



هيئة التشريع والإفتاء القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission

القانونية

العدد الثالث - ربيع الأول ١٤٣٦ هـ - يناير ٢٠١٥ م

رئيس التحرير

المستشار / عبد الله بن حسن البوعيين
رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

هيئة التحرير

المستشارة / معصومة عبد الرسول عيسى
نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

المستشار الدكتور / مال الله جعفر الحمادي
مدير ادارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد اسماعيل
المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

مدير التحرير

المستشار / خالد ابراهيم عبد الغفار
مدير ادارة الإفتاء القانوني والبحوث

المعاونون لمدير التحرير

المستشار المساعد / جواهر عادل العبد الرحمن
مستشار مساعد بادارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد / الشبخة مريم عبد الوهاب آل خليفة
مستشار مساعد بادارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشار المساعد / سعود عبدالعزيز المالكي
مستشار مساعد بادارة الإفتاء القانوني والبحوث

المستشار المساعد / نورة عبد الرؤوف البوعيين
مستشار مساعد بادارة التشريع والجريدة الرسمية

المستشار المساعد / أحمد محمد المدوب
مستشار مساعد بادارة الإفتاء القانوني والبحوث

الأستاذة / منيرة محمد المنصور
أخصائي تطبيقات حاسب آلي

القانونية:



@qanoniahB

هيئة التشريع والإفتاء القانوني:

@iloc_bahrain

الموقع الإلكتروني:

www.legalaffairs.gov.bh

مجلة علمية محكمة نصف سنوية
متخصصة في المجال القانوني
على المستوى المحلي والإقليمي
والدولي تصدر عن هيئة التشريع
والإفتاء القانوني في مملكة البحرين

للمراسلات

هيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين

ص ب ٧٩٠ - المنطقة الدبلوماسية

هاتف: ١٧٥١ ٨٠٠٠ (٩٧٣)

فاكس: ١٧٥١ ٨٠٠٨ (٩٧٣)

البريد الإلكتروني: qanoniya@legalaffairs.gov.bh

طباعة وتوزيع مطابع الايام التجارية

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر

هيئة شؤون الإعلام

ISSN 2210-1985



محتويات العدد

تقديم العدد الثالث : كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

كلمة هيئة التحرير :

٦- الممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات الدولية ، «دراسة تحليلية تأصيلية وفقاً لقواعد القانون الدولي العام» ، الدكتورة / سلوى يوسف الإكبابي ، أستاذ القانون الدولي العام المساعد بجامعة البحرين ، مدرس القانون الدولي العام بجامعة الزقازيق - جمهورية مصر العربية.

٧- العدالة الضريبية في الزكاة ، الأستاذ الدكتور / صبري عبد العزيز، أستاذ الإقتصاد والتشريع الضريبي ، جامعة المملكة، والأستاذ بجامعة الأزهر بجمهورية مصر العربية.

٨- سيادة الدولة في ظل التطورات الدولية، «دراسة تحليلية» الأستاذ الدكتور/ عمر باخشب ، أستاذ القانون الدولي العام ، جامعة البحرين.

٩-منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء، «دراسة مقارنة»

الدكتور / رمزي هيلات ، جامعة العلوم التطبيقية ، قسم القانون العام.

مقال بالإنجليزية:

The Legislative&Judicial Pursuit of Technology Issues
<The Areas of Intersection and Closeness>
By: Ameera AlTaan
Legal Counsel

١-المواجهة الوطنية لتحديات عولمة التشريع، المستشار الدكتور/ سري صيام ، رئيس محكمة النقض ورئيس مجلس القضاء الأعلى سابقاً بجمهورية مصر العربية.

٢-القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقد الإداري، المستشار الدكتور / مال الله جعفر الحمادي ، مدير إدارة التشريع والجريدة الرسمية ، هيئة التشريع والإفتاء القانوني.

٣-مهارات استخدام اللغة القانونية في مجالي التشريع والإفتاء القانوني، المستشار الدكتور / عاطف سعدي، نائب رئيس مجلس الدولة المصري والمستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني .

٤- تفسير النصوص في القضاء الدستوري ، دراسة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية ، المستشار الدكتور / جابر محمد حجي ، نائب رئيس مجلس الدولة المصري.

٥-تطبيقات مبدأ سيادة القانون والإستثناء الوارد عليه في الدستور البحريني
الأستاذ الدكتور / علي اسماعيل مجاهد ، أستاذ القانون العام، ومدير برنامج الماجستير بالأكاديمية الملكية للشرطة.



القانونية:

تشرف هيئة التشريع والإفتاء القانوني بإصدار القانونية وهي دورية علمية محكمة نصف سنوية متخصصة في المجال القانوني على المستوى المحلي والعربي والدولي.

أولاً : المقدمة:

جاءت فكرة القانونية لتكون داعمه للفكر القانوني وإنطلاقة مضيئة لنشر المعرفة القانونية للمتخصصين والعاملين وكافة المعنيين المهتمين في المجال القانوني بما يساهم في تطوير العمل القانوني. وتعمل القانونية ، على تحقيق الأهداف الآتية:

1. المساهمة الجادة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي ، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية ، والمستحدث في مجال التشريع والإفتاء القانوني ، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
2. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
3. تهيئة المناخ الملائم للمفكرين والباحثين لنشر نتاج أفكارهم وأنشطتهم العلمية والبحثية في المجالات القانونية.
4. التعريف بالتطور القانوني والتشريعي الذي تشهده مملكة البحرين ، في عصر العولمة الثقافية القانونية.

ثانياً : المضمون: تصدر القانونية نصف سنوية ، وتتضمن الآتي:

1. البحوث والمقالات.
2. التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية.
3. متابعات قانونية (أهم المعاهدات الدولية و التشريعات الحديثة ، الترجمات ، مراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة).

ثالثاً : أهم قواعد وإجراءات النشر: تنشر القانونية البحوث في المجال القانوني وذلك بمراعاة الآتي:

1. الالتزام بمنهجية البحث العلمي.
2. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.
3. الالتزام بعدم النشر السابق للبحث في أية دورية أخرى، وأن لا يكون جزءاً من رسالة الماجستير أو الدكتوراه.
4. أن يكون اختيار موضوع البحث ذا طابع عملي، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً جديداً.
5. أن يتضمن البحث الإشارة إلى الأحكام القضائية في التخصص -إن وجدت-.
6. أن يتضمن البحث - أسفل كل صفحة - الهوامش التي تشير إلى المراجع والمصادر ، مع مراعاة أن يكون الترقيم متسلسلاً لكل صفحة مستقلة.

٧. يجب ألا يقل البحث عن خمس وعشرين صفحة ولا يزيد على أربعين صفحة أما بالنسبة للمقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الصفحات على عشرين صفحة.
٨. تعبر الآراء التي يحتوى عليها البحث أو المقالة عن آراء الباحث ، وتنسب إليه ، في إطار من حرية الرأي التي تكفلها القانونية.
٩. تقدم البحوث وغيرها من أربع نسخ مطبوعة على الحاسب الآلي ومنسوخة على ورق مقاس (A4) على وجه واحد بمسافتين (بما في ذلك الحواشي، والمراجع والمقتطفات والملاحق) ومصحوبة بملخصين ، أحدهما باللغة العربية والآخر باللغة الإنجليزية بما لا يزيد على (١٥٠) كلمة لكل منهما، وكذا قرص مرن (ديسك) مسجل عليه البحث والملخصان والبيانات الخاصة بالباحث.
١٠. الموافقة على نشر ملخص البحث أو المقالة أو التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية والمتابعات القانونية.
١١. يمنح الباحث مكافأة مالية بعد نشر البحث أو المقالة أو التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية والمتابعات القانونية.

رابعاً : رسالة القانونية:

لعل ماتضمنته هذه الدورية العلمية من أبواب ومنها الابحاث القانونية التي جاءت لتعكس الثقافات القانونية العلمية والعملية في الوطن العربي فضلاً عن الأبحاث بالانجليزية التي تعتمد على السوابق القضائية Case Law في القانون والقضاء الأنجلوأمريكي، وبالإضافة إلى ذلك فهي تعكس المزج الذي فرض نفسه بين الثقافتين القانونيتين السائدتين في العالم وهما الثقافة القانونية في دول النظام اللاتيني Civil Law Legal Systems ، والثقافة القانونية في دول النظام الأنجلوأمريكي Common Law Jurisdictions ، هذا المزج هو نتاج العولمة الثقافية القانونية ، التي باتت تفرض نفسها على معطيات الواقع القانوني في عالمنا العربي. وتأتي الأبحاث المنشورة بالمجلة لتعكس تمسك هيئة التحرير بجودة البحث العلمي أثناء التحكيم ورقية لمستويات النشر للأبحاث على الصعيد الدولي International Publishing Standards في الدوريات العلمية القانونية المحكمة. والقانونية بهذه المثابة تجمع في طياتها بين العمل والنظر لتصبح سفيراً عظيماً تنقش فيه من الأبحاث ما يشار إليه بالبنان في محافل الفكر القانوني العربي.

تقديم سعادة المستشار / رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

ليس من شك في أن العددين الأول والثاني من القانونية قد لاقيا قبولاً واستحساناً من المشتغلين بالقضاء والمحاماة والعمل البحثي الأكاديمي في الوطن العربي لا سيما بعد تدويل القانونية لعدديها الأول والثاني ، وتوقيع إتفاقية التوأمة مع الدورية العلمية للإصلاح التشريعي والصيغة التشريعية بالمملكة المتحدة IJOLDALR ، والصادرة عن الجمعية الدولية للتشريع بالمملكة المتحدة IALDLARL ، واتساع القانونية لتشمل البحوث من كافة فروع القانون بالعربية والانجليزية لتكون وبهذه المثابة نبراساً وضاً لكل المشتغلين بالعمل القانوني.

ومن هذا المنطلق أقدم للقارئ العربي العدد الثالث من القانونية حيث يضم بين دفتيه نخبة من الابحاث المحكمة والتميزة إلى حد بعيد من حيث اتباعها الشرائط الإجرائية و الموضوعية للبحث العلمي الأكاديمي القانوني، والمزج بين العمل والنظر حيث جاءت الأبحاث مع اتسامها بالعمق في المعالجة البحثية العلمية الرصينة لتشمل إلى جانب ذلك الجانب العلمي التطبيقي في القضاء العربي والمقارن لكل فروعه وتخصصاته. ولقد أفصحت القانونية في هذا العدد مجالاً رحباً للبحوث الجديدة والمتخصصة التي تتسم بالعمق والأصالة في المعالجة لا سيما في القانون الدولي العام، ليظهر للقارئ العربي بجلاء التنوع العلمي والبحثي القانوني الذي تزخر به الدورية العلمية.

أقدم للقارئ العربي البحث الأول تحت عنوان المواجهة الوطنية لتحديات عولمة التشريع للمستشار الدكتور سري صيام رئيس محكمة النقض ورئيس المجلس الأعلى للقضاء بجمهورية مصر العربية سابقاً بحسبان أن ظاهرة العولمة الثقافية Cultural Globalization، وانتقال الثقافات القانونية Flow of Legal Culture عبر القارات هو من أهم الظواهر حال كونها أهم قيمة معنوية Intangible Value ، والتي أضحت من الأهمية بمكان في محافل العمل القانوني على الصعيد الدولي. ويعالج هذا البحث القيم الذي يتسم بالعمق في المعالجة لتحديات عولمة التشريع ، وأهداف المواجهة التشريعية الوطنية لتحديات عولمة التشريع ، ووسائل وآليات المواجهة الوطنية لتحديات عولمة التشريع.

أما البحث الثاني فهو للمستشار الدكتور / مال الله جعفر الحمادي ، مدير إدارة التشريع والجريدة الرسمية بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين ، وهو بعنوان القانون الواجب التطبيق على التحكيم في

العقد الإداري ، وهو يمثل إنعكاساً لظاهرة العولة الثقافية القانونية على العقد الإداري ، وتداعياتها ، حيث يعالج الباحث وبعد تعريف التحكيم وبيان طبيعته القانونية وبيان أنواعه ، دور التحكيم كوسيلة لحل منازعات العقود الإدارية ، والقانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية. ويعكس البحث أهمية التحكيم بالنسبة لعقود الدولة ، والذي بات أمراً جوهرياً في العقود الأخيرة حيث يعالج البحث موضوعاً من أهم موضوعات الساعة في الفقه القانوني المعاصر.

ويأتي البحث الثالث من المستشار الدكتور/ عاطف سعدي بعنوان مهارات استخدام اللغة القانونية في مجالي التشريع والإفتاء القانوني ، المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني ونائب رئيس مجلس الدولة المصري ليعالج لغة القانون والصياغة القانونية ، واستخدام اللغة القانونية في مجال الصياغة التشريعية ، وفي مجال الإفتاء القانوني.

ويتسم هذا البحث ، الذي جاء في مسألة تتسم بالندرة من حيث المعالجة البحثية في الفقه العربي ، بنظره تحليلية لمهارات استخدام اللغة القانونية التي هي مرمي كل مشتغل بالقانون أو باحث قانوني.

وجاء البحث الرابع المقدم من المستشار الدكتور/ جابر محمد حجي نائب رئيس مجلس الدولة المصري والذي يتسم بأصالة المعالجة والتحليل لقضاء المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية وعنوانه تفسير النصوص في القضاء الدستوري ليضع الأطر العامة لمنهجية ضابطه لتفسير النصوص في القضاء الدستوري من خلال تحليله لقضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية وقضاء مجلس الدولة المصري. وجاء البحث الخامس في مجال من أهم مجالات القانون العام وذلك بالتطبيق على الدستور البحريني حيث يعالج الأستاذ الدكتور / علي اسماعيل مجاهد الأستاذ بالأكاديمية الملكية للشرطة والمشراف على برنامج الماجستير بها بمزيد من التحليل والتأصيل ومن منظور بحثي أكاديمي تطبيقات مبدأ سيادة القانون والاستثناء الواردة عليه في الدستور البحريني.

فمع النجاح الباهر للانتخابات البرلمانية والبلدية بمملكتنا الغالية وفي اطار التعديلات الدستورية الأخيرة للدستور البحريني جاء هذا البحث من منظور أكاديمي تطبيقي يتسم بالرصانة في المعالجة، وفي الوقت ذاته جاء تطبيقياً تحليلياً للمستجدات في الدستور البحريني ليعرض باقتدار لتطبيقات مبدأ سيادة القانون من منظور جديد تماماً.

أما البحث السادس والمقدم من الدكتورة/ سلوى يوسف الإكيابي المدرس بكلية الحقوق جامعة الزقازيق، والأستاذ المساعد بكلية الحقوق جامعة البحرين بعنوان الممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية وفقاً لقواعد القانون الدولي العام فهو يتسم بالجدة والإبتكار في معالجة بحثية أكاديمية للممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات الدولية حيث أضفت الباحثة بعداً علمياً تطبيقياً جديداً لوسائل تفسير المعاهدات الدولية إتسم بالعمق في المعالجة، مع إضفاء البعد الدولي على

الدراسة التي جاءت مزودة بأحكام القضاء الدولي في المسألة محل البحث مع تغطية شاملة للفقه العربي والمقارن. ولقد اتبعت الباحثة منهج استقراء الواقع ومنهج استنباط الأحكام بطريق تحليلي تطبيقي مقارنة يتسم بالجدة والابتكار.

ولعل من الجدير بالذكر أن القانونية تقدم للقارئ العربي منظوراً جديداً في علم التشريع الضريبي بعنوان العدالة الضريبية في الزكاة للأستاذ الدكتور / صبري عبدالعزيز أستاذ الإقتصاد والتشريع الضريبي، جامعة المملكة، والأستاذ بجامعة الأزهر بجمهورية مصر العربية حيث يعالج الباحث من منظور مبتكر دور الزكاة في الشريعة الإسلامية الغراء وكيف أن التشريع السماوي الذي صنعه الخالق عز وجل هو الأولى بالاتباع في مجال الزكاة حيث يعالج التشريع السماوي للزكاة القصور الذي يعتري التشريع الوضعي ، حيث إن أحكام الخالق عز وجل والتي تنظم مسائل الزكاة في إطار منضبط لا يأتية الباطل من بين يديه ولا من خلفه فهذه الأحكام الإلهية للزكاة وبهذه المثابة نموذج يصلح لأن تقتدي به الحكومات في وضع نظم ضريبية أكثر عدالة بين الممولين، على اعتبار أنها تحقق العدالة الضريبية في المجتمعات وتكفل توزيع الثروات في هذه المجتمعات في إطار من أحكام الشريعة الإسلامية ، دون الحاجة إلى الأنظمة الاقتصادية البالية كالتأميم في السياق الاشتراكي و السياق الشيوعي في الماضي و الذي كان مآله الإنهيار كأيدولوجية إقتصادية حاكمة في العالم كله.

تقدم القانونية هذا البحث في التشريع الضريبي متضمناً المزج بين الشريعة الإسلامية وأحكام التشريع الضريبي في إطار من مهمة القانونية وهيئة التشريع والإفتاء القانوني الفاعلة في النهوض بتشريعات الدول في كافة مناحي العمل القانوني .

وتقدم القانونية أيضاً بحثاً جديداً للأستاذ الدكتور عمر باخشب استاذ القانون الدولي العام بجامعة البحرين بعنوان مبدأ سيادة الدولة في ظل التطورات الدولية، دراسة تحليلية، وهو بحث في آفاق القانون الدولي العام الرحبة يتسم بنظرة تحليلية في إطار من أحكام القانون الدولي حيث يعالج البحث المفهوم القانوني لمبدأ سيادة الدولة قبل عصر التنظيم الدولي ، وخلال عصر التنظيم الدولي في إطار مما تضمنه ميثاق الأمم المتحدة من تحريم الحرب أو اللجوء إليها بين أعضاء المجتمع الدولي ، وحل النزاعات الدولية بالطرق السلمية ، ونزع السلاح وتنظيم التسليح ، وغير ذلك من الآليات. وينتهي الباحث برؤى جديدة واستنتاجات تقود إليها المعطيات البحثية التي عالجه في بحثه بمزيد من إضفاء البعد الدولي المقارن .

وتقدم القانونية كذلك بحثاً بعنوان منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء، دراسة مقارنة، للدكتور رمزي هيلات بجامعة العلوم التطبيقية ، قسم القانون العام ، ويعرض فيه للمعطيات القضائية في قضاء الإلغاء وولاية القضاء الكامل في مجال العقد الإداري في القضاء الإداري العربي لاسيما مملكة البحرين وجمهورية مصر العربية ويتسم البحث بأصالة المعالجة البحثية والنزعة البحثية التحليلية .

وأخيراً تقدم القانونية مقالاً بالإنجليزية للباحثة أميرة الطعان بعنوان المعالجة التشريعية والقضائية للمسائل التكنولوجية حيث يتناول المقال من منظور مقارنة وثري بالتطبيقات القضائية المقارنة أحدث

المستجدات على الصعيد الدولي في هذا الصدد مع الإشارة للوضع التشريعي بكافة مستجداته ومستحدثاته في مملكة البحرين.

أقدم القانونية للقارئ العربي بما تحويه بين دفتيها من أبحاث تتسم بالجدة والابتكار في كافة مناحي العمل القانوني ، كما تتسم المعالجة البحثية بهذا العدد بالرصانة واتباع منهج إستقراء الواقع ومزجه بمنهج إستنباط الأحكام ، وكذا المزج بين العمل والنظر ، أملاً من الله تعالى ان يتحقق بما بذلت ما ابتغيت، فهو الموفق والهادي الى سواء السبيل.

والله من وراء القصد،،،،

المستشار عبدالله بن حسن البوعيين

رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

ديسمبر ٢٠١٤

كلمة هيئة التحرير

يسعد هيئة التحرير أن تقدم للقارئ البحريني بالأخص والعربي بشكل أعم العدد الثاني من القانونية بعد أن حقق العدد الأول نجاحاً منقطع النظير لاسيما خلال معرض البحرين الدولي للكتاب ، وكذلك العدد الثاني حيث وقعت هيئة التشريع والإفتاء القانوني إتفاقية توأمة مع الدورية العلمية الصادرة عن الجمعية الدولية للتشريع بالمملكة المتحدة IALDLARL الأمر الذي يكفل للقانونية إنطلاقة كبيرة وخطوات واسعة في المحافل الدولية.

تقدم هيئة التحرير الى القارئ العربي والبحريني العدد الثالث من القانونية بعد النجاح الكبير الذي حققه العددان الأول والثاني وبعد انتشار القانونية في المحافل الدولية إزاء توقيع اتفاقية توأمة مع الدورية العلمية الصادرة عن الجمعية الدولية للتشريع بالمملكة المتحدة IALDLARL حيث كان للنجاح الذي حققته القانونية منذ صدورها أكبر الأثر في انتشارها في دول العالم العربي بالإضافة الى تدويل القانونية في المحافل القانونية الدولية.

والقانونية كعادتها تكفل التنوع في الطرح الفكري للمادة العلمية المنشورة بها حيث راعت هيئة التحرير التنوع في الأبحاث من حيث المعالجة البحثية للعديد من فروع القانون المتباينة سواء فروع القانون العام أو الخاص.

ففي البحث الأول تعرض القانونية لبحث قيم بعنوان مواجهة الوطنية لتحديات عولمة التشريع للمستشار الدكتور/ سري صيام رئيس محكمة النقض بجمهورية مصر العربية ورئيس مجلس القضاء الأعلى سابقاً ، وفي البحث الثاني تعرض القانونية لبحث بعنوان القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقد الإداري للمستشار الدكتور/ مال الله جعفر الحمادي، مدير ادارة التشريع والجريدة الرسمية بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين، أما البحث الثالث فهو بعنوان مهارات استخدام اللغة القانونية في مجالي التشريع والإفتاء القانوني للمستشار الدكتور/ عاطف سعدي المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني ونائب رئيس مجلس الدولة المصري.

أما البحث الرابع من بحوث العدد الثالث من القانونية فهو بعنوان تفسير النصوص في القضاء الدستوري، دراسة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، للمستشار الدكتور/ جابر محمد حجي، نائب رئيس مجلس الدولة المصري، ويتناول البحث الخامس تطبيقات مبدأ سيادة القانون والإستثناء الوارد عليه في الدستور البحريني للأستاذ الدكتور/ علي اسماعيل مجاهد أستاذ القانون العام ومدير برنامج الماجستير بالأكاديمية الملكية للشرطة بمملكة البحرين.

وتنتقل القانونية الى رحاب القانون الدولي العام لتعرض في البحث السادس الممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات الدولية للدكتورة/ سلوى يوسف الاكياي أستاذ القانون الدولي العام بجامعة الزقازيق

بجمهورية مصر العربية ثم تعرض القانونية بحثاً في التشريع الضريبي من منظور يتصل بالشرعية الإسلامية للأستاذ الدكتور/ صبري عبدالعزيز استاذ الإقتصاد والتشريع الضريبي بجامعة المملكة، والأستاذ بجامعة الأزهر بجمهورية مصر العربية، ثم يتلو هذا البحث بحث آخر بعنوان مبدأ سيادة الدولة في ظل التطورات الدولية للأستاذ الدكتور/ عمر باخشب أستاذ القانون الدولي العام بجامعة البحرين. وتختتم القانونية بالبحوث باللغة العربية ببحث للدكتور/ رمزي هيلات بقسم القانون العام بجامعة العلوم التطبيقية وعنوانه منازعات العقد الاداري بين القضاء الكامل وقضاء الالغاء. وفي اطار حرص القانونية على عرض المادة العلمية البحثية بالإنجليزية والتي ترقى من الناحية الموضوعية الى مستويات النشر الدولي فإن القانونية تعرض مقالاً بالانجليزية للباحثة أميرة الطعان بعنوان المعالجة التشريعية والقضائية للمسائل التكنولوجية.

وهيئة التحرير إذ تختتم عرضها لأبحاث ومقالات العدد الثالث باللغتين العربية والإنجليزية فإنها تتمنى للقارئ العربي أن يجد في مختلف فروع المعرفة القانونية التي يعرضها هذا العدد بين دفتيه ما يحقق له كل فائدة ومنتعة في شتى أنواع التخصص القانوني.

والله ولي التوفيق،،،

هيئة التحرير

البحوث



المواجهة الوطنية لتحديات عولمة التشريع

القاضي الدكتور / سري محمود صيام

رئيس محكمة النقض و رئيس مجلس القضاء الأعلى الأسبق

بجمهورية مصر العربية

تقديم وتقسيم :

فى ثوب قشيب ، وإخراج أنيق ، صدر العدد الأول من مجلة «القانونية» ، فى أحضان هيئة التشريع والإفتاء القانونى بمملكة البحرين الشقيقة ، وقد طالعت بكل السرور والتقدير ما حوته من بحوث رصينة ، ومتابعات قانونية مفيدة ، ومقالات باللغتين العربية والإنجليزية مثرية ، وازدادت سعادتى بما تفضل به المستشار الجليل رئيس التحرير والمستشارون الأجلاء أعضاء هيئة التحرير ، بما أتاح لى شرف أن يكون البحث الذى بعثت به إلى المجلة هو أول البحوث المنشورة فى نشأتها التى كانت وكأنها فى عنفوان صباها .

وقد حفزنى ما سلف إلى أن يكون إسهامى فى مجلة « القانونية » موصولاً ، مهما كلفنى ذلك من وقت أثق فى جنى القارئ ثمرته ، أو من جهد ينفع ، يقينى أن جزاءه عند الله محقق فى حالى الصواب والخطأ ، وأن تستمر كتابتى فى مجال التشريع حتى يكتمل تناول مناحيه وهى عديدة ، والإلمام بموضوعاته وهى متنوعة متكاملة ، وبحسابانه ، وكما سبق أن أسلفت فى تقديم البحث الذى سلف نشره بعنوان « المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع » هو أحب الموضوعات إلى نفسى ، وأدناها إلى تخصصى وخبرتى العملية الطويلة . ويتناول البحث الذى أشرف بإعداده للنشر ، ضمن سلسلة بحوث أتمنى أن تتواصل ، إذا كان فى العمر بقية « موضوع » المواجهة الوطنية لتحديات عولمة التشريع ، وذلك فى مباحث أربعة : يعنى أولها بتحديات عولمة التشريع ويختص الثانى ببيان «أهداف المواجهة الوطنية لتحديات عولمة التشريع» ، ويتكفل الثالث بعرض وسائل وآليات المواجهة الوطنية لتحديات العولمة ، ويختص الرابع ببيان أهم الاتفاقيات الدولية الشارعة فى مجال المواجهة الوطنية لتحديات العولمة ، وذلك على النحو الآتى:

المبحث الأول تحديات عولمة التشريع

تناول البحث المنشور فى العدد الأول من هذه المجلة تحت عنوان «المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع»،

أن القانون بالمعنى الواسع متعدد المصادر والصور ، وأن هذه المصادر والصور تتنوع بين مصادر وصور غير مكتوبة ، ومن أمثلتها العرف وقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي ، وبين مصادر وصور مكتوبة يطلق عليها «التشريع» وهو أهم تجليات القانون ، وأن التشريع هو حجر الزاوية فى تنظيم المجتمعات الإنسانية كافة وعلى مختلف الأصعدة .

كما سلف البيان فى المبحث المشار إليه ذاته ، أن التشريع فى تطوره على مر العصور انتقل من الاعتماد على مبدأ قومية التشريع بما تعنيه من ارتكازه على الذاتية الحضارية والثقافية والاجتماعية والواقع المعاش فى المجتمع الذى يتكفل التشريع بتنظيم شؤونه وينهض بضبط إيقاع حركته ، إلى عالمية التشريع التى تركز على القيم والمفاهيم المشتركة التى تجمع البشر وتدعو إلى نموذج ثقافى وحضارى جديد ، وتحول التشريع إلى وسيلة مهمة من وسائل الضبط الاجتماعى الدولى ، نتيجة تحول الكثير من الظواهر السلبية من ظواهر وطنية وإقليمية إلى ظواهر سلبية دولية ، تحتاج لمواجهة إلى وضع النصوص التشريعية الوطنية التى تتكفل بتحديد التدابير اللازمة لمكافحة هذه الظواهر ، وتعنى ببيان صور السلوك المؤتممة وتنظيم أحكام التعاون الدولى والإقليمى والثنائى فى مجال القضاء على الظواهر المشار إليها أو الحد منها إلى أقصى حد مستطاع .

ويتم ما سلف جميعه وفق نماذج موحدة تتكفل بصياغتها الاتفاقيات وسائر المواثيق الدولية التى أدت عوامة التشريع إلى إدراجها تحت مسمى «الاتفاقيات الدولية الشارعة» .

وتقديرًا للدور المهم الذى تؤديه هذه الاتفاقيات فى تحقيق التعاون المنشود على مختلف الأصعدة فإن العالم لم يقنع بمجرد تصديق الدول عليها أو الانضمام إليها ، بل انتقل إلى مرحلة المتابعة المنهجية فى خصوص إنفاذ الدول الأطراف لأحكام هذه الاتفاقيات ، والوفاء بما تفرضه من التزامات وفرض الجزاءات على صور القعود عن القيام بهذه المقتضيات والواجبات الدولية .

والجدير بالبيان ، أن وثيقة إصدار دستور مملكة البحرين المعدل بتاريخ ١٤ من فبراير سنة ٢٠٠٢ ، على السياق الذى سبق ذكره فى البحث السابق المنشور بالعدد الأول من هذه المجلة ، قد أوردت ما يعكس الفهم الصحيح لمتطلبات عوامة التشريع ، بقولها «... كان من الضرورى أن نمد السمع والبصر إلى كل تراث الإنسانية شرقًا وغربًا ، لنقتطف منه ما نراه نافعًا وصالحًا ومتفقًا مع ديننا وقيمنا وتقاليدنا وملائماً لظروفنا ، اقتناعًا بأن النظم الاجتماعية والإنسانية ليست أدوات أو آلات جامدة تنتقل دون تغيير من مكان إلى آخر، وإنما هى خطاب إلى عقل الإنسان وروحه ووجدانه ، تتأثر بانفعالاته وظروف مجتمعه» .

ويعبر ما سلف إirاده نقلاً عن وثيقة إصدار دستور مملكة البحرين - على السياق المتقدم - عن إدراك واع لأهمية التجاوب مع تحديات عصر الاتفاقيات الدولية الشارعة الذى نعيشه ، والتفطن لجسامة مسئولية تحقيق هذا التجاوب دون مجاوزة تخوم ثوابت الدين والقيم والتقاليد والظروف السائدة فى المجتمع الذى يتكفل التشريع بتنظيم شؤونه ، فى إطار من التجاوب مع الظروف والتحديات الإقليمية والدولية الراهنة ، وتلقى هذه المسئولية عبئاً ثقیلاً على المشتغلين بالتشريع الوطنى يتطلب جهداً دؤوباً لتعظيم الكفاءات القادرة على حمل هذه المسئولية وفق أطر دولية ومن خلال حرص واع على الحفاظ على الهوية الوطنية

وصون القيم الدينية ، والمبادئ الأخلاقية ، والمصالح المحلية . ويعكس دستور مملكة البحرين المعدل ذاته ، تقديرًا صريحًا لمقتضيات العولمة ، ومن أدوات أعمال هذه المقتضيات التشريع ، بل إنه أجل هذه الأدوات شأنًا ، ومن شواهد هذا التقدير ، ما تص عليه المادة (٦) من هذا الدستور من أن الدولة تسهم في ركب الحضارة الإنسانية ، وما حرصت عليه المادة (١٨) من تأكيد أن الناس سواسية في الكرامة الإنسانية ، ويذكر لهذا الحكم الذى يقرر المبدأ العالمى المنصوص عليه فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ ، أنه شمل عموم الناس ، ولم يقتصر على المواطنين ، وقد ترقى هذا الحكم بهذا المبدأ الأصيل من مبادئ حقوق الإنسان ، فرفعه إلى مصاف المبادئ الدستورية التى تفرض إلزامها على ما يصدر من تشريعات فى مملكة البحرين بحيث تستحيل مجاوزته .

وفضلاً عما سلف فإنه مما ينبئ عن التقدير المشار إليه سلفاً النص فى المادة (٢٧) من الدستور ذاته على أن تكون للمعاهدات قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها فى الجريدة الرسمية ، وكذلك النص فى البند (أ) من المادة (١٢١) على أنه « لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به مملكة البحرين مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات واتفاقات ».

وقد أشارت المذكرة التفسيرية لدستور مملكة البحرين المعدل سالف البيان، إلى مواجهة التحديات المقبلة مع كل المستجدات على الصعيد العالمى من التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتشريعية ، والنص على التطورات التشريعية بالغ الدلالة على الوعى الرشيد بتحقيق المواءمة التشريعية الوطنية مع تحديات عولمة التشريع والتى يتناولها هذا البحث .

وفى النطاق المشار إليه ذاته ، فى مجال إدراك المشرع الدستورى الوطنى لأهمية الإنفاذ الوطنى لمتطلبات تحديات عولمة التشريع ، تبغى الإشارة إلى ما أورده دستور جمهورية مصر العربية المعدل لعام ٢٠١٤م ، على نحو غير مسبوق ، فى المادة (٩٢) منه أنه « تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التى تصدق عليها مصر ، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة » ، وهذا الالتزام الذى أفصحت عنه عبارات هذه المادة صراحة ، وألقت به على عاتق الدولة ، أبرز تجلياته التشريع ، وقد خص بالذكر الاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان ، بحسبان أن هذه الحقوق هى الأكثر عرضة للانتهاك ، والأكثر حاجة إلى الحماية ، وأعلى مراتبها الحماية التشريعية ، وقد عبرت ديباجة الدستور عما تأمل إليه الإنسانية من أن تنتقل من عصر الصراعات على الأرض إلى عصر الحكمة ، لبناء عالم إنسانى جديد تسوده الحقيقة والعدل ، وتضان فيه الحريات وحقوق الإنسان .

وتعبيراً عن المعانى السالفة ذاتها التى احتفى بها دستور مصر المعدل الجديد ، وأنزلها منزلة القواعد الدستورية التى لا تملك السلطة التشريعية النكول عنها أو إنكارها أو مخالفتها ، محققة غايات عولمة التشريع ، نصت المادة (٩٢) من هذا الدستور على أنه : « الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطياً ولا انتقاصاً . ولا يجوز لأى قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها ، وهذه الحقوق والحريات مواردها الاتفاقيات والمواثيق وسائر الإعلانات والصكوك الدولية التى أصبحت بمثابة «الاتفاقيات الدولية الشارعة» وهو المصطلح الذى سبقت الإشارة إليه ، وترسخت مقتضياته فى عصر العولمة الذى نعيش تجلياته المتطورة والمتلاحقة .

ويمكن القول على ضوء ما سلف بيانه، أن التحديات التي تواجه التشريع الوطني ، والتي تفرضها تجليات العولمة، يتمثل أهمها فيما يأتي :

١- ما شهدته العقود الأخيرة من الألفية الثانية، والعقد الأول من الألفية الثالثة من تطورات عالمية متلاحقة عظيمة الخطر ، بالغة الأثر ، تواصل السير في طريق المزيد من التطور في ميادين الحياة كافة على مستوى الصعيد العالمي، متغلغلة في نواحي الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتشريعية على المستوى الإقليمي والمحلى ، وتمتد دائماً إلى ميادين جديدة تكتسب صفة العالمية بعد أن كانت ذات صبغة وطنية أو إقليمية .

وقد تواكبت التطورات المشار إليها مع أحداث جسام ضاعفت من أثارها، وعظمت قدرها، وتحولت بفعلها الكثير من الهواجس المحلية أو الإقليمية إلى هواجس دولية، كالأشأن بالنسبة إلى ظهور جماعات متطرفة بالغت في تطرفها إلى معتقدات غير مسبوقة أو معهودة أو متصورة من الغلو والتشدد والانتقال من طبائع البشر إلى سلوكيات الوحوش ، ومن مجتمعات القانون إلى شريعة الغابات، وكذلك إلى جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية سواء في ظل الأنزعة المسلحة الدولية أو غير الدولية، وجرائم الحرب، وجرائم العدوان التي توصل العالم إلى تعريفها في عام ٢٠١٠ في مؤتمر مراجعة النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية في كامبالا ، والمتصلة جميعها بالقانون الإنسانى الدولى، والذي تعاضم خطره، وتزايدت أهميته في بداية العقد الثانى من هذه الألفية الثالثة نتيجة ما اندلع من نزاعات مسلحة شديدة الوطأة في عدد من الدول العربية ، فيما اصطلح على تسميته بثورات الربيع العربى ، والتي شهدت ارتكاب الكثير من الجرائم ضد الإنسانية في نزاعات مسلحة غير دولية.

والشأن ذاته فيما يتعلق بعالمية الكثير من الظواهر السلبية الأخرى ، ومن أمثلتها الظواهر الإجرامية المتصلة بالمخدرات والاتجار بالأسلحة بكافة أنواعها ومنها الأسلحة الثقيلة والأسلحة بالغة التطور التي لم تكن تتاح إلا لجيوش الدول النظامية ولا تستخدم في الأغلب الأعم إلا في الحروب والنزاعات الدولية، وفى نطاق الإرهاب، وتمويله ، كان التطور مما يتأبى على التصور ، ويستحيل على التخيل ، وقد امتد حتى طال الكثير من الدول على مختلف مستوياتها ، ومتعدد نظمها ، وما كان لها من منعة ، وقوة عسكرية لا بد أن تؤخذ في الاعتبار فضلاً عن تمويل التسليح بأسلحة الدمار الشامل .

وبالإضافة إلى الظواهر السلبية المذكورة استشرت ظاهرتا الفساد، وغسل الأموال وهما من الظواهر التي تكشفت صورها وتوعدت نماذج سلوكها الإجرامى وتم اكتشاف العديد من وقائعها والوقوف على جسامتها وتغلغلها في مختلف بقاع العالم وتنامى أثارها الضارة على رفاهية الشعوب وتعثر مجهودات التنمية والإخلال بمقومات العدالة الاجتماعية ، وتهديد استقرار النظم الاقتصادية ، وما تقدم جميعه ينعكس بالسلب على تطورات العالم إلى تحقيق حياة أفضل ومناخ أكثر أمناً واستقراراً في هذه الحقبة المهمة من تاريخ البشرية .

وفى نطاق ما سلف بيانه ذبوع ظاهرة الإجرام المنظم، والجماعات الإجرامية الدولية والعصابات المحلية والإقليمية والدولية التي تمارس كافة صور الاتجار بالبشر، وتستغل تردى الأوضاع الاقتصادية وتقضى

البطالة في الدول النامية على وجه الخصوص، لتتأثر أوجه السلوك غير المشروعة في مجال الهجرة غير الشرعية التي تتلاحق أحداثها ويتضاعف ضحاياها في غير قليل من البلاد التي تنتمي إلى الدول المشار إليها.

وفي الميدان ذاته ما شهدته الساحة الدولية من الأحداث المتوالية للقرصنة البحرية التي هددت سلامة الملاحة البحرية الدولية، وانعكست آثارها على مناحى النشاط الاقتصادي كافة، سيما تلك التي تعتمد على النقل البحري في ممارسة تجارتها نتيجة طبيعة ما يتم الاتجار فيه التي تحتم استخدام هذه الوسيلة من وسائل النقل.

وتجدر الإشارة في الصدد ذاته إلى الجرائم التي ترتكب بالوسائل التقنية الحديثة وغيرها من الظواهر ذات الصلة العالمية، ومنها الأزمة الاقتصادية الطاحنة التي أصابت العالم منذ بضع سنين، وما تبعها من أزمة اقتصادية انتقلت آثارها من الولايات المتحدة الأمريكية إلى كثير من دول العالم، وأدت إلى انهيار بدرجات متفاوتة في أسواق المال، وقد لفتت مثل هذه الأزمات الأنظار إلى ضرورة إعادة النظر في التشريعات الاقتصادية في ظل نظرة عالمية شمولية تحتاج إلى تخطى الحدود الوطنية إلى مجالات دولية أوسع وأوجب.

ومن التحديات في المجالات الأخرى التي تستوجب تدخلاً حاسماً من كل مشروع وطني على مستوى المعمورة، الالتزامات التي تفرضها منظمة التجارة العالمية، وعلى وجه الخصوص اتفاقية «التربس»، والتي تتجه إلى تحقيق حرية أكثر اتساعاً لهذه التجارة في مجالاتها المختلفة، وللخدمات، وكذلك حماية حقوق الملكية الفكرية، وحماية البيئة، والوفاء التشريعي بهذه الالتزامات، في إطار توازن حتمي يرضى المصالح الاقتصادية الوطنية إلى أقصى حد مستطاع هو من المهام الصعبة.

٢- الحاجة الماسة إلى تنظيم شامل لتعاون دولي كامل محكم، ينهض به التشريع على المستويات المحلية والإقليمية والدولية لمواجهة الظواهر المشار إليها التي لم تعد تفلح في مكافحتها الجهود الإقليمية وحدها مهما بلغت قدرتها وكفاءتها، أو مراعاة التكامل والتنسيق في مهامها، أو الجهود الوطنية بمفردها مهما تعاظمت وتوسلت بالمستحدث من الآليات والمتطور من الوسائل، ويستلزم هذا التعاون الدولي المحكم لتحقيق فاعليته وإنتاج آثاره إدراك ما طرأ من تغيير على كثير من النظريات التشريعية التقليدية والمبادئ القانونية المستقرة، وعلى وجه الخصوص في شأن قواعد سريان التشريعات الوطنية من حيث المكان والأشخاص كليهما، وبصدد القواعد الحاكمة لامتداد الولاية القضائية المحلية عبر الحدود الوطنية.

وقد تمثل التغيير المشار إليه في نشوء اتجاهات قانونية عالمية حديثة في هذا المجال تتجه إلى التوسعة في نطاق سريان التشريعات الجنائية لمصلحة امتداد سريان التشريعات المحلية عبر الحدود الوطنية وعلى غير المواطنين، وفي شأن الولاية القضائية الجنائية، عن طريق تقرير الولاية القضائية العالمية للسلطات القضائية الوطنية بحيث تمتد إلى ما يرتكب في الخارج من جرائم مؤتممة في الداخل ومن غير المواطنين، وذلك بتقرير هذه الولاية القضائية العالمية إما بصورة مطلقة دون أية شروط أو وفقاً لمعايير محددة كأساس بمصلحة من مصالح الدولة أو أحد مواطنيها.

ويواجه التحدي المشار إليه، في نطاق ما استجد من اتجاهات في نطاق المبادئ القانونية دول العالم كافة

فى إطار مسيرة تشريعية حتمية تكاد تكون محددة المعالم والأهداف موحدة الأحكام والنصوص ، فى مجال تطوير أحكام كل تشريع معنى من التشريعات الوطنية كى يتلاءم مع تلك الاتجاهات الحديثة التى يفرضها ذلك التحدى فى ظل عالم متتابع التغير سريع التطور .

ومن مقتضيات المسيرة المشار إليها الخروج على كثير من القواعد العامة التى استقرت ردحاً طويلاً من الزمان فيما قبل عصر العولمة ، وعلى وجه الخصوص فى القانون الجنائى، لمصلحة التوسعة فى مد نطاق التجريم إلى صور من السلوك تقوم بها مجرد الأعمال التحضيرية أو المحاولة لم تصل إلى درجة الشروع، والعقاب على صور الاشتراك فى الجريمة بحسبانها جرائم مستقلة، ودون اشتراط وقوع جريمة نتيجة لأى من تلك الصور ، وأخصها التحريض الذى بات يمثل على المستوى الدولى هاجساً بالغ الخطورة فى ظاهرة الإرهاب ، وفى الدعوة إلى تمويله ، وهو فى الأغلب الأعم من صورته يكون عاماً وغير وسائل الإعلام غير موجه لفرد معين أو جماعة بذاتها أو لارتكاب جريمة محددة ، وغير ذلك من الأحكام التى تستجيب لهذه الاتجاهات العالمية الحديثة التى تمثل تحدياً من تحديات العولمة ، لابد لكل تشريع وطنى أن يواجهها ، مواجهة متوازنة رشيدة ، وقد ورد النص على هذه الأحكام ، فيما سبقت الإشارة إليه ويطلق عليه «الاتفاقيات الدولية الشارعة» ، والتى تمثل تحديات مهمة فى مجال التشريع على النحو الذى سيرد بيانه.

٢- إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف فى نطاق الأمم المتحدة ، على وجه الخصوص ، لتنظيم ما يقتضى الأمر تنظيمه ، على نحو متناغم متناسق فى دول العام قاطبة ، فى تشريعات كل دولة من تلك الدول على مستوى المعمورة فى المجالات التى سبق بيان بعضها ولمواجهة الظواهر الإجرامية التى عنيت تلك الاتفاقيات ببيانها، وضرورة تحقيق أعلى قدر من التوافق مع ما تشتمل عليه من أحكام تتعلق بالظواهر غير الإجرامية ذات الاهتمام الدولى التى تحتاج إلى تنظيم دولى مشترك .

ويضاعف قدر التحدى المذكور تصديق الأغلب الأعم من دول العالم على هذه الاتفاقيات بحيث صارت سارية فيها بذات قوة سريان تشريعاتها ، واجبة النفاذ الفورى بالنسبة إلى أحكامها القابلة للتطبيق بذاتها ، ملقبة على عاتق هذه الدول التزاماً بتطوير تشريعاتها بما يحقق إنفاذ الأحكام التى تحتاج لإعمال مقتضاها تدخلاً من المشرع الوطنى، وإنشاء الكثير من الكيانات الدولية لتقييم موقف الدول جميعها من التصديق على هذه الاتفاقيات أو الانضمام إليها ، والمتابعة الدورية المنهجية لإنفاذ أحكامها واتخاذ إجراءات مضادة دولية متباينة المستوى حيال الدول المتقاعسة عن التصديق أو الانضمام ، بحسب الأحوال، وكذلك غير الملتزمة بهذا الإنفاذ أو المتراخية فى التنفيذ ، تصل إلى حد توقيع الجزاءات الدولية بالغة التأثير .

ويتعاظم قدر التحدى المتصل بالاتفاقيات الدولية الشارعة المشار إليها ، بتأثير ما سبقت الإشارة إليه فى هذا البحث مما أوردته وثيقة إصدار دستور مملكة البحرين المعدل بتاريخ ١٤ من فبراير عام ٢٠٠٢ ، وما اشتمل عليه الدستور ذاته من مد البصر إلى كل تراث الإنسانية لاقتطاف ما هو نافع وصالح ومتفق مع الدين والقيم والتقاليد وملائم للظروف الوطنية ، وإسهام الدولة فى ركب الحضارة الإنسانية ، وما استحدثه دستور مصر المعدل لعام ٢٠١٤ من تأكيد التزام الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التى تكون مصر طرفاً فيها .

٤- ضرورة مواكبة ما تفرضه الاتفاقيات والمواثيق والتوصيات الدولية المشار إليها من أحكام لإحكام ما يصدر على المستوى الوطنى من تشريعات حديثة أو تعديل تشريعات قائمة ، على نحو تتحقق به آليات التنظيم المطلوب فى هذه الصكوك الدولية ، ووسائل وإجراءات تحقيق أهداف المكافحة والردع فى إطار التقطن لتحدى الموجة الدولية العاتية التى تستهدف مراعاة الحقوق الأساسية للإنسان كما استقرت فى المواثيق الدولية وفى مفاهيم الدول الديمقراطية، والتى اعتبرتها هذه المواثيق والمفاهيم من الحقوق الطبيعية التى لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها، وبخاصة تلك التى تنطلق من إيمان الأمم المتحدة بحرمة الحياة الخاصة وبوطأة القيود التى تنال من الحرية الشخصية ، وقد تقطن المشرع الدستور المصرى لتحديات تلك الموجة فرجع أحكام التواءم معها إلى مرتبة القواعد الدستورية بنصه فى المادة (٩٢) من الدستور المذكور سلفاً على أنه « الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً. ولا يجوز لأى قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها .

وقد أوجبت المواثيق والمفاهيم المشار إليها حماية مزدوجة للحقوق التى سلف ذكرها، بحيث يجب أن تكون تلك الحقوق بمنأى عن أى انتهاك تشريعى من ناحية، وأن تكون محلاً للحماية التشريعية من ناحية أخرى ، وهو ما مفاده أن التحدى فى هذا المجال الذى يواجه المشرع من عنصرين كفالة الحق وتهيئة سبل ممارسته ، وتأثير صور العدوان عليه .

ومما يضاعف وطأة التحدى المشار إليه استخدام النظام العالمى الجديد، لقضية حماية حقوق الإنسان، استخداماً سياسياً ، فى أحيان كثيرة، كأداة للضغط على الدول ولاسيما الدول النامية، من خلال المنظمات الدولية وفروعها التى تسيطر عليها وتوجه دفتها الدول الكبرى لمصالحها ، ومصالح من ترعاها من حلفائها، وذلك لتحقيق مآرب سياسية واقتصادية خاصة ، ويشهد الواقع المعاش فى نطاق الكثير من الدول المستهدفة صوراً عديدة من هذا الاستخدام ، يتسم بتعدد المعايير ، والافتقاد إلى الحيطة وسلوك سبل الانحياز .

ويترتب على اشتداد رياح المطالبة العالمية بمراعاة الحقوق والحريات العامة للإنسان فى أى مكان على كوكب الأرض، دقة وصعوبة مهمة المشرع الوطنى فى الدول النامية بخاصة فى إحداث توازن رشيد بين الوفاء بمقتضيات الالتزامات الدولية المنصوص عليها فى المواثيق والصكوك العالمية بأنواعها المختلفة فى نطاق ما يتطلبه هذا الوفاء من عمل تشريعى، وبين الوقوف عند حدود موجبات صون الحقوق والحريات المشار إليها على النحو سالف البيان دون مجاوزة لحدود مقتضيات هذا الوفاء ، أو تخطى لتخومه ، سيما فى ظل تسييس قضية احترام هذه الحقوق والحريات من جانب الدول الكبرى ذات السيطرة والنفوذ، ومن شأن ذلك أن يجعل النجاح فى تحقيق التوازن المنشود رعاية للمصالح الوطنية أمراً بالغ الصعوبة محفوظاً بالعقبات والعثرات .

٥- ومن أهم التحديات التى يفرضها عصر العولمة ، وذلك فى مجال التشريع ، الذى يتناولته هذا البحث ، استحداث نظام عالمى جديد - غير مسبوق - لقضاء جنائى دولى دائم، تمثل فى نشوء المحكمة الجنائية الدولية بموجب النظام الأساسى لهذه المحكمة الذى أقره فى عام ١٩٩٨ مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسى فى روما، والذى دخل حيز النفاذ اعتباراً من الأول من يوليو سنة ٢٠٠٢، وقد بلغ عدد الدول المصدقة على النظام المذكور حتى ١٢ من يوليو سنة ٢٠١٤ (١٢٥) مائة وخمسة وعشرين دولة ويشمل اختصاص هذه

المحكمة وفقاً لأحكام النظام الأساسي ذاته جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، ومنذ إبرام النظام الأساسي استقر للمحكمة هذا الاختصاص بهذه الأنواع الثلاثة من الجرائم الدولية، ولاية ومباشرة، فضلاً عن جريمة العدوان التي أُرجئت مباشرة المحكمة الاختصاص بها حتى وضع تعريف متفق عليه لها، ووفق أحكام المباشرة التي يضعها النظام ذاته لاحقاً، وقد تحقق ذلك لجريمة العدوان بموجب اعتماد تعريف هذه الجريمة وتحديد الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها بها، وذلك في مؤتمر مراجعة النظام الأساسي في كمبالا الذي انعقد في يونيو عام ٢٠١٠ ويضعف التحدي امتداد اختصاص هذه المحكمة إلى غير الدول الأطراف بالنسبة إلى الحالات التي يحيلها مجلس الأمن إلى المدعى العام لهذه المحكمة.

ويشار في هذا الصدد إلى أنه رغم انحصار عدد الدول العربية المصدقة على النظام المشار إليه في ثلاث دول، هي الأردن وجيبوتي وجزر القمر وصدور مرسوم في الرابعة وهي تونس بالتصديق وذلك بعد الثورة التي اندلعت فيها في عام ٢٠١١ م، فقد برزت أولى مشكلات الامتداد في الاختصاص السالف بيانه إلى غير الدول الأطراف، وذلك بالنسبة إلى السودان وهي دولة غير طرف في النظام الأساسي للمحكمة، وما أثاره قرار الدائرة التمهيدية لها بناءً على مذكرة المدعى العام بتوقيف الرئيس السوداني على ذمة حالة دارفور التي أحالها مجلس الأمن إلى المحكمة من ردود أفعال على المستوى الدولي والعربي والإفريقي، وما أبرزته هذه السابقة من ضرورة اتخاذ الخطوات التشريعية والقضائية المناسبة لتجنب اختصاص تلك المحكمة، الذي يتسم بأنه اختصاص تكميلي لا يلجأ إليه إلا إذا لم ينهض القضاء الوطني باختصاصه لعدم قدرة أو رغبة أو جدية.

وقد تبعت حالة دارفور المشار إليها حالة ثانية هي حالة الجماهيرية العربية الليبية التي أحالها مجلس الأمن وصدور فيها قرار المحكمة، بناءً على طلب المدعى العام، بتوقيف العقيد معمر القذافي وابنه سيف الإسلام ومدير جهاز مخابراته، وقد شهدت هذه الحالة تطوراً بالغ الخطر تمثل في مصرع العقيد على أثر الثورة التي اندلعت في ليبيا، وما تبع ذلك من إلقاء القبض على ابنه ومدير جهاز مخابراته، وكان قد أعلن عن الاتفاق بين المجلس الوطني الانتقالي الليبي السابق، والمحكمة الجنائية الدولية على أن تجرى محاكمة الأخيرين في ليبيا، كما نُسب إلى المدعى العام للمحكمة الجنائية الدولية آنذاك أن مقتل العقيد الليبي يعتبر جريمة ضد الإنسانية.

غير أن تغيرات طرأت على الموقف المذكور فقد أعلنت منظمات حقوق الإنسان أن ليبيا لا تستطيع أن توفر لسيف الإسلام محاكمة عادلة، وأن المحكمة الجنائية الدولية لها الولاية على القضية وأن الدعوى محالة من مجلس الأمن وأن المجلس الوطني الانتقالي آنذاك لم يحكم قبضته على البلاد.

وقد قدمت ليبيا في أول مايو سنة ٢٠١٢ طعناً في مقبولية النظر في قضية نجل الرئيس الليبي الراحل ورئيس مخابراته استناداً إلى أن النظام القضائي الوطني الليبي يحقق في شأن اتهامهما بأعمال قتل واضطهاد ترقى إلى مرتبة الجرائم ضد الإنسانية وطلبت تسليمهما، وذلك بعد أن تم اعتقال رئيس المخابرات الليبي السابق عبدالله السنوسي في مارس سنة ٢٠١٢ بمطار نواكشوط بموريتانيا عندما كان يحاول دخول البلاد وقد تم تسليمه في ٥ من سبتمبر من العام ذاته إلى السلطات الليبية، التي لم تقم بنقله

للمحكمة الجنائية الدولية تنفيذاً لقرار التوقيف الصادر بحقه منذ ٢٧ من يونيو سنة ٢٠١١ . ويستخلص مما سلف أن التحدي المتمثل في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية والتي تباشر اختصاصاتها منذ ما يجاوز عشر سنوات ، وامتداد اختصاصها إلى غير الدول الأطراف في نظامها الأساسي سواء بالنسبة إلى ما يرتكب على أقاليمها أو من مواطنيها من الجرائم التي تختص بها تلك المحكمة ، هو تحدٍ مفروض على دول العالم كافة بما فيها جميع الدول العربية رغم أن الدول الأطراف في النظام الأساسي لهذه المحكمة لم يتجاوز أربع دول منها ، وأن باقي هذه الدول وعددها ثمانى عشرة دولة ليست من بين الدول الأطراف في النظام .

٦- نشوء أزمات اقتصادية ومالية عالمية طاحنة بين الحين والحين ، تؤدي تحديات العولمة إلى تنامي تداعياتها واتساع مساحتها، وتعدد مجالاتها، وتنوع آثارها المباشرة وغير المباشرة، وشمولها لدول العالم كافة على مستوى المعمورة متقدمة ونامية ومتخلفة، والحديث المتواتر ، بحق ، عن أن من أهم وسائل مواجهة هذه الأزمات التشريعية، الذى يكون فى بعض الأحيان من عوامل نشوء هذه الأزمات ، وهو ما تم رصده فى الأزمة الاقتصادية عام ٢٠٠٨م وكان من أسبابها الأحكام التشريعية المتعلقة بتطبيق نظام التوريق فى مجال التمويل العقارى، وقد تبع هذه الأزمة، أزمة كبيرة طالت الاقتصاد الأمريكى امتدت تداعياته إلى عديد من دول العالم، وامتدت إلى غير قليل من أسواق المال فيها.

٧- حتمية إقامة التوازن الدقيق بين الطابع القومي أو الوطني للتشريع وبين انفتاحه على العالم، وتحوله إلى العالمية ، مع الأخذ فى الاعتبار أن هذا الانفتاح لا يعنى تصادم الحضارات، وتضارب التشريعات، وإنما يعكس مسيرة التقائها نحو أهداف جمعية ومصالح مشتركة تحتم الاستفادة من الخبرات التشريعية للدول الأخرى ، فى ضوء اتجاهات القانون المقارن ، والتكيف مع أحدث الاتجاهات القانونية العالمية ، والتفطن الرشيد إلى أن انفتاح الحضارات على بعضها البعض فى نطاق عالم القانون لا يجوز النظر إليه بوصفه عملية سياسية تحكمها قواعد الحراك السياسى، والتفاعل بين النظم السياسية المختلفة وإنما يتعين النظر إلى هذا الانفتاح بوصفه سبيلاً لا فكاك منه لاستجلاء واستخلاص القيم المشتركة والثواب محل الاتفاق التي تقوم عليها مختلف الحضارات وتتفق على دعمها وحمايتها مختلف النظم القانونية، أياً كانت مناهجها ومهما تباينت توجهاتها، وهو ما سبقت الإشارة إليه ، فى مجال اعتناق دستور مملكة البحرين، ودستور جمهورية مصر العربية القائمين له.

٨- الحاجة إلى تأكيد قومية التشريعات الوطنية في مواجهة بعض الاتجاهات التي قد لا تتفق مع الذاتية المحلية، ويمثل ذلك تحدياً حقيقياً يواجه مصر وسائر الدول العربية في مسيرة تطوير تشريعاتها لتستجيب للاتجاهات القانونية العالمية الجديدة والالتزامات التي تفرضها الصكوك والمواثيق الدولية فى ظل الظروف العالمية المتغيرة، وتزداد شراسة هذا التحدى كلما اختلفت هذه الاتجاهات العالمية الجديدة والالتزامات التي تفرضها مع مبادئ الشرائع السماوية فى أصولها الكلية وقواعدها قطعية الدلالة والثبوت ، وأخصها مبادئ الشريعة الإسلامية والمغلاة والتشدد والتطرف فى مجال المقصود بهذه المبادئ ، التي فسرتها المادة (٢١٩) من دستور مصر السابق لعام ٢٠١٢م ، بأنها تشمل أدلة هذه الشريعة الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتبرة فى مذاهب أهل السنة والجماعة ، وقد أثار هذا التفسير جدلاً محتمداً بين

التيارات المتشددة المحسوبة على الإسلام ، وغيرها من التيارات المعتدلة التي استمست بتحديد المحكمة الدستورية العليا لهذه المبادئ ، وقد أدى هذا الخلف إلى حذف التفسير المشار إليه من دستور مصر الجديد لعام ٢٠١٤م ، الذى أورد فى ديباجته أن المرجع فى تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية هو ما تضمنه مجموع أحكام المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن، وأكثر التشريعات عرضة لصعوبة التوفيق بينها وبين الاتجاهات الدولية الحديثة المشار إليها ، تشريعات الأحوال الشخصية ، وتشريعات الأسرة ، وحماية الطفولة ، وتلك التى تتعلق بحقوق المرأة ، بالإضافة إلى التشريعات الجنائية، ولا سيما فى نطاق جرائم الحدود .

ويفرض هذا التحدى تداعياته على نحو بارز ، عند مناهضة التطورات العالمية الحديثة للموروثات الثقافية والمبادئ الأخلاقية والعادات والتقاليد الراسخة المرعية .

المبحث الثانى

أهداف المواجهة التشريعية الوطنية لتحديات عولمة التشريع

سبق الحديث فى المبحث الأول من هذا البحث عن التحديات التى تفرضها العولمة فى مجال التشريع، على السياق المتقدم، وفيما يأتى بيان أهداف المواجهة التشريعية الوطنية لتحديات العولمة ، وذلك على النحو الآتى :

١ حفاظ القائمين على شؤون التشريع والمتصلين به فى كافة مراحل صناعته منذ نشوء فكرته وإعداد مشروعه، فى خطوات هذا الإعداد المتتابعة بما فيها الصياغة والمراجعة والحوار وأخذ رأى ، ثم الإحالة إلى السلطة التشريعية لمناقشته وإقراره وحتى إصداره كتشريع نافذ ، وإلى أقصى حد مستطاع ، على العناصر والمقومات والثوابت والقواعد الدينية ، والتراث الثقافى للمجتمع الذى يحكمه التشريع والتي يتحقق بها الصون اللازم للمعايير التى لا تنهدم بها دعائم قومية التشريع أو تتمحى ، بما تعنيه هذه القومية، على النحو سالف البيان، من ارتكاز التشريع الوطنى ، فى توازن دقيق مع تحديات العولمة ، على الذاتية الحضارية والثقافية للمجتمع الذى تتحدد به هويته ويتضح انتماؤه ويتأكد به استقلاله ويعبر عن حضارته بما تحويه من مبادئ وقيم .

٢ الإدراك الواعى والمتابعة المتواصلة والانفتاح الرشيد على ما يشهده العالم من تطورات متلاحقة متسارعة عميقة متعددة للحدود الوطنية بالغة التأثير والتأثر بفعل الثورة الهائلة فى مجال قنوات الاتصال بين الدول فى كافة المجالات، والتي يتردد على أثرها دومًا أن العالم قد تحول إلى قرية كونية ، والتطور المذهل فى نطاق تقنية المعلومات، ومسيرة التقدم غير المسبوق فى نطاق استخدام التكنولوجيا، والوقوف على ما تفرزه هذه التطورات من القيم العالمية الجديدة التى تحتاج إلى الفحص والتحصيص والتقييم وكذلك الحال بالنسبة إلى المعرفة الكاملة الآنية بكل تغيير فى شكل العلاقات الدولية ومناطق النفوذ ، ومواقع السيطرة والتأثير والتحكم على كافة المستويات.

والعوامل السالفة جميعًا ، لها انعكاساتها على الظواهر الاجتماعية فى كل دولة من دول العالم ، وأبرز هذه

الظواهر التشريعية بكافة صوره ، بحكم أنه الضابط لحسن سير العلاقات فى المجتمع ، وأهم تجليات هذه الظواهر ، وكذلك الروابط التى تجمع بين المجتمعات كافة على مستوى المعمورة .

وتجب الإحاطة الشاملة بما أفرزه ما سبق ، على السياق المتقدم ، من أشكال التكتل وتركيز القوة الاقتصادية فى العالم ، وحتمية الوقوف على مراكز هذا التكتل الذى بات ، بسبب طغيان الماديات ولغة المصالح ، ينحصر فى دائرة محدودة من الدول تمارس نفوذها فى نطاق المعمورة بأسرها ، وكذلك المعرفة التامة بتجليات العولمة التى برزت الدعوة إلى ثقافتها ، وبالقيم والمفاهيم المشتركة التى تجمع بين البشر ، وتسعى إلى نشر نموذج ثقافى وحضارى جديد .

وما سلف جميعه يجب الوقوف الواضح عليه من كافة الممارسين لصناعة التشريع ، والمختصين بإعداده وسلطات إقراره وإصداره ، ويتعين عليهم فى مباشرة اختصاصاتهم والنهوض بمسئولياتهم التفاعل معه والتعاون فى نطاقه فى ضوء التزام أقصى قدر من الحفاظ على المصالح الوطنية والثوابت الثقافية والقيم الذاتية للمجتمع.

٣ ومن أهم أهداف المواجهة التشريعية الوطنية لتحديات عولمة التشريع ، بل وفى موقع الصدارة منها ، الإنفاذ الكامل الرشيد لأحكام الاتفاقيات الدولية التى سلفت الإشارة إليها والتي يطلق عليها ، وبحق ، الاتفاقيات الشارعة، والتي تتناول مجالات شتى، تلزم جميعها التشريع الوطنى لكل دولة من الدول الأطراف بما تحتوى عليه من أحكام لا تقتصر على المبادئ العامة فى الموضوعات التى تنظمها وتضع قواعدها ، بل تمتد إلى كافة الأحكام التفصيلية التى أصبح إدراجها فى الاتفاقيات الدولية الشارعة ، نهجاً متبعاً ، سيما تلك التى تواجه الظواهر العالمية السلبية ذات الصبغة الدولية ، التى نعيش عصر امتدادها وتوسعها ؛ والإنفاذ الكامل لأحكام هذه الاتفاقيات كافة بالنسبة إلى كل دولة من دول العالم يتغيا تحقيق توحيد تشريعى دولى يكون هو النافذ بأحكامه المتماثلة فى الموضوعات التى تتكفل بتنظيمها هذه الاتفاقيات .

وقد سبق القول أن الموضوعات المشار إليها لا تقتصر على الموضوعات التى يغلب عليها الطابع العقابى ، بل تمتد إلى موضوعات أخرى تتناولها اتفاقيات لا يمثل الجانب المذكور الأحكام الغالبة فيها ، ومن هذه الاتفاقيات ، على سبيل المثال ، تلك المتعلقة بنظم التجارة العالمية، وما يتصل منها بحماية حقوق الملكية الفكرية ، وحقوق الفئات الأكثر ضعفاً فى المجتمع كالأطفال والنساء وذوى الاحتياجات الخاصة.

وتعتبر الاتفاقيات الدولية المشار إليها من أهم تجليات العولمة، وقد سبق بيان أن إبرام هذه الاتفاقيات وتصديق وانضمام الأغلب الأعم من دول العالم إليها أدى فى مجال التشريع إلى تراجع سيادة الدولة الوطنية التشريعية بما فرضته من التزامات على أطرافها، وعلى غيرهم فى بعض الأحيان، كما هو الحال - على نحو ما سبق بيانه - بالنسبة إلى النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية ، فضلاً عن الاتفاقيات والصكوك الدولية الخاصة بمكافحة الإرهاب وتمويله وبمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ومكافحة الفساد ، والاتجار بالبشر ، والتوصيات الدولية فى شأن مكافحة غسل الأموال .

٤ التنسيق على المستويات الإقليمية فى مجال المواجهة التشريعية ، لتحديات عولمة التشريع ، ويتجسد هذا الهدف فى حتمية الإسهام فى سلوك نهج الاتجاه إلى العمل فى مجال التشريع من خلال وفى ظل التكتلات الإقليمية فى مجال المواجهة التشريعية لتحديات العولمة، والتعاون الإقليمى بين دول التكتل

على اختلاف إمكاناتها وقدراتها للتخفيف من الآثار السلبية للاتفاقيات والمواثيق الدولية الشارعة على المصالح الوطنية ، والاستفادة المتبادلة من الخبرات المختلفة وذات الكفاءات المتعددة فى كل دولة من دول التكتل الإقليمي، والتعاون بين هذه الدول على نحو تكاملى في مجال التكيف مع الاتجاهات القانونية العالمية وتطورها المتلاحق، ومحاولة الوصول إلى توحيد تشريعي في هذا المجال الإقليمي يتأسى بالتجربة الرائدة في نطاق دول الاتحاد الأوروبي التي قطعت شوطاً طويلاً في هذا النطاق .

والنهج سالف البيان للاتحاد الأوروبي هو ذاته النهج الذي بُذلت الجهود لاتباعه من قبل الدول العربية تحت مظلة جامعة الدول العربية من خلال عمل تشريعي مشترك ، في نطاق المجالس الوزارية العربية وأخصها مجلس وزراء العدل العرب ومجلس وزراء الداخلية العرب ، وبواسطة لجان رفيعة المستوى مشكلة من الدول العربية ، في مقر الجامعة ، وفي المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية التابع لهذه الجامعة، وعن طريق وضع الكثير من التشريعات العربية النموذجية الموحدة ، يقترَب من العشرين تشريعاً فضلاً عن عقد اتفاقيات عربية موحدة في المسائل ذات الصلة الدولية، كمكافحة الإرهاب، والجريمة المنظمة، ومكافحة الفساد ، وغسل الأموال .

٥ تحقيق مشاركة وطنية جادة فعالة ودائمة على مستوى عالٍ في الجولات التفاوضية في مراحل إعداد مشروعات الاتفاقيات والمواثيق الدولية الشارعة أو مشروعات تعديلها المعروضة في نطاق الأمم المتحدة أو المنظمات والهيئات الدولية المختصة ، أو على المستوى الإقليمي، أو المزمع إعدادها في المستقبل، وذلك بوفود من الدول مشكلة من خبراء ومتخصصين وطنيين مؤهلين ومدربين ، وذلك بهدف الإسهام الفاعل والمؤثر في توجيه المناقشات والاتجاهات نحو ما يصون المصالح الوطنية إلى أقصى حد مستطاع، والحيلولة دون حسم موضوعات هذه الاتفاقيات ، دون إحاطة بوجهات النظر الوطنية ، ووضع المصالح المحلية في الاعتبار ، بما يحقق التوفى من أحكام تخل بهذه المصالح ، لم تكن هناك حاجة ماسة إليها ، للوصول إلى الأهداف التي من أجلها أبرمت .

٦ توحيد المواقف والرؤى والقرارات بين دول التكتل الواحد رعاية لمصالحها المشتركة ، ومن أبرز التكتلات التي تتسم بهذه المصالح ، وتجمع بينها الكثير من الروابط والعناصر الدول العربية التي يعتبر هدف التوحيد المشار إليه ، هدفاً رئيساً ، يتعين أن يكون محل اعتبار في شأن التوقيع والتصديق والانضمام إلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية المشار إليها ، في ضوء المصالح العربية القومية المشتركة والحفاظ على الذاتية الحضارية والثقافية والتاريخية للأمة العربية في توازن دقيق لا يخل بالإسهام الفعال في الجهود الدولية بأشكالها المختلفة الرامية إلى مواجهة الظواهر الدولية السلبية والحفاظ على الحضارة الإنسانية وحفظ السلام والأمن الدوليين.

المبحث الثالث

وسائل وآليات المواجهة الوطنية لتحديات عولمة التشريع

أورد المبحث السابق من هذا البحث بيان أهم الأهداف التي تجب مراعاتها على المستوى الوطنى في سبيل تحقيق المواجهة التشريعية اللازمة والمأمولة ، والتي يتعين أن تكون رشيدة ومتوازنة وكافية ، للاستجابة

١ لتحديات العولمة وذلك على المستوى الوطنى ، والتطلع إلى أن تكون هذه المواجهة على المستوى الإقليمى لتحقيق تعاون تكاملى قادر فعال للتخفيف من الآثار السلبية لتداعيات هذه المواجهة إلى أقصى حد مستطاع ، ويمكن تصور الوسائل والآليات الآتية لتحقيق هذه المواجهة بصفاتها المذكورة على النحو الآتى :

الدراسة الواعية المتعمقة لتجليات العولمة بمختلف مناحيها وتعدد موضوعاتها وذلك في مجال اتصالها بصناعة التشريع، والرصد الدقيق للمتغيرات والمستجدات الدولية في هذا الخصوص . والحصر الرشيد لما تستلزمه وتحتمه هذه المتغيرات والمستجدات من سن تشريعات مستحدثة ، وقد يكون منها غير المسبوق على المستوى الوطنى ، أو تعديل تشريعات قائمة ، إنفاذاً لما تستلزمه الأحكام الدولية الجديدة .

ويتعين فى النطاق سالف البيان إيلاء عناية خاصة للوقوف على القواعد الحديثة في مجال سريان التشريعات الجنائية الوطنية من حيث المكان ومن جهة الأشخاص، وكذلك المتعلقة بامتداد ولاية القضاء الجنائى الوطنى إلى ما يرتكب من الجرائم في الخارج ومن غير المواطنين، واستنباط الأحكام المتعلقة بهذه القواعد المستحدثة من مصادرها في الاتفاقيات والمواثيق الدولية الشارعة، ودراسة التشريعات المقارنة التي تم استحداثها للوفاء بالالتزامات التي فرضتها هذه الأحكام، أو تلك التي طرأت عليها التعديلات المحققة لغاية التجاوب مع موجبات هذه المواثيق وتلك الاتفاقيات. للاستهداء بما أسفرت عنه دراساتها للوصول إلى هذه الغاية ، والاستفادة منها فيما يبذل من جهد فى هذا الخصوص ، ولا سيما الدول ذات النظم التشريعية المتقدمة والمتطورة .

٢ الحصر الشامل للأحكام الموضوعية للاتفاقيات والمواثيق الدولية المشار إليها، وعلى وجه الخصوص، من حيث تدابير مكافحة الظواهر الإجرامية التي تنظم مكافحتها مما هو ذات صبغة عالمية ، وأنماط السلوك التي دعت هذه الاتفاقيات والمواثيق الدولية إلى تأميمها فى التشريعات الوطنية وتقرير الجزاءات المناسبة لها، وما نصت عليه هذه الاتفاقيات والمواثيق من أساليب التعاون الدولي في شأن مكافحة هذه الظواهر بمختلف أنواعها، والتنظيم التشريعى المحكم فى شأن تنفيذ كل دولة للأحكام الصادرة من القضاء فى دولة أخرى ضد الجناة، وذلك فى كافة صور السلوك التي دعت الاتفاقية إلى تأميمها ، ولمقتضيات إمكانية التعاون يتعين أن يتحقق هذا التأميم فى التشريع الوطنى فى كل من دولة الحكم ، ودولة التنفيذ ابتغاء توافر شرط ازدواجية التجريم ، وهو أساس جواز هذا التعاون ، وكذلك ملاحقة الأموال المتحصلة من تلك الصور المجرمة ، أو الأموال التي تم إبدالها بها ، أو اندماجها فيها واستردادها، والجدير بالذكر أن الاتفاقيات الدولية المشار إليها قد جرت على أن تشمل على تنظيم أحكام التدابير المشار إليها ، وقواعد التجريم والعقاب ، وتنظيم كامل لأحكام وسائل التعاون الدولى المتعارف عليها دولياً .

وبالإضافة إلى ما سلف، وفى ظل الظروف والمستجدات الدولية الراهنة ، تتعين العناية بتوجيه اهتمام خاص بالاتفاقيات الدولية في مجالات حقوق الإنسان ، والإرهاب ، وتمويل الإرهاب بكافة صورته وأشكاله، والجرائم المنظمة العابرة للحدود الوطنية، وتلك المنصوص عليها في البروتوكولات الملحقه بالاتفاقية الخاصة بهذه الجرائم، ومنها جرائم الاتجار بالبشر بما فيها جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، وجرائم الهجرة غير الشرعية، فضلاً عن جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب بالأموال ، وتمويل التسلح بأسلحة

الدمار الشامل ، وكذلك الجرائم الالكترونية، واستخلاص ورصد كافة الأحكام الموضوعية التي تحقق الوفاء بالالتزامات التي تفرضها هذه الاتفاقيات وتلك المواثيق .

ولا يفوت منصف في مجال هذا البحث ، أن يشير إلى الإدراك المحمود لدستور مصر الجديد لعام ٢٠١٤ ، لأهمية السبل المشار إليها في مجال المواجهة ، وقد انعكس ذلك على الترقى بهذه الالتزامات التشريعية الدولية إلى مصاف المبادئ الدستورية بنصه في المواد ٥١ و٥٢ و٦٣ و٦٤ و٦٩ و٨٠ و٨١ منه على التزام الدولة باحترام كرامة الإنسان ، واعتبار التعذيب بجميع صورته وأشكاله جريمة لا تسقط بالتقادم ، وحظر التهجير القسرى التعسفى بجميع صورته وأشكاله واعتبار مخالفة هذا الحظر جريمة لا تسقط بالتقادم ، والإلزام بتنظيم القانون لحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية، والالتزام الدولة بحماية حقوق الملكية الفكرية بشتى أنواعها فى جميع المجالات وإنشاء جهاز مختص لرعاية تلك الحقوق وحمايتها القانونية، وكفالة الدولة الحقوق وحمايتها القانونية ، وكفالة الدولة حقوق الأطفال ذوى الإعاقة وتأهيلهم واندماجهم فى المجتمع ، والتزامها بضمان حقوق الأشخاص ذوى الإعاقة صحياً واقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وترفيهياً ورياضياً وتعليمياً، وتوفير فرص العمل لهم ، وإدماجهم مع غيرهم من المواطنين ، إعمالاً لمبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص .

٣ إجراء مراجعة شاملة للتشريعات العربية الاسترشادية التي تم إنجازها في نطاق مجلس وزراء العدل العرب وغيره من المجالس الوزارية العربية ، وأخصها مجلس وزراء الداخلية العرب، والتي اقتربت من عشرين قانوناً عربياً استرشادياً ، وتوجيه الأجهزة القائمة فى جامعة الدول العربية بمهمة إعداد هذه التشريعات عناية خاصة للقوانين ذات الصلة بالاتفاقيات والمواثيق الدولية الشارعة، التي تساعد الدول العربية على المواجهة التشريعية لتحديات ما تفرضه من التزامات ، ووضع منهجية فى نطاق الجامعة، وبخاصة مجلساً وزراء العدل والداخلية العرب لإعداد هذه التشريعات، وتعميمها على الدول العربية ومتابعة الاستفادة بها.

وفى هذا المجال يجدر التنويه بالجهد الفائق الذى بذله المجلسان المشار إليهما والمركز العربى للبحوث القانونية والقضائية التابع للجامعة فى مجال محاولة التوحيد التشريعى فى العالم العربى، انطلاقاً مما نص عليه قرار مجلس جامعة الدول العربية فى سنة ١٩٨٢ بإنشاء مجلس وزراء العدل العرب من أن الهدف من هذا الإنشاء تحقيق التعاون العربى فى المجالات القانونية والقضائية وتأهيل القائمين على تلك المجالات وكفالة تخصصهم لتحقيق القدرات العربية على مواكبة التطور فى هذا النطاق، ومن إصدار المجلس الوزارى المذكور قراراً فى عام ١٩٩٨ باعتماد برنامج عمل المركز العربى سالف البيان ومن بنوده عقد لقاء دورى لمديرى إدارات التشريع فى وزارات العدل العربية.

وقد توالى هذه اللقاءات السنوية منذ هذا التاريخ، وكان من أبرزها اللقاء الخامس الذى عقد فى القاهرة، وتناولت محاوره التعاون العربى فى مجال توحيد التشريعات وتقييم المنهجية التى تتبع فى إعداد القوانين العربية الاسترشادية المشار إليها، ومدى استفادة الدول العربية بما تم إعداده من هذه القوانين، وتنسيق المواقف العربية بشأن المؤتمرات والاتفاقيات الدولية، وقد انصبت اللقاءات السابقة على هذا اللقاء على منهجية رفع كفاءة المسؤولين عن إعداد التشريعات فى إدارات التشريع فى الدول العربية وتأهيل الكوادر

المتخصصة في هذا المجال، وبحث المقتضيات العامة والخاصة عند إعداد التشريع، وتحديد العقبات التي تحول دون حسن إعداد التشريعات الوطنية، والتعاون في المجالين العربي والدولى.

ومن أهم إنجازات اللقاءات السنوية المشار إليها لمسئولى التشريع فى العالم العربى إعداد الدليل النموذجى العربى الموحد لأسس وقواعد وإعداد وصياغة التشريعات بمختلف أنواعها، والتوصية الدائمة المتواترة بإنشاء هيئة مركزية مستقلة فى كل دولة عربية تزود بالكوادر البشرية المتخصصة والإمكانات المتطورة والمراجع والوثائق اللازمة والوسائل الحديثة التى تعينها على النهوض بتنفيذ السياسة التشريعية بكفاءة عالية، وتنفيذاً لهذه التوصية أعد المركز العربى للبحوث القانونية والقضائية سالف الذكر وثيقة لتوقيعها من وزراء العدل العرب بهدف إقرارها فى اللقاء السنوى لمسئولى التشريع بدولة الكويت، ولم يقدر لهذا اللقاء اعتماد هذه الوثيقة بصورة نهائية، وقد سبق، فى البحث الذى نشر لنا فى العدد الأول من هذه المجلة، الإشادة بتجربة مملكة البحرين فى إنشاء هيئة التشريع والإفتاء القانونى كهيئة مستقلة ذات طبيعة قضائية لا تخضع لوزارة بذاتها، وتجدر الإشارة فى هذا المجال إلى تجربة دولة الكويت وعدد من الدول العربية فى هذا الصدد.

وبالإضافة إلى ما سلف التوصية بالناية بالتأهيل المبدئى للكوادر التشريعية، وبالتدريب المستمر والمتخصص لهم، ووضع البرامج اللازمة لذلك على المستويين العربى والوطنى بالتنسيق مع المركز العربى للبحوث القانونية والقضائية.

ومن أسف، أن الإعداد والتأهيل والتدريب المبدئى والمستمر للعاملين فى مجال صناعة التشريع فى العالم العربى، ورغم التوصيات المشار إليها واللقاءات المستمرة التى انعقدت وصدرت عنها هذه التوصيات، لم يحظ جميعه بالإنفاد ولم تبادر أية دولة من الدول العربية، وأخصها ما أنشأ معاهد أو مراكز متخصصة للدراسات القانونية والقضائية مستقلة أو تابعة لوزارة العدل، إلى تبنى التوصيات التى سلف بيانها - على السياق المتقدم - رغم انعقاد دورات تدريبية فى شئون أخرى كثيرة، ومع أن تحديات عولمة التشريع وما تحتمه فى مواجهتها من تعاون مشترك، يعين الدول العربية على النهوض بهذه المواجهة، يجعل من تبنى تلك التوصيات على مستوى إقليمى ضرورة ملحة، تتوقى بها الدول العربية آثاراً سلبية فى تقييم نظمها القانونية ومدى مواءمتها للاتفاقيات الدولية الشارعة.

ولعل الوسائل الأدنى إلى تحقيق أهداف المواجهة التشريعية لتحديات العولمة بخاصة، ولجودة المنتج التشريعى بعامة، من وجهة نظر هذا البحث، يتمثل أهمها فيما يأتى:

١- إنشاء هيئة مركزية مستقلة على مستوى كل دولة، تختص بإعداد ومراجعة وصياغة التشريعات بمختلف أنواعها، ويشار فى هذا الصدد إلى صدور قرار رئيس مجلس الوزراء المصرى رقم ١٢٠ لسنة ٢٠١٢ بإنشاء اللجنة العليا لشئون التشريع.

وقد أعقبه بعد انتخاب رئيس الجمهورية الجديد، إنفاذاً للخطوات المنصوص عليها فى خارطة المستقبل فى أعقاب ثورة ٣٠ من يونيو لسنة ٢٠١٤م صدور قرار بديل هو قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٧ لسنة ٢٠١٤ بتشكيل اللجنة العليا للإصلاح التشريعى، غير أن إنشاء هذه اللجنة العليا فى مصر، فى ظل الأوضاع الدستورية الجديدة، فيما يختص بمرحلة إعداد التشريع، لا يحقق الهدف المبتغى من إنشاء هيئة مركزية

مستقلة تتولى هذا الإعداد ، إذ البين من أحكام الدستور الجديد لعام ٢٠١٤ أنه ، وعلى نحو غير مسبوق ، أوجب أخذ رأى ما يجاوز عشرين من الجهات والهيئات العامة والأجهزة والمجالس العليا والاتحادات والتفادات وغيرها فى مشروعات القوانين المتعلقة بها ، بالإضافة إلى نهوض قطاع التشريع بوزارة العدل بمهمة إعداد هذه المشروعات بقوانين ، ولاسيما ما يطلق عليه التشريعات الرئيسية كقانون العقوبات (الجزاء) والإجراءات الجنائية (الجزائية) ، والقانون المدنى ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية .. إلخ ، وذلك منذ ثلاثينيات القرن الماضى ، فإن صياغة المادة (١٩٠) من الدستور ذاته توحى بمنح مجلس الدولة اختصاصاً انفرادياً بمراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصبغة التشريعية وهو حكم ظاهر التعارض مع ما يقوم به قطاع التشريع فى وزارة العدل فى شأن تلك المراجعة وهذه الصياغة ، والاختصاصات التى تتولاها اللجنة العليا للإصلاح التشريعى هى ذات ما أسند إلى مجلس الدولة ، على سبيل الانفراد ، ويزيد اتساع دائرة الازدواجية تدخل وزارة العدالة الانتقالية ومجلس النواب فى العملية التشريعية بحكم تولى وزيرها أعمال المقرر للجنة العليا المذكورة ، وهذا النهج يتأدى عنه تنازع فى الاختصاصات المتعلقة بإعداد التشريعات وتشتت لا تؤمن عواقبه .

٢- أفضلية أن يتم الإعداد المبدئى للتشريعات فى الجهات ذات الصلة بالموضوعات التى تهض هذه التشريعات بتنظيم أحكامها كل بالنسبة إلى الموضوع المتصل به ، وأن تعرض الصياغة المبدئية للتشريع على الهيئة المركزية الموحدة المشار إليها التى سلف القول بضرورة قيامها فى كل دولة لتقوم بمراجعتها ووضعها فى الصيغة الملائمة الصالحة للعرض ، وذلك فى إطار هذه الهيئة المستقلة ، وتحت سقفها بمشاركة الجهات التى أعدت هذه الصياغة وبإسهام من المتخصصين من أساتذة الجامعات وغيرهم من رجال القضاء العادى والإدارى ، إن وجد ، وسائر الخبراء فى المسائل التى يعالجها التشريع .

٣- وضع برامج التكوين المبدئى والتأهيل والتدريب المستمر والمتخصص للكوادر التشريعية بهدف إعداد المتخصصين فى مجال صناعة وصياغة التشريع ، وتنمية قدرات العاملين فى هذا المجال ، ورفع مستوى الأداء التشريعى بعامة ، ويحسن أن يتم التكوين والتدريب كليهما على مستويين أحدهما إقليمى تتبناه إحدى الدول العربية القادرة ولا سيما تلك التى تأسست فيها مراكز أو معاهد للبحوث والدراسات التشريعية والقضائية ، توفرت لها كافة الإمكانيات البشرية والمادية والتقنية ، التى تعين على القيام بهذه المهمة وثانيهما وطنى يتم على مستوى كل دولة ويتلاءم مع خصوصيتها وحاجاتها الذاتية .

٤- الإحاطة الدائمة والمتواصلة بالاتفاقيات الدولية ، والشارعة منها على وجه الخصوص ، لملاحقة الأحداث والتطورات الدولية فى مجالها ، وتحقيق الوفاء التشريعى بالتزامات الدولة المترتبة على هذه الاتفاقيات بصورة طوعية وفى أسرع وقت ممكن . دون الانتظار حتى يتم التقييم الدولى من المنظمات المختصة والخضوع لإجراءات إلزامية فى هذا الخصوص .

ويؤدى اتباع النهج الذى سلف بيانه عند اعتناقه واتباعه فى شأن الاتفاقيات التى تتناول المسائل ذات الصبغة الدولية إلى توحيد المنهج الذى يتبع فى إعداد التشريعات وهيكلتها ، والالتزام بقواعد موحدة للصياغة ، ومراعاة المواءمة بين أحكام التشريع الوطنى ومبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الدستور المعنى التى تعتبر تلك المبادئ فى مصر المصدر الرئيسى للتشريع ، وقد سبق بيان المعنى الواسع لهذه المبادئ الذى

كانت قد اعتنقت المادة (٢١٩) من الدستور السابق لسنة ٢٠١٢، وعدل عنه الدستور الجديد لعام ٢٠١٤، وفق ما سلف بيانه، وتوافق التشريعات مع الشريعة الإسلامية، كالتزام دستوري له أهميته في مملكة البحرين، حيث تنص المادة (٢) من دستور المملكة المعدل لعام ٢٠٠٢م، على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع.

والنص في الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع يتحقق بالالتزام به نوع من أنواع الرقابة المسبقة على دستورية التشريع عن غير طريق القضاء في الدول التي تأخذ بنهج الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، كأصل عام، كالشأن في مصر وذلك دون حاجة إلى مجلس دستوري ينشأ لهذا الغرض، على غرار فرنسا التي تأخذ بنظام الرقابة السابقة على دستورية التشريع والتي يتولاها المجلس المذكور، ويتأدى عن ذلك ضمان احترام التشريع للدستور والامتثال لأحكامه وكفالة الاستقرار والأمن التشريعي.

ويشار في الخصوص سالف البيان أن المحكمة الدستورية المنصوص عليها في المادة (١٠٦) من دستور مملكة البحرين تباشر، بحسب الأصل، رقابة قضائية لاحقة على دستورية القوانين واللوائح، وتفتح الباب أمام ذوي الشأن من الأفراد للطعن لدى المحكمة الدستورية المذكورة، وإلى جانب الرقابة القضائية اللاحقة سألقة البيان، يضيف الدستور في المادة ذاتها لاختصاصات المحكمة رقابة قضائية دستورية سابقة، بناء على إرادة الملك، وذلك بالنص في الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أنه «ولملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة ولكافة».

ونهج الرقابة الدستورية السابقة كان قد أخذ به دستور مصر الأسبق لعام ١٩٧١ في المادة (٧٦) الخاصة بالانتخابات الرئاسية، وتوسع فيه الدستور السابق لعام ٢٠١٢م، وعدل عنه دستور مصر القائم لعام ٢٠١٤م.

ويشار إلى وجوب استطلاع آراء الجهات والوزارات المختصة في شأن المنهجية التي توضع لصناعة التشريع، والعمل على مراجعة التشريعات المتصلة بهذه الجهات والوزارات للوقوف على ما يحتاج منها إلى تعديل، وما يجب استحداثه لتتوافق مع أحكام الاتفاقيات الدولية الشارعة.

٥- دعم الدول العربية كافة وأخصها مصر للجنة الخبراء المشكلة تحت مظلة جامعة الدول العربية، في نطاق مجلس وزراء العدل العرب والمعنية بتنسيق المواقف العربية بشأن المؤتمرات والاتفاقيات الدولية، ووضع منهجية محددة دائمة لعمل هذه اللجنة وتحديد الأولويات في نطاق التشريعات وفق معايير واضحة يتفق عليها، وآلية محددة لتدوين التقارير التي تعد عن أوجه نشاطها، وإنشاء كيان قادر لمتابعة تنفيذ ما تنتهي إليه، والتنسيق بين هذه اللجنة وبين سائر المجالس الوزارية في جامعة الدول العربية وبخاصة مجلس وزراء الداخلية العرب ومجلس وزراء الخارجية العرب.

٦- إعطاء أولوية خاصة في مراجعة التشريعات الوطنية للجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، والتي سبق بيانها في أكثر من موضع وهي جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب وجريمة العدوان، ومراعاة شمول التشريع الوطني لهذه الجرائم التي تدخل

فى اختصاص هذه المحكمة كافة ، وملاحقة التطورات التى تطرأ على هذه الاختصاصات على ضوء أركان الجرائم التى تعتمد عليها جمعية الدول الأطراف ، وما انتهى إليه الأمر فى شأن جريمة العدوان كما سلف الذكر فى مؤتمر كامبالا لمراجعة النظام الأساسى للمحكمة المذكورة ، والذى انعقد فى عام ٢٠١٠ م .
ومما ييسر المهمة فى النطاق المذكور أمام المشرع الوطنى الاستعانة بالقانون العربى النموذجى المتعلق بالجرائم المشار إليها لتجنب سلب المحكمة الجنائية الدولية للاختصاص القضائى الوطنى ، والتحوط من تداعيات النهج المسيس لهذه المحكمة فى تعاملها مع الدول النامية على وجه الخصوص ، وذلك على ضوء الممارسة فى المرحلة السابقة .

والجدير بالذكر أن القانون العربى النموذجى للجرائم التى تدخل فى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية سألقة الذكر ، قد تم إعداده فى نطاق مجلس وزراء العدل العرب ، تحت مظلة جامعة الدول العربية ، بمعرفة لجنة من الخبراء العرب شكلت لهذا الغرض ، وتم اعتماده من المجلس المذكور بتاريخ ٢٩ من نوفمبر سنة ٢٠٠٥ .

وقد تضمن القانون المشار إليه بياناً تفصيلياً بالجرائم التى تختص بها المحكمة الجنائية الدولية ، وهى ، كما سلف ، جريمة الإبادة الجماعية وقد نص القانون على كافة صور سلوكها الإجرامى فى مادته العاشرة ، والجرائم ضد الإنسانية وقد تكفلت المادة الحادية عشرة ببيان كافة النماذج القانونية لسلوكها الإجرامى ، ثم جرائم الحرب فى المادة الثانية عشرة ، وأخيراً جريمة العدوان فى المادة الثالثة عشرة وهى مادة القانون الأخيرة ، والخاصة بالجريمة التى سبق بيان أن مؤتمر مراجعة النظام الأساسى فى كمبالا قد اعتمد تعريفها فى يونية عام ٢٠١٠ .

ويشار إلى أن الجهات والكيانات المؤهلة لتنفيذ الخطة المقترحة التى سلف بيانها ، تتمثل فى وزارات العدل ، والوزارات المعنية بالشئون القانونية ، وهيئات التشريع المستقلة إن وجدت وهو الشأن فى مملكة البحرين ، والكويت ، على سبيل المثال ، ومجلس الدولة فى الدول التى تأخذ بنظام هذا المجلس ، ومنها مصر ، ويشار فى هذا الصدد إلى أن دستور عام ٢٠١٤ م ، على نحو ما سبق بيانه ، قد أختص مجلس الدولة المصرى بالفرع الثالث من الفصل الثالث من الباب الخامس منه المعنى بنظام الحكم ، وعنوان الفرع المشار إليه « قضاء مجلس الدولة » وقد نصت المادة (١٩٠) الخاصة بهذا القضاء على أن مجلس الدولة يختص وحده بمراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصبغة التشريعية ، وكذلك المجالس القومية ذات الشأن ، ومن أمثلتها فى مصر المجالس القومية المتخصصة ، والمجلس القومى لحقوق الإنسان ، والمجلس القومى للمرأة ، وغيرها وسائر الوزارات والمجالس القومية ذات الصلة .

وعلى رأس الجهات والكيانات المذكورة السلطة التشريعية ويتولاها فى مصر - كما سلف البيان - ووفق المادة (١٠١) من الدستور مجلس النواب ، وبعد صدور الدستور الجديد لم يتم حتى الآن انتخاب هذا المجلس ومباشرته لمهام اختصاصه .

وتتمثل السلطة التشريعية لمملكة البحرين ، وفق الدستور ، فى المجلس الوطنى ، وتتص المادة (٥١) من هذا الدستور على أن هذا المجلس يتألف من مجلسين مجلس الشورى ومجلس النواب ، وأعضاء المجلس

الأول معينون ، أما أعضاء المجلس الثانى فإنهم منتخبون بطريق الانتخاب العام السرى المباشر ، كما تنص على ذلك المادة ٥٦ من الدستور، وتنص المادة (٧٠) من الدستور ذاته على أنه « لا يصدر قانون إلا إذا أقره كل من مجلسى الشورى والنواب أو المجلس الوطنى بحسب الأحوال ، وصدق عليه الملك » .

وينبغى فى صدد ممارسة السلطة التشريعية لمهامها فى مجال التشريع فى كل دولة، توفير خبراء تشريعيين رفيعى المستوى لأعضاء المجالس النيابية فى نظامها لمساعدتهم فى ممارسة دورهم التشريعى، وعلى الأخص الحق المقرر لأعضاء هذه المجالس فى تقديم اقتراحات بقوانين جنباً إلى جنب مع ممارسة السلطة التنفيذية ، ممثلة فى الحكومة، لدورها الدستورى فى مجال إعداد مشروعات القوانين ، وتقديم الاقتراحات بهذه المشروعات من رئيس الدولة ، أو من الحكومة على النحو المقرر فى كل دستور ، وتنظم هذا الحق فى مصر ، وفقاً لأحكام الدستور الجديد لعام ٢٠١٤م الفقرة الأولى من المادة (١٢٢) بنصها على أنه «لرئيس الجمهورية ، ولمجلس الوزراء ، ولكل عضو فى مجلس النواب اقتراح القوانين ، كما تمنح المادة (٩٢) من دستور مملكة البحرين كل عضو من أعضاء مجلسى الشورى والنواب حق اقتراح القوانين .

والجدير بالذكر أن العولمة ومن تجلياتها عصر الاتفاقيات الدولية الشارعة الذى نعيشه فى هذه الحقبة التاريخية الخطيرة، والتطورات المتلاحقة والمتسارعة لبعض الظواهر الإجرامية الجسيمة، وأبرزها تنامى الإرهاب واتساع نطاقه وتعدد صورته وأشكاله، والعجز الواضح فى مواجهته على نحو يخرج عن حدود السيطرة، والتفشى المتنامى والمتسارع للفساد فى كافة صورته وأشكاله ، وفى نطاق رموز بعض الأنظمة الحاكمة وبعض أصحاب النفوذ، والفشل الذريع فى مواجهته، بالإضافة إلى الأزمة الاقتصادية والمالية التى عانى العالم من ويلاتها وأعقبها الأزمة الاقتصادية الأمريكية فضلاً عن الأحداث المتلاحقة التى انتشرت فى عدد من الدول العربية، وما ترتب على بعضها من أحداث تندرج تحت النزاعات المسلحة غير الدولية، وارتكاب جرائم ضد الإنسانية، من شأنه جميعه أن يفرض فى مجال التشريع تحديات جديدة تتعلق فى جانب كبير بالمواجهات التشريعية وفق أطر دولية قد لا تتفق مع الذاتية المحلية، وهو ما يفرض قدراً أعلى من الجهد الدءوب لتعظيم القدرات على مواجهة تلك التحديات فى إطار من الحفاظ على الهوية الوطنية، وصون الذاتية ، وتأكيد القومية إلى أقصى حد مستطاع فى هذه المرحلة الخطيرة التى يمر بها عالم اليوم الذى تشتد فيه الأعاصير وتهدر الأمواج.

المبحث الرابع أهم الاتفاقيات الدولية الشارعة فى مجال المواجهة الوطنية لتحديات العولمة

أولاً : فى مجال القانون الدولي الإنساني:

سبق بيان أبرز المجالات التشريعية التى تحتم على المشرع الوطنى إجراء مواجهة تشريعية فى نطاقها ، ابتغاء التوافق مع الاتفاقيات الدولية الشارعة الحاكمة لها ، ومن هذه الاتفاقيات التى تحدد أطر التشريع

الدولى فى منح شتى تلك المتصلة بما يعرف بالقانون الدولى الإنسانى (١) بحسبانها على رأس المواثيق الدولية المعنية بحماية حقوق الإنسان من ويلات الحروب وشرورها ومن بطش وتعسف السلطة، ومن أهم هذه الاتفاقيات ما يأتى :

أولاً : اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ وملحقها الإضافيان لعام ١٩٧٧، وملحقها الإضافى الثالث لعام ٢٠٠٥، وهى الأعمدة الأساسية للقانون سالف البيان، وبيان هذه الاتفاقيات الأربع ما يأتى :

الاتفاقية الأولى : اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة فى الميدان المؤرخة فى ١٢ أغسطس/ آب ١٩٤٩.

الاتفاقية الثانية : اتفاقية جنيف لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة فى البحار المؤرخة فى ١٢ أغسطس/ آب ١٩٤٩.

الاتفاقية الثالثة : اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب، المؤرخة فى ١٢ أغسطس/ آب ١٩٤٩.

الاتفاقية الرابعة : اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين فى وقت الحرب، المؤرخة فى ١٢ أغسطس/ آب ١٩٤٩.

وتكتسب هذه الاتفاقيات فى مجال القانون الدولى الإنسانى أهمية قصوى، إذ بلغ عدد الدول المصدقة عليها (١٩٥) دولة، وبهذه المثابة فإن هذه الاتفاقيات تعتبر قانوناً تعاقدياً ملزماً لجميع دول العالم تقريباً. ويضاف إلى هذه الاتفاقيات البروتوكولان (الملحقان) الإضافيان لها لعام ١٩٧٧ والأول خاص بالنزاعات المسلحة الدولية، والثانى خاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية.

والجدير بالذكر أن مؤتمراً دبلوماسياً انعقد فى جنيف خلال الفترة من ٥ إلى ٨ ديسمبر/ كانون الأول ٢٠٠٥ اعتمد البروتوكول (الملحق) الثالث للاتفاقيات المذكورة، وهو الخاص بشارية مميزة إضافية علاوة على الشارات المميزة الواردة فى اتفاقيات جنيف، وقد دخل هذا البروتوكول (الملحق) حيز النفاذ فى ١٤ يناير/ كانون الثانى ٢٠٠٧.

ثانياً: اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (٩ ديسمبر/ كانون الأول ١٩٤٨)، وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ فى ١٢ يناير/ كانون الثانى ١٩٥١.

ثالثاً: اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية (٢٦ نوفمبر/ تشرين الثانى عام ١٩٦٨).

رابعاً: المعاهدة الخاصة بحماية المؤسسات الفنية والعلمية والآثار التاريخية لعام ١٩٣٥.

خامساً: اتفاقية الأمم المتحدة بحظر الاستخدام العسكرى أو أى استخدام عدائى آخر لتقنيات تغيير البيئة (١٠ ديسمبر / كانون الأول عام ١٩٧٦).

١. جرى إطلاق مصطلح " القانون الدولى الإنسانى " على مجموعة قواعد القانون الدولى العام التى يتكون منها الصرح القانونى الذى يستهدف توفير أكبر قدر من الحماية لضحايا الأنزعة المسلحة، وقد اعتنق الفقه هذه التسمية، وحظيت بالطابع الرسمى على نحو ما جرى به التعبير فى المؤتمر الدبلوماسى الذى عقد بجنيف خلال الأعوام من 1974 إلى 1977، المستشار محمد أمين المهدي، مواءمة التشريع المصرى مع اتفاقيات القانون الدولى الإنسانى، بحث غير منشور - ص 1.

سادساً: اتفاقية الأمم المتحدة المناهضة لأخذ الرهائن (١٧ ديسمبر / كانون الأول عام ١٩٧٩) .
سابعاً : اتفاقية عام ١٩٧٢ (لندن وموسكو وواشنطن ١٠ من إبريل/ نيسان ١٩٧٢) حول حظر استحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة الجرثومية (البيولوجية) .
ثامناً : اتفاقية لاهاي بشأن حماية الممتلكات الثقافية فى حالة نزاع مسلح (١٤ مايو/ أيار ١٩٥٤) ، وبروتوكولها (ملحقها) الإضافى الأول فى التاريخ ذاته وبروتوكولها (ملحقها) الإضافى الثانى (لاهاى ٢٦ مارس/ آذار ١٩٩٩) .
تاسعاً : اتفاقية جنيف ١٠ من أكتوبر / تشرين الأول عام ١٩٨٠ حول حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر والبروتوكولات (الملاحق) الثلاثة، وأولها بشأن الشظايا التى لا يمكن الكشف عنها، وثانيها بحظر أو تقييد استعمال الألغام والشراك الخداعية، وثالثها بحظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة، والبروتوكول (الملحق) الرابع (١٥ أكتوبر/ تشرين الأول ١٩٩٥) وهو الخاص بأسلحة الليزر المسبب للعمى، والبروتوكول (الملحق) الخامس الخاص بمخلفات الحرب فيما عدا الألغام المضادة للأفراد (٢٨ نوفمبر/ تشرين الثانى ٢٠٠٢) .
عاشرًا : اتفاقية عام ١٩٩٢ المتعلقة بحظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة.
حادى عشر : اتفاقية أوتاوا لعام ١٩٩٧ الخاصة بحظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام .
ثانى عشر: النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية المبرم فى مؤتمر روما الدبلوماسى فى عام ١٩٩٨ . وقد بلغ عدد الدول المصدقة عليه حتى ١٣ من يوليو عام ٢٠١٤ (١٢٥) دولة، ودخل حيز النفاذ فى أول يوليو ٢٠٠٢، وقد تم تعديله فى مؤتمر مراجعة النظام الأساسى فى كمبالا من ٣١ مايو/ أيار إلى ١١ يونيو/ حزيران سنة ٢٠١٠ .
ثالث عشر: الاتفاقية الخاصة بالذخائر العنقودية (٣٠ مايو / أيار ٢٠٠٨) التى دخلت حيز النفاذ فى أغسطس / آب ٢٠١٠ .
وبالإضافة إلى الاتفاقيات سالفة البيان ، فإن هناك العديد من المواثيق الدولية ، فى نطاق القانون الدولى الإنسانى تتمثل فى إعلانات عالمية شتى أبرزها إعلان حقوق الإنسان الصادر فى ١٠ ديسمبر / كانون الأول عام ١٩٤٨ ، والذى سبقه إعلان حق الشعوب فى السلم الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٢ نوفمبر / تشرين الثانى عام ١٩٤٨ ، ومبادئ صادرة عن الأمم المتحدة مثل مبادئ التعاون الدولى المتعلقة بالكشف عن الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية والقبض عليهم وتسليمهم ومعاقبتهم ، وذلك بموجب قرار الجمعية العامة المذكورة فى ٣ ديسمبر/ كانون الأول سنة ١٩٧٢ ، وهى وغيرها ذات الصلة جديرة بالاحترام وحرية بالالتزام .

ثانياً : فى مجال مكافحة الإرهاب

سبقت الإشارة إلى التنامى المطرد للإرهاب على مختلف الأصعدة الوطنية والإقليمية والدولية ،

وتطور أساليبه وتشعب صورته، وازدياد بشاعة آلياته، وتعاضل اهتمام المجتمع الدولي بمواجهته، سيما وأن الإرهاب لم يتوقف عند أساليب معينة يتوسل بها في إحداث الترويع والتخويف والدمار بل يسير في طريق تصاعد الخطورة واتساع النطاق، وزيادة التحديات للأمن والسلامة الدوليين التي تصل إلى حد تعريض الحضارة الإنسانية للناء.

وتعانى الدول العربية من تأثيرات عملة الظواهر الإرهابية ومن أسبابها ظواهر الغلو والتطرف الاعتقادي على وجه الخصوص ، وقد أعلت شأن الاهتمام بتدابير المنع والمواجهة والمكافحة ، فبادرت إلى إجراء تعديل على الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب التي تم إقرارها في جلسة مشتركة لوزراء العدل والداخلية العرب في نطاق جامعة الدول العربية في عام ١٩٩٨ ، وقد تضمن هذا التعديل توسيعاً في تعريف الجريمة الإرهابية ليشمل كل من يحرض على الجريمة الإرهابية أو يشيد بها أو ينشر أو يطبع أو يعد محررات أو مطبوعات أو تسجيلات أياً كان نوعها لاطلاع الغير عليها بهدف تشجيع ارتكاب تلك الجرائم ، ويتوالى في المرحلة الراهنة تصديق الدول العربية على هذا التعديل ، الذي يواكب الاتجاه الدولي للاهتمام بوسائل المنع والمكافحة .

ومن أهم المرجعيات الدولية في مجال مكافحة الإرهاب قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ لسنة ٢٠٠١م ، الذي انطلق فيه من أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ، ابتغاء ربط الإرهاب بالإخلال بالسلم والأمن الدوليين والذي لا يتطلب إخلالاً فعلياً من هذا القبيل ، بل يكفي لتحقيقه أن يترتب على الإرهاب مجرد التهديد بحدوث هذا الإخلال .

ومن أهم تحديات واهتمامات النظام الدولي في مجال مكافحة الإرهاب، بعد أن اكتسب صفة العالمية، وتخطى حدود الاهتمام المحلية والإقليمية، إصدار الكثير من الوثائق الدولية أهمها الاتفاقيات التي تبرم في نطاق الأمم المتحدة التي تفرض على الدول التزامات بمكافحة الإرهاب وتحدد وسائل التعاون الدولي في مجال هذه المكافحة.

وقد طالب قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ لسنة ٢٠٠١م ، الذي سلفت الإشارة إليه ، الدول كافة بأن تتضمن بأسرع وقت ممكن إلى الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المتعلقة بالإرهاب بما في ذلك الاتفاقية الدولية الخاصة بجمع تمويل الإرهاب لسنة ١٩٩٩م ، كما طالب القرار الدول بأن تتخذ مجموعة من التدابير للمعاقبة على أفعال الإرهاب، وفرض على الدول الامتناع عن إعطاء حق اللجوء السياسي لمن يمولون أو ينظمون أو يسهلون أو يرتكبون أعمال الإرهاب أو يخفون مرتكبيه.

والاتفاقيات الدولية التي أشار إليها قرار مجلس الأمن رقم ١٣٧٣ تتمثل فيما يأتي :

- ١ . اتفاقية بشأن الجرائم وبعض الأعمال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرات وهي اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ بشأن سلامة الطيران .
- ٢ . اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات وهي اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ بشأن خطف الطائرات .
- ٣ . اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني وهي اتفاقية مونتريال لعام

- ١٩٧١ والبروتوكول المكمل لها لعام ١٩٨٨ .
٤. اتفاقية منع وقمع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية بمن فيهم الموظفون والدبلوماسيون لعام ١٩٧٣ .
٥. الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩ .
٦. اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية وهى اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ والمعدلة عام ٢٠٠٥ .
٧. اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية المبرمة فى روما سنة ١٩٨٨ ، والبروتوكول الملحق بها بشأن الأعمال غير المشروعة ضد سلامة المنصات المثبتة فى الجرف القارى المعدل سنة ٢٠٠٥ م .
٨. اتفاقية المتفجرات البلاستيكية لسنة ١٩٩١ .
٩. اتفاقية الأمم المتحدة لضمان سلامة العاملين بها لسنة ١٩٩٤ .
١٠. الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٩٧ .
١١. الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لسنة ١٩٩٩ .
١٢. الاتفاقية الدولية لقمع الإرهاب النووى لسنة ٢٠٠٥ .

وعلى نهج عولمة ظواهر الإرهاب وتمويل الإرهاب ، والعناية الدولية بمنعها ومكافحتها ، وأهم السبل المؤدية إلى تحقيق هذه الأهداف ، ومنها البحث عن أسبابها ، وظواهر الغلو والتطرف الاعتقادي من بينها ، قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بوضع استراتيجية لمواجهة الإرهاب بمقتضى القرار رقم ٢٨٨ الذى اتخذته فى ٨ من سبتمبر سنة ٢٠٠٦ وقد الحق بهذا القرار خطة العمل ، وأكدت ديباجة القرار المذكور أنه لا يجوز ولا ينبغى ربط الإرهاب بأى دين أو جنسية أو حضارة أو جماعة عرقية ، وكان من بين محاور الإستراتيجية الأربعة ، محوران يتعلقان بتدابير منع الإرهاب ومكافحته وبالتدابير الرامية إلى دعم قدرات الدول على منع الإرهاب ومكافحته وتعزيز دور منظومة الأمم المتحدة فى هذا الصدد .

ثالثاً: فى مجال مكافحة الفساد

يشهد الواقع المعاش فى العقود الأخيرة وعلى مختلف الأصعدة الوطنية والإقليمية والدولية تنامياً سرطانياً لظاهرة الفساد ، اتسع به مجالها ، وشاعت صورها حتى أصبح الفساد سلوكاً متسماً بطابع كلى الوجود ، شمولى النطاق ، محيطاً بالنظم السياسية كافة ديمقراطية أو ديكتاتورية أو شمولية ، وبالنظم الاقتصادية على تنوعها رأسمالية أو موجهة أو مخططة ، متغلغلاً فى جميع مستويات التنمية .

وقد ترتب على ما سلف جميعه ، أن تحول الفساد من هاجس وطنى أو إقليمى إلى قضية سياسية عالمية أدرك العالم خطورتها وازداد قلقه وتضاعفت مخاوفه إزاء تداعياتها وعواقبها ، واستقرت فى يقينه الحاجة الماسة إلى سياسات فعالة للتصدى لها من خلال تعاون إقليمى ودولى جاد لا يقتصر على الحكومات والجهات الرسمية بل يمتد إلى المنظمات الدولية والإقليمية ، وإلى المجتمع المدنى بمنظوماته غير الحكومية ، ويستهدف الممارسات الفاسدة كافة أياً كانت أشكالها ، وأينما كانت مواقعها ، ومهما كانت أوضاع ومناصب مقارفيها بعد أن كشفت الأحداث عن شيوع هذه الممارسات بشكل يفوق كل حد ،

بحيث لا يتحدد بالقطاع العام بل يمتد إلى القطاع الخاص ولا يقتصر على كبار المسؤولين بل يمتد إلى صغارهم ، مع الوضع في الاعتبار أن ذبوع الفساد بين الكبار من شأنه أن يقلل فرص التعامل مع فساد الصغار بفعالية وجدية .

ولا يتسع المقام ، لاستعراض كافة الجهود العالمية التشريعية لمكافحة الفساد على المستويين الإقليمي والدولي ، وأبرزها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الإقليمية التي أقرها مؤتمر باليرمو الدبلوماسي بإيطاليا في ديسمبر عام ٢٠٠٠ م ، والتي دخلت حيز النفاذ في ٢٩ من سبتمبر ٢٠٠٢ واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي اعتمدها في الدورة السابعة للجنة المختصة للتفاوض بشأنها في الأول من أكتوبر سنة ٢٠٠٢ م ، وجرى مراسم توقيعها في المكسيك في شهر ديسمبر من العام ذاته ، معلنة بذلك إرادة دولية صادقة لمناهضة شاملة للفساد والتزاماً بتعديل التشريعات الوطنية وفاءً بالالتزامات الدولية التي تفرضها هذه الاتفاقية بتجريم أنشطة الفساد كافة وملاحقة مرتكبيها وتوقيع الجزاءات الرادعة عليهم ، فضلاً عن اتخاذ تدابير المنع والوقاية التي عنيت الاتفاقية ببيانها ، والالتزام بالأحكام المتعلقة بألية المتابعة ، على نحو ما قرره الدول أطراف الاتفاقية ، وتعتبر هذه الاتفاقية العماد الأساسي لمكافحة الفساد في البنية التشريعية الدولية، في نطاق ما يطلق عليه «الاتفاقيات الدولية الشارعة».

وعلى المستوى العربي كانت الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد ، التي أعيدت صياغتها في صورتها النهائية في الأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب في تونس ، من أهم أعمدة البنية التشريعية لمكافحة الفساد في العالم العربي ، ويعمل برنامج الأمم المتحدة الإنمائي على مكافحة الفساد مع شبكة إقليمية من آليات مكافحة الفساد بهدف تعزيز الشفافية والنزاهة والمساءلة ، ودعم تنفيذ اتفاقية مكافحة الفساد من خلال برنامج إقليمي من شأنه تعزيز التعاون وتعزيز المعرفة بشأن الفساد وآليات مكافحته . وقد تم توقيع الاتفاقية المشار إليها في اجتماع مشترك لمجلسي وزراء العدل ووزراء الداخلية العرب في ٢١ من ديسمبر سنة ٢٠١٠ م .

رابعاً: في مجال مكافحة الاتجار بالبشر

تمثل حماية البشر من الاتجار إحدى أهم تجليات تطور المجتمعات البشرية ، والترقى بمقومات الكرامة الإنسانية، والتنامي المطرد للعناية بصون حقوق البشر بمختلف مناحيها، وشتى صورها، من كافة صنوف المساس بها والبغى والعدوان عليها بعد أن تجاوزت هذه المجتمعات ما وقع من أوسع أنواع الاستغلال الإنسان في حقب سابقة مظلمة من التاريخ، تمثلت في أشكال صارخة من العبودية وصور مزرية من الرق بأنماطهما التقليدية القائمة. آنذاك ، تعاملت مع الإنسان الذي كرمه الله سبحانه وتعالى واستخلفه لعمارة الأرض باعتباره سلعة يتم التعامل فيها بالبيع والشراء ، وما ترتب على هذه الممارسات الفجة من المأسى والآلام التي حلت بضحاياها من بنى الإنسان، وكانت وصمة عار لا تمحى في جبين تاريخ الإنسانية في تلك المراحل البائسة التي حفلت بهذه الصور المقيتة من الاستغلال لفئات مستضعفة مستعبدة من البشر، والتي خاضت الشعوب صراعاً طويلاً قاسياً من أجل القضاء عليها في أشكالها التقليدية المشار إليها.

ومن الاتفاقيات الدولية الشارعة فى مجال المواجهة الجمعية الدولية لظاهرة الاتجار بالبشر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولان المكملان لها والصادر باعتمادها جميعاً قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ ١٥ من نوفمبر سنة ٢٠٠٠م والذى أقره مؤتمر باليرمو الدبلوماسى بإيطاليا فى غصون شهر ديسمبر من السنة ذاتها، وقد تكفل البروتوكول الأول المكمل لهذه الاتفاقية بتنظيم منع وقمع الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال .

وتعتمد المواجهة الدولية لظواهر الاتجار بالأشخاص بشكل أساسى على الاتفاقية، والبروتوكول الأول المكمل لها، المشار إليهما سلفاً، وتتصل بظواهر الاتجار بالأشخاص ظاهرة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، التى تناولها البروتوكول الثانى المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المشار إليه .

ولا تقتصر هذه المواجهة الدولية لظواهر الاتجار بالأشخاص فى صورها المختلفة، وأنماط سلوكها المتعددة، ومخاطرها المتشعبة المتنامية على تلك الاتفاقية والبروتوكول الأول المكمل لها، وإنما تستند أيضاً إلى عدد من الصكوك الدولية ذات صلة وتقى بالاتفاقية والبروتوكول المذكورين فى مجال تلك الظواهر، وتتمثل أهم هذه الصكوك فيما يأتى :

١. اتفاقية الرق والخدمة القسرية والعمل بالسخرة والأعراف والممارسات الشبيهة بها عام ١٩٢٦، والبروتوكول المعدل لها فى العام ذاته .
٢. الاتفاقية التكميلية لإلغاء الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالعبودية عام ١٩٥٦ .
٣. اتفاقية العمل بالسخرة (العمل الجبرى أو الإلزامى) التى اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية فى دورته الرابعة عشرة بتاريخ ٢٨ يونيو عام ١٩٣٠، وبدأ نفاذها فى أول مايو عام ١٩٣٢، والاتفاقية الثابتة المعتمدة من ذات المؤتمر عام ١٩٥٧ .
٤. اتفاقية قمع الاتجار فى الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعة فى ٢١ مارس عام ١٩٥٠، وقد أكدت ديباجتها على أن الدعارة وما يصاحبها من آفة الاتجار فى الأشخاص لأغراض الدعارة تتنافى مع كرامة الإنسان وقدره.
٥. اتفاقية بشأن الحد الأدنى لسن الاستخدام، المعتمدة من منظمة العمل الدولية فى عام ١٩٧٣ .
٦. اتفاقية عام ١٩٧٩ بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتى تهيب بالدول الأطراف فى المادة (٦) منها أن تتخذ جميع التدابير المناسبة، بما فى ذلك التدابير التشريعية لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلال بغائها.
٧. اتفاقية عام ١٩٨٩ بشأن حقوق الطفل، التى تنص فى المادة (٣٥) منها على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية ومتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم لأى غرض من الأغراض أو بأى شكل من الأشكال. ويتصل باتفاقية حقوق الطفل المشار إليها البروتوكولان الاختياريان فى عام ٢٠٠٠ وأولهما المتعلق ببيع الأطفال واستغلالهم فى البغاء وفى المواد الإباحية، وثانيهما المتعلق باشتراك الأطفال فى النزاعات المسلحة، وتقضى المادة (٢) منه بأن تكفل الدول الأطراف عدم خضوع الأشخاص الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر للتجنيد الإجبارى فى

- قواتها المسلحة.
٨. ويضاف إلى الصكوك السالف بيانها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٣ بشأن حماية الأطفال والتعاون في مجال التبني على الصعيد الدولي، وتحظر هذه الاتفاقية التبني فيما بين البلدان في الحالات التي يكون الحصول فيها على موافقة الوالدين قد تم نتيجة لدفع مبلغ أو تعويض، كما تنص في المادة (٢٢) منها على أنه لا يجوز لأي شخص أن يجنى مكسباً مالياً أو غيره من أى نشاط له صلة بتبني طفل بين بلد وآخر.
٩. وفي السياق ذاته فإن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨، في تعريفه للجرائم ضد الإنسانية الذي تضمنته المادة (٧) أورد أن هذه الجرائم تشمل «الاسترقاق»، وقد عرفته هذه المادة بأنه ممارسة أى من السلطات المترتبة على حق الملكية، أو هذه السلطات جميعاً على شخص ما، بما في ذلك ممارسة هذه السلطات في سبيل الاتجار بالأشخاص ولاسيما النساء والأطفال، كما نصت المادة (٨) من ذلك النظام على أن مصطلح جرائم الحرب يشمل الإكراه على الدعارة.
١٠. اتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال سنة ١٩٩٩ والتي نصت في المادة (٣) منها على أن تعبير أسوأ أشكال عمل الأطفال يشمل كافة أشكال العبودية أو الممارسات الشبيهة بالعبودية، كبيع الأطفال والاتجار بهم والعمل القسرى أو الإجباري، بما في ذلك التجنيد القسرى أو الإجباري للأطفال لاستخدامهم في الصراعات المسلحة ١.
١١. المبادئ التوجيهية الموصى بها فيما يتعلق بحقوق الإنسان والاتجار بالأشخاص الصادرة عن مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان عام ٢٠٠٢.
١٢. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ ١٨ من ديسمبر عام ٢٠٠٢ وعنوانه «الاتجار بالنساء والفتيات».
- ويُضاف إلى ما سلف بيانه من الاتفاقيات والمواثيق الدولية والبروتوكولات الملحق بها ، العديد من المبادرات والخطط والاتفاقيات على الصعيد الدولي والإقليمي والمبادئ التوجيهية الدولية في مجال مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين ، ولا مشاحة في أهمية الوقوف عليها، عند المواجهة التشريعية لتحديات العولة في هذا النطاق ، ومن أبرز ما سلف ما يأتي :
١. مبادئ أثينا الأخلاقية بعنوان - أوقفوا الاتجار بالبشر الآن الصادرة في أثينا يناير عام ٢٠٠٦ .
٢. خطة العمل الإقليمية للشرق الأوسط وشمال أفريقيا الصادرة عن الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين ، والتي أعدها مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة ، وتم تبنيتها في اجتماع الخبراء المعقود في فيينا في الفترة من ٣ إلى ٥ من شهر يوليو عام ٢٠٠٦ .
٣. المبادرة العالمية لمكافحة الاتجار بالبشر الصادرة عن مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة عام ٢٠٠٧ .

١. انظر في بيان عدد من الاتفاقيات الأخرى في مجال قمع الاتجار بالرقيق الأبيض والنساء والأطفال خلال الفترة من عام ١٩٠٤ وحتى عام ١٩٤٧ - المستشار عادل ماجد - مكافحة جرائم الاتجار بالبشر - معهد التدريب والدراسات القضائية - أبو ظبي - الطبعة الأولى ٢٠٠٧ - ص ١٩ و ص ٢٠ .

٤. الدليل التشريعى الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية .
 ٥. الدليل التشريعى الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة لتنفيذ بروتوكول الاتجار بالأشخاص .
 ٦. الدليل الاسترشادى للمنظمة الدولية للهجرة حول تقديم المساعدة المباشرة لضحايا الاتجار فى الأفراد .
 ٧. خطة العمل العربية لجدول أعمال منتدى فيينا حول المبادرة العالمية لمكافحة الاتجار بالبشر - فيينا - فبراير ٢٠٠٨ .
 ٨. تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن تنسيق الجهود المبذولة لمكافحة الاتجار بالبشر (وثيقة الأمم المتحدة رقم ١٢٠/٦٤/أ الصادرة بتاريخ ٧ من يوليو عام ٢٠٠٩) .
 ٩. خطة عمل الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الاتجار بالأشخاص (وثيقة الأمم المتحدة رقم ٦٤/٢٩٢/Res/A الصادرة بتاريخ ١٢ أغسطس عام ٢٠١٠) .
 ١٠. القانون النموذجى لمكافحة الاتجار بالأشخاص الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة الصادر فى فيينا عام ٢٠١٠ ، والذى أشارت مقدمته إلى أنه تم وضعه استجابة لطلب الجمعية العامة إلى الأمين العام بالعمل على تعزيز جهد الدول الأعضاء وتقديم المساعدة إليها سعياً إلى انضمامها إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الملحق بها وتنفيذها .
 ١١. الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الموقعة من وزراء العدل ووزراء الداخلية العرب فى شهر ديسمبر سنة ٢٠١٠ .
 ١٢. القانون العربى الاسترشادى لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر الصادر عن جامعة الدول العربية (مجلسا وزراء العدل ووزراء الداخلية العرب) ، والذى تجرى مراجعته فى نطاق الجامعة اعتباراً من شهر مايو عام ٢٠١٢ .
- والجدير بالذكر أنه ولئن كانت الصكوك الدولية الشارعة والمبادرات والخطط والقوانين النموذجية المشار إليها تعد جميعاً مرجعيات دولية وإقليمية تتضمن العديد من الأحكام فى مجال مكافحة الاتجار بالبشر ، لا ينبغى إغفالها أو التغاضى عنها ، إلا أن المرجعية الرئيسية فى هذا المجال تتمثل فى بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص ، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والملحق بها .
- وتظل سائر الصكوك بخلاف البروتوكول المذكور أنفاً لازمةً ولاسيما للتعريف بالمقصود بالمصطلحات التى وردت بهذا البروتوكول دون تعريف ، حال كونها تمثل الكثير من صور السلوك الإجرامى وعناصر التجريم فى نطاق مكافحة المعنىة .

خاتمة

وفى ختام هذا البحث يتعين التأكيد على أن تحول التشريع من القومية إلى العالمية ، والانتشار المخيف لكثير من الظواهر السلبية على مستوى المعمورة ، والصور بالغة العنف والقسوة والوحشية التي تتخذها ممارسات هذه الظواهر ، على نحو ينأى عن حدود التصور ، ويتخطى تخوم السلوك البشرى ، هو تحول يهدد البشرية بالفناء ، ويحتم على الدول أن تنهض كل منها بمسئوليتها فى إجراء مواجهة تشريعية مكتملة وفعالة لتحديات عالمية التشريع ، وفى المجالات التي أشير إليها فى البحث على وجه الخصوص .

وما تم إيراده وبسطه من أفكار وآراء فى مجالات موضوعات البحث هو ما يسره الله لى ، وهو من صنع البشر محكوم عليه بالتقصان .

أسأل الله أن يتحقق بما بذلت ما ابتغيت ، وهو من وراء القصد ، والهادى إلى سواء السبيل .

القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقد الإداري

المستشار الدكتور / مال الله جعفر الحمادي

مدير إدارة التشريع والجريدة الرسمية

هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين

فصل تمهيدي

مفهوم التحكيم وطبيعته وتمييزه عما قد يتشابهه معه وأنواعه

لا شك أن التحكيم في مجال العقود الإدارية يعتبر وسيلة فاعلة ومهمة جداً لحسم المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة ، وذلك عن طريق استبعاد القضاء الوطني في الدولة نظراً لما يسببه هذا القضاء من تعطيل لمصالح الأطراف نتيجة طول أمد التقاضي ، كما يساهم اللجوء إلى التحكيم في التقليل مما يثار من منازعات أمام القضاء ، إضافة إلى ذلك فإن له دوراً كبيراً ومؤثراً في جذب رؤوس الأموال الأجنبية والمساهمة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية بالذات في الدول النامية .

ونظراً لتلك الأهمية المتزايدة للتحكيم ، فإن الأمر يتطلب منا بيان مفهوم التحكيم وتعريفه وطبيعته القانونية وتمييزه عن غيره من النظم المشابهة وأخيراً نستعرض أنواع التحكيم ، وذلك من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : مفهوم التحكيم .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم .

المبحث الثالث : تمييز التحكيم عما قد يتشابهه معه .

المبحث الرابع : أنواع التحكيم .

المبحث الأول

مفهوم التحكيم

سنتناول في هذا العرض المعنى اللغوي والمعنى الفني للتحكيم .

أ - المعنى اللغوي للفظ التحكيم :

« التحكيم في اللغة إطلاق اليد في الشيء ، أو تفويض الأمر للغير ، ولذلك يقال حكم الخصمان

فلاناً ، أي جعلاً له النظر في منازعتهما» ١ .

« وحكموه بينهم أي أمره أن يحكم ، ويقال حكمتنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا »
ويأتي التحكيم في اللغة من مصدر حكّم بتشديد الكاف مع الفتح وهو بمعنى التمييز في الحكم ويعرفه ابن
خلدون في مقدمته بأنه (اتخاذ الخصمين حكماً برضاؤهما للفصل في خصومتها ودعواهما) .
وفي القرآن الكريم « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك له فيما شجر بينهم» ٢ .

ب - المعنى الفني والاصطلاحي للتحكيم :

وفي الفقه للتحكيم عدة تعريفات ، منها ما ذهب إليه البعض من أن التحكيم « هو النظام الذي بموجبه
يسوي طرف من الغير خلافاً قائماً بين طرفين أو عدة أطراف ممارساً لمهمة قضائية عهدت إليه من قبل
هؤلاء الأطراف» ٣ .

وقد عرفه البعض بأنه « نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو
عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها» ٤ .

ومنهم من عرفه بأنه « نظام للقضاء الخاص تقضى فيه خصومة معينة من اختصاص القضاء العادي
ويعهد لها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها» ، وهو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص
معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به» ٥ .

وعرفه البعض الآخر بأنه « عبارة عن إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناء عليه
المنازعات من جهات القضاء المعتادة لتحل أو لتحسم ويتم الفصل والبت فيها بواسطة أفراد يخولون أو
يمنحون أو يقلدون - في هذه الحالة - مهمة القضاء والفصل فيها» ٦ .

كما ذهب بعض الفقه إلى أن التحكيم هو « ذلك النظام الذي يسمح لشخص آخر غير طرفي أو أطراف
النزاع ممارسة اختصاص قضائي في نطاق ما هو مقرر له بواسطة هؤلاء» ٧ .

ويرى جانب من الفقه بأن التحكيم « عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض
خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات
التقاضي ، أو على ضوء قواعد العدالة ، وفقاً لما ينص عليه الاتفاق ، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم

- ١ . أنظر في ذلك : القاموس المحيط للفيروز أبادي ، المجلد الرابع ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص ٩٨ .
- لسان العرب ، الجزء (١٢) ص ٤٢ ، لإبن منظور ، دار صادر للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٠ .
- ٢ . سورة النساء ، الآية رقم (٦٤) .
- ٣ . علاء محيي الدين مصطفى : التحكيم في العقود الدراسة ذات الطابع الدولي ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص ١٠ .
- ٤ . د . أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢ وما بعدها .
- ٥ . د . عاطف شهاب : اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي ، ٢٠٠٢ ، ص ٦ .
- ٦ . د . جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ١٨ .
- ٧ . د . عصمت عبدالله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٠ .

الذي يصدر عن المحكمين ، والذي يحوز حجية الأمر المقضي ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذها بها ١ .

والبعض الآخر عرّف التحكيم بأنه « عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً » ٢ .

وعرفه بعض آخر من الفقه بأنه « اتفاقاً بين الخضوع على اللجوء إلى شخص يسمى محكم للفصل في النزاع الذي ينشأ بينهم فيصدر حكماً ملزماً لهم ، بعيداً عن القضاء العادي» ٣ .

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد ذهب إلى أن التحكيم « يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث ، والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم » .

«L'arbitrage se caractérise par le pouvoir de decision reconnu au tires . et il reconnait un caractère juridictionnel á la décision de l'arbitre 4 .

أما المشرع المصري فقد عرّف التحكيم في المادة العاشرة من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم بأن « اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية» .

كما أن الجمعية العمومية للفتوى والتشريع عرفت التحكيم بأنه « الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصل فيه بدلاً من المحكمة المختصة به ، وذلك بحكم ملزم للخصوم» ٥ .

كما عرفته المحكمة الدستورية العليا بأنه « عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأختيار يعين باختيارهما ، أو بتفويض منهما ، على ضوء شروط يحددها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة ، مجرداً من التحامل ، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها ، التي أحالها

١ . رأى الدكتور/ يسري محمد العصار ، مشار إليه في د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٦ ، ص ١٢ .

٢ . جورج شفيق ساري : الإشارة السابقة ، ص ١٦ .

٣ . د . أحمد محمد عبدالبيديع : المرجع السابق ، ص ١٢ .

4. C.E.19Mai.1893.Villed' Aix-Les-Bains.Rec.Leb.p.442.C.E.22.janv.1904.Ducatain. Rec. Leb. p.45.

مشار إليه في د . جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لنقض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، (الرجع 20 (السابق، ص 20).

C.E.21 Avril 1943. ateliers de construction du Nord de la FRANCE.Res.Leb. p.107.C.E.Ass.4 Janv. 1957.Lamborot. A.J.D.A.1957.p.108.Concel.CHARDEAU.

"L'arbitrage est un procédé privé de règlement de certaines categories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juges en vertu d'une convention darbitrage" .

٥ . فتوى رقم ٦٦١ في ١٩٨٩/٧/١ ، جلسة ١٩٨٩/٥/١٧ ، ص ١٢٨ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة والجمعية العمومية لتسوية الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً ، من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٥ .

الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية»^١ . أما المحكمة الإدارية العليا فذهبت بشأن التحكيم إلى أنه « اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة»^٢ .

ونحن نرى أن الإتجاه الذي عرّف التحكيم بأنه « إتفاق طرفي عقد من العقود على عدم الإلتجاء إلى قضاء الدولة عند حدوث منازعات خاصة بالعقد المبرم بينهما واللجوء بدلاً من ذلك إلى محكمين يتم الاتفاق على اختيارهم مقدماً سواء في صلب العقد نفسه أو في عقد لاحق خاص بالتحكيم فقط ، على أن يحترم الطرفان ما ينتهي إليه رأي المحكمين»^٣ . هو من أفضل التعريفات التي وضعت للتحكيم .

ومما لا شك فيه أن الفكرة الرئيسية أو الجوهر القانوني للعملية التحكيمية تتمثل أساساً في أن إرادة أطراف النزاع هي التي تختار القضاء لكي يفصل في النزاعات المثارة بين الأطراف .

وعلى الرغم من أن إرادة الأطراف هي التي تنشأ إتفاق التحكيم وتحدد القانون الواجب التطبيق في أغلب الأحوال وتحدد أيضاً القواعد التي تحكم ذلك التحكيم - بما يستشف منه غل يد القضاء الوطني عن ممارسة اختصاصاته الأصلية بالفصل في النزاع - إلا أن تلك الإرادة ليست مطلقة تماماً وبدون قيود ، حيث يرد على تلك الإرادة عدة قيود منها ، أن يكون حق اللجوء إلى التحكيم منصوص عليه قانوناً ، أي وجود تشريع قانوني يبيح حق اللجوء إلى التحكيم ، كما أن القيد الثاني يتمثل في تحديد المشرع لبعض من الحالات مما لا يجوز التحكيم فيها مثل نزاعات الحالة الشخصية أو ما يتعلق منها بالنظام العام أو الجنايات وحقوق المواطنين في الانتخاب أو في الترشيح .

وفي هذا الخصوص نصت المادة (١١) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري على أنه « لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها» .

ويتضح لنا من هذا النص بأنه حدد الشخص الذي يجوز له إبرام عقد أو اتفاق التحكيم كما أخرج من الخضوع لإتفاق التحكيم المسائل التي لا يجوز تسويتها بالصلح .

ومما تقدم نرى أن هناك فروقاً بين التحكيم والقضاء من عدة وجوه ، منها أن اللجوء إلى القضاء في العادة يتم دون إتفاق مسبق مع الطرف الآخر وهذا بحد ذاته قد يشكل ضرراً بالعلاقة فيما بين أطراف النزاع بخلاف التحكيم الذي يبقى على العلاقة الودية بين الأطراف كما هي دون أي تغيير .

إضافة إلى ذلك فإن القاضي عندما يتم عرض النزاع عليه ، فإنه يبحث في القانون الذي ينظم هذا النزاع ويطبق النص المعني عليه كما هو ، دون محاولة للوصول إلى حلول توفيقية أو عمل صلح بين الأطراف ، أما في التحكيم فهناك دائماً إمكانية حل النزاع الذي قد ينشأ بين الأطراف بالوسائل الودية المستقر عليها فقهاً وقضاءً .

١ . الدعوى الدستورية رقم ١٢ لسنة ١٥ ق ، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤ (مشار إليها في : د . عصمت عبدالله الشيخ : المرجع السابق ، ص (٢١) .

٢ . حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٨ يناير ١٩٩٤ في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق .

٣ . د . عبدالله حنفي : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٥ ، ص ١٢١ وما بعدها .

ويتميز التحكيم عن القضاء بميزة أخرى وهي السرية ، حيث إن السرية في عملية التحكيم تكون مصادرة بصورة أكبر منها في القضاء ، وعامل المحافظة على السرية من العوامل المهمة جداً خصوصاً في منازعات شركات الاستثمار الكبيرة وعقود التقنية ونقل التكنولوجيا التي تقدر بالملايين ١ .
وبالإضافة إلى ما سبق فإن التحكيم يتميز ببساطة إجراءاته وسرعتها مقارنة ببطء إجراءات التقاضي حيث إن القضاء عادة ما تكتنفه إجراءات معقدة وطويلة على عكس التحكيم الذي عادة ما يحدد الخصوم إجراءاته ومكانه وميعاد صدور القرار فيه .

وعلى الرغم من ذلك فقد واجه التحكيم بعض الاعتراضات منها أن التحكيم ساعد وحدات النظام الرأسمالي العالمي وهي الشركات العابرة للقارات من الإفلات من التقاضي أمام القاضي الوطني ، حيث تستغل هذه الشركات ضعف وحاجة الدول النامية للمشروعات والاستثمارات وبالتالي تفرض عليها شروط التحكيم في العقود التي تبرمها معها لكي تنهرب من الخضوع لنصوص القوانين المحلية التي بلا شك تنظر إليها بأنها ستحمي تجارها أو هيئاتها المحلية على حساب تلك الشركات الأجنبية .
كما يرى المعارضون لفكرة التحكيم أيضاً أن التحكيم عملية مكلفة جداً من الناحية الاقتصادية ، لأن أتعاب ومصاريف المحكمين مرتفعة جداً ، وقد تكون مرهقة للخصوم .

وقد ذهب رأي - وبحق - على أنه أياً كان الرأي من التحكيم ، إلا أنه بات الآن نظاماً قضائياً عالمياً وأصبح النص عليه في العقود التجارية سواء أكانت دولية أم محلية وسواء أكانت مدنية أم إدارية يكاد يكون أمراً مسلماً . ومن ثم فإن معارضة نظام التحكيم على أسس أيديولوجية لم تعد تجدي كثيراً في هذا الأمر ٢ .
ونحن نرى بأن التطورات المتلاحقة في شتى المجالات وخاصة المجالات التجارية والاقتصادية العالمية ، وما نشأ في هذا الصدد من اتفاقيات ومعاهدات دولية بشأن التجارة الدولية تحتم على مختلف الدول أن تساير هذا الركب ولا تتخلف عنه ، وبالتالي أصبح موضوع قبول أو رفض مبدأ التحكيم خارج نطاق وقدرة الأنظمة السياسية خصوصاً في دول العالم الثالث .

والتحكيم اصطلاح عام تقترن به مسميات فرعية تختلف بحسب نوع المنازعة التي يراد حسمها ، ولذلك فيسمى التحكيم التجاري إذا كانت المنازعة تجارية ، ويسمى التحكيم المدني إذا كانت المنازعة مدنية ، ويسمى التحكيم إدارياً إذا كانت المنازعة إدارية .

المبحث الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ، فذهب إتيان إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية ، بينما ذهب إتيان الآخر إلى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية ، وهناك اتجاه إتخذ الوسيطية وذهب إلى أن التحكيم يشتمل على الصفة التعاقدية والصفة القضائية في ذات الوقت ، بينما يرى آخر بأن التحكيم هو

١ . د . أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ١٣ .
٢ . د . جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ١٤ .

قضاء خاص .

وسوف نستعرض مبررات كل إتجاه فيما ذهب إليه :

أ التحكيم ذو طبيعة تعاقدية :

وأصحاب هذا الرأي استندوا الى المبررات التالية :

١ - إن رغبة أطراف النزاع في وجود محكم للفصل في النزاع القائم بينهم ومن ثم الإنصياع لقراره هي الأساس في تحديد طبيعة التحكيم ، حيث إرادة الأطراف وإتفاقهم على اختيار المحكم وامثالهم لقراره هو العنصر المهم في تحديد طبيعة التحكيم ١ ، بالإضافة إلى تحديد ولايته وحدود هذه الولاية والوقت الذي يجب أن ينتهي فيه من مهمته ، كما يحدد الأطراف القواعد التي يجب على المحكم إتباعها عند أداء مهمته ٢ .

واستناداً إلى هذا المعيار فإن المحكمين ليسوا قضاة بل أفراداً يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ، وباتفاق الأطراف على التحكيم فإنهم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية الإجرائية التي ينظمها النظام القضائي ، ومن حيث إن نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف فإن له طابعاً تعاقدياً ٣ .

٢ - لما كان التحكيم ذا طبيعة اتفاقية تعاقدية ، فإنه يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف الاتفاق أو العقد ، أما القضاء فيهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وهي إقامة العدل .

٣ - إن الصفة التعاقدية للتحكيم تأتي من خلال اعتبار التحكيم أداة من أدوات المعاملات الدولية ، حيث يلبي ما يتعلق بهذه المعاملات بصورة أسرع مما لو عرضت على القضاء .

٤ - أن التحكيم يقوم على اتفاق ضمني على تنازل أطرافه عن الدعوى القضائية ، كما أن المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف واتفاقهم ، وبالتالي سلطة المحكم هنا مقيدة ومحصورة فقط بالنزاع ، على عكس القاضي الذي له سلطة عامة .

ونحن نرى أن الإتفاق على التحكيم لا يعد تنازلاً ضمناً عن الحق في التقاضي ، بل هو تنازل صريح إعمالاً لنص المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات البحريني التي تنص على أنه « يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن حقوقهم في الإلتجاء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع .

وإذا ثار نزاع بصدد تنفيذ عقد اشتمل على شرط التحكيم ، ورفع أحد طرفيه دعوى أمام المحكمة المختصة ، جاز للطرف الآخر أن يتمسك بالشروط في صورة دفع بعدم سماع الدعوى والاعتداد بشرط التحكيم طبقاً للاتفاق» .

٥ - وحيث إن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية ، فيمكن أن يكون المحكم وطنياً أو أجنبياً طالما تم الاتفاق عليه من جانب الخصوم ، وعلى العكس من ذلك ، فإن القضاء الرسمي للدولة لا يمارسه إلا قضاة وطنيون .

١ . د . جورجى شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٣٦ وما بعدها .

٢ . د . أسامة أحمد شوقي المليجي : هيئة التحكيم الاختياري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٥١ .

٣ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٧ .

٦ - من حيث إن التحكيم ليس ذا طبيعة قضائية ، فإن امتناع المحكم عن الفصل في النزاع المعروض عليه لا يعتبر منكراً للعدالة ولا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة ، ولذات السبب فإن المحكم إذا أخطأ في حكمه أو قراره فلا يخضع لقواعد مخاصمة القضاة .

٧ - لأن التحكيم ليس قضاء فإنه يمكن رفع دعوى بطلان أصلية ضد الحكم الصادر فيه على خلاف حكم القضاء .

٨ - أن حكم المحكمين كما هو معلوم لا يتمتع بالقوة التنفيذية التي يتمتع بها أحكام القضاء ، بل يلزم الأمر بتنفيذه من قبل قضاء الدولة موطن التنفيذ ، بالإضافة إلى أن بطلان حكم التحكيم يكون بدعوى بطلان أصلية وذلك بعكس أحكام القضاء التي تتعدد بشأنها درجات التقاضي ، ولهذا أعتبر التحكيم نظاماً من أنظمة القانون يستمد قوته وينتج آثاره من اتفاق التحكيم ١ .

ولكن قوة هذا الحكم تستمد من اتفاق الأطراف الذين يلتزمون بالخضوع لما يقرره المحكم ٢ . وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية للتحكيم وانسحاب هذه الطبيعة إلى كل من اتفاق التحكيم وحكم التحكيم ٣ .

وأبقى القضاء الفرنسي لحكم التحكيم بالطابع التعاقدية سواء أكان هذا الحكم قد صدر في فرنسا أم في دولة أجنبية ، وحتى لو كانت السلطة القضائية لبلد الأصل قد أسبغت على حكم التحكيم الأجنبي القوة التنفيذية ، فلا يترتب على ذلك أن يصبح حكم التحكيم بمثابة الحكم القضائي ٤ .

كما أن محكمة النقض المصرية قد سارت في هذا الاتجاه إذ ترى هذه المحكمة أن التحكيم وهو طريق استثنائي استنه المشرع لفض الخصومات ، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية ، وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تتصرف إليه إرادة الأطراف على عرضه على هيئة التحكيم ٥ .

كما أن هناك عدداً ليس بقليل من الشراح قد أيد الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، وقد اعتمدوا في حججهم على أن أساس التحكيم هو إرادة الخصوم ، وهو أساس نابع من رغبتهم في حل نزاعاتهم بطريقة ودية ، فضلاً عن أن التحكيم يختلف عن القضاء ، فالقضاء يرمي إلى مصلحة عامة أما التحكيم فيرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكم ، كما أن المحكمين ليسوا ممن لهم ولاية القضاء ، مثال ذلك ، عدم تولي المرأة للقضاء وهو أمر لا يثير أدنى مشكلة بالنسبة للتحكيم ، هذا بجانب أن المحكمين لا يعينون من قبل الدولة ولا تطبق عليهم القواعد التي تسري على القضاة ٦ .

ب التحكيم ذو طبيعة قضائية :

أصحاب هذا الرأي يستندون في مبرراتهم في ذلك على الأسباب التالية :

- ١ . د . أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .
- ٢ . د . أسامة أحمد شوقي : هيئة التحكيم الاختياري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٨ .
- ٣ . وذلك في قضية : " Aff Roses C/Moller -Roses " et Cie.Cass.Raq.27 juillet 1937. D.P.1938.1.25.n.Castes " (مشار إليه في : د . إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ٢٢) .
- ٤ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : الإشارة السابقة ، ص ٢٨ .
- ٥ . الطعن رقم ٤١٧٢ لسنة ٦١ ق في ١٩٩٧/٦/٢١ والطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ ق الصادر في ١٩٩٧/١٢/٢٧ الدائرة المدنية .
- ٦ . د . أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٢٢ وما بعدها .

١. أن التحكيم يتشابه والقضاء في أن مهمة كل منهما هي الفصل فيما يعرض عليه من نزاع .
 ٢. إن القضاء مظهر من مظاهر السيادة للدولة ، ومن ثم فلا يتصور بالتالي أن يقوم به غير الدولة ، إلا أن « الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة في صورة التحكيم في نطاق معين» ١ .
 ٣. وجود بعض الفروق بين القضاء والتحكيم لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم .
 ٤. إن القرار الصادر في التحكيم الفاصل في النزاع ، يحوز حجية الأمر المقضي به ، ومن المعروف أن هذه الحجية لا تتمتع بها إلا القرارات القضائية .
 ٥. فضلاً عن ذلك ، يرى جانب من الفقه التحكيم بأنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه ، وأن التملص منه لا يجدي فإنه يحل محل قضاء الدولة الإجباري وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها «ومفاد ما سبق ، هو أن التحكيم يمكن أن يتسم بالطابع القضائي شأنه في ذلك العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ٢ ، وترتيباً على ذلك فإذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم ، والحكم عمل قضائي محض لا دخل لإرادة الأطراف فيه ، فضلاً عن أن فكرة المنازعة وكيفية حلها وإجراءات العدالة التي تحيط بإجراءاتها هي التي تؤصل الطبيعة القضائية في العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضياً ، يختاره الخصوم ليقول كلمة الحق أو ليحكم القانون بينهم .
 ٦. إذا كان التحكيم ينشأ إرادياً ، إلا أنه لا يتحرك إلا من خلال عمل ذي طبيعة قضائية ، فإنه مثل العمل الإرادي الذي يقوم به الأفراد عند اللجوء إلى قضاء الدول ٣ .
- وهناك رأي يؤكد بأنه ورغم قيام التحكيم على إرادة الأطراف ، فإن هذا الرأي يؤكد أنه عمل من أعمال القضاء فهو في حقيقته نظام قضائي وإنكار طابعه القضائي لا يغير من حقيقة جوهرية ٤ .
- وينتهي أنصار هذا الرأي إلى أن التحكيم يعتبر قضاءً ، وحكم المحكمين يعتبر عملاً قضائياً ، على أنه يلاحظ أننا إذا اعتبرنا حكم المحكمين عملاً قضائياً فإن هذا العمل القضائي لا تنطبق عليه قواعد قضاء الدولة ، وبعبارة أخرى ، إذا كان حكم المحكمين حكماً فهو ليس كغيره من الأحكام ، ذلك أنه لا يمكن عزله عن اتفاق التحكيم الذي كان سبباً له ، وهذا الاتفاق هو عقد من عقود القانون الخاص ٥ .
- وقد بدأت هذه النظرية في الانتشار خاصة بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٧ مارس لسنة ١٨٩٣ في قضية سكك حديد الشمال ، وذلك بأن اعتبر التحكيم لاسيما الحكم الذي يصدر فيه عملاً قضائياً.

١. د. جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٤٠ وما بعدها .

٢. د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ٤٠ وما بعدها .

٣. د. أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٢٣ وما بعدها .

٤. د. إبراهيم أحمد إبراهيم : الإشارة السابقة ، ص ٤١ .

٥. د. جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤١ وما بعدها .

Conseil d'état 17/3/1893 serie 1894 p3-109 voir au contraire de cett decision proff Houin –archives)

. (de la philosophie du droit 1954 page 39

مشار إليه في :

د. أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

Cour de cassation comerial 22/10/1949 serie 1949 – 1 – 73. Cass com 18/6/1958 magazine de Larbitrage p 91

مشار إليه في : أحمد محمد عبد البديع ، الإشارة السابقة ، ص ٢٤ .

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية ذات المعنى في أكثر من حكم لها ، إذ اعتبرت التحكيم قضاءً استثنائياً يملك فيه المحكم سلطة ذاتية ومستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها عليه الخصوم .
وبرغم أن المحكمة الدستورية العليا كانت قد ذهبت إلى أسباغ الطبيعة القضائية على التحكيم ، إلا أنها اعتبرت أن الركيزة الأساسية للتحكيم « اتفاق خاص يستمد المحكمين منه سلطاتهم ، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة » وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء ، فلا يجتمعان^١ .
وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في أكثر من حكم لها الطبيعة القضائية للتحكيم وخاصة حكم التحكيم وذلك بقولها « أن المشرع أجاز للخصوم خروجاً على هذا الأصل أن يتفقوا على إحالة ما بينهم من نزاع على محكمين يختارونهم ليفصلوا فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم ٢ ، وأن اتفاق التحكيم يجب أن تتوافر فيه مقوماته وصحته قانوناً^٣ .

وجانب من الفقه يؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم من الناحية العملية وخاصة في التجارة الدولية ، فمن خلال رصد عمليات التجارة الدولية من حين لآخر نجد أن قبول الأطراف للتحكيم ، واستقلالية هذا النظام عن العقود التجارية الدولية التي تثار بمناسبة المنازعات التي تطرح على التحكيم ، وتمتعه بقانون مستقل بالإجراءات ، فقد أصبحت قراراته مصدراً لقضاء المحكمين ، فضلاً عن حجيتها فيما تقضي به^٤ .
وبهذا يتضح لأنصار هذه النظرية ، أن التحكيم يتمتع بتلك الطبيعة القضائية بفضل المهمة الموكولة إلى المحكم ، ووظيفته التي يباشرها وقراره الذي يعد بمثابة الحكم القضائي الذي يلزم كل من خضع له .

ج الطبيعة المختلطة للتحكيم :

هناك رأي ثالث بشأن الطبيعة القانونية للتحكيم يذهب أنصاره إلى أن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة أو مختلطة وأنه يجمع بين الصفة التعاقدية والصفة القضائية .
فهو - من ناحية - ذو طبيعة تعاقدية لأنه يتم بموجب اتفاق بين طرفيه ، ومن ناحية أخرى ذو طبيعة قضائية لأنه يفصل في نزاع كالقضاء تماماً^٥ .

فوظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها ولكن يبقى مصدر تلك الوظيفة نابعاً من اتفاق الأطراف على التحكيم ، هذا فضلاً عن كون القرار الذي يصدره المحكم يعطي قوة إلزامية تختلف عن القوة

- ١ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ٤١ (حكمها الصادر في ١١/٦/١٩٩٩ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤٦ في ١٨/١١/١٩٩٩ ص ٢٨٤٢) .
- ٢ . الطعن رقم ٦٥٠ لسنة ٥٧ ق والصادر في ٢٣/١/١٩٨٥ ، الدائرة المدنية - حكم غير منشور (مشار إليه في د . أحمد محمد عبد البديع ، الإشارة السابقة ، ص ٢٥) .
- ٣ . الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ ق والصادر في ٢٧/٣/١٩٩٦ ، الدائرة المدنية - حكم غير منشور (مشار إليه في د . أحمد محمد عبد البديع ، الإشارة السابقة ، ص ٢٥) .
- ٤ . د . أحمد محمد عبد البديع : المرجع السابق ، ص ٢٦ ، الفقرة الثانية .
- ٥ . د . جورجي شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤٤ .

الإلزامية للعقد ١ .

ويؤيد رأي هذا الاتجاه كون أن الاتفاق على التحكيم سواء ورد كشرط في العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل، فإن هذا الإتفاق على مبدأ التحكيم لتسوية النزاع بين الأطراف هو عقد بالمعنى الصحيح والدقيق .
أما عمل المحكم أو المحكمين من حيث نظرهم للنزاع والفصل فيه، فإن هذا العمل في جوهره هو عمل قضائي .

فعمل التحكيم هو من الناحية الموضوعية وفي جوهره ومضمونه وفحواه ومؤداه عمل قضائي ، حتى ولو كان من الناحية الشكلية غير ذلك ٢ .

وسيراً مع هذا الاتجاه، فالبعض يؤكد أن التحكيم يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم. فالتحكيم ليس اتفاقاً محضاً ، ولا قضاءً محضاً ، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق وفي أوسطه إجراء وفي آخره حكم . ويرى البعض أيضاً أن من مصلحة التجارة الخارجية ، حرية الاتفاق على التحكيم في بدايته ثم تحويله في مرحلته الأخيرة إلى قضاء ، ليكتسب القرار الذي يصدر فيه حجية بذاته فلا يحتاج إلى دعوى يعقبها حكم يضي عليه هذه الحجية ٣ .

كما يعتبر البعض أن « التحكيم في أساسه وجوهره هو تصرف إرادي ، على أنه في إنطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في عداد العمل القضائي ، فالظاهر المستمدة من أصله وهي إرادة الأطراف ترجح طابعه التعاقدية ، بينما هو قضائي من حيث إنه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد قوة العقد» ٤ .

وينتقد البعض أنصار هذا الرأي حيث إنهم اختاروا الحل الأسهل ولم يتصدوا إلى جوهر المشكلة ذاتها وأن ربطهم بين حجية الأحكام وبين قوتها التنفيذية غير دقيق ، ولا علاقة له بحياسة حكم التحكيم لحجتيته أم لا ، وأن من شأن هذا الربط أن يهدر كل قيمة لنظام التحكيم ٥ .

د - التحكيم قضاء خاص :

يرى أنصار هذا الرأي أنه من الصعب النظر إلى التحكيم كعقد ، فالعقد يجد ذاته لا يحل النزاع ، لذلك يجب عدم الخلط بين العقد وبين التحكيم ككل ، ثم أن العقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل عدم وجوده في التحكيم الإجباري .

وحتى لو اعتبرنا التحكيم بأنه يتصف بالصيغة التعاقدية فلا يمكن مد هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر لحل النزاع . ومن طرف آخر فإن النظرية القضائية لا تتماشى مع طبيعة التحكيم أيضاً ، لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام،

١ . د . أحمد محمد عبدالبديع : الإشارة السابقة ، ص ٢٧ .

٢ . د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤٥ .

٣ . د . أحمد محمد عبدالبديع : المرجع السابق ، ص ٢٧ .

٤ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : دار المرجع السابق ، ص ٤٤ .

٥ . د . أحمد محمد عبدالبديع : الإشارة السابقة ، ص ٢٨ .

والمحكم لا يستند إلى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام واستقرار ، فلا يملك توقيع غرامات على الأطراف أو الشهود ، وهو لا يتقيد دائماً بالقانون ، كما هو في التحكيم بالصلح ، على عكس القاضي الذي يلتزم دائماً بتطبيق القانون ، ثم أن المحكم قد لا يكون رجل قانون أصلاً .

ومن ناحية حجية حكم المحكم وقوته التنفيذية فإنها تختلف عن حجية الحكم القضائي وقوته التنفيذية ، فالحجية تحول دون رفع دعوى بطلان أصلية للحكم القضائي ، بينما يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ، كما أن القوة التنفيذية لا تقرر لحكم التحكيم إلا بعد الانتجاع للقضاء لكي يصدر أمراً بالتنفيذ .

وأخيراً فإن الحكم القضائي متعلق بالنظام العام ، بينما يمكن لأطراف التحكيم الاتفاق على إعادة التحكيم أمام هيئة التحكيم بعد الفصل فيه ، بينما تحول حجية الحكم القضائي دون ذلك ١ .

ولا يمكن كذلك إسباغ الطبيعة القضائية على جميع مراحل العملية التحكيمية ، إذ إنه لا يمكن إغفال الدور التعاقدية الذي يمر به اتفاق التحكيم في بدايته .

ولذلك فلا يمكن التسليم أيضاً بالطبيعة المزدوجة للتحكيم ، إذ أن من المسلم به إنه من طبيعة الشيء أنه جزء لا يتجزأ من كل الشيء ٢ .

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أنه لا يكفي لتحديد طبيعة التحكيم القول بأنه يبدأ باتفاق ثم ينتهي بحكم قضاء ، فبالإضافة إلى أن هذا الاتجاه يعتبر هروباً من مواجهة المشكلة فقد جانبه الصواب من ناحيتين :

الأولى : أنه قد اعتبر التحكيم عقداً ، مع أنه تترتب عليه نتائج تجاوز في أهميتها وخطورتها أي عقد آخر ، فهو وإن تشابه مع العقد في بعض الأمور ، إلا أنه يختلف عنه في أمور أخرى .

أي أن العقد الذي يبدأ به الأطراف نظام التحكيم ليس مجرد عقد يستوي مع غيره من العقود .

الثانية : أنه اعتبر حكم التحكيم بمثابة حكم قضائي برغم من وجود اختلافات رئيسية بين الحكمين .

فمجرد تشابه مع العقد والقضاء لا يكفي لوصفه بأنه اتفاق وقضاء متى اشتمل على ما يميزه عنها . ويرى أنصار هذا الرأي أن التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما . ولذلك فإنهم يرون التحكيم له طبيعة خاصة به ، وذاتية المستقلة التي تختلف من العقود ، كما تفرق عن أحكام القضاء .

وإن التحكيم نظام لا يجد مأواه في قوانين الدول فحسب ، بل في غيرها من موثيق دولية من معاهدات وقرارات لمنظمات دولية وفي أنظمة لوائح هيئات التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم .

ويضاف لذلك النقاط التالية :

١ . من الناحية التاريخية فإن السلطة كانت تتجمع في يد شيخ القبيلة ، وكان من الشائع أن يلجأ الأفراد والقبائل في نزاعاتهم إلى التحكيم ، فيتفقوا على موضوع النزاع ، ويختاروا محكماً يحكم بينهم ، فيصدر هذا الأخير حكماً ملزماً للطرفين . إضافة إلى أن حضور طرفي النزاع إجراءات التحكيم شرط أساسي لصحة التحكيم ، ومن هنا يتضح أن فكرة التحكيم نشأت أساساً لكي تقضي بين

١ . د . إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٤٥ وما بعدها .

٢ . د . أحمد محمد عبد البديع : المرجع السابق ، ص ٢٠ .

الأطراف بالحق ، فهو إذاً قضاء سابق وقديم ، يختلف في أسانيدہ القانونية وإجراءاته ونظام تعيين المحكمين فيه عن فكرة القضاء الحالي بمنظومته المعروفة ، كذلك من الخطأ أن نضفي على التحكيم ثوب القضاء الحالي وأن نحاول التقريب بين ما هو قديم وما هو حديث ، كما فعلت النظرية القضائية ، إذ أن كليهما قضاء ، ولكنهما يختلفان فقط في أسلوب مباشرتهما لعملية العدالة لفض النزاع الناشئ بين الأطراف ١ ، ولذلك يرى أنصار هذا الرأي أن اللجوء إلى التحكيم هو نوع من العودة إلى الماضي وبالتالي الرجوع إلى القضاء الأصيل الخالي من أية منظومة ابتدعها الأفراد عبر الزمان .

٢. من الناحية النظرية يرى هذا الفقه بأنه ، إذا نظرنا للتحكيم ككل فإننا نجد أن العنصر الإرادي هو العنصر الغالب في المرحلة الأولى للتحكيم ، ولكن سرعان ما يتغلب العنصر القضائي على عملية التحكيم عند ممارسة المحكمين له ، ويكاد يكون أسلوبهم متماثلاً مع أسلوب القاضي ، وحكمهم شبيهاً بأحكام القضاء .

٣. أما من الناحية العملية ، فإن هذا الفقه يرى أن تقييم الطبيعة القانونية للتحكيم تكاد تكون ظاهرة بوضوح في أحكام المحاكم وخاصة في أحكام محكمة النقض المصرية ، إذ قررت في أكثر من حكم لها أن « التحكيم هو طريق استثنائي سنه المشرع لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية» ٢.

ومن هذا القول يرى جانب من الفقه وبمفهوم المخالفة أن محكمة النقض المصرية قد أسبغت على التحكيم صفة القضاء ، غير أنه يعد طريقاً من طرق التقاضي غير العادية - وفقاً لطريقة عمل المنظومة الحالية للقضاء - وهو أيضاً ما أكدته في وصفها لأسلوب المحكم وطريقة معالجته لعملية التحكيم ، حيث قررت في حكم لها وهي بصدد تصديدها لمخالفة المحكم للقانون واجب التطبيق على النزاع وفق اتفاق الأطراف « وكان الثابت من حكم التحكيم أنه لم يطبق في قضاائه في النزاع قواعد العدالة والأنصاف» ٣ ، ولهذا أعطت للمحكم صفة القاضي التي يتمتع بها جديلاً عند مباشرته للعملية التحكيمية ، هذا فضلاً عن وصفها لحكم التحكيم « بأن شأنه شأن أحكام القضاء» ٤ . ويضيف أنصار هذا الرأي ٥ ما يؤيد وجهة نظرهم بأن التحكيم هو قضاء خاص ، في حالة ما إذا ذكر في عقد من العقود على أنه « في حالة نشوء أي نزاع بين الأطراف بشأن بند من بنود العقد فإن محكمة جنوب القاهرة هي المختصة وهي التي ترفع أمامها الدعاوى المتعلقة بتنفيذ هذا العقد دون غيرها» ، ففي هذا المثال هل يكون الاتفاق على رفع الدعوى أمام محكمة معينة للفصل في النزاع هو اتفاق ذو طبيعة تعاقدية بحتة أم قضائية بحتة أم الاثنين معاً ، بالتأكيد لا نستطيع القول بأي منها ، ولكننا نستطيع أن نقرر أن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع نزاعاتهم على المحكمة بما تحمله هذه المحكمة من أسلوب

١. د. أحمد عبد البديع، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها.

٢. لطن رقم ٤١٧٢ لسنة ٦١ ق ، والصادر بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢١ ، الدائرة المدنية ، حكم غير منشور .

٣. لطن رقم ٥٥٢٩ لسنة ٦٦ ق ، والصادر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١١ ، الدائرة المدنية ، حكم غير منشور .

٤. لطن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ ق ، والصادر بتاريخ ١٩٩٩/٣/١ ، الدائرة المدنية ، حكم غير منشور .

٥. مشار إليها في: د. أحمد محمد عبد البديع : شرح قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق ، ص ٣٢ .

٥. د. أحمد محمد عبد البديع : الإشارة السابقة ، ص ٢٢ .

خاص - وفقاً لمنظومة القضاء المعروفة - للوصول إلى حكم لحل النزاع ، فذلك الحال أيضاً في التحكيم ، فإنه إذا ما اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم عند حدوث أي نزاع ينشأ بينهم ، هنا يجب أن نقف موقفاً مشابهاً ، إذ إن التحكيم والمحكمة كلاهما جهة قضاء بالمعنى الواسع ، ولكن كيفية اختيار القضاة أو المحكمين ، وكيفية معالجة المشكلة محل النزاع تختلف في كلا النظامين . ولهذا أعتبر التحكيم قضاءً خاصاً ، فهو قضاء لأن المحكم يهدف من عمله عند مباشرة الخصومة التحكيمية تحقيق العدالة ، وهو يتبع ذلك الأسلوب الذي يراه ملائماً في ذلك ، وهو أيضاً خاص لأنه يعطي للأفراد حرية اختياره كأسلوب لحل المنازعات بالطرق الودية بعيداً عن مرفق القضاء العادي ١ . وفي ضوء استعراضنا للآراء السابقة ، فلا شك أن لكل رأي منها وجهته وحججه التي تبرر ما يرى . وإن كان لنا أن ندلي برأي في هذا المجال ، فإننا نرى أن التحكيم هو طريق استثنائي أي طريق بديل عن اللجوء إلى الطريق العادي ونقصد التقاضي ، فإذا اختار الأطراف المعنية بالعقد محل التحكيم اللجوء إلى التحكيم فإن هذا يترتب عليه سقوط حقهم في اللجوء للقضاء ويحق لأي ذي مصلحة أن يتمسك في هذه الحالة بعدم قبول الدعوى أمام القضاء بسبب وجود شرط التحكيم وهو ما استقر عليه العمل بقوانين المرافعات المدنية والتجارية وما استقر عليه أيضاً القضاء في هذا الشأن .

المبحث الثالث

تمييز التحكيم عما قد يتشابه معه

تحسم المنازعات بغض النظر عن نوعها إما قضاءً وإما صلحاً ، أو توفيقاً ، ويتمتع التحكيم بوصفه وسيلة لتسوية المنازعات بذاتية خاصة تميزه عن الأساليب السابقة رغم تشابهها معه ، وعلى ذلك سوف نقوم باستعراض أساس تمييز التحكيم عما قد يتشابه معه من نظم خلال العرض القادم .

أ - التحكيم والقضاء :

أساس اللجوء للتحكيم هو إرادة طرفي النزاع سواء وردت في شرط تحكيمي أو في مشاركة التحكيم ٢ وعلى العكس من ذلك فإن اللجوء إلى القضاء لا يحتاج إلى اتفاق أطراف النزاع على ذلك . وبالتالي فإن الالتجاء إلى القضاء هو بمثابة حق عام للخصم له أن يستعمله تلقائياً دون حاجة لحصول على موافقة الخصم الآخر ، أو الإستناد إلى نص خاص .

كما أن اللجوء للتحكيم لا يعد بمثابة تنازل عن حق اللجوء للقضاء لتعلق هذا الحق بالنظام العام ، ولو تم

١ . د . أحمد محمد عبدالبيديع : المرجع السابق ، ص ٢٢ ، ٢٣ .

٢ . شرط التحكيم : هو اتفاق يرد ضمن نصوص عقد معين ، يقرر بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المستقبلية التي قد تثور حول العقد وتنفيذه .
مشاركة التحكيم : هو اتفاق يبرمه الأطراف ، منفصلاً عن العقد الأصلي ، بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع قائم فعلاً بصدد هذا العقد .

د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٢٥ وما بعدها .

مثل هذا التنازل فإنه يعد تنازلاً باطلاً لا يرتب أثراً قانونياً .

وعلى الرغم من ذلك فإن اتفاق طريقي النزاع على إحالته للتحكيم ، يؤدي إلى عدم جواز رفع دعوى بشأنه أمام القضاء ، حيث يقضي القاضي بعدم قبول تلك الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك ، لوجود اتفاق على حل النزاع بواسطة التحكيم .

هذا من ناحية أما من ناحية أخرى ، فإن نطاق اختصاص القضاء أوسع بالمقارنة بنطاق اختصاص هيئة التحكيم وذلك لما يتمتع به القضاء من ولاية عامة تمكنه من الفصل في جميع المنازعات ، بينما نطاق التحكيم يقتصر على المنازعة المتعلقة بحقوق مالية ، من الجائز التصالح والتنازل فيها .

ومن ثم فلا يمتد نطاق اختصاص التحكيم إلى الفصل في المنازعات المتعلقة بمشروعية أعمال الإدارة كدعوى الإلغاء مثلاً .

أما من حيث الأثر ، فالأصل العام في الأحكام القضائية هو تمتعها بحجية نسبية ، حيث تقتصر آثار الحكم على أطراف الدعوى دون أن تمتد لسواهم ، ويستثنى من هذا الأصل العام الأحكام الصادرة في الدعوى ذات الطبيعة العينية كدعوى الإلغاء ، حيث تتمتع الأحكام الصادرة فيها بحجية مطلقة ، تسري في مواجهة الكافة ١ .

وأخيراً فإن الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدوره وانقضاء مواعيد الطعن عليه ما لم يكن قد قضي بوقف تنفيذه ، أما أحكام المحكمين فلا بد لتنفيذها من صدور أمر بذلك من السلطة القضائية .

ب - التحكيم واتفاق التسوية :

يتشابه التحكيم واتفاق التسوية في أن كلا منهما يوجد لحل خلاف أو نزاع أو خصومة بين الأطراف ، وسواء كان هذا الخلاف أو النزاع أو الخصومة قد نشأت بالفعل أو يمكن أن تنشأ ، كما أن كلا منهما يتمتع بصفة الشيء المقضي بنص القانون في فرنسا ٢ .

وبالرغم من ذلك فإن هناك بعض مظاهر الفرق بين التحكيم واتفاق التسوية نوجزها فيما يلي :

١ - من حيث من يقوم بنظر النزاع :

في التحكيم يقوم بنظر النزاع والفصل فيه عنصر ثالث وهو المحكم سواء أكان فرداً أو عدة أفراد يكونون هيئة التحكيم ، بينما في اتفاق التسوية فالذي يقوم بنظر النزاع وتسويته هم أطراف النزاع أنفسهم ، وعادة يتم تحديد من يقوم بتسوية النزاع في الاتفاق الأصلي ذاته ، سواء عن طريق تحكيم أو عن طريق اتفاق تسوية .

٢ - من حيث مضمون الفصل في النزاع :

في التحكيم يمكن أن يتم الفصل في النزاع عن طريق التسليم بكل ادعاءات أو طلبات أحد الطرفين دون

١ . د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ١٧ .

٢ . د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤٧ .

الآخر ، أما في اتفاق التسوية ، يتم عن طريق تخلي كل طرف عن جزء من طلباته ، أي عن طريق التنازلات المتبادلة ، فلا نكون بصدد اتفاق على التسوية إذا أصر كل طرف على موقفه وتمسك بطلباته دون تنازل .

٣ - من حيث أداة إنهاء النزاع :

في التحكيم ينتهي النزاع بقرار تحكيمي أو بحكم تحكيمي ، أما في اتفاق التسوية فإن النزاع ينتهي باتفاق بين الطرفين أي عن طريق عقد يتم بينهما .

٤ - من حيث القوة التنفيذية :

القرار أو الحكم التحكيمي يصدر مشمولاً بأمر التنفيذ ويكون قابلاً للتنفيذ مباشرة ، أما اتفاق التسوية فهو غير قابل للتنفيذ في حد ذاته وإنما يحتاج إلى صدور حكم يقره ويأمر بتنفيذه ١ .

ج - التحكيم والصلح :

يتشابه التحكيم والصلح في أن كلا منهما يوجد طرفاً ثالثاً أو طرفاً آخر يقوم بعملية التحكيم أو بعملية الصلح ويسمى في التحكيم بالمحكم ويسمى في الصلح بالمصلح أو المصالح ، ومن هنا وجد الفرق بين اتفاق التسوية والصلح ، حيث إن هذا الأخير يتم عن طريق ثالث ، بينما اتفاق التسوية يتم بين طرفي النزاع أنفسهم .

كما يتشابه التحكيم والصلح في أن أساس كل منهما اتجاه إرادة طرفي المنازعة إلى تسويتها بعيداً عن القضاء ، سواء كانت تلك المنازعة قد وقعت بالفعل أو ستقع مستقبلاً ٢ .

والتشابه بينهما يوجد أيضاً من حيث إن كلا منهما يتطلب وجود منازعة ، كما أنه لا بد من وجود عقد محل النزاع بأي من الطرفين ٣ .

وعلى الرغم من أوجه الشبه المشار إليه ، إلا أن هناك اختلافات واضحة بين كل من التحكيم والصلح تتمثل في الآتي :

١ . في التحكيم يقوم الطرف الثالث أو المحكم بإعمال القواعد القانونية على النزاع المعروض أمامه ، فيمنح الحق لصاحبه وفقاً لهذه القواعد . أما في الصلح فإن دور الطرف الثالث وهو المصلح أو المصالح ، تقتصر على تهدئة الأمر بين الطرفين ، ومحاولة تقريب وجهات النظر وإزالة أسباب النزاع وتخفيف حدة التوتر .

٢ . في التحكيم يتمتع المحكم بسلطات كبيرة نسبياً في مواجهة الطرفين ، أما في الصلح فإن الطرف الثالث ليست له أية سلطات في مواجهة الطرفين ، وإنما هي مساع من جانبه ومحاولات لمساعدة طرفي

١ . د . جورجي شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٤٩ وما بعدها .

٢ . د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ١٨ وما بعدها .

٣ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ١٥ .

- النزاع على الوصول إلى اتفاق صلح أو مصالحة أو تصالح بينهما .
- ٢ . في التحكيم يصل المحكم إلى قرار أو حكم تحكيمي يكون ملزماً للطرفين ، ويتمتع بحجية في مواجهتهما . أما في الصلح فإن أقصى ما يصل إليه الطرف الثالث هو عقد اتفاق مصالحة بين الطرفين ، وينتهي دوره عند هذا الحد .
- ٤ . ينطوي الصلح على تنازل كل من طرفي النزاع عن كل أو بعض ما يتمسك به في مواجهة الآخر ، في حين تتجه إرادة طرفي التحكيم إلى الاتفاق على إحالة النزاع للتحكيم ، مع اختيارهم للمحكم الذي سيعهدون إليه بحسم النزاع بحكم يلزمهم دون أن ينطوي ذلك على تنازلات متبادلة بين طرفي النزاع .
- ٥ . أن الصلح نظام إتفاقي صرف من بداية إجراءاته إلى نهايتها ، أما التحكيم فهو رضائي فقط في أساسه أي من حيث حرية اللجوء أو عدم اللجوء إليه ٢ .
- ولكن يثور هنا التساؤل التالي وهو كيف تتم التفرقة بين الصلح والتحكيم إذا ما عهد الطرفان إلى شخص ثالث للصلح بينهما؟
- أن العبرة هنا هي بحقيقة المهمة التي عهد بها الطرفان إلى الشخص الثالث ، فإذا قصد بها حسم النزاع بحكم ملزم كان الأمر تحكيمياً ، أما إذا اقتصرَت مهمة الشخص الثالث على مجرد التوسط بين الطرفين وصولاً لحل معقول بينهما كان الأمر متعلقاً بصلح ٣ .

د - التحكيم والوساطة ؛

- يتشابه التحكيم والوساطة - ومعهما الصلح أيضاً - في وجود طرف ثالث ، ويسمى الوسيط . ومع ذلك فهناك فروق بين التحكيم والوساطة تتمثل في الآتي:
- ١ . في التحكيم ينظر المحكم إلى النزاع من الناحية القانونية والموضوعية ، ويقوم بإعمال حكم القواعد القانونية عليه ، أما في الوساطة فإن الوسيط يقوم بمعاونة الأطراف بغرض الوصول إلى اتفاق بينهم .
- ٢ . في التحكيم يتمتع المحكم بسلطات كبيرة في مواجهة أطراف النزاع ، أما في الوساطة فهو لا يملك سوى مساعدتهم واستخدام الوسائل التي تؤدي إلى توقيع الأطراف لاتفاق معين .
- ٣ . في التحكيم يصل المحكم إلى حل لموضوع نزاع نشأ بين الأطراف بالفعل في الماضي ، فيقوم بفض هذا النزاع ، أما في الوساطة ، فالوسيط يساعد الأطراف للوصول إلى توقيع اتفاق يحدد تصرفات الأطراف في المستقبل .
- ٤ . في التحكيم يتم حل النزاع بحكم ملزم يصدر من المحكم ، أما في الوساطة فيكون حل النزاع بالوصول إلى توقيع اتفاق بين الأطراف ولا يملك الوسيط سلطة القرار في ذلك .
- ومن هذا العرض يبدو أن هناك أوجه شبه بين الوساطة والصلح ، ويظهر ذلك من حيث وجود طرف ثالث ودوره وسلطته وأداة حل النزاع .

- ١ . د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٥٢ وما بعدها .
- ٢ . د . عبدالعزيز عبد المنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ١٨ .
- ٣ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ١٦ .
- ٤ . د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٥٦ وما بعدها .

أما الفارق بينهما فيتعلق أساساً في الزمن الذي يحمل عليه حل النزاع ، فبينما ينصرف الحل في الوساطة إلى تحديد سلوك الأطراف في المستقبل ، نجد أن الحل في الصلح ينصرف إلى فض نزاع ومعالجة آثار ونتائج حدثت بالفعل.

والفارق الآخر يتمثل في حدود ودور كل من الوسيط والمصلح ، فبينما يستطيع الوسيط اقتراح بحل النزاع على الأطراف وعدم الاقتصار على مجرد التوفيق بينهم ، نجد أن المصلح ينحصر دوره في تقريب وجهات نظر أطراف النزاع دون أن يصل إلى حد إقتراح حل عليهم ، فإن فعل ذلك تحول إلى وسيط .

هـ - التحكيم والخبرة :

الخبرة هي استعاضة المحكم أو الخصوم بأشخاص متخصصين في مسائل يفترض عدم إمام المحكمين بها للتغلب على صعوبات تعوق الوصول إلى الحكم الصحيح في الدعوى .

ومن هذا التعريف يتضح بأن الخبير المنتدب في الدعوى تكون مهمته القيام بأعمال فنية أو علمية لا تصل إليها خبرة المحكم ١ .

والمقصود هنا بالطبع الاستعانة بالخبرة أو الخبراء كإجراء ودي وليس كإجراء رسمي قضائي ، والفارق بين الخبرة الودية والخبرة القضائية واضح ، فالخبرة الودية يتفق عليها الأطراف ويختارون من يقوم بها ، أما الخبرة القضائية فهي إجراء قانوني يلجأ إليه القاضي ويقرره ٢ .

وتشترك الخبرة مع التحكيم « في أن كلا منهما يستعين بشخص من الغير ليست له صلة بالمنازعة ويتطلب من كل من الخبير والمحكم الحياد والاستقلال والعمل بالعدل وانتفاء الموانع القانونية لديه ، ويجوز رد الخبير كما يجوز رد المحكم ، كما يجوز للخصوم اختيار الخبير كمحكم نظراً لخبرته الفنية في مجال الدعوى المراد التحكيم فيها» ٣ .

أما أوجه الاختلاف بين التحكيم والخبرة فتوجزها في الآتي :

- ١ . المحكم يقوم بوظيفة القضاء ، ويحسم النزاع بين الخصوم ، وحكمه يفرض عليهم ، بينما الخبير لا يكلف إلا بمجرد إبداء الرأي فيما يطرح عليه من مسائل ، وهذا الرأي استشاري غير ملزم للقاضي من ناحية ، ولا للخصوم من ناحية أخرى ٤ .
- ٢ . المحكم يفصل في المسائل الفنية والقانونية ، فهو يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها القاضي ، بينما الخبير يتعرض للمسائل الفنية فقط ، فلا يجوز له أن يتعرض للمسائل القانونية.
- ٣ . يجوز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم ، بينما لا يجوز الطعن بالطرق المقررة قانوناً في تقرير الخبير.
- ٤ . لا يجوز تعيين محكم في مسألة جنائية أي الأمور التي لا يجوز الصلح فيها وإنما يجوز إنتداب خبير

١ . د . حسان عبدالسميع هاشم : الخبرة في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٩ وما بعدها .
٢ . د . جورجى شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ٥٩ .
٣ . د . حسان عبدالسميع هاشم : الإشارة السابقة ، ص ١٢ .
٤ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها .

- في مسألة جنائية ١ .
- ٥ . يراعى عند اختيار الخبير درايته الفنية ولا يراعى ذلك بالنسبة للمحكم لأنه بإمكانه الاستعانة بخبير ٢ .

و - التحكيم والوكالة :

- « الوكالة هي عقد يعطي بمقتضاه الموكل لشخص آخر هو الوكيل سلطة تمثيله في إجراء بعض الأعمال القانونية لحساب الموكل وباسمه بحيث تتصرف آثار هذه الأعمال إلى الموكل كما لو أجزاها بنفسه» ٢ .
- وتتمثل تبعاً لذلك الاختلافات بين التحكيم والوكالة في النقاط التالية :
- ١ . أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل مع إلزامه بحدود وكالته وإلا تنصّل منه الموكل ، بينما المحكم يكون مستقلاً تمام الاستقلال عن الخصوم بمجرد الاتفاق على اختياره للتحكيم ، بل أن حكمه يتسم بطابع الإلزام بالنسبة لطرفي النزاع ؛ .
 - ٢ . لا يجوز للوكيل أن يمثل مصالح متعارضة ، عكس المحكم الذي تفرض عليه طبيعة اتفاق التحكيم الفصل في المنازعات المعروضة عليه من الخصوم ، بالإضافة إلى أن المحكم يملك إلزام أحد الخصوم بأن يؤدي شيئاً لصالح الآخر ، وهو ما لا يملكه الوكيل ٥ .

المبحث الرابع أنواع التحكيم

نظراً للأهمية المتزايدة لنظام التحكيم على كلا الصعيدين الدولي والداخلي ، وتأكيداً لرغبة الأفراد في انتشار هذا النظام باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات بالطرق السلمية ، وكذلك رغبة الدول في تشجيع الأفراد باتخاذ هذا النظام بديلاً لحل المنازعات وتشجيعاً للاستثمار ، ومع التطور السريع وتعدد الأنظمة واختلاف العلاقات ، فقد ظهرت الحاجة لوجود عدة صور لنظام التحكيم لتحقيق كافة الرغبات التي تستطيع أن تواكب كافة المعاملات المختلفة بين الأفراد والهيئات ، ولكي تنمي روح التطور في حل المنازعات بين الأفراد .

وهناك عدة أنواع للتحكيم ، منها :

- ١ . د . حسان عبدالسميع هاشم : المرجع السابق ، الفقرة (٦) .
- ٢ . د . نجلاء حسن سيد أحمد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، ص ٤١ .
- ٣ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ١٧ الفقرة (٢) .
- ٤ . د . عصمت عبدالله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٢٥ .
- ٥ . د . علاء محيي الدين مصطفى : الإشارة السابقة ، ص ١٧ الفقرة (٤) .

أ - التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي :

« التحكيم الحر هو ذلك التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم في تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكم الذي يختارونه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه وفقاً لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية وفي المكان الذي يحدده بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام»^١.

كما ذهب رأي آخر إلى أن التحكيم الحر هو « ذلك التحكيم الذي يختار المتنازعون المحكمين ونظام عمل التحكيم في كل حالة ، دون التقيد بنظام دائم ، فهو يجري في حالات فردية ، ولا يختار فيه الأطراف هيئة تحكيم دائمة ، وإنما يلجأون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم ، ثم يتولى هؤلاء المحكمون الفصل في النزاع المعروض وفقاً لما حدده لهم الخصوم من قواعد أو وفقاً للقواعد العامة للتحكيم»^٢.

ويرى جانب من الفقه بأن التحكيم الحر هو « ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع ، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين ، ويحددون القواعد الإجرائية والموضوعية التي يلتزم بها المحكمون ، وتنتهي مهمة المحكمين بإصدار حكم فاصل في النزاع»^٣.

وقد ظهر التحكيم الحر قبل ظهور التحكيم المؤسسي ، وفيه تعطى حرية كبيرة للأفراد ، وكذا تعيين المحكمين الذين يختارونهم ويضعون فيهم ثقتهم اعتماداً على خبرتهم في حل النزاع ، كما يتميز هذا النوع من التحكيم بدرجة كبيرة من السرية ، كما أنه أقل تكلفة وأكثر سرعة ، كما يتميز بمعرفة المحكمين بالمحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حياديته وأمانته.

أما التحكيم المؤسسي : فإنه ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئة أو هيئات منظمة دولية أو وطنية ، وفقاً لقواعد وإجراءات موضوعية سلفاً تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها .

وقد اتفق أغلب الفقه على هذا التعريف، وقد شاع انتشار مراكز التحكيم ، ونظمت أهميتها بعد انتشار الاقتصاد الحر والتجارة الدولية .

ومن مميزات التحكيم المؤسسي أن هيئات ومنظمات التحكيم لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات مما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب ، بالإضافة إلى كفاءة تحكيم المنظمات الدائمة في مواجهة الطرف المراوغ، ولديها لوائح معدة سلفاً بالإجراءات التي ينبغي أن يتم التحكيم على أساسها، وهي عادة إجراءات سريعة وبسيطة وبعيدة عن التعقيد .

ويعتبر تحكيم المؤسسات هو الوسيلة الأكفأ لإدارة المنازعات ذات القيمة الكبيرة والمنازعات المعقدة ، كما أن هذا التحكيم هو الأكثر تلبية لتوقعات الأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم تحت رعاية المنظمة ؛ . وقد يؤخذ على هذا النوع من التحكيم المؤسسي بأن تكلفته باهظة ، فضلاً عن عدم وجود السرية الكافية التي يتمتع بها التحكيم الحر ، وكذا عدم وجود العامل الشخصي في اختيار المحكمين كما هو الحال في نظام

١ . د . أحمد محمد عبدالبديع : المرجع السابق ، ص ٥٥ وما بعدها .

٢ . د . عصمت عبدالله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٣١ .

٣ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٤٢ وما بعدها .

٤ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٤٤ .

التحكيم الحر ١ .

ومن مراكز التحكيم المؤسسي : غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) ومركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ومركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، أما المراكز الوطنية فهي مثل محكمة التحكيم بالغرفة التجارية بمانشيستر ، وغرفة البحرين لتسوية المنازعات ، وهيئة التحكيم بالمحكمة الكلية بالكويت .

٢ - التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح :

التحكيم بالقانون يكون عندما يتفق أطراف النزاع على حل خلافاتهم وفقاً لأحكام القانون، وبالتالي يمارس المحكم سلطة القاضي ، فيلزم بتطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه، فيبحث في ادعاءات كل من الطرفين ثم ينزل حكم القانون عليها بغض النظر عن مدى عدالة النتائج التي توصل إليها ٢ .

ويرى آخرون بأن التحكيم بالقانون أو التحكيم البسيط أو التحكيم بالقضاء ، كما يطلق عليه البعض ، هو التحكيم العادي الذي يعطي سلطة للمحكم بالحكم في النزاع مع التقيد بالقواعد الموضوعية والإجرائية للقانون واجب التطبيق ، بما في ذلك القواعد المكتوبة وغير المكتوبة كالعرف ، ولذلك فإن سلطة المحكم هنا مقيدة بهذه القواعد ، لا يجوز له الخروج عليها وهو في سبيل الوصول إلى الحكم النهائي ٣ .

أما التحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف كما يطلق عليه البعض ، فهو الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي ، ويعتبر استثناء على التحكيم بالقانون أو التحكيم البسيط ، حيث يتم بموجبه تخويل المحكم من قبل طرفي النزاع سلطة الفصل في موضوع النزاع طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بقانون ما ، وهنا نجد أن المحكم يتمتع بحرية أكبر وهو بصدده الفصل في النزاع وذلك وفقاً لما يراه ملائماً وعادلاً لمصلحة طرفي التحكيم ، بغض النظر عما إذا كان حكمه موافقاً لقواعد القانون الموضوعي من عدمه ، لكن ذلك لا يعني أبداً عدم تقيد المحكم بالمبادئ الأساسية للتقاضي مثل احترام حقوق الدفاع وتمكين الأطراف من إبداء الدفوع والمساواة بين الأطراف .

كما يجب على المحكم وهو يتبع أسلوب التحكيم مع التفويض بالصلح أن لا يخالف النظام العام أو القواعد الآمرة أثناء قيامه بنظر النزاع ، كما يظل متقيداً بموضوع النزاع المعروض عليه ولا يخرج عنه ، إضافة إلى مراعاته لقواعد العدالة والإنصاف بما يحقق قبول الأطراف لحكمه بالرحب والسعة ٤ .

والسؤال الذي يطرح نفسه هو أنه إذا كان التحكيم بالصلح يعني إعفاء المحكم من تطبيق القانون وترك الحرية له ليطبق العدالة والإنصاف فهل الاعفاء من تطبيق القانون يلزم بعدم تطبيقه ؟ يرى البعض أن الأطراف قد اختاروا التحكيم بالصلح تمبرداً على القانون ، لأن نصوص القانون الوضعية لا تصلح لحل بعض المشاكل التي قد تثور بين الطرفين ، كما أن الأطراف في بعض الأحيان لا يرغبون في

١ . د . علاء محيي الدين مصطفى : الإشارة السابقة ، ص ٢٤ .

٢ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٣٥ .

٣ . د . أحمد محمد عبداليديع : المرجع السابق ، ص ٦٣ .

٤ . د . أحمد محمد عبداليديع : الإشارة السابقة ، ص ٦٤ .

تطبيق قواعد قانون دولة أحدهم ، ولذلك إذا قام المحكم بالصلح بتطبيق قواعد القانون الوطني فيكون قد خالف إرادة المتعاقدين ١ .

بينما يرى آخرون أن المحكم بالصلح يمكنه تطبيق قواعد العدالة ، كما يمكنه تطبيق قواعد القانون فالعدالة والأنصاف ليست نقيضاً للقانون ولا غريبة عنه ٢ .

أما التحكيم بالصلح فهو الذي لا يقيده فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي ، وإنما يلجأ لقواعد العدالة التي تحقق توازن المصالح بين الطرفين ، حتى ولو كانت مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم النزاع.

ج - التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري :

من المعروف أن الأصل في التحكيم هو أن يكون اختيارياً ، وذلك إعمالاً لسلطان الإرادة ، حيث عادة ما تصرف إرادة الأطراف إلى عقد اتفاق يتم من خلاله إختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على النزاع وإجراءات التحكيم ، وهذه هي الصورة الشائعة في مختلف التشريعات .

وفي هذا الشأن نلاحظ أن المادة الرابعة (الفقرة الأولى) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية تنص على أن « ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفاً للنزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم ، بمقتضى اتفاق الطرفين ، منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن كذلك » .

ومن هذا النص يتضح بأن المشرع المصري بموجب القانون المشار إليه قد نظم التحكيم الاختياري الذي ينعقد بموجب إرادة الطرفين ووفق إختيارهما .

كما أن القانون النموذجي Uncitral Model Law والقواعد الموحدة للجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة Uncitral Rules قد اشتملا على قواعد موحدة للتحكيم تفني عن عدم ملاءمة القوانين المحلية لنظم وإجراءات التحكيم في التجارة الدولية ، وتركت الحرية للأطراف في الأخذ بهذه القواعد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ٣ .

أما التحكيم الإجباري ، فهو التحكيم الذي يفرضه المشرع على الخصوم ويضع له القواعد المنظمة لأحكامه ، أي في هذا النوع من التحكيم لا يكون هناك ثمة خيار للخصوم في اللجوء إليه ، أي إنهم وبمجرد حدوث نزاع ما بينهم بشأن عقد من العقود فإنهم ملزمون باللجوء إلى التحكيم ومن ثم لا يجوز لهم اللجوء إلى القضاء ، أو إلى أي أسلوب آخر لحل النزاع ٥ .

وفي هذا النوع من التحكيم يكون هذا الأخير مفروضاً على الأطراف ، لا إرادة لهم فيه سواء من حيث

١ . أنظر في عرض الآراء : د . عبد الحميد الأحديب : التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي والقوانين الأوروبية ، محاضرة ألقيت في مؤتمر تجمع تحكيم الشرق الأوسط ، القاهرة ، يناير ١٩٨٩ (مشار إليه في د . أحمد محمد عبد البديع ، المرجع السابق ، ص (٣٦) .

٢ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٣٦ .

٣ . د . أحمد محمد عبد البديع : المرجع السابق ، ص ٥٨ .

٤ . د . عصمت عبد الله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٢٩ .

٥ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٣٩ .

اللجوء إليه أو باختيار الجهة المختصة التي تباشره ١ .

وقد يضع المشرع تنظيمًا كاملاً لإجراءات التحكيم ومن ثم لا يكون هنا أي دور لإرادة الخصوم في هذا الشأن، بينما من ناحية أخرى قد لا يضع المشرع التنظيم الإجرائي للتحكيم ويقرر فقط فرض التحكيم ومن ثم يترك لأطراف النزاع الحرية في اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم ٢ .

في هذه الحالة الأخيرة نرى أن التحكيم لا يختلف سواء كان إجبارياً أو اختيارياً ما دام أن الأفراد هم الذين سيتولون تحديد المحكم وما يجب عليهم إتباعه من إجراءات كل ما في الأمر أن إرادتهم في البداية قد تكون غير حرة عندما يكون التحكيم إجبارياً ولكنه يظل دون أي تغيير فيما يتعلق بمضمونه وآثاره.

وتاريخياً ، فقد عرفت مصر التحكيم الإجباري في منازعات القطاع العام عام ١٩٦٦ ٣ .

وقد تغير الحال في ظل القانون رقم (٢٠٢) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ، حيث بموجبه بدأت الحكومة تتجه نحو بيع شركات القطاع العام والتي سميت بموجب هذا القانون شركات قطاع الأعمال وعدلت عن التحكيم الإجباري إلى التحكيم الاختياري ، وذلك بموجب المادة (٤٠٢) من هذا القانون ، حيث أضحت شركات قطاع الأعمال ، شأنها شأن الأفراد في اللجوء إلى التحكيم الاختياري الذي ينظمه قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ٤ .

« وقد ذهب رأي إلى عدم دستورية التحكيم الإجباري، لأن أطراف التحكيم يخضعون لهذا التحكيم تنفيذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها وهو ما يتعارض مع نص المادة (٦٨) من الدستور التي تكفل حق التقاضي لكل مواطن يصل إلى قاضيه الطبيعي ، كما أنه لا يتفق أيضاً مع نص المادة (١٦٧) من الدستور التي فوضت المشرع تحديد الجهات والهيئات القضائية وتحديد اختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها ٥ .

وهناك جانب آخر من الفقه يرى أن التحكيم الإجباري خاصة بين هيئات القطاع العام لا يتعارض مع

- ١ . د . أحمد محمد عبد البديع: الإشارة السابقة ، ص ٥٩ .
- ٢ . د . عبدالعزيز عبد المنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٢٨ .
- ٣ . عندما صدر قرار مجلس الوزراء في شأن إنهاء المنازعات التي تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام بطريق التحكيم الإجباري ، وكان تبرير ذلك الإجبار في اللجوء إلى التحكيم ، بأن المنازعات الخاضعة للتحكيم الإجباري ليست خصومات حقيقية تتعارض فيها المصالح للأطراف المتنازعة ، لأن نتيجة هذه الخصومات تؤول في النهاية إلى شخص واحد هو الدولة.
- وفيما يتعلق بذات الموضوع نجد أن المادة (٥٦) من القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٢ بإصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته قد نصت على أنه " تختص هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون دون غيرها بنظر المنازعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها وبعض أو بين شركة قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى " .
- (مشار إليه في د . جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١٩) .
- وجاء في المادة (٥٢) من القانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال " بأن التحكيم هو الوسيلة الوحيدة لفض المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين بالأوراق المالية " .
- ٤ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٤١ الفقرة (٥) .
- ٥ . المستشار فتحي عبدالصبور رئيس المحكمة الدستورية العليا في البحث المقدم منه في الدورة العامة لأعداد المحكمين في ٢٩/١٢/٢٠١١ مستنداً لحكم المحكمة الدستورية في ١٦/٥/١٩٨٢ ، ص ٥٠ (مشار إليه في د . أحمد عبد البديع ، الإشارة السابقة ، ص ٥٨) .

نصوص الدستور ، إذ إن السلطة المخولة للمشرع في تحديد الجهات وتنظيم طريقة تشكيلها هو ذاته ما فعله المشرع من تنظيم التحكيم الإلزامي من حيث الإجراءات وتشكيل هيئات التحكيم وكيفية نفاذ الأحكام ، كما أن هيئات التحكيم وأسلوب حسمها للنزاع محل التحكيم تتوافر فيها الطبيعة القضائية التي يبتغيها المشرع وإن ما تصدره من أحكام تعتبر من قبيل الأحكام»^١.

أما المشرع الفرنسي فقد أخذ في البداية بالتحكيم الإلزامي في منازعات العمل الجماعية، إلا أنه عدل عن هذا النوع من التحكيم في هذه المنازعات ولجأ إلى التحكيم الاختياري^٢.

كما يأخذ المشرع الجزائري بالتحكيم الإلزامي الذي نظمته بالأمر الدستوري الصادر في ١٧/٦/١٩٧٥ ، وذلك بشأن المنازعات بين المؤسسات التي تملكها الدولة أو تملك أكثرية رأسمالها .

كما يعترف القانون السوري بالتحكيم الإلزامي إلى جانب التحكيم الاختياري .

والتحكيم الإلزامي على النطاق الدولي نادر الحدوث ، حيث يكون إذا أوجبه اتفاقية دولية^٣.

د - التحكيم الداخلي (الوطني) والتحكيم الخارجي (الدولي) :

لا تبدو ثمة مشكلة بالنسبة لتحديد التفرقة بين التحكيم الوطني والدولي إذا ما كان هذا التحكيم يتم وفقاً لإتفاقية دولية ، حيث عادة ما توضح هذه الاتفاقية ، المقصود بالدولية ونطاقها ، والحال ذاتها أيضاً عندما يتم تحديد حدود الدولية في القانون الوطني .

بينما الصعوبة تكمن عندما لا تكون هناك ثمة نصوص توضح وتحدد نطاق تلك الدولية .

ويرى بعض الفقه أن عملية تحديد دولية التحكيم مرتبطة بعدة عناصر منها : جنسية المحكم أو جنسية الخصوم ، فيكون التحكيم دولياً إذا كان المحكم من جنسية تختلف عن جنسية الخصوم أو كان الخصوم من جنسيات مختلفة، ومنها المكان الذي يوجد به المركز الرئيسي للمنظمة التي تتولى التحكيم، ومنها المكان الذي توجد به المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لولا وجود اتفاق التحكيم.

أما جانب آخر من الفقه فيذهب إلى أن معيار وتحديد دولية التحكيم يتمثل في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

بينما يرى الفقه الحديث بأن معيار تحديد دولية التحكيم هو المعيار الجغرافي وليس القانوني ، ويتحقق ذلك من خلال وجود عنصر واحد أجنبي في العقد كي يخرج من النطاق الوطني ، مثل اختلاف جنسية الخصوم أو المحكمين أو اختلاف مراكز أعمال الخوض ، أو كون القانون الواجب التطبيق أجنبياً^٤.

والمشرع المصري يعتمد في تحديده لدولية التحكيم على معيارين جغرافيين واقتصاديين ، وذلك من خلال ما جاء في المادة الثالثة من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على أن «التحكيم يكون دولياً إذا توافرت فيه إحدى الحالات الآتية :

١ . إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام العقد ، فإذا

١ . د . أحمد محمد عبدالبديع : المرجع السابق ، ص ٦٠ وما بعدها .

٢ . د . علاء محيي الدين مصطفى : المرجع السابق ، ص ٤١ الفقرة (١) .

٣ . د . عصمت عبد الله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٢٩ وما بعدها .

٤ . د . عصمت عبد الله الشيخ : المرجع السابق ، ص ٣٢ وما بعدها .

كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم ، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد .

٢. إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة ، أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل أو خارج مصر .

٣. إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة .

٤. إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة ذاتها وقت إبرام اتفاق التحكيم ، وكان أحد الأماكن الآتية واقعاً خارج الدولة :

أ - مكان وإجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم ، أو أشار إلى كيفية تعيينه .

ب - مكان تنفيذ جانبي جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج - المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.»

ومن ثم يكون التحكيم داخلياً (وطنيّاً) ويخضع لأحكام قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ متى صدر حكم التحكيم في مصر ، وعلى عكس ذلك يكون التحكيم خارجياً (دولياً) إذا صدر حكم التحكيم خارج مصر ١.

الفصل الأول

التحكيم كوسيلة لحل منازعات العقود الإدارية

في السابق واجه التحكيم جمود القضاء الإداري وعدم تسامحه تجاه نزع اختصاصه بالنظر في منازعات العقود الإدارية ، ففي فرنسا لم يسلم مجلس الدولة الفرنسي بذلك إلا في حالة وجود نص تشريعي يجيز اللجوء إلى التحكيم وأن يكون ذلك في حدود النص ونطاقه دون توسع في نطاق تطبيقه بالقياس عليه أو تفسيره باعتباره استثناء لا يجوز معه ذلك .

وإذا كانت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر قد سلمت أكثر من مرة بجواز

التحكيم في العقود الإدارية ، بينما المحكمة الإدارية العليا قد وقفت في الاتجاه الآخر رافضة في أحكامها جواز التحكيم في العقود الإدارية ، وهو الأمر الذي يترجم حقيقة صعوبة التحكيم في العقود الإدارية ٢ .

أما في عصرنا الحاضر فإن التحكيم يلعب دوراً مهماً في حسم منازعات العقود الإدارية ، وذلك

نظراً لأن الدول حالياً وخصوصاً النامية تدخل في إبرام عقود للتنمية الاقتصادية والإشراف عليها ، وفي مثل هذه العقود المهمة والكبيرة قد تنشأ منازعات بشأنها ، وحينها يعتبر التحكيم هو الوسيلة المثالية لحسم مثل هذه المنازعات . فالدولة وأشخاص القانون العام الأخرى يصعب قبول خضوعها لقضاء دولة أجنبية ، لما فيه من مساس بالسيادة ، وذلك على عكس التحكيم حيث تشارك الدولة في اختيار المحكمين واختيار

١ . د . عبدالعزيز عبد المنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٢٩ وما بعدها .

٢ . د . جابر جاد نصار : المرجع السابق ، ص ٣٩ .

القانون الواجب التطبيق .

وإذا كان المبدأ العام في التشريع الفرنسي هو حظر إلتجاء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتشريع المصري ، فالأصل إجازة التحكيم في العقود الإدارية ١ .

ونظراً لأهمية الموضوع سوف نقسم هذا المبحث إلى مبحثين وعلى النحو التالي :

المبحث الأول : المعيار المميز للعقد الإداري .

المبحث الثاني : غياب النص التشريعي سبب اختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الأول المعيار المميز للعقد الإداري

إن جهة الإدارة وهي بصدد إجراء أي تعاقداً ، قد تختار بين أسلوب القانون العام أو القانون الخاص ، الأمر الذي ينبغي معه تقسيم العقود إلى نوعين ، يتمثل الأول في العقود التي تبرمها جهة الإدارة بهدف تنظيم مرفق عام وتسييره بوصفها سلطة عامة ، ويطلق على هذا النوع من العقود الإدارية أو عقود القانون العام . أما النوع الثاني ، فيتمثل في العقود التي تبرمها جهة الإدارة وفقاً لقواعد القانون الخاص، ولا تبرم جهة الإدارة هذه العقود بوصفها سلطة عامة ، وبالتالي تخضع مثل كل الأفراد لقواعد هذا القانون الأخير، وتسمى هذه العقود، عقود الإدارة الخاصة أو عقود الإدارة المدنية ٢ .

والعقود الإدارية إما أن تكون محددة تشريعياً أي بنص قانوني ، وهذه لا خلاف بشأنها ، حيث يتضح بسهولة الفرق بينها وبين غيرها من العقود لأن المشرع أضفى عليها الصفة الإدارية مما يسهل تمييزها ، وأما يتدخل القضاء - وهو الغالب - في وضع خصائص وعناصر العقود الإدارية مما يميزها عن غيرها من العقود سواء كانت عقوداً بين أفراد أو بين الإدارة وأفراد تخضع للقانون الخاص .

المعيار القانوني المميز للعقود الإدارية

العقد الإداري بتحديد القانون في فرنسا :

قرر المشرع الفرنسي الطبيعة الإدارية لبعض العقود الإدارية بطريقة غير مباشرة ، وذلك بأن نص في القوانين المختلفة على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات هذه العقود ، وعلى ذلك فإن قواعد القانون العام هي التي تطبق على منازعات هذه العقود ، وحيث إنها تكتسب الصفة الإدارية لمجرد إبرام الدولة لها

١ . د . نجلاء حسن سيد : المرجع السابق ، ص ٥١ .

٢ . د . منصور محمد أحمد : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م ، ص ٤٦ .

طلما أن القضاء الإداري هو المختص بها ١ .

وفي المقابل فقد حدد القانون الفرنسي الطبيعة المدنية لبعض العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها وبالتالي تخرج هذه العقود من مجال القانون العام ويختص بها القضاء العادي ، ويطبق على منازعاتها القانون الخاص مهما تضمنت من عناصر ٢ .

إن مجلس الدولة الفرنسي عندما حدد تلك العقود الإدارية بنص القانون ، فإنه أراد بذلك أن يدخل في اختصاصه المنازعات المتعلقة بالكثير من العقود الإدارية ذات الصلة بتلك العقود المحددة . وقد يكون ذلك المسلك مفيداً فيما مضى عندما كان القانون الإداري يقوم على معيار السلطة العامة الذي يستبعد العقود الإدارية من نطاق القانون الإداري باعتبارها مجرد تصرفات عادية لا تحتوي بطبيعتها على عنصر السلطة . ولكن ذلك المسلك أصبح الآن محل نظر بعد أن تم هجر المعيار السابق ، ونظراً لكونه لا يتماشى مع الأفكار التي يقوم عليها القانون الإداري الحديث .

هل هناك عقود بتحديد القانون في مصر؟

من المعروف أن القضاء الإداري لم يكن معروفاً في مصر قبل عام ١٩٤٦ تاريخ إنشاء مجلس الدولة « وقبل هذا التاريخ فإن القضاء المدني كان يقبل الطعن على جميع العقود بما فيها العقود التي تبرمها الإدارة مستهدياً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ٣ .

ومن ثم كان لا يعترف بحق الإدارة في تعديل العقد ولا الاحتجاج بفكرة الظروف الطارئة ليتحلل من التزاماته التعاقدية . ولكن من الناحية العملية بدأت الإدارة تضمن بعض عقودها شروطاً استثنائية مفادها إمكان لجوء الإدارة إلى إدخال بعض التعديلات على العلاقة التعاقدية بما يحقق المصلحة العامة كتضمن الإدارة عقود التزام المرافق العامة - على سبيل المثال - نصوصاً تتيح لها إجراء ما تراه من تعديلات في الشروط الخاصة بتنظيم المرفق أو في القواعد التي تحكم سيره .

وكذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة نجد اقتباساً لذات الشروط المعمول بها في فرنسا في شأن هذه العقود بما في ذلك منح الإدارة سلطة الرقابة على التنفيذ وسلطتها في إلزام المتعاقد معها بإدخال تعديلات

١ . مشار إليها في د . عبد الله حنفي : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٢١ وما بعدها .

ومن هذه العقود :

١ - عقود الأشغال العامة .

٢ - عقود بيع عقارات الدولة .

٣ - عقود التوريدات .

٤ - العقود التي تتضمن شغلاً للدومين العام .

٥ - عقود القرض العام .

٢ . ومن هذه العقود:

١ - عقود المزارعة ذات الرسوم القروية .

٢ - العقود الخاصة بمرفق ضرورة الجلود .

٣ - الإيجارات الريفية للوحدات العامة .

٤ - عقود هيئة البريد وشركة التليفونات الفرنسية العامة مع عملائها .

(مشار إليها في د . سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩١ ، ص ٥٤) .

٢ . د . عبد الله حنفي : المرجع السابق ، ص ٢٦ .

لم تكن موجودة في العقد الأصلي .
ودرج القضاء المدني آنذاك على احترام مثل هذه الشروط والاعتراف بها مما جعل الفقه المصري يقرر أن المحاكم المدنية - قبل إنشاء مجلس الدولة - اعترفت بتميز المنازعات الإدارية - ومنها منازعات العقود الإدارية - بقواعد خاصة .
الوضع بعد إنشاء مجلس الدولة :
لم يتغير الوضع بعد إنشاء مجلس الدولة ١: وتواصل استبعاد فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون من نطاق القانون المصري ، وحسناً فعل المشرع المصري لأن اختصاص القضاء الإداري يجب أن يقتصر على مجالات القانون العام ، أما تطبيق قواعد القانون الخاص ، فالمحاكم القضائية أدرى به وبمقتضياته من القضاء الإداري ٢ .

المعيار القضائي المميز للعقود الإدارية

نتيجة للانتقادات التي وجهت المعيار القانوني لتحديد العقود الإدارية ، ونتيجة لسعي القضاء نحو توسيع اختصاصاته ليشمل عقوداً أخرى لسد ما في التشريع من نقص ، تكفل القضاء بالبحث في طبيعة العقد وفق معايير محددة سلفاً ، وفي حالة توافرها يكون العقد إدارياً أما إذا لم تتوافر فيكون العقد ضمن دائرة القانون الخاص .

وهذه المعايير التي اتفق عليها الفقه والقضاء الإداريان ، بشأن تمييز العقود الإدارية هي:

- ١ . أن تكون الإدارة طرفاً في العقد .
 - ٢ . أن يتصل العقد بالمرفق العام .
 - ٣ . اتباع أسلوب القانون العام .
- وقد اجتمعت تلك المعايير في التعريف التالي الذي نادى به أغلب الفقه والقضاء ، حيث عرف العقد الإداري بأنه « ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر

- ١ . تطور الوضع بعد إنشاء مجلس الدولة حسب التفصيل التالي :
 - ١ - أن قانون مجلس الدولة الأول رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ لم يتضمن أية إشارة إلى عقود الإدارة .
 - ٢ - ورد في المادة الخامسة من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ أن محكمة القضاء الإداري تختص بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريدات الإدارية .وقد يوحي نص المادة المذكورة بأن العقود الثلاثة الواردة بها هي عقود إدارية بتحديد القانون ، ولكن عند تمحيص النص عن قرب يؤدي عكس ذلك ، فمن المسلم به فقهاً وقضياً أن عقود الالتزام والأشغال العامة وبين عقود إدارية دائماً وفقاً لخصائصها الذاتية ولصلتها الوثيقة بمبادئ القانون العام .
أما عقد التوريد فهو قد يكون إدارياً أو غير إداري حسب إرادة الجهة الإدارية .
- ٣ - وحسب نص المادة (١٠) من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٩٥ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فإن " يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر " .
كما نصت الفقرة (١١) من المادة (١٠) من القانون الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٢ على أن " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر " .
(مشار إليه في د . عبد الله حنفي : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٨)
- ٢ . د . سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٧ .

فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام»^١ .
وهذا الرأي هو الذي أخذت به محكمة القضاء الإداري ، وقسم الرأي ، واعتمده المحكمة الإدارية العليا ، ثم أقرته أيضاً المحكمة الدستورية العليا .

أما بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري ، فقد إعتقت هذا الرأي بشأن تمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى في أكثر من موقع نذكر منها :

١ . أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام وإن كفتي المتعاقدين فيها متكافئة إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد^٢ .

٢ . أن قضاء هذه المحكمة قد إستقر على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه ، وذلك بتضمنين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^٣ .

٣ . أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية ، إذ هي في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة ، وهذه الفكرة هي التي تحكم العلاقات الناشئة عن العقد الإداري ، ويترتب عليها أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد ، وأن لها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة (أن العقد شريعة المتعاقدين) بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد الأصلي كلية وإلا جاز للطرف الآخر فسخه وبشرط أن يكون له الحق في التعويضات إذا اختلفت الموازين في الشروط المالية ، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه ، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجيز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهاؤها دون إرادة الطرف الآخر^٤ .

٤ . « إلا أنه من الجائز إبرام عقود بين هيئة إدارية وغيرها من الهيئات والأفراد دون أن يعتبر العقد إدارياً

١ . سليمان الطماوي : المرجع السابق ، ص ٥٩ .

٢ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٦٢٥ ، ع ق (١٩٥٢/١٢/٢) ، ٧/٦١/٧ .

٣ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٣٤٨٠ ، ٩ ق (١٩٥٧/٦/٢) ، ١١/٣١٦/٤٩٣ .

٤ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٢١٢ لسنة ٤ ق ، جلسة ١٩٥١/١٢/٢٦ .

، لأن مجرد إبرام العقد بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته أن يكون العقد إدارياً، والمعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من العقود الأخرى ليس هو صفة المتعاقد بل هو من جهة الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة وكذلك من ناحية موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور ١ .

٥ . إن تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة إلى أحد الأفراد لإقامة مصنع عليها لا يعتبر عقداً إدارياً ، إذ أن إبرام العقد بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته أن يكون العقد إدارياً بل يتعين لاعتباره كذلك أن يبرم العقود شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يظهر نيته في هذا العقد في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد ذاته متى اتصل بالمرفق العام وتضمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص ٢ .

وتطبيقاً لذلك ، استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على الآتي :

- ١ . أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص ٣ .
- ٢ . من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية ، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة ، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصحتها ، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري ٤ .
- ٣ . عقد الإيجار المبرم بين هيئة الأوقاف المصرية باعتبارها هيئة عامة وبين أحد الأفراد وإن كان ينطوي على بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقد الإيجار، إلا أنه لا يعتبر عقداً إدارياً ذلك أنه لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره وتنظيمه وعليه فيخضع هذا العقد لأحكام القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن .
- ٤ . ذلك العقد وإن كان أحد طرفيه جهة إدارية إلا أنه لا يتسم بسمات العقود الإدارية ، فهو لا يتصل بتسيير المرفق العام ولا يعدو أن يكون مجرد عقد بيع مال مملوك للدولة ملكاً خاصاً تتصرف فيه على

١ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٥٦٧ ، ١٣ ق (١٩٦٠/١٠/٢٣) ١٥/١٥/٧٣ .

٢ . محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ١٢٣٥ ، ١٣ ق (١٩٦٠/٣/٢٢) ١٤/١٥٥/٢٢٦ .

٣ . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٥٧٦ ، ١١ ق (١٩٦٧/١٢/٣٠) ١٣/٤٨/٣٥٩ .

٤ . الطعن رقم ١٥٨٨ لسنة ٧ ق ، جلسة ١٩٦٤/٣/٧ ، السنة ٩ ص (٧٦٢) .

- نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقاً لأحكام القانون المدني ، وقد أبرم العقد بشروط ليس فيها أدنى خروج على أسلوب القانون الخاص ولا توجي بإتجاه نية الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام ١ .
- ٥ . ومن حيث إنه من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري هو الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة ومن ثم فإنه بمراعاة أن العقد مثار المنازعة لا يتعلق بإدارة مرفق عام أو بقصد تسييره لتعلقه ببيع إحدى الوحدات السكنية التي تقيمها الإدارة للأفراد ، وبالتالي فإن هذا العقد يخضع لأحكام القانون الخاص وإن تضمن هذا العقد بعض الشروط الاستثنائية ذلك لأن هذا العقد يقيناً لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه ٢ .
- ٦ . خضوع العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها لأحكام القانون الخاص ، ذلك أن العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص ، إذ فضلاً عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ومع الأسس التجارية التي تسيير عليها ، فإنه يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص . ومن حيث إن نشاط شركة المعمورة للإسكان والتعمير في قيامها إلى مرفق التعمير والإنشاءات السياحية بالمعمورة لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة ، ولذلك فإن علاقتها بالمنتفعين لهذا المرفق ممن خولتهم حق شغل الكبائن المقامة على شاطئ البحر تحكمها روابط تعاقدية نشأت بينها وبينهم وهي روابط القانون الخاص وتخضع لأحكامه ، كما أن الشركة في تعاقدها مع هؤلاء المنتفعين لا تعتبر نائبة عن الدولة بل تقوم بذلك لحسابها وعلى مسؤوليتها ٣ .
- ٧ . طبيعة العلاقات القائمة بين الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية والشخص المتعاقد معها على تركيب كابينة تلغراف وتلفون أهلي - علاقة عقدية مصدرها القانون العام : اتصال العقد بنشاط مرفق عام ، كما يعتبر الشخص المتعاقد مع الهيئة مساهماً في تسيير مرفق عام - احتواء العقد على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص واتصاله بتسيير مرفق عام يجعله من العقود الإدارية ، أثر ذلك : اختصاص مجلس الدولة دون غيره بالمنازعات التي تنشأ عن هذا العقد ٤ .
- ٨ . اختصاص محاكم مجلس الدولة بمنازعات عقود البيع المبرمة بين المحافظة والغير بشأن الأراضي المملوكة للمحافظة ملكية خاصة ، أساس ذلك : طبيعة العقد بوصفه من العقود الإدارية . وحكمت المحكمة باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر المنازعات الناشئة عن عقود البيع المبرمة بين محافظة البحر الأحمر والغير بشأن الأراضي المملوكة لها ملكية خاصة ، وذلك في ضوء ما تضمنته هذه العقود من شروط استثنائية غير مألوفة ، واتصالها بمرفق السياحة ٥ .

١ . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٦٨/٢/٢٤ ، س ١٣ ص ٥٥٧ .

٢ . الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق ، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤ .

٣ . المحكمة العليا، الدعوى رقم ٤/١٠ ق عليا ، جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ ، المجموعة ص ١١١ .

٤ . الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٨/٥/١٤ .

٥ . حكم المحكمة الإدارية العليا ، دائرة توحيد المبادئ ، في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٢٤ قضائية عليا ، جلسة ١٩٩٧/١/٢ .

كما أن المحكمة الدستورية قد أقرت تلك المعايير المميزة للعقود الإدارية وقضت بأن يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيها ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه ، وأن يتميز بنهج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص ١ .

وسوف نتعرض للمعايير الثلاثة المميزة للعقود الإدارية بشيء من الإيجاز .

١ - أن يكون شخص معنوي عام طرفاً في التعاقد :

وهذا المعيار لا يحتاج إلى الكثير من التوضيح ، حيث العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعد عقداً إدارياً بحال من الأحوال . وفي الوقت ذاته كون الإدارة طرفاً في عقد ما لا يحوله مباشرة إلى عقد إداري إذا لم يتوافر فيه الشرطان الآخريان ، على نحو ما جاء في الأحكام التي تم استعراضها آنفاً ٢ .

ومن ناحية أخرى يجوز أن يبرم العقد الإداري بين أفراد يتصرف أحدهم باسمه ولمصلحة الإدارة ، وفي هذه الحالة يكون العقد إدارياً .

٢ - أن يتعلق إبرام العقد بتسيير مرفق عام أو تنظيمه :

والمرفق العام طبقاً لمحكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩٧٥/٦/٢ هو « كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح ، بل بقصد المساهمة في صياغة النظام ، وخدمة المصالح العامة في الدولة . والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام ، أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة » ٣

ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هي التي تبرر ما يشتمل عليه النظام القانوني للعقود الإدارية من خروج على القواعد المألوفة في عقود القانون الخاص .

وعلاقة العقد بالمرفق العام وحدها ليست كافية لاعتبار العقد إدارياً ، بل لا بد من توافر المعيارين الآخرين مع هذا المعيار ، وهما وجود الإدارة كطرف في العقد واحتواؤه على الشروط الاستثنائية . وأن مدى اتصال العقد بالمرفق العام ، هي مسألة موضوعية يراعيها القضاء الإداري في كل حالة على حدة .

٣ - اختيار الإدارة وسائل القانون العام :

وهذا المعيار يعتبر أهم معيار مميز للعقد الإداري ، وغالباً ما يحكم القضاء بإضفاء الصفة الإدارية على العقد لإحتوائه على شروط استثنائية لكنه لا يتعرض بالتفصيل لهذه الشروط ، ولذلك فلا توجد نظرية

١ . المحكمة الدستورية ، جلسة ١٩٧٦/٤/٢ ، القضية رقم ١٢ لسنة ٤ ق (تنازع) ، المجموع ، القسم ٣ - ٢٩ ، ص ٢١١ .

٢ . سليمان الطماوي : المرجع السابق ، ص ٦٢ .

٣ . سليمان الطماوي ، الإشارة السابقة ، ص ٧٦ .

قضائية متكاملة لتحديد الشروط الاستثنائية، وإن كان هناك بعض الأحكام التي يحاول فيها مجلس الدولة الفرنسي تحديد الشروط الاستثنائية المدرجة في العقد، ومنها حكمه الصادر في ٢٠/١٠/١٩٥٠ والذي جاء به بصدد تلك الشروط بأنها « تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري»^١.

وتعتبر الإدارة قد اختارت وسائل القانون العام وفقاً للقضاء، إذا توافر في العقد أحد الأمرين التاليين:

١ - إذا ضمنت الإدارة العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، فإذا كانت الشروط التي يحتوي عليها العقد المبرم بين الإدارة وأحد الأفراد من جنس الشروط التي توجد عادة في عقود القانون الخاص، اعتبر ذلك العقد مدنياً.

أما إذا وجدت به شروطاً غير مألوفة - وغير مشروعة في علاقات الأفراد بعضهم ببعض - اعتبر ذلك قرينه على أن الإدارة قد اختارت وسائل القانون العام، وتبعاً لذلك اعتبر العقد إدارياً، ومن أمثلة هذه الشروط:

- النص على حق جهة الإدارة في توقيع غرامة تأخيرية.
- النص على حق جهة الإدارة المطلق في فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بأي شرط من الشروط.
- استقلال جهة الإدارة بوضع شروط العقد.
- حق الإدارة في التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر.
- حق الإدارة في تعديل حجم وكمية العقد.
- حق الإدارة في التوجيه والإشراف على مرحلة التنفيذ.
- حق الإدارة في مصادرة الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ عند الإخلال بالالتزام من قبل المقاول أو المورد.

٢ - شروط يتمتع بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة بسلطات استثنائية في مواجهة الغير:

قد ترى الإدارة أنه من دواعي حسن تنفيذ العقد الإداري منح المتعاقد معها بعض سلطاتها العامة فمثلاً عقد التزام المرافق العامة قد يمنح الملتزم حق ممارسة بعض سلطات البوليس أو حق نزع الملكية وحق تحصيل رسوم المنتفعين بخدمات المرفق ومن المعلوم أن الرسوم لا يحصلها ولا يفرضها إلا الشخص العام بسند قانوني.

وقد يصل الأمر إلى منح المتعاقد مع الإدارة احتكاراً فعلياً لبعض المرافق مثل: مرفق توريد الغاز في المدن. وقد يمنح عقد الأشغال العامة للمقاول المتعاقد مع الإدارة حق شغل بعض العقارات المملوكة ملكية خاصة دون توقف هذا على رضا أصحابها، وقد يخوله العقد حق الاستيلاء الجبري على بعض المنقولات في سبيل تنفيذ عقد مع الإدارة^٢.

وتعتبر الشروط الاستثنائية غير المألوفة وسيلة تمكن من خلالها القاضي من الكشف عن نية الإدارة في

١ . د . عبد الله حنفي : العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٧ .

٢ . الإشارة السابقة، ص ٦٢ .

استخدام القانون العام ، وتبدو هذه النية جلية من حيث تمتع الإدارة بحقوق أكثر من تلك التي يتمتع بها الأفراد في عقود القانون الخاص والتزامها بقيود لا يلتزم بها الأفراد عادة في إبرام لعقود القانون الخاص ١ .

المبحث الثاني غياب النص التشريعي سبب اختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم في العقود الإدارية

عرف النظام القانوني لمعظم الدول التحكيم منذ زمن بعيد ، لكن دور التحكيم المهم وأهميته كوسيلة لفض المنازعات بديلاً للقضاء لم تأخذ مكانها المناسب إلا مع نهاية القرن العشرين عندما لجأت الدول إلى الاقتصاد الحر وتخصيص شركات القطاع العام ، حيث بدأ الالتجاء إلى التحكيم يتزايد . ولعل أبرز المشكلات ذات العلاقة بالتحكيم تلك التي كانت تتصل بالتحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الجهة الإدارية مع أحد الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ، حيث تسعى الدول والأشخاص الاعتبارية المتعاقدة معها إلى تضمين عقودهم شرطاً أو مشاركة تحكيم لتسوية ما قد ينشأ بينهم من نزاعات ، وفي ظل غياب النص التشريعي الذي ينظم التحكيم في مجال العقود الإدارية ، اختلف الفقه وتضاربت أحكام القضاء بشأن مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية ٢ .

ونعالج في هذا المبحث موقف الفقه والقضاء المصري من مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية .

موقف الفقه والقضاء المصري من مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

نظراً للطبيعة الخاصة للعقود الإدارية سواء بسبب إبرامها من جانب الدولة وجهاتها الإدارية أو لسبب تعلقها بمرافق عامة تبتغي تحقيق الصالح العام ، فقد أثار إمكانية إدراج شرط التحكيم داخل هذه العقود جدلاً كبيراً بين الفقهاء . والأكثر من ذلك ، هو صدور فتاوى متعددة من الجهات المعنية ولكنها متعارضة بين مؤيد لإدراج مثل ذلك الشرط أو معارض له بسبب غياب التدخل التشريعي في هذا الصدد . وتمشياً مع فكرة الدول ، واتجاه الدول نحو الانفتاح والتطور التتموي الاقتصادي فقد أجازت تشريعات بعض الدول إمكانية أن يشتمل العقد الإداري على شرط تحكيم ومن ذلك القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ والذي نص في المادة الأولى من الباب الأول على جواز التحكيم في جميع العلاقات بين أشخاص القانون العام أي كانت طبيعة العلاقات القانونية محل النزاع .

وعلى الرغم من وضوح النص أعلاه وشموله للعقود الإدارية ، فقد ثار الخلاف حول جواز إمتداد نطاق تلك المادة إلى العقود الإدارية .

١ . د . عبد الحميد الشواربي : العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء والتشريع . منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٠ .
٢ . د . جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٥٧ .

وصدرت أكثر من فتوى من مجلس الدولة انتهت إلى عدم صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية ، وأشارت بعض الفتاوى إلى ضرورة وجود نص صريح يجيز التحكيم في هذه العقود .

ومحاولة لإنهاء النزاع حول مشروعية التحكيم في حسم منازعات هذه العقود ، تدخل المشرع مرة أخرى بإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، وذلك بالقانون رقم ١٩٩٧/٩ حيث نص على أنه « وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك » ١ .

وسوف نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة موضوعات وعلى النحو التالي :

أولاً : موقف الفقه والقضاء قبل صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

ثانياً : صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية .

ثالثاً : صدور القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ بتعديل القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

أولاً: موقف الفقه والقضاء قبل صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤

- الاتجاه المعارض لجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية :

ذهب جانب من الفقه المصري إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية واستند في ذلك إلى عدة حجج ، وهي كالتالي :

١ - الإلتجاء إلى التحكيم يتطلب إرادة المشرع والخصوم :

إن التحكيم الاختياري يقوم في حقيقته على ركنين أساسيين لا بد من اجتماعهما معاً للقول بمشروعيته أولهما هو إرادة الخصوم وثانيهما هو إرادة المشرع بإقراره لإرادة الخصوم ، بحيث إذا تخلف أحدهما أصبح الاتفاق غير مشروع ، ولما كان كل من القانون المدني وقانون المرافعات وقانون مجلس الدولة قد جاءوا خلواً من نص يجيز هذا التحكيم ، فقد إنتقد إتفاق التحكيم لأحد ركنيه وهو إقرار المشرع لإرادة الأفراد ٢ . ومن الأصول المقررة في القانون الإداري أن أهلية الأشخاص القانونية العامة في التصرف في القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف المنوطة بها إنما هي أهلية تنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها ، وعليه فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم إلا إذا رخص لها المشرع بذلك ، فإرادة الخصوم وحدها غير كافية لخلق نظام التحكيم ، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع التحكيم ما كانت إرادة الخصوم كافية لخلقه .

وبناء على ذلك تكون هذه الحجة هي الأساس السليم والمنطقي في عدم جواز اللجوء إلى التحكيم قبل صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، فقد كان الأمر يستلزم تدخل المشرع بنص صريح على جواز التحكيم في

١ . د . نجلاء حسن سيد أحمد : المرجع السابق ، ص ٦٣ .

٢ . المستشار حمدي ياسين عكاشه ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص ١٢٨ .

هذه العقود مثلما فعل المشرع بموجب القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية .

٢ - قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام ولا تملك الإدارة تعديلها بقرارها أو اتفاقها مع الغير :

ذلك أن المادة (٥٠١) من قانون المرافعات قبل إلغائها بقانون التحكيم الحالي رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ كانت تنص على أنه « لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح » وأيضاً نص المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري والتي تنص على « عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ».

وبذلك فإن التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع فكرة النظام العام. ويرى بعض الفقه أنه لا مجال للقول بأن التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع فكرة النظام العام فلا علاقة بين هذه العقود والنظام العام ، فلا يمكن القول بأن عقد التوريد بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة وأحد أشخاص القانون الخاص داخلية أو أجنبية من جهة أخرى يتعلق بالنظام العام ، والدليل على ذلك أن الصلح جائز في هذه العقود والصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام استناداً لنص المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري ١.

وتطبيقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا ، ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها في الدعوى رقم ٥٤٢٩ سنة ٤٢ ق (الخاصة بنفق الشهيد أحمد حمدي) حيث دفعت الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص القضاء المصري وذلك لوجود شرط تحكيم بالعقد ، فقد رفضت المحكمة الدفع لأنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية لكونه يسلب اختصاص محاكم مجلس الدولة المقرر بالمادة العاشرة من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .٢

قضت المحكمة الإدارية العليا بعدم إمكانية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في مجال العقود الإدارية التي تبرمها ، وقضت ببطالان الاتفاق على التحكيم في هذه العقود ، وأسست المحكمة حكمها على الحجة القائلة بأن قضاء مجلس الدولة هو المختص دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وفقاً للقانون . ووضح ذلك في حكمها الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٩٠ ، في قضية بين الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية ووزير الاسكان والمرافق وآخرين .

وتتلخص القضية في أن عقد امتياز بخصوص هضبة المقطم كان قد أبرم بين الشركة والوزارة ، وكان ينص في بنده الخامس على أن أي خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الاتفاقات بينهما وشروط التنازل يفصل فيه عن طريق التحكيم ، وكان العقد قد حدد تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين ، محكم يختاره كل طرف ، ومحكم ثالث يختاره المحكمان الآخران ، ونص على أن تكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن فيها أمام المحاكم المصرية بالطرق التي رسمها القانون .

ولما حدث خلاف بين الشركة والوزارة ، طالبت الشركة بإحالة الخلاف إلى هيئة التحكيم المنصوص عليها

١ . د . نجلاء حسن سيد أحمد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٦٧ وما بعدها .

٢ . حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١/٢٠/١٩٩١ في الدعوى رقم ٥٤٢٩ لسنة ٤٢ ق .

في العقد وأختارت محكمة من طرفها كما ينص العقد ، ولكن الوزارة امتنعت عن اختيار محكمة وعن إحالة الخلاف إلى هيئة التحكيم المتفق عليها .

فرفعت الشركة دعوى إلى محكمة القضاء الإداري مطالبة بالحكم بإلزام وزير الإسكان بصفته بتعيين محكم عن الوزارة في هيئة التحكيم المنصوص عليها في العقد .

وقضت لها بالفعل محكمة القضاء الإداري بما طلبت ، فطعنن الوزارة في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي حكمت بإلغاء الحكم .

وأستت المحكمة حكمها السابق على أساس أن قانون مجلس الدولة نص على أن « يفصل مجلس الدولة بهئية قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر. ومن ثم فإنه ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق المشار إليه بما لا يهدم خصائص العقد الإداري ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد، إذ إن اختصاص المجلس ورد في قانون موضوعي أي كقاعدة عامة ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون» ١ .

ويرى الدكتور سليمان الطماوي : أن الإتفاق على التحكيم في مجال العقود الإدارية يؤدي إلى تعديل في قواعد الاختصاص المنظمة للولاية القضائية لمجلس الدولة. وهذه القواعد وردت في القانون فلا يجوز تعديلها بأداة أقل منه ٢.

المبادئ القانونية التي استند إليها الاتجاه المعارض :

استند أصحاب الرأي المعارض لجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلى عدة مبادئ قررتها الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري والمحاكم المصرية ومنها :

١ . إن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم ، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع اللجوء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها بكافية لخلقها ٢ .

٢ . أن الإدارة لا تستطيع تعديل قواعد الاختصاص القضائي عن طريق القرارات الإدارية ، وإنما يتعين أن يتم ذلك بقانون ، وكل تعديل للإختصاص بأداة أقل منه يصبح غير مشروع ٤ .

٣ . إن أهلية الأشخاص القانونية العامة في التصرف والقيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف المنوط

١ . المحكمة الإدارية العليا ، بتاريخ ٢٠/٢/١٩٩٠ ، طعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٢٢ ق ، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٣/٢/١٩٩٠ .

٢ . سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ .

٣ . فتوى الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة : ملف رقم ١٦٣/٦/٨٦ - جلسة ١/٧/١٩٧٠ .

٤ . مجلس الدولة الفرنسي : ٢٠/٧/١٩٤٩ ، قضية syndicate international de plambieres-lesbijon "المجموعة،

- بها تحقيقها ، إنما هي أهلية محددة تنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها ١ .
- ٤ . من المسلم به أن وجود شرط تحكيم عام في عقد من العقود يتضمن تنازل أطراف العقد عن الإلتجاء إلى القضاء في المنازعات المتعلقة بذلك العقد ، ومن ثم فهو ينشيء دعواً بعدم إختصاص المحكمة يجوز إبدائه ممن رفعت عليه الدعوى أمام القضاء وهذا الدفع يجب إبدائه قبل التكلم في الموضوع أو في سائر الدفوع الشكلية ٢ .
- ٥ . أن مفاد نص المادة (٨١٨) من قانون المرافعات الفرنسي (المقابلة للمادة ١/٥٠١ من القانون الحالي) أنها تخول المتعاقدين الحق في الإلتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به أصلاً ، فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع يرتكز أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء وهو ما ينبئ مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين .
- وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم تجعله غير متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين التمسك به أمامها ، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع ، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به ٣ .

الاتجاه المؤيد لجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية ، وقد استندوا على الأسانيد التالية :

١ - جواز التحكيم وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية :

إن قانون المرافعات المدنية والتجارية وفي المادة (٥٠١) وما بعدها أجاز التحكيم بصفة عامة ، ولم يرد نص صريح يحظر على الجهات الإدارية ذلك ، ومن ثم فلا يجوز تقييد النص أو تخصيصه بغير موجب ؛ وأن نص المادة المذكورة وإن لم يواجه أساساً مشكلة التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، إلا أنه أطلق الحكم بجواز الإلتحاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ، وهي عبارة من الاتساع بحيث تشمل فكرة العقد الإداري ٥ .

ولما كان نص المادة (٥٠١) المشار إليها نصت على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن عقد معين ».

فقد استند أنصار هذا الرأي إلى عمومية عبارة (عقد معين) ، حيث يرون بأن هذا النص جاء عاماً وغير محدد ما إذا كان يسري على العقود الإدارية أو المدنية ، وإنطلاقاً من القاعدة الفقهية أن المطلق

- ١ . الجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع : ملف رقم ١٢٢/١/٤٧ ، جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠ .
- ٢ . حكم محكمة القاهرة الابتدائية : جلسة ١٩٥٢/١/١٦ ، مجلة المحاماة ، السنة ٢ ص ١٤٦ .
- ٣ . حكم محكمة النقض : الدائرة المدنية ، الطعن رقم ٣١/١٦٧ ق ، جلسة ١٩٦٦/٢٤ ، المجموعة س ١٧ ، ١٢٢٣ ، ١٢٣٠ وحكمها الصادر بجلسته ١٩٨١/٢/٢٦ في الطعن رقم ٤٧/٦٩٨ ق .
- ٤ . المستشار حمدي ياسين عكاشه ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ .
- ٥ . د . جابر جاد نصار : المرجع السابق ، ص ٦٧ .

يجري على إطلاقه ما لم يخصص ، فإن الأمر يتعين معه إقرار التحكيم في العقود الإدارية ١ .
وفي هذا الصدد فقد خلصت محكمة النقض المصرية إلى أن نص المادة (٥٠١) من قانون
المرافعات ورد بشكل عام بحيث ينطبق على كل العقود وهو يخول المتعاقدين الحق في الإلتجاء إلى التحكيم
النظر فيما قد ينشأ من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً ، فالتحكيم يرتكن وفقاً للنص المشار إليه إلى
إرادة الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة ، وحيث إن النص المشار إليه قد ورد بشكل عام فهو ينطبق على
كافة العقود ومنها العقود الإدارية ٢ .

٢ - الاتفاقيات الدولية بصفاتها جزء من النظام القانوني المصري تجيز للدولة وأشخاص القانون العام الإلتجاء إلى التحكيم :

حيث إن انضمام مصر للعديد من الاتفاقيات الدولية التي تجيز الاتفاق على التحكيم للدولة
وأشخاص القانون العام ، تعد بمثابة موافقة كاملة من المشرع على عدم تقييد الأشخاص العامة من اللجوء
إلى اتفاق التحكيم في العقود الإدارية ٢ ، ومن ذلك اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ
أحكام المحكمين الأجانب ، وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) ، وغيرها من
الاتفاقيات الأخرى التي يصدر بها تشريع يقرها فتصبح في قوة القوانين السارية ، وهو الذي يؤكد جواز
الإلتجاء الإدارة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية محلياً ودولياً ٤ .

٣ - اختصاص مجلس الدولة دون غيره بنظر منازعات العقد الإداري لا يستبعد إمكانية اللجوء إلى التحكيم :

إن ما ورد في نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ من أن « يفصل
المجلس الهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد ، أو
بأي عقد إداري آخر » لم يتضمن أي عبارة صريحة بعدم جواز لجوء الجهة الإدارية إلى التحكيم الاختياري
في المنازعات الإدارية ، بل يرى أنصار هذا الرأي على عكس ذلك وهو جواز اللجوء إلى التحكيم وقبول حكم
المحكمين بشرط الحصول على فتوى من قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة وذلك فيما تزيد قيمته على
٥٠٠٠ خمسة آلاف جنيه ٥ .

فلو أن الاتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الإدارة ، ما كان المشرع ألزمها أصلاً بعرض
هذا الاتفاق على أو تنفيذ قرار المحكم على مجلس الدولة للمراجعة وذلك استناداً إلى نص المادة (٥٨)
من قانون مجلس الدولة في فقرتها الثالثة من النص على إلزام الوزارة أو الهيئة العامة أو المصلحة العامة

- ١ . د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٧٧ .
- ٢ . د . أحمد محمد عبدالبدیع : المرجع السابق ، ص ٢٢٩ .
- ٣ . المستشار حمدي ياسين عكاشه ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ .
- ٤ . حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٢٢ ق ، الصادر بجلسته ٢/٤/١٩٥٨ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، السنة
٤ ، ص ٥٢٢ .
- ٥ . د . عصمت عبدالله الشيخ : المرجع السابق ، ص ١٦١ وما بعدها .

من مصالح الدولة بالألا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على ٥٠٠٠ خمسة آلاف جنيهه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ١.

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية في تفسيرها للفقرة الثالثة من نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٢٧) لسنة ١٩٧٢ ، قضت بأنه يتبين من عبارة المادة (٣٢) من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ بإنشاء مجلس الدولة وما نصت عليه من أنه « لا يجوز لأي وزارة أو مصلحة أن تقيم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيهه بغير استفتاء إدارة الرأي المختصة » ، تبين أن الشارع إنما أراد به مجرد طلب الرأي فيما تجر به الجهة الإدارية في العقود والمشاركات المذكورة دون أن تكون ملزمة باتباعه ، وأنه لم يقرن هذا الإجراء بجزاء ما ولم يرتب البطلان على مخالفته ، وبالتالي لم يجعل منه ركناً أو شرطاً لانعقادها أو صحتها ، وعليه فقد انتهت المحكمة إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية ، وذلك وفقاً لنصوص القوانين التي اشترطت استفتاء رأي الإدارة المختصة قبل قبول أو إجازة أي عقد أو صلح أو تحكيم ٢ .

كما تبين للجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أن المقصود من نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحكمة مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي . ولا يجوز التجاوز في تفسير هذا النص لتقصد المشرع بحظر الإلتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وبالتالي انتهت الجمعية العمومية إلى جواز الاتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية ٣ .

ثم أكدت الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع موقفها بجلستها المنعقدة في ٢٧ فبراير ١٩٩٣ ٤ .

٤ - موقف المحكمة الإدارية العليا:

أقرت المحكمة الإدارية العليا بجواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بقولها « التحكيم هو اتفاق طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة ... إن الاتفاق على التحكيم ليس معناه النزول عن حق الإلتجاء إلى القضاء ... أساس ذلك أن حق التقاضي من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام ... الاتفاق على التحكيم معناه أن إرادة المحكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة المختصة في نظر النزاع ... إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة المحكمة إليها ... من المبادئ الأساسية في العقود ومنها عقد التحكيم أنه ينبغي أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات التي تنشأ في تفسيره أو تنفيذه على محكمين ، فإن هذا يشمل كل المنازعات التي تقع بين المتعاقدين بشأن التنفيذ أو التفسير ، سواء وقت قيام العقد أو بعد إنتهائه كما أن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائماً» ٥ .

١ . د . عاطف شهاب : المرجع السابق ، ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

٢ . د . نجلاء حسين سيد : المرجع السابق ، ص ٨١ ، ٨٢ .

٣ . مشار إليها في د . إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق ، ص ١٤٤ ، ١٤٧ .

٤ . مشار إليه في د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، الإشارة السابقة ، ص ١٤٤ .

٥ . الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ قضائية والصادر بجلسة ١٨/١/١٩٩٤ ، المحكمة الإدارية العليا .

كما انتهت ذات المحكمة إلى أن « المنازعة في تفسير عقد إداري تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ولا يرد عليها وقف التنفيذ المتعلق بالقرارات الإدارية ، يجوز الاتفاق على شرط التحكيم في هذه المنازعة طبقاً لنص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ١ .

٥ - رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع :

خلصت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن المادة (٥٨) من القرار بقانون في شأن مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحة بجواز إتجاه الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية (إدارية أو مدنية) ، فلو كان التحكيم أمراً محظوراً ما كان المشرع ألزمها باستفتاء مجلس الدولة . وقررت الجمعية العمومية أنه إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم في منازعات العقود الإدارية فإنه يتعين في ذلك الرجوع إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتي لا تتعارض مع الروابط الإدارية ٢ ، أما في فتاوها الأخرى الصادرة بجلسة ١٩٩٣/٢/٢٧ ، فقد تحفظت قليلاً على إطلاق التحكيم في العقود الإدارية ، وقررت ضرورة إعمال القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية عند نظر النزاع من قبل هيئة تحكيم ٣ .

٦ - تتطلب الضرورة العملية للأفراد الاعتراف بمشروعية التحكيم كوسيلة لحل منازعات هذه العقود بالمقارنة بالمدد الطويلة التي يستغرقها القضاء بسبب تكس القضايا مما يعد مساساً بحسن سير المرافع العامة باضطراب وانتظام ويضر بمصلحة المتقاضين .

٧ - لما كان من المستقر عليه فقهاً وقضاً للأشخاص المعنوية العامة ترك الخصومة متى توافرت الشروط القانونية اللازمة ، دون تدخل من القضاء الإداري في ذلك ، وحيث إن التحكيم صورة من صور الصلح الذي يجوز للأطراف الاتفاق عليه ، فإنه (التحكيم) لا يشكل مساساً باختصاص المحكمة المختصة بنظر النزاع ٤ .

ثانياً: صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم في العقود الإدارية

لقد اشتد الخلاف بين الفقه والقضاء حول مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، كما تضاربت واختلقت فتاوى مجلس الدولة مع أحكام القضاء ، كما تم التطرق إليه آنفاً ، وهذا ما حدا بالمشرع للتدخل

- ١ . الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ قضائية ، الصادر بجلسة ١٨/١/١٩٩٤ ، المحكمة الإدارية العليا .
- ٢ . الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، الفتوى الصادر بتاريخ ١٧/٥/١٩٨٩ ، ملف رقم ٢٤/١/٢٦٥ .
- ٣ . الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، جلسة ٢٧/٢/١٩٩٣ ، ملف رقم ٥٤/١/٢٠٧ .
- ٤ . د . نجلاء حسن سيد أحمد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص ٧١ ، ٧٢ .

لحسم هذا الخلاف ، فتم إصدار القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية . وقد جاء في المادة الأولى منه على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية ، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً دولياً يجري في الخارج وأتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون» .

كما نصت المادة الثالثة من مواد إصداره على أنه « تلغى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية ، كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون » ، وعلى رغم وضوح نصي المادتين المشار إليهما ، إلا أنه وجدت هناك أيضاً خلافات في وجهات النظر لدى الفقه والقضاء بشأن مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل وجود هذا القانون .

الاتجاه المعارض لجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

يرى أنصار هذا الرأي إلى أن هذا القانون الجديد لم يحسم مشكلة التحكيم في العقود الإدارية نظراً إلى خطورة المشكلة وتشعبها وتعدد جوانبها ، حيث يصعب أخيراً التسليم بحسمها عن طريق العبارة التي وردت في المادة الأولى من القانون المشار إليه .

ذلك أن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة وخالقة للشرعية العامة وهي قواعد القانون الإداري التي في معظمها قضائية ومن خلق القضاء الإداري ، ومن ثم يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ الذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه ١ ولذلك لا يجوز استثناء منازعات العقود الإدارية من الخضوع لإختصاص القضاء الإداري إلا بنص تشريعي صريح ، واستند هذا الرأي في رفضه اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى نص المادة (١٧٢) من الدستور الذي يجري على أنه « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي دعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى» ٢ .

كما أن الإطلاق الوارد بالمادة الأولى من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ هو عموم منقوص بالنص ، فإزاء وجود علاقات قانونية لأشخاص القانون العام تخضع للقانون الخاص ، فإن لفظ أشخاص القانون العام الوارد بنص المادة المشار إليها لا يكون له من إطلاق بحيث يسري على كافة ما تبرمه من عقود ، فلا بد من وجود نص صريح يميز التحكيم في هذه العقود ٣ .

وعلى الرغم من إفتاء الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع في فتاها الصادرة بتاريخ ١٧/٥/١٩٨٩ السابق الإشارة إليها قد إنتهى إلى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، إلا أنها عادت في فتاها الصادرة بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦ وانتهت إلى العدول عن رأيها السابق ورأت عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ٤ .

١ . د . جابر جاد نصار : المرجع السابق ، ص ٧٨ ، ٧٩ .

٢ . د . عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة : المرجع السابق ، ص ٩١ .

٣ . د . نجلاء حسن سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٨٥ .

٤ . المستشار حمدي ياسين عكاشه ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .

كما أكدت إتجاهها السابق من خلال فتاها الصادرة في جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ والتي إنتهت فيها إلى « عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية لمخالفته لأحكام الاختصاص القضائي لمحاكم مجلس الدولة الذي يشمل على وجه الخصوص المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إداري آخر.

وذهبت الجمعية إلى أن القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ لم يشتمل على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية له، وأنه ثبت من الأعمال التحضيرية والمناقشات الخاصة بالقانون أنه صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية ولا تخضع له المنازعات الناشئة عن العقد الإداري ، وانتهت أخيراً من ذلك إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية ١ .

ويرى جانب من الفقه أنه من الصعب تأييد هذه الفتوى خاصة في ظل قانون التحكيم الحالي الذي اشتمل في مادته الأولى على حكم صريح يجيز التحكيم في كل نوع من أنواع العقود ولو كان أطرافها من أشخاص القانون العام ٢ .

وذلك ما قامت به محكمة استئناف القاهرة بإصدارها حكماً بتاريخ ١٩٩٧/٣/١٩ خالفت فيه فتوى الجمعية العمومية المشار إليها أعلاه ، والتي انتهت فيها إلى جواز الاتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم في العقد الإداري ٣ .

الرأي المؤيد لجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

يرى الجانب الآخر من الفقه أن نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ قد شمل بنطاقه العقود الإدارية بصريح النص على إمتداد تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص ، إضافة إلى أن المذكرة الإيضاحية للقانون أكدت خضوع العقود الإدارية للتحكيم ، إضافة إلى ما تم الوصول إليه من ردود من قبل وزير العدل أثناء مناقشة مشروع القانون المشار إليه وخاصة المادة الأولى منه حيث أفاد « إننا نتكلم في شأن إتفاق على تحكيم وهذا أمر يتم بالاتفاق والأمر الذي يتم بالاتفاق جائز أن يكون بين شخصين من أشخاص القانون العام يتفقان على تحكيم معين ، هذا لا ينزع أية سلطة من سلطات مجلس الدولة ولا يتعرض لها وأظن أننا كنا قلنا وقالت المذكرة الإيضاحية في ذلك عن جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ... وأن العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها ، هذا أمر انتهى بإفتاء مجلس الدولة وأفتت جمعياته العمومية بهذا أكثر من مرة وأصبحت مسألة ليست محل خلاف » ٤ .

كما يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن القاعدة الأصولية تقضي بأن العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخص ، وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص ، ولما كان نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم (٢٤) لسنة

١ . فتوى الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع رقم ١٦٠ ، ملف رقم ٢٣٩/١/٥٤ تاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ .

٢ . إبراهيم أحمد إبراهيم : المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

٣ . حكم محكمة الاستئناف صادر بجلسته ١٩٩٧/٣/١٩ في الاستئناف رقم ٦٤ لسنة ١١٢ .

٤ . جابر جاد نصار : المرجع السابق ، ص ٧٨ .

١٩٩٤ قد ورد عاماً في سريانه على التحكيم بين أشخاص القانون العام أو الخاص ، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر ، فقد انتهى أصحاب هذا الرأي إلى امتداد نطاق التحكيم إلى العقود الإدارية باعتبارها إحدى صور العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام أو الخاص ١ .

- إن الهدف الأساسي من إصدار القانون الجديد للتحكيم هو التغيرات الكبيرة التي طالت السياسة الاقتصادية في مطلع الثمانينيات والرغبة في الخروج من العزلة إلى انفتاح يهدف إلى جذب رؤوس الأموال العربية والأجنبية .

- حكم محكمة استئناف القاهرة والأسانيد التي استند عليها :
لقد صدر حكم محكمة استئناف القاهرة بشأن جواز التحكيم في العقود الإدارية بعد حوالي شهر واحد من صدور فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بعدم صحة شروط التحكيم في منازعات العقود الإدارية وقد أسست المحكمة حكمها على الأسانيد التالية:

١. أن المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تقضي صراحة بجواز التحكيم سواء كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع ، إضافة إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ومذكرة اللجنة المشتركة من الشئون الدستورية والتشريعية والاقتصادية ، يقطع في الدلالة على قصد المشرع جواز اشتراط التحكيم في العقود الإدارية ٢ .
٢. أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة تعترف ضمناً بشرط التحكيم والصلح في العقود الإدارية ، وأنه لا يجوز الاستناد إلى نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة للقول بغير ذلك ، لأن هذه المادة لم تقض بحظر شرط التحكيم في العقود الإدارية ، وأن المقصود منها هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي . فضلاً عن أن المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التحكيم قضت بإلغاء أي نص يخالف أحكامه .
٣. أن التشريع المصري الذي يبيح التحكيم في العقود الإدارية يختلف عن دول أخرى كفرنسا مثلاً حيث يوجد نص تشريعي في قانونها المدني يحظر التحكيم الداخلي في بعض العقود الإدارية ، بينما يقضي قانون فرنسي آخر صدر في ١٩/٨/١٩٨٦ بإجازة التحكيم إذا تعلق الأمر بعلاقة الأشخاص العامة بشركات أجنبية بشأن مشروعات قومية .
٤. أن الدفع ببطلان شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في أحد العقود الإدارية - فضلاً عن إنعدام سنده القانوني - يتعارض مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية الذي لا يميز بين عقود مدنية وإدارية ، كما يخالف المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تحلل الدول أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استناداً إلى أية قيود تشريعية حتى

١. د . نجلاء حسن سيد أحمد : المرجع السابق ، ص ٨٢ .

٢. د . جورج شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ١٧٨ .

وإن كانت حقيقية .

وأخيراً ، فإن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه في العقد المبرم من طرف أجنبي بدعوى عدم جواز شرط التحكيم في العقود الإدارية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الأشخاص العامة في مصداقيتها ، ويرتب أبلغ الضرر بغرض الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية ١ .
وأمام هذا الحكم لمحكمة استئناف القاهرة القاضي بجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية والفتاوى الأخيرة الصادرة من الجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع بعدم صحة اشتراط التحكيم في العقود الإدارية ، إضافة إلى أحكام المحكمة الإدارية العليا ، كان على المشرع المصري أن يتدخل بصورة نهائية لحسم هذا الموضوع بنص صريح يجيز للجهة الإدارية الإلتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية التي تعقدها مع الغير .

ثالثاً: حسم الخلاف بصور قانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ بتعديل القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤

نتيجة لإستمرار الخلاف حول مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، حتى بعد صدور القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، فقد تدخل المشرع مرة أخرى ليضع حداً لهذا الخلاف ، وذلك عندما صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ الذي نص في مادته الأولى على أنه « تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية نصها كالآتي « وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك ونرى من جانبنا بأن المشرع المصري بهذا النص قد حسم الأمر بشكل نهائي وسمح للجهة الإدارية باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ولكنه اشترط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على الاتفاق على التحكيم ولم يجز التفويض في ذلك .
ومسلك المشرع المصري وما نهجه من باقي الدول يسمح بجذب رؤوس أموال المستثمرين لبلادهم حيث أن المستثمر لا يمكن أن يوافق على اللجوء لوسائل أخرى خلاف التحكيم أسوة بالمستقر عليه لدى الدول المتقدمة إقتصادياً .

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية

من المسلم به أن للخصوم في سبيل الفصل في نزاعاتهم الناتجة عن العقود الإدارية الحق في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع وإجراءات التحكيم، ولكن يظل هذا الموضوع من أهم المسائل التي عادة ما تثار

١ . د . جورجى شفيق ساري : المرجع السابق ، ص ١٧٩ وما بعدها .

عن الحديث عن منازعات العقود الإدارية، وذلك نظراً لما يترتب على اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع أثناء اللجوء إلى التحكيم من نتائج مهمة جداً.

وفي التحكيم الداخلي لا توجد عادة مشكلة حيث يتبع في الغالب تطبيق القانون الوطني إجرائياً كان أو موضوعياً، وذلك خلافاً للتحكيم الأجنبي أو التجاري الدولي حيث يكون هناك مجال أوسع لتطبيق قانون اتفاقي أو عدة قوانين أجنبية^١.

وعادة ما تصل المفاوضات بين الخصوم عند إبرام العقد وإدراج شرط تطبيق قانون محدد على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع إلى طريق مسدود.

ولا تثار أية مشكلة عندما يتفق الطرفان على قانون محدد يطبق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع، بينما الصعوبة تكمن في حالة ما إذا لم يحدد الطرفان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى الموضوع.

ومن هنا تأتي أهمية بحث هذا الموضوع المهم للوقوف على الآراء والمبادئ المختلفة التي استقرت في هذا الشأن، خصوصاً فيما يتعلق بمدى جواز تدخل المحكم في تحديد القانون آخر التطبيق في حالة سكوت الطرفين عن ذلك.

ولذلك فسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى خمسة مباحث وعلى النحو التالي:

المبحث الأول: اتفاق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على العقد.

المبحث الثاني: عدم اتفاق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على العقد.

المبحث الثالث: القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم.

المبحث الرابع: القانون الواجب التطبيق على النزاع.

المبحث الخامس: سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عند غياب الإرادة.

المبحث الأول

اتفاق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على العقد

سنتناول هذا الموضوع من ناحيتين، الأولى عندما يختار الطرفان القانون الواجب التطبيق بصراحة وذلك من خلال النص على ذلك في شرط أو مشاركة التحكيم، والثانية عندما يكون اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق ضمناً.

ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد.

المطلب الثاني: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد.

١. د. عاشور مبروك: الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.

المطلب الأول الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد

لا شك من أن إرادة الأطراف تعتبر هي الفيصل في مجال التحكيم الدولي الخاص الذي يلجأ إليه الأطراف لحل نزاعاته الناشئة عن العقود الإدارية، وإذا ما اختار الأطراف القانون الواجب التطبيق، فلا مناص للمحكم من الالتزام بأحكامه، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يستبعد ذلك القانون ويطبق غيره ١. وتتعترف القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم بحق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، وأن هذا الموضوع قد أكده كذلك الفقه، حيث ذكر الأستاذ Niboyet أن إغفال النص الصريح على اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون قد يخل بتوقعات الأطراف ٢.

وطبقاً لقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فقد نصت المادة (٢٧) منه على أنه «١- تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك». ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري حرص على إعطاء الأولوية لإرادة الأطراف، ذلك على النحو الذي قامت عليه فلسفة نظام التحكيم الذي يستمد وجوده من اتفاق الأطراف على الأخذ به ٣. ولا شك من أن أساس خضوع العقد بما في ذلك التحكيم وإجراءاته والقانون الواجب التطبيق عليه لإرادة الأطراف، هو أن المحكم يستمد سلطاته من اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف الذي لولاه لما اختصت هيئة التحكيم بنظر النزاع ويدخل هذا النوع في اختصاص المحاكم الوطنية ٤. وقد تأكد هذا الاتجاه أيضاً من خلال المادة (٢٨) من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الأونسيترال) الصادر عام ١٩٨٥ إذ تنص الفقرة الأولى من المادة المشار إليها على أنه «تصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع».

وهذا النص جاء صريحاً أيضاً في تأكيد أن ما يختاره طرفا النزاع هو تطبيق قواعد قانون معين، وليس اختيار تطبيق هذا القانون بصورة مطلقة بما يتضمنه من نصوص عند الاختيار، ونصوص معدلة أو جديدة تصدر بعد ذلك ٥.

كما أن معاهدة نيويورك في المادة (٥) الفقرة الأولى (البند ١)) قررت أن قانون الإرادة هو القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي، أما في حالة عدم اختيار القانون فيتم اختيار قانون مكان صدور

١. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٤.
٢. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٢٩٩.
٣. د. أحمد مخلوف: دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٤٥١.
٤. د. نجلاء حسن سيد أحمد، الإشارة السابقة، ص ٤٨٥.
٥. د. أحمد مخلوف: المرجع السابق، ص ٢٥٢ وما بعدها.

حكم التحكيم.

وقد يكون قانون الإرادة وطنياً، مثل قانون جنسية أحد الطرفين أو قانون مقر التحكيم أو قانون مكان إبرام العقد الأصلي، أو قد يكون وارداً في معاهدة دولية. وتفيد معاهدة نيويورك أنها أعتدت بالإرادة الصريحة وعند تخلف الأطراف من الاختيار يرجع على قانون مكان صدور الحكم ١ .

من جانب آخر قد يقوم الأطراف أنفسهم باختيار الاجراءات الواجب تطبيقها على التحكيم، حيث من خلال هذا النوع من التحكيم يتحرر الأطراف كلية من كل القواعد الوطنية اعتماداً على إرادة الأطراف في صياغة القواعد الإجرائية للتحكيم. ويفضل البعض أن يسميه بالتحكيم الحر ٢ ، وقانون التحكيم المصري أيضاً قرره في أكثر من مادة حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فبالإضافة إلى نص المادة (٢٧) المشار إليها آنفاً، فإن المادة السادسة من ذات القانون نصت على أنه «إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بها».

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري خول الأطراف أن يضمّنوا اتفاق التحكيم نصاً يقضي بخضوع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في تلك الاتفاقيات أو تلك العقود النموذجية، وكذلك نص المادة (٢٥) الذي جرى على أنه «لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام هذا القانون - أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة».

ومن خلال أحكام هذه المادة نرى أن المشرع المصري حدد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات من خلال البحث في ثلاث حالات، وهي الحالة الأولى: اتفاق الأطراف صراحة على القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، أو اتفاقهم على قواعد إجرائية من إنشائهم تحكم خصومة التحكيم، والحالة الثانية: هي إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد النافذة لأي منظمة أو مركز تحكيم، أما الحالة الثالثة: فهي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون أو القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم وترك الأمر كله للمحكم لاختيار القانون الذي يراه مناسباً ٣ .

كما أن القانون الفرنسي أخذ بالمبدأ ذاته، حيث جاء نص المادة (٤٩٦) من القانون الفرنسي للتحكيم على أنه «يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف...».

وقد أخذت الاتفاقيات الدولية بذات المبدأ أيضاً ومن ذلك الاتفاقية الأوروبية ١٩٦١ في مادتها السابعة التي نصت على أنه «للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع...» ٤ .

١. د. منير عبدالمجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ٢٠٠٥، ص ٩٩.

٢. د. جمال محمد الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣١ وما بعدها.

٣. د. أحمد محمد عبدالبديع: المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها.

٤. مشار إليه د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٠٠.

وأخذت العديد من أحكام محاكم التحكيم بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ففي قضية أرامكو (Aramco) ضد المملكة العربية السعودية أكدت محكمة التحكيم في حكمها الصادر في أغسطس ١٩٥٨ على أن «القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو في المقام الأول القانون المختار صراحة من قبل الأطراف»^١

وفي قضية سافير ضد الشركة الوطنية للبترول، أكد المحكم أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد»^٢.

وفي قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية أكد المحكم أن مسألة حق الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ليست محل شك»^٣.

ويرى جانب من الفقه أن تطبيق قانون أجنبي على العقود الإدارية من شأنه أن يحرم الدولة من الامتيازات المقررة لها في هذه العقود، ويعاملها مع الطرف الأجنبي على قدم المساواة، مما قد يضر بمصالح البلاد الاقتصادية والحيوية التي تعمل هذه العقود على تحقيقها.

ولذلك يرى أنصار هذا الرأي «عدم إطلاق الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع خاصة بالنسبة للعقود الإدارية، فضلاً عن ضرورة أن تحاول الإدارة جاهدة على أن تنص في صلب العقد على أن القواعد الموضوعية التي تحكم العقد الإداري هي الواجبة التطبيق على أي نزاع ينشأ عن تنفيذ هذا العقد، وهذا يستلزم من البداية أما اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو اختيار قانون أجنبي آخر يعرف هذه التفرقة»^٤.

بينما يرى جانب آخر من الفقه ه أن إطلاق الحرية للخصوم في الاتفاق على التحكيم وتحديد وتنظيم إجراءاته يعد في ذاته أمراً مرغوباً فيه لصالح التجارة الدولية، ذلك أن جوهر الحكم وقوامه إرادة الأطراف ولا خوف من مخالفة الإجراءات التي يحددها الخصوم للنظام العام ذلك أنه من غير المتصور أن يجاري المحكم أو مركز التحكيم المختار الخصوم في إجراءات مخالفة للنظام العامة سواء المحلي أو الدولي.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو مدى التزام المحكم بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف؟ من المتعارف عليه هو التزام المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف كقاعدة عامة بشرط عدم اصطدام هذا القانون بالقواعد الآمرة في النظم القانونية ذات العلاقة.

كما أن الواقع العملي أثبت أن هيئة التحكيم تلتزم بتطبيق القانون الذي اختاره الخصوم في ضوء المعاهدات الدولية ونصوص القانون الوطنية.

ولكن ذلك المبدأ حدث له استثناءات في الواقع العملي فيما يتعلق بعقود الدولة كما في حالة تحكيم

١. د. علاء مجيبي الدين مصطفى: الإشارة السابق، ص ٣٠٢.

٢. د. علاء مجيبي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ٣٠٢.

٣. د. علاء مجيبي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٠٢.

٤. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٧.

٥. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٣٠.

Texaco عندما أستبعد المحكم القانون الليبي وهو قانون الإرادة الصريحة للخصوم، وقد استعمل المحكم كافة السبل لاستبعاد تطبيق القانون الليبي على العقد، وقرر عدم ارتباط العقد بالقانون الليبي وأدخله في نطاق القانون الدولي العام وذلك لتحقيق التوازن بين الطرف الخاص الأجنبي والدولة وحمائته من التغييرات التشريعية التي تجربها الدولة على قوانينها الوطنية.

أما المشرع المصري فقد قرّر في نص المادة (٥٣ الفقرة الأولى) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ أن من أسباب بطلان حكم التحكيم استبعاد هيئة التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه من الأطراف للانطباق على موضوع النزاع، وذلك يعني أن عدم احترام المحكم للقانون المختار من قبل الخصوم يجعله مشوباً بالبطلان، وهذه خطوة جيدة تحسب للمشرع المصري ونؤيدها بحق.

أما المشرع الفرنسي فلم يسير على خطى المشرع المصري في هذا الشأن، ذلك أنه لا يبطل حكم التحكيم الذي لا يلتزم فيه المحكم بالقانون المختار من قبل الخصوم، بل لا يعترف برقابة القضاء على أحكام التحكيم ١.

المطلب الثاني

الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد

عندما لا يختار الخصوم القانون الواجب التطبيق بصراحة عن الطريق النص عليه في شرط أو مشاركة التحكيم، فإنه لبيان نية الخصوم المفترضة في ذلك يلجأ الحكم إلى بعض المؤشرات الموضوعية التي يمكن إعمالها في هذا الشأن ومنها:

- قانون محل إبرام العقد.
- قانون محل تنفيذ العقد.
- محل إقامة المتعاقدين.
- موضوع العقد.
- مكان التحكيم.

وفي هذا الشأن، فإذا كان النزاع المعروض أمام المحكم ناتج عن تنفيذ عقد إدارة ذي عنصر أجنبي، ولم يحدد الخصوم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن على المحكم أن يطبق قانون الدولة المتعاقدة، أو التي يتبعها الشخص القانوني العام المتعاقد ولو كان تنفيذ هذا العقد يجري خارج الدولة، حيث يكون متصلاً بمرفق عام موجود في دولة أخرى مثل العقود التي تبرمها وزارة الخارجية مع إحدى الشركات الأجنبية لصيانة السفارات الموجودة في دول أخرى، ولكن هنا على المحكم أن يراعي وهو بصدد تطبيقه قانون الدولة المتعاقدة أن يراعي قواعد النظام العام في الدولة التي يتم فيها التنفيذ ٢.

وفي حكم (ICC) سنة ١٩٧٦ ذهب المحكم إلى أن المؤشرات التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار في العقود

١. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٩ وما بعدها.

٢. د. عصمت عبدالله الشيخ: المرجع السابق، ص ٢٥٧ وما بعدها.

التي تبرم بين دولة وطرف أجنبي في تحديد القانون الواجب التطبيق هي أن العقد أبرم بواسطة الحكومة ويتعلق بأعمال يتم تنفيذها على إقليم تلك الدولة التي تمارس عليه سيادتها، وكون الدولة في العقد لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إلا أنه عنصر له وزنه ١.

ومن المعلوم أن اختيار مكان التحكيم في دولة ما، لا يمكن أن يعين انصراف إرادة الخصوم نحو تطبيق قانون هذه الدولة على موضوع النزاع بشكل قاطع ذلك لأن اختيار مقر التحكيم يمكن أن يعتبر قرينه تساندها قرائن أخرى مثل لغة العقد والعملة وموضوع العقد وغير ذلك من القرائن.

وفي قضية Aminoil ضد الحكومة الكويتية على الرغم من عدم وجود إشارة صريحة للقانون الواجب التطبيق، إلا أن محكمة التحكيم قد استشفت ضمناً أن القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق على العقد لأنه القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد ٢.

«وخلاصة القول: أنه في حالة عدم وجود اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يجب على المحكم البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والتي عادة ما تكون قد اتجهت إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ٣.

والسؤال الذي يثور هنا، هل يجوز للمحكم استبعاد القانون الذي اختاره الخصوم؟ الأصل أنه إذا قام الخصوم باختيار القانون الذي يحكم العقد بنص صريح لا لبس فيه، فليس من المستساغ حينها أن يقوم المحكم باستبعاد هذا القانون الذي اختاره الأطراف، ولكن الواقع العملي أفرز عدة حالات عكس ذلك المبدأ، ومن هذه الحالات:

- قضية شيخ أبوظبي وشركة P.D.F. :

حيث تم إبرام عقد بين شيخ أبوظبي وشركة P.D.F. واتفقا على تطبيق القانون السائد في أبوظبي على أي نزاع يمكن أن يثور بين الطرفين وهو الشريعة الإسلامية.

وعندما ثار الخلاف بين الطرفين وتم اللجوء إلى قضاء التحكيم، قرر المحكم الإنجليزي، عدم تطبيق القانون السائد في أبوظبي وأشار إلى أن الشيخ يمارس القضاء في أبوظبي بسلطة تقديرية مستعينا بالقرآن، ومن غير المعقول في مثل هذا المكان القبلي وجود مجموعة من المبادئ القانونية تستطيع التصدي للمشكلات التي تنشأ في ظل التجارة الدولية الحديثة، وأضاف أنه يعتقد أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع وإنما أرادوا تطبيق قواعد العدالة والمساواة وحسن النية، وانتهى المحكم إلى تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة فيه والتي يمثلها من وجهة نظر المحكم القانون الإنجليزي ولذلك قام بتطبيق القانون الإنجليزي على النزاع.

قضية حاكم قطر ضد شركة International marine oil :٥

١. مشار إليه د. نجلاء حسن سيد، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها.
٢. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٠٩.
٣. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٩٦.
٤. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ص ٣٠٢.
٥. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٠٥.

أبرم حاكم قطر عقداً مع الشركة المذكورة وأتفق طرفا العقد على أن القانون القطري هو القانون الواجب التطبيق على أي نزاع يثور بين الطرفين إلا أن المحكم أوضح أنه على الرغم من أن هناك عوامل موضوعية وأدلة قوية تشير إلى أن القانون الإسلامي هو القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أن المحكم أعرب عن قناعته التامة بأن القانون الإسلامي لا يتضمن أية مبادئ قانونية تصلح لتفسير هذه النوعية من العقود وانتهى إلى طرح القانون الإسلامي جانباً وتطبيق قواعد العدالة والأنصاف على العقد.

قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Fies : ١

أبرمت الحكومة السوفيتية عقداً مع الشركة الإنجليزية المذكورة ونصت المادة (٥٧) من العقد المبرم بينها على إخضاع أي نزاع يثور بين الطرفين إلى القانون الروسي وعلى الرغم من النص صراحة على أن القانون الروسي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع إلا أن محكمة التحكيم كان لها رأي آخر، فقد استبعدت تطبيق هذا القانون على الكثير من جوانب العقد وأوضحت بأن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط وما عدا ذلك من مسائل فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون.

المبحث الثاني

عدم إتفاق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على العقد

تبدو الصعوبة كبيرة عندما لا يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الخصوم، وعدم وجود كذلك اية أدلة أو قرائن تشير إلى اتجاه إرادة الخصوم إلى تطبيق قانون محدد. ولا شك أن عدم اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق على العقد لا يشكل عبئاً كبيراً على المحكم في اختيار القانون، وهنا يتمتع المحكم بحرية وسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة دائماً بل مقيدة بتطبيق قانون مناسب وذي صلة قوية بالعقد موضوع النزاع ٢ . ولقد تباينت الآراء بالنسبة لتحديد القانون الذي يحكم العقد في حالة عدم تحديده من قبل الخصوم، وسوف نعرض لهذه الآراء بشئ من الإيجاز.

مبدأ الكفاية الذاتية للعقد ٣

ويرى أنصار هذا الرأي أن الخصوم هم من يقومون بصياغة العقد المبرم بينهم بالطريقة المفصلة والدقيقة التي تحقق إرادتهم معاً وتوضح التزامات وحقوق كل منهم، وبالتالي فإن كافة التفاصيل المهمة المتعلقة بموضوع العقد تكون مصاغة في العقد ذاته، وبالتالي لا حاجة لأن يتدخل المحكم للبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد.

كما وأن إرادة الخصوم هي التي أوجدت هذا النظام القانوني المستقل، وبالتالي لا يحتاج لتدخل أي سلطة

١. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ٢٠٦.

٢. د. نجلاء حسن سيد أحمد: التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٩٦.

٣. د. علاء محيي الدين مصطفى: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الإداري، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.

نظامية لوجوده، إنما إرادة الأطراف وحدها هي التي تكفل لهذا التنظيم الوجود وأن هذه الإرادة كفيلا بتنظيمه دون الرجوع إلى أي قانون.

كما يضيف أنصار هذا الرأي أن قانون العقد، أو الأحكام التي ضمنها الخصوم عقدهم قد لا تحل كافة المشاكل التي قد تنشأ وكذلك لا يوجد هناك ما يمنع من الإشارة في ذات العقد إلى نظام قانوني معين لسد الثغرات الموجودة في قانون العقد.

فكرة تنازع القوانين ١ :

يرى أنصار هذا الرأي أنه في حالة عدم إتفاق الخصوم على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري خصوصاً ذي الطابع الدولي، فإن هذا القانون يتم باللجوء إلى قواعد إسناد في تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

وقد اختلف الفقه هنا حول ما هية قواعد تنازع القوانين التي يمكن للمحكم اللجوء إليها؟

فذهب رأي إلى أن المحكم يستطيع اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدول التي كان من المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع ما لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم.

وذهب رأي آخر إلى أن المحكم يستطيع اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها أو التي يوجد بها موطنهم المشترك.

أما الرأي الثالث فذهب أنصاره إلى أن المحكم يستطيع اللجوء إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل هو جنسيتها أو التي يوجد بها محل إقامته، وأن الخصوم عندما اختاروا محكماً بعينه فهذا دليل ضمنى على رغبة هؤلاء في تطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار.

وأخيراً فقد ذهب مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بمدينة أمستردام عام ١٩٥٧ إلى أنه « قواعد الإسناد النافذة في الدولة مقر التحكيم هي التي يجب إتباعها لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع»، وقد تعرض هذا الاتجاه إلى النقد من جانب الفقه، حيث إن الدولة مقر التحكيم قد لا يكون لها أدنى صلة بموضوع النزاع، فأطراف العلاقة التعاقدية يحددون مكان التحكيم في بلد مناسب لهم بصرف النظر عن مدى ملاءمته أو اتصاله بموضوع النزاع ٢ .

أما محكمة العدل الدولية الدائمة فإنها وضعت قرينة لصالح قانون الدولة المتعاقدة في حكمها الصادر عام ١٩٢٩، حيث جاء به أن كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية

١. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٢١٤ وما بعدها.

٢. مشار إليه في د. علاء محيي الدين مصطفى، الإشارة السابقة، ص ٢١٥.

تنازع القوانين بتحديد هذا القانون. وتؤكد تلك النظرية وجهة نظرها بقولها كلما كان المفترض في عقد القرض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا الغرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها^١ وقد وجهت عدة انتقادات للآراء السابقة بمجمها، الأمر الذي حدا بالفقهاء إلى البحث الجاد لتحديد القانون الواجب التطبيق ومن هذه التوجهات.

- إخضاع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقانون العام، ذلك أن القانون الدولي العام غني بقواعده الكفيلة بالتصدي لكافة المشاكل والمنازعات القانونية التي تثيرها العقود الإدارية الدولية^٢.

«أما الفقه والقضاء الفرنسي فقد ذهب إلى أن وجود الدولة طرف في العقد لا يكفي لكي يفترض أن الأطراف قد اتفقوا على التعاقد وفقاً لقانونها، خصوصاً عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون العام، حيث ذهب القضاء إلى أن وجود الدولة طرف في اتفاق التحكيم لا يكفي في ذاته كقرينة على تطبيق أحكام القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فقد يكون هذا العقد من عقود القانون الخاص، وتحديد طبيعته العقد تتوقف على ما إذا كانت الدولة قد تصرفت باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص»^٣.

أما في مجال الاتفاقيات الدولية فقد تناولت هذا الموضوع عدة اتفاقيات منها اتفاقية التحكيم الأوروبية حيث تقرر في المادة السابعة حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع وفي حالة عدم وجود هذا التحديد يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع والذي يرى المحكمون مناسبتها للقضية مع مراعاة أحكام العقد وأعراف التجارة.

كما أن اتفاقية جنيف تعطي الأولوية لاستقلالية إرادة الخصوم في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، ولا يكون للمحكمين سلطة في هذا الخصوص إلا في حالة تخلف اتفاق الخصوم في هذا الشأن. حيث في هذه الحالة يكون للمحكمين سلطة تحديد قانون الموضوع بتطبيق قاعدة التنازع التي يرون ملاءمتها للحالة المعروضة عليهم^٤.

- وفي التشريع المصري فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري على أنه «وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع».

وعندما يكون على هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن هذا لا يعني أن لهذه الهيئة سلطة اختيار القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، كما هو الحال عند اختيار الطرفين لهذا القانون، إذ لا تملك هيئة التحكيم سوى سلطة اسناد العلاقة لقانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها^١.

- أما المادة رقم (١٧) من قواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) السارية اعتباراً من أول يناير ١٩٩٨، تنص

١. مشار إليه في: د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٩٦ وما بعدها.

٢. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٢١٦.

٣. د. نجلاء حسن سيد: الإشارة السابقة، ص ٤٩٧.

٤. د. نجلاء حسن سيد: الإشارة السابقة، ص ٤٩٨.

فقرتها الأولى على أنه «في حالة عدم اتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون الذي تراه مناسباً».

- بينما تنص المادة رقم (٢٨) من القانون النموذجي في فقرتها الثانية على أنه «إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق».

- أما القانون البحريني، فإنه متى تم الاتفاق على التحكيم في البحرين، كان قانونها هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الداخلي ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

- تطبيق قاعدة الدولة المتعاقدة:

ذهب جانب كبير من الفقه والقضاء إلى ضرورة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في العقود الإدارية الدولية إذا جاء العقد خالياً من الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد. وقد كان سند هذا الرأي هو حكم محكمة العدل الدولية في قضيتي القروض العربية والبرازيلية، حيث ذهبت المحكمة إلى أن «كل عقد لا يكون بين دولتين باعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما»^٢. كما أن محكمة استئناف باريس سارت على النهج ذاته فقد قضت في حكم لها بأن «كل شخص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة»^٣.

وفي هذا الخصوص فقد ذهبت غرفة التجارة في باريس ١٦ فبراير ١٩٨٣ في قضية هضبة الأهرام إلى تطبيق أحكام القانون المصري بعد قيامها باستعراض الآراء المختلفة لأطراف القضية، وكذلك الاتجاهات الفقهية الخاصة بتحديد القانون الذي يحكم عقود الدولة، لأن العقدين المتنازع بشأنهما أبرما في مصر كما أن التنفيذ يتم بأكمله على الإقليم المصري^٤.

وعلى ذات النهج سارت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، حيث نصت المادة (١/٤٢) على أنه «محكمة التحكيم تطبق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع من قبل الأفراد»^٥.

وقد استند أنصار تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إلى أن هذا القانون هو قانون الدولة التي ينفذ فيها العقد، وهذا ما أخذت به اتفاقية روما الموقعة في ١٩/٩/١٩٨٠ حيث نصت على أنه «يطبق على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بصورة وثيقة»، وتعد الدولة التي ينفذ فيها العقد هي أكثر الدول التي ترتبط بالعقد^١. كما أن هناك أحكام هيئات تحكيم سارت على ذات النهج، حيث ذهبت محكمة التحكيم في قضية (أرامكو)

١. د. أحمد مخلوف: دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٥٩٤.
٢. (الحكم منشور في مجلة (Clunet 1929.p.911 etc) مشار إليه في د. علاء محيي الدين مصطفى: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ٢٢٠.
٣. الحكم منشور في مجلة (الحكم منشور في مجلة (Clunet 1929.p.911 etc) مشار إليه في د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٢٢٠.
٤. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٩٩.
٥. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ص ٢٢٤.

مع المملكة العربية السعودية إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المملكة العربية السعودية ويطبق على الشروط الموضوعية للعقد، حيث أنه من المتفق عليه أن الالتزامات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة يفترض أن تخضع لقانونها الوطني ما لم يثبت العكس ٢.

لذلك وبعد استعراض أحكام الاتفاقيات الدولية والمحاكم المختلفة والفقهاء يبين بأن الفقه ومحكمة العدل الدولية وبعض المعاهدات الدولية قد ذهبت إلى وجود قرينة قانونية على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

بينما المشرع المصري والفرنسي ذهبا إلى خلاف ذلك، حيث قرر المشرع المصري اختيار القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، كما قرر المشرع الفرنسي اختيار القانون الأكثر ملاءمة - في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق - وهذا يشكل خطورة كبيرة بالنسبة للعقود الإدارية، فقد يكون القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع أو الأكثر ملاءمة لا يعرف التفرقة بين العقود المدنية والإدارية ٣.

- خضوع العقد للمبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدينة:

والمبادئ العامة للقانون هي مجموعة القواعد العامة والأساسية التي تصدر عن الأنظمة القانونية وتتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج الأخير التنفيذ في صورة التشريع والعرف، في حين أنها في دائرة المعاملات الدولية لا تحمل نفس الطابع، فبعضها يستخلص من النظام القانوني الداخلي مثل مبادئ حسن النية وحق الدولة في التمتع بثرواتها الطبيعية، بينما تعد المبادئ العامة للأمم المتمدينة المبادئ التي تلوه على كل خلاف والتي تكون الأسس القانونية للدولة المتمدينة وهي تعد أحد مصادر القانون الدولي العام ٤.

- خضوع العقد للقانون العابر للدول:

والقانون العابر للدول هو القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم التصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة، ومن ثم فهو يتضمن قواعد القانون الدولي العام، والقانون الدولي الخاص وكذلك القواعد الأخرى التي يصعب إدراجها تحت هذين الفرعين من فروع القانون الدولي ٥.

ويهدف هذا القانون إلى البحث عن الملائم الذي يطبق على العلاقات الناشئة بين أشخاص القانون الدولي والأشخاص الخاصة الأجنبية، كما أنه يعبر عن الرغبة في التخلي عن قواعد تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص من أجل تنظيم العلاقات القانونية بين الأشخاص الأجنبية المتمتعة بجنسيات متعددة، ويشمل هذا القانون المبادئ العامة للقانون والعادات والأعراف الدولية ويشمل أيضاً التنظيم الداخلي للمؤسسات العامة التي لا تتصل بالنظام العام القانوني الوطني ولا تتصل بالنظام القانوني الدولي، ويشمل أيضاً القانون الإداري الدولي وقضاء محاكم التحكيم ١.

١. د. علاء محيي الدين مصطفى: ص ٢٢٤.

٢. د. نجلاء حسن سيد: الإشارة السابقة، ص ٤٩٧.

٣. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٥٠١.

٤. د. علاء محيي الدين مصطفى: المرجع السابق، ص ٢٢٦.

٥. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ص ٣٢٩.

المبحث الثالث

القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم

ليس بالضرورة أن يكون القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم هو ذاته الذي يحكم النزاع، إذ ما ذهبت إرادة الطرفين إلى تطبيق قانونين أحدهما لإجراءات التحكيم والآخر للفصل في النزاع، وهذه قاعدة تقرها كافة المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم ٢.

- خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة:

كما أن خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف يعتبر قاعدة مستقرة يقرها القانون المصري والفرنسي. فالمرشع المصري في المادة (٢٥) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية قد قرر «لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها». من خلال هذا النص يتضح بأن المرشع المصري حول الأطراف إمكانية تنظيم سير عملية التحكيم ووضع القواعد الإجرائية التي تسيّر عليها هيئة التحكيم في نظر الخصومة وبذلك فيستطيع الأطراف صياغة هذه الإجراءات في نصوص من خلقهم وابتكارهم.

كما أن اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية، أقرت ذات المبدأ، حيث نصت المادة (١/٥) على جواز رفض قرار التحكيم إذا ثبت أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم جاء مخالفاً لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم الاتفاق ٣. وذات المبدأ أقرته الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في ٢١/٤/١٩٦١، حيث تنص المادة (١/٤-ب) على حرية الخصوم في تحكيم الحالات الخاصة في تنظيم إجراءات التحكيم واختيارهم لمكان التحكيم.

وهكذا من خلال استعراض النصوص المختلفة للقواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم واتفاق أغلب التشريعات والمعاهدات الدولية على إعمال سلطان إرادة الخصوم في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وإذا ما تم تحديد هذا القانون من قبل الخصوم فليس هناك ثمة صعوبة، إنما الصعوبة تبدو في حالة عدم الاتفاق على قواعد للإجراءات أو عدم تحديد قانون معين يطبقه المحكم في هذا الشأن وكذلك الأمر في حالة عدم كفاية قواعد الإجراءات التي إتفق عليها الأطراف.

ويرى البعض من الفقه أنه في هذه الحالة يجب الرجوع لقانون مكان التحكيم، مع مراعاة أن يكون ذلك

١. د. علاء محيي الدين مصطفى: الإشارة السابقة، ص ٣٢٠.
٢. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٥.
٣. د. أشرف عبدالعليم الرفاعي: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العضو الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥.

لإكمال ما أتفق عليه الأطراف من قواعد ١.

كما أن هناك حكماً لهيئة التحكيم في النزاع القائم بين ليبيا وشركة B.P، حيث إنتهى المحكم أنه بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات فلا مفر من الرجوع إلى نظام قانوني داخلي، ومن الأفضل تطبيق القانون الدانماركي على إجراءات التحكيم باعتباره قانون دولة مقر التحكيم.

ويرى أنصار هذا الرأي أن وجهة نظرهم لا تبتعد بالتحكيم عن طبيعته الإدارية الاختيارية، حيث أن اختيار الأطراف لدولة معينة لتكون مكاناً للتحكيم ينطوي في ذاته على قبول تطبيق قانونها الخاص على إجراءات التحكيم، هذا بالإضافة إلى ضرورة احترام قانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها في شأن ما يتخذ من إجراءات في مقابل عدم إعمال اختصاصها القضائي» ٢.

هناك اتجاه آخر أستبعد التحكيم الإقليمي عن الدول، وفصل إجراءات التحكيم من اي نظام قانوني وطني، وهو الاتجاه الذي وجد ضده لدى بعض المحكمين.

ويرى أنصار هذا الرأي تطبيق أحكام القانون الدولي في هذه الحالة على أساس أن تعلق التحكيم بالمعاملات الدولية يجب أن يخضع مباشرة للقانون الدولي، وليس معنى هذا إلغاء القوانين الوطنية، بل يتميز منها الحل الأكثر اتفاقاً مع أحكام القانون الدولي ٣.

وهناك رأي يرى أن يعطي المحكم سلطة تقديرية في اختيار وتكملة القواعد الإجرائية لسير المنازعة، ويستطيع بالتالي أن يحدد الإجراءات الواجب إتباعها أياً كان المصدر الذي يستمد منه هذه الإجراءات، بشرط ألا يكون في هذا الإجراء الذي اختاره المحكم اخلاً بحقوق وضمائم الدفاع بالمساواة والعدالة بين الخصوم ٤.

سلطة المحكم في اختيار القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق:

إذا لم يتفق الخصوم على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو إذا قام الخصوم بتفويض هيئة التحكيم لاختيار هذا القانون، فإن لهيئة التحكيم ذات الحرية أو الامكانيات التي كانت متاحة للخصوم في هذا الشأن، حيث تستطيع القيام بوضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع بنفسها في كل مسألة من المسائل الإجرائية التي تصادفها أثناء التحكيم، أو أن تقرر إتباع الإجراءات النافذة في قانون إجرائي لدولة معينة ٥.

لكن تلك الحرية لهيئة التحكيم ليست مطلقة بل مقيدة بقيود منها: أن لا يكون ذلك الإجراء الذي اختارته هيئة التحكيم إخلالاً بحقوق وضمائم الدفاع أو إخلالاً بالمساواة والعدالة بين الخصوم ٦. كما يجب على هيئة التحكيم مراعاة النصوص الإجرائية الأمرة في دولة مقر التحكيم وعند الخلاف يمكن رفع دعوى ببطلان الحكم، وضرورة احترام القواعد الإجرائية الأمرة في قانون الدولة المرجح تنفيذه

١. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها.

٢. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٥٠٩.

٣. د. نجلاء حسن سيد أحمد: الإشارة السابقة، ص ٥١٧.

٤. د. اشرف عبد العليم الرفاعي: المرجع السابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

٥. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٧٢ وما بعدها.

٦. د. اشرف عبد العليم الرفاعي: المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

الحكم فيها، وإلا يمكن رفض الاعتراف بالحكم ومن ثم رفض تنفيذه. إضافة إلى ذلك يتوجب على هيئة التحكيم احترام حدود السلطة المخولة لها في اتفاق التحكيم ذاته، في مسألة تنظيم إجراءات التحكيم، فلا يجوز تجاوز تلك الحدود وألا يستطيع الطرف الصادر ضده الحكم أن يطعن ببطلان التحكيم أمام السلطة المختصة في دولة التنفيذ^١. كما تستطيع هيئة التحكيم تكملة القواعد الإجرائية لسير المنازعة في حالة عدم شمولها على بعض الأحكام اللازمة لحسن سير المنازعة، وقد أقر هذا المبدأ في العديد من مشارطات وإجراءات هيئات التحكيم المختلفة.

وطبقاً لقانون التحكيم المصري (المادة ٥٣) الفقرة (ز) أن حكم التحكيم يكون باطلاً إذا كانت هيئة التحكيم قد اتخذت إجراءً باطلاً، وذلك من خلال اتباع قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق أو إذا طبقت الهيئة إجراءً منصوصاً عليه في القانون الواجب التطبيق بطريقة خاطئة^٢.

المبحث الرابع القانون الواجب التطبيق على النزاع

مما لا شك فيه أن معظم لوائح هيئات التحكيم الدائمة والمعاهدات الدولية الحديثة ذات العلاقة بالتحكيم لا تكاد تخلو من نص على تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف في شأن موضوع النزاع الذي يحل بالتحكيم. وقد أصبح هذا النص يشكل أحد مبادئ القانون الدولي الخاص التي تجيز للأطراف اختيار القواعد التي يجدونها مناسبة لحكم علاقاتهم التعاقدية^٣.

ولذلك فلا ثمة مشكلة إذا ما اتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري حيث يتوجب على المحكم الالتزام به ولا يمكنه تجاهله ويطبق قانوناً آخر إلا في حالات محددة اسفر عنها التطبيق العملي، مثل في حالة استبعاد قانون الدولة المتعاقدة نتيجة عدم قدرته على حسم النزاع محل التحكيم أو لمخالفة القواعد المختارة وفقاً للمبادئ العامة للقانون أو النظام العام^٤ ويؤكد الفقه والقضاء على حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم على النزاع المعروض عليه كما أن مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق تؤكد العديد من أحكام التحكيم.

وقد اشرنا في معرض حديثنا عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم إلى الاختيار الصريح والاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق، وبذلك نكتفي بما ورد آنفاً في هذا الصدد منعاً للتكرار. وسوف نستعرض بعض نصوص قواعد التحكيم لبعض هيئات التحكيم اللائحة وبعض نصوص المعاهدات الدولية إضافة لموقف المشرع المصري وبعض الدول الأخرى.

١. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

٢. د. أحمد محمد عبد البديع: المرجع السابق، ص ٣١٦.

٣. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ١٩٩.

٤. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: الإشارة السابقة، ص ٤٨٥.

الهيئات الدائمة للتحكيم:

تنص المادة (٢١) من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس (٢٠١٢) على أنه للطرفين مطلق الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحددها طبق المحكم القاعدة التي يراها ملائمة في هذا الخصوص. وتأخذ هيئة التحكيم في الإعتبار نصوص العقد بين الأطراف إن وجدت، والأعراف التجارية المتصلة بالنزاع.

وقضت الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه «يراعى المحاكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية». أما نظام تحكيم مؤسسة التحكيم الأمريكية AAA فإن المادة (٢٩) منه تقضى بأنه تطبق هيئة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية الذي يختارها الأطراف لحكم النزاع، وعند عدم وجوده تطبيق القانون أو القوانين التي تجدها ملائمة».

وتقضي المادة (٣٢) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بأنه «تطبق هيئة التحكيم القانون الذي اختاره الطرفان على موضوع النزاع فإذا لم يحددا قانوناً تطبق القانون الذي تسند إليه قواعد التنازع واجبة التطبيق».

أما نظام مركز التحكيم التجاري الخليجي الذي مقره مملكة البحرين، فقد نصت المادة (٢٩) منه على أنه «تفصل الهيئة في النزاع طبقاً لما يلي:

١. العقد المبرم بين الطرفين وأي اتفاق لاحق بينهما.
٢. القانون الذي يختاره الطرفان.
٣. القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع وفق قواعد تنازع القوانين التي تراها مناسبة.
٤. الأعراف التجارية المحلية والدولية.

إذن من خلال هذه النصوص يتضح بأن الحل هو اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وإذا كان تم ذلك فيتوجب على المحكم الالتزام به، أما إذا لم يختار الأطراف ذلك القانون فليقوم المحكم بتطبيق القانون الذي نشير إليه قواعد الإسناد واجبة التطبيق ١.

المعاهدات الدولية:

تقضي المادة (٧) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ بأنه «للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع، فإذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي قدر المحكمون ملاءمتها في النزاع، وفي الحالتين يعتد المحكمون بأحكام العقد والعادات التجارية».

أما اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥ فتقضي المادة (٤٢) منها على أنه «عند عدم اتفاق الأطراف تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون هذه الدولة وكذلك مبادئ القانون الدولي في الموضوع».

١. د. نجلاء حسن سيد أحمد: التحكيم في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٨٥.

ومن خلال هذه النصوص يجب مراعاة أن النص على اعتبار قواعد الإسناد المقررة في الدولة الطرف في النزاع ضمن القواعد التي يطبقها المحكم تفتح المجال لتطبيق قانون أجنبي في النزاع الذي تكون الدولة طرف فيه ثم النفاذ من هذا المنطلق إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي ١ .
ولكن نموذج القانون الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة ١٩٨٥ وفي المادة (٢٨) منه تقادي الإشارة إلى قواعد الإسناد في الدولة التي يطبق قانونها:
وعليه فإن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يعني وجوب تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية في هذا القانون وليس قواعد الإسناد فيه.

أما المحكم فله الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديده.
وقد اقرت اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار التي ثور بين الدول ورعايا الدول الأخرى التي أقرها البنك الدولي في ١٨ مارس ١٩٦٥ في المادة (١/٤٢) هذا المبدأ، حيث نصت على أنه «تفصل المحكمة وفق قواعد القانون التي تقرها أطراف النزاع».
وذات المبدأ أقره معهد القانون الدولي في العديد من قراراته وخاصة القرار الصادر عام ١٩٩٢، حيث نصت المادة (٨) منه على أنه «للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الخاص بهم وهم يستطيعون الاتفاق على تطبيق أي قانون وطني آخر ٢ .

التشريعات الوطنية:

نصت المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري على ثلاث حالات يستطيع المحكم استخدامها لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وهي:
١ . تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا أتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك.
٢ . وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.
٣ . يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية ونوع المعاملة.
٤ . يجوز لهيئة التحكيم إذا أتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بأحكام القانون.

ومن هذه الأحكام يبين أن المشرع المصري سار على ذات نهج المعاهدات الدولية وأحكام ونصوص هيئات التحكيم الدائمة من حيث إعطاء الأولوية لإرادة أطراف النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق على

١ . د. أحمد محمد عبد البديع: شرح قانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص ٣٢١ وما بعدها.

٢ . مشار إلى هذه الأحكام في: د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

موضوع النزاع، وألزم المحكم بالتقيد بالقانون المختار من قبل الأطراف. أما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإن المحكم بما له من سلطة تقديرية في هذا الشأن يقوم باستظهار مؤشرات موضوعية ومعقولة لتحديد الإرادة الضمنية المفترضة للأطراف، كما أن تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، ولتحديد هذا القانون فإنه يتطلب ضرورة توافر الخبرة الكافية للمحكم وعنصري الحيطة والشفافية^١.

ومن جانب آخر فقد بالغ المشرع الكندي في إعطاء المحكمين سلطة تقديرية كبيرة في اختيار القانون للقانون الذي يقدرون ملاءمته ويحددون مقدار التعويض إذا لزم الأمر». وتتص الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه «في جميع الأحوال يقضي المحكمون طبقاً لأحكام العقد مع أخذ العادات المطبقة في الاعتبار»^٢.

ومما تقدم يتضح بأن الأولوية دائماً للقانون الذي أتفق الأطراف على تطبيقه، لأن هذه قاعدة ملزمة لأي محكم أياً كان نوع التحكيم الذي يعمل في إطاره، سواء أكان التحكيم خاصاً AD HOC أو كان تحكيمياً يتم أمام هيئة دائمة للتحكيم.

ومن القضايا التي فصلت فيها محكمة التحكيم عام ١٩٩٧ وطبقت فيها مبدأ سلطان الإرادة القضية المتعلقة بالنزاع الذي نشب بين زائير والشركة الأمريكية AMT ، حيث طبقت المحكمة الاتفاقية بين أمريكا وزائير بشأن تشجيع وحماية الاستثمار بين البلدين وكانت هذه هي الاختيار الصريح للأطراف في العقد المبرم بينهما^٣.

«ومما هو جدير بالذكر أن تطبيق قانون أجنبي على العقود الإدارية - إذا ما اختاره الأطراف - من شأنه أن يحرم الدولة من الامتيازات المقررة لها في هذه العقود، ويعاملها مع الطرف الأجنبي على قدم المساواة، مما قد يضر بمصالح البلاد الاقتصادية والحيوية التي تعمل هذه العقود على تحقيقها.

وعلى الرغم من أن التحكيم أصبح ضرورة لا بد منها في سبيل إصلاح اقتصاديات الدولة وجذب رؤوس الأموال الأجنبية في ظل التزايد الكبير في حجم المبادلات الاقتصادية، إلا أن ذلك يجب ألا يكون على حساب المصالح اليومية للبلاد، أو بتطبيق قانون لا يعترف للشخص العام بسمو مركزه القانوني الذي تقرره له مبادئ القانون العام والتي تستهدف تحقيق المصالح العامة وتفضيلها على المصالح الشخصية للمتعاقد مع الإدارة.

وترى الدكتورة نجلاء حسان سيد «أنه يجب على المشرع المصري أن يعدل نص المادة (٢٩) من قانون التحكيم (المشار إليها آنفاً) بحيث تقيد حرية أطراف التحكيم وتجعلهم يختارون القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو قانوناً آخر يعرف التفرقة بين المنازعة المدينة أو المنازعة الإدارية مما يحفظ الأساس القانوني لنظريات القانون العام ويحول دون أن تعمل الدولة المتعاقدة على تضمين العقود الإدارية شروطاً تتنافى مع

١. د. نجلاء حسان سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٨.

٢. د. نجلاء حسان سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٨٧.

٣. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٧٤.

هذه المبادئ» ١.

مدى التزام المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف:

من المستقر عليه في الفقه والقضاء أن المحكم يلتزم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف بشرط أن يكون هذا الاختيار صريحاً، سواء أكان هذا الاختيار في ذات العقد أو في وثيقة مستقلة وسواء أكان هذا الاختيار قد تم عند إبرام العقد أو في وقت لاحق على نشوب النزاع بين أطرافه. وتأسيس ذلك هو احترام مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية باعتبار أن أطراف العقد هم الأقدر على اختيار القانون المناسب لطبيعة العلاقة القائمة بينهم ٢.

ولكن ما الحكم إذا ما خالف المحكم ذلك القانون المختار من قبل الأطراف؟

إن بعض التشريعات حرصت على حماية حق أطراف العقد في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على النزاع عند لجوئهم إلى التحكيم، وأعطتهم الحق كذلك في رفع دعوى بطلان ضد حكم التحكيم في حالة ما إذا ثبت أن المحكم قد أهمل أو أستبعد تطبيق قانون الإرادة.

ومن ذلك المشرع المصري الذي قرر في المادة (٥٣) الفقرة الأولى من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم أن من أسباب بطلان حكم التحكيم استبعاد هيئة التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه من الأطراف للانطباق على موضوع النزاع.

وهذا النص يؤكد مرة أخرى على أن عدم احترام المحكم للقانون الذي يختاره أطراف النزاع يجعله مشوباً بالبطلان.

بينما المشرع الفرنسي لم ينتهج نهج المشرع المصري في ذلك الشأن، حيث إنه (المشرع الفرنسي) لا يبطل حكم التحكيم الذي لا يلتزم فيه المحكم بالقانون المختار من قبل الأطراف بل لا يعترف برقابة القضاء على أحكام التحكيم ٣ وأن القضاء المصري تبنى هذا الاتجاه في الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة في دعوى بطلان لحكم التحكيم رقم ٨ لسنة ١١٥ الصادر ضد الايطالية (المدعى عليه)، حيث إن الحكم التحكيمي قد استبعد القانون الواجب التطبيق وهو القانون الإداري المصري لكونها من أشخاص القانون العام والعقد محل الدعوى عقد إداري.

وقد قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم استناداً إلى أن الطرفين متفقان على تطبيق القانون المصري ومن ثم تطبق الأحكام الموضوعية فيه دون أحكام تنازع القوانين، وحيث إن غرفة التجارة الدولية بباريس قد طبقت قانون آخر غير القانون المتفق عليه بين الأطراف فإن هذا من شأنه أن يبطل الحكم» ٤.

١. د. نجلاء حسن سيد أحمد: الإشارة السابقة، ص ٤٩١.

٢. د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٧٤.

٣. د. نجلاء حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص ٤٨٧.

٤. د. نجلاء حسن سيد أحمد: المرجع السابق، ص ٤٩٠ وما بعدها.

هل يعني المحكم في التحكيم بالصلح من التعرف على القانون الواجب التطبيق على النزاع: أن التحكيم بالصلح يعتبر تخويلاً من الأطراف إلى المحكم بأن يتحرر من الالتزام بأحكام القانون، ولكن هل هذا يعني إعفاء المحكم من البحث والتعرف على القانون الواجب التطبيق على النزاع؟ مما لا شك فيه أن تخويل المحكم بالصلح يعني إطلاق يده في الفصل في النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة والأصناف والتحرر من أحكام القانون. لكن الواقع أن هذا التفويض لا يعفي هيئة التحكيم من التقيد بأحكام القانون الواجب التطبيق المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإن الحاجة تظل قائمة لتحديد هذا القانون. ومن ناحية ثانية، فليس هناك ما يحول بين المحكم وتطبيق قواعد القانون الواجب للعدالة والأصناف دون التقيد بالقانون ولكنه لم تفرض عليه ذلك ١ . ويرى جانب من الفقه أنه « لا مانع من أن يستند المحكم بالصلح إلى القانون ذاته متى كان ذلك يدعم حكمه ذلك أن التحكيم بالصلح وإن أفضى المحكم من تطبيق القانون، فإنه لم يمنعه من ذلك. فهمة المحكمة بالصلح لا تمنعه من تطبيق القانون وهذا هو ما قضت به محكمة استئناف باريس في ١٥ مارس سنة ١٩٨٤ من أن المحكم بالصلح يمكنه الفصل وفقاً للقانون بالمعنى الدقيق ٢ .

المبحث الخامس

سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عند غياب الإرادة

من خلال استقراء المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية في مجال التحكيم، يبين وجود اتجاهين في شأن سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عند غياب الإرادة، الأول يلزم المحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد تنازع القوانين، بينما الثاني يعطي للمحكم سلطة التحديد المباشر دون الاعتماد على قواعد التنازع.

أولاً: ضرورة المرور بقاعدة تنازع القوانين عند تحديد القانون الواجب التطبيق:

يرى أنصار هذا الاتجاه الفقهي وجوب الاعتماد على قاعدة تنازع القوانين لتحديد القانون الذي سيخضع له النزاع المطروح للتحكيم.

ولكن هذا الرأي منتقد من حيث صعوبة الأخذ به لتحديد أي نظام من أنظمة تنازع القوانين سوف يتبعه المحكم خصوصاً أمام تعدد الأنظمة التي قد يطبقها دون وجود معيار وحيد يطبق في هذه الحالة.

ولا شك في أن القول بالاعتداد بنظام التنازع في الدولة التي يحمل المحكم جنسيتها لكونه أكثر إماماً بهذا النظام عن غيره من أنظمة التنازع الأخرى أو لكونه المختار ضمناً من جانب الأطراف من منطلق اختيار

١ . د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها.

٢ . د. منير عبدالمجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، ٢٠٠٥، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

الأطراف لهذا المحكم يعد قولاً غير سديد، فقد يكون قد تم اختيار المحكم بواسطة مركز تحكيم الذي يجري التحكيم في طله أو تم اختياره من الغير وبالتالي فلن يكون مختاراً من قبل الأطراف ١ . ومن الصعب كذلك الأخذ بنظام التنازع في الدولة التي ينتمي إليها الأطراف بجنسيتهم باعتبار أن الأطراف في التحكيم وفي مجال المعاملات الخاصة الدولية غالباً ما ينتمون إلى جنسيات مختلفة. كذلك فإن الرأي القائل بإتباع المحكم لنظام التنازع في دولة مقر التحكيم تم إنتقاده لأن تحديد مقر التحكيم من قبل الأطراف غالباً ما يستند إلى الحيدة ليس أكثر، وقد لا يكون لدولة هذا المقر أدنى صلة بموضوع النزاع.

كما أن القول بتطبيق قواعد التنازع في الدولة التي كان من المفترض أن تختص محاكمها بنظر النزاع لو لم يتفق الأطراف على التحكيم، يتعارض مع الهدف الذي وجد من أجله التحكيم وهو تفادي الصعوبات المرتبطة بمشكلة الاختصاص القضائي الدولي.

فضلاً عن كل ما سبق فإن اتباع نظام التنازع في الدولة التي سوف تطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره، أثار صعوبة عملية تتمثل في كيفية تحديد المحكم مسبقاً وعلى وجه اليقين، الدولة المذكورة، ويزداد الأمر صعوبة إذا ما كان تنفيذ الحكم سيتم في أكثر من دولة.

وإزاء تلك الانتقادات التي وجهت إلى الأخذ بطريقة تنازع القوانين عند تحديد القانون الواجب التطبيق، سلم الفقه الغالب بترك المحكم حراً في الاختيار وتبنى قاعدة التنازع التي تبدو له أكثر ملاءمة، تبعاً لظروف القضية، والبعد عن إلزامه باتباع قواعد التنازع في دولة معينة بدلاً من تلك المعمول بها في أخرى، ولكون ذلك هو الحل الوحيد المنطقي في هذا الشأن.

ثانياً: إمكانية التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق من قبل المحكم دون الاستعانة بقواعد التنازع: الواقع العملي يثبت لنا أن الاتجاه المطبق عملياً مستقر على منح المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروف أمامه وذلك دون إلزامه بالمرور إلى نظام تنازع معين للوصول عن طريقه الى هذا القانون.

وتطبيقاً لذلك تصف تشريعات متعددة على أن للمحكم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة دون الالتزام باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بدولة معينة ٢ . كما أخذت العديد من التشريعات العربية في مجال التحكيم كالقانون الجزائري والمصري بذات المبدأ، وقضت بإعطاء المحكم السلطة المباشرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حال عدم اتفاق الأطراف وذلك دون إلزامه باللجوء إلى قاعدة تنازع، بل لم تفرض هذه التشريعات أية قيود على المحكم في ذلك سوى أن يكون هذا القانون هو الأكثر اتصالاً بالنزاع.

١ . د. جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص ٩٢ وما بعدها.

٢ . د. جمال محمد الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، المرجع السابق، ص ٩٤.

الوسائل التي يستخدمها المحكم للبحث عن القانون الواجب التطبيق ١:

١. التطبيق التجميعي (أو الشامل) لقواعد التنازع الوطنية، وبموجبها يفحص المحكم قواعد تنازع القوانين بالنسبة للقوانين المقترحة لمختلف الأنظمة القانونية المتعلقة بالنزاع، فإذا كان مضمون هذه القواعد مختلفاً، يجوز تحديد قانون وطني منفرد ليكون القانون الواجب التطبيق وهو القانون الأكثر ارتباطاً بالواقعة.
 ٢. اللجوء للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، وبموجبها يلجأ المحكم لقاعدة تنازع القوانين المقبولة على نطاق واسع على المستوى الدولي.
 ٣. الوسيلة أو الطريقة المباشرة، وبموجبها يجوز للمحكم عدم التقيد بقواعد تنازع القوانين المحددة وله أن يقرر اخضاع العقد لقانون دولة معينة وذلك بمقتضى طبيعة وخصائص العقد.
- وعلى الرغم من اختلاف هذه الطرق الثلاث إلا أن بينها قاسماً مشتركاً هو الوصول إلى تعيين القانون الأفضل الذي يتطابق مع التوقعات المشروعة للأطراف.

خاتمة

وفي ختام هذا البحث نرى إن القانون الذي إختاره الأطراف هو واجب التطبيق على العقد الإداري حال وجود إتفاق وإختيار للأطراف على القانون الواجب التطبيق أما عند غياب إختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق فإن الآراء تتباين بالنسبة لتحديد القانون الذي يحكم العقد في حالة عدم تحديده من قبل الخصوم. وتجدر الإشارة إلى ان ذات النظر ينطبق على القانون الإجرائي للتحكيم والقانون الموضوعي الذي يحكم موضوع النزاع.

قائمة المراجع

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٥.
- د. أحمد محمد عبد البديع: شرح قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤.
- د. أحمد مخلوف: دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د. اسامه أحمد شوقي المليجي: هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- د. أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العضو الأجنبي، دار الفكر العربي، ٢٠٠٣.
- د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
- د. جمال محمد الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.

١. د. اشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العضو الأجنبي المرجع السابق، ص ٢٨٤.

- د. جورجى شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- د. حسان عبدالسميع الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- د. حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
- م. حمدي ياسين عكاشه: العقود الإدارية في التطبيق العملي منشأة المعارف بالإسكندرية.
- د. سليمان الكماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.
- د. عاشور مبروك: الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦.
- د. عاطف شهاب: اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، ٢٠٠٢.
- د. عبدالحميد الشواربي: العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء والتشريع، منشأة المعارف، ٢٠٠٣.
- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
- د. عبدالله حنفي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- د. عصمت عبدالله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الأول، دار او المجد للطباعة، ٢٠٠٣.
- د. منصور محمد أحمد: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- د. منير عبدالمجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، ٢٠٠٥.
- د. موريس صادق: قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود لنشر والتوزيع، ١٩٩٩.
- د. نجلاء حسن سيد أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.

مهارات استخدام اللغة القانونية في مجال التشريع والإفتاء القانوني

المستشار الدكتور /عاطف سعدي محمد علي

المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

نائب رئيس مجلس الدولة المصري

مقدمة :

حدثنا التاريخ أن السبب في ظهور القانون هو تواجد الأفراد في جماعة تسعى للعيش في مجتمع منظم يكفل حماية كيانه واستمراره، فيتكفل القانون بدوره - من خلال وظائفه - بصون حريات الأفراد وحقوقهم ، وحفظ كيان المجتمع وتنظيمه ، بما يحقق المصلحة العامة .

ويقصد بالقانون بالمعنى الواسع مجموعة قواعد السلوك الإجبارية التي تضبط النظام في الجماعة وتحكم الروابط الاجتماعية بين الأشخاص ١ . ولا ريب أن القانون قد أصبح علماً له لغته الخاصة به ، تشمل هذه اللغة على مصطلحات ومفردات ينفرد بها هذا العلم ويتفرد بها ، ومن المنظور اللغوي التطبيقي قسم البعض لغة القانون إلى ثلاث لغات فرعية هي : لغة التشريع ، ولغة القضاء ، ولغة المحاماة ٢ .

وأياً كان الأمر ، فإنه يمكن رد لغة القانون إلى نوعين رئيسيين هما : لغة الصياغة القانونية، واللغة القانونية التحليلية.

وتعتبر لغة التشريع عن المضمون التشريعي الذي يصاغ في صورة نصوص تهدف إلى تحقيق مصلحة الجماعة ، وهو ما يعرف اصطلاحاً بالصياغة القانونية للتشريعات .

بينما تعتبر اللغة القانونية التحليلية عن العملية التطبيقية للقانون ، ويدخل في نطاقها لغة القضاء ، ولغة المحاماة ، ولغة الإفتاء .

ولغة الإفتاء عبارة عن نتاج عملية عقلية منطقية يتحرى من خلالها حقيقة الواقع بغية الوصول إلى القول الفصل في الموضوع المطروح عليه . وتدخّل ممارسة مهمة الإفتاء القانوني ضمن المجال التطبيقي للقانون، إلا أن تلك المهمة لها ما يميزها على نحو يستحق بحثها على استقلال.

١ . د/ شمس الدين الوكيل - الموجز في المدخل لدراسة القانون - منشأة المعارف المصرية - ١٩٦٧ - ص ٢

٢ . د/ عز الدين عبد الله - لغة القانون في مصر - مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٢٨٤ لسنة ١٩٨١ - ص ٢٠١

- عرض المشكلة :

اقتضى العمل في مجالي صياغة التشريعات والإفتاء القانوني في مصر وفي مملكة البحرين ، اقتضى ذلك البحث عن المراجع المتخصصة في مجالي الصياغة القانونية والإفتاء القانوني ، ولم يكلل هذا البحث بالنجاح بسبب ندرة المراجع العربية المتخصصة في كلا المجالين ، واقتصرت المعالجة الفقهية لموضوع الصياغة التشريعية على المراجع العامة التي يتم تدريسها لطلبة كلية الحقوق في مادة المدخل لدراسة القانون ، كما اقتصر تناول هذا الموضوع على دراسة القاعدة القانونية دون تناول الاساليب الفنية الدقيقة في عملية الصياغة التشريعية رغم ما لهذه الدراسة من أهمية بالغة على صعيد التكوين العقلي والقانوني للقائمين بهذه المهمة الشاقة .

أما في مجال الإفتاء القانوني ، فلم أجد مرجعاً واحداً تناول بالتأصيل أو التحليل مسألة الإفتاء القانوني ، اللهم إشارة عابرة تناولها كتاب الزميل الفاضل المستشار عليوة مصطفى فتح الباب ، ولكنها غير كافية لإشباع رغبة البحث في هذا المجال .

ووجدت أنه من المناسب التصدي لهذا النوع من الدراسة لسببين اولهما محاولة الكشف عن مهارات استخدام لغة القانون في مجالي التشريع والإفتاء القانوني ، وثانيهما محاولة سد النقص الذي تعاني منه المكتبة العربية في هذين المجالين ، لاسيما في مجال الإفتاء القانوني ، فإذا كانت المراجع العربية في مجال الصياغة التشريعية قليلة نسبياً ، فهي تكاد تكون منعدمة في مجال الإفتاء القانوني .

- خطة الدراسة:

يجمع منهج البحث بين التأصيل والتحليل معاً حيث يقوم على تأصيل القواعد التي ينبني عليها استخدام اللغة القانونية في مجالي الصياغة التشريعية والإفتاء القانوني ، ثم تحليل هذه القواعد في مجال صياغة القواعد الدستورية والقوانين واللوائح ، وكيفية تطبيق تلك القواعد في مجال الإفتاء القانوني ، وذلك كله من خلال منهج مقارنة بين ما جرى عليه العمل في كل من مصر ومملكة البحرين ، وبعد فإن هذا العمل المتواضع وهو عمل فقهي يحتمل الخطأ والصواب ، فإن حالفه الصواب فهو من عند الله جل شأنه ، وإن جانبه التوفيق فهو من عندي ، والله أسأل أن يهدينا إلى سواء السبيل .

فصل تمهيدي: لغة القانون والصياغة القانونية

المبحث الأول: مفهوم اللغة القانونية

المبحث الثاني: مفهوم الصياغة القانونية

الفصل الأول: استخدام اللغة القانونية في مجال الصياغة التشريعية

المبحث الأول: مفهوم وأصول الصياغة التشريعية

المطلب الأول: مفهوم الصياغة التشريعية .

المطلب الثاني: أصول الصياغة التشريعية

المبحث الثاني : مجالات استخدام الصياغة التشريعية

المطلب الأول : صياغة القاعدة الدستورية

المطلب الثاني: صياغة القوانين واللوائح

الفصل الثاني : استخدام اللغة القانونية في مجال الإفتاء القانوني

المبحث الأول : مفهوم الإفتاء القانوني ونطاقه

المطلب الأول : مفهوم الإفتاء القانوني .

المطلب الثاني : نطاق الإفتاء القانوني .

المبحث الثاني : استخدام اللغة القانونية في مجال الإفتاء القانوني .

المطلب الأول : الطبيعة الفنية لمهمة الإفتاء القانوني .

المطلب الثاني : بناء الرأي القانوني في مجال الإفتاء القانوني.

المبحث الثالث : مدى إلزامية الإفتاء القانوني

المطلب الأول : الإفتاء القانوني غير الملزم .

المطلب الثاني : الإفتاء القانوني الملزم .

الفصل التمهيدي

لغة القانون والصياغة القانونية

تمثل اللغة ١ وعاء الفكر القانوني، فهي تحتوي هذا الفكر وتتطبع بخصائصه، ونظراً للخصوصية التي

تمتص بها المعرفة القانونية، فإن لغة القانون يجب أن تتسم بالوضوح والدقة والصرامة.

وإذا أخذت هذه اللغة اتجاه تحديد العلاقة بين الأفراد على نحو حاسم وقاطع، فإن هذه اللغة تشكل

الصياغة القانونية، وعلى ذلك تقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم اللغة القانونية.

المبحث الثاني: مفهوم الصياغة القانونية.

المبحث الأول

مفهوم اللغة القانونية

يقصد بلغة القانون : لغة علم القانون ، ولهذا العلم - كما سبق أن ذكرنا - له مصطلحاته وتعريفاته

الخاصة به ، أما القانون محل الدراسة فهو القانون الوضعي أي مجموعة القواعد القانونية التي تشكل

١ . يمكن تعريف اللغة بأنها "نظام رمزي وصوتي ذو مضامين محددة تتفق عليه جماعة معينة يستخدمها أفرادها في التفكير والتعبير والاتصال فيما بينهم" . يراجع في ذلك : إياد عبد المجيد إبراهيم - مهارات الاتصال في اللغة العربية - الوراق للنشر

والتوزيع - بدون تاريخ نشر - ص ٦٣

النظام القانوني في الدولة.

العلاقة بين لغة القانون واللغة العادية:

وللدلالة على ما يتمتع به علم القانون من لغته الخاصة به نجد العلاقة بين تلك اللغة واللغة العادية تأخذ صوراً متعددة .

- فقد يتطابق المدلول اللغوي مع المدلول الاصطلاحي القانوني ، كما هو الحال في مدلول السب ، فقد أكدت محكمة النقض المصرية على أن المراد بالسب في أصل اللغة الشتم ، وهو المعنى الملحوظ في اصطلاح القانون الذي اعتبر السب كل إصاق لعيب أو تعبير يحط من قدر الشخص عند نفسه أو يخذش سمعته لدى غيره ١ .
- وقد يكون المصطلح القانوني أوسع مدلولاً منه في اللغة ، مثال ذلك مدلول «الإخفاء» الوارد بنص المادة (٤٤ مكرراً) من قانون العقوبات المصري إذ ليس المقصود به المعنى اللغوي المتمثل في إخفاء الشيء عن أنظار الناس، وإنما المقصود به حيازة الشيء المذكور أو الاتصال المادي به مهما كانت صفته، ولو كان علناً أو على مرأى من الناس ٢ .
- وقد يكون المصطلح القانوني أضيق مدلولاً منه في اللغة ، كما هو الحال بالنسبة للفظ «التزوير» الذي يأخذ في القانون مدلولاً أضيق منه في اللغة ٣ .
- وقد يكون للمصطلح القانوني مدلول مغاير للمعنى اللغوي كما هو الشأن بالنسبة للفظ القانوني «عين» ومعناه العقار.
- وقد يختلف المدلول الاصطلاحي للفظ الواحد من نص إلى آخر في ذات القانون ، كما هو الحال في قانون العقوبات المصري ، إذ يختلف مدلول الاختلاس المكون لجريمة السرقة وفقاً لنص المادة (٢١١) عن معنى الاختلاس المكون لجريمة خيانة الأمانة وفقاً لنص المادة (٢٤١) من ذات القانون ، إذ يعني في المادة (٢١١) إنهاء السارق لحيازة المال المعتدى عليه وإنشاء حيازة جديدة ومستقلة عن الأولى له أو لغيره بدون رضاء المجني عليه ، فيما يعني في المادة (٢٤١) كل فعل يدل على تغيير حيازة المال المؤتمن عليه من حيازة ناقصة لحساب الغير إلى حيازة كاملة مقترنة بنية التملك ٤ .
- وأخيراً ، قد يعرف القانون بعض المصطلحات التي لا وجود لها على الإطلاق في اللغة كما هو الحال بالنسبة لمصطلح «الكيوف القانونية» الذي ابتدعه الفكر القانوني والقضائي ٥ .

١. حكمها الصادر بجلسة ١٧/٢/١٩٧٥ - مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة ٢٦ - القاعدة رقم ٢٠ - ص ١٧٥

٢. د/ جابر محمد حجي - السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة- دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ٢٠١٢ - ص ٤٦

٣. د/ احمد عبد الظاهر - اللغة القانونية ومفرداتها - مقال منشور على شبكة الإنترنت بموقع www.kenanaonline.com

٤. د/ جابر محمد حجي - المرجع السابق - الإشارة السابقة .

٥. د/ احمد عبد الظاهر - المقال السابق .

أنواع لغة القانون :

يقسم البعض لغة القانون إلى ثلاثة أنواع هي : لغة التشريع ،ولغة القضاء ،ولغة المحاماة ، ولكل من هذه اللغات الثلاث سمات تميزها عن غيرها ١ .

وأياً كان الأمر ، فإنه يمكن رد لغة القانون إلى نوعين رئيسين هما : اللغة القانونية التحليلية ، ولغة الصياغة القانونية.

ويقصد باللغة القانونية التحليلية تلك اللغة التي تبني على التحليل القانوني، وتعرض وقائع قضية معينة، وتحدد الأسانيد القانونية ذات الصلة التي تدعم المسألة القانونية محل البحث، وتستشهد بالأراء والنصوص القانونية التي تساندها.

فالتحليل القانوني هو آلية التفكير التي يتم عن طريقها تطبيق القانون على القضية محل البحث. ٢ وهي اللغة المستخدمة في مجال كل من القضاء والإفتاء والمحاماة.

ونجد التحليل القانوني بدوره ينقسم إلى قسمين :

أ) التحليل الموضوعي : ويقصد به الكتابة القانونية التي تبحث بشكل موضوعي مسألة قانونية وتقدم الأسانيد التي تحكمها وتشرح وتطبق تلك الأسانيد للوصول إلى نتيجة ما ، ويستخدم هذا النوع من التحليل في مجال القضاء والإفتاء.

ب) التحليل القانوني الإقناعي: ويهدف إلى إقناع صانع القرار للفصل في نزاع على النحو الذي يؤيد وجهة النظر التي يتبناها القائم بهذا التحليل ، ويستخدم المشتغلون بالمحاماة هذا النوع من التحليل .

المبحث الثاني مفهوم الصياغة القانونية

الصياغة في اللغة من صاغ الشيء صوغاً أي هياؤه على مثال مستقيم ، ومادة الصياغة هي الكلام ، والكلام هو وسيلة التعبير- من خلال نظم مفرداته - عن المعنى المقصود، ويختلف أسلوب نظم الكلام من مجال إلى مجال ، ومن حال إلى حال ، فلكل مجال أسلوبه في البيان ٣ .

ولغة الصياغة القانونية هي تلك اللغة التي تهتم بشكل رئيسي بتحديد العلاقة بين الأطراف من خلال تكوين نص قانوني ملزم ، كالتوانين واللوائح والقرارات الإدارية الفردية والعقود ، فإذا كانت التشريعات تحدد العلاقة بين المخاطبين بها ، فإن العقد يوضح حقوق والتزامات أطرافه.

١. د/ عز الدين عبد الله - لغة القانون في مصر - مجلة مصر المعاصرة - العدد ٣٨٤ لسنة ١٩٨١ - ص ٢٠١
٢. يراجع في ذلك : محمود محمد على صبرة - أصول الصياغة القانونية - دار الكتب القانونية - الطبعة الثانية ٢٠١٠ - ص ٢٠ وما بعدها.
٣. مستشار عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ١٠٨٥

وقد ذهب اتجاه في الفقه ١ إلى القول بأن الصياغة القانونية هي أداة الصانع القانوني التي يستطيع من خلالها إيصال الغرض المقصود من القانون المقترح ، ويعيب هذا الرأي الخلط بين مفهوم الصياغة القانونية وبين مفهوم الصياغة التشريعية ، آية ذلك أن مفهوم الصياغة القانونية أوسع وأشمل من مفهوم الصياغة التشريعية ، حيث يتسع مفهوم الصياغة القانونية لكافة أشكال الصياغة التي تعتمد على النماذج القانونية ذات القوالب الثابتة ، كالقوانين واللوائح والعقود والوصايا والصكوك وغيرها ، فكل هذه النماذج تصاغ بلغة قانونية ، لها طابعها وسماتها ٢.

أما مفهوم الصياغة التشريعية فهو يقتصر على صياغة التشريعات سواء كانت رئيسية كالدستور والقوانين ، أو فرعية كاللوائح والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية ، ومن ثم تعتبر الصياغة التشريعية من هذا المنظور الضيق جزءاً من الصياغة القانونية ٣.

الفصل الأول استخدام اللغة القانونية في مجال الصياغة التشريعية

تمهيد وتقسيم :

ليس من قبيل المبالغة ما أكده الفقيه «ديكرسون» من أن الصياغة التشريعية تعد أصعب شكل من أشكال الصياغة القانونية ، نظراً لكون الصياغة التشريعية أكثر تعقيداً من الناحية الفنية ، وأكثر أهمية من الناحية الاجتماعية ٤.

وبدیهي أن للقاعدة القانونية غاية تسعى إلى إدراكها ، والصياغة التشريعية هي وسيلة إدراك تلك الغاية ، وبقدر ما تكون الوسيلة ملائمة وموفقة ، بقدر ما يكتب للقاعدة القانونية النجاح في التطبيق ٥ ، لذلك يبدو جلياً ما تحظى به الصياغة التشريعية من أهمية عند صياغة التشريعات في مجالات استخدامها سواء عند صياغة القاعدة الدستورية أو القوانين واللوائح والقرارات الفردية ، وينبغي أن يسبق بيان ذلك ، تحديد مفهوم الصياغة التشريعية والوقوف على أصول هذا النوع من أنواع الصياغة ، وعلى ذلك تقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم وأصول الصياغة التشريعية

المبحث الثاني: مجالات استخدام الصياغة التشريعية

١. حيدر سعدون المؤمن - مبادئ الصياغة القانونية - بحث منشور على الشبكة الالكترونية- ص ٢
٢. مستشار عليوة مصطفى فتح الباب - المرجع السابق - ص ١٠٨٦
٣. لمزيد من التفاصيل ، أنظر محمود محمد على صبرة - المرجع السابق - ٢١
٤. مشار إليه ، محمود محمد على صبرة - المرجع السابق - ص ٢٢
٥. انظر : د/ شمس الدين الوكيل - الموجز في المدخل لدراسة القانون - القاعدة القانونية - منشأة دار المعارف - ١٩٦٧ - ص

المبحث الأول مفهوم وأصول الصياغة التشريعية

إذا كانت أهمية الصياغة تظهر في كل قاعدة قانونية ، أياً كان مصدرها ، فإن هذه الأهمية يعظم شأنها في القواعد القانونية التي يكون التشريع مصدرها لها ، ذلك أن القاعدة التشريعية يتم التعبير عنها في صورة مكتوبة .

ونبين فيما يلي ، مفهوم الصياغة التشريعية ، في مطلب أول ، ونعقبه ببيان أصول الصياغة التشريعية ، وذلك في مطلب ثان .

المطلب الأول: مفهوم الصياغة التشريعية .

المطلب الثاني : أصول الصياغة التشريعية

المطلب الأول مفهوم الصياغة التشريعية

الصياغة لغة هي : من صاغ الشيء صوغاً أي هيأه على مثال مستقيم ، وصاغ الكلام أي هيأه ورتبه ،

ويقال كلام حسن الصياغة أي جيد ومحكم.١

والصياغة اصطلاحاً هي : مجموعة الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية إلى الوجود العملي إخراجاً

يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها.٢

والعملية التشريعية هي في الأساس عملية ذهنية تستهدف تنظيم مسألة ما ، أو معالجة حالة اجتماعية أو مشكلة تواجه المجتمع وتحتاج إلى تدخل السلطة التشريعية ، لتضع لها مجموعة من الحلول التي تكفل

تحقيق السلام الاجتماعي والأمن القانوني.٣

ولا تقتصر العملية التشريعية على الصياغة الشكلية فقط ، وإنما تمتد إلى جوهر القانون نفسه، إذ يجب

على أعضاء السلطة التشريعية رصد الظاهرة الاجتماعية التي تستوجب التدخل التشريعي، وفهمها،

وتحليلها ، واقتراح ما يناسبها من حلول تشريعية ، ثم النظر فيما يترتب على كل اختيار تشريعي من

نتائج، وصولاً إلى اختيار أفضلها على تحقيق الأهداف المطلوبة، فالتشريع في جوهره مفاضلة بين القيم،

وتوفيق بين المصالح المتعارضة، واختيار لواحد من الحلول البديلة التي يطرحها الواقع لمعالجة مشكلة من

المشاكل.٤

١. المعجم الوسيط - الطبعة الثانية - ١٩٧٢ - ص ٥٥٤

٢. المستشار عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ٩٢٩

٣. يراجع : دكتور وائل محمد يوسف - تحليل مشروعات القوانين - مجلس النواب بمملكة البحرين - قسم التدريب والتطوير

- ص ١

٤. د/ أحمد كمال أبو المجد - حوار لا مواجهة - حوارات حول الإسلام والعصر - مجلة العربي - ابريل ١٩٨٥ - ص ٩٢

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن هذا المعنى بقولها « أن النصوص التشريعية لا تصاغ من الفراغ ، ولا يجوز انتزاعها من واقعها ، وهي بعد مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص في فلكها ، ويفترض دوماً أن المشرع رقى إلى بلوغها متخذاً من صياغة النصوص التشريعية سبيلاً لها ، ومن ثم تكون المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل نص تشريعي ، وإطاراً لتحديد معناه .»^١

فالصياغة التشريعية إذن هي بمثابة تحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ، ويتم ذلك عن طريق اختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون القاعدة ، وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق .

ولا غرو في أن الصياغة التشريعية تعد عنصراً مهماً من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، فهي التي تخرجها إلى حيز الوجود ويتوقف نجاح تلك القاعدة على دقة الصياغة ومدى ملاءمة أدواتها . لهذا ينبغي مراعاة الدقة في صياغة القاعدة التشريعية ، بحيث تأتي هذه الصياغة وفق أصول فنية معينة ، حتى يكتب النجاح لهذه القاعدة على نحو يحقق الهدف من وجودها ، ومن ثم نتناول في المطلب التالي أصول الصياغة التشريعية .

المطلب الثاني أصول الصياغة التشريعية

تتنوع أصول الصياغة التشريعية ، فلا بد أولاً من تحديد الغرض من التشريع ومراعاة المبادئ القانونية التي تؤثر على مضمونه ومحتواه ، وهناك كذلك أصول تتعلق بالقواعد الأساسية الحاكمة للصياغة التشريعية بصفة عامة ، وثمة قواعد أساسية لبناء القاعدة التشريعية ، وكذلك أصول تتعلق بالقائم بعملية الصياغة .

أولاً: تحديد الغرض من التشريع واحترام المبادئ القانونية المؤثرة على محتوياته:

تبدأ عملية الصياغة التشريعية بتحديد واضح للأمور التي تستدعي التشريع وبيان الأهداف المراد تحقيقها منه ، فالسياسة التشريعية الواضحة تستلزم إيضاح طبيعة الأهداف ، والتي قد تكون ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ، وأساس خطة التشريع في هذه المرحلة هو ووضوح الأساس المنطقي لاقتراح التشريع ، وينبغي على صانع التشريع أن يأخذ بعين الاعتبار العوامل المؤثرة في بناء التشريع المقترح ، وتتبلور هذه العوامل في الآتي:

(أ) توافق التشريع المقترح مع القواعد الدستورية :

في أي نظام قانوني يجب أن تتوافق النصوص التشريعية مع أحكام الدستور وتتسجم معها ، ويتعين تحقيق هذا التوافق والانسجام من ناحيتين :

١ . حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٢ ق دستورية - مجموعة أحكام المحكمة - الجزء الخامس - قاعدة رقم ١٧ ص ٢١٢

الأولى : تتمثل في ضرورة توافق التشريع المقترح مع النصوص والأحكام الدستورية.

الثانية : ضرورة مراعاة الأحكام الصادرة بشأن دستورية النصوص ، وذلك بعدم معاودة إصدار تشريعات سبق وأن صدر حكم بعدم دستورتيتها - سواء قوانين أو لوائح - فمثل هذا السلوك يمثل إفرغاً للحكم من مضمونه والتفافاً على حجتيه. ١.

ب) الالتزامات الدولية : تقتضي صياغة التشريعات وإصدارها مراجعة المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الأثر الملزم لمراعاة انسجام مشاريع القوانين الوطنية مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

ج) مراعاة قواعد المساواة :

القاعدة في هذا الشأن أنه إذا تماثلت الظروف وجب المساواة في الحكم ٢. بيد أنه يجب الأخذ في الاعتبار أن المقصود بالمساواة في هذا الصدد المساواة النسبية وليست المساواة المطلقة ، فلا مجال للمساواة إذا اختلفت المراكز القانونية. ٢.

د) مراعاة فكرة الأمن القانوني :

غاية القانون أن يأمن كل فرد في المجتمع على نفسه وماله ، فالقانون بما يضعه من قواعد يسير عليها المجتمع يهدف إلى بسط حمايته على كل ذلك ، ويقتضي وضع هذه الفكرة موضع التطبيق ضرورة التزام السلطات العامة قدرأ من الثبات النسبي للعلاقات القانونية ، وحدأ أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة. وتطبيقاً لذلك ، انتهت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى تقييد الأثر الرجعي للضرائب والرسوم لكونه يخل بالثقة المشروعة في التعامل إذا كان مبلغها يجاوز الحدود المنطقية لتوقعات الأفراد؛ ، ويترتب على احترام القائم بالصياغة التشريعية لفكرة الأمن القانوني تجنب عدم الرجعية في إصدار التشريعات ، والأخذ في الاعتبار عند تحديد تاريخ العمل بالتشريع ما قد يقتضيه ذلك من تحديد فترة ما تفصل ما بين نشر القانون والعمل به ، أو تطبيق التشريع بعد فوات فترة انتقالية .

١. وقد انتهى قسم التشريع بمجلس الدولة في مصر - بشأن مشروع لائحة مرشدي هيئة ميناءي الإسكندرية والدخيلة - إلى أنه: " يتعين إعادة النظر فيما ورد بالمادة (٥٩) والتي تتعلق بجواز منح المرشد إجازة خاصة لمرافقة الزوجة وذلك اتساقاً مع حكم المادة ١/٦٩ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة والمعدل بالقانون رقم (٢٠٢) لسنة ١٩٩٤م نزولاً على ما قضت به المحكمة الدستورية العليا باعتبار أن الإجازة الخاصة لمرافقة الزوجة وجوبه ولا تملك الجهة الإدارية إلا الموافقة على منح هذا النوع من الإجازات لمن توافر فيه مناط الحصول عليها دون أن يكون بملكها أن تفرض قيوداً تمس حق العامل في الحصول على هذه الإجازة أو تحد منه ولا وقع ما سنته من قيود حول هذا الحق في حومة مخالفة الدستور إذ ينال من وحدة الأسرة وترباطها ويخل بالأسس التي تقوم عليها وبالركائز التي لا يستقيم المجتمع بدونها". (ملف رقم ٢٠٠٢/١م)
٢. وقد سبق أن عبر عن ذلك قسم التشريع بمجلس الدولة بقوله: يجوز للقانون أن يقرر شمول الإعفاء لطوائف أخرى تخدم في القوات المسلحة في نفس الظروف التي تخضع لها أفراد القوات المسلحة". (ملف رقم (٠١٤٨) لسنة ١٩٧١ - جلسة ١٩٧٣/٣/٢٥).
٣. وقد أوضح قسم التشريع بمجلس الدولة حدود مبدأ المساواة بقوله " ليس المقصود بالمساواة في مفهوم نص المادة... من الدستور المساواة المطلقة وإنما المقصود بها المساواة النسبية بمعنى المساواة في الحقوق والواجبات بين جميع من تتحقق فيهم الشروط اللازم توافرها للتمتع بالحق أو الالتزام بالواجب". (ملف رقم (٢٢٧) لسنة ١٩٧٤م - جلسة ١٩٧٤/٨/٢٥م).
٤. حكمها في القضية رقم ٢٠٨ لسنة ٢٤ق - جلسة ١١-٦-٢٠٠٦ - مجموعة المكتب الفني ١١ - ص ٢٦٤٤.

هـ) مراعاة تحقيق الفاعلية لأحكام التشريع :

حتى يحقق التنظيم التشريعي غايته، يجب أن يراعي - عند سنه - تحقيق الفاعلية لأحكامه، وأن يقترن الخروج على قواعده بجزء ١، وتجنب التوسع في تقرير الاستثناء من أحكامه .

ثانياً: القواعد الأساسية الحاكمة للصياغة التشريعية بصفة عامة :

تطوي القاعدة التشريعية على عنصرين هما الفرض، والحكم . والفرض هو الصورة التي يفترضها المشرع بالنسبة إلى وقائع مجردة أو أشخاص غير معينين بالذات ، أما الحكم فهو الحل القانوني لمواجهة الفرض العام .

وتقوم الصياغة الجيدة على قواعد أساسية تتمثل في :

أ) دقة الصياغة : ضرورة مراعاة الدقة في اختيار الألفاظ المعبرة عن الفرض والحكم ، فالدقة تسهل فهم القاعدة القانونية ، وتيسر تحديد مجال تطبيقها ، وبذلك يمكن تجنب أية صعوبة تنشأ عن هذا التطبيق .

ب) الصياغة المنطقية: يجب أن تكون الصياغة منطقية يقبلها العقل والفكر ، حتى تلقى قبولاً لدى المخاطبين بأحكامها ، ويستجيبوا لها دون عناء .

ج) الملاءمة مع الواقع: يشترط في الصياغة بصفة خاصة أن تكون ملائمة أو مناسبة للوقائع التي ستطبق عليه القاعدة القانونية ، وذلك حتى لا تكون القاعدة القانونية في معزل عن مجال تطبيقها ، وكما جاءت الصياغة متممة بالواقعية ، كلما كانت قريبة إلى عقول المخاطبين بأحكامها .

غير أن الجمع بين هذه القواعد ليس سهلاً في مجال العمل ، فالحرص على الدقة والاستجابة للمنطق قد يكون على حساب القرب من الواقع ، ذلك أن الصياغة الواضحة أو المنطقية قد لا تستطيع - مهما بلغت من الإتقان - متابعة الواقع كله بما يتضمنه من صور حية تبدو أكثر تعقيداً .

وحلاً لمشكلة التوفيق بين منطقية الصياغة ودقتها، وبين تعبيرها عن الواقع ، يتعين أن تكون الصياغة القانونية قريبة من الواقع دون إسراف في الأساليب المنطقية المعقدة ، فالمشرع الماهر هو الذي لا يستسلم للأساليب المنطقية والعقلية البحتة إلى الحد الذي يعزله عن الواقع ، وفي ذات الوقت ، لا ينقاد نحو الواقع إلى الحد الذي يخرج به عن أصول الصياغة المحكمة ، ويسترسل في جزئيات وتفاصيل تفقد القاعدة التشريعية هيبتها .

والخلاصة فيما تقدم ، أن القواعد الأساسية للصياغة التشريعية ليست محض قواعد نظرية، بل هي قواعد منطقية تتسم بالدقة، ولا بد وأن تأتي معبرة عن الواقع ٢، وتتجلى مظاهر التوفيق بين تلك القواعد عند

١. وهذا ما أكد عليه قسم التشريع بمجلس الدولة بقوله: "إذا كان هدف الوزارة من المشروع هو إضافة حظر تداول أغذية معينة أو الإعلان عنها إلا بعد تسجيلها والحصول علي ترخيص بتداولها، فإن عدم تضمين المشروع عقاباً على مخالفة ذلك ، ودون ان تسمح بقية النصوص بعقاب المخالف بأية عقوبة ، يؤدي إلى عدم تحقيق الغرض الذي أعدت الوزارة من أجله المشروع . (ملف رقم ١٩٢) لسنة ١٩٧٥ م - جلسة ١٩٧٥/٦/٢٨) .

٢. ويعبر الفقيه الفرنسي "سافيني" عن هذا المعنى بقوله: أن القانون نتاج الأمة ومنبعث منها ووليد البيئة الاجتماعية المتطورة ، وأنه ينشأ في ضمير الجماعة - مشار إليه - د/ جابر حجي - مرجع سابق ص ٣٥٥

بناء القاعدة التشريعية

ثالثاً: بناء القاعدة التشريعية:

يتحرى المشرع الصياغة التشريعية التى توفق بين الدقة والمنطق وبين الواقع بالجمع بين الصياغة الحاسمة والصياغة المرنة ١، وأياً كان نوع الصياغة المستخدمة ، فإنه يتم التعبير عنها عند بناء القاعدة التشريعية بطرق مادية أو ذهنية ، ويجب أن يتم ذلك على ضوء منهج محدد لضبط أسلوب ولغة الصياغة .

الصياغة الحاسمة(الجامدة) والصياغة المرنة :

تتميز الصياغة الحاسمة بأنها تستخدم التعبير الجامد الذى لا يقبل التغيير ، ولا يخضع للتقدير عند التطبيق ، وتتسم هذه الصياغة بالدقة فى تحديد الفرض الذى تنظمه القاعدة والحكم الذى ينطبق على هذا الفرض، وبالتالي يتجرد تطبيقها من السلطة التقديرية ٢.

أما الصياغة المرنة فهي تتميز بترك المجال مفتوحاً لاستجابة القاعدة لظروف الواقع وملابساته ، فهي تضع حكماً يتسع لسلطة تقدير القاضي على ضوء الوقائع المطروحة أمامه ٣. والمهارة فى التشريع تقتضى اختيار الصياغة الملائمة لكل قاعدة قانونية ، فالقواعد التى تحتاج أحكامها إلى الثبات والاستقرار يناسبها استخدام الصياغة الجامدة ، مثل القواعد المتعلقة بإجراءات التقاضى ، ومواعيد الطعن فى الأحكام ، أما القواعد التى تقتضى أحكامها الاقتراب من الواقع فتناسبها الصياغة المرنة ٤.

طرق الصياغة :

إذا كانت الصياغة هي وسيلة التعبير عن إرادة المشرع ، فإن الأدوات المستخدمة فى تلك الوسيلة قد تكون أدوات (طرق) مادية ، وقد تكون ذهنية.

الطرق المادية للصياغة :

يمكن القول بأن الصياغة المادية هي وسيلة التعبير عن حكم القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً ذا مظهر خارجى .

١. لمزيد من التفاصيل حول طرق أساليب الصياغة انظر : عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ٩٣٥ وما بعدها
٢. ومثال ذلك ، القاعدة التى تقتضى بأن من يبلغ إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة يكون كامل الأهلية ، تعتبر قاعدة ذات صياغة حاسمة ، فلا يقبل معها القول بأن شخصاً معيناً قد اكتمل نضوجه قبل بلوغه هذه السن ، أو أن شخصاً بلغ هذه السن ولكنه ناقص البلوغ غير جدير بالأهلية الكاملة .
٣. ومن أمثلة الصياغة المرنة تقرير المشرع العقابى للعقوبة باستخدام الحدين الأدنى والأقصى ، والتنوع فى العقوبة بين العقوبات السالبة للحرية وبين العقوبات المالية والتدابير الاحترازية ، وترك مساحة اختيار للقاضي الجنائى للحكم بالعقوبة التى تناسب مع ظروف الواقعة من ناحية ، وخطورة الجاني من ناحية أخرى .
٤. فالقاعدة القانونية التى تمنح القاضي سلطة تقدير التعويض الجابر للضرر تتيح للقاضي النظر فى حجم الضرر ومداه ، والعمل على تحقيق العدل من خلال تقدير التعويض تقديراً عادلاً .

ومن أهم هذه الطرق ما يأتي :

١- **التعبير بالأرقام** : ويطلق عليه الفقه إحلال الكم محل الكيف ، إي التعبير عن القاعدة برقم معين ١ ، ويتم الاستعانة به بصفة خاصة لحماية واستقرار المعاملات ، ويتميز هذا التعبير بأنه لا يحتاج جهداً في التطبيق ، كما أنه ميسور الفهم والإدراك .

وليس من قبيل المبالغة القول بضرورة الاعتدال في استخدام هذه الطريقة من طرق التعبير ، فعلى الرغم مما تتمتع به من سهولة في الإدراك ، إلا أنها لا تخلو من العيوب ، إذ فضلاً عن كونها أداة تحكمية ، فإنها قد تصير غير معبرة عن الواقع بمرور الزمن ، ومن قبيل ذلك القوانين التي تحدد قيمة الإيجار بأرقام معينة ، فإن أي تغيير في قيمة العملة يجعل هذا التقدير موضع نظر ، مما يضطر معه المشرع لتعديل تلك التشريعات بما يلائم التغيير القائم على قيمة العملة .

٢-التعبير الشكلي :

يستخدم المشرع الأسلوب الشكلي في الصياغة بغية تحقيق ضمانات معينة لكفالة أمن التعامل واستقراره ، فقد يستلزم توافر شكل معين حتى ينشأ التصرف القانوني ٢ ، أو يستلزم عنصر الشكل لإثبات التصرف القانوني ٣ ، أو ضرورة توافر الشكل لإعلان الغير بوجود التصرف ٤ .

الطرق الذهنية للصياغة :

إذا كانت الصياغة المادية هي وسيلة التعبير عن حكم القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً - على ما سلف القول - فإن الصياغة الذهنية هي وسيلة التعبير عن حكم القاعدة القانونية في صورة يظهر فيها عمل المنطق والفكر .

ومن أهم هذه الطرق القرائن القانونية ، والحيل والافتراضات القانونية .

١- القرائن القانونية :

يقصد بالقرينة القانونية أخذ المشرع أمراً مشكوكاً فيه - ولكنه تبعاً للغالب والمألوف في العمل - على أنه أمر مؤكد ٥ .

والمشرع عندما يضع قرينة قانونية لا يؤسسها على حقيقة ثابتة مستقرة ، وإنما ينتزعها من احتمال يغلب وقوعه ٦ ، ويصنع من هذا الاحتمال حقيقة قانونية مؤدية إلى نتائج معينة .

١. ومثال ذلك تحديد مدة الطعن في الأحكام بمدد معينة ، وتحديد التقادم المسقط للالتزام بخمسة عشرة سنة كقاعدة عامة .
٢. كما هو الحال بالنسبة لهبة العقار ، حيث يشترط القانون إفراغ التصرف في ورقة رسمية .
٣. كاشتراط إثبات التصرف في المواد المدنية الذي تزيد قيمته على مبلغ معين بالكتابة .
٤. ومثال ذلك اشتراط قيد الرهن لنفاذه في مواجهة الغير .
٥. راجع : مستشار عليوة فتح الباب - مرجع سابق - ص ٩٥١
٦. د/ شمس الدين الوكيل - مرجع سابق - ١٥٧ .

ويعد استخدام القرائن القانونية فى نطاق الإثبات هو الأكثر شيوعاً ، ومن ذلك مثلاً الخطأ المفترض كأساس لمسئولية متولى الرقابة على القاصر ، ويعلق أستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهورى على هذه القرينة بقوله « إذا ارتكب الخاضع للرقابة عملاً غير مشروع افترضنا أن المكلف بالرقابة قد قصر فى رقابته من جهة ، وأساء تربيته من جهة أخرى »^١.

وقد يستخدم المشرع القرينة القانونية كوسيلة لتبرير حكم القاعدة القانونية ، فالمشرع حينما يقرر الحجية للحكم القضائى ، فإن القرينة التى تبرر هذا الحكم تتمثل فى أن الحكم القضائى هو عنوان الحقيقة .

والقرينة القانونية قد تكون بسيطة تقبل إثبات العكس ، ومن قبيل ذلك قرينة الخطأ المفترض بالنسبة لمتولى الرقابة ، إذ يستطيع التخلص من المسئولية إذا أثبت قيامه بواجب الرقابة ، وقد تكون قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، ومثال ذلك قرينة افتراض العلم بالقانون بمجرد نشره .

٢- الحيل والافتراضات القانونية :

إذا كان المشرع يؤسس القرينة القانونية على احتمال يغلب وقوعه - على نحو ما سلف بيانه - فإن الحيل والافتراضات القانونية تقوم على وهم يصنعه المشرع بقصد تحقيق غاية معينة ، وهى تعتبر من طرق الصياغة المصطنعة التى تمثل أقصى درجات البعد عن الواقع .

ومن ابرز الأمثلة على الحيل والافتراضات القانونية فكرة العقار بالتخصيص ، فهى بحسب الأصل منقولات بطبيعتها خصصها المالك لخدمة العقار ، وتكتسب هذه المنقولات صفة العقار على سبيل الافتراض بالمخالفة لطبيعتها ، وبالتالي فالمشرع يصنع وهماً لا يطابق الواقع بغرض تحقيق نتيجة محددة ، وهى إخضاع المنقول للمركز القانونى للعقار الذى يخدمه ، فلا يجوز الحجز عليه وفقاً لقواعد الحجز على المنقول ، كما لا يصح الحجز عليه مستقلاً عن العقار^٢.

بيد أنه يجب الحد من استعمال الحيل والافتراضات القانونية فى مجال الصياغة التشريعية بسبب إسرافها فى البعد عن الواقع ، وإذا كان استعمالها بقصد تحقيق غاية معينة ، فإنه يجب الوقوف عند تحقيق الغاية التى يستهدفها المشرع فقط .

ضوابط جودة التشريع :

لأسلوب الصياغة أهمية كبيرة فى تحويل أغراض التشريع إلى مجموعة متماسكة من القواعد المنسجمة والواضحة ، ومن خلال أسلوب الصياغة واللغة المعبرة عن التشريع يمكن استخلاص الأحكام القانونية التى تسجم مع أغراض التشريع ، ويتعين إتباع منهج محدد لضبط أسلوب ولغة الصياغة ، وذلك من خلال مراعاة القواعد الآتية :

١ . أن تكون لغة الكتابة واضحة والصياغة بسيطة وموجزة ، ومن شأن استخدام لغة بسيطة ومألوفة ،

١ . عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - ج ١ - ص ١٠٠٦

٢ . لمزيد من التفاصيل راجع : د / شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ١٦٢

أن تكون أحكام التشريع واضحة ، ويعزز ذلك القدرة على فهمها وحسن تطبيقها . وقد وصف الدكتور عبد الرزاق السنهوري مواصفات لغة التشريع بقوله «يجب أن تكون واضحة دقيقة ، فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقاً ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهماً ، ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به»^١ .

٢. تكوين النصوص من عبارات ذات دلالة على المعنى المقصود من النص.
٣. تجنب استخدام عبارات أو مصطلحات تدل على جنس معين.
٤. إذا كان محتوى النص يشير إلى عدد من الحالات أو ينظم أكثر من شأن، أو يتضمن شروطاً لبعض الحالات التي هي جزء من مضمونه يفضل تحديد عناصر النص وتقسيمها عند الصياغة إلى أجزاء على شكل فقرات.
٥. ضبط التعريفات : التعريف هو تخصيص للمعنى الذي رعى إليه المشرع لفهم دلالة العبارة، لذلك ينبغي استخدام التعريفات فقط في حالتين :

- (أ) عندما يكون معنى المصطلح مهماً لفهم وتطبيق التشريع المقترح .
- (ب) إذا تم استخدام المصطلح بشكل متكرر في التشريع.

غير أنه يجب عند وضع التعريفات مراعاة المعاني التي خصصت لها العبارة المعرّفة في القوانين القائمة، وإمعاناً في بيان أهمية الاصطلاح القانوني يرى جانب من الفقه ضرورة الاهتمام بهذا الاصطلاح من حيث نشأته وتطوره ، ويذهب إلى أن ذلك يمكن أن يشكل فرعاً جديداً من فروع علم القانون يطلق عليه علم الاصطلاح القانوني^٢ .

٦. يجب بناء الموضوعات التي سيتم معالجتها في التشريع المقترح بطريقة تحترم منطلق العلاقة فيما بين القوانين القائمة وعلى رأسها الدستور وبين التشريع المقترح، وضبط حالات التداخل أو التعارض مع النصوص الأخرى.

٧. الدراسة المقارنة : عند نظر مشروع قانون ما فلا ضرر من عمل دراسة مقارنة مع القوانين المحيطة بنا، للتعرف على التطور التشريعي الحادث في العالم والذي يفرض نفسه على الجميع.

٨. مراعاة متطلبات الترتيب والتبويب: يفترض الترتيب المحكم للنص القانوني المتكامل البدء بديباجة تجمع فيها القوانين ذات الصلة، ويستحسن البدء بتمهيد يتضمن نطاق القانون الموضوعي والزمني، ثم جمع ما تشابه أو ارتبط من أحكام تحت عنوان واحد أو قسم معين، بحيث يراعى الانتقال من الحكم العام إلى الخاص ومن الأحكام التمهيدية إلى الأحكام الجوهرية، ومن الأساسية إلى الفرعية، ومن الموضوعية إلى الإجرائية والانتهاية- إذا لزم الأمر- بباب يخصص للأحكام الختامية والانتقالية التي غالباً ما تلغي التشريع السابق إلغاءً صريحاً، وتؤمن انتقالاً سلساً ومدروساً من نطاق قانوني إلى آخر، بحيث تتم المحافظة على الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة.

١. مشار إليه : د/ عز الدين عبد الله - مرجع سابق - ص ٩ وما بعدها .

٢. د. أحمد عبد الظاهر - اللغة القانونية ومفرداتها - مقال سبقت الإشارة إليه

رابعاً : الأصول المتعلقة بالقائم بعملية الصياغة :

ذكرنا آنفاً أن الصياغة لغة هي من صاغ الشيء صوغاً أي هيأه على مثال مستقيم ، وصاغ الكلام أي هيأه ورتبه ، كما ذكرنا أن العملية التشريعية هي في الأساس عملية ذهنية ، وأن هذه العملية لا تقتصر على الصياغة الشكلية فقط ، وإنما تمتد إلى جوهر القانون نفسه .

وعلى ذلك ، يأتي دور الصائغ الذي يتولى تحويل المواد الخام إلى نصوص قانونية قابلة للفهم والتطبيق أي أننا إزاء عملية من مستويين متداخلين باستمرار ، الأول هو تحديد السياسة التشريعية والأهداف المرسومة للتشريع المقترح ، والثاني هو وضعها في أطر مقننة . ولما كان القانون علماً له لغته التي يتفرد بها عن غيره من العلوم الإنسانية الأخرى ، فإن القائم على عملية الصياغة التشريعية - شأنه شأن الصانع الماهر في حرفته - ينبغي أن يتمتع بمجموعة من المهارات ، تشكل في مجموعها العناصر الواجب توافرها في الصائغ حتى يستطيع أن يخرج بالنص القانوني على الشكل الصحيح المؤدي للهدف من إخراجه ، وهي مهارات لغوية وقانونية وذهنية .

أ - الإلمام الجيد بمفردات اللغة ودلالاتها:

تعتمد الصياغة القانونية على إفراغ إرادة المشرع و قصده في ألفاظ النص القانوني بصورة القصر و الشمول^١.

وإذا كانت الألفاظ هي جسد النص القانوني، فإن المدلولات اللغوية لهذه الألفاظ هي روحه التي يستمد منها قوته و فاعليته ، فالصياغة التشريعية الجيدة تأتي دائماً نتيجة فن لغوي يتسم بالحيطه و الحذر ، لذلك ينبغي أن يكون الصائغ على دراية كافية بمفردات اللغة ودلالاتها ، ممسكاً بنواصيها ، فالكثير من مفردات اللغة العربية ينظر إليها على أنها تؤدي إلى نفس المعنى ، بينما هي في الحقيقة تقود إلى معان مختلفة^٢.

ب - توافر المهارات القانونية للصائغ :

لا يكفي أن يكون القائم بالصياغة التشريعية مجرد دارس للقانون ، بل ينبغي أن يكون خبيراً عالماً بالأدوات التي تعينه على القيام بمهمته وهي النصوص القانونية المختلفة، والفقهاء الشارح للنظريات القانونية والأحكام القضائية المرتبطة وخاصة تلك التي تؤسس لمبادئ قانونية مستقرة . فلا شك أن الصياغة التشريعية فن وعلم لا بد لتمام معرفته من دراسات مستفيضة وتجارب طويلة، فمن تسند له مهمة صياغة التشريعات لا بد أن يكون لديه قدر كبير من العلم والمعرفة في علم القانون وأصوله

١ . ويقصد بالقصر والشمول أن لا يتجاوز نص المادة القانونية مراد المشرع، و لا يقصر عنه ، وتكون الألفاظ القانونية على درجة عالية من الوضوح بما يتمتع معه التأويل خلاف القصد أو خارج مقتضاه .

٢ . ومثال ذلك أن لكل من لفظ " الفعل " ولفظ " العمل " دلالة ، حيث يرمي لفظ " الفعل " إلى ما يقوم به الشخص من تصرفات أو ما يتلفظ به لسانه ، بينما يقتصر لفظ " العمل " على ما يقوم به الشخص من تصرفات فقط دون ما يتلفظ به لسانه لذلك فإنه لوضع نص قانوني يتعلق بما يقوم به الشخص من تصرفات وأقوال يقتضي استخدام لفظ " الفعل " وليس لفظ " العمل " الذي لو استخدم لأخرج الألفاظ الذي يتلفظ بها اللسان من حكم ذلك النص.

عارفاً بتاريخ القانون وتطوره مدركاً لظروف الزمان والمكان والبيئة التي نشأت فيها القواعد القانونية السابقة قادراً على التفرع منها إلى الفروض التي هو راغب أو مكلف بوضع حلول لها على شكل قاعدة قانونية من صفاتها العموم والتجريد والإلزام.

ج - القدرات الذهنية للصائغ :

يعد ثبات التشريع واستقراره لمدة طويلة أحد مظاهر جودته وقدرته على مواجهة كافة الفروض المختلفة للواقعات التي يستهدف حكمها ، ولا يتأتى الاستقرار والثبات التشريعي إلا إذا كان الصائغ متمتعاً بقدرات ذهنية تمكنه من إعمال الخيال القانوني الذي يستطيع من خلاله تصور ما قد يحدث مستقبلاً من فروض ، لذا ينبغي عليه أن يتأمل في مستقبل الوضع الذي يعالجه التشريع لكي تنشأ نصوص مرنة غير متصلة متكيفة مع الوقعات التي تستجد في المستقبل ١.

والخلاصة من كل ما تقدم أن الصياغة التشريعية على هذا النحو تعد عنصراً مهماً من عناصر تكوين القاعدة القانونية لأنها هي التي تعطي للقاعدة الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق، مما يؤدي إلى القول بأن جانباً كبيراً من نجاح القاعدة القانونية يتوقف على الدقة في الصياغة وتخيرات أدواتها، ولهذا فإنه ينبغي اختيار أدوات الصياغة القانونية اختياراً يضمن إخراج جوهر القاعدة القانونية إلى حيز التطبيق العملي، كما يحقق الغرض منها، فيختار في الصياغة أقرب السبل وأفضل الأدوات لتحقيق الغاية المقصودة.

المبحث الثاني

مجالات استخدام الصياغة التشريعية

تمهيد وتقسيم :

تناولنا في المبحث السابق مفهوم وأصول الصياغة التشريعية ، وإذا كانت الصياغة التشريعية هي وسيلة إدراك غاية القاعدة القانونية ، فإن مجال عمل الصياغة التشريعية يبدو بشكل رئيس في سن القواعد الدستورية ، وسن القوانين واللوائح ، ونتناول في هذا المبحث دور الصياغة التشريعية في سن القاعدة الدستورية ، ثم دور تلك الصياغة في صياغة سن القوانين واللوائح، وذلك في مطلبين :

المطلب الأول : سن القاعدة الدستورية .

المطلب الثاني: سن القوانين واللوائح .

١ . ومن أبرز الأمثلة على التشريعات المستقرة الدستور الأمريكي الذي صدر في ١٧/٩/١٧٨٧م وما زال سارياً رغم مضي ٢٢٤ سنة على صدوره وسبب بقائه هو الخيال الواسع الذي كان يتمتع به واضعوه الذين رسموا في أذهانهم الصورة التي ستكون عليها الولايات المتحدة بعد أكثر من مئة سنة.

المطلب الأول سن القاعدة الدستورية

يعد الدستور سيد القوانين ، حيث يتحدد بموجبه شكل الدولة ، وطبيعة نظام الحكم ، وسلطاتها والعلاقة فيما بينها ، ثم تحديد الحقوق والحريات والواجبات العامة ، ويحدد كذلك المقومات الأساسية للمجتمع. ١. وقد عبرت المحكمة العليا عن هذا المعنى بقولها «أن نصوص الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين مراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات بوصفها أسمى القواعد الأمرة. ٢.

وتوجد طريقتان لصياغة القواعد الدستورية الأولى تقتصر مواد الدستور فيها على وضع القواعد أو الأسس العامة، فيما يترك إرساء التفاصيل للقوانين الأدنى مرتبة في السلم القانونى ، والثانية تشمل القواعد الدستورية فيها على الجزئيات أو التفاصيل .

وتستند صياغة القواعد الدستورية على دعائم وأساسيات لا غنى عنها تتمثل في الوضوح والدقة والواقعية . ويعنى الوضوح ، إيصال الأفكار التي أرادها المشرع الدستوري إلى فهم الأفراد ، بحيث تكون بمنأى عن الغموض والتعقيد وما يترتب على ذلك من عدم إدراك الأفراد لما أراد المشرع .

أما الدقة في هذا المقام ، فتمثل في أن المشرع الدستوري يجعل من النصوص معبراً حقيقياً عن أرادته بالفعل ، أي تأتي الصياغة انعكاساً حقيقياً ومعبراً تعبيراً صادقاً لما أراد إيصاله إلى الأفراد ، ومن أهم مستلزمات الدقة هي إيراد النصوص بعمومية وتجريد وعدم الدخول في الجزئيات والتفصيلات غير المهمة التي تبخر بالوثيقة الدستورية بعيداً عن الواقع أكثر مما تكون وسيلة فعالة لتطبيقها معه .

ولابد كذلك أن تتسم القواعد الدستورية بالواقعية، ويعنى ذلك أن تتبع الأحكام والقيم من البيئة التي سوف يطبق فيها الدستور، فلا تكون هناك مفاهيم غريبة ومتعارضة مع هذه البيئة ومكوناتها العقائدية والدينية ، والعادات والتقاليد الموجودة فيها.

على أنه يمكن القول بأن ثمة اختلافاً بين لغة الدستور ولغة التشريع ، فالأول بحكم تربعه على قمة النظام القانونى ، يستخدم لغة تعلو في خطابها ومضمونها على لغة التشريع ، فلا تلجأ إلى التفصيل حتى تفسح المجال للتشريع سلطة الملاءمة وفقاً للظروف والمقتضيات ، كما أن لغة التشريع أكثر تحديداً لما تعبر عنه ، لذا تقنع القاعدة الدستورية بوضع الكليات يحمل بعضها طابع الإجمال والعموم. ٣.

١. مستشار / عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ٥٢٧

٢. حكم المحكمة العليا في القضية رقم ١١ لسنة ٥ عليا دستورية - جلسة ٣ أبريل سنة ١٩٧٦ - الجزء الأول - ص ٤٤٢

٣. لمزيد من التفاصيل: راجع ، د/ جابر محمد حجي - مرجع سابق - ص ٢٩١

المطلب الثاني سن القوانين واللوائح

تمهيد وتقسيم :

تتوزع العملية التشريعية في النظم القانونية الحديثة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وتقوم كل من السلطتين باختصاصاتها في هذا الشأن على نحو محدد ومنضبط وغير متداخل ، فالسلطة التشريعية تتولى مهمة إقرار التشريعات العادية - وهو ما يطلق عليها اصطلاح القوانين - فيما يكون إقرار التشريع الفرعي - ويطلق عليها اللوائح - محجوزاً للسلطة التنفيذية وفق اعتبارات معينة سنتعرف عليها لاحقاً ، وتعد صياغة القوانين واللوائح بمثابة المجال الخصب للصياغة التشريعية ، وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول : نخصه لسن القوانين ، والثاني نخصه لسن اللوائح ، وذلك على النحو التالي.

الفرع الأول سن القوانين

(أ) التشريع العادي :

يحثل التشريع العادي - القانون - مكان الصدارة بين سائر مصادر القاعدة القانونية ، ويقصد بصياغة القانون وضع قواعد قانونية في نصوص مكتوبة بواسطة السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان . وإذا كان الأصل العام يجري على أن السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان هي صاحبة الاختصاص الأصيل بسن التشريع أو القانون ، إلا أن المشرع الدستوري في كل من مصر والبحرين ، يجيز - لاعتبارات معينة - حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بهذه المهمة في حالتين هما : حالة الضرورة ، وحالة التفويض ١ .

(ب) تشريعات الضرورة :

قد تستدعي حالة الضرورة التدخل التشريعي بالنص على تدابير سريعة لمواجهة هذه الحالة أثناء غياب السلطة التشريعية بسبب الحل ، أو بسبب العطلة الرسمية فيما بين أدوار الانعقاد أو بين الفصول التشريعية ، وفي هذه الحالة تتولى السلطة التنفيذية إصدار قواعد عامة مجردة بناء على حالة الضرورة . وإذا كان كل من دستور مملكة البحرين والدستور المصري قد أخذاً بفكرة تشريعات الضرورة ، غير أن هناك اختلافاً بينهما في بعض التفاصيل.

١ - دستور مملكة البحرين :

نظمت المادة (٢٨) من الدستور حالات وشروط وإجراءات إصدار تشريعات الضرورة ، ونصت على أن : « إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو في فترة حل مجلس النواب ما

١ . أنظر :د/ محمد حسين عبد العال - المدخل لدراسة القانون البحريني - الطبعة الرابعة - ٢٠١١ - ص ١٤٨

يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز للملك أن يصدر فى شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون، على ألا تكون مخالفة للدستور .

ويجب عرض هذه المراسيم على كل من مجلس الشورى ومجلس النواب خلال شهر من تاريخ صدورها إذا كان المجلسان قائمين أو خلال شهر من أول اجتماع لكل من المجلسين الجديدين فى حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعى ١، فإذا لم تعرض زال ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك . وإذا عرضت ولم يقرها المجلسان زال كذلك ما كان لها من قوة القانون».

وعلى ضوء النص المتقدم، فإذا ما توافرت حالة ضرورة فيما بين ادوار انعقاد كل من المجلسين، أو فى فترة حل مجلس النواب، واستدعت اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يكون للملك حق إصدار مراسيم بقوانين ، غير مخالفة للدستور ، على أن تعرض على كل من مجلس الشورى ومجلس النواب خلال شهر من تاريخ صدورها إذا كان المجلسان قائمين أو خلال شهر من أول اجتماع لكل من المجلسين الجديدين فى حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعى، فإذا لم تعرض زال ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك . وإذا عرضت ولم يقرها المجلسان زال كذلك ما كان لها من قوة القانون.

٢-الدستور المصرى الصادر عام ٢٠١٢ والمعدل عام ٢٠١٤ :

تنص المادة (١٥٦) من الدستور المصرى الصادر عام ٢٠١٢ والمعدل عام ٢٠١٤ على أن: إذا حدث فى غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئى لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار».

وبذلك يكون الدستور المصرى الجديد قد جاء بنظام مغاير لتشريعات الضرورة، إذ لم تمنح المادة (١٥٦) منه لرئيس الجمهورية سلطة إصدار قرارات بقوانين فى حالة توافر الضرورة التى تستدعى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير فيما بين أدوار انعقاد مجلس النواب ، ولا يكون لرئيس الجمهورية سوى دعوة المجلس للانعقاد لاجتماع طارئى لعرض الأمر عليه ، واقتصر حق رئيس الجمهورية على إصدار قرارات بقوانين فى حالة ما إذا كان المجلس غير قائم ، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش ، أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار.

١ . لمزيد من التفاصيل : المستشار سالم محمد سالم الكوارى - السلطة التشريعية فى مملكة البحرين - الطبعة الأولى ٢٠٠٨

ويثور التساؤل عن تحديد مفهوم ومضمون الالتزام بعرض تشريعات الضرورة على السلطة التشريعية ، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بالعرض هو الإيداع فقط ، ولا يمتد إلى ما يقوم به البرلمان من إجراءات تخصه ، باعتبار أن الالتزام بالعرض يقع على عاتق السلطة التنفيذية وينتهي دورها بتنفيذ هذا الالتزام الدستوري بالإيداع ، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن العرض لا يقتصر على مجرد الإيداع بل يمتد إلى كل ما يتم داخل البرلمان من مناقشات وقرارات تتخذ على أساس هذه المناقشة. وقد انتهج المشرع الدستوري البحريني مفهوم العرض الحقيقي ١ ، وهو المعنى المستفاد من نص المادة (١٢٢) من المرسوم بقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٢ بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب .

وباستظهار المقارنة بين موقف الدستور البحريني وموقف الدستور المصري يبين أن الدستور البحريني جاء أكثر مرونة من ناحية إقرار السلطات الممنوحة للملك في إصدار المراسيم بقوانين فيما بين أدوار انعقاد المجلسين أو في فترة حل مجلس النواب ، بينما حجب هذه السلطة عن رئيس الجمهورية في مصر فيما بين أدوار الانعقاد ، وكذلك مدة عرض المراسيم بقوانين على المجلسين حسب المادة (٢/٢٨) من الدستور البحريني وهى شهر من تاريخ صدورها إذا كان المجلسان قائمين ، أو خلال شهر من تاريخ أول اجتماع لكل من المجلسين الجديدين في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي وهى شهر في دستور البحرين بينما خمسة عشر يوماً في الدستور المصري ، غير أن الأخير جاء أكثر مرونة في إجازته لمجلس النواب معالجة الآثار التي قد تترتب على نفاذ القرارات بقوانين خلال الفترة من نفاذها حتى مناقشتها وعدم إقرارها .

ج) تشريعات التفويض :

التفويض لغة معناه «الانكال في الأمر على آخر ورده إليه ٢»، والتفويض اصطلاحاً هو أن يعهد صاحب الاختصاص الأصلي بممارسة جانب من اختصاصاته ، سواء في مسألة معينة أو نوع معين من المسائل ، إلى فرد آخر هو المفوض إليه مع حق الأصيل في التعقيب على قرارات من فوضه.

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور المصري الجديد خلا من النص على جواز تفويض مجلس النواب لرئيس الجمهورية بإصدار قرارات بقوانين لمواجهة ظروف استثنائية ، إذ لم ير المشرع الدستوري موجباً لذلك مادام مجلس النواب قائماً، وهذا المسلك من جانب المشرع الدستوري المصري لا يبرره سوى الرغبة في تقليص سلطات رئيس الجمهورية في النظام القانوني المصري

أما في مملكة البحرين ، فإن تشريع التفويض هو مرسوم بقانون يصدره الملك في مسائل معينة ٣ بناء على تفويض من السلطة التشريعية لمواجهة ظروف استثنائية تدعو إلى تفويض الملك في مسائل معينة. ٢ وهناك اعتبارات عديدة تبرر فكرة التفويض ، يأتي على رأسها أن بعض التشريعات يتطلب إعدادها قدرأ من السرية مثل تلك الخاصة بأمن الوطن والتسليح التي تستلزم المصلحة العامة كتمان مضمونها ، وكذلك التشريعات اللازمة لمواجهة ظروف استثنائية تستوجب تدخلاً سريعاً لمواجهتها ، ولا يستطيع التشريع

١. مزيد من التفاصيل : أنظر المستشار سالم محمد سالم الكواري- المرجع السابق - ص ٢٢٨

٢. انظر : د/ محمد فتوح محمد - التفويض في الاختصاصات الإدارية - طبعة ١٩٨٦ - ص ٨٢

٣. مزيد من التفاصيل : د/ محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١٤٩

العادى وما تستغرقه إجراءات سنه من وقت طویل على مواجهة تلك الظروف الاستثنائية .

ضوابط وقیود التفویض التشريعى:

إذا كانت تشریعات الضرورة لا تصدر إلا في غیبة مجلس النواب ، فإن تشریعات التفویض تصدر حال وجود المجلس قائماً ومنعقداً ، لذلك فقد أورد الدستور قیوداً و ضوابط على هذا التفویض بحسب صریح نص المادة (٢٢/أ) من الدستور البحرینى ، أما عن القیود فهما قیدان أحدهما قید زمنى حیث یجب أن یكون محدداً بفترة زمنية معینة ١ ، وهو قید منطقی إذ بغير هذا القید نكون أمام تنازل من السلطة التشريعية عن اختصاصها المخول لها دستورياً ، والثانى قید موضوعى یتمثل فى ضرورة أن تحدد الموضوع أو الموضوعات التى یفوض فیها البرلمان الملك فى إصدار هذا النوع من التشريعات .

وأما عن الضوابط، فقد أشار النص الدستورى إلى أن ممارسة التفویض یكون وفقاً لقانون التفویض وشروطه، وبموجب هذه الآلية ، یرى بعض الفقه – وبحق – أن الأمر أعید إلى المجلسین لیحددوا ضوابط التفویض .. ویحق لهما أن یدرجا فى قانون التفویض ما یشاءان من ضوابط ٢ . سواء ما یتعلق بالظروف الاستثنائية التى تستدعى التفویض ، أو اشتراط أغلبية خاصة لإقرار قانون التفویض ، أو ضرورة عرض ما یصدر من تشریعات بناء على قانون التفویض على المجلسین .

والحق أن الدستور المصرى لم یكن موقفاً حین خلا من نص یرسم لرئیس الجمهورية بالتدخل السریع لمواجهة ظروف استثنائية قد تمر بها البلاد ، إذ لا یتصور عملاً مواجهة تلك الظروف الاستثنائية بتشریعات عادية تحتاج إجراءات سنها إلى وقت لیس بالقلیل ، تكون الظروف الاستثنائية خلاله قد أعملت آثارها ، لاسیما وأن رئیس الجمهورية حین یباشر هذا الاختصاص إنما یباشره فى ضوء ضوابط معینة تمنع من إساءة استخدامه .

الفرع الثانى سن اللوائح (التشريع الفرعى)

بعد اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار التشريعات الفرعية اختصاصاً أصیلاً یخولها الدستور ، ولس اختصاصاً استثنائياً تحل بموجبه محل السلطة التشريعية على غرار ما هو معمول به بالنسبة لتشریعات الضرورة وتشریعات التفویض .

ویقصد باللائحة أو التشريع الفرعى ذلك التشريع الذى تضعه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص

١ . ویلاحظ أن الدستور لم یبین قدر المدة التى یجوز التفویض فى حدودها ، لذلك فإن هذه المدة قد تطول أو تقصر حسب الظروف ، إلا ینبغى ألا تستغرق تلك المدة مدة المجلس المتبقية أو الفصل التشريعى كاملاً ، أو تجاوزه ، فالأولى تعد تنازلاً عن أداء الوظيفة التشريعية ، والثانى یمثل اعتداء من أعضاء المجلس الحالى على المجلس القادم . المستشار سالم محمد سالم الكواری- المرجع السابق - ١١٠

٢ . المستشار سالم محمد سالم الكواری- مرجع السابق - ص ١١٢

المنوح لها دستورياً ، وتتضمن قواعد عامة مجردة ، وتسمى بالقرارات التنظيمية تمييزاً لها عن القرارات الفردية ، كما يطلق عليها اصطلاح اللوائح تمييزاً لها عن التشريع العادي .

أنواع اللوائح :

تنقسم اللوائح بحسب موضوعها إلى ثلاثة أنواع : اللوائح التنفيذية - واللوائح التنظيمية - ولوائح الضبط.

(أ) اللوائح التنفيذية :

اللوائح التنفيذية هي تلك التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية بقصد تنفيذ التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية، حيث تتضمن تلك اللوائح الأحكام التفصيلية اللازمة لتطبيق التشريع وتنفيذه .

وإذا كان الاختصاص بالتشريع هو اختصاص تستقل به السلطة التشريعية دون غيرها ، فإن اختصاص السلطة التنفيذية بوضع اللوائح التنفيذية هو اختصاص استثنائي في مجال التشريع يلزم لكي يكون مشروعاً أن يستند إلى أساس دستوري ١ .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على الاختصاص الأصيل للسلطة التنفيذية بإصدار اللوائح التنفيذية حيث قضت بأن» النص في القانون على صدور اللائحة بقرار من رئيس الجمهورية لا يعتبر تفويضاً لرئيس الجمهورية بإصدار اللائحة ، وإنما هو تقرير لحق مخول له بمقتضى الدستور» ٢ .

وما يبرر هذا الاختصاص كون السلطة التنفيذية - بحكم اتصالها المستمر بالجمهور والمشكلات اليومية - أقدر من السلطة التشريعية على معرفة وتنظيم التفاصيل والجزئيات اللازمة لتنفيذ القوانين ، هذا فضلاً عن أن قواعد التشريع العادي تقتصر عادة على تنظيم الأحكام العامة دون الدخول في التفاصيل والجزئيات .

وقد منح الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٢ والمعدل عام ٢٠١٤ سلطة إصدار اللوائح التنفيذية لرئيس مجلس الوزراء ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه ٣ .

بينما ينعد الاختصاص بإصدار اللوائح التنفيذية في مملكة البحرين للملك بموجب مرسوم، ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه . ويجوز أن يفوض غيره في وضع هذه اللوائح ، والتفويض يكون لرئيس الوزراء والوزراء .

كما يجوز أن يحدد القانون الشخص المختص بإصدار اللائحة اللازمة لتنفيذه ، وغالباً ما يكون هو الوزير المختص الذي يقع موضوع التشريع في نطاق وزارته .

١ . راجع : د. سامي جمال الدين- تدرج القواعد القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية - منشأة المعارف بالإسكندرية بدون تاريخ نشر- ص ٥١

٢ . حكمها في الطعن ٢٨٢ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٧٤/١/٢٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - ص ١١٦

٣ . تنص المادة (٢٩/أ) من الدستور البحريني على أن : يضع الملك، بمراسيم، اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها، ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه .

ضوابط مشروعىة نصوص اللائحة التنفيذية :

ينبغى لمشروعىة النصوص التى تتضمنها اللائحة التنفيذية توافر ثلاثة شروط تتمثل فى الآتى :

(١) أن تصدر من السلطة المختصة :

ذكرنا آنفاً أن اختصاص السلطة التنفيذية بوضع اللوائح التنفيذية هو اختصاص استثنائى فى مجال التشريع يلزم لكي يكون مشروعاً أن يستند إلى أساس دستورى ، وقد تواترت واستقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على أن الدستور حدد - على سبيل الحصر - الجهات التى تختص بإصدار اللوائح التنفيذية ، بحيث يتمتع على من عداهم ممارسة هذا الاختصاص الدستورى ، وإلا وقع عمله اللائحى مخالفاً للدستور ، كما أنه متى عهد القانون إلى جهة معينة بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه استقل من عينه القانون دون غيره بإصدارها . ١٠

(٢) ألا تتناول تنظيم موضوع من اختصاص السلطة التشريعية:

وهو شرط سلبي مفاده ألا تتصب اللائحة على موضوع يشترط الدستور أن يكون تنظيمه بقانون ، فإذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية ، فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها ، وتحيل الأمر برمتها إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها فى ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل فى إطارها ، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية تنظيم الحق من أساسه كان متخلياً عن اختصاصه الأصلى . ٢٠

(٣) ألا تتضمن شروطاً جديدة أو تعديلاً أو إضافة:

يعد هذا الشرط شرطاً بدهيياً أملتة الطبيعة الاستثنائية لاختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع من ناحية ، واحتراماً لشرط تدرج القواعد القانونية من ناحية أخرى باعتبار أن اللائحة التنفيذية تحتل مرتبة أدنى من القانون ، فلا يجب أن تأتي بشروط لم يتضمنها القانون ، أو تتضمن تعديلاً لأحكامه أو إضافة حكم جديد لم يرد النص عليه فى القانون .

وتطبيقاً لهذا الشرط انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى مخالفة اللائحة

١٠ . حكمها فى الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ٢١ دستورية جلسة ٢٠٠٢/٧/٧ - الجريدة الرسمية - العدد ٢٩ تابع بتاريخ ٢٠٠٢/٧/١٨ ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٨٠ لسنة ٢٢ دستورية - جلسة ٢٠٠٢/٥/١١ - الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ تابع بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٩ ، وحكمها فى الدعوى رقم ٧٤ لسنة ٢٢ دستورية - جلسة ٢٠٠٦/١/١٥ - الجريدة الرسمية - العدد ٢ مكرراً بتاريخ ٢٠٠٦/١/٢٤

٢٠ . حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٤٢ لسنة ٢١ دستورية - جلسة ٢٠٠٠/١١/٤ ، حيث قضت بأن نصى المادتين ٨، ١١ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ بما تضمناه من تفويض وزير الداخلية فى تحديد شروط منح جواز السفر وتخويله سلطة رفض منح الجواز أو تجديده ، وكذا سحبه بعد إعطائه ، إنما يتمخض عن تنصل المشرع من وضع الاسس العامة التى تنظم موضوع جوازات السفر بأكمله على الرغم من كونها الوسيلة الوحيدة التى تمكن المواطن من مغادرة بلده والرجوع إليه وارتباط ذلك بالحقوق التى كفلها الدستور ، وانتهت إلى عدم دستورية المادتين ٨ ، ١١ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ ، والمادة الثالثة من قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٢٧ لسنة ١٩٩٦

التنفيذية للقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٦ بشأن السجل التجاري لأحكام القانون حينما اضافت شرطاً جديداً لم يتطلبه القانون ، وهو شرط الحصول على موافقة الوزير المختص لقيود الشركات الاجنبية غير الخاضعة لأحكام القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربي والاجنبي ، فاللوائح التنفيذية للقوانين تصدر بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، فلا تملك أن تقرر شرطاً جديداً لم يرد النص عليه في القانون أو تعفي من شرط استلزمه القانون.١

وفي شأن الإضافة المحظورة على اللائحة التنفيذية قضت المحكمة الدستورية العليا بأن قرار وزير الاسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية الجديدة رقم (١٨٠) لسنة ١٩٩٨ بإضافة فصل ثان مكرراً لللائحة التنفيذية لقانون توجيه وتنظيم أعمال البناء يقضي بحظر الموافقة على هدم القصور والفيلات يكون قد صدر مجاوزاً حدود اختصاصه إذ إنه لم يفصل أحكاماً أوردها المشرع إجمالاً في قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء ، وإنما استحدث نصوصاً جديدة لا يمكن إسنادها إلى ذلك القانون مجاوزاً بذلك الحدود التي رسمها الدستور للوائح التنفيذية.٢

ب) اللوائح التنظيمية:

اللوائح التنظيمية هي تشريعات فرعية تصدرها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب المرافق العامة ، وإنشاء الوزارات والمصالح وتحديد اختصاصها وإغائها ، وتسمى أحياناً باللوائح المستقلة ٣، وذلك لأنها لا تستند في إصدارها إلى تشريع عادي ، ولكنها تصدر عن السلطة التنفيذية استقلالاً عن أي تشريع . وطبقاً للمادة (٣٩/ب) من دستور مملكة البحرين يضع الملك بمراسيم اللوائح اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القوانين ، أما في مصر فقد عقدت المادة (١٧١) من دستور عام ٢٠١٤ الاختصاص بإصدار القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها لرئيس مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس الوزراء .

ج) لوائح الضبط :

لوائح الضبط هي قيود تشريعية تضعها السلطة التنفيذية على الحريات الفردية لحماية النظام العام بمدلولاته الثلاثة حفظ الأمن وتوفير السكنية وحماية الصحة العامة ، ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ولوائح مراقبة الأغذية . وفيما يتعلق بالاختصاص بإصدار لوائح الضبط فهي تخضع لذات القواعد المقررة لإصدار اللوائح التنظيمية، ونحيل إلى ما سبق ذكره بشأنها منعاً للتكرار. وبذلك نكون قد انتهينا بحمد الله تعالى من الفصل الأول المتعلق باستخدام اللغة القانونية في مجال الصياغة التشريعية، ونتناول في الفصل التالي استخدام اللغة القانونية في مجال الإفتاء القانوني.

١. إفتاء الجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع رقم (١١٥٣) في ١٢/٨/١٩٨٤ - ملف ٣٥٥/٢/٤٢ جلسة (١٤/١١/١٩٨٤).
٢. حكمها في القضية رقم (٧٤) لسنة ٢٣ دستورية - جلسة ١٥/١/٢٠٠٦ - الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر في ٢٤/١/٢٠٠٦.
٣. د/ محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١٥٢

الفصل الثاني استخدام اللغة القانونية في مجال الإفتاء القانوني

تمهيد وتقسيم :

سبق القول بأن التشريع ليس غاية في ذاته ، وغايته دائماً تنظيم العلاقة بين أفراد المجتمع ، ولا يوتي هذا التنظيم ثماره إلا في مجال التطبيق ، وبديهي أن تطبيق القاعدة القانونية لا يتم بطريقة آلية ، بل لابد من تحديد معناها عن طريق تفسيرها وبيان ما قد يكتنفها من غموض أو إبهام .

ويضطلع الإفتاء القانوني بمهمة تفسير القاعدة القانونية تمهيداً لتطبيقها على حالات فعلية تدرج تحت حكمها ، مستخدماً في ذلك لغة قانونية تختلف عن لغة الصياغة التشريعية ، ويخلص إلى بيان صحيح حكم القانون بشأن الحالة الفعلية المعروضة عليه ، من خلال الرأي القانوني الذي يخلص إليه .

وإذا كان ثمة شبهة بين النتيجة التي يخلص إليها الإفتاء القانوني وبين الحكم القضائي من زاوية تطبيق القانون على حالة واقعية ، فهل يتمتع الإفتاء القانوني بالحجية التي يتمتع بها الحكم القضائي ؟

وعلى ذلك نعالج في هذا الفصل مفهوم الإفتاء القانوني ونطاقه ثم نبين كيفية استخدام اللغة القانونية في مجال الإفتاء القانوني ، وأخيراً نناقش مدى إلزامية الإفتاء القانوني ، ونقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الإفتاء القانوني ونطاقه.

المبحث الثاني: استخدام اللغة القانونية في مجال الإفتاء القانوني.

المبحث الثالث: مدى إلزامية الإفتاء القانوني

المبحث الأول: مفهوم الإفتاء القانوني ونطاقه

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين : الأول نتناول فيه مفهوم الإفتاء القانوني ، والثاني نخصصه للحديث عن نطاق الإفتاء القانوني.

المطلب الأول : مفهوم الإفتاء القانوني

الإفتاء لغة : هي الجواب عما يُشكل من المسائل الشرعية أو القانونية ، والجمع: فتاوى وفتاوى ويقال أفتى في المسألة: أبان الحكم فيها .

وشرعاً: هي بيان الحكم الشرعي في مسألة من المسائل مؤيداً بالدليل من القرآن الكريم أو السنة النبوية أو الاجتهاد. ١

١ . راجع : عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ١٠٩٩

مفهوم الإفتاء القانوني:

ذهب جانب من الفقه إلى أن الإفتاء القانوني هو محض رأي يكشف عن حكم القانون ، وليس له قوة الإلزام القانوني ، وإنما يستمد إلزامه من كونه الرأي الذي يكشف عن صائب حكم القانون ومن مكانة الجهة الصادر عنها.^١

ويعيب هذا الاتجاه الربط بين الرأي القانوني في ذاته، وبين وجه الإلزام الأدبي الذي يتمتع به بسبب صدوره من جهة معينة لها مكانتها ، باعتبار أن هذا الإلزام الأدبي يعد عنصراً خارجياً عن الرأي القانوني يتوقف تحققه على ما تتمتع به الجهة الصادر عنها هذا الرأي من مكانة لدى الغير، ويترتب على ذلك خروج الرأي الصادر من جهة حديثة العهد بالاختصاص بالإفتاء ولم تتمتع بالمكانة اللازمة بعد من عداد الرأي القانوني بمفهومه الفني رغم استيفائه كافة العناصر اللازمة لاعتباره إفتاءً قانونياً .

والإفتاء القانوني - في رأينا - هو الرأي القانوني الصادر من جهة مختصة قانوناً، يتضمن استظهار وجه الرأي وصائب حكم القانون بشأن مسائل واقعية معروضة عليها.

وعلى ضوء هذا التعريف ، تبدو خصائص الإفتاء القانوني فيما يلي:

أ) الأثر الكاشف للإفتاء القانوني:

للإفتاء القانوني أثر كاشف يتمثل في أنه يكشف عن حقيقة واقعية ولا ينشئها، فهو لا يحدث جديداً ولا ينشئ مراكز أو أوضاعاً لم تكن موجودة ، بل هو يكشف عن صحيح حكم القانون بشأن الواقعة المطروحة.^٢ ويتولى الإفتاء القانوني الكشف عن دلالة النص القانوني واستنباط أحكامه ، بغية إنزال حكم القانون على المسألة المعروضة وذلك عن طريق تفسير هذا النص بهدف تطبيقه على مسألة معينة ، فإذا كان النص القانوني بصفة عامة عبارة عن ألفاظ محددة يراد بها معنى معين ، فإن التفسير هو الذي يكسب هذه الألفاظ الحركة والفاعلية ، ولا جدال في أن النص القانوني له اتصال مباشر بزمان التطبيق وليس بزمان الإصدار فقط ، لكونه قد صدر ليحكم تصرفات المجتمع المتجددة والمتغيرة .

على أنه ينبغي التحوط بشأن ضرورة التزام الرأي القانوني - بصدد الكشف عن صحيح حكم القانون - أصول التفسير - على ما سنرى - بحيث لا تحمل النصوص على غير مقاصدها وألا تقسر عباراتها بما يخرجها من معناها أو يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها.^٣ وذلك حتى لا يخرج الإفتاء القانوني عن طبيعته الكاشفة ويتحول إلى رأي منشئ لحكم جديد لم يرد النص عليه.

ب) صدور الإفتاء من الجهة المختصة:

لابد وأن يصدر الإفتاء القانوني عن الجهة المختصة بذلك ، ويحدد الدستور- أحياناً - تلك الجهة ،

١. المعجم الوسيط- مجمع اللغة العربية - الجزء ٢ ص٦٧٢
 ٢. لمزيد من التفاصيل حول مفهوم الأثر الكاشف انظر: د/ أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح - الأثر الرجعي في القضاء الإداري والدستوري - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠١١ - ص ٩١
 ٣. إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (١٠٩٦) بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٣ - جلسة ٢٠/١١/٢٠٠٢ - ملف رقم

ونرجئ الحديث عن الجهة المختصة بالإفتاء القانوني لما سيرد تفصيلاً في المطلب الثاني من هذا البحث .

ج) أن ينصب الإفتاء على مسألة الواقعية:

الإفتاء القانوني ليس مجرد بحث نظري ، وإنما يجب أن يقع بحسب الأصل على حالة واقعية بعينها بما تطوي عليه من ظروف وملابسات ، إذ مهمة الإفتاء القانوني هي استظهار صحيح حكم القانون بشأن واقعة معينة ثار بمناسبة خلاف في الرأي القانوني.

وتطبيقاً لذلك استظهرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أن الاختصاص المعقود لها بإبداء الرأي في المسائل القانونية التي تحال إليها بإحدى الطرق المقررة قانوناً إنما يقع بحسب الأصل على حالة واقعية بعينها بما تطوي عليه من ظروف وملابسات وغيرها من الاعتبارات، ومن ثم فإن ما يستقر عليه رأي الجمعية العمومية في تلك الحالة يقتصر عليها أصلاً ولا يتعداها إلى غيرها من الحالات.١
ويثور التساؤل عن الوضع في حالة ما إذا جاء طلب الرأي خلواً من حالة واقعية لاستظهار حكم القانون بشأنها ؟

استمر إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على عدم ملاءمة إبداء الرأي بخصوص طلب رأي غير مشفوع بحالة واقعية تثير مشكلة معينة غم فيها الرأي القانوني على جهة الإدارة.٢

المطلب الثاني نطاق الإفتاء القانوني

يتحدد نطاق الإفتاء القانوني - موضوعياً - بالحالات التي تستهض ولاية الجهة المختصة قانوناً بالتصدي لمهمة الإفتاء القانوني لاستظهار وجه الرأي وصحيح حكم القانون فيما يعرض عليها من مسائل ، وإذا كان الوضع في مملكة البحرين يتشابه مع الوضع في مصر من حيث إسناد ولاية الإفتاء القانوني إلى جهة معينة، إلا أن ثمة اختلافاً بينهما يحتاج إلى مزيد من التفصيل . وذلك على النحو الآتي :

١- الوضع في مصر:

ينعقد الاختصاص بالإفتاء القانوني في مصر إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، وهي أعلى جهة للإفتاء القانوني ، وقد أنشئت مع إنشاء مجلس الدولة عام ١٩٤٦ ، لإعطاء المشورة القانونية الرسمية لكافة جهات الدولة من خلال جهاز متخصص، وكانت تسمى قسم الرأي مجتمعاً.

وفي مجال الإفتاء القانوني، تختص الجمعية العمومية أولاً :

بإبداء الرأي القانوني مسبباً في المسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التي

١ . إفتاء الجمعية العمومية رقم (٧٧٦) بتاريخ ١٧/١١/١٩٩٩ - بتاريخ ٢/١٢/١٩٩٩ - ملف رقم ٥٤/١/٢٥٦
٢ . انتهت الجمعية إلى حفظ طلب رأي استناداً إلى أن الثابت من الأوراق أن وزارة الاجتماعية قد طلبت تحديد مفهوم العاجز عن الكسب في تطبيق أحكام المادة (١٠٢ مكرراً) من قانون التأمين الاجتماعي ولم تورد في معرض طلبها أية حالة واقعية معينة . فتوى رقم ٤٢٥ بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٢ - جلسة ٢٠/٣/٢٠٠٢ - ملف رقم ٨٦/٣/٢٠٧

تحال إليها من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس السلطة التشريعية أو أحد الوزراء أو رئيس مجلس الدولة ، أو إحدى المسائل التي ترى إحدى إدارات الفتوى أو لجانها إحالتها إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لما لها من أهمية أو عمومية.^١

ثانياً : الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات والمصالح العامة والهيئات العامة ووحدات الإدارة المحلية فيما بينها، ويكون رأيها في هذه المنازعات ملزماً للجانبين.

٢- الوضع في مملكة البحرين :

تتولى هيئة التشريع والإفتاء القانوني طبقاً لنص البند (٢) من المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٠ حيث تختص:

أولاً : بإبداء الرأي القانوني في المسائل الدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التي يرى رئيس مجلس الشورى أو رئيس مجلس النواب إحالتها إليها بسبب أهميتها، وفي الأمور التي تحال إليه من مجلس الوزراء والوزارات والمؤسسات والهيئات العامة، والتي تتعلق بتطبيق القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات التنفيذية المعمول بها، حيث تقوم بإبداء الرأي القانوني في واقعة معينة في ضوء القوانين التي تحكم الواقعة المطلوب إبداء الرأي فيها.

ثانياً : تتولى تفسير نصوص القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والمراسيم بقوانين، وذلك بناءً على طلب من رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى أو رئيس مجلس النواب، أو من أحد الوزراء حيث تتولى مهمة تحديد معنى القاعدة القانونية المراد تفسيرها وبيان ما يكتنفها من غموض أو إبهام تمهيداً لتطبيقها على حالات فعلية تدرج تحت حكمها، وفي حالة الخلاف حول تفسير نص في الدستور أو القوانين أو المراسيم بقوانين بين الحكومة ممثلة في مجلس الوزراء ومجلسي الشورى والنواب أو أحدهما، أو بين المجلسين يكون التفسير الصادر من الهيئة ملزماً للأطراف إذا كان قد صدر بناءً على طلبهم.

والمقارنة بين الوضع في مصر وبين الوضع في مملكة البحرين يكشف عن الآتي :

أولاً : التشابه شبه التام بين اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري وبين اختصاص هيئة التشريع والإفتاء القانوني من زاوية إبداء الرأي القانوني في المسائل الدستورية والتشريعية بناءً على طلب جهات معينة ورد النص عليها على سبيل الحصر ، وإن كان المشرع البحريني جاء أكثر توفيقاً حينما ربط إبداء الرأي القانوني بضرورة توافر واقعة معينة في ضوء القوانين التي تحكم الواقعة المطلوب إبداء الرأي فيها.

ثانياً : غير أن ثمة اختلافاً بين اختصاص كلا الجهتين يتمثل في اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات والمصالح العامة والهيئات العامة ووحدات الإدارة المحلية فيما بينها، ويكون رأيها في هذه المنازعات ملزماً للجانبين ، وهو اختصاص مهم وجوهري

١ . وتستوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على القمة في مدارج تقسيمات القسم الاستشاري بمجلس الدولة الذي يتكون من إدارات الفتوى التي تختص بإعطاء الرأي القانوني لكل مجموعة من الوزارات ذات الطبيعة المتجانسة وكل مجموعة من إدارات الفتوى تنظمها لجنة من لجان الفتوى، ويوجد بمجلس الدولة ثلاث لجان للفتوى هي اللجنة الأولى واللجنة الثانية واللجنة الثالثة، ويرأس كل لجنة أحد أقدم نواب رئيس المجلس.

يجد سنده في أن مجلس الدولة هو أقدر الجهات على فهم طبيعة عمل الإدارة ، فهو قاضيها من خلال القسم القضائي ، ومستشارها من خلال القسم الاستشاري ، كما يجد سنده في رغبة المشرع في عدم عرض منازعات الإدارة على القضاء (العادي أو الإداري) ، أما في مملكة البحرين فلا نجد جهة محددة تتولى الفصل في المنازعات التي تثور بين الجهات الإدارية وبعضها برأي قانوني ملزم ، ويستدعى الأمر تدخل المشرع البحريني لسد هذا الفراغ بإسناد ولاية الفصل في هذا النوع من المنازعات إلى لجنة الفتوى بهيئة التشريع والإفتاء القانوني على غرار الوضع في مصر .

ثالثاً: وثمة اختلاف آخر بين اختصاص الجهتين المشار إليهما يتمثل في اختصاص هيئة التشريع والإفتاء القانوني في مملكة البحرين بتفسير نصوص القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والمراسيم بقوانين ، وذلك بناءً على طلب من رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى أو رئيس مجلس النواب ، أو من أحد الوزراء ، وفي حالة الخلاف حول تفسير نص في الدستور أو القوانين أو المراسيم بقوانين بين الحكومة ممثلة في مجلس الوزراء ومجلسي الشورى والنواب أو أحدهما ، أو بين المجلسين يكون التفسير الصادر من الهيئة ملزماً للأطراف إذا كان قد صدر بناءً على طلبهم .

أما في مصر ، فإن الاختصاص بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين معقود للمحكمة الدستورية العليا ، إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها ، وذلك نزولاً على حكم المادة (٢٦) من قانون المحكمة الصادر بالقانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ .

المبحث الثاني استخدام اللغة القانونية في مجال الإفتاء القانوني

تمهيد وتقسيم:

يتمتع الإفتاء القانوني بطبيعة فنية خاصة ، ولاشك أن تلك الطبيعة تلقي بظلالها على البنيان الهيكلي والفني للرأي القانوني ، ويقودنا ذلك إلى القول بأن استخدام لغة قانونية في مجال الإفتاء تختلف إلى حد ما عن اللغة القانونية المستخدمة في مجال الصياغة التشريعية ، ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين : الأول نتناول فيه الطبيعة الفنية لمهمة الإفتاء القانوني ، أما الثاني نخصه لبيان كيفية بناء الرأي القانوني في مجال الإفتاء القانوني.

المطلب الأول الطبيعة الفنية للإفتاء القانوني

سبقت الإشارة إلى أن لغة القانون تتنوع إلى نوعين رئيسيين هما: اللغة القانونية التحليلية، ولغة الصياغة القانونية ، واللغة التحليلية هي ما تميز الطبيعة الفنية للإفتاء القانوني ، ويقصد بالتحليل تقسيم الشيء

١. تنص المادة (٢٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على أن : تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها .

إلى أجزائه من عناصر أو صفات أو خصائص، أو عزل بعضها عن بعض، ثم دراستها واحداً واحداً للوصول إلى معرفة العلاقة القائمة بينها وبين غيرها، وفي مجال اللغة القانونية يغدو التحليل القانوني بمثابة آلية التفكير التي يتم عن طريقها تطبيق القانون على الحالة الواقعية محل البحث .

ويعتمد الإفتاء القانوني في إعداد الرأي القانوني على التحليل الموضوعي بحيث يتناول بشكل موضوعي مسألة قانونية ، ويقتضى اتباع أسلوب التحليل الموضوعي في إعداد الرأي القانوني التزام الحياد وعدم التحيز لاتجاه ما ، والبعد عن الآراء الشخصية والأهواء الخاصة والتعصب لرأي محدد مسبقاً .

ويغلب على الإفتاء القانوني النزعة التطبيقية البحتة ، ذلك أن تطبيق الأسانيد القانونية على الحالة الواقعية المطروحة يخرج بالإفتاء القانوني من الدائرة النظرية إلى مجال التطبيق ، وهو ما قرره الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - وبحق - أن الفتوى ليست مجرد بحث نظري ١ ، بل يجب أن تصدر في واقعة محددة بذاتها .

ومادام أن الإفتاء القانوني ذو طبيعة تطبيقية، فإن النتيجة القانونية التي ينتهي إليها تبدو كاشفة لاستظهار صحيح حكم القانون على الحالة الواقعية التي تناولها الرأي القانوني

وتقترب الطبيعة الفنية للإفتاء من الطبيعة الفنية للقضاء حيث يعتمد القاضي على التحليل الموضوعي في صياغة الحكم القضائي، وذلك عبر القيام بعمل تحليلي وتفسيري للمقتضيات القانونية أو التنظيمية الواجب تطبيقها على الوقائع والأحداث والنزاعات المعروضة عليهم . ثم يتناول بالبحث والتحليل الأسانيد التي تحكمها ، من خلال تقصي الإرادة الحقيقية للمشرع عن طريق تفسير القاعدة القانونية الحاكمة للحالة الواقعية المطروحة ، وإنزال صحيح حكم القانون عليها و تطبيق تلك الأسانيد على الحالة الواقعية المعروضة للوصول إلى نتيجة ما بهدف استظهار صحيح حكم القانون بشأن هذه الحالة.

والخلاصة فيما تقدم، أن الإفتاء القانوني يتسم بطبيعة فنية خالصة يتفرد بها عن غيره من مجالات الصياغة القانونية، تلك الطبيعة الفنية التي تمتاز بالتحليل الموضوعي ، والنزعة التطبيقية التي ترمي إلى استظهار وجه الرأي وصائب حكم القانون في المسألة المعروضة.

المطلب الثاني

بناء الرأي القانوني في مجال الإفتاء القانوني

يتولى القائم بعملية الإفتاء بناء الرأي القانوني وفق خطة مدروسة تتحدد عناصرها على أساسين أولهما شكلي وهو ما يمكن وصفه بالبناء الهيكلي للرأي القانوني ، وثانيهما موضوعي يتمثل في البناء الموضوعي لذلك الرأي ، وينطوي هذا البناء الموضوعي على الآليات التي يستخدمها القائم بعملية الإفتاء في استظهار صحيح حكم القانون على الواقعة محل الرأي القانوني ، وكذلك المنهج الواجب السير عليه في سبيل إعداد هذا البناء الموضوعي للرأي القانوني، وبناء على ما تقدم، فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: البناء الهيكلي للرأي القانوني.

الفرع الثاني: البناء الموضوعي للرأي القانوني.

١ . إفتاء الجمعية العمومية رقم (٧٧٦) بتاريخ ١٧/١١/١٩٩٩ - سبقت الإشارة إليه

الفرع الأول البناء الهيكلى للرأى القانونى

- يتخذ الرأى القانونى أو الفتوى إحدى صورتين إما فى صورة كتاب يتصدره بيان الموجه إليه هذا الكتاب ، وإما فى صورة مذكرة بالرأى القانونى بشأن الموضوع أو الواقعة المطروحة .
- وأياً كانت الصورة التى يتخذها الرأى القانونى أو الفتوى ، فإنه يجب أن يتضمن العناصر الآتية :
- أ . بيان الموضوع محل طلب الرأى: ويكون ذلك بالإشارة إلى الكتاب الذى ورد بشأن الموضوع محل طلب الرأى، ثم موجز مختصر عن هذا الموضوع.
 - ب . بيان الوقعات محل طلب الرأى: ويتم بيان تلك الوقعات بحسب الثابت من الأوراق ، وإبراز التساؤل المطروح والمتعلق باستظهار حكم القانون بشأن الواقعة المطروحة .
 - ج . الرد على التساؤل المطروح: ويتضمن هذا الرد عرض النصوص القانونية الحاكمة للموضوع، واستخلاص مفادها فى ضوء ما استقر عليه فقهاً وقضاءً وإفتاءً .
 - د . التطبيق: ويكون ذلك بتطبيق ما تم استخلاصه من مفاد النصوص القانونية الحاكمة للموضوع على الواقعة المطروحة لاستظهار حكم القانون بشأن تلك الواقعة.
 - هـ . الخاتمة: تختتم الفتوى بخلاصة الرأى القانونى الذى خلصت إليه الجهة الصادر عنها الفتوى. وتجدر الإشارة إلى إنه ولأن كان هناك ثمة تشابه بين صياغة الأحكام القضائية وبين صياغة الفتاوى من زاوية عرض الوقعات ، والنصوص القانونية الحاكمة للموضوع ، واستخلاص مفاد هذه النصوص، وتطبيقه على واقعات الموضوع، إلا أن الاختلاف بين صياغة الفتاوى وبين الأحكام القضائية يتجلى فى عنصر الشكل من حيث ضرورة صدور الحكم القضائى مشتملاً على الديباجة وصدوره باسم الشعب فى مصر ، وباسم جلالة الملك فى مملكة البحرين، وتاريخ الجلسة ، وتشكيل المحكمة ، ورقم القضية ، وأطراف الدعوى الصادر بشأنها الحكم ، ثم منطوق الحكم.

الفرع الثانى البناء الموضوعى للرأى القانونى

- يتعلق البناء الموضوعى للرأى القانونى بعنصر التسبب ، أو بالأحرى الأسباب التى ينبنى عليها ذلك الرأى ، ويتعين تشييد هذا البناء الموضوعى وفق منهج محدد يتخذ من المنطق ٢ أساساً، ومن قواعد التفسير القانونى وسيلة ، ومن استظهار حكم القانون على الواقعة المطروحة غاية ونتيجة .

١ . مستشار / عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ١٠٩٩

٢ . علم المنطق علم عقلى يقوم على اتباع قواعد معينة فى التفكير تؤدي إلى سلامة النتيجة المترتبة على ذلك ، فهو يعتمد على مقدمة كبرى هي أساس الاستدلال ومقدمة صغرى وهي القضية موضوع الحل ونتيجة وهي القضية المستنتجة من هذه القضية . يراجع : ديزلي سالمون - المنطق - ترجمة د. جلال موسى - دار الكتاب اللبنانى- ١٩٥٦ - الطبعة الثانية - ص ٢٠٩

علم المنطق كأساس للرأي القانوني:

يقصد بمنطقية الرأي القانوني أن يتبع القائم على إبداء هذا الرأي في فهمه للموضوع المطروح واستخلاص حقيقة الواقعة محل طلب الرأي وملاساتها - خطوات ذهنية محددة تؤدي وفق قواعد المنطق وأصول التفكير الصحيح إلى نتائج معينة اهمها إبداء الرأي القانوني على نحو صحيح ، بحيث تؤدي المقدمات التي جعلها اساس الرأي القانوني إلى النتيجة التي انتهى إليها.

وبذلك يتضح أن علم المنطق وثيق الصلة بتطبيق القانون، باعتباره الأداة التي تمكن من تفسير القانون، ومن خلاله يتم فهم الواقعة المطروحة وتكييفها على نحو منضبط، وصولاً إلى نتيجة صحيحة في الواقع والقانون.

ولاشك أن المنطق القانوني يلعب دوراً مهماً في الوصول إلى التفسير الصحيح لنصوص القانون قبل تطبيقها على الواقعة المطروحة بما يتمخض عنه في النهاية من صحة التكييف القانوني للواقعة المطروحة والاختيار الصحيح للنص القانوني الذي ينطبق عليها.^١

أن عملية تطبيق القانون ليست عملية آليه تتسم بالجمود ، ولكنها محض عملية فنية تقوم على عنصر الاستدلال الذي يعتمد على النشاط الذهني في التكييف القانوني للواقعة وتحليل معطيات النص القانوني الذي ينطبق عليها وفهم مضمونه ومعناه ، ثم إجراء مقابلة بين تلك الواقعة وذلك النص بهدف الوصول إلى النتيجة النهائية باستظهار صحيح حكم القانون بشأن الواقعة المطروحة.

التفسير كوسيلة لأعداد الرأي القانوني:

التفسير ٢ عملية عقلية منطقية ،وهو ليس مقصوداً لذاته ، وإنما القصد منه فهم مضمون القاعدة القانونية ، وذلك لإدراك الإرادة التشريعية إدراكاً تاماً ، وتبدو أهمية التفسير في كونه ضرورة مستمرة مهما كان التشريع كاملاً ، ومهما كانت صياغته حسنة ، فهو -أي التشريع- يتضمن مبادئ عامة مجردة، تحتاج إلى التفسير في كل وقت حتى تصير صالحة للتطبيق ، ويعني ذلك أن التفسير عملية لازمة حتماً لكل تطبيق للقانون .

وينبغي عند إعداد الرأي القانوني الاستعانة بقواعد التفسير القانوني من أجل الوقوف على معنى النص القانوني وفهمه بغية التطبيق الأمثل والسليم. ٢ وتتمثل هذه القواعد في الآتي :

(أ) المعنى المستفاد من عبارة النص :

يمكن تعريف النص بصفة عامة بأنه عبارات محددة بألفاظها يراد بها معنى من المعاني^٢، أما عبارة

١. د/على محمود على حمودة - النظرية العامة في تسيبب الحكم الجنائي - ط٢- ٢٠٠٣ - بدون دار نشر- ص١٧٥
٢. التفسير لغة: التفسير لغة مأخوذ من المعنى اللفظي لكلمة "فسر" ، وفسر الشيء : وضحه ، وتفسير التشريع : هو تحديد مضمون القواعد التشريعية التي تطبق على العلاقات الاجتماعية تحديداً واضحاً ، والوقوف على ما تتضمنه من فروض وأحكام وبمعنى آخر هو تحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة التشريعية للاستدلال على الحكم القانوني الواجب التطبيق.
٢. المستشار طارق البشري : النص بين التشريع والإخبار - دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين - ٢٠٠٧

النص فهي صيغته المكونة من ألفاظه وجمله .
وقد يحتوى النص القانوني على قاعدة قانونية أو أكثر ، وقد تستخلص القاعدة القانونية من أكثر من نص ،
والقاعدة هي المضمون المعنى من النص ، ومن ثم فإن استظهار القاعدة القانونية لا يتم إلا من خلال عملية
فكرية قوامها التفسير القائم على ضوابط معينة ١ .
والمعنى المستفاد من عبارة النص هو المعنى الحرى له ، وهو الذى يتبادر للذهن بمجرد قراءة عباراته بما
تتضمنه من ألفاظ ٢ .
غير أن استخلاص المعنى من ألفاظ النص لا يعنى التقيد بها لفظاً لفظاً ، بل ينبغى الأخذ بالمعنى المستفاد
من النص في مجموع عباراته على ضوء قصد المشرع منه ، فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ٣ .
وإذا كان للفظ معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى ، وجب الأخذ بالمعنى الاصطلاحى والذى قد
يختلف عن معناه اللغوي ، وإذا تعددت المعاني الاصطلاحية للفظ يجب البحث عن قرينة تدل على المعنى
الذى قصده المشرع ٤ .

ب) المعنى المستفاد من مفهوم النص :

ويستفاد معنى النص من مفهومه بالبحث في فحواه وروحه ، وهو ما يؤدي عادة إلى التفسير الواسع ،
ويكون هذا التفسير جائزاً عند تفسير النصوص التي تقرر قواعد عامة ، بينما يكون غير جائز عند تفسير
النصوص التي تقرر أحكاماً استثنائية كالنصوص الجنائية التي تجرم أفعالاً وتقرر لها عقوبات .
واستخلاص معنى النص من مفهومه قد يتم عن طريق إشارة النص أو عن طريق دلالاته .

- والمعنى المستفاد من إشارة النص ٥ هو الذى لا يظهر من عبارات النص وألفاظه ، ولكنه يعتبر نتيجة
حتمية لها ، أي أن عبارة النص وصياغته لا يدل على المعنى وإنما يشير إليه بطريق اللزوم .
- أما المعنى المستفاد من دلالة النص فهو المعنى الذى يفهم من روح النص ويكون ذلك عن طريقين ،
الاستنتاج بطريق القياس أو بطريق مفهوم المخالفة .

• الاستنتاج بطريق القياس :

القياس لغة : هو التقدير على مثال الشيء .

والقياس اصطلاحاً : هو تطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها القانون ،

- ١ . د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق - القاهرة - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ - ص ٢١٧
- ٢ . اعتق المشرع البحريني هذا المسلك حيث تنص المادة (١/أ) من القانون المدني على أن "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها" .
- ٣ . د/ محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ٢٦٤
- ٤ . د/ حسام الدين كامل الأهواني - المدخل لدراسة القانون - ١٩٩٧ - ص ٢٦٦
- ٥ . ومثال استخلاص المعنى من النص بطريق الإشارة ماجرى عليه نص المادة (٥) من قانون العقوبات البحريني حيث نص على أن "تطبق أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي تقع في دولة البحرين" . ودلت الإشارة الواردة في هذا النص إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات على كل من يرتكب جريمة داخل إقليم الدولة دون النظر إلى جنسيته، أي خضوع المواطن والاجنبي لأحكام قانون العقوبات حال ارتكاب أي منهما جريمة داخل الدولة .

وذلك لوجود الشبه الأكيد بين الحالتين أو ما يسمى بالاتحاد بينهما في السبب أو العلة. ١. الاستنتاج بمفهوم المخالفة: وهو عكس الاستنتاج بطريق القياس، ويكون بتطبيق عكس الحكم بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في القانون، ولكنها تختلف كل الاختلاف عن الحالة الأولى، بحيث تعتبر معاكسة لها تماماً. ٢.

استظهار حكم القانون غاية الرأي القانوني :

تتمثل غاية الرأي القانوني في استظهار صحيح حكم القانون وتطبيقه على المسألة المعروضة، ومن ثم فالبحث النظري ليس من مهام الإفتاء القانوني، بل ينصب جل اختصاصه في بيان حكم القانون بشأن واقعة ثار بمناسبة خلاف في الرأي القانوني. وجدير بالتنبؤ أنه ينبغي على الإفتاء القانوني أن يدور في فلك الغاية التي ينشدها، ولا يتخطى حدودها، فلا يتعدى تلك الغاية بتجريم لمباح أو تقييد لمطلق أو استحداث حكم لم يرد عليه نص في القانون، وذلك حتى يكون الرأي القانوني معبراً عن الحكم الذي قصده المشرع بشأن الواقعة المطروحة.

المبحث الثالث

مدى إلزامية الإفتاء القانوني

ذكرنا أن الإفتاء القانوني يهدف إلى استظهار صحيح حكم القانون بشأن حالة واقعية معينة تعرضها إحدى الجهات الإدارية على الجهة المختصة بالإفتاء، وإذا كانت الجهة الإدارية هي التي تستطلع الرأي القانوني، فهل يكون هذا الرأي ملزماً لها أم غير ملزم؟ تقتضي الإجابة على هذا التساؤل التفرقة بين حالتين الأولى ويكون الإفتاء القانوني فيها غير ملزم والثانية يكون الإفتاء القانوني فيها ملزماً، ونخصص لكل من الحالتين مطلباً مستقلاً. **المطلب الأول: الإفتاء القانوني غير الملزم.** **المطلب الثاني: الإفتاء القانوني الملزم.**

المطلب الأول

الإفتاء القانوني غير الملزم

لم يشأ المشرع إضفاء عنصر الالتزام على الإفتاء القانوني، ومن ثم لا يمكن القول بأن الإفتاء القانوني

١. ومثال الاستنتاج بطريق القياس: ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث النبوي الشريف أن "قاتل مورثه لا يرث منه"، وبطريق القياس أمكن الاستنتاج أن الموصى له إذا قتل من أوصى له فإنه لا يستحق الوصية منه، وذلك لاتحاد العلة في الحالتين وهي القتل، واتحاد السبب وهو عدم جواز استفاضة القاتل من جريمته.
٢. ومثال الاستنتاج بمفهوم المخالفة النص في المادة (٤٠٤) مدني بحريني على أن هلاك المبيع قبل تسليمه يؤدي إلى فسخ العقد واسترداد الثمن من قبل المشتري، يمكن أن نستنتج بمفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد تسليمه لا يفسخ العقد ولا يسترد المشتري الثمن. وكذلك النص الذي يمنع شخص من التصرف، يفد بمفهوم المخالفة التصريح له بأعمال الإدارة كالإيجار.

يكون ملزماً للجهة الإدارية طالبة الرأي ، وإنما يمكن القول بأن الإفتاء القانونى يتمتع بالزام أدبى ، ويستمد إزامه من كونه الرأى الذى يكشف عن صائب حكم القانون ، وعلى ضوء هذا الإلزام الألبى تجد الجهة الإدارية نفسها مدفوعة بتطبيق مضمون الإفتاء القانونى وتنفيذ مقتضاه خشية مساءلتها من جانب الجهات الرقابية .

وتفسير ذلك ان الإفتاء القانونى وقد كشف لها عن صحيح حكم القانون فى المسألة المعروضة ، فإن منطوق الرقابة الذاتية لجهة الإدارية يقضى بضرورة أن تكون أعمالها وتصرفاتها فى إطار مبدأ المشروعية ، بمعنى أن يكون مسلك جهة الإدارة - دائماً وأبداً - فى إطار القانون ، وأن خروجها عن هذا الإطار يعرضها للمسئولية ، ومن ثم يكون من الملائم لها تنفيذ مقتضى الإفتاء القانونى التزاماً منها بمبدأ المشروعية .

المطلب الثانى الإفتاء القانونى الملزم

حينما يوسد المشرع الاختصاص إلى جهة معينة بإصدار إفتاء ملزم فى حالات معينة يكون الإفتاء القانونى فى تلك الحالات ملزماً ، إذن فالأمر هنا يتعلق بالاختصاص ، وإذا كان الوضع فى مصر يتشابه إلى حد بعيد مع الوضع فى مملكة البحرين من زاوية إلزامية الإفتاء القانونى فى حالات معينة ، إلا أن ثمة اختلافاً بين الوضع فىهما يحتاج إلى القاء مزيد من الضوء .

الوضع فى مصر:

اناط المشرع ٢ بالجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الاختصاص بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات وأبين المصالح العامة ، وأبين الهيئات العامة ، أو بين المؤسسات العامة ، أو بين الهيئات المحلية ، أو بين هذه الجهات وبعضها البعض . وجاء النص - صراحة - على أن يكون رأى الجمعية العمومية فى هذه المنازعات ملزماً ، ورغم ذلك فإن ثمة خلاف فى القضاء بين محكمة النقض المصرية وبين المحكمة الإدارية العليا حول الطبيعة الملزمة لرأى الجمعية العمومية فى المنازعات المشار إليها .

فقد ذهبت محكمة النقض ٣ إلى أن «النص فى المادة (٦٦) من القانون (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بتنظيم مجلس

١ . ويعنى مبدأ المشروعية احترام القانون من جانب الحاكم والمحكوم ، فالقانون يجب أن يحكم الأفراد ليس فى علاقتهم بعضهم فحسب ، وإنما علاقتهم بهيئات الحكومة فى الدولة . فالمشروعية هى صفة كل ما هو مطابق للقانون . لمزيد من التفاصيل أنظر : د. فاروق أحمد خماس - القضاء الإدارى وتطبيقاته فى مملكة البحرين - الطبعة الأولى - ٢٠٠٧ - كلية الحقوق - جامعة البحرين - ص ١٦

٢ . ويجد هذا الاختصاص سنده فيما جرى عليه نص المادة (٦٦/د) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بتنظيم مجلس الدولة على أن "تختص الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع بإبداء الرأى مسبباً فى المسائل والموضوعات الآتية : د- المنازعات التى تنشأ بين الوزارات وأبين المصالح العامة ، وأبين الهيئات العامة ، أو بين المؤسسات العامة ، أو بين الهيئات المحلية ، أو بين هذه الجهات وبعضها البعض . ويكون رأى الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً .

٣ . انظر حكم محكمة النقض فى الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٣ / ١٠ / ٢٠٠٢ - مجموعة أحكام النقض الصادرة ٢٠٠٢ : ٢٠٠٤ - هيئة قضايا الدولة المكتب الفنى - طبعة ٢٠٠٥ - ص ٥٤٦ وما بعدها - القاعدة (٢٤٩)

الدولة علي أن « تختص الجمعية العمومية لقسامي الفتوى و التشريع بإبداء الرأي مسبباً في المسائل و المواضيع الآتية: (د) المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات و بعضها البعض ويكون رأى الجمعية العمومية لقسامي الفتوى و التشريع في هذه المنازعات ملزماً للجانبين » يدل علي أن المشرع لم يسبغ علي الجمعية العمومية لقسامي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة ولاية القضاء في المنازعات التي تقوم بين فروع السلطة التنفيذية ذلك أن هذه الجمعية ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائي بمجلس الدولة ولا يتبع عند طرح المنازعة عليها الإجراءات التي رسمها قانون المرافعات أو أية قواعد إجرائية أخرى تقوم مقامها و تتوافر بها سمات إجراءات التقاضي و ضماناته وهي على هذا النحو لا تعد من جهات القضاء أو الجهات ذات الاختصاص القضائي وإنما تختص فقط بمهمة الإفتاء في المنازعات بإبداء الرأي مسبباً على ما أفصح عنه صدر النص السالف ؛ ولا يؤثر في ذلك ما أضفاه المشرع على رأيها من صفة الإلزام للجانبين لأن هذا الرأي الملزم لا يتجاوز حد الفتوى ولا يرقى به نص المادة (٦٦) المشار إليها إلى مرتبة الأحكام فلا يحوز الرأي الذي تبديه بشأن ما يطرح عليها حجية الأمر المقضي.

بينما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها إلى أن : الفقرة «د» من المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة جعلت فتاوى الجمعية العمومية لقسامي الفتوى و التشريع بشأن المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية، ملزمة ونهائية ولا يجوز التعقيب عليها، إلا أن عدم تذييل هذه الفتاوى بالصيغة التنفيذية المقررة للأحكام والأوامر القضائية لا يجوز أن يقف حائلاً دون إلزامية تنفيذ الفتاوى.

وشددت المحكمة على أن افتاء مجلس الدولة في المنازعات بين الجهات الإدارية يكون ملزماً لطرفي النزاع، ويخضع مسلك الإدارة الصادر ضدها الفتوى لرقابة القضاء الإداري إذا امتنعت عن تنفيذ الفتوى، ولا يجوز لأي جهة قضائية أخرى أن تنازع الجمعية العمومية لقسامي الفتوى و التشريع في التصدي لموضوع المنازعة المعروف عليها.

كما قضت، بأن: إن المشرع في قانون مجلس الدولة قد أفرد في المادة (٦٦/د) منه نظاماً خاصاً لحسم المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو المصالح العامة أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو الهيئات المحلية فيما بينها وهو كون الجمعية العمومية لقسامي الفتوى و التشريع تختص بالفصل في مثل هذه المنازعات وهو نظام بديل للاختصاص القضائي المنوط بالمحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها حيث اقتضت اعتبارات التنظيم الإداري للدولة والمصلحة العامة النأي بهذه المنازعات عن اختصاص القضاء لتحسم بالرأي الذي تصدره الجمعية العمومية لقسامي الفتوى و التشريع فيها ويكون له صفة الإلزام لكلا الطرفين المتنازعين . والحق أن الاتجاه الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية غاب عنه تقدير الاعتبارات التي من أجلها ناط المشرع بالجمعية العمومية الاختصاص بالفصل برأي ملزم في المنازعات التي تنشأ بين الجهات المنصوص عليها في المادة (٦٦/د) سالف الذكر ، واستندت إلى عنصر شكلي يتمثل في نفي صفة الحكم القضائي عن الرأي القانوني الصادر عن الجمعية العمومية بعدم إلزامية هذا الرأي ، وهو قول مردود عليه بأن المشرع

١ . حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢١١ لسنة ٤٨ قضائية عليا بجلسته ٢٠/٢/٢٠١٠ ، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٨٢ لسنة ٤٨ قضائية - عليا - بجلسته ٢٥ - ٥ - ٢٠١٢ ، غير منشور.

اعطى الاختصاص للجمعية العمومية بالفصل برأى ملزم فى المنازعات التى تنشأ بين الجهات المشار إليه فى المادة (٦٦/د) سالفه الذكر لاعتبارات معينة تتمثل فى أن مجلس الدولة هو أقدر الجهات على فهم طبيعة عمل الإدارة ، فهو قاضىها من خلال القسم القضائى ، ومستشارها من خلال القسم الاستشارى ، كما يجد سنده فى رغبة المشرع فى عدم عرض منازعات الإدارة على القضاء (العادى أو الإدارى) نظراً لكون هذه المنازعات تنشأ بين ممثلين مختلفين لشخص معنوى واحد هو الدولة ، ولا يحتاج الفصل فى النزاع بينهما إلى ضمانات التقاضى المقررة للأشخاص الخاصة ، ولو أن المشرع ارتأى ضرورة صدور الرأى القانونى بشأن تلك المنازعات فى صورة حكم ما أعوزه النص على ذلك ، كما يعيب هذا الاتجاه إهدار القيمة القانونية لنص المادة (٦٦ /د) المشار إليها ، والذي نص صراحة على أن رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً .

ويضاف إلى ما تقدم إن الاختصاص المعهود به للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بموجب أحكام المادة (٦٦/د) من قانون مجلس الدولة ، هو اختصاص ولائى حصري ، لا ينازعها فيه أحد ، وأن الرأى الصادر عن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى المنازعات المشار إليها يكون ملزماً لطرفيه .

نكول جهة الإدارة عن تنفيذ الرأى القانونى الصادر ضدها :

إذا ما صدر الرأى القانونى الملزم من الجمعية العمومية فى منازعة بين جهتين إداريتين ، فهل يجوز للجهة الإدارية الصادر ضدها هذا الرأى الامتناع عن تنفيذه؟

أجابت المحكمة الإدارية العليا عن هذا التساؤل فيما قضت به من أن ١ : قضاء مجلس الدولة قد استقر على أن امتناع الجهة الإدارية عمداً عن تنفيذ حكم قضائى ، يمثل قراراً سلبياً يجوز طلب إغائه ووقف تنفيذه وطلب التعويض عنه ، وهى أدوات قررها القانون لإجبار المحكوم ضده على تنفيذ الحكم ، إلا أن قصر هذا الإلزام على تنفيذ الأحكام القضائية دون الفتاوى التى يصدرها مجلس الدولة فى المنازعات التى تنشأ بين الجهات الإدارية ، أمر ينال من منظومة العدالة ويخل بمبدأ سيادة القانون ، ويخضع مسلك الإدارة الصادر ضدها الفتوى لرقابة القضاء الإدارى إذا امتنعت عن تنفيذ الفتوى .

وبهذا المبدأ الذى قرره المحكمة الإدارية العليا تكون قد ساوت بين الفتاوى التى تصدرها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، والأحكام القضائية الصادرة من القضاء الإدارى أو الإدارية العليا ، من حيث إلزام الجهات الإدارية بتنفيذ هذه الفتاوى ، وإعمال مقتضاها دون إبطاء أو التناقص .

الوضع فى مملكة البحرين :

لا يمكن الحديث عن الإفتاء الملزم فى مملكة البحرين قبل صدور المرسوم بقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم دائرة الشؤون القانونية ، والذي أناط

١ . حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٢١١ لسنة ٤٨ قضائية عليا بجلسة ٢٠/٢/٢٠١٠ - سبقت الإشارة إليه .

بهيئة التشريع والإفتاء القانوني الاختصاص بتفسير نصوص القوانين والمراسيم بقوانين ١. وبموجب هذا القانون صارت الهيئة هي صاحبة الاختصاص بحسم الخلاف الذي ينشأ بين الحكومة ممثلة في مجلس الوزراء وبين مجلسي الشورى والنواب أو أحدهما ، أو بين المجلسين حول تفسير نص في الدستور أو القوانين أو المراسيم بقوانين .

ويكون التفسير الصادر عن الهيئة في هذا الصدد ملزماً للأطراف بشرط أن يكون طلب التفسير بناءً على طلب الطرفين ٢.

والتساؤل المطروح على بساط البحث هل يمكن لهيئة التشريع والإفتاء القانوني الفصل في نزاع بين جهتين إداريتين برأي ملزم على غرار اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في مصر؟

سبق القول بأن النظام القانوني في مملكة البحرين لم يحدد جهة معينة تتولى مهمة الفصل في المنازعات الإدارية التي يكون طرفاها جهتين إداريتين، إلا أنه وفي ظل عدم تحديد هذه الجهة فلا مناص سوى الرجوع للأصل العام المقرر في مجال الفصل في المنازعات وهو انعقاد الاختصاص بالفصل في المنازعات بين جهتين إداريتين للدائرة الإدارية المختصة بنظر المنازعات الإدارية .

غير أن الطرح المتقدم لا ينفى اختصاص الهيئة بإبداء الرأي القانوني في نزاع بين جهتين إداريتين بحكم اختصاصها العام بالإفتاء في طلب الرأي الذي تطلبه الجهات الإدارية، وكل ما في الأمر أن هذا الرأي القانوني لا يتمتع بعنصر الإلزام كما هو الحال بالنسبة للرأي القانوني الملزم الذي يصدر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر طبقاً للمادة (٦٦ / د) من قانون مجلس الدولة المشار إليها سلفاً .

١. تنص المادة الثانية على أن: تختص الهيئة بصفة عامة بمهام الإفتاء القانوني وإعداد وصياغة التشريعات، وتتولى بصفة خاصة ما يلي:

وفي حالة الخلاف حول تفسير نص في الدستور أو القوانين أو المراسيم بقوانين بين الحكومة ممثلة في مجلس الوزراء ومجلسي الشورى والنواب أو أحدهما، أو بين المجلسين يكون التفسير الصادر من الهيئة ملزماً للأطراف إذا كان قد صدر بناءً على طلبهم.

٢. مارست الهيئة اختصاصها بالتفسير الملزم بمناسبة طلب التفسير المقدم من رئيس مجلس النواب بتاريخ ٢٧/٢/٢٠١٤ بشأن تفسير المادة (٨٠) من الدستور، والمادتين (٤٢ ، ٨٠) من المرسوم بقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٢ المعدل بالمرسوم بقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠١٠ بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب ، وذلك حسماً للخلاف الذي نشب بين الحكومة ومجلس النواب حول الأغلبية اللازمة للتصويت على توصية اللجنة المختصة بعدم جدية استجواب وزير المالية ، انتهت الهيئة إلى أن: أولاً: ١- مؤدى تفسير المادة (٨٠) من الدستور أن النصاب القانوني لصحة اجتماع كل من مجلس الشورى ومجلس النواب هو حضور أكثر من نصف أعضائه .

أن قرارات أي من المجلسين تصدر بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة.

ثانياً: مؤدى نص المادتين (٤٢ ، ٨٠) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب أن القاعدة العامة تتمثل في أن قرارات المجلس تصدر بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، ولا يتم احتساب أصوات الممتنعين عن التصويت ضمن أصوات المؤيدين أو المعارضين ، بينما تدخل أصوات الممتنعين في حساب النصاب القانوني لصحة انعقاد جلسات المجلس ، كما يتم احتساب هؤلاء عند حساب الأغلبية اللازمة لإصدار القرارات، باعتبارهم ممن أبدوا بأصواتهم فعلاً ، كما أن الأغلبية اللازمة لإصدار القرار هي ضرورة حصول الموضوع المطروح للتصويت على نصف عدد الحاضرين زائد واحد ، والإيجل التصويت لجلسة تالية ، أو دور انعقاد تال بحسب الأحوال .

الخاتمة والتوصيات :

انتهينا بفضل الله وتوفيقه من هذه الدراسة والتي كشفت عن أهمية استخدام لغة القانون في مجالى التشريع والإفتاء القانونى.

- وعلى صعيد الصياغة التشريعية كشفت الدراسة عن إنه ولئن كان عنصر الشكل المتمثل في الصياغة الجيدة للصياغة التشريعية يبدو ضرورياً ، إلا أنه ليس كافياً ، إذ يجب على أعضاء السلطة التشريعية رصد الظاهرة الاجتماعية التي تستوجب التدخل التشريعى ، وفهمها ، وتحليلها ، واقتراح ما يناسبها من حلول تشريعية.

وأظهرت الدراسة أن عوامل نجاح التشريع والتي تتمثل في ضرورة الالتزام بأصول معينة عند وضعه ، ابتداءً من وضوح الأساس المنطقي لاقتراح التشريع ، والالتزام بالعوامل المؤثرة في بنائه ، وذلك بمراعاة التوافق مع القواعد الدستورية والاتفاقيات الدولية، وتطبيق قواعد المساواة ، ومراعاة مقتضيات الأمن القانونى ، وضمان ما يحقق فاعلية التشريع.

وفي مرحلة بناء التشريع ينبغي الالتزام بالقواعد الحاكمة للصياغة التشريعية سواء من حيث دقة الصياغة ومنطقية القاعدة التشريعية وملاءمتها مع الواقع ، واستخدام الصياغة المناسبة في بناء القاعدة التشريعية، فضلاً عن الالتزام بالضوابط اللازمة لجودة التشريع .

غير أن كل ما تقدم من قواعد وأصول قد يذهب أدراج الرياح مالم يجد صائغ جيد تتوافر فيه كافة مقومات هذا الصائغ الجيد من حيث الإلمام بنواصي اللغة ، وتمتعه بالقدرة على الخيال القانونى تكفل له توقع ما ستؤول إليه الأوضاع الاجتماعية عقب نفاذ التشريع الذي يقوم بصياغته ، وهو ما يدعو إلى التوصية بضرورة استقطاب الكوادر القادرة على القيام بهذه المهمة خير قيام ، بالإضافة إلى التدريب المستمر للعناصر الأخرى حديثة العهد بعملية الصياغة التشريعية من أجل تنمية قدراتهم الذهنية واكتساب المهارات التي تساعدهم على القيام بتلك العملية.

وقد خلصت الدراسة إلى أن مسلك المشرع الدستوري البحريني جاء أكثر توفيقاً من نظيره المصري فيما يتعلق بتشريعات الضرورة ، ومرد ذلك إلى إقرار الدستور البحريني للسلطات الممنوحة للملك في إصدار المراسيم بقوانين فيما بين أدوار انعقاد المجلسين ، والمدة المقررة لعرض تلك المراسيم بقوانين على مجلسى الشورى والنواب وهى شهر من تاريخ انعقادهما ، أما الدستور المصري فقد قصر حق رئيس الجمهورية على إصدار قرارات بقوانين في حالة ما إذا كان المجلس غير قائم ، كما قصر مدة عرض تلك القرارات بقوانين وجعلها خمسة عشر يوماً من تاريخ انعقاد مجلس النواب ، وهو مسلك غير مبرر من المشرع الدستوري المصري لاسيما في حالة حدوث حالة ضرورة تستدعي اتخاذ تدابير عاجلة ، لا تحتمل دعوة مجلس النواب للانعقاد لجلسة طارئة ، وما يصاحب ذلك من استفاد وقت وجهد ليس بالقليل تكون حالة الضرورة قد أتت أكلها ، وتبدو معها التدابير العاجلة غير مجدية . وعلى ضوء ذلك ندعو المشرع الدستوري المصري إلى معاودة النظر في هذا الاتجاه.

ومن زاوية أخرى جاء مسلك المشرع الدستوري المصري أكثر توفيقاً من المشرع الدستوري البحريني حينما منح الأول لمجلس النواب سلطة اعتماد نفاذ القرارات الجمهورية بقوانين في الفترة السابقة على عرضها

على المجلس ، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار ، ولم يشأ المشرع الدستوري البحريني منح هذه السلطة لمجلسي الشورى والنواب ، واقتصر الأمر على ما أفصحت عنه المذكرة التفسيرية للدستور من أن الهدف من تعديل المادة (٢٨) من الدستور هو تقرير زوال آثار المراسيم بقانون من تاريخ صدور قرار من كل من المجلسين برفضها ، أو من التاريخ الذي كان يجب عرضها على المجلسين في حالة عدم عرضهما ، وإن كنا نرى أنه من الأفضل منح المجلسين هذه السلطة لمعالجة الآثار المترتبة على نفاذ المراسيم بقوانين خلال الفترة السابقة على عرضها على المجلسين ، أو تسوية ما قد يترتب عليها من آثار .

أما في مجال تشريعات التفويض ، فلم يكن المشرع الدستوري المصري موقفاً حين خلا من نص يسمح لرئيس الجمهورية بالتدخل السريع لمواجهة ظروف استثنائية قد تمر بها البلاد ، إذ لا يتصور عملاً مواجهة تلك الظروف الاستثنائية بتشريعات عادية تحتاج إجراءات سنّها إلى وقت ليس بالقليل ، تكون تلك الظروف قد أعمت آثارها ، لاسيما وأن رئيس الجمهورية حين يباشر هذا الاختصاص إنما يباشره في ضوء ضوابط معينة تمنع من إساءة استخدامه .

- وعلى صعيد الإفتاء القانوني، فقد استظهرت الدراسة الأثر الكاشف للإفتاء القانوني، وضرورة صدره من جهة مختصة بذلك، شريطة أن ينصب على حالة واقعية بغرض استظهار صحيح حكم القانون بشأنها. وفي مجال الاختصاص بالإفتاء القانوني تبين من الدراسة أنه وعلى ضوء غياب النص الصريح الذي يمنح لهيئة التشريع والإفتاء القانوني الاختصاص بالفصل برأي ملزم في نزاع بين جهتين إداريتين ، وذلك على غرار الاختصاص الممنوح للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، إلا أنه يجوز لهيئة التشريع والإفتاء القانوني إبداء الرأي القانوني في هذا النزاع تحت مظلة اختصاصها العام بالإفتاء القانوني ، غير أن ذلك لا يمنع من ضرورة التدخل التشريعي لسد هذا الفراغ بالنص صراحة على اختصاص الهيئة بالفصل في النزاع بين جهتين إداريتين برأي ملزم لكننا الجهتين .

أما فيما يتعلق بالقواعد الحاكمة لإبداء الرأي القانوني ، فقد الفت الدراسة مزيداً من الضوء على كيفية إعداد الرأي القانوني سواء من زاوية البناء الشكلي والهيكلية له ، أو من زاوية بنائه الموضوعي ، وضرورة اتساقه مع قواعد المنطق وأصول التفكير الصحيح ، والاستعانة بقواعد التفسير القانوني من أجل الوقوف على معنى النص القانوني وفهمه بغية التطبيق الأمثل والسليم ، من أجل استظهار صحيح حكم القانون وتطبيقه على المسألة المعروضة .

على أن غلبة الطابع التطبيقي للإفتاء القانوني وضرورة أن ينصب على واقعة بعينها لبيان صحيح حكم القانون بشأنها ، كل ذلك جعل من الإفتاء القانوني عملية فنية تقوم على عنصر الاستدلال الذي يعتمد على النشاط الذهني في التكييف القانوني للواقعة وتحليل معطيات النص القانوني الذي ينطبق عليها وفهم مضمونه ومعناه .

كما كشفت الطبيعة القانونية للإفتاء القانوني عن كونه رأياً قانونياً غير ملزم بحسب الأصل ، ومع ذلك هناك أحوال معينة يكون فيها هذا الرأي ملزماً ، كاختصاص الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بالفصل في المنازعات بين الجهات الإدارية ، واختصاص هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين بالتفسير الملزم للنصوص الدستورية والقانونية في الحالات وبالشروط المقررة قانوناً .

وختاماً ، فإن هذه الدراسة هي مجرد لبنة في بناء الفكر القانوني للصياغة التشريعية والإفتاء القانوني ، ذلك الفكر الذي لا ينضب معينه يحتاج إلى مزيد من الدراسة والبحث بهدف وضع نظرية عامة تستقيم على عودها قواعد واسس ومبادئ كل من الصياغة التشريعية والإفتاء القانوني ، وبعد فقد جاءت هذه الدراسة وفق قدراتي البشرية الناقصة ، فإن كنت قد أخطأت فمن نفسي ، وإن أصبت فمن الله جل شأنه ، وأدعوه مخلصاً ألا يحرمني أجر المجتهدين .

المراجع

أولاً - المراجع العامة:

- د. أحمد فتحي سرور
الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق - القاهرة - الطبعة الأولى - عام ١٩٩٩.
- د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح
الأثر الرجعي في القضاء بين الإداري والدستوري - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠١١
- إياد عبد المجيد إبراهيم
مهارات الاتصال في اللغة العربية - الوراق للنشر والتوزيع.
- د. جابر محمد حجي .
السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ٢٠١٢
- د. حسام الدين كامل الأهواني
المدخل لدراسة القانون - ١٩٩٧ - بدون دار نشر .
- ديزلي سالمون
المنطق - ترجمة الدكتور جلال موسى - دار الكتاب اللبناني - الطبعة الثانية - ١٩٥٦
- المستشار سالم محمد سالم الكواري
السلطة التشريعية في دستور مملكة البحرين ٢٠٠٢ - الطبعة الأولى - ٢٠٠٨ - بدون دار نشر .
- د. سامي جمال الدين
تدرج القواعد القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون تاريخ نشر.
- د. شمس الدين الوكيل
الموجز في المدخل لدراسة القانون - منشأة المعارف المصرية - طبعة ١٩٦٧
- عبد الرزاق السنهوري
الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - بدون تاريخ نشر - بدون دار نشر.
- د. علي محمد علي حمودة
النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي - الطبعة الثانية - ٢٠٠٢ - بدون دار نشر .
- مستشار. عليوة مصطفى فتح الباب
أصول سن وصياغة وتفسير التشريعات - مكتبة كوميت - الطبعة الأولى - بدون تاريخ نشر.
- د. فاروق أحمد خماس
القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين - الطبعة الأولى - ٢٠٠٧ - كلية الحقوق - جامعة البحرين.
- د. محمد حسين عبد العال
المدخل لدراسة القانون البحريني - الطبعة الرابعة - ٢٠١١ - بدون دار نشر .
- د. محمد فتوح محمد
التفويض في الاختصاصات الإدارية - طبعة ١٩٨٦ - بدون دار نشر
- د. محمود محمد علي صبرة
أصول الصياغة القانونية - دار الكتب القانونية - الطبعة الثانية - ٢٠١٠

ثانياً - الأبحاث المتخصصة والمقالات

- د. أحمد عبد الظاهر
اللغة القانونية ومفرداتها - مقال منشور على شبكة الإنترنت.
- د. أحمد كمال أبوالمجد
حوار لا مواجهة - حوارات حول الإسلام المعاصر - مجلة العربي - أبريل ١٩٨٥
- حيدر سعدون المؤمن :
مبادئ الصياغة القانونية - بحث منشور على شبكة الإنترنت
- مستشار طارق البشري
النص بين التشريع والإخبار - دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين - ٢٠٠٧
- د. عز الدين عبد الله
لغة القانون في مصر - مجلة مصر المعاصرة
- د. وائل محمد يوسف
تحليل مشروعات القوانين - محاضرات - قسم التدريب والتطوير - مجلس النواب - مملكة البحرين

ثالثاً - مجموعات الأحكام والفتاوى

- مجموعة أحكام محكمة النقض - المكتب الفني.
- مجموعة أحكام محكمة النقض الصادرة من عام ٢٠٠٢:٢٠٠٤ - المكتب الفني - هيئة قضايا الدولة - طبعة ٢٠٠٥
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر - مجموعة المكتب الفني.
- مجموعة مبادئ قسم التشريع بمجلس الدولة - مجموعة المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة.

رابعاً - المعاجم

- المعجم الوسيط - الطبعة الثانية - ١٩٧٢

تفسير النصوص في القضاء الدستوري

"دراسة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية"

المستشار الدكتور / جابر محمد حجي

نائب رئيس مجلس الدولة المصري

موضوع الدراسة

المحكمة الدستورية العليا هي الجهة المنوط بها الرقابة على دستورية القوانين في النظام القانوني المصري، وهي الحارس الأمين على حماية نصوص الدستور من أي انتهاك تشريعي أو لأحي لها، والرقابة اللاحقة التي تجريها المحكمة على دستورية التشريعات والمخولة لها بموجب نصوص الدستور ونصوص التشريع المنظم لها ليست رقابة حسابية، تتم بصورة آلية، قوامها مقابلة بين النص التشريعي من جانب ونصوص الدستور من جانب آخر، وإنما هي رقابة فنية، لا يتحدد نطاقها بصورة قاطعة، وإنما يضيق ويتسع بحسب السياسة القضائية التي تنتهجها المحكمة عند نظرها للموضوع محل التنظيم.

فتارة تضيق المحكمة من نطاق رقابتها بموجب القيود الذاتية التي تعد ضوابط تفرضها المحكمة على نفسها، مستهدفة منها أن تظل الرقابة القضائية على الدستورية ملتزمة مجالها الطبيعي ومتوازنة ومعتدلة، وألا تكون مفرطة المدى قاصرة عن الإحاطة بموجباتها، وهذه القيود الذاتية التي تقيد بها المحكمة نطاق رقابتها تعد من الأسباب التي تحافظ بها على مكانتها واحترام قراراتها و تلافي احتكاكها مع السلطتين التشريعية والتنفيذية وحمايتها من محاولة النيل منها أو تقليص سلطاتها. ويمكن إرجاع هذه القيود والتي تعد في حقيقتها أساليب تكتيكية ابتدعتها المحكمة العليا الأمريكية لتعمل بها على تحديد نطاق رقابتها إلى قاعدة كلية تقضي بعدم تدخل المحكمة لحسم المسألة الدستورية إلا إذا كان تدخلها لازماً وحتماً للفصل في النزاع، وتتفرع من هذه القاعدة الكلية مجموعة قواعد فرعية تعتبر في مجملها ضوابط لرقابة دستورية متوازنة صالحة للاقتباس والتطبيق في كافة النظم التي أقرت الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وهذه القيود تعد ضوابط تفرضها المحكمة على نفسها مستهدفة منها أن تظل الرقابة القضائية على الدستورية ملتزمة مجالها الطبيعي ومتوازنة ومعتدلة، وألا تكون مفرطة المدى قاصرة عن الإحاطة بموجباتها كما تبرز أهمية هذه الضوابط فيما لها من آثار تتمثل في تجنب حدوث أية أزمات دستورية قد تنتج عن توسع المحكمة في أعمال رقابتها على تقديرات السلطة التشريعية التي تعتبر بحسب الأصل السلطة المنتخبة الممثلة للإرادة الشعبية وهي أزمات قد تكون عواقبها وخيمة قد تعصف بفكرة الرقابة ذاتها،

وتارة أخرى توسع المحكمة من نطاق الرقابة، لتصل إلى مناطق كانت مترددة في النفاذ إليها، و محجمة عن الولوح فيها، ووسائل المحكمة لبلوغ مرادها سواء في تضييق نطاق الرقابة على الدستورية أو توسيعها متعددة إلا أن أهمها هي عملية التفسير والتي تتعدد وسائلها وطرقها وهو ما نعرض له في هذه الدراسة.

إشكالية الدراسة

عملية التفسير التي تقوم بها المحكمة الدستورية العليا لاستخلاص معنى القاعدة القانونية، عملية مزدوجة تجريها في محورين، أولهما يتعلق بالنص التشريعي المطعون عليه لاستخلاص معنى القاعدة القانونية التي يحويها. وثانيهما يتعلق بالنصوص الدستورية لبيان المبدأ الدستوري الذي أحاطه المشرع التأسيسي بالحماية، وصولاً إلى بيان مدى توافق النص التشريعي مع المبادئ الدستورية من عدمه.

وتحديد حكم القاعدة القانونية التي يتضمنها النص القانوني، وبيان المعنى المراد منها، خطوة سابقة على تطبيقها على الحالة الواقعية، موضوع المنازعة المطروحة على القاضي، وفي مجال القضاء الدستوري، فإن القضية الأهم التي يتعين تناولها بمزيد من الدراسة هي كيفية تفسير الجهة القائمة على الرقابة لنصوص الدستور، أثناء ممارسة الاختصاص المنوط بها في رقابة دستورية القوانين واللوائح، والنظر في طريقة استخلاصها للقاعدة القانونية من النص الذي يعبر عنها، تمهيداً لإعمال مبدأ الشرعية الدستورية، بتحديد مدى اتفاق القاعدة التشريعية مع القاعدة الدستورية، ومن ثم الفصل في ما إذا كان النص التشريعي مطابقاً أو غير مطابق للدستور، وسوف نقوم تباعاً في إطار بحث هذا الموضوع بتناول وعرض الأساليب والاتجاهات التي اتبعتها جهة الرقابة على الدستورية في هذا الخصوص، مع التأكيد على أن هذه الأساليب لا تتنافر جميعها، فقد تجمع المحكمة بين أسلوب وآخر في ذات الحكم، كما نتناول ما أثارته بعض هذه الأساليب من اعتراضات، ولما كان موضوع الدراسة من السعة على نحو يتعذر معه على الإمام به على نحو يحيط به، الأمر الذي نرى معه أن نتناول هذه الدراسة القدر الذي يكفي فقط لإبراز الملامح العامة لسياسة القضاء الدستوري المصري في شأن طرق التفسير.

نطاق الدراسة

باستقراء المادتين ٢٥ و٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، يلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا تضطلع دون غيرها باختصاصات أربعة: (الأول) الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. (الثاني) الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الجهات ذات الاختصاص القضائي، وذلك إذا رُفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداهما عن نظرها أو تخلت كليهما عنها. (الثالث) الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها. الرابع: تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارته خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها».

وتركز هذه الدراسة بصفة أساسية على تحليل أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادرة عنها حال ممارستها اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ومن ثم يخرج من نطاق الدراسة

اختصاصات المحكمة الأخرى المشار إليها آنفاً ، إلا أن ذلك لا يمنع من الاستشهاد ببعض القرارات التفسيرية، أو الأحكام الصادرة بشأن تنازع الاختصاص ؛ للتدليل على بعض النقاط التي تثيرها الدراسة، ولا تقتصر الدراسة على تحليل أحكام المحكمة الدستورية العليا بل سنتناول بالبحث والتحليل أحكام المحكمة العليا المنشأة بموجب القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والتي استمرت في ممارسة عملها حتى ممارسة المحكمة الدستورية العليا لعملها في سبتمبر ١٩٧٩ .

أما عن النطاق الزمني فإن هذه الدراسة تعرض لأحكام القضاء الدستوري المصري منذ نشأته عام ١٩٦٩ وحتى تعطيل العمل بدستور عام ١٩٧١ في فبراير ٢٠١١ والذي تلاه إصدار إعلانات دستورية متعددة انتهت بإصدار دستور ٢٠١٢ ثم إصدار دستور ٢٠١٣ المعمول به اعتباراً من ٢٥/١٢/٢٠١٣ .

منهج الدراسة

تتهج هذه الدراسة أسلوب المنهج التحليلي المقارن، حيث تعمل على قراءة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا ذات الصلة بموضوع البحث واستنباط ما تحويه من قواعد ، بغية استخلاص الاتجاهات العامة للمحكمة في هذا الخصوص.

خطة الدراسة

لإعطاء فكرة متكاملة تحيط بكافة جوانب موضوع البحث، ولكي تكتمل الفائدة المرجوة من دراسته نرى من الملائم تقسيم الدراسة إلى خمسة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية التفسير وأهميته في القضاء الدستوري.

المطلب الثاني: التفسير اللغوي لنصوص الدستور.

المطلب الثالث: التفسير التكاملي لنصوص الدستور.

المطلب الرابع: التفسير الواسع لنصوص الدستور.

المطلب الخامس: التفسير الديناميكي لنصوص الدستور.

المطلب الأول

ماهية التفسير وأهميته في القضاء الدستوري

من الأهمية بمكان بيان مفهوم التفسير، باستظهار تعريفه في اللغة، وفي الاصطلاح القانوني، وتحديد موضوعه، وتنوع المدارس التي تناولت كيفية تفسير النصوص القانونية، وأهميته في القضاء الدستوري وهو ما نتناوله على النحو التالي:

الفرع الأول

المدلول اللغوي و الاصطلاحي للتفسير

التفسير في اللغة يعني التبيين والتوضيح. يقال: فسر الشيء، أي وضحه، وفسر آيات القرآن أي شرحها

ووضح ما تتطوي عليه من معانٍ وأسرار وأحكام ١. وفي مختار الصحاح: «الفسر هو البيان» ٢. وذهب بعض الأصوليين إلى التمييز بين التفسير والتأويل لغة: بأن التفسير هو: تبين المراد من الكلام على سبيل القطع، بينما التأويل هو: تبين المراد من الكلام على سبيل الظن أو ترجيح أحد الاحتمالات بدون قطع ٣.

ومن جماع ما تقدم، يتبين أن معنى التفسير لغة هو: الشرح والإيضاح والبيان. أما في الاصطلاح القانوني، فقد تعددت تعريفات الفقهاء للتفسير، فمنهم من عرفه بأنه: بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام، للعمل بالنص، على وضع يفهم من النص ٤. وانتهى جانب آخر إلى أن التفسير هو: عملية عقلية منطقية، تتم في إطار موضوعي منضبط، للكشف عن مضمون القاعدة القانونية التي يتضمنها النص ٥.

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التفسير هو استخلاص دلالات فكرية من عبارات محددة بألفاظها، وترتيب نتائج عليها، وأنه تحريك النص الثابت على الواقع المتنوع والمتعدد الحالات، وهو ما يصل بين ما تنتهي ألفاظه وعباراته في ذاتها، بما لا تتناهى حالاته في تنوعها وتعددتها وتغيرها ٦. وأورد البعض تعريفاً لتفسير النص القانوني بأنه: توضيح ما أبهم من ألفاظه، و تكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، و التوفيق بين أجزائه المتعارضة ٧. وعرفه البعض بأنه: استظهار إرادة النص من ثنایا الألفاظ والعبارات التي يتكون منها، توطئة لتطبيقه على نحو يلائم تطور الحياة، ويحقق غاية النظام القانوني، دون مساس بألفاظه أو عباراته و دون صرف إرادته عن مقصدها ٨.

وذهب جانب آخر إلى أن التفسير هو عملية ذهنية منطقية، تؤدي باتباع قواعد علمية، إلى تحقيق غرضه، الذي يختلف باختلاف حالة النص، و ذلك لاستنباط حكمه، لتطبيقه على الحالات الواقعية ٩. ويميز التعريف الأخير عن سواه: كونه شمل ماهية التفسير وغرضه وطرقة وموضوعه.

١. المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية - الطبعة الثانية- ١٩٧٢- ص٧٢١
٢. مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - الطبعة الثانية - ١٣٥٥ هجرياً- ص٥٠٣.
٣. الإتيقان في علوم القرآن: الإمام السيوطي - دار التراث بالقاهرة - بدون سنة نشر الجزء الرابع - ص ١٦٧.
٤. د. محمد أديب صالح : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي - المكتب الإسلامي الطبعة الرابعة ١٩٩٣ المجلد الأول ص٥٩.
٥. د. سعيد أحمد بيومي: لغة القانون - مكتبة الآداب - القاهرة- الطبعة الأولى ٢٠١٠ - ص ٤٤٦.
٦. المستشار طارق البشري: النص بين التشريع والإخبار- مقال منشور على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين على شبكة الإنترنت رابط الالكتروني www.iumsonline.net
٧. السنهوري وأبو ستيت: أصول القانون طبعة ١٩٧٢ ص ٢٢٥.
٨. المستشار: محمد وجدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون- دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة -عالم الكتب- القاهرة- الطبعة الأولى ١٩٧٢. ص٨٧٤، ٨٧٥.
٩. د. محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون الخاص- رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٧ ص ٢٢.

الفرع الثاني موضوع التفسير

في إطار بيان موضوع التفسير، وتحديد المحل الذي تنصبّ عليه عملية التفسير، فإن المفترض في كل نص من النصوص الدستورية تضمنه حماية مصلحة معينة، هي قصد إرادة المشرع الدستوري من النص - بحسبان أساس القانون هو تحقيق مصالح الجماعة - وموضوع التفسير هو إرادة المشرع الدستوري، والكشف عن القاعدة القانونية، بحسبانها المضمون الذي يعنيه النص، لذلك يتعين التمييز بين النص القانوني والقاعدة القانونية.

ذلك أن النص القانوني ما هو إلا غلاف مادي يحوي قاعدة قانونية، تكون هي وحدها محل الاعتبار، وينصبّ التفسير على القواعد القانونية وحدها، لا على أغلفتها المادية، ومن ثمّ فإن موضوع التفسير هو القاعدة القانونية، وليس النص التشريعي، وعلى ذلك فإن المناهج الفنية للتفسير تعنى باستخلاص القاعدة القانونية من النص الذي يعبر عنها بحسبان النصوص القانونية هي محل التفسير والقاعدة القانونية المستخلصة منها هي الهدف من التفسير.^١

الفرع الثالث تنوع مدارس التفسير

النص القانوني صدر لكي يحكم تصرفات المجتمع، والهدف من التفسير تحريك النص الثابت على الحالات الواقعية المتنوعة والمتجددة، وهو أداة الوصل بين ألفاظ النص وعباراته المحددة، وبين عدم تناهي حالات تطبيقه، لذلك ينبغي أن يعدّ النص القانوني من حيث الصياغة والألفاظ لكي يتلاءم مع الحالات المستجدة والمتنوعة فينسحب حكمه عليها، وبما يمكن من تطبيقه على الواقع المتغير.

والنص بصفة عامة هو عبارات محددة الألفاظ، يراد بها معنى من المعاني، والتفسير هو ما يكسب ألفاظ وعبارات النص الثابت الحركة والفاعلية، حيث يستخلص منها المفسر دلالات فكرية حول معنى معين، ويرتب عليها النتائج، وكل ذلك يجري وفق مناهج عقلية اجتهد رجال اللغة والمنطق وعلماء أصول الفقه وفقهاء التفسير، في أن يضعوا لها الأسس التي تقوم عليها والحدود التي تحيط بها، والضوابط المتعلقة بكيفية التعامل مع النص بغرض فهم دلالاته، وآليات الاجتهاد لاستنباط أحكامه، ويختلف منهج التعامل مع النص حسب طبيعته وما أعدّ من أجله.

وقد تعددت مناهج التفسير في المجال القانوني، وأساس الخلاف بينها في كيفية التعامل مع النص الثابت ومدى محدودية أو سعة معانيه الواردة بألفاظه وعباراته، وتفاعلها مع تغير وقائع الزمان والمكان وتنوع الحالات. ذلك أنه لا جدال في أن النص القانوني له اتصال مباشر بزمان التطبيق، وليس بزمان الإصدار

١. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات. دار الشروق الطبعة الأولى ١٩٩٩. ص ٢١٨، ص ٢٢٨.

فقط، بل إن اتصاله بزمان التطبيق يفوق في الأهمية اتصاله بزمان الإصدار، لكون النص القانوني صدر لكي يحكم تصرفات المجتمع المتجددة و المتغيرة، لذلك ينبغي أن يعدّ من حيث الصياغة و الألفاظ لكي يتجاوز زمن صدوره، بما يلاحق الحالات المستجدة و المتنوعة فينسحب عليها.

ولتحديد معنى القاعدة الدستورية و بيان مداها، وضمن تطبيقها تطبيقاً صحيحاً، تستعين الجهة القائمة على التفسير بوسائل التفسير المتعارف عليها، لاستخلاص معنى القاعدة القانونية، وهي وسائل إما داخلية ينطوي عليها النص القانوني محل التفسير، و تتمثل في دلالة ألفاظ هذا النص و تركيبه من الناحية اللغوية و الاصطلاحية، و إما خارجية تعتمد على عنصر خارجي عن النص القانوني ذاته، و تتمثل في البحث في الحكمة من النص و الاسترشاد بالأعمال التحضيرية، و المصادر التاريخية و الظروف التي أحاطت بوضعه.^١

ولا تثار ثمة مشكلة في التفسير إذا كان النص المراد تفسيره قاطع الدلالة، لا يحتمل سوى معنى واحد لا لبس فيه ولا تأويل، ولكن قد يكون النص غير واضح الدلالة أو غامضاً في عبارته على نحو يستدعي اللجوء إلى قواعد التفسير؛ لاستجلاء القاعدة القانونية.

و التساؤل الذي يثار دوماً في هذا الخصوص، هو أنه إذا كان النص القانوني على وجه العموم له اتصال مباشر بزمان تطبيقه لا بزمان إصداره فقط، بل إن اتصاله بزمان التطبيق أكثر أهمية من اتصاله بزمان الإصدار، و كانت غالبية نصوص الدستور تحمل طابع الإجمال و العموم، فهل على جهة الرقابة على الدستورية حال أعمال سلطتها في التفسير أن تبحث عن المعنى و الفهم الأصلي للسلطة التأسيسية عند وضع نصوص الدستور، أم عليها أن تبحث في إيجاد تفسير للنص في ضوء ما يجب أن يعنيه الدستور في الوقت الراهن.

وهذا التساؤل لا يثار فقط في نطاق البحث في كيفية قيام الجهة القائمة على رقابة الدستورية بتفسير نصوص الدستور، وإنما يثار في كافة فروع القانون، وقد تصدى له عدد كبير من الفقهاء قديماً و حديثاً، حيث نشأت في هذا الخصوص عدة مدارس تتناول كيفية تفسير نصوص القانون، تختلف فيما بينها من حيث مناهج تفسير النص القانوني، و كيفية تطبيقه على الواقع المتغير، و على الحالات المتنوعة، و أساس الخلاف بينها فيما خلصت إليه كل منها في تحديد قيمة قصد المشرع من ناحية، و تقدير حاجات المجتمع و ظروفه وقت تطبيق النص من ناحية أخرى، و أثر ذلك على ثبات النص و محدودية معانيه الواردة بألفاظه و عباراته، وما يلحق بالمجتمع من تغير وقائع الزمان و المكان و تنوع الحالات، و أشهر هذه المدارس مدرسة الشرح على المتون، و المدرسة التاريخية و الاجتماعية، و المدرسة العلمية.

و تخلص مدرسة الشرح على المتون إلى أن وظيفة المفسر هي البحث عن إرادة الشارع الحقيقية عند وضع النص، فإن لم يتوافر ذلك بخصوص واقعة معينة فعليه اللجوء إلى إرادته المفترضة، التي يفترض أنه كان يقصدها لو أراد تحديد حكم هذه الواقعة.

١. د. رمزي الشاعر: ضوابط و وسائل تفسير النصوص ذات الطبيعة الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا - مقال منشور بمجلة الدستورية - عدد خاص مارس ٢٠٠٩ ص ٢٦.

بينما تخلص المدرسة التاريخية إلى أن المفسر لا يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة، وإنما يفسر النص وفقاً للظروف القائمة وقت التفسير؛ لأن النص القانوني بعد صدوره ينفصل عن إرادته واضعيه و يصبح كائناً حياً متطوراً متفاعلاً مع ظروف المجتمع المتطورة.

أما المدرسة العلمية فقد اتخذت موقفاً وسطاً بين مدرسة الشرح على المتون و المدرسة التاريخية، حيث ذهبت إلى الوقوف على إرادة المشرع مع ملاحظة العوامل التي تتكون منها القاعدة القانونية، بأن يكون بحث المفسر فقط عن الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص دون الإرادة المفترضة، وفي حال تعذر تحديدها يتم اللجوء إلى المصادر الرسمية الأخرى للقانون وأهمها العرف، فإن لم يجد كان عليه اللجوء إلى البحث العلمي الحر في حقائق الطبيعة و التاريخ و العقل و المثالية ١.

الفرع الرابع أهمية التفسير في نطاق القضاء الدستوري

التفسير الذي تنتهي إليه المحاكم للنصوص - على وجه العموم - بصدد تطبيقاتها على المنازعات المثارة أمامها يتسم بالطابع العملي، إذ من مفترضاته قيام نزاع، لأن القاضي مهمته الأولى تطبيق القانون لا الإفتاء بشأنه، و نظرياً لا يلزم التفسير الذي تتبناه محكمة أخرى، أما عملياً فإن التفسير المتبع من المحاكم العليا يفرض نفسه على المحاكم الدنيا، و إلا تعرضت أحكامها للإلغاء ٢.

و في نطاق القضاء الدستوري تكتسب دراسة كيفية تفسير القواعد القانونية أهمية خاصة مرجعها إلى عدة أمور أخصها ما يلي:

أولاً: أن المنازعة الدستورية لها طبيعة خاصة، بحكم اتصالها في قيامها وفي غايتها بصيانة أحكام الدستور في نصوصه و في فحواه، و الذي يشمل المتطلبات المفترض توافرها لقيام الدولة القانونية، ولكونها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأحكام الأساسية التي تنظم المجتمع، و التي ينطوي عليها الدستور، سواء من حيث تنظيم السلطات و طبيعة العلاقة بينها، أو من حيث الحقوق و الحريات التي يتمتع بها الأفراد في حماية سدنة الدستور و حماته من قضاة المحكمة الدستورية العليا ٣.

ثانياً: أن تفسير القواعد القانونية على وجه العموم هو فرع من تطبيق القضاء لها في نزاع مطروح عليها، و هذا التطبيق لا يقع بعيداً عن تدرج القواعد القانونية، و إنما يكون تطبيق الدستور و إخضاع كل قاعدة أدنى لأحكامه جزءاً من عملية التطبيق القضائي بمفهومه العام ٤، و ما يزيد من أهمية عملية تفسير

١. للمزيد من التفاصيل في هذا الخصوص بشأن المدارس المختلفة في التفسير يراجع كل من د. عبد المنعم البدرابي: المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق - دار الكتاب العربي القاهرة الطبعة الأولى ١٩٦٢. ص ٢٩٢ وما بعدها و د. محمد أديب صالح: المرجع السابق. الجزء الأول ص ١٠٧ وما بعدها.

٢. د. فتحي فكري: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير - دار النهضة العربية ١٩٩٨ ص ١٠.

٣. المستشار محمد أمين المهدي: القضاء الدستوري وقضايا المشروعية رؤية من منصة القضاء الإداري. مجلة الدستورية عدد خاص مارس ٢٠٠٩ ص ٦٩، ٧٣.

٤. د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - مركز رينيه جان دبو للقانون والتنمية - الطبعة الأولى ٢٠٠٢ ص ١٢، ١٤.

القواعد الدستورية هو أن القاعدة الدستورية تتميز بخصائص غير قابلة للشراكة مع أي قاعدة قانونية أخرى أخصها السمو على ما عداها من قواعد.

ثالثاً: اختلاف لغة الدستور عن لغة التشريع ، فالأول بحكم تربعه على قمة النظام القانوني ، يستخدم لغة تعلق في خطابها ومضمونها على لغة التشريع ، فلا تلجأ إلى التفصيل حتى تقسح للتشريع سلطة الملاءمة وفقاً للظروف والمقتضيات. هذا بخلاف لغة التشريع فإنها أكثر تحديداً لما تعبر عنه. لذا تقنع القاعدة الدستورية بوضع الكليات، بعضها يحمل طابع الإجمال والعموم، والآخر يعتريه الغموض، وهو ما يجعلها أدنى إلى التفسير المرن، بما يتيح لجهة الرقابة استخلاص معانٍ أوسع من شأنها كفالة حقوق وحرية الأفراد على نحو أكثر فاعلية، و تيسير تطويرها، وتمكينها من مواجهة أوضاع متغيرة.

رابعاً: أن الدساتير المصرية المتعاقبة لم تخول أي جهة - قضائية أو غير قضائية - الاختصاص بتفسير نصوص الدستور ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا وإن لم تكن تملك ابتداء الاختصاص المستقل بتفسير الدستور تفسيراً ملزماً إلا أنها أكثر المحاكم تفسيراً لهذه النصوص بمناسبة الفصل في الدعاوى الدستورية التي تدخل في اختصاصها ومن ثم تملك الحق في تفسير تلك النصوص توطئة لإصدار حكمها في شأن دستورية اللوائح والقوانين^٢، وإنه ولئن كان رأيها لا يعدو أن يكون رأياً في الدستور يحتمل الخطأ والصواب، إلا أنه يكتسب أهميته من انفرادها بالفصل في المسائل الدستورية، و كونها المخولة بالاجتهاد لاستنباط معنى القاعدة الدستورية وتطبيقها على الحالات المتجددة، وأن ما تنتهي إليه هو القول الفصل الحائز للحجية المطلقة في هذا الصدد، والذي يقيد كافة أجهزة الدولة، وفي مواجهة الكافة، سواء من كان منهم طرفاً في المنازعة أو لم يكن طرفاً فيها ، وأن الفصل في دستورية النصوص القانونية إما أن يؤكد صحتها على إطلاق، أو يقرر بطلانها على إطلاق، فلا تقع فيما بين صحتها وبطلانها، مرحلة وسطى بين الوجود والعدم يكون نفاذها خلالها موقوفاً، وأن تفسيرها لبعض النصوص - بالنظر إلى ما يشوبها من إجمال و غموض - ليس من اليسير التشكيك في سلامته^٣ بحسبانه ينصب على مبادئ دستورية عامة لا منازعة في صحتها، وهي أمور جميعها تلقي على عاتقها دائماً أن تتمثل في أحكامها الحيدة لصالح الدستور وحده،

١. د. فتحي سرور: مقال بعنوان اللغة العربية في الدستور - جريدة الأهرام عدد ٤٥٠٣ بتاريخ ٢٥-٣-٢٠١٠.
٢. يرى جانب من الفقه أن موقف الدساتير المصرية يبرره أن الاختصاص بتفسير النصوص القانونية يكون للسلطة التي أصدرت النص محل التفسير ولما كانت السلطة التأسيسية هي المشرع الدستوري فإنه لا يجوز لغيرها مباشرة الاختصاص بتفسير نصوص الدستور تفسيراً ملزماً أو رسمياً ما لم تفوض هذه السلطة غيرها من السلطات الأدنى مثل السلطة التشريعية أو القضائية هذا الاختصاص وهو ما لم يحدث في مصر إذ تخلو نصوص الدستور من مثل هذا التفويض، ومن ثم ليس لسلطة عامة أن تنصب نفسها سلطة تأسيسية أو مشرعا دستوريا لتتولى تفسير نصوص الدستور أو أن تفوض غيرها فيما لا تملكه. د. سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الثانية ٢٠٠٥. ص ١٦٨.
٣. يقول كبير القضاة هولمز للتأكيد على حقيقة أن القاضي يفرض تفسيره وتصوره هو لمعنى النصوص الدستورية (إن كل السلطات في الدولة بما فيها السلطة القضائية تخضع للدستور ولكن الدستور ما نقوله نحن) مشار إليه لدى: ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دراسة تطبيقية في مصر - طبعة ٢٠٠٦. - الجزء الأول ٤٤٦، وكذلك لدى د. أحمد كمال أبو المجد - مقال بعنوان مستقبل القضاء الدستوري في مصر - منشور بجريدة الأهرام - العدد ٤٠٧٩٧ - بتاريخ ١٨-٨-١٩٩٨.

الذي يجب أن تكون كلمته هي العليا، وهو ما مؤداه في محصلة الأمر أنها فعلياً صاحبة السلطة النهائية في تفسير نصوص الدستور.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن: (المحكمة الدستورية العليا بحكم موقعها من الدستور الذي وسدته لها المادة ١٧٥ منه باعتبارها الحارسة على أحكامه والقوامة على الشرعية الدستورية، هي التي لها القول الفصل في تفسير نصوص الدستور وتحديد مضامين وأطر الحقوق والحريات التي كفلها و الواجبات والالتزامات التي قررها، و بيان مقاصد المشرع الدستوري من كل منها، منظوراً في شأنها إلى أن نصوص الدستور ككل لا يتجزأ هي عماد البناء القانوني للدولة، والتي تستمد منه شرعيتها و غيرها تتهدم أركانها و تنقوض، ولذلك كان مقصياً أن يكون ما تستظهره هذه المحكمة من نصوص الدستور هو التفسير الصحيح لها بلا معقب عليها فيه) ١ .

خامساً: أن التشريع قابل للإلغاء أو التعديل إذا اقتضت الحاجة العدول عن حكم قانوني اعتنقه المشرع في ظروف معينة إلى حكم آخر وفق قواعد وآليات ميسرة ، أما الدستور فليس كذلك لكونه في الأغلب الأعمى يحتوي على مبادئ وقيم غير صالحة للتطبيق مباشرة، تحكم التشريع مدة طويلة من الزمان. ولهذا فإن نصوصه لا تحدد معانيه بطريقة ضيقة، بل تتطرق بهذه المعاني إلى آفاق رحبة تمتلئ بالرغبة في التطور و التقدم كما تعمل هذه النصوص على إخضاع جميع فروع القانون لمبادئ دستورية واحدة تكفل وحدة النظام القانوني و استقراره مهما تعددت فروعه ومهما اختلفت المصالح التي يعبر عنها من خلال التشريع. ٢ .

سادساً: أن التفسير بالنسبة للقاضي ليس غاية في ذاته، وإنما وسيلة للفصل في المنازعة المعروضة و قد يقصر الدستور و ديباجته عن تقديم حلول لبعض المسائل الدستورية فتلجأ المحكمة إلى التفسير لاستنباط الحلول، لذا فإنه من المتعين معرفة الضوابط و المناهج التي تضعها المحكمة بخصوص التفسير بحسبانها موازين للفهم و الاستنباط وهذه أمور لا شك في أنها ذات أهمية في تطوير القضاء الدستوري.

سابعاً: تأثر القاضي الدستوري حال قيامه بعملية تفسير نصوص الدستور بالظروف المحيطة و الحاجات العملية وقت إصدار الحكم، و بيان مدى سلطة المحكمة في ابتداء الحلول المناسبة، و التي يتعين ألا تكون سلطة طليقة من كل القيود و إنما تقيدها ضوابط ومبادئ، و تحدها حدود و أطر أخصها الحيلولة بين سلطة القاضي و بين التشريع. ٣ .

ثامناً: يرى جانب عريض من الفقه أن (القاضي ليس مترجماً للقانون بل عمله هو عمل علمي يقود إلى

١ . مشار إليه بمقالة المستشار ماهر عبد الواحد : القضاء الدستوري المصري و أثره على المجتمع مجلة الدستورية عدد خاص مارس ٢٠٠٩ ص ٥٩ .

٢ . د. يسري العصار: بعض المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية في تفسير النصوص - مجلة الدستورية - العدد الخاص مارس ٢٠٠٩ - ص ٩٤

٣ . لا جدال في أن سلطة المحكمة في تفسير النصوص القانونية سواء الدستورية أو التشريعية ليست طليقة خلافا لما ذهب إليه الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد من أن حقها في التفسير مطلق حيث أورد أن (أهم مظاهر السلطة التقديرية التي تتمتع بها المحكمة عند ممارستها للرقابة هو حقها المطلق في تفسير كل من الدستور و القانون إذ عن طريق هذا المدلول الذي تحلله المحكمة لكل من النصين الدستوري و القانوني تتوصل إلى تقرير ما بينهما من توافق أو تعارض) يراجع الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - دار النهضة العربية - ١٩٦٠ ص ٢٥٧ .

وجود تفسير منضبط وصحيح للنص القانوني وعلى ذلك فإنه لا يجوز اقتصار دور القاضي على إيجاد المعنى الصحيح لهذا النص. فالنص التشريعي يحتمل أكثر من معنى والقاضي يقوم بعملية قياس منطقي لاختيار المعنى المناسب له)١.

المطلب الثاني التفسير اللغوي لنصوص الدستور

اللغة التي تكتب بها نصوص الدستور هي التي تتحكم في تحديد مفاهيمه، وقد عني الدستور المصري بالتعبير عن مكانة اللغة العربية في الدولة في المادة الثانية منه فيما تضمنته من أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية، فأوضح بذلك مكانة اللغة العربية داخل مؤسسات نظام الحكم، وكوسيلة اتصال رسمي بها، ومن ثم فإن اللغة العربية الفصحى ينبغي أن تكون هي قوام الأحكام و أساس صياغة الفكر القانوني عامة.٢ ومؤدى ذلك أن القوانين عموماً يجب أن تفسر بناء على قواعد التفسير التي استقرت في ظل بيان اللغة العربية، وأن تكون محاولة الاستنباط من النص عن طريق فهمه و الكشف عن معانيه ومدلولاته، وعلى ذلك نرى تقسيم الدراسة في هذا المطلب على النحو التالي.

الفرع الأول مضمون المنهج اللغوي في التفسير

النصوص القانونية هي نصوص لغوية في المقام الأول، و تناول قواعد و أصول ومبادئ صياغة و تفسير النصوص القانونية يمثل في ذات الوقت تناولاً لأصول و قواعد ومبادئ اللغة، و التي انتهت إلى تقسيمات محددة للألفاظ، يرجع إليها لاستنباط الأحكام من النصوص، كأن ينقسم اللفظ باعتبار وضعه للمعنى إلى: خاص و عام ومشترك، و باعتبار وضوح معناه إلى: ظاهر، ومفسر ومحكم، و خفي ومشكل، ومجمل ومتشابه، و باعتبار كيفية دلالاته على معناه إلى: دال بالعبارة و دال بالإشارة و دال بالفحوى و دال بالاقضاء. وقد احتذى فقهاء القانون في دراسة تفسير النصوص القانونية حذو علماء اللغة و أصول الفقه بشأن تعيين طرق دلالة الألفاظ على المعاني، وتحديد ضوابط فهم النصوص، و استقاء و استنباط الأحكام منها، فصار من الضرورة لدراسة تفسير النصوص القانونية معرفة القواعد اللغوية و الفقهية، التي وضعها علماء اللغة و أصول الفقه لاستنباط القواعد القانونية من النصوص القانونية، ومن ثم يمكن تحديد مضمون هذا الأسلوب من أساليب التفسير بأنه الكشف عن إرادة النص القانوني بالنظر إلى الألفاظ والعبارات التي يتكون منها.

١. يراجع في هذا المعنى -

.Montesquieu. De lesprit des lois. livre XI. chapitre VI. Garnier-Flammarion. 1979.p. 301

٢. د. فتحي سرور: المرجع السابق.

ويؤكد الفقه الدستوري على أهمية الألفاظ التي صيغت بها نصوص الدستور، وأنه من القواعد المبدئية التي يتعين مراعاتها في تفسير الدستور أن كل كلمة في النص الدستوري لا يجوز عزلها عن سياقها، ولا إعطاؤها معنى يناقض دلالتها الواضحة، ولا اعتبارها كلمة زائدة لا قيمة لها، وأن الكلمة التي لا يشوبها الغموض تفسر على ضوء معناها الطبيعي مع مراعاة أن الكلمة الواحدة التي تتعدد في الدستور ينبغي فهمها على أنها ذاتها في كل مواقعها وأن معناها واحد في كل استعمالاتها. ١

وتأكيداً على أهمية دلالة ألفاظ النص المراد تفسيره، استقر القضاء العادي والإداري على أنه إذا كان معنى النص صريحاً واضحاً من خلال ألفاظه تعين إعماله دون اللجوء إلى أي وسيلة أخرى من وسائل التفسير.

و من ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في بواكير أحكامها من أنه: (لا جدوى من تلمس حكمة النص ومعرفة مدى توافرها ولا من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لأن ذلك من وسائل التفسير التي تلجأ إليها المحكمة عند غموض النص أو إبهامه، فإذا كان النص صريحاً وجب تطبيقه إذ لا مجال للاجتهاد في مورد النص الصريح ...). ٢٠

كما ذهب الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع إلى أن: (الأصل في التفسير التشريعي أنه لا يجوز الالتجاء إليه إلا إذا شاب النص غموض يراد توضيحه أو نقص يراد إكماله أو تعارض يراد إزالته، بحيث إذا كان النص صريحاً سليماً من هذه العيوب فلا يجوز الالتجاء إلى تفسيره بما يعدل أحكامه الواضحة، لخروج ذلك عن وظيفة التفسير أي كانت وسيلته إذ لا يجوز تعديل النص إلا بعد إصدار نص معدل له، وأن التفسير إنما يكون لكشف غموض النص وإزالة الإبهام الذي يلابسه دون أن يعدله أو يستحدث أحكاماً لا يتناولها، فإذا كانت عبارة النص قد وردت صريحة الدلالة على المقصود منها فلا يجوز الاجتهاد مع هذا الوضوح في النص بدعوى أن تطبيقه قد يترتب عليه الإضرار ببعض الخاضعين لأحكامه، ذلك لأن رعاية العدالة في سن التشريعات وتعديلها في ضوء ما يسفر عن تطبيقها هي مهمة المشرع). ٢١

كما استقر قضاء محكمة النقض على أن: (القاضي مطالب أولاً بالرجوع إلى نص القانون ذاته وإعماله على واقعة الدعوى في حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بما يخالفها مما يرد في الأعمال التحضيرية - ومن بينها المذكرات التفسيرية المرافقة للقانون - و تغليبها على عبارة النص لخروج ذلك عن مراد الشارع... ولا عبرة بما جاء بالمذكرة الإيضاحية من قول يخالف النص الصريح لمخالفة ذلك لقواعد التفسير). ٤٠

وبشأن المعاني الاصطلاحية، فإن المستقر عليه في مناهج التفسير هو أن الشارع إذا ما استعمل ألفاظاً محددة فإنه يستعملها في معناها الاصطلاحية وليس في معناها اللغوية، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة

١. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٢٠٠.
٢. حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٧٤٤ لسنة ٩٩ ق جلسة ١٦-١١-١٩٥٥.
٣. يراجع قسم التشريع بمجلس الدولة الكتاب الأول الأصول العامة في استخلاص الدلالات من النصوص التشريعية وفقاً لمناهج التفسير في ضوء التطبيقات المتنوعة لقضاء وإفتاء مجلس الدولة ص ٤٤ المبدأ (٢٠).
٤. حكم النقض الجنائي في الطعن رقم ٦٥٩ لسنة ٢٩ ق - جلسة ٩ - ٦ - ١٩٥٩ - مكتب فني ١٠ - الجزء ٢ - الصفحة ٦٣٩.

الإدارية العليا حيث قضت بأن:

(الأصل في تفسير النصوص القانونية و تفهم مدلولها أن تحمل ألفاظها على ما يقضي به الاصطلاح و العرف القانونيان، لا ما تقضي به الأوضاع اللغوية لأن الأصل أن المشرع يستعمل الألفاظ في معانيها القانونية الخاصة لا بمعانيها اللغوية العامة و ذلك ما لم يتم دليل من النص على أن المشرع استهدف بلفظ معين معناه اللغوي لا معناه القانوني).^١

كما استقر عليه كذلك قضاء محكمة النقض حيث قضت بأنه: (إذا أورد المشرع مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين و جب صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر يرد فيه، إلا إذا تبين أن المعنى الاصطلاحي يجاء في قصد المشرع، فإن ذلك يؤكد أنه تحول عن هذا المعنى إلى معنى آخر غير ذلك الذي يدل عليه ظاهر النص، و من ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح يقتضى تقصي الغرض الذي رعى إليه المشرع و القصد الذي أملاه).^٢

و قد يختلف المعنى الاصطلاحي لبعض الألفاظ من قانون إلى آخر، فالمعنى الفني لمصطلحات الملكية والانتفاع و الاستعمال و تكييف عقود الأمانة تخضع في مجال القانون الجنائي لما خلعه عليها المشرع المدني من معنى فني، بينما يختلف مصطلح المنقول و العقار مثلاً في مجال القانون الجنائي عن مجال القانون الخاص.^٣

الفرع الثاني

موقف القضاء الدستوري من المنهج اللغوي في التفسير

انتهج القضاء الدستوري المصري هذا المنهج من مناهج التفسير، عند ممارسة اختصاصه الأصلي في تفسير النصوص التشريعية، أو عند ممارسة اختصاصه بالفصل في عدم الدستورية، سواء عند تفسير النص التشريعي المطعون عليه، أو عند تفسير النص الدستوري الذي يستند إليه في قضائه. و جعل القضاء الدستوري المصري من دلالة ألفاظ النص المرجع الأول في تفسير النصوص القانونية، وأكد على ضرورة البحث عن دلالة ألفاظ النص أولاً من الناحيتين اللغوية و الاصطلاحية، متى كانت هذه الألفاظ تكشف بصورة واضحة على مضمون القاعدة القانونية.

و في ذلك قررت المحكمة الدستورية العليا أن: (المستقر عليه في أصول التفسير أنه إذا كانت عبارة النص واضحة الدلالة فلا يجوز تأويلها بما يخرجها عن معناها المقصود منها، أو الانحراف عنها بدعوى تفسيرها كما أنها إذا جاءت عامة فإنها تجري على إطلاقها، ما لم يوجد ما يقيد أو يخص أحكامها... ذلك أن النص العام لا يخص إلا بدليل ولا يقيد المطلق إلا بقريضة، فإذا ما انتفى ذلك الدليل و تلك القرينة فإنه لا يجوز إسباغ معنى آخر على النص التشريعي، و إلا كان تأويلاً له غير مقبول...)^٤

١. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ١٣ق. ع جلسة ١١-٤-١٩٧٠ - مكتب فني ١٥- ج ٢ ص ٢٧٦.

٢. حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٥٥ق جلسة ٥-٤-١٩٩٠.

٣. المستشار محمد وجدي عبد الصمد: المرجع السابق ص ٨٧٨.

٤. يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١ لسنة ٢٦ تفسير جلسة ٣-٢-٢٠٠٤ جزء ١١ ص ٢٢٠٥.

و بشأن المعاني الاصطلاحية:

فقد انتهى القضاء الدستوري في هذا الخصوص إلى ما سبق أن استقر عليه القضاء العادي و القضاء الإداري من أنه إذا أورد المشرع مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين، تعين صرفه إلى هذا المعنى في كل نص آخر يردد ذلك المصطلح.

ومثال ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية بشأن المقصود بمصطلح (بناءً على قانون) ومصطلح (بقانون) حيث قضت في هذا الخصوص بأن: (الدستور الحالي إذ ردد في المادة (٦٦) منه عبارة « بناءً على قانون » الواردة في المادة (٦) من دستور سنة ١٩٢٣ و الذي أفصحت أعماله التحضيرية عن أن المقصود بها تأكيد ما جرى عليه العمل في التشريع من أن يتضمن القانون ذاته تفويضاً إلى السلطة المكلفة بسن لوائح التنفيذ في تحديد الجرائم وتقرير العقوبات... و ذلك في حين استعمل هذا الدستور ذاته عبارة مغايرة في نصوص أخرى اشترط فيها أن يتم تحديد أو تنظيم مسائل معينة « بقانون » مثل التأميم في المادة (٣٥) وإنشاء الضرائب و تعديلها في المادة (١١٩) فإن مؤدى ذلك كله أن المادة (٦٦) من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم أو العقاب، و ذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع، و في الحدود و بالشروط التي يعينها القانون الصادر منها، ولا تعتبر القرارات التي تصدرها الجهة التي عينها المشرع لممارسة هذا الاختصاص من قبيل اللوائح التفويضية المنصوص عليها في المادة (١٠٨) من الدستور، ولا تدرج كذلك تحت اللوائح التنفيذية التي نظمها المادة (١٤٤) من الدستور، وإنما مرد الأمر فيها إلى نص المادة (٦٦) من الدستور التي تنطوي على تفويض بالتشريع يتناول بعض جوانب التجريم أو العقاب على ما سلف البيان). ١

كما أخذ القضاء الدستوري بالمفهوم الاصطلاحي الواسع لمصطلح (القوانين) فقضت المحكمة العليا باختصاصها بنظر الطعون بعدم دستورية اللوائح تأسيساً على تفسيرها الواسع لمصطلح (القوانين) و الوارد بنص البند الأول من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقرار رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، فذهبت إلى أن التشريعات الفرعية كاللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع، وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية.

كما خلصت المحكمة العليا إلى اختصاصها بتفسير نصوص الدستور بصفة أصلية مباشرة، تأسيساً على المفهوم الواسع لاصطلاح (النصوص القانونية) و الوارد بنص البند الثاني من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقرار رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ و الذي اختصها بتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها و أهميتها، و من ثم قامت بإجابة وزير العدل إلى طلبه المؤرخ ٦-٣-١٩٧٧ لإصدار قرار تفسيري لنص المادة ٩٤ من الدستور لبيان ما إذا كان النص يحول بين عضو مجلس الشعب الذي أسقطت عضويته طبقاً للمادة ٩٦ من الدستور و بين الترشيح لعضوية المجلس في المكان الذي خلا بإسقاط العضوية عنه في ذات الفصل التشريعي الذي تم إسقاط عضويته فيه وأصدرت قراراً تفسيرياً في هذا الخصوص. ٢

١ . يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية ١٧ لسنة ١١ ق، جلسة ٦-٤-١٩٩١، جزء ٤، ص ٣١١.

٢ . حكم المحكمة العليا في القضية ٢ لسنة ٨ ق تفسير جلسة ١٥-٣-١٩٧٧.

ونهجت المحكمة الدستورية العليا ذات التفسير الواسع لمصطلح «القوانين» عند تفسيرها لنص المادة ١٨٨ من دستور ١٩٧١، والتي تنص على أن: (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها و يعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر) وأدخلت في مفهومه اللوائح وقضت تبعاً لذلك بعدم دستورية اللوائح التي لا يتم نشرها على الرغم من خلو الدستور صراحة مما يفيد وجوب نشر القواعد اللائحية. ١

وبينما وسعت المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا من مفهوم القوانين الخاضعة لرقابة الدستورية، ضيقت المحكمة الدستورية العليا من مدلول لفظ اللوائح التي تخضع لرقابتها وقصرت رقابتها على اللوائح الصادرة من أحد أشخاص القانون العام والتي تنطبق على علاقات محكومة بالقانون العام ومن ثم أخرجت من رقابتها اللوائح الصادرة من شخص من أشخاص القانون العام لتسري على علاقات تتصل بنطاق القانون الخاص.

إلا أن أهم الأحكام التي لجأت فيها المحكمة إلى هذا الأسلوب من أساليب التفسير حيث كان الاحتكام إلى المدلول اللغوي لأحد الألفاظ الواردة في النص الدستوري هو الفكرة الأساسية التي قام عليها تسبب النتيجة التي انتهت إليها، هو حكمها الصادر في القضية ١١ لسنة ١٢ ق جلسة ٨-٧-٢٠٠٠ والتي انتهت فيها إلى عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية - قبل تعديله بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٠ - فيما تضمنه من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية.

حيث شيدت المحكمة قضاءها على أساس تحديد المقصود لغوياً بتعبير (الاقتراع) الوارد بنص المادة ٨٨ من الدستور والتي كانت تنص قبل تعديلها على أن « يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس الشعب، ويبين أحكام الانتخاب والاستفتاء، على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية ». .

و أوردت المحكمة بحیثیات حکمها ما يلي:

ومن حيث إن المقرر أن عبارة النص تؤخذ على معناها اللغوي، ما لم يكن لها مدلول اصطلاحی يصرفها إلى معنى آخر، وإذ كان لا خلاف على أن الاقتراع هو تلك العملية التي تبدأ بإدلاء الناخب بصوته لاختيار من يمثله بدءاً من تقديمه بطاقته الانتخابية وما يثبت شخصيته إلى رئيس لجنة الانتخابات؛ مروراً بتسلمه بطاقة الاختيار؛ وانتهاءً بإدلائه بصوته في سرية لاختيار أحد المرشحين، أو العدد المطلوب منهم، وإيداع هذه البطاقة صندوق الانتخاب ثم فرز الأصوات لإعلان النتيجة بما يطابق إرادة الناخبين؛ فإنه لا يتم ولا يبلغ غايته إلا إذا أشرف عليه أعضاء من هيئة قضائية. ٠ لما كان ذلك، وكان معنى الإشراف على الشيء أو الأمر - لغة - على ما يبين من الجزء الأول من المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية - الطبعة الثالثة - صفحة ٤٩٨ الآتي: « أشرف عليه: تولاه وتعهده وقاربه ٠ وأشرف الشيء له: أمكَّنه ٠ » وإذ لم يكن

١ . يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ٢٢٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٤/١/٢٠٠٧، و حكمها في القضية ٢٧٤ لسنة ٢٤ ق دستورية جلسة ١٢-٥-٢٠٠٧ .

لفظ الإشراف دلالة اصطلاحية تخالف دلالته اللغوية، فقد بات متعيناً أن المشرع الدستوري عند إقراره نص المادة ٨٨ من الدستور - منظوراً في ذلك لا إلى إرادته المتوهمة أو المفترضة بل إلى إرادته الحقيقية التي كشفت عنها الأعمال التحضيرية على ما تقدم - قد قصد إلى إمساك أعضاء الهيئات القضائية - تقديراً لحيدتهم ونأيهم عن العمل السياسي بكافة صوره - بزمام عملية الاقتراع فلا تقلت من بين أيديهم بل يهيمنون عليها برمتها بحيث تتم خطواتها متقدمة الذكر كلها تحت سمعهم و بصرهم).^١

المطلب الثالث التفسير التكاملي لنصوص الدستور

تمهيد و تقسيم:

المفسر يعتمد في تفسيره بداية على دلالة ألفاظ النص المراد تفسيره، فإذا لم تمكنه دلالة الألفاظ من تحديد معنى القاعدة القانونية التي يتضمنها النص، أو كانت لغة النص وحدها لا تشي بحقيقة معناها، أو أنها غير حاسمة في استجلاء مقصد المشرع الدستوري، لجأ إلى منهج آخر من مناهج التفسير منها المنهج التكاملي في التفسير.

وبناءً على ذلك، نرى تقسيم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي.

الفرع الأول مضمون المنهج التكاملي في التفسير

أولاً: المقصود بالتفسير التكاملي

المقصود بالتفسير التكاملي أو المنطقي للنصوص القانونية هو التنسيق والتكامل بين النصوص القانونية للوصول إلى المعنى الصحيح للنص محل التفسير.^٢ و تفصيل ذلك أن الجهة القائمة على التفسير تلجأ إلى دلالة ألفاظ النص المراد تفسيره لاستنباط معنى القاعدة القانونية، ولكن دلالة الألفاظ قد لا تكون كافية في ذاتها لبيان وتحديد معنى القاعدة القانونية التي يحويها النص، لذا تتجه إلى التفسير التكاملي الذي يستند على التنسيق بين النصوص القانونية للوصول إلى المعنى الصحيح للنص محل التفسير.

ومن ناحية أخرى فقد تكون عبارة النص المراد تفسيره واضحة المعنى و ألفاظه ظاهرة في دلالاتها، إلا أن تطبيقه على الحالة المعروضة قد ينتج عنه نتائج تعارض مع المنطق السليم وتقويت الحكمة التي يستهدفها النص، لذا يرى جانب من الفقه أنه لا يجوز التعويل كثيراً على الصيغ المستعملة، إذ يجب في بعض الأحوال التجاهل عن المعنى الحرفي للقانون و تفسير اللفظ في كل حالة على نحو تحترم معه إرادة المشرع^٣، و قد

١. منشور بمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جزء ٩ ص ٦٦٧.

٢. د. رمزي الشاعر: ضوابط ووسائل تفسير النصوص - مرجع سابق ص ٢٦.

٣. د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا - مرجع سابق ص ٢١٧.

يصطدم المعنى الحر في النص مع غاية النظام القانوني أو يكون من شأنه الحيلولة بين النظام القانوني وتحقيق الصالح العام، وهو ما يستدعي عدم الوقوف عند معناه اللفظي وتجاوزه إلى ما يقتضيه المنطق، والانتقال من المعنى اللغوي لعبارات النص إلى روح النص للكشف عن الإرادة الحقيقية له، وهو ما قد يترتب عليه إما تطابق التفسير اللفظي مع التفسير المنطقي أو أن يضيق التفسير المنطقي من التفسير اللفظي أو أن يوسعه.^١

وفي مجال القانون الدستوري فإنه غني عن البيان أن الحقوق التي يكفلها الدستور والتي تتمتع بالحماية الدستورية قد يكون مصدرها قاعدة قانونية وردت في نص صريح من نصوص الدستور، وقد تكون مبدأً دستورياً عاماً اعتنقه الدستور أو قاعدة دستورية ضمنية استخلصتها المحكمة الدستورية العليا في ضوء أهداف الدستور ومبادئه تمثل جميعها ما يطلق عليه كتلة أو رزمة الدستورية، وفي نطاق عملية التفسير التي تقوم بها الجهة القائمة على الدستورية، يقوم هذا الاتجاه على أن قوة الدستور تتمثل أول ما تتمثل في تكامله و تناسقه، لأنه لا يعتبر مجموعة من القضايا المنفصلة، أو القواعد المنعزلة، بل لكل قاعدة من القواعد التي يقوم عليها، ولكل مقوم من مقوماته دوره في الكل المتناسق، ويمثل جانباً من جوانب صورة متكاملة لا يفهم وحده، فهو ليس أجزاءً و تقاريق متعددة يمكن تناول أي جزء منه أو أي جانب من جوانبه وحده بعيداً عن بقية الجوانب المنسوقة.

وعلى ذلك فإن نهجاً متماسكاً في فهم أحكام الدستور هو الضمان في أن تصبح قواعده جميعها نسيجاً مترابطاً تتكامل فيه النصوص ولا تتنافر تتوافق في إطار المعاني وتتواصل فلا تعزل فيه بعض القواعد القانونية عن بعضها وإنما تعمل جميعاً لخدمة المصلحة العليا، ومن ثم فعلى جهة الرقابة ألا تقنع من النصوص الدستورية بظاهر عباراتها ولكنها تغوص في أعماقها متقصية مضامينها الحقيقية.^٢

و تأكيداً على أهمية التفسير المنطقي والتكاملي لنصوص الدستور ذهب جانب من الفقه إلى أن التفسير الحق للدستور إنما يتمثل في النظرة الأشمل للنصوص التي يتضمنها والتي ترتبط جميعها بوحدة عضوية تجمعها بما يكفل تكاملها، وأن نصوص الدستور لا يجوز قراءتها بما يخل بتكاملها و اتساقها فيما بينها، كما لا يجوز افتراض أنه لا ترابط بينها أو أن جانباً منها عقيم في معناه، أو افتراض أن أهدافها يناقض بعضها البعض، بل يتعين النظر فيها بما يوفق بينها بحسبانها منظومة لا ينفصل بعضها عن بعض، و تكافؤاً مفرداتها فيما بينها، إلا أن هذا التكامل و التكافؤ بين الحقوق التي يحميها الدستور وعدم التدرج بينها في المنزلة هو من الناحية القانونية، ولكنها لا تتعادل من حيث الأهمية أو قدرتها على الإسهام في تطوير المجتمع.^٣

ولا خلاف على أهمية التفسير التكاملي و المنطقي للنصوص بالنسبة للقاضي فقد تواترت أحكام و فتاوى مجلس الدولة على ضرورة تفسير النصوص من خلال نظرة تكاملية تعمل على التوفيق بينها و تحول دون

١. في هذا المعنى كل من المستشار محمد وجدي عبد الصمد: المرجع السابق ص ٨٧٥، ٩٠٥، ٩٠٧، و د. سعيد أحمد بيومي: لغة القانون - مرجع سابق ص ٤٤٦.

٢. في هذا المعنى المستشار: ممدوح مصطفى حسن - رئيس المحكمة الدستورية العليا الأسبق (١٩٨٧-١٩٩١) تقديم الجزء الرابع من أحكام المحكمة - ص ٥.

٣. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٢، ٣، ٢٠٠، ٢٠١.

تعارضها. فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا منذ نشأتها إلى أنه: (ومن حيث إنه لاستجلاء قصد الشارع وتحديد مقصوده يجب فهم النصوص التي أوردها على هدي الحكمة التشريعية التي استهدفها وفي ضوء الأعمال التحضيرية التي سبقتها والقوانين المرتبطة بها، فهذا يجعلها أقرب إلى التناسق والانسجام فيما بينها، وأبعد عن التعارض أو الشذوذ في التطبيق).^١

كما قضت بأنه: (من المسلمات في مجال تأويل القواعد القانونية وتفسيرها أن مدلول النص على مقتضى قصد الشارع إنما يجليه عند الإبهام ويحدده أو يخصصه عند الإطلاق سائر النصوص وعبارات القانون الأخرى، وبوجه خاص تلك التي تتضمن المبادئ الأساسية التي تقوم عليها السياسة التشريعية للقانون).^٢ وذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع إلى أنه:

(من المسلم به في مجال استخلاص الدلالات من النصوص التشريعية أنه إذا ما وجد أكثر من وجه لفهم النص: أحدها ظاهر يجعل النص مشوباً بالتناقض ويؤدي إلى إبطال حكمه، والآخر فيه خفاء ولكنه يحمل النص على الصحة ويؤدي إلى إعماله. تعين الالتزام بالمعنى الأقل ظهوراً لحمل النص على الصحة و إعمال مقتضاه، مادامت عباراته تحتمل هذا الفهم، ذلك أن النصوص لا تفهم معزولاً بعضها عن البعض، إنما تتأتى دلالة أي منها في ضوء دلالة النصوص الأخرى وفي اتصال مفاده بما تفيد الأخرى من معانٍ، وأنه إذا كانت للنص دلالات تتعارض أظهرها مع دلالة تشريع أعلى وجب استبعاد هذه الدلالة الأظهر، وترجيح ما يليها في الظهور من دلالات لا تتعارض مع التشريع الأعلى، وهذا من مقتضيات التوفيق بين النصوص).^٣

و بشأن أهمية الرجوع إلى الأعمال التحضيرية خلصت إلى أن:

(الجمعية العمومية وفقاً لما تراه مستقراً في أصول التفسير، ترى أن الأعمال التحضيرية للقانون هي مما يلقي الضوء على أحكامه عند إعمالها بعد صدور القانون، بمراعاة ما يستخلص منها من إدراك للتوجهات العامة التي توضح مقاصد التشريع وأسباب إعداده والتوجهات العامة والسياسة العامة التي أريد به تحقيقها، والمسائل العامة التي أريد بها علاجها).^٤

ثانياً: وسائل التفسير التكاملي للنصوص القانونية

قد تحتمل دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني أكثر من وجه، والذي يرجح وجهاً دون آخر هو بعض العناصر التي يمكن للمفسر أن يستعين بها عند إعمال التفسير المنطقي للنصوص ويجمع بين هذه العناصر الإرشادية أنها خارجة عن النص المراد تفسيره.

١. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٧ لسنة ٢ ق جلسة ٢٥-٢-١٩٥٦ مكتب فتوى ١ جزء ٢ ص ٥٢٦.
٢. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢ ق جلسة ٢٦-١-١٩٥٧.
٣. فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع رقم ٥٢٢ - بتاريخ ٥-٣-١٩٩٨ مجموعة مبادئ الجمعية خلال المدة من أكتوبر ١٩٩٦ حتى يونيو ٢٠٠٠ ص ١٠٨٣.
٤. فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع رقم ٦٢٨ بتاريخ ٢-٨-١٩٩٦ مجموعة مبادئ الجمعية خلال المدة من أكتوبر ١٩٩٥ حتى سبتمبر ١٩٩٦ ص ٥٢٢.

ومن هذه العناصر، الحكمة التشريعية من النص و المقصود بها (الغاية التي يتوخاها المشرع من النص، و المصالح و الأهداف التي يستهدفها المشرع من وضعه)١، و معرفة هذه المصالح من أهم ما يستعان به في فهم النصوص و تطبيقها على الوقائع، و يجب على جهة التفسير مراعاة أن يكون البحث عن الحكمة التشريعية وقت تفسيرها للنص وليس في الوقت الذي وضع فيه إن كان قديماً بحيث يتواءم مضمون التفسير مع ما طرأ من تغيرات على ظروف الحياة التي وضعت من أجلها تلك النصوص.٢

و الرجوع إلى الأعمال التحضيرية المتمثلة في الأعمال و الوثائق و المناقشات التي صاحبت إعداد النص من شأنه عرض الظروف التي أحاطت به عند وضعه و توضيح تاريخه و تسهيل عملية الكشف عن إرادة المشرع، و بيان المعنى الذي قصد إليه واضع النص، ذلك أن الأعمال التحضيرية للقانون التي سبقت إصدار النص أو عاصرته من شأنها إلقاء الضوء على أحكامه عند إعماله بعد صدوره، فقد يستخلص منها بيان التوجهات العامة التي توضح مقاصد التشريع وأسباب إعداده، و السياسة العامة التي أنيط به تحقيقها، و المسائل العامة التي استهدف علاجها.

كما يسهم في استجلاء إرادة المشرع الإطلاع على النصوص السابقة المنظمة لذات الموضوع وكذلك المصدر التاريخي أو الأجنبي للنص - إن وجدا - إذ من شأنهما بيان التطور الزمني له.

و يجوز لجهة التفسير أن تستعين بالقانون المقارن و مقاييس العقل الجمعي و الرجوع إلى الحقائق التاريخية و التي تعد بمثابة الجذور للنصوص المراد تفسيرها و قد تكون من إرهاباتها.٣

و ما ينبغي التأكيد عليه أنه و لئن كان المستقر عليه فقهاً و قضاءً أن العبرة بالمقاصد و المعاني، لا بالألفاظ و المباني، إلا أن تلمس حكمة النص و معرفة مدى توافرها و الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية هي من وسائل التفسير التي يتعين ألا تلجأ إليها المحكمة إلا عند غموض النص أو إبهامه، أما إذا كان النص صريحاً و جب تطبيقه إذ لا مجال للاجتهاد في مورد النص الصريح، و أن ما ورد بالمذكرات الإيضاحية أو بأقوال المناقشين لمشروع القانون، لا يمكن اعتبارها بمثابة تفسير لنصوصه لها وجه إلزام أو قرينة قانونية لها حجية ترجيح أو تغليب لوجه تفسير على وجه تفسير آخر مما يتسع له النص، فهي محض آراء فردية أو اجتهادات شخصية تعبر عن رؤى ذاتية. ذلك لأن النص بعد صدوره يكون تجاوز العديد من الآراء التي أحاطت به من مناقشيه عند إعداده كما أنه ليس من السائغ حصر القانون في إرادة باطنة تستخلص من نية فرد أو أفراد ساهموا في تشيئته الأولى، و الأليق أن تستخلص أحكامه في وجود الإرادة الظاهرة المفصحة عن ذاتها من نص عباراته و في إطار التنظيم المتناسك الذي صاغته أحكامه التفصيلية، و صلته بالهيكل التشريعي العام و الآثار الموضوعية التي تترتب على المراكز القانونية التي أنشأها، و صلتها بالمراكز القانونية التي يسفر عنها أعمال الهياكل التشريعية المتداخلة من أحكام القوانين الأخرى و صلاتها المتبادلة.٤

١. د. رمزي الشاعر: ضوابط ووسائل تفسير النصوص - مرجع سابق ص ٢٢.

٢. المرجع السابق.

٣. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٧١، ٨١.

٤. في هذا المعنى حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٤٧٧ لسنة ٩٩ ق جلسة ١٦-١١-١٩٥٥، و في ذات المعنى حكم محكمة النقض في الطعن ١٨٨ لسنة ٢١ ق - جلسة ٢-١٢-١٩٦٥، و فتوى الجمعية العمومية للفتوى و التشريع رقم ٦٢٨ - بتاريخ ٢ / ٨ / ١٩٩٦ - مجموعة مبادئ الجمعية خلال المدة من أكتوبر ١٩٩٥ حتى سبتمبر ١٩٩٦ رقم الصفحة ٥٢٢.

ثالثاً : فكرة التدرج بين القواعد الدستورية

١ . نفي التدرج بين القواعد الدستورية من حيث القيمة المقررة لها تكمن أهمية هذا المنهج من مناهج التفسير- المنهج المنطقي والتكاملي- في مساهمته في حل إشكالية هامة تواجه القاضي الدستوري وهي كيفية فض التنازع أو التعارض الظاهري الذي قد ينشأ بين الحقوق التي يحميها الدستور، وقدرته على الوصول إلى القاعدة الدستورية الواجبة التطبيق، فقد يتمسك كل من طرفي الخصومة بحق من الحقوق الدستورية، فيقع على عاتق جهة الرقابة عبء تحديد الحق صاحب الأولوية وذلك في إطار وحدة وتكامل الدستور على نحو من شأنه نفي الادعاء بأن ثمة تعارضاً حقيقياً يقع بين الحقوق الدستورية.

ولا خلاف بين الفقه المصري على أنه لا يوجد أي تدرج بين القواعد الدستورية من حيث القيمة الدستورية المقررة لها، وأنها على مستوى واحد من القيمة الدستورية، وجميعها تكون كتلة أو رزمة الدستورية، وأن الدستور لا يعرف أي تدرج بين القواعد الدستورية ولا بين الحقوق والحريات سواء تلك التي يحميها الدستور مباشرة و صراحة أو تلك التي يحميها بطريق غير مباشر من خلال استخلاص المحكمة لها من نصوص الدستور.

٢ . المناذاة بالتدرج بين القواعد الدستورية استناداً إلى اعتبارات موضوعية ٢: قد يقوم التعارض بين أجزاء الوثائق الدستورية التي تتكون منها رزمة الدستورية، وقد يكون هذا التعارض راجعاً إلى وجود الاختلاف فيما بينها من حيث الأفكار الفلسفية التي هيمنت عليها عند إصدارها، ووجهتها وجهة دون أخرى بحسب الظروف السائدة حين ذلك.

ولعل أبرز مثال على ذلك يكمن في إعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩، والذي يكشف عن طبيعته الفردية بقيامه بتأسيس ديمقراطية سياسية تديرها الدولة في أضيق الحدود، بينما تبلور ديباجة دستور ١٩٦٤ الطبيعية الجماعية لحقوق الأفراد وحرياتهم وتقييم من خلال النصوص التي تنظمها ديمقراطية اشتراكية توجهها الدولة، لذا يقع على جهة الرقابة دور مهم للمواءمة بين الوثائق الدستورية التي تتخذها مرجعاً لها عند الفصل في دستورية النصوص القانونية.

أما التعارض بين نصوص الوثيقة الدستورية الواحدة، فهو حقيقة لا مجال لإنكارها، فعلى سبيل المثال فإن مبدأ الحرية الشخصية في تحديد الأجر يناقض حق النقابة وحريتها في العمل من أجل صالح العمال المنضمين إليها من خلال فرضها شروط عمل أفضل ومن بينها الأجر الملائم، ومبدأ السير المطرد للمرافق العامة ينافيه انتطاع العمال عن العمل من خلال الإضراب، والتوفيق بين نصوص الوثيقة الواحدة قد يزيل بعض مظاهر التناقض بين أحكامها.

وبينما ذهب البعض إلى أنه لا يتصور أن يكون هناك تنازع حقيقي بين نصوص الدستور، وأن ما يبدو من وجود تنازع ظاهري يجد حله من خلال عملية التفسير الذي يقوم على وحدة الدستور. ٤

١ . د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات- مرجع سابق ص ٨٩ وص ٢٢١.

٢ . للمزيد حول هذا الموضوع يراجع د. رجب طاجن: قيود تعديل الدستور - دار النهضة العربية الطبعة الأولى ٢٠٠٦ ص ١٦٦.

٣ . د. عوض المر: المرجع السابق ص ٦٥.

4. Ron Roman Herzog Rapport Allemand. Annuaire 1990, p. 17.

يرى جانب آخر أنه قد توجد صور تستعصي على التوفيق، مثل حق الدولة في احتكار بعض وسائل الإعلام باعتباره نقيضاً للتعددية.^١

و يرى معظم الفقه المصري أن المساواة بين الحقوق و الحريات الدستورية من حيث القيمة الدستورية لا ينفي التمايز بينها من حيث الأهمية، فهي لا تتعادل من حيث أهميتها أو قدرتها على الإسهام في تطوير المجتمع^٢، وأنه يجب التسليم بوجود حريات أساسية بالنظر إلى أهميتها على المستوى الاجتماعي أو الاقتصادي، بينما توجد حريات أخرى تعتبر ثانوية بالنسبة للأولى^٣، وأن تحديد مراتب الحريات لا يكون على أساس تدرج النصوص الدستورية أو القانونية المقررة لها وإنما فقط (من حيث أهمية هذه الحريات ودرجة حمايتها من قبل المشرع العادي قبل الإقرار الدستوري لها أو في مواجهة المشرع العادي بعد إقرارها دستورياً).^٤

ولا جدال في أن الصراع قائم دوماً بين مقتضيات المصلحة العامة من ناحية ومتطلبات تمتع الفرد بالحقوق و الحريات المخولة له من ناحية أخرى و يمكن القول بمعنى آخر الصراع بين السلطة من جهة وبين الحرية من جهة أخرى، بل تبدو الإشكالية ذات وجهين إذا ما نظرنا إليها من حيث ضرورة تحقيق التوازن بين الحقوق و الحريات المختلفة من وجه، و تحقيق التوازن بين الحقوق و الحريات و بين المصلحة العامة من وجه آخر.

وهذا الأمر يجعل وظيفة القاضي الدستوري تخلص بصفة أساسية في تحقيق التوازن بين القيم الدستورية المختلفة التي يحميها النظام الدستوري، فتعمل جهة الرقابة على الدستورية على تحقيق نوع من الموازنة بين عدد من الاعتبارات المتنافسة، وقد تولي حال قيامها بأداء اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين مزيداً من الاهتمام لمبدأ دستوري معين، ولا يعني ذلك إقرارها لمفهوم التدرج بين القواعد القانونية أو أن هذا المبدأ يسمو و يهيمن على غيره من المبادئ الدستورية، وإنما يرجع ذلك لكونه يعد ضماناً مفترضة ومبدئية لتعميق مفاهيم الديمقراطية وبناء أساسها وتوسيع أطرها.

و يضرب جانب من الفقه مثالا لذلك أنه بغير التعددية لا تستقيم حرية الصحافة ولا غيرها من وسائل الاتصال والإعلام، ولن يكون لها القيام بدور فاعل في تطوير و تعميق ثقافة المجتمع، لذلك يكون لهذه التعددية قيمة قانونية مطلقة تقتضي حماية أكبر لا بالنظر إلى ذاتها ولكن بوصفها أحد شروط الديمقراطية و دعائمها.^٥

و بشأن الإشكالية التي قد تواجه الجهة القائمة على الرقابة، والتي تتمثل في كيفية التوفيق بين الحقوق و الحريات من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى، يرى جانب من الفقه أن المسؤولية الكاملة في هذا الاختيار لا يمكن أن تلقى على المحاكم بحسبانها ليست هيئات تمثيلية، و كونها ليست معدة لتكون انعكاساً لمجتمع ديمقراطي، وأن تقديرها يمكن أن يكون أكثر سلامة وأكثر اعتماداً عليه ولكن في حدود ضيقة،

١. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٦٦.

٢. المرجع السابق ص ٢، ٢٠٠، ٢٠١.

٣. د. محمود عاطف البنا: حدود سلطة الضبط الإداري - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٨١ - ص ٨٥ وما بعدها.

٤. د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية - دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ١٧٧.

٥. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٦٩.

لأن صفتها الرئيسية هي التباعد الذي يقوم على الاستقلال، ولأن دروس التاريخ تفيد بأن القضاء يتعرض للخطر عندما تتحتم المحاكم نفسها في عواطف اليوم، وتضطلع بالمسئولية الأولى في الاختيار بين أوجه التجاذب السياسية والاقتصادية والاجتماعية المتنافسة، وأن المسئولية الأولى في التوفيق بين المصالح المتنافسة هي مسئولية السلطة التشريعية، وأن ممارسة جهة الرقابة يجب ألا يهدر تقدير الذين يقع عليهم واجب التشريع، إلا حيث يكون هناك أساس معقول لذلك (فالتوفيق بين المصالح المتعارضة هو عمل المشرعين والميزان الذي ينصبه هو تقدير لا يجوز للمحكمة أن تحل تقديرها محل بل يجب احترامه ما لم يتجاوز نطاق الحكم العادل).^{١٠}

ولا يقتصر تدرج الأهمية على الحقوق والحريات المخولة للأفراد بل ذهب القضاء الإداري المصري في العديد من أحكامه، إلى أن هذا التدرج يمتد كذلك ليشمل المصلحة العامة ذاتها، ومن ثم يقع على عاتق الجهة القائمة على التفسير أن تقوم في حدود الوظيفة القضائية بعملية وزن محايدة وبصيرة للمصالح المتنافسة، تنتهي ببيان أي المصلحتين تسود في الظروف المعاصرة لصدور الحكم، فقد استقر قضاء مجلس الدولة المصري على أن المصالح كذلك تتدرج في الأهمية تدرجاً يشبه التدرج في مراتب الأدوات التشريعية، ومن ثم يتعين تغليب المصلحة الأكثر إلحاحاً والأخطر شأناً والأولى بالرعاية^٢، و يتعين عند التعارض والتناقض بين المصالح العامة إعلاء المصلحة العامة الأعلى على الأدنى منها إعمالاً لقاعدة تدرج المصالح العامة^٣، كما أن غايات المصلحة العامة قد تكون أدنى في أولويات الرعاية ومدارجها من غايات تعلق ومصالح تسمو فتبتغي.^٤

و حقيقة الأمر أن ما ذهبت إليه أحكام مجلس الدولة المصري من القول بتدرج المصالح التي كانت أمام مصدر القرار، وأنه كان من المتعين عليه عدم تخيير مصلحة أدنى مرتبة من مصلحة أخرى تعلقها، لا يعد رقابة منه على ركن الغاية في القرار المطعون فيه، وإنما الأمر في حقيقته من قبيل الرقابة على ركن المحل، ذلك أن الأصل أن المصلحة العامة تتوافر في جميع البدائل التي كانت مطروحة أمام جهة الإدارة، ورقابة المحكمة لا تنصب على بحث التدرج بين صور المصلحة العامة ومدى توفير جهة الإدارة في تخيير أهمها أو أعلاها وإنما ينصب على البدائل التي كانت متاحة أمام مصدر القرار.^٥

١. د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع - المطبعة العالمية ١٩٥٧ ص ١٤١.
٢. في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩١٤، ١٨٧٥، السنة ٣٠ ق - جلسة ٩-٣-١٩٩١ مكتب فني ٣٦ - الجزء الثاني - ص ٧٢٤.
٣. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٢٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١١-٤-١٩٩٣ مكتب فني ٣٨ ج ٢ ص ٩٢٧.
٤. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٧٥٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢٢-٦-٢٠٠١ مكتب فني ٤٦ ج ٣ ص ٢٢٨٥.
٥. والدليل على ذلك أن المحكمة في الأحكام المنوه عنها لم تقض بالإلغاء تأسيساً على توافر عيب الانحراف في استخدام السلطة، فذهبت على سبيل المثال في حكمها بشأن عرض الآثار في الخارج المشار إليه إلى القول بأنه (متى كان الثابت أن الموافقة على عرض بعض الآثار المصرية القديمة في بعض المدن اليابانية قد خلا من بيان جوهرى يتعلق بمكان العرض داخل المدن التي حدها وكان مكان العرض وضرورة كونه ملائماً ومناسباً صدقاً وحفاً لتلقى جزء من ثروة مصر القديمة فإن هذا التصور في البيان يتداعى بأثره على مشروعية القرار حيث تستوعب المشروعية وجه المصلحة العامة القومية فتندمجان في نسيج قواعد أمره تخضع لها الأجهزة الفنية والجهات الإدارية ثم تهيمن من بعد ذلك على الأمر كله مقتضيات المشروعية التي لها حفظتها وحمايتها ويتحقق كامل هذه مقتضيات متى تحقق اليقين بالحفاظ على شموخ الأثر وكونه مصنوعاً يتوافر له كامل التقدير وكل الرعاية فإذا تخلف شيء من ذلك كانت الإجازة معيبة حق عليها الإلغاء).

حيث تقوم المحكمة بفحص البدائل التي كانت متاحة لدى مصدر القرار والحكم بعد مشروعية البديل أو الإجراء الذي اختاره، إذا ما تبين للمحكمة أن الأضرار التي ترتبت عليه تفوق المنافع التي يمكن أن تتحقق نتيجة له، وهو ما درج بعض الفقه على تسميته بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.^١

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي كذلك إلى تطبيق هذه النظرية خاصة فيما يتعلق بالقرارات المتعلقة بنزع الملكية حيث قضى بإلغاء القرار الصادر بنزع ملكية قطعة أرض تستخدم كحديقة لنزلاء إحدى مستشفيات الطب النفسي بهدف توسيع الطريق العام لأن الضرر الذي سيلحق بالمرضى يفوق المصلحة المترتبة على توسعة الطريق.^٢ وقضى بإلغاء قرار جهة الإدارة الصادر بنزع ملكية قطعة أرض لإقامة مشروع من شأنه تحقيق مصلحة عامة تأسيساً على أن المساس بالملكية الخاصة يفوق من حيث الضرر الأثر المترتب على عدم إقامة هذا المشروع في المنطقة التي تقع فيها هذه الأرض وإقامته في منطقة أخرى.^٣ كما قضى كذلك بإلغاء القرار الصادر بنزع ملكية فندق بهدف استخدامه كسكن لطلبة إحدى المدارس لأن التعويضات التي ستحملها جهة الإدارة لأصحاب الفندق تفوق المنفعة التي كان من الممكن أن تتحقق بتوفير سكن الطلاب.^٤

الفرع الثاني

موقف القضاء الدستوري من المنهج التكاملي في التفسير

تلجأ المحكمة الدستورية العليا إلى التفسير التكاملي للنصوص إذا لم تسعفها دلالة الألفاظ، حيث تعتمد في تفسيرها بدءاً على دلالة ألفاظ النص المراد تفسيره، فإذا لم تسعفها هذه الدلالة أخذت بالتفسير المنطقي، الذي يقوم على التنسيق بين النصوص القانونية و تكاملها للوصول إلى المعنى الصحيح للنص محل التفسير، انتهت إلى ضرورة الاعتماد على التفسير التكاملي للنصوص أو بمعنى آخر تنسيق النصوص عند النظر في تفسيرها.^٥

وقد طبقت المحكمة الدستورية العليا التفسير التكاملي للنصوص في العديد من القضايا التي عرضت عليها، بأن قامت بعرض النصوص الدستورية التي تحكم النزاع المطروح أمامها وعملت على التوفيق بين مفادها جميعاً، وعمدت تارة إلى إحداث نوع من التنسيق والتجانس بينها و تفسيرها في ضوء بعضها البعض والتوفيق بين مفاداتها، وتارة أخرى تنزع إلى إعمال قواعد التخصيص والتقييد المتبادل بين تلك المبادئ الواردة في الدستور بما يجعلها يفسر بعضها بعضاً، أو قد تغلب حقاً على آخر بحسب المنازعة

١. للمزيد عن نظرية المنافع والأضرار وتطبيق القضاء الإداري المصري والفرنسي لها يراجع الدكتور يسري العصار: قانون القضاء الإداري - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠١١.
٢. رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع- مقال منشور بمجلة الدستورية السنة الثامنة العدد ١٨- أكتوبر ٢٠١٠ - ص ١٦ وما بعدها.
٣. حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٠-١٠-١٩٧٢ - قضية مؤسسة القديسة ماري.
٤. حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٧-٧-١٩٧٩ - قضية دريكسل دالجرين.
٥. حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٥-١١-١٩٨٩ - قضية بيريز.
٥. د. رمزي الشاعر: ضوابط ووسائل تفسير النصوص - مرجع سابق ص ٢٢.

المطروحة أمامها.

ولقد تواترت على نحو يستعصي على الحصر الأحكام التي تؤكد فيها المحكمة على الوحدة العضوية لنصوص الدستور وتكاملها، وأنها تتجانس وتتضافر، وأن المفترض العمل بها في مجموعها، كما تنفي المحكمة عن نصوص الدستور أنها تتماحى أو تتأكل أو تتساقط أو تتصادم، أو أن بعضها يلغي الآخر. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا أن: (النصوص الدستورية لا تتعارض أو تتهادم أو تتناظر فيما بينها، ولكنها تتكامل في إطار الوحدة العضوية التي تتنظمها، من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التي تؤمن بها الجماعة في مراحل تطورها المختلفة، ويتعين دوماً أن يعتد بهذه النصوص بوصفها متألفة فيما بينها لا تتماحى أو تتأكل، بل تتجانس معانيها وتتضافر توجهاتها، ولا محل بالتالي لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها، ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها في مجموعها، وشرط ذلك اتساقها وترابطها والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضموناً ذاتياً، لا ينغزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها متسانداً معها، مقيداً بالأغراض النهائية، والمقاصد الكلية التي تجمعها).^{١٠}

كما تناولت المحكمة في أحد أحكامها تكامل النصوص المتعلقة بالمساواة، وحرية الرأي والتعبير وحق الاجتماع وحق تكوين الجمعيات وحق إنشاء النقابات والاتحادات وخلصت من تفسيرها على نحو متكامل ومتربط إلى الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨ من قانون النقابات العمالية الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ فيما تضمنته من عدم جواز الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة في نقابة مهنية بما يزيد عليه ٢٠٪ من مجموع عدد أعضاء هذا المجلس ٢. وخلصت كذلك إلى التكامل والتلاحم بين الحقوق المنصوص عليها بالدستور والمتعلقة بعدم جواز حظر الإقامة في جهة معينة وعدم جواز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها وحق المواطنين في الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج هي فروع من أصل هو الحق في التنقل المنصوص عليه في المادة ٤١ وحرية الشخصية المنصوص عليه في المادة ٢٠٥.

كما استعانت المحكمة الدستورية بالذاكرة الإيضاحية للنص المراد تفسيره - كأحد وسائل تفسير النص تفسيراً منطقياً للبحث عن إرادة المشرع الدستوري، مثال ذلك رجوعها إلى المذكرة الإيضاحية لتفسير نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قبل تعديلها. كما رجعت المحكمة إلى المذكرة الإيضاحية أيضاً حين قضت بعدم دستورية المادة ٨٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات بالحصول على إجازة لمرافقة الزوج.

١٠. يراجع أحكام المحكمة الدستورية العليا في القضايا أرقام:

- ٢٣ لسنة ١٥ ق جلسة ٢-٥-١٩٩٤ جزء ٦ ص ١٤٠.
- ١٥ لسنة ١٨ ق جلسة ٢-١-١٩٩٩ جزء ٩ ص ١٢٣.
- ٥١ لسنة ٢٤ ق جلسة ٨-٥-٢٠٠٥ جزء ١١ ص ١٧٧٥.
٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٥-٤-١٩٩٥ ج ٦ ص ٦٣٧.
٣. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ ق جلسة ١٤-٣-١٩٩٢ ج ٥ ص ٢٤٤.
٤. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٦ لسنة ٣ ق جلسة ٥-٦-١٩٨٢ ج ٢ ص ٦٣.
٥. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق جلسة ٢-١٢-١٩٩٥ ج ٧ ص ٢٩٧.

ومن أهم الأحكام التي أعملت فيها المحكمة منهج تفسير النصوص تفسيراً تكاملياً كانت تلك الأحكام التي أكدت فيها أن التزام المشرع اعتباراً من تاريخ التعديل الدستوري في ٢٢ مايو ١٩٨٠ بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية - الأحكام الشرعية قطعية الثبوت قطعية الدلالة - مرهون بالأخراج هذه المبادئ عن الضوابط والقيود التي تفرضها نصوص الدستور الأخرى، وأن مراعاة توافق هذه التشريعات مع مبادئ الشريعة الإسلامية مشروط بعدم خروجها في الوقت ذاته عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى.^١

ويظهر جلياً منهج المحكمة في أعمال المنهج التكاملي في إعمالها لقواعد التخصيص والتقييد المتبادل بين تلك المبادئ الواردة في الدستور بما يجعلها يفسر بعضها بعضاً في تناولها لمبدأ العدالة الاجتماعية. ذلك أن المحكمة جعلت مبدأ العدالة الاجتماعية أحد المبادئ الدستورية العامة، فلم تقتصرها على مجال النظام الضريبي الذي نص الدستور صراحة على أنه يقوم على العدالة الاجتماعية، ولم تقف عند حد اعتبار مبدأ العدالة الاجتماعية أساساً للحقوق الاجتماعية، ولكنها استندت إليه للتوفيق بين الحقوق الدستورية المختلفة وتقييد حقوق بعض الطوائف الاجتماعية لصالح بعضها الآخر بهدف تحقيق التوازن فيما بينها، ومثال ذلك ما ذهبت إليه المحكمة من تقييد كل من حق الملكية والحرية التعاقدية بمبدأ العدالة الاجتماعية.^٢

وفي مواطن أخرى ارتأت المحكمة أن المشرع رغم نبل هدفه المتمثل في مراعاة مبدأ العدالة الاجتماعية والتضامن الاجتماعي إلا أنه توسع في تطبيقه توسعاً غير مبرر تجاوز به حدود سلطته التقديرية في تنظيم حق الملكية والحرية التعاقدية وأهدر كلاً منهما، ومن ثم قضت المحكمة بعدم دستورية هذه النصوص. ومنها ما قضت به من عدم دستورية المادة ٤٤ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. وذلك فيما نصت عليه من تخويل مستأجري الأماكن الخالية في المصايف والمشاتي حق تأجيرها مفروشة بغير موافقة المالك^٣. وفي ذات الخصوص قضت بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فيما لم يتضمنه من النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحريره لمن لهم الحق في شغل العين، بانتهاء إقامة آخرهم بها، سواء بالوفاة أو الترك تأسيساً على القيد الذي تبرره هذه الضرورة الاجتماعية انقلب إلى انتهاك لحق الملكية الخاصة.^٤

المطلب الرابع التفسير الواسع لنصوص الدستور

هناك عدد من المبادئ التي أرسنها المحكمة الدستورية يجمع بينها أن الدستور لم يتضمنها أو يشير إليها

١. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١-٢-١٩٩٧ ج ٨ ص ٣٦٨.
٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨ لسنة ١٦ ق جلسة ٥-٨-١٩٩٥ ج ٧ ص ١٢٦.
٣. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٢-٤-٢٠٠٣ ج ١٠ ص ٩٧٠.
٤. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧٠ لسنة ١٨ ق جلسة ٢-١١-٢٠٠٢ ج ١٠ ص ٦٨٢.

في نصوصه إشارة صريحة ولكن المحكمة استنبطتها من مبادئ دستورية واردة بالدستور صراحة، وهي بصدد الفصل في الدعاوى الدستورية وقد استندت المحكمة في ذلك إلى اتباع منهج تفسيري مفاده تفسير هذه النصوص الدستورية الصريحة تفسيراً واسعاً على هدي الغايات التي استهدفها المشرع الدستوري منها، ولاستجلاء هذا المنهج من مناهج التفسير، نرى من المناسب تقسيم الدراسة في هذا المطلب على النحو التالي.

الفرع الأول مضمون التفسير الواسع لنصوص الدستور

تمهيد:

نتناول في هذا المطلب دراسة المقصود بالتفسير الواسع للنصوص وصوره، كما نتناول آراء الفقه بشأن مدى إمكانية استخلاص مبادئ دستورية جديدة أو التوسع في تفسير مبادئ واردة بالدستور من خلال الكشف عما يمكن أن تتضمنه مقدمة الدستور من قواعد قانونية، أو من خلال الاستناد إلى الدساتير السابقة أو القانون المقارن أو المعاهدات الدولية، وذلك على النحو التالي.

أولاً: المقصود بالتفسير الواسع للنصوص

يقوم هذا المنهج من مناهج التفسير على إضفاء القيمة الدستورية على حقوق غير ثابتة صراحة بنصوص الدستور، وذلك عن طريق التفسير الواسع لأحد الحقوق المنصوص عليها صراحة بالدستور ليشمل أكثر من حرية دستورية.

ويجد هذا المنهج أساسه فيما يعرف عند علماء اللغة والأصول بدلالة الإشارة أو إشارة النص، والمراد بما يفهم من إشارة النص (المعنى الذي لا يتبادر فهمه من ألفاظه ولا يقصد من سياقه ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام) وما يشير إليه النص بطريق الإشارة قد يكون ظاهراً وقد يكون خفياً يحتاج فهمه إلى دقة نظر ومزيد تفكير بحسب ظهور وجه التلازم وخفائه. ١
ومفاد ذلك أن المشرع قد لا يصرح بالمعنى ولكن يشير إليه بطريق الالتزام بأن يكون المعنى الذي يدل عليه النص بعبارة يستلزم المعنى الذي يشير إليه، ومن ثم تكون دلالة اللفظ عليه بطريق الإشارة، وهنا لا يتبادر المعنى إلى ذهن المفسر من الوهلة الأولى بل يتعين عليه إعمال الفكر والنظر للوصول إليه. ٢

و خلاصة ذلك أن هذا المنهج من مناهج التفسير يقوم على عدة قواعد متعارف عليها في علوم التفسير وأصول الفقه وتناقلتها وأعملتها كتب القانون منها تفسير الشيء بلازمه، وأن التابع يثبت له حكم أصله. ٣
و يؤكد ما سبق ما ذهب إليه جانب من الفقه من أن تطوير الدستور يمكن أن يتعلق بمنطقة خلت نصوصه

١. الشيخ عبد الوهاب خلاف- علم أصول الفقه - مرجع سابق ص ١٥٠.

٢. د. سعيد أحمد بيومي: لغة القانون - مرجع سابق - ص ٤٥٣.

٣. موسوعة القواعد الفقهية - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى ٢٠٠٢ - ج ٣ ص ١٥٨، ج ٩ ص ١٩٥.

من تنظيمها صراحة، ويكون ذلك من خلال النظر في الأحوال التي تتخلى فيها نصوص الدستور عن تنظيم بعض المسائل الدستورية بطبيعتها ومحاولة معالجة إغفال تنظيمها وملء الفراغ الذي يحيط بها وذلك باعتبارها من المسائل المسكوت عنها التي يقتضي إغفالها بيان حكمها، وأن هذه المسائل المسكوت عنها تأخذ إحدى صور ثلاث:

(الأولى) أن تكون المسائل المسكوت عنها فروعاً لبعض الأصول التي نظمها الدستور، فإذا ما كان الدستور قد أغفل حكم الفرع تعين الرجوع إلى الأصل الذي يحكمها بحسبانه الذي أنتجها، ومن ثم تحظى هذه الفروع بالحماية ذاتها التي يقررها الدستور لأصلها.

(الثانية) أن تكون المسائل المسكوت عنها أصولاً لفرع تضمنها الدستور وهو ما يستلزم ربط الفروع بأصولها، إذ لا يجوز فهم الفروع بعيداً عن الأصول التي أنتجتها حتى ولو كان الدستور قد أغفل بيانها.

(الثالثة) أن تكون المسائل المسكوت عنها من فيض القواعد الصريحة الواردة بالدستور، بأن تكون القواعد الصريحة الواردة بالدستور وارشية ومرشحة ومفضية إلى حقوق جديدة لم يقرها الدستور مثال ذلك أن حظر الدستور لكل صور الاستغلال يرشح لحق الفرد في ألا يكون رقيقاً، والنص صراحة على حرمة الحياة الخاصة يفضي إلى حق الأفراد في الاجتماع بصورة سلمية وبغير تدخل من السلطة.^١

الفرع الثاني

آليات ووسائل التوسع في تفسير المبادئ الدستورية

يمكن أن يؤدي القضاء الدستوري من خلال أحكامه دوراً مهماً في تعميق وسائل الرقابة على دستورية القوانين، وذلك باستخلاص مبادئ دستورية جديدة أو التأكيد على أحد المبادئ الدستورية الواردة بالدستور استناداً إلى مقدمة الدستور، وقد تقوم المحكمة بتفسير أحد المبادئ الدستورية تفسيراً واسعاً مسترشدة في ذلك بالدساتير السابقة أو المواثيق والمعاهدات الدولية والقانون المقارن، ونولي بعض التفصيل لمقدمة الدستور لما أثير حولها من خلاف فقهي.

فقد اختلف الفقهاء في تحديد القيمة القانونية لمقدمات الدساتير، إذ خلص البعض إلى أن لها من القوة الإلزامية ما يعلو على الدستور نفسه، ويرى آخرون أن لها نفس القيمة التي تتمتع بها نصوص الدستور، ويذهب رأي آخر إلى التفرقة بين المبادئ التي جاءت بها مقدمة الدستور وصيغت على شكل قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وبين الأخرى التي صيغت على شكل توجيهات وأهداف ومثل العليا للدولة والمجتمع، ويعطي للأولى صفة القواعد الدستورية الإلزامية بينما يحرم الثانية من أية قوة قانونية ويعطيها مجرد قيمة أدبية.^٢

وفي الفقه المصري ذهب جانب إلى أن مقدمة الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ لا تتضمن أي قواعد

١. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٨٤.

٢. د. محمد محمد عبد اللطيف: الحريات العامة - دراسة مقارنة - جامعة الكويت الطبعة الأولى ١٩٩٥ ص ٢٢.

دستورية قائمة بذاتها، وإنما تحدد المقاصد التي عناها المشرع الدستوري من هذه القواعد المنصوص عليها في صلب الدستور، وأنها وإن كانت قد تضمنت تأكيداً واضحاً على الالتزام بالحرية للإنسان المصري وبكرامته وقيمه ولكنها لا تحيل بشكل صريح إلى أية وثيقة من وثائق حقوق الإنسان.^{١٠}

وفي ذات الاتجاه ذهب رأى آخر إلى أن مشكلة القيمة القانونية لمقدمة الدستور يغلب عليها الطابع النظري، وخلص إلى الجزم بأن نصوص الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ لم تغفل الإشارة إلى أي حق أمحت إليه وثيقة إعلان الدستور، التي تعد أقرب إلى التطلعات المستقبلية والرؤى الفلسفية من القواعد القانونية.^٢

والرأي الراجح في الفقه المصري هو أن مقدمة الدستور يمكن أن تعتبر مرجعاً للرقابة القضائية على الدستورية، ولكن ليس في مجمل عباراتها سواء الجلية أو الغامضة، وإنما المعيار الضابط في هذا هو النظر في عبارات المقدمة فلا يعتبر مرجعاً للرقابة سوى ما يكون من معانيها وأشيأً بالقاعدة الدستورية التي يمكن استخلاصها، فكلمة كان أمر استخلاص قاعدة دستورية ممكنة من مقدمة الدستور فينبغي إعمالها، لأن المقدمة ما وضعت عبثاً، أما إذا كانت مقدمة الدستور في ألفاظها الصريحة وعباراتها القاطعة لا تنتج قاعدة دستورية في طبيعتها وكان توليدها منها متعذراً فإنها في هذه الحالة تفقد قيمتها الدستورية ولا يجوز بالتالي اعتبارها مرجعاً في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين.^٣

أما في فرنسا، فإن الاتجاه السائد في الفقه هو أن مقدمة دستور ١٩٥٨ ودستور ١٩٤٦ وإعلان حقوق الإنسان الصادر في ١٧٨٩ لها قيمة دستورية، ويقوم هذا الرأي على أن مقدمة دستور ١٩٥٨ قد أشارت إلى دستور ١٩٤٦ التي أحالت بدورها إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وقد تأكد هذا الاتجاه بعد أن أصدر المجلس الدستوري عدداً من الأحكام في هذا الخصوص، منها الحكم الخاص بحرية تكوين الجمعيات دون تدخل سابق من أي سلطة والذي قرر معاملة ديباجة دستور ١٩٤٦ باعتبار أن لها قيمة دستورية،^٤ والحكم الخاص بفرض الضرائب على أساس التقدير والذي أسبغ القيمة الدستورية على إعلان ١٧٨٩،^٥ والحكم الخاص بالإجهاض وفقاً لشرط محددة الذي خلص إلى أن كل النصوص التي تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨ لها قيمة دستورية.^٦

وبناءً على ذلك يلتزم المشرع باحترام المبادئ الواردة ليس فقط في الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ وإنما أيضاً مقدمة هذا الدستور وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر ١٧٨٩، وما ورد بمقدمة دستور ١٩٤٦ من مبادئ أساسية واجتماعية واقتصادية الواردة في قوانين الجمهورية والتي تتوافق مضامينها

١. د. فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات - مرجع سابق ص ٢٢.
 ٢. د. فتحي فكري: القانون الدستوري - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - الكتاب الأول: ص ٤٧.
 ٣. في هذا الرأي: د. محمد محمد عبد اللطيف: المرجع السابق ص ٢٢، د. عوض المر: المرجع السابق ص ٦٢، هامش ص ٦٤، ص ٧٠.

4. C. C16 juillet 1971 no. 44D. C. Rec. p29. G. D. C. C1991p. 236.
 5. C. C. 27 décembre 1973 no. 51 D. C. Rec. P25. G. D. C. C. p. 269
 6. C. C. 27 janvier 1975 no. 54 D. C. Rec. p 19. G. D. C. C. .p. 286.

مع حقائق العصر ومنها حرية تكوين الجمعيات ١ وحرية التعليم ٢ وصورن حقوق الدفاع ٣ واستقلال هيئة التدريس الجامعي ٤، وأصبحت هذه المبادئ مجتمعة تشكل رزمة الدستورية التي يحتكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في دستورية القوانين. ٥

الفرع الثالث

موقف القضاء الدستوري من التفسير الواسع لنصوص الدستور

كثير من المبادئ التي أرسنها المحكمة الدستورية يجمع بينها أن الدستور لم يتضمنها صراحة في نصوصه ولكن المحكمة استنبطتها من عدد من نصوص الدستور، حال قيامها بممارسة الاختصاص المخول لها بالفصل في الدعاوى الدستورية.

وذلك بأن قامت المحكمة بتفسير النصوص الصريحة في ضوء الغايات التي استهدفها المشرع الدستوري منها، وبتابع منهج يتسم بالمرونة في تفسير نصوص الدستور والابتعاد عن أسلوب التفسير الجامد أو الحرفي لهذه النصوص، وبمراعاة الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي دعت المشرع الدستوري إلى تبني هذه النصوص، وقد سابت المحكمة الدستورية في هذه السياسة العملية في تفسير نصوص الدستور المنهج الذي سارت عليه المحاكم الدستورية الرائدة في القانون المقارن. ٦ ونعرض لجهد المحكمة في هذا الخصوص على النحو التالي.

أولاً - حقوق وحرريات منصوص عليها تعد أصولاً لفروع غير منصوص عليها

في إطار توسيع المحكمة من سلطتها في التفسير خلصت في العديد من أحكامها إلى استنباط العديد من الحقوق والحرريات غير المنصوص عليها صراحة من خلال التوسع في تحديد مدلول بعض النصوص الواردة بالدستور واستوحت منها مفاهيم جديدة، وذلك بحسبان الحقوق والحرريات الواردة صراحة تعد أصولاً لفروع غير منصوص عليها، وأبرز الأمثلة على ذلك تتعلق بمبدأ خضوع الدولة للقانون، وحرية التعبير، ومبدأ الحرية الشخصية.

1. C. C. 16 juillet 1971 no. 44 D. C. Rec. p29. G. D. C. C1991p. 236.
2. C. C. 77-87 D. C. 23 Nov. 1977. R. P. 42.
3. C. C. 76-70 D. C. .Dec. 1976. R. P. 39.
4. C. C. 83-168 D. C. 20 Janv. 1984. R. P 30.

٥. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٤٥ و ص ٧٤، وقريب من ذلك د. محمد عبد اللطيف: الحريات العامة - مرجع سابق ص ٢٥.
٦. د. يسري العصار: بعض المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا في تفسير النصوص - مرجع سابق - ص ٩٤. ويشير إلى عدد من المبادئ لم تشر إليها نصوص الدستور صراحة، ولكن طبقتها المحكمة عن طريق الاستنباط من هذه النصوص و تفسيرها تفسيراً مرناً، مثل مبدأ الأمن القانوني، ومبدأ التمييز الإيجابي، ومبدأ الحرية التعاقدية، ومبدأ الأوضاع الظاهرة، فضلاً عن مبدأ العدالة الاجتماعية الذي نص عليه الدستور في بعض موادها ولكن المحكمة لم تقتصر على التطبيق المباشر لهذه النصوص وإنما طبقت مبدأ العدالة الاجتماعية الذي يقوم عليه النظام الضريبي وفقاً لنص المادة ٢٨ من الدستور في حالات أخرى غير متعلقة بالنظام الضريبي.

- مبدأ خضوع الدولة للقانون

من أظهر الأمثلة على ما تقدم مفهوم المحكمة لمبدأ خضوع الدولة للقانون، وبيان أن معناه عدم إخلال تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور، ووضعت المحكمة ضابطاً ومعياراً لرقابتها الدستورية على القواعد التشريعية التي تتعلق بهذه الحقوق وهو المستوى الذي تلتزم به الدول الديمقراطية في قواعدها القانونية وفي احترام حقوق وحرقات الأفراد.

ومثال ذلك ما قضت به المحكمة بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٢، وذلك فيما تضمنته من سريان العقوبات الانضباطية المقررة بمادته الأولى بأثر رجعي يتردد إلى أول يناير سنة ١٩٦٢، وقد أسست المحكمة قضاءها على أنه: مما يناه في مفهوم الدولة القانونية على النحو السالف بيانه أن تقرر الدولة سريان عقوبة تأديبية بأثر رجعي، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنباً إدارياً مؤاخذاً عليه بها مثلما هو الحال في الدعوى الراهنة). ١.

- حرية التعبير

و كذلك تناولت المحكمة في كثير من أحكامها حماية الدستور لحرية التعبير باعتبارها أصلاً ينتج حقوقاً وحرقات أخرى غير منصوص عليها مثال ذلك ما قضت به من أن الحق في الرقابة الشعبية فرع من حرية التعبير حيث أوردت في أحد أحكامها أنه:

(ما الحق في الرقابة الشعبية النابعة من يقظة المواطنين المعنيين بالشؤون العامة، الحريصين على متابعة جوانبها، وتقرير موقفهم من سلبياتها، الإفرع من حرية التعبير، ونتاج لها...) ٢.

- مبدأ الحرية الشخصية:

أما مبدأ الحرية الشخصية فإنه أهم الأصول التي توسعت المحكمة في تفسيرها واستتبقت منها العديد من الحقوق والحرقات غير المنصوص عليها، فخلصت في بعض أحكامها إلى أن هناك طائفة من الحقوق تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها دستور ١٩٧١ في المادة ٤١ منه واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا تمس، من بينها ألا تكون العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها، أو ممعنة في قسوتها، أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة أو متضمنة معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد. ٣.

كما ذهب المحكمة إلى أن بعض الحقوق والحرقات التي لم يتضمنها الدستور صراحة هي فروع لأصول منصوص عليها هي التي أنتجتها مثال ذلك أن الحرية الشخصية أصل يتفرع عنه حرية التعاقد. حيث

١. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ ق جلسة ٤ / ١ / ١٩٩٥ ج ٥ ص ٨٩.

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ١٧ لسنة ١٤ ق جلسة ١٤ / ١ / ١٩٩٥ جزء ٦ ص ٤٠٤.

٣. الحكم سالف البيان.

قضت بأن: (قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور، صوتاً للحرية الشخصية، التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي ينبغي أن يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائناً يُحمل على ما لا يرضاه).^{١٠}

كما خلصت إلى أن الحق في اختيار الزوج وإن كان غير منصوص عليه صراحة بالوثيقة الدستورية إلا أنه يعد فرعاً من أصل عام هو الحرية الشخصية، فضلاً عن كونه فرعاً للأصل المنصوص عليه في المادة ٩ من الدستور من أن الأسرة أساس المجتمع.

حيث قضت بأن: (الحرية الشخصية أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها، لا قوام لها بدونها، وإذ هي محورها وقاعدة بنائها، ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيابها، ومن بينها الحق في الزواج، وما يتفرع عنه من تكوين أسرة وتشئة أفرادها، وكلاهما من الحقوق الشخصية التي لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها ولا تعمل كذلك بعيداً أو انعزالاً عن التقاليد التي تؤمن بها الجماعة التي يعيش الفرد في كنفها، بل تعززها وتركيها وتتعاظم بقيمتها بما يصون حدودها...)^{٢٠}

كما خلصت إلى أن الحق في تكوين الأسرة المكفول دستورياً يتفرع منه حق كل من الزوجين في الحصول على إجازة من عمله وقضت تبعاً لذلك بعدم دستورية المادة ٨٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات والتي تنص على أنه (مع مراعاة حسن سير العمل في القسم وفي الكلية أو المعهد، يجوز الترخيص لعضو هيئة التدريس في إجازة خاصة بدون مرتب، لمرافقة الزوج المرخص له في السفر إلى الخارج لمدة سنة على الأقل ويكون الترخيص بقرار من رئيس الجامعة بناءً على طلب عميد الكلية أو المعهد بعد أخذ رأي مجلس القسم المختص).

حيث قضت بأن: (الحق في تكوين الأسرة. واختيار الزوج مدخلها. من الحقوق التي كفلها الدستور على ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا ذلك أن هذا الحق وثيق الصلة بالحرية الشخصية وهي الحرية الأصل التي تهيمن على الحياة بكل أقطارها ولا تكتمل الشخصية الإنسانية في غيابها)^٢ كما قضت المحكمة تأسيساً على ذات المبدأ بأنه: (وحيث إن الحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة (٤١) منه باعتبارها حقاً طبيعياً، هي أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها، وتندرج تحتها الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيابها، ومن بينها الحق في الزواج وما يتفرع عنه من الحق في تكوين أسرة وتشئة أفرادها وفقاً للأسس التي حددها الدستور).^{٤٠}

١. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ٤-٤-٢٠٠٤ ج ١١ ص ٥٨٠.
٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٨-٣-١٩٩٥ ج ٦ ص ٥٦٧ وفيها قضت بعدم دستورية البند السادس من المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، وذلك فيما نص عليه من ألا يعين عضو بمجلس الدولة من يكون متزوجاً بأجنبية.
٣. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق جلسة ٢-١٢-١٩٩٥ ج ٧ ص ٢٩٧.
٤. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٦ لسنة ٣١ ق جلسة ٢-١-٢٠١١.

و كذلك أعلنت المحكمة الدستورية العليا قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم وأنزلتها مرتبة النصوص الدستورية ذاتها، واعترفت لها بالقيمة على الرغم من غياب النص الدستوري الصريح، وسندها في ذلك أن مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها لا يعمل منفرداً في مجال صون الحرية الشخصية بل مكملاً بقاعدة أخرى هي عدم جواز سريان النصوص الجنائية بأثر رجعي وغايتها معا حماية الحرية الشخصية وأن رجعية القوانين الأصلح للمتهم ضرورة حتمية لصون الحرية الفردية بما يرد عنها كل قيد أصبح مفتقراً إلى أي مصلحة اجتماعية.^١

حين قضت بأنه: (ولئن كان الدستور لم يتضمن بين أحكامه مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم إلا أن القاعدة التي يركز عليها تفرضها المادة ٤٤ من الدستور التي تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعي وأنها لا تمس...)^٢.

ثانياً: حقوق وحرريات غير منصوص عليها تعد أصولاً لفروع منصوص عليها

ثمة حقوق وحرريات غير منصوص عليها في الدستور تعد أصولاً لفروع منصوص عليها حيث خلصت المحكمة الدستورية إلى أن هناك العديد من الحقوق والحرريات التي لم يتضمنها الدستور صراحة هي أصول لفروع منصوص عليها، وأن كثيراً ما تفضي فروع بعض المسائل التي نظمها الوثيقة الدستورية، إلى الأصل العام الذي يجمعها، ويعتبر إطاراً محدداً لها. ولا يكون ذلك إلا من خلال فهم أعمق لراميها و استجلاء ما وراءها من القيم و المثل العليا التي احتضنها الدستور.

ولعل أبرز مثال على ذلك يكمن في مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية حيث انتهت المحكمة إلى أن شخصية العقوبة المنصوص عليها في المادة ٦٦ من الدستور هي فرع من أصل هو شخصية المسؤولية الجنائية والتي أغفل الدستور النص عليها صراحة، وأن الحق في المحاكمة المنصفة المنصوص عليه في المادة ٦٧ هو فرع من أصل هو قرينة البراءة.^٣

ثالثاً: حقوق وحرريات تعد من فيض النصوص الصريحة

قد يجد القاضي الدستوري صعوبة في القول بأن مبدأ ما يعد فرعاً أو أصلاً لأحد المبادئ المنصوص عليها بالدستور صراحة، فينتهي إلى أن هناك نوعاً آخر من الحقوق غير منصوص عليها صراحة بالوثيقة الدستورية، ومع ذلك يضي عليه القيمة الدستورية، مستندا في ذلك إلى أن أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية وربطها ببعض، كثيراً ما ترشح لحقوق أخرى لا نص عليها، ولكن يشي بثبوتها ما يتصل بها من الحقوق التي كفلها الدستور، والتي تعد مدخلاً إليها بوصفها من توابعها أو مفترضاتها أو لوازمها، فهذه

١. د. عوض المر رئيس المحكمة الدستورية العليا الأسبق (١٩٩١-١٩٩٨): تقديم الجزء السادس من مجموعة أحكام الدستورية العليا ص ٤٠.

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق جلسة ٢٢-٢-١٩٩٢ ج ٨ ص ٤١١.

٣. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق جلسة ٢-١٢-١٩٩٥ ج ٧ ص ٢٦٢.

الحقوق تتفق مع مقاصد الدستور وروحه العامة التي تستهدف حماية حقوق وحرريات الأفراد كما تعنى بتحقيق الصالح العام.

ويشبه أخذ القضاء الدستوري بهذه الحقوق ما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من الأخذ بالمصالح المرسله وتعرف بأنها (الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء ويحصل ربط الحكم بها مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس).^{١٠} فهي مصالح لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ، ولا على إلغائها، إلا أن علماء الشريعة رغبة في عدم الجمود عند النصوص كانوا يعالجون ما يجد في حياتهم بالرأي الذي يعتمد على مقاصد الشارع وما تفرع عنها من القواعد الكلية التي تحقق المصلحة وتدرأ المفسدة عن الفرد والمجتمع، ونعتقد أن أهم الأمثلة على الحقوق والحرريات التي تعد من فيض النصوص الصريحة تتعلق بأمريين:
١- الحقوق المتفرعة عن بعض الحقوق التقليدية. ٢- مبدأ عدم جواز مصادمة التوقع المشروع للأفراد.

١- الحقوق المتفرعة عن بعض الحقوق التقليدية

ومثال ذلك من قضاء المحكمة الدستورية العليا أنها قضت بأن الحق في التعليم يشتمل على حق كل مواطن في أن يختار نوع التعليم الذي يراه أكثر انصافاً مع ميوله وملكاته، وأن يتلقى قدراً من التعليم يكون مناسباً لمواهبه وقدراته.^{٢٠}

وأن الحق في بناء أسرة وفق الأسس التي حددها الدستور بنص المادة ٩ منه يعني أن يكون للآباء والأوصياء حق اختيار وسائل تنشئة أطفالهم أو من هم في رعايتهم، وألا يحملوا على اختيار نوع من التعليم يكون نمطياً أو دون مداركهم.^{٢٠}

وأن حرية التعبير وحرية الصحافة المنصوص عليهما في المادتين ٤٧، ٤٨ من الدستور، لا تعنيان مجرد إبداء الآراء قولاً وطباعتها لنشرها، ولكنهما تطويان على الحق في تلقيها وقراءتها وتحقيقها وتعليمها، وليكون فهمها وإمعان النظر فيها كاشفاً عن حقيقتها . ودون ذلك فإن الحماية التي كفلها الدستور لهاتين الحريتين، لن تكتمل سواء في نوعها أو مداها.^٤

٢- مبدأ عدم جواز مصادمة التوقع المشروع للأفراد

كما استمدت المحكمة بعض المبادئ والحقوق الدستورية التي لم يقرها الدستور صراحة وإنما تأسيساً على أن القواعد الصريحة الواردة بالدستور واشية ومرشحة ومفضية إليها، ومن أهم هذه المبادئ عدم جواز مصادمة التوقع المشروع للأفراد.

ويعد هذا المبدأ أحد صور مبدأ الأمن القانوني الذي تناوله عدد من الفقهاء بحسبانه أحد أهم الأسس التي يقوم عليها بناء الدولة القانونية، وواحد من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها.

١. الإمام الشاطبي: كتاب الموافقات: بتحقيق العلامة الشيخ عبد الله دراز- دار الفكر العربي - بدون سنة طبع - ج ١ ص ٢٩.

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠٦ لسنة ٦ ق جلسة ٢٩-٦-١٩٨٥ ج ٢ ص ٢٢٦

٣. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٨-٣-١٩٩٥ ج ٦ ص ٥٦٧.

٤. الحكم السابق.

ويقوم مبدأ الأمن القانوني على أساس أن الغاية من أي قضاء هي تحقيق سيادة القانون، وأن الهدف الأول لجميع النظم القانونية هو الذي يهدف إلى تحقيق الاستقرار بقدر الإمكان.

ومفاده ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية و حد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية، بهدف بث الطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء كانت هذه العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة، أو كان أطراف هذه العلاقات من الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية، وذلك حتى يمكنهم التصرف باطمئنان على ضوء القواعد القانونية القائمة وقت قيامهم بأعمالهم و ترتيب أوضاعهم على هديها دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها هدم توقعاتهم المشروعة.

فهو من ناحية حق الأفراد في الاعتماد على قدر كافٍ من الوضوح في القواعد القانونية و من ناحية أخرى التزام على السلطات العامة بضمان الثبات النسبي و الاستقرار للمراكز القانونية للأفراد و حقوقهم المكتسبة.

والتوازن بين مقتضيات المصلحة العامة و بين حق الأفراد في تأمين حرياتهم و حقوقهم من المفاجآت التي من شأنها تعريض مراكزهم القانونية للخطر هو التزام يقع بصورة أساسية على عاتق السلطة التشريعية في حدود الدستور ١.

و على الرغم من أن الدستور المصري لم ينص صراحة على مبدأ الأمن القانوني، فهو لا يتمتع في ذاته بقيمة دستورية إلا أن المحكمة الدستورية طبقت هذا المبدأ في العديد من أحكامها، حيث استتبطنه من عدد من نصوص الدستور وأضفت القيمة الدستورية على بعض صورته، وكان من أهم صورته التي استخلصتها المحكمة عدم جواز مصادمة التوقع المشروع للأفراد و قضت بناء على ذلك بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية.

فقد أقرت المحكمة في العديد من أحكامها مبدأ عدم جواز مصادمة التوقع المشروع للأفراد أو مباغتتهم، مثال ذلك ما انتهت إليه من تقييد الأثر الرجعي للضرائب والرسوم، لكونه يخل بالثقة المشروعة في التعامل سيما إذا كان مبلغها يجاوز - محدداً على ضوء سعرها الجديد - الحدود المنطقية لتوقعات الأفراد ٢. و تتحرز المحكمة عن أن يكون من شأن الآثار القانونية المترتبة على حكمها إحداث اضطرابات شديدة أو تأثيرات هائلة على الأوضاع السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية حتى ولو كانت المعايير القانونية البحتة يمكن أن تساند قضاءها لذلك تلجأ إلى مبادئ قانونية تبرر بها تخفيف هذه الآثار.

ولعل أهم هذه الآثار التي حاولت المحكمة أن تخفف من غلوها هو الأثر الرجعي المترتب على أحكامها الصادرة بعدم دستورية نصوص تشريعية تم تشكيل مجلس الشعب والمجالس الشعبية المحلية استناداً

1. Pierre cambot.la portection constitutionnelle de la liberte individuelle en France et en Espagne.Economica. 1998. p. 109.

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ ق جلسة ٢-١-١٩٩٢ مكتب فني ٥ ج ٢ ص ١٢١ وفي ذات الخصوص حكمها في القضية رقم ١١٦ لسنة ٢١ ق جلسة ٢-٣-٢٠٠٠، وفي القضية رقم ٣٠٨ لسنة ٢٤ جلسة ١١-٦-٢٠٠٦ مكتب فني ١١ ص ٢٦٤٤.

عليها، ذلك أن مقتضى صدور هذه الأحكام ولازمها أن مجلس الشعب أو المجلس الشعبي المحلي المنتخب استناداً إلى النص المقتضى بعدم دستوريته يضحى باطلاً منذ تكوينه، كما يلحق البطلان ما صدر عنه من تشريعات وقرارات، وتناديا لحدوث فراغ تشريعي وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع طبقت المحكمة فكرة الأمن القانوني وأسبغت المحكمة برودة الصحة على ما صدر عن المجلس من قوانين وقرارات خلال الفترة السابقة على الحكم وحتى تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية استناداً إلى نظرية الأوضاع الظاهرة المستقر عليها العمل في القضاء الإداري، وأوردت بأحكامها أن هذه القوانين والإجراءات تظل قائمة على أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى نافذة ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يُقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم يصدر منها إن كان لذلك وجه آخر غير ما بُني عليه هذا الحكم.

رابعا. الاستناد إلى مقدمة الدستور والرسائل السابقة والمواثيق والمعاهدات الدولية والقانون المقارن قد يلجأ القاضي الدستوري في بعض الأحيان إلى مقدمة الدستور والرسائل السابقة والمواثيق والمعاهدات الدولية والقانون المقارن. وسنتناول فيما يلي بعض الأمثلة على لجوء القاضي الدستوري إلى كل مصدر من المصادر السابقة، وذلك على نحو ما يلي:

١ - مقدمة الدستور

اعتبرت المحكمة الدستورية العليا ديباجة دستور ١٩٧١ جزءاً لا يتجزأ منه، وأنها مدخل إلى محتواه ومعين على فهم بعض جوانبه، وذلك فيما ورد بها من معان واضحة تكون بذاتها كاشفة عن القاعدة القانونية الكامنة وراءها ١، يؤكد ذلك استناد المحكمة إلى مقدمة الدستور لتقرير عدم دستورية النص التشريعي الذي يحرم طائفة المؤمن عليهم من الحد الأدنى لمعاش الأجور المتغيرة. ٢

حيث قضت المحكمة بأن: (الحقوق التي يكفلها نظام التأمين الاجتماعي بصوره المختلفة لا يقتصر أثرها على ضمان ما يُعين أسرة المؤمن عليه على مواجهة التزاماتها الحيوية، ولكنها في الوقت ذاته مفترض أولى وشرط مبدئي لإسهام المؤمن عليه في الحياة العامة والاهتمام بوسائل النهوض بها ومراقبة كيفية تصريف شئونها، متحررا في ذلك من عثرات النهوض بمسئوليته هذه وهو ما يتحقق بوجه خاص إذا ما نزل المشرع باحتياجاته عن حدودها الدنيا التي لا يجوز التفریط فيها على ما قرره ديباجة دستور جمهورية مصر العربية التي تعتبر مدخلاً إليه، وتكون مع الأحكام التي ينظمها كلاً غير منقسم، ذلك أن هذه الديباجة التي تسميها بعض الرسائل العربية (بالتوطئة) دلالة على اتصالها بالدستور واندماجها في أحكامه تؤكد أن مكانة الوطن وهيبته وقوته هي انعكاس لقيمة الفرد وعمله وكرامته، وأن عزته وطبيعته الإنسانية هي

١. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح: مرجع سابق ص ٤٨.

٢. يرى د. فتحي فكري: أن ما جاء ببعض أحكام المحكمة الدستورية العليا من بيان لبعض عبارات مقدمة دستور ١٩٧١ لا يعني تضمن هذه المقدمة لقواعد قانونية يمكن أن تحظى بالقيمة الدستورية وأن الهدف المتوخى من الاستعانة بالديباجة تحققه النصوص الدستورية بصورة أوضح واطهر، بل يذهب كذلك إلى أن الإشارة للديباجة الدستورية في بعض الأحكام قد تبدو لو كانت تزيد على حيثيات الحكم وأسبابه، وأن إغفال الإشارة إلى الديباجة لم يكن له أدنى تأثير على الحكم بعدم دستورية التشريع المطعون عليه-القانون الدستوري- الكتاب الأول: مرجع سابق ص ٤٧ وما بعدها.

الشعاع الذي هداه ووجهه إلى التطور الهائل الذي قطعتة البشرية في اتجاهها نحو مثلها الأعلى).^{١٠}

٢. الدساتير المصرية السابقة

استندت المحكمة إلى الدساتير المصرية السابقة للتأكيد على بعض المبادئ الدستورية، من قبيل ذلك التأكيد على صيانة الدستور للملكية الخاصة من خلال استعراض النصوص التي أوردتها في الدساتير السابقة، وكذلك تلجأ المحكمة إلى تناول التطور التاريخي لأحد المبادئ الدستورية للتوسع في تفسيره بما من شأنه منح ضمانات أكبر للأفراد، وللتدليل على أن الدستور الجديد قد أتى بحكم مفاير، بحسبان التغيير في الصياغة يقتضي بحسب الأصل التغيير في الحكم، من قبيل ذلك تناولها لمبدأ حرمة المساكن. حيث قضت المحكمة بأن: (الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٢٣ على مبدأ صون الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفي الحدود وبالقيود التي أوردتها، وذلك باعتبارها في الأصل ثمرة النشاط الفردي وحافزه على الانطلاق والتقدم، فضلاً عن أنها مصدر من مصادر الثروة القومية التي يجب تميمتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي. ومن أجل ذلك، حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون) (المادة ٩ من كل من دستور سنة ١٩٢٣ ودستور سنة ١٩٣٠، والمادة ١١ من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة ٥ من دستور سنة ١٩٥٨، والمادة ١٦ من دستور سنة ١٩٦٤ والمادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١)، كما نص الدستور القائم صراحة على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض (المادة ٢٥) وحظر المصادرة العامة للأموال حظراً مطلقاً ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي (المادة ٣٦).^{٢٠}

ومن قبيل ذلك - من أحكامها الحديثة- تناولها للتطور التاريخي لمبدأ الحرية النقابية من خلال استعراض ما تضمنته الدساتير السابقة وبيان الاختلاف بينها وبين دستور ١٩٧١ حيث تطور الحكم من مجرد الحق في تكوين النقابات إلى تقرير مبدأ الديمقراطية النقابية.^{٢٠}

٣. المواثيق والمعاهدات الدولية والقانون المقارن

يبين من استقراء قضاء المحكمة الدستورية العليا أنها اتخذت معياراً وضابطاً لرقابتها الدستورية على القواعد التشريعية التي تتعلق بالحقوق والحريات ويتمثل هذا الضابط في المستوى الذي تلتزم به الدول الديمقراطية في قواعدها القانونية وفي احترام حقوق المواطنين.

وتقيم المحكمة رقابتها على دستورية القوانين على عقيدة كامنة ركيزتها حماية حقوق المواطن وحرياته وحرماته التي يتعين أن تكون في أعلى مراتب الاهتمام خاصة بعد أن أصبحت هذه الحقوق تحدد معانيها

١. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ ق جلسة ٢٠-٦-١٩٩٤ مكتب فني ص ٦ ص ٢٠٢.

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨ لسنة ٥ ق جلسة ١-٢-١٩٨٦ ج ٢ ص ٢١٥.

٣. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٩٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ٢-١-٢٠١١ - منشور على الموقع الرسمي للمحكمة

على شبكة الإنترنت رابط الكتروني www.hccourt.gov.eg.

ومراميتها في إطار مفهوم عام وواسع ومتطور لحقوق الإنسان، و تصطبغ في تطورها بصبغة دولية تتخطى الحدود الإقليمية على اختلافها، وتتبلور اتجاهاتها في ضوء العديد من المواثيق الدولية ومن خلال جهات القضاء الدولي المعنية بهذه الحقوق.^١

وفي إطار آخر تقوم المحكمة في بعض أحكامها بالاستعانة بنصوص دساتير أجنبية للتدليل على صحة ما تنتهي إليه من تفسير واسع لأحد المبادئ الواردة بالدستور.

مثال ذلك ما قضت به من أن: وتؤكد هذه المعاني بعض الدساتير الأجنبية كال دستور الأمريكي، فقد حظرت الفقرة ٧ من الفصل ٩ من مادته الأولى إخراج أموال من الخزانة العامة إلا بعد تخصيصها وفقاً للقانون وهي عين القاعدة التي كفلتها الفقرة الثالثة من المادة ١١٤ من دستور الهند، والفقرة الثانية من المادة ٨١ من الدستور الإيطالي التي تنص على أنه لا يجوز - بعد إقرار قانون الميزانية - فرض ضرائب جديدة أو تقرير أوجه جديدة للإنفاق وتدل عليها كذلك أحكام المواد ١١٥، ١١٦، ١٢٠ من دستور جمهورية مصر العربية.^٢

٤. مدى التزام المحكمة الدستورية العليا بالقواعد القانونية الدولية الأمرة

يصعب إيجاد معيار فاصل للتمييز بين القواعد القانونية الدولية الأمرة وغيرها من القواعد، ولكن يمكن معرفة القاعدة القانونية الدولية الأمرة من خلال إدراك أهم السمات التي تتميز بها وهي أنها قاعدة مستمدة من أحد مصادر القانون الدولي العام وتتميز بالأهمية في الحياة الدولية بأن تعبر عن مصلحة حيوية وأساسية، فضلاً عن تميزها بالعموم بمعنى أن تكون مقبولة ومعترفاً بها من جانب الأغلبية الكبرى من الدول، مثال ذلك القواعد التي تحمي أساس النظام الدولي كتحريم إبادة الجنس أو السماح باستخدام القوة في حالات الدفاع الشرعي، والقواعد التي تحمي الحقوق الأساسية للفرد مثل معاملة الأسرى وقت الحرب و القواعد التي تتعلق بالتعاون السلمي مثل حرية البحار.^٣

ويثور التساؤل عن مدى إمكانية الطعن بعدم دستورية نص قانوني تأسيساً على مخالفته لإحدى قواعد القانون الدولي الأمرة في ذاتها حتى دون الإشارة إلى مخالفته نصاً دستورياً بذاته، سيما وقد خفضت المحكمة من غلواء نص المادة ٢٠ من قانون المحكمة الذي أوجب تضمن القرار الصادر بالإحالة من محكمة الموضوع أو عريضة الدعوى المرفوعة إلى المحكمة الدستورية العليا النص القانوني المطعون بعدم دستوريته و بيان النص الدستوري المدعى بمخالفته حين قضت بأن قانونها:

(وإن تطلب أن تتضمن صحيفة الدعوى الدستورية بياناً بأوجه مخالفة النصوص المطعون عليها لأحكام الدستور تحديداً لمواقع بطلانها، إلا أن ذلك لا يفيد بالضرورة أن يكون عرضها لمناحي مخالفتها للدستور مباشراً، وإنما يكفي أن يكون تعيينها غير مباشر، من خلال نظرة كلية تحيط بعناصر النزاع في مجموعها،

١. في هذا المعنى المستشار ممدوح مصطفى حسن - المرجع السابق ص ٤.

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ ق جلسة ٨ - ٤ - ١٩٩٥ مكتب فني ص ٦٠٩.

٣. د. صلاح الدين عامر: القواعد القانونية الدولية الأمرة في قضاء المحكمة الدستورية العليا - مجلة الدستورية العدد الثالث - السنة الأولى - يوليو ٢٠٠٢ ص ٩.

مع ربطها بالخصوصية الدستورية من جهة مقاصدها، وما دار من جدل حول موضوعها) ١. فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه وإن كان من المقطوع به عدم تصور قبول المحكمة لطعن يستند فحسب على مخالفة القواعد القانونية الدولية الأمرة إلا أنه يمكن لكل طاعن يريد الاستناد إلى هذه القواعد إقامة الطعن مستعيناً في ذلك بالتفسير الواسع لأحد نصوص الدستور التي تتسم بالسعة والعمومية ورد المخالفة إليه ٢.

وخلص ذات الرأي كذلك إلى أنه يتعين النظر إلى القواعد القانونية الدولية الأمرة باعتبارها مكملة لنصوص الدستور، إن لم تكن تسمو عليه، وأن قضاء المحكمة الدستورية العليا يكشف عن قيامها بوزن دستورية بعض النصوص المطعون عليها بميزان القواعد القانونية الدولية الأمرة إلى جانب ميزان الدستور وأنها تبنت نظرية وحدة القانون (الداخلي والدولي) مع علو القانون الدولي وأنها تضع القواعد القانونية الدولية الأمرة في أسنى المراتب وتفسر نصوص الدستور ذاته في ضوء هذه القواعد خاصة ما يتعلق منها بحقوق الإنسان ٣. حيث قضت المحكمة بأن:

(للدول - على صعيد علاقاتها الدولية- حقوقاً أساسية تتمثل في ضمان استقلالها؛ ومباشرتها لولايتها فوق إقليمها؛ ودفاعها الشرعي ضد العدوان عليها؛ وتكافئها قانوناً مع غيرها من الدول، بيد أن حقوقها هذه تقابلها وتوازئها واجباتها التي تمنعها من التدخل في الشؤون الداخلية لغيرها من الدول؛ وتحول بينها وبين إثارة القلاقل ضدها؛ وتقيدها كذلك بصون حقوق الإنسان وتنفيذ التزاماتها الدولية بحسن نية، وبمراعاة أن تكون الوسائل السلمية وحدها طريقاً لفض نزاعاتها.

وتدل النظرة المتممة لحقوق الدول وواجباتها الأساسية على قبولها فيما بينها بعلو قواعد القانون الدولي وسيادتها، وأن صلاتها الودية وفقاً لميثاق الأمم المتحدة تقتضيها أن تتعاون مع بعضها لضمان تقدمها، ولبناء أسس سليمة لحسن الجوار تنهياً بها فرص تعاضدها وتداخل مصالحها...) ٤.

وحقيقة الأمر أن ما ذهب إليه المحكمة لا يعني إسباغ القيمة الدستورية على الحقوق الواردة في الاتفاقيات الدولية وإعلانات حقوق الإنسان والاتفاقيات المتعلقة بها في ذاتها- سواء ما ينطبق عليها وصف القواعد القانونية الأمرة من عدمه - ولكن ما خلصت إليه المحكمة إنما يتعلق بسلطتها في تفسير القواعد القانونية، فهي لا تمنح جميع الحقوق الواردة في الاتفاقيات الدولية قوة دستورية بحكم ورودها في هذه الاتفاقيات، وإنما تستخلص ما يمثل الحد الأدنى في الدول الديمقراطية لكي تمنحه في مقام التفسير لا في مقام التطبيق هذه القوة الدستورية، وهو ما يعني أن المنهج الذي اختارته المحكمة لنفسها هو منهج التفسير الكاشف لمضمون القاعدة القانونية، دون أن يتعدى ذلك إلى إضفاء القيمة الدستورية على نصوص اتفاقيات حقوق الإنسان. ٥

١. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق جلسة ١٥ - ١١ - ١٩٩٧ ج ٨ ص ٩٦٧.
٢. صلاح الدين عامر: المرجع السابق ص ١٢، وأيده في ذات الرأي المستشار محمد أمين المهدي - القضاء الدستوري وقاضي المشروعية رؤية من منصة القضاء الإداري- مرجع سابق ص ٧٢.
٣. صلاح الدين عامر: المرجع السابق ص ١٢، ١٣.
٤. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ ق جلسة ٢ - ٨ - ١٩٩٨ مكتب فني ج ٨ ص ٧٧٠.
٥. د. فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات- مرجع سابق هامش ص ٦٣، و٧٠، و ٨١.

ويؤكد الفهم المتقدم ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية في أحد أحكامها من أن القواعد التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بخصوص حقوق المعوقين، وإن لم تكن لها قوة إلزامية تكفل التقيد بها، إلا أن النزول عليها لازال التزاماً أدبياً وسياسياً، وهي فوق هذا، تعبر عن اتجاه عام فيما بين الدول التي ارتضتها، يتمثل في توافرها على تطبيقها، باعتبارها طريقاً قوياً لدعم جهودها في مجال الاستثمار الأعمق لطاقتها البشرية.^١

كما تستعين المحكمة بالمعاهدات الدولية للتدليل على صحة ما تنتهي إليه من تفسير لأحد النصوص الدستورية على نحو يكفل ضمانات أكبر لحقوق الأفراد وحررياتهم، ومن هذا القبيل ما خلصت إليه المحكمة من أن:

(البين من دستور منظمة العمل الدولية، أن مبدأ الحرية النقابية يعتبر لازماً لتحسين أوضاع العمال و ضمان الاستقرار والسلام الاجتماعي... وفي هذا الإطار اعتمد المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في دورته الحادية والثلاثين، الاتفاقية رقم ٧٨ في شأن الحرية النقابية، النافذة أحكامها اعتباراً من ٤ يوليو سنة ١٩٥٠... وحيث إن المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية، أقر كذلك في دورته الثانية والثلاثين، الاتفاقية رقم ٨٩ في شأن التنظيم النقابي، النافذة أحكامها اعتباراً من ٨ يوليو سنة ١٩٥١، والتي كفل بمادتها الأولى لكل عامل الحماية الكافية من أية أعمال يقصد بها التمييز بين العمال في مجال استخدامهم، إخلالاً بحريتهم النقابية، ويكون ضمان هذه الحماية لازماً بوجه خاص إزاء الأعمال التي يقصد بها تعليق استخدام العامل على شرط عدم الانضمام إلى منظمة نقابية، أو حمله على التخلي عن عضويته فيها، أو معاملته إجحافاً لانضمامه إليها أو لإسهامه في نشاطها بعد انتهاء عمله... وحيث إن دستور جمهورية مصر العربية كفل... جوهر الأحكام التي انتظمتها هاتان الاتفاقيتان الدوليتان، والتي تعتبر مصر طرفاً فيهما بتصديقها عليهما، ذلك أن المادة ٦٥ من الدستور تنص على ما يأتي (إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون، وتكون لها الشخصية الاعتبارية، وينظم القانون مساهمتها في تنفيذ الخطط والبرامج الاجتماعية، وفي رفع مستوي الكفاية، ودعم السلوك الاشتراكي بين أعضائها، وحماية أموالها، وهي ملزمة بمساءلة أعضائها عن سلوكهم في ممارسة نشاطهم... وبالمدافع عن الحقوق والحرريات المقررة قانوناً لأعضائها)^٢

وما قضت به كذلك من أن: (وحيث إن الحق في التنمية - وعلى ما تنص عليه المادة الأولى من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية - وثيق الصلة بالحق في الحياة، وكذلك بالحق في بناء قاعدة اقتصادية تتوافر أسبابها، وعلى الأخص من خلال اعتماد الدول - كل منها في نطاقها الإقليمي - على مواردها الطبيعية ليكون الانتفاع بها حقاً مقصوراً على أصحابها) • وقد أكد الإعلان الصادر في ١٩٨٦/١٢/٤ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن التنمية ١/١٢٨/٤ أهميتها بوصفها من الحقوق الإنسانية التي لا يجوز النزول عنها، وأن كل فرد ينبغي أن يكون مشاركاً إيجابياً فيها، باعتباره محوراً، وإليه يرتد عائدها، وأن مسؤولية الدول في شأنها مسئولية أولية تقتضيها أن تتعاون مع بعضها البعض من أجل ضمانها وإنهاء معوقاتها)^٣.

١. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ٨ لسنة ١٦ دستورية جلسة ٥-٨-١٩٩٥ - جزء ٨ ص ١٥٣.
٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ٦ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٥-٤-١٩٩٥ - جزء ٦ ص ٦٣٧.
٣. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ٣٤ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ٢-٢-١٩٩٦ - جزء ٧ ص ٥٢٠.

المطلب الخامس التفسير الديناميكي لنصوص الدستور

تمهيد:

هذا المنهج من مناهج التفسير يتعلق بنص دستوري يتم النظر إليه وتفسيره بغرض تطويره في ذاته، وبهدف تقريبه إلى واقع المجتمع الجديد وليواكب ما قد يطرأ عليه من تغيير، وفي ذلك يختلف عن المنهج السابق المتعلق بتفسير النصوص تفسيراً واسعاً لا لتطويرها في ذاتها ولكن لكي تشمل حالات أخرى خلا الدستور من تنظيمها بصورة صريحة، ونرى لاستجلاء هذا المنهج من مناهج التفسير تقسيم الدراسة في هذا المطلب على النحو التالي.

الفرع الأول مضمون التفسير الديناميكي للنصوص

يرى أنصار هذا الاتجاه من اتجاهات التفسير أن الدستور وثيقة حية، الأمر الذي يتطلب أن تكون هذه الوثيقة تتسم بالصفة التقدمية على نحو من شأنه إشباع الحاجات المتطورة للمجتمع، ومن ثم فإنه إذا ما ظهرت خلال تطبيق مواد الدستور ظروف جديدة تضيف وجهاً أو معنى جديداً في ضوء التطور العام، فإنه يمكن تفسير الدستور وفقاً لهذه المتغيرات.^١

وإن المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية في المجتمع من أهم العوامل التي تحكم التفسير الذي تأخذ به الجهة القائمة على التفسير، والتي عليها تتبنى التفسير المعاصر للنصوص الدستورية الذي يساير هذه المتغيرات، ذلك أن الحياة الاجتماعية تتغير وتتطور باستمرار تحت تأثير عدة عوامل منها الشعور الأخلاقي والتكوين السياسي والاقتصادي والوعي القانوني بصفة عامة. ولذلك يجب أن تؤخذ هذه العوامل في الاعتبار عند تفسير النصوص، لأنها فوق دلالتها على الاتجاهات والبيول تدل على تغير الأفكار، مما ينبغي معه على المفسر أن يحمل معنى النص المراد تفسيره على النحو الذي يكون أكثر استجابة للحاجات الجديدة والاتجاهات التي تغيرت في الجماعة والذي يتفق مع روح العصر ويكفل التقدم وفقاً للمراحل التي يمر بها المجتمع.^٢

١. د. أحمد فتحي سرور: نظرات حول التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا- مجلة الدستورية العدد الخاص مارس ٢٠٠٩ ص ٢- ويرى أن هذا المنهج من مناهج التفسير اتبعته بعض المحاكم الدستورية الأوروبية مثل المحكمة الدستورية الألمانية التي جرى قضاؤها على أنه إذا ظهرت خلال تطبيق مواد الدستور ظروف جديدة غير متوقعة، أو إذا جدت ظروف أضافت وجهاً جديداً أو معنى جديداً في ضوء التطور العام، فإنه يمكن تفسير الدستور وفقاً لهذه المتغيرات، كما جرى قضاء المحكمة الدستورية النمساوية على الأخذ بما يسمى بالتفسير المعاصر للدستور، فاعتنق الأفكار والقيم الجديدة للمجتمع المتعلقة بالضمانات الواردة في ثانيا الدستور تحت مسمى المبادئ العامة للدستور مثل مبدأ المساواة، وفي ذات السياق استشهد سيادته في مقالة بعنوان منهج الإصلاح الدستوري منشور بمجلة الدستورية العدد التاسع ص ١٤ بالحكم الذي أصدرته المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨٠ ق جلسة ٤-١-١٩٩٢ والتي انتهت فيه إلى أن الدستور وثيقة تقدمية لا تردت مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية، انطلاقاً إلى تغيير لا يصد عن التطور أفاقه الرحبة.

٢. رمزي الشاعر: ضوابط ووسائل تفسير النصوص- مرجع سابق- ص ٢٦.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه ما انتهوا إليه بأن مهمة جهة الرقابة على الدستورية تنحصر في فهم الدستور، وتطوير أحكامه عند الاقتضاء ليظل الدستور صامداً في مواجهة أنماط التغيير التي تطرأ على المجتمع، فلا يكون عصبياً على تليبيتها، وأن غموض بعض نصوص الدستور في بعض جوانبها لا يحول دون تطويرها، بل يجعلها أدنى إلى التفسير المرن من نصوصه القاطعة في ألفاظها ومقاصدها، وأنه على جهة الرقابة أن تتأى عن التقيد بقوالب صماء لمفاهيم النصوص الدستورية باعتبار أنها لا تصمد مع الزمن إلا بقدر استجابتها لآمال الجماهير وتعبيرها عنها، وأن كل تفسير لنصوص الدستور ينبغي أن ينطلق من تصور مبدئي مؤداه أن أكثر معانيها ضماناً لرقى الجماعة هي التي ينبغي التزامها ووقفاً عندها، وأنه على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية ألا تردد دوماً القيم السائدة في الجماعة وقت صدور الدستور، لأنه لو جاز تفسير الدستور بعد سنين من تطبيقه على ضوء القيم التي عاصرت صدوره لصار الدستور معبراً عن مفاهيم لم يعد للجماعة شأن بها، فإذا لم يعدل الدستور ليواكبها يكون على جهة الرقابة مهمة الاستجابة للأوضاع المتغيرة لا عن طريق إجهاد نصوص الدستور وافتعال معان لا يتصور ربطها بها وإنما من خلال النظر إلى مضامين هذه النصوص وقراءتها بصورة أكثر تقدماً على ضوء نظرة واقعية^١.

وما انتهى إليه أنصار التفسير الديناميكي للنصوص على النحو السالف بيانه ليس جديداً وإنما هو صدق واضح لأفكار فقهاء المدرسة التاريخية في التفسير وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي الكبير « سافيني » والتي ترى أن القانون ليس وليد إرادة واعية تدبر في صنعه، وأنه ليس من صنع المشرع، كما أنه ليس ثمرة التفكير والاستنباط، ولكنه نتاج الأمة ومنبعث منها، و وليد البيئة الاجتماعية المتطورة، وأنه ينشأ في ضمير الجماعة، و يتطور ذاتياً دون أن يقيد شيء.

و نتيجة لتصور القانون على هذا الشكل، فإن وظيفة المشرع في هذه المدرسة، لا تعدو سوى أن تكون تسجيلاً للقانون الذي تولد عن البيئة، فهو غير ذي دور فعال في وضع القانون، و إرادته ليس لها قيمة في ذاتها، بل قيمتها تنحصر في التعبير عن حاجات المجتمع المتطورة المتجددة، و التي تمثل مضمون تلك القواعد القانونية، وأن النصوص التشريعية بعد صدورها، تنفصل عن إرادة واضعيها، و تصبح كائناتاً حياً متطوراً، يتفاعل مع الحياة الاجتماعية التي نشأ فيها، مما يكسب النصوص مرونة تجعلها متلائمة مع ظروف الحياة المتطورة.

و حاصل ذلك جميعه هو أن وظيفة المفسر ليست البحث عن إرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة كما ذهب أنصار مدرسة الشرح على المتون، وإنما البحث عن الإرادة المحتملة، التي يمكن أن تصدر عن المشرع، لو أنه وضع النص في تلك الظروف القائمة عند تطبيق النص، وأن نصوص القانون لا تفسر حسب إرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وإنما تفسر وفقاً للظروف القائمة وقت التفسير^٢.

١. في هذا المعنى كل من المستشار ممدوح مصطفى حسن: المرجع السابق ص ٥٠. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٢، ٣، ٨٠، ٨١.

٢. د. محمد أديب صالح: المرجع السابق - الجزء الأول ص ١٠٧ وما بعدها.

الفرع الثاني موقف القضاء الدستوري من التفسير الديناميكي للنصوص

أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى هذا المنهج في بعض أحكامها حيث قضت بأن: (الأصل في النصوص الدستورية أنها تؤخذ باعتبارها متكاملة، وأن المعاني التي تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة فيما بينها بما يرد عنها التنافر أو التعارض. هذا بالإضافة إلى أن هذه النصوص إنما تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد مستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ، أو باعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي، وإنما يتعين دوماً أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية لا تردت مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية، انطلاقاً إلى تغيير لا يصد عن التطور آفاقه الرحبة) ١٠.

وقد أكدت المحكمة لاحقاً على اعترافها لهذا المنهج من مناهج التفسير حيث قضت بأن: (الدستور بالحقوق التي يقررها، والقيود التي يفرضها وأياً كان مداها أو نطاقها لا يعمل في فراغ، ولا ينظم مجرد قواعد أمره لا تعديل فيها إلا من خلال تعديلها وفقاً للأوضاع التي ينص عليها، إذ هو وثيقة تقدمية نابضة بالحياة، تعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها متخذة من الخضوع للقانون إطاراً لها ...) ٢٠. إلا أننا نرى أنه ليس هناك ثمة حكم من أحكام الدستورية العليا أظهر وأصرح وأقطع في طرح وبيان هذا الأسلوب من أساليب التفسير من حكمها في القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق الصادر بجلسة ١-٢-١٩٩٧ والتي انتهت فيها المحكمة إلى الحكم برفض الدعوى، ومطالعة أسباب هذا الحكم توضح الجراءة التي أظهرتها المحكمة في التأسيس على هذا المنهج من مناهج التفسير لتبرير مسلك المشرع المتمثل في فرض و تقنين نظام اقتصادي جديد، ولسنا بحاجة إلى إيراد أسباب الحكم بأكملها وإنما نجتزئ منها بالقدر الذي يعين على الوقوف على موقف المحكمة من هذا الأسلوب من أساليب التفسير.

حيث قضت المحكمة بأنه: (و حيث إن المدعي طلب... الحكم بعدم دستورية قانون شركات قطاع الأعمال العام - في جملة الأحكام التي تضمنها - باعتبار أن الأغراض التي استهدفها منافية لنص المادة ٣٠ من الدستور التي تمنح القطاع العام دوراً تقديمياً يتحمل به المسؤولية الرئيسية في خطة التنمية، ويقود خطاها في مختلف مجالاتها بيد أن القانون المطعون فيه أجاز بنص المادة ٢٠ تداول أسهم وحدات هذا القطاع، وهو ما يعني نقل ملكيتها إلى القطاع الخاص، وزوال السيطرة الشعبية عليها، ووجود نوع من الاقتصاد المختلط

١. تراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ٢٢ لسنة ٨ ق جلسة ٤-١-١٩٩٢ جزء ٥ ص ٨٥.

٢. تراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ٢٢ لسنة ١٥ ق جلسة ٥-٢-١٩٩٤ جزء ٦ ص ١٤٠.

٣. منشور بالجزء رقم ٨ من أحكام المحكمة ص ٣٤٤.

تتمتع به الحدود الفاصلة بين صور الملكية التي حددها الدستور، وفي الصدارة منها الملكية العامة التي كفل حرمتها، وجعل حمايتها ودعمها، واجباً وطنياً على ما تنص عليه مادته الثالثة والثلاثون. وحيث إن هذا النعي مردود:

أولاً: بأن النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية انحرافاً بها عن مقاصد حددها الدستور، وتنكها بالتالي لأغراض عيّنهما، تفترض أن تكون هذه المقاصد والأغراض من مكوناتها، فلا ينفصل بنيانها عنها، بل تشملها المطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبط بالأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية.

ثانياً: بأن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بألية عمياء إلا حرثاً في البحر بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً.

ثالثاً: بأن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لأفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلاً لها، بل حائلاً دون ضمانها.

رابعاً: بأن التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يتطلبها الدستور، هدفها تغيير أشكال من الحياة من خلال منظومة تتكامل روافدها، يكون التعليم فيها أكثر عمقاً وامتداداً، والبيئة التي نعيشها خالية من ملوثاتها بصورة أشمل، والفرص التي يتكافأ المواطنون في الحصول عليها أبعد نطاقاً، وتوكيد حرياتهم كافلة حيويتها واكتمالها ومساواتهم في مباشرتها، وحياتهم الثقافية أكثر ثراءً ووعياً، ونظم معاشهم أفضل بمزاياها وعلو مستوياتها ومن ثم تتحقق التنمية - وميادينها متعددة - من خلال الاستثمار في رأس المال - مادياً كان أو بشرياً - لتقارنها زيادة في الدخل توجهها قدرة الجماعة في زمن معين على أن تتخطى عثراتها، وأن تكرر مواردها لإحداثها، وأن تكون مدخلاتها تقدماً علمياً معززاً باستثماراتها التي يرتبط معدل النمو بزيادتها واستدامتها وتساعد إنتاجيتها، ضماناً لإفادة المواطنين منها، ولو بدرجات متفاوتة.

خامساً: بأن الاستثمار بمختلف صورته - العام منها والخاص - ليس إلا أموالاً تتدفق وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص، فإنها تتكامل فيما بينها ويعتبر تجميعها لازماً لضمان قاعدة إنتاجية أوسع وأعمق لا يكون التضيق فيها إلا ترفاً، ونكولاً عن قيم يدعو إليها التطور ويتطلبها وما تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور من أشكال للملكية تتقدمها الملكية العامة، وتقوم إلى جانبها كل من الملكية التعاونية والملكية الخاصة، ليس إلا توزيعاً للدور فيما بينها لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعاً لرقابة الشعب ومقتضاها أن يكون الاستثمار العام قوداً للتقدم، معبداً الطريق إليه، فلا يقتصر على ميادين محدودة، بل يمتد إلى مواقع رئيسة تعمل الدولة من خلالها على تنفيذ مهامها السياسية والاجتماعية، ويندرج تحتها متطلباتها في مجال الدفاع والأمن والعدل والصحة والتعليم وحماية بيئتها ومواردها، وصون بنيتها الأساسية، والحد من نمو سكانها، وأداء خدماتها بوجه عام لغير القادرين، ولازمها أن تعزز قيادتها هذه بدعمها لأعباء يقصر الاستثمار الخاص عن تحملها.

سادساً: بأن تواصل التنمية وإثرائها لنواتجها - وعلى ما تنص عليه المادة ٣٠ من الدستور - إنما يمثل

أصلاً يبلوره الاستثمار العام ولئن مهد هذا الاستثمار الطريق إلى الاستثمار الخاص، وكان جاذباً لقواه، إلا أنه أسبق منه وجوداً، وأبعد أثراً، إذ يمتد لميادين متعددة لا يقبل عليها الاستثمار الخاص أو يتردد في ولوجها، وإن كان تدفق الاستثمار العام لمواجهة لازماً ضمناً لسير الحياة وتطويراً لحركتها بما مؤدها أن لكل من الاستثمارين العام والخاص دوره في التنمية، وإن كان أولهما قوة رئيسة للتقدم تتعدد مداخلها، وليس لازماً أن يتخذ هذا الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها، ولا عليها أن تقيها كلما كان تعثرها بادياً، أو كانت الأموال الموظفة فيها لا تغل عائداً مجزياً، أو كان ممكناً إعادة تشغيلها لاستخدامها على نحو أفضل ولا مخالفة في ذلك للدستور، بل هو تكريس لتلك القيم التي يدعو إليها، وفي مقدمتها أن الاستثمار الأفضل والأجدر بالحماية، يرتبط دوماً بالدائرة التي يعمل فيها، وعلى تقدير أن الاستثمارين العام والخاص شريكان متكاملان، فلا يتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهام يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها وإن جاز القول بأن الاستثمار العام يثير قدرة المواطنين ويقظتهم وتميزهم، وعلى الأخص من خلال نقل التكنولوجيا وتطويرها وتعميمها.

ومردود سابعاً: بأن ما تنص عليه المادة ٢٠ من قانون شركات قطاع الأعمال العام من جواز تداول أسهم الشركات التابعة لشركات قابضة -ولو آل هذا التداول إلى بيعها للقطاع الخاص- لا يمثل ردة عن الدور الرائد للاستثمار العام بل هو صون لموارد لا يجوز تبديدها أو بعثرتها، ضمناً لتواصل التنمية وترابط حلقاتها، في إطار من التعاون بين شركائها...).

الفرع الثالث

تقييم التفسير الديناميكي للنصوص

التقييم الموضوعي هو الذي يوضح المزايا كما يحدد العيوب أو المساوئ، فلا يقتصر على إبراز المثالب أو الانتقادات فقط. وبناءً على ذلك، سنقوم أولاً ببيان مزايا التفسير الديناميكي، وذلك قبل أن نعرض للانتقادات الموجهة لهذا النوع من التفسير.

أولاً: مزايا التفسير الديناميكي للنصوص

أنصار هذا المنهج في التفسير يرون أن تفسير جهة الرقابة على الدستورية لنصوص الدستور تفسيراً ديناميكياً من شأنه تحقيق المزايا التالية:

١. إذا كان التشريع عرضة للإلغاء أو التعديل كلما تطلب الأمر العدول عن حكم قانوني اعتنقه المشرع في ظروف معينة، فإن الوضع خلاف ذلك بالنسبة للدستور، لكونه في غالب نصوصه يحتوي على مبادئ وقيم غير صالحة للتطبيق مباشرة تحكم التشريع مدة طويلة من الزمان، لذلك يتعين عدم تحديد معانيه بطريقة ضيقة، ومن ثم يوفر التفسير الديناميكي لهذه المعاني الانطلاق إلى آفاق رحبة تمتلئ بالرغبة في التطور والأمل في التقدم. ١
٢. يمنح نصوص الدستور معاني جديدة غير التي كانت عليها صورتها ابتداءً وهو ما من شأنه كفالة تطويعها للحقائق المتغيرة و توفيقها مع الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والعلمية القائمة، فيكون

١. في هذا المعنى د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق.

تقريب جهة الرقابة لنصوص الدستور من هذه الأوضاع تعبيراً عن وجهها الصحيح وهو ما من شأنه أن يظل الدستور صامداً في مواجهة أنماط التغيير التي تطرأ على المجتمع فلا يكون عصياً على تلبيةها سيما وأن جهة الرقابة قد تواجه أوضاعاً قومية طارئة وعليها حينئذ أن تقرر الحلول الملائمة لها.^{١٠}

٢. التأكيد على أن سلطة المحكمة في تفسير نصوص الدستور أعمق وأوسع من سلطة القاضي غير الدستوري في سائر فروع القانون الأخرى حيث يجعل هذا المنهج في التفسير من جهة الرقابة على الشرعية الدستورية وكأنها سلطة تأسيسية دائمة تعطي الدستور باستمرار معاني جديدة وتمنحه صورة مغايرة عن الصورة الأصلية التي صدر عليها.^{٢٠}

ثانياً: الانتقادات التي وجهت إلى التفسير الديناميكي للنصوص

يعد مبدأ التفسير للنصوص الدستورية أخطر مبدأ من المبادئ التي وضعتها المحكمة في نطاق التفسير، وقد عمدت المحكمة في هذا الخصوص إلى تقرير ما تريد من المبادئ والآراء بل إنها لم تقنع بأن تصوغ المبدأ في صياغة بسيطة وإنما أبت إلا أن تصوغ القاعدة في أوسع وأعم صورة، ويعتري هذا الشكل من أشكال التفسير عدد من الانتقادات تلخص في التالي.

١. ولئن كان هذا الشكل من أشكال التفسير يمنح النصوص الدستورية قدراً كبيراً من السعة والمرونة بما يجعلها قادرة على مواجهة الظروف المتغيرة، و تقديم الحلول في كافة المراحل التي يمر بها المجتمع بما يتواءم مع التطور الزمني، إلا أن هذه السعة والمرونة من جهة أخرى ربما تكون باباً لتحكم جهة الرقابة وفرضاً لتوجهاتها باسم الدستور، وخلف راية التفسير، وتحت ستار سد حاجات المجتمع، لكون هذا المنهج يعمل على إخراج التفسير عن معناه الحقيقي - وهو بيان معنى النص القانوني- و يقلل من أهمية البحث في الصياغة اللفظية للنص الدستوري، ويحول سلطة المحكمة في تفسير النصوص القانونية إلى سلطة مطلقة وهو ما قد يؤدي بالمحكمة إلى ما حذر منه أحد كبار الفقهاء من أن (الشبهة الكبيرة التي تقوم حول ممارسة المحكمة لسلطتها في الرقابة ترجع إلى أنها قد لا تلتزم المنهج القانوني الموضوعي الواجب وقد تدفع إلى تفسيرات ملتوية تملئها عليها اتجاهاتها السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية).^{٢٠}

٢. إعمال هذا الشكل من أشكال التفسير من شأنه القضاء على ما يتميز به الدستور من ثبات واستقرار وتحديد، إذ يمثل في حقيقة الأمر وضع صياغة جديدة للنص الدستوري ربما لم تخطر على أذهان واضعيه، و تجعل منه أداة لتعديل بعض نصوص الدستور، أو إلغائها، بل قد يصل الأمر إلى خلق قواعد قانونية جديدة.

٣. أن الدور الذي تقوم به المحكمة والمتمثل في الرقابة على دستورية التشريعات يعني في أحد جوانبه إلزام المشرع حدود الدستور حال قيامه بوظيفته التشريعية، إلا أنه يعني في جانب آخر التزام المحكمة حال إعمال سلطتها في التفسير بعدد من الضوابط تجعل تفسيرها داخل نطاق الأسس العامة التي يقوم

١. المستشار عوض المر: المرجع السابق ص ٨٢.

2. P. Gerin-Lajoie "Du porvoir damendement constitutionnel du canda" 29 R. Du B. can. p. 1136.

٢. د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٢٥٧.

عليها الدستور، إذ لا يجوز تحت ستار التفسير أن تمسح جهة الرقابة معنى النصوص سيما إذا كانت واضحة ومحددة، أما إذا اصطدمت بانحراف المشرع عن المنهج الدستوري لإنشاء الواقع الجديد الذي يريده ويتحرك إليه حركة إيجابية فاعلة منشئة كان عليها أن تعلن أن الواقع الجديد يقتضي تعديل الدستور، وأن هذا الواقع لا يستباح معه مخالفة نصوص الدستور.

٤. أن التجديد في الفكر الدستوري يمكن أن يتأتى من النظر في إمكانية استجابة الأحكام الواردة بالدستور لتحديات الواقع المعيش، ومدى قدرة هذه النصوص على الاستجابة لها، ومقياس هذا التجديد هو القدرة على استخلاص قواعد قانونية من هذه النصوص تتواءم مع واقع مجتمعنا المعاصر وقضاياه الحيوية، ولا يعني ذلك وليس المقصود به مطلقاً أن تسبغ المحكمة بردة الدستور على أنماط سياسة أو اقتصادية أو اجتماعية جديدة لا تتوافق مع نصوصه، كما لا يجوز لها مجرد التخفيف من الأحكام الواردة بالدستور لإفساحاً للرخص أو تضييقاً للعزائم، بل قد تتطلب الاستجابة لتحديات العصر ومتطلباته مزيداً من الضبط والتضييق في تفسير بعض النصوص.

٥. التنوع في الآراء والاختلاف في الاجتهادات هو مما تقتضيه اختلافات الأزمنة والأمكنة وتغير وتنوع الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية، إلا أن ذلك لا يعني بحكم الضرورة استيعاب الدستور الحالي لمتطلبات بناء اقتصادي جديد يختلف كل الاختلاف عما كان مهيماً على المجتمع وقت وضع الدستور، ذلك لأن هذا التنوع لا بد وأن يجد حده في نطاق ثوابت الدستور من ناحية، كما يجد حده في إطار الصالح العام من ناحية أخرى، ولما كان أساس وجود الدستور هو تحقيق الصالح العام، وكانت السلطة التأسيسية قد اتجهت إرادتها عند صياغة كل نص من نصوصه إلى حماية مصلحة معينة، فإذا ارتأت جهة الرقابة أن صالح الجماعة متحقق في الحالة المعروضة عليها فإنه يتعين عليها في جميع الأحوال أن تثبت من أن ثوابت الدستور تتسع للحكم الجديد، أما إذا استخلصت المحكمة أن الحالة المعروضة عليها لا تصل إلى الفرض ولا تدنو من المنع أي تدور في منطقة الجواز، فإن الخلاف حول مدى الدستورية يجد حده القانوني في وجوب المحافظة على صالح الجماعة ونفعها بمعنى أنه جواز قد يرد عليه القيد أو الإباحة بحسب ما توجهه السياسة القضائية للمحكمة في كل حالة على حدة، ذلك أن وجهات النظر المتباينة لا تكون على نفس المستوى من الحجية في كل حالة، وأما إذا تبين لها اصطدام الواقع الجديد مع ثوابت الدستور والفلسفة التي يقوم عليها فإنه يكون لزاماً عليها أن تقضي بعدم توافق هذا الوضع مع نصوص الدستور.

٦. عدم جواز التعويل على ما ذهب إليه أنصار الاتجاه القائل بالتفسير الديناميكي للنصوص من مبررات أخصها أن جهة الرقابة قد تكون مواجهة بأوضاع قومية طارئة لا نزاع في حذوها وعليها حينئذ أن تقرر الحلول الملائمة لها سيما أن الدستور وديباجته قد يقصر عن تقديم حلول لبعض المسائل الدستورية، ذلك لأن المستقر عليه أن الاعتبارات العملية ليس من شأنها تغيير حكم القانون وتعديل الاستدلال على النص بتفسيره تفسيراً يخصصه بغير مخصص يصرفه إلى غير معناه، وأن هذه الاعتبارات العملية قد يقتضي الأمر معها النظر في تعديل النصوص بيد أنه لا يستباح معها مخالفتها. ١

١. في هذا المعنى الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتوى رقم ٦٥٨ بتاريخ ٩-٦-١٩٩٥ جلسة ٢١-٦-١٩٩٥.

٧. الإيمان بأن الدستور يتعين أن يكون حركة منهجية واقعية تقوم على أن المبادئ والأسس هي التي تحمل طابع الثبات والفرضية بينما تتحرر الوسائل وتنوع الأشكال لأوضاع الحياة العملية، لا يعني على الإطلاق تحرر الوسيلة من المبدأ أو تحرر الشكل من القاعدة، والقاعدة المستقر عليها هي أنه (لا يجوز أن يستتبط من النص معنى يعود عليه بالإبطال) والمبدأ الذي لا خلاف فيه هو (عدم جواز إهدار النص الصحيح أخذاً بحكمته).
٨. إذا كان للمحكمة أن تجتهد وهو ما لا معارضة فيه، فإن اجتهادها يتعين أن تحيط به حدود يقف عندها احتمال دلالات الألفاظ حتى يصح ما وراءه مخالفاً لها ومعارضاً إياها، كما يتعين أن يكون اجتهادها هذا مقيداً ضمن دائرة النص بهدف الإمعان في تحديده وتجليته وسبر غور مدلولاته واستخراج علته وضبط مدلولاته والكشف عن عمومته ومخصصاته والترجيح بين احتمالاته، إذ لا محل لروح الدستور وروح النص بعد تعطيل مدلوله اللغوي المقصود.
٩. إذا كانت الحالة الاقتصادية التي كان المجتمع عليها والمتخلفة عن الأوضاع الاقتصادية العالمية أحاطت بالمحكمة وقت صدور الحكم المشار إليه آنفاً (الخصخصة)، فقد كان أمام المحكمة سبيلان: الأول أن تطبق حرفية النص، والثاني أن تطلق لمعاني النص العنان ولا تبالي أن تتخطى حدود المبادئ الدستورية، إلا أن هذه الحالة الاقتصادية دفعت المحكمة إلى قضائها السابق فسلكت السبيل الثاني وانتهت إلى تفسير جاء واسعاً للغاية، وفضلاً عن مخالفته لمقاصد المشرع الدستوري الحقيقية فقد لوى النص عن وجهته وصبغه بلون غير لونه، ولو أن جهة التشريع التزمت بوضع ضوابط لإتمام عملية الخصخصة لما تعقدت الأمور على النحو الذي هي عليه الآن، فما يعاب على الحكم ليس مخالفته لنصوص الدستور الصريحة فحسب وإنما النتائج الخطيرة المترتبة عليه وأخصها توفير الغطاء الدستوري وهيئة الأوضاع للانطلاق في إتمام عمليات الخصخصة بلا ضوابط.
١٠. إذا كانت الدعوة للخصخصة وهي عملية اتفاقية يتم بمقتضاها نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص قد اكتسبت طابعاً عالمياً إذ تتجه جميع دول العالم تقريباً إلى التخلص من المشروعات العامة وإزالة القيود على النشاط الخاص فإنه أياً كانت بواعث التوجه إلى الخصخصة ونتائجها وبصرف النظر عن صواب الفكرة أو المخاطر التي تلازمها أو الأخطار التي تنشأ عنها فإنها يجب أن تتم استناداً إلى تشريع يتفق مع القواعد الدستورية التي تقع في قمة التدرج الهرمي للقواعد القانونية داخل الدول.
١١. في كل الأحوال تعتمد جهة الرقابة على مجموعة من المبادئ القانونية للفصل في المنازعة المطروحة، إلا أنه يجب التمييز بين المبدأ الصحيح وهو الذي يتعين البحث عنه وتطبيقه، وبين المبدأ الأفضل. والمبدأ الصحيح هو الذي يتطابق مع قيم واضعي الدستور، بحيث يمكن القول بأن واضعي الدستور توقعوا أن تستخدمه المحكمة، وتبحث عنه المحكمة بالرجوع إلى نص الدستور والمفهوم الأصلي لواضعي الدستور والتجارب التاريخية، أما المبدأ الأفضل فهو الذي ترى المحكمة أن استخدامه سوف يعزز وجود مجتمع

عادل، بأسلوب هو الأكثر فعالية، وقد تجده المحكمة في الفلسفة الأخلاقية أو النظريات السياسية أو مفاهيم المصلحة العامة. ١

١٢. لا جدوى في هذا المقام لتبرير قضاء المحكمة القول بأن لها أن تتلمس حكمة النص ومعرفة مدى توافرها من عدمه، ذلك لأن البحث في الحكمة من وراء النص هو من وسائل التفسير التي تلجأ إليها المحكمة عند غموض النص أو إبهامه أما إذا كان النص صريحاً وجب تطبيقه، إذ المستقر عليه أنه لا مجال للاجتهاد في مورد النص الصريح، فما لا جدال فيه هو أن فكر المشرع الدستوري المصري كان صريحاً وواضحاً وقاطعاً في تبني وتغليب الفلسفة الاشتراكية على ما عداها حيث أعرب عن أخذه بالفلسفة الاشتراكية بنصوص صريحة لا غموض فيها ومطلقة لا يرد عليها قيد منذ أول مواد الوثيقة الدستورية التي جاءت بنص يقرر (: جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكي ديمقراطي يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة...) وهو ما يعني أن المحكمة لجأت إلى أسلوب التفسير في أمر لا غموض فيه.

١٣. إذا كان أنصار هذا الاتجاه يرون أن إعادة كتابة الدستور غير تطويره وأن إحداث دستور جديد منفصل كلية عن الدستور القائم ليس مما تتوخاه الرقابة القضائية على الدستورية التي تنحصر مهمتها في فهم الدستور وتطوير أحكامه عند الاقتضاء في نطاق دائرة يرتبط فيها هذا التطوير في نطاق دائرة يرتبط فيها هذا التطوير بالنصوص المعمول بها بحيث يظل الدستور صامداً في مواجهة أنماط التغيير التي تطرأ على المجتمع فلا يكون عصياً على تليبيتها ٢، وأنه إذا لم يعدل الدستور ليواكب التغيرات في المجتمع ظل واقعا على جهة الرقابة على الدستورية مهمة الاستجابة للأوضاع المتغيرة التي تعاشها لا عن طريق إجهاد النصوص وافتعال معانٍ لها لا يتصور ربطها بها وإنما من خلال مضامين هذه النصوص وقراءتها بصورة أكثر تقدماً على ضوء نظرة واقعية لا تحيلها إلى جمود يسلبها حقائق الحياة ٢. فإن ذلك مردود عليه بأن تطوير الدستور غير تعديله وإعادة كتابته، وأن ما ذهبت إليه المحكمة بالحكم المشار إليه يعد إعادة كتابة للدستور وإحداث دستور جديد منفصل كلية عن الدستور القائم وإجهاداً لنصوص دستورية قائمة وافتعال معانٍ لها لا يتصور ربطها بها، بل إن المحكمة كما ذهب أحد الفقهاء قد (أثرت تغليب الواقع على القانون وأنها - في هذا الحكم- قد انتقلت من مجرد تفسير الدستور إلى تجاوز نصوص الدستور). ٤

١٤. لا يجدي في هذا المقام التحدي بأن القضاء الدستوري قد يخل بأوضاع اجتماعية ثابتة، فذلك مردود بأن (الأوضاع المناقضة للدستور لا حصانة لها ولا يصححها قدمها فضلاً عن أن التسامح مع أوضاع خاطئة مؤدها تراكمها واتساع دائرة العدوان التي تحيط بها). ٥

١. للمزيد في هذا الخصوص يراجع كتاب أساس الأحكام: مرجع سابق ٨٤.

٢. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٢.

٣. المرجع السابق ص ٤.

٤. د. محمد محمد عبد اللطيف: المرجع السابق ٢٨.

٥. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٥.

١٥. إذا صح القول بأن هناك فروضاً لا يكون أمام جهة الرقابة على الدستورية إلا أن تعمل نظرها في مفاهيم تقدر علوها على الدستور وديباجته مستوحية منها ما تراه معياراً ملائماً للفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها كأن تنظر في المسائل الدستورية المطروحة عليها على ضوء مفاهيم الحقوق الطبيعية التي يمكن النزول عنها أو تجزئتها أو التصالح عليها أو بالرجوع إلى القانون المقارن أو إلى القيم التي أنبتتها الجماعة ومنحتها لنفسها أو إلى المقاييس المعاصرة التي اتخذتها الجماعة ضوابط لحركتها أو إلى مصادمة النصوص المطعون عليها للعقل الجمعي وخروجها بالتالي عما يعتبر لائقاً أو إلى قيم الحق والعدل التي لا يجوز تحريفها أو إلى القيم الفائرة في وجدان المواطنين إلى حد اعتبارها من التقاليد التي يصرون عليها لضمان أنماط أفضل في حياتهم أو إلى الحقائق التاريخية التي أدركوها وكان دورها مؤثراً في بنية الدستور أو إلى دلالة السوابق القضائية فيما بين دول تتقارب ثقافتها وتشارك في اللغة التي يتحدثون بها أو إلى ما يعتبر حقاً وإنصافاً لتحديد مفهوم الوسائل القانونية التي ينبغي اتباعها، على أن تلك المفاهيم جميعها تظل اجتهاداً قضائياً يتردد بين الانطلاق والتراجع بين يقظة الضمير وتهاويه بين قوة الجهة القضائية التي تباشر الرقابة القضائية على الدستورية وتفككها وتضائل دورها بين إرادة تطوير الدستور ومحاذير الخروج عليه ولو بطريق غير مباشر ويزيد من صعوبة الأمر أن نصوص الدستور الموجزة في جملها الغامضة في بعض معانيها القاصرة في تفصيلاتها لا تصلح لمواجهتها، سيما وأن هذا القصور لا يبلور مجرد أوضاع نظرية بل حقائق عملية يتعين مقابلتها بالحلول التي تلائمها. ١

فإن كل ذلك مردود بأنه إذا ما كانت نصوص الدستور الصريحة جاءت قاصرة عن تقديم حلول لبعض المسائل الدستورية التي تطرح على جهة الرقابة، ولم تفلح محاولات جهة الرقابة في إعمال أحد مناهج التفسير المتفق عليها كالتفسير اللغوي أو المنطقي أو التفسير الواسع بكافة صوره على النحو السالف بيانه فإنه لا يجوز ابتداء حلول تصادم إرادة المشرع الدستوري ذلك أن تطوير النصوص لا يعني تطويعها قهراً لتتناسب مع أوضاع تتناقض معه صراحة.

ونحن من جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه أحد كبار الفقهاء من أن القول بإمكان تطويع نصوص الدستور للمتغيرات اللاحقة على صدوره يعني زوال قيمة القواعد المنظمة لإجراءات التعديل المدرجة في صلب الوثيقة الدستورية إذ سبب وجودها هو اللجوء إليها حال اختلاف الظروف التي وضع الدستور فيها عن تلك التالية لتطبيقه، كما يتصادم مع إرادة السلطة التأسيسية فالمفروض أن نبحث عن إرادة المشرع لحظة إصدار القاعدة لا إرادته لو كان وضع النص لحظة الحاجة إلى تفسيره وإلا نسبنا إلى المشرع ما لم يدر بخلده. ٢

١. د. عوض المر: المرجع السابق ص ٧١.

٢. د. فتحي فكري: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير - مرجع سابق ص ٤٠.

خاتمة

أظهرت الدراسة أن المحكمة الدستورية العليا المصرية أثبتت بما لا يدع مجالاً للشك - في حدود ما قدر لها النظر فيه - قدرة كبيرة على حماية حقوق وحرريات الأفراد ، حيث عمل القاضي الدستوري على إخضاع الواقع القانوني المصري لمجموعة من المفاهيم القانونية السائدة في الأنظمة الديمقراطية لاستخلاص معانٍ أكفل لحقوق المواطنين، وأقرب لرفقي المجتمع، وكانت سلطته في التفسير هي عماده في التوسع في إخضاع التشريعات لرقابته مستندا في ذلك على أن عدداً قليلاً من المواد الدستورية هي التي يكون معناها واضحاً من اللغة التي كتبت بها وحسب، حيث برزت قدرة المحكمة في التفسير بالنسبة للمواد التي تكون لغتها أقل تحديداً ووضوحاً، وهذا الافتقار إلى التحديد والوضوح جعل باستطاعة القاضي أن يعطي للنص الدستوري المعنى الذي يريده مستلهماً إياه من مفاهيم عامة مثل مفهوم الدولة القانونية، والحرية الشخصية، والمساواة، حتى بدا القاضي الدستوري وكأنه سلطة تأسيسية دائمة.

كما خلصت الدراسة كذلك إلى ضرورة قيام القاضي الدستوري حال ممارسة اختصاصه في الرقابة على الدستورية بالتفرقة بين أمرين مختلفين هما التطوير والتغيير، ذلك أن إعادة كتابة الدستور غير تطويره، وأن رغبته في أن يظل الدستور صامداً في مواجهة أنماط التغيير التي تطرأ على المجتمع يتعين أن تتزامن مع تحسب تجاوزه حدود ولايته، أو استلاب سلطة تعديل نصوص الدستور، ذلك أن رقابة المحكمة على دستورية التشريعات لا تعني إلزام هذه التشريعات حدود الدستور فحسب، بل تعني أيضاً التزام المحكمة في تفسير هذه النصوص بضوابط تجعل تفسيرها داخل نطاق المبادئ الدستورية، إذ لا توجد في أي نظام قانوني سلطة مطلقة، وأي سلطة عامة مهما كان شأنها مقيدة في حدود الدستور، وفي حدود الوظائف التي نيظت بها وأوكلت إليها.

تطبيقات مبدأ سيادة القانون والإستثناء الوارد عليه في الدستور البحريني

الأستاذ الدكتور / علي إسماعيل مجاهد

رئيس قسم الدراسات العليا

الأكاديمية الملكية للشرطة

مملكة البحرين

تمهيد وتقسيم :

سيادة القانون تعني أن القاعدة القانونية تأتي فوق إرادات الأفراد جميعاً حاكمين أو محكومين ، وتلزمهم جميعاً بإتباع أحكامها . فإن لم يلتزموا بالقاعدة القانونية يعتبر تصرفهم تصرفاً غير قانوني ، وغير مشروع فالقانون هو الذي يحكم أعمال جميع سلطات الدولة ، ويحدد لها اختصاصاتها، والنطاق الذي تعمل فيه بحيث إذا تجاوزت إحداها ذلك النطاق المحدد لها فإن عملها لا يترتب عليه أي أثر قانوني ، ويعتبر عملها نوعاً من اغتصاب السلطة أو تجاوزها ، وهذا هو الذي يُعبر عنه بمبدأ " سيادة القانون " وهو ضمانه أكيدة لمبدأ مشروعية أعمال جميع سلطات الدولة.

وبناءً على ما سبق فإننا نستطيع القول بأن سيادة القانون تعني أن إرادات شاغلي وظائف الدولة - مهما علوا في مدارج السلطة - هي إرادات محكومة بالقانون ؛ ويتعين على سلطات الدولة جميعاً أن تلتزم بالقانون، وأن لا تخرج عن نطاقه لضمان حماية حقوق وحرريات المواطنين . إلا في بعض الحالات الإستثنائية الخاصة والمؤقتة (المشروعية الإستثنائية) والتي تجد أساسها في النصوص الدستورية والقانونية وبعض المعاهدات والاتفاقيات الدولية .

ومن هذا المنطلق قسمنا هذا البحث إلى المطلبين التاليين :

المطلب الأول : مفهوم مبدأ سيادة القانون وعلاقته بالشرعية الدستورية .

المطلب الثاني : مضمون مبدأ المشروعية وتطبيقاته والإستثناء الوارد عليه .

المطلب الأول

مفهوم مبدأ سيادة القانون وعلاقته بالشرعية الدستورية

دولة المؤسسات هي تلك الدولة التي تنشأ فيها السلطات وفقاً لقواعد قانونية سابقة تحدد كيفية إسناد

السلطة إلى فرد أو أفراد معينين ، ثم تحدد القواعد القانونية بعد ذلك اختصاصات كل فرد أو مجموعة من الأفراد ، أو جهة من الجهات ، أو هيئة من الهيئات تحديداً واضحاً بحيث يكون التصرف داخل هذه الاختصاصات قانونياً ومشروعاً ، ويكون التصرف خارج هذه الاختصاصات غير قانوني وغير مشروع ؛ وهكذا يتضح ويتحدد مبدأ المشروعية ، ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة دولة المؤسسات وفكرة الاختصاصات التي يحددها القانون .

فإنه من المفترض في الدولة القانونية التي تحمي الحريات العامة أن يعمل القانون على حماية الحريات العامة ، والحد من إمكانية تعسف السلطة العامة وإعتدائها على هذه الحريات ، وذلك عن طريق الفصل بين سلطات الدولة. فلا حرية بالمعنى الحقيقي إذا اجتمعت سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية، والقضائية معاً في يد واحدة لأنها سوف تكون يداً باطشه متحكمة . ومن ناحية أخرى فإنه لا يكفي لاحترام الحريات العامة وجود القانون واحترام نصوصه ، مالم يكن هذا القانون مطابقاً للدستور ، وهو ما يحتم بدوره وجود رقابة دستورية على القانون لضمان احترام الحريات العامة التي كفلها الدستور ؛ إذن سيادة القانون ضمان أساسي للحريات العامة في مواجهة السلطتين التنفيذية والقضائية والرقابة على دستورية القوانين ضمان جوهرى لاحترام الحريات العامة في مواجهة السلطة التشريعية .

وهكذا يتضح أن النظام القانوني يكفل احترام الحريات العامة من خلال مبدأ سيادة القانون ، وبواسطة الرقابة على دستورية القوانين التي تكفل احترام هذه السيادة ١. ولقد أوردت المحكمة الدستورية العليا بمصر حكماً حول هذا المعنى والذي جاء فيه ٢ «...الدولة القانونية هي التي تتقيد في جميع مظاهر نشاطها - وأياً كانت سلطاتها - بقواعد قانونية تعلق عليها ، وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة ؛ ذلك أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد ، ولكنها تُباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها...» .

ويرى الفقيه الدستوري العميد دوجي Duguít أن جوهر الشرعية هو خضوع كل تصرف لقاعدة القانون، وإذا كانت تصرفات الأفراد ، وخضوعها للقانون لا تثير جدلاً فإن تصرفات السلطات العامة ، ووجود ما يُلزمها على إتباع قاعدة القانون هو القضية الأساسية بالنسبة لمبدأ المشروعية ، وذلك هو سبب رفضه لنظرية أعمال السيادة ، واعتبارها سبباً في جبن القانون العام .

كما يذهب الأستاذان « بارتملي ودويز» ٣ في مؤلفهما عن القانون الدستوري إلى أن مبدأ المشروعية يعني : سيطرة القانون وإعلان علوه ، وسموه وإنهاء فكرة عدم خضوع السلطة للقانون ؛ ذلك أن خضوع السلطة للقانون وفرض احترام القاعدة القانونية على من أصدر تلك القاعدة هو جوهر فكرة المشروعية .

وياستقرئ النظام الدستوري في مملكة البحرين ؛ نجد أن ميثاق العمل الوطني ٤ ، والدستور قد أحاطا

١. د/أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق للطباعة ، القاهرة ، سنة ١٩٩٩، ص ٢١-٤٠ وما بعدها.

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، والصادر بتاريخ ٤ يناير ١٩٩٢ ، القضية رقم ٢٢ سنة ٨ قضائية دستورية .

3. Barthelemy et Deuz traite élémentaire de droit constitutionnel (1993). pp. 192 – 193.

٤. المستشار رجب سليم ، مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، الكتاب الأول ، المحكمة الدستورية ، مملكة البحرين ، سنة ٢٠٠٧ م ، ص ١٦، ١٧.

هذا المبدأ بضمانات تؤدي إلى حمايته وصيانته وتأكيد العمل به حيث نص الميثاق الوطني في الفصل الثاني منه على مبادئ دستورية مهمة تتمثل في :

(أولاً) الشعب مصدر السلطات جميعاً

وذلك تطبيقاً لنظرية سيادة الشعب ، والتي تجعل السلطة بيد الشعب الحقيقي ، وتأكيد حقه في مباشرة حقوقه السياسية من : انتخاب ، واقتراع ، وترشيح وسن القوانين من خلال مجلس النواب المنتخب .

(ثانياً) الفصل بين السلطات

حيث نص الميثاق على ضرورة تبني مبدأ الفصل المرن بين السلطات مع التعاون بينها ، ونص على اعتبار أمير الدولة «الملك» على رأس هذه السلطات .

(ثالثاً) مبدأ سيادة القانون

بمعنى سيادة حكم القانون في ظل الدولة القانونية ، أي أن تكون تصرفات الإدارة في حدود القانون ، وخضوع الدولة للقانون ، واستقلال القضاء وحصانه كضمانة أساسية لحماية الحقوق والحريات ، وضمان حق التقاضي للناس كافة .

(رابعاً) استقلال القضاء

وبالتالي يختص القضاء بالفصل في الخصومات وتطبيق القانون ، ولا يحق لأي جهة التدخل بأعمال السلطة القضائية .

(خامساً) حق الشعب في المشاركة بالشئون العامة

وهو تأكيد لمبدأ السيادة الشعبية ، والحق في المشاركة بالشئون العامة من خلال المجالس البرلمانية ، والبلدية، والنقابات .

ولقد تضمن دستور مملكة البحرين الصادر في عام ١٩٧٣م وتعديلاته أحكاماً تؤكد على ما أورده الميثاق من ضمانات وهي :

• « يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية ، والتنفيذية ، والقضائية مع تعاونها ؛ وفقاً لأحكام هذا الدستور ، ولا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها

١ «...»

• « شرف القضاء ، ونزاهة القضاة ، وعدلهم أساس الحكم ، وضمان للحقوق والحريات » ٢
• « لا سلطان لأية جهة على القاضي في قضاؤه ، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة ، ويكفل القانون

١ . الباب الرابع من دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣م وتعديلاته ، تحت عنوان السلطات ، أحكام عامة . المادة ٢٢/أ

٢ . المادة ١٠٤ فقرة (أ)

استقلال القضاء ، وبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم» ١٠ .

- « تُنشأ محكمة دستورية ، من رئيس ، وستة أعضاء يُعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون ، وتختص بمراقبة دستورية القوانين ، واللوائح وبين القانون القواعد التي تكفل عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل ...» ٢

ومن هنا فإننا نجد بأن مبدأ المشروعية ، ومبدأ سيادة القانون وجهان لعملة واحدة ، ومن هنا كان حرص دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٢ وتعديلاته على أن يؤكد هذا المعنى فقد نص على أنه «نظام الحكم في مملكة البحرين ديمقراطي السيادة فيه للشعب مصدر السلطات جميعاً ...» ٢؛ « يحمي الملك شرعية الحكم وسيادة الدستور والقانون ، ويرعى حقوق الأفراد والهيئات وحررياتهم » ٤؛ وأن « حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون » ٥ .

فالمجتمع الدولي المعاصر يسوده مبدأ سيادة القانون ٦ . ومقتضى هذا المبدأ التزام جميع أعضاء المجتمع وأجهزة الدولة بالقوانين التي تصدرها السلطة المختصة كأساس لمشروعية أعمال هذه الأجهزة ، ولاشك أن هذا المبدأ يضمن احترام حقوق الأفراد ، وحررياتهم في مواجهة السلطة العامة ، لأنها تصبح محكومة بالقانون وحده بعيداً عن أهواء السلطة أو تحكمها ، وبهذا يحقق مبدأ سيادة القانون الأمن للأفراد عن طريق التزامهم بالقوانين التي تسرى عليهم ، والتزام سلطات الدولة باحترامها وتطبيقها ، وقد اصطلح على تسمية هذا المبدأ في إنجلترا ٧ عبارة (Principle of The rule of Law) أي مبدأ « حكم القانون » كما يطلق عليه في الولايات المتحدة الأمريكية إسم (The Principle of limited government) أي مبدأ « الحكومة المقيدة »؛ وأحياناً يطلق عليه تعبير (حكومة قانون لا حكومة أشخاص) A Government of laws not of men ؛ كما يطلق عليه في مصر ، وفرنسا ، ومملكة البحرين (سيادة القانون) . Preeminence du droit

ويُلاحظ أن تطبيق هذا المبدأ بطريقة مجردة لا يتحقق إلا من خلال معرفة المواطنين بالقانون الواجب

١. المادة ١٠٤ فقرة (ب)
٢. المادة ١٠٦ من دستور مملكة البحرين . هذا وقد تضمن الدستور المصري لعام ١٩٧١ أحكاماً حول هذا المعنى حيث نصت المادة ٦٨ منه على الآتي : " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء بين المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا. ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء ، كما نص أيضاً على أن " تصدر الأحكام وتُنفذ بأسم الشعب ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون . وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة.
٣. (مادة ١ فقرة د)
٤. (مادة ٣٣ فقرة ب)
٥. (المادة رقم ٢٠ فقرة و) ولقد تضمن الدستور المصري لعام ١٩٧١ م نصوصاً مشابهة فالمادة ٦٤ منه تنص : " سيادة القانون أساس الحكم في الدولة " كما أن المادة (٦٥) منه هي كالآتي : " تخضع الدولة للقانون " .
٦. انظر طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٧٢ ، ص ٣ .

7. Cerf - Hollender. E. D. Harets Kruslin et Havig. 24 Avril. 1990. 185 note . Le nouveau code pénal et le principe de la légalité. Archives politique criminelle. 16. 1994. p. 10 - 24

التطبيق عليهم وعلى جميع أجهزة الدولة على قدم المساواة . ومن هنا فإنه لا بد من وجود صمام أمن يكفل تطبيق مبدأ سيادة القانون بشكل فعال ، وعلى نحو يضمن تحقيق أهدافه ، وهو مبدأ المشروعية .

المطلب الثاني مضمون مبدأ المشروعية وتطبيقاته والإستثناء الوارد عليه

أولاً : مضمون مبدأ المشروعية وتطبيقاته

جاء في المؤتمر الدولي لعلماء القانون المنعقد في نيودلهي سنة ١٩٥٩ م أن مبدأ الشرعية هو إصطلاح يرمز إلى : المثل ، والخبرة القانونية العملية التي يُجمَع عليها جميع رجال القانون في جزء كبير من العالم ، وأن هذا المبدأ يعتمد على عنصرين الأول : أنه مهما كان فحوى القانون فإن كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون ، وتعمل وفقاً للقانون ؛ والثاني : أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو : احترام حقوق الإنسان. وتوصل المؤتمر إلى تعريف مبدأ الشرعية بأنه هو « الذي يُعبر عن القواعد ، والنظم ، والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة ، لتمكنه من التمتع بكرامته الإنسانية . وهذه الأفكار - وإن كانت غير متفق عليها بصفة دائمة - إلا أنها تتشابه في كثير من النقاط لدى رجال القانون في مختلف بلاد العالم على اختلاف هيكلها السياسية وظروفها الاقتصادية» .^١

ويتبين مما تقدم أن مبدأ الشرعية يهدف - من خلال القانون - إلى حماية الفرد ضد تحكّم السلطة ، ولضمان التمتع بكرامته الإنسانية ، إلا أن مضمون هذا المبدأ يختلف من دولة إلى أخرى بقدر اختلاف نظمها السياسية والإقتصادية ؛ كما يختلف مدى احترامه بقدر سلامة التطبيق واحترام الدولة للقانون. والدولة القانونية هي التي يتوافر لكل مواطن في كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته ، ويتم تنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية وهي ضمانة يدعمها القضاء من خلال استقلاله وحصانته لتصبح القاعدة القانونية محوراً لكل سلطة ، ورادعاً ضد العدوان . ويختلف مضمون الشرعية باختلاف مصدرها ، فإذا كان المصدر هو الدستور كنا بصدد شرعية دستورية يقابلها إلتزام سلطات الدولة بمراعاتها ، وإذا كان المصدر هو القانون كنا بصدد شرعية قانونية يقابلها إلتزام المخاطبين بأحكامه باحترامها.

ويظهر لنا مما تقدم أن مبدأ الشرعية يسبق مبدأ سيادة القانون فالأول يحدد متطلبات الثاني ، وأياً كان مصدره فإن سيادة القانون تعني الإلتزام باحترامه والتطابق معه . فسيادة القانون تصرف إلى كل من القانون الأساسي وهو : الدستور وغيره من القواعد القانونية الأقل مرتبة مثل : التشريع العادي ، واللوائح أو القرارات الإدارية التنظيمية ، وأخيراً المصادر غير المكتوبة ، وتشمل نوعين وهما : العرف ، والمبادئ العامة للقانون ؛ وبعبارة أخرى فإن الشرعية هي المبدأ بينما سيادة القانون هي الإلتزام بهذا المبدأ . وستتولى إيضاح ذلك في البندين الآتيين:

1. Commission internationale de juristes . le principe de la légalité dans une société libre. op . cit . . p 341

(أ) أثر مبدأ المشروعية على أعمال الإدارة

يقتضي مبدأ المشروعية خضوع جهات الإدارة العامة للقانون . فإذا قامت أية جهة إدارية بتصرف مخالف للقانون يعتبر هذا التصرف باطلاً فاقداً لمشروعيته مستوجباً للإلغاء ، كما يمكن تعويض المضرور عن هذا التصرف . وقد يصل الأمر أحياناً إلى توقيع الجزاء الجنائي على ممثل الإدارة إذا كان التصرف المخالف يشكل جريمة جنائية منصوصاً عليها في قانون العقوبات .

ودعوى الإلغاء هي دعوى اختصاص قرار إداري إسم بمخالفته لمبدأ المشروعية ، وذلك لمجاوزته الحدود المرسومة له بعبوب قد تتصل بركن الإختصاص ، أو الشكل ، أو السبب ، أو مخالفة القانون ، أو إساءة استعمال السلطة ١ . وعليه فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف دعوى الإلغاء بأنها منازعة هدفها احترام مبدأ المشروعية ، وعدم اختراقه من قبل الإدارة عن طريق وسيلتها الفعالة لأداء عملها وتسيير أمورها ؛ وهي إصدار القرارات ٢ .

وقديماً كان ينحصر دور القاضي في دعوى الإلغاء على مراقبة مشروعية القرار الإداري النهائي ؛ غير أنه حدث تطور في دور القضاء في دعوى الإلغاء ولم يعد مقصوراً على مراقبة المشروعية ، وإنما تعداها لمراقبة الملاءمة في بعض المجالات المهمة مثل : مجال الحريات العامة ، والمجال التأديبي حيث تختلط فيهما الملاءمة بالمشروعية ، إذ لا يكون القرار مشروعاً إلا إذا كان ملائماً فتمتد الرقابة إلى الملاءمة بإعتبارها جزءاً من المشروعية .

وللأفراد الحق في طلب التعويض عن الأضرار التي أصابتهم نتيجة لصدور القرار الإداري المعيب بعبوب المشروعية . حيث إنه في ضوء حكم المحكمة بإلغاء القرار فإنه يمكن للمتضرر أن يطالب بالتعويض الذي لحق به من هذا القرار الملغي ؛ وحرصاً على الحقوق والحريات العامة فإن دعوى التعويض عن المساس بالحقوق والحريات الشخصية للأفراد لا تتقيد بميعاد الإلغاء بل يظل رفعها جائزاً ، ولا يسري عليها مواعيد التقادم ٣ .

ولكي يعترف القضاء بشرعية وقانونية القرارات الإدارية المتعلقة بالحريات العامة فإنه لا بد من توافر

١ . قرار الضبط الإداري يشوبه الإنحراف بالسلطة في حالتين : أولهما حالة استعمال سلطة الضبط الإداري لتحقيق أغراض بعيدة عن النظام العام مثل : استهداف تحقيق مصالح شخصية ، أو محاباة الغير ، أو استخدام تلك السلطة بقصد الانتقام ، أو لتحقيق غرض سياسي أو حزبي ، والحالة الثانية : استعمال سلطة الضبط لتحقيق غرض من أغراض المصلحة العامة غير الغرض الذي حدده المشرع خصيصاً لها عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف . للمزيد راجع ، د/ حلمي عبد الجواد الدقوق ، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري ، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، سنة ١٩٨٧م ، ص ١٧٨ ، وما بعدها .

٢ . تقوم فكرة التعويض على أساس الخطأ المرفقي ، أو الخطأ الشخصي ، ولن نتطرق إلى الخلافات الفقهية في هذا الأمر ؛ ولكن يجب إيضاح شروط ترتيب المسؤولية عن التعويض ، وهي : الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما بأن يكون هذا الضرر قد نتج مباشرة عن خطأ الإدارة . ويمكن تقديم دعوى الإلغاء والتعويض معاً في نفس الطلب ، وإذا ما ألغيت المحكمة القرار فإنه له المطالبة بالتعويض بناءً على ذلك . كما يمكن المطالبة بالإلغاء والتعويض في دعويتين مستقلتين .

٣ . د / طارق فتح الله خضر ، القضاء الإداري ودعوى الإلغاء ، النسر الذهبي للطباعة ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، سنة ١٩٩٩م ، ص ٢٢٠ .

- العديد من الضوابط ، ومنها :
- أن يكون القرار ضرورياً و لازماً ، وفعالاً لحماية النظام العام .
 - التناسب بين القرار ، ومدى جسامته الضرر الواقع على النظام العام .
 - أن يتصف القرار بالعمومية ، والمساواة في التطبيق .
 - توافر جميع الشروط القانونية لإصدار القرارات الإدارية ، والتي تمثل أركان القرار الإداري .

(ب) شرعية الجرائم والعقوبات كتطبيق لمبدأ سيادة القانون

بدأ تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وإقراره مع إندلاع الثورة الفرنسية في نهايات القرن الثامن عشر « قرن النور » حين تبناه رجالاتها ، وأضافوا عليه صياغة واضحة ومحددة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في ٢٦ اغسطس سنة ١٧٨٩م في المادة الثامنة منه ، وقد نص الدستور البحريني على هذا المبدأ على النحو الآتي :

« لا جريمة ، ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها » ؛ « المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق ، والمحاكمة وفقاً للقانون » ؛ « يجب أن يكون لكل متهم في جناية محام يدافع عنه بموافقته » و « حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون »^١

وللشرعية - ولا سيما في المجال الجنائي - أهمية خاصة ، نظراً لما ينطوى عليه هذا المجال من تقييد حريات الأفراد بحدود تتمثل في الجرائم التي يجب الإحجام عن مقارفتها خشية العقاب ، وفي العديد من إجراءات التحقيق والمحاكمة الجنائية . فالشرعية الجنائية تعني : « حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية تتوافق مع الحقوق والحريات العامة وتكفل الممارسة الطبيعية لها » فتحديد الأفعال التي تُعد جرائم ، وبيان أركانها ، وتحديد العقوبات المقررة لها من إختصاص المشرع وليس للقاضي شأن في ذلك ، وكل ماله هو تطبيق ما يضعه المشرع ، وما تقرر دخوله في إختصاص الأول يخرج بذلك عن إختصاص الثاني .^٢

فمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يعتبر ضماناً للحريات الشخصية للأفراد وذلك بعدم جواز تجريم أفعال لم ترد صراحةً بالقاعدة التجريبية ، أو توقيع عقوبة على الأفراد غير منصوص عليها في القانون.

١. المادة ٢٠ الفقرات (أ ، ب ، هـ ، و) منها ؛ وعلى الصعيد المصري فقد تم إقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في دستور عام ١٩٣٢م "٦م" ودستور عام ١٩٥٦م "٣٢م" ، ودستور ١٩٦٤م "٢٥م" ، وأخيراً المادة ٦٦ من الدستور الحالي لعام ١٩٧١م الباب الرابع الخاص بسيادة القانون بقوله أن "... لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون ، راجع في هذا المبدأ د/ أحمد لطفي السيد ، أصول القسم العام في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٥ ، ص ٦٨ . د/ عبد الأحد جمال الدين ، المبادئ الرئيسية للقانون الجنائي ، الجزء الأول النظرية العامة للجريمة ، الطبعة الخامسة ، سنة ١٩٧٧م ، ص ٧٠ ، وما بعدها .
٢. راجع في هذا الشأن د/ على راشد ، القانون الجنائي ، المدخل وأصول النظرية العامة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤م ، ص ١٤٢ و د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٨٢م ، ص ٧١ .

ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو الحلقة الأولى للشرعية الجنائية^١ الذي يتصل على نحو دقيق بتحديد من يؤول إليه سلطة خلق القاعدة الجنائية الموضوعية المقررة للأفعال المحظورة والجزاءات واجبة التطبيق عند إنتهاك النص الذي يقضي بالحظر .

وقاعدة أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته عند إتخاذ إجراءات ماسة بحريته الشخصية ، أو عند خضوعه للإتهام من قبل سلطات التحقيق . هو المرتكز الذي تقوم عليه دعائم الشرعية الجنائية في شقها الإجرائي، بل أن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات التي تسود عند تطبيق القواعد الجنائية الموضوعية ما هي إلا تعبير عن ضمان افتراض البراءة في الإنسان ، حتى ولو كان متهماً . وقد أكدت مجموعة المبادئ التي أرسنها المحكمة الدستورية البحرينية على عدم جواز التجريم والعقاب إلا بناءً على قانون حيث قررت أن « أكد الدستور على عدم جواز التجريم والعقاب إلا بناءً على قانون ، وحرص على تقرير مبدأ افتراض البراءة باعتباره يتفق مع الفطرة التي فطر - الله عز وجل - الناس عليها»^٢ ، « أصل البراءة يعتبر جزءاً لا يتجزأ من محاكمة تتم إنصافاً ، أساس ذلك : اعتباره متسانداً مع عناصر أخرى يندرج تحتها أن يكون لكل من المتهم وسلطة الاتهام الوسائل عينها التي يتكافأ بها مركزاهما سواءً في مجال دحض التهمة أو إثباتها »^٣ وكذلك نص دستور مملكة البحرين في مادته رقم ٢٠ فقرة أ على أن : «... ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها» كما نص قانون العقوبات المصري^٤ في مادته الخامسة على أن « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » .

ذلك أن مبدأ الشرعية يفيد ضرورة تطبيق القانون الذي أرتكبت الواقعة في ظلّه دون غيره من القوانين اللاحقة أو السابقة ، إذ إن قيود الحرية الفردية التي تفرضها القواعد التجريبية ، يجب أن تُستفاد من القانون السارى وقت ارتكاب الجريمة بكامل أركانها . والقول بغير ذلك فيه مساس بالحريات الشخصية للأفراد ، ويؤدي إلى ضياع القيمة العملية لمبدأ الشرعية. ويرتب مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات مجموعة من النتائج التي تقيد المشرع والقاضي على السواء ، بقيود تفرضها الحكمة من هذا المبدأ ألا وهي ضمان حماية الحريات الشخصية للأفراد وهي :

- ١ . حيث ان الشرعية الجنائية تتكون من ثلاثة حلقات : أولهم شرعية الجرائم والعقوبات ، والحلقة الثانية هي شرعية الإجراءات الجنائية أو الشرعية الإجرائية ، والحلقة الثالثة هي شرعية تنفيذ الجزاء الجنائي أو شرعية التنفيذ العقابي وهو وجوب حرص الجهة القائمة على أمر تنفيذ الجزاء الجنائي بأن يكون هذا الأخير قد اشتمل عليه حكم قضائي صادر من محكمة مختصة بذلك (٤٥٩م إجراءات) " لا توقع عقوبة الا بحكم قضائي .. " م٢/٦٦ من الدستور ، وأن يجري التنفيذ وفقاً للقواعد التي قررها المشرع وفي الأماكن المخصصة لذلك ، وقد أوصى المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات المنعقد في باريس في يوليو عام ١٩٢٧م بأن التزام الشرعية في مرحلة التنفيذ العقابي أصبح يفرض تدخل السلطة القضائية في مرحلة التنفيذ باعتبارها مرحلة من مراحل الدعوي الجنائية وكجزء من الخصومة الجنائية راجع د / عبد العظيم مرسي وزير ، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٨٧م .
- ٢ . مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، المبدأ رقم ٦/٩ ، القضيتان رقم (٤/٣/د) ، (٤/٤/د) ، لسنة ٢ قضائية ، جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ ، مملكة البحرين ، ص ٢١٩ .
- ٣ . مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، الكتاب الثاني ، المبدأ رقم ١١/١١ ، القضيه رقم (٧/٤/د) ، لسنة ٥٢ قضائية ، جلسة ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩ ، مملكة البحرين ، ص ١٧٤ .
- ٤ . د / نبيل مدحت سالم ، مبدأ الشرعية الجنائية ، مدلوله وعناصره ، مقال بمجلة الحمامة ، العدد ٧٠٨ ، السنة الرابعة والستون ، سنة ١٩٨٤م ، ص ٢٢ .

١ - النتائج التي تترتب على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بالنسبة للمشرع :

تتحصّر هذه النتائج بالنسبة للمشرع ١ في : قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم ، وقاعدة عدم إهدار النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات المتعلقة بالحقوق والحريات الشخصية ، وأخيراً قاعدة التزام التحديد في نصوص التجريم ؛ كالآتي :

(أ) عدم رجعية نصوص التجريم :

التجريم إنذار للأفراد بما هو محظور عليهم ، والإنذار لا يكون إلا للمستقبل . وخضوع الدولة للقانون يجعل من الممتع عليها في المجال الجنائي أن تمارس حقها في العقاب إلا على أساس نصوص القانون المحدد للجرائم والعقوبات والمعمول بها وقت ارتكاب فعل ما يوصف بأنه جريمة. ٢

(ب) عدم إهدار النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات للحقوق والحريات الشخصية :

يتقيد المشرع عند استخدامه سلطته في التجريم والعقاب بأهمية عدم إهدار النصوص المثبتة للجرائم والعقوبات المتعلقة بالحقوق والحريات الشخصية ووسيلته في ذلك هو التزام هذه النصوص بالغاية من التجريم والعقاب وعدم الانحراف عنها إلى أغراض أخرى .
وتأكيداً على ذلك جاءت مجموعة المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية البحرينية لتقرر أن « تبلور العقوبة مفهوم للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها ، مؤدي ذلك ضرورة أن تصاغ النصوص العقابية في حدود ضيقة تعريفاً بالأفعال التي جرّمها المشرع ، لضمان ألا يكون التجهيل بها موطئاً للإخلال بالحرية الشخصية ، أثر ذلك : اعتبار هذا الأصل مبدأً أساسياً لضمان الحرية الشخصية للمتهم بوصفه شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات ، أساس ذلك : اعتبار هذا المبدأ ركيزة أساسية للشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية تتوافق مع الركيزة الأولى للشرعية الدستورية في القوانين العقابية وهي شرعية الجرائم والعقوبات» ٢

(ج) التزام التحديد في نصوص التجريم :

يجب على المشرع أن يحدد نصوص التجريم بشكل واضح حتى يقطع على القاضي سبل التدخل في تحديد الجرائم وتعيين العقوبات . فلا يكفي أن يحصر المشرع الأفعال التي يعدها من قبيل الجرائم ، وإنما ينبغي - من جهة أخرى - أن يعرف كل جريمة فيبين العناصر ، والشروط المكونة لها على نحو يزيل الغموض وينفي الجهالة ، ويسهل معه عمل القاضي عند التطبيق . وأن يبين من جهة أخرى العقاب المقرر لها مراعيًا

١ . راجع في هذا الشأن د / علي راشد ، القانون الجنائي المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ص ١٤٦ ، ود / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٨٥ ، وما بعدها .

٢ . د / محمد سليم العوا ، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن ، مقال في المجلة العربية للدفاع الاجتماعي ، العدد السابع ، مارس ١٩٧٨م ، ص ١٣ .

٢ . مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، الكتاب الثاني ، المبدأ رقم ٧/٧ ، القضيتان رقم (د/٧) ، لسنة ٤ قضائية دستورية ، جلسة ٢٠ مارس ٢٠٠٩ ، مملكة البحرين ، ص ١٢٤ .

في هذا البيان تحديد نوعه ، أو ماهيته ، وتحديد مقداره أو كيفية تقديره . فغموض التشريع الجنائي ، أو نقصه في أي شق من شقي التجريم يهدر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . ومن ثم يتعين على القاضي الجنائي في مثل هذه الأحوال أن يقضى بالبراءة ١٠

وقد أكدت مجموعة المبادئ التي أرسنتها المحكمة الدستورية البحرينية علي ضرورة قيام المشرع بتحديد الأفعال المؤثمة بصورة قاطعة إذ قررت في أحد مبادئها أن « ضماناً للحرية الشخصية يجب أن تكون الأفعال التي تؤثمها القوانين العقابية محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها ، وأن تكون جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها» و «إن نطاق التجريم في نص المادة (١٥٧) من قانون العقوبات قد جاء مبهماً واسعاً فضفاضاً ، إذ لم يحدد مفهوم وطبيعة المساهمة في الاتفاق الجنائي محل النص ، ولا القواعد التي تضبط قيام هذا الإتفاق . ما يوقع المخاطبين به في دائرة الغموض بالنسبة لحقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها ، ويجعل ذلك النص منافياً مبدأ افتراض البراءة ، ومناقضاً مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات» ٢

أما عن ضمان احترام المشرع لهذا الالتزام بالبيان والتحديد فإنه مستمد من التزام القاضي الجنائي بقاعدة التفسير الضيق ، والتي مقتضاها أن لا يجتهد القاضي الجنائي في تأويل وتفسير النصوص العقابية الناقصة أو الغامضة بما يسيء إلى مركز المتهم.

٢- النتائج التي تترتب على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بالنسبة للقاضي :

إن عمل القاضي الجنائي هو تطبيق النصوص الجنائية على الوقائع المعروضة عليه للفصل فيها ، وإصدار حكم بشأنها إما بالإدانة ، وإما بالبراءة ويجب على القاضي عند قيامه بهذا العمل أن يراعى المبادئ الآتية:

(أ) تعيين النصوص الجنائية التي تستند إليها أحكام الإدانة :

أن النصوص المكتوبة هي المصدر الوحيد للتشريع العقابي ، فلا يسوغ للقاضي أن يصدر حكماً بالإدانة إستناداً إلى العرف ، أو إلى مقتضيات المصلحة العامة والدفاع عن المجتمع ؛ ولو كان ذلك جائزاً لكان معناه تمكين القاضي الجنائي من التشريع أي : إنشاء الجرائم خلافاً لمبدأ الشرعية . ولذلك يجب على القاضي الجنائي أن يعين النصوص الجنائية التي تستند إليها أحكامه بالإدانة وأن يتقيد بما ورد فيها من عقاب . « والأصل في العقوبة معقوليتها ، وأن تكون مبررة ، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر . أساس ذلك : أن العقوبة هي جزاء المسؤولية ، ومن ثم لا توقع إلا على من يعد قانوناً مسؤولاً عن مقارفتها ، في ضوء دوره في الجريمة» ٣

١. د / علي راشد ، القانون الجنائي المدخل وأصول النظرية العامة، مرجع سابق ، ص ١٤٧.
٢. مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، مرجع سابق ، المبدأ رقم ١٧/٦ ، القضيتان رقم (٤/٣) ، (٤/٤) ، لسنة ٢ قضائية ، جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ ، مملكة البحرين ، ص ٢١٩.
٣. مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، المبدأ رقم ١١/٢٠ ، رقم (٧/٤) ، لسنة ٥ قضائية دستورية ، جلسة ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩ ، مملكة البحرين ، ص ١٧٤.

(ب) عدم التوسع فى تفسير وتأويل النصوص الجنائية :

إن القاضى الجنائى الذى لا غنى له فى عمله عن تفسير النصوص الجنائية وتأويلها « حتى يتسنى له تطبيقها تطبيقاً سليماً » مطالب بعدم التوسع فى تفسيره . وتأويله للنصوص المتضمنة للتجريم ؛ والإلتزام بقواعد خاصة صارمة من شأنها تجنب انزلاقه إلى التجريم عن هذا الطريق . ويحظر على القاضى الجنائى أن يلجأ لطريق القياس عند انعدام النص . فإذا عُرِضت عليه واقعة لم يرد بتجريمها نص قانونى وجب عليه أن يقضى بالبراءة ، ولا يجوز له أن يطبق القانون عليها بطريق القياس .

(ج) عدم رجعية نصوص التجريم بالنسبة للقاضي :

تعنى قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم ، النص الواجب التطبيق على الجريمة هو النص المعمول به وقت ارتكابها ، وليس النص المعمول به وقت محاكمة مرتكبها ، ولهذه القاعدة نتيجتان مرتبطتان ببعضهما وهما : أنه لا يجوز أن يُطبق نص التجريم على فعل أُرْتكب كان مباحاً قبل العمل به ، أى أنه لا يجوز أن يوقع عقاب على مرتكب الفعل الذى وقع قبل العمل بالنص الذى يجرم فعله . كما أنه لا يجوز أن يُطبق نص تجريم على فعل أُرْتكب قبل العمل به ، وكان معاقباً عليه بعقوبة أخف مما يقضى به ذلك النص . فمرتكب هذا الفعل لا يجوز أن يوقع عليه عقاب يزيد عما كان يقضى به النص السابق الذى كان معمولاً به وقت ارتكاب الفعل ١٠ .

وقد أكد دستور مملكة البحرين على مبدأ عدم رجعية نصوص التجريم حيث نص على أنه « 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 سريان أحكامه بأثر رجعي ، وذلك بموافقة أغلبية أعضاء كل من مجلس الشورى ومجلس النواب ، أو المجلس الوطنى بحسب الأحوال » ٢٠ .

كما نصت المادة رقم (١٠٦) من المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية على ما يأتى : « ... ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر ، مالم تحدد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً ، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائى تُعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن ... »

كما ورد في مجموعة المبادئ والأحكام التي أرسرتها المحكمة الدستورية في مملكة البحرين ما يؤكد ذلك في مجال حماية الحرية الشخصية للمواطنين حيث نصت على أن ٢ « القوانين العقابية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً ، لذلك فقد وضع الدستور على تلك القوانين قيوده الصارمة وضوابطه الواضحة ، حتى لا يتخذها المشرع وسيلة للذهاب بجوهر الحرية ، ومن أهم هذه الضوابط ضرورة أن تكون درجة اليقين التي تنظم أحكام القوانين العقابية في أعلى مستوياتها ، وأظهر في هذه القوانين من أية

١. د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير

الاحتراسى ، مرجع سابق ، ص ١٩٩ .

٢. المادة رقم "١٢٤" من دستور مملكة البحرين.

٢. مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، الكتاب الأول ، مملكة البحرين ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ص ١٣٠ ، ١٣١ .

تشريعات أخرى ؛ ويتعين بالتالي - ضمناً لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التي تؤثمها محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها ، وأن تكون جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها ... ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين العقابية محددة بصورة يقينية ... مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة سواءً في جوانبها الموضوعية ، أو الإجرائية لضمان أن لا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية ولكي تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها ، فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة في ملاحقة المتهم ، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من النصوص العقابية شبكاً ، أو شراكاً يلقىها لیتصيد باتساعها ، أو بخفائها من يقعون تحتها ، أو يخطئون مواقعها ؛ ولا يعد الجزاء الجنائي مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ، ومتناسباً مع الفعل المؤثم ، فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة مجافياً للعدالة ... فالأصل في العقوبة هو معقوليتها ، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً ، أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها ، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أثمها المشرع فإنه يفقد مبررات وجوده ؛ ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً »

ثانياً : الإستثناء الوارد على مبدأ المشروعية :

حيث إن الحياة الطبيعية في الدولة لا تسير في مجراها الطبيعي وعلى وتيرة واحدة دائماً فالدولة كثيراً ما تواجه ظروفاً استثنائية تعترض سير الحياة العادية فيها كقيام الحرب بينها وبين دول أخرى ؛ أو حدوث اضطرابات سياسية قد تتطور في بعض الأحيان لتتخذ شكل التمرد على الحكومة الشرعية ؛ أو حدوث الكوارث بنوعها الطبيعية (كالفيضانات ، والزلازل ، وانتشار الأمراض) والصناعية الناجمة عن آثار التقدم العلمي ، إلى غير ذلك من الظروف الاستثنائية التي تعددت وتوعدت في وقتنا الحاضر . وبناءً على هذا فإن ضرورة الدفاع عن أمن الدولة ووقاية النظام العام تفرضان في بعض الأحيان نوعاً من التحديد والتقييد في شأن ممارسة الحريات العامة من قبل الأفراد ؛ بل قد يصل الحال إلى حد التوغل على تلك الحريات بالمخالفة لمبدأ المشروعية في ظل الظروف العادية . لكن مثل هذه الإجراءات هي إجراءات مؤقتة وتعتبر مشروعة في ظل هذه الظروف الاستثنائية وتتقضي بزوالها . وهذه القيود ذات الطبيعة الاستثنائية تجد أساسها في النصوص الدستورية ، أو في النصوص التشريعية ؛ وفي بعض الإتفاقيات والمعاهدات الدولية . ٢

١. د/نعيم عطية ، في النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، سنة ١٩٦٥ م ، ص ٢٠١
٢. الاستثناء الوحيد الذي فتحه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية ، والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٦٦م للتحلل من التزاماته طبقاً لأحكامه هو (حالة الطوارئ) فقد نصت المادة ١/٤ على أنه (في أوقات الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة والتي يعلن عن وجودها بصفة رسمية أن تتخذ من الإجراءات ما يلحها من التزاماتها طبقاً للاتفاقية إلى المدى الذي تقتضيه بدقة متطلبات الوضع ، على ألا تتقي هذه الإجراءات مع التزاماتها الأخرى بموجب القانون الدولي ودون أن تتضمن تمييزاً على أساس العنصر ، أو اللون ، أو اللغة ، أو الجنس ، أو الديانة ، أو الأصل الاجتماعي) على أن حالة الطوارئ لا تجيز بأي شكل من الأشكال التحلل من الالتزامات المنصوص عليها في المواد من ١٨:٦ من الاتفاقية ، والمتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان ، وهي حق الحياة ، وعدم إخضاعه للتعذيب ، أو المعاملة القاسية ، أو غير الإنسانية ، أو المهينة مع الحق في الحرية ، والسلامة الشخصية ، وعدم جواز القبض على أحد ، أو إيقافه بشكل تعسفي ، مع ضمان محاكمته محاكمة عادلة ، وضمان حق الدفاع ، ومعاملة الأشخاص المحرومين من حرياتهم معاملة إنسانية ، مع احترام الكرامة المتأصلة في الإنسان ، والمساواة أمام القضاء .

فبالنسبة للنصوص الدستورية نجد أن أغلب الدساتير العالمية نصت على إعطاء رئيس الجمهورية ، أو الملك اختصاصاً أصيلاً لمجابهة أية ظروف استثنائية ذات طبيعة خطيرة على أمن البلاد تصل لحد تقييد ، ومنع الحريات العامة ؛ ويمكن تعريف حالة الطوارئ بأنها « نظام قانوني مؤقت لمواجهة ظروف استثنائية تعجز السلطة التنفيذية عن مواجهتها بما لديها من سلطات في الأوقات العادية » حيث يتطلب الأمر أن تتسلح السلطة التنفيذية باختصاصات استثنائية واسعة لكي تساعد على مواجهة تلك الظروف الاستثنائية والحفاظ على أمن وكيان الدولة . ولكن الضرورة تقدر بقدرها فلا ينبغي اللجوء إليها إلا بحذروحيطة شديدين . ١

غير أن سلطات الإدارة - في هذا الصدد - ليست طليقة من كل قيد ، بل هي خاضعة لأحكام المشروعية الإستثنائية التي تعد أكثر سعة ومرونة من أحكام المشروعية العادية .

وقد حرص الفقه ، والقضاء على وضع مجموعة من الشروط ، والتي لا بد من تحققها حتى يمكن القول بأن الإدارة حيال ظرف استثنائي ؛ كي تتحلل من قيود المشروعية العادية ؛ ومن ثم تتمتع بسلطات واسعة تمكنها من مواجهة هذا الظرف الاستثنائي . وتتحصر هذه الشروط على النحو الآتي ٢:

١. نشوء خطر محقق ؛ مثل : قيام غزو ، أو عدوان ، أو هجوم خارجي أو حدوث كوارث ، أو قيام ثورة ، أو إنقلاب ، أو اضطرابات أو قلاقل داخلية تهدد الأمن ، وتزعزع الاستقرار ، أو ما شابه ذلك من الظروف التي لا يمكن حصرها مسبقاً ؛ مما يُخشي معه على حياة المواطنين ، وإستتباب الأمن والنظام . وبحيث يتعذر على الإدارة القيام بمهامها ، وواجباتها الرئيسية ؛ الأمر الذي يتطلب سرعة تدخلها لدفع هذا الخطر ، أو تلافي آثاره ، أو محاصرة نتائجه ، أو تطويق إنتشاره . وليس من الضروري أن يكون هذا الظرف الاستثنائي عاماً يشمل إقليم الدولة كله أووقتياً كذلك ، بل يكفي أن يكون تطبيق قواعد المشروعية العادية من شأنه أن يهدد الأمن والنظام العام بأخطار جدية .
٢. أن يتعذر على الإدارة من خلال وسائلها العادية مواجهة هذه الظروف غير العادية ؛ بحيث تضطر إلى الإلتجاء للوسائل الاستثنائية بإعتبار أنها الوسائل الوحيدة التي يمكن من خلالها التغلب على هذه الظروف . فإذا تكشف للقضاء الإداري أنه كان في إمكان الإدارة مواجهة هذه الظروف الاستثنائية من خلال التدابير التي تكفلها قواعد المشروعية العادية ؛ فلا يكون هناك مبرر لتجاوز هذه التدابير ، وُعدت أعمال الإدارة وتصرفاتها غير مشروعة تستوجب الإلغاء والتعويض إن كان له ما يبرره .
٣. يجب أن تقدر الضرورة بقدرها ؛ أي ضرورة أن تتناسب الإجراءات التي تتخذها الإدارة مع الظروف التي تواجهها بحيث تتعادل هذه الإجراءات في شدتها مع تلك الظروف في خطورتها .

١. نصت المادة ٣٦ فقرة (ب) من الدستور البحريني على أنه " لا تعلن حالة السلامة الوطنية ، أو الأحكام العرفية إلا بمرسوم ، ويجب في جميع الأحوال أن يكون إعلانها لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ، ولا يجوز مدها إلا بموافقة المجلس الوطني بأغلبية الأعضاء الحاضرين." راجع نص المادة رقم (١٦) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية الصادر عام ١٩٥٨م ، والمادة رقم (١٤٨) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م ، والمادة رقم (٣٦) فقرة (ب) من دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٢م وتعديلاته (٢٠٠٢) ، (٢٠١٢) .

٢. د/ محمد كامل عبيد ، مبدأ المشروعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٣م ، ص ٢١٨ ، وما بعدها ؛ وكذلك راجع د/ صلاح الدين فوزي ، النظم السياسية وتطبيقاتها المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٠م ، ص ٤٢ ، وما بعدها .

٤. أن لا يكون للإدارة هدف في مواجهة الطرف الاستثنائي سوى تحقيق المصلحة العامة دون سواها.

٥. يجب ألا تتجاوز الإجراءات ، أو التدابير الاستثنائية التي تتخذها الإدارة مدة قيام الطرف الاستثنائي. ومن التطبيقات التشريعية للظروف الاستثنائية هي القوانين الصادرة لتنظيم سلطات الإدارة أثناء تلك الظروف ، أو ما يسمى بقانون الطوارئ في مصر وقانون حالة الطوارئ ، وقانون حالة الإستعجال في فرنسا ، أو قانون الأحكام العرفية في مملكة البحرين ١ . ولقد صدر المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٨١ في مملكة البحرين متضمناً القواعد التي تحكم إعلان وسريان الأحكام العرفية في البلاد ليؤكد على ما جاء في نص المادة (٢٦) فقرة (ب) من الدستور ، وعلى ما نصت عليه المذكرة التفسيرية للدستور البحريني فيما يتعلق بمبررات صياغة هذه المادة حيث نصت على أن « لما كانت القاعدة الشرعية أن الضرورات تبيح المحظورات وكانت سلامة الدولة فوق القانون ؛ ونظراً لما يمكن أن تتعرض له المملكة من ظروف طارئة تهدد سلامة البلاد سواءً كانت الظروف خارجية كالحرب ؛ أم داخلية كإضطراب الأمن العام ، أو حدوث فيضان أو وباء ، أو ما شابه ذلك كان من الضروري منح سلطات الدولة الوسائل الاستثنائية التي تكفل حماية الدولة وسلامتها في تلك الظروف ».

وقد حددت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٨١ أسباب إعلان الأحكام العرفية في البلاد حيث نصت على أنه « يجوز إعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن ، أو النظام العام في الدولة ، أو في منطقة منها للخطر أو بسبب وقوع حرب ، أوعدوان مسلح عليها ، أو قيام حالة تهدد بوقوعها ، أو بسبب وقوع اضطرابات في الداخل ، أو في خارج الدولة ؛ ويكون من المحتمل أن تمتد إلى داخل الدولة ، أو أن تؤثر في أوضاعها الأمنية ، أو الاقتصادية ، أو بسبب وقوع كوارث عامة ، أو انتشار وباء. كما يجوز إعلان الأحكام العرفية لتأمين سلامة قوات قوة دفاع البحرين وضمان تمويلها ، وحماية طرق مواصلاتها ، وغير ذلك مما يتعلق بتحركاتها وأعمالها العسكرية خارج دولة البحرين».

كما حددت المادة الثانية من المرسوم بقانون المذكور شروط إعلان الأحكام العرفية في مملكة البحرين حيث نصت على أن « يكون إعلان الأحكام العرفية بقانون ، ويجوز في حالة الضرورة القصوى أن يكون إعلانها بمرسوم مسبب ويجب في الحالتين مراعاة أحكام الفقرة ب من المادة ٢٦ من الدستور ٢ ، ويجب أن يتضمن القانون أو المرسوم ما يأتي :

١. الحالة التي دعت إلى إعلان الأحكام العرفية.
٢. تحديد المنطقة التي تشملها الأحكام العرفية.
٣. التاريخ الذي يبدأ فيه سريان الأحكام العرفية.

١. نظمت حالة الطوارئ في فرنسا بالقانون الصادر في ٩ أغسطس سنة ١٧٤٩ المعدل بالقانون الصادر في ٢ إبريل سنة ١٩٧٨ ، و ٢٧ إبريل سنة ١٩١٦ ، والمادة رقم ٣٦ من دستور الجمهورية الخامسة الصادر سنة ١٩٥٨ م ، وفي مصر نظم القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٢ م حالة الطوارئ .

٢. نص دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٣ م وتعديلاته في المادة ٣٦ فقرة ب على أن : " يكون إعلان حالة السلامة الوطنية ، أو الأحكام العرفية لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ، ولا يجوز مدها إلا بموافقة أغلبية أعضاء المجلس الوطني ."

٤. اسم من سيتولى السلطات الإستثنائية التي تضمنها هذا القانون ، ويجوز أن يكون عسكرياً أو مدنياً. ويكون رفع الأحكام العرفية بقانون.»

كما أكدت المذكرة التفسيرية للدستور بأنه لا يوجد ما يمنع من أخذ رأي مجلس النواب ، أو مجلس الشوري، أو المجلسين معاً في أمر إعلان حالة السلامة الوطنية ، أو الأحكام العرفية مقدماً إذا سمحت الظروف بذلك.

كما أوضحت المادة الثالثة من المرسوم بقانون الآثار المترتبة على إعلان الأحكام العرفية حيث نصت على أنه «يجوز للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية اتخاذ كل أو بعض التدابير الآتية بأوامر تصدر منها كتابية ، أو شفوية تعزز كتابياً خلال ثمانية أيام من تاريخ إصدارها :

١. وضع قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع ، والانتقال ، والإقامة والمرور في أماكن ، أو أوقات معينة، ومنع أي اجتماع عام وفضه بالقوة ، ووقف نشاط أي نادٍ أو جمعية ، أو جماعة ، أو وضع قيود عليه.
٢. القبض على المشتبه فيهم ، أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم.
٣. الترخيص بتفتيش الأشخاص ، والأماكن ، والمسكن في أية ساعة من ساعات النهار أو الليل.
٤. الأمر بفرض الرقابة على الصحف ، والمطبوعات ، والنشرات ، والمحركات والرسوم ، وكافة وسائل التعبير والإعلان قبل نشرها ، وضبطها ، ومصادرتها وتعطيلها ، وإغلاق أماكن طبعتها.
٥. الأمر بفرض الرقابة على الرسائل ، والمراسلات البرقية والهاتفية.
٦. تحديد مواعيد فتح ، وإغلاق المحال العامة ، أو بعض أنواع منها وتعديل تلك المواعيد وإغلاق تلك المحال كلها ، أو بعضها.
٧. سحب تراخيص استيراد المفرعات ، والأسلحة والذخائر وتراخيص حملها ، أو إحرازها ، أو حيازتها ومنع استيرادها ، أو الأمر بتسليمها وضبطها أينما وجدت.
٨. إبعاد غير البحرينيين كلهم أو بعضهم من البلاد ، أو حجزهم في مكان أمين إذا خشي من وجودهم على الأمن والنظام العام.
٩. إخلاء بعض المناطق أو عزلها.
١٠. الإستيلاء المؤقت على وسائل النقل ، أو على أية منشأة ، أو مؤسسة ، أو شركة أو على أي محل ، أو عقار ، أو منقول بمراعاة حفظ حق مالكيها في تعويض عادل.
١١. تكليف أي شخص بالقيام بأي عمل من الأعمال التي تقتضيها الظروف مع حفظ حقه في أجر عادل.
١٢. سحب الجنسية البحرينية من كل أو بعض من تجنسوا بها ، وإبعادهم من البلاد أو حجزهم في مكان أمين إذا كان في وجودهم خطورة على الأمن والنظام العام.

ولمجلس الوزراء التضييق من دائرة الصلاحيات المتقدمة للسلطة القائمة على إعلان الأحكام العرفية ، كما يجوز أن يأذن لها باتخاذ أي تدبير آخر تقتضيه ظروف الأمن والنظام العام في كل أو بعض الجهات التي تنفذ فيها الأحكام العرفية.»

كما حددت المادة الرابعة من هذا المرسوم بقانون ١ الجهة القائمة على إجراء الأحكام العرفية حيث نصت على أن « يكون تنفيذ الأوامر الصادرة من السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية بواسطة قوات الأمن العام، أو قوات قوة دفاع البحرين... »، ونصت المادة الخامسة، والسادسة منه على جواز القبض على المخالفين للأوامر، وعلى مرتكبي الجرائم المحددة في تلك الأوامر، مع وجوب عرض المقبوض عليهم على قاض من قضاة محكمة أمن الدولة الصغرى خلال عشرة أيام من القبض عليه، على ألا يجوز أن تزيد العقوبات عن السجن المؤقت أو الحبس لمدة عشر سنوات، أو الغرامة التي لا تتجاوز خمسة آلاف دينار و حددت المادة السابعة إختصاصات، وتشكيل محاكم أمن الدولة « الصغرى، والكبرى »

والإشكالية التي تتضح هنا هي أن المرسوم بقانون السابق ذكره لم ينظم الحالتين الواردتين في نص المادة ٣٦ فقرة (ب) من الدستور وهما: « حالة السلامة الوطنية، والأحكام العرفية » حيث جاء خاصاً بتنظيم حالة الأحكام العرفية فقط؛ بالرغم من أن المذكرة التفسيرية لدستور مملكة البحرين فرقت بين الوسائل التي تلجأ إليها الدولة في كل من الحالتين حيث نصت المذكرة التفسيرية ٢ على أنه «...ولما كانت الظروف تتدرج من الضعف إلي القوة، وتختلف درجة خطورتها فإنه رغبة من عدم المساس بحقوق الأفراد، وحررياتهم إلا بالقدر اللازم لمواجهةها فرق الدستور في المادة ٣٦ بين الحالتين... بحيث تختلف الوسائل التي تلجأ إليها الدولة في كل من الحالتين عن الأخرى... ويكون إعلان حالة السلامة الوطنية للسيطرة على الأوضاع في البلاد عندما تتعرض لطارئ يهدد السلامة العامة في جميع أنحاء المملكة أو في منطقة منها...»

كما استطرقت المذكرة التفسيرية في إيضاح التفرقة بين إعلان الأحكام العرفية، وحالة السلامة الوطنية من حيث تدرج الظروف، وبالتالي أساليب المواجهة بأن قالت «... ولا تعلن الأحكام العرفية إلا في الحالات التي تهدد أمن وسلامة المملكة، ولا يكفي للسيطرة عليها استخدام ما ورد في القوانين العادية من إجراءات، أو تلك التي يفرضها إعلان حالة السلامة الوطنية؛ وإنما يتطلب بشأنها اتخاذ الإجراءات والتدابير الاستثنائية...، ويترتب على تلك التفرقة أن تكون الإجراءات اللازمة لإعادة السيطرة على الوضع القائم عند إعلان حالة السلامة الوطنية، أقل حدة ومساساً بحقوق الافراد وحررياتهم من تلك التي يتم اللجوء إليها في حالة إعلان الأحكام العرفية».

ونظراً لهذه التفرقة بين الحالتين فإننا نرى أهمية قيام المشرع البحريني بتحديد الإجراءات التي يجب إتباعها لتنظيم عملية إعلان حالة السلامة الوطنية بناءً على تفرقة الدستور، ومذكرته التفسيرية، بين الحالتين.

١. المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٨١ م، مملكة البحرين.

٢. دستور مملكة البحرين ومذكرته التفسيرية، دائرة الشؤون القانونية، الإصدار الأول، سنة ٢٠٠٢، مملكة البحرين، ص ٣٢، وما بعدها.

قائمة المراجع

- دستور مملكة البحرين لعام ١٩٧٢ وتعديلاته .
- المذكرة التفسيرية لدستور مملكة البحرين .
- ميثاق العمل الوطني لمملكة البحرين .
- مجموعة المبادئ والأحكام التي قررتها المحكمة الدستورية العليا في مصر والمحكمة الدستورية في البحرين.
- د/أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق للطباعة ، القاهرة ، سنة ١٩٩٩ .
- د/ أحمد لطفي السيد ، أصول القسم العام في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٥ .
- د/ حلمي عبد الجواد الدقوق ، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري ، رسالة دكتوراة مقدمة إلي كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، سنة ١٩٨٧ م .
- المستشار رجب سليم ، مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، الكتاب الأول ، المحكمة الدستورية ، مملكة البحرين ، سنة ٢٠٠٧ م .
- د/ سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٦ .
- د/ صلاح الدين فوزي ، النظم السياسية وتطبيقاتها المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٠ .
- د / طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٧٢ .
- د / طارق فتح الله خضر ، القضاء الإداري ودعوى الإلغاء ، النسر الذهبي للطباعة ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، سنة ١٩٩٩ م .
- د / عبد العظيم مرسي وزير ، دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٨٧ م .
- د/ عبد الأحد جمال الدين ، المبادئ الرئيسية للقانون الجنائي ، الجزء الاول النظرية العامة للجريمة ، الطبعة الخامسة ، سنة ١٩٧٧ م .
- د / على راشد ، القانون الجنائي ، المدخل وأصول النظرية العامة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٧٤ م .
- د/ محمد كامل عبيد ، مبدأ المشروعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٣ م .
- د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٨٢ م .

- د / محمد سليم العوا، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، مقال في المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد السابع، مارس ١٩٧٨ م .
- د / نبيل مدحت سالم، مبدأ الشرعية الجنائية، مدلوله وعناصره، مقال بمجلة المحاماة، العدد ٧٠٨، السنة الرابعة والستون، سنة ١٩٨٤ م .
- د/ نعيم عطية، في النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، سنة ١٩٦٥ م .
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، والصادر بتاريخ ٤ يناير ١٩٩٢ القضية رقم ٢٢ سنة ٨ قضائية دستورية .
- المحكمة الدستورية العليا في ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢، القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (الدستورية)، الجريدة الرسمية، العدد ٤ في ٢٣ يناير ١٩٩٢، القاهرة ص ٢٦١ .
- مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، المبدأ رقم ٦/٩، القضيتان رقم (د/٤/٣)، (د/٤/٤)، لسنة ٢ قضائية، جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦، مملكة البحرين، ص ٢١٩ .
- مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني، المبدأ رقم ١١/١١، القضية رقم (د/٧/٤)، لسنة ٥٢ قضائية، جلسة ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩، مملكة البحرين، ص ١٧٤ .
- مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني، المبدأ رقم ٧/٧ القضيتان رقم (د/٧/١)، لسنة ٤ قضائية دستورية، جلسة ٢٠ مارس ٢٠٠٩، مملكة البحرين، ص ١٢٤ .
- مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، المبدأ رقم ٦/١٧، القضيتان رقم (د/٤/٣)، (د/٤/٤)، لسنة ٢ قضائية، جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦، مملكة البحرين، ص ٢١٩ .
- مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني، المبدأ رقم ١١/٢٠، رقم (د/٧/٤)، لسنة ٥ قضائية دستورية، جلسة ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩، مملكة البحرين، ص ١٧٤ .
- مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الأول، مملكة البحرين سنة ٢٠٠٧ .
- Barthelemy et deuz traite élémentaire de droit constitutionnel (1993). .
- Cerf – Hollender. E . D . Harets Krus lin et Havir. 24 Avril . 1990 . 185 note . Le nouveau code pénal et le principe de la légalité. Archives politique criminelle. 16. 1994

الممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات الدولية «دراسة تحليلية تأصيلية وفقاً لقواعد القانون الدولي العام»

دكتورة / سلوى يوسف الإكيابي

أستاذ مساعد القانون الدولي - جامعة البحرين

مدرس القانون الدولي - جامعة الزقازيق

مقدمة

من أكثر الأقوال المقتبسة من فقه تفسير المعاهدات الدولية مقولة للورد ماكناير McNair: «ليس هناك جزء فى المعاهدة يثير ذعر واضعيها أكثر من ذلك الجزء المتعلق بالتفسير»¹ ، وقد أثبت الواقع صحة هذه المقولة فتفسير المعاهدات بوجه عام من أكثر الأمور التى تثير القلق للكثيرين وليس واضعيها فحسب، حيث لخص برتراند راسل Bertrand Russel هذه المخاوف فى ثلاث مشكلات رئيسية وهى: مشكلة المعنى العادى المتبادر للذهن من ألفاظ المعاهدة، والثانية: مشكلة العلاقة بين الأفكار التى تتبادر للذهن وبين الكلمات والجمل الأخرى فى المعاهدة، والثالثة: العلاقة بين عبارات المعاهدة وبعضها البعض، ولذلك فإن تفسير المعاهدات الدولية كما يذهب Merkouris -وبحق- فن وليس علماً محضاً ويتطلب موهبة ومهارة خاصة لدى من يقوم بالتفسير.²

وقد أعرب Sir/ Humphrey Waldock عن قلقه إزاء وضع نصوص خاصة بكيفية تفسير المعاهدات الدولية وأقر بأن الموضوع واسع وصعب ولا تستطيع اللجنة أن تتعمق فيه، وفى النهاية خلصت اللجنة إلى

1. "There is no part of the law of treaties which the text-writer approaches with more trepidation than the question of interpretation"
Sir/ Arnold McNair. The Law of treaties. Oxford: Clarendon press. 1961. at 364.
2. P. Merkouris. "Interpretation is a Science. is an Art. is a Science". In: Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties - 30 Years on. M. Fitzmaurice. O. Elias and P. Merkouris (eds.). Brill/Martinus Nijhoff. May 2010. p.13

كذلك يرى أ. د / أحمد أبو الوفا : أن تفسير المعاهدات الدولية « فن » وليس مجرد علم محض ، إذ يعتمد استعمال أي وسيلة من وسائل التفسير على مراعاة كافة الظروف الملازمة للحالة وتقدير مدى إمكانية تطبيقها على المعاهدة أو على نص خاص فيها.

أ. د / أحمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ ، ١٢٨ .

وضع وسائل للتفسير تؤكد الطبيعة الفنية للتفسير وتعتمد على المنطق بشكل كبير. ١ وتُوجَّ عمل Sir/ Waldock بخروج إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إلى النور متضمنة طائفة من الوسائل لتفسير المعاهدات تحت عنوان القواعد العامة فى التفسير، ومنها أن تفسر المعاهدة بحسن نية وفقاً للمعنى العادى الذى يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها، وأضافت بأن سياق المعاهدة يشمل «أى ممارسة لاحقة لأطرافها»، وسكتت الإتفاقية عند ذلك الحد فلم تبين ماهية الممارسة اللاحقة أو شكلها أو أى أحكام أخرى متعلقة بها، ولذلك عادت لجنة القانون الدولى لتضع موضوع الممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات الدولية على رأس أولوياتها عام ٢٠١٢، وعينت البروفيسير Georg Nolte مقررأً خاصاً لفريق العمل، ومن المتوقع أن تنتهى اللجنة من عملها عام ٢٠١٦. ٢

التعريف بالموضوع وأهميته:

تتناول الدراسة موضوع الممارسة اللاحقة للدول والمنظمات الدولية كوسيلة من وسائل تفسير المعاهدات التى أوردتها المادة ٣٢ من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فتحاول الدراسة وضع تصور عام عن ماهية تلك الممارسة وحدودها وقيمتها هذا من ناحية، وأثرها على تفسير أو تعديل المعاهدات من ناحية أخرى. ولموضوع الممارسة اللاحقة أهمية خاصة على الصعيد العربى، حيث لا توجد حتى الآن دراسة متعمقة فى هذا الموضوع باللغة العربية، كما أن الكتابات الأجنبية المتعمقة فى هذا الموضوع تكاد تكون نادرة قبل عام ٢٠٠٩، وتحديداً ظهرت بعض الكتابات القليلة فى هذا الموضوع بعد اهتمام لجنة القانون الدولى بموضوع «المعاهدات عبر الزمن» عام ٢٠٠٩، و«الممارسة اللاحقة» عام ٢٠١٢. إلا أن ندرة الكتابات الفقهية فى هذا الموضوع لم تؤثر على اجتهاد القضاء الدولى، بل إنها فتحت الفرصة أمامه لتقييم الممارسة اللاحقة وتحديد مدلولها، ومن خلال تتبع أحكام القضاء ذات الصلة تتجلى لنا الآثار الخطيرة التى ترتبها الممارسة اللاحقة على المعاهدات وشكل الالتزامات بين الدول والتى قد تصل إلى حد تعديل المعاهدة ذاتها.

كذلك فإن للممارسة اللاحقة أهمية كبيرة فى تحديد معنى ومدلول الإتفاقية وتوضيح النص الغامض فيها عندما يتساوى أكثر من مدلول فى توضيح معنى لفظ معين، ومن ثم فعلى الدول أن تكون على قدر من الحذر عند اتيانها أى ممارسة لاحقة، وعلى بينه من ما يعتبر ممارسة لاحقة ومما لا يعد كذلك.

نطاق البحث:

تركز الدراسة على موضوع الممارسة اللاحقة باعتبارها وسيلة لتفسير المعاهدات الدولية، وحيث إنه لا يوجد تحديد لمعنى تلك الممارسة فى إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات فتحاول الدراسة الرجوع لأحكام الفقه والقضاء للإجابة على عدة تساؤلات خاصة بمفهوم الممارسة اللاحقة وحدودها وأشكالها، ومرتبها من بين

1. P. Merkouris. "Interpretation is a Science. is an Art. is a Science". supra note 2. p.8
2. S. D. Murphy. The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties. in Georg Nolte (ed.). Treaties and subsequent practice. Oxford University Press. 2013. p.1

وسائل التفسير الأخرى وما يخرج عن وصف الممارسة اللاحقة. أما فيما يخص أثرها فى التفسير، فقد كانت فتوى Max Huber فى قضية Island of Palmas التى قررت بأن «الواقعة القضائية يجب أن تؤول فى ضوء القانون المعاصر لها»^١ سبباً فى دراسة «التفسير التطورى» Evolutive Interpretation أى تفسير المعاهدة فى ضوء الظروف القائمة وقت تطبيقها، وذلك بالإضافة لطريق التفسير المؤلف أو المعروف بـ «التفسير الظرفى» Contemporaneous Interpretation والذى يقصد به تفسير المعاهدة فى ضوء الظروف القائمة وقت إبرامها.^٢ ولذلك ستتناول الدراسة أثر الممارسة اللاحقة فى التفسير وفقاً لشكلى التفسير، الظرفى والتطورى. وإذا كان للممارسة اللاحقة أثرٌ فى تفسير المعاهدة الدولية، فهل يمتد هذا الأثر لحد تفسير المعاهدة بالمخالفة للمعنى العادى لألفاظها، أو على نحو ما لا تملية أحكامها؟ وهنا تتناول الدراسة هذه المسألة بشيء من التفصيل فى ضوء آراء الفقه والقضاء لتحديد ما إذا كان للمعاهدة أثر معدل على أحكام المعاهدة الدولية.

منهج البحث:

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلى فى تناول نصوص اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والأحكام القضائية ذات الصلة للوصول لتعريف الممارسة اللاحقة وقيمتها وأثرها فى التفسير، كذلك تستخدم الدراسة المنهج التأصيلى فى رد النتائج التى يتوصل لها القضاء الدولى إلى أصلها فى النظرية العامة للقانون الدولى، وتعتمد الدراسة بشكل كبير على تناول أحكام القضاء الدولى المختلفة.

تقسيم:

تقسم الدراسة إلى ثلاثة فصول يتناول الأول الملامح العامة للممارسة اللاحقة، من خلال التعرض لمفهومها وأشكالها وطبيعتها وقيمتها وكافة المسائل الأولية المتعلقة بها، ويناقش الثانى أثر الممارسة اللاحقة فى تفسير المعاهدات الدولية من خلال الرجوع لشكل التفسير الظرفى والتفسير التطورى، ويتعرض الفصل الثالث لأثر الممارسة اللاحقة على تعديل المعاهدات الدولية وتركز بشكل خاص على تعديل نصوص ميثاق الأمم المتحدة، وتنتهى الدراسة بخاتمة يوضح فيها النتائج والتوصيات، وذلك على النحو التالى:

الفصل الأول: الملامح العامة للممارسة اللاحقة.

الفصل الثانى: الأثر المفسر للممارسة اللاحقة على المعاهدات الدولية.

الفصل الثالث: الأثر المعدل للممارسة اللاحقة على المعاهدات الدولية.

1. "A judicial fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it" Island of Palmas case (Netherlands v. USA) (1928). Reports of International Arbitral Awards (R.I.A.A). vol. II. p. 845.

٢. أو التفسير evolutive interpretation يطلق على التفسير وفقاً لظروف القائمة وقت تطبيق المعاهدة التفسير التطورى Dynamic interpretation. الديناميكى

M. Fitzmaurice. "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties". (2008) Hague Yearbook of International Law. vol. 21. pp. 101

الفصل الأول الملامح العامة للممارسة اللاحقة

تمهيد:

اعترفت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بالممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات الدولية، واجتهد القضاء والفقهاء الدولي في تحديد المقصود بتلك الممارسة وحدودها ونطاقها، وما يخرج عن إطار وصفها. ولذلك يحاول هذا الفصل رسم الملامح العامة للممارسة اللاحقة، من خلال التعرض لعناصرها ونطاقها بالاستناد إلى أحكام القضاء ورأى الفقه، والوقوف على قيمتها القانونية من خلال تحديد أساسها القانوني وبيان مرتبتها في التفسير من بين مختلف وسائل التفسير التي أوردتها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

تقسيم:

بناءً على ما سبق، ستقسم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الممارسة اللاحقة.

المبحث الثاني: شكل الممارسة اللاحقة.

المبحث الثالث: القيمة القانونية للممارسة اللاحقة.

المبحث الأول مفهوم الممارسة اللاحقة

تنص المادة ٣١/٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات - تحت عنوان القاعدة العامة في التفسير - على أن: « يؤخذ في الاعتبار، إلى جانب سياق المعاهدة، ما يلي: ... (ب) أي ممارسة لاحقة في تطبيق المعاهدة تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة....»، ولم يوفر هذا النص أي تفاصيل حول المقصود بتلك الممارسة سوى أنها «تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة»، ولذلك سيحاول هذا المبحث استعراض رأى الفقه والقضاء في تحديد مفهوم الممارسة اللاحقة ونطاقها على نحو ما سيلي.

المطلب الأول تعريف الممارسة اللاحقة وعناصرها

يتكون مصطلح «الممارسة اللاحقة» من كلمتين: «الممارسة» و «اللاحقة»، وبالنسبة للفظ «اللاحقة» فقد فسر تعليق لجنة القانون الدولي «الممارسة اللاحقة» على النحو المقصود في المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بأنها تلك التي يمارسها الأطراف "بعد إبرام المعاهدة"، وقد يفهم من ذلك أن المقصود هو بعد دخول المعاهدة حيز النفاذ، إلا أن لجنة القانون الدولي وجدت أن المقصود بـ «بعد إبرام المعاهدة»

١. القاعدة العامة هي أن المعاهدة تصبح نافذة وفقاً للطريق الذي حدده نصوصها، إلا أنه في حالة عدم وجود مثل هذا النص فإن المعاهدة تسرى ابتداء من الوقت الذي توافق فيه كل أطرافها على الارتباط بها.
أنظر: أد/ أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ١٤٩-١٥٠.

هو بعد أن يثبت نص المعاهدة بوصفه نصاً نهائياً، وليس بالضرورة بعد دخول المعاهدة حيز النفاذ ، والدليل على ذلك ان المادتين ١٨ و ٢٥ من الاتفاقية تبيينان أن المعاهدة يمكن بالفعل أن تُعتبر «مبرمة» لأغراض معينة - كغرض التفسير مثلاً- قبل بدء نفاذها بالفعل.^١

أما بالنسبة لمفهوم «الممارسة» فلم توفر المادة ٣١/٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات أى تفاصيل حول المقصود بها، إلا أنه لا يمكن التعويل على أى ممارسة يأتيتها الأطراف كوسيلة لتفسير المعاهدات، بل ينبغي أن تتميز الممارسة اللاحقة للأطراف بمواصفات معينة أو بحد أدنى من المعايير التي تجعلها ترقى لوصف «ممارسة لاحقة» كوسيلة لتفسير المعاهدات، ولم توضح المسودة ماهية تلك المعايير الدنيا للممارسة اللاحقة أو تحدد ما هي الأعمال التي لا يمكن اعتبارها بمثابة ممارسة لاحقة، ولذلك فلا مفر من إستعراض رأى القضاء والفقهاء في تحديد مفهوم الممارسة اللاحقة.

لم تقدم معظم الهيئات القضائية تعريفاً محدداً لمفهوم الممارسة اللاحقة، إلا أنه بتتبع الأحكام ذات الصلة فى قضائها واجتهاد الفقه الدولي يتبين أن هناك مواصفات معينة للممارسة اللاحقة يمكن من خلالها تلمس تعريف محدد لتلك الممارسة، وعليه سأعرض لتلك المواصفات فى ثلاثة عناصر على النحو التالى: «العنصر الموضوعى، العنصر الشخصى، والعنصر الغائى» .

١- العنصر الموضوعى (الثبات والتكرار):

يعرّف Villiger الممارسة اللاحقة بأنها ممارسة ثابتة وليست عشوائية، ولا بد أن تحدث بقدر معين من التكرار^٢، ويؤكد ذلك حكم هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية فى قضية Japan – Alcoholic Beverages II حيث أوضح أن الممارسة اللاحقة هي: « تسلسل متجانس وموحد ومتسق من الأفعال أو الأحكام يكفي لإنشاء نمط واضح يوحي بوجود توافق بين أطراف المعاهدة بشأن تفسيرها».^٣

وهذا يشير إلى أن الممارسة اللاحقة تتطلب أكثر من « عمل أو بيان»، وهو ما يعرف بالتواتر، وبالتالي فهي تتطلب شكلاً من الممارسة الجماعية الواسعة النطاق والثابتة والمحددة.

غير أن محكمة العدل الدولية لم تطبق تلك الشروط بشكل حاسم، بل أضفت نوعاً من المرونة فى تطبيقها وسارت المحاكم الدولية الأخرى على ذات النهج ومنها محكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة

1. Yearbook of the International Law Commission (1951), vol. II, pp. 70. Yearbook of the International Law Commission (1956), vol. II, p. 112; S. Rosenne. "Treaties. Conclusion and Entry into Force", in Rudolf Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law, vol. 4 (North Holland Publishing, 2000), p. 933; M. E. Villiger. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Martinus Nijhoff Publishers. 2009, p. 1295-1298, paras. 9-13.
2. "it must be consistent rather than haphazard" and "should have occurred with a certain frequency" see : M. E. Villiger. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. supra note 8, at 431.
3. WTO. Appellate Body Report. Japan – Alcoholic Beverages II. WT / DS 8 / AB / R. Wt / DsIP / AB / R . WT/DSLL/AB/R. 4 October 1996. sect. E. PP.12-13

الأمريكية، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ١٠. ولذلك فكلما كانت الممارسة اللاحقة أكثر ثباتاً واستقراراً وتكراراً كلما زادت قيمتها في التفسير، كما أكد جهاز تسوية منازعات الإستثمار على أن قيمة الممارسة اللاحقة تعتمد على مدى إتساقها ووحدتها والإتفاق عليها بين الأطراف ٢٠.

ويوضح Sir/ Humphrey Waldock في تعليقه علي مسودة اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بأن قيمة الممارسة اللاحقة متباينة لأنها تبين الفهم المشترك من أطرافها لأحكام المعاهدة، وبالتالي فكلما كانت الممارسة اللاحقة للأطراف واضحة ومستتقة كلما زادت قيمة هذا السلوك في تفسير المعاهدة ٢٠، ويتفق معه Sinclair حيث يؤكد أن قيمة الممارسة اللاحقة تتوقف علي مدى توافقها ووحدتها واتساقها، ولكنه لا يعتبر معيار الاتساق والوحدة بمثابة عتبة رسمية لتطبيق الممارسة اللاحقة في تفسير المعاهدة، وإنما هي بالأحرى إشارة لقيمة تلك الممارسة في تفسير المعاهدات ٤، وعلى ذلك يتبين إتساق الفقه والقضاء في إضفاء نوع من المرونة في تطبيق هذا المعيار.

٢- العنصر الشخصي :

يتعلق العنصر الشخصي بالشروط الواجب توافرها في أطراف المعاهدة أنفسهم، فهل لابد أن يشارك في الممارسة اللاحقة كافة أطراف المعاهدة، أم يكفي قيام بعضهم فقط بتلك الممارسة دون البعض الآخر؟ تناولت هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية في قضية EC-Chicken Cuts هذه المسألة إذ قررت: « أنه لا تلزم مشاركة كافة الدول أو عدد كبير منها في الممارسة اللاحقة، ولذلك فمشاركة بعض الدول قد تشكل ممارسة لاحقة طالما أن عدد الدول ليس قليلاً جداً، أو ليس سلوكاً فردياً منعزلاً من دولة واحدة.» ٥

وقضت غرفة تسوية منازعات الإستثمار في قضية Canadian Cattlemen بأن الممارسة الفردية أو المنعزلة - حتى لو أتتها بعض أطراف المعاهدة سويًا - لا يمكن الإعتماد عليها لتفسير المعاهدات، وأضافت أن الممارسة اللاحقة هي تلك التي تعكس بوضوح فهم كافة الأطراف لنصوص المعاهدة ٦. وفي قضيتي Southern Bluefin Tuna Cases، رأت المحكمة الدولية لقانون البحار أن ممارسة الأطراف

1. G. Nolte . Second Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in Relation to the interpretation of treaties .GA 26 mar 2014 . A/CN.4/671 . ILC 66 th sess . p.9
2. Canadian Cattlemen v. United States of America. Award on Jurisdiction. para 182 (NAFTA ch.11/ UNCITRAL Arb. Trib. Jan.28. 2008) {hereinafter Canadian Cattlemen Case}.
3. Yearbook of the International Law Commission. 1966. Vol II. UN publications. No E 67 V 2. p.222. para15.
4. “ the practice must be common . concordant . and consistent “ See. I. Sinclair. the Vienna convention on the law of treaties. Manchester University Press. 2nd ed.. 1984. pp. 136 – 137
5. Appellate Body Report. European Communities- Customs Classification of frozen boneless chicken cuts. para 259. WT/DS269/AB/R (Sept.27. 2005).
6. Canadian Cattlemen Case. supra note 12 . at 183

عملاً باتفاقية المحافظة على سمك تونة البحار الجنوبية ذي الزعنفة الزرقاء لعام ١٩٩٣ لها صلة بتقييم مدى وفاء الدول بالتزاماتها بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، حيث استخدمت المحكمة الممارسة اللاحقة في إطار معاهدة مختلفة لا تشمل جميع الدول الأطراف في اتفاقية قانون البحار، وبذلك أكدت المحكمة على أنه يمكن الاستناد على الممارسة اللاحقة المتمثلة في معاهدة لم تصدق عليها كافة الدول المعنية.^١

ويتفق ذلك مع التعليقات على مسودة اتفاقية فيينا، حيث تشير إلى أن الممارسة اللاحقة لا تشترط اشتراك كافة أطراف المعاهدة في القيام بهذا السلوك، وإنما يعني أن الأطراف غير المشاركة في إتيان هذا السلوك لا بد أن تدعن acquiesce لهذا السلوك، ومعنى ذلك أن كافة أطراف المعاهدة فعلاً لا بد أن تأخذ دوراً في الممارسة اللاحقة، قد يكون ذلك بشكل إيجابي من خلال المشاركة الفعلية أو بشكل سلبي يقتصر على الإذعان للسلوك اللاحق.^٢

واختلف القضاء الدولي في تفسير مفهوم الإذعان والدرجة المطلوبة في قبول الممارسة اللاحقة، فمنها من يوسع من مفهوم الإذعان أو يضيقه إلى أقصى حد، وأرى أن مفهوم الإذعان يرتبط بالعلم بالممارسة ذاتها، فلا بد أن تكون الدول الأخرى على علم بهذه الممارسة، وحتى تكون كذلك ينبغي أن تكون هذه الممارسة واضحة وثابتة، ومثال ذلك حكم محكمة العدل الدولية في قضية ناميبيا، حيث اعتبر إذعان الدول الأعضاء في الأمم المتحدة لقرارات مجلس الأمن كافياً لاعتباره سلوكاً لاحقاً.^٣

وتشير كثافة الممارسة اللاحقة - من عدد كبير من الدول - إلى قيمة تلك الممارسة في التفسير، فمن الطبيعي أن يكون للممارسة التي يقوم بها كافة أطراف المعاهدة قيمة أكبر من الممارسة التي يأتيها عدد قليل منهم، وهذا ما أكدته هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية إذ قررت: «إن الغرض من تفسير المعاهدات هو تحديد النية المشتركة للأطراف في المعاهدة، ولتحديد هذه النية، ربما تكون الممارسة السابقة من أحد الأطراف فقط هي ممارسة مهمة، ولكن من الواضح أنها ذات قيمة أقل من ممارسة جميع الأطراف».^٤

وبالتالي يتبين أن الممارسة اللاحقة لا تتطلب قيام عدد كبير من الدول بإتيانها حتى يمكن الاستناد إليها كوسيلة في تفسير المعاهدات، ولم يحدد القضاء أو الفقه الدولي العدد المناسب، إلا أنه لا يجب أن يكون هذا العدد قليل جداً أو يوصف بأنه حالة منعزلة، ولكن ينبغي أن يلاحظ أن كثرة عدد الدول التي تقوم بهذه الممارسة يشير إلى قيمة تلك الممارسة وأهميتها.

1. Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan) (Provisional Measures. Order of 27 August 1999). ITLOS Case Nos. 3 and 4. para. 50.
2. R. Gardiner. Treaty interpretation. Oxford University Press. 2010. p. 225. 276
3. Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding security council Resolution 276 (1970) . Advisory opinion . 1971 ICJ. 16 . paras 21 - 22 (June 21) { hereinafter Namibia }
4. WTO. Appellate body Report. EC- Computer Equipment. WT/DS62/AB/R. WT/DS67/AB/R. WT/DS68/AB/R. 5 June 1998. para 93.

٣- العنصر الغائي :

ويشير هذا العنصر إلى الغاية من إتيان تلك الممارسة أو الهدف منها من خلال استخلاص نية الأطراف عند قيامهم بهذه الممارسة، ووفقاً للمادة ٣١ / ٢ / ب من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، تشير الممارسة اللاحقة إلى اتجاه نية الأطراف لإعطاء تفسير معين لمصطلح أو حكم معين في المعاهدة، ولذلك فقد أشارت محكمة العدل الدولية في حكم حديث لها إلى أن الممارسة اللاحقة كعنصر في تفسير المعاهدة لا بد أن ترتبط بإعتقاد الطرف الذي قام بها بأن هذا السلوك يعكس موقفه في تفسير المعاهدة ١، وهذا بديهي فلا بد أن تكون الممارسة اللاحقة مقصودة أو متعمدة من الطرف الذي أتاها بنية تفسير أحكام المعاهدة . وأستند القضاء الدولي في العديد من أحكامه على البحث حول عنصر النية، أي أن يأتي أطراف المعاهدة سلوكاً معيناً بنية تفسيرها، ومثال ذلك المسألة التي أثرت أمام محكمة المطالبات بين إيران والولايات المتحدة حول ما إذا كان إعلان تسوية المطالبات يُلزم الولايات المتحدة ٢ بإعادة الممتلكات العسكرية إلى إيران، فذهب القاضي Holtzmann في رأيه المنفرد إلى أنه لا بد أن يظهر أن الممارسة اللاحقة دفعت إليها أحكام المعاهدة حتى يمكن الاستناد إليها كأساس سليم لتفسير المعاهدة، وفي هذه القضية لا يوجد دليل على رغبة الولايات المتحدة في أن تدفع أموالاً لإيران في مقابل ممتلكاتها استجابة لإلتزامها بموجب الفقرة ٩، وفي ظل انعدام أي إشارة إلى أن السلوك دفعت إليه أحكام المعاهدة، لا يصح استخدام ذلك السلوك في تفسير المعاهدة ٣.

بناءً على ما سبق، يمكن تعريف الممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات بأنها: ممارسة واضحة ومستقرة يكفى ان يأتيها بعض أطراف المعاهدة بنية تفسيرها، وتعكس فهمهم المشترك لأحكامها.

1. Dispute (Peru v. Chile). C.R.2012/33. P.32-36. Paras 7-19. available at: www.icj-cij/docket/files/137/17234.pdf
2. “ ... Although paragraph 9 of the General Declaration does not expressly state any obligation to compensate Iran in the event that certain articles are not returned because of the provisions of U.S law applicable prior to 14 November 1979 , the tribunal holds that such an obligations is implicit in that paragraph.. “
“ Moreover , the tribunal notes that the interpretation set forth in paragraph 66 , above is consistent with the subsequent practice of the parties in the application of the Algiers Accords and , particularly , with the conduct of the united states “ See ;
Iran – United States Claims Tribunal . Partial Award no. 382 – B1 – Ft. the Islamic Republic of Iran and the United States of America . Iran – USCTR , vol.19 (1989) , p.294 – 295
3. Separate opinion of Judge Holtzmann . Coucurring in part . Disenting in part in Iran – United states claims Tribunal . partial Award no.382 – B1 –Ft. the Islamic Republic of Iran and the United States if America . Iran – USCTR , vol.19. (1989) . p.304

المطلب الثاني نطاق مفهوم الممارسة اللاحقة

وفقاً لنص المادتين ٣١، ٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فإن الممارسة اللاحقة هي تلك التي تتعلق «بتفسير أحكام المعاهدة أو تطبيق أحكامها»، فهل يمتد مفهوم تفسير المعاهدة ليشمل أى سلوك يتعلق بتطبيق أحكامها؟ أم أن تفسير المعاهدة أمر منفصل عن تطبيق أحكامها؟
بتتبع رأى الفقه واتجاه القضاء، يمكن تبين وجود اتجاهين:

الاتجاه الأول: إختلاف التفسير عن التطبيق:

يرى هذا الإتجاه أن هناك فرقاً بين الممارسة اللاحقة التي تتعلق بتفسير المعاهدة وتلك التي تتعلق بتطبيقها، فيقرر Haraszti بأن التفسير يهدف إلى: «توضيح النص من حيث مدلوله»، في حين أن التطبيق يعني ضمناً «تحديد الآثار التي ترتبها المعاهدة على الأطراف المتعاقدة»، غير أنه يقر بالعلاقة الوثيقة بين التفسير والتطبيق فيؤكد أن «أي قاعدة قانونية تتخذ أي شكل من الأشكال لا يمكن أن تطبق إلا إذا تم توضيح مضمونها» . ١

ووفقاً لهذا الإتجاه فإن الممارسة اللاحقة التي تتعلق بتفسير المعاهدة، تركز أساساً على تحديد المقصود بحكم معين في المعاهدة أو أكثر، فالهدف الأساسي من هذا السلوك هو تفسير أحكام المعاهدة، ولذلك يتميز هذا السلوك بأنه محدد وواضح، وذلك على عكس الممارسة اللاحقة المتعلقة بتطبيق أحكام المعاهدة حيث يكون السلوك فيها أقل وضوحاً وهذا هو معيار التمييز بين تفسير الإتفاقية وتطبيقها. ويؤيده Gardiner حيث يرى أن التسليم بشمول الممارسة اللاحقة لكل سلوك يتعلق بتطبيق الإتفاقية سيوسع جداً من مفهومها، ولذلك فمن الأفضل أن يقتصر مفهوم الممارسة اللاحقة على ذلك السلوك الذي يتعلق بالنص المراد تفسيره . ٢

الاتجاه الثاني : مفهوم التفسير يشمل تطبيق المعاهدة:

يري Nolte أنه من الصعب تصور سلوك فيما يتعلق بـ «تطبيق المعاهدة»، لا ينطوي ضمناً على إتخاذ موقف فيما يتعلق بـ «تفسير تلك المعاهدة»، فلا يمكن لدولة أن تتخذ تصرفاً لتطبيق المعاهدة دون أن يكون لهذا التصرف أثرٌ في تفسير المعاهدة وفهم مضمونها، ولذلك فإن السلوك المتعلق بتطبيق المعاهدة ليس سوي مثال - وإن كان أهم مثال - لكافة الأعمال المتعلقة بتفسير المعاهدة، ومن ثم فإن حرف «أو» في المادة ٣١ / ٢ / أ لا يشير إلي بديل وإنما مثال لنفس الشيء . ٣

1. G Haraszti. Some Fundamental Problems in the Law of Treaties. Akadémiai Kiadó . 1973. p.13
2. R. Gardiner. Treaty interpretation. supra note 18. p. 235
3. G. Nolte . Second Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in Relation to the interpretation of treaties . supra note 11. p.23

وبحسب القول التاريخي لحكم محكمة التحكيم الدولية الدائمة عام ١٩١٢ : « إن الوفاء بالالتزامات بين الدول كالوفاء بالالتزامات بين الأفراد، يدل على معني تلك الالتزامات»، فالممارسة المتعلقة بتطبيق الإتفاقية تدلل على تفسيرها ١، ولذلك فالمبدأ أن أي سلوك تقوم به الأطراف تطبيقاً للمعاهدة الدولية يشكل دليلاً في حد ذاته على اعتقادهم في تفسير المعاهدة أو إعادة تفسيرها ٢٠. وأرى أنه برغم إمكانية تصور أن تكون الممارسة اللاحقة مفسرة فقط للمعاهدة دون أن تكون لها أي صلة بـ « تطبيق المعاهدة »، إلا أن أي تطبيق للمعاهدة يفترض سلفاً تفسيرها، حتى وإن كانت تلك القاعدة واضحة في ظاهرها، فالتطبيق ينطوي ضمناً على تفسير، ولذلك فإن أي دولة تأتي بسلوك يتعلق بتفسير المعاهدة أو تطبيقها، فهذا يعني أنها تتخذ موقفاً فيما يتعلق بتفسير المعاهدة، والواقع أن قدر الصلة بين الممارسة اللاحقة والمعاهدة هو الذي يكسبها قيمة إثباتية أو تفسيرية.

المبحث الثاني شكل الممارسة اللاحقة

يثار التساؤل حول أشكال الممارسة اللاحقة فقطعاً ليست كل ممارسة تأتيها الدول بعد إبرامها لمعاهدة ما توصف بأنها ممارسة لاحقة مفسره لتلك المعاهدة، فما هي أشكال الممارسة التي يمكن الاستناد إليها كوسيلة للتفسير؟ وفي هذا الإطار هل تتطلب الممارسة اللاحقة شكلاً معيناً يميزها عن غيرها من أشكال الممارسة التي لا يعتد بها في تفسير المعاهدات؟ سيحاول هذا المبحث الإجابة على هذا التساؤل.

المطلب الأول ما يعد ممارسة لاحقة

يرى Gardiner أن الممارسة اللاحقة ليس لها شكلاً معيناً، فلا يلزم أن تكون سلوكاً مشتركاً بين أكثر من دولة، بل يكفي أن تكون مجرد سلوك متشابه أو مواز، ومثال ذلك عندما تمنح دولتان امتيازات لاستخراج النفط بشكل مستقل عن بعضها بشكل يوحي بأنهما تقران ضمناً بوجود نوع ما من الحدود في منطقة بحرية، فإنه يمكن الاستناد إلى هذين الامتيازين وإن كانا منفصلين عن بعضهما كممارسة لاحقة، وهذا ما حدث في القضية المتعلقة بالحدود البرية والبحرية بين الكاميرون ونيجيريا، حيث قررت محكمة العدل الدولية أن امتيازات استخراج النفط « قد تؤخذ في الاعتبار إذا استندت إلى اتفاق صريح أو ضمني بين الطرفين » ٢٠.

1. "The fulfillment of engagements between states, as between individuals, is the surest commentary on the meaning of those engagements." See; Russian Claim for interest on indemnities (Russia. v Turkey), 11 R. I. A. A.433 (Perm. Ct. Arb. 1912)
2. G. Nolte . Second Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in Relation to the interpretation of treaties . supra note 11. p.23
3. R. Gardiner . Treaty interpretation. supra note 18. p.195

كذلك أظهر الواقع العملي جواز الاستناد لتقارير المنظمات الدولية التي تعدها عن ممارسات الدول كممارسة لاحقة تساعد في التفسير، ومثال ذلك أن المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا إعتمدت على تقارير OECD لتفسير المعاهدات الخاصة بمكافحة الفساد، ووجدت أنه: «برغم أن تقارير OECD غير ملزمة بموجب القانون الدولي، إلا أنه يمكن الإعتماد عليها في تفسير التزامات الدول المفروضة بموجب المعاهدة.»^١

وبالمثل إعتمدت العديد من المحاكم الوطنية على دليل UNHCR للإجراءات ومعايير تحديد وضع اللاجئين في تفسير معاهدة ١٩٥١، وبروتوكول ١٩٦٧ الخاصين بوضع اللاجئين، فعلى سبيل المثال قررت المحكمة الكندية العليا في قضية Pushpanathan v. Canada بأن دليل UNHCR «مقبول كمصدر نافذ بموجب المادة ٣١/٣ ب من اتفاقية فيينا» أي كممارسة لاحقة لتفسير المعاهدات.^٢

وفي قضية Namibia، قررت محكمة العدل الدولية أن تقرير الخبير التقني والذي ظل وثيقة داخلية في جميع الأوقات، وإن لم يكن يمثل ممارسة لاحقة تثبت اتفاق الأطراف بالمعنى المقصود في المادة ٣١/٣ ب إلا أنه «يدعم الإستنتاجات التي توصلت إليها المحكمة بواسطة وسائل أخرى للتفسير».^٣

وبالنسبة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فقد إعتمدت في أحكامها على الممارسة اللاحقة للدول بالرجوع إلى التشريعات الوطنية، وإن لم تكن بالضرورة ممارسة موحدة، بل استندت حتى على الممارسة الإدارية المحلية، ومثال ذلك قضية Demir and Baykara v. Turkey حيث رأت المحكمة أنه: «فيما يتعلق بممارسة الدول الأوروبية، يمكن أن يلاحظ أن هذه الدول في أغليبتها الساحقة اعترفت بحق موظفي الحكومة في التفاوض جماعياً مع السلطات»^٤

وسارت على ذات النهج محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، فاعتمدت على تشريعات الدول كشكل من أشكال الممارسة اللاحقة، ففي قضية Constantine رأت المحكمة أن إلزامية فرض عقوبة الإعدام في كل شكل من أشكال السلوك التي تسفر عن موت شخص آخر تتنافى مع المادة ٤/٢ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان^٥، إذ ينبغي أن تقتصر عقوبة الإعدام على أشد الجرائم خطورة، ومن أجل تعليل هذا التفسير، ذهبت المحكمة إلى أنه «من المفيد النظر في هذا الصدد، في بعض الأمثلة المستمدة من تشريعات البلدان الأمريكية التي لا تزال تأخذ بعقوبة الإعدام».^٦

1. South Africa: Phase 1. Review of Implementation of the Convention and 1997 revised Recommendation OECD. available at: www.oecd.org/dataoecd

2. Velupillai Pushpanathan v. The Minister of Citizenship and immigration. 1998 1 SCR.982. Judgment of 4 June 1998.

3. Kasikili / Sedudu island (Botswana / Nomibia) 1999 ICJ. 1045. para 55.

4. Demir and Baykara v. Turkey {GC} Application No. 34503/97. (ECHR. 12 November 2008). para. 65

٥. تنص المادة ٤/٢ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على أنه:
" لا يجوز في البلدان التي لم تلغ عقوبة الإعدام ان توقع هذه العقوبة إلا على أشد الجرائم خطورة، وبموجب حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة، وفقاً لقانون ينص على تلك العقوبة، ويكون نافذاً قبل ارتكاب الجريمة، وكذلك لا يجوز تطبيق عقوبة الإعدام على الجرائم التي لا يعاقب عليها بها حالياً".

6. Hilaire. Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago (Merits. Reparations and Costs. Judgment). Inter-American Court of Human Rights. Series C. No. 94 (21 June 2002). para. 12

كما أشارت المحكمة الجنائية الدولية في حكمها في قضية Jelisić إلى اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨، إذ قررت أنه: « تفسر الدائرة الابتدائية أحكام الاتفاقية وفقاً للقواعد العامة لتفسير المعاهدات المنصوص عليها في المادتين ٣١ و ٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وتضع أيضاً في اعتبارها الممارسة اللاحقة القائمة على الاتفاقية ... وتولى أهمية خاصة للأحكام التي أصدرتها المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، ... وممارسات الدول لا سيما من خلال محاكمها الوطنية، وأعمال السلطات الدولية في هذا الميدان. ١

وقد وضعت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في اعتبارها أشكالاً أكثر عمومية لممارسات الدول، بما في ذلك الاتجاهات السائدة في تشريعات الدول الأعضاء، وهو ما يمكن أن يؤدي بدوره إلى تغيير تفسير نطاق الجرائم أو عناصرها. ٢

يتبين مما سبق أن الممارسة اللاحقة قد تتخذ أشكالاً مختلفة كتقارير منظمات دولية أو تشريعات وطنية أو حتى وثائق سرية، ولذلك نؤيد وبحق ما ذهب إليه Gardinar من أن الممارسة اللاحقة ليس لها شكلاً معيناً، ويثور التساؤل هنا حول أثر السكوت، فهل يعد السكوت في حد ذاته قبولاً للممارسة اللاحقة؟

دلالة السكوت:

إذا كانت الممارسة اللاحقة لا تحتاج شكلاً معيناً بالفعل، فهل تقع تلك الممارسة بالسكوت؟ ففى أغلب المعاهدات الجماعية، لا تشارك كافة أطراف المعاهدة في إتيان الممارسة اللاحقة، فهل يدل سكوتها على قبول الممارسة كتفسير للمعاهدة؟

أثيرت مسألة دلالة السكوت في أثناء مناقشة مسودة لجنة القانون الدولي لقانون المعاهدات، واستبعدت اللجنة أن تكون المشاركة الإيجابية لكافة الدول مطلوبة، حيث إن متطلب الإجماع سيكون مستحيلًا وسيضيق بشكل كبير من نطاق الممارسة اللاحقة، فضلاً عن أنه من غير الواقعي ان يتوقع رد فعل من كل طرف في المعاهدة عند قيام أحدهم بتصرف أو ممارسة لاحقة.

ولذلك رأى Sir/Waldock أن اللجنة وضعت كلمة understanding «فهم» كافة أطراف المعاهدة، وليست كلمة agreement «اتفاق» كافة أطراف المعاهدة، لتدل على أن قبول الدول للممارسة اللاحقة قد يتم في صورة رد فعل إيجابي أو في صورة غياب رد الفعل على تلك الممارسة. ٣

وكذلك يرى Sinclair أنه إذا لم يشارك كل الأطراف في إتيان الممارسة اللاحقة، ولكن سكت كل من لم يشارك عن اتخاذ موقف إيجابي أو سلبي بشأن قبول تلك الممارسة، فإن قيمة تلك الممارسة تتوقف على عناصرها، وهي مدى كونها ثابتة ومستقرة ومتسقة 4، ويؤيده د/ مصطفى ياسين فيرى أن السكوت يشير

1. Jelisić (Judgment). ICTY-95-10 (14 December 1999). para. 61; Krstić (Judgment) ICTY-98-33 (2 August 2001). para. 541
2. Furundžija (Judgment). ICTY-95-17/1 (10 December 1998). paras. 165
3. A. M. Feldman. Evolving Treaty Obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement. International Law & Politics. vol.41. p.669.
4. I. Sinclair. the Vienna convention on the law of treaties. supra note 14. p.137
كـمـثـلـ لـلـمـمـلـكـةـ الـمـتـحـدةـ فـيـ مـؤـتـمـرـ فـيـنـاـ لـقـانـونـ الـمـعـاهـدـات Sir/Ian Sinclair وقد عمل

إلى إذعان الدول للتفسير الذي أيدته الممارسة اللاحقة. ١
ولا يشذ موقف القضاء الدولي عن هذا الاتجاه، ففي قضية مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، أثبتت مسألة ما إذا كان سلوك الأطراف اللاحق يدل على اعتبار الأسلحة النووية غير محظورة بموجب المعاهدات المتعلقة بالأسلحة السامة، ورأت المحكمة حينها أن عدم وجود أشكال معينة لتطبيق المعاهدة أو انعدام تأكيدات معينة بشأن تفسير المعاهدة يشكل في حد ذاته ممارسة تدل على الموقف القانوني للأطراف الذي مفاده أن الأسلحة النووية ليست محظورة بموجب مختلف المعاهدة المتعلقة بالأسلحة السامة. ٢.

المطلب الثاني ما لا يعد ممارسة لاحقة

من المتصور أن يأتي أطراف المعاهدة أشكال من السلوك بعيدة تماماً عن نطاق تفسير المعاهدة، ففي قضية مصروفات معينة للأمم المتحدة، عرضت مسألة ما إذا كان الاستمرار في دفع اشتراكات العضوية في الأمم المتحدة يعني قبول تلك الدول لممارسات معينة في المنظمة، وفي الرأي المنفرد للقاضي Fitzmaurice أكد أنه «يكاد يكون من غير الممكن أن يستنتج من مجرد قيام الدول الأعضاء بدفع اشتراكاتها إنها تقبل حتماً في جميع الحالات بالالتزام قانوني بممارسات تلك المنظمة» وأضاف أن «الحجة المستمدة من الممارسة، إذا ذهب فيها مذهباً بعيداً، يمكن أن تكون مصادرة على المطلوب. ٣
وفي قضية تعيين الحدود والمسائل الإقليمية بين قطر والبحرين، أبرم الطرفان اتفاق عام ١٩٨٧ بشأن إخضاع المنازعات فيما بينهم لاختصاص محكمة العدل الدولية، ثم سعوا لإبرام اتفاق إضافي خاص «بتحديد موضوع المنازعة»، ورأت المحكمة في هذا السياق أن إبرام الاتفاق الإضافي ليس ضرورياً لإثبات اختصاص المحكمة. ٤.
وفي قضية النزاع المتعلق بحقوق الملاحة والحقوق المتصلة بها (كوستاريكا ضد نيكاراغوا) رأت المحكمة أن «بياناً وزارياً مشتركاً لا يعد عنصراً مشمولاً» بالأساس التعاهدي للحق في حرية الملاحة «لأن هذا البيان ينظم طرقاً للتعاون يحتمل تعديلها لتلائم متطلبات الأطراف. ٥.

1. M. K. Yassen. l'interpretation des traits d'apres la convention de Vienne sur le droit de traits. 151 Recueil des cours. 1976 – 111. at. 48. referred to in; A. M. Feldman. Evolving Treaty Obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement. supra note 38. p.664.
2. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons . Advisory Opinion . I.C.J Reports 1996 . p.226 at. p.248 paras.55.56
3. Certain Expenses of the united nations . Advisory Dpinion . ICJ Roports 1962 . p.151 . at. 201 – 202 . (separate opinion of Judge Fitzmaurice) and p.189 – 195 (separate opinion of Judge spender)
4. Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain . jurisdiction and Admissibility . Judgment . I.C.J. Reports 1995. p.6 . at p.76 . para 28
5. Martin Dawidowicz. The effect of the passage of time on the interpretation of treaties:some reflections on Costa Rica v. Nicaragua. Leiden Journal of International Law. 24 (2011). p.205.

وفي قضية صيد الحيتان في أنتاركتيكا رأَت المحكمة أن : « القرارات والمبادئ التوجيهية ذات الصلة (الصادرة من اللجنة الدولية لشئون صيد الحيتان) التي تمت الموافقة عليها بتوافق الآراء تهيب بالدول الأطراف أن تراعي ما إذا كان ممكناً عملياً وعلمياً بلوغ الأهداف البحثية باستخدام أساليب بحثية غير فتاكة، لكنها لا تعني بالضرورة أن هناك شرطاً باستخدام الأساليب الفتاكة كاستثناء في حالة وحيدة فقط وهي عندما لا تتوفر أساليب أخرى ١.

وبناءً على ما سبق، يتبين أن تحديد شكل الممارسة اللاحقة وما يمكن الاستناد عليه منها كوسيلة للتفسير وما يخرج عن هذا الوصف مسألة فنية تحتاج إلى تقييم على حسب ظروف كل دعوى Case-by-case basis.

المبحث الثالث القيمة القانونية للممارسة اللاحقة

تحدد القيمة القانونية للممارسة اللاحقة بالنظر لمرتبها من بين مختلف وسائل التفسير، وهل هي وسيلة أساسية أم تكميلية لتفسير المعاهدات؟ وقبل الإجابة على هذا التساؤل يتعين البحث في الأساس القانوني للممارسة اللاحقة، وسيتناول هذا المبحث النقطتين على نحو ما سيلى:

المطلب الأول الأساس القانوني للممارسة اللاحقة

تجد الممارسة اللاحقة أساسها كوسيلة لتفسير المعاهدات الدولية في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩ التي نصت على أنه ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار عند تفسير المعاهدات « أي ممارسة لاحقة في تطبيق المعاهدة تثبت إتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة. » ٢

كما تجد أساسها أيضاً كوسيلة في التفسير إلى العرف الدولي، فيما قبل تدوين إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، وقد اعترف بذلك المقرر الخاص Sir/Waldock في أثناء مناقشة مسودة إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فأقر بأن الممارسة اللاحقة وسيلة أساسية لتفسير المعاهدات أشير إليها في قضاء المحاكم الدولية كوسيلة للتعبير عن تفسير المعاهدات. ٣

وأستندت إليها المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان باعتبارها عرفاً دولياً، فاعترفت بأن التشريعات الوطنية الموحدة، وحتى الممارسة الادارية المحلية، يمكنها من حيث المبدأ أن تشكل ممارسة لاحقة ذات صلة، وذلك دون

1. G. Nolte . Second Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in Relation to the interpretation of treaties . supra note 11. p.9
٢. أنظر المادة ٣١ / ٣ / ب من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات
3. See; ILC. Third Report on the Law of Treaties. 1964. 2YB.INT'L.COMM 55. available at: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4__167.pdf.

أن تشير صراحة إلى المادة ٣١/٣/ب من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.^١ كذلك فبتتبع أحكام القضاء الدولي يتبين استخدامها للممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات بشكل كبير، وعلى رأسها محكمة العدل الدولية، وكثيراً ما اعترفت هيئة الإستئناف بمنظمة التجارة العالمية بالممارسة اللاحقة^٢، كما قررت محكمة المطالبات المتعلقة بإيران- الولايات المتحدة أن: «الممارسة اللاحقة من جانب الأطراف - بعيداً عن أن تضطلع بدور ثانوي في تفسير المعاهدات - تشكل عنصراً مهماً في التفسير.»^٣

كما اعترفت به محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فقررت بأن للممارسة اللاحقة دوراً بالغ الأهمية في تفسير أحكام المعاهدات بين الأطراف، وفي قضية Mihaly قضت بأن: «تعريف الاستثمار يقدر في ضوء الممارسة اللاحقة للدول على نحو يحافظ على التكامل والمرونة ويتيح التطور التدريجي المستقبلي للقانون الدولي بشأن موضوع الاستثمار.»^٤ كما قضت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة بأنه ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار الممارسات التفسيرية اللاحقة للمحاكم الوطنية، وكذلك الممارسات العسكرية والتنفيذية، كوسيلة لتفسير القانون الجنائي الدولي الموضوعي.^٥ ويتبين من ذلك أن الممارسة اللاحقة تجد أساسها في العرف الدولي، قبل صدور اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، كما اضطرت أحكام القضاء الدولي بمختلف أنواعه على الاعتراف بها كوسيلة في التفسير.

المطلب الثاني مرتبة الممارسة اللاحقة من بين وسائل التفسير

نصت المادة ٣١/٢ على أن «يؤخذ في الاعتبار إلى جانب سياق المعاهدة ... أي ممارسة لاحقة ...» وأثارت تلك الصيغة مسألة ما إذا كانت الممارسة اللاحقة وسيلة أساسية في التفسير أم أنها - فقط - تساعد في تفسير المعاهدة إلى جانب الوسائل الأساسية.

يرى Moloo أنه يصح الإعتماد على الممارسة اللاحقة كوسيلة أساسية لتفسير المعاهدات فقط في حالة وجود إتفاق بين الأطراف على ذلك، أما في حالة عدم وجود هذا الإتفاق، فإن مرتبة الممارسة اللاحقة بين وسائل التفسير تنحصر بين صورتين: الأولى: أن تكون وسيلة مكملة لتفسير المعاهدات وفقاً للمادة ٣٢ من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، حيث توفر تلك المادة قائمة مفتوحة من الأساليب التي يمكن الإعتماد عليها

1. Demir and Baykara v. Turkey {GC} Application No. 34503/97. (ECHR. 12 November 2008)

٢. ستنناول الدراسة قضاء محكمة العدل الدولية وجهاز الإستئناف التابع لمنظمة التجارة العالمية بالكثير من التفصيل في الفصل التالي، ولذلك أحيل إليه.

3. Iran - United states claims tribunal . partial Award no. 382 - B1 - Ft . the Islamic Republic of Iran and the United states of America . Iran - USCTR . vol.19 (1989) . p.294 - 295

4. Mihaly International Crop. V. Sri Lanka. ICSID. Case No. ARB/00/2. award Mar.15.2002

5. Jelisić (Judgment). ICTY-95-10 (14 December 1999)

كوسائل تكميلية لتفسير المعاهدات، والثانية: أن تستخدم الممارسة اللاحقة كوسيلة ثانوية للتفسير إذا ظلت ألفاظ المعاهدة غامضة أو غير واضحة أو أدى التفسير إلى نتائج غير مقبولة بعد استخدام التفسير وفقاً للمعنى العادي لألفاظها. ١

ويدعم Moloo رأيه بعدة أمثلة منها: حكم محكمة العدل الدولية في قضية Namibia إذ رأت المحكمة أن ممارسة الأطراف لا ترقى لوصف ممارسة لاحقة، إلا أنها لم تستبعد هذا السلوك تماماً في عملية التفسير – وإن كانت لم تشر صراحة لإعتمادها على المادة ٣٢ فقضت أنه: « في حين أن تصرفات الأطراف وفقاً لتقرير تقصى الحقائق لم ترق لوصف ممارسة لاحقة بين الأطراف لتفسير معاهدة ١٨٩٠، فإنها ومع ذلك تدعم ما انتهت إليه المحكمة في تفسيرها للمادة ٢/٣ من تلك المعاهدة وفقاً للمعنى العادي لألفاظها.» ويرى Moloo في هذا المثال ان المحكمة استخدمت الممارسة اللاحقة كوسيلة ثانوية لتفسير معنى المعاهدة وفقاً للمادة ٣١، وبالمثل في القضايا التي عرضت على جهاز تسوية المنازعات التابع لمنظمة التجارة العالمية، فقد اعتمدت فرق التحكيم على الممارسة اللاحقة كتدعيم لما انتهت إليه المحكمة في قضية U.S Copyright Act وليس كوسيلة أساسية في التفسير. ٢

وعلى خلاف ما ذهب إليه Moloo نتفق مع الرأي الغالب في الفقه وهو أن الممارسة اللاحقة وسيلة أساسية في التفسير سواء كان هناك إتفاق بين الأطراف على ذلك أم لم يوجد، والدليل على ذلك مايلي:

أولاً: رأى Moloo فيه خلط بين وظائف الممارسة اللاحقة في التفسير، وفقاً لنص المادتين ٣١، ٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، حيث فرقت هاتان المادتان بين وظيفتين للممارسة اللاحقة في التفسير، الأولى: وفقاً لنص المادة ٣١ حيث يمكن الإستناد إليها كوسيلة تفسير أساسية مساوية في الأهمية لوسائل التفسير الأخرى، ويؤكد Aust أن الفقرات الثلاث في المادة ٣١ هي ثلاثة أجزاء لقاعدة واحدة في التفسير بدون ترتيب هرمي ٣، والوظيفة الثانية: وفقاً لنص المادة ٣٢ كوسيلة مكملة في التفسير إذا كان المعنى لا يزال غامضاً أو غير واضح، أو أدى التفسير بالوسائل الأساسية إلى نتيجة غير منطقية أو غير مقبولة.

ثانياً: أكدت لجنة القانون الدولي في تعليقها على مسودة اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات علي نفس المعني، فقررت أن الممارسة اللاحقة للدول تشكل عنصراً لتفسير المعاهدات مساوياً تماماً في الأهمية لعنصر المعنى العادي لألفاظ المعاهدة وأهدافها وأغراضها وسياقها ٤، وأضاف المقرر الخاص للجنة Sir/Waldock أن

١ . رأيت لجنة القانون الدولي أنه: " يجب أن يفترض ان النص هو التعبير الرسمي عن نية الأطراف المتعاقدة، وتبعاً لذلك تعتبر نقطة الإنطلاق في أي تفسير تلك التي تتمثل في توضيح معنى النص وليس البحث أولاً عن نوايا تلك الأطراف"
أنظر: أد/ أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ١٢٨ هامش ١٢١.

2. R. Moloo. When Actions speak louder than words: the relevance of subsequent party conduct to Treaty Interpretation. Berkeley Journal of International Law. vol.31.1. 2013. p.77
3. A. Aust. Modern Treaty Law & Practice. 2nd ed. (2007) . p.185
4. ILC . Draft Articles on the law of treaties with commentaries . 1966 Y.B.I.L.C . vol.II . 219 – 220 {hereinafter ILC DALT }

العناصر المختلفة للقواعد العامة في تفسير المعاهدات قسائم متساوية لها نفس الوزن والأهمية ولا يجرى تطبيقها على أساس هرمي . ١

ثالثاً: إن القضاء الدولي تعرض في بعض المناسبات إلى الممارسة اللاحقة من جانب الأطراف دون التحقق مما إذا كانت تلك الممارسة تثبت بالفعل وجود اتفاق بين الأطراف بخصوص تفسير المعاهدة أم لا، ففي قضية السفينة SAIGA على سبيل المثال، استعرضت المحكمة الدولية لقانون البحار ممارسة الدول فيما يتعلق بالحق في الدفاع عن النفس بموجب المادة ٥١ من ميثاق الأمم المتحدة، واستناداً إلى «الممارسة المعتادة المستخدمة في إيقاف السفن» ، ولم تذكر المحكمة ممارسة الدولة المعنية بالتحديد، أو تبحث في وجود اتفاق حول هذه الممارسة، بل افترضت وجود معيار عام معين. ٢

وتطبيقاً لذلك، نرى أنه يمكن الركون إلى الممارسة اللاحقة للأطراف في حد ذاته أساساً لتفسير المعاهدة، متى كانت هذه الممارسة أكثر دعماً لتفسير المعاهدة من وسائل التفسير الأخرى، كالاستناد على المعنى العادي لألفاظها أو أغراضها أو أهدافها.

الفصل الثاني

الأثر المفسر للممارسة اللاحقة

على المعاهدات الدولية

تمهيد:

لتفسير المعاهدات أهمية كبيرة تتجلى في تحديد التزامات أطرافها بدقة ، ونطاق تطبيقها ، إذ أن تطبيق أي معاهدة يفترض تفسيرها سلفاً ، حيث يشير تطبيق المعاهدة على نحو معين إلى طريقة فهم أطرافها لنصوص المعاهدة وتفسيرها ، ولذلك بات من الضروري وجود بعض الوسائل التي يمكن الاهتداء بها عند تفسير المعاهدة الدولية، ومن ثم لزم التعرض بشيء من التفصيل لتلك القواعد قبل التطرق لأثر الممارسة اللاحقة في التفسير.

أما بالنسبة لأثر الممارسة اللاحقة في تفسير المعاهدات الدولية، فسيجرى التعرض لها مرة من زاوية طريق التفسير الظرفي، ومرة أخرى من زاوية التفسير التطوري، وعلى ذلك سيتناول هذا الفصل أثر الممارسة اللاحقة في تفسير المعاهدات من خلال ثلاثة مباحث يتناول الأول القواعد العامة في تفسير المعاهدات، ويناقش الثاني أثر الممارسة اللاحقة في التفسير الظرفي للمعاهدات، فيما يعرض الثالث لأثر الممارسة اللاحقة على التفسير التطوري للمعاهدات، وذلك على نحو ما سيلى.

1. “ All the various elements . as they were present in any given case . would be thrown into the crucible . and their interaction would give rise to the legally relevant interpretation “ Id
2. The M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea) (Judgment of 1 July 1999) ITLOS Case No. 2, paras. 155 and 15650.

تقسيم:

المبحث الأول: القواعد العامة فى تفسير المعاهدات.

المبحث الثانى: التفسير الظرفى للمعاهدات.

المبحث الثالث: التفسير التطورى للمعاهدات.

المبحث الأول

القواعد العامة فى تفسير المعاهدات الدولية

يقصد بتفسير المعاهدة الدولية توضيح معنى النص القانوني الغامض وتحديد نطاق تطبيقه تحديداً دقيقاً، ويفترض ذلك أن يكون هناك غموضاً فعلاً في نص المعاهدة، فالنص الواضح لا يحتاج لتفسير. وقد رسمت المواد (٣١-٣٣) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ وسائل متعددة لتفسير المعاهدات تساعد المفسر في الاهتداء للتفسير الدقيق لنصوص المعاهدة من بينها الممارسة اللاحقة لأطراف المعاهدة ويتناول هذا المبحث تلك الوسائل من زاويتين الأولى تتعلق بماهية تلك الوسائل ونطاقها، والثانية تتعلق بتحديد الجهة المختصة بالتفسير.

المطلب الأول

وسائل تفسير المعاهدات

قد تنص المعاهدة ذاتها على قواعد معينة للتفسير وفي هذه الحالات يجب ان تكون لتلك القواعد الأولوية فى التطبيق على القواعد العامة فى التفسير، ومثال ذلك المادة ٢/٦/١٧ من اتفاقية مكافحة الإغراق التابعة لمنظمة التجارة العالمية، حيث نصت على أن تفسر الأحكام ذات الصلة فى الاتفاقية وفقاً للقواعد العرفية فى القانون الدولي العام، ولكن فُسر هذا النص على أساس أنه يعنى ضمناً تطبيق القواعد العامة فى التفسير الواردة فى اتفاقية فيينا باعتبارها عرفاً دولياً.^{٢٠} وفى حالة عدم وجود نص فى المعاهدة حول طريقة التفسير، فقد تضمنت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وسيلتين لتفسير المعاهدات الدولية، الأولى تحت عنوان « القاعدة العامة فى التفسير » والثانية بعنوان « الوسائل التكميلية فى التفسير ».

١. انظر: أ. د/ محمد حافظ غانم، المعاهدات - دراسة لأحكام القانون الدولي وتطبيقاتها فى العالم العربي، محاضرات ملقاة على طلبية قسم الدراسات القانونية، ١٩٦١، الناشر: جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية، ص ٣١.
أ. د/ إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ م، الناشر: دار النهضة العربية، ص ٢٠٧.

أ. د/ أحمد أبو الوفا، الوسيط فى القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤ م، الناشر: دار النهضة العربية، ص ١٢٧.
2. R. Moloo. When Actions speak louder than words. the relevance of subsequent party conduct to Treaty Interpretation. supra note 54. p.77

أولاً : القاعدة العامة في التفسير :

نصت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أن تفسر المعاهدة « بحسن نية وفقاً للمعنى العادي الذي يعطي لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها»^١، ويلخص هذا النص ثلاث طرق تقليدية لتفسير المعاهدات الدولية ، عرفها الفقه بـ «الطريقة النصية، والطريقة الشخصية ، والطريقة الوظيفية»^٢.

(١) الطريقة النصية :

تستند تلك الطريقة على أفكار المدرسة الموضوعية التي ترى أن القاعدة القانونية هي نتاج عوامل خارجية تحيط بمن يضعها، ولذلك فههدف التفسير هو الوصول لمعنى النص ذاته وليس البحث حول نوايا واضعيه، حيث إن تلك النوايا أمر نفسى يصعب تكهنه.^٣

وتعتمد الطريقة النصية على الرجوع لنص المعاهدة نفسه ، فالنص نفسه هو وسيلة التفسير وعلى المفسر أن يتبين بوضوح المعنى الذي يشير إليه النص الغامض، فيحاول تلمس المعنى العادي للفظ الغامض، ويقصد بالمعنى العادي المعنى المتبادر مباشرة إلى الذهن من مجرد قراءة النص .^٤

ولكي يكون التفسير وفقاً للمعنى العادي لألفاظ المعاهدة سليماً ، فلا بد أن يتم ذلك في إطار السياق العام للمعاهدة ، فنصوص المعاهدة ليست كيانات منفصلة عن بعضها ، وإنما مترابطة ولا يمكن فصلها عن السياق العام الذي وردت فيه ، ويشمل سياق المعاهدة ديباجتها ، وأحكامها ، وملاحقها .

ومع ذلك فحين يؤدي التفسير النصي باستخدام المعنى العادي لألفاظ المعاهدة في إطار سياقها العام إلى نتيجة غير سليمة أو غير منطقية ، فللمفسر أن يبحث عن نية الأطراف من وضع هذا النص الغامض وهو ما يعرف بالطريقة الشخصية .^٥

(٢) الطريقة الشخصية :

يقصد بالتفسير وفقاً بالطريقة الشخصية : الرجوع لنية الأطراف من وضع نص معين في المعاهدة ، فالنية الحقيقية أو المفترضة للأطراف هي الاعتبار الجوهرية في التفسير ، تلك النية هي ما يدور في ذهن واضع النص قبل كتابته، فالنص القانوني قبل ان يكتب كان فكرة في الخاطر، وحيث إن اللغة البشرية لاتزال قاصرة عن التعبير الدقيق عما يدور في البال، فلا مفر من وضع قواعد تساعد في استخلاص هذه النية، وقد يكون ذلك بالرجوع إلى ممارسة الأطراف اللاحقة أو بالقياس أو بتطبيق مبدأ حسن النية بوجه عام.^٦ ويرجع أساس العمل بتلك الطريقة إلى المدرسة الإرادية، التي ترى ان الدولة هي صاحبة الإرادة المطلقة في

١. انظر : المادة (٢١) من اتفاقية «فيينا» لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩م .
٢. أ.د/ إبراهيم محمد العناني ، القانون الدولي العام ، المرجع السابق ، ص ٢١١ وما بعدها .
٣. د/ عادل أحمد الطائى، قواعد التفسير القضائي الدولي للمعاهدات الدولية، دراسة في قانون المعاهدات الدولية، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٤٦ ابريل ٢٠١١، ص ٢٨٩ .
٤. أ.د/ إبراهيم محمد العناني ، القانون الدولي العام ، المرجع السابق ، ص ٢١١ .
٥. أ.د / أحمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ .
6. P. Merkouris. "Interpretation is a Science. is an Art. is a Science". supra note 2. p.6-7

الالتزام بالمعاهدة بموجب ما لها من سيادة، وبما ان المعاهدة هي أداة الدولة فى التعبير عن ارادتها فإن تفسير المعاهدة يجب ان يكون وسيلة للكشف عن تلك الإرادة. ١

(٣) الطريقة الوظيفية :

نظراً إلى انه لا يمكن انكار دور نية الأطراف فى تحديد تفسير المعاهدة الدولية، كما لا يمكن انكار مدى صعوبة اثبات أمر داخلى مثل النية، فلا مفر من الرجوع للنص، ولذلك فالطريقة الوظيفية تسعى للدمج بين الطريقتين فى سبيل الوصول الى الغرض الأساسي من المعاهدة ووظيفتها، حيث إن أي معاهدة لها هدف أو غرض معين، تدور حوله كافة نصوصها وأحكامها، ولذلك فمن البديهي أن ينسجم تفسير المعاهدة مع أهدافها وأغراضها .

فتبحث تلك الطريقة فى تفسير المعاهدة من خلال البحث عن أهدافها وأغراضها بحيث ينسجم تفسير أى نص بها مع تلك الأغراض والأهداف.

ثانياً : الوسائل التكميلية فى التفسير :

أشارت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إلى وسائل تكميلية فى تفسير المعاهدات الدولية يجوز اللجوء إليها إذا أدى استخدام الوسائل العامة فى التفسير إلى بقاء المعنى غامضاً أو أدى إلى نتائج غير منطقية أو غير مقبولة ، أو لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق تلك الوسائل .

وحددت الاتفاقية على سبيل المثال وليس الحصر بعض الوسائل التكميلية ومنها : الأعمال التحضيرية للمعاهدة وملاسات عقدها، والممارسة اللاحقة، وتشمل الأعمال التحضيرية للمعاهدة على سبيل المثال : المشاريع الأولية لها، والرسائل المتبادلة بين المتفاوضين، وتقارير اللجان، والإعلانات الصادرة عن ممثلي الدول عند تبادل وثائق التصديق أو التوقيع.

ويلاحظ فى هذا الإطار أن للممارسة اللاحقة وظيفتين فى التفسير، الأولى كوسيلة أساسية فى التفسير وفقاً للمادة ٣١، والثانية كوسيلة تكميلية فى التفسير وفقاً للمادة ٣٢.

المطلب الثاني الجهة المختصة بالتفسير

الأصل أن الدول التي أبرمت المعاهدة الدولية هي الأدرى بنصوصها وما تحمله من معاني، ولذلك فإن لكل دولة الحق فى تفسير التزاماتها بموجب المعاهدة بحسن نية، ويكون لتفسير كل دولة قيمة متساوية مع تفسيرات الدول الأخرى.

بيد أنه إذا شب خلاف بين الدول حول تفسير المعاهدة، فعادة ما يلجأ الأطراف لتسويته من خلال اللجوء للقضاء الدولى، وفى هذا الإطار اعتبرت محكمة العدل الدولية أن تفسير المعاهدة من أولى

١. د/ عادل أحمد الطائى، قواعد التفسير القضائى الدولى للمعاهدات الدولية، المرجع السابق ، ص ٢٨٩

المسائل القانونية التي تدخل في الاختصاص القضائي أو الإفتائي للمحكمة ١ ، وفي الواقع يرجع الفضل الكبير في توضيح قواعد التفسير إلى السوابق القضائية للمحاكم الدولية بصفة عامة .
وفيما يلي سأحاول التعرض لأبرز أحكام تلك المحاكم فيما يخص وسائل تفسير المعاهدات .

(١) محكمة العدل الدولية :

بدأت محكمة العدل الدولية في الاستناد لقواعد التفسير الموجودة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إبان التسعينات، إلا إنها لا تزال تستخدم القواعد العرفية في القضايا التي يكون فيها طرف أو أكثر من غير المتضمنين لاتفاقية فيينا أو لتفسير المعاهدات المبرمة قبل دخول اتفاقية فيينا حيز النفاذ في عام ١٩٨٠ م .٢

(٢) الهيئات القضائية في إطار الأنظمة الاقتصادية الدولية :

يأتي على رأس تلك الأنظمة جهاز الاستئناف التابع لمنظمة التجارة العالمية، ويستند هذا الجهاز بصفة خاصة على التفسير النصي للاتفاق المعني، فيركز الجهاز على التفسير وفقاً للمعنى العادي للنص في سياق المعاهدة، ولم تلجأ هيئة الاستئناف - حتى الآن - إلى التفسير بالاستناد إلى موضوع المعاهدة أو الغرض منها.٣

وبالنسبة للمحاكم المنشأة بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، فدرج قضائها على تطبيق المادتين ٣١ ، ٣٢ من اتفاقية « فيينا » لقانون المعاهدات إما باللجوء مباشرة لنصوص المادتين وإما بالاستناد لهذه القواعد على أساس عريفي ، وفي أحيان أخرى كانت تلجأ للسوابق القضائية لمحكمة العدل الدولية وهيئات التحكيم إلا أنها ومع ذلك لم تركز بوضوح على موضوع المعاهدة أو الغرض منها كوسائل للتفسير . ٤

(٣) محاكم حقوق الإنسان :

أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على تمسكها بالقواعد العامة لتفسير المعاهدات كما وردت في المادتين ٣١ ، ٣٢ من اتفاقية « فيينا » لقانون المعاهدات، أما بالنسبة لمحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان فقد اتبعت في تفسيرها للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان نهجاً مختلفاً حيث ركزت على الهدف والغرض من الاتفاقية كوسيلة للتفسير أكثر من غيرها من الوسائل . ٥

١ . فتوى محكمة العدل في ٣٠ مارس ١٩٥٠م بشأن تفسير معاهدات السلام ، مشار إليه في : أ.د/ إبراهيم العناني ، القانون الدولي العام ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ هامش (١) .

2. S. Torres Bernárdez, Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Kluwer Law International . 1998. P. 721. Also; R. Gardiner . Treaty interpretation. supra note 18. P. 12.

3. Donald Mc Rae. Approaches to the Interpretation of Treaties : The European Court of Human Rights and The WTO Appellate Body . In Stephan Breitenmoser (ed). Human Rights. Democracy and the Rule of law . (Dije 2007) P. 1407- 1422.

4. O. K. Fauchald. The Legal Reasoning of ICSID Tribwans- An Empirical Analysis. 2008. 19 EJIL. P. 311-313-314.

5. L. Lixinski. Treaty Interpretation by the inter- American Court of Human Rights. 2010. EJIL. Issue Vol. 21. p. 587- 588.

يتضح مما سبق أن المواد ٢١ ، ٢٢ من اتفاقية « فيينا » لقانون المعاهدات تضع قواعد عامة للتفسير باعتبارها التزاماً تعاهدياً، تلك القواعد ليست مبنية على أساس هرمي، بل يتوقف استخدام أحدها دون الآخر على ظروف وملابسات كل حالة، وأن للممارسة اللاحقة وظيفتين في التفسير، الأولى كوسيلة أساسية في التفسير وفقاً للمادة ٣١، والثانية كوسيلة تكميلية في التفسير وفقاً للمادة ٣٢.

المبحث الثاني التفسير الظرفي للمعاهدات

يقصد بالتفسير الظرفي للمعاهدات *contemporaneous interpretation* ان تفسر المعاهدة وفقاً للمعنى الذي تحمله ألفاظها وقت إبرام المعاهدة، وهو الشكل المألوف والمتعارف عليه في تفسير المعاهدات بشكل عام.

ويتناول هذا المبحث أثر الممارسة اللاحقة على التفسير الظرفي للمعاهدات، وينبغي تتبع هذا الأثر في ضوء ممارسات الجهات المسؤولة عن التفسير ذاتها، حتى نتمكن من رؤيتها حول أثر الممارسة اللاحقة في التفسير، ووفقاً لقول Schwarzenberger فإن السلطة التي لها حق تفسير المعاهدة الدولية هي وحدها السلطة التي تملك تعديلها أو إنهائها أو حتى تعليقها، وتلك الجهة قد تكون قضاء دولي أو الدول نفسها.^١ فالدول التي أبرمت المعاهدة هي الأدرى بنصوصها وما تحمله من معاني، وإذا اختلفت الدول حول تفسير نصوص المعاهدة فتلجأ للقضاء لتسوية هذا الخلاف، ولذلك فهناك جهتين تختصا بتفسير المعاهدات هما: الدول من خلال ممارستها، والقضاء الدولي.

ولذلك ستتبع الدراسة مسلك قضاء محكمة العدل الدولية باعتبارها صاحبة الحظ الأوفر في قضايا تفسير المعاهدات، وممارسات الدول باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل بالتفسير، وذلك على نحو ما سيلى.

المطلب الأول قضاء محكمة العدل الدولية

تنص المادة ٢١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أن: «تفسر المعاهدة وفقاً للمعنى العادي لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها» ويتكون هذا النص من ثلاث مقاطع تشكل طرقاً للتفسير وهي: ١- التفسير وفقاً للمعنى العادي لألفاظ المعاهدة، ٢- التفسير في إطار السياق العام للمعاهدة، ٣- التفسير وفقاً لموضوع المعاهدة والغرض منها، وفيما يلي سنتناول أثر الممارسة اللاحقة على كل شكل من أشكال التفسير تلك وفقاً لقضاء محكمة العدل الدولية.

1. Georg Schwarzenberger. International Law. Vol.I: International Law as applied by International courts and Tribunals. London: Stevens. 1957. p.531-2

أولاً: المعنى العادي لألفاظ المعاهدة :

تبدأ المحاكم الدولية استدلالها في قضية معينة بتحديد « المعنى العادي » لمصطلحات المعاهدة، وللممارسة اللاحقة أهمية كبيرة في تلك المرحلة، فهي تساعد في تأكيد المعنى العادي لألفاظ المعاهدة، وإذا كانت الأطراف لا تود أن تنقل المعنى العادي لمصطلح وإنما معني خاص، فإن الممارسة اللاحقة تساهم في تسليط الضوء على هذا المعنى الخاص.^١

والأصل أن التفسير يرتبط بالاستعمال اللغوي الشائع عند الأطراف لالفاظ النص محل التفسير وليس بالمعنى الخاص الذي يجتهد المفسر، وهو ما يعرف بالمعنى العادي^٢، وتساهم الممارسة اللاحقة في تحديد « المعنى العادي » لمصطلح معين، بمعنى ترجيح مدلول معين من بين كافة المدلولات الممكنة لمصطلح معين، ويكون ذلك عن طريق توضيق معنى المصطلح أو عن طريق توسيع معناه، أو عن طريق تضيق وتوسيع نطاق التفسير في آن واحد.

تضيق نطاق التفسير:

تسهم الممارسة اللاحقة في تحديد المعنى العادي للمصطلحات عن طريق تأكيد تفسير ضيق لها، ومثال ذلك فتوي محكمة العدل الدولية في قضية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، حيث قررت أن المعنى العادي لعبارتي «السموم أو الأسلحة السامة» يفهم منها من ممارسة الدول بمعناها العادي أنهما يشملان الأسلحة التي يكون أثرها الرئيسي - والحصري - هو التسميم أو الخنق، وأكدت أن ممارسات الدول تشير بشكل واضح إلى أن الدول لم تتعامل مع عبارتي «السموم أو الأسلحة السامة» علي أنهما يشيران إلى الأسلحة النووية.^٣

وبالتالي فإن ممارسات الدول اللاحقة ضيقت من هذا المفهوم وحصرته فقط في كل ما من شأنه أن يسبب التسميم أو الخنق ولا يمتد مفهومه للأسلحة النووية.

توسيع نطاق التفسير:

أحياناً يسهم التباين في الممارسة اللاحقة في توسيع نطاق تفسير معني المصطلحات، وظهر ذلك في قضية Mazilu حيث رأت محكمة العدل الدولية أن ممارسة الأمم المتحدة دأبت على تكليف أشخاص ليس لديهم صفة موظفي الأمم المتحدة بمهام متنوعة، وفي جميع الحالات تم اعتبار هؤلاء الأشخاص خبراء

1. S. D. Murphy, The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties. supra note 4. p.85

٢. د/ عادل أحمد الطائي، قواعد التفسير القضائي الدولي للمعاهدات الدولية، المرجع السابق، ص ٢٨٩

3. Legality of the threat or use of Nuclear weapons. Advisory opinion. I.C.J Reports 1996 . p.226 at. p.248 paras.55.56

موفدين في مهام بالمعنى الوارد في القسم ٢٢. ١٠
وهنا وسع نطاق التفسير من مفهوم الخبراء الموفدين ليشمل أشخاصاً ليس لديهم صفة موظفي الأمم المتحدة.

تضييق وتوسيع نطاق التفسير في نفس المعاهدة :

من الممكن أن تسهم أشكال مختلفة من الممارسة في تضييق وتوسيع نطاق تفسير مختلف المصطلحات في نفس المعاهدة ومثال ذلك الفتوى الصادرة في قضية مصروفات معينة للأمم المتحدة، حيث وسعت المحكمة من معني مصطلح «المصروفات» وضيقته من معني مصطلح « الأعمال» في ضوء الممارسة اللاحقة للمنظمة ٢٠.

ثانياً: المصطلحات في سياقها:

نصت المادة ٢١ / ١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات علي أن تفسر المعاهدة « وفقاً للمعنى العادي في السياق الذي ترد فيه » ولذلك فإن تفسير المعاهدة من خلال الرجوع « للسياق العام » الذي وردت فيه هو وسيلة من وسائل تفسير المعاهدات، فالمعاهدة ليست بناء مادي ينفصل فيه كل نص عن النصوص الأخرى المكونة للسياق العام للمعاهدة، فالمعنى العادي لألفاظ المعاهدة يأتي في سياق كافة نصوصها ويتسق معها بحيث يكون صورة متناغمة لا تشذ عن باقي نصوص المعاهدة ، ويمكن للممارسة اللاحقة أن تسهم بالتفاعل مع تلك الوسيلة في تفسير المعاهدات من خلال تحديد تفسير أضيق أو أوسع لعبارات المعاهدة. ٢
ومثال ذلك فتوى محكمة العدل الدولية الخاصة بالمنظمة الاستشارية الحكومية الدولية للملاحة البحرية، حيث كان علي المحكمة تفسير معني عبارة « ثمانية من... أكبر بلدان مالكة للسفن »، فأثارت عبارة « أكبر بلدان مالكة للسفن » عدة تفسيرات فقد تكون أكبر بلدان من حيث الحمولة المسجلة، وقد تكون الأكبر من حيث ملكية الرعايا، وفي النهاية قررت المحكمة انه : « من غير المرجح اتجاه نية واضعي المادة الأخيرة (٢٨ / أ) إلي استخدام أي معيار آخر غير الحمولة المسجلة في تحديد أكبر الدول المالكة للسفن، لأن السياق العام للمعاهدة إقتضى ذلك ٤ .

1. “in practice, according to the information supplied by the Secretary-General, the United Nations has had occasion to entrust missions — increasingly varied in nature — to persons not having the status of United Nations officials. (...) In all these cases, the practice of the United Nations shows that the persons so appointed, and in particular the members of such committees and commissions, have been regarded as experts on mission within the meaning of Section 22.

Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (Advisory Opinion) {1989}, I.C.J. Reports 1989, p. 194, para. 48.

2. Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the charter) . Advisory opinion of 20 July 1962 : I.C.J Reports 1962 . p.151

٢. د/ عادل أحمد الطائي، قواعد التفسير القضائي الدولي للمعاهدات الدولية، المرجع السابق ، ص ١٣٤

4. “ it is unlikely that when the latter article (Article 28/a) was drafted and incorporated into the convention it was contemplated that any criterion other than registered tonnage should determine which were the largest shipping owning notions “ See, constitution of the Maritime safety committee of the Inter-Governmental maritime consultative Organization . Advisory opinion of 8 June 1960.ICJ Reports 1960 . p.150 . at p.169

وبالرغم من أن الممارسة اللاحقة تستخدم غالباً لتوضيح معنى الألفاظ الغامضة أو العامة، إلا أنه حتى الألفاظ الواضحة ظاهرياً ليست بمنأى عن أن تشكل في صحتها الممارسة اللاحقة للدول، ومثال ذلك فتوى الجدار العازل حيث رأت فيها المحكمة «أن الممارسة المقبولة للجمعية العامة على النحو الذى تطورت إليه يتفق مع المادة ١/١٢ من الميثاق، برغم ان ألفاظ نص تلك المادة واضحة، إلا أن الممارسة اللاحقة للجمعية العامة أكثر وضوحاً من هذا النص»^١، حيث فتحت الممارسة اللاحقة الباب هنا أمام إعادة تفسير نصوص المعاهدة الواضحة ظاهرياً.

ثالثاً: الموضوع والغرض:

بينت المادة ٢١ / ١ وسيلة أخرى للتفسير وهي تفسير المعاهدة بالاستعانة بموضوع المعاهدة والغرض منها، وتساعد الممارسة اللاحقة في إيضاح موضوع وغرض المعاهدة، أو الترجيح بين تلك الوسيلة ووسائل التفسير الأخرى، فيمكن ان يكون هناك ترابط وثيق بين الممارسة اللاحقة وموضوع المعاهدة أو غرضها، وبالتالي فإن الممارسة اللاحقة تساعد في تحديد هذا الغرض أو ذلك الموضوع.

ومثال ذلك قضية الحدود البرية والبحرية بين الكاميرون ونيجيريا، حيث قررت محكمة العدل الدولية أنه : « يتضح من نصوص المعاهدة ومن الممارسات الوارد تحليلها... أن هيئة حوض بحيرة تشاد منظمة دولية تمارس صلاحياتها ضمن منطقة جغرافية معينة، غير أن غرضها ليس هو تسوية المسائل المتعلقة بصون السلام والأمن الدوليين علي صعيد إقليمي، وبذلك لا ينطبق عليها الفصل الثامن من الميثاق ٢ ، وهنا استندت المحكمة إلى الممارسة اللاحقة لتوضيح الغرض من المعاهدة.

المطلب الثاني ممارسات الدول

إن الدول هي صاحبة الاختصاص الأصيل بتفسير المعاهدة، وتلجأ للقضاء الدولي فقط إذا تعذر عليها ذلك، فتساهم ممارسات الدول خارج السياقات القضائية أو شبه القضائية في توضيح معنى المعاهدة، فقد تضيق تلك الممارسات من نطاق التفسير أو توسع منه أو تحدد هامشاً معيناً للسلطة التقديرية التي تمنحها المعاهدة للدول، وعلى ذلك سأعرض في البداية للمقصود بممارسات الدول، ثم لأثرها في التفسير.

أولاً: مفهوم ممارسات الدول:

تعرف لجنة القانون الدولي الممارسة اللاحقة بأنها : « أي سلوك في تطبيق معاهدة من المعاهدات قد يسهم في تثبيت اتفاق على تفسير المعاهدة »، وتضيف اللجنة بأن هذا السلوك لا يقتصر على تصرفات

1. Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory advisory opinion. 2004. ICJ Rep. 136. 150 (27).
2. Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon V. Nigeria). Preliminary objections. Judgment. I.C.J Reports 1998 . p.275 . at p.306 para.67

الدولة الخارجية كالأعمال والبيانات الرسمية والتصويت علي الصعيد الدولي، بل يشمل أيضاً التصرفات الداخلية كالأعمال التشريعية والتنفيذية والقضائية الداخلية، كما قررت اللجنة أن الممارسة اللاحقة قد تشمل أيضاً ممارسات الكيانات من غير الدول التي تقع في نطاق ما تعتبره المعاهدة شكلاً من أشكال تنفيذها. ١

وبالتالي فإن الممارسة اللاحقة المقصودة هي التي تسند للدولة، ويثور التساؤل هنا حول المقصود بذلك فما هي الأجهزة التي تسبب تصرفاتها للدولة؟ وهل يمكن أن يعتد بممارسات الجهات الأخرى من غير الدول؟

١- أجهزة الدولة:

لا يسند إلى الدولة إلا التصرف الذي تضطلع به أجهزتها المسؤولة عن تطبيق المعاهدة، وبالتالي يجوز أن يقوم بهذه الممارسة كبار المسؤولين الحكوميين، بل ذهب القضاء الدولي إلى حد إسناد هذا التصرف إلى الرتب الدنيا أو حتى الجهات الأخرى من غير الدول، ففى قضية *Namibia* إعتبرت محكمة العدل الدولية أن قيام أفراد من قبيلة محلية هي «الماسوييا» بالاستعمال المنتظم لجزيرة على الحدود بين ناميبيا وبوتسوانا يمكن أن يعتبر ممارسة لاحقة بالمعنى المقصود في المادة ٣١/٣/ب من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. ٢

وعلى عكس ذلك دفعت تايلند أمام محكمة العدل الدولية فى قضية «المعبد» بأن بعض الخرائط التي سلمتها فرنسا والتي يبدو أنها تنحرف عن الخط الذي اتفق عليه أصلاً، لم يرها إلا مسئولون من الرتب الدنيا لم يكونوا في موقع يخولهم الموافقة بإسم سيام على خط الحدود بالنحو المرسوم فى الخرائط، وعليه قضت المحكمة بأن تصرف المسؤولين من الرتب الدنيا لن يسند إلى تايلند. ٣

وبناءً عليه يتبين أن التعويل على ممارسات الرتب الدنيا أو الجهات الأخرى من غير الدول مرهون بعلم الدولة لهذه الممارستها وقبولها إياها.

٢- الجهات الفاعلة الخاصة:

يقصد بها الجهات التي تدعوها المعاهدة إلى تطبيقها، وعادة ما تكون هي نفسها الدول الأطراف فى

1. G. Nolte. Second Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in Relation to the interpretation of treaties . supra note 11. P. 79.
2. was linked to a belief on the part of the Caprivi authorities that the boundary laid down by the 1890 Treaty followed the Southern Channel of the Chobe. and second. that the Bechuanaland authorities were fully aware and accepted this as a confirmation of the treaty boundary. Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia) {1999} I.C.J. Reports 1999. p. 1095. para. 74.
3. "If the Siamese authorities did show these maps only to minor officials. they clearly acted at their own risk and the claim by Thailand could not. on the international plane. derive any assistance from that fact." Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Merits) {1962} I.C.J. Reports 1962. p.25

المعاهدة، إلا أنه يمكن أن يسند تطبيق المعاهدة إلى جهات أخرى. فعرضت على محكمة المطالبات المتعلقة بإيران والولايات المتحدة الأمريكية مسألة ما إذا كان من الممكن إسناد تصرف معين تقوم به كيانات خاصة إلى دولة من الدولتين، عندما اسندت المحكمة ممارسة «المصرف المركزي» إلى إيران وهو هيئة تابعة لإيران وكان أحد المشاركين في مفاوضات التسوية، واستبعدت مصارف الولايات المتحدة لأنها لم تكن مشاركة في مفاوضات التسوية، وردت المحكمة على ذلك بأنه: يؤخذ في الإعتبار إلى جانب سياق المعاهدة أي ممارسة في مجال تطبيق المعاهدة الدولية، ولكن هذه الممارسة يجب ان تكون من فعل أطراف المعاهدة، وأن تثبت إتفاق الأطراف بشأن تفسيرها.^١ وبالتالي يتبين أن ممارسات الجهات الفاعلة الخاصة لا يعترف بها إلا إذا كانت باتفاق أطراف المعاهدة واتصل علمهم بها، وبصفة عامة لا يعترف القضاء الدولي بإسناد ممارسات الجهات الأخرى إلى الدولة الطرف بغرض تفسير المعاهدة إلا على نطاق محدود للغاية.

٣- التطورات الإجتماعية للدول:

تعتبر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هي الجهة القضائية الوحيدة التي تأخذ بالتطورات الإجتماعية للدول كممارسة تساعد في تفسير المعاهدات، فاعتبرت أن «تزايد القبول الإجتماعي» لبعض السلوكيات أو «التغيرات الإجتماعية الكبرى» ذات صلة بأغراض تفسير المعاهدات.^٢ ففى قضية Dudgeon ضد المملكة المتحدة والتي تتعلق بحق المثليين جنسياً المتراضين في عدم التعرض للتعريم بسبب علاقاتهم الجنسية، ورأت المحكمة أنه بمقارنة زمن سن تشريع أيرلندا الشمالية مع الوقت الحالي، فيتضح أن هناك فهماً أفضل وأقدر من التسامح مع السلوك الجنسي للمثليين وقررت أنه: « في الغالبية العظمى من الدول الأعضاء في مجلس أوروبا، لم يعد من الملائم التعامل مع ممارسات المثليين على أنها مسائل ينبغي أن يطبق عليها جزاءات جنائية، ولا يمكن للمحكمة التفاضى عن التغييرات الملحوظة التي حدثت في هذا الصدد في القانون المحلى للدول الأعضاء».^٣

1. "It is a recognized principle of treaty interpretation to take into account, together with the context, any subsequent practice in the application of an international treaty. This practice must, however, be a practice of the parties to the treaty and one which establishes the agreement of the parties regarding the interpretation of that treaty. Whereas one of the participants in the settlement negotiations, namely Bank Markazi, is an entity of Iran and thus its practice can be attributed to Iran as one of the parties to the Algiers Declarations, the other participants in the settlement negotiations and in actual settlements, namely the United States banks, are not entities of the Government of the United States, and their practice cannot be attributed as such to the United States as the other party to the Algiers Declarations" The United States of America (and others) and the Islamic Republic of Iran (and others) (supra), p. 71
2. See; J. A. Brauch, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" (2004), Columbia Journal of International Law, vol. 11, p. 145.
3. "that in the great majority of the member States of the Council of Europe it is no longer considered to be necessary or appropriate to treat homosexual practices of the kind now in question as in themselves a matter to which the sanctions of the criminal law should be applied; the Court cannot overlook the marked changes which have occurred in this regard in the domestic law of the member States". Dudgeon v. the United Kingdom (1981) (ECtHR), Series A, No. 45.

٢- ممارسة الجهات الأخرى باعتبارها دليلاً على ممارسات الدول:

(١) المنظمات الدولية:

قد تدلل التقارير والمصنفات الصادرة من المنظمات الدولية على ممارسات الدول التي يجوز الاستناد إليها لتفسير المعاهدات الدولية، وبشكل خاص تقارير المنظمات الدولية المعدة بناءً على ولاية محددة من أجل وصف تفاصيل ممارسة الدول في مجال بعينه.

ومثال ذلك عمل لجنة مجلس الأمن المنشأة بغرض وضع تصنيف منهجي لتدابير تنفيذ الدول الأعضاء لإتفاقية حظر إستحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة البكتريولوجية لعام ١٩٧٢، وهي ما عُرفت بمصفوفة القرار ١٥٤٠، فتعد تلك المصفوفة مصدراً ودليلاً على ممارسة الدول اللاحقة فيما يتعلق بتطبيق المعاهدة ١.

(٢) المنظمات غير الحكومية:

تقوم المنظمات غير الحكومية بدور مهم في رصد ممارسة الدول ومتابعة تنفيذها لأحكام معاهدة بعينها، ومثال ذلك مرصد الألغام الأرضية والذخائر العنقودية الذي يعمل على رصد الممارسات التي تقوم بها الدول الأطراف والدول الموقعة على إتفاقية حظر استعمال وتكديس وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدميرها لعام ١٩٩٧، وإتفاقية دبلن بشأن الذخائر العنقودية لعام ٢٠٠٨.

وأرى أنه يجب التعامل مع تقارير تلك الجهات بشيء من الحذر حيث إنها تسعى لتنفيذ أهداف معينة قد تكون بعيدة عن مخططات الدول، كما يسهل التأثير عليها بحيث تقدم تقارير بعيدة عن الواقع في بعض الأحيان، ومع ذلك فبشكل عام يمكن للمنظمات غير الحكومية ان تقدم مصدراً من مصادر ممارسات الدول إذا ابتعدت عن أسلوب التأثير السياسي وانتهجت أسلوب حث الدول على تقديم آرائها في مسائل معينة.

خلاصة القول، إن ممارسات الدول تشمل التصرفات الصادرة من كافة أجهزة الدولة، وبالنسبة لتصرفات المسؤولين من الرتب الدنيا فينبغي ان يتصل علم الدولة بتصرفاتهم، أما بالنسبة للجهات الأخرى غير الدول، فتؤخذ في الإعتبار طالما أنها ترصد وتعكس بحيادية وموضوعية الممارسات اللاحقة للدول.

ثانياً: أثر ممارسة الدول في التفسير:

١- تضيق نطاق التفسير :

قد تضيق ممارسات الدول من تفسير المعاهدة، فبرغم أن المادة (٥) من إتفاقية شيكاغو لعام ١٩٤٤ لا تقتضي حصول طائفة مستأجرة علي إذن بالهبوط وهي في طريقها إلي وجهتها، إلا أن ممارسات الدول

1. See Security Council resolution 1540 (2004), para. 8 (c), G. Nolte, Second Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in Relation to the interpretation of treaties, supra note 11, P. 79.

2. Cluster Munition Monitor 2011, pp. 59-344

(http://www.themonitor.org/cmm/2011/pdf/Cluster__Munition__Monitor__2011.pdf).

درجت علي ضرورة الحصول علي إذن، مما أدى إلي نشوء قبول عام لتفسير المادة (٥) من الاتفاقية علي أساس أنها تقتضي الحصول علي هذا الإذن ١٠. وبالمثل في أثر الممارسة اللاحقة في تفسير المادة ٢٢ / ٣ من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، فبالرغم من نص تلك المادة علي حرمة وسائل النقل التابعة لدار البعثة من إجراءات التفتيش أو الاستيلاء أو الحجز أو التنفيذ، فإن قطر السيارات الدبلوماسية يعتبر مباحاً في الممارسة العلمية، فقد دأبت ممارسات الدول اللاحقة علي إمكانية توقيف أو إزالة السيارات الدبلوماسية إذا ثبت إنها تشكل خطراً مباشراً علي المرور أو السلامة العامة أو عائقاً لها ٢٠.

٢- توسيع نطاق التفسير:

قد تشير الممارسة اللاحقة إلي توسيع نطاق التفسير أو إعطاء نطاق معين لممارسة الدول لسلطتها التقديرية، ومثال ذلك المادة ١٢ من بروتوكول عام ١٩٧٧ الإضافي الملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، حيث تنص علي ضرورة إبراز العلامات المميزة للصلب الأحمر أو الهلال الأحمر أو الأسد والشمس الأحمرين علي أرضية بيضاء ووضعها علي وسائل النقل الطبي، « يجب احترام هذه العلامة وعدم إساءة استعمالها ٢٠. وبرغم أن لفظ « يجب » يوحي بإلزام الدول باستخدام العلامة المميزة لوسم وسائل النقل الطبي، إلا أن الممارسة اللاحقة تشير إلي أن الدول تملك سلطة تقديرية في هذا الصدد، فرداً علي سؤال في البرلمان عن الممارسة التي تقوم بها ألمانيا في أفغانستان، ذكرت الحكومة أن إبراز الشعارات المميزة تجعل منها أهدافاً مفضلة، وبالتالي قررت القوات المسلحة الاتحادية، وكذلك بلجيكا وفرنسا والمملكة المتحدة وكندا والولايات المتحدة تغطية شارات الحماية التي تحملها المركبات الطبية ٤٠.

وهذه الممارسة تشير إلي أن تفسير معني « يجب احترام هذه العلامة » لا يتضمن التزام باستخدام شارة الحماية في جميع الظروف، وإنما تشير إلي منح سلطة تقديرية للأطراف.

يتبين من خلال عرض ممارسات الدول وأحكام محكمة العدل الدولية ذات الصلة ان للممارسة اللاحقة أثراً علي تحديد المعنى العادي لألفاظ المعاهدة وتوضيح هدفها والغرض منها والسياق الذي ترد فيه، فقد تؤدي الممارسة اللاحقة إلي تضييق نطاق تفسير المعاهدة أو توسيعه أو توسيع تفسير وتضييق آخر في نفس المعاهدة، أو إعطاء معني مختلفاً تماماً عن المعنى العادي لألفاظ المعاهدة، وأرى أن كل تلك الآثار تتوقف علي قوة الممارسة اللاحقة ووضوحها، فكلما كانت أقوى وأوضح كلما كان أثرها أكبر في تفسير المعاهدة.

1. S. D. Murphy. The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties. supra note 4. p.85
2. Ibid
3. “ it is unlikely that when the latter article (Article 28/a) was drafted and incorporated into the convention it was contemplated that any criterion other than registered tonnage should determine which were the largest shipping owning notions “
See. constitution of the Maritime safety committee of the Inter-Governmental maritime consultative Organization . Advisory opinion of 8 June 1960.ICJ Reports 1960 . p.150 . at p.169
4. G. Nolte. Second Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in Relation to the interpretation of treaties . supra note 11. P.79.

المبحث الثالث التفسير التطوري EVOLUTIVE INTERPRETATION

مرور الزمن آثار اجتماعية وقانونية لا يمكن إنكارها، وبحسب تعبير لجنة القانون الدولي «لا توجد علاقة قانونية خارج تأثير مرور الزمن»^١، ومن ثم فقد أدرجت لجنة القانون الدولي موضوع «المعاهدات عبر الزمن» في برنامج عملها لعام ٢٠٠٩.

فقد ثار التساؤل حول أثر الزمن على المعاهدات في قضية *Costa Rica v. Nicaragua* وتساءل دفاع نيكاراغوا حول ما إذا كان يجب تفسير المعاهدة «تفسيراً معاصراً» لوقت إبرامها أى وفقاً للمعنى العادى الذى تحمله نصوصها فى هذا الوقت؟ أم تفسيراً تطورياً يقتضى البحث عن المعانى التى سوف تحملها ألفاظها وقت التفسير؟^٢ وفصل فى النهاية فى القضية وفقاً للتفسير التطورى للمعاهدة، وفيما يلى سأعرض لمفهوم هذا التفسير وعلاقته بالممارسة اللاحقة.

المطلب الأول معنى التفسير التطوري وأساسه

الأصل أن أى معاهدة تفسر وفقاً للمعنى الذى تحمله ألفاظها وقت إبرام المعاهدة، وهو ما يعرف بمبدأ المعاصرة *principle of contemporaneity* وعرفه Fitzmaurice بأنه: «يجب أن تفسر المعاهدة وفقاً للمعنى الذى تحمله وفى ضوء الاستخدام اللغوى لتلك الألفاظ، فى الوقت الذى أبرمت فيه المعاهدة»^٣.

وأكد القاضى Huber نفس المعنى فقرر أنه: «يجب أن تؤوّل الواقعة القضائية فى ضوء القانون المعاصر لها، وليس القانون المطبق وقت تسوية النزاع»^٤.

1. “no legal relationship can remain unaffected by time”. M. Koskenniemi. Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the study group of the International Law Commission. UN DOC. A/CN.4/L.682 (2006). at 241.
2. M. Dawidowicz. The effect of the passage of time on the interpretation of treaties: some reflections on *Costa Rica v. Nicaragua*. supra note 44. p.205.
3. “The terms of a treaty must be interpreted according to the meaning which they possessed, or which would have been attributed to them, and in the light of current linguistic usage, at the time when the treaty was originally concluded.”
G. Fitzmaurice. The Law and Procedure of the international court of justice 1951-4: Treaty interpretation and other treaty points. 1951. 33 BYIL. at.212-217.
4. “a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not the law in force at the time such a dispute in regard to it arises or falls to be settled.”
Island of Palmas (Netherlands v. United States), award of 4 April 1928. RIAA. vol II. 829. at.845. para 16. referred to in: Martin Dawidowicz. The effect of the passage of time on the interpretation of treaties: some reflections on *Costa Rica v. Nicaragua*. supra note . p.206

ويرى Brownlie أن مبدأ المعاصرة يظهر في صدر المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من خلال تأكيدها على أن تفسر المعاهدة «بحسن نية» وفقاً للمعنى العادى لألفاظها^١، الأمر الذي أكدته المقرر الخاص Sir/ Waldock حيث يستند التفسير للرؤية المشتركة للأطراف وحسن النية، ويتماشى مع تفسير المعاهدة بالرجوع للهدف والغرض منها وسياقها الخاص، مما يدل على أن المعاهدة تفسر وفقاً لمبدأ المعاصرة.^٢

وبناءً على ذلك، فالأصل العام أن تفسر المعاهدة بحسن نية وفقاً للمعنى الذي قصده أطرافها وقت إبرامها، ولكن ماذا إذا قصد الأطراف عند إبرام المعاهدة أن يكون للفظ معين فيها معنى متطور عبر الزمن؟ الإجابة على هذا التساؤل تكون بالبحث عن «النية»، وبحسب رأى القاضى De Arechaga فإن «أثر مرور الزمن على المعاهدات يتحدد بالرجوع إلى نية الأطراف»، فالنية هي التي تحدد ما إذا كان لمصطلح ما معنى ثابت أو متطور عبر الزمن.^٣

معنى التفسير التطوري:

إن التفسير التطوري أسلوب في التفسير يستخدم لتحديد أثر مرور الزمن على المعاهدات، يتم من خلاله تفسير معنى لفظ أو ألفاظ معينة في المعاهدة وفقاً للمعنى الذي تحمله وقت تسوية النزاع وليس وقت إبرام المعاهدة.

يرجع أساس التفسير المتطور عبر الزمن إلى عدة أسانيد أوجزها في الآتي:

١. فكرة أن الأطراف قد تبرم معاهدة أو تضع نصاً في معاهدة بنية أن يكون له معنى متطور عبر الزمن، ففي ظل تغير ظروف أو وقائع معينة يتغير المعنى تبعاً لها، وقد تكون تلك الظروف والوقائع متغيرة بطبيعتها كالتطورات العلمية والتكنولوجية المتلاحقة، ومن هنا كان لزاماً أن يواكبها تطور في قانون المعاهدات.^٤

٢. تنص المادة ١/٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدة على أن تفسر المعاهدات في ضوء هدفها والغرض منها، كما تنص الفقرة ج منها على أن «يؤخذ في الاعتبار إلى جانب سياق المعاهدة... أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف»^٥، وبالتالي فإن لغة

1. " a Treaty should be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty."
I. Brownlie. principle of public international law. 2008. at.633.
2. M. Dawidowicz. The effect of the passage of time on the interpretation of treaties:some reflections on Costa Rica v. Nicaragua. supra note 44 . p.206
3. Ibid . p.212
4. J. Arato. Subsequent practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over time and their diverse consequences. the Law and Practice of International Courts and Tribunals (2010). at : 465.

٥. وجدير بالذكر أن مسودة اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وردت بها بالمادة ٥٦ النص على أن "تطبيق المعاهدة تحكمه قواعد القانون الدولي النافذة وقت تطبيق المعاهدة"

Philippe Sands and Jeffery Commission. Treaty. Custom and time. interpretation/application. in Fitzmaurice. M. Elias In: Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties – 30 Years on. supra note 2. p.41

- اتفاقية فيينا لا تمنع من تبني تفسير تطوري طالما يحقق هدف المعاهدة وغرضها.
٢. ان قرار Wiesbaden عام ١٩٧٥ الذي تبناه معهد القانون الدولي في التعليق على اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، أكد على أنه من الملائم عند تفسير المعاهدة اللجوء إلى الطرق العادية في التفسير «لتحديد ما إذا كان المعنى المراد هو الذي يفهم وقت كتابة المعاهدة أم ذلك الذي يفهم وقت تطبيقها»^١.
٤. ان لجنة القانون الدولي تعمدت إغفال الإشارة لأي عنصر زمني في تفسير المعاهدات أثناء مناقشات اتفاقية فيينا، وأحالت إلى أهمية البحث عن نية الأطراف.
٥. توجد العديد من أحكام القضاء الدولي المؤيدة للتفسير التطوري، ولعل أبرزها حكم محكمة العدل الدولية الشهير في قضية *Costa Rica V. Nicaragua* حيث قررت أن أي التزام متطور عبر الزمن «لا بد أن يفهم في إطار المعنى الذي يحمله في كل مناسبة تفسر فيها المعاهدة على حدا ، وليس بالضرورة أن يكون هو المعنى الأصلي»^٢.
- ولذلك فإن أسلوب التفسير التطوري للمعاهدات معترف به في القضاء الدولي، ويرتكز أساساً على البحث في « النية الأصلية » للأطراف^٣ فلا بد أن تتجه نيتهم إلى إعطاء مصطلح معين في المعاهدة أو المعاهدة ككل معنى متطور، والأساس في اتجاه القضاء الدولي لتقرير أن مصطلحاً ما ذا معنى متطور هو دائماً تفسير نية أطراف المعاهدة ، إذ يختار أطراف المعاهدة أفضاً بعينها مع علم وقصد كاملين بأن يكون لتلك المصطلحات معنى متطور عبر الزمن.
- ويثور التساؤل حول كيفية استخلاص نية أطراف المعاهدة لإعطاء لفظ معين معنى متطور عبر الزمن، ووجدت لجنة القانون الدولي أن هناك مواصفات محددة أو دلائل تشير إلى اتجاه نية الأطراف لإعطاء لفظ معين معنى متطور عبر الزمن ، تلك المواصفات هي: ٤
- (١) إذا كان مفهوم اللفظ يأخذ في اعتباره ضمناً التطورات التكنولوجية أو الاقتصادية أو القانونية .
- (٢) أن يضع المفهوم التزاماً على الأطراف بقيامها بأعمال متطورة في ذاتها عبر الزمن .
- (٣) إذا كان للمفهوم طبيعة عامة جداً ، أو تم التعبير عنه بشكل عام يفهم منه أخذهم في الاعتبار تغير الظروف.

1. " it is appropriate to have recourse to the usual methods of interpretation in order to determine whether the concept concerned is to be interpreted as understood at the time when the provision was drawn up or as understood at the time of its application."

Wiesbaden resolution. the international problem in public international law. the institute de droit international on 11 August 1975. available at: www.idi-iil.org

2. " It must be understood to have the meaning they bear on each occasion on which the treaty is to be applied. and not necessarily their original meaning ".

Costa Rica V. Nicaragua. op.cit. para 70 .

٣. برغم أن القاضي *Fitzmaurice* من أكثر المؤيدين لتقييد حدود التفسير المتطور للمعاهدات ؛ إلا أنه لم ينكر أن نية الأطراف قد تتجه لإضفاء معنى متطور على بعض ألفاظ المعاهدة .

.M. Fitzmaurice. "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties". supra note 6. P. 203

4. ILC. Conclusions of the work of the study group on the Fragmentation of International law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International law. 2006. para 23.

وتبدو تلك المواصفات منطوية إلى حد كبير، فإستخدام ألفاظ عامة ، أو مصطلحات علمية بدون تحديد دقيق لمعناها يشير حتماً إلى اتجاه نية أطراف المعاهدة لتفسير تلك الألفاظ بشكل متطور عبر الزمن، فمن غير الممكن أن تصبح التزامات الأطراف في المستقبل حبيسة عبارات قديمة قد تكون غير صحيحة في وقت تسيرها ، أو غير مستخدمة بفضل التطور العلمي والتكنولوجي ١ ، وأرى أن مدة سريان المعاهدة قد تسهم في ترجيح إعطاء ألفاظها مفهوماً تطورياً، وأقصد بالذات المعاهدات المبرمة لمدة طويلة ومتواصلة من الزمن.

أشكال التفسير التطوري:

قد تكون ألفاظ المعاهدة ذاتها متطورة، أو يكون غرض وهدف المعاهدة يوحي بنية الأطراف لتبنى تفسير متطور، وذلك على النحو التالي.

أولاً : الألفاظ ذات المعنى المتطور :

تكشف ممارسات القضاء الدولي عن ألفاظ معينة اعتبرتها تحمل بذاتها معنى متطور عبر الزمن، فعلى سبيل المثال وجدت محكمة العدل الدولية في قضية Aegean Sea أن عبارة « الوضع الإقليمي» Territorial Status في ذاتها تحمل معنى متطور عبر الزمن، وأيضاً لفظ حقوق Rights معناه متطور بحيث يمكن ان يحمل حقوقاً لم تكن موجودة وقت إبرام المعاهدة.٢

كذلك وجدت محكمة العدل الدولية في قضية Costa Rica V. Nicaragua أن لفظ Comercio – أي التجارة – المستخدم في معاهدة ١٨٥٨ يحمل معنى متطوراً عبر الزمن ، ولم يقصد به المعنى المتداول حينها وهو «تجارة السلع» ؛ لأن لفظ « التجارة» من الألفاظ شديدة العمومية ، واستندت المحكمة إلى جانب ذلك على المدة غير المحدودة لمعاهدة ١٨٥٨ ، فالمعاهدة لم تؤقت بمدة معينة ، الأمر الذي يشير إلى أن اتجاه نية الأطراف لإعطاء لفظ « التجارة » معنى متطوراً عبر الزمن. ٣

وبالنسبة لجهاز الاستئناف بمنظمة التجارة العالمية فقد وجد أن لفظ « الموارد الطبيعية » Natural Resources الوارد في اتفاقية منظمة التجارة العالمية ذا معنى متطور عبر الزمن . ٤

كذلك وجد جهاز تسوية منازعات الاستثمار في قضية Mihaly أن لفظ الاستثمار الوارد في اتفاقية تسوية

1. D. Rietiker. The principle of " Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights : ITS different Dimensions and its consistency with public International law. Nordic J. InLL- 79.2010. p. 245-255.
2. Aegean Sea Continental Shelf. 1978. ICJ. Dec la.Para 77
3. Costa Rica V. Nicaragua. op.cit. para 67.
4. WTO AB. United States- Import prohibition of Certain shrimp and shrimp products. WT/Ds 58/ AB/R. DSR 1998. para 130.
5. Mihaly International Crop. V. Sri Lanka. ICSID. Case No. ARB/00/2. award Mar. 15.2002.

منازعات الاستثمار لفظ مرّن يسمح بتطويره في المستقبل وفقاً لتطور القانون الدولي المتعلق بالاستثمار.هـ
نطاق التفسير التطوري:

يؤثر التساؤل حول نطاق تطبيق التفسير التطوري، فهل يقتصر على القانون المطبق بين الأطراف، أم يمتد ليطال أي معاهدات أخرى؟

وفقاً لتقرير لجنة القانون الدولي، فإنه بالرجوع للمادة ٣١/٣/ج التي نصت على أن يؤخذ في الاعتبار عند تفسير المعاهدة أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف، فإن التفسير التطوري لألفاظ المعاهدة كأصل عام لا بد أن يعتمد فقط على القانون المطبق على العلاقات بين أطراف المعاهدة ١.

ومع ذلك فالقضاء الدولي يشهد أمثلة لتوسيع نطاق التفسير بحيث تشمل وسائل التفسير قواعد القانون الدولي بشكل عام بصرف النظر عما إذا كان استخدمها الأطراف في العلاقات فيما بينهم أم لا ، فعلى سبيل المثال لجأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Markx إلى تفسير لفظ متطور بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بالاعتماد على معاهدين دوليتين لم يوقع عليهما كافة الدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أو يصدق عليهما غالبية الدول الأطراف، وبررت المحكمة الأوروبية ذلك بأن «وجود هاتين المعاهدتين يدل على إجراء واضح ذي أساس عام في هذا المجال بين المجتمعات المتحضرة» ٢. وفي ذات الاتجاه لم تلتزم محكمة العدل الدولية في تطبيق التفسير التطوري لألفاظ المعاهدة بالقانون المطبق بين الأطراف فقط، فعلى سبيل المثال استندت في قضية Costa Rica V. Nicaragua على ظروف واقعية Factual Circumstances في التفسير التطوري للفظ Comercio حيث قررت أن «المعنى أو المحتوى الممكن للتفسير المتطور قد يسمح ضمن أشياء أخرى ، الاستناد على التطورات في القانون الدولي» ٣.

وعليه فقررت أنه لا يمكن أن يقتصر معنى كلمة «تجارة» في الوقت الحالي على «تجارة السلع» فقط، ولكن يفسر معناها وفقاً للمعنى العادي المعاصر للفظ. وبالتالي فإن قضاء محكمة العدل الدولية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، اعتمد في التفسير المتطور على وسائل خارجية سواء كانت معاهدات أو ظروفاً واقعية قد لا يكون لها صلة بالقوانين التي يطبقها الأطراف فيما بينهم .

ثانياً : التفسير التطوري على أساس غرض المعاهدة والهدف منها :

تختلف طريقة التفسير التطوري للمعاهدة ككل بالنظر للغرض والهدف منها عن طريقة تفسير اللفظ

1. Fragmentation Report. supra note 95. para 77.
2. "The existence of these two treaties denotes that there is a clear measure of common ground in this area among modern societies".
Marckx V. Belgium . ECHR Rep. 1979. para 41.
3. " A meaning or content capable of evolving may make allowance for. among other things. developments in international law" .
Costa Rica V. Nicaragua. supra note. para 64.

بذاته ، فتقوم فكرتها على أساس أنه بالرغم من أن أفاضل المعاهدة ثابتة ولا تحمل أي معنى متطور عبر الزمن ، إلا أن تغير الظروف الواقعية يقتضي أن يعاد تفسير تلك المعاهدة بشكل تطوري حتى تظل فعّالة وتحقق هدفها والغرض منها . ١

ومثال ذلك عبارتا «الظروف بالغة الصعوبة للعالم الحديث»، أو «رفاهية هذه الشعوب وتطورها» في المادة ٢٧ من عهد عصبة الأمم، ففسرتها محكمة العدل الدولية على أساس السياق التطوري في فتاها بشأن ناميبيا على أساس أنهما يشيران إلى تطور الحق في تقرير المصير. ٢

وهذا ما قرره محكمة التحكيم في قضية Iron Rhine إذ أشارت إلى أن القضية الحالية تقتضي تفسير نصوص المعاهدة بشكل يواكب التطور التقني أكثر من الاعتماد على تفسير المفاهيم الواردة كما هي ، وعليه قررت أنه « يبدو أن التفسير المتطور الذي يضمن تطبيقها بطريقة فعّالة في إطار هدفها والغرض منها سيكون هو المفضل على التطبيق الصارم للقواعد التقليدية في التفسير» . ٣

ولكن تحديد أهداف وأغراض المعاهدة ليس بالأمر السهل فهل للمعاهدة هدفاً أو غرضاً واحداً ؛ أم يمكن أن تتعدد وتتوعد أهدافها وأغراضها؟ ، كذلك قد يؤدي تفسير المعاهدة في إطار هدفين أو أكثر إلى أكثر من تفسير للنص الواحد ، ولذلك سناقش ذلك فيما يلي .

بالنسبة لوحدة أو تعدد أغراض وأهداف المعاهدة ، يرى Klabbers أن للمعاهدة هدف وغرض واحد ، حيث إن من شأن تعدد أهداف وأغراض المعاهدة أن يؤدي لتفسيرات مختلفة للنص الواحد . ٤ وعلى عكس ذلك قرر جهاز الاستئناف بمنظمة التجارة العالمية في قضية Shrimp-Turtle أن المعاهدة قد يكون لها أهداف وأغراض متعددة ، وهناك أسباب مختلفة قد تدعو الأطراف إلى وضع أكثر من هدف أو غرض للمعاهدة . ٥

وفي ذات الاتجاه يري Gardiner أن معظم المعاهدات ليس لها موضوع وغرض وحيد غير منقوص وإنما طائفة من الموضوعات والأغراض المختلفة وربما المتنازعة، ويمكن أن تساعد الممارسة اللاحقة في الحد من حالات التنازع الممكنة . ٦

وأرى أن للمعاهدة بالفعل هدفاً وغرضاً واحداً، إلا أنه قد يكون مركباً من عدة عناصر يجمعها هدف أو غرض واحد، ومثال ذلك قضية Iron Rhine التي تعلق بتفسير معاهدة ترسيم حدود بين بلجيكا

1. M. Fitzmaurice. "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties". supra note 6. p. 211.
2. G. Nolte . Second Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in Relation to the interpretation of treaties . supra note 11. P. 79.
3. " ... It seems that an evolutive interpretation which would ensure an application of the treaty that would be effective in terms of its object and purpose. will be preferred to a strict application of the intertemporal rule. "
See; Iron Rhine Arbitration (Belg. V. Neth.). 27 R.T.A.A. 35.73. para 80.
4. Jan Klabbers. "Treaties. Object and purpose". in Max planck Encyclopedia of public International law. para 1.6-7.
5. AB Report. United States – Impart prohibiton of Certain shrimp and shrimp products. supra note. para 114.
6. R. Gardiner . Treaty interpretation. supra note 18. p. 235

وهولندا، حيث تضمنت تلك المعاهدة نصوصاً خاصة بحقوق عبور الحدود عبر خط سكة حديد بين البلدين، تلتزم فيها هولندا بصيانة هذا الخط، ويحق بلجيكا استخدامه في الوصول لألمانيا بدون أن يخل ذلك باقتصاد الدولتين.^١

ففي هذه المعاهدة قد يكون الهدف أو الغرض منها ببساطة هو رسم حدود مستقرة بين الدولتين ، وقد يكون منح بلجيكا حقوقاً على استخدام خط السكة الحديد في مقابل صيانة هولندا لهذا الخط وإلا أصبحت الحدود فيما بينهم غير مستقرة ، والواقع أن الغرض الثاني يمكن أن يندرج تحت الغرض الأول ، فالأول يجبه .

ولكن إذا فُرض أن صيانة خط السكة الحديد ليس من أغراض المعاهدة ولم تلتزم به هولندا وبالتالي أخل بحقوق بلجيكا في استخدامه فسينشأ حينها نزاع حول الحدود ، وبالتالي فمن الصعب استبعاد الالتزام بالصيانة من أغراض المعاهدة، وليست هناك قاعدة واضحة ودقيقة تحدد ما إذا كان للمعاهدة غرض واحد أو أكثر ، وأرى أنه من الأفضل أن يترك لتقدير المحكمة على أساس قاعدة كل حالة على حدة - Case by- Case basis .

المطلب الثاني

العلاقة بين التفسير التطوري والممارسة اللاحقة

قد تلجأ المحاكم الدولية إلى تفسير المعاهدة إستناداً للممارسة اللاحقة عوضاً عن تفسيرها في ضوء الممارسة اللاحقة وذلك بحسب اتجاه المحكمة نحو أي منهما ، حيث ان التفسير التطوري لا يزال محل جدل ، وفيما يلي سأعرض لشكلى العلاقة بين التفسير التطوري والتفسير في ضوء الممارسة اللاحقة.

أولاً: تأكيد التفسير التطوري للمعاهدة إستناداً إلى الممارسة اللاحقة:

فسرت محكمة العدل الدولية مصطلح (تجارة) في القضية الشهيرة *Costa Rica v. Nicaragua* على أساس أنه يشمل التجارة في البضائع والخدمات ونقل الأشخاص، بالرغم من أن تفسير هذا المصطلح وقتها كان مقتصرًا على التجارة في البضائع فقط، ودعمت المحكمة تفسيرها استناداً إلى كل من الفهم التطوري للمعاهدة والممارسة اللاحقة للأطراف، التي تمثلت في ممارسة كوستاريكا لأنشطة سياحية على نهر «سان خوان» لمدة عقد من الزمن على الأقل بدون إعتراض نيكاراغوا، بل قامت الأخيرة بالممارسة المنتظمة المتمثلة في السماح بالملاحة لأغراض السياحة.

وبالتالي فإن الممارسة اللاحقة للطرفين أدت إلى فهم مختلف للمعاهدة، ويظهر ذلك من حيثيات حكمها إذ قررت أنه:

«يمكن أن تؤدي الممارسة اللاحقة للطرفين - بالمعنى المقصود في المادة ٣١/٣ ب من اتفاقية فيينا - إلى الإبتعاد عن القصد الأصلي بناءً على إتفاق ضمنى بين الطرفين، ومن ناحية أخرى هناك حالات كان فيها

1. Iron Rhine Arbitration. supra note 119, paras 80-84.

قصد الأطراف عند إبرام المعاهدة هو إعطاء المصطلحات المستخدمة معنى قادراً على التطور وليس معنى نهائياً ثابتاً، وذلك من أجل السماح بجملة أمور من بينها مراعاة المستجدات في القانون الدولي». ١
 وفي الواقع، يرى Aust أن مفهوم الممارسة اللاحقة وُضع أساساً في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بغرض تمكين الأطراف من تبني مفاهيم متطورة تعبر عن رضاهم بتفسير جديد أو مختلف للمعاهدة، ويضيف بأن الممارسة اللاحقة تمكن الأطراف أيضاً من التعبير اللاحق عن ارادتهم وتكشف عن فهمهم لنصوص المعاهدة. ٢

وتظهر أهمية الإعتماد على الممارسة اللاحقة والتفسير التطوري معاً كوسيلة للتفسير في المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان، حيث إن مفهوم حقوق الإنسان في ذاته متطور عبر الزمن كما أنه متغير حسب ظروف كل حالة، ولكن إذا تم تأسيس هذا التطور على أساس الممارسة اللاحقة وحدها فسيصعب حينها التمييز بين تلك الممارسة كوسيلة للتفسير والكشف عن نية أطراف المعاهدة، وبين انتهاكات أي دولة طرف لأحكام المعاهدة، ومن هنا تتجلى قيمة المزج بين التفسير التطوري للمعاهدة والممارسة اللاحقة لتفسير المعاهدات الخاصة بحقوق الإنسان. ٣

ثانياً: اللجوء للممارسة اللاحقة عوضاً عن التفسير التطوري:

قد يكون اللجوء للتفسير التطوري غير محبذ في كثير من الأحيان، حيث يرى القاضى Skotnikov أنه: «يبدو من الأفضل الإعتماد على الممارسة اللاحقة للأطراف في العديد من القضايا عوضاً عن إعلان أن نصوصها ذات طبيعة متطورة ...» ٤

ويؤيده في ذلك Sinclair حيث يرى أن فكرة الممارسة اللاحقة ترفع كثيراً من الحرج عند التسليم بأن التفسير التطوري قد عدّل المعاهدة بشكل غير رسمي، فعوضاً عن الإقرار بأن معاني المعاهدة عدلت بشكل غير رسمي، أو بغير الطريق الطبيعي المرسوم لتعديل أي معاهدة دولية، فإن الممارسة اللاحقة للأطراف تبدو طريقاً رسمياً لإعادة تفسير المعاهدة من دون اللجوء لفكرة تعديل المعاهدة بغير الطرق الرسمية. ٥
 وتظهر أهمية اللجوء للممارسة اللاحقة عوضاً عن التفسير التطوري بشكل خاص في معاهدات ترسيم

1. “On the one hand, the subsequent practice of the parties, within the meaning of article 31 (3) (b) of the Vienna Convention, can result in a departure from the original intent on the basis of a tacit agreement between the parties. On the other hand, there are situations in which the parties’ intent upon conclusion of the treaty was (...) to give the terms used (...) a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law.”

Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), op.cit.p.213

2. A. Aust, Modern Treaty Law & Practice, supra note 55, p. 191-95

3. R. Higgins, Some Observations on the inter-temporal rule in International Law, in J.Makarczyk ed., Theory of International Law at the threshold of the 2st century, 1996, at. 174.

4. Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), supra note , separate opinion of Judge Skotnikov.

5. I. Sinclair, the Vienna convention on the law of treaties, supra note 14, at. 136

الحدود، حيث إن استقرار الحدود المرسومة يمثل عنصراً أساسياً في المعاهدة، بل لعله هو الهدف والغرض الوحيد منها، ولذلك ينأى الفقه والقضاء عن التسليم بأن لمعاهدات ترسيم الحدود معنى متطوراً عبر الزمن، وعوضاً عن ذلك تبدو فكرة الممارسة اللاحقة كوسيلة للتفسير واقعية أكثر.^١

ففى قضية نزاع الحدود بين أثيوبيا وارتريا عام ٢٠٠٢ لجأت اللجنة الخاصة إلى الممارسة اللاحقة للدولتين فى تفسير تعديل الحدود بينهما، فقررت أن الدولتين فسرتا المعاهدة - التى وضعتها الدول الإستعمارية لترسيم الحدود بينهما - بشكل يعكس فهمهم المشترك للمعاهدة من خلال ممارساتهما اللاحقة، وعلى هذا الأساس فإن الحدود بينهما تغيرت لنقاط متعددة.^٢

الفصل الثالث الأثر المعدل للممارسة اللاحقة على المعاهدات الدولية

تمهيد:

أُبرمت معاهدة قادش - أقدم معاهده دولية - فى القرن الثالث عشر قبل الميلاد بين فرعون مصر رمسيس الثانى والملك حتوسيلي الثالث ملك الحوثيين، ونصت المعاهدة على أن: « لا تقوم أى أعمال عدائية بين مصر وأرض الحوثيين للأبد»، ونُقش هذا النص بالفضة ليعبر عن إلزام أبدي بين الدولتين لا يمكن تعديله، ويشير ذلك الحدث التاريخي إلى مسألة مهمة وهى صعوبة تعديل المعاهدات الدولية.

ولعل تلك الصعوبة لازالت قائمة، فقد فشلت جولة الدوحة فى وضع أى تعديل على التزامات الدول فى اطار منظمة التجارة العالمية بعد سبع سنوات من تأجيل التفاوض عام وراء عام نتيجة الخلافات بين الدول النامية والمتقدمة، ولذلك يثور التساؤل حول مدى إمكانية تعديل المعاهدة من خلال الممارسة اللاحقة؟ باعتباره طريقاً أسهل من طرق التعديل العادية.

تقسيم:

ولذلك ستقسم الدراسة فى هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، يتناول الأول مفهوم تعديل المعاهدات وفقاً للقواعد العامة، ويناقش الثانى مدى إمكانية تعديل المعاهدات من خلال الممارسة اللاحقة، ويعرض الثالث مدى إمكانية تعديل ميثاق الأمم المتحدة من خلال الممارسة اللاحقة، وذلك على النحو التالى.

المبحث الأول: تعديل المعاهدات وفقاً للقواعد العامة.

المبحث الثانى: مدى إمكانية التعديل بالممارسة اللاحقة.

1. Marcelo Kohen. The decision on the delimitation of the Eritrea/Ethiopia Boundary of 13 April 2002: A Singular Approach to the International Law applicable to territorial disputes. In: Marcelo Kohen ed., promoting Justice. Human Rights and Conflict Resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Cafilisch. 2007. P.767-772
2. Delimitation of Border (Ethiopia v. Eritrea). 25 R.I.A.A. April 2002. para 3.29

المبحث الثالث: مدى امكانية تعديل ميثاق الأمم المتحدة بالممارسة اللاحقة. المبحث الأول تعديل المعاهدات وفقاً للقواعد العامة

قد يتراءى لأطراف المعاهدة بعد فترة من الزمن تعديل نص أو أكثر من نصوص المعاهدة، وهذا طبيعى لأن العلاقات الدولية فى تطور مستمر، ولذلك رسمت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات طريقاً معيناً لتعديل أى معاهدة دولية، وسيتناول هذا المبحث المقصود بالتعديل وطرقه وفقاً لاتفاقية فيينا فى مطلبين متتاليين على نحو ما سيلي.

المطلب الأول مفهوم تعديل المعاهدات

يقصد بالتعديل إدخال تغييرات على نص أو أكثر فى المعاهدة سواء بالإضافة أو الحذف، وفى هذا الإطار تتنازع مفاهيم عدة فى القانون الدولى حول نفس المعنى، منها التغيير Modification، والتعديل Amendment، والمراجعة أو إعادة النظر Revision

يميز فقه القانون الدولى بين التعديل والتغيير من ناحية وبين إعادة النظر من ناحية أخرى، فالتعديل أو التغيير يكون محدوداً بنص أو عدة نصوص فى المعاهدة، بينما تستهدف إعادة النظر مراجعة كافة نصوص المعاهدة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٩ من ميثاق الأمم المتحدة، حيث أقرت بجواز « عقد مؤتمر عام من أعضاء الأمم المتحدة لإعادة النظر فى هذا الميثاق فى الزمان والمكان اللذين تحددهما الجمعية العامة بأغلبية ثلثي أعضائها وبموافقة تسعة من أعضاء مجلس الأمن»^١.

إلا أن التعديل ليس بالأمر السهل، فيشهد الواقع العملى صعوبات فى تعديل المعاهدات، ذلك أن المستفيدين من المعاهدات الدولية غالباً ما يعارضون تعديلها بشدة، مما يؤدي فى النهاية إلى بقائها على حالها^٢. فعلى سبيل المثال، بالرغم من أن ميثاق الأمم المتحدة قد رسم طريقاً لإعادة النظر فى كل نصوصه إلا أن ذلك لم يحدث، وأصطدم التعديل بالعديد من الصعوبات مما أدى فى النهاية إلى الإبقاء على الميثاق كما هو^٣.

الواقع أن صعوبة التعديل فى حد ذاتها لها ما يبررها، حيث تحتاج المعاهدات الدولية قدراً من الثبات

١. اد/أحمد أبو الوفا، الوسيط فى القانون الدولى العام، المرجع السابق، ص ١٦٦

٢. اد/أحمد أبو الوفا، الوسيط فى القانون الدولى العام، المرجع السابق، ص ١٦٧.

٣. تم إدخال تعديلات بسيطة على ميثاق الأمم المتحدة منذ إبرامه. تمثلت فى تعديل المادة ٢٣ الخاصة بزيادة العضوية فى مجلس الأمن عام ١٩٦٣، والمادة ٢٧ الخاصة بتعديل نظام التصويت فى مجلس الأمن عام ١٩٦٥، والمادة ٦١ الخاصة بزيادة العضوية فى المجلس الاقتصادى والاجتماعى فى عام ١٩٦٣ ومره أخرى عام ١٩٧١، ومنذ ذلك الحين لم يجر أى تعديل على ميثاق الأمم المتحدة.

See; J. Liang, Modifying the UN Charter through subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation. Nordic Journal of International Law 81 (2012).p.3

والإستقرار وألا تكون عرضة إلى تعديلات كل فترة تغير من قيمتها ومعناها، وعلى النقيض من ذلك فإن الحياة الدولية فى تغير مستمر منذ الأزل ولعل التغير فى العصر الحديث والحالى أصبح أكثر سرعة وتلاحقاً، مما يجعل من تعديل المعاهدة كل فتره ضرورة، وللتوفيق بين هذين الإعتبارين المتناقضين، يجب وضع ضوابط معينة للتعديل، لعل أدها أن يجرى التعديل فى الوقت المناسب.^١

بيد أنه ينبغى أن يلاحظ أن مشكلة التوفيق بين ثبات المعاهدة وبين التغييرات الدولية ليست هى المشكلة الوحيدة فى التعديل، بل إن آثار هذه التعديلات تثير أيضاً مشكلات بالنسبة للدول التى لم توافق عليها، فبعض الإتفاقيات تقرر سريان التعديل على كل الدول بقوة القانون^٢، فى حين تنهى معاهدات أخرى اشتراك الدول فيها بمجرد رفض التعديل^٣، وتعطى معاهدات أخرى للدول فرصة الانسحاب منها إذا لم توافق على التعديل.^٤

ويتبين من ذلك أن لتعديل المعاهدات آثاراً خطيرة تؤدي إلى تغيير موضوعى فى نص المعاهدة ينعكس على تعديل التزامات أطرافها، كما تؤدي إلى تغيير فى تركيب أطراف المعاهدة، إذ قد يفضى التعديل إلى إنسحاب دول أو انضمام دول أخرى.

المطلب الثانى إجراءات التعديل

القاعدة العامة هى أن تعديل أى معاهدة يتم باتفاق أطرافها، وهذا منطقي إذ إن الإرادة التى أنشأت المعاهدة هى وحدها التى يمكنها تعديلها بأى شكل من الأشكال، ولا يجوز تعديل المعاهدة بدون هذه الموافقة، إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الأطراف يقضى بخلاف ذلك، والأصل أيضاً أن إجراءات التعديل هى ذاتها إجراءات إبرام المعاهدات، ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك، ومعنى هذا أنه يجوز أن يجرى التعديل بإجراءات مبسطة عن إجراءات إبرام المعاهدات، وتسرى تلك القاعدة على كافة المعاهدات. وتضع إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بعض التفاصيل لإجراء التعديل، فتتص على أنه يجب إبلاغ جميع الأطراف بأى اقتراح للتعديل، ويكون لكل طرف فى المعاهدة أن يشارك فى المفاوضات التى تجرى للتعديل، وأى دولة تتضمن للمعاهدة بعد دخول الإتفاق المعدل حيز النفاذ تعتبر طرفاً فى الإتفاق المعدل وفى المعاهدة الأصلية.^٥

ويتم التعديل بموافقة أغلبية الدول الأطراف فى المعاهدة، وهذا ما يجرى عليه العمل الدولى حالياً، حيث تعرضت قاعدة الإجماع فى مراجعة المعاهدات للإنتقاد الشديد فى الفقه، لأن الموافقة الجماعية أمر يصعب تحقيقه، والمعاهدات الدولية فى حاجة لمراجعته من وقت لآخر، وبالتالي فإن قاعدة الإجماع ستقوض

١. اد/أحمد أبو الوفا، الوسيط فى القانون الدولى العام، المرجع السابق، ص١٦٧.

٢. المادة ١٨ من النظام الأساسى للوكالة الدولية للطاقة الذرية.

٣. عهد عصبة الأمم.

٤. ميثاق جامعة الدول العربية.

٥. المواد ٣٩ - ٤١ من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

٦. اد/أحمد أبو الوفا، الوسيط فى القانون الدولى العام، المرجع السابق، ص١٦٧.

أى تطور في نصوص المعاهدة. ٦.

ويتبين مما سبق:

أولاً: ان تعديل المعاهدات أمر صعب وله آثار خطيرة، حيث يؤدي لتعديل إلتزامات الدول بموجب المعاهدة مما يفضى إلى تغيير تركيب المعاهدة من حيث شكلها والأعضاء المنضمين إليها.

ثانياً: ان اتفاقية فيينا تضع طريقاً واضحاً لتعديل المعاهدات الدولية بموافقة أغلبية أطرافها.

ثالثاً: ان التطورات السريعة والمتلاحقة في العصر الحالى تفرض مراجعة نصوص المعاهدة من وقت لآخر بشكل أكثر يسراً وسهولة من الطريق التقليدى الذى رسمته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فهل توفى الممارسة اللاحقة بمتطلب سهولة التعديل؟

المبحث الثانى

مدى إمكانية تعديل المعاهدات بالممارسة اللاحقة

يقصد بتعديل معاني ألفاظ المعاهدة أو أحكامها بالممارسة اللاحقة: أن يأتي الأطراف سلوكاً لاحقاً بعيداً عن نطاق المعاهدة أو حتى مخالفاً للمعنى العادى لألفاظها أو السياق العام لها، عندئذ يتحول التفسير إلى تعديل لمفهوم المعاهدة ١

وقد أدى نمو المعاهدات متعددة الأطراف وإزديادها إلى زيادة مماثلة فى صعوبات التفاوض لإقرارها وبالمثل لإقرار أى تعديل فيها، ولعل أبرز مثال على ذلك هو فشل جولة الدوحة عام ٢٠٠٨ التى جرت للتفاوض بشأن بعض التعديلات فى إطار عمل منظمة التجارة العالمية بعد سبع سنوات من محاولة التوفيق بين المصالح التجارية والإقتصادية للدول، مما يشير إلى مدى صعوبة تعديل المعاهدات الدولية بالطرق التقليدية ٢.

وهنا تبرز أهمية تسليط الضوء على مدى إمكانية تعديل المعاهدات الدولية بغير الطرق الرسمية وتحديداً الممارسة اللاحقة، وفيما يلى سيتعرض هذا المبحث لموقف لجنة القانون الدولى والقضاء والفقهاء الدولى من إمكانية تعديل المعاهدة من خلال الممارسة اللاحقة.

المطلب الأول

موقف لجنة القانون الدولى

بدأت لجنة القانون الدولى عملها لتدوين قانون المعاهدات فى عام ١٩٤٩ وقدم المقرر الخاص للجنة Sir Waldock المسودة الأخيرة عام ١٩٦٦، واحتوت المسودة الأولى على مقترح بأن يكون للممارسة اللاحقة تطبيقين، الأول: باعتبارها وسيلة أساسية فى التفسير، والتطبيق الثانى: باعتبارها وسيلة تعديل غير

1. G Haraszti. Some Fundamental Problems in the Law of Treaties. supra note 24. p.18
2. A. M. Feldman. Evolving Treaty Obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement. supra note 38. p.656
3. A. Aust. Modern Treaty Law & Practice. supra note 55. p.6

رسمية للمعاهدات. ٣

وعرفت المسودة تعديل المعاهدة من خلال الممارسة اللاحقة لأطرافها بأنه يعني «أن تطبق المعاهدة بالرضي المشترك لأطرافها علي نحو ما لا تملية أحكامها»^١، فأطراف المعاهدة حرة تماماً في إعادة تفسير المعاهدة مرة بعد مرة، ويقتصر دور القضاء هنا علي البحث فيما إذا كان السلوك يعبر فعلاً عن نية الأطراف في الانسلاخ فعلاً من التفسير السابق، وبرر Waldock ذلك بأن الممارسة اللاحقة يمكن أن تعدل من أحكام المعاهدة، طالما أنها تمت بالرضي المشترك لأطراف المعاهدة، حتي ولو كان بشكل مختلف عما هو وارد في أحكامها. ٢٠

وقد وافقت لجنة القانون الدولي في البداية علي موقف Waldock ووضعت ذلك ضمن نص المادة ٢٨ من مسودة اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، إلا أن لجنة الصياغة صوتت ضد إدراج ذلك ضمن المادة ٢٧، خشية أن يؤدي ذلك إلى توسيع نطاق الممارسة اللاحقة بشكل مبالغ فيه، ومع التسليم بأن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لن تغطي كافة أشكال الممارسة اللاحقة، فرأت الدول أن تترك تقدير نطاق الممارسة اللاحقة للقضاء الدولي بحسب ظروف كل حالة. ٢

لكن Waldock دافع عن وجهة نظره بأن للممارسة اللاحقة أثراً معدلاً للمعاهدة الدولية، مؤكداً على أن ذلك جزءاً من القانون الدولي العرفي ٤ درجت على تطبيق أحكام القضاء الدولي قبل عمل اللجنة، وبالفعل أكدت المحاكم الدولية والخاصة منذ عام ١٩٦٩ وجهة نظر Waldock، ومثال ذلك محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية ناميبيا ٥، وقضية ترسيم الحدود بين أثيوبيا وإريتريا ٦، وكذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي أكدت في قضيتي Soering وöcalan حيث اتفقت جميعها على أن «الممارسة اللاحقة بين الدول الأطراف يمكن أن تعدل من الاتفاقية». ٧

المطلب الثاني موقف القضاء والفقهاء الدولي

أولاً: موقف القضاء الدولي:

تبايت مواقف القضاء الدولي فيما بينها بشأن الأثر المعدل للممارسة اللاحقة، فالبنسبة لمحكمة العدل

1. Ibid
2. “..... a consistent practice . establishing the common consent of the parties to the application of the treaty in a manner different from that laid down in Certain of its provisions . may have the effect of modifying the treaty “ see . ILC DALT . op.cit . at 236
3. A. M. Feldman. Evolving Treaty Obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement. supra note 38. p.665
4. Waldock’s statements to the Vienna Conference. supra note
5. Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding security council Resolution 276 (1970) . Advisory opinion . 1971 ICJ. 16 .paras 21 – 22
6. Delimitation of the Border (Ethiopia V. Eritrea) . 25 R.I.A.A 83 . paras. 21 -22
7. Öcalan V. Turkey . 2004 IV ECHR (2005) . soering V. United Kingdom . APP. No 14032 / 88 / 11 ECHR. Rep. .439.(1989)

الدولية فقد فصلت في قضية Temple of Preah Vihear عام ١٩٥٠ إستناداً إلى الأثر المعدل للممارسة اللاحقة، والتسليم بفكرة امكانية تعديل الإلتزامات التعاهدية بشكل غير رسمي من خلال الممارسة اللاحقة ١، وفي قضية US-France Air Services عام ١٩٦٣ اعتمدت محكمة التحكيم آنذاك على الممارسة اللاحقة للطرفين في تقرير أن حقوق هبوط الطائرات لكلا الطرفين قد تم تعديلها بالفعل ٢، وقد إستند Waldock إلى هاتين القضيتين في إثبات أن الأثر المعدل للممارسة اللاحقة جزء من القانون الدولي العرفي. ٣

كما قررت محكمة العدل الدولية في قضية النزاع علي حقوق الملاحة والحقوق المتصلة بها أن: « الممارسة اللاحقة التي تتبعها الأطراف، بالمعنى المقصود في المادة ٣١ / ٢ / ب من اتفاقية فيينا، يمكن أن تؤدي إلى الخروج عن القصد الأصلي على أساس اتفاق ضمني. » ٤

وتعتبر هيئات التحكيم بوجه عام أن الممارسة اللاحقة يمكن ان تؤدي إلي تعديل الأحكام الصريحة للمعاهدات، وتطبق ذلك باعتباره قاعدة، فقررت في قضية إريتريا ضد إثيوبيا أن «الحدود وفقاً لنص المعاهدة، عُدلت بالفعل بفضل الممارسة اللاحقة للأطراف» ٥

وعلى خلاف ذلك أنكرت هيئة الاستئناف بمنظمة التجارة العالمية أي أثر معدل للممارسة اللاحقة على المعاهدات الدولية، فقررت انها لن تقبل أي تفسير من شأنه أن يؤدي إلي تعديل إلتزام تعاهدي ٦، ويرى Nolte أن إتجاه هيئة الإستئناف له ما يبرره، حيث يجب أن يُقرأ قرارها هذا في ضوء المادة ٢ / ٢ من تفاهم تسوية المنازعات التي تنص على أن « التوصيات والأحكام الصادرة من هيئة تسوية المنازعات لا يمكن أن تضيف شيئاً إلي الحقوق والواجبات المنصوص عليها في الاتفاقات المشمولة أو تتقصص منها ٧، وبالتالي فإن أي تعديل بالممارسة اللاحقة غير مقبول إستناداً إلى نصوص التفاهم ذاتها.

أما بالنسبة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد خلصت في قضية Soreing إلي أن الممارسة اللاحقة داخل الدول الأعضاء يمكن أن ينشأ عنها تعديل للاتفاقية، وكررت نفس المبدأ في قضية Al – Saadoon & Hufdhi حيث قضت بأن «الممارسة اللاحقة المتمثلة في التشريعات الوطنية العقابية – في شكل تعميم

1. Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thail.). 1962 ICJ . June 15. referred to in: A. Aust. Modern Treaty Law & Practice. supra note 55. P. 191 -95
2. Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France . 22 December 1963. Reports of International Arbitral Awards. Vol. XVI. P. 5. at PP. 62-63.
3. Third Report. supra note . at.60.
4. Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon V. Nigeria) . Preliminary objections . Judgment . I.C.J Reports 1998 . p.275 . at p.306 para.67
5. Decision regarding delamination of the border between Eritrea and Ethiopia. 13 April 2002. R.I.A.A. Vol. XXV. P. 83. at PP. 110-111. Paras 306-310.
6. كذلك رأت هيئة التحكيم في ملاحظات القاضي وأقواله العابرة في قضية تحكيم طابا بين مصر وإسرائيل أن "خط الحدود الذي يحمل علامات يرجح على الإلتقان في حال الكشف عن وجود تناقض ما
7. WTO. Appellate body report. ec-bananas III. second recourse to article 21/5. WT/DS26/AB/RW2/EUCU. WT/DS27/AB/RW/USA. 26 November 2008. Paras 391-393.
7. J. Liang. Modifying the UN Charter through subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation. supra note 133. P. 18.

إلغاء عقوبة الإعدام – يمكن أن تؤخذ على أنها اتفاق للدول المتعاقدة على إلغاء الاستثناء المنصوص عليه في المادة ٢ / ١ (التي تحمي الحق في الحياة ضد الحرمان المتعمد إلا تنفيذاً لحكم قضائي) « وأضفت أن الممارسة الثابتة للدول في التقيد بالوقف الاختياري لعقوبة الإعدام هي إشارة قوية إلى أن المادة ٢ قد عدلت بالفعل لتحظر عقوبة الإعدام في جميع الظروف ١.

ثانياً: موقف الفقه الدولي:

انقسم الفقه الدولي في شأن الاعتراف بالأثر المعدل للممارسة اللاحقة بين مؤيد ومعارض، فينكر جانب من الفقه أي أثر معدل للممارسة اللاحقة، ومنهم Kohen حيث يرى أن حكم هيئة التحكيم في قضية إريتريا ضد إثيوبيا الذي قضى بأن الحدود بين الدولتين عدلت بفعل الممارسة اللاحقة « حالة استثنائية معزولة» لا يصح الإعتماد عليها كأساس لإقرار الأثر المعدل للممارسة اللاحقة ٢، كما تعرض حكيم Temple Of Preah Vihear و US-France Air Services Arbitration للانتقاد الشديد في مؤتمر فيينا، ويضيف بأن إتاحة الفرصة للدول لتعديل هذه المعاهدات من خلال الممارسة اللاحقة سيفتح الباب أمامها لتحصل بتلك الممارسة على ما لم تستطع أن تحصل عليه بالطريق التقليدي الرسمي الذي وضعته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. ٣

ويذهب Nolte مذهباً أقل حدة، حيث يرى أن قضاء محكمة العدل الدولية لم يقر حتى الآن إقراراً صريحاً بأن الممارسة اللاحقة عدلت من المعاهدة في حالة بعينها، إلا أنها تركت الباب مفتوح أمام تبني فكرة أن للممارسة اللاحقة أثر معدل لأحكام المعاهدة، ففي كثير من الفتاوى توصلت المحكمة لتفسير متوسع جداً أو ضيق جداً قد لا يتوافق مع المعنى العادي لنص المعاهدة، ولذلك فيمكن التسليم بأن إمكانية تعديل المعاهدة من خلال الممارسة اللاحقة في قضاء محكمة العدل الدولية هو « أمر ممكن قانوناً»، إلا أنه ينبغي تقيده متى كان ذلك ممكناً، فقد تلجأ المحكمة لقبول تفسيرات عامة جداً توسع من المعنى العادي للألفاظ المعاهدة أو خاصة جداً في سبيل البعد قدر الإمكان عن التصريح بأن الممارسة اللاحقة عدلت من أحكام المعاهدة؛ وعلى عكس هذا الإتجاه، يرى Aust أننا إذا سلمنا بفكرة أن الأطراف يمكن أن تقبل بازادتها تعديل المعاهدة بعد إبرامها بفترة وفقاً لطرق التعديل العادية، فبنفس المنطق ليس هناك ما يمنع من أن تقوم تلك الدول بممارسة لاحقة بعد إبرام المعاهدة تستهدف تعديلها، ويضيف بأن إدراج مفهوم الممارسة اللاحقة

1. Al-Saadoon and Mufdhi V. the United Kingdom, 2 March 2010. App. No. 61498/08. ECHR 2010.
2. M. Kohen, keeping subsequent agreements and practice in their right limits. In *Treaties and Subsequent Practice* G. Nolte. Ed (Oxford. Oxford University Press 2013). P. 43.
3. M. Kohen. Ibid
4. J. Liang, Modifying the UN Charter through subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation. supra note 133. P. 22
5. "Given that the parties can agree later to modify the treaty, they can also subsequently agree on an authoritative interpretation of its terms, and this can amount, in effect, to an amendment"
A. Aust. *Modern Treaty Law & Practice*. supra note 55. P. 191 -95

ضمن نص المادة ٣١ كان أساساً بفرض إتاحة الفرصة مستقبلاً لأي تعديل غير رسمي يعبر عن رضا الأطراف بتفسيرات مختلفة للمعاهدة ٥ ، كما أن العرف الدولي تطور منذ المفاوضات التي جرت في فيينا بحيث أصبح يقبل بالممارسة اللاحقة كوسيلة لإعادة تفسير المعاهدات وتعديلها بشكل غير رسمي ١٠ . وفى ذات الاتجاه يرى Sinclair أن الممارسة اللاحقة يمكن أن تلعب دوراً مهماً كتعديل ضمنى للمعاهدة ٢ ، ويرى Villiger أنه في حين حُذفت إمكانية التعديل بالممارسة اللاحقة من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، إلا أنه لا تزال توجد تلك الامكانية من خلال العرف الدولي، فتستطيع الدول ببساطة من خلال ممارستها اللاحقة أن تبتعد تدريجياً عن نصوص المعاهدة وبالتالي تعدل منها ٣ . ويؤيد ذلك أيضاً Pauwelyn حيث يرى أن التعديل يضرب بجذوره للقواعد العرفية التي يمكن أن يستدل منها على اتفاق ضمنى بتعديل القانون ٤ .

أرى - فى الواقع - إن تفادي الأثر المعدل للممارسة اللاحقة على المعاهدات الدولية يتمشى مع بعض الاعتبارات ومنها:

- ١ . انه خلال المناقشات التي دارت حول مشروع المادة ٢٨ من اتفاقية فيينا، كان الراجح هو احترام الوسائل الرسمية لتعديل المعاهدة، وعدم جواز الالتفاف على إجراءات التعديل المنصوص عليها في معاهدة ما ٥ .
 - ٢ . أن التسليم بإمكانية تعديل المعاهدة من خلال الممارسة اللاحقة قد تؤدي إلى صعوبات في القانون الدستوري المحلي، أو زعزعة استقرار العلاقات التعاقدية، حتى أن Waldock نفسه قرر في مؤتمر فيينا أنه لا ينبغي أن يمس نطاق التعديل الممكن من خلال الممارسة اللاحقة من «الأساس الرئيسي للمعاهدة» ٦ .
- إلا أنه ومع ذلك، فمنطقياً لا يمكن إنكار الأثر المعدل للممارسة اللاحقة تماماً، فإذا كان بمقدور الأطراف أن تعدل المعاهدة بشكل رسمي، فما المانع من تعديلها بشكل غير رسمي من خلال الممارسة اللاحقة، فالإرادة التي قبلت بالتعديل الرسمي هي ذاتها التي تقبل بالتعديل من خلال الممارسة اللاحقة . ويتبين مما سبق أن اجتهادات المحاكم والهيئات القضائية الدولية كانت متباينة فيما بينهما، فبالنسبة لمحكمة العدل الدولية فقد أقرت إمكانية تعديل المعاهدات من خلال الممارسة اللاحقة إلا أنها لم تطبق ذلك

١. ويدل بأحكام محكمة العدل الدولية في قضية ناميبيا عام ١٩٧١، والمعبد عام ١٩٦٢، وشركة النقل الجوي لعام ١٩٦٢
A. Aust. Modern Treaty Law & Practice. supra note 55. p.191-95

2. I. Sinclair, the Vienna convention on the law of treaties. supra note 14. p.137

3. “ States. when interpreting a treaty. may in their subsequent practice gradually move away from the treaty text in their interpretation thereof and eventually amend the treaty”
of Treaties M. E. Villiger. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. supra note 8. p.515-516.

4. “ implicit agreement to change the law” . See; J. Pauwelyn. Conflict of Norms in Public International law. How WTO law relates to other rules of International Law. 2003. p.50

5. Draft conclusion 3 (A / 68 / 10. chap. IV. C. I) and commentary to draft conclusion 3. para.1-18

6. Ibid

بوضوح في قضية معينة كما ذهب Nolte، أما بالنسبة لهيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية فقد أنكرت تماماً إمكانية تعديل المعاهدة من خلال الممارسة اللاحقة، خاصة مع وجود نص صريح يمنع ذلك في تفاهم تسوية المنازعات، ويبدو أن هذا هو نفس الأساس الذي استندت إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لتقرر خلاف ذلك، فقد ذهبت إلى إمكانية تعديل المعاهدة بالممارسة اللاحقة طالما أن المعاهدة تسمح بذلك.

وبناء عليه يمكن القول بأن المعاهدة نفسها هي التي تحكم مسألة وجود أثر معدل للممارسة اللاحقة من عدمه، أما في حالة غياب إشارات في المعاهدة تقضي بخلاف ذلك، فإنه يمكن للممارسة اللاحقة التي تتفق عليها الأطراف أن تؤدي إلى تعديلات محدودة لهذه المعاهدة. وفي النهاية أرى أنه من حيث المبدأ فإن للممارسة اللاحقة أثراً في تعديل المعاهدات الدولية، إلا أنه أثرٌ محدودٌ فلا يؤدي في أغلب الأحوال إلا إلى تعديل محدود.

المبحث الثالث مدى إمكانية تعديل ميثاق الأمم المتحدة بالممارسة اللاحقة

بالرغم من صعوبة تعديل ميثاق الأمم المتحدة في الواقع العملي، إلا أن ممارسات أجهزة المنظمة دأبت على تطوير نصوص الميثاق، ففي كثير من الأحيان علق الفقه على تصرفات أجهزة الأمم المتحدة بأنها متجاوزة لحدود اختصاصاتها وسلطاتها بموجب الميثاق Ultra Vires^١، وفي أحيان أخرى وصف تصرفها بأنه مخالف للمعنى العادي لألفاظ الميثاق بما يصل إلى حد تعديل الميثاق، واختلف الفقه ما بين مؤيد ومعارض لفكرة ان الممارسة اللاحقة قد تعدل من نصوص الميثاق من خلال قيامها بتصرفات مخالفة للمعنى العادي لألفاظ المعاهدة، وفيما يلي سأعرض لهذين الاتجاهين.

المطلب الأول الاتجاه المؤيد لتعديل الميثاق بالممارسة اللاحقة

يرى جانب من الفقه أن الممارسة اللاحقة لأجهزة الأمم المتحدة عدلت من معنى نصوص الميثاق، وساق هذا الاتجاه بعض الامثلة المستمدة من أحكام محكمة العدل الدولية وآرائها الاستشارية للمسائل المتعلقة بمدى إمكانية تعديل ميثاق الأمم المتحدة بالممارسة اللاحقة، وفيما يلي سأعرض لموقفها بالنسبة لبعض المسائل الاجرائية والموضوعية مثار الجدل.

١. حتى ان Kolb وصف تصرف أجهزة المنظمة خارج حدود اختصاصها Ultra Vires بأنه قد أخذ شكل الظاهرة.
R. Kolb. An Introduction to the Law of the United Nations. Katherine Del Mar (Trans..) Hart.
Oxford. 2010. P. 170

أولاً: أثر الممارسة اللاحقة في المسائل الإجرائية:

تعرضت محكمة العدل الدولية لمسألتين إجرائيتين تبين من خلالهما تفسير أجهزة الأمم المتحدة لنصوص الميثاق بشكل يعكس فهم خاص لهما، وفيما يلي سأعرض لتلك المسألتين من وجهة نظر الاتجاه المؤيد لإمكانية تعديل ميثاق الأمم المتحدة بالممارسة اللاحقة.

١- **تنص المادة ٣/٢٧ من ميثاق الأمم المتحدة على أن:** «تصدر قرارات مجلس الأمن في المسائل الأخرى كافة (غير الإجرائية) بموافقة تسعة من أعضائه يكون من بينها أصوات الأعضاء الدائمين متفقة، بشرط أنه في القرارات المتخذة تطبيقاً لأحكام الفصل السادس والفقرة ٣ من المادة ٥٢ يتمتع من كان طرفاً في النزاع عن التصويت».

وبالرغم من أن المعنى العادي لكلمة «متفقة» يعني الاتفاق في الرأي، وهو ما يعني أن توافق كافة الدول الأعضاء الدائمة في مجلس الأمن، إلا أن الممارسة اللاحقة غيرت من معنى هذا التفسير، فقد جرت ممارسات الدول على اعتبار الامتناع عن التصويت بمثابة «اتفاق».

ففي الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في قضية ناميبيا، دفعت جنوب أفريقيا بأن امتناع دولتين من الدول الأعضاء الدائمة في مجلس الأمن عن التصويت يعني أن متطلب «متفقة» الوارد في المادة ٣/٢٧ لم يتوافر، وبالتالي فإن القرار رقم ٢٨٤ لعام ١٩٧٠ بخصوص طلب الرأي الاستشاري للمحكمة غير قانوني، ولا تملك المحكمة بموجب ذلك اختصاصاً بنظر المسألة، وفي رد المحكمة على هذا الدفع حكمت بأن ممارسات الدول دأبت على عدم اعتبار امتناع بعض الأعضاء الدائمين عن التصويت بمثابة عقبة كبيرة أمام متطلب «متفقة» الوارد في المادة ٣/٢٧ من الميثاق ١.

وقررت المحكمة في فتاها أن: أعمال مجلس الأمن على مدى فترة طويلة والمواقف التي يتخذها أعضاؤه، لاسيما الدائمون، تشكل ممارسة مقبولة علي وجه العموم لدي الأمم المتحدة ٢. وبالتالي فإن الممارسة اللاحقة للدول الأعضاء في مجلس الأمن عدلت من المعنى العادي للفظ «متفقة» الوارد في الميثاق الذي يشير إلى موافقة كل الأعضاء مجتمعين إلى أنه يشمل بمعناه حالة امتناع عضوين عن التصويت.

٢- **تنص المادة ١/١٢ من الميثاق المشار إليه على أنه:** «عندما يباشر مجلس الأمن بصدد نزاع أو موقف ما، الوظائف التي رسمت له في الميثاق، فليس للجمعية العامة أن تقدم أية توصية في شأن هذا النزاع أو الموقف، إلا إذا طلب مجلس الأمن ذلك منها».

وبرغم أن النص صريح في منع الجمعية العامة من أن تقدم أية توصيات في نزاع معروض بالفعل على مجلس الأمن، إلا أن الممارسة اللاحقة عدلت من ذلك، ففي الحالات التي تهدد الأمن والسلم الدوليين

1. Nambia Opinion (1971). ICJ Rep. 16-22.

2. J. Liang. Modifying the UN Charter through subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation. supra note 133. P. 11.

عادة ما تقدم الجمعية العامة توصياتها لمجلس الأمن سواء كان الأمر معروضاً بالفعل على المجلس أم لا. وأكدت ذلك محكمة العدل الدولية في فتوى الجدار العازل فقررت أن الجمعية العامة سبق وأن أعطت توصياتها لمجلس الأمن بشأن مسائل معروضة بالفعل عليه تخص قبرص، وجنوب أفريقيا، وأنجولا، وجنوب روسيا والبوسنة والهرسك والصومال ١، ووجدت المحكمة في هذه الحالات أن الجمعية العامة فسرت عبارة «عندما يباشر» الواردة في المادة ١/٢ على أنها تعني عندما يباشر حالاً، وبالتالي فإن تصرفها (تقديم توصيات) هو في نطاق اختصاصها، وبذلك فهو تطوير «لممارسة مقبولة عن الجمعية العامة» وليس تعديلاً لنصوص الميثاق ٢.

كما أكدت في فتوى بناء الجدار العازل علي أن الجمعية العامة ومجلس الأمن يتناولوا الموضوعات ذات الصلة بصون السلم والأمن الدوليين «علي نحو متطور عبر الزمن» بما يتفق مع الفقرة ١ من المادة ١٢ من ميثاق الأمم المتحدة، وعلت المحكمة سبب أن التوجه المتطور عبر الزمن يتفق مع الفقرة ١ من المادة ١٢ من الميثاق هو أنه «ممارسة مقبولة للجمعية العامة على النحو الذي تطورت إليه ٣».

ثانياً: أثر الممارسة اللاحقة على المسائل الموضوعية:

تؤثر الممارسة اللاحقة لأجهزة الأمم المتحدة في العديد من المسائل الموضوعية، ولعل المثال الأبرز لتلك الممارسات هي عمليات حفظ السلام، فتلك العمليات لا يوجد لها أساس واضح الميثاق، إلا أن محكمة العدل الدولية ترجع أساسها إلى السلطات الضمنية لمجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين ٤. وأياً كان الأساس القانوني لتلك العمليات، فإن عملها يواجه صعوبات، خاصة إذا أرسلت قوات حفظ السلام بدون موافقة الدول، ومثال ذلك قوات الأمم المتحدة التي أرسلت للكونجيو في أوائل الستينيات، حيث عارض وجودها الإتحاد السوفيتي آنذاك والدول الشيوعية واعتبرتها تفتقر لأي أساس قانوني في الميثاق وبالتالي رفضت تلك الدول دفع أي نفقات للمشاركة في تلك العمليات ٥. وإزاء هذا الوضع، ظهرت محاولات لتبرير إرسال قوات حفظ السلام في الحالات التي ترفض الدول فيها الاعتراف بتدخل تلك القوات، فتارة تؤسس على تصرف مجلس الأمن بموجب الفصل السادس من الميثاق لأن عمليات حفظ السلام ترتبط بالمفهوم التقليدي لـ «حفظ السلام» ٦، وتارة تؤسس على تصرف مجلس الأمن بموجب الفصل السابع لمنع تهديد الأمن والسلم الدوليين ٧.

1. Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory advisory opinion. 2004. ICJ Rep. 136. 150 (27).
2. Ibid., 136-150 (28).
3. J. Liang, Modifying the UN Charter through subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation. supra note 133. P. 11.
4. Certain expenses of the United Nations. Advisory opinion. 1962. ICJ Rep., 4. 151.
5. P. Malanczuk and M. Akehurst. Akhehurst's Modern Introduction to International Law. 7th ed., Rutledge 1997. PP. 418-419.
6. For Example. Practices of the United Nations to meet the Suez Crisis in Egypt: Report of the Secretary – General on Basic points for the Presence and Functioning in Egypt of the United Nations Emergency Force. UN GAOR, 13th Sess. Agenda Item 65. UN Doc. A/3302. 9 Oct. 1958.

٧. ومثال ذلك تصرف مجلس الأمن في كوريا الشمالية عام ١٩٥٠. وكذلك تصرفها في العراق SC Res 678. UN Scor 45th Ses.1990 2963rd mtg UN Doc. S/INF/46 (29 November 1990) SC Res 4045th mtg. UN Doc. S/RES 1264 (15 Se - 1999 - 1999) UNSCOR 1264. UNSCOR (tember 1999).

وبرغم عدم وجود أساس واضح لعمليات حفظ السلام إلا أن الأمم المتحدة أرسلت العديد من تلك القوات منذ عام ١٩٥٦، كما أنشأت لجنة خاصة لحفظ السلام، وبهذا الشكل ترى Liang أن عمليات حفظ السلام تعد نموذجاً لفقته تعديل المعاهدات من خلال الممارسات اللاحقة»^١.

المطلب الثاني

الاتجاه المعارض لتعديل الميثاق بالممارسة اللاحقة

إن القول بإمكانية تعديل أحكام المعاهدة من خلال الممارسة اللاحقة لا يزال مثار جدل، فزي حين يرى الرأي الراجح في الفقه أن الممارسة اللاحقة بوجه عام تؤخذ في الاعتبار عند تفسير المعاهدة إلا أن أثرها في تعديل المعاهدات محدود^٢، فقد رفضت غالبية الدول في مؤتمر الأمم المتحدة لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٦ إمكانية تعديل بعض أحكام المعاهدة من خلال الممارسة اللاحقة^٣.

وأيدت محكمة العدل الدولية في قضية Namibia إمكانية استخدام ممارسات المنظمات الدولية اللاحقة «المقبولة بصفة عامة من الأعضاء» لتفسير وتطبيق قواعد تلك المنظمة^٤، وبرغم أن أجهزة الأمم المتحدة تصرفت في كثير من الأحيان خارج حدود اختصاصها، إلا أن المنظمة نفسها لم تعترف بأن تلك التصرفات هي وسيلة لتعديل الميثاق، بل بررت ذلك بأنه نتيجة لتفسيرات مختلفة لنصوص الميثاق.

وأرى أن الحجج التي ساقها الاتجاه المؤيد لتعديل الميثاق من خلال الممارسة اللاحقة مردود عليه، فبالنسبة لكلمة «متفقة» الواردة في المادة ٢٧/٢ من ميثاق الأمم المتحدة، فإن المعنى العادي المتبادر للذهن من لفظ «متفقة» هو أنها غير معترضة، ولا يمكن اعتبار الامتناع عن التصويت بمثابة إعتراض، ولذلك أرى ان التسليم بأن الممارسة اللاحقة عدلت من مفهوم «متفقة» غير صحيح على إطلاقه.

وبالنسبة لعبارة «عندما يباشر مجلس الأمن ... الوظائف التي رسمت له بالميثاق» الواردة في المادة ١٢/١ من الميثاق واسعة في حد ذاتها وتسمح بتفسيرات متباينة، فالميثاق رسم لمجلس الأمن العديد من الوظائف، فمجرد ان يكون النزاع معروض عليه فهذا يعنى أنه يباشر وظيفته بنظر النزاع. وبالتالي يتعين على الجمعية العامة أن تمتنع عن تقديم توصية.

1. J. Liang. Modifying the UN Charter through subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation. supra note 133. P. 18.

٢. ومن هؤلاء

Shaw. Peters. Pauwellyn. Brownil. See. I. Brownile. Principles of Public International Law. supra note 100. P. 630. J. Pauwellyn. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Others Rules of International Law. supra note 165. PP. 137-141. Christopher Peters. subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin? Goettingen Journal of International Law. Vol. 3.2. 2011. P. 622. M.N. Shaw. International Law. 6th ed. (2008). P. 930.

3. United Nations Conference on the Law of Treaties. Summary Records of the Committee of the Whole. UN GAOR. 1st sess. 38th mtg. UN Doc. A/CONF. 39/11. (25 April 1968). at 215.

4. Legal consequences or states of the continued presence of south Africa in Nambia (South Werst Africa) Notwithstanding security council resolution.

كذلك فإن قراءة هذا النص في سياق الميثاق وبالنظر لهدفه والغرض منه وبالإستعانة بالممارسة اللاحقة، فإنها تعنى أن يباشر فعلاً تصرفاً بخصوص الحالة المعروضة أمامه، حيث تصبح حينها توصية الجمعية العامة بلا فائدة لأنه سيكون قد إتخذ موقفاً بالفعل بشأن الحالة المعروضة.

وبالتالى فمن البديهي أن ينص الميثاق على وجوب امتناع الجمعية العامة عن تقديم توصية إلا إذا طلب منها مجلس الأمن ذلك، وهذا هو التفسير الذى يسوقه المنطق بحيث تبدو فكرة أن الممارسة اللاحقة عدلت من الميثاق بها قدر من التكلف.

وبالنسبة للأساس القانونى الذى استندت إليه الأمم المتحدة لتبرير عمليات حفظ السلام، فأرى أنها صحيحة حيث إن تفسير الفصل السادس والسابع فى ضوء أهداف الميثاق والغرض منه وبالإستناد للممارسة اللاحقة، ووفقاً للتفسير التطورى لنصوص المعاهدات، يحتمل فى معناه ان يكون من مهام الأمم المتحدة إنشاء قوات حفظ السلام.

ولذلك أؤيد اتجاه محكمة العدل الدولية فيما ذهبت إليه فى هذا الخصوص، فقد فضلت المحكمة تفسير تلك الممارسات على أنها دليل على تطور نصوص الميثاق، بدلاً من التسليم بفكرة أن تلك الممارسات هي تعديل لنصوص الميثاق، فممارسات أجهزة الأمم المتحدة اللاحقة هي بمثابة مفاهيم عامة متعارف عليها للعمل داخل المنظمة ١ ، أو بحسب وصف البعض هي صياغة «للقانون العرفي» للمنظمة الدولية ٢ .

1. R. Higgins. Development of International Law through the Political Organs of the UN. Oxford University Press. 1963. P. 4.
2. H.G. Schermers and N. Blockker. International Institutional Law: United with in Diversity, supra note 126. P. 835.

خاتمة النتائج والتوصيات

تناولت الدراسة موضوع الممارسة اللاحقة باعتبارها وسيلة لتفسير المعاهدات الدولية، واستندت في معظمها على أحكام القضاء والفقهاء الدولى، فتعرضت فى الفصل الأول للملامح العامة للممارسة اللاحقة، فبينت تعريفها وعناصرها، مبيّنة اتجاه الفقه والقضاء فى تحديد نطاق مفهومها وذلك فى مبحث أول، ثم وضحت مختلف أشكال الممارسة اللاحقة وأثر السكوت وما يخرج عن دائرة الممارسة اللاحقة كوسيلة فى تفسير المعاهدات فى مبحث ثانٍ، وأبرزت الدراسة القيمة القانونية للممارسة اللاحقة من خلال التعرض لأساسها القانونى ومرتبها من بين وسائل التفسير الأخرى مع مناقشة رأى الفقه والقضاء فى هذا الخصوص فى مبحث ثالث.

وتبين من خلال الدراسة ما يلي:

أولاً: أن الممارسة اللاحقة هى تلك التى يأتيتها أطراف المعاهدة «بعد إبرامها» وليس بعد دخولها حيز النفاذ.

ثانياً: ان الممارسة اللاحقة تتميز بعدد من المواصفات: ١- أن تكون ممارسة ثابتة ومستقرة وتحدث بقدر من التكرار، ٢- لا تلزم مشاركة كافة اطراف المعاهدة فى اتيان الممارسة اللاحقة ويكفى فقط ألا تكون تلك الممارسة منعزلة أو فردية، وبالنسبة للأطراف التى لم تشارك فى اتيان الممارسة فيكفى إذعانها لها ويفسر سكوتها على أنه قبول لتلك الممارسة، ٣- يتعين على الاطراف ان تقوم بالممارسة اللاحقة بنية تفسير احكامها.

وكلما كانت تلك المواصفات أكثر وضوحاً كلما زادت قيمتها فى التفسير.

ثالثاً: إن مفهوم الممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات الدولية يمتد ليشمل أى سلوك تأتية الدول لتفسير أو تطبيق المعاهدة، حيث يذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى إعتبار أن التطبيق ينطوى ضمناً على التفسير، فحتى لو قامت أطراف المعاهدة بممارسة تتعلق بتطبيق المعاهدة فإن هذا يعنى أنها تقوم بتفسيرها أولاً.

رابعاً: لا يلزم شكل معين للممارسة اللاحقة فقد تكون فى صورة تقارير منظمات دولية أو ممارسات إدارية أو تشريعية وطنية، وما يحدد قيمتها كممارسة لاحقة أمر يتوقف على حسب ظروف كل حالة Case-by-case basis.

خامساً: تجد الممارسة اللاحقة أساسها القانونى فى العرف الدولى قبل إبرام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، وأيد ذلك العديد من أحكام القضاء الدولى بمختلف أنواعه.

سادساً: أن الممارسة اللاحقة وسيلة أساسية فى تفسير المعاهدات الدولية تتساوى فى أهميتها مع باقى وسائل التفسير الأخرى كالمعنى العادى لألفاظ المعاهدة أو معنى المصطلحات فى سياقها أو التفسير وفقاً لأهداف المعاهدة والغرض منها، ولذلك فإن ما يرجح استخدام وسيلة دون الأخرى ويحدد أهميتها بالنسبة

لتفسير معاهدة دون أخرى هو قدر صلة ووضوح تلك الوسيلة بالمعاهدة. وركزت الدراسة فى الفصل الثانى على موضوع الأثر المفسر للممارسة اللاحقة، فتعرضت فى البداية للقواعد العامة فى التفسير مبينة المقصود بالتفسير ووسائله المختلفة وفقاً لإتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والعرف الدولى، ثم بينت الجهة المختصة بالتفسير وذلك فى مبحث أول، تلاه توضيح مفهوم التفسير الظرفى للمعاهدات، وتتبع الدراسة مسلك القضاء الدولى فى تفسير المعاهدات الدولية إستناداً إلى الممارسة اللاحقة، وكذلك ممارسات الدول وأبرزت الدراسة هنا المقصود بتلك الممارسات ودورها فى تفسير المعاهدات الدولية فى مبحث ثانٍ، أما المبحث الثالث فتعرضت فيه الدراسة للتفسير التطورى مبينة المقصود به وأثره فى تفسير المعاهدات والعلاقة بينه وبين الممارسة اللاحقة.

وتبين من خلال الدراسة ما يلي:

أولاً: إن للممارسة اللاحقة وظيفتين فى التفسير، الأولى: كوسيلة أساسية فى التفسير وفقاً للمادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، والثانية: كوسيلة تكميلية فى التفسير وفقاً لنص المادة ٣٢.

ثانياً: ان القضاء الدولى بمختلف أنواعه اعترف فى احكامه بالممارسة اللاحقة كوسيلة لتفسير المعاهدات سواء استناداً إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات أو استناداً للعرف الدولى.

ثالثاً: ان سوابق القضاء الدولى أثبتت ان للممارسة اللاحقة أثراً فى توضيح معنى النص الغامض أو المصطلح الغامض، وقد يصل هذا الأثر إلى حد إضفاء معنى خاص غير المعنى العادى فى حالة ما إذا كانت الممارسة اللاحقة أوضح من المعنى العادى.

رابعاً: ان ممارسات الجهات الفاعلة الخاصة لا يعترف بها كممارسة لاحقة إلا إذا تمت بموافقة أطراف المعاهدة، كما يجوز الاستناد لتقارير المنظمات الدولية التى ترصد ممارسات الدول حول اتفاقية بعينها، حيث تساعد التقارير الصادرة من المنظمات الدولية المعنية بتطبيق اتفاقية ما فى رصد الممارسة اللاحقة للدول وإبرازها.

خامساً: ان القضاء الدولى قد يستند إلى الممارسة اللاحقة لإثبات الأثر التطورى للمعاهدة، أو قد يستند إليها عوضاً عن الاعتراف بالأثر التطورى لنصوص المعاهدة، حيث لا يزال الاعتراف بالأثر التطورى محور جدل.

كما تعرضت الدراسة فى الفصل الثالث للأثر المعدل للممارسة اللاحقة على المعاهدات الدولية، فناقشت مفهوم تعديل المعاهدات والتمييز بين مختلف المصطلحات المستخدمة فى الفقه، واجراءات التعديل التى رسمتها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وذلك فى مبحث أول، ثم تناول المبحث الثانى مدى امكانية تعديل المعاهدات بالممارسة اللاحقة، فتعرض لموقف لجنة القانون الدولى والفقه والقضاء من ذلك، وناقش المبحث الثالث مدى امكانية تعديل ميثاق الأمم المتحدة بالممارسة اللاحقة، وعرضت الدراسة فى هذا المبحث لموقف الاتجاه المؤيد والمعارض لإمكانية التعديل.

وتبين من خلال الدراسة ما يلي:

أولاً: أن اتفاقية فيينا وضعت طريقاً واضحاً لتعديل المعاهدات الدولية بموافقة أغلبية أطرافها، إلا أن

التطورات السريعة والمتلاحقة في العصر الحالى تفرض مراجعة نصوص المعاهدة من وقت لآخر بشكل أكثر يسراً وسهولة من الطريق التقليدى الذى رسمته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

ثانياً: أن المعاهدة نفسها هي التي تحكم مسألة وجود أثر معدل للممارسة اللاحقة على المعاهدة الدولية من عدمه، أما فى حالة غياب إشارات فى المعاهدة تقضى بخلاف ذلك، يمكن للممارسة اللاحقة التي تتفق عليها الأطراف أن تؤدي إلى تعديلات محدودة لمعاهدة ما.

ثالثاً: أن اجتهادات المحاكم والهيئات القضائية الدولية كانت متباينة فيما بينها، فبالنسبة لمحكمة العدل الدولية فقد أقرت إمكانية تعديل المعاهدات من خلال الممارسة اللاحقة إلا إنها لم تطبق ذلك بوضوح في قضية معينة، أما بالنسبة لهيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية فقد أنكرت تماماً إمكانية تعديل المعاهدة من خلال الممارسة اللاحقة.

وفى ضوء تلك النتائج توصي الدراسة بما يلي:

أولاً: ضرورة إعادة النظر فى إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، حتى تتناسب أحكامها مع المستجدات الدولية فى فقه تفسير المعاهدات، بحيث تعالج مسألة التفسير التطورى لنصوص المعاهدة، وتبرز الأثر الهام للممارسة اللاحقة بالشكل الذى تضمنته أحكام القضاء الدولى.

ثانياً: إيلاء الأهمية لتقارير المنظمات الدولية بمختلف أنواعها واشكالها، التى ترصد ممارسات الدول لتنفيذ المعاهدات، فعلى الدول أن تساعد تلك المنظمات بقدر الإمكان فى تدوين ممارساتها حتى يسهل على القضاء الدولى تتبعها.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:
(١) الكتب والأبحاث:

أ. د/ إبراهيم محمد العناني ، القانون الدولي العام ، الطبعة الخامسة ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ م ، الناشر : دار النهضة العربية ، ص ٢٠٧ .

أ. د/ أحمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام ، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤م ، الناشر : دار النهضة العربية ، ص ١٢٧ .

د/ عادل أحمد الطائي، قواعد التفسير القضائي الدولي للمعاهدات الدولية، دراسة في قانون المعاهدات الدولية، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٤٦ ابريل ٢٠١١

أ. د/ محمد حافظ غانم ، المعاهدات - دراسة لأحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها في العالم العربي، محاضرات ملقاة على طلبة قسم الدراسات القانونية، ١٩٦١، الناشر: جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية ، ص ٣١ .

(٢) وثائق دولية:

النظام الأساسي للوكالة الدولية للطاقة الذرية.

عهد عصبة الأمم.

ميثاق جامعة الدول العربية.

اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

ثانياً: المراجع الأجنبية:
(١) الكتب:

A. Aust. Modern Treaty Law and Practice. 2010. Cambridge University Press.

I. Brownlie. principle of public international law. 2008. Max planck Encyclopedia of public International law.

S. Breitenmoser (ed). Human Rights. Democracy and the Rule of law . (Dije 2007).

S. T. Bernárdez. Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Kluwer

Law International . 1998.

R. Bernhardt (ed.). Encyclopedia of Public International Law. vol. 4 (North Holland Publishing. 2000(

E. Cannizzaro (ed.). The Law of Treaties beyond the Vienna Convention. Oxford University Press 2011.

E. Denza. Diplomatic law: Commentary on the Vienna convention on Diplomatic Relations . Oxford commentaries on international law . 3 rd ed. (Oxford . Oxford University press . 2008)

R. Gardiner. Treaty Interpretation. Oxford University Press. 2010.

G Haraszti . some fundamental problems in the law of treaties . Akadémial Kiadó . 1973.

R. Higgins. Development of International Law through the Political Organs of the UN. Oxford University Press. 1963

M. Kohen ed.. promoting Justice. Human Rights and Conflict Resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch. 2007.

R. Kolb. An Introduction to the Law of the United Nations. Katherine Del Mar (Trans..) Hart. Oxford. 2010.

U. 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

P. Malanczuk and M. Akehurst. Akehurst's Modern Introduction to International Law. 7th ed.. Rutledge 1997.

J. Makarczyk ed.. Theory of International Law at the threshold of the 21st century. 1996.

G. Nolte . ed.. treaties and subsequent practice (Oxford . Oxford University) press 2013

J. Pauwelyn. Conflict of Norms in Public International law. How WTO law relates to other rules of International Law. 2003.

M.N. Shaw. International Law. 6th ed. (2008)

I. Sinclair. The Vienna Convention on the law of treaties. Manchester University Press. 2nd ed.. 1984.

H. G. Schermers and N. Blockker. International Institutional Law: United with in Diversity. 4th ed. Martinus Nijhoff Publishers. 2003.

M. E. Villiger. Commentary on the 1969 Vienna Convention of the law of treaties. Martinus Nijhoff Publishers. 2009.

(٢) المقالات:

Julian Arato. subsequent practice and Evolutive interpretation : Techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences . the law and practice of international courts and tribunals (2010)

J. A. Brauch. "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" (2004). Columbia Journal of International Law. vol. 11.

M. Dawidowicz. The effect of the passage of time on the interpretation of treaties:some reflections on Costa Rica v. Nicaragua. Leiden Journal of International Law. 24 (2011)

A. M. Feldman. evolving treaty obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement. International Law & Politics. vol.41.

O. K. Fauchald. The Legal Reasoning of ICSID Tribwanls- An Empirical Analysis. 2008. 19 EJIL.

M. Fitzmaurice. "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties" (2008) Hague Yearbook of International Law. vol. 21.

M. Fitzmaurice. The Law and Procedure of the international court of justice 1951-4: Treaty interpretation and other treaty points. 1951. 33 BYIL.

J. Liang. Modifying the UN Charter through subsequent practice: prospoects for the charter's revitalization. Nordic Journal of International Law. 2012. Vol. 81.

L. Lixinski. Treaty Interpretation by the inter- American Court of Human Rights. 2010. EJIL. Issue Vol. 21

R. Moloo. When Actions speak louder than words: the relevance of subsequent party conduct to Treaty Interpretation. Berkeley Journal of International law. vol.31.1. 2013.

C. Peters. subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin? Goettingen Journal of International Law. Vol. 3.2. 2011

D. Rietiker. The principle of. Effectiveness. in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights : ITS different Dimensions and its consistency with public International law. Nordic J. Inl>L- 79.2010.

(٣) الحوليات:

Yearbook of the International Law Commission (1951). vol. II

Yearbook of the International Law Commission (1956). vol. II

Yearbook of the International Law Commission (1956). vol. I

ثالثاً: قرارات مجلس الأمن:

SC Res 84. UNSCOR. 5th Sess. 476th mtg. UN Doc. S/INF/5/Rev. 1 (7July 1952) .

SC Res 678. UNSCOR 45th Ses. 2963rd mtg UN Doc. S/INF/46 (29 November 1990).

SC Res 1264. UNSCOR 54th Sess. 4045th mtg. UN Doc. S/RES 1264 (15 September 1999).

رابعاً: أحكام القضاء الدولي: (١) محكمة العدل الدولية:

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain . jurisdiction and Admissibility . Judgment . I.C.J. Reports 1995

Dispute regarding Navigational and Related Rights (costa Rica v. Nicaragua) . Judgment I.C.J Repots 2009

Legality of the threat or use of Nuclear weapons . Advisory opinion . I.C.J Reports 1996

Legal Consequences for states of the Continued presence of South Africa in Namibia (South Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) . Advisory opinion . 1971 ICJ.

Certain Expenses of the united nations . Advisory opinion . ICJ Reports 1962

Legality of threat or use of Nuclear Weapons . Advisory opinion . I.C.J Reports 1996

Applicability of Article VI. Section 22. of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (Advisory Opinion) {1989}. I.C.J. Reports 1989.

Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations . Advisory opinion . ICJ Reports 1950

Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Merits) {1962} I.C.J. Reports 1962

Certain expenses of the United Nations (Article 17 . paragraph 2 . of the charter) . Advisory opinion of 20 July 1962 : I.C.J Reports 1962

Constitution of the Maritime safety committee of the Inter-Governmental maritime consultative Organization . Advisory opinion of 8 June 1960. ICJ Reports 1960

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon V. Nigeria) . Preliminary objections . Judgment . I.C.J Reports 1998

Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco . Judgment of August 27 th . ICJ Reports 1953

Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua). supra note . separate opinion of Judge Skotnikov.

Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory advisory opinion. 2004. ICJ Rep. 136

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon V. Nigeria : Equatorial Guinea intervening) . Judgment I.C. Reports 2002 . p.303. at p3447. para.304

(٢) المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان:

Demir and Baykara v. Turkey {GC} App No. 34503/97.(ECHR. 12 November 2008)

Dudgeon v. the United Kingdom (1981) (ECHR), Series A. No. 45.

Öcalan V. Turkey . 2004 IV ECHR (2005)

Soering v. the United Kingdom . 7 July 1989 . App. No. 14038 / 88 . ECHR . Series A no. 161

Dudgeon v.the United Kingdom . 22 October 1981. App. No. 7275 / 76 . ECHR series A . no. 45

(٣) المحكمة الدولية لقانون البحار:

Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan) (Provisional Measures. Order of 27 August 1999). ITLOS Case Nos. 3 and 4

The M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea) (Judgment of 1 July 1999) ITLOS Case No. 2

(٤) المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة:

Jelisić (Judgment). ICTY-95-10 (14 December 1999)

Krstić (Judgment) ICTY-98-33 (2 August 2001)

Furundžija (Judgment). ICTY-95-17/1 (10 December 1998)

(٥) جهاز الإستئناف بمنظمة التجارة العالمية:

WTO. Apellate Body Report. European Communities- Customs Classification of

frozen boneless chicken cuts. WT/DS269/AB/R (Sept.27. 2005).

WTO. Appellate Body Report . EC – Computer Equipment . WT / DS62 / AB / R . WT / DS67 / AB / R . Wt / SD68 / AB / R . 5 June 1998

WTO . Appellate Body Report . Japan – Alcoholic Beverages II . WT / DS 8 / AB / R . Wt / DsIP / AB / R . WT/DSLL/AB/R . 4 October 1996 . sect. E .

WTO. Appellate Body Report. United States- Import prohibition of Certain shrimp and shrimp products. WT/Ds 58/AB/R. DSR 1998

(٦) محاكم التحكيم:

Russian Claim for interest on indemnities (Russia. v Turkey) . 11 R. I. A. A.433 (Perm. Ct. Arb. 1912)

Island of Palmas case (Netherlands v. USA) (1928). Reports of International Arbitral Awards. vol. II.

Iron Rhine Arbitration (Belg. V. Neth.). 27 R.I.A.A. 35.73.

Delimitation of the Border (Ethiopia V. Eritrea) . 25 R.I.A.A 83

Canadian Cattlemen v. United States of America. Award on Jurisdiction. (NAFTA ch.11/UNCITRAL Arb.Trib. Jan.28. 2008)

Delimitation of Border (Ethiopia v. Eritrea). 25 R.I.A.A. April 2002

Iran – United states claims tribunal . partial Award no. 382 – B1 – Ft . the Islamic Republic of Iran and the United states of America . Iran – USCTR . vol.19 (1989)

خامساً: تقارير ووثائق دولية:

ILC. Third Report on the Law of Treaties. 1964. 2YB.INT’L.COMM 55. available at: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a__cn4__167.pdf.

ILC . Draft Articles on the law of treaties with commentaries . 1966 Y.B.I.L.C . vol.II .

Cluster Munition Monitor 2011

http://www.themonitor.org/cmm/2011/pdf/Cluster__Munition__Monitor__2011.pdf

Report of the study group of the International Law Commission. UN DOC. A/ CN.4/L.682 (2006).

Wiesbaden resolution. the international problem in public international law. the

institute de droit international on 11 August 1975. available at: www.idi-iil.org

ILC. Conclusions of the work of the study group on the Fragmentation of International law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International law. 2006.

United Nations conference on the law of treaties . 1 st sess . March 26 – May 24 . 1968. summary records of the plenary Meetings and the Meetings of the committee as a whole. UN.Doc. A / CONF. 39 /C.1 / SR. 38

United Nations Conference on the Law of Treaties. Summary Records of the Committee of the Whole. UN GAOR. 1st sess. 38th mtg. UN Doc. A/CONF. 39/11. (25 April 1968). at 215.

GA Res 377. UNGAOR. 9th Sess. 302 and Plen mtg. UN Doc. A/Res/377 (V) A. 3 November 1950. For more see; C. Tomuschat. Introduction. Uniting for peace resolution 377(V). available at:

<http://www.untreaty.un.org/cod/avl/ha/ufp/ufphtml> .

Practices of the United Nations to meet the Suez Crisis in Egypt: Report of the Secretary – General on Basic points for the Presence and Functioning in Egypt of the United Nations Emergency Force. UN GAOR. 13th Sess. Agenda Item 65. UN Doc. A/3302. 9 Oct. 1958.

العدالة الضريبية في الزكاة

الأستاذ الدكتور/ صبري عبد العزيز إبراهيم

استاذ الإقتصاد والتشريع الضريبي بكلية الحقوق جامعة الملكة بالبحرين
وجامعة الأزهر بجمهورية مصر العربية

مقدمة

نظراً لحاجة الدول في العصر الحديث لفرض ضرائب لتدبير الإيرادات العامة اللازمة لتمويل نفقاتها العامة المتزايدة . ونظراً لافتقار جل النظم الضريبية المعاصرة للعدالة الضريبية بين المكلفين بها .. لذا نعرض في هذه السطور للزكاة كنموذج يصلح لأن تقتدى به الحكومات في وضع نظم ضريبية أكثر عدالة بين الممولين، على اعتبار أنها شرع الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ...

إشكالية البحث : تقابلنا في هذا البحث إشكالية ، تتمثل في صياغة أحكام الزكاة في قالب شرعي ونظري، يصعب دراسته ضريبياً للتوصل إلى مفهوم نظامه الفني لتقدير مدى عدالته بين الممولين ، وهو ما سنحاول التغلب عليه بصياغته بأسلوب ضريبي ملائم يسهل دراسته وتحليل آثاره .

كما تعترض طريقنا إشكالية أخرى ، تتمثل في الرأي السائد بين جمهور الفقهاء ، الذي يذهب إلى أن الزكاة لا تقترض إلا على أموال معينة دون أن يتعداها إلى غيرها من الأموال ، مما قد يمثل ثغرة في أحكامها قد يدفع البعض إلى الظن بأنها قد تقتصر إلى مبدأ العمومية لأنها لا تجب على كل الأموال وكل الممولين .. وسنحاول التغلب على هذه الإشكالية باستخدام أحد مصادر الفقه الإسلامي المعتبر ، لتعميم أحكام الزكاة على كل الدخول والثروات النامية، وهو القياس الشرعي بشروطه الفقهية .

إلى جانب ما تقدم فسيقتصر عرضنا على تحليل أحكام زكاة المال التي تجب على الدخول والثروات، دون زكاة الفطر التي تجب على الأشخاص رغم أهميتها وعدالتها ، وذلك حتى لا نتوسع في إطار هذا البحث، مرجئين إياها لبحث آخر .

خطة البحث : نوزع موضوعات هذا البحث على ثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول : بين الزكاة والضريبة والعدالة الضريبية .

المطلب الأول : الزكاة ليست بضريبة ولكنها تتضمن مقوماتها الأساسية .

المطلب الثاني : أسس العدالة الضريبية .

المبحث الثانى : العدالة الأفقية للزكاة.

المطلب الأول : مبدأ العمومية فى الزكاة .

المطلب الثانى : مدى مراعاة الزكاة للمقدرة التكلفة للممولين .

المبحث الثالث : العدالة الرأسية للزكاة.

المطلب الأول : عدالة الزكاة النسبية بين الممولين .

المطلب الثانى : عدالة الزكاة الحقيقية بين الممولين .

المبحث الأول

بين الزكاة والضريبة والعدالة الضريبية

طالما أننا سنبحث فى مدى العدالة الضريبية المتوافرة فى الزكاة ، فإنه ينبغى التأكيد على أن الزكاة ليست بضريبة، ولكنها فحسب أداة مالية تتوافر فيها كل مقومات الضريبة الأساسية ، ثم بعد ذلك نوضح أسس العدالة الضريبية ، وهما مانوزعهما على مطلبين :

المطلب الأول : الزكاة ليست بضريبة ولكنها تتضمن مقوماتها الأساسية .

المطلب الثانى : أسس العدالة الضريبية .

المطلب الأول

الزكاة ليست بضريبة ولكنها تتضمن مقوماتها الأساسية

ليست الزكاة بضريبة لما بينهما من فروق جوهرية من ناحية ، ونظراً لما يشوب لفظ الضريبة من عوار فى مسماها تنأى عنه الزكاة لأنها شرع الله من ناحية أخرى . الأمر الذى يتطلب أن نناقشه تفصيلاً فى فرعين على النحو التالى :

الفرع الأول : فرق ما بين الضريبة والزكاة .

الفرع الثانى : التنظيم الفنى للزكاة.

الفرع الأول

فرق ما بين الضريبة والزكاة

الزكاة شرعاً : عرفها شمس الدين الخطيب فى الإقناع بأنها (اسم مخصوص ، من مال مخصوص ، يجب صرفه لأصناف مخصوصة بشرائط) . ١ ولكن هذا التعريف يضيق من مفهوم زكاة المال ليحصر وجوبها

١ . شمس الدين الخطيب ، الإقناع فى حل ألفاظ شجاع ، القاهرة ، الأزهر ، ١٩٧٧ ، ج ١ ص ٣٢٢ .

فى أنواع معينة من الأموال ، تلك التى وردت النصوص بها ، فى حين أن إعمال القياس الشرعى بشروطه المحكمة ١ ، يقتضى إيجابها فى كل الأموال النامية أياً كان نوعها . ومن هذا المنطلق الموسع لمعناها يمكن تعريفها تعريفاً يبرز خصائصها كأداة مالية عامة بالقول بأنها : (حق معلوم ، فرضه الله للفقراء والمستحقين ، فى أموال أغنياء المسلمين ، يقتطع جبراً ، وبصفة نهائية ، وبدون مقابل مباشر ، طهرة وتزكية: للمال ، ولعطيها ، وأخذها) .

وكان فرضها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة بقول الله تعالى: (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ) ٢ . وقول الرسول (ص) : « فأعلمهم أن فى أموالهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم» ٣ . والإجماع أشار إليه الشوكانى فى نيل الأوطار .

تعريف الضريبة : تعرف الضريبة بأنها: (مبلغ نقدى ، تفرضه السلطة العامة ، وتجبية جبراً ، وبصفة نهائية ، على الشخص فى دخله (أو ثروته) ، وفقاً لمقدرته التكليفية ، وبدون مقابل حال ومباشر ، بقصد تحقيق نفع عام) ؛ .

المقومات الأساسية للضريبة فى الزكاة :

وبمقارنة تعريف الضريبة مع تعريف الزكاة المتقدم يتضح أنهما: يتشابهان فى بعض الأوجه ويختلفان فى كثير من الوجوه . .

(أ) - أوجه التشابه بينهما : إنهما يلتقيان فى الآتى :

- ١ . فى عناصرهما الأساسية: وهى عناصر الجبرية ، وأنهما يدفعان بصفة نهائية ، لتحقيق مصلحة عامة ، دون نفع خاص حال ومباشر يقابلهما .
- ٢ . كما يتوافقان (فى قواعدهما الأساسية) : وهى قواعد العدالة واليقين والملاءمة والإقتصاد فى نفقات الجباية .
- ٣ . كما أن لكل منهما (أهدافها التدخلية) : الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها .

(ب) ومع ذلك فإن الفروق بينهما، كثيرة : فالتنظيم الفنى للزكاة، يختلف عنه فى الضريبة : سواء فى (الوعاء أم فى قواعد الربط أو طرق التحصيل) :

- ١ . (فوعاء الزكاة) : لا يتسع إلا للدخول والثروات النامية ، أما الضريبة فتجب فيما لا نماء فيه ، كالضرائب غير المباشرة
- ٢ . (أما عن أساليب ربط الزكاة) : فهى أوسع فى الزكاة عنه فى الضريبة ، إذ تتضمن كل طرق الربط الضريبية الحديثة. فضلاً عن تميزها بطريقة (التقدير بالخرص) ، وهى المخصصة لتقدير نوع من

١ . راجعها لدى د. محمد سلام مذكور ، أصول الفقه الإسلامى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦ ، ص ١٤٦ .

٢ . سورة البقرة آية ١١٠ .

٣ . البخارى فى صحيحه القاهرة ، مطبعة الحلبي بدون نشر ط ص ٢٤٢ .

٤ . الشوكانى ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من حديث سيد الأخيار ، القاهرة ، المطبعة العثمانية المصرية ١٢٥٧ هـ ، ج٤ ص

- الدخل الزراعى ، وهى ثمار الفاكهة .
- ٣ . كذلك (قواعد تحصيل الضريبة والزكاة) : فتتطوى على وجوه إختلاف، إذ الأصل فى تحصيل الضريبة أنها تحصل فى صورة نقدية ، بينما الأصل فى الزكاة أن تؤخذ بصورة عينية . كما أنهما يفترقان فى وقت تحصيل كل منهما : فهما وإن كانا يلتقيان فى الأخذ بمبدأ السنوية ، إلا أن الزكاة تتميز بأنها تأخذ بمبدأ الفورية فى التحصيل مع نصف أنواعها المتمثل فى زكوات الدخول .
- ٤ . فضلاً عما تقدم (فإن ضمانات تحصيل الزكاة) : أوسع من ضمانات تحصيل الضريبة . إذ يمكن أن يسقط دين الضريبة بالتقادم ، بينما لا يجوز ذلك فى الزكاة . فلا تسقط بمضى مدة معينة ولا بهلاك وعائها ، ولا بموت المزكى ، فضلاً عما ينتظره من عقوبة أخروية تخلو منها الضريبة .
- ٥ . وتتوج وجوه الاختلاف بينهما بما يتعلق (بمدى ثباتهما ودوامهما) : فالضرائب معرضة دوماً للتعديل والإلغاء والتغيير وفقاً لمصالح الناس وأحياناً لأهوائهم ، بينما أحكام الزكاة مؤبدة وغير قابلة للإلغاء أو حتى للتعطيل ، لإلهية فرضها ، وكونها أحد أركان الدين .
- ومع ماتقدم من أوجه تشابه بين الضريبة والزكاة ، ووجوه إختلاف بينهما ، فلكى نقرر مدى ملاءمة الزكاة لأن يقاس عليها فرض ضرائب حديثة ، فإن الأمر يتطلب أن نتعرض لبيان التنظيم الفنى لزكاة المال بكافة أنواعها .

الفرع الثانى التنظيم الفنى للزكاة

يتكون التنظيم الفنى للزكاة من جناحين هما : الإيرادات والنفقات العامة ، ونوضحهما فى غصنين على الترتيب .

الغصن الأول هيكل إيرادات الزكاة

تجب الزكاة فى أوعيتها من الدخول والثروات التى ينبغى أن تتوافر فيها شروط عامة^١، هى شروط: الملكية الخاصة، والنماء، والغنى. ويتكون هيكل إيرادات زكاة المال من جناحين رئيسيين هما : زكوات الدخول وزكوات الثروات وستتولى هنا بيان أوعيتها فحسب، دون إستدلال ودون بيان أنصبتها ومقاديرها، إذ سيكون ذلك محور التحليل التفصيلى داخل موضوعات البحث .

أولاً : الزكاة على الدخول :

وتجب هذه الزكاة فى نماء المال وتعفى أصله الناتج منه . فوعاؤها هو الدخول تجب فيها لحظة تحققها فوراً . ولا يقتصر وجوبها على أنواع الدخول التى وردت النصوص بتزكيتها ، بل يتسع وعاؤها ليشمل كذلك

١ . راجع هذه الشروط العامة لدى : د. يوسف القرضاوى، فى فقه الزكاة ، م س ج ١ ص ١٢٦ وما بعدها .

الدخول التي تتشابه معها ، والتي تتوافر فيها علة تزكيتها ولم يرد نص بتزكيتها ، تطبيقاً لشروط القياس الشرعى . وتحتوى على الزكوات التالية :

١ . زكاة المعادن : وتجب زكاة المعادن فى الدخل المعدنى أياً كان نوعه ، سواء كان صلباً كالذهب والفضة والنحاس^١ أو لو كان سائلاً كالبتروىل . وسواء إستخرج من باطن الأرض كالكركاز أو الكنز^١ ، أو استخرجت من البحر كالعنبر واللؤلؤ والمرجان . وقد مد القياس حكمها لتجب فى لقطة المعادن^٢ وفيها يقول النبى (ص) (فى الركاز الخمس) «٣ .

٢ . زكاة الزروع والثمار : الدخل الزراعى أياً كان نوعه تجب فيه الزكاة ؛ ، لعموم قول النبى (ص) : « فيما سقت السماء والعيون أو كان عشريا العشر وما سقى بالنضح نصف العشر»^٥ . ويقاس عليها لىأخذ حكم زكاتها : المستفاد من المستغلات أى من أدوات الإنتاج أياً كان نوعها سواء كانت عقارية : كالمصانع والعمارات المؤجرة ، أو لو كانت منقولة : كسيارات النقل والأجرة ، وتجب فيها أياً كان مجال استغلالها زراعياً أم صناعياً أم تجارياً أم خلافه .

٣ . زكاة العسل : وتجب فى العسل الذى يبلغ نصابها لما رواه ابن ماجة إلى عبد الله بن عمرو : أن النبى (ص) «أخذ من العسل العشر»^٦ . ويقتضى القياس الصحيح مد حكم زكاة العسل لينطبق على ما تشابه معها من المنتجات الناتجة من حيوانات غير زكوية : كالحرير الناتج من دود القز ، وبيض الطيور وصوف ووبر ولبن وسمن الأنعام غير السائمة .

٤ . زكاة دخل العمل^٧ : وردت النصوص بتزكية كسب العمل ، ومنها قول النبى (ص) : «على كل مسلم صدقة ، فقالوا يا نبى الله فمن لم يجد ؟ قال « يعمل بيده فينفع نفسه ويتصدق»^٨ . وتجب الزكاة فيه إذا بلغ نصابها وهو ما قيمته ٨٦ جراماً من الذهب فور إكتسابه ، بسعر ٢,٥ ٪ ، وذلك لفضل عبد الله بن أم مسعود أنه كان يعطى العمال أعطياتهم بعد أن يخصم منها الزكاة ، من كل ألف خمسة وعشرين^٩ .

ثانياً : الزكاة على الثروات :

يخضع لهذه الزكاة ثلاثة أنواع من الثروات هى الأنعام والنقود والحلى وعروض التجارة . وتجب الزكاة فى هذه الثروات وفى نمائها أى دخلها الناتج منها ، وهو نماء حقيقى أى فعلى فى الأنعام وعروض التجارة ،

- ١ . المعادن التى تثبت فى الأرض بفعل الخالق تسمى ركازاً ، أما إذا دفنت فيها بفعل المخلوق فتسمى كنزاً . راجع أحمد الفيومى المصباح المنير ، القاهرة ، الطبعة الأميرية ط٢ ١٩١٢م ج١ ص٥٤٣ .
- ٢ . اللقطة هى المال الذى فقده مالكة واللقطة من لا يعرفه .
- ٣ . متفق عليه .
- ٤ . وهذا وفقاً لرأى الأحناف فراجع لى الكاسانى فى بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، القاهرة ، مطبعة الإمام بدون عام نشر ج٢ ص ٩٣٧، ٩٣٧ .
- ٥ . رواه البخارى فى صحيحه م س ج١ ٢٥٩ ، والعثرى هو من النبات ما يشرب بعروقه ، والنضح هى الإبل الساقية .
- ٦ . رواه ابن ماجة فى سننه م س ط ص ٥٨٤ .
- ٧ . يراجع فىمن يعارض وجوب الزكاة فى كسب العمل ، وترده أحاديث الباب : رفيق المصرى ، الزكاة والنظام الضريبى المصرى م س ص ٨٦ وما بعدها . كذا د . شوقى إسماعيل شحاتة ، أصول محاسبية الزكاة جمعها صرفها م س ص ٢٣٨ .
- ٨ . رواه البخارى فى صحيحه م س ص ٢١٥ ورواه بسنده إلى سعيد بن أبى بردة عن أبىه .
- ٩ . راجع أبى عبيد فى الأموال ، م س ص ٣٩١ .

بينما هو نماء حكى فى النقود والحلى . بيد أنها لا تجب فى الدخل الناتج من هذه الثروات بصفة فورية دون أن يتكرر فيها كزكوات الدخول ، ولكن بصفة دورية سنوياً ، بحيث يتكرر وجوبها فى أوعيتها طالما أنها تبلغ النصاب على النحو التالى:

(أ) زكوات الأنعام : أوجب الله فيها الزكاة فى الأنعام ، طالما أنها توافر فيها شروط : السوم ، أى أن تراعى فى الكلاً المباح أكثر السنة ، وبلغت النصاب ، وحال عليها الحول أى مر عليها أكثر من عام . وأوجب الإسلام الزكاة فى كل أنواعها الرئيسية الثلاثة : ١- الإبل . ٢- الغنم . ٣- البقر . وما يقاس عليها من أنواع أخرى : كالخيل والحمير والجاموس . وسيأتى الإستدلال عليها فى موضعه .

(ب) زكاة النقود والحلى:

(ج) زكاة التجارة .

تلك باختصار أحكام إيرادات للزكاة ، وننتقل من خلال الغصن التالى لبيان أحكام إنفاقها

الغصن الثانى هيكل إنفاق الزكاة

مصارف الزكاة ثمانية وردت على سبيل الحصر فى قوله تعالى : (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) ١ . وورودها على سبيل الحصر فى القرآن يعنى منع إنفاق الزكاة خارج هذه المصارف الثمانية من ناحية ، وعدم جواز تعطيل أى منها بغير سند شرعى من ناحية أخرى .

وهى أنواع من المصارف التى يغلب على مستحقيها صفة العوز والحاجة ، سواء كانت حاجة لما يكفيهم: كحاجة الفقراء والمساكين والغارمين (المدنيين) وأبناء السبيل ، ويضاف عليهم العاملون عليها حتى ولو كانوا أغنياء إذ ينبغى أن تكون أجورهم عن عملهم بالقدر الذى يكفيهم . أو لو كانت حاجة إلى الحرية : كحاجة من فى الرقاب من رقيق ومكاتبين وأسرى . بالإضافة إلى الحاجات العامة المبتغاة من مصرف فى سبيل الله ، وفقاً لرأى من يوسعه ليجعله فى جميع القرب أو وجوه الخير ٢ .

وارتباط هذه المصارف بالإنفاق فى إشباع هذه الحاجات الخاصة والعامة ، يعنى عدم جواز صرفها على غير ذوى الحاجات : من الأغنياء والأقوياء القادرين على الكسب ٣ ، وكذا من يعولهم المزكى أو تجب عليه نفقتهم من أصوله وفروعه وزوجته ٤ ، إلى جانب منع إنفاقها على فئات خاصة: كفئات غير المسلمين، وكذا النبى (ص) وآل بيته رضى الله عنهم أجمعين ٥ .

- ١ . سورة التوبة آية ٦٠ .
- ٢ . هناك من يخصص مصرف فى سبيل الله للجهاد العسكرى فقط ، ومن يوسعه ليشمل الجهاد المدنى كذلك أو جانب منه كالحج والعمرة ، فراجعها لدى : د . يوسف القرضاوى فقه الزكاة م س ج ٢ ص ٦٣٥ .
- ٣ . وذلك إذا تعطلوا عن العمل باختيارهم .
- ٤ . باستثناء تصدق الزوجة على زوجها وعياله فى رأى الشافعية والظاهرية لإجازة النبى (ص) لزينب امرأة ابن مسعود بذلك فيما رواه البخارى فى صحيحه م س ج ١ ، ص ٢٥٥ .
- ٥ . فهى من علامات النبوة فضلاً عن أنهم يستحقون الفئ والغنائم .

ولن نفصل القول في بيان مضمون كل مصرف من هذه المصارف الثمانية ومدى عدالة الزكاة في توزيع حصيلتها عليهم، إذ يخرج هذا عن نطاق البحث هنا لاقتصاره على عدالة الزكاة التكميلية بين ممولى الزكاة دون مستحقيها.

بما تقدم نكون قد فرقنا بين الضريبة والزكاة، ووضحنا باختصار التنظيم الفنى للزكاة. وبقي أن نتعرض لمفهوم العدالة الضريبية وذلك من خلال المطلب التالى .

المطلب الثانى أسس العدالة الضريبية

العدالة من المصطلحات التى تعددت معانيها بتعدد من تناولوها وتعدد الزوايا المنظور إليها منها، سواء زاوية العدالة الاجتماعية ١ او ما يتفرع عنها من عدالة إقتصادية ٢ أو غيرها. والذي نركز عليه هنا هو ما ينبثق عن الأخيرة من (عدالة ضريبية). والعدالة الضريبية تقتضى المساواة بين المكلفين بأحكام الضريبة فى الخضوع لأحكامها، فتساوى بينهم فيما يتساوون فيه من مقدرة مالية فيما يعرف بالعدالة الأفقية، وتفاوت بينهم فيما يتفاوتون فيه من مقدرة مالية فيما يسمى بالعدالة الرأسية. ونوضح هذين المستويين من العدالة الضريبية فى فرعين على الترتيب التالى :

الفرع الأول : العدالة على المستوى الأفقى.

الفرع الثانى : العدالة على المستوى الرأسى .

الفرع الأول العدالة على المستوى الأفقى

ينبغى فى الأداة المالية (الضريبة / الزكاة)، أن توفر نوعاً من العدالة على المستوى الأفقى بين الممولين، فتساوى بينهم فى وجوبها على أوعيتها من أموالهم جميعاً دون استثناء فيما يعرف بمبدأ العمومية من ناحية، فضلاً عن مراعاتها لمقدرتهم التكميلية أى قدرتهم على تحمل أعبائها من ناحية أخرى. ويعنى ذلك أن العدالة الأفقية تتأسس على مبدأين هما :٣

المبدأ الأول - مبدأ العمومية : وتعنى عمومية الأداة المالية إخضاع جميع المكلفين بها لأحكامها من الدخول والثروات ، دون أن يفلت من الخضوع لها أحد لسبب غير موضوعى : لجاهه أو لسلطانه مثلا ، أو لغيرها

١. راجع معنى العدالة الإجتماعية لدى الشيخ : سيد قطب ، العدالة الإجتماعية فى الإسلام ، القاهرة ، بيروت ، دار الشروق ، ١٩٧٤ ، ص ٢٠ وما بعدها .

٢. راجع معنى العدالة الإقتصادية ، فى بحثنا : العدالة الإقتصادية فى الإسلام 'مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط ، ١٤ع ج ٢٢٣ ، ١٥١٢ ، ٢٠٠٢م ، ص ١٦٨٩ .

٣. راجع : د عاطف السيد ، فكرة العدالة الضريبية فى الزكاة فى صدر الإسلام ، من بحوث المؤتمر العالمى الأول للإقتصاد الإسلامى ، السعودية ، جامعة الملك عبد العزيز ، المركز العالمى لأبحاث الإقتصاد الإسلامى ، ص ٢٧٢ .
د على عباد ، النظم الضريبية المقارنة ، المجلد الثانى ، الإسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٧٤ ، ص ٢٧ .

من وجوه التمييز . ويتكون مبدأ العمومية من عنصرين :
أحدهما - مادي : ويعنى إخضاع كل الأموال الموجودة بإقليم الدولة ، وكافة التصرفات التى تتم فى حدودها للإدارة المالية العامة .
والآخر - شخصى : ويتعلق بإيجاب أحكامها على كافة الأشخاص الوطنيين أو الأجانب المقيمين على إقليم الدولة ، سواء فى أنفسهم أو فى أموالهم طالما إنطبقت عليهم شروطها .
المبدأ الثانى - مبدأ المقدرة التكلفة : ويتعلق ذلك المبدأ بأن تفرض الأداة المالية - (الضريبة / الزكاة) - بالقدر الذى يراعى المقدرة المالية للممولين (مالياً وشخصياً) ، أى قدرتهم على تحمل أعبائها . ويعنى ذلك أن هذا المبدأ يتأسس على عنصرين أحدهما موضوعى والآخر شخصى :
الأول - العنصر الموضوعى : (مقدرة المالية) : ويتطلب ذلك أن تراعى الأداة المالية المقدرة المالية للممول ، فلا تجب على وعائها من - دخله أو ثروته - إلا إذا بلغ الحد الذى تتحقق به تلك المقدرة (أى غناه) ، فلا تجب على الفقراء أو محدودى الدخل من ناحية . ولا تكون أسعارها بالقدر المرتفع الذى يصادر مال الممول الخاضع لها . وإنما تترك له بعد خصم أعبائها فائضاً اقتصادياً بالقدر الذى لا يضر بوجوده أو بمقدرته الإنتاجية من ناحية أخرى .
الثانى - العنصر الشخصى : بأن تعدد الأداة المالية بالظروف الشخصية للمكلف ، فتعفى من دخله القدر الذى يغطى أعباءه المعيشية والمهنية ، التى تحملها فى سبيل تحقيقه لدخله أو إكتسابه لثروته ، إذ إن ذلك يساعد على التوصل إلى مقياس سليم لمقدرته التكلفة .

الفرع الثانى العدالة على المستوى الرأسى

فيقصد بالعدالة الرأسية أن تعدل الأداة المالية - (الضريبة / الزكاة) - بين المكلفين فى معاملتها لهم ، فتساوى بينهم فى أسعارها إذا تساوا فى دخولهم و ثرواتهم ، فيما يعرف (بالمساواة النسبية) ، وتفاوت بينهم إذا تفاوتوا فى مصادر كسبهم وأحجام دخولهم و ثرواتهم فيما يسمى (بالمساواة الحقيقية) . ويعنى ذلك أن العدالة الرأسية تتأسس على نوعين من المساواة هما :
الأول - المساواة النسبية : وتتضمن المساواة النسبية معاملة الأداة المالية للمكلفين بأحكامها معاملة متساوية طالما أنهم قد تساوا فى مقدرتهم المالية^١ فتفرض أسعارها عليهم بشكل نسبى طالما أنهم قد تقاربوا فى مراكزهم المالية ، لتتساوى إستقطاعاتها المالية منهم . فمن غير المجدى أن تتصاعد أسعارها عليهم طالما أن أحجام دخولهم و ثرواتهم متقاربة وليست متفاوتة ، فهم يمثلون أعضاء فئة مالية واحدة .
الثانى - المساواة الحقيقية : وتعنى المساواة الحقيقية بين الممولين إختلاف المعاملة التكلفة لها معهم ، طالما أنهم قد إختلفت مراكزهم المالية ، ليتساوا فى التضحية . ويتطلب هذا توافر أمرين هما :
١ - إختلاف معاملتها لمموليها باختلاف مصادر كسبهم : ويتطلب ذلك أن تخفف فى أحكامها (أى

١ . راجع : د عاطف السيد ، المرجع السابق ، د على عياد ، المرجع السابق .

د . رفعت المحجوب ، المالية العامة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ ، ص ٢٨٧ وما بعدها .

أعبائها) على الممول صاحب الدخل الناتج من مصدر ضعيف كالعامل ، وتشدد على الممول المتحقق دخله من مصدر إنتاجي قوى ك رأس المال ، فتخفف أسعارها على الممول الأول أكثر من الثاني . إلى جانب معاملتها معاملة وسط للممول الذي يعتمد في تحقيقه لدخله على مصدر مختلط بين العمل ورأس المال كالحرفى مثلاً .

ومناطق العدالة هنا هو أن المعاملة المخففة مع من يعتمد على العمل في تحقيقه لدخله ، إنما يكمن في أنه إنما يعتمد في اكتسابه لدخله على مصدر ضعيف هو طاقته البشرية ، ويتمثل ضعفه في أنه أقل استقراراً وأقل إستمراراً من غيره من المصادر الأخرى ، مما يعود بالسلب على معدل الدخل الناتج منه فيجعله منخفضاً .

٢- تفاوت أسعارها بتفاوت دخولهم و ثروتهم : حينما تختلف المراكز المالية بين الممولين ، فتتفاوت أحجام دخولهم و ثروتهم الخاضعة للأداة المالية ، فإن العدالة تقتضى أن تتفاوت أسعارها بتفاوت تلك المراكز ، فتتصاعد بتصاعد أحجام تلك الدخول والثروات وتتنازل بتنازلها . إذ إن هذا هو الذى يحقق المساواة الحقيقية بينهم وهى المساواة فى التضحية بينهم ، ليتحمل صاحب الدخل أو الثروة الكبيرة عبئاً تكليفاً أكبر من صاحب الدخل أو الثروة الصغيرة .
وتنلمس تلك العدالة بمستويها الأفقى والرأسى فى الزكاة من خلال المبحثين التاليين .

المبحث الثانى العدالة الأفقية للزكاة

تتعلق العدالة الأفقية للزكاة بمدى إرسائها لمبدأ العمومية بين المكلفين من ناحية ، ومدى مراعاتها للمقدرة التكلفة لهم من ناحية أخرى . وهما ما نوزعهما على مطلبين على الترتيب التالى :

المطلب الأول : مبدأ العمومية فى الزكاة .

المطلب الثانى : مدى مراعاة الزكاة للمقدرة التكلفة للممولين .

المطلب الأول مبدأ العمومية فى الزكاة

يعنى مبدأ العمومية ، أن يتم وضع الخاضعين لأحكام الأداة المالية - الزكاة أو الضريبة- على خط أفقى واحد ، فتساوى بينهم فى المعاملة التكلفة . بمعنى تعميم أحكامها لتجب على كل الأموال وعلى كل الأشخاص فلا يفلت من الخضوع لها فى نفسه أو ماله ، شخص ما لجاهه أو لسلطانه أو لغيرها من الأسباب غير الموضوعية . ويعبر عن ذلك فى الأدب المالى بمبدأ العمومية ١ الذى يتكون من عنصرين :

- ١ . راجع : د. سلطان محمد على سلطان ، الزكاة تطبيق محاسبى معاصر ، السعودية، دار المريخ للنشر ١٩٨٦ ص ٢٥ .
- د ، عاطف السيد ، فكرة ، العدالة الضريبية فى الزكاة فى صدر الإسلام م ص ٢٠٢ .
- د. عبد الهادى على النجار ، الحرية الاقتصادية والعدالة الضريبية فى الإسلام ، مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت، السنة (٧) عدد (٢) ذو الحجة ١٤٠٣ هـ- سبتمبر ١٩٨٣ م ص ٢٨٤ .
- د. محمود محمد نور ، تحليل النظام المالى فى الإسلام ، القاهرة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، ع ١٩٧٧/١٩٧٥ .
- Lauben burger (H) : "préris d'Elonomic et legislation financiers" Paris 1950 -

أحدهما : مادي: ويعنى إخضاع كل الأموال الموجودة بإقليم الدولة وكافة التصرفات التى تتم فى حدودها للأداة المالية . والآخر شخصى : ويتعلق بإيجاب أحكامها على كافة الأشخاص الوطنيين أو الأجانب المقيمين على إقليم الدولة، سواء فى أنفسهم أو فى أموالهم طالما توافرت فيهم شروطها .
وقد أرست الزكاة مبدأ العمومية بعنصره المذكورين على نحو سبقت به النظم الضريبية الحديثة ، و الذى نتلمسه من خلال فرعين على النحو التالى :

الفرع الأول : العمومية المادية للزكاة .

الفرع الثانى : العمومية الشخصية للزكاة .

الفرع الأول العمومية المادية للزكاة

يتعلق العنصر المادى لمبدأ العمومية، بفرض الأداة المالية العامة - (الزكاة أو الضريبة) - على كافة الأموال بلا إستثناء . والنظر إلى أحكام زكاة المال يقود إلى القول بأنها يتحقق فيها هذا المبدأ إذ تجب فى كل الأموال النامية ، والمملوكة ملكية خاصة وتامة دون إستثناء . ويعنى ذلك أن هذا العنصر يتأسس على ثلاثة أسس هى :

الأساس الأول : وجوبها فى كل الأموال ١:

من العرض السابق لهيكل الزكاة يتضح أن وعاءها الواجبة فيه يتسع ليشمل كل الأموال النامية، سواء اتخذت شكل الثروات أم الدخل. ومنه يتبين أن كلاً من الدخل والثروات أصل فى وجوب الزكاة فيه ، وفى هذا تختلف الزكاة عن الضرائب التى كانت تجب فى الثروات بصفة أصلية ، والدخول بصفة تكميلية. ثم تطورت لتجب فى الدخل بصفة رئيسية وفى الثروات بصفة ثانوية .
وقضية تعميم الزكاة لتجب فى كل الأموال النامية شغلت آراء فقهاء الإسلام حيث انقسموا بشأنها إلى فريقين :

الفريق الأول : فريق المضيقيين ٢ : وينسب ذلك إلى ابن حزم والشوكانى وغيرهما أنهم قصرُوا إيجاب الزكاة على ثمانية أصناف دون غيرها . وذلك على اعتبار أنها هى التى وردت النصوص بأخذ الزكاة منها وهى : من الأنعام : (الإبل والبقر والغنم ومن الزروع والثمار القمح والشعير) ، ومن النقود : (الحلي والذهب والفضة) . وبالتالي فلا زكاة عندهم فى: عروض التجارة ، ولا فى باقى الثروات الزراعية والحيوانية ، ولا فى دخل العمل ولا فى العسل ولا فى غيرها . ولعل عدم اعتراف ابن حزم الظاهري باستخدام

1. Siddiqi (M) "Egraly Development Of Zkat and ijthad" Reviewed by H.M Abdlla Fig Alsha. Jornal Or Research In Islamic Economic. Jeddah International Centre For Research In Islamic Economics. King Abdu Aziz University

٢. راجع : ابن حزم فى المحلى ، بيروت ، المكتب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع ، بلا عام نشر ، ج٥ ص٢٠٩ ، والشوكانى ، فى نيل الأوطار شرح ملتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، القاهرة ، مطبعة الحلبي .

القياس في استنباط الاحكام الشرعية ، هو الذي دفعه الي اتخاذ الاتجاه المضيق من وعاء الزكاة .
الفريق الثاني : فريق الموسعين : وينسب الى الامام أبى حنيفة وكثير من الفقهاء المحدثين ١ . ويذهب إلى وجوب الزكاة في كل الأموال طالما توافر فيها شرط النماء ، وحجتهم في ذلك هي أن عموم القرآن والسنة تثبت الزكاة في كل الأموال ومنها قوله تعالى : (والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) ٢ .

الأساس الثاني : وجوبها في الأموال النامية :

يشترط في الأموال التي تخضع للزكاة: أن تكون نامية أي قادرة على توليد الدخل ... وشروط النماء ثلاثة هي :

- ١- أن يكون المال قابلاً للنماء .
- ٢- أن ينمى فعلاً أو حكماً .
- ٣- أن يكتمل نماؤه .

الأساس الثالث- وجوبها في الأموال المملوكة ملكية خاصة وتامة :

أي أن يتوافر فيها شرطان هما :

- ١ . شرط الملكية الخاصة : فلا تجب الزكاة في الأموال العامة لأنها مملوكة لكافة المسلمين .
 - ٢ . شرط الملكية التامة : فلا تجب الزكاة إلا في المال النامي المملوك للشخص ملكية تامة، أي أن تقع ملكيته على المال في عينه ومنفعته ، وهذا هو عين العدل لأن الذي يملك رقبة مال ولا يمكنه الانتفاع به ، لن يدر عليه دخلاً يستحق أن تؤخذ منه الزكاة .
- وباكتمال هذه الأسس الثلاثة ، يتجسد مبدأ العمومية المادية للزكاة : حيث تجب في كل الأموال النامية، والمملوكة للشخص ملكية خاصة وتامة ، وبالتالي لا يعفى من الخضوع لها في ماله.

الفرع الثاني العمومية الشخصية للزكاة

العنصر الثاني من عنصري مبدأ العمومية هو العنصر الشخصي ، وهو يتوافر في الزكاة ، إذ تجب على كل الأشخاص الذين يتوافر فيهم شرطا الإسلام والغنى دون استثناء ، فلا يفلت من الخضوع لها شخص لجاهه أو لسلطانه او لأي سبب غير موضوعي . ويعني ذلك أن العمومية الشخصية للزكاة تتأسس على أساسين هما : ٣

الأساس الأول: وجوبها على كل الأشخاص :

يتجلى هنا مبدأ العمومية كذلك ، من حيث إن الزكاة يتسع نطاقها الشخصي لتجب على كل الأشخاص في أموالهم النامية والمملوكة لهم ملكية خاصة، طالما أنهم قد توافر فيهم شرطا : الإسلام والغنى .

١ . راجعهم ومراجعهم وأدلتهم لدى : د. يوسف أقرضاوى في فقه الزكاة م ص ١٤٥ : ١٤٧ .

٢ . سورة المعارج آية ٢٤ - ٢٥ .

٣ . De layes farishta (6) . `the functional role of zakat in the Islamic social economy ` Islamic literature

.. lahor . vol.15 no.3 march1969

الأساس الثاني : منع إعفاء أحد من الزكاة :

فكما أوجب الإسلام الزكاة على كل المسلمين في أموالهم النامية ، فإنه في المقابل منع استثناء أحد من الخضوع لأحكامها لمكانته أو لجاهه أو لسلطانه أو لغيرها من الأسباب الشخصية وغير الموضوعية . خلاصة ما تقدم أن الزكاة تعدل بين مموليها بعمومها المادى، إذ تجب في كل أموالهم النامية ، وعمومها الشخصى إذ تجب على كل أغنياء المسلمين ولا تغفى منهم أحداً .

المطلب الثاني

مدى مراعاة الزكاة للمقدرة التكلفة للممولين

من قبيل العدالة الأفقية ، أن تساوى الأداة المالية بين مموليها ، بأن تراعى في أعبائها ، بأن تكون بالقدر الذى يتناسب مع حجم دخولهم و ثرواتهم ، أى مع قدرتهم على دفع تلك الأعباء . بمعنى أن تراعى مقدرتهم التكلفة ، أى قدرتهم على تحمل أعبائها ، دون أن يضر ذلك بوجودهم أو بمقدرتهم الإنتاجية ١ . فالمقدرة الماية للممول تعبر عن مركزه المالى ، أى عن مدى الفائض الاقتصادى الذى يتبقى له من دخله بعد خصم أعبائه الشخصية ، ويكون بالقدر الذى يكفى لأن يتحمل الأعباء المالية العامة .

ويدل ذلك على أن المقدرة التكلفة للممول تتوقف على عنصرين ٢ :

- أحدهما موضوعى : ويعنى حجم الدخل (أو الثروة) الذى إذا حازه الممول خلال فترة زمنية معينة (-سنة مثلاً) - كان قادراً على تحمل الأعباء المالية العامة فى دخله .

- والآخر شخصى : يتعلق بالاعتداد بما تحمله الممول من أعباء (مهنية ومعيشية) فى سبيل تحقيقه لدخله أو اكتسابه لثروته وخصمها من إجمالى دخله، للتوصل إلى قياس سليم لمقدرته التكلفة.

ونتلمس هنا مدى مراعاة الزكاة لهذين العنصرين : الموضوعى والشخصى المكونين للمقدرة التكلفة للمزكين ، وذلك من خلال فرعين على النحو التالى :

الفرع الأول : مدى مراعاة الزكاة للمقدرة المالية للممولين .

الفرع الثانى : مدى مراعاة الزكاة للظروف الشخصية للممولين .

الفرع الأول

مدى مراعاة الزكاة للمقدرة المالية للممولين

تمثل المقدرة المالية للممول جانبها الموضوعى أو المادى، أى حجم الدخل (أو الثروة) ، الذى إذا حازه

١. Jega (G) "Cours Elementaire or since des finance et de legislation financière française" Paris. 1932 .

٢. رفعت المحجوب ، المالية العامة، النفقات العامة والإيرادات العامة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ١٩٧٥ ص ٢٨٧ وما بعدها.

٣. د. على عباس عياد ، النظم الضريبية المقارنة ، الإسكندرية مؤسسة شباب الجامعة ١٩٧٤ ج٢ ص ٣٩ وما بعدها.

الممول لمدة معينة ، دل ذلك على قدرته المالية على تحمله الأعباء المالية العامة في دخله. وهو في الزكاة يتمثل في النصاب ١ .

فالزكاة تتطلب في كل أوعيتها الوصول إلى هذا الحجم من النصاب ، الذي يدل على قدرة صاحبه على دفع مقاديرها ويشير إلى غناه ، بحيث إذا لم يبلغه المال فلا زكاة فيه لقول النبي (ص) : « لا صدقة إلا عن ظهر غنى» ٢ وقوله : «إن الخير الصدقة ما ترك غنى أو تصدق به عن ظهر غنى» ٣ .

وقد عبر ابن القيم بدقة عن حكمة اشتراط النصاب في الزكاة ، بما يتوافق مع المفهوم العلمي المعاصر للمقدرة التكليفية فقال : «ثم إنه لما كان لا يتحمل المواساة كل مال ، وإن قل . جعل للمال الذي يتحمل المواساة نصباً مقدرة المواساة فيها ، لا تجحف بأرباب الأموال ، وتقع موقعها من المساكين .» ٤ إذ ينبغي في نصاب الزكاة ، أن يكون عفوياً أي فاضلاً عن حاجة المزكى ومن يعولهم من ناحية ، وأن يكون خالياً من الديون من ناحية أخرى . بيد أن الشرع الحكيم قد حدد لكل زكاة نصابها الذي يلائمها والذي به يتحقق غنى المزكى وقدرته على دفع مقاديرها ، على النحو التالي :

أولاً : أنصبة زكوات الثروات :

لا تجب زكوات الثروات في أوعيتها إلا بعد مرور عام على اكتسابها ، عملاً بقول النبي (ص) : «من استفاد مالا فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول عند ربه ٥ فاستمرار المال في وجوده مع مالكه ، عاماً كاملاً دون أن ينقص عن النصاب، يدل على قدرته على تحمل التكاليف المالية العامة. وأنصبتها هي كالتالي :

- ١- نصاب النقود والتجارة : أشار إلى نصابها النبي (ص) بقوله « ليس في أقل من عشرين مثقالاً من الذهب ولا في أقل من مائتي درهم صدقة .» ٦ أي أن نصابها هو ما بلغت قيمته ٢٠٠ مثقالاً ذهبية ، أو ٢٠٠ درهماً فضية . وهي تعادل بالجرامات الحديثة : ٨٦ جراماً للذهب ، و ٦٠٠ جرام للفضة ٧ .
- ٢- أنصبة الأنعام : وأنصبتها هي : خمسة لوزة الإبل ، وثلاثون للبقر ، وأربعون للغنم . وفي الإبل قال رسول الله (ص) : « وليس فيما دون خمس ذود صدقة» ٨ وفي البقر قال معاذ بن جبل رضي الله عنه : « أمرني رسول الله (ص) - حيث بعثت إلى اليمن - أن لا أخذ من البقر شيئاً حتى تبلغ ثلاثين ٩ . كما حدد (ص) نصاب الغنم بقوله : « وفي صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة» ١٠ .

- ١ . راجع : الشيخ محمد أبو زهرة . الزكاة ، من بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية ، ١٩٧٢ ، ص ١١٢ : ١٣٠ .
- ٢ . رواه البخاري في صحيحه م س ج ١ ، ص ٢٤٨ ، باب وجوب الزكاة .
- ٣ . رواه أبو داود في سننه م س ج ٢ ص ١٢٩ .
- ٤ . ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين ، القاهرة ، دار عمر بن الخطاب ، المطبعة المصرية ومكتبتها ط ١٤٨ .
- ٥ . رواه الدارقطني في سننه م س ج ٢ ص ٩١ كما رواه الترمذي في سننه م س ج ٢ ص ١٦ من طريق يزيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر .
- ٦ . رواه أبو عبيد في الأموال بسنده إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده م س ج ٤٠٢ .
- ٧ . توصلنا إلى معادلة المثقال والدرهم الشرعيين بالجرامات الحديثة بعد بحث مستفيض ، اتبعنا فيه منهجين أحدهما تجريبي والآخر استقراي وتبين منه أن دينار ودرهم عبد الملك بن مروان بمثلان الدرهم والدينار الشرعيين وأن ديناره يزن ٣ ، ٤ جراما ودرهمه يعادل ثلاثة جرامات، ومنه استخلصنا أن نصاب الفضة = ٣×٢٠٠ = ٦٠٠ جم ، ونصاب الذهب = ٤×٢٠٠ = ٨٦٠ ج .
- ٨ . رواه مسلم في صحيحه فمراجعة بشرح النووي م س ج ٧ ص ٥٤ .
- ٩ . رواه النسائي في سننه ج ٥ ص ٢٦ .
- ١٠ . رواه البخاري في صحيحه م س ج ١ ص ٢٥٢ .

ثانياً : أنصبة زكوات الدخول :

أوعية هذه الزكوات هي الدخول ، إذ تجب فيها الزكاة فور تحققها دون اشتراط مرور حول على اكتسابها ، طالما أنها قد بلغت أنصبتها التالية :

١ . نصاب المعادن : هو ما يعادل عشرين مثقالاً ذهبية (٨٦ ج) ، أو ٢٠٠ درهم فضية (أى ٦٠٠ ج) ، أو ما يعادل قيمة كل منهما بالنسبة لغيرها من المعادن .

٢ . نصاب الزروع والثمار : هو خمسة أوسق ، لقول النبي (ص) : « فيما دون خمسة أوسق صدقة» .
والوسق كما قال النووى يساوى : ٦٠ صاعاً ، والصاع يكيل حبوباً تزن : خمسة أرطال وثلاث رطلاً عراقياً . والرطل العراقى يزن : ١٢٨ درهماً وأربعة أسباع من الدرهم ، والصاع يعادل : اثنين كيلو جرامات . وبالتالي فإن نصاب الزروع والثمار = ٣٠٠×٢ كج = ٦٠٠ كج .

٣ . نصاب العسل : هو عشر قرب ، لما رواه أبو داود فى سنته : «أن بنى شباة كانوا يؤدون إلى الرسول (ص) عن نحل لهم العشر ، من كل عشر قرب قربه . والعشر قرب ، أفتى ابن قدامة أنها تعادل ١٠٠٠ رطل عراقى ، والرطل العراقى يزن ٨٥٧ ، ٣ ج ومن هنا فتصاب العسل يساوى بالجرامات الحديثة = ١٠٠ \times ٨٥٧ ، ٣ = ٢٨٥ كجم تقريباً . ٤ .

٤ . نصاب دخل العمل : هو ما يعادل ٨٦ جراماً ذهبية ، وذلك ترجيحاً للنصوص التى وردت بإيجاب الزكاة فيها . لفعل ابن مسعود وعمر بن عبد العزيز ٥ .

هذه هي أنصبة زكوات المال المجمع عليها . والتى تمثل العلامة التى حددها الشارع الحكيم لتدل على غنى الممول ومقدرته على تحمل التكاليف المالية للزكاة فى المال ، ولكن للمقدرة التكليفية عنصر آخر شخصى نستبينه بين سطور الفرع التالى .

الفرع الثانى

مدى مراعاة الزكاة للظروف الشخصية للممولين

ليس بالنصاب وحده تتضح المقدرة التكليفية للممول ، وإنما ينبغى فى الأداة المالية حتى تكون أكثر عدالة بين مموليهها ، أن تراعى ظروفهم الشخصية . فتأخذ بها فى الحساب ، فلا تعتمد على الدخل الإجمالى للممول ، وإنما ينبغى أنت تعتمد بما تحمله من أعباء شخصية فى سبيل تحقيقه لدخله ، حتى يمكن التوصل إلى (صافى) دخله الفعلى ، المعبر حقيقة عن مقدرته التكليفية .

وبالرجوع إلى الزكاة يتضح أنها تراعى تلك الظروف الشخصية للمركب : إذ لا تجب إلا فى : (صافى دخله) ، أى فيما بلغ نصاباً من أنصبتها من ناحية ، وكان عفواً : أى فاضلاً عن حاجته الكفائية هو ومن

١ . رواه مسلم فى صحيحه بشرح النووى م س ج٧ ص ٥٤ .

٢ . المرجع السابق ، ج٧ ص ٥٦ .

٣ . رواه أبو داود فى سنته م س ج٢ ص ١٠٩ .

٤ . راجع بحثاً المشار إليه سابقاً عند نشره .

٥ . راجع أبا عبيد فى الأموال م س ص ٣٩١ ، كذا ابن سببة فى المصنف م س ص ٣١٦ .

يعوله ، من ناحية أخرى، لقوله تعالى: (وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَمَلُ) ١٠ قال المفسرون بأن العفو هو الفضل الزائد عن الحاجة ، أى عن حاجات المزكى المهنية والعائلية .

بيد أنه يلاحظ أن القول بأن الزكاة لا تجب إلا فى الدخل الصافى ، لا يتناقض مع أنه ليست كل أوعية الزكاة من الدخل ، إذ تجب الزكاة فى بعض الثروات . ولكن مايمكن القول به هو أن أوعية الزكاة يغلب عليها صفة الدخل ، فيما عدا واحدة منها وهى : الذهب والفضة التى تكتنز فى صورة نقود أو حلى أو جواهر ، إذ تؤخذ الزكاة من أصلها ، من باب إجبار مكتنزها على استثمارها .

وعلى ذلك فإن عدالة زكوات الأموال ، تتمثل من ناحية فى إتخاذها من (الدخل) وعاء رئيسياً لها ، إذ الدخل هو خير معبر عن المقدرة التكلفة للممول . ومن ناحية أخرى ، فإنها لا تجب إلا (فى الدخل الصافى) بعد خصم الأعباء الشخصية التى تحملها الممول فى سبيل تحقيقه لدخله . فالزكاة تعفى من الخضوع لها الأعباء الشخصية (المادية) للممول ، وتجنبه الأعباء الشخصية (المعنوية) ، على النحو التالى :

أولاً : إعفاء الأعباء الشخصية المادية ٢ :

فما يدل على عدالة زكاة المال ومراعاتها للمقدرة والتكيفية للمزكى ، أنها تحترم نمط استخدامه لدخله ، إذ تترك له بإعفاءاتها حداً معيناً من دخله يكفى للإنفاق على إشباع حاجاته الضرورية والكمالية ، بما يوفر له مستوى معيشياً لائقاً من ناحية ، ويكفى لتكوين مدخراته ، كى يتوافر له الباعث على الإنتاج والاستثمار من ناحية أخرى . ويتحقق ذلك بإعفاء الزكاة لكل من أعباء المهنة وأعباء المعيشة على النحو التالى:

(أ) خصم أعباء المهنة ٣ : من دواعى عدالة الزكاة أنها لا تجب إلا فى الدخل الصافى للمزكى ، وذلك بعد خصم نفقات تكوينه من ناحية ، فضلاً عن محافظتها على الأصل المنتج لهذا الدخل بإعفاءها له من الخضوع لها من ناحية أخرى على الوجه التالى :

١- إعفاء الأصول المنتجة ٤ :

من حكمة الإسلام أنه أخرج أدوات الإنتاج من الخضوع للزكاة ، من باب المحافظة على مصدر اكتساب الدخل وعلى الباعث على الإنتاج لدى المستثمر المسلم : - ففى زكوات الدخل بكافة أنواعها: تعفى أصولها المنتجة لها ، فلا زكاة فى الأرض المنتجة للزروع والثمار، ولا زكاة فى الآبار أو المناجم أو المحال المستخرج منها المعادن . ولا زكاة فى المحل المنتج للعسل وهو النحل ، ولا فى الأصول البشرية أو الحيوانية أو العقارية أو المنقولة المحققة للدخل المستفادة .

وبالإنتقال إلى زكوات الثروات: يتبين أنها رغم كونها تجب فى الثروة أصلاً سواء حققت دخلاً أم لم تحققه ، إلا أنها تعفى الأصول المنتجة للدخل : (فزكاة التجارة) مثلاً : لا تجب إلا فى عروض التجارة من السلع

١ . سورة البقرة آية ٢١٩ .

٢ . راجع : د. عبد الهادى النجار ، الحرية الاقتصادية والعدالة الضريبية ، م س ص ٢٨٠ .

٣ . راجع : الشيخ محمد أبو زهرة ، الزكاة م س ص ١١٢ .

٤ . راجع : د. عاطف السيد ، فكرة العدالة الضريبية فى الزكاة فى صدر الإسلام م س ص ٢٩٧ .

المعدة للبيع أى فى الأصول المتداولة ،وتعفى عروض القننية ، أى الأدوات اللازمة للتاجر كى يمارس حرفته. وفى بيان ذلك يقول الشيخ الدردير: (ولا تقوم : (الأوانى) التى توضع فيها سلع التجارة كالزراع، (والآلات) كالنول والمنشار والقودوم والمحراث ،(وبهيمة العمل) من جمل وحرث وغيرها، لبقاء أعينها ، فأشبهت القننية) ١ .

(وزكاة المشية): لا تجب إلا فى الأنعام السائمة التى ترعى فى الكلاً المباح أكثر السنة وأعنت من الخضوع لها : الأنعام المعلوفة ، وكذا الأنعام العاملة أى التى تستخدم فى أى أعمال منتجة ، التى تسمى بالعوامل، والثور المثيرة. ٢ فبيها يقول النبى (ص) : «ليس على العوامل شئ» ٣ كما يقول : «ليس فى الثور المثيرة صدقة» ٤ . ولا يبقى من زكوات الثروات إلا: (زكاة النقدين): وهى بأنواعها المختلفة لا إنتاجية فيها فى ذاتها، وبالتالي لا مجال للبحث فى مدى إعفائها لأصولها المنتجة لعدم وجودها فيها أصلاً. وأما الصور الحديثة لها من (أسهم وسندات وشهادات استثمار) ، فإنها تستغل فى مجالات إنتاجية تحقق دخولا تستحق أن تستفيد من إعفاء أصولها المنتجة .

٢- إعفاء نفقات تكوين الدخل : (الديون) :

التكاليف التى يتحملها الممول فى سبيل مزاولته لنشاطه ، سواء كانت عند بدء النشاط : كنفقات التأسيس، أو أثناء مزاولته النشاط : كأثمان المواد الخام وأجور العمال ونفقات النقل والطاقة وغيرها، فإنه لا زكاة فيها ، لأنها تمثل حقوقاً للغير فى أموال صاحب المنشأة ، والزكاة لا تجب إلا فيما يملكه الشخص من أموال مملوكة له ملكية تامة : أى مملوكة له فى أعينها ومنافعها .

فمثل هذه النفقات تأخذ حكم (الديون الإنتاجية) ، التى يتحملها الممول فى سبيل ممارسته لنشاطه وتكوينه لدخله . وبناء على ذلك فإنه ينبغى عدم احتسابها ضمن أوعية الزكاة ، ويتطلب بالتالى إعفاءها من الخضوع لها.

وفى عدم تزكية هذه الديون الإنتاجية : روى أبو عبيد عن السائب بن يزيد قال: « سمعت عثمان بن عفان يقول :«هذا شهر زكاتكم ، فمن كان عليه دين فليؤده ، حتى تخرجوا زكاة أموالكم» .٥

(ب) خصم أعباء المعيشة :

إذا كانت الزكاة شرعت أصلاً لسد حاجات ذوى الحاجات من الفقراء والمساكين والغارمين والغرماء وغيرهم . فإنها من باب أولى ينبغى ألا تؤثر على مستوى معيشة المزكين من الأغنياء، إذ يجب ألا تمس مقدار الدخل الذى يخصصونه للإنفاق على إشباع حاجاتهم الضرورية والكمالية . فإذا كانت الزكاة

١ . راجع أحمد الدردير ، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي بدون عام نشر ص٤٧٥ .

٢ . راجع فى ذلك أبا عبيد فى الأموال م س ص٢٤٥ وما بعدها .

٣ . رواه الدار قطنى فى سنته م س ج٢ ص١٠٣ .

٤ . رواه أبو عبيد فى الأموال م س ص ٣٤٧ وهذا هو رأى الجمهور .

٥ . المرجع السابق ص ٢٩٥ ، وفى بيان كيفية تزكية الديون تفصيل كبير واختلاف أكبر ، فراجع له لدى أبى عبيد، الأموال ، م س ص٣٩٧، ٢٨٨، كذلك راجعه فى رسالتنا للدكتوراه م س ص٤٩ : ٥١ .

تهدف إلى إغناء الفقراء ، فإن دواعى العدالة تقتضى ألا تفقر المزمكين الأغنياء . وهذا هو ما قد حافظت عليه زكوات الأموال بإعفاءاتها ، وذلك على النحو التالى :

١- إعفاء أموال الاقتناء الشخصى ١ :

الأموال التى يقتنيها المزمكى لاستخدامه الشخصى له ولن يعوله ، لا زكاة عليها وإن كانت مالا نامياً . فلا زكاة على المزمكى فى مسكنه ، ولا فى ملابسه ، ولا فى أثاث بيته ، ولا فى مركبته سوء كانت سيارة أم دابة كفرس وغيره . ولا زكاة عليه فيمن يملكهم من عبيد يقومون بخدمته ، حين كان يوجد نظام الرق الذى قضى عليه الإسلام .

ودليل هذا الإعفاء يكمن فيما رواه البخارى ومسلم فى صحيحهما ، من قول رسول الله (ص) : « ليس على المسلم فى فرسه وعبده زكاة » ٢٠ . وفى لفظ مسلم : « ليس على المسلم فى عبده ولا فرسه صدقة » ٢٠ . وقد علق النورى على هذا الحديث بقوله : « هذا الحديث أصل فى أن أموال القنية لا زكاة فيها ، وأنه لا زكاة فى الخيل والرقيق إذا لم تكن للتجارة » .

٢- إعفاء الحد الكافى لنفقات المعيشة :

ينبغى فى أى تكليف مالى ألا يمس مقدار الدخل الذى يخصصه الفرد لإشباع حاجاته الأساسية وإلا تعرضت حياته للخطر ، وهو إعتبار إنسانى بالدرجة الأولى . وقد نادى به علماء الفكر المالى الوضعى ؛ وتطلبوا إعفاءه من الخضوع للضريبة ، بيد أنهم حددوه بحد الكفاف أى حد الفقر . ويتمثل فى المبالغ النقدية التى تكفى بالكاد لضمان حياة الممول وأسرته فى مستوى أدنى من المعيشة . أما الفكر الإسلامى فإن الزكاة تفى من الخضوع لها حد الكفاية (أو الغنى) ، وهو الحد الذى يكفى لكى يعيش المزمكى وأسرته حياة لائقة فى مستوى أعلى من المعيشة ٥ .

ويلاحظ أن كلاً من الأموال اللازمة لإشباع حدى الكفاف والكفاية ، معفاة من الزكاة . فأموال الكفاف إعفاؤها ثابت بقول الرسول (ص) : « يا ابن آدم : إنك إن تبذل الفضل خير لك ، وإن تمسكه شر لك ، ولا تلام على كفاف » ٦ .

وفى إعفاء (أموال الكفاية) من الخضوع للزكاة ، وهى الأموال اللازمة لما وراء الكفاف من حاجات مطلوبة كى يحيا الإنسان فى مستوى من الرفاهية والغنى ، قال النبى (ص) : (يأتى أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ، ثم يقعد (يستكف) الناس . خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى) ٧ . وقد فسر الخطابى هذا

١ . راجع الشيخ محمد أبو زهرة الزكاة م ص ١١٢ .

٢ . راجع البخارى فى صحيحه م ص ١٦٥ ، ومسلم بشرح النووى م ص ٧٠ ص ٦٠ .

٣ . راجع مسلم بشرح النووى م ص ٧٠ ص ٦٠ .

٤ . راجع كتابنا إقتصاديات المالية العامة للدولة فى الفكر الوضعى الإسلامى م ص ١٧٢ .

- كذلك الدكتور محمد شوقى الفنجري ، الإسلام والمشكلة الاقتصادية القاهرة مكتبة الأنجلو المصرية ، ص ٢٨ .

٥ . راجع كتابنا إقتصاديات المالية العامة للدولة فى الفكر الوضعى الإسلامى م ص ١٧٢ .

٦ . رواه مسلم فى صحيحه ج ٥ ص ٢٧٩ .

٧ . رواه أبو داود ، فى سنته م ص ٢٢٨ ص ١٢٨ .

الحديث تفسيراً علمياً دقيقاً، قابل فيه بين الكفاية والغنى، فقال: «أفضل الصدقة ما أخرجه الإنسان من ماله بعد أن يستبقى منه قدر الكفاية»^١. وعموماً فإن الأحناف قد اجتهدوا في تقدير مبلغ الكفاية، بأنه ما يوازى قيمة نصاب الذهب والفضة، باعتباره العلامة الدالة على غنى الفرد، المشار إليها في قول النبي: «فأعلمهم أن في أموالهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد إلى فقرائهم»^٢ إذ لا تؤخذ من المال إلا ببلوغه حجم النصاب.

ثانياً : مراعاة الأعباء الشخصية المعنوية : ٣ :

والأعباء الشخصية المعنوية، هي التي تتعلق بمدى قدرة المكلف على تحمل العبء النفسى للتكاليف المالية العامة. فهذا العبء النفسى متصور وجوده مع الضرائب التي هي من وضع البشر، إذ قد تجاوى العدالة في أحكامها بين الممولين أو قد تتفق مع أهواء وملذات الحاكمين، مما يفقد الممول الثقة في أمانة القائمين عليها، فيسعى للتهرب منها.

أما الزكاة فالأصل أنها لا تمثل عبئاً مادياً أو معنوياً على المزكى: فأسعارها منخفضة وبالتالي فإنها لا تشكل عبئاً مادياً عليهم، كما أن منافعها الدنيوية والآخورية تدفع للمزكى إلى المبادرة بإخراجها. خلاصة ما تقدم أن الزكاة قد توافقت مع المقدرة التكليفية للمزكين: إذ لم تجب إلا فيما فاض عن حاجة المزكى ومن يعولهم، ليس إلى ما فيه كفافهم ولكن لما فيه كفايتهم. فأعفت أعباءهم الشخصية المهنية والمعيشية، فلم تجب إلا فيما فاض عنها وبلغ نصاب الزكاة، مراعية بذلك أعباءهم المهنية، ومجنبه إياهم الأعباء المعنوية التي تدفع الممولين عادة إلى التهرب من دفع التكاليف المالية العامة.

المبحث الثالث العدالة الرأسية للزكاة

تتعلق المساواة الرأسية بين الممولين، بأن تتساوى أسعارها بينهم بتساوى دخولهم وثروتهم، فيما يعرف بالمساواة النسبية من ناحية، و تتفاوت بتفاوتها بينهم فيما يعرف بالمساواة الحقيقية من ناحية أخرى. وهو ما ندرسه في مطلبين على الترتيب التالي:

المطلب الأول: عدالة الزكاة النسبية بين الممولين

المطلب الثاني: عدالة الزكاة الحقيقية بين الممولين.

المطلب الأول عدالة الزكاة النسبية بين الممولين

عادة ما يتناول الأدب المالى الحديث فكرة العدالة التكليفية من زوايتها الرأسية، إلى أن أسعارها ينبغى

١. راجع العسقلاني في فتح الباري م س ج٣ ص ٣٤٧.

٢. راجع العسقلاني في فتح الباري م س ج٣ ص ٣٤٧.

٣. راجع د. عاطف السيد، فكرة العدالة الضريبية في الزكاة م س ص ٢٩٠.

أن تكون متفاوتة تصاعديا بحيث تزداد معدلاتها بزيادة حجم الوعاء ، سواء قسم هذا الحجم إلى طبقات أو إلى شرائح . فهذا هو الذى يحقق العدالة الحقيقية بينهم ، لأنه يساوى بينهم فى التضحية . بحيث يتحمل صاحب الدخل الكبير عبئا تكليفياً أكبر من صاحب الدخل الصغير .

ولكن هل يعنى هذا أن الأدب المالى الحديث قد هجر نهائياً فكرة الأسعار النسبية على اعتبار أنها لا تحقق مساواة حقيقية بين الممولين بل تحقق مساواة حسابية أى ظاهرية بينهم ؟ الحقيقة لا . وذلك لأن المساواة عن طريق التصاعد يكون بين المكلفين المتفاوتين فى مراكزهم المالية ، أما الممولون الذين يتقاربون فى مراكزهم المالية، وبالتالي فى مقدرتهم التكلفة ، فإن العدالة تقتضى المساواة بينهم فيما يؤخذ منهم من استقطاعات مالية.١. وبالتالي فإن أنسب النظم التى تحقق تلك العدالة بينهم هى نظام الأسعار النسبية لأنه يفرض الضريبة بسعر نسبي موحد على وعائها . وبالرجوع إلى التنظيم الفنى للزكاة نجد أن الأسعار النسبية تغلب على معظم أنواع زكوات الأموال وكذلك الأمر فى زكوات الثروات .

والسؤال الذى يطرح نفسه الآن هو : هل معنى ما تقدم أن الزكاة ذات الأسعار النسبية تحقق عدالة حسابية أو ظاهرية وليست حقيقية بين مموليها ؟ الإجابة : لا . وبالتأمل فى أحكامها يتضح أنها وفقاً لرأى جانب من الفقه يمكن الاعتماد عليه هنا هو أنها قد تفادت ذلك إذ تحقق هذه المساواة بطريقة فنية إفتقرت إليها النظم المالية والضريبية الحديثة . فكل منها تقسم وعاءها إذا ما جاوز نصابها إلى فرائض ، هى بلغة الفن المالى المعاصر (طبقات أو شرائح) بحسب نوع كل منها ٢ لتوجب فى كل فريضة سعرها النسبى الموحد بحيث إذا لم يبلغ المال حجم الفريضة فلا تستقطع منه شيئاً .

ونوضح تلك المساواة النسبية من خلال ثلاثة أنواع من الزكاة النسبية هى: زكوات النقود ، والتجارة ، والبقر . ونوزع ذلك على فرعين على النحو التالى :

الفرع الأول : المساواة النسبية لزكواتى النقود والتجارة .

الفرع الثانى : المساواة النسبية لزكاة البقر .

الفرع الأول

المساواة النسبية لزكواتى النقود والتجارة

يسود الفكر المالى الإسلامى رايان فى مدى نسبية هاتين الزكاتين هما :

الرأى الأول : رأى الجمهور :إعتمد جمهور الفقهاء على عموم الأحاديث التى توجب الزكاة فى النقود

- ١ . راجع د. على عباس عباد النظم الضريبية المقارنة ، الإسكندرية مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٧٤ ج٢ ص٢٩-٤٢ .
Musgrave "Theory of public finance" P. 160 - A. Rprest "public finance in theory and practice" P. 111-
- ٢ . راجع فيمن عمم فقال بأن أسعار كل الزكوات نسبية ولا تصاعد فيها ويردهم أحاديث الباب :-
- د. رفیق المصرى ، الزكاة والنظام الضريبى المعاصر م ص ٧٤ . - د. سامى قابل وسامى نجدى ، التكييف الضريبى لفريضة زكاة الأموال م ص ١٦١٩ . - د. يوسف القرضاوى فقه الزكاة م ص ٢٠٦ .
- ٣ . يلاحظ أن تقسيم وعاء التكليف المالى كالضريبة مثلا إلى وحدات أو أجزاء لتجب فى كل جزء سعره ، ليس من اجتهاد الفكر المالى الغربى وحده ، حين قسم وعاء الضريبة إلى طبقات ثم إلى شرائح : إذ سبقه إليه الفكر المالى الإسلامى بقرون لما استنبط من الأدلة الشرعية النقلية تقسيم أوعية بعض الزكوات إلى أجزاء سماها بالفرائض راجع هذه التسمية وتصيلاتها لدى أبى عبيد فى كتابه الأوموال م ص ٢٢٢ .

والتجارة ، وقضوا بوحدة وعاء كل منهما وعدم تقسيمه إلى فرائض أى شرائح ، وإنما ذهبوا إلى أخذ مقدار الزكاة من الوعاء ككل بسعر ٢,٥٪ وذلك إذا حال عليه الحول ١ لقول الرسول (ص): (إذا كان لك مائتا درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم ، وليس عليك شئ يعنى فى الذهب ، حتى يكون لك عشرون ديناراً ، فإذا كانت لك عشرون ديناراً وحال عليها الحول ففيها نصف دينار) ٢.

الرأى الثانى : رأى الأحناف : وهو رأى جدير بالبحث هنا ، إذ سبقوا به عصرهم فى إطار الفن المالى ، لما استبطنوا من السنة فى جانب من أحاديثها أنها تقسم وعاءها الزكاتي إذا جاوز النصاب : إلى فرائض متساوية ، هى فى حقيقتها شرائح وفقاً للمفهوم المالى والضريبي الحديث للشريعة والذى يختلف عن الطبقة. وحددوا كل شريحة بأربعين درهماً فضية أو أربعة دنانير ذهبية . بحيث إذا لم يبلغ المال حجم الشريحة فلا تؤخذ الزكاة من الزيادة. فعلى سبيل المثال إذا ملك شخص ٢٢٠ درهماً ، أخذ من المائتى درهم خمسة دراهم أى بسعر ٢,٥٪ ، وتغى العشرون درهماً الزائدة . لأنها (كسر شريحة) ، أى جزء من الشريحة لم يبلغ حجمها الدال على مقدرته التكليفية .

ويعضد رأى الأحناف أحاديث أخرى ، منها: ما رواه الدراقطنى بسنده إلى معاذ بن جبل - رضى الله عنه - أنه « إذا كانت الورق مائتى درهم ، فخذ منها خمسة دراهم ، ولا تأخذ مما زاد شيئاً ، حتى تبلغ أربعين درهماً ، فخذ منه درهماً ٣ . ، فإذا لم يبلغ مال المزكى حجم هذه الشريحة ، فلا زكاة فيه ، لقول الرسول (ص) : «لا تأخذ من الكسر شيئاً» ٤ . وهو فى حد ذاته يدل على أن سعر الزكاة النسبى هنا لا يجب إلا على ممولين متساوين فى مراكزهم المالية التى يدل عليها حجم الشريحة .

رأينا فى الموضوع : ونؤيد رأى الأحناف لقوة حجته ، بل إنه يمكن مد حكمه ليطبق على غيرها من الأوعية التى تتشابه معها ، مثل : وعاء زكاة المعادن ، ووعاء زكاة العمل . إذ عادة ما تغلب على الأجور والمرتبات الصفة النقدية . بل إن باقى الزكوات النسبية : وهى زكاة العسل وزكاة الزروع والثمار ، يمكن أن تلتقى أوعيتها مع وعائى الزكوات النقدية والتجارة ، إذا أخذ بالرأى الذى يجيز إخراج القيمة فى الزكاة وهو رأى الأحناف . إذ تقوم فى هذه الحالة بالنقود . وذلك باستثناء إحدى الزكوات النسبية العينية وهى زكاة البقر إذ تتضمن تنظيمًا فنياً ينبغى تخصيص الفرع التالى لبحث مدى عدالته .

الفرع الثانى المساواة النسبية لزكاة البقر

زكاة البقر هى إحدى زكوات الثروات التى تجب فى الثروة ونمائها معاً بصفة دورية سنوياً ، لأنها إحدى الزكوات الحولية . فضلاً عن أنها بصفتها إحدى زكوات الماشية ، فإنها لا تجب إلا فى البقر السائمة

١. راجع الشيخ محمد أبو زهرة ، الزكاة س ص ١١٢ وما بعدها.
٢. رواه أبو داود فى سنته م س ج ٢ ، ص ١٠٠ ، وفى نيل الأوطار ج ٤ ص ١٢١ قال الشوكانى هو من حديث أبى إسحق عن الحارث الأعور ، وعاصم بن ضمره وشهد لهما البخارى بالصحة . (٥) راجع الكاسانى فى بدائع الصنائع م س ج ٢ ص ٩٤٠.
٣. رواه الدراقطنى سنته م س ج ٢ ص ٩٢-٩٤ وفيه أن فى سندمه الجراح وهو متروك ، وعباده لم يسمح من معاذ . والمعروفة من الماشية التى يتكلف مالها لإطعامها أغلب السنة ، أما العوامل فتستخدم فى سقى الأرض وحرثها وغيرها ، راجع أبى عبيد ، الأموال ، م س ٢٤٦ .
٤. ذهب بعض التابعين إلى أن نصاب البقر هو : خمس أو عشر أو خمسون بقرة ، انظر أبى عبيد ، الأموال ص ٣٤٥ .

أى التى ترعى فى الكلاً المباح أكثر السنة .وذلك وفقاً لرأى الجمهور الذى يشترط السوم فى الماشية لإخضاعها للزكاة ، ولا يوجبها فى البقر العوامل ولا فى البقر المغلوفة ١ . ويوجبها فيما يقاس عليها من الجاموس والثيران السائمة .ونصابها الذى يدل على غنى الممول ومقدرته التكلفة هو فى رأى الجمهور: ٢ ثلاثون بقرة ، فما لم يبلغ ثلاثين بقرة ، فلا زكاة عليه لقول معاذ بن جبل : « أمرنى رسول الله (ص) حين بعثت إلى اليمن أن لا أخذ من البقر شيئاً حتى تبلغ الثلاثين» ٢

أما عن سعر زكاة البقر ، ومدى ما فيه من نسبة أو تصاعدية ، وعمّا إذا كان يقسم وعاءه إلى طبقات أم شرائح ، فنستبينه مما رواه أبو عبيد إلى أسامة أن معاذ بن جبل ، قال : « بعثنى رسول الله (ص) أصدق أهل اليمن ، وأمرنى أن أخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً ، ومن كل أربعين مسنة ، ومن الستين تبيعين ، ومن السبعين مسنة وتبيعاً ، ومن الثمانين مسنتين ، ومن التسعين ثلاثة أتاييع ، ومن المائة مسنة وتبيعين ، ومن العشرين ومائة ثلاث مسنات أو أربعة أتاييع . قال : وأمرنى رسول الله (ص) أن لاأخذ مما بين ذلك شيئاً وقال : إن الأوقاص لا فريضة فيها) . فهذا الحديث قسم وعاءه من البقر إلى تسع طبقات . ولكن هناك حديث آخر قد حسم الموضوع ، حيث قسم وعاء زكاة البقر إلى طبقتين هما الثلاثون والأربعون ، لقول النبى (ص) : « فى ثلاثين من البقر تبع أو تبيعه ، وفى كل أربعين مسنة»

وعلى ذلك فإن حديث معاذ ، الذى قسم وعاءها إلى تسع طبقات ، فسره بعض الفقهاء على أنه يبين أسعار أضعاف ومجموع هاتين الطبقتين فضعف الثلاثين ستون ، ومجموع الثلاثين والأربعين سبعون ، وهكذا ضعف الأربعين ثمانون ، وثلاثة أضعاف الثلاثين تسعون إلخ ، ويعنى ذلك أن طبقات زكاة البقر لا تقتصر على هذه الطبقات التسع بل تتعداها إلى أكثر من ذلك مع مضاعفات ومجموع الثلاثين والأربعين . والنظرة الأولية إلى ظاهر أسعارها قد يقود إلى القول بأنها تصاعدية ، لأنها تبدأ مع الطبقة الأولى بالتببع أو التبيعة ، ومع الثانية بالمسنة وهى أكبر فى السن وفى القيمة (و تساوى (٨٠) درهماً) ، ومع الثالثة التبيعين ، ومع الرابعة بمسنة وتبيع ، وهكذا يرتفع سعرها بارتفاع طبقاتها .

ولكن النظرة المتأنية إليها توصلنا إلى حقيقة هذه الأسعار ، وأنها نسبية وليست تصاعدية . وقد تم التوصل إليها من خلال بحث مستفيض فى أحاديث زكوات الماشية (الغنم والإبل والبقر) التى ثبت صحتها ، فتبين أن البقرة فى عهد النبوة كانت تساوى (١٠٠) درهم ، والتببع من صغار البقر كان يعادل (٦٠) درهماً ، وسمى بذلك لأنه يتبع أمه . أما المسنة فهى ما لها سنتان من البقر وسميت بذلك لطلوع أسنانها ، وتبلغ قيمتها (٨٠) درهماً ، وبالتالي يمكن تصريح بيانات الحديث الأول ، وقيمها النقدية ، وأسعارها المتوئية فى الجدول التالى .

- ١ . رواه النسائى فى سننه ، من طريق وائل بن سلمه ، م س ج ٥ ص ٢٦
- ٢ . رواه أبو عبيد فى الأموال م س ص ٢٤٩ ، وفى لسان العرب : الوقص ما بين الفريضتين من الإبل والغنم ، وبعضهم الأوقاص فى البقر خاصة والأشناق فى الإبل خاصة ، ابن منظور ، لسان العرب م س ج ٥ ص ٢٠٨ ، مع ٩ ص ٢٧٢
- ٣ . رواه الترمذى فى سننه م س ج ٧ ص ١٠ ، وأبو داود فى سننه م س ج ١ ص ١٠٠ ، وفى لسان العرب : التببع الفحل من ولد البقر لأنه يتبع أمه وهو ماله سنه . والجمع : أتبعه واتابع وأتاييع ، مع ١ ص ٥٩٠ باب التاء .

جدول رقم (١)
بيان قيم وأسعار زكاة البقر

رقمها	الفريضة (أو الطبقة)		سعرها	
	بالبقر	بالدراهم	بالبقر	بالدراهم
١	٣٠	٣٠٠٠	تبيع أو تبيعه	٦٠
٢	٤٠	٤٠٠٠	مسنة	٨٠
٣	٦٠	٦٠٠٠	تبيعان	١٢٠
٤	٧٠	٧٠٠٠	مسنة + تبيع	١٤٠
٥	٨٠	٨٠٠٠	مستنان	١٦٠
٦	٩٠	٩٠٠٠	٢ أتاييع	١٨٠
٧	١٠٠	١٠٠٠٠	٣ مسنات + تبيعان	٢٠٠
٨	١١٠	١١٠٠٠	مستنان + تبيع	٢٢٠
٩	١٢٠	١٢٠٠٠	٣ مسنات أو ٤ أتاييع	٢٤٠

المصدر: مقتبس من أحاديث الموضوع

دل هذا الجدول على أن هذه الزكاة ذات أسعار نسبية، ولكنها تقسم وعاءها إلى (طبقات): بدليل أن سعر كل طبقة لا يخص مبلغ الطبقة نفسها وإنما يعد سعراً إجمالياً يحتوى على مقادير أسعار الطبقات الدنيا. فمثلاً الطبقة الثالثة: تبلغ (٦٠) بقرة، أى ضعف الطبقة الأولى التى تجب فيه الزكاة بسعر تبيع أو تبيعه. لذلك فإن سعرها تبيعان. ومثال آخر: الطبقة التاسعة تبلغ (١٢٠) بقرة أى أربعة أضعاف الطبقة الأولى التى تساوى (٢٠) بقرة بسعر (تبيع)، أو ثلاثة أضعاف الطبقة الثانية التى تساوى (٤٠) بقرة، بسعر: (مسنة). لذلك فإن سعر الطبقة التاسعة = (٤) أتاييع، أو (٣) مسنات.

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه هنا هو: هل معنى هذا أنها يصيبها ما أصاب نظام التصاعد بالطبقات الإجمالية الضريبى من عيب، يتمثل فى أن أية زيادة طفيفة فى دخل أو ثروة الممول يترتب عليها إنتقاله من طبقة أدنى إلى طبقة أعلى، وخضوعه لسعرها المرتفع، واقتطاع قدر من دخله أو ثروته أكبر من قيمة تلك الزيادة؟

الحقيقة أن زكاة البقر جاءت بنظام يخلو من هذا العيب الذى أصاب مثيله فى الضرائب المعاصرة، وذلك بسبب إعفائه للأوقاص أى لما بين الطبقتين من بقر. فإذا كانت الطبقة الأولى = (٢٠) بقرة، وسعرها هو تبيع أو تبيعه، فإنه فلو ملك شخص (٣٩) بقرة فلا يؤخذ الزكاة إلا من الثلاثين بمقدار تبيع أو تبيعه، وتعضى التسع بقرات من الزكاة. فما بين الثلاثين والأربعين من البقر لا زكاة فيها، وما بين الأربعين والستين لا زكاة فيها وهكذا. يؤكد ذلك حديث معاذ قال: وأمرنى رسول الله (ص) أن لا أخذ مما بين ذلك شيئاً وقال: إن الأوقاص لا فريضة فيها» ٢

١. Look: Taylor (p): "The Economic of Public Finance" New York

٢. رواية أبو عبيد فى الأموال م س ص ٢٤٩ وبهامشه أنه رواه بن أبى شبيهه مختصراً

يتضح مما تقدم أن زكوات : النقدين والتجارة والبقر، تحقق العدالة الأفقية بين الممولين، لأنها بشرائها وطبقاتها تساوي بين الممولين في مراكزهم المالية الخاضعة للزكاة ، وتجب فيها بأسعار نسبية موحدة هي (٢,٥ ٪ ، ٢ ٪) ، بحيث لا تؤخذ من الشريحة أو الطبقة إلا إذا بلغ المال حجمها وتعفيه من الزكاة إذا لم يبلغه ، وذلك بإعفاؤها الكسور والأوقاص .

ويدل ذلك على أن الزكوات النسبية تضمن تنظيمياً فنياً ، تضاد ما وجه إلى نظام الضرائب النسبية ونظام الطبقات من عيوب تجهض عدالتها . هذا التنظيم يصلح في شرائحه وإعفاءاته كى يعمم ليؤخذ به فنياً في باقى الزكوات النسبية المتشابهة لها في وعائها . مع ملاحظة أن التنظيم الفنى لزكوات المال تحتوى على نظم زكائية أخرى لم نتعرض لها بعد وتلمس من خلال المطلب التالى مدى عدالتها الحقيقية بين الممولين.

المطلب الثانى عدالة الزكاة الحقيقية بين الممولين

تقتضى العدالة الحقيقية للأداة المالية ، إختلاف معاملتها التكليفية لهم باختلاف مصادر كسبهم من ناحية ، وتفاوت أسعارها بتفاوت دخولهم و ثرواتهم من ناحية أخرى . وهو ما نتعرض له بالتفصيل فى فرعين على النحو التالى :

الفرع الأول : إختلاف معاملة الزكاة باختلاف مصادر الكسب .

الفرع الثانى : تفاوت أسعار الزكاة بتفاوت دخول و ثروات الممولين .

الفرع الأول إختلاف المعاملة الزكائية باختلاف مصادر الكسب

من دواعى العدالة الأفقية بين المكلفين، أنهم حتى ولو تساوا فى مراكزهم المالية ، فإنه ينبغى النظر فى مصادر تحقيقهم لدخولهم، لتختلف المعاملة التكليفية معهم باختلاف هذه المصادر، بحيث يعامل صاحب الدخل الناتج من العمل ، معاملة تكليفية أخف من صاحب الدخل الناتج من رأس المال ، ويعامل الذى يعتمد على مصدر مختلط بينهما كالحرفى معاملة وسط .

ومناطق العدالة هنا هو أن المعاملة المخففة مع من يعتمد على العمل فى تحقيق دخله ، إنما يعتمد على مصدر يعد أقل دوماً من المصدرين الآخرين وهو طاقته البشرية، مما يجعل دخله غير مستقر ولا مستمر، ويخفض بالتالى من معدله .

وتتعرف على المعاملة التكليفية للزكاة مع مموليها ، وعما إذا كانت تختلف باختلاف مصادر كسبهم من ناحية ، ونزىل ما قد يعترض هذا التحليل من شبهة من ناحية أخرى ونوزع ذلك على غصنين على النحو التالى : ١

١ . راجع فى ذلك بلغة أجنبية :

Ahmed Alazuddin "Economic significance of Zakat", Islamic literature . lahore . vol-

الغصن الأول : إختلاف معاملة الزكاة لمموليها من العمال والرأسماليين .
الغصن الثاني : إزالة شبهة حول هذا التحليل .

الغصن الأول إختلاف معاملة الزكاة للممولين من العمال والرأسماليين

من عدالة الزكاة أنها باينت فى معاملتها التكليفية مع مموليها من العمال والرأسماليين ، وفقاً لمصادر إكتسابهم لدخولهم و ثرواتهم . ففى الوقت الذى شددت فيه على الدخل الناتج من رأس المال ، فإنها خفضت على دخل العمل ، وذلك على النحو التالى : ١

أولاً : تخفيف الزكاة على دخل العمل :

الدخل الناتج من أجور ومرتببات ومكافآت وأعطيات وغيرها ، خفضت عنه زكاة كسب العمل ، فخفضت من سعرها عليه ليصل إلى أدنى درجاتها وهو ٥, ٢٪ وأوجبته بسعر نسبي وليس تصاعدياً ٢ . وذلك لما رواه أبو عبيد عن ابن مسعود : (أنه كان يزكى أعطياتهم من كل ألف خمسة وعشرين) ٣ . وتعد الأسعار النسبية هى الموافقة للعدالة مع هذه الدخول العمالية بسبب إنخفاض أحجامها عادة ، وتقارب المراكز المالية لمموليها من العمال ، مما يتطلب بالتالى المساواة بينهم فى الاستقطاعات المالية التى تؤخذ منهم ، وأفضل النظم لتحقيق ذلك هو نظام الأسعار النسبية ، لأنها هى التى تؤدى إلى التوزيع المتساوى للأعباء التكليفية بينهم .

ثانياً : تشديد الزكاة على دخل رأس المال :

فلقد تشددت الزكاة مع بعض الدخول الناتجة من أصل رأسمالي من أهمها الدخل المعدنى ، و الدخل الناتج من نشاط رأسمالي استخراجى من الآبار والمناجم والمحاجر وغيرها ، سواء استخراج من الأرض كالذهب والفضة والنحاس والبتروى ، أو استخراج من البحر كالعنبر واللؤلؤ والمرجان وغيرها ، وسواء كان صلباً أم سائلاً ، وسواء كان لقطعة ٤ . كل هذه الدخول الناتجة من النشاط استخراجى تخضع لأعلى سعر زكائى وهو ٢٠٪ لقول الرسول(ص) : «فى الركاز الخمس» ٥

- ١ . خالف هذا رأى الدكتور محمد سعيد العبادى فى بحثه : دور الفكر المالى والحاسبى فى تطبيق الزكاة ، من أبحاث المؤتمر العالمى الأول للاقتصاد الإسلامى ١٩٨٠ ، ص ٢٤٩ ولكنه اكنفى بمعارضة ذلك ولم يعضده بأية حجج .
- ٢ . لاحظ أن هناك من يرى تخفيفاً أكثر على دخل العمل بأنه لا يخضع أصلاً للزكاة مثل : - د . رفيق المصرى ، الزكاة والنظام المصرى م ص ٨٦ وما بعدها ، د . شوقى إسماعيل شحاته ، أصول محاسبة الزكاة م ص ٣٣٨ .
- ٣ . أبو عبيد الأموال ، م ص ٣٩١ .
- ٤ . يطلق لفظ المعدن على المقر الذى عدن أى علق به الجوهر فى باطن الأرض ، واشتهر إطلاقها على الجواهر ذاتها . فما ثبتت فى الأرض بفعل الخالق سميت ركازاً ، وما دفنت فيها بفعل المخلوق سميت كنزاً ، وإن حازها فرد وتملكها ثم فقدت منه والتقطها من لا يعرفه سميت لقطعة .
- ٥ . رواه البخارى فى صحيحه م ص ١٦٢ .

وعلة هذا التشدد تكمن في أن تلك الثروة المعدنية تستخرج من أموال مباحة ،فهى أموال غير مملوكة لأحد .حيث رفع الشرع الحكيم سعر زكاتها ليصل إلى ٢٠٪ لأهميتها العامة كثروة قومية من ناحية ، ثم لأنها عادة ما يكون العائد منها أكثر مما أنفق عليها لاستخراجها من أموال مباحة من ناحية أخرى .لذلك كان المشهور من مذهب الإمام مالك أن الخارج من باطن الأرض ، سواء كان فلزات أم سائلا يكون كله لبيت مال المسلمين .

هذا عن اختلاف المعاملة الزكائية باختلاف مصادر الكسب ، وتخفيفها على دخل العمل ، وتشديدها على دخل رأس المال ، بيد أنه حتى الآن لم نتعرض لزكوات الثروات التى تجب بأسعار منخفضة على الدخل الرأسمالى، مما يثير شبهة حول ذلك نتعرض لها من خلال الفصن التالى .

الفصن الثانى إزالة شبهة حول هذا التحليل

الرأى الذى تم التوصل إليه فى الفصن السابق ، والذى يعنى أن الزكاة خففت مع دخل العمل فى الوقت الذى تشددت فيه مع دخل رأس المال ، قد يعترضه نقد بأنه وإن انطبق على المعاملة التكليفية لزكوات الدخول ، فإنه لا يتوافق مع المعاملة الزكائية لزكوات الثروات . إذ إنها تجب فى أوعيتها الرأسمالية بأسعار تدور حول معدل ٢,٥ ٪، ولا تتعداه. مما قد يفهم منه بأن الزكاة ساوت فى معاملتها التكليفية بين دخل العمل ودخل الثروة ، لما وجبت فيهما بسعر واحد هو ٢,٥ ٪ .

ولكن هذه الشبهة يرد لها أن لكل من زكوات الدخول وزكوات الثروات تنظيمها الفنى الذى يختلف عن الآخر ، وأن ذلك يؤدى إلى نتائج متباينة وليست واحدة. فزكوات الدخول تصيب الدخل وتعفى الأصل الناتج منه ، بينما تجب زكوات الثروات فى الدخل ورأس المال المتولد منه معا . وبناء على ذلك فإن السعر الواجب فى زكوات الثروات ، يكون أعلى من قيمته من السعر الواجب فى زكوات الدخول ، حتى إن تساوى معدله فيهما عند ٢,٥ ٪ مثلا .

وتفصيل ذلك يتضح بالأمتلة العملية حيث أن الأرقام هى خير معبر عن ذلك . فلو أن عاملاً حقق دخلاً بلغ (١٠,٠٠٠) جنيه ، وفى المقابل لو أن تاجراً حقق خلال العام من رأسماله التجارى البالغ (٤٠,٠٠٠) جنيهاً نفس الدخل وهو (١٠,٠٠٠) جنيه . ففى هذه الحالة سيدفع العامل زكاة بمبلغ = ١٠,٠٠٠ × ٢,٥ ٪ = ٢٥٠ ج ، بينما سيخضع رأسمال التاجر ودخله لزكاة التجارة ليدفع زكاة بمبلغ = ٤٠,٠٠٠ × ٢,٥ ٪ = ١٢٥٠ ج ، أى خمسة أضعاف ما دفعه العامل رغم أن سعر الزكاتين واحد .

بل إن سعر ٢,٥ ٪ الذى يتحمله الرأسمالى مع زكوات الثروات أعلى فى قيمته من السعر الذى يدفعه الرأسمالى مع زكوات الدخول البالغ ١٠ ٪ . فلو أن رأسمالياً استثمر مبلغ ٢٠,٠٠٠ فى نشاط زراعى ، واشترى به أرضاً حققت دخلاً زراعياً صافياً فإنه يدفع عنه زكاة = ٤٠٠٠ × ١٠ ٪ = ٤٠٠ ج . ولو أن التاجر استثمر نفس المبلغ فى نشاط تجارى فحقق نفس الدخل فإنه سيدفع زكاة عن الدخل ورأس المال معا بمبلغ

$$= 24000 \times 2,5\% = 600 \text{ ج.}$$

يدل ما تقدم على أن تساوى سعري زكاة كسب العمل وجل ١ أسعار زكوات الثروات ، لا يعنى أن زكاة المال تعاملها نفس المعاملة التكلفة وتضعها على خط أفقى واحد ، ولكنها تغاير من تلك المعاملة فتحذفها على دخل العمل وتشددها على دخل رأس المال ، وهذا هو عين العدالة. ولكن هذه النتيجة تحتاج إلى تحليل أكثر حول الجانب الرأسى للعدالة ، أى حول أسعارها وعمما إذا كانت تحقق عدالة حقيقية بين المزمكين من عدمه. وهذا ما سيدور حوله البحث فى الفرع التالى .

الفرع الثانى

تفاوت أسعار الزكاة بتفاوت دخول و ثروات الممولين

إذا اختلفت المراكز النسبية للممولين أو مقدرتهم التكلفة ، فإن العدالة تقتضى أن تختلف المعاملة التكلفة معهم ، بحيث يتحمل صاحب الدخل الكبير (أو الثروة الكبيرة) عبئاً تكليفاً أكبر من صاحب الدخل الصغير (أو الثروة الصغيرة). فهذا هو الذى يحقق العدالة الحقيقية بينهم . إذ بهذا التفاوت فى المعاملة التكلفة تتحقق المساواة بينهم فى التضحية ، ليضحى كل منهم فى تحمل الأعباء المالية العامة ، وفقاً لمقدرته التكلفة أى لقدرته على دفعها .

والأداة الملائمة لتحقيق تلك العدالة ٢ هى الأسعار التصاعدية والتنازلية ، بحيث تتصاعد بارتفاع أحجام دخول الممولين و ثرواتهم ، وتتنازل بانخفاضها ٣.

والسؤال الذى يطرح نفسه هنا هو : هل ينطوى التنظيم الفنى للزكاة على أسعار تصاعدية ؟ ذهب جانب من الكتاب المعاصرين إلى أن أسعار الزكاة بكافة أنواعها نسبية ولا تصاعد فيها . والسبب فى قولهم هذا هو أنهم اعتمدوا على حجة واهية ، تقول إن متوسط أسعار الزكاة هو ٢,٥ ٪ وذلك اعتماداً على سعري زكاتى النقود وعروض التجارة ، بل عن زكاة الماشية قالوا بأن سعرها ٢,٥ ٪ على اعتبار أن فى أربعين من الغنم شاه وأن فى خمسة من الإبل شاه ، وذهبوا إلى أن الخمسة من الإبل تساوى ٤٠٠ درهم وأن الشاه تساوى عشرة دراهم .

ولكن تعميم هذا الرأى على كل أنواع الزكاة يفتقر إلى الدقة لأن لكل زكاة سعرها ، بل إن زكاة الإبل والغنم تطويان على أسعار تصاعدية وتنازلية تختلف باختلاف كل طبقة أو شريحة من أوعيتها المفروضة عليها على النحو الذى نبينه تفضيلاً فى غصنين على النحو التالى :

الغصن الأول : الأسعار التصاعدية والتنازلية لزكاة الإبل .

الغصن الثانى : الأسعار التنازلية لزكاة الغنم .

١ . قلنا بجل أسعار زكوات الثروات وليس كلها ، لأن بعضها تجب بأسعار مختلفة وهى زكاة الإبل وزكاة البقر، كما أن زكاة الغنم وإن بدأت بسعر ٢,٥ ٪ إلا أن أسعارها تتنازل فى شرائحها التالية حتى تثبت عند سعر ١ ٪ .

٢ . وهذه هى العدالة الرأسية بين الممولين فى جانبها الموضوعى الذى سبق الإشارة إليه فى المبحث الأول

٣ . راجعها لدى =

. Dure ger (m) : "Finance publique" paris 1963 =

Guadement (p . M .) : " Précis de finance publique " . paris . . 2 . 1970-

hasanuzzaman (S . M .) : " Zakat Taxes and policy" New York Graw Hill – Bok company . . 1966 -

الغصن الأول الأسعار التصاعدية والتنازلية لزكاة الإبل

الإبل كغيرها من الأنعام المستأنسة كالغنم والبقر تجب الزكاة في السائم منها فقط ، أى الذى يرمى فى الكلاً المباح أكثر السنة ، ولا تجب فى العوامل منها لأنها من أدوات الإنتاج المعفاة من الزكاة ١ . كما لا تجب فى المعلوفة منها لأنها تسمن للتجارة إذ تجب فيها زكاة التجارة ٢ . وهذا هورأى الجمهور ، وقد خرج على ذلك الإمام مالك فأوجبها فى الأنواع الثلاثة ٣ . وهى لا تؤخذ من الإبل إلا إذا بلغت نصابها وهو خمسة جمال ، وحال عليها الحول .

وقد قسمت السنة وعاء الإبل إلى فرائض ، وأوجبت فى كل فريضة سعر زكاتها . ومنها كتاب أبى بكر الصديق للصدقة الذى رواه عن الرسول (ص) وحفظه مكتوباً ، أنه قال : « فى أربع وعشرين من الإبل فما دونها من الغنم: فى كل خمس (شاه) . فإذا بلغت خمساً وعشرين إلى خمس وثلاثين : ففيها بنت مخاض أنثى . فإذا بلغت ستاً وثلاثين إلى خمس وأربعين : ففيها بنت لبون أنثى . فإذا بلغت ستاً وأربعين إلى ستين: ففيها حقه طروقة الجمل . فإذا بلغت واحداً وستين إلى خمس وسبعين : ففيها جذعه . فإذا بلغت يعنى ستاً وسبعين إلى تسعين : ففيها بنتا لبون . فإذا بلغت إحدى وتسعين على عشرين ومائة: ففيها حقتان طروقا الجمل . فإذا زادت على عشرين ومائة : ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقه .» ؛ ويلاحظ على أسعار هذا الحديث أنها عينية وليست نقدية ، وبالتالي فللتعرف على مدى تصاعدية معدلاتها ، فينبغى التوصل إلى قيمتها النقدية فى عهد النبوة . وهو ما قد تم تحديده من مراجعة أحاديث زكاة الأنعام الصحيحة على النحو المبين فى الجدول التالى :

جدول رقم (٢)

بيان القيم النقدية للإبل والغنم

الصف	مفهومها	قسمتها بالدرهم
الشاه	_____	١٠
الجمل	_____	١٠٠
بنت المخاض	هى أنثى الإبل التى أتمت حولاً ودخلت فى الثانى	٦٠
بنت اللبون	هى أنثى الإبل التى أتمت حولين ودخلت فى الثالث	٨٠
الحقه	هى أنثى الإبل التى أتمت الثالث ودخلت فى الرابع	١٠٠
الجذعة	هى أنثى الإبل التى أتمت الرابع ودخلت فى الخامس	١٢٠

المصدر : مقتبس من أحاديث الموضوع

- ١ . منهم : د . رفيق المصرى ، الزكاة والنظام الضريبى المعاصر م س ص ٧٢ وما بعدها .
- د . سامى قابل ، ود . سامى نجدى ، التكييف الضريبى لفريضة زكاة الأموال م س ص ١٦١٩ .
- الشيخ محمد أبو زهرة الزكاة م س ص ١١٣ .
- د . يوسف القرضاوى ، فقه الزكاة م س ج ١ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .
- ٢ . راجع أبو عبيد فى الأموال حيث أشار إلى أنه رأى الليث ومالك .
- ٣ . لقول النبى (ص) فيما رواه مسلم فى صحيحة عن أبى سعد الخدرى عن النبى (ص) قال : " وليس فيما دون خمس ذود صدقة " راجع صحيح مسلم بشرح النووى م س ج ٧ ص ٥٤ ، والذود لقطع من الإبل من ٣ : ١٠ ، راجع المعجم الوجيز م س ص ٢٤٨ .
- ٤ . رواه البخارى فى صحيحه مس ص ١ ص ٢٥٣ .

وبذلك يمكن تحديد فرائض (أى شرائح) زكاة الإبل ، وأسعارها ، والتوقف على مدى تصاعدها أو نسبتها ، وعمّا إذا كانت تقسم وعاءها إلى طبقات أم شرائح ، وذلك من خلال الجدول التالي الذى تعتمد بياناته الزكائيه على كتاب أبى بكر الصديق للصدقة المذكور.

جدول رقم (٢)

بقيم أسعار الفرائض الدنيا لزكاة الإبل

نسبتها المئوية	سعرها		الفريضة (الشريحة)		رقم الفريضة
	بالدرهم	بالمناشية	بالدرهم	الإبل	
		نوعها	عددها		
٢٪	١٠	شاه	١	٥٠٠	٥
٢٪	٢٠	شاه	٢	١٠٠٠	١٠
٢٪	٣٠	شاه	٣	١٥٠٠	١٥
٢٪	٤٠	شاه	٤	٢٠٠٠	٢٠
٢،٤٪	٦٠	بنت	١	٢٥٠٠	٢٥
٢،٢٪	٨٠	مخاض	١	٣٦٠٠	٣٦
٢،١٪	١٠٠	بنت لبون	١	٤٦٠٠	٤٦
٢،١٪	١٢٠	جذعه	١	٦١٠٠	٦١
٢،١٪	١٦٠	بنت لبون	٢	٧٦٠٠	٧٦
٢،١٪	٢٠٠	حقه	٢	٩١٠٠	٩١:١٢٠
٢٪	٨٠	بنت لبون	١	٤٠٠٠	ما زاد على ١٢٠ : فى كل ٤٠
٢٪	١٠٠	حقه	١	٥٠٠٠	وفى كل ٥٠

المصدر : مقتبس من أحاديث الموضوع .

وهذا الجدول قد قسم وعاء زكاة الإبل إلى فرائض دنيا ووسطى وعليا . لكنه لم يوضح أحجام الفرائض العليا بل اكتفى بذكر أسعارها، بأن فى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقه . ومنه يمكن تحديد التنظيم الفنى لزكاة الإبل سواء فى وعائه أو فى أسعاره على النحو التالى:

(أ) ينقسم وعاء الإبل إلى مجموعات ثلاث : من الطبقات الدنيا،الوسطى،والعليا ، هى :

الأولى : الطبقات الدنيا : وتضم أحجاماً من الإبل حتى (٢٥) . وتقسم إما إلى (٤) فرائض أو (٥) فرائض

- ١ . فكتاب أبى بكر قسمها إلى (شرائح أربع) تتكون كل منها من : (٥) من الإبل ، تجب فى كل شريحة سعر موحد هو: شاه ، إلى أن تبلغ عشرين ، لتعفى ما بين العشرين ودون الخمسة والعشرين .
- ٢ . ولكن أبا عبيد روى قولاً لعلى بن أبى طالب يقول فيه : (فى خمس وعشرين من الإبل خمس شياه)١

١ . راجع أبى عبيد فى الأموال ص ٣٣١ وقد عقب عليه بأنه قول ليس عليه أحد من أهل الحجاز أو العراق أو غيرهم .

أى أنه يجعلها كلها طبقة واحدة هي (٢٥) من الإبل بسعر إجمالي (٥) شياه .

الثانية : الطبقات الوسطى : وتضم ست طبقات تبدأ من الطبقة الخامسة وحتى الطبقة العاشرة ،

بحيث تحدد السعر الإجمالي لكل طبقة دون أن تقسمها إلى شرائح :

- فالطبقة الخامسة تتكون من (٢٥ : ٣٥) من الإبل ، ففيها بنت مخاض .
- والطبقة السادسة تتكون من (٣٦ : ٤٥) من الإبل ، ففيها بنت لبون .
- والطبقة السابعة تتكون من (٤٦ : ٦٠) من الإبل ، ففيها حقه .
- والطبقة الثامنة تتكون من (٦١ : ٧٥) من الإبل ، ففيها جذعه .
- والطبقة التاسعة تتكون من (٩١ : ١٢٠) من الإبل ، ففيها (٢) بنت لبون .
- والطبقة العاشرة تتكون من (٩١ : ١٢٠) من الإبل ، ففيها (٢) حقه .

الثالثة : الطبقات العليا : وهي التي تزيد على ١٢٠ من الإبل ، فإنها تقسم الوعاء إلى طبقتين هما أربعون

فيها بنت لبون ، بسعر ٢٪ . وخمسون تجب فيها حقة أى بسعر ٢٪ كذلك .

والسؤال الذى يطرح نفسه هنا هو : هل يعنى ذلك أن زكاة الإبل تأخذ بنظام الطبقات الكلية الضريبية وبالتالي يصيبها ما أصابه من عيوب ١ . ونجيب بالنفى إذ إن هذه الزكاة تجمع بين مزايا نظامى الطبقات والشرائح متجنبه عيوبهما على النحو التالى :

١- أنها تأخذ بمزيج من نظامى الطبقات والشرائح :

فهى تقسم الطبقات الدنيا إلى شرائح متساوية ، تتكون من أربع (أومس) من الإبل ، وبسعر واحد هو شاه فى كل شريحة . وتتبع نفس الأمر مع الطبقات العليا : إذ تقسم كل طبقة منها إلى شرائح متساوية ، تتردد بين الأربعين والخمسين لكل شريحة ، لقول النبى (ص) : (فإذا زادت على عشرين ومائة : ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقه) ٢ .

٢- أنها تتجنب العيب الموجه إلى نظام الطبقات الضريبية :

ويتمثل ذلك العيب فى أن أية زيادة طفيفة فى دخل الممول ، تؤدى إلى نقله من طبقة أدنى ذات سعر مخفض إلى طبقة أعلى ذات سعر مرتفع ، وتحمله عبئاً ضريبياً يفوق حجم الزيادة فى دخله !! فمثل هذا العيب تتجنبه هذه الزكاة بطبقاتها الثلاث : الدنيا والعليا وكذا الوسطى ، التى لا تقسم وعاءها إلى شرائح بل إلى طبقات إجمالية ، إذ إنها جميعاً تعفى ما بين الطبقات من أشناق ٣ :

١ . راجع تلك العيوب لدى :

302 - 293 pp (1961) New York . (the Economics of public finance) Taylor (p) :

٢ . رواه البخارى فى صحيحه م س ط ٢٥٢ .

٣ . خص أبو عبيد الإبل بالشتق ، والبقر بالوقص ، فراجع فى الأموال م س ، ص ٢٢٢ . بينما ذكر النووى فى تصحيح التشبيه:

ص ٨٣ ، أن أكثر أهل اللغة لا يفرقون بينهما .

فالطبقات الدنيا : تعفى ما بين الطبقتين لقول الرسول (ص) : (فى خمس من الإبل السائمة شاه ، وليس فى الزيادة شئ حتى تبلغ عشراً) . ١

والطبقات الوسطى : تعفى ما بين الطبقات تطبيقاً لكتاب عمر فى الصدقة .
أما الطبقات العليا : وهى التى تزيد على (١٢٠) فإن حديث عمر قد قسمها عشراً عشراً ، فإذا لم تبلغ الزيادة بين كل طبقتين عشراً فليس فيها زكاة . لقول النبى (ص) فى كتاب عمر : «فإذا بلغت الإبل عشرين ومائة ، فليس فيما دون العشر شيء ٢ . وقد فسر ذلك أبو عبيد بقوله : «إن الزيادة على عشرين ومائة إلى ثلاثين ومائة : (شقق) ، كسائر الأشناق التى لا يحتسب بها ، وهى الأوقاص فى البقر ، وذلك ما بين الفريضتين» ٣ .

(ب) أسعارها : فلقد ذهب كثير من المعاصرين ٤ ، إلى أن أسعار الزكاة عموماً ومنها زكاة الإبل ، أسعار نسبية وليست تصاعدية ولا تنازلية . ولكن قادننا هذا التحليل إلى أن أسعار زكاة الإبل تصاعدية وتنازلية ، ولكن ذلك قد أحاطه الشرع الحكيم (بضابطين) ، من شأنهما أن يجنباها العيوب التى أصابت الضرائب التصاعدية والتنازلية على النحو التالى :

الضابط الأول : تثبيت معدل تصاعدها وتنازلها : فأقصى ما وصل إليه سعرها التصاعدى هو ٤ ، ٢٪ أى بزيادة ٤ ، ٠٪ عما بدأت به . فهى بدأت بسعر موحد مع الطبقات الدنيا الأربع ه وهو : سعر ٢٪ . ثم تصاعدت مع أول الطبقات الوسطى : لتصل إلى أعلى أسعارها وهو ٤ ، ٢٪ ، ثم أخذت فى التنازل مع باقى الطبقات الوسطى لتصل إلى أسعار : ٢ ، ٢٪ ثم ٩ ، ١٪ مع الطبقة الثامنة وهو أدنى أسعارها . ثم تصاعدت مرة أخرى مع الطبقتين التاسعة والعاشر لتصل إلى : ١ ، ٢٪ . ثم ثبتت مع الطبقات العليا عند السعر الذى بدأت به وهو ٢٪ ، وهذا مقصود من الشرع الحكيم : يكمن فى أن الاستمرار فى تنازل أسعارها قد يؤدى إلى تلاشيها . لذا اقتضت الحكمة الشرعية ، تثبيتها عند حد معين وهو ٢٪ تقديماً لذلك .

الضابط الثانى : إعفاء ما بين الطبقات (أو الشرائح) : فلقد أعفت الزكاة ما بين الطبقات (أو الشرائح) من أشناق ، يدل على ذلك على سبيل المثال كتاب عمر : «فإذا بلغت الإبل عشرين ومائة : فليس فيما دون العشر شيء . فإذا بلغت ثلاثين ومائة فيها : إبتنا لبون وحقه» ٦ .

خلاصة ما تقدم أن زكاة الإبل تضمنت تنظيماً فنياً دقيقاً ، عمل على تحقيق العدالة الحقيقية بين المزكين ، بإحتوائه على مزايا نظامى الطبقات والشرائح : سواء فى تقسيمه لوعائها أو فى تصاعده لأسعارها ، وتجنبه عيوبها بضبطه لمعدلات تصاعدها من ناحية ، وإعفائه للأشناق التى بين طبقاتها من ناحية أخرى . ولا

١ . رواه أبو داود ، راجع المنهل العذب س ج ٩ ص ١٥٢ ، والرواية لأبى يعلى إسحاق الشيرازى .

٢ . أبو عبيد ، الأموال م س ص ٢٢٨-٢٣٢ .

٣ . أبو عبيد ، الأموال م س ص ٢٢٨-٢٣٢ .

٤ . منهم د ، يوسف القرضاوى فقه الزكاة م س ط ص ٢٠٦ .

٥ . مع ملاحظة أن حديث على الذى رواه أبو عبيد ، قد حصر الطبقات الدنيا فى طبقة واحدة تتكون من (٢٥) من الإبل ، وجعل سعرها (٥) شياه بقوله : "فى خمس وعشرين من الإبل خمس شياه" راجع الأموال ، ص ٢٢١ .

٦ . أبو عبيد ، الأموال م س ص ٢٢٨ .

يخفى ما فى التنظيم الفنى لزكاة الغنم من وجوه فنية دقيقة كهذه على النحو الذى يتضح من سطور الغصن التالى .

الغصن الثانى الأسعار التنازلية مع شرائح الغنم

الغنم يشترط فيها لزكاتها ما يشترط فى غيرها من الأنعام من شروط عامة ، تتعلق : بأن تكون سائمة ، وأن يحول عليها الحول ، وأن تبلغ النصاب . ونصابها هو : أربعون شاه بلا خلاف ، لقول النبى (ص) فى كتاب أبى بكر للصدقة : «إذا كانت سائمة الرجل ناقصة من أربعين شاه واحدة ، فليس فيها صدقة إلا أن يشاء ربها» . ١٠

وزكاة الغنم قد بينتها السنة سواء فى فرائضها أم فى أسعارها ، ومنها كتاب الصدقة لأبى بكر ، الذى كتبه عن رسول الله (ص) ، وفيه يقول : «وفى صدقة الغنم فى سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاه . فإذا زادت على عشرين ومائة إلى مائتين إلى ثلاثمائة ففى كل مائة : شاه» . ٢ .

قيمتها النقدية: لبيان التنظيم الفنى لهذه الزكاة ، ينبغى أن نوضح قيمة الشاه فى عهد النبوة . وبالرجوع إلى أحاديث الباب الصحيحة التى رواها الشيخان : البخارى ومسلم ، منها كتاب أبى بكر فى الصدقة المتفق عليه ، تبين أن الشاه تساوى (عشرة دراهم) . إذ فيه يقول الرسول (ص): «من بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة ، وليست عنده جذعة ، وعنده حقه ، فإنها تقبل منه الحقه ، ويجعل معها : شاتين إن استيسرتا له (أو عشرين درهما)» . ٣ . وكرر الرسول (ص) هذه القيمة أربع مرات فى نفس الحديث ، مقررًا أن قيمة الشاتين هى عشرون درهما .

جدول رقم (٥)

بقيم فرائض وأسعار زكاة الغنم

سعرها			الفريضة (الشريعة)			
نسبته المئوية	قيمتها بالدرهم	نوعه	عددتها	بالدرهم	بالشياه	رقمها
٢,٥%	١٠	شاه	١	٤٠٠	٤٠	١
١,٦%	٢٠	شاه	٢	١٢١٠	١٢١	٢
١,٤%	٣٠	شاه	٣	٢٠١٠	٢٠١	٣
١%	١٠	شاه	١	١٠٠٠	كل مائة	٤

المصدر مقتبس من أحاديث الموضوع

١ . رواه البخارى فى صحيحه م س ج١ ص ٢٥٢ .

٢ . المرجع السابق .

٣ . المرجع السابق .

وبقراءة هذا الجدول يتضح أن زكاة الغنم هي الأخرى قسمت وعاءها إلى قسمين من الفرائض هما :

١-فرائض دنيا : وعددها ثلاث فرائض هي :

- الأولى : تبدأ من ٤٠ : ١٢٠ أى أن حجمها ١٢٠ شاه ١
- الثانية : أكثر من ١٢٠ : ٢٠٠ أى أن حجمها ٨٠ شاه
- الثالثة : أكثر من ٢٠٠ : ٣٠٠ أى أن حجمها ١٠٠ شاه

٢-فرائض عليا : كل منها يتكون من ١٠٠ شاه .

وتحليل التنظيم الفنى لتلك الزكاة يدل على الآتى :

١-بالنسبة لفرائضها : (طبقاتها / شرائحها)

فالفرائض الدنيا (تأخذ حكم الطبقات) : لأن أسعارها إجمالية ، تبين السعر الإجمالى الواجب فى الوعاء ككل إذا بلغ حجم الطبقة . أما الفرائض العليا : التى تبدأ من الفريضة الرابعة أى التى تزيد على الثلاثمائة شاه ، فهى تعد (فى حكم الشرائح) : لأنها تقسم الوعاء إلى شرائح متساوية كل منها مائة شاه ، وتبين سعر كل شريحة منفصلة وهو شاه (فى كل مائة) ، بحيث لا يعرف مقدار الزكاة الواجب فى مال المزكى بعد الثلاثمائة الأولى إلا بجمع ماوجب فى الشرائح العليا . فإذا بلغ غنم ممول : (٧٠٠ شاه) ، أخذ من الثلاثمائة الأولى كطبقة كلية (٣) شياه ، ثم يقسم الباقى وهو ٤٠٠ شاه إلى : أربع شرائح ، تؤخذ من كل شريحة شاه ، أى بإجمالى : (٤) شياه . ليتضح أن مجموع المأخوذ منه زكاة فى تلك الثروة هو : (٧) شياه .

٢- أما بالنسبة لأسعارها : (فهى تنازلية)

فهى تجب فى أدنى الفرائض الدنيا وتعفى باقيها ، فالتبعية الأولى: التى تبدأ من ٤٠ : ١٢٠ تؤخذ الزكاة من الأربعين ، ففيها شاه ، لما ورد فى كتاب عمر بن الخطاب : (فإذا بلغت الأربعين ففيها شاه إلى أن تبلغ عشرين ومائة) ٢ . أما بالنسبة للشرائح العليا : التى تزيد على الثلاثمائة شاه ، والتي تنقسم إلى شرائح متساوية كل منها (١٠٠) شاه ، فإن الزكاة تجب فى أعلى الشريحة وتعفى باقيها ، إذا لم يبلغ أعلاها ، لقول النبى (ص) فى كتاب عمر بن الخطاب: (فإذا زادت الغنم على ثلاثمائة ، فليس فيما دون المائة شئ ، وإن بلغت تسعاً وتسعين حتى تكون مائة تامة) ٢ كما يلاحظ أن أسعارها متنازلة وليست متصاعده ٤ . فهى تجب فى الفريضة الأولى بسعر ٢,٥ ٪ ، ثم

١ . يلاحظ أن الفريضة الأولى وان بدأت من ٤٠ : ١٢٠ إلا أن حجمها ليس ٨٠ شاه لكنه ١٢٠ شاه أنها تعفى نصابها إذا لم يبلغ الأربعين أما إذا بلغها فهى تجب فى الفريضة كلها شاملة النصاب أى فى ١٢٠ شاه .
 ٢ . رواه أبو عبيدة فى الأموال م س ص ٣٥٢ .
 ٣ . المرجع السابق ص ٣٥٢ .
 ٤ . راجع دكتور يوسف القرضاوى فى فقه الزكاة م س ج ١ ص ٢٠٥ حيث أشار ، أن ذلك منشور فى مقال الأستاذ شوقى إسماعيل ، بعنوان نظام المحاسبة فى الزكاة فى ضوء الإسلام ، فى مجلة الاقتصاد والسياسة ، التى تصدرها كلية التجارة جامعة القاهرة .

تنزل في الثانية إلى ٦, ١ ٪ ، وفي الثالثة إلى ٤, ١ ٪ . ثم تثبت في الشرائح التالية عند سعر ١ ٪ . وثبوتها عند سعر ١ ٪ ، له حكمته التي سبق الإشارة إليها مع زكاة الإبل . إذ لو لم يثبت هكذا واستمرت أسعارها في التناقص ، لوصلت إلى الحد الذي تتلاشى فيه هذه الأسعار وتصبح صفراً ولا تجب الزكاة فيه .

بيد أنه قد يلاحظ أن زكاة الغنم كسابقتها زكاة الإبل ، قد شددت أسعارها على صفار المرابين ، وخففت على كبارهم في تناقص أسعارها ، بينما انخفضت على شياها أكبر المرابين لتصل إلى ١ ٪ . ويرد على ذلك بأنه من باب تشجيع إنتاج الثروة الحيوانية لأهميتها عند العرب وكافة البشر ، إذ أن هذا التخفيف التكميلي له أثره الإيجابي على الاستثمار ، إذ من شأنه أن يدفعهم ليزيدوا من إنتاجهم حتى يصبحوا من كبار المرابين فيعاملون معاملته تكلفيه أخف . والأهم من ذلك هو أنه من شأنه أن يقيهم من التهرب من دفع الزكاة ، لأن المال كما قال الشيخ الزروق إذا ما كثر عظمت في النفس هيئته ٢ .

خلاصة القول : أن زكاتي: الإبل والغنم قد احتوت كل منهما على تنظيم فني يستحق أن يقتدى به في النظم الضريبية الحديثة، لأن فيه من التصاعد مع زكاة الإبل ، والتنازل مع زكاة الغنم، ومن الطبقات والشرائح والإعفاءات بينهما ما يتفادى ما وجه إليهما مؤخراً من انتقادات من ناحية ، ويحقق العدالة الرأسية أو الحقيقية بين الممولين من ناحية أخرى ٣ . ولاشك أن تلك العدالة التي تحققها الزكاة بجميع أنواعها على النحو السابق ذكره بين الممولين ، سواء على المستوى الأفقى أو على المستوى الرأسى ، ينبغي أن يكون له آثاره النفسية الإيجابية على الممولين وبالتالي على تطبيق الزكاة ، مما يؤدي إلى تجنب الزكاة لأخطر المشكلات الضريبية مثل التهرب والراجعة .

- ١ . راجع دكتور يوسف القرضاوى فى فقه الزكاة م س ج ١ ص ٢٠٥ حيث أشار ، أن ذلك منشور فى مقال الأستاذ شوقى إسماعيل، بعنوان نظام المحاسبة فى الزكاة فى ضوء الإسلام ، فى مجلة الاقتصاد والسياسة ، التى تصدرها كلية التجارة جامعة القاهرة.
- ٢ . راجع د . يوسف القرضاوى فى فقه الزكاة ج ١ ص ٢٠٦ واستدل بشرح الرسالة ج ١ ص ٣٢٧ وقد انتقد القرضاوى هذا الرأى فراجع له فيه .
- ٣ . ولعل بذلك يكون قد اتضح أن الرأى الذى كان سائداً بين عدد غير قليل من كتابنا المعاصرين والذين كانوا يعتقدون بعدم تصاعدية أو تنازلية أسعار الزكاة قد جانبهم الصواب فيه ، ومنهم د . رفيق المصرى ، د . سامى قابل ، د . سامى نجدى ، الشيخ محمد أبوزهرة ، ود . يوسف القرضاوى فى أبحاثهم المشار إليها فى مطلع هذا المبحث .

ختام البحث

من العرض السابق يتضح أن التنظيم الفني للزكاة يحقق العدالة الضريبية بين الممولين على مستوياتها الأفقى والرأسى :

أولاً - على مستوى العدالة الأفقية :

- فتحقق الزكاة العدالة أفقياً بين مموليها وذلك بإرسائها لمبدأين هما :
١. مبدأ العمومية : فتضع الزكاة مموليها على خط أفقى واحد حيث (تعاملهم مادياً) معاملة واحدة، بإخضاعها لكل الثروات والدخول ، الخاصة والنامية ، لأحكامها . و (تعاملهم شخصياً) بإخضاعها لكل الأغنياء دون إستثناء لأحكامها .
 ٢. مبدأ مراعاتها لمقدرتهم التكليفية : فتراعى (مقدرتهم المالية) بتطلبها فى مال الممول ، أن يبلغ نصاب الفنى ، كما تراعى (ظروفهم الشخصية) بإعفاؤها لأعبائهم المادية من أعباء المهنة وأعباء المعيشة ، بحيث يتبقى للمول بعد خصمها ما يتحمل أسعار الزكاة .

ثانياً - وعلى مستوى العدالة الرأسية :

- فتساوى بين مموليها إذا تساوا فى مراكزهم المالية ، وتفاوت بينهم إذا اختلفت مراكزهم مراعية أمرين:
١. تحقيق العدالة النسبية: فتفرض أسعاراً نسبية موحدة على مموليها إذا تقاربت مراكزهم المالية. كما فى كل زكوات الدخول ، وكذلك فى بعض زكوات الثروات ، كزكاة النقدين وزكاة التجارة ، التى تجب بسعر ٢,٥٪ ، وزكاة البقر بسعر ٢٪ .
 ٢. تحقيق العدالة الحقيقية: فتتفاوت معاملتها لهم باختلاف مراكزهم المالية كما يلى :
- أ. إختلاف معاملتها لهم باختلاف مصادر كسبهم: لتخفف على دخل العمل (٥,٢٪) ، وتشدد على دخل رأس المال (٢٠٪) ، وتتوسط بالنسبة للدخل المختلط (١٠٪، ٥٪) .
- ب. تفاوت أسعارها بتفاوت أحجام دخولهم وثرواتهم: فتحقق أسعاراً تصاعدياً وتنازلياً مع شرائح الإبل. وتتنازل أسعارها مع شرائح الغنم .

ويعنى ذلك أن الزكاة بتنظيمها الفنى الفريد ، تحقق العدالة الضريبية بين مموليها على مستوياتها الأفقى والرأسى ، بشكل لم يسبق له مثيل ، متفادية ماواجه إليها من عيوب ، مما يقتضى على الحكومات المعاصرة أن تستهدى به عند فرضها لضرائب مباشرة ، وذلك إذا إقتضت الضرورة أو الحاجة أو المصلحة العامة ذلك .

المراجع

أولاً : المراجع الشرعية : ١ القرآن الكريم

٢ فى الحديث وشروحه :

- ابن ماجه ،سنن ابن ماجه ، بيروت ،دار الفكر،بلا عام نشر .
- أبو داود ،سنن أبى داود ، بيروت ،دار إحياء التراث العربى .
- البخارى ،متن البخارى بحاشية السندى القاهرة مطبعة الحلبي .
- الشوكانى ،نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار القاهرة ، المطبعة العثمانية ١٣٥٧ هـ .
- العسقلانى ،فتح البارى بشرح صحيح البخارى ،القاهرة ، المطبعة السلفية ١٤٠٠ هـ
- النووى ،صحيح مسلم شرح النووى ،القاهرة ،مكتبة حجازى بلا عام نشر .
- محمود خطاب السبكي ،المنهل العذب المورود فى شرح سنن أبى داود ،القاهرة ،مطبعة الاستقامة ١٣٥٣ هـ .
- مسلم ،الجامع الصحيح ،القاهرة كتاب التحرير دار التحرير ،بلا عام نشر .

٣ فى الفقه المذهبي :

فى فقه الحنفية) :

- السرخسى ، المبسوط ،بيروت ،دار الكتب العلمية ١٤١٤ هـ-١٩٩٣ م .
- الكاسانى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائح ،القاهرة ، مطبعة الإمام بدون عام نشر

فى فقه المالكية) :

- ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد القاهرة مكتبة الحلبي ١٤٠١ هـ-١٩٨١ م .
- شمس الدين الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير ، القاهرة مكتبة زهران بدون عام نشر .
- مالك بن أنس المدونة الكبرى القاهرة مطبعة السعادة بيروت دار صادر .

فى فقه الشافعية) : الشافعى ، الأم ، بيروت لبنان ،دار المعرفة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٩ م .

- شمس الدين الخطيب، الإقتناع فى حل ألفاظ أبى شجاع،القاهرة،الأزهر، ١٩٧٧

فى فقه الظاهرية) : ابن حزم ،المحلى ،بيروت الكتب التجاري بدون عام نشر .

٤ فى الزكاة :

- أبو الحسن الندوى الأركان الأربعة (الصلاة الزكاة الصوم الحج) فى ضوء الكتاب والسنة مقارنة مع

- الأديان الأخرى، الكويت، دار العلم، بلا عام نشر .
- د. أحمد بديع بليح، هيكل الإيراد العام في الإسلام مع إشارة خاصة للزكاة المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، بدون عام نشر .
 - رفيق يونس المصري، الزكاة والنظام الضريبي المعاصر، لندن، مجلة بحوث الاقتصاد الإسلامي التي تصدرها الجمعية الدولية للاقتصاد الإسلامي بلندن ج ٣ ع ٢٤ ١٩٤١هـ-١٩٩٤ ص ٦١:٩٦ .
 - د سامى عبد الرحمن ، د سامى نجدى الرفاعى ، التكيف الضريبي لفريضة الزكاة ، من بحوث المؤتمر العلمى السنوى الثالث لكلية التجارة جامعة المنصورة، إبريل ١٩٨٢
 - د .صبرى عبد العزيز ، أثر الزكاة فى توزيع وإعادة توزيع الدخل والثروات ،رسالة دكتوراه بكلية حقوق المنصورة ١٩٦٦م .
 - د .عاطف السيد ،العدالة الضريبية فى الزكاة فى صدر الإسلام ،من أبحاث المؤتمر العالمى الأول للاقتصاد الإسلامى ،جدة المركز العالمى لأبحاث الاقتصاد الإسلامى ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م ،ص ٢٧٢:٣٢٢ .
 - د .عبد الهادى النجار ،بعض الجوانب الاقتصادية والاجتماعية للزكاة المنصورة مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية حقوق المنصورة ع٧ أبريل ١٩٩٠م ،ص ١١
 - الشيخ محمد أبو زهرة ، الزكاة ،من بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية القاهرة ١٣٩٢هـ ج ٢ .
 - د .محمد أنس الزرقاء ، دور الزكاة فى الاقتصاد العام ،من أبحاث مؤتمر الزكاة الأول بالكويت عام ١٩٨٤ ص ٢٧١:٢١٠ .
 - محمد فؤاد ، الزكاة فى الإسلام وعلاقتها بالضرائب ،الحديثة، القاهرة مطبعة الناشر العربى ١٩٨٠م .
 - د .محمود البنا ،نظام الزكاة والضرائب فى المملكة العربية السعودية ،الرياض، دار العلوم ١٤٠٣هـ .
 - د .يوسف القرضاوى .فقه الزكاة ،بيروت مؤسسة الرسالة ١٩٨٦ .

٥ دراسات اقتصادية متنوعة :

- أبو عبيد ،الأموال ،تحقيق محمد خليل هراس ،القاهرة مكتبة الكليات الازهرية ١٤٠١هـ-١٩٨١م .
- أبو يوسف ،الخراج ،بيروت لبنان ،دار المعرفة ،بلا عام نشر .
- د .أحمد جمال الدين موسى ،دروس فى ميزانية الدولة ،المنصورة مكتبة الجلاء الجديدة ١٩٨٥م .
- البهى الخولى ،الثروة فى ظل الإسلام ،القاهرة ،دار الاعتصام ١٢٩٨هـ-١٩٧٨م .
- سيد قطب ، العدالة الإجتماعية فى الإسلام ، القاهرة ، بيروت دار الشروق ١٩٧٤
- د .صبرى عبد العزيز ، اقتصاديات المالية العامة للدولة فى الفكرين الوضعى والإسلامى المحلة الكبرى دار الصفا ٢٠٠٢م .
- د .عاطف صدقى ،مبادئ المالية العامة ،القاهرة ،دار النهضة العربية ١٩٧٢م .
- د .عبد العزيز العلى الصالح ،نظام الضرائب فى الإسلام ومدى تطبيقه فى المملكة العربية السعودية مع المقارنة ،رسالة دكتوراه بكلية حقوق القاهرة ١٩٧٤م .

- د. عبد الكريم صادق بركات ، د. عوف الكفراوي ، الاقتصاد المالى الإسلامى الإسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، بلا عام نشر .
- على عباس عياد ، النظم الضريبية المقارنة ، المجلد الثانى الإسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٧٤ .
- د. محمد شوقى الفنجري ، المذهب الاقتصادى فى الإسلام ، القاهرة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب . ١٩٨٦ م .

ثانياً :المراجع الأجنبية

(١) باللغة الإنجليزية :

- AHMED A : Azuddin: "Economic Significance of Zakat". Islamic Literature. Lahor. Vol. 4 No 8 .
- Ahmed (s.) : "Some socio-Economic Aspects of zakat ". Pakisitan institue of Arts and Deigne .
- De zayes. farishta (G.) : "The Functional of Zakat in the Islamic social Economy ". Islamic Litertue. Lahor. VOL. No 3 marsh 1969 .
- Faridi (E.R.) : "Zakat and. Fisecal policy". In the first International confrence on Islamic Economic. makka. King Abdul-Aziz university 1976 .
- Hassanuzzaman (S.M.) : "zakat Taxes and Policy". New York. MC Graw. Hill-Book company. 1969 .
- Musgrave: "The theory of public Finance in Theory and practice" .
- Siddiqi (M.) : "Early Devolopment of zakat and Ijtihad" Reviewed by H.M Abdllatif Alshalli. Hornal or Research in Islamic Economics. Jeddah. International center for Research in Islamic Economics. King Abdulaziz university .
- Salama (A.A.) : "Fiscal Abdulaziz". in Arriff (M.).
- Zadi (A.M.) : "The role zakat in Islamic System of Economic of Curing the proverty Dilemma". In the Third Seminer. Gray Indiana. Association of Muslim Social Scietists. 1974 .
- Zahul Islamic : "The zakat Ordinace : A few observations. thoughts on Economics". Vol.3 No7 (July-De1982) 30-32 .

(٢) باللغة الفرنسية :

- Brocheir (H) et tabatoni (P) : "Economic Financière". Thémis. Paris. M.P.F. 1959 .
- Duverger (M) : "Finance Publique". Paris. 1963 .
- Guadement (P.M) : "Précis de finance publique". Paris 1970. T 2 .
- Jega (G) : "Cours Elémentaire de Sience finance et de Legislation financière franciase". Paris 1932 .
- Lauenburger (H .) : "Précis d'Economic et de Législation Financiers". Paris. 1950 .
- Moussa (A.G.F) : "L' Eata et L' inegalité Social Dans le tier Mond. Analyses des politiques Redistribuves Directs et Budgétaires- L' Egypt. 1952 - 1980 . Thèse pour le Doctrat d'Etat

سيادة الدولة في ظل التطورات الدولية "دراسة تحليلية"

الدكتور/ عمر بن أبو بكر أحمد باخشوب

أستاذ القانون الدولي العام المشارك - كلية الحقوق جامعة البحرين
رئيس قسم القانون بكلية الإقتصاد والإدارة - جامعة الملك عبد العزيز (سابقاً)
عضو المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي ، لاهاي ، هولندا

مقدمة

سيادة الدولة أحد أهم المصطلحات القانونية وتعود أهميتها في القانون الدولي العام إلى ارتباطها الوثيق بمفهوم الدولة حيث لا بد أن يكون لها نظام قانوني يتولى إدارة الدولة. أو سيادتها الداخلية والخارجية والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بواقع المجتمع الدولي فكلما ازداد هذا المجتمع تنظيماً وترتيباً نال ذلك من سيادة الدولة التي يتكون منها هذا المجتمع.

فتنظيم المجتمع الدولي لا يمكن أن يتحقق ويزدهر إلا على حساب سيادة الدول ونظراً للتغير المستمر والمتوالي في تنظيم المجتمع الدولي. فإن سيادة الدولة تجد نفسها ٢. كذلك عرضه للتغير والتبدل وإذا كان العامل الأخير قد وجد له تأكيداً في الكثير من الأحداث الأخرى التي مرت بها الجماعة الدولية والأحداث الدولية المعاصرة ، فإن التطورات الخطيرة التي شهدتها الجماعة الدولية عقب الحرب العالمية الأولى والثانية وإنشاء منظمة الأمم المتحدة . كان لها من التأثير على مبدأ السيادة ولهذا تركت آثارها على سيادة الدولة.

وعليه نحاول في هذه الدراسة التعرف على التأثيرات الواقعية على المحتوى القانوني لمبدأ سيادة الدولة وأهم التطورات الدولية المؤثرة على ذلك المبدأ ٢. في هذا الإطار قمت بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين الأول عالج المفهوم القانوني لمبدأ سيادة الدولة وقسم هذا المبحث إلى مطلبين عالج المطلب الأول المفهوم القانوني لمبدأ السيادة قبل عصر التنظيم الدولي. وعليه رتب فقهاء القانون الدولي لتلك الحقبة التاريخية على مفهوم السيادة مجموعة من النتائج لعل من أهمها:

١. الدكتور/ أحمد الرشيد ، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد (٥٥) لعام ١٩٩٩م ص ٦٩ وما بعدها.
٢. الدكتور/ عبد الهادي عباس ، السيادة ، دار الحصاد للنشر والتوزيع ، دمشق ، ١٩٩٤م ، ص ١٦ وما بعدها.
٣. الدكتور/ صلاح الدين عامر ، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤م ، ص ٦٨٩ وما بعدها.

أولاً: الاستقلال.

ثانياً: المساواة.

والمطلب الثاني عالج المفهوم القانوني لمبدأ السيادة خلال عصر التنظيم الدولي ، وهكذا تضمن ميثاق الأمم المتحدة العديد من القيود على مبدأ السيادة ، ولعل من أهمها الآتي:

أولاً: تحريم الحرب أو اللجوء إليها بين أعضاء المجتمع الدولي.

ثانياً: حل النزاعات الدولية بالطرق السلمية.

ثالثاً: نزع السلاح وتنظيم التسليح.

رابعاً: اتخاذ قرارات المنظمات الدولية وعلى رأسها الأمم المتحدة بالأغلبية.

خامساً: الالتزام باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي دولت وأصبح لها شرعية دولية.

والمبحث الثاني: عالج انتهاك مبدأ سيادة الدول من خلال التدخل في الشؤون الداخلية للدول من خلال:

المطلب الأول: تتقل المنظمات الدولية في الشؤون الداخلية للدول.

أولاً: النظام العالمي الجديد وأثاره على مبدأ السيادة.

ثانياً: العولمة وتأثيرها على سيادة الدول ، وقسم إلى (١) أثر العولمة في حرية الدولة في اختيار شكل نظامها

السياسي (٢) أثر العولمة في حرية الدولة في اختيار شكل نظامها الاقتصادي (٣) أثر العولمة في حرية

الدولة في اختيار شكل نظامها الاجتماعي (٤) أثر العولمة في حرية الدولة في اختيار شكل نظامها الثقافي.

ثالثاً: الاعتداء على سيادة الدول بدعوى المحافظة على السلم والأمن الدوليين.

رابعاً: الاعتداء على سيادة الدولة بدعوى حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

وتناول المطلب الثاني:

أولاً: تدخل الدول في شؤون غيرها من الدول لاعتبارات إنسانية.

ثانياً: التدخل العسكري الغربي لحماية الأكراد في شمال العراق.

ثالثاً: حملة حلف شمال الأطلسي ضد يوغسلافيا السابقة لحماية ألبان إقليم كوسوفو.

وقد تضمنت هذه الخطة الدراسة المشار إليها مقدمة مختصرة عن مفهوم سيادة الدولة وارتباطها الوثيق

بمفهوم الدولة في إدارة شؤونها أو سيادتها الداخلية والخارجية . وخاتمة تضمنت نظرة تاريخية لنشأة

مفهوم السيادة بدءاً من معاهدة وستفاليا عام ١٦٤٨م إلى بداية القرن التاسع عشر وقيام التنظيم الدولي

مروراً في تلك المرحلة من الاعتراف بسيادة داخلية وخارجية مقيدة بأحكام القانون الدولي التقليدي تم تلى

تلك الحقبة التاريخية إنشاء الأمم المتحدة وبدأ معها التنظيم الدولي الحديث . ومن خلاله قيدت سيادة

الدولة بالعديد من الالتزامات الدولية التي تضمنها ميثاق الأمم المتحدة الذي أبرم في عام ١٩٤٥م. وفيه

دولت حقوق الإنسان وأصبحت الغرض الرابع من أغراض الأمم المتحدة.

لهذا صار هذا الجانب عرضة لتدخل الأمم المتحدة بيد أن تدخل تلك المنظمة استخدم الوسائل غير

العسكرية لكن التطورات التي حدثت في تسعينات القرن الماضي أعقبها انتهاء الحرب الباردة بانتهاء الاتحاد السوفيتي ، وانتهاء أيضاً المعسكر الشرقي وبروز ما يسمى بنظام العولمة. الذي كرس هيمنة المعسكر الرأسمالي بقيادة وتبنى المجتمع الدولي قيم وأفكار المعسكر المنتصر القائمة على قواعد الديمقراطية وحقوق الإنسان. وحرية الإعلام التي أثرت على مبدأ سيادة الدولة في مجالات ثلاثة: التدخل في شؤون الدول النامية أو العالم الثالث بدعوى المحافظة على السلم والأمن الدوليين ومكافحة جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ، والتدخل لدوافع إنسانية ، وشهدت هذه الحقبة التاريخية تشكيل محكمتين جنائيتين دوليتين لمحاكمة المتهمين بارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية في يوغسلافيا السابقة ورواندا ، وأخرج بعد هذه الحقبة التاريخية النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة للجنس البشري. كما أنتجت هذه الحقبة التاريخية إنشاء قوات حفظ السلم التابعة للأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان ، والعمل على حمل الدول الأعضاء للأمم المتحدة على احترام تلك الحقوق في إطار العديد من العمليات في عدد كبير من الدول في يوغسلافيا السابقة وموزمبيق والصومال والعراق وتيمور الشرقية في اندونيسيا. وفي عدد كبير من الدول النامية أو دول العالم الثالث.

وهكذا يجب الاعتراف بأن الدول الغربية تمكنت أيضاً بالفعل من تعديل القواعد الدولية في مجال التجارة الدولية ، حيث تمكنت تلك الدول من خلال جولة مفاوضات منظمة التجارة العالمية من تبني مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي جرى توقيعها في مراكش في المملكة المغربية في ١٥/٤/١٩٩٤م وضمت للدول الغربية الهيمنة الاقتصادية والتجارية من خلال فتح الأسواق العالمية أمام تدفق منتجاتها المتطورة . وحالت بين الدول النامية أو العالم الثالث وبين حماية صناعاتها الوطنية من خلال ما كانت تفرضه من إجراءات الحماية النقدية والكمية ، كما خلقت الدول الغربية سوابق دولية من أجل الادعاء بوجود عرف دولي يسمح لها بالتدخل لحماية حقوق الإنسان في الدول النامية أو العالم الثالث. إذا ما تطلبت مصالحها ، ذلك غير أن هذه الرغبة تصطدم بحائط الرفض من قبل شعوب الدول النامية ، فكان مبدأ السيادة يعيش في هذا الوقت الراهن معركة حروب الإرهاب بين قيم تحرص عليها شعوب الدول النامية وبين التحديث والعولمة وحقوق الإنسان الذي تسعى إلى تطبيقها الدول الغربية في أراضي تلك الدول النامية.

المبحث الأول المفهوم القانوني لمبدأ سيادة الدولة

إن مفهوم السيادة يمثل أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الدولي على الرغم من أن المفهوم لم يكن محل اتفاق بسبب تغير المفهوم نظراً لاختلاف مضمونه باختلاف حالة تطور النظام الدولي. وبالذات منذ نشأة المنظمات الدولية التي بلورت فكرة التعاون الدولي من خلال تلك المنظمات ذات الطبيعة الدولية كعصبة الأمم المتحدة والأمم المتحدة . والتي شكلت علامة فارقة في تطور مبدأ السيادة ونظراً لكون غرض هذه الدراسة التعرف على مفهوم السيادة في ظل التطورات الدولية المعاصرة ، أي التطورات التي أعقبت إنشاء الأمم المتحدة وعليه سوف ندرس المفهوم القانوني لمبدأ السيادة في فترة ما قبل عصر التنظيم

الدولي ثم خلال عصر التنظيم الدولي ١٠

المطلب الأول

المفهوم القانوني لمبدأ السيادة قبل عصر التنظيم الدولي

يرتبط مفهوم السيادة ارتباطاً وثيقاً بنشأة الدولة الحديثة على أنقاض نظام الإقطاع في أوروبا في القرن الخامس عشر ، وبرز هذا المفهوم في بادئ الأمر كمفهوم سياسي يجعل رئيس الدولة صاحب كل السلطات في الدولة وكان الهدف من ذلك تأكيد السلطة المركزية للدولة في يد الحكام الإقطاعيين من ناحية وتجاه السلطة الدينية المتمثلة في الكنيسة من ناحية أخرى. وقد عبر عن ذلك بالقول أن كل حاكم هو صاحب السلطة في إقطاعيته . وبالتالي فإنه يتمتع بالسيادة التي تعني بإيجاز أنه السلطة العليا داخل الإقطاعية وكذلك استقلاليتها من الناحية الخارجية أي يمتلك السيادة الداخلية والخارجية لإقطاعيته ٢ .

وهكذا اكتسبت السيادة مفهومها وأبعادها القانونية على يد المفكر الفرنسي (جان يوران) في كتابه الذي نشر عام ١٥٧٧م (الجمهورية) حيث حدد السيادة باعتبارها السلطة العليا التي يباشرها الحاكم على المواطنين والتي تخضع للقانون وكان الهدف من ذلك القضاء على نظام الإقطاع والتحرر من سيطرة الكنيسة ٣ . والحقيقة صادف مفهوم السيادة قبلاً من قبل فقهاء القانون في تلك المرحلة من مراحل تطور القانون الدولي العام وبهذا انتهى بهم المطاف إلى القول بنظرية تقليدية للسيادة تتخذ مظهرين أحدهما داخلي ، والآخر خارجي ، فالأول المفهوم الداخلي للسيادة الذي يتجلى في حرية الدولة في تصريف شئونها الداخلية وتنظيم حكومتها ومرافقتها العامة فضلاً عن حقها في فرض سلطانها على كل ما يوجد على إقليمها من أفراد أو أشياء ٤ . ولا تخضع الدولة في ممارسة تلك الاختصاصات لأية سلطة أخرى ولا تشاركها في ممارستها أي جهات أخرى ٥ .

أما السيادة الخارجية فتعني حق الدولة في التعامل مع الدول الأخرى دونما خضوع في ذلك لأية سلطة دولية وقيام العلاقات بين تلك السلطات على أساس من المساواة في السيادة ٦ . غير أن ذلك لم يمنع من القول بوجود احترام الدولة وهي بصدد ممارسة سيادتها الخارجية للقانون الدولي التقليدي وهكذا تكون الدولة قد تمتعت خلال تلك المرحلة بسيادة داخلية مطلقة وسيادة خارجية تنقيداً بأحكام القانون

١ . أن ظهور مصطلح السيادة للمرة الأولى في مؤلف الفقيه الفرنسي (جان يوران) سنة كتب للجمهورية (Six Livres De La Repulique) عام ١٥٧٧م وإن مصطلح السيادة يعود إلى الحضارات القديمة فالفيلسوف الإغريقي الشهير أرسطو سبق وأن كتب عن السلطة العليا للدولة ولمن تستند هذه السلطة.

٢ . الدكتور/ عدنان نعمة ، السيادة في ضوء التنظيم الدولي المعاصر ، مركز دراسات الوحدة ، بيروت ١٩٧٨م ، ص ١٤٠ وما بعدها .

٣ . الدكتور/ صلاح الدين عامر ، القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص ٧١٦ وما بعدها .

٤ . الدكتور/ محمد سامي عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام ، الجزء الأول الجماعة الدولية ، دار الشباب الإسكندرية ١٩٨٩م ، ص ١٦٦ وما بعدها .

٥ . الدكتور/ محمد سعيد الدفاق ، وآخرون ، التنظيم الدولي ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨م ، ص ١٤٤ وما بعدها .

٦ . الدكتور/ صلاح الدين عامر ، قانون التنظيم الدولي ، مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٩٨م ، ص ١٣٣ وما بعدها .

الدولي التقليدية ، نظراً لأن هذا القانون كان في مراحل نشأته الأولى وعليه فإن ما فرضه على الدولة في مجال سيادتها الخارجية من قيود كان محدود فظلت الدولة تتمتع بقدر كبير من الحرية في هذا المجال^١ وهي مجموعة من النتائج لعل من أهمها الاستقلال والمساواة.

أولاً: الاستقلال:

يعنى انفراد السلطة الحاكمة في الدولة بممارسة مظاهر السيادة الداخلية والخارجية دون خضوع لأن خضوعها لأية جهة أجنبية أخرى يؤثر عليها ، فباعتبارها السلطة العليا في إقليم الدولة يكون للسلطة الحاكمة مطلق الحرية في اختيار شكل حكومتها ووضع تشريعاتها القانونية المختلفة ، وتتمتع بذات الحرية في مجال التعامل مع الدول الأخرى فيكون لها حق إبرام المعاهدات الدولية وتبادل التمثيل الدبلوماسي مع الدول الأخرى ، والاشتراك في المؤتمرات الدولية ويكون لها شن الحروب ضد الدول الأخرى باعتبار ذلك حقاً لصيقاً بمبدأ السيادة ، كذلك فإن السيادة غير قابلة للتجزئة داخل الدولة الواحدة ولكل دولة شخصيتها الدولية . كما لا يجوز للدولة أن تتنازل عن سيادتها لدولة أخرى ، فإن فعلت ذلك فإنها تفقد أحد أركانها الأساسية وهو الاستقلال . وبالتالي تفقد شخصيتها الدولية لكن من حق الدولة إيراد بعض القيود على سيادتها الداخلية أو الخارجية وغالباً ما يكون مصدر تلك القيود التزامات اتفاقية توردها الدولة من خلال معاهدات دولية تبرمها مع الدولة الأخرى.

ثانياً: المساواة:

وتعني وجوب معاملة جميع الدول على قدم المساواة ودون تمييز فاختلفت الدولة من حيث مساحة الإقليم أو عدد السكان أو قدراتها العسكرية أو الاقتصادية لا ينبغي أن يكون سبباً للتمييز بين دولة وأخرى، من حيث ما تتمتع به من حقوق أو تتحمل به من التزامات ذات طبيعة دولية . وهكذا يتضح أن العمل الدولي خلال فترة التنظيم الدولي التقليدي بمعناه المطلق الذي يعترف لكل دولة بتسيير شؤونها الداخلية والخارجية بإرادتها الحرة ودون قيود على سيادتها ، وبرغم ذلك كان من المتصور إيراد قيود على سيادة الدولة بشرط أن تقبل بها الدولة صراحة من خلال معاهدات دولية أو ضمناً من خلال العرف الدولي التقليدي ومن هنا برزت قاعدة الإجماع عند التصويت على قرارات المؤتمرات الدولية.

أما على الصعيد الداخلي تم الاعتراف للدولة بحق إدارة شؤون الإقليم والشعب بما يتفق ومصالحها الخاصة ودون الخضوع لإرادة أي دولة أجنبية أخرى ، فكانت الدولة تفرد تماماً بتحديد الوضع القانوني لمواطنيها باعتبار ذلك يعود إلى مطلق سلطتها الداخلي . أما على الصعيد الخارجي فكان للدولة أن تدير شؤونها الخارجية بما يتفق ومصالحها الخاصة وأن تخضع لما تكون قد التزمت به دولياً من خلال معاهدات دولية . كما تم الاعتراف لكل دولة بحق شن الحرب على الدول الأخرى كلما رأت ذلك يحقق مصالحها الخاصة . وهكذا تمتعت الدولة بسيادة تكاد تكون مطلقة إبان عصر التنظيم الدولي التقليدي غير أن رياح التغيير التي حملتها الحرب العالمية الأولى والثانية لم تترك مبدأ السيادة على النحو السابق فسرعان ما طال مفهوم السيادة رياح التغيير.

١ . الدكتور عدنان نعمة ، السيادة في ضوء التنظيم الدولي المعاصر ، مرجع سابق ، ص ٩٧ وما بعدها .

المطلب الثاني

المفهوم القانوني لمبدأ السيادة خلال عصر التنظيم الدولي

أحدثت الحربان العالميتان الأولى والثانية تغييراً جذرياً في الفكر الدولي فلم يعد العالم مستعداً للإبقاء على مبدأ السيادة بمعناها التقليدي الذي يعترف للدول بحق شن الحروب على الدول الأخرى. كلما رأت أن ذلك يحقق مصالحها الخاصة بل أصبح العالم مهيباً لتقييد حرية الدول في هذا المجال ، من أجل الحيلولة دون تكرار ما حدث خلال الحربين من كوارث. ومن ناحية أخرى أدى التطور الهائل في وسائل النقل والاتصالات بين الدول المختلفة إلى تقريب المسافات وهدم الحواجز التقليدية التي كانت من المقومات الأساسية في تكوين الدولة وتحولت ، الحدود بين الدول إلى مجرد فواصل قانونية للتعاون بين الدول وأثمر ذلك عن بروز حقيقة دولية، هي هجر العزلة الدولية بين الدول وإحلال التعاون الدولي فيما بينها وبشر ذلك بمولد عصر التنظيم الدولي القائم على التعاون الدولي والذي لا يمكن أن يتحقق إلا على حساب سيادة الدولة . وتجلي عصر التنظيم الدولي أولاً في إنشاء عصبة الأمم المتحدة باعتبارها أول منظمة دولية ذات طبيعة قانونية تسعى إلى إرساء دعائم السلام العالم في مختلف أرجاء المعمورة ، ونظراً إلى فشل عصبة الأمم المتحدة في تحقيق ما كانت تصبو إليه من أهداف وأغراض استبدالها الجماعة الدولية بمنظمة الأمم المتحدة ، التي لم تقتصر أهدافها على المحافظة على السلم والأمن الدوليين وحل النزاعات الدولية بالطرق السلمية . بل تعدته إلى تحقيق هدف التعاون الدولي في المجال الاقتصادي والاجتماعي والثقافي ، والهدف الرابع إلى تحقيق وتقرير حقوق الإنسان وتدويلها أن هذا لم يتحقق مع الإبقاء على نظرية السيادة بمعناها التقليدي، التي سادت قبل عصر التنظيم الدولي. فهذا التنظيم القائم على التعاون الدولي يستوجب بالضرورة تخلي الدول عن مبدأ السيادة المطلقة إلى مبدأ السيادة المقيدة التي يقتضيها أعمال قواعد التنظيم الدولي القائم على مبدأ التعاون الدولي ٢٠

وهكذا بقي مفهوم السيادة واحداً من المبادئ التي تحكم المجتمع الدولي لكن بمعناها المقيد ، والذي أصبح أكثر اتساعاً في ظل ميثاق الأمم المتحدة منه في ظل عهد عصبة الأمم المتحدة ، فمن ناحية أبقى عهد العصبة على مبدأ السيادة المقيدة وتمثل ذلك في نص عهد العصبة على تعهد الدول الأعضاء بصيانة الحريات الدولية من حيث استقلال كل دولة عضو ، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية لها ووجوب إخضاع المنازعات الدولية لوسائل الحل السلمي وعلى التأكيد مبدأ المساواة في السيادة بين الدول الأعضاء ، وعدم اللجوء إلى الحرب إلا بعد ثلاثة شهور من صدور حل سلمي وعدم الالتزام به من قبل أحد أطراف النزاع وعلى وجوب صدور قرارات الجمعية العامة للعصبة والمجلس بالإجماع وأن يكون لكل دولة في الجمعية

1. Jenning. R. the Acquisition of Territory in Int. Law. 1963. Manchester University Prss.

٢. د. علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، الإسكندرية ، مطابع شباب الإسكندرية ، ١٩٧١ م ، ص ١٩٦ وما بعدها.

صوت واحد وأن تمثل فيها بذات العدد من المندوبين ١٠. اختلف ميثاق الأمم المتحدة عن عهد عصبة الأمم المتحدة في إدخال حقوق الإنسان ضمن أغراض المنظمة بالإضافة إلى الأغراض الثلاثة المنصوص عليها في عهد العصبة وهي مبدأ حل النزاعات بالطرق السلمية والمحافظة على السلم والأمن الدوليين والتعاون الدولي في مجال الاقتصاد والثقافة والاجتماع ، لكن الميثاق حرم الحرب واللجوء إليها ، كما حرم احتلال أراضي الدول بالقوة المسلحة. كما أكد الميثاق على مبدأ المساواة في السيادة بين الدول الأعضاء في المادة (٢) فقرة (١) كما نصت الفقرة (٧) من ذات المادة صراحة على منع منظمة الأمم المتحدة من التدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي للدول الأعضاء ، بشرط أن لا يخل هذا المبدأ بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة) 2. وسرعان ما كشف هذا النص الأخير من تبرير حظر هذا النوع من التدخل في الشؤون الداخلية للدول من خلال الوثائق الدولية التي تم إبرامها في مجال النزاعات الدولية التي حدثت بين الدول الأعضاء 3. وعلى الرغم من ذلك احتل مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول مكاناً بارزاً في الدساتير الدولية المنشئة للعديد من المنظمات الدولية الإقليمية كجامعة الدول العربية، في المادة (٨) من الميثاق ، ومنظمة التعاون الإسلامي في المادة (٢) . كما جرى الإشارة إلى هذا المبدأ في المعاهدات الدولية الثنائية والجماعية التي أبرمت خلال عصر التنظيم الدولي الحديث ٤. كما أولت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا المبدأ أهمية فائقة في العديد من قراراتها ٥ والتي عبرت بوضوح عن تحريم كافة أشكال التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء في الجماعة الدولية ، وهكذا يتضح أن مسلك أشخاص القانون الدولي من دول ومنظمات دولية تواتر على تضمين ما يصدر عنها من وثائق دولية النص على مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية ، وتوافق في هذا السلوك مع نشوء قاعدة عرفية دولية اكتسبت صفة الإلزام تحظر على الدول والمنظمات الدولية التدخل في الشؤون الداخلية للدول ما عدا مواضع حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، خرجت من دساتير الدول والقوانين الوطنية لدول العالم المتحضر وأصبحت الغرض الرابع للأمم المتحدة ، وأصبح لدينا ما يعرف بالشرعية الدولية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، وهذا ما جعل الوضع مختلفاً عن المبادئ التقليدية الخاصة بتلك الحقوق والحرريات التي احتوتها دساتير وقوانين

١. د. هليين تورار ، ترجمة باسيل يوسف ، تدويل الدساتير الوطنية ، بيت الحكمة ، بغداد ١٩٧٨ ، ص ٥٤١ وما بعدها.
2. One of the primary purposes of the UN charter is the suppression of acts of aggression of other breaches of peace. In article (2) paragraph (4) the charter gives substance to this statement of intent by providing that (All Members shall refrain in their Int. relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state or in any other manner inconsistent with the purposes of the UN.)
3. Under article (39) of the UN charter. if the security council determines that there is any threat to the peace. Preach. of the peace or act of aggression it may take such measures as are specified in article (41) and (42) although under article (40) it may indicate provisional measure pending a determination under article (39).
٤. د. حسن فتح الباب ، المنازعات الدولية ودور الأمم المتحدة في المشكلات المعاصرة ، عالم الكتاب ، القاهرة ، ١٩٧٦ م ، ص ٤٥٩ ، وما بعدها.
٥. القرار رقم (٢١٢١) في ٢١/١٢/١٩٦٥ م والقرار رقم (٢٦٢٥) في ٢٤/١٠/١٩٧٠ م والقرار رقم ٣٦/١٠٢ في ٩/١٢/١٩٨١ م.

الدول قبل عصر التنظيم الدولي ، من حيث أن تلك الحقوق والحريات كانت ضمن الاختصاص الداخلي للدول ١. وهكذا تضمن ميثاق الأمم المتحدة على العديد من القيود على مبدأ السيادة ولعل أهمها الآتي:

أولاً: تحريم الحرب واللجوء إليها بين أعضاء المجتمع الدولي:

جاء عهد عصبة الأمم المتحدة خالياً من النصوص التي تحرم على الدول الأعضاء اللجوء إلى القوة في علاقاتها الدولية، ومع ذلك تبنى العهد نظاماً قيد الحرب ومن شأن إتباعه حد من حق الدول في شن الحرب العدوانية (٢). لكن ميثاق الأمم المتحدة نص بوضوح في المادة (٢) فقرة (٤) على تحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية ٣. لكن هذا التحريم لم يأت شاملاً فلا تزال هناك حالات يجوز فيها اللجوء إلى استخدام القوة في حالة الدفاع الشرعي المنصوص عليه في المادة (٥١) من الميثاق وحالة التدابير القمعية التي يتخذها مجلس الأمن ضد الدول المعتدية المنصوص عليها في المادة (٤١) والمادة (٤٢) من الميثاق. وهكذا لم يعد للدول أعضاء الجماعة الدولية الحق في شن الحرب على بعضها البعض ، كما كان الحال في فترة ما قبل التنظيم الدولي الحديث ، بل صارت الدول ممنوعة أيضاً من ضم أراضي الغير أو احتلالها بالقوة ويعود هذا التحريم لتلك الحالات إلى أن أدرك واضعي الميثاق إلى أهمية إشاعة جو من السلم والأمن الدوليين.

ثانياً: حل النزاعات الدولية بالطرق السلمية:

يوجد لهذا القيد أثر في المادة (١٢) من عهد عصبة الأمم المتحدة التي تفرض على الدول الأعضاء المتنازعة عند نشوء نزاع من شأن استمراره حدوث احتكاك دولي ، عرض الأمر على التحكيم أو التسوية القضائية أو التحقيق بواسطة مجلس العصبة كما كانت توجب على الدول الأعضاء أطراف النزاع الامتناع خلال ثلاثة شهور من تاريخ صدور قرار التحكيم أو الحكم القضائي أو تقرير المجلس من اللجوء للحرب وهكذا لم يحرم عهد العصبة على الدول الأعضاء الحق في شن الحرب ، وإنما ألزم الدول الأعضاء بالامتناع عن اللجوء إليها خلال المدة المحددة، حتى تتمكن جهود الوساطة أو المساعي الحميدة أو قرار التحكيم أو الحكم القضائي من نزع فتيل الحرب بين الأطراف المتنازعة ٤. وعلى خلاف ذلك ذهب ميثاق الأمم المتحدة الذي ألزم الدول الأعضاء حل منازعاتها الدولية بالطرق السلمية وهذا ما نصت عليه المادة (٢) فقرة (٣) من الميثاق كما نص الفصل السادس من الميثاق في بيان الوسائل طبقاً للمادة (٣) من الميثاق يجب على الدول الأعضاء إذا نشب بينها نزاع كان من شأن استمراره تعريض السلم والأمن الدوليين للخطر التماس حله عن طريق المفاوضات أو التحقيق أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم أو التسوية القضائية أو اللجوء إلى الوكالات

١. د. عمر بن أبوبكر باخشب ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من منظور إسلامي ودولي وإقليمي مع إشارة خاصة لتلك الحقوق في مملكة البحرين ، مركز الاستشارات والدراسات القانونية والدستورية ، جامعة البحرين ٢٠١٣ م ، ٢٠٤ وما بعدها.
٢. د. محمد سعيد الدقاق ، النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية ودورها في إرساء قواعد القانون الدولي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٣ م ، ص ٣٠١ وما بعدها.

3. Gray C., after the ceasefire Iraq. the security council. what does article (51) requires security. 1991 volume (4) ICLQ P. 366 Est.

٤. الفقرة (٥) والفقرة (٦) من المادة (٨) من عهد عصبة الأمم المتحدة.

والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها الاختيار. وعلى ذلك لم تعد الدول الأعضاء مطلقة اليد في اختيار سبل حل منازعاتها الدولية وإنما صارت ملزمة بالتمسك بحل هذه المنازعات بالطرق السلمية التي أفاضت في بيانها المادة (٢٣) من الميثاق ١.

ثالثاً: نزع السلاح وتنظيم التسليح:

إدراكاً لحقيقة أن تلك الحالتين يجب تقيدهما ضماناً لمنع الحروب بين الدول الأعضاء نص عهد عصبة الأمم المتحدة ، وكذلك ميثاق الأمم المتحدة ، إلى فرض القيود على حرية الدول الأعضاء في مجال حيازة الأسلحة وتسليح جيوشها. وبالرغم من تلك القيود أن هذا يمس أحد مقومات الدول الأساسية أي حريتها في التسليح ٢.

رابعاً: اتخاذ قرارات المنظمات الدولية وعلى رأسها الأمم المتحدة بالأغلبية:

وهكذا تم هجر قاعدة الإجماع من قبل معظم المنظمات الدولية التي كانت سائدة في نظام عصبة الأمم المتحدة حيث تمسكت الدول الأعضاء بسيادتها الوطنية، حيث لم تجد نفسها ملزمة بقرارات لم توافق عليها ويظهر أن المناخ الدولي الذي أبرم فيه عهد عصبة الأمم لم يكن يسمح لوضعيته بتجاوز هذه القاعدة، فجاء العهد مقررأ اتخذ الجمعية ومجلس العصبة قراراتهما المهمة بالإجماع وليس بالأغلبية ٣ وعلى خلاف ذلك قرر واضعوا ميثاق الأمم المتحدة من الدول المؤسسة أن التمسك بقاعدة الإجماع داخل أجهزة المنظمة من شأنه الحيلولة من تحقيق ما تصبوا إليه تلك الدول من تنظيم المجتمع الدولي وعليه نص الميثاق على أن تتخذ الأجهزة الرئيسية والفرعية قراراتها بالأغلبية تختلف من جهاز إلى جهاز آخر، بل إنها تختلف في الجهاز الواحد تبعاً لنوعية القرار الصادر عن ذلك الجهاز. ومن الملاحظ أن قاعدة الأغلبية تتعارض مع ما للدول الأعضاء من سيادة فمن المتصور أن تجد دولة عضو نفسها التزمت بقرار في جهاز لم توافق عليه ؛ .

خامساً: الالتزام باحترام حقوق الإنسان وحيثاته الأساسية:

كانت تلك الموضوعات تفرد بتنظيمها دساتير الدول وقوانينها دون تدخل من الدول الأخرى أعضاء المجتمع الدولي ، فكان للدولة تحديد ما يتمتع به مواطنوها من حقوق وما يتحملونه من واجبات، غير أن ما لحق الإنسان في الكثير من البلدان من المجازر والمآسي أثناء الحربين العالميتين حمل واضعي ميثاق الأمم المتحدة على الاهتمام بمسائل حقوق الإنسان انطلاقاً من حقيقة أن المحافظة على السلم والأمن الدوليين لا

١. المادة (١١) فقرة (١) والمادة (٢٦) من ميثاق الأمم المتحدة.

2. Henkin L., the reports of the Death of article 2 (4) and greatly exaggerated (1971) volume (65) AJIL. P. 544 Est.

3. Elseman P., the integration of Int. Law. and European community into the national legal order. EPIL. volume (1) 1995. P. 483 Est.

٤. د. محمد سعيد الدقاق ، النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية ودورها في إرساء قواعد القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص ٢٠٢ وما بعدها .

يمكن أن يتحقق إلا في جو تسوده العلاقات الودية بين الدول الأعضاء على احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وبدون تمييز ، ومن ذلك تقرر إضفاء قيمة قانونية ملزمة باحترام تلك الحقوق والحرريات وذلك بالنص عليها في العديد من نصوص ميثاق الأمم المتحدة في الديباجة والمادة (١) فقرة (٢) والمادة (٥٥) والمادة (٥٦) والمادة (٦٢) فقرة (٢) والمادة (٦٨) ، فبموجب تلك النصوص تعهدت الدول الأعضاء بالعمل على تعزيز واحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية بدون أي تمييز ١. ولم تكتف الأمم المتحدة بتلك النصوص في الميثاق بل ذهبت في إصدار العديد من الوثائق الدولية التي تشمل مختلف حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، كما واكب هذا الجهد مع نشاط مماثل من قبل المنظمات الدولية والإقليمية التي قامت بإعداد الاتفاقيات الإقليمية الخاصة باحترام تلك الحقوق والحرريات من قبل الدول الأعضاء فيها ، وبفضل هذا التطور بات من المقرر الاعتراف للمنظمات الإقليمية بحق التدخل في الأمور الداخلية للدول الأعضاء في حالات الاعتداء الجسيم على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في تلك الدول ٢. ويتعارض ذلك بالتأكيد مع ما كان للدول من سيادة مطلقة في مجال تحديد ما لمواطنيها من حقوق وحرريات أساسية بل وفي كيفية التعامل مع هؤلاء المواطنين ولا شك أن تلك القيود نالت الكثير من نطاق مبدأ السيادة وبرغم ذلك ظل هذا المبدأ يمثل أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الدولي لكن الممارسات الدولية كشفت عن الخروج كثيراً على مقتضيات هذا المبدأ ٣.

المبحث الثاني

انتهاك مبدأ سيادة الدول من خلال التدخل في الشؤون الداخلية

كشفت الممارسات الدولية عن انتهاك مبدأ السيادة من خلال التدخل في حالات كثيرة وخاصة في الشؤون الداخلية للدول النامية وجرى تنفيذ تلك التدخلات من خلال المنظمات الدولية وفي بعض الأحيان من خلال الدول.

المطلب الأول

تدخل المنظمات الدولية في الشؤون الداخلية للدول

لم تجد المنظمات الدولية في مبدأ التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء مانعاً من القيام في العديد من الحالات من التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء وخاصة فيما يتعلق بأمر علاقة الدولة بمواطنيها ، ضمن ذلك الأمم المتحدة أجرت وهي بصدد ممارسة اختصاصاتها في مجال حقوق الإنسان في تفسير المادة (٢) فقرة (٧) من الميثاق تفسيراً مرناً ، لا يحول من التدخل في حالات حدوث انتهاك

1. James Facucitt. the Int. protection of human rights. HED Ltd. London. 1967. P.10 Est.

٢. د. وحيد رفعت ، القانون الدولي وحقوق الإنسان ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد (٢٢) لعام ١٩٧٧ م ، ص ٣٤ وما بعدها.

٣. د. صبحي المحمصاني ، أركان حقوق الإنسان ، بيروت ، دار العلم للملايين ، ١٩٧٩ م ، ص ٥٣ وما بعدها.

لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في الأقاليم التي تخضع للاستعمار والتي تهدد بانتهاك السلم والأمن الدوليين ، وعندها يصبح من الضروري على الأمم المتحدة التدخل في تلك الحالات ، وعلى هذا الأساس تصدت الأمم المتحدة لمعالجة العديد من الحالات . وهكذا أصدرت الجمعية العامة العديد من القرارات التي تعبر عن قلقها العميق في استمرار تدهور حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ١ . ودرجت في قراراتها المختلفة على التأكيد أن تلك السياسة تعتبر جريمة في حق الإنسانية وتشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين مع التأكيد على مسؤولية الأمم المتحدة في المساهمة في الجهود الرامية للقضاء على تلك الانتهاكات ، وكذلك الأمر بالنسبة لمجلس الأمن اقتضاء أثر الجمعية العامة في هذا المجال ٢ . وعلى خلاف ذلك لم يقدر للمنظمات الدولية التدخل في الشؤون الاقتصادية والثقافية والاجتماعية للدول بذات القدر الذي تدخلت به في المجال الخاص بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ومع ذلك أفلحت عدد من دول العالم في الاتفاق على إنشاء منظمة التجارة العالمية لكن الاتفاق لم يحظ بإجماع الدول حيث رفض الكثير منها الانضمام إليها ٣ . منعاً لتدخلها في شؤونها المتعلقة بهذا المجال ، أما المنظمات الدولية المالية كصندوق النقد الدولي والبنك الدولي وجدا نفسيهما في وضع لا يستطيعان معه فرض هيمنتها والتدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء ويعود ذلك إلى رفض عدد كبير من الدول الانضمام إليهما بدعوى خضوعهما لهيمنة وسيطرة الولايات المتحدة الأمريكية ، أما على الصعيد الثقافي والاجتماعي فإن الدعم الذي قدمته البلدان النامية لمنظمة اليونسكو حال دون خضوع هذه المنظمة لهيمنة وسيطرة الدول الغربية ، ومن ثم التدخل في الشؤون الثقافية والاجتماعية للدول النامية وهذا ما حمل الولايات المتحدة الأمريكية على الانسحاب من المنظمة عام ١٩٨٤م ثم تبعها المملكة المتحدة بعد ذلك بعام ٤ .

أولاً : النظام العالمي الجديد وأثره على مبدأ السيادة:

شهد العقد الأخير من القرن العشرين حدثين مهمين كان لهما بالغ الأثر على بنيان الجماعة الدولية ومن ثم على ما تتمتع به الدولة من سيادة فمن ناحية شهد القرن الماضي انهيار المعسكر الاشتراكي بزعامة

- ١ . تصدت الجمعية العامة لدراسة الأوضاع الناجمة عن انتهاك حقوق الإنسان في تشيلي عام ١٩٧٤م وأصدرت قرارات تعبر عن قلقها العميق من استمرار تدهور تلك الحقوق في ذلك البلد وطالبت الحكومة التشيلية بالتوقف عن ممارسة التعذيب وملاحقة المسؤولين كذلك أصدرت قرارات تتعلق بموقفها من سياسة التمييز العنصري الذي كانت تتجهه دولة جنوب أفريقيا أبان حكم الأقلية البيضاء فدرجت في قراراتها على التأكيد على أن هذه السياسة تعتبر جريمة في حق الإنسانية وتشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين مع التأكيد على مسؤولية الأمم المتحدة في المساهمة في الجهود الرامية على القضاء على هذا النظام.
- ٢ . لم يختلف مجلس الأمن في موقفه عن موقف الجمعية العامة في هذا المجال إدراكاً لما تمثله سياسة التمييز والفصل العنصري في جنوب أفريقيا من تهديد للسلم والأمن الدوليين فأصدر المجلس القرار رقم (٤١٨) في ٤/١١/١٩٧٧م بشأن فرض مقاطعة دولية على توريد الأسلحة لهذا البلد واستند المجلس في فرض تلك العقوبات على المادة (٤١) من ميثاق الأمم المتحدة ثم تابع المجلس إصدار قراراته الرامية للقضاء على هذه السياسة إلى أن انتهى نظام الفصل العنصري في جنوب أفريقيا في عام ١٩٩٤م.

- ٣ . أفلحت (٥٣) دولة في التوقيع على ميثاق هافانا لتنظيم التجارة والعمالة في ٢٤/٢/١٩٤٨م وكان هدف الميثاق إنشاء منظمة دولية في عام ١٩٤٨م قامت الدول بوضع ميثاق للتجارة ووضع تنظيم جديد للتجارة الدولية لكن رفض الولايات المتحدة الأمريكية التصديق على الميثاق جعل دول أخرى تتخلى عنه وحال دون وضع الميثاق موضع التنفيذ وبالتالي لم تنشأ المنظمة.

4. Brawnlie I. Principle of public Int. Law. oxford University Press. 1990. P. 52 Est.

الاتحاد السوفيتي وبروز الولايات المتحدة الأمريكية كقطب عالمي أعظم وحيد . وكان ذلك إعلاناً عن نهاية حقبة الحرب الباردة وظهور النظام العالمي الجديد ، ولم يمض وقت طويل لا وسيطر على الحياة الدولية المعاصرة فكر جديد يبشر بضرورة انضواء مختلف دول العالم في عالم جديد ترتبط أرجاؤه بشبكة متقدمة من وسائل الاتصالات والمعلومات وتسودها قيم وأفكار مشتركة تعلي من شأن الديمقراطية وحقوق الإنسان وهو ما يعبر عنه في مصطلح (العولمة) وبدوره ترك هذا التطور أثراً بالغة على (مبدأ السيادة) فانضمام الدولة إلى العالم الجديد لا يكون بتخليها عن جزء كبير من سيادتها الوطنية^١ باعتبار ذلك يتضمن ضرورة حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية وتحقيق التعاون الدولي ضد العدوان والاحتفاظ بمخزونات منخفضة من السلاح^٢ . والحقيقة أن هذه الملامح لا تجسد نظاماً عالمياً جديداً بقدر ما تفصح عن إعادة ترتيب النظام العالمي بنظام جديد يعلي من شأن القوة ويحيط حقوق ومصالح من يمتلكها من الدول بسياج متين من الأمن والضمانات ، أما الويل لمن يفترق لمقاليده هذه القوة من الدول ، وهكذا أصبح القانون الدولي الذي يحكم المجتمع الدولي قانون تنسيق بمعنى أن قواعده بالتراضي الصريح عن طريق المعاهدات الدولية أو التراضي الضمني عن طريق العرف الدولي ، وافترض هذا النظام العالمي الجديد أن تأتي تلك القواعد القانونية الدولية معبرة عن المصالح المشتركة لهذه الأشخاص ، إن هذا القول يصدق على القانون الدولي من الناحية النظرية المجردة لأنه لا يعبر عن واقع عملي فأنشأ القواعد الدولية على النحو المتقدم يفترض وجود حالة من اللاتوازن بين الدول المنشئة لتلك القواعد من حيث التفاوت في القدرات الاقتصادية والعسكرية فالقواعد الدولية بهذه الطريقة معبرة عن مصالح الدول المتقدمة ومتجاهلة مصالح الدولة النامية^٣ .

وفي هذا النظام العالمي الجديد أصبح المجال مواتياً أمام الولايات المتحدة الأمريكية لكي تلعب بمفردها على الصعيد العالمي ودون مشاركة من القوى العالمية الأخرى دور القطب الأوحده ، وكان من المتعين على العالم الاعتراف للولايات المتحدة الأمريكية بهيمنتها وسيطرتها على النظام العالمي الجديد ، وعليه فإن معظم الدول باتت تغير من سياساتها الواقعية لتتوافق مع الإرادة الأمريكية ، حتى ولو كان ذلك على حساب سيادتها الوطنية^٤ ، ولا يقتصر اعتراف المجتمع الدولي بهيمنة وسيطرة الولايات المتحدة الأمريكية على الدول وإنما تعدها إلى جميع المنظمات الدولية ، كالأمم المتحدة التي يجب أن تتجه في إصدار القرارات اللازمة لإضفاء الشرعية الدولية على رغبات وأهداف تلك الدولة حتى ولو اختلفت تلك الرغبات والأهداف مع قواعد الشرعية الدولية ، إن القول السابق لا ينفي أن المجتمع الدولي استطاع بالفعل وبصورة رسمية تغيير القواعد الدولية المنظمة للتجارة الدولية ، نزولاً على إرادة الولايات المتحدة الأمريكية ، ففي ختام جولة أورجواي عام ١٩٩٣م تم إبرام اتفاقية بشأن إنشاء منظمة التجارة العالمية ومجموعة من البروتوكولات

١. د. أحمد أبو الوفا ، الوسيط في قانون المنظمات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨م ، ص ٧ وما بعدها

2. Horgroue J., the Nicaragua judgment and the future of the Law of force and self-defence. AJIL, volume (81) 1987. P. 135 Est.

٣. د. مصطفى سلامة ، قواعد الجات ، الاتفاق العام للتعريف الجمركية والتجارية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٩٨م ، ص ٧ وما بعدها.

٤. د. حسن عمر ، الجات والخصخصة ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٧م ، ص ١٣ وما بعدها.

الملحقة تغطي معظم قطاعات التجارة العالمية ١ وفي ١٥/٤/١٩٩٤م تم اعتماد تلك الوثائق في مراكش بالملكة المغربية التي تتجلى في كونها تهدف إلى تحرير التجارة الدولية من خلال سلسلة من الإجراءات لعل من أهمها الالتزام بإعمال المبادئ التالية في التجارة الدولية: شرط الدولة الأولى بالرعاية، شرط المعاملة الوطنية، خفض العام والمتوالي للرسوم الجمركية، مبدأ الشفافية وإلغاء القيود الكمية وكل تلك الشروط تضمن للبضائع الأمريكية الوصول إلى جميع أسواق العالم لتحقيق المزيد من الأرباح على حساب معاناة دول العالم النامي وحماية صناعاتها الوطنية، وهكذا يتضح حجم الآثار السلبية لظهور النظام العالمي الجديد على الدول النامية وسيادتها.

ثانياً - العولمة وتأثيرها على سيادة الدولة:

إن فقهاء القانون الدولي انقسموا إلى مدافع ومعارض لهذا المفهوم الجديد (العولمة) (Globalization) في أدبيات علوم القانون الدولي، ما بين شكك في أهداف وغاياته الأساسية وبين من يتحدث عن أهدافه العليا السامية، فهناك من ينظر إلى العولمة باعتبارها العودة إلى نظام الغاب، حيث القوي يسيطر على الضعيف، فالنظام الدولي اليوم يسلب عوامل القوة لصالح الدول المتقدمة و ثم يمنعها عن الدول النامية والصغيرة، وأياً كان الخلاف من نظام العولمة بين فقهاء القانون الدولي فالسؤال المطروح أمام قادة الدول النامية لم يعد هل تقبل العولمة أم ترفضها وإنما أصبح كيف تتعامل مع نظام العولمة بأقل قدر من الخسائر وبأكبر قدر من المكاسب ويزيد من صعوبة انعقاد هذا الاتفاق أن نظام العولمة من الظواهر التي تختلف بشأنها أهداف ومصالح الدول المختلفة، فالأهداف التي تنشدها الدول المتقدمة من النظام تختلف بالتأكيد عن تلك التي تصبوا إليها الدول النامية وسوف يبقى نظام العولمة محلاً للخلاف إلى أن يصل الطرفان إلى حلول وسط تستجيب لمصالحهما المشتركة وانطلاقاً من التسليم بحتمية نظام العولمة فالنظام يعود في نشأته المعاصرة إلى الثورة الهائلة التي شهدها العالم في مجال الاتصالات والمعلومات فمع التطور الهائل الذي تشهده التقنية الحديثة في الاتصالات والمعلومات والشبكات العنكبوتية والتقنية في علوم الفضاء وعلوم الأرض والشبكات الفضائية التي تعمل على مدار الساعة أصبح تربط أجزاء العالم المتباعد أمراً ملموساً، كما ازدادت درجة الاعتماد المتبادل فيما بينها ولذلك تحول المجتمع الدولي إلى مجتمع واحد تتشابك فيه مصالح الأفراد وتوجد بينهم مجموعة من القيم والأفكار والمبادئ الإنسانية المشتركة ٢.

ومن ناحية أخرى فإن الثورة العلمية والتقنية التي تشهدها الجماعة الدولية المعاصرة أوجدت الشعور بالحاجة إلى التعاون والتكامل في العديد من مظاهر الحياة الدولية وخاصة ما يتعلق منها بعلاقة الإنسان بالبيئة التي خلقت شعوراً عاماً بضرورة أن تتعاون الدول المختلفة من أجل أن تتمكن من التصدي لهذه

١. د. بطرس بطرس غالي، التدخل العسكري الأمريكي والحرب الباردة، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد (١٢) لعام ١٩٩٨م ص ٦٥ وما بعدها.

٢. د. إبراهيم العيسوي، الجات وأخواتها، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٥م، ص ٥٢ وما بعدها.

٣. د. محسن أحمد الخضيرى، العولمة الاجتماعية، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١٢ وما بعدها.

المشاكل وتحقيق مصالحها المشتركة أن تلوث البيئة مشكلة عابرة للحدود ١. إن بلدًا تحمل فيه سحب المواد النووية الناتجة عن انفجار مفاعل نووي لتلحق الضرر ببلدان تبعد آلاف من الأميال عن موقع الانفجار ، وبلدًا يتسرب فيه النفط من ناقلة بترول فيصيب الثروة السمكية الموجودة في بلدان تبعد كثيرًا عن مكان التسرب ، وبلدًا يتطاير فيه غبار مناجم الفحم فيصل إلى حدود بلدان بعيدة لجدير بأن يتوحد المجتمع الدولي من أجل التصدي لهذه المشاكل وإدراك هذه الحقيقة دفع الدول المشاركة في العديد من المؤتمرات الدولية المعنية بالبيئة إلى التأكيد على هذه الحقيقة أي عوامة البيئة ٢ .

ساهم انهيار الاتحاد السوفيتي إلى انتهاء الحرب الباردة بين المعسكر الغربي والشرقي والانتصار الحاسم للمعسكر الغربي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية وانتهاء المعارك الكبرى في المجتمع الدولي بين الشيوعية والرأسمالية وبزوغ نظام العوامة بمفاهيمه وتفسيراته المختلفة ، ونظرًا لأن النصر كان من نصيب المعسكر الغربي فقد كان من الطبيعي أن تقتبس العوامة مفاهيمها المتعلقة بالنظام الدولي في جوانبه المختلفة القانونية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمالية للحياة في المجتمع الدولي الجديد من المعسكر المنتصر، وليس من المعسكر المهزوم، أي من المعسكر الرأسمالي، وعليه أخذ المجتمع الدولي في تبني الأفكار الرأسمالية المتعلقة باقتصاد السوق وحرية التجارة لحكم الحياة الاقتصادية الدولية ، أما الأفكار الرأسمالية المتعلقة بالديمقراطية واحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية فهي التي يجب إعمالها داخل جميع الدول غرض النظر عن انتماءاتها العقائدية ، فتداول الحكم ينبغي أن يتم في مختلف بلدان العالم وفقاً لأصول العملية الديمقراطية بمفهومها الغربي شريط ألا يتعارض ذلك ومصالح العالم الغربي المهيمن على المجتمع الدولي بصورته المعاصرة ، وهكذا تكون العوامة قد ساهمت في إحداث نوع من التماثل والتقارب في المفاهيم والقيم التي تحكم شعوب المجتمع الدولي والتي تجد مصدرها الأساسي في مفاهيم وقيم المعسكر الغربي باعتباره المعسكر الذي خرج منتصراً من الحرب الباردة ، باعتبارها الحل المثالي للخروج من آثار التخلف والجهل إلى رحاب التقدم والتطور وعلى ضوء ذلك فإن انضواء الدول النامية أو العالم الثالث تحت مظلة المجتمع الغربي لا يمكن أن يتم إلا بتخلي الدول النامية أو العالم الثالث عن مفاهيمها وقيمها الخاصة وهو ما ينال بالتأكيد من سيادتها في مجال وضع القواعد القانونية المنظمة لكافة جوانب حياتها السياسية والاقتصادية والمالية والاجتماعية والثقافية ٣ .

إذا كان نظام العوامة يؤدي إلى تآكل الصلاحيات السيادية للدول النامية أو دول العالم الثالث ، فإن ما يجد من تحقيق هذا الأثر أن العديد من الدول النامية لا تزال تحرص على سيادتها وتسعى جاهدة لمجابهة الضغوط الخارجية التي تمارس عليها من المعسكر الغربي من أجل أن تتخلي عن سيادتها والانضواء تحت

١ . وبما يعبر عن هذا المفهوم انعقاد مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار تحت شعار (البحار تراث مشترك للإنسانية) إدراكاً لما لهذه المساحات المائية من أهمية كبيرة بالنسبة للدول مما يستوجب تعاونها في مجال الاستفادة من الموارد الاقتصادية الحية وغير الحية الموجودة بها ومن ناحيتها صرحت دبيجاة إعلان ريودي جانيرو حول البيئة والتنمية الصادر في ١٣/٦/١٩٩٢م على التأكيد على هذه الحقيقة من خلال وصف الأرض بأنها (سكن البشرية) وتشكل كلا بتميز التبعية المتبادلة.

٢ . د. هاني إدريس ، الدرجة الصفر للعوامة الماضي والحاضر والمستقبل ، مجلة الكلمة من إصدارات منتدى الكلمة للدراسات والأبحاث ، بيروت ، العدد (٢٧) لعام ٢٠٠٠م ، ص ١٣ وما بعدها.

٣ . د. عبد الواحد العفوري ، العوامة والجات (التحديات والفرص) ، مكتبة مدبولي ، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص ١٠ وما بعدها.

نظام العولمة ١. وبالرغم من التطورات الهائلة التي يشهدها العالم المعاصر فإن الدول النامية لا تزال تلوذ بسيادتها أمام العواصف العاتية التي تسعى إلى اقتلاعها من جذورها ومع ذلك ينبغي أن نعترف أن نظام العولمة ترك أثراً بالغاً على حرية الدولة النامية في مجال تحديد سياساتها الاقتصادية والمالية والاجتماعية والثقافية ، فتلك الدول لم تعد تنفرد بوضع السياسات بما يتفق ومصالحها الخاصة بل بات عليها الخضوع في ذلك للمعايير والقيم التي يفرضها عليها التعايش مع نظام العولمة ولا تجد الولايات المتحدة حرجاً من الاستمادة بوضعها كقطب عالمي واحد في حمل الدول المختلفة على الالتزام بهذه القيم والمعايير ٢.

(١) أثر العولمة في حرية الدولة في اختيار شكل نظامها السياسي:

إن المتابع لواقع الأنظمة السياسية الحاكمة في الدول النامية يلاحظ ميلاً متصاعداً نحو تبني الخيار الديمقراطي، أي قبول هذه الأنظمة مبدأ التعديد السياسية وتداول الحكم بين الأحزاب فالدول النامية ينبغي أن تتخلي وفقاً لهذا النظام عن حريتها في اختيار شكل نظامها السياسي نزولاً على مقتضى القواعد الديمقراطية التي جلبها نظام العولمة ٣ وقد كشف تقرير الأمين العام للأمم المتحدة في ٣١/١/١٩٩٢م المعنون تحت (أجندة من أجل السلام) والذي قدم إلى مجلس الأمن في اجتماعه على مستوى رؤساء الدول والحكومة الذي يحدث لأول مرة في تاريخ الأمم المتحدة ، كشف التوجه عن أن إقامة السلم والأمن الدوليين لم يعد يمر قط بضرورة المحافظة على مبادئ السيادة وعدم التدخل وحرية كل دولة في اختيار شكل نظامها السياسي وإنما صار يتحقق من خلال الالتزام بالممارسة الديمقراطية في مجال تبادل السلطة ٤.

وهكذا أصبحت الممارسات الحديثة للأمم المتحدة منذ عام ١٩٨٨م تدعم مبدأ إجراء الانتخابات الدورية الحرة والنزيهة في الدول الأعضاء وأخذت الجمعية العامة في تبني سلسلة من القرارات حول تقرير دور الأمم المتحدة في زيادة فعالية مبدأ إجراء الانتخابات الدورية والنزيهة في جهودها المتواصلة لحماية حقوق ومصالح المحكومين ٥. وبالرغم من ذلك فجهود الأمم المتحدة في هذا الاتجاه لا تعني المساس بالحقوق السيادي لكل دولة في اختيار نظامها السياسي سواء اتفق ذلك مع رغبات دول أخرى أم لا فكان ما تحرص عليه الأمم المتحدة هو إلزام الدول الأعضاء بأصول القواعد الديمقراطية في تداول السلطة من خلال تنظيم انتخابات حرة ونزيهة، أما اختيار شكل نظام الحكم فهذا ما يعود إلى حرية وسيادة كل دولة وتعزيزاً لتلك التوجهات قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٩٢م إنشاء وحدة للمساعدة في إجراء الانتخابات وتنظيم الشؤون السياسية إذا ما طلبت منها إحدى الدول الأعضاء ذلك فالوحدة لا تفرض نفسها على أية دولة لا تطلب منها المساعدة ، وعليه يكون الغرض من إنشاء الوحدة هو نشر أجواء من

١. د. أسامة المجذوب ، العولمة والإقليمية ، الدار المصرية اللبنانية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص ٤٥ وما بعدها.

٢. د. سعيد حارب ، الثقافة والعولمة ، دار الكتاب الجامعي ، العين ، الإمارات العربية ، ٢٠٠٠م ، ص ٢١ وما بعدها.

3. Boutros Ghali.. Agenda pour la paix. message adressee par le secretaries general de nations Unies al association Francaise pour les nations Unies. P. 58 Est.

٤. أنظر إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ، القرار رقم (١٧٥/٤٢) في ٨/١٢/١٩٨٨م ، والقرار رقم (١٥٠/٤٥) في ١٨/١٢/١٩٩٠م ، والقرار رقم (١٢٨/٤٧) في ١٨/١٢/١٩٩٢م والذي قررت فيها الجمعية العامة بحث الموضوع في الدور (٤٩) وصدر القرار رقم (١٩٠/٤٩) وتاريخ ٢٣/١٢/١٩٩٤م والقرار رقم (١٨٥/٥٠) في ٢٢/١٢/١٩٩٥م.

٥. البند رقم (٣) من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ، رقم (١٣٧/٤٦) وتاريخ ١٧/١٢/١٩٩١م.

الديمقراطية وليس فرضها أو التدخل من أجلها ضد إرادة الدولة ١ .

وبدوره لم يتخلف مجلس الأمن عن الاهتمام بموضوع تنظيم الانتخابات الحرة والنزيهة في بعض الدول ويعود إلى السلطة التقديرية في هذا الموضوع وصلة الوثيقة بالمحافظة على السلم والأمن الدوليين ، ومن ناحية أخرى تجلي انحياز الأمم المتحدة للخيار الديمقراطي في موقفها من الانقلابات العسكرية ضمن ذلك إدانة الأمم المتحدة للانقلابات العسكرية في العديد من الدول النامية باعتبارها جريمة ضد الحكومات الدستورية المختارة بطريقة ديمقراطية ، وعليه أدان مجلس الأمن كثير من الانقلابات العسكرية ضد الحكومات المنتخبة بطريقة شرعية بل ذهب على حد الأمر بتوقيع جزاءات ضد منفي تلك الانقلابات على أساس الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة والمطالبة بالسماح بعودة تلك الحكومات إلى الحكم ٢ وهكذا اعتبرت الأمم المتحدة الانقلابات العسكرية ضد النظام السياسي المنتخب بطريقة شرعية عملاً يهدد السلم والأمن الدوليين ، مما يبرر توقيع التدابير القمعية المنصوص عليها في الفصل السابع من الميثاق . هكذا تؤكد القول أن حرية الدولة في اختيار شكل نظامها السياسي قد فقد طابعها المطلق فينبغي على الدولة عند اختيار نظام الحكم فيها مراعاة أصول القواعد الديمقراطية أي اختياره من خلال انتخابات حرة ونزيهة ، غير أن ذلك لا يعني أن درجة التزام الدولة في هذا المجال ارتقت في الوقت الحاضر إلى حد الإلزام القانوني ولكن ليس ما يمنع الوصول إلى هذه الدرجة من الإلزام في المستقبل القريب في ظل الاتجاه المتنامي نمو نظام عوامة القواعد الديمقراطية للحكم في الدول الأعضاء وبالذات الدول النامية أو دول العالم الثالث ٣ .

(٢) أثر العولمة في حرية الدولة في اختيار شكل نظامها الاقتصادي:

لقد كان لانهايار المعسكر الشرقي بنظامه الاشتراكي فرصة مواتية لبروز النظام الرأسمالي على الصعيد العالمي باعتباره العلاج المناسب لمشاكل التخلف والتنمية الاقتصادية من أجل أن تلحق الدول النامية

- ١ . د. محمد موسى ، العلاقات الدولية بعد الحرب العالمية الثانية ، دار البيان ، بيروت ١٩٩٦م ، ص ٢٣٦ وما بعدها .
- ٢ . من القرارات التي أصدرها مجلس الأمن في هذا المجال القرار رقم (٦٦٨) في ١٩٩٠/٩/٢٠م والقرار رقم (٧٤٥) وتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٨م والقرار رقم (٧٨٣) وتاريخ ١٩٩٢/١٠/١٣م والقرار رقم (٧٩٢) وتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٠م والقرار رقم (٨٤٠) وتاريخ ١٩٩٢/٦/١٥م بشأن حل النزاع في كمبوديا من خلال إجراء انتخابات حرة ونزيهة والقرار رقم (٧٨٨) وتاريخ ١٩٩٢/١١/١٩م والقرار رقم (١١٠٠) وتاريخ ١٩٩٧/٣/٢٧م بشأن تقييد الأطراف المتنازعة في ليبيريا بتنظيم انتخابات حرة ونزيهة كوسيلة لحل نزاعها سليماً .
- ٣ . راجع قرار الجمعية العامة رقم (٧/٤٨) في ١٩٩٣/١١/١١م بشأن أزمة الديمقراطية وحقوق الإنسان وحياته الأساسية في هايتي وكذلك القرار رقم (١٧/٤٨) وتاريخ ١٩٩٣/١١/١١م بخصوص بوروندي ، راجع أيضاً قرارات مجلس الأمن القرار رقم (٨٤١) وتاريخ ١٩٩٣/٦/١٦م والقرار رقم (٨٧٢) وتاريخ ١٩٩٣/١٠/١٦م والقرار رقم (٨٧٤) في ١٩٩٣/١٠/١٨م والقرار رقم (٩١٧) وتاريخ ١٩٩٤/٥/٦م والقرار رقم (٩٤٠) في ١٩٩٤/٧/٢١م بشأن الانقلاب العسكري في هايتي والقرار رقم (١١٣٢) ي ١٩٩٧/١٠/٨م بشأن الانقلاب العسكري الذي جرى تنفيذه في سيراليون في ١٩٩٧/٥/٢٥م والقرار رقم (١٠٧٢) في ١٩٩٦/٨/٣٠م بشأن الانقلاب العسكري في بوروندي .

بقطار التطور والتقدم ١. وهكذا فقدت تلك الدول قدراً كبيراً من سيادتها وحريتها في اختيار شكل نظامها الاقتصادي فأصبحت إدارة الشؤون الاقتصادية تخرج من نطاق سلطة تلك الدول في ظل نظام العوالة ودخلت تلك الأمور في إطار صلاحيات الإدارة العالمية للاقتصاد التي تتمثل في سيطرة القطاع الخاص والشركات الدولية العملاقة متعددة الجنسية التي تتوزع مناطق نفوذها في العالم وفقاً لمبدأ الربحية والتخصص ودون اهتمام بمصالح تلك الدول وشعوبها المختلفة ٢ وهنا أصبح دور المنظمات المالية الدولية مثل البنك الدولي وصندوق النقد الدولي يقوم في سن القواعد الدولية التي يتم دمجها في إطار القوانين الاقتصادية لتلك الدول من أجل تحويل تلك الاقتصاديات الموجهة من قبل حكومات تلك الدول إلى اقتصاد السوق وتسهيل نشاط القطاع الخاص والشركات الدولية متعددة الجنسية متجاوزة بذلك الدور الذي ظلت تحتفظ به تلك الدول ٣. ومن ناحية ثانية فإن خيار الحرية الاقتصادية تم فرضه على مستوى التجارة الدولية في أعقاب نجاح جولة مفاوضات أورجواي وفي تبني مجموعة من الاتفاقيات التي تم التوقيع عليها في مراكش بالمملكة المغربية في ١٥/٣/١٩٩٤م لتحل محل الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارية (الجات) لعام ١٩٤٧م ، أن أهمية تلك الاتفاقيات تعود لكونها أسست منظمة التجارة العالمية لتعلب دوراً رئيسياً في تحقيق نظام العوالة الاقتصادي ومن ناحية أخرى تحويل الاقتصاديات المحلية المغلقة للدولة النامية إلى اقتصاديات مفتوحة ومدمجة فعلياً في الاقتصاد العالمي ٤ . كما تجلّى أهمية تلك الاتفاقيات في كونها لا تقتصر على تحرير التجارة الدولية في مجال تجارة السلع ، كما كان الحال عليه في (الجات) لعام ١٩٤٧م ، وإنما تمتد لتشمل تحرير التجارة في مجالات أخرى مثل المنتجات الزراعية وصناعة المنسوجات والملابس وتجارة الخدمات والاستثمارات الأجنبية وحقوق الملكية الفكرية ٥. وهكذا إن نجاح جولة أورجواي يؤرخ انتصار الدول المتقدمة في تقنين القواعد الدولية الخاصة بمجالات الحياة الاقتصادية الدولية بما يتفق ومصالحها الخاصة التي تتمثل في فتح الأسواق العالمية أمام منتجاتها المتدفقة والمتطورة والحيولة بين الدول النامية وبين حماية صناعاتها الوطنية عن طريق فرض القيود الكمية والنقدية ، وهكذا رسمت جولة أورجواي الخريطة الاقتصادية الدولية ووضع القوانين سيطرتها على النظام الاقتصادي الدولي والرغبة في احتواء المنازعات الاقتصادي فيما بينها لا سيما في مجال الصراع على الأسواق وظهور ما عرف بإجراءات المنظومة الرمادية مثل القيود التقديرية الطوعية والتهديد باستخدام إجراءات فردية لتحقيق أهداف التجارة الوطنية، كما تستهدف تلك الاتفاقيات إفساح المجال أمام الشركات الدولية متعددة الجنسية بغرض توسيع نطاق عملياتها في الدول النامية ، وهو ما يتطلب إزالة القيود التي تفرضها تلك الدول على نشاط تلك الشركات في أراضيها من أجل أن تكون عملياتها مترابطة بالقطاعات المحلية

١. د. حسين معلوم ، التسوية في زمن العوالة التداعيات المستقبلية لخيار العرب الاستراتيجي ، بحث مقدم إلى ندوة العوالة والتحول في الوطن العربي مركز البحوث العربية لعلم الاجتماع ، مكتبة مدبولي ، القاهرة ١٩٩٩م ، ص ٣١ وما بعدها.
٢. د. أسامة المجذوب ، العوالة والإقليمية ، مرجع سابق ، ص ٤٠ وما بعدها.
٣. د. محسن محمد الخضير ، العوالة الاجتماعية ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ وما بعدها.
٤. د. عبد الناصر نزال العبادي ، منظمة التجارة العالمية (WTO) واقتصاديات الدول النامية ، دار صفاء للنشر والتوزيع ، عمان ١٩٩٩م ، ص ٩ وما بعدها.
٥. د. إبراهيم العيسوي ، الجات وأخواتها ، مرجع سابق ، ص ٤٤ وما بعدها.

داخل تلك الدول ١ .

وهكذا تكون الدول النامية قد تخلت في ظل نظام العولمة الاقتصادية عن جزء كبير من سيادتها في مجال تحديد سياسياتها الاقتصادية فلم تعد الدولة هي التي تحدد أصول تلك السياسات وإنما صارت مجرد خادمة لأهداف الشركات الدولية متعددة الجنسية عن طريق منحها ما تطلبه من مزايا وإعفاءات بغض النظر عن الآثار السلبية التي يرتبها على كافة الجوانب للحياة الاقتصادية في الدول النامية ، وهنا تقلص دور الدولة في نظام العولمة الاقتصادية إلى مجرد تهيئة وإعداد الحياة الاقتصادية وفق ما تمليه عليها تلك الشركات ٢ .

(٣) أثر العولمة في حرية الدولة في اختيار شكل نظامها الاجتماعي:

ساهمت التطورات الدولية الحديثة في خلق شعور عام لدى الدول النامية أو دول العالم الثالث بمقتضاه ، فإن المرور من آثار التخلف والجهل إلى رحاب التقدم والتطور لا يمكن أن يتم إلا عبر الارتباط بالرأسمالية العالمية أما حكومات الدول النامية فصارت على فتاعة بوجود قيامها بتهيئة المناخ المناسب أمام شركات الاستثمار في بلادها والاعتراف بعدم قدرة مواطنيها العلمية على تحمل تبعات التنمية الاجتماعية في بلادهم ٣ . ولا يقتصر الأمر على هذا بل أن العاملين في الشركات الأجنبية سرعان ما يجدون أنفسهم مدفوعين إلى امتلاك المعرفة التي يعتقدون أن مجتمعاتهم المتخلفة تفتقدها أي المعرفة التي توفرها تلك الشركات الأجنبية . الأمر الذي يحدث نوعاً من الارتباط المعنوي بأوطان تلك الشركات فضلاً عن أن العمل في تلك الشركات يضمن للعاملين الوطنيين في الدول النامية أجوراً أعلى من تلك التي يحصل عليها أقرانهم الذين يعملون في المنشآت الوطنية ويساهم هذا في خلق شعور لديهم بأن المحافظة على هذا الوضع الاجتماعي المتميز لا يتحقق إلا من خلال التبعية للدول المتقدمة ، التي تنتمي إليها تلك الشركات على خلاف أن التفاوت في مستوى الدخل بين هاتين الطائفتين من العمال يولد لدى العمال الوطنيين شعوراً بالسخط والتبرم من هذه الأوضاع الجائرة الأمر الذي يؤثر بالسلب على سلامة البنيان الاجتماعي للدول النامية ، وإدراكاً في ظل نظام العولمة أن الدول النامية لا تركز جهدها لتحقيق نوع من العدالة الاجتماعية بين أفراد المجتمع وإنما توفر الحماية للقوى الوطنية المرتبطة بالشركات الأجنبية وهكذا تركز الحكومات في الدول النامية التبعية للأجنبي وتفكك ارتباط المواطن بقضاياه الوطنية ولا أدل من ذلك الدور الذي تقوم به مراكز البحوث في الدول النامية من تغيير مناهج التعليم ونشر الثقافات التي تشوه القضايا الوطنية وتغير وجهة نظر المواطن إلى الثقافة الغربية ٥ .

- ١ . د. عبد الناصر نزال العبادي ، الظاهرة الاستعمارية الجديدة ومضارها بالنسبة للوطن العربي ، بحث مقدم لندوة العولمة والتحول الاجتماعي في الوطن العربي ، مرجع سابق ، ص ٨٨ وما بعدها.
- ٢ . د. هاني إدريس ، الدرجة الصفر للعولمة الماضي والحاضر والمستقبل ، مرجع سابق ، ص ٩٢ وما بعدها.
- ٣ . د. محمد محمود العالم ، الظاهرة الاستعمارية الجديدة بالنسبة للوطن العربي ، مرجع سابق ، ص ٩٠ وما بعدها.
- ٤ . د. محمد محمود العالم ، المرجع أعلاه ، ص ٩٤ وما بعدها.
- ٥ . د. حسين معلوم ، التسوية في زمن العولمة التداخليات المستقبلية لخيار العرب الإستراتيجي ، مرجع سابق ، ص ٤٩ وما بعدها.

(٤) أثر العولمة في حرية الدولة في اختيار شكل نظامها الثقافي:

عمل نظام العولمة على ترويج بعض القيم الثقافية باعتبارها القيم التي يجب أن تسود جميع أرجاء المجتمع الدولي مثل دعاوى المشاركة والمكاشفة وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، وعمل نظام العولمة في الترويج لتلك القيم من خلال شبكة متطورة من وسائل الإعلام والاتصالات الفضائية والإنترنت وتلعب مؤسسات المجتمع المدني دور في الترويج لهذه القيم بين أفراد شعوب البلاد النامية من خلال الادعاء بمساعدة هؤلاء الأفراد على حل مشاكلهم والتكيف مع مقتضيات الحداثة والتطور ، وأن الترويج لقيم العولمة لا يكون إلا على حساب القيم الذاتية لشعوب البلدان النامية أو العالم الثالث ١ .

ومن ناحية أخرى فإن القائمين على أمر العولمة يعتمدون في الترويج لمبادئها وقيمها الأساسية على المؤتمرات الدولية التي تعقد تحت إشراف المنظمات الدولية وخاصة الأمم المتحدة ، وشهد المجتمع الدولي في الوقت الحاضر تنظيم العديد من المؤتمرات الدولية من أجل البحث في بعض القضايا الدولية العامة مثل البيئة والفئات المهيمنة والمرأة وذلك من منظور غربي ٢ . وهكذا فإن الهدف من الترويج لتلك المبادئ والقيم هو إعادة تشكيل المجتمعات الوطنية في الدول النامية أو العالم الثالث على غرار النمط الأوروبي لكي يستطيع المسؤولون عن الشركات الدولية متعددة الجنسية العيش في بيئة مماثلة لتلك التي نشأوا وترعرعوا فيها بغض النظر عن خصائص وطباع مجتمعات الدول النامية أو العالم الثالث ٣ .

وهكذا لم تمر المتغيرات المشار إليها إلا وقد نالت من سيادة الدولة في المجال الثقافي فينبغي أن توجه أجهزة الدولة الثقافية جهودها لإدراك هذا الهدف بدعوى التحديث والتوير والتصدي لدعاوى الأصولية والتخلف في بلدان العالم النامي أو الثالث ٤ .

ثالثاً: الاعتداء على سيادة الدول بدعوى المحافظة على السلم والأمن الدوليين:

شهدت فترة ما بعد انتهاء الحرب الباردة التدخل في شئون العديد من الدول بدعوى المحافظة على السلم والأمن الدوليين ، واستند مجلس الأمن في الأمر بهذه التدخلات على أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ولم يكن في الإمكان تنفيذ تلك التدخلات ، لولا ما أسفر عنه انتهاء الحرب الباردة بعد انهيار الاتحاد السوفيتي وانفراد الولايات المتحدة الأمريكية بزعامة العالم المعاصر ، حيث لم يعد هناك ما يحول بينها وبين حمل مجلس الأمن على إصدار القرارات المتعلقة بتلك الأمور ولعل أول هذا النوع من التدخلات التدخل الذي أجراه مجلس الأمن ضد العراق في أعقاب احتلاله لدولة الكويت عام ١٩٩٠ م . ويندرج هذا التدخل من أجل سلب العراق القدرة على تهديد جيرانه أو العدوان عليهم بما يهدد السلم والأمن الدوليين ، وعلى ضوءه قرر المجلس تجريد العراق من أسلحة الدمار الشامل ولوضع هذا القرار موضع التنفيذ قام الأمين العام للأمم المتحدة عملاً لفقرة (٩) (ب) من القرار رقم (٦٨٧) لعام ١٩٩١ م بإنشاء لجنة

١. د. محمد موسى ، العلاقات الدولية بعد الحرب العالمية الثانية ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦ وما بعدها.
٢. Ahmed Abou-Elwafa. public Int. Law. Dar-Alnahda Al-Arabia. Cairo. 2002. P. 619 Est.
٣. تقرير المفوض السابق لحقوق الإنسان حول العولمة وأثرها على التمتع الكامل بحقوق الإنسان ، في ٢٠٠٢/٤/٥ م.
٤. د. حسن كامل ، حق تقرير المصير القومي ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد (١٢) لعام ١٩٩٦ م ، ص ١٢ وما بعدها.

خاصة من الخبراء للإشراف على تدمير هذه الأسلحة ١.

وعلى صعيد آخر شهد العمل الدولي تطوراً خطيراً في مجال تحقيق العدالة الجنائية الدولية فلم يعد المتهمون بارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة بمنأى عن أيدي العدالة الدولية، حيث صار في الإمكان تقديمهم إلى المحاكمة الجنائية الدولية التي تنشأ خصيصاً لهذا الغرض ففي إطار ممارسة اختصاصاته المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدوليين قرر مجلس الأمن بموجب القرار رقم (٨٠٨) ورقم (٨١٧) لعام ١٩٩٣ م إنشاء محكمة دولية مؤقتة لمقاضاة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني في إقليم يوغسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١ م جاء إنشاء تلك المحكمة نتيجة طبيعية للأعمال الوحشية والأفعال الإجرامية التي صاحبت تفكك الاتحاد الفدرالي اليوغسلافي السابق إلى الدول التي كان يتكون منها. فحصل بعض الدول وخاصة البوسنة والهرسك على استقلالها لم يتم إلا عبر ارتكاب الكثير من الجرائم البشعة والاعتصاب المنظم ضد النساء البوسنيات وتدمير المنشآت ذات الطبيعة الدينية والثقافية ومنع وصول الإمدادات الغذائية والمواد الطبية إلى المدنيين المحاصرين ٢. ومن الملاحظ أن اختصاص تلك المحكمة تحدد بالنظر في الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني التي تشكل جزءاً من القانون الدولي العرفي لقوانين وأعراف الحرب واتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في ١٢/٨/١٩٤٩ م والجرائم المناهضة للإنسانية والإبادة والحرب ٣. وفي ذات الإطار أنشاء مجلس الأمن بموجب قراره رقم (٩٥٥) لعام ١٩٩٤ م المؤرخة في ٨/١١/١٩٩٤ م واستناداً على أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة لرواندا ، وتختص بمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن أعمال الإبادة الجماعية ، وغير ذلك من الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني ، وغيرها من الانتهاكات الوحشية المرتكبة في أراضي الدول المجاورة خلال الفترة من ١/١/١٩٩٤ م وحتى ٣١/١٢/١٩٩٤ م من ذات العام ٤. وبموجب قرار مجلس الأمن رقم (٩٧٧) في ٢٢/٢/١٩٩٥ م تقرر اتخاذ مدينة أروشا في تنزانيا مقراً للمحكمة ٥.

إن تشكيل هاتين المحكمتين ينال بالتأكيد من سيادة الدول التي ينتمي إليها الأشخاص المتهمون بارتكاب

1. The majority of the ICJ suggested that the attacked state must request assistance before action taken by others in its aid in order that the assistance be lawful. This general view of collective self-defence appear also to have at the heart of the initial measures taken by the western powers in response to Iraqi's invasion of Kuwait then. clearly the rash to defence Kuwait in 1990 from this country was collective self-defence in the NATO sense.

1 Security Council resolution 1031. 1995 and resolution 1264. 1999.

2. In June 1993 the security council authorized a UN force in Yugoslavia to take all necessary means to protect the civilian population and that junctions be delegated to NATO.

٣. د. إحسان هندي ، أساليب تفعيل قواعد القانون الدولي الإنساني في صلب التشريعات الداخلية ، ندوة علمية ، القانون الدولي الإنساني الواقع والطموح ، ٥/١١/٢٠٠٠ م ، دمشق ، ص ٨٢ وما بعدها.

4. (1) Lillich R.m forcible self-help by states to protect Human Rights. IOWA law report. volume (53) 1997 p. 325 Est.

٥. صدر قراران عن مجلس الأمن بالإجماع في ٢٢/٢/١٩٩٣ م الوثيقة رقم ٣١٧٥ والوثيقة الثانية رقم ٣٢١٧ وتاريخ ١٩٩٣ م

تلك الجرائم المختصة بالفصل فيها ، فوفقاً للنظام الأساسي لتلك المحكمتين تلتزم الدول المعنية بتسليم هؤلاء الأشخاص إليهما لتتم محاكمتهم عن الجرائم المنسوبة إليهم ١ . وبالرغم من تأييدنا للاتجاه الداعي إلى ضرورة أن تطول يد العدالة كل من تسول له نفسه ارتكاب جرائم الحرب أو جرائم الإبادة أو الجرائم ضد الإنسانية إلا أننا نتساءل في السبب في عدم تطبيق هذا المبدأ بالنسبة للمستوطنين وجنود الاحتلال الإسرائيلي الذين يرتكبون كل يوم أنواع من تلك الجرائم ضد العرب فلسطيني الأرض المحتلة وغزة ، إن هذه المفارقة لا يمكن تفسيرها إلا من خلال المعايير المزدوجة التي تطبقها الولايات المتحدة الأمريكية على المجتمع الدولي الجديد فهي مع تطبيق قواعد الشرعية الدولية عندما تكون بالعالم العربي و الإسلامي وهي ضد تلك القواعد إذا تعلقت بإحدى الدول الحليفة لها مثل إسرائيل ٢ . ومن ناحية أخرى استطاعت الجماعة الدولية تسجيل نجاح مشهود بعد طول انتظار في مجال تحقيق العدالة الجنائية الدولية حيث جرى إقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في روما بإيطاليا في ١٥/٧/١٩٩٨ م ٣ ، وتخصص المحكمة بملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية : جرائم الحرب وجريمة الإبادة للجنس البشري والجرائم ضد الإنسانية ويمثل إقرار النظام الأساسي انتصاراً من أجل مثول مرتكبي الجرائم السابقة أمام العدالة الجنائية الدولية ٤ . وهكذا شهد العالم بعد انتهاء الحرب الباردة انتهاك لسيادة الدول النامية بدعوى المحافظة على السلم والأمن الدوليين لكون هذا النظام طبق بصورة انتقائية تتوافق مع سياسة الولايات المتحدة الأمريكية ، فإذا كانت الدولة تصنف كعدو للولايات المتحدة الأمريكية فإنها تجد نفسها ملاحقة بأشد أنواع التدخلات والانتهاكات لسيادتها الوطنية ، أما إذا كانت الدولة حليفة أو صديقة للولايات المتحدة كإسرائيل فإنها تجد نفسها في الصون عن تنفيذ مثل تلك التدخلات والانتهاكات لسيادتها الوطنية ٥ .

رابعاً: الاعتداء على سيادة الدولة بدعوى حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية:

إن مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية الذي تضمن في نصوص المادة (٢) فقرة (٧) من ميثاق الأمم المتحدة لم يمنع الأمم المتحدة والمنظمات الدولية الأخرى من التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء التي ينسب إليها انتهاك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لحملها على احترام هذه الحقوق بيد أن تدخلها في هذا المجال ظل قاصراً على إصدار القرارات التي تدين تلك الانتهاكات ، وحض الدول المعنية على وضع نهاية لها ، وفي حالة اتخاذ بعض التدابير ضد الدول التي انتهكت تلك الحقوق ، فقد كانت تلك التدابير

1. Collection of In. Instruments and other legal treaties concerning refugees and displaced parsons. Unhcr. Geneva 1995.

٢ . راجع مذكرة حكومة المملكة العربية السعودية ، حول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتعارضه مع الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة ، مجلة رابطة العالم الإسلامي ، عدد صفر ٥١٤٠٠ ، ديسمبر ١٩٧٩ م ، ص ١٥٧ وما بعدها .

3. Baily S., the UN security council and human rights, the Macmillan Press Ltd., London, 1994. p. 131 Est.

٤ . د. عامر الزمالي ، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني ، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان ، ١٩٩٣ م ، ص ٢١ وما بعدها .

٥ . د. حاتم عتلم ، قانون النزاعات المسلحة الدولية ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٩٤ م ، ص ١١ وما بعدها .

تبعد تماماً عن حد استخدام القوة العسكرية المسلحة ١ .
وعليه فغالباً ما اقتصر تدخل الأمم المتحدة على مجرد استخدام وسائل الضغط السياسي والاقتصادي والمالي فعندما تكشف ممارسة الدول عن انتهاك واضح وجسيم لحقوق الإنسان فإن الأمم المتحدة تبادر بالتصدي لهذه الأوضاع وتصدر بشأنها القرارات التي تعبر عن انزعاجها العميق لتلك الانتهاكات وتطالب حكومات تلك الدول بالتوقف عن مواصلة ممارساتها القمعية وملاحقة المسؤولين عنها جنائياً ٢ . وتأمّر في بعض الأحيان بإنشاء بعثة للأمم المتحدة للتحقيق في حالة حقوق الإنسان في البلد المعني ٣ ، وتحظى أوضاع سكان الأراضي الفلسطينية المحتلة باهتمام بالغ من قبل الجمعية العامة نظراً لفداحة الاعتداءات الإسرائيلية على مالهم من حقوق وحرّيات أساسية فلا تكاد تمر دورة انعقاد عادية إلا وتصدر الجمعية العامة من القرارات ما يتناول كافة جوانب القضية الفلسطينية ٤ . إن استمرار تصدي الجمعية العامة لانتهاكات حقوق الإنسان وحرّياته الأساسية في كثير من الدول الأعضاء وبما يتفق وأحكام القانون الدولي يفسر في أن باستمرار تعبيرها عن الضمير العالمي الإنساني الراض لانتهاكات تلك الحقوق والحرّيات بالرغم من أن قراراتها تعتبر مجرد توصيات لا تجد أي مجال للتطبيق العملي مما يجعل الولايات المتحدة الأمريكية غير مبالية باستخدام نفوذها لحمل الجمعية العامة على عدم إصدار تلك القرارات التي لا تتفق ومصالحها في حالات معينة ٥ .

المطلب الثاني تدخل الدول في الشؤون الداخلية لغيرها من الدول

إن صيرورة مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول مبدأ قانوني عام من مبادئ القانون الدولي العام لم يمنح الدول من التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى لأغراض مختلفة من أهمها الأغراض الإنسانية ، واتخذ هذا التدخل في بعض الأحيان التدخل غير المسلح ، وفي أحيان أخرى شكل التدخل المسلح ، ولعل من أكثر الدول تدخلاً الولايات المتحدة الأمريكية في شؤون الدول الأخرى ، بدعوى حماية حقوق الإنسان ٦ . واقتداء بالسياسة الأمريكية أولت بعض الدول الغربية اهتماماً بالغاً بالمسائل

- ١ . روبين كولب ، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان ، مقالات نشرت بالمجلة الدولية للصليب الأحمر باللغة العربية ، جنيف ١٩٩٥ م ، ص ٤٤ وما بعدها .
- ٢ . جان بكتيه ، مبادئ القانون الدولي الإنساني ، الطبعة العربية ، جنيف ١٩٧٥ م ، ص ١٢ وما بعدها .
3. Roy F., development of Int. humanitarian law. ICRC. Geneva. 1994. P.11 Est.
- ٤ . د. أحمد محمد رفعت ، الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ م ، ص ١٠٥ وما بعدها .
- ٥ . د. صلاح الدين عامر ، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام ، مع إشارة خاصة إلى أسس الشرعية الدولية للمقاومة الفلسطينية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٧٧ م ، ص ٢٥ وما بعدها .
- ٦ . فمع وصول الرئيس الأمريكي جيمي كارتر إلى سدة الحكم في أمريكا عام ١٩٧٦ م صارت حقوق الإنسان في العالم تأتي على رأس أولويات السياسة الأمريكية الخارجية حيث جعلت أمريكا احترام الدول المختلفة لحقوق الإنسان معياراً أساسياً لتحديد حجم مساعداتها العسكرية والاقتصادية لهذه الدول كما صار منح بعض الدول وضع الدولة الأولى بالرعاية يعتمد كثيراً على مدى احترامها لحقوق الإنسان وحرّياته الأساسية وأصبح المعيار ذاته أساس تحديد موقف أمريكا من الدول المختلفة داخل المنظمات الدولية المالية كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي .

الخاصة بحقوق الإنسان فسعت من خلال ما تقدمه من مساعدات للبلدان النامية إلى تشجيع تلك الدول على احترام حقوق الإنسان بها وهكذا شهدت فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية تنفيذ عدد كبير من التدخلات الدولية المسلحة بدعوى حماية حقوق الإنسان في الدول النامية، وإذا كان من الصعب حصر جميع تلك التدخلات فحسبنا الإشارة إلى بعض تدخلات الولايات المتحدة الأمريكية في العديد من الدول النامية لإنقاذ أرواح مواطنيها أو أرواح رعايا الدول الحليفة، وذلك بإجلائهم عن البلدان التي يتهددهم خطر الموت. ومع ذلك فإن كثيراً ما تخفي تلك التدخلات أهداف غير معلنة لا علاقة لها بالدوافع الإنسانية، غير أن ذلك لا يعني أن المبدأ ظل على إطلاقه، ولكن سرعان ما وجد نفسه مقيداً بالكثير من القيود التي تفرضها ضرورة تعايش الدول المختلفة في إطار مجتمع دولي منظم يسوده الأمن والسلام ومن ناحية أخرى حرصت الأمم المتحدة منذ إنشائها عام ١٩٤٥م على تأكيد مبدأ السيادة ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء، وهذا أشارت إليه المادة (٢) فقرة (٧) من ميثاق الأمم المتحدة ١. لكن جميع تلك الضمانات في نصوص المادة المذكورة وفقرتها السابقة لم تكن كافية للمحافظة على سيادة الدول وخاصة البلدان النامية فقد تعرضت لكثير من التدخلات من قبل الدول الغربية واستهدفت تلك التدخلات في الغالب علاقة تلك البلدان بمواطنيها أي التدخل بدعوى حماية حقوق الإنسان واستخدمت الدول الغربية وسائل الضغط السياسي والاقتصادي، ولم تلجأ إلى استخدام القوات المسلحة إلا في حالة إنقاذ أرواح مواطنيها ورعايا الدول الحليفة من خطر الموت في بعض البلدان عن طريق إجلائهم عنها، أما على الصعيد الثقافى ظلت بلدان العالم الثالث تتمتع بقدر كبير من الحرية ويعود ذلك إلى حالة التوازن بين المعسكر الشرقي والغربي لكن يبدو أن هذا التنظيم تعرض لهزة قوية نتيجة رياح التغيير التي هبت على المجتمع الدولي في أعقاب انتهاء الحرب الباردة وتفكك المعسكر الشرقي ٢.

أولاً: تدخل الدول في شؤون غيرها من الدول لاعتبارات إنسانية:

شجعت التطورات التي أعقبت انتهاء الحرب الباردة الدول الغربية ولا سيما الولايات المتحدة الأمريكية على التوسع في اتخاذ حماية حقوق الإنسان في بلدان العالم الثالث ذريعة للتدخل في شؤونها الداخلية، حيث تعد وزارة الخارجية الأمريكية تقريراً سنوياً عن واقع حقوق الإنسان في البلدان المختلفة. وتقتضي كثير من الدول الغربية أثر الولايات المتحدة في الشؤون الداخلية لبلدان العالم النامي بدعوى حماية لمواطنيها من حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وتعتمد تلك الدول في ذلك على استخدام كافة أساليب الضغط السياسي والاقتصادي والدبلوماسي ضد الدول النامية التي ينسب إليها انتهاك حقوق الإنسان وأحياناً أخرى تهتم بسجل تلك الدول في مجال حقوق الإنسان في الماضي البعيد فمن ذلك ما قامت به الجمعية الوطنية الفرنسية في ١٥/١/٢٠٠١م من إصدار قانون على الملأ اعتراف فرنسا بارتكاب تركيا

1. Noting continued in the present charter shall authorize the UN to intervene in matter which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the members to submit such matters to settlement under the present charter. but this principle shall not prejudice the application of engagement measures under chapters VII.

٢. د. حسن عمر، الجات والخصخصة، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها.

جريمة إبادة في حق الشعب الأرمني عام ١٩١٥ م^١. إن ما يؤخذ على تلك الممارسات للدول الغربية في مجال تقييمها لواقع حقوق الإنسان في الدول النامية أن موقفها يفتقر عادة للمعايير الموضوعية وإنما يعتمد على اعتبارات ذاتية ذات علاقة بصداقات وتحالف وقتية^٢.

ثانياً: التدخل العسكري الغربي لحماية الأكراد في شمال العراق:

إن ذلك التدخل العسكري يعود في بدايته الحقيقة إلى القرار رقم (٦٨٨) لعام ١٩٩١م والذي أصدره مجلس الأمن في ١٥/٤/١٩٩١م بالنسبة للاعتداءات الجسيمة والمتكررة التي ارتكبتها القوات العراقية ضد حقوق الإنسان إبان قمع انتفاضة الأكراد في كردستان بشمال العراق والشبيعة في البصرة بجنوب العراق، لقد أدان القرار القمع الذي يتعرض له العراقيون في الشمال والجنوب، وطالب القرار الحكومة العراقية بوضع نهاية لهذا القمع، كما أمر القرار الحكومة العراقية بالسماح بوصول المنظمات الدولية الإنسانية إلى كل من يحتاج إلى المساعدة الإنسانية في جميع أنحاء العراق وناشد القرار جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وسائر المنظمات الإنسانية بالمساهمة في جهود الإغاثة الدولية في العراق، وأخيراً طالب القرار الحكومة العراقية بالتعاون مع الأمين العام للأمم المتحدة من أجل تحقيق تلك الغايات والحقيقة صادف هذا القرار قبولاً لدى المدافعين عن حق التدخل المسلح لأغراض إنسانية فنظروا إليه باعتباره يكشف عن ظهور حق أو واجب التدخل لصالح الأفراد الذين يقعون ضحية لقمع الأنظمة الحاكمة في بلادهم، وبالرجوع إلى القراءة المتأنية لنصوص القرار رقم (٦٨٨) لا تقدم لنا وجهة نظر المدافعين لهذا التدخل، حيث لا تكشف نصوص القرار عن وجود صلة مباشرة بين صدوره في ٥/٤/١٩٩١م وبين الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان في شمال العراق وخاصة في كردستان، فالقرار لم يصدر بسبب انتهاك تلك الحقوق على أيدي القوات العراقية، ولكن بسبب ما نتج عن أحداث الانتفاضة في كردستان والبصرة من تهديد للسلم والأمن الدوليين فالنزوح الجماعي للأكراد صوب تركيا أو الشيعة تجاه إيران أوجد أوضاعاً تندر بتفجر الموقف الإقليمي في المنطقة مما استوجب تدخل مجلس الأمن وإصدار ذلك القرار^٣. ومن ناحية ثانية فإن مسaire الرأي القائل بأن القرار يؤرخ لمولد حق أو واجب التدخل لصالح الأفراد الذين يقعون ضحية الأنظمة الحاكمة في بلادهم من شأنه ترتيب نتائج بالغة الخطورة من التدخل الداخلي في شؤون الدولة النامية ومما يزيد من خطورة الوضع أن هذه التدخلات غالباً لا تتم على أسس موضوعية وإنما نزولاً على

١. جريدة الحياة، لندن، ص ١٩ يناير ٢٠٠١م.

٢. من ذلك تشير على سبيل المثال إلى قيام كندا بفرض بعض الجزاءات الاقتصادية ضد الصين في أعقاب قمع انتفاضة الطلبة بالميدان السماوي عام ١٩٨٩م وبالرغم من عدم تسجيل أي تحسن على ممارسات الصين في مجال حقوق الإنسان فإن كندا أخذت في تطبيع علاقاتها الاقتصادية مع الصين اعتباراً من عام ١٩٩١م على خلاف الموقف المهادن لكندا من انتهاكات الصين لحقوق الإنسان بالشدّة والحزم ويعود ذلك إلى انتفاء الأهمية الإستراتيجية والاقتصادية لتلك البلدان بالنسبة لكندا.

٣. إن القرار رقم (٦٨٨) لا يقدم أساساً قانوني لتدخل الدول بدعوى حماية حقوق الإنسان بها وهذا ينطبق على تدخل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا عسكرياً في العراق عام ١٩٩١م إزاء تقاعس العراق عن الوفاء بالالتزامات الواردة في القرار رقم (٦٨٨) بادرت تلك الدول بنشر بعض قواتها التي شاركت في عملية عاصفة الصحراء في كردستان بهدف تقديم المساعدة الإنسانية لأكراد العراق.

معايير انتقائية لاتخاذ تلك المواقف ذريعة للتدخل في الشؤون الداخلية للدول النامية ١. لم يصادف القرار رقم (٦٨٨) رضا العراق الذي يرى أنه ينتقص من سيادية على أراضيه برغم ذلك شرع الأمن العام للأمم المتحدة في التفاوض مع الحكومة العراقية بهدف الاتفاق على كيفية تنفيذ القرار رقم (٦٨٨) لعام ١٩٩١م وأسفرت المفاوضات عن موافقة العراق على تواجد قوة قوامها من أربعمئة إلى خمسمئة رجل أمن تابعين للأمم المتحدة في كردستان على أن يقتصر تسليحهما على الأسلحة الخفيفة ، لكن الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا رأت في عدم كفاية ذلك الاتفاق للوفاء بالالتزام الواردة في القرار رقم (٦٨٨) فبادرت تلك الدول إلى إبقاء قوة من قواتها قوامها ثلاثة عشر ألف رجل ومن قوات الحلفاء لتؤدي تلك المهمة الإنسانية في كردستان العراق ، تحدد تلك المهمة في إيصال مواد الإغاثة إلى مستحقيها من اللاجئين والسماح لهؤلاء بالعودة إلى منازلهم بكل حرية ولكن سرعان ما تجاوزت تلك القوات تلك المهمة وقامت بإنشاء منطقة آمنة للأكراد شمال خط عرض (٣٦) إضافة إلى فرض حظر جوي على الطائرات العراقية في المناطق الجنوبية ٢.

ثالثاً: حملة حلف الأطلسي ضد يوغسلافيا السابقة لحماية ألبان إقليم كوسوفو:

تعود مشكلة هذا الإقليم الذي تقطنه أغلبية ألبانية إلى عام ١٩٨٩م ، حيث أقدمت جمهورية صربيا التي يتبعها الإقليم إلى إلغاء نظام الحكم الذاتي الذي كان يتمتع به هذا الإقليم منذ عام ١٩٨٠م ، ورداً على قرار إعلان ألبان كوسوفو انفصال إقليمهم في ١٩٩٠/٧/٢م وبموجبه أجروا استفتاء لم تشارك فيه العناصر غير الألبانية تم بموجبه الإعلان عن قيام جمهورية كوسوفو في عام ١٩٩٢م ٣. وبعد انتهاء حرب استقلال الجمهوريات المنفصلة عن الاتحاد اليوغسلافي السابق عادت جمهورية صربيا لاستعادة سيطرتها الفعلية على إقليم كوسوفو الذي أدى إلى احتدام الصراع المسلح بينها وبين جيش تحرر كوسوفو الذي أعلن عن إنشاءه في ١٩٩٧/٧/٢٠م ، وأفضى ذلك الصراع غير المتكافئ إلى نزوح مائتي ألف من سكان الإقليم الألبان إلى مناطق أخرى داخل يوغسلافيا السابقة وخارجها ٤. ونتيجة لتفاقم الأوضاع في الإقليم نشطت جهود العديد من الجهات الدولية من أجل إيجاد تسوية للنزاع على أساس منح ألبان الإقليم حكماً ذاتياً في إطار جمهورية صربيا مع إيجاد نوع من الإشراف الدولي على تطبيق بنود الاتفاق ومراقبة الأوضاع في الإقليم، وفي هذا الإطار تم تشكيل مجموعة اتصال دولية من ست دول هي الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا الاتحادية وفرنسا وبريطانيا وألمانيا وإيطاليا ، وقد توالت جهود هذه المجموعة إلى إيجاد حل للصراع في الإقليم على أساس المبادئ الثلاثة التالية: الاعتراف بحكم ذاتي للألبان في الإقليم ، إجراء

١. إن إنشاء تلك القوات يعتبر إذن ترجمة دقيقة لما تمخض عن انتهاء الحرب الباردة ومن انتصار المعسكر الغربي بزعماء الولايات المتحدة الأمريكية وسعيه الدائم نحو تكريس هيمنة المعسكر الغربي على مختلف بلدان العالم ولا تهتم الدول الغربية باحترام المبادئ المستقرة في عرف القانون الدولي وخاصة مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول واحترام مبدأ السيادة.
٢. إن تحقيق تلك التدخلات الغربية أدت إلى إضعاف العراق وتمزيقه إلى دويلات ثلاث متناحرة كندية في الشمال وسنية في الوسط وشيعية في الجنوب.
٣. تم انتخاب إبراهيم روقفوا رئيساً للجمهورية الجديدة ثم جرى تشكيل حكومة مستقلة للدول الجديدة.
٤. د. عماد جاد ، التدخل الدولي بين الاعتبارات الإنسانية والأبعاد السياسية ، مطبوعات الدراسات السياسية والإستراتيجية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص ٩٨ وما بعدها.

انتخابات في الإقليم تحت إشراف دولي وتشكيل حكومة وقوة شرطة من الأغلبية الألبانية في الإقليم. وإزاء فشل المحاولة نتيجة تعسف الجانب الصربي وازدياد حجم العمليات الوحشية التي تقوم بها القوات اليوغسلافية ضد ألبان الإقليم ١. أعلنت الدول الغربية بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية عن بدء حملة شمال الأطلسي ضد يوغسلافيا في ٢٣/٣/١٩٩٩م دون تفويض من مجلس الأمن، وهذا يمثل تطوراً خطيراً في مجال التدخل الدولي لاعتبارات إنسانية فللمرة الأولى منذ تأسيسه عام ١٩٤٩م يشن حلف شمال الأطلسي حملة عسكرية على إحدى الدول في أوروبا دون تفويض من قبل مجلس الأمن المسؤول الأول والرئيس عن حفظ السلم والأمن الدوليين في العالم، وبعد (٧٩) يوماً من القصف الجوي والبحري المكثف والمتواصل على جمهورية يوغسلافيا السابقة تم التوصل بفضل الجهود الدولية والأوروبية إلى اتفاق يضمن خروج القوات اليوغسلافية من إقليم كوسوفو ووقف الحلف لغاراته وصدور قرار من مجلس الأمن يتضمن توفير إدارة مؤقتة لإقليم كوسوفو يمكن في ظلها لشعب الإقليم أن يحظى بقدر كبير من الاستقلال الذاتي الموسع ضمن جمهورية صربيا ٢. وهنا أصدر مجلس الأمن القرار رقم (١٢٤٤) في ١٠/٦/١٩٩٩م والذي يتضمن البنود التالية: السماح بعد الانسحاب لعدد محدود من الجنود ورجال الشرطة الصربية بالعودة إلى كوسوفو لأداء المهام الإدارية في الإقليم وإقامة وجود مدني وأمني وتحت إشراف الأمم المتحدة ومطالبة جيش تحرر كوسوفو وجميع المنظمات الألبانية المسلحة الأخرى في الإقليم بأن تضع على الفور حداً لجميع الأعمال الهجومية وأن تدعن لمتطلبات نزع السلاح التي يحددها رئيس الوجود الأمني الدولي بالتشاور مع الأمين العام للأمم المتحدة ٣.

إن شن حلف شمال الأطلسي غاراته الجوية والبحرية على يوغسلافيا السابقة دون تفويض من مجلس الأمن هو أمر جدير بالنظر، وهذا ما أوضحه رغبة هذه الدولة وقدرتها في التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى وفقاً لمصالحها الخاصة وبغض النظر عن اتفاق ذلك أو تعارضه مع قواعد الشرعية الدولية لقد توافر للولايات المتحدة الأمريكية مجموعة من العوامل التي شجعتها على شن تلك الحملة ضد يوغسلافيا السابقة، فمن ناحية يمثل حرب يوغسلافيا السابقة بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فرصة مواتية للتخلص من آخر مخلفات الحرب الباردة في أوروبا والتي كان وجودها يعيد تذكير شعوب تلك المنطقة بكل ما يمت للشرق بالاشتراكية والشيوعية من صلة. ومن ناحية أخرى فإن قرار شن الغارات هو في الأساس قرار أمريكي يمثل في حد ذاته رسالة لقادة الاتحاد الأوروبي محتواها أنه يمكن لاتحادهم أن يصير عملاً اقتصادياً ولكن يعجز ضمان أمن القارة الأوروبية بدون المساعدة العسكرية الأمريكية، وأخيراً فإن شن الغارات العسكرية بدون موافقة مجلس الأمن كان يمثل رسالة لروسيا الاتحادية بل لمختلف دول العالم مقتضاها أن استخدام حق النقض في مجلس الأمن لا ينبغي أن يحول بين الولايات المتحدة

١. د. عماد جاد، التدخل الدولي بين الاعتبارات الإنسانية والأبعاد السياسية، مرجع سابق، ص ١٠٩ وما بعدها.
٢. أسفرت تلك الأعمال عن تشريد وطرد مئات الآلاف من المدنيين بالقوة ودمر بالجملة لممتلكات وسبل كسب العيش وخروج عن القانون صورة وحشية وأعمال عنف وآلاف من القتلى بدون توثيق ووفيات لا حصر لها لم تسجل حتى الآن ومعاناة بشرية لا يمكن قياس أبعادها مثل ما يحدث الآن في سوريا.
٣. يتمثل هذا الاتفاق خطة السلام التي قدمها الرئيس الفنلندي مارتي العتيساري، ممثلاً للاتحاد الأوروبي والأمم المتحدة وفينكتور نشيرتوميردين المبعوث الشخصي لرئيس الاتحاد الروسي وقبلت الجمعية التشريعية لجمهورية صربيا هذه الخطة في ١٩٩٩/٦/٣.

الأمريكية وبين اتخاذ أية تدابير عسكرية، وإذا كان هذا هو موقف القوة العظمى الوحيدة في العالم فإن مصلحة الدول النامية تستوجب التمسك بقواعد الشرعية الدولية حفاظاً على استقلالها وسيادتها في مواجهة الهيمنة الأمريكية ١ .

إن قبول جمهورية الصرب بالحل الغربي بشأن كوسوفو وإعطاءه الشرعية الدولية بتضمينه في قرار مجلس الأمن رقم (١٢٤٤) لعام ١٩٩٩م وتولي الأمم المتحدة عملية إدارة إقليم حرصت روسيا الاتحادية على التمسك بهذا القرار من خلال دخولها قواتها إقليم كوسوفو تحت راية التدخل في إقليم كوسوفو قد كرس الصراع بين المعسكر الغربي المنتصر في الحرب الباردة بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية وبين باقي دول العالم ، فالفريق الأول يسعى لاستبدال القواعد الدولية المعمول بها منذ الحرب العالمية الثانية ، والتي لم تعد تخدم مصالحه بقواعد تتفق وتلك المصالح تتمثل في تكرار التدخل العسكري لاعتبارات إنسانية لحماية أكراد العراق عام ١٩٩١م وبالتدخل في العراق مرة ثانية في عام ٢٠٠٢م من أجل تدمير أسلحة الدمار الشامل والتدخل في أفغانستان في عام ٢٠٠١م نتيجة لهجمات الحادي عشر من سبتمبر الإرهابية على برج التجارة العالمي في نيويورك دون إذن من مجلس الأمن.

خاتمة

منذ نشأة القانون الدولي العام من معاهدة وستفاليا عام ١٦٤٨م والسيادة تعتبر أحد المبادئ الأساسية التي تحكم المجتمع الدولي وتعود أهميتها إلى ارتباطها الوثيق بمفهوم الدولة فلكي توجد الدولة لا بد أن يكون لها نظام قانوني يتولى إدارة شؤونها الداخلية والخارجية ، دون أن تخضع في ذلك لإدارة أي دولة أو دول أخرى غير أن محتواها القانوني لا يعني أنه كان في يوم من الأيام محلاً للاتفاق فالسيادة مفهوم قانوني متطور مما يجعل مضمونه محل اختلاف نظراً لتطور المجتمع الدولي فمنذ نشأة الدولة بدءاً من معاهدة وستفاليا عام ١٦٤٨م حتى تأسيس عصبة الأمم المتحدة في بداية القرن التاسع عشر كأول منظمة دولية عالمية الصيغة تواتر العمل الدولي على الاعتراف للدول بسيادة داخلية مطلقة وسيادة خارجية مقيدة بأحكام القانون الدولي التقليدي ، ونظراً لكون هذا القانون كان في مراحل نشأته الأولى فإن ما فرضه على الدولة في مجال سيادتها الخارجية كان بحق محدوداً جداً فظلت الدولة تتمتع بقدر كبير من الحرية في هذا المجال ٢ .

أحدثت الحربان العالميتان الأولى والثانية خسائر ومآسي بشرية فادحة فأوجدت تغييراً جذرياً في الفكر الإنساني فلم يعد العالم مستعداً للإبقاء على نظرية السيادة بمعناها التقليدي الذي اعترف للدولة بحق شن الحرب على الدول الأخرى وفقاً لمصالحها الخاصة فبإنشاء الأمم المتحدة بعد الحرب الثانية أصبح المجتمع الدولي مهياً لتقييد حرية الدولة أو سيادتها من أجل الحيلولة من تكرار ما حدث في خلال الحربين من مآسي وخسائر مادية وبشرية. وعليه انتهى العمل الدولي إلى الاستمرار في الاعتراف للدولة بمبدأ

١ . د. عماد جاد ، التدخل الدولي بين الاعتبارات الإنسانية والأبعاد السياسية ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ وما بعدها .

٢ . د. محمد عزيز شكري ، مدخل إلى القانون الدولي العام ، منشورات جامعة دمشق ، دمشق ٢٠٠١م ، ص ٢٦ وما بعدها .

السيادة ، لكن تلك السيادة قيدت بالعديد من الالتزامات الدولية التي تقتضيها ضرورة التعايش في مجتمع دولي منظم يسوده الأمن والسلام ، وهكذا نالت تلك الالتزامات من سيادة الدول في جانبها الداخلي كما في جانبها الخارجي ١ . فعلى الصعيد الداخلي لم تعد قواعد العدالة تنفرد بتحديد علاقتها بمواطنيها بل أصبحت تخضع في ذلك للقواعد الدولية الخاصة بحقوق الإنسان ، فدولت تلك الحقوق وأصبحت الغرض الرابع للأمم المتحدة ، لهذا صار هذا الجانب عرضة لتدخل الأمم المتحدة وأجهزتها الرئيسية بيد أن تدخل تلك المنظمة مقتصر كقاعدة عامة على استخدام الوسائل غير العسكرية . فلم يحدث أن تم تنفيذ تدخلات عسكرية إلا بواسطة الدول الغربية المتقدمة فقط من أجل إنقاذ أرواح مواطنيها وأرواح رعايا الدول الحليفة من خطر الموت في الدول النامية المستهدفة بفعل تلك التدخلات ، وذلك عن طريق إجلائهم عنها ، أما على الصعيد السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي ظلت الدول تتمتع بقدر كبير من الحرية في اختيار شكل نظامها الداخلي ويعود ذلك إلى حالة التوازن بين المعسكرين الشرقي والغربي والتي لم تكن تسمح لأحدهما بأن يفرض منظوره ومبادئه السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية على الدول النامية أو دول العالم الثالث. أما بالنسبة لمظاهر السيادة الخارجية باتت تتقيد بالعديد من القيود مثل تحريم حق الدولة في شن الحروب والالتزام بحل منازعاتها الدولية بالطرق السلمية والالتزام بتقييد حريتها في مجال حيازة السلاح وتنظيم التسلح ٢ .

كان للتطور الذي شهده المجتمع الدولي في أعقاب انتهاء الحرب الباردة آثار بالغة على مفهوم السيادة للدولة تمثلت تلك التطورات في إبراز ما يسمى بالنظام العالمي الجديد (نظام العولمة) الذي يكرس معنى هيمنة وسيطرة القطب الواحد للولايات المتحدة الأمريكية على مقدرات المجتمع الدولي بعد انهيار المعسكر الاشتراكي بزيادة الاتحاد السوفيتي السابق ، حيث أصبح المجتمع الدولي يرتبط بشبكة متقدمة من وسائل الاتصالات والمعلومات وأصبح تسوده قيم وأفكار تعلي من شأن قواعد الديمقراطية وحقوق الإنسان وحرية الإعلام ، وهذا النظام أصبح ما يعبر عنه بنظام العولمة نظراً لانتصار المعسكر الغربي في الحرب الباردة والذي تبنى الفكر والثقافة الغربية التي أثرت على مبدأ سيادة الدولة في مجالات ثلاثة التدخل في شؤون الدول النامية بدعوى المحافظة على السلم والأمن الدوليين ومكافحة جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والتدخل لدوافع إنسانية وأخيراً التدخل في مجال حرية الدول في اختيار شكل نظامها الداخلي السياسي والاقتصادي والاجتماعي ٣ .

كذلك شهدت فترة ما بعد الحرب الباردة تشكيل محكمتين جنائيتين دوليتين لمحاكمة المتهمين بارتكاب جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية في يوغسلافيا السابقة ورواندا كما حققت الجماعة الدولية انتصار ملحوظاً في مجال إخراج المحكمة الجنائية الدولية إلى حيز الوجود ، حيث جرى التوقيع على نظامها الأساسي في روما بإيطاليا عام ١٩٩٨م أو فيما يتعلق بتدخل الأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان مع العمل على حمل الدول الأعضاء على احترام تلك الحقوق دون اللجوء إلى استخدام القوة المسلحة بيد

١ . د. محمد طلعت الغنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٢م ، ص ٨٥ وما بعدها.

٢ . د. حامد سلطان ، القانون الدولي العام وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٥م ، ص ٨٠٧ وما بعدها.

٣ . د. محمد عزيز شكري ، مدخل إلى القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص ٤٧٢ وما بعدها.

أن التطورات التي أعقبت انتهاء الحرب الباردة حفز الأمم المتحدة والدول الغربية على تطوير أسلوب تدخل المنظمة في هذا المجال ، حيث صارت المنظمة أكثر استعداداً لاستخدام قوات حفظ السلم التابعة لها لأغراض إنسانية تحت دعم الدول الغربية نفذت الأمم المتحدة في هذا الإطار العديد من العمليات لعل أهمها: قوة الأمم للحماية في يوغسلافيا السابقة و عملية الأمم المتحدة في الصومال و عملية الأمم المتحدة في موزامبيق والواقع أن لجوء الأمم المتحدة إلى هذا الأسلوب من التدخل لم يعد ممكناً إلا مع انهيار الاتحاد السوفيتي وانفراد الولايات المتحدة الأمريكية بريادة المجتمع الدولي كقطب واحد وقوة عظمى ضاربة في العالم . حيث لم يعد هناك ما يحول بين هذه الدولة وبين حمل الأمم المتحدة على إصدار القرارات التي ترخص بإنشاء تلك القوات واستخدامها لأغراض إنسانية مادام ذلك يتعارض وأهدافها الخاصة ، وهكذا شهدت فترة ما بعد الحرب الباردة تطوراً خطيراً في هذا المجال ، حيث صارت الدول الغربية أكثر استعداداً لاستخدام القوة المسلحة لحماية حقوق الإنسان في الدول النامية التي ينسب إليها انتهاك تلك الحقوق ودون ترخيص من مجلس الأمن باعتباره الجهاز المسئول الأممي عن حفظ السلم والأمن الدوليين في العراق ويوغسلافيا السابقة وأفغانستان وفي عدد كبير من الدول النامية ، ورغبتها في خلق سوابق دولية يمكن الاستناد إليها للدعاء بوجود عرف دولي يتيح لها التدخل لحماية حقوق الإنسان في الدول النامية كلما اتفق ذلك ومصالحها الخاصة.

أما فيما يتعلق بحق الدول في اختيار شكل نظامها الداخلي فإن رياح التغيير التي حملها بروز ما يسمى بالنظام العالمي الجديد أو نظام العولمة حمل الدول النامية على التخلي عن جزء كبير من سيادتها في مجال اختيار شكل نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي باتت الدول النامية أكثر استعداداً لقبول قيم وأفكار العولمة. والتي هي بحق قيم وأفكار غربية ، وفي الوقت الراهن أصبحت تلك الدول أكثر قبولاً لتدخل مؤسسات العولمة في الأمور المتعلقة بالمجال الاقتصادي والسياسي والثقافي والتي تعد من صميم الأمور التي تدرج في إطار المجال المحجوز للشأن الداخلي. وهكذا يجب الاعتراف أن الولايات المتحدة والدول الغربية تمكنت بالفعل من تعديل القواعد الدولية في مجال الاقتصاد حيث تمكنت من خلال جولة مفاوضات منظمة التجارة العالمية من تبني مجموعة من الاتفاقيات التي جرى توقيعها في مراكش بالملكة المغربية في ١٥/٤/١٩٩٤م أن التوقيع على تلك الاتفاقيات ضمن للدول الغربية فتح الأسواق العالمية أمام تدفق منتجاتها المتطورة وحال بين الدول النامية وبين حماية صناعاتها الوطنية من خلال ما كانت تفرضه من إجراءات الحماية النقدية والكمية ، ومن ناحية خاصة فإن الدول الغربية تسعى إلى خلق سوابق دولية في مجالات الحياة الدولية خاصة مجال التدخل الدولي الإنساني من أجل الاستناد عليها في المستقبل من أجل الادعاء بوجود عرف دولي يسمح لها بالتدخل لحماية حقوق الإنسان في الدول النامية ، إذا ما تطلبت مصالحها ذلك ، غير أن هذه الرغبة تصطدم على حائط الرفض من شعوب الدول النامية فكان مبدأ السيادة يعيش في الوقت الراهن معركة الإرهاب بين قيم تحرص عليها شعوب الدول النامية وبين التحديث الذي تسعى إليه الدول الغربية.

وأخيراً أود أن أتساءل هل انتهت موجة العولمة التي اجتاحت العالم في العقدين الأخيرين من القرن الماضي؟ وهذا تبدو الأمور أن الولايات المتحدة الأمريكية على ما يبدو يُظهر أنها فقدت شهيتها تماماً للتعاطي مع

الشؤون الدولية ، وفي المقابل أوروبا تتغلق على نفسها وترفض هجرة العاملين إليها من دول العالم الثالث وترداد حدة في التمييز العنصر بحجة حماية الوطنية. بينما نسبة النمو في معدل السكان سلبية وعليه كثيرون يعتمدون أن سقوط حواجز العولمة التي بنيت كانت بسبب عدم وجود قناعة موحدة ومشتركة لدى الاتحاد الأوروبي للتعامل مع الولايات المتحدة ككتلة موحدة أمام الامتداد الروسي ، والتوغل الصيني في آسيا وأفريقيا ، وهكذا تكون أمريكا وهي التي يعترف ويقر العالم بأنها صانعة ومروجة لفكرة العولمة لم يعد لديها الاهتمام ولا الرغبة الكافية لتكون الضامن ولا الكفيل للعولمة التي قدمتها للعالم لحل مشاكله ، دون احترام للقوانين السيادية ولا اعتبار للحدود الجغرافية المختلفة. الحقيقة حصل سوء استغلال وتفكير في الاستخدام وحصلت اختراقات أمنية كبيرة لكثير من المواقع وحصل الانهيار المالي العالمي العظيم الذي بدأ في أمريكا وسرعان ما طال القارة الأوروبية وشيئاً فشيئاً ، وبدلاً من تطبيق نظام العولمة من خلال تحرير القطاعات جعلت ردة فعل عكسية ، وحصل ما يشبه موجة تأميم مهولة لإنقاذ الاقتصاد وتدخل الرئيس الأمريكي باراك أوباما لإنقاذ القطاع المصرفي البنكي والتأميني بضخ معونات مالية مهولة ساهمت في وقف النزيف المالي الذي كان سيؤدي إلى انهيار تام في البنية التحتية المالية للاقتصاد الأمريكي. وفعل نفس الشيء مع قطاع صناعة السيارات وذلك من خلال تقديم معونات وقروض وإعفاءات مكنت من إنقاذ القطاع من الدمار الكامل ، وبعد ذلك قات ألمانيا بقيادة أوروبا بتقديم العون المالي لدول أنهكتها الديون مثل اليونان وأسبانيا وقبرص والبرتغال ، ليكون ذلك مثلاً حياً على أن الفكر الاشتراكي عاد ممارسته في الدول الرأسمالية التي روجت لفكرة العولمة في العالم ، الذي سيسقيده من إسقاط الحدود والحواجز وتمكين الفرد على حساب الدول ويقلل ذلك من التعصب والتحيز . ولكن الذي حصل كان هو العكس تماماً وكانت ردة الفعل في المعسكر الغربي بعد الأزمة هو الانكفاء على الداخل ورفع الحواجز والقيود التي تحمي الاقتصاد الوطني وتعطي الأولوية للصناعة المحلية أي الاقتصاد الوطني وتعطي أولوية للصناعة المحلية ، وبالتالي تسقط بقوة وصحة دعم وترويج فكرة العولمة التي توحد الدول وتسقط الحدود ، وهكذا فالحمى العنصرية التي تجتاح الغرب اليوم بحجة الدفاع عن الأوطان أمام التيارات المتشددة سواء باسم الحرب على الإرهاب أو الحفاظ على الثقافات هي في الواقع خوف من الانفتاح الأممي الذي أدى إلى انتشار الإسلام بطريقة مخيفة في الدول الغربية ١ .

هكذا نرى العولمة تحتضر وهناك من يطلب بوجوب دفنها ومن أول الدول الأوروبية فرنسا التي كشف تقرير لمخابراتها حول الفرنسيين الذين يعلنون إسلامهم ويتوجه بعضهم للتشدد والإرهاب والكثير من الخبايا حول هذه الظاهرة التي باتت تؤرق الكثير من البلدان الأوروبية بعد قيام مواطنة بلجيكية بتفجير نفسها في العراق في عملية انتحارية ، وعليه قامت الدول الأوروبية بفحص ملفات الأشخاص الذين اعتنقوا الإسلام من الأوروبيين ، وهكذا بينت دراسة المخابرات العامة في الدول الأوروبية أن معتقي الإسلام ينتمون في غالبيتهم إلى شريحة الشباب ذات المعدل العمري الوسطي البالغ اثنين وثلاثين عاماً، ويشكل الذكور الغالبية فيما نسبة الإناث فيها لا تتعدى سبعة عشر في المائة. وتتكف ظاهرة اعتناق الإسلام بين

١ . جريدة الشرق الأوسط ، العدد (١٠٦٦) وتاريخ ١٤/٩/٢٠١٤م.

الفرنسيين في المدن الرئيسية حيث توجد الجالية الإسلامية بقوة كما كشفت الدراسة أن اعتناق الإسلام وصل إلى الجيش الفرنسي حيث إن نسبة (٣,٥٪) في المائة من عناصره اعتنقوا الإسلام وطالت هذه الحركة صفوف الضباط. أما عن أسباب اعتناق الإسلام فأوضحت الدراسة أن نسبة (٣٧٪) في المائة من الحالات يتم اعتناق الإسلام فيها تحت تأثير الأصدقاء والمعارف أو المحيط الاجتماعي والثقافي وفي العديد من الحالات يتجه المسلم الجديد صوب الحركات المتشددة والأصولية التي تهمد الطريق إلى الجهاد ١.

المراجع:

المراجع العربية

- د. أحمد الرشدي ، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد (٥٥) لعام ١٩٩٩م.
- د. عبد الهادي عباس ، السيادة ، دار الحصاد للنشر والتوزيع ، دمشق ، ١٩٩٤م.
- د. صلاح الدين عامر ، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤م.
- د. عدنان نعمة ، السيادة في ضوء التنظيم الدولي المعاصر ، مركز دراسات الوحدة ، بيروت ١٩٧٨م.
- د. محمد سامي عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، الجماعة الدولية ، دار الشباب الإسكندرية ، ١٩٨٩م.
- د. محمد سعيد الدقاق وآخرون ، التنظيم الدولي ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨م.
- د. صلاح الدين عامر ، قانون التنظيم الدولي ، مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر ، القاهرة ١٩٩٨م.
- د. علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، الإسكندرية ، مطابع شباب الإسكندرية ، ١٩٧١م.
- د. هليين تورار ، ترجمة باسل يوسف ، تدويل الدساتير الوطنية ، بيت الحكمة بغداد ، ١٩٧٨م.
- د. حسن فتح الباب ، المنازعات الدولية ودور الأمم المتحدة في المشكلات المعاصرة ، عالم الكتاب ، القاهرة ، ١٩٧٦م.
- د. عمر بن أبو بكر باخشب ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من منظور إسلامي ودولي وإقليمي مع إشارة خاصة لتلك الحقوق في مملكة البحرين ، مركز الاستشارات والدراسات القانونية والدستورية ، جامعة البحرين ، ٢٠١٣م.
- د. محمد سعيد الدقاق ، النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية ودورها في إرساء قواعد القانون الدولي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٣م.
- د. وحيد رفعت ، القانون الدولي وحقوق الإنسان ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد (٢٣) لعام ١٩٧٧م.
- د. صبحي المحمصاني ، أركان حقوق الإنسان ، بيروت ، دار العلم للملايين ، ١٩٧٩م.

١. جريدة الشرق الأوسط ، العدد (١٢٠٦٧) وتاريخ ١٤/٩/٢٠١٤م.

- د. أحمد أبو الوفاء ، الوسيط في قانون المنظمات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨م.
- د. مصطفى سلامة ، قواعد الجات ، الاتفاق العام للتعرفة الجمركية والتجارية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٨م.
- د. حسن عمر ، الجات والخصخصة ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٧م.
- د. بطرس بطرس غالي ، التدخل العسكري الأمريكي والحرب الباردة ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد (١٣) لعام ١٩٩٨م.
- د. إبراهيم العيسوي ، الجات وأخواتها ، مركز الدراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ١٩٩٥م.
- د. محسن أحمد الخضيرى ، العولمة الاجتماعية ، مجموعة النيل العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١م.
- د. هاني إدريس ، الدرجة الصفر للعولمة الماضي والحاضر والمستقبل ، مجلة الكلمة من إصدارات منتدى الكلمة للدراسات والأبحاث ، بيروت ، ٢٠٠٠م.
- د. عبد الواحد العفوري ، العولمة والجات (التحديات والفرص) ، مكتبة مدبولي ، القاهرة ، ٢٠٠٠م.
- د. أسامة المجذوب ، العولمة والإقليمية ، الدارسة المصرية اللبنانية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م.
- د. سعيد حارب ، الثقافة والعولمة ، دار الكتاب الجامعي ، العين ، الإمارات العربية ، ٢٠٠٠م.
- د. محمد موسى ، العلاقات الدولية بعد الحرب العالمية الثانية ، دار البيان ، بيروت ١٩٩٦م.
- د. حسين معلوم ، التسوية في زمن العولمة التداعيات المستقبلية لخيار العرب الإستراتيجي ، بحث مقدم على ندوة العولمة والتحولت في الوطن العربي ، مركز البحوث العربية لعلم الاجتماع ، مكتبة مدبولي ، القاهرة ١٩٩٩م.
- د. عبد الناصر نزال العبادي ، منظمة التجارة العالمية واقتصاديات الدول النامية ، دار صفاء للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩م.
- د. عبد الناصر نزال العبادي ، الظاهرة الاستعمارية الجديدة ومضارها بالنسبة للوطن العربي ، بحث مقدم لندوة العولمة والتحولت الاجتماعية في الوطن العربي ، عمان ، ٢٠٠٠م.
- د. حسن كامل ، حق تقرير المصير القومي ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد (١٢) لعام ١٩٩٦م.
- د. إحسان هندي ، أساليب قواعد القانون الدولي الإنساني في حلب التشريعات الداخلية ، ندوة علمية، القانون الدولي الإنساني الواقع والطموح ، دمشق ، ٢٠٠٠م.
- د. عامر الزمالي ، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني ، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان ، ١٩٩٣م
- د. حاتم عتلم ، قانون النزاعات المسلحة الدولية ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٩٤م.
- د. رويين كواب ، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان ، مقالات نشرت بالمجلة الدولية للصليب الأحمر باللغة العربية ، جنيف ، ١٩٩٥م.
- د. أحمد محمد رفعت ، الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩م.
- د. صلاح الدين عامر ، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام مع إشارة خاصة إلى أسس

- الشرعية الدولية للمقاومة الفلسطينية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٧م.
- د. عماد جاد ، التدخل الدولي بين الاعتبارات الإنسانية والأبعاد السياسية ، مطبوعات الدراسات السياسية والإستراتيجية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م.
- د. محمد عزيز شكري ، مدخل إلى القانون الدولي العام ، منشورات جامعة دمشق ، ٢٠٠١م.
- د. محمد طلعت الغنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٢م.
- د. حامد سلطان ، القانون الدولي العام وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٥م.

المراجع الأجنبية

- Jenning. R.. Acquisition of Territory in Int. Law. Manchester University Press. 1963.
- Gray C.. after the ceasefire Iraq. the Security Council. what does article (51) requires Security. Volume (4) ICLQ. 1991.
- Henkin L.. the Reports of the Death of Article 2 (4) and Greatly Exaggerated. Volume 65. AJIL. 1971.
- Elseman P.. the Integration of Int. Law and European Community into national Legal Order.. EPIL. Volume (1) 1995.
- James Facucitt. the Int. Protection of Human Rights. Hed LTD. London. 1967.
- Brownlie I.. Pringles of Public Int. Law. Oxford University Press. 1990.
- Horgrove J.. the Nicaragua Judgments and the Future of the Law of Force and Self-Defence. AJIL. Volume (81) 1987.
- Boutros Ghali. Agenda Pour La Paix Message Addressee Par Le Secretaries General De Nations Unies al Association Francaise Pur Les Nations Unies.
- Ahmed Abou-Elwafa. Public Int. Law. Dar-Alnahda Alarabia. Cairo. 2002.
- Baily S.. the UN Security Council and Human Rights. the Macmilan Press Ltd. London. 1994.
- Lillich R.. Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights. Law Report. Volume (53) 1997.
- Collection of Int. Instruments and other Legal Treaties Concerning Refugees and Displaced Parsons. Unchr. Geneva. 1995.
- Roy F.. Development of Int. Humanitarian Law. ICRC. Geneva. 1994.

منازعات العقد الإداري

بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء (دراسة مقارنة)

الدكتور/ رمزي هيلات

قسم القانون العام - كلية الحقوق - جامعة العلوم التطبيقية

المقدمة

من المهام الملقة على عاتق السلطة الإدارية إشباع حاجات الأفراد وتحقيق النفع العام، تلك الحاجات التي ازدادت كما ونوعاً، الأمر الذي فرض على السلطة الإدارية التخلي عن موقفها الحيادي إزاء حياة الأفراد بشكل عام إلى الموقف التدخلية في المجالات كافة. ومن أجل ذلك كان لا بد على السلطة الإدارية من القيام بالأعمال الإدارية المادية والقانونية، وهذه الأخيرة تتكون من القرارات الإدارية والعقود الإدارية، وقد رافق ذلك امتيازات متعددة منحها المشرع للسلطة الإدارية من الاستحالة أن نجدها في علاقات القانون الخاص.

هذه الامتيازات قلبت المعادلة بين أطرافها الطرف القوي وهو السلطة الإدارية من جهة، والطرف الضعيف، وهم الأفراد من جهة أخرى، كل ذلك كون السلطة الإدارية تقوم على تحقيق المصلحة العامة أولاً وأخيراً، ومع ذلك حرص المشرع في كل الدول على إقامة نوع من التوازن بين طرفي العلاقة، ووضع حقوق الأفراد وحرياتهم العامة نصب عينيه أمام احتمالية تعسف الإدارة ومخالفتها للقانون بقصد أو بدون وما قد ينتج عن ذلك من أضرار تصيب الأفراد في أشخاصهم أو أموالهم أو بهما معاً، وذلك من خلال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة من خلال الدعاوى الإدارية التي يرفعها الأفراد مدافعين عن مبدأ المشروعية ورد السلطة الإدارية لجادة الصواب واقتضاء التعويض أن كان هناك مقتضى.

إذاً نخلص من خلال العرض السابق إلى نتيجة مؤداها حدوث منازعات بين السلطة الإدارية من خلال ممارستها لأعمالها الإدارية وبين الأفراد، منها ما يتعلق بالقرارات الإدارية للتأكد من مشروعيتها من خلال دعوى الإلغاء، ومنها ما يتعلق بالعقود الإدارية ويتم ذلك من خلال دعوى القضاء الكامل.

ولكن هذا الكلام لا يؤخذ على إطلاقه فيما يتعلق بمنازعات العقود الإدارية، فهناك منازعات متصلة بالعقد الإداري ومع ذلك ينظرها القضاء من خلال دعوى الإلغاء استناداً إلى استحداث مجلس الدولة الفرنسي لنظرية جديدة أطلق عليها نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة، ومضمون هذه النظرية وبإيجاز، أنه إذا كانت عملية التعاقد مركبة أي تشتمل على إجراءات وقرارات متعددة وأمكن فصل أحد هذه القرارات فإنه يمكن الطعن به بدعوى الإلغاء دون أن يؤثر ذلك على مشروعية العقد.

وبناء على ذلك فإن منازعات العقود الإدارية قد تكون من اختصاص القضاء الكامل تارة وقد تكون من

اختصاص قضاء الإلغاء تارة أخرى.

ولتوضيح هذه الأمور بشيء من التفصيل وبالتحديد بيان أثر إلغاء بعض القرارات الإدارية التي تسبق إبرام العقد الإداري على العقد نفسه كانت هذه الدراسة على النحو التالي:-

فلا بد أولاً من تعريف العقد الإداري وبيان عناصره وهذا ما سوف نتناوله في المبحث الأول، وكون هذه الدراسة تتعلق بنوعي الدعاوى الإدارية (دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل) فلا بد من تعريفهما وبيان أوجه الاختلاف بينهما وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

وبما أن دعوى الإلغاء تتعلق بالقرارات الإدارية التي تسبق عملية إبرام العقد الإداري فسوف نخصص المبحث الثالث لإجراءات إبرام العقد الإداري. على أن نتناول بعد ذلك الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية في المبحث الرابع. وأخيراً بيان أثر إلغاء القرار الإداري المنفصل على العقد الإداري في المبحث الخامس.

المبحث الأول تعريف العقد الإداري وبيان عناصره

أشرنا سابقاً إلى أن السلطة الإدارية تقوم بمباشرة التصرفات القانونية من أجل تحقيق أهدافها والتي تتلخص بشكل عام في تحقيق النفع العام للمواطنين، وتتقسم هذه التصرفات إلى قسمين: قسم يصدر بإرادة السلطة الإدارية المنفردة وتتمثل في القرارات الإدارية، وقسم يتم بتوافق إرادتين، فإلى جانب إرادة الإدارة، هناك إرادة المتعاقد معها وهذا القسم يطلق عليه العقود الإدارية.

ومن الجدير بالذكر أنه ليس كل عقد تكون الإدارة طرفاً فيه يعتبر عقداً إدارياً وتطبق عليه قواعد وأحكام القانون الإداري، فقد تبرم السلطة الإدارية عقوداً في نطاق القانون الخاص إذا ما تنازلت عن امتيازات السلطة وافقت مع الأفراد الند بالند ونزلت إلى المستوى العادي لهم عندها تخضع هذه العقود إلى قواعد القانون الخاص.

وهذا ما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها ((ومن حيث إن الذي ينبغي المبادرة إلى التنبية إليه هو أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة بعقد إداري حتماً، فكثيراً ما تلجأ هذه الجهة إلى إبرام عقود بينها وبين جهة أخرى، أو بينها وبين بعض الأشخاص في ظل قواعد القانون الخاص، فيختص بها قاضي القانون الخاص، ولا تعني بأمرها مبادئ القانون الإداري، وليس بكاف أبداً مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصاً إدارياً عاماً للقول بأن التصرف أو العقد هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام، وتختص حتماً بالفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما يبرم عقداً إدارياً سواء بسواء.....))^١.

والعقد الإداري كما عرفه الفقه والقضاء الإداريان هو العقد الذي يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً

١ . القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية، قضية السيد محمد زيدان ضد وزارة المعارف والتموين والمالية، أشار إليه، د سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٥-٢٦.

من أجل تسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة. متبعاً في هذا الأساليب المقررة في القانون العام بما يعني انطواءه على نوع أو آخر من الشروط غير المألوفة الإلتباع في عقود القانون الخاص ١ .
وبالإضافة إلى ذلك، فقد عرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه ((ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، متبعاً في هذا الأساليب المقررة في القانون العام بما يعني انطواءه على نوع أو آخر من الشروط غير المألوفة الإلتباع في عقود القانون الخاص ٢ .

كما عرفته المحكمة الكبرى المدنية البحرينية ((.... وإذا كان يلزم لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الدولة أو ما إليها من الأشخاص العامة طرفاً فيه وأن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تنظمها قواعد القانون الخاص علاوة على أن يكون متصللاً بمرفق عام إتصلاً يتحقق به معنى المشاركة في تسييره.....)) ٣ .

وبناءً على ما ذكر من تعريفات سابقة للعقد الإداري نرى أنه لا بد من توافر ثلاثة شروط في العقد لاعتباره عقداً إدارياً وهذه الشروط هي:
أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً، وأن يتعلق بمرفق عام، على أن يكون متضمناً شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص ؛ وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه تباعاً بشيء من التفصيل.

أولاً: أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً:

حتى نكون أمام عقد من العقود الإدارية فلا بد أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، والأشخاص المعنوية العامة، الدولة أو السلطة الإدارية المركزية واللامركزية سواء كانت هذه الأخيرة إقليمية كالمبليات أو مرفقيه كالمؤسسات العامة، وبالمقابل فالعقود التي يكون أطرافها من أشخاص القانون الخاص كالأفراد والشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة تخرج من نطاق العقود الإدارية وقواعد القانون العام وتخضع لقواعد القانون الخاص حتى لو تعلق موضوع العقد بمرفق عام أو كان أحد طرفيه هيئة خاصة تخضع لرقابة قوية من الدولة ٥ .

وبالرغم مما ذكر فقد يكون أطراف العقد جميعهم من أشخاص القانون الخاص ومع ذلك نكون أمام عقد إداري ولكن بشرط أن يتم إبرام العقد من قبل أحد طرفيه لحساب شخص معنوي عام وليس لحسابه الخاص، بحيث تترتب آثار العقد جميعها سلباً وإيجاباً في ذمة الشخص المعنوي وليس في ذمة الشخص المتعاقد ٦ .

- ١ . د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٢١٢.
- ٢ . حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم ٧٥٦ الصادر بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ص ١٨٢١.
- ٣ . حكم المحكمة الكبرى المدنية- الغرفة الأولى رقم ٦٧٢ الصادر بتاريخ ١٠/٣٠/١٩٩٥ المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة، ط ١، سنة ٢٠٠٠، ص ٤٨.
- ٤ . انظر الموقع <http://memberes.maltmania.fr/droitdz/slimani3.htm> وكذلك الموقع <http://khalifas-lem.wordpress.com>
- ٥ . د. محمد رفعت عبد الوهاب مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٤٩٥.
- ٦ . د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ٤٩٥.

ثانياً: أن يتعلق العقد بإدارة وتسيير مرفق عام:

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام، بل لا بد من اتصاله بمرفق عام، ويكون هذا الاتصال على عدة صور، فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق أو استغلاله أو تسييره أو بالمعاونة في تسييره وإدارته من خلال توريد مواد أو خدمات أو غير ذلك ١ وفي فرنسا يشترط القضاء الإداري الفرنسي أن تكون صلة العقد بالمرفق العام أقوى ما تكون، عندها يكون ذلك كافياً لاعتبار العقد إدارياً دون أن يتطلب احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وعلى هذا الأساس إبرام العقد من قبل شخص من أشخاص القانون العام بالإضافة إلى شرط اتصاله اتصالاً قوياً بالمرفق العام يكون ذلك كافياً لاعتباره عقداً إدارياً، وقد بدا هذا الاتجاه واضحاً في فرنسا بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Terrier) وتقرير المفوض الفرنسي (Romieu) الذي عرف العقد الإداري بأنه العقد الذي يتعلق بتنظيم أو تسيير المرفق العام ٢.

كما تؤكد هذا الاتجاه مع صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Bertin) والتي تتلخص في أن السيد بارتان وزوجته أبرما عقداً مع الإدارة لاستقبال واستضافة اللاجئين السوفيت في فرنسا أثناء الحرب العالمية الثانية وتوفير إقامتهم حتى عودتهم إلى بلادهم، ولما ثار النزاع حول هذا العقد، اعترف مجلس الدولة الفرنسي باختصاصه به على اعتبار أنه من العقود الإدارية حتى ولو لم يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

أما إذا كان اتصال العقد بالمرفق العام ليس قوياً، أي مجرد صلة خارجية أو حتى لم يتصل بالمرفق على الإطلاق، عندها يشترط القضاء الإداري الفرنسي اشتغال العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في نطاق القانون الخاص ٣.

كما أكدت على ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث اعتبرت أن مناط العقد الإداري هو اتصاله بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة ٤.

وهذا ما أخذ به كذلك القضاء البحريني من خلال حكم المحكمة الكبرى الاستئنافية الثالثة البحرينية حيث قضت (.....) فإن العقد سالف الذكر يكون قد إتم بالتابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام....) ٥.

ونود الإشارة هنا إلى أن القضاء الإداري العربي لم يأخذ بالتفرقة التي أخذ بها القضاء الفرنسي فيما يتعلق بشرط اتصاله بالمرفق العام فسواء كان الاتصال قوياً أو ضعيفاً لا يؤثر ذلك، المهم اتصاله بالمرفق

١. د. نواف كنعان، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٣١٩.
٢. صالح إبراهيم المتيوي د، مروان محمد المدرس، القانون الإداري، الكتاب الثاني، جامعة البحرين، ٢٠٠٨، ص ١١٨.
٣. د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ٤٩٧.
٤. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء في البحرين، الكتاب الثاني، بدون دار نشر، ط ١، ٢٠١٢، ص ٧٢-٧٣.
٥. حكم المحكمة الكبرى الإستئنافية الثالثة رقم ٨٠٢ لسنة ١٩٩٢ الصادر بتاريخ ١١/٢٥/١٩٩٢، المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة، ص ٦٩.

العام مهما كانت قوة هذا الاتصال ١.

وحسناً فعل القضاء الإداري العربي في عدم أخذه بالترفة السابقة فعلية معرفة متى يكون الاتصال قوياً أو ضعيفاً لا يكون بالأمر السهل ولا يوجد معيار دقيق للفصل في ذلك. ومع ذلك يرى الدكتور سليمان الطماوي أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية فإنها ليست كافية لمنحه تلك الصفة، حيث إن قواعد القانون العام لم تعد ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، فهناك عقود إدارية لا تتعلق بمرفق عام مباشرة كبعض عقود الأشغال العامة، والعقود التي تتضمن شغلاً للمال العام ولكنها تعتبر من العقود الإدارية بتحديد القانون ٢.

ثالثاً: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص:

وهذه هي الفكرة الرئيسية في تمييز العقود الإدارية، فلا يكفي لاعتبار العقد إدارياً، أن يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام، وتعلقه بإدارة وتسيير مرفق من المرافق العامة، بل لا بد من أن يتضمن هذا العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية ((أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ٣ ومن هذه الشروط سلطة الإدارة في الإشراف على تنفيذ العقد، وكذلك حقها في إجراء بعض التعديلات على العقد بإرادتها المنفردة من جانب واحد دون موافقة الطرف الآخر، وكذلك سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها عند إخلالهم بالتزاماتهم العقدية، وقد تصل هذه إلى أقواها، وهو حقها في فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة أو عند إخلال المتعاقد معها بأحد التزاماته الجوهرية المنصوص عليها في العقد ٤ . وعادة ما يشوب البند غير المألوف اللبس والغموض نظراً لعدم وجود تعريف محدد له، وهذا الأمر يقع على عاتق القضاء في أن يحدد في كل حالة متنازع عليها ما إذا كان العقد يتضمن شروطاً استثنائية حتى يكون العقد إدارياً وتطبق عليه شروط القانون العام.

ومن تطبيقات ذلك من قبل القضاء الإداري الفرنسي، محاولة مجلس الدولة الفرنسي تعريف الشرط الاستثنائي في حكمه الصادر في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ والذي جاء فيه ((هي التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري ٥. وهناك محاولة أخرى من قبل الفقه ٦ لتعريف الشرط الاستثنائي، بأنه الذي يعطي الفريقين أو أحدهما حقوقاً أو يرتب على عاتقهما موجبات تختلف بطبيعتها وجوهرها عن تلك

١. د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ٤٩٧.

٢. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٩٤٢-٩٤٥.

٣. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٦ ديسمبر لسنة ١٩٥٦، القضية رقم ٢٢٣، لسنة ١٠ قضائية.

٤. د. صالح إبراهيم المتويتي، د. مروان محمد المدرس، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٢٢.

٥. أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع، ص ٨٨.

٦. د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص ٧٥.

التي يمكن أن يسلم بها الشخص بملء إرادته في إطار القوانين المدنية والتجارية. ولكن خلو العقد من هذه الامتيازات الممنوحة للإدارة وغير المألوفة لا يعني حتماً وبالضرورة أن يكون العقد مدنياً، بل إن القضاء يعتبره إدارياً إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام بشرط أن يسير هذا المرفق وفقاً لقواعد القانون العام^١ وفي هذا السياق وعطفاً على المعايير السابقة للعقد الإداري، يقول الدكتور جورج سعد، أن بعض فقهاء القانون الإداري يرون أن المعايير التقليدية للعقد الإداري تشهد انقلاباً جذرياً، حيث صدرت قوانين جديدة فرنسية وأوروبية في موضوعات مختلفة مثل الصفقات العمومية وإنشاء عقود الشراكة مع القطاع الخاص، وبرزت مبادئ ما فوق تشريعية سوف تحدث بالضرورة انقلاباً في مفاهيم العقد الإداري التقليدية خاصة مع ولادة ما يسمى اليوم بالعقود الإلكترونية التي تسهلها الثورة الهائلة الحالية في عالم الاتصالات^٢.

المبحث الثاني

التعريف بدعوى الإلغاء وتمييزها عن دعوى القضاء الكامل

كون هذه الدراسة على اتصال وثيق بكل من الدعويين، يرى الباحث أن التمييز بينهما على درجة كبيرة من الأهمية، وبناءً على ذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يخص المطلب الأول لدراسة دعوى الإلغاء، من حيث تعريفها وخصائصها فقط؛ ومن ثم التمييز بينها وبين دعوى القضاء الكامل في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف وخصائص دعوى الإلغاء

يقصد بدعوى الإلغاء، الدعوى التي يرفعها الأفراد إلى القضاء الإداري يطلب فيها إعدام قرار إداري مخالف للقانون^٣ وتعرف كذلك بأنها دعاوى قضائية ترفع لمخاصمة قرار إداري غير مشروع من أجل إلغائه أو إعدامه^٤.

ودعوى الإلغاء من دعاوى القضاء الموضوعية كونها تحمي المراكز القانونية العامة من خلال التصدي للقرارات المخالفة للمشروعية الإدارية، لذلك فهي لا تمثل خصومة تتعلق بحقوق شخصية، وإنما تخاصم القرار الإداري غير المشروع، وبما أن هذه الدعوى تنتمي إلى القضاء الموضوعي فإنها تعتبر من النظام العام بحيث لا يجوز التنازل مقدماً عن رفعها، ويعتبر الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه له

١. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٩٤٦.

٢. د. جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، بيروت ٢٠١١، ص ٣٧٥.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

٤. د. فاروق خماس، القضاء الإداري، جامعة البحرين، كلية الحقوق، ٢٠٠٦، ص ١٢٠.

حجيته على الكافة ١.

وبالرغم من ذلك فلا يمكن لدعوى الإلغاء أن تكون دعوى موضوعية بشكل مطلق، فمع اشتراط المشرع أن تكون هناك مصلحة لرفعها فإنها لا تخلو من بعض عناصر القضاء الشخصي، خاصة عند دخول شخص ثالث في هذه الدعوى. ومع ذلك فدعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية كون النزاع فيها ينصب على مشروعية القرار الإداري ٢.

ودعوى الإلغاء هي في الحقيقة من خلق وإنشاء مجلس الدولة الفرنسي على الرغم من أن هناك نصوصاً تشريعية فرنسية عملت على تنظيمها في بعض جوانبها مثل قانون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢، حيث لم يعمل مجلس الدولة على ربط دعوى الإلغاء بقانون من القوانين، بل اعتبرها مجرد أداة لتحقيق المشروعية وفقاً لمبادئ القانون العام، وقد ترتب على ذلك نتيجة بالغة الخطورة، وهي قبول دعوى الإلغاء ضد قرارات نص المشرع على تحصينها من جميع الطعون الإدارية أو القضائية.

ولقد تعاون كل من المشرع الفرنسي ومجلس الدولة الفرنسي على رعاية دعوى الإلغاء برعاية خاصة، تمثلت بتسهيل رفعها دون اشتراط المشرع وجوب رفعها من خلال محام وعدم دفع رسوم رفعها مقدماً ٣ وهذا مما نفتقده لدى مشرعنا العربي في اشتراطه دفع رسوم هذه الدعوى مقدماً ورفعها من خلال محام مما يحمل الأفراد صعوبات مادية قد تقف حائلاً دون رفعها.

المطلب الثاني

التمييز بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل

هناك فروق جوهرية بين كل من الدعويين، حيث تتميز دعوى القضاء الكامل بان سلطة القاضي فيها لا تقتصر على إلغاء القرار الإداري غير المشروع، بل تمتد هذه السلطة لتشمل تحديد المركز القانوني الشخصي للطاعن وبيان الحل الكامل للنزاع، لذلك فدعوى الإلغاء تختلف عن دعوى القضاء الكامل في الأمور التالية ٤:

١. **فمن حيث موضوع الدعوى:** فموضوع دعوى الإلغاء هو الطلب من القضاء الإداري إلغاء القرار الإداري لعدم المشروعية، أما موضوع دعوى القضاء الكامل فهو المطالبة بالتعويض عما أصاب المدعي من أضرار مادية أو معنوية من جراء التصرفات الإدارية، لذلك يمكننا القول بأن دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية تقوم على مخاصمة القرار الإداري غير المشروع، أما دعوى القضاء الكامل فهي خصومة بين المدعي وهو الشخص المتضرر والسلطة الإدارية.

١. د. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٧٣.
٢. د. محمد عبد الله حمود الدليمي، القضاء الإداري، في مملكة البحرين، جامعة العلوم التطبيقية، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٢٠٧.
٣. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٨١ وما بعدها.
٤. انظر د. عبد الفني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٢٠ وما بعدها، د. محمد وليد العبادي، القضاء الإداري، الجزء الثاني، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ٢٢٣-٢٢٨، د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١-٢٠١١، ص ٢٥٨-٢٦٠، د. فاروق أحمد خماس، القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين، المرجع السابق، ص ١٤٦-١٤٧.

٢. **من حيث المواعيد والإجراءات:** فحتى تقبل دعوى الإلغاء يجب أن ترفع خلال مدة معينة من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو التبليغ أو العلم اليقيني به، وهي شهران في التشريع الفرنسي وستون يوماً في التشريع المصري والأردني، أما المشرع البحريني فلم يحدد ميعاداً لرفع دعوى الإلغاء وإزاء ذلك يلزم القضاء بما تحدده بعض القوانين التي يصدر بناءً عليها القرار المطعون فيه والإالفقضاء البحريني يأخذ ميعاد الستين يوماً المأخوذ به في القضاء الإداري عرفاً قضائياً يبني عليه أحكامه كشرط من شروط قبول دعوى الإلغاء ويعتبر التراخي في رفع دعوى الإلغاء تنازلاً من صاحب المصلحة عن حقه ١، فإذا لم يتم الطعن بالقرار ضمن هذه المدة من قبل صاحب المصلحة، سقط حقه في تقديمها وتحصن القرار ضد الإلغاء. باستثناء القرارات الإدارية المنعومة أو القرارات الصادرة بناءً على غش أو تدليس والتي يجوز الطعن فيها دون التقييد بميعاد، أما دعوى القضاء الكامل فليس لها موعد محدد لتقديمها، بل تخضع للمواعيد المتعلقة بتقادم الحق المدعى به.

٣. من حيث مدى سلطة القاضي الإداري:

ففي دعوى الإلغاء تتحدد سلطة القاضي الإداري في فحص القرار الإداري والتحقق من مدى مشروعيته، فإذا وجد غير مشروع قام بإلغائه دون أن تمتد صلاحياته إلى أبعد من ذلك، أما في دعوى القضاء الكامل فصلاحيات القاضي تكون أوسع من ذلك، فقد تمتد لتشمل تعديل القرار أو استبداله أو إصدار قرار جديد بدلاً منه.

٤. من حيث حجية الحكم:

الحكم الصادر بدعوى الإلغاء له حجة مطلقة في مواجهة كافة السلطات في الدولة، وهذه الحجية طبعاً تقتصر على الحكم الصادر بإلغاء القرار، أما إذا أصدرت المحكمة حكماً يرد دعوى الإلغاء لأي سبب كان فهنا الحجية تكون نسبية بين المدعي والمدعى عليها، ويجوز الطعن بالقرار نفسه ممن له مصلحة في ذلك إذا ما تحققت شروط قبولها.

أما الحكم الصادر بدعوى القضاء الكامل فحجيته نسبية حيث يقتصر أثره على أطراف الدعوى فقط، المدعي والمدعى عليها، دون أن يتعدى بآثاره إلى الغير.

٥. من حيث الاختصاص:

الاختصاص بنظر دعوى الإلغاء ينحصر في القضاء الإداري دون غيره، أما النظر في دعوى القضاء الكامل، فإما أن يكون من اختصاص القضاء الإداري أو العادي حسب قواعد توزيع الاختصاصات.

المبحث الثالث

إجراءات إبرام العقد الإداري

تحرص الإدارة في عقودها الإدارية على الحصول على أفضل المتعاقدين من الناحيتين المالية والفنية، وذلك كونها تعمل على تحقيق المصلحة العامة، ومن أجل ذلك تلتزم بإتباع قواعد وإجراءات معينة في

١. أنظر الطعن رقم ٥٢١ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/٦/١٨، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز، الجزء الأول، السنة الثامنة عشرة من يناير إلى ديسمبر ٢٠٠٧، ص ٨٥٢.

اختيار المتعاقد معها، والمشرع البحريني كغيره يميل إلى تقييد الإدارة في إبرامها للعقود الإدارية ونجد ذلك واضحاً في نص المادة الرابعة من قانون تنظيم المناقصات والتشريعات الحكومية والمعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٠ (على أن يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات بأسلوب المناقصة العامة، ومع ذلك يجوز للجهة المشتركة بقرار مسبب من مجلس المناقصات التعاقد بأحد الأساليب الآتية:

أ. المناقصة على مرحلتين.

ب. المناقصة المحدودة.

ج. التفاوض التنافسي (الممارسة).

د. الشراء المباشر (الشراء من مصدر واحد).

هـ. طلب تقديم اقتراحات.

وهكذا يتضح لنا أن المشرع البحريني قد حصر أساليب التعاقد بالمناقصة والممارسة والشراء المباشر، ولدراصة هذه الأساليب، سنعمد إلى تخصيص مطلب مستقل لكل منها وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول أسلوب المناقصة

يعتبر المشرع البحريني كغيره من التشريعات الأخرى، أسلوب المناقصة الأسلوب العام في إبرام الإدارة لعقودها الإدارية، أما الأساليب الأخرى فلا يجوز اللجوء إليها إلا في حالات معينة وشروط محددة. والمناقصة هي طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها بشروط سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها ١.

كما عرفها (Flamme) بأنها إجراء يتم من جانب الإدارة بمفردها ويسبق إبرام العقد ويسمح لها بأن تلجأ إلى طلب معاونة المشروعات الخاصة وفقاً لأوضاع تحددها القوانين واللوائح سلفاً، مراعية بذلك صالح المرفق العام، ويتم تعيين المتعاقد بمقتضى هذه الطريقة عقب دعوة عامة وغير محددة عادة للمنافسة، مع تطبيق آلية الإرساء، بمعنى أنه ينبغي على الإدارة أن تختار صاحب أقل عطاء مستوف للشروط. ولكن هذا الإرساء المؤقت يبقى معلقاً على موافقة الجهة الإدارية المختصة التي تملك وحدها إبرام العقد ٢.

والمناقصة في هذا المعنى تختلف عن المزايدة، فالأولى تهدف إلى اختيار من يتقدم بأقل عطاء، ويكون ذلك إذا ما أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كأشغال عامة مثلاً، أما الثانية فتهدف الإدارة عن طريقها إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء، وذلك إذا ما أرادت أن تبيع أو تؤجر شيئاً من أملاكها ٣ والأصل في المناقصات أو المزايدات آلية الإرساء، هي إرساء المناقصة على صاحب أدنى سعر والمزايدة على صاحب أعلى سعر، الأمر الذي يكشف عن هذا المبدأ عيوباً أهمها، أن الأسعار المطروحة تكون على حساب

١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

٢. مازن ليلوراضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٧٠- هامش رقم ١.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

الجودة والإتقان، الأمر الذي أدى بالدول إلى تنوع المناقصات والمزايدات بقصد منح الإدارة قدرًا أكبر من الحرية في اختيار أفضل المتقدمين من الناحية الفنية والمالية^١ لذلك فإنه يمكن تقسيم المناقصات إلى نوعين:

١. المناقصات العامة المفتوحة^٢

وفي هذا النوع من المناقصات، يتم فتح الباب لعدد غير محدد من الأفراد للاشتراك فيها، أي يسمح بالاشتراك فيها لكل فرد أو مؤسسة أو شركة يرد اسمها في سجل التأهيل المسبق الذي يشمل أسماء الموردين أو المقاولين الذين يمكن أن تتعامل معهم الجهات الإدارية، لما يتوفر لديهم من المؤهلات والكفاءة المهنية والفنية والمالية.

ويتم هذا الأمر بعد إجراء العلانية التامة وذلك بالإعلان عن المناقصة ونوعها وموضوعها وموعد انعقادها وزمانها ومكانها من أجل الوصول إلى أفضل عطاء، وهذه العلانية عن طرح العطاءات ضرورية لتحقيق مبدأ المنافسة، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ البحريني، وكذلك الفقرات (أ، ب، د) من المادة الثامنة من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية الأردنية ((يدعى المتناقصون لتقديم عروضهم بالإعلان باللغة العربية مرة واحدة أو أكثر في صحيفتين يوميتين على الأقل ويجوز أن يتم الإعلان باللغة الإنجليزية إضافة للغة العربية عند دعوة المقاولين أو المستشارين الأجانب للاشتراك في المناقصة....)).

وعادة ما تلجأ الإدارة إلى هذا النوع من المناقصات في العقود التي لا تتطلب تنفيذها خبرة فنية عالية من جانب المتعاقدين مع الإدارة.

٢. المناقصات المحدودة:

وهذا النوع من المناقصات يقوم على اشتراك عدد محدود من المناقصين وذلك لتنفيذ مشروعات وأعمال وتوريدات تتطلب كفاءة فنية ومالية عالية، كإنشاء مطار جوي أو مفاعل نووي أو ميناء بحري أو توريد أجهزة علمية دقيقة، ففي مثل هذه الحالات تقصر جهة الإدارة المناقصة على فئة محدودة من المقاولين أو الموردين تختارها الإدارة بناء على سلطتها التقديرية ترى أنها هي القادرة على تنفيذ هذه الأعمال، وقد بين لنا المشرع البحريني الحالات التي يجوز فيها التعاقد بهذه الطريقة^٣ وهناك بعض المبادئ التي يجب على السلطة الإدارية احترامها في المناقصات وهي^٤:

١. انظر د. إبراهيم طة الفياض، العقود الإدارية، جامعة الكويت، ط١، ١٩٨١، ص٧٧/ وكذلك د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص٢٣١.
٢. انظر د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الموجز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء في البحرين، المرجع السابق، ص٩١-٩٢، د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص٥١٢ وما بعدها، د. نواف كنعان، القانون الإداري، المرجع السابق، ص٢٤٢، وما بعدها.
٣. انظر المادة ٤٣ من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحرينية رقم ٣٦ لعام ٢٠٠٢
٤. محمد رفعت عبد الوهاب: مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص٥١٢. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص ٨٨

أولاً: الإعلان عن المناقصة، ويتم بالطريقة التي يحددها المشرع، والإعلان عن المناقصة يختلف حسب نوع المناقصة، حيث يتبع أسلوب النشر في الجرائد للإعلان عن المناقصات العامة، والإعلان الشخصي أو التبليغ في المناقصات المحدودة أو الخاصة وذلك من أجل إعطاء الفرصة لكل من تنطبق عليه شروط المناقصة من الاشتراك فيها.

ومبدأ الإعلان عن التعاقد مبدأ أساسي كونه يوفر الشفافية في التعاقد، وهو أمر يصعب تحقيقه لو تم إحاطته بنوع من السرية عدا الحالات التي يجوز بها السرية لدواعي أمنية أو إستراتيجية وقد اعتمد المشرع البحريني هذا المبدأ في المادة ٢٢ من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية رقم ٣٦ لعام ٢٠٠٢ والتي تم الإشارة إليها سابقاً في هذا البحث.

ثانياً: حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين: ويكون ذلك بإعطاء المجال لكل من يريد الاشتراك في المناقصة العامة ممن تنطبق عليه شروطها، وعليه لا يجوز للإدارة أن تستبعد أو تمنع أي شخص ممن تتوافر فيه الشروط من التقدم لها بدون سبب قانوني، وعلى هذا الأساس فسلطة الإدارة في هذا الأمر سلطة مقيدة.

ومع ذلك فللإدارة الحق أن تستبعد بعض الأشخاص الذين لا تتوفر لديهم القدرة المالية أو الفنية تحقيقاً للمصلحة العامة وتوفيراً للوقت والجهد للجانب فحص العطاءات والبت فيها، وهذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر في ٢١ إبريل سنة ١٩٥٧ وقد نظم المشرع البحريني إجراءات المناقصات بطريقة تضمن حرية المنافسة والمساواة بين المتقدمين لها ومعظم القوانين المنظمة لعقود الإدارة عن طريق المناقصة تتفق على هذه الإجراءات ٢ والتي يمكن تلخيصها على النحو التالي:

أ. الإعلان عن التعاقد:

ويقصد به إيصال العلم إلى جميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة ومكان وزمان إجراء المناقصة، وشرط الإعلان عن التعاقد من الشروط الجوهرية التي يترتب على إغفاله بطلان العقد، والإعلان عن التعاقد هو مجرد دعوة للتعاقد، فهو ليس ايجاباً من قبل الإدارة، فالإيجاب هنا هو العطاء الذي يتقدم به الراغب في التعاقد مع الإدارة ٢. وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث ذهبت في أحد أحكامها إلى أن إعلان الإدارة عن مناقصة أو مزايمة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد ٤ وما قضت به كذلك محكمة العدل العليا الأردنية بقولها (إن عقود المناقصة تتم بتوجيه دعوة المناقصين

١. انظر تفاصيل هذا الحكم، د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

٢. د. صالح إبراهيم المتويتي، د. مروان محمد مدرس، القانون الإداري، ص ١٢٠، المرجع السابق.

٣. د. صالح إبراهيم المتويتي، د. مروان محمد مدرس، المرجع السابق، ص ١٢١. كذلك د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٦٦.

٤. د. إبراهيم عبد العزيز شحنا، الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لفقه وأحكام القضاء البحريني، المرجع السابق، ص ٩٩. وكذلك حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٢٤/١٩٧٧، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٧، ص ٦٤١.

للتعاقد، ويعتبر تقديم العطاء إيجاباً وإرساء المناقصة قبولاً.....)

ب. تقديم عروض العطاءات:

بناء على الإعلان السابق من قبل الإدارة في دعوتها إلى التعاقد، يستطيع كل من يرغب في التعاقد مع الإدارة أن يتقدم بعطائه متضمناً السعر الذي يرى التعاقد على أساسه بالرقم والحروف وأن يذكر السعر الإفرادي لكل وحدة، والسعر الإجمالي للعرض، ولا تقبل العروض التي ترد لدائرة العطاءات مباشرة إلا إذا ورد بدعوة العطاء نص صريح بخلاف ذلك ١ .

ولكن يجوز إرسال العطاءات عن طريق البريد المسجل بعلم الوصول قبل موعد إغلاق المناقصة أو عن طريق البريد الإلكتروني حسب الشروط التي يحددها المجلس ٢.

ويجب أن يكون العطاء كتابياً وموقعاً من صاحبه وخالياً من المحو أو التعديل أو الشطب أو الإضافة، وبشكل عام يجب أن يتضمن العطاء البيانات والوثائق المطلوبة، وهذا ما نص عليه المشرع البحريني ٢ كذلك أضاف القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٠ المعدل لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية للمادة ٢٤ فقرة جديدة أجازت تقديم العطاء في مظروفين أحدهما فني والأخر مالي إذا نصت وثائق المناقصة على ذلك. ولا تقبل العروض غير الموثقة وغير المختومة حسب الأصول أو التي ترد ناقصة أو غامضة، فالعرض المقدم من الشركة يجب أن يوقع العطاء من مجموع الشركاء أو من يمثلهم قانونياً وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا الأردنية بقولها ((إذا كان عقد الشركة يشترط لمسؤوليتها عن العطاءات التي ترغب في الدخول بها أن توقع هذه العطاءات وجداول الأسعار من الشريكين مجتمعين، وأن العرض المقدم من الشركة موضوع النزاع وكذلك جداول الأسعار والموقع من أحد الشريكين لا يعتد به، ولا تعتبر الشركة بالتالي داخلة أو مشتركة بالعطاء ٤ .

ويجب أن تقدم العطاءات من تاريخ الإعلان عن المناقصة وللمدة المحددة، ولكن يجوز تمديد هذه المدة لفترة لا تزيد على تسعين يوماً أو تقصيرها. بناءً على طلب من الجهة المتصرفة أو أصحاب العطاءات، ويمنع استلام أي عطاء بعد انتهاء الميعاد المحدد لتقديم العطاءات، ويجب أن يؤدي مع كل عطاء ضمان ابتدائي، إلا أنه بالمقابل يجب إعادة الضمان إلى الموردين أو المقاولين دون توقف على طلب منهم عقب انتهاء إجراءات الشراء ٥ .

ولكن بموجب التعديل الأخير الذي طرأ على المادة ٢٨ من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية رقم ٣٦ لعام ٢٠٠٢، بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٠- أجازت الإعفاء من تأدية الضمان الابتدائي بناءً على طلب من الجهة المتصرفة واقتضاء المصلحة العامة، شريطة أن يشمل الإعفاء جميع الموردين أو المقاولين

١. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

٢. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص ١٠٠.

٣. أنظر نص المادة ٢٤ من القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠٠٢ السابق ذكره.

٤. حكم محكمة العدل العليا الأردنية، رقم ٧٢/٤٩، مجلة نقابة المحتمين سنة ١٩٧٣، ص ١٩٦، أشار إليه، د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

٥. انظر نص المادتين ٢٨/٢٥ من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، رقم ٣٦ لعام ٢٠٠٢.

المشاركين في المناقصة، وكذلك إعفاء مقدمي العطاءات المتعلقة بالدراسات والخدمات الاستشارية والتخصصية.

ج. فحص العطاءات:

بعد أن يتقدم المشتركون بعطاءاتهم ضمن المدة المحددة لذلك وبعد انتهاء هذه المدة، تقوم لجنة العطاءات بفحص هذه العطاءات فحصاً أولياً لاستبعاد العطاءات غير المستوفية للشروط سلفاً، ومن ثم تقوم بعد ذلك بدراسة وفحص العطاءات المتبقية فحصاً دقيقاً من أجل اختيار الأفضل والمناسب من العروض من حيث السعر والجودة ومن ثم تسجل محضر لكل جلسة من جلسات اللجنة ويتم توقيع كل محضر من قبل أعضاء اللجنة، وكذلك ينظم محضر فتح العروض يسجل فيه أسماء جميع المناقصين المشتركين في العطاء وعدددهم ونوعية كل عرض وقيمة تأمين الدخول فيه، وأية معلومات أخرى يراها رئيس لجنة العطاءات ١. وقد أشار المشرع المصري في المادة (١٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إلى إنشاء لجان فتح المطارييف ولجان البت بقرار من السلطة المختصة، حيث تضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد، ثم أوردت اللائحة التنفيذية للقانون إضافات مفصلة عن تشكيل لجنة المطارييف وطبيعة عملها ٢.

وكذلك تعرض المشرع البحريني لموضوع فحص العطاءات- في المادة ٢٩ من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية حيث نصت على ((أن يقوم المجلس أو أية لجان يكلفها، بفتح مطارييف العطاءات في المكان والزمان المحددين في وثائق المناقصة أو في الموعد النهائي في حالة المد، وكذلك في حضور أصحاب العطاءات أو مندوبيهم، على أن يتم إعلان اسم وعنوان كل صاحب عطاء يفتح عطاؤه وقيمة العطاء، وتدون نتائج فتح المطارييف في محضر يسمى ((محضر فتح المطارييف)) يتم التوقيع عليه من قبل أعضاء المجلس أو اللجنة حسب الأصول.

وهكذا يتبين لنا أن دور لجنة فتح المطارييف هو دور إعدادي، وعلى الرغم من ذلك فلها دور نهائي في بعض الحالات لأن من حقها أن تستبعد كل عطاء لا يكون مستوفياً للشروط المطلوبة مثل تقديم العطاء في الميعاد، وكذلك لها الحق في أن تتأكد من أن مقدم العطاء غير محروم من الاشتراك في المناقصة العامة، وتمارس اللجنة هذه الاختصاصات بقرارات إدارية يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإداري ٣.

د. إحالة العطاءات وإبرام العقد:

بعد أن تنهي لجنة فحص العطاءات عملها وتتأكد من توافر كافة الشروط المطلوبة قانوناً في العطاءات المقدمة وتصبح المناقصة جاهزة، يأتي دور لجنة البت في المناقصة في تعيين المناقص التي سوف ترسو عليه المناقصة تمهيداً لقيام الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد. ومن الجدير بالذكر أن القرار الصادر من لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المناقصين لا يعتبر بمثابة

١. د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

٢. د. صالح إبراهيم المتيوتي، د. مروان محمد المدرس، المرجع السابق، ص ١٢٤.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

القبول من جانب الإدارة يترتب عليه إلزامية أبرام العقد معه، حيث يتطلب لإبرام العقد ومن ثم إلزاميته لكلا الطرفين، قيام الجهة الإدارية المختصة بالمصادقة على إرساء المناقصة، وبعد اعتماد المناقصة من الجهة الإدارية المختصة يجب إخطار المتقدم الذي قبل عطاؤه برسو المزايد عليه ويتطلب حضوره لإيداع التامين النهائي وتوقيع العقد. وهذا ما أكدته ونصت عليه المادة ٢٧ من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية رقم ٣٦ لعام ٢٠٠٢ ((يقوم المجلس ١ أو أية جهة يكلفها، بإصدار قرار الترسية على العطاء الذي تحقق من أنه هو العطاء الفائز وفقاً لمعايير التقييم، ويتم الإعلان عن جميع قرارات الترسية شهرياً في الجريدة الرسمية، وتقوم الجهة المشتريّة بإرسال خطاب الرغبة المبدئية إلى صاحب العطاء الذي تقرر إرساء المناقصة عليه، ليتسنى له تقديم ضمان التنفيذ حسب شروط وثائق المناقصة، على أن تخطره بقرار الترسية خلال ثلاثة أيام من تاريخ تسلمها لهذا القرار)).

وفي حالة امتناع المناقص عن التعاقد بعد تبليغه بالإحالة، يكون للجهة المتصرفة الاحتفاظ بالتأمينات الأولية وتنفيذ العمل على حسابه من غير الحاجة الى توجيه إنذار أو اتخاذ أي إجراء قانوني آخر، ولها حالة العمل بعد نكول المناقص الأول إلى المناقص الثاني إذا رأت في ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة ٢. كما أنه للجهة المتصرفة الحق في إلغاء المناقصة نهائياً، وفي جميع المراحل بقرار مسبب إذا اقتضت المصلحة العامة بذلك، دون أن تترتب أية مسؤولية على الجهة المتصرفة، على أن يتم إخطار أصحاب العطاءات بإلغاء المناقصة ورد قيمة الضمان الابتدائي لجميع المتنافسين، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٦ من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني لعام ٢٠٠٢ ((تلغى المناقصة بقرار مسبب من المجلس، إذا استغنى عنها نهائياً بناء على طلب الجهة المشتريّة، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، على أن يخطر جميع أصحاب العطاءات المشاركين في المناقصة بذلك، ولا تترتب أية مسؤولية مدنية أو غيرها على المجلس أو الجهة المشتريّة نتيجة لإلغاء المناقصة. ويكون إعادة طرح المناقصة بقرار من المجلس. ومع نهاية هذا المطلب والذي تناول أسلوب المناقصة لإبرام العقود الإدارية، نود أن نشير هنا إلى رأي الفقه الحديث- والذي نؤيده- في هذا الأسلوب من أساليب التعاقد أنه لا يحقق المصلحة العامة في جميع حالاته وذلك للأسباب التالية ٣:-

١. ثبت عملاً أن أسلوب المناقصة لم يعط دائماً الإدارة ما كانت تتوقعه من فوائد مالية.
٢. ثبت كذلك أن هذا الأسلوب لم يحقق لجهة الإدارة ما كانت ترجوه من ضمانات في الحصول على السعر الأقل وبجودة عاليه، بسبب لجوء المناقصين إلى طرق التحاليل لجعل المناقصة صورية وليست حقيقية.
٣. ضرورة التركيز على الجانب الفني في الوقت الراهن أكثر من الجانب المالي خاصة مع زيادة المرافق العامة الصناعية والتجارية.

١. ويقصد بالمجلس، مجلس المناقصات وقد تم تشكيله بموجب المادة (٨) من قانون المناقصات والمزايدات الحكومية رقم ٣٦ لعام ٢٠٠٢ ويلحق بمجلس الوزراء، ويتكون من رئيس ونائب للرئيس وسبعة أعضاء يعينون بمرسوم....

٢. د. ابراهيم عبد العزيز شبحا، المرجع السابق، ص ١١٢.

٣. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٠٣-١٠٥.

٤. هناك بعض المشاريع التي تنوي الإدارة إقامتها، تتطلب التركيز على الجوانب الفنية والجمالية أكثر من الجانب المادي، كما لو رغبت في إقامة تمثال أو تجميل ميدان أو رصيف أو غير ذلك. وتلافي ما سبق من قصور في هذا الأسلوب، لم يجعله المشرع أسلوباً وحيداً في التعاقد، بل سمح بالتعاقد من خلال أساليب أخرى وجعل للإدارة سلطة التقدير في اختيار الأسلوب الأمثل، وهذا ما سوف نتناوله في المطالب التالية من هذا المبحث.

المطلب الثاني أسلوب الممارسة

إلى جانب أسلوب المناقصة الذي تتبعه الإدارة في إبرام عقودها الإدارية، والتي يفرض عليها بعض الإجراءات، وقييد حريتها في اختيار المتعاقد معها، هناك أسلوب آخر يعطي الإدارة قدراً من الحرية وحررها بعض الشيء من الإجراءات والتي قد تفرض عليها متعاقداً لا ترغب في التعاقد معه، وهو ما يطلق عليه أسلوب الممارسة.

والممارسة كمصطلح إداري معناها قيام الإدارة بالتفاوض علناً مع المتنافسين من أصحاب العروض من أجل الوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار التي يقبلها أحدهم ويؤدي ذلك إلى إبرام العقد معه ١. ويمتاز هذا الأسلوب باختصار الإجراءات الطويلة التي يستغرقها أسلوب المناقصة، إضافة إلى طابع العلنية من خلال معرفة جميع الراغبين بالتعاقد بالأسعار التي يقدمها المناقصون ٢.

وهذا الأسلوب يكون على صورتين، فقد تكون ممارسة عامة وقد تكون ممارسة محدودة، وتسري عليهما الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص بها. وفي الممارسة العامة، يسمح فيها لكل من يجد في نفسه الصلاحية للتعاقد مع الإدارة بشأن الصفقة المعلن عنها بأن يتقدم بعطاءه للجهة المختصة ويكون التعاقد بهذه الطريقة بقرار من السلطة المختصة، أما الممارسة المحدودة أو المقيدة وفيها تقتصر الدعوى على شركات معينة أو بعض المقاولين. حيث تستقل الإدارة باختيار المتقدم الذي ترى أنه الأصلاح للتعاقد، أخذاً بعين الاعتبار قيمة المقابل وتكاليف الاستعمال والقيمة الفنية والضمانات المهنية، ومدة التنفيذ الخاصة بكل عطاء، وكذلك تستقل بتحديد مواصفات العقد ولها الحرية التامة في رفض أي عطاء لا يتطابق مع تلك المواصفات أو إلغاء الممارسة على أن تلتزم بقاعدة المساواة بخصوص ممارسة المتقدمين وفضل العطاءات ٣.

وقد حدد المشرع البحريني الحالات التي يجوز فيها التعاقد من خلال التفاوض التنافسي (الممارسة) في المادة ٤٥ من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية رقم ٣٦ لعام ٢٠٠٢ على النحو الآتي:

٤. السلع التي لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة.

١. د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٨٥.

٢. د. مازن ليلوراضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق ص ٧٧.

٣. د. صالح ابراهيم المتيوتي، د. مروان محمد المدرس، المرجع السابق، ص ١٤٠.

- ب. الأعمال الفنية التي تقتضي بحسب طبيعتها تنفيذها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين.
- ج. السلع أو الإنشاءات أو الخدمات التي تقتضي بحسب طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون شراؤها من أماكن إنتاجها.
- د. التوريدات والإنشاءات والخدمات التي لم تقدم عنها أية عطاءات في المناقصات، أو قدمت عنها عطاءات بأسعار غير مقبولة وكانت الحاجة إليها لا تسمح بإعادة طرحها في مناقصة.
- هـ. في حالة الكوارث والضرورة العاجلة التي تتسبب في حاجة ملحة إلى السلع أو الإنشاءات أو الخدمات والتي لا تحتمل معها إتباع إجراءات المناقصة العامة.
- وبمقارنة هذه الحالات مع الحالات التي نصت عليها المادة الخامسة من قانون المناقصات والمزايدات المصري نجد أنها متشابهة باستثناء بعض الحالات لم يرد ذكرها في القانون البحري وهي الأشياء المحتكر صنعها واستيرادها والأشياء التي لا توجد إلا لدى شخص بذاته. والحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لإغراض غير التغذية.

المطلب الثالث أسلوب الإتفاق المباشر

في هذا الأسلوب تختار الإدارة المتعاقد معها بحرية كاملة دون أن تكون مقيدة بأية إجراءات مسبقة كما هو الحال في أسلوب المناقصة والممارسة، وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب بناءً على أسباب متنوعة، فقد يكون بسبب حالة الاستعجال والذي لا يكون فيه أمام الإدارة متسعاً من الوقت للقيام بالإجراءات التي تسبق أسلوب المناقصة أو الممارسة، أو قد يكون هناك احتكار قانوني أو فعلي للعمل موضوع العقد من قبل شركة معينة بحيث لا يوجد هناك الطرف المنافس على الإطلاق في هذا المجال، أو قد يتصف موضوع العقد الذي تريد الإدارة إنجازه بصفة السرية مما يحول دون الإعلان عنها بطريقة المناقصة أو الممارسة^١ أو قد تتسم بعض العقود بطابع الاعتبار الشخصي وبالإمكانات المادية أو الفنية الكبيرة كعقد التزام المرافق العامة حيث يكون الأسلوب الملائم له الإتفاق المباشر^٢ وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية رقم ٣٦ لعام ٢٠٠٢ حيث استثنت من نطاق تطبيقه كلاً من إدارتي الأوقاف السنوية والجعفرية وكذلك قوة دفاع البحرين وقوات الأمن العام والحرس الوطني وذلك بالنسبة لشراء السلع والإنشاءات والخدمات ذات الطابع العسكري أو الأمني أو السري التي تتطلب المصلحة العامة عدم الإعلان عنها أو عدم تطبيق الإجراءات التي نص عليها هذا القانون.

وبالمقابل حددت المادة ٥٠ من هذا القانون الحالات التي يجوز فيها للإدارة التعاقد بطريق الشراء المباشر وهي:-

١. إذا لم تتوافر السلع أو الإنشاءات أو الخدمات إلا لدى مورد أو مقاول معين، ولا يوجد لها بديل مقبول.

١. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٦.

٢. د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ٥١٥.

- ب. الحالات العاجلة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المناقصة بجميع أنواعها أو الممارسة.
- ج. حالة الكوارث التي تسبب في حاجة ملحة إلى السلع أو الإنشاءات أو الخدمات والتي لا تحتمل معها إتباع إجراءات المناقصة العامة.
- د. حالة التوحيد القياسي أو التوافق مع الموجود من السلع أو المعدات أو التكنولوجيا أو الخدمات مع مراعاة محدودية الشراء المقترح بالقياس إلى الشراء الأصلي ومعقولية السعر وعدم ملاءمة البديل.
- هـ. حالات الشراء لفرض البحث أو التجريب أو الدراسة أو التطوير.
- و. إذا كان الشراء من مورد أو مقاول معين ضرورياً لتعزيز الاقتصاد الوطني كدعم ميزان المدفوعات أو احتياطي العملات الأجنبية.
- ويكون الشراء المباشر بطلب تقديم اقتراح أو عروض أسعار، وذلك كله وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية.
- ويشترط للتعاقد بالطريق المباشر أن يصدر الأذن بالتعاقد من الجهة المختصة بذلك، وبما لا يجاوز المبالغ المحددة في الموازنة، وخلاف ذلك يترتب عليه بطلان تصرفات الإدارة وما يتبع ذلك من مساءلة تأديبية أو جنائية قد تلحق بالمخالف ١.

المبحث الرابع الإختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية

بعد أن قمت بتعريف العقد الإداري والشروط والواجب توافرها فيه لاعتباره عقداً إدارياً، وإجراءات إبرامه، ونظراً لما قد يثور من منازعات بشأن هذا العقد فإن الأمر يقتضي التعرض لولاية القضاء الإداري التي تخضع لها تلك المنازعات، حيث إن منها ما تخضع لقضاء الإلغاء ومنها ما يخضع للقضاء الشامل أو الكامل.

وهذا ما سوف نتناوله بشيء من التفصيل في هذا المبحث، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول، منازعات العقود الإدارية الخاضعة للقضاء الكامل، وندرس في المطلب الثاني منازعات العقود الإدارية التي تخضع لقضاء الإلغاء.

المطلب الأول منازعات العقود الإدارية الخاضعة للقضاء الكامل

من أهم خصائص القرار الإداري القابل للطعن بدعوى الإلغاء صدوره عن الإرادة المنفردة والملزمة للسلطة الإدارية، وهذا ما يميزه عن العقد الإداري الذي يتم إبرامه بتوافق إرادتين، ونتيجة لذلك فالقاعدة العامة أن كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من حيث انعقاده أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، تخضع

١. د. مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص ٧٩.

للقضاء الكامل أي لقاضي العقد، والقاضي في نظره لهذه المنازعات يتمتع بسلطات واسعة كما ذكرنا في معرض حديثنا عن التمييز بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، كون قضاء الإلغاء قضاء مشروعياً، أي يقتصر على التحقق من مدى مشروعية القرار الإداري دون أن تمتد سلطة القضاء إلى ابعاد من ذلك، فإما أن يقوم بإلغاء القرار لعدم مشروعيته أو يرد الدعوى بعد التثبت من مشروعيتها وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية انتماء هذه المنازعات إلى القضاء الكامل في حكمها الصادر في ١٩٩٥/١/٢٤ ومما جاء فيه ((انه لما كان المستقر عليه فقها وقضاء أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل، فإنه يكون للمحكمة أن تنظر ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات وقرارات، وذلك باعتبارها من عناصر المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات.

كما يكون للمحكمة الاختصاص الشامل لجميع ما يتفرع عن المنازعة الأصلية من أمور مستعجلة ١ كما قضت محكمة العدل العليا الأردنية بهذا الشأن)) (بأنه إذا كان القرار الصادر عن لجنة العطاءات المركزية بمصادرة التأمين المقدم من المتعهد والشراء على حسابه، وملاحقته بفروق الأسعار قد صدر وفقاً لشروط العقد المبرم بين لجنة العطاءات المركزية والمؤسسة المستدعية فإن مثل هذا القرار لا يعتبر من القرارات الإدارية بالمعنى المنصوص عليه في المادة ١٠/٣ من قانون تشكيل المحاكم النظامية والتي يجوز الطعن بها أمام محكمة العدل العليا وإنما هو قرار قد صدر عن لجنة العطاءات نتيجة لخلاف بين الطرفين على تنفيذ العقد)) ٢) والمنازعات التي يمكن أن تنثار بين أطراف العقد لها صور متعددة منها ٣.

أولاً: دعوى الحصول على مبالغ مالية:

حيث تهدف هذه الدعوى إلى حصول أحد المتعاقدين على مبالغ مالية، سواء كانت ذلك في صورة ثمن أو اجر متفق عليه في العقد، أو تعويض عن الأضرار التي سببها أحد طرفي العقد للآخر.

ثانياً: دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة المخالفة لالتزاماتها العقدية:

حيث يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في طلب إبطال التصرفات الإدارية المخالفة لالتزاماتها العقدية لدى القضاء الكامل ودون التقيد بالمواعيد المحددة لرفع دعوى الإلغاء.

ثالثاً: دعوى فسخ العقد:

للمتعاقد مع السلطة الإدارية أيضاً أن يرفع دعوى لدى القضاء الكامل ويكون موضوعها فسخ العقد، إذا ما ارتكبت الإدارة خطأً جسيماً خلال تنفيذ التزاماتها التعاقدية أو في حالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ

١. الطعن رقم ١٣٢٦، ٣٢ ق، تاريخ ١٩٩٥/١/٢٤ أشار إليه د. محمد عبد الله حمود الدليمي، القضاء الإداري في مملكة البحرين، المرجع السابق،

٢. حكم محكمة العدل الأردنية رقم ١٩٧٤/٨٤، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٧٤، ص ١٢٠.

٣. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٨٩، وما بعدها

د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٠٦ وما بعدها

محمد عبد الله الدليمي، المرجع السابق، ص ١٩٧-١٩٨.

العقد أمراً مستحيلاً.

رابعاً: دعوى بطلان العقد الإداري:

هذه الدعوى والتي يكون موضوعها بطلان العقد الإداري لعبت بتكوينه أو بصحته أو مخالفته لشكل وأوجب القانون استيفاءه، ينظر بها القضاء الكامل. ومن الجدير بالذكر هنا، أن اختصاص القضاء الكامل لا يقتصر على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد سواء في تكوينه أو تنفيذه أو نهايته بل يمتد اختصاصه بالنظر في جميع الطلبات المستعجلة والمتضرعة عن العقد الإداري، والدعاوى الإدارية المستعجلة، هي طلبات يرفعها صاحب الشأن في حالة الاستعجال للمطالبة بالحصول على حكم ذي طبيعة وقتية لدرء خطر داهم يهدد وجود الحق ذاته أو حفظ الدليل المثبت للحق إذا كان يخشى عليه من الزوال بمرور الوقت^١ ومن أمثلة الطلبات المستعجلة في مجال العقود الإدارية، طلب المتعاقد مع الإدارة من القاضي تعيين خبير كإجراء مستعجل لفحص وإثبات ما قام به من أعمال لصالح الإدارة المتعاقدة قام بتسليمها إليها، ويشترط لقبول هذا الطلب المستعجل أن يتوافر فيه طبيعة الاستعجال والجدية، والاستعجال هو ضرورة ملحة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه من مضي الوقت لو ترك حتى يتم الفصل فيه موضوعاً. أما شرط الجدية فيقصد به، أن يقوم الطلب المستعجل على أسباب ترجح القضاء فيما بعد بإلغائه موضوعاً^٢.

المطلب الثاني

منازعات العقود الإدارية التي تخضع لقضاء الإلغاء

ذكرنا فيما سبق أن القاعدة العامة هي عدم خضوع العقود الإدارية لدعوى الإلغاء، وللتلطيف من حدة هذه القاعدة أستحدث مجلس الدولة الفرنسي نظرية جديدة عرفت بنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة، ومقتضى ذلك أنه إذا كانت عملية التعاقد مركبة، أي تشمل على إجراءات وقرارات متعددة، وأمكن فصل أحد هذه القرارات دون أن يؤثر ذلك على مشروعية العقد، فإن هذا القرار يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء أو الإبطال^٣. والطعن بالإلغاء في هذه القرارات يمكن تصوره في مرحلة إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه وعلى ذلك سنخصص لكل منها فرعاً مستقلاً.

١. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

انظر الموقع: <http://members.multimania.fr/droitdz/slimani3.html>

٢. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

٣. د. عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، بدون دار نشر، ولا سنة طبع، ص ٢١٤.

الفرع الأول الطعن بالإلغاء في مرحلة تكوين العقد

تقوم الإدارة بإصدار الكثير من القرارات أثناء مرحلة إبرام العقد، كالقرارات الصادرة بإجراء المناقصة أو المزايدة، قرارات لجنة البت في العطاءات، الإجراءات الخاصة من سلطة الإدارة المتعاقدة بالموافقة على العقد، الإجراءات الخاصة بالتوقيع على العقد، كل هذه القرارات التي تصدرها الإدارة إبان مرحلة إبرام العقد بالإمكان فصلها عن العقد ذاته والطعن فيها استقلالاً بدعوى الإلغاء ١.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو: من له الحق في الطعن في الإلغاء في القرارات القابلة للانفصال أثناء فترة انعقاد العقد؟.

وعلى ذلك يجيب د. إبراهيم شيحا بأن الطعن بالإلغاء في هذه القرارات يحق لكل ذي مصلحة من الغير، خاصة وأن مجلس الدولة الفرنسي لم يعمل على خلق نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة في بداية الأمر إلا حماية للغير لأنهم أصحاب المصلحة في تطبيق هذه النظرية ٢ ولكن ليس لهؤلاء التدخل في المنازعات المتعلقة بالعقد والتي تكون مقصورة على طرفيه (الإدارة والمتعاقد معها) ومن خلال دعوى القضاء الكامل، أما الطعن في القرارات المنفصلة عن العقد فيكون مباحاً أمام كل ذي مصلحة.

هذا بالنسبة للغير، أما المتعاقد مع الإدارة فهل يمكنه الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد؟ مجلس الدولة الفرنسي لا يمنع المتعاقد مع الإدارة من ذلك، بشرط أن يبنى طعنه على مخالفة هذه القرارات لقواعد القانون دون الاستناد إلى حق ذاتي أو شخصي ويمكن القول هنا أن المتعاقد نادراً ما يلجأ إلى دعوى الإلغاء والسبب في ذلك هو أن المتعاقد لديه طريق آخر يمكن أن يسلكه لحماية حقوقه ألا وهو طريق القضاء الكامل ٣.

إذاً لكل صاحب مصلحة من الغير أو المتعاقد نفسه الحق في اللجوء إلى دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، بعد أن طبق القضاء الإداري نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة في الكثير من أحكامه، وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا الأردنية في أحد أحكامها (أن العقد الإداري يمر في عملية مركبة تقتضيها طبيعته التمهيدي حيث تستقل الإدارة بصفتها سلطة عامة بإصدار القرارات الإدارية المنفردة وتحدد بها المراكز القانونية قبل إحالة العطاء، وهذه القرارات وفي هذه المرحلة تأخذ شكل وصفة القرارات الإدارية بالمعنى المقصود بذلك، ويحق لأي متضرر الطعن بها أمام القضاء الإداري.....) ٤.

كما قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بهذا الخصوص بما يلي ((والمحكمة ترى في تحليل العملية

١. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري اللبناني، الجزء الثاني، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩٤، ص ٢٣. انظر كذلك في أنواع هذه القرارات، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٤١-٣٤٢.

٢. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري اللبناني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٢٣-٢٤.

٣. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، القضاء الإداري اللبناني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٢٣-٢٤.

٤. حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٩٧/٢٧٠، تاريخ ١٩٩٧/١١/١٨، أشار إليه، د. نواف كنعان، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ١٨٥.

القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له وان القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إذا كان لهذا التعويض محل...))^١.

وكذلك قضت محكمة العدل العليا الأردنية بهذا الخصوص ((تتم عملية المناقولة على مرحلتين، أولهما أعمال تمهيدية، ثانيهما إبرام العقد، فالإعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة وإعلان عنها وتلقي العطاءات وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاضلة بين العطاءات، فإرساء المناقصة بعد ذلك يتم كل منها بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح فيها عن إرادتها وحدها، ويخضع كل قرار يتخذ في هذا الصدد لمحكمة العدل العليا...))^٢ وأما عن موقف القضاء البحريني من نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة، فلم يعثر الباحث على حكم قضائي يوضح هذا الأمر، إلا أن المشرع البحريني قد اخذ بهذه النظرية وقتنها بالمرسوم بقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية^٣.

الفرع الثاني الطعن بالإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد

اختلف الفقهاء حول خضوع العقود الإدارية لقاعدة نسبية أثر العقد التي تخضع لها العقود في نظام القانون الخاص. فالفقيه دى لوبادير، يرى خضوع العقود الإدارية لهذه القاعدة المقررة في القانون الخاص. أما الفقيه بكينو، فيرى أن العقود الإدارية تخرج على هذه القاعدة، إلا أن الدكتور سليمان الطماوي يرى أن آثار العقود الإدارية من الناحية العملية تتعدى المتعاقدين إلى الغير، فتفرض عليه بعض الأعباء والتي تكون نتيجة لتفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة واستثناءه من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة أو تخوله بعض الحقوق والمزايا، كحقه مثلاً في أن تبرم العقود الإدارية وفقاً للقانون، فإذا خالفت الإدارة القانون وترتب على ذلك ضرر أصاب الغير فمن حقه مقاضاة الإدارة من خلال طلب إبطال القرارات الإدارية المنفصلة والتعويض عنها، كما لو استبعدت عطاء أحد الأفراد بدون وجه حق أو أرست المناقصة على غير صاحب العطاء الأول تعسفاً، والغير لا يستمد حقه في الطعن بالإبطال من العقد ذاته، ولكن من النظام القانوني الذي وضعه المشرع للعقود الإدارية^٤.
ومن أبرز صور امتداد آثار العقود الإدارية إلى غير المتعاقدين هي حقوق المستفيدين في مواجهة ملتزمي

١. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ٨ يناير سنة ١٩٥٦م، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٩٩.

٢. حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٣٩/١٩٦٥، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٦٥، ص ٩٤٥.

٣. د. بدر محمد عادل محمد، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في محكمة البحرين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٤٩-٣٥٠ انظر كذلك المواد (٥٦-٦٠) من المرسوم بقانون المشار إليه.

٤. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، ط ٤، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦٧٣.

المرافق العامة، فالمستفيدون هم الذين تنطبق عليهم صفة الغير، ويحق لهم أن يطلبوا من الإدارة تصويب الوضع المخالف لقائمة الشروط الملحقة بالعقد، وإذا امتنعت الإدارة عن ذلك كان لهم الحق في الطعن بقرارها السلبي عن الطريق دعوى الإلغاء^١ وذلك على اعتبار أن المنتفع في عقد الامتياز لا يستطيع الطعن بإلغاء القرار الذي يصدره الملتزم، لأنه من شروط الطعن بالقرار الإداري صدوره عن سلطة إدارية والملتزم يفقد لهذا الشرط، لذلك يستطيع المنتفع إلغاء القرار بشكل غير مباشر بأن يطلب من الجهة الإدارية مانحة الالتزام إجبار الملتزم على احترام الشروط التنظيمية المنصوص عليها في عقد الالتزام، فإن امتنعت عن الرد على الطلب أو رفضت عن إجابته، اعتبر قرارها بالرفض أو الامتناع قراراً إدارياً وبإمكان المنتفع اللجوء إلى القضاء للطعن عليه بالإلغاء.

المبحث الخامس

اثر إلغاء القرار الإداري المنفصل على العقد الإداري

تبنى مجلس الدولة الفرنسي في قضائه منذ أمد بعيد الفكرة التالية والتي تتضمن: أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في حالة العقود الإدارية وحدها لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، بل يبقى العقد سليماً وناظراً حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء بناء على الأثر المطلق لحكم الإلغاء أمام قاضي العقد، سواء كان العقد خاصاً أو إدارياً وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه، استناداً إلى سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة والتي ساهمت في إتمام عملية التعاقد^٢.

وقد حذا مجلس الدولة المصري حذو زميله الفرنسي في تبني النتائج التي توصل إليها. إلا أن هذه النتائج لم تسلم من انتقاد بعض الفقهاء، فالفقيه بيكينو في رسالته عن النظرية العامة للعقد الإداري يرى أن القضاء السابق غير منطقي وأنه يتعين على القضاء الإداري إبطال العقد المبني على قرار حكم بإبطاله^٣. وكذلك الفقيه (weill) في رسالته بعنوان ((نتائج إلغاء القرار الإداري لعبعب تجاوز السلطة)) يرى أن هذا الحكم، حكم الإبطال سيؤدي إلى شل العقد الأمر الذي يجعله غير قابل للتنفيذ، ويؤسس الفقيه قوله، على أن القرار الذي يقضى ببطلانه، يكون كلاً لا يتجزأ عن مجموع القرارات الأخرى الصادرة إبان إبرام العقد، فيبطل العقد إذا بطل أي قرار كان أساساً لإصداره^٤.

والباحث يؤيد ما جاء على لسان هؤلاء الفقهاء من انتقادات لقضاء مجلس الدولة الفرنسي السابق ويقول واستناداً إلى قاعدة (ما بني على باطل فهو باطل) أنه إذا تم إبرام العقد بناءً على قرار إداري صدر حكم

١. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٧٩.

٢. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٥-٢٠٠٥، المرجع السابق، ص ٢٠٠. وانظر كذلك بهذا الخصوص، حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٩٦٥/٣٩، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٥، ص ٩٤٥. كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٤ أغسطس سنة ١٩٠٥ في قضية (martin) مجموعة سيرى سنة ١٩٠٦- القسم الثالث، ص ٤٩، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

٣. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

٤. إبراهيم عبد العزيز شحيا، القضاء الإداري اللبناني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٢٥.

بإبطاله لعدم مشروعيته، فالمنطق السليم يقضي ببطلان ما ترتب على هذا القرار من نتائج ألا وهو بطلان العقد - إضافة إلى ذلك أن في هذا الأمر اختصاراً كبيراً للجهد والوقت وإراحة القضاء من دعاوى الحكم بها معروف مسبقاً، فلماذا يطلب من أحد أطراف العقد إذا ما أراد التمسك بحكم الإلغاء أمام قاضي العقد، وعندها يحكم بإلغاء العقد استناداً إلى إلغاء القرار الإداري المنفصل الذي ساهم في إبرام التعاقد. ويبدو أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث أخذ يميل إلى هذا الاتجاه بقوله ((إن إبطال قاضي دعوى تتجاوز السلطة للقرارات التي تصدر من الإدارة إبان إبرام العقد، يؤدي إلى إبطال مقنع للعقد))^١.

والواقع أن الإبطال كما يقول البعض - ليس مجرد نظرية أفلاطونية لا قيمة لها بالنسبة للتعاقد، وإنما لا بد له من تأثير ينعكس على العقد بصورة غير مباشرة ومعنى ذلك أن العقد إذا كان يبقى قائماً ولا يتأثر مباشرة بإبطال بعض القرارات المرتبطة به أصلاً، وأنه لا يمكن إلغاؤه إلا عن طريق قاضي العقد، ويطلب من أحد طرفيه، فإنه في الواقع ينعكس عليه أثر إبطال القرار ويهز كيانه بحيث يصبح قابلاً للإبطال ويستطيع كل من طرفيه في أي وقت أن يطلب من قاضي العقد إبطاله استناداً إلى الإبطال الصادر بشأن قرار من قاضي دعوى يتجاوز السلطة والذي له حجية في مواجهة كافة^٢.

وكذلك القضاء الإداري المصري يسلم بأن حكم الإبطال بشأن القرارات الإدارية المنفصلة وإن كان لا يترتب عليها إبطال العقد، إلا أنه سيجعل تنفيذه أمراً متعارضاً مع المنطق أو الواقع، وفي ذلك قررت محكمة القضاء الإداري المصري أنه ((إذا صح أن إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة لا يؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه، إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار، إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيساً على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإلغائه على أنه مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار بإرساء المناقصة ثم يظل الإجراء المترتب عليه وهو إبرام العقد قائماً على أن لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة في أنه بناء على حكم الإلغاء يستطيع أن يحصل على تعويض من جهة الإدارة^٣.

الخاتمة

وهكذا وبعد أن وصلنا إلى نهاية هذه الدراسة والموسومة ب((منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء - دراسة مقارنة)

فقد تبين لنا ومن خلال دراستنا لتعريف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام من أجل إدارة أو تسيير مرفق عام على أن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

وخلصنا كذلك ومن خلال بحثنا لموضوع إجراءات إبرام العقد الإداري أن الأسلوب العام الذي تتبعه

١. د. إبراهيم عبد العزيز شحيا، القضاء الإداري اللبناني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٣٥.
 ٢. د. محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٦٧-١٩٦٨، ص ٩٠٧.
 ٣. حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم ١٧٥٢ تاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٥٦، سنة ١٠ قضائية، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٢٠٢-٢٠٣.

الإدارة في إبرامه هو أسلوب المناقصة والمزايدة وبيننا مخاطر هذا الأسلوب ومخاذهمه وأثر ذلك على جودة الخدمات وإتقانها، لذلك سمح المشرع للإدارة باللجوء إلى أساليب أخرى تمثلت بأسلوب الممارسة والاتفاق المباشر ضمن شروط معينة.

أما فيما يتعلق بمنازعات العقد الإداري فقد توصلنا إلى نتيجة وهي أن هذه المنازعات أصبحت من اختصاص القضاء معاً (الكامل وإلغاء) بعد أن كانت حكراً على الأول، وذلك لاستحداث مجلس الدولة الفرنسي وكما دلت عليه نظرية جديدة عرفت بنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة، وتفيد بأن عملية التعاقد هي عملية مركبة تشتمل على إجراءات وقرارات متعددة، فإذا كان بالإمكان فصل أحد هذه القرارات دون أن يؤثر ذلك على مشروعية العقد، فإن هذا القرار يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء.

أما عن أثر هذا الإلغاء على وجود العقد ومشروعيته، فمن خلال تتبعنا للأحكام القضائية الإدارية في الدول المقارنة تبين لنا أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في حالة العقود الإدارية لا تؤثر على العقد، بل يبقى سليماً وناظراً إلى يتمسك أحد أطرافه بهذا الإلغاء أمام قاضي العقد، ونتيجة للانتقادات الفقهية التي تعرضت لها هذه الأحكام، أخذ القضاء الإداري الحديث يميل إلى اتجاه إبطال العقد المبني على قرار حكم بإبطاله، ولكن دون الإعلان عن ذلك بصراحة، واكتفى في أحكامه القضائية بالقول: أن إلغاء القرار الإداري المنفصل يؤدي إلى إبطال مقنع للعقد، وقوله كذلك: أو سيجعل تنفيذه أمراً متعارضاً مع المنطق والواقع.

وبناءً على ما سبق ومع نهاية هذه الدراسة، فإننا نتمنى على المشرع في الدول المقارنة أن يعطي الإدارة المتعاقدة قدراً أكبر من الحرية ومجالاً أوسع في اختيار المتعاقد معها، مع الرقابة على ذلك من أجل الحصول على الجودة في الخدمة المطلوبة. كما نتمنى على القضاء الإداري بأن يفصح في أحكامه وبمنتهى الصراحة إنه بإلغاء القرار الإداري المنفصل يؤدي تلقائياً إلى إلغاء العقد المبني عليه تطبيقاً للقاعدة التي تقول أنه ما بني على باطل فهو باطل وذلك اختصاراً وتوفيراً للجهد والمال والتخفيف عن كاهل القضاء. كما نوصي المشرع البحريني بالعمل على تحديد مدة لرفع دعوى الإلغاء ولتكن خلال ستين يوماً تبدأ من تاريخ العلم بالقرار الإداري أسوة بالمشرع المصري والأردني وذلك حفاظاً على استقرار المراكز القانونية التي تحميها القرارات.

قائمة المراجع:

أ- المؤلفات:

- إبراهيم عبد العزيز شيجا:
القضاء الإداري اللبناني، الجزء الثاني، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩٤.
- الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء في البحرين، الكتاب الثاني، بدون نشر، ط ٢٠٠٢.
- د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، جامعة الكويت، ط ١، ١٩٨١.
- د. بدر محمد عادل محمد، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين، دار النهضة

- العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- د. جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت ٢٠١١.
- د. سليمان محمد الطماوي:-
الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥.
- مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧.
- د. صالح إبراهيم المتيوتي، د. مروان محمد المدرس، القانون الإداري، الكتاب الثاني، جامعة البحرين، ٢٠٠٨.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦.
- د. عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، بدون دار النشر، ولا سنة طبع.
- د. فاروق أحمد خماس:
القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين، جامعة البحرين، ٢٠٠٧.
- القضاء الإداري، منشورات جامعة البحرين، ٢٠٠٦.
- د. فهد عبد الكريم ابو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. مازن ليلوراضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، بالإسكندرية، ٢٠٠٢.
- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
- د. محمد عبد الله حمود الدليمي، القضاء الإداري في مملكة البحرين، جامعة العلوم التطبيقية، ط١، ٢٠٠٨.
- د. محمد كامل ليله، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني دار النهضة العربية، ١٩٦٧-١٩٦٨.
- د. محمد وليد العبادي، القضاء الإداري، الجزء الثاني، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- د. نواف كنعان:
القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.
- القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان-٢٠٠٦.

ب- المواقع الإلكترونية:

- [http:// memberes.multimania.fr/droitdz/slimani3.htm](http://memberes.multimania.fr/droitdz/slimani3.htm)
- [http:// khalifa.salem.wordpress.com](http://khalifa.salem.wordpress.com)

مقال بالإنجليزية







The Legislative & Judicial Pursuit of Technology Issues ◁The Areas of Intersection and Closeness▷

By: Ameera AlTaan
LLM (Queen Mary, University of London)
Legal Counsel

Introduction:

The technology (Computer Devices, Internet, Smart-phones, music innovations..etc.) had solved many problems of our lives, and the internet now constitutes a transformative and powerful medium for social, commercial, political and cultural life. Nevertheless, it brought with it large-scale problems that had in most cases a dangerous impact when used in illegal ways, whether by willful conduct or by negligence. The illegal ways to use the technology brings negative impact in diminishing the drive and economic incentive.

Therefore, legislative and judicial efforts should be intensified to vitalize the existing laws or to improve and modernized the future implementation of intellectual property rights (IPR) system, commercial competition and monopoly system, confidentiality and freedom of expression and other areas of law.

It is of vital importance to focus on the speech of the American President Barak Obama, where he made it clear that 1 : «our single greatest asset is the innovation and the ingenuity and creativity of the American people.» An open Internet is vital to creativity, free expression, and innovation. A key part of preserving these qualities is ensuring that we have the right legal tools to counter criminal conduct that harms our creators and users (and our country's economic health) in the face of continuous technological advances. It is essential that in doing so, we preserve the openness, privacy, security, and creativity of the Internet and its users”.

The current legal and judicial debate among the entrepreneurs reveals kind of frustration with regards to technological and purely technical matters, as they thought that the legal system couldn't protect their sides despite the innovative ideas and devices that they create or that the courts could not cope or adapt with the highly technical arena that needs an experts-dominated insights.

1. -<http://www.whitehouse.gov/omb/intellectualproperty/quotes>

Ultimately, I donot agree with the saying that the “Law cannot keep track of technology issues”¹ , as the law will be always approaching the technology advancement through the common legal senses that stem from the respected previously-entertained provisions, opinions and jurisprudence.

Even that the technology moves fast, the legal concepts move stably. And even that judges or “justices” -as called in some jurisdictions- themselves are not very technology-savvy; they may have loud and clear arguments.

I hereby would like to mention that, with all my respect to famous entrepreneurs in the current era who stand firmly to accuse the lawmakers of negativity of pursuing the technology matters, I have different opinion, even that I frowns the harsh behavior of law enforcement officers when they catch on alleged violators, and event that some regulatory gaps existed.

To understand the main areas of the subject matter, we hereby needs to go through the below mentioned topics.

Identifying and determining the scope of the problem:

1- Extremely rapid technological change and the slow legislative reform process:

Frankly speaking, it is not the legal arena alone that faces the reaction of the continued rapid advancement of technological change, other scientists, ethnic traditions, ideological viewpoints, and philosophical and religious beliefs are all having different reactions.

Citizens of the world are no longer isolated, as the “open source” movement has extended into the global networking community and broken through the haze of national boundaries² . We are all turning together as we face one of the most immediate issues that will affect the future of humanity—the technological advances in biotechnology, nanotechnology, and artificial intelligence.

This means that we need to understand that the innovation could not be initially imagined, predicted or anticipated, especially the emerging aspects and the challenges that may face not the current inhabitants of the earth, but rather may affect the future generations.

1. -<http://www.technologyreview.com/view/526401/laws-and-ethics-cant-keep-pace-with-technology/>

2. - <http://www.natasha.cc/technologicalchange.htm>

The developments in computer technology are occurring every day. With every new protocol, product or application that is developed, more doors are opened to computer intrusion and misuse. Most of the time it is not even known that a problem exists until vulnerability is found and exploited.

The other essential part of the problem is that we shall realized that some sort of law needs to be established to offer protection against misuse, and the process begins to develop a law. Laws take time to be formulated, finalized and approved before they go into effect. This however, is a necessary evil, as laws influence our public interest, our environment, economy, education, our families, our health and virtually every aspect of our daily lives, now and for generations to come. To make new laws or change those already on the books, lawmakers follow time-honored constitutional procedures ¹. The slow legislature reform process is sometimes long overdue, sometimes for reasons related to striking a balance between the long-term benefits to the people and protecting the public interest against dishonest or dangerous practices, or for saving the rights of the innocent and legal use that is different than the illegal use, or for reasons of maintaining the minimum safeguards and minimum public safety requirements. These are all justified reasons.

2- The rights that matter:

Most of the rights and freedoms that the technology may keep in danger are:

- Confidentiality and the right to privacy (Misuse of private information) which comes under it the fraudulent use and unauthorized access of devices and other cyber crimes.
- Intellectual Property Rights: (trademarks, copyrights and patent rights)
- Right of establishing businesses: in the negative form of illegal commercial competition and monopoly or engaging in other abusive practices.
- Freedom of expression.
- As we realize the rights that the illegal or defaulted use of technology could affect, it is very important to highlight the:

3- The harm thresholds:

- In case of confidentiality, privacy and other unauthorized access and cybercrimes, we can imagine a large-scale online piracy and hacking.

1. -<http://www.sans.org/reading-room/whitepapers/legal/legal-system-ethics-information-security-54>

We can also imagine the case of violating the privacy when the law enforcement officers seized and searched the smart phones of a suspect as will explained later on. It is very important to mention that the misuse of information in any manner could lead to wide-scale crimes such as the money laundering and/or for terrorism purposes.

- In case of IPR, we can imagine the illegal willful streaming-based infringement of copyrighted movies, music, and television on the Internet, in another way we can use the phrase of reproduction and distribution of infringing content.
- In case of commercial competition, we can imagine an electronic company that enters the market as a new non-stopping company to disrupt the local market to a large degree.
- In case of freedom of expression, we can imagine a libel case through social media, in which the society keeps asking how it can balance accountability with free speech. Or, as an example, a Facebook user in England for example sues another user in Australia for defamatory comments posted on the site. We can also take in mind the derogatory comments.
- Another important issue is to define the jurisdiction, let us take the above-mentioned brief example, which country has jurisdiction over the case, and which country's laws should be applied: England's, Australia's or those of the United States, where Facebook is based?

4- The Judicial role:

However, despite the legal procedures for enacting a law, the judicial and the Alternative Dispute Resolutions tools are the vital soil and the source that always convince the legislators to face the problems or to minimize the potential risks in a given subject matter.

Here we will shed lights on some examples of the judicial, especially "the courts findings" in USA and UK, with a glance mentioning of the situation in Bahrain.

First: The judicial situation in the United States of America:

A- The case of "Yahoo"¹ and the specification of jurisdiction:

Jurisdiction is a major stumbling block for the legal system when it comes to dealing with computers, networks and their security. In the US, the court must have jurisdiction over the person or the subject matter of a

1. - <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/433/1199/546158/>

lawsuit in order to be able to try it. This works well with the current setup of law enforcement agencies that are very territorial and operate within distinct district, city, county, state or country lines. All of this however, gets thrown out the window when there are no physical boundaries to go by when determining jurisdiction, as is the case when it comes to computer networks and the Internet.

Perhaps no case highlights the confusing thicket of jurisdictional issues on the Web more than the Yahoo imbroglio. The saga began two years ago when two French human rights groups sued Yahoo, arguing that the posting of historical Nazi items on the company's U.S.-based site violated French law prohibiting the display of racist material. A French judge sided with the groups, ordering Yahoo to block French citizens from accessing the site or face steep fines. However, Yahoo turned to the U.S. courts and asked a judge to declare the French law unenforceable here.

Now, the company is facing another set of charges that it, along with former CEO Koogle, violated the country's war crime laws by displaying the items. In perhaps the most curious aspect of the case, the American Yahoo site at issue had no physical presence in France.

B- (Riley v. California) ¹ and (United States v. Wurie) ² and the case of seizing and searching the data and information of suspect's cell-phone:

The Supreme Court, on June 25th, 2014, ruled that it is illegal for cops to search a suspect's cell phone without a warrant. So, it is no longer acceptable for law enforcement to search a phone just because they seized it. The opinion was written by Chief Justice John Roberts, with all nine members of the court signing on. It's the result of two cases — a federal drug and gun case from Massachusetts, and a state gun case from California — where the defendants were charged and convicted based on evidence cops found while searching their phones. One case (Riley v. California) involved a smartphone; the other (United States v. Wurie) involved a search of a flip phone ³. The Wurie case was based on an arrest in 2007. The first iPhone had just come out, and nearly all cellphone owners had flip phones. The Riley case was based on a 2009 arrest, when smart phones were a lot more common. Because flip phones can store a lot less data than cellphones, and aren't as likely to interact with external cloud servers to get data, the Court wasn't sure that it should treat

1. - <http://wings.buffalo.edu/law/bcls/2014/Team-23-Brief.pdf>

2. - <http://www.law.cornell.edu/supct/cert/13-212>

3. - <http://www.vox.com/2014/6/25/5841936/supreme-court-cell-phone-privacy-wurie-riley-roberts-decision-nsa>

both cases as the same. So when it heard oral arguments in April (when both sides argued their cases in person), it looked at both cases independently. But in fact, the court decided, both phones had access to digital data that cops shouldn't have unrestricted access to. So today's decision covers both cases, because it uses the same reasoning. The importance of the Supreme Court's decision stems from that the Court itself has had other cases about privacy and technology, and in most cases, the government has said that new technologies aren't that different from old ones – so the old rules for searches and surveillance, which allow law enforcement to do a lot, should still apply. But Today's opinion is one of the first decisions that actually tackled the technology head on. The government argued that the old rules allowing cops to search physical objects applied to cellphones as well, so cops wouldn't need a warrant. But they also suggested some «fallback options» in case the court wanted to require warrants in some cases but not others. Allowing warrantless searches if it is reasonable to believe it holds evidence relevant to the crime. This is the standard for car searches. But that standard, the court says, would «prove no practical limit at all when it comes to cell phone searches.» There's so much information in a cellphone that any cop could «come up with several reasons» to conduct a search, no matter the crime. Searching only the areas of the phone that could have information about the crime, who the suspect was, or officer safety. The court shot this down for the same reason: that's still a massive amount of data. Getting just information that police would be able to get through other means. The government argued that if, for example, it could just ask the phone company for a record of the suspect's calls, it might as well get them from the phone itself. But the court said, «No, no, it doesn't work that way. You went and got the information directly, and that's different.» That, he says, establishes an important distinction based on how the government can get information. Cops are allowed to search a person's body after they arrest him, and they are allowed to examine any physical items they find. That includes opening things up to see what's inside them: in one of the cases referenced in today's decision, police opened a cigarette pack they'd found in a suspect's pocket and discovered heroin inside. And police are allowed to search arrestee's cars under certain circumstances. In all of those cases, the court has decided that searches don't seriously threaten an individual's right to privacy – at least not once he is already been arrested. But today, they declared that the reasoning that makes it okay to open a pack of cigarettes doesn't make it okay to search a cellphone: *“Modern cell phones, as a category, implicate privacy concerns far beyond those implicated by the search of a cigarette pack, a wallet, or a purse”*.

And because of that, they say, cops need to get a warrant to search a phone in nearly all cases – just like they would have to get a warrant to search a house. The implication is that the court recognizes that today's

technology requires new rules for what people can expect to keep private. The cell phones are different because they can store a lot of information. The court considers a phone with 16 gigabytes of storage space on it (like the iPhone 5c or Samsung Galaxy S4). That is equivalent to «millions of pages of text, thousands of pictures, or hundreds of videos.» And that means that it's possible to reconstruct someone's entire life just based on data found on the phone: *“The sum of an individual's private life can be reconstructed through a thousand photographs labeled with dates, locations, and descriptions; the same cannot be said of a photograph or two of loved ones tucked into a wallet”.*

In the court's mind, that's a lot of privacy to give up for not a lot of law enforcement benefit. They often store very personal information. The court compares this to everyone walking around with a diary all the time: *“A decade ago officers might have occasionally stumbled across a highly personal item such as a diary, but today many of the more than 90% of American adults who own cell phones keep on their person a digital record of nearly every aspect of their lives”.*

The court even uses the catchphrase «there's an app for that» to point out how much extra information is on users' phones. They call all this information «the privacies of life.» In fact, the court's language to describe how personal cell-phone data is could be read as a reference: They have access to remote cloud servers that are nowhere near the person under arrest. Even the federal government, which argued in favor of cops being able to search phones, agreed that it wouldn't be okay for cops to access information from cloud servers. But the court points out that cops probably don't know where information is stored just by looking through the phone. When you take all of these together, the court concludes, it's ridiculous to say that cell phones aren't different from other things that could be in someone's pocket: *“The United States asserts that a search of all data stored on a cell phone is «materially indistinguishable» from searches of these sorts of physical items... That is like saying a ride on horseback is materially indistinguishable from a flight to the moon. Both are ways of getting from point A to point B, but little else justifies lumping them together”.* In fact, the court says, searching a cell phone is even more intrusive than searching a house. And since cops definitely need a warrant before searching a suspect's house, they should have to get one for his phone, too. There was already a loophole that allowed cops to conduct warrantless searches of things that would otherwise require a warrant, if there were «exigent circumstances.» That exception applies to cell-phone searches too. But it has to be determined on a case-by-case basis. Justice Alito did not agree with the whole decision and he wrote a concurrence — he voted with the rest of the court for the criminal defendants over the government, but he wanted to make it clear that his reasoning was slightly different from Chief Justice Roberts'. Basically, Alito thought that the Chief Justice's opinion didn't give enough respect to police officers' need to get evidence about a crime

by searching the suspect. Roberts' opinion said that the reason for officers to search a suspect was to protect their safety and prevent evidence from getting destroyed; Alito thinks that it is also legitimate for the law to allow searches just because of the evidence they provide. But he still agreed that it wasn't reasonable to allow cell phone searches for this reason just because cops can search physical objects. Alito also explicitly called on Congress and state legislatures to make new laws that could guide warrantless cell phone searches. Alito's concurrence calls the Fourth Amendment a «blunt instrument» – he thinks that cell phone searches are too important to 21st-century crime-fighting for the question of regulating them to be left up to the courts.

The above court's ruling means a lot to (*Smith v. Maryland*) – the case the government uses to justify NSA surveillance. As, after the ruling today, government saying new technologies should be governed by the same Supreme Court decisions as old ones.

C- (American Broadcasting Companies v. Aereo 1) and the case of violating the copyrights law:

Despite the above well-phrased ruling, it is not surprising me that at the same day the Supreme Court issued its judgment in (*American Broadcasting Companies v. Aereo 2*) where it ruled that : the service provided by Aereo, allowing subscribers to view live and time-shifted streams of over-the-air television on Internet-connected devices, violated copyright laws. The Court's decision describes Aereo as not being «simply an equipment provider,» with an «overwhelming likeness to cable companies» that «performs petitioners' works «publicly.»» Further, the Court adds that its decision should not discourage the emergence or use of different kinds of technologies.

However, I'm admired that Justices Scalia, Thomas and Alito dissented to the above ruling, writing for the dissenting minority, Scalia quoted from (*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*), noting that the broadcasters made similar predictions regarding the VCR. Like the final paragraph in that previous ruling, he stated that the Court should be in no position to make judgments on recently new technologies, and it is instead Congress's job to determine if the copyright laws should be modified to address these issues. It is important to mention that, Justices Antonin Scalia and Clarence Thomas are the most frequent ally, and deep originalists of laws, despite that the analysts say that Scalia is taking the original public meaning approach and Thomas is taking the original intent approach 3 .

1. - http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-461_l537.pdf
2. - http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-461_l537.pdf
3. - Mark Walsh , The Quiet Man: Once again, experts sound off on Justice's Thomas' silence. ABA Journal, May 2014, Page 20 -21 (The Docket).

It worths mentioning that in August last year Google was fined £13.8m in the US after being found guilty of circumventing security settings on the iPad, iPhone, Mac and Safari browser in order to collect user data for advertising. This is not coming to hinder the technology, it is coming to foster and enhance the rights of the people that stand as threshold that cannot be overcome.

D- (Alice Corporation vs. CLS Bank 1) : The Patent Trolls2:

It is very interesting to read the various views of the US Supreme Court regarding the “Patent Trolls” issues. In June 2014, the Supreme Court upheld the notion that an idea alone can’t be patented; deciding unanimously that merely implementing an idea on a computer isn’t enough to transform it into a patentable (Tangible) invention. The decision does leave room for patenting specific ways of implementing an idea, but it could prevent some of the most frivolous patent cases from moving forward.

Such cases have become an enormous problem in recent years, particularly in the tech industry. The industry is plagued by an increasing number of “patent trolls,” companies that exist solely to force money out of others using patents, and many large companies now spend an enormous amount of time and money defending themselves from patents that should never have been granted in the first place. Legislators and activists have long pushed for new patent laws in an effort to solve this problem, but recent efforts have stalled, and today’s court decision can help limit the problem while other bills are penned.

The case in question was (*Alice Corporation vs. CLS 3*)Bank. Alice Corporation, a financial company based in Australia, holds a number of patents for facilitating financial exchanges between two parties by using a computer as a third party. CLS Bank, a foreign currency exchange company, filed a claim that the patents were “invalid, unenforceable, or not infringed,” and then Alice countered with a claim that CLS was infringing its patents. The court ruled in favor of CLS, reasoning that third party intermediation is

-
1. http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-298_7lh8.pdf
 2. <http://www.wired.com/2014/06/supreme-court-deals-major-blow-to-patent-trolls/>
 3. JUSTICE THOMAS delivered the opinion of the Court: The patents at issue in this case disclose a computer implemented scheme for mitigating “settlement risk” (i.e., the risk that only one party to a financial transaction will pay what it owes) by using a third-party intermediary. The question presented is whether these claims are patent eligible under 35 U. S. C. §101, or are instead drawn to a patent-ineligible abstract idea. We hold that the claims at issue are drawn to the abstract idea of intermediated settlement, and that merely requiring generic computer implementation fails to transform that abstract idea into a patent-eligible invention. http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-298_7lh8.pdf

a fundamental building block of the economy, and not a novel invention and that “merely requiring generic computer implementation fails to transform that abstract idea into a patent-eligible invention.”

The decision is important because many software patent cases are based on ideas rather than implementations, says Julie Samuels, executive director at the public policy think tank and research outfit Engine. “Most of the troll cases involve software patents of dubious quality,” she says. “What the Supreme Court did in the Alice vs CLS case is give parties dealing with those various patents a very important tool to fight back by invalidating those patents and, going forward, gives the patent office instruction about what it can and cannot issue patents on.”

E- (Cohen V. Google 1): the case of anonymity and immunity in social media:

In August 2008, a user of Blogger.com, a Google subsidiary, created «Skanks in NYC.» The blog assailed Liskula Cohen, 37, a Canadian-born cover girl who has appeared in Vogue and other fashion magazines, by featuring photos of Cohen captioned with derogatory terms. Cohen sued Google to learn the name of the anonymous blogger on the grounds that the post was defamatory and libelous. A New York Supreme Court judge ordered Google to reveal the anonymous blogger’s name, and Google complied.

The case provided insight into the debate between the competing values of privacy and free speech.

F- Hosted Web Videos and the Video Privacy Protection Act of 1998:

Websites are facing lawsuits alleging that the information collected and transmitted about viewers of their video content violates the Video Privacy Protection Act (VPPA), a 1988 law originally aimed at prohibiting video rental companies from disclosing the video tape rental records of consumer 2.

The VPPA prohibits a video tape service provider from knowingly disclosing, to any person, personally identifiable information concerning any consumer of the provider without the consumer’s informed, written consent. VPPA provides for a private right of action, including statutory damages not less than \$2,500 per consumer plus attorneys’ fees.

-
1. <http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/55-1.Cheverud.pdf>
 2. <http://www.natlawreview.com/article/you-better-watch-out-new-legal-risks-hosted-web-videos>

Second: The situation in the Judicial system of the United Kingdom:

A- The “Google Case” “Safari users against Google’s secret tracking”, the issue of jurisdiction:

The High Court ruled on Thursday 16th Jan 2014 that Google can be sued by a group of Britons over an alleged breach of privacy, despite the company being based in the US and claiming that the case was not serious enough to fall under British jurisdiction. Google faced a group action by users of Apple’s Safari browser who were angered by the way their online habits were apparently tracked against their wishes in order to provide targeted advertising, they claim that the company acted contrary to a 2009 amendment to an EU directive which requires consent before cookies are placed on a user’s device for advertising purposes. A spokesperson for Google said: “A case almost identical to this one was dismissed in its entirety three months ago in the US. We still don’t think that this case meets the standards required in the UK for it to go to trial, and we’ll be appealing today’s ruling.” This case appears to stand to help the UK customers and UK users who used the services provided by European subsidiaries, but for me, the important lesson is to go in depth on the protection of technology and not merely allowing the case to be sued.

However, with regard to the mobile device «smartphone patent wars», Samsung applied to the High Court of Justice, Chancery Division, in *Samsung Electronics (UK) Limited & Anr v. Apple Inc.*, for a declaration that its Galaxy tablets were not too similar to Apple’s products. Apple counterclaimed, but Samsung prevailed after a British judge ruled Samsung’s Galaxy tablets were not “cool” enough to be confused with Apple’s iPad. In July 2012, British judge Birss denied Samsung’s motion for an injunction blocking Apple from publicly stating that the Galaxy infringed Apple’s design rights, but ordered Apple to publish a disclaimer on Apple’s own website and in the media that Samsung did not copy the iPad. The judge stayed the publishing order, however, until Apple’s appeal was heard in October 2012. When the case reached the court of appeal, the previous ruling was supported, meaning that Apple is required to publish a disclaimer on Apple’s own website and in the media that Samsung did not copy the iPad.

B- The triumph of the TV-Links case and its relationship with the UK’s Federation against Copyright Theft Organization (FACT¹)

1. <http://torrentfreak.com/busted-tv-show-site-in-limbo-as-authorities-back-off-081121/>

(TV-Links), a site which embedded videos from YouTube-like sites, was targeted by the police and the MPAA-funded FACT anti-piracy group.

When news broke that TV-Links.co.uk had been raided by police and admin David Rock arrested, it was met with a certain element of disbelief. TV-Links was not a warez (illegally copied software), but one which linked to videos hosted on sites like YouTube. It carried absolutely zero illicit content. This major detail was not of much concern to the UK's Federation against Copyright Theft (FACT), whose investigation along with Trading Standards later came to involve the police. FACT built a case against the operators of TV-Links, David Rock and site partner David Overton who was raided 5 months later.

David Rock later explained that it would have been an easy task for FACT to track him down, since he never made any attempts at secrecy. "To be honest I didn't really attempt to hide my ID, as under UK Law linking to another site isn't illegal, so I didn't see the need," he told TorrentFreak in a November 2008 interview.

There was confusion as to the basis for the initial raid, with FACT citing "offenses relating to the facilitation of copyright infringement on the Internet" – an offense that doesn't even exist under UK law – with Trading Standards and the police referring to "supplying property with a registered trade mark without permission." After a long wait, the official allegations became conspiracy to defraud and breaches of the Copyright Designs and Patents Act.

More than 2 years of waiting later, in January 2010 the TV-Links case went to court. On the 19th January 2010 the operators of TV-Links – represented by Morgan Rose Solicitors, counsel William Clegg QC and Alex Stein for David Rock, and Ian Bridge for David Overton – raised preliminary points of law and asked for the proceedings to be dismissed.

Judge Ticehurst gave his judgment, announcing that TV-Links had won their case. He ruled in detail for the first time in a Crown Court in relation to Section 17 of the European Commerce Directive 2000, stating that Section 17 indeed applied and afforded TV-Links a complete defense in criminal proceedings in England and Wales for their linking to other web sites. In a nutshell and to coin a familiar phrase, the site was deemed a mere conduit of information. The Judge also ruled that the allegations under the Copyright Designs and Patents Act failed because there was no evidence that TV-Links made available to the public the films and shows they linked to. There is no appeal available to FACT against this ruling. The Judge noted that FACT had not applied the Attorney General's guidelines when deciding to prosecute

the defendants with Conspiracy to Defraud.

C-The partial triumph of FileSoup 1 case and the OiNK2:

Two men who ran FileSoup, a site to help users find films to download via BitTorrent, have been found “not guilty”.

Stephen Lanning, from Somerset and George Cartledge, from Glasgow reportedly faced charges of conspiracy to infringe copyright, but the Crown Prosecution Service decided not to proceed with a trial to nail the duo after following legal advice, which apparently said the alleged copyright infringements were a civil, not criminal matter.

The men were apparently arrested in August 2009 after police were tipped off by film industry body FACT. Their charges were reportedly for alleged unlawful sharing of a trio of films including X-Men Origins: Wolverine, which was leaked onto file sharing networks in April 2009 ahead of its official release, forcing the FBI to investigate.

Alan Ellis, the administrator of BitTorrent site OiNK was apparently acquitted of conspiracy to defraud by a jury around this time last year, after arguing he simply offered a service a bit like Google and was not responsible if users of his service chose to infringe copyright. Just like FileSoup, OiNK posted links to BitTorrent downloads, but did not directly share music and film files.

Cartledge is solicitor, David Cook, who also represented OiNK, told one newspaper that: *«This case is not a one-off. We have now seen two prosecutions for allegations such as these which were fundamentally flawed. We have persistently worked in exposing the flaws in these cases which have resulted in the absolute failure of both prosecutions.»*

Simon Morgan, managing partner of Morgan Rose Solicitors, of the firm that represented Lanning, reportedly said: *«We are pleased to see that a sensible and appropriate view was ultimately taken by the CPS to offer no evidence in the case. The Court of Appeal has found that cases involving complex issues of copyright law are much more appropriately heard in the civil courts rather than the criminal courts.»*

-
1. <https://torrentfreak.com/court-drops-filesoup-bittorrent-case-administrators-walk-free-110224/>
 2. <http://www.telegraph.co.uk/technology/news/8345801/Prosecutors-drop-piracy-case-against-film-sharing-website.html>

D- The mind-boggling case of ACS:Law 1:

ACS:Law was a United Kingdom law firm specializing in intellectual law.

In January 2011, ACS:Law, acting for its client MediaCAT, attempted to gain judgements against 26 suspected illegal file sharers. The case was heard in the Patents County Court in London by Judge Colin Birss. Shortly after proceedings started, ACS:Law attempted to drop the case. It was also reported that barristers for ACS:Law failed to provide vital documents due to them being «in storage». As the copyright holders were not present in court, Judge Birss was unable to end the case in a «simple» fashion. Judge Birss criticised ACS:Law, saying the case was «mind-boggling».

Through a statement read to court on 24 January 2011, Crossley announced that he was withdrawing from pursuing claims against alleged illegal file sharers, citing criminal attacks and bomb threats as reasons. In response, Judge Colin Birss said «I am not happy. I am getting the impression with every twist and turn since I started looking at these cases that there is a desire to avoid any judicial scrutiny» On 8 February 2011, Judge Birss told ACS:Law that the claims which had been brought to court could not be discontinued without the permission of the copyright holders, and a further hearing was set for 16 March. At this hearing the cases were officially closed. The judge deferred a decision on legal costs, saying: «If ever there was a case with conduct out of the norm it was this one».

Third: In Bahrain:

In the midst of diversity in the ways of perpetrating a crime, deterrent penalty in the law is needed to protect the community from risk. The law should evolve to address the technology-criminal phenomena in the society that pose a threat to stability and security, especially with the evolution of means of communication that facilitated difficulty with regard to the pattern of crime.

In Gulf region including Bahrain, there are some cases of stealing through credit cards or via internet banking account.

In October 2014 2 , Bahrain issued a new law regarding the Cybercrimes “Information Technology’s Crimes Law” (Cyber Crime Law no. 60 of 2014), in this Law, hackers could face up to 10 years behind bars. The new bill carries fines of up to BD100, 000. The penalties include a year imprisonment or BD30, 000 fine for those who gain unauthorized access to computer systems. People who deliberately hack into networks with the purpose of

1. - <http://torrentfreak.com/file-sharing-lawyers-to-face-disciplinary-tribunal-100823/>

2. - <http://www.legalaffairs.gov.bh/AdvancedSearchDetails.aspx?id=71402#.VH64F9KsVZc>

destroying them or damaging information will face imprisonment or a fine of BD50, 000, or both. Those who produce pornography or broadcast it using technology and telecommunications will be sentenced up to a year in jail or fined up to BD10, 000, or both depending on the pornographic material associated with the case. However, if the case is related to child pornography then the offender will face two years in jail or BD10,000, or both. The bill will also give the Public Prosecution the power to stop the broadcast of any information on the Internet, hide the information or enter computerized accounts if necessary for an investigation.

However, the Bahraini courts, has few cases regarding to technology issues. Still this area needs to be developed, but at the end, as long as the law has recently emerged, then it had benefited from the international best practices and had anticipated most of the areas of cybercrimes as only one side that relates to technology. It is very important to mention that other laws that maintain other areas such as the intellectual property rights law and the commercial completion law and other rights and freedoms are all maintained through the legislation and the constitution.

Conclusion:

It seems that the new inventions in any country are imposing their existence on the judicial and legislative fields to let the latter cope with this inventions' trend. It seems also that the judges should be malleable to study the changes and their consequences, whether from human rights laws point of view, common law perspectives and civic movements.

The legislatures also need to be not only active in tackling on the critical areas of technology; they should be 'proactive' so that to chase the needed forward-thinking economy. Moreover, the law should have pre-emptive impact with lots of imagination to the scenarios and tactics.

It is clear that some litigated cases, taking the example of IPRs infringements are time and cost-consuming, therefore I admired the European Commission Fifth Monitoring Report of Patent Settlements in the Pharmaceutical Sector ¹, as the patent settlements enable patent-related disputes to be resolved without having to litigate the infringement or the validity.

There is an essential need also to have an analytic legal review of whether the so called professional liability insurance or the all risks policy insurance may serve in reducing the cases of cyber security, competition or IPRs

1. <http://www.natlawreview.com/article/eu-commission-publishes-fifth-report-patent-settlements-pharmaceutical-sector>

infringements, and if so, to which extent?

I hereby call for the formation of a legislative committee in the parliament whose mission would be to consult with American and European trends as a face of object cooperation in the framework of adopting the best practices in legislation of IPRs, competition and privacy

It is appropriate to suggest that supporting the judiciary with an experts (Judicial experts) of cyber crimes and in helping to distinguish between the good faith use and the willful misconduct (i.e. the hackers and internet pirates), so that the technology and the eligibility or non eligibility of punishment through different penalties go hand in hand.

It is strongly recommended that strengthening the researches that pay attention to the development of criminality in the intellectual property issues through the computer and the Internet, is fundamental taking into account international experience.

