم الانتخابية، والأحزاب السياسية، والدوائر الانتخابية، وقانون الانتخاب، ومجلس الأمة.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

تقدّم عدد من أعضاء مجلس الأمة الكويتي باقتراح قانون تتمحور فكرته الأساسية حول تغيير آلية الترشيح للانتخابات النيابية في دولة الكويت لكي تكون من خلال تطبيق نظام القوائم الانتخابية⁽¹⁾، وقد أثار هذا المقترح العديد من التساؤلات القانونية كان أبرزها مدى توافق فكرة القوائم الانتخابية مع الدستور الكويتي، فكان هذا التساؤل هو الباعث الأولي للبحث في هذا الموضوع.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الدستوري الكويتي - وبمناسبة تنظيم العملية الانتخابية - قد اكتفى بعدد قليل من الأحكام التي أوردها في صلبه، تاركاً للمشرّع العادي مهمة تنظيم التفاصيل من خلال القوانين، ولذلك، يأتي القانون رقم 120 لسنة 2023 بشأن انتخاب أعضاء مجلس الأمة - ليحل محل القانون رقم 35 لسنة 1962 - في مقدمة القوانين التي تنظم العملية الانتخابية في دولة الكويت بما يتضمنه من تفاصيل ستتصدى للبعض منها في هذا البحث⁽²⁾، ومن هنا، ارتأينا ألا يقتصر عرض فكرة القوائم الانتخابية على الدستور فقط، وإنما يجب عرضها على هذه القوانين حتى يتسنى لنا النظر في مدى قابلية النظام الانتخابي الكويتي الحالي لاستقبال تغيير جوهري من هذا النوع.

ثانياً: أهمية الموضوع

تحرص المجتمعات الديمقراطية على وضع آلية للانتخاب كوسيلة لممارسة السلطة لديها وتداولها، وعليه، وجب الحرص على أن يتماشى النظام الانتخابي المتبنى

(1) تقدّم بهذا الاقتراح بقانون خمسة أعضاء من مجلس الأمة وهم: عبدالله المضيف، ومهند السايير، ود. حسن جوهر، ود. عبد الكريم الكندري، ومهلل المضيف، وقد تم تقديم هذا المقترح في الفصل التشريعي السابع عشر (المبطل)، وتحديد دور الانعقاد الأول.

(2) ألغي القانون رقم 35 لسنة 1962 بشأن انتخاب أعضاء مجلس الأمة في أثناء كتابة هذا البحث بعد مسيرة ستين عاماً من التطبيق، ولذلك يعتبر هذا البحث هو الأول من نوعه الذي يتصدى لمناقشة بعض أحكام قانون الانتخاب الجديد، كما أن هذا البحث يقارن في المعالجة التشريعية بين كل من: قانون الانتخاب السابق رقم 35 لسنة 1962، وقانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023، عند تطبيق أحكامهما على فكرة القوائم الانتخابية المقفلة.

مع التوجّه الإيديولوجي في الدولة ونسيجه الاجتماعي، وهو ما يطلق عليه «تصميم النظام الانتخابي»⁽³⁾، ولذلك، تكمن أهمية هذا البحث في دراسة هذا التصميم الانتخابي الجديد، والذي تصاعدت الأصوات مؤخراً لضرورة معرفة ما ينطوي تحته من تبعات ونتائج، فجاءت فكرة هذا البحث لدراسة هذا النموذج، آمليين من الله أن يكون بحثنا هذا المرجع لصنّاع القرار السياسي في دولة الكويت عند الرغبة في تعديل النظام الانتخابي.

ثالثاً: حدود البحث

تنقسم الأنظمة الانتخابية إلى قسمين رئيسيين: النظام الانتخابي الفردي، ونظام الانتخاب بالقائمة، أما ما يتعلق بالنظام الانتخابي الفردي، فموجبه يتم تقسيم إقليم الدولة إلى أقاليم انتخابية كثيرة في عددها وصغيرة في حجمها، بحيث يختار الناخب مرشحاً واحداً فقط عن الإقليم الانتخابي الذي ينتمي إليه، وتجدر الإشارة إلى أن نتيجة العملية الانتخابية (تحديد الفائزين) في هذا النظام ترتبط ارتباطاً وثيقاً بنظام الأغلبية، سواء كانت هذه الأغلبية تُحسب على أساس الأغلبية النسبية (الانتخاب على دور واحد فقط)، أو كانت تُحسب على أساس الأغلبية المطلقة (الانتخاب على دورين).

وأما عن نظام الانتخاب بالقائمة، فموجبه يتم تقسيم إقليم الدولة إلى أقاليم انتخابية قليلة في عددها وكبيرة في حجمها، بحيث يختار الناخب عدة أعضاء عن الإقليم الانتخابي الذي ينتمي له، فإذا سُمح للناخب أن يمزج في اختياره للمرشحين من مختلف القوائم، كنا أمام ما يُسمّى بنظام الانتخاب بالقائمة المفتوحة، أما إذا كان الناخب لا يملك إلا أن يصوّت للقائمة كما وضعها الحزب السياسي دون أن يغيّر فيها، فإننا نكون أمام ما يُسمّى بالانتخاب بالقائمة المقفلة (أو المغلقة)، وتجدر الإشارة إلى أن نتيجة العملية الانتخابية (تحديد الفائزين) في نظام الانتخاب بالقائمة المقفلة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتمثيل النسبي⁽⁴⁾.

(3) عشي علاء الدين، النظام الانتخابي وأثره على الممارسة الديمقراطية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، مج 6، ع 2، ديسمبر 2013، ص 69 - 92.

(4) سيتم العرض لهذه المصطلحات القانونية بشيء من التفصيل لاحقاً في المبحث الأول من هذا البحث، وتحديدًا في المطلب الثاني بعنوان: القوائم الانتخابية المقفلة وتنظيم العملية الانتخابية.

وحيث إن القوائم الانتخابية قد تعدد أنواعها، كما تعدد طرق تحديد كيفية فوزها في الانتخابات، فإن قيامنا بعرض النظام الانتخابي الكويتي على كل أنواع هذه القوائم سيفقد البحث تركيزه، ولذلك، فقد ارتأينا أن يتناول هذا البحث دراسة القوائم المقفلة بنظام التمثيل النسبي فقط، باعتبار أن الاقتراح بقانون محل الدراسة - والمشار إليه في بداية المقدمة - قد أخذ بها⁽⁵⁾.

رابعاً: إشكالية البحث

بناء على ما تقدم، نحدد سؤال البحث كالآتي: ما مدى توافق فكرة القوائم الانتخابية المقفلة بنظام التمثيل النسبي مع كل من دستور دولة الكويت (من جهة)، والقوانين ذات الصلة (من جهة أخرى)؟

أما عن الدستور، فإن مقترح القوائم الانتخابية المقفلة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بثلاثة أفكار دستورية، ولذلك فإننا سنقوم بعرض هذا المقترح عليها على النحو التالي:

1 - الأحزاب السياسية: وحيث إن القائمة الانتخابية المقفلة ما هي في حقيقتها إلا تجمع سياسي تتوحد بين أعضائه الرؤى والغايات، فإن التساؤل يثور حول موقف الدستور الكويتي من إنشاء الأحزاب السياسية، وما إذا كان الاعتراف بالقوائم الانتخابية المقفلة يعتبر إشهاراً للأحزاب السياسية، أم أنه ستار لعمل حزبي لا يُراد له أن يظهر بشكله الكامل.

2 - العملية الانتخابية: وحيث إن الدستور الكويتي قد استلزم في الانتخاب أن يكون عاماً وسرياً ومباشراً، فلا بد من التحقق من أن التصويت للقوائم الانتخابية المقفلة

(5) ولا يفوتنا هنا أن نذكر بأن المحكمة الدستورية في الكويت قد قامت مؤخراً بإبطال الفصل التشريعي الذي قُدّم فيه المقترح المذكور، انظر: حكم المحكمة الدستورية الصادر في 19 مارس 2023 في الطعينين المقيدين في سجل المحكمة الدستورية برقم 15 و 44 لسنة 2022 بإبطال الفصل التشريعي 17، الأمر الذي ترتب عليه أن عاد الفصل التشريعي الذي يسبقه والذي يحمل رقم 16، ثم صدر مرسوم أميري بحل هذا المجلس، وتمت الدعوة إلى انتخابات جديدة أسفر عنها الفصل التشريعي الحالي والذي يحمل الرقم 17، إلا أن ذلك لا ينفي أهمية التعرض له بالدراسة والتحليل، فقد قُدّم هذا المقترح نموذجاً جديداً لإصلاح النظام الانتخابي في الكويت، وقرب الفكرة البعيدة في إشهار الأحزاب السياسية، وهياً الساحة السياسية لإمكانية استقبال تغييرات جذرية للانتخابات البرلمانية.

- بالشكل الذي تبناه المشرع في الاقتراح محل الدراسة - لا يتعارض مع هذه الشروط الثلاث، كما أن الدستور الكويتي لم يتضمن نصاً صريحاً يصف الانتخاب بكونه انتخاباً فردياً أو انتخاباً بطريق القائمة، ولكنه أمر مستخلص من الطريقة التي يتم بموجبها تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية، وبالتالي، نقوم في هذا البحث بالتعرض لدراسة نظام الدوائر الانتخابية المتبنى في الكويت حالياً، وحجم التغيير الذي سيطرأ عليه في حال تم الانتقال إلى نظام الانتخاب بالقوائم المقفلة.

3 - الانتخابات التكميلية: تعرض الدستور الكويتي لكيفية شغل أماكن أعضاء مجلس الأمة في حال أصبحت شاغرة، وهو الأمر الذي قد نواجهه معه بعض التعقيدات عند تطبيق فكرة القوائم المقفلة باعتبار أن الفوز فيها يكون بالتمثيل النسبي.

أما وقد انتهينا إلى ضرورة عرض مقترح القوائم المقفلة على الدستور، فإننا ننتقل بعد ذلك لعرض هذا المقترح على القوانين ذات الصلة، ولقد وجدنا أن مقترح القوائم الانتخابية المقفلة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بكل من قانون الانتخاب وقانون المحكمة الدستورية على النحو الآتي:

أ - نقوم بعرض مقترح الانتقال للتصويت عبر القوائم الانتخابية المقفلة على عدد من نصوص قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة رقم 120 لسنة 2023 لبحث مدى إمكانية تطويعها لاستيعاب هذه الفكرة الجديدة من عدمه.

ب - نتعرض أيضاً لبعض نصوص قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 وخاصة تلك المتعلقة باختصاص المحكمة في الفصل في الطعون الانتخابية - لمعرفة حجم التعديل المطلوب إدخاله عليها بما يتناسب مع اعتماد التمثيل النسبي لتحديد نتائج الفوز في الانتخابات.

خامساً: منهج البحث

يتبنى هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، حيث إنه يقوم بتحليل النصوص القانونية ذات الصلة الواردة في كل من الدستور وقانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة رقم 120 لسنة 2023 وقانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973، ويتعدى ذلك إلى تحليل توجهات المشرع الدستوري من خلال تحليل ما تم تدوينه في محاضر

جلسات المجلس التأسيسي عند مناقشة النصوص الدستورية محل التطبيق في هذا البحث، وحيث إن موضوع القوائم الانتخابية يعتبر جديداً على الساحة السياسية الكويتية، فإن هذا البحث قد قام بدراسة تجارب بعض الدول العربية ممن سبقنا إلى هذا المجال كجمهورية مصر العربية، ومملكة البحرين، ومقارنة التنظيم التشريعي المتبني لديهم بتلك النصوص الواردة في اقتراح القانون محل الدراسة.

سادساً: خطة البحث

وعليه، يتكوّن هذا البحث - بخلاف المقدمة - من مبحثين اثنين وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث الأول: عرض مقترح القوائم الانتخابية المقفلة على دستور دولة الكويت.

المبحث الثاني: عرض مقترح القوائم الانتخابية المقفلة على القوانين ذات الصلة.

المبحث الأول

عرض مقترح القوائم المقفلة على دستور دولة الكويت

يتربّع الدستور في أعلى الهرم التشريعي في الكويت بالقدر الذي يجب أن تصدر فيه القوانين من البرلمان متسقة معه فلا تتعرض للطعون بعدم دستورتها، وعليه، فإننا في هذا المبحث نفحص مدى توافق مقترح الانتقال إلى التصويت عبر القوائم الانتخابية المقفلة مع النظام الدستوري الكويتي، ولقد وجدنا أن تطبيق فكرة القوائم الانتخابية المقفلة يرتبط بثلاثة أفكار دستورية رئيسية، وأن فحص هذه الأفكار سيقودنا بالضرورة لمعرفة مدى مرونة النصوص الدستورية التي تبنتها بالقدر الذي يسمح - من عدمه - بالأخذ بتفسيرات واسعة تستوعب الانتقال إلى فكرة القوائم الانتخابية المقفلة.

وعليه، ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب رئيسية، يناقش المطلب الأول موقف الدستور الكويتي من إنشاء الأحزاب السياسية، ومدى اعتبار القوائم الانتخابية المقفلة أحزاباً سياسية، وأما المطلب الثاني، فيحلل الشروط الدستورية للعملية الانتخابية وإسقاط معطياتها على القوائم الانتخابية المقفلة، ويأتي المطلب الثالث لكي يناقش التعقيدات التي قد يواجهها مقترح القوائم الانتخابية المقفلة في حال دعت الحاجة إلى إجراء انتخابات تكميلية.

المطلب الأول

القوائم الانتخابية المقفلة والأحزاب السياسية

في إطار البحث عن شرعية نظام القوائم الانتخابية المقفلة نجد أنفسنا أمام تساؤل مستحق، وهو مدى استيعاب النظام الدستوري الكويتي لفكرة الأحزاب السياسية، وهو ما سنقوم به في الفرع الأول من هذا المطلب، أما الفرع الثاني فسنخصصه للتساؤل حول ما إذا كان الاعتراف بالقوائم الانتخابية المقفلة يعتبر إشهاراً للأحزاب السياسية، أم أنه - وبالشكل الذي جاء في المقترح محل الدراسة - يمثل ستاراً ناعماً لعمل حزبي لا يُراد له أن يظهر بشكله الكامل.

الفرع الأول

تعامل المشرع الدستوري مع فكرة الأحزاب السياسية

إن أول ما تجدر الإشارة إليه هو كون أن المشرع الدستوري الكويتي لم يفرد مادة في الدستور تتحدث بشكل صريح عن حرية تكوين الأحزاب السياسية، في المقابل، نجده قد نظم صراحة حرية تكوين الجمعيات والنقابات فأفرد لهما المادة (43) من الدستور والتي تقرر الآتي: «حرية تكوين الجمعيات والنقابات على أسس وطنية بوسائل سلمية مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي جمعية أو نقابة».

ولا يخفى على المتفحص لهذه المادة عمومية عباراتها، فقد اكتفى المشرع الدستوري بتقرير هذه الحرية وترك أمر تنظيمها إلى المشرع العادي دون قيد عليه سوى استلزام قيام الجمعيات والنقابات على أسس وطنية واتباع الوسائل السلمية في ذلك، إن غياب النص الدستوري الصريح المنظم لموضوع الأحزاب السياسية في الكويت (من جهة)، وعمومية العبارات الواردة في النص الذي ينظم حرية تكوين الجمعيات والمشار إليه أعلاه (من جهة أخرى) قد يدفع باتجاه تبني الرأي الفقهي الذي يؤسس قيام الأحزاب السياسية على النص الدستوري الذي يقرر الحق في تكوين الجمعيات - والذي لا تكاد تخلو منه الدساتير الحديثة - دون الحاجة إلى نص خاص يقرره، فوفقاً لهذا الرأي، الحزب ما هو إلا جمعية عادية تشغل بالأمور السياسية⁽⁶⁾.

ولكن، ومن أجل الخروج بتحليل واضح بشأن موقف الدستور الكويتي إزاء تكوين الأحزاب السياسية، لابد من العرض لتعليق المذكرة التفسيرية لدستور دولة الكويت على نص المادة (43) من الدستور والذي قالت فيه:

«تقرر هذه المادة حرية تكوين الجمعيات والنقابات دون النص على «الهيئات» التي تشمل في مدلولها العام بصفة خاصة تكوين الأحزاب السياسية، وذلك حتى لا يتضمن النص الدستوري الإلزام بإباحة إنشاء هذه الأحزاب السياسية، كما أن عدم إيراد هذا الإلزام في صلب المادة ليس معناه تقرير حظر دستوري يقيد المستقبل لأجل غير

(6) حسن البدرابي، الأحزاب السياسية والحريات العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 50.

مسمى ويمنع المشرع من السماح بتكوين أحزاب إذا رأى محلاً لذلك، وعليه فالنص الدستوري المذكور لا يلزم بحرية الأحزاب ولا يحظرها، إنما يفوض الأمر للمشرع العادي دون أن يأمره في هذا الشأن أو ينهائه⁽⁷⁾.

ونحن هنا نجد أن تعليق المذكرة التفسيرية للدستور لا يخلو من الغرابة، فالقول بأن حرية تكوين الجمعيات والنقابات لا تشمل الأحزاب السياسية يجعلنا للوهلة الأولى نظن أن المشرع الدستوري يحظر إنشاء الأحزاب السياسية! إلا أن استدراك المذكرة التفسيرية بعد ذلك مباشرة بالقول بأن عدم ورود مصطلح الهيئة - والذي يقصد به الحزب السياسي - لا يعني حظر تكوين الأحزاب السياسية في الكويت مستقبلاً يجعلنا نستشعر التناقض في المعالجة الدستورية.

ولعله من المفيد الرجوع إلى محاضر المجلس التأسيسي للوقوف على النقاش الذي دار حول صياغة هذه المادة⁽⁸⁾، فقد توجه الشيخ سعد العبدالله الصباح - رحمه الله - بسؤال صريح حول ما إذا كانت المادة (43) من الدستور - بالصياغة التي عرضت على المجلس التأسيسي وتمت الموافقة عليها لاحقاً دون تعديل - تتيح تكوين الأحزاب السياسية في الكويت من عدمه، فجاءت إجابات الخبير الدستوري د. خليل عثمان - رحمه الله - مؤكدة كون أن لجنة الدستور قد رفعت كلمة (هيئة) من مقترح صياغة المادة أول مرة والتي كانت تعني الحزب السياسي، واكتفت بذكر كلمتي (الجمعيات) و(النقابات) فقط، وفي أكثر من موضع تكرر من الخبير الدستوري عبارات تصف موقف الدستور الكويتي من الأحزاب السياسية بأن الدستور (لا يبيح

(7) تعتبر المذكرة التفسيرية لدستور دولة الكويت متممة لأحكامه وملزمة لنصوصه، وذلك وفقاً للرأي الغالب في الفقه الدستوري، وهو رأي كل من: وحيد رافت، وعبدالفتاح حسن، ومحمود حافظ، وعثمان عبدالملك الصالح، مشار إلى مؤلفاتهم في: عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، الطبعة الثالثة، نشر خاص، دولة الكويت، 1998، 357 - 362. وهو كذلك رأي محمد عبدالمحسن المقاطع في بحثه: «الأحزاب السياسية بين الضرورة البرلمانية والمشروعية القانونية»، مجلة الاقتصاد والقانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع 67، سنة 1997، ص 23.

(8) محاضر المجلس التأسيسي، محضر الجلسة التاسعة عشرة بتاريخ 1962/9/11، صفحة رقم 30 من المحضر، متوفر لدى الموقع الرسمي لمجلس الأمة الكويتي:

https://www.kna.kw/Democratic/ConstituentAssembly/4/19?Page=2، تاريخ آخر زيارة: 2024/3/18.

ولا يحرم إنشاء الأحزاب السياسية، وفي موضع آخر (لا يأمر ولا ينهى)⁽⁹⁾، وفي موضع ثالث ذكرت عبارة (لا إلزام ولا حظر)⁽¹⁰⁾.

وفي الحقيقة، نحن نرى أن هذا المسلك لا يتوافق مع كون أن الأصل في الأمور الإباحة، ذلك أن أموراً من قبيل النهي أو الحظر أو التحريم أو التقييد عادة ما تتطلب نصاً صريحاً يقرها، وبعبارة أخرى، إذا لم يكن أمراً ما محظوراً بموجب نصوص صريحة، فإن هذا يعني إباحة ممارسته ضمناً دون الحاجة إلى نص يقرر الإباحة، من هذا المنطلق، كون أن الدستور لا ينهى عن أمر ما أو يحظره، فهذا لا يعني - وفي المقابل - أنه يأمر أو يلزم به، ولكن يعني أن إتيانه مباح، وشتان بين إباحة إتيان أمر ما والإلزام بإتيانه!، إن غلو المشرع الدستوري في اعتقاده بأن عدم النهي عن إنشاء الأحزاب السياسية سيعني بالضرورة الإلزام بإنشائها لا تفسير له سوى الخشية من التعجيل في تكوينها في الكويت مع بداية مسيرتها الديمقراطية، وهو الوقت المبكر الذي لم يكن يرى فيه أن البلاد مستعدة لهذه الخطوة⁽¹¹⁾.

بناء على ما تقدم، نجد أن تكوين الأحزاب السياسية في الكويت - إن قُدر له أن يقر رسمياً - سيرتكز على النص الدستوري الذي يقرر حرية تكوين الجمعيات والنقابات، وهو ما نستشفه من تأكيد المذكرة التفسيرية - في معرض تفسيرها للمادة (43) من الدستور التي تقرر حرية تكوين الجمعيات والنقابات - على كون أن عدم إدراج مصطلح الهيئة في صلب النص لا يعني تقرير حظر دستوري على تكوين الأحزاب السياسية مستقبلاً.

ونحن هنا - إذ قد انتهينا إلى ما انتهينا إليه - فإننا لا نشجع الركون في إنشاء الأحزاب السياسية إلى النصوص الدستورية الخاصة بالجمعيات، بل ننادي إلى ضرورة تبني الدساتير لنصوص مستقلة تقرر هذا الحق، ذلك أن اعتبار الحزب من قبيل الجمعية

(9) تعليق خليل عثمان خليل، مرجع سابق، ص 30.

(10) مرجع سابق، ص 31.

(11) وهو ما نستشفه من خلال التمعّن في المناقشات التي دارت في المجلس التأسيسي حول المادة (43) من الدستور والتي كان من ضمن ما قيل فيها: «للحكومة إذا وجدت في يوم من الأيام أن البلاد تطورت التطور الذي يسمح بقيام الأحزاب أن تسمح بها، ولذلك فرفع كلمة هيئة أو حزب ليس معناه أن الدستور قرر منع الأحزاب إلى الأبد، إنما يترك أمرها للحكومة إذا رأت ذلك وضعت القانون المنظم للأحزاب، وهذا متروك للظروف تقدرها الحكومة بطريق التشريع العادي»، انظر المرجع السابق، ص 34.

المشتغلة في السياسة من شأنه أن يستصحب تطبيق الحماية الخاصة المقررة للجمعيات على الأحزاب السياسية بما في ذلك إخضاعها للرقابة الإدارية، الأمر الذي يتنافى وطبيعة عمل الأحزاب السياسية⁽¹²⁾، كما أن قانون الأندية وجمعيات النفع العام في الكويت قد جاء لكي ينص - وفي المادة (6) منه - على الآتي:

« لا يجوز للجمعية أو النادي السعي إلى تحقيق أي غرض غير مشروع، أو منافٍ للأداب، أو لا يدخل في الأغراض المنصوص عليها في النظام الأساسي لكل منهما، ويحظر على الجمعية أو النادي التدخل في السياسة أو المنازعات الدينية، أو إثارة العصبية والطائفية والعنصرية⁽¹³⁾ ».

إن النص بشكل صريح على عدم جواز تدخل الجمعية في السياسة يقفل الباب أمام إمكانية تأسيس أحزاب سياسية تحت ستار الجمعيات، ويؤكد على ما سبق أن ذهبنا إليه بأننا لا نشجع الركون في إنشاء الأحزاب السياسية إلى النصوص الدستورية الخاصة بالجمعيات.

وعلى الرغم من أن رأياً في الفقه يذهب إلى إمكانية تأسيس تكوين الأحزاب السياسية على كل من حرية الرأي والحق في الاجتماع باعتبار أن الحزب السياسي ما هو في حقيقته إلا تجمع لأصحاب الرأي الواحد⁽¹⁴⁾، إلا أننا لا نرى إمكانية تأسيس قيام الأحزاب في الكويت على نص المادة (44) التي تقرر حرية التعبير عن الرأي، أو المادة (36) التي تقرر حرية الاجتماع، ذلك أنه قد ورد في محاضر المجلس التأسيسي - وعند التعليق على المادة (44) - بأن مطلعها والذي يقرر أن «للأفراد حق الاجتماع دون حاجة لإذن أو إخطار سابق»، يكفل القيام باجتماعات خاصة لأي مناسبة، وإن كانت سياسية، دون أن يتحوّل هذا الأمر إلى نشاط سياسي أو هيئة سياسية في صورة حزب⁽¹⁵⁾،

(12) حسن البدرأوي، مرجع سابق، ص 51 - 52 وص 59 - 60.

(13) القانون رقم 28 لسنة 1965 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 24 لسنة 1962 في شأن الأندية وجمعيات النفع العام.

(14) فوفقاً لهذا الرأي إذا لم يكن للفرد حق إبداء الرأي والدعوة إليه في اجتماع بهدف إقناع الأفراد به للوصول به إلى قدر من القوة تؤهله للظهور على الساحة السياسية، فإن ذلك دعوة إلى إقامة التجمعات السرية بما يحمله ذلك من خطورة اتباع طرق غير مشروعة لتحقيق أهداف غير معلنة، انظر: المرجع السابق، ص 52-53.

(15) محاضر المجلس التأسيسي، مرجع سابق، ص 31.

وهو الأمر الذي يؤكد على ما سبق أن أشرنا إليه في كون أن المادة (43) من الدستور - والتي تقرر حرية تكوين الجمعيات والنقابات - هي السند الدستوري لإنشاء الأحزاب السياسية في الكويت لو قُدِّر لهذه الأحزاب أن تعلن رسمياً في الكويت.

وبالإضافة إلى ما تقدم، تجدر الإشارة إلى أن الدستور الكويتي تضمن إشارات متفرقة على قبوله لفكرة إنشاء الأحزاب السياسية، حصرناها على النحو الآتي:

أولاً: فعلى الرغم من أن المشرع الدستوري قد استبعد ذكر لفظ الهيئات في المادة (43) من الدستور كما أسلفنا، إلا أنه عاد واستخدمها في المادة (45) من الدستور والتي تنظم الحق في مخاطبة السلطات العامة، حيث تنص على الآتي: «لكل فرد أن يخاطب السلطات العامة كتابة وبتوقيعه، ولا تكون مخاطبة السلطات باسم الجماعات إلا للهيئات النظامية والأشخاص المعنوية».

ويتضح من خلال هذا النص أن قيام الهيئات النظامية لم يكن أمراً بعيداً عن تصور المشرع الدستوري إلى القدر الذي يجعله يعطيها - في حال تكوينها في المستقبل - الحق في مخاطبة السلطات العامة في البلاد، وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه الكويتي يعتبر هذه المادة قبولاً صريحاً لفكرة الأحزاب السياسية في الكويت⁽¹⁶⁾.

ثانياً: وفي موضع آخر، يأتي الدستور الكويتي ليشير - ولو بشكل غير مباشر - إلى أن وجود الجماعات السياسية أمر متصور في النظام السياسي الكويتي، فتص المادة (56) منه على أن:

«يعين الأمير رئيس مجلس الوزراء بعد المشاورات التقليدية ويعفيه من منصبه».

وفي معرض تفسيرها للمقصود بالمشاورات التقليدية، كررت المذكرة التفسيرية للدستور استخدام مصطلح الجماعات السياسية وهو ما يعتبر اعترافاً دستورياً بوجودها وبدورها في العملية السياسية:

«المشاورات التي يستطلع بموجبها رئيس الدولة وجهة نظر الشخصيات السياسية صاحبة الرأي في البلاد وفي مقدمتها رئيس مجلس الأمة، ورؤساء الجماعات السياسية،

(16) وهو رأي محمد المقاطع، انظر كتابه: الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، ط2، نشر خاص، دولة الكويت، 2013 - 2014، ص 213.

ورؤساء الوزارات السابقين الذين يرى رئيس الدولة من المفيد أن يستطلع رأيهم، ومن إليهم من أصحاب الرأي السياسي».

ولا يفوتنا هنا أن نذكر بأن الساحة التشريعية في دولة الكويت لا تخلو من القوانين التي تطرقت ولو بشكل غير مباشر إلى مسألة وجود تجمعات سياسية، وجل ملاحظتنا بشأنها يتعلق بنزعتها المعادية لفكرة الأحزاب السياسية، حيث حرصت هذه القوانين على عدم استخدام مختلف أنواع التجمعات الإنسانية المعترف بها قانوناً (كالجمعيات والنقابات والتنظيمات المهنية والأندية الرياضية) كغطاء للعمل السياسي المنظم في دولة الكويت⁽¹⁷⁾.

الفرع الثاني

مدى اعتبار القوائم الانتخابية المقفلة أحزاباً سياسية

أما وقد انتهينا إلى كون أن الدستور الكويتي لا يحظر إنشاء الأحزاب السياسية، وإن إمكانية تكوينها يستند إلى نص المادة (43) منه والتي تقر حرية تكوين الجمعيات والنقابات في ضوء التفسير الذي جاءت به المذكرة التفسيرية لهذه المادة، إلا أن المادة المذكورة لا تجعل من الحق في تكوين الجمعيات حقاً مطلقاً، إنما حق يُمارس «وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون»، الأمر الذي يفهم منه استلزام صدور قانون من البرلمان ينظم عملية إنشاء الأحزاب السياسية، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد في الكويت إلى الآن قانون ينظم عمل الأحزاب السياسية أو يقر بشرعيتها بشكل صريح ومباشر⁽¹⁸⁾،

(17) انظر في ذلك: المرسوم بقانون الصادر في العام 1959 بتأسيس غرفة تجارة وصناعة الكويت والذي يحظر على الغرفة تقديم أية مساعدة أو معونة إلى الأحزاب السياسية بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وكذلك القانون رقم 31 لسنة 1970 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 16 لسنة 1960 بإصدار قانون الجزاء والذي جرم في المادة (30) منه بعض الأفعال في حال وقوعها من «الجماعات أو الهيئات»، وأيضاً القانون رقم 28 لسنة 1965 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 24 لسنة 1962 في شأن الأندية وجمعيات النفع العام والذي يحظر في المادة (6) منه على الجمعية أو النادي التدخل في السياسة، وكذلك القانون رقم 120 لسنة 2023 بشأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة والذي يعاقب في المادة (53) منه (البند الثاني عشر) كل من استخدم أموال الجمعيات والنقابات والأندية والمبرات أو استخدم مقارها للدعوة إلى التصويت لمصلحة مرشح معين أو الإضرار به.

(18) محمد الفيلي، الأحزاب السياسية في الكويت واقع قائم ومستقبل منظر، مقال منشور في موقعه الإلكتروني www.alfililaw.com، آخر زيارة بتاريخ: 2024/3/18.

ولذلك، يثور التساؤل حول مدى إمكانية اعتبار الاقتراح بقانون الذي يقضي بإنشاء القوائم الانتخابية المقفلة (محل الدراسة) - وفي حال قدر له أن يصدر رسمياً - هو القانون الذي ستشهر به الأحزاب رسمياً في دولة الكويت.

وقبل البدء في التحليل، لابد أن نشير أولاً إلى أهم ما جاء في الاقتراح بقانون محل الدراسة وهو ما يمكن تلخيصه إلى ثلاث نقاط رئيسية: (1) اشترط الاقتراح أن يكون الترشيح للانتخابات بقوائم، بحيث لا يزيد عدد المرشحين في أي منها على 10⁽¹⁹⁾، كما وينتظم المرشحون داخل القائمة بتسلسل وفقاً لأسبقية وجود أسمائهم في نموذج الترشيح⁽²⁰⁾، بالإضافة إلى حصول كل قائمة على رقم معين لتمييزها، بحيث يستخدم هذا الرقم لاحقاً للتصويت لها في يوم الانتخاب⁽²¹⁾، (2) يصوّت الناخب لقائمة واحدة فقط⁽²²⁾، (3) اعتماد طريقة التمثيل النسبي لتحديد الفائزين في الانتخابات البرلمانية.

من ناحية قانونية، الثابت أمامنا أن هذا الاقتراح بقانون يقر بتبني آلية الترشيح بالقوائم الانتخابية المقفلة⁽²³⁾، وأن هذه القوائم المقفلة لا يمكن اعتبارها أحزاباً سياسية، وحُجّتنا في ذلك الآتي:

أولاً: لم يتضمّن هذا الاقتراح بقانون نظاماً لتسجيل الأحزاب السياسية بشكل رسمي في الدولة بالقدر الذي يعطي الحزب صفة الديمومة والاستمرارية⁽²⁴⁾، ونذكر مثلاً لتوضيح هذه الفكرة ما ذهب إليه القانون رقم 40 لسنة 1977 لنظام الأحزاب السياسية

(19) انظر المادة (1) من الاقتراح بقانون.

(20) انظر المواد (3 و5) من الاقتراح بقانون.

(21) انظر المواد (3 و4) من الاقتراح بقانون.

(22) انظر المادة (4) من الاقتراح بقانون.

(23) سنتطرق لتحليل هذا النظام الانتخابي في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(24) لا تشترط العديد من الدول تسجيل الأحزاب السياسية لدى إحدى سلطات الدولة من أجل الاعتراف بها، ومع ذلك، لا يعتبر تطلب تسجيل الأحزاب انتهاكاً لحرية تنظيمها باعتبار أن الأحزاب تحصل على مميزات قانونية معينة قد لا تُتاح لغيرها من المنظمات، الأمر الذي يبرر استلزام تسجيلها رسمياً بطريقة ما لدى الدولة، انظر: مبادئ توجيهية لتنظيم الأحزاب السياسية، الناشر: مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمن والتعاون في أوروبا، معتمدة من لجنة البندقية في جلستها العامة رقم 84، البندقية، 15 - 16 أكتوبر 2010. www.osce.org/odihr، آخر زيارة بتاريخ: 2024/3/18.

في جمهورية مصر العربية، حيث تطلب المشرع تشكيل لجنة تختص بفحص ودراسة إخطارات تأسيس الأحزاب السياسية، انعقد بهذه اللجنة الاختصاص في إصدار قرارات التأسيس⁽²⁵⁾، مثال آخر نذكره هنا، هو ما ذهب إليه القانون رقم 26 لسنة 2005 بشأن الجمعيات السياسية في مملكة البحرين، حيث تطلب المشرع تقديم طلبات تأسيس الجمعيات السياسية إلى وزير العدل والذي انعقد له الاختصاص بإعلان تأسيس الجمعيات السياسية⁽²⁶⁾.

أما في الاقتراح بقانون محل الدراسة، فكل ما يقدم لا يعدو أن يكون مجرد طلبات للترشيح في الانتخابات، ولا يغير من طبيعة هذه الطلبات كون أنها مقدمة من مجموعة من الأفراد ينتظمون في قائمة مقفلة، ذلك أن وجود هذه القائمة يعتبر مؤقتاً في جميع الأحوال، ففي حالة الخسارة، ينعدم استمرار وجود القائمة الانتخابية واقعياً، وأما في حالة الفوز، فإن استمرار القائمة مرتبط وجوداً وعدمياً بمدة الفصل التشريعي فقط، على عكس الحزب السياسي الذي - وبسبب تسجيله رسمياً - يعتبر موجوداً بصفة دائمة، ولو لم يشارك فعلياً في الانتخابات⁽²⁷⁾.

ثانياً: نظام تسجيل الأحزاب السياسية يسمح بإمكانية منح هذه الأحزاب عدداً من المميزات؛ منها نيل الحزب للشخصية القانونية والتي تمكنه من فتح حسابات مصرفية أو تملك أصول مالية⁽²⁸⁾، وحيث إن القانون المدني الكويتي ينص على أن «تثبت الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بهذه الشخصية»⁽²⁹⁾، فإننا نظن أن تمتع الحزب بالشخصية الاعتبارية في الكويت يفترض أن ينص عليه بشكل صريح في أي قانون يصدر لهذا الغرض، وهو ما لم نجده في الاقتراح

(25) المادة (7) من القانون 40 لسنة 1977 لنظام الأحزاب السياسية، (جمهورية مصر العربية).

(26) المادة (9) من القانون رقم 26 لسنة 2005 بشأن الجمعيات السياسية، (مملكة البحرين).

(27) لمزيد من التفاصيل بشأن تأسيس الأحزاب السياسية، انظر: ريم ناصر العززي، «نحو تنظيم قانوني للأحزاب السياسية في دولة الكويت»، أطروحة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الكويت، يوليو 2017، ص 130.

(28) فقد يكون التسجيل في بعض الدول مطلوباً لتلقي مميزات مهمة نذكر منها: أن تتلقى تمويلاً من الدولة، أو لضمان توفير حصة من زمن البث في وسائل الإعلام العامة، أو لإدراج القائمة الانتخابية التابعة للحزب في جداول المرشحين للانتخابات.

(29) المادة (18) من المرسوم بقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني.

بقانون محل الدراسة، ولنوضح الأمر، نضرب مثلاً ما ذهب إليه المشرع المصري في قانون الأحزاب عندما قرّر منح الحزب السياسي الشخصية الاعتبارية اعتباراً من اليوم التالي لنشر قرار لجنة شؤون الأحزاب السياسية بعدم الاعتراض على تأسيسه⁽³⁰⁾، كما يقرر قانون الجمعيات السياسية البحريني أن الأحزاب السياسية لا تعلن عن نفسها، وبالتالي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية إلا بنشر إعلان وزير العدل بالموافقة على تأسيسها⁽³¹⁾.

ثالثاً: تستلزم معظم الدول لتسجيل الأحزاب السياسية تجميع عدد معين من تواقع الأفراد لطلب تأسيس الحزب السياسي قد يصل إلى 5000 توقيع كما هو معمول به في عدد من الدول الأوروبية⁽³²⁾، وهو ما ذهب إليه قانون الأحزاب المصري عندما تطلب أن يوقع الإخطار الكتابي بطلب تأسيس الحزب السياسي ألف من الأعضاء المؤسسين على الأقل⁽³³⁾، أما المشرع البحريني فقد اشترط لتأسيس أية جمعية سياسية أو استمرارها أن يكون للجمعية نظام أساسي مكتوب وموقع عليه من الأعضاء المؤسسين الذين يجب ألا يقل عددهم عن خمسين عضواً⁽³⁴⁾.

وبالعودة إلى الاقتراح بقانون - محل الدراسة - لا نجد أي إشارة لاستلزام أي توقيعات إلا تلك المطلوبة من قبل المرشحين قرين أسمائهم في النموذج المعد لطلبات الترشيح للقوائم، هذه القوائم التي يجب ألا يزيد عدد المرشحين فيها على أعداد الأعضاء المطلوب انتخابهم⁽³⁵⁾، وحيث إن أعداد المطلوب فوزهم عن كل دائرة هم عشرة أعضاء، فإن التوقيعات المطلوبة في نموذج الترشيح داخل القائمة الواحدة يجب ألا يتجاوز عشرة، وهو عدد لا تتأسس به الأحزاب السياسية وفقاً للممارسات المعتادة.

(30) كما نص المشرع المصري على مواعيد أخرى لمنح الحزب السياسي الشخصية الاعتبارية، انظر المادة (9) من القانون 40 لسنة 1977 لنظام الأحزاب السياسية.

(31) كما نص المشرع البحريني على مواعيد أخرى لمنح الجمعية السياسية الشخصية الاعتبارية، انظر المادة (11) من القانون رقم 26 لسنة 2005 بشأن الجمعيات السياسية.

(32) درجت الدول الأوروبية على عدم استلزام العديد من الإجراءات حتى لا تثار شبهة تقييد ممارسة حرية تكوين الأحزاب والتي تستمد وجودها من دساتير هذه الدول، انظر مبادئ توجيهية لتنظيم الأحزاب السياسية، مرجع سابق، ص 34.

(33) المادة (6) من القانون 40 لسنة 1977 لنظام الأحزاب السياسية.

(34) المادة (4) من القانون رقم 26 لسنة 2005 بشأن الجمعيات السياسية.

(35) المادة (1) من الاقتراح بقانون محل الدراسة.

رابعاً: تتطلب التشريعات المنظمة للأحزاب السياسية لتسجيلها عادة تقديم معلومات أساسية عن الحزب السياسي كبيان اسم الحزب وأسماء رموزه، وذلك في سبيل تمكين الدولة من ضمان تزويد الناخبين بالمعلومات اللازمة، وإتاحة ممارستهم للاختيار الحر بعيداً عن أي لبس محتمل⁽³⁶⁾، وقد اشترط كل من المشرع المصري والبحريني أن يكون للحزب السياسي اسم لا يُماثل أو يُشابه اسم حزب قائم⁽³⁷⁾.

وبالعودة إلى الاقتراح بقانون محل الدراسة، نجده قد تعمّد اجتناب استخدام الأسماء للقوائم، بل نص على إعطاء كل قائمة رقماً يمنح لها عن طريق قرعة علنية تجريها إدارة الانتخابات، وعلى الرغم من أننا نظن أن هذه القوائم - وأثناء الحملة الانتخابية - ستستخدم اسماً يميزها يرتبط في أذهان الجمهور في كل مرة ترشح القائمة نفسها في الانتخابات⁽³⁸⁾، إلا أن العبرة في يوم الانتخاب والذي سيتم فيه تمييز هذه القائمة برقم وليس اسماً، ذلك باعتبار أن هذا الرقم قد لا يتكرر للقائمة نفسها في الانتخابات القادمة، مما يؤكد كون أن وجود القائمة - وفقاً لهذا التنظيم - يعتبر وجوداً مؤقتاً ينفي عنها وصف الحزب السياسي بالمفهوم المعتاد، ولا يفوتنا هنا أن نذكر أن من الأهداف التي يحققها تسجيل الأحزاب السياسية رسمياً في الدولة تمكين الحزب من نشر اسمه بجوار أسماء مرشحيه، وحفظ حقه الحصري في استخدام الاسم الذي يختاره مؤسسه له⁽³⁹⁾، وهو ما سعى الاقتراح بقانون محل الدراسة إلى تجنبه تماماً.

بناء على ما تقدم، نرى أن هذه القوائم الانتخابية المقفلة - بالشكل الوارد في الاقتراح بقانون محل الدراسة - لا تعتبر حزباً سياسياً بالمعنى المتعارف عليه في القوانين المقارنة، إنما من الممكن أن نعتبرها بمثابة المرحلة الاستباقية لإشهار الأحزاب السياسية في دولة الكويت، فتبني القوائم المقفلة من شأنه أن يسمح للأحزاب غير المشهورة بالتعبير عن

(36) مبادئ توجيهية لتنظيم الأحزاب السياسية، مرجع سابق، ص 34.

(37) انظر: المادة (6) من القانون 40 لسنة 1977 لنظام الأحزاب السياسية (مصر)، والمادة رقم (6) من القانون رقم 25 لسنة 200 بشأن الجمعيات السياسية (البحرين).

(38) تظهر في دولة الكويت هياكل لتنظيمات سياسية دون الدخول في إطار قانوني محدد، وتتخذ لأنفسها أسماء تتميز بها عن الكيانات الأخرى مثل الحركة الدستورية الإسلامية (حدس)، وحزب الأمة، والمنبر الديمقراطي الكويتي، والتجمع الشعبي، وحركة التوافق الوطني الإسلامي، انظر: محمد الفيلي، مرجع سابق.

(39) مبادئ توجيهية لتنظيم الأحزاب السياسية، مرجع سابق، ص 34.

وجودها وأفكارها بشكل أفضل وأقوى بالمقارنة مع وضعها الحالي والذي تطرح فيه هذه التجمعات السياسية في الكويت مرشحها فرادى.

إن الاعتراف بوجود القوائم الانتخابية المقفلة في دولة الكويت - وقبل الاعتراف بوجود الأحزاب السياسية - لهو أمر مستغرب، ذلك أن القوائم الانتخابية تأتي عادة كنتيجة لاحقة على تأسيس الأحزاب السياسية في الدولة، فبعد تأسيس الحزب السياسي رسمياً، يبدأ هذا الحزب بممارسة نشاطه السياسي، والذي يتضمن تأسيس قائمة انتخابية مقفلة من أعضائه تمهيداً لترشيحها للانتخابات البرلمانية، فالقائمة الانتخابية المقفلة - وفقاً للمفهوم السابق - تعتبر بمثابة الوليد لوالدته، ولذلك، فإن الاعتراف بوجود الوليد قبل الوالد هو ما يدعونا إلى الاستغراب.

المطلب الثاني

القوائم الانتخابية المقفلة وتنظيم العملية الانتخابية

تنص المادة (80) من الدستور الكويتي على الآتي: «يتألف مجلس الأمة من خمسين عضواً ينتخبون بطريق الانتخاب العام السري المباشر، وفقاً للأحكام التي يبينها قانون الانتخاب، يعتبر الوزراء غير المنتخبين بمجلس الأمة أعضاء في هذا المجلس بحكم وظائفهم».

إنه مما لا يخفى على المتفحص للنص أعلاه أن المشرع الدستوري الكويتي قد اكتفى باستلزام تحقق ثلاثة شروط فقط في العملية الانتخابية، فاشترط أن يكون الانتخاب عاماً وسرياً ومباشراً، دون أن يستفيض بتحديد المقصود بهذه الأوصاف، بل حتى المذكرة التفسيرية للدستور لم تعلق على نص المادة (80) بشكل مباشر، واكتفت - في معرض التعليق على نص المادة (82) - بتكرار ما جاء في صلب المادة (80) وهو أن تشكيل مجلس الأمة يجب أن يكون «وفقاً للأحكام التي يبينها قانون الانتخاب»، وقد جاء قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 لكي يؤكد هذه الشروط الثلاث، فنص في المادة (35) منه على أن «يكون الانتخاب عاماً وسرياً ومباشراً».

كما أن الدستور الكويتي - وبمناسبة تنظيم العملية الانتخابية - لم يتضمن نصاً يتعرّض لطريقة عرض المرشحين أنفسهم لهيئة الناخبين أو لطريقة اختيار الناخبين لهم،

بعبارة أخرى، لم ينظم الدستور الكويتي ما من شأنه أن يصف الانتخاب في الكويت باعتباره انتخاباً فردياً أو انتخاباً بالقائمة، الأمر الذي يترتب عليه أن تنظيم مسألة من هذا النوع ستدخل تحت نطاق سلطة المشرع العادي من خلال أداة القانون تصديقاً لنص المادة (80) من الدستور والتي استلزمت أن تتم العملية الانتخابية «وفقاً للأحكام التي يبينها قانون الانتخاب»، وعلى الرغم من غياب النص الدستوري الصريح، إلا أن النزعة الفردية في النظام الانتخابي الكويتي تستنج ضمناً من الطريقة التي تم بموجبها تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية، ذلك أن تحديد الكيفية التي يتم من خلالها معالجة هذا العنصر يؤدي بالضرورة إلى تحديد ما إذا كان النظام الانتخابي المتبنى في دولة ما يعتبر فردياً أم انتخابياً بالقائمة⁽⁴⁰⁾.

وعليه، فإننا في هذا المطلب سنفحص مدى استمرار انطباق الشروط الدستورية الثلاث في العملية الانتخابية (الانتخاب السري والعام والمباشر) عند الانتقال للتصويت عبر القوائم المقفلة وذلك في الفرع الأول، ثم ننتقل لمناقشة نظام الدوائر الانتخابية المعمول به حالياً في دولة الكويت في ظل الانتخاب الفردي لمعرفة حجم التعديلات المطلوب إدخالها عند الانتقال إلى التصويت عبر القائمة المقفلة وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الانتخاب العام السري المباشر في الاقتراح بقانون محل الدراسة

اجتهد الفقه الدستوري الكويتي في بيان المقصود من الشروط الثلاث الواردة في المادة (80) من الدستور المشار إليها أعلاه، أما عن كون الانتخاب يجب أن يكون عاماً، فهو وصف يتعلق بتحديد هيئة الناخبين، حيث لا يجب أن يشترط في الناخب لممارسة الحق في الانتخاب شروطاً خاصة تتعلق بمستوى تحصيله العلمي أو مقدرته المالية، باعتبار أن هذه الشروط إن وجدت كان الانتخاب مقيداً⁽⁴¹⁾.

(40) إبراهيم عبد العزيز شيحا، الأنظمة السياسية: الدول - الحكومات، دن، القاهرة، 1986، ص 328.
(41) انظر: عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ج1، ط2، دن، دولة الكويت، 1989، ص 524 - 525. عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص 790-794، كما يذهب بعض الفقه إلى وضع شروط أخرى تؤدي إلى كون الانتخاب يصبح مقيداً كشرط الانتماء العرقي أو الدين أو الجنس، انظر: محمد المقاطع، مرجع سابق، ص 330 - 331. محمد الفيلي، تحديد قاعدة الناخبين في الكويت بين الدستور والقانون، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 22، العدد 2، يونيو 1998، ص 82. الطبطبائي، مرجع سابق، ص 800 - 802.

وبالعودة إلى كل من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 والقانون الانتخاب الملغي رقم 35 لسنة 1962، لا نجد أيًا منها قد وضع شرطاً خاصاً في هيئة الناخبين يتعلق بالمستوى العلمي أو المقدرة المالية، الأمر الذي يجعل من الانتخاب في دولة الكويت انتخاباً عاماً، وهو الحال مع الاقتراح بقانون - محل الدراسة - باعتبار أن التصويت بالقوائم الانتخابية لا يغيّر من طبيعة الانتخاب من حيث كونه انتخاباً عاماً، طالما أن المقترح لم يتضمن شروطاً إضافية في شخص الناخب.

وأما عن كون الانتخاب يجب أن يكون - وكما استلزم الدستور - انتخاباً سرياً، فيُقصد به أن يعطي الناخب صوته من غير علانية أمام لجنة الانتخاب، ويتحقق ذلك عندما يتم تجهيز مكان مستور في كل لجنة انتخابية يباشر فيه الناخب حقه الانتخابي⁽⁴²⁾، وتجدر الإشارة إلى أن قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 قد قرر طريقة التصويت السري⁽⁴³⁾، وكذلك فعل من قبله قانون الانتخاب الملغي - رقم 35 لسنة 1962⁽⁴⁴⁾، والسرية بهذا المعنى تقتضي إبطال أوراق الانتخاب التي يضع عليها أصحابها أي علامة أو إشارة دالة على أشخاصهم، لذلك نجد أن قانوني الانتخاب في دولة الكويت - الجديد والملغي - قد نصا على بطلان عملية الانتخاب العلنية⁽⁴⁵⁾.

وبالعودة إلى الاقتراح بقانون - محل الدراسة - نجده لا يتضمن ما من شأنه أن يتعارض مع مبدأ السرية، حيث يظل الانتخاب سرياً طالما لم يفصح الناخب عمّن يرغب في التصويت له سواء كان فرداً أو قائمة.

وأما عن كون الانتخاب في دولة الكويت يجب أن يكون - وكما تطلب الدستور - مباشراً، فيقصد به أن يقوم الناخب مباشرة (ومن دون وسطاء) باختيار المرشح،

(42) انظر: عثمان عبد الملك، مرجع سابق، ص 526 - 528. عادل الطبطبائي، مرجع سابق، 809 - 810.
(43) تنص المادة (33) من قانون الانتخاب الملغي رقم 35 لسنة 1962 على أن: «يجري الانتخاب بالاقتراع السري».

(44) تنص المادة (35) من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 على أن: «يكون الانتخاب عاماً وسرياً ومباشراً».

(45) تنص المادة (42) من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 على الآتي: «تعتبر باطلة:..... (3) الآراء التي أثبتت على ورقة أمضاها الناخب أو وضع عليها إشارة أو علامة تدل عليه، (4) الآراء التي تبدي شفاهة أمام اللجنة بغير اتباع الإجراءات والقواعد المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (38) من هذا القانون».

فالانتخاب غير المباشر يتحقق عندما يقتصر دور الناخب في اختيار مندوب عنه (يعتبر بمثابة ناخب ثان)، بحيث يقوم هذا المندوب باختيار المرشح في دور ثانٍ للانتخابات، ولذلك، نجد أن الانتخاب غير المباشر تكون فيه الانتخابات على درجتين أو أكثر، على عكس الانتخاب المباشر الذي دائماً ما يكون على درجة واحدة فقط⁽⁴⁶⁾، وبالعودة إلى قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 وقانون الانتخاب الملغي الذي استبدل به رقم 35 لسنة 1962 نجد أن كلاهما قد صمم العملية الانتخابية بطريقة تجعلها عملية مباشرة ومن درجة واحدة، حيث تجرى الانتخابات في يوم واحد فقط، يقوم فيه الناخبون باختيار المرشحين بأنفسهم ودون وساطة أحد.

وبالعودة إلى الاقتراح بقانون محل الدراسة، نجده لا يتناول ما من شأنه ألا يجعل الانتخاب مباشراً، بل إن بعض الفقه يؤكد على تحقق صفة المباشرة في الانتخاب، سواء كنا بصدد انتخاب فرد واحد فقط، أو الانتخاب لقائمة مختارة⁽⁴⁷⁾.

الفرع الثاني

نظام الدوائر الانتخابية في الاقتراح بقانون محل الدراسة

تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه يدل على تبني النظام الانتخابي الفردي في دولة الكويت بمجرد أن الدستور لم ينص على نظام القوائم⁽⁴⁸⁾، وهذا المنطق بالتحليل يوحى وكأن الأصل دائماً في التصويت هو الفردية، وأن أي تنظيم آخر للعملية الانتخابية يجب أن ينص عليه بالدساتير صراحة باعتباره استثناء، ونحن لا نتفق مع هذا الفهم، بل إن عدم وجود تحديد لأسلوب الانتخاب من حيث كونه فردياً أو بالقائمة يعني بالضرورة أن المشرع الدستوري قد فوّض الأمر للمشرع العادي ينظمه كيفما يشاء.

وعلى الرغم من غياب النص الدستوري الصريح، إلا أن النزعة الفردية في النظام

(46) انظر: عثمان عبد الملك، مرجع سابق، 525 - 526، عادل الطبطبائي، مرجع سابق، 806 - 808، محمد المقاطع، مرجع سابق، 333.

(47) جورج شفيق ساري، الأسس والمبادئ العامة للنظم السياسية، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 2002، ص 258.

(48) خليفة ثامر الحميدة، القانون الدستوري الكويتي: النظرية والتطبيق، ط2، نشر خاص، دولة الكويت، 2021، ص 529.

الانتخابي الكويتي تستنتج ضمناً من الطريقة التي تم بموجبها تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية، والطريقة التي يتم فيها عرض المرشحين أنفسهم لهيئة الناخبين.

لقد اجتمع الفقه على تقسيم الأنظمة الانتخابية إلى قسمين رئيسيين: النظام الانتخابي الفردي، ونظام الانتخاب بالقائمة، ومن الأهمية بمكان أن نشير في البداية إلى أن هذين النظامين يتفقان على ضرورة تقسيم الدولة إلى عدة أقاليم انتخابية، بحيث يمارس الناخب حقه في الاختيار في حدود الإقليم الانتخابي الذي ينتمي إليه، فلا يتم التعامل مع الدولة كمنطقة انتخابية واحدة⁽⁴⁹⁾.

أما عن النظام الانتخابي الفردي، فبموجبه يتم تقسيم إقليم الدولة إلى أقاليم انتخابية كثيرة في عددها وصغيرة في حجمها، بحيث يختار الناخب مرشحاً واحداً فقط عن الإقليم الانتخابي الذي ينتمي إليه⁽⁵⁰⁾، وتجدر الإشارة إلى أن نتيجة العملية الانتخابية (تحديد الفائزين) في هذا النظام ترتبط ارتباطاً وثيقاً بنظام الأغلبية⁽⁵¹⁾، وأما عن نظام الانتخاب بالقائمة، فبموجبه يتم تقسيم إقليم الدولة إلى أقاليم انتخابية قليلة في عددها وكبيرة في حجمها، بحيث يختار الناخب عدة أعضاء عن الإقليم الانتخابي الذي ينتمي له، فإذا سُمح للناخب بأن يمزج في اختياره للمرشحين من مختلف القوائم، كنا أمام ما يسمّى بنظام الانتخاب بالقائمة المفتوحة⁽⁵²⁾، أما إذا كان الناخب لا يملك إلا أن يصوّت للقائمة

(49) ينتقد بعض الفقه التعامل مع الدولة كمنطقة انتخابية واحدة، ويربط بين هذه الطريقة والأنظمة الدكتاتورية، انظر: عادل الطبطبائي، مرجع سابق، 813، ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 257.

(50) انظر: حسن البدرابي، مرجع سابق، 592. عثمان عبد الملك الصالح، مرجع سابق، 534. عادل الطبطبائي، مرجع سابق، 814. إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص 328. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص 265 - 266.

(51) سواء كانت هذه الأغلبية تُحسب على أساس الأغلبية النسبية (الانتخاب على دور واحد فقط)، أو كانت تُحسب على أساس الأغلبية المطلقة (الانتخاب على دورين)، انظر: حسن البدرابي، مرجع سابق، ص 593 - 602. عثمان عبد الملك الصالح، مرجع سابق، ص 536 - 537. إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص 333 - 335. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص 271 - 272.

(52) انظر: حسن البدرابي، مرجع سابق، ص 604. عثمان عبد الملك الصالح، مرجع سابق، ص 534. إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص 335.

تجدر الإشارة إلى أن القائمة المفتوحة تقترب من نظام الانتخاب الفردي، باعتبار أن المنافسة فيها تكون بين الأفراد وليس القوائم، كما لا يوجد تمثيل نسبي يحجز بمقتضاه عدداً من المقاعد البرلمانية لهذه القائمة أو تلك، إنما يكون الفوز حليفاً لمن يحصل على أعلى عدد من أصوات الناخبين،

كما وضعها الحزب السياسي دون أن يغيّر فيها، فإننا نكون أمام ما يسمّى بالانتخاب بالقائمة المقفلة (أو المغلقة)، وتجدر الإشارة إلى أن نتيجة العملية الانتخابية (تحديد الفائزين) في نظام الانتخاب بالقائمة المقفلة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتمثيل النسبي⁽⁵³⁾.

وفي الحقيقة، وعند المفاضلة بين النظامين - الانتخاب الفردي والانتخاب بالقائمة - نجد أن كلاهما له من المميزات بقدر ما له من العيوب، بل إن مميزات أحدهما تعتبر عيوب النظام الآخر، والعكس صحيح، ولعله من المفيد أن نعرض بشكل سريع لتقييم هذين النظامين، فأما عن الانتخاب الفردي - وبسبب صغر حجم الدوائر الانتخابية كما أشرنا أعلاه - فيسهل على الناخب المفاضلة بين المرشحين، وهو ما لا يحصل في ظل نظام الانتخاب بالقائمة بسبب كثرة عدد المرشحين، كما أن نظام الانتخاب الفردي يساعد على تمثيل الأقليات السياسية، وهو ما لا يحدث عادة في ظل نظام الانتخاب بالقائمة بسبب حجم الدوائر الانتخابية الكبير وشراسة المنافسة بين المرشحين، من جهة أخرى، يُعاب على نظام الانتخاب الفردي أن المفاضلة فيه بين المرشحين تقوم على أساس شخصي، مما يسهل معه استخدام المال السياسي لدعم المرشحين للفوز في الانتخابات، في حين تكون المفاضلة بين المرشحين - عند تطبيق نظام الانتخاب بالقائمة - على أساس الأفكار والمبادئ والبرامج، وليس على أساس الخدمات الشخصية التي يقدمها المرشحون لجمهور الناخبين في الدائرة.

وبالعودة إلى الدستور الكويتي نجده قد اكتفى بالنص على كون أن عدد أعضاء مجلس الأمة المنتخبين خمسون عضواً فقط⁽⁵⁴⁾، دون أن يتحدث عن تقسيم الدوائر الانتخابية، وما يستتبعه من تحديد لعدد الأعضاء الفائزين عن كل دائرة، أو عدد الأصوات الممنوحة لكل ناخب، إنما نقل الدستور هذه المهمة إلى المشرّع العادي عندما قرر في المادة (81) منه على الآتي: «تحدد الدوائر الانتخابية بقانون».

انظر: عثمان عبد الملك الصالح، مرجع سابق، 535: «يكمن الاختلاف الوحيد بين الانتخاب الفردي والانتخاب بالقائمة المفتوحة في أن الناخب في النظام الفردي التقليدي ينتخب فرداً واحداً فقط، بينما في القائمة المفتوحة يختار الناخب عدة مرشحين».

(53) انظر: حسن البدرائي، مرجع سابق، ص 604. عثمان عبد الملك الصالح، مرجع سابق، ص 535.

إبراهيم عبدالعزيز شيجا، مرجع سابق، ص 329.

(54) انظر المادة (80) من الدستور.

وقد ثار خلاف حول مدى صحة جعل إقليم الدولة دائرة واحدة باعتبار أن النص الدستوري استخدم صيغة الجمع (دوائر)، فذهب جانب من الفقه إلى القول بجواز أن يُصار إلى المفرد وهي الدائرة الواحدة⁽⁵⁵⁾، إلا أن المحكمة الدستورية في الكويت قد قضت بأن صيغة الجمع في المادة السابقة تفترض وجود تخوم بين الدوائر الانتخابية، وأن هذا لن يتحقق بوجود دائرة انتخابية واحدة⁽⁵⁶⁾.

وحسناً فعل المشرع الدستوري عندما قرر ألا يتصدى لتنظيم الدوائر الانتخابية بنفسه، بل أحال الأمر إلى المشرع العادي، فهذا التوجه - من جهة - يحقق مرونة عالية من حيث تسهيل تعديل الدوائر الانتخابية بالمقارنة مع فرضية تنظيمها بموجب الدستور الذي تتصف إجراءات تعديله بالصعوبة، ومن جهة، أخرى فإن استلزام أداة القانون لتنظيم الدوائر الانتخابية وليس القرار الإداري من شأنه أن يمنع تحكم الحكومة في مخرجات الانتخابات⁽⁵⁷⁾.

ومن هنا بدأت مسيرة القوانين المتعاقبة على مر تاريخ دولة الكويت الديمقراطي في معالجة هذه المسألة، والتي من الممكن أن نقسمها إلى خمس مراحل على النحو الآتي:

المرحلة الأولى: انتخاب أعضاء المجلس التأسيسي

تم تقسيم دولة الكويت إلى أقاليم انتخابية لأول مرة في تاريخها بمناسبة إجراء انتخابات المجلس التأسيسي⁽⁵⁸⁾، حيث صدر القانون رقم 25 لسنة 1961 بنظام انتخاب أعضاء المجلس التأسيسي - والمعدل بالقانون رقم 28 لسنة 1961 - والذي نص على تقسيم دولة الكويت إلى عشر دوائر انتخابية، بحيث يتم انتخاب نائبين اثنين عن كل دائرة⁽⁵⁹⁾، ولأن هذا القانون قد نص على منح كل ناخب صوتاً واحداً فقط⁽⁶⁰⁾، كما ذكر بأن الفوز يتحقق

(55) وهو رأي محمد المقاطع، مرجع سابق، ص 325.

(56) حكم المحكمة الدستورية في الطعن المباشر المرفوع من الحكومة في دستورية قانون تقسيم الدوائر الانتخابية في الطعن رقم 26 لسنة 2012 والصادر بتاريخ 25 سبتمبر 2012.

(57) عبدالله مشاري العوضي، «الدائرة الانتخابية والتكاليف المالية: دراسة مقارنة»، أطروحة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ديسمبر 2010.

(58) المجلس التأسيسي هو السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعت الدستور الكويتي لأول مرة.

(59) انظر المادة (1) من القانون المشار إليه أعلاه.

(60) انظر المادة (10) من القانون المشار إليه أعلاه.

بالأغلبية النسبية⁽⁶¹⁾، فإننا نرى أن انتخاب أعضاء المجلس التأسيسي - بهذا الشكل - يعتبر بالضرورة انتخاباً فردياً⁽⁶²⁾.

المرحلة الثانية: انتخاب أول مجلس أمة في دولة الكويت

بعد أن انتهى المجلس التأسيسي من مهمة وضع الدستور⁽⁶³⁾، قام بإصدار القانون رقم 35 لسنة 1962 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة⁽⁶⁴⁾، وقد نص على أن تجري الانتخابات الأولى لمجلس الأمة في الدوائر الانتخابية العشرة التي تم على أساسها انتخاب المجلس التأسيسي، بحيث يتم انتخاب 5 أعضاء لمجلس الأمة عن كل دائرة⁽⁶⁵⁾، إلا أن هذا القانون لم يتضمن نصاً صريحاً يحدد عدد الأصوات الانتخابية التي يتمتع بها كل ناخب، ولكن الواقع العملي أخبرنا بأن الانتخاب قد جرى فعلياً من خلال إعطاء كل ناخب خمسة أصوات، وهو ما يقودنا إلى الظن بأن تحديد عدد الأصوات التي يملكها الناخب قد استدل عليه بالقياس على عدد الأعضاء الفائزين عن كل دائرة انتخابية، بعبارة أخرى، تم إعطاء كل ناخب عدداً من الأصوات موازياً لعدد الأعضاء الذين ينتخبهم عن دائرته الانتخابية.

ونحن نرى أن انتخاب أعضاء مجلس الأمة - بالشكل المشار إليه أعلاه - يعتبر انتخاباً بالقائمة المفتوحة، حيث يختار الناخب عدة أعضاء عن دائرته، ولا يفوتنا هنا أن نذكر أن هذا الوضع يعتبر فريداً من نوعه، باعتبار أن فكرة القوائم المفتوحة تفترض

(61) انظر المادة (32) من القانون المشار إليه أعلاه.

(62) تجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 25 لسنة 1961 المشار إليه أعلاه - وقبل التعديل - كان ينص على تقسيم دولة الكويت إلى عشرين منطقة انتخابية، بحيث ينتخب كل إقليم نائباً واحداً بواقع صوت واحد لكل ناخب، إلا أن هذا القانون قد تم تعديله - وقبل العمل به - بموجب القانون رقم 28 لسنة 1961 المشار إليه أعلاه والذي جرى انتخاب أعضاء المجلس التأسيسي على أساسه.

(63) تم رفع الدستور - بعد التصويت عليه من قبل المجلس التأسيسي - إلى الشيخ عبدالله السالم رحمه الله للمصادقة عليه، حيث تمت المصادقة بتاريخ 1962/11/11، وهو التاريخ الذي يؤرخ لإصدار الدستور الكويتي رسمياً.

(64) تصدر القوانين في دولة الكويت من خلال البرلمان (مجلس الأمة)، وحيث إن مجلس الأمة لم يتم انتخابه بعد، كما لا يمكن انتخابه بدون إصدار قانون ينظم إجراء هذه الانتخابات، فقد صدر قانون الانتخاب المشار إليه أعلاه من المجلس التأسيسي، وبنفس إجراءات إصدار الدستور التي أشرنا إليها أعلاه.

(65) انظر المادة (51) من القانون المشار إليه أعلاه.

عادة احتضان الأحزاب السياسية رسمياً في الدولة، وقيام هذه الأحزاب بتشكيل قوائم انتخابية من أعضائها، ثم يأتي النظام الانتخابي في الدولة لكي يسمح للناخبين باختيار مرشحين من مختلف القوائم بالقدر الذي يجعل هؤلاء الناخبين يشكلون قوائم خاصة بهم، إلا أننا نجد في النموذج المطبق في أول انتخابات تشريعية أن الناخب - وبسبب تعدد الأصوات - يستطيع أن يشكل قائمة انتخابية تضم عدداً من المرشحين من اختياره الشخصي، ولا يغيّر من الأمر شيئاً كون أن هؤلاء المرشحين لا يرجعون إلى أحزاب سياسية رسمية، فالعبرة في تعدد الأصوات الانتخابية الذي يسمح للناخب باختيار قائمة من المرشحين، كما أن الفوز - في ظل هذا النظام - يحسب على أساس الأغلبية النسبية وهو ما يؤكد فكرة القائمة المفتوحة⁽⁶⁶⁾.

وقد استمر العمل بهذه التقسيمة للدوائر الانتخابية إلى انتخابات الفصل التشريعي الرابع (1975) عندما احتدم الخلاف بين المجلس والحكومة الأمر الذي أدى إلى حل مجلس الأمة لأول مرة في تاريخ دولة الكويت، وكان ذلك بموجب الأمر الأميري الصادر بتاريخ 1976/8/29⁽⁶⁷⁾.

المرحلة الثالثة: تقسيم دولة الكويت إلى 25 دائرة انتخابية

ولعل ما يؤكد صحة ما ذهبنا إليه للتو من أن انتخاب أعضاء مجلس الأمة بصورته الأولى يعتبر انتخاباً بالقائمة ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 99 لسنة 1980 بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية والذي أعاد تقسيم الدوائر الانتخابية المتبني في المرحلة السابقة⁽⁶⁸⁾:

- (66) انظر المادة (39) من قانون الانتخاب السابق رقم 35 لسنة 1962. س
- (67) يعتبر هذا الحل حلاً غير دستوري، باعتبار أن أداة الحل كما يتطلبها الدستور هي المرسوم الأميري، لمزيد من التفصيل حول تعطيل الحياة البرلمانية في هذه الفترة وما صاحبها من محاولات لتفجير الدستور انظر: عادل الطبطبائي، الرقابة السياسية على أعمال الحكومة خلال فترة حل البرلمان، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 15، ع 3، ديسمبر 1991.
- (68) يعتبر موضوع الدوائر الانتخابية من الموضوعات المتغيرة، ولذلك - وحتى لا يثقل قانون الانتخاب بتعديلات كثيرة - فقد صدر المرسوم بقانون رقم 64 لسنة 1980 بشأن تعديل بعض أحكام قانون انتخابات أعضاء مجلس الأمة رقم 35 لسنة 1962 والذي قرر أن تحديد الدوائر الانتخابية والعدد الذي تنتخبه كل منها يجب أن يكون بقانون خاص، انظر: مرسوم بقانون رقم 64 لسنة 1980 بتعديل بعض أحكام قانون انتخابات أعضاء مجلس الأمة (مواد 4، 7، 8، 18، 51)، أعقب صدور هذا المرسوم

«إن الأصل أن يكون الانتخاب فردياً، فتقسم البلاد إلى دوائر انتخابية صغيرة، تنتخب كل منها نائباً واحداً، وبهذه الطريقة تيسر مهمة الناخب في التفكير والاختيار على خلاف الطريقة الأخرى، أي الانتخاب المتعدد الأصوات...، وطريقة التعدد لا تتبع إلا في الدول التي بها أحزاب يرشح كل حزب قائمة، وينتخب كل ناخب قائمة الحزب الذي يؤيده، بصرف النظر عن الأشخاص المذكورين في القائمة...».

ولهذا، جاء المرسوم بقانون المشار إليه لكي يعيد تقسيم الدوائر الانتخابية برفع عددها إلى 25 دائرة، وما يستلزمه ذلك من تقليص عدد الأعضاء المنتخبين عن كل دائرة إلى اثنين اثنين بدلاً من خمسة⁽⁶⁹⁾، وهنا، يتكرر ذات القصور التشريعي الذي تعرضنا له في المرحلة السابقة، حيث أغفل المشرع ذكر عدد الأصوات التي يملكها كل ناخب، إلا أن التجربة العملية تخبرنا بأن الانتخابات قد أجريت فعلياً من خلال منح كل ناخب صوتين اثنين إعمالاً للقياس الذي أشرنا إليه آنفاً، وعليه، فإننا لا نشك بكون أن الانتخاب بهذه الطريقة يعد انتخاباً فردياً على الرغم من أن الناخب يملك صوتين بدلاً من صوت واحد وهو ما يجد تبريره فيما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية لهذا المرسوم بقانون:

أما في دولة الكويت فالأمر مختلف، إذ يقوم الاختيار على أساس شخصي بحت، ومن ثم فإن طريقة التعدد لا تلائم دولة الكويت، وإنما يلائمها الانتخاب الفردي، أي تنتخب كل دائرة نائباً واحداً، ولكن نظراً إلى أن تقسيم دولة الكويت إلى خمسين (50) دائرة يبدو صعباً في الوقت الحاضر، فإن البديل الأخف عيوباً هو أن يكون لكل دائرة نائبان تخفيفاً لأضرار تعدد الأصوات».

المرحلة الرابعة: تقسيم دولة الكويت إلى 5 دوائر انتخابية

صدر القانون رقم 42 لسنة 2006 بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية لعضوية مجلس الأمة، والذي نص على تقليص عدد الدوائر الانتخابية من 25 دائرة إلى 5 دوائر فقط⁽⁷⁰⁾، وما يستلزمه ذلك من زيادة عدد الأعضاء الفائزين عن كل دائرة انتخابية إلى عشرة

بقانون صدور المرسوم بقانون رقم 99 لسنة 1980 بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية والمشار إليه في المتن أعلاه.

(69) انظر المادة (1) من القانون المشار إليه أعلاه.

(70) انظر المادة (1) من القانون أعلاه.

أعضاء⁽⁷¹⁾، ولا يفوتنا هنا أن نذكر أن المشرّع في هذا القانون قد قام - ولأول مرة في تاريخ القوانين المنظمة للدوائر الانتخابية - بتحديد عدد الأصوات التي يملكها كل ناخب وحددها بواقع أربع أصوات لكل ناخب⁽⁷²⁾، وقد كان مما ذكره المشرّع في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون تعليقاً على الأصوات الأربعة: «وذلك بما يتيح المجال لكافة شرائح المجتمع الكويتي وفئاته في التمثيل البرلماني ويحد من احتمالات الاحتكار الفئوي والدوائر الانتخابية إذا ترك الأمر دون تقييد».

ونحن هنا نرى أن الانتخاب بهذه الطريقة يعتبر انتخاباً بالقائمة المفتوحة لذات الأسباب التي بيّناها في المرحلة الثانية التي أشرنا إليها آنفاً.

المرحلة الخامسة: مرسوم الصوت الواحد

نصل الآن إلى آخر مرحلة من مراحل تعديل النظام الانتخابي الكويتي، وهو النظام المعمول به إلى وقتنا الحالي. فقد صدر المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 2012 بتعديل القانون رقم 42 لسنة 2006 بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية لعضوية مجلس الأمة، وقرر أن يقلص عدد الأصوات التي تمنح لكل ناخب من أربعة أصوات إلى صوت واحد فقط. وقد أثار هذا التعديل على النظام الانتخابي جدلاً واسعاً في الأوساط السياسية بسبب الأداة القانونية التي صدر بها، ألا وهي المرسوم بقانون⁽⁷³⁾.

وفي الحقيقة، لا نشك أبداً في كون أن هذا الانتخاب يعد انتخاباً فردياً بامتياز وذلك باعتبار أن كل ناخب لا يملك إلا صوتاً واحداً يختار به مرشحاً واحداً فقط.

(71) انظر المادة 4 من القانون أعلاه.

(72) انظر المادة (4) من القانون أعلاه.

(73) فوفقاً لنص المادة (71) من الدستور الكويتي يجوز للسلطة التنفيذية أن تحل محل السلطة التشريعية في إصدار مراسيم لها قوة القانون عند غياب مجلس الأمة، وقد كان أن قامت الحكومة بحل مجلس الأمة، ثم أصدرت مرسوماً بقانون بتقليص عدد الأصوات إلى صوت واحد فقط لكل ناخب، وتجدر الإشارة إلى أن المراسيم بقوانين - التي تصدر في أثناء غياب مجلس الأمة - تعرض عليه بعد عودته للموافقة عليها، وقد كان مما أثار الغضب الشعبي، أن مجلس الأمة الجديد سيتم انتخابه بناء على هذا التعديل، فلا يتصور أن يصوت ضد هذا المرسوم والذي انتخب على أساسه، وقد قضت المحكمة الدستورية بدستوريته أيضاً، انظر: حكم المحكمة الدستورية في الطعن الانتخابي المقيد برقم 15 لسنة 2012، والصادر في 16 يونيو 2013.

المرحلة السادسة: الاقتراح بقانون محل الدراسة

أبقى الاقتراح بقانون محل الدراسة على ذات الدوائر الانتخابية الخمسة، الأمر الذي يترتب عليه بقاء نفس العدد المطلوب فوزه من المرشحين عن كل دائرة انتخابية (وهو 10 فائزين)، كما أبقى على الصوت الواحد لكل مرشح، ولكنه استحدث تعديلاً يتعلق بالطريقة التي يقوم فيها المرشحون بعرض أنفسهم لهيئة الناخبين (القوائم الانتخابية المقفلة)، وطريقة اختيار الناخبين لهم (استخدام الصوت الواحد للقائمة وليس للأفراد فيها)، وهو في الحقيقة تعديل جوهري لم يسبقه إليه أي من القوانين التي نظمت الدوائر الانتخابية في تاريخ دولة الكويت.

دستورياً، لا توجد أي عوائق بشأن تطبيق هذا المقترح، فكما سبق أن أشرنا في بداية هذا المطلب، كلّف الدستور المشرّع العادي بمهمة تنظيم الدوائر الانتخابية، وبالتالي، فإنه وفي حالة صدور قانون القوائم الانتخابية، سيكون هذا القانون بمثابة القانون اللاحق الذي سيعدّل أو سيلغي القوانين السابقة.

إلا أن تطبيق فكرة القوائم الانتخابية المقفلة - في ظل تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية - قد يشكل تحدياً كبيراً للجماعات السياسية التي تنتمي إليها القوائم الانتخابية، فقد يصعب على الجماعات السياسية استكمال قوائمها الانتخابية في جميع الدوائر الانتخابية في الدولة، كما هو الحال مع الناخب الذي قد يواجه فرضية أن القائمة التي تمثل توجهاته السياسية أو الفكرية قد لا تترشح في دائرته الانتخابية، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى زيادة فرص التصويت على أساس شخصي حتى مع وجود القوائم الانتخابية المقفلة، ونحن هنا نرى ضرورة التوفيق بين نظام الانتخاب عبر الدوائر الانتخابية من جهة، ونظام التصويت عبر القوائم الانتخابية المقفلة من جهة أخرى، بالقدر الذي لا يكون فيه نظام القوائم المقفلة حاضناً لمشكلات النظام الحالي من حيث انتقال الأفراد صورياً بين المواطن الانتخابية تبعاً لتجمعاتهم العائلية والقبلية والطائفية وأحياناً الفكرية.

المطلب الثالث

القوائم الانتخابية المقفلة والانتخابات التكميلية

يُقصد بالعملية الانتخابية تلك العملية التي يقوم فيها الناخبون باختيار المرشحين لعضوية المجالس النيابية⁽⁷⁴⁾، وهي تنقسم إلى انتخابات عامة وأخرى تكميلية، أما عن الانتخابات العامة فهي التي تجرى عند انتهاء الفصل التشريعي لمجلس الأمة على مستوى دولة الكويت بأكملها لاختيار خمسين عضواً للفصل التشريعي القادم، وأما الانتخابات التكميلية فهي التي تجرى عندما يخلو محل أحد أعضاء المجلس لأي سبب من الأسباب (كالوفاة أو الاستقالة... إلخ)، حيث تجرى الانتخاب على مستوى الدائرة التي ينتمي إليها العضو السابق لاختيار بديل عنه، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الدستوري - وبمناسبة تنظيم الانتخابات العامة - لم يتطرق لطريقة تحديد الفوز في الانتخابات، حيث تم تنظيمها بموجب قانون الانتخاب كما سيلي بيانه لاحقاً، ولكن الدستور قد تصدى للانتخابات التكميلية في المادة (84) منه على النحو التالي:

«إذا خلا محل أحد أعضاء مجلس الأمة قبل نهاية مدته، لأي سبب من الأسباب، انتخب بدله في خلال شهرين من تاريخ إعلان المجلس هذا الحل، وتكون مدة العضو الجديد لنهاية مدة سلفه، وإذا وقع الخلو في خلال ستة أشهر السابقة على الفصل التشريعي للمجلس فلا يجري انتخاب عضو بدل».

إن هذه المادة تتعامل بوضوح مع واقع انتخابي يكون التصويت فيه على أساس فردي، وهو الأمر الذي يجعلنا نشك في إمكانية استمرار تطبيق النص الدستوري أعلاه في حال تم تبني التصويت بنظام القوائم الانتخابية المقفلة بنفس الشكل الوارد في الاقتراح بقانون محل الدراسة، والذي يكون إعلان الفوز فيه عن طريق التمثيل النسبي.

ولعله من المفيد في البداية أن نبين المقصود بالتمثيل النسبي كطريقة لتحديد الفائزين في الانتخابات، إن نظام التمثيل النسبي يفترض أن نظام الانتخاب المتبع هو نظام الانتخاب بالقائمة لا نظام الانتخاب الفردي، وبمقتضى هذا النظام يتم توزيع

(74) عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ط1، د.ن، دولة الكويت، 1989، ص 519.

المقاعد المخصصة في الدائرة الانتخابية على القوائم المختلفة، كل منها بحسب نسبة الأصوات التي حصلت عليها في المعركة الانتخابية⁽⁷⁵⁾.

وفي حالة القوائم المقفلة، ينصرف الصوت الواحد الممنوح للقائمة لجميع أعضائها، حيث يتم انتخاب القائمة كوحدة واحدة متلاحمة، على الرغم من أنه - في نهاية المطاف - يتم توزيع المقاعد على حسب ورود ترتيب أسماء المرشحين في داخل القائمة، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم توافر مقاعد لعدد من أعضاء القائمة ذوي الأرقام المتأخرة فيها.

ولتوضيح الفكرة نضرب المثال الآتي من واقع الاقتراح بقانون محل الدراسة:

- في ظل تقسم دولة الكويت إلى 5 دوائر انتخابية، وحيث يجب فوز عشرة أعضاء عن كل دائرة، وعلى فرض ترشح ثلاث قوائم: حصلت القائمة (أ) على 60 % من نسبة الأصوات في الدائرة، وحصلت القائمة (ب) على 30 % من نسبة الأصوات، وحصلت القائمة (ج) على 10 % من نسبة الأصوات.
- تكون نتائج الفوز على النحو التالي: يفوز من القائمة (أ) أول ستة مرشحين فيها، ويعتبر الأربعة الآخرين في نفس القائمة ممن لم يحالفهم الحظ في الفوز، كما يفوز من القائمة (ب) أول ثلاثة من مرشحيها، ويعتبر السبعة الآخرين في هذه القائمة ممن لم يحالفهم الحظ، ويفوز من القائمة (ج) أول مرشح فقط في القائمة، ويعتبر التسعة الآخرين ممن لم يحالفهم الحظ في الفوز.
- وبهذا، نكون قد تحصّلنا على عشرة فائزين عن الدائرة الانتخابية الواحدة فازوا من ثلاث قوائم انتخابية مختلفة عن طريق التمثيل النسبي.

ولذلك، نجد أن انتخابات مجلس النواب المصري - والذي يتبنّى طرق متعددة للفوز في المقاعد البرلمانية (النظام الفردي وأيضاً نظام القوائم) - قد نص في المادة (25) منه عندما نظم الانتخابات التكميلية على النحو الآتي: «... فإن كان الخلو لمكان أحد الأعضاء المنتخبين بنظام القوائم، حل محله أحد المترشحين الاحتياطيين وفق

(75) انظر: جورجى شفيق ساري، مرجع سابق، ص 271. إبراهيم عبد العزيز شيجا، مرجع سابق، ص 336 - 337.

ترتيب الأسماء الاحتياطية من ذات صفة من خلا مكانه ليكمل العدد المقرر، فإذا كان مكان الاحتياطي من ذات الصفة خالياً، يصعد أي من الاحتياطيين وفق أسبقية الترتيب أيّاً كانت صفته،.....»⁽⁷⁶⁾.

ويتضح من نص المادة المذكورة أن المشرع المصري في معالجته لخلو مقعد العضو المنتمي لقائمة فائزة في هذا المقعد البرلماني، قد أعطى الأولوية لمن هم في هذه القائمة للحصول على هذا المقعد، وهو ما يثبت اتجاهنا بعدم منطقية إجراء انتخابات فردية بعد خلو مقاعد كانت قد تحصّلت عن طريق الانتخابات التي تجرى بنظام القوائم النسبية المقفلة.

وبالعودة إلى الانتخابات التكميلية كما نظمها الدستور الكويتي بموجب المادة (84) - وأخذاً بالتمثيل النسبي كما بيّناه في المثال أعلاه - فإنه ليس من المنطقي الاستمرار في إجراء انتخابات فردية لاختيار البديل عن العضو الذي تم اختياره بالتمثيل النسبي، ونحن هنا - وفي سبيل إيجاد حل لهذه المعضلة من غير استلزام تعديل النص الدستوري - فإننا نقترح تضمين الاقتراح بقانون محل الدراسة نصاً يقضي بأن تجرى الانتخابات التكميلية فيما بين الأعضاء الخاسرين من القائمة التي فقدت مقعدها، عندئذ، لا يتم مخالفة النص الدستوري الذي يقضي بالانتخاب الفردي من جهة، كما نستمر في الحفاظ على المبادئ التي من أجلها أقر نظام القوائم النسبية من جهة أخرى.

ويمكن أيضاً للمشرع أن يتبنّى طريقة أخرى في حال أراد تلافي تطبيق نص المادة (82) من الدستور، وذلك عندما يعلن عن وجود مركز قانوني جديد ألا وهو مركز الاحتياط، وذلك فقط في القوائم المتحصّلة على المقاعد البرلمانية في الدائرة، بحيث يكون فوز القائمة بعدد من المقاعد يعني فوز بقية أعضاء القائمة بمركز الاحتياط لهذه المقاعد، وبالتالي لا يعتبر أن المقعد قد خلا لأي سبب إلا بعد خلوه من شاغليه الأساسيين والاحتياط الفائزين من القائمة، فلا يتم إجراء الانتخابات التكميلية إلا في حالة خلو المقعد وعدم وجود عضو فائز من القائمة بمقاعد الاحتياط، وعليه، يعلن وبشكل تلقائي استبدال من خلا مقعده لأي سبب بعضو من قائمته كان قد سبق أن أعلن فوزه في المراكز الاحتياطية لمقاعد البرلمان.

(76) القانون رقم 46 لسنة 2014، المعدّل بالقانون رقم 140 لسنة 2020 في شأن مجلس النواب.

المبحث الثاني

عرض مقترح القوائم الانتخابية المقفلة

على القوانين ذات الصلة

أما وقد انتهينا من عرض مقترح القوائم المقفلة على الدستور في المبحث السابق، فإننا ننتقل الآن إلى عرض هذا المقترح على القوانين ذات الصلة، ولقد وجدنا أن مقترح القوائم الانتخابية المقفلة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بكل من قانون الانتخاب وقانون المحكمة الدستورية على النحو الآتي:

نقوم في المطلب الأول بعرض مقترح الانتقال للتصويت عبر القوائم الانتخابية المقفلة على عدد من النصوص ذات الصلة في قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة رقم 120 لسنة 2023 لبحث مدى إمكانية تطويعها لاستيعاب هذه الفكرة الجديدة من عدمه.

ثم نتعرض في المطلب الثاني من هذا المبحث لبعض نصوص قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 - وخاصة تلك المتعلقة باختصاص المحكمة الدستورية في الفصل في الطعون الانتخابية - لمعرفة حجم التعديل المطلوب إدخاله عليها بما يتناسب مع اعتماد التمثيل النسبي لتحديد نتائج الفوز في الانتخابات.

المطلب الأول

القوائم الانتخابية المقفلة وقانون الانتخاب الكويتي

إن نظرة فاحصة إلى قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الجديد رقم 120 لسنة 2023 - والذي لا يختلف كثيراً عن قانون الانتخاب الملغى رقم 32 لسنة 1962 - ستكشف حقيقة النزعة الفردية في النظام الانتخابي الكويتي الذي تبناه المشرع لتنظيم العملية الانتخابية، وعلى الرغم من ذلك، فإن هذه النصوص - وفي معظم الأحيان - لا تتعارض مع إمكانية استمرار تطبيقها في حال تم الانتقال إلى نظام التصويت بالقوائم المقفلة على النحو الذي سنوضحه أدناه.

وعليه، فإننا في هذا المطلب سنعرض لعدد من مواد قانون الانتخاب ذات الصلة لقياس مدى مرونتها في استيعاب الانتقال إلى نظام القوائم الانتخابية المقفلة لانتخاب أعضاء مجلس الأمة من عدمه.

الفرع الأول

تقديم طلبات الترشح

رسم قانون الانتخاب إجراءات الترشح لانتخابات مجلس الأمة بأن تطلب أن يتم تقديم طلب كتابي بذلك، يصاحبه دفع مبلغ مالي كتأمين.

فأما عن تقديم طلبات الترشح للانتخابات، جاء قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 بصيغة عامة من الممكن أن تتسع لتشمل ترشيح القوائم الانتخابية فيما لو أقرت في المستقبل: «تقدم طلبات الترشح كتابة إلى الأمانة العامة للمفوضية العامة للانتخابات...»⁽⁷⁷⁾.

وبالعودة إلى الاقتراح بقانون محل الدراسة، نجده ينظم تقديم طلبات ترشيح القوائم على النحو الآتي:

«تقدم طلبات الترشح على النموذج المعد لذلك...، ويجب على المرشح أن يوقع قرين اسمه على نموذج الترشح، وإذا تضمنت القائمة أكثر من مرشح وجب أن يوقع كل مرشح فيها قرين اسمه»⁽⁷⁸⁾.

ونحن هنا نرى أن وجود قائمة انتخابية بالشكل المنصوص عليه في المادة أعلاه لا يفترض به أن يتعارض مع نصوص قانون الانتخاب المشار إليها آنفاً إذا ما اعتبرنا هذه القوائم مجرد تألف فيما بين عدد من المرشحين أعلنوا عن رغبتهم في الترشح للانتخابات معاً داخل قائمة، وليس باعتبارهم كياناً معنوياً قائماً بذاته كما سبق أن أشرنا في هذا البحث⁽⁷⁹⁾، ومما يؤكد أن المرشحين داخل القائمة الانتخابية المقفلة - بالطريقة التي تم تنظيمها بموجب الاقتراح بقانون محل الدراسة - يترشحون بصفة فردية هو الآتي:

أولاً: إن الاقتراح بقانون سمح بإمكانية أن يترشح فرد واحد داخل القائمة المقفلة⁽⁸⁰⁾، إلا أننا نجد أن هذا التوجه يخالف الغاية من الانتقال إلى التصويت بالقوائم الانتخابية المقفلة، باعتبار أن هذا النص سيصل بنا إلى نظام التصويت للأشخاص (النظام الفردي)

(77) المادة رقم (21) من قانون الانتخاب رقم 120 لسنة 2023.

(78) المادة (2) من الاقتراح بقانون محل الدراسة.

(79) انظر المطلب الأول من المبحث الأول.

(80) أنظر المادة (5) من الاقتراح بقانون.

بعيداً عن التصويت للفكرة السياسية، وهو ما يدفعنا إلى القول بضرورة تعديل الاقتراح بالقانون بحيث لا يسمح بإمكانية ترشح أقل من عشرة أعضاء في القائمة الواحدة⁽⁸¹⁾.

ثانياً: إن الاقتراح بقانون استلزم توقيع كل مرشح قرين اسمه على نموذج الترشيح، ولعل السبب في ذلك عدم وجود حزب رسمي يقدم أسماءهم إلى إدارة الانتخابات، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الطريقة - وبالشكل الذي تم تنظيمه في الاقتراح بقانون محل الدراسة - لا تمنع أي شخص من أن يتقدم للترشح في قائمة ما متى وجد بها مقعداً شاغراً، ولو كان ذلك بغير موافقة المجموعة، ذلك أن الاقتراح بقانون محل الدراسة لم يستلزم تسمية مندوب رسمي عن القائمة، بحيث لا تقبل طلبات الترشيح فيها إلا منه⁽⁸²⁾، وهو الأمر الذي دفعنا إلى القول بأن الترشح في القائمة المقفلة لا يزال ذا صبغة فردية.

ونحن - في الحقيقة - لا ننفي أن تبني فكرة المندوب الرسمي عن القائمة يقربها إلى الحزب السياسي عنها إلى التآلف البشري، وهو ما يؤكد أحقية مقترحنا في تعديل الاقتراح بقانون بحيث لا يسمح بترشح أقل من عشرة أشخاص في القائمة الواحدة، بل يجب أن يحضر المرشحون العشرة معاً للتوقيع على نموذج الترشيح في ذات الوقت فيشكلون قائمة انتخابية تقفل على أسمائهم فقط.

الفرع الثاني

التأمين

تنص المادة (22) من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 على الآتي: «يجب على كل من يريد ترشيح نفسه أن يدفع مبلغاً وقدره خمسين (50) ديناراً كويتيًّا للمفوضية، ولا يقبل طلب الترشيح إلا إذا كان مرفقاً به ما يفيد سداد هذا المبلغ».

ولا يخفى على من يتفحص هذه المادة أنها تتعامل بشأن مبلغ التأمين على أساس

(81) بل من الممكن أن يتضمّن المقترح إمكانية تسجيل مرشحين بعدد يفوق المطلوب كمقاعد احتياط تستخدم في حال خلو مقعد أحد الفائزين لأي سبب من الأسباب، وذلك لتلافي الإشكاليات الانتخابية التكميلية والتي أشرنا إليها سابقاً في المطلب الثالث من المبحث الأول.

(82) كما هو معمول به في الانتخابات الطلابية في جامعة الكويت، حيث يترشح الطلبة في قوائم انتخابية، وفي كل عام دراسي تعتمد الإدارة الجامعية مندوباً لكل قائمة انتخابية، بحيث يكون هو المختص بتسليم الكشف الرسمي بأسماء الطلبة المرشحين في القائمة الانتخابية.

فردى، فالنص أعلاه يفترض أن المرشح هو فرد واحد يقوم بدفع مبلغ التأمين عن نفسه، وفي الحقيقة نحن لا نرى أي عوائق في استمرار تطبيق هذا النص عندما يتم التحوّل إلى الانتخاب بالقائمة المقفلة، وذلك باعتبار أن كل فرد من القائمة سيدفع مبلغ التأمين عن نفسه.

وتجدر الملاحظة إلى أن النص أعلاه لم يسمح باسترداد مبلغ التأمين كما فعل قانون الانتخاب الملغى رقم 35 لسنة 1962 والذي كان يسمح باسترداد هذا المبلغ في الحالة التي يحوز فيها المرشح على عُشر الأصوات الصحيحة التي أعطيت في دائرته على الأقل⁽⁸³⁾، فلو استمر المشرّع في قانون الانتخاب الجديد بالأخذ بالنص السابق لاستعصى تطبيقه بعد الانتقال إلى القوائم المقفلة، باعتبار أن الفوز فيها يكون بالتمثيل النسبي وليس بالأغلبية، فبينما يمكن حساب عُشر الأصوات الصحيحة في ظل الفوز بالأغلبية، لا يمكن حسابها في التمثيل النسبي، وعليه، حسناً فعل المشرّع في قانون الانتخاب الجديد عندما أخذ بالصياغات العامة والتي تعطي مرونة عالية في تطويع النصوص عند الرغبة في التعديل في المستقبل.

الفرع الثالث

التنازل عن الترشيح

تنص المادة (23) من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023: «... ولكل مرشح أن يتنازل عن الترشيح بطلب كتابي يقدمه إلى المفوضية العامة للانتخابات... ويدوّن التنازل أمام اسمه في كشوف المرشحين...».

إن استقراء النص أعلاه يقودنا إلى القول بإمكانية استمرار تطبيقه عند الانتقال لتطبيق نظام التصويت للقائمة المقفلة بالشكل الوارد في الاقتراح بقانون محل الدراسة، إلا أننا سبق أن أشرنا أعلاه - عندما تحدثنا عن تقديم طلبات الترشيح - بأننا نشجّع على إدخال تعديل في المقترح المقدم يمنع إمكانية ترشح أقل من عشرة أعضاء في القائمة الواحدة، وعليه، فإن الأخذ بمقترحنا يقضي إدخال تعديل على الصياغة أعلاه بالقدر الذي يلزم الجماعة السياسية - وعند تنازل أحد أعضاء القائمة عن الترشيح - بترشيح بديل عنه بحيث لا ينخفض عدد الأعضاء عن عشرة أعضاء.

(83) انظر المادة (21) من قانون الانتخاب الملغى رقم 35 لسنة 1962.

الفرع الرابع

الفوز بالتزكية

تنص المادة (25) من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 على الآتي: «إذا لم يتقدم في دائرة انتخابية من المرشحين ترشيحاً صحيحاً أكثر من العدد المطلوب انتخابه، أعلنت المفوضية العامة للانتخابات فوز هؤلاء المرشحين بالعضوية عند إعلان النتائج النهائية».

نجد أن هذه المادة تقبل التطبيق بشكل مباشر في حال تبني مقترح التصويت عبر القوائم الانتخابية المقفلة، حيث إنه - وعلى اعتبار أن عدد المرشحين المطلوب فوزهم عن كل دائرة انتخابية يُعادل عشرة مرشحين - ولم يتقدم إلا عشرة مرشحين فقط (سواء كانوا يجتمعون في قائمة واحدة، أو كانوا موزعين على عدة قوائم)، فإن المفوضية العامة للانتخابات سوف تعلن فوزهم بشكل مباشر دون الحاجة إلى إجراء انتخابات جديدة، وهو ما يُعرف بالفوز عبر التزكية لعدم وجود حاجة للتنافس.

الفرع الخامس

الموطن الانتخابي

عرّف قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 الموطن الانتخابي في المادة (1) منه بقوله: «... موطن الانتخاب: المكان الذي يقيم فيه الناخب بصفة فعلية ودائمة والثابت في البطاقة المدنية».

ونحن هنا لا يفوتنا أن نذكر أن فلسفة التصويت لجماعة سياسية - أياً كان الشكل الذي تتخذه هذه الجماعة سواء كان قائمة مقفلة أو حزباً سياسياً مشهراً - تقوم على أساس اختيار الفكرة السياسية وليس الاختيار الشخصي للأفراد.

وعليه، فإن تقييد الناخب بممارسة حقه في الانتخاب في الدائرة الانتخابية التي ينتمي إليها موطنه الانتخابي يشكل عائقاً كبيراً لكل من الجماعات السياسية والناخبين على حد سواء، أما عن الجماعات السياسية، فقد يصعب عليها استكمال قوائمها الانتخابية في جميع الدوائر الانتخابية في الدولة، وأما عن الناخب، فقد لا تترشح القائمة التي تمثل توجهاته السياسية أو الفكرية في الدائرة الانتخابية التي فيها موطنه

الانتخابي، الأمر الذي سيؤدي إلى زيادة فرص التصويت على أساس شخصي حتى في وجود القوائم الانتخابية المقفلة، وهو ما يؤكد ما سبق أن ذهبنا إليه من ضرورة التوفيق بين نظام الانتخاب عبر الدوائر الانتخابية من جهة، ونظام التصويت عبر القوائم الانتخابية المقفلة من جهة أخرى، بالقدر الذي لا يكون فيه نظام القوائم المقفلة حاضناً لمشكلات النظام الحالي من حيث انتقال الأفراد صورياً بين المواطنين الانتخابية تبعاً لتجمعاتهم العائلية والقبلية والطائفية وأحياناً الفكرية.

الفرع السادس

تصاريح مقار المرشحين

تنص المادة (26) من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 على اختصاص البلدية في إصدار التراخيص الخاصة بالمقار الانتخابية للمرشحين: «تلتزم البلدية بإصدار التراخيص اللازمة للمقرات والإعلانات الانتخابية وفقاً للضوابط التي تحددها المفوضية على النحو الوارد في اللائحة التنفيذية».

ويلاحظ أن النص أعلاه لم يتضمن أي تفاصيل بشأن المقار الانتخابية، بل أحال في ذلك إلى اللائحة التنفيذية للقانون⁽⁸⁴⁾، وفي الحقيقة، تسمح هذه الصياغة العامة بإمكانية أن تتبنى اللائحة التنفيذية تنظيمًا خاصاً يتلاءم وكون أن المرشحين للانتخابات ليسوا أفراداً، بل مجاميع على شكل قوائم انتخابية مقفلة دون الحاجة إلى تعديلات تشريعية تُطال القانون نفسه.

على عكس الحال مع قانون الانتخاب الملغى رقم 35 لسنة 1962 والذي كان ينظم مقار المرشحين على أساس فردي بحت، فقد كان القانون يتضمن نصاً يقرر: «... تصدر بلدية الكويت لكل مرشح ترخيصاً بإقامة مقرين انتخابيين، أحدهما للذكور والآخر للإناث، يسمح فيه بإجراء الندوات الانتخابية للمرشح والدعوة إليها...»⁽⁸⁵⁾.

فلو كانت هذه المادة لا تزال قائمة، كان الخيار - وعند تطبيق فكرة القوائم الانتخابية المقفلة - إما تعديلها بالقدر الذي يسمح بأن يكون المقر الانتخابي لجميع

(84) تجدر الإشارة إلى أن اللائحة الداخلية لقانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 لم تصدر بعد.

(85) انظر المادة (31) من قانون الانتخاب الملغى رقم 35 لسنة 1962.

أفراد القائمة الانتخابية المقفلة متضامنين في مبلغ التأمين وفي المسؤولية عن المقر، أو أن يتم تسجيل مقر القائمة الانتخابية المقفلة تحت اسم أحد المرشحين فيها الأمر الذي سيجعله يتحمل المسؤولية عن المقر منفرداً، ولذلك، حسناً فعل المشرع في قانون الانتخاب الجديد أن أحال بشأن تفاصيل المقار الانتخابية إلى اللائحة التنفيذية للقانون.

الفرع السابع

بطلان أوراق الاقتراع

تنص المادة (42) من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 على أن: «تعتبر باطلة:.....

5 - الآراء التي تختار عدداً من المرشحين أكثر من العدد المحدد قانوناً» .

فعلى الرغم من أن قانون الانتخاب الجديد قد صدر في ظل واقع انتخابي يقوم على أساس الانتخاب الفردي، إلا أن النص قد جاءت بذكر بطلان «الآراء التي تختار أكثر من العدد المحدد قانوناً» دون أن يذكر أن هذا العدد يمنح لمرشحين أفراد، وبالتالي فإن صيغة (العدد المحدد قانوناً) يقصد بها عدد الأصوات المحدد سواء انصرف هذا العدد إلى مرشحين أفراد أو إلى قائمة انتخابية مقفلة.

وقد تطرق الاقتراح بقانون محل الدراسة لهذه الحالة عندما نص على أن: «يكون تصويت الناخبين للقوائم بحسب أرقامها المعلنة وفقاً لحكم المادة الثالثة من هذا القانون، ولا يجوز للناخب أن يصوت لأكثر من قائمة واحدة وإلا اعتبرت ورقة التصويت باطلة».

الفرع الثامن

إعلان الفائز وبعض آثار العضوية

لعل المادة (44) من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 تعتبر من أهم المواد التي تتعلق بمقترح القوائم الانتخابية المقفلة، باعتبار أنها تنظم طريقة احتساب النتائج في الانتخابات فتتص على الآتي:

«... ويكون انتخاب عضو مجلس الأمة بالأغلبية النسبية لمجموع عدد الأصوات الصحيحة التي أعطيت، فإذا حصل اثنان أو أكثر على أصوات صحيحة متساوية اقترعت

اللجنة فيما بينهما وفاز بالعضوية من تعيينه القرعة...».

ويظهر من خلال هذا النص أن المشرع يعتمد طريقة الأغلبية النسبية في تحديد الفائزين في الانتخابات، وعليه، فإنه لا مفر من تعديل هذا النص في حال تبني مقترح القوائم الانتخابية المقفلة، باعتبار أن الاقتراح بقانون محل البحث قد نص على طريقة التمثيل النسبي في المواد (4 و5) منه والتي تقوم على أساس فوز القائمة واستحواذها على مقاعد البرلمان ككتلة واحدة.

المطلب الثاني

القوائم الانتخابية المقفلة وقانون المحكمة الدستورية

صدر القانون رقم 14 لسنة 1973 بشأن إنشاء المحكمة الدستورية لكي ينظم اختصاصات المحكمة الدستورية وإجراءات استنهاض هذه الاختصاصات، وكان من ضمن هذه الاختصاصات اختصاص «الفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة وبصحّة عضويتهم»⁽⁸⁶⁾، وهو تحديد ما يتعلّق بموضوع بحثنا.

ولعل من المفيد بداية أن نذكر المقصود بالطعن الانتخابي، وهو دعوى شخصية يقدّمها من له مصلحة من الناخبين أو المرشحين؛ بهدف إبطال العملية الانتخابية كلياً أو جزئياً، فالهدف من الطعن الانتخابي بالنسبة للمرشح الذي خسر في الانتخابات هو الوصول إلى كرسي البرلمان، أما الناخب فيهدف من وراء تقديمه للطعن الانتخابي حماية حقه السياسي في أن يختار مرشحه في ظل انتخابات سليمة وعادلة، وعليه، فإنه من الأهمية بمكان فحص المتغيرات المحتملة لمصير قبول الطعون الانتخابية في حال التحول إلى نظام التصويت عبر القوائم الانتخابية المقفلة.

سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب مصير اختصاص المحكمة في نظر الطعون الانتخابية عند التحول لنظام التصويت عبر القوائم الانتخابية المقفلة، ثم نتعرّض في الفرع الثاني لتأثير تبني نظام القوائم الانتخابية المقفلة على شروط قبول المحكمة الدستورية للطعن الانتخابي

(86) انظر المادة (1) من القانون المذكور.

الفرع الأول

الاختصاص في نظر الطعون الانتخابية في حال تبني مقترح

القوائم الانتخابية المقفلة

يرجع الأساس القانوني لتنظيم موضوع الفصل في الطعون الانتخابية في دولة الكويت إلى الدستور، وتحديدًا المادة (95) منه والتي تنص على الآتي: «يفصل مجلس الأمة في صحة انتخاب أعضائه، ولا يعد الانتخاب باطلاً إلا بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس، ويجوز بقانون أن يعهد بهذا الاختصاص إلى جهة قضائية».

يتضح من المادة السابقة أن المشرع الدستوري قد عين مجلس الأمة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في فحص الطعون الانتخابية، مع إعطاء المشرع العادي - ومن خلال أداة القانون - الخيار بتعيين جهة قضائية تتولى هذه المهمة، وهو في الحقيقة ما أخذ به القانون رقم 14 لسنة 1974 بإنشاء المحكمة الدستورية الذي أعطى هذه المحكمة اختصاص الفصل في الطعون الانتخابية على النحو التالي:

«تشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية، وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم، ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم»⁽⁸⁷⁾.

وفي إطار البحث في تأثير تطبيق نظام التصويت عبر القوائم الانتخابية المقفلة على ممارسة المحكمة الدستورية لهذا الاختصاص، نجد أن كل من المادة (95) من الدستور والمادة (1) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية قد استخدمتا ألفاظاً عامة: «صحة انتخاب أعضائه»، و«الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم»، إن هذه الألفاظ من العمومية بمكان بحيث يمكنها استيعاب تغيير النظام الانتخابي في الكويت من الانتخاب الفردي إلى الانتخاب عبر القائمة الانتخابية، ذلك أنه في كلتا الحالتين، فإن الجهة المختصة بفحص الطعون الانتخابية سوف تقوم بفحص صحة عضوية أعضاء مجلس الأمة سواء تم اختيارهم بشكل فردي أو بشكل جماعي.

(87) انظر المادة (1) من القانون المشار إليه أعلاه.

الفرع الثاني

شروط قبول الطعن الانتخابي في ظل نظام التصويت

عبر القوائم المفضلة

تعتبر الدعوى المقامة للطعن في نتائج الانتخابات من الدعاوى الموضوعية، وإذا ما عُدنا إلى شروط قبول هذا النوع من الدعاوى، فإنها لن تخرج بطبيعتها عن شروط قبول الدعاوى القضائية في قوانين المرافعات المدنية والتجارية والتي تطبق أيضاً على إجراءات التقاضي في المحكمة الدستورية⁽⁸⁸⁾، وهذه الشروط تتمثل في شرط الميعاد، وشرط الصفة، وشرط المصلحة.

أما عن شرط الميعاد - والذي يقضي برفع الطعن الانتخابي خلال 15 يوماً من تاريخ إعلان نتائج الانتخابات - فإنه يقبل التطبيق سواء كان التصويت وإعلان الفوز قد تم لشخص بعينه، أو كان ذلك لقائمة انتخابية، وعليه، فإننا سنكتفي هنا بالعرض لمدى تأثير تبني نظام القوائم الانتخابية المقفلة على شرطي الصفة والمصلحة كشروط لقبول الطعن الانتخابي⁽⁸⁹⁾.

قررت المادة (2) من المرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية أنه: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة بقررها القانون...».

وقد نصّت المادة (49) من قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023⁽⁹⁰⁾: «لكل ناخب أن يطلب إبطال الانتخاب الذي حصل في دائرته الانتخابية، ولكل مرشح طلب ذلك في الدائرة التي كان مرشحاً فيها، ويقدم الطعن للجهة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان المفوضية العامة للانتخابات النتيجة النهائية للانتخابات،

(88) قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1974، انظر في ذلك: د. تركي سظام المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية: دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، 2012، ص 322.

(89) يذهب الفقهاء في قانون المرافعات لرفض فكرة اندماج الصفة بالمصلحة، أما فقهاء القانون العام - وفي دعوى الإلغاء - فيأخذون بفكرة اندماج الصفة بالمصلحة، باعتبار أن ثبوت المصلحة لدى المدعي سيؤدي بالضرورة إلى ثبوت الصفة فيه.

(90) القانون رقم 120 لسنة 2023 بشأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة.

ولا يجوز للناخب ولا المرشح بأي حال من الأحوال الطعن بطلب إبطال الانتخاب الذي حصل في دائرته الانتخابية أو في الدائرة التي كان مرشحاً فيها إذا كان مبنى الطعن الفصل في نزاع حول الموطن الانتخابي».

نفحص هذه النصوص يقودنا للقول بأن شرطي الصفة والمصلحة للناخب قابلان للتطبيق سواء كان التصويت فردياً أو كان التصويت لصالح القائمة، ذلك أن المصلحة تتحقق في الناخب بمجرد اعتقاده بأن الانتخابات التي تمت في دائرته لم تتم بطريقة قانونية سليمة⁽⁹¹⁾، وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية قد ضيّقت من مواصفات هذه المصلحة، فقد اشترطت لقبول طلب إبطال الانتخابات العامة أن يقدمه الناخب الذي مارس حقه في الانتخاب فعلاً، بحيث لا يقبل الطعن الانتخابي من الناخب الذي لم يصوّت في الانتخابات لانتهاء مصلحته في ذلك⁽⁹²⁾.

أما بالنسبة لشرطي الصفة والمصلحة في مواجهة المرشح مقدّم الطعن الانتخابي، فإن إقرار التصويت بنظام القوائم الانتخابية المقفلة سيؤدي بالضرورة إلى اتساع مفهومها، فالفقه يعرف المصلحة في الطلب القضائي بأنها: «المصلحة العملية التي تعود على مباشر حق الدعوى»⁽⁹³⁾، وبالعودة إلى القوائم الانتخابية، وحيث تتضمن عدداً من المرشحين، فإن التساؤل يثور حول مدى إمكانية انصراف المصلحة لهم جميعاً ككيان قائم بذاته، وهو ما نستبعده باعتبار أن القوائم ليست أحزاباً تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة عن أعضائها، وعليه - وفي ظل الشكل القانوني للقوائم الانتخابية كما جاء في الاقتراح بقانون محل الدراسة - لا مجال لتحقيق شرط المصلحة إلا في مواجهة المرشحين في القائمة فرادي وليس مجتمعين كقائمة، وهو التفسير الذي يتلاءم مع نص قانون الانتخاب الجديد المشار إليه أعلاه.

ونحن في الحقيقة نعتقد بأن شرط المصلحة في رفع الطعن الانتخابي بالنسبة

(91) عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية: تكوينها - اختصاصاتها - إجراءاتها، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2005، ص 145.

(92) تُعرف الصفة بأنها «السلطة التي تعطى لشخص معين ويستطيع بمقتضاها أن يزاوّل الحق في طرح الادعاء على القضاء، أي مباشرة حق الدعوى»، عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ط1، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 2006 / 2007، ص 385.

(93) عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص 370.

للمرشح يتحقق في حالتين: (أولاً): ذلك المرشح في القائمة المقفلة الذي فاز عدد من أعضائها دون أن يكون هو من الفائزين، (ثانياً): نرى أنه من الممكن أن يتوافر شرط المصلحة في رفع الطعن الانتخابي في حق المرشح الذي أعلن فوزه في الانتخابات، ذلك أن الناخب قد اتجهت إرادته إلى التصويت للقائمة ككل، وبالتالي، فإن من مصلحة أي فرد من هذه القائمة (وإن كان من الفائزين) أن يطالب بزيادة المقاعد الخاصة لقائمتهم، إلا أن المحكمة الدستورية الكويتية كان لها حكم حديث يقرر عدم توافر شرط المصلحة للطعن الانتخابي في حق المرشح الذي أعلن فوزه بالانتخابات⁽⁹⁴⁾.

وهو الأمر الذي سوف ينسحب بدوره على صفة المحامي الذي يمثل المرشح، فعلى الرغم من تشدد المحكمة الدستورية في تطلب التوكيل الخاص للطعن الانتخابي - حيث لا تغني الوكالة العامة للمحامي لتقديم الطعون الانتخابية⁽⁹⁵⁾، إلا أن اتساع مفهوم المصلحة وشمولها لكافة أعضاء القائمة تعني بالضرورة توافر الصفة لهم ولمحاميتهم الذين يتولون الحق في مباشرة إجراءات الطعن الانتخابي عبر التوكيل الخاص.

(94) المحكمة الدستورية، الطعن رقم 6 لسنة 2023، الصادر بتاريخ 2023/7/26م.

(95) عبداللطيف راضي، الطعون الانتخابية وقضاء المحكمة الدستورية بين عامي 1961 - 2014، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، نوفمبر 2014، ص 116. المحكمة الدستورية، الطعن رقم 43 لسنة 2013.

الخاتمة

بعد عرض فكرة القوائم الانتخابية المقفلة على النظام الدستوري الكويتي القائم، وعلى قانون الانتخاب وقانون المحكمة الدستورية، ننتهي إلى نتيجة مفادها أن هذه القواعد القانونية لا تتعارض بمجملها مع فكرة القوائم الانتخابية المقفلة بنظام التمثيل النسبي على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- 1 - لم يفرد المشرع الدستوري الكويتي مادة في الدستور تتحدث بشكل صريح عن حرية تكوين الأحزاب السياسية، إلا أننا نرى أن تكوين الأحزاب السياسية في الكويت - إن قُدِّر له أن يقر رسمياً - سيرتكز على النص الدستوري الذي يقرر حرية تكوين الجمعيات والنقابات.
- 2 - القوائم الانتخابية المقفلة - بالشكل الوارد في الاقتراح بقانون محل الدراسة - لا تعتبر أحزاباً سياسية بالمعنى المتعارف عليه في القوانين المقارنة.
- 3 - القوائم الانتخابية المقفلة - بالشكل الوارد في الاقتراح بقانون محل الدراسة - لا تتعارض مع الاشتراطات الدستورية المتعلقة بكون أن الانتخاب يجب أن يكون عاماً وسرياً ومباشراً.
- 4 - لم يتضمن الدستور الكويتي - وبمناسبة تنظيم العملية الانتخابية - ما من شأنه أن يصف الانتخاب في الكويت باعتباره انتخاباً فردياً أو انتخاباً بالقائمة، وبالتالي، فإن مقترح القوائم الانتخابية المقفلة - وفي حال صدوره - سيكون بمثابة القانون اللاحق الذي سيعدّل أو سيلغي القوانين السابقة التي تتعارض مع أحكامه.
- 5 - تطبيق فكرة القوائم الانتخابية المقفلة في الكويت - في ظل تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية - قد يشكل تحدياً كبيراً للجماعات السياسية التي تنتمي إليها القوائم الانتخابية لصعوبة استكمال قوائمها الانتخابية في جميع الدوائر الانتخابية في الدولة، كما يشكل تحدياً بالنسبة للناخب أيضاً الذي قد لا تترشح في دائرته القائمة التي تمثل توجهاته السياسية أو الفكرية.

6 - وجود قائمة انتخابية مقفلة لا يفترض بها أن تتعارض مع نصوص قانون الانتخاب الذي ينظم تقديم طلبات الترشيح، إذا ما اعتبرنا هذه القوائم مجرد تآلف فيما بين عدد من المرشحين أعلنوا عن رغبتهم في الترشح للانتخابات معاً داخل قائمة، وليس باعتبارهم كياناً معنوياً قائماً بذاته.

7 - لم يتضمن الاقتراح بقانون محل الدراسة ما من شأنه أن يمنع أي شخص في أن يتقدم للترشح في قائمة ما متى وجد بها مقعداً شاغراً، ولو كان ذلك بغير موافقة المجموعة، ذلك أن هذا المقترح لم يستلزم تسمية مندوب رسمي عن القائمة، بحيث لا تقبل طلبات الترشيح فيها إلا منه، وهو الأمر الذي دفعنا إلى القول بضرورة عدم السماح لأقل من عشرة أعضاء في الترشح داخل القائمة المقفلة.

8 - ليس من المفترض لشروطي الصفة والمصلحة لرفع الطعن الانتخابي - وكما نظمهما قانون الانتخاب الجديد - أن يتعارض مع نظام الانتخاب بالقوائم المقفلة، ذلك أن المصلحة تتحقق في الناخب بمجرد اعتقاده بأن الانتخابات التي تمت في دائرته لم تتم بطريقة قانونية سليمة، أما المرشح فيتحقق له شرط المصلحة في حالتيه: (أولاً): المرشح في القائمة المقفلة التي فاز عدد من أعضائها دون أن يكون هو من الفائزين، (ثانياً): المرشح الذي أعلن فوزه في الانتخابات، ذلك أن الناخب قد اتجهت إرادته إلى التصويت للقائمة ككل، وبالتالي، فإن من مصلحة أي فرد من هذه القائمة (وإن كان من الفائزين) أن يطالب بزيادة المقاعد الخاصة لقائمه.

ثانياً: التوصيات

1 - تم التعامل مع الانتخابات التكميلية في الدستور على أساس التصويت الفردي، وهو الأمر الذي يقف عائقاً في حال تم تبني الاقتراح بقانون محل الدراسة بالشكل الذي جاء به، ولذلك فإننا نوصي بتضمين هذا المقترح نصاً يقضي بأن تُجرى الانتخابات التكميلية فيما بين الأعضاء الخاسرين من القائمة التي فقدت مقعدها.

2 - إن السماح بإمكانية ترشح فرد واحد فقط داخل القائمة المقفلة يخالف الغاية من الانتقال إلى التصويت بنظام القوائم، باعتبار أن الأمر سيصل بنا إلى نظام التصويت للأشخاص بعيداً عن التصويت للفكرة السياسية، وهو ما يدفعنا إلى القول بضرورة

تعديل الاقتراح بالقانون، بحيث لا يسمح بإمكانية ترشح أقل من عشرة أعضاء في القائمة الواحدة.

3 - ليس من شأن ما تضمنه الاقتراح بقانون محل الدراسة بشأن التنازل عن الترشيح ما يتعارض مع نظام التصويت للقوائم الانتخابية المقفلة، إلا أننا - وبناء على مقترحنا في عدم السماح لأقل من عشرة أعضاء في الترشح في القائمة المقفلة - نوصي بضرورة تعديل المقترح بحيث يتضمّن ما يلزم القائمة بترشيح عضو بديل عن العضو المنسحب، بحيث لا ينخفض عدد الأعضاء عن عشرة أعضاء.

4 - لا مفر من ضرورة تعديل نص المادة رقم (44) من قانون الانتخاب الجديد، والتي تقضي باعتماد طريقة الأغلبية النسبية في تحديد الفائزين في الانتخابات في حال تبني مقترح القوائم الانتخابية المقفلة، باعتبار أن الاقتراح بقانون محل البحث قد نص على طريقة التمثيل النسبي في المواد (4 و5) منه.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- إبراهيم عبدالعزيز شيحا، الأنظمة السياسية: الدول - الحكومات، دن، القاهرة، 1986.
- جورجى شفيق ساري، الأسس والمبادئ العامة للنظم السياسية، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 2002-.
- حسن البدرأوي، الأحزاب السياسية والحريات العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، ط2، نشر خاص، دولة الكويت، 2013-2014.
- عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية: تكوينها- اختصاصاتها - إجراءاتها، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2005.
- عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ط3، نشر خاص، دولة الكويت، 1998.
- عبداللطيف راضي، الطعون الانتخابية وقضاء المحكمة الدستورية بين عامي 1961 - 2014، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، نوفمبر 2014.
- عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ط1، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 2006/2007.
- عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، 1989.
- تركي سظام المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية: دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، 2012.
- ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- خليفة الحميدة، القانون الدستوري الكويتي، ط2، نشر خاص، دولة الكويت، 2021.

ثانياً: رسائل علمية

- عبدالله مشاري العوضي، الدائرة الانتخابية والتكاليف المالية: دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ديسمبر 2010.
- ريم ناصر العنزي، «نحو تنظيم قانوني للأحزاب السياسية في دولة الكويت»، أطروحة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، يوليو 2017.

ثالثاً: البحوث العلمية

- محمد المقاطع، الأحزاب السياسية بين الضرورة البرلمانية والمشروعية القانونية، مجلة الاقتصاد والقانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع 67، سنة 1997.
- محمد الفيلى، تحديد قاعدة الناخبين في الكويت بين الدستور والقانون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 22، ع 2، يونيو 1998.
- عادل الطبطبائي، الرقابة السياسية على أعمال الحكومة خلال فترة حل البرلمان، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 15، ع 3، ديسمبر 1991.
- عشي علاء الدين، النظام الانتخابي وأثره على الممارسة الديمقراطية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 6، ع 2، ديسمبر 2013.

رابعاً- مواقع إلكترونية:

- مبادئ توجيهية لتنظيم الأحزاب السياسية، الناشر: مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمن والتعاون في أوروبا، معتمدة من لجنة البندقية في جلستها العامة رقم 84، البندقية، 15 - 16 أكتوبر 2010. <https://www.osce.org/files/f/pdf.91360/8/documents/8>
- محاضر المجلس التأسيسي، محضر الجلسة التاسعة عشر بتاريخ 1962/9/11، صفحة رقم 30 من المحضر فما بعد، متوافر لدى الموقع الرسمي لمجلس الأمة الكويتي: <https://www.kna.kw/Democratic/ConstituentAssembly/4>
- محمد الفيلى، الأحزاب السياسية في الكويت واقع قائم ومستقبل منظور، مقال له منشور في موقع الإلكتروني الخاص به <https://alfililaw.com/news-details.php?nid=84>

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	87
المقدمة	89
المبحث الأول: عرض مقترح القوائم الانتخابية المقفلة على دستور دولة الكويت	94
المطلب الأول: القوائم الانتخابية المقفلة والأحزاب السياسية	94
الفرع الأول: تعامل المشرع الدستوري مع فكرة الأحزاب السياسية	95
الفرع الثاني: مدى اعتبار القوائم الانتخابية المقفلة أحزاباً سياسية	100
المطلب الثاني: القوائم الانتخابية المقفلة والعملية الانتخابية	105
الفرع الأول: الانتخاب العام السري المباشر في الاقتراح بقانون محل الدراسة	106
الفرع الثاني: نظام الدوائر الانتخابية في الاقتراح بقانون محل الدراسة	108
المطلب الثالث: القوائم الانتخابية المقفلة والانتخابات التكميلية	117
المبحث الثاني: عرض مقترح القوائم الانتخابية المقفلة على القوانين ذات الصلة	120
المطلب الأول: القوائم الانتخابية المقفلة وقانون الانتخاب الكويتي	120
الفرع الأول: تقديم طلبات الترشح	121
الفرع الثاني: التأمين	122

123	الفرع الثالث: التنازل عن الترشيح
124	الفرع الرابع: الفوز بالتركية
124	الفرع الخامس: المواطن الانتخابي
125	الفرع السادس: تصاريح مقار المرشحين
126	الفرع السابع: بطلان أوراق الاقتراع
126	الفرع الثامن: إعلان الفائز وبعض آثار العضوية
127	المطلب الثاني: القوائم الانتخابية المقفلة وقانون المحكمة الدستورية
128	الفرع الأول: الاختصاص في نظر الطعون الانتخابية في حال تبني مقترح القوائم الانتخابية المقفلة
129	الفرع الثاني: شروط قبول الطعن الانتخابي في ظل نظام التصويت عبر القوائم المقفلة
132	الخاتمة
135	قائمة المراجع

مسألة تعارض النص العام المتأخر مع النص الخاص المتقدم

دراسة تحليلية مع الإشارة إلى تطبيقات للمسألة

في الفقه والتشريعات الكويتية^(*)

د. راشد سعود العميري
أستاذ مشارك، قسم الفقه وأصوله
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

الملخص

مسألة تعارض النص العام المتأخر مع النص الخاص المتقدم من مسائل أصول الفقه التي اختلف فيها الحنفية والجمهور، وتهدف الدراسة إلى التعرف على مدى انتشار رأي الحنفية لدى غيرهم، وعلى حُجج المختلفين في المسألة، مع أثر ذلك الخلاف على تطبيقات في الفقه والقانون، وتتميز الدراسة بعرض المسألة تاريخياً، وبعدم الاكتفاء بما في مصنفات أصول الفقه، بل الرجوع لكتب التفسير والفقه والقانون، وتوصلت الدراسة إلى أن رأي الحنفية كان له رواج كبير في القرون الأربعة الأولى خارج المذهب الحنفي، وذلك لقوة أدلته.

كلمات دالة: العام، والخاص، والتخصيص، والنسخ، وأصول الفقه، وأصول القانون.

وتاريخ قبوله: 22 مايو 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 14 نوفمبر 2023

المقدمة

الحمد لله الذي لم يزل قبل كل شيء أولاً، والصلاة والسلام على عبده ونبيه محمد خير من جاء عن ربه مرسلًا، وعلى آله وصحبه الذين تبوءوا الإيمان منزلاً، ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا، وأوزعنا شكر ما آتيتنا، ويسر لنا عملاً متقبلاً.

أولاً: موضوع البحث وأهميته

أما بعد، فإن مبحث العموم والخصوص كان ساحة لمعارك علمية بين الحنفية وسائر المذاهب، ومن أهم مسائله الخلافية تعارض النص العام المتأخر مع النص الخاص المتقدم، لكن كثيراً ممن تعرّض للمسألة تجاهل خلاف الحنفية فيها، وبلغ الأمر ببعضهم ادعاء وقوع الاتفاق على الرأي المخالف لقول الحنفية، كأنهم لم يعارضوه، فهذا ابن العربي (ت: 543هـ) ينكر مخالفتهم، قائلاً: «أعجب لبعض المغاربة ممن قرأ الأصول، يحكي عن أبي حنيفة أن العام ينسخ الخاص إذا كان متأخراً عنه، وهذا ما قال به قط»⁽¹⁾، وهذا أبو حيان (ت: 745هـ) ينص في تفسيره على أن «العام لا ينسخ الخاص باتفاق»⁽²⁾.

واستمر أثر ذلك في كتابات المعاصرين، فعلى سبيل المثال نجد أحد الباحثين في رسالته للدكتوراة يتتبع التطبيقات الفقهية الناشئة عن الحكم بالنسخ، مستبعداً الإشارة إلى رأي الحنفية، فينص بإطلاق على أن «العام لا ينسخ به الخاص»⁽³⁾، مع كون بحثه دراسة أكاديمية ينبغي أن تراعي المقارنة بين المذاهب، كما تشترط أقسام الدراسات العليا في الجامعات، وما حصل جميع ذلك إلا لاشتغال قول الجمهور شهرة واسعة، بلغت حداً جعل قول الحنفية مطموراً في زوايا النسيان.

ولما كانت هذه المسألة مما يتعلّق بتفسير النصوص، فقد أشار لها الباحثون في القانون في مبحث الإلغاء التشريعي، تحت عنوان: «الإلغاء الضمني»، حيث لا يصحّ

(1) ابن العربي: قانون التأويل، 442.

(2) أبو حيان: البحر المحيط، 2/385.

(3) سركند: الأحكام الفقهية التي قيل فيها بالنسخ، 1/440، وانظر كذلك: 1/252، 259، 2/1059، 1241،

1249، 3/1500، 1617، 1780، 4/2014، 2499، 5/2706

المُشرِّع بإلغاء القاعدة القانونية، لكن نستنتج الإلغاء ضمناً من استحالة الجمع بين القاعدة الجديدة والسابقة⁽⁴⁾، فجري وصف مسألتنا تحديداً بأنها: «تشريع جديد يشمل على قواعد عامة تتعارض مع قواعد خاصة في تشريع قديم»⁽⁵⁾.

ونجد أغلب الباحثين في القانون ممن تناولها لا يشير إلا للقول الموافق لجمهور الأصوليين، فينصّون على أن «الخاص يقيد العام، حتى ولو كان الخاص هو القديم»⁽⁶⁾، ولم أجد -فيما اطلعت عليه- من نبّه لاختلاف شرّاح القانون في التعامل مع هذه المسألة سوى عبد الحي حجازي (1394هـ)، بل إنه خالف سائرهم وأظهر ميله للرأي الآخر، مبيناً أنه «أقرب إلى المنطق»؛ لأن «المعهود أن يكون الاستثناء لاحقاً على القاعدة أو معاصراً لها»⁽⁷⁾.

ثانياً: مشكلة البحث

ويتضح مما مضى أن القول بنسخ العام للخاص لم ينل حقه من الدراسة عند الفقهاء -ممن سوى الحنفية- وعند الأكاديميين المعاصرين كذلك، فهل كان هذا القول مهجوراً لدى غير الحنفية على الدوام؟

ثالثاً: هدف البحث

وتهدف هذه الدراسة إلى الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- هل انفرد الحنفية بقولهم في هذه المسألة؟
- هل قول الجمهور بالشهرة التي نجدها الآن منذ أن بدأ نقل الخلاف فيها؟
- ما حُجج الأفرقاء فيها؟ وهل يرجع كون قول الحنفية مغموراً في زمننا إلى ضعف أدلته؟

(4) حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، 1/587، فرج، المدخل للعلوم القانونية، 313، الأهواني، أصول القانون، 146.

(5) حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، 1/591.

(6) تناغو، النظرية العامة للقانون، 420، وانظر: فرج، المدخل للعلوم القانونية، 317، الأهواني، أصول القانون، 147، كيرة، المدخل إلى القانون، 334.

(7) حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، 1/592.

رابعاً: الدراسات السابقة

والمسألة محل البحث مشهورة في مدونات أصول الفقه، لكنني لم أقع على من أفردوا بالتصنيف، بل يتناولونها ضمن حديثهم في باب العام والخاص.

فلماً وجدت من تعرض لها من المعاصرين، أو من غير الحنفية من المتقدمين، لا يشبعونها بحثاً، ولا يعتنون بذكر تطبيقاتها، ولا يتوسعون بذكر أدلة مخالفهم من الحنفية، أحببت إفرادها بدراسة، مع البحث عن تطبيقات لها من الفقه والقانون، أتجاوز بها ما اكتفى الأصوليون بالإشارة إليه، حيث إن هذه المسألة حيّة متجددة، يتغير الحكم في كثير من القضايا باختلاف وجهة النظر فيها.

خامساً: منهج البحث

سلكت في هذا البحث المنهج الوصفي، وأتبعته بالمنهج التحليلي.

سادساً: خطة البحث

يتكون البحث من ثلاثة مباحث، على النحو الآتي:

المبحث الأول: في بيان مذاهب الأصوليين في تعارض العام المتأخر والخاص المتقدم بترتيب طبقاتهم الزمنية.

المبحث الثاني: في بيان حُجج الأفرقاء في تعارض العام المتأخر والخاص المتقدم.

المبحث الثالث: في تطبيقات لتعارض العام المتأخر والخاص المتقدم في الفقه والشريعات الكويتية.

وهذا أوان الشروع بالمقصود.

المبحث الأول

في بيان مذاهب الأصوليين في تعارض العام المتأخر

والخاص المتقدم بترتيب طبقاتهم الزمنية

لعلَّ أول من نُسب له كلام صريح في هذه المسألة أبو حنيفة (150هـ)، إذ نقل عنه البزدوي (482هـ) أنه قال: «الخاص لا يقضي على العام، بل يجوز أن ينسخ الخاص به، مثل حديث العرنين في بول ما يؤكل لحمه، نسخ وهو خاص بقول النبي ﷺ: (استنزها من البول)»⁽⁸⁾، إلا أن في النفس شيء من ثبوت هذا الكلام عن أبي حنيفة⁽⁹⁾، فإنه لو صدر عنه لاشتهر بين تلامذته وأتباع مذهبه، ولنقلوه عنه، فتفرَّد البزدوي بنقله بعد أكثر من ثلاثة قرون من وفاة أبي حنيفة يُلقي بظلال من الشك حول صحة نسبته إليه، فضلاً عن عدم إشارة الجصاص (370هـ) -وهو متقدم على البزدوي- إلى ذلك، وكذلك لم يُشر إليه معاصره السرخسي (483هـ)، ولم أجد من وافقه في ذلك من المتأخرين سوى النسفي (710هـ) والفناري (834هـ)، ولعلهما نقلاه عن البزدوي اعتماداً عليه، من غير تحقق من صحة نسبته إلى الإمام⁽¹⁰⁾.

ويبدو أن البزدوي عني أن أصول إمامه تقتضي ذلك، حيث أفاد ذلك حكم أبي حنيفة في مسألة الاستنزاه من البول، لكنه تساهل في العبارة، فنسب المذهب إلى الإمام بلفظ: «قال». ويؤيد ذلك عبارة السرخسي، إذ قال: «ظهر من مذهب أبي حنيفة -رحمه الله- ترجيح العام على الخاص في العمل به... ونسخ الخاص بالعام أيضاً، كما فعله

(8) البزدوي: أصول البزدوي، 587/1-588، وحديث العرنين أخرجه البخاري في كتاب: الزكاة، باب: استعمال إبل الصدقة وألبانها لأبناء السبيل، (برقم: 1501)، ومسلم في كتاب: القسامة والمحاربين، باب: حكم المحاربين والمرتدين، (برقم: 1671)، عن أنس رضي الله عنه: «أن ناساً من عرينة اجتووا المدينة، فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من ألبانها وأبوالها»، واللفظ للبخاري. أما حديث النبي ﷺ: «استنزها من البول، فإن عامة عذاب القبر منه»، فقد أخرجه الدارقطني (سنن الدارقطني، 1/128) عن أبي هريرة مرفوعاً من طريق محمد بن الصباح، وقال الذهبي فيه: «لا يعرف، وخبره منكر» (الذهبي: ميزان الاعتدال، 3/583)، وصححه الألباني بمجموع طرقه (الألباني: إرواء الغليل، 1/310).

(9) أنكر الرهوني المالكي (773هـ) ذلك صراحة، قائلاً: «لا يثبت هذا -والله أعلم- عن أبي حنيفة» (الرهوني: تحفة المسؤول، 3/228).

(10) انظر: النسفي، كشف الأسرار، 1/164، الفناري، فصول البدائع، 2/49.

في بول ما يؤكل لحمه، فإنه جعل الخاص من حديث العريين فيه منسوخاً بالعام، وهو قوله عليه السلام: (استنزوها عن البول فإن عامة عذاب القبر منه) ⁽¹¹⁾. وكذلك عبارة الكرخي (340هـ) -وهو متقدم على الجميع- التي نقلها عنه تلميذه الجصاص، حيث قال: «كذا كان يحكي شيخنا أن مذهب أصحابنا ومساثلهم تدل عليه» ⁽¹²⁾.

ولما مضى ذكره -من كون استنباط أصل من فروع منصوبة لإمام مذهب لا يخولنا نسبة ذلك الأصل إليه قولاً صريحاً- فلا يمكننا نسبة قول للشافعي (204هـ) في مسألتنا هذه، على الرغم مما اشتهر عنه من أن مذهبه يقتضي تقديم الخاص المتقدم على العام المتأخر ⁽¹³⁾، إذ لم نقع في كتبه على ما يفيد ذلك ⁽¹⁴⁾، ولم نجد من ينقل عنه تصريحه بذلك، ولعل هذا هو السبب في أن جمعاً من المتقدمين نسبوا القول بتقديم الخاص إلى

(11) السرخسي، أصول السرخسي، 1/133.

(12) الجصاص، الفصول، 1/385.

(13) انظر: الدبوسي، تقويم أصول الفقه، 1/430-431، الرازي، المحصول، 3/106، آل تيمية، المسودة، 1/314.

(14) أقرب ما يمكن أن يشير إلى مسألتنا من كلام الشافعي قوله في الرسالة: «لو جاز أن تترك سنة مما ذهب إليه من جهل مكان السنن من الكتاب، ترك ما وصفنا من المسح على الخفين، وإباحة كل ما لزمه اسم بيع، وإحلال أن يجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، وإباحة كل ذي ناب من السباع، وغير ذلك. ولجاز أن يقال سن النبي ألا يقطع من لم تبلغ سرقة ربع دينار قبل التنزيل، ثم نزل عليه: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ فمن لزمه اسم سرقة قطع. ولجاز أن يقال: إنما سنّ النبي الرجم على الثيب حتى نزلت عليه: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدٍ﴾، فيجلد البكر والثيب ولا نرجمه. وأن يقال في البيوع التي حرم رسول الله: إنما حرمها قبل التنزيل، فلما أنزلت: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ كانت حالاً -والربا أن يكون للرجل على الرجل الدين فيحل، فيقول: أتقضي أم تربي؟ فيؤخر عنه ويزيده في ماله، وأشبه لهذا كثيرة- فمن قال هذا كان معطلاً لعامة سنن رسول الله، وهذا القول جهل ممن قاله». (الرسالة، 233-234).

لكنّ هذا الكلام وإن كان فيه وجه شبه بمسألتنا، حيث مثل الشافعي بنصوص خاصة قد يدعى نسخها بنصوص أخرى عامة، مستبعداً حصول ذلك، إلا أن ذكره هذه الأمثلة إنما كان في معرض رده على من يمنع تخصيص الكتاب بالسنة، فنجد في الأمثلة التي ضربها أن النصوص الخاصة جميعها من السنة، والنصوص العامة جميعها من القرآن، حيث لم يكن يقصد من سياق هذه الأمثلة سوى إثبات وقوع تخصيص الكتاب بالسنة، ولم يتطرق لمسألتنا. وسيمر معنا في التطبيقات الفقهية أن الشافعي قد وقع منه أن اختار ترجيح العمل بنص عام متأخر على نص خاص متقدم، بذريعة النسخ.

أصحاب الشافعي، وليس إليه ذاته⁽¹⁵⁾.

أما أول من اشتهر له كلام في هذه المسألة فهو عيسى بن أبان (221هـ) تلميذ محمد بن الحسن الشيباني (189هـ)، حيث يبدو أنه توسع في بحثها، ولم يقع لنا كلامه مباشرة، وإنما بالواسطة⁽¹⁶⁾، وقد ذكر له مصنف -لم يبلغنا- في الرد على الشافعي⁽¹⁷⁾، فلعله أشار إلى مسألتنا ضمن مصنفه هذا، وهو في كلامه في أصل المسألة موافق لما نُسب لأبي حنيفة، لكنه أضاف تفصيلات وتقسيمات استنبطها بنفسه، اعتمد من بعده نسبها إلى الحنفية⁽¹⁸⁾.

ونقل عن ابن حنبل (241هـ) كلام في مسألتنا، إلا أن أصحابه اختلفوا في تأويله، حيث قال: «أذهب إلى الحديثين جميعاً، ولا أرد أحدهما بالآخر، ولهذا أمثال: منه قوله ﷺ لحكيم بن حزام: (لا تبع ما ليس عندك)⁽¹⁹⁾، ثم أجاز السلم⁽²⁰⁾، والسلم بيع ما ليس في ملكه، وإنما هو الصفة، وهذا عندي مثل الأول. ومنه الشاة المصرية، إذا اشتراها الرجل فحلبها إن شاء ردّها ورد صاع تمر⁽²¹⁾، وقوله ﷺ: «الخارج بالضمان»⁽²²⁾،

(15) انظر: البصري، المعتمد، 1/277، أبو يعلى، العدة، 2/620، السمرقندي، الميزان، 155.

(16) انظر: الحصص، الفصول، 1/390، 397، 398، 407، 409.

(17) الخطيب البغدادي، تاريخ مدينة السلام، 6/513.

(18) انظر: الحصص، الفصول، 1/397، 398، 407، البصري، المعتمد، 1/282، أبو يعلى، العدة، 2/620، السمعاني، قواطع الأدلة، 1/409.

(19) أخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، (برقم: 1232)، وأبو داود في كتاب: البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، (برقم: 3503)، والنسائي في كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع، (برقم: 4627)، وابن ماجة في كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك، (برقم: 2187)، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن».

(20) أخرجه البخاري في كتاب: السلم، باب: السلم في كيل معلوم، (برقم: 2239)، ومسلم في كتاب: المساقاة، باب: السلم، (برقم: 1604).

(21) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، (برقم: 2148)، ومسلم في كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية، (برقم: 1515).

(22) أخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً، (برقم: 1285)، وأبو داود في كتاب: البيوع، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، (برقم: 3508)، والنسائي في كتاب: البيوع، باب: الخارج بالضمان، (برقم: 4502)، وابن ماجة في كتاب: التجارات، باب: الخارج بالضمان، (برقم: 2243)، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

فكان ينبغي أن يكون اللبن للمشتري لأنه ضامن، بمنزلة العبد إذا استغله فأصاب به عيباً، ردّه وكان له غلته بضمائه، يؤخذ بهذا وهذا وشبهه حتى تأتي دلالة بأن الخبر قبل الخبر، فيكون الأخير أولى أن يؤخذ به، مثل ما قال ابن شهاب الزهري (124هـ):
يؤخذ بالأخير فالأخير من أمر رسول الله ﷺ»⁽²³⁾.

وأول من أشار إلى هذا النقل من أصولي الحنابلة أبو يعلى (458هـ)، إلا أنه فهم منه أن أحمد يقضي بالخاص على العام مطلقاً⁽²⁴⁾. أما ما ختم به أحمد كلامه من أن الخبرين يعمل بهما معاً حتى تأتي دلالة بأن أحدهما متأخر، فيعمل بالأخير حينئذ، فقد علق عليه أبو يعلى بقوله: «أراد إذا كانا جميعاً خاصين وقد تعارضا، فيكون الثاني ناسخاً للأول، فأما إذا كان أحدهما عاماً والآخر خاصاً، والخاص ينافي العام، فالحكم فيه على ما ذكرنا»⁽²⁵⁾.
لكنّ أبا الخطاب (510هـ) لم يوافق شيخه أبا يعلى في تفسيره كلام أحمد، بل جعل لأحمد -بناء على الكلام السابق- رواية ثانية في هذه المسألة -موافقة لمذهب الحنفية- يقدّم فيها المتأخر وإن كان عاماً، ويتوقف فيهما عند جهل التاريخ، فلا يقضى بأحدهما على الآخر إلا بمرجح خارجي⁽²⁶⁾، ووافق ابن قدامة (620هـ) والطوفي (716هـ) أبا الخطاب في نسبة الرواية الثانية لأحمد⁽²⁷⁾.

أما عبد الحليم ابن تيمية (682هـ) فإنه وإن وافق أبا الخطاب في وجود رواية أخرى لأحمد في مسألتنا، إلا أنه خالفه في تفصيلها، حيث قال: «تأويل القاضي [أبي يعلى] فاسد، يردّه أول الرواية تمثيله بخبر حكيم في السلم، فإن خبر حكيم عام في جميع البيوع والسلم خاص، وخبر المصرة خاص والخراج بالضمان عام في كل ضمان»⁽²⁸⁾.

(23) آل تيمية: المسودة، 1/316-317، وما نسبته الإمام أحمد إلى الزهري أخرجه البخاري في كتاب: المغازي، باب: غزوة الفتح في رمضان، (برقم: 4276)، وأخرجه مسلم في كتاب: الصيام، باب: جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر، (برقم: 1113)، ولفظه لدى مسلم: «قال الزهري: وكان الفطر [أي: في السفر] آخر الأمرين، وإنما يؤخذ من أمر رسول الله ﷺ بالأخير فالآخر»، وفي رواية أخرى لديه: «قال ابن شهاب: فكانوا يتبعون الأحداث فالأحدث من أمره، ويروونه الناسخ المحكم».

(24) أبو يعلى، العدة، 2/615.

(25) أبو يعلى، العدة، 2/620.

(26) أبو الخطاب، التمهيد، 2/150-151، وقد وصف أبو الخطاب تأويل أبي يعلى لكلام أحمد بقوله: «فيه نظر».

(27) ابن قدامة، روضة الناظر، 2/725-726، الطوفي، شرح مختصر الروضة، 2/559، 561.

(28) آل تيمية، المسودة، 1/318.

وقال أيضاً: «فظاهر هذه الرواية أن الخبرين إذا كان أحدهما خاصاً والآخر عاماً، قدم الخاص وخص به العام مع جهل التاريخ، فإن علم التاريخ فالثاني منهما مقدّم، سواء كان الخاص أو العام»⁽²⁹⁾.

وما فسر به ابن تيمية الأب رواية أحمد هو الأليق بظاهرها، فإنه ليس في الرواية تصريح بالتوقف عند الجهل بالتاريخ، بل يفهم ذلك التزاماً. وقد عبّر الطوفي عن موجب القول بالتوقف عند الجهل بالتاريخ، فقال: «عند الحنفية يتعارضان -وهو قياس الرواية المذكورة عن أحمد- والتعارض بين الخاص وما قابله من العام لأنه يحتمل أن يكون العام متأخراً، فيكون ناسخاً للخاص، ويحتمل أن يكون العام متقدماً، فيكون مخصوصاً بالخاص، ولا مرجّح، فيجب الوقف لئلا يكون ترجيح أحدهما تحكماً»⁽³⁰⁾.

وبهذا يتبين أن من نسب التوقف إلى أحمد عند الجهل بالتاريخ إنما نسبه له استنباطاً، من غير أن يصريح أحمد بذلك، وإنما هو قياس قوله فحسب، بينما الظاهر من فاتحة ما نقلناه من كلامه أنه يصريح بتقديم الخاص على العام مطلقاً، وقد أكد ذلك بضره أمثلة، ولم يستثن من ذلك سوى حالة معرفة التاريخ التي ختم بها حديثه، فينبغي أن تكون حالة الجهل بالتاريخ مشمولة بإطلاق كلامه السابق، ولهذا يجب التوقف عندما صرح به، وعدم تحميل كلامه ما لا يحتمله، بتقديم مفهوم كلامه على منطوقه.

ولهذا قوى أحمد ابن تيمية (728هـ) ما فهمه أبوه من كلام أحمد، فقال: «المنصوص أنه مع الجهل بالتاريخ يعمل بالخاص، ومع العلم يقدّم المتأخر، وهذا أقوى، فصار في المذهب ثلاثة أقوال»⁽³¹⁾.

والعجيب أن الأقوال الثلاثة مصدرها جميعها نص واحد لأحمد، فما استنبطه أبو يعلى موافق للشافعية، وما استنبطه أبو الخطاب موافق للحنفية، أما ما فهمه عبد الحليم ابن تيمية فأخذ من كل من القولين السابقين بطرف، وهو ظاهر كلام أحمد. ثم إذا انتقلنا إلى البدايات المبكرة لنشأة أصول الفقه فناً مستقلاً، وانصراف الفقهاء إلى تدوينه في مصنفات تختص به، فلا نجد لرأي الشافعية في مسألتنا رواجاً في تلك المرحلة.

(29) آل تيمية، المسودة، 1/317.

(30) الطوفي، شرح مختصر الروضة، 2/561.

(31) آل تيمية، المسودة، 1/318.

فإن تجاوزنا الجصاص والدبوسي (430هـ) الحنفيين -حيث يتوقع منهما تبني رأي الحنفية في المسألة⁽³²⁾- وانتقلنا إلى أصوليين من مذاهب أخرى، سنجد أن أبا بكر الباقلاني المالكي (403هـ) يوافق في اجتهاده رأي الحنفية⁽³³⁾، ونسب مثل ذلك إلى أبي بكر الدقاق الشافعي (392هـ) أيضاً⁽³⁴⁾.

أما القاضي عبد الجبار بن أحمد المعتزلي الشافعي (415هـ) فقد نقل عنه تلميذه أبو الحسين البصري المعتزلي (436هـ) أنه يحكم بأن العام المتأخر ينسخ الخاص المتقدم⁽³⁵⁾، موافقاً بذلك الحنفية في الظاهر، إلا أن ابن برهان الشافعي (518هـ) لما تعرض إلى طوائف من الفقهاء ذهب إلى نسخ الخاص بالعام، ثم شرع في تفصيل مذاهبهم، ذكر منهم القاضي عبد الجبار، مشيراً إلى أنه يقضي بالخاص على العام عند جهل التاريخ⁽³⁶⁾، فيكون بذلك موافقاً لظاهر كلام أحمد، وليس أحد القولين المنسوبين له موافقاً لرأي الشافعية.

وكذلك أبو الحسين البصري لم ينصر رأي الشافعية، حيث أشار في كتابه «المعتمد» إلى رأيي الحنفية والشافعية، من غير تعرض لترجيح أي منهما⁽³⁷⁾، والغريب أنه على الرغم من وضوح حياد أبي الحسين، إلا أن الرازي الشافعي (606هـ) ينسب إليه تأييد رأي الشافعية، بتقديم الخاص على العام مطلقاً⁽³⁸⁾.

أما إمام الحرمين الجويني الشافعي (478هـ) فقد نسب إليه مخالفة الشافعية وموافقة الحنفية في مسألة⁽³⁹⁾. وعلى الرغم من اشتهاار ذلك عنه، فإننا لا نجد نصاً صريحاً

(32) انظر: الجصاص، الفصول، 1/385، الدبوسي، تقويم أصول الفقه، 1/432، 459، وقد جعل ابن الساعاتي الحنفي (694هـ) وابن مفلح الحنبلي (763هـ) أبا زيد الدبوسي موافقاً للشافعية (ابن الساعاتي: نهاية الوصول، 2/485، ابن مفلح: أصول الفقه، 3/950)، إلا أن ما في كتاب الدبوسي صريح بموافقته لأصحابه الحنفية.

(33) الباقلاني، التقريب والإرشاد، 3/276، وانظر: أبو يعلى، العدة، 2/623، الشيرازي، التبصرة، 151، الجويني، التلخيص، 2/147، ابن عقيل، الواضح، 3/435.

(34) الشيرازي، التبصرة، 151، ابن عقيل، الواضح، 3/435.

(35) البصري، المعتمد، 1/278.

(36) ابن برهان، الوصول، 1/297-298.

(37) البصري، المعتمد، 1/277-281.

(38) الرازي، المحصول، 3/106.

(39) الآمدي، الأحكام، 1/390-391، ابن الحاجب، مختصر المنتهى، 3/304، ابن مفلح، أصول الفقه،

في كتبه، ولعل من نسب هذا إليه اغتر بكلامه في كتابه «التلخيص»⁽⁴⁰⁾، حيث اكتفى الجويني بنقل رأي الباقلاني دون التعقيب عليه، ولا يلزم من ذلك إقراره رأي الباقلاني، فإن «التلخيص» اختصار لكتاب الباقلاني «التقريب والإرشاد»، كما ذكر الجويني في مقدمته، ولم يلتزم فيه مناقشة الباقلاني والاستدراك عليه.

والغريب أنه على أهمية المسألة لا نجد الجويني يخصص لها مساحة تتناسب معها في كتابه «البرهان»، حيث لم يزد على أن قال: «إذا ورد عام وخاص في حادثة، وتسلب الخاص على العام إجماعاً، وورد مثله عام وخاص، فالوجه تنزيل العام على موجب الخاص»⁽⁴¹⁾، ثم مثل لذلك.

والذي يظهر لي - من الأمثلة التي ذكرها شرحاً لعبارة السابقة - أنه يقرر أنه إذا اتفقت الأمة في قضية ما على إخراج بعض مشمولات نص عام لدلالة نص آخر خاص، ثم ورد عن الشارع في قضية أخرى نص عام وآخر خاص بما يماثل الحالة الأولى ويشابهها، واختلفت الأمة في تخصيص النص العام في القضية الثانية، فالراجح عندئذ التخصيص. وكلامه - على غموضه - ليس شاملاً لجوانب مسألتنا، فإنه لم يتعرض إلا لحالة يقل وقوعها، قضية تعارض بين عام وخاص مختلف فيهما، لها شبيه متفق عليه، ومسألتنا أوسع من ذلك، ثم إنه لم يحدد ضابط التشابه بين ما اختلف فيه وما اتفق عليه، بل اكتفى بالمثل، ثم انتقل إلى موضوع آخر.

ولعل أوثق ما يمكن نسبته إلى الجويني التوقف في تقديم العام على الخاص إذا ورد بعده، حيث نسب ذلك إليه ابن برهان الشافعي (518هـ)، بل زاد بأن نقل عنه الأمر الذي دعا إلى التوقف⁽⁴²⁾، فقرب زمن ابن برهان من زمن الجويني، وعبارته الصريحة بنقل رأي الجويني وتعليه، يجعل النفس تطمئن إلى ما ذكره ابن برهان، وإن كان بخلاف المشهور مما نسب للجويني⁽⁴³⁾، والحاصل أنه أيًا كان رأي الجويني من القولين اللذين

3/950، ابن السبكي، رفع الحاجب، 3/304.

(40) انظر: الجويني، التلخيص، 2/147.

(41) الجويني، البرهان، 2/773.

(42) ابن برهان، الوصول، 1/299.

(43) ذكر الباحث عدنان العبيات في مقدمة تحقيقه لكتاب الأوسط لابن برهان أن من أثر ملازمة ابن برهان لإلكيا الهراسي (504هـ) أنه استفاد عنه كثيراً من الآراء الأصولية التي نقلها الهراسي عن شيخه الجويني في مجالس النظر والدرس عليه، مما لم يوقف عليه في كتب الجويني المطبوعة. (قطعة من كتاب الأوسط، 17، 51)

نسباً له في المسألة فإنه ليس موافقاً لمذهب الشافعية.

غير أننا نلمس في تلك المرحلة -في عصر الجويني على سبيل التقريب- توطد رأي الشافعية في مسألتنا واشتهاره، فقد انتصر لرأيهم أكثر من صنف في تلك الفترة، ونذكر منهم -حسب الترتيب الزمني- أبا يعلى الحنبلي⁽⁴⁴⁾، والباقي المالكي⁽⁴⁵⁾ (474هـ)، والشيرازي⁽⁴⁶⁾ (476هـ) والسمعاني⁽⁴⁷⁾ (489هـ) والغزالي⁽⁴⁸⁾ (505هـ)، وهم شافعية، وأبا الخطاب⁽⁴⁹⁾ وابن عقيل⁽⁵⁰⁾ (513هـ) الحنبلين، وابن برهان الشافعي⁽⁵¹⁾.

ولم أجد بعد تلك المرحلة من يميل لرأي الحنفية سوى الحنفية أنفسهم، اللهم إلا السهروردي الشافعي (587هـ)، فإنه يفهم منه ميله لرأيهم، حيث ذكر تعليل الحنفية والباقلاني فلم يجب عنه، ثم ذكر أدلة الشافعية فأجاب عنها⁽⁵²⁾.

بل إن اشتها قول الشافعية بعد ذلك بلغ حداً جعل أحد كبار المحققين -وهو ابن العربي المالكي (543هـ)- ينكر أن يقول بخلافه قائل، حيث قال: «أعجب لبعض المغاربة ممن قرأ الأصول، يحكي عن أبي حنيفة أن العام ينسخ الخاص إذا كان متأخراً عنه، وهذا ما قال به قط»⁽⁵³⁾.

(44) أبو يعلى، العدة، 2/615.

(45) الباقي، إحكام الفصول، 1/261.

(46) الشيرازي، التبصرة، 151.

(47) السمعاني، قواطع الأدلة، 407-406/1، 412.

(48) الغزالي، المستصفى، 2/154-155.

(49) أبو الخطاب، التمهيد، 2/151.

(50) ابن عقيل، الواضح، 3/434.

(51) ابن برهان، الوصول، 1/296-297.

(52) السهروردي، التنقيحات، 319-320.

(53) ابن العربي، قانون التأويل، 442، وقد نقل ابن العربي مناظرة يُلَمِّح فيها إلى أن الحنفية لا يقولون بنسخ العام للخاص، حيث قال: «حضرت في بيت المقدس طهره الله بمدرسة أبي عتبة الحنفي والقاضي الريحاني يلقي علينا الدرس في يوم جمعة، فبينما نحن كذلك إذ دخل علينا رجل بهي المنظر على ظهره أظمار، فسلم سلام العلماء، وتصدّر في صدر المجلس بمدارح الرّعاء. فقال له الريحاني: من السيد؟ فقال له: رجل سلبه الشطار أمس، وكان مقصدي هذا الحرم المقدّس، وأنا رجل من أهل صاغان من طلبة العلم، فقال القاضي مبادراً: سلوه -على العادة في إكرام العلماء بمبادرة سؤالهم- ووقعت القرعة على مسألة الكافر إذا التجأ إلى الحرم، هل يقتل فيه أم لا؟ فأفتى بأنه لا يقتل، فسئل عن الدليل، فقال: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يَقْتُلُوَكُمْ فِيهِ﴾ [البقرة/191]، قرئ:

﴿ولا تقتلوه﴾ و﴿لا تقتلوه﴾، فإن قرئ: ﴿ولا تقتلوه﴾ فالمسألة نص، وإن قرئ: ﴿ولا تقتلوه﴾ فهو تنبيه، لأنه إذا نهى عن القتال الذي هو سبب القتل كان دليلاً يبيناً ظاهراً على النهي عن القتل. فاعترض عليه القاضي الريحاني منتصراً للشافعي ومالك - وإن لم ير مذهبهما على العادة - فقال: هذه الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة/5].

فقال له الصاغاني: هذا لا يليق بمنصب القاضي وعلمه، فإن هذه الآية التي اعترضت بها علي عامة في الأماكن، والآية التي احتججت بها خاصة، ولا يجوز لأحد أن يقول إن العام ينسخ الخاص، فأبهر القاضي الريحاني، وهذا من بديع الكلام.

وقد سأل بعض المتأخرين من أصحابنا أهل بلادنا، فقال لهم: إن العام عند أبي حنيفة ينسخ الخاص، وهذا البائس ليته سكت عما لا يعلم، وأمسك عما لا يفهم، وأقبل على مسائل مجردة (ابن العربي، أحكام القرآن، 1/107 - 108).

وقد جانب ابن العربي الصواب بنفيه نسبة نسخ العام للخاص لأبي حنيفة، فإن ما جرى في مدرسة الحنفية لا يعدو أن يكون مناظرة تدريبية - بشهادته هو بنفسه - حيث وصف رد الريحاني على الصاغاني بقوله: «فاعترض عليه القاضي الريحاني منتصراً للشافعي ومالك، وإن لم ير مذهبهما، على العادة»، وعادة المناظرات التدريبية أنه قد ينصر المناظر رأياً يخالف مذهبه لضرورة قيام المناظرة، ولهذا فإن الصاغاني تبّه الريحاني الذي نصر رأي الشافعية إلى أنه استدلل لمذهبهم بدليل لا يصح على مقتضى أصولهم.

أما نقل ابن العربي على لسان الصاغاني قوله: «لا يجوز لأحد أن يقول إن العام ينسخ الخاص»، فإنه عندي محل شك، ولتوضيح ذلك أقول: إن ابن العربي نقل القصة نفسها في كتابه الآخر «قانون التأويل»، مشيراً فيه إلى كون الصاغاني حنفياً، وكانت عبارة الصاغاني فيه: «القاضي أجل قدراً من أن يتكلم بهذا، وكيف ينسخ الخاص العام؟ وإنما ينسخ القول القول إذا عارضه» (قانون التأويل، 441-442).

وليس في كلام الصاغاني بهذا الشكل لبس، ولا يتصور أن يكون الصاغاني حنفياً وينفي أن يقول أحد بنسخ العام للخاص، كيف ومصنفات مذهبه طافحة بنصرة هذا القول؟ لكن لعل ابن العربي تساهل في العبارة في «أحكام القرآن»، ودعاه إلى ذلك أنه هو نفسه ينكر أن يقول بذلك أحد.

والغريب أن ابن عاشور المالكي (1393هـ) أتى بضد قول ابن العربي، حيث قرر أن العام المتأخر عن العمل بالخاص ينسخ الخاص باتفاق (ابن عاشور، التحرير والتنوير، 206-205/2)، ولا أدري ما الذي حمله على هذه الدعوى، وهو غير مصيب فيها، كما بينا.

والأغرب من ذلك أنه أفاد في موضع آخر أن القول بنسخ العام للخاص ظاهر البطلان (ابن عاشور: التحرير والتنوير، 2/389).

لكنه نقل حقيقة الخلاف كما اشتهر بالفعل في مدونات الأصول في إحدى فتاويه، فقال: «الحنفية قاطبة يرون العام الوارد بعد الخاص ناسخاً، وخالفهم جمهور المالكية والشافعية، فأروه مخصوصاً بالمتقدم». (رضا، مجلة المنار، 6/935)

وتسمية شيخ ابن العربي في «أحكام القرآن» و«قانون التأويل» بالريحاني تصحيف، وصوابه: الزنجاني، كما في كتب ابن العربي الأخرى (انظر: العواصم من القواصم، 27، والقبس شرح الموطأ، 1/111، 2/775، 854)، ويفهم من مجموع كلامه فيهما أنه القاضي أبو سعيد محمد بن طاهر الزنجاني، ووصفه

المبحث الثاني

في بيان حجج الأفرقاء في تعارض العام

المتأخر والخاص المتقدم

نبدأ قبل ذكر مستند كل فريق بتحرير محل النزاع، وقد أحسن الجصاص التعبير عنه إذ قال: «إنا لا ننكر بناء العام على الخاص، فنستعملها في حال إذا قامت دلالة، ونقضي بالعام على الخاص في حال أخرى فنوجب نسخه به... لأننا إنما قلنا نقضي بالعام على الخاص إذا ورد بعد استقرار حكم الخاص، وأما إذا لم نعلم تاريخهما فإننا قد نبني العام على الخاص إذا قامت دلالة»⁽⁵⁴⁾.

وقال في موضع آخر: «إذا تقدّم لفظ الخصوص واستقر حكمه، ثم ورد العموم بضد موجب حكم الخصوص، فإن ذلك عندنا يوجب نسخ ما تضمنه لفظ الخصوص من الحكم - متى لم تقم دلالة من غيره على أن العموم مرتب على الخصوص - وكذا كان يحكي شيخنا [الكرخي] أن مذهب أصحابنا ومسائلهم تدل عليه... وقال مخالفنا بترتيب العموم وبنائه على الخصوص»⁽⁵⁵⁾.

فيظهر لنا مما مضى من كلامه أن محل النزاع في تقديم العام على الخاص هو حيث قطعنا باستقرار حكم الخاص وتقدمه على العام، مع عدم قيام دلالة خارجية على إرادة الشارع تناول العام جميع مشمولاته عدا مدلول الخاص، فإنه إن دلت دلالة على ذلك فالاتفاق منعقد عندئذ على بناء العام على الخاص، وإن وقع شك في التأريخ بينهما فيكون التعارض واقعاً بينهما لدى الحنفية عندئذ، فلا يقطعون بتقديم العام، ولكن يرجعون إلى دلالات خارجية للفصل في ذلك⁽⁵⁶⁾.

وننتقل الآن إلى بيان حجج المختلفين في هذه المسألة، ونبدأ بأدلة الحنفية ومن وافقهم، وهي كالتالي:

بالشهاد، وأنه بيت المقدس، طهره الله، وقال ابن فرحون في ترجمة ابن العربي: «لقي بالشام أبا نصر المقدسي، وأبا سعيد الزنجاني» (ابن فرحون، الديباج المذهب، 281)

(54) الجصاص، الفصول، 1/390-391.

(55) المرجع السابق، 1/385.

(56) انظر: الباقلاني، التقريب والإرشاد، 3/276-278.

أولاً: استدلو بأحاديث عن النبي ﷺ، وبآثار عن الصحابة رضي الله عنهم، ذكروا أنها تفيد تقديمهم العام على الخاص، ومن أصرحها ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ خرج على أبي بن كعب رضي الله عنه وهو يصلي، فقال: «يا أبا»، فالتفت أبي ولم يجبه، وصلى أبي فخفف، ثم انصرف إلى رسول الله ﷺ، فقال: السلام عليك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: «وعليك السلام، ما منعك يا أبا أن تجيبني إذ دعوتك؟» فقال: يا رسول الله، إني كنت في الصلاة، قال: أفلم تجد فيما أوحى الله إلي أن ﴿أَسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ﴾ [الأنفال/24]، قال: بلى، ولا أعود إن شاء الله (57).

فإن النبي ﷺ أعلمه أن قوله تعالى: ﴿أَسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ قاض على النهي عن الكلام في الصلاة، والآية عامة، والنهي عن الكلام في الصلاة خاص (58).

ويمكن الإجابة عن هذه الحجة بإجابة إجمالية، وأخرى تفصيلية:

أما الإجمالية، فيقال: إن ما شابه ذلك من حوادث -وردت عن الصحابة- ليس سوى قضايا عين لا يمكن الاستدلال بها بإطلاق دون النظر فيما احتف بها من قرائن، حيث إن سبب تقديم العام في كل حالة منها يعود إلى دلالة خارجية قامت في نفس من حكم بذلك، رجحت لديه العمل بالعام، وقد علمنا أن ما كان هذا حاله خارج عن محل النزاع، فلا نفترض أن صحابياً يقدم العام مطلقاً، لمجرد أنه قدمه في قضية ما.

أما إن كان النبي ﷺ هو الذي حكم بذلك -كما في مثالنا السابق- فإن الحجة في حكمه، سواء قدم العام أو الخاص، فالعام والخاص مرجعه كله إليه، وهو لا يشتغل بالنظر في النصوص الصادرة عنه ليميز الخاص من العام، والمقيّد من المطلق، والمتأخّر من المتقدم، بل حسبه أن ما ينطق به فهو تشريع.

ولما كان ليس من شأنه ﷺ استخدام قواعد الأصول في الاستنباط من النصوص، أضحي من غير الممكن لنا تتبع مسلكه من أجل استنباط قواعد أصولية في هذا الشأن.

(57) أخرجه أحمد، (برقم: 9345)، والترمذي في كتاب: فضائل القرآن، باب: ما جاء في فضل فاتحة الكتاب، (برقم: 2875)، وأخرج البخاري ما يطابق هذه القصة عن أبي سعيد بن المعلق لا عن أبي بن كعب، انظر: البخاري، كتاب: تفسير القرآن، باب: ما جاء في فاتحة الكتاب، (برقم: 4474).

(58) الجصاص، الفصول، 1/394-395.

وأما الإجابة التفصيلية، فيقال: إن لكل حادثة يستدلون بها نظر خاص، فما قدمناه من قصة النبي ﷺ مع أبي بن كعب يُقال عنه إنه خارج عن محل النزاع، فإننا لو قدّرنا أن النبي ﷺ كان يُعلم أياً أصول الاستنباط، ثم سلّمنا بتقدّم النهي عن الكلام في الصلاة على آية الأنفال، فإنه ليس في القصة ما يستدل به في مسألتنا، فإن التعارض فيها ليس بين نص خاص ونص عام، بل هو بين نصين كل منهما عام من وجه خاص من وجه.

وبيانه أن تحريم الكلام في الصلاة خاص بحالة الصلاة، عام في أنواع الكلام جميعها، ويشمل الكلام المتعلق بإجابة النبي ﷺ، وكذلك وجوب الكلام من أجل إجابة النبي ﷺ خاص بالكلام المتعلق بإجابته، عام في حالات المكلف جميعها، ويشمل حالة الصلاة، وهذا بخلاف فرض مسألتنا⁽⁵⁹⁾.

ثانياً: قالوا: إن تخصيص النص العام بالنص الخاص إنما يعدّ تبييناً للنص العام، وهذا لا يكون إلا عند اقترانهما، أو تراخي الخاص منهما، لا عند تقدمه، إذ لا يعقل تقدم البيان على المبيّن، كما لا يعقل تقدم التفسير على المفسّر⁽⁶⁰⁾. وأجيب بأنه لا يمتنع تقدّم البيان على المبيّن، واحتجوا لذلك بأمرين: قالوا: إن تخصيص النص العام بدليل

(59) تعرّض ابن رشد المالكي (595هـ) لحالة تشبه ما ذكرناه من حيث وقوع التعارض فيها بين نصين كل منهما عام من وجه خاص من وجه، فأحببتُ نقل كلامه، إذ أجاد فيه كعادته، فيقول: «وأما اختلافهم في رد السلام وتشميت العاطس [أثناء خطبة الجمعة] فالسبب فيه تعارض عموم الأمر بذلك لعموم الأمر بالإِنْصَات، واحتمال أن يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه». فمن استثنى من عموم الأمر بالصمت يوم الجمعة الأمر بالسلام وتشميت العاطس أجازهما، ومن استثنى من عموم الأمر برد السلام والتشميت الأمر بالصمت في حين الخطبة لم يجز ذلك... وإنما ذهب واحد من هؤلاء إلى واحد من هذه المستثنيات لما غلب على ظنه من قوة العموم في أحدها، وضعفه في الآخر، وذلك أن الأمر بالصمت هو عام في الكلام خاص في الوقت، والأمر برد السلام والتشميت هو عام في الوقت خاص في الكلام، فمن استثنى الزمن الخاص من الكلام العام لم يجز رد السلام ولا التشميت في وقت الخطبة، ومن استثنى الكلام الخاص من النهي عن الكلام العام أجاز ذلك.

والصواب ألا يُصار لاستثناء أحد العمومين بأحد الخصوصين إلا بدليل، فإن عسر ذلك فبالنظر في ترجيح العمومات والخصوصات، وترجيح تأكيد الأوامر بها. (ابن رشد، بداية المجتهد، 1/313) وفي قصة أبي بن كعب أعلاه كان الدليل الذي ترجّح به استثناء أحد العمومين بأحد الخصوصين هو إخبار النبي ﷺ بوجوب إجابته ندائه أثناء الصلاة. (60) الشيرازي، التبصرة، 155، وشرح اللمع، 1/371.

العقل جائز باتفاق، ودليل العقل متقدّم على النص العام، فجاز تخصيصه كذلك بالنص الخاص المتقدّم عليه⁽⁶¹⁾.

وقالوا إنه لو قال سيد لغلامه: إذا قلت لك: «أعط فلاناً عشرة دراهم»، فأعطه نصفها، ثم أمره بعد ذلك بإعطاء زيد عشرة دراهم، فإن الغلام يفهم من بيان سيده السابق أن عليه أن يعطي زيدا خمسة، وقد جرت بذلك عادة الملوك اللثام في العطايا، فإذا كان ذلك مستعملاً لدى العرب، سائغاً في كلامهم، جاز حينئذ أن يحمل عليه خطاب الله تعالى وخطاب رسوله ﷺ⁽⁶²⁾.

وما ذكره يمكن الإجابة عنه، أما المقالة الأولى فيقال: إن القياس على دليل العقل قياس مع الفارق، فإن دليل العقل غير مرتبط بزمان، وإن سلّمنا لهم تقدمه على النص العام فهو أيضاً مقارن له ومتأخر عنه، فلما أغفلوا حقيقة كونه مقارناً ومتأخراً -مما أوجب كونه مخصصاً- والتفتوا إلى تقدّمه فحسب؟

وأما المقالة الثانية فعشرة لا لعالها، وأين قائلها من قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ مَثَلُ السَّوِّ وَلِلَّهِ الْمَثَلُ الْأَعْلَىٰ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ [النحل/60]؟ إذ ليس من معتاد خطاب الشارع أن يختص طائفة بفهم مراده، ويضل من سواهم بإيهاهم بمعان مغايرة لمراده، ووصف هذا النوع من الخطاب بالتعمية والتلبيس أولى من وصفه بالبيان، ولا أدل على سوء هذا المسلك من إصاقهم هذه العادة في التخاطب بالملوك اللثام.

ثالثاً: قالوا: إنه لو أراد الشارع استثناء مدلول النص الخاص من مشمولات النص العام المتراخي عنه لذكر ذلك ونبّه عليه، لعلمه باعتقاد أهل اللغة استغراق النص العام لجزئياته، لكون صيغته موضوعة لذلك، فلما سكت ولم ينبّه على الاستثناء كان الظاهر أن النص العام ناسخ للنص الخاص المتقدّم⁽⁶³⁾.

وأجيب عن ذلك بعدم التسليم باعتقاد أهل اللغة استغراق النص العام لجزئياته كلها متى ما تقدّم عليه نص خاص يعارضه، بل ورود النص الخاص المتقدّم فيفيدهم

(61) أبو يعلى، العدة، 2/623، الشيرازي، التبصرة، 154، 155، وشرح اللمع، 1/368، 371.

(62) الشيرازي، التبصرة، 155، 156، وشرح اللمع، 1/371.

(63) أبو يعلى، العدة، 2/624، ابن عقيل، الواضح، 3/439.

أن النص العام غير متناول لما دل عليه النص الخاص⁽⁶⁴⁾.

لكن الاستعمال القرآني مؤيد لما احتج به الحنفية ومن وافقهم، فإننا نجد مما أنزل تعالى في كتابه قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لِمَلَّكُمْ تَنَفُّونَ ﴿١٨٣﴾ أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ. وَأَن تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٤﴾﴾ [البقرة/183-184].

وآية التخيير هذه منسوخة بالآية التي تليها، كما بين ذلك سلمة بن الأكوع، وابن عمر⁽⁶⁵⁾، رضي الله عنهم، وهو قول جمهور أهل العلم⁽⁶⁶⁾. والآية الناسخة هي قوله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْءَانُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَيْتُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿١٨٥﴾﴾ [البقرة/185].

(64) ابن عقيل، الواضح، 3/439، وأجيب بجواب آخر لم يتضح لي، حيث قال أبو يعلى: «إنه [أي: الشارع] لم يذكره مع اللفظ، لأنه يجوز تأخير بيانه، فإذا بينه بالثاني وجب حمله عليه» (أبو يعلى، العدة، 2/624).

وكلامه -فيما يظهر- غير مترابط، وغير متطابق مع الدعوى التي يجيب عنها، حيث ذكر خصومه أن الشارع لو أراد استثناء مدلول النص الخاص من مشمولات النص العام المتراخي عنه لنبه على ذلك، لثلا يتوهم المكلفون نسخ النص الخاص، ولكان تنبيهه على ذلك مقارناً للنص العام، فكيف يقول: «إنه لم يذكره مع اللفظ، لأنه يجوز تأخير بيانه» فإنه -كما يبدو- يشير إلى أمر يذكر مقارناً للنص الخاص المتقدم، وهذا بخلاف ما يتحدث عنه خصومه.

ثم قال: «فإذا بينه بالثاني وجب حمله عليه»، وهو يوهم أن النص العام مبين للنص الخاص، مما لا أعلم له قائلاً.

(65) أثر سلمة بن الأكوع أخرجه البخاري في كتاب: التفسير، باب: «فمن شهد منكم الشهر فليصمه»، (برقم: 4507)، ومسلم في كتاب: الصيام، باب: بيان نسخ قوله تعالى: «وعلى الذين يطيقونه فدية»، بقوله تعالى: «فَمَن شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ»، (برقم: 1145). أما أثر عبد الله بن عمر فقد أخرجه البخاري في كتاب التفسير، باب: «فمن شهد منكم الشهر فليصمه»، (برقم: 4506).

(66) انظر: النحاس، الناسخ والمنسوخ، 1/494، الجصاص، أحكام القرآن، 1/224-225، النووي، شرح مسلم، 8/263، ابن حجر، فتح الباري، 8/29.

والقدر المنسوخ من الآية الأولى هو تخيير المقيم الصحيح بين الصيام والفدية، دون بقية ما فيها من أحكام، والذي يؤكد ذلك أنه تعالى أعاد في الآية الناسخة حكم المسافر والمريض، الذي كان مذكوراً أولاً في الآية المنسوخة.

وقال الواحدي (468هـ) في هذا الشأن: «أعاد تخيير المريض والمسافر، وترخيصهما في الإفطار، لأن الله تعالى ذكر في الآية الأولى تخيير المقيم والمسافر والمريض، ونسخ في الثانية تخيير المقيم بقوله: ﴿فَلْيَصُومْ﴾، فلو اقتصر على هذا احتمال أن يعود النسخ إلى تخيير الجميع، فأعاد بعد النسخ ترخيص المسافر والمريض، ليعلم أنه باق على ما كان»⁽⁶⁷⁾.

ويبدو أن جمعاً من المفسرين تلقفوا هذا المعنى عن الواحدي، يعيننا منهم الرازي⁽⁶⁸⁾، والبيضاوي⁽⁶⁹⁾ (685هـ)، والمحلي (864هـ)، فإنهم ممن جمع إلى الكتابة في التفسير التصنيف في أصول الفقه.

وكانت عبارة آخرهم في بيان سبب تكرار حكم المريض والمسافر: «كُرِّرَ لثَلَا يُتَوَهَّمُ نَسْخُهُ بِتَعْمِيمٍ: ﴿مَنْ شَهِدَ﴾»⁽⁷⁰⁾، مما يفيد أن النص العام المتأخر -مثل قوله: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُومْ﴾- يمكن أن يكون ناسخاً لنص خاص متقدم -كقوله: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾- ولو لم يكن ذلك ممكناً لما احتل أن يتوهَّم النسخ.

والغريب أن الثلاثة -وهم من الشافعية- اعتمدوا في مصنفاتهم في الأصول أن النص العام المتأخر لا يمكن أن ينسخ النص الخاص المتقدم⁽⁷¹⁾، بخلاف ما قرروه في كتب التفسير.

(67) الواحدي، الوسيط، 1/271.

(68) الرازي، التفسير الكبير، 5/72، حيث قال: «بيّن تعالى أن إفطار المسافر والمريض في الحكم خلاف التخيير في حكم المقيم، فإنه يجب عليهما القضاء في عدة من أيام أخر، فلما نسخ الله تعالى ذلك عن المقيم الصحيح وألزمه بالصوم حتماً، كان من الجائز أن يظن أن حكم الصوم -لما انتقل عن التخيير إلى التضييق- حكم يعم الكل، حتى يكون المريض والمسافر فيه بمنزلة المقيم الصحيح من حيث تغير حكم الله في الصوم، فبيّن تعالى أن حال المريض والمسافر ثابت في رخصة الإفطار ووجوب القضاء كحالها أولاً، فهذا هو الفائدة في إعادة ذكر حكم المسافر والمريض».

(69) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 1/168.

(70) المحلي، تفسير الجلالين، 28.

(71) انظر: الرازي، المحصول، 3/106، البيضاوي، منهاج الوصول، 4/1459، المحلي، شرح جمع الجوامع، 2/77-78.

رابعاً: ذكر الحنفية أن اللفظ العام في تناوله لأحد ما اندرج تحته يجري مجرى ألفاظ خاصة، كل واحد منها يتناول واحداً فقط من تلك الآحاد، أما اشتمال اللفظ العام على غير ما ورد في الخاص -إضافة إلى ما ورد في الخاص- فليس فيه ما يمنع أن يكون ما عارض اللفظ الخاص المتقدم من اللفظ العام المتأخر ناسخاً له، إذ لا فرق مؤثراً بين أن يرد بعد الخاص لفظ بخلاف حكمه يقابله لا يزيد عليه، وبين أن يرد لفظ عموم بخلاف حكمه ينتظم الخاص وغيره.

ولتوضيح ذلك نضرب مثلاً، وهو قوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الشُّرَكَينَ﴾ [التوبة/5]، فهو لفظ عام لكنه يجري مجرى قوله: «اقتلوا زيدا المشرك»، «اقتلوا عمرا المشرك»، «اقتلوا خالد المشرك»، من الألفاظ الخاصة، فلو أن الشارع نص أولاً على عدم قتل زيد المشرك، ثم نص بعد ذلك على قتل آحاد المشركين بأسمائهم بألفاظ خاصة، ومنهم زيد، لكان خطابه الثاني ناسخاً للأول باتفاق، فكذاك ينبغي أن يكون الأمر عند تأخر العام عن الخاص في حال تعارضهما⁽⁷²⁾.

وأجاب المخالفون عن هذا الاحتجاج بقولهم: إن اللفظ العام لا يجري مجرى ألفاظ خاصة بآحاد ما تناوله إلا في حقيقة كونه متناولاً لها فحسب، لا في قوة هذا تناول، فإنه لا يجري مجرى الخاص في امتناع دخول التخصيص عليه، وذلك لأن اللفظ الخاص بشيء واحد لم تندرج تحته أشياء فيمكن أن نقول بخروج بعضها، فهو نص في تناول ما اندرج تحته، بخلاف العام المتناول أشياء عدة، فإنه يمكن أن يراد به بعضها لا جميعها، فتعد دلالته على جميع ما اندرج تحته من قبيل الظاهر.

ولهذا كان الخاص المقارن للعام مخصصاً له، وما ذكروه -إن قبلناه على إطلاقه- يمنع من كونه مخصصاً له، بل يجعله واقعاً موقع المناقضة للعام، وهم لا يقولون بذلك⁽⁷³⁾.

وبذلك ندرك ما يعنيه المتكلمون من الأصوليين بتفريقهم بين العام والخاص، إذ يقولون: العام ظني الدلالة، والخاص مقطوع الدلالة، فهم لا يعنون بقولهم هذا أن دلالة اللفظ الخاص قطعية بإطلاق، بل إن الخاص لا يحتمل التخصيص، والعام يحتمله⁽⁷⁴⁾.

(72) الجصاص، الفصول، 1/385-387، البصري، المعتمد، 1/278.

(73) البصري، المعتمد، 1/278، أبو يعلى، العدة، 2/624.

(74) الزركشي، البحر المحيط، 3/29.

ومن أجل ذلك جعل بعض الأصوليين الاختلاف في مسألتنا متفرعاً عن الخلاف في قوة دلالة العام على مشمولاته، التي يخالف فيها الحنفية، حيث إنهم عدوا العام دالاً على جميع مشمولاته على سبيل القطع لا الظن⁽⁷⁵⁾.

إلا أن القول بتفرع مسألتنا عن هذا الأصل ليس دقيقاً، فإننا إن سلّمنا بذلك بالنظر إلى أصل الحنفية في قولهم بقطعية العام، فما القول بغير الحنفية - كالدقّاق والباقلاني والقاضي عبد الجبار - ممن حكموا بنسخ العام للخاص دون أن يختاروا القول بقطعية العام؟

وهكذا نجد أنه لقوة حجة الحنفية الأخيرة، ووجهة إجابة الجمهور عنها، توسّط قوم بين الفريقين، فركن الجويني إلى التوقف، إذ وجد في كل من العام والخاص ما يقتضي التقديم، فإن استغرق العام لمدلول الخاص وتأخره عنه يقتضي تقديم العام، فإنه يجوز أن يكون الشارع قصد نسخ الخاص، وفي مقابلة ذلك نجد أن الخاص نص في ما تناوله، بخلاف العام فهو ظاهر، فافتضى ذلك تقديم الخاص، حيث يجوز أن يكون الشارع قصد تخصيص العموم، ويتعارض الاحتمالين، وغياب المرجح، لم يقض بأحدهما على الآخر، فوجب التوقف⁽⁷⁶⁾.

بينما وافق أحمد والقاضي عبد الجبار الحنفية في جانب، ووافقا الجمهور في جانب آخر، حيث قضى أحمد بتقديم العام إذا علم تأخره، مستدلاً - كما أشرنا سابقاً - بقول الزهري: «كانوا [أي: الصحابة] يتبعون الأحداث فلا أحدث من أمره ﷺ، ويروونه الناسخ المحكم».

أما ما جهل تاريخه فقد قضى فيه أحمد بتقديم الخاص، وذلك لأن الجزئية التي تنازع حكمها كل من النص الخاص والنص العام تكون دلالة النص الخاص عليها أقوى، وذلك لصراحته في تناولها، بينما يضعف تناول النص العام لها ما يرد عليه من احتمال تقدمه على النص الخاص، وكذلك احتمال مقارنته له⁽⁷⁷⁾.

(75) انظر: البزدوي، أصول البزدوي، 1/587، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 1/240، الزركشي، البحر المحيط، 3/26-29، 412.

(76) ابن برهان، الوصول، 1/299.

(77) آل تيمية، المسودة، 1/319، ابن مفلح، أصول الفقه، 3/953.

ويُجاب عن ذلك بأنه كما يحتمل تراخي النص الخاص أو مقارنته للعام، فيقدّم الخاص، فكذلك يحتمل تراخي العام فيقدّم هو، فلما تعارض الاحتمالان وجب التوقف والبحث عن مرجّح خارجي، إذ ليس الحكم بأحد الاحتمالين بأولى من الآخر⁽⁷⁸⁾.

أما القاضي عبد الجبار فقال: إن جهل ترتيب النصين في الورد يقتضي جعلهما كأنهما وردا معاً، قياساً على الغرقى في علم الفرائض، فإنه لو غرق جماعة في سفينة، أو عمّهم وجه من وجوه الهلاك، وكانوا ممن يقع بينهم التوارث، ولم يعلم أيهم سبق موته، فإنهم يجعلون كأنهم ماتوا دفعة واحدة، فلا يرث أحدهم من صاحبه، لانعدام شرط التحقق من حياة الوارث بعد موت مورثه، وعند الحكم باقتران نصين فإن ذلك يفيد تقديم الخاص منهما على العام⁽⁷⁹⁾.

وقد أجاب عن هذه الحجة كل من البصري وابن برهان، فقال الأول منهما: إن استدلال القاضي عبد الجبار يمكن أن يحتجّ به مخالفه، لأنه لما اشتبه حال الغرقى لم يورث أحدهم من غيره، فكذلك إذا اشتبه حال الخبرين، يجب ألا يعترض بأحدهما على الآخر، وأن يرجع إلى أمر خارجي⁽⁸⁰⁾، وأبطل ابن برهان الاستدلال لكونه يتضمّن إثبات أحكام اللغة بالقياس على أحكام الشرع، وأحكام اللغة سابقة في الزمان، فلم يصح ذلك، إذ المدلول لا يتصور كونه متقدماً على دليله⁽⁸¹⁾.

أما الجمهور فمن أدلتهم على تقديم الخاص مطلقاً:

أولاً: إن الجزئية التي تنازع حكمها كل من النص الخاص المتقدم والنص العام المتراخي تكون دلالة النص الخاص عليها معلومة، لأن دلالة عليها نصية، أما تناول النص العام لها فمشكوك فيه، لأن دلالة عليها ظاهرة، ولا يترك العمل بالعلم من أجل الشك⁽⁸²⁾.

(78) انظر: البصري، المعتمد، 1/281.

(79) ابن برهان، الوصول، 1/299.

(80) انظر: البصري، المعتمد، 1/280.

(81) ابن برهان، الوصول، 1/300.

(82) الجصاص، الفصول، 1/387، البصري، المعتمد، 1/278، أبو يعلى، العدة، 2/623، الشيرازي، التبصرة، 154، وشرح اللمع، 1/365، 368، وهذه الحجة التي عللوا بها تقديم الخاص مطلقاً قريبة مما علل به أصحاب أحمد قوله بتقديم الخاص عند جهل التأريخ.

وأجيب عن ذلك بأن ما يدّعونه من شك في تناول النص العام لهذه الجزئية ليس سببه عدم صلاحية صيغة العام للدلالة عليها لغة، فإنهم يقرون بشمول صيغة العام للجزئية المتنازع عليها فيما لو انفرد ولم يسبقه نص خاص، وإنما حصل الشك لديهم لمجرد تقدّم النص الخاص.

ثم إن حكم النص الخاص المتقدم إنما كان متيقناً قبل ورود النص العام بخلافه، فلما ورد النص العام بخلافه أمكن أن نقول -بعكس حجتهم- إن النص العام متناول لهذه الجزئية باتفاق، فلا نترك العمل بعمومه من أجل النص الخاص المتقدم، فإنه مشكوك في بقاءه لورود النص العام بخلاف حكمه، فيحكم بنسخه⁽⁸³⁾.

ثانياً: قالوا بأن النص الخاص مع النص العام بمثابة الاستثناء مع النص العام، فتكون دلالة النص العام متناولة لأفراده سوى الجزئية التي تناولها النص الخاص، كما يكون النص العام المقترن باستثناء متناولاً لما عدا المستثنى⁽⁸⁴⁾.

وأجيب عنه بأنه قياس مع الفارق، فإن الاستثناء لا يكون إلا مقارناً للمستثنى منه، أما النص الخاص فله حالان: مقارنة للنص العام، فيصير بمنزلة الاستثناء حينئذ، وغير مقارنة له، فلا يمكن قياسه على الاستثناء⁽⁸⁵⁾.

ثالثاً: قالوا بأن تقدم النص الخاص على النص العام كالعهد بين المتكلم والمخاطب، فيجعلان كما لو كانا مقترنين، فإن ما تفرّق من ألفاظ الشارع ينبغي أن يعدّ بمنزلة المجموع في موضع واحد، حفظاً لكلام الشارع عن التناقض، فيقدّم النص الخاص في محل التعارض⁽⁸⁶⁾.

وأجيب عن ذلك بأنه لا معنى لقولهم: «إن تقدم النص الخاص كالعهد بين المتكلم والمخاطب»، إلا أن المتكلم قد دل بالنص الخاص المتقدم على أن مراده بالنص العام ما سوى مدلول النص الخاص، وأن المخاطب لا يفهم منه إلا ذلك،

(83) الجصاص، الفصول، 1/387-388، البصري، المعتمد، 1/278.

(84) الجصاص، الفصول، 1/388، البصري، المعتمد، 1/280.

(85) الجصاص، الفصول، 1/388، البصري، المعتمد، 1/280.

(86) البصري، المعتمد، 1/278، الشيرازي، التبصرة، 152، وشرح اللمع، 1/366، ابن عقيل، الواضح، 3/437-438.

وهذا محل النزاع عينه، فهم ألبسوا دعواهم ثوب الدليل، ثم ذكروها في سياق الحُجج، وليست بحُجّة⁽⁸⁷⁾.

ثم لو أننا عدّنا المتفرّق من كلام الشارع كالمجتمع في موضع واحد للزم من ذلك وقوع التناقض في خطابه من جانب آخر، إذ كيف نوفّق بين النصين الخاصين المتعارضين من كل وجه؟ فهذه حالة لا يمكن دفع التعارض فيها إلا بافتراض نسخ المتراخي منهما للمتقدّم، ولا يكون النسخ إلا بناء على الحكم بتفرقهما زمنًا، لا اجتماعهما.

رابعاً: قالوا: إن ما صلح لتخصيص النص العام إن تأخّر عنه، فإنه يصلح لتخصيصه إذا تقدّم عليه، والقياس أوضح مثال على ذلك، فإنه لا فرق بين أن يكون القياس مبنياً على أصل متقدّم على النص العام، أو على أصل متأخّر عنه، ففي الحالتين يعدّ مخصصاً له، فكذلك النص الخاص، بل هو أولى، لأنه أقوى من القياس⁽⁸⁸⁾.

وأجيب بعدم التسليم بذلك، فإن القياس لا يكون إلا مبنياً على نص، فإذا كان مبنياً على نص خاص متقدّم على النص العام، فكيف يقع الخلاف حينئذ في التخصيص بالنص الخاص، وهو أصل القياس، ويُدعى الاتفاق على التخصيص بالقياس، وهو فرع النص الخاص؟⁽⁸⁹⁾.

خامساً: قالوا: قد استقر إجماع فقهاء الأمصار، منذ القرن الخامس الهجري، على تخصيص أعم الخبرين بأخصهما مع فقد علمهم بالتاريخ⁽⁹⁰⁾.

(87) البصري، المعتمد، 1/278.

(88) البصري، المعتمد، 1/280، أبو يعلى، العدة، 2/623، الشيرازي، التبصرة، 154، وشرح اللمع، 1/368.

(89) البصري، المعتمد، 1/280، السمرقندي، الميزان، 158.

وقال الرازي منتقداً هذا الاحتجاج: «هو ضعيف، لأن القياس يقتضي أصلاً يُقاس عليه، فذلك الأصل إن كان متقدماً على العام لم يجز القياس عليه عندنا» (الرازي، المحصول، 3/113). وقد استشكل شارحو كتابه هذا الكلام، فقال القرافي (684هـ): «عبارة تقتضي أننا نحن أيضاً نقول بذلك، وما رأيت هذا في غير هذا الموضوع» (القرافي، نفائس الأصول، 5/2214).

وقال الأصفهاني (653هـ): «اعلم أن هذا الكلام يستشكل، فلا بد من إيضاحه وبسطه لإزالة الوهم، فنقول... قول المصنف: «لم يجز القياس عليه» عند أبي حنيفة، وهذا لأن الاحتجاج من جهة الشافعي رحمته الله، والمنع متجه على الحُجّة من جهة أبي حنيفة» (الأصفهاني، الكاشف، 4/558-559).

(90) البصري، المعتمد، 1/279، أبو الخطاب، التمهيد، 2/157، الرازي، المحصول، 3/113.

وما زعموه بعد القرن المُشار إليه إنما يعدّ إجماعاً منعقدّاً بعد خلاف سابق، وهو مختلف في الاحتجاج به، لكنّا وإن سلّمنا لهم صحة الاحتجاج بهذا النوع من الإجماع، فإن الواقع ناطق بعدم انعقاده في مسألتنا، لاشتهار مخالفة الحنفية في كتبهم من لدن عيسى بن أبان حتى الآن، ولو سلّمنا انعقاده فهو -كما ذكرنا- في حالة فقد العلم بالتاريخ، وهم لم يدّعوا الإجماع في حالة العلم بتأخر العام، وهي موضوع بحثنا.

سادساً: قالوا: إن في بناء النص العام على النص الخاص استعمال اللفظين جميعاً، وفي إثبات النسخ إسقاط أحدهما، والأدلة إنما وردت للاستعمال، فكان العمل بموجب الدليلين أولى من إسقاط أحدهما بالآخر⁽⁹¹⁾، حيث إن النص العام والنص الخاص -في الحقيقة- غير متعارضين، فإن شأن ما تناوله النص الخاص أن يعد خارجاً عما تناوله النص العام، ولهذا صحّ ورود النص الخاص والنص العام دفعة واحدة، ولو كانا متعارضين لما جاز ورودهما معاً⁽⁹²⁾.

وقيل في جواب ذلك: إنه لا مفر من إسقاط أحد الدليلين بالآخر، فعند تأمل مسلككم في بناء النص العام على النص الخاص، نجد أنه متضمن لإسقاط مدلول النص العام في الجزئية التي عارض فيها النص الخاص، فلم جعلتم إسقاط مدلوله في هذه الجزئية أولى من إسقاط مدلول النص الخاص؟

ومن المعلوم أن العمل بمقتضى النص العام فيما لم يعارض النص الخاص من جزئيات هو خارج عن محل النزاع، وإنما النزاع في الجزئية التي عارض فيها النص الخاص النص العام فحسب، ولهذا فلا معنى لقولكم: إن استعمال الدليلين معاً أولى من إسقاط أحدهما بالآخر، فإنكم لم تستعملوا من مدلول النص العام مما عارض النص الخاص شيئاً قط، وعلى هذا فالصواب أن نعدّ النص الخاص وما عارضه من مدلول النص العام خبرين متضادين، أحدهما متأخر عن الآخر، فيجب استعمال الآخر منهما، ويكون الأول منسوخاً به⁽⁹³⁾.

(91) الجصاص، الفصول، 1/388، البصري، المعتمد، 1/280، أبو يعلى، العدة، 2/623، الشيرازي، التبصرة، 151، 153، وشرح اللمع، 1/365، 369، 373.

(92) الشيرازي، شرح اللمع، 1/371.

(93) الجصاص، الفصول، 1/389.

وهذا الجواب مبني على مجازاة الخصم في أن الحكم بالنسخ عمل بأحد الدليلين فحسب، وإلا فإن النص المنسوخ كان من شأنه أن عُمِلَ به في زمن ما، والحكم بنسخه لا يلغي هذه الحقيقة، وعلى هذا فإننا - وإن حكمنا بنسخ النص العام المتأخر للنص الخاص المتقدم - عاملون بالنصين جميعاً، لكن في زمنين مختلفين⁽⁹⁴⁾.

أما تفسيرهم عدم حصول التعارض بين العام والخاص بأن ما تناوله اللفظ الخاص خارج أصلاً عما تناوله اللفظ العام، واستدلّاهم عليه بصحة ورود الخاص والعام معاً، وأنهما لو كانا متعارضين لما جاز ذلك، فجوابه: أنه ليست صحة ورود لفظين معاً في سياق واحد دليلاً على كونهما غير متعارضين، فقد يكون اللفظان متعارضين ولا يلزم من ذلك الوقوع في التناقض متى أمكن الجمع بينهما.

فإن دلالة اللفظ العام على ما اندرج تحته من أفراد لا تساوي دلالة الخاص على ما اندرج تحته إلا في حقيقة التناول لا في قوته، كما قرنا سابقاً، فإن العام المتناول أشياء عدة يمكن أن يُراد به بعضها لا جميعها، فتعد دلالته على جميع ما اندرج تحته من قبيل الظاهر، أما اللفظ الخاص بشيء واحد فلم تندرج تحته أشياء فيمكن أن نقول بخروج بعضها، فهو نص في تناول ما اندرج تحته.

وإذا اجتمع نص وظاهر بينهما تعارض في سياق واحد فإن الجمع ممكن، ولا يكون هذا تناقضاً كاجتماع نصين متعارضين.

(94) البصري، المعتمد، 1/281، وقال المقبل (1040هـ) في هذا المعنى: «هذا هو الجمع حقاً بين الدليلين، لا ما يقولونه من استعمال العام فيما عدا محل التعارض، إذ ذلك خارج عن التعارض، ولا نزاع فيه بين العام والخاص، وإنما الجمع أن يأخذ كل من الدليلين مطلبه في وقته الذي استقل به، وإذا اتحد الوقت ووقع النزاع فيه أعطي الطارئ حكمه، ويكون نسخاً كما عرفت». وهم حكموا للخاص مطلقاً، وقالوا للعام: «استغنِ بما أغناك الله من الجزئيات التي لا نزاع فيها» (المقبلي، نجاح الطالب، 407).

المبحث الثالث

في تطبيقات لتعارض العام المتأخر والخاص المتقدم

في الفقه والتشريعات الكويتية

أولاً: ذهب الشافعي إلى جواز نكاح العفيف الزانية، بغير اشتراط توبتها، ولم يمنعه من ذلك مدلول قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور/3]، معتمداً على ما رواه بسنده عن سعيد بن المسيب (94هـ) أنه قال في الآية: «هي منسوخة، نسختها: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور/32]، فهي من أيامي المسلمين»⁽⁹⁵⁾.

قال الشنقيطي (1393هـ): «أما قول سعيد بن المسيب والشافعي بأن آية: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ منسوخة بقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ فهو مستبعد، لأن المقرر في أصول الشافعي ومالك وأحمد هو أنه لا يصح نسخ الخاص بالعام، وأن الخاص يقضي على العام مطلقاً، سواء تقدّم نزوله عنه أو تأخر، ومعلوم أن آية: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ أعم مطلقاً من آية: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾، فالقول بنسخها لها ممنوع على المقرر في أصول الأئمة الثلاثة المذكورين، وإنما يجوز ذلك على المقرر في أصول أبي حنيفة رحمه الله»⁽⁹⁶⁾.

ثانياً: ذهب أحمد إلى تحريم الانتفاع بجلد الميتة مطلقاً -على الرواية المشهورة في المذهب- عملاً بعموم حديث عبد الله بن عكيم الجهني الذي يقول فيه: «أتانا كتاب رسول الله ﷺ بأرض جهينة، قبل وفاته بشهر أو شهرين: (ألا تنتفعوا من الميتة بإهاب، ولا عصب)»⁽⁹⁷⁾، وقدمه على خصوص حديث ابن عباس الذي يقول فيه: «تُصدّق على مولاة لميمونة بشاة، فماتت، فمر بها رسول الله ﷺ، فقال:

(95) الشافعي، أحكام القرآن، 235، 368، وقد وافق الشافعية في ذلك الحنفية والمالكية (الزيلعي، تبين الحقائق، 2/114، القرافي، الذخيرة، 4/259، الجويني، نهاية المطلب، 12/219)، أما الحنابلة فإنهم اشتراطوا توبتها لجواز نكاحها، إذ بعد التوبة لا توصف بأنها زانية. (ابن قدامة، المغني، 9/562)

(96) الشنقيطي، أضواء البيان، 6/90.

(97) أخرجه أحمد (برقم: 18783).

(هلا أخذتم إهابها، فدبغتموه، فانتفعتم به)، فقالوا: إنها ميتة، فقال: (إنما حرم أكلها)»⁽⁹⁸⁾، وذلك لما ذكره ابن عكيم من أن نهي النبي ﷺ وقع قبل وفاته، فكان أحمد يقول: «كان هذا آخر أمر النبي ﷺ»⁽⁹⁹⁾، ويرى أن إسناده جيد، فهو ناسخ لحديث ابن عباس⁽¹⁰⁰⁾.

وذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى جواز الانتفاع بجلد الشاة الميتة بعد دبغها، عملاً بحديث ابن عباس⁽¹⁰¹⁾، وقال النووي (676هـ) رداً على من عدّ حديث ابن عكيم ناسخاً: «لو سلم تأخره لم يكن فيه دليل، لأنه عام وأخبارنا خاصة، والخاص مقدّم على العام، سواء تقدّم أو تأخر، كما هو معروف عن الجماهير من أهل أصول الفقه»⁽¹⁰²⁾، أما الحنفية فإنهم لم يعملوا بحديث ابن عكيم - وإن كان متأخراً - لاضطراب سنده⁽¹⁰³⁾، ولما تبين لأحمد هذا الاضطراب عمل في آخر أمره بحديث ابن عباس⁽¹⁰⁴⁾.

ثالثاً: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى أن أكل لحم الإبل ليس ناقضاً للوضوء⁽¹⁰⁵⁾، لعموم أثر جابر بن عبد الله ﷺ: «كان آخر الأمرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما مسّت النار»⁽¹⁰⁶⁾، وعدّوه ناسخاً لخصوص حديث جابر بن سمرة ﷺ: «أن

(98) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: جلود الميتة قبل أن تدبغ، (برقم: 2221)، ومسلم في كتاب: الحيض، باب: طهارة جلود الميتة بالدباغ، (برقم: 363)، واللفظ له، وأحمد (برقم: 26795)، بلفظ قريب من لفظ مسلم.

(99) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: اللباس، باب: ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، ص: 413.

(100) ابن قدامة، المغني، 1/90-91.

(101) انظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار 1/473، شرح مشكل الآثار 8/284، الباجي، المتقى، 3/133-135، النووي، المجموع، 1/217-219.

(102) النووي، المجموع، 1/219.

(103) الطحاوي، شرح مشكل الآثار 8/284.

(104) انظر: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: اللباس، باب: ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، ص: 413، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 21/609.

(105) الطحاوي، شرح معاني الآثار 1/70-71، ابن عبد البر، التمهيد، 3/351، القرطبي، المفهم، 1/603-605، النووي، المجموع، 2/56-59.

(106) أخرجه أبو داود في كتاب: الطهارة، باب: في ترك الوضوء مما مسّت النار، (برقم: 192)، والنسائي في كتاب: الطهارة، باب: ترك الوضوء مما غيّرت النار، (برقم: 185)، واللفظ له.

رجلاً سأل رسول الله ﷺ: أتوضأ من لحوم الغنم؟ قال: (إن شئت فتوضأ، وإن شئت فلا توضأ)، قال: أتوضأ من لحوم الإبل؟ قال: (نعم، فتوضأ من لحوم الإبل)»⁽¹⁰⁷⁾.

بينما ذهب الحنابلة إلى أن أكل لحم الإبل ناقض للوضوء، لحديث جابر بن سمرة رضي الله عنه⁽¹⁰⁸⁾، وقد ذكر النووي أن للشافعي في نقض الوضوء بلحم الإبل قولين، فقال: «الجديد المشهور: لا ينتقض، وهو الصحيح عند الأصحاب، والقديم: أنه ينتقض، وهو ضعيف عند الأصحاب، ولكنه هو القوي أو الصحيح من حيث الدليل، وهو الذي أعتقد رجحانه»⁽¹⁰⁹⁾، ثم قال مجيباً عن حجة الجمهور: «أما النسخ فضعيف أو باطل، لأن حديث ترك الوضوء مما مست النار عام، وحديث الوضوء من لحم الإبل خاص، والخاص يقدم على العام، سواء وقع قبله أو بعده»⁽¹¹⁰⁾.

رابعاً: اختلف المفسرون في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يَقْتُلُوَكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ﴾ [البقرة/191]، هل هو مخصص لعموم قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة/5]؟ أو أن الآية الثانية ناسخة للأولى؟ فذهب جماعة، على رأسهم مجاهد (103هـ)، إلى أن آية البقرة محكمة، وذهب آخرون، على رأسهم قتادة (118هـ)، إلى أنها منسوخة⁽¹¹¹⁾، وقال ابن النحاس (338هـ): «هذه الآية من أصعب ما في الناسخ والمنسوخ»⁽¹¹²⁾، إلا أنه رجح أنها منسوخة، لنزول التوبة بعد البقرة بسنين، وذكر أن أكثر أهل النظر على هذا القول⁽¹¹³⁾.

فإذا ما انتقلنا من المفسرين إلى الفقهاء نجد أن الحنفية والحنابلة يقررون أن الحربي إذا التجأ إلى الحرم فإنه لا يُباح قتله فيه ما لم يبدأ هو بالقتال، مستدلين بآية

(107) أخرجه مسلم في كتاب: الحيض، باب: الوضوء من لحوم الإبل، (برقم: 360).

(108) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 1/144.

(109) النووي، المجموع، 2/57.

(110) النووي، المجموع، 2/59-60.

(111) ابن النحاس، الناسخ والمنسوخ، 1/519-520.

(112) ابن النحاس، الناسخ والمنسوخ، 1/519.

(113) ابن النحاس، الناسخ والمنسوخ، 1/521.

البقرة،⁽¹¹⁴⁾ بينما يرى المالكية والشافعية إباحتها قتله ابتداءً، عملاً بعموم آية التوبة⁽¹¹⁵⁾، ومن اللافت أن أبا يعلى والشيрази حكما -في مبحث النسخ في مصنفاتهم في أصول الفقه- بأن آية التوبة ناسخة لآية البقرة⁽¹¹⁶⁾، على الرغم مما سبق من النقل عنهما بعدم نسخ العام للخاص.

خامساً: ذكر الهيثمي (974هـ) أن الجدار الكائن بين مالكين لدارين إن اختص بملكه أحدهما فليس للآخر وضع جذع عليه بغير إذن مالكة أو ظن رضاه، على الجديد من قولي الشافعي، لما ورد أن النبي ﷺ قال في خطبته بحجة الوداع: «لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس»⁽¹¹⁷⁾، وما شابه ذلك من نصوص عامة كثيرة تؤكد هذا المعنى، وأنه لا يعترض على النصوص العامة بخصوص الحديث الذي ذكر فيه «أن رسول الله ﷺ قضى أن الجار يضع جذوعه أو خشبه في حائط جاره، إن شاء وإن أبى»⁽¹¹⁸⁾، ذلك أن من العمومات الواردة في هذا الشأن ما كان يوم حجة الوداع، المختوم بها بيان الحلال والحرام -إلا ما ندر-، وهذا ظاهر في تأخره عن الخاص المعترض به، فيقدم عليه⁽¹¹⁹⁾.

لكن العبادي (994هـ) لم يرتضِ هذا الاستدلال لعدم توافقه مع المشهور من أصول الشافعية، فعلق قائلاً: «في هذا الجواب نظر، لأن قضية ما تقرر في الأصول تقديم الخاص، وإن كثرت العمومات جداً وتأخرت، قطعاً»⁽¹²⁰⁾.

سادساً: مما نزل في كتاب الله من أحكام المطعومات قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ

(114) الكاساني، بدائع الصنائع، 7/170، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 6/179-180.

(115) الشافعي، الأم، 5/712، النووي، المجموع، 7/473-475، ابن عاشور، التحرير والتنوير، 2/205.

(116) أبو يعلى، العدة، 3/800، الشيрази، التبصرة، 271، شرح اللمع، 1/511.

(117) أخرجه الحاكم في المستدرك عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما، في كتاب: العلم، (برقم: 321)، وأصله في البخاري بلفظ: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا»، في كتاب: الحج، باب: الخطبة أيام منى، (برقم: 1739).

(118) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، عن عكرمة عن أبي هريرة ؓ، في كتاب: إحياء الموات، باب: القوم يختلفون في سعة الطريق، (برقم: 11860)، وأصله في البخاري بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن الشرب من فم القربة أو السقاء، وأن يمنع جاره أن يغرز خشبه في داره»، في كتاب: الأشربة، باب: الشرب من فم السقاء»، (برقم: 5627).

(119) الهيثمي، تحفة المحتاج، 5/209-210.

(120) العبادي، حاشية العبادي، 5/210.

عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهَلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ﴿[البقرة/173]، وقوله: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ أَوْ فَسَقًا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام/145]، وقوله: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [النحل/115]، قال الراغب الأصفهاني (425هـ): «الميتة من الحيوان: ما زال روحه بغير تذكية»⁽¹²¹⁾، فتشمل الميتة ما جرى إزهاق روحه بيد آدمي بغير تذكية، ولو بقصد أكله.

ومما نزل كذلك قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الْطَيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾ [المائدة/5]، قال الطبري (310هـ): «أما الطعام الذي قال الله: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ فإنه الذبائح، وبمثل ما قلنا في ذلك قال أهل التأويل»⁽¹²²⁾، ثم نقل ذلك بإسناده عن ابن عباس وأبي الدرداء والحسن البصري ومجاهد وقتادة، ولم يذكر فيه خلافاً.

وقال ابن الفرس (597هـ): «اتفق على أن ذبائحهم داخلة تحت عموم قوله: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾... وإذا قلنا: إن الطعام يتناول ذبائحهم باتفاق، فهل يحمل لفظه على عمومته أم لا؟»⁽¹²³⁾، وقال ابن حجر (852هـ): «سورة المائدة من آخر ما نزل من القرآن، حتى صحَّ عن ابن عباس وعائشة وعمرو بن شرحبيل وجمع من السلف أن سورة المائدة محكمة»⁽¹²⁴⁾.

فلما كانت آية المائدة عامة في إباحة طعام أهل الكتاب -وظاهر ذلك يشمل ما لم تتحقق فيه شروط التذكية من ذبائحهم-، وكانت متأخرة عن النصوص الواردة بتحريم غير المذكاة، فقد وقع نزاع لدى أهل العلم بين قائل بالعمل بعمومها لتأخرها، وقائل بتخصيصها بالنصوص الخاصة المتقدمة عليها، فيبيح من ذبائحهم ما تحققت فيه شروط التذكية فحسب.

(121) الراغب الأصفهاني، المفردات، 782.

(122) الطبري، جامع البيان، 135-134/8.

(123) ابن الفرس، أحكام القرآن، 2/345.

(124) ابن حجر، فتح الباري، 5/483، وأخرج أحمد عن جبير بن نفير، قال: دخلت على عائشة، فقالت: «هل تقرأ سورة المائدة؟» قال: نعم، قالت: «فإنها آخر سورة نزلت، فما وجدتم فيها من حلال فاستحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرموا» (برقم: 25547).

وممن عمل بعمومها ابن العربي، إذ قال في تفسير الآية: «هذا يدل على أن الصيد وطعام الكتبيين من الطيبات المباحة، ولقد سئلت عن النصراني يقتل عنق الدجاجة ثم يطبخها: هل تؤكل؟ فقلت: تؤكل، لأنها طعامه وطعام أحباره، وإن لم تكن مذكاة عندنا»⁽¹²⁵⁾.

وقد انتصر لهذا القول الطاهر ابن عاشور (1393هـ)، مستدلاً بما أصله الحنفية، فقال: «الحنفية قاطبة يرون العام الوارد بعد الخاص ناسخاً، وخالفهم جمهور المالكية والشافعية فأروه مخصوصاً بالمتقدم، والحقيقة في هذا الأصل: أن العام إذا ورد بعد الخاص على وجه لا يمكن فيه الجمع بين عمومه وخصوص الخاص ينسخ الخاص لمقدار مدلول عمومه»⁽¹²⁶⁾.

(125) ابن العربي، أحكام القرآن الصغرى، 187، وفتل الشيء يقتله، أي: لواه. (الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 1041)

ولعل ابن العربي أول من أشار لهذه المسألة ضمن تفسير الآية، فلم أجد من تعرّض لها ممن سبقه من المفسرين، فإنهم يقتصرون في تفسيرهم لهذه الآية على ذكر الخلاف فيما لو أغفل الكتابي التسمية على ذبيحته، أو ذكر عليها اسم المسيح، أو ذبحها للكنيسة، أو الخلاف في حل ذبائح نصارى العرب، وتعرّض لها بعده تلميذه ابن الفرس في تفسيره، مشيراً إلى الخلاف فيها، بغير تشنيع على القول الذي اختاره ابن العربي، ومع تصريحه بالنقل عن شيخه ابن العربي في مواضع من تفسيره، إلا أنه لم يُشر إليه عند عرض هذه المسألة.

قال الرهوني (1230هـ): «يكفي في كون ما لابن العربي شاذاً اتفاق الأئمة على عزوه له وحده، ولو لم يعترضوه، فكيف مع اعتراض غير واحد له؟» (حاشية الرهوني، 3/14)، فأجاب الزواني (1342هـ) معترضاً: «فيه نظر ظاهر، لأن هذه المسألة إنما تكلم عليها ابن العربي فقط، دون غيره من الأئمة، فهو أول من ابتكر الكلام فيها، وأما غيره من الأئمة فلم يعترضوا لها بنفي ولا بإثبات، فلذلك نسبوا له وحده، وإنما يصح ما ذكر لو تعرّضوا لها قبله أو في عصره في كتبهم وأفتوا فيها بخلاف ما قاله هو، فهنا يصح ما قاله، أما حيث سكنوا عنها وهو الذي تكلم عليها بالخصوص، فلا» (النوازل الجديدة، 2/329). وكلامه إن صدق في المفسرين فإنه لم يصدق في الفقهاء، فهذا الباجي (474هـ)، وهو متقدم عن ابن العربي، يقول: «إذا علمت أن من دینه النصرانية ممن يستبيح الميتة فلا تأكل من ذبيحته إلا ما شاهدت ذبحه، ووجه ذلك أنه إنما يُستباح من ذبيحته ما وقع على وجه الصحة» (المنتقى، 3/111).

(126) نقل محمد رشيد رضا فتوى ابن عاشور في مجلة المنار (6/935) بغير تسمية قائلها، مكتفياً بوصفه بالعالم التونسي، ولعل ذلك لعدم شهرة ابن عاشور حينها، إذ كان في مقتبل عمره، في نحو الخامسة والعشرين، إلا أنه سماه بعد نحو أربعين عاماً في «تاريخ الأستاذ الإمام» (1/716)، معرفاً إياه بأنه: العلامة الفقيه الشيخ طاهر بن عاشور «باش مفتي» المالكية في هذا العهد.

ويبدو أن ابن عاشور تراجع عن نصر قول ابن العربي، كما يظهر في تفسيره الذي نشره آخر حياته، حيث قال فيه: «قول ابن العربي شذوذ». (التحرير والتنوير، 6/122)

وممن خصّص عموم الآية بالأدلة المتقدّمة المحرّمة للميتة القرافي (684)، حيث قال: «إذا غاب الكتابي على ذبيحته: فإن علمنا استحلالهم للميتة كبعض النصارى أو شككنا لم نأكل، وإن علمنا تذكيّتهم أكلنا... ولا يختلف اثنان ممن يسافر أن الإفرنج لا تتوقّى الميتة، ولا تفرّق بينها وبين الذكيّة، وأنهم يضربون الشاة حتى تموت وقيدة، بالعصا وغيرها، ويسلون رؤوس الدجاج من غير ذبح، وهذه سيرتهم»⁽¹²⁷⁾.

سابعاً: وهذا المثل من جانب التشريعات الكويتية: فإن من التعاملات التي يجريها بيت التمويل الكويتي -وهو مصرف إسلامي-: المرابحة، والإجارة مع الوعد بالشراء.

أما المرابحة فهي خدمة تُقدّم للعميل الراغب بشراء عقار، حيث يجري تسجيل العقار باسم العميل، ورهنه لصالح بيت التمويل، وأما الإجارة مع الوعد بالشراء فيسجل العقار فيها باسم بيت التمويل، ثم يجري تأجيله على العميل الراغب بالاستثمار، مع وعد ببيعه له بعد استيفاء شروط العقد كافة وانقضاء فترة متفق عليها⁽¹²⁸⁾.

والذي ينظّم هذه التعاملات هو المادة (99) من القانون رقم 30 لسنة 2003 بشأن إضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث في القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، وهي تشكّل استثناء من المادة (66) من القانون رقم 32 المشار إليه، حيث تقرر المادة (66) منه: أنه يحظر على البنوك أن تمتلك عقارات غير التي تحتاج إليها لممارسة أعمالها أو سكن موظفيها، إلا أن تكون قد تملّكتها سداداً لدين لها.

بينما تنص المادة (99) على أنه: «يحظر على البنوك الإسلامية أن تمتلك أو تتعامل في قسائم أو مباني السكن الخاص داخل دولة الكويت فيما عدا:

- 1 - ما تملكه أو تتعامل فيه لأغراض تنفيذ عمليات التمويل التي يتم أو تم الاتفاق عليها مع العملاء وفقاً لأساليب وصيغ التمويل التي تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.
- 2- ما تحتاج إليه لممارسة أعمالها أو سكن موظفيها أو الترفيه عنهم.

(127) القرافي، الذخيرة، 4/124.

(128) توصيف هذه الخدمات التمويلية بحسب ما هو مذكور في موقع بيت التمويل الكويتي، تحت عنوان «خدمات التمويل»: <https://www.kfh.com/home/Private-Banking/Financial-Services/vices.html>

3- ما تؤول ملكيته إليها بسبب عدم وفاء الغير بالتزاماته تجاهها».

فيسبب المادة (99) امتياز البنوك الإسلامية عن البنوك التقليدية بإمكانية التعامل في عقارات السكن الخاص، لغرض إجراء عمليات التمويل مع عملائها.

وقد استمر بيت التمويل بالتعامل في عقارات السكن الخاص إلى أن صدر القانون رقم 9 لسنة 2008 بتعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية رقم 15 لسنة 1960، حيث نصّت المادة (1) من القانون رقم 9 على أن يُضاف إلى قانون الشركات التجارية رقم 15 باب جديد بعنوان: «الباب التاسع: أحكام عامة»، يشتمل على مادة جديدة برقم 230، تنص على أنه: «يحظر على جميع الشركات والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع، أو الشراء، أو الرهن، أو إصدار حوالة حق للغير، أو إصدار توكيل بالتصرف للغير، أو قبول وكالة بالتصرف عن الغير، في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص».

مما حدا بالإدارة الحكومية المعنية بتطبيق القانون رقم 9 لسنة 2008 -وهي إدارة التسجيل العقاري والتوثيق بوزارة العدل- إلى الامتناع عن تسجيل عقود الشراء أو قيد الرهن لعقارات السكن الخاص لصالح بيت التمويل الكويتي، لعدّها إياه شركة مشمولة بنص هذا القانون، إذ إن المادة (90) من القانون رقم 30 لسنة 2003 تشترط لتسجيل البنوك الإسلامية المحليّة «أن يتخذ البنك شكل شركة مساهمة تطرح أسهمها للاكتتاب العام».

وبهذا تكون الإدارة الحكومية تمسّكت بترجيح العمل بالتشريع العام المتأخر الصادر عام 2008 على التشريع الخاص المتقدم الصادر عام 2003.

فاحتكم بيت التمويل إلى القضاء محتجاً بأن تشريع 2003 أعطاه خصوصية بصفته بنكاً إسلامياً، مما يوجب استثناءه من تشريع 2008، فلا يكون مخاطباً بهذا التشريع أصلاً.

وقد صدر حكم محكمة التمييز في الطعون أرقام 239 و244 و279 لسنة 2009 إداري، بتاريخ 2011/2/2، لصالح بيت التمويل الكويتي، مقررّاً أن «القانون الخاص لا يلغيه إلا قانون خاص مثله، ولا ينسخ بقانون عام»⁽¹²⁹⁾.

(129) ص: 14 من الحكم المشار إليه، وقد اعتمدتُ فيه على نسخة ضوئية، لكونه غير منشور في «مجلة

الخاتمة

يظهر من الاستعراض الزمني أن القول بنسخ العام للخاص كان له رواج كبير في القرون الأربعة الأولى، وأنه لم ينفرد به الحنفية، بل إننا أثبتنا في مبحث الثمرات الفقهية أن اثنين من أئمة المذاهب - وهما الشافعي وأحمد - قد أفتى كل منهما بفتوى بناء على نسخ العام للخاص.

ولم يشتهر القول بمنع نسخ العام للخاص سوى في القرن الخامس، ويبدو أن أهم عامل أسهم في استمرار شهرته حتى زمننا أن الرازي (606هـ) والآمدي (631هـ) - اللذين لخصاً أهم مؤلفات الأصول لغير الحنفية التي كتبت في القرن الخامس ضمن كتابيهما⁽¹³⁰⁾ - قد أثرا فيمن بعدهما، حيث سار أغلب من ألف في الأصول - من غير الحنفية - على طريقتيهما⁽¹³¹⁾، فهم ما بين شارح لأحد الكتابين، أو مختصر له، أو شارح للمختصر⁽¹³²⁾.

وقد استدل القائلون بنسخ العام للخاص بأدلة قوية، ألجأت بعض من كتب في الأصول من غير الحنفية إلى موافقة الحنفية، مثل أبي بكر الباقلاني المالكي، وأبي بكر الدقاق الشافعي، وألجأت آخرين إلى التوقف في المسألة وعدم الاصطفاف مع أصحابهم في المذهب، مثل إمام الحرمين الجويني الشافعي، وعلى الرغم من منع أتباع المذاهب الفقهية الثلاثة نسخ العام للخاص إلا أنهم يلجؤون إليه في استدلالاتهم الفقهية أحياناً، مخالفين ما قرروه في أصول الفقه، كما ظهر في مبحث الثمرات الفقهية.

القضاء والقانون» الصادرة عن وزارة العدل.

(130) انظر: ابن خلدون، المقدمة، 963.

(131) المرادوي، التحبير، 1/4.

(132) انظر، ابن خلدون: المقدمة، 963.

قائمة المراجع

- الأصفهاني، محمد بن محمود، الكاشف عن المحصول، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ-1998م.
- آل تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام (جميعهم)، المسودة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد الذروي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1422هـ-2001م.
- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ-1985م.
- الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق: عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعة، الرياض، 1424هـ-2003م.
- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد، التقرير والتحبير شرح التحرير، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1316 هـ.
- الأهواني، حسام الدين كامل، أصول القانون، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1988م.
- الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة، 1332هـ.
- الباجي، سليمان بن خلف، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد تركي، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1415هـ-1995م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري (مطبوع مع فتح الباري)، ترقيم: محمد عبد الباقي، ط1، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407هـ-1986م.
- ابن برهان، أحمد بن علي، الوصول إلى الأصول، تحقيق: عبد الحميد أبو زيد، مكتبة المعارف، الرياض، 1403هـ-1983م.
- ابن برهان، أحمد بن علي، قطعة من كتاب الأوسط، تحقيق: عدنان العبيات، أسفار، الكويت، 1441هـ-2019م.
- البزدوي، علي بن محمد، أصول البزدوي (مطبوع مع شرحه كشف الأسرار)، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1411هـ-1991م.

- البصري، محمد بن علي، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: محمد حميد الله، المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية، دمشق، 1384هـ-1964م.
- بن سركند، محمد إبراهيم، الأحكام الفقهية التي قيل فيها بالنسخ وأثر ذلك في اختلاف الفقهاء جمعاً ودراسة، ط1، الجامعة الإسلامية (عمادة البحث العلمي)، المدينة المنورة، 1432هـ-2010م.
- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله التركي، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1426هـ-2005م.
- البيضاوي، عبد الله بن عمر، تفسير البيضاوي (المسمى: أنوار التنزيل وأسرار التأويل)، تحقيق: محمد حلاق ومحمود الأطرش، ط1، دار الرشيد، دمشق، 1421هـ-2000م.
- البيضاوي، عبد الله بن عمر: منهاج الوصول إلى علم الأصول (مطبوع مع شرحه الإلهاج)، تحقيق: أحمد الزمزمي ونور الدين صغيري، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، 1424هـ-2004م.
- البيهقي، أحمد بن الحسين: السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1994م.
- الترمذي، محمد بن عيسى: جامع الترمذي، ط1، دار السلام، الرياض، 1420هـ-1999م.
- الترمذي، محمد بن عيسى: جامع الترمذي، ط1، دار السلام، الرياض، 1420هـ-1999م.
- تناغو، سمير عبد السيد: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم: مجموع فتاوى ابن تيمية، دار عالم الكتب، الرياض، 1412هـ-1991م.
- الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ-1985م.
- الجصاص، أحمد بن علي، الفصول في الأصول، تحقيق: عجيل النشمي، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، 1414هـ-1994م.
- الجويني (إمام الحرمين)، عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق:

- عبد العظيم الديب، ط3، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، 1412هـ-1992م.
- الجويني (إمام الحرمين)، عبد الملك بن عبد الله، التلخيص في أصول الفقه، تحقيق: شبير العمري وعبد الله النيبالي، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1417هـ-1996م.
 - الجويني، عبد الملك بن عبد الله: نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم الديب، ط1، دار المنهاج، جدة، 1428هـ-2007م.
 - ابن الحاجب، عثمان بن عمر: مختصر منتهى السؤل (المعروف بمختصر ابن الحاجب، وهو مطبوع مع شرحه رفع الحاجب)، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1419هـ-1999م.
 - الحاكم، محمد بن عبد الله: المستدرک علی الصحیحین، ط1، دار المنهاج القويم، دمشق، 1439هـ-2018م.
 - حجازي، عبد الحي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، دولة الكويت، 1972م.
 - ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط1، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407هـ-1986م.
 - أبو حيان الأندلسي، محمد بن يوسف، البحر المحيط في التفسير، دار الفكر، بيروت، 1431هـ-2010م.
 - أبو الخطاب (الكلوذاني)، محفوظ بن أحمد، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق: مفيد أبو عمشة، ط2، مؤسسة الريان، بيروت، 1421هـ-2000م.
 - الخطيب البغدادي، أحمد بن علي، تاريخ مدينة السلام، تحقيق: بشار معروف، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1422هـ-2001م.
 - ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، تحقيق: علي وافي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2006م.
 - الدارقطني، علي بن عمر: سنن الدارقطني، تحقيق: عبد الله يماني، دار المحاسن، القاهرة، 1386هـ-1966م.
 - أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ط1، دار السلام، الرياض، 1420هـ-1999م.

- الدبوسي، عبيد الله بن عمر، تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع، تحقيق: عبد الرحيم يعقوب، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1430هـ-2009م.
- الذهبي، محمد بن أحمد، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق: علي البجاوي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
- الرازي، محمد بن عمر، التفسير الكبير، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- الرازي، محمد بن عمر، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق: طه جابر العلواني، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1412هـ-1992م.
- الراغب الأصفهاني، الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان داودي، ط2، دار القلم، دمشق، 1418هـ-1997م.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1416هـ-1995م.
- رضا، محمد رشيد بن علي، تاريخ الأستاذ الإمام، ط2، دار الفضيلة، القاهرة، 1427هـ-2006م.
- رضا، محمد رشيد بن علي، مجلة المنار، بلا بيانات نشر.
- الرهوني، محمد بن أحمد، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1398هـ-1978م.
- الرهوني، يحيى بن موسى: تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل، تحقيق: يوسف القيم، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، 1422هـ-2002م.
- الزركشي، محمد بن بهادر: البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: عمر الأشقر وآخرون، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، 1413هـ-1992م.
- الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية (بولاق)، القاهرة، 1313هـ.
- ابن الساعاتي، أحمد بن علي، نهاية الوصول إلى علم الأصول (المعروف ببديع النظام الجامع بين كتاب البزدوي والإحكام)، تحقيق: سعد السلمي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1418هـ.

- ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1419هـ-1999م.
- السرخسي، محمد بن أحمد، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ-1986م.
- السمرقندي، محمد بن عبد الحميد، الميزان في أصول الفقه، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425هـ-2004م.
- السمعاني، منصور بن محمد، قواطع الأدلة في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله الحكيمي، ط1، د.ن، 1418هـ-1998م.
- السهروردي، يحيى بن حبش، التنقيحات في أصول الفقه، تحقيق: عياض السلمي، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1427هـ-2006م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، أحكام القرآن، تحقيق: عبد الله الداغستاني، ط2، آفاق المعرفة للنشر، الرياض، 1443هـ-2022م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق: رفعت عبد المطلب، ط1، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 1422هـ-2001م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
- الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ط1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1426هـ.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: محمد هيتو، دار الفكر، دمشق، 1400هـ-1980م.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، شرح اللمع، تحقيق: عبد المجيد تركي، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408هـ-1988م.
- الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله التركي، ط1، دار هجر، القاهرة، 1422هـ-2001م.
- الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1415هـ-1994م.

- الطحاي، أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد النجار ومحمد جاد الحق، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1414هـ-1994م.
- الطوفي، سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1410هـ-1990م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية، تونس، د.ت.
- العبادي، أحمد بن قاسم، حاشية العبادي على تحفة المحتاج (مطبوع مع تحفة المحتاج بشرح المنهاج)، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى العلوي ومحمد البكري وآخرون، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.ت.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن الصغرى، تحقيق: أحمد المزيدي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006هـ-1427م.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: علي البجاوي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: محمد ولد كريم، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1992م.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، العواصم من القواصم، تحقيق: عمار طالبي، ط1، دار الثقافة، الدوحة، 1413هـ-1992م.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله: قانون التأويل، تحقيق: محمد السليمان، ط1، دار القبلة، جدة، 1406هـ-1986م.
- ابن عقيل، علي بن عقيل، الواضح في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1420هـ-1999م.
- الغزالي، محمد بن محمد: المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد الأشقر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417هـ-1997م.

- فرج، توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، بلا بيانات نشر.
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
- ابن الفرّس، عبد المنعم بن عبد الرحيم، أحكام القرآن، تحقيق: طه بوسريح وآخرون، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1427هـ-2006م.
- الفناري، محمد بن حمزة، فصول البدائع في أصول الشرائع، تحقيق: محمد إسماعيل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1427هـ-2006م.
- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط6، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ-1998م.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، تحقيق: عبد الله التركي، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1417هـ-1997م.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق: عبد الكريم النملة، ط7، مكتبة الرشد، الرياض، 1424هـ-2003م.
- القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة وآخرون، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.
- القرافي، أحمد بن إدريس، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، ط3، المكتبة العصرية، بيروت، 1420هـ-1999م.
- القرطبي، أحمد بن عمر، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تحقيق: محيي الدين مستو وآخرون، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 1417هـ-1996م.
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، دار الفكر، بيروت، 1417هـ-1996م.
- كيرة، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990م.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: خليل شيحا، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1419هـ-1998م.

- المحلي، محمد بن أحمد، شرح جمع الجوامع (مطبوع مع حاشية العطار)، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
- المحلي، محمد بن أحمد، تفسير الجلالين، ط13، دار ابن كثير، دمشق، 1429هـ-2008م.
- المرداوي، علي بن سليمان، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين وآخرون، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1421هـ-2000م.
- مسلم (النيسابوري)، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ترقيم: محمد عبد الباقي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1416هـ-1995م.
- ابن مفلح، محمد بن مفلح، أصول الفقه، تحقيق: فهد السدحان، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1420هـ-1999م.
- المقبلي، صالح بن المهدي، نجاح الطالب لمختصر المنتهى لابن الحاجب، تحقيق: محمد حلاق، ط1، دار البدر، المنصورة، مصر، 1430هـ-2009م.
- النحاس، أحمد بن محمد، الناسخ والمنسوخ، تحقيق: د. سليمان اللاحم، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1412هـ-1991م.
- النسائي، أحمد بن شعيب، سنن النسائي، ط4، دار المعرفة، بيروت، 1418هـ-1997م.
- النسفي، عبد الله بن أحمد، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ-1986م.
- النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- النووي، يحيى بن شرف: شرح صحيح مسلم (المسمى: المنهاج)، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ-1994م.
- الهيثمي، أحمد بن محمد، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- الواحدي، علي بن أحمد، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، تحقيق: محمد الزفيتي، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1406هـ.
- الوزاني، محمد المهدي بن محمد، النوازل الجديدة الكبرى، تحقيق: عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (مطبعة فضالة)، الدار البيضاء، 1417هـ-1996م.
- أبو يعلى الفراء، محمد بن الحسين، العدة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد المبارك، ط3، د.ن، 1414هـ-1993م.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	139
المقدمة	140
المبحث الأول: في بيان مذاهب الأصوليين في تعارض العام المتأخر والخاص المتقدم بترتيب طبقاتهم الزمنية	143
المبحث الثاني: في بيان حُجج الأفرقاء في تعارض العام المتأخر والخاص المتقدم	152
المبحث الثالث: في تطبيقات لتعارض العام المتأخر والخاص المتقدم في الفقه والتشريعات الكويتية	165
الخاتمة	173
قائمة المراجع	174

الإشكاليات التي يثيرها نشر القوانين في الجريدة الرسمية دراسة تحليلية تأصيلية في القانون الكويتي^(*)



د. تركي سطوم المطيري
أستاذ القانون الدستوري
والإداري المشارك



د. عبد الكريم ربيع العنزي
أستاذ القانون المدني المشارك

قسم القانون، كلية الدراسات التجارية، الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، دولة الكويت

الملخص

يسلط هذا البحث الضوء على موضوع لم يحظَ باهتمام الفقه في دولة الكويت ألا وهو: نفاذ القوانين بنشرها في الجريدة الرسمية، وعلى الرغم من صراحة ووضوح نص المادة (178) من الدستور التي نظمت نشر القوانين في الجريدة الرسمية وتعيين بدء نفاذها، إلا أن هذا الموضوع أثار العديد من الإشكاليات في الواقع العملي.

فقد جرى العمل عند صياغة القوانين على تخصيص نص مستقل في القانون يحدّد ميعاد نفاذه، وذلك في صياغة تكاد تكون موحّدة، لذلك لم يعر الفقه والقضاء مسألة نفاذ القانون أي اهتمام على اعتبار أنه لا يثير أية إشكاليات في العمل، إلا أن قراءة فاحصة في مضمون هذا النص الذي يحدّد ميعاد نفاذ القانون أثبتت لنا عكس ذلك، حيث يثير إشكاليات كثيرة في الواقع العملي، مما تبيّن لنا معه أن هذا الموضوع جدير بالدراسة في القانون الكويتي.

وقد تناولنا موضوع البحث في مبحثين، حيث قُمنا بدراسة مفهوم النشر في الجريدة الرسمية وطبيعته وآثاره القانونية، وذلك في المبحث الأول، وأعقبناه باستعراض الإشكاليات التي يثيرها نشر القوانين في الجريدة الرسمية، وذلك في المبحث الثاني، وخلصنا في ختام الدراسة إلى العديد من النتائج المهمة، واقترح العديد من التوصيات التي تساعد في حل الكثير من الإشكاليات العملية التي ناقشناها في ثنايا البحث.

كلمات دالة: نفاذ القوانين، ونشر القوانين، والجريدة الرسمية، واللائحة التنفيذية، وعدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

وتاريخ قبوله: 12 فبراير 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 27 نوفمبر 2023

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

مما لا خلاف عليه أن وجود القوانين في المجتمعات الحديثة أمر لا غنى عنه لتنظيم مختلف مناحي الحياة وضبط كافة العلاقات والمعاملات التي تنشأ بين الدولة والأفراد أو بين الأفراد أنفسهم، وقد حدّدت المادة الأولى من القانون المدني الكويتي مصادر القانون في ثلاثة مصادر، وهي على الترتيب التالي: النصوص التشريعية، ثم أحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، وأخيراً العُرف⁽¹⁾.

والحق أنه ليس من المستطاع أن يحمل القانون إلى علم الناس فرداً فرداً، نظراً لتعدد القوانين وكثرتها، وكذلك لتعدد الأشخاص واختلاف أماكن وجودهم، وبالتالي لا سبيل أمام المشرّع إلا اتخاذ وسيلة النشر لإخطار المخاطبين بالقانون⁽²⁾، ذلك أن العمل بالقانون يقتضي - عقلاً وعدلاً - علم المخاطبين بأحكامه بوجوده ومضمونه، حتى يوجّهوا سلوكهم على مقتضاها، استناداً إلى القاعدة الأصولية التي تنص على أنه: «لا تكليف إلا بمعلوم»⁽³⁾.

يُضاف إلى ما تقدّم أن من المسلّم به في الشرائع والنظم القانونية كافة ضرورة إخبار الأفراد بالقوانين، وإعلامهم بفحواها قبل مطالبتهم بالانصياع لأحكامها، وذلك عن طريق النشر، فمنذ وضع مدونة جستنيان - Corpus Juris Civilis - الصادرة عام (533م)، أصبح النشر شرطاً لنفاذ القوانين تجاه الأفراد، حيث جاء فيها ما نصه: «عليك أن تبلغ هذا المرسوم للكافة، ويكون تبليغه في مدينتنا الإمبراطورية هذه بطريقة المنشورات المعتادة، أما في الأقاليم فبطريقة إرسال التعليمات اللازمة لولايتها حتى لا يبقى أحد جاهلاً بالأحكام التي اقتضت مراحمنا وضعها لمصلحة رعايانا وإعلان هذا

(1) ونص هذه المادة كالتالي: «1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2- فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد تشريع لاحق ينص صراحة على إلغائه أو يتضمن حكماً يتعارض معه».

(2) رجب كريم عبد الله، المدخل للعلوم القانونية، ج1، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 171.

(3) محمد عباس محسن، النشر في الجريدة الرسمية مكوّن تشريعي أم إجراء تنفيذي لا ضرورة له، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، ع1، سنة 2012م، ص 251.

المرسوم في جميع أنحاء الإمبراطورية يتم من غير أن تتكبد المدن أو الأقاليم بسببه أية نفقات»⁽⁴⁾.

فالنص السابق هو أول تشريع وضعي - فيما نعلم - يكرّس وجوب نشر التشريعات لتصل إلى علم الكافة قبل تطبيقه، علماً بأن نشر التشريعات مبدأ قامت عليه الشرائع السماوية قبل أن تعرفه القوانين الوضعية، حيث يقول الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾⁽⁵⁾.

وقد اختلفت وسائل النشر باختلاف الأزمان والبلدان، فمثلاً أثناء الثورة الفرنسية كانت طريقة النشر تتم من خلال قراءة القوانين في الميادين العامة بعد أن يُمهّد لها بقرع الطبول، أو لصق نسخة منها على الجدران، ومن الطبيعي أن تتطوّر وسائل الإعلام مع تطور الحضارة، كما أنه من الطبيعي أيضاً أن يُراعى في وسيلة نشر التشريع أن تكون وسيلة كتابية؛ لأن التشريع يتضمّن بحسب تعريفه قاعدة قانونية مكتوبة⁽⁶⁾.

وفي عام 1954م تم إنشاء جريدة حكومية في الكويت لتكون الجريدة الرسمية للدولة رغم عدم وجود نص تشريعي يلزم السلطات بنشر القوانين فيها، حيث لم يرد مثل هذا الإلزام بالنشر إلا في المادة (26) من القانون رقم 1 لسنة 1962 بالنظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال⁽⁷⁾.

الجريدة الرسمية بعد صدور دستور دولة الكويت:

وبتاريخ 1962/11/11م صدر دستور دولة الكويت، وقد جاء ذكر الجريدة الرسمية في ثلاث مواد منه هي: المادة (70) والتي جرى نصها على أن: «يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الأمة فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، على أن معاهدات الصلح والتحالف، والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق

(4) مدوّنة جستنيان في الفقه الروماني، ترجمة: عبد العزيز فهمي، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2005م، ص332.

(5) سورة الإسراء، الآية رقم 15.

(6) سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م، بند رقم 97، ص 314.

(7) نصت هذه المادة على أن: «يصدر الأمير القوانين، ولا تكون هذه القوانين نافذة إلا بعد نشرها في الجريدة الرسمية».

السيادة أو حقوق المواطنين العامة والخاصة، ومعاهدات التجارة والملاحة، والإقامة، والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية، أو تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت يجب لنفاذها أن تصدر بقانون، ولا يجوز في أي حال أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية».

كما نصّت المادة (178) من الدستور ذاته على أن: «تُنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها، ويجوز مد هذا الميعاد أو قصره بنص خاص في القانون»، في حين جاء نص المادة (182) من الدستور كالتالي: «يُنشر هذا الدستور في الجريدة الرسمية ويُعمل به من تاريخ اجتماع مجلس الأمة، على ألا يتأخّر هذا الاجتماع عن شهر يناير سنة 1963م».

فطبقاً للنصوص سالفة الذكر، فإن الدستور الكويتي أوجب نشر ثلاثة أنواع من التشريعات في الجريدة الرسمية، وهي: الدستور ذاته، والمعاهدات، والقوانين، ويأخذ حكم القوانين والمراسيم بقوانين التي يصدرها الأمير طبقاً لحكم المادة (71) من الدستور.

ولا يقتصر النشر في الجريدة الرسمية على القوانين والمراسيم بقوانين، بل يشمل القرارات الإدارية التنظيمية، فقد حدّدت المادة (7) من المرسوم بالقانون رقم 20 لسنة 1981م بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية ميعاد رفع دعوى الإلغاء بستين يوماً تبدأ من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية، أو في النشرات التي تصدرها المصالح الحكومية، أو إعلان صاحب الشأن به، أو ثبوت علمه به علماً يقينياً⁽⁸⁾.

وإذا كان اقتصار النشر في الجريدة الرسمية على التشريعات المختلفة قد يصمها بالجفاف والصرامة، فإن البعض يذهب في هذا السياق إلى القول: «إن الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - لا تعدو أن تكون مطبوعة رسمية، جافة، باردة، مليئة بالمواد القانونية والإدارية الباردة والخالية من أية (حياة)، ومع ذلك - وبمراجعة أشمل وبشيء من العدالة (وبكثير من الخيال) سوف يتبين لك عكس ذلك تماماً، فالجريدة الرسمية هي (سيرة حياة) كاملة، حياة دولة صغيرة، لكنها بالفعل كبيرة: اسمها الكويت»⁽⁹⁾.

(8) صدر هذا القانون بتاريخ 27 فبراير 1981م، ونُشر في الجريدة الرسمية ع (1344)، السنة 27، ص 5.
(9) مشاعل الهاجري، الجريدة الرسمية - السيرة الذاتية لدولة الكويت، مجلة العربي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، دولة الكويت، ع 747، فبراير 2021م.

ولا يوجد في دولة الكويت قانون أو تشريع ينظم عملية النشر في الجريدة الرسمية، وذلك على خلاف الوضع في بعض القوانين العربية، حيث صدرت قوانين تنظم إنشاء الجريدة الرسمية والنشر فيها، فعلى سبيل المثال صدر في دولة قطر القانون رقم 12 لسنة 2016 بشأن الجريدة الرسمية⁽¹⁰⁾، كما أصدر المشرع العراقي القانون رقم 78 لسنة 1977 بشأن النشر في الجريدة الرسمية⁽¹¹⁾.

أما في دولة الكويت فلم يتطلب نص المادة (178) من الدستور إصدار قانون أو تشريع ينظم النشر في الجريدة الرسمية، ولعل ذلك يعود إلى أن الجريدة الرسمية كانت قد أنشئت وصدرت أعدادها بالفعل قبل وضع الدستور بما يربو على 8 سنوات، ويبدو أن المشرع الدستوري قد أثر الإبقاء على الوضع القائم، وقدّر عدم الحاجة إلى إصدار مثل هذا القانون أو التشريع.

ونعتقد من جانبنا أهمية وجود قانون ينظم نشر القوانين والمراسيم بقوانين والمعاهدات التي يوجب القانون نشرها في الجريدة الرسمية، ولعلنا لا نبالغ في القول بأن جُل الإشكاليات التي يثيرها النشر في الجريدة الرسمية - والتي سنتناولها في المبحث الثاني - تعود في أساسها إلى عدم وجود مثل هذا القانون.

لذا، فإننا نوجه الدعوة للمشرع الكويتي إلى التدخل التشريعي بإصدار قانون ينظم النشر في الجريدة الرسمية، على أن يتناول هذا القانون المسائل التفصيلية كافة التي يثيرها النشر، بدءاً من تسمية الجريدة الرسمية، ومروراً بالتشريعات التي يلزم نشرها فيها، وانتهاءً بآلية توفير أعدادها للكافة⁽¹²⁾.

(10) صدر هذا القانون بتاريخ 2016/10/27م، ونشر في الجريدة الرسمية، ع 10، ص 5، 2017/10/4م.

(11) صدر هذا القانون بتاريخ 1977/6/12م، ولم نلف على ما يفيد نشره في الجريدة الرسمية «الوقائع العراقية».

(12) جدير بالذكر أن مجموعة من أعضاء مجلس الأمة قد تقدّموا بتاريخ 2019/3/19م باقتراح بقانون بشأن الجريدة الرسمية، ومن أهم ما تضمنه هذا الاقتراح: وجوب نشر القوانين والمراسيم وقرارات مجلس الوزراء وقرارات رئيس مجلس الوزراء وجميع القرارات والأحكام القضائية التي توجب القوانين نشرها، وتعميم لجنة المناقصات المركزية وقراراتها والإعلانات الرسمية للجهات الحكومية والاتفاقيات والمواثيق الدولية (مادة 3)، كما نص الاقتراح في مادته الرابعة على صدور الجريدة الرسمية باللغة العربية، فيما قررت المادة (5) منه إنشاء موقع رسمي للجريدة الرسمية على شبكة المعلومات الإلكترونية، تنشر به نسخة إلكترونية مجانية ومتاحة للجمهور في تاريخ إصدارها ذاته، وأحالت المادة (7) من الاقتراح بقانون إلى قرار يصدر من الوزير بتحديد ضوابط الاشتراك السنوي في الجريدة الرسمية وقيمتها، ورسوم النشر، وآلية إرسال الإصدارات للمشتريين

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في تسليط الضوء على موضوع نشر القوانين في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، وهو موضوع لم يعره الفقه في القانون الكويتي الاهتمام الكافي، إذ - فيما نعلم - لا توجد دراسة مستقلة في القانون الكويتي تناولت هذا الموضوع على الرغم من الإشكاليات التي يثيرها هذا النشر، وهي إشكاليات تستحق الوقوف عندها وتناولها بالبحث والتمحيص للوصول إلى تحقيقها، واستخلاص النتائج منها، واقتراح التوصيات اللازمة لحلها.

يُضاف إلى ذلك أن هذا البحث يتناول الإشكاليات التي يثيرها نفاذ القوانين بنشرها في الجريدة الرسمية، وهي إشكاليات عملية وليست مجرد إشكاليات نظرية، مما أضفى على البحث أهمية كبيرة من هذه الناحية.

ثالثاً: إشكالية البحث

إن نفاذ القوانين بنشرها في الجريدة الرسمية يثير العديد من التساؤلات التي أفرزت إشكاليات قانونية تستحق الوقوف عندها، وتحقيقها وتأصيلها، بغية الإجابة عنها، وهذه الإشكاليات تتعلق البعض منها بالآثار القانونية المترتبة على التزام الدولة بنشر القوانين في الجريدة الرسمية، فيما يتعلق البعض الآخر بإتاحة الجريدة الرسمية للجميع، وتحقيق العلم المفترض بالنشر، وقد أوردنا هذه الإشكاليات بشكل مفصل في المبحث الثاني من هذه الدراسة، ومن جانبنا، سنحاول في هذه الدراسة الإجابة عن التساؤلات سالفه الذكر.

رابعاً: نطاق البحث

تقتصر دراستنا في هذا البحث على مسألة أساسية، وهي نفاذ القوانين بنشرها في الجريدة الرسمية، وما أفرزته من إشكاليات قانونية، ومن ثم فإننا لن نتناول مراحل سن القانون، كما لا تمتد الدراسة لبحث المسائل المتعلقة بتنفيذ القوانين، وأخيراً فإن البحث يقتصر على دراسة نفاذ القوانين دون أن يمتد إلى نفاذ بقية التشريعات كالمعاهدات واللوائح ونفاذ أحكام المحكمة الدستورية.

فيها، وأسعار بيعها لغير المشتركين فيها، وكيفية حفظ أصول أعداد الجريدة الرسمية.

خامساً: منهج البحث

استلزمت طبيعة الموضوعات محل الدراسة أن نتبع المنهجين التحليلي والتأصيلي، مع الإشارة إلى بعض التشريعات وأحكام القضاء المقارن عند الحاجة، حيث لجأنا إلى المنهج التحليلي بغية تحليل جوانب موضوع الدراسة للوقوف على مفهوم نشر القوانين في الجريدة الرسمية، وتحديد الطبيعة القانونية للنشر، فيما لجأنا إلى المنهج التأصيلي عند استعراض الإشكاليات التي تُصاحب نشر القوانين بالجريدة الرسمية، واقتراح الحلول لها.

سادساً: خطة البحث

نرى من المناسب أن نتناول موضوع الدراسة في مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم نشر القوانين في الجريدة الرسمية وطبيعته وآثاره القانونية

المبحث الثاني: الإشكاليات التي يثيرها نشر القوانين في الجريدة الرسمية

المبحث الأول

مفهوم نشر القوانين في الجريدة الرسمية وطبيعته وآثاره القانونية

نرى من المناسب أن نتناول هذا المبحث في مطلبين، نخصّص أولهما لدراسة مفهوم النشر في الجريدة الرسمية وطبيعته القانونية، فيما نتبع ذلك بالكلام عن الآثار القانونية للنشر في الجريدة الرسمية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

مفهوم نشر القوانين في الجريدة الرسمية

وطبيعته القانونية

نتناول هذا المطلب في فرعين، نستعرض في أولهما مفهوم النشر في الجريدة الرسمية، فيما نخصص الفرع الثاني لدراسة الطبيعة القانونية للنشر في الجريدة الرسمية، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

مفهوم نشر القوانين في الجريدة الرسمية

لم يضع المشرع الكويتي تعريفاً محدداً للنشر كإجراء تخضع له كأصل عام التشريعات كافة، سواء كانت دستورية، أو قانونية، أو تنظيمية، إلا أن رأياً فقهيّاً عرفه بأنه: «إجراء يُقصد به إعلان التشريع للناس وتحديد موعد العمل به، فلا يكفي الإصدار لتمام نفاذ التشريع، بل يجب كذلك أن يستوفي مرحلة النشر، إذ أن إلزام الناس بالقواعد القانونية يقتضي طبقاً لشرعة العقل واعتبارات العدالة علمهم بها حتى يوجهوا سلوكهم على مقتضاها»⁽¹³⁾، ذلك أنه لا تكليف إلا بمعلوم، والقانون لا يكون معلوماً لدى المكلفين به إلا بعد إتاحة الفرصة للعلم به، وحتى لا يكون في تطبيقه عليهم مفاجأة لهم⁽¹⁴⁾.

(13) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1965م، ص 96، بند رقم 72.

(14) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص 244؛ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 1989، ص 158.

فيما يعرف البعض الآخر النشر بأنه: «الوسيلة الرسمية التي فرضها المشرع على الإدارة مصدرة القانون لإعلام الناس به، وأسموه بالعلم الرسمي للقانون»⁽¹⁵⁾، في حين يرى البعض أن نشر القانون يعني: «وسيلة العلم بالقانون أو الأنظمة أو التعليمات التي تصدرها السلطات في الدولة، لإعلام الأفراد والاطلاع على مضمونها بشكل رسمي»⁽¹⁶⁾.

والعلم بالقانون وسهولة الوصول إليه وما يتضمنه من أحكام يعتبر ترجمة عملية لوجود الأمن القانوني في الدولة⁽¹⁷⁾، ومن ثم فإن أي إغفال تشريعي في تنظيم مجال من المجالات يُعد مساساً بمبدأ الأمن القانوني⁽¹⁸⁾.

وتقوم الجهة المختصة بالنشر به بقصد إخبار الأفراد بصدور قانون معين وتمكينهم من معرفة مضمونه، وقد نصّت المادة (178) من الدستور الكويتي على وجوب نشر القوانين، فالنشر طبقاً للنص السابق يُعد واجباً دستورياً يقع على عاتق السلطة التنفيذية، ولذلك فإن عليها أن تقوم بعملية نشر القوانين خلال الميعاد المحدد، وإلا تعرّضت للمساءلة السياسية من جانب مجلس الأمة⁽¹⁹⁾.

وواجب السلطة التنفيذية في نشر القوانين بالجريدة الرسمية يشمل القوانين الحديثة الصادرة لأول مرة، سواء كانت قوانين عامة أو خاصة، وكذا القوانين الصادرة بتعديل القوانين القائمة، والمراسيم بالقوانين، والاستدراكات على القوانين، وتعديل الأخطاء المطبعية في الاستدراكات⁽²⁰⁾.

(15) رأفت فودة، النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص 96.

(16) علي مجيد العكيلي، النشر في الجريدة الرسمية ودوره في تحقيق الأمن القانوني، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، مج 4، ع 2، سنة 2019م، ص 88.

(17) تعني هذه الفكرة ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، لمزيد من التفصيل حول فكرة الأمن القانوني انظر: هشام محمد البدر، الأثر الرجعي والأمن القانوني، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015م، ص 5.

(18) علي مجيد العكيلي، مرجع سابق، ص 94.

(19) عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، إعادة طباعة 1994م، ص 29.

(20) الاستدراك هو إعلان يصدر عن الجهة المختصة بنشر القوانين في الجريدة الرسمية، تنوّه فيه عن أخطاء مطبعية أو مادية شابت قانوناً منشوراً، مع ذكر رقم العدد الذي حصل به النشر وتاريخه، وبيان تصويب تلك الأخطاء من خلال ذكر موضع الخطأ في المادة ورقم الصفحة والسطر في القانون المعني.

كما أن النشر له ميعاد محدّد دستورياً، حيث يجب أن يتم خلال أسبوعين من يوم إصدار القانون، فإذا لم يتم إصدار القانون فلا يبدأ ميعاد الأسبوعين المحدّد لنشر القانون، فضلاً عن أن النشر مقيّد بأن يكون في وثيقة رسمية محدّدة هي الجريدة الرسمية والتي تصدر في الكويت عن وزارة الإعلام.

ومن جانبنا، لا تنفق مع البعض فيما يقرّره من أن القصد من نشر القوانين هو فقط افتراض علم الجميع بالقوانين المنشورة، ذلك أنه وإن كان الهدف النهائي من نشر القوانين هو تحقق العلم المفترض بالقانون، إلا أن غاية النشر ينبغي أن تتجه نحو إتاحة القانون وجعله في متناول الجميع لكي يحيطوا بمضمونه، فيتحقق لهم بذلك العلم الحقيقي قدر المستطاع⁽²¹⁾، على اعتبار أن هذا العلم - أي العلم الشخصي الحقيقي بالقانون - ليس متيسراً دائماً بالنسبة للجميع من الناحية الواقعية⁽²²⁾.

وقد كرّست أحكام القضاء الدستوري مبدأ نشر القوانين لأغراض نفاذ القوانين، ففي حكم للمحكمة الدستورية العليا المصرية جاء فيه: «إن إخطار المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية يعتبر شرطاً لإبائهم بمحتواها، وكان نفاذها تبعاً لذلك يفترض إعلانها من خلال نشرها، وكان مؤدّى ذلك أن دخول هذه القاعدة حيّز التنفيذ يرتبط بواقعيتين تجريان معاً وتتكاملان، وإن كان تحقق ثانيتهما معلقاً على وقوع أولاهما، هما: نشرها وانقضاء المدة التي حدّدها المشرّع لبدء العمل بها»⁽²³⁾.

ولكي يتحقق نشر القانون بالمفهوم الدستوري الصحيح لا بد من نشر القانون كاملاً كما أقرّه مجلس الأمة، فلا يكفي نشر موجز عن القانون، أو نشر مضمونه، أو بعض مواده، بل لا بد من نشر القانون كاملاً بجميع مواده بصورته النهائية التي أقرّها مجلس الأمة، فإن لم يتم النشر على هذا النحو، فإنه لا يعتد به في نفاذ القانون.

وقد جرى العمل في دولة الكويت عند إعداد مشاريع القوانين أن تخصص مادة مستقلة - غالباً ما ترد في ختام مواد القانون وفي بعض الأحيان في مقدمته - تخصص

(21) علي السيد الباز، السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2006م، ص 303.

(22) توفيق شندارلي، النشر كآلية للعلم بالقانون، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحيى فارس، المدينة، الجزائر، مج 8، ع 2، سنة 2014م، ص 88.

(23) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 158 لسنة 34ق، بتاريخ 2020/5/9م، (د.ن).

لنشر القانون، يمكن أن نطلق عليها مسمًى «مادة النشر»، حيث تجري صياغتها التقليدية على النحو الآتي: «على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كلٌ فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية».

فيما تعتمد بعض القوانين طريقة عدم تحديد ميعاد نفاذ القانون صراحةً، حيث جاء في أحد القوانين الصياغة الآتية لمادة النشر: «على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كلٌ فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، وينشر في الجريدة الرسمية»⁽²⁴⁾، ففي ظل هذه الصياغة يترك المُشرّع تحديد ميعاد نفاذ القانون لحكم القاعدة العامة المقررة بالمادة (178) من الدستور، وهو شهر من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية.

والأصل أن أفراد نص خاص لمادة النشر أو نص المادة المخصص لنشر القانون في الجريدة الرسمية ليس أمراً لازماً، فميعاد نفاذ القانون قد بيّنته المادة (178) من الدستور، ومن ثم فإن حكم هذا النص لا يحتاج إلى تأكيد بنص خاص في القوانين التي تُنشر في الجريدة الرسمية، وذلك فيما عدا الحالة التي يتم فيها إنقاص أو مد ميعاد نفاذ القانون، فهنا يكون وجود هذا النص أمراً حتمياً لا مفر منه، إذ إن إنقاص ميعاد نفاذ القانون أو مدّه يحتاج إلى نص خاص يقرره في ذات القانون.

ويثور التساؤل عن مدى شمول واجب النشر للمذكرة الإيضاحية للقانون التي عادة ما ترفق بالقوانين؟

إجابةً عن السؤال السابق نقول - بادئ ذي بدء - : إن المفهوم التقليدي للمذكرات الإيضاحية يقتصر على إيضاح مدلول نصوص القانون وحقيقة غاية المُشرّع ومقصده منه، فالمذكرات الإيضاحية تُصاغ على نحو مفصّل وغايتها الكشف عن أمور لا تذكر عادةً في النصوص، وبخاصة الأهداف التي أرادها المُشرّع أي حكمة التشريع، كما أن هذه المذكرات تفيد في تفسير بعض الألفاظ التي قد تؤدي - لما تنطوي عليه من مرونة - إلى الخلاف في الرأي عند التطبيق⁽²⁵⁾.

(24) من ضمن هذه القوانين التي اتبعت هذه الطريقة القانون رقم 2 لسنة 2023 بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء في مادته الثالثة، نُشر في الجريدة الرسمية في العدد رقم 1619، السنة 69 - 6/أ، بتاريخ 2023/1/22.

(25) منصور مصطفى منصور، أصول القانون، د.ن، 1977 - 1978م، ص 141.

فالمذكرة الإيضاحية لا تتمتع بقوة ملزمة كالتي يتمتع بها النص التشريعي، فهي ليست قانوناً ولا يجوز لها أن تكمل ما يكشف عنه الواقع العملي من نقص في القانون، ومن ثم يفترض أن يقتصر دورها على شرح وتوضيح مدلول النصوص التشريعية وأهداف التشريع وغاياته دون أن تتعدى ذلك إلى تقرير حكم جديد لم يرد في القانون ذاته ولا تعديل ما تضمنه من أحكام.

فالمذكرة الإيضاحية ليست كالمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي التي يرى غالبية الفقه الدستوري إلزاميتها لظروف خاصة بها لا تتوافر للمذكرات الإيضاحية للقوانين⁽²⁶⁾، ومما يقطع بعدم إلزامية ما يرد في المذكرات الإيضاحية للقوانين أن القضاء التفت عما أوردته المذكرة الإيضاحية لأحد القوانين لخروجها عن المعنى الصحيح لنص من نصوصه⁽²⁷⁾.

ولا مجال بعد ذلك للمقارنة بين المذكرة الإيضاحية للقانون والمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي، فالمذكرة التفسيرية للدستور تختلف عن المذكرات الإيضاحية التي ترافق مشروعات القوانين الحكومية، أو الاقتراحات بمشروعات القوانين التي يتقدم بها الأعضاء، أما المذكرة التفسيرية للدستور فلم توضع في أول التشريع كما هو شأن المذكرات الأخرى المشار إليها، إنما وضعت فور الانتهاء من إقرار مواد الدستور، وأخذت من واقع مناقشات المجلس التأسيسي عند نظره لمواد مشروع لإقرارها، وفوق ذلك، فقد عرضت على المجلس التأسيسي - بعد إقراره مواد الدستور - لنظرها وإقرارها على ذات الأسلوب الذي اتبع في نظر المواد وإقرارها، وفعلاً خصص المجلس التأسيسي لذلك جلستين يومي 30 أكتوبر و3 نوفمبر 1962م، في حين كانت مناقشة الدستور في خمس جلسات سابقة - وكان أن ناقشها وأدخل عليها ما رأى من تعديلات ثم صوّت عليها بالموافقة في النهاية، وأرقت بمشروع الدستور عند رفعه لسمو الأمير للتصديق عليها، وكان آخر عبارة فيها صريحة قاطعة في قيمتها كتفسير رسمي ملزم، حيث قالت: في ضوء ما سبق من تصوير عام لنظام الحكم، ووفقاً لهذه

(26) انظر: عثمان عبد الملك الصالح، مذكرته حول تطبيق المادتين (98) و(104) من الدستور الكويتي الواردة بتقرير لجنة الشؤون التشريعية والقانونية المثبت بمضبطة جلسة مجلس الأمة - 6 أ المعقودة يوم 20/5/1975م. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، د.ن، 1972م، ص 302 - 303.

(27) حكم محكمة النقض المصرية رقم 2986 لسنة 65ق، الصادر بتاريخ 10 مايو 2006م، موسوعة صلاح الجاسم لأحكام النقض والتميز العربية.

الإيضاحات المتفرقة في شأن بعض المواد على وجه الخصوص، يكون تفسير أحكام دستور دولة الكويت⁽²⁸⁾.

كما يضيف البعض في الفقه الدستوري أن المفهوم التقليدي للمذكرات الإيضاحية للقوانين يقتصر على إيضاح مدلول النص وحقيقة قصد الشارع منه دون أن تضيف إلى التشريع أحكاماً جديدة، أما المذكرة التفسيرية لدستور الكويت فتقوم بدور أكبر من ذلك بكثير، فهي تحتوي أحياناً على إضافات جوهرية إلى نصوص الدستور، وهي جزء لا يتجزأ من الدستور، ولذلك فهي ملزمة فيما تقدمه من إضافات أو تفسيرات⁽²⁹⁾.

وبناءً على ما تقدّم، فإن واجب نشر القوانين - باعتقادنا - لا ينسحب على المذكرات الإيضاحية للقوانين، وبالتالي إذا تم نشر قانون ما دون مذكرته الإيضاحية، فإن النشر على هذا النحو يكون قد تم وفقاً للمفهوم الدستوري السليم لنشر القوانين، وإن كنا نرى أن نشر المذكرات الإيضاحية للقوانين أمر محبذ لا يخلو من فائدة.

والنشر لا يقتصر على توزيع أعداد الجريدة الرسمية لمن يتقدّم بطلبها من الأفراد، بل يتعدّى ذلك إلى وجوب إتاحتها لكل من يرغب في الاطلاع عليها، صحيح أن العلم المفترض بالقانون وبالتالي نفاذه يتحقّق بنشره في الجريدة الرسمية، إلا أن ذلك يتطلب أن يكون في مقدور الأفراد العلم بالقانون متى رغبوا في ذلك، فإذا اطلعوا على القانون فعلاً فقد تحقّق العلم الحقيقي، أما إذا لم يعلموا بالقانون رغم إتاحتهم لهم بالنشر في الجريدة الرسمية، فإنه ينفذ في مواجهتهم لتحقيق علمهم الحكمي أو المفترض بهذا النشر⁽³⁰⁾.

(28) عثمان خليل عثمان، دستورية القوانين - مذكرات على الآلة الكاتبة لطلبة الدراسات العليا دبلوم القانون العام، كلية الحقوق والشرعة، جامعة الكويت، 1973م، 1974، ص 156.
(29) عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 130، و361.

(30) وقد حدث في مصر أن صدر قانون ينظّم إنشاء إدارة المخابرات العامة ويضفي على رجالها صفة الضبطية القضائية، وقد طعن في قضية التنظيمات اليسارية عام 1975م على سند من أن العدد الذي نُشر فيه القانون لم يُطبع منه غير عدد قليل من النسخ احتفظت بها المخابرات العامة لنفسها، ولم يوزع شيء منها حتى لا يعلم الناس بأحكامه. انظر: عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ط5 (منقحة)، د.ن، دولة الكويت، 2009م، ص 786، هامش رقم 1.

فالقصد من النشر في الجريدة الرسمية هو توفير إمكانية العلم بالقاعدة القانونية، ولا يتحقق النشر إلا بالانتشار، فإذا نُشر القانون في الجريدة الرسمية ولكن طُبع من الجريدة أعداد محدودة جداً احتفظت بها سلطات الدولة بحيث لا يتمكن الجمهور من العلم فعلاً بالقانون، فإن النشر لا يتحقق بمفهومه القانوني، والأدق - كما يرى البعض - أن مثل هذا القانون قد طُبع ولكنه لم يُنشر، ومن ثم فلا يترتب على هذا الطبع أي أثر قانوني من الآثار التي يربتها النشر⁽³¹⁾.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها بأنه: «إذا كان نشر التشريعات واجباً على جهة الإدارة، فإن النشر لا يتم إلا بتوزيع الأعداد المطبوعة وتيسيرها للمواطنين، والقاعدة أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»⁽³²⁾.

ولا يغني عن النشر في الجريدة الرسمية إعلان القانون بأي وسيلة أخرى ولو كانت أجدى من الجريدة الرسمية في سبيل العلم، كالنشر في الإذاعة، أو التلفزيون، أو الصحف المحلية، أو عن طريق وضع إعلانات في الأماكن العامة، أو غيرها من الطرق الحديثة كالمواقع الإلكترونية⁽³³⁾، وإن كانت تحقق العلم الواسع أو الإحاطة بأحكامه، بل إن العلم الفعلي بالتشريع بأية طريقة أخرى لا يجعله نافذاً ما دام لم يُنشر في الجريدة الرسمية⁽³⁴⁾.

ويرى البعض في فقه القانون الخاص أن نفاذ القانون بنشره يعتبر قاعدة عامة تشمل كل المخاطبين بأحكامه سواء كانوا من الأفراد أو السلطات العامة في الدولة، فالقانون لا ينفذ ومن ثم لا يكتسب صفة الإلزام في مواجهة هذه السلطات إلا بنشره ولو كانت تعلم به علماً يقينياً قبل ذلك⁽³⁵⁾.

(31) حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، ج1، نظرية القانون، د.ن، د.ت، بند 139، ص 110 - 111.

(32) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 63089 لسنة 66ق، بتاريخ 2014/6/24م. (غير منشور)

(33) على حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 109.

(34) انظر: عبد المنعم البدر، المدخل للعلوم القانونية، د.ن، ط 1962، ص 185، بند رقم 118. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، د.ن، ط 1981م، ص 82. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 97، بند رقم 72.

(35) حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، بند 143، ص 112. محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 - 2009م، بند رقم 209، ص 187. حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله،

في حين يذهب البعض الآخر في فقه القانون العام إلى أن النشر وإن كان يُعد شرطاً لنفاذ القانون تجاه الأفراد المخاطبين بأحكامه، إلا أن ذلك لا يعني أن القانون قبل نشره في الجريدة الرسمية يتجرّد من كل قوة قانونية، فالسلطة التنفيذية تلتزم قانوناً باحترام القانون متى استوفى مرحلة الإصدار، ومن ثم فإنه يحق للأفراد المخاطبين بأحكام القانون قبل النشر التمسك بما يتضمنه من حقوق لهم⁽³⁶⁾.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأي الأخير بنفاذ القانون في مواجهة السلطات العامة من تاريخ إصداره، وندلل على صحة وجهة النظر هذه من صياغة مواد نشر القوانين التي جرى العمل عليها في القانون الكويتي، حيث تجري هذه الصياغة - في الغالب الأعم من القوانين - على إيراد التزام السلطة التنفيذية - ممثلة برئيس مجلس الوزراء والوزراء أو الوزير المختص - بتنفيذ القانون، ثم يتبع ذلك عبارة: «ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية»⁽³⁷⁾.

فالمغاية في الصياغة التي اتبعها المشرع الكويتي في صياغة مواد النشر في القوانين تؤكد اتجاه نية المشرع إلى المغايرة في ميعاد نفاذ القوانين، وهو ما يؤكد بأن نفاذ القانون بالنسبة للسلطات العامة لا يتوقّف على نشره، بل ينفذ في مواجهتها بمجرد إصداره، والنص على التزام رئيس الوزراء والوزراء بتنفيذ القانون ليس إلا أثر لنفاذه في مواجهة السلطة التنفيذية، في حين يتوقف العمل بالقانون - أي نفاذه - في مواجهة بقية المخاطبين بأحكامه على نشره وفوات الميعاد المقرر دستورياً لترتيب النشر أثره في الاحتجاج به عليهم⁽³⁸⁾.

المدخل للعلوم القانونية، مكتبة عين شمس، القاهرة، د.ت، ص 53 - 54. حسن عبد الرحمن قدوس، دروس في مبادئ القانون - النظرية العامة للقاعدة القانونية، دار النهضة العربية، د.ت، ص 108. (36) عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ج1: النظام في إطاره التاريخي وفي إطاره النظري، ط2، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 2003، ص 481، هامش رقم 1.

(37) انظر على سبيل المثال القانون رقم 120 لسنة 2023 في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة في المادة (67) منه، نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ع 1650، السنة 69 - أ/11، بتاريخ 2023/8/27م. (38) وذات الأمر يسري على نفاذ القرارات الإدارية التنظيمية في مواجهة الإدارة، حيث اختلف الفقه بين رأي يرى نفاذ هذه القرارات في مواجهة الإدارة من يوم صدورها، فيما يرى الاتجاه الآخر أنه ينفذ في مواجهتها من تاريخ نشره. انظر: جهاد رحمان، نفاذ القرار الإداري في مواجهة كل من مصدرته والمخاطبين به، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ع 20، أكتوبر 2014، ص 92.

ومن جانب آخر، فإن تعليق نفاذ القانون في مواجهة السلطات العامة في الدولة على نشره بالجريدة الرسمية قد يثير شبهة تعمدتها عرقلة نشر القانون ومن ثم تعطيل نفاذه، لا سيما في الأحوال التي يكون لها مصلحة في عدم تنفيذ القانون، وانطلاقاً من حقيقة أن الهدف الأساسي من نشر القانون هو إعلام الأفراد بفحواه، فإنهم هم المقصودون بهذا النشر.

كما أن من ضمن مراحل سنّ القانون التصديق عليه وإصداره من قِبَل رئيس الدولة، ومن ثم فإن السلطات العامة حتماً ستكون على دراية بصدور القانون ومضمونه، وبالتالي فلا حاجة لربط نفاذه تجاهها بنشره في الجريدة الرسمية، وعليه فإننا نعتقد أن نشر القانون في الجريدة الرسمية ليس شرطاً لنفاذه في مواجهة السلطات العامة.

ومن نافلة القول، الإشارة إلى أن واجب النشر في الجريدة الرسمية يمتد إلى نشر ما يفيد انتهاء العمل بالقانون، سواء بإلغائه من السلطة التشريعية وهو ما يتضمّن عادةً نص خاص في القانون الجديد الملغي للقانون السابق⁽³⁹⁾، أو بالحكم بعدم دستوريته من قِبَل المحكمة الدستورية⁽⁴⁰⁾، أو بالقرار الصادر من مجلس الأمة بعدم إقرار المرسوم بالقانون عند عرضه عليه⁽⁴¹⁾.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لنشر القوانين في الجريدة الرسمية

ينبغي لسن القانون أن يمر بمرحلة الإصدار، والتي يعرفها البعض بأنها: «تسجيل سنّ التشريع ووضعه موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية

(39) مع الأخذ بعين الاعتبار أنه في حالة الإلغاء الضمني للقانون ينشر القانون الجديد الذي يتضمّن أحكاماً تتعارض مع القانون القديم، أو تنظيمًا جديدًا شاملاً للموضوع، وهو ما نصّت عليه المادة الثانية من القانون المدني الكويتي.

(40) نصت المادة (19) من المرسوم بإصدار لائحة المحكمة الدستورية على أن: «تُنشر في الجريدة الرسمية جميع الأحكام والقرارات التي تصدر من المحكمة مشتملة على أسبابها ومرفقاتها خلال أسبوعين من تاريخ صدورها».

(41) نصت المادة (114) من القانون رقم 12 لسنة 1963 على أن: «يصوّت المجلس على المراسيم بقوانين بالموافقة أو الرفض، ولا يكون رفضها إلا بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس، ويُنشر الرفض في الجريدة الرسمية».

بتنفيذه باعتباره تشريعاً ملزماً من تشريعات الدولة، فهو بمثابة شهادة ميلاد التشريع وسنداً لتنفيذه»⁽⁴²⁾.

فإصدار القانون هو اللحظة التي يثبت بها وجود القانون من الناحية القانونية، فهو الوثيقة التي يثبت بموجبها رئيس الدولة وجود القانون، ويأمر السلطات العامة باحترامه، وإلزام المواطنين بالانصياع لأحكامه، ولا يكون لها - أي هذه الوثيقة - من تاريخ إلا تاريخ التوقيع عليها من قبل رئيس الدولة.

ورغم أن الإصدار كعمل قانوني يتضمّن أمراً وتكليفاً لرجال السلطة التنفيذية بتنفيذه، إلا أنه ليس كافياً لوحده لبدء العمل بالقانون أي لنفاذه، وإنما يلزم إلى جانب ذلك توفير وسيلة تهيئاً من خلالها للكافة الإحاطة بأحكام هذا القانون⁽⁴³⁾.

ويرى غالبية الفقه الدستوري أن نشر القوانين في الجريدة الرسمية هو عمل مادي الغرض منه مجرد إعلام الأفراد بصدور القانون⁽⁴⁴⁾، وهو ما يؤيّد به البعض في فقه القانون الخاص⁽⁴⁵⁾، حيث يرى أن النشر عمل مادي وعلى العكس من الإصدار الذي يعتبر من قبيل الأعمال القانونية⁽⁴⁶⁾، فيما يستدرك البعض بالقول: «إن النشر هو عمل قانوني من جهة أنه تحسب على أساسه المدة اللازمة لنفاذ القانون...»⁽⁴⁷⁾.

وأما على صعيد القضاء الدستوري فقد سايرت المحكمة الدستورية الكويتية رأي

(42) رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1993م، ص 128.

(43) محمد شكري سرور، مرجع سابق، بند رقم 206، ص 181.

(44) انظر: عثمان عبد الملك، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، مرجع سابق، ص 480. عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص 786. يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، كلية الحقوق والشرعة، جامعة الكويت، 1970 - 1971م، ص 215. محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، ط2، نشر خاص، دولة الكويت، 2013 - 2014م، ص 408.

(45) عبد الرزاق السنهوري وأحمد أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950م، بند رقم 141، ص 176. حسن عبد الرحمن قدوس، مرجع سابق، ص 106، هامش رقم 1.

(46) محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 181، هامش رقم 3.

(47) محمد المقاطع، مرجع سابق، ص 411. فيما اعتبرت بعض الأحكام الإدارية في مصر نشر القانون عملاً متمماً للقانون ذاته، راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1950/1/3م، أشار إليه محمد لبيب شنب، مذكرات في المدخل لدراسة القانون، ط 1975 - 1976، ص 108.

غالبية الفقه الدستوري سالف الإشارة، وذلك في حكم لها جاء فيه أن: «نشر القانون في الجريدة الرسمية هو عمل مادي تقوم به السلطة التنفيذية حتى يكون القانون نافذاً في مواجهة المخاطبين بأحكامه»⁽⁴⁸⁾.

ونعتقد بأن نشر القوانين في الجريدة الرسمية وإن لم يكن جزءاً من العملية التشريعية بالمعنى الفني الدقيق، إلا أنه ليس مجرد عمل مادي، وعلى الرغم من أن الفقه لم يتعرّض لبيان مفهوم الأعمال المادية، إلا أنه يمكن تحديد ماهيتها من خلال استقراء أحكام القضاء الإداري بمناسبة تمييزها - أي الأعمال المادية - عن القرارات الإدارية التي تعتبر أعمالاً قانونية يختص هذا القضاء بنظرها.

ففي حكم لمحكمة التمييز عرفت فيه القرار الإداري وأنه قد يكون إيجابياً، أو سلبياً ثم قررت أنه: «وهو في الحالتين - أي القرار الإداري - يختلف عن عمل الإدارة المادي الذي يخرج عن اختصاص الدائرة الإدارية، ويكون دائماً واقعة مادية أو إجراءً مثبتاً لها ولا يقصد به تحقيق آثار قانونية معينة إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة»⁽⁴⁹⁾.

وفي حكم آخر تقرر ذات المحكمة أن الأعمال المادية: «سواء أكانت مادية أم إجراءات تنفيذية تباشرها جهة الإدارة تنفيذاً لحكم القانون لا يترتب عليها آثار قانونية معينة إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة»⁽⁵⁰⁾.

ونخلص مما تقدّم إلى أن الأعمال المادية هي الوقائع والإجراءات التي لا يترتب عليها آثار قانونية، في حين أن نشر القوانين في الجريدة الرسمية هو عمل قانوني يترتب آثاراً قانونية أهمها بدء الميعاد المقرر دستورياً لتنفيذ القانون، والذي بفواته يدخل القانون حيّز التنفيذ ويصبح جزءاً من النظام القانوني للدولة.

وتظهر الآثار القانونية للنشر من زاويتين: الأولى: إيجابية وهي عند نشر القانون، والثانية: سلبية عند عدم إجراء النشر، وذلك على النحو التالي:

(48) حكم المحكمة الدستورية الكويتية رقم 3 لسنة 2019، طعن دستوري مباشر، الصادر بتاريخ 2021/3/24 م.

(49) الحكم رقم 158 لسنة 2014 إداري/1، الصادر بتاريخ 2015/7/8 م.

(50) الحكم في الطعون أرقام 418 - 420 - 450 لسنة 2015 إداري/1، الصادر بتاريخ 2018/3/21 م.

أ - آثار إجراء النشر:

1 - بالنشر يبدأ الميعاد الذي بانتهائه يصبح التشريع نافذاً وأوجب التطبيق على المخاطبين بأحكامه، وفي ذلك تقرر محكمة النقض المصرية: «إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة (188) من الدستور على أن تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعداً آخر، يدل على أن نشر القانون بالجريدة الرسمية بعد إصداره من السلطة المختصة هو الطريق الوحيد الذي رسمه المشرع ليتوافر للمخاطبين بأحكامه العلم به ولا يعذر أحد بعد ذلك بالجهل به، ولا يغني عن هذه الوسيلة العلم بالقاعدة القانونية بطريق آخر ولو توافر العلم اليقيني، ولما كانت قرينة العلم بالقانون أو إمكانية العلم به مفترضة، فإذا انتفى ذلك لم يعد للافتراض مكان احتراماً للقاعدة الشرعية أنه «لا تكليف بمستحيل»⁽⁵¹⁾.

2 - بالنشر يتحقق العلم الحكمي بالتشريع طبقاً لنص المادة (178) من الدستور، ولا يجوز بعده للأفراد الاحتجاج بالجهل بالقانون، فالنشر يعتبر قرينة قانونية قاطعة على علم الكافة بمضمون القانون لا يجوز إثبات عكسها،⁽⁵²⁾ ومن ثم صلاحيته للنفاذ في مواجهة كافة الأفراد المخاطبين بأحكامه ولو لم يتحقق العلم الحقيقي به.

ب - آثار الامتناع عن النشر أو التأخر فيه بعد الميعاد المقرر دستورياً:

1 - إن امتناع السلطة التنفيذية أو تأخرها عن نشر القانون خلال أسبوعين من إصداره يعرضها للمسؤولية السياسية أمام جهة الرقابة السياسية، وهو أثر قانوني دستوري سلبي لعدم النشر.

2 - إن الأفراد يكونون في حلٍّ من الالتزام بأحكام القانون غير المنشور ولو علموا به علماً يقينياً، بيد أن ذلك لا يحول دون أن يتمسكوا بأحكام القانون غير المنشور متى كانت لهم في ذلك مصلحة.

ويظهر بجلاء مما سلف عرضه أهمية تحديد الطبيعة القانونية لإجراء نشر القوانين

(51) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 2230 لسنة 78 ق، بتاريخ 2010/1/21م.

(52) يحيى الجمل، مرجع سابق، ص 215.

في الجريدة الرسمية، فالأخذ بوجهة النظر التي تبنيها من أن النشر يعد عملاً قانونياً يؤدي إلى إتاحة المجال للمخاطبين بأحكام القانون الذي تمتنع السلطة عن نشره للطعن على مسلكها هذا أمام القضاء الإداري بوصفه قراراً إدارياً سلبياً، على اعتبار وجود التزام دستوري يثقل كاهل السلطة المختصة بالنشر للقيام بهذا الإجراء⁽⁵³⁾.

بيد أنه لا يمكن الوصول إلى النتيجة السابقة في ظل الاتجاه الفقهي الذي يرى أن النشر مجرد عمل مادي، وليس عملاً قانونياً، وهو ما يعني أن مسلك السلطة المختصة بالنشر بامتناعها عن الوفاء بهذا الالتزام يكون بمنأى عن الطعن عليه أمام القضاء الإداري ومخاصمته لعب عدم المشروعية.

ويثور التساؤل عن مدى وجوب تضمين القانون نصاً يوجب على السلطة التنفيذية نشره في الجريدة الرسمية؟ وما أثر عدم وجود هذا الحكم في القانون؟ وهل يعفي السلطة التنفيذية من واجب النشر؟

وللإجابة عن السؤال السابق أهمية عملية كبيرة، فعلى سبيل المثال نصّت المادة الثانية من القانون رقم 109 لسنة 2014 بتعديل بعض أحكام القانون 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية على أنه: «على رئيس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون»⁽⁵⁴⁾.

ويتضح بجلاء من النص السابق أنه لم يتضمن ما يفيد أمراً من المشرّع للجهة المختصة في السلطة التنفيذية بنشر القانون، ومع ذلك نقول بأن خلو القانون من حكم خاص يوجب نشره في الجريدة الرسمية لا يعفي السلطة التنفيذية من واجب النشر، وذلك لأن هذا الواجب مقرر بنص المادة (178) من الدستور والنص عليه صراحة في القانون ليس إلا تأكيداً لحكم النص الدستوري آنف الذكر.

(53) وقد حدّدت الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز مفهوم القرار الإداري السلبي بقولها: «من المقرر أن القرار السلبي لا يقوم - وفقاً لصريح نص الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة المحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 إلا إذا رفضت السلطة الإدارية أو امتنعت عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح» الحكم رقم 446 لسنة 2010 إداري، الصادر بتاريخ 4/9/2013م، مجلة القضاء والقانون، وزارة العدل، دولة الكويت، السنة 41، ج3، أكتوبر 2017، قاعدة رقم 5، ص 25 - 28.

(54) نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية ع 1196، السنة الستون - ب - بتاريخ 2014/8/10. جدير بالذكر أن ذات صياغة نص المادة (2) من هذا القانون ورد في المادة (2) من القانون رقم 119 لسنة 2023.

المطلب الثاني

الآثار القانونية لنشر القوانين في الجريدة الرسمية

(مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون)

نرى من المناسب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في أولهما المقصود بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وأساسه وأهميته، فيما نخصص الفرع الثاني لدراسة نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

المقصود بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

وأساسه وأهميته

إذا نُشر القانون في الجريدة الرسمية ومضت المدة اللازمة لنفاذه، فلا يقبل من أحد أن يدّعي جهله به، وقد صيغت هذه الفكرة في مبدأ شهير يرتفع إلى مستوى الأصول القانونية التي تطبق ولو لم يجري بها نص قانوني في النظام القانوني كله، وهذا هو مضمون مبدأ «عدم جواز الاعتذار بجهل القانون»، أو «أن الجهل بالقانون ليس بعذر»، أو «لا يقبل من أحد جهله بالقانون»⁽⁵⁵⁾.

وتبعاً لذلك، فإن القانون يكون صالحاً للعمل به، ويسري على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامه⁽⁵⁶⁾، فهذا المبدأ لا يعني أن كل الناس يعلمون بالقانون فعلاً، وإنما يعني أن أحداً لا يجوز له التمسك بعد نشر القانون في الجريدة الرسمية بعدم علمه به ليصل بذلك إلى استبعاد تطبيقه عليه⁽⁵⁷⁾.

وهذا المبدأ وإن لم يجر به نص في الدستور، أو القانون الكويتي - وهو مسلك منتقد برأينا - إلا أنه مع ذلك يعد من المبادئ المُسلم بها في النظم القانونية المعاصرة، فليس مقبولاً من أحد الادعاء بجهله أياً من القواعد القانونية توصلاً لعدم تطبيقها عليه

(55) أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، د.ن، د.ت، بند رقم 88، ص 166.

(56) عبدالرزاق السنهوري وأبو ستيت، مرجع سابق، بند 142، ص 177.

(57) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند رقم 149، ص 116.

حين يكون هذا التطبيق واجباً⁽⁵⁸⁾، بل إن بعض التشريعات ونظراً لأهمية هذا المبدأ فقد رفعتة إلى مصاف القواعد الدستورية⁽⁵⁹⁾.

وقد أقرت محكمة التمييز هذا المبدأ في حكم لها جاء فيه: «إن العلم بالقانون مفترض على الكافة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، يستوي في ذلك الكويتي أو غير الكويتي طالما تحققت الإقامة فوق إقليم الدولة، وبما لازمه أنه بمجرد نشر القانون في الجريدة الرسمية تقوم في حق المخاطبين بأحكامه ومنهم الطاعن القرينة القانونية المستفادة من هذا النشر ومن تاريخه، وهي افتراض العلم بأحكامه طالما توافرت شروط إعماله، لما هو مقرر من أنه لا يفترض في أحد الجهل بالقانون»⁽⁶⁰⁾.

ومقتضى هذا المبدأ أن العلم الشخصي أو اليقيني بالقانون ليس شرطاً لنفاذه في حق المخاطبين بأحكامه، وإنما يكفي العلم الافتراضي، ومن ثم فإنه لا يقبل - مثلاً - من عائد إلى الوطن الادعاء بجهله بالقانون الذي يسري في حقه بحجة صدوره وقت وجوده خارج البلاد، كما لا يقبل ذات الاعتذار من شخص أُمي بحُجة عدم استطاعته قراءة الجريدة الرسمية التي تُشر فيها القانون ولو كان حسن النية⁽⁶¹⁾.

وعلى الرغم من أن تطبيق هذا المبدأ قد يؤدي إلى الإضرار بمصالح بعض الأفراد، وهم الذين لم يعلموا فعلاً بصدور القانون، ورتّبوا أمورهم على أساس عدم وجوده، إلا أن الأخذ بهذا المبدأ مما تقتضيه مصلحة الجماعة، إذ لو أُبيح لكل أحد أن يطلب عدم تطبيق القانون عليه بحُجة عدم علمه به، لامتألت المحاكم بالدعاوى التي يطلب رافعوها عدم تطبيق القانون عليهم، فيؤدي ذلك إلى زعزعة الثقة في المعاملات، والإخلال بالثقة الواجبة نحو القانون، وينهار النظام الاجتماعي كله، وتحل الفوضى محله⁽⁶²⁾.

(58) عبدالمنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 168، بند رقم 128.

(59) كهيّنه قونان، حدود تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في ظل اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، مج 5، ع 3، سنة 2020، ص 109.

(60) الحكم رقم 483 لسنة 2008 تجاري/1، الصادر بتاريخ 2009/5/26 م. (د.ن)

(61) محمد شكري سرور، مرجع سابق، بند 213، ص 189.

(62) السيد محمد السيد عمران، المدخل إلى القانون - نظرية الحق - نظرية القانون، د.ن، د.ت، بند رقم 49، ص 86.

ويرتكز هذا المبدأ في أساسه عند البعض إلى قيام قرينة قانونية⁽⁶³⁾، على علم الناس بالقانون، مستخلصة من نشره في الجريدة الرسمية، وهي قرينة تقوم على الاحتمال لا اليقين، فطالما يوجد احتمال العلم بالقانون من طرف بعض الأشخاص، فلا يشترط علم الكافة به، على الرغم من أن العلم بالقانون أصبح يتناقص عند الناس يوماً بعد يوم⁽⁶⁴⁾.

بيد أن البعض في الفقه لا يقر بوجود قرائن قانونية قاطعة - أي لا تقبل إثبات العكس⁽⁶⁵⁾ - علاوة على أن فكرة القرينة ذاتها (كدليل) تقوم على أساس حمل الأمر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف في العمل بشأنه⁽⁶⁶⁾، في حين أن الغالب في الواقع العملي يشير إلى جهل الأفراد بالقواعد القانونية وعدم علمهم بها⁽⁶⁷⁾.

فيما يذهب رأي آخر في الفقه في معرض تأييده للرأي السابق إلى عدم اعتبار هذا المبدأ بمثابة قرينة قانونية، حيث يرى أن هذا المبدأ في حقيقته هو عبارة عن مبدأ أو قاعدة موضوعية لا سبيل إلى مناقشتها كما هو الشأن في كل قاعدة قانونية تتوافر الشروط اللازمة لتطبيقها⁽⁶⁸⁾.

ويرى رأي ثالث أن أساس هذا المبدأ هو «الحيلة القانونية»⁽⁶⁹⁾، ذلك أن نشر القوانين في الجريدة الرسمية يتحقق به العلم لدى بعض الناس فقط، ويستحيل أن يتحقق للكافة، نظراً لكثرة القوانين وتعددتها، ولما كان الحال كذلك فإن هذا المبدأ يعد مجرد حيلة قانونية لإلزام الأفراد بالقانون⁽⁷⁰⁾.

(63) القرينة القانونية هي: «افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحاً وفقاً لما هو مألوف في الحياة أو طبقاً لما يربحه العقل». توفيق شندارلي، مرجع سابق، ص 4، هامش رقم 14.

(64) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، بند 181، ص 599.

(65) عبدالمنعم فرج الصدة، مرجع سابق، بند رقم 128، ص 168.

(66) حسن كيرو، مرجع سابق، ص 316، بند 173.

(67) فالغالبية بل السواد الأعظم من الناس لا يقرأون الجريدة الرسمية. محمد شكري سرور، مرجع سابق، بند 214، ص 190، هامش رقم 2.

(68) عبدالمنعم فرج الصدة، مرجع سابق، بند رقم 128، ص 168.

(69) الحيلة القانونية هي: «افتراض أمر مقبول أو مخالف للواقع بغرض تحقيق أهداف معينة، ما كانت لتتحقق لولا هذا الافتراض المخالف للحقيقة».

(70) انظر: رأي الفقيه فرانسوا جيني، مُشار إليه لدى: سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 597.

وينطلق رأي آخر في الفقه⁽⁷¹⁾ من فكرة أن المواطن الصالح يلتزم قانوناً وأخلاقاً بالسعي إلى معرفة القوانين التي تحكمه، فالجهل بالقانون خطأ لا يجوز التمسك به أمام القضاء، إذ لا يجوز للشخص أن يستفيد من خطئه⁽⁷²⁾.

ونعتقد من جانبنا بأن شرعة العقل والمنطق تقوم مبرراً للاكتفاء بالعلم الافتراضي بالقانون المستفاد من نشره في الجريدة الرسمية، بالرغم من مخالفة هذا الافتراض للواقع في غالبية الأحيان، ذلك أنه من المستحيل حمل القانون إلى علم الناس فرداً فرداً، لذلك لم يكن بوسع المشرع أن يفعل أكثر من نشر القانون لكي يُتاح للكافة العلم بوجوده⁽⁷³⁾.

بإزاء ما تقدّم فإن العدل يقتضي المساواة بين الناس في المعاملة، فلا يقتصر تطبيق القانون على فريق منهم، بينما يُقبل من آخرين التمسك بعدم تطبيقه عليهم بدعوى الجهل به⁽⁷⁴⁾.

وتتبع أهمية هذا المبدأ من كونه ضرورة يحتملها نظام المجتمع، إذ إنه لو أُجيز للأفراد الاعتذار بجهل القانون للتنصّل من أحكامه، لأصبح من السهل على كل من تقتضي مصلحته عدم تطبيق القانون عليه أن يلجأ إلى هذا الاعتذار، ولما أمكن بعد ذلك تطبيق القانون إلا في حالات قليلة، الأمر الذي يسفر عن شيوع الفوضى في المجتمع وتقويض النظام فيه، ومن ثم يكون القانون قد عجز عن أداء وظيفته الأساسية⁽⁷⁵⁾.

علاوة على أن من ضمن خصائص القاعدة القانونية صفة الإلزام لذاتها، أي أن

(71) مصطفى الجمال، الجهل بالأحكام المدنية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع 1 و 2، مج 16، سنة 1974، ص 3. محمد وجدي عبد الصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون، د.ن، 1973-1972، ص 1002.

(72) ويرى البعض أن نطاق تطبيق هذه القاعدة يقتصر على المسؤولية العقدية لكونها تهدف إلى احترام قواعد النظام العام الخاصة بالعقود، وذلك من خلال منح السلطة للقاضي في أن يحكم ببطالان العقد أو وقف تنفيذ الالتزام مؤقتاً في مواجهة المتعاقد الذي لا يستحق بسبب سلوكه أن يحكم له بالاستمرار في تنفيذ ذلك الالتزام، فهي إذن قاعدة غير معروفة في المسؤولية التقصيرية. انظر: عبد الكريم ربيع العنزي، أثر خطأ المضرور على الحق في التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011م، ص 322-321.

(73) عبد الودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، د.ن، 1976م، ص 86.

(74) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، بند رقم 128، ص 168. رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 171.

(75) محمد شكري سرور، مرجع سابق، بند رقم 214، ص 191. على حسن نجيدة، مرجع سابق، ص 111.

إلزامية القاعدة للمخاطبين بأحكامها تنبع منها ومن وجودها، وهو ما يتعارض مع تعليق هذا الإلزام على العلم بها؛ لأن هذا العلم عامل خارجي عنها، وبالتالي فإن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفي لصفة الإلزام عن هذه القاعدة⁽⁷⁶⁾.

وأخيراً يرى البعض أن الجهل بالقانون في حد ذاته خطأ، والخطأ لا يمكن أن يُقبل كعذر أمام القضاء، حتى لا يكون وسيلة للتهرب من الخضوع لحكم القانون أياً كان المبرر في ذلك⁽⁷⁷⁾.

ويسري مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون حتى وإن كان القانون غير واضح يشوبه الغموض، إذ إن هذه المسألة تتعلق بتفسير القانون وليس بالعلم به، وهنا يأتي دور المشرع في إصدار قانون تفسيري يكشف عن حقيقة المراد بالقانون السابق، والذي يُعد كاشفاً عن حقيقة مراد الشارع من تاريخ سريان القانون السابق الذي فسره لا منشأً لحكم جديد⁽⁷⁸⁾.

جدير بالذكر أن بعض القوانين المقارنة تجيز استثناءً للأجنبي الاعتذار بجهل القانون، وذلك بتوافر شروط عدة، فعلى سبيل المثال تنص المادة (37) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 على أنه: «1- ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة. 2- للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي على قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون، وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها»⁽⁷⁹⁾.

وهدياً بما تقدّم وطبقاً لما يراه البعض، فإن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يرتبط ارتباطاً وثيقاً لا ينفك بالقاعدة القانونية ذاتها، ومتى وُجدت الأخيرة لا بد وأن يوجد هذا المبدأ، وإلا فالأولى ألا يكون هناك قانون⁽⁸⁰⁾.

(76) حسن كيرة، مرجع سابق، ص 317، بند رقم 173.

(77) توفيق شندارلي، مرجع سابق، ص 4.

(78) حكم محكمة النقض المصرية رقم 192 لسنة 52ق، الصادر بتاريخ 24 أبريل 1989م، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة 40، ع 2، قاعدة رقم 187، ص 157.

(79) نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) ع 1778، بتاريخ 1969/9/15م.

(80) أحمد سلامة، مرجع سابق، بند رقم 88، ص 168.

الفرع الثاني

نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

لا يقتصر نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية التي تنشأ من التشريع، وإنما هو مبدأ عام ينطبق على جميع القواعد القانونية أيًا كان مصدرها، تشريعاً أو عرفاً⁽⁸¹⁾، بل إن تطبيق هذا المبدأ يشمل كل المصادر الاحتياطية للقانون كمبادئ الشريعة الإسلامية، ولو كانت لا تخضع لإجراء النشر في الجريدة الرسمية⁽⁸²⁾.

ويذهب رأي في الفقه إلى أن نطاق هذا المبدأ يقتصر على القواعد القانونية الآمرة (أي المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة)، ولا يشمل القواعد القانونية المكملّة أو المفسّرة لإرادة المتعاقدين، فهذه القواعد الأخيرة هي فقط التي يُقبل من الأفراد الاحتجاج بجهلها⁽⁸³⁾، فيما يتّجه الرأي الراجح في الفقه إلى امتداد نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ليشمل القواعد القانونية بنوعها الآمرة والمكملّة على حد سواء، إذ لا مبرر - من وجهة نظرهم - للفرقة بينهما، فصفة الإلزام الذاتي تتوافر في النوع الثاني من القواعد توافرها في النوع الأول، وأن صفة الإلزام هذه تتعارض مع السماح بعدم الخضوع للقاعدة القانونية بحجة الجهل بها⁽⁸⁴⁾.

علاوة على أن القول بجواز الاعتذار بجهل القواعد المكملّة تحديداً يؤدي إلى نتيجة غير منطقية لا تتفق وطبيعة هذه القواعد، فهذه القواعد كما هو معلوم وُضعت لمواجهة فرض سكوت المتعاقدين عن تنظيم المسألة موضوعها، بشكل مخالف لما تتضمنه من حكم، ومن ثم لو قيل بإمكان الاعتذار بجهلها، لما وُجدت هذه القواعد مجالاً كبيراً في التطبيق، لأن الفرض أنها لا تُطبّق إلا عند سكوت المتعاقدين عن مناهضتها باتفاق مخالف، وتبعاً لذلك يستطيع من له مصلحة منهما في عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها، ويفسّر السكوت على هذا الأساس، وحينئذٍ نكون أمام فراغ

(81) حسن كيره، مرجع سابق، ص 317. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 121.

(82) علي فيلاي، مقدمة في القانون، دار موفم، الجزائر، 2005م، ص 244.

(83) عبدالرزاق السنهوري وأحمد أبو ستيت، مرجع سابق، بند رقم 142، ص 177.

(84) من أنصار هذا الاتجاه: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، ط6، دار الكتب القانونية، القاهرة، دت، ص 190. حسن كيره، مرجع سابق، ص 218. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 121. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، د.ن، 1954م، ص 131، بند 103. عبد المنعم البداروي، مرجع سابق، ص 197، بند 130. عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص 86. خميس خضر، المدخل للدراسات القانونية، ط2، د.ن، 1986م، ص 158، بند 138.

ما وُجدت القواعد المكملّة إلا لسدّه، إذ لا توجد إرادة للمتعاقدین من ناحية، ويمتنع تطبيق القواعد المكملّة من ناحية أخرى⁽⁸⁵⁾.

وعلى الرغم من أن صياغة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تُوحى باقتصاره على التشريع، إلا أنه من المؤكد - بحسب ما يراه البعض - أن هذا المبدأ لا ينصرف إلى التشريع وحده، بل يمتد ليشمل القواعد القانونية بصفة عامة أيّ كان مصدرها، التشريع أو العرف أو القضاء⁽⁸⁶⁾.

وقد انتقد بعض الفقه امتداد نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بشموله مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة، فهذه القواعد لا يعلمها الناس، ولا تُنشر ومع ذلك يؤخذون عليها، ويعود صاحب الرأي لبيان اختلاف الأساس الذي بُني عليه المبدأ سالف الإشارة، فهو في التشريع افتراض إمكان العلم، وفي مبادئ العدالة والقانون الطبيعي - افتراض العلم في حد ذاته⁽⁸⁷⁾.

وانطلاقاً من أن قرينة العلم بالقانون هي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، وأن الفائدة الجوهرية المرجوة من هذه القرينة هي جعل تطبيق القانون متوقفاً على إمكان العلم به، بحيث يمتنع تطبيق القانون إذا انتفت هذه القرينة بشكل حاسم، أي إذا ثبت استحالة العلم بالقانون، وهو ما يعني بالمحصلة النهائية أن الهدف من هذه القرينة ليس جعل القانون واجب التطبيق في جميع الأحوال⁽⁸⁸⁾.

ويرى البعض أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يرد عليه العديد من الاستثناءات لعل من أهمها: عدم نشر القانون في الجريدة الرسمية، وهو ما يعني استحالة علم الأفراد بالقانون، ومن ثم امتناع الاحتجاج بهم عليهم⁽⁸⁹⁾.

ونعتقد بأن الفرض السابق لا يعد استثناءً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، ذلك أن هذا المبدأ هو نتيجة قانونية لنشر القانون في الجريدة الرسمية، وترتيباً على ذلك فإنه لا مجال لانطباق هذا المبدأ في حال عدم إجراء النشر بالكلية.

(85) حسن كيره، مرجع سابق، ص 319، بند 174.

(86) سمير تناغو، مرجع سابق، بند 191، ص 628.

(87) أحمد سلامة، مرجع سابق، بند رقم 88، ص 167.

(88) سمير تناغو، مرجع سابق، بند 185، ص 610.

(89) المرجع السابق، ذات الموضع.

ولعل الاستثناء الحقيقي للمبدأ سالف الذكر هو حالة وقوع حادث طبيعي يشكّل قوة القاهرة يترتب عليه الحيلولة دون وصول الجريدة الرسمية إلى إقليم معين، ففي هذه الحالة يجوز لسكان هذا الإقليم الاعتذار بجهلهم بما نُشر فيها⁽⁹⁰⁾، ولا يكون القانون قابلاً للتطبيق إلا بعد زوال القوة القاهرة ووصول الجريدة الرسمية إلى ذلك الإقليم⁽⁹¹⁾، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها⁽⁹²⁾.

ويرى البعض أنه لا يمكن التسليم بالنتيجة السابقة على إطلاقها، حيث يرى أن القوة القاهرة لا تعتبر في الحقيقة استثناءً من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون؛ لأن استبعاد القانون في مثل هذه الحالة يرجع إلى تخلف أحد شروط تطبيقه، الذي يتمثل في انقضاء مدة يوم كامل من وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، فإذا لم تصل الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة لأي سبب كان، فلا يسري ميعاد دخوله حيّز التطبيق، لكن إذا وصلت هذه الجريدة إلى مقر الدائرة، فإنه لا يقبل العذر بجهل القانون، ولو كانت هناك قوة القاهرة فعلاً حالت دون إطلاع الأشخاص عليها⁽⁹³⁾.

ويذهب رأي في الفقه إلى التمييز بين نفاذ التشريع وإلزاميته، وأن هذه التفرقة تظهر أهميتها عندما تحول قوة القاهرة دون وصول وسيلة النشر إلى أحد المخاطبين بحكم التشريع، حيث يرى أن التشريع لا يكون ملزماً له، رغم أنه أصبح نافذاً في ذاته وملزماً بالنسبة للأشخاص الآخرين الذين لم تحل القوة القاهرة دون وصول وسيلة النشر إليهم⁽⁹⁴⁾.

ونعتقد من جانبنا بأن التفرقة بين نفاذ التشريع وإلزاميته لا سند قانوني لها، إذ إن عدم تطبيق القانون على المخاطبين بأحكامه ممن لم يتسنّ لهم الاطلاع على الجريدة الرسمية المنشور فيها هذا القانون لقوة القاهرة ليس لأنه غير ملزم لهم، بل لعدم نفاذه بالنسبة إليهم؛ لأن نفاذ القانون بنشره معلق على شرط تمام الإجراء الذي يترتب عليه

(90) محمد شكري سرور، مرجع سابق، بند 216، ص 193.

(91) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 301.

(92) حكم محكمة النقض المصرية رقم 401 لسنة 30، الصادر بتاريخ 1965/4/8، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة 16، ع 2، القاعدة رقم 77، ص 476.

(93) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 251. عجة الجيلالي، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، الجزائر، د.ت، ص 586.

(94) رمضان أبو السعود، مرجع السابق، ص 130 - 131.

تحقق العلم الافتراضي بالقانون، وهذا الإجراء هو وصول أعداد الجريدة الرسمية إلى المخاطبين بأحكام القانون، فإن لم تصل إليهم لقوة قاهرة فإن القانون يعلّق نفاذه حتى تتحقّق تلك الواقعة.

ومن ناحية أخرى، توجد تطبيقات خاصة تُعدّ بمثابة استثناءات على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون منها: قاعدة الغلط الشائع يولّد الحق، سواء تعلّق الغلط بالواقع، أو بحكم القانون، وتوافر حُسن النية، أو توافر عيب من عيوب الإرادة فيمن يتمسّك بجهل القانون، وكذلك الجهل ببعض القيود القانونية الواردة على العقار المبيع، وكذا عُذر الجهل ببعض القوانين غير الجزائية، وأخيراً جواز الاعتذار بجهل القانون الأجنبي في بعض الحالات⁽⁹⁵⁾.

(95) لمزيد من التفصيل حول هذه الاستثناءات، انظر: سمير تناغو، مرجع سابق، بند 185، ص 609.

المبحث الثاني

الإشكاليات التي يثيرها نشر القوانين في الجريدة الرسمية

تتعدّد الإشكاليات التي أفرزها الواقع العملي بمناسبة نشر القوانين في الجريدة الرسمية، فالبعض منها يتعلق بالآثار القانونية المترتبة على التزام الدولة بنشر القوانين، وهو ما تناوله في المطلب الأول، فيما يتمثل النوع الثاني من الإشكاليات التي يثيرها نشر القوانين بإتاحة الجريدة الرسمية للكافة وتحقيق العلم المفترض بالنشر، وهو ما نخصص له المطلب الثاني من هذا المبحث، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

إشكاليات تتعلق بالآثار القانونية المترتبة على التزام الدولة

بنشر القوانين في الجريدة الرسمية

تتلخّص الإشكاليات التي تتعلّق بالآثار القانونية المترتبة على التزام الدولة بنشر القوانين بالجريدة الرسمية في خمس إشكاليات، الأولى منها تخصّص امتناع السلطة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون عن إصدارها في الأحوال التي يعلّق القانون نفاذه عليها، والإشكالية الثانية تتعلّق بنشر القوانين بالجريدة الرسمية دون تذييلها بتوقيع السلطة المختصة بإصدارها، أما الإشكالية الثالثة فتربط بتعيين الميعاد الذي ينفذ بفواته القانون على وجه الدقة بعد نشره في الجريدة الرسمية، فيما تتمثّل الإشكالية الرابعة في اعتماد تاريخ طبع الجريدة الرسمية أم تاريخ إتاحتها للكافة لنفاذ القانون، وأخيراً، تتلخّص الإشكالية الخامسة في تصحيح القانون أو ما يُعرف بالاستدراك التشريعي، ونتناول هذه الإشكاليات تباعاً فيما يأتي:

الفرع الأول

إشكالية تعليق نفاذ القانون على صدور لائحته التنفيذية

يثور التساؤل عن: ما مدى مشروعية تعليق القانون نفاذه على إصدار لائحته التنفيذية؟ فهنا لا تكون نصوص القانون قابلة للتطبيق - عملياً -؛ لأن القانون تضمّن نصاً

يعلّق تطبيقه على صدور لائحته التنفيذية، فهل هذا المسلك يتفق مع التطبيق الصحيح لنصوص الدستور الكويتي؟

ننوّه بدايةً إلى أن الحالة التي نحن بصددّها ليست مجرد فرض نظري، بل أفرز الواقع العملي تطبيقات عملية لمثل هذه الحالة، فعلى سبيل المثال صدر القانون رقم 71 لسنة 2020 بإصدار قانون الإفلاس، حيث نصّت المادة (6) منه على أنه: «على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصّه - تنفيذ هذا القانون، ويُنشر في الجريدة الرسمية، ويُعمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشر اللائحة التنفيذية في الجريدة الرسمية»⁽⁹⁶⁾.

ورداً على التساؤل السابق يشير جانب من الفقه إلى أن الاتجاه العام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري في هذه المسألة يتمثّل في تقرير قاعدتين⁽⁹⁷⁾:

الأولى: تتمثّل في التمسك بأن القاعدة العامة هي نفاذ القوانين ما دام هذا النفاذ ممكناً، والثانية: هي التزام الإدارة بإصدار اللائحة التنفيذية إذا كان تنفيذ القانون مستحيلاً إلا بصدر هذه اللائحة، والاستثناء هو أن يكون نفاذ القانون مرهوناً بصدر اللائحة التنفيذية، وفي هذه الحالة يوقف نفاذ القانون انتظاراً لصدر لائحته التنفيذية، وهو ما لا يتحقّق - حسب قضاء مجلس الدولة الفرنسي - إلا في حالتين: الأولى: هي أن يعلّق القانون نفاذه على صدور اللائحة التنفيذية، والثانية: أن يستحيل تنفيذ القانون إلا بعد صدور اللائحة التنفيذية⁽⁹⁸⁾.

(96) انظر نص المادة (50) من القانون رقم 75 لسنة 2019 والتي جرى نصّها على أنه: «يصدر الوزير المختص اللائحة التنفيذية والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون المرافق خلال سنة من تاريخ العمل به...». نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) ع 1455، السنة 65، ص 15/أ، بتاريخ 2019/7/28م.

(97) انظر في ذلك: عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت، مرجع سابق، ص 29 - 30. بدرية جاسر الصالح، السلطة اللائحية في مجال تنفيذ القوانين، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979، ص 351 - 390. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006م، ص 490 - 493.

(98) وهذه الاستحالة في تنفيذ القانون إلا بصدر لائحته التنفيذية تعد ناشئة من مفهوم هذا النوع من اللوائح التي تتضمن عادةً الأحكام التفصيلية للمبادئ والأسس الواردة في القانون، فالقانون يتضمّن الأحكام العامة للتشريع تاركاً التفاصيل للسلطة التنفيذية لتتولى بحكم وظيفتها مهمة تنفيذ القوانين، انظر: عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص 591 - 592.

ونعتقد من جانبنا بوجود شبهة عدم الدستورية في تعليق القانون نفاذه على صدور لائحته التنفيذية وذلك للأسباب الآتية:

1 - إن موقف مجلس الدولة الفرنسي والمصري يتضمّن خلطاً بين نفاذ القوانين وتنفيذها، فنفاذ القانون يعني ببساطة صلاحيته كعمل تشريعي لترتيب آثاره القانونية طبقاً لما تضمّنه من أحكام، وقابليته بعد ذلك للتنفيذ الفعلي، وهو بهذه المثابة عمل قانوني تستقل به السلطة التشريعية، أما تنفيذ القانون فيعني قيام جهة الإدارة بالأعمال اللازمة لوضع أحكام القانون موضع التطبيق الفعلي، وهي أعمال مادية باستثناء إصدار اللائحة التنفيذية.

2 - إن الدستور الكويتي فصل بين مرحلة نفاذ القانون وتنفيذه، فنفاذ القانون يكون كأصل عام طبقاً لنص المادة (178) من الدستور بمضي شهر على نشره في الجريدة الرسمية، وأجازت هذه المادة مد هذا الميعاد أو قصره بنص خاص في القانون، في حين أن تنفيذ القانون نظمته المادة (72) من ذات الدستور بنصها على أن: «يضع الأمير بمراسيم اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمّن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاءً من تنفيذها، ويجوز أن يعيّن القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه».

3 - إن تعليق نفاذ القانون على صدور لائحته التنفيذية ليس من قبيل مد الميعاد، فهو ليس بميعاد وإنما إجراء يتمثّل في إصدار اللائحة التنفيذية للقانون ويتطلّب تدخل السلطة التنفيذية، والتي لا يمكن التنبؤ بصدورها ابتداءً، فهي أمر غير مؤكد، فقد تصدر وقد لا تصدر، فتعليق نفاذ القانون على إصدار لائحته التنفيذية قد يدفع الجهة المختصة بإصدار تلك اللائحة إلى الامتناع عن إصدارها، وهو ما يؤدي إلى أن يصبح نفاذ القانون معلقاً على محض إرادتها، إن شاءت أصدرتها وإن شاءت أحجمت عن إصدارها، الأمر الذي يعني بالمحصلة النهائية تعطيل نفاذ القانون عملياً، وهو وضع غير منطقي تأباه شرعة العقل والفهم الصحيح للقانون.

4 - يشير الواقع العملي إلى إمكانية النص في القانون على التزام جهة الإدارة بإصدار اللائحة التنفيذية والتي لا يمكن تنفيذ القانون قبل صدورها، بشرط أن يحدّد المشرّع ميعاداً لإصدار تلك اللائحة، وهو ما لا يتعارض مع نص المادة (178)

من الدستور، ونكون في الحقيقة أمام مد لميعاد نفاذ القانون الأمر الجائر دستورياً، وهو ما تبناه المشرع في أحد القوانين⁽⁹⁹⁾.

5 - إن تعليق المشرع نفاذ القانون على صدور اللائحة التنفيذية وهو ما يثير فرضية امتناع السلطة التنفيذية عن إصدار تلك اللائحة يشكل تنازلاً من السلطة التشريعية عن اختصاص أصيل من اختصاصاتها، والمتمثل في تحديد ميعاد نفاذ القوانين طبقاً لنص المادة (178) من الدستور، وتركه لمحضر مشيئة السلطة التنفيذية، وهو الأمر غير الجائر دستورياً⁽¹⁰⁰⁾.

وبالبناء على ما تقدّم، نرى أن تضمّن القانون نصاً يعلّق نفاذه على صدور اللائحة التنفيذية هو مسلك مشوب بشبهة مخالفة الدستور، وقد يؤدي إلى تعطيل نفاذ القوانين حال امتناع السلطة التنفيذية عن إصدار اللوائح التنفيذية اللازمة لتنفيذها.

وترتيباً على ما سبق، فإن الجزاء القانوني المُنَح عند تخلف السلطة التنفيذية عن إصدار اللائحة التنفيذية هو إمكانية إثارة مسؤوليتها السياسية، إلا أن الاكتفاء بهذه المسؤولية يجعل في مقدور السلطة التنفيذية الحيلولة دون نفاذ القوانين من خلال الأغلبية التي تملكها في البرلمان، الأمر الذي يترتب عليه ضياع كل فائدة من تقرير هذه المسؤولية عليها⁽¹⁰¹⁾.

لذا، فإننا نرى جواز طعن كل من له مصلحة قانونية في التمسك بتنفيذ القانون، وذلك أمام المحكمة الدستورية لوجود شبهة عدم الدستورية في مادة النشر الواردة في القانون الذي علّق نفاذه على صدور لائحته التنفيذية، وهو ما يتعارض مع نص المادة (178) من الدستور التي أوجبت تحديد نفاذ القانون بميعاد معلوم ومحدّد في صلب القانون ذاته، وهو ميعاد الشهر من تاريخ النشر، أو الميعاد الذي مد أو قصر بنص خاص فيه.

(99) انظر نص المادة (50) من القانون رقم 75 لسنة 2019 والتي جرى نصها على أنه: «يصدر الوزير المختص اللائحة التنفيذية والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون المرافق خلال سنة من تاريخ العمل به...». نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) ع 1455، السنة 65، ص 15/أ، بتاريخ 28/7/2019م.

(100) نصّت المادة (50) من الدستور الكويتي على أنه: «يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور».

(101) عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة، مرجع سابق، ص 29.

علاوةً على أن امتناع جهة الإدارة عن إصدار اللائحة التنفيذية التي علق القانون نفاذه على صدورهما - وفقاً لما يراه البعض - يبيح للمُشرِّع العادي أن يقوم بإصدار قانون آخر يتضمن تفاصيل تمكن من تنفيذ القانون وتطبيقه حتى لو تضمنت بعض هذه الأحكام مسائل بطبيعتها تنفيذية، خصوصاً وأن الدستور الكويتي الذي تبنى النظرية التقليدية في العلاقة بين القانون واللائحة قد أتاح المجال أمام المُشرِّع العادي بأن يتناول مجال اللائحة ويقتحمه، إذ لم يجعل موضوعات أو مسائل معيّنة محجوزة للائحة دون القانون كما هو الوضع في ظل دستور الجمهورية الخامسة في فرنسا الصادر عام 1958م⁽¹⁰²⁾.

يُضاف إلى ما تقدّم أن للأفراد - ممن تثبت لهم مصلحة في تطبيق القانون الذي علق نفاذه على صدور اللائحة التنفيذية - الطعن بإلغاء قرار جهة الإدارة السلبي بالامتناع عن إصدار اللائحة التنفيذية للقانون أمام القضاء الإداري⁽¹⁰³⁾.

ويثور التساؤل عن: ما مدى جواز تحديد القانون ميعداً لصدور لائحته التنفيذية على أن يبدأ هذا الميعاد من تاريخ إصدار القانون وليس من تاريخ نشره؟

نعتقد بجواز ذلك، على ألا يتجاوز ميعاد صدور اللائحة التنفيذية الميعاد الدستوري المحدّد لنفاذ القانون، بل إن هذا الفرض لا يخلو من فائدة عملية، حيث سيتزامن ميعاد نفاذ القانون مع إمكانية تنفيذه واقعياً، ومن الأمثلة التي يمكن أن نسوقها في هذا الصدد ما نصّت عليه المادة (16) من القانون رقم 12 لسنة 2020 بشأن حق الاطلاع على المعلومات⁽¹⁰⁴⁾، حيث جرى نصها على أن: «تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من وزير العدل وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره»، في حين نصت المادة (17) من ذات القانون على أنه: «على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية».

(102) محمد عبد المحسن المقاطع، مرجع سابق، ص 285.

(103) مرجع سابق، ص 283.

(104) صدر هذا القانون بتاريخ 2020/8/31م، ونُشر في الجريدة الرسمية في العدد رقم 1499، السنة 66، بتاريخ 2020/9/6م، ص 4/أ.

الفرع الثاني

إشكالية نشر القوانين في الجريدة الرسمية دون تضمُّنها

توقيع السلطة المختصة بإصدارها

قد يتبادر إلى الذهن أنَّ هذه الإشكالية تتعلق بسنَّ القانون، وبالتالي فإنها لا تتعلق بمسألة نشر القانون في الجريدة الرسمية والإشكاليات التي يثيرها، والتي هي محل دراستنا في هذا المبحث، والحقيقة أنَّ هذه الإشكالية تتعلق بنشر قانون لم يستوفِ شرطاً شكلياً مهماً من شروطه وهو توقيعه من قبل السلطة المختصة بإصداره، ومن ثم فإن الإشكالية تثور في القانون الكويتي عند نشر قانون لم تتوافر له أحد مقوماته الدستورية والقانونية وهو توقيع سمو الأمير ورئيس مجلس الوزراء أو الوزير أو الوزراء المختصين بحسب الأحوال، وهي بهذا المعنى مشكلة قانونية تتعلق بمدى صلاحية هذا القانون غير الموقع ممن يتطلب الدستور والقانون توقيعهم عليه لصدوره بالشكل القانوني لنشره ابتداءً في الجريدة الرسمية.

ولعلنا ندلل على وجوب شمول القانون المنشور في الجريدة الرسمية توقيع الجهة المختصة بإصداره، وذلك بالاستناد إلى جملة من النصوص الدستورية مجتمعة، وهي على النحو الآتي:

- المادة (51) من الدستور التي تنص على أن: «السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقاً للدستور».
- المادة (52) من ذات الدستور التي جرى نصها على أن: «السلطة التنفيذية يتولاها الأمير ومجلس الوزراء والوزراء على النحو المبين بالدستور».
- المادة (55) من ذات الدستور بنصها على أنه: «يتولَّى الأمير سلطاته بواسطة وزرائه».
- الفقرة الأولى من المادة (71) من ذات الدستور التي تنص على أنه: «إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز للأمير أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون، على ألا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية».

- المادة (79) من ذات الدستور التي جرى نصها على أنه: «لا يصدر قانون إلا إذا أقرّه مجلس الأمة وصدّق عليه الأمير».

فمن جماع النصوص الدستورية سالفه الذكر، يتضح أن المشرّع الدستوري في الكويت قد تبنّى النظام الدستوري البرلماني، ومن ضمن القواعد المرتبطة بهذا النظام قاعدة التوقيع المجاور، إذ تسمح بالرقابة على أعمال رئيس الدولة غير المسؤول⁽¹⁰⁵⁾.

ولما كان التوقيع شرطاً شكلياً لصحة نشر القانون في الجريدة الرسمية، ومن ثم فإن نفاذه يفترض صلاحيته ابتداءً كوثيقة قانونية رسمية للنفاذ باستيفاء الشكل الدستوري له بتوقيعه من الجهة المختصة دستورياً.

وفي هذا الصدد يرى أحد كبار فقهاء القانون الدستوري في الكويت أن الإصدار هو: «عمل تنفيذي يقوم به رئيس الدولة بصفته الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية ويشهد بـ:

1 - أن البرلمان قد أقرّ القانون طبقاً للأوضاع الدستورية، وأن القانون قد توافرت له كل الشروط، ومراً بكل الإجراءات الشكلية المقررة له.

2 - وأن هذا القانون قد صار جزءاً من النظام القانوني القائم، وهو يحمل قواعد معيّنة هي تلك التي يعلنها قرار الإصدار.

3 - وأن هذا القانون قد أصبح بناءً على ذلك واجب النفاذ، ولذلك فإن رئيس السلطة التنفيذية يأمر جميع أعضائها بالقيام بتنفيذه»⁽¹⁰⁶⁾.

ويضيف صاحب الرأي السابق وجوب توقيع سمو الأمير، وسمو رئيس مجلس الوزراء، والوزير أو الوزراء المختصين على القانون الذي يشمل الإصدار بقوله: «ولما كان الأمير يمارس سلطاته بواسطة وزرائه وفقاً للمادة (55) من الدستور، وجب أن يوقع رئيس مجلس الوزراء والوزير المختص أو الوزراء المختصون إلى جانب الأمير على القانون الذي يشمل الإصدار»⁽¹⁰⁷⁾.

ويؤكد الفقيه السابق وجوب توقيع سمو الأمير، ورئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصين على المراسيم بقوله: «فإن كان الدستور قد خصّ مجلس الوزراء بالدور

(105) عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللاتحيزية للإدارة في الكويت، مرجع سابق، ص 15.

(106) المرجع السابق، ص 478.

(107) المرجع السابق، ص 480.

الرئيس في ميدان الحكم، فإن الأمير يتمتع فيه بسلطات مهمة ومؤثرة في سير نظام الحكم، وهذه السلطات والاختصاصات يمارسها الأمير منفرداً، أي لا يتولاها بواسطة وزرائه، بل يمارسها بأوامر أميرية ولا تثير مسؤوليته السياسية، والفرق بين هذه الأوامر والمراسيم التي هي أداة ممارسة الأمير لسلطاته بواسطة وزرائه أن المراسيم تصدر بناءً على عرض الوزارة وطلبها، وهي التي تتحمل مسؤوليتها وتكون موقّعة من الأمير كما يوقعها رئيس مجلس الوزراء والوزير أو الوزراء المختصون، أما الأوامر الأميرية فهي أداة ممارسة الاختصاصات التي يباشرها الأمير منفرداً ويصدرها وحده ولا تحمل سوى توقيعها»⁽¹⁰⁸⁾.

ويضيف أحد كبار شُرّاح النظام الدستوري الكويتي ما نصّه أنه: «لما كان الإصدار عملاً يقوم به رئيس الدولة باعتباره رئيساً للسلطة التنفيذية، فإن رئيس الوزراء أو الوزير المختص يوقع إلى جانب الأمير على القانون الذي يشمل الإصدار، وذلك وفقاً لمفهوم المادة (55) من الدستور»⁽¹⁰⁹⁾.

كما يقرر البعض الآخر في فقه القانون الخاص ذات الفكرة بالقول: «إن التشريع يصدر في مصر عن طريق توقيع رئيس الجمهورية على القانون الذي أقره مجلس الشعب، ويُشار إلى هذا القانون برقم مسلسل خلال السنة التي صدر فيها، ويأخذ التشريع تاريخ إصداره بتاريخ توقيع الرئيس عليه، ثم يأتي في ذيل القانون العبارة الآتية: «يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها»⁽¹¹⁰⁾.

وحيث إنه من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية أنه: «وإن كان الدستور لم يقيّد استعمال الحكومة لحق الحل بأي قيد زمني، فلها أن تتخير توقيته وتقدير مناسباته، إلا أن الدستور أحاط الحل - نظراً لخطورته - ببعض القيود والضمانات، فيجب أن يكون حل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، وهو أمر يتطلب معه أن يوقع مرسوم الحل مع الأمير، رئيس مجلس الوزراء حتى يتحمل مسؤوليته السياسية عن هذا التصرف...»⁽¹¹¹⁾.

(108) المرجع السابق، ص 355.

(109) يحيى الجمل، مرجع سابق، ص 215.

(110) رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 129.

(111) حكم المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 - طعون انتخابية - الصادر بتاريخ 2013/6/16م، منشور في الجريدة الرسمية، ملحق العدد رقم 1137، السنة 59، بتاريخ 2013/6/26م. وفي ذات

كما أنه من المقرر في قضاء ذات المحكمة أن: «اقتراح القانون لا يختلف في طبيعته وجوهره عند ممارسة كل من السلطتين له، إلا أن هناك ثمة سمات وفوارق إجرائية تغاير بينهما، ومرد ذلك أن اقتراح القانون المقدم من العضو إنما يتسم بالذاتية، لأنه يعبر عن فكرة شخصية لمقدمه، ومقدم لمجلس نيابي هو عضو فيه لمدة محدودة، بينما مشروع القانون المقدم من الحكومة هو نتاج عمل جماعي، تولت إعداده وصياغته أجهزة فنية متخصصة، يشارك فيه الموقعون عليه، الأمير ورئيس مجلس الوزراء، والوزير المختص - بصفتهم هذه وليس بصفتهم الشخصية - بما يتمتعون به من سلطة عامة لها طابع الدوام والاستمرار...»⁽¹¹²⁾.

وقد أشارت المحكمة الدستورية في حكم لها إلى تذييل المرسوم بتوقيع سمو أمير البلاد ورئيس مجلس الوزراء والوزير المختص، حيث جاء فيه أنه: «ومتى كان ذلك، وكان الثابت من المرسوم رقم 158 لسنة 2013 بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة، أنه قد صدر بتاريخ 2013/6/26م، وقد وردت الإشارة بديباجته إلى صدوره استناداً إلى حكم المحكمة الدستورية الصادر بتاريخ 2013/6/16م في الطعن 15 لسنة 2012 طعون خاصة بانتخابات مجلس الأمة ديسمبر 2012، كما جاءت الإشارة إلى أنه قد صدر بناء على عرض النائب الأول لرئيس مجلس الوزراء ووزير الداخلية، وبعد موافقة مجلس الوزراء، مذيلاً هذا المرسوم بتوقيع أمير البلاد، ورئيس مجلس الوزراء، والنائب الأول لرئيس مجلس الوزراء ووزير الداخلية»⁽¹¹³⁾.

وفي حكم للمحكمة الدستورية تقرر فيه ما نصّه: «أنه بإقرار مجلس الأمة لمشروع القانون والتصديق عليه من الأمير تكون العملية التشريعية قد اكتملت، ويصير مشروع القانون قانوناً، ويأتي بعد ذلك إصدار القانون باعتباره عملاً تنفيذياً يقوم به الأمير بصفته رئيس السلطة التنفيذية، يتضمّن إقراراً بأن القانون قد مر بجميع الإجراءات الشكلية

المعنى حكم المحكمة الدستورية في الطعين رقمي 6 و30 لسنة 2012 - طعون انتخابية - الصادر بتاريخ 2012/6/20م. وكذلك حكم المحكمة الدستورية في الطعين رقمي 5، 29 لسنة 2012 - طعون انتخابية - الصادر بتاريخ 2012/6/20م، منشور في الجريدة الرسمية، ملحق العدد رقم 1085، السنة 58، بتاريخ 2012/6/26م.

(112) قرار المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم 1 لسنة 1985، الصادر بتاريخ 1985/6/29م، منشور في الجريدة الرسمية، ع 1620، السنة 31، بتاريخ 1985/7/7م.

(113) حكم المحكمة الدستورية رقم 4 لسنة 2013 - طعون انتخابية - الصادر بتاريخ 2014/1/12م، منشور في الجريدة الرسمية، ع 1166، السنة 60، بتاريخ 2014/1/12م.

التي تطلبها الدستور، وأمرًا إلى جميع سلطات الدولة بتنفيذه باعتباره جزءاً من النظام القانوني القائم...»⁽¹¹⁴⁾.

لما كان ذلك وكان من المقرر بنص المادة (8) من المرسوم بقانون رقم 39 لسنة 1980 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية⁽¹¹⁵⁾ أن: «الأوراق الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم عليه يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، فإذا لم تكسب هذه الأوراق صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة الأوراق العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم».

فالقاعدة العامة في نسبة المحررات لذوي الشأن أيًا كان نوعها وفقاً للنص السابق تكون إما بثبوت توقيعهم بإمضائهم، أو بأختامهم، أو ببصمات أصابعهم على المحرر، فإذا تبين خلو المحرر رسمياً كان أو عرفياً مما يفيد نسبته لمحرره، فإنه يفقد قوته القانونية كمحرر.

وخلو المحرر أيًا كانت طبيعته أو مصدره مما يفيد نسبته إلى محرره بتوقيعه عليه، أو ختمه، أو بصمة إصبعه يجعله هو والعدم سواء بسواء ولا أثر قانوني له أيًا كانت طبيعته، وسواء كان عقداً أو قراراً إدارياً أو حكماً قضائياً أو قانوناً أو مرسوماً بقانون، فكما يقرر البعض في الفقه الإجرائي أن: «الحكم القضائي الصادر من القاضي في خصومة منظورة أمامه دون توقيعه عليه، فإن العمل ذاته وهو الحكم يكون موجوداً مادياً، ولكن لحق به عيب جسيم - وهو عدم التوقيع عليه - انحدر به إلى درجة الانعدام، ولا يُستعاض عن التوقيع بتحرير الورقة بخط من باشر العمل الإجرائي ويشترط في التوقيع أن يتم بخط صاحبه»⁽¹¹⁶⁾.

وما يسري على الأحكام القضائية يسري من باب أولى على القوانين طالما كانت هذه الأخيرة تشريعات مكتوبة صادرة عن السلطة التشريعية، فكتابة القانون في محرر هو ما يميزه عن العرف كقانون غير مكتوب، وكتابة التشريع مشتملاً على جميع بياناته

(114) حكم المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2019 دستوري، الصادر بتاريخ 2021/4/18 م. (د.ن)

(115) صدر هذا القانون بتاريخ 1980/6/4 م، ونُشر في الجريدة الرسمية، ع 1307، السنة 26، ص 121.

(116) خيري عبد الفتاح البتانوي، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع 1، سنة 2012، ص 154.

الشكلية ومن ضمنها التوقيع عليه من ذوي الشأن تتضمن دليلاً على استيفائه لجميع الإجراءات التي تطلبها الدستور لقيامه ومروره بمراحل سن التشريع، سواء كان صادراً في الأوضاع العادية من مجلس الأمة «قانون» بأن يكون قد استوفى المراحل الآتية: (اقتراح/مشروع بقانون - حيازته للأغلبية المطلوبة لإقراره من مجلس الأمة - التصديق عليه - إصداره من سمو الأمير) أو كان صادراً في الأوضاع غير العادية من السلطة التنفيذية «مرسوم بقانون» بأن يستوفي الآتي: (إقرار مشروع المرسوم بقانون من مجلس الوزراء - إصداره من سمو الأمير).

فتوقيع سمو الأمير على المرسوم بقانون هو الدليل القانوني على استيفاء هذا التشريع لجميع الإجراءات والأوضاع الدستورية المقررة، كما أن توقيع سمو رئيس مجلس الوزراء والوزير أو الوزراء المختصين على المرسوم بقانون أمر وجوبي لكي يتحملوا المسؤولية السياسية عن إصدار هذا المرسوم بقانون وما يترتب عليه من آثار قانونية.

ولما كانت كل تلك الإجراءات متطلبة دستورياً عند إصدار القانون، كان لزاماً - لاستكمال وجوده كتشريع - أن ينسب إلى السلطة المختصة دستورياً بإصداره، وهي: سمو الأمير وسمو رئيس مجلس الوزراء والوزير، أو الوزراء المختصون بحسب الأحوال.

وحيث إن من المستقر عليه أن القوانين هي محررات رسمية، وأن العبرة بمدى استيفائها الشكل الدستوري والقانوني المقرر هو بما يتم نشره في الجريدة الرسمية، إلا أن الواقع العملي أثبت أن كل القوانين التي تصدر في الكويت وتُشر في الجريدة الرسمية - بحسب ما اطلعنا عليه من أعداد الجريدة الرسمية - تنشر خلواً بالكلية من توقيع أو ختم أو بصمة إصبع مما يصح نسبته إلى سمو الأمير وسمو رئيس مجلس الوزراء والوزير، أو الوزراء المختصين، وهو إجراء جوهري لا يستقيم بدونه الشكل الدستوري الصحيح للقانون، مما يترتب عليه عدم استكمال هذه القوانين التي تُشر بهذا الشكل وعدم استيفائها الشكل الدستوري المقرر للقوانين طبقاً لنصوص المواد (51، 52، 55، 79) من الدستور مما يدخلها في حومة شبهة عدم الدستورية.

وغني عن البيان أن ثبوت توقيع القوانين قبل نشرها في الجريدة الرسمية من قبل

الجهة المختصة لا يغيّر من الأمر شيئاً، ذلك أن العبرة كما أسلفنا بالنسخة الرسمية للقانون والمنشورة في الجريدة الرسمية، فإن تبين خلوها من تلك التواقيع، فإنها تكون مشوبة بشبهة عدم الدستورية، الأمر الذي يستلزم إعادة نشر النسخة الموقّعة لهذه القوانين في الجريدة الرسمية، مع مراعاة أن نفاذ هذه القوانين بعد نشرها في الجريدة الرسمية مذيلةً بالتواقيع المنوّه عنها لا يكون له أثر رجعي عند العمل بها، إذ العبرة بنفاذها هو بتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.

ولا سبيل للمحاجة بالقول إن نشر القوانين في الجريدة الرسمية يعد دليلاً أو قرينةً على ثبوت صحة نسبتها إلى ذوي الشأن، أو أن هذا الإجراء - أي النشر في الجريدة الرسمية - يصحح ما قد يشوب القوانين من عيوب أو نقص وذلك لسببين هما:

- أولهما: إن إصدار القانون من سمو الأمير هو إجراء مستقل وسابق على نشره في الجريدة الرسمية، فيجب إذن أن يستوفي هذا الإجراء - أي الإصدار - الشكل الدستوري المقرر قبل نشره وإلا كان باطلاً.

- ثانيهما: عدم وجود أساس قانوني يدعم قرينة صحة ما يُنشر في الجريدة الرسمية، فلا يوجد قانون أو لائحة تُضفي قرينة الصحة والسلامة على التشريعات التي تُنشر في الجريدة الرسمية، إذ إن جميع التشريعات التي صدرت من اللجنة التنفيذية العليا (مجلس الوزراء حالياً) بدءاً من القرار بإصدار الجريدة الرسمية ذاتها وما لحقه من قرارات لم تُشر إلى تمتع ما يُنشر في هذه الجريدة من تشريعات بقرينة الصحة، أو السلامة، بدليل ما يصدر من استدراكات للأخطاء التي تقع في التشريعات المنشورة.

والقول بغير ذلك يعني أن التشريعات التي تصدر بالمخالفة للدستور أو القوانين ويتم نشرها في الجريدة الرسمية تكون عصيةً على الإلغاء من قبل جهة الرقابة القضائية المختصة بحسب الأحوال؛ لأن مجرد نشرها في الجريدة الرسمية يصحح ما قد يشوبها من بطلان، أو نقص، أو عيوب شكلية كانت أو موضوعية، وهو ما لم يقل به أحد.

يُضاف إلى ما سبق أنه لا يمكن القول بأننا بصدد عُرْف دستوري يقضي بصحة القوانين التي تُنشر في الجريدة الرسمية خلواً من توقيع سمو الأمير وسمو رئيس مجلس الوزراء والوزير، أو الوزراء المختصين، إذ إنه من المستقر عليه في الفقه الدستوري

أن العُرف الدستوري لا يجوز أن ينشأ بالمخالفة لنص دستوري قائم⁽¹¹⁷⁾، وحيث إنه من المقرر بنص المادة (54) من الدستور أن: «الأمير رئيس الدولة، وذاته مصونة لا تُمس»، كما أنه من المقرر بنص المادة (55) من ذات الدستور أنه: «يتولّى الأمير سلطاته بواسطة وزرائه».

وقد جاء في المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي تعليقاً على المادة (55) سائلة الذكر ما نصه: «يقتضي مبدأ ممارسة الأمير لسلطاته الدستورية بواسطة وزرائه، حلول المراسيم الأميرية محل الأوامر الأميرية، ولكن ترد على هذا المبدأ استثناءات ثلاثة: أولها: اختيار ولي العهد بناء على مبايعة مجلس الأمة مادة (4)، وثانيها: لا يمارس بطبيعته إلا بأمر أميري وهو تعيين رئيس الوزراء وإعفاؤه من منصبه مادة (56)، وثالثها: وثيق الصلة بالأمير، وهو اختيار نائب عنه يمارس مؤقتاً في حالة تغيبه خارج الإمارة وتعذر نيابة ولي العهد عنه، كل أو بعض صلاحياته الدستورية مادة (61)، وفيما عدا هذه الأمور الثلاثة يكون المرسوم هو الأداة الدستورية لممارسة السلطات الأميرية المقررة بالدستور، وقد حرصت بعض نصوص الدستور كالمواد (66 و 68 و 69) على ذكر كلمة (بمرسوم)، وذلك توكيداً للحكم المنوّه عنه وبرغم كفاية نص المادة (55) في الدلالة عليه، ومن ثم لا يفيد عدم ذكر هذه الكلمة في سائر النصوص أي شك في سريان حكم المادة (55) عليها كاملاً غير منقوص».

ويتضح بجلاء مما سلف عرضه أن الحكم المقرر بالمادة (54) من الدستور وهو أن سمو الأمير ذاته مصونة لا تُمس وثيق الصلة بالحكم المقرر بالمادة التي تليها وهي المادة (55) التي تقرر ممارسة سمو الأمير لسلطاته - فيما عدا الاستثناءات الثلاثة المشار إليها - بواسطة وزرائه عن طريق المراسيم الأميرية والمراسيم بقوانين، وهي التشريعات التي يوقع عليها سمو الأمير إلى جانب توقيع رئيس الوزراء والوزير، أو الوزراء المختصون بحسب الأحوال، مما يقطع بما لا يدع مجالاً للشك بوجوب تضمّن المراسيم سواء كانت مراسيم أميرية، أو قوانين، أو مراسيم بقوانين توقيع سمو الأمير ورئيس الوزراء والوزراء، أو الوزير المختص على المراسيم، وهذا الإجراء - أي التوقيع - الهدف منه أن يتحمّلوا - أي رئيس الوزراء والوزير، أو الوزراء المختصون

(117) طعيمة الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964م، ص 117. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص 43. عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص 68. محمد المقاطع، مرجع سابق، ص 42.

- المسؤولية السياسية عن ممارسة هذه الاختصاصات أمام سمو الأمير وأمام مجلس الأمة، وهذا هو لب وجوهر النظام الدستوري النيابي الذي تبناه المشرع الدستوري في دولة الكويت.

علاوة على أنه لا مجال للتذرع بما جرى عليه العمل من عدم تذييل القوانين التي تُنشر في الجريدة الرسمية بتوقعات ذوي الشأن المختصين بإقرارها وإصدارها، ذلك أنه من المقرر في قضاء محكمة التمييز أن: «مخالفة القانون لا تكسب حقاً ولا تبرر التمادي في المخالفة لمنفاة ذلك مع حسن سير الإدارة ومبدأ المشروعية»⁽¹¹⁸⁾.

وأخيراً، فإنه لا يمكن اعتبار أعداد الجريدة الرسمية التي تُنشر فيها القوانين بمثابة مستندات إلكترونية⁽¹¹⁹⁾، أو كتابة إلكترونية⁽¹²⁰⁾، ولا ترتب تبعاً لذلك أية آثار قانونية طبقاً لأحكام القانون رقم 20 لسنة 2014 في شأن المعاملات الإلكترونية⁽¹²¹⁾، ذلك أن القوانين التي يتم نشرها في أعداد الجريدة الرسمية لا يمكن اعتبارها كتابة إلكترونية، لأن أعداد الجريدة الرسمية تصدر مطبوعة، فهي محررات كتابية تقليدية وليست إلكترونية مما يخضع لأحكام القانون رقم 20/2014 سالف الذكر.

يُضاف إلى ما سبق أن هذه القوانين جرى العمل على خلوها مما يفيد تذييلها بتوقعات إلكترونية من ذوي الاختصاص في إقرارها وإصدارها، مما يجعلها خالية من التوقيع سواء كان توقيعاً تقليدياً، أو إلكترونياً، ومن ثم فإن هذه القوانين غير الموقعة لا تكتسب أية حجية في الإثبات، لعدم استيفائها الشكل الدستوري للقوانين.

(118) حكم محكمة التمييز رقم 274 لسنة 2002، إداري، الصادر بتاريخ 2003/3/17م، منشور في مجلة القضاء والقانون، عدد نوفمبر 2006م، السنة 31، ج1، القاعدة رقم 23، ص 132.

(119) عرّفت المادة الأولى من القانون رقم 20 لسنة 2014 في شأن المعاملات الإلكترونية المستند أو السجل الإلكتروني بأنه: مجموعة بيانات أو معلومات يتم إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو استقبالها كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، وتكون قابلة للاسترجاع بشكل يمكن فهمه.

(120) فيما عرّفت المادة الأولى من ذات القانون الكتابة الإلكترونية بأنها: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك، ويمكن استرجاعها لاحقاً.

(121) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ع 1172، السنة 60 - 70، بتاريخ 2014/2/23م.

الفرع الثالث

إشكالية تعيين الميعاد الذي ينفذ بفواته القانون على وجه الدقة

بعد نشره في الجريدة الرسمية

تنص المادة (178) من الدستور على أنه: «تُنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويُعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها، ويجوز مد هذا الميعاد أو قصره بنص خاص في القانون». وفي هذا الخصوص تقرر محكمة التمييز في حكم لها أن: «العلم بالقانون مفترض على الكافة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، يستوي في ذلك الكويتي، أو غير الكويتي، طالما تحققت الإقامة فوق إقليم الدولة»⁽¹²²⁾.

وقد جرى العمل في الغالب الأعم من القوانين التي تصدر في دولة الكويت ويتم نشرها في الجريدة الرسمية أن ينص على العمل بها من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، ويحق لنا أن نسأل: هل يتفق هذا الميعاد المقرر لنفاذ القانون مع ما هو مقرر بنص المادة (178) من الدستور؟

نعتقد من جانبنا بأن العمل بالقانون - كأصل عام - يجب أن يكون بعد نشره وليس في ذات يوم نشره، كما جرى العمل على ذلك في الغالب الأعم من القوانين الكويتية، وذلك لأسباب عدة وهي كالآتي:

- **السبب الأول:** إن النص السابق تضمّن عبارة: «ويُعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها»، فهذه العبارة صريحة بأن العمل بالقانون (نفاذه) لا يكون إلا بعد مضي الميعاد المقرّر بعد نشره في الجريدة الرسمية، وهو شهر، ولا يجوز طبقاً لهذا التفسير أن يكون ميعاد العمل بالقانون في ذات يوم نشره، وهو ما أكدّه مسلك المشرّع الدستوري المصري، حيث نصّت الفقرة الأولى من المادة (225) من الدستور المصري على أنه: «تُنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويُعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعةً آخر»⁽¹²³⁾.

فالنص السابق صريح في بدء سريان ميعاد نفاذ القوانين المصرية وهو مضي

(122) حكم محكمة التمييز رقم 483 لسنة 2008 تجاري/1، بتاريخ 2009/5/26 م. (د.ن)

(123) نُشر هذا الدستور في الجريدة الرسمية ع 3 مكرر (أ)، بتاريخ 2014/1/18 م.

ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها جاء فيه:

«إن الدستور قد أوجب نشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، على أن يُعمل بها كأصل عام بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت القوانين للعمل بها ميّعاداً آخر، وهو الميعاد الذي يعتبر اليوم التالي لتاريخ نشر القانون حدّه الأدنى تأسيساً على المبدأ سالف الذكر، ومؤداه أن أي ميّعاد آخر - كحد أدنى - تحدّده القوانين للعمل بها يتعيّن أن يكون اليوم التالي لهذا الميعاد، وذلك في حالة اتجاه إرادة المُشرّع إلى العمل بالقانون في وقت أقصر من تاريخ النشر.

وحيث إنه لما كان ما تقدّم وكانت الفقرة الأولى من المادة (69) تنص على أن يُعمل بهذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، فمن ثم يغدو هذا النص مخالفاً للمادة (223) من الدستور»⁽¹²⁴⁾.

كما سار المُشرّع الفرنسي في ذات الاتجاه، وذلك في المادة الأولى من القانون المدني التي جرى نصها على أنه: «تصبح القوانين والأعمال الإدارية عند نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية نافذة في التاريخ المحدّد فيها، وإذا لم تتضمّن أي تحديد ففي اليوم التالي لنشرها...».

فالعمل بالقوانين لا يكون إلا بعد نشرها سواء بعد مضي الميعاد المقرر دستورياً وهو شهر من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، أو في الميعاد الذي تحدّده القانون بنص خاص، إلا في حالة الضرورة والتي وإن لم يُشر إليها نص المادة (178) من الدستور الكويتي على عكس المُشرّع الفرنسي الذي أشار إليها في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني بنصه: «في حالة الضرورة تصبح القوانين نافذة من تاريخ النشر متى قرّر مرسوم إصدارها ذلك، وكذا الأعمال الإدارية التي تقرّر الحكومة لها ذلك بموجب نص صريح».

إلا أننا نتفق مع بعض الفقه في إمكانية الأخذ بحالة الضرورة ونفاذ القانون والعمل

(124) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 2 لسنة 35 قضائية، «رقابة سابقة» الصادر بتاريخ 25 مايو 2013م. (د.ن.)

به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية كاستثناء استناداً إلى نظرية الضرورة⁽¹²⁵⁾، وهو مبدأ عام لا يحتاج إلى نص يقرّره مع مراعاة أن الضرورة تقدّر بقدرها، حيث يقرر هذا الفقه أن مبرر العمل بالقانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أن يكون قانوناً لا يحتمل الإرجاء، فينص على العمل به من تاريخ نشره، وعادةً ما ينص على ذلك في القوانين المالية⁽¹²⁶⁾، كما أن المصلحة العامة قد تكون الدافع وراء الإسراع في تنفيذ التشريع، فينص على العمل به من تاريخ النشر⁽¹²⁷⁾.

يُضاف إلى ذلك أن نصوص أي قانون يُراد تطبيقه في ذات يوم نشره في الجريدة الرسمية لا تتصل مباشرة بمصالح الأفراد، فلا ضرر والحال كذلك يخشى أن يصيبهم إذا نُفذ القانون فوراً، بل قد يكون هذا النفاذ الفوري في صالحهم، وهذا ما نصّت عليه المادة (40) من قانون الخدمة المدنية من نفاذ حكم المادة (39) من ذات القانون من تاريخ نشره، كما قد يكون هذا النفاذ الفوري للقانون في مصلحة جهة الإدارة، كما هو الحال في نفاذ حكم المادتين (4، 5) من قانون الخدمة المدنية، وهما اللتان تنظمان إنشاء مجلس الخدمة المدنية وتحديد اختصاصاته⁽¹²⁸⁾.

- السبب الثاني: يتلخّص في أن النص السابق أجاز مد ميعاد العمل بالقوانين أو قصره بنص خاص في القانون وقصر الميعاد يعني إنقاصه ولا يعني إلغائه بالكلية، حيث يجب أن يكون هنالك فاصل زمني بين نشر القانون والعمل به ولو ليوم واحد، وذلك لكي تتحقق الغاية من النشر وهي: إمكانية تحقق العلم الحقيقي بالقانون، أو العلم الحكمي المفترض.

- السبب الثالث: فيتمثّل في أن القاعدة العامة في بدء حساب المواعيد الإجرائية⁽¹²⁹⁾

(125) عبد الرزاق السنهوري وأحمد أبو ستيت، مرجع سابق، بند رقم 141، ص 176 - 177.

(126) يحيى الجمل، مرجع سابق، ص 217.

(127) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ذات الموضوع.

(128) عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص 788.

(129) ورد النص على هذه القاعدة العامة في حساب المواعيد المادة (17) من قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي جرى نصها على أنه: «إذا كان الميعاد مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين، فلا يحسب منه يوم الإعلان، أو اليوم الذي حدث فيه الأمر المعتبر في نظر القانون مجزئاً للميعاد، وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان يجب أن يحصل فيه الإجراء، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء، فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد. وإذا كان الميعاد مقدراً بالساعات كان حساب الساعة التي يبدأ فيها والساعة التي ينتهي بها على

هي إهمال اليوم الأول المطلوب فيه حدوث الإجراء - وهذا الإجراء في حالتنا هو النشر في الجريدة الرسمية - واحتساب الميعاد من اليوم التالي له، كما نص على ذلك صراحة القانون الفرنسي وكذا الدستور المصري الحالي، لذا فإن العمل بالقانون لا يجوز طبقاً لنص المادة (178) من الدستور الكويتي أن يكون في ذات يوم نشر القانون، وهذا هو التفسير السليم - برأينا - لهذا النص.

- السبب الرابع: إن العمل بالقانون في ذات يوم نشره سترتب عليه حتماً الانتقاص من الميعاد المقرر دستورياً لنفاذ القانون، فنص المادة (178) سالف الذكر أورد ميعاداً لا يجوز العمل بالقانون - كقاعدة عامة - إلا بعد فواته، وهو شهر من تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية، فإذا تم العمل بالقانون في ذات يوم نشره، فإن ذلك يعني أن الميعاد قد انتقص منه بمقدار يوم من ميعاد الشهر سالف الإشارة، فتاريخ النشر لا يمكن أن يدخل في حساب هذا الميعاد⁽¹³⁰⁾، وهو ما اعتبره بعض الفقه مسلماً خاطئاً⁽¹³¹⁾.

وبناءً على ما تقدّم، فإن القوانين التي تنص على بدء نفاذها والعمل بها من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية وليس من اليوم التالي لنشره تعتبر مشوبة بشبهة عدم الدستورية، وآية ذلك أن الدستور أجاز قصر ميعاد نفاذ القانون بعد نشره من شهر إلى الميعاد الذي يحدده القانون بنص خاص، ولم يجز إلغاء ميعاد النفاذ بعد النشر كلياً، وإنما أجاز قصره فقط.

جدير بالذكر أن هناك تطبيقات عملية سليمة في القانون الكويتي في بدء نفاذ القانون بعد نشره في الجريدة الرسمية، حيث نصت المادة (2) من المرسوم بالقانون رقم 44 لسنة 1989 بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية⁽¹³²⁾، والمادة (4) من القانون رقم 22 لسنة 2016 بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁽¹³³⁾، والمادة (27)

الوجه المتقدّم. وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو السنة بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك. وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها».

(130) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند 137، ص 109.

(131) المرجع السابق، ص 110.

(132) صدر هذا القانون بتاريخ 10/7/1989م، ونُشر في الجريدة الرسمية ع 1832، السنة 35، ص 10.

(133) صدر هذا القانون بتاريخ 7/6/2016، ونُشر في الجريدة الرسمية ع 1293، السنة 62، ص 4، بتاريخ 19/6/2016.

من القانون رقم 8 لسنة 2016 بتنظيم الإعلام الإلكتروني⁽¹³⁴⁾، على أن يُعمل بها من اليوم التالي لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.

ومن جانب آخر، وعلى الرغم مما انتهينا إليه من أن المادة (178) من الدستور قد حدّدت صراحةً ميعاد نفاذ القانون كأصل عام بمضي شهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، إلا أن المشرّع الكويتي - وفي مسلك يتصف بالغرابة والندرة - أصدر المرسوم بالقانون رقم 7 لسنة 1988 بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم 17 لسنة 1959 في شأن إقامة الأجانب، حيث نصت المادة (2) منه أن: «على الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، ويُعمل به من تاريخ صدوره، ويُنشر في الجريدة الرسمية»⁽¹³⁵⁾.

كما قد أصدر المشرّع الكويتي مؤخراً المرسوم بالقانون رقم (2020/5)⁽¹³⁶⁾ والرسوم بالقانون رقم 2020/6⁽¹³⁷⁾، حيث تضمّن النص في مادة النشر على الآتي: «على الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا المرسوم بقانون ويُعمل به من تاريخ صدوره، ويُنشر في الجريدة الرسمية ويُعرض على مجلس الأمة».

فالمراسيم بالقوانين آتفة الذكر نصّت صراحةً على العمل بها من تاريخ صدورها، وهو ما يصطدم بشكل صارخ مع الميعاد المقرر صراحةً في الدستور لنفاذ القوانين، وهو شهر من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، كما لا يمكن اعتبار نفاذ تلك المراسيم بقوانين من تاريخ صدورها من قبيل إنقاص ميعاد النفاذ، ذلك أن الرخصة المخوّلة للمشرّع العادي في إنقاص ميعاد نفاذ القانون مقيّدة بحدّها الأدنى، وهو اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، ولا يمكن بحال من الأحوال أن يرتد ميعاد نفاذ القانون إلى تاريخ إصداره.

ويثور التساؤل عن مدى تأثير النص في القانون على نفاذه في ذات يوم نشره أو من تاريخ إصداره؟ إجابة عن هذا السؤال نقول: إن الحكم الوارد في القانون بنص خاص

(134) صدر هذا القانون بتاريخ 2020/2/2م، ونُشر في الجريدة الرسمية ع 1274، السنة 62، بتاريخ 2016/2/7م، ص 12-14.

(135) صدر هذا القانون بتاريخ 1988/2/23م، ونُشر في الجريدة الرسمية ع 1760، السنة 34، ص 12.

(136) صدر هذا المرسوم بالقانون بتاريخ 2022/8/17م، ونُشر في الجريدة الرسمية في ملحق ع 1569، السنة 68، ص 3، بتاريخ 2022/8/18م.

(137) صدر هذا المرسوم بالقانون بتاريخ 2022/8/17م، ونُشر في الجريدة الرسمية في ملحق ع 1569، السنة 68، ص 7، بتاريخ 2022/8/18م.

والذي يقرّر نفاذه في ذات تاريخ نشره أو من تاريخ إصداره يعتبر مشوباً بشبهة عدم الدستورية، ويطبّق بشأن نفاذ القانون في هذه الأحوال الميعاد المقرر بنص المادة (178) من الدستور، وهو شهر من تاريخ نشره، وتعتبر هذه الحالة مماثلة لسكوت المشرع عن النص على ميعاد نفاذ القانون، فيرجع إلى حكم القاعدة العامة بشأنها.

وأخيراً يجب أن يكون تاريخ النشر في الجريدة الرسمية معلوماً وثابتاً، فلا قيمة قانونية للنشر بدون تاريخ، لأن تاريخ النشر هو الذي يبدأ منه حساب الميعاد المقرر دستورياً - وهو شهر من تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية - أو الميعاد الذي مد، أو قصر بنص خاص في القانون - والذي بفواته يصبح القانون نافذاً، وبالتالي فإن خلو القانون المنشور من بيان تاريخ نشره يحول دون إمكانية التحقق من حلول تاريخ سريانه ونفاذه مما يجعل النشر في هذه الحالة مشوباً بشبهة عدم الدستورية.

الفرع الرابع

إشكالية اعتماد تاريخ طبع الجريدة الرسمية

أم تاريخ إتاحتها للكافة لنفاذ القانون

يثور تساؤل آخر عما إذا كانت العبرة في نفاذ القانون بالتاريخ الذي تم فيه طبع الجريدة الرسمية أم بتاريخ إتاحتها للكافة؟ يجيب البعض في الفقه عن ذلك بأن العبرة بالتاريخ الحقيقي لنشر القانون في الجريدة الرسمية إن كانت تحمل تاريخاً مخالفاً⁽¹³⁸⁾.

كما تذهب المحكمة الدستورية العليا المصرية في ذات الاتجاه بقولها: «إن افتراض علم الكافة بالقانون والخضوع لأحكامه مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض، فالعبرة في العلم بالقانون ليس بتاريخ طبع الجريدة الرسمية وإنما بتاريخ توزيعها»⁽¹³⁹⁾.

ذلك أن فلسفة نشر القوانين والغاية المرجوة منه تقتضي ألا يقتصر النشر على توزيع أعداد الجريدة الرسمية لمن يتقدّم بطلبها من الأفراد، بل يتعدّى ذلك إلى وجوب إتاحتها لكل من يرغب في الاطلاع عليها، ومن هذا التاريخ الأخير - وهو إتاحة الجريدة الرسمية للكافة - يبدأ نفاذ القانون.

(138) حسن كبره، مرجع سابق، ص 246، بند رقم 133. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، بند 142، ص 111.

(139) حكم محكمة النقض المصرية، رقم 256 لسنة 24ق، بتاريخ 1958/6/24م، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني بمحكمة النقض، ع 9، ج 2، ص 639.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها بأنه: «إذا كان نشر التشريعات واجباً على جهة الإدارة، فإن النشر لا يتم إلا بتوزيع الأعداد المطبوعة وتيسيرها للمواطنين، والقاعدة أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»⁽¹⁴⁰⁾.

وإذا كان الأصل أن نفاذ القانون يكون بعد فوات الميعاد المقرر على نشره، فإنه توجد ثمة حالات استثنائية يمتنع فيها نفاذ القانون إذا تعذر وصول الجريدة الرسمية إلى المكان الذي يوجد فيه المخاطبين بأحكامه، أو بعضهم أي عندما يحول حادث طارئ دون إمكانية حصول المخاطبين بأحكام القانون على الجريدة الرسمية.

كذلك يمكن اعتبار الفيضان الذي يغرق البلاد، أو الزلزال الذي يقطع المواصلات، أو الحرب، أو الاضطرابات الداخلية التي يترتب عليها عزل بعض أقاليم أو محافظات أو مدن الدولة من قبيل القوة القاهرة التي تمنع سريان القانون لعدم إمكانية وصول الجريدة الرسمية للأفراد حال كونها - أي الجريدة الرسمية - هي الطريق القانوني الوحيد الذي يتم به العلم بالقانون.

الفرع الخامس

إشكالية تصحيح القانون (الاستدراك التشريعي)

يحدث أحياناً أن تقع أخطاء مادية، أو نواقص في القانون المنشور في الجريدة الرسمية، فتقوم الجهة المعنية بالنشر بنشر استدراك تشريعي لتعديل الأخطاء التي شابت القانون المنشور، أو استيفاء نواقصه، وهذا الاستدراك جائز بشرط ألا يتضمن تعديلاً في مضمون التشريع وأحكامه، وينبغي نشر الاستدراك في الجريدة الرسمية لنفاذه في مواجهة الكافة وذلك في كل الأحوال.

وإذا تم نشر الاستدراك، فإنه يندمج مع القانون المنشور سابقاً (القانون المصحح) وتكون له قوة إلزامية من تاريخ نفاذ القانون الأصلي، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية، حيث جاء في حكم لها:

«إن تصويب الأخطاء المادية أو المطبعية التي تكتنف نشر القانون بالجريدة الرسمية لتوافر قرينة العلم بالقاعدة القانونية وفق ما أصدرها المشرع وجوب عدم مجاوزته

(140) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 63089 لسنة 66ق، بتاريخ 2014/6/24م. (د.ن)

ذلك النطاق بصيرورته تعديلاً للقانون واعتباره جزءاً من النص المصوّب له نفس قوته ويعمل به من تاريخ سريان القانون، بشرط أن تكون تلك الأخطاء معدومة الأثر في العلم بالقاعدة القانونية كالتي تخل بمبنى الكلمة دون معناها، أما الأخطاء المادية، أو المطبعية التي يترتب عليها الغموض، أو التجهيل، أو اللبس بالنص المراد استحداثه، أو تعديله وتؤثر في المركز القانوني للمخاطبين بأحكامه، فإن الاستدراك بشأنها يسري من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، وتطبيقه على التصرفات اللاحقة للنشر⁽¹⁴¹⁾.

أما إذا كان الخطأ الذي تضمنه القانون المنشور يمس موضوع التشريع ومضمونه، أي يتجاوز مجرد الخطأ المادي، فهنا يثور التساؤل عن مدى جواز اللجوء إلى الاستدراك لتصحيحه؟

يرى البعض أن الاستدراك الذي ينطوي على تغيير في النص المنشور لفظاً ومعنى يعتبر من قبيل التعديل التشريعي الكامل، ولا يمكن أن يعتد به إلا إذا كان قد صدر من الجهة التي تملك تعديل التشريع، أما التعديل في الألفاظ الذي يقصد به استبدال كلمة بأخرى مما لا ينطوي على تغيير في المعنى فيدخل في عداد الخطأ المادي⁽¹⁴²⁾.

والحقيقة أننا نتفق مع ما انتهى إليه الرأي السابق، ونضيف تأكيداً له أن تعديل الخطأ الذي يشوب القانون المنشور حال كونه يتجاوز مجرد الخطأ المادي هو بمثابة تعديل للتشريع، وهو ما تختص به السلطة التشريعية، ومن ثم هذا المسلك من الجهة المختصة بالنشر وهي السلطة التنفيذية يثير شبهة عدم الدستورية من جهتين: الأولى: الافتتات على اختصاص السلطة التشريعية، والإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات المقرر في المادة (50) من الدستور.

أما الثانية: فتتمثل في أن الاستدراك الذي يتضمن تعديلاً في النص المنشور أو إضافة له ونفاذ هذا الاستدراك من تاريخ نشر النص الأصلي وليس من تاريخ نشر الاستدراك يتعارض مع نص المادة (179) من الدستور⁽¹⁴³⁾ بما يتضمنه من تقرير للأثر

(141) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 2230 لسنة 78 قضائية، بتاريخ 2020/1/21م. (د.ن)

(142) حسام الدين كامل الأهواني، بند رقم 147، ص 115.

(143) نصّت هذه المادة 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».

الرجعي للقانون دون الالتزام بالقيود الدستورية المقررة في هذا الشأن، ومن أهمها اشتراط الأغلبية الخاصة لإقرارها فضلاً عن عدم جواز ذلك في المواد الجزائية.⁽¹⁴⁴⁾

المطلب الثاني

إشكاليات قانونية تتعلق بإتاحة الجريدة الرسمية للكافة

وتحقيق العلم المفترض بالنشر

تنقسم الإشكاليات التي تتعلق بإتاحة الجريدة الرسمية للكافة وتحقيق العلم المفترض بنشر القوانين إلى ثلاث إشكاليات فرعية، أولها: تتمثل في تقاضي الدولة مبلغاً مالياً نظير توفير أعداد الجريدة الرسمية للكافة، وثانيها: يتعلق بطريقة النشر التقليدي لأعداد الجريدة الرسمية ومدى إمكانية الأخذ بطريقة النشر الإلكتروني لأعداد الجريدة الرسمية، وثالثها: يتلخص في كتابة الجريدة الرسمية باللغة العربية، ومدى تعارضها مع المبدأ الدستوري في عدم جواز التمييز بين الأفراد بسبب اللغة، ونتناول هذه الإشكاليات تباعاً فيما تأتي:

الفرع الأول

إشكالية تقاضي الدولة مبلغاً مالياً نظير توفير

أعداد الجريدة الرسمية للكافة

لكي يحقق نشر القوانين أثره القانوني في نفاذ التشريع في مواجهة الكافة، لا بد من أن تكون الجريدة الرسمية متاحة للكافة وفي متناول أيديهم وبأعداد كافية نسبياً⁽¹⁴⁵⁾، وهي مسؤولية الجهة المكلفة بإجراء النشر في السلطة التنفيذية، فإذا تعمّدت هذه الجهة أو تقاعست عن واجبها في توفير أعداد الجريدة الرسمية للكافة، فلا يتحقق العلم الحكمي بالقانون تجاه الأفراد.

وإتاحة الجريدة الرسمية للأفراد يقتضي أن يكون اقتناؤها مجانياً بلا مقابل، وتبعاً لذلك نرى عدم جواز تقاضي الجهة الإدارية المكلفة بالنشر أية مبالغ مالية نظير توفير

(144) لمزيد من التفصيل حول مبدأ عدم رجعية القوانين والأغلبية الخاصة اللازمة للاستثناء منه انظر: تركي سطات المطيري، الأغلبية الخاصة في النظام الدستوري الكويتي، نشر خاص، 2012م، ص 125 - 132.

(145) حسن كبره، مرجع سابق، ص 245، بند رقم 133. في ذات المعنى انظر: محمد مومير، نشر النصوص القانونية: المبدأ والوسائل، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، ع 41، السنة 2004م، ص 102.

أعداد الجريدة الرسمية تحت طائلة شبهة عدم الدستورية، وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها جاء فيه: «إن قرار جهة الإدارة بقصر الاطلاع على ما يُنشر بالجريدة الرسمية من تشريعات على الموقع الإلكتروني للهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية على من يدفع مقابلًا نقدياً هو قرار مخالف للدستور»⁽¹⁴⁶⁾.

يُضاف إلى ما تقدّم أن المبالغ النقدية التي تحسّل من الأفراد نظير الحصول على أعداد الجريدة الرسمية لا يتصوّر قانوناً تكييفها إلا أنها من قبيل الرسوم، ذلك أن الرسم هو: «مبلغ من النقود تستوفيه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام جبراً من المستفيدين مقابل حصولهم على منفعة خاصة تحقق نفعاً عاماً، كرسوم البريد والتعليم والرسوم القضائية»⁽¹⁴⁷⁾.

في حين أن طباعة ونشر وتوفير أعداد الجريدة الرسمية ليس من قبيل الخدمات العامة، بل هو واجب دستوري تلتزم به الدولة تبعاً لالتزامها بتطبيق القوانين الذي يتطلب إعلام الناس بها، وهو ما يستتبع نشرها مجاناً على نفقة الدولة دون تحميل المخاطبين بأحكام تلك القوانين أية كلفة.

ولو افترضنا جدياً أن المبلغ الذي يُدفع نظير الحصول على نسخة من الجريدة الرسمية أو المبلغ الذي يُدفع للاشتراك في الموقع الإلكتروني لهذه الجريدة هو رسم، فإن المادة (134) من الدستور الكويتي نصّت على أن الرسوم لا تتقرّر إلا في حدود القانون⁽¹⁴⁸⁾، وعلى حد علمنا لا يوجد قانون يجيز للدولة تقاضي رسوم لقاء توفير أعداد الجريدة الرسمية أو نظير خدمة الاشتراك في الموقع الإلكتروني الرسمي للجريدة الرسمية⁽¹⁴⁹⁾.

ويثور التساؤل عن الأثر القانوني المترتب على اشتراط الجهة الإدارية تقاضي

(146) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 63089 لسنة 66ق، بتاريخ 2014/6/24م. (د.ن.)

(147) انظر: رفعت المحجوب، المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 476.

(148) نصت هذه المادة على أن: «إنشاء الضرائب العامة وتعديلها وإلغاؤها لا يكون إلا بقانون. ولا يُعفى أحد من أدائها كلها أو بعضها في غير الأحوال المبينة بالقانون. ولا يجوز تكليف أحد بأداء غير ذلك من الضرائب والرسوم والتكاليف إلا في حدود القانون».

(149) وذلك فيما عدا إعلان قديم صادر عن دائرة المطبوعات والنشر ومنشور في الجريدة الرسمية بدون رقم وبدون تاريخ تضمن تحديداً لسعر بيع أعداد الجريدة الرسمية، وذلك بمبلغ (50) بيزة، والاشتراك السنوي في الخارج بمبلغ جنيهين إسترليني ونصف أو ما يعادل هذه القيمة، على أن تتحمّل الدائرة ما تبقى من تكاليف.

مبلغ نقدي نظير الحصول على أعداد الجريدة الرسمية، أو منع الدخول إلى الموقع الإلكتروني للجريدة الرسمية؟

نعتقد أن نشر القانون لا يكون في هذه الحالة قد تم طبقاً للدستور إذا تم تقييده بدفع مبلغ نقدي من المخاطبين بأحكامه، لذا فإننا نرى أن هذا القيد - تقاضي مبالغ نقدية نظير توفير أعداد الجريدة الرسمية - يحول دون حصول النشر بمفهومه الدستوري المتقدم، وهي بلا شك نتيجة خطيرة جداً تستوجب من الجهة المكلفة بالنشر التنبُّه لها ونشر القوانين في الجريدة الرسمية بدون مقابل إعمالاً لفكرة مجانية النشر في هذه الحالة.

الفرع الثاني

إشكالية الاقتصار على النشر التقليدي للجريدة الرسمية

ومدى إمكانية الأخذ بالنشر الإلكتروني لها

تعددت تعريفات النشر الإلكتروني بشكل عام، ولعل أدقها وأشملها ذلك الذي يعرفه بأنه: «عبارة عن استخدام الأجهزة الإلكترونية في مختلف مجالات الإنتاج والإدارة والتوزيع للبيانات والمعلومات وتسخيرها للمستفيدين، وهو يماثل تماماً النشر بالوسائل والأساليب التقليدية، فيما عدا أن ما يُنشر من مواد معلوماتية لا يتم إخراجها ورقياً لأغراض التوزيع، بل يتم توزيعه على وسائط إلكترونية كالأقراص المرنة، أو الأقراص المدمجة، أو من خلال الشبكات الإلكترونية»⁽¹⁵⁰⁾.

ونشير بادئ بدء إلى أهمية ضبط مفهوم النشر الإلكتروني المقصود في الإشكالية التي نحن بصدد حلها، فالنشر تعددت طرقه وصوره، وليس أي نشر إلكتروني للقوانين يترتب عليه نفاذ القانون بالمعنى الفني الدستوري، ومن ثم الاحتجاج به على المخاطبين بأحكامه، سواء قام به الأفراد، أو جهة حكومية، أو حتى الجهة المختصة بنشر القوانين، فالمقصود بالنشر الإلكتروني أن يكون النشر في الجريدة الرسمية وبشكل إلكتروني، وذلك بإنشاء موقع إلكتروني للجريدة الرسمية تُنشر فيه أعداد الجريدة الرسمية التي تتضمن القوانين⁽¹⁵¹⁾.

(150) أحمد فضل، قضايا النشر العربي الإلكتروني، مُشار إليه لدى نبيل محمد بوحميدي، ضوابط النشر الإلكتروني للتشريع والاجتهاد القضائي والدراسة الفقهية، مجلة الملف، المغرب، ع 18، أكتوبر 2011م، ص 129.

(151) ويطلق البعض على عملية نشر الجريدة الرسمية إلكترونياً مسمى «رقمنة الجريدة الرسمية»، انظر:

وحيث إن المادة (178) من الدستور الكويتي لم تشترط شكلاً معيناً في الجريدة الرسمية كأن تكون مطبوعة، وهو ما جرى عليه العمل، لذا فلا يوجد مانع قانوني من أن تقوم الجهة المكلفة بالنشر بإنشاء موقع إلكتروني للجريدة الرسمية تنشر فيه كافة القوانين والتشريعات التي تتضمن قواعد عامة مجردة يوجب القانون نشرها لنفاذها جنباً إلى جنب مع الوسيلة التقليدية المطبوعة، على أن يكون للقانون المنشور إلكترونياً ذات حجية القوانين المنشورة تقليدياً.

وهو ما حدث بالفعل، حيث أنشأت وزارة الإعلام موقعاً إلكترونياً للجريدة الرسمية⁽¹⁵²⁾ نشرت فيه جميع أعداد الجريدة الرسمية منذ صدورها، إلا أنه ومن أسف، فقد قصرت إمكانية الدخول إلى هذا الموقع والاطلاع على أعداد الجريدة الرسمية على من لديهم اشتراك، أي أن الاطلاع على القوانين المنشورة أصبح بمقابل مالي قدره 26 د.ك⁽¹⁵³⁾.

ولكن قد يقول قائل: إن الأصل في نفاذ القوانين وسريانها في مواجهة المخاطبين بأحكامها هو بالعلم الحقيقي، ولما كان من المتعذر تحقق ذلك استعاضت النظم القانونية الحديثة بالعلم المفترض أو الحكمي من خلال وسيلة النشر في الجريدة الرسمية، ولكن هذا النشر لا يعفي الجهة المكلفة به من اتباع أفضل السبل وأكثرها انتشاراً بهدف تيسير علم الأفراد بالقوانين وإتاحة وصولها إلى علم أكبر عدد منهم، وإن لم يتحقق بعد ذلك علم الكافة.

فالغاية المرجوة من نشر القوانين تفترض بداهة عدم الاكتفاء بمجرد طباعة القانون وتضمينه في الجريدة الرسمية، وإنما لا بد من أن توضع هذه الجريدة موضع التوزيع الفعلي لمن يطلبها من الجمهور⁽¹⁵⁴⁾، فمن خلال ذلك يكتمل في الحقيقة مفهوم النشر، وبدونه لا يمكن افتراض علم الناس بالقانون الجديد⁽¹⁵⁵⁾.

فقرينة العلم المفترض بالقوانين المستخلصة من نشرها في الجريدة الرسمية مقيدة

رضوان الطرييق، نشر النصوص القانونية وإشكالاته المعاصرة، مجلة الوقائع القانونية، المغرب، مج 3، ع 13، أكتوبر 2021م، ص 53.

(152) الموقع الإلكتروني للجريدة الرسمية الكويتية (www.kuwaitlawmedia.gov.kw).

(153) انظر الموقع الإلكتروني البوابة الرسمية للإلكترونية لدولة الكويت (e.gov.kw).

(154) حسن كبره، المدخل إلى القانون، د.ن، ط5، سنة 1974، ص 245، بند رقم 133.

(155) عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص 85.

- برأينا - بتحقيق أكبر قدر من العلم اليقيني لأكبر شريحة ممكنة من المخاطبين بأحكام القانون المنشور.

ولا يخفى على أحد أن انتشار الجريدة الإلكترونية في الوقت الحاضر وإتاحتها للأفراد أكبر بكثير من الجريدة التقليدية المطبوعة، ولما كان النص الدستوري المنظم لنشر القوانين لم يحدد شكلاً معيناً للنشر في الجريدة الرسمية، مما يعني أن النشر الإلكتروني أصبح متاحاً وممكناً بالنسبة للجهة المكلفة به، لذا فإننا نعتقد بأن نشر القوانين في الجريدة الرسمية لا يتحقق إلا بوسيلتي النشر التقليدي والإلكتروني معاً.

وهنا تبرز أهمية النشر الإلكتروني للقوانين وتفوقها على النشر التقليدي، وبهذه المناسبة يثور تساؤل آخر عما إذا كان النشر الإلكتروني لوحده كافياً لفاذ القانون؟ لقد سبق وأن انتهينا إلى أن النشر يجب أن يكون تقليدياً وإلكترونياً معاً، ولا يغني أحدهما عن الآخر، وبصدد الحالة السابقة وهي حالة تعذر النشر التقليدي لوجود قوة قاهرة، فإننا نعتقد بأن النشر الإلكتروني يكون كافياً والعكس صحيح إذا تعذر النشر الإلكتروني لانقطاع الكهرباء، أو حدوث خلل في شبكة الإنترنت، أو في الموقع الإلكتروني للجريدة الرسمية، فهنا نرى أن النشر التقليدي لوحده يكون كافياً وذلك في هذه الأحوال الاستثنائية وما شابهها فقط.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن المشرع الكويتي قد أخذ بفكرة النشر الإلكتروني للقوانين، وذلك في القانون رقم 12 لسنة 2020 في شأن حق الاطلاع على المعلومات،⁽¹⁵⁶⁾ حيث أوجب البند الأول من المادة (5) من هذا القانون على الجهات الحكومية أن تنشر على موقعها الإلكتروني خلال 3 سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون دليلاً يحتوي على قوائم المعلومات المتاحة الكشف عنها، وعلى الأخص القوانين والنظم واللوائح والقرارات التي تعمل بموجبها.

ومما يؤخذ على القانون سالف الذكر أن نشر القوانين فيه هو مجرد نشر إلكتروني وليس نشرًا إلكترونيًا في الجريدة الرسمية، مما لا يترتب معه هذا النشر آثار النشر في نفاذ القوانين، كما أن هذا القانون قيّد التزام الجهات الحكومية بنشر القوانين في تلك التي تعمل بموجبها، وهو ما يفهم منه اقتصره على نشر قانون إنشاء الجهة الحكومية

(156) صدر هذا القانون بتاريخ 2020/8/31م، ونُشر في الجريدة الرسمية ع 1499، السنة 66، أ/4، بتاريخ 2020/9/6م.

والذي يشمل تنظيم جوانب العمل فيها، لذا فإننا نأمل من المشرع الكويتي إجراء تعديل تشريعي لهذا القانون، لينص بشكل صريح وواضح على التزام الجهة المختصة بنشر القوانين بنشرها نشرًا إلكترونيًا على موقعها الإلكتروني.

الفرع الثالث

إشكالية كتابة الجريدة الرسمية باللغة العربية

ومبدأ عدم جواز التمييز بين الأفراد بسبب اللغة

اللغة هي جزء ومكوّن أساسي للهوية الوطنية⁽¹⁵⁷⁾، لذلك تحرص كل دولة على بيان وتحديد لغتها الوطنية والرسمية، بل إن هذا التحديد يرتفع في العديد من الدول إلى مصاف القواعد الدستورية، التي ينبغي على كل سلطات الدولة الالتزام بها، والتقيّد بمضمونها⁽¹⁵⁸⁾.

ففي فرنسا على سبيل المثال صدر القانون رقم 94-665 في 4 أغسطس 1994 المتعلق باستعمال اللغة الفرنسية ويُعرف باسم قانون توبون (Loi Toubon) نسبة إلى وزير الثقافة الفرنسي جاك توبون، وهو قانون يهدف إلى حماية اللغة الفرنسية وراثتها، ويتركّز في ثلاثة أهداف رئيسة هي: إثراء اللغة، والالتزام باستخدام اللغة الفرنسية، والدفاع عن الفرنسية كلغة رسمية للجمهورية⁽¹⁵⁹⁾.

ويتحدد مجال تطبيق هذا القانون بالزامية استعمال اللغة الفرنسية في المطبوعات الحكومية الرسمية، وفي جميع الإعلانات، وفي جميع أماكن العمل، وفي العقود التجارية، وفي جميع المدارس التي تمولّها الحكومة⁽¹⁶⁰⁾.

ومن المعلوم أن مختلف شعوب ودول العالم تعزّز بلغتها الرسمية، وتحرص كل الحرص على حمايتها عبر تشريعات تنص على التزام اللغة الرسمية للدولة في جميع التعاملات⁽¹⁶¹⁾، وعلى الرغم من أن المادة (178) من الدستور الكويتي لم تحدد اللغة

(157) وقد أكد ذلك المشرع الفرنسي في المادة (1) من القانون رقم 94-665، الصادر في 4/8/1994م بشأن استعمال اللغة الفرنسية.

(158) أحمد عبد الظاهر، الحماية القانونية للغة العربية، دار النهضة العربية، ط1، 2008م، ص 6.

(159) راجع موقع ويكيبيديا على الشبكة العنكبوتية: (ar.wikipedia.org) تم الاطلاع بتاريخ 2023/5/28م، الساعة 12:45.

(160) المرجع السابق.

(161) فعلى سبيل المثال؛ صدر في دولة قطر القانون رقم 7 لسنة 2019 بشأن حماية اللغة العربية، حيث

التي تنشر فيها القوانين، إلا أنه لما كانت اللغة العربية هي اللغة الرسمية للدولة طبقاً لنص المادة (3) من ذات الدستور⁽¹⁶²⁾، الأمر الذي يعني أن الجريدة الرسمية تُكتب باللغة الرسمية للدولة وهي اللغة العربية، وهو ما جرى عليه العمل.

ولا جرم أن اللغة العربية باتت تحتل مكانة مهمة بين اللغات المستخدمة في عالم اليوم، إذ هي اللغة الرسمية في كل دول العالم العربي، ويتكلم بها نحو مائتين وأربعين مليون نسمة، فضلاً عن أن الأمم المتحدة قد اعترفت بها باعتبارها إحدى اللغات الست الرسمية لهذه المنظمة الدولية.

ومن ناحية أخرى، فإنه طبقاً لخصيصة التجريد والعمومية التي تتسم بها القوانين، فإن الخطاب بأحكامها لا يقتصر على المواطنين، بل يشمل الأجانب المقيمين على إقليم الدولة، وطبقاً لقاعدة «عدم جواز الاعتذار بجهل القانون»، فإن الأجانب الموجودين في الكويت يحتاجون بالقوانين التي تُنشر في الجريدة الرسمية - والفرض أنها كُتبت باللغة العربية - على الرغم من أنهم أو الغالبية منهم غير مُلمين بهذه اللغة.

ولما كانت المادة (29) من الدستور الكويتي تنص على أن: «الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين»، والسؤال الذي يثور في هذا المقام: هل يجوز قانوناً نشر أعداد للجريدة الرسمية بلغة أخرى أجنبية؟ وهل النشر بلغة أجنبية واسعة الانتشار كالإنجليزية مثلاً أمر واجب لنفاذ القوانين في مواجهة من لا يعرف اللغة العربية؟ وما اللغة أو اللغات التي ينبغي نشر القوانين بها في الجريدة الرسمية؟

وفي معرض الرد على التساؤل السابق يرى البعض عدم جواز نشر التشريعات الوطنية بلغة أجنبية في الجريدة الرسمية، ولكنه يعود ليستدرك بالقول إنه لا يرى مانعاً من وجود نسخة مترجمة إلى اللغات الأجنبية من التشريعات الأساسية لاسيما قانون

نصت المادة (1) من هذا القانون على التزام جميع الجهات الحكومية وغير الحكومية بحماية ودعم اللغة العربية في كل الأنشطة والفعاليات التي تقوم بها، كما قررت المادة الثالثة من ذات القانون وجوب صياغة تشريعات الدولة باللغة العربية، ويجوز إصدار ترجمة لها بلغات أخرى، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

(162) نصّت هذه المادة على أن: «لغة الدولة الرسمية هي اللغة العربية».

العقوبات وقانون السير والمرور، كما أنه من الملائم توفير نسخة مترجمة إلى اللغات الأجنبية من بعض التشريعات المهمة كقانون الإقامة والتشريعات المتعلقة بالسماح للأجانب بتملك العقارات⁽¹⁶³⁾.

ومن جانبنا، نرى أن نشر القوانين في دولة الكويت باللغة العربية فقط قد يثير شبهة عدم الدستورية، ذلك أن نص المادة (29) من الدستور سألقة الذكر يحظر التمييز بين الأفراد بسبب اللغة، وهذا الحظر جاء عاماً ومطلقاً، إذ إن تحرير الجريدة الرسمية باللغة العربية يمثل تمييزاً بسبب اللغة تجاه المخاطبين بأحكام القوانين ممن لا يجيدون اللغة العربية.

لذا، فإننا ندعو المشرع الكويتي إلى إعداد نسخة مترجمة من القوانين التي تُنشر في الجريدة الرسمية بلغات أجنبية واسعة الانتشار كاللغتين الإنجليزية والفرنسية على الأقل، كما هو الحال في بعض القوانين المقارنة، مع مراعاة أن يتم نشر النسخة المترجمة للقانون في ذات العدد وذات التاريخ الذي يتم به نشر النسخة العربية الأصلية في الجريدة الرسمية.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أنه في حال اختلاف تفسير نصوص القانون المنشور باللغة العربية عن نصوص النسخة المترجمة لذات القانون باللغة الأجنبية، فإن العبرة بما ورد بنصوص القانون المنشور باللغة العربية باعتباره النص الأصلي الذي يكتسب الحجية وله الأولوية في التطبيق عند تعارضه مع نصوص النسخ المترجمة للقانون.

وفي المملكة المغربية يتم النشر في الجريدة الرسمية باللغتين العربية والإنجليزية استناداً إلى مبدأ ازدواجية لغة النصوص، إلا أن ذلك لا يعني تماثل النص المنشور باللغة العربية والنص المنشور باللغة الإنجليزية من حيث الحجية، إذ إن النص الأول هو النص الأصلي، فيما يعد النص الثاني مجرد ترجمة رسمية له⁽¹⁶⁴⁾.

وفي القانون القطري تنص المادة (3) من القانون رقم 7 لسنة 2019 بشأن حماية

(163) انظر: أحمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص 89.

(164) المرسوم رقم 2.80.52 الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 1980م، الخاص بالنشر في الجريدة الرسمية، نُشر في الجريدة الرسمية ع 3549، بتاريخ 5 نوفمبر 1980م، ص 1322.

اللغة العربية، على وجوب صياغة تشريعات الدولة باللغة العربية، ويجوز إصدار ترجمة لها بلغات أخرى، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

كما أن المُشرّع العراقي سار على ذات المنوال، فقد نصّت المادة (3) من قانون اللغات الرسمية العراقي رقم 7 لسنة 2014 بشأن اللغات الرسمية على أن اللغة العربية واللغة الكردية هما اللغتان الرسميتان في العراق، كما نصّت المادة (4) من ذات القانون على أن تصدر الجريدة الرسمية باللغتين العربية والكردية⁽¹⁶⁵⁾.

بل إن الجريدة الرسمية العراقية وفّرت خاصية البحث عن القوانين المترجمة إلى اللغة الإنجليزية، وهو ما يؤكد اهتمام القانون العراقي بنشر القانون بكافة السبل ليصل إلى علم المخاطبين بأحكامه ممن لا يعرفون اللغة العربية⁽¹⁶⁶⁾.

(165) نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بتاريخ 2014/2/24م.

(166) انظر الموقع الإلكتروني للجريدة الرسمية العراقية - الوقائع العراقية - (www.moj.gov).

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث موضوع نفاذ القوانين بنشرها في الجريدة الرسمية والإشكاليات التي يثيرها النشر، و انتهينا إلى جملة من النتائج والتوصيات والتي نستعرضها فيما يأتي:

أولاً: النتائج

- 1 - إن نفاذ القوانين كأصل عام يكون بعد مُضي شهر على نشرها في الجريدة الرسمية، ما لم تتجه نية المشرع العادي إلى إنقاص هذا الميعاد أو مده بنص خاص في القانون.
- 2 - إن نفاذ القوانين رهين بنشرها في الجريدة الرسمية، ولا يغني عن النشر في الجريدة الرسمية إعلان القانون بأي وسيلة أخرى.
- 3 - إن الأصل أن إفراد نص خاص لمادة النشر ليس أمراً لازماً، فميعاد نفاذ القانون قد بيّنته المادة (178) من الدستور، ومن ثم فإن حكم هذا النص لا يحتاج إلى تأكيد بنص خاص في القوانين التي تُنشر في الجريدة الرسمية، وذلك فيما عدا الحالة التي يتم فيها إنقاص أو مد ميعاد نفاذ القانون.
- 4 - لم يضع المشرع الكويتي تعريفاً محدداً للنشر كإجراء تخضع له كأصل عام كافة التشريعات، سواء كانت دستورية، أو قانونية، أو تنظيمية.
- 5 - إن واجب السلطة التنفيذية في نشر القوانين بالجريدة الرسمية يشمل القوانين الحديثة الصادرة لأول مرة، سواء كانت قوانين عامة أو خاصة، والقوانين الصادرة بتعديل القوانين القائمة، والمراسيم بالقوانين، والاستدراكات على القوانين، وتعديل الأخطاء المطبعية في الاستدراكات.
- 6 - إن واجب نشر القوانين دستورياً لا ينسحب على المذكرات الإيضاحية للقوانين، وبالتالي إذا تم نشر قانون ما دون مذكرته الإيضاحية، فإن النشر على هذا النحو يكون قد تم وفقاً للمفهوم الدستوري السليم لنشر القوانين.
- 7 - إن نفاذ القوانين بنشرها في الجريدة الرسمية يقتصر على الأفراد، أما نفاذه في مواجهة السلطات العامة فيكون من تاريخ إصداره.
- 8 - إن نشر القوانين في الجريدة الرسمية وإن لم يكن جزءاً من العملية التشريعية بالمعنى الفني الدقيق، إلا أنه ليس مجرد عمل مادي وإنما هو عمل قانوني، ذلك

أن النشر يترتب عليه آثار قانونية، تتمثل في بدء الميعاد المقرر دستورياً والذي بفواته يدخل القانون حيّز النفاذ ويصبح جزءاً من النظام القانوني للدولة، فهو يعد بهذه المثابة عملاً قانونياً صرفاً.

9 - إن خلو القانون من حكم خاص يوجب نشره في الجريدة الرسمية لا يعفي السلطة التنفيذية من واجب النشر، وذلك لأن هذا الواجب مقرر بنص المادة (178) من الدستور، والنص عليه صراحةً في القانون ليس إلا تأكيد لحكم النص الدستوري آنف الذكر.

10 - إن واجب النشر في الجريدة الرسمية يمتد إلى نشر ما يفيد انتهاء العمل بالقانون، فإذا كان من الطبيعي نشر القانون الجديد الذي يتضمّن إلغاءً صريحاً أو ضمناً للقانون القديم، فإنه من الأهمية بمكان نشر ما يفيد إلغاء القانون في حالتي الحكم بعدم دستوريته أو بالقرار الصادر من مجلس الأمة بعدم إقرار المرسوم بالقانون عند عرضه عليه.

11 - إن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وإن لم يجز به نص في الدستور أو القانون الكويتي - وهو مسلك متفق برأينا - إلا أنه مع ذلك يعد من المبادئ المسلّم بها في النظم القانونية المعاصرة لما له من أهمية في ضمان الاستقرار والأمن القانوني.

12 - إن نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من العموم بحيث ينطبق على جميع القواعد القانونية أيّاً كان مصدرها، تشريعاً أو عرفاً، بل إن تطبيق هذا المبدأ يشمل كل المصادر الاحتياطية كمبادئ الشريعة الإسلامية ولو كانت لا تخضع لإجراء النشر في الجريدة الرسمية، كما يشمل مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون القواعد القانونية بنوعها الأمرة والمكّملة على حد سواء، فصفة الإلزام الذاتي تتوافر في النوع الثاني من القواعد توافرها في النوع الأول، وأن صفة الإلزام هذه تتعارض مع السماح بعدم الخضوع للقاعدة القانونية بحجة الجهل بها.

13 - إن الاستثناء الرئيس لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هي حالة وقوع حادث طبيعي يشكّل قوة قاهرة يترتب عليه الحيلولة دون وصول الجريدة الرسمية إلى إقليم معين من أقاليم الدولة، ففي هذه الحالة يجوز لسكان هذا الإقليم الاعتذار بجهلهم بما نُشر فيها.

- 14 - إن امتناع الجهة المختصة بنشر القوانين عن إجراء النشر يُبيح لكل من له مصلحة في التمسك بتطبيق القانون اللجوء إلى الإجراءات التالية:
- الطعن بإلغاء قرار جهة الإدارة السليبي بامتناعها عن القيام بالتزام قانوني فرضه عليها المشرع الدستوري وذلك أمام القضاء الإداري.
 - الطعن أمام المحكمة الدستورية على القانون الذي ينص في مادة النشر الواردة فيه على تعليق نفاذه إلى حين صدور لائحته التنفيذية، وذلك لوجود شبهة عدم الدستورية بمخالفة المادة (178) من الدستور.
 - فضلاً عن أن ذلك الامتناع يُبيح للمُشرع العادي أن يقوم بإصدار قانون آخر يتضمن تفاصيل تمكن من تنفيذ القانون وتطبيقه حتى لو تضمنت بعض هذه الأحكام مسائل بطبيعتها تنفيذية.
- 15 - نرى جواز تحديد القانون ميعاداً لصدور لائحته التنفيذية على أن يبدأ هذا الميعاد من تاريخ إصدار القانون وليس من تاريخ نشره، على ألا يتجاوز ميعاد صدور اللائحة التنفيذية الميعاد الدستوري المحدد لنفاذ القانون، وهذا الفرض لا يخلو من فائدة عملية، حيث سيتزامن ميعاد نفاذ القانون مع إمكانية تنفيذه واقعياً.
- 16 - إن وجود توقيع الجهة المختصة دستورياً بإصدار القانون المنشور في الجريدة الرسمية - بوصفه ورقة رسمية - هو ما تقتضيه النصوص الدستورية وأحكام القضاء الدستوري، وإن تخلف ذلك يجعل القانون هو والعدم سواء بسواء، فلا يكون له أي أثر قانوني لتخلف شرط من شروط صحته كعمل تشريعي، والنشر في الجريدة الرسمية لا يسد هذا النقص الجسيم ولا يصححه.
- 17 - إن العمل بالقانون يجب أن يكون بعد نشره وليس في ذات يوم نشره كما جرى العمل على ذلك في الغالب الأعم من القوانين الكويتية، كما لا يجوز دستورياً النص في القانون على نفاذه من تاريخ إصداره، وبالتالي فإن القوانين التي تنص على بدء نفاذها والعمل بها من تاريخ نشرها وليس من اليوم التالي للنشر وتلك التي تنص على العمل بها من تاريخ إصدارها تعتبر مشوبة بشبهة عدم الدستورية.
- 18 - إن تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية ينبغي أن يكون معلوماً وثابتاً، فلا قيمة قانونية للنشر بدون تاريخ، وبالتالي فإن خلو القانون المنشور من بيان تاريخ نشره

يحول دون إمكانية التحقق من حلول تاريخ سريانه ونفاذه، مما يجعل النشر في هذه الحالة مشوباً بشبهة عدم الدستورية.

19 - إن العبرة في العلم بالقانون ليس بتاريخ طبع الجريدة الرسمية، وإنما بتاريخ توزيعها وإتاحتها للكافة.

20 - إن تعديل الخطأ الذي يشوب القانون المنشور في الجريدة الرسمية إذا تجاوز مجرد الخطأ المادي هو بمثابة تعديل للتشريع، وهو ما تختص به السلطة التشريعية، ومن ثم فإن قيام الجهة المختصة بالنشر - وهي تابعة للسلطة التنفيذية - بهذا الإجراء يمثل افتئاتاً على اختصاص السلطة الأولى وإخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات.

21 - إن نشر القانون متى تم تقييده بتقاضي مبالغ نقدية نظير توفير أعداد الجريدة الرسمية يحول دون حصول النشر بمفهومه الدستوري، وهي بلا شك نتيجة خطيرة جداً.

22 - إن نشر القوانين في الجريدة الرسمية لا يتحقق إلا بوسيلتي النشر التقليدي والإلكتروني معاً، وهو ما يتفق مع فكرة إتاحة الجريدة الرسمية لأكبر شريحة من الناس وما يترتب عليه من زيادة احتمالات إمكانية العلم الحقيقي بالقانون.

23 - إن نشر القوانين باللغة العربية فقط قد يثير شبهة عدم الدستورية، ذلك أن نص المادة (29) من الدستور الكويتي يحظر التمييز بين الأفراد بسبب اللغة، وهذا الحظر جاء مطلقاً.

ثانياً: التوصيات؛

1 - ندعو المشرع الكويتي إلى التدخل التشريعي بإصدار قانون ينظم النشر في الجريدة الرسمية، على أن يتناول هذا القانون كل المسائل التفصيلية التي يثيرها النشر، بدءاً من تسمية الجريدة الرسمية، ومروراً بالتشريعات التي يلزم نشرها فيها، وانتهاءً بآلية توفير أعدادها للجميع.

2 - على الرغم مما ذهبنا إليه من عدم وجوب نشر المذكرات الإيضاحية للقوانين في الجريدة الرسمية، إلا أننا نرى أن نشر مثل هذه المذكرات أمراً مجبداً ولا يخلو من فائدة.

3 - نوجه الدعوة إلى المشرع الكويتي بمراعاة عدم تضمين القوانين نصوصاً تعلق

نفاذها صراحةً على صدور اللائحة التنفيذية للقانون - أو ضمناً في الأحوال التي يستحيل فيها تنفيذ القانون إلا بصدر تلك اللائحة - لشبهة مخالفته للدستور، أو على الأقل تحديد ميعاد لصدور اللائحة التنفيذية، وعدم ترك توقيت إصدارها لمحض إرادة السلطة التنفيذية.

4 - نهيب بالجهة المختصة بنشر القوانين في الجريدة الرسمية مراعاة استيفاء القانون للشكل الدستوري المقرر بضمان وجود توقيع سمو الأمير ورئيس مجلس الوزراء والوزراء أو الوزير المختص بحسب القانون في نسخة القانون التي يتم نشرها في الجريدة الرسمية.

5 - نهيب بالمشروع الكويتي عند صياغة القوانين مراعاة عدم النص على بدء نفاذها والعمل بها من تاريخ نشرها - فيما عدا حالة الضرورة وفي حدودها - أو من يوم إصدارها، واعتماد اليوم التالي لنشر القوانين في حال الرغبة في استعمال الرخصة المقررة في المادة (178) من الدستور وقصر ميعاد نفاذها.

6 - نوجه الدعوة إلى القضاء الكويتي عند الفصل في المنازعات التي تُعرض عليه باعتماد نفاذ القوانين من تاريخ إتاحة الجريدة الرسمية وتوزيعها على الجمهور، وليس تاريخ طبعها.

7 - نوجه الدعوة للمشروع الكويتي بالعناية عند صياغة القوانين والتأكد من عدم تضمينها أخطاء مطبعية أو مادية للتقليل قدر الإمكان من حالات الاستدراك التي تُنشر على القوانين.

8 - نأمل من المشروع الكويتي إتاحة الجريدة الرسمية المطبوعة للجميع بشكل مجاني والدول عن تقاضي مقابل مالي نظير توفيرها.

9 - كما نأمل من المشروع الكويتي العناية بموقع الجريدة الرسمية الإلكتروني وإتاحته للجميع بشكل مجاني، مع مراعاة وجوب تزامن النشر التقليدي لأعداد الجريدة الرسمية مع نشرها إلكترونياً.

10 - ندعو المشروع الكويتي إلى إعداد نسخة مترجمة من القوانين والتي تُنشر في الجريدة الرسمية - لاسيما القوانين الجزائية - بلغات أجنبية واسعة الانتشار كاللغتين الإنجليزية والفرنسية على الأقل كما هو الحال في بعض القوانين المقارنة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة

- أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، د.ن، د.ت.
- تركي سطات المطيري، الأغلبية الخاصة في النظام الدستوري الكويتي، نشر خاص، دولة الكويت، 2012م.
- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، د.ن، 1981م.
- حسام الدين كامل الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، ج1، نظرية القانون، د.ن، القاهرة، د.ت.
- حسن عبد الرحمن قدوس، دروس في مبادئ القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
- حسن كيرة:
- المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.
- المدخل إلى القانون، ط5، د.ن، 1974م.
- حمدي عبد الرحمن وأنور عبد الله، المدخل للعلوم القانونية، مكتبة عين شمس، القاهرة، د.ت.
- خميس خضر، المدخل للدراسات القانونية، ط2، د.ن، 1986م.
- رجب كريم عبد الله، المدخل للعلوم القانونية، ج1، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
- رفعت المحجوب، المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، د.ن، 1972م.
- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006م.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، ط6، دار الكتب القانونية، القاهرة، د.ت.

- رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1993م.
- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م.
- طعيمة الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964م.
- عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ط5 (منقحة)، نشر خاص، دولة الكويت، 2009م.
- عبد الرزاق السنهوري وأحمد أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950م.
- عبد العزيز فهمي، ترجمة مدونة جستنيان في الفقه الروماني، المجلس الأعلى للثقافة، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2005م.
- عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، دن، 1954م.
- عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دن، ط 1962م.
- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، 1965م.
- عبد الودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، دن، ط 1976م.
- عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ج1، النظام في إطاره التاريخي وفي إطاره النظري، ط2، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 2003م.
- عجة الجيلالي، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دن، دار الخلدونية، الجزائر.
- علي السيد الباز، السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2006م.

- على حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990م.
- علي فيلاي، مقدمة في القانون، دار موفم، الجزائر، 2005م.
- محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، ط2، نشر خاص، دولة الكويت، 2013 - 2014م.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 1989.
- محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 - 2009م.
- محمد ليبب شنب، مذكرات في المدخل لدراسة القانون، ط 1975 - 1976م.
- منصور مصطفى منصور، أصول القانون، دن، 1977 - 1978م.
- يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، 1970 - 1971م.

ثانياً: المراجع المتخصصة

- أحمد عبد الظاهر، الحماية القانونية للغة العربية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
- جهاد رحمانى، نفاذ القرار الإداري في مواجهة كل من مصدرته والمخاطبين به، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، جلفة، الجزائر، ع 20، أكتوبر 2014م.
- خيرى عبد الفتاح البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ع1، 2012م.
- توفيق شندارلي، النشر كآلية للعلم بالقانون، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحيى فارس، المدينة، الجزائر، مج 8، ع 2، سنة 2014م.

- رأفت فودة، النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
- رضوان الطربيق، نشر النصوص القانونية وإشكالاته المعاصرة، مجلة الوقائع القانونية، الناشر: زكرياء العماري، المغرب، مج 3، ع 13، أكتوبر 2021م.
- عثمان خليل عثمان، دستورية القوانين - مذكرات على الآلة الكاتبة لطلبة الدراسات العليا دبلوم القانون العام - كلية الحقوق والشرعية - جامعة الكويت، 1973م، 1974م.
- عثمان عبد الملك الصالح:
 - مذكرة حول تطبيق المادتين (98 و 104) من الدستور الكويتي الواردة بتقرير لجنة الشؤون التشريعية والقانونية المثبت بمضبطة جلسة مجلس الأمة - 6 أ المعقودة يوم 1975/5/20م.
 - السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، إعادة طباعة 1994م.
- علي مجيد العكيلي، النشر في الجريدة الرسمية ودوره في تحقيق الأمن القانوني، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، مج 4، ع 2، سنة 2019م.
- كهينه قونان، حدود تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في ظل اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، مج 5، ع 3، سنة 2010.
- محمد عباس محسن، النشر في الجريدة الرسمية مكوّن تشريعي أم إجراء تنفيذي لا ضرورة له، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، ع 1، سنة 2012م.
- محمد مومير، نشر النصوص القانونية: المبدأ والوسائل، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، ع 41، السنة 2004م.

- محمد وجدي عبد الصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون، د.ن، 1972-1973م.
- مصطفى الجمال، الجهل بالأحكام المدنية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مج16، ع1 و2، سنة 1974م.
- نبيل محمد بوحيمدي، ضوابط النشر الإلكتروني للتشريع والاجتهاد القضائي والدراسة الفقهية، مجلة الملف، الناشر: يوسف وهابي، المغرب ع 18، أكتوبر 2011م.
- هشام محمد البدري، الأثر الرجعي والأمن القانوني، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015م.

ثالثاً: رسائل الدكتوراه

- بدرية جاسر الصالح، السلطة اللائحية في مجال تنفيذ القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1979م.
- عبد الكريم ربيع العنزي: أثر خطأ المضرور على الحق في التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2011م.

رابعاً: المقالات غير القانونية

- مشاعل الهاجري، الجريدة الرسمية - السيرة الذاتية لدولة الكويت، مجلة العربي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، دولة الكويت، ع 747، فبراير 2021م.

خامساً: المواقع الإلكترونية

- الجريدة الرسمية الكويت اليوم: (kuwaitalyawm.media.gov.kw)
- البوابة الرسمية الإلكترونية لدولة الكويت (e.gov.kw)
- للجريدة الرسمية العراقية - الوقائع العراقية - (www.moj.gov)
- الموسوعة الحرة - ويكيبيديا (ar.wikipedia.org).

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	183
المقدمة	184
المبحث الأول: مفهوم نشر القوانين في الجريدة الرسمية وطبيعته وآثاره القانونية	190
المطلب الأول: مفهوم نشر القوانين في الجريدة الرسمية وطبيعته القانونية	190
الفرع الأول: مفهوم نشر القوانين في الجريدة الرسمية	190
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لنشر القوانين في الجريدة الرسمية	198
المطلب الثاني: الآثار القانونية لنشر القوانين في الجريدة الرسمية (مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون)	203
الفرع الأول: المقصود بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وأساسه وأهميته	203
الفرع الثاني: نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون	208
المبحث الثاني: الإشكاليات التي يثيرها نشر القوانين في الجريدة الرسمية	212
المطلب الأول: إشكاليات تتعلق بالآثار القانونية المترتبة على التزام الدولة بنشر القوانين في الجريدة الرسمية	212
الفرع الأول: إشكالية تعليق نفاذ القانون على صدور لائحته التنفيذية	212

217	الفرع الثاني: إشكالية نشر القوانين في الجريدة الرسمية دون تضمُّنها توقيع السلطة المختصة بإصدارها
226	الفرع الثالث: إشكالية تعيين الميعاد الذي ينفَّذ بفواته القانون على وجه الدقة بعد نشره في الجريدة الرسمية
231	الفرع الرابع: إشكالية اعتماد تاريخ طبع الجريدة الرسمية أم تاريخ إتاحتها للكافة لتنفاذ القانون
232	الفرع الخامس: إشكالية تصحيح القانون (الاستدراك التشريعي)
234	المطلب الثاني: إشكاليات قانونية تتعلق بإتاحة الجريدة الرسمية للكافة وتحقيق العلم المفترض بالنشر
234	الفرع الأول: إشكالية تقاضي الدولة مبلغاً مالياً نظير توفير أعداد الجريدة الرسمية للكافة
236	الفرع الثاني: إشكالية الاختصار على النشر التقليدي للجريدة الرسمية ومدى إمكانية الأخذ بالنشر الإلكتروني لها
239	الفرع الثالث: إشكالية كتابة الجريدة الرسمية باللغة العربية ومبدأ عدم جواز التمييز بين الأفراد بسبب اللغة
243	الخاتمة
248	قائمة المراجع

التحكيم الإلكتروني كوسيلة فعالة لفض المنازعات وفقاً للنظام السعودي: دراسة مقارنة(*)



د. عثمان مراد خلك
أستاذ القانون الخاص المشارك
معهد الإدارة العامة
الرياض، المملكة العربية السعودية

الملخص

مع بدء استخدام شبكة الإنترنت وتطور وسائلها التقنية لاحقاً، توسّع حجم التجارة الإلكترونية في العالم، وارتفع معدل إبرام العقود الإلكترونية والمنازعات الناشئة عنها، ولكن طبيعة تلك المنازعات باتت تشكل عائقاً أمام إخضاعها للقضاء العادي أو للتحكيم التقليدي، ولذا دعت الحاجة إلى إنشاء نظام تحكيم إلكتروني يتماشى تماماً مع طبيعة العقود التجارية الإلكترونية، ويمتاز أيضاً بسرعة الفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها وبأقل تكلفة ممكنة بحكم أن جميع إجراءاته تتم إلكترونياً وعبر استخدام وسائل الاتصال الحديثة، ولكن مع ذلك، يشير نظام التحكيم الإلكتروني إشكالية رئيسة تتعلق بمدى فعاليته في تسوية المنازعات الإلكترونية، ومدى قدرته على إيجاد حلول ناجعة للمشكلات التي يمكن أن تنتج عنها.

وهذا ما دفعنا إلى دراسة كافة موضوعات التحكيم الإلكتروني كاتفاق التحكيم الإلكتروني وإجراءاته وحجية حكمه الصادر في مواجهة الخصوم وكيفية تنفيذه، من خلال إجراء دراسة مقارنة لقواعد مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة والاتفاقيات التجارية الدولية وبعض الأنظمة القانونية، كما توصلت الدراسة إلى أهم النتائج المتمثلة في أن التشريعات الوطنية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم والاتفاقيات الدولية أصبحت تعترف صراحةً بالمحركات الإلكترونية، وتمنحها ذات الحجية المعترف بها للمحركات الكتابية إذا توافرت لها الشروط المنصوص عنها قانوناً.

وتاريخ قبوله: 15 أغسطس 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 6 مايو 2024

ولكن مع ذلك، نجد أن القواعد القانونية الوطنية لتلك التشريعات لم تتطور ولم يتم تعديلها إلى الآن للاعتراف بالتحكيم الإلكتروني على الرغم من أهميته المتعاظمة بالنسبة للتعاملات الإلكترونية، ودوره في فض المنازعات الناشئة عنها، وتوصلت الدراسة أيضاً إلى أهم التوصيات التي نذكر منها: توسيع نشاط مركز التحكيم التجاري السعودي، بحيث يشمل التحكيم الإلكتروني جميع المنازعات مهما بلغت قيمتها، وأيضاً ضرورة قيام الجهات الحكومية ومراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة بإنشاء منصات دائمة للتحكيم الإلكتروني، على غرار ما فعله نظام التحكيم التجاري السعودي.

كلمات دالة: اتفاق التحكيم الإلكتروني، وهيئة التحكيم الإلكترونية، وحكم التحكيم الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، وإجراءات التحكيم الإلكتروني.

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

يشهد العالم تطوراً هائلاً ومتسارعاً في مجال الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة (كالهاتف والتلكس والفاكس)، وتلك الوسائل أثبتت فعاليتها في سرعة وسهولة وتبسيط نقل المعلومات متخطيةً حدود الدول، وعدم خضوعها لأيّة قيودٍ زمنية أو مكانية⁽¹⁾، ونتيجةً لهذا التطور، أضحت أغلب التعاملات التجارية وعقد الصفقات وإبرام العقود فيها التي يقوم بها الأفراد والشركات في الدول الصناعية المتقدمة وحتى في أغلب الدول النامية تتم إلكترونياً، إلا أن إبرام العقود إلكترونياً نشأ عنه الكثير من المشكلات القانونية التي تتطلب سرعة الفصل فيها بعيداً عن القضاء العادي وإجراءاته البطيئة والمعقدة، ولهذا السبب، نشأت حاجة ملحة لتسوية المنازعات خارج نطاق القضاء التقليدي إلكترونياً، وبطريقة سريعة جداً، وبأقل تكلفة⁽²⁾، ومن هنا ظهر التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية تلك المنازعات عبر استخدام الوسائل التقنية الحديثة، تعود حداثه نظام التحكيم الإلكتروني إلى عام 1969م، حيث بدأت مع اختراع الحاسوب⁽³⁾.

وبُغية فهم مصطلح التحكيم الإلكتروني، عرّفه البعض بأنه: «التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى الوجود المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان واحد معين⁽⁴⁾، وهناك من ذهب إلى أبعد من ذلك وعرف التحكيم الإلكتروني في ظل انتشار ظاهرة الذكاء الاصطناعي على أنه التحكيم الذي يتم بشكل رقمي أو لا ورقي (Lato Sensu)، وهذا يتضمن تبادل الوثائق عبر وسيلة إلكترونية في دعوى تحكيمية لا تتطلب اجتماع المحكمين ولا الأطراف

(1) أحمد خالد العجلوني، التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002م، ص7.

(2) Loïc Cadet Et Thomas Clay, Les Modes Alternatifs De Règlement Des Conflits, 3^{ième} Ed, Dalloz, Paris, 2019, P.21.

(3) فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م، ص 15 و16.

(4) جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2014م.

وعدم حاجتهم للتحدث مع بعضهم البعض، إضافةً إلى وجود إجراءات تتضمن استبدالاً كاملاً للمحكّمين بخوارزميات ناتجة عن الذكاء الاصطناعي⁽⁵⁾.

إن جمود القواعد القانونية الموجودة في العديد من تشريعات دول العالم جعلها فقط تتناول إجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي، وعدم تعديلها إلى الآن لمعالجة نظام التحكيم الإلكتروني، ولذا ارتأينا الرجوع إلى بعض الأنظمة القانونية التي تضمنت نصوصاً تتعلق بالتعاملات الإلكترونية، وأيضاً أهم القواعد التي تضمنتها محاكم ومنظمات ومراكز التحكيم الدولية، إضافةً إلى أهم الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي على الرغم من أنها لم تعالج التحكيم الإلكتروني بشكل مباشر.

وفي هذا الإطار، نجد أن بعض محاكم ومؤسسات التحكيم الدولي قد أخذت بنظام التحكيم الإلكتروني في حسم المنازعات الإلكترونية، ومن الأمثلة على ذلك: المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي تأسست في 14 يوليو 1967م (WIPO)⁽⁶⁾، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي التي تأسست في عام 1892م في لندن (LCIA)⁽⁷⁾، وأيضاً نظام المحكمة الإلكترونية (Cybertribunal) الذي تم تأسيسه من قبل كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا عام 1996م، وانتهى في ديسمبر عام 1999م⁽⁸⁾، وكانت نقطة انطلاق التحكيم الإلكتروني⁽⁹⁾.

وحديثاً أطلق المركز السعودي للتحكيم التجاري⁽¹⁰⁾ النسخة المطورة من خدمة

(5) Jalal EL-Ahdab Et Mako, « Arbitrage International Versus Intelligence Artificielle », Revue Droit Et Affaires, 2018, P. 49, Spéc. P. 53. Cité Dans Rapport Sur L'arbitrage En Ligne Par Le Club Des Juristes, Avril, 2019.

(6) <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/>, Last Accessed: 18/3/2024.

(7) https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA-Arbitration-Rules-2020.aspx#Article%204. Last Accessed: 18/3/2024.

(8) Pierre Trudel, Vincent Gautrais, Karim Benyekhlef, «Cybermédiation Et Cyberarbitrage: L'exemple Du Cybertribunal», Droit De L'informatique Et Des Télécoms, 1998/4, 46s.

(9) هبة تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011م، ص301.

(10) المركز السعودي للتحكيم التجاري منشأة غير ربحية تأسست بقرار مجلس الوزراء رقم 257 وتاريخ 14 جمادى الآخرة 1435هـ (14 أبريل 2014م)، ومقره الرئيس مدينة الرياض.

التحكيم الإلكتروني، والتي تقدم بديلاً افتراضياً بأفضل الإجراءات وأحدث التقنيات لتسوية النزاعات التي لا يتجاوز فيها المبلغ الإجمالي للمنازعة -بما في ذلك مجموع الدعاوى المضادة والدفع بالمقاصة والدعاوى المقابلة- 200,000 ريال سعودي، ولا يشمل ذلك تكاليف التحكيم⁽¹¹⁾.

كما أن فكرة حل المنازعات الإلكترونية عبر الإنترنت لاقت قبولاً من الاتحاد الأوروبي الذي حثّ الدول الأعضاء فيه على عدم وضع عقبات قانونية في تشريعاتهم الداخلية تحول دون تسوية المنازعات بعيداً عن القضاء العادي، وذلك من خلال إصداره القرار المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 31 لعام 2000م الذي حثّ في مادته الأولى الدول الأعضاء السماح لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن المحاكم القضائية، وعبر استخدام وسائل الاتصال الحديثة لتسويتها⁽¹²⁾، وفي عام 2016م، قامت اللجنة الأوروبية بتأسيس منصة إلكترونية مجانية (RLI) تقوم بفض المنازعات الإلكترونية التي يمكن أن تحصل بين المستهلك والبائع داخل الاتحاد الأوروبي، كما عملت على وضع مبادئ عامة يتوجب على دول الاتحاد الأوروبي مراعاتها عند تسوية المنازعات الإلكترونية⁽¹³⁾.

ثانياً: أهمية الدراسة

بلغ حجم سوق التجارة الإلكترونية العالمية 5.2 تريليون دولار في عام 2023، ومن المتوقع أن يتجاوز 6.5 تريليون دولار في العام التالي، وهو مؤشر قوي على نمو هذا القطاع بشكل مستمر، كما أسهمت معدلات النمو البالغة 13% التي شهدتها التجارة الإلكترونية في العام الماضي في تعزيز الثقة في إمكانيات هذا القطاع، مع توقعات بنمو

(11) <https://Sadr.Org/Adrservices-Arbitration-ODR?Lang=Ar>. Last Accessed: 18/3/2024.

(12) Directive 2000/31/CE Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 8 Juin 2000. Relative A Certains Aspects Juridiques Des Services De La Société De La Formation Et Notamment Du Commerce Electronique Dans Le Marché Intérieur. J.O N°: L178/1 Du 17/07/2000. www.Eur-Lex.Europa.Eu/Fr. Last Accessed: 18/3/2024.

(13) Règlement En Ligne Des Litiges | Commission Européenne (Europa.Eu) . Last Accessed: 18/3/2024.

بنسبة 10 % في عام 2024⁽¹⁴⁾، كما كشفت دراسة صادرة عن شركة (Payfort)، وهي شركة متخصصة في الدفع الإلكتروني ومقرها دبي، أن التجارة الإلكترونية في الشرق الأوسط تنمو أسرع من أي منطقة أخرى في العالم، فقد بلغت قيمتها في عام 2014 نحو 14 مليار دولار، ومن المتوقع أن تصل قيمتها في عام 2020 إلى 20 مليار دولار، وبحسب الدراسة، فإن شراء المنتجات والخدمات من الإنترنت يزداد في الدول العربية بمعدل 45 % سنوياً، مقارنة بـ 20 % في أوروبا و35 % في آسيا⁽¹⁵⁾. وهذا يؤكد أهمية التجارة الإلكترونية، وضرورة تسوية منازعاتها عبر الوسائل الإلكترونية.

من الطبيعي أن يؤدي إبرام العقود التجارية الإلكترونية إلى حدوث منازعات بين أطرافها، ويتطلع هؤلاء إلى تسويتها بأسر الطرق وأسرعها وبأقل التكاليف، ومع أن نظام التحكيم الإلكتروني هو الحل الأمثل لذلك، إلا أن هذا النظام لم تألفه النظم القانونية التقليدية سواء كانت غربية أو عربية والتي اعتادت على التعامل بالمحرمات المكتوبة والتوقيع بخط اليد، وهذا ما أثار اهتمامنا لدراسة كيفية سير إجراءات التحكيم إلكترونياً ودورها في تسوية المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الإلكترونية.

ثالثاً: أهداف الدراسة

بما أن الأنظمة القانونية لم تتضمن نصوصاً خاصةً بالتحكيم الإلكتروني، فإن الدراسة تحاول تسليط الضوء على أهم المسائل والنصوص المتعلقة بتنظيم إجراءات التحكيم الإلكتروني التي تناولتها محاكم ومراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة والاتفاقيات التجارية الدولية، وأيضاً على بعض الأنظمة القانونية التي تضمنت أحكاماً خاصةً بالتعاملات الإلكترونية، وذلك بهدف فهم طبيعة تلك القواعد ودورها في إرساء التحكيم الإلكتروني كنظام قادر على تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، كما تهدف الدراسة أيضاً إلى جمع وتحليل تلك النصوص والعمل على معرفة مواطن الخلل والقصور فيها، ومحاولة سد هذا الخلل أو معالجة هذا القصور إن وجد.

(14) أحدث الإحصائيات عن التجارة الإلكترونية في مصر والعالم 2024 (Vadecom.Net)،

تاريخ آخر زيارة: 2024/3/18.

(15) مستقبل التجارة الإلكترونية - إحصائيات في العالم العربي 2024 - منصة رواد (Roowaad.Com)،

تاريخ آخر زيارة: 2024/3/18.

رابعاً: إشكالية الدراسة وأسئلتها

نظراً إلى حداثة نظام التحكيم الإلكتروني، وعدم وضوح معالمه التشريعية في الأنظمة القانونية، ومحاكم ومراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة والاتفاقيات التجارية الدولية، فإنه يثير إشكالية أساسية تتمثل في السؤال التالي: هل يعد نظام التحكيم الإلكتروني الحل الأمثل لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الإلكترونية، واستيعاب وتذليل العقبات التي تثيرها تلك المنازعات بأسر الطرق وأسرعها وأقلها تكلفة، خاصة وأن جميع إجراءاته تتم إلكترونياً؟ ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس التساؤلات الفرعية الآتية:

- 1 - ما مفهوم ومحتوى اتفاق التحكيم الإلكتروني؟
- 2 - كيف يتم إبرام اتفاق التحكيم وتوقيعه إلكترونياً؟
- 3 - كيف تتم إجراءات التحكيم الإلكتروني؟
- 4 - كيف ينفذ حكم التحكيم الصادر إلكترونياً؟ وما مدى حجتيه في مواجهة الخصوم؟

خامساً: منهج الدراسة

نظراً لخصوصية إجراءات التحكيم الإلكتروني، فإن الدراسة تعتمد على المنهج التحليلي الوصفي المقارن، وذلك من خلال تحليل بعض النصوص النظامية المتعلقة بالتحكيم التقليدي، ومقارنتها قدر الإمكان بالتشريعات الوطنية التي أفردت قواعد خاصة بالتعاملات الإلكترونية ومنها النظام السعودي، وكذلك بالاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة التي تضمنت بعض النصوص المتعلقة بإجراءات التحكيم الإلكتروني، كما تذكر الدراسة بعض الحالات العملية والتطبيقات القضائية ذات الصلة، وذلك بهدف معرفة ما إذا كانت تلك القواعد والنصوص تتلاءم مع نظام التحكيم الإلكتروني وإجراءاته.

سادساً: الدراسات السابقة

1 - إبراهيم صبري الأرناؤوط، شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، المجلد 26، العدد 49، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 123-146، 2012م، ص 123-146، ويتميز هذا البحث بأنه تناول بيان مفهوم اتفاق التحكيم وطبيعته وصوره، ومدى لزوم شرط الكتابة التقليدية لصحة انعقاده، وأيضاً الشروط اللازمة للتوقيع الإلكتروني لسريان اتفاق التحكيم الإلكتروني، وذلك من خلال إجراء دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية لكل من الأردن ومصر وإنجلترا والقوانين الدولية ذات الصلة، في حين أن دراستنا كانت أعم وأشمل وتناولت أيضاً تشكيل هيئة التحكيم إلكترونياً، والإجراءات المتبعة أمامها إلكترونياً، وكيفية صدور حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه.

2 - مساعد صالح العنزي، خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، مج 36، ع3، جامعة الكويت، 2012م، ص 45-93، وناقش هذا البحث كيفية تنظيم إجراءات التحكيم الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق عليه، وإعداد حكم التحكيم وإصداره وتنفيذه، وذلك على ضوء القواعد القانونية التقليدية المنظمة لإجراءات التحكيم الإلكتروني، ومقارنتها بالتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم النازمة لإجراءات التحكيم الإلكتروني، في حين أن دراستنا تناولت بالإضافة إلى ذلك مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني ومحتواه، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم إلكترونياً.

سابعاً: خطة الدراسة

في ضوء ما سبق، فإن خطة الدراسة تتمثل في الآتي:

المبحث الأول: اتفاق التحكيم الإلكتروني.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم الإلكتروني.

المبحث الثالث: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني وحجتيه في مواجهة الخصوم.

المبحث الأول

اتفاق التحكيم الإلكتروني

يُعد التحكيم الإلكتروني وسيلة قضائية خاصة قائمة على أساس اتفاقي، حيث يختار الأطراف محكماً أو عدة محكمين من أجل أن يقوموا بالفصل في النزاع القائم بينهم⁽¹⁶⁾، واتفاق التحكيم (شرط أو مشاركة) بما يتضمّنه من شروط موضوعية (الرضا والأهلية والمحل والسبب) يعد بمثابة دستور التحكيم، ومصدر سلطات المحكمين، والأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم برمته، ولذا فإن الشرط الشكلي المتمثل بكتابة هذا الاتفاق والتوقيع عليه يزداد أهمية، إذ بدون الكتابة يفقد التحكيم كل مقوماته ومبررات وجوده، كما ويسترد أطراف العلاقة التعاقدية حق اللجوء إلى قضاء الدولة لفض نزاعهم⁽¹⁷⁾.

ولذا حرّينا بدايةً تبيان كيفية مفهوم اتفاق التحكيم إلكترونياً (المطلب الأول)، ومن ثم سنقوم بالتعرض لمحتوى اتفاق التحكيم الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني

يمكن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه: العقد الذي يتلاقى فيه إيجاب صادر من طرف بطريقة سمعية أو بصرية أو كليهما على شبكة الاتصالات الدولية بقبول مطابق له صادر من طرف آخر بذات الطريق بقصد أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما مستقبلاً بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية⁽¹⁸⁾، ولكن اتفاق التحكيم الإلكتروني يثير إشكالية تتعلق بشكله، فهل يجب أن يكون مكتوباً بخط اليد؟ أم أنه يجب تعديل التشريعات الحالية، أو سن تشريعات جديدة لقبول الدعامة الإلكترونية كصيغة خطية لاتفاق التحكيم؟ للإجابة عن هذا السؤال، لا بد أن تكون التشريعات قادرة على الإحاطة

(16) Mohamed Diyaa Toumlit, Ahmed Alaa Toumlit, Le Droit De L'arbitrage Au Maroc, Les Editions Maghrébines, Casablanca, 2014, P.2.

(17) إبراهيم صبري الأرناؤوط، شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 26، ع 49، سنة 2012، ص 124-125.

(18) إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص 201.

بمفهوم شكل التحكيم الإلكتروني، واعتماد الدعامة الإلكترونية كمستند خطي⁽¹⁹⁾، وذلك من خلال قيام الأنظمة القانونية بمنح المحررات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للمحررات المكتوبة.

ولكن على أية حال، يتم إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني بين أطرافه، إما عن طريق إدراج شرط التحكيم في العقد الأساسي أو في وثيقة مستقلة عنه، ويتضمن اتفاق الأطراف على تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم مستقبلاً؛ أو بعد نشوء النزاع عن طريق الاتفاق على مشاركة التحكيم الذي يعبر عن رغبة الأطراف في فض النزاع القائم بينهم فعلاً إلكترونياً⁽²⁰⁾، حسب المادة (21) من نظام التحكيم السعودي، «يُعد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد - الذي يتضمن شرط التحكيم - أو فسخه أو إنهائه بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته».

وهذا ما تم النص عليه في القانون الفرنسي حول صحة شرط التحكيم - والذي يكون بطبيعته مستقلاً- والمقبول إلكترونياً يمكن أن يُدعم بتكرار التجربة على العقود الإلكترونية نفسها⁽²¹⁾. أي أن القانون الفرنسي اعتمد كتابة شرط التحكيم إلكترونياً، ولكن بشرط صدوره من شخص معرف وأن يتم حفظه بشكل يضمن عدم تعديله، وأن يكون بمقدور كل طرف الحصول على نسخة منه، كما أن شرط التحكيم بمفهومه التقليدي يمكن اعتماده أيضاً بشكل إلكتروني وتطبيقه بشكل دوري على العقود الإلكترونية، وقد أكدت بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية⁽²²⁾ على أن صحة اتفاق التحكيم واستقلاله لا يتأثران لا ببطلان العقد الذي يحتويه، ولا حتى بعدم وجود ذلك العقد.

(19) إلياس ناصيف، العقود الدولية: التحكيم الإلكتروني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2012، ص 57.

(20) Train Francois-Xavier, Les Contrats Liés Devant L'arbitre Du Commerce International. Étude De Jurisprudence Arbitrale, Préface d'Ibrahim Fadlallah, LGDJ, Paris, 2003, P.123.

(21) Eric A. Caprioli, Droit International De L'économie Numérique, 2 ème Edition, Lexisnexis, 2007.

(22) Cass. 1ère Civ, 7 Mai 1963, Bull. Civ., I, N°246, D. 1963, P.545, Note J. Robert; JCP, 1963 II 13405, Note B. Goldman ; Cass. 1ère Civ. 25 Octobre 2005, N°02-13252, Bull. Civ., I, N°378.

أما فيما يتعلق بإثبات الرضاء الصريح للأطراف على شرط التحكيم أو مشارطته، فيجب أن نأخذ بعين الاعتبار كيفية التعبير عن الإيجاب والقبول إلكترونياً (الفرع الأول)، وضرورة كتابة اتفاق التحكيم، وتوقيعه إلكترونياً (الفرع الثاني).

الفرع الأول

كيفية التعبير عن الإيجاب والقبول إلكترونياً

يتم إبرام العقد الإلكتروني من خلال اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة الإنترنت، ويكون ذلك بطريقة مسموعة ومرئية، إضافةً إلى التوقيع الإلكتروني عليه دون حاجة إلى وجود للأطراف بنفس المكان⁽²³⁾، وذهب المنظم السعودي إلى مزيد من التوسع والانفتاح، حيث قرر أنه يمكن أن ينقذ الإيجاب والقبول عبر التعامل الإلكتروني، ويعد العقد صحيحاً وقابلاً للتنفيذ، وجاء في المادة (10) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/18 بتاريخ 1428/3/8 هـ (2007/03/27م) أنه: «1 - يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول في العقود بوساطة التعامل الإلكتروني، ويعد العقد صحيحاً وقابلاً للتنفيذ متى تم وفقاً لأحكام هذا النظام. 2- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بوساطة سجل إلكتروني واحد أو أكثر»، وأما فيما يتعلق باتفاق التحكيم الإلكتروني، فالمشكلة تكمن في أنه لا توجد نصوص نظامية تتعلق بكيفية إبرامه، ولكن على اعتبار أنه يتم بالوسائل الإلكترونية، فإنه يعد أيضاً من العقود الإلكترونية، وبالتالي فإن النص المذكور آنفاً ينطبق عليه تماماً.

أما بالنسبة للآلية التي يتم بها الإيجاب والقبول الإلكترونيين، فهي على الشكل التالي: يقوم المدعي بإرسال رسالة إلكترونية تتضمن اتفاق التحكيم إلى المدعى عليه، ويسمى بالإيجاب الإلكتروني من المرسل، فإذا قبل المرسل إليه باتفاق التحكيم، فعليه أن يقوم بدوره بإرسال رسالة إلكترونية إلى المرسل تفيد بقبوله هذا الاتفاق، وهذا ما يسمى بالقبول الإلكتروني⁽²⁴⁾، ولكن الإيجاب والقبول الإلكترونيين لا يكفيان بحد

(23) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص 278.

(24) نجوى أبو هيب، التوقيع الإلكتروني، تعريفه ومدى حجته في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 45.

ذاتهما لانعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني، بل يلزم لصحته صدور إرادة التعاقد من شخص يتمتع بالأهلية القانونية المطلوبة، وذلك حسب القواعد العامة المعمول بها.

وحتى ننفادى المشكلات التي يمكن أن تنجم عن ذلك، يجب أن يتمتع كل من الموجب والقابل بأهلية التصرف لأن اتفاق التحكيم ينطوي على التزامات متبادلة يتوجب على أطراف الخصومة احترامها من خلال تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، وهو ما نصت عليه المادة (1/5، أ) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958م) بقولها: «لا يجوز رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه بناءً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا أقام هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب فيها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن أحد أطراف الاتفاق أو جميعهم كانوا عديمي الأهلية طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم».

كما نصت المادة (10، 1) من نظام التحكيم السعودي على أنه: «لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبعياً - أو من يمثله - أم شخصاً اعتبارياً»، وأيضاً نصت المادة (50، 1، ب) على أنه: «لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية، أو ناقصها، وفقاً للنظام الذي يحكم أهليته»، وهذا يؤكد على أهمية تمتع الشخص بأهلية التصرف القانونية التي تمكنه من إبرام اتفاق التحكيم.

أما مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية فتُعد مسألةً فنيةً دقيقةً، حيث يعتمد بعض الأشخاص أحياناً إلى تقديم معلومات خاطئة عن هوياتهم الشخصية، لذا عمد المتخصصون إلى طريقةٍ فعالةٍ تسهم في تأكيد أهلية المتعاقد عبر الاستعانة بجهة موثوقة مهمتها فقط التأكد من البيانات الحقيقية المدونة في المحررات الإلكترونية، وهذه الجهة تدعى مقدم خدمة التصديق والتوثيق وهي جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات متعلقة بها وبالتواقيع الإلكترونية⁽²⁵⁾.

كما يرى البعض أنه من أجل تأكيد أهلية الأطراف المتنازعة في التحكيم

(25) Thiebault Verbiest, Commerce Electronique: Le Nouveau Cadre Juridique (Publicité, Contrats, Contentieux), LGDJ, Paris, 2004, p.93.

الإلكتروني، يجب تصميم الموقع بطريقة تلزم الطرف - الذي ينوي الاتفاق لإحالة النزاع الحالي أو المستقبلي لأحد مراكز التحكيم الإلكتروني - الكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وفي حالة إغفاله لن يتاح له المضي قدماً في الاتفاق، الأمر الذي سيضيف على الأحكام الصادرة المصدقية والفعالية⁽²⁶⁾، وهذا ما أكدت عليه المادة (1/17) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، حيث نصت على أن: «شهادة التصديق الرقمي هي وثيقة إلكترونية يصدرها مقدم خدمات تصديق، تستخدم لتأكيد هوية الشخص الحائر على منظومة التوقيع الإلكتروني، وتحتوي على بيانات التحقق من توقيعه»، وليس هناك ما يمنع من إنشاء جهات معتمدة ومتخصصة بتقديم خدمات التصديق والتوثيق في مجال التحكيم الإلكتروني، لأنه يعد ضرورة لازمة لضمان صدور الإيجاب والقبول الإلكترونيين من أشخاص يتمتعون بالأهلية القانونية المطلوبة التي تؤهلهم لإبرام اتفاق التحكيم إلكترونياً.

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

أولاً: كتابة اتفاق التحكيم

بفضل التطور التقني وشبكة الإنترنت، بات الناس يفضلون تدريجياً اللجوء إلى المحررات الإلكترونية بدلاً من المحررات الورقية، ويمكن تعريف المحررات الإلكترونية على أنها كل حروف، أو أرقام، أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك⁽²⁷⁾، كما بدأت الاتفاقيات الدولية تأخذ ذلك بعين الاعتبار؛ حيث عرفت المادة (2/2) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958م) الكتابة على أنها: «الاتفاق المكتوب بشرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق وقّعه الأطراف أو تضمنته رسائل أو برقيات متبادلة بينهم».

(26) سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة: دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، ص157.

(27) عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني: دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م، ص78.

وهذا النص يعني أن شرط الكتابة يعد متحققاً حتى ولو تم إلكترونياً إذا كان هناك تبادل للبرقيات، والإيميلات ينطبق عليهم أيضاً نفس الوصف على اعتبار أن كلاً من البرقيات والإيميلات يتسمان بذات الخصائص من حيث إمكانية حفظ البيانات، وإظهار هوية المرسل، وكذلك المادة (4/7) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985)⁽²⁸⁾ نصت على أنه: «يستوفى اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً، ومن ضمنها البريد الإلكتروني والبرقيات والتلكس والنسخ البرقي»⁽²⁹⁾. إضافةً إلى أن وثيقة التحكيم الإنكليزي (Arbitration Act) لعام 1996م⁽³⁰⁾ أشارت في المادة (6/5) إلى أنه يمكن فهم الكتابة من خلال عبارة «عبر أي وسيلة»⁽³¹⁾، والتي يمكن تفسيرها بأن شرط الكتابة يعد متحققاً حتى لو تم بأي وسيلة إلكترونية.

كما أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف تاريخ 21 أبريل 1961م) نصت في المادة (2/1) على أنه: «تعني عبارة اتفاق التحكيم إما شرط التحكيم المدرج في العقد أو مشاركة تحكيم، أو عقد أو تفاهم موقع بين الأطراف، أو الوارد في تبادل الرسائل والبرقيات، أو في أي بلاغ وارد من طابعة عن بُعد، وفي العلاقات بين الدول التي لا تتطلب قوانينها صيغة مكتوبة لاتفاق التحكيم، وأي اتفاق مبرم في الأشكال المسموح بها هذه القوانين»⁽³²⁾، وهذا النص يؤكد أيضاً على تحقق شرط الكتابة حتى ولو تمت إلكترونياً.

(28) بالصيغة التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 يونيو 1985، وعدّلتها في 7 يوليو 2006.

https://Uncitral.Un.Org/Sites/Uncitral.Un.Org/Files/Media-Documents/Uncitral/Ar/19-09953_A_Ebook_0.Pdf. Last Accessed: 18/3/2024.

(29) Nicolas De Witt, « Online International Arbitration, Nine Issues Crucial To Its Success », (12) Am. Rev. Int. Arb, 2003, P.444.

(30) <https://www.Legislation.Gov.Uk/Ukpga/1996/23/Contents>. Last Accessed: 18/3/2024.

(31) «References In This Part To Anything Being Written Or In Writing Include Its Being Recorded By Any Means». <https://Www.Legislation.Gov.Uk/Ukpga/1996/23/Section/5>. Last Accessed: 18/3/2024.

(32) http://www.Contentieux-International.Net/Offres/File_Inline_Src/358/358_P_7264_3.Pdf. Last Accessed: 18/3/2024.

أما بالنظر إلى بعض الأنظمة القانونية ذات الصلة، فنجد أن المادة (1507) من قانون المرافعات الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 75-1123 تاريخ 5 ديسمبر 1975 تنص على أن اتفاق التحكيم الدولي لا يخضع لأي شرط شكلي⁽³³⁾، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض بباريس⁽³⁴⁾، مما يعني أن اتفاق التحكيم يمكن إبرامه بأية وسيلة ممكنة سواء كانت بالكتابة بخط اليد أو بالكتابة الإلكترونية، وفي سويسرا، جاءت المادة (178/1) من القانون الفيدرالي حول القانون الدولي الخاص (LDIP) الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 1987م، لتؤكد على أن: «اتفاق التحكيم يعد صحيحاً سواء تم إعداده بشكل خطي، أو عبر أية وسيلة تسمح بإقامة الدليل على وجوده»، وهذا يفيد طبعاً بجواز كتابة اتفاق التحكيم إلكترونياً⁽³⁵⁾.

وحين ننظر إلى نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 تاريخ 1433/5/24 هـ (16 أبريل 2012)، نجد أنه يمكن الاحتجاج بجواز إجراء اتفاق التحكيم إلكترونياً، وهذا ما أشارت إليه المادة (9،3) منه حيث نصت على أنه: «يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلته من مراسلات موثقة، أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، أو المكتوبة».

وبالرجوع إلى نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم م/18 تاريخ 1428/3/8 هـ (17 أبريل 2007م)، نجد مستنداً نظامياً يشير إلى إمكانية إجراء اتفاق التحكيم إلكترونياً، وذلك من خلال المادة (10/1) من النظام التي فسرت التعاملات الإلكترونية على أنها «تبادل أو تراسل أو تعاقد، أو أي إجراء آخر يبرم أو ينفذ بشكل كلي أو جزئي بوسيلة إلكترونية»، وهذه المادة تعطي «الشرعية» للوسائل الإلكترونية، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني، يعد من التعاملات الإلكترونية المعتمدة في النظام السعودي.

(33) انظر التعديلات الواردة عليه والخاصة بإصلاح التحكيم بموجب المرسوم رقم 48-2011 تاريخ 13 يناير 2011.

<https://www.Legifrance.Gouv.Fr/Codes/Id/LEGIARTI000023450606/2011-05-01>. Last Accessed: 18/3/2024.

(34) Cass. Civ. 1ère., 5 Janvier 1999, RTD Com. 1999.

(35) <https://Lawbrary.Ch/Loi/291/LDIP/V2021.02/Fr/Loi-Federalesur-Le-Droit-International-Prive-Ldip/>. Last Accessed: 18/3/2024.

كما أن المادة (7) من نظام التعاملات الإلكترونية كانت أكثر صراحةً عندما نصت على أنه: «مع عدم الإخلال بما تنص عليه المادة (الثالثة) من هذا النظام؛ إذا اشترط أي نظام في المملكة أن تكون الوثيقة أو السجل أو المعلومة المقدمة إلى شخص آخر مكتوبة، فإن تقديمها في شكل إلكتروني يفي بهذا الغرض متى تحققت الأحكام الواردة في الفقرة (1) من المادة (السادسة)، «وأيضاً عرفت المادة (9/1) من النظام المذكور مصطلح «إلكتروني» بأنه: تقنية استعمال وسائل كهربائية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة، والإنترنت يدخل في مقصود هذه المادة، وبالتالي يتبين من النصوص الآتية الذكر أن اتفاق التحكيم يمكن إبرامه إما بشكل مكتوب بخط اليد، وإما بشكل إلكتروني يمكن أن يتم عبر أية وسيلة إلكترونية.

ولكن يجب أن تتوافر في الكتابة الإلكترونية الثقة والأمان اللذان يحتاج إليهما الأطراف حتى يكون بمقدورهم إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني دون أي خوف، ولذا لا بد أن يكون للكتابة الإلكترونية نفس القوة التي تتمتع بها الكتابة العادية بشرط أن تتسم هذه الكتابة بالاستمرارية والثبات، وعدم إمكانية تزويرها أو تعديلها أو العبث بمحتوياتها من خلال اعتماد التوثيق الإلكتروني، وكذلك الاحتفاظ بسجلات إلكترونية للتبادلات بين أطراف المنازعة⁽³⁶⁾، وهذا ما جاء في المادتين (1366 و 1367) من القانون المدني الفرنسي اللتين اعتمدتا الكتابة والتوقيع الإلكترونيين ومنحوهما ذات الحجية المقررة للكتابة والتوقيع التقليديين⁽³⁷⁾، وهو ما أكد عليه قانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر، حيث إنه سائر ثورة الاتصالات والمعلومات الحديثة، وأقر في المادة (1) منه بصحة المحرر والتوقيع الإلكترونيين ومنحهما ذات الحجية المقررة للمحرر والتوقيع التقليديين⁽³⁸⁾.

(36) محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص 64.

(37) تم تعديلها بموجب القرار رقم 131-2016 تاريخ 10 فبراير 2016 - المادة رقم (4).

(38) خالد عبد الفتاح محمد، التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني في ظل أحكام القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (6) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي ذكرت شروطاً محددة لاعتماد الكتابة الإلكترونية وضمن عدم تعرضها لأي تعديل أو تحريف، وهي كالآتي:

- حفظ السجلات الإلكترونية بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو تسلم به.
- بقاء السجل الإلكتروني محفوظاً على نحو يتيح استخدامه والرجوع إليه لاحقاً.
- أن تحفظ مع السجل الإلكتروني المعلومات التي تمكن من معرفة المرسل والمرسل إليه وتاريخ إرسالها وتسلمها ووقتها.

نستنتج مما سبق أن الهدف من وراء منح القيمة القانونية للكتابة الإلكترونية لا يتعلق بالدعامة المستخدمة، ولا بطريقة التعبير عن الإرادة، وإنما يرتبط بالطريقة التي تكفل صدور الكتابة عن صاحبها، وعدم تعديل محتواها، وبحفظها بالشروط التي تضمن نزاهتها.

ثانياً: توقيع اتفاق التحكيم إلكترونياً

لا يكفي لإبرام اتفاق التحكيم قيام أطراف الخصومة بكتابته فقط، بل لا بد من أن تكون تلك الكتابة مصحوبةً بتوقيعهم الإلكتروني على ذلك الاتفاق حتى يكون لتلك الكتابة حجة عليهم، فالتوقيع يعد علامةً شخصيةً خاصةً ومميزةً، حيث يقوم الشخص الموقع بالتوقيع باسمه أو ببصمته مما يسمح بالتحقق من شخصيته، والتأكد من رغبته في إبرام هذا الاتفاق، ولكن على الرغم من عدم وجود قواعد خاصة تتعلق بالتوقيع الإلكتروني على اتفاق التحكيم، إلا أنه يمكننا الإشارة إلى بعض النصوص التي تناولت أهمية التوقيع وحجته في التعاملات الإلكترونية: نذكر منها على سبيل المثال المادة (1/14) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي التي عرفت التوقيع الإلكتروني على أنه: «بيانات إلكترونية مدرجة في تعامل إلكتروني أو مضافة إليه أو مرتبطة به منطقياً تستخدم لإثبات هوية الموقع وموافقة على التعامل الإلكتروني واكتشاف أي تعديل يطرأ على هذا التعامل بعد التوقيع عليه»، كما أكدت المادة (1/14) من نفس النظام على حجية التوقيع الإلكتروني عندما نصت على أنه: «إذا اشترط وجود توقيع خطي على

مستند أو عقد أو نحوه، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتم وفقاً لهذا النظام يعد مستوفياً لهذا الشرط، ويعد التوقيع الإلكتروني بمثابة التوقيع الخطي، وله الآثار النظامية نفسها».

وكذلك أشار قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001م إلى أهمية التوقيع الإلكتروني ومنحه ذات الشرعية القانونية الممنوحة للتوقيع التقليدي والأخذ به في جميع التعاملات الإلكترونية، ومن ضمنها اتفاق التحكيم الإلكتروني، حيث نصت المادة (2/أ) منه على تعريف التوقيع الإلكتروني بشكل واضح على أنه عبارة عن: «بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، ويجوز أن يستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات».

ونحن نرى أن النصوص السابقة يمكن أن تطبق أيضاً على التوقيع الإلكتروني على اتفاق التحكيم على اعتبار أنه يعد من التعاملات الإلكترونية، كما أنه يحوز على ذات الحجية المقررة للتوقيع التقليدي، ولا يختلف عنه سوى في أنه يتم على دعامة إلكترونية.

المطلب الثاني

محتوى اتفاق التحكيم الإلكتروني

يُعد اتفاق التحكيم الإلكتروني الوسيلة الوحيدة التي يعبر من خلالها الأطراف إلى نظام التحكيم الإلكتروني، واللجوء إلى إحدى الهيئات التحكيمية لمباشرة التحكيم، أو اختيار المحكمين بأنفسهم من أجل حسم المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية المبرمة بينها، ولذا تُترك بعض مسائل إجراء التحكيم للإرادة الحرة للأطراف، حيث بإمكانهم النص عليها في اتفاقهم، ومن ضمنها تعيين قواعد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني (الفرع الأول)، وتعيين المحكمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد قواعد القانون الواجب التطبيق

على إجراءات التحكيم الإلكتروني

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، مجموعة من القواعد القانونية التي تطبق على إجراءات النزاع من تاريخ إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني وحتى إصدار الحكم بتنفيذه، واختيار القانون الواجب التطبيق يكون أولاً بإرادة الأطراف وما تم الاتفاق عليه في شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، بحيث إنه في حالة وقوع النزاع بخصوص العقد، فإن القانون الواجب التطبيق عليه هو القانون الكويتي أو السعودي أو المصري مثلاً أو الاتفاقيات الدولية المنظمة لذلك العقد.

وبالتالي تخضع النزاعات التي تُثار بشأن هذا العقد للقانون المنصوص عليه، وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقواعد المذكورة، فإن الهيئة التحكيمية تفصل في النزاع طبقاً للقواعد التي تراها مناسبة، وهذا ما ذهب إليه نظام التحكيم السعودي، ولكن مع وضع قيد مهم على اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع مفاده عدم مخالفته لحكام الشريعة الإسلامية، حيث نصت المادة (25) منه على أنه: 1 - لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة، أو هيئة، أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية. 2 - إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام هذا النظام - أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.

ولكن في التحكيم الإلكتروني، لا يعمل المحكمون باسم دولة معينة، وإنما يتم اختيارهم عن طريق الخصوم أنفسهم، كما أنهم يستمدون سلطانهم من اتفاق الخصوم أنفسهم على تصبيهم قضاةً يفصلون في المنازعة المعروضة أمامهم، إضافةً إلى أن هيئة التحكيم الإلكترونية غير محددة جغرافياً بأرض دولة معينة، نظراً لطبيعة مهمتها، حيث تقوم بها عبر الوسائل التكنولوجية المتقدمة المتاحة في شبكة الإنترنت، ولذا يذهب البعض إلى القول بأن مقر التحكيم يميل ليصبح افتراضياً، بدون رابطٍ مادي ضروري مع

المنطقة التي تسري فيها إجراءات التحكيم⁽³⁹⁾، كما أن المروّجين للمحكمة الإلكترونية، يؤيدون بشكل واضح تطبيق قانون التجارة الدولية (Lex Mercatoria)⁽⁴⁰⁾.

ولكن في بعض الأحيان، قد يتضمّن اتفاق التحكيم الإلكتروني تحديد مكان التحكيم والذي يحدد بدوره قواعد القانون الواجب التطبيق على إجراءاته، إلا أن مسألة تحديده تعد من البيانات الاختيارية، وغيابها لا يؤثر في صحة اتفاق التحكيم⁽⁴¹⁾، على اعتبار أنه في حال عدم اختيار الأطراف لقانون معين يطبق على إجراءات التحكيم، فيمكن لهيئة التحكيم اختيار القواعد التي تراها ملائمة لضبط تلك الإجراءات⁽⁴²⁾.

ويجب أن تكون تلك القواعد متعلّقة بالقانون الذي تراه أكثر ملاءمة لفض المنازعات إلكترونياً، ولكن بشرط عدم مخالفته للنظام العام، أما إذا لم يحدد الخصوم القانون الواجب تطبيقه على دعواهم، أو القواعد الإجرائية التي يجب على هيئة التحكيم اتباعها، أو غفلت عن ذلك أو حتى فشلت في ذلك، فإن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يتم تحديده باللجوء إلى عدة معايير، وهي كالتالي:

1 - تطبيق قانون مكان التحكيم، فمثلاً: نجد أن اتفاقية نيويورك لعام 1958م نصت في المادة (1/4) على أنه: «ترك كامل الحرية للأطراف من أجل تعيين القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وبالتالي فإن قانون مكان التحكيم لا يطبق إلا احتياطاً»، كما أن ذات الاتفاقية نصت في المادة (1/7، d) على: «أن مكان التحكيم هو المكان الذي تم فيه التحكيم، والذي صدر فيه حكم التحكيم».. كما يتناغم هذا المعيار مع المادة (20) من قانون الأونسيترال النموذجي التي تنص على

(39) Gabrielle Kaufmann-Kolher, « Le Lieu De L'arbitrage A L'aune De La Mondialisation : Réflexions A Propos De Deux Formes Récentes D'arbitrage », In Rev. Arb., 1998, P. 517 Et 529.

(40) Jean Robert, Le Phénomène Transnational, Paris, Association Française D'arbitrage, Ed. AFA, LGDJ, Paris, 1988, P.19.

(41) أحمد الشيخ قاسم، التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات جامعة دمشق، 1994م، ص58.

(42) أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية: دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006م، ص220.

أن: «للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم...»⁽⁴³⁾.

كما نصت المادة (20/1، c) من الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي (جنيف، 1961م) على أن القانون الواجب التطبيق على التحكيم يتعلّق بالمكان الذي تم فيه إبرام اتفاق التحكيم، لكن على الرغم من أن كلاً من اتفاقية نيويورك وقانون الأونسيترال لم يتم استحداثهما في الأصل لاستهداف نظام التحكيم الإلكتروني على اعتبار أنه غير محكوم بجغرافية معينة، كما أنه يتم عبر شبكة الإنترنت التي تتجاوز حدود الدول، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيقهما على القانون الواجب تطبيقه على التحكيم الإلكتروني، وأيضاً نصت المادة (7) من بروتوكول مركز التحكيم التجاري السعودي على أنه: «ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يكون مكان التحكيم مدينة الرياض بالمملكة العربية السعودية»، وهذا النص يمكن الأخذ به وتطبيقه بغض النظر عن كون التحكيم تقليدياً أو إلكترونياً.

2 - تطبيق نص المادة (2/1) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985م إذا كان مكان التحكيم واقعاً في دولة تبني هذا القانون.

3 - قيام المحكم أو هيئة التحكيم باختيار قانون مكان التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة (1/18)، من لائحة تسوية محكمة التحكيم الدولية بباريس (CCI) الصادر بتاريخ 1 يناير 2021 التي ذكرت بأن: «المحكمة هي من تحدد مكان التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك»⁽⁴⁴⁾، وهذا يعني بأن اللجوء إلى معايير هيئة التحكيم لا ينطبق إلا في حال عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني⁽⁴⁵⁾.

(43) UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration 1985, With Amendments As Adopted In 2006 (Arabic).

أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة دار المعارف، الإسكندرية 1979م، ص 226.

(44) <https://www.Icc-France.Fr/Wp-Content/Uploads/2021/02/892-FRA-Reglement-Darbitrage-2021-Reglement-De-Mediation-2014.Pdf>. <https://Www.Icc-France.Fr/Wp-Content/Uploads/Pdf/1338.Pdf>. Last Accessed: 18/3/2024.

(45) Jean Robert Et Bertrand Moreau, L'arbitrage: Droit Interne Et Droit International Privé, 6ème Ed., Dalloz, Paris, 1993, P.72.

4 - تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في اللوائح والأنظمة الداخلية لمراكز ومؤسسات التحكيم التي تقر بأن مكان التحكيم يتحدد وفقاً لقواعد ولوائح مؤسسة أو مركز التحكيم الذي تم اختياره من قبل الأطراف، وأحياناً، يعد هذا الاختيار بمثابة موافقة ضمنية من ذوي الشأن على إجراء التحكيم في مقر مركز أو مؤسسة التحكيم، نذكر منها على سبيل المثال: المادة (19) من لائحة تسوية محكمة التحكيم الدولية بباريس (CCI)⁽⁴⁶⁾، والمادة (1/4، أ)، من الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي (جنيف، 1961م)⁽⁴⁷⁾.

الفرع الثاني

تعيين المحكمين

يتوجب على الأطراف تعيين المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم، آخذين بعين الاعتبار اختصاصاتهم وخبراتهم في عقود التجارة الدولية، ويمتلكون مفاهيم كافية في تكنولوجيا المعلومات، حتى يكونوا قادرين على الفصل في المنازعات المعروضة أمامهم بالشكل المطلوب، ولكن عندما يلجأ الأطراف إلى التحكيم المؤسسي، فإن اختيار المحكم أو المحكمين يتم من قبل مركز التحكيم المختار وحسب قواعده، وهذا ما أشارت إليه لائحة المحكمة الإلكترونية في المادة (1/6) منه حيث نصت على أنه: «يتم اختيار المحكم أو المحكمين من قبل الأمانة العامة»، وهذا يعني أن الأطراف لا يملكون الخيار في تعيين المحكمين وليس لهم إلا الموافقة على ذلك التعيين.

ولكن من أجل ضمان حسن سير عملية التحكيم والوصول إلى العدالة المبتغاة، لا بد من توافر عدة شروط في المحكم منها أن يكون المحكم كامل الأهلية، وأن يتمتع المحكم بالحيادية بين طرفي النزاع مما يجعله بعيداً عن محاباة أي أحد منهما أو التعاطف معه حتى ولو كان هو الذي قام بتعيينه، كما يجب أن يتمتع بالاستقلالية التي

(46) <https://www.Icc-France.Fr/Wp-Content/Uploads/2021/02/892-FRA-Reglement-Darbitrage-2021-Reglement-De-Mediation-2014.Pdf>. Last Accessed: 18/3/2024.

(47) https://www.International-Arbitration-Attorney.Com/Wp-Content/Uploads/Texte_Convention_Euro.Pdf. Last Accessed: 18/3/2024.

تعني استقلال المحكم عن جميع العوامل والمؤثرات فيما يقضي به من حكم في النزاع، فلا يتأثر بأي علاقة سابقة مع أحد الأطراف.

ولا يتأثر كذلك بأي مؤثر خارجي سوى بالقانون ومبادئ العدالة والإنصاف، وذلك بهدف حماية مبدأ المساواة بين الأطراف، وهذا ما نصت عليه المادة (1/5) من بروتوكول التحكيم الإلكتروني لمركز التحكيم التجاري السعودي على أن: «يعين المركز على وجه السرعة محكماً فرداً، وعلى المحكم أن يفصح عن أي ظروف قد تثير شكوكاً مبررة حول حياده أو استقلاله.

وإذا نشأت بعد التعيين أي ظروف من شأنها أن تثير شيئاً من الشكوك المذكورة فعلى المحكم أو الطرف الإفصاح فوراً عنها لجميع الأطراف وللمركز، وعلى المركز إرسال تلك المعلومات إلى جميع الأطراف فور تسلمها من المحكم أو الطرف»، كما أكدت على ذلك المادة (16) من نظام التحكيم السعودي، حيث نصت على أنه: «1- يجب ألا يكون للمحكم مصلحة في النزاع، وعليه - منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم - أن يصرح - كتابةً - لطرفي التحكيم بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يسوغها حول حياده واستقلاله، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها. 2- يكون المحكم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها - ولو لم يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم - في الحالات نفسها التي يُمنع فيها القاضي. 3- لا يجوز ردّ المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حياده أو استقلاله، أو إذا لم يكن حائزاً على مؤهلات اتفق عليها طرفا التحكيم، وذلك بما لا يخل بما ورد في المادة (14) من هذا النظام.

وبطبيعة الحال، ستعرض لاحقاً لدراسة كيفية اختيار أطراف التحكيم للمحكمين في نظام التحكيم الإلكتروني، وذلك في المطلب الأول من المبحث الثاني المتعلق بتشكيل هيئة التحكيم إلكترونياً.

المبحث الثاني

إجراءات التحكيم الإلكتروني

تتمتع إجراءات التحكيم الإلكتروني بخاصية مميزة لا يمكن إنكارها، حيث إنها تسمح بتجاوز القاضي التقليدي، وتمتاز بسرعتها، إضافةً إلى أن إدارة الإجراءات، وتشكيل هيئة التحكيم وصدور الحكم التحكيمي يتم إلكترونياً بفضل استخدام تقنيات الاتصال الجديدة، كما نلاحظ أن اللجوء إلى إجراءات التحكيم الإلكتروني قد تعزز بعد أزمة الكورونا، وخاصةً مع إعلان حالة الطوارئ الصحية في أغلب دول العالم، وحظر القيادة مما أدى إلى استحالة تنقل الأشخاص من مكانٍ إلى آخر، وعدم قدرتهم على تبادل الوثائق الورقية فيما بينهم.

ولكن لا يخفى علينا أن خصومة التحكيم سواء كانت تقليدية أم إلكترونية، لا تخضع لقواعد الخصومة القضائية من حيث بدايتها أو سير إجراءاتها أو انقضاءها، ولكن على الرغم من ذلك، تلتزم هيئة التحكيم بعدة مبادئ لا يمكن إغفالها عند نظر المنازعات الإلكترونية: ومن ضمنها مبدأ احترام حق الدفاع، ومبدأ المواجهة، ومبدأ المساواة بين الخصوم، وذلك بغية ترسيخ ثقة الخصوم بقضاء التحكيم الإلكتروني، زد على ذلك أن الأطراف يتمتعون بحرية واسعة في تحديد وتنظيم تلك الإجراءات، كتلك الخاصة بتحديد وسيلة التبليغ الخاص بطلب التحكيم، وكذلك طريقة تبادل الأوراق والمستندات بين الأطراف⁽⁴⁸⁾.

إلا أن تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم الإلكتروني، يعني تحديد الوقت الذي رفعت فيه الدعوى إلكترونياً أمام هيئة التحكيم، وذلك بإرسال المدعي طلب التحكيم إلى تلك الهيئة، والتي يتوجب عليها إخطار المدعى عليه في غضون مدة زمنية محددة من ذلك الوقت، كما يتعين على هذا الأخير الرد على طلب التحكيم خلال مدة زمنية محددة. وبعد ذلك، تمر إجراءات التحكيم الإلكتروني عبر عدة مراحل ألا وهي: تشكيل هيئة التحكيم عن بُعد (المطلب الأول)، ومن ثم الإجراءات المتبعة إلكترونياً أمام هيئة التحكيم (المطلب الثاني).

(48) مساعد صالح العنزي، خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 36، ع 3، سنة 2012م، ص 58.

المطلب الأول

تشكيل هيئة التحكيم إلكترونياً

يُعد تشكيل هيئة التحكيم إلكترونياً من أهم إجراءات دعوى التحكيم الإلكتروني، فهي تُعد الجهة المخوّلة بمباشرة العملية التحكيمية من بدايتها وحتى نهايتها، ومن أجل ضمان فعالية التحكيم الإلكتروني، لا بد من اختيار هيئة تحكيم إلكترونية مؤهلة ومتخصصة للعمل في بيئة إلكترونية، وقادرة بنفس الوقت على حسم منازعاتها بالشكل المرجو، ويمكن تشكيل هيئة التحكيم بإحدى صورتين وهما: التحكيم الخاص أو الحر (Adhoc) (الفرع الأول)، التحكيم المؤسساتي (Institutional Arbitration) (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تشكيل هيئة التحكيم إلكترونياً في ظل نظام التحكيم الخاص

أو الحر (Adhoc)

في التحكيم الإلكتروني، يتفق أطراف الخصومة على تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الإنترنت، وهذه الأخيرة تقوم بمهمة الفصل في المنازعة القائمة بينهم، ويكون ذلك بعيداً عن أي مركز أو مؤسسة تحكيمية دائمة، كما أن للأطراف الحرية الكاملة في تحديد عدد الأعضاء الذين تتشكل منهم تلك الهيئة وقد يتفقون على محكم واحد أو أكثر، وأن يتم ذلك الاتفاق والاختيار بطريقة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دون الحاجة للوجود المادي للأطراف أو المحكمين أثناء ذلك، ولكن، يتوجب على المحكم أن يحصل على موافقة الأطراف واعترافهم بصحة المرافعات، وأدلة الإثبات والوثائق المقدمة والمرسلة إلكترونياً، على الرغم من أن النصوص النظامية القابلة للتطبيق تتطلب أن تكون مكتوبة⁽⁴⁹⁾، وهذا يُعد ضرورياً من أجل تفادي أي احتجاج لاحق من قبل الأطراف.

(49) Jérôme Huet, «Réflexions Sur L'arbitrage Electronique Dans Le Commerce International», Gaz.Pal, 2000.Doctr., Note 299, p.110.

الفرع الثاني

تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني في ظل نظام التحكيم المؤسسي

(Institutional Arbitration)

هنا، ينحصر دور أطراف الخصومة في الاتفاق إلكترونياً فيما بينهم على اللجوء إلى أحد مراكز أو هيئات التحكيم الدائمة، وهذه الأخيرة تقوم بعد ذلك بتشكيل هيئة التحكيم واختيار أعضائها من لائحة معدة سلفاً بأسماء المحكمين، ويتم ذلك وفقاً للوائحها ونظامها الداخلي دون تدخل من الأطراف في هذا الاختيار⁽⁵⁰⁾، ومن أمثلة ذلك ما قرره المادة (8) من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية لسنة 1996م على أنه: «يتم تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو ثلاثة محكمين، وذلك بمعرفة الأمانة العامة للمحكمة، وفي حالة تعدد المحكمين يتولى هؤلاء اختيار رئيس هيئة التحكيم، فإذا تعذر ذلك تولت الأمانة العامة للمحكمة ذلك، ويمنح كل محكم شيفرة رقمية (Access Code) وكلمة مرور (Password) للدخول إلى موقع القضية»، وهذا ما أشارت إليه أيضاً المادة (1/5) من بروتوكول التحكيم الإلكتروني لمركز التحكيم التجاري السعودي، حيث نصت على أن: «يُعين المركز على وجه السرعة محكماً فرداً...»، وهذا يعني أن الأطراف لا يملكون الخيار في تعيين المحكمين وليس لهم إلا الموافقة على ذلك التعيين.

المطلب الثاني

الإجراءات المتبعة إلكترونياً أمام هيئة التحكيم

في مجال التجارة الإلكترونية، يتم الفصل في المنازعات بواسطة شبكة الإنترنت التي تمنح امتيازات لا يمكن إنكارها، حيث إن سير الدعوى التحكيمية يتم إلكترونياً، وبالتالي فإن الأطراف ليسوا ملزمين بالتنقل شخصياً من أجل حضور الجلسات التحكيمية أمام هيئة التحكيم، والتي يمكن أن يكون مقرها في مكان بعيد عن أحد الأطراف أو جميعهم، كما أن إجراءات التحكيم تكون أسرع مع إمكانية تبادل الوثائق وأدلة الإثبات بطريقة متزامنة عبر الوسائط الإلكترونية.

(50) خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، ط1، دار الشروق للنشر، القاهرة، 2002م، ص117.

من خلال إبرام اتفاق التحكيم، يستطيع أطراف الخصومة تحديد القواعد الإجرائية التي يريدون اتباعها، وقد أكدت المادة (19) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985م على حرية أطراف الخصومة المطلقة في الاتفاق على إجراءات التحكيم، حيث نصت على أنه: «يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم، فإن لم يكن الاتفاق موجوداً كان على هيئة التحكيم مراعاة أحكام هذا القانون والسير في التحكيم بالشكل الذي تراه مناسباً».

لذا سنبين كيفية تقديم طلب التحكيم إلكترونياً (الفرع الأول)، ومن ثم سندرس كيفية سير إجراءات دعوى التحكيم الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تقديم طلب التحكيم إلكترونياً

تبدأ إجراءات التحكيم الإلكتروني بإرسال المدعي طلب التحكيم إلى البريد الإلكتروني لهيئة التحكيم، ويتعين على هذه الأخيرة إخطار المدعى عليه خلال مدة زمنية معينة، حتى يتسنى له الرد على طلب المدعي خلال مدة زمنية تحدد أيضاً من قبل هيئة التحكيم، كما أن تحديد وقت بدء الإجراءات يُعد مهماً لاتخاذ إجراء معين أو إتمامه خلال سير الدعوى، كتسليم المستندات، وتبادل المذكرات، أو إبداء دفع من الدفع، أو غلق باب المرافعة، كذلك يُعد حاسماً في حساب المدة التي يتعين خلالها إصدار الحكم، أو الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم، أما في التحكيم المؤسسي، فيمكن أن تتم إجراءات التحكيم إلكترونياً على الموقع الإلكتروني لمركز التحكيم، وتخزن عليه جميع البيانات والمستندات الخاصة بالقضية.

ولكن بدايةً، يجب على طرفي الخصومة الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الإجراءات بغية عرض النزاع على مركز التحكيم المعين في اتفاق التحكيم نذكر منها على سبيل المثال: المادة (2) من بروتوكول التحكيم الإلكتروني لمركز التحكيم التجاري السعودي التي ذكرت بأن: «1- على الطرف الراغب بتسجيل قضية تحكيم خاضعة للبروتوكول، أن يقدم طلب التحكيم وأي مستندات داعمة عن طريق

منصة المركز للتحكيم الإلكتروني، بالإضافة إلى تقديم المعلومات المطلوبة في المادة (4) من قواعد تحكيم المركز، ويشترط أن يتضمن طلب التحكيم عناوين البريد الإلكتروني للأطراف، ويجب تضمين عناوين البريد الإلكتروني لممثلي الأطراف إن كانت معلومة. (...) 4- تعد الإجراءات قد بدأت من تاريخ إبلاغ المركز للأطراف بأن طلب التحكيم متاح على منصة التحكيم الإلكتروني».

كما أوجبت المادة (1/3) لذات البروتوكول المدعى عليه تقديم رده على طلب التحكيم عن طريق منصة التحكيم الإلكتروني خلال 10 أيام من تاريخ بدء إجراءات التحكيم الإلكتروني، وأما المادة (21) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985م، فقد أشارت إلى أن طلب التحكيم هو الذي يسمح بإقامة الدعوى وبه تفتتح إجراءات التحكيم⁽⁵¹⁾، ويقصد به الخطاب الذي يوجهه المدعي إلى مركز التحكيم المتفق عليه أو إلى المدعى عليه يخطر فيه برغبته في الفصل في النزاع عبر التحكيم الإلكتروني، ويطلب منه اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوكيل ممثله وتحضير دفاعه واستكمال إجراءات التحكيم.

كما نصت المادة (1/4) من لائحة تسوية محكمة التحكيم الدولية بباريس (CCI) على أن: «طلب التحكيم يُرسل من المدعي إلى الأمانة العامة التي تقوم بدورها بتبليغ المدعى عليه باستلامها للطلب وتاريخه»، ولكن يمكن أن نلاحظ أن مصطلح «يُرسل» المذكور في هذه المادة يُقصد به البريد العادي أكثر منه الإرسال الإلكتروني، وإن كنا نعتبر أن نص المادة المذكورة لا يستبعد إمكانية إرسال طلب التحكيم إلى المركز إلكترونياً، أما بالنسبة لمصطلح «التبليغ» من قبل الأمانة العامة، فيمكن أن يتم إلكترونياً، على اعتبار أن المادة (2/3) الخاصة «بالتبليغات أو تبادل المعلومات الكتابية بين الأطراف، تضيف إلى إشعار الاستلام، رسالة مضمونة، إيميل، فاكس... أية وسيلة تواصل تسمح بإقامة الدليل على الإرسال»، وهذا النص يشير أيضاً إلى إمكانية حدوث التبليغات في مجال التحكيم الإلكتروني عبر استخدام وسائل الاتصال الحديثة.

(51) https://Uncitral.Un.Org/Sites/Uncitral.Un.Org/Files/Media-Documents/Uncitral/Ar/19-09953_A_Ebook_0.Pdf.

كما أشارت المادة (1/4) من لائحة نظام المحكمة الإلكترونية لعام 1996م، إلى أن طلب التحكيم يتم إرساله إلى الأمانة العامة من خلال نموذج يتمثل في نموذج إلكتروني خاص، ومن ثم يتوجب على الأمانة العامة أن تقوم خلال يومين بإرسال إشعار بالاستلام، وتبلغ بعد ذلك كلاً من المدعي والمدعى عليه بوجود الطلب حسب المادة (4، 2) من تلك اللائحة، أما المادة (1/6) من ذات اللائحة فقد أوجبت المدعى عليه بالرد على طلب التحكيم المقدم من المدعي خلال 10 أيام من تاريخ إخطاره، ويجوز له إرفاق رده بأية طلبات يريد تقديمها للمحكمة، وأيضاً طبقاً للمادة (3/3) من لائحة تحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس لعام 2021 (CAIP)، فإن الإجراء الأول لتحريك الدعوى هو تقديم عريضة افتتاح الدعوى، ثم يقوم الأطراف بتبني القواعد الإجرائية الإلكترونية المحددة في الملحق الأول من اللائحة المذكورة.

كما أن المادة (3) من ذات الملحق تشير إلى أن طلب التحكيم يجب إرساله إلى الغرفة إلكترونياً، وتقوم هذه الأخيرة بإعطاء عنوانها الإلكتروني، ويتوجب على أطراف الخصومة أن يتواصلوا على ذلك العنوان عند إرسال أي بريد إلكتروني، كما أن تاريخ الإرسال المقبول هو تاريخ استقبال البريد الإلكتروني من قبل الغرفة، زد على ذلك أن ذات الملحق يقضي بعدم مسؤولية الغرفة التجارية عن أية أعطال تقنية منسوبة إلى المرسل والمرسل إليه على حد سواء.

ويفهم مما سبق، بإمكانية تقديم طلب التحكيم إلكترونياً سواء تم ذلك في ظل التحكيم الخاص عبر إرسال المدعي طلب التحكيم إلكترونياً لهيئة التحكيم، وقيام هذه الأخيرة بإخطار المدعى عليه حتى يتسنى له الرد على طلب التحكيم، أو تم في ظل اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، حيث تتم إجراءات التحكيم عبر الموقع الإلكتروني لمركز التحكيم.

الفرع الثاني

سير إجراءات التحكيم الإلكتروني

إجراءات التحكيم الإلكتروني عبارة عن مجموعة من القواعد التي يجب على المحكمة اتباعها واحترامها، وذلك من بداية سير التحقيق في موضوع الدعوى

التحكيمية، ومروراً بتبادل الحجج والأدلة بين الأطراف، وصولاً إلى مرحلة صدور الحكم التحكيمي وتبليغه لأصحاب الشأن، ولذلك سنبين كيفية تبادل الحجج والأدلة بين الأطراف وهيئة التحكيم (أولاً)، ومن ثم سنتعرض لكيفية إتمام انعقاد الجلسات عن بُعد أمام هيئة التحكيم (ثانياً).

أولاً: تبادل الحجج والأدلة في التحكيم الإلكتروني

على الرغم من أن الأنظمة النظامية واتفاقيات التحكيم الدولية لم تتضمن نصوصاً خاصة تتعلق بإجراءات التحكيم الإلكتروني، إلا أنه بمقدور الأطراف والمحكمين اللجوء إلى استخدام الوسائل التقنية الحديثة في مراسلاتهم بمجرد التأكد من فائدتها⁽⁵²⁾، لا سيما أن تبادل الوثائق والمستندات بات يتم إلكترونياً، ومن خلال اللجوء إلى مقدم خدمات مختص، وهذا ما أشارت إليه المادة (2/3) من لائحة تسوية محكمة التحكيم الدولية بباريس (CCI)، حيث نصت على أنه: «يمكن إنجاز الإخطار والمراسلة لقاء إيصال، أو تصدر بكتاب مضمون أو مسجل عن طريق البريد، أو بواسطة أجهزة الفاكس أو التلكس، أو توجه ببرقية أو بآية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال التي تسمح بتقديم دليل كتابي يفيد بالإرسال».

وتم التأكيد على ذلك في التذييل رقم أربعة من اتفاقية التحكيم للغرفة التجارية الدولية المتعلقة بتقنيات إدارة الإجراء، حيث نجد أنه يشجع على اللجوء إلى المؤتمرات الهاتفية أو المرئية الخاصة بالجلسات الإجرائية وغيرها عندما لا يكون الوجود الشخصي ضرورياً، وأيضاً تقنيات الإبلاغ التي تسمح للأطراف، وهيئة التحكيم، والسكرتاريا بتبادل المعلومات إلكترونياً، أما حسب نظام المحكمة الإلكترونية بمونتريال، فإن المادة (3) منه تنص على أنه: «تتم المراسلات بالبريد الإلكتروني في العلاقات مع السكرتاريا، عبر نماذج قابلة للتطبيق...»، كما نصت المادة (2/4) من ذات اللائحة على أنه: «يتعين على أطراف العملية التحكيمية والأمانة العامة للمحكمة وهيئة التحكيم إرسال كل البلاغات المكتوبة والإخطارات بالبريد الإلكتروني على الموقع الخاص بالقضية»، كما أن نظام الويبو بشأن التحكيم المعجل (WIPO) لعام 2021م أكد في المادة (1/4) منها على أن:

(52) Pierre-Yves Gautier, « Arbitrage Et Internet », In Th. Clay (Dir.) « Nouvelles Perspectives En Matière D'arbitrage. Ouverture », Droit Et Patrimoine, N°105, Juin 2002, P.88.

«كل إخطار أو إبلاغ يجب أن يكون طبقاً للائحة، بحيث يجب أن يتم بالشكل الكتابي، على أن يتم إرساله بالبريد المستعجل، الفاكس، البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة تسمح بإقامة الدليل على الإرسال».

وأيضاً نصت المادة (4) من بروتوكول التحكيم الإلكتروني لمركز التحكيم السعودي على أنه: «1 - تتضمن المراسلات - على سبيل المثال لا الحصر- جميع ... الطلبات أو المذكرات أو المستندات أو الإفادات، أو التصريحات، أو الردود. 2 - ما لم يطلب المركز طريقة أخرى للتواصل، فإنه يجب أن تتم كل المراسلات بين الأطراف والمركز والمحكم عن طريق منصة التحكيم الإلكتروني. 3 - على المركز أن يبلغ الأطراف والمحكم بأي مراسلات تُستلم عن طريق منصة التحكيم الإلكتروني، ويتم الاعتداد باستلام المراسلات بموجب إشعار المركز الأطراف بأن المراسلات متاحة على منصة التحكيم الإلكتروني...».

كما نصت المادة (27) من قواعد التحكيم في مركز التحكيم السعودي التجاري على أنه:

1 - على هيئة التحكيم إدارة تبادل المعلومات بين الأطراف بغرض الحفاظ على فاعلية الإجراءات وخفض نفقاتها، ويجب على الهيئة والأطراف السعي لتفادي أي تأخير أو مصروفات غير ضرورية، مع ضمان المساواة في المعاملة، وتوفير الفرصة لكل طرف ليقدم دعاواه ودفعه، وبعد منح الأطراف فرصة معقولة للتعبير عن آرائهم، لهيئة التحكيم إصدار أي أمر إجرائي حول ما يأتي:

(ج) مطالبة الأطراف بتبادل المراسلات عن طريق الوسائل الإلكترونية...
(د) طلب تقديم جميع المذكرات الكتابية من خلال البريد الإلكتروني، أو غيره من الوسائل الإلكترونية، حصرياً.

ويستنتج من النصوص السابقة، أنه بمقدور أطراف العملية التحكيمية وهيئة التحكيم تبادل الحجج والأسانيد وكافة الوثائق المتعلقة بنزاعهم عبر وسائل الاتصال الحديثة التي توفرها شبكة الإنترنت⁽⁵³⁾، ولكن تجدر الملاحظة أنه قد توجد بعض المشكلات

(53) Eric A. Caprioli, « Arbitrage Et Médiation Dans Le Commerce Electronique (L'expérience Du Cybertribunal) », Rev. Arb, N° 2, 1999, P. 234.

التقنية التي يمكن أن تؤثر في سير إجراءات التحكيم في الفضاء الإلكتروني كالأمان، وسرية المعلومات، حيث إن تبادل الوثائق والمستندات وأدلة الإثبات عبر الوسائل الإلكترونية يمكن أن تكون محلاً لأعمال القرصنة، ولذا نجد أنه حري بالأنظمة القانونية ومراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة تعزيز متطلبات الأمان التقني وسرية المعلومات للمنصات التي تعنى بإدارة إجراءات التحكيم الإلكتروني، وذلك من خلال تأمين تلك المعلومات، واستخدام أنظمة حفظ إلكترونية مضمونة ومعتمدة تحميها من أي أعمال اختراق محتملة.

ثانياً: انعقاد جلسات التحكيم الإلكتروني

إن الهدف من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني هو تخفيض أو استبعاد اللقاءات الشخصية لأعضاء هيئة التحكيم، وهذا يُعد عاملاً مهماً من حيث تخفيض تكلفة التحكيم وسرعة إجراءاته، ونتيجةً لذلك، فإنه يمكن للأطراف التراضي على انعقاد جميع جلسات التحكيم عبر وسائط الاتصال المرئية مع الإبقاء على اللقاءات المادية للاجتماعات التي تتطلب ذلك، وذهب البعض إلى أنه عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، فإن للأطراف كامل الحرية في تحديد وجوب عقد جلسات المرافعة الشفوية من عدمه، فإن اتفقوا على الاكتفاء بتبادل المذكرات والمستندات الشارحة والداعمة لادعاءاتهم وطلباتهم وأوجه دفعهم، التزمت هيئة التحكيم بذلك⁽⁵⁴⁾.

وهناك اتجاه آخر أكد على قبول عقد الجلسات الافتراضية نظراً لوجود وسائل فنية متاحة في هذا المجال، مما سمح بظهور وسائل حديثة للاتصال بواسطة الإنترنت تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف، ومن ثم فلا توجد أية مشكلة في إدارة الجلسات إلكترونياً⁽⁵⁵⁾، كذلك أصبح عقد الجلسات الافتراضية بدلاً من الجلسات التقليدية أكثر استخداماً بواسطة المؤتمرات المرئية⁽⁵⁶⁾.

(54) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية - دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص504.

(55) حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية - دراسة في ضوء الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص55.

(56) Th. Clay, « L'écrit, La Parole Et L'image Dans Les Modes Alternatifs De Règlement Des

صحيح أن البريد الإلكتروني يسمح بنقل النصوص والفيديوهات والملفات الصوتية، إلا أن عقد المؤتمرات الافتراضية عبر منصات إلكترونية: microsof teams, zoom, skype أو منصات تستخدمها مؤسسات ومراكز التحكيم الدائمة يسمح لكل شخص يعمل على حاسوب موصول بالإنترنت بكتابة الرسائل وإرسالها لأشخاص آخرين موجودين في أماكن أخرى، وفي ذات الوقت يسمح لهم بقراءة تلك الرسائل بشكل فوري، ولذا فإن استخدام مثل تلك المنصات هو الحل الأمثل لعقد الجلسات الافتراضية نظراً لأنها تسمح لأطراف الخصومة بالتواصل فيما بينهم دون حاجة للوجود في مكان واحد، كما أن هذه التقنية تسمح بنقل الملفات الصوتية والصور والفيديوهات بشكل فوري، ويكفي لاستخدام هذه الطريقة أن يكون الحاسوب مجهزاً بميكروفون وكاميرا⁽⁵⁷⁾.

ولكن على الرغم من أن المادة (21) من نظام تسوية التحكيم لمحكمة التحكيم الدولية نصت على أنه: «يمكن لمحكمة التحكيم استدعاء الأطراف للمثول أمامها في المكان والزمان اللذين تعينهما، كما يمثل الأطراف أو ممثليهم القانونيين شخصياً، ولهم أيضاً الاستعانة بمستشارين»، إلا أن هذه المادة لا تُعد نصاً آمراً، وبالتالي فإن المحكمة ليست ملزمة بها، بل على العكس من ذلك، يمكن أن يفهم من نص هذه المادة على أن المناقشات يمكن أن تتم إلكترونياً ولكن بشرط وجود اتفاق صريح للأطراف على ذلك، أما بالنسبة لنظام المحكمة الإلكترونية الأكثر تحراً، فقد نص في المادة (2/19) منه على أن: «الحوار بين الأطراف يمكن أن يتم بأية وسيلة»، من خلال الهاتف، المؤتمر عن بُعد، الفاكس، إلا أن الفقرة الثالثة من المادة نفسها نصت على إمكانية إجراء لقاء مادي في أي مكان آخر⁽⁵⁸⁾.

كما يرى البعض أن الاستماع إلى الشهود وإن كان من الممكن أن يتم في ظل التقدم التكنولوجي بطريقة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت أو غيرها من وسائل الاتصال

Conflicts », In S. Gaboriauet H. Pauliat (Dir.) : La Parole, L'écrit Et L'image En Justice : Quelle Procédure Au Xxie Siècle ? PULIM, Coll. Entretiens d'Aguesseau, 2011, P. 61.

(57) حسام الدين فتحى ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية - دراسة في ضوء الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 55.

(58) Eric A. Caprioli, Op. Cit, P.234.

اللاسلكية، إلا أنه يتطلب ضمانات تكفل قيام الشاهد بالإدلاء بشهادته دون أن يظهر على شاشة الكاميرا، وذلك منعاً للإحراج، كما أن مناقشة الشهود بالطريقة التقليدية (وجهاً لوجه) هي الطريقة الأكثر قوة ووضوحاً في استجلاء وجه الحقيقة نظراً لإمكانية مشاهدة تعبيرات وجه الشاهد ودرجة توتره ومدى اتزانه وغيرها من العوامل المهمة التي قد تؤثر في تقدير صحة الشهادة⁽⁵⁹⁾.

والمادة (30) من قواعد التحكيم في مركز التحكيم التجاري السعودي نصت على أنه:

- 1 - على كل طرف أن يزود هيئة التحكيم، وباقي الأطراف، بأسماء الشهود الذين يُزعم تقديمهم، وعناوينهم، وموضوع شهاداتهم، واللغة أو اللغات التي سيدلون بشهاداتهم بها.
- 2 - لهيئة التحكيم، في وقت مناسب أثناء المرافعات، وبعد التشاور مع الأطراف، أن تُحدد طريقة وترتيب استجواب الشهود.
- 3 - ما لم توجه هيئة التحكيم بخلاف ذلك، ينبغي أن تُقدم شهادات الشهود على شكل إقرارات مكتوبة وموقعة من قبلهم، ولهيئة أن تطلب من أي شاهد المثل في جلسة استماع، فإذا تخلف عن الحضور شاهدٌ طلبت هيئة التحكيم أو أي من الأطراف استجوابه؛ كان لهيئة التحكيم تحديد عواقب هذا التخلف، مع مراعاة ما إذا كان قد قدم عذراً مقبولاً.
- 4 - مع مراعاة الأحكام الإلزامية لأي قانون منطبق، يحق لهيئة التحكيم، دون أن تكون مُلزَمة بذلك، أن تطلب من أي شاهد أن يؤدي القسم، أو يُقدم الإقرار المناسب، في أي جلسة استماع، قبل استجواب ذلك الشاهد من قبل أي من الأطراف أو هيئة التحكيم، أو كليهما.

ولكن استخدام التكنولوجيا الحديثة في عقد جلسات التحكيم إلكترونياً قد يثير بعض المشكلات، منها ما يتعلق بعدم إمكانية اتصال أطراف الخصومة بالإنترنت

(59) منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص 108.

لضعف الشبكة، أو عدم وضوح الصورة، أو انقطاع الصوت حين انعقاد الجلسات، أو مسألة تأمين المعلومات المتداولة بين هيئة التحكيم وأطراف الخصومة، كما أن أحداث السنوات الأخيرة تُعد غنيةً بقضايا التنصت غير القانوني وأعمال القرصنة⁽⁶⁰⁾، ولكن مع ذلك، يمكن التغلب على تلك المشكلات عبر الاتصال بشبكات الفايبر والجيل الرابع والخامس والتي باتت متوافرة في أغلب دول العالم، وتتيح عقد الجلسات بشكل واضح ومسموع دون أي خلل أو انقطاع، وخير دليل على ذلك أنه منذ بدء أزمة الكورونا وإلى يومنا هذا، باتت المملكة العربية السعودية والعديد من دول العالم التي تمتلك شبكات إنترنت متطورة تعتمد بشكل أساسي على نظام التقاضي عن بُعد لفعاليته وسرعته في تسوية جميع المنازعات المعروضة أمام محاكمها بجميع أنواعها، كما أنه لحل مشكلات التنصت غير القانوني وأعمال القرصنة، نقترح استخدام منصات وأنظمة حفظ إلكترونية مؤمنة ومعتمدة، كما يمكن الاستفادة من تجربة التقاضي عن بُعد ليشمل نظام التحكيم الإلكتروني وإجراءاته حتى يتم الفصل في المنازعات الإلكترونية بسرعة أكبر، وبجهد وتكلفة أقل.

(60) K. Benyekhlef Et F. Gelinat, Le Règlement En Ligne Des Conflits: Enjeux De La Cyber-justice, Romillat, 2003, P. 118. <https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/cybersecurity-in-international-arbitration/>. Last Accessed: 18/3/2024.

المبحث الثالث

إصدار حكم التحكيم الإلكتروني وحجّيته

في مواجهة الخصوم

إن هدف الأطراف من اللجوء إلى التحكيم سواءً كان تقليدياً وم إلكترونياً هو الفصل في نزاعهم من خلال حكم تحكيمي يمثل انتهاء إجراءات التحكيم، وهو الحال ذاته بالنسبة للحكم الصادر من سلطة قضائية والذي ينهي الدعوى القضائية⁽⁶¹⁾، بطبيعة الحال، تقوم هيئة التحكيم الإلكتروني بإصدار حكمها التحكيمي بعد فحص جميع المستندات المرسلة من الأطراف، وبعد الاستماع لدفعوهم وللشهود ومناقشة تقارير الخبراء من أجل ضمان صحة الوثائق الإلكترونية، ولكن لا بد أن يصدر هذا الحكم وفقاً لمستلزمات تُعد من النظام العام تتجلى في طريقة إعداد الحكم والحصول على غالبية الأصوات، وأيضاً ضرورة صدوره بالشكل المطلوب.

ولذلك، ستعرض تباعاً لدراسة إعداد حكم التحكيم الإلكتروني (المطلب الأول)، والآثار التي تترتب على صدوره من قبل هيئة التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إعداد حكم التحكيم الإلكتروني

على الرغم من أن كلاً من حكم التحكيم التقليدي وحكم التحكيم الإلكتروني يتشابهان إلى حد كبير، إلا أن اختلاف شكل الحكم وطريقة توقيعه وتبليغه، قد يثير إشكالية تتعلق بقدرة الحكم الإلكتروني على تلبية متطلبات الشكل الكتابي وتبليغه إلكترونياً لذوي الشأن والنسخ الأصلية لحكم التحكيم المنصوص عنها في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التقليدي (كاتفاقية نيويورك لعام 1958م).

ولكن من أجل ضمان تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، تسعى بعض النصوص المطبقة على التحكيم لتنظيم شكل حكم التحكيم، والوسيلة التي يتم بها تبليغه للأطراف، ولذا فإن حكم التحكيم الصادر إلكترونياً يجب أن يخضع لشروط معينة شكلية (الفرع الأول)، وأخرى للتبليغ (الفرع الثاني).

(61) Fady Nammour, Droit Et Pratique Interne Et International, LGDJ, Paris, 2009, p.225.

الفرع الأول

الشروط الشكلية الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني

في هذا الإطار نشير إلى أن أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم تقرر شرط كتابة حكم التحكيم والتوقيع عليه، دون تحديد شكلية معينة لصياغتها، فهل يجب أن تكون بخط اليد أو إلكترونية؟ بمعنى آخر، هل إعداد الحكم التحكيمي بشكله الإلكتروني يحقق شرط الشكل المطلوب⁽⁶²⁾، كما أنه توجد بعض التساؤلات التي تُثار بخصوص إصدار حكم التحكيم الإلكتروني منها ما يتعلق بشكل الحكم الإلكتروني (أولاً)، ومنها ما يتعلق بتوقيع الحكم (ثانياً).

أولاً: شكل الحكم الإلكتروني

صحيح أن حكم التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً، إلا أن هذا لا يجب أن يكون عائقاً حقيقياً أمام توافقية التحكيم الإلكتروني مع الأنظمة القانونية المطبقة في أغلب دول العالم، حيث إن العديد منها اعترف بالكتابة الإلكترونية مصحوبةً بالتوقيع الإلكتروني، كما أن تطور وسائل الاتصال أدى إلى ازدياد إبرام عقود التجارة الإلكترونية، وهذا غير مفهوم الكتابة من الكتابة التقليدية على المحررات الورقية إلى الكتابة التي تتم على المحررات الإلكترونية، مما شجّع بعض الدول على إصدار التشريعات الإلكترونية التي تعترف بالكتابة الرقمية، ومنها نظام الإثبات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي م/43 تاريخ 4 جمادى الآخر 1443هـ (2022/12/30م) الذي أكد في المادة (60) منه على أنه: «يقدم الدليل الرقمي بهيئته الأصلية، أو بأي وسيلة رقمية أخرى، وللمحكمة أن تطلب تقديم محتواه مكتوباً؛ متى كانت طبيعته تسمح بذلك، وكذلك المادة (1/31) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تفرض أن يكون حكم التحكيم «صادراً كتابةً وموقعاً من المحكم أو المحكمين»، وهذا الشرط تم فرضه أيضاً من نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس، وذلك في المادتين (28) و(29) منه.

(62) سمير دنون، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2012م، ص 208.

كما أن المادة (65) من نظام الويبو بشأن التحكيم والتحكيم المعجل (WIPO) قررت أن تتم مباشرة العملية التحكيمية لحين إصدار حكم تحكيمي حاسم للنزاع القائم بين الأطراف، ويتم إخطار جميع الأطراف ذات الصلة بالنزاع بهذا الحكم، كما اشترطت المادة (3/25) من نظام المحكمة الإلكترونية أن يكون الحكم موقعاً مع الإشارة إلى تاريخ صدوره، مما يستنتج منه وجوب كتابة حكم التحكيم الإلكتروني، ولكن في حال تم تحديد المكان في التحكيم الإلكتروني، يكون للحكم الصادر فيه جنسيته الخاصة مثل أحكام التحكيم التقليدي، وبالتالي فقد يكون وطنياً أو أجنبياً، كما أنه قد يسهم في تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، وإجراءات تنفيذه، كما يتبين أن كتابة حكم التحكيم الإلكتروني تتم على دعامة إلكترونية، وأن تاريخ هذا الحكم يكون في نفس تاريخ نشر الحكم على الموقع الإلكتروني لمركز التسوية على اعتبار أن أطراف النزاع يكونون على اتصال إلكتروني مباشر مع هيئة التحكيم حتى إصدار حكم التحكيم الإلكتروني⁽⁶³⁾.

على أية حال، إن حكم التحكيم الإلكتروني شأنه شأن أي حكم صادر عن السلطات القضائية يجب أن يتضمن جميع البيانات الإلزامية حتى يكون قابلاً للتنفيذ، كأسماء وألقاب وأماكن إقامة الأطراف والمحكمين، ومحل النزاع، وتاريخ صدور الحكم، ومكان صدوره، كما يمكن أن يعتري حكم التحكيم الإلكتروني أخطاءً مادية أو حسابية أو غموضاً في منظوقه، لذا يجوز للمحكمين تصحيحها أو تفسيرها بناءً على طلب من أحد الأطراف أو جميعهم.

كذلك تستطيع هيئة التحكيم التصدي لتلك الأخطاء من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها الأطراف ذلك، وقد ذهب البعض إلى أنه مع الأخذ بعين الاعتبار للإدارة الجيدة للقضاء، يفضل أن ينجز المحكم بنفسه تصحيح الخطأ أو الإغفال المادي، وذلك لأن تفسير أي إجراء لا يمكن أن يتم بالصورة الأمثل إلا من قبل من اتخذ هذا الإجراء، وكذلك لن يكون تفسير غموض حكم التحكيم الإلكتروني بالشكل الصحيح إلا إذا قام به المحكم نفسه⁽⁶⁴⁾.

(63) [إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 454 وما بعدها.

(64) Charles Jarroson, Arbitrage Commercial, Droit Interne, Fascicule 200, Editions Du Juris-Classeur, 1998, p. 16.

ثانياً: توقيع الحكم إلكترونياً

على الرغم من أن البعض لم يعترف بحجية التوقيع الإلكتروني على اعتبار أنه يمكن تزويره ولا أمان له، إضافةً إلى إمكانية نسيان الرقم السري أو سرقة، وأنه لا يضيّهي التوقيع التقليدي الذي يتم على دعامات ورقية والتي تعد هي الأساس في الإثبات⁽⁶⁵⁾، أكد البعض الآخر أن التوقيع الإلكتروني يتميز بالأمان حيث لا يمكن القيام به إلا باستخدام رقم سري لا يعرفه إلا صاحبه الذي قام بالتوقيع، وبالتالي تكون له نفس الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي⁽⁶⁶⁾، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه معترفاً بحجية التوقيع الإلكتروني من خلال البطاقات الإلكترونية المصحوبة بالأرقام السرية، وذلك استناداً إلى الاتفاق المبرم بين المصرف والعميل⁽⁶⁷⁾، كما أن قانون البرمجة وإصلاح العدالة الفرنسي رقم 222-2019 الصادر بتاريخ 23 مارس 2019 نص في المادة (2/4) منه نص على أنه: «يجوز إصدار حكم التحكيم بشكل إلكتروني، ما لم يعترض على ذلك أحد الأطراف».

كذلك القانون المصري منح التوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيع بخط اليد وذلك في المادة (14) منه إذا روعيت الشروط التي نصت عليها المادة (18)، كذلك المادة (1/14) من نظام المعاملات الإلكترونية السعودي نصت على أنه: «إذا اشترط وجود توقيع خطي على مستند أو عقد أو نحوه، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتم وفقاً لهذا النظام يعد مستوفياً لهذا الشرط، ويعد التوقيع الإلكتروني بمثابة التوقيع الخطي، وله الآثار النظامية نفسها»، ومع ذلك يبدو نظام التحكيم الإلكتروني أفضل من القضاء العادي لفض المنازعات الإلكترونية، خاصةً فيما يتعلق بصحة العقود الإلكترونية

(65) أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص94؛ انظر أيضاً منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص108.

(66) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني: ماهيته - مخاطره وكيفية مواجهته - مدى حجته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص106؛ وانظر أيضاً أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكترونية، مج 1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008م، ص171؛ وانظر أيضاً هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009م، ص441.

(67) Cass., Civ 8 Nov. 1989. D. 1990, N°25.

وإثباتها وتنفيذها⁽⁶⁸⁾، حيث يمكن تجاوز عقبة كتابة وتوقيع الحكم الإلكترونيين عبر طباعة حكم التحكيم الإلكتروني وتوقيعه بخط اليد من قبل المحكمين، والمصادقة عليه من قبل مركز التحكيم وفقاً للقواعد التقليدية⁽⁶⁹⁾.

نستنتج مما سبق، أن التوقيع الإلكتروني يتمتع بنفس حجية التوقيع التقليدي ولكن بشرط أن يكون مرتبطاً بالشخص الموقع وحده دون غيره، ويكون قادراً على تحديد هويته واتصاله الوثيق بالمحرر الإلكتروني، بحيث يكون أي تلاعب أو تعديل أو تحريف فيه يمكن كشفه، وهذا لا يتم إلا عن طريق تأمين التوقيع الإلكتروني من خلال تشفيره.

الفرع الثاني

تبليغ حكم التحكيم إلكترونياً

يُعد تبليغ حكم التحكيم إلكترونياً للخصوم مهماً جداً؛ لأنه يتوقف عليه تحديد سريان بعض المدد المتعلقة بطلبات تصحيح الأخطاء المادية والحسابية للأحكام الصادرة وتفسيرها، أو دعوى بطلان حكم التحكيم، وهذا ما ذهبت إليه المادة (11) من بروتوكول التحكيم الإلكتروني لمركز التحكيم التجاري السعودي حيث نصت على أنه: «...3- قبل التوقيع على الحكم النهائي، يرسل المحكم مسودته إلى المركز، ولا يجوز للمحكم أن يصدر حكمه إلا بعد مراجعته شكلاً من قبل المركز، وبعد ذلك يُعمم المركز حكم التحكيم النهائي باستخدام منصة التحكيم الإلكتروني، ويُعد ذلك تبليغاً كافياً لجميع الأطراف، ويجب على المحكم تزويد المركز بنسخة ورقية أصلية موقعة أو أكثر من الحكم النهائي لإرسالها إلى الأطراف، عندما يطلب المركز أو أحد الأطراف ذلك، أو إذا ألزم نظام أو قانون بذلك».

كما أن المادة (2/3) من لائحة تحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس الخاصة «بالتبليغات أو التبادلات الكتابية مع الأطراف»، تستهدف: «كل... وسيلة تواصل تسمح

(68) Eric A. Caprioli, Droit International De L'économie Numérique, op.cit., N°114 A 238 Et « Arbitrage International Et Commerce Electronique », Rev. Lamy Dr. Immatériel, Avril 2012, P. 114.

(69) De Witt, N, op. cit., p.460.

بإقامة الدليل على الإرسال»⁽⁷⁰⁾، والمادتين (64) من نظام الويبو بشأن التحكيم و(57) بشأن التحكيم المعجل تنصان على أن: «يقوم المركز بتبليغ الحكم لكل طرف ومشارك، كما يقوم بوضع نص الحكم على موقعه الإلكتروني ويصنّف ضمن ملف معين ويعطى له رقماً مرجعياً»⁽⁷¹⁾.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على صدور حكم التحكيم الإلكتروني

إن الهدف المبتغى من صدور التحكيم الإلكتروني، هو تمكين من صدر القرار لمصلحته من الحصول على حقه بأيسر الإجراءات وأبسطها، كما أنه يفترض بالطرف الخاسر أن يسارع إلى تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني طواعيةً وفي حالة امتناعه عن ذلك لا بد أن تكون هناك سلطة تتدخل لإجباره على الوفاء بالتزاماته، ولذا سنتناول مسألة التنفيذ الجبري للحكم الصادر من هيئة التحكيم إلكترونياً (الفرع الأول)، ومن ثم سنتعرّض لتنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني طواعيةً دون الحاجة للجوء إلى القضاء الوطني (الفرع الثاني)، وأخيراً سندرس كيفية حفظ الحكم الإلكتروني (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

في التحكيم الإلكتروني كما هو الحال في التحكيم التقليدي، يستحسن بالأطراف حَسَني النّية الخضوع بشكل إرادي للحكم الصادر من هيئة التحكيم، لأنه بمجرد صدوره، فإنه يتمتع بقوة الأمر المُقضي بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه، ولذا تنص بعض لوائح التحكيم المؤسسية على منح القوة التنفيذية للأحكام التحكيمية الصادرة عنها، فمثلاً نجد أن المادة (28) من لائحة تحكيم الغرفة التجارية الدولية في باريس لعام 1998 تنص على أن: «كل حكم تحكيمي يكتسب الطابع الإلزامي بالنسبة للأطراف من خلال قيام الأطراف بإخضاع نزاعهم للائحة التحكيم المذكورة، فإنهم يلتزمون بتنفيذ

(70) <https://www.Icc-France.fr/Wp-Content/Uploads/2021/02/892-FRA-Reglement-Darbitrage-2021-Reglement-De-Mediation-2014.Pdf>. Last accessed: 18/3/2024.

(71) <https://www.Wipo.Int/Amc/Ar/Arbitration/Rules/Index.Html> ; <https://www.Wipo.Int/Amc/Ar/Arbitration/Expedited-Rules/Index.Html>. Last accessed: 18/3/2024.

حكم التحكيم بدون وجود مهلة محددة»، ونحن نرى أن هذا النص يمكن أن ينسحب أيضاً على تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني، ولكن في حال لم يقر الطرف الخاسر بتنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني، يلجأ طالب التنفيذ إلى القضاء الوطني طالباً إصدار أمر بتنفيذ الحكم عن طريق إلباسه الصيغة التنفيذية عبر تذييله بالصيغة التنفيذية، ولكن دور القاضي المانح للصيغة التنفيذية يقتصر على:

- مراقبته للحكم التحكيمي.
- التأكد من كون أطراف اتفاق التحكيم غير عديمي الأهلية، وأن اتفاقهم صحيح قانوناً.
- أن التحكيم لم ينصب على نزاع غير وارد في اتفاق التحكيم.
- أن تشكيل الهيئة التحكيمية لم يكن مخالفاً للاتفاق.
- أن التحكيم ليس فيه ما يخالف النظام العام.

ولكن رقابة القاضي لا تمتد إلى ما بنت فيه هيئة التحكيم من مسائل خلافية بين الأطراف، وبذلك لم يخرق قرارها أي مقتضى وأتى معللاً بشكل سليم، إلا أن النصوص النظامية التي تتعلق بكيفية تنفيذ أحكام التحكيم التقليدية لا يمكن تطبيقها على تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني إلا في حالة وجود قوانين وطنية أو اتفاقيات دولية تلزم السلطات الوطنية المختصة بقبول وتنفيذ الأحكام الإلكترونية، خاصة وأن تنفيذ حكم التحكيم التقليدي يتطلب تقديم نسخة من أصل القرار، أما في التحكيم الإلكتروني فلا يمكن تقديم أصل الحكم لأن القضاء الإلكتروني لا يميز بين الأصل والصورة⁽⁷²⁾.

وهنا استطاع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001م إيجاد الحل، حيث نص في المادة (6) منه على أنه: 1 - حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يُعد ذلك الاشتراط مستوفياً بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استُخدم توقيع إلكتروني يعول عليه بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة. 2 ... - يُعد التوقيع الإلكتروني قابلاً للتحويل عليه لغرض الوفاء بالاشتراط

(72) حسام الدين ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 68.

المشار إليه في الفقرة 1 إذا: ... (د) كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلّق بها التوقيع وكان أي تغيير يجرى في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلاً للاكتشاف».

وأيضاً حسب قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لعام 2004م، فإن للصورة نفس حجية الأصل حيث نصت المادة (16) منه على أنه: «تعد الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية»⁽⁷³⁾.

ولكن نحن نعتقد بأنه عند تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، لابد من تقديم أصل الحكم الإلكتروني، حيث إن المحاكم الوطنية وإن كانت تعترف بالأحكام الصادرة إلكترونياً، إلا أنها لا تصادق عليها إلا بعد إفراغها في صورة ورقية، كما نرى أنه حتى يتم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، لا بد أن تقوم التشريعات الوطنية بما يلي:

- إعطاء المحررات الإلكترونية ذات الحجية القانونية التي تحوزها مثيلاتها الورقية.
- منح الصورة الإلكترونية حجية الأصل، ولكن بشرط أن تكون بيانات الصورة المنسوخة متطابقة مع الأصل.
- العمل على أن يكون المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني عليه موجودين على الوسيلة الإلكترونية.
- حفظ وتخزين معلومات وبيانات الصورة المنسوخة، بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، واحتواء الصورة المنسوخة على البيانات التي تشير إلى الموقع وتاريخ ووقت الإرسال والتسلم.

وهذا ما ذهب إليه نظام المعاملات الإلكتروني السعودي، حيث أكد في المادة (1/5) على أن: «يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيّتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ ولا منع تنفيذها بسبب أنها تمت كلياً أو جزئياً بشكل إلكتروني بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب

(73) <https://www.wipo.Int/wipolex/Ar/Text/311790>. Last accessed: 18/3/2024.

الشروط المنصوص عليها في هذا النظام»... وهذا يعني أن للمعاملات الرقمية نفس الحجية المعترف بها للمحركات الكتابية.

من الأهمية بمكان، الإشارة إلى ضرورة تبني التحكيم الإلكتروني لآليات تفاعلية أخرى مع الأنظمة القضائية من أجل الانتقال إلى نظام لا وقي يتم العمل به في الأنظمة القانونية، ولكن في وقتنا الراهن، نجد أن الإجراءات القضائية ما زالت تعتمد على الفكرة التقليدية، ولا تسمح بإجراء إلكتروني أمام المحاكم، على الرغم من أنه توجد بعض المحاولات الرامية إلى اعتماد الإجراءات اللاورقية، ولكنها تبقى محدودة في بعض الدول على بعض القطاعات ومقتصرة على بعض المنازعات⁽⁷⁴⁾، ومع ذلك، نلاحظ في إطار التحكيم الإلكتروني أن الأطراف نادراً ما يلجؤون إلى المحاكم القضائية من أجل تنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة إلكترونياً.

الفرع الثاني

التنفيذ الطوعي لحكم التحكيم الإلكتروني

إن التعاملات الإلكترونية تقدم مكاسب مالية كبيرة لجميع المتعاملين، وبالتالي فإن حرصهم على مصالحهم وسمعتهم في سوق التجارة الإلكترونية يدفعهم للتنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم الإلكتروني الصادرة بحقهم⁽⁷⁵⁾، وهذا ما أكدته لائحة تحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس لعام 2021 (CAIP)، في المادة (6/28) على أن: «كل قرار تحكيم يكون له طابع إلزامي بالنسبة للأطراف، وذلك نتيجة خضوعهم للائحة الحالية، ويتعهد الأطراف بتنفيذ الحكم الصادر دون التقيد بأية مهلة»، كذلك قررت لائحة المحكمة الإلكترونية في المادة (6/25) بأن: «القرار الصادر من هيئة التحكيم سيكون حكماً نهائياً في النزاع غير قابل للطعن أو الاعتراض، أمام أي جهة أخرى، ويتعهد الأطراف بتنفيذه بسرعة ودون تأخير، وهناك من ينادي بتنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني دون حاجة للجوء إلى القضاء الوطني، وذلك عبر عدة وسائل منها:

(74) Hamza Jabir et Kamal Lagtati, « Le Règlement En Ligne Des Litiges Du Commerce Electronique : Cas De L'arbitrage Electronique », Revue International Des Affaires, N°45 Avril – Mai, 2023, pp.815-816.

(75) Yu Hong-Lin et Motassem Nasir, «Can Online Arbitration Exist within Traditional Arbitration Framework? » Journal of International Arbitration, 2003, p.470.

أولاً: التنفيذ التلقائي للحكم الإلكتروني من قبل المركز القائم بإجراءات التحكيم الإلكتروني

يقصد بهذه الوسيلة أن يكون لمركز التسوية الإلكتروني القدرة على تنفيذ حكمه أو قراره مباشرةً على الإنترنت، والحالة الوحيدة التي يتحقق فيها هذا الفرض هي التسوية التي تتم من خلال قواعد السياسة الموحدة لتسوية نزاعات أسماء النطاقات (ICANN) المختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن استعمال أسماء النطاق والمواقع الإلكترونية⁽⁷⁶⁾، فهذه الهيئة قد تصدر قراراً بإلغاء اسم أحد المواقع، إذا تشابه مع اسم موقع آخر سبق تسجيله، ويتم ذلك بواسطة المشغل التابع لهيئات الأيكان بطريقة إلكترونية، بحيث لا يمكن فتح صفحات هذا الموقع من أي دولة، ولكن ما يعيب التنفيذ الإلكتروني التلقائي هو أن المحكوم عليه يملك إيقاف سلطة هيئة الأيكان في التنفيذ، بمجرد أن يقدم خلال الأيام التالية لصدور قرار الحجز ما يفيد أنه رفع دعوى قضائية تتناول ذات الموضوع أمام محكمة مختصة، وفي هذه الحالة لا تملك هيئة الأيكان شطب اسم الموقع، بل عليها أن تنتظر صدور الحكم في الدعوى القضائية.

ومع ذلك، فإن اللجوء إلى هذه الطريقة يُعد فعالاً لأن تنفيذ الحكم يتم بعيداً عن تدخل أو رقابة القضاء الوطني لأي دولة؛ كما أن تنفيذ الحكم الصادر عن مركز التحكيم الإلكتروني لا يكون مرهوناً بإرادة المدعى عليه، بحيث يتولى تنفيذ هذا الحكم مسجل أسماء النطاقات للموقع الإلكتروني محل الحكم الذي يلتزم بتنفيذه من خلال الوسائل التقنية التي يملكها، وذلك بشطب عنوان الموقع الإلكتروني على شبكة الإنترنت أو نقل ملكيته للمدعي⁽⁷⁷⁾.

ثانياً: التهديد بنظام السمعة على الإنترنت

يقوم هذا النظام على وجود مواقع إلكترونية للتسوق على الإنترنت كموقع E-Bay و

(76) <https://www.Icann.Org/Resources/Pages/Udrp-Rules-2015-03-12-Ar>. Last accessed: 18/3/2024.

(77) مصلح أحمد الطراونة ونور حمد الحجابا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، مج، ع1، سنة 2005م، ص 233.

Amazon مثلاً تضع تحت تصرف المستهلكين السيرة الذاتية لكل بائع يريدون التعامل معه، وسمعته، وآراء المستهلكين الآخرين الذين تعاملوا معه سابقاً، ويتم ذلك قبل إقدام المستهلك على عملية الشراء، وبالتالي، فإن البائع الذي تظهر عليه عدة تعليقات إيجابية يحوز على ثقة عدد أكبر من المستهلكين ويشتررون منه، أما البائع الذي تظهر عليه تعليقات سلبية كثيرة، فسيقل تعامل المستهلكين معه هذا إن لم ينعدم، وفي حال امتناع البائع عن تنفيذ أحكام مركز تسوية المنازعات، فمن حق هذا المركز إضافة نقاط سلبية على موقع البائع، وهذا يجعل البائع الإلكتروني حريصاً على التنفيذ الطوعي للأحكام الصادرة في مواجهته من أجل الحفاظ على سمعته كبائع موثوق به في سوق التجارة الإلكترونية⁽⁷⁸⁾.

ثالثاً: إيداع ضمان مالي مغلق لدى مركز التسوية المختص بفض النزاع

حيث يقوم أطراف النزاع - قبل البدء بإجراءات التحكيم - بإيداع مبلغ نقدي لدى مركز التسوية الإلكتروني، ويبقى هذا المبلغ مغلقاً لا يمكن التصرف فيه إلا بعد فوات مدة محددة مسبقاً في اتفاق التحكيم أو الوساطة، وذلك يسهل على مركز التسوية تنفيذ حكمه الصادر ضد المحكوم عليه مباشرة، من خلال المبلغ الذي وضعه الطرف الخاسر تحت تصرف المركز، ويتم ذلك دون الرجوع إليه، ودون حاجة إلى إذن منه⁽⁷⁹⁾، فمثلاً تنص المادة (6) من بروتوكول التحكيم الإلكتروني لمركز التحكيم السعودي على أنه: «على المدعي بعد تعيين المحكم أن يودع مبالغ إضافية عن طريق منصة التحكيم الإلكتروني والتي تشمل الرسوم الإدارية وأتعاب المحكم وفقاً لجدول رسوم التحكيم الإلكتروني».

(78) خيربي عبد الفتاح السيد البتانوني، فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م، ص 187.

(79) حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص 262.

الفرع الثالث

حفظ حكم التحكيم الإلكتروني

تنص المادة (6/23) من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية على أن حكم التحكيم يعرض على موقع القضية، ولكنها لا تطرح مشكلة التخزين على المدى البعيد، إلا أن الحل لذلك موجود في المادة (10) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996م التي تتعلق تحديداً بحفظ المستندات الإلكترونية، حيث تكون الوثيقة محفوظة «إذا كان من الممكن إجراء استشارة لاحقة للمعلومات التي تحتويها؛ وإذا كانت الرسالة محفوظة بالشكل التي تم إرسالها أو استلامها به؛ وإذا تم حفظ البيانات الخاصة بالأصل ووجهة الرسالة، كتاريخ وساعة الإرسال أو الاستلام».

وعموماً يتوجب على مؤسسات ومراكز التحكيم الدائمة حفظ حكم التحكيم وضمنان عدم تحريفه أو تعديله، ولذلك، يتوجب على الأطراف الانتباه جيداً إلى مسألة اختيار مركز التحكيم الذي سيقوم بفض نزاعهم، ولذا سيكون من مصلحتهم اختيار مركز تحكيم معروف وموثوق وله باع طويل في مسألة حفظ أحكام التحكيم سواء كانت تقليدية أم إلكترونية، ويضمن سريتها، ويقوم الدليل على محتواها في مواجهة أية اعتراض محتمل من أصحاب الشأن⁽⁸⁰⁾.

(80) عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014م ص 177-178.

الخاتمة

نستنتج من هذه الدراسة أن التحكيم الإلكتروني يختلف عن التحكيم التقليدي من حيث إن الأول يتم بطريقة إلكترونية، ويتم من خلالها إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني وتنظيم إجراءاته وإصدار حكم التحكيم وتنفيذه وفقاً لما يقدمه الأطراف تدقيقاً، في حين أنه في التحكيم التقليدي تتم الاستعانة بمنصات إلكترونية لتوفير الجهد والوقت والنفقات.

كما جاء توجه النظام السعودي الصادر مواكباً ومتلائماً مع الإقرار بضرورة استخدام الوسائل التقنية الحديثة في عملية التحكيم، وفتح الباب أمام المتخصصين باستخدام واعتماد أي قواعد تنظم تطبيقات واستعمالات التكنولوجيا بطريقة حديثة وفعالة؛ فالمادة (5) من نظام التحكيم السعودي نصت على أنه: «إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة بينهما لأحكام أي وثيقة (عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية أو غيرهما) وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، وذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية»، ويفهم من هذه المادة أنه بمقدور الأطراف اختيار القواعد التي تناسب احتياجهم بما فيها تلك التي تنظم التحكيم الإلكتروني وإجراءاته بالوسائل والطرق الرقمية.

ومن هنا يمكن إنشاء مسار خاص للتحكيم الإلكتروني يُعنى بتسوية المنازعات باستعمال الوسائل الإلكترونية والرقمية المختلفة، ويكون داعماً لمجلس التجارة الإلكترونية السعودي الذي تأسس في 5 ذي القعدة 1439هـ، والذي يهدف لتنظيم وتحفيز قطاع التجارة الإلكترونية، ضمن رؤية المملكة 2030، في جذب الاستثمارات الأجنبية والدولية وتحقيقاً للنمو والتقدم والازدهار الاقتصادي.

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات يمكن استعراضها على الشكل الآتي:

أولاً: النتائج

- 1 - جمود القواعد القانونية الموجودة في التشريعات الوطنية لدول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي، وعدم تعديلها إلى الآن للاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة إلكترونياً على الرغم من أهميتها بالنسبة للتعاملات الإلكترونية، وفض المنازعات الناشئة عنها.
- 2 - تناثر القواعد الخاصة بتنظيم إجراءات التحكيم الإلكتروني بين مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة والاتفاقيات الدولية.
- 3 - بساطة إجراءات التحكيم الإلكتروني وسرعته، وسرية بياناته، وقلة مصاريفه، لأن تقديم المذكرات والإدلاء بأقوال الخصوم وممثليهم والاستماع لشهادة الشهود وتقارير الخبراء يتم بشكل فوري عبر الإنترنت، دون الحاجة لتنقلهم من مكانٍ إلى آخر.
- 4 - باتت التشريعات الوطنية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم والاتفاقيات الدولية تعترف صراحةً بالمحركات الإلكترونية، وتمنحها ذات الحجية المعترف بها للمحركات الكتابية إذا توافرت لها الشروط المنصوص عليها قانوناً، خاصةً أن منح القيمة القانونية للمحركات الإلكترونية يرتبط بالوسائل الإلكترونية التي تكفل صدور الكتابة والتوقيع عن ذوي الشأن، وعدم تعديل محتواها، وحفظها بالشروط التي تضمن صحتها.
- 5 - يتمتع الأطراف بحرية مطلقة في تحديد وتنظيم إجراءات التحكيم الإلكتروني، وفي حال عدم اتفاقهم على تحديد تلك الإجراءات، فإن مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة تتبع الإجراءات المعتمدة لديها في سير إجراءات التحكيم.
- 6 - إمكانية تعرض الحجج والأسانيد المتبادلة إلكترونياً بين الأطراف وهيئة التحكيم لأعمال القرصنة.

ثانياً: التوصيات

- 1 - توسيع نشاط مركز التحكيم التجاري السعودي بحيث يشمل التحكيم الإلكتروني جميع المنازعات مهما بلغت قيمتها.
- 2 - ضرورة قيام الجهات الحكومية ومراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة بإنشاء منصات دائمة للتحكيم الإلكتروني، على غرار ما فعله نظام التحكيم التجاري السعودي.
- 3 - تشجيع التشريعات الوطنية لمختلف دول العالم على تبني آليات وقواعد جديدة خاصة بالتحكيم الإلكتروني، خاصةً مع اتساع حجم التجارة الإلكترونية على المستويين العربي والدولي، وتزايد لجوء الأفراد والشركات إليه في فض المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الإلكترونية المبرمة بينهم.
- 4 - توحيد القواعد الخاصة بتنظيم التحكيم الإلكتروني وإجراءاته بين مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة وأيضاً الاتفاقيات الدولية.
- 5 - تكثيف عقد المؤتمرات الدولية والندوات لبيان مفهوم التحكيم الإلكتروني وإبراز أهميته ودوره الفعال في حسم المنازعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية.
- 6 - استخدام منصات متطورة ومشفّرة تسمح بوصول فوري لمختلف الوثائق، سيسهم في تطوير إجراءات التحكيم الإلكتروني، وتسريعها وتأمينها وحفظها في سجلات إلكترونية موثقة ومعتمدة من قبل التشريعات الوطنية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة والاتفاقيات الدولية.
- 7 - قيام مراكز ومؤسسات التحكيم بإعداد محكمين متخصصين في مجال التحكيم الإلكتروني، وقادرين بنفس الوقت على التعامل معه.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - الكتب:

- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة دار المعارف، الإسكندرية 1979م.
- أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013م.
- أحمد الشيخ قاسم، التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات جامعة دمشق، 1994م.
- أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكترونية، مج 1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008م.
- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية - دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عبر الإنترنت، «دراسة مقارنة»، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002م.
- إلياس ناصيف، العقود الدولية: التحكيم الإلكتروني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012م.
- إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009م.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية: دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006م.
- جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 2014م.
- هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009م.
- هبة تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية /دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011م.
- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية - دراسة في

- ضوء الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
- حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م.
 - محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م.
 - منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
 - نجوى أبو هيب، التوقيع الإلكتروني، تعريفه ومدى حجته في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
 - سمير دنون، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2012م.
 - سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة: دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م.
 - عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014م.
 - عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني - دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م.
 - فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م.
 - ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني: ماهيته - مخاطره وكيفية مواجهته - مدى حجته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.
 - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، ط1، دار الشروق للنشر، القاهرة، 2002م.
 - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.

- خالد عبد الفتاح محمد التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني في ظل أحكام القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني، ط1، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009م.
- خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م.

2 - الأبحاث:

- إبراهيم صبري الأرنؤوط، شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني - دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، مج 26، ع 49، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 123-146، 2012م.
- حنان أوشن، مساهمة التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، مج 15 ع 2، 2020م.
- مساعد صالح العنزي، خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 36، ع 3، سنة 2012م.
- مصلح أحمد الطراونة ونور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، مج 2، ع 1، سنة 2005م.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

1 - Books in french:

- Charles Jarrosson, Arbitrage commercial, droit interne, Fascicule 200, Editions du Juris-Classeur, 1998.
- Eric A. Caprioli, Droit international de l'économie numérique, 2^{ème} éd. LexisNexis, 2007.
- Fady Nammour, Droit et pratique interne et international, LGDJ, Paris, 2009.
- Karim Benyekhlef et Fabien Gelinas, Le règlement en ligne des conflits : enjeux de la cyberjustice, Romillat, 2003.
- Jean Baptiste Racine, Droit de l'arbitrage, éd. PUF, coll. Thémis-droit privé, 2016.
- Jean Robert, Le phénomène transnational, Paris, Association française

d'arbitrage, éd. AFA, LGDJ, Paris, 1988.

- Jean Robert et Bertrand Moreau, L'arbitrage: Droit interne et droit international privé, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1993.
- Loïc Cadiet, Thomas Clay, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Dalloz, 2019.
- Mohamed Diyaa Toumlit, Ahmed Alaa TOUMLIT, Le droit de l'arbitrage au Maroc, les éditions Maghrébines, Casablanca, 2014.
- Thiebault Verbiest, Commerce électronique : le nouveau cadre juridique (Publicité, Contrats, Contentieux), LGDJ, Paris, 2004.
- Thomas Clay, « L'écrit, la parole et l'image dans les modes alternatifs de règlement des conflits », in S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.) : La Parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle? Pulim, coll. Entretiens d'Aguesseau, 2011.
- Train Francois-Xavier, Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international. Étude de jurisprudence arbitrale, préface d'Ibrahim Fadlallah, LGDJ, Paris, 2003.

2 - Articles in french:

- Eric A. Caprioli:
- « Arbitrage international et commerce électronique », Rev. Lamy Dr. Immatériel, avril 2012.
- « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'expérience du CyberTribunal) », Rev. Arb, n° 2, 1999.
- Gabrielle Kaufmann-Kolher, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation: réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », in Rev. arb., 1998.
- Hamza Jabir, Kamal Lagtati, « Le règlement en ligne des litiges du commerce électronique : Cas de l'arbitrage électronique », Revue Internationale de Droit des Affaires, N°45 Avril – Mai, 2023.
- Jalal El-Ahdab et Mako, « Arbitrage international versus intelligence artificielle », Revue Droit et Affaires, 2018, p. 49, spéc. p. 53. Cité dans Rapport sur l'arbitrage en ligne par le club des juristes, avril, 2019.
- Jérôme Huet, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », Gaz.Pal, 2000.doctr.

- Pierre-Yves Gautier, «Arbitrage et Internet », in Th. Clay (dir.) Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage. Ouverture, Droit et Patrimoine, n°105, juin 2002.
- Vincent Gautrais et Karim Benyekhlef et Pierre Trudel, «Cybermédiation et Cyberarbitrage : l'exemple du Cybertribunal », Droit de l'informatique et des télécoms, 1998/4.

3 - Articles in English

- Nicolas DE WITT, « Online International Arbitration, Nine Issues Crucial to Its Success », Am. Rev. Int. Arb, vol.12 No. 3-4, 2003.
- Yu Hong-Lin et Motassem Nasir, «Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework?» Journal of International Arbitration, 20 (5), 2003.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	255
المقدمة	257
المبحث الأول: اتفاق التحكيم الإلكتروني	263
المطلب الأول: إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني	263
الفرع الأول: كيفية التعبير عن الإيجاب والقبول إلكترونياً	265
الفرع الثاني: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني	267
المطلب الثاني: محتوى اتفاق التحكيم الإلكتروني	272
الفرع الأول: تحديد قواعد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني	273
الفرع الثاني: تعيين المحكمين	276
المبحث الثاني: إجراءات التحكيم الإلكتروني	278
المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم إلكترونياً	279
الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم إلكترونياً في ظل نظام التحكيم الخاص أو الحر (Adhoc)	279
الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم عن بعد في ظل نظام التحكيم المؤسسي (Institutional Arbitration)	280

280	المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة إلكترونياً أمام هيئة التحكيم
281	الفرع الأول: تقديم طلب التحكيم إلكترونياً
283	الفرع الثاني: سير إجراءات التحكيم الإلكتروني
290	المبحث الثالث: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني ومدى حجتيه في مواجهة الخصوم
290	المطلب الأول: إعداد حكم التحكيم الإلكتروني
291	الفرع الأول: الشروط الشكلية الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني
294	الفرع الثاني: تبليغ حكم التحكيم إلكترونياً
295	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على صدور حكم التحكيم الإلكتروني
295	الفرع الأول: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني
298	الفرع الثاني: التنفيذ الطوعي لحكم التحكيم الإلكتروني
301	الفرع الثالث: حفظ حكم التحكيم الإلكتروني
302	الخاتمة
305	قائمة المراجع

تحديات قانونية في مواجهة استخدام الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة التجارية



أ. د. آلاء يعقوب يوسف
أستاذ القانون التجاري
كلية القانون، جامعة الشارقة
دولة الإمارات العربية المتحدة

الملخص

لم يعد خافياً ما تحمله خصائص تطبيقات الذكاء الاصطناعي من إمكانيات مستقبلية واعدة. وهذا البحث يتناول أحد المجالات التي يمكن أن يكون للذكاء الاصطناعي دوراً متميزاً فيها، وهو مجال إدارة الشركة التجارية، حيث أضحى هذا الأمر واقعاً بالفعل، بدءاً اعتماد بعض الشركات التجارية على الذكاء الاصطناعي في إدارتها بصيغة أو أخرى، وحيث إن الأمر يثير تحديات قانونية مهمة بالنظر لعدم وجود قواعد قانونية تنظم هذه الصيغة المتطورة في إدارة الشركة، فقد تمثلت إشكالية البحث بتساؤل رئيس مفاده: «ما مدى ملاءمة قواعد قانون الشركات التجارية التقليدية النافذة لتنظيم تدخل الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة؟». وتم التركيز على تحديين قانونيين أساسيين أولهما: ما مدى صلاحية الذكاء الاصطناعي للتدخل في إدارة الشركة التجارية؟، والثاني: كيف يتم تنظيم المساءلة عند ارتكابه خطأ إدارياً؟، وبناءً على ذلك فقد تم تقسيم البحث تقسيماً ثنائياً من مبحثين، وانتهت الدراسة إلى نتيجة رئيسة مفادها الحاجة إلى تدخل تشريعي يعزز فرص الاستفادة من التطور التقني ويحفظ حقوق الشركة والمتعاملين معها، والتوصية بتعديل تشريعي يوسع النصوص المتعلقة بإدارة الشركة، ويلزم الشركة بنتائج استخدامها الذكاء الاصطناعي.

كلمات دالة: تقنيات حديثة، ذكاء اصطناعي، إدارة الشركة، مدير الشركة، مسؤولية قانونية.

وتاريخ قبوله: 22 مايو 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 4 مايو 2024

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

لم يعد الذكاء الاصطناعي خيالاً علمياً، بل أصبح واقعاً متسارعاً، ودخل بالفعل إلى العديد من المجالات⁽¹⁾، ولم تغفل الشركات التجارية ما تحمله خصائص تطبيقات الذكاء الاصطناعي من إمكانيات مستقبلية واعدة، لعل من أهم هذه الخصائص القدرة على التعلم من التجارب السابقة، والقدرة على التكيف مع المعطيات، ومن ثم القدرة على حل المشكلات المستجدة⁽²⁾، وكل ذلك في إطار مزية الاستجابة السريعة المقرونة بالإبداع، وهو ما يجعله في بعض الأحيان حلاً مثالياً لإدارة النشاط التجاري، بل إنه قد يتفوق في جوانب معينة على الشخص الطبيعي، من ذلك مثلاً ما يتمتع به من قدرة على تحليل كم هائل من البيانات خلال وقت قصير نسبياً.

فالمدير التقليدي قد يحتاج إلى من يساعده على فهم بيانات من طبيعة معينة، مثل البيانات المالية، كما يستغرق تفسيرها وتحليلها ومن ثم الوصول إلى قرار سليم بناءً عليها مدة معينة تطول أو تقصر بحسب كمية هذه البيانات ومدى تعقيدها، وهو ما يتجاوز الذكاء الاصطناعي، حيث يؤدي مهمة تحليل كم هائل من البيانات بسرعة ودون الحاجة إلى الاستعانة بغيره، وهو ما مؤداه بطبيعة الحال الخروج بقرار أكثر دقة، كونه تم بناءً على تحليل لكل البيانات المتاحة⁽³⁾.

(1) أطلقت دولة الإمارات العربية المتحدة في عام 2017 استراتيجية الإمارات للذكاء الاصطناعي AI، ومن بين الأهداف التي وردت في هذه الاستراتيجية «أن تكون حكومة الإمارات الأولى في العالم في استثمار الذكاء الاصطناعي، بمختلف قطاعاتها الحيوية»، واستهدفت الاستراتيجية العديد من القطاعات الحيوية في الدولة مثل قطاع الصحة والتعليم والنقل والبيئة والمرور والفضاء وغير ذلك. استراتيجية الإمارات للذكاء الاصطناعي | البوابة الرسمية لحكومة الإمارات العربية المتحدة (u.ae)، آخر زيارة بتاريخ: 2024/3/8. كما تم استحداث مكتب للذكاء الاصطناعي، وتعيين وزير دولة للذكاء الاصطناعي في التعديل الوزاري في أكتوبر من العام 2017، وتمثل أهم مهام مكتب الذكاء الاصطناعي في تحقيق أهداف استراتيجية الإمارات للذكاء الاصطناعي، كما أنه مسؤول عن وضع السياسات واللوائح المتعلقة بالذكاء الاصطناعي، انظر الرابط التالي:

About | Artificial Intelligence Office, UAE (ai.gov.ae)، آخر زيارة بتاريخ: 2024/3/8.

(2) Iakovina Kindylidi, «Smart Companies: Company & board members liability in the age of AI», LLM International Business Law, Tilburg University, Netherlands, August 2018, p.9. Available at: show.cgi (uvt.nl) (Last accessed: 8/3/2024).

(3) Florian Möslin, Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law (September 15, 2017). in: Woodrow Barfield and Ugo Pagallo (eds), Research Handbook on

من جانب آخر، فإنه في الوقت الذي يحتمل فيه ألا يكون القرار الذي يتخذه المدير التقليدي حيادياً، حيث يمكن أن يخضع لضغوط من جهات معينة داخل الشركة أو خارجها، أو يتخذ القرار بالمحاباة لنفسه، أو أن تتأثر دقة القرار بعوامل شخصية معينة كالحالة الصحية للمدير عند اتخاذ القرار، فإن الذكاء الاصطناعي من حيث المبدأ يكون بمنأى عن التأثير بالضغوط أو العوامل الشخصية بحكم طبيعته⁽⁴⁾.

كل ذلك دفع المنتدى الاقتصادي العالمي في دراسة تعود إلى العام 2015 إلى القول بأنه بحلول العام 2026 سيصبح تقاسم مديري الشركة صلاحياتهم في اتخاذ القرار مع الذكاء الاصطناعي أمراً واقعاً⁽⁵⁾، إلا أن بعض الشركات التجارية في أنحاء متفرقة من العالم لم تنتظر حلول العام 2026، إذ شرعت بالفعل في استخدام تطبيقات الذكاء الاصطناعي في إدارتها⁽⁶⁾، ومن بينها الشركة العالمية القابضة في دولة

the Law of Artificial Intelligence, Edward Elgar, (2018), p.7, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3037403> (Last accessed: 24/3/2024).

- (4) Iakovina Kindylidi, op. cit., pp.26-27. Zhaoyi Li, Artificial Fiduciaries (July 28, 2023), Washington and Lee Law Review, Vol.81, No.4, Forthcoming, U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2023-31, p.4. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4524129> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4524129>. (Last accessed: 8/3/2024).

مع ملاحظة أن هذه الميزة ليست مطلقة، إذ يُوجّه الذكاء الاصطناعي من خلال برمجته بطريقة تضمن تحييزه لجهة معينة، أو لفكرة معينة.

Robert G. Eccles and Miriam Vogel, Board Responsibility for Artificial Intelligence Oversight, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, January 5, 2022. Available at: Board Responsibility for Artificial Intelligence Oversight (harvard.edu) (Last accessed: 16/4/2024).

- (5) Deep Shift, "Technology Tipping Points and Societal Impact. Survey Report." In Global Agenda Council on the Future of Software & Society, World Economic Forum. 2015, p.21. Available at: Deep Shift: Technology Tipping Points and Societal Impact | World Economic Forum (weforum.org). (Last accessed: 8/3/2024).

(6) من بين أولى هذه الشركات شركة ديب نوليدج فانتشير Deep Knowledge Venture في هونج كونج التي اعتمدت برنامجاً للذكاء الاصطناعي يطلق عليه فيتال VITAL لاتخاذ قرارات استثمارية تتعلق بنشاط الشركة، واعتبرته العضو السادس من أعضاء مجلس إدارتها.

Rob Wile, A Venture Capital Firm Just Named: An Algorithm to Its Board of Directors - Here's What It Actually Does, business insider, may/13/2014. Available at: VITAL Named to Board (businessinsider.com). (Last accessed: 8/3/2024).

الإمارات العربية المتحدة التي أعلنت عن تعيين الذكاء الاصطناعي آيدن إنسايت (Aiden Insight) في مجلس إدارتها بصفة مراقب⁽⁷⁾.

ثانياً: أهمية البحث

لا خلاف في أن الاستفادة من فرص التقدم التقني من شأنها أن تعزز أداء الشركات التجارية، إلا أن استخدام التقنيات الحديثة ومن بينها الذكاء الاصطناعي يتطلب وبشكل متواز تنظيمًا قانونياً ملائماً، ذلك أن عدم وجود قواعد قانونية واضحة وكافية وملائمة قد يكون سبباً للعزوف عن استخدامه والتمسك بما هو تقليدي، أو الوقوع في تبعات انعدام السند القانوني وما يثيره ذلك من إشكاليات قانونية، لذا فإن أهمية هذا البحث أهمية عملية تنبع من حاجة الواقع إلى دعم فرص استخدام الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة بغطاء قانوني وافٍ.

ثالثاً: إشكالية البحث

لا يخلو تدخل الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة من تحديات قانونية جديدة، مردّها عدم وجود قواعد قانونية تنظم هذه الصيغة المتطورة في إدارة الشركة، ذلك أن القواعد القانونية النازمة لإدارة الشركة تتعلق كلها بشخص طبيعي (أصالة عن نفسه أو ممثلاً لشخص اعتباري) يتولّى إدارتها بصفته مديراً أو حاداً أو رئيساً أو عضواً في مجلس إدارة الشركة، ولعل من أهم التحديات القانونية التي يثيرها تدخل الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة تلك التي تتعلق بالسند القانوني لتسميته مديراً أو عضواً في مجلس الإدارة، ومدى الصلاحيات القانونية التي يتمتع بها، إذ لا يخلو الأمر من تساؤل عما إذا كان يعد مفوضاً من جهة الإدارة أم يعد جهة إدارة بحد ذاته، من جهة أخرى يثور تساؤل مهم عن الحكم فيما لو اتخذ الذكاء الاصطناعي قراراً إدارياً خاطئاً، فما هي أحكام المسؤولية المناسبة لمثل هذا الفرض؟ هذه التساؤلات كلها تتفرّع من تساؤل رئيس يمثل إشكالية البحث، وهو ما مدى ملائمة قواعد قانون الشركات التجارية التقليدية والنافذة لتنظيم تدخل الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة.

(7) عاصم الخولي، تعيين «مستشار للذكاء الاصطناعي» مراقباً في مجلس إدارة الشركة العالمية القابضة وأكبر كيان للتداول العالم في الإمارات، وكالة أنباء الإمارات (وام)، بتاريخ 26 فبراير 2024. (wam.ae)، آخر زيارة بتاريخ: 2024/3/8.

رابعاً: أهداف البحث

انطلاقاً من إشكالية البحث، فإن هدفه يتمثل بالبحث عن حلول لأهم الإشكاليات القانونية التي يثيرها تدخل الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة، وبيان ما إذا كان يكفي لمواجهة التحديات التي تثيرها هذه الإشكاليات تطويع القواعد القانونية التقليدية، وعدّ الذكاء الاصطناعي مما يدخل تحت إطارها برسم صيغة قانونية معينة لتدخله في الإدارة، أم يتعين ترجيح سنّ قواعد قانونية جديدة تلائم طبيعة الذكاء الاصطناعي ودوره في إدارة الشركة.

خامساً: منهج البحث

يعتمد البحث بشكل رئيس على المنهج الاستقرائي، لعدم وجود قواعد قانونية تواجه وتنظم الإشكاليات القانونية التي يثيرها استخدام الذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة التجارية، من هنا فإن البحث قائم على متابعة التحديات القانونية المختلفة ومحاولة إيجاد قواعد قانونية تنضوي تحتها الحلول القانونية المقترحة، كما يقوم البحث في بعض جزئياته على المنهج التحليلي لتحليل القواعد القانونية التقليدية، وبيان مدى توافقها مع التطورات التقنية في إدارة الشركة، وإلى جانب هذين المنهجين يعتمد المنهج الوصفي بشكل ثانوي على عرض المفاهيم وتحليلها.

سادساً: خطة البحث

البحث مقسّم إلى خطة ثنائية من مبحثين، مع مقدمة البحث وخاتمة التي تضم أهم النتائج والتوصيات، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: إشكالية الصلاحيات القانونية للذكاء الاصطناعي

المبحث الثاني: إشكاليات المسؤولية القانونية عن الأخطاء الإدارية للذكاء الاصطناعي

المبحث الأول

إشكالية الصلاحيات القانونية للذكاء الاصطناعي

يتضمن قانون الشركات تحديداً للكيفية التي يتم بموجبها اختيار مدير الشركة أو مجلس الإدارة، وتتمثل هذه الكيفية باختياره وانتخابه من قبل الشركاء في الشركة، سواء كانت شركة أشخاص أو شركة أموال، حيث اعتبر المشرع أن الإدارة حق لجميع الشركاء في شركات الأشخاص، إلا أنه ترك للشركاء الحرية في تعيين واحد أو أكثر من الشركاء أو من الغير ليتولى إدارة الشركة، فيكون بذلك مفوضاً من قبلهم للقيام بهذه المهمة⁽⁸⁾، كما منح الجمعية العمومية في شركات الأموال صلاحية انتخاب أعضاء مجلس إدارة الشركة⁽⁹⁾، ومن يتم اختياره بهذه الطريقة يتعين أن يكون شخصاً طبيعياً، فإذا كان شخصاً اعتبارياً وجب اختيار شخص طبيعي يمثل بحكم طبيعة الأول المجازية⁽¹⁰⁾.

فإذا قرّرت الشركة الاستعانة بالذكاء الاصطناعي ليتولى إدارتها أو يشارك في الإدارة، فإن تطبيق القواعد سالفة الذكر يثير العديد من الإشكاليات القانونية، ولعل من أهمها إشكاليتين رئيسيتين، أولهما: تحديد مصدر صلاحية الذكاء الاصطناعي القانونية، وثانيهما: كيفية الرقابة على حسن مزاولته لصلاحياته، ونعالج هاتين الإشكاليتين في المطلبين الآتين.

المطلب الأول

إشكالية مصدر صلاحية الذكاء الاصطناعي القانونية

إن تحديد أبعاد هذه الإشكالية القانونية وما يرتبط بها من حلول قانونية يتطلب التمييز

(8) الفقرة الأولى من المادة (45) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 32 لسنة 2021 بشأن الشركات التجارية. حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن 183، لسنة 28 قضائية - الدائرة المدنية - بتاريخ 2009/6/5 رقم الصفحة 237. متاح في شبكة قوانين الشرق، الرقم المرجعي للحكم في الشبكة 340540.

(9) الفقرة الأولى من المادة (144) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 32 لسنة 2021 بشأن الشركات التجارية.

(10) أطلق المشرع الإماراتي صفة مدير الشركة فلم يشترط أن يكون شخصاً طبيعياً سواء في الأحكام العامة أو في شركات الأشخاص أو شركات الأموال، إلا أنه أشار إليه بوصف الشخص صراحة كما في الفقرة الأولى من المادة (45). راجع المواد (22، 45، 143) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 32 لسنة 2021 بشأن الشركات التجارية.

بين فرضيين؛ الأول: أن تسند مهمة إدارة الشركة إلى الذكاء الاصطناعي، فيكون مديراً للشركة أو عضواً في مجلس إدارتها. والثاني: أن يكون للشركة مدير تقليدي (شخص طبيعي) ويفوض هذا الأخير صلاحياته إلى الذكاء الاصطناعي.

ومرد إشكالية الفرض الأول تساؤل قانوني مهم هو عما إذا كان يحق للشركاء في الشركة أن يختاروا الذكاء الاصطناعي لإدارة الشركة مفوضين له كامل الصلاحيات أو جزءاً منها؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل في ضوء أحكام القواعد التقليدية لقانون الشركات التجارية يتعين أن تكون بالنفي.

فالمشرع يحدد صفة المدير صراحة بكونه شخصاً، كما في نص الفقرة الأولى من المادة (45) من المرسوم بقانون بشأن الشركات التجارية الاتحادي رقم 32 لسنة 2021، حيث تنص على أنه: «تكون إدارة الشركة لجميع الشركاء... إلا إذا عُهد بها بمقتضى عقد تأسيس الشركة، أو عقد مستقل إلى شريك أو أكثر، أو إلى شخص غير شريك»، كما أن القانون المذكور ينص بشكل واضح على أن يتولى الإدارة شخص طبيعي أصالة عن نفسه أو نيابة عن شخص اعتباري، فالفقرة الأولى من المادة (149) من قانون الشركات التجارية الاتحادي تنص على أنه: «لا يجوز لأحد بصفته الشخصية أو بصفته ممثلاً لأحد الأشخاص الاعتبارية أن يكون عضواً في مجلس إدارة أكثر من خمس شركات مساهمة مركزها في الدولة، ولا أن يكون رئيساً لمجلس الإدارة أو نائباً له في أكثر من شركتين مركزهما في الدولة...».

وعلى الرغم من أن المشرع لم يحدد صراحة أن المقصود بـ«أحد» الواردة في النص هو الشخص الطبيعي، إلا أن النص لا يعد غامضاً ولا يشير إشكالية في تفسير المقصود بهذا اللفظ بالشخص الطبيعي، باعتبار أن وصف الشخص في القانون يتحدد بالشخص الطبيعي والاعتباري فحسب، وليس للذكاء الاصطناعي «صفة شخصية»، كما أن الفقرة الثانية من المادة ذاتها تضع جزءاً على عضو مجلس الإدارة الذي يخالف حكم الفقرة الأولى المشار إليها بإبطال عضوية المخالف في الشركات التي تزيد عضويته فيها على النصاب القانوني المحدد، ويلزم بأن يرد لها ما يكون قد قبضه منها من أجور أو مكافآت، وهو ما لا يتصور فيما لو كان المشرع يقصد بالنص ما سوى الشخص القانوني.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، فالعديد من نصوص قانون الشركات التي تنظم أحكام

إدارة الشركة، تشير إلى أن المدير أو عضو مجلس الإدارة يجب أن يكون شخصاً، من ذلك على سبيل المثال المادة (22) من قانون الشركات التجارية الاتحادي التي تفرض على مدير الشركة بأن يبذل عناية الشخص الحريص في تسييره لشؤون الشركة، والمادة (147) من ذات القانون التي تنص على أنه: «لا يجوز تعيين أو انتخاب أي شخص عضواً بمجلس إدارة الشركة إلا بعد أن يقر كتابة بقبول الترشيح...».

ولا يختلف توجّه القانون الأمريكي عن ذلك، حيث يشترط صراحة أن يتولّى إدارة الشركة شخص طبيعي. فالمادة (141/ب) من قانون الشركات لولاية ديلاوير تنص على أنه: «... يجب أن يتكوّن مجلس إدارة الشركة من عضو واحد أو أكثر، على أن يكون كل منهم شخصاً طبيعياً...»⁽¹¹⁾.

أما الفرض الثاني والمتمثل في أن يكون مدير الشركة مديراً تقليدياً (شخصاً طبيعياً) ويستعين هذا الأخير بالذكاء الاصطناعي، فينضوي بدوره على احتمالين؛ أولهما: أن تكون استعانتة بالذكاء الاصطناعي بصيغة المساعد في عملية اتخاذ القرار، فيبقى القرار قانونياً وفعلياً بيد مدير الشركة التقليدي، وثاني الاحتمالات: أن يفوض المدير المذكور جزءاً من صلاحياته إلى الذكاء الاصطناعي، بحيث يعطي هذا الأخير الحق في اتخاذ القرار.

ومما لا شك فيه أن الاحتمال الأول لا يثير أي إشكاليات قانونية، فمن البديهي أن المدير (الشخص الطبيعي) يستعين بعدد من الأشخاص كالمحاسبين والخبراء المستقلين والمحامين⁽¹²⁾، وعدد من التقنيات كأجهزة الحاسوب وغيرها من الأجهزة لإنجاز مهمته، ولا يتصور القول أن قيام التزام المدير بالإدارة على الاعتبار الشخصي معناه الحظر المطلق لاستعانتة بأي شخص آخر، بناءً على ذلك لا خلاف في أنه يحق لمدير الشركة الاستعانة بالوسائل التقنية الحديثة التي تعينه على اتخاذ القرارات السليمة، ومنها الذكاء الاصطناعي الذي يقوم بتحليل البيانات، أو بإجراء إحصائيات معينة، أو حتى اقتراح نموذج قرار بشأن مسألة معينة، ولا يخرج الأمر في هذه الحالة عن كون

(11) Delaware Code, Title 8, General Corporation Law, available at: Delaware Code Online.

(12) حكم المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم 331 لسنة 28 قضائية - الدائرة التجارية- بتاريخ 2007/2/28. مكتب فني 29 رقم الصفحة 258. وفيه تقضي المحكمة بصحة توكيل محام الصادر من مدير الشركة بصفته ممثلاً قانونياً لها. الحكم متاح في شبكة قوانين الشرق- الرقم المرجعي للحكم 338041.

الذكاء الاصطناعي أداة مساعدة، ولا دور له في اتخاذ القرار، إذ يبقى للمدير أو لمجلس الإدارة التقليدي الحق في اتخاذ القرار، وله أن يهدر ما اقترحه الذكاء الاصطناعي إذا تبين له عدم عدالته أو عدم توافقه مع أحكام القانون⁽¹³⁾.

أما الاحتمال الثاني وهو مرد الإشكالية؛ فيقوم على فكرة أن يفوض المدير صلاحياته أو جزءاً منها إلى الذكاء الاصطناعي، بحيث يملك هذا الأخير صلاحية اتخاذ قرار، والإشكاليات القانونية التي يثيرها تتعلق بإمكانية مثل هذا التفويض من الناحية القانونية، فالأصل أن يتولى المدير الإدارة بنفسه، بالنظر لأن شخصيته محل اعتبار لدى الشركاء، تطبيقاً للقواعد العامة في عقد الوكالة⁽¹⁴⁾.

إلا أن الفقه لا يرى ما يمنع المدير من تفويض غيره تلبية لمقتضيات النشاط التجاري وتشعبه ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بموجب شرط في عقد الشركة أو اتفاق تعيينه، فإذا فوّض صلاحياته للغير فإنه يكون مسؤولاً عن أعمال من اختاره تجاه الشركة، ولا تستطيع الشركة أن تتمسك بعدم التزامها بأعمال نائب المدير⁽¹⁵⁾، وهذا الرأي له سند في القواعد العامة، فالفقرة الثالثة من المادة (934) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 تنص على أنه: «ويجوز للوكيل في الوكالة الخاصة إذا كثرت أعماله أن يوكل غيره على سبيل المعاونة له لا على سبيل الاستقلال بالتصرف»، وهو ما ذهب إليه القضاء الإماراتي، فلم يمنع المدير من تفويض صلاحياته أو جزء منها للغير، ويسأل هذا الغير تجاه المدير عن حسن تنفيذه للأعمال التي يفوضه بها، إلا أن هذا لا يجب مسؤولية مدير الشركة تجاه الشركة والشركاء عن تلك الأعمال.

فقد جاء في حكم لمحكمة تمييز دبي أنه إذا «كان من يتولى إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة هو مديرها وأن له السلطة الكاملة في تمثيلها وإدارتها وولاية التصرف بمفرده في كافة ما اتفق على إنابته فيه وما يتصل به من توابع ضرورية إلا أنه يحق له أن يستعين في سبيل ذلك بمن يرى الاستعانة به كائناً من كان وبصرف النظر عن كونه شريكاً في ذات الشركة أو ليس شريكاً فيها، وأن يفوضه - وفقاً للمادتين 924

(13) Iakovina Kindylidi, op. cit., p.22.

(14) الفقرة الأولى من المادة (934) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

(15) أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص224. سعد جاد الله حمود، سلطات وصلاحيات المدير في الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016، ص60.

و925 من قانون المعاملات المدنية - فيما يملك هو حق التصرف فيه طالما كان الوكيل غير ممنوع من التصرف فيما وكل به، ويسأل الوكيل عما ينجم من ضرر بسبب تقصيره في القيام بواجبه بغض الطرف عن كونه شريكاً في الشركة وأن من فوّضه هو المدير المسؤول عن إدارة الشركة أصلاً⁽¹⁶⁾.

أما القانون الأمريكي، فيجيز لمدير الشركة تفويض جزء من صلاحياته للغير، ويُعد ذلك بحسب الأصل تطبيقاً لقاعدة القرار التجاري التي أنشأتها السوابق القضائية، إلا أن هذا الأصل مقيّد بوجوب أن يكون «تفويض الصلاحيات مناسباً». وبهذا الصدد بينت محكمة المستشار في ولاية ديلاوير أنه لا يحق للمدير تفويض الصلاحيات «التي تقع في صميم إدارة الشركة» أو التفويض الذي يكون من شأنه إقصاء المدير بشكل جوهري من القيام بواجبه في اتخاذ القرار المناسب بشأن المسائل التجارية.

ولكي يكون التفويض نافذاً يجب أن «يحتفظ المدير بالحرية الكاملة في توجيه استراتيجية الشركة وشؤونها»، ولضمان ذلك يتعين أن يكون التفويض ضيق النطاق، أو أن يكون لمدير الشركة الحق في أن يسحب التفويض في أي وقت يشاء ليعود لممارسة صلاحياته الكاملة كما كانت قبل التفويض⁽¹⁷⁾.

بناءً على ما تقدّم، من الفقه من يذهب إلى القول بأنه ليس هناك ما يمنع من أن يفوض مدير الشركة جزءاً من صلاحياته إلى الذكاء الاصطناعي، وإن كان ذلك يتم بطريقة واقعية غير رسمية، بناءً على ثقة المدير بدقة القرار الذي يصدر عن الذكاء الاصطناعي ولاسيما في الحالات التي تتطلب اتخاذ القرار بسرعة، وحتى في هذه الحالة فإن صلاحية اتخاذ القرار النهائي تبقى بيد المدير، وله ألا يأخذ بما ذهب إليه الذكاء الاصطناعي إذا تبين له عدم صوابه⁽¹⁸⁾، إلا أن هذا الرأي بحسب تقدير الباحثة يصعب قبوله، فالتفويض يحتاج إلى سند، والمدير في حال تفويض صلاحياته إنما يقوم بذلك على سند من الاتفاق بينه وبين

(16) محكمة التمييز، الأحكام المدنية، الطعن رقم 207 لسنة 2006 قضائية- الدائرة التجارية، بتاريخ 2006/11/27، مكتب فني 17، رقم الجزء 2، رقم الصفحة 1686. الحكم متاح على شبكة قوانين الشرق، الرقم المرجعي للحكم 305169.

(17) Bally's Grand derivative litigation, Court of Chancery of Delaware, Jun 4, 1997. Available at: 06/04/97 Bally's Grand Derivative Litigation | Court of Chancery of Delaware | 06-04-1997 | www.anylaw.com. (Last accessed: 8/3/2024).

(18) Florian Möslin, op. cit., p.10. Iakovina Kindylidi, op. cit., p.22.

من يفوضه وينوب عنه، ومثل هذا الأمر غير متصور بشأن الذكاء الاصطناعي، فالأخير ليس له شخصية قانونية، وليس لديه أهلية التصرف ليكون طرفاً في عقد وكالة مع المدير.

نخلص مما تقدّم أن إعطاء الذكاء الاصطناعي مركز مدير الشركة أو النائب عن المدير يُعدّ تحدياً قانونياً في ضوء القواعد القانونية النافذة، وإذا ما تم افتراضه مجازاً ومن الناحية الواقعية، فإنه لن يكون التحدي الوحيد، إذ تثير مزاولة الذكاء الاصطناعي للصلاحيات المسندة له واقعاً - بحسب الافتراض السابق - تحدياً قانونياً آخر يتعلق بمدى حسن تنفيذه لالتزاماته ومراقبة ذلك، ونبينه في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

إشكالية الرقابة على عمل الذكاء الاصطناعي

إن تفويض المدير صلاحياته أو جزء منها إلى الغير على النحو المبين آنفاً لا يجبُ التزام المدير بأن يراقب عمل المفوض بهذه الصلاحيات، إذ يبقى المدير مسؤولاً عن عمل من فوضه، لذا عليه أن يُحسن اختياره ابتداءً، ويصدر له التعليمات اللازمة لإنجاز المهمة التي فوضه إياها، كما أن عليه أن يشرف عليه لضمان حسن تنفيذها، فإذا كان المفوض بالإدارة هو الذكاء الاصطناعي، فإن على المدير تنفيذاً لواجب الرقابة أن يُحسن اختيار تطبيق الذكاء الاصطناعي الذي يعهد إليه بجزء من الصلاحيات، كما أن عليه أن يراجع ويراقب ما يتخذه الذكاء الاصطناعي من قرارات، وهذا ما يتطلب من المدير معرفة بالآلية التي يعمل بها الذكاء الاصطناعي⁽¹⁹⁾.

ولا تقتصر الرقابة التي يتعيّن أن تفرض على الذكاء الاصطناعي على رقابة مدير الشركة الذي فوضه، فإدارة الشركة بدورها تخضع للرقابة على أعمالها، حيث يتولى الشركاء غير المديرين مهمة الرقابة على عمل المدير، في حين تكون مهمة الرقابة أكثر أهمية في شركات الأموال، حيث يتولى القيام بها مدقق الحسابات⁽²⁰⁾، فضلاً عن الشركاء المساهمين ممثلين بالجمعية العمومية للشركة، فإذا تم تفويض الذكاء الاصطناعي جزءاً من الصلاحيات في إدارة الشركة، فإن الأمر يتطلب من أجهزة الرقابة الأخرى الداخلية والخارجية أن تراجع وتدقق عمل الذكاء الاصطناعي أيضاً.

إن الرقابة المشار إليها تثير العديد من التحديات القانونية والعملية، فهل يمكن

(19) Florian Möslin, op. cit., p.11.

(20) المادة (245) وما بعدها من المرسوم بقانون اتحادي رقم 32 لسنة 2021 بشأن الشركات التجارية.

للأشخاص الطبيعيين (كالمدير أو الشركاء الآخرين أو مدقق الحسابات) أن تؤدي ذات الدور المرسوم لها كجهة رقابية إذا كان متخذ القرار نظاماً من أنظمة الذكاء الاصطناعي؟ بعبارة أخرى: ما مدى فعالية أنظمة الرقابة التقليدية على الذكاء الاصطناعي؟.

في الواقع لا تعد الرقابة التقليدية على الذكاء الاصطناعي مهمة يسيرة، ذلك أن القرار المتخذ من قبله يفترض أنه قد تم اتخاذه بناءً على تحليل كم هائل من البيانات، وهذا الكم تعجز الوسائل التقليدية عن مراجعته، مما يجعل عملية الرقابة عليه عديمة الجدوى، من جانب آخر، وحيث إن الذكاء الاصطناعي يطور خبرة خاصة به، ولا يقف عند حد ما تمت برمجته عليه ابتداءً، فقد لا يكون ممكناً تحديد المنطق الذي بنى الذكاء الاصطناعي قراره عليه، حتى بالنسبة لمن قام ببرمجته⁽²¹⁾.

مع ذلك، فإن هذا الأمر لا يعني أن من غير الممكن الرقابة على عمل الذكاء الاصطناعي في حال تمت الاستعانة به في إنجاز بعض الأعمال التجارية، إلا أن الرقابة يجب أن تتخذ صيغة تقنية تتلاءم مع طبيعة الذكاء الاصطناعي، ويجري الفقه مقارنة بين الحالة محل البحث، وشركات التداول في أسواق الأوراق المالية التي أضحت تعتمد على الذكاء الاصطناعي في تنفيذ عمليات التداول⁽²²⁾، بالشكل الذي يتخذ فيه للذكاء الاصطناعي القرار، فيقرر الوقت المناسب للتداول والكمية التي يتعين شراؤها أو بيعها والسعر المناسب وما إلى ذلك.

لقد أدى استخدام الأتمتة في أسواق الأوراق المالية إلى جعلها أكثر فعالية، حيث يمكن للأجهزة أن تستوعب المعلومات الجديدة في السوق وتتعامل وفقاً لها بسرعة أكبر بكثير من العنصر البشري، إلا أن هذه الخصائص تفرض في الوقت ذاته مواجهة تحديات معينة، فالاستجابة السريعة للذكاء الاصطناعي في اتخاذ القرار تقابلها استجابة سريعة في إلغاء القرار وفقاً لمعطيات جديدة توصل إليها، وهو ما قد يسبب حالة من عدم الاستقرار في السوق، إلا أن هذا لا يعني العزوف عن استخدام الذكاء الاصطناعي، إنما الحاجة إلى اعتماد آليات قانونية مناسبة لمواجهة هذه المستجدات⁽²³⁾.

(21) Béatrice Schütte, and Lotta Majewski, and Katri Havu, «Damages liability for harm caused by Artificial Intelligence-EU law in flux», Helsinki Legal Studies Research Paper, 69, (2021), p.18. Available at: AILiaEU in Flux SSRN 8_21.pdf - Google Drive. (Last accessed: 8/3/2024).

(22) Florian Möslein, op. cit., p.11.

(23) Andreas Martin Fleckner, Regulating Trading Practices, Oxford University Press, The

المبحث الثاني

إشكاليات المسؤولية القانونية عن الأخطاء الإدارية للكفاء الاصطناعي

إن اختيار الذكاء الاصطناعي لإدارة الشركة، لا يثير تحدياً قانونياً بشأن مدى إمكانية اختياره من الناحية القانونية فحسب، بل يثير تحديات وإشكاليات قانونية أهم وأكبر تتعلق بتبعات هذا الاختيار، ولعل من أهم الإشكاليات في هذا الصدد هي إشكالية المسؤولية، فإذا اتخذ الذكاء الاصطناعي قراراً خاطئاً كان من شأنه إلحاق الضرر بالشركاء أو الغير، فكيف تتحقق المساءلة؟

ولعل هذا التساؤل يكتسب أهمية خاصة عندما تُعطى للذكاء الاصطناعي صلاحيات اتخاذ القرار، فالنظام القانوني الحالي وضع واستقر لينظم الإدارة التقليدية للشركة، واختلاف هذه الإدارة في الطبيعة عن الذكاء الاصطناعي تجعل من تطبيق القواعد التقليدية المذكورة أمراً متعذراً، فكيف يمكن التعامل مع تلك التحديات القانونية؟ للإجابة عن هذا التساؤل تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول أولهما إشكالية تحديد مصدر الخطأ وإثباته، ويتناول الثاني إشكالية ترتيب أثر المسؤولية.

المطلب الأول

إشكالية تحديد مصدر الخطأ وإثباته

يتوقف قيام المسؤولية على توافر أركانها وإثبات ذلك، ومسؤولية مدير الشركة لا تختلف في ذلك، إذ لا بد لمساءلته من إثبات ركن الإضرار (الفعل غير المشروع) والضرر والعلاقة السببية بينهما، إذ يسأل المدير تجاه الشركة والشركاء والغير عما يرتكبه من أخطاء في تنفيذ التزامه بإدارة الشركة، إذا ترتب على هذه الأخطاء ضرر لحق أحد هؤلاء.

والتزام المدير بإدارة الشركة وفقاً لقواعد قانون الشركات هو التزام ببذل عناية، ويتعين لتنفيذ هذا الالتزام أن يبذل مقدار العناية المحدد قانوناً، فإذا نزل عن مستوى العناية

Oxford Handbook of Financial Regulation, pp.596-630, 2015, Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No.2015-8, Max Planck Private Law Research Paper No.15/24, pp.36-42. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2476950>. (Last accessed: 8/3/2024).

المطلوب قامت مسؤوليته، وقد حدّد المشرّع الإماراتي مقدار العناية المطلوب من المدير بعناية الشخص الحريص⁽²⁴⁾، وهي عناية تفوق عناية الشخص المعتاد، بالنظر لكونه مهنيًا يؤدي عمله لمصلحة الشركة ويعمل مقابل أجر⁽²⁵⁾، ولإثبات ارتكاب المدير خطأ في الإدارة يوجب المسؤولية يتعيّن إثبات أن تصرفه لم يكن ليتوافق مع تصرف مدير حريص لو وُجد في الظروف ذاتها.

وقد حدّد المشرّع بشكل عام ما يعد سلوكاً لمدير حريص، فبيّن أنه على مدير الشركة «أن يحافظ على حقوقها»، و«أن يقوم بجميع التصرفات التي تتفق مع غرض الشركة والصلاحيات الممنوحة له»⁽²⁶⁾، وفضلاً عن هذه القواعد الخاصة تسري على التزام المدير أحكام القواعد العامة الواردة في قانون المعاملات المدنية، كالالتزام بالتنفيذ ب«طريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية»⁽²⁷⁾، وتحقق ذلك من عدمه يقدّره القضاء في كل نزاع على حدة وفي ضوء الوقائع المختلفة.

ولا يختلف الأمر كثيراً قدر تعلّق الأمر بالقانون الأمريكي، إذ يلتزم من يتولى إدارة الشركة بموجب القانون الأمريكي بأن يقوم بواجب العناية ملتزماً في قيامه بذلك بالولاء للشركة ولمساهميها، كما يلتزم بأن يؤدي التزامه بإدارة الشركة بحُسن نية، وهذان المعياران في التزام المدير يعدّان من النظام العام في القانون المذكور، فلا يمكن أن يتم الاتفاق على خلافهما⁽²⁸⁾.

ووفقاً لما تقدّم فإن قيام المدير ببذل القدر المطلوب من العناية ينفي مسؤوليته، بصرف النظر عن النتيجة التي يؤول إليها القرار الذي اتخذه، وحتى لو آل الأمر إلى خسارة لحقت بالشركة، ذلك أن النشاط التجاري بطبيعته ينطوي على قدر من المخاطرة، ولكن حتى يعد قد بذل القدر المطلوب من العناية يجب أن يتخذ قراره بناءً على قدر كافٍ من المعلومات⁽²⁹⁾.

(24) المادة (22) من المرسوم بقانون اتحادي بشأن الشركات التجارية رقم 32 لسنة 2021.

(25) إلياس ناصيف، الشركات التجارية - دراسة مقارنة وفقاً لآخر التعديلات القانونية والأحكام الجديدة المضافة بموجب القانون رقم 126 تاريخ 2019/3/29، والقانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2022، ص 101.

(26) المادة (22) من المرسوم بقانون اتحادي بشأن الشركات التجارية رقم 32 لسنة 2021.

(27) المادة (246) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 النافذ.

(28) Delaware Code, Title 8, General Corporation Law, s102 (b)(7).

(29) وهذا ما بلوره القضاء الأمريكي بقاعدة مهمة هي: «قاعدة القرار التجاري» ومفادها أن المدير لا يعد

فإذا افترضنا أن إدارة الشركة أسندت إلى الذكاء الاصطناعي، فإن تطبيق قواعد المسؤولية المُشار إليها آنفاً يثير تحدياً قانونياً وعملياً مهماً يتعلّق بإثبات خطأ الذكاء الاصطناعي، فالقواعد التقليدية التي تتطلّب بذل عناية الشخص الحريص تفترض أن المدير محل المساءلة هو شخص طبيعي، والشخص الحريص المفترض هو بدوره شخص طبيعي مهني، ومن البديهي أن من المتعذّر تطبيق هذه القاعدة على الذكاء الاصطناعي، فلا يمكن قياس سلوك الذكاء الاصطناعي وهو آلة أو برنامج حاسوبي على سلوك شخص طبيعي أو العكس، بالنظر لاختلافهما في الطبيعة والطريقة التي يعمل فيها كل منهما.

كما لا يمكن تصور حل الإشكالية بوضع قاعدة مقابلة لقاعدة الشخص الحريص، لتكون «عناية الذكاء الاصطناعي الحريص»؛ لأن المعطيات التي تعمل بموجبها أنظمة الذكاء الاصطناعي تقوم على برمجة مسبقة، وعلي مدخلات وبيانات معينة، مضافاً لها ما يتكوّن لديها من خبرة، مما يجعل من المتعذّر تتبعها من قبل برنامج آخر للذكاء الاصطناعي أو من قبل شخص طبيعي، ولذات السبب لا يمكن أن يترك للقضاء عند النظر في النزاع تحديد ما إذا كان القرار المتخذ يوافق ذاك الذي يتخذه «ذكاء اصطناعي حريص» لإثبات خطأ الذكاء الاصطناعي المدير.

فضلاً عن ذلك؛ فإن معيار الشخص الحريص وفكرة بذل العناية فيها فضلاً عن الجانب الموضوعي جانب شخصي، وإذا كان بإمكان الذكاء الاصطناعي أن يستوفي الجانب الموضوعي بأن يقوم بجمع البيانات المتاحة وتحليلها وتقديم أفضل الحلول من الناحية المالية أو الحسابية وبناء قرار عليها، إلا أنه من جانب آخر لا يستطيع أن يستوفي ما ينطوي عليه هذا المعيار من جانب شخصي، فطبيعته غير البشرية تتنافى مع مفاهيم لصيقة بالشخص الطبيعي مثل حُسن النية⁽³⁰⁾، وعدم محاباة النفس أو الغير، أو اتباع ما يندرج في إطار القواعد الأخلاقية للمجتمع.

مسؤولاً طالما اتخذ قراره بحُسن نية، ولمصلحة الشركة، وبناءً على قدر كاف من المعلومات دون النظر في النتائج التي أسفر عنها القرار، حيث تمثّل هذه القاعدة حماية لإدارة الشركة من المساءلة، وتحد من تدخل القضاء في تقييم نتائج القرار التجاري الذي اتخذه المدير، باعتبار أن القاضي ليس خبيراً في النشاط التجاري.

Sharfman, Bernard S., The Importance of the Business Judgment Rule (December 29, 2017). 14 New York University Journal of Law and Business 27 (Fall 2017), p. 30-31. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2888052> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2888052>

(30) Florian Möslin, op. cit., pp.1-2. Iakovina Kindylidi, op. cit., p.30.

كما أن القانون يصف خطأ الإدارة في بعض الحالات بالغش، وهو ما ينطوي على مفهوم العمد⁽³¹⁾، وهو ما يتعدّد القول بتحقيقه في أفعال الذكاء الاصطناعي، فليس لديه وعي إدراكي بحيث ينسب له قصد معيّن، ولا يمكن تصور المفهوم المخالف لذلك، بأن ينسب له فعل غير عمد، بصورة الإهمال أو عدم الاحتراز⁽³²⁾، فإذا كان تدخل الذكاء الاصطناعي في الإدارة مبنياً على استعانة مدير الشركة التقليدي به، فإن الأمر لا يخلو بدوره من إشكاليات قانونية تتعلق بإسناد الخطأ وإثباته.

فعلى الرغم من أن استعانة المدير بالذكاء الاصطناعي من شأنه أن يدعم موقف المدير في إثباته بذل العناية المطلوبة، بالنظر لما يتمتع به الذكاء الاصطناعي من قدرة كبيرة على جمع البيانات وتحليلها⁽³³⁾، إلا أنه في الوقت نفسه يثير إشكالية تحديد مصدر الخطأ في حال لم يكن التصرف أو القرار الذي اتخذه الذكاء الاصطناعي موفّقاً وسبب ضرراً للشركة أو للغير، فاستعانة المدير بالذكاء الاصطناعي لا تعفيه من مهمة الرقابة والتوجيه على النحو الذي بيّناه في المبحث الأول، مما يثير التساؤل عند إخلال الذكاء الاصطناعي بعمله عن مدى مسؤولية المدير عن تنفيذه لالتزامه بالرقابة، وهو أمر متعذر إن لم يكن مستحيلاً، ولا يمكن إنجازه إلا بالاستعانة بنظام آخر من أنظمة الذكاء الاصطناعي، مما يجعل الأمر واقعاً في حلقة مفرغة.

ومع ذلك يذهب الفقه إلى أن المدير وإن لم يتمكّن من متابعة العمليات الحسابية التي يبني عليها الذكاء الاصطناعي قراره، إلا أنه يستطيع على الأقل أن يتأكد من أن هذا القرار متوافق مع أحكام القانون، ويسأل في حال اعتمد هذا القرار على الرغم من العوار الذي يكتنفه⁽³⁴⁾، من ذلك مثلاً أن يتخذ الذكاء الاصطناعي قراراً بتخفيض أجور العاملين عن الحد الأدنى للأجور أو تسريحهم تعسفياً من أجل خفض النفقات.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، فالذكاء الاصطناعي وإن كانت له القدرة على اتخاذ

(31) من ذلك على سبيل المثال المادة (162) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 32 لسنة 2021 بشأن الشركات التجارية التي تقضي بأنه: «أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية مسؤولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن جميع أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة...».

(32) محمد عرفان الخطيب، المسؤولية المدنية والذكاء الاصطناعي... إمكانية المساءلة؟! دراسة تحليلية معمقة لقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ع 1، ت 29، مارس 2020، ص 124.

(33) Iakovina Kindylidi, op. cit., p.45.

(34) Ibid, pp.45-46.

القرار بشكل مستقل، إلا أنه يعمل وفق برمجة مسبقة، وهذا بدوره يثير تساؤلاً مهماً بشأن عمّن تقع المسؤولية، إذا كان الذكاء الاصطناعي مبرمجاً للعمل وفق خوارزمية معينة، فقام باتباعها إلا أنه اتخذ القرار بناءً على ما اكتسبه من خبرة وتعلم ذاتي⁽³⁵⁾، واطمأن مدير الشركة إلى ظاهر القرار الذي اتخذه الذكاء الاصطناعي وعدم مخالفته للقانون فاعتمده، وتمكن من أن ينفي مسؤوليته تبعاً لذلك، فلمن ينسب الخطأ في حال تبين أن القرار الذي اتخذه الذكاء الاصطناعي خاطئ؟ هل ينسب إلى مطور البرنامج، أو الشركة التي أنتجته، أم إلى الشركة التي اختارت الاعتماد عليه في إدارتها؟ أم يمكن أن يسند إلى الذكاء الاصطناعي نفسه؟

إن التساؤلات السابقة تثير إشكالية قانونية أخرى تمثل تحدياً قانونياً جديداً، تتمثل بتحديد من يمكن أن يكون محلاً للمساءلة، وبيان ذلك في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

إشكالية تحديد محل المساءلة

إذا كان بالإمكان تحديد مصدر الخطأ الإداري، وتمت نسبته إلى الذكاء الاصطناعي، يستوي في ذلك أن يكون بسبب برمجة مسبقة خاطئة، أو بسبب خلل تقني أصابه، أو بسبب عدم قدرته على تقدير العواقب التي ينفرد الشخص الطبيعي بالقدرة على الإحاطة بها، فإن التساؤل يثار عمّن تقع المسؤولية في هذا الفرض.

ذكر الفقه احتمالات عدة تتعلق بتحديد محل المساءلة عن الأضرار التي يسببها الذكاء الاصطناعي، تبدأ من عدم مساءلة أحد، أي أن من أصيب بضرر يتحمّله وحده، أو أن تتم مساءلة منتج الذكاء الاصطناعي، أو يسأل الشخص الذي قرر استعماله، أو أن يسأل الذكاء الاصطناعي نفسه⁽³⁶⁾.

وحيث إن الحل الأول مجافٍ للعدالة، ومجافٍ للمبادئ القانونية الراسخة، التي تقضي بتعويض المتضرر عن الضرر الذي تسبب له به آخر، فقد حاول الفقه جاهداً تحديد هذا «الآخر» الذي يستطيع المتضرر الرجوع عليه بالمسؤولية.

(35) محمد أحمد الشرايري، المسؤولية المدنية الذكية عن أضرار الذكاء الاصطناعي: دراسة مسحية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، ع2، ع ت 38، مارس 2022، ص369.

(36) Horst G. M. Eidenmueller, The Rise of Robots and the Law of Humans, Oxford Legal Studies Research Paper No. 27/2017, (March 26, 2017), p.8. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2941001>. (Last accessed: 8/3/2024).

فقد رجّح جانب من الفقه مساءلة الشركة التي اعتمدت على الذكاء الاصطناعي في إدارتها، لا على أساس المسؤولية عن الأشياء⁽³⁷⁾، إنما على أساس فكرة «العضو في الشركة والجهاز الإداري»⁽³⁸⁾، حيث بنى المؤيدون لهذا الرأي مسؤولية الشركة في هذا الفرض على القاعدة القانونية التي تحمّل الشركة المسؤولية عن تصرفات ممثلها القانوني وأفعاله الضارة، فكما أن الشركة تسأل عن أعمال ممثليها من الأشخاص الطبيعيين، فهي تسأل عن أعمال الذكاء الاصطناعي الذي تستخدمه، ولا يتطلب مثل هذا الحل الاعتراف للذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية، فاعتبار أن الممثل القانوني عضو من أعضاء الشركة يقوم مقام يدها ولسانها إنما هو افتراض قانوني، ويمكن للذكاء الاصطناعي أن يأخذ نفس هذه الصفة بناءً على ذات الافتراض القانوني⁽³⁹⁾.

وهذا الحل بحسب الفقه المذكور من شأنه أن يكون دافعاً للشركة لتبذل جهداً أكبر في السيطرة على الذكاء الاصطناعي الذي تستخدمه والحد من أضراره، والقول بخلاف ذلك قد يجعل من استخدام الذكاء الاصطناعي وسيلة تتخلص من خلالها الشركة من المسؤولية فيما لو قام شخص طبيعي بالمهمة التي أسندتها إلى الذكاء الاصطناعي⁽⁴⁰⁾، فضلاً عن ذلك؛ فإن الشركة تغنم من استخدام الذكاء الاصطناعي، حيث ييسر استخدامه في الإدارة عملية اتخاذ القرار ويختصر الوقت اللازم لذلك، لذا يتعيّن أن تتحمّل غرم استخدامه وما قد يترتب على استخدامه من أضرار⁽⁴¹⁾.

(37) لا يُرجّح الفقه فكرة مساءلة مستخدم الذكاء الاصطناعي وفقاً للقواعد التقليدية في المسؤولية المدنية عن الأشياء؛ لأنّ عدّه شيئاً يغفل ما يتمتع به الذكاء الاصطناعي من قدرة على التعلم واتخاذ قرار معيّن دون تدخل من شخص معيّن. محمد أحمد الشرايري، مرجع سابق، ص 370.

(38) Floris Mertens, «The Use of Artificial Intelligence in Corporate Decision-Making at Board Level: A Preliminary Legal Analysis», Financial Law Institute Working Paper Series 2023-01, p.24. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4339413>. (Last accessed: 8/3/2024).

(39) Mihailis E. Diamantis, «Algorithms acting badly: a solution from corporate law», George Washington Law Review, Vol.89, Iss.801, (2021), p. 829. Available at: Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law, George Washington Law Review, Vol.89, (2021) (heinonline.org). (Last accessed: 8/3/2024).

(40) Mihailis E. Diamantis, op. cit., pp.809-811.

(41) Iakovina Kindylidi, op. cit., pp.53-54.

وهذا الرأي يتوافق مع من يؤيد إقامة المسؤولية على ركن الضرر، باعتبار أن الحقوق تثبت للإنسان فقط، وعليه استعمال حقه استعمالاً مشروعاً وإن توسع في الطريقة التي يستعمل فيها حقه، كمن يقرر استعمال الذكاء الاصطناعي في إدارة أعماله رغبة في الحصول على مغنم معينة، فإذا تسبّب

إن الحل المتقدم على الرغم من وجاهته لا يصلح للتطبيق في جميع الأحوال، فبعض الأضرار التي يتسبب بها الذكاء الاصطناعي لا يمكن أن تُنسب إلى الشركة، بل ربما تكون هذه الأخيرة هي المتضرر، فيحق لها المطالبة بالتعويض عما أصابها من ضرر، فقياس الذكاء الاصطناعي على الممثل القانوني التقليدي للشركة قياس مع الفارق، ولا بد من أن يؤخذ بنظر الاعتبار الاختلاف في الطبيعة بينهما، ولعل أبرز موطن للاختلاف هو تدخل أطراف عدة في النتائج التي ينتهي إليها الذكاء الاصطناعي، بدءاً من منتج، ومبرمجه والشركة التي تقوم بتصنيعه ومن ثم الشركة التي تحصل على حق استخدامه في إدارتها، وانتهاء بالذكاء الاصطناعي نفسه، بما يتصف به من قدرة على التصرف الذاتي وبناء خبرة خاصة به.

بناءً على ذلك، فقد طرح فقه آخر فكرة مساءلة منتج الذكاء الاصطناعي، على أن يكون أساس المسؤولية الضرر وليس الخطأ، بناءً على فكرة المنتج المعيب، وتستند فكرة هذا الحل إلى أن المنتج هو الشخص الوحيد الذي يعرف خبايا التقنية التي يقوم عليها الذكاء الاصطناعي محل المساءلة، ووحده القادر على أن يسيطر على مخاطر استخدامه وتحديد مصدر الخلل لتجنبه مستقبلاً⁽⁴²⁾، وهذا الرأي كسابقه ينطوي على قصور في فهم الطبيعة الخاصة للذكاء الاصطناعي.

فالمنتج يسأل عن الأضرار التي تسببها عيوب في المنتج الذي أنتجه، في حين أن الضرر الذي يترتب على عمل الذكاء الاصطناعي قد لا يستند بالضرورة إلى عيب في برمجه أو في جانبه التقني⁽⁴³⁾، ولا سيما عندما يتعلق الأمر بإدارة الشركة بالنظر للطبيعة الخاصة للبيئة التي يعمل فيها وهي بيئة النشاط التجاري، فقد يتخذ الذكاء الاصطناعي قراراً سليماً من الناحية المالية بناءً على برمجة وتقنيات سليمة، إلا أن هذا القرار يلحق الضرر بسمعة الشركة، أو يخالف أحكام القانون، ففي هذه الحالة تنتفي المسؤولية، فمن جهة لا محل لمساءلة المنتج لعدم وجود عيب في منتج، ومن جهة أخرى المنتج شيء وهو ليس محلاً للمساءلة.

استعماله لها بضرر للغير وجب عليه ضمان هذا الضرر وتحمل الغرم، إذ أصبح استعماله لحقه في هذا الفرض غير مشروع، محمد أحمد الشرايري، مرجع سابق، ص 392-393.

(42) Horst G. M. Eidenmueller, op. cit., p.8.

(43) في مناقشة مستفيضة لهذه الآراء راجع: محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص 128-133.

ولعل الطبيعة الخاصة للذكاء الاصطناعي وما يتميز من قدرة على التعلم الذاتي وتطوير المهارات التي برمج عليها ابتداءً ومن ثم صلاحيته لاتخاذ قرار، دعت إلى طرح فكرة ثالثة لا مفر منها وهي مساءلة الذكاء الاصطناعي نفسه⁽⁴⁴⁾، وفي هذا الاتجاه من الفقه من يذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع من منح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية، ذلك أن القانون يمنح الشخصية القانونية مجازاً لسوى الشخص الطبيعي كما هو شأن الشركة التجارية، ويمكن أن توضع جزاءات قانونية تتناسب مع طبيعة الذكاء الاصطناعي في حال ثبوت مسؤوليته عن الضرر، وليس بالضرورة أن تكون هذه الجزاءات مالية كالتعويض، ومن الجزاءات المطروحة في هذا الصدد سحب صلاحيته القانونية، أو إيقافه لبعض الوقت أو حتى تدميره وإعدامه⁽⁴⁵⁾.

إلا أن هذه الفكرة واجهت بدورها عدداً غير قليل من الانتقادات، فالاستقلالية التي يتمتع بها الذكاء الاصطناعي ليست مطلقة، ذلك أنه لا يعمل إلا بتدخل من شخص طبيعي، تبدأ ببرمجته من قبل المنتج أو المبرمج، وتتم بتعليمات التشغيل التي يزوده بها المستخدم، والتي تشكل أساساً له لينبني عليه خبرته اللاحقة⁽⁴⁶⁾.

كما أن منحه الشخصية القانونية لا يحل بالضرورة إشكالية المسؤولية؛ لأن الاستعانة بالذكاء الاصطناعي في كثير من الحالات ولاسيما في مجال إدارة الشركة هو من أجل إجراء تصرفات قانونية، وهذه تستلزم لنفاذها ولقيام المسؤولية عنها أهلية الإداء، وهذه الأخيرة ترتبط بالإدراك والوعي للفعل ولنتائجه، وهذا الأمر غير متحقق في الذكاء الاصطناعي بالمعنى المطلوب قانوناً، بما يفضي إلى عدم إمكانية قيام المسؤولية⁽⁴⁷⁾، وهو ما دعا بعض من الفقه إلى القول بمنح الذكاء الاصطناعي نوعاً خاصاً من الأهلية هو الأهلية الوظيفية أو التقنية تجعله أهلاً للقيام بالتصرفات والأعمال التي استخدم من أجل القيام بها، دون الحاجة لمنحه شخصية قانونية⁽⁴⁸⁾، ومع ذلك فإن الرأي المذكور وإن

(44) Horst G. M. Eidenmueller, p.11.

(45) Horst G. M. Eidenmueller, op. cit., pp.11-12.

(46) سالم علي محمد المطروشي، المسؤولية القانونية لمنظومة الذكاء الاصطناعي، صحيفة الخليج الإلكترونية، بتاريخ 9 يوليو 2018. متاح في الرابط الآتي: المسؤولية القانونية لمنظومة الذكاء الاصطناعي | صحيفة الخليج (alkhaleej.ae). 2023/4/23.

(47) محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص 125.

(48) عماد عبد الرحيم الدحيات، نحو تنظيم قانوني للذكاء الاصطناعي في حياتنا: إشكالية العلاقة بين البشر والآلة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنراست، الجزائر، مج 8، ع 5، سنة 2019، ص 20-21.

كان يفسر صلاحية الذكاء الاصطناعي للقيام بالتصرف، إلا أنه بدوره لا يحل إشكالية المساءلة، بل يذهب إلى تحميل مستخدمه تبعات هذا الاستخدام من الناحيتين المالية والتقنية⁽⁴⁹⁾، دون بيان الأساس القانوني لهذه المساءلة.

من جانب ثالث، فإن منح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية بهدف مساءلته يبدو في واقع الحال عديم الجدوى، إذ ليس للذكاء الاصطناعي ذمة مالية بحيث يمكنه دفع التعويض لجبر الضرر إذا قُضي بمسؤوليته عن الضرر بالفعل.

إن فكرة مساءلة الذكاء الاصطناعي، تثير فضلاً عن أساسها القانوني، إشكالية أخرى حول فلسفة المساءلة ومدى تحققها في هذا الفرض، فالمساءلة هدفها الردع وجبر الضرر، كما أن تجنب المساءلة يمكن أن تكون له دوافع معينة ومزايا لمن يكون محلاً لها أكثر من مجرد تجنب الأثر السيئ للمساءلة، فإذا كان الأمر متعلقاً بمدير تقليدي، فإن حرصه على بذل القدر المطلوب من العناية مرتبط بحرصه على البقاء في منصبه، حيث يتلقّى مديرو الشركات التجارية عادة مكافآت مالية عالية، ويقترن حصوله على هذه المكافآت واستمرار حصوله عليها بحسن تنفيذه لالتزاماته، فإذا كان المدير من أنظمة الذكاء الاصطناعي فإن التساؤل يثار عن الدافع الذي يدفعه لتجنب المساءلة، فلا مزايا ينتظرها ولا خطر يهدد ذمته المالية ليحذر منه، وهو دفع الفقه بحق إلى القول بأن أحكام المسؤولية في الواقع غير مفعلة قدر تعلق الأمر بإدارة الشركة من قبل الذكاء الاصطناعي⁽⁵⁰⁾.

وفي تقديري يتطلب حل إشكالية المساءلة التمييز بين فرضيين: أولهما: أن يثبت إسناد الخطأ إلى شخص طبيعي تدخل في عمل الذكاء الاصطناعي، وفي هذا الفرض تطبق أحكام القواعد التقليدية في المسؤولية، وبحسب كل حالة على حدة، ومن أمثلة هذا الفرض، أن يكون نظام الذكاء الاصطناعي معيلاً بسبب منتجه، كما لو أنه لم يخضعه لفترة اختبار كافية للتأكد من دقة عمله قبل تسليمه لمستخدمه، أو أن ينسب الخطأ إلى مبرمج الذكاء الاصطناعي بسبب تزويده بمعلومات خاطئة بنى عليها الأخير قراره.

أما الفرض الثاني فيتمثل في عدم إسناد الخطأ إلى شخص سوى الذكاء الاصطناعي،

(49) المرجع السابق، ص 21.

(50) Florian Möslin, op. cit., p.17.

أي أن الضرر إنما تأتى من عمل الذكاء الاصطناعي وبما يتمتع به من قدرة على العمل باستقلالية، وفي هذا الفرض يتعين أن تتحمل الشركة التي تستخدمه في إدارتها المسؤولية عن هذا الضرر، إلا أن مثل هذا الحل يتطلب تعديلاً تشريعياً للتوسع في مسؤولية الشركة لتستوعب هذا التطور التقني، ولا يتطلب الأمر الاعتراف للذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية للقول بأهليته لتمثيل الشركة ومن ثم مسؤوليته، ذلك أن فكرة وكالة المدير عن الشركة بحد ذاتها عليها ما عليها بشأن عدم توافقها مع المبادئ القانونية المستقرة⁽⁵¹⁾، فالشركة بدورها شخص افتراضي مجازي لا إرادة حقيقية له، وهذا الافتراض بُنيت عليه افتراضات قانونية لازمة أخرى.

وإذا كان المشرع افترض قيام إرادة المدير التقليدي محل إرادة الشركة، ومساءلة الأخيرة في حال تسبب بضرر للغير، فليس من المستبعد أن يفترض المشرع تمثيل الشركة من قبل الذكاء الاصطناعي، فيضع أحكاماً قانونية تحيز ذلك موسعاً بذلك من دائرة الافتراض السابق بما يتلاءم مع مستجدات التقدم التقني، حيث إن الشركة المستخدمة للذكاء الاصطناعي تملك السيطرة على نشاطه والحد من الآثار الضارة لهذا النشاط.

ولعل من المناسب أن يتدخل المشرع لفرض التزامات قانونية على الشركة تضمن تجنب تسبب الذكاء الاصطناعي بضرر للشركة أو للغير، كأن يلزمها بإخضاع الذكاء الاصطناعي لفترة تجربة معينة قبل إدخاله حيز العمل الفعلي، وفرض ما يضمن السيطرة على نشاطه من المراقبة المستمرة للآلية التي يعمل فيها، وتوثيق جميع الأعمال التي تسند إلى الذكاء الاصطناعي بطريقة تضمن استرجاعها وإثباتها عند الحاجة، كما ويمكن تحديد تصرفات معينة يحظر إسنادها إلى الذكاء الاصطناعي، وخصوصاً تلك التي تحتاج إلى فهم وتفسير لأحكام النصوص القانونية وإدراك حكماتها وروح القانون مما لا يتصور من الذكاء الاصطناعي استيفاءه، كاستقطاب العاملين في الشركة وتأديبهم.

(51) انتقد الفقه فكرة الوكالة، حيث إن من غير المتصور أن يُبرم عقد وكالة بين المدير والشركة؛ لأن الأخيرة شخص افتراضي ليس له إرادة حقيقية.

محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، القانون التجاري: الأعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 314.

الخاتمة

إن الاستفادة من فرص التطور التقني ومنها أنظمة الذكاء الاصطناعي أمر لا شك محمود، بل لا غنى عنه، والاستعانة بالذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة التجارية من شأنها أن تحسّن الأداء، ولا سيما عندما يتطلب اتخاذ القرار تحليل كميات كبيرة من البيانات في مدة زمنية قصيرة، ففي مثل هذا الفرض تكون الاستعانة بالذكاء الاصطناعي الخيار الأمثل، إلا أن استعانة الشركات التجارية به يثير العديد من الإشكاليات القانونية، ذلك أن قانون الشركات التجارية النافذ لا يتضمن تنظيم قانونياً لما سوى إدارة الشركة واتخاذ القرار من قبل شخص طبيعي، لذا فإن وضع تنظيم قانوني يواكب التطور التقني يُعد في هذه المرحلة تحدياً قانونياً مهماً.

وأهم هذه الإشكاليات تتضح من نتائج البحث الآتية:

- 1- لا يتصور وفق قواعد قانون الشركات النافذ بأن توكل إدارة الشركة لغير الشخص الطبيعي، يستوي في ذلك أن يكون هو المدير أو الممثل القانوني للمدير إذا كان الأخير شخصاً اعتبارياً، مما يجعل من غير المتصور قانوناً أن يكون الذكاء الاصطناعي مديراً أو عضواً في مجلس إدارة الشركة، ولا يتبقى بعد ذلك إلا السماح لمدير الشركة التقليدي بالاستعانة بالذكاء الاصطناعي بصفة الأخير أداة مساعدة، على أن يبقى القرار بيد المدير التقليدي.
- 2- تثير استعانة المدير التقليدي بالذكاء الاصطناعي إشكالية تتعلق بالرقابة على عمله، وتقييم النتائج التي ينتهي إليها، وهي بطبيعة الحال نتائج انتهى إليها بعد تحليل كمية هائلة من البيانات بحكم مزاياه التقنية، مما يجعل من العسير على الوسائل التقليدية في الرقابة استيفاء الدور المرسوم لها.
- 3- تتطلب قواعد قانون الشركات التجارية من المدير بذل عناية الشخص الحريص في أدائه لالتزاماته في إدارة الشركة لتجنب المساءلة، وهذه القواعد بدورها وضعت لتتفق مع شخص طبيعي، فإذا تمت الاستعانة بالذكاء الاصطناعي، فإن القواعد التقليدية لا تتضمن تصوراً لطبيعة النشاط الإداري الذي يؤديه الذكاء الاصطناعي ومتى يمكن أن يخل بما عُهد له.
- 4- من المتصور أن يكون القرار الإداري الذي يتخذه الذكاء الاصطناعي خاطئاً،

ويرتب ضرراً للشركة أو مساهميتها أو الغير، ويشير مثل هذا الفرض إشكالية المساءلة، حيث لا يتضمّن قانون الشركات أو القواعد العامة في المسؤولية أحكاماً تتناسب مع هذا الفرض، مما دعا الفقه إلى تبني مذاهب عدة في تحديد المسؤول، وكل من هذه الآراء له سندٌ يعتد به، لكنها لا تسلم أيضاً من نقد يوجّه إليها، بسبب عدم وجود قواعد قانونية تحسم الجدل وترسم حدوداً واضحة للمساءلة.

إن الإشكاليات المتقدّمة لا تعني التخلي عن فكرة الاستعانة بالذكاء الاصطناعي في إدارة الشركة، بقدر ما تثير أهمية أن يواكب قانون الشركات التطور التقني المتسارع.

وتحقيقاً لهذا الهدف انتهى البحث إلى التوصيات الآتية:

- 1- لعل من المناسب التخلي عن القواعد التقليدية التي تقيّد إدارة الشركة بالشخص الطبيعي، والتوسع في مفهوم مدير الشركة، ليشمل كل من أو ما تسمح له طبيعته بأن يتخذ قراراً مستنيراً مبنياً على معرفة مسبقة.
- 2- ضرورة وضع قواعد قانونية واضحة تضمن سيطرة الشخص الطبيعي على أنظمة الذكاء الاصطناعي التي تستخدم في إدارة الشركة، ووضع معايير واضحة لاستخدامه وبرمجته، وتحديد طبيعة المهام التي يمكن أن تُسند له.
- 3- التفرقة بشأن المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها الذكاء الاصطناعي بين تلك التي يمكن أن تُنسب إلى شخص طبيعي تدخل في عمل الذكاء الاصطناعي، وتطبيق قواعد المسؤولية التقليدية بشأن ذلك، وبين الفرض الذي يسند فيه الخطأ إلى الذكاء الاصطناعي نفسه، بما له من قدرة على التعلم الذاتي، وفي هذه الحالة تُوصي الباحثة بأن يتم تحميل الشركة التي استعانت بالذكاء الاصطناعي عبء هذا الخطأ، إعمالاً للقاعدة الفقهية الغرم بالغرم.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - الكتب:

- أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- إلياس ناصيف، الشركات التجارية - دراسة مقارنة وفقاً لآخر التعديلات القانونية والأحكام الجديدة المضافة بموجب القانون رقم 126 تاريخ 2019/3/29 والقانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2022.
- سعد جاد الله حمود، سلطات وصلاحيات المدير في الشركات التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016.
- محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، القانون التجاري: الأعمال التجارية-التجار- الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

2 - الأبحاث العلمية:

- عماد عبد الرحيم الدحيات، نحو تنظيم قانوني للذكاء الاصطناعي في حياتنا: إشكالية العلاقة بين البشر والآلة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنراست، الجزائر، مج 8، ع 5، 2019.
- محمد أحمد الشرايري، المسؤولية المدنية الذكية عن أضرار الذكاء الاصطناعي: دراسة مسحية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س 10، ع 2، ع 38، مارس 2022.
- محمد عرفان الخطيب، المسؤولية المدنية والذكاء الاصطناعي... إمكانية المساءلة؟! دراسة تحليلية معمقة لقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ع 1، مارس 2020.

3 - المواقع الإلكترونية:

- عاصم الخولي، تعيين "مستشار للذكاء الاصطناعي" مراقباً في مجلس إدارة الشركة العالمية القابضة وأكبر كيان للتداول العام في الإمارات، وكالة أنباء الإمارات وام، ٢٦ فبراير ٢٠٢٤.

■ سالم علي محمد المطروشي، المسؤولية القانونية لمنظومة الذكاء الاصطناعي، صحيفة الخليج الالكترونية، 9 يوليو 2018. متاح في الرابط الآتي: المسؤولية القانونية لمنظومة الذكاء الاصطناعي | صحيفة الخليج (alkhaleej.ae) 23/4/2023.

ثانياً: باللغة الإنجليزية

- Bally's Grand derivative litigation, Court of Chancery of Delaware, Jun 4, 1997. Available at: 06/04/97 Bally's Grand Derivative Litigation | Court of Chancery of Delaware | 06-04-1997 | www.anylaw.com.
- Deep Shift, "Technology Tipping Points and Societal Impact. Survey Report." In Global Agenda Council on the Future of Software & Society, World Economic Forum. 2015, p.21. Available at: Deep Shift: Technology Tipping Points and Societal Impact | World Economic Forum (weforum.org) 8/3/2024.
- Mihailis E. Diamantis, "Algorithms acting badly: a solution from corporate law" و Geo. Wash. L. Rev. 89 (2021): 801. Available at: Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law 89 George Washington Law Review 2021 (heinonline.org).
- Horst G. M. Eidenmueller, The Rise of Robots and the Law of Humans (March 26, 2017). Oxford Legal Studies Research Paper No. 27/2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2941001>.
- Andreas Martin Fleckner, Regulating Trading Practices, Oxford University Press, The Oxford Handbook of Financial Regulation, Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2015-8, Max Planck Private Law Research Paper No. 15/24. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2476950>.
- Iakovina Kindylidi, "Smart Companies: Company & board members liability in the age of AI." LLM International Business Law, Tilburg University, Netherlands, August 2018. Available at: [show.cgi\(uvt.nl\)](http://show.cgi(uvt.nl))

- Zhaoyi Li, Artificial Fiduciaries (July 28, 2023). Washington and Lee Law Review, Vol. 81, No. 4, Forthcoming, U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2023-31. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4524129> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4524129>.
- Floris Mertens, "The Use of Artificial Intelligence in Corporate Decision-Making at Board Level: A Preliminary Legal Analysis." Financial Law Institute Working Paper Series 2023-01. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4339413>.
- Florian Möslin, Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law (September 15, 2017). in: Woodrow Barfield and Ugo Pagallo (eds), Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Edward Elgar, (2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3037403>.
- Rob Wile, A Venture Capital Firm Just Named an Algorithm to Its Board of Directors — Here's What It Actually Does, business insider, may/13/2014. Available at: VITAL Named to Board (businessinsider.com) 8/3/2024.
- Robert G. Eccles and Miriam Vogel, Board Responsibility for Artificial Intelligence Oversight, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, January 5, 2022. Available at: Board Responsibility for Artificial Intelligence Oversight (harvard.edu).
- Béatrice Schütte and Lotta Majewski, and Katri Havu, "Damages liability for harm caused by Artificial Intelligence—EU law in flux." Helsinki Legal Studies Research Paper 69 (2021), P, 18. Available at: AILiaEU in Flux SSRN 8_21.pdf - Google Drive.
- Bernard S. Sharfman, The Importance of the Business Judgment Rule (December 29, 2017). 14 New York University Journal of Law and Business 27 (Fall 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2888052> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2888052>.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	313
المقدمة	314
المبحث الأول: إشكالية الصلاحيات القانونية للذكاء الاصطناعي	318
المطلب الأول: إشكالية مصدر صلاحية الذكاء الاصطناعي القانونية	318
المطلب الثاني: إشكالية الرقابة على عمل الذكاء الاصطناعي	323
المبحث الثاني: إشكاليات المسؤولية القانونية عن الأخطاء الإدارية للذكاء الاصطناعي	325
المطلب الأول: إشكالية تحديد مصدر الخطأ وإثباته	325
المطلب الثاني: إشكالية تحديد محل المساءلة	329
الخاتمة	335
قائمة المراجع	337

نظام حماية حق المؤلف وتحديات الذكاء الاصطناعي

دراسة تحليلية مقارنة^(*)

د. محمد حسن عبد الله

أستاذ القانون المدني المشارك

كلية القانون، جامعة الفجيرة

الإمارات العربية المتحدة

الملخص

تناول البحث إشكالية استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في ابتكار مصنفات أدبية وفنية، حيث عرض لأهم استخدامات الذكاء الاصطناعي في ابتكار الأعمال الأدبية والفنية ومقارنتها بالتأليف الإنساني ومدى التوافق والاختلاف ومحاولة تأصيل الابتكارات الناشئة عن أنظمة الذكاء الاصطناعي في نطاق مفاهيم وأحكام نظام حماية حقوق المؤلف.

كما قام بتفنيد الدعوات للاعتراف بشخصية قانونية لتقنيات الذكاء الاصطناعي وإسباغ صفة التأليف عليها، وقدّم تصورات حول المصنفات الناتجة عن تقنيات الذكاء الاصطناعي وطبيعتها وشروط جدارتها بالحماية القانونية وأصحاب الحقوق عليها.

كلمات دالة: مصنفات الذكاء الاصطناعي، والشخصية الإلكترونية، والابتكار الخوارزمي، والتأليف الإنساني، والروبوتات.

وتاريخ قبوله: 12 فبراير 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 6 نوفمبر 2023

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

مكّنت التطورات الحديثة في تكنولوجيا المعلومات ابتكار تقنيات من شأنها اتخاذ وتنفيذ قرارات تعتمد على البيانات/ المعلومات، وبرز إلى الوجود مفهوم التقنيات المتمحورة حول البيانات data-centric technologies⁽¹⁾. وهي التقنيات التي تنقل وتمثل وتعديل و/ أو تتحكم في الأشياء المادية من خلال التشغيل أو الاستخدام الرقمي، وفي الصدارة منها الذكاء الاصطناعي بوصفه تعبيراً عن القدرات التي بدأت تكتسبها تكنولوجيا المعلومات في التعلم الآلي⁽²⁾.

تنتشر تطبيقات الذكاء الاصطناعي -على سبيل المثال لا الحصر- في الاستشارات (في القطاع المالي والقانوني والطبي)، والمنتجات الاستهلاكية والخدمات، والتنقل، والاتصال عبر الإنترنت، وإنتاج الطاقة وتوزيعها (على سبيل المثال: الشبكات الذكية)، وعلاج الأفراد الضعفاء (وهم كبار السن، والأطفال، والأشخاص ذوو الإعاقة)، والشرطة وإدارة القضاء⁽³⁾.

ولم يقتصر دور الذكاء الاصطناعي على حل المشكلات التقنية، بل تنامي استخدامه في الإبداع الأدبي والفني (شعر وموسيقى ولوحات فنية)، وبرز فن حديث يتحمّس

(1) Tabrez Y. Ebrahim, Data-centric technologies: patent and copyright doctrinal disruptions, Nova L. Rev Volume 43, Issue3, 2019, pp.289-290.

(2) ظهر مفهوم الآلات الذكية في مقال لعالم الرياضيات البريطاني آلان تورينج، الذي جاء تحت عنوان: آلات الحوسبة والذكاء Computing Machinery and Intelligence، حيث تصور أن أجهزة الحاسوب قد تحاكي ذكاء البشر، ومع ذلك فإن مصطلح الذكاء الاصطناعي تحديداً برز لأول مرة على لسان العالم الأمريكي جون مكارثي الذي دعا مجموعة من الباحثين للمشاركة في أول مؤتمر للذكاء الاصطناعي في عام 1955 في مشروع جامعة دارتموث الصيفي لأبحاث الذكاء الاصطناعي، بهدف النظر في «الطرق التي يمكن من خلالها صنع آلات تحاكي جوانب الذكاء»، انظر تفصيلاً المشروع:

John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester, and Claude E. Shannon, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence August 31, 1955, AI Magazine, Vol.27 N.4, (2006).

(3) Daryl Lim, AI & IP Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change, Akron Law Review, Vol.52, Iss.3, (2019), p.6.

أصحابه على تسميته بالفن التوليدي أو فن الحاسوب: الفن الذي يتولّد عن تقنية ذكاء اصطناعي (برنامج أو روبوت) بشكل مستقل عن المشاركة الإنسانية، أو هو الفن الذي يتخذ الخوارزميات فكراً وتعبيراً في خلق المصنّفات الفكرية⁽⁴⁾.

ومثّل ظهور الروبوتات والبرامج الذكية واستخدامها في الإبداع الأدبي والفني تدخلاً بين الإبداع الإنساني باستخدام الحاسوب وردود الفعل الناتجة عن التقنية ذاتها، وفي هذا السياق، تم طرح السؤال عما إذا كانت الإبداعات التي تم إنشاؤها بواسطة الذكاء الاصطناعي يمكن أن تتلقى الحماية التي يمنحها قانون حق المؤلف من حيث المبدأ لأعمال العقل الإنساني أم لا، ومن يمكنه مباشرة الحقوق الناشئة عنها، ناهيك عن الدعوات لتوصيف تقنية الذكاء الاصطناعي بوصفها مؤلّفاً وضرورة منحها شخصية قانونية مناسبة لها تقف نوعاً ثالثاً من الأشخاص إلى جانب الشخص الطبيعي والاعتباري.

ثانياً: أهمية البحث

يحاول البحث تناول إشكاليات مثارة لم يزل الجدل محتدماً حولها ولم يتم التوصل لإجابات نهائية شافية ومتفق عليها، وتتمثّل في تحديد الموقف القانوني من ظاهرة استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في ابتكار مصنّفات أدبية وفنية، وهل يمكن أن تؤدي للاعتراف بشخصية قانونية لتقنيات الذكاء الاصطناعي وإسباغ صفة التأليف عليها، فمن المعروف أن إسهام الذكاء الاصطناعي يتجسّد في قراءة وتحليل عدد كبير من المصنّفات السابقة، وتحديد أنماط ابتكارها وخصائصها المشتركة وأساليب إبداع أصحابها لكي تنسج على المنوال نفسه، وتحاول عن طريق قراءة هذه المصنّفات وأساليب إبداعها أن تأتي بمصنّفات جديدة، الأمر الذي دفع بعض الباحثين للدعوة بالاعتراف بالشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي، وهو أمر لا يلقى ترحيباً - على الأقل

(4) Philip Galanter, «What Is Generative Art? Complexity Theory as a Context for Art Theory», Interactive Telecommunications Program, New York University, USA.
http://www.philipgalanter.com/downloads/ga2003_paper.pdf. Last accessed: 28/1/2024.

وهناك من يعرفه بوصفه: الفن الرقمي الذي يتخذ من الذكاء الاصطناعي وسيلة.

Martin Zeilinger, Tactical Entanglements: AI Art, Creative Agency, and the Limits of Intellectual Property, Meson Press, Luneburg, Germany, 2021, p.12. Digital Energetics (meson.press).

في الوقت الراهن - ونراه يشكّل اضطراباً للنظام القانوني بوجه عام، ويتطلب ضرورة البحث الجاد حوله لتبيان جدوى ودقة مثل هذه الدعوات.

ثالثاً: إشكالية البحث

يحاول البحث أن يطرق إشكالية أساسية وهي:

- هل يمكن أن يعتبر برنامج الذكاء الاصطناعي مؤلفاً؟ هل يمكن أن تُنسب له حقوق التأليف؟ وبالتبعية هل يمكن أن يعترف له بشخصية قانونية؟
- ويتفرّع عن هذا السؤال الإشكالي الأساسي أسئلة فرعية أهمها:
- هل ترقى المصنفات الناتجة عن تقنيات الذكاء الاصطناعي إلى مستوى المصنفات الأدبية والفنية الجديرة بالحماية القانونية لقانون حق المؤلف، أم إنها أعمال تقع في نطاق الملك العام؟
- وإذا كانت جديرة بالحماية القانونية فهل نظام قانون حق المؤلف ملائم لها، أم تحتاج إلى نظام خاص بحمايتها؟
- وإذا أمكن حمايتها بقانون حق المؤلف، فما هي المصنفات الناتجة عن الذكاء الاصطناعي ومن يمكن أن يتمتع بالحقوق عليها؟

رابعاً: منهجية البحث

استخدم الباحث المنهج التحليلي المقارن للوقوف على الاتجاهات الحديثة في تناول ظاهرة الابتكارات الفنية والأدبية الناشئة عن الذكاء الاصطناعي وتحليلها ومقارنتها بما هو مستقر ومتعارف عليه من قواعد قانونية وأحكام قضائية بشأن تنظيم النشاط الإبداعي الأدبي والفني في النظام القانوني المقارن.

خامساً: نطاق البحث

يتحدّد نطاق البحث في ظاهرة ابتكار مصنفات أدبية وفنية بواسطة تقنيات الذكاء الاصطناعي سواء أكانت برامج أم روبوتات (الإنسان الآلي) من خلال قواعد تشريعات حق المؤلف وأحكام القضاء في أنظمة متعددة تنتمي للنظامين القانونيين: نظام القانون العام (common law)، ونظام القانون المدني (civil law or continental civil system).

حيث اخترنا من نظام القانون العام القانون الأمريكي : TITLE 17—Copyrights (U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq) ، والقانون البريطاني: The Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Chapter 48, updated up to (November 26, 2020

ومن نظام القانون المدني اخترنا القانون الفرنسي Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 1er janvier 2021). ومن التشريعات العربية القانون المصري رقم 82 لعام 2002 بشأن حماية الملكية الفكرية، والقانون الكويتي رقم 75 لسنة 2019.

وسنلجأ لبعض تشريعات دول الاتحاد الأوروبي عندما تقتضي الحاجة لتأكيد استنتاج بشكل واسع مع الإشارة إلى القوانين في مواضعها، واختيارنا لهذه النماذج سببه الرغبة بتقديم رؤية شاملة تستند للنظاميين القانونيين الأساسيين في العالم.

سادساً: خطة البحث

تم تقسيم البحث إلى مبحثين أساسيين:

المبحث الأول: طبيعة الابتكار الناشئ عن الذكاء الاصطناعي.

المبحث الثاني: تأصيل الإبداع الناشئ عن الذكاء الاصطناعي.

المبحث الأول

طبيعة الابتكار الناشئ عن تقنية الذكاء الاصطناعي

نتناول الطبيعة الإنسانية للتأليف (مطلب أول) وموقف الفقه من إسباغ صفة المؤلف على الذكاء الاصطناعي (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

الطبيعة الإنسانية للتأليف

نتناول الطبيعة الإنسانية للتأليف من خلال الوقوف على مفهوم التأليف (فرع أول)، ومفهوم المصنف (فرع ثانٍ).

الفرع الأول

مفهوم التأليف

التأليف نشاط فكري إبداعي إنساني قوامه صوغ الأفكار والانفعالات في قالب تعبيرى يتجسد في: الكلمات أو النغمات أو الألوان... إلخ.

ويتمتع المؤلف بحرية غير متناهية في اختيار موضوع إبداعه وفي تجسيده في القالب التعبيري الذي يراه ملائماً له، وفي تحديده لكل عناصر إبداعه، ولا يحده في كل ما تقدم إلا حدود موهبته وخياراته الإبداعية، وهو في حل من الالتزام بأية قواعد، إلا ما يحتّمه عليه ضميره، أو تمليه قواعد الفن الذي يؤلف فيه، بل قد يصل به خياره الإبداعي إلى تجاوز تلك القواعد ويضيف الجديد إليها، ويعتبر ما قدّمه مكسباً للفنون والآداب متى تلقاه المختصون والمتذوقون باستحسان سواء في الحال أو في الاستقبال.

ولا يتأتى الإبداع الأدبي والفني من مزاوله حرفة أو مهنة وتطبيق قواعدها على نحو آلي، وإنما هو نتاج موهبة فطرية زادها الأفكار والمشاعر، وتصلقها تجارب وخبرات وثقافة المؤلف ذاته، ويأتي المصنف من تفاعل الموهبة بالثقافة، في أتون عملية نفسية ذهنية عمادها الانفعال والخيال والتصور والتأمل، ويكتسي المصنف بأفكاره ومشاعره وأحلامه وخیالاته ورؤاه ومخزون ذكرياته وانفعالاته فيكون جزءاً من شخصيته⁽⁵⁾.

(5) انظر: أبو اليزيد علي المتبت، حقوق المؤلف الأدبية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960، ص 58. مختار القاضي، حق المؤلف، الكتاب الأول، النظرية العامة، ط1، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة،

ولذلك حرص المشرع على حماية شخصية المؤلف الإبداعية، - لاسيما في دول نظام القانون المدني - من خلال إقرار الحقوق الأدبية له على تأليفه، باعتبار المصنف امتداداً لشخصيته⁽⁶⁾، أو بكلمات أخرى تعبيراً صادقاً عن شخصيته الفكرية والإبداعية، بحيث تغدو تلك الحقوق في مجموعها رباطاً سرياً بين شخصية المؤلف ومصنفه⁽⁷⁾، والمؤلف شخص طبيعي كما يتبين لنا من تعاريف المؤلف والمصنف في تشريعات حق المؤلف.

فمثلاً ينص القانون الفرنسي على تمتع مؤلف المصنف الفكري، بحكم إنشائه فقط، بحق استثنائي في ملكية معنوية على هذا المصنف ونافذ قبل الجميع⁽⁸⁾.

1958، ص 26. وانظر تفصيلاً في بحث طبيعة الحق الأدبي للمؤلف، ونوري حمد الخاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 203-21. وانظر تفصيلاً:

Tanya Aplin, Jennifer Davis, Intellectual Property Law, Fourth Edition, Oxford University Press, 2021, pp.118. Abbe Brown and Smita Kheria and Jane Cornwell and Marta Iljadica, Contemporary Intellectual Property: Law and Policy, Fifth Edition, Oxford University Press, 2019, p.84. Llewelyn Cornish & Aplin, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Tenth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2023, p.420.

(6) ولذلك ينظر مصمم البرمجيات إلى أنفسهم، وكذلك ينظر إليهم الآخرون بوصفهم علماء أو تقنيين ويشعرون أن مفهوم التأليف غريب على مهنتهم.

Ian Eagles and Louise Longdin, Technological Creativity and Moral Rights: A comparative perspective. International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, Vol.12. No.2, 2004, p.236.

(7) تعود الفكرة القائلة بأن شخصية المؤلف تندمج في كيان المصنف الأدبي أو الفني إلى الفيلسوف الألماني عمانويل كانت، وتبناها الفرنسيون، ثم جرى تأكيدها في مؤتمر روما عام 1928 الخاص بمراجعة اتفاقية برن للمصنفات الأدبية والفنية.

(7) Rocherieux Julien, The future of moral rights, Intellectual Property (LW 556) Dissertation, Course Convener: Alan Story, April 2002, p.4.

(8) تنص المادة (1-L.111) من القانون الفرنسي (قانون الملكية الفكرية النسخة الموحدة اعتباراً من 1 يناير 2021) على تمتع مؤلف المصنف الفكري عليه وبمجرد إبداعه بحق ملكية معنوي استثنائي نافذ أمام الجميع. <https://wipo.lex.wipo.int/ar/text/581981>، آخر زيارة بتاريخ: 2023/10/10.

وتنص الفقرة الثانية من القسم الثاني من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة الألماني لعام 1965 والمعدل في 1 سبتمبر 2017 على: ستعتبر الإبداعات الفكرية للمؤلف وحدها مصنفات بالمعنى الذي يقصده القانون. <https://wipo.lex.wipo.int/ar/text/474263>، آخر زيارة بتاريخ: 2023/10/10.

وعرّف القانون المصري المؤلف بأنه: « الشخص الذي يبتكر المصنّف، ويعد مؤلفاً للمصنّف من يذكر اسمه عليه أو يُنسب إليه عند نشره باعتباره مؤلفاً له ما لم يقيم الدليل على غير ذلك»⁽⁹⁾.

ويستخدم المشرع البريطاني تعبير مالك حقوق المؤلف (حقوق الطبع والنشر حرفياً) The owner of the copyright والمقصود به الشخص الذي يتمتع بحق ملكية على المصنّف كما جاء في المادة (1) التي حدّدت حق المؤلف بأنه حق ملكية للمصنّفات المذكورة في القانون⁽¹⁰⁾.

وكذلك يعرف القانون الأمريكي المؤلف بوصفه مالك حقوق المؤلف The copyright owner (حقوق المؤلف) بالقول: «مالك حقوق المؤلف فيما يتعلق بأي من الحقوق الحصرية المضمنة في حقوق المؤلف، يشير إلى مالك هذا الحق المعين»⁽¹¹⁾، ويعرف المشرع الأمريكي المصنّف المجهول بأنه: « ذلك المصنّف الذي لا يظهر على نسخته أو تسجيلاته اسم شخص طبيعي بوصفه مؤلفاً له»⁽¹²⁾، وفي معرض تحديد مدة الحماية في تشريعات حق المؤلف تشير إلى انقضاء الحماية بعد مضي 50 أو 70 عاماً على وفاة المؤلف⁽¹³⁾.

وتنص المادة الأولى من قانون حق المؤلف السويدي رقم 726 لعام 1960 والمعدّل بالقانون 540 لعام 2020 على أن: « كل من ابتكر مصنفاً أدبياً أو فنياً سوف يتمتع بحقوق المؤلف على ذلك المصنّف. <https://wipo.lex.wipo.int/ar/text/580485>، آخر زيارة بتاريخ: 2023/10/10.

وتنص المادة (170) من العنوان الخامس من الكتاب الحادي عشر من تقنين القانون الاقتصادي البلجيكي لعام 2013 والمعدّل في يناير 2019 على أن: المالك الأصلي لحقوق المؤلف في الأصل هو الشخص الطبيعي الذي أبدع المصنّف.

(9) الفقرة الثالثة من المادة (138) من القانون المصري، وانظر كذلك البند (3) من المادة (1) من القانون الكويتي.

(10) Copyright is a property right, which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work.

(11) “Copyright owner”, with respect to any one of the exclusive rights comprised in a copyright, refers to the owner of that particular right.

(12) An “anonymous work” is a work on the copies or phonorecords of which no natural person is identified as author.

(13) المادة (302) من القانون الأمريكي، المادة (1-L. 123) من القانون الفرنسي والمادة (160) من القانون المصري والمادة (23) من القانون الكويتي.

وفي سياق تحديد المؤلف بالنسبة للمصنفات الناتجة عن استخدام الحاسب، أشار القانون الإنجليزي إلى أنه يعتبر مؤلفاً: «ذلك الشخص الذي يأخذ على عاتقه كافة التدابير الضرورية لتحقيق المصنف»⁽¹⁴⁾.

فمن المسلّم به أن المؤلف لا يمكن أن يكون إلا شخصاً طبعياً، فالتلازم بين فكرة الإبداع والإنسان المبدع بدهي، ويترتب على ذلك أن المبدع بالضرورة شخص طبيعي⁽¹⁵⁾، ولا يمكن للشخص الاعتباري أن يكون مؤلفاً، على الرغم من مباشرته لحقوق المؤلف على المصنف الجماعي، حيث ينسب المشرع له حقوق التأليف مراعاة لمبادرته وإشرافه وتمويله إنشاء المصنف الذي تبرز فيه جهود مجموعة من المؤلفين⁽¹⁶⁾.

ولذلك نرى محكمة النقض الفرنسية حريصة على تحديد مفهوم تمتع الشخص الاعتباري بحقوق تأليف المصنف الجماعي: «لا يمكن منح الشخص الاعتباري صفة أصلية للتمتع بحقوق المؤلف إلا في حالة أن المصنف الجماعي، الذي تم إنشاؤه بمبادرة منه، يتم الكشف عنه باسمه»⁽¹⁷⁾.

ولا يعد الارتباط بين البشر والإبداع شرطاً في نطاق التشريعات، بل إن العديد من الأحكام القضائية في دول مختلفة نفت صفة التأليف عن الحيوانات أو الأشخاص الاعتباريين أو البرامج⁽¹⁸⁾.

قررت محكمة النقض الهولندية، في قضية إنداسترا Endstra أن المصنف الجدير بالحماية يجب أن يتوافر على شرطين: الأول أن يمتلك المصنف طابعه الأصلي، أي

(14) In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.

المادة (9) الفقرة 3 من القانون.

(15) Christophe Caron, Droit d'auteur et droits voisins, 4e édition, coll Manuel, Paris, LexisNexis, 2015, § 47, p.54.

(16) كان المشرع الكويتي أكثر دقة في قوله: إن الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجهه بابتكار المصنف الجماعي له أن يباشر وحده حقوق المؤلف الأدبية والمالية عليه ما لم يتفق كتابة على غير ذلك، انظر المادة (25) من القانون الكويتي.

(17) 91 Cass. civ. 1re 17 mars 1982, no 80-14.838, JCP 1983.

(18) Alexandra Bensamoun et Grégoire Loiseau, « L'intégration de l'intelligence artificielle dans certains droits spéciaux », Dalloz IP/IT, Paris, 2017, p.295.

أن يحمل الطابع الشخصي لمؤلفه، وهذا الشرط، وفقاً للمحكمة، يعني ضمناً بشكل أساسي «أن شكله لم يتم نسخه من عمل آخر»، والشرط الثاني يعني أنه يجب أن يكون هناك تعبير ناتج عن الإبداع البشري والاختيارات الإبداعية، وبالتالي هو نتاج العقل البشري⁽¹⁹⁾.

ورفضت المحكمة العليا الأسترالية، في قضية تيلسترا Telstra، حماية دليل على أساس أن جميع البيانات التي يحتويها لم يكن «من تأليف بشري، ولكن تم إنشاؤه في الغالب بواسطة الحاسوب»⁽²⁰⁾.

ورفضت المحكمة العليا في سنغافورة منح صفة المؤلف لشخص اعتباري، مشيرة إلى أن المؤلف لا يمكن أن يكون إلا شخصاً طبيعياً، مستندة إلى حقيقة أن «العمل الفني يعد انبثاقاً أو امتداداً لشخصية صاحبه، ومرتبباً ارتباطاً وثيقاً بشرفه وسمعته، هذا المفهوم أدى بطبيعة الحال إلى استنتاج مفاده أن المؤلف يجب أن يكون إنساناً»⁽²¹⁾.

وأكد مكتب حقوق المؤلف الأمريكي على الحاجة إلى الشخصية الإنسانية للمؤلف عند تسجيل عمل فني في حالة «صورة شخصية للقرء»، وأنه لن يسجل الأعمال التي تم إنتاجها بواسطة آلة أو مجرد عملية ميكانيكية تعمل بشكل عشوائي أو تلقائي دون أي مداخلات إبداعية أو تدخل من مؤلف بشري»⁽²²⁾، وفي هذا السياق رفضت محكمة مقاطعة شمال كاليفورنيا اعتبار القرء الذي يلتقط صورة مؤلفاً، لأنه غير بشري⁽²³⁾.

(19) Amsterdam Court of Appeal, 16 Juli 2013, (Endstra heirs vs. Nieuw Amsterdam Publishers). <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/08/20/backseat-conversations-not-protected-by-copyright/>. Last accessed: 10.10/2023.

(20) Telstra Corporation Limited v. Phone Directories Company Pty Ltd, 2010 FCAFC 149 § 335. <https://jade.io/article/204318>.

(21) Asia Pacific Publishing Pte Ltd v. Pioneers & Leaders (Publishers) Pte Ltd [2011] SGCA 37 §59.

(22) Kalin Hristov, Artificial intelligence and copyright dilemma, The journal of Franklin Pierce Center for intellectual property, vol.57, No.3, 2017, p.437.

(23) Naruto v. David John Slater et al, No. 3:2015cv04324 - Document 45 (N.D. Cal. 2016), <https://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candce/3:2015cv04324/291324/45/0.pdf?ts=1454149106>. Last accessed: 10/10/2023.

ولم يواجه القانون مطلقاً مسألة إنسانية المؤلف إلا عندما تم التعرض لنسبة المصنف الجماعي للشخص الاعتباري الذي يقوم بالتوجيه والتمويل لإعداد المصنف، وأما القول بأن النظام القانوني الانجلوأمريكي يقر للشخص الاعتباري بصفة المؤلف⁽²⁴⁾ فهو قول غير دقيق، حيث ينص القانون الأمريكي على مفهوم مالك حقوق المؤلف، ولم ينص على تعريف مفهوم المؤلف، وعند تعرضه لحقوق المؤلف ينص على أن «حقوق الطبع والنشر في المصنف المحمي بهذا القانون تذهب في البداية إلى مؤلف أو مؤلفي المصنف».

وحاول بعض الباحثين في الولايات المتحدة الأمريكية تأويل النص الدستوري الذي خوّل الكونجرس «سلطة تشجيع تقدم العلم والفنون النافعة من خلال ضمان الحقوق الاستثنائية لفترة مؤقتة للمؤلفين والمخترعين على كتاباتهم واكتشافاتهم»⁽²⁵⁾، وتمثلت محاولة التأويل بالقول: إن مفهوم «الكتابة» لم يعتبر قاصراً على الكتابة اليدوية، وإنما ينصرف إلى كل نوع من الكتابة ولو كانت ناتجة عن الآلة⁽²⁶⁾.

بيد أن هذا التأويل ينصرف إلى محاولة التوسع في فهم تقنيات الكتابة، ولكنه يغفل عن أن النص الدستوري ينسب الكتابة للمؤلف وهو واضح من صراحة النص:

..... to Authors and Inventors, the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”.

(24) عبد الرشيد مأمون، محمد عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ط 2، دار النهضة العربية القاهرة، 2007، ص 191-210.

(25) U.S. Const., Article I, §8: the “Patent and Copyright Clause.” To promote the Progress of Science and the useful Arts, by securing, for limited Times, to Authors and Inventors, the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”

(26) انظر تفصيلاً:

Daryl Lim, op.cit., p19-20.

الفرع الثاني

مفهوم المصنف

نبحث أولاً مفهوم المصنف ثم شروط حمايته:

أولاً - مفهوم المصنف:

تعرف تشريعات حق المؤلف⁽²⁷⁾ المصنف بأنه: «كل عمل مبتكر أدبي أو فني أو علمي أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض منه»، ويُشترط في المصنف أن يكون مبتكراً وأن يكون في أحد المجالات الأدبية أو الفنية أو العلمية، وأن يجري التعبير عنه بإحدى طرق التعبير مهما كانت طبيعتها، وفي المعنى نفسه جاءت نصوص أغلب قوانين حق المؤلف، ويعرفه القانون الياباني⁽²⁸⁾ بأنه: «إنتاج الأفكار والمشاعر، والمعبر عنها بأسلوب إبداعي والواقع في المجال الأدبي، والعلمي، والفني أو الموسيقي».

ويلاحظ أن المشرع الياباني قد حدّد مادة المصنّف أو التّأليف بأنها الأفكار أو العواطف والتي يجري التعبير عنها بأسلوب إبداعي، أي أنه ينبغي أن يتجسّد الإبداع في التعبير وليس في المضمون، ويُستفاد من التعاريف السابقة أن جميع صور الإنتاج الفكري في مجالات الآداب والفنون والعلوم والتي يتم التعبير عنها بصورة مبتكرة تعتبر تأليفاً.

ومما تقدّم يمكن إجمال مفهوم المصنّف في قانون حق المؤلف⁽²⁹⁾ بأنه: كل عمل

(27) الفقرة (1) من المادة (138) من قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 والمادة (1) من القانون الكويتي رقم 75 لسنة 2019 المادة (1) من القانون الإماراتي رقم 7 لسنة 2002 والفقرة (أ) من المادة (3) من القانون الأردني رقم 22 لسنة 1992 والمعدّل بالقانون رقم 9 لسنة 2005 والمواد (2,31)، من القانون اللبناني رقم 75 لسنة 1999 والمادة (1) من القانون المغربي رقم 00-2 لسنة 2000 المادة (1) من القانون العماني (المرسوم السلطاني رقم 65 لسنة 2008)، والمادة (1) من القانون القطري رقم 7 لسنة 2002 والبند (3) من الفصل الأول من القانون السوداني لسنة 2013 والمادة (1) من القانون السوري الصادر بالمرسوم التشريعي 62 لسنة 2013 والمادة (2) من القانون اليمني رقم 15 لسنة 2012. (28) الفقرة الأولى من المادة (2) من قانون حق المؤلف الياباني لعام 1970 وآخر تعديلاته في عام 2020، مجموعة القوانين في موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية: <https://wipo.lex.wipo.int/ar/text/578251> آخر زيارة 17 سبتمبر 2021.

(29) انظر ذلك عند: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج8، حق الملكية مع شرح مفصّل للأشياء والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1991، ص 291-295، عبد الرشيد

ذهني مبتكر أياً كان مجاله من آداب أو فنون أو علوم، وأياً كانت طريقة التعبير عنه، بالكتابة أو بالرسم أو التصوير أو بالحركة أو بالصوت أو غير ذلك من طرق التعبير المعروفة أو التي قد تبتكر لاحقاً، والتي تنقل العمل الفكري من ذهن المؤلف إلى حواس الجمهور وأياً كان الغرض منه: التعليم أو الترفيه أو الثقيف أو الإعلام.

ثانياً - شروط حماية المصنف:

بداية يصبح المصنف مستحقاً للحماية القانونية عندما ينتقل من عالم الفكر والخيال إلى عالم الإدراك والواقع، فأحكام التشريع والقضاء مستقرة على أن المصنفات تكون قابلة للحماية عندما تتخذ شكلاً قابلاً للإدراك بالحواس والعقل⁽³⁰⁾، فالقانون لا يشترط طريقة محددة للتعبير عن المصنف، وإنما الجوهر في الأمر ضرورة إدراك المصنف بواسطة حواس ووعي الإنسان المتلقي واستخدام المشرع عبارة «أياً كانت طريقة التعبير» للتدليل على أن العبرة في تقدير عنصر التعبير هو اتباع وسيلة من شأنها إيصال المصنف إلى الجمهور، حيث يستوي أن يكون التعبير عن المصنف كتابياً أو شفاهياً، بيد أن المشرع يشترط التسجيل للمصنفات الشفوية كالمحاضرات والخطب والمواعظ، ولكن اشتراط التسجيل لا يعلّق الحماية علي نوع الركيزة التي يتم تثبيت المصنف فيها، فالعبرة بثبات المصنف هو أن يكون في هيئة محسوسة⁽³¹⁾، حيث يعرف

مأمون، محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق. ص 111، د. محمد حسام محمود لطفي، المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء أحكام آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الثالث، القاهرة، 1996-1999، ص 30-31.

Tanya Aplin, Jennifer Davis, Intellectual Property Law, Fourth Edition, Oxford University Press, 2021. p.47. Abbe Brow and Smita Kheria and Jane Cornwell and Marta Iljadica, Contemporary Intellectual Property: Law and Policy, Fifth Edition, Oxford University Press, 2019, p.40. Cornish, Llewelyn & Aplin, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Tenth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2023, p.395.

(30) انظر تفصيلاً عند: عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 291-295. عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 111. وأيضاً: محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 30-31. ونواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 2004، ص 171. ونوري حمد الخاطر، مرجع سابق، ص 38.

(31) انظر المادة: (101) من قانون حق المؤلف الأمريكي، والبند (4) من المادة (140) من القانون المصري التي تشترط تسجيل المصنفات الشفوية لحمايتها.

المشرع الكويتي التثبيت بالقول: كل تجسيد للصور أو للأصوات أو لأي تمثيل لها ويمكن من خلاله إدراكها أو استنساخها أو نقلها باستخدام أي وسيلة⁽³²⁾.

والشرط الجوهري لتوافر الحماية القانونية للمصنف بحسب المحكمة العليا الأمريكية «أن يكون من ابتكار المؤلف ذاته، فالابتكارية originality، كتعبير مستخدم في قانون حقوق المؤلف يُقصد به أن المصنف قد تم خلقه بشكل مستقل من قبل مؤلفه، (كمقابل للنسخ من المصنفات الأخرى)، وأن يمتلك المصنف على الأقل قدرًا من الحد الأدنى للإبداع، وللتأكيد، فإن المستوى المطلوب من الإبداع متدنياً جداً؛ حيث يكفي قدر طفيف منه، مما يمكن الأغلبية الواسعة من المصنفات من بلوغ هذه الدرجة من الإبداع بسهولة»⁽³³⁾.

ووصفت المحكمة هذا الحد المتدني من الإبداع بقولها: «ومضة إبداعية ما مهما يكن وضوحها أو تواضعها أو عدم إتقانها»، وأضافت أن: «الابتكار لا يدل على الجودة novelty، فالمصنف قد يكون مبتكراً بالرغم من تشابهه مع مصنفات أخرى طالما أن التشابه عرضي، وليس نتيجة نسخ، ولتوضيح ذلك، نفترض أن شاعرين، كل منهما يجهل الآخر، وقاما بتأليف قصيدتين متماثلتين، ولا تعتبر أيًا منهما جديدة، إلا أن كليهما مبتكرتان، فانهما بهذه المثابة قابلتان لحماية حق المؤلف»⁽³⁴⁾.

وفي الفقه الفرنسي يتمثل الابتكار في البصمة الشخصية للمؤلف، بحيث لا يكون

(32) البند 20 من المادة (1) من القانون الكويتي.

(33) Feist Publications v. Rural Telephone Service 449 U.S. 340, (1991).

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/499/340>. Last accessed: 10/10/2023.

(34) لم ينشئ قرار المحكمة العليا الأمريكي معياراً جديداً للابتكار في حد ذاته بقدر ما أنهى حالة الانقسام السائدة في القضاء الأمريكي إزاء حماية مصنفات التجميع بقانون حق المؤلف، حيث كانت بعض الدوائر في المحكمة الاستئنافية الفيدرالية تتبنى معياراً مماثلاً لمعيار المحكمة العليا والمتمثل في الاختيار الإبداعي، ودوائر أخرى تتبنى معيار إثبات توافر مجرد الجهد وهو المعروف بمعيار «عرق الجبين sweat of the brow».

Pamela Samuelson, The Originality Standard for Literary Works Under U.S. Copyright Law, The American Journal of Comparative Law, Supplement, 1994. by the American Society of Comparative Law, Vol.42, Iss. suppl.1, Dec. 1994, pp.394-395.

مجرد استنساخ لعمل موجود «ويعبر عن الذوق والذكاء والمعرفة، بمعنى آخر، يظهر المؤلف شخصيته في التكوين والتعبير»⁽³⁵⁾ ونص المشرع الأوروبي على شرط الأصالة (الابتكار) في العديد من التوجيهات الصادرة عنه: «تتم حماية برنامج الحاسوب إذا كان أصلياً، بمعنى أنه إبداع فكري خاص بمؤلفه»⁽³⁶⁾، و«الصور الفوتوغرافية الأصلية محمية بمعنى أنها إبداع فكري خاص بمؤلفها»⁽³⁷⁾، و«قواعد البيانات التي تشكل، عن طريق اختيار المواد أو ترتيبها، ابتكاراً فكرياً خاصاً بمؤلفها، محمية بموجب حق المؤلف على هذا النحو، لا توجد معايير أخرى تنطبق لتحديد ما إذا كان بإمكانهم الاستفادة من هذه الحماية»⁽³⁸⁾.

وتم تعريف المصنفات من خلال العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الأوروبية CJEU على أنها «إبداع فكري خاص بمؤلفها، أو تعبير عن خياراته الحرة والإبداعية»⁽³⁹⁾.

فإذا كان تعريف المصنف هو (التعبير المبتكر... إلخ) والابتكار هو (إبداع فكري خاص بمؤلفه وبصمة شخصيته)، فإن هذا المنطق يدفعنا للقول باستحالة تصنيف تلك

(35) Henri Desbois, Le droit d'auteur en France: propriété littéraire et artistique, 3e éd. coll Propriété littéraire et artistique, Dalloz, Paris, 1978, p.22. André Lucas et Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloetter, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4. éd, LexisNexis, Paris, 2012, p.33.

(36) المادة (1.3) من التوجيه EC / 24/2009 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ 23 أبريل 2009 بشأن الحماية القانونية لبرامج الحاسوب.

(37) المادة (6) من توجيه المجلس EEC / 98/93 المؤرخ 29 أكتوبر 1993 بشأن تنسيق مدة حماية حق المؤلف وبعض الحقوق المجاورة.

(38) المادة (3) التوجيه EC / 9/96 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ 11 آذار / مارس 1996 بشأن الحماية القانونية لقواعد البيانات.

(39) Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others. Judgment of the Court (Third Chamber) of 1 December 2011. EUR-Lex - 62010CJ0145 - EN - EUR-Lex (europa.eu) آخر زيارة 28 يناير 2024

وانظر أيضاً:

Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 16 July 2009. EUR-Lex - 62008CJ0005 - EN - EUR-Lex (europa.eu) Last accessed 28/1/2024.

الأعمال التي تم إنشاؤها بواسطة الذكاء الاصطناعي باعتبارها مصنوعات فكرية بالمعنى المقصود في تشريعات حق المؤلف - حيث تتوارى فيها شخصية المبرمج وتنشأ نتيجة للقدرة الذاتية للبرنامج على التعلم والتحليل والربط واتخاذ القرار.

ومن جانب آخر، فإن الذكاء الاصطناعي هو تقنية حاسوبية، فهو بطبيعته - (على الأقل في الوقت الحالي) - لا يعتبر شخصاً أو كياناً له استقلاله الذاتي في الوجود والنشاط والتعبير، وعليه لا يمكن العثور على بصمة شخصية لهذه التقنية بمعزل عن القواعد المنطقية التي تم برمجتها عليها من قبل الإنسان، وإن عدم وجود مؤلف مبدع يجعل الحديث عن التأليف والأصالة (الابتكار) في الأعمال الناشئة عن تقنيات الذكاء الاصطناعي عبثاً.

وبخلاف لجوء الإنسان إلى مساعدة الآلة في الإبداع، فإن استخدام الأداة - سواء أكانت برمجيات أم من أي طبيعة أخرى - لا يمنع الاستدلال على الطابع الإنساني المبتكر للعمل الناتج، على هذا النحو، اعتبرت محكمة الاستئناف في دواي الفرنسية، على سبيل المثال، أن استخدام آلة «من الواضح أنه من غير المحتمل أن يتسبب في فقدان العمل المعني لأصالته وحداثته»⁽⁴⁰⁾، وهو مبدأ أكدت محكمة استئناف بورجو الفرنسية التي حكمت في عام 2005 بأن «عمل العقل الذي تم إنشاؤه من نظام كمبيوتر سيكون قابلاً للحماية إذا كانت الأصالة التي أراد مصممها تحقيقها تبدو حتى في الحد الأدنى»⁽⁴¹⁾، وفي قضاء أحدث قررت محكمة صينية حماية نص مكتوب بواسطة الذكاء الاصطناعي بوصفه مصنفاً، واستندت في تحليلها إلى حقيقة مفادها أن الشرط الأساسي المتمثل في «الإبداع الفكري» بموجب قانون حقوق المؤلف الصيني قد تم استيفاؤه عن طريق المشاركة البشرية إلى حد معين - وإن كان ضئيلاً - من خلال تحديد الاختيار والترتيب، من بين أمور أخرى⁽⁴²⁾.

(40) CA Douai, 4 déc. 1964 LNF c. Ass. USVA, Ann. 1965, 218.

(41) la cour d'appel de Bordeaux, 31 janvier. 2005, (n° 03/05512).

(42) Shenzhen Tencent Comput. Sys. Co. v. Shanghai Yingxun Tech. Co., (People's Ct. of Nanshan (Dist. Of Shenzhen) Dec. 24, 2019) (China), translated in 51 Int'L Rev. Intell. Prop. & Competition L. 652 (2020). 39 Id. at 657. Zhou Bo, Artificial Intelligence and Copyright Protection—Judicial Practice in Chinese

وبالتالي، على الأقل من وجهة نظر هذه المحكمة، لم تكن القضية تتعلق بعمل تم إنشاؤه بالكامل بواسطة الذكاء الاصطناعي.

غير أن هذا التوجه لا يلقي قبولاً عند من يرى تقنية الذكاء الاصطناعي مؤلفاً جديراً بالاعتراف بشخصية قانونية له وهذا ما نبهته في المطلب الآتي:

المطلب الثاني

موقف الفقه من إسباغ صفة المؤلف على الذكاء الاصطناعي

يرى البعض أن الابتكارات الناشئة عن تقنية الذكاء الاصطناعي تكون منبئة الصلة عن مبتكر التقنية نظراً للقدرة التي اكتسبتها تقنيات الذكاء الاصطناعي على إيجاد الحلول واتخاذ القرارات دون تدخل إنساني؟ فكيف يمكن نسبة هذه الابتكارات لواقع البرنامج؟ ناهيك عن أن مبتكر تقنية الذكاء الاصطناعي قد يرخص للغير باستخدام التقنية وتوالي التقنية ابتكاراتها بعيداً عن مبتكرها الأصلي؟ كيف يمكننا أن نتخيل مؤلفاً يطالب بحقوق مصنفات لا يعرف حتى بوجودها؟

ولبحث مثل هذه التساؤلات علينا تناول دعوات إسباغ صفة التأليف على تقنيات الذكاء الاصطناعي (فرع أول) وإسباغ نوع من الشخصية القانونية على تقنيات الذكاء الاصطناعي الإبداعية (فرع ثانٍ).

الفرع الأول

الذكاء الاصطناعي مؤلفاً

يجادل المتحمسون للذكاء الاصطناعي بقدرته على التعلم الآلي والتعلم العميق⁽⁴³⁾،

Courts, World INTELL. Prop. Org., https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ms_china_1_en.pdf.
Last accessed: 10/10/2023.

(43) التعلم الآلي: مفهوم يشير إلى أن برامج الكمبيوتر يمكن أن تتعلم تلقائياً من البيانات الجديدة وتكيف معها دون مساعدة البشر، التعلم العميق: تتيح تقنيات هذا التعلم التلقائي من خلال استيعاب كميات هائلة من البيانات غير المنظمة مثل النصوص أو الصور أو الفيديوهات، انظر تفصيلاً:

Andres Guadamuz, L'intelligence artificielle et le droit d'auteur, Magazine de l'OMPI, Octobre 2017.

فتقنيات الذكاء الاصطناعي تبني معرفتها من خلال التدريب وتكرار المهام، وبالتالي تحرير نفسها من البرمجة الأولية.

فهي قادرة على توليد روابط غير مسبقة بين العناصر، وأن تبتكر شيئاً غير متوقع تماماً للمبرمج الذي أنشأها ولا تتطلب مشاركة بشرية إضافية، وإن كانت ابتكاراتها مستوحاة من الأعمال التي برمجت عليها، لكنها تضيف عنصراً غير متوقع، وبالتالي، يتم استيفاء حالة القدرة على الخلق والإنشاء لأنها تستخدم معرفتها أو الكفاءة المكتسبة أو المهارة الناتجة عن تجربتها لإنتاج العمل⁽⁴⁴⁾.

ويرى أصحاب هذا القول عدم دقة القول: بأن برنامج الحاسوب الذكي غير قادر على توليد شيء لم تتم برمجته للقيام به، حيث إنه يصعب على القدرة البشرية معرفة أو توقع سلوك أي برنامج بشكل كامل، وهذا السلوك وإن تمت برمجته إلا أنه عادة يحتوي على عدد كبير من المسارات القابلة للتنفيذ، ناهيك عن قدرة البرنامج على التكيف مع البيئة المحيطة والتعلم وابتكار سلوكيات جديدة.

وبالتالي، فإن الإبداعات الناشئة عن الذكاء الاصطناعي تعتبر نتاجاً للبرمجة الإنسانية وليست نتاجاً مباشراً للعقل بالمعنى المقصود في القانون⁽⁴⁵⁾.

وللرد على هذا الرأي علينا أن نتوقف أمام المسائل الآتية:

1 - هل تتوافر تقنية الذكاء الاصطناعي على الدافع أو التصور المبدئي للمصنف؟ فهي تعمل على تحليل معطيات جاهزة لم تنشئها وإنما ناتجة عن جهد بشري وتم تغذيتها بنمط أو أسلوب المؤلف، بالإضافة لممارستها التحليلية لأسلوب المؤلف

https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2017/05/article_0003.html, Consulte le: 17/10/2023.

(44) ابتكر الباحثون في جامعة كونستانز في ألمانيا روبوتاً باسم e-David يستخدم خوارزمية تحسين مرئية معقدة لإنشاء لوحات.

Shlomit Yanisky-Ravid, Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, And Accountability In The 3a Era—The Human-Like Authors Are Already Here-A New Model, 2017 MICH. ST. L. REV. 659-726.p663.

(45) Jane C. Ginsburg and Luke Ali Budiardjo, Authors and Machines, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 34, p.6.

من خلال قاعدة البيانات التي تتغذى بها، فتقنيات الذكاء الاصطناعي لا يمكنها العمل خارج المهمة المحددة الموكلة إليها فهي - على الأقل في المرحلة الحالية - لا يمكنها أن تنشئ مصنفًا بعيداً عن التحكم والتوجيه الإنساني⁽⁴⁶⁾.

فلا يزال خيالاً علمياً إبداع التقنية من تلقاء ذاتها وبذاتها دون التدخل الإنساني، أو أن تبتكر إبداعات تتجاوز ما تمت برمجتها من أجله، ولا يمكن للذكاء الاصطناعي أن يبتكر من لا شيء، فلا بد للمبرمج أولاً أن يضع الخوارزميات التي تتضمن التعليمات التي يعمل من خلالها، ونقل قاعدة من المصنفات الموجودة مسبقاً إليها، من أجل برمجتها على قواعد العمل أو الابتكار الفني الذي نرغب في أن تحاكيه، علاوة على ذلك، لا يمكن للذكاء الاصطناعي اتخاذ قرار الإنشاء بمفرده: يكون الإنسان دائماً أصل العملية من خلال بدء البرنامج أو تطويره.

إن غياب النية الإبداعية للذكاء الاصطناعي يمكن أن يشكل حجة أساسية لرفض استحقاقه لصفة المؤلف: فالبرنامج يبتكر لأن هذا هو ما تمت برمجته من أجله، لكنه يخلو تماماً من إرادته الحرة، وبالتالي من نية الإبداع.

وإن ظلت النية معياراً ذاتياً غائباً في تشريعات وفقه الملكية الفكرية لا يتم احتسابه ضمن شروط حماية المصنف، فلا يمكن إنكار أهميته عند محاولة التعرف على ابتكارية

(46) لم يتغير هذا الحال منذ تقرير اللجنة القومية التي شكلها الكونجرس في عام 1974 عند إعادة تعديل قانون حق المؤلف لبحث الاستخدامات التكنولوجية الجديدة للمصنفات المحمية بقانون حق المؤلف The National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU). وتقرير ماهية التعديلات القانونية الواجبة لاستيعاب البرمجيات الذي اعتبر أن «الحاسوب، مثل الكاميرا أو الآلة الكاتبة، هو أداة خاملة، لا يمكن أن تعمل إلا عند تنشيطها بشكل مباشر أو غير مباشر بواسطة بشري، بمجرد تفعيله، يكون قادراً فقط على القيام بما هو مطلوب منه، بالطريقة التي يُطلب منها القيام بها»، في ذلك الوقت، كانت مسألة إنشاء أعمال بواسطة الذكاء الاصطناعي مماثلة لتلك التي من أصل بشري تعتبر تخمينية للغاية، كانت هذه النتيجة هي التي دفعت جون ماك كارثي، مدير مختبر ستانفورد للذكاء الاصطناعي آنذاك، إلى اقتراح عدم دراسة اللجنة للقضية، انظر تفصيلاً التقرير:

Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, 3 Computer L.J. 53 (1981), The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law.

الإبداعات التي تم إنشاؤها بواسطة الذكاء الاصطناعي⁽⁴⁷⁾، نظرًا لأن تقنيات الذكاء الاصطناعي غالبًا ما تتم برمجتها لإنجاز مهمة محددة للغاية، ولذلك فإن هذه النية الإبداعية حاضرة في ذهن المبرمج بلا شك، وستكون غالبًا سبب وجود التقنية ذاتها وما ينشأ عنها من أعمال تُحسب للمؤلف الإنسان وليس للآلة.

2 - لابد من النظر إلى الطبيعة التواصلية للمصنف، حيث يدع المؤلف لتوصيل رسالة إلى الجمهور، فلا يدع الإنسان وحده دون تأثر بالوسط المحيط بالعمل الإبداعي، فالمتلقي يقدّم مساهمته في العمل الإبداعي؛ لأن الفن ناقل للأنفعالات أو الأفكار ومصدر للتأمل من قبل جمهوره، وتخلو الإبداعات الناتجة عن الذكاء الاصطناعي بالضرورة من أي رسالة موجهة، لأن التقنية «تنتج» إبداعات بطريقة آلية بحتة دون نية أو رسالة للتواصل، فمهما كانت الآلات متطورة أو مستقلة، فإنها لا تستطيع توليد الفن؛ لأن الفن، بالمعنى الكامل للمصطلح، يقوم على التجربة الإنسانية، ويتطلب التواصل بين الفنان وجمهوره⁽⁴⁸⁾، فالتجربة أو الثقافة التي تخلق المصنف لا يكتسبها برنامج الذكاء الاصطناعي من إرادته وتجربته، ولا يهدف إلى توصيلها إلى جمهور معين مرتبط بهذه التجربة المشتركة، إن الإبداعات التي تنتجها التقنية تستمد وجودها وأهميتها من تحليل الأعمال الفنية الإنسانية المقدمة لها، وليس من التجربة الإنسانية مباشرة.

3 - أخيرًا، في مرحلة ما بعد الإنتاج، يُظهر البشرية المطالبة بنسبة التأليف إليهم، وهي مسألة حاسمة في التعرف على مؤلف العمل الفكري وبصمته فيه، فأين هي بصمة شخصية البرنامج التي يمكن اكتشافها وراء هذه الإبداعات، بل ستحضر بصمة الفنانين أو الأدباء والمبرمجين الذين جعلوا تحقيق هذه الأعمال ممكنًا⁽⁴⁹⁾.

(47) بيد أنه يحتل مكانًا مهمًا في القضاء الإداري الفرنسي الذي يميز بين الملصقات الإعلانية والملصقات الإبداعية بمدى توافر نية الإبداع أو نية الإعلان عن منتج أو خدمة، فالملصقات الإبداعية لا تفرض عليها ضرائب بخلاف الملصقات الإعلانية، انظر تفصيلًا:

Agnès Tricoire, «Le droit pénal au secours du ready-made, n'est pas Duchamp qui veut, Dalloz, Paris, 2006, p.1827.

(48) Anthony O'Hear, The Landscape of Humanity, imprint academic, 2008, p.105.

(49) Philippe Gaudrat, Répertoire de droit civil, 1 propriété des créateurs, § 1 - Qualités requises n°128, Dalloz, Propriété littéraire et artistique, 2007. n°128.

الفرع الثاني

إسباغ الشخصية القانونية على الذكاء الاصطناعي

يرى البعض أنه لا يوجد سبب يمنع الذكاء الاصطناعي من الاستفادة من الخيال القانوني نفسه الذي ابتكر الشخص الاعتباري، وهو بناء يسمح بتسهيل العلاقات داخل المجتمع، وتستند هذه الحجة بشكل خاص إلى حقيقة أن الشركات تستخدم الذكاء الاصطناعي بشكل متزايد كجزء من عمليات صنع القرار الخاص بها، وعلى المدى الطويل في رأي هؤلاء، لا يمكن استبعاد أن يندمج الشخص الاعتباري وخوارزمية اتخاذ القرار في كيان واحد⁽⁵⁰⁾.

ويستند البعض إلى مقترح البرلمان الأوروبي حول قواعد القانون المدني الخاصة بالمسؤولية المدنية للأضرار الناشئة عن الروبوتات الذي أوصى بإنشاء نظام مستقبلي للروبوتات المستقلة المعقدة وإسباغ شخصية قانونية إلكترونية عليها، والتي تم التأكيد عليها في دراسة أحدث للجنة القانونية التابعة للمفوضية الأوروبية رأت أنه: «من الممكن مستقبلاً لفئات معينة من الذكاء الاصطناعي منحها نوعاً من الشخصية القانونية التي تميزها والمختلفة عن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي»⁽⁵¹⁾.

وإن كان هذا الاقتراح مستقبلياً غير أنه يغفل عن أن الشخص الاعتباري فكرة قانونية تعبّر عن مجموعة من الأشخاص والأموال أو من الأشخاص أو من الأموال لتحقيق هدف معين، غير أن هذا الشخص أياً كانت مكوناته أشخاصاً طبيعيين أم أموالاً أم أشخاصاً وأموالاً، فلا بد من شخص / أشخاص طبيعيين يعبرون عنه.

(50) انظر تفصيلاً كلاً من:

Claudia Gestin-Vilion, La protection par le droit d'auteur des créations générées par intelligence artificielle, Université Laval Québec, Canada Maître en droit (LL.M.) et Université Paris-Saclay Sceaux, France Master 2 (M2), 2017, p.29.
Danièle Bourcier, De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle: émergence d'une entité juridique, Droit et Société, 49, 2001, p.864.

(51) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf), p.86. Last accessed: 10/10/2023.

ففكرة الشخصية الاعتبارية هي فكرة مفترضة والحقيقي والواقعي فيها هو الأشخاص والأموال ونشاطهم وتفاعلهم لتحقيق أهداف تجمعهم واعتراف القانون بها، وكان مبررها الواقعي والقانوني هو منح الشخص الاعتباري صفة تحمل الالتزامات واكتساب الحقوق المالية أثناء نشاطه بصفة مستقلة عن الذمم المالية لمؤسسيه وممثليه من الأشخاص الطبيعيين.

وينعدم هذا المبرر في حالة الذكاء الاصطناعي الذي يعتبر تقنية ناشئة عن تطور علمي وتقني متنوع يجمع علم النفس والمنطق والفيزياء والرياضيات، استطاع الإنسان من خلاله أن يحول البيانات والمعلومات إلى تقنية، وهي تعتبر أداة أو - بلغة الاقتصاد - أصلاً من أصول مشروع اقتصادي فردي أو جماعي، حيث لا يمكن أن ننصو وجودها بدون الإنسان المنشئ (المبرمج والممول).

بكلمات أخرى، تحتاج تقنية الذكاء الاصطناعي لشخص طبيعي لإنشائها، وكذلك لشخص طبيعي أو اعتباري لإدارتها وتوجيهها، ولا يمكن أن تكون لها إرادة على الإبداع بمعزل عن الإرادة البشرية أو ذمة مالية مستقلة عن الأشخاص الذين كانوا سبباً في وجودها.

ولا يمكن قياس حالة الذكاء الاصطناعي على حالة الشخص الاعتباري الذي يعتبر مؤلفاً للمصنف الجماعي، حيث سبق الحديث عن الطبيعة الإنسانية للتأليف، بحيث لا يمكن أن ننسب صفة التأليف للشخص الاعتباري، «فالمصنف الذي يضعه أكثر من مؤلف بتوجيه شخص طبيعي أو اعتباري يتكفل بنشره باسمه وتحت إدارته، ويندمج عمل المؤلفين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص، بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتميزه على حدة، ويكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجهه إلى ابتكار المصنف الجماعي التمتع بالحق في مباشرة حقوق المؤلف عليه»، فالمشرع يشير إلى تمتع الشخص الاعتباري بملكية حقوق المؤلف، ولا يشير إليه مؤلفاً بمعنى موضوعي حقيقي⁽⁵²⁾.

وتختلف درجة وطبيعة «ذكاء» هذه البرامج على نطاق واسع، في الواقع، إنها تعتمد

(52) انظر المواد (1) و (175) من القانون المصري والمواد (1) و (23) من القانون الكويتي رقم 22 لسنة 2016 بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

فقط على تطور الذكاء الاصطناعي، ولنا أن نتساءل: في أي مرحلة يمكن اعتبار البرنامج ذكياً بدرجة كافية للاعتراف بشخصيته القانونية؟

بالإضافة إلى ذلك، تنص التوصية البرلمانية المذكورة سلفاً على إنشاء «نظام تسجيل أوروبي عام للروبوتات المتقدمة»، ولكن المشكلة نفسها تظهر هنا: متى يكون الروبوت متقدماً بدرجة كافية ليتم تقديمه إلى هذا التسجيل؟ لا يوجد معيار يجعل من الممكن التمييز بدقة بين برنامج ذكي وآخر، خاصة وأن ذكاء هذه البرامج يتجلى بطرق مختلفة للغاية، اعتماداً على مجال تخصصهم.

أخيراً، يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن الذكاء الاصطناعي يمكن أن يتكون ببساطة من برنامج يمكن تثبيته على العديد من الأجهزة حسب الرغبة: لمن تمنح الشخصية في هذه الحالة إذا تم تثبيت البرنامج نفسه على العديد من الأجهزة؟

فهل سيكون من الضروري اعتبار أن الشخصية تكمن في البرنامج، وأن الأجهزة المختلفة التي تقوم بتنفيذه ليست سوى أجزاءه، أم سيكون من الضروري منح شخصية قانونية للروبوت الذي تم تثبيت البرنامج عليه؟ بالإضافة إلى ذلك، يعمل المطورون باستمرار على جعل البرامج أكثر ذكاءً، ويقومون بتطوير إصدارات دائمة منها، وإذا كان سيتم منحها الشخصية القانونية، فما الذي يجب فعله عندما يخضع البرنامج، من خلال الإصدارات المتتالية، لتغييرات تبعده عن نسخته الأصلية؟ هل يجب أن نعتبره «الشخص» نفسه، أم أن عدد الأشخاص سيتضاعف؟

علاوة على ذلك، على الرغم من أن هذه الشخصية القانونية ستُمنح للروبوتات أو البرامج الذكية (سواء كانت مادية أو افتراضية)، فلا يوجد ما يشير إلى أنها ستكون مصحوبة بالاعتراف بملكية للحقوق في الإبداعات دون توافر شرط الابتكار، وستبقى هذه الشخصية خيلاً، تماماً مثل شخصية الشخص الاعتباري، وبالعودة إلى مشكلة إنشاء الأعمال الفنية بواسطة البرمجيات الذكية، يبدو أن اللجوء إلى خيال الشخص الاعتباري لإسناد صفة المؤلف للذكاء الاصطناعي لن يكون حلاً قابلاً للتطبيق، بسبب جميع الإشكاليات القانونية التي يثيرها.

المبحث الثاني

تأصيل الإبداع الناشئ عن الذكاء الاصطناعي

إذا كنا انتهينا إلى عدم معقولة إسباغ صفة التأليف على تقنيات الذكاء الاصطناعي، فهل يؤدي ذلك إلى استبعاد الأعمال الناتجة عنها من نطاق الحماية القانونية، أي عدم النظر إليها بوصفها مصنفات جديدة بحماية قانون حق المؤلف ويكون مصيرها الملك العام⁽⁵³⁾، أم إنها أعمال فكرية جديدة بالحماية، فإذا كانت كذلك فلا بد أن نحدد صلة الفكر الإنساني بها وتحديد المؤلف/ المؤلفين الذين تُنسب لهم ويتمتعون بحقوق المؤلف عليها.

وعليه، فإن الغاية من هذا التأصيل هو تحديد نوع المصنف/ المصنفات الناتجة عن تقنيات الذكاء الاصطناعي (مطلب أول) وتحديد مؤلفها/ مؤلفيها (مطلب ثان).

المطلب الأول

تأصيل المصنف الناتج عن تقنية الذكاء الاصطناعي

يرى البعض أن الربط بين المؤلف والمصنف وشرط الابتكار الذي يعكس شخصيته يقف حجر عثرة أمام الاستدلال على شخصية المؤلف/ المؤلفين خلف العمل الناتج عن الذكاء الاصطناعي، بينما يرى آخرون أن شخصية المؤلف تتجلى في العمل الفكري حتى لو استخدم المؤلف إنساناً آخر أو آلة في تنفيذ العمل.

نبحث الاتجاه القائل بالفصل بين شخصية المؤلف والمصنف (فرع أول)، والاتجاه القائل باستخدام وسيط إنساني وآلي لإنشاء المصنف (فرع ثان)، والتصور المقترح للمصنف الناشئ عن الذكاء الاصطناعي (فرع ثالث).

(53) انظر تفصيلاً لدى:

Mauritz Kop, AI and Intellectual Property: Towards Articulated Public Domain, Texas Intellectual Property Law Journal (TIPLJ), University of Texas School of Law, Vol. 28, No. 1, 2020.

الفرع الأول

الفصل بين شخصية المؤلف والمصنف

يحاول البعض⁽⁵⁴⁾ النظر إلى وجود المصنف لذاته بم عزل عن شخصية المؤلف، ويتحججون باعتراف بعض المبدعين بأنهم لا يمتلكون وعياً محدداً مسبقاً بنتيجة أعمالهم، وأن القول بأن المؤلف يمتلك تصوراً مسبقاً نهائياً للمصنف قد يتأكد في مصنفات وينعدم في أخرى، حيث يقدم بعض المؤلفين على الإبداع (خاصة في الشعر والموسيقى والرسم) دون امتلاك رؤية شاملة مسبقة للكيان النهائي للمصنف.

بل يدع بعض المبدعين تحت تأثير مواد يمكن أن تؤثر على وعيهم وقدرتهم على التفكير، فالتمييز بين الإبداعات وفقاً لحالة وعي المبدع يمكن أن يؤدي إلى حلول شاذة، ويؤدي من وجهة نظر الحماية بموجب حقوق المؤلف إلى التمييز بين أعمال المبدعين بحسب حالتهم العقلية عند إبداعهم⁽⁵⁵⁾.

فلا بد من الفصل بين شخصية المؤلف ووجود المصنف والنظر إلى المصنف وقيمه وجدارته للحماية القانونية دون ربط مع شخصية المؤلف، بمعنى عدم البحث عن بصمة المؤلف في المصنف لتقرير واستحقاق الحماية طالما لم يثبت أحد نسخه من مصنف سابق.

ولذلك يرى أصحاب هذا الرأي ضرورة التعامل الموضوعي مع الإبداع، فالمصنف كيان إبداعي في حد ذاته، أيًا كانت العملية الإبداعية التي تقف وراءه، وبالتالي، إذا احتفظنا بالنتيجة الإبداعية فقط، فيمكن بسهولة تصور إنشائها بواسطة روبوت مستقل. حيث لم تضع اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية تعريفاً مباشراً للمؤلف

(54) انظر تفصيلاً لدى:

Sandy Caron, La protection des créations générées par intelligence artificielle par le droit d'auteur canadien, Université Laval Québec, 2018, p.31.

(55) من المعروف أن الرسام الهولندي فان جوخ قد أصيب بمرض عقلي وتم إيداعه مصح عقلي وأنهى حياته منتحراً، وغيره كثير من الأدباء والفنانين مثل: لودفيج فان بيتهوفن، وفرجينيا وولف، وأرنست هيمنجواي، وجودي جارلاند وروبرت شومان. انظر تفصيلاً: عبد الستار إبراهيم، الحكمة الضائعة: الإبداع والاضطراب النفسي والمجتمع، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون - الكويت، ع 280 أبريل 2002. ص 22.

أو للتأليف، وإنما أشارت بصورة غير مباشرة إليه، عند تحديدها من له حق المطالبة بالحقوق المحمية، بأنه هو من يظهر اسمه على المصنف بالطريقة المعتادة⁽⁵⁶⁾، وبذلك يمكن لهذا المعيار الموضوعي في الحماية، الذي يحمي الجهد الفكري لذاته أياً كانت عوامل خلقه، أن يحتوي كل أنواع المصنفات بما في ذلك ابتكارات الذكاء الاصطناعي.

الفرع الثاني

وجود الوسيط الآلي أو الإنساني في عملية التأليف

يستخدم الإنسان الآلة في الإبداع الفكري، ويتفاوت مقدار إسهام الآلة في الإبداع بين وسيط ميكانيكي ناقل للإرادة والإبداع الإنساني كآلة الطباعة التي تسطر إبداع الإنسان بشكل مباشر، وبين آلة التصوير التي تؤدي دوراً أساسياً في خلق الصورة، وصولاً إلى تقنيات تفاعلية كبرامج الحاسوب التطبيقية التخصصية في مجالات تعديل الصور والتصميم الهندسي والإبداع السينمائي في مجال التأليف (المونتاج) والمؤثرات... إلخ، والتي تعتبر نوعاً من الذكاء الاصطناعي، حيث تضم قاعدة بيانات واسعة، وحلولاً متعددة تساعد الإنسان على الابتكار، ولذلك يقر المشرع الإنجليزي - كما أسلفنا - بالمصنفات الناتجة عن مساعدة الحاسوب، ويعتبر الشخص الذي قام بالإجراءات والترتيبات اللازمة لابتكار هذه المصنفات مؤلفاً لها⁽⁵⁷⁾.

وعليه، إذا كانت تقنية الذكاء الاصطناعي برنامجاً أم روبوتاً مبرمجاً على الرسم أو الموسيقى بصورة مباشرة، فيمكن قياسه على آلة التصوير، وإذا كان يتوافر على برمجة خيارات متعددة للابتكار يختار منها المستخدم ما يشاء فيمكن قياسه على برنامج الحاسوب التطبيقي.

ولم يقدم أصحاب هذا الاتجاه رؤيتهم لتقنية الذكاء الاصطناعي القادرة على الابتكار بشكل مستقل اعتماداً على برمجتها، ولكن مع القدرة على أن تحدد لوحدها الناتج النهائي للعمل دون إشراف مباشر من الإنسان.

(56) المادة (15) من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية (المعدلة في 28 سبتمبر/أيلول 1979) (انظر الترجمة الرسمية للنص الأصلي على موقع الويبو) <https://wipolex.wipo.int/ar/text/283692>

(57) انظر ص 7 الهامش 14 من البحث.

ويرى بعض الباحثين⁽⁵⁸⁾ أن مفهوم المصنّف التقليدي يمكن اكتشافه في نية وعمل الإنسان وراء التقنية أو توجيه إنسان آخر لمساعدته على خلق المصنّف، فإذا كان الشخص الطبيعي لا يقوم بالإبداع جسدياً بشكل مباشر وإنما يبرز ابتكار الذكاء الاصطناعي كمحصلة لهذا الذكاء، إلا أننا يمكن قياس هذه الحالة على استخدام مؤلف لإنسان آخر لتنفيذ إبداعه وبشروطه واختياراته.

ويتوافر مثل هذا العمل على شرط الأصلة بالمعنى الشخصي على سبيل المثال، في قضية النحات الفرنسي ريتشارد جينو Guino الشهيرة، والرسام الفرنسي بول رينوار، أقرت محكمة استئناف باريس صفة المؤلف المشارك لرينوار Renoir الذي كان غير قادر على النحت وأعطى تلميذه Guino تعليمات دقيقة للغاية بشأن الأعمال التي يتعين تنفيذها، وهو الحكم الذي نقضته محكمة النقض، واعتبرت رينوار هو المؤلف الأصلي، وأن شخصيته انعكست في التوجيهات التي نفّذها تلميذه، مبررة بذلك إسناد حق المؤلف له فقط، وقياساً على هذا الحكم يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشخص الذي يبرمج البرنامج ويضع الشروط المادية اللازمة لإنشائه إمكانية أن يتكرر أعمالاً يستحق أن تُنسب له صفة المؤلف لهذه الأعمال⁽⁵⁹⁾.

الفرع الثالث

التصور المقترح للمصنّف الناشئ عن تقنية الذكاء الاصطناعي

إن وجهات النظر السابقة تتخذ مسارين متناقضين وكلاهما يؤصل للمسألة على نحو غير دقيق، فالقول بفصل شخصية المؤلف عن مصنفه قد يستقيم عند بعض المذاهب النقدية في قراءة وتحليل المصنّف⁽⁶⁰⁾، ولكنها لا تستقيم مع أهداف القانون

(58) Claudia Gestin-Vilion, La protection par le droit d'auteur des créations générées par intelligence artificielle, p.40.

(59) Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 novembre 1973, 71-14.469. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006991012>. Last accessed: 17/9/2023.

(60) يستند بعض الفقه في دعواه لنبد ما أسماه بالمفهوم الرومانسي للمؤلف إلى نظرية في النقد الأدبي قال بها الناقد الفرنسي رولان بارت أطلق عليها موت المؤلف the death of author مفادها أن المصنّف الأدبي بعد إبداعه يفقد صلاته بالمؤلف ويصبح نصاً مفتوحاً لقراءة القارئ المختلفة والتي يمكن أن تفتح في النص أفاقاً لم يكن يراها المؤلف ذاته، بيد أن موت المؤلف عند بارت هو موت على مستوى

الذي غايته إقرار الحقوق وحمايتها ولا يمكن تقرير حق أو حمايته دون معرفة صاحبه، وأما القول بأن عملية التأليف قد تدفع المؤلف للاستعانة بالآلة أو إنسان آخر لمساعدته فهذا صحيح، ولكنه لا يجيب عن القدرة التي اكتسبها الذكاء الاصطناعي في تقديم مصنفات تبدو مختلفة عما تم تغذيته بها.

ونرى أن التأصيل الدقيق لدور الإنسان المباشر ودور الذكاء الاصطناعي في مساعدته على التأليف يتمثل في التأكيد على دور ومكانة الإنسان في الإبداعات التي يتم إنشاؤها بواسطة الذكاء الاصطناعي، حيث يمكن اكتشاف دور الإنسان بشكل واضح سواء في مراحل ابتكار تقنية الذكاء الاصطناعي والابتكارات الناشئة عنها، أو من خلال تحديد مفهوم لشرط الابتكار في المصنف الناشئ عن تقنية الذكاء الاصطناعي يمكن من خلاله ربطه بشخصية المبرمج والأشخاص الآخرين المساهمين في إنشاء تقنية الذكاء الاصطناعي.

أولاً: دور الإنسان في إنشاء مصنفات الذكاء الاصطناعي

قبل الإنشاء، يكون مبرمج الذكاء الاصطناعي هو مؤلف سطور التعليمات المنطقية (الخوارزميات) التي تحدد الإجراءات المستقبلية للجهاز، في حالة الفن الخوارزمي «الشخصي»، يقوم فنان - مبرمج أو فنان بالتعاون مع مبرمج بترجمة قواعد الإبداع الفني إلى شيفرة مقروءة آلياً.

وبعد الحصول على هذه القواعد، سيُنشئ الروبوت أو البرنامج الذكي إبداعاً سيكون محصلة للقواعد والحسابات المنطقية فقط، حيث يتم برمجة جميع

التفاعل الفكري بين القارئ ونص المؤلف، ولا يصل إلى مستوى موته بصفته شخصاً قانونياً يستحق ما يعود به مصنفه من عائد مادي وأدبي، انظر تفصيلاً حول نظرية رولان بارت: سعاد العنزي، تحليل مقالة «موت المؤلف» لرولان بارت: إضاءة محفزاتها وآثارها الإيجابية في فتح النصوص للقراءات الحرة، مجلة البحث العلمي في الآداب، مج 19، ع 19، ج 4، خريف 2018، ص 26-1، وانظر حول استناد بعض الفقه القانوني إلى نظرية موت المؤلف:

J. H. Reichmann, Goldstein on Copyright Law: A Realist's Approach to a Technological Age, Stanford Law Review, Stan. L. Rev. Vol.43, April 1991, p.946.

Jane C. Ginsburg, Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information. Columbia Law Review, Colum. L. Rev. Vol.90, Nov. 1990, p.1871.

عمليات الإنشاء الأولية بواسطة إنسان، فإذا قام البرنامج بابتكار أعمال ناتجة عن هذه البرمجة والبيانات التي تم تغذيته بها، فإن الجهد والبصمة الإنسانية لن تكون غامضة في هذه الأعمال.

وفي حالة الفن الخوارزمي «التركيبي» يتم إنشاء الأعمال المدمجة في البرنامج من قبل فنانين بشريين، وبعد ذلك، يجب برمجة البرنامج، بحيث يقوم بتحليلها واستخراج الأنماط الإبداعية التي يمكن إعادة إنتاجها من أجل إنشاء إبداعات جديدة، وبالتالي، فإن كل الإنتاج مستمد، بشكل مباشر أو غير مباشر من الإنسان، في الواقع، إذا كان الروبوت/ البرنامج قادراً على التحليل والتقليد في نطاق الخيارات التي تتيحها له البرمجة الإنسانية، فهو غير قادر على تحرير نفسه من القواعد المنشئة له وإنتاج أي شيء مبتكر أو ثوري بالكامل.

ثانياً: تجسيد مفهوم الأصالة في المصنفات الناشئة عن تقنيات الذكاء الاصطناعي

منذ حكمها الشهير في قضية Pachot⁽⁶¹⁾، وبسبب انتشار التقاضي المتعلق بالبرمجيات، اضطرت محكمة النقض الفرنسية إلى إعادة النظر في التعريف الكلاسيكي للأصالة بوصفها البصمة الشخصية للمؤلف في مجال برمجيات الحاسوب؛ لأن محاولة الكشف عن بصمة شخصية المؤلف من خلال سطور من التعليمات البرمجية تتكوّن من تعليمات منطقية ورياضية هي تفكير مصطنع تماماً، وقررت أنه يمكن استيفاء شرط الأصالة إذا أظهر مبرمج البرنامج «جهداً شخصياً يتجاوز التنفيذ البسيط لمنطق تلقائي ومقيّد، وإذا كان تجسيد هذا الجهد يكمن في هيكل متفرد»⁽⁶²⁾.

يمكن أن يؤدي هذا الانفصال عن فكرة بصمة شخصية المؤلف إلى توسيع فئة الإبداعات التي يمكن أن تحصل على استحقاق وصف المصنف الفكري، وبالتالي يتم تفسيرها لصالح الإبداعات التي تم إنشاؤها بواسطة الذكاء الاصطناعي⁽⁶³⁾. وبالمثل،

(61) Cour de cassation, Assemblée plénière, du 7 mars 1986, 84-93.509. Décision - Pourvoi n°84-93.509 | Cour de cassation.

(62) Alexandra Bensamoun et Julie Groffe, " §3. Appréciation et siège de l'originalité "dans Répertoire de droit civil, 2017, pp.3233.

(63) Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, Droit d'auteur et droits voisins, 2e édition, coll, Précis Droit privé, Paris, Dalloz, 2013. p. 255.

أظهرت قوانين الملكية الفكرية أيضًا مرونة في منح الحماية لقواعد البيانات متى توافرت على شرط الجهد والاستثمار الجوهرى ولكن دون بصمة شخصية منشئها نفسه⁽⁶⁴⁾.

وهكذا يستوعب القانون، دون صعوبة كبيرة، الافتقار إلى الأصالة (الابتكار)، بالمعنى الدقيق للكلمة، لاستيعاب إبداعات معينة مثل البرامج أو قواعد البيانات التي تفتقر إليها للوهلة الأولى، ولا شك بوجود جهد إبداعي وراء هذه الإنجازات، لكن يصعب تحليله على أنه بصمة شخصية المؤلف. وفي بعض دول القانون العام، يتم تقييم الأصالة بطريقة مختلفة عن تلك الخاصة بدول القانون المدني، حيث تم تطوير معيار لتقييم الأصالة (الابتكار) يُعرف باسم «عرق الجبين» أو «الجمع الدؤوب»⁽⁶⁵⁾.

تظهر أحكام المحاكم البريطانية: «أن الإبداع ليس مطلوبًا لتحقيق الأصالة، ويجب استيفاء معيار الموهبة والعمل فقط، أي أن المؤلف يمكنه الوصول إلى الحماية من خلال القيام بعمل شاق (حتى جمع معلومات واقعية) والتعبير عن هذه المعلومات»⁽⁶⁶⁾.

هذا المفهوم راسخ جيدًا في القانون البريطاني، ويستخدم القضاة العديد من التعبيرات المختلفة مثل: «المهارة والحكم والعمل»، أو «العمل والمهارة ورأس المال»، أو «المهارة الفكرية وعمل الدماغ»⁽⁶⁷⁾. وبالطريقة نفسها، اعترف قراران أستراليان ونيوزيلندي بأصالة دليل لأحدهما والعناصر المرفقة به بسبب الجهد المبذول لجمع هذه العناصر⁽⁶⁸⁾. وفي قضية *Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co* قررت المحكمة أن: «الرجل الذي يسير في شوارع البلدة ويدون أسماء

(64) Mark J. Davison, *The legal Protection of databases*, second edition, Cambridge university press, 2008, p.66.

(65) *Walter v Lane* [1900] AC 539

(66) انظر الأحكام الآتية:

Sawkins v. Hyperion Records Ltd.[2005] EWCA Civ 565. *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964]. *Univ. of London Press, Ltd. v. Univ. Tutorial Press, Ltd.*, [1916].

(67) *Ladbroke (Football) Ltd v. William Hill (Football) Ltd*[1964]. *Walter v. Lane* [1900] AC 539.

(68) *Australian Full Federal Court in Desktop Marketing Systems Pty. Ltd. v. Telstra Corp. Ltd.*,48 and the *University of Waikato V Benchmarking Services Ltd* [2004] NZCA 90 . (2004)

كل ساكنيها، بمهنتهم وأرقام شوارعهم، يكتسب مادة هو مؤلفها، ينتج بعمله تكويناً جديراً بالتقدير، حيث يمكنه الحصول على حق المؤلف، وبالتالي الحصول على الحق الاستثنائي في مضاعفة نسخ عمله»⁽⁶⁹⁾.

بعيداً عن الدعوات التي تحاول أن تغير من أحكام حق المؤلف، فإنه يمكننا الاعتماد على المرونة التي أبداها المشرعون تجاه المصنفات التي تخلو من البصمة الشخصية، وتنطوي على الجهد المحض أو الجهد المقرون بالتمويل من أجل استيعاب الإبداعات التي تم إنشاؤها بواسطة الذكاء الاصطناعي.

ومع ذلك، إذا كانت هذه الإبداعات التي تم إنشاؤها بواسطة برامج الذكاء الاصطناعي خاضعة لحماية تشريعات حقوق المؤلف، تظهر أسئلة جديدة: ما طبيعة هذه المصنفات وكيفية التعرف على مؤلفيها؟

المطلب الثاني

مؤلفو الابتكارات الناشئة عن الذكاء الاصطناعي

إن منح الحماية القانونية لمصنفات الذكاء الاصطناعي لا يهدف إلى الاعتراف بالذكاء الاصطناعي مؤلفاً بقدر ما يهدف إلى تقييم ما إذا كان بإمكان الأشخاص - الذين جاءت مصنفات الذكاء الاصطناعي نتيجة تخطيطهم وجهدهم أو تمويلهم - المطالبة بشكل شرعي بحقوق المؤلف في المصنفات التي تم إنشاؤها بواسطة الذكاء الاصطناعي، فإذا كانت الإبداعات التي تم إنشاؤها بواسطة الذكاء الاصطناعي يمكن أن تعد مصنفات فكرية وأن هذه الحقوق يمكن إلحاقها بها، فمن يمكنه المطالبة بحقوق تأليفها: المبرمج، المستخدم، الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي قدم الفكرة والتمويل سواء كان مستقلاً أو في سياق علاقة تعاقدية؟

تتضمن الإجابة عن هذا السؤال تحديد المالك المبدئي للحقوق، أي الشخص الذي يمكنه المطالبة بحقوق التأليف. وإن تعقيد هذه المشكلة يرجع بشكل خاص

(69) Jewelers' Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co., 274 F. 932, 932 (S.D.N.Y. 1922). Jeweler's Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co., 188. - Federal Cases - Case Law - VLEX 890740221 20.

إلى تعدد الأشخاص الفاعلين والمشاركين في سلسلة بناء التقنية ذاتها وما يترتب على نشاطها من ابتكارات، بدءاً من مصمم البرنامج الذكي إلى المستخدم النهائي له، نبدأ بتحديد طبيعة المصنف الناشئ عن تقنية الذكاء الاصطناعي (فرع أول)، وصاحب الحق فيه (فرع ثانٍ).

الفرع الأول

المصنف الناشئ عن تقنية الذكاء الاصطناعي

لا تثير تقنية الذكاء الاصطناعي الناتجة عن مبتكر واحد مشكلة كأن يقوم ذات الشخص بابتكار القواعد المنطقية وتغذيتها بالبيانات اللازمة، على سبيل المثال: قيام شخص بمفرده بإعداد خوارزميات يمكنها عزف مقطوعات موسيقية لمشاهير الموسيقيين⁽⁷⁰⁾، فإن الألحان الناتجة هي حق خالص له.

ولكن يثور التساؤل إذا قام بالترخيص للغير باستخدام ذات التقنية لإبداع المزيد من الألحان المحاكية لموسيقى موسيقار معين، فإذا كانت البرمجة التي تخضع لها التقنية تكرر ذات الموسيقى، فليس هناك ما يدعو للتساؤل عن مصنف جديد، أما إذا كانت التقنية قد تم برمجتها على أساس أنها تظهر المزيد من الألحان، فلا بد من التساؤل: هل هذه الألحان الجديدة ناتجة عن ذات القدرة التي وضعها المبرمج الأصلي ولم تتطلب أن يقوم المستخدم بإضافة المزيد من القواعد المنطقية أو التعديل فيها أو موسيقى الموسيقار المعني، أم إن التقنية تقبل التغذية المتجددة من قبل المستخدم؟ فإن كانت كذلك فهل ترتقي مساهمة المستخدم إلى مستوى التأليف المشترك؟ فالمصنف المشترك هو اشتراك اثنين أو أكثر في تأليف مصنف واحد، فلا بد من الاتفاق على ذلك، وعليه فإن حقوق الطرفين على تقنية الذكاء الاصطناعي أو ما ينتج عنها من ابتكارات لاحقة يخضع لاتفاق الطرفين⁽⁷¹⁾.

في هذا الفرض قد يشترك أكثر من شخص سواء في إعداد القواعد المنطقية أو

(70) انظر تفصيلاً: هانا فراي، أهلاً بالعالم: أن تكون إنساناً في عصر الخوارزميات، ترجمة محمد جمال، دار كلمات للنشر والتوزيع، باتنة، الجزائر، 2021، ص 254.

(71) () انظر تعريف المصنف المشترك في المواد: (138) من قانون الملكية الفكرية المصري، و(1) من القانون الكويتي، و(1) من القانون الإماراتي.

هندسة التقنية إذا كانت روبوتاً أو تغذية التقنية بالبيانات، فإن تنظيم الحقوق على التقنية يخضع بحسب طبيعة التقنية، فإذا كانت التقنية مجرد برنامج حاسوب، فإن تنظيم الحق عليها يخضع لأحكام المصنّف المشترك في تشريعات حق المؤلف، أو لاتفاق الأطراف، أما إذا تجسّدت التقنية بشكل مادي، فقد تصبح محلاً لبراءة اختراع، وتخضع لقانون براءة الاختراع، ويظل سؤالنا في هذه الدراسة عن الابتكارات الناشئة عن التقنية، فلا شك أن اتفاق الأطراف سيكون المنظم الأساسي للحقوق الناشئة عن هذه الابتكارات طالما أن التقنية ظلت تحت سيطرة مبتكريها.

أما إذا تم الترخيص للغير باستخدام التقنية (البرنامج أو الروبوت) فلا بد من التمييز - كما تقدّم سلفاً - بين قدرة هذه التقنية على السماح للمستخدم بالإضافة والابتكار من عدمه، فعلى سبيل المثال: مستخدم أي برنامج من البرامج المكتوبة لشركة مايكروسوفت (وورد والإكسل... إلخ) يتمتع بالحقوق الناشئة عن ابتكاراته التي يبدعها باستخدام هذه التطبيقات، غير أن الأمر يختلف مع تقنيات الذكاء الاصطناعي التي لازال الكثير منها يبرمج لأداء وظيفة أو وظائف ثابتة كما هو الحال في الابتكارات التي تم ابتكارها لرسم لوحات رسام بعينه أو أداء الحان مشابهة لموسيقار معين... إلخ، فربما يثور النزاع عند عدم الاتفاق بين صاحب الحق (المبرمج الأصلي مثلاً) والمرخص له باستخدام التقنية في التمتع بحقوق الابتكارات التي يسهم في إبداعها المستخدم من خلال التعديل في برمجة التقنية أو في الإضافة إلى بياناتها.

وللإجابة عن هذا السؤال نعود إلى الحكم التشريعي الذي يقرر أن حقوق مؤلفي المشترك تكون بالتساوي إذا لم يتفق عليها بين مؤلفي المصنف، ولكن قد يعترض البعض بأن مساهمة المستخدم/المستخدمين قد لا ترقى إلى جهد وإبداع المبرمج/المبرمجين الأصليين، ففي هذه الحالة نقترح الاستئناس بما استقر عليه الأمر في القضاء المقارن حول تقدير المساهمة في المصنف المركب والتي ترقى بصاحبها إلى مرتبة المؤلف، فمثلاً في المصنف السينمائي (الفيلم) يعتبر مؤلفاً كلاً من: المخرج، كاتب السيناريو، واضع الموسيقى التصويرية، مدير التصوير متى كانت مساهمة كل منهما لا تعتبر نسخاً لمصنف آخر⁽⁷²⁾.

(72) انظر تفصيلاً: فاروق الأباصيري، النظام القانوني لعقد إنتاج المصنف السينمائي، مطبعة جامعة طنطا، د.ت. مصر، ص 113.

ففي حالة تقنية الذكاء الاصطناعي، لابد من بحث المساهمة التي يقدمها المستخدم في التقنية وأثرها في الابتكارات المستجدة، فكلما كانت هذه المساهمة تؤثر على التقنية من خلال السماح لها بابتكار مصنفات مختلفة عن المصنفات الأصلية، أو عما كان يمكن توقعه من التقنية دون إضافة جديدة، ففي هذه الحالة قد يستخدم المستخدم مؤلفاً مشتركاً يقسم الحقوق بالتساوي مع مبتكر التقنية إذا لم يتفق على خلاف ذلك.

غير أن الغالب يظهر أن مساهمة المستخدم محدودة، نظراً لأن الذكاء الاصطناعي سينشئ ابتكاراً يتكوّن من مقتطفات أو أجزاء من الأعمال الموجودة مسبقاً والتي تم تحليلها وإعادة تجميعها عن طريق الخوارزميات، وإن اكتسبت هذه البرامج قدرة تعلم فإنها لا تغيّر الإجراء المطلوب من قبل المستخدم والذي يقتصر على الاختيار بين عدة خيارات مغلقة أو محدودة، وبالتالي، فإن الخلق النهائي لن يكون انعكاساً لاختياراته الشخصية.

وفي أحسن الأحوال، يمكننا إدراك الطابع أو الجهد الشخصي للأعمال التي سبق دمجها في البرنامج، على سبيل المثال: نص الفيلم القصير «Sunspring»، يعتمد كل شيء فيه على تحليل وإعادة تركيب مقاطع الأفلام (خاصة الخيال العلمي) التي تم دمجها وتحليلها بواسطة البرنامج، دون أي مدخلات إبداعية من المستخدم البشري⁽⁷³⁾، أما بالنسبة لتشغيل برنامج Deep Dream الخاص بجوجل فهو يختلف قليلاً، من حيث إن لديه القدرة على التعلم، ولكن هذا لا يغير دور المستخدم الذي سيكون محدوداً بالقدر نفسه، عند استخدام البرنامج لإنشاء صورة يجب على الشخص اختيار صورة موجودة مسبقاً وتطبيق التأثيرات التي يتيحها البرنامج مما يؤدي إلى تعديل الصورة

(73) تم إطلاق فيلم خيال علمي قصير على الإنترنت عن ثلاثة أشخاص يعيشون في المستقبل في محطة فضائية، تمت تسمية الفيلم سن سبرينج Sunspring، وتمت كتابة الفيلم عن طريق الشبكة العصبية التي تدعى الذاكرة الطويلة قصيرة المدى (long short-term)، قام على إعداده المخرج أوسكار شارب، الذي تعاون مع الباحث من جامعة نيويورك (NYU) روس جودوين، وتم إعداد البرنامج من خلال تغذيته بعدة سيناريوهات لأفلام خيال علمي متاحة على الإنترنت، ثم قام بدراستها وتفحصها بدقة، وتعلم منها كيفية ربط السيناريو كاملاً عن طريق أحرف الربط والكلمات والعبارات التي تُقال عادة.

يمكنك مشاهدة الفيلم هنا: <http://video.arstechnica.com/watch/sunspring-sci-fi-short-film>

الأصلية لدرجة تجعلها غير قابلة للتعرف عليها⁽⁷⁴⁾.

إن منح حق المؤلف لهذا المستخدم يعني تجاوزاً لأحكام حق المؤلف، حيث «لا يمكن الاعتراف بصفة المؤلف للشخص الذي اقتصر على تقديم فكرة أو موضوع بسيط»⁽⁷⁵⁾، كما هو الحال في استخدام هذه البرامج. علاوة على ذلك، في حالة المستخدمين لبرامج الذكاء الاصطناعي، فإنه ليس من المحتمل أن يقوم شخصان أو أكثر، بشكل مستقل، باختيار المدخلات نفسها التي سيكون لها تأثير في إنشاء تركيبات متطابقة تماماً.

في الواقع، إن إنتاج الحاسوب يختلف عن إنتاج الإنسان من حيث إن البرنامج غير قادر على التخيل أو التباين عن برنامج مماثل، فتشغيل برنامج تم تكوينه بطريقة معينة سيؤدي دائماً إلى النتيجة نفسها، بخلاف الإنسان، فعلى فرض قيام مؤلفين بشكل مستقل (شاعرين أو روائيين أو رسامين... إلخ) بكتابة أو رسم موضوع واحد أو فكرة واحدة فلا يمكن أن تأتي نتيجة إبداعهما متطابقة.

ويشير تغذية تقنية الذكاء الاصطناعي بمصنفات محمية لم تسقط بعد في الملك العام بغرض محاكاتها تساؤلاً: هل يعتبر المصنف الناتج عنها مصنفاً مشتقاً؟ يعرف المشرع الأمريكي المصنف المشتق بأنه: المصنف الجديد الذي يعتمد على مصنف سابق عليه أو أكثر، وهو ما يظهر في الترجمة أو التوزيع الموسيقي أو التحوير الفني أو التنقيح أو التلخيص أو غير ذلك من صور المصنفات القابلة لإعادة الصياغة أو التغيير أو التي يمكن الاقتباس منها»⁽⁷⁶⁾، ويعرفه المشرع الفرنسي بأنه: «ذلك المصنف الجديد

(74) Deep Dream هو برنامج حاسوب لمعالجة الصور بواسطة الذكاء الاصطناعي تم إنشاؤه بواسطة مهندسي Google. <https://en.wikipedia.org/wiki/DeepDream>.

(75) (75) إن مبدأ حماية التعبير expression دون الفكرة idea في مصنف المؤلف هو النطاق المحدد للحماية القانونية في المصنف الفكري، وهو مبدأ متفق عليه في الأنظمة القانونية المختلفة، ويصف فقهاء قانون حق المؤلف بأنه المبدأ المقدس لقانون حق المؤلف أو بتعبير آخر: «بديهية حق المؤلف» axiom of copyright law. انظر تفصيلاً:

David Nimmer, Copyright. Sacred Text, Technology, and the DMCA. Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003, pp.3-5.

(76) Sec.101.

الذي يدمج فيه مصنف سابق دون مشاركة من جانب مؤلف هذا المصنف الأخير»⁽⁷⁷⁾، وعرفه المشرع المصري بأنه: «المصنف الذي يستمد أصله من مصنف سابق الوجود كالترجمات والتوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات بما في ذلك قواعد البيانات المقروءة سواء من الحاسب أو من غيره، ومجموعات التعبير الفلكلوري ما دامت مبتكرة من حيث ترتيبها أو اختيار محتوياتها»⁽⁷⁸⁾.

من التعريفات المتقدم ذكرها يستلزم توافر شرطين رئيسين للمصنف المشتق:

الأول - إدماج مصنف سابق في مصنف جديد:

ولا يُقصد بإدماج المصنف السابق في مصنف جديد حالة الإدماج المادي التي تتحقق من خلال المزج المادي عند إعادة نشر المصنفات السابقة مع إجراء بعض التعديل عليها سواء بالتعليق والشرح أو في الترتيب وطريقة العرض، وإنما أيضاً يتحقق الإدماج من خلال ما يُسمى بالإدماج الفكري كما هو الحال في ترجمة المصنف أو تحويله من لون من ألوان الأدب والفن إلى لون آخر.

الثاني - عدم مساهمة مؤلف المصنف السابق في المصنف الجديد:

ويعتبر هذا الشرط بديهياً من حيث إن مشاركة مؤلف المصنف السابق في المصنف الجديد ستجعله مصنفًا مشتركاً، ومما تقدم نستنتج صور الاشتقاق الآتية:

- 1 - ترجمة المصنف الأصلي إلى لغة أخرى.
- 2 - تحويل المصنف الأصلي من لون من ألوان الأدب أو الفن إلى لون آخر كتحويل الرواية إلى فيلم سينمائي أو عمل مسرحي.
- 3 - إعادة تقديم المصنف الأصلي بعد تلخيصه.
- 4 - إعادة تقديم المصنف الأصلي مضافاً إليه الشروح والتعليقات.

ويترتب على ما تقدّم أن المصنف المشتق يكون من طبيعة مختلفة عن المصنف الأصلي فلن يعتبر مصنفًا مشتقًا إذا كانت تقنية الذكاء الاصطناعي تحاكي لوحات فنية

(77) Art. L. 113-2.

(78) البند السادس من المادة (138) من القانون المصري.

لإنتاج لوحة فنية، أو تحاكي سيمفونيات لإنتاج سيمفونية فلن تتوافر في هذه الحالة شروط المصنف المشتق، وربما تكون الصورة الأقرب لمفهوم المصنف المشتق في ابتكارات الذكاء الاصطناعي هي الترجمة الآلية للنصوص والأصوات من لغة إلى لغة أخرى، ونقصد بالترجمة هنا هي ترجمة مصنفات مكتوبة، أو مصنفات سمعية أو سمعية بصرية، ولا نقصد بذلك الترجمة الآلية الفورية لكلام المتحدث، فهذه التقنية يمكن أن تحصل على براءة اختراع.

وعليه، لترجمة مصنف محمي من لغة إلى لغة أخرى، لابد من مراعاة شروط المصنف المشتق، ويعزى حق تأليف المصنف المشتق في هذه الحالة لمبرمج برنامج الترجمة أو من وجه ومول بإعداد بحسب الأحوال، فمساهمة البرنامج (تقنية الذكاء الاصطناعي) وهي تسريع عملية الترجمة تتضاءل أمام جهد من قام بتغذيته بجميع المصنفات ومعاني مفرداتها.

الفرع الثاني

ملكية حقوق المصنف الناشئ عن الذكاء الاصطناعي

إن ملكية الحقوق لصالح منشئ الذكاء الاصطناعي هو الحل الذي ينادي به العديد من الباحثين⁽⁷⁹⁾، وله ما يبرره لأن المبرمج هو الشخص الطبيعي في أصل جميع الإبداعات التي سيتم إنشاؤها بواسطة تقنية الذكاء الاصطناعي، ويمكننا النظر إليه باعتباره حلقة الوصل في سلسلة الروابط الإبداعية التي تم إنشاؤها بواسطة برنامج؛ لأن الخوارزميات الإبداعية هي له، وهي أصل نشأة كل الإبداع الآلي اللاحق، فالتقنية تعمل من خلال القواعد التي تم إعطاؤها لها مسبقاً، فالصدفة لا يمكن أن تتدخل إلا وفقاً للطرائق التي يفرضها الإنسان، فلا يمكن إنكار الأصالة الإنسانية، حيث يتم دمج العشوائية في إطار يتوافق مع أفكار وتوجهات الإنسان المبدع⁽⁸⁰⁾.

(79) Brian Golger, Copyright In The Artificially Intelligent Author: A Constitutional Approach Using Philip Bobbitt's Modalities Of Interpretation, Journal Of Constitutional Law, University of Pennsylvania, Vol.22, 2020, p.885. Tim W. Dornis, Artificial Creativity: Emergent Works and The Void in Current Copyright Doctrine, 22 Yale J.L. & Tech.1, (2020), p.49.

(80) Claudia Gestin-Vilion, op.cit., p.46.

وفي حكم محكمة استئناف بوردو - السالف ذكره - الذي ينص على أن «عمل العقل الذي تم إنشاؤه بواسطة نظام حاسوب سيكون قابلاً للحماية إذا أظهر الحد الأدنى من الأصالة التي أراد أن يجلبها مصممها»، ويمكننا أن نستنتج هنا أن الأصالة التي ينقلها المبرمج إلى البرنامج لا يمكن أن تنقضي في الأعمال الناتجة عنه، بالإضافة إلى أنه يمكن الاتكاء على القانون الإنجليزي الذي ينص على أنه في المصنفات المبتكرة بواسطة الحاسوب، تعود الحقوق إلى الشخص الذي اتخذ ما يلزم من الترتيبات لإنشاء المصنف.

وقضت إحدى المحاكم البريطانية لصالح مبرمج ومنحته صفة المؤلف؛ لأنه «صمم المظهر الذي تظهر به مختلف عناصر اللعبة والقواعد والمنطق الذي يتم من خلاله إنشاء كل صورة وكتب برنامج الحاسوب المعني» ضدًا على ادعاءات مستخدم البرنامج⁽⁸¹⁾.

ومن بين الباحثين الذين يدافعون عن منح المبرمج صفة المؤلف من يرى أن حماية الكود (شيفرة البرنامج) بواسطة الملكية الفكرية ليست كافية، وأن جهودهم تستحق مكافأة أفضل؛ لأن البرمجة أهم الإنجازات في تكنولوجيا المعلومات، وهي الأساس الذي تُعزى إليه تطوير جميع عناصر هذه التكنولوجيا⁽⁸²⁾.

على سبيل المثال: صمم الفنان باتريك تريسيت، وهو رسام حاصل أيضًا على دبلوم في علوم الحاسوب، تركيبًا يتكوّن من روبوتات عدة (أو بالأحرى أذرع آلية)، مرتبطة ببرنامج برمجه بنفسه، بحيث يمكن للروبوتات إنتاج رسم لكل شخص يقف أمامهم، قام الفنان ببرمجة كل برنامج بطريقة معينة، مع إعطاء كل منها أسلوبًا فنيًا مميزًا⁽⁸³⁾.

كانت هذه الروبوتات تهدف بشكل خاص إلى دعم الفنان في عمله حين تتضاءل أو توشك أن تخمد جذوة الإبداع لديه، وبالتالي، فإن حرمان الفنان من ثمار جزء مهم من عمله يبدو أنه حل مجحف، علاوة على ذلك، يدّعي المؤلفون في المجال

(81) Nova Productions Limited v. Mazooma Games Limited & Others, [2007] EWCA Civ 219.

(82) Christos Badavas, «Midi files: copyright protection for computer-generated works», William Mary Law Rev, Vol.35, (1994), p.1155.

(83) راجع صحيفة البيان الإماراتية 11 يونيو 2011.

الفني: «أن الفنان البشري هو البادئ وصانع القرار بالنسبة للفن الخوارزمي، ويتمثل الجهد الهامشي في تشغيل الخوارزمية وتوليد النتيجة بواسطة الجهاز، من خلال تقديم الخوارزمية إلى الحاسوب (في شكل برنامج)، يسمح الفنان للجهاز بالقيام بالجزء اليدوي من العمل»⁽⁸⁴⁾.

بيد أن منح حقوق المؤلف للمبرمج قد يثير تساؤلات مصدرها أن العديد من البرامج الإبداعية تجارية بطبيعتها، ويتم تطويرها من قبل فرق من المبرمجين التابعين لشخص اعتباري، ويمكن في رأينا تطبيق حالة المصنّف الجماعي الذي يضعه أكثر من مؤلف بتوجيه شخص طبيعي أو اعتباري يتكفل بنشرة باسمه وتحت إدارته، ويندمج عمل المؤلفين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص، بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتميزه على حدة، وبالتالي يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه بابتكار المصنّف الجماعي التمتع بالحقوق مباشرة حقوق المؤلف عليه، أو يمكن تطبيق أحكام المصنّفات التي يتم تأليفها في سياق علاقة عمل، وبالتالي سيتم الاعتراف بالشخص المسؤول عن إعداد البرنامج، ليس بوصفه مؤلفاً، ولكن باعتباره صاحب الحق في العمل.

وهذا ما جسّدّه المشرّع الكويتي بالقول: «إذا ابتكر المصنّف لحساب شخص آخر، فإن حقوق التأليف تعود للمؤلف المبتكر إلا إذا اتفق كتابة على غير ذلك، ومع عدم الإخلال بما ورد في الفقرة السابقة، إذا ابتكر العامل أثناء استخدامه مصنفاً متعلقاً بأنشطة أو أعمال صاحب العمل أو استخدم في سبيل التوصل إلى ابتكار هذا المصنّف خبرات أو معلومات أو أدوات أو آلات أو مواد صاحب العمل الموضوعية تحت تصرفه، فإن حقوق التأليف تعود لصاحب العمل، مع مراعاة الجهد الفكري للعامل إلا إذا اتفق كتابة على غير ذلك».

(84) "There can be no question that for algorithmic art the human artist is the originator and decision maker. Only the marginal effort of running the algorithm and outputting the result is contributed by the machine. By submitting the algorithm to the computer (in form of a program), the artist lets the machine do the manual part of the work". Frieder Nake, «Algorithmic Art », Leonardo, Vol.47, Iss.2, (2014), p.108.

وتكون حقوق المؤلف للعامل إذا كان المصنف المبتكر من قبله لا يتعلق بأعمال صاحب العمل ولم يستخدم العامل خبرات صاحب العمل أو معلوماته أو أدواته أو موارده الأولية في التوصل إلى هذا الابتكار ما لم يتفق كتابة على غير ذلك»⁽⁸⁵⁾.

ويُستنتج من النص فرضان أساسيان:

1 - **الفرض الأول:** الأصل فيه أن تُنسب حقوق المؤلف للعامل المؤلف الذي يؤلف لمصلحة رب العمل، والاستثناء أن يُنسب التأليف لرب العمل إذا اتفق كتابة على ذلك، وكان التأليف لمصلحة رب العمل، أما إذا كان المصنف من تأليف العامل ولو كان لمصلحة رب العمل ولم يتفق على أن يُنسب لرب العمل، فيظل العامل مؤلفاً وتُنسب الحقوق له، ويُفهم من باب المخالفة في تفسير النص أن التأليف الذي يكون لمصلحة العامل شخصياً لا يمكن أن يُنسب لرب العمل حتى ولو اشترط ذلك في عقد العمل.

2 - **والفرض الثاني:** الأصل فيه أن تُنسب حقوق التأليف لرب العمل إذا كان تأليف العامل للمصنف متعلقاً بأنشطة أو أعمال صاحب العمل أو استخدم في سبيل التوصل إلى ابتكار هذا المصنف خبرات أو معلومات أو أدوات أو آلات أو مواد صاحب العمل الموضوعية تحت تصرفه، فإن حقوق التأليف تعود لصاحب العمل، مع مراعاة الجهد الفكري للعامل إلا إذا اتفق كتابة على غير ذلك.

وعليه، يمكن أن تكون ابتكارات الذكاء الاصطناعي التي تم برمجتها من قبل عامل/ عاملين والتي تتوافر على الشروط القانونية أعلاه أن تكون مؤهلة لاعتبارها من مصنفات التعاقد، وبالتالي يمكن أن يحتفظ المبرمج / المبرمجون والمشاركون في إعداد البرنامج بحقوق التأليف أو أن يتفق على أن تكون من حق رب العمل.

(85) المادة (27) من القانون.

الخاتمة

توصّل الباحث من خلال بحثه إلى عدد من النتائج والتوصيات، وهو ما يبيّنه على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- 1 - إن الذكاء الاصطناعي هو إكساب الآلة قدرة تحليلية ومعرفية تتمثل في إمكانية اتخاذ القرارات وحل المشكلات في نطاق الاختصاص أو المجال الذي تم برمجته فيه.
- 2 - إن الابتكارات الناشئة عن تقنية ذكاء اصطناعي (برنامج أو روبوت) وإن بدت أنها تنشأ بشكل مستقل عن المشاركة الإنسانية، غير أن هذا الأمر غير دقيق عند فحص مختلف جوانب الجهد والإبداع الإنساني في إنشاء وبرمجة وتوجيه التقنية.
- 3 - التأليف نشاط فكري إبداعي إنساني لا يتأتى من مزاوله حرفة أو مهنة وتطبيق قواعدها على نحو آلي، وإنما هو نتاج موهبة فطرية زادها الأفكار والمشاعر، وتصلقها تجارب وخبرات وثقافة المؤلف ذاته، ويأتي المصنف من تفاعل موهبة وثقافة المؤلف فيكون جزءاً من شخصيته، وهو الأمر الذي يفتقده الابتكار الناشئ عن تقنية الذكاء الاصطناعي التي لا يمكن أن تنشأ وتعمل بعيداً عن القواعد المنطقية التي برمجت عليها، ولا عن المصنفات السابقة التي أدمجت فيها، وتفتقر إلى نية الإبداع المستقل والتوجه الإرادي للتواصل مع جمهور معين.
- 4 - إن الدعوة لإضفاء شخصية قانونية على تقنية ذكاء اصطناعي (برنامج أو روبوت) تفتقر لأي أساس منطقي وواقعي، فتقنية الذكاء الاصطناعي أداة أو - بلغة الاقتصاد - أصلاً من أصول مشروع اقتصادي فردي أو جماعي، حيث لا يمكن أن تصوّر وجودها ونشاطها بدون الإنسان المنشئ (المبرمج والممول)، ولا يمكنها أن تمتلك إرادة مستقلة للإبداع، ولا يمكن قياس حالة الذكاء الاصطناعي على حالة الشخص الاعتباري الذي يعتبر مؤلفاً للمصنف الجماعي، فالمرشع يشير إلى تمتع الشخص الاعتباري بملكية حقوق المؤلف، ولا يشير إليه مؤلفاً بمعنى موضوعي حقيقي.

- 5 - يمكن الاستدلال والبرهنة على دور الإبداع الإنساني في المصنفات الناتجة عن الذكاء الاصطناعي في المصنفات الناتجة عن الذكاء الاصطناعي سواء في مرحلة إعداد القواعد المنطقية (الخوارزميات) وادخال المصنفات/البيانات التي تدمج بها، أو من خلال التعديل والتطوير والاستخدام.
- 6 - يمكن أن تتجسد المصنفات الناتجة عن الذكاء الاصطناعي في صورة مصنف فردي أو مشترك أو جماعي أو مشتق في حدود الترجمة لمصنف من لغة إلى لغة أخرى.
- 7 - يمكن الاستفادة من المرونة التي أبداهها المشرع في النظام القانوني المقارن في تعريف شرط الابتكار في برمجيات الحاسب وقواعد البيانات الذي يقضي بتوافر الابتكار سواء في التميز الذي يظهر في أسلوب صياغة القواعد المنطقية، أو في الجهد المبذول، أو في التمويل في بحث شرط الابتكار الإنساني في مصنفات الذكاء الاصطناعي، شريطة ألا تكون تقنية الذكاء الاصطناعي نسخاً من برمجة أخرى.

ثانياً: التوصيات

- 1 - يوصي الباحث المشرعين المصري والكويتي وغيرهما باستيعاب المصنفات الناتجة عن تقنيات الذكاء الاصطناعي في نطاق نظام حماية حقوق المؤلف من خلال الفروض الآتية:
 - إذا استهدف القائمون على تقنية الذكاء الاصطناعي محاكاة تأليف مؤلف معين: شاعر، موسيقار، رسام... إلخ لإنشاء مصنفات تحاكي إبداعه الفكري، فلا بد أن هذا المصنف سيقبل التصنيف بحسبه مصنفاً مشتقاً، نظراً لاعتماده على مصنف/ مصنفات سابقة، وتُنسب حقوق هذا المصنف المشتق لمن قام بإعداد أو اشتراك في إعداد كل من خوارزميات التقنية وتغذيتها بالمصنفات السابقة للمؤلف المعني، فإذا اجتمع على إعداداته مجموعة من المؤلفين فسيكون حكمه مصنفاً مشتركاً إذا كان باتفاق المؤلفين المشتركين في إعداداته أو مصنفاً جماعياً إذا اجتمعوا على تأليفه بتوجيه وتمويل من شخص طبيعي أو اعتباري، وفي هذه الحالة تُنسب الحقوق للأخير.

- عند قيام التقنية المعتمدة على آلية التعلم الآلي العميق بقراءة معطيات / مصنّفات موجّهة إليها من مبرمجها أو مستخدمها أو من خلال التفاعل التلقائي مع البيئة الواقعية أو الافتراضية التي تعمل خلالها ومعالجة هذه المعطيات / المصنّفات لإعداد مصنّفات جديدة فتنسب حقوقها لمن أنتج هذه التقنية، ويتحدّد معيار حماية المصنّف الجديد بمعيار الجهد والتمويل على غرار مصنّفات قواعد البيانات.
- إذا كان مستخدم التقنية هو من قدّم المعطيات / المصنّفات السابقة للتقنية بهدف إعداد مصنّف محدد، فإنه يعتبر مؤلفاً لمصنّفه إذا توافر المصنّف على شرط الابتكار بمفهومه العام، وهو ألا يكون نسخاً لمصنّف آخر.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

- أبو اليزيد علي المتيت، حقوق المؤلف الأدبية، ط1، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960.
- هانا فراي، أهلاً بالعالم: أن تكون إنساناً في عصر الخوارزميات، ترجمة محمد جمال، دار كلمات للنشر والتوزيع، باتنة، الجزائر، 2021.
- مختار القاضي، حق المؤلف، الكتاب الأول، النظرية العامة، ط1، المكتبة الأنجلومصرية، القاهرة، 1958.
- نواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 2004.
- نوري حمد الخاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008.
- سعاد العنزي، تحليل مقالة «موت المؤلف» لرولان بارت: إضاءة محققاتها وآثارها الإيجابية في فتح النصوص للقراءات الحرة، مجلة البحث العلمي في الآداب، مج 19، ع19، ج4، خريف 2018.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج8، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1991.
- عبد الرشيد مأمون، محمد عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة. ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- عبد الستار إبراهيم، الحكمة الضائعة: الإبداع والاضطراب النفسي والمجتمع، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون، دولة الكويت ع 280، أبريل 2002.
- فاروق الأباصيري، النظام القانوني لعقد إنتاج المصنف السينمائي، مطبعة جامعة طنطا، مصر، د.ت.
- فلين كولمن، الخوارزمية البشرية، ترجمة أوليغ عوكي، الدار العربية للعلوم ناشرون، بيروت، 2020.
- محمد حسام محمود لطفي، المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء أحكام آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الثالث، القاهرة، 1995-1996.

ثانياً: باللغة الإنجليزية

- Abbe Brown and Smita Kheria and Jane Cornwell and Marta Iljadica, Contemporary Intellectual Property: Law and Policy, Fifth Edition, Oxford University Press, UK, 2019.
- Anthony O'Hear, The Landscape of Humanity, imprint academic, 2008.
- Brian Golger, Copyright in The Artificially Intelligent Author: A Constitutional Approach Using Philip Bobbitt's Modalities of Interpretation, Journal Of Constitutional Law, University of Pennsylvania, Volume 22, 2020.
- Charlotte Waelde, Graeme, Abbe Brown, Smita Kheria, Jane Cornwell, Contemporary Intellectual Property, third Edition, Oxford University Press, 2014.
- Christos Badavas, «Midi files: copyright protection for computer-generated works (1994) 35 William Mary Law Rev 1135 1175.
- Daryl Lim, AI & IP Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change, Akron Law Review, Vol. 52, Issu. 3. (2019).
- Cornish, Llewelyn & Aplin, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Tenth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2023
- David Nimmer, Copyright. Sacred Text, Technology, and the DMCA, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003.
- Frieder Nake, «Algorithmic Art », Leonardo, Vol.47, Iss.2, (2014).
- Ian Eagles and Louise Longdin. Technological Creativity and

Moral Rights: A comparative perspective. International Journal of Law and Information Technology. Vol 12. No 2. Oxford University Press 2004.

- Jane C. Ginsburg, Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works Of Information, Columbia Law Review, Vol.90, November 1990.
- Jane C. Ginsburg, Luke Ali Boiardo, Authors and Machines, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 34, Iss.343, (2019).
- M. Tim Jones, Artificial Intelligence: A system Approach, Jones and Bartlett publishers, Sudbury, Massachusetts, USA, 2009.
- J. H. Reichmann. Goldstein on Copyright Law: A Realist's Approach to a Technological Age, Stanford Law Review, Vol. 43, April 1991.
- John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester, and Claude E. Shannon, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence August 31, 1955, AI Magazine Vol.27 No. 4, (2006).
- Mark J. Davision, The legal Protection of databases, second edition, Cambridge university press, 2008.
- Martin Zeilinger, Tactical Entanglements: AI Art, Creative Agency, and the Limits of Intellectual Property, Meson Press, Luneburg, Germany, 2021.
- Mauritz Kop, AI and Intellectual Property: Towards Articulated Public Domain, University of Texas School of Law, Texas Intellectual Property Law Journal (TIPLJ), Vol. 28, No. 1, (2020).
- Pamela Samuelson, The Originality Standard for Literary Works

Under U.S. Copyright Law, The American Journal of Comparative Law, Supplement, 1994.by the American Society of Comparative Law, Volume 42, Issue suppl_1, 1 December 1994.

- Philip Galanter, «What Is Generative Art? Complexity Theory as a Context for Art Theory» Interactive Telecommunications Program, New York University, New York, USA.
- Rocherieux Julien, The future of moral rights. Intellectual Property (LW 556) Dissertation, Course Convenor: Alan Story. April 2002.
- Shlomit Yanisky-Ravid, Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, And Accountability in The 3a Era—The Human-Like Authors Are Already Here—A New Model, Mich. St. L. Rev., (2017).
- Tabrez Y. Ebrahim, Data-centric technologies: patent and copyright doctrinal disruptions, Nova L. Rev Vol.43, Iss.3 (2019).
- Tanya Aplin, Jennifer Davis, Intellectual Property Law, Fourth Edition, Oxford University Press, 2021.
- Tim W. Dornis, Artificial Creativity: Emergent Works and The Void in Current Copyright (83) Doctrine, 22 Yale J.L. & Tech. 1 (2020).
- Zhongzhi, Shi, Advanced Artificial Intelligence, Chinese Academy of Sciences, 2nd Edition, World scientific, 2021.

ثالثاً: باللغة الفرنسية

- Agnès Tricoire, «Le droit pénal au secours du ready-made, n'est pas Duchamp qui veut , Recueil Dalloz, Paris, 2006.
- Alexandra Bensamoun et Grégoire Loiseau, «L'intégration de l'intelligence artificielle dans certains droits spéciaux», Dalloz IP/ IT, Paris, 2017.

- Alexandra Bensamoun et Julie Groffe, « §3. Appréciation et siège de l'originalité » dans Répertoire de droit civil, 2017.
- André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloetter, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4. éd, LexisNexis, Paris, 2012.
- Christophe Caron, Droit d'auteur et droits voisins, 4e édition, coll Manuel, LexisNexis, Paris, 2015.
- Claudia Gestin-Vilion, La protection par le droit d'auteur des créations générées par intelligence artificielle, Université Laval Québec, Canada, 2017.
- Danièle Bourcier, De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence (10-d'une entité juridique ?, Droit et Société 49-2001.
- Henri Desbois, Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique, 3e éd. coll Propriété littéraire et artistique, Dalloz, Paris, 1978
- Par Andres Guadamuz, L'intelligence artificielle et le droit d'auteur, Magazine de l'OMPI, Octobre 2017.
- Philippe Gaudrat, Répertoire de droit civil, 1 propriété des créateurs, § 1 - Qualités requises n°128, Dalloz, Propriété littéraire et artistique, 2007. n°128.
- Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, Droit d'auteur et droits voisins, 2e édition, coll Précis Droit privé, Dalloz, Paris, 2013.
- Sandy Caron, La protection des créations générées par intelligence artificielle par le droit d'auteur canadien, Université Laval Québec, Canada.

رابعاً: القواميس والموسوعات

- قاموس أكسفورد

<https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095426960>

- قاموس جوجل:

Google English dictionary

<https://www.google.com/search?>

- الموسوعة البريطانية:

<https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>

- موسوعة ويكيبيديا:

https://en.wikipedia.org/wiki/Artificial_intelligence

خامساً: المواقع الإلكترونية

- موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية الخاص بالمدخل الإلكتروني لمجموعة القوانين:

<http://www.wipo.int/clea/en/index.jsp>.

سادساً: التقارير والدراسات التشريعية

- الدراسة المقدمة من لجنة الشؤون القانونية التابعة للبرلمان الأوروبي حول الذكاء الاصطناعي والمسؤولية المدنية.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf).

- تقرير لجنة الشؤون القانونية في البرلمان الأوروبي حول قواعد القانون المدني المقترحة للتعامل مع الروبوتات الذكية.

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html.

- التقرير النهائي للجنة الوطنية المعنية بالاستخدامات التكنولوجية الجديدة لأعمال محمية بحقوق الطبع والنشر.

Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, 3 Computer L.J. 53 (1981), The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law.

■ محادثات الوايبو بشأن الملكية الفكرية والذكاء الاصطناعي:

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ar/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1_rev.pdf.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	341
المقدمة	342
المبحث الأول: طبيعة الابتكار الناشئ عن تقنية الذكاء الاصطناعي	346
المطلب الأول: الطبيعة الإنسانية للتأليف	346
الفرع الأول: مفهوم التأليف	346
الفرع الثاني: مفهوم المصنف	352
المطلب الثاني: موقف الفقه من إسباغ صفة المؤلف على الذكاء الاصطناعي	357
الفرع الأول: الذكاء الاصطناعي مؤلفاً	357
الفرع الثاني: إسباغ الشخصية القانونية على الذكاء الاصطناعي	361
المبحث الثاني: تأصيل الإبداع الناشئ عن الذكاء الاصطناعي	364
المطلب الأول: تأصيل المصنف الناتج عن تقنية الذكاء الاصطناعي	364
الفرع الأول: الفصل بين شخصية المؤلف والمصنف	365
الفرع الثاني: وجود الوسيط الآلي أو الإنساني في عملية التأليف	366
الفرع الثالث: التصور المقترح للمصنف الناشئ عن تقنية الذكاء الاصطناعي	367
المطلب الثاني: مؤلفو الابتكارات الناشئة عن الذكاء الاصطناعي	371

372	الفرع الأول: المصنف الناشئ عن تقنية الذكاء الاصطناعي
377	الفرع الثاني: ملكية حقوق المصنف الناشئ عن الذكاء الاصطناعي
381	الخاتمة
384	قائمة المراجع

إجراءات التقاضي في ضوء نظام إدارة الدعوى العمالية في القانون البحريني

دراسة تحليلية نقدية بين النظرية والتطبيق (ج 1)^(*)



أ. سيد إبراهيم محسن العلوي
محام وباحث بحريني

الملخص

يناقش البحث - في جزئين - وفق منهج تحليلي نقدي يدمج بين النظرية والتطبيق إجراءات التقاضي في المنازعات العمالية بين العامل وصاحب العمل في ضوء نظام إدارة الدعوى العمالية الذي استحدثه المشرع في المادة (120) في قانون العمل في القطاع الأهلي الصادر بموجب القانون رقم 36 لسنة 2012، والمشكل من رئيس وأربعة أعضاء بموجب المادة (12) من القرار رقم لسنة 2023 الخاص بتشكيل المحاكم خلال العام القضائي 2023/2024، وقد بدأ بتمهيد؛ تناول فيه التعريف بنظام إدارة الدعوى العمالية، ومناطق اختصاصه، فتوصل إلى أن هذا النظام هو نظام تقاضي خاص أفردته المشرع للمنازعات العمالية فقط، وأن مناطق اختصاصه يقتصر على الدعاوى الناشئة عن عقد عمل فردي، ويقتضي الفصل فيها تطبيق أحد نصوص قانون العمل وفقاً لمعيار موضوعي.

ثم تناول البحث في المبحث الأول موضوع الخصومة أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية في مطلبين؛ أولهما: عن افتتاح الخصومة وانعقادها أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية، وثانيهما: عن سير الخصومة أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية، وقد بدأ بإيراد تعريف للخصومة ثم كيفية افتتاحها وانعقادها وفق القواعد العامة، ونظام التقاضي الخاص بالمنازعات العمالية، ومن بعدها تطرق إلى سير الخصومة من خلال التركيز على حضور طرفيها، ومرافعتيها، والتحقيق في الدعوى، وختاماً بتحرير التقرير الخاص

وتاريخ قبوله: 16 يونيو 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 23 فبراير 2024

بالخصومة العمالية في الاجتماع قبل الأخير، وعرض الصلح على الخصوم في الاجتماع الأخير وفق ما انتهى إليه الرأي القضائي في التقرير، وإحالتها بعد ذلك للمحكمة الكبرى العمالية عند تعذر الصلح.

بينما تناول المبحث الثاني موضوع الخصومة أمام المحكمة الكبرى العمالية في مطلبين؛ الأول: كان عن سير الخصومة أمام المحكمة الكبرى العمالية، وتطرق من خلاله إلى إعلان طرفي الخصومة، ومرافعتهم، وتحقيق موضوع الخصومة اختتامًا بحجز القضية للحكم، أما المطلب الثاني: فقد كان عن انقضاء الخصومة أمام المحكمة الكبرى العمالية بصدور الحكم في موضوعها، وطرق الطعن عليه، وتعرض إلى الإجراءات التمهيدية لصدور الحكم، ومدى جواز استخدام الوسائل الإلكترونية في المداولة والنطق بالحكم، ومن ثم اختتم بعرض طرق الطعن على الحكم.

وقد خلص البحث إلى ضرورة إعادة النظر في التنظيم التشريعي لجميع إجراءات الخصومة المتبعة في نظام إدارة الدعوى العمالية حتى يحقق حماية إجرائية فعّالة لا تقل عن الحماية الموضوعية باعتبار العامل الطرف الضعيف في علاقة العمل.

كلمات دالة: قاضي إدارة الدعوى العمالية، ومكتب إدارة الدعوى العمالية، والعامل، وصاحب العمل، والخصومة العمالية.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

لا خلاف في أن قانون العمل من أهم فروع القانون الخاص لا سيما في السنوات الأخيرة، فهو القانون الذي يتكفل بمعالجة الإشكالية الناجمة بين طرفي علاقة العمل، وهما العامل وصاحب العمل، معالجةً في واقع الأمر تقوم على سلسلة من الاعتبارات أبرزها إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفيها، فمن المعروف أن علاقة العمل دائماً ما توصف بأنها علاقة غير متوازنة من الناحية الاقتصادية، فشتانُ بين المركز الاقتصادي لصاحب العمل والمركز الاقتصادي للعامل، فالأخير هو الطرف الضعيف، وهو الحريص على استمرار علاقة العمل باعتبارها مورد رزقه، توصيف جعل من قانون العمل قانوناً يتخذ الطابع الحمائي للتخفيف من وطأة هذا التباين، فقد أسبغ حماية موضوعية للعامل بدءاً من تفسير الشك لمصلحته، ومروراً بضمان استقراره في عمله من خلال اشتراط السبب المشروع لفصله، ووصولاً لبطلان كل شرط لا يكون في مصلحته، وختاماً بضمان حقه في الحصول على الأجر، والإجازات، والتعويضات عن إنهاء العقد تعسفياً كان أم من غير سبب مشروع.

حماية شديدة لكنها غير كافية، ويجب أن تضاف لها حماية أخرى تتخذ الطابع الإجرائي، فيجب على القانون أن يحدد الطريق الميسر للعمال حتى يحصلوا على حقوقهم إذا وقع الاعتداء عليها، فالحماية الموضوعية المتجردة عن الحماية الإجرائية ستكون كالحماية العقيمة، إذ ما فائدة الإقرار بحقوق للعامل إن لم يضمن القانون حصول العامل عليها بإجراءاتٍ سليمة، وفي الوقت المناسب.

أمرٌ وضعه المشرع البحريني في عين الاعتبار عندما خصّ العمال بطريقٍ إجرائي يختلف عن غيرهم تأسيساً على حاجتهم الماسة لحصولهم على حقوقهم في أسرع وقت ممكن، وبأبسط الإجراءات، فقد استحدث في قانون العمل في القطاع الأهلي الصادر بموجب القانون رقم 36 لسنة 2012 نظام إدارة الدعوى العمالية لتهيئة الدعوى العمالية للمرافعة، والاستماع للشهود، واستجواب الخصوم، والمعانة إن لزم الأمر، وذلك تمهيداً لتحرير الرأي القضائي الخاص الذي ينتهي إليه القاضي، وعرض الصلح

على الخصوم وفقاً لما انتهى إليه، وإحالة الدوى بعد ذلك للمحكمة الكبرى العمالية لتفصل فيها إذا تعذر الصلح⁽¹⁾.

نظامٌ إجرائيٌ يختلف عن النظام الإجرائي العام للتقاضي، وهو اختلافٌ طرح معه الكثير من الجدل، والإشكاليات العملية بين مختلف العاملين على تطبيق القانون من قضاة ومحامين وباحثين، وهو الأمر الذي دفعنا لمحاولة تسليط الضوء على الجوانب القانونية المتعلقة بإجراءات التقاضي في ظل هذا النظام، والسعي نحو الوصول لمعالجة قانونية شاملة لهذا النظام سواءً من حيث الإشكاليات القانونية التي يثيرها تطبيقه أم من حيث القصور التشريعي الذي وقع فيه هذا النظام، وتأثير ذلك على سرعة البت في المنازعات العمالية، وتحقيق العدالة.

(1) تعود أصول نظام إدارة الدوى إلى الشريعة الإسلامية، فقد تشكّلت نواته ومبادئه قبل أكثر من ألف عام، عندما كان الصلح سائداً بالتراضي بين الخصوم قبل اللجوء للقضاء، فالقاضي قبل نظر الدوى كان يقوم بحث الخصوم على التصالح فيما بينهم حتى لو أدى ذلك إلى تنازل أحدهم عن بعض حقوقه تجاه الآخر، أما على الصعيد التشريعي فقد مرّ نظام إدارة الدوى بالعديد من التطورات حتى صار بالشكل الذي عليه اليوم، فكان ما يُبرر حضورها في المجتمعات التقليدية ليس ببطء سير إجراءات الخصومة أو تعقيدها، بل كان بسبب قلة عدد القضاة والموظفين في المحاكم، وعدم توفر الوسائل الإلكترونية الحديثة التي تسهم في اختصار الوقت والجهد، ولعل من أوائل الدول التي أنشأت نظام إدارة الدوى هي إنجلترا وويلز في العام 1900م، ومن بعدها فرنسا في عام 1935م، وتبعتهما الولايات المتحدة الأمريكية 1958م، أما على صعيد الدول العربية فقد كانت جمهورية مصر العربية سباقة في تبني هذا النظام بموجب القانون رقم 165 لسنة 1955، وذلك تأثراً بنظام مفوضي الحكومة الفرنسية، حيث أسند إلى هيئة تُعرف بهيئة مفوضي الدولة بعض الاختصاصات كتخصيص الدوى قبل إحالتها للمحكمة من خلال فحص الأوراق، والاتصال بالخصوم، واستدعائهم لمناقشتهم، ومطالبتهم بتقديم مذكرات أو مستندات تمهيداً لتحضير تقرير يتضمن عرضاً لوقائع المنازعة، وما تقدم فيها من مستندات وأدلة، وما ورد فيها من دفاع ودفع، والرأي القانوني الخاص فيها بهدف التيسير على المحكمة، والحفاظ على وقتها.

لمزيد من التفاصيل راجع: مجد وليد عطا المناصرة، إدارة الدوى المدنية وتطبيقاتها العملية وفقاً لأحكام القانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012م، ص 31-32. عبدالرحمن أحمد السويدي وعارف صالح بن روسمان، إدارة الدوى والطرق البديلة لحل النزاعات في الشريعة والقانون، مجلة الإرشاد للقضايا الإسلامية والمعاصرة، كلية دراسات الحضارة الإسلامية (الجزائر)، مج 3، ع 3، سنة 2018م، ص 18 - 19. أحمد أحمد فلفلة، دراسات في القضاء (السلطة القضائية)، ط 1، 2020م، ص 33 - 34، طبعة إلكترونية متاحة على الموقع الإلكتروني:

<https://www.google.com.bh/books25/2/2024>

ثانياً: أهمية البحث

تتمثل الأهمية النظرية لموضوع البحث في الخلاف والجدل الذي دار بين مختلف العاملين على تطبيق القانون من قضاة ومحامين وباحثين حول نظام إدارة الدعوى بشكل عام، ونظام إدارة الدعوى العمالية بشكل خاص، وهو الأمر الذي دفعنا لتقديم الدراسة القانونية الأولى لموضوع نظام إدارة الدعوى العمالية في القانون البحريني بوصفه موضوعاً مستحدثاً لم يسبق لأحد الباحثين - بحسب اطلاعنا - دراسته، أما بخصوص الأهمية العملية فتتمثل في إسهام موضوع البحث بزيادة الوعي القانوني عن إجراءات التقاضي في ضوء نظام إدارة الدعوى العمالية لدى شريحة واسعة من المجتمع، وهم العمال الذين - في الغالب الأعم - يقومون برفع الدعوى بأنفسهم دون الاستعانة بمحامٍ.

ثالثاً: إشكالية البحث

تبرز إشكالية البحث في الآثار القانونية المترتبة على استحداث المشرع البحريني لنظام إدارة الدعوى العمالية، فهذا النظام تختلف الكثير من أحكامه عن القواعد العامة للتقاضي، وهو ما يؤدي إلى صعوبة ممارسة العامل من حقه في التقاضي، بدءاً من افتتاح الخصومة، ومروراً بانعقادها وسيرها، ووصولاً لإحالتها للمحكمة الكبرى العمالية لإصدار الحكم المنهي للخصومة، وختاماً بالطعن على الحكم وطرقه، على أن معالجة هذه المشكلة تطرح معها الكثير من التساؤلات أهمها:

- 1 - ما المقصود بنظام إدارة الدعوى العمالية؟ وما الدور المناط به؟ وما مناط اختصاصه؟
- 2 - كيف تبدأ وتنقذ الخصومة العمالية طبقاً لنظام إدارة الدعوى العمالية؟ وهل يجوز استخدام الوسائل الإلكترونية في هذين الإجراءين؟
- 3 - هل عالج المشرع البحريني مشكلة وجود خطأ في سبب لائحة الدعوى العمالية أو موضوعها أو قيمة الرسوم أو أي عيب شكلي بنص خاص؟
- 4 - مدى تناسب مدة إدارة الدعوى العمالية مع فلسفة السرعة في البت بالمنازعات العمالية؟ وكيف عالج المشرع انقطاع تسلسل الاجتماعات؟

- 5 - مدى وجود جزاءات إجرائية على مخالفة التنظيم الإجرائي لنظام إدارة الدعوى العمالية سواءً من حيث الخصوم أم من حيث قاضي إدارة الدعوى العمالية؟
- 6 - مدى جواز تقديم الطلبات والدفع والدفاع والأدلة لأول مرة أمام المحكمة الكبرى العمالية عند خروج الدعوى من سلطان قاضي إدارة الدعوى العمالية؟ وعلاقته بفلسفتي السرعة في البت بالمنازعات العمالية، والعدالة عند إصدار الحكم؟
- 7 - مدى جواز إصدار الحكم في موضوع الخصومة العمالية بالوسائل الإلكترونية؟ ومدى جواز الطعن عليه بطريق الاستئناف؟

رابعاً: منهجية البحث

سنعتمد في إعداد هذا البحث على منهج تحليلي يدمج بين النظرية والتطبيق، وذلك من خلال تحليل ما ورد في النصوص القانونية المنظمة لموضوع البحث مع إقرانها بالتطبيق العملي كلما كان ذلك ممكناً، وذلك ابتداءً من نشأة الخصومة العمالية حتى صدور الحكم النهائي لها، وطرق الطعن عليه تحقيقاً لمدى ملاءمة هذه النصوص لتحكم إجراءات التقاضي في المنازعات العمالية.

خامساً: البحوث السابقة

- 1 - عبد الرحمن جمعة محمد شرف، المرسوم بقانون اتحادي رقم 33 لسنة 2021م بشأن تنظيم علاقات العمل «دراسة تحليلية نقدية»، مجلة الأمن والقانون (أكاديمية شرطة دبي)، المجلد 31، العدد 1، سنة 2023م:

سعت هذه الدراسة إلى تناول المستجدات المتعلقة بعلاقة العمل في ضوء القانون الإماراتي كالتقاضي في المنازعات العمالية، وشرط عدم منافسة العامل لصاحب العمل بعد انقضاء عقد العمل، والإنهاء غير المبرر لعقد العمل، ومدى سلطة القضاء بتقدير تحقق الفصل التعسفي من عدمه، وخلصت إلى ضرورة إعادة النظر في إجراءات التقاضي، ومراعاة المركز المالي للعامل فيما يخص النصاب القيمي للدعوى العمالية، وإعادة وضع ضوابط خاصة لصحة شرط عدم المنافسة، وتخويل القضاء بالنظر في أسباب الفصل التعسفي وفقاً لظروف كل دعوى على حدة.

2 - إبراهيم حمدان أحمد محمد، نظام إدارة الدعوى المدنية (هيئة التحضير) ودوره في سرعة الفصل في المنازعات، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، المجلد 1، العدد 43، سنة 2022م:

هدفت هذه الدراسة للتعرف على ماهية نظام إدارة الدعوى المدنية وكيفية نشأته، ودور قاضي إدارة الدعوى المدنية أو قاضي التحضير في الدعوى من حيث مراقبة صحة الإعلانات، وصحة الخصومة، وعقد الاجتماعات مع الخصوم أو وكلائهم، والإشراف على تجهيز الدعوى تمهيداً لإحالتها لقاضي الموضوع، وقد خلصت إلى أن لنظام إدارة الدعوى دوراً فعالاً في تطوير الحلول البديلة للتقاضي، وتعزيز الثقة في القضاء، وتقليل حجم القضايا، وسرعة الفصل فيها، وأوصت بتحويل قاضي إدارة الدعوى صلاحية اتخاذ التدابير التحفظية باستثناء الحجز، وتعميم نظام إدارة الدعوى على محاكم الصلح.

3 - أمجد محمد منصور شلبي، الحماية التشريعية للمرأة العاملة دراسة في قانون العمل البحريني، مجلة جامعة العلوم التطبيقية (البحرين)، المجلد 5، العدد 2، 2021م:

سعت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الوسائل القانونية التي أقرها القانون البحريني لحماية المرأة العاملة كالإعفاء من رسوم التقاضي، وتيسير إجراءات التقاضي من خلال التطرق لتسوية المنازعة العمالية بالطريق الودي بعرضها على جهاز فض منازعات العمل الفردية أو التسوية الجبرية بعرض المنازعة على قاضي إدارة الدعوى العمالية، والامتياز لحقوق المرأة العاملة، وتضامن أصحاب العمل بالوفاء في حقوق العامل، والضمانات المتعلقة بالإثبات والتفسير، وقد خلصت إلى حرص المشرع البحريني على توفير مجموعة من الضمانات المرتبطة بإجراءات التقاضي بالشكل الذي يسهل على العاملة باستيفاء حقوقها، وأوصت المشرع البحريني بتعديل مدة تقادم الدعوى العمالية المتعلقة بتعويض العامل عن إنهاء عقد العمل بدون مبرر مشروع لتكون سنة، وذلك على غرار الدعاوى العمالية الأخرى.

4 - عماد حسن سلمان ورشا راضي بحر، الضمانات الإجرائية القضائية لحقوق العمال في قانون العمل النافذ (دراسة تحليلية)، مجلة كلية الحقوق (جامعة النهرين)، المجلد 23، العدد 2، 2021م:

سلّطت هذه الدراسة الضوء على أبرز الضمانات الإجرائية القضائية للعمال التي نص عليها قانون العمل العراقي النافذ حاليًا كالإعفاء من الرسوم القضائية، والفصل في الدعوى العمالية على وجه الاستعجال، وقد خلصت إلى أن قانون العمل العراقي خص المنازعات العمالية بقضاء مختص بها، وأنه كفل للعامل بعض الضمانات الإجرائية كإعفائه من الرسوم، والفصل في الدعوى العمالية على وجه السرعة، ولكنه في الوقت نفسه لم ينصف صاحب العمل في حال رفع العامل دعوى كيدية، وأوصت بمعاقبة العامل الذي يقوم برفع الدعوى الكيدية نظرًا لما تسببه من تأخير، وإرباك لسير العمل القضائي.

5 - شامي يسين، إدارة الدعوى المدنية وجدوى تطبيقها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية (الجزائر)، المجلد 4، العدد 2، سنة 2020م:

هدفت هذه الدراسة للتعرف على نظام إدارة الدعوى المدنية في القوانين المقارنة، وتقييم هذا النظام بالتعرض لإيجابياته وسلبياته، وتأصيله القانوني مع المقارنة بين نظامي قاضي التحضير في القانون الفرنسي، وقاضي إدارة الدعوى المدنية في القانون الأردني، وقد خلصت إلى أن تطبيقه في القانون الجزائري لن يضيف جديدًا إلى النظام الإجرائي المعمول به.

6 - صلاح محمد أحمد دياب، حقوق العامل في ضوء قانون العمل البحريني ومستويات العمل الدولية والعربية وحقوق الإنسان، ط1، المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان، البحرين، 2016م:

سلطت هذه الدراسة الضوء على حق الإنسان في العمل وفي مستوى معيشي لائق، والحقوق المالية وغير المالية للعامل خلال سريان عقد العمل، وحقوق العامل المترتبة على انقضاء عقد العمل، و ضمانات استيفاء العامل لحقوقه كالضمانات الموضوعية، والضمانات الإجرائية، وقد خلصت إلى المساواة في الحماية القانونية لطرفي علاقة العمل، وعدم ترجيح كفة أحدهما على حساب الآخر، وأوصت المشرّع البحريني بوضع حد أدنى لأجور العمال، والعديد من التعديلات التشريعية للمادتين (75 و111) من قانون العمل.

7 - أمين مؤمن، النظام الإجرائي للفصل في المنازعات أمام القضاء الاجتماعي، مجلة المفكر (كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر بسكرة)، مج 11، ع 1، سنة 2016م:

هدفت هذه الدراسة للتعرف على خصوصية المنازعات العمالية في القانون الجزائري من خلال الإحاطة بمختلف الجوانب القانونية لتسوية هذه المنازعات سواء أكانت منازعات تتعلق بالعمل أم بالإضراب أم منازعات جماعية، وقد خلصت إلى أن الإجراءات المتبعة أمام القضاء الاجتماعي تتسم بالتعقيد، والغموض، وطول الخصومة، وتناقض الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية، وأوصت بإنشاء محاكم للعمل تأسيساً على القصور في كفاءة قضاة القضاء الاجتماعي في معالجة القضايا العمالية.

8 - عبد الرحمن أحمد السويدي وعارف صالح بن روسمان، إدارة الدعوى والطرق البديلة لحل النزاعات في الشريعة والقانون، مجلة الإرشاد للقضايا الإسلامية والمعاصرة، كلية دراسات الحضارة الإسلامية (الجزائر)، مج 3، ع 2، سنة 2018م:

هدفت هذه الدراسة للتعرف على الوسائل البديلة لحل المنازعات في الشريعة الإسلامية، وسلّطت الضوء على نظام إدارة الدعوى المدنية والتجارية في الأنظمة القانونية الحديثة، وقد خلصت إلى أن نظام إدارة الدعوى ليس وسيلة من الوسائل البديلة لحل المنازعات، وإنما هو نظام إجرائي يسهم في تسريع الفصل في الدعاوى، وأوصت بضرورة سن تشريع خاص ينظم عمل مكاتب إدارة الدعوى، ويوضح مهامه وصلاحياته.

9 - هيثم حامد المصاروة، ضمانات التقاضي في المنازعات العمالية، مجلة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مج 104، ع 507، سنة 2012م:

سلطت هذه الدراسة الضوء على ضمانات التقاضي في المنازعات العمالية، وما قد يشوبها من أوجه نقص أو قصور بهدف الارتقاء بهذه الأحكام وتطويرها، وخلصت إلى توفير المشرّع الأردني لعدد من الضمانات للعامل كالإعفاء من رسوم التقاضي، ونظر الدعاوى العمالية على وجه الاستعجال، ومنحه حق الامتياز، وتمكينه من ضمان حقوقه في مواجهة مدينين صاحب العمل برفع الدعوى المباشرة، وأوصى بضرورة توسيع ضمانات التقاضي، وتعزيزها في العديد من الحالات والأحكام.

10 - مجد وليد عطا المناصرة، إدارة الدعوى المدنية وتطبيقاتها العملية وفقاً لأحكام القانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012م:

سعت هذه الدراسة إلى بيان أهداف إدارة الدعوى المدنية، وإبراز صلاحية قاضي إدارة الدعوى عبر بيان دوره في تثبيت الصلح بين الخصوم، والإحالة للوساطة بوصفها وسيلةً بديلةً لحل المنازعات، وبيان المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها نظام إدارة الدعوى المدنية، ومدى تطبيقها تطبيقاً فعلياً يتماشى مع الغاية التي أنشئت من أجله، وقد خلصت إلى أن نظام إدارة الدعوى لم يحقق جميع الأهداف المرجوة منه، وأن قلة صلاحيات قاضي إدارة الدعوى أثرت سلباً على أداء إدارة الدعوى المدنية، وأوصت المشرع الأردني بسن قانون خاص بإدارة الدعوى المدنية، وذلك على غرار قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية.

ويتبين لنا مما تقدم أن ما يميز موضوع البحث عن الدراسات السابقة هو أنه يتناول إجراءات التقاضي في ضوء نظام إدارة الدعوى العمالية المستحدث في قانون العمل البحريني بمنهجية النقد والتحليل بين النصوص القانونية والتطبيق القضائي والعملي لهذه الإجراءات منذ بدء الخصومة حتى انقضائها.

سادساً: خطة البحث

قُسم البحث إلى مبحثين يسبقهما مبحث تمهيدي بعنوان: التعريف بنظام إدارة الدعوى العمالية ومناطق اختصاصه، ويتناول المبحث الأول منهما الخصومة أمام إدارة الدعوى العمالية من خلال مطلبين؛ أولهما: بعنوان افتتاح الخصومة العمالية وانعقادها في مكتب إدارة الدعوى العمالية، وثانيهما: بعنوان سير الخصومة أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية، بينما يتناول المبحث الثاني منهما: الخصومة أمام المحكمة الكبرى العمالية من خلال مطلبين؛ أولهما: بعنوان سير الخصومة أمام المحكمة الكبرى العمالية، وثانيهما: بعنوان انقضاء الخصومة أمام المحكمة الكبرى العمالية بصدور الحكم وطرق الطعن عليه.

المبحث التمهيدي

التعريف بنظام إدارة الدعوى العمالية ومناطق اختصاصه

لا جدال بأن من أبرز عيوب التقاضي هو البطء والتعقيدات في سير إجراءات الخصومة منذ نشأتها حتى إصدار الحكم المنهي لها، عيبٌ جعل الكثير من المتقاضين يلجؤون لوسائل بديلة أقل تعقيداً مثل التحكيم⁽²⁾ أو الوساطة⁽³⁾، وإذا كان من السهولة

(2) يعرف بعض الفقه التحكيم بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية إرادية أو غير إرادية بأن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم أو التي يحتمل أن تثور لأشخاص يتم اختيارهم كمحكمين على أن يتولى الأطراف مهمة تحديدهم أو كيفية تحديدهم أو أن يعهدوا لهيئة من هيئات التحكيم مهمة تحديدهم، وتنظيم عملية التحكيم، أما بخصوص القضاء، فقد أصبحت محكمة التمييز البحرينية تراه قضاءً اتفاقياً يبتعد عن قضاء الدولة، بحيث يقوم الخصوم باتفاقهم باختيار المحكمين، ويعهدون إليهم مهمة الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم أو يحتمل أن تثور سواءً بخصوص التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية، ويقوم التحكيم بإرادة الخصوم، فهي التي توجد التحكيم من عدم، وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها.

لمزيد من التفاصيل راجع: محمود علي الرشدان، شرح قانون التحكيم الأردني شرح تأصيلي وتحليلي لنصوص القانون مدعماً بالمبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية، ط1، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2014م، ص9.

والجدير بالملاحظة إن هذا الحكم وغيره من الأحكام القضائية الصادرة من محكمة التمييز البحرينية، والتي سنستعين بها في هذا البحث منشورة في الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس الأعلى للقضاء: <https://ahkam.sjc.bh/>، ولن يتم الإشارة للموقع مرة أخرى عند الاستعانة بحكم آخر في الصفحات القادمة، وذلك تجنباً للحشو والتكرار.

(3) يختلف نظام الوساطة عن التحكيم في أن دور المحكم هو إصدار حكم منهي للخصومة بين الأطراف بينما دور الوسيط هو محاولة التوفيق بين وجهات نظر الأطراف للوصول إلى تسوية مرضية لهما، وتعبير آخر فإن عنصر الإلزام هو الذي يميز التحكيم عن الوساطة، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «من المقرر أن نظام التوفيق أو الوساطة يرمي إلى تدخل شخص ثالث من الغير للتقريب بين الطرفين للتوصل إلى صلح أو تسوية ودية بينهما وهذا الشخص ليس محكماً، إذ ليس له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم، إنما هو يعرض اقتراحات على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، دون أن تكون له سلطة فرض أي تسوية عليهما، وتنتهي مهمة الوسيط إذا نجح في مهمته بإبرام الطرفين تسوية صلح تكون هذه التسوية هي الملزمة لطرفيها بعد إبرامها، وإذا لم تتم تسوية الصلح فإن توصية الوسيط لا تمنع الطرفين من الالتجاء بشأن خلافهما إلى القضاء أو التحكيم حسب الأحوال، وهذه القواعد العامة تتفق تماماً مع أحكام قانون الوساطة لتسوية المنازعات والصادر بالمرسوم بقانون رقم 22 لسنة 2019، كما أن اتفاق الطرفين على اللجوء أولاً إلى التوفيق أو الوساطة، ثم اللجوء إلى التحكيم إذا لم يرتض أحد الطرفين ما ينتهي إليه الوسيط، فمثل هذا الاتفاق يلزم الطرفين كما يلزم

على أصحاب رؤوس الأموال الكبرى اللجوء لمثل هذه الوسائل، فإنها ليست كذلك بالنسبة للعمال الذين بحاجة إلى نظام تقاضي خاص يختلف عن نظام التقاضي العادي؛ لأن الغالبية العظمى منهم لا تملك تكاليف اللجوء إلى وسائل بديلة عن التقاضي العادي، وقد تكون حقوقها ضئيلة إذا ما قورنت مع مصاريف التحكيم أو الوساطة⁽⁴⁾.

مشكلة جعلت المشرعين يفكرون في حلول تشريعية تسهم في الحماية الإجرائية للعامل من أجل الحصول على حقوقه العمالية بأسرع وقت ممكن، وذلك من خلال استحداث نظام تقاضي خاص يعمل على تسريع إجراءات التقاضي، ويزيل التعقيدات والبطء الذي يشوب إجراءات التقاضي العادي، وكان المشرع البحريني من المشرعين العرب الأوائل الذين قاموا باستحداث هذا النظام، عندما قام بإنشاء نظام إدارة الدعوى العمالية بموجب المادة (120) من قانون العمل في القطاع الأهلي الصادر بموجب القانون رقم لسنة 2012، والذي يعتبر طريقاً حديثاً للتقاضي في المنازعات العمالية، بعد أن كان الطريق في القانون القديم هو لجوء العامل لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية لتقديم الطلب إليها خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام⁽⁵⁾، وتقوم الأخيرة فور تقديم الطلب

هيئة التحكيم بحيث إنه لا يجوز لأي طرف اللجوء مباشرة إلى التحكيم قبل استنفاد وسيلة التوفيق». حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (815) لسنة 2020 بجلسة 2023/6/19م.

(4) وجدير بالذكر إن اتفاق العامل مع صاحب العمل على التحكيم في المنازعات العمالية يجب أن يُضرب بعرض الحائط إذا كانت مستحقات العامل ضئيلة المقدار إذا ما قورنت مع تكاليف التحكيم تأسيساً على أن الاعتداد بالتحكيم سيؤدي إلى ضياع مستحقات العامل، وهو ما يأبه العقل والمنطق السليم، والعدالة التي هي جوهر القانون وفلسفته، وعن ذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: «ثبوت مستحقات العامل المطالب بها ضئيلة المقدار، مؤداه من المستحيل عليه سلوك سبيل التحكيم المتفق عليه في عقد العمل لما يحتاجه هذا السبيل من نفقات وإجراءات، أثر ذلك عدم الاعتداد بشرط التحكيم طالما أنه يؤدي إلى ضياع حقوق العامل»، حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 132 لسنة 2022 بجلسة 2022/7/26م.

(5) على أن هذه المدة ليست إلا مدة تنظيمية، فلم يرتب المشرع في القانون الملغي أي جزاء إجرائي على تجاوزها، وهذا ما أكدته محكمة التمييز بقولها: «مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 110 من قانون العمل من أن يقدم العامل الذي يفصل من العمل بغير سبب مشروع طلب التسوية الودية بينه وبين صاحب العمل إلى وزارة العمل والشؤون الاجتماعية خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ استلام العامل قرار فصله أو إخطاره بذلك أن الميعاد الذي يتعين تقديم هذا الطلب خلاله لا يعدو أن يكون ميعاداً تنظيمياً فلا يترتب جزاء إجرائياً على مخالفته...».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (57) لسنة 1996 بجلسة 1996/7/7م.

باتخاذ ما يلزم من إجراءات لتسوية المنازعة بشكل ودي، فإن لم تتم وجب عليها إحالة الطلب للمحكمة الكبرى المدنية خلال مدة لا تتجاوز أسبوعين من تقديمه، على أن تتم الإحالة مشفوعة بمذكرة من خمس نسخ تحتوي على ملخص المنازعة، وحجج العامل وصاحب العمل، وملاحظات الوزارة، ومقترحاتها لإنهاء المنازعة⁽⁶⁾.

وبناءً على ما تقدم بيانه نحاول في هذا المبحث التعرف على مفهوم نظام إدارة الدعوى العمالية، ومناطق اختصاصه من خلال مطلبيين مخصصين؛ الأول منهما للتعريف بنظام إدارة الدعوى العمالية، والثاني منهما لمناطق اختصاص إدارة الدعوى العمالية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

التعريف بنظام إدارة الدعوى العمالية

يمكن القول بأن الفقه لم يضع تعريفاً محدداً لنظام إدارة الدعوى العمالية، واكتفى البعض بتعريف نظام إدارة الدعوى بصفة عامة بأنه: مجموعة من الإجراءات القانونية التي يتخذها القاضي أو الموظف منذ رفع الدعوى بهدف السيطرة السابقة على الدعوى عن طريق حصر نقاط الاتفاق والاختلاف بين الخصوم، وتحديد جوهر المنازعة، وحصر وسائل الإثبات، وذلك بغرض حل المنازعة بالطرق البديلة عن التقاضي أو بإحالة المنازعة للمحكمة المختصة تحقيقاً لضمان سير الخصومة بآلية منهجية سليمة، ولضمان الفصل فيها بأسرع وقت ممكن⁽⁷⁾.

(6) وقد كانت هذه الإجراءات في ظل قانون العمل في القطاع الأهلي - الملغي - الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1976، وبالتحديد في المادة (110) منه: «... وعلى وزارة العمل والشؤون الاجتماعية أن تقوم فور تقديم الطلب إليها باتخاذ الإجراءات اللازمة لتسوية النزاع ودياً، فإذا لم تتم التسوية تعين عليها أن تحيل الطلب خلال مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ تقديمه إلى المحكمة الكبرى المدنية وتكون الإحالة مشفوعة بمذكرة من خمس نسخ تتضمن ملخصاً للنزاع وحجج الطرفين، وملاحظات الوزارة وتوصياتها التي تراها لإنهاء النزاع، وعلى كاتب المحكمة أن يقوم في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ وصول الأوراق إلى المحكمة بتحديد جلسة للنظر في وقف التنفيذ في ميعاد لا يتجاوز أسبوعين من تاريخ الإحالة، ويخطر العامل وصاحب العمل بموعد تلك الجلسة، ويرفق بكل إخطار صورة من مذكرة وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، ويكون الإخطار بخطاب مسجل، أو بأية طريقة تثبت الاستلام...».

(7) انظر بمعنى مقارب: عبدالرحمن أحمد السويدي وعارف صالح بن روسمان، مرجع سابق، ص 18.

تعريفٌ يطرح معه الكثير من الجدل بشأن إمكانية قيام موظف عام بإجراءات قانونية من صميم عمل القضاء، وهو جدلٌ لا يمكن القبول به جملةً وتفصيلاً، فجميع ما ورد من إجراءات قانونية يعتبر من صميم عمل القاضي، وذلك منذ نشأة الخصومة ولغاية إحالتها للمحكمة المختصة، فضلاً عن أن القاضي لا يمكنه إحالة المنازعة لوسيلة بديلة عن القضاء من تلقاء نفسه⁽⁸⁾، وذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وفي السياق ذاته، ذهب بعض الفقه لتعريف نظام إدارة الدوى المدنية بأنه: مجموعة من الإجراءات القانونية التي تستهدف تنظيم الدوى من خلال جمع بيانات الخصوم، وتحديد جوهر النزاع، ومحاولة التسوية بينهم عبر الوسائل البديلة لحل المنازعات كالوساطة بقصد فض المنازعة بشكل ودي قدر الإمكان⁽⁹⁾، تعريفٌ كسابقه من حيث ذكره لجواز إحالة المنازعة بين الخصوم إلى الوساطة، ويبدو أنه متأثر باتجاه قانون الوساطة الأردني الذي أجاز لقاضي إدارة الدوى أو قاضي الصلح إحالة المنازعة للوساطة بناءً على طلب أطرافها، وعلى أن تكون الإحالة بعد الاجتماع مع الخصوم أو وكلائهم⁽¹⁰⁾.

ومهما يكن من أمر، فإن عدم تعريف الفقه لنظام إدارة الدوى العمالية يجد له

(8) فعلى سبيل المثال فإن التحكيم باعتباره آلية بديلة عن القضاء لحل المنازعات يترتب أثر قانوني مفاده منع القاضي المختص من نظر الدوى، إلا أن هذا الأثر لا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه حتى لو كان الثابت في الأوراق بأن اتفاق التحكيم لا غبار عليه تأسيساً على أن اللجوء إلى القضاء يفيد التنازل عن اتفاق التحكيم والعودة للقضاء بصفته المرفق الأساسي الذي له ولاية بالفصل في المنازعات، فإذا حضر الخصم الآخر، ولم يتمسك بوجود اتفاق تحكيم أو استمر في الدوى بتقديم الدفع فإنه يعتبر متنازلاً عن اتفاق التحكيم، وقابلاً لولاية القضاء واختصاصه، ويكون من حق القاضي عندئذ التصدي للفصل في المنازعة.

لمزيد من التفاصيل راجع: محمود عمر محمود، التحكيم علماً وعملاً وفقاً لقوانين التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة، ط1، مطبوعات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون، الرفاع، 2020م، ص 102 - 103.

(9) مُشار إليه لدى: شامي يسين، إدارة الدوى المدنية وجدوى تطبيقها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، مج 4، ع 2، سنة 2020م، ص 91.

(10) تنص المادة (3/أ) من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية وتعديلاته الصادر بموجب القانون رقم 12 لسنة 2006 على أن: «للقاضي إدارة الدوى أو قاضي الصلح وبعد الاجتماع بالخصوم أو وكلائهم القانونيين إحالة النزاع بناء على طلب أطراف الدوى أو بعد موافقتهم إلى قاضي الوساطة، أو إلى وسيط خاص لتسوية النزاع ودياً، وفي جميع الأحوال يراعي القاضي عند تسمية الوسيط اتفاق الطرفين ما أمكن».

أساساً تشريعياً في قانون العمل البحريني، فقد سار الأخير على المنوال ذاته، ولم يضع تعريفاً لنظام إدارة الدعوى العمالية مُكتفياً بتعريف الدعوى العمالية بأنها الدعوى التي تنشأ عن عقد العمل الفردي⁽¹¹⁾، وتعريف قاضي إدارة الدعوى العمالية بأنه أحد أعضاء مكتب إدارة الدعوى العمالية طبقاً لنص المادة (120)⁽¹²⁾، وتوصيف نظام إدارة الدعوى العمالية بأنه مكتب يُشكّل من رئيس بدرجة قاضٍ بالمحكمة الكبرى المدنية، ويُعهد إليه مهمة الإشراف على عمل المكتب المُشكّل من عدد كافٍ من قضاة المحكمة الصغرى المدنية، ويقوم هذا المكتب بمهام تجهيز الدعوى العمالية، وتهيتها للمرافعة، ويسمّى هذا النظام بمكتب إدارة الدعوى العمالية⁽¹³⁾، ويتم تعيين رئيسه والأعضاء بموجب قرار صادر من المجلس الأعلى للقضاء⁽¹⁴⁾، ويجب على وزير العدل إصدار قرار لتنظيم عمل مكتب إدارة الدعوى العمالية سواء من حيث تحديد الإجراءات الواجب اتباعها في تحضير الدعاوى العمالية أو آلية إعلان الخصوم⁽¹⁵⁾.

(11) وقد ورد تعريف الدعوى العمالية بالتحديد في المادة (1/8) من قانون العمل البحريني بأنها: «الدعوى الناشئة عن عقد العمل الفردي».

(12) وقد ورد تعريف قاضي إدارة الدعوى العمالية بالتحديد في المادة (1/9) من قانون العمل البحريني بأنه: «أي عضو من أعضاء مكتب إدارة الدعوى العمالية المنصوص عليه في المادة (120) من هذا القانون».

(13) تنص المادة (120/أ) من قانون العمل البحريني على أن: «ينشأ في وزارة العدل مكتب لتحضير الدعوى العمالية وتهيتها للمرافعة يسمى «مكتب إدارة الدعوى العمالية» ويشكّل من رئيس بدرجة قاضٍ بالمحكمة الكبرى المدنية يتولى الإشراف على عمل المكتب، وعدد كافٍ من الأعضاء من قضاة المحكمة الصغرى المدنية».

(14) وقد صدر مؤخراً عن المجلس الأعلى للقضاء التشكيل القضائي للمحاكم خلال العام 2024/2023 بموجب القرار رقم (13) لسنة 2023، وقد نصّ في المادة (12) على تحديد دوائر إدارة الدعوى العمالية بأربع دوائر، يرأسهم القاضي جاسم محمد جاسم الجبن، وأعضاؤها هم: القاضية د. أمل أبل، والقاضي عيسى الصائغ، والقاضية شيخة جناحي، والقاضي عبدالله التميمي، واختتمت المادة على التأكيد بأن المكتب يعمل طيلة أيام الأسبوع.

(15) وقد صدر القرار رقم 45 لسنة 2020 من وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف بشأن الإجراءات الخاصة بالدعاوى العمالية واستخدام الوسائل الإلكترونية فيها، وقد تضمن هذا القرار سبع مواد، تضمنت المادة (1) منه نطاق سريان القرار، والمادة (2) منه آلية رفع الدعوى أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية، والمادة (3) منه تقديم الطلبات والمستندات والمذكرات، والمادة (4) منه إعلان الخصوم في الدعوى العمالية، والمادة (5) منه عن النطق بالأحكام بالوسائل الإلكترونية، والمادة (6) منه عن نفاذ هذا القرار وإلغاء أي نص يتعارض مع أحكامه، والمادة (7) منه إلزام وكيل وزارة العدل بتنفيذه، ووجوب نشره في الجريدة الرسمية ليحوز حجية على الكافة.

والملاحظ مما سبق أن قانون العمل البحريني قد أناط بمكتب إدارة الدعوى العمالية مهمة تجهيز الدعوى العمالية وتجهيتها للمرافعة، وذلك أولاً: من خلال تجميع بيانات العامل وصاحب العمل، ودراسة ما ورد في لائحة الدعوى من حيث الوقائع وطلبات العامل، وثانياً: من خلال مرافعة الطرفين لتحديد جوهر المنازعة، ومعرفة نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما، الأمر الذي يكون معه تعريف نظام إدارة الدعوى العمالية بأنه: نظام قضائي خاص بالمنازعات العمالية الناشئة بين العامل وصاحب عمل بموجب عقد عمل فردي يستوجب الفصل فيها تطبيق أحد نصوص قانون العمل، ويتولى مهمة تحضير الدعوى من خلال تجميع بيانات العامل وصاحب العمل، ودراسة الطلبات والمستندات والدفاع والدفع المقدمة منهما، وإحالة الدعوى للتحقيق إن لزم الأمر تمهيداً لتحديد جوهر المنازعة، ومعرفة نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما لإصدار تقرير يتضمن ملخص المنازعة والطلبات والدفع والرأي فيها، ويتشكل هذا النظام من رئيس بدرجة قاضٍ بالمحكمة الكبرى المدنية يُشرف على مجموعة من قضاة المحكمة الصغرى.

والملاحظ كذلك أن عدم تعريف قانون العمل البحريني لنظام إدارة الدعوى العمالية، والاكتفاء بوصفه وتحديد وظائفه، وتعريف المصطلحات المرتبطة به كالدعوى العمالية وقاضي إدارة الدعوى العمالية أمرٌ لا يمكن انتقاده من حيث المبدأ، لا سيما وأن تعريف المصطلحات القانونية من مهام الفقه والقضاء باعتبارهما من المصادر التفسيرية للقانون، فيتعين على القانون أن يقف دوره عند وضع الأحكام المنظمة للعلاقات القانونية فقط، وإذا امتد دوره لمسائل تخرج عن المهام الموكلة إليه فقد يقع في النقد الذي هو في غنى عنه، مثال على ذلك: تعريف الدعوى العمالية أمرٌ منتقد ليس لأن القانون تدخل في مهام الفقه والقضاء فقط، وإنما لأنه حصر الدعوى العمالية على الدعاوى الناشئة عن عقد العمل الفردي بصرف النظر عن طبيعتها، وهذا ما أثار الكثير من الجدل حول مسألة الاختصاص بنظر المنازعات العمالية⁽¹⁶⁾، والتي سنتناولها في المطلب القادم.

(16) يعرف الاختصاص في القانون الإجرائي بأنه صلاحية المحكمة لنظر منازعة معينة، ويجب تجنب الخلط بين الاختصاص والولاية، فجميع محاكم الدولة لها ولاية القضاء، ولكنها ليست بالضرورة أن تكون مختصة، وتحديد اختصاصها من عدمه يعود للقانون الذي يقوم بتنظيم قواعد اختصاص المحاكم، ولكن جرى الاصطلاح في مصر على تسمية الولاية بالاختصاص الوظيفي أو الولائي، والولاية بهذا المعنى هي من النظام العام. ويرأينا فإن الاختصاص يقوم على نوع الدعوى أو محلها أو قيمتها أو أطرافها أو آلية التنظيم لعمل

المطلب الثاني

مناطق اختصاص إدارة الدعاوى العمالية

عندما نتحدث عن مناطق اختصاص قاضي إدارة الدعاوى العمالية بنظر المنازعات العمالية، فيمكن الاختصار بالقول إن مناطق اختصاصه ينحصر على نظر الدعاوى العمالية، وينحصر اختصاصه عن نظر غيرها، اختصاراً يُثير الجدل عند الكثير، وي طرح معه مجموعة من التساؤلات أبرزها: هل أن اختصاص قاضي إدارة الدعاوى العمالية ينحصر في الدعاوى العمالية الناشئة عن عقد العمل الفردي مهما كانت طبيعتها ونوعها؟

جواباً عن ذلك ينبغي - كما قلنا في الفقرة قبل السابقة - التأكيد على أن تعريف قانون العمل البحريني للدعاوى العمالية يحيطه النقص والقصور، ذلك أنه ليس كل الدعاوى الناشئة عن عقد العمل الفردي دعاوى عمالية يختص بنظرها قاضي إدارة الدعاوى العمالية، بل يتعين لاعتبار الدعاوى من الدعاوى العمالية أن يقتضي الفصل فيها تطبيق نص أو أكثر من نصوص قانون العمل، فإذا كان الفصل في الدعاوى لا يقتضي تطبيق نص من قانون العمل فإنها لا تعدّ من الدعاوى العمالية التي يختص بنظرها قاضي إدارة الدعاوى العمالية.

القضاة، فالنوع الأول يسمى الاختصاص النوعي، والثاني يسمى الاختصاص المحلي، والثالث الاختصاص القيمي، والرابع الاختصاص الدولي، والخامس الاختصاص التنظيمي، والأنواع الثلاثة الأولى من النظام العام، ويجوز للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، كما يجوز للخصم أن يتمسك فيها بأي حالة تكون عليها الخصومة، بينما النوعان الرابع والخامس ليسا من النظام العام، ويجب على الخصم أن يتمسك به قبل الخوض في الموضوع، وقبل أي دفع شكلي آخر على أن النوع الخامس لا يؤثر على صحة الحكم حتى لو تمسك به صاحب الشأن قبل أي دفع شكلي آخر تأسيساً على أن هذا النوع من الاختصاص هو مجرد تنظيم يقوم به المجلس الأعلى للقضاء لتنظيم عمل واختصاص القضاة. وقد نظم المشرع البحريني موضوع الولاية والاختصاص في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971، فقد جاء في المادة (1) منه انعقاد الولاية للمحاكم المدنية بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين، وجاء في المادة (8) تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم، وجاء في المادة (8) مكرر تحديد اختصاص القضاء المستعجل، وجاء في المواد من (14: 20) أحكام الاختصاص الدولي لمحاكم البحرين. لمزيد من التفاصيل راجع: جواد أمهمول، الوجيز في المسطرة المدنية، ط1، دار الآفاق المغربية، الرباط، 2015م، ص77. وطلعت يوسف خاطر، نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2014م، ص80.

تحليلٌ قد يراه البعض مختلفاً عن صراحة التعريف التشريعي للدعوى العمالية، ومقصود المشرع من تعريفه للدعوى العمالية، إلا أنه يتفق مع التوجه الحديث لمحكمة التمييز البحرينية عندما قضت بأنه: «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالدعوى الناشئة عن علاقة العمل طبقاً لقانون العمل في القطاع الأهلي التي تختص المحاكم العمالية بنظرها هي تلك الدعاوى التي تخضع لأحكام قانون العمل في القطاع الأهلي، فإذا أقيمت دعوى وكان الفصل فيها لا يقتضي تطبيق أحد نصوص قانون العمل فإنها لا تدخل في الاختصاص الاستثنائي للمحاكم العمالية»⁽¹⁷⁾.

قصورٌ تشريعي شاب تعريف الدعوى العمالية، وأثار معه الكثير من الجدل حول اختصاص قاضي إدارة الدعوى العمالية حتى عند محكمة التمييز البحرينية نفسها، حتى قامت لجنة توحيد المبادئ التابعة لمحكمة التمييز بترسيخ النتيجة التي انتهينا إليها بخصوص أن الدعوى العمالية هي الدعوى الناشئة عن عقد العمل الفردي، ويقتضي الفصل فيها تطبيق أحد نصوص قانون العمل عندما قررت بأن: «اختصاص المحكمة العمالية بنظر المنازعات العمالية الناشئة عن عقد العمل الفردي دون ما عداها من منازعات أخرى تخرج عن نطاق اختصاصها، تأسيساً على أن المشرع في قانون العمل في القطاع الأهلي قد خص إقامة الدعوى العمالية بطريق تقاضي خاص، وذلك بإقامة الدعوى أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية ليقوم بتحضيرها وإحالتها للمحكمة العمالية عند تعذر إنهاء النزاع صلحاً لتفصل فيه بحكم نهائي قاطع لدابر الخصومة لا يقبل الطعن بالاستئناف، ويجوز الطعن فيه بطريق التمييز خلال الميعاد المقرر قانوناً، وأن مناط اختصاص هذه المحكمة بالفصل في المنازعات المحالة إليها من قاضي إدارة الدعوى العمالية أن تكون ناشئة عن عقد العمل الفردي ويتعين تطبيق أحكام قانون العمل سالف الذكر على ذلك النزاع...»⁽¹⁸⁾.

توحيدٌ أوتي ثماره باستقرار القضاء البحريني بشأن مفهوم الدعوى العمالية، واختصاص قاضي إدارة الدعوى العمالية بنظرها، حتى صدر حكم - بعد توحيد المبدأ

(17) حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 435 لسنة 2021 بجلسة 2022/4/12م.

(18) المبدأ رقم (4 - 20 - 2022/09/14) الصادر من لجنة توحيد المبادئ بمحكمة التمييز البحرينية في اجتماعها بتاريخ 14 و20 من سبتمبر 2022، منشور في الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس الأعلى للقضاء: <https://ahkam.sjc.bh> 2024/2/1م.

- من محكمة التمييز البحرينية باعتبار الدعوى العمالية هي التي تخضع لأحكام قانون العمل، ويقتضي إصدار الحكم فيها تطبيق أحد نصوص هذا القانون، ومؤدي ذلك أن المحكمة قد قررت أن الاختصاص لا ينعقد لإدارة الدعوى العمالية إذا كانت المنازعة غير ناشئة عن عقد العمل، أو أن إصدار الحكم فيها لا يقتضي تطبيق أحد نصوص قانون العمل⁽¹⁹⁾.

وجديرٌ بالذكر فإنه لا يوجد فرق فيما تقدّم بين الدعاوى المرفوعة من العامل، وتلك المرفوعة من صاحب العمل، إذ إن كلاهما من اختصاص المحاكم المدنية إذا كانت تخرج عن نطاق الدعاوى العمالية، فبالنسبة للعامل فقد قضت محكمة التمييز البحرينية بانحسار اختصاص إدارة الدعوى العمالية عن دعوى تلخص وقائعها في مطالبة عامل بالتعويض عن تأخر صاحب العمل بترقيته تأسيساً على اعتبارها من دعاوى التعويض التي تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²⁰⁾، وعلى المنوال ذاته نقضت محكمة التمييز البحرينية حكماً صادراً من المحكمة الكبرى العمالية تأسيساً على مخالفة القانون عندما فصل في منازعة بين عامل يطالب صاحب العمل بتعويض الأضرار التي لحقت به نتيجة لامتناعه عن تنفيذ عقد العمل تأسيساً على أن هذه الدعوى تقوم على أساس المسؤولية العقدية، وينحصر اختصاص قاضي إدارة الدعوى العمالية عن نظرها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى باختصاصه بنظر المنازعة، وفصل فيها فإنه يكون قد خالف القانون⁽²¹⁾.

(19) وقد ورد بالتحديد في الحكم الصادر من محكمة التمييز البحرينية بأنه: «من المقرر أن المقصود بالدعوى العمالية - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - هي تلك التي تخضع لأحكام قانون العمل ويقتضي الفصل فيها تطبيق أحد نصوصه».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 167 لسنة 2022 بجلسة 2023/1/24م.

(20) قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «لما كان الطاعن (العامل) قد طلب في دعواه إلزام المطعون ضدها (صاحب العمل) بالتعويض عما سببته له من أضرار مادية متمثلة فيما فاتته من كسب بسبب تأخرها في نقل كفالاته لمدة 40 يوماً بعد انتهاء علاقة العمل فيكون سند القانوني في طلبه المذكور مستمداً من قواعد واحكام المسؤولية التقصيرية وهو ما يخرج عن اختصاص المحاكم العمالية».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقمي 353 و389 لسنة 2022 بجلسة 2023/3/14م.

(21) قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «لما كان الثابت من كافة أوراق الدعوى ومستنداتها أن المطعون ضدها (العامل) بينت في لائحة دعواها أنها أبرمت عقد عمل مع الطاعن (صاحب العمل) إلا أنه لم يلتزم بتنفيذ هذا العقد، ومن ثم فإنها لم تراول ثمة عمل، وبالتالي تطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بها من جراء ذلك... ومن ثم فإن الدعوى في حقيقتها هي دعوى مطالبة بالتعويض عن

وعلى النهج ذاته نقضت محكمة التمييز البحرينية حكماً صادراً من المحكمة الكبرى العمالية قضى باختصاص المحاكم العمالية بنظر منازعة تتعلق بتعويض صاحب العمل عن خطأ العامل بإتلاف أدوات يملكها صاحب العمل، وتتجاوز قيمتها أجر شهرين، والأساس الذي يقوم عليه حكم محكمة التمييز هو أن مطالبة العامل بالتعويض تكون وفق أحكام المسؤولية المدنية، وهو ما ينحسر عن اختصاص المحاكم العمالية⁽²²⁾، وعلى الأساس ذاته قضت محكمة التمييز البحرينية بانحسار اختصاص المحاكم العمالية عن نظر المنازعة المتعلقة عن استرداد صاحب العمل للقرض الذي منحه للعامل بعد انتهاء علاقة العمل⁽²³⁾.

وخلاصة القول بأن نظام إدارة الدوى العمالية هو نظام تقاضي خاص أفردته المشرع للمنازعات العمالية، ويقوم على عدد الإجراءات الخاصة غير المألوفة في نظام التقاضي العام، وغايته وصول الدوى للمحكمة الكبرى العمالية عند تعذر الصلح مستوفية

الأضرار التي لحقت بالمطعون ضدها بسبب عدم تنفيذ العقد المتفق عليه بين الطرفين، أي دوى مسؤولية مدنية تختص المحاكم المدنية بنظرها ولا تعد من قبيل الدعاوى العمالية التي تنحصر في تلك التي يلزم - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - تطبيق أحكام قانون العمل عليها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل في موضوع النزاع بما يعني ضمناً الاختصاص بنظره يكون معيباً بمخالفة القانون». حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (479) لسنة 2022 بجلسة 2023/5/23م.

(22) قضت محكمة التمييز البحريني بأنه «لما كانت المطعون ضدها قد فصلت الطاعن لفقدانها الثقة فيه بسبب إخلاله بالتزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل وفقاً لما سبق بيانه (تسببه عمداً أو بإهماله الجسيم في فقد أو إتلاف أدوات أو آلات أو منتجات يملكها صاحب العمل)، ومن ثم فإنه لم يعتبر هناك مجال للقول باتباع حكم المادة (82) سالف الذكر (من قانون العمل رقم 36 لسنة 2012 أساساً فيحق لها المطالبة بالتعويض المناسب عما لحقها من أضرار طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية إذا توافرت شروط هذه المسؤولية وهو أمر تختص بنظره المحاكم المدنية وليس العمالية، وإذ خالف الحكم المطعون فيه (الصادر من المحكمة العمالية) هذا النظر وقضي بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضدها مبلغ (40000) دينار، وهو ما يعني اختصاصه ضمناً بنظر النزاع يكون معيباً بمخالفة القانون». حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (389) لسنة 2021 بجلسة 2022/2/22م.

(23) قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «من المقرر أنه متى انتهت علاقة العمل بين العامل وصاحب العمل، فإن ما ينشأ من نزاع متعلق بالقرض الذي منحه صاحب العمل إلى العامل أثناء علاقة العمل، لا يعتبر نزاعاً مما تختص بنظره المحكمة العمالية، وإنما ينعقد الاختصاص للمحكمة المختصة قيمياً». حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (377) لسنة 2021 بجلسة 2021/8/24م.

لجميع إجراءاتها ليكون الخصوم على أتم الاستعداد للمحاكمة على نحو لا يستغرق سوى جلسة واحدة أو جلسات قليلة⁽²⁴⁾، فضلاً عن إسهام هذا النظام بإزالة العوائق الشكلية من قضاة المحكمة الكبرى العمالية⁽²⁵⁾، وأخيراً فإن مناط انعقاد الاختصاص لإدارة الدعوى العمالية بنظر المنازعة العمالية وفق معيار موضوعي يتمثل في أن تكون الدعوى ناشئة عن عقد عمل فردي، ويقتضي الفصل فيها تطبيق أحد نصوص قانون العمل، ولا فرق في ذلك بين الدعاوى التي يرفعها العامل أو صاحب العمل.

(24) انظر بمعنى آخر: إبراهيم حمدان أحمد محمد، نظام إدارة الدعوى المدنية (هيئة التحضير) ودوره في سرعة الفصل في المنازعات، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، مج 1، ع 43، سنة 2022م، ص 2605.

(25) مُشار إليه بمعنى مقارب: مجد وليد عطا المناصرة، مرجع سابق، ص 27.

المبحث الأول

الخصومة أمام إدارة الدعوى العمالية

نحاول في هذا الصدد تناول الخصومة بين العامل وصاحب العمل في مرحلة إدارة الدعوى العمالية، وذلك ابتداءً من الإجراءات التي تؤدي إلى افتتاح الخصومة، مروراً بالإجراءات التي تتم لانعقاد الخصومة والآثار القانونية المترتبة على ذلك، وختاماً بالإجراءات المتعلقة بسير الخصومة أي بعد أن تنشأ وتنعقد، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث لمطلبين، نخصص أولهما لافتتاح الخصومة العمالية وانعقادها في مكتب إدارة الدعوى العمالية، ونخصص ثانيهما لسير الخصومة العمالية في مكتب إدارة الدعوى العمالية، وذلك فيما يأتي:

المطلب الأول

افتتاح الخصومة العمالية وانعقادها في مكتب

إدارة الدعوى العمالية

تُعرف الخصومة في اللغة بأنها المنازعة أو الجدل، ويُقال خاصمه أي نازعه وجادله⁽²⁶⁾، وفي الاصطلاح تُعرف بأنها منازعة مرفوعة إلى القضاء، فكل منازعة هي خصومة في اللغة، ولكن في الاصطلاح لا تكون المنازعة خصومة إلا إذا اتصلت بالقضاء⁽²⁷⁾، بينما الخصومة في اصطلاح القانون الإجرائي هي الحالة القانونية الناشئة بين طرفين من تاريخ المطالبة القضائية حتى صدور الحكم فيها⁽²⁸⁾، والرأي الراجح فإن الخصومة مجموعة من الإجراءات القانونية المتخذة من الخصوم، والقضاة، وأعاونهم بهدف استحصال حكم قضائي في موضوعها، والخصومة بهذا المفهوم تنشأ بإجراء هو المطالبة القضائية، وتنتهي بإجراء هو الحكم⁽²⁹⁾.

(26) مُشار إليه لدى: ديمن يوسف غفور، الخصومة في الدعوى المدنية وإشكالياتها في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018م، ص23.

(27) أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع وفقاً لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961م، ص6-5.

(28) مصطفى كامل كيره، قانون المرافعات الليبي، ط1، دار صادر، بيروت، 1969م، ص469.

(29) نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني طبقاً لقانون المرافعات البحريني رقم 12 لسنة 1971م وتعديلاته: دراسة للمبادئ العامة للقضاء والتقاضي - الولاية والاختصاص - الدعوى واستعمالها - الخصومة والعمل الإجرائي - الحكم - طرق الطعن - الأوامر، ط1، مطبوعات جامعة البحرين، البحرين، 2020م، ص261 - 262.

وثمة أمر مسلّم به هنا، وهو وجوب تعدد الخصوم، ووجود قاض وأمين سر على الأقل، فإذا كانت الخصومة مجموعة من الأعمال الإجرائية، فإن كل عمل يتم فيها هو عمل قانوني يؤدي دوراً معيناً، ويقوم القانون بتحديد هذا الدور، وهذا بطبيعة الحال لا يؤدي إلى النيل من وحدة الخصومة رغم تعدد الأعمال الإجرائية فيها، إذ إن الهدف من الخصومة نفسها هو استحصال حكم في موضوعها، وهذا الهدف لا يتغير بتعدد الأعمال الإجرائية في الخصومة⁽³⁰⁾.

ويتبين لنا بعد ذلك أن الخصومة هي مجموعة من الإجراءات القانونية ذات طابع قضائي، والتي تُفتتح بموجب إجراء، وتنعقد بموجب إجراء آخر، وهو ما يتعين علينا دراسة افتتاحها في الفرع الأول، وانعقادها في الفرع الثاني، وذلك وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول

افتتاح الخصومة العمالية أمام مكتب

إدارة الدوى العمالية

من المستقر عليه بين فقهاء القانون الإجرائي أن افتتاح أي خصومة يكون باتصال المحكمة بالمطالبة القضائية، وتعبير آخر يكون بتحقيق علم المحكمة بالمطالبة القضائية، ويتحقق ذلك عبر إجراء قضائي يتمثل في إيداع لائحة الدوى للمحكمة⁽³¹⁾، ولا يجب أن تكون المحكمة مختصة في نظر المنازعة، فتنشأ الخصومة بمجرد إيداع لائحة الدوى، ويترتب على ذلك العديد من الآثار القانونية كقطع التقادم⁽³²⁾، وسريان

(30) على الرغم من تعدد إجراءات الخصومة إلا أن فقهاء القانون الإجرائي أجمعوا على وحدة الخصومة، ويقوم أساس هذه الوحدة على وحدة الهدف، وهو العمل القضائي، واختلف الفقهاء في طبيعة الخصومة، فذهب رأي تقليدي مهجور للقول بأن الخصومة بمثابة العقد أو شبه العقد تأسيساً على أن الخصوم ارتضوا رفع منازعتهم للقضاء، وهما بهذا الرضاء ارتضوا بالحكم الصادر الذي يطبق حكم القانون، وقد ذهب رأي ثانٍ إلى اعتبار الخصومة رابطة قانونية، وذهب رأي ثالث إلى اعتبار الخصومة عملاً قانونياً مركباً، وذهب رأي رابع إلى اعتبار الخصومة شكلاً قانونياً للعمل القضائي.

لمزيد من التفاصيل عن طبيعة الخصومة راجع: المرجع السابق، ص 262 وما بعدها.

(31) وعن ذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: «المقرر أن الخصومة في الدوى تبدأ بتقديم لائحة إلى المحكمة...». حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 456 لسنة 2013 بجلسة 2015/2/16م.

(32) تنص المادة (375) من القانون المدني البحريني الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 على أن: «قطع المدة المقررة لعدم سماع الدوى بالمطالبة القضائية ولو رُفعت الدوى إلى محكمة غير مختصة...».

الفوائد التأخيرية⁽³³⁾.

ويجب أن تُقدم لائحة الدعوى إلى قسم تسجيل الدعاوى مستوفيةً للشكل الذي رسمه القانون، ولكن مع التحول الإلكتروني لنظام التقاضي الخاص جرت العادة أن يتم إيداع لائحة الدعوى باستخدام الوسائل الإلكترونية المعتمدة المتمثلة بخدمة رفع الدعوى القضائية الموجودة في النظام الإلكتروني الخاص بهيئة المعلومات والحكومة الإلكترونية، وقد صدر - في هذا الصدد - القرار رقم 44 لسنة 2021 باعتماد خدمات إلكترونية لتقديم اللوائح والمستندات والمذكرات والطلبات القضائية، مؤكداً في المادة (2) على اعتماد خدمة (رفع الدعاوى القضائية) الموجودة في موقع الهيئة دون غيرها كوسيلة إلكترونية لرفع الدعوى القضائية⁽³⁴⁾، وقد صدر كذلك القرار الخاص بإجراءات الدعاوى المدنية، والقرار الخاص بإجراءات الدعاوى التجارية، مؤكداً على أن رفع الدعويين المدنية والتجارية - يكون بالوسائل المعتمدة لرفع الدعوى بما في ذلك الوسائل الإلكترونية⁽³⁵⁾ - مسلكٌ محلُّ تقدير ونقد في آن واحد، فالتقدير يتمثل في أن القرار ساير المشرع في التأكيد على أن الخصومة لا تبدأ إلا بموجب رفع الدعوى بناءً على طلب المدعي تطبيقاً لقاعدة أن القاضي لا يعمل من تلقاء نفسه حتى لا يكون خصماً وحكماً في آن واحد⁽³⁶⁾، أما النقد فيتمثل في أن القرار أجاز استخدام الوسائل الإلكترونية في رفع الدعوى على نحو الجواز لا الإلزام، فالتحول الإلكتروني الذي

(33) تنص المادة (29) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني علي أن: «يترتب على قيد لائحة الدعوى في سجلات المحكمة وفقاً للمادة 25 من هذا القانون ما يلي: - 2- سريان الفوائد التأخيرية ما لم تكن سارية من وقت آخر بحكم العرف التجاري أو الاتفاق».

(34) تنص المادة (2/أ) من القرار رقم 44 لسنة 2021 باعتماد خدمات إلكترونية لتقديم اللوائح والمستندات والمذكرات والطلبات القضائية على أن: «تُعتمد خدمة (رفع الدعاوى القضائية) المتاحة على موقع الهيئة، دون غيرها، كوسيلة إلكترونية لإعداد وتقديم لائحة الدعوى أو الطعن أو طلب أمر الأداء والتي يتم من خلالها إدخال البيانات والمستندات المطلوبة قانوناً».

(35) وهما القرار رقم 42 لسنة 2020 بشأن لائحة الإجراءات الخاصة بالدعاوى المدنية، وقد نصّت المادة (4/أ) منه على أن: «تُرفع الدعوى المدنية بالوسائل المعتمدة بما في ذلك الوسائل الإلكترونية بناءً على طلب المدعي، بموجب لائحة تشتمل على الآتي: ...»، والقرار رقم 30 لسنة 2020 بشأن الإجراءات الخاصة بالدعاوى التجارية، وقد نصّت المادة (3/أ) منه على أن: «تُرفع الدعوى التجارية بالوسائل المعتمدة لرفع الدعوى بما في ذلك الوسائل الإلكترونية بناءً على طلب المدعي، بموجب لائحة تشتمل على الآتي: ...».

(36) راجع هذه القاعدة لدى: أحمد مليجي، مرجع سابق، ص 11.

يعيشه العالم في نطاق التقاضي ينبغي أن يكون على نحو الإلزام، وبموجب قانون وليس قراراً، وذلك تحقيقاً للعدالة الناجزة، وعدم إشغال قسم تسجيل الدعاوى بأمور روتينية يمكن التخلص منها عبر التحول الإلكتروني الإلزامي.

استقرارٌ فقهيٌّ وتشريعيٌّ بشأن افتتاح الخصومة عن طريق إيداع لائحة الدعوى لم يخرج عنه نظام التقاضي الخاص بالمنازعات العمالية في قانون العمل البحريني، فقد أكد المشرع على أن الدعوى العمالية تُرفع بموجب لائحة مقدمة إلى مكتب إدارة الدعوى العمالية طبقاً للإجراءات الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية⁽³⁷⁾، وهو بذلك لم يخص نظام التقاضي في المنازعات العمالية بأي أحكام خاصة في هذا الشأن، وقبل أربع سنوات أصدر وزير العدل القرار رقم 45 لسنة 2020 بشأن الإجراءات الخاصة بالدعاوى العمالية واستخدام الوسائل الإلكترونية فيها، مؤكداً على أن رفع الدعوى العمالية يكون بالوسائل المعتمدة بما فيها الوسائل الإلكترونية بموجب لائحة تودع لمكتب إدارة الدعوى العمالية المنشأ بمقتضى نص المادة (120) من قانون العمل⁽³⁸⁾، آلية لم تختلف عن آلية رفع الدعاوى المدنية والتجارية، فقد أشارت إلى استخدام الوسائل الإلكترونية على نحو الجواز لا الإلزام، وهو أمرٌ متتقد كما لاحظنا.

ومهما يكن من أمر فإن القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، والتي أحال إليها نظام التقاضي الخاص في المنازعات العمالية، تستوجب أولاً أن تكون اللائحة المقدمة لمكتب إدارة الدعوى العمالية مكتوبةً تأسيساً على أن المشرع قد رسم شكلاً خاصاً لها يستوجب كتابة أسماء الخصوم ولقبهم ومهنتهم أو وظيفتهم ومحل إقامتهم أو عنوان إعلانهم⁽³⁹⁾، وتاريخ تقديم اللائحة، واسم المحكمة المرفوع أمامها

(37) تنص المادة (120/أ) من قانون العمل البحريني على أن: «ترفع الدعوى العمالية بلائحة تقدم إلى مكتب إدارة الدعوى العمالية طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية»، والذي نراه بخصوص هذا النص بأنه كان على المشرع أن يضمّنه عبارة (والقرارات التنفيذية اللاحقة التي تصدر من الوزير المختص بشأنها) حتى تضع الأساس القانوني السليم للقرار الخاص بالإجراءات المتبعة في المنازعات العمالية.

(38) تنص المادة (2) من قرار الإجراءات الخاصة بالدعاوى العمالية واستخدام الوسائل الإلكترونية فيها على أن: «تُرفع الدعوى العمالية بالوسائل المعتمدة لرفع الدعوى بما في ذلك الوسائل الإلكترونية بموجب لائحة تقدّم إلى مكتب إدارة الدعوى العمالية المنشأ بموجب نص المادة (120) من القانون».

(39) والحكمة التي دفعت المشرع لرسم هذا الشكل في لائحة الدعوى، هي التحديد النافي للجهالة

الدوى، ووقائع الدوى وموضوعها وطلبات المدعى وأسانيدھا الواقعية⁽⁴⁰⁾، ولا يمكن تصور إفراغ هذا الشكل الذي رسمه المشرع إلا كتابياً، ويترتب على مخالفة هذا الشكل بطلان لائحة الدوى، والذي يؤدي إلى عدم افتتاح الخصومة العمالية.

وتستوجب ثانياً أن يقوم المدعى بأداء الرسم كاملاً⁽⁴¹⁾، إلا أنه لما كان العامل هو الطرف الضعيف نسبياً في علاقة العمل⁽⁴²⁾، لذا فقد أثر المشرع توفير الحماية الإجرائية

لشخصية المدعى والمدعى عليه، ولذلك فإن النقص في هذا التحديد بما لا يؤدي إلى التشكيك أو التجهيل بصفتھما لا يؤدي للبطلان، وفي ذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «لئن كانت المادة (23) من قانون المرافعات قد حددت البيانات التي يتعين أن تتضمنها لائحة الدوى ومن بينها محل إقامة المدعى عليه إلا أن المقصود من تلك البيانات تحديد شخصية الخصم ومن ثم فإن النقص أو الخطأ في بعضها لا يؤدي إلى البطلان ما دام ليس من شأنه التشكيك أو التجهيل بشخصه أو صفته...».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 343 لسنة 2006 بجلسة 2007/1/8م.

(40) تنص المادة (23) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن: «ترفع الدوى إلى المحكمة المختصة، بناء على طلب المدعى، بلائحة تقدم إلى قسم تسجيل الدعاوى، ويجب أن تشمل لائحة الدوى على البيانات الآتية: 1 - اسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته ومحل إقامته أو عنوان إعلانه. 2 - اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته ومحل إقامته أو محله المختار... 3 - تاريخ تقديم اللائحة إلى المحكمة. 4 - المحكمة المرفوعة أمامها الدوى. 5- موضوع الدوى ووقائعها وطلبات المدعى وأسانيدھا...».

(41) تنص المادة (1) من قانون الرسوم القضائية البحريني الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم 3 لسنة 1972 على أن: «لا يجوز مباشرة أي إجراء قضائي - أمام المحاكم - إلا بعد تحصيل الرسم المستحق عليه مقدماً...»، وتنص المادة (24) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على أن: «على المدعي عند تقديم لائحة الدوى أن يؤدي الرسم كاملاً...».

وجدير بالذكر فإن قيام المحكمة بصرف النظر عن الرسوم، واتخاذ الإجراءات التالية في نظر الدوى لا يؤدي إلى البطلان، فالواضح من النصوص القانونية أن المشرع لم يربط أي جزء إجرائي رغم أنه أوجب على المحكمة عدم مباشرة أي إجراء إلا باستكمال رسوم الدوى، ويعتبر هذا تطبيقاً لقاعدة لا جزء إجرائي إلا بنص قانوني، وعن ذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «من المقرر أنه ولئن كانت المادة (1) من قانون الرسوم القضائية والمادة (27) من قانون المرافعات قد أوجبتا على المحكمة قبل المضي في نظر الدوى الابتدائية أو مباشرة أي إجراء فيها التأكد من سداد كامل الرسم المقرر، إلا أن المشرع لم يربط ثمة بطلان على عدم مراعاة ذلك، فلا تأثير لهذه المخالفة على صحة إجراءات الدوى والحكم الصادر فيها طالما أنها رُفعت وفق صحيح القانون».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 3 لسنة 2023 بجلسة 2023/6/20م.

(42) الطرف الضعيف في العلاقة العقدية قد يكون ضعيفاً من حيث المعرفة أو الذاتية أو النسبية، وضعف العامل في علاقة العمل يكون في النوع الأخير، والذي يتعلّق بالمركز الاقتصادي له بمواجهة صاحب

له بإعفائه من الرسوم عن كل درجات التقاضي حتى لا تكون الرسوم عائقاً أمام حصوله على مستحقاته العمالية⁽⁴³⁾، على أن هذا الإعفاء يتعلق بالمنازعات العمالية الناشئة عن عقد العمل الفردي، وبقتضي الفصل فيها تطبيق أحد نصوص قانون العمل، وبتعبير آخر فإن الإعفاء يتعلق بالمنازعات التي ينعقد الاختصاص بنظرها لقاضي إدارة الدعوى العمالية، أما المنازعات الأخرى التي ينحسر اختصاص قاضي إدارة الدعوى بنظرها فليست مشمولةً بالإعفاء، وحتى لا يُسيء العامل استخدام هذا الحق بخلاف الغاية التي رآها المشرع، فإذا كانت الدعوى كيدية جاز للمحكمة الحكم على العامل بالرسوم والمصاريف كلياً أو جزئياً⁽⁴⁴⁾، وهي تبقى مسألةً جوازية تخضع لتقدير المحكمة، ولكن

العمل، ولذلك فمن الناحية الموضوعية يُفسر الشك لمصلحته، ومن الناحية الإجرائية يُعفى من الرسوم، ويخفف عليه كثيراً فيما يتعلق بعبء الإثبات.

انظر بمعنى مقارب عن الطرف الضعيف والحماية الموضوعية المقررة له: سيد إبراهيم محسن عدنان، النظام القانوني للوكيل الإلكتروني في القانون البحريني «دراسة مقارنة»، أطروحة ماجستير، جامعة البحرين، 2024م، ص 183.

(43) وجديرٌ بالذكر فإنه يقع باطلاً الاتفاق بين العامل وصاحب العمل على خلاف ذلك تأسيساً على أن الفلسفة التشريعية من هذه الحماية تتمثل في محاولة إعادة التوازن بين طرفي علاقة العمل، فالمركز الاقتصادي للعامل ضعيف إذا ما قورن بالمركز الاقتصادي لصاحب العمل، ومن الطبيعي أن تتسم هذه الحماية وغيرها بالطبيعة الأمرة التي ترتب البطلان على كل اتفاق يخالفها ما لم يكن لمصلحة العامل باعتبارها قواعد متصلة بالنظام العام الاجتماعي الذي ينصب على حماية الطرف الضعيف كالعامل، والمؤمن له، والمستهلك.

لمزيد من التفاصيل عن الصفة الأمرة لقواعد قانون العمل والحكمة التشريعية من حماية العامل راجع: حسين عبداللطيف حمدان، قانون العمل (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م، ص 116 وما بعدها، ومحمد حسين منصور، قانون العمل (ماهية قانون العمل، عقد العمل الفردي، عقد العمل الجماعي النقابات العمالية، المنازعات الجماعية، التسوية والوساطة والتحكيم، الإضراب والإغلاق)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م، ص 51.

(44) تنص المادة (ب/6) من قانون العمل البحريني على أن: «وتقتضي المحكمة بإلزام رافع الدعوى بالمصروفات كلها أو بعضها في حالة رفض الدعوى، وذلك دون إخلال بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية»، ومن التطبيقات القضائية لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «من المقرر بنص المادة (6) من قانون العمل رقم 36 لسنة 2012 أنه تعفى من الرسوم القضائية كافة الدعاوى العمالية التي يرفعها العمال أو المستحقون عنهم إلا أنه للمحكمة أن تقتضي بإلزام رافع الدعوى بالمصروفات كلها أو بعضها في حالة رفض الدعوى دون الإخلال بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وإذ التزم الحكم المطعون فيه ذلك النظر وقضى ببعض طلبات الطاعن وألزمه بالمصاريف المناسبة وأمر بالمقاصة في أتعاب المحاماة، فإنه لا يكون قد خالف القانون ويصحى النعي على غير أساس». حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 499 لسنة 2015 بجلسة 2017/5/22م.

يتعين عليها أن تنص في حيثيات الحكم على هذا الإلزام سواءً أكان كلياً أم جزئياً إذا ارتأت القضاء به⁽⁴⁵⁾.

موقفٌ تشريعيٌ وقضائيٌ محلٌ تقديرٍ ونقدٍ في آن واحد، بدءاً من التقدير فحسباً فعل المشرّع البحريني بتوفير الحماية الإجرائية للعامل بإعفائه من الرسوم في كل درجات التقاضي في المنازعات العمالية تأسيساً على مبررات إنسانية وفلسفية أكثر من أن تكون قانونية، فالعامل في علاقة العمل يكون ضعيفاً من الناحية الاقتصادية إذا ما قورن مع صاحب العمل، وعندما يلج باب القضاء فإنه - في الغالب الأعم - عاطلٌ عن العمل، ويطلب بتعويض عن الفصل من العمل، فالفصل من جهة، والمطالبة برسوم قضائية ليحصل على حقه من جهة أخرى قد تسلب منه فكرة الولوج للقضاء نهائياً، وعندئذٍ قد يقع المشرّع فيما يُعرف بالظلم القانوني⁽⁴⁶⁾، أما بالنسبة للنقد فيتمثل في النتيجة المترتبة على الإعفاء، وهي الحق الجوازي للمحكمة بالقضاء بجزء من الرسوم والمصاريف على العامل، فهذا الأخير هو في الغالب الأعم من يقوم برفع الدعوى العمالية، وهو في العادة قليل الخبرة والدراية فيما يتعلق بالإجراءات القضائية، فقد يكون له حق موضوعي سواء كان يتعلق بالتعويض أم بالأجور أم بالبدل النقدي للإجازات، إلا أن جهله بقواعد الإثبات قد تؤدي إلى عدم نجاحه بإثبات حقوقه عن طريق إثبات علاقة العمل⁽⁴⁷⁾، ومن

(45) محمد عزمي البكري، التعليق على قوانين الرسوم القضائية طبقاً لأحدث التعديلات، ط7، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018 - 2019م، ص228.

(46) وفي هذا الصدد كان للقضاء الألماني كلمته عندما قال عن الظلم القانوني بأنه: «لا القانون ولا العدالة تحت تصرف المشرّع، فالتصور الذي يقضي بأن المشرّع الدستوري يستطيع أن ينظم كل شيء وفقاً لإرادته تبدو كأنها ارتداد إلى عقلية المذهب الوضعي التقديري الحر والذي هجر منذ زمن بعيد، سواء في علم القانون أو على صعيد الواقع».

للمزيد من التفاصيل حول الظلم القانوني (Gesetzliches Unrecht) راجع: روبرت ألكسي، تعريب: كامل فريد السالك، فلسفة القانون: مفهوم القانون وسريانه، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013م، ص24.

(47) وجديرٌ بالملاحظة فإن إثبات أداء جميع الحقوق العمالية يكون على عاتق صاحب العمل بمجرد إثبات العامل لعلاقة العمل فيما عدا حق العامل في البدل النقدي لساعات العمل الإضافية التي عمل بها بتكليف صاحب العمل، وتحت إشرافه، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز البحرينية عندما قضت بأنه: «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العامل هو المكلف بإثبات عمله ساعات إضافية بناء على تكليف من صاحب العمل وتحت إشرافه».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 400 لسنة 2022 بجلسة 2023/4/18م.

هذا المنطلق نرى استثناءً من القواعد العامة غلّ يد المحكمة عندما تقوم بالقضاء برسوم ومصاريف التقاضي، وذلك من خلال إلزامها بعدم إلزام العامل برسوم ومصاريف التقاضي ما لم يثبت كيدية الدعوى.

وبناءً على ما تقدم، فإن ثمة تساؤل قد يدور في بال الكثير، وهو: إذا كان العامل قليل الخبرة والدراية في إجراءات التقاضي، وكان المشرع - كما تقدم بيانه - قد رسم شكلاً لللائحة الدعوى فهل حدد جزاء إجرائياً على عدم مراعاة هذا الشكل؟

بادئ ذي بدء لابد من التأكيد على أن هذا التساؤل يثير العديد من الإشكاليات العملية، فالعامل كما ذكرنا بأنه في الغالب الأعم قليل الخبرة والدراية بخصوص إجراءات التقاضي، وجرت العادة أن يشوب لائحة الدعوى العديد من الأخطاء، كما لابد من التأكيد على أن نظام التقاضي الخاص بالمنازعات العمالية لم يرد به أي نص خاص عن هذه المسألة، فهو قد اكتفى بالإحالة إلى القواعد العامة في قانون المرافعات، وعند الرجوع لهذه القواعد نرى بأنه يتعين على القاضي في الجلسة الأولى لنظر الدعوى - وقبل الفصل في الموضوع - التأكد من توافر البيانات التي حددها القانون في المادة (23) من قانون المرافعات، والتأكد من أن لائحة الدعوى لا يشوبها خطأ في سببها أو في تقدير قيمة المطالبة موضوع الدعوى أو قيمة الرسوم⁽⁴⁸⁾، فإذا كان هناك عيب شكلي، وارتأت المحكمة - لحسن سير العدالة - أمرت بتأجيل الدعوى، وتكليف المدعي بتصحيح شكل اللائحة أو سداد فارق الرسم خلال فترة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وإلا أمرت بشطب الدعوى⁽⁴⁹⁾، على أن الشطب لا يحول دون تعجيل السير في الدعوى بإجراءات صحيحة⁽⁵⁰⁾.

(48) تنص المادة (أ-ب/27) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على أن: «قبل الفصل في موضوع الدعوى وفي الجلسة الأولى المحددة لنظرها يجب على المحكمة أن تتأكد من: 1- توافر البيانات الواجب ذكرها في لائحة الدعوى طبقاً للمادة (23) من القانون، وأن لائحة الدعوى ليست مشوبة بعيب الخطأ في سببها، أو الخطأ في تقدير قيمة موضوع الدعوى، أو قيمة الرسوم».

(49) والمقصود بشطب الدعوى كما يقول بعض الفقهاء هو عدم نظر المحكمة لها بسبب الأمر باستبعادها من القضايا المنظورة أمام المحكمة، والشطب لا يعني إلغاء الخصومة، بل تبقى الخصومة قائمة بجميع آثارها، ولكن تكون في حالة ركود.

لمزيد من التفاصيل راجع بمعنى مقارب: أحمد هندی، شطب الدعوى (دراسة مقارنة)، ط2، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009م، ص11 - 12.

(50) تنص المادة (27/ ب - ج) من قانون المرافعات على أن: «وإذا كانت الدعوى لا تنطوي على سبب

مسلكٌ تشريعيٌ محلُّ نظرٍ وجدلٍ من ثلاث جهات، أولها: بخصوص رسوم الدعوى، فيتعدّر إعمال هذا النصّ بخصوص الدعوى العمالية التي يرفعها العامل لأنها معفاةٌ من الرسوم، وثانيها: الضعف المعرفي الذي يشوب الكثير من العمال فيما يخص إجراءات التقاضي في المنازعات العمالية، فليس من العدل الأمر بشطب الدعوى عند وجود عيب شكلي مباشر، لا سيما وأن مفهوم العدالة الذي أورده المشرّع مفهومٌ نسبي يختلف من قاضٍ لآخر، ولا على القاضي هنا رقابة من محكمة التمييز باعتبارها من مسائل الواقع التي تنحسر عنها رقابة محكمة التمييز، وآخرها أن المدة التي وضعها المشرّع، وهي ثلاثة أشهر هي مدة طويلة لا يمكن تطبيقها على نظام إدارة الدعوى العمالية لتعارضها مع أحد أهم الأهداف التي دفعت المشرّع لإخضاع المنازعات العمالية إلى نظام تقاضي خاص، وهي السرعة في السير بإجراءات الخصومة، لذلك فإننا نقترح على المشرّع البحريني مراعاة الانتقادات سالفة البيان بإخضاع العيوب الشكلية التي قد تشوب لائحة الدعوى العمالية إلى تنظيم خاص يختلف عن التنظيم العام الوارد في المادة (27) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وبناءً على ما تقدم بيانه، فإذا تقدّم العامل بلائحة دعوى أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية بالشكل الكتابي الذي رسمه المشرّع، فإن ذلك يؤدي إلى افتتاح الخصومة بينه وبين صاحب العمل، ويترتب على ذلك قيام مكتب إدارة الدعوى العمالية بتسليم العامل ما يفيد قيد دعواه، وإعلانه بموعد الاجتماع المحدد لنظر الدعوى⁽⁵¹⁾، غير أن رفع

أو كان هناك نقص أو عيب في قيمة موضوع الدعوى أو قيمة الرسوم، ورأت المحكمة لزوماً لحسن سير العدالة أمرت بتأجير الدعوى وتكليف المدعي بإيراد سبب الدعوى، أو تكملة البيان الناقص أو تصحيح الإجراء الخاطيء، أو تكملة الرسم وذلك خلال فترة لا تزيد على ثلاثة أشهر، وإلا أمرت المحكمة بشطب الدعوى، ويجوز للمدعي في أي وقت خلال الفترة السابقة أن يعجل سير الدعوى بإجراءات صحيحة، وإلا اعتبرت كأن لم تكن، وإن اعتبار الدعوى كأن لم تكن لأي سبب من الأسباب المتقدمة لا يمنع بحد ذاته المدعي من تقديم دعوى جديدة بأصل الحق».

والملاحظ أن المشرّع قد وقع في خطأ مادي في عبارة (تأجير الدعوى)، فالمقصود بها تأجيل الدعوى وليس تأجير الدعوى، ورغم أن قانون المرافعات دائم التجدد، وتعذلت الكثير من أحكامه إلا أن المشرّع وحتى هذه اللحظة لم يلتفت لهذا الخطأ المادي حتى بعد مرور أكثر من خمسين سنة على إصدار القانون، فلذلك ومن هذا المنطلق فإننا نوصي المشرّع البحريني بتصحيح الخطأ المادي.

(51) تنص المادة (120/ب) من قانون العمل البحريني على أن: «ويسلم المكتب للمدعي ما يفيد قيد دعواه، ويتم تبليغه بموعد الاجتماع المحدد لنظر الدعوى أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية المختص»،

الدعوى أمام غير إدارة الدعوى العمالية - كالمحاكم المدنية - لا يُرتب هذا الأثر، ويتعين عندئذٍ على المحكمة المدنية القضاء بعدم الاختصاص، وإحالة الدعوى بحالتها لإدارة الدعوى العمالية مع بيان الأسباب الذي دفعت المحكمة للإحالة، إلا أن الذي يحصل عملياً في الغالب الأعم أن تقوم المحكمة غير المختصة أو التي تعتقد بعدم اختصاصها بإحالة الدعوى لإدارة التفتيش القضائي لتقوم هي بإحالتها للمحكمة المختصة⁽⁵²⁾.

ومهما يكن من أمر فإن الدعوى العمالية تُرتب آثارها بمجرد رفعها، ولو رُفعت لغير إدارة الدعوى العمالية⁽⁵³⁾، ولهذا الأثر أهمية خاصة في المنازعات العمالية، ذلك أن الميعاد الذي سمح به المشرع لرفع دعوى التعويض عن الفصل هو ثلاثون يوماً تبدأ من اليوم التالي لانقضاء علاقة العمل⁽⁵⁴⁾، فرفعها بعد هذا التاريخ يؤدي إلى الحكم بعدم

والملاحظ أن المشرع لم يرد أن يُقحم نفسه في جدل التعامل الإلكتروني في نطاق التقاضي في المنازعات العمالية، فالصيغة التي ورد بها النص من الواضح أنها تحتل التعاملين الإلكتروني والتقليدي، وإن كان جرى في العادة أن يتم رفع الدعوى العمالية إلكترونياً، وتسليم المدعي ما يفيد قيدها، وتبلغه بموعد الاجتماع إلكترونياً كذلك.

(52) وهذه الإدارة قد أنشئت بموجب قانون السلطة القضائية الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم 42 لسنة 2002، وقد جاء في الفصل الرابع من هذا القانون بعنوان التفتيش القضائي، وقد نصّت المادة (44) منه على أن: «تنشأ إدارة للتفتيش القضائي على أعمال القضاة تلحق برئيس محكمة التمييز، ويصدر بتشكيلها وتنظيم أعمالها والإجراءات التي تتبع أمامها قرار من المجلس الأعلى للقضاء».

(53) ولم يُشر المشرع البحريني لهذا الحكم بنص صريح في قانون المرافعات أو قانون العمل، بخلاف بعض المشرعين العرب كالقطري الذي نص على ذلك بموجب نص صريح، وهو نص المادة (32) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بموجب القانون رقم 13 لسنة 1990 حيث جاء فيه: «تعتبر الدعوى مرفوعة ومنتجة لأثار رفعها من تاريخ إيداع صحيفة قلم الكتاب، ولو كانت المحكمة غير مختصة»، والمشرع الكويتي بموجب قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم 38 لسنة 1980، وبالتحديد فيما ورد في المادة (45) «... وتعتبر الدعوى مرفوعة ومنتجة لأثار رفعها من تاريخ إيداع صحيفة بإدارة الكتاب، ولو كانت المحكمة غير مختصة».

ولكن بخصوص المشرع البحريني فإنه يُفهم من نص المادة (375) من القانون المدني البحريني أن انقطاع التقادم يكون بمجرد المطالبة القضائية حتى لو رُفعت الدعوى لمحكمة غير مختصة، وهو ما يعني أن المشرع البحريني اتجه لترتيب أثر من الآثار القانونية على رفع الدعوى بمجرد اتصال المحكمة بها دون الحاجة لاختصاصها، ونرى بإمكانية القياس على هذا النص في ترتيب الآثار الأخرى على رفع الدعوى.

(54) تنص المادة (135/أ) من قانون العمل البحريني على أن: «لا تسمع دعوى العامل بشأن التعويض عن إنهاء عقد العمل إذا قدمت بعد أكثر من ثلاثين يوماً من تاريخ إنهاء العقد».

سماعها إذا تمسك بهذا الدفع صاحب العمل أو وكيله أمام إدارة الدعوى العمالية، ومن هذا المنطلق نرى ضرورة قيام المشرع البحريني بسن نص خاص حول ترتيب الدعوى لآثارها بمجرد رفعها حتى لو كانت مرفوعة لغير إدارة الدعوى، وعدم ترك الباب مفتوحاً لاجتهادات القضاء.

بقي أن نقول بأن قانون العمل البحريني لم يتطلب من العامل أو صاحب العمل الذهاب لجهاز فض منازعات العمل الفردية لتسوية المنازعة بشكل ودي كإجراء لقبول الدعوى العمالية⁽⁵⁵⁾، فهذا الإجراء ليس وجوبياً، وإنما متروك لإرادتي العامل وصاحب العمل، فإن شاء ذهباً لهذه الوسيلة، وإن رفضاً فلهما رفع الدعوى العمالية مباشرة تأسيساً على أنه من المستحيل أن يكون ذهابهما إلى هذا الجهاز وجوبياً لما تطلبه المشرع بموافقة كليهما على عرض المنازعة العمالية على هذا الجهاز، وهذا ما أكدته محكمة التمييز البحرينية عندما رفضت نقض الحكم المطعون فيه من المحكمة الكبرى العمالية بخصوص هذا الشق⁽⁵⁶⁾.

الفرع الثاني

انعقاد الخصومة أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية

إذا كانت الخصومة تبدأ بعمل إجرائي هو المطالبة القضائية عبر رفع الدعوى لاتصالها بالمحكمة، فإنها لا تنعقد إلا بعمل إجرائي آخر، وهو اتصالها بالمدعى عليه

(55) وتم إنشاء هذا الجهاز بموجب القرار رقم 5 لسنة 2020 المتعلق بتنظيم جهاز فض منازعات العمل الفردية، ويتولى هذا الجهاز التسوية الودية للمنازعات العمالية التي تُعرض عليه بموافقة العامل وصاحب العمل، ويُشترط لإكمال إجراءات التسوية - كما جاء في المادة (7) من القرار - حضور طرفي المنازعة أو كليهما، وأن تكون المنازعة فردية، وألا تكون المنازعة معروضة على القضاء، وفي حالة الإنهاء المبسر للعقد يجب أن تنتهي مدة الإخطار المنصوص عليها في المادة (99) من قانون العمل، وأن يتم إخطار طرفي المنازعة بميعاد تقادم الدعوى العمالية إذا كانت تنقضي قبل المدة المحددة للتسوية.

(56) قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «المقرر - أن مؤدى نص المادتين (119 و120) من القانون رقم 36 لسنة 2012 بإصدار قانون العمل أن المشرع لم يلزم في عقد العمل اللجوء إلى جهاز فض منازعات العمل الفردية قبل رفع دعواه أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية فلا يتصور أن يكون لجوء الأطراف وجوبياً إلى ذلك الجهاز لما تطلبه من موافقة الطرفين معاً على تسوية النزاع ودياً فلا يسلب أي منهما حقه في رفع الدعوى مباشرة أمام القضاء، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون». حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقمي 164 و167 لسنة 2013 بجلسة 2014/12/23م.

سواء أكان ذلك من خلال إعلانه بلائحة الدعوى وما اشتملت عليه من مستندات أو إعلانه بحضور الجلسة المقررة لنظر الدعوى، ويلزم بطبيعة الحال أن يكون المدعى عليه على قيد الحياة، إذ لا تنعقد الخصومة إلا بين الأحياء⁽⁵⁷⁾، ويعتبر الإعلان من الدعامات الرئيسة لأي عمل إجرائي لاحق، فالخصومة لا تعدّ صالحة لمباشرة الإجراءات التالية قبل إعلان المدعى عليه⁽⁵⁸⁾، ويترتب على ذلك بطلان جميع الإجراءات إذا انعدم الإعلان أو كان باطلاً لأي سبب من الأسباب دون أن يمتد هذا البطلان إلى لائحة الدعوى ما دامت مستوفيةً للشكل الذي رسمه القانون⁽⁵⁹⁾، وذلك تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم⁽⁶⁰⁾، ويُستثنى من ذلك حضور المدعى عليه في الجلسة المقررة لنظر الدعوى،

(57) وتنعدم الخصومة إذا كان المدعى عليه متوفياً وقت الإعلان، ولا يمكن أن يصححها أي إجراء آخر قبل انعقادها، أما إذا كان بعد الانعقاد فهناك معالجة يبحثها فقهاء القانون الإجرائي تحت عنوان انقطاع الخصومة، وقد عالجها قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني في المواد (165-166-167)، وهذا ما انتهت إليه لجنة توحيد المبادئ بمحكمة التمييز في اجتماعها بتاريخ 2024/1/25م: «أن الخصومة لا تقوم إلا بين طرفين من الأحياء، فلا تنعقد أصلاً بين أشخاص غير موجودين على قيد الحياة، إذ تكون معدومة لا ترتب أثراً ولا يصححها إجراء لاحق، حيث يقع على الخصم عبء مراقبة ما يطرأ على خصومه من وفاة أو تغير في الصفة، ومقتضى ذلك هو عدم جواز تصحيح شكل الدعوى باختصاص ورثة الخصم الذي ثبتت وفاته قبل رفع الدعوى...». المبدأ رقم 2024/1/25-25-01 الصادر من لجنة توحيد المبادئ بمحكمة التمييز البحرينية في اجتماعها بتاريخ 25 من يناير 2024، منشور في الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس الأعلى للقضاء: <https://ahkam.sjc.bh/>, 16/2/2024.

(58) نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، مرجع سابق، ص 328.

(59) وهذا ما ذهب إليه محكمة التمييز البحرينية عندما قضت بأنه: «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن صدور حكم في الدعوى دون تبليغها تبليغاً صحيحاً وإن كان يترتب عليه بطلانه إلا أن هذا البطلان لا يستطيل إلى لائحة الدعوى مادامت قد رفعت أمام القضاء وفق صحيح القانون وهو ما يتم بمجرد تقديم لائحته إلى قلم تسجيل الدعاوى مستوفية البيانات التي نص عليها القانون...».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقمي (798 و 848) لسنة 2018 بجلسة 2019/5/20م.

(60) يعتبر مبدأ المواجهة بين الخصوم من الأصول التي يقوم عليها نظام التقاضي، والمقصود بهذا المبدأ هو تمكين الخصم بمواجهة الخصم الآخر بما يقدمه من مستندات وطلبات ودفاع ودفع، أو تبخير آخر هو إعلام الخصوم بكل ما يتعلّق بالقضية سواء من حيث الوقائع أو القانون، وهذا لا يكون إلاّ بدعوة الخصوم للمثول أمام المحكمة سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً، وإلا فلا تنعقد الخصومة، وتكون الإجراءات التالية باطلة، ولهذا يجب إعلان كل خصم بالإجراءات المتخذة ضده حتى يقوم بما يلزم للدفاع عن مصالحه، ولأهمية هذا المبدأ قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مبدأ المواجهة بين الخصوم يعتبر أصلاً من أصول التقاضي تحقيقاً للعدالة، إذ لا وجود لها دونه، وهو يُعتبر أهم تطبيق لحق الدفاع بما يقتضيه من تمكين الخصوم من إبداء دفاعهم

وفي هذا الصدد يرى أحد الفقهاء⁽⁶¹⁾ بأن هذا العمل الإجرائي - أي الإعلان - يؤدي إلى رفع الدعوى للقضاء، واتصالها بالمحكمة، رأيٌ نعتقد بأنه محل نظر، ذلك أن الدعوى تتصل بالمحكمة من خلال افتتاح الخصومة عن طريق رفع الدعوى، وتتصل بالمدعى عليه عندما تنعقد بإعلانها للأخير.

وبناءً على ما تقدم بيانه، فإن اتصال الدعوى بالمدعى عليه يكون عبر إعلانه في اليوم التالي بلائحتها وبالحضور معاً⁽⁶²⁾، مسلكٌ تشريعي لا يمكن تطبيقه إلا عند استخدام الوسائل التقليدية في الإعلان، أما عند استخدام الوسائل الإلكترونية⁽⁶³⁾، فيكون إعلان المدعى عليه فور رفع الدعوى باستخدام الوسائل الإلكترونية⁽⁶⁴⁾، وذلك عبر إرسال رسالة نصية على رقم هاتف المدعى عليه أو بريده الإلكتروني وفقاً للبيانات التي يودعها

وتقديم طلباتهم وتمكينهم من تحقيقها، وكذا إحاطتهم بما قدمه الخصم الآخر والرد عليه ومن ثم يجب إعلان الخصم في كل حالة ينقطع فيها تسلسل الجلسات في الدعوى حتى ولو كان قد حضر في الفترة السابقة عليها».

لمزيد من التفاصيل راجع: فضل آدم فضل المسيري، قانون المرافعات الليبي (التنظيم القضائي والخصومة القضائية)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011م، ص35. وعلي شمران حميد الشمري، تسبب الأعمال القضائية في الدعوى المدنية: دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015م، ص73. وحكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 124 لسنة 2018 بجلسة 2018/10/23م.

(61) نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، مرجع سابق، ص328.

(62) تنص المادة (25/ج) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على أن: «...ويتم إعلان المدعى عليه في اليوم التالي بلائحة الدعوى وبالحضور معاً».

(63) ونظام الإعلان الإلكتروني استحدثه المشرع البحريني بموجب القانون رقم 13 لسنة 2007 بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقد نصّ هذا التعديل في المادة (32/4) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على أن: «يجوز الإعلان بالوسائل الإلكترونية المقررة قانوناً، ويصدر الوزير المعني بشؤون العدل قراراً بتنظيم ذلك بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء».

وقد صدر عن وزير العدل القرار رقم 89 لسنة 2018 بشأن تنظيم الإعلان بالوسائل الإلكترونية، ونص في المادة (2) على اعتماد وسيلتي البريد الإلكتروني والرسائل النصية لإعلان المدعى عليه بلائحة الدعوى، ونصّ في المادة (8) على الأثر القانوني لهذا الإعلان بأنه منتج لجميع الآثار القانونية من تاريخ الإرسال، مما يعني أن حجية الإعلان بالوسائل الإلكترونية كحجية الإعلان بالوسائل التقليدية.

(64) على أن هذا الفرض يكون متحققاً إذا كانت البيانات التي أودعها المدعي صحيحة، أما إذا لم تكن كذلك فلا يتحقق هذا الفرض، ولا تنعقد الخصومة، ويقع عبء إثبات التأكد من قبل المحكمة المختصة بنظر الدعوى.

المدعي بشرط أن تكون متوافقة مع قاعدة البيانات المعتمدة لدى الجهات الرسمية في الدولة، فإن لم تتوافر هذه البيانات جاز للمحكمة الاستعانة بقاعدة البيانات المعتمدة في شركات الاتصالات⁽⁶⁵⁾، وعلى كل حال يجب أن يتم الإعلان بالشكل الذي رسمه القانون حتى لو تم إرساله بالوسائل الإلكترونية⁽⁶⁶⁾، وتُتبع على المستوى العملي هذه الطريقة في الغالب الأعم بسبب سهولتها في اتصال المدعى عليه بالمطالبة القضائية⁽⁶⁷⁾، وعند اتباعها بالشكل الذي رسمه القانون لا يجوز للمدعى عليه الادعاء بعدم علمه بالإعلان لأي سبب كان، فالإعلان عمل إجرائي بمثابة القرينة القاطعة على العلم شأنه شأن نشر الجريدة الرسمية، فلا يجوز الاعتذار بالجهل⁽⁶⁸⁾.

(65) وقد بيّنت محكمة التمييز البحرينية كيفية الإعلان الإلكتروني بقولها: «مفاد نص المادة (4/32) من قانون المرافعات وقرار وزير العدل رقم 89 لسنة 2018 بشأن تنظيم الإعلان بالوسائل الإلكترونية أنه يجوز الإعلان بالوسائل الإلكترونية المقررة قانوناً وفقاً لقاعدة البيانات المعتمدة والمقيدة في سجل الوزارة أو لدى هيئة المعلومات والحكومة الإلكترونية أو هيئة تنظيم سوق العمل أو وزارة الصناعة والتجارة والسياحة أو أية جهة عامة أخرى، فإذا لم تتوافر البيانات المطلوبة لدى الجهات العامة جاز الاستعانة بقاعدة البيانات المعتمدة لدى شركات الاتصالات المرخصة من مملكة البحرين».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 241 لسنة 2022 بجلسة 2022/11/22.

(66) لم يرسم قانون العمل البحريني شكلاً للإعلان، إلا أن قانون المرافعات المدنية والتجارية، وفي المادة (32) قد رسم شكلاً للإعلان يجب استيفاءه، وإلا كان الإعلان باطلاً، وليتم استيفاء هذا الشكل يجب أن يتضمّن الإعلان، موضوعه بالتحديد مع بيان التاريخ الذي حصل فيه باليوم والشهر والسنة والساعة، وبيانات المدعي ووكيله الشخصية كاسمهما ولقبهما وموطنهما، وبيانات المدعى عليه الشخصية ولقبه وموطنه، وبيانات الموظف العام القائم بالإعلان، ومسماه الوظيفي، والجهة التابع لها، على أن النقص غير الجسيم، والذي لا يؤدي إلى التشكيك أو التجهيل بالمدعي أو المدعى عليه، لا يُرتب البطلان تأسيساً على أن الغرض من الشكل الذي رسمه القانون للإعلان هو التيقن من شخصية الخصوم، فإذا تحقق الغرض من ذلك يكون الإعلان صحيحاً حتى لو كان هناك نقص في بعض البيانات الشخصية للمدعي أو المدعى عليه.

(67) والذي يحصل عملياً بأنه عند عدم تقديم المدعي بيانات غير صحيحة عن المدعى عليه كرقم الهاتف أو البريد الإلكتروني تقوم المحكمة بتكليف المدعي بتقديم رقم هاتف المدعى عليه أو بريده الإلكتروني لإعلانه، وعند عدم وجودهما لدى المدعي تطلب منه تقديم عنوان إقامته حتى تقوم بإعلانه بالوسائل التقليدية، وهي لا تلجأ للطريقة الأخيرة إلا عند تعذر إعلان المدعى عليه بالوسائل الإلكترونية بسبب سهولة الإعلان الإلكتروني الذي لا يحتاج سوى ثوانٍ معدودة لوصوله للمدعى عليه، وترتيب جميع الآثار القانونية التي يُرتبها الإعلان بالوسائل التقليدية.

(68) نبيل إسماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية (دراسة تحليلية وعملية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي)، ط 1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م، ص 13.

ومهما يكن من أمر، فمن المقرر في نظام إدارة الدعوى العمالية بشأن انعقاد الخصومة العمالية أن يقوم المكتب فور تسلمه لائحة الدعوى بإعلانها للمدعى عليه، وإعلانه بالاجتماع المحدد لنظر الدعوى العمالية⁽⁶⁹⁾، اتجاهٌ يعني بأن هناك فترة زمنية تفصل بين افتتاح الخصومة وانعقادها، وهو اتجاهٌ سليمٌ إذا كانت الدعوى العمالية تُرفع بالوسائل التقليدية، ويكون إعلان أطرافها بالوسائل التقليدية، ولكنه اتجاهٌ غير سليم عندما يتم رفع الدعوى عبر الوسائل الإلكترونية، ذلك أن إعلان المدعي والمدعى عليه بلائحة الدعوى مشفوعةً بالمستندات المقدمة لدى إدارة الدعوى العمالية يكون بعد رفع الدعوى مباشرةً، فلا يفصل بين رفع الدعوى وإعلانها إلا ثوان معدودة، وعلى كل حال فإن القرار المتعلق بالإجراءات الخاصة بالدعوى العمالية واستخدام الوسائل الإلكترونية فيها قد قرر سريان القواعد العامة في قانون المرافعات بخصوص الإعلان⁽⁷⁰⁾.

موقفٌ يناقض فلسفة المشرع البحريني من إخضاع المنازعات العمالية لنظام تقاضي خاص، ذلك أن الأخير لم يُنشئ نظام إدارة الدعوى العمالية إلا لما لاحظته من أن هذه المنازعات بحاجة لسرعة الفصل فيها لوجود طرف بحاجة لحماية إجرائية تختلف عن الحماية الإجرائية الموجودة للكافة، فمن ثم فإن تطبيق القواعد العامة في الإعلان ستطيل أمد التقاضي بين الخصوم، والأفضل هنا تطبيق الإعلان الإلكتروني وجوباً إذا كان صاحب العمل هو المدعى عليه، وتطبيق القواعد العامة إذا كان العامل هو المدعى عليه تأسيساً على أن الدعاوى التي يرفعها صاحب العمل ليست بحاجة إلى السرعة، فضلاً عن أن المركز القانوني لصاحب العمل ليس بحاجة إلى حماية إجرائية مثل العامل.

(69) تنص المادة (120/ج) من قانون العمل البحريني على أن: «ويقوم المكتب فور تسلمه لائحة الدعوى بتبليغ المدعى عليه بنسخة منها وبموعد الاجتماع المحدد لنظرها أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية المختص»، وتنص كذلك المادة (4/أ) من القرار الصادر بشأن الإجراءات الخاصة بالدعوى العمالية واستخدام الوسائل الإلكترونية على أن: «...ويعلن المدعى عليه بموعد هذا الاجتماع وينسخة من لائحة الدعوى فور تقديمها إلى مكتب إدارة الدعوى العمالية...»، ونرى أن النص التشريعي قد وقع في تزييد في عبارة (المختص) فجميع قضاة إدارة الدعوى مختصون، ولا يوجد مبرر لذكرها في النص.

(70) تنص المادة (4/ب) من القرار الصادر بشأن الإجراءات الخاصة بالدعوى العمالية واستخدام الوسائل الإلكترونية على أن: «وتسري في شأن الإعلان القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الصادر بالمرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971».

ويترتب على إعلان المدعى عليه - سواءً أكان العامل أم صاحب العمل - بالوسائل الإلكترونية ذات الآثار القانونية التي تترتب على الإعلان التقليدي بمجرد إرسال الإعلان إليه بصرف النظر عن علمه به⁽⁷¹⁾، فمن الآثار القانونية العامة التي تترتب على الإعلان اكتساب المدعى عليه المركز القانوني للخصم، وتحمله عبء الحضور في الاجتماعات المقررة لنظر الدعوى، وإعطاؤه ميعاداً للحضور⁽⁷²⁾، ومن الآثار القانونية الخاصة بالمنازعات العمالية جواز نظر قاضي إدارة الدعوى العمالية للدعوى بحضور من حضر منهما، ووجوب إعلان المدعى عليه إذا لم يتم إعلانه مطلقاً أو إذا كان إعلانه باطلاً⁽⁷³⁾.

آثارُ خصّها قانون العمل البحريني بالمنازعات العمالية، إلا أن من الملاحظ أولاً أن أصولها تعود في القواعد العامة بقانون المرافعات المدنية والتجارية⁽⁷⁴⁾، ومن الملاحظ ثانياً استخدام المشرّع لمصطلح التبليغ الذي يختلف عن مصطلحي الإعلان والإحضار اللذين يستخدمهما قانون المرافعات، ومن الملاحظ آخرًا أنه يعين ميعاداً لإعلان المدعى عليه عند عدم ثبوت إعلانه، وهنا نفصل أن يكون الميعاد فورياً، وباستخدام الوسائل الإلكترونية.

(71) تنص المادة (ج/4) من القرار الصادر بشأن الإجراءات الخاصة بالدعوى العمالية واستخدام الوسائل الإلكترونية على أن: «ويعتبر الإعلان بالوسائل الإلكترونية منتجاً لآثاره من تاريخ إرساله إلى المعلن إليه».

(72) نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي، مرجع سابق، ص 329.

(73) وهذا ما أكدت عليه المادة (126) من قانون العمل التي نصّت على أن: «إذا تخلف أي من الطرفين عن حضور أي اجتماع أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية بعد ثبوت تبليغه بالحضور، جاز لقاضي إدارة الدعوى العمالية نظر الدعوى بحضور من حضر منهما... وإذا ثبت عدم تبليغ أي من الطرفين، سواء بالاجتماع الأول المحدد لنظر الدعوى أو بكشف المواعيد، وجب تبليغه بذلك».

(74) فعن جواز نظر الدعوى عند غياب المدعى عليه، ذهب المشرّع البحريني إلى تفويض القاضي المختص بإصدار الحكم في الجلسة الأولى إذا لم يحضر المدعى عليه، وثبت إعلانه طبقاً لصحيح القانون، وهذا ما أكدت عليه المادة (49) من قانون المرافعات المدنية والتجارية: «إذا تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى وكان قد بلغ بلائحة الدعوى وبالحضور حكمت المحكمة في الدعوى...»، وعن وجوب إعلان المدعى عليه إذا لم يتم إعلانه أو كان الإعلان باطلاً، أوجب المشرّع على القاضي تأجيل نظر الدعوى لجلسة أخرى لإعادة إعلان المدعى عليه، وهذا ما جاء في المادة (49/ج) من قانون المرافعات المدنية والتجارية: «وإذا ثبت للمحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان إعلانه وجب عليها تأجيل الدعوى إلى جلسة تالية يُعاد إعلانه بها إعلاناً صحيحاً».

بقي أن نقول بأننا لا نعارض الإعلان بالوسائل الإلكترونية من حيث المبدأ، إلا أنه نظراً لخطورته على مبدأ المواجهة بين الخصوم، فلنا مجموعة من الملاحظات عليه، أولها: عدم تركه لقرار وزاري، وتنظيمه بقانون، وثانيها: أن يكون ميعاد سريان الآثار القانونية للإعلان منذ وصوله للمدعى عليه وليس منذ إرساله، وثالثها: أن يقتصر تطبيقه على المنازعات المستعجلة أو التي تقوم على وجه السرعة كالمنازعات التجارية، والمنازعات التي يكون تحقق المواجهة فيها حتمياً بما لا يدع مجالاً للشك كالمنازعات الإدارية، وآخرها استبعاد تطبيقه في المنازعات العمالية التي يكون العامل فيها مدعى عليه، تأسيساً على أن الأخير قليل الخبرة والدراية في الإجراءات القانونية.

المطلب الثاني

سير الخصومة في مكتب إدارة الدعوى العمالية

يبدأ سير الخصومة أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية بعد انعقادها، فيحضر طرفاها لعدد من الاجتماعات سواء أكان بالحضور التقليدي أم الإلكتروني ليتم تجهيز الدعوى، وتجهيتها للمرافعة، والقيام بإجراءات التحقيق إن لزم الأمر، وذلك تمهيداً لتحرير التقرير الخاص بالمنازعة العمالية، مشتملاً على الوقائع والطلبات والدفع والرأي الخاص بقاضي إدارة الدعوى عنها، وانتهاءً لعرض الصلح على العامل وصاحب العمل، وإحالتها بحالتها للمحكمة الكبرى العمالية إن تعذر الصلح بينهما.

وبناءً على ما تقدم بيانه يناقش هذا المطلب سير الخصومة العمالية أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية، وذلك من خلال التطرق لحضور طرفي الخصومة، ونظر الدعوى العمالية في الفرع الأول، وتحرير التقرير الخاص بالخصومة العمالية، وعرض الصلح على الخصوم في الفرع الثاني، وذلك وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول

حضور طرفي الخصومة ونظر الدعوى العمالية

بصفة عامة يعتبر حضور الخصوم أمام المحكمة أول خطوة في مرحلة سير الخصومة، فقد يؤثر غيابهم في سيرها، فإذا غابوا دون أن تكون الدعوى صالحة للحكم

جاز للمحكمة الأمر بشطبها⁽⁷⁵⁾، وإذا استمرت الدعوى مشطوبة لشهرين دون أن يطلب أحد الخصوم إعادة السير فيها اعتبرت الخصومة كأن لم تكن بقوة القانون⁽⁷⁶⁾، أما إذا حضر الخصوم فمن المقرر أن تجري المرافعة في أول جلسة⁽⁷⁷⁾، وتكون المرافعة علنية بحسب الأصل إلا إذا رأت المحكمة إجراءها سراً⁽⁷⁸⁾، ولكن الذي يحصل عملياً بأن المرافعة لا تكون في أول جلسة، وإنما تكون في الجلسة التالية، فعادةً ما يحضر المدعى عليه أو وكيله، ويطلب أجلاً للاطلاع على لائحة الدعوى، والرد

(75) تنص المادة (46) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن: «إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها»، ومن التطبيقات القضائية قضت محكمة التمييز بأنه: «المقرر بنص المادة (46) من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم 1 لسنة 1990 بفقرتها الأولى أنه إذ لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها...». حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 219 لسنة 2013 بجلسة 2015/1/13م.

والملاحظ أن استخدام المشرع لمصطلح القرار قد جانب الدقة، فالقرار عند فقهاء القانون الإجرائي مفهوم واسع يشمل الحكم والأمر وأي إجراء ذو طابع قضائي أو ولائي أو إداري، فكل حكم قرار، وكل أمر قرار، ولكن ليس كل قرار هو حكم، وليس كل قرار أمر، ومن هذا المنطلق ندعو المشرع لاستخدام مصطلح الأمر بتعديل نص المادة ليكون بالشكل التالي: (إذا لم يحضر المدعي والمدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها، وإلا أمرت بشطبها).

(76) وقد انتهت لجنة توحيد المبادئ بمحكمة التمييز البحرينية في اجتماعها بتاريخ 2022/8/25م إلى أنه: «إذا لم يتم تجديد الدعوى من الشطب خلال ستين يوماً اعتبرت كأن لم تكن بقوة القانون، تأسيساً على أن المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة (46) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رتب على عدم تجديد الدعوى من الشطب خلال ستين يوماً جزاءً محدداً، وهو اعتبارها كأن لم تكن، وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى، جزاءً لتقصير المدعي في موالاة السير في الدعوى ومتابعة إجراءاتها، ولم يشأ المشرع أن يجعل هذا الجزاء رهن إرادة الخصوم بموجب طلب أو دفع يقدم بهذا الشأن، وإنما يكون نافذاً بقوة القانون كأثر مباشر لأحكامه، حتى لا يفضي ذلك إلى تأييد النزاع وترك الدعوى معلقة أمداً بعيداً دون مقتض».

المبدأ رقم (2022/08/25-7) الصادر من لجنة توحيد المبادئ بمحكمة التمييز البحرينية في اجتماعها بتاريخ 25 من سبتمبر 2022، منشور في الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس الأعلى للقضاء:

<https://ahkam.sjc.bh/>، 7/2/2024

(77) تنص المادة (54/أ) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن: «تجري المرافعة في أول جلسة». (78) وتتخذ المحكمة هذا الإجراء سواء كان من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من أحد الخصوم، وهذا ما أكدت عليه المادة (55) من قانون المرافعات المدنية والتجارية: «تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم بإجرائها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب أو لحرمة الأسرة».

عليها، وجرت العادة أن تستجيب المحكمة لهذا الطلب، وتمنح المدعى عليه أو وكيله أجلاً مناسباً حتى يقوم بدراسة ما ورد في لائحة الدعوى والمستندات لتفنيدها بتقديم كافة الدفوع سواء أكانت الموضوعية أم الإجرائية أم الشكلية أم عدم القبول، وتكون المرافعة - في الغالب الأعم - عبر استخدام الوسائل الإلكترونية بتقديم مذكرات كتابية من المدعى عليه أولاً، والمدعى ثانياً إن لزم الأمر⁽⁷⁹⁾، ويكون ذلك عبر خدمة تقديم مذكرات الدعوى المتاحة على موقع هيئة المعلومات والحكومة الإلكترونية⁽⁸⁰⁾، ولا يعتد بأي مرافعة تقدّم عبر خدمة تختلف عن الأخيرة⁽⁸¹⁾، وبعد انتهاء المرافعة فالأمر بين احتمالين، الأول: إذا استكملت المحكمة عناصر الرأي القضائي تقوم بحجزها لإصدار الحكم، والثاني: إذا لم تستكمل عناصر الرأي القضائي حكمت أو أمرت بإحالتها للتحقيق لإظهار وجه الحق.

إجراءاتٌ عموميةٌ تختلف نوعاً ما عن تلك الإجراءات الخصوصية في نظام إدارة الدعوى العمالية، إذ إن أول خطوة لسير الخصومة العمالية تبدأ في الاجتماع الأول لطرفيها أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية، ويكون لهذا الاجتماع أهمية بالغة، فمن ناحية فيه - كما جاء في المادة (120/أ) من قانون العمل - يتسلم طرفا الخصومة كشفاً بمواعيد

(79) بموجب القانون رقم 18 لسنة 2018 بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية أجاز المشرع للخصوم إرسال المرافعات المكتوبة للمحكمة عبر الوسائل الإلكترونية، وأنط بوزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف - بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء - مهمة إصدار قرار بتحديد تلك الوسائل، وشروطها، ومعاييرها بما يضمن مبدأ المواجهة بالدليل بين الخصوم، والاشتراطات الفنية المتعلقة بالخصوصية، وبالفعل - وبعد عامين - أصدر وزير العدل القرار رقم 75 لسنة 2020 باعتماد خدمات إلكترونية لتقديم اللوائح والمستندات والمذكرات والطلبات القضائية، وبعد عام واحد قام بإلغائه بموجب القرار رقم 44 لسنة 2021 باعتماد خدمات إلكترونية لتقديم اللوائح والمستندات والمذكرات والطلبات القضائية.

(80) تنص المادة (4) من القرار رقم الخاص القرار رقم 44 لسنة 2021 باعتماد خدمات إلكترونية لتقديم اللوائح والمستندات والمذكرات والطلبات القضائية على أن: «تُعتد خدمة تقديم مذكرات الدعوى المتاحة على موقع الهيئة، دون غيرها، كوسيلة إلكترونية لتقديم المذكرات القضائية والمستندات المرفقة بها، وكذا المستندات الأخرى الإضافية التي يتقدم بها أطراف النزاع».

(81) تنص المادة (5) من القرار رقم 44 لسنة 2021 المتعلق باعتماد خدمات إلكترونية لتقديم اللوائح والمستندات والمذكرات والطلبات القضائية على أن: «يجب تقديم اللوائح والطلبات والمذكرات والمستندات عن طريق الخدمة الإلكترونية المعتمدة لتقديمها طبقاً لأحكام هذا القرار، ولا يُعتد بما يُقدّم عن طريق خدمة إلكترونية أخرى».

الاجتماع التالية التي يجب عليهما الحضور أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية، ويتم تثبيت ذلك في محضر الاجتماع، ويعتبر هذا الإجراء بمثابة الإعلان لهما⁽⁸²⁾، ولكن الذي يحصل في الواقع العملي هو أن يقوم المدعي برفع الدعوى العمالية باستخدام الوسائل الإلكترونية المعتمدة، ويكون إعلان المدعى عليه بكشف مواعيد الاجتماع عبر الوسائل الإلكترونية كذلك مباشرة بعد رفع الدعوى، والذي أشار له النص يمكن أن يُطبق في حال رفع الدعوى بالوسائل التقليدية عبر إيداعها لقسم تسجيل الدعاوى، ومن هذا المنطلق نرى أنه يتعين على المشرع أن يضع عبارة تمهيدية لتطبيق هذا النص كأن تكون: في غير حالات رفع الدعوى عبر الوسائل الإلكترونية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فمن الملاحظ أن نص المادة سالف البيان ولئن أوجب على طرفي الخصومة الحضور في مواعيد الاجتماعات أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية، إلا أنه لم يضع أي جزاء إجرائي على عدم حضور أي اجتماع، وهو بذلك لم يضع هذا النص إلا بغرض تنظيم سير الخصومة، الأمر الذي يستدعي تغيير صيغة النص الإلزامية.

ومن ناحية أخرى، وفي الاجتماع الأول يتعين - كما جاء في المادة (124) من قانون العمل⁽⁸³⁾ - على المدعي أو وكيله تقديم الأدلة، والمستندات الداعمة للدعوى العمالية، وأن يبين الوقائع المراد إثباتها بشهادة الشهود، وأسماء الشهود وعنوان إقامتهم، ويتعين على المدعى عليه أو وكيله تقديم الرد على لائحة الدعوى مشتتلاً على الأدلة، والمستندات الداعمة له، وأن يبين الوقائع المراد إثباتها بشهادة الشهود، وأسماء الشهود، وعنوان إقامتهم، ويكون للمدعي حق الرد على دفاع المدعى خلال المواعيد المحددة للاجتماعات.

(82) تنص المادة (122/أ) من قانون العمل البحريني على أن: «يسلم قاضي إدارة الدعوى العمالية لطرفي الدعوى في الاجتماع الأول المحدد لنظرها كشفاً بالمواعيد التي يجب على الطرفين الحضور فيها أمامه ويثبت ذلك في المحضر، ويعتبر ذلك تبليغاً للخصوم بهذه المواعيد».

(83) تنص المادة (124) من قانون العمل البحريني على أن: «يجب على المدعي أو من يمثله أن يقدم في الاجتماع الأول المحدد لنظر الدعوى أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية، الأدلة والمستندات المؤيدة لدعواه وأن يبين الوقائع التي يرغب في إثباتها بشهادة الشهود وأسماء وعناوين الشهود. ويجب على المدعى عليه أو من يمثله أن يقدم رداً على طلبات المدعي مشفوعاً بالأدلة والمستندات المؤيدة له، وأن يبين الوقائع التي يرغب في إثباتها بشهادة الشهود وأسماء وعناوين الشهود، وللمدعي الحق في التعقيب على دفاع المدعى عليه، وذلك كله خلال المواعيد التي يحددها قاضي إدارة الدعوى العمالية».

موقفٌ يُستشف منه صيغة الوجوب، إلا أنه كسابقه لم يُسن إلا بغرض تنظيم سير الخصومة أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية، فلم يضع المشرع أي جزء إجرائي على عدم تقديم هذه البيانات في الاجتماع الأول، ونتيجةً لذلك فالذي يحصل عملياً في الاجتماع الأول هو حضور المدعى عليه أو وكيله لطلب أجل للاطلاع والرد على لائحة الدعوى، ودائماً ما يستجيب القاضي لهذا الطلب، وفيما يتعلق بالمدعي فمن البدهة أن تحتوي لائحة دعواه على طلب إحالة الدعوى للتحقيق إذا ما لزم الأمر، وهو ليس بحاجة لإيداع هذه البيانات في الاجتماع الأول، ومن هذا المنطلق كان الأفضل للمشرع أن يضع السقوط كجزء إجرائي على عدم تقديم المدعي والمدعى عليه البيانات التي تطلبها في الاجتماع الثاني بعد منحهما أجلاً في الاجتماع الأول، ذلك أنه رغم وقوفنا مع العامل بحمايته إجرائياً، إلا أن هذه الحماية يجب ألا تكون على حساب تنظيم سير الخصومة، وألا تكون بمثابة تشجيعه على الإهمال والرعونة في مباشرة إجراءات الحصول على حقوقه.

ومهما يكن من أمر، فإذا صادف موعد الاجتماع الأول أو الثاني أو أي موعد آخر إجازة رسمية أو انقطع تسلسل الاجتماعات لأي سبب كان، تعين على طرفي الخصومة الحضور في موعد الاجتماع التالي دون الحاجة إلى إعلانهما طبقاً لما جاء في المادة (122/ب) من قانون العمل⁽⁸⁴⁾، اتجاهٌ سديد فيما يتعلق بانقطاع تسلسل الاجتماعات، وغير سديد فيما يتعلق بالإجازة الرسمية، ذلك أنه يناقض الفقرة السابقة المتعلقة بتنظيم المشرع للخصومة العمالية بوجوب حضور طرفيها أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية في المواعيد المحددة، ومن هنا فيُستحسن تطبيق الفقرة السابقة إذا انقطع تسلسل الاجتماعات، وعدم تطبيقها إذا صادف يوم الاجتماع إجازة رسمية، واعتبار اليوم التالي للإجازة الرسمية ميعاداً للاجتماع مع إعلان طرفي الخصومة بذلك.

وفيما يتعلق بمواعيد الاجتماع سالفه البيان، فجديراً بالذكر أن المشرع قد ترك سلطة تعديل هذه المواعيد لقاضي إدارة الدعوى العمالية بحضور طرفي الخصومة، وبشرط ألا يجاوز هذا التعديل المدة التي حددها القانون⁽⁸⁵⁾، وهذه المدة هي شهران منذ افتتاح

(84) تنص المادة (122/ب) من قانون العمل البحريني على أن: «إذا صادف أحد مواعيد الاجتماع عطلة رسمية أو انقطع تسلسل الاجتماعات لأي سبب، وجب على طرفي الدعوى الحضور في موعد الاجتماع التالي المبين بكشف المواعيد، دون حاجة إلى إعادة تبليغهم».

(85) تنص المادة (122/ج) على أن: «ويجوز لقاضي إدارة الدعوى العمالية تعديل المواعيد المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة في حضور طرفي الدعوى وذلك بما لا يجاوز المدة المحددة

الخصومة⁽⁸⁶⁾، ولكن أجاز المشرع لرئيس مكتب إدارة الدعوى العمالية مد هذه المدة بما لا يزيد على شهرين آخرين، على أن هذا المد لا بد أن يكون بناءً على طلب من قبل قاضي إدارة الدعوى العمالية⁽⁸⁷⁾، فلا يجوز للرئيس مد هذه المدة من تلقاء نفسه حتى لو كانت هناك ظروف تبرر هذا المد تأسيساً على عدم جواز تدخل قاضٍ بصميم عمل قاضٍ آخر، وعدم الجواز هنا رغم عدم نص المشرع عليه إلا لأنه من المسلمات التي ليست بحاجة إلى نص يقررها، ومع ذلك فلا يوجد ما يمنع من توصية المشرع بسن نص خاص يقرر عدم جواز مد مدة إدارة الدعوى العمالية من قبل رئيس المكتب من تلقاء نفسه.

مسلك تشريعي يستحق الوقوف عليه من خلال تسجيل الملاحظات التالية:

أولاً: بخصوص جواز تعديل قاضي إدارة الدعوى للمواعيد بحضور طرفي الخصومة، فنرى أنه مسلك في غير محله، ذلك أن هذا التعديل قد يفاجئ الخصوم الذين من المفترض أنهم استعدوا للحضور في المواعيد المقررة لا سيما بالنسبة للعامل الذي قد يكون قد حصل على عمل جديد، وقام بترتيب أوضاعه لحضور الاجتماعات، فمن الصعوبة عليه تغييرها، ومن ثم ينبغي علاوة على حضور طرفي الخصومة موافقتهم على هذا التعديل، وموافقة رئيس مكتب إدارة الدعوى العمالية، وأن يكون لهذا التعديل مبررات معقولة حتى يمكن على ضوئها للرئيس تقدير الموافقة من عدمها، إذ لا ينبغي أن يكون التعديل مجرد رغبة لإظهار مشيئة القاضي في استعمال الرخصة المخولة له.

ثانياً: من الملاحظ أن المشرع اشترط حضور طرفي الخصومة لتعديل المواعيد، وهو ما قد يثير تساؤلين؛ أولهما: عن مدى جواز تعديل المواعيد عند حضور طرفي الخصومة بالوسائل الإلكترونية؟، وثانيهما: عن الأثر القانوني لتعديل المواعيد في غير حضور طرفي الخصومة؟ بالنسبة لجواب التساؤل الأول، فإن المشرع عندما أصدر قانون العمل لم يكن الحضور الإلكتروني أمام المحاكم جائزاً، وهو ما يعني أن قصد

لنظر الدعوى طبقاً لحكم المادة (123)».

(86) تنص المادة (123/أ) من قانون العمل البحريني على أن: «يجب ألا تزيد مدة نظر الدعوى أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية على شهرين من تاريخ تقديم لائحة الدعوى».

(87) تنص المادة (123/ب) من قانون العمل البحريني على أن: «ويجوز بقرار من رئيس مكتب إدارة الدعوى العمالية، بناءً على طلب قاضي إدارة الدعوى العمالية، مد هذه المدة بما لا يجاوز شهرين».

المشرّع من شرط الحضور هو الحضور التقليدي أمام قاضي إدارة الدوى العمالية، أما بالنسبة لجواب التساؤل الثاني، فلم يعالج المشرّع البحريني هذه المسألة، ولا نرى أن هناك مانع في ظل التنظيم الإجرائي الوارد في القانون، إذ إن العبرة من اشتراط الحضور هو لتحقيق العلم بمواعيد الاجتماعات لدى طرفي الخصومة، وهو ما يعني أن التعديل في غير حضور طرفي الخصومة جائز بشرط إعلانهما طبقاً لصحيح القانون.

ثالثاً: بالنسبة للتنظيم التشريعي لمدة إدارة الدوى العمالية بشهرين منذ افتتاح الخصومة، فالذي نراه أنها مدة طويلة نسبياً، ولا تلائم رؤية المشرّع البحريني، ذلك أنه عندما قام بإخضاع المنازعات العمالية لنظام تقاضي خاص، فلم يكن ذلك إلا مراعاةً لخصوصيتها المتمثلة بوجود طرف ضعيف بحاجة لحماية إجرائية سريعة تختلف عن الحماية الإجرائية المقررة للكافة، وهذا يؤدي بنا لتوصية المشرّع بإنقاص المدة لشهر منذ افتتاح الخصومة.

رابعاً: ومن الملاحظ كذلك بخصوص النقطة السابقة أن المدة التي قررها المشرّع رغم أنها حملت صيغة الوجوب، إلا أن وضعها لم يكن إلا من باب تنظيم سير الخصومة، فلم يرتب المشرّع أي جزاء إجرائي تجاوز هذه المدة، وهذا أمرٌ منتقد في حد ذاته، فكان ينبغي على المشرّع أن يرتب جزاءً إجرائياً على تجاوز هذه المدة، ولا يوجد أفضل من جزاء إحالة الدوى بحالتها للمحكمة الكبرى لتفصل فيها تجنباً لتعطيل الخصومة بلا حكم ينهيها كما يحصل في الواقع العملي، فكثيرٌ من الدعاوى يتم تعطيلها في إدارة الدوى، وعندما تنتهي المدة المقررة يقوم قاضي إدارة الدوى العمالية بإحالتها للمحكمة الكبرى العمالية.

خامساً: فيما يتعلّق بجواز مد مدة إدارة الدوى العمالية بقرار من رئيس مكتب إدارة الدوى العمالية بناءً على طلب قاضي إدارة الدوى العمالية لمدة لا تجاوز شهرين، فإن لنا ملاحظتين؛ أولهما: إن طلب القاضي مد إدارة الدوى ينبغي أن يكون مكتوباً، وأن يحتوي على الأسباب التي تستدعي طلب المد، وثانيهما: إن المد لا بد أن يقوم على أسباب جدية ومعقولة، وآخرها ألا يجاوز المد شهراً، وهي نفس المدة المقترحة لإدارة الدوى.

وعلى كل حال، فمن المفترض قبل الاجتماع الثاني أو الثالث بحد أقصى - إذا جرت الأمور بطبيعتها - أن تتم المرافعة بين طرفي الخصومة عبر تبادل المذكرات

الكتابية بالوسائل الإلكترونية المعتمدة⁽⁸⁸⁾، وهنا أوجب المشرع على الجهات الرسمية وغير الرسمية تزويد قاضي إدارة الدعوى العمالية بما يطلبه من سجلات أو بيانات أو معلومات أو مستندات لازمة لتكوين الرأي القضائي⁽⁸⁹⁾، وأوجب كذلك على القاضي الاطلاع على المذكرات المقدمة من طرفي الخصومة، ودراسة ما ورد فيها بتمحيص ما اشتملت عليه من دفع وأدلة ومستندات، ووصولاً لوجه الحق أجاز المشرع لقاضي إدارة الدعوى العمالية عدداً من الوسائل الإجرائية؛ أولها: الاستعانة بموظفي المكتب لمعاونته في الأمور الحسابية، وثانيها: استجواب الخصوم، وسماع الشهود، والانتقال للمعينة إن لزم الأمر، وثالثها: تكليف الخصوم بتقديم مذكرات ومستندات تكميلية لتكوين عناصر الرأي القضائي، وآخرها: أي إجراء لازم لتحضير الدعوى⁽⁹⁰⁾.

توجه رغم غايته الواضحة بتمكين قاضي إدارة الدعوى العمالية بالوصول لوجه الحق، إلا أن ما يؤخذ عليه إجازته للقاضي بالاستعانة بموظفي مكتب إدارة الدعوى لمعاونته في الأمور الحسابية، فحتى لو كانت الغاية تمكين القاضي من الوصول لوجه الحق، والتسهيل عليه في وظيفته، فلا يجوز أن يكون ذلك على حساب مبدأ افتراض

(88) وهذا ما يحصل في الواقع العملي حتى لو كان العامل يجهل التعامل بالوسائل الإلكترونية، إذ يمنحه القاضي أجلاً لإيداع المستندات عبر الوسائل الإلكترونية، وجرى العمل بأن القاضي لا يقبل المستندات يدوياً إلا نادراً، رغم أن المادة (ب/3) في الإجراءات الخاصة بالدعوى العمالية واستخدام الوسائل الإلكترونية فيها قد تركت الخيار للخصوم بتقديم المستندات والمذكرات عبر الوسائل الإلكترونية أو التقليدية دون إجبار، حيث نصّت على أن: «للخصم تقديم الطلبات والمستندات والمذكرات بالوسائل المعتمدة في هذا الشأن بما في ذلك الوسائل الإلكترونية».

(89) تنص المادة (128) من قانون العمل البحريني على أن: «يجب على الجهات الحكومية وغير الحكومية أن تزود قاضي إدارة الدعوى العمالية بما يطلبه من سجلات وبيانات ومعلومات ومستندات لازمة للفصل في الدعوى خلال المواعيد التي يحددها».

والملاحظ أن المشرع استخدم عبارة الفصل في الدعوى، في حين أن قاضي إدارة الدعوى - كما سنرى في الفرع القادم - لا يفصل في الدعوى، وإنما يقدم رأياً في المنازعة المطروحة أمامه، ومن هنا كان الأفضل أن يكون النص بالشكل التالي: (يجب على الجهات الحكومية وغير الحكومية تزويد قاضي إدارة الدعوى العمالية بما يطلبه من سجلات وبيانات ومعلومات ومستندات لازمة لتكوين عناصر الرأي القضائي في الدعوى خلال المواعيد التي يحددها).

(90) تنص المادة (129) من قانون العمل البحريني على أن: «على قاضي إدارة الدعوى العمالية دراسة دفاع الخصوم وتمحيص أدلتهم، وله الاستعانة بموظفي المكتب لمعاونته في الأمور الحسابية المتعلقة بالدعوى، وأن يستوجب الخصوم ويسمع الشهود وينتقل للمعينة، وأن يكلف الخصوم بتقديم مذكرات ومستندات تكميلية وغير ذلك من الإجراءات اللازمة لتحضير الدعوى».

علم القاضي بالقانون الوطني، فالأمر الحسابة من الأمور التي يُفترض بالقاضي العلم بها تأسيساً على أنها ولئن كانت من الأمور التي بحاجة إلى حساب لتقريرها على الوجه الصحيح، إلا أنها من الأمور التي نص عليها القانون، ومن المفترض علم القاضي بالقانون الذي يطبقه على وقائع المنازعة، وأما بخصوص تمكينه من استجواب الخصوم، وسماع الشهود، والانتقال للمعينة، وغير ذلك من الإجراءات اللازمة لتكوين الرأي القضائي، وتحضير الدعوى، فما نراه هو أنه توجهٌ شديد من وجهين؛ أولهما: إن تمكين قاضي إدارة الدعوى العمالية من اتخاذ الإجراءات المذكورة ليس مجرد ترديد للقواعد العامة الواردة في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وإنما لتقرير مبدأ قانوني مفاده أن القاضي لا يكون دوره سلبياً بل إيجابياً بأن يستنفد كل الوسائل والصلاحيات الإجرائية التي نص عليها القانون وصولاً لوجه الحق، فإن تقاعس عن ذلك كان رأيه معيباً⁽⁹¹⁾، وثانيهما: إن تمكين قاضي إدارة الدعوى العمالية من وسائل وصلاحيات إجرائية قد جاء على سبيل المثال لا الحصر تأسيساً على ما جاء في ختام نص المادة (129) من قانون العمل البحريني: «... وغير ذلك من الإجراءات اللازمة لتحضير الدعوى».

ويتبين لنا بعد ذلك بأن تبادل الخصوم للمذكرات يُرتب على عاتق قاضي إدارة الدعوى العمالية التزاماً إجرائياً بدراستها، وتمحيص ما ورد فيها من أدلة ومستندات، فإذا استكمل هذه الدراسة والتمحيص، فإن الأمر - في الغالب الأعم - لا يخرج عن فرضيتين؛ الأولى: أن يُشكل ما ورد في المذكرات الرأي القضائي دون الحاجة لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، والثانية: أن ما ورد في المذكرات لا يشكل الرأي القضائي، فبالنسبة للفرضية الأولى فلا يرد عليها أي إشكال، إذ إن القاضي في هذه الحالة سيصدر أمراً بحجز القضية لإصدار التقرير، وبهذا الأمر تنقطع صلة الخصوم بالقضية، ولا يبقى لهم صلة إلا بالقدر الذي يصرح به قاضي إدارة الدعوى، ولا يجوز للخصم إبداء أي

(91) قضت محكمة التمييز البحرينية بنقض حكم مدني بسبب تقاعس قاضي إدارة الدعوى المدنية عن دوره الإيجابي باستنفاد ما قرره القانون من صلاحيات إجرائية تساعد في الوصول لوجه الحق عندما قضت بأنه: «من المقرر أنه ولئن كان الاصل أن دور القاضي المدني في إدارة الدعوى المدنية هو دور سلبى، إلا أن الاعتبارات العملية وظروف الواقع فرضت عليه أن يكون دوره إيجابياً بما يقتضى أن يستنفد كل ما لديه من وسائل بلوغاً للوقوف على وجه الحق في الدعوى، وأن يتخذ في سبيل ذلك كافة الصلاحيات التي منحها له القانون، فإن هو قعد عن ذلك كان حكمه قاصراً بما يعيبه».

دفع أو دفاع بغيبة الخصم الآخر⁽⁹²⁾، كما لا يجوز للقاضي سماع أي توضيح من الخصم في غيبة الخصم الآخر⁽⁹³⁾.

بينما الإشكال يظهر في الفرضية الثانية عندما لا يتشكل الرأي القضائي الخاص بالمنازعة، فهنا لا مفر له إلا بإصدار أمر بإحالة الدعوى للتحقيق، ولا يُشترط أن يكون صدور هذا الأمر بناءً على طلب الخصوم، فللقاضي سماع الشهود، واستجواب الخصوم، والمعاينة إن لزم الأمر، واتخاذ أي إجراء آخر وصولاً لوجه الحق في الدعوى، وعلى العموم ولئن كان تنظيم هذه الوسائل في قانون الإثبات⁽⁹⁴⁾، إلا أن ما يجب ذكره هو أن هناك الكثير من الأوجه المشتركة⁽⁹⁵⁾، والقليل من الأوجه المختلفة، ونحن بطبيعة الحال سنقوم بتسليط الضوء على وجهين من الأوجه المختلفة باعتبارهما من الأوجه التي تعنينا في نطاق بحثنا، وأول هذه الأوجه: إن أمر إحالة التحقيق الذي يصدره قاضي

(92) وبخصوص ذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: «من المقرر أنه إذا انعقدت الخصومة أمام المحكمة واستوفى كل خصم دفاعه وحجرت المحكمة الدعوى للحكم انقطعت صلة الخصوم بها ولم يبق لهم اتصال بها إلا بالقدر الذي تصرّح به المحكمة، وتصبح الخصومة في مرحلة المداولة وإصدار الحكم بين يدي المحكمة لبحثها والمداولة فيها، ويمتنع على الخصوم إبداء أي دفاع، كما يمتنع الاستماع إلى أحد منهم في غيبة الآخر».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 319 لسنة 2008 بجلسة 2008/12/22.

(93) تنص المادة (127) من قانون العمل البحريني على أن: «لا يجوز لقاضي إدارة الدعوى العمالية، في غير المواعيد المحددة لنظر الدعوى، أن يستمع إلى أية توضيحات من أحد طرفي الدعوى إلا في حضور الطرف الآخر...».

(94) وهو قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1996. (95) فمن هذه الأوجه أهلية الشاهد، فلا يجوز سماع شهادة من يقل سنه عن خمس عشرة سنة إلا على سبيل الاستثناء، ومن الأوجه المشتركة تلك المتعلقة بخصائص الشهادة، فهي مقنعة وغير ملزمة بعكس الدليل الكتابي، وهي حجة غير قاطعة أي قابلة لإثبات العكس، وهي كذلك حجة متعديّة أي أن ثبوتها لا يقتصر على الخصم، وإنما يمتد للكافة، وهي أيضاً حجة مقيدة أي لا يجوز إثباتها في جميع الأحوال.

لمزيد من التفاصيل عن أهلية الشاهد راجع: كريشنا فاسديف وترجمة: عبد العزيز صفوت وهنري رياض، شهادة الشهود وطرق الإدلاء بها، ط1، دار ومكتبة الهلال، بيروت، 1993م، ص9. ولمزيد من التفاصيل عن خصائص الشهادة وأحكامها راجع: نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.ت، ص170، وأحمد حميد النعيمي، أحكام الشهادة في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، ط1، دار المعترف للنشر والتوزيع، عمان، 2018م، ص43.

إدارة الدعوى العمالية يكون بموجب أمر يبين فيه الوقائع المراد إثباتها، بينما حكم إحالة الدعوى للتحقيق⁽⁹⁶⁾ التي تصدره المحكمة يكون بموجب حكم غير قطعي لا يلزم تسببه⁽⁹⁷⁾، ولكن يجب أن يحتوي منطوقه على الوقائع المراد إثباتها، وإلا كان باطلاً⁽⁹⁸⁾، ولا يمنعها ذلك من العدول عن هذا الحكم بشرط ذكر الأسباب في محضر الجلسة⁽⁹⁹⁾، وحشيات الحكم القطعي، وثانيها: إن سماع قاضي إدارة الدعوى للشهود أو استجوابه للخصوم يكون في اجتماع سري، بينما يكون سماع الشهود أو استجواب الخصوم أمام المحكمة في جلسة علنية.

اختلاف يطرح معه الكثير من الجدل والحيرة، ذلك أنه كيف لقاضي إدارة الدعوى العمالية أن يستمع للشهود أو يستوجب الخصوم في اجتماع سري، ألا يعتبر ذلك انتهاكاً لمبدأ علانية جلسات المحاكمة⁽¹⁰⁰⁾؟ والجواب قطعاً بالنفي رغم تأييدنا لضرورة أن

(96) والمقصود بإحالة الدعوى للتحقيق هنا ليس المفهوم العام المراد منه إحالتها للتحقق من صحتها، وإنما إحالتها للتحقيق بالمفهوم الخاص، وهو إحالتها لسماع شهادة الشهود، ذلك أن إحالة الدعوى للتحقيق لاستجواب الخصوم لا يجب أن تكون بموجب حكم وإن كان قد جرى القضاء على إصدار الحكم، وهذا ما أكدت عليه المادة (105) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية: « للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم أو تأمر بحضورهم بأنفسهم أمامها لاستجوابهم متى رأت موجباً لذلك ».

(97) لمزيد من التفاصيل راجع: محمد عزمي البكري، الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021م، ص267، ومحمود ربيع خاطر، قانون الإثبات والتحكيم معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض، ب. ط، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018م، ص8.

(98) وهذا ما أكدت عليه المادة (72) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية التي نصّت على أنه: « يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلاً، ويبين كذلك في الحكم اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذي يجب أن يتم فيه ».

(99) محمد وحيد دحام، الإثبات بشهادة الشهود، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015م، ص46.

(100) وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن هذا المبدأ من موجبات مبدأ حياد القاضي، وعلى كل حال فإن المقصود بعلانية جلسات المحاكمة هو حصول المرافعة والتحقيق في الدعوى بجلسات يكون لأي شخص حضورها، ولما كانت العلانية تكفل إشراف الشعب على أعمال القضاء، وتبعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين، وتحت القضية على الاهتمام بالأعمال المنوطة لهم، لهذا صار مبدأ دستورياً في غالبية الدساتير منها الدستور البحريني بموجب المادة (105/ج)، على أن العلانية ولئن كانت من الأصول الدستورية للتقاضي، إلا أن تحققها لا يعني السماح بدخول جميع الناس لقاعة المحكمة

تكون الاجتماعات علنية، ذلك أن النظام الإجرائي المتبع في البحرين ولئن كان يقوم على مبدأ علنية جلسات المحاكمة⁽¹⁰¹⁾، إلا أن ذلك يقتصر على جلسات المحاكمة بالمعنى الإجرائي، وهي الجلسات التي تكون عادةً تمهيدية لإصدار الحكم القضائي الذي يفصل في الخصومة، أما الاجتماعات التي تكون أمام قاضي إدارة الدوى العمالية فليست جلسات للمحاكمة، وإنما مجرد اجتماعات الغرض منها تحضير الدوى وتهيئتها للمرافعة، وعرض الصلح على الخصوم، ورغم ذلك نرى وجوب أن تكون هذه الاجتماعات علنية لأنها نوع من رقابة الشعب - باعتباره مصدر السلطات - على إجراءات التقاضي، وتولد في أنفسهم الثقة في القضاء⁽¹⁰²⁾، والعلنية بهذا المعنى من المبادئ الأساسية التي تسهم في ترسيخ العدالة الإجرائية في الخصومة⁽¹⁰³⁾.

وعلى كل حال، فبعد أن ينتهي قاضي إدارة الدوى العمالية من التحقيق في الدوى سواء أكان بسماع الشهود أم باستجواب الخصوم أم بالمعينة، وسواء أكان ذلك بطلب من الخصوم أم دونه، فيتعين عليه إعادة الدوى للمرافعة الختامية حتى يمنح الخصوم فرصة للتعقيب، وعندما يتقدم الخصوم بالمرافعة، فنكون هنا أمام احتماليين؛ أولهما: - وهو الاحتمال الراجح - اكتمال عناصر الرأي القضائي، وثانيهما: عدم اكتمال عناصر الرأي القضائي، فبالنسبة للاحتمال الأول فلا يرد عليه أي إشكال، ذلك أن القاضي سيصدر قراراً بحجز القضية لإصدار التقرير، أما بالنسبة للاحتمال الثاني، فيجوز

إذا كان الحضور يجاوز حجم القاعة، فقد يقتصر الحضور على عدد محدود مراعاةً لحجم المكان، وليس في ذلك - كما يرى بعض الفقه بحق - مخالفة لمبدأ العلانية.

لمزيد من التفاصيل راجع: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968 وقانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990م، ص57. والسيد صالح الضاوي، مجلة المرافعات المدنية والتجارية معدلة ومعلّق عليها ومذيلة بفقه القضاء، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013م، ص42. وعبد الوهاب خيرى علي العاني، نظام المرافعات دراسة فقهية بين الشرعية والقانون المدني الأردني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014م، ص301.

(101) تنص المادة (أ/3) من قانون السلطة القضائية على أن: «جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاةً للنظام العام أو الآداب العامة».

(102) انظر بمعنى مقارب: غالب كامل المهيّرات، إسقاط الخصومة والآثار المترتبة عليها في التشريعات الأردنية، ط1، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2020م، ص32.

(103) علي كحلون، التعليق على مجلة المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016م، ص20.

للقاضي الاستعانة بالوسائل والصلاحيات الإجرائية التي نص عليها القانون لاكمال الرأي القضائي، ووصولاً لوجه الحق بشرط ألا تتجاوز مدة إدارة الدعوى المدة التي حددها القانون، ولكن التساؤل الذي يدور في ذهنه هو: ما هو الحل لو كان اتخاذ الإجراء الذي سيكون الرأي القضائي سيجاوز المدة التي حددها القانون؟ تساؤل نترك الإجابة عنه للفرع القادم تجنباً للحشو والتكرار، وحتى لا نفع بمصادرة المطلوب.

الفرع الثاني

تحرير التقرير الخاص بالخصومة العمالية

وعرض الصلح على الخصوم

بعد أن تمر الخصومة العمالية بسلسلة متتابعة من الاجتماعات التي قد يتخللها مرافعة كتابية من طرفي الخصومة، وقد يتخللها كذلك أمر من قاضي إدارة الدعوى العمالية بإجراء من إجراءات كسماع الشهود أو استجواب الخصوم أو المعاينة إن لزم الأمر، فمن المفترض أن يتشكل الرأي القضائي لقاضي إدارة الدعوى العمالية، ويقوم على إثر ذلك بإصدار أمر بحجز القضية لإصدار التقرير الخاص بالمنازعة العمالية للاجتماع قبل الأخير⁽¹⁰⁴⁾، ومنذ إصدار الأمر حتى موعد الاجتماع تكون القضية تحت سلطان القاضي الذي عليه أن يحرر ما انتهى إليه رأيه القضائي كتابياً، وأن يعرض الصلح على طرفي الخصومة على ضوءه، مسألتين في غاية الأهمية؛ لأن بانتهائهما تخرج الخصومة من سلطان قاضي إدارة الدعوى العمالية، وهذا يتطلب منا مناقشتها لتتعرف على مصير الخصومة خلالها وبعد انتهائهما، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تحرير التقرير الخاص بالخصومة العمالية

تنص المادة (130/أ) من قانون العمل البحريني على أن: «يعتبر قاضي إدارة الدعوى العمالية قبل الاجتماع الأخير المحدد لنظر الدعوى أمامه تقريراً يتضمن وقائع

(104) رغم أن المشرع أكد على أن ما يصدره قاضي إدارة الدعوى العمالية مجرد تقرير خاص بالخصومة يتناول وقائعها، وحجج ودفع طرفيها، وما قدموه من مستندات، وما استندوا إليه من أدلة، والرأي القضائي الذي سينتهي إليه، فهو بهذا المعنى لا يصدر أحكاماً تفصل في الخصومة، إلا أن التطبيق جرى على أن الأوامر الصادرة بحجز القضية لإصدار التقرير تكاد تُجمع على أن منطوق الأمر هو حجز القضية للحكم، وليس للتقرير، بينما الأدق أن يكون منطوق الأمر هو حجز الدعوى لإصدار التقرير لا الحكم تأسيساً على أن قاضي إدارة الدعوى العمالية ليس من اختصاصه إصدار الأحكام.

الدعوى وحجج الطرفين ودفاعهما وما استندوا إليه من أدلة ورأيه في الدعوى»، وتنص المادة (133) من القانون نفسه على أن: «إذا انتهت مدة نظر الدعوى أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية المنصوص عليها في المادة (123) من هذا القانون دون أن يتم حسم النزاع صلحاً، وجب عليه إحالة الدعوى بحالتها للمحكمة الكبرى المدنية مشفوعة بالتقرير المشار إليه في المادة (130) من هذا القانون، فإذا كان طرفا الدعوى حاضرين في الاجتماع أثبت تبليغهما بالموعد المحدد لنظر الدعوى أمام المحكمة وإلا تم تبليغ الغائب منهما بالموعد».

وأول ما يلاحظ على النصين هو أن النص الأول جاء بصيغة تنظيم الخصومة العمالية، بينما النص الثاني جاء بصيغة الوجوب، ولكن دون أن يضع أي جزء إجرائي على المخالفة، وهو بذلك سار على خطى النص الأول من حيث الغرض المتمثل بتنظيم سير الخصومة، إذ لا فائدة من صيغة الوجوب دون اقترانها بجزاء إجرائي على مخالفتها، ونتيجة لذلك فالذي يحصل عملياً أن الكثير من الخصومات العمالية تؤجل لعدة مرات حتى تنتهي مدة إدارة الدعوى، ليتم إحالة الدعوى بحالتها للمحكمة الكبرى العمالية حتى تفصل في موضوعها، وهو أمرٌ جاء كنتيجة طبيعية لعدم وجود جزء إجرائي على مخالفة إيداع التقرير⁽¹⁰⁵⁾.

وثاني ما يلاحظ أن المدة التي قصدها المشرع في النص الثاني هي مدة أربعة أشهر أي بعد تمديد الشهرين بقرار رئيس مكتب إدارة الدعوى العمالية بناءً على طلب قاضي إدارة الدعوى العمالية، إذ لو كان يقصد مدة الشهرين لأشار إلى ذلك صراحةً أو عالج المسألة بصورة أكثر شمولية بالنص على ما يفيد جواز طلب القاضي التمديد، وإلا وجب عليه إحالة الدعوى بحالتها للمحكمة الكبرى العمالية⁽¹⁰⁶⁾.

(105) على أن قاضي إدارة الدعوى العمالية إن أمر بتأجيل تحرير التقرير الخاص بالخصومة العمالية، فحاله من حال غيره من القضاة بشأن إعلان الخصوم، فلا يتطلب القانون إعلانهم بأمر مد أجل تحرير التقرير، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز البحرينية عندما رفضت نعي الطاعن بشأن عدم إعلانه بأمر تأجيل النطق بالحكم لجلسة أخرى عندما قضت بأنه: «القانون لا يتطلب إعلان طرفي الخصومة بقرار مد أجل النطق بالحكم».

حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم (2) لسنة 1993 بجلسة 1993/3/14م.

(106) كأن يكون النص بالشكل التالي: (ما لم يطلب القاضي طلب التمديد طبقاً لأحكام المادة (ب/123) فيتعين عليه إحالة الدعوى بحالتها للمحكمة الكبرى العمالية).

وثالث ما يُلاحظ أن المشرّع قد رسم شكلاً للتقرير الخاص بالخصومة العمالية، وأوجب على القاضي اتباعه، وهذا الشكل يجب أن ينصب على أمور أربعة، أولها: أن يُذكر في التقرير ملخصاً شاملاً لوقائع الخصومة مشتتلاً على الطلبات، وثانيها: أن يُذكر الحجج والدفع والدفاع الذي تناولها طرفا الخصومة في مذكراتهما، وثالثها: أن تُذكر المستندات التي قُدمت منهما، والأدلة التي استندت إليها، وآخرها الرأي القضائي الذي انتهى إليه وفق ما جاء في المذكرات، وما قام باتخاذ من إجراءات، وبطبيعة الحال يجب أن تكون جميع هذه الأمور مكتوبة، وموقّعة من القاضي، ولئن أغفل المشرّع البحريني النص على هذا الأمر ليس إلا لأنه من المسلّمات التي ليست بحاجة إلى نص يقررها، ولكن رابع ما يُلاحظ بأن المشرّع لم يُرتب أي جزاء إجرائي على مخالفة الشكل الذي رسمه، نتيجةً ليست بمستغربة، ذلك أن المشرّع لم يرتب جزاءً إجرائياً على عدم تقديم التقرير، فمن باب أولى أنه لن يرتبه على عدم مراعاة الشكل الذي رسمه، فمن لا يرتب جزاءً على تخلف الأصل لا يُتصور أن يرتبه على تخلف الفرع.

وخامس ما يُلاحظ أن الشكل الذي رسمه المشرّع للتقرير سالف البيان قد خلا من التسبب⁽¹⁰⁷⁾، موقفٌ غير سديد بكل تأكيد، ذلك أن التسبب هو الذي يسهم في إبراز

(107) يُقصد بالتسبب في القانون الإجرائي هو كتابة الأسانيد الواقعية والقانونية التي استندت إليها المحكمة في حيثيات حكمها لتصل إلى ما انتهت إليه في منطوقها، والتسبب ليس مجرد شكل رسمه المشرّع لسلامة الحكم، وإنما هو التدوين التفصيلي للجهود التي بذلتها المحكمة منذ نشأة الخصومة، وحتى صدور الحكم، فهو يتطلّب من المحكمة الإلمام والإحاطة بلائحة الدوى، وما ورد فيها من طلبات ومستندات من جهة، ومذكرة الدفاع من المدعى عليه، وما ورد فيها من دفع، ومن ثم اختيار الصحيح، وإطراح غير الصحيح بناءً على التكييف القانوني الذي تقوم به لتقرير ذلك، والحكمة من التسبب كما يقول الفقيه فتحي والي تتمثل أمور أربعة، أولها أنه يحث القضاة على التريث قبل إصدار الحكم، وثانيها يقدم للخصوم دليلاً على عدالة الحكم، وهو ما يؤدي بهم إلى احترامه، وآخرها يمكن الفقه من البحث العلمي لتوجهات القضاء، ورابعها يمنح محكمة النقض مراقبة صحة الحكم.

لمزيد من التفاصيل راجع: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني (قانون المرافعات المدنية والتجارية وأهم التشريعات المكملة له وفقاً لآخر التعديلات التشريعية وأحكام النقض الحديثة، ب.ط، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2008م، ص566. وعلي غسان أحمد، تسبب الأحكام المدنية، مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، مج 12، ع 1، 2010م، ص2. وهادي حسين الكعبي وعلي فيصل نوري، تسبب الأحكام المدنية (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون بجامعة بابل (العراق)، مج 6، ع 2، سنة 2014م، ص141.

صحة وعدالة ما انتهى إليه قاضي إدارة الدعوى العمالية بتطبيق صحيح القانون، وهو ما يجعل من هذا القرار محل ثقة أمام طرفي الخصومة، ويولد درجة من الاطمئنان لديهما، وقد يدفعهما إلى التصالح، فضلاً عن أنه يفرض على القاضي الحرص على تطبيق القانون من خلال ذكر المبررات والدوافع التي بُني عليها رأيه القضائي⁽¹⁰⁸⁾، حتى لا يكون هذا الرأي مبنياً على آثار عاطفية عارضة أو على أساس أفكار غامضة لم تتضح معالمها وتفصيلها، بل يجب أن يكون الرأي القضائي مبنياً على أسباب واضحة⁽¹⁰⁹⁾، وبُنيَت على ما توصل إليه القاضي من دراسة المذكرات التي تقدم بها الخصوم، وتمحيص ما ورد فيها من أدلة ومستندات بموجب التزامه القانوني الوارد في المادة (129) من قانون العمل.

وسادس ما يُلاحظ أن المشرع نص على إعلان طرفي الخصومة بموعد نظر الدعوى العمالية أمام المحكمة الكبرى العمالية بعد رفض الصلح إذا لم يحضرا في الاجتماع الأخير، ويكون الإعلان بالآلية ذاتها التي تمت لانعقاد الخصومة، أما إذا حضرا فيتعيّن على قاضي إدارة الدعوى العمالية تثبيت إعلانهما بالموعد المحدد لنظر الدعوى أمام المحكمة، ولكن الذي يحصل عملياً أن الأمر الصادر من قاضي إدارة الدعوى العمالية بإحالة الدعوى العمالية للمحكمة الكبرى العمالية لا يحدد موعداً لنظر الدعوى أمام المحكمة، ويقوم بعد ذلك قلم كتاب المحكمة بتحديد موعد لنظر الدعوى أمام المحكمة، وإعلانه لخصميهما بالطريقة نفسها التي تم إعلانهما، وفي الغالب يكون عبر الوسائل الإلكترونية المعتمدة.

بقي أن نقول إن هناك عقبات تحول دون سير الخصومة نحو تحقيق هدفها بإصدار الحكم، وهذه العقبات هي شطب الدعوى، ووقف الخصومة، وسقوطها، وانقطاعها، وتقادمها، واعتبارها كأن لم تكن، وجميع هذه العقبات قد نظمها قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقد أحالت المادة (125) من قانون العمل بشأن شطب الدعوى،

(108) انظر بمعنى مقارب: محمد الطراونة، الحق في المحاكمة العادلة (دراسة في التشريعات والاجتهادات القضائية الأردنية مقارنة مع المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية)، ط1 مركز عمان للدراسات وحقوق الإنسان، عمان، 2012م، ص134.

(109) عباس قاسم مهدي الداوقي، الاجتهاد القضائي مفهوم - حالاته - نقاطه (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015م، ص52.

واعتبار الخصومة كأن لم تكن إلى القواعد العامة في قانون المرافعات، ولا شك بقصور هذا النص، ذلك أنه لم يكن شاملاً لجميع عقبات سير الخصومة، ولا نرى ما يبرره، وإن كان بإمكاننا القياس على ما ورد فيه ليشمل جميع عقبات سير الخصومة تأسيساً على أن ما يرد في قانون المرافعات هي النصوص العامة في التقاضي، وتسري على جميع المنازعات التي خصّها المشرّع بنظام تقاضي خاص عندما لا يرد نص خاص.

ثانياً: عرض الصلح على الخصوم

بعد أن يقوم القاضي في الاجتماع قبل الأخير بتحرير التقرير الخاص بالخصومة العمالية طبقاً للشكل الذي رسمه المشرّع في المادة (130/أ)، ينبغي عليه أن يقوم - في الاجتماع الأخير - بعرض الصلح على الخصوم وفقاً للرأي القضائي الذي انتهى إليه، وهذا ما أكدت عليه المادة (130/ب-ج) من قانون العمل البحريني بنصّها: «وعرض قاضي إدارة الدعوى العمالية على الطرفين إنهاء النزاع صلحاً وفقاً لما انتهى إليه في تقريره، فإن وافقا على ذلك أثبت ما اتفقوا عليه من صلح في محضر الاجتماع، ويكون لهذا المحضر بعد توقيعه من طرفي الدعوى أو ممن يمثلهما ومن قاضي إدارة الدعوى قوة السند التنفيذي، كما يجوز لطرفي الدعوى في أي وقت أثناء نظرها أمام قاضي إدارة الدعوى العمالية أن يطلبوا منه إثبات ما اتفقوا عليه من صلح في محضر الاجتماع، ويكون لهذا المحضر بعد توقيعه من طرفي الدعوى أو ممن يمثلهما ومن قاضي إدارة الدعوى قوة السند التنفيذي».

وباستقراء النص السابق يمكننا تحليله من خلال الملاحظات الآتية:

1 - إن الصيغة التي جاء فيها النص لا توجب على قاضي إدارة الدعوى العمالية عرض الصلح على الخصوم في ضوء ما ينتهي إليه رأيه القضائي، ولا يعدو أن يكون وجودها إلا مسكاً تنظيمياً لسير إجراءات الخصومة أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية بدليلين؛ أولهما: إن المشرّع لم يرتب أي جزاء إجرائي على عدم عرض الصلح على الخصوم سواء قبل تحرير التقرير أم بعد تحريره، وثانيهما: إن المشرّع في المادة (131) أوجب على قاضي إدارة الدعوى العمالية الأمر بإحالة الدعوى بحالتها للمحكمة الكبرى العمالية إذا لم يتم حسمها صلحاً، وذلك في حال انتهاء مدة إدارتها، موقفاً نأمل من المشرّع أن يعيد النظر فيه، ويجعل عرض الصلح على

الخصوم بعد تحرير التقرير إلزاميًا، ويرتب جزاءً إجرائيًا أو انضباطيًا على تخلف قاضي إدارة الدوى العمالية عن تطبيقه.

2 - أجاز المشرع للخصوم تقديم طلب لقاضي إدارة الدوى العمالية لإثبات ما اتفقوا عليه من صلح في محضر الاجتماع بشرط ألا تنتهي مدة إدارة الدوى، ويكون هذا المحضر سندًا تنفيذيًا، وهو موقف نؤيده بقوة رغم أنه تردّد لما جاء في القواعد العامة⁽¹¹⁰⁾، إلا أنه إذا كان العمل على تقليل المنازعات أمام المحاكم أحد الأهداف من إنشاء مكتب إدارة الدوى العمالية، فكان الأجدر إلزام قاضي إدارة الدوى العمالية بعرض الصلح على الخصوم في أول جلسة قبل المرافعة، وهو ما أعرض عنه المشرع البحريني.

3 - الصلح بين العامل وصاحب العمل هو عقد عرفه المشرع البحريني في المادة (496) من القانون المدني بأنه: «الصلح عقد يحسم به عاقده نزاعاً قائماً بينهما، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما - على وجه التقابل - عن جانب من إدعائه»، والصلح بهذا المعنى يتعين أن تتوافر فيه الأركان المقررة في القانون المدني، فيجب أن يكون هناك رضا موجود وصحيح، وأن يقوم الالتزام على محل وسبب معتبرين بحكم القانون، وإلا كان باطلاً، ولذلك يجوز للمتصلح أن ينازع في الصلح سواء أكان سبب المنازعة يعود إلى انتفاء ركن من الأركان أم شرط من شروط هذه الأركان، وتكون هذه المنازعة بموجب دعوى أصلية يطلب فيها المدعي الحكم بالبطلان⁽¹¹¹⁾، على أن هذه الدوى لا تكون من اختصاص

(110) فقد جاء في المادة (59/1) من قانون المرافعات المدنية والتجارية أنه: «للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حال تكون عليها الدوى إثبات ما اتفقوا عليه من صلح أو أي اتفاق آخر في محضر الجلسة، ويوقع منهم أو من وكلائهم، فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه، صدّقت المحكمة على المكتوب وألحق بمحضر الجلسة بعد إثبات فحواه فيه».

(111) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: «المقرر - أن مفاد نص المادة (496) وما بعدها من القانون المدني أنه ولئن كان عقد الصلح المقدم في نزاع قضائي قائم، وينزل بموجبه عاقده - كل منهما - عن جانب من ادعائه، يحسم هذا النزاع، ويترتب عليه انقضاء الادعاءات التي ينزل عنها المتصلحون فإنه، كعقد، يتعين أن تتوافر فيه أركان انعقاده وشروط صحته ومن ثم يقبل المنازعة فيه والطعن عليه، لا بطريق الطعن في الأحكام، بل بدوى أصلية مبتدئة يطلب فيها المدعي إما الحكم ببطلانه أو بتنفيذه أو بفسخه بحسب الأحوال، وتتولى المحكمة التي تنظر هذه الدوى التحقق من صحة هذا الادعاء». حكم تمييز بحريني صادر بمناسبة الطعن رقم 384 لسنة 2011 بجلسة 2013/12/3م.

قاضي إدارة الدعوى العمالية تأسيساً على أن مناط اختصاص الأخير يقتصر على المنازعات الناشئة عن عقد عمل فردي، ويقتضي الفصل فيها تطبيق أحد نصوص قانون العمل.

4 - الصلح ولئن كان عقداً كما تقدّم بيانه، إلا أنه قد يكون عقداً تبعياً لا أصلياً في بعض الأحوال⁽¹¹²⁾، فهو قد لا ينشأ باستقلالية، وإنما نشأته كانت تابعة لعقد العمل محل المنازعة العمالية إذا لم ينقض، وهو ما يعني أن بطلان الصلح أو انحلاله - مهما كان السبب - لا يؤثر على عقد العمل، بل يبقى قائماً بجميع آثاره ما لم يكن باطلاً أو منحللاً بسبب آخر، وعلى النقيض من ذلك، فإذا أبطل عقد العمل أو انحل لأي سبب كان، فإن عقد الصلح باعتباره من العقود التبعية يبطل أو ينحل بالتبعية، إذ يستحيل بقاء هذا العقد بعد بطلان أو انحلال العقد الذي كان يقوم عليه⁽¹¹³⁾.

5 - الصلح هو اتفاق إجرائي باعتباره نشأ بين طرفي الخصومة، وورد على مسألة إجرائية في الخصومة، وهو بهذا المعنى ولئن كان من الحقوق الشخصية - كما تقدم بيانه - إلا أنه يرد على مسألة إجرائية ينظمها قانون المرافعات، ولا يجوز تعليقه على شرط أو أجل⁽¹¹⁴⁾.

6 - يرتب الصلح - باعتباره حقاً شخصياً واتفاقاً إجرائياً - أثراً إجرائياً مهماً، وهو انقضاء الخصومة بإرادة طرفيها بمجرد توقيعهما وتوقيع قاضي إدارة الدعوى العمالية على

(112) وأساس هذا التمييز يتمثل في أن العقد الأصلي هو العقد الذي يكون مستقلاً في نشأته وتنفيذه عن عقد آخر كالبيع والإيجار، بينما العقد التبعية هو العقد الذي يكون تابعاً لعقد آخر مثل الكفالة والصلح، وجدير بالذكر فإن اعتبار عقد الصلح عقداً تبعياً مناطه ألا تكون المنازعة متعلقة بعقد انقضى لأي سبب من الأسباب. راجع في ذلك: عبد الحق حميش والحسين شواط، فقه العقود المالية، ط1، دار الكتاب الثقافي، إربد، 2011م، ص26.

(113) لمزيد من التفاصيل انظر بمعنى مقارب: جابر محجوب علي وآخرون، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المصري (المصادر الإرادية وغير الإرادية)، ج1، ط1، دار لمار للنشر والتوزيع والترجمة، الحيزة، 2022م، ص72 - 73.

(114) إن استخدام مصطلح الاتفاق الإجرائي حديث نسبياً، ولم يكن معروفاً قبل تقسيم القانون إلى قانون موضوعي، وقانون إجرائي، والواقع إن التشريع البحريني قد خلا من تعريف الاتفاق الإجرائي، وأن كل ما ورد في النصوص التشريعية هي تطبيقات متفرقة للاتفاق الإجرائي. لمزيد من التفاصيل انظر بمعنى مقارب: طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2014م، ص9 - 10.

محضر الصلح، وهو خلاف الأصل المتمثل في أن انقضاء الخصومة يكون بموجب حكم قطعي، ويترتب على ذلك أثراً؛ أولهما: عدم جواز إلزام العامل برسوم ومصاريف التقاضي ما لم يُتفق في محضر الصلح على خلاف ذلك، وثانيهما: إن الخصومة تخرج من سلطان قاضي إدارة الدعوى العمالية، فيكون باطلاً كل إجراء يتخذه بعد توقيعه على محضر الصلح.

7 - يرتب محضر الصلح أثراً إجرائياً آخر يتمثل في اعتباره من السندات التنفيذية التي يجوز تنفيذها جبراً بموجب أحكام قانون التنفيذ في المواد المدنية والتجارية الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم 22 لسنة 2021⁽¹¹⁵⁾.

8 - يحوز محضر الصلح بمجرد توقيعه من الخصوم وقاضي إدارة الدعوى العمالية حجية على الكافة باعتباره محرراً رسمياً⁽¹¹⁶⁾، ولا يجوز الطعن بإنكاره، وليس أمام من يدعي بعدم مطابقة محضر الصلح للحقيقة إلا سلوك إجراءات الطعن بالتزوير⁽¹¹⁷⁾.

ويتبين مما سبق أن الصلح بين الخصوم من خلال توقيعهما على محضره، لا يثير أي إشكال، إذ به تنقضي الخصومة انقضاءً مبتسراً دون صدور حكم في موضوعها، وإنما الإشكال يظهر في فرضين كلاهما يجري تطبيقهما في الواقع العملي، أولهما: رفض الخصوم للتصالح، وثانيهما: عدم قيام قاضي إدارة الدعوى العمالية بتحرير التقرير الخاص بالخصومة العمالية، وعدم عرضه الصلح على الخصوم، ورغم الاختلاف الواضح بين الفرضين، إلا أن كلاهما يرتبان الأثر ذاته، وهو وجوب الأمر بإحالة الدعوى بحالتها للمحكمة الكبرى العمالية لتفصل في موضوعها بحكم قطعي لا عودة فيه، وهذا ما سنتناوله في الجزء الثاني من البحث.

(115) تنص المادة (2) من قانون التنفيذ في المواد المدنية والتجارية على أن: «السندات التنفيذية هي الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وأحكام المحكمين بعد الأمر بتنفيذها من المحكمة المختصة والمحركات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة».

(116) تنص المادة (10/أ) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية على أن: «المحركات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً».

(117) تنص المادة (30) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية على أن: «إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحركات غير الرسمية، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحركات الرسمية وغير الرسمية».

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	393
المقدمة	395
المبحث التمهيدي: التعريف بنظام إدارة الدعوى العمالية ومناطق اختصاصه	403
المطلب الأول: التعريف بنظام إدارة الدعوى العمالية	405
المطلب الثاني: مناطق اختصاص إدارة الدعوى العمالية	409
المبحث الأول: الخصومة أمام إدارة الدعوى العمالية	414
المطلب الأول: افتتاح الخصومة العمالية وانعقادها في مكتب إدارة الدعوى العمالية	414
الفرع الأول: افتتاح الخصومة أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية	415
الفرع الثاني: انعقاد الخصومة أمام مكتب إدارة الدعوى العمالية	424
المطلب الثاني: سير الخصومة في مكتب إدارة الدعوى العمالية	430
الفرع الأول: حضور طرفي الخصومة ونظر الدعوى العمالية	430
الفرع الثاني: تحرير التقرير الخاص بالخصومة العمالية وعرض الصلح على الخصوم	442

يتبع في العدد 50

خطورة مرونة مفهوم النظام العام كقيد على ممارسة الحقوق والحريات^(*)



د. نسرين فتحي عدوان
باحث مشارك
أستاذ القانون الإداري المشارك



د. حازم سليمان توبات
باحث رئيس
أستاذ القانون الدستوري المساعد

كلية القانون، جامعة اليرموك، إربد، المملكة الأردنية الهاشمية

الملخص

تتناول هذه الدراسة مفهوم النظام العام باعتباره أحد القيود الواردة على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم، حيث تبرز إشكالية الدراسة في أن النص على النظام العام كقيد على ممارسة الحقوق والحريات في ظل مرونة هذا المفهوم يعطي لسلطات الضبط الإداري سلطة تقديرية واسعة يمكن استغلالها للتضييق على الأفراد عند ممارستهم لحقوقهم وحرياتهم. لذلك تظهر أهمية الدراسة في أنها تحاول توضيح أوجه مرونة مفهوم النظام العام وأثر هذه المرونة على الحقوق والحريات، ومن ثم البحث في أدوات لتحقيق التوازن بين حماية النظام العام وضمان ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم. وقد استخدم الباحثان في هذه الدراسة المنهج الوصفي والمنهج التحليلي بهدف تسليط الضوء على مفهوم النظام العام، أساسه التشريعي، دور سلطات الضبط الإداري في حمايته، ودور القضاء الأردني في ضبط هذا المفهوم ورقابته على الالتزام بمبدأي التناسب والملاءمة كأحد أدوات التوازن لحماية النظام العام من جهة، وحماية الحقوق والحريات من جهة أخرى.

وفي سبيل تحقيق أهداف الدراسة، فقد تم تقسيمها إلى مبحثين؛ تناول المبحث الأول الأساس القانوني للنظام العام، وتناول المبحث الثاني دور القضاء في تحقيق التوازن بين النظام العام والحريات. وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها أنه لا يمكن للمشرع وحده أن يضبط فكرة النظام العام ويحدد مفهومها كونه لا يستطيع

وتاريخ قبوله: 15 أغسطس 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 4 مايو 2024

التنبؤ بكافة التطورات والمعتقدات التي تفرضها الظروف المتغيرة والمتسارعة، لذلك فإن للقضاء دوراً مهماً وبارزاً في إيجاد التوازن بين مفهوم النظام العام ونطاق ممارسة الحقوق والحريات. وقد أوصت الدراسة بضرورة زيادة صلاحيات القضاء الإداري لتحقيق التوازن بين الضبط الإداري والحقوق والحريات، وذلك بالنص على صلاحية وقف تنفيذ الإجراء الضبطي كحماية وقائية، على غرار ما هو معمول به في فرنسا.

كلمات دالة: حماية النظام العام، والضبط الإداري، والقضاء الإداري الأردني، ومبدأ التناسب، ومبدأ الضرورة.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

موضوع هذه الدراسة يدور حول مفهوم النظام العام باعتباره أحد الأطر الدستورية التي تحدّد من ممارسة الحقوق والحريات، فمفهوم النظام العام من المفاهيم التي تتصف بالعمومية وعدم الثبات، وهو ذو طبيعة نسبية ومتغيرة، فلا يمكن حصره في إطار محدد، لذلك يتعدّد وضع تعريف جامع مانع له، ومن هنا فقد جاءت التعريفات الفقهية والقضائية للنظام العام متباينة لكنها ربطتها بالمصالح العليا للمجتمع وقيمه الأخلاقية والأدبية⁽¹⁾، فقد عرّف مجلس الدولة الفرنسي النظام العام بأنه الأساس السياسي والاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي يقوم عليه كيان الدولة، فربط النظام العام بالمصالح التي تهّم الجماعة مباشرة أكثر مما تهّم الفرد⁽²⁾.

أما الفقه القانوني، فقد اجتهد في إيجاد تعريف لهذا المفهوم يحدّد إطاره العام ويوضح عناصره وأبعاده القانونية، فمنهم من أصبغ على النظام العام الطابع السلبي واقتصره على المظهر المادي فقط دون غيره من المظاهر، فعرّف النظام العام بأنه حالة واقعية مناهضة للفوضى والاضطراب⁽³⁾، في حين أن البعض الآخر أعطى للنظام العام مفهوماً واسعاً ليشمل مظاهر وصور أخرى غير المظهر المادي كالمظهر الأدبي والأخلاقي والاقتصادي والاجتماعي⁽⁴⁾، فتم تعريفه من جهة كونه قواعد قانونية ترمي إلى تحقيق مصالح عليا يقوم عليها كيان الدولة من الناحية السياسية والاجتماعية والاقتصادية⁽⁵⁾.

(1) أسيد ذنبيات، مفهوم النظام العام وإشكاليات طبيعته ونطاقه في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين، المجلة الأردنية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الأردن، مج 12، ع 3، سنة 2020، ص 40.

(2) وديع البقالي، إشكالية التوفيق بين النظام العام والحريات العامة، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ع 51، سنة 2017، ص 271.

(3) Pauline Gervier, "La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public", Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, No.4, (2014), pp.105-112.

(4) Vincent-Legoux et Marie-Caroline, L'ordre public, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2001, p.158.

(5) محمد شريف، حماية النظام العام من التعسف في ممارسة الحريات، مجلة قه ألى زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية - أربيل، كوردستان - العراق، مج 7، ع 3، خريف 2022، ص 800.

وقد أجمع الفقه على وجود ثلاثة عناصر تقليدية ثابتة للنظام العام هي: الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة، حيث تتصف هذه العناصر بالثبات والاستقرار النسبي، ويُعرف الأمن العام بأنه تحقيق كل ما من شأنه حماية أرواح الناس وأجسامهم وممتلكاتهم من كل خطر يهددهم ويكون مصدره أو المتسبب به الإنسان أو عوامل الطبيعة، ويمتد مفهوم الأمن العام ليشمل كذلك الأمن الغذائي والأمن الاقتصادي، والأمن المائي، وغيرها من العناصر التي تهدف إلى توفير حياة مستقرة آمنة للجميع.

أما عنصر الصحة العامة؛ فيُقصد به المحافظة على صحة الأفراد من خطر الأمراض والأوبئة ومنع كل ما يسبب المرض، وقد أظهرت الثورة التكنولوجية مصطلحاً جديداً مرتبطاً بالصحة العامة وهو التلوث الإلكتروني ليعني كل ما يصيب أو يتوقع أن يصيب الإنسان والحيوان والنبات من أضرار كهرومغناطيسية ناجمة عن أنشطة تؤثر على الكائنات الحية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة⁽⁶⁾، وقد تناول الحديث مؤخراً أشكالاً جديدة لتهديد الصحة العامة كالتلوث الهوائي الذي يتسبب في إحداث تغيرات بيئية من شأنها الإضرار بالصحة⁽⁷⁾.

ويقصد بالسكينة العامة كعنصر من عناصر النظام العام؛ توفير الهدوء العام في الطرق والأماكن العامة، ومنع مظاهر الإزعاج والضوضاء المقلقة لراحة الناس مثل الأصوات المنبعثة من أجهزة الراديو والتلفزيون ومكبرات الصوت وخاصة في أوقات متأخرة من الليل.

إلا أن هذه العناصر ليست هي العناصر الوحيدة المشكّلة للنظام العام، فقد امتد مفهوم النظام العام وفقاً للفقه الفرنسي ليشمل الأخلاق والآداب التي تتماشى مع أعراف المجتمع وتقاليده، وبالمعنى الأوسع، يغطي النظام العام القيم الأساسية للتوافق الاجتماعي والنظام القانوني، وقد تم التعبير عنه في التشريع الفرنسي من خلال قانون البلديات الصادر في 4 أبريل 1884، حيث تنص المادة (L/2/2212) على ما يلي: «تهدف شرطة البلدية إلى ضمان حسن النظام والسلامة والأمن والصحة العامة»، واعتبرت أن

(6) محمد السيد أرناؤوط، الإنسان وتلوث البيئة، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، 1999، ص 23.

(7) نبيهة سعدي، تسيير النفايات الحضرية في الجزائر بين الواقع والفاعلية المطلوبة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2012، ص 15.

الختان وتعدد الزوجات والطلاق تتعارض مع النظام العام الفرنسي، واعتبرت كذلك أن تحريم سفاح المحارم جزء من قواعد النظام العام التي تحكم حقوق الأفراد⁽⁸⁾.

ونشير في هذا المجال إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي بشأن أفلام (لوتيسيا) في 18 كانون الأول سنة 1959 الذي تم بموجبه رد دعوى شركة الأفلام (لوتيسيا) والإقرار بصحة قرار عمدة (نيس) بمنعه عرض فيلم (الثأر) علي الرغم من إجازته من الوزارة بوصفه المسؤول عن حفظ النظام في بلديته، ولما قد يشكله الفيلم من تهديد بسبب الصفة غير الأخلاقية له من إضرار بالنظام العام، وقد بين (ميراس) في تقريره عن الحكم بأن تدخل السلطات المحلية بمنع عرض الفيلم بعد حصول الموافقة الوزارية ليس منصوصاً عليه صراحة، فضلاً عن عدم منعه صراحة، وأن أسباب تدخل السلطات المحلية يمكن إجمالها في سببين؛ الأول: وجود اضطرابات جدية، والثاني: عدم أخلاقية الفيلم الناشئة عن ظروف محلية.

كما أن المحكمة الإدارية في (cean) أقرت بسلطة العمدة في منع عرض الفيلم بسبب الطبيعة اللا أخلاقية له، في حالة وجود ظروف محلية تبرر هذا الأمر، وذلك عندما الغت في 5 نيسان 1960 قراراً لأحد العمد بحظر فيلم (العلاقات الخطرة) للطبيعة اللا أخلاقية للفيلم، مستندة في ذلك إلى أنه لم يوضح الظروف المحلية التي تبرر حظر عرض الفيلم في الإقليم⁽⁹⁾.

ومن هنا فقد ظهر ما يُسمى بالنظام العام الأدبي والأخلاقي أو الآداب العامة لتعني مجموعة القواعد والمبادئ السلوكية المتعلقة بالأخلاق والمشاعر والمعتقدات والتي وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها في علاقاتهم الاجتماعية والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث تولد لدى أفراد المجتمع قناعة راسخة بأن هذه المبادئ الأخلاقية هي جزء من كيانهم الاجتماعي التي لا يجوز الخروج عليها أو الاستهزاء بها، لذلك فإن النظام العام الأدبي ذو مضمون معنوي بخلاف النظام العام التقليدي الذي يأخذ الطابع المادي.

(8) Bernard Stirn, "Ordre public et libertés publiques", Archives de philosophie du droit, Tome 58, Dalloz, 2015, pp.5-15.

(9) نعيم عطية، حرية التعبير في السينما بالنظام القانوني الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، س21، ع1، سنة 1979، ص28.

وتتميّز فكرة النظام العام الأدبي بالمرونة والتغيير، بعكس النظام العام التقليدي الذي يتميَّز بالثبات النسبي، وذلك لأن الآداب العامة تتغيَّر بتغير الظروف والأحوال، وتتأثر بالعادات والتقاليد السائدة في المجتمع، لذلك فإن مسألة تقدير المساس بالأخلاق العامة والآداب هي مسألة تقديرية ترك المشرِّع أمر تحديدها للاجتهاد القضائي.

وقد يتم تناول الآداب العامة والأخلاق بشكل مستقل ومجرّد عن النظام العام، ولكنه ملازم له ومقترب به، وهذا ما درجت عليه النصوص القانونية وأيدته بعض الآراء الفقهية التي درجت على التطرق لهما وذكرهما على سبيل العطف لا على سبيل التفريق⁽¹⁰⁾، وهذا ما انتهجه الدستور الأردني في المادة (14)، حيث ربط حماية الدولة لحرية القيام بشعائر الأديان والعقائد بعدم مخالفتها للعادات المرعية في المملكة، وألا تكون مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب.

كما أن عناصر النظام العام ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمذهب الذي تتبناه الدولة ومجال تدخلها في مختلف النشاطات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية⁽¹¹⁾، لذلك فإن مفهوم النظام العام يمتد ليشمل بسط الدولة حمايتها لجميع مجالات النشاط الحر للأفراد، وبالتالي ظهر ما يُسمى بالنظام العام الاقتصادي ليعني المصالح العليا للدولة المرتبطة بالنشاط الاقتصادي والتي قد تتأثر بالاضطرابات والمخاطر الاقتصادية، حيث لم يُترك النشاط الاقتصادي للأفراد على إطلاقه خوفاً من حدوث هزات اقتصادية ينعكس أثرها على المجتمع وقد يهدد كيان الدولة ككل⁽¹²⁾، وظهر كذلك مفهوم النظام العام السياسي ليشمل المصالح العليا للدولة المتعلقة بالكيان السياسي للدولة من حيث حماية النظام السياسي للدولة ووحدة أراضيها وحمايتها من الأخطار الخارجية⁽¹³⁾.

ومن هنا يمكن القول إنّ مفهوم النظام العام من أكثر المفاهيم غموضاً وتنوعاً، فهو

(10) جهاد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الإسناد في تطبيق القانون الأجنبي إعمالاً للدفع بالنظام العام، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الأردن، مج 12، ع 4، سنة 2020، ص 319.

(11) المرجع السابق، ص 313.

(12) وديع البقالي، مرجع سابق، ص 275.

(13) عبد الرزاق المسكي، القضاء الإداري وجدلية الموازنة بين ممارسة الحريات العامة والمحافظة على النظام العام، مجلة الإرشاد القانوني، الناشر: زيتوني عبدالفتاح، مراكش، مج 3، ع 2، سنة 2018، ص 232.

مفهوم نسبي يتغيّر بتغير الزمان والمكان، فما يُعد من النظام العام في مجتمع ما قد لا يُعد كذلك في مجتمع آخر، وما يُعد من النظام العام ضمن المجتمع الواحد في زمن ما قد لا يُعد كذلك في زمن آخر، لذلك لا يوجد موقف موحد ولا تعريف ثابت لهذا المفهوم.

ثانياً: أهمية البحث

تبرز أهمية هذا البحث في أنه يسلط الضوء على أثر مرونة مفهوم النظام العام على الحقوق والحريات، والسبل الممكنة لضبط هذا المفهوم، وإيجاد آليات التوازن لحماية النظام العام دون المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم، ولضمان حسن تقدير سلطات الضبط الإداري للحالات التي تشكل خطراً على النظام العام.

ثالثاً: إشكالية البحث

على الرغم من التبريرات التي ترد حول أهمية أن يكون مفهوم النظام العام مرناً بما يصلح للتطور والقابلية للتعديل والتغيير بحسب المكان والزمان والظروف العادية أو الاستثنائية لغاية ضبط استقرار الدول ومصالح مواطنيها، إلا أنه يمكن أن تُستخدم هذه المرونة بخلاف مضمونها وغايتها، وبالتالي فإن النص على النظام العام بمفهومه المرن كقيد على ممارسة الحقوق والحريات تثير إشكالية عند تطبيقها على أرض الواقع، وقد تُعطي لسلطات الدولة سلطة تقديرية واسعة يمكن استغلالها للتضييق على الأفراد عند ممارستهم لحقوقهم وحرياتهم، لذلك فإن مرونة مفهوم النظام العام يمكن أن تشكل خطراً يهدد الحقوق والحريات.

رابعاً: أسئلة البحث

في ضوء إشكالية البحث سيحاول الباحث الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- 1 - ما الأساس الدستوري والقانوني لمفهوم النظام العام؟
- 2 - ما الصلاحيات الممنوحة لسلطات الضبط الإداري في الحفاظ على النظام العام؟
- 3 - كيف يمكن تحقيق التوازن بين حماية النظام العام من جهة وممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم من جهةٍ أخرى؟
- 4 - هل للقضاء دور بارز في ضبط مفهوم النظام العام؟

خامساً: أهداف البحث

يهدق هذا البحث إلى بيان مفهوم النظام العام وأساسه الدستوري والقانوني، ودور سلطات الضبط الإداري في الحفاظ عليه، وكذلك بيان مدى خطورة مرونة هذا المفهوم على الحقوق والحريات باعتبار أن حماية النظام العام هو أحد القيود التي أوردتها التشريعات على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم، وكيفية إيجاد التوازن المطلوب بين حماية النظام العام من جهة، وعدم انتهاك الحقوق والحريات من جهة أخرى.

سادساً: نطاق البحث:

ينحصر نطاق البحث من حيث الموضوع في بيان مفهوم النظام العام والحماية التشريعية له ودور سلطات الضبط الإداري في حمايته، وأدوات التوازن لحماية النظام العام وحماية الحقوق والحريات، أما نطاق الدراسة المكاني فينحصر في دراسة حالة الأردن مع الإشارة إلى دول أخرى حيثما كان ذلك ضرورياً ومفيداً في تحقيق أهداف الدراسة.

سابعاً- منهجية البحث

اعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي كمنهج بحث علمي لتحقيق أهدافه والوصول إلى حلول موضوعية للإشكالية التي بُنيت عليها، وذلك من خلال تعريف المفاهيم الأساسية التي تطرّق لها البحث، ومن ثم تحليل القواعد القانونية والأحكام القضائية ذات العلاقة.

ثامناً: خطة البحث

تم تقسيم البحث إلى مبحثين: تناول الأول الأساس القانوني لفكرة النظام العام من خلال بيان النصوص الدستورية والتشريعية التي كرّست هذا المفهوم، وتناول المبحث الثاني: دور القضاء في تحقيق التوازن بين النظام العام والحريات، مبيناً دور مبدئي التناسب والضرورة بهذا الشأن، وضبط القضاء لمفهوم النظام العام.

المبحث الأول

الأساس القانوني للنظام العام

ارتبط مفهوم النظام العام بالنظام القانوني للدولة وانعكس أثره على كثير من التطبيقات القانونية في كافة المجالات، حيث ورد هذا المفهوم في معظم فروع القانون الوطني وأعطاه المشرع مدلولات مختلفة وفقاً للقانون الذي تناوله، فقد ورد مفهوم النظام العام في القانون المدني كقيد على مبدأ سلطان الإرادة، وارتبط كذلك ارتباطاً وثيقاً بفكرة القواعد الآمرة والقواعد المكملّة، وتم النص عليه في القانون الدولي الخاص كقيد على القاضي عند تطبيقه للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة أمامه، وجاء كذلك في القانون الدولي العام باعتباره مبرراً مقبولاً لسلطات الدولة لتضع قيوداً على الأفراد عند ممارستهم لحقوقهم وحرياتهم، لذا فإن هذا المفهوم لا يخرج عن نطاق حدود الدولة، فليس له وجود في نطاق القانون الدولي إلا في إطار حماية المصالح العليا للدولة⁽¹⁴⁾، أما في الدساتير فقد جاء النص على النظام العام كقيد على الأفراد عند ممارستهم لبعض الحقوق والحريات، وعليه يتم في هذا المبحث تناول الأساس الدستوري لفكرة النظام العام، ودور سلطات الضبط الإداري في الحفاظ عليه وحمايته.

جدير بالذكر أنه ومع تبدل المفاهيم الكلاسيكية للنظام العام في فرنسا والعديد من الدول، لم يعد المفهوم المادي هو المفهوم الوحيد في مفردات القانون الفرنسي، فإذا كان المفهوم المادي للنظام العام يتوافق مع هدوء كل شخص في استخدام حريته، فهو كذلك يحتوي على عناصر أكثر جوهرية تتشكل من خلالها القيم الجماعية⁽¹⁵⁾.

المطلب الأول

الأساس الدستوري لفكرة النظام العام

ارتبطت فكرة النظام العام بفكرة وجود الدولة التي تقوم على أساس أن هناك مجموعة من الأفراد يقيمون معاً على وجه الاستقرار على إقليم معين، وأن هؤلاء الأفراد

(14) جهاد الجراح، مرجع سابق، ص 340.

(15) Vincent Valentin, Les nouvelles configurations de l'ordre public, Revue Philosophiques, 2019, V.46, n°1, p.119-136, disponible sur le lien: <https://id.erudit.org/iderudit/10620>.

تربطهم مصالح عُليا وقيم مشتركة وقناعات جامعة تكرّسها عاداتهم وتقاليدهم التي درجوا على احترامها ومراعاتها في تعاملهم مع بعضهم البعض والتي يحرصون على عدم المساس بها، لذلك قام الشعب بإرادته الحرة باختيار فئة من أفراده، سُمّيت بالهيئة الحاكمة، لتتولى نيابة عنه القيام بتنظيم علاقة الأفراد مع بعضهم البعض، والمحافظة على مصالح المجتمع والجماعة وقيمها المشتركة، مع ضرورة إعطاء هذه الهيئة السلطة اللازمة للقيام بالمهام الموكولة لها⁽¹⁶⁾، ففكرة النظام العام ترتبط بمصالح المجتمع العُليا وبالقيم والأفكار التي يقوم عليها كيان المجتمع، والتي يحرص المفكرون من فقهاء وفلاسفة وسياسيين ورجال دين على تثبيتها في المجتمع وحمايتها⁽¹⁷⁾، فالنظام العام بهذا المعنى يشمل جميع أبعاد النشاط الأدبي والاجتماعي والمادي والاقتصادي، فهو الأفكار الأساسية للقانون والمجتمع، فتارة يكون حالة قانونية، وتارة يكون حالة مادية واقعية، وقد يجمع بين الحالتين في كثير من الظروف والأحوال⁽¹⁸⁾.

وقد وردت فكرة النظام العام بدايةً في فرنسا من خلال النص عليها في المادة (10) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي، التي جمعت بين النظام العام والحريات العامة، وأظهرت فكرة التوفيق بينهما، حيث جاء فيها: «لا يجوز إزعاج أحد بسبب آرائه، حتى الدينية منها، بشرط ألا يؤدي ظهورها إلى إخلال بالنظام العام».

وحيث إن الدستور هو القانون الأسمى بالدولة ويتميّز عن بقية التشريعات في الدولة بأنه ينظم علاقة السلطات مع بعضها البعض ويبيّن وظائف كل سلطة، كما أنه يبيّن الحقوق والحريات التي يجب أن تكفلها سلطات الدولة للأفراد المقيمين على إقليمها وكيفية تنظيم ممارسة هذه الحقوق والحريات والقيود التي ترد عليها، فالحقوق والحريات ليست كلها على شاكلة واحدة، فهناك طائفة من الحقوق تتطلب أن تقف الدولة إزاءها موقفاً سلبياً يتمثل في أن تخلي بين الأفراد وبين ممارستها لحقوقهم وحرياتهم، وهناك طائفة أخرى من الحقوق يتطلب ممارستها عملاً إيجابياً من قبل أفراد

(16) نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2024، ص13.

(17) محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص10.

(18) صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة للقانون الإداري، دار النهضة العربية، بيروت، 1991، ص48.

المجتمع، لذلك لا يمكن النص عليها في الدساتير بشكل مُطلق دون تنظيم، حيث يؤدي ذلك إلى تقاطع الحقوق وتعارضها مع بعضها البعض أو مع حقوق المجتمع، الأمر الذي يؤدي إلى الفوضى، لذلك كان لا بد من تنظيمها ووضع حدود لممارستها لضمان عدم تعارضها مع حقوق الآخرين، بإطلاق حرية التعبير دون أي تنظيم قد يؤدي إلى التضحية بحقوق أخرى، مثل الحق في الحياة الخاصة أو الحق في حفظ الشرف والاعتبار.

ومما يجدر الإشارة إليه أن الحقوق المنظمة بالقانون، وإن ترك الدستور أمر تنظيمها للمشرع العادي، إلا أنه لم يعطه الصلاحية المطلقة بذلك، فقد قيّد بضوابط وقيود عامة لا يستطيع تجاوزها، وهذه الضوابط العامة نصّت عليها المادة (1/128) من الدستور بالقول: «لا يجوز أن تؤثر القوانين التي تصدر بموجب هذا الدستور لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها، في حين أن هناك بعض الحقوق المنظمة بالقانون أحال الدستور أمر تنظيمها إلى السلطة التشريعية وفق ضوابط وقيود دستورية خاصة يجب على السلطة التشريعية الالتزام بها، بالإضافة إلى التزامها بالضوابط العامة المقررة في المادة (128) من الدستور».

وقد نصّت دساتير الدول على اعتبار المحافظة على النظام العام من بين القيود التي أوردتها على الحقوق والحريات، إلا أن الدستور الأردني لم يتطرّق لتعريف مفهوم النظام العام، لكنه جاء على ذكر هذا المفهوم صراحةً في الفصل الثاني منه الذي تضمّن النص على الحقوق والحريات العامة الواجب كفالتها للأردنيين والأردنيات، وأحال إلى القوانين تنظيم بعض الحقوق التي لا بد من تنظيمها لضمان ممارستها من قبل جميع أفراد المجتمع دون أن يتعدّى أحدهم على الآخر أو على مصالح المجتمع⁽¹⁹⁾، ويمكن القول بأن المشرع الدستوري اعتبر أن حماية الحقوق والحريات وكفالة ممارستها تدخل في إطار حماية النظام العام، لذلك ألزم سلطات الدولة بحماية هذه الحقوق وتوفير سبل ممارستها، بالمقابل فإن ممارسة الحقوق والحريات في غير النطاق المرسوم لها قد يُعد في بعض الحالات خروجاً على النظام العام، لذلك أجاز الدستور الأردني وضع قيود

(19) الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته، الفصل الثاني: حقوق الأردنيين والأردنيات وواجباتهم، المواد (5 - 23).

على ممارسة بعض هذه الحقوق تجنباً للفوضى التي قد تنجم عن الممارسة العشوائية لهذه الحقوق، وما قد يترتب عليها من مساس بالنظام العام بعناصره المختلفة، فقد تبنت الدستور الأردني في تقريره للحقوق والحريات وحدود ممارستها المذهب الاجتماعي الذي يقوم على أساس السماح للدولة بالتدخل بقدر معين في كافة الأنشطة لتأمين مصالح الجماعة وتحقيق غاياتها عندما يتطلب ذلك الصالح العام، مع إفساح المجال للأفراد للتمتع بحقوقهم وحرياتهم في حدود القانون⁽²⁰⁾.

وبالرجوع إلى نصوص الدستور الأردني، فقد نص على النظام العام والآداب كقيد على الأفراد عند ممارستها حرية القيام بالشعائر الدينية، فنص في المادة (14) على أنه «تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مُخلّة بالنظام العام أو منافية للآداب»، وقد أوكل الدستور الأردني مسؤولية الحفاظ على النظام العام لمجلس الوزراء كجزء من وظيفته في إدارة جميع شؤون الدولة الداخلية والخارجية، حيث يمارس مجلس الوزراء هذه الوظيفة من خلال هيئات الضبط الإداري⁽²¹⁾.

وقد جاءت المادة (14) من الدستور الأردني متوافقةً مع ما تضمنته الصكوك الدولية في هذا المجال، فقد أجازت المادة (2/29) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على سبيل الاستثناء إخضاع ممارسة حقوق الأفراد وحرياتهم للقيود بشرط أن يتم إقرار هذه القيود بنصوص قانونية، وأن تهدف حصراً لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم وكفالة ممارستها، أو الوفاء العادل بمقتضيات النظام العام والفضيلة ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي⁽²²⁾، ولم تُجز المادة (3/18) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية

(20) هاني لظهاوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2011، ص 91.

(21) تنص المادة (1/45) من الدستور الأردني على أن: «يتولى مجلس الوزراء مسؤولية إدارة جميع شؤون الدولة الداخلية والخارجية باستثناء ما قد عُهد أو يُعهد به من تلك الشؤون بموجب هذا الدستور أو أي قانون إلى أي شخص أو هيئة أخرى».

(22) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، المادة (2/29) التي تنص: «لا يُخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقرّها القانونُ مستهدفاً منها، حصراً، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي».

والسياسية إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون، واشترط أن تكون هذه القيود ضرورية لحماية النظام العام أو السلامة العامة أو الصحة العامة أو الآداب العامة، أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية⁽²³⁾.

المطلب الثاني

الأساس التشريعي للنظام العام

تضمّنت القوانين الأردنية بعض النصوص التي تتعلّق بالنظام العام وتعطي لسلطات الضبط الإداري صلاحيات تقديرية في اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة عليه، فالمادة (6) من قانون الاجتماعات العامة لسنة 2004 أعطت للحاكم الإداري صلاحية اتخاذ جميع التدابير والإجراءات الأمنية الضرورية للمحافظة على الأمن والنظام وحماية الأموال العامة والخاصة، وله تكليف الأجهزة المرتبطة به للقيام بهذه المهام أثناء انعقاد اجتماع عام أو القيام بمسيرة، كما أن المادة (147) من قانون العقوبات أدخلت في مفهوم الإرهاب «كل عمل مقصود أو التهديد به أو الامتناع عنه أياً كانت بواعثه وأغراضه أو وسائله يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي من شأنه تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، أو إحداث فتنة إذا كان من شأن ذلك الإخلال بالنظام العام»، وقد اشترط قانون الجمعيات لسنة 2008 في التمويل أو التبرع المقدم لأي جمعية ألا يكون مصدره مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

أما القانون المدني، فقد توسّع في حماية النظام العام، حيث تضمّنت نصوصه أحكاماً عديدة متعلّقة بهذا المفهوم، فقد اشترطت المادة (2) لاعتبار العُرف مصدراً من مصادر القانون ألاّ يتعارض مع النظام العام أو الآداب، كما لم تجز المادة (29) تطبيق أحكام قانون أجنبي من قبل المحاكم إذا كانت هذه الأحكام تُخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية، وأدخلت المادة (163) في مفهوم النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية؛ كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال

(23) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة (3/18) التي تنص على أنه: «لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة، أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية».

والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار، والتصرف في مال محجور ومال الوقف ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية، كما لم تُجز المادة (164) أن يتضمّن أي عقد بين المتعاقدين أي شرط يخالف النظام العام أو الآداب، ولا يجوز، وفقاً للمادة (921)، أن يكون محلاً للتأمين كل ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العام.

وباستقراء النصوص الدستورية والقانونية السابقة، يمكن ملاحظة أن النظام العام يُعنى بحماية موسعة في مختلف التشريعات الأردنية، وأنه جاء عاماً غير محدد، بالرغم من أن المادة (163) من القانون المدني ذكرت عدّة حالات تدخل في مفهوم النظام العام، إلا أن هذه الحالات جاءت على سبيل المثال لا الحصر وتُطبق في حدود أحكام القانون المدني.

ويقع واجب حفظ النظام العام على السلطة التنفيذية، حيث تقوم بهذه المهمة من خلال سلطات الضبط الإداري التي تتخذ الإجراءات اللازمة لحماية وحفظ النظام العام بعناصره المختلفة بما يتضمنه ذلك من تنظيم ممارسة نشاط الأفراد ضمن الحدود المرسومة بالقانون، وقد أعطيت من الوسائل والأساليب ما يمكنها من القيام بهذا الواجب والتدخل في نشاطات الأفراد في حدود القيود المبينة بالقانون⁽²⁴⁾.

ويُقصد بالضبط الإداري كما عرّفه بعض الفقه بأنه «حق الإدارة في أن تفرض على الأفراد قيوداً تحد بها من حرياتهم بقصد حماية النظام العام»⁽²⁵⁾، كما عرّفه البعض الآخر بأنه: «مجموعة ما تفرضه السلطة العامة من أوامر ونواهٍ وتوجيهات ملزمة للأفراد بغرض تنظيم حرياتهم العامة، أو بمناسبة ممارستها لنشاط معين بهدف صيانة النظام العام في المجتمع»⁽²⁶⁾، ويتميّز الضبط الإداري وفقاً لهذه التعريفات بطبيعته الوقائية، أي أنه يهدف إلى منع وقوع الضرر قبل حدوثه، وليس إلى التعويض عنه أو العقاب عليه بعد وقوعه.

(24) Olivier Huc, La mission de police judiciaire et les libertés fondamentales, Lille theses, France, 1990, p.37.

(25) سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 574.

(26) طعيمة الجرف، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم نشاط السلطات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 487.

ويتم ممارسة وسائل الضبط الإداري بأساليب مختلفة بعضها وقائي سابق لوقوع الضرر؛ كالحظر والإلزام والترخيص (الإذن المسبق) ونظام التقارير، وبعضها لاحق لوقوع الضرر بهدف تحقيق الردع العام والردع الخاص؛ كالإعذار والتنبيه ووقف النشاط والإغلاق وسحب الترخيص والغرامات.

إن إعطاء سلطات الضبط الإداري مهمة حفظ النظام العام ومنحها الوسائل والأساليب اللازمة لذلك ينطوي على خطورة وتخوف من تهديد محتمل للحقوق والحريات خصوصاً أن سلطات الضبط الإداري تملك القوة ووسائل الإكراه لتنفيذ الواجب المناط بها وتجد هذه الخطورة والتخوف مبررها من الطبيعة المرنة لفكرة النظام العام وتطوره المستمر⁽²⁷⁾، وهنا يجب أن نتذكر دائماً أن السلطات الممنوحة لهيئات الضبط الإداري هي دائماً قيود على حريات الأفراد⁽²⁸⁾.

(27) إيمان مزاري، دور الضبط الإداري في حماية النظام العام البيئي، رسالة دكتوراه، جامعة حسيبة بن بو علي الشلف، الجزائر، 2024، ص 14.

(28) Bernard Stirn, op.cit., pp.5-15.

المبحث الثاني

دور القضاء في تحقيق التوازن

بين النظام العام والحريات

إن المحافظة على النظام العام، كما سبق بيانه، يُعد من الواجبات المناطة بسلطات الضبط الإداري، وقد أعطيت في سبيل ذلك من الوسائل والسبل ما يكفل لها القيام بهذا الواجب، بما فيها سلطتها في تطبيق القيود على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم، كما أن حماية الحقوق والحريات تُعد من النظام العام التي يوكل لسلطات الضبط الإداري القيام بها، فالمحافظة على الأمن العام علي سبيل المثال كأحد عناصر النظام العام هو في حقيقته حماية حق الأفراد في الأمن، وحققهم في الحياة والسلامة البدنية، وحققهم كذلك في حرية التنقل، فهذه الحقوق لا يمكن كفالتها إلا في جو من الأمن والاستقرار، وحماية النظام العام الصحي هو كذلك حماية لحق الأفراد في الصحة وحققهم في بيئة نظيفة خالية من التلوث، وبالتالي فإن حماية النظام العام بأي من عناصره سينعكس أثره حتماً على حقوق الأفراد وحرياتهم.

وفي هذا السياق، فإن الحريات العامة التي ينبغي على الدولة الحفاظ عليها تعددت بحسب رأي الفقهاء، حيث صَنَّف الفقيه Esmein الحريات إلى حريات ذات محتوى مادي تشمل الحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المادية، وهي حرية الملكية وحرية التنقل، وحريات ذات محتوى معنوي وتشمل مصالح الأفراد المعنوية وهي العقيدة وحرية الاجتماع وتكوين الجمعيات⁽²⁹⁾. كما صَنَّفها الفقيه هوريو باعتماد التقسيم الثلاثي للحريات على اعتبار أنها حريات شخصية في المجموعة الأولى، وحريات معنوية في المجموعة الثانية، وحريات منشئة لمؤسسات الاجتماع⁽³⁰⁾.

يجدر بالذكر أنه في المقابل، فإن تجاوز الأفراد للحدود المرسومة في القانون عند ممارستهم لحقوقهم وحرياتهم يعني الاعتداء على النظام العام الذي يوكل لسلطات الضبط الإداري حمايته، واعتداء كذلك على حقوق الآخرين وحرياتهم أو حقوق المجتمع الجديدة بالحماية، من جانب آخر، وفي ظل مرونة مفهوم النظام العام، فقد

(29) عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، الدار المعاصرة، القاهرة، 1995، ص 383.

(30) Maurice Hauriou, op.cit., p.450.

تنحرف سلطة الضبط الإداري عن الغاية المناط بها تحقيقها، ومن هذا المنطلق فلا يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تحافظ على النظام العام في أحد جوانبه على حساب انتهاك هذا النظام في جوانب أخرى.

لذلك ظهرت الحاجة لإيجاد أدوات للتوازن بين ضرورة حماية النظام العام من جهة، وضرورة كفالة ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم من جهة أخرى، حتى يتناسب الإجراء الضبطي لحماية النظام العام مع الأثر القانوني المراد تحقيقه⁽³¹⁾، ومن هنا فإن على الإدارة أن تسعى جاهدة لاتباع السبل التي تتمكن من خلالها السماح للأفراد بممارسة حقوقهم وحرياتهم دون المساس بالنظام العام، فلا يجوز أن تضع نصب عينيها المحافظة على النظام العام كهدف واحد محدد دون أدنى اهتمام بالحقوق والحريات⁽³²⁾.

هذا وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه، حيث يقوم بمراقبة تقدير الإدارة لأهمية وخطورة الاضطرابات المتوقعة لبيان مدى ملاءمة القرار الذي تقيده الإدارة بحريات الأفراد، سواء كان ذلك في مجال الحريات الاجتماعية أو حرية العبادة أو حرية التجارة والصناعة أو غيرها من الحريات، فلا يجوز لها في مجال تحقيق الهدوء والسكينة أن تتخذ تدابير السكون المطبق، وإنما يكفي منع الضجيج والأصوات المزعجة⁽³³⁾.

ومن هنا سيتم في هذا المبحث تناول أدوات التوازن بين حماية النظام العام وممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم من خلال مطلبين: يتناول المطلب الأول مبدأي التناسب والضرورة كأحد أدوات التوازن بين حماية النظام العام وممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم، ويتناول المطلب الثاني دور القضاء بصفته الضامن الحقيقي لحقوق الأفراد وحرياتهم من خلال رقابته لتطبيق هذه المبادئ الرئيسة وتفسيره لمفهوم النظام العام في الظروف العادية والاستثنائية.

(31) حبيب الدليمي، حدود سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص 207.

(32) بكار عاشور ومحمد دهار، انعكاسات جائحة كوفيد 19 على الحريات العامة، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي، البريقة، الجزائر، مج 4، ع 2، سنة 2021، ص 448.

(33) نعيم عطية، مرجع سابق، ص 212.

المطلب الأول

مبدأ التناسب والضرورة كأحد أدوات التوازن بين حماية النظام العام وممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم

ظهر مبدأ التناسب ومبدأ الضرورة كمبادئ قانونية مستقرة فقهاً وقضاءً وتشريعاً لتكريس التوازن بين الغاية والوسيلة في الإجراءات التي تتخذها هيئات الضبط الإداري لحماية النظام العام، حيث إن التزام الإدارة بهذه المبادئ هو في حقيقته التزاماً بمبدأ المشروعية وضمانة أساسية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

ويعد مبدأ التناسب من المبادئ الأساسية المستقرة في القانون الإداري والذي يقوم على أساس تناسب الإجراء المتخذ من قبل هيئات الضبط الإداري، بما تملكه من وسائل وأساليب، مع الغاية المحددة بالقانون والمراد تحقيقها من هذا الإجراء، ويُعرف مبدأ التناسب بأنه ذلك الإجراء الذي تلزم بموجبه الإدارة ألا تفرض على الأفراد أعباء أو أضراراً أكثر مما يتطلبه المحافظة على النظام العام المناط بها حمايته⁽³⁴⁾، ويقوم التناسب على تقدير عناصر مختلفة يمكن إجمالها بثلاثة عناصر هي⁽³⁵⁾:

أولاً: تقدير جسامة التهديد للنظام العام: ويعني ذلك أن على هيئات الضبط الإداري أن تقارن قبل اتخاذها أي إجراء بين المصلحة المراد حمايتها وبين الحق المراد المساس به، فإذا كانت المصلحة المراد حمايتها ليست بأهمية الحق المراد المساس به، فعليها أن تحجم عن اتخاذ هذا الإجراء.

ثانياً: طبيعة النشاط الفردي المراد منعه: ومفاد ذلك أن على هيئات الضبط الإداري أن تنظر في طبيعة النشاط المراد منعه في حد ذاته، فيما إذا كان هذا النشاط محظوراً بالقانون بشكل صريح وفيه مساس مباشر بمصالح المجتمع بشكل مباشر أم مسموحاً ولا يشكل بطبيعته العامة أي خطر.

ثالثاً: تقدير الإجراء الإداري المراد اتخاذه: ويعني وجوب أن يكون من شأن هذا

(34) غسان المنتهي، مبدأ التناسب ورقابة القضاء عليه في القرارات الإدارية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، 2022، ص 3.

(35) بكار عاشور ومحمد دهار، مرجع سابق، 455.

الإجراء تحقيق النتيجة المرجوة منه، فلا يجوز للسلطات العامة المسؤولية عن حفظ النظام العام أن تقوم بأي إجراء لا يحقق الهدف، أو أن تضع قيوداً على الحريات غير تلك الضرورية لتحقيق هذا الهدف.

كما ظهر مفهوم التناسب كمبدأ قضائي في الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 19 أيار 1933 في قضية بنجامين (Bengamin) حين ألغى القرار الصادر من أحد عمداء المدينة والمتضمن تقييداً لحق المواطنين في ممارسة حرية الاجتماع تذرعاً بوقوع اضطرابات في النظام العام، حيث اعتبر القضاء أنّ هناك عدم تناسب بين القرار والاضطرابات المهددة للنظام العام، وأنها تملك وسائل ضبط أخرى غير المنع من ممارسة حق الاجتماع، ومما ورد في منطوق الحكم «إذا كانت مسؤولية رئيس البلدية هي اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على النظام، فيجب عليه التوفيق بين ممارسة صلاحياته واحترام حرية التجمع، ولا تكون إجراءات الشرطة، المقيدة للحريات، قانونية إلا إذا كانت ضرورية ومتناسبة»⁽³⁶⁾.

وعلى الرغم من أنّ هذا المبدأ قضائي النشأة في الحقيقة، إلا أن هناك العديد من الدساتير والتشريعات التي كرّسته بشكل صريح في نصوصها كالدستور التونسي الذي نص في الفصل (49) منه على أنه: «يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها، ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية بهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها، وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك».

كما أكد النظام الأساسي لسلطنة عُمان رقم 6 لسنة 2021 على مبدأ التناسب بقوله: «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وشرف القضاة وعدلهم لضمان الحقوق والحريات». كما نص قانون الإجراءات الإدارية في ألمانيا صراحة على حدود وقيود السلطة التقديرية للإدارة بما يتناسب مع الحقوق والحريات بقوله: «عندما تمنح الإدارة سلطة ما للتصرف وفق تقديرها، يجب على الإدارة أن تمارس تلك السلطة

(36) Bernard Stirn, op.cit., pp.5-15.

وفقاً للغرض المراد تحقيقه من تلك السلطة، وأن تحترم القيود القانونية المقيدة لتلك السلطة التقديرية»⁽³⁷⁾.

وقد كرّس القضاء الإداري الأردني هذا المبدأ في العديد من أحكامه، وكان لمحكمة العدل العليا، قبل أن يتم إلغاؤها لتحل محلها المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا، الدور الأبرز في هذا المجال، فقد أشارت إلى مبدأ التناسب في حكمها رقم 173 / 1983 الصادر بتاريخ 3-3-1984 الذي جاء فيه: «إنّ الأسباب التي قدّمها المحافظ باعتباره السلطة القائمة على تطبيق نظام التشكيلات الإدارية تخضع لرقابة محكمة العدل العليا من حيث ملاءمة الإجراء للظروف والوقائع التي أدت لاتخاذها بحيث يحل القضاء محل الإدارة في تقديره للأسباب التي تُعدّ إخلالاً بالنظام العام بالوسائل التي يراها ملائمة لمنع هذا الإخلال».

وقد أكدت هذا المعنى في حكمها رقم 161 / 1987 الصادر بتاريخ 23-9-1987، حيث جاء في قرارها: «إنه وإن كان المستدعى ضده محافظ العاصمة مفوضاً بممارسة الصلاحيات المخوّلة من دولة رئيس الوزراء بمقتضى نظام الدفاع رقم 2 لسنة 1939 بحق الأشخاص الذين يقومون بأعمال تخلّ بالسلامة العامة للمملكة، إلا أن هذا الإجراء الذي اتخذه يخضع لرقابة محكمتنا من حيث ملاءمته للظروف والوقائع التي دعت لاتخاذها، بحيث يحل للقضاء تقديره للأسباب التي تخلّ بالسلامة العامة للمملكة وللوسائل التي يراها ملائمة لمنع هذا الإخلال محل تقدير الإدارة».

وجاء في قرارها أيضاً: إن الإخلال بالنظام العام الذي يتعيّن على سلطة الضبط الإداري منعه بمقتضى الصلاحيات القانونية مقصورة على الأفعال المادية التي من شأنها الإضرار بالمصلحة العامة ويكون ضررها عاماً، فإذا كانت أفعال الإخلال بالسكينة أو الأمن العام أو الصحة العامة من شأنها الإضرار بمصالح أفراد بذاتهم، فإن منع مثل هذه الأعمال لا يدخل في اختصاص الضبط الإداري لأن وظيفة الضبط الإداري تقتصر على المحافظة على النظام العام، والإضرار بمصالح أفراد معينين بذاتهم لا يُعدّ إخلالاً بالنظام العام.

(37) محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 15.

وقد أعطى قانون القضاء الإداري في فرنسا، وفقاً للقواعد الواردة في المادة (2/521)، قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الإدارية سلطة واسعة في حالة حدوث انتهاك خطير وغير قانوني بشكل واضح للحريات الأساسية، حيث يتمتع القاضي بسلطة عامة لإصدار أمر قضائي لاتخاذ قرار خلال ثمان وأربعين ساعة يتضمن التدابير اللازمة لحماية هذه الحرية⁽³⁸⁾.

إن مبدأ التناسب وحده ليس كافياً كمبرر للإدارة لتقييد حقوق الأفراد وحرياتهم لحماية النظام العام، بل لابد من أعمال مبدأ الضرورة.، ويعني هذا المبدأ بأنه تلك الحالة من الخطر الجسيم الحال الذي يتعذر تداركه بالوسائل العادية مما يدفع السلطات القائمة إلى أن تلجأ إلى الوسائل القانونية الاستثنائية لدفع هذا الخطر⁽³⁹⁾، ويجد مبدأ الضرورة أصله في القانون الدولي لحقوق الإنسان، فقد نصّت على هذا المبدأ المادة (3/12) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عندما اشترطت أن تكون القيود الواردة على الحقوق والحريات ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم.

ونصت عليه كذلك المادة (21) من ذات العهد التي كفلت الحق في التجمع السلمي، فلم تُجز أن يوضع قيوداً على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تُفرض طبقاً للقانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم، وقد وجد مبدأ الضرورة تطبيقاً له في القضاء المصري وأقرته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها، حيث جاء فيه: «للحكومة في حالة الضرورة سلطة اتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف ولو خالف في ذلك القانون في مدلوله اللفظي مادامت تبغي الصالح العام»⁽⁴⁰⁾.

(38) Bernard Stirn, op.cit., pp.5-15.

(39) سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار المعارف، الإسكندرية، 2003، ص42.

(40) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة 1962/4/14 في الطعن رقم 956 لسنة 5 ق، نقلاً عن حسام مرسي، سلطات الإدارة في مجال الضبط الإداري: دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص414-415.

وخلاصة القول: إنه مهما كانت غايات الإجراءات أو القرارات الصادرة سواء في الظروف العادية، أو استناداً لحالات الطوارئ، أو وفقاً لقوانين الدفاع، أو حتى الأحكام العرفية، فإن تلك الضرورة يجب أن تقدّر بقدرها ولا تصل لحد التعطيل الكامل للحقوق والحريات، وإنما ينبغي التمييز بين التعطيل والتقيد الخاضع حتماً لرقابة القضاء.

المطلب الثاني

دور القضاء الإداري في ضبط مفهوم النظام العام

في الظروف العادية والظروف الاستثنائية

يؤدي القضاء دوراً أساسياً في ضمان التزام سلطات الضبط الإداري بالصلاحيات الممنوحة لها في الحفاظ على النظام العام سواء في الأوقات العادية أو في الأوقات الاستثنائية، كما أنه يعد مرجعاً مهماً في تفسير هذا المفهوم بما يعطي الأفراد حق ممارسة حرياتهم دون الوقوع في فخ انحراف السلطات⁽⁴¹⁾.

فسلطات الضبط الإداري ملزمة في كل الأوقات بالالتزام بمبدأ المشروعية وعدم الاعتداء على حقوق الأفراد وحرياتهم، ولكن نطاق هذا الالتزام يختلف في الظروف العادية عنه في الظروف الاستثنائية، حيث يكون الخطر أو الضرر الذي يمكن أن يلحق بالنظام العام في الظروف الاستثنائية أوسع نطاقاً مما يستلزم تضيق نطاق ممارسة الحقوق والحريات لمواجهة هذا الظرف الاستثنائي حرصاً على سلامة الدولة وأمنها وحمايتها من الانهيار، ذلك أن انهيار الدولة يعني انهيار السلطة المكلفة بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم وما يترتب على ذلك من استباحة هذه الحقوق.

ومن هنا فالظروف الاستثنائية تفرض على سلطات الدولة اختيار أخف الضررين، مما يعني إمكانية تجاوزها القواعد القانونية المطبقة في الظروف العادية والتوسع في نطاق تطبيق صلاحياتها حتى وإن خرجت هذه الاختصاصات الجديدة عن الضوابط المقررة في القوانين القائمة، وهو ما يمكن تسميته المشروعية الاستثنائية؛ لأن الدولة وشعبها هو الهدف الأسمى الذي يجب أن يعلو على كل هدف، ويبقى للقضاء كلمة

(41) أحمد ناجي الماري، رقابة القضاء على مشروعية أعمال الضبط الإداري، رسالة ماجستير، جامعة عدن، اليمن، 2007، ص5.

الفصل في تقدير مدى الخطر الذي يمكن أن يلحق بالنظام العام وتحديد مضمونه، وبالتالي ضمان التوازن بين السلطة والحرية سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية⁽⁴²⁾.

وقد تضمنت الأحكام القضائية في الأردن العديد من القرارات التي تضبط مفهوم النظام العام وتحدد نطاقه، ومن أمثلة ذلك ما ورد في الحكم رقم (173/1983) الصادر عن محكمة العدل العليا بتاريخ 1983/3/3 الذي جاء فيه: «إن الإخلال بالنظام العام والأمن العام والصحة العامة التي يتعين على سلطة الضبط الإداري منعه بمقتضى الصلاحيات القانونية مقصورة على الأفعال المادية التي من شأنها الإضرار بالمصلحة ويكون ضررها عاماً، فإذا كانت أفعال الإخلال بالسكينة أو الأمن العام أو الصحة العامة من شأنها الإضرار بمصالح أفراد بذاتهم، فإن منع مثل هذه الأعمال لا يدخل في اختصاص الضبط الإداري لأن وظيفة الضبط الإداري تقتصر على المحافظة على النظام العام، والإضرار بمصالح أفراد معينين بذاتهم لا يُعد إخلالاً بالنظام العام».

وجاء في حكمها رقم (161/1987) الصادر بتاريخ 1987/9/23: «وحيث إن الإخلال بالسلامة العامة والأمن العام الذي يتعين على سلطة الضبط الإداري منعه هو الإخلال المقتصر على الأفعال المادية التي من شأنها الإضرار بالمصلحة العامة، ويكون ضررها عاماً شاملاً، ولا يشمل الأعمال التي توقع ضرراً بأفراد معينين بذواتهم، وحيث إن ما أسند للمستدعي إنما يقتصر أثره على أشخاص معينين بذواتهم ولا يتعدى إلى سلامة المملكة، فيكون المستدعي ضده قد خالف القانون، مما يقتضي إلغاء القرار المشكو منه»، وقد أكدت ما تضمنه هذا الحكم في حكمها رقم (77/1987) الصادر بتاريخ 1987/10/8 الذي قررت فيه «أن الأضرار المادية التي يتعين على سلطات الضبط الإداري منعها هي الأفعال المادية التي يكون ضررها عاماً شاملاً وخطرها عاماً ويخل بالدفاع عن المملكة وأمنها العام، أما الأفعال المادية التي يكون ضررها على أشخاص بذواتهم فلا تشكل إخلالاً بأمن المملكة بالمعنى الوارد في المادة (9) مكررة من نظام الدفاع رقم 2 لسنة 1939».

(42) Gérard Gonzalez, "Ordre public et liberté de religion dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme", Revue du droit des religions, 9, (2020), pp.91-106.

وجاء في أحد أحكامها تحديداً لمفهوم النظام العام المُراد حمايته في المادة (4) من قانون الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية رقم (14) لسنة 2000 التي حظرت تسجيل الرسوم الصناعية أو النماذج الصناعية المخالفة للنظام العام والآداب العامة، حيث تضمن الحكم «كما لم تثبت البينة المقدمة من المستأنفة أن الرسم الصناعي والنموذج الصناعي العائد للمستأنف ضدها الثالثة أنه غير جديد، أو أنه تم كشفه للجمهور قبل إيداع طلب تسجيله، أو أنه مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، وحيث إن الأصل في كل قرار إداري أن يصدر صحيحاً ما لم يرد دليل على خلاف ذلك، فتكون أسباب الاستئناف غير قائمة على أساس والدعوى مستوجبة للرد»⁽⁴³⁾.

وتعليقاً على هذا القرار يُلاحظ أن المحكمة نظرت في الرسم الصناعي المطعون فيه واستبعدت منه الطعن المتعلق بمخالفته للنظام العام والأخلاق العامة، وهو الدور التفسيري الذي تمت الإشارة إليه، والذي يحدّ قليلاً من فكرة النظام العام الواسعة والفضفاضة.

وفي حكم آخر مغاير للحكم السابق، أدخلت المحكمة في مفهوم الإخلال بالنظام العام ضبط عشرة أشخاص برفقة فتيات كانوا بأوضاع مخلة للآداب في كوفي شوب مملوك للمستدعي الذي طعن في صحة الضبط الذي تم تحريره بحقه من اللجنة الخاصة التي كلفها محافظ إربد والذي يشير إلى إخلال صاحب المحل بالنظام العام، فقد أيدت المحكمة قرار إغلاق المحل وردت دعوى المستدعي، معتبرة أن هذا الفعل يشكّل إخلالاً بالنظام العام والآداب العامة⁽⁴⁴⁾.

أما المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا، فقد توسعتا في تحديد مفهوم النظام العام، خاصة إذا تعلّق الأمر بالأجانب المقيمين على إقليم المملكة الأردنية الهاشمية، وأعطت للحكام الإداريين سلطة تقديرية واسعة في تقدير ما يُعد تهديداً للأمن العام والسلامة العامة، فقد ردت المحكمة الإدارية الطعن بالقرار الصادر عن محافظ العاصمة

(43) محكمة العدل العليا، القرار رقم (2014/183)، تاريخ 2014/6/26، موقع قراارك:

<https://www.qarark.com/>، تاريخ آخر زيارة: 2024/3/15.

(44) محكمة العدل العليا، القرار رقم (2014 / 183)، موقع قراارك <https://www.qarark.com/>،

تاريخ آخر زيارة: 2024/3/15.

رقم (1484) بتاريخ 2022/9/1 المستند إلى تنسيب مدير شرطة جنوب عمان والمتضمن إبعاد المستدعي، وهو مصري الجنسية، من المملكة الأردنية الهاشمية لأسباب أمنية، وعدم السماح له بالدخول مجدداً، وقد اتخذ المحافظ هذا القرار وفقاً لسلطته التقديرية دون بيان أوجه التهديد للأمن العام والسلامة العامة.

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا حكم المحكمة الإدارية، حيث جاء في حكمها: «حيث إن المطعون ضده (محافظ العاصمة) قد أصدر قراره الطعين (المشكو منه) بموجب الصلاحيات المخولة إليه من وزير الداخلية، وبموجب سلطته التقديرية بناءً على تنسيب مدير شرطة جنوب عمان، بإبعاد الطاعن خارج البلاد وعدم السماح له مستقبلاً بالعودة إليها حفظاً لمقتضيات الأمن والسلامة العامة، فإن ذلك يجعل من القرار الطعين (المشكو منه) قراراً إدارياً صحيحاً موافقاً للواقع والقانون وهو صادر عن صاحب صلاحية واختصاص»⁽⁴⁵⁾.

ويتوسع نطاق صلاحيات سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية بهدف الحفاظ على النظام العام، حيث إن الظروف الاستثنائية تبرر اتخاذ تدابير إجرائية فعالة حتى لو كان ذلك على حساب الحقوق والحريات العامة، وتُعد جائحة كورونا التي غطت دول العالم أجمع بما فيه الأردن مثلاً قريباً على ذلك⁽⁴⁶⁾، وقد أصبح مفهوم النظام العام في هذه الجائحة أكثر مرونة وأوسع نطاقاً، فقد استلزم مواجهة هذه الجائحة التي هددت الصحة العامة باعتبارها عنصراً أساسياً من عناصر النظام العام تقييد الحقوق والحريات، لم تترك حرية إلا وتم تقييدها بشكل أو بآخر حتى أنه قد وصل الأمر لحظرها بشكل كلي، فتم إغلاق الحدود البرية والبحرية، وإغلاق المدارس والجامعات وحتى المساجد حفاظاً على عنصر الصحة العامة في ذلك الحين⁽⁴⁷⁾.

(45) المحكمة الإدارية العليا، القرار رقم (150/ 2023)، موقع قراارك <https://www.qarark.com/>، تاريخ آخر زيارة: 2024/3/15.

(46) محمد حرارة ومصطفى خالد، وسائل الضبط الإداري ومدى فاعليتها في مواجهة جائحة كورونا في فلسطين، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2021، ص 86.

(47) أحمد الشمري، تدابير الضبط الإداري في مواجهة كورونا، المجلة العربية للإدارة، مج 4404، ديسمبر، 2022، ص 262.

ورغم ذلك تظل فكرة مرونة النظام العام هي الخط الفاصل بين الدولة المتقدمة عن الدولة المتخلفة وخصوصاً في الظروف الاستثنائية، فوجود قانون ينظم أمن المجتمع المعنوي هو ضرورة تحتمها فكرة وجود الجماعة السياسية والاجتماعية، فلولا هذه الصفة المطاطية لما استطاعت الدول مواجهة الجائحة في كل مرة اصطدمت بها بالحفاظ على الحقوق والحريات.

وبالمقابل، فقد انتصرت المحكمة الإدارية لحقوق المواطنين وحرياتهم وألغت القرارات الصادرة بحقهم من قبل الإدارة بسبب قيامهم بعمل أو امتناعهم عن القيام بعمل بسبب القرارات الصادرة عن سلطات الضبط الإداري لمواجهة جائحة كورونا، ومثال ذلك عندما قام مجلس الوزراء بتفعيل الدوام المرن تغلياً لعنصر الصحة العامة مما استلزم وقف العمل بالبصمة، حيث جاء في قرارها: «وفي ذلك نجد أنه قد صدر قرار من قبل المستدعي ضده بوقف العمل بالبصمة منذ تاريخ 2020/3/10 وحتى إشعار آخر (نشير إلى التعميم الصادر عن المستدعي ضده والوارد ضمن بيّنات المستدعي)، وأن جميع القرارات الصادرة عن المستدعي ضده بوقف العمل بالبصمة استناداً لأوامر الدفاع والقرارات الصادرة عن رئيس مجلس الوزراء ووزير التعليم العالي ولم يرد ضمن البيّنات ما يشير إلى إعادة العمل بنظام البصمة على جهاز قارئ البصمة، ومما يؤكد ذلك أن المستدعي قد قام بالتوقيع على الكشف الخطي بتاريخ 2020/12/20، وكذلك بتاريخ 2020/12/21، أي بعد الفترة التي يزعم المستدعي ضده أنه تغيب عن العمل منذ 2020/12/2 إلى 2020/12/22، بدليل أنه لم يكن في تلك الفترة العمل على نظام البصمة، أي منذ تاريخ وقف العمل بها منذ 2020/3/10 حتى إصدار القرار الطعين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن كافة الكوادر الإدارية والعاملين في الجامعة تم إخضاعهم للدوام المرن للمحافظة على الصحة والسلامة العامة وسلامة العاملين، الأمر الذي تجد معه محكمتنا أن المستدعي ضده قد أسس قراره على تغيب المستدعي عن عمله عشرة أيام متواصلة لم يستند على أساس صحيح من القانون والواقع، مما يجعل أن أسباب الطعن ترد عليه ويستوجب إلغاؤه»⁽⁴⁸⁾.

(48) المحكمة الإدارية العليا، القرار رقم (230 / 2020) تاريخ 2020-12-23، موقع قراارك.

<https://www.qarark.com/> ، تاريخ آخر زيارة: 2024/3/15.

وهكذا فإن القاضي الإداري قد قام بدور مهم في هذا الحكم، حيث إنه أنصف الموظف الذي خضع للدوام المرن نتيجة الظروف الطارئة، وضمنت له المحكمة حقه الكامل في العودة لوظيفته مما يكرّس دور القاضي الإداري في تحقيق التوازن المطلوب في مثل هذه الحالات.

هذا عن الحال في الأردن، أما في فرنسا فيجدر بالذكر أنّ موقف القضاء الفرنسي قد تطوّر كثيراً في هذا السياق، إلى الحد الذي لم يعد فيه هذا الدور رقابياً فحسب، بل تعدّاه إلى الدور الوقائي، حيث يتمكّن القاضي الإداري من وقف تنفيذ القرارات الإدارية دون استثناء حتى تلك المتعلقة بالنظام العام، حيث قام المشرّع الفرنسي ورغبة منه في تعزيز حماية حقوق وحريات الأفراد في مواجهة السلطات الإدارية، فإنه أدخل سلسلة من التعديلات على القوانين المنظمة للقضاء الإداري، وكان آخرها بموجب القانون رقم 597-2000 المؤرخ في 30-06-2000 المتعلقة بالاستعجال أمام الجهات القضائية الإدارية، والذي دخل حيز التنفيذ في 01-01-2000.

وأهم ما يميّز هذا القانون هو منحه للقاضي الإداري سلطة الأمر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية بدون استثناء، وذلك بتوفير مجموعة من الشروط، وهذا ما نستخلصه من المادة (521) الفقرة 01 من قانون 30-06-2000 المتعلق بالقضاء الإداري التي تنص على أنه: «عندما يكون القرار الإداري، حتى ولو كان قراراً بالرفض محل دعوى الإلغاء أو فحص المشروعية، فإنّه يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي، إذا طلب منه ذلك أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو بعض آثاره، عندما يكون مبرراً بحالة الاستعجال، وأن الطاعن أثار شكاً جدياً في مشروعيته⁽⁴⁹⁾.

ومن تطبيقات هذه الرقابة ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 26 مارس 2008 قضية رقم 301254 تتعلق باتحاد النقابات المستقلة للعدالة ضد وزير العدل، وتتلخص وقائعها في أن وزير العدل أصدر بتاريخ 8 ديسمبر 2008 قراراً يحدد شروط تسوية النفقات المترتبة على تنقل المستخدمين المدنيين التابعين للدولة، طعن اتحاد النقابات المستقلة في هذا القرار؛ لمخالفته للقانون كون أنه لا يعود لوزير

(49) السعيد سليمان، وقف قرارات تنفيذ الضبط الإداري: دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة جيجل، الجزائر، مج 1، ع 2، ديسمبر 2016، ص 7.

العدل وحده اتخاذ مثل هذا الإجراء، وبعد دراسته للقرار من جميع الجوانب أصدر مجلس الدولة قراره أنه يتضمن عبارة بتفويض⁽⁵⁰⁾.

نشير أخيراً لأحد تطبيقات الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري في الجزائر حول نصب كشك لصنع وبيع وجبات خفيفة على أرض عمومية بمدينة قسنطينة، وبتاريخ 1996/1/13 عاينت مصالح البلدية المكان وحررت محضراً بذلك، ثم أمهلت المعني فترة لإزالته إلا أنه رفض، وأمام سكوته تدخلت المصالح وأزالته تنفيذاً للقرار الصادر عن رئيس بلدية قسنطينة، رفع صاحب الكشك دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة طالباً تعويضاً، فاستجاب المجلس لطلبه⁽⁵¹⁾.

(50) عمار بو ضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، د.ن، 2009، ص118.

(51) لحسين بن شيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2003 ص 153.

الخاتمة

سلطت هذه الدراسة الضوء على مفهومين متباينين هما: مفهوم الحق والحرية من جهة، ومفهوم النظام العام من جهة أخرى، حيث لا يمكن التضحية بأحدهما لحساب الآخر لما يترتب على ذلك من مساس بركائز أساسية يقوم عليها كيان المجتمع وأساس وجوده، فممارسة الحقوق والحريات هي المطلب الأكثر احتراماً والأوسع اهتماماً لما لها من مكانة واقعية وقيمة قانونية لتعلقها بالطبيعة البشرية وب حياة الفرد الذي هو أساس الدولة وسبب وجودها، كما أن حماية النظام العام بما يتضمّن من حماية مصالح عُليا في المجتمع وركائزه الأساسية هو كذلك حاجة ملحة ومطلب لا يمكن التنازل عنه، من هنا جاءت هذه الدراسة للبحث في هذين المفهومين وتوضيح أدوات التوازن بينهما من خلال التطرق لمبدأ التناسب ومبدأ الضرورة، ودور القضاء الإداري في ضبط هذين المفهومين والموازنة بينهما، وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها فيما يأتي:

أولاً: النتائج

توصلت هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

- 1 - يهدف مفهوم النظام العام للحفاظ على أمن وركيزة المجتمع بجميع مكوناته السياسية والاقتصادية والثقافية، وهو مفهوم نسبي ومتغيّر تبعاً لمرونة الأحداث والمجريات، لدرجة أنّ عناصر النظام العام خرجت عن الإطار التقليدي المعروف لها وصارت تحمل أشكالاً جديدة.
- 2 - يشير عنصرا التوسع والمرونة في مفهوم النظام العام إشكاليات عديدة في الظروف العادية، فضلاً عن تلك الإشكاليات التي تفرضها الظروف الاستثنائية، بحيث تجد هيئات الضبط الإداري المطلوب منها الحفاظ على النظام العام صعوبة أحياناً في الموازنة بين هذا المفهوم والمصالح الشخصية، وقد يتعدّى الأمر ذلك إلى انتهاك الحقوق والحريات الشخصية للأفراد.
- 3 - يقتضي النظام العام تقييد الحقوق والحريات الشخصية وليس انتهاكها أو منعها

بشكل مطلق، وذلك في الظروف العادية، أما في الظروف الاستثنائية فقد يصل الأمر إلى الحرمان الكلي من ممارسة الحق والحرية وهو ما يثير إشكاليات متعددة وقد يؤدي لنتيجة عكسية.

4 - لا يمكن للمشرع وحده أن يضبط فكرة النظام العام، حيث لا يستطيع التنبؤ بكافة التطورات والمعتقدات التي تفرضها الظروف المتغيرة والمتسارعة.

5 - يؤدي القاضي الإداري دوراً مهماً وحساساً في إيجاد التوازن بين مفهوم النظام العام والحقوق والحريات الشخصية، فنجد تارة يقف مع الأفراد، وتارة أخرى مع الإدارة، وذلك بحسب القضية المعروضة أمامه، ومن هنا يمكن القول بأن رقابة القضاء هي الضمانة الأساسية للحفاظ على حقوق وحريات الأفراد في ظل مرونة مصطلح النظام العام.

ثانياً: التوصيات

1 - توصي الدراسة المشرع الأردني بضرورة زيادة صلاحيات القضاء الإداري لتحقيق التوازن بين الضبط الإداري والحقوق والحريات، وذلك بالنص على صلاحية وقف تنفيذ الإجراء الضبطي كحماية وقائية، على غرار ما هو معمول به في فرنسا.

2 - توصي الدراسة كذلك المشرع بضرورة وضع ضوابط وقيود تشريعية محددة على الإدارة عند ممارسة صلاحياتها في الحفاظ على النظام العام حتى لا تعتدي على حقوق الأفراد وحرياتهم مع فرض عقوبات إدارية وجزائية رادعة في حال تجاوزت الإدارة هذه الضوابط والحدود.

3 - كما توصي الدراسة السلطة القضائية بأن تقوم بإعداد قضاة متخصصين في مجال القضاء الإداري بحيث تتوافر فيهم القدرة على الموازنة بين المصلحة العامة من جهة، وحماية الحقوق والحريات من جهة أخرى.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - كتب:

- هاني لظهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2011.
- حبيب الدليمي، حدود سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
- حسام مرسي، سلطات الإدارة في مجال الضبط الإداري (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- طعيمة الجرف، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم نشاط السلطات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
- محمد السيد أرنؤوط، الإنسان وتلوث البيئة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1999.
- محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- محمد حسين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، دن، 1964.
- محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
- نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط 16، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2024.
- سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار المعارف، الإسكندرية، 2003.
- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.

- عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، الدار المعاصرة، القاهرة، 1995.
- عمار بو ضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، د.ن، 2009.
- صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة للقانون الإداري، دار النهضة العربية، بيروت، 1991.

2 - رسائل جامعية:

- أحمد ناجي الماري، رقابة القضاء على مشروعية أعمال الضبط الإداري، رسالة ماجستير، جامعة عدن، 2007.
- إيمان مزاري، دور الضبط الإداري في حماية النظام العام البيئي، رسالة دكتوراه، جامعة حسينة بن بو علي الشلف، الجزائر، 2024.
- محمد حرارة ومصطفى خالد، وسائل الضبط الإداري ومدى فاعليتها في مواجهة جائحة كورونا في فلسطين، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2021.
- نبيهة سعدي، تسير النفايات الحضرية في الجزائر بين الواقع والفاعلية المطلوبة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2012.
- غسان المنتهى، مبدأ التناسب ورقابة القضاء عليه في القرارات الإدارية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، 2022.

3 - بحوث علمية:

- أحمد محمد الشمري، تدابير الضبط الإداري ومدى فاعليتها في مواجهة كورونا في فلسطين، المجلة العربية للإدارة، مج 4402، سنة 2022.
- أسيد ذنبيات، مفهوم النظام العام وإشكاليات طبيعته ونطاقه في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين، المجلة الأردنية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الأردن، مج 12، ع 3، سنة 2020.
- سليمان السعيد، وقف قرارات تنفيذ الضبط الإداري «دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة جيجل، الجزائر، مج 1، ع 2، ديسمبر 2016.
- بكار عاشور ومحمد دهار، انعكاسات جائحة كوفيد 19 على الحريات العامة، مجلة طلبة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي، البريكة، الجزائر، مج 4، ع 2،

سنة 2021.

- جهاد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الإسناد في تطبيق القانون الأجنبي إعمالاً للدفع بالنظام العام، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الأردن، مج 12، ع 4، سنة 2020.
- وديع البقالي، إشكالية التوفيق بين النظام العام والحريات العامة، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 51، سنة 2017.
- يوسف الظفيري:
- السبب في قرارات الضبط الإداري ومدى الرقابة القضائية عليه، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، مج 10، ع 73، سنة 2020.
- الضبط الإداري وحدود سلطاته في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، مج 10، ع 74، سنة 2020.
- محمد شريف، حماية النظام العام من التعسف في ممارسة الحريات، مجلة قهآلى زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية - أربيل، كوردستان - العراق، مج 7، ع 3، خريف 2022.
- عبد الرزاق المسكي، القضاء الإداري وجدلية الموازنة بين ممارسة الحريات العامة والمحافظة على النظام العام، مجلة الإرشاد القانوني، مراكش، مج 3، ع 2، سنة 2018.
- نعيم عطية، حرية التعبير في السينما بالنظام القانوني الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، س 21، ع 1، سنة 1979.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

- Bernard Stirn, “Ordre public et libertés publiques”, Archives de philosophie du droit, Tome 58, Dalloz, pacis, 2015.
- Gérard Gonzalez, “Ordre public et liberté de religion dans le système de la Convention européenne des droits de l’homme”, Revue du droit des religions, 9, (2020).

- Maurice Hauriou, *Precis de droit constitutionnel*, 3ed., Dalloz, Paris, 1929.
- Olivier Huc, *La mission de police judiciaire et les libertés fondamentales*, Lille theses, France, 1990.
- Pauline Gervier, “La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l’ordre public 1”, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 4, (2014).
- Vincent-Legoux et Marie-Caroline, *L’ordre public*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2001.
- Vincent Valentin, *Les nouvelles configurations de l’ordre public* *Revue Philosophiques*, 2019, V.46, n°1, disponible sur le lien:
<https://id.erudit.org/iderudit/10620>.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	151
المقدمة	453
المبحث الأول: الأساس القانوني للنظام العام	459
المطلب الأول: الأساس الدستوري لفكرة النظام العام	459
المطلب الثاني: الأساس التشريعي للنظام العام	463
المبحث الثاني: دور القضاء في تحقيق التوازن بين النظام العام والحريات	466
المطلب الأول: مبدأ التناسب والضرورة كأحد أدوات التوازن بين حماية النظام العام وممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم	468
المطلب الثاني: دور القضاء الإداري في ضبط مفهوم النظام العام	472
الخاتمة	479
قائمة المراجع	481

تعليق على أحكام قضائية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الثانية عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي ⁴⁸

صفر - ربيع الأول 1446هـ - سبتمبر 2024م

تعليق على أحكام قضائية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الثانية عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي ⁴⁸

صفر - ربيع الأول 1446هـ - سبتمبر 2024م

تعليق على حكم المحكمة الدستورية رقم 11 لسنة 2022م ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022م^(*)



د. خالد فايز الحويلة
أستاذ القانون العام المساعد
قسم القانون كلية الدراسات التجارية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب
دولة الكويت

الملخص

يتناول هذا التعليق قضاء المحكمة الدستورية في الطعن رقم 11 لسنة 2022 الصادر بتاريخ 2023/3/19 ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 ومن ثم بطلان مرسوم الدعوة لانتخابات مجلس الأمة الذي ترتب عليه بطلان انتخابات مجلس الأمة التي اجريت بتاريخ 2022/9/29 حيث جاء في منطوق الحكم ما يلي : «بإبطال عملية الانتخابات برمتها التي اجريت بتاريخ 2022/9/29 في الدوائر الخمس وبعدم صحة هويه من اعلن فوزهم فيها ، لبطلان حل مجلس الأمة وبطلان دعوة الناخبين لانتخابات اعضاء مجلس الأمة والتي تمت على أساسها هذه الانتخابات، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها أن يستعيد المجلس المنحل من تاريخ صدور الحكم -بقوة الدستور- سلطته الدستورية كأن الحل لم يكن ، وذلك على النحو الموضح بالأسباب».

ويكتسب هذا الحكم أهميته من أنه ليس الحكم الأول ببطلان مجلس الأمة من قبل المحكمة الدستورية وإنما سبق ذلك الحكم حكمين آخرين إلا أن الملفت في هذا الحكم أن المحكمة الدستورية بشأن رقابتها على مدى سلامة العملية الانتخابية برمتها لم تقتصر على الاجراءات الشكلية وإنما امتدت تلك الرقابة إلى بحث الأسباب الموضوعية التي صدر بناء عليها مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 ومدى صحة تلك الأسباب ومنطقيتها وما إذا كانت تتفق مع الدستور من عدمه وهو الأمر الذي يحقق مبدأ المشروعية الدستورية.

كلمات دالة: مجلس الأمة، المحكمة الدستورية، مرسوم حل مجلس الأمة، ومرسوم الدعوة لانتخابات مجلس الأمة.

وتاريخ قبوله: 31 يوليو 2023

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 17 أبريل 2023

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

قضت المحكمة الدستورية في حكمها الصادر بتاريخ 2023/3/19 ببطالان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 مما ترتب عليه بطلان انتخابات مجلس الأمة التي أجريت بتاريخ 2022/9/29 استناداً إلى أن الحكومة الجديدة برئاسة الشيخ أحمد نواف الصباح رفعت مرسوم حل مجلس الأمة 2020 إلى سمو الأمير فور تشكيلها قبل أن تتبين موقف ذلك المجلس منها ومدى إمكان التعاون معه، وذلك بحجة عدم التوافق والاختلافات بين الحكومة والمجلس، رغم أن تلك الحجة زال أمرها بتشكيل الحكومة الجديدة ورحيل الحكومة السابقة برئاسة الشيخ صباح خالد الصباح، وبالتالي يكون مرسوم الحل جاء مفتقداً للسبب المبرر لحل مجلس الأمة مما يوصم ذلك المرسوم بالبطلان.

ثانياً: أهمية البحث

ولقد أثار ذلك الحكم ضجة كبيرة لدى الشارع الكويتي، كما أثار جدلاً قانونياً ما بين أساتذة القانون خصوصاً فيما يتعلق بمدى أحقية المحكمة الدستورية ببحث تقدير أسباب حل مجلس الأمة وتقييم تلك الأسباب ومدى منطقيتها وما إذا كان مسلك المحكمة ببحث تلك الأسباب يوافق صحيح الدستور من عدمه، لذا حرصنا على تقديم دراسة متواضعة نقوم من خلالها بالتعليق على ذلك الحكم بما يمليه علينا رب العالمين بالعدل والإنصاف «أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى»⁽¹⁾ (المائدة: 8)، وما تفرضه علينا الأمانة العلمية أمام الله عز وجل أولاً وأخيراً.

ثالثاً: إشكالية البحث

سوف نتناول في هذا البحث الإشكاليات القانونية الآتية: هل تملك المحكمة الدستورية الرقابة على مرسوم حل مجلس الأمة من حيث الأسباب الموضوعية؟ وهل يُشترط من أجل أن يحل الأمير مجلس الأمة وجود نزاع حقيقي ما بين السلطتين؟ وفي حال عودة المجلس السابق نتيجة بطلان مرسوم حله هل يتم مد فصله التشريعي وذلك

(1) سورة المائدة، الآية: 8.

باحساب المدة الزمنية الواقعه ما بين حل المجلس وصدور حكم المحكمة الدستورية ببطلان مرسوم ذلك الحل؟

رابعاً: منهج البحث

سوف نستعين في هذه الدراسة بالمنهج التحليلي النقدي من خلال تحليل الحكم القضائي، وكذلك النصوص القانونية للوقوف على موقف المحكمة الدستورية.

خامساً: خطة البحث

سوف يتم تقسيم هذه الدراسة إلى أربعة مباحث: الأول: سنعرض من خلاله وقائع وحشيات حكم المحكمة الدستورية ومنطوقه، والثاني: سنتناول فيه مدى إمكانية المحكمة الدستورية الفصل في دستورية مراسيم حل مجلس الأمة، أما المبحث الثالث: فسوف نعلق فيه على حكم المحكمة الدستورية خصوصاً فيما انتهت إليه من بطلان مجلس الأمة لانتفاء السبب في مرسوم حل المجلس رقم 136 لسنة 2022، وأخيراً في المبحث الرابع: سوف نجيب عن بعض التساؤلات التي أثارها الحكم، بالإضافة إلى الحلول التي يمكن اللجوء إليها لعدم تكرار مثل ذلك البطلان.

المبحث الأول

وقائع وحيثيات حكم المحكمة الدستورية ومنطوقه

سوف نقسّم هذا المبحث إلى مطلبين؛ نعرض في الأول منه وقائع الحكم، أما المطلب الثاني فسنعرض فيه حيثيات الحكم ومنطوقه.

المطلب الأول

الوقائع

تقدّم الطالب بطعن أمام المحكمة الدستورية لكي يتحصّل على حكم بطلان عملية الانتخاب في الدائرة الثانية وما يترتب عليها من آثار، واستند في طعنه إلى الأسباب الآتية:

أولاً: إنه قد شاب عملية الانتخاب عوار دستوري في الإجراءات الممهّدة لها، إذ صدر المرسوم رقم 136 لسنة 2022 بحل مجلس الأمة مشوباً بالبطلان لمخالفته أحكام المادة (107) من الدستور، قولاً من الطاعن بأن الحكومة التي صدر مرسوم الحل بناءً على طلبها هي حكومة حديثة العهد بتولي السلطة، إذ قامت بأداء اليمين الدستورية في ذات اليوم الذي صدر فيه المرسوم، مما يعني عدم تصور وجود خلاف بينها وبين مجلس الأمة، كما أن الخلافات بين المجلس والحكومة السابقة تكون قد زالت بقبول استقالة تلك الحكومة وتشكيل حكومة أخرى مغايرة، وبالتالي يكون مرسوم الحل قد صدر استناداً إلى أسباب غير حقيقية بالمخالفة للدستور، بما يستوجب عدم الاعتداد به وترتيب آثاره، وهو ما يترتب عليه بطلان المرسوم رقم 147 لسنة 2022 بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة لوروده على غير محل.

ثانياً: إن عملية الانتخاب قد أُجريت في ظل مراسيم بقوانين - أصدرتها السلطة التنفيذية بإرادتها المنفردة في غيبة مجلس الأمة بسبب حله - جاءت مشوبة بعيب عدم الدستورية لمخالفتها نصوص الدستور، إذ أصدرت المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2022 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 35 لسنة 1962 في شأن انتخابات مجلس الأمة، والمرسوم بقانون رقم 6 لسنة 2022 بتعديل الجدول المرافق للقانون رقم 42 لسنة 2006 بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية لعضوية مجلس الأمة، استناداً إلى المادة (71) من الدستور، في حين أنه لا يوجد في هذين المرسومين ما يستدعي الإسراع في اتخاذ تدابير

لا تحتمل التأخير، إذ صدر المرسوم الأول بحُجة وجود تلاعب في القوائم الانتخابية، بينما صدر المرسوم الثاني لإضافة بعض المناطق الجديدة إلى الدوائر الانتخابية، وهي وقائع سابقة على صدور مرسوم الحل ولم تحدث في فترة غيبة المجلس.

ثالثاً: إن العملية الانتخابية التي تمت في الدائرة الثانية قد شابها البطلان بسبب وجود عيوب جسيمة في إجراءات الاقتراع وإحصاء الأصوات وإعلان النتيجة، حيث قام عدد كبير من الموقوفين بالإدلاء بأصواتهم في تلك الانتخابات بالمخالفة للقانون، ولم يتمكن مندوبوه من متابعة عملية الفرز والتجميع في اللجان، ومن تواجد منهم في اللجان الأصلية لم يستطع الاطلاع على محاضر اللجان الفرعية، ولم يقيم رئيس اللجنة بالإعلان صوتياً عن نتائج التجميع، مما أثر على نتيجة الانتخابات ومركز الطاعن فيها، إذ أحصى مندوبوه حصوله على عدد من الأصوات تزيد كثيراً على العدد الذي أعلن حصوله عليه، وخلص الطاعن مما تقدّم جميعه إلى طلب الحكم بإبطال عملية الانتخاب في تلك الدائرة.

المطلب الثاني

حيثيات الحكم والمنطوق

لقد جاء في بداية حيثيات حكم المحكمة الدستورية إلى أن السبب الأول من أسباب الطعن ببطلان انتخابات مجلس الأمة والتي أجريت 2022/9/29 هو أن مرسوم حل مجلس الأمة 2020 رقم 136 جاء بالمخالفة لنص المادة (107) من الدستور: « وحيث إنه بالنسبة إلى ما أثار الطاعن في طعنه متعلقاً ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة، فإنه تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن هذه المحكمة قد سبق لها - في أحكام عديدة سابقة - التأكيد على أنها وهي تفصل في الطعون الانتخابية بوصفها محكمة موضوع ملتزمة بإنزال حكم القانون على واقع ما هو معروض عليها، وتغليب أحكام الدستور على ما سواها من القواعد القانونية، مُقيّدة في ذلك بضوابط العمل القضائي وضمائنه بعيداً عن العمل السياسي بحساباته وتقديراته، وأنها بما تحمله من أمانة القضاء وعظيم رسالته وما وُسّد لها من اختصاص استناداً إلى الدستور، حارسة على أحكامه، رقية على الالتزام بقواعده، لا يجوز لها أن تتخلى عن اختصاص أنيط بها، أو أن تترخّص فيما عُهد إليها به، كلما كان تعرضها لما أثير أمامها من مسائل لازماً تدخلها، إعلاء لكلمة الدستور ومحافظة على نصوصه وكيانه نزولاً على أحكامه.

وحيث إن مبنى النعي بالسبب الأول من أسباب الطعن ببطلان هذه الانتخابات أنها قد شابها عور دستوري في الإجراءات الممهدة لها، بسبب مخالفة المرسوم رقم 136 لسنة 2022 بحل مجلس الأمة المادة (107) من الدستور، لصدوره بناءً على طلب حكومة حديثة العهد بتولي السلطة، قامت بأداء اليمين الدستورية في ذات اليوم الذي صدر فيه المرسوم، بعد استقالة الحكومة السابقة، مما يعني عدم تصور وجود خلاف بينها وبين مجلس الأمة، فيكون مرسوم الحل قد صدر استناداً إلى أسباب غير حقيقية بما يستوجب عدم الاعتداد به وترتيب آثاره.

وحيث إن هذا النعي شديد، ذلك أن المادة (107) من الدستور تنص على أن «للامير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم يبين فيه أسباب الحل، على أنه لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى، وإذا حل المجلس وجب إجراء الانتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل، فإن لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة يسترد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية ويجتمع فوراً كأن الحل لم يكن ويستمر في أعماله إلى أن يُنتخب المجلس الجديد».

وتضيف المحكمة: «والمستفاد من ذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن حل مجلس الأمة هو حق دستوري مقرر للسلطة التنفيذية، ويعتبر أحد السبل لإحكام المعادلة والتوازن بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، ومن المعلوم أن الأمير يتولى السلطة بواسطة وزرائه، والمقصود بالحل هو إنهاء مدة المجلس إنهاءً مبسراً قبل انتهاء الأجل المقرر له، وأنه وإن كان الدستور لم يقيّد استعمال الحكومة لحق الحل بأي قيد زمني، فلها أن تتخير توقيته وتقدير مناسباته، إلا أن الدستور أحاط الحل - نظراً لخطورته - ببعض القيود والضمانات، فيجب أن يكون حل مجلس الأمة بمرسوم يبين فيه أسباب الحل، وهو أمر يُتطلّب معه أن يوقع مرسوم الحل مع الأمير، رئيس مجلس الوزراء (أحمد نواف الأحمد الصباح) حتى يتحمّل مسؤوليته السياسية عن هذا التصرف، أما عن الأسباب الداعية للحل، فقد تكون لاستحكام الخلاف بين الحكومة وبين مجلس الأمة، أو لاختلاف التناسب والانسجام بينهما، أو لضرورة تقتضي ذلك، وأنه إذ حُلّ المجلس لا يجوز حله لذات الأسباب مرة أخرى، كما أنه يجب إجراء انتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل، إذ ما دام أن الغرض من الحل هو الاحتكام إلى الأمة وأخذ رأي الناخبين فيه، فلا يصح إرجاء ذلك إلى أمد بعيد مع استمرار السلطة

التنفيذية في التصرف بلا رقيب، وبالتالي وجب دعوة الناخبين إلى إجراء انتخابات جديدة، والغاية من هذا الحكم هو تأكيد ضرورة اتصال الحياة النيابية، فإذا لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة يسترد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية ويجتمع فوراً كأن الحل لم يكن، ويستمر في أعماله إلى أن يُنتخب المجلس الجديد».

وتستطرد المحكمة في حيثيات حكمها: «وإذ كان الأمر كذلك وكان الواضح أن هذا الحل قد جاء استناداً إلى المادة (107) من الدستور، بسبب ما ثار من خلاف بين الحكومة السابقة ومجلس الأمة والذي أفضى إلى ما وصفه مرسوم الحل بعدم التوافق وعدم التعاون والاختلافات، فإن لازم ذلك أن يكون هذا الحل بناءً على طلب الوزارة التي ثار الخلاف بينها وبين مجلس الأمة، فإذا كانت هذه الوزارة قد قبلت استقالته بأكملها وتم تعيين رئيس جديد لمجلس الوزراء قام بتشكيل وزارة جديدة وصدر مرسوم بها، فإن الخلاف وعدم التعاون بين مجلس الأمة والحكومة السابقة يكون قد انتهى أمره وزال أثره، إلا أن الوزارة الجديدة قد استهلت أعمالها في اليوم التالي لتشكيلها بطلب حل مجلس الأمة، دون أن تبين موقف ذلك المجلس منها ومدى إمكانية التعاون بينهما، وإذ صدر مرسوم الحل بناءً على هذا الطلب مستنداً إلى «عدم التوافق» و «عدم التعاون» و «الاختلافات»، على الرغم من أن هذا السبب قد انقضى أمره بتشكيل الحكومة الجديدة وكان غير قائم وقت صدور المرسوم، فإن الحل يكون بذلك مفقداً للسبب المبرر له مخالفاً الضوابط الدستورية سالفه البيان.

وبالترتيب على ما تقدّم، يكون إجراء هذا الحل قد جاء مشوباً بالبطلان مستوجباً عدم الاعتداد به وترتيب آثاره بما يستتبعه ذلك من بطلان دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة التي جاءت بناءً على هذا الحل الباطل، كما تغدو معه إرادة الناخبين في هذه الحالة قد وردت على غير محل، إذ جاءت الانتخابات وليدة إجراءات باطلة أهدرت فيها الضوابط الدستورية على نحو ما سلف بيانه، وبالتالي يكون نعي الطاعن بهذا السبب من طعنه قائماً على أساس سليم، ومن ثم حق القضاء بإبطال عملية الانتخاب برمتها التي أجريت بتاريخ 2022/9/29 في الدوائر الخمس، وبعدم صحة عضوية من أعلن فوزهم فيها، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها أن يستعيد المجلس المنحل - بقوة الدستور - سلطته الدستورية كأن الحل لم يكن، ليكمل المدة المتبقية له أصلاً - ما لم يطرأ من الأمور خلال تلك المدة ما يقضي معها إعمال الأمير صلاحياته المقررة في هذا

الشأن - وذلك إعلاءً لنصوص الدستور، وتغليياً لأحكامه، وحفظاً لكيانه، وسلامة النظام العام الدستوري وبنائه.

ولما كان الطاعن قد أُجيب إلى طلبه الحكم ببطالان عملية الانتخاب استناداً إلى السبب الأول من أسباب طعنه، فإنه لا حاجة من بعد لبحث باقي أسباب الطعن المتعلقة بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2022 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 35 لسنة 1962 في شأن انتخابات مجلس الأمة، والرسوم بقانون رقم 6 لسنة 2022 بتعديل الجدول المرافق للقانون رقم 42 لسنة 2006 بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية لعضوية مجلس الأمة - أياً كان وجه الرأي في مدى دستورية هذين المرسومين - باعتبار أن الطعن المائل هو طعن انتخابي تنظره هذه المحكمة كمحكمة موضوع، ما دام أن البحث في دستوريتها لم يعد مؤثراً في النتيجة التي خلصت إليها المحكمة فيه.

ومن نافلة القول إن القوانين التي صدرت من مجلس الأمة - خلال فترة المجلس الذي قضى بإبطاله - تظل سارية وناظرة إلى أن يتم إلغاؤها أو يقضى بعدم دستورها.

وأخيراً انتهت المحكمة في منطوق حكمها إلى ما يأتي: «إبطال عملية الانتخاب برمتها التي أجريت بتاريخ 2022/9/29 في الدوائر الخمس، وبعدم صحة عضوية من أعلن فوزهم فيها، لبطالان حل مجلس الأمة وبطلان دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة والتي تمت على أساسها هذه الانتخابات، مع ما يترتب على ذلك من آثار، أخصها أن يستعيد المجلس المنحل من تاريخ صدور الحكم - بقوة الدستور - سلطته الدستورية كأن الحل لم يكن، وذلك على النحو الموضح بالأسباب».

المبحث الثاني

مدى اختصاص المحكمة الدستورية

الفصل في دستورية مراسيم الحل

تختص المحكمة الدستورية وفق المادة (1) من قانون إنشائها رقم 14 لسنة 1973 بالرقابة على دستورية التشريعات، أي القوانين واللوائح، فهل تملك الحق أيضاً بالفصل في مدى دستورية مراسيم حل مجلس الأمة؟

ذهب رأي إلى أن المحكمة الدستورية تملك الحق في الفصل في مدى دستورية مرسوم حل مجلس الأمة استناداً إلى أن المحكمة الدستورية إذا كانت تملك الفصل في صحة انتخاب أعضاء مجلس الأمة، فإنه من باب أولى تملك الفصل في مدى صحة البرلمان برمته، وذلك من خلال مراقبة الإجراءات التي تسبق العملية الانتخابية، ومن ضمنها مرسوم حل مجلس الأمة، كما يستند أصحاب ذلك الرأي إلى أن القضاة ملتزمون بتطبيق القوانين، كما أن الدستور هو قانون القوانين وسلطة القضاة مستمدة من الدستور الذي يعلو على القوانين، وبالتالي لا يجوز للمحكمة الدستورية أن تسع القداصة على الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية؛ لأن هذه الأعمال تخضع لرقابة القضاء وفقاً للمادتين (169) و (171) من الدستور⁽²⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية في أول حكم لها ببطالان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 443 لسنة 2011 الصادر بتاريخ 2011/12/6 والذي ترتب عليه بطالان مجلس الأمة الأول في عام 2012 حيث جاء فيه: « إن اختصاص هذه المحكمة بالفصل في هذه الطعون هو اختصاص شامل، وقد جاء نص المادة (1) من قانون إنشائها دالاً على ذلك، وبما يشمل بسط رقابتها على عملية الانتخاب برمتها للتأكد من صحتها أو فسادها، ولا خلاف في أن الانتخابات إنما ترتبط بالبداية بالالتزام بضوابطها وإجراءاتها، فإن صحت هذه الإجراءات والتزمت ضوابطها مهّدت لصحة عملية الانتخاب، وإن تسرّب إليها الخلل تزعزع الانتخاب من أساسه، وبالتالي فإن الطعن على إجراءات هذه الانتخابات

(2) محمد المقاطع، حوار أجرته معه جريدة السياسة بتاريخ 2012/1/17، وكذلك مقالة في جريدة الرأي الكويتي بتاريخ 2012/5/12 مُشار إليه لدى: يسري العصار، اتجاهات المحكمة الدستورية في الكويت ومصر في رقابة دستورية القوانين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س1، ع1، مارس 2013، ص124.

يستغرقه بحكم اللزوم اختصاص هذه المحكمة بنظره لتأثير الفصل فيه بحكم الضرورة على عملية الانتخاب».

وتستطرد المحكمة بشأن تبرير حقها بسط رقابتها على مرسوم حل مجلس الأمة بأنه لا يمكن القبول بأن تراقب المحكمة الدستورية القوانين واللوائح، بينما لا يجوز مراقبة مراسيم الحل وهي أدنى مرتبة من القوانين: « ليس من المقبول أن يسمح النظام الدستوري بالرقابة القضائية على دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح توصلاً إلى الحكم بعدم دستورية التشريعات المخالفة للدستور سواء صدرت هذه التشريعات من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية، وأن يعهد بهذا الاختصاص إلى المحكمة الدستورية، وهي جهة قضائية نص عليها الدستور في صلبه، كافلاً بها للشرعية الدستورية أسسها، مقيماً منها مرجعاً نهائياً لتفسير أحكام الدستور، ورقية على الالتزام بقواعده إعلاءً لنصوص الدستور وحفظاً لكيانه، في حين تستعصي بعض الإجراءات الممهدة لعملية الانتخاب والصادر بشأنها قرارات من السلطة التنفيذية على الفحص والتدقيق من قبل هذه المحكمة لدى مباشرة اختصاصها بنظر الطعون الانتخابية للاستيثاق من اتفاق، أو تعارض هذه الإجراءات مع الدستور، وإلا جاز التذرع بوجود مناطق من الدستور لا يجوز لهذه المحكمة أن تمت بصرها إليها فتغدو هذه القرارات -وهي أدنى مرتبة من القانون- أكثر قوة وامتيازاً من القانون نفسه»⁽³⁾.

بينما يرى فريق آخر خلاف الرأي الأول بأن المحكمة الدستورية لا تملك حق الفصل في مدى دستورية مراسيم حل مجلس الأمة، حيث إنه وفق المادة (1) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 اختصاصات المحكمة الدستورية محددة على سبيل الحصر في ثلاثة اختصاصات فقط؛ وهي: الرقابة على دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، وتفسير نصوص الدستور، والفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة، وبالتالي فإن مرسوم حل مجلس الأمة يخرج عن نطاق اختصاصاتها، بالإضافة إلى أن مرسوم حل البرلمان يعد عملاً من أعمال السيادة التي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم وليست إدارة، ولقد أخذ قضاء المحكمة الدستورية بهذه النظرية⁽⁴⁾.

(3) الطعن رقم 6، 30 لسنة 2012 الصادر بتاريخ 2012/6/20 - موقع المحكمة الدستورية الكويتية <https://www.cck.moj.gov.kw>، آخر زيارة بتاريخ: 2023/3/15.

(4) انظر: عبدالله الرميضي، تعليق على حكمي المحكمة الدستورية في الطعون رقم 6، 22، 30 لسنة 2012

ومن بين هذه الآراء فإننا نميل إلى الرأي الثاني مع تقديرنا للرأي الأول، حيث نتفق مع ما ذهب إليه فيما يتعلق بأن مراسيم حل مجلس الأمة تخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية والتي وردت على سبيل الحصر في المادة (1) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية، كما نضيف إلى ما سبق أن اختصاص الفصل في صحة انتخاب أعضاء مجلس الأمة هو اختصاص أصيل لمجلس الأمة وذلك وفق المادة (95) من الدستور: «يفصل مجلس الأمة في صحة انتخاب أعضائه ولا يعتبر الانتخاب باطلاً إلا بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس، ويجوز بقانون أن يعهد بهذا الاختصاص إلى جهة قضائية»، وبالتالي فإن مجلس الأمة فوّض المحكمة الدستورية باختصاصه الخاص بالفصل في صحة انتخاب أعضائه، وكما هو معلوم ووفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء بأن التفويض يعد استثناء من مبدأ ممارسة الاختصاص والاستثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره، إلا أن المحكمة الدستورية توسّعت في ممارسة ذلك الاختصاص عندما أخضعت مراسيم حل مجلس الأمة لرقابتها وأنها تعد من الإجراءات التي تسبق العملية الانتخابية، بينما هذه الأخيرة من وجهة نظرنا المتواضعة تشمل المراحل السابقة عليها من إعداد الجداول الانتخابية وتسجيل المرشحين بعد التحقق من توافر الشروط فيهم⁽⁵⁾.

وبالتالي فإن مرسوم حل مجلس الأمة لا يعد جزءاً من الإجراءات التي تسبق العملية الانتخابية، كما أن المحكمة الدستورية أعملت القياس بشأن بسط رقابتها على مراسيم حل مجلس الأمة، حيث أكدت بأنه إذا كانت تملك الرقابة على دستورية القوانين واللوائح فإنه يجوز لها مراقبة تلك المراسيم باعتبارها أدنى من القانون، وهذا مردود عليه بأن التفويض والاستثناء لا يجوز القياس عليه، كما أن ذلك القياس غير صحيح ولا يمكن إعماله في ظل وجود نص صريح حدّد اختصاصات المحكمة الدستورية بالفصل في دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، وأمام صراحة النص لا يمكن إعمال القياس لتبرير بسط المحكمة الدستورية رقابتها على مراسيم حل مجلس الأمة، ولكن ذلك لا يعني أن المحكمة الدستورية لا تملك بطلان مجلس الأمة، وإنما تملك ذلك متى ما شاب العملية الانتخابية مخالفات جسيمة من شأنها أن تؤدي إلى بطلان العملية الانتخابية برمتها.

القاضيين ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، س36، ع4، ديسمبر 2012.

(5) عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية - تكوينها - اختصاصاتها - إجراءاتها: دراسة تحليلية مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2005، ص 151.

وبما أننا نتحدث عن مدى اختصاص المحكمة الدستورية بالفصل في دستورية مراسيم حل مجلس الأمة، نود أن نوضح لمسألة مهمة أثارت لبساً لدى الكثير ومنهم بعض القانونيين، حيث استندوا إلى تلك المسألة بأن المحكمة الدستورية لا تختص بالفصل في مدى دستورية مراسيم حل مجلس الأمة، وذلك عندما قضت المحكمة صراحة بأن تلك المراسيم لا تخضع لرقابتها، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 2016/11/22، حيث جاء فيه: « متى كان ذلك وكان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الرقابة التي تباشرها لدى استنهاض اختصاص بنظر المنازعات الدستورية إنما ينحصر محلها في القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وكان محل الطعن المائل قد انصرف أساساً إلى (المرسوم) الصادر بحل مجلس الأمة، في حين أن هذا (المرسوم) لا يندرج في عداد التشريعات التي تصلح أن تكون محلاً للمنازعة في مدى دستورتيتها بطريق الطعن الأصلي المباشر الذي أتاحه المشرع للأفراد طبقاً للمادة (4 مكرر) المشار إليها، الأمر الذي يغدو معه هذا الطعن برمته حرياً التقرير بعدم قبوله»⁽⁶⁾.

وبناء على الحكم السابق، نجد أن المحكمة الدستورية قضت بعدم قبول الطعن على اعتبار أن مرسوم الحل لا يندرج من ضمن التشريعات التي تخضع لرقابتها مما دفع البعض باتهام المحكمة بالتناقض، ومن باب الإنصاف والأمانة العلمية نود أن نبين أن المحكمة الدستورية في الحقيقة لم تقع في تناقض كما زعم البعض، حيث إن حكمها السابق بشأن عدم اختصاصها بالفصل في مدى دستورية مراسيم الحل كان يتعلق بطعن مباشر قُدم إليها من أحد الأفراد، وذلك وفقاً للقانون رقم 109 لسنة 2014 والذي أعطى الأفراد حق الدعوى المباشرة أمام المحكمة الدستورية، بينما حكمها بعدم دستورية مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 كان بمناسبة طعن انتخابي، ولقد سبق للمحكمة بسط رقابتها على تلك المراسيم باعتبارها من المسائل المتعلقة بالإجراءات التمهيدية للانتخابات، ومن ثم يتضح لنا أن المحكمة الدستورية لم تقع في أية تناقض، وإنما كانت محقة بشأن عدم اختصاصها بنظر مراسيم حل مجلس الأمة بمناسبة طعن دستوري قُدم إليها مباشرة.

وأخيراً من خلال حكم المحكمة الدستورية محل هذه الدراسة نجد أن المحكمة

(6) طعن دستوري مباشر، غرفة المشورة، رقم 11 لسنة 2016 موقع المحكمة الدستورية.

<https://www.cck.moj.gov.kw>، آخر زيارة بتاريخ: 2023/3/15.

أكدت مجددًا على حقها ببسط رقابتها على مراسيم حل مجلس الأمة بمناسبة طعن انتخابي، ومن ثم التضييق من نطاق نظرية أعمال السيادة، حيث لم تكتفِ ببحث مدى مشروعية القيود الإجرائية لمرسوم الحل، وإنما بحثت في مشروعية أسباب ذلك الحل رغم اتفاق الفقه والقضاء المقارن على أن تلك المراسيم تعد من أعمال السيادة⁽⁷⁾. وهذه الأخيرة يعرفها الفقه بأنها طائفة من أعمال السلطة التنفيذية لا تخضع لرقابة القضاء، حيث تعد استثناء من مبدأ المشروعية⁽⁸⁾.

(7) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ت، ص 40. محمد رفعت عبدالوهاب وحسين عثمان، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 207.

(8) محمد محمد بدران وعبدالحفيظ الشيمي، الوجيز في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 129.

المبحث الثالث

التعليق على حكم المحكمة الدستورية رقم 11 لسنة 2022

سوف نتناول في هذا المبحث التعليق على حكم المحكمة الدستورية رقم 11 لسنة 2022 بشأن بطلان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 والذي ترتب عليه بطلان مجلس الأمة الذي تم انتخاب أعضائه بتاريخ 2022/9/29 وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تنص المادة (107) من الدستور الكويتي على أنه : « للأمر أن يحل مجلس الأمة بمرسوم يبين فيه أسباب الحل، على أنه لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى...»، ومن خلال النص السابق نجد أن المشرع الدستوري أعطى للأمر سلطة بشأن مرسوم حل مجلس الأمة، ولم يضع عليه بصدد ممارسة تلك الأداة سوى قيود شكلية، وهي أن تكون أداة الحل المرسوم الأميري، وأن يتم تسبيب ذلك الحل، وألا يكون الحل لذات الأسباب مرة أخرى، وهو الأمر الذي يتفق مع فلسفة الدستور الكويتي الذي أراد للأمر أن يكون له سلطات حقيقية وفعالية⁽⁹⁾، وهو الأمر الذي أكدته المذكرة التفسيرية للدستور حيث جاء فيها : « لم يقيد الدستور استعمال الحكومة لحق الحل بأي قيد زمني كما فعلت بعض الدساتير البرلمانية اكتفاء بالقيد التقليدي المهم الذي بمقتضاه إذا حل المجلس لا يجوز حله لذات الأسباب مرة أخرى»، ويتضح مما جاء في المذكرة التفسيرية للدستور والتي لها قيمة قانونية ملزمة ومتمة لنصوص الدستور إلى أن القيد الوحيد على السلطة بشأن حل مجلس الأمة هو عدم جواز حله لذات الأسباب مرة أخرى، إلا أن المحكمة الدستورية في هذا الحكم - محل التعليق - بسطت رقابتها بشأن تقدير بواعث وأسباب الحل ومدى قيامه وتحقيقها، وبالتالي لم تكف بالرقابة على الإجراءات الشكلية لمرسوم الحل، وإنما امتدت إلى مراقبة الأسباب الموضوعية لمرسوم حل مجلس الأمة، ونعتقد أن المحكمة الدستورية تملك ذلك، حيث إن مرسوم الحل بالنهاية بمثابة قرار إداري، ويحق للمحكمة بحث ما إذا توافر فيه ركن السبب من عدمه، ولا شك أن موقف المحكمة الدستورية ببسط رقابتها لبحث الأسباب الموضوعية لمرسوم حل مجلس الأمة من شأنه تعزيز فكرة الرقابة الدستورية من ناحية، وإعلاء مبدأ الشرعية الدستورية من ناحية أخرى.

(9) يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1970 - 1971 ص 192.

ثانياً: أسست المحكمة الدستورية حكمها ببطلان ذلك المرسوم على أن الخلاف وعدم التعاون مع مجلس الأمة كان مع الحكومة السابقة برئاسة الشيخ صباح الخالد، وأن هذا الخلاف قد انتهى وزال أثره بزوال تلك الحكومة، وبالتالي لا يحق للحكومة الجديدة برئاسة الشيخ أحمد نواف الصباح فور تشكيلها برفع مرسوم حل مجلس الأمة باعتبار أن هذه الوزارة جديدة ولا يوجد خلاف بينها وبين مجلس الأمة، الأمر الذي يترتب عليه انتفاء السبب في مرسوم الحل، وبالتالي بطلانه، ومن ثم بطلان مجلس الأمة، ونحن نرى خلاف ما ذهب إلىه المحكمة الدستورية ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة 2020، ونعتقد بصحة إجراءات الحل، وذلك وفقاً للأسباب القانونية الآتية:

1 - إن حل مجلس الأمة 2020 جاء بناء على رغبة أميرية وفقاً للمادة (107) من الدستور، والتي تعطي الحق للأمير سلطة حل مجلس الأمة لاعتبارات يقدرها سموه، وليس للحكومة الجديدة أية علاقة بشأن الحل، والدليل على ذلك أن سمو ولي العهد عبّر عن هذه الرغبة من خلال خطابه المتلفز إلى الشعب بتاريخ 2022/6/22 بينما الحكومة الجديدة تشكلت بتاريخ 2022/7/24 وكما هو معلوم لا يمكن أن يتحقق رغبة الأمير بحل مجلس الأمة إلا من خلال المرسوم الأميري والذي يجب أن يتم رفعه إلى الأمير من قبل الوزارة، وذلك كله تطبيقاً للدستور الكويتي والذي يقضي بأن الأمير يمارس سلطاته من خلال وزرائه، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا من خلال توقيع الحكومة على المرسوم تحقيقاً لرغبة سمو الأمير، وبالتالي الحديث عن عدم وجود خلافات أو عدم تعاون ما بين الحكومة الجديدة ومجلس الأمة 2022 ومن ثم الحكم ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة يعد تقييداً ومصادرة لحق الأمير في ممارسة سلطته بشأن حل مجلس الأمة، وتجاهل للاعتبارات السابقة على تشكيل الحكومة والتي تؤكد رغبة الأمير بحل المجلس.

2 - إن المحكمة الدستورية في حكمها محل الدراسة قد تغوّلت على اختصاصات السلطة التنفيذية ممثلة بالأمير والحكومة، وهو الأمر الذي يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات وفق المادة (50) من الدستور الكويتي، وذلك عندما اختزلت سبب حل مجلس الأمة بعدم وجود خلاف بين الحكومة الجديدة برئاسة الشيخ أحمد نواف الصباح ومجلس الأمة، وأن الخلاف كان مع الحكومة السابقة برئاسة الشيخ صباح خالد الصباح، حيث فسّرت المحكمة أن ما جاء في سبب مرسوم الحل من

عدم توافق وعدم تعاون هو ما بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، بينما قد يكون السبب بشأن عدم التوافق وعدم التعاون ما بين أعضاء السلطة التشريعية أنفسهم، والدليل على ذلك أنه أول مرة في تاريخ التجربة الديمقراطية في الكويت يتم تقديم طلب من قبل بعض أعضاء مجلس الأمة بعزل رئيس مجلس الأمة، بالإضافة إلى قيام بعض الأعضاء بالاعتصام داخل مبنى مجلس الأمة كوسيلة للتعبير عن استيائهم واحتجاجهم ضد ممارسات السلطة التنفيذية وبعض أعضاء مجلس الأمة، ونلاحظ هنا أن المحكمة الدستورية حلت إرادتها إرادة السلطة التنفيذية في تفسير مضمون أسباب الحل، وهو الأمر الذي يتعارض مع حدود الرقابة القضائية، ويتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات.

3 - إن المحكمة الدستورية أسست حكمها بعدم دستورية مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 ومن ثم إبطال المجلس إلى عدم وجود خلاف بين الحكومة الجديدة ومجلس الأمة، وهو سبب وحيد استندت إليه المحكمة الدستورية، بينما المرسوم السابق اشتمل على أكثر من سبب، حيث جاء فيه ما يأتي : «تصحيحاً للمشهد السياسي وما فيه من عدم توافق وعدم تعاون واختلافات وصراعات وتغليب المصالح الشخصية وعدم قبول البعض للبعض الآخر وممارسات وتصرفات تهدد الوحدة الوطنية، وجب اللجوء إلى الشعب باعتبار المصير والامتداد والوجود ليقوم بإعادة تصحيح المسار بالشكل الذي يحقق مصالحه العليا».

وبناء على ما سبق، نجد أن مرسوم الحل لم يستند إلى سبب واحد وإنما إلى أسباب عدة منها على سبيل المثال: الممارسات والتصرفات التي تهدد الوحدة الوطنية، ونعتقد أن هذا السبب وحده كفيلاً لصدور مرسوم بحل مجلس الأمة، إلا أن المحكمة الدستورية تجاهلت تلك الأسباب رغم أن أحدها كفيلاً بتسبب حل المجلس، الأمر الذي يؤكد تغوّل المحكمة الدستورية على اختصاصات السلطة التنفيذية.

4 - جاء في حيثيات حكم المحكمة الدستورية محل الدراسة بشأن تسبب حكمها ببطالان مرسوم حل مجلس الأمة بأن الحكومة الجديدة والتي يرأسها الشيخ أحمد نواف الصباح لم تكن على خلاف حقيقي مع مجلس الأمة، بل حيث كان الخلاف مع الحكومة السابقة والتي يرأسها الشيخ صباح خالد الصباح، ولقد فات المحكمة

الدستورية أن الشيخ أحمد نواف الصباح كان النائب الأول لرئيس مجلس الوزراء في الحكومة السابقة، بالإضافة إلى أحد عشر وزيراً، مما يعني أن الحكومة الجديدة كانت مدركة لهذه الخلافات، وترتيباً عليها لا يمكن التعاون والعمل مع مجلس الأمة مما يعطيها الحق في رفع مرسوم حل المجلس إلى سمو الأمير، ومن ثم صدور ذلك المرسوم.

5 - إن المحكمة الدستورية أسست حكمها ببطالان مرسوم حل مجلس الأمة إلى عدم وجود خلاف بين الحكومة الجديدة برئاسة الشيخ أحمد نواف الصباح ومجلس الأمة، وهو الأمر الذي يتعارض مع النظام البرلماني بشأن التوازن بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وكما هو معلوم فإن الدستور الكويتي يتبنى النظام البرلماني، وكذلك النظام الرئاسي، ولكنه انعطف أكثر نحو النظام البرلماني⁽¹⁰⁾ خصوصاً فيما يتعلق بالعلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ووفق ذلك النظام فإن الحكومة لا تستطيع ممارسة اختصاصاتها قبل أن تحظى على ثقة البرلمان دون حاجة للحديث عن ضرورة وجود خلاف حقيقي بين السلطتين، بل إنه وفقاً لقواعد المسؤولية السياسية الوزارية في النظام البرلماني يكفي للبرلمان أن يسحب الثقة من الحكومة لمجرد أنها لا تحقق رغبات الأغلبية في البرلمان دون أن يستدعي ذلك وجود خلاف حقيقي بين السلطتين.

وبالتالي فإذا كانت السلطة التشريعية تملك ذلك فإن السلطة التنفيذية أيضاً تملك ذلك الحق تطبيقاً لمبادئ النظام البرلماني⁽¹¹⁾ والذي يأخذ بها الدستور الكويتي بشأن تحقيق التوازن ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الدستورية في ذات الحكم محل الدراسة بشأن بطالان مرسوم حل مجلس الأمة، حيث جاء فيه: «وحيث إن هذا النعي شديد وذلك أن المادة (107) من الدستور تنص على أن «للامير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم يبين فيه أسباب الحل، على أنه لا يجوز حل المجلس بذات الأسباب مرة أخرى، وإذا حل المجلس وجب إجراء الانتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل، فإن لم تجر الانتخابات خلال تلك

(10) د. محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، 2020، ص 142.

(11) د. أحمد سلامة بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، دراسة مقارنة (مصر - فرنسا - إنجلترا) دار النهضة العربية، 2003، ص 59.

المدة يسترد المجلس المنحل كامل سلطاته الدستورية ويجتمع فوراً كأن الحل لم يكن، ويستمر في أعماله إلى أن ينتخب المجلس الجديد»، والمستفاد من ذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن حل مجلس الأمة هو حق دستوري مقرر للسلطة التنفيذية، أو يعتبر أحد السبل لإحكام المعادلة والتوازن بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية».

ثالثاً: إن قضاء المحكمة الدستورية في الحكم محل الدراسة يتناقض مع حكم سابق لها بمناسبة طعن انتخابي بشأن بطلان مرسوم حل مجلس الأمة 2012، حيث بينت المحكمة الدستورية صراحة أن نطاق اختصاصها بشأن بحث مدى دستورية مراسيم الحل يقتصر على القيود الإجرائية دون أن يمتد ذلك إلى بواعث وملاءمة إصدار تلك المراسيم: «إن الواضح من نعي الطاعنة في هذا الشق من طلبه أن نطاقه قد اقتصر على الإجراءات التي اتخذتها السلطة التنفيذية في حل مجلس الأمة، وكذا في دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة قولاً من الطاعنة بأن هذه الإجراءات والتي مهّدت إلى هذه الانتخابات قد خالفت القيود الإجرائية المنصوص عليها في الدستور. وفي هذا النطاق وحده يقتصر نعيها في هذا الشق في طلبها ولا يتعدّاه إلى البحث في الملاءمات أو التغلغل في بواعث إصدار هذين المرسومين، أو التدخل في الولاية المنفردة للسلطة التنفيذية والتي لا تخوّل للقضاء الحلول محلها فيما قصره الدستور عليها»⁽¹²⁾.

ونلاحظ من خلال الحكم السابق أن المحكمة قيّدت نطاق اختصاصها في مسألة بحث مدى دستورية مراسيم الحل بالقيود الإجرائية دون الموضوعية، إلا أنها في الحكم محل الدراسة لم تكتفِ بوجود سبب الحل، وإنما ذهبت إلى تقييم ذلك السبب ومدى منطقيته، بل نجد أن هناك حكم آخر للمحكمة الدستورية يتعلّق بأحد الطعون الانتخابية أفصحت فيه المحكمة صراحة إلى أنها لا تتدخل في تقدير وبواعث مرسوم حل مجلس الأمة: «وإنه وإن كان الدستور لم يقيّد استعمال الحكومة لحق الحل بأي قيد زمني فلها أن تتخيّر توقيته وتقدير مناسباته، إلا أن الدستور أحاط الحل - نظراً لخطورته - ببعض القيود والضمانات، فيجب أن يكون حل مجلس الأمة بمرسوم يبيّن فيه أسباب الحل، وهو أمر يتطلّب معه أن يُوقّع مرسوم الحل مع الأمير رئيس مجلس الأمة حتى يتحمّل مسؤوليته السياسية عن هذا التصرف، وإنه إذا حلّ المجلس بسبب ما، فلا يجوز حل

(12) حكم المحكمة الدستورية في الطعين رقم 6 و30 لسنة 2012، طعن انتخابي، الصادر بتاريخ 2012/6/20، منشور على موقع المحكمة: <https://www.cck.moj.gov.kw>، آخر زيارة بتاريخ: 2023/3/15.

المجلس الجديد لذات السبب الذي حُل من أجله المجلس السابق له، ولهذه المحكمة أن تُبأشر رقابتها على المرسوم الصادر بالحل للتأكد من مدى التزامه بالقيود والضوابط الدستورية سالفة البيان، إعلاءً لمبدأ الشرعية الدستورية دون التدخل في تقدير بواعث ودواعي ذلك الحل»⁽¹³⁾.

ويتضح من الحكم السابق أن المحكمة الدستورية أفصحت صراحة إلى أن رقابتها لا تمتد إلى تقدير وبواعث مرسوم حل مجلس الأمة إلا أنها في حكمها محل الدراسة خالفت ذلك النهج، حيث قامت في تفسير أسباب الحل وتقييمها ومدى صحة هذه الأسباب ومنطقيتها دون أن تكشف صراحة العدول عن اتجاهها السابق، ولا شك أن هذا النهج محمود مما يترتب عليه من تحقيق مبدأ سمو الدستور.

رابعاً : انتهت المحكمة الدستورية في حيثيات حكمها إلى أن القوانين الصادرة في مجلس الأمة 2022 تظل سارية ونافاذة ما لم يتم إلغاؤها أو يقضى بعدم دستورتها : «ومن نافلة القول إن القوانين التي صدرت من مجلس الأمة - خلال فترة المجلس الذي قُضي بإبطاله - تظل سارية ونافاذة إلى أن يتم إلغاؤها أو يقضى بعدم دستورتها»، وبناء على ما سبق، نجد أن المحكمة الدستورية أضفت المشروعية على تلك القوانين رغم حكمها بإبطال المجلس، وذلك خلافاً للقاعدة الأصولية ما بُني على باطل فهو باطل⁽¹⁴⁾، كما أنها في ذات الوقت لم تبين الأسباب القانونية لإضفاء المشروعية على تلك القوانين رغم أنه كان بإمكانها أن تؤسس ذلك استناداً إلى فكرة الموظف الفعلي أو المجلس الفعلي رعاية للوضع الظاهر وحماية للغير حسن النية، بالإضافة إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد⁽¹⁵⁾، إلا أن المحكمة لم تفعل، حيث اكتفت بصحة تلك القوانين دون تبيان الأساس القانوني لذلك⁽¹⁶⁾.

(13) حكم المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 2016، طعن انتخابي، الصادر بتاريخ 2017/5/3

<https://www.cck.moj.gov.kw>، آخر زيارة بتاريخ: 2023/3/15.

(14) عبدالمعظم محفوظ، القضاء الدستوري في مصر: دراسة تأصيلية مقارنة للرقابة على دستورية القوانين في الدول المعاصرة مع تحليل حكم المحكمة الدستورية العليا الأخير في مصر، د.ن، القاهرة، 1991، ص 361.

(15) يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 283.

(16) يذهب بعض الفقه إلى أنه من أجل التوازن ما بين استقرار المراكز القانونية وبين الآثار المترتبة على حكم المحكمة الدستورية بطلان البرلمان أن يقتصر الحكم على تحصين قوانين وقرارات البرلمان

المبحث الرابع

تساؤلات وحلول دستورية

سوف نتناول في هذا المبحث بعض التساؤلات المهمة والتي طُرحت بعد صدور حكم المحكمة الدستورية ببطالان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022، وكذلك الحلول التي من الممكن اللجوء إليها حتى لا يتم تكرار بطلان مجلس الأمة خصوصاً أن البطلان الأخير هو البطلان الثالث في ظرف عقد من الزمان وذلك في مطلبين.

المطلب الأول

تساؤلات دستورية يثيرها حكم البطلان

بعد صدور حكم المحكمة الدستورية ببطالان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 طرحت بعض التساؤلات المهمة والتي سوف نعرض لها ونجيب عنها وذلك على النحو الآتي:

أولاً: هل يستكمل مجلس الأمة 2020 مدته الدستورية والتي تنتهي في 2024/12/14 أم يتم مد فصله التشريعي وذلك باحتساب المدة الزمنية الواقعة ما بين حل المجلس وصدور حكم المحكمة الدستورية ببطالان مرسوم الحل رقم 136 لسنة 2022؟

نرى أن المجلس يستكمل مدته الدستورية والتي تنتهي بتاريخ 2024/12/14، حيث لا يجوز مد الفصل التشريعي للمجلس في هذه الحالة، حيث إنه وفق الدستور الكويتي لا يجوز مد الفصل التشريعي إلا وفق الشروط الآتية ألا وهي: أن تكون الدولة في حالة حرب، وأن تكون هناك حالة ضرورة تبرر ذلك، وأن يكون المد بقانون يصدر من مجلس الأمة⁽¹⁷⁾،

المبطل من حقوق ومراكز قانونية استقرت بمدة تقادم أو أحكام حازت قوة الأمر المقضي. انظر: محمود عاطف البناء، مفاهيم أساسية حول الحكم ببطالان تشكيل مجلس الشعب وكيفية تنفيذه، مجلة القضاة، القاهرة، عدد يناير- يونيو 1990، ص 85. وكذلك: محمد صلاح عبدالبديع السيد، الدور السياسي للقاضي الدستوري: دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام الدستورية ذات الصبغة السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 126 و 127.

(17) المادة (83) من الدستور الكويتي تنص على: «مدة مجلس الأمة أربع سنوات ميلادية من تاريخ أول اجتماع له، ويجري التجديد خلال الستين يوماً السابقة على نهاية تلك المدة، مع مراعاة حكم المادة (107) والأعضاء الذين تنتهي مدة عضويتهم يجوز إعادة انتخابهم، ولا يجوز مد الفصل التشريعي إلا لضرورة في حالة الحرب، ويكون هذا المد بقانون».

وحتى يتم مد الفصل التشريعي لا بد من تحقق جميع الشروط السابقة، حيث لا يكفي تحقق أحدها، بالإضافة إلى ما سبق، فإن ما يبرر تعويض مجلس الأمة 2020 مدة حله هو عدم وجود مجلس للأمة، بينما كان بعد الحل هناك مجلس 2022 الأمر الذي يعني استمرار المؤسسة التشريعية وعدم تعطيلها، وبالتالي لا يمكن الحديث عن مد الفصل التشريعي لمجلس 2020 لانتفاء فكرة تعطيل مجلس الأمة، وهي الفكرة التي بررت عدم احتساب مدة تعطيل مجلس الأمة لمدة شهر من ضمن دور الانعقاد، وذلك وفقاً للمادة (106) من الدستور الكويتي: «للاّمر أن يؤّجل بمرسوم اجتماع مجلس الأمة لمدة لا تتجاوز شهراً ولا يتكرر التأجيل في دور الانعقاد الواحد إلا بموافقة المجلس ولمدة واحدة ولا تُحسب مدة التأجيل ضمن فترة الانعقاد».

ثانياً: من التساؤلات التي تطرح نفسها أن هناك من طالب الفتوى والتشريع بأن تقدّم التماساً بإعادة النظر بحكم المحكمة الدستورية بإبطال مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022⁽¹⁸⁾ ونرى بعدم جواز ذلك، حيث إن أحكام المحكمة الدستورية سواء كانت بوصفها محكمة دستورية أو محكمة طعون انتخابية تعد أحكاماً باتة، وتحوز على حُجية مطلقة في مواجهة كافة السلطات وسائر المحاكم، وذلك وفقاً للمادة (1) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 «تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية، وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم».

وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الدستورية في أكثر من حكم ومنها ما جاء فيه: «حيث إنه من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن أحكام المحكمة الدستورية بحسب طبيعتها نهائية لا تقبل تعقيماً ولا تعديلاً أو تبديلاً، وأنه بإصدارها تكتسب الحُجية بما يحول دون مراجعتها فيها أو المجادلة في شأنها أو السعي لنقضها باعتبار أن هذه المحكمة من حيث اختصاصها جهة قضائية وحيدة لم يجز المشرع الطعن على أحكامها بأي طريق من طرق الطعن بما فيها التماس إعادة النظر إدراكاً

(18) السيد محمد المطير - نائب رئيس مجلس الأمة المبطل 2022، جريدة الجريدة، العدد الصادر بتاريخ 2023/3/27.

من المُشَرَّع لضرورة تأمين دواعي استقرار القواعد الدستورية ووضع حد للتقاضي، والحيلولة دون تجديد النزاع بلا نهاية»⁽¹⁹⁾.

كما أن هناك أصوات نادت بضرورة رفع دعوى بطلان ضد حكم المحكمة الدستورية، ونعتقد أن أحكام المحكمة الدستورية تخضع لدعوى البطلان وفق المادة (102) من المرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما يمكن رفع تلك الدعوى في حال تجرد الحكم من مقوماته وأركانه الأساسية، بحيث يفقد صفته كحكم قضائي، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الدستورية في دعوى بطلان سابقة ضد أحد أحكامها، حيث جاء فيه: «وأنه وإن أجاز استثناء الطعن بدعوى بطلان أصلية في الأحكام الصادرة بصفة نهائية، إلا أن طريق هذا الطعن الاستثنائي لا يكون إلا في حالات البطلان المنصوص عليها في المادة (102) من قانون المرافعات، أما في غير هذه الحالات فإن هذا الاستثناء يجب أن يقف عند الحالات التي تمثل إهداراً للعدالة، وتنطوي على عيب جوهري جسيم يشوب الحكم، وأن يكون هذا العيب وليد خطأ فادح يبين غير مستور، ينبئ في وضوح عن ذاته، كاشفاً عن أمره، من شأنه أن يجرد الحكم من مقوماته وأركانه الأساسية، ويفقده كيانه وصفته كحكم قضائي»⁽²⁰⁾.

ونرى أن الشروط السابقة التي تطلبها المحكمة الدستورية في الحكم أعلاه لا تتحقق في حكم المحكمة الدستورية محل هذا البحث.

ثالثاً: لقد انتهى حكم المحكمة الدستورية ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 استناداً إلى انتفاء سبب الحل، حيث لا يوجد خلاف بين حكومة الشيخ أحمد نواف الصباح ومجلس الأمة، وإنما كان الخلاف مع الحكومة السابقة برئاسة الشيخ صباح خالد الصباح، وهنا نتساءل: هل يعني ذلك أن الحكومة القادمة فور تشكيلها وبعد أدائها اليمين الدستورية أمام الأمير لا تملك حق رفع مرسوم حل مجلس الأمة إلى سمو الأمير؟

(19) الطلب رقم 1 لسنة 2018، التماس إعادة النظر - في الحكم الصادر في القضية المقيدة في سجل المحكمة الدستورية رقم 5 لسنة 2017 دستوري الصادر بتاريخ 2018/4/18، وانظر كذلك: طلب التماس إعادة النظر رقم 1 لسنة 2004 دستوري بتاريخ 2004/4/3 - موقع المحكمة الدستورية <https://www.cck.moj.gov.kw>، آخر زيارة بتاريخ: 2025/3/15.

(20) الطعن رقم 46 لسنة 2008 دعوى بطلان أصلية جلسة 25 نوفمبر 2008، موقع المحكمة الدستورية <https://www.cck.moj.gov.kw>، آخر زيارة بتاريخ: 2025/3/15.

نرى بكل تأكيد أن الحكومة القادمة تملك ذلك بمجرد أدائها اليمين الدستورية أمام الأمير، حيث يكفي لها أن تأتي بأي سبب لا يمتُّ بصلّة فيما يتعلّق بالخلاف أو عدم التعاون بينها وبين مجلس الأمة، وهو الأمر الذي يتفق مع سلطة الأمير في حل مجلس الأمة والذي أكدته المحكمة الدستورية صراحة في حكم الإبطال ذاته : «ومن ثم حق القضاء بإبطال عملية الانتخاب برمتها التي أجريت بتاريخ 2022/9/29 في الدوائر الخمس، وبعدم صحة عضوية من أعلن فوزهم فيها مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها أن يستعيد المجلس المنحل - بقوة الدستور - سلطته الدستورية كأن الحل لم يكن ليكمل المدة المتبقية له أصلاً - ما لم يطرأ من الأمور خلال تلك المدة ما يقتضي معها إعمال الأمير صلاحياته المقررة في هذا الشأن»، بل نرى أنها تملك ذلك الحق حتى في حال لم تقسم الحكومة أمام مجلس الأمة، حيث إن بمجرد قسمها أمام سمو الأمير تثبت لها الصلاحية كسلطة تنفيذية وتنعقد لها الاختصاصات التنفيذية، ومن ثم تستطيع ممارسة كل اختصاصاتها التنفيذية وعلى رأس هذه الاختصاصات سلطة إصدار المراسيم بما فيها مرسوم حل مجلس الأمة وفقاً للمادة (107) من الدستور⁽²¹⁾.

وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الدستورية في حكم لها صدر بمناسبة طعن انتخابي، حيث جاء فيه: « كما لا وجه - للتحدي ببطالان هذا المرسوم بمقولة عدم أداء الوزراء اليمين الدستورية أمام مجلس الأمة - بما من شأنه أن يغل يد السلطة التنفيذية عن ممارسة الحق المقرر لها في الدستور بإجراء هذا الحل ليس إلا للتشبيث بظاهر النصوص دون النظر إلى جوهرها ومبناها، ولا نكران في أن الوزراء في هذه الوزارة قد قاموا بأداء اليمين الدستورية أمام الأمير قبل ممارسة صلاحياتهم كأعضاء في السلطة التنفيذية طبقاً لما يقضي به الدستور في المادة (126) منه، وإذ جاءت دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الأمة بناء على هذا الحل، فإن النعي على المرسوم رقم 241 لسنة 2012 والمرسوم (258) لسنة 2012 يكون على غير أساس سليم»⁽²²⁾.

رابعاً: هل أعضاء مجلس الأمة 2022 تثبت لهم صفة العضوية حتى بعد صدور حكم المحكمة الدستورية ببطالان المجلس؟

(21) خالد فايز الحويلة، دراسة قانونية حول حق الحكومة برفع مرسوم حل مجلس الأمة لسمو الأمير رغم عدم تأدية القسم أمام مجلس الأمة، جريدة الوطن، بتاريخ 2012/9/26.

(22) حكم المحكمة الدستورية (طعن انتخابي) رقم 15 لسنة 2012 الصادر بتاريخ 2013/6/16، موقع المحكمة الدستورية <https://www.cck.moj.gov.kw>، آخر زيارة بتاريخ: 2023/3/15.

بالتأكيد لا تثبت لهم صفة العضوية، حيث تم إبطال المجلس، كما أن منطوق حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية رسوم حل مجلس الأمة 136 لسنة 2022 أكد على بطلان تلك العضوية وعدم صحتها، حيث جاء فيه: « حكمت المحكمة بإبطال عملية الانتخاب برمتها التي أجريت بتاريخ 2022/9/29 في الدوائر الخمس، وبعدم صحة عضوية من أعلن فوزهم فيها لبطلان حل مجلس الأمة... »، وهذه الإجابة ترتب سؤالاً آخر وهو: هل يتوجب على أعضاء المجلس المبطل استرجاع المكافآت التي تحصلوا عليها بسبب عضويتهم التي أبطلت فيما بعد؟

نعتقد أنه لا يجب عليهم رد هذه المكافآت، بل هم يستحقونها رغم حكم المحكمة الدستورية بإبطال المجلس، وذلك استناداً إلى القاعدة القانونية المستقرة أن الأجر مقابل العمل، حيث كان الأعضاء يقومون بتلك الفترة بواجبات العضوية من حضور الجلسات ولجان المجلس والتصويت على القوانين، وبالتالي كانوا يستحقون تلك المكافآت نظير الأعمال التي قاموا بها.

خامساً: من التساؤلات التي طُرحت أيضاً هو في حال تقديم عدد كبير من أعضاء مجلس الأمة 2020 استقالاتهم هل سترتب على ذلك حل المجلس؟

والإجابة عن هذا السؤال بأن الدستور الكويتي لم يأخذ بهذه الفكرة والتي من شأنها يترتب عليه حل البرلمان، كما أن الدستور الكويتي نص صراحة على وجوب إجراء الانتخابات التكميلية في حال استقالة عضو أو أكثر من المجلس طالما لم تقع هذه الاستقالة خلال الستة أشهر السابقة على انتهاء الفصل التشريعي للمجلس: « إذا خلا محل أحد أعضاء مجلس الأمة قبل نهاية مدته لأي سبب من الأسباب انتخب بدله في خلال شهرين من تاريخ إعلان المجلس هذا الخلو وتكون مدة العضو الجديد لنهاية مدة سلفه، وإذا وقع الخلو في خلال ستة أشهر السابقة على انتهاء الفصل التشريعي للمجلس فلا يجري انتخاب عضو بديل »، ومن خلال النص السابق نجد أن الدستور الكويتي لم يتبن فكرة الحل التلقائي.

المطلب الثاني

الحلول القانونية لتحسين مجلس الأمة من الإبطال

يعد هذا الإبطال لمجلس الأمة الإبطال الثالث من قبل المحكمة الدستورية، وذلك في ظرف عقد من الزمان، وهو الأمر الذي يؤكد أن هناك أزمة حقيقية بصدور ذلك، لذلك صدرت دعوات كثيرة تنادي بضرورة إنشاء مفوضية عليا للانتخابات حتى لا تتكرر عملية إبطال مجلس الأمة مستقبلاً، ونحن نؤيد هذه الدعوات لأن من شأنها استمرار المؤسسة التشريعية واستقرارها، إلا أن مسألة إنشاء تلك المفوضية بحد ذاته ليس حلاً لتحسين مجلس الأمة مستقبلاً من البطلان، وإنما الأمر يتوقف على طبيعة اختصاصات تلك المفوضية وأهمها منح هذه اللجنة مهمة الإشراف على العملية الانتخابية برمتها، مع أحقيتها بمراقبة جميع الإجراءات التي تسبق العملية الانتخابية، وأن ينص قانون إنشائها صراحة على حق تلك اللجنة بمراقبة مراسيم حل مجلس الأمة، وكذلك مراسيم الدعوة لانتخابات مجلس أمة جديد، بحيث تملك هذه المفوضية سلطة فحص مدى دستورية تلك المراسيم قبل إجراء الانتخابات، أي تمارس الرقابة المسبقة والتي من شأنها بكل تأكيد تحسين العملية الانتخابية، ومن ثم تحسين مجلس الأمة من البطلان فيما بعد، والرقابة المسبقة من شأنها تحقيق ذلك، حيث يترتب عليها عدم جواز الطعن على الإجراءات السابقة على الانتخابات بعد الإعلان عن نتائجها، وكذلك لا بد أن تشكل تلك المفوضية من قبل رجال القضاء، وذلك ضماناً لشفافية ونزاهة العملية الانتخابية، كما نعتقد أن ذلك الحل يمكن أن يتحقق من خلال المحكمة الدستورية، وذلك من خلال صدور تشريع يعطي تلك المحكمة بسط رقابتها المسبقة على إجراءات العملية الانتخابية وأخصها مراسيم الحل والدعوة لانتخابات مجلس الأمة، الأمر الذي سوف يترتب عليه تحسين مجلس الأمة من الإبطال مستقبلاً، الأمر الذي يحقق استقرار واستمرار المؤسسة التشريعية، وكذلك من الحلول المتاحة والتي لا نجدها استرداد مجلس الأمة لاختصاصه الأصيل من المحكمة الدستورية بشأن الفصل في صحة انتخاب أعضائه، حيث إن المحكمة الدستورية تبسط رقابتها على مراسيم حل مجلس الأمة من خلال الطعون الانتخابية لمجلس الأمة، وبالتالي فإن استرداد ذلك الاختصاص لمجلس الأمة سوف يترتب عليه حرمان المحكمة الدستورية من بسط رقابتها على مراسيم حل مجلس الأمة من خلال الطعون الانتخابية.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة حكم المحكمة الدستورية رقم 11 لسنة 2023 والذي انتهى منطوقه إلى بطلان مجلس الأمة 2022 استناداً إلى بطلان مرسوم حل مجلس الأمة رقم 136 لسنة 2022 بحيث لم تكتفِ المحكمة الدستورية ببسط رقابتها على القيود الإجرائية التي تتعلق بمرسوم حل مجلس الأمة، وإنما مدّت نطاق رقابتها إلى بحث الأسباب الموضوعية لحل مجلس الأمة، والتي بناء عليها قضت ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة 2020، ومن ثم بطلان مجلس الأمة 2022، كما أن المحكمة الدستورية في هذا الحكم لم تبحث الطعن بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2022 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 25 لسنة 1962 في شأن انتخابات مجلس الأمة، والمرسوم بقانون رقم 6 لسنة 2022 بتعديل الجدول المرافق للقانون رقم 42 لسنة 2006 بإعادة تحديد الدوائر الانتخابية لعضوية مجلس الأمة، حيث اكتفت ببطلان مجلس الأمة استناداً إلى مرسوم حل المجلس، وبالتالي رأت المحكمة أنه لا حاجة بعد ذلك لبحث باقي أسباب الطعن، وإن كنا نرى أنه كان أسهل على المحكمة الدستورية من الناحية القانونية القضاء ببطلان مجلس الأمة استناداً إلى انتفاء حالة الضرورة عن تلك المراسيم بدلاً من أن تقضي بعدم دستورية مرسوم حل مجلس الأمة، وإن كان ذلك سوف يؤدي في النهاية إلى ذات النتيجة من حيث بطلان مجلس الأمة، ولكن الفارق هنا أن ذلك لا يترتب عليه عودة مجلس الأمة 2020 وإنما بطلان المجلس، ومن ثم ضرورة صدور مرسوم أميري بالدعوة لانتخاب مجلس أمة جديد خلال شهرين من تاريخ صدور الحكم، كما نرى أن المحكمة الدستورية لم تراعى مبدأ الأمن القانوني من حيث استقرار المؤسسة التشريعية واستقرارها، وذلك عندما أهدرت الإرادة الشعبية الحرة التي جاءت بهذا المجلس، وذلك عندما قضت بإبطاله نتيجة سبب موضوعي وليس إجرائياً كيّفت المحكمة الدستورية أنه يشكل مخالفة للدستور.

ومن خلال هذه الدراسة نستخلص النتائج الآتية:

أولاً: رقابة المحكمة الدستورية على مراسيم حل مجلس الأمة لم تعد تقتصر على القيود الإجرائية، وإنما امتدت أيضاً لتشمل القيود الموضوعية المتعلقة بأسباب ومبررات الحل.

ثانياً: استكمال مجلس الأمة 2020 مدته القانونية دون أن يكون هناك مد لهذه المدة من أجل تعويض فترة الحل الواقعة من تاريخ صدور مرسوم حل مجلس الأمة 2020 وحتى صدور حكم المحكمة الدستورية بإبطال مجلس الأمة.

ثالثاً: إن القوانين الصادرة من مجلس الأمة تعد قوانين قائمة ومنتجة لآثارها ما لم يتم تعديلها من قبل مجلس الأمة فيما بعد أو القضاء بعدم دستورتها في حال شابها عوار دستوري.

وأخيراً: نقّدم هذه التوصية والتي من شأنها عدم تكرار إبطال مجلس الأمة، ومن ثم تحصين المؤسسة التشريعية، وذلك من خلال إنشاء مفوضية عليا للانتخابات يتم تشكيلها من الجسم القضائي دون تدخّل من السلطة التشريعية والتنفيذية بصدد تشكيلها بحيث تراقب العملية الانتخابية برمتها، كما تملك وفق نص صريح الرقابة المسبقة على مراسيم حل مجلس الأمة ومراسيم الدعوة لانتخابات مجلس الأمة.

قائمة المراجع

أولاً: كتب وبحوث

- أحمد سلامة بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني: دراسة مقارنة (مصر - فرنسا - إنجلترا) دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية - تكوينها - اختصاصاتها - إجراءاتها: دراسة تحليلية مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2005.
- عبدالله الرميضي، تعليق على حكمي المحكمة الدستورية في الطعون رقم 6، 22، 30 لسنة 2012 القاضيين ببطالان مرسوم حل مجلس الأمة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، س36، ع4، ديسمبر 2012.
- عبدالمعظم محفوظ، القضاء الدستوري في مصر: دراسة تأصيلية مقارنة للرقابة على دستورية القوانين في الدول المعاصرة مع تحليل حكم المحكمة الدستورية العليا الأخير في مصر، دن، القاهرة، 1991.
- عبدالحفيظ الشيمي، الوجيز في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ت.
- محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، نشر خاص، دولة الكويت، 2020.
- محمد محمد بدران، الوجيز في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- محمد رفعت عبدالوهاب وحسين عثمان، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
- محمد صلاح عبدالبدیع السيد، الدور السياسي للقاضي الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

- محمود عاطف البنا مفاهيم أساسية حول الحكم ببطلان تشكيل مجلس الشعب وكيفية تنفيذه، مجلة القضاء، القاهرة، عدد يناير، يونيو 1990.
- يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1970 - 1971.
- يسري محمد العصار:
 - اتجاهات المحكمة الدستورية في الكويت ومصر في رقابة دستورية القوانين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س1، ع1، مارس 2013.
 - دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

ثانياً: مراجع أخرى

- موقع المحكمة الدستورية: <https://www.cck.moj.gov.kw>
- جريدة الوطن، العدد الصادر بتاريخ 2012/9/26.
- جريدة الجريدة، العدد الصادر بتاريخ 2023/3/27.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	489
المقدمة	490
المبحث الأول: وقائع وحيثيات حكم المحكمة الدستورية ومنطوقه	492
المطلب الأول: الوقائع	492
المطلب الثاني: حيثيات الحكم والمنطوق	493
المبحث الثاني: مدى اختصاص المحكمة الدستورية الفصل في دستورية مراسيم الحل	497
المبحث الثالث: التعليق على حكم المحكمة الدستورية رقم 11 لسنة 2022	502
المبحث الرابع: تساؤلات وحلول دستورية	508
المطلب الأول: تساؤلات دستورية يثيرها حكم البطلان	508
المطلب الثاني: الحلول القانونية لتحسين مجلس الأمة من الإبطال	5013
الخاتمة	514
قائمة المراجع	516

الملخصات العربية للأبحاث الإنجليزية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الثانية عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي **48**

صفر - ربيع الأول 1446هـ - سبتمبر 2024م

أهمية تطبيق مبادئ التمويل الإسلامي في الاقتصاد العالمي:

النظام المصرفي الإسلامي في الكويت - دراسة حالة (*)

د. حمد الحساوي

أستاذ الاقتصاد والمالية العامة المشارك

كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

شهد قطاع التمويل الإسلامي نموًا وتطورًا ملحوظين على مدار العقود القليلة الماضية؛ ليصبح طرفًا مؤثرًا في الاقتصاد المالي العالمي. وانطلاقًا من مبادئ الشريعة الإسلامية، يُقدم التمويل الإسلامي نظامًا ماليًا إضافيًا قائمًا على القيم الأخلاقية. وقد اكتسب التمويل الإسلامي مؤخرًا شعبيةً كبديل فعال للتمويل التقليدي، إذ إن مبادئه القائمة على العدالة والشفافية والمسؤولية الاجتماعية تجعله خيارًا جذابًا للأفراد والمؤسسات -المسلمين وغير المسلمين، على حد سواء، الذين يتطلعون إلى حلول مالية أخلاقية ومستدامة. ويُقدم التمويل الإسلامي بديلاً مرناً للخدمات المصرفية التقليدية، مُعززًا بالمعايير الأخلاقية والمسؤولية الاجتماعية. وقد دفع تأثيره على التمويل العالمي العديد من المؤسسات إلى تبني ممارسات التمويل الإسلامي؛ مما يسهم في بناء نظام مالي أكثر استقرارًا وإنصافًا.

تعتمد هذه الورقة البحثية منهجًا وصفيًا وتحليليًا لدراسة مبادئ التمويل والصيرفة الإسلامية وأهميتها المتزايدة في الاقتصاد العالمي. فضلًا عن ذلك، أظهرت الدراسة أن قطاع الصيرفة الإسلامية في دولة الكويت يُمثل نموذجًا تجاريًا مزدهرًا يحظى باعتراف دولي، ولديه القدرة على اعتماده كنموذج تجاري مربح. وقد خلصت الورقة البحثية إلى أن المؤسسات المالية والمصرفية الإسلامية أحرزت تقدمًا تدريجيًا رغم المعوقات. ويدل التقدم في الخدمات المالية والتنمية الاقتصادية خلال الأزمات على الأهمية المتزايدة للتمويل الإسلامي وقبوله عالميًا؛ مما يعزز الشمول المالي والاستقرار المالي.

كلمات دالة: التمويل الإسلامي، المصارف الإسلامية، مبادئ الشريعة الإسلامية، الاقتصاد العالمي، الأزمة المالية.

شرح قانون الجزاء الكويتي

القسم الخاص
(الجزء الأول)

- جرائم الرشوة • جرائم التزوير • جرائم القتل
- جرائم الضرب والجرح والإيذاء • جرائم الخطف
- جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة وإعطاء شيك بدون رصيد

تأليف

أ.د. غنام محمد غنام
أستاذ القانون الجزائي
كلية الحقوق جامعة المنصورة

د. فيصل عبدالله الكندري
قسم القانون الجزائي
كلية الحقوق جامعة الكويت

2019

الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية

دراسة للنظام في إطاره النظري وتطوره التاريخي
وتطبيقاته العملية والتعقيب على ممارسات السلطين
والتعليق على أحكام القضاء الدستوري

تأليف
الأستاذ الدكتور/ محمد عبد المحسن المقاطع

أستاذ القانون العام - كلية القانون الكويتية العالمية
أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة الكويت سابقاً

2020

الأحكام العامة في القانون الدولي للبحار
وفي
النظام القانوني للبحار في الخليج العربي

الدكتورة/ بدرية عبدالله العوضي

أستاذ القانون الدولي العام
والقانون الدولي للبحار
كلية القانون الكويتية العالمية

2019

