



جمعية المرصد
لحقوق الانسان

الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة
تعنى بنشر الدراسات والمقالات
والقضايا الحقوقية والقانونية

العدد الأول شوال 1422 هـ / يونيو 2021 م



الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية



جمعية المرصد
لحقوق الانسان

الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية

العدد الأول، شوال 1442هـ/ يونيو 2021م

الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية
مجلة مرخصة من قبل وزارة شؤون الإعلام - مملكة البحرين

رقم النشر الدولي:

ISSN 2536-0078

تصدر عن

جمعية المرصد لحقوق الإنسان

جمعية أهلية حقوقية تمارس نشاطها في مملكة البحرين

بموجب قرار الترخيص رقم (27) لسنة 2011م

الموقع الإلكتروني: www.marsdbh.org

البريد الإلكتروني: marsd_bh@hotmail.com

المراجعة اللغوية: د. سهيرا عبداللطيف

توزيع: دار الروافد الثقافية - ناشرون

بيروت - لبنان

www.dar-rawafed.com

هيئة التحرير

د. علي فيصل الصديقي

رئيس هيئة التحرير

د. عيسى أحمد تركي

عضو هيئة التحرير

د. سهيرا عبداللطيف

عضو هيئة التحرير

د. محمد أحمد جوهر

عضو هيئة التحرير

أ. سميرة سالم

عضو هيئة التحرير

المحتويات

- ❖ كلمة المرصد 13
- الافتتاحية
- ❖ حول ثنائية القانون: العام والخاص
- د. علي فيصل الصديقي 17
- الدراسات المُحكَّمة
- ❖ مدلول السريّة المصرفية في التشريع البحريني
- د. محمد عبيد الشريدة 31
- ❖ هدم بنية القانون وبنائها
- د. صفاء متعب الخزاعي 89
- ❖ المرأة المغربية ورهان التمكين بمناصب صنع القرار
- د. بدر بوخلوف 129
- ❖ الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة في التشريع الجنائي البحريني
- شيخة أحمد العليوي 163
- حوارات ولقاءات
- ❖ حوار مع معالي المستشار عبدالله بن حسن البوعينين 197
- المقالات العلمية
- ❖ الفقه الإسلامي ونظرية التدابير الاحترازية
- أ. د. ضاري خليل محمود 209
- ❖ الكويت والبحرين: تاريخ ثقافي مشترك في تأسيس المجالس الشعبية
- ووضع القوانين
- د. عايد عتيق الجريد 221
- ❖ "كوفيد-19" ونظرية الظروف الطارئة
- د. جميل محمد بني يونس 237

- ❖ تاريخ النظم المعاصرة
 241 د. سعيد بن علي الكريديس
- ❖ القتل الرحيم (مراجعة تاريخية وإنسانية)
 249 د. محمد أحمد جوهر
- ❖ ديمقراطية المجتمع المدني
 259 خالد فياض
- ❖ خمسُ خطوات لصياغة قانونية رفيعة
 267 أيمن عبد الرحمن خير

ترجمات

- ❖ موجز تاريخي عن حالة الاستثناء
 279 جورجيو أجامبن - ترجمة: د. محمد ضريف
- ❖ خمسُ دقائق من فلسفة القانون
 295 جوستاف رادبروخ - ترجمة: عبدالرحمن عدنان المشعل

شخصيات وأعلام

- ❖ إبراهيم حميدان.. الدستورى الحكيم
 321 الشيخ عبدالناصر بن محمد الصديقي
- ❖ وقفات من سيرة المرحوم المحامي محمد حسن الحسن
 327 علي محمد الحسن

مرصد الكتاب

- ❖ مراجعة كتاب: منظومة حقوق الإنسان ونظامها القانوني في جامعة الدول العربية
 341 عرض: ندى الرياشي

التقارير العلمية

- ❖ تقرير حول مؤتمر "الميثاق العربي لحقوق الإنسان: الواقع والتحديات"
 349 إعداد: سوزان عمر يحيى

الحقوقية

"الحقوقية" مجلة علمية دورية محكمة تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والقانونية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي. وتصدر المجلة عن جمعية المرصد لحقوق الإنسان في مملكة البحرين.

الرسالة

نحو ترسيخ مبادئ وثقافة الحقوق والالتزام بقيم القانون على صعيديّ الفكر والممارسة، والتوعية بالحقوق والواجبات ودعم البحث العلمي في المجالات ذات الصلة بالشأن الحقوقي والقانوني.

الأهداف

دعم وتعزيز ثقافة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وتهيئة البيئة العلمية المناسبة لرفع معدلات الوعي الحقوقي والقانوني في مملكة البحرين والوطن العربي.

❖ نشر الأبحاث العلمية في مجال حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ومختلف فروع القانون الأخرى، بالإضافة إلى فتح فضاء أوسع لأبناء مملكة البحرين والمنطقة من المفكرين والباحثين والأكاديميين والمهتمين بهذا الشأن؛ لنشر أفكارهم وأنشطتهم البحثية والعلمية.

- ❖ رصد أحدث المستجدات العالمية في كل ما يتعلق بالقضايا الحقوقية والقانونية، وتسليط الضوء على أهم تلك القضايا ومناقشتها مناقشة علمية، في إطار التفكير النقدي والتحليلي.
- ❖ تسليط الضوء على أبرز الشخصيات والأعلام ومساهماتهم العلمية وأعمالهم الفكرية في المجال الحقوقي والقانوني، سواء من مملكة البحرين أو الوطن العربي أو من دول العالم. وإجراء حوارات مع بعض تلك الشخصيات للوقوف على تجاربهم وأفكارهم.
- ❖ عرض أبرز المستجدات البحثية من كتب وأطروحات ورسائل علمية وتقارير في مجال المعرفة الحقوقية والحقل القانوني.

قواعد النشر العلمي

تؤمن مجلة "الحقوقية" أن القضايا الحقوقية والقانونية لا تنفك بتاتاً عن اهتمام مختلف العلوم الاجتماعية والإنسانية، لذلك فإنها تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا ذات العلاقة بالشأن الحقوقي والقانوني المرتبط بالواقع العملي قدر الإمكان، وفي سياق استيعاب القراءات الحقوقية والقانونية التي تتصل بالحقول المعرفية المختلفة. وتتوزع موضوعات المجلة على أبواب مختلفة، لكل منها معايير وشروطه الخاصة بالنشر. وترحب المجلة بكل الباحثين والمؤلفين من مملكة البحرين والوطن العربي، وتُعطي الأولوية في النشر للدراسات والمقالات والقضايا التي تتناول مسائل مستجدة على الساحة الحقوقية، أو التي تتناول القانون البحريني. ويمكن المساهمة في مجلة "الحقوقية" من خلال أحد الأبواب الموضحة أدناه:

أولاً - الدراسات المُحكّمة:

يجب أن تراعي الدراسة شروط البحث العلمي وأخلاقياته المتعارف عليها، ويجب أن تتقيد على وجه التحديد بالمسائل الآتية:

1 - أن تتمتع الدراسة بإضافة معرفيّة وعمق في الموضوع الحقوقي أو القانوني الذي كُتبت فيه، كأن تتناول موضوعاتها في سياق تحليلي أو استنباطي أو مقارن. كما يجوز أن تقدم الدراسة تعليقًا على حكم قضائي.

2 - أن تتم مراعاة الأصول العلميّة المعتمدة في متن البحث، والمنهجية العلميّة، والإحالات المرجعيّة، والالتزام بقيم الأمانة العلميّة. حيث ينبغي أن تتضمن تقسيمًا علميًا يسبقه مقدمة ويعقبه خاتمة تبين أبرز النتائج المستخلصة أو التوصيات المقترحة. كما يجب أن تلحق الدراسة بملخصين، أحدهما باللغة العربية، والآخر بلغة أجنبية (الإنكليزية أو الفرنسية)، متضمنًا الكلمات المفتاحية فيما لا يتجاوز (300 كلمة).

3 - يجب أن تكتب الدراسة بلغة سليمة وأن تتمتع بالتماسك النصي والمنهجي في العرض بعيدًا عن الحشو والتكرار، والابتعاد عن الأسلوب التقريري أو الصحفي.

4 - ألا تكون الدراسة قد سبق نشرها في مجلة علمية أخرى، كما لا يجوز أن تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى في الوقت نفسه، ويقدم صاحب الدراسة إقرارًا بذلك.

5 - يجب ألا يتجاوز حجم الدراسة شاملاً المراجع والهوامش (10000 كلمة)، ويجوز لهيئة التحرير أن تسمح بتجاوز ذلك الحد إذا رأت أن مقتضيات العلميّة للدراسة تتطلب ذلك.

ثانياً - المقالات العلمية:

تناقش المقالات موضوعاً علمياً محدداً ومركزاً في المجال الحقوقي أو ما يرتبط بالقضايا القانونية. كأن يكون موضوعاً خلافياً، أو ملفاً ساخناً، على أن يتم تناوله بأسلوب موضوعي يقدم وجهة نظر أو رؤية أو مقترحاً. ويُشترط في المقالة العلمية أن تتعد عن الأسلوب الصحفي، كما يُشترط أن يتراوح حجمها بين (1000 - 3000 كلمة).

ثالثاً - الترجمات:

هذا الباب يقدم تعريفاً لمقالات علمية ذات علاقة بالمجال الحقوقي أو الحقل القانوني، على أن تراعي المساهمة الأصول العلمية في الترجمة. كما يجب أن يُقدم المترجم النص الأصلي وجهة نشره وبياناته الأخرى. ويتصدر المتن اسم المؤلف الأصلي، وبيانات النشر، واسم المترجم.

رابعاً - شخصيات وأعلام:

هذا الباب يلقي الضوء على السيرة الذاتية والأعمال العلمية والفكرية أو التجارب العملية لشخصيات أو أعلام من داخل مملكة البحرين أو خارجها، في مجال علوم القانون أو مجال العمل الحقوقي أو خدمة العدالة، وذلك لتعريف شريحة القراء بهؤلاء الأعلام وأعمالهم ومساهماتهم العلمية والعملية. على ألا تزيد المادة العلمية في هذا الباب على (3000 كلمة).

خامساً - حوارات ولقاءات:

يقدم هذا الباب، حواراً أو مقابلة مع إحدى الشخصيات التي عُرفت بالعمل الحقوقي أو القانوني، سواء من داخل مملكة البحرين أو خارجها.

شريطة أن يعبر اللقاء عن إضافة معرفية في الحقل أو التخصص العلمي للشخصية التي يُلقى عليها الضوء، وذلك للاستفادة من تجربتها العملية والفكرية.

سادساً - مرصد الكتاب:

يتضمن هذا الباب مراجعةً أو عرضاً لكتاب أو ملخصاً لأطروحة علمية، شريطة ألا يكون قد مرَّ على النشر أو المناقشة أكثر من ثلاثة أعوام، سواء كان باللغة العربية أو بلغة أجنبية، مع أولوية الكتب الصادرة في الشأن البحريني أو ملخصات الرسائل والأطروحات العلميّة الصادرة عن الجامعات البحرينية. بحيث يتم عرض مضمون الكتاب أو ملخص الأطروحة بلغة علمية تسلط الضوء على هيكلية الكتاب ومنهجيته وخلفياته النظرية والعلميّة والنتائج التي توصل إليها. ويجوز أن يقدم المساهمة في هذا الباب المؤلف نفسه أو باحث آخر. كما يجب ألا تتعدى المراجعة أو العرض أو الملخص حدود (3000 كلمة).

سابعاً - التقارير العلميّة:

حيث يُلخص هذا الباب ويناقش بطريقة علمية وقائع مؤتمر علمي أو ندوة علمية في المجال الحقوقي أو في العلوم القانونية، على أن يتضمن العرض بياناً بأبرز محتوياته ونتائجه، مع تسجيل أهم الملاحظات والإضافات الضرورية. كما يجب ألا يتجاوز التقرير حدود 3000 كلمة.

أحكام عامة

- ❖ ترسل المواد العلميّة باسم رئيس هيئة التحرير، مطبوعة على برنامج (Microsoft Word) على البريد الإلكتروني: alhoqoqiajournal@gmail.com
- ❖ تخضع المواد العلميّة للشروط المبينة أعلاه، وتقوم هيئة التحرير بإحالة الدراسات المقدمة إلى لجان للتحكيم العلمي والنظر في صلاحيتها للنشر. كما أنّ لهيئة التحرير سلطة تقييم ومراجعة وتقرير صلاحية نشر المواد المقدمة لمختلف أبواب المجلة الأخرى، كما يحق لها الاستعانة بلجان استشارية لأغراض التقييم العلمي. وبناءً عليه، تقرر الهيئة قبولها أو رفضها للعمل أو طلب إدخال تعديلات عليه، بناءً على ملاحظات المحكمين أو معايير النشر، بحسب الأحوال.
- ❖ ترحب هيئة التحرير بأية مداخلات أو تعقيبات أو تصويبات، ترد بشأن الموضوعات التي تنشرها المجلة، شريطة أن تلتزم بالقيم والمناهج والوسائل العلميّة المتعارف عليها، كما تتيح المجلة لأصحاب المواد الأصليّة، حقّ الردّ عبر الوسيلة نفسها.
- ❖ تؤول حقوق النشر فيما يتعلق بالدراسات والمقالات وباقي المواد العلميّة بعد نشرها، إلى مجلة الحقوقية.
- ❖ ترتيب المواد العلميّة وأسماء المؤلفين في أبواب المجلة، يخضع لاعتبارات فنية وتقنية، وليست بالضرورة أن تكون ذات صلة بمكانة الكاتب أو درجته العلميّة.
- ❖ الآراء ووجهات النظر الواردة في متن المجلة تعبّر عن أصحابها، ولا تعبّر بالضرورة عن وجهة نظر هيئة تحرير مجلة الحقوقية أو جمعية المرصد لحقوق الإنسان.

* * *

كلمة المرصد

شهدت مملكة البحرين تطوراً كبيراً في مجال حماية وتعزيز حقوق الإنسان منذ انطلاق المشروع الإصلاحي لحضرة صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة عاهل البلاد المفدى حفظه الله ورعاه، حيث تضمن الدستور عدداً من المبادئ الضامنة لحقوق الإنسان، فكفل احترام الحقوق والحريات العامة، وأكد مبادئ الشفافية والمحاسبة والرقابة على مؤسسات الدولة وقوانينها، فضلاً عن إنشاء العديد من المؤسسات التي تعمل على الدفاع عن حقوق وحريات الإنسان، والمساهمة في التطور الديمقراطي، وتعزيز دولة الحق والقانون.

وتلعب مؤسسات المجتمع المدني الحقوقية دوراً بارزاً في وضع الخطط والبرامج والفعاليات التي تستهدف نشر ثقافة حقوق الإنسان، وضمان الالتزام بأحكام القانون، وهو ما سعت إليه جمعية المرصد لحقوق الإنسان منذ تأسيسها، إذ عملت باستقلالية تامة وبالتعاون مع المؤسسات الرسمية والأهلية في المملكة، على استكمال الجهود المبذولة في تدريب أفراد المجتمع، وتعريفهم بمفاهيم حقوق الإنسان وأهميتها وموائيقها ومؤسساتها الدولية، فضلاً عن إبراز الإنجازات التي تم تحقيقها في البحرين في هذا المجال، ووصولاً إلى تمثيل المملكة في العديد من المحافل الإقليمية والدولية، وإعداد وتدريب الكوادر الوطنية الحقوقية على أيدي مدربين متخصصين من ذوي الخبرة والكفاءة.

ورغبةً من جمعية المرصد لحقوق الإنسان في تشجيع البحث العلمي ودعم الباحثين، يشرفنا اليوم أن ندشن العدد الأول من مجلة "الحقوقية" التي تلقي الضوء على المواضيع التي تهتم المجتمع القانوني، وتساهم في تعزيز ثقافة حقوق الإنسان، وجعلها نمط وأسلوب حياة يومية في سلوكيات الأفراد، وذلك بأسلوب علمي يضمن الوصول إلى جميع فئات المجتمع.

ونسعى من خلال مجلة "الحقوقية" أن تكون منبراً داعماً لتكوين الفكر الحقوقي في الوطن العربي، بما تتضمنها من أبحاث علمية وتعليقات قانونية وقضائية ومقالات وترجمات، تخضع للتحكيم والتقييم، وتتسم بالجودة والحدثة التي تعالج أدق المشكلات المعاصرة، لتساهم في تقدم المجتمعات، وخدمة العلم، وإعانة الباحثين في مختلف التخصصات.

وفي الختام، لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع الداعمين والباحثين على تشجيعهم ومشاركتهم لنا في سبيل تحقيق أهدافنا، وإلى رئيس وأعضاء هيئة التحرير، وكل من ساهم في إعداد المجلة وإظهارها بالشكل المطلوب، مؤكدين استمرارنا بالعمل بروح الفريق الواحد من أجل نشر ثقافة حقوق الإنسان، والمساهمة في نهضة وتقدم وطننا الغالي، والتعريف بمنجزاته الحقوقية على كافة الأصعدة.

محسن علي الغريري

رئيس جمعية المرصد لحقوق الإنسان

الافتتاحية

حول ثنائية القانون:

العام والخاص

د. علي فيصل الصديقي



رئيس هيئة التحرير

من التقاليد التي يتم مراعاتها في تدريس العلوم القانونية بكليات الحقوق في الدول العربية عموماً، أن تنقسم فروع القانون إلى فرعين: قانون عام، وقانون خاص. تأسيساً على أنّ (القانون العام)، هو ذلك الفرع الذي تسود فيه المصالح العامة للدولة وجهازها الإداري، فينظم هذا الفرع نشاط الدولة وسلطاتها، بحيث تكون الدولة طرفاً في العلاقات التي ينظمها هذا القانون، بوصفها سلطة عامة تعمل على تحقيق الصالح العام، وعليه ينتمي إلى هذا الفرع كل من: القانون الدستوري، والإداري، والجنائي، والدولي العام، والمالي. بخلاف فرع (القانون الخاص) الذي تسود فيه مصالح الأفراد الخاصة والذاتية، فينظم هذا الفرع أنشطتهم وعلائقهم التي تنطوي على تنظيم مصالحهم تلك، كالقانون المدني والتجاري والعمل. وهذه التفرقة أصبحت من الأمور المستقرة في العلم القانوني في كثير من كليات الحقوق العربية اليوم.

في البداية يجب الانتباه، إلى أنّ هذا التقسيم يجد مرجعيته في النظم

اللاتينية إجمالاً، وفي النظام القانوني الفرنسي خصوصاً. بمعنى أن هذا التقسيم يعتبر تقسيمًا تحكيميًا مستوردًا يجد أصوله في المدرسة اللاتينية. بل يعود أصله إلى التقاليد الرومانية حينما ساد اعتقاد الرومان بما تضمنه القانون الروماني من أن القانون العام تسود فيه المصلحة العامة، وأن القانون الخاص تسود فيه المصلحة الخاصة، وهو ما ورد في (الديجست Digeste) ضمن مدونة القانون الروماني. وقد تسربت هذه التقاليد إلى النظام القانوني الفرنسي، ومنه بطبيعة الحال إلى الأنظمة القانونية العربية المعاصرة. بل قيل أن أصولها ترجع أساسًا إلى فكر الفيلسوف اليوناني أرسطو (384 ق.م - 322 ق.م) حينما قام بالتمييز بين نوعي العدل، العدل التوزيعي: الذي يعني توزيع الخيرات المادية والمعنوية والأعباء بالتساوي على الجماعة السياسية (المساواة التناسبية)، وبين العدل التبادلي: وهو العدل الذي يجب أن يتحقق بين الأفراد بعضهم البعض (أي العدل المُصَحَّح لاختلالات العدل التوزيعي)، فمن هذه الفكرة تنطلق أصول التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، تأسيسًا على أن الدولة تتولى تحقيق العدل التوزيعي فتكون العدالة هنا موضوعًا للقانون العام، في حين أن القانون الخاص ينظم محض علاقات بين الأفراد، فيكون موضوعه العدل التبادلي⁽¹⁾.

وقد رافقت عملية التمييز بين فرعي القانون على النحو السالف مناقشات فقهية متعددة حول المعيار الذي يتم على أساسه التمييز بينهما، فقد ذهب اتجاه في الفقه إلى اعتبار معيار (طبيعة المصلحة)، بحيث تهدف قواعد القانون العام إلى حماية مصلحة عامة، في حين تهدف قواعد القانون الخاص إلى حماية مصلحة خاصة، غير أن هذا المعيار قد تعرّض للانتقاد

(1) ينظر: د. فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون وتطورها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 303.

بسبب تداخل فكرة المصلحة، فقواعد القانون العام - على سبيل المثال- وإن كانت تحقق مصلحة عامة، فإنها تؤدي بالنتيجة إلى تحقيق مصالح خاصة، والعكس أيضاً فإن كانت قواعد القانون الخاص تؤدي إلى تحقيق مصالح خاصة، فإن تنظيم هذه المصالح بالجملة يؤدي إلى تحقيق مصلحة عامة في الاستقرار.

وعليه ذهب اتجاه آخر إلى القول بمعيار (الأمر)، باعتبار أن قواعد القانون العام يتجلى فيها عنصر الأمر والسيطرة، فيضحى موضوعها تنظيمًا أمرًا لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته، بخلاف القانون الخاص الذي يجمع بين الحرية وسلطان الإرادة، فيضع المشرع في هذا الفرع قواعد قابلة لخرقها عبر إرادة الأطراف. ولكن هذا المعيار بدوره تعرّض للنقد على أساس أن القانون الخاص مليء بالقواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ومنها فرض الشكلية القانونية في بعض العقود على سبيل المثال.

ولهذا السبب، أسند اتجاه ثالث معيار التفرقة إلى طبيعة (أطراف العلاقة)، باعتبار أن القانون العام ينظم علاقات تكون فيها الدولة طرفًا بوصفها صاحبة سيادة، في حين أن القانون الخاص ينظم علاقات الأفراد مع بعضهم البعض حتى لو كان الطرف هو الدولة نفسها متنازلة عن سيادتها، مما يعني أن للدولة صفتين: صفة عامة بكونها صاحبة سيادة (القانون العام)، وصفة خاصة لا يختلف مركزها القانوني عن الأفراد (القانون الخاص)، ويميل الفقه القانوني العربي الحديث إلى الأخذ بهذا المعيار الأخير، وفي ذلك يقول كل من الدكتور عبدالرزاق السنهوري (1895-1971م) والدكتور أحمد حشمت أبوستيت:

"ينقسم القانون أولاً إلى قانون عام وقانون خاص، وضابط التمييز بينهما وجود الدولة، باعتبارها صاحبة سلطان، في العلاقات التي ينظمها القانون، وهذا هو القانون العام، وعدم وجودها فيها، وهذا هو القانون الخاص... نؤثر تقسيم القانون إلى: قانون عام وقانون خاص، لأنه أقرب إلى المنطق"⁽²⁾.

وبوجه عام، أدت هذه التفرقة أخيراً بكثير من الأنظمة القضائية إلى الأخذ بفكرة القضاء المزدوج، أي قضائين، أحدهما قضاء عادي ينظر في منازعات الأفراد، وآخر إداري ينظر في المنازعات الإدارية.

عند هذا الحد، يتوقف نفرٌ من الفقه العربي حينما يتم التسليم بمثل هذه التفرقة، وتبدأ الدروس العلمية والمحاضرات القانونية والكتب الأكاديمية في عرض المسألة وكأنها من المسلمات غير القابلة للدحض، تسقى لطلبة العلوم القانونية في بداية مراحل دراستهم. في حين أننا عندما نقوم بالتنقيب في بعض الآراء وجذور بعض النظريات القانونية، نجد أنّ هناك من علماء القانون - الغربي خصوصاً - من لا يؤمن بمثل هذه التفرقة أصلاً. فواحدٌ مثل الفيلسوف القانوني هانز كلسن (1881-1973م) صاحب نظرية الهرم القانوني، يُنكر وجود فروقات نوعية بين القانون العام والقانون الخاص، على أساس أنّ الفروق الحقيقية تتمثل في تراتبية القانون لا أكثر (أي فروق في المستويات): فالدستور أعلى القوانين، ثم تأتي القوانين الصادرة عن البرلمان، ثم اللوائح. يقول كلسن:

(2) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، د. أحمد حشمت أبوستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1938م، القاهرة، ص 221-222 / ينظر أيضًا: عبدالرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون: خلاصة محاضرات، 1936م-1354هـ، ص 115.

"إن علماء القانون التقليديين، لم يستطيعوا رؤية وحدة النظام القانوني... إذ ليس هناك من فرق نوعي بين قواعد القانون الخاص والعام، فهي تفرقة أملتها اعتبارات أيديولوجية معنية تستهدف إعطاء الحكومة بعض الامتياز، وإخفاء أثر التيارات السياسية على علاقات القانون الخاص، فلا محل لها في العلم القانوني البحت، فالاختلاف في القواعد القانونية اختلاف في الدرجة بين المستويات وليس بالنوع"⁽³⁾.

ولئن نظرت نظرةً متأنيةً في النظم القانونية المقارنة، فإنك لن تجد شيئاً من تلك التفرقة أصلاً، ففي مدرسة الشريعة الإسلامية وفقهها الغزير، لا تكاد تجد من بين القواعد الفقهية ما يميّز مركز الدولة في تصرفاتها وتعاقدها على النحو الذي يُفرد له تنظيم أو تفرقة بين قانون عام وقانون خاص. والسبب أنّ الفقه الإسلامي عندما قام بالتأسيس لمجمل القضايا القانونية التي تعالج تصرفات الأفراد، لم يكن في تصوره أنّ ثمة امتيازاً يتمتع به الإمام (الخليفة) أو مؤسسة الخلافة في تصرفاتها وتعاقدها، سوى القيد الذي يرد على مشروعية أو شرعية تصرفاتها وتوافقها مع الكتاب والسنة. هنا نجد السبب الذي لم يمنح فيه الفقه الإسلامي لفرع القانون الدستوري أو الإداري غزارةً كما أفردها لفروع القانون الأخرى، السبب: إن منطلقات الفقه الإسلامي لا تنطلق من تمييز بين قانون يمنح الدولة امتيازاً وقانون آخر ينظم علاقات الأفراد، بل اعتبرت الأمر سيان. إن ثنائية القانون (العام/الخاص) تقود إلى القول بأن القانون الخاص هو القانون الحقيقي في الوقت الذي يمثل فيه القانون العام قانون ممارسة القوة والهيمنة، وبالتالي فهو ليس قانوناً. ولعمرك إذا اطلعت على أحد أبرز فقهاء القانون الدستوري

(3) روبرت ألكسي، فلسفة القانون: مفهوم القانون وسريانه، تعريب: كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2013م، ص 228.

الإسلامي وهو العلامة أبو الحسن الماوردي (974-1058م)، يؤكد في افتتاحية كتابه الشهير (الأحكام السلطانية) على أن الإمام (ال خليفة) يتقيد بمركزية المشروعية القائمة على مصادر التشريع في الكتاب والسنة، وكل ما أورده الإمام الماوردي في أحكامه السلطانية من قبيل التنظيم والتقسيم والتوضيح لمهام الإمارة والوزارة والولاية على القضاء، وباقي الولايات بما فيها الحسبة والحدود. ولكنه لم يفرد لها طابعًا خاصًا مهيمًا أو تمييزًا محددًا للقانون الدستوري بما يتجاوز الأصل القانوني، كما فعلته التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. يقول الماوردي في مقدمته:

"إن الله جلت قدرته ندب للأمة زعيمًا خلف به النبوة، وحاط به الملة، وفوض إليه السياسة، ليصدر التدبير عن دين مشروع، وتجتمع الكلمة على رأي متبوع"⁽⁴⁾.

تبقي أن نشير إلى أن التراث الإسلامي قد عرف شيئًا من القضاء الإداري، بما أطلق عليه قضاء المظالم، وهو الولاية القضائية والرقابية على أعمال الولاة والشؤون العامة، غير أن تخصيص نمط من أنماط التقاضي على ذلك النحو لم يكن القصد منه ولا من ضمن منطلقاته أن تُمنح الدولة امتيازًا أو هيمنةً في تصرفاتها وتعاقدها البتة، بل على العكس فإن المقصد هو ضمان المساواة وإنفاذ القانون على كبار موظفي الدولة وسلطاتها وأجهزتها الإدارية. ودليلنا على ذلك أيضًا، أن فكرة (أعمال السيادة) الشهيرة في مجال القانون العام، في واقع الأمر، لم تكن معروفة في الفقه الإسلامي، بل لا يوجد في تراث المسلمين ما يشير إلى تحصين القرارات الإدارية ولو كانت سيادية، وكل ما يُكتب في الفقه المعاصر حول نظرية

(4) أبي الحسن علي بن محمد ابن حبيب البصري الماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، 2006م، ص 13.

أعمال السيادة في القانون الإسلامي هي - وبكل صراحة - محاولات تسيير وراء مناهج النظام القانوني الفرنسي في حقيقة أمرها. ودليلنا الأبرز على ذلك، واقعة الحكم القضائي الشهير الذي ألغى فيه قاضي المسلمين " قرار فتح سمرقند" ، وهو في حقيقة أمره "إلغاء قرار حرب عسكري" لا يُشك في كونه قرارًا سياديًا. لقد ألغى القاضي جُميع بن حاضر الباجي قرار جيش المسلمين بالدخول إلى سمرقند لمخالفته قيود المشروعية التي تتطلب القيام بإجراءات مسبقة، تتمثل في "إنذار أهل سمرقند وتخييرهم لمدة ثلاثة أيام" ، كما تجري عادة الفتوحات الإسلامية، وقد نُفذ القرار وخرج جيش المسلمين من سمرقند.

وإذا ما ألقينا نظرة على المدرسة الإنكليزية في القانون، يتبين أنه على الرغم من أن القانون الإنكليزي يجد أصوله أيضًا في القانون الروماني، غير أنه أقل تأثرًا به. وعليه فلم يسلك مسلك القانون الفرنسي (اللاتيني) في جعل تلك التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص أصلًا من أصوله. بل على العكس فقد انطلق قانونهم من العادات الأنكلوسكسونية والنورماندية، فكان قانونهم قانون العادات التي يقررها القضاء، فقد جعلت العقلية الإنكليزية القضاء متمتعًا بدور مركزي ومحوري في صناعة القانون ووضعه، لا مركزية الحكومة، تجسيدًا لمقولة "القاضي يصنع القانون Judge Made Law". ولهذا يجب الانتباه إلى أن مصطلح (القانون العام Common Law) - والبعض يُطلق عليه اسم (القانون الشائع) - في التراث الإنكليزي يتمتع بمدلول مختلف عن النظام اللاتيني، فالقانون العام الإنكليزي يشير إلى تلك العادات السالفة، بما يمكن القول أن مدلوله في إنجلترا أشبه بمدلول (الشرعية العامة). وبسبب تعقيدات القانون العام ظهر (قانون العدالة) أو (محاكم العدالة)، وهي أيضًا لا تضع تصورًا لهيمنة الدولة على فرع من فروع القانون. فلذلك لا ترى في القضاء الإنكليزي تمييزًا ثنائيًا بين القضاء

العادي والقضاء الإداري. وإذا كان هناك امتياز للإدارة الحكومية في بعض العقود النفطية، فهذا لا يتجاوز فكرة قيامها على سبيل الاستثناء دون أن يتعدى ذلك إلى وضع نظرية عامة في كافة العقود الإدارية، كما فُعل في فرنسا ومن تبعها من نظم قانونية وقضائية.

وإذا ألقينا نظرة على المدرسة الاشتراكية في القانون، وهي المدرسة التي تأسست وانتشرت بعد البيان الشيوعي الذي أطلقه كارل ماركس وفريدريك إنجلز، وأقامت هذه المدرسة فكرة القانون بوصفه وسيلة من وسائل تحقيق الشيوعية التي فسّرت التاريخ والحركة الاجتماعية تفسيراً اقتصادياً. حيث نجد أنّ هذه المدرسة شديدة النقد لمبدأ تقسيم القانون إلى قانون عام وآخر خاص، استناداً إلى عدة أسباب من بينها: إنّ القانون في حقيقته انعكاس للبنية الاقتصادية، وبالتالي لا يوجد هناك مجال عام وخاص للمصالح الاقتصادية، ثم أنّ القانون وسيلة لسيطرة البوليتاريا (الطبقة الكادحة) على الحكم، وعندما تسيطر هذه الطبقة -وفق فهمهم التراتبي التاريخي- وتتحوّل إلى (دكتاتورية مشروعة) فلن تكون هناك قوانين غير القوانين الحكوميّة، ولا يوجد حينئذ فصلٌ بين السلطات، بحيث تصبح كل القوانين ضمن (القانون العام) بطريقة تخدم اقتصاد الدولة، أي يتحوّل القانون المدني والتجاري إلى قانون عام يسير ضمن خطة اقتصادية لمصلحة الدولة، بمعنى أنّ حماية حقوق الفرد (شخصه وأمواله) تصار إلى حماية الدولة ومصالحها، وهو ما انتهى إليه القانون السوفييتي الذي قام على مبدأ واحد هو (الاقتصاد الاشتراكي)، الذي اضمحلت معه الملكية الفردية وصارت إلى ملكية جماعية⁽⁵⁾.

(5) دياس، فلسفة القانون: أشهر المذاهب الفلسفية عن القانون، ترجمة: هنري رياض، دار الجيل، بيروت - لبنان، ديسمبر 1984م، ص 20-54.

في واقع الأمر، نسجّل هنا أنّ المذهب السوسيولوجي في دراسة القانون، الذي يضع العلاقة بين القانون والمجتمع أولوية من الأولويات منهجًا وغاية، هو أبرز المذاهب القانونية الحديثة التي ترفض فكرة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، فلا يرى هذا المذهب في ذلك التقسيم سوى نوع من أنواع الزندقة القانونية. فواحدٌ مثل الفقيه الفرنسي الشهير العميد دوجيه (1859-1928م) يرفض رفضًا قاطعًا إيجاد تمايز بين القانون العام والقانون الخاص، حيث إنه من غير المقبول أن تتمتع الدولة بوضع أو امتياز خاص، على أساس أنّ الدولة ليست لها ذاتية سحرية، بل هي في نهاية المطاف منظمة تتكون من مجموعة أفراد، وعليه يرفض العميد دوجيه أيضًا فكرة الشخصية المعنوية لأي جهاز من أجهزة الدولة بوصفها فكرة مجازية غير واقعية، ويقول أيضًا في معرض الحديث عن تمتع الدولة بصفة السيادة: أنّ فكرة السيادة هذه فكرة أسطورية، وبالتالي فإنّ المفاهيم المترتبة عليها تكون أسطورية كذلك⁽⁶⁾.

لا يمكن أن ننكر في واقع الأمر، أنّ المذهب السوسيولوجي الذي تزعمه العميد دوجيه بُني على نظريات علم الاجتماع التي قدمها الفيلسوف الفرنسي أوجست كونت (1798-1851م)، كما تأثر دوجيه بزميله عالم الاجتماع الفرنسي إميل دوركهايم (1858-1917م) في تحليل الظاهرة القانونية. ولهذا السبب يبدو مناسبًا أن نتبع آراء دوركهايم وما قاله في كتابه الشهير (في تقسيم العمل الاجتماعي) من تأسيس لفكرة (التضامن الاجتماعي)، بوصفها أساسًا لتنظيم المجتمع وبالتالي لوضع القوانين. يرى دوركهايم أنّ القانون يبرز صورة التعاون الاجتماعي، وأنّ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص جاءت كتصنيف اختباري أو تقريبي، ولكن

(6) المرجع نفسه، ص 116-121.

عندما نحاول أن نحدد الألفاظ بشكل أدق، فإن الخط الفاصل لا يبدو واضحًا لأول وهلة. يقول: إنَّ كل قاعدة قانونية هي قاعدة تحدد السلوك، وترتبط بالتالي بفكرة الجزاء، ويتغير ذلك الجزاء تبعًا للخطورة التي تقدرها القاعدة والمكانة التي تحتلها في الوجدان الاجتماعي، والدور الذي تمثله في المجتمع، وبالتالي فإنَّ تصنيف القواعد الحقوقية يجب أن يكون تأسيسًا على فكرة الجزاء ودرجة الإيلام التي تحققها. وبالتالي يقترح دروكهايم تقسيمًا للقانون على أساس ما يأتي⁽⁷⁾:

1 - الفئة الأولى: القوانين الجزائية: حيث تصنف القواعد القانونية ضمن هذا السياق، فبعضها يقوم على الإيلام، أو التصغير من شأن الفاعل على الأقل، أو ربّما تهدف للإصابة بثروته أو شرفه أو في حياته أو حريته، أو أن تحرمه شيئًا يستمتع به، ومن ثم فهي زجرية.

2 - الفئة الثانية: القوانين التعويضية: هي قواعد لا تقتضي إيقاع الألم على الفاعل، ولكن تقوم بإعادة الأمور إلى نصابها فحسب، أي إعادة العلاقات المضطربة إلى شكلها الطبيعي، إما بإرجاع الفعل المخالف بالقوة إلى النموذج الذي انحرف عنه، وإما بإلغائه أي بحرمانه كل قيمة اجتماعية.

وعليه، يصنف دروكهايم القواعد القانونية إلى نوعين كبيرين حسب ما تلحق بها من عقوبات قامعة منظمة، أو عقوبات تعويضية. فتشمل الفئة الأولى القانون الجزائي، في حين تشمل الفئة الثانية مجموعة القوانين

(7) ينظر: إميل دروكهايم، في تقسيم العمل الاجتماعي (ملاحظات حول المجتمعات المهنية)، المنظمة العربية للترجمة بالتعاون مع اللجنة الوطنية اللبنانية لليونسكو، توزيع: مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، حزيران (يونيو) 2015م، ص 96-97.

المدنية والتجارية، وقوانين المحاكمات، والقانون الإداري والدستوري، بصرف النظر عن الأحكام الجزائية التي قد تتضمنها.

لسنا هنا نُسلم بما ذهب إليه دروكهايم من تقسيم، حيث لا زال رأيه مجالاً للنقد والتقييم، لكننا عرضنا رأيه في سياق توضيح أنّ فكرة التمايز بين القانون العام والقانون الخاص، كتقسيم منهجي تقليدي راسخ، ليس بالضرورة أن يكون تقسيمًا صحيحًا. بل نرى أننا غير مجبرين على القبول بفكرة التقسيم الثنائي أصلاً بين فروع القانون لسببين، الأول: إننا لا نرى جدوى عملية في التقسيم بين هذين الفرعين، سوى في مجال الغرف الجامعية والأقسام الأكاديمية، والثاني: إنّ المدرسة الوضعية القانونية التي تنتشر اليوم، لم تبق لنا مجالاً نتحدث فيه عن التمايز بين فروع القانون، حيث أصبحت كلها تسلك منهج التقنين وأساليب الصياغة، حتى غدا الفرق بين القوانين الإدارية والقوانين المدنية والتجارية الأخرى من حيث شكلها التقني فرقا بسيطًا. وقد اعترف بتلك التأثيرات أحد أبرز فقهاء القانون الفرنسيين وهو رينيه ديفيد (1906-1990م)، عندما قال: "القانون العام، تمت صياغته على نماذج القانون الخاص". وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى جعل المسافات ضبابية بين الفرعين الكلاسيكيين، ومما يعني أننا بحاجة إلى البحث عن بدائل، وألا نعتبر هذا التقسيم السائد من قبيل المسلمات. وهو مقصدنا من مناقشة هذه الفكرة وخلاصة غايتنا.

لدراسات المُدكَّمة

مدلول السريّة المصرفيّة في التشريع البحريني

د. محمد عبيد الشريفة*



ملخص

تعتبر السريّة المصرفيّة رأس مال المؤسسات المالية الحقيقي، حيث تلتزم البنوك والمؤسسات المالية بالسريّة المصرفيّة خصوصاً في البنوك التجارية رغبةً منها في دعم الائتمان وتحقيقاً للمصلحة الاقتصادية للبنوك، إلا أن التعامل بالسريّة المصرفيّة من قبل المؤسسات المالية في دول العالم لا يكون على وتيرة واحدة من حيث التشدد أو من عدمه، مع الاتفاق الضمني والعرفي للمؤسسات المصرفية على ضرورة السريّة المصرفيّة في العمل المصرفي، إلا أن هذه السرية لا بد لها من أساس تشريعي تستند عليه، من حيث تنظيمها ونطاقها، ومن حيث الأشخاص والمعلومات، فالسرية لا تستطيع الصمود طويلاً دون تشريعات داعمة وناظمة للسرية المصرفية.

(*) أستاذ القانون الخاص - الكلية الملكية للشرطة، وزارة الداخلية / مملكة البحرين.

وبما أن السرية المصرفية نظمتها الأعراف المصرفية منذ فترة طويلة، والتشريعات كذلك، إلا أننا نلاحظ أن هذه التشريعات المختلفة لا تسير على وتيرة واحدة في المحافظة على السريّة المصرفيّة، حيث إن هناك تشريعات تتشدد في حماية السريّة المصرفيّة، ولا تسمح بإفشاء السّرّ المصرفي في كثير من الحالات حتى في مواجهة السلطات العامة، ونجد على العكس من ذلك، تشريعات قد تتهاون في المحافظة على السريّة المصرفيّة في مواجهة السلطات العامة.

بالإضافة إلى اختلاف التشريعات من حيث بيان ماهية السريّة المصرفيّة وتحديد نطاقها، وكذلك حتى في تحديد حالات إفشاء السريّة المصرفيّة، كل ذلك نابع من نظرة هذه التشريعات للسرية المصرفية، وأهميتها في الاقتصاد والسياسة المالية للدولة، وهذا الاختلاف نجده حتى في الدول العربية بين متشدد وبين أقل شدة في التعامل مع السريّة المصرفيّة.

وفي الآونة الأخيرة عادت وظهرت أهمية السريّة المصرفيّة للسطح مجدداً، بسبب تزايد جرائم غسل الأموال لما يتم الربط بين السريّة المصرفيّة وبين جريمة غسل الأموال، حيث يعتبر البنك محطتها وهدفها الأول، لأنه في نجاح هذه الخطوة تندمج الأموال المحصلة بطريقة غير شرعية مع الأموال الشرعية، فكلما كان هناك تشدد من قبل البنوك بموجب قوانين ومراقبة من المصارف المركزية بشكل مباشر - كما هو الحال عليه في مملكة البحرين- تصبح عملية غسل الأموال من خلال البنوك مسألة صعبة، بعكس بعض الدول التي تسمح بإيداع الأموال دون التشدد حول معرفة مصدر هذه الأموال.

وإذا كانت السريّة المصرفيّة مبدأ متعارف عليه في المعاملات المصرفية منذ زمن قديم نسبياً، إلا أنه لا يوجد تشريع مستقل يعالج السريّة المصرفيّة

في مملكة البحرين، حيث عالج المشرع مسألة السرية المصرفية في الباب الثامن من خلال المواد (116-120) من القانون رقم (64) لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية والقانون المعدل.

الكلمات المفتاحية: البحرين، مصارف، سرية مصرفية، أسرار المهنة، مصرف البحرين المركزي، سويسرا، مسؤولية البنك، إفشاء معلومات.

Abstract

Banking secrecy is considered the real capital of financial institutions, banks and financial institutions are committed to banking secrecy, especially in commercial banks, in a desire to support credit and to achieve the economic interest of banks. However, dealing with banking secrecy by financial institutions in the different countries of the world does not take place in the same way, in terms of strictness or not, with the implicit and customary agreement of the banking institutions on the necessity of banking secrecy in the banking business, nevertheless, this secrecy must have a legislative basis upon which it is based, in terms of its organization in addition to their boundaries in terms of persons and information, secrecy cannot last for long without supportive and regulatory legislation for banking secrecy.

Since banking secrecy has been regulated by banking norms for a long time, and the legislations as well. However, we note that these various legislations do not proceed in a uniform manner in maintaining banking secrecy, where there are legislations that tighten the protection of banking secrecy, and do not allow disclosure of banking secrecy in many cases, even in the face of public authorities. On the contrary, we find legislations that may be negligent in maintaining banking secrecy in the face of public authorities.

In addition to the difference in legislation in terms of stating the nature of banking secrecy and defining its scope, likewise, even in determining cases of bank secrecy disclosure, all this stems from the view of these legislations on banking secrecy and its importance in the state's economy and financial policy, this difference is found even in Arab countries among those who are strict and those non-militant in dealing with banking secrecy.

More Recently, the importance of banking secrecy has appeared to the surface again, due to the increase in money laundering crimes, especially when the link between banking secrecy and the crime of money laundering has been established, as banks are considered as the station and primary goal, because in the success of this step the illegally collected money merges with the legitimate money. Whenever there is strictness on the part of banks according to laws and supervision by central banks directly - as is the case in the Kingdom of Bahrain - the process of money laundering through banks becomes a difficult question, unlike some countries that allow depositing money without stressing about knowing the source of such money.

And if banking secrecy has been a recognized principle in banking transactions since a relatively long time, we find that there is no independent legislation dealing with banking secrecy in the Kingdom of Bahrain, Where the legislator addressed the issue of banking secrecy in Chapter Eight through Articles (116-120) of Law No. (64) of 2006 under the Central Bank of Bahrain and Financial Institutions Law and the amended law.

Key words: Bahrain, banks, banking secrecy, professional secrets, the Central Bank of Bahrain, Switzerland, the responsibility of the bank.

الالتزام بالسريّة المصرفيّة من أهمّ الالتزامات التي تقع على عاتق المؤسسات المالية، باعتبار أن الكشف عن مركز العميل المالي من الأمور الخاصة به، والتي قد يتسبب الإفصاح عنها للآخرين بشكل غير مشروع؛ الإضرار بمصالح العميل المختلفة.

وعلى الرغم من أن السريّة المصرفيّة تعني حظر إفشاء أي معلومات عن العملاء من قبل المؤسسات المالية، والتي تكون قد وصلت إلى علم أي من موظفي أو مسؤولي البنك أو مستخدميه، إلا أن هذا الحظر ليس مطلقاً، حيث إنه ثمة أمور يتعين معها الخروج على مبدأ السرية في حالات خاصة، كأن يكون من شأن الإفصاح عن التعاملات البنكية للعميل مساعدة السلطات العامة في الدولة في الكشف عن جريمة ما، أو أن يقوم البنك بإفشاء سرّ العميل تنفيذاً لحكم قضائي أو حكم محكمين، أو أن الإفصاح يقع على عاتق البنك تطبيقاً لأحكام قانون خاص كما هو عليه الحال بالنسبة لقوانين مكافحة غسل الأموال، وواجب الإبلاغ عن أي عمليات مشبوهة.

ولضمان تنفيذ الغاية المنشودة من السريّة المصرفيّة لذلك، تدخل المشرع البحريني مقررّاً مجموعة من الأحكام للحفاظ على خصوصية الأفراد، وفرض الجزاءات على كل من يخل بالمحافظة على الالتزام بالسريّة المصرفيّة.

ولإحاطة بكافة جوانب موضوع البحث ينبغي تقسيمه إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: التطور التاريخي للسريّة المصرفيّة.

المبحث الثاني: مفهوم السريّة المصرفيّة.

المبحث الثالث: السريّة المصرفيّة وسرّ المهنة.

المبحث الأول

التطور التاريخي للسريّة المصرفيّة

في هذا المبحث سنتطرق إلى نشأة السريّة المصرفيّة دون البحث العميق في جذورها، ولكن لا بد من الإشارة إلى نشأة السريّة المصرفيّة بأنها مرتبطة بشكل مباشر مع نشأة ووجود البنوك بشكل وثيق، لأنه لا وجود للمصارف دون السريّة المصرفيّة، ولا وجود للسرية المصرفية من دون المصارف، حيث إنهما وجهان لعملة واحدة، ومن باب الإنصاف سنتطرق للتطور القانوني للسريّة المصرفيّة في التشريعات الأجنبية، وكذلك التطور القانوني للسريّة المصرفيّة في التشريعات العربية.

المطلب الأول

التطور القانوني للسريّة المصرفيّة في التشريعات الأجنبية

لوقوف على أهمية السريّة المصرفيّة في العمل المصرفي لا بد من التطرق إلى نشأة السريّة المصرفيّة، وتطورها التاريخي في بعض الدول المختلفة، لمقارنتها مع التشريعات الوطنية، وهنا سنأخذ بعض الدول المشهود لها بالسريّة المصرفيّة، ولديها تاريخ طويل من المعاملات المصرفية، ولبيان الطبيعة القانونية للسرية المصرفية في تلك الدول على النحو التالي:

الفرع الأول

السريّة المصرفيّة في القانون الإنجليزي

لم يتضمن القانون الإنجليزي نصًا صريحًا يلزم البنوك بالمحافظة على أسرار العملاء، ومع ذلك فإن القضاء الإنجليزي، قد ألزم البنوك بالسرية

استنادًا إلى أن هذا الالتزام لا يرد فقط في نطاق الالتزامات الأدبية والأخلاقية ضمن العلاقة المنظمة بين البنك والعميل، وإنما اعتبر القضاء أن الإخلال بواجب السرية يعد إخلالاً بالالتزام عقدي، ويعطي الحق للعميل أن يطلب من المحكمة إصدار أمر للبنك بعدم الإخلال بالعقد والحكم له بالتعويض⁽¹⁾.

ولا يقتصر التزام البنوك بالسرية في إنجلترا على المعلومات المستخرجة من حساب العملاء، وإنما يتضمن أيضًا كل ما ينشأ من مصادر أخرى، كما لو كانت المعلومات مستقاة من عملية خارجية تفيد بوجود علاقة بين البنك والعميل، كما أن هذا الالتزام لا ينقضي بانقضاء علاقة البنك بالعميل بإنهاء الحساب، وهذا المبدأ يتضح بشكل واضح من خلال قضية فوستر الشهيرة ضد بنك لندن سنة 1862، والتي نتجت عنها علاقة أنه كان أحد عملاء البنك قد قبل كمبيالة بمبلغ (532) جنيهًا إسترلينيًا على أن يقوم البنك بالوفاء بقيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق. وعندما تقدم الحامل لصرف قيمة الكمبيالة، أخبره البنك بأن الرصيد الموجود بالحساب غير كاف، وأنه ينقص عن المطلوب بمقدار (104) جنيهات إسترلينية، فقام المستفيد من الكمبيالة بإيداع مبلغ (104) جنيهات في حساب العميل القابل، وتقدم بالكمبيالة بعد أن أصبح المبلغ الموجود في الحساب كافيًا للوفاء بقيمتها، فدفع إليه البنك قيمتها.

عندئذ قاضى العميل (فوستر) البنك؛ لأنه أفشى سرًا من أسرارته يتعلق بمقدار رصيد حسابه، وقضت له المحكمة بالتعويض بعد أن اعتبرت ذلك

(1) د. عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسّر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 132.

هو العلاج العادي أو النتيجة الطبيعية أو الضرورية المترتبة على الإخلال بالعقد⁽²⁾.

وأما في العصر الحديث نسبياً في إنجلترا يشار إلى أن مبدأ السريّة المصرفية قد تم تبنيه في قضية شهيرة كذلك، وهي قضية توينر⁽³⁾ ضد مصرف الاتحاد الوطني البريطاني عام 1924م، التي عرضت أمام المحكمة العليا في إنجلترا، إذ قضت هذه المحكمة أن الالتزام بالسريّة المصرفية هو التزام قانوني نتيجة للعقد الذي ينظم العلاقة بين المصرف والعميل، وبواجب هذا العقد هناك شرط أساسي يلزم المصرف ويحتم عليه الحفاظ على السريّة المصرفية وكتمانها، وقد أشارت المحكمة في حكمها: إن التزام المصرف هو التزام قانوني وتعاقدي، وليس مجرد التزام أخلاقي أو أدبي، وعليه فإنّ إخلال المصرف بهذا الالتزام القانوني التعاقدي يمنح العميل الحق في المطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به⁽⁴⁾، وعللت

(2) المرجع السابق، ص 133.

(3) القضية المشهورة في موضوع السرية المصرفية في قضية (Tournier V. National Provincial and Union Bank of England) حيث فشل المدعي (Tournier) عام 1924 في تغطيه حسابه المكشوف في برنامج الدفع المتفق مع البنك للسداد خلال فترة معينة، اتصل مدير البنك به ولكنه لم يجده وناقش الموضوع مع صاحب عمله وعجزه عن السداد واعتقادهم بأنه مقامر، وبعد انتهاء فترة التجربة استغنى صاحب العمل عن الموظف بعدما علم من البنك بخصوص المقامرة، رفع هذا الشخص قضية على البنك بأنه أفشى أسراره المالية للغير مما تسبب في فقدانه لعمله، حكمت المحكمة لصالحه وأن البنك لم يلتزم بالسرية وبالتالي الخسارة التي نتجت عن خسارته لعمله. مشار لهذه القضية عبد القادر ورسمه غالب، قوانين السرية المصرفية ضد قوانين غسيل الأموال، مقالة منشورة في مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد7، حزيران 2007م.

(4) عبد القادر ورسمه غالب، قوانين السرية المصرفية ضد قوانين غسيل الأموال، مقالة منشورة في مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد 78، حزيران 2007م.

المحكمة في أسباب حكمها أن الالتزام بالسرية: "يمتد إلى أبعد من حالة الحساب؛ أي يشمل ما إذا كان الحساب ذا رصيد مدين أو دائن ومقدار هذا الرصيد، ويجب أن يمتد على الأقل إلى كل المعاملات التي تدرج في الحساب وإلى الضمانات المعطاة بخصوص هذا الحساب...".

وما يمكن استنتاجه من هذه القضايا، هو أن القضاء الإنجليزي قد وسع من حمايته للسر المهني البنكي منذ زمن بعيد، بالرغم من عدم وجود نص خاص في القانون الإنجليزي يفرض على البنك الالتزام بالسر البنكي، ويجب الإشارة هنا إلى عدة نتائج مهمة رتبها القضاء الإنجليزي على تأصيل أحكامه في موضوع التزام البنوك بالسرية وهي:

أولاً: إن التزام البنك بحفظ أسرار العملاء يمتد حتى بعد قفل حساباتهم وإنهاء علاقتهم بالبنك، ولا يعفى البنك من السرية إلا إذا نص القانون على ذلك، كما هو عليه الحال في قانون غسل الأموال، أو قوانين الضرائب وغيرها، أو تحقيقاً لمصلحة عامة أو مصلحة البنك نفسه، عندما يقاضي العميل نفسه بسبب كون حسابه مكشوفاً.

ثانياً: إن إرضاء العميل يعد في إنجلترا من أكثر الأسباب التي تبرر للبنك كشف السر المصرفي، كما لو أمر العميل البنك بأن يدلي بالبيانات إلى محاسبه هو أو محاميه.

الفرع الثاني

السرية المصرفية في سويسرا

ولعل سويسرا من أكثر دول العالم عناية بمسألة السرية المصرفية، ولها في ذلك تقاليد عريقة ومكانة دولية كبيرة في هذا المجال، إضافة إلى القوانين الصارمة التي تحمي عملاء البنوك وتلبس المعلومات المتعلقة بهم

ثوبًا سميًا من الكتمان والسرية. وتقدم أنظمة المصارف في سويسرا مثالاً لأعلى ما وصلت إليه العناية بالسرية في أعمال المصارف. ويمكن تلخيص معالم السرية المصرفية في سويسرا بما يلي:

- إن الأصل في العلاقة بين البنك والعميل هو الكتمان، ولذلك فإن على البنوك الالتزام بالسرية في علاقتها مع العميل، وعليها كتمان كل المعلومات التي يقدمها العميل عند فتح الحساب عن الجميع دون استثناء، حتى لو لم يفتح العميل ذلك الحساب، وإنما اكتفى بإبداء الرغبة في ذلك.

- ولا يقتصر التزام البنوك السويسرية بالسرية على الإفادات التي يقدمها العميل عند فتح الحساب أو بعد ذلك، بل يشمل كل ما يتعلق بالعميل من معلومات، حتى تلك التي يجمعها البنك بنفسه عنه من مصادر أخرى، وكذلك الاستنتاجات والملاحظات التي يسجلها البنك في دفاتره عن العميل.

- ليس للبنك أن يقرر ما إذا كانت المعلومات عن عميل من العملاء مهمة أو غير مهمة، بل كل ذلك راجع إلى العميل نفسه، حتى مجرد كون أن حسابًا قد فتح للعميل يعد أمرًا سرّيًا. وليس للسرية حد زمني، فلا يجوز للمصرف إفشاء أسرار العميل حتى بعد إقفال ذلك الحساب، وسحب الأموال من البنك.

- ولا يجوز للبنك إفشاء هذه المعلومات لأي شخص، إلا بأمر مكتوب من العميل نفسه، أو في الحالات التي يتلقى البنك أوامر من جهة قضائية، ويكون ذلك متعلقًا بقضية جنائية. علمًا بأن التهرب من الضرائب الذي يعد جنائية، ومن ثم يدخل في هذا الاستثناء، ويقتصر في القانون السويسري على أولئك الذين يفعلون ذلك مع سبق

الإصرار والترصد، وليس مجرد التأخر في دفعها أو الخطأ في حسابها، ولذلك ليس مجرد اتهام الشخص بالتهرب من دفع الضرائب كافيًا لكشف أسراره لدى البنوك السويسرية.

وترجع قوانين السريّة المصرفيّة في سويسرا إلى سنة 1713م، عندما كان المصرفيون السويسريون يديرون أموال لويس السادس عشر ملك فرنسا، وكان حريصًا على إخفاء ذلك، وكتمه عن أعدائه ومنافسيه، فوجد في المصرفيّة السويسرية موضعًا لاستثمار أمواله بثقة وسرية. إلا أن النقلة المهمة في تطور السريّة المصرفيّة في سويسرا إنما جاءت في سنة 1934م، عندما صدرت في ذلك البلد قوانين صارمة لحفظ الأسرار المصرفيّة، رداً على سعي حكومة النازي في ألمانيا في متابعة وملاحقة أولئك الذين يخرجون أموالهم منها، مخالفين قوانين مراقبة العملة التي طبقتها تلك الحكومة في الثلاثينيات، إذ أكثرهم كان ينقل تلك الأموال إلى سويسرا التي كانت محايدة في الحرب العالمية الثانية⁽⁵⁾.

وعلى الرغم من أن سويسرا تحترم السريّة المصرفيّة وفقاً للأعراف والتقاليد المصرفيّة، إلا أنها نصت على ذلك في القانون المدني السويسري، حيث تم النص على أن السريّة المصرفيّة من الحقوق الفردية الشخصية التي يجب حمايتها ويجب المحافظة عليها، وكل من ينتهك هذه الحقوق يعاقب جزائياً، إضافة إلى حق العميل في المطالبة بالتعويض على كل الأضرار التي لحقت به. وتجدر الإشارة إلى أن التشدد في النص على العقوبات الجزائية، هو ما تنفرد به سويسرا دون غيرها من الدول الأوروبية، التي تعطي الحق

(5) أنطوان جورج سرايس، السريّة المصرفيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2008، بيروت، لبنان، ص 69.

في المطالبة بالتعويض فقط دون العقوبة الجزائية، ففي عام 1934م، أصدرت سويسرا قانون المصارف الذي وضع عقوبة جزائية على مخالفة الالتزام بالسريّة المصرفيّة، حيث جاء نص المادة (47) منه كما يلي: "يعاقب بالحبس الذي لا تتجاوز مدته ستة أشهر أو بالغرامة التي تصل إلى (50) ألف فرنك، كل من أفشى سرًا عهد إليه به وكان على علم به بسبب تكليفه أو وظيفته، سواء بوصفه عضوًا في جهاز معتمد، كما يعاقب بالعقوبة نفسها كل من حرض الغير على انتهاك السّر المصرفي، وتكون العقوبة هي الغرامة التي تصل إلى (30) ألف فرنك، إذا ارتكب الجريمة عن طريق الإهمال. ويظل انتهاك السّر معاقبًا عليه حتى ولو انتهى التكليف أو الوظيفة، أو لم يعد حائز السّر يمارس مهنته على الإطلاق"⁽⁶⁾.

وتستمد السريّة المصرفيّة في سويسرا أساسها القانوني من أربعة مصادر أولها: هو العلاقة التعاقدية بين البنك وعميله، حيث تنص أحكام وشروط فتح الحساب لدى البنك على هذه السرية. وثانيها: القانون المدني السويسري، حيث ينص في مواده على أن المؤتمن على الأسرار يعاقب إذا كشف تلك الأسرار. وثالثها: قانون البنوك، حيث ينص على السريّة المصرفيّة ويلزم البنوك بها. ورابعها: قانون العمل الذي يمنع الموظف من كشف الأسرار التي يطلع عليها خلال عمله، ومن هنا صار العاملون في المصارف السويسرية ملزمين بكتّم الأسرار حتى لو تركوا العمل في البنك⁽⁷⁾.

(6) المرجع السابق، ص 70.

(7) د. أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي، القاهرة، 1999، ص 163.

ولذلك يعلم عملاء البنوك في سويسرا، أن بيدهم سلاحًا حادًا و"أرضية" قانونية صلبة لمقاضاة البنوك والأفراد الذين يعملون فيها في حال انكشاف أسرارهم للآخرين، كما تعرف البنوك والعاملين فيها أن لا مهرب من العقاب في حالة إفشاء سر عميل، حتى صارت السريّة المصرفيّة بحد ذاتها قوة جذب عظيمة للأموال إلى بنوك سويسرا، ويعتمد عليها الاقتصاد السويسري بشكل كبير.

المطلب الثاني

التطور القانوني للسريّة المصرفيّة في التشريعات العربية

تتفق التشريعات العربية بشكل عام من حيث تنظيمها للسرية المصرفية واهتمامها بالسريّة المصرفيّة، إلا أنها اختلفت من حيث أفراد تشريعات خاصة من عدمه لتنظيم السريّة المصرفيّة من خلال قوانين مستقلة، وبالتالي اختلفت تشريعات الدول، لاسيما الدول العربية في نظرتها للسريّة المصرفيّة، لذا يمكن التطرق إلى سياسة بعض الدول العربية المقارنة بخصوص تعاملها مع السريّة المصرفيّة، على أن هذا التطرق يشمل كل من جمهورية لبنان، والمملكة الأردنيّة، ومملكة البحرين.

الفرع الأول

السريّة المصرفيّة في الجمهورية اللبنانيّة

كانت السرية في لبنان سابقًا تقتصر على تطبيق ضيق لمبدأ "سريّة المهنة" المنصوص عليه في المادة (579) من قانون العقوبات اللبناني الصادر في العام 1943م، وتنص على أنه: "من كان بحكم وضعه أو وظيفته أو مهنته أو فنه على علم بسر وأفشاء دون سبب شرعي، أو استعمله

لمنفعته الخاصة، أو لمنفعة آخر، عوقب بالحبس سنة على الأكثر وبغرامة لا تتجاوز مائة وستين ألف ليرة لبنانية" (8).

إلا أن المشرع اللبناني قد أولى هذا الالتزام قدر كبير من الأهمية، بحيث سن قانون خاص بسرية المصارف ورفع مستوى هذا الالتزام إلى مصاف الالتزامات الهامة والضرورية، من خلال قانون سرية المصارف الذي أصدره بتاريخ الثالث من سبتمبر سنة 1956م، مع وجود المادة (579) من قانون العقوبات، التي تعاقب على ارتكاب جريمة إفشاء الأسرار من الأفراد الذين يعملون بها، بحكم وضعهم أو وظيفتهم أو مهنتهم أو فنههم، دون أن يكون هناك سبب شرعي أو استعماله لمنفعة خاصة أو لمنفعة أخرى.

وبموجب قانون 3 أيلول 1956م، تلتزم المصارف الخاضعة لأحكامه بالسريّة المطلقة، إذ لا يجوز كشف السّر المصرفي، سواء كان في مواجهة الجهات الخاصة أو السلطات العامة، وسواء كانت قضائية أو إدارية أو مالية إلا في حالات معينة في القانون، وردت على سبيل الحصر وهي:

❖ إذن العميل أو ورثته خطياً.

❖ إذا حكم بإشهار إفلاسه.

❖ عند وجود نزاع قضائي بينه وبين البنك، بمناسبة الروابط المصرفية.

❖ إذا تعلق الأمر بالدعاوى المترتبة عن جريمة الكسب غير المشروع.

وقد جعل القانون اللبناني من إفشاء السّر عمداً، جريمة جزائية يعاقب عليها القانون بجزاء أشد من الجزاء المقرر في القانون السويسري مثلاً، ويتمثل في الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة حسب المادة الثامنة من القانون

(8) د. هشام البساط، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الثالث، منشورات الحلبي، بيروت، ط الثانية 2004، ص 113.

المذكور، ولا تتقدم الدعوى الجزائية آلياً بخصوص هذا الشأن، وما يدل على أن السريّة المصرفية في لبنان هي أشد مما عليه في سويسرا، حيث يمكن صرف السريّة المصرفية بواجب حكم قضائي من المحكمة السويسرية، أما في لبنان فلا يجوز ذلك إلا في حالات محددة حصراً⁽⁹⁾.

وفي لبنان يطبق نظام الحسابات الرقمية على الحسابات السرية، التي يسعى أصحابها إلى عدم الكشف عنها، ولا يعلم عن هذه الحسابات أحد من العاملين في البنك إلا المدير ونائبه خوفاً من اطلاع بقية العاملين بالبنوك عليها، ومعرفة أسماء أصحابها، رغم أن هؤلاء العاملين بالبنوك ملزمون بالسريّة المصرفية بصفة أصلية، ويرجع ذلك إلى زيادة الحيلة والحذر والتشدد في المحافظة على سرية المعاملات وحسابات العملاء⁽¹⁰⁾.

الفرع الثاني السريّة المصرفية في الأردن

الأردن كذلك كبقية أغلب دول العالم أولت السريّة المصرفية اهتماماً كبيراً، حيث أحاطتها باهتمام تشريعي خاص من خلال سن قانون خاص بالبنوك رقم (28) لعام 2000م، ومن خلال مطالعة نصوص قانون البنوك، نجد بعض المواد التي نصت صراحة على السريّة المصرفية ومنها المادة (72) خصوصاً التي نصت على أنه: "على البنك مراعاة السرية التامة لجميع

(9) نادر عبد العزيز شافي، تبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص 285.

(10) د. حمدي عبد العظيم، غسيل الأموال في مصر والعالم الجريمة البيضاء - أبعادها، آثارها، كيفية مكافحتها، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، الطبعة الثالثة، ص 34.

حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنتهم لديه ويحظر إعطاء أية بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بموافقة خطية من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزانة أو من أحد ورثته أو بقرار من جهة قضائية مختصة في خصومة قضائية قائمة أو بسبب إحدى الحالات المسموح بها بمقتضى أحكام هذا القانون، ويظل الحظر قائماً حتى ولو انتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب". وكذلك الحال في المادة (73) التي نصت على أنه: "يحظر على أي من إداريي البنك الحاليين أو السابقين إعطاء أية معلومات أو بيانات عن العملاء أو حساباتهم أو وديعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو أي من معاملاتهم أو كشفها أو تمكين الغير من الاطلاع عليها في غير الحالات المسموح بها بمقتضى أحكام هذا القانون، ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على تلك البيانات والمعلومات بما في ذلك موظفي البنك المركزي ومدققي الحسابات".

ويلاحظ من المادتين السابقتين أن المشرع الأردني أحاط السريّة المصرفيّة بجدار من السرية بشكل عام، ولكن هذه السرية ليست بشكل مطلق، حيث أجاز المشرع الأردني وطبقاً للمادة (74) من قانون البنوك رفع السريّة المصرفيّة في أي من الحالات التالية:-

1. الواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمدققي الحسابات الذين تعينهم الهيئة العامة للبنك أو البنك المركزي وفق أحكام هذا القانون.
2. الأعمال والإجراءات التي يقوم بها البنك المركزي بواجب أحكام هذا القانون أو قانون البنك المركزي.
3. إصدار شهادة أو بيان بأسباب رفض صرف أي شيك بناء على طلب صاحب الحق.

4. تبادل المعلومات المتعلقة بالعملاء سواء بخصوص مديونياتهم لتوفير البيانات اللازمة لسلامة منح الائتمان، أو بخصوص الشيكات المرتجعة بدون تسديد، أو أي أعمال أخرى يراها البنك المركزي لازمة لتعلقها بسلامة العمل المصرفي، وذلك فيما بين البنوك والبنك المركزي وأي شركات أو جهات أخرى يوافق عليها البنك المركزي لتسهيل تبادل هذه المعلومات.

5. كشف البنك عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه في نزاع قضائي نشأ بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات. وفرض القانون عقوبة في المادة (75) على كل من يخالف أحكام أي من المادتين (72) و(73) من هذا القانون، بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر أو بغرامة مالية لا تقل عن عشرة آلاف دينار، ولا تزيد على خمسين ألف دينار أو بكلتا العقوبتين.

الفرع الثالث

السرية المصرفية في مملكة البحرين

يتألف النظام المصرفي في مملكة البحرين من المصارف التقليدية والإسلامية التي تمثل أكبر عناصر النظام المالي، والتي تشكل ما يزيد على 85% من إجمالي الأصول المالية⁽¹¹⁾. ويشرف على تنظيم القطاع المصرفي

(11) مملكة البحرين هي موطن لأكثر من (400) مؤسسة مالية مرخصة، والتي تمثل مزيجاً ثرياً من أسماء المؤسسات الدولية والإقليمية والمحلية، كما أنها تغطي مجموعة كاملة من الخدمات المالية، مع التركيز بوجه خاص على الأعمال المصرفية بالجملة، والتأمين، وصناديق إدارة الأصول. ويشكل القطاع المالي أهم قطاعات المملكة، إذ يساهم بأكثر من 27% في الناتج المحلي الإجمالي، كما أنه يعد أكبر جهة توظيف، حيث يمثل فيه البحرينيون أكثر من 80% من القوى العاملة.

في مملكة البحرين، مصرف البحرين المركزي والذي يعمل منذ عام 2002م بوصفه المنظم الوحيد للقطاع المالي بأكمله في المملكة. يشتمل القطاع المصرفي التقليدي على (19) مصرفاً تجارياً، و(69) مصرفاً لخدمة الشركات أو خدمات الجملة، ومصرفين متخصصين، فضلاً عن (36) مكتب تمثيل للمصارف الخارجية. ويقدم القطاع المصرفي الإسلامي مجموعة من الخدمات الإسلامية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، ويتكون من (6) مصارف تجارية، و(18) مصرفاً لخدمات الجملة، وهي في تزايد مستمر.

ويلعب القطاع المصرفي دوراً بالغ الأهمية في إظهار وإبراز مملكة البحرين، كمركز مالي رائد في المنطقة، ويعود نمو هذا القطاع في مملكة البحرين لعدة عوامل من أهمها اقتصاد السوق المفتوح المتبع في المملكة، والسياسات المالية المستقرة والحكيمة على الصعيد الاقتصادي الكلي، وإطار عمل تنظيمي يتمتع بمصداقية كبيرة ويتمشى مع المعايير الدولية، ووجود عمالة محلية قوية ومؤهلة تأهيلاً جيداً. كل هذه العوامل تضافرت من أجل تقوية موقف مملكة البحرين كمركز إقليمي، فضلاً عن اجتذابها للعديد من المؤسسات المصرفية الأجنبية⁽¹²⁾.

ولمكانة مملكة البحرين كمركز مالي، حرص المشرع على مبدأ السرية المصرفية، من خلال وجود بعض النصوص التشريعية التي تتناول السرية المصرفية، حيث إن المادة (117) من قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية حظرت إفشاء أي معلومات سرية، ويقصد بالمعلومات السرية طبقاً للمادة (116) من القانون ذاته هي: "البيانات والمعلومات الخاصة بأي من عملاء المرخص له"، وهذا يعني أن المعلومات التي يحصل عليها المصرف المركزي، بحكم وضعه كسلطة إشرافية على البنوك

(12) من موقع الحكومة الإلكترونية البحرينية.

العاملة في الدولة تعتبر سرية، وهذا يشمل كل المعلومات المتعلقة بالعملاء. ولا يجوز نشر هذه المعلومات، ويجب أن تظل سرية وفي طي الكتمان، وذلك عدا المعلومات الخاصة بالإحصاءات المجمعة دون الإشارة لحساب خاص أو معلومات شخصية عن العملاء، وهذا نص قانوني ملزم للمصرف المركزي.

وإضافة لهذا فإنّ المادة (119) تنص على حظر إفشاء الغير للمعلومات السرية: "يحظر على أي شخص تلقى معلومات سرية بصورة مباشرة أو غير مباشرة إفشاء تلك المعلومات إلا في أي من الحالات المنصوص عليها في المادة (118) من هذا القانون."

ونظرًا لأهمية السريّة المصرفيّة واعترافًا من المشرع البحريني بقيمة المعلومات الخاصة بالعملاء، فقد أصدر المشرع البحريني مرسومًا بقانون رقم (34) لسنة 2015 بتعديل بعض أحكام قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم (64) لسنة 2006⁽¹³⁾. حيث نصت المادة (68 مكرراً) من المرسوم بقانون رقم (34) لسنة 2015 بتعديل بعض أحكام قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم (64) لسنة 2006، على معدل وعدد هذه البيانات السرية على النحو التالي في المادة (68 مكرراً):

إنشاء مراكز المعلومات الائتمانية:

"أ) يجوز إنشاء مؤسسات مالية تسمى "مراكز المعلومات الائتمانية"،

(13) مرسوم بقانون رقم (34) لسنة 2015 بتعديل بعض أحكام قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية؟ الصادر بالقانون رقم (64) لسنة 2006، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 3230 (ملحق) بتاريخ 2015/10/8.

في شكل مؤسسات مساندة للقطاع المالي، تتولى - بناءً على ترخيص يصدر لها من المصرف - تلقي المعلومات الائتمانية عن العملاء وحفظها وتحليلها وتصنيفها وإعداد تقارير الائتمان بناءً عليها، وتزويد أعضاء مراكز المعلومات الائتمانية بها كلما طلبت ذلك، وذلك كله وفقاً لأحكام هذا القانون، ويحدد المصرف قواعد وضوابط وشروط تنظيم عمل مراكز المعلومات الائتمانية وتقديم خدماتها.

كما أضاف المشرع إلى الباب الثاني من قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم (64) لسنة 2006 فصلاً جديداً هو الفصل السابع بعنوان (مراكز المعلومات الائتمانية)، ويقصد بالمعلومات الائتمانية طبقاً للفقرة (ب/1) من المادة (68 مكرراً)، "يقصد بالمعلومات الائتمانية، المعلومات والبيانات المتعلقة بالالتزامات المالية للعميل. ويشمل ذلك المعلومات والبيانات المتعلقة بجميع أنواع مديونيات العميل والتسهيلات الائتمانية الممنوحة له والبيع بالأجل المبرمة معه والبيع بالتقسيط، وأية مطالبات أخرى مستحقة على العميل، وتواريخ استحقاقها والأحكام والشروط والضمانات المتعلقة بها وآلية تسديدها ومدى التزامه بها، وكذلك المعلومات والبيانات المتعلقة بمستحقات الجهات الحكومية على العميل من رسوم وأقساط وغرامات، وأية مطالبات أخرى مستحقة عليه لهذه الجهات". وكذلك الحال في المادة (68 مكرراً 1) في الفقرة (ب) بشأن تزويد المعلومات الائتمانية لمراكز المعلومات الائتمانية، للمصرف، "أن يصدر قراراً بإلزام أي شخص بتزويد مراكز المعلومات الائتمانية بما لديه من معلومات ائتمانية خاصة بمعاملاته التجارية مع عملائه، وذلك بعد التنسيق مع الجهة الرقابية المعنية بذلك الشخص. "إلا أنه في المادة (68 مكرراً 2) فرض قيوداً على أغراض استخدام المعلومات الائتمانية نظراً لأهمية هذه المعلومات في الفقرة (أ) بالنص صراحة على هذا القيد، "لا

يجوز استخدام المعلومات الائتمانية أو تقرير الائتمان من قبل أعضاء مراكز المعلومات الائتمانية إلا لغرض تقييم الحالة الائتمانية للعميل بهدف اتخاذ قرار منح الائتمان أو تجديده أو إعادة جدولته أو إعادة هيكلته، ولغرض تقييم الحالة الائتمانية للعميل في الأحوال الأخرى التي يتم بموجبها بيع السلع أو تقديم الخدمات لأي شخص مقابل تعهد بالدفع اللاحق".

إذا المشرع البحريني حظر إفشاء المعلومات المصرفية بشكل عام وهذا ما يتوافق مع أغلب التشريعات، إلا أنه لم يسن قانوناً خاصاً ينظم السرية المصرفية، وفي الوقت ذاته أجاز المشرع رفع السرية المصرفية في حالات نصت عليها المادة (117) من القانون ذاته بالنسبة للمرخص لهم، حيث نصت المادة على: "حظر إفشاء المعلومات السرية من قبل المرخص لهم"، يحظر على المرخص لهم إفشاء أي معلومات سرية إلا إذا كان ذلك:

❖ إعمالاً لموافقة صريحة صادرة ممن تتعلق به المعلومات السرية.

❖ تنفيذاً لأحكام القانون أو الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها.

❖ تنفيذاً لأمر قضائي صادر من محكمة مختصة.

❖ تنفيذاً لأمر صادر من المصرف المركزي".

وتناولت المادة (118) من القانون ذاته حالات إفصاح المصرف المركزي عن المعلومات السرية، "يجوز للمصرف المركزي الإفصاح عن المعلومات السرية التي تلقاها بصورة مباشرة أو غير مباشرة في أي من الحالات المنصوص عليها في المادة (117) من هذا القانون:

1. حالة اتخاذ المصرف المركزي أي إجراء لضمان سلامة النظام المصرفي والمالي في المملكة، وتعزيز الثقة فيه إذا ما اقتضى ذلك الإفصاح عن تلك المعلومات.

2. إطار التعاون مع الهيئات والمؤسسات المالية الدولية أو الجهات أو اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي".

وكذلك الحال في قانون العقوبات البحريني بشأن إفشاء السّر المهني طبقاً لنص المادة (371) من قانون العقوبات التي نصت على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تجاوز مائة دينار من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه مستودع سر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر، وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السّر بإفشائه أو استعماله. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنين إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السّر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأديته وظيفته أو خدمته".

المبحث الثاني

مفهوم السّرّيّة المصرفيّة

تعدّ السّرّيّة المصرفيّة من القواعد الأساسية في عمل كافة المصارف، وهي أحد المبادئ المستقرة في العرف المصرفي منذ نشأة المصارف كما تمت الإشارة إليه في المبحث السابق، إذ جرى العرف المصرفي على ذلك، وأصبحت من الالتزامات الجوهرية التي يلتزم بها جميع العاملين بالمصارف سواء طبقاً للتشريعات أو وفقاً لما استقر عليه العرف أو ما نصت عليه اللوائح الداخلية بالمصارف وأنظمتها الداخلية.

وللإحاطة بمجمل جوانب مفهوم السّرّيّة المصرفيّة سيتم تقسيم المبحث

إلى:

المطلب الأول: تعريف السّريّة المصرفيّة.

المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالسّريّة المصرفيّة.

المطلب الثالث: الأهمية العملية للسرية للمصرفية.

المطلب الأول

تعريف السّريّة المصرفيّة

التشريعات كما جرت عليه العادة لا تتطرق إلى التعريفات إلا في حالات نادرة، وإنما تترك ذلك للأعراف المصرفية وللغة والقضاء، إلا أنها تضع السمات الخاصة والأطر العامة لهذا المصطلح.

وتعرّف السّريّة المصرفيّة بأنها: التزام المصارف بحفظ القضايا الاقتصادية والمالية والشخصية، المتعلقة بالزبائن وبالأشخاص الآخرين ولو بنسبة أقل، والتي تكون قد آلت إلى علمهم في أثناء ممارستهم لمهنتهم وفي معرض هذه الممارسة، مع التسليم بوجود قرينة على حفظ التكتّم لمصلحة هؤلاء العملاء⁽¹⁴⁾.

وكذلك تعرف السّريّة المصرفيّة بأنها "عبارة عن واجب الالتزام بالسّريّة الواقعة على عاتق المصرف في ممارسة نشاطه، والذي يستفيد منه الأشخاص الذين لهم علاقة عمل مع هذا المصرف، إذ ينطوي هذا المبدأ على مفهوم حماية الحقوق المالية التي تنشأ لدى المصارف وأصحاب هذه

(14) انظر د. ياسر محمد محمد دوابه، المسؤولية الجنائية الناشئة عن إفشاء الأسرار وسرية الحسابات البنكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 20. وكذلك محمد علي السّرهيد، الجوانب القانونية للسرية المصرفية دراسة مقارنة، الأردن، دار جليس الزمان، الطبعة الأولى 2010، ص 14.

الحقوق الذين هم زبائن المصرف، ويكون بذلك واجب حفظ السريّة ذا طبيعة مدنية تعاقدية تبعية بين المصرف وعميله، مفروضة لصالح الزبائن سواء نص عليها العقد صراحة أم لا⁽¹⁵⁾.

تعددت التعاريف التي تناولت السريّة المصرفيّة، إلا أنها تشترك في صفتين أساسيتين لتعريف السريّة المصرفيّة، وهما:

الصفة الأولى: أن تكون الواقعة أو المعلومات التي ينطبق عليها نص التجريم سرية بطبيعتها، علماً بأن القانون لم يحدد تعريف السريّة المصرفيّة كما بينا أعلاه. والصفة الثانية: تتمثل في أن يتم العلم بالمعلومة أو الواقعة أثناء مباشرة تلك المهنة أو الوظيفة، فيشترط ما يعتبر سراً، أن يكون علم الأمين به قد تم من خلال مباشرته لوظيفته أو مهنته، وخير مثال على ذلك، المصرفي الذي يعرف اسم العميل ومقدار أمواله وحساباته⁽¹⁶⁾.

ومما سبق نلاحظ أن السريّة المصرفيّة تأخذ مفهومين:

الأول: السريّة المصرفيّة بمعناها الضيق، وهو التزام المصرف بعدم إفشاء الأسرار التي حصل عليها بفعل وظيفته، ويكون ذلك بنصوص قانونية صريحة تفرض التكنم وتعاقب في حالة الإفشاء، حيث نصت على ذلك كثير من التشريعات⁽¹⁷⁾ على إلزام المصارف بالسّر المهني، وتحت طائلة التعرض

(15) د. نعيم مغبغب، تهريب الأموال والسريّة المصرفيّة أمام القضاء الجزائري، لبنان، مطابع معوشي وزكريا، 1986، ص 20. وقريب من هذا التعريف، انظر د. هشام البساط، المرجع السابق ص 144-145.

(16) د. عبد المولى علي، النظام القانوني للحسابات السريّة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 309.

(17) المادة (73) من قانون البنوك الأردني رقم (28) لسنة 2000 حظرت على المخاطبين بها إعطاء أي معلومات أو بيانات متعلقة بعملاء البنك بقولها (يحظر

لعقوبات محددة، تفرض عليها في حال الإخلال بذلك.

والثاني: السَّرِيَّة المصرفية بمعناها الواسع، فتندرج تحت لواء سَرِّ المهنة، وتحديدًا التزام المصرف بعدم إفشاء الأسرار المصرفية التي آلت إليه بحكم وظيفته، أو بمعرض قيامه بهذه الوظيفة والمتعلقة بزبائنه، وهذا الواجب فرضته نصوص قانونية عامة.

وكذلك يمكن ملاحظة من كل هذه التعريفات السابقة، أن السَّرِيَّة المصرفية تركز على التزام أساسي يقع على عاتق البنك بعدم إفشاء ما اتصل بعلمه من أسرار تخص العملاء.

المطلب الثاني

مضمون الالتزام بالسَّرِيَّة المصرفية

إن مضمون الالتزام بالسَّرِيَّة المصرفية يمكن تقسيمه إلى مضمون التزام بشكل عام، ومضمون التزام بشكل خاص.

- مضمون الالتزام بالسَّرِيَّة بشكل عام يختلف من حيث موضوع ومحل الالتزام، حيث يتنوع في المضمون، فالمعلومات عن السَّرِيَّة تنوع ما بين المصرفية، والسياسية، والصناعية، والطبية، والعسكرية. كما تنوع من حيث

على أي من إداري البنك الحاليين أو السابقين إعطاء أي معلومات أو بيانات عن العملاء أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو أي من معاملاتهم أو كشفها أو تمكين الغير من الاطلاع عليها في غير الحالات المسموح بها أحكام هذا القانون ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على تلك البيانات أو المعلومات بما في ذلك موظفي البنك المركزي ومدققي الحسابات).

مصدر الالتزام ذاته، فقد يكون مصدر الالتزام العقد⁽¹⁸⁾، كما قد يكون مصدرها نصاً في القانون، كما هو عليه الحال في قانون العقوبات البحريني⁽¹⁹⁾ بشأن إفشاء السرّ المهني طبقاً لنص المادة (371)، التي نصت على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تتجاوز مائة دينار من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه مستودع سر فأفشاءه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر، وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السرّ بإفشائه أو استعماله. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السرّ أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأديته وظيفته أو خدمته".

وكذلك في قانون رقم (7) لسنة 2003 بشأن الأسرار التجارية⁽²⁰⁾ في المادة الأولى منه بالنص على: "يحظر على كل شخص طبيعي أو اعتباري إفشاء المعلومات التي تكون بحوزته إذا اتسمت بما يلي: - إذا كانت سرية، وتتحقق هذه السرية إذا كانت المعلومات في صورتها النهائية أو في مفرداتها الدقيقة غير معروفة، أو غير متداولة، وليس من السهل الحصول عليها لدى المشتغلين عادة بهذا النوع من المعلومات إذا كانت ذات قيمة تجارية نظراً لكونها سرية. إذا كانت تعتمد في سريتها على ما اتخذته حائزها القانوني من تدابير فعالة للحفاظ عليها، وفي تطبيق أحكام هذا القانون تعتبر المعلومات

(18) ويعرف العقد طبقاً للمادة (29) من القانون المدني البحريني بأنه "العقد هو اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين".

(19) مرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1976 بإصدار قانون العقوبات، المنشور في الجريدة الرسمية رقم: 1170 بتاريخ 8/4/1976.

(20) قانون رقم (7) لسنة 2003 بشأن الأسرار التجارية، المنشور في الجريدة الرسمية رقم: 2347 بتاريخ 6/9/2003.

التي تتوافر فيها السمات المنصوص عليها في البنود السابقة أسراراً تجارية".

وأمام هذا التشعب في مضمون الالتزام بالسريّة، لم يضع المشرع البحريني تعريفاً جامعاً مانعاً لمضمون الالتزام بالسريّة، تاركاً هذا الأمر للاجتهاد الفقهي. فقد اختلف الفقه وظهرت العديد من الاجتهادات الفقهية لوضع مفهوم الالتزام بالسريّة، فاتجه البعض إلى التقريب والجمع بين الالتزام بالسريّة وباحترام الحياة الخاصة، وذهب الرأي السائد من الفقه إلى أن طبيعة عمليات البنوك والعلاقة بين البنك وعميله تقوم على الثقة من العميل في أن يكتفم البنك أسراره وتصرفاته وأوضاعه المالية، وهي مسائل يعتبرها العميل من شؤونه الخاصة التي لا يجب معرفتها من قبل الغير⁽²¹⁾.

إن التفرقة التي انتهى إليها غالبية الفقه، تتناول صورة واحدة من تطبيقات الالتزام بالسريّة، وهو سرية وحرمة الحياة الخاصة للعميل، حيث توجد صور أخرى لمحل الالتزام بالسريّة مثل الأسرار الاقتصادية والأسرار المتعلقة بالسّر المهني، كالالتزام الأطباء والمحامين ومدققي الحسابات وغيرهم من المهن والتي تلتزم بالمحافظة على سرية معلومات عملائها⁽²²⁾.

- مضمون الالتزام بالسريّة المصرفيّة بشكل خاص: تعتبر السريّة المصرفيّة من القواعد المستقرة واللصيقة بعمل البنوك، فلتلتزم البنوك بموجب القواعد العامة في القانون، والأعراف المصرفيّة بحفظ أسرار العملاء وعملياتهم المصرفيّة، ما لم يكن هناك نص في القانون أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

(21) د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق. ص128.

(22) د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي، التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص14.

وبالتالي ترتبط السريّة المصرفيّة بمفهوم الحرية الشخصية للإنسان، التي تتضمن المحافظة على أسراره المالية والاجتماعية وغيرها من معرفة الغير واطلاعهم، وكذلك فهي ترتبط بأخلاقيات المهنة التي تشمل الواجبات الأدبية والإنسانية للمهنة،. وأيضاً فهي ترتبط بالسريّة المهنية التي تقضي بالتزام المصارف بالمحافظة على أسرار عملائهم، وعدم الإفشاء بها إلى الغير باعتبار المصرف مؤتمناً عليها بحكم مهنته⁽²³⁾. وتنصرف السريّة إلى جميع المعاملات المتعلقة بهذه الحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن، سواء أكانت بالنقد الأجنبي أو بالنقد الوطني⁽²⁴⁾.

وكذلك ينصرف السّر المصرفي إلى كل أمر أو معلومات أو وقائع تتصل بعلم المصرف عن عميله بمناسبة نشاطه أو بسبب هذا النشاط، ويستوي في ذلك أن يكون العميل قد أفضى بها من تلقاء نفسه إلى المصارف، أو يكون قد اتصل علم المصرف بها من الغير، إذ لا يشترط أن تصل المعلومات أو الأسرار إلى المصرف مباشرة من عميله⁽²⁵⁾. ويعتبر داخلاً في نطاق الأسرار المصرفيّة كل من المبالغ المقيدة في حساباته، ورقم حساب العميل والشيكات التي يسجلها العميل على البنك، وودائع العميل

(23) د. أدیب میاله، د.می محرزى، بحث منشور، السريّة المصرفيّة في القانون السوري، جامعة دمشق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد 27 - العدد الأول- 2011 ص12.

(24) د. مصطفى كمال طه، ود. وائل أنور بندق، عمليات البنوك، طبعة 2016، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص208.

(25) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية القاهرة 1981، ص925. وكذلك انظر د. أدیب میاله، د. می محرزى، بحث منشور، السريّة المصرفيّة في القانون السوري، جامعة دمشق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد 27 - العدد الأول- 2011 ص11.

والتسهيلات الائتمانية والقروض الممنوحة له، ومدى التزامه بسداد الأقساط ومقدارها، ومديونيات العميل، والضمانات المقدمة من العميل في التسهيلات والقروض، وغيرها من الأمور التي تتصل بأعمال ونشاط العميل مع البنك.

إن ما يعتبر سرّاً هو فقط متى كانت البيانات محددة، أما مجرد رأي البنك وفقاً لما هو معروف وشائع عن العميل فلا يعتبر سرّاً يحظر إفشاؤه، ويعد من قبيل الأسرار التي يطلع عليها موظف البنك بحكم أداء وظيفته كل المعلومات التي تبدأ من لحظة فتح الحساب وسواء كان دائناً أو مديناً، ومقدار الرصيد وما يقدمه العميل من ضمانات شخصية أو عينية، وكذلك مواعيد استحقاق الديون الناتجة عن اقتراض العميل من البنك، وأيضاً تشمل سرية المفاوضات والمشروعات التي قد لا تثمر إلى نتيجة، إلى لحظة إغلاق الحساب وما بعدها⁽²⁶⁾.

أما المشرع البحريني⁽²⁷⁾ فقد تطرق إلى سرية المعلومات، حيث عرّف في المادة (116) من القانون رقم (64) لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف

(26) د. عبد المولى علي متولي، النظام القانوني للحسابات السرية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003، ص 309.

(27) قانون رقم (64) لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 2755 تاريخ 9/6/2006. صدر قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية لسنة 2006 "قانون المصرف المركزي" في 6 سبتمبر 2006 بالمرسوم رقم (64) لسنة 2006. صادق المرسوم رقم (64) على قانون المصرف المركزي وألغى قانون مؤسسة نقد البحرين لسنة 1973 وقانون شركات وهيئات التأمين لسنة 1987، وحل بمقتضاه مصرف البحرين المركزي محل مؤسسة نقد البحرين. كما حدد القانون أيضاً مهام المصرف المركزي وحوكمته وصلاحياته.

البحرين المركزي والمؤسسات المالية المقصود بالمعلومات السريّة بأنها "البيانات والمعلومات الخاصة بأي من عملاء المرخص له". وبينت المادة (117) من القانون ذاته حظر إفشاء المعلومات السريّة من قبل المرخص لهم، حيث نصت على: "يحظر على المرخص لهم إفشاء أية معلومات سرية إلا إذا كان ذلك:

- 1 - إعمالاً لموافقة صريحة صادرة ممن تتعلق به المعلومات السريّة.
- 2 - تنفيذاً لأحكام القانون أو الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها.
- 3 - تنفيذاً لأمر قضائي صادر من محكمة مختصة.
- 4 - تنفيذاً لأمر صادر من المصرف المركزي".

المطلب الثالث

الأهمية العملية للسرية للمصرفية

تعتبر السريّة المصرفية هي حجر الزاوية وأساس الثبات والاستمرار والاستقرار للتعامل المصرفي، وأصبحت من متطلبات العمل المصرفي بشكل أساسي، بحيث تتسابق البنوك بالالتزام بالسريّة المصرفية كوسيلة إضافية من وسائل جذب رؤوس الأموال والاستثمارات الكبيرة، التي تبحث عن ملاذ آمن لمدخراتها المالية.

إلا أن السريّة المصرفية لها مؤيدين وكذلك معارضين، ودون الخوض بشكل معمق في هذه الآراء إلا أنني سأطرق لأهمها، ومن ثمّ سأطرق لأهم الاعتبارات التي يقوم عليها الالتزام بالسريّة المصرفية، وأهميتها في العمل المصرفي بشكل موجز على النحو التالي:-

فالمعارضون لمبدأ السريّة المصرفية يرون أن فكرة السريّة المصرفية تتناقض مع سلطة الدولة في الاطلاع على أسرار العملاء المالية، وأن السريّة

المصرفية تساعد على عمليات غسل الأموال وارتكاب الجرائم المالية المختلفة، من خلال إيداعهم هذه الأموال في البنوك ومن ثمّ إضفاء صفة الشرعية عليها. إذ يكفي لمثل هؤلاء إيداع أموالهم في أحد البنوك ليكونوا بمنأى من الملاحقة الجزائية والمالية⁽²⁸⁾.

أما المؤيدون لمبدأ السرية المصرفية، نادوا بالأخذ بها كوسيلة لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، لأنها ذات فائدة للاقتصاد الوطني، بما يحققه من بناء مشروعات اقتصادية كبيرة يكون لها أثر إيجابي في نواح اقتصادية واستثمارية متعددة. ودافعوا عنها بالرد على النقد الموجه لها، باعتبار أن السرية المصرفية ليست سبباً كما يقول المعارضون بأنها تؤدي إلى ظهور عمليات احتيال أو تهرب من الضرائب. كما دافع أنصار السرية عنها بالقول أن كتمان السر لا يبقى كذلك، لأنه عند توفر الأدلة على وجود جريمة جنائية أو تهرب ضريبي، ترفع عن الأموال صفتها السرية، ويكشف عنها الغطاء بحالات معينة ومنها بأمر القضاء⁽²⁹⁾.

أغلب التشريعات والفقهاء تنادي بالموقف الوسط الذي يجمع بين السرية المصرفية كمبدأ بحد ذاته، والكشف عنها كاستثناء لجهات عامة محددة للتأكد من مشروعية مصدر الأموال، حفاظاً على السمعة والثقة التي يتمتع بها العميل. وكما تم الإشارة إليه سابقاً، يلتزم البنك بكتمان أسرار العملاء التي وصلت إلى علمه بمناسبة ممارسته نشاطه المصرفي، وعدم إفشائها إلى الغير، ويستند هذا الالتزام إلى الاعتبارات التالية:-

-
- (28) د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد 4، عمليات البنوك دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر، 2008 م، ص 42.
- (29) د. أحمد سفر، المصارف وتبييض الأموال، تجارب عربية وأجنبية، منشورات اتحاد المصارف العربية 2001، ص 137.

الفرع الأول حماية الذمة المالية للعميل

تهدف التشريعات على مختلف أنواعها إلى أنها تعتبر الذمة المالية للعميل المصرفي من الأمور التي تتصل بحياته الخاصة، وحرية الشخصية التي يحرص على عدم اطلاع الغير عليها، لما في ذلك من مساس بكيانه المالي والتجاري. حيث يقوم العمل التجاري على أساس من السرعة والائتمان والسرية وعدم المنافسة. وهذه الحماية تجد مصدرها في الدساتير ومنها دستور مملكة البحرين⁽³⁰⁾ والقوانين والأنظمة، لأن ذلك من حياة الشخص الخاصة المصانة. حيث جاء في المادة (26) من المذكرة الإيضاحية لدستور مملكة البحرين، "أمام التقدم العلمي الذي سيطرت فيه الثورة المعلوماتية والأجهزة الإلكترونية الحديثة على المجتمعات المعاصرة، ونظرًا إلى ما يمثله ذلك من خطورة على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، عدلت هذه المادة لتضيف إلى وسائل حماية الحياة الخاصة عدم جواز مراقبة المراسلات الإلكترونية إلا بضوابط معينة، شأنها في ذلك شأن المراسلات البريدية والبرقية والهاتفية".

الفرع الثاني حماية أسرار المصرف

إن ازدهار أي مصرف ونماؤه يتوقف على ازدياد عدد المتعاملين معه وحركة تعاملاتهم، ذلك أن أي مهنة خدمية كقطاع المصارف تتوقف بالدرجة

(30) دستور مملكة البحرين 2002، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 2517 بتاريخ 14/02/2002 حيث نصت المادة (26) على أنه "حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية مصنونة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة المراسلات أو إفشاء سريتها إلا في الضرورات التي بينها القانون، ووفقاً للإجراءات والضمانات المنصوص عليها فيه".

الأولى على زبائنها وتعتمد اعتمادًا كليًا عليهم. لذلك كان من مصلحة المصرف أن يبقى أعماله طي الكتمان، لارتباط ذلك بمصلحة العملاء الذين يأتونونه على أسرارهم المالية، والذي يتوجب عليه أن يحافظ عليها، ليس من منطلق الحماية القانونية للسرا المصرفي فحسب، بل من منطلق الحرص على مصلحته في تدعيم الثقة فيه، وعدم نفور العملاء من التعامل معه. وبالتالي خسارة المصرف على الصعيد المالي والتجاري، ومنها تعويض الأضرار التي لحقت بالعملاء من جراء إفشاء الأسرار⁽³¹⁾.

إضافة إلى ذلك أن ممارسة ونجاح أي مهنة تقوم على دورين، دور مادي وهو الأفعال التي يقوم بها صاحب المهنة، ودور معنوي هي أخلاقيات المهنة، والتي يقصد بها مجموعة الواجبات الأدبية والإنسانية التي تمليها المهنة على المشتغلين بها. وبعض هذه الواجبات الأدبية يصبح من سلوكيات وآداب المهنة الثابتة، وبعضها ما يكتسب الحماية القانونية ويضفي عليها إلزام قانون بحمايتها وعدم إفشائها. ومنها ما ينص صراحة على عدم إفشاء السّر المصرفي، ومنها المادة (117) من قانون رقم (64) لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية - المشار إليه أعلاه - التي نصت صراحة على: "يحظر على المرخص لهم إفشاء أية معلومات سرية إلا إذا كان ذلك....". لأن المصرف يعتبر مؤتمناً على أساس الثقة المفترضة، ومن ثمّ يتعين عليه ألا يخون هذه الثقة. فالالتزام بالكتمان المصرفي شرط لا غنى عنه، كي تسود الثقة بين العملاء ومصرفهم، وكي تزدهر أعمال المصرف، إضافة إلى ما تتعرض له سمعة المصرف نفسه من جراء تقصيره في حفظ أسرار عملائه.

(31) د. محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، مصر، دار النهضة العربية، 1993 م، ص 143.

الفرع الثالث حماية المصلحة العامة

تعتبر المصلحة العامة من أهم الاعتبارات التي يقوم عليها التزام المصارف بالسرية المصرفية. وتتجلى المصلحة العامة في الالتزام بالسرية المصرفية، مما توفره من نتائج إيجابية على صعيد الاقتصاد الوطني، من خلال دعم الثقة في النظام المصرفي للدولة، والذي يترتب عليه اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية إليها، وتشجيع استقرار رؤوس الأموال المحلية لدفع الاقتصاد الوطني نحو الازدهار والرخاء. وتنعكس في النهاية على خدمة المؤسسة وتحقيق مصلحة المجتمع ككل، فإذا كان الأمر كذلك؛ فإن في انتهاك السرية المصرفية مساساً بالمصلحة العامة وبالاقتصاد الوطني، نتيجة لفقدان الثقة بين أصحاب رؤوس الأموال والمصارف، فيؤدي بالنتيجة إلى التجاء أصحاب رؤوس الأموال الوطنية إلى تهريب أموالهم واستثماراتهم إلى البنوك الأجنبية التي توفر لهم الأمان والسرية⁽³²⁾.

ولقد أدركت بعض الدول أهمية هذه المسألة، منذ وقت بعيد من خلال تمسكهم الشديد باحترام السرية المصرفية. فلو أخذنا على سبيل المثال دولة كسويسرا التي تعتبر حسب إحصائيات البنك الدولي الأغنى في العالم، إذا أخذنا معدل دخل الفرد كمقياس، فقد ظلت الدولة الصغيرة نسبيًا، والتي لا تتجاوز مساحتها (42) ألف كيلومتر مربع تحتل موقع الصدارة في قائمة أقوى البلدان المالية على مستوى العالم⁽³³⁾.

- (32) بدر بن عبد الله الجعفري، بحث أحكام السرية المصرفية دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية السعودية، 1423هـ، ص3.
- (33) د. دانا حمه باقي عبدالقادر، السرية المصرفية في إطار تشريعات غسل الأموال دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية القاهرة، 2006، ص29.

المبحث الثالث

السريّة المصرفيّة وسر المهنة

الإنسان بطبعه يسعى دائماً للمحافظة على أسرارهِ، ويعد موضوع السّرّ من المواضيع ذات الأهمية الكبيرة لصلته الوثيقة في الغالب بالحياة الخاصة للشخص، ولا يقلل من ذلك غلبة المصلحة المادية فيه في بعض الأحيان، وهذا الوضع كان على مر العصور، وزاد أهمية كبيرة في عصرنا الحاضر، لأن الإنسان تعددت أسرارهِ نتيجة تشعب معاملاته اليومية المختلفة خصوصاً في ظل عصرنا الرقمي، والذي يحتم علينا أن نغلق على جميع أسرارنا المختلفة برموز رقمية كثيرة نحملها معنا دائماً في حلنا وترحالتنا، بعكس ما كان عليه الحال في السابق من بساطة الحياة وبساطة الأسرار. إلا أن هذه الأسرار قد نضطر أحياناً إلى البوح بها طوعاً أو بغير إرادة إلى الغير، لتحقيق مصلحة معينة. وهنا المشرع البحريني كغيره من المشرعين لم يُعرّف السر ولم يحدد معناه، حيث يجب الرجوع إلى العرف حسب كل حالة. لأن ما قد يعتبر سراً بالنسبة لشخص معين لا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر، وما يعتبر سراً في ظروف معينة قد لا يعتبر ذلك سراً في ظروف أخرى. فتعريف السر يقتضي أن يكون جامعاً مانعاً، وهذا الأمر يصعب تحقيقه، وذلك لاختلاف ما يعد سراً من حالة إلى أخرى وذلك باختلاف الأفراد⁽³⁴⁾. وأمام هذا التداخل الدقيق لا بد من التطرق إلى أوجه التشابه بين السريّة المصرفيّة وسرّ المهنة في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني أوجه الاختلاف بين السريّة المصرفيّة وسرّ المهنة على النحو التالي.

(34) د. إبراهيم حامد طنطاوي، الحماية الجنائية لسرية معلومات البنوك وعملائها، دار النهضة العربية 2005، ص 18.

المطلب الأول

أوجه التشابه بين السرية المصرفية وسر المهنة

كثير من الأعمال يتطلب القيام بها على أكمل وجه، التعرف على أسرار الطرف الآخر لكي يتسنى تقديم النصح أو المشورة له، لأنه كثيراً ما يجد الشخص نفسه مضطراً للبح بأسراره إلى غيره، للحصول على نصيحة أو مساعدة، كما هو الحال عندما يلجأ البعض إلى الطبيب⁽³⁵⁾ أو المحامي أو المراكز الأمنية، وغيرها الكثير من المهن، فهنا يجب على كل الموظفين والعاملين في القطاعات الحكومية أو الخاصة كتمان أسرار المهنة والحفاظ عليها. وهذا ما أكدت عليه الشريعة الإسلامية، حيث اعتبرت أن العمل في الإسلام يجب أن يقوم على الإخلاص والإتقان، وهذا يستلزم الحفاظ على أسرار العمل؛ لأن العامل أمين فيما أسند إليه من عمل.

إذا تهدف السرية المصرفية إلى إلزام كل من يعمل في مهنة بالتكتم عما يعلمه عن عملائه، أو زبائنه من خلال علاقاته معهم، كما هو الحال في مهنتي المحاماة والطب، ومع تطور الحياة وظهور مهن جديدة، رأى المشرع أن أعمال القياس يقضي بفرض واجب التكتم على العاملين في العديد من المهن المستجدة، مثل كاتب العدل ووسطاء البورصة والصيادلة وخبراء المحاسبة والعاملين في ميادين إدارة أموال الغير. والسر المهني ليس واحداً فقد يختلف السر الواحد عن الآخر من حيث الأساس ومن حيث المدى⁽³⁶⁾.

(35) فمثلاً الطبيب يجب عليه الحفاظ على أسرار مرضاه وعدم الفصح عن أسرارهم، فهناك أمراض عادية وهناك أمراض سرية يجب إحاطتها بسياج من الكتمان، وإفشاؤها يضر بسمعة المريض مثل (الصرع والأمراض الخبيثة والأمراض التناسلية).

(36) د. أحمد سفر، المصارف وتبييض الأموال/ تجارب عربية وأجنبية/ كتاب، منشورات اتحاد المصارف العربية 2001، ص 137.

أما سرّ المهنة المصرفية فهو مختلف أمام توسع نشاط المصارف، حيث تعتبر الخدمات المصرفية من أهم وظائف المصارف التجارية في الوقت الحالي، لأن المصارف لم يقتصر نشاطها في السنوات الأخيرة على العمليات المصرفية التقليدية المتعلقة بتوزيع الائتمان أو القيام بالعمليات المتعلقة بالودائع أو الشيكات أو عمليات التحويل أو فتح الاعتماد، وغيرها الكثير من المعاملات، وإنما تقوم المصارف بعمليات أكثر تعقيداً لخدمة العملاء، ومنها تقديم الاستشارات والمعلومات لمساعدة العملاء على اتخاذ قراراتهم الهامة المتعلقة بالتجارة والاستثمار⁽³⁷⁾، وكل هذا يقتضي من العميل البوح بكثير من المعلومات والأسرار للمصرف، ليتمكن الأخير من تقديم المشورة المصرفية الصحيحة للعميل. لذلك يقع على عاتق موظفي المصارف التزام كامل بالمحافظة على أسرار عملائهم، وعدم البوح بها للغير، باعتبار المصرف مؤتمناً عليها بحكم مهنته، وأن علاقة المصرف مع عملائه تقوم على الثقة التي يكون أساسها كتمان المصرف لأسرار عملائه المالية.

والسريّة المصرفية بمعناها الواسع ليست سوى صورة من صور السرية المهنية، ويندرج السرّ المصرفي بمعناه الواسع في إطار سرّ المهنة، وتحديدًا التزام المصرف بعدم إفشاء الأسرار المصرفية المتعلقة بزبائنه، والتي آلت إليه بحكم وظيفته أو عند قيامه بهذه الوظيفة، بحيث يفترض لكل من يتعاطى مهنة معينة أن يحترمها في معرض ممارسته إياها، لكن إذا ما أخذت السريّة المصرفية بمعناها الضيق، فهي نظام قانوني يجب على المصارف التقيد بأحكامه⁽³⁸⁾.

(37) د. أحمد بركات مصطفى، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص3.

(38) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص928.

أما السريّة المصرفيّة بمعناها الضيق، فهي التزام المصارف بعدم إفشاء الأسرار التي آلت إليهم بحكم وظيفتهم من خلال نصوص قانونية صريحة تفرض التكتّم وتجرم الإفشاء. والأنظمة المصرفيّة المعتمدة في مختلف الدول تفرض على العمل المصرفي السرية، ولكن بدرجات متفاوتة، كما تحرص المصارف على عدم تقديم المعلومات عن العملاء إلا لمن تحددهم القوانين، وذلك انطلاقاً من الحرص على حماية الحق الشخصي للعميل الذي يخشى المنافسة التجارية، واطلاع منافسيه على حقيقة أموره. هذا بالإضافة إلى مصلحة المصرف نفسه في الاحتفاظ بسرية أعماله عن غيره من المصارف الأخرى التي تنافسه محلياً وعالمياً.

وتجدر الإشارة بأن الأسرار مختلفة باختلاف الأشخاص والظروف، فيما يعتبر سرّاً بالنسبة لشخص، قد لا يعتبر سرّاً بالنسبة لآخر، وما يعتبر سرّاً في ظروف معينة قد لا يعتبر كذلك في ظروف أخرى.

كما تختلف الأسرار أيضاً من حيث طبيعتها، فهناك طائفة من الأسرار ذات طابع شخصي محض كالأسرار المعهودة إلى الأطباء والمحامين ورجال الدين، فهو يتضمن مصالح أدبية أو اجتماعية أو دينية، بينما هناك طائفة أخرى تتضمن علاوة على هذا الجانب الشخصي المحض، جانباً مالياً كالسرّ المعهود إلى البنك بحكم مهنته.

ويترتب على اختلاف الأسرار من حيث طبيعتها، اختلاف من حيث قوتها ومدى القيود التي ترد عليها، سواء في مواجهة الأشخاص الخاصة أو السلطات العامة، فالأسرار غير المالية تعتبر أسراراً مطلقة أو شبه مطلقة تتعلق بالنظام العام المطلق أو شبه المطلق، لا يجوز إفشاؤها بصفة عامة سواء في مواجهة الأشخاص الخاصة أو السلطات العامة.

أما السرّ المعهود إلى البنك فهو سر مالي في العادة، وقد يتعلق به

مصالح لذوي الشأن من أشخاص القانون الخاص أو السلطات العامة، لذلك كان أمراً منطقياً أن يستقل كتمان هذا السرّ بأحكام خاصة تختلف عن تلك التي تحكم الأسرار غير المالية.

كما تجدر الإشارة إلى التنويه إلى أن هناك فرقاً بين السريّة المصرفيّة والحسابات السرية، حيث لا بد من توضيح الفرق بين كل من سرية الحسابات والحسابات السرية. فسرية الحسابات هو العرف السائد في العمل المصرفي الذي أشرنا إليه أعلاه، أما الحسابات السرية: فهي الحسابات التي يختفي فيها اسم العميل وراء رقم أو رمز، والحساب السريّ كغيره من الحسابات المصرفيّة يلتزم المصرف بقيده في دفاتره، إلا أن شخصية فاتح الحساب تختفي خلف السر المصرفي، فلا يثبت إسمه أو أي علامة تدل عليه بدفاتر المصرف في الظاهر، وإنما يتم القيد بدفاتر المصرف برقم أو برمز تحت اسم مستعار، وهذا ما يميزه عن غيره من الحسابات⁽³⁹⁾.

وعادة يتم تشغيل الحساب السريّ بطريقة سرية يتفق فيها المصرف مع صاحب الحساب عند فتحه. وتحرص التشريعات التي تأخذ بنظام سرية الحسابات المصرفيّة بالنص على وجوب كشف هذه السرية، وبيان نشاط زبائن المصارف، متى كان الأمر متعلقاً بحماية مصلحة عامة⁽⁴⁰⁾. ورغم

(39) د. عصام الدين الأحمد، ظاهرة غسيل الأموال وآثارها الاقتصادية وأهم الجهود العالمية والمحلية المبذولة لمكافحتها، مجلة اتحاد المصارف العربية، لسنة 2000 العدد 237 المجلد العشرون، بيروت. ص 114.

(40) انظر د. أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، 2002، إبلاغ البنوك عن العمليات المالية المشبوهة بين الالتزام والمسؤولية في القانون المقارن والفقهاء الإسلامي، مؤتمر تشريعات عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، كلية القانون بالتعاون مع كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، المملكة الأردنية الهاشمية.

الاقتراب الشديد الذي بين السريّة المصرفيّة وسرّ المهنة، إلا أن هناك أوجه اختلاف بين النظامين.

المطلب الثاني

أوجه الاختلاف بين السريّة المصرفيّة وسرّ المهنة

كما أشرنا سابقًا أن التشريعات المختلفة سلكت مناهج مختلفة لمعالجة الأساس القانوني للسرية المصرفية، وهذا ما أثار الاختلاف في القواعد الناظمة للسرية المصرفية، وعليه نجد أن عددًا من الدول لم تضع نظامًا تشريعيًا مستقلًا للسرية المصرفية، بل اكتفت بمعالجة الأساس القانوني للسرية المصرفية في بعض النصوص القانونية في القوانين المدنية أو الجنائية، وهذا يوضح موقف هذه الدول باعتبار أن السريّة المصرفيّة تطبق للسرية المهنية، وبعض الدول عالجت الأساس القانوني للسرية المصرفية بنظم قانونية خاصة، حيث أوجدت نظامًا قانونيًا خاصًا بالسريّة المصرفيّة، وذلك لأن المصارف لها خصوصية في مسألة سرّ المهنة، حيث تجعل مسؤولية العاملين فيها نحو كتم الأسرار أكبر من سواها من المؤسسات الأخرى⁽⁴¹⁾، ورغم هذا التشابه بين السريّة المصرفيّة وسرّ المهنة، إلا أنه تجد اختلافات جوهرية يمكن بيانها على النحو التالي:-

الفرع الأول

من حيث مصدر الالتزام

في نظام سر المهنة المصرفية نجد أن مصدر التزام البنك بكتمان السر

(41) د. محمد السرهيد، مرجع سابق، ص 46.

المصرفي نابع من النصوص القانونية التي تحرم وتمنع إفشاء السر المهني بشكل عام، ويدخل ضمن إطار النصوص العامة التي تعاقب على جريمة إفشاء الأسرار، وباعتبار البنك أميناً على السّرّ بحكم الضرورة، ويكون البنك ملزماً بحفظ سّر المهنة، طبقاً لنصوص قانونية مثل نص المادة (117) من المرسوم بقانون رقم (34) لسنة 2015 بشأن المصرف المركزي، كما أن الالتزام بحفظ السّرّ يجد له مصادر أخرى عديدة منها المادة (9/71) من قانون العمل البحريني رقم (36) لسنة 2012، التي نصت على أنه يجب على العامل "أن يحافظ على أسرار العمل، فلا يفشي المعلومات الخاصة بالعمل متى كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات مكتوبة من صاحب العمل". وفي إطار التشريعات المقارنة، جاء قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة 1994 بنص عام ومطلق يجرم كل إفشاء لسر مهني، وهو نص المادة (13-226) منه التي شددت العقوبة على هذه الجنحة، لتصبح الحبس سنة والغرامة مئة ألف فرنك فرنسي، حيث نصت على أن: "الإفشاء لمعلومات ذات طبيعة سرية بواسطة أحد الأشخاص الذين يكونون من الأمانة عليها وإما بسبب الحرفة أو المهنة أو بحسب الوظيفة أو العمل يعاقب بالحبس سنة والغرامة مائة ألف فرنك فرنسي". عوضاً عن نص المادة (378) من قانون العقوبات الفرنسي القديم، التي كانت تنص على عقوبة الحبس الذي لا يقل عن شهر ولا تتجاوز ستة أشهر، والغرامة التي لا تقل عن (500) فرنك فرنسي ولا تتجاوز خمسة عشر ألف فرنك فرنسي. ويتضح من هذا التعديل أن الاتجاه الحديث في فرنسا يميل إلى التشدد في العقاب على هذه الجريمة. وما يمكن ملاحظته على هذا الفصل، هو أن المشرع جمع بين عقوبة الحبس والغرامة، على عكس ما فعل في مواضيع كثيرة، إذ ترك للقاضي سلطة الاختيار بين الحبس أو الغرامة.

أما الدول التي أوجدت نظام السّرّيّة المصرفيّة، نجد التزام البنوك

بحفظ السريّة المصرفيّة مستقى من نصوص خاصة، مستقلة عن نص جريمة إفشاء الأسرار والنصوص الأخرى المنظمة لسرّ المهنة، فيكون التزام البنك هنا مرجعه نصوص قانونية خاصة، ففي لبنان⁽⁴²⁾ يجرم إفشاء السريّة المصرفيّة استناداً لنصوص قانون سرية المصارف لعام 1956، والمواد (72 - 75) من قانون البنوك الأردنيّة⁽⁴³⁾.

الفرع الثاني من حيث نطاق السّرّ

إن السر المهني المصرفي يضمن كتمان الوقائع التي تصل إلى علم البنك من خلال التعامل من قبل العميل، لكن نظام السريّة المصرفيّة يضمن بالإضافة إلى ذلك كتمان أوجه نشاط العمل المصرفي سواء الوقائع المصرفية أو أسلوب العمل أو النشاطات المصرفية. وعليه نجد أن قوانين السريّة المصرفيّة في أغلبها تلزم البنك بكتمان الوقائع المصرفية سواء وصل العلم إلى البنك من قبل العميل مباشرة أو بأي طريقة أخرى، مثال على ذلك

(42) من خلال قانون 3 أيلول 1956 اعتمد لبنان السريّة المصرفيّة بواجب القانون الصادر بتاريخ 3 أيلول 1956، مع وجود المادة (579) من قانون العقوبات التي تعاقب على إفشاء الأسرار من قبل الأفراد الذين يعلمون بها بحكم وضعهم أو وظيفتهم، أو مهنتهم أو فنهم، من دون أن يكون هناك سبب شرعي أو استعمال لمنفعة خاصة أو لمنفعة أخرى. وقد أطلق على لبنان تسمية سويسرا الشرق، من خلال مقارنته أو مقاربتة لسويسرا في كونه ملجأ للأموال الخارجية الهاربة، ومن خلال اعتماده قانوناً للسريّة المصرفيّة، متوخياً منها دوافع اقتصادية تهدف إلى جذب رؤوس الأموال، لتعزيز الوضع الإقتصادي في البلاد، وحفظ سيادتها واستقلالها.

(43) قانون البنوك رقم (28) لسنة 2000، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 2950، تاريخ 1/8/2000، ص 448.

القانون السويسري، حيث نص قانون البنوك السويسري لعام 1934 في المادة (47) على أن: "كل من يعمد بصفته جهازاً مصرفياً أو مستخدماً أو مدققاً فيه أو مساعد مدقق عضواً في لجنة المصارف أو موظفاً أو مستخدماً في السكرتارية إلى خرق السريّة المصرفية التي تلتزم بها بموجب القانون أو يحرض على ارتكاب هذا الإفشاء.."

إذاً في ظل نظام سرّ المهنة، فإنّ المعلومات التي يتوجب على البنك كتمانها تنحصر في الوقائع التي وصلت إلى علمه أثناء قيامه بنشاطه المهني، واتجهت إرادة العميل إلى كتمانها. أما بالنسبة لنطاق السرّ في ظل نظام السريّة المصرفية، فإنه يمتد علاوة على ما يشمل السرّ المهني إلى كافة أوجه نشاط البنك، والمعلومة هنا تكتسب صفة السرية بمجرد اتصالها بحساب أو وديعة أو خزانة أو أمانة بنكية لأحد العملاء.

الفرع الثالث

الهدف من كلا النظامين

يستهدف نظام السر المهني المصرفي إلى حماية المصالح الخاصة ودعم الثقة بين البنوك وعملائها، باعتبار المصرفي كأبي مهني آخر ملتزم بكتمان الأسرار المهنية، ويأتي الهدف هنا لحماية السر المهني فقط.

أما بالنسبة للسريّة المصرفية فإنّها تتصل بالمصالح العليا للدولة، حيث يهدف المشرع من ورائه حماية مصالح أخرى، من أهمها تقوية النظام الائتماني العام من خلال تحقيق أكبر قدر من السريّة المصرفية، ليزداد جذب رؤوس الأموال من الخارج والاستثمارات⁽⁴⁴⁾.

(44) د. عبد الرحمن السيد فرحان، نطاق الالتزام بالسرّ المصرفي، القاهرة، دار النهضة، 1999، ص 33. د. أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية

الفرع الرابع

من حيث مدى الاحتجاج في مواجهة السلطات العامة

يعتبر الالتزام بحفظ سرّ المهنة المصرفي من النظام العام النسبي، بحيث يجب على البنك ألا يستجيب لطلب الغير بالحصول على معلومات تكون لها خصائص سرية، وهناك حالات يلتزم البنك فيها بتقديم معلومات إلى السلطات العامة، ويتعين على البنك تقديم المعلومات إلى السلطات العامة في الأحوال التي يرد بشأنها نص يوجب ذلك، باعتبار أن البنك هو المعاون الملزم بتقديم المعلومات للسلطات المالية والإدارية "جهات الإدارة والضرائب"، أو الأشخاص الخاصة، وهذه الحالات تمثل استثناء على التزام البنك بالسريّة المصرفية⁽⁴⁵⁾. أما في التشريعات التي تأخذ بالسرّ المصرفي كنظام مستقل عن سرّ المهنة، فإنّ السرية تعتبر شبه مطلقة، فتقل القيود التي ترد عليها ويتسع نطاق الاحتجاج بها في مواجهة السلطات العامة.

وبالرغم من أهمية السريّة المصرفية، ولما لها من دور إيجابي على الاقتصاد الوطني من دعم للثقة في النظام المصرفي للدول، وتشجيع لرؤوس الأموال المحلية على الاستقرار في البلد الذي يعطي السريّة المصرفية اهتماماً خاصاً، إلا أنه وبالمقابل اعتبرت السريّة المصرفية سبباً لغسل الأموال، وبالتالي تعتبر غطاءً لتلك الجرائم، وأيضاً وسيلة قانونية وشرعية لإخفاء وتمويه مصادرها غير المشروعة، كما اعتبر البعض أن جريمة غسل الأموال تجد ملاذها في الدول التي تعتمد القوانين الصارمة وغير المرنة

الجناية للكتمان المصرفي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 1998، ط1، ص146.

(45) د. أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص4.

للسريّة المصرفيّة⁽⁴⁶⁾. حيث إن السريّة المصرفيّة يطلق عليها السرية شبه المطلقة، ويستطيع البنك بموجبها أن يتمسك بالأسرار في مواجهة السلطات العامة، إلا في حالات خاصة وحصرية وجدت فيها التشريعات المختلفة ضرورة لكسر حاجز السرية، لوجود اعتبارات عليا أجدر بالرعاية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية الكويتية لتفسير القوانين، حيث طلبت لجنة تحقيق برلمانية الاطلاع على حسابات بعض عملاء البنوك من واقع الدور الرقابي للسلطة التشريعية على أعمال السلطة التنفيذية، فرفض البنك المركزي الإفصاح عن معلومات عملاء البنوك المالية، لأن الحسابات البنكية لها سرية مطلقة، فحدث الصدام بين السلطتين، وعرض الأمر على المحكمة الدستورية لتفسير المادة (28) من قانون البنك المركزي الكويتي⁽⁴⁷⁾.

وقد رأّت المحكمة بأنه توفيقاً لمقتضى الرقابة البرلمانية في إجراء التحقيق السياسي، واحتراماً لمبدأ الحفاظ على المراكز المالية للعملاء لخصوصية حياتهم، يستلزم إطلاع عضو مجلس الأمة المنتدب للتحقيق على

(46) د. عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، ط1، دار النهضة العربية، سنة 1999، ص 133.

(47) نصت المادة (28) من قانون رقم (32) لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفيّة: "على أي عضو من أعضاء مجلس إدارة البنك المركزي أو أي مدير أو موظف أو مستخدم به أن لا يفشي أية معلومات تتعلق بشؤون البنك أو عملائه أو بشؤون البنوك الأخرى الخاضعة لرقابة البنك المركزي تكون قد وصلت إليه بسبب أعمال وظيفته، وذلك فيما عدا الأحوال التي يصرح فيها القانون بذلك. وتحدد بقرار من وزير المالية، بعد أخذ رأي مجلس إدارة البنك المركزي، المعلومات المحظور إفشاؤها. مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب كل من يخالف الحظر الوارد في الفقرتين السابقتين بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتين وخمسة وعشرين ديناراً، أو بإحدى هاتين العقوبتين مع العزل في جميع الأحوال".

أعمال البنك المركزي، وعلى كافة الوثائق والأوراق والإجراءات المتخذة دون التعرض لما فيه من مساس بأصحاب المراكز المالية، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين، وبأنه لا يجوز الاحتجاج بالسريّة المصرفيّة في مواجهة سلطات الدولة العامة، ومنها التشريعية والتي يدخل البنك المركزي في دائرة سلطاتها الرقابية والتشريعية، وكذلك الأمر بالنسبة للالتزام المتعلق بسّر المهنة المصرفيّة فهو ليس التزاماً مطلقاً، بل هناك حالات تبرر الخروج عليه لاعتبارات تفوق أهميتها مصلحة صاحب الأسرار، وذلك حينما يتطلب الأمر تغليب المصلحة العامة، وهي الأولى بالرعاية، والملاحظ أنه بالرغم من أن المحكمة الدستورية قد فسرت التزام البنوك بسرية الحسابات البنكية بأنه التزام غير مطلق، إلا أنها قررت بأن "... نشر ما يتعلق بالذمة المالية لأحد الأشخاص إنما يعد من قبيل المساس بالحق في الحياة الخاصة، بما لا يجوز معه الكشف عن عناصرها وإشاعة أسرارها التي يحرس عليها الفرد في المجتمع، بما ينبغي معه حماية هذا السّر تأكيداً للحرية الشخصية ورعاية مصلحة الجماعة، من أجل تدعيم الائتمان العام باعتباره مصلحة اقتصادية عليا، بما يصح معه القول أن التعرض لعناصر الذمة المالية للفرد فيه مساس بحقه في الخصوصية، وهو حق يحميه الدستور، شأنه في ذلك شأن التعرض لحالته الصحية والعائلية" (48).

وهذا الحق الدستوري بحق الخصوصية تضمّنه الدستور البحريني -

(48) حكم المحكمة الدستورية الكويتية رقم (1) لسنة 1986 (تفسير دستوري) منشور في المكتب الفني للمحكمة الدستورية، مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية خلال الفترة 12/05/1979 - 08/03/1997، المجلد الأول، يونيو 2003، ص 212.

وغالبية الدساتير في العالم⁽⁴⁹⁾ - في المادة (26) حيث نصت على: " حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية مصونة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة المراسلات أو إفشاء سريتها إلا في الضرورات التي يبينها القانون، ووفقاً للإجراءات والضمانات المنصوص عليها فيه".

وقد تعاقبت المعاهدات الدولية، والمؤتمرات والتشريعات الدولية مروراً باتفاقية فيينا⁽⁵⁰⁾ -اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1988 لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية- لعام 1988 وحتى يومنا هذا، لإيجاد الحلول المناسبة للتصدي لهذه العقبة، لأهميتها ولاعبارها المحرك الأساسي للسياسة الاقتصادية والمالية لبعض الدول، وأحياناً لإلغائها كلياً، وذلك تصدياً لجريمة غسل الأموال، وقد تضافرت الجهود للحيلولة ومقاومة ومناهضة عمليات غسل الأموال، تخطياً للسرية المصرفية التي تعتبرها بعض الدول المتضررة قطعاً للطريق أمام التقصي عن الأموال غير المشروعة، ومكافحتها وتبيان مصدرها، فسرية الحسابات تعتبر القاعدة الأساسية التي يستند إليها العمل المصرفي، فلا يجوز الاطلاع على حسابات العملاء وتعاملاتهم، إلا لجهتين فقط هما القضاء والضرائب. وتفسير ذلك أنه إذا كان من المقرر أن للمرء الحق في المحافظة على سرية حساباته، فليس من حقه إخفاء الحقيقة عن القضاء أو التهرب من الضرائب، وعلى العموم نجد قوانين دول العالم المتمدنة المتعلقة بسرية حسابات البنوك تشترك في فلسفة واحدة تحكمها، وتتميز هذه الفلسفة في أنها تحقق التوازن بين المصالح

(49) المادة (39) من الدستور الكويتي، وكذلك المادة (18) من الدستور الأردني.

(50) د. هشام بشير، ود. إبراهيم عبدربه إبراهيم، غسل الأموال بين النظرية والتطبيق، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 2010، 1، ص 81.

المتعارضة، حيث تتعارض مصالح الدولة وهيئاتها في المحافظة على مصالح العملاء⁽⁵¹⁾.

الفرع الخامس

من حيث عقوبة إفشاء سرّ المهنة

نجد نصّاً في قانون العقوبات البحريني بشأن جريمة إفشاء السرّ المهني طبقاً لنص المادة (371) من قانون العقوبات التي نصت على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تتجاوز مائة دينار، من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه مستودع سر فإفشاءه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر، وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السرّ بإفشائه أو استعماله. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنين إذا كان الجاني موظفاً عامّاً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السرّ أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأديته وظيفته أو خدمته".

بينما نجد في التشريع الأردني في المادة (3/355) من قانون العقوبات الأردني، والتي تعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من كان بحكم وظيفته على علم بالسرّ وأفشاه دون سبب مشروع، حيث نصت المادة أعلاه على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من: 1- حصل بحكم وظيفته أو مركزه الرسمي على أسرار رسمية وأباح هذه الأسرار لمن ليس له صلاحية الاطلاع عليها أو إلى من لا تتطلب طبيعة وظيفته ذلك الاطلاع وفقاً للمصلحة العامة. 2- كان يقوم بوظيفة رسمية أو

(51) د. عبد القادر العطير، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، عمان، الطبعة الأولى 1996، ص 32.

خدمة حكومية واستبقى بحيازته وثائق سرية أو رسوماً أو مخططات أو نماذج أو نسخاً منها دون أن يكون له حق الاحتفاظ بها أو دون أن تقتضي ذلك طبيعة وظيفته. 3- كان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاء دون سبب مشروع".

أما بالنسبة لإفشاء السّر المصرفي، فنجد أن كافة التشريعات التي أخذت به تنص على عقوبات أشد من تلك التي تفرض عند إفشاء سّر المهنة، ومنها المشرع البحريني بموجب نص المادة (129) من المرسوم بقانون رقم (34) لسنة 2015 بتعديل بعض أحكام قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية الصادر بالقانون رقم (64) لسنة 2006 بشأن فرض غرامة إدارية، "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية أو المدنية، يجوز للمصرف أن يفرض على المرخص له أو أي من الأشخاص المشار إليهم في الفقرة (ب) من المادة (68 مكرراً 1) من هذا القانون، غرامة إدارية لا تزيد على مائة ألف دينار بحريني، وذلك في حال مخالفته أي من أحكام هذا القانون أو اللوائح أو القرارات أو التوجيهات الصادرة تنفيذاً له أو مخالفة المرخص له لشروط الترخيص، وتتعدد الغرامة بتعدد المخالفات". وقد كانت الغرامة في ظل المادة ذاتها رقم (129) قبل التعديل، فرض غرامة إدارية، "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية أو المدنية للمرخص له، يجوز للمصرف المركزي أن يفرض على المرخص له غرامة إدارية لا تزيد على عشرين ألف دينار بحريني، وذلك في حالة مخالفته لأحكام هذا القانون أو اللوائح أو القرارات الصادرة تنفيذاً له أو لشروط الترخيص".

وكذلك نصت المادة (131) من القانون رقم (64) لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية على عقوبة إدارية متمثلة

في وقف المرخص له عن تقديم الخدمة، "مع عدم الإخلال بأحكام هذا الفصل، يجوز للمصرف المركزي وقف المرخص له عن مزاوله أي من الخدمات الخاضعة للرقابة خلال مدة أو مدد يحددها، على ألا يزيد مجموعها في جميع الأحوال على اثني عشر شهراً، وذلك في حالة مخالفته لأحكام هذا القانون أو اللوائح أو القرارات الصادرة تنفيذاً له أو لشروط الترخيص". وكذلك الحال في المادة (130) باتخاذ التدابير الإدارية، بحيث يجوز للمصرف المركزي في أي من الحالات المنصوص عليها في المادة (128) من هذا القانون، إذا قدر عدم جدوى فرض قيود إدارية على المرخص له، أن يتخذ أيًا من التدابير التالية:

1 - تعيين عضو مراقب في مجلس إدارة المرخص له لمدة يحددها المصرف المركزي، وذلك للمشاركة في مداورات المجلس، وإبداء رأيه فيما يصدر عن المجلس من قرارات.

2 - وضع المرخص له تحت الإدارة طبقاً لأحكام الفصل الثاني من الباب العاشر من هذا القانون".

ومن التشريعات المقارنة كذلك، نجد المشرع الإماراتي نص في الفصل الأول من الباب السادس الخاص بالجزاءات الإدارية والمالية والعقوبات في المادة (1/137) وعلى عقوبة المخالفة، "فرض غرامة مالية على المنشأة المالية المرخصة المخالفة لا تقل عن مليوني درهم ولا تتجاوز مائتي مليون درهم". بالإضافة إلى مجموعة من العقوبات مع عدم الإخلال بأي جزاءات أخرى واردة في أي قوانين أخرى في الدولة، وعند ثبوت مخالفة أي منشأة مالية مرخصة أو فرد مصرح له لأحكام هذا المرسوم بقانون أو الأنظمة أو القرارات أو القواعد أو المعايير أو التعليمات التي يصدرها المصرف المركزي تنفيذاً له، أو أي من التدابير التي يتخذها

المصرف المركزي، بما فيها إجراءات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والتنظيمات غير المشروعة، للمصرف المركزي، لتقديره الخاص، أن يوقع وفقاً لتقديره واحداً أو أكثر من الجزاءات أو اتخاذ أي من التدابير الآتية⁽⁵²⁾.

بالإضافة إلى أن المشرع الإماراتي نص بشكل صريح على عقوبة خاصة بموظفي المصرف المركزي من خلال المادة (139) التي تنص على: "يعاقب بالحبس أي من موظفي أو ممثلي المصرف المركزي أو أي عضو من أعضاء اللجان المشكلة في المصرف المركزي أو أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة الذي يقوم بإفشاء أية معلومات سرّية بالمخالفة لأحكام المادة (26) من هذا المرسوم بقانون لمدة لا تزيد على ثلاث أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين."

وكذلك الحال في قانون البنوك الأردني في المادة (75) منه حيث نصت على: "يعاقب كل من يخالف أحكام أي من المادتين (72) و(73) من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر أو بغرامة مالية لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار أو بكلتا العقوبتين".

وكذلك يترتب على إفشاء السّرّ المصرفي في الأردن طبقاً للمادة (75) من قانون البنوك الأردني⁽⁵³⁾ إيقاع عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر

(52) للمزيد من هذه العقوبات يرجى الاطلاع على نص المادة (137) من مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) لسنة 2018 م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية.

(53) نص المادة (75)- "يعاقب كل من يخالف أحكام أي من المادتين (72) و(73) من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر أو بغرامة مالية لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار أو بكلتا العقوبتين".

أو الحكم بغرامة مالية لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار أو بكلتا العقوبتين، ونلاحظ أن هذه عقوبة أشد من تلك التي فرضت لجريمة إفشاء سرّ المهنة.

الخاتمة

بعد التطرق إلى مدلول السريّة المصرفيّة من حيث نشأتها التاريخية، وتطورها التاريخي، وكذلك إلى تعريف السريّة المصرفيّة ومضمونها سواء في التشريعات الأجنبية أو التشريعات المحلية، وجدنا شبه إجماع من قبل تلك التشريعات على الاهتمام بالسريّة المصرفيّة، لما لها من أهمية في دعم وتعزيز الأعمال المصرفية، وكذلك باعتبارها حق من حقوق العميل بالمحافظة على أسرارته المالية.

أولاً: النتائج:

يمكن رصد النتائج التالية:

- 1 - إن معظم التشريعات المقارنة قد نظمت السريّة المصرفيّة من خلال قوانين خاصة، ومنذ فترات زمنية طويلة نسبياً، مثل قانون سرية الحسابات في سويسرا الصادر في عام 1934م، ومن الدول العربية قانون سرية البنوك اللبناني لسنة 1956م، وقانون سرية الحسابات بالبنوك في مصر رقم (205) لسنة 1990م، وقانون البنوك الأردني رقم (28) لسنة 2000م.
- 2 - إن التشريعات المقارنة لم تكن على وتيرة واحدة من حيث تنظيمها للسرية المصرفية، فمنها من أفرد قوانين خاصة مستقلة بالسريّة المصرفيّة، ومنها من اكتفى بدمج القواعد المنظمة للسرية المصرفية من ضمن قوانينها القائمة، دون تخصيص قانون خاص للسرية المصرفية.

- 3 - تتفق معظم التشريعات على أن الالتزام بالمحافظة على السريّة المصرفيّة والاعتراف بوجودها ليس هدفاً في حد ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية مُعيّنة؛ فإنه من المنطقي أن تزول إذا تخلفت الغاية منها، في حالة إذا تعارضت مع مصلحة عامة للمجتمع أو الدولة.
- 4 - كل التشريعات المختلفة فرضت عقوبات في حالة إفشاء السريّة المصرفيّة، مع التباين بكل تأكيد بنوع العقوبة، فمن الدول من تشدد بالعقوبة، ومنها من فرض عقوبة أقل.
- 5 - السريّة المصرفيّة هي مهمة على حد سواء للمؤسسات المالية وكذلك للعملاء، فهي وجهان لعملة واحدة.
- 6 - السريّة المصرفيّة تعتبر من أهم العوامل التي تساعد على جذب رؤوس الأموال الأجنبية، والمحافظة على رؤوس الأموال المحلية من الهروب إلى الخارج.
- 7 - هناك اختلاف بين السريّة المصرفيّة والسّر المهني من حيث المصدر، ومن حيث الغاية، ومن حيث النظام القانوني لكل منهما.

ثانياً: التوصيات :

أولاً: دعوة المشرع البحريني إلى سن قانون خاص مستقل يعنى بالسريّة المصرفيّة في مملكة البحرين، لما له من أهمية كبيرة أسوة بكثير من التشريعات المقارنة التي تم التطرق لها في البحث، وعدم الاكتفاء ببعض المواد التي قد لا تسعف البنك ولا العميل في تحديد حدود التزاماتهم.

ثانياً: دعوة المشرع البحريني إلى إدراج الخزائن الحديدية والمعاملات المتعلقة بها ضمن قائمة الأسرار المصرفية التي يلتزم المصرف بكتمانها بشكل صريح، بأن ينص على أنه تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزانتهم في البنوك، وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية، إلى

نص المادة (116) أسوةً بالمشرع الإماراتي في المرسوم بقانون اتحادي رقم (14) لسنة 2018م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية، حتى يعطي المصرف صورة واضحة وصريحة عن حدود التزامه بالسّر المصرفي.

ثالثاً: من الحالات التي يجوز فيها رفع الحظر عن البنك بإفشاء السريّة المصرفيّة هو نص المادة (117) بناءً على موافقة العميل الصريحة، وندعو المشرع البحريني لتعديلها على أن تكون موافقة العميل صريحة خطية، وكذلك النص على أنه: "ويظل الحظر قائماً بشكل صريح حتى ولو انتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب". كما فعل المشرع الإماراتي والأردني بالنص صراحة على الموافقة الخطية وبقاء الالتزام بالكتمان حتى بعد ترك العمل.

المراجع

1. إبراهيم حامد طنطاوي، الحماية الجنائية لسرية معلومات البنوك وعملائها، دار النهضة العربية 2005.
2. أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، 2002، إبلاغ البنوك عن العمليات المالية المشبوهة بين الالتزام والمسؤولية في القانون المقارن والفقہ الإسلامي، مؤتمر تشريعات عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، كلية القانون بالتعاون مع كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، المملكة الأردنية الهاشمية
WWW.arablawninfo.com/Researches AR/201.doc
3. أحمد بركات مصطفى، مسئولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
4. أحمد سفر، المصارف وتبييض الأموال، تجارب عربية وأجنبية، منشورات اتحاد المصارف العربية، 2001.
5. أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي، القاهرة، 1999.
6. أديب مياله، د. مي محرز، بحث منشور، السريّة المصرفيّة في القانون السوري، جامعة دمشق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 27 - العدد الأول - 2011.
7. أنطوان جورج سراس، السريّة المصرفيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى بيروت، لبنان، 2008.
8. بدر بن عبد الله الجعفري، بحث أحكام السريّة المصرفيّة دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية السعودية، 1423هـ.
9. حمدي عبد العظيم، غسيل الأموال في مصر والعالم الجريمة البيضاء - أبعادها، آثارها، كيفية مكافحتها، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، الطبعة الثالثة.
10. دانا حمه باقي عبدالقادر، السريّة المصرفيّة في إطار تشريعات غسيل الأموال دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية القاهرة، 2006.
11. عادل جبري محمد حبيب، مدى المسئولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسّرّ المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

12. عبد الرحمن السيد فرحان، نطاق الالتزام بالسّر المصرفي، القاهرة، دار النهضة، 1999.
13. عبد القادر العطير، سّر المهنة المصرفية في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، عمان، الطبعة الأولى، 1996.
14. عبد القادر ورسمه غالب، قوانين السرية المصرفية ضد قوانين غسل الأموال، مقالة منشورة في مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد 78، حزيران 2007م.
15. عبد المولى علي، النظام القانوني للحسابات السرية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
16. عصام الدين الأحمد، ظاهرة غسيل الأموال وآثارها الاقتصادية وأهم الجهود العالمية والمحلية المبذولة لمكافحتها، مجلة اتحاد المصارف العربية، لسنة 2000، العدد 237، المجلد العشرون، بيروت.
17. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية القاهرة، 1981.
18. عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، ط1، دار النهضة العربية، سنة 1999.
19. محمد علي السرهيد، الجوانب القانونية للسرية المصرفية دراسة مقارنة، الأردن، دار جليس الزمان، الطبعة الأولى، 2010.
20. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد 4، عمليات البنوك دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر، 2008م.
21. محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، مصر، دار النهضة العربية، 1993م.
22. مصطفى كمال طه، ود. وائل أنور بندق، عمليات البنوك، طبعة 2016، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.
23. د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي، التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
24. نادر عبد العزيز شافي، تبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001.

25. نعيم مغبغب، تهريب الأموال والسريّة المصرفيّة أمام القضاء الجزائري، لبنان، مطابع معوشي وزكريا، 1986.
26. هشام البساط، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الثالث، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثانية 2004.
27. هشام بشير، ود. إبراهيم عبدربه إبراهيم، غسل الأموال بين النظرية والتطبيق، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، 2010.
28. ياسر محمد محمد دوابه، المسؤولية الجنائية الناشئة عن إفشاء الأسرار وسرية الحسابات البنكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.

هدم بنية القانون وبنائها

د. صفاء متعب الخزاعي*



الملخص

تنصب فكرة موضوع البحث (هدم بنية القانون وبنائها)، إلى المحاولة لإعادة صياغة بنية القانون الحالية المتمثلة بوحدة بنائها وتكوينها (القاعدة القانونية). ويستلزم من ادّعائنا ببناء بنية جديدة للقانون لابد من تحقق أمرين: الأول، أن يكون هناك موضوع مستحدث له، وهذا الموضوع يبرز من خلال إيجاد بنية جديدة تعيد صياغة علم القانون الموجود مسبقاً، بحيث تتغير كل معالمه والآثار المترتبة عليه، مع الحفاظ على غاية وجوده، أما الأمر الثاني، يتجسد في أن البنية الجديدة التي نطرحها كبديل، يجب أن تقوم على هدم البنية الحالية للقانون التي تتمثل في (القاعدة القانونية) التي هي وحدة بناء هيكل القانون الوضعي، لاسيما اللاتيني، إذ نرى أن البنية الحالية وفي أحيان كثيرة قد شكّلت عقبة كؤود في انسجام ومواءمة الفكر القانوني الغربي

(* أستاذ القانون المدني المساعد، كلية القانون - جامعة القادسية، الجمهورية العراقية.

الدخيل علينا مع الفكر القانوني العربي الإسلامي؛ بسبب أن تفكيرنا القانوني ناتج من تجذّر التشريع الإسلامي والاجتماعي التاريخي لقرون فينا، فضلاً عن جملة من الأسباب الأخرى التي تبرر هدمها.

والبنية الجديدة التي نطرحها كبديل عن القاعدة القانونية، هي (الحكم القانوني) الذي ينقسم لأركان متعددة تهدف إلى المواءمة أو المقاربة بين فلسفة وطبيعة الفكر الإسلامي الشرقي في مجتمعاتنا من جهة، وعدم مخالفتها للغاية التي جاء بها القانون الوضعي وضرورته في حفظ النظام واستقرار الحياة من جهة أخرى.

لذلك ينقسم هذا البحث إلى مبحثين: نبحث بالأول هدم بنية القانون الحالية، وسنخصص المبحث الثاني إلى البنية الجديدة للقانون.

الكلمات المفتاحية: البنية، هدم بنية القانون الحالية، بناء بنية القانون، نظرية الحكم القانوني، عناصر الحكم القانوني.

Abstract

From our claim to building a new infrastructure, two things must be fulfilled: The first is that there should be a new topic for it, and this topic emerges through creating a new infrastructure that restores the already existing science of law so that all its features and implications change, while preserving the purpose of its existence. As for the second matter, it is embodied that the new infrastructure that we propose as an alternative must be based on the demolition of the current structure of the law, which is represented in the legal base which is the unit of building the structure of positive law, especially Latin, as we see that the current structure has often formed trammels in the harmony and harmonization of Western legal thought, which is foreign to us with the Arab Islamic legal thought. Because our legal thinking results from the centuries-old rootedness of historical Islamic and social legislation in us, as well as a host of other reasons that justify its demolition.

And the new infrastructure that we propose as an alternative to the legal rule is (the legal rule) which is divided into multiple elements that aim to harmonize or approximate the philosophy and nature of eastern Islamic thought in our societies on the one hand, and not to contradict the purpose of the positive law and its necessity in preserving order and stability of life. On the other hand.

Therefore, this research is divided into two requirements: The first requirement is to demolish the current structure of law, and we will devote the second requirement to the new structure of the law.

Key words: the structure mining, the demolition of the current legal structure, the construction of the structure of the law, the theory of legal judgment, the elements of legal judgment.

أولاً: موضوع البحث وأهميته: يتمثل موضوع (هدم بنية القانون وبنائها) في طرح نظرية جديدة تقوم على أنقاض الأصول القانونية المستقرة، والتي تم تأسيسها من قبل الرعيل الأول متأثرين بالفكر القانوني الغربي، وهذه النظرية هي (الحكم القانوني كبديل عن القاعدة القانونية)، والتي إن سلمنا بها ستعيد صياغة هيكل القانون العام للقانون القائم على القاعدة القانونية التي هي وحدة بنائه.

والبنية الفوقية الجديدة التي نطرحها كبديل عن القاعدة القانونية هي (الحكم القانوني)⁽¹⁾ الذي ينقسم لعناصر متعددة، تهدف إلى المواءمة أو المقاربة بين فلسفة وطبيعة الفكر الإسلامي الشرقي في مجتمعاتنا من جهة، وعدم مخالفتها للغاية التي جاء بها القانون الوضعي وضرورته في حفظ النظام واستقرار الحياة من جهة أخرى.

وتنطلق أهمية الموضوع من أن فكرة البحث الأساسية في أن البنية الفوقية الجديدة التي نطرحها كبديل يجب أن تقوم على هدم البنية الحالية للقانون، التي تتمثل في (القاعدة القانونية) التي هي وحدة بناء هيكل القانون الوضعي لاسيما اللاتيني⁽²⁾، إذ نرى أن البنية الحالية وفي أحيان كثيرة قد شكّلت عقبة كؤود في انسجام ومواءمة الفكر القانوني الغربي الدخيل علينا مع الفكر القانوني العربي الإسلامي؛ بسبب أن تفكيرنا القانوني ناتج من تجذّر التشريع الإسلامي والاجتماعي التاريخي لقرون فينا، فضلاً عن جملة من الأسباب الأخرى التي تبرر هدمها، منها أخلاقية وفلسفية.

(1) يمكن الاصطلاح عليها بأنها نظرية الحكم القانوني.

(2) د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط1، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، 1992، ص62.

ثانياً: إشكالية البحث: تتجسد إشكالية البحث في أن البنية القانونية الحالية التي تشكل وحدة بناء هيكل القانون العام، شكلت عقبة كبيرة في عدم ملاءمة الفكر القانوني الغربي للنمط التشريعي الشرقي المتأثر بفهم النصوص وتطبيقها على الطريقة الإسلامية، وكما أن البنية الحالية للقانون منعت من التوظيف الحقيقي لعلم أصول الفقه ودلالات النصوص فيه وعلم المنطق، لذلك لا بد أن ترفض هذه البنية، ونأتي ببنية جديدة تنسجم مع فكرنا وأنماطنا التشريعية، فالتساؤلات التي تثار في هذا المقام، ما هي فكرة هدم بنية القانون الحالية؟ وما أسباب هدمها؟ ما البديل الذي يطرح عند القول بهدمها؟

ثالثاً: فرضية البحث: تتمثل فرضية الدراسة في أننا بعد البحث في ماهية الحكم الشرعي، توصلنا أنه بالإمكان تأسيس مفهوم للحكم القانوني مواز لمفهوم الحكم الشرعي الإسلامي من حيث ماهيته وأقسامه، بصورة يكون نمط ما موجوداً في القانون من شكل هو كما هو في التشريع الإسلامي، فكما أن التشريع الإسلامي ومسائل الاستنباط فيه تقوم على وجود نص عام يتضمن حكماً شرعياً وموضوعاً لذلك الحكم، فإننا سننتهج هذا النهج في تأسيس حكم قانوني وموضوع لهذا الحكم، مما ينتج لنا الاستفادة الفعلية من أهم موارد التشريع الإسلامي وهي أدوات فهم النصوص الشرعية الغزيرة والمهمة، ومن ثم تطبيقها على النصوص القانونية تطبيقاً سهلاً يسيراً.

رابعاً: منهجية البحث وخطته: سننتهج المنهج التحليلي في استعراض أفكار هذا البحث. أما خطته وفي سبيل بحث هذا الموضوع، ينقسم هذا البحث إلى مبحثين: نخصص المبحث الأول لهدم بنية القانون الحالية، وفي المبحث الثاني نفرده إلى البنية الجديدة للقانون.

المبحث الأول هدم بنية القانون الحالية

البنية لغة مأخوذة من إسم بناء أي إنشاء الشيء وتشيدده عكس الهدم⁽³⁾، وموضوع هدم بنية القانون الحالية من أهم الموضوعات (التي وضعناها كنظرية في سبيل التمهيد لتأسيس هيكل جديد للقانون).

ويتطلب لاستكمال الصورة في هذا المقام، استعراض معنى هدم بنية القانون الحالية (القاعدة القانونية)، ومن ثم ضرورة البحث عن أسباب هدم بنية القانون الحالية، إذ إن هناك أسباباً فلسفية وأخرى تاريخية وثالثة أخلاقية، كما أن لمصطلح القاعدة القانونية بحد ذاته مصطلحاً يشكل عقبة في ملاءمة هيكل القانون الحالي في بلداننا.

لذلك ينقسم هذا المطلب إلى فرعين: نبحث في الفرع الأول معنى هدم بنية القانون الحالية، وفي الفرع الثاني نتطرق فيه لأسباب هدم بنية القانون الحالية.

المطلب الأول معنى هدم بنية القانون الحالية

إن فكرة هذا الفرع هي فكرة اجتهادية شخصية لا أساس شائع لها في حقل القانون، وقائمة على نقض فكرة القانون المؤسسة على الفلسفة الغربية، والتي انتقلت إلينا في بداية القرن التاسع عشر⁽⁴⁾، ويمكن أن نعطي

(3) -لويس معلوف، المنجد في اللغة، بلا عدد للطبعة، انتشارات ذوي القربى، بلا مكان، 1381هـ، ص50.

(4) يعتبر محمد علي باشا أول والي عثماني يسنّ القوانين الوضعية في الديار المصرية

والأقطار التي كانت واقعة تحت سلطانه، غير أنها لم تكن قوانين بالمعنى الفني الحديث، بل كانت أشبه ما تكون باللوائح والقرارات، ففي عام (1830م) وضع محمد علي قانوناً لضبط أحوال الزراعة سماه (قانون الفلاح)، وكانت عقوباته: الضرب بالكرباج والنفي والحبس والإعدام، وكانت العقوبة تقع على المجرم أحياناً وعلى شيخه أحياناً، وعليهما تارةً وعلى القائم مقام تارةً أخرى، وتتفاوت العقوبات بحسب قدر الجاني ومنزلته وما إذا كان ربيعاً أو ضيعاً. ولما كثرت اللوائح والقرارات التي أصدرها محمد علي، قامت الحكومة بتوحيدها وانتزعت من مجموعها قانوناً عاماً أطلقت عليه اسم (قانون المنتخبات) فكان أول تقنين وضعي، وفي عام (1833م) أصدر محمد علي لائحة (ترتيب مجلس أحكام ملكية)، وكانت تعني بطرق المرافعات. كما تقلص في عهد محمد علي دور المحاكم الشرعية، حيث أنشأ (المجالس القضائية) إلى جانب المحاكم الشرعية، وكانت مهمتها لا تقف عند حد الفصل في الخصومات التي تُعرض عليها، بل تعد اختصاص بعضها إلى التشريع ووضع القوانين، فأنشأ أولاً (مجلس الحقانية) عام (1842م)، ثم أصبح فيما بعد يُعرف بـ (مجلس الأحكام)، وكان لهذا المجلس حق التشريع وصنع القوانين واللوائح لتسري على الناس كافة فوق أصل اختصاصها، وهو نظر جميع القضايا الخاصة بالعسكرية أو بالأهالي التي تقدم إليها. ثم وفي عام (1845م) أنشأ محمد علي (مجلس تجار الإسكندرية)، وكان يضم في عضويته عدداً من التجار المصريين والأوروبيين، ويختص بنظر الخصومات التجارية بين الأهالي والأوربيين وبين الأهالي وبعضهم البعض، وفي العام التالي أنشأ (مجلس تجاري) في مصر على غرار مجلس ثغر الإسكندرية، وفي عام 1847 م تم إنشاء (المجلس الخصوصي) برئاسة إبراهيم باشا ابن محمد علي، وكان هذا المجلس هو أعلى المجالس في الديار المصرية، إذ كان قائماً مقام السلطة التشريعية، وكان ينظر في عظام الأمور الكلية، وله سلطة سن اللوائح وإصدار القرارات لجميع مصالح الحكومة ودواوينها، بيد أنه لم يستمر طويلاً، حيث ألغي عقب وفاة إبراهيم باشا عام 1848 م. واستمرت هذه المجالس فيما بعد عهد محمد علي، وقويت وتعددت في عهد عباس الأول، حتى أصبح لكل مديرية من مديريات الديار المصرية (مجلس قضائي) تتبعه. وفي عهد إسماعيل باشا وقبل إنشاء المحاكم المختلطة صدر الأمر العالي عام

.....

(1871م) بإنشاء (مجالس قضائية محلية) في المراكز والبلاد الصغيرة، وكانت على خمسة أنواع: (مجلس الدعاوى)، (المجالس المركزية)، (المجالس الابتدائية)، (المجالس الاستئنافية)، (مجلس الأحكام)، ولكل من هذه المجالس اختصاصها بحسب نوع الجزاء في المواد الجنائية، وبحسب قيمة الدعوى في المواد المدنية، وكانت هذه المجالس تحكم وفقاً لما يظهر لها دون التقيد بثمة قانون أو عرف حتى أُطلق عليها (محاكم قانون همايوني) أي قانون الهوى والفوضى، كما أن حالة قضاة تلك المجالس من العلم ومن اللغة ومن الكتابة كانت من أضعف ما يكون، كما أن العقوبات التي كانت توقعها هذه المجالس كانت تتفاوت بحسب قدر الجاني ومنزلته وما إذا كان رفيعاً أو وضيعاً، فإذا ما وقعت جريمة على النفس أو المال وكانت لا تستوجب إلا التعزير فقط يُنظر إلى حال الجاني وشأنه: فإن كان من يستوجب التعزير من أصحاب الرتب أو السادات الكرام وجب إحضاره إلى (مجلس الأحكام) وتعزيره بما يليق، وإن كان من أوساط الناس لزم تعزيره بالحبس أو النفي بحسب ما يقتضيه الحال، فإن كان من آحاد الناس فإنه يؤدب بالحبس أو النفي أو الضرب بالعصا بحسب ما يقتضيه الحال، وإذا وقعت الجريمة على العرض: فإن كان الفاعل من الأهالي أو الخدمة الصغار فإنه يؤدب بالضرب من خمسين إلى خمسمائة كرباج، وإن كان من وجوه الناس فإنه يُحبس بمحل خدمته مدةً (من شهر إلى سنة)، وفي جرائم الجرح والضرب الذي تزيد مدة علاجه على عشرين يوماً: إذا كان الجاني من وجوه الناس يحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، ويلزم بدفع نفقات علاج المجني عليه ومقابل كسبه حتى يتم له الشفاء، وإذا كان الجاني من عوام الناس فيضرب من ثلاثمائة إلى خمسمائة كرباج، ويلزم بدفع نفقات علاج المجني عليه ومقابل كسبه حتى يتم له الشفاء، وفي جرائم الجرح والضرب البسيط الذي لا تزيد مدة علاجه على عشرين يوماً: إذا كان الجاني من وجوه الناس يحبس من خمسة عشر يوماً إلى ثلاثة أشهر، وإذا كان الجاني من عوام الناس فيضرب من خمسين إلى ثلاثمائة كرباج.

وفي عام (1850م) صدر قانون التجارة العثماني الذي كان مستمداً من القانون التجاري الفرنسي الصادر عام (1807م)، وكان (قانون التجارة العثماني) هو الواجب التطبيق في الديار المصرية، وقد نصت المادة (40) منه على أنه إذا لم يوجد نص فيه بخصوص المسألة المعروضة، وجب تطبيق القانون الفرنسي، ثم

صدر قانون الجزاء العثماني الصادر عام 1858م) الذي كان مستمدًا أيضًا من القانون الفرنسي، وقانون الأراضي الأميرية الصادر في العام ذاته، ثم قانون التجارة البحرية عام 1861 م، فقانون أصول المحاكمات التجارية عام 1864م، وكانت القوانين تصدر في الأصل باللغة التركية التي لا يفهمها المصريون، فيستأثر الولاة بتفسيرها وتأويلها والحكم بمقتضاها حسبما يشاؤون.

وكان آخرها في يونيو عام (1938م) حيث تشكلت لجنة لتوحيد (القانون المدني) المطبق أمام المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية، وكانت مكونة من أساتذة وقضاة مصريين وفرنسيين، يرأسهم أستاذ فرنسي شهير هو الدكتور (إدوارد لامبير) وبينهم: الدكتور عبد الرزاق السنهوري، والدكتور سليمان مرقص، كما عاون اللجنة القاضيان: استونيت، وساس، اللذين كانا قاضيين بالمحاكم المختلطة. بيد أن عمل اللجنة سالف الذكر طال لسنوات ولم يكتمل، وتم حل اللجنة، ثم أُعيد تشكيلها، وعُهد للدكتور عبد الرزاق السنهوري برئاستها، واستطاع السنهوري أن يُتم مشروع القانون الذي حمل رقم (131) وصدر في نهاية يوليو عام 1948م، وكان يقول أنه استمد مواده وبنوده من نحو عشرين (مدونة قانونية) من التقنينات الوضعية المقارنة، وقد نص في (مادة إصداره الأولى) على إلغاء القانون المدني الجاري العمل به أمام المحاكم الأهلية، والقانون المدني الذي تطبقه المحاكم المختلطة، والاستعاضة عنهما بالقانون المدني الموحد، لكنه لم يدخل حيز التنفيذ إلا في منتصف أكتوبر (1949م) مع إلغاء (المحاكم المختلطة)، وظل هذا القانون ساريًا منذ ذلك حتى يومنا هذا مع ما أُدخل عليه من تعديلات، وقد نص هذا القانون في (مادته الأولى) على أن: (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، فقدم النصوص الوضعية والعرف على (مبادئ الشريعة). وبذلك تقلصت الشريعة ولم يبق للمحاكم الشرعية سوى الأحوال الشخصية. للتفصيل ينظر: د. محمد وفيق زين العابدين، تطبيق الشريعة بين الواقع والمأمول (مباحث وحقائق تاريخية في قضية تقنين الشريعة الإسلامية وتطبيقها)، ط1، دار السلام - مصر، 2012، ص 148 وما بعدها.

معنى واضحاً لفكرة هدم بنية القانون الحالية بأنها: (إلغاء القاعدة القانونية من الأصل فكرةً ومصطلحاً، مما يؤثر على تداعي الهيكل العام للقانون كله؛ لأنها تُمثل وحدة هذا الهيكل، ومن ثم يزول التصور عن هيكل القانون وهيئته).

ونقصد بزوال شكل القانون ككل وهيئته في أن القانون أو التشريعات لها هيئة وشكل في ذهن كل شخص، وقد أكد هذا المعنى بعض فلاسفة القانون ومنهم (جون أوستن) صاحب المدرسة (الشكلية للقانون)، الذي ذهب بالقول: "إلى أن القانون المكتوب يكسب شكلاً معيناً يتمثل بتدرجه من الدستور إلى التشريع أو القانون العادي، ومن ثم القانون أو التشريع الفرعي، وهذا القانون بكل تدرجاته قائم على وحدة يتكون من مجموعها، وهذه الوحدة هي القاعدة القانونية أو الالتزامات"⁽⁵⁾.

وإن تعريف القاعدة القانونية يتمثل في: "المبادئ أو القواعد السلوك الملزومة التي تنظم نشاط الأفراد، وتتولى تنفيذها وكفالتها السلطة العليا بما لها من سلطة إجبار"⁽⁶⁾، وهي تتكون من عنصرين (الفرض والحكم):

(5) نقلاً عن: ليون ديحي، التطورات العامة في القانون الخاص منذ مدونة نابليون، ترجمة ضياء الدين عارف، دراسة تحليلية لـ د. سمير تناغو، بلا طبعة، مركز نهوض للدراسات والنشر، بغداد، بلا سنة، ص 84.

(6) شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون الخاص، ط 1، منشأة المعارف، مصر، 1965، ص 22؛ وذهب لهذا المعنى:

د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، بلا عدد للطبعة، منشأة المعارف، مصر، 1969، ص 34. د. نبيل إبراهيم سعد ود. محمد حسين منصور، مبادئ القانون المدخل إلى القانون - نظرية الالتزامات، بلا عدد للطبعة، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص 17. د. رمضان محمد أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون المدخل للقانون والالتزامات، بلا عدد للطبعة، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، 1998، ص 15.

ويقصد بالفرض هو الحالة أو الواقعة التي يفترضها المشرع تصويرًا عن الواقع، أما الحكم فهو النتيجة أو الحل الذي يضعه المشرع للفرض الذي افترضه⁽⁷⁾.

وبطبيعة الحال يبدو لنا أن إلغاء القاعدة القانونية فكرةً ومصطلحًا، يستلزم زوال عناصرها (الفرض والحكم)، ومن ثمّ سيؤثر بصورة مباشرة على هيئة القانون ذاته، وستزول مسألة التدرج التشريعي بين الأعلى والأدنى، فتتداعى كل هيئة القانون كتداعي البناء بسبب انهدام قواعده أو أساسه.

المطلب الثاني

أسباب هدم بنية القانون الحالية

إن تبني أطروحة هدم بنية القانون الحالية، هي ليست مسألة ترف فكري أو تنظير لامحلّ له، وإنما هناك مبررات منطقية وتاريخية وأخلاقية تلزمنا اتخاذ هكذا موقف، وأهم هذه المبررات أو الأسباب هي:

أولاً: السبب المنطقي:

إن من الأسباب السلبية المهمة التي أصابت بنية القانون الحالية وبررت رفض فكرة القاعدة القانونية هو السبب المنطقي؛ إذ عند البحث في ماهية القاعدة القانونية نجدها تتكون من عناصر غير منسجمة منطقيًا، وعدم الانسجام تبرره القاعدة العامة التي تقول: إن كل عناصر أو أركان الشيء

(7) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص144-145.

وكل علاقات العلة بالمعلول لا بد أن تكون بينها سنخية أو مناسبة أو خصوصية ومشابهة، أي يجب أن تكون من جنسٍ واحد ومشتقة من ماهيته وكل عنصر جزء من هذه الماهية⁽⁸⁾، والحال أن مادة القاعدة القانونية تتكون من عناصر ذات ماهيات مختلفة: فالفرض هو الفعل أو السلوك المادي الخارجي التي جاءت القاعدة لتحده، أما الحكم هو الحل الذي وضعه المشرع لهذا الفرض كما سبق ذكره، والحال نجد الحكم هو من ماهية مجازية اعتبارية لا وجود مادي لها، أما الفرض فيتمثل بالواقعة أو التصرف الملموس وهي ذات ماهية واقعية، ومن ثم لا يمكن تأسيس مفهوم بين ركنين أو عنصرين أحدهما مجازي والآخر واقعي ملموس.

وعليه، أن تبني بعض الفلاسفة الرأي الذي يقول بأن البناء المنطقي للقاعدة القانونية تتكون من (فرض وحكم)⁽⁹⁾، والحال هذا ليس من المنطق بشيء؛ لأن هذا الرأي يبقى رأياً يقوم على اجتهاد فلسفي، لكنه في الوقت نفسه مخالف لنمط الاستنباط التشريعي في منظومتنا الفكرية الإسلامية الشرقية التي تعتمد في تفكيك النصوص على علوم آية أهمها قواعد علم أصول الفقه؛ إذ إن هذا العلم قد تطرق إلى الأحكام الشرعية وتعريفاتها وأقسامها، ومن خلال هذه التعريفات نخلص بعدم الاعتداد بالفكرة القائلة إن القاعدة القانونية تتكون من (الفرض والحكم)، فمثلاً حكم الوجوب في علم أصول الفقه الإسلامي يُعرف بأنه: "طلب القيام بالفعل على وجه الحتم والإلزام بحيث يثاب فاعله ويعاقب تاركه"⁽¹⁰⁾، والحرام: "طلب ترك الفعل

(8) ابن رشد القرطبي، تهافت التهافت، تحقيق د.محمد عابد الجابري، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، تونس، 2009، ص64-65.

(9) د. منذر الشاوي، مصدر سابق، ص145-146.

(10) عمر عبد الله، سلم الوصول، ط2، معهد مطبعة دون بوسكو، الإسكندرية، بلا سنة، ص32.

على وجه الحتم والإلزام بحيث يثاب تاركه ويعاقب فاعله⁽¹¹⁾.

ويبدو لنا من هذه التعريفات أن الأصوليين قد قسموا الحكم ذاته، وجعلوه هو الأساس، ولم يجعلوه جزء من قاعدة ما، ومن ثم فإن الحل أو الجزاء المترتب على فعل الامتناع أو القيام من ضمن الحكم نفسه وداخل في تعريفه، بحيث يبدو لنا أن المشرع الإسلامي أراد أن يُثبت أن الحكم الشرعي ذاته يتكون من جزأين أو عنصرين وهما:

أ - ذات الفعل أي فعل الامتناع أو الترك.

ب - الحل أو الجزاء المترتب على الفعل أو الترك سواء ثواب أو عقاب.

وعليه، الرأي الفلسفي أعلاه مردود بالاستناد على القاعدة الأصولية أعلاه، التي يمكن تطبيقها على ميدان القانون؛ إذ يمكن القول إن الحكم في القانون كما في الشريعة يتضمن جزأين وهما: (حكم الامتناع أو الترك وحكم الجزاء المترتب عليه)؛ لأن الجزاء أو الحل القانوني لا يمكن أن ينفك عن الامتناع أو الترك؛ حيث إن قيام الفرد بتطبيق القانون يترتب على ذلك براءة ذمته من التكليف، وبراءة الذمة حكم قانوني يترتب عليه عدم مساءلة الفرد، وإذا لم يتم بتطبيق القانون يترتب عليه مساءلته أو العقوبة المقررة وهي حكم أيضاً، ولكن يبقى هذا الاستنتاج لا أثر كبير له في موضوع دراستنا؛ لأنه مرفوع تبعاً لرفضنا لأصل فكرة القاعدة القانونية.

(11) عبد الوهاب بن علي السبكي تاج الدين، جمع الجوامع في أصول الفقه، ط2، دار الكتب العلمية، بلا مكان، 2003م، ص55.

ثانياً: السبب التاريخي:

إن من الأسباب الأساسية التي تبرر العزوف عن فكرة القاعدة القانونية، هو تاريخ وجود هذا المصطلح. إذ بعد التحقيق وجدنا - على حد علمنا- أن أقدم مدونة تم ذكر مصطلح القاعدة القانونية فيها هي (روح القوانين أو روح الشرائع) (لمونتسيكيو) الصادر سنة (1748م)⁽¹²⁾، وكان إيجاده لهذا المصطلح ناتج من التأسيس للنظرية السياسية لبناء الدولة في البلدان الأوروبية، لذلك فإن نظريته كانت ناتجة من بيئته الفكرية التي تختلف تمامًا عن البيئة الشرقية الإسلامية.

إن (مونتسيكيو) وأمثاله من الفلاسفة قاموا بتأسيس القانون منطلقين من العقل المادي المحض في تفسير القضايا التي ينظمها القانون متأثرين بالفلسفة المادية⁽¹³⁾، لذلك هم بدأوا وانتهوا من البيئة الفكرية في مجتمعهم بتأسيس القاعدة القانونية، ووضعوا حلولاً لها تنسجم مع مفاهيم مجتمعاتهم وقضاياها العامة، ومن ثم أوجدوا للقانون ماهية، وخلقوا عناصر للقاعدة القانونية هي نتاج إفرازاتهم الفلسفية التي تلائم المنظومة السياسية والأخلاقية والمعرفية لديهم، وقد أكد ذلك مونتسيكيو بقوله: "إذا كان من الصحيح أن سجية النفس وأهواء القلب تختلفان إلى الغاية في مختلف الأقاليم؛ فإن على القوانين أن تكون تابعة لاختلاف هذه الأهواء واختلاف هذه السجيا"⁽¹⁴⁾.

(12) ورد مصطلح (القاعدة القانونية) في الفصل السابع من الكتاب، للتفصيل ينظر: مونتسيكيو(دولابيرد ودو)، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، بلا عدد للطبعة، مؤسسة هندراوي للنشر والطباعة، القاهرة، 2012، ص 153.

(13) دينس لويد، فكرة القانون، بلا عدد للطبعة، مطبعة المركز الثقافي، بيروت، 2011، ص 82.

(14) مونتسيكيو، المصدر السابق، ص 408.

نستنتج مما تقدم، أن الفكر القانوني الغربي لا يلائم على نحو التطابق مع الفكر القانوني والاجتماعي لدينا، التي عادةً ما يكون لعوامل الأعراف والقيم الأخلاقية والدينية والمنطق الفطري دور مهم في إيجاد أي قانون يحكم السلوك الاجتماعي، وهذا الذي يجعل ما هو موجود عندنا يختلف عما هو موجود في الفكر الغربي.

وربّ تساؤل يبرز هنا: إن القاعدة القانونية هي مفهوم مجازي يتحدد وفق مقتضيات كل مجتمع وقضاياه، وليس معناه أن تأتي بمضمون القاعدة القانونية في البلدان الغربية وتطبيقها في البلدان العربية والإسلامية؟

الجواب عن ذلك يكون بالنقاط الآتية:

1 - إن القاعدة القانونية على الرغم من أنها مصطلح مجازي، إلا أنها ذات مفهوم هجين لا وجود له في الجذور التاريخية للبنية التشريعية في الثقافة الشرقية الإسلامية، التي أوجدت بعض المتون الفقهية الصارمة، تنظم وتسهل تطبيق الأحكام الفقهية كالمختصرات والمنظومات الشعرية والأدبية وغيرها، وبمفهومها الهجين أحدثت خللاً في قبولها وكيفية تطويعها على الفكر القانوني العربي الإسلامي الشرقي.

2 - إن القاعدة القانونية مفهوم فضفاض اختلف الفلاسفة في بيان ماهيتها ومصدر وجودها وغايتها اختلافاً ماهوياً أي (شكلاً ومضموناً)، فنرى أن (ليون ديجي) لايعتد بالقاعدة القانونية الصادرة من سلطة مختصة، بل يعتبر القاعدة التي تتحقق بالرأي القانوني للمجتمع، وتحقق التضامن الاجتماعي والدولة كاشفة لها⁽¹⁵⁾، بينما (هانز كلسن) يعتبر القاعدة التي تسنّ من السلطة المختصة حصراً، هي الوحيدة التي تعبر عن إرادة

(15) ديجي، مصدر سابق، ص 24.

الدولة ويحكم بحقيقتها⁽¹⁶⁾، ورأي ثالث للفيلسوف (جيني) يعتبر القاعدة القانونية متحققة بفعل عناصر طبيعية ومثالية وشكلية، وتتكون متى تحقق العلم القانوني لدى المجتمع، ومن ثم تنتقل إلى الفن القانوني أي التقنين⁽¹⁷⁾، بينما هيغل عدّ القانون هي الفكرة العقلية المعبرة عن الدولة في عصرها⁽¹⁸⁾.

3 - إن القاعدة القانونية ليست مجرد مفهوم مجازي بسيط، بل تُشكّل وحدة بناء الهيكل العام للقانون الحالي، كما ذهب لذلك جملة من الفقه والفيلسوف (هانز كلسن)⁽¹⁹⁾؛ لأن كل التشريعات منها الأعلى والعادي والأدنى عبارة عن قواعد قانونية، وبقبولها يستلزم قبول ما تفرضه من هيكل عام للقانون، أي بمعنى الاعتراف بالهيكل العام الحالي ككل دون تبويض أو تجزئة، ويكون حاكمًا على كل القيم والمفاهيم السائدة في مكان وزمان وجود القاعدة القانونية.

4 - إن الأصل في كل لغات البشر ومنطقها، يكون للمصطلح معنى ثابت له ومنتزِع منه ومرتبطة به بعلاقة دلالية⁽²⁰⁾، وافتراس تغيير مضمون القاعدة

(16) هانز كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة د. أكرم الوتري، دار ناهض، مصر، 1992، ص 44.

(17) نقلا عن: د. عبد الحميد فودة، جوهر القانون، ط 2، مركز الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 274.

(18) جورج فولهم هيغل، أصول فلسفة الحق، ترجمة إمام عبد الفتاح، ط 3، دار التنوير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بلا سنة، ص 54.

(19) هانز كلسن، مصدر سابق، ص 44. كذلك د. عمرو طه بدوى محمد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، بلا عدد للطبعة، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، بلا مكان، 2007، ص 6.

(20) محمد باقر الصدر، دروس في علم أصول الفقه (الحلقة الثانية)، مطبعة دار الحكمة، النجف الأشرف، 2012، ص 58.

القانونية مع بقاء المصطلح هو افتراض لا أساس علمي له، إذ بتغيير مضمونها يستتبع خروجها عن مصطلحها وفقدان ماهيتها، وهذا ما نشده في هدمها من خلال إعطاء مضمون جديد لوحدة بناء القانون.

5 - إن من سلبيات قبول مفهوم القاعدة القانونية وما أسسته من هيكل عام للقانون، أفرزت مشكلة كبرى تتمثل في قواعد أو طرق فهمها وتفسيرها؛ إذ إن قواعد التفسير للنصوص العربية واضحة ومستقرة، وقد أجاد العلماء العرب والأصوليون في تقنينها، ولكن عند تطبيق هذه القواعد اللغوية والأصولية لتفسير القاعدة القانونية، فقد فشل كل توظيف لهذه القواعد في فهمها وتفسيرها؛ لأن القاعدة القانونية كما قلنا ذات مفهوم هجين مبني على الفلسفة الغربية التي أسست لها الشكلية والوضعية القانونية أو المادية أو الغائية وغيرها، والمشتقة من خصوصية لغة خطابهم ومفاهيمهم السائدة.

6 - إن القاعدة القانونية عندما ينشئها أي مشرّع فهو ينطلق من تحقيق المصالح والقضاء على المفسد في مجتمعه، إلا أنه يبقى لهذه القاعدة خصائص محددة وأسس صارمة ترسم علاقتها بالأخلاق والدين؛ ويستلزم على الكل اتباعها والخضوع لها، وعلى كل الأفكار والمفاهيم وإن كانت مخالفة لمضمونها، أن تدعن لها دون أي نقاش، وأن هذه الخصائص أو الأسس للقاعدة القانونية تشكّل عقبات تبرر عدم قبولها وضرورة استبدالها؛ لأن مهما حاولنا أن نفككها بصورة تنسجم مع فكرنا القانوني، فمن غير الممكن أن يكون هذا الانفكاك كلياً بصورة لم تتأثر بالعقلية القانونية الغربية، فمثلاً في القواعد القانونية التي تحدد الحريات والخصوصية الشخصية التي اعتبرت من حقوق الإنسان العالمية، ودخلت البلدان العربية فيها بمعاهدات بسبب انضمامها للأمم المتحدة، ومن ثم يجب أن تطبق كما هي، وقبولها كما هي يصطدم

بالعقل العربي الإسلامي الشرقي وقيمه السائدة، كما في السلطة الأبوية التي تعتبرها القيم الشرقية العربية حق للأب، وإن أدى إلى نوع من التعنيف الجسدي الخفيف والفكري والنفسي، إلا أنه وفق القواعد القانونية الدولية تعتبرها محظورة ومجرمة، وغيرها من القواعد التي تتقاطع مع الفكر العربي الإسلامي.

وخلاصة القول: إننا نعتقد أنه قد تم نقل أفكار القانون الغربي وقواعده كما هي إلى البلدان الإسلامية، وتم إقحامه قسراً، وقد حاول الكثير من رجالات القانون العرب وفلاسفته الكبار⁽²¹⁾، أن يمازجوا بين الفكر القانوني الغربي، وبين المنظومة الفكرية الإسلامية الشرقية لدينا، إلا أن النتيجة كانت في غالبيتها سلبية وفشلت. إذ إن من أهم موارد الانحراف أو الفشل هو عدم استطاعة المختصين من وضع قواعد حقيقية ودقيقة خاصة بتفسير القواعد القانونية التي تتضمنها النصوص القانونية، لذلك تجد القاضي في مسألة تفسير النصوص القانونية يكون تائهاً في انتقائه لقواعد التفسير الغزيرة، معتمداً على ما يمتلكه من خبرةٍ وذهنيةٍ وملكةٍ في فهم النصوص. وكل ذلك يرجع كما سبق بيانه إلى فشل توظيف القواعد المنبثقة من اللغة العربية والموروث المنطقي والأصولي لدينا، في الاستفادة منه بمسألة تفسير واستنباط الأحكام من القواعد القانونية.

ثالثاً: السبب الأخلاقي:

كما أن من الموارد الخطيرة التي أدت إلى تعقيد العلاقة بين الفكر القانوني الغربي بوضعه الحالي، والفكر التشريعي الإسلامي الشرقي، هي

(21) ونقصد بهؤلاء الآباء المؤسسين أمثال د. السنهوري والفيلسوف د. عبد الرحمن بدوي وغيرهم من كبار الفقهاء والفلاسفة.

(الفلسفة الأخلاقية أو الحكمة العملية)⁽²²⁾؛ إذ إن القوانين الغربية تقوم على فلسفة الأخلاق النسبية التي نشأت في عصر التنوير، وبعد انتكاسة الأفكار الكَنَسية، ومفاد الأخلاق النسبية هو "إن الأخلاق متغيرة بتغير الزمان والمكان، لذلك قد يكون فعلاً قبيحاً في زمان ما، ويكون جميلاً في زمان آخر"⁽²³⁾. في حين أن المجتمعات الإسلامية والعربية بالخصوص قائمة على الفلسفة الأخلاقية المطلقة، وهي بخلاف الأخلاق النسبية، ومفادها أن الأخلاق ثابتة ولا يطرأ عليها التغيير بتغير الزمان والمكان، لأن منشأها التحسين والتقيح العقلين، فمثلاً الصدق لا يتغير بتغير الزمان، والعفة أيضاً، وغيرها من صور السلوك البشري، وقد بحثها الفلاسفة الإسلاميون بعمق⁽²⁴⁾.

ونرى أنه قد ترتب على الأخذ بالفلسفة النسبية في بلداننا آثار قانونية ذات أهمية كبرى نشأت بشقيها: الإيجابي، كما في مسألة تغير النظرة إلى

(22) تعريف الفلسفة الأخلاقية أو ما يعبر عنها الفلاسفة المسلمون بالحكمة العملية: هي نظريات أخلاقية معيارية التي تحدد سلوك الإنسان وفضائل العقل وطباع الفرد. يناقش الأخلاقيون مسائل وطبيعة وتعريف الفضائل وغيرها من المسائل ذات الصلة، وأثرها على السلوك الأناني ومدى قابلية تغييرها من عدم تغييرها. على سبيل المثال، كيف يتم الحصول على الفضائل؟ كيف يتم تطبيقها في مختلف سياقات الحياة الحقيقية؟ هل الفضائل متجذرة في طبيعة الإنسان العالمية أو أنها تتعدد بتعدد الثقافات؟ ينظر: عمار أبو رغيف، الحكمة العملية دراسات في النظرية وآثارها التطبيقية، ط5، مركز رعاية الدراسات الجادة، قم، 1386هـ، ص6. وأيضاً. د.محمد كمال الدين سعد، الفلسفة والأخلاق، بلا عدد للطبعة، دار الكتب الجامعية، بلا مكان، 1968، ص161.

(23) أيمانويل كانت، تأسيس ميتافيزيقيا الأخلاق، ترجمة د.عبد الغفار مكاوي، مراجعة د.عبد الرحمن بدوي، ط1، منشورات الجمل، ألمانيا، 2002، ص151.

(24) مرتضى مطهري، تحقيق النظرية النسبية بالأخلاق، بلا عدد للطبعة، مطبعة داشت، قم، 1411هـ، ص32. عمار أبو رغيف، مصدر سابق، ص60.

المرأة ورفض العبودية والرق عندما كان مباحًا، فبرزت قواعد قانونية عالمية وداخلية تدعو لرفض المساواة بين الرجل والمرأة، وتعزيز حقوق الإنسان، وحظر الرق والعبودية. أما آثارها السلبية، فقد ترتب عليها أحكام خطيرة منها شرعنة الزواج المثلي، وفرض الحرية المطلقة، وتضعيف السلطة الأبوية، وضرب القيم الأخلاقية الدينية السائدة، كحرية الحجاب وغيره من الأحكام التي تهدد القيم الشرقية السائدة.

لذلك بعد انتقال القواعد القانونية الغربية مرتدياً وشاح الفلسفة النسبية، وبخصائصها التي أهمها قاعدة سلوك اجتماعية، أي أنها تتغير بتغير سلوكيات المجتمع ومحصورة بزمان ومكان⁽²⁵⁾، أدى ذلك إلى تناقضها مع الكثير من قضايانا العربية والاجتماعية المعاصرة التي أشرنا إليها، ومن أهمها مسألة حدود الحريات والعلاقات الأدبية في الأسرة، وغيرها من التصرفات المحكومة بأسس شرعية وعرفية عديدة، فمثلاً بالنسبة لحرية المرأة وحقوقها وعفتها، هل يجب أن تتأثر بالرؤية الاجتماعية وتغيرها؟ أم تبقى ثابتة؟ فبموجب فلسفة الأخلاق النسبية الغربية، نعم تتأثر، ويمكن أن تتبدل حقوقها والتزاماتها بقدر فهم المجتمع ورؤيته، فيجوز لها أن تنزع الحجاب أو تطلق نفسها أو تتخذ عشيقاً إذا ما تقبل المجتمع هذه الفكرة، أما وفق فلسفة الأخلاق المطلقة فلا يمكن ذلك، لأن العفة تعد مبدأً أخلاقياً فطرياً ثابتاً بثبوت الزمكان ولا يمكن تجاوزه، ومن ثم مسألة الحجاب والعفة والحرية المحددة والحقوق الأبوية، مسائل ثابتة لا تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة وفقاً لهذه الفلسفة⁽²⁶⁾.

(25) للتفصيل ينظر خصائص القاعدة القانونية، د. محمد وحيد الدين سوار، المدخل لعلوم القانونية، ط 4، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص 14.

(26) -مرتضى مطهري، مصدر سابق، ص 25.

والملاحظ أننا ليس في مقام الانتقاد للفلسفة النسبية الأخلاقية التي أثبتت جدارتها في الواقع العالمي المتغيّر، وأضحّت مقبولة بصورة واسعة في الفكر القانوني العالمي، وأرجع كرامة البشر في كثير من النواحي المهمة بالحياة، كمنع الرق وختان الإناث والعبودية وغيرها من المفاهيم البالية، التي لم يقوى دين أو معتقد على إلغائها، بسبب إيمانه بتجذّر الأفعال الإنسانية.

ولكن انتقادنا لهذه الفلسفة المحترمة هو في مجال القانون، وفي فكرة وجود القاعدة القانونية بالصيغة الغربية، وبخصائصها التي يجعل تطبيقها في بلداننا في بعض الأحيان أمرًا متعذرًا، ومن التطبيقات المهمة التي تتعذر بسبب التناقض الفلسفي هي (مسألة الخصوصية الشخصية)، إذ نجد أغلب التشريعات العربية لم تشرّع قانونًا لحق الخصوصية الشخصية، ومنها القانون العراقي على الرغم من أنه نص في الدستور عليه⁽²⁷⁾؛ ويرجع ذلك إلى التصادم بين القاعدة القانونية بصيغتها الغربية القائمة على الفلسفة الأخلاقية النسبية، وبين الأصول الأخلاقية في مجتمعاتنا المنبثقة من الفلسفة الأخلاقية المطلقة، التي ولدت عدم الملاءمة بين بعض السلوكيات التي تكفلها خصوصية الإنسان وحرية، وبين الأصول الأخلاقية والقيم الدينية السائدة، فإن تشريع قانون الخصوصية معناه كفالة حرية الإنسان في شرب الخمر وبيعه وفتح الملاهي، ويعتبر هذا مخالفة لضمير المجتمع العربي وقيمه، فالتناقض في رسم حدود الخصوصية هل تكون حدودها في إطار النسبية الأخلاقية، أي ما يراه المجتمع جميلًا أو قبيحًا في زمان ومكان محدد، أم ينبغي رسم

(27) نصت المادة (17\ أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة (2005) على: "لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة".

حدودها في إطار الأخلاق المطلقة، أي في حدود المنطق الفطري والقيم الدينية، لذلك نعتقد أن المشرع العراقي والعربي قد تغافل تغافلاً متعمداً عن هذا الأمر بسبب هذا التناقض.

المبحث الثاني إنشاء بنية جديدة للقانون

عند تبني فكرة هدم أو رفض نظرية أو فكرة مستقرة في علم على مدى مئات السنين كفكرة القاعدة القانونية المذكورة منذ زمن مونتسكيو كما سبق بيانه، يقتضي المنطق العلمي وضع حل بديل لهذا الرفض، ويجب أن يكون هذا الحل أفضل من السابق، وإلا فلا حاجة لنا للرفض والانتقال إلى الحل الجديد، كما أن هذا الهدم يؤثر على تعريف القانون بالذات.

لذلك فإن الحل في هذا المقام الذي نطرحه كبديل عن تبني فكرة القاعدة القانونية هو (الحكم القانوني)، أي حكم كلي يكون كبديل للقاعدة القانونية، وأن لهذا الحكم عناصر وصور مهمة، وعندما نتبناه سيفتح لنا آفاقاً كبيرة ومهمة، ويُعبّد لنا الطريق للاستفادة من بعض العلوم الآلية، كالمنطق واللغة وعلم أصول الفقه الاسلامي، التي طالما فقدت توظيفها الحقيقي بوجود بنية القاعدة القانونية وعناصرها الغربية الهجينة⁽²⁸⁾. ويمكن تعريف القانون بموجب البنية الجديدة بأنه: (مجموعة من الأحكام التي

(28) ينبغي أن ينتبه القارئ إننا عندما نوصف القاعدة القانونية بالغريبة والهجينة هو ليس بصدد التقليل منها، بل نحن من الذين نكن الاحترام للفلسفة الغربية في مجال القانون وبشخصها وهيبتها الحقيقية التي قدمت للعالم، وتقدم الخير لرفاهية الشعوب ولها كل الاحترام، ولكن إطلاقاتنا هذه هي لتعزيز ما ندافع عنه علمياً في نظريتنا.

تضعها السلطة المختصة بوسائل لفظية كالتشريع، أو تعتمدها بصورة غير لفظية كالعرف وقواعد العدالة لتنظيم سلوك الأفراد المخاطبين بها، ويترتب جزاء على مخالفة هذا الحكم).

وفي سبيل استعراض هذه البنية الجديدة للقانون، فينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نبحث في المطلب الأول معنى البنية الجديدة للقانون، أما الثاني هو عناصر البنية الجديدة للقانون.

المطلب الأول

معنى البنية الجديدة للقانون

إن البنية الجديدة للقانون في هذا المقام تتمثل كما نراها: (وضع الحكم القانوني بكل صورته كبديل عن القاعدة القانونية التي هي وحدة بناء القانون ونواته).

تحليل التعريف:

1 - الحكم القانوني: هو الوصف الذي تفرضه السلطة المختصة على فعل معين، أما القيام به أو الامتناع عن القيام به أو الجزاء على مخالفة هذا الوصف، وهو غير الحكم القضائي. وفعل القيام أو الامتناع أما أن تفرضه السلطة مباشرة على الشخص، أو لأجل تنظيم تصرف معين، بحيث يكون الفعل هنا سبباً أو شرطاً أو ركناً أو مانعاً بالنسبة للتصرف المقصود.

2 - بكل صورته: أي نرى أن الحكم القانوني كالحكم الشرعي يختلف باختلاف موضوعه، فإذا كان موجه مباشرة لشخص معين فهو (الحكم شخصي)، وإذا كان المقصود منه تنظيم تصرف ما فهو (الحكم

(التنظيمي)، وكذلك إذا كان صريحاً، بحيث يفهم الظاهر منه إرادة المشرع، وينشد منه الحقيقة الواقعية بصورة ظنية فهو (حكم ظاهر)، وإذا كان ينشد الحقيقة الواقعية وإرادة المشرع بصورة يقينية فهو (حكم واقعي)، أما إذا لم يكن صريحاً فهو (الحكم الغامض) الذي يحتاج إلى اجتهاد.

3 - كبديل عن القاعدة القانونية التي تشكل وحدة بناء القانون ونواته: أي أن الحكم القانوني يمارس ذات الوظيفة للقاعدة القانونية، ونراه هو نواة القانون وحجر بنائه بحلته الجديدة، بحيث إن النصوص التي يضعها المشرع ليس لها دور إلا إيصال الأحكام القانونية إلى الجمهور، إذ إن جوهر النص التشريعي هو الحكم القانوني وموضوعه الذي قد يكون وصف الفعل أو الجزاء المترتب عليه، كما سيأتي تفصيل ذلك.

والسبب الذي دفعنا لتبني هذا الرأي، هو بعد البحث في ماهية الحكم الشرعي، وتوصلنا أنه بالإمكان تأسيس مفهوم للحكم القانوني مواز لمفهوم الحكم الشرعي الإسلامي من حيث ماهيته وأقسامه، بصورة يكون نمط ما هو موجود في القانون من شكل هو كما هو في التشريع الإسلامي، فكما أن التشريع الإسلامي ومسائل الاستنباط فيه تقوم على وجود نص عام يتضمن حكماً شرعياً وموضوعاً لذلك الحكم، فإننا سننتهج هذا النهج في تأسيس حكم قانوني وموضوع لهذا الحكم، مما ينتج لنا الاستفادة الفعلية من أهم موارد التشريع الإسلامي، وهي أدوات فهم النصوص الشرعية الغزيرة والمهمة، ومن ثمّ تطبيقها على النصوص القانونية تطبيقاً سهلاً يسيراً، كما يمكن أن نعتبرها خطوة متقدمة لإحياء مشروع السنهوري العظيم في تقنين الفقه الإسلامي، ومفاهيم الشريعة الإسلامية في القانون الوضعي⁽²⁹⁾.

(29) لقد رأى الدكتور السنهوري رحمه الله في الإسلام ديناً ودولة، مع تميز الدين فيه

المطلب الثاني عناصر البنية الجديدة للقانون

إن البنية الجديدة للقانون وعلى الرغم من أن جوهرها هو (الحكم القانوني)، الذي يُعبّر عن ذاتيتها وكُنْهها وحقيقتها التي تمثل وحدة بناء القانون بلباسه الذي نريده، وأما الشرائط أو العلامات الخارجة عن هذه الذات، والتي تؤثر على وجود الحكم القانوني ومداه تتمثل في علته وسببه؛ إذ إن أول شرط أو عنصر لوجود الحكم القانوني هو وجود (النص القانوني)، وشرط تحقق أو تخلف تطبيقه يتجسد بالعنصر الثاني وهو (الجزء أو الإبراء)، ومن ثم تنقسم البنية الجديدة للقانون إلى ثلاثة أقسام وهي: (الحكم القانوني، النص القانوني، الجزء القانوني)، وسنقسمه إلى فرعين، نبحث في الأول نظرية الحكم القانوني، أما في الفرع الثاني سيكون للنص القانوني والجزء القانوني.

عن الدولة، فهو جامع بينهما، ومميز -في الوقت ذاته- لكل منهما عن الآخر.. فالدين الإسلامي فيه "العقيدة" و"الشريعة"، وعقيدته خاصة بالمسلمين دون سواهم، أما شريعته، ففيها "عبادات" و"معاملات"، وعباداتها خاصة بالمسلمين وحدهم، بينما معاملاتها، التي بسط الفقهاء مبادئها ونظرياتها وقواعدها في "الفقه الإسلامي" فإنها جزء من ثقافة الأمة، وأساس مدنيها المتميزة، وقانونها الذي أبدعته الأمة -بالاجتهاد- الذي مارسه وتمارسه "سلطة الإجماع" -إجماع الفقهاء- الذين هم نواب الأمة، الذين يتولون -نيابة عنها- سلطاتها في التشريع. وهو مشروع جبار نؤيده جملة وتفصيلاً، وإنكار هذا المشروع معناه الضرب بأفكار خيالية لا يمكن تطبيقها على أرض الواقع. للتفصيل عن هذا المشروع ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبية الأمم الشرقية، ترجمة نادية السنهوري وتوفيق الشاوي، ط2، الهيئة المصرية للطباعة والنشر، مصر، 1993، ص3-4.

الفرع الأول نظرية الحكم القانوني

أولاً: حقيقة الحكم القانوني :

يُعدّ الحكم القانوني وفق مُتَبَنَانَا، (أُسّ القانون ونواته ووحدة بنائه وسبب وجوده، وهو يُعبّر عن جوهر فكرة القانون ذاتيتها في الوجود)، وبهذا المعنى للقانون، فإنه يستلزم انقلاباً على المفهوم التقليدي المستقر لفكرة القانون التي تعتمد على القاعدة القانونية، والتي عَنِي بوضعها الفلاسفة منذ عهد مونتسكيو وديجي وجيني وهيغل وغيرهم كما سبق بيانه.

إذ بالمحصلة نرى أن جوهر خطاب المشرع الوضعي ومُرادَه في تقنين القانون هو الحكم القانوني، وما النص القانوني والشكلية القانونية إلا وسائل لإيصال هذا الحكم للجمهور، وما يترتب عليه من جزاء هو لضمان تنفيذه بما أراده المشرع والضمير الاجتماعي. وهو يشبه جوهر الخطاب الشرعي الديني، ومراده الذي يتمثل بالحكم الشرعي، وقد وضع النص والجزاء الدنيوي والأخروي لتطبيقه، وسيأتي تفصيل هذا الموضوع لاحقاً.

وأن الحكم القانوني يعد أهم فكرة أو أساس في ميدان القانون، وهو يمثل وحدة البنية القانونية الجديدة التي تم تشييدها على ركام البنية القانونية القديمة المتمثلة بالقاعدة القانونية، وقد وضحنا فكرة البنية القانونية الجديدة بأنها: (وضع الحكم القانوني بكل صورته كبديل عن القاعدة القانونية التي هي وحدة بناء القانون ونواته).

أما الحكم القانوني، فلم نجد له تعريفاً على حد علمنا، ولكن أُعطي لفظ الحكم في اللغة معاني متعددة منها: القضاء وجمعه أحكام⁽³⁰⁾، وكذلك التفقه والعلم والحكمة⁽³¹⁾، ويُقال للشخص الحاكم بين الناس حاكماً لأنه يمنع الظلم بين الرعية⁽³²⁾.

إلا أننا يمكن أن نوصف حقيقة الحكم القانوني اصطلاحاً بأنه: (الوصف العام الذي تلقيه السلطة المختصة على فعلٍ معينٍ دون تحديد فاعله، وهذا الوصف أما الإلزام بالقيام بالفعل أو الإلزام بالامتناع عن القيام به، ويترتب على مخالفته جزاء مادي، وهذا الوصف أما يوجه مباشرة للفرد المخاطب كالامتناع عن ارتكاب فعل جرمي معين، أو بطريقة غير مباشرة لأجل تنظيم تصرف معين، بحيث يكون الفعل هنا سبباً أو شرطاً أو ركناً أو مانعاً بالنسبة للتصرف المقصود كالأحكام المتعلقة بتنظيم العقد).

ثانياً: أركان الحكم القانوني:

نرى أن الحكم القانوني له حقيقة تتكون من أربعة أركان وهي: (موضوع الحكم، ومتعلق الحكم، وصفة الحكم، وشخص المحكوم)، ولتفصيلها تكون بالنحو الآتي:

1 - موضوع الحكم:

يقصد أن الحكم القانوني لا بد أن يرد على موضوع له، وهذا الموضوع

(30) ابن منظور، لسان العرب، ج9، دار الأندلس، بيروت، 1999، ص411.

(31) نبيل معلوف، مصدر سابق، ص782.

(32) جلال الدين السيوطي، الإتقان في علوم القرآن، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ج3، ط2، مؤسسة الرسالة، مكة، 2009، ص38.

يمثل الواقعة ذاتها أو التصرف الذي جاء النص من أجله وعينه، فمثلاً إذا قلنا (أن جريمة القتل ممنوعة قانوناً) فإن موضوع الحكم يتمثل بواقعة الجريمة. واستنبطنا هذا المفهوم لموضوع الحكم القانوني بالقياس على موضوع الحكم الشرعي الذي عرفه الأصوليون بقولهم: "إن موضوعات الأحكام هي الأعيان كالخمر، ومتعلق الأحكام هي الأفعال كالشرب والأكل، فإذا قال: الخمر حرام فإن عين الخمر هو موضوع الحكم وشرب الخمر متعلق الحكم، والموضوع إما شرعي كما في قولنا: الصلاة واجبة وإما عقلي كقولنا: المتناقضان لا يجتمعان ولا يرتفعان، حيث إن وجود المتناقضين إنما هو في العقل"⁽³³⁾.

ونستنتج أيضاً أن موضوع الحكم القانوني يكون: إما التصرف ذاته أو الواقعة التي تكون إرادية ولا إرادية أو مادية أو معنوية، وهذه الواقعة أو هذا التصرف هو: إما يكون شخصياً متعلقاً بذات الشخص المخاطب بالنص كالإلزام بالقيام بعمل معين كاستخراج إجازة سوق، أو يكون موضوع الحكم تنظيمياً جاء لأجل تنظيم تصرف أو واقعة قانونية معينة كموضوعات الأحكام المنظمة لأركان العقد وشروطه.

2 - متعلق الحكم:

نقصد بمتعلق الحكم القانوني الفعل الذي يترتب على الواقعة أو التصرف، ففي مثال العبارة أعلاه (جريمة القتل ممنوعة قانوناً)، فإن متعلق الحكم يتجسد في فعل القتل، أما موضوع العبارة هذه، هي واقعة جريمة القتل، وكذلك كان استنباطنا لمعنى متعلق الحكم القانوني بالقياس على

(33) خليل قدسي مهر، الفروق المهمة في الأصول الفقهية، ط2، دار التفسير، قم، 1377هـ، ص91.

معنى متعلق الحكم الشرعي الذي يُراد به في المثال المشار إليه أعلاه، هو فعل شرب الخمر أو تعاطيه، وموضوع الحكم هو عين الخمر.

3 - صفة الحكم:

لم يرد ركن صفة الحكم عند الأصوليين عندما بحثوا الأحكام الشرعية وأقسامها، إلا أننا نبتكره في هذا المقام بوصفه ركناً مهماً في الحكم القانوني، بل أن هيئة الحكم القانوني وأثره الخارجي يتوقف على الصفة التي يُلقبها أو يُلبسها المشرع على متعلق الحكم أو الفعل، ومن ثم فإن صفة الحكم القانوني يمكن أن نصفها بأنها: (الوصف الإيجابي أو السلبي الموجه لشخص المحكوم بالقيام أو الامتناع عن الفعل كحظر ارتكاب الجريمة، وكالقيام بالإنفاق على أولاده). ففي المثال أعلاه (أن جريمة القتل ممنوعة قانوناً) يتمثل ركن صفة الحكم سلباً بمنع القيام بالقتل.

4 - الشخص المحكوم:

إننا نريد بركن شخص المحكوم بالشخص الطبيعي الذي يتوجه له الحكم القانوني بالذات، وهذا الركن يعد المرتكز في إحداث الأركان البقية، فموضوع الحكم القانوني لا يتحقق إلا بسبب إرادي أو لا إرادي للشخص المحكوم، وكذلك أن متعلق وصفة الحكم لا يقوم بها إلا الشخص المخاطب بالحكم، فمثلاً بالمثال أعلاه: إن جريمة القتل وهي موضوع الحكم لا تتحقق إلا بفعل شخص المحكوم، وإذا تحققت فتلقائياً قد ارتكب متعلق الحكم وهو فعل القتل، وكذلك أن شخص المحكوم هو الذي قام بتطبيق صفة الحكم في النص، وهي ارتكاب فعل محظور قانوناً.

ولأجل بيان التطبيق العملي لأركان الحكم القانوني نورد المثال التشريعي الآتي: نصت المادة (92) من القانون المدني العراقي النافذ على: "1- يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. 2- فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه، وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً". ولتطبيق أركان الحكم القانوني على المادة التشريعية أعلاه يتبين الآتي:

- 1 - موضوع الحكم: يتجسد في العربون.
- 2 - متعلق الحكم: يتمثل بدفع العربون أو العدول عنه.
- 3 - صفة الحكم: هناك أكثر من صفة للحكم بالنص وهي: (التخيير بين دفع العربون أو عدم دفعه بالفقرة أولاً، أو وجوب تركه إذا كان جزاءً للعدول بالفقرة ثانياً).
- 4 - الشخص المحكوم: دافع العربون أو العادل عنه ومن تعاقد معه.

الفرع الثاني النص القانوني والجزاء القانوني

أولاً: النص القانوني:

يمكن أن نعرّف النص القانوني بأنه: (الوعاء اللفظي أو الخبري، والذي يتضمّن بين دفتيه الحكم القانوني).

ونريد بالنص القانوني في هذا الإطار: القانون بالمعنى الأعم أي الذي لا يرادف التشريع؛ لأن القانون بالمعنى الأخص أو التشريع هو: "القواعد القانونية التي تسنها السلطة المختصة ومقترنة بجزاء لمن

يخالفها⁽³⁴⁾، وعادة النص التشريعي يكون مكتوباً في النظام اللاتيني، وهو نفسه الذي يخضع للتفسير والفهم والتنقيح للوصول إلى المعنى، (الحكم) الظاهر أو الحقيقي كما سيأتي بيانه.

أما ما نريده هنا هو مصدر الحكم القانوني بوجه عام، الذي يكون التشريع أو غيره من المصادر الاحتياطية الأخرى، كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة؛ لأن كما ذهب بعض الفقه إلى أن النص القانوني يكون على نوعين وهما: إما النص التشريعي: فهو مطلق الألفاظ التي تصدر على شكل حروف مكتوبة أو مسموعة. أو النص الخبري: هو المعنى الذي ينتقل على شكل أخبار من الماضي المتعلق بواقعة أو تصرف⁽³⁵⁾.

ثانياً: الجزء القانوني:

يمكن أن نصف الجزء القانوني بأنه: (ما يترتب على الشخص من أثرٍ مادي نتيجة تنفيذه الحكم القانوني المنصوص عليه أو عدم تنفيذه). وبذلك نختلف مع المفهوم الفلسفي الذي يختزل الجزء القانوني على عنصره السلبي، وهو الأذى، إذ عرفوه بأنه: "أذى مادي يُصيب الإنسان في نفسه أو حريته أو ماله بسبب مخالفته للقاعدة القانونية"⁽³⁶⁾. وهذا التعريف للجزء القانوني مجتزأ ومحلّ نظر للأسباب الآتية:

(34) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص 33.

(35) عباس عبد الرزاق مجلي، ضوابط استحداث النص الجزائي الخاص دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2018، ص 35.

(36) د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص 44. د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص 55.

1 - إن الجزء منطقاً ولغةً غير مقصور على الجانب السلبي، بل الثواب وبراءة الذمة يُعد نوعاً من أنواع الجزء، ولا بد من اعتباره حكماً قائماً بذاته قياساً على اعتبار الإباحة أو براءة ذمة المكلف يُعد حكماً مستقلاً في التشريع الإسلامي⁽³⁷⁾، وفي مقابلها نؤسس فكرة (البراءة القانونية).

2 - لا يمكن مغادرة الجزء القانوني بجانبه الإيجابي وهو براءة ذمة المكلف من التكليف بالحكم القانوني؛ لأننا نعتقد أن براءة ذمة الشخص من التكليف بالحكم القانوني قد رتب عليه القانون آثاراً مادية مهمة؛ من هذه الآثار تلك التي على نفس الشخص المبرء للذمة من خلال العيش أكبر قدر من الحياة، وعلى حريته في التنقل، وعلى ماله كزيادته ببقاء موارد الزيادة كالوظيفة وممارسة التجارة وغيرها، فضلاً عن أن إبراء الذمة قد يكون شرطاً لاتخاذ إجراء أو تصرف قانوني ما، كشرط براءة الذمة الذي تشترطه البنوك للمقترض منها.

ويمكن أن نضع تعريفاً لبراءة ذمة الشخص في القانون أو التي نَصَفها (بالبراءة القانونية) بأن: (خلو ذمة الشخص من الالتزام المُكَلَّف به بحكم القانون أو الاتفاق بسبب الامتثال له).

ونود أن نبين أن البراءة القانونية بالمعنى المتقدم هي غير الإبراء المنظم في القانون المدني كسبب من أسباب الوفاء⁽³⁸⁾، بل الذي نريده منها هو خلو ذمة الملتزم من أي عبء قانوني مفروض عليه بحكم القانون أو الاتفاق، وسواء تحققت هذه البراءة القانونية بسبب الوفاء أو المقاصة أو

(37) د.مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسجته الجديد، المكتبة القانونية، بغداد، 2012، ص 83.

(38) نصت المادة (420) من القانون المدني العراقي النافذ على: "إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين".

الإبراء، أو بحكم القانون كإطفاء الدين على المدين للدولة أو العفو عنه؛ ومن ثم يمكن أن نعتبر البراءة القانونية للمكلف ناتجة من تحقق سبب أو أكثر من أسباب الوفاء أو بحكم القانون.

ومما تقدم فإن الجزاء القانوني نقسمه إلى صورتين: إما جزاءً إيجابياً وهو البراءة القانونية التي تكون عبارة عن منفعة أو راحة مادية على النفس أو الحرية أو المال، ويتحقق عندما يتم تنفيذ الحكم القانوني المنجز وفق شروطه وضوابطه، أو يكون جزاءً سلبياً بسبب عدم تنفيذه، والذي يكون هو الأذى المادي الذي يُصيبه بنفسه أو حرّيته أو ماله أو اعتباره.

وبالإضافة لذلك فإذا ما نظرنا للجزاء القانوني الذي يترتب على الحكم القانوني من حيث شيوخ تحققه، فإنه يكون إما أثراً أو جزاءً أصلياً يتمثل بالبراءة القانونية وهي الأصل، أو يكون جزاءً استثنائياً أو ثانوياً يتمثل بالعقوبة أو الأذى المالي أو الجسماني أو على الحرية. وقد جعلنا البراءة القانونية هي الجزاء الأصلي للأسباب الآتية:

أ - إن الأصل المعروف في الأفراد هو تنفيذ الحكم القانوني لا رفضه، أما عند رفضه وعدم تنفيذه والذي يتحقق بموجب هذا الرفض أو عدم التطبيق للقانون، يتحقق الأذى المدني أو الجنائي (العقوبة) فهو استثناءً من الأصل وليس الأصل ذاته، وهذا ما هو مستقر منطقاً وعرفاً وقانوناً.

ب - اعتبرنا البراءة القانونية صورة أصلية للأثر المترتب على الحكم القانوني؛ لأنها تعد صفة قانونية لازمة لا تنفك عن الأثر المترتب على الحكم القانوني، وهي تقابل اشتغال ذمة الفرد في التصرف، ومن ثم فإن (اشتغال ذمة الفرد وبراءته) في القانون هما صفتان متناقضتان، بحيث يستحيل يرتفعان سوياً أو يطبقان سوياً، ووجودهما مفروض في أي تصرف؛ حيث إن الفرد إذا قام بتصرف

قانوني معين، فإنه يكتسب إحدى الصفتين المتناقضتين ولا ثالث لهما، فهو: أما (مدين بالتصرف أو غير مدين بالتصرف)، والأخير بمعنى أبرئت ذمته بتنفيذ التزامه، وعادةً يكون مثل هذا الشخص (دائن)، لكن ليس صفة الدائنية تُثبت أن الشخص مبرئ الذمة دائماً؛ لأن الذي تبرأ ذمته قد يكون مدينًا مُسبقًا للشخص المقابل أو متعهدًا عن الغير أو كفيلاً ومغتصبًا للمال، وغيرها من التصرفات الملزمة لجانب واحد⁽³⁹⁾.

ج - إن القانون لم يهمل حكم البراءة القانونية، بل يفهم من أسباب الوفاء بالالتزامات المتعددة كالوفاء والإبراء والمقاصة والوفاء بمقابل وغيرها⁽⁴⁰⁾، وأن المشرع قد أولى أهمية لمسألة خلو ذمة الشخص من أي التزام على عاتقه، وقد صرح الفقه بأن الأصل في التعاملات هو الوفاء التي عبر عنها القانون انقضاء الالتزام، أما بقية الأسباب فقد يفهم أنه أعطاها حكم الوفاء، وهي ليست بالوفاء بالمعنى الدقيق، بالنتيجة بمفهوم المخالفة أن عدم الوفاء هو استثناء وليس اصلاً⁽⁴¹⁾.

(39) لأن مصادر القانون لا تقتصر على العقد، فقد تكون الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع وغيرها من المصادر المستقر عليها قانوناً.

(40) حدد القانون أسباباً متعددة للوفاء، منها أصلي وهو الوفاء، ومنها ثانوي كالإبراء والمقاصة ومقابل الوفاء التجديد والإنابة بالوفاء، وغيرها المحددة في الباب الخامس من القانون المدني العراقي النافذ، من المادة (375 إلى 443).

(41) في الباب الخامس والفصل الأول. أما بقية أسباب الوفاء فيفهم أنها ليس وفاء بالمعنى الحقيقي، بل جعلها بحكم الوفاء، فقد أطلق المشرع على الوفاء بمقابل، والتجديد والإنابة بالوفاء والمقاصة، واتحاد الذمة بانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء. أما الإبراء واستحالة التنفيذ والتقدم فقد أطلق عليه انقضاء الالتزام دون أن يوفى به.

وعليه، فإن الأثر الذي يترتب على الحكم القانوني أحد الأمرين لا ثالث لهما: فهو إما أن يُنفذ الشخص الموجه إليه الخطاب موضوع الحكم القانوني، ومن ثم تتحقق البراءة القانونية، أو لا يُنفذ موضوع الحكم القانوني، مما تترتب عليه أحد أنواع المسؤولية القانونية أو كلها.

الخاتمة

بعد أن أتممنا البحث توصلنا لمجموعة من النتائج والتوصيات وهي:

أولاً: النتائج:

- 1 - تبين أن تشييد بنية قانونية جديدة على ركام البنية الحالية تعطينا تصوراً واضحاً، وكشفت لنا بصورة دقيقة خفايا وجهور معالم كل عملية غموض أو وضوح في النص القانوني وجوهره، بعد قدرتنا على وضع بنية قانونية جديدة قابلة للتفكيك والتجزئة.
- 2 - إن هدم بنية القانون الحالي التي يقصد بها رفض القاعدة القانونية شكلاً ومضموناً، يؤدي إلى تداعي الهيكل العام للقانون وانهاره.
- 3 - تبين أن وضع نظرية جديدة لبنية القانون تتمثل في استبدال فكرة القاعدة القانونية بفكرة الحكم القانوني، تفتح لنا الكثير من الآفاق المعرفية التي تجعل توظيف علم أصول الفقه الإسلامي والمنطق واللغة توظيفاً حقيقياً.
- 4 - بينا أن الحكم القانوني يتكون من أركان أربعة وهي: (موضوع الحكم، وصفة الحكم، ومتعلق الحكم، والشخص المحكوم).
- 5 - إن الوقوف على أركان الحكم القانوني يُسهّل لنا معرفة مكنم الغموض بالنص القانوني هل بأحد الأركان أو أكثر، ومن ثم بتشخيص الركن الغامض يجعل معالجته تكون دقيقة جداً بإحدى القواعد الأصولية أو المنطقية أو اللغوية أو المستقرة بالقانون.

ثانياً: التوصيات :

- ❖ نوصي المتخصصين في القانون من فقهاء وفلاسفة وباحثين بالأخذ ببنية القانون الجديدة القائمة على نظرية الحكم القانوني الذي يحل محل القاعدة القانونية، وما تشكله من هيكل جديد للقانون، ونرجو أن يكون هناك جهد من خلال التوسع في دراستها، إذ إنها تعد محلاً خصباً للبحوث والدراسات القانونية المؤيدة والنقدية.
- ❖ نوصي الباحثين في أن يلتفتوا على الأقل إلى منهج الدراسة القائم على ضرورة البحث عن البدائل في بنية القانون الحالية، وإيجاد نظريات منبثقة من طبيعة أنماطنا التشريعية.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية:

- 1 - جورج فولهم هيغل، أصول فلسفة الحق، ترجمة إمام عبد الفتاح، ط3، دار التنوير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بلا سنة.
- 2 - د.حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، بلا عدد للطبعة، منشأة المعارف، مصر، 1969.
- 3 - دينس لويد، فكرة القانون، بلا عدد للطبعة، مطبعة المركز الثقافي، بيروت، 2011.
- 4 - د.رمضان محمد أبو السعود، ود.همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون المدخل للقانون والالتزامات، بلا عدد للطبعة، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، 1998.
- 5 - د.شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون الخاص، ط1، منشأة المعارف، مصر، 1965.
- 6 - عباس عبد الرزاق مجلي، ضوابط استحداث النص الجزائي الخاص دراسة تحليلية مقارنة، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2018.
- 7 - د.عبد الحميد فودة، جوهر القانون، ط2، مركز الفكر العربي، القاهرة، 1997.
- 8 - د.عمرو طه بدوي محمد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، بلا عدد للطبعة، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، بلا مكان، 2007.
- 9 - ليون ديجي، التطورات العامة في القانون الخاص منذ مدونة نابليون، ترجمة ضياء الدين عارف، دراسة تحليلية لـ د.سمير تناغو، بلا طبعة، مركز نهوض للدراسات والنشر، بغداد، بلا سنة.
- 10 - محمد وحيد الدين سوار، المدخل للعلوم القانونية، ط4، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993.
- 11 - د.مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط1، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، 1992.
- 12 - د.منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

- 13 - مونتسيكيو (دولابيرد ودو)، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتير، بلا عدد للطبعة، مؤسسة هنداوي للنشر والطباعة، القاهرة، 2012.
- 14 - د.نبيل إبراهيم سعد، ود. محمد حسين منصور، مبادئ القانون المدخل إلى القانون - نظرية الالتزامات، بلا عدد للطبعة، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.
- 15 - هانز كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة د. أكرم الوتري، دار ناهض، مصر، 1992.

ثانياً: كتب اللغة العربية:

- 1 - ابن منظور، لسان العرب، ج9، دار الأندلس، بيروت، 1999.
- 2 - لويس معلوف، المنجد في اللغة، بلا عدد للطبعة، انتشارات ذوي القربى، بلا مكان، 1381هـ.

ثالثاً: كتب الفلسفة العامة الإسلامية والغربية:

- 1 - ابن رشد القرطبي، تهافت التهافت، تحقيق د.محمد عابد الجابري، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، تونس، 2009.
- 2 - أيمانويل كانت، تأسيس ميتافيزيقيا الأخلاق، ترجمة د.عبد الغفار مكاوي، مراجعة د.عبد الرحمن بدوي، ط1، منشورات الجمل، ألمانيا، 2002.
- 3 - عبد الرزاق السنهوري، فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبية الأمم الشرقية، ترجمة نادية السنهوري وتوفيق الشاوي، ط2، الهيئة المصرية للطباعة والنشر، مصر، 1993.
- 4 - عمار أبو رغيف، الحكمة العملية دراسات في النظرية وآثارها التطبيقية، ط5، مركز رعاية الدراسات الجادة، قم، 1386هـ.
- 5 - د.محمد كمال الدين سعد، الفلسفة والأخلاق، بلا عدد للطبعة، دار الكتب الجامعية، بلا مكان، 1968.
- 6 - مرتضى مطهري، تحقيق النظرية النسبية بالأخلاق، بلا عدد للطبعة، مطبعة داشت، قم، 1411هـ.

رابعًا: كتب التفسير وأصول الفقه الإسلامي:

- 1 - جلال الدين السيوطي، الإتقان في علوم القرآن، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ج3، ط2، مؤسسة الرسالة، مكة، 2009.
- 2 - خليل قدسي مهر، الفروق المهمة في الأصول الفقهية، ط2، دار التفسير، قم، 1377هـ.
- 3 - د.مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، المكتبة القانونية، بغداد، 2012.
- 4 - عبد الوهاب بن علي السبكي تاج الدين، جمع الجوامع في أصول الفقه، ط2، دار الكتب العلمية، بلا مكان، 2003م.
- 5 - عمر عبد الله، سلم الوصول، ط2، معهد مطبعة دون بوسكو، الإسكندرية، بلا سنة.
- 6 - محمد باقر الصدر، دروس في علم أصول الفقه (الحلقة الثانية)، مطبعة دار الحكمة، النجف الأشرف، 2012.

خامسًا: الدساتير والامتون:

- 1 - دستور جمهورية العراق لسنة (2005).
- 2 - القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل.

المرأة المغربية

ورهان التمكين بمناصب صنع القرار

د. بدر بوخلوف*



الملخص

عملت الدراسة البحثية على مقارنة موضوع تمكين المرأة المغربية بمناصب المسؤولية. محاولة منذ البدء الانطلاق في تحليله من خلال رصد إشكالية وصول المرأة إلى مراكز صنع القرار العمومي، وذلك عبر تناول البحث من خلال محورين، تم في المحور الأول تناول سياق موجة التمكين على الصعيدين الدولي والوطني، مع الوقوف عند أهم المستجدات التشريعية والتنظيمية في هذا الإطار. فيما خصص المحور الثاني منها إلى رصد معوقات تنزيل طموح التمكين، ومداخل وقنوات تفعيله.

الكلمات المفتاحية: تمكين المرأة - صنع القرار - الهيمنة الذكورية - المشاركة.

(* باحث في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق، مراكش / المملكة المغربية.

Résumé

L'étude de recherche a abordé le thème de l'autonomisation des femmes marocaines à des postes de responsabilité. Dès le départ, une tentative de commencer à l'analyser en surveillant le problème de l'accès des femmes aux postes de décision publique, en abordant la recherche à travers deux axes. Dans le premier, le contexte de la vague d'autonomisation aux niveaux international et national était traité, tout en se tenant aux développements législatifs et organisationnels les plus importants dans ce cadre. Quant au deuxième axe, il est consacré au suivi des freins au téléchargement de l'ambition d'autonomisation et des entrées et canaux de son activation.

Mots-clés: Autonomisation des femmes - Prise de décision - Domination masculine - Participation

Abstract

The research study addressed the theme of empowering Moroccan women in positions of responsibility. From the outset, an attempt to begin to analyze it by monitoring the problem of women's access to public decision-making positions, by addressing research through two axes. In the first, the context of the wave of empowerment at the international and national levels was addressed, while sticking to the most important legislative and organizational developments in this framework. As for the second axis, it is dedicated to monitoring the brakes to download the ambition of empowerment and the inputs and channels of its.

Keywords: Empowering Women - Decision Making - Male Dominance - Participation.

يعد موضوع مشاركة المرأة في صنع القرار العام موضوعاً جدلياً، كان ولا يزال يستحوذ اهتمام الفاعلين في مجالات الديمقراطية وحقوق الإنسان والمواطنة. في الصدد ذاته، شكلت قضية تمكين النساء⁽¹⁾ إحدى أبرز القضايا المجتمعية التي تخص الرجال والنساء على حد سواء، وذلك لكونها تسعى إلى إقامة التوازن المجتمعي المبني على القيم الإنسانية الخلاقة، وعليها يتمحور كل مشروع مجتمعي يروم تحقيق التنمية الشاملة التي لا تقام إلا على قاعدة المساواة وتكافؤ الفرص بين الجنسين⁽²⁾.

إن أهمية مشاركة المرأة وتمكينها⁽³⁾ في المستويات المختلفة لصنع واتخاذ القرار العام داخل الدول، تتجلى في كونها تتيح أولاً للنساء التواجد بشكل فعال في محطات تخطيط وبلورة السياسات العمومية. وثانياً، توجيهها بشكل يخدم المساواة والإنصاف ليس بين الجنسين فحسب، بل بين جميع المواطنين والمواطنات بشكل عام. إن تمكين المرأة وضمان تواجدها في المخططات التنموية والاقتصادية سيسمح لها بالانتقال من موقع قوة اقتصادي

(1) وفقاً للأمم المتحدة يتأسس تمكين المرأة على خمسة عناصر وهي: حس المرأة بقيمتها الشخصية؛ حقها في امتلاك الخيار والتعبير عنه؛ حقها في الوصول إلى الفرص والموارد المتاحة؛ حقها في السيطرة على حياتها الخاصة، سواء داخل المنزل أو خارجه؛ وقدرتها على التأثير في اتجاه التغيير الاجتماعي لفرض نظام اجتماعي واقتصادي أكثر عدلاً على الصعيدين الوطني والدولي.

(2) صباح العمراني، "المرأة والمشاركة السياسية بالمغرب"، الطبعة الأولى، 2018، ص 08.

(3) يعني التمكين تلك "العملية التي يتم فيها تمكين شخص ليتولى القيام بمسؤوليات أكبر من خلال التدريب والثقة والدعم العاطفي"، عبد العزيز مازن، "التمكين الذاتي خطوة نحو التمكين المؤسسي"، الأردن، عمان، 2006، ص 1.

أدنى في المجتمع، إلى موقع قوة اقتصادي أعلى، وذلك من خلال ازدياد سيطرتها وتحكمها بالموارد الاقتصادية والمالية الأساسية، وهو ما سيمنحها بالدرجة الأولى الاستقلالية المادية⁽⁴⁾.

في هذا الصدد، تعد المساواة تجسيداً حقيقياً لمفهوم المشاركة الذي يشكل الأساس الموضوعي للممارسة الديمقراطية الحقيقية داخل الدولة الحديثة، والمكرس لحقوق المواطنة الكاملة. وعلى غرار باقي الدول، فلقد بذلت بلادنا مجهودات مهمة لتحقيق مشاركة سياسية وازنة للنساء، وذلك من خلال اعتماد جملة من التدابير والإجراءات، والتي مكنته من بلوغ مكتسبات جمّة، وذلك بفضل نضال مستميت خاضته الحركة النسائية ببلادنا، وانخرط فيه كل الفاعلين، من حكومات متوالية ومجتمع مدني وأحزاب سياسية، وذلك بغية تشجيع إشراك النساء في تدبير الشأن العام الوطني والمحلي.

إن إشكالية وصول النساء إلى مراكز القرار، تمثل أحد الرهانات الرئيسة لأي نظام سياسي يسعى للوصول إلى الديمقراطية والحدّات، ففي جل الدول التي تمكنت فيها النساء من اقتحام مجالات مهنية كثيرة كانت تعد حكرًا على الرجال، والتي حققت فيها نجاحًا ملحوظًا، إلا أن النساء اللواتي دخلن عالم السياسة يشكلن أقلية؛ بمعنى أن التحولات التي عرفها واقع النساء تسير بوتيرة سريعة على المستوى الاقتصادي والسوسيو-مهني، مقارنة مع التحولات الطارئة على الصعيد السياسي والقانوني⁽⁵⁾.

(4) فاطمة عمر كازوز، "معوقات تمكين الاقتصادي للمرأة والحلول المقترحة بمدينة الجميل، لبيبا دراسة حالة-"، رسالة لنيل الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالم إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 44.

(5) أسماء بنعدادة، "المرأة والسياسة: دراسة سوسيولوجية للقطاعات النسائية الحزبية"، منشورات المعهد الجامعي للبحث العلمي، سلسلة أطروحات، الطبعة الأولى 2007، ص 03.

في هذا السياق؛ إذا كان المغرب قد حقق بموجب التعديل الدستوري لسنة 2011 تقدماً ملحوظاً على مستوى التنزيل العملي لمبدأي المساواة والمناصفة بين الجنسين، من خلال جملة من الآليات والوسائل، إلا أن واقع الحال يظهر بأن الطريق مازال طويلاً، وأن بلوغ مطلب تفعيل هذين المبدأين بقي دون التطلعات والانتظارات، على الرغم من تحسن تمثيلية المرأة المغربية في الإدارة العمومية، وهو أمر طرح تزكية عدة مؤشرات، من جملتها نسب حضور المرأة الموظفة ببلادنا في مناصب القيادة والمسؤولية.

إشكالية الدراسة :

تأسيساً على ما تقدم، يمكن مقارنة هذه الورقة البحثية من خلال طرح إشكالات محوري، يتجلى في بحث مؤشرات وحدود تمكين المرأة بمراكز صنع القرار بالمغرب ما بعد 2011، ورصد آفاقه مستقبلاً في ظل التحولات التي تشهدها بلادنا.

وتنبثق عن هذا الإشكالات عدد من الأسئلة الفرعية من قبيل: أي سياق دولي ووطني حكم رفع رهان تمكين المرأة في مناصب المسؤولية والحياة العامة؟ ما هي مبررات هذا التمكين النسائي وآليات تنزيله قانوناً وممارسة؟ أي معوقات وإكراهات تقف أمام بلوغ هذا المبتغى؟ وأخيراً ما هي أهم مداخل وقنوات تعزيز حضور المرأة في مناصب صنع القرار العام؟

إن مقارنة هذا الإشكالات ستتم من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: المرأة والتمكين في مناصب صنع القرار بالمغرب.

المبحث الثاني: التمكين النسائي في مراكز القرار: المعوقات والمداخل.

المبحث الأول

المرأة والتمكين في مناصب صنع القرار بالمغرب

اختلف سياق تمكين المرأة في الحياة العامة، وخاصة في مراكز صنع القرار من دولة إلى أخرى، ومن نسق سياسي إلى آخر، وبالمغرب هو الآخر حكمت مسألة حضور المرأة وضمان تواجدها في الحياة العامة سياقات منها ما هو دولي/ خارجي، ومنها ما هو وطني/ داخلي، وهو الأمر الذي انعكس على مجمل الترسانة التشريعية الوطنية، وكذا نسب حضور وتواجد النساء في الحياة العامة ومراكز صنع القرار.

المطلب الأول

تمكين النساء بالمغرب: سياقه ومبرراته

أقرت كل الاتفاقيات والمواثيق والعهدود الدولية بمبدأ المساواة بين الرجال والنساء، وأكدت أيضًا على ضرورة القضاء على التمييز بجميع أشكاله وتجلياته، وخصص مؤتمر "بكين" في سبتمبر 1995 مساحة معتبرة لمحور "وصول النساء للسلطة ومواقع صنع القرار"⁽⁶⁾، ونص المؤتمر في بيانه على إجراءات عملية موجهة لجميع الأطراف المعنية، سواء كانت الأمم المتحدة بهيئاتها المختلفة أو الحكومات أو منظمات المجتمع المدني⁽⁷⁾. في

(6) منى عزت، "النساء في مواقع اتخاذ القرار في مؤسسات الدولة ومنظمات المجتمع المدني"، ورقة بحثية منشورة ضمن مؤلف المشاركة السياسية للنساء، منشورات مؤسسة فريدرش أيبيرت (مكتب مصر)، 2018، ص26.

(7) محمد البقالي، "المرأة المغربية فاعل اقتصادي مهمش"، مقال منشور على موقع العرب على الرابط التالي: <https://urlz.fr/eXbr>، تمت الزيارة بتاريخ 15 فبراير 2021 على الساعة 17:50.

هذا السياق، عمل المغرب على دعم حضور المرأة في مراكز صناعة القرار جنباً إلى جنب مع نظرائها الرجال، ولا يزال الرهان مستمراً من خلال الانضمام والتصديق على الصكوك الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، ومواءمة إطاره القانوني معها⁽⁸⁾، وذلك في توافق تام مع المقتضيات الدستورية لسنة 2011 الناظمة لها⁽⁹⁾.

إن ضمان الحقوق الاقتصادية للنساء كما نصت عليها الترسنة الدستورية والقانونية المغربية والمواثيق الدولية، تحيل إلى ترسيخ مناهضة التمييز في العمل، وفي الولوج للموارد والفرص الاقتصادية، وكل ما يتعلق بالتمثيلية المتساوية في مراكز القرار الاقتصادي والإداري، وإلى المساواة في الأجر، ونسبة التشغيل، وفرص التكوين والتدريب، وريادة الأعمال لدى النساء، وفرص العمل وظروفه اللائقة والسيطرة على الموارد الاقتصادية، والوصول للأسواق التجارية، وامتلاك الوسائل التكنولوجية، وتعزيز الملاءمة بين الحياة المهنية للنساء والخاصة منها⁽¹⁰⁾.

لقد ساهم السياق الدولي بشكل جلي في النهوض بوضعية المرأة

(8) تقرير مكانة المرأة الموظفة بمناصب المسؤولية في الإدارة العمومية بالمغرب، منشورات وزارة إصلاح الإدارة والوظيفة العمومية، ماي 2018، ص 05

(9) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والبروتوكول الاختياري الملحق بها، منهاج عمل بيجين، اتفاقية حقوق الطفل، والاتفاقية الدولية بشأن حقوق المعوقين وبروتوكولها الاختياري.

(10) نشرة المساواة، "واقع المساواة بين النساء والرجال في أرقام"، وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة، منشورات المرصد الوطني للمرأة، العدد الأول 2021، ص 37.

وتمكينها سياسياً واقتصادياً واجتماعياً، وهو معطى شجعته الإرادة الملكية والسياسات الحكومية المتبعة بالمغرب، من خلال نهج إصلاحات جمة حولت النساء المغربيات ولوج ميادين متنوعة كانت إلى حين حكراً على الرجال، وهنا بادرت السلطات بالمغرب إلى إدماج مقارنة النوع الاجتماعي في التخطيط للسياسات العمومية، ضماناً للمساواة بين الجنسين، وتكريساً لمأسسة هذه المقاربة، وجعلها رافداً في إقرار وضعية عادلة ومنصفة، وضماناً لتمثيلية شاملة للمواطنين، لتحقيق مغرب متطور وعصري، مغرب التلاحم الاجتماعي وتكافؤ الفرص⁽¹¹⁾.

في هذا الإطار، كان للإصلاح الدستوري لسنة 2011 ببلادنا، وما رافقه من تحولات على صعيد البنى المجتمعية، أثر بالغ في خلق عدد من الفرص التي عززت من الخيارات الإستراتيجية والتقدمية الداعمة لمبادئ سيادة القانون والديمقراطية، واحترام حقوق الإنسان والحريات الفردية والجماعية لكل من النساء والرجال على قدم المساواة⁽¹²⁾. وهي رهانات كانت ولا تزال الحركات النسائية الوطنية ترفعها في وجه الحكومات المتعاقبة، واستطاعت بموجبها بلوغ مستويات معينة من الإنصاف والتمييز الإيجابي بين الرجل والمرأة⁽¹³⁾.

(11) يراجع مرصد مقارنة النوع للوظيفة العمومية على الرابط التالي: <https://urlz.fr/cohp>

(12) نادي النحلي، "صحة المرأة في قانون الشغل المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 83، نوفمبر، دجنبر، 2008، ص 189.

(13) كوثر لقبيلي، "مشاركة المرأة الحياة السياسية المغربية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المحمدية، السنة الجامعية 2019-2020، ص 164.

علاوة على ما سبق يمكن حصر أهم مبررات تمكين المرأة في مناصب صنع القرار، ومراكز المسؤولية في عدد من النقاط أهمها⁽¹⁴⁾:

- السعي إلى تعزيز الكفاءة لدى النساء الراغبات في تولي مناصب المسؤولية واقتحام مراكز صناعة القرار، بحيث تفضل مناصب الإدارة التي تشمل مسؤوليات الإشراف وإدارة فرق العمل والبحث عن التجارة المهنية والجماعية. وفي هذا الإطار، تسعى إلى التخلص من عقبات المناصب المغلقة وبدون آفاق كبيرة واعدة.

- العمل على الخروج عن المألوف وإبراز الذات بشكل أحسن، وهنا تعمل النساء الراغبات في ولوج عوالم صنع القرار على التأكيد على قدرتهم في مجابهة المخاطر في المجالات الحساسة، وإظهار طاقة كبيرة للمقاومة، وتحديدًا عندما تواجهن عدة أحداث خلال مسيرتهن المهنية.

- الحماس لممارسة السلطة الهرمية، وهنا إذا كان البعض من النساء الموظفات لا يرغبن في تولي مناصب المسؤولية، وذلك بعلّة غياب الرغبة لممارسة السلطة الهرمية، فإن هناك أقلية تعبر عن تطلعاتها فيما يخص اقتحام عالم المسؤولية والتدرج في مناصبها. وفي هذا الصدد، هناك موظفات يؤيدن فكرة الاعتماد على الكفاءة للولوج لمناصب صنع القرار، أي يفضلن التباري والتنافسية مع باقي الذكور الموظفين، وذلك بنسبة 71%⁽¹⁵⁾ فيما جزء مهم منهن مع التمييز الإيجابي لصالحهن في هذا الباب بنسبة 27%⁽¹⁶⁾، فيما تظل أخريات محايدات في هذه النقطة بمعدل 26%⁽¹⁷⁾.

(14) تقرير مكانة المرأة في مناصب المسؤولية، مرجع سابق، ص 100.

(15) تقرير مكانة المرأة في مناصب المسؤولية، مرجع سابق، ص 93.

(16) المرجع نفسه، ص 94

(17) المرجع نفسه، ص 94.

المطلب الثاني

المرأة في قلب المستجدات الدستورية والتشريعية المغربية

حملت المراجعة الدستورية⁽¹⁸⁾ بين طياتها العديد من المقتضيات المستجدة، بحيث عملت على التنصيب الصريح على جملة من حقوقها، وفي مقدمتها ما نص عليه الفصل (31) من الدستور، هذا الأخير الذي أقر بولوج المرأة حسب الاستحقاق للوظائف العمومية⁽¹⁹⁾. وبالتالي، فقد عبر المشرع الدستوري وبشكل صريح عن الرغبة في مشاركة أكبر للمرأة في الوظائف العمومية، وخاصة ما ارتبط منها بتحمل المسؤولية والوصول إلى مراكز صناعة القرار.

إن هذا التأكيد الدستوري يشكل في حد ذاته امتدادًا منطقيًا للفصل (19) الذي ينص على مبدأي المناصفة والمساواة بين الرجل والمرأة، من خلال تمتيعهما بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية الواردة في الدستور، وفي جميع الاتفاقيات والمواثيق الدولية. ولهذا الغرض، تم إحداث هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز. كما نص الفصل (92) من الدستور على أن التعيين في المناصب العليا لا بد وأن يتأسس بين الرجال والنساء على معايير الكفاءة وتكافؤ الفرص والشفافية والاستحقاق، في حين أن الفصل (155) من الدستور فقد حدد المبادئ الأخلاقية للمسؤولين الحكوميين في احترام القانون والحياد والنزاهة والمصلحة العامة.

(18) كانت في إطار تفاعل المؤسسة الملكية مع المطالب التي تم رفعها من لدن المحتجين إبان فترة الحراك العربي أو ما اصطلح عليه بالربيع العربي.
(19) الفصل (31) من الدستور.

في هذا السياق، عملت الحكومات المغربية ما بعد التعديل الدستوري سنة 2011 على إعطاء أهمية كبرى لمسألة المساواة والمناصفة بين الجنسين، وخاصة داخل نظام الوظيفة العمومية، من خلال جعلها جزء من البرامج والسياسات العمومية، وأيضاً عبر وضع إستراتيجيات وطنية وبلورة آليات مؤسسية جديدة كفيلة ببلوغ تلك الأهداف والمرامي، بدءاً بالخطة الحكومية للمساواة "إكرام 1"، والتي امتدت ما بين الفترة 2011-2016، مروراً بالخطة "إكرام 2" منذ سنة 2017 إلى سنة 2021⁽²⁰⁾، ووصولاً إلى إستراتيجية مؤسسة المساواة بين الجنسين في الوظيفة العمومية، والتي تسعى إلى ضمان وتعزيز حضور المرأة في الوظائف العامة، وخاصة في مناصب المسؤولية وصنع القرار، علاوة على مؤسسة آليات التشاور والتتبع لمسار الجندرة في مجال الوظيفة العمومية، بحيث تم إحداث شبكة للتشاور بين الوزارات، من أجل تنزيل مقاربة النوع في تقلد مناصب المسؤولية داخل منظومة الوظيفة العمومية.

في الصدد ذاته، عملت وزارة التضامن والمساواة والأسرة في المغرب على بلورة تقرير حمل اسم "نشرة المساواة ما بين الجنسين"، والذي جاء استجابة لحاجة كثير من الباحثين والأكاديميين والمهتمين بقضايا النوع الاجتماعي في الولوج إلى مرجع إحصائي علمي يتضمن معلومات شاملة.

(20) تتلخص أهم ركائز الخطة الحكومية إكرام 2 في: تقوية فرص عمل النساء وتمكينهن اقتصادياً، وحقوق النساء في علاقتهن بالأسرة، ومشاركتهم في اتخاذ القرار، وأخيراً حمايتهن وتعزيز حقوقهن. كما تتضمن ثمانية محاور عرضانية تتمثل في نشر مبادئ المساواة ومحاربة التمييز والصور النمطية المبنية على النوع الاجتماعي، علاوة على إدماج النوع في جميع السياسات والبرامج الحكومية، إضافة إلى التنزيل التراخي لأهداف الخطة. علاوة على محور داعم يتمثل في تتبع وتقييم تنفيذها.

وقد اعتمد هذا التقرير على قاعدة بيانات مصنفة حسب أنواع الحقوق ونوع الجنس والمجال الحضري والقروي، أخذاً بعين الاعتبار مكونات المؤشرات الدولية المعتمدة لقياس المساواة بين الجنسين، والالتزامات المنبثقة عن الاتفاقيات الدولية كاتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد النساء. إلا أن البعض من الناشطات الحقوقيات اعتبروا أن هذا التقرير غيبت فيه المقاربة التشاركية، وخاصة من فعاليات المجتمع المدني المناضلة في المجال النسائي، معتبرة في الآن نفسه أن توقيت نشر التقرير لم يكن موفقاً، وذلك بحكم ظروف الجائحة التي تمر بها البلاد⁽²¹⁾. كما عملت وزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة بإطلاق مرصد مقارنة النوع للوظيفة العمومية⁽²²⁾، وذلك لتعزيز مبدأ التحديث والديمقراطية، وإضفاء الطابع المؤسسي في مجال المساواة بين الجنسين في القطاع العام، وتنوير صناع القرار بأهمية تعزيز وضعية المرأة بمراكز القرار. بالإضافة إلى اعتماد الميزانية المراعية للنوع الاجتماعي، بحيث دعمت الإصلاحات التشريعية والمؤسسية ورش الميزانيات المراعية للنوع الاجتماعي التي بدأت منذ سنة 2002، وتوجت في أبريل 2015 بإصلاح القانون التنظيمي لقانون المالية رقم (130.13) الذي ينص في مادته (39) على إدماج بعد النوع في برمجة ميزانيات الوزارات وفي مراحل التتبع والتقييم، الأمر الذي يفرض على مختلف القطاعات الحكومية والمؤسسات الوطنية تحديد برامجها وفق أهداف محددة ومؤشرات كمية للقياس، تراعي النوع الاجتماعي.

(21) هشام فرحان، "ناشطات حقوقيات يرصدن واقع المساواة بين الجنسين في المغرب"، مقال منشور على جريدة القدس العربي على الرابط التالي: <https://urlz.fr/flw1>, تمت الزيارة بتاريخ 27 فبراير 2021 على الساعة 16:26.

(22) موقع مرصد مقارنة النوع للوظيفة العمومية على الرابط التالي: <http://www.ogfp.mak>, تم الزيارة بتاريخ 28 فبراير 2021 على الساعة 15:54.

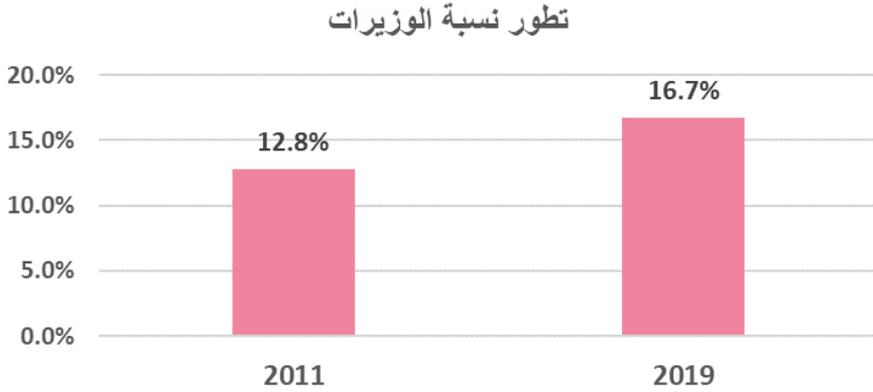
إن الوظيفة العمومية المغربية اليوم تشهد تغييرات عميقة وجذرية تسعى إلى ترسيخ محددات جديدة، وهو الأمر الذي يشكل فرصة سانحة لتعزيز مطلب المساواة بين الجنسين، وتأتي في مقدمة هذه المحددات معياري النجاعة والفعالية كمبدأين أساسيين لتمييز المهارات في مناصب المسؤولية، واللذين تم تكريسهما بموجب القانون التنظيمي للمالية رقم (130.13)، علاوة على مبدأ الشفافية في تقاسم المعلومات، والذي تم تكريسه بموجب الفصل (27) من الدستور⁽²³⁾، والقانون المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات رقم (31.13)، هذا بالإضافة إلى تزايد لامركزية مناصب المسؤولية، في إطار التأسيس المستقبلي لوظيفة عمومية ترابية وتفعيل سياسة اللامركزية الإدارية⁽²⁴⁾.

كل ما تقدم عملت الحكومات المغربية ما بعد 2011 على تنزيله في شكل إجراءات وتدابير عملية على أرض الواقع، وهو ما يمكن تأكيده من خلال جملة من النسب والمؤشرات الإحصائية وهي كالاتي:

(23) الفصل 27 من دستور 2011: "للمواطنات والمواطنين حق الحصول على المعلومات، الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق السنة. لا يمكن تقييد الحق في المعلومة إلا بمقتضى القانون، بهدف حماية كل ما يتعلق بالدفاع الوطني، وحماية أمن الدولة الداخلي والخارجي، والحياة الخاصة للأفراد، وكذا الوقاية من المس بالحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور، وحماية مصادر المعلومات والمجالات التي يحددها القانون بدقة".

(24) للتوسع في هذه النقطة يرجى العودة إلى موقع البنك الدولي، مذكرة اقتصادية: المغرب في أفق 2040 - الاستثمار في الرأسمال اللامادي لتسريع الإقلاع الاقتصادي : <https://urlz.fr/csAu>

1 - مؤشرات التمكين السياسي للمرأة المغربية: النساء الوزيرات أنموذجًا:



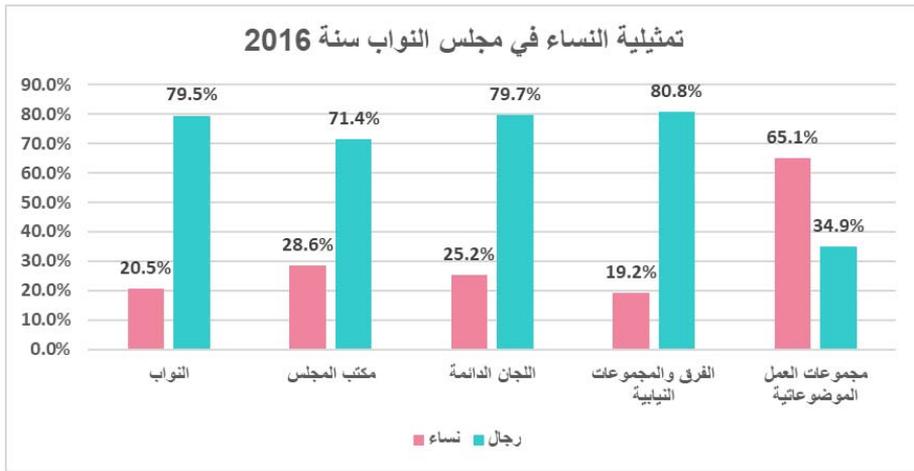
المصدر: نشرة المساواة، واقع المساواة بين الرجال والنساء في أرقام، منشورات المرصد الوطني للمرأة، العدد الأول 2020، ص 47.

وفق المؤشرات أعلاه فالملاحظ أن نسبة الحضور النسائي في المناصب السياسية (الاستوزار) قد عرفت تطورًا مضطربًا ما بين سنتي 2011 و2019، بحيث إذا كانت هذه النسبة قد بلغت 12,8% مع التحولات الدستورية والسياسية التي شهدتها بلادنا مع بداية سنة 2011، فإنها قد وصلت ما مجموعه 16,7%، وهي معدلات يمكن تفسيرها بتنزيل أهم المستجدات الدستورية، وخاصة ما ارتبط بتحقيق مبادئ المساواة والمناصفة وتكافؤ الفرص ما بين الرجال والنساء. كما يمكن تفسير هذا الحضور باعتماد المغرب لنظام "الكوتا"⁽²⁵⁾، والذي رأت فيه ناشطات حقوقيات

(25) تم تخصيص حصص للنساء خلال المؤتمر العالمي الرابع للمرأة، فيبكينعام 1995، وهي آلية يمكن استخدامها كحل مرحلي لمشكلة ضعف مشاركة النساء في الحياة السياسية، وعزوفهن عن المشاركة في مراكز صنع القرار، وللحد من الإقصاء وعدم تمثيلهن أو ضعف هذا التمثيل.

ومناضلات سياسيات أنه قد أعطى نتائج ملموسة على مستوى تمثيلية المرأة في المجال السياسي، على اعتبار أنه حل مرحلي لتجاوز عقلية ذكورية لا تؤمن بقدرات المشاركة السياسية للمرأة، وخاصة على مستوى القرار⁽²⁶⁾ فيما يرى جانب آخر أن هذا النظام غير ديمقراطي، وجاء لتصحيح وضع غير ديمقراطي.

2 - مؤشرات الحضور بمجلس النواب وفق إحصائيات 2016 بالمغرب:



المصدر: نشرة المساواة، واقع المساواة بين الرجال والنساء في أرقام، منشورات المرصد الوطني للمرأة، العدد الأول 2020، ص 46.

استناداً إلى المؤشرات أعلاه، فالظاهر أن نسبة حضور النساء في المجالس التمثيلية، وخاصة في مجلس النواب، قد شهدت تطوراً ملحوظاً

(26) لمياء ضاكة، "تمكين النساء بالمغرب: مسار محفوف بالمخاوف والتحديات"، مقال منشور في جريدة هسبريس على الرابط التالي: <https://urlz.fr/eZhZ>، الزيارة بتاريخ 20 فبراير 2021 على الساعة 16:18.

بعد التحول الدستوري لسنة 2011، وما تمخض عنه من تدابير مكنت من ضمان تمثيلية للنساء في هذه المجالس، ومنها إحداث صندوق لتقوية قدرات النساء التمثيلية، وذلك بتشجيع الأحزاب السياسية لدعم ترشيح النساء، وآلية التمييز الإيجابي المتمثلة في "اللائحة الوطنية للنساء"، وهي الآلية التي - وفي نظر البعض - جاءت لتصحيح خلل قائم داخل المجتمع⁽²⁷⁾. لكن ورغم من أنها مكنت من رفع تمثيل النساء في البرلمان المغربي، إلا أنها لم تحقق هدفها الأساس، والتمثل في بلوغ مشاركة سياسية قوية خارج هذا النظام. وذلك راجع للكثير من التحديات على مستوى البنى الثقافية والمجتمعية والاقتصادية، والتي تتقاسمها كل التجارب السياسية العربية، مما يحد من مشاركة النساء في صناعة القرار. وذلك على النقيض من تجارب بعض الدول الغربية التي فطنت لأهمية إشراك المرأة في بلورة السياسات العمومية.

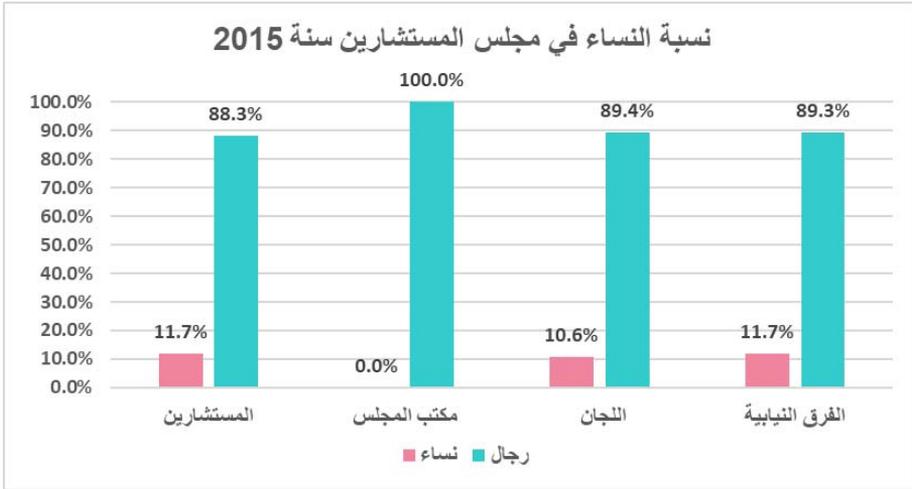
إن التحول الذي شهدته مكانة المرأة بالمغرب ما بعد الإصلاح الدستوري لـ2011، وإن كان يجري ببطء، إلا أنه - حسب البعض - ظل ثابتاً⁽²⁸⁾، وهو ما تفسره النسب أعلاه بالمقارنة مع نظرائهم الرجال، إذ تبلغ نسبة تأنيث مكتب مجلس النواب (2016) 28,06%، واللجان الدائمة 25,2%، والفرق والمجموعات النيابية 19,2%. فيما حققت النساء

(27) إكرام عدنني، "التمكين السياسي للمرأة: تقنية الكوتا أنموذجاً"، منشورات منتدى السياسات العربية، نوفمبر 2019، متوفر على الرابط التالي: <https://urlz.fr/eZOz>، تمت الزيارة بتاريخ 22 فبراير 2021 على الساعة 19:32، ص 04.

(28) محمد بنهال، "المشاركة السياسية للمرأة في المغرب بين المعوقات وسبل التجاوز"، المجلة العربية للعلوم السياسية عدد يناير/ كانون الثاني 2011، ص 131.

البرلمانيات تواجدًا ملحوظًا بمجموعات العمل الموضوعاتية بنسبة 43,9%. وعليه، فهذه النسب المتدنية تفسر أن اعتماد نظام الكوتا لم يتمكن من تقوية الحضور النسائي في البرلمان، إذ ظل العدد الإجباري المنصوص عليه فيها هو الحاضر والأكبر في كل البرلمانات السابقة. كما أن هناك أسبابًا مختلفة تفسر هذا العدد المتدني، فمن جهة نظام اللائحة لم يسمح للمرشحة بالولوج إليها إلا مرة واحدة فقط، ولابد من تزكية حزبها لترشحها مرة أخرى، ولو أثبتت كفاءتها. ومن جهة أخرى، تنتقد الأحزاب بترشيحها المقربين من دوائر القرار، بعيدًا عن تأهيل نساء قياديات يمثلن الحزب ويمثلن النساء في المغرب⁽²⁹⁾، وإذا كان هذا حال الحضور النسائي بمجلس النواب، فماذا عن التواجد النسائي بالغرفة الثانية؟

3 - مؤشرات الحضور بمجلس المستشارين وفق إحصائيات 2015 بالمغرب:



المصدر: نشرة المساواة، واقع المساواة بين الرجال والنساء في أرقام، منشورات المرصد الوطني للمرأة، العدد الأول 2020، ص 46.

(29) إكرام عدني، "التمكين السياسي..."، مرجع سابق، ص 09.

بالمقارنة مع تمثيلية النساء بمجلس النواب برسم سنة 2016، فقد شهدت مؤشرات هذا الحضور بالنسبة للغرفة الثانية مستويات جد متواضعة، وإن لم نقل محتشمة، بالنظر إلى الهيمنة الذكورية على كل هياكل مجلس المستشارين، بحيث وصل الرجال نسبة 100% بخصوص مكتب المجلس، مما يعني عدم تواجد ولو امرأة واحدة فيه، فيما وصلت نسبة النساء في اللجان 10.6%، والرجال 89.4%، أما الفرق البرلمانية فبلغت النساء نسبة 11.7%، والرجال 89.3%. وعليه فكل هذه النسب تؤكد هي الأخرى عدم نجاعة اعتماد نظام الكوتا في ضمان تواجد حقيقي للمرأة كفاعل في المشهد السياسي جنباً إلى جنب مع الرجل.

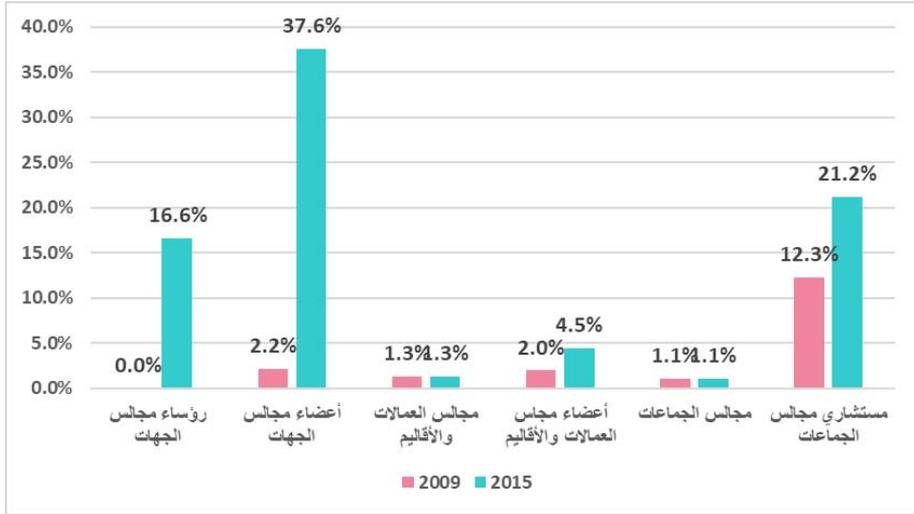
وعموماً فإذا كانت مشاركة المرأة في المؤسسة التشريعية قد عرفت تطوراً تصاعدياً، إلا أنه تميز بالبطء في وثيرته وبالتردد في نوعيته، ذلك أن واقع ترشيح النساء عموماً في التجربة الانتخابية المغربية، يسجل تهاون وتحفظ عدد من الأحزاب إزاء المشاركة السياسية للنساء، لكونها ورغم الشعارات التي ترفعها في حملاتها الانتخابية، لا تتيح للمرأة الفرصة والشروط اللازمة لوصولها إلى البرلمان، فالعديد من النساء لم يحظين برأس اللوائح الانتخابية، وهو ما لا ينسجم مع ما حققته المرأة من تطور في عدة مجالات سياسية وعلمية وعملية⁽³⁰⁾.

إن هذا المعطى السابق (ضعف التمثيلية) تعززه نسب حضور النساء أيضاً في الجماعات الترابية، حيث إنه ووفقاً للإحصائيات الممتدة ما بين

(30) مذكرة ترافعية من أجل تعزيز المشاركة السياسية للنساء والتربية بالمغرب، منشورات منتدى بدائل المغرب - من أجل بدائل للجنوب، منشورة على الرابط التالي: <https://urlz.fr/flyJ>, تمت الزيارة بتاريخ 27 فبراير 2021 على الساعة 19:32.

فترتي 2009 و2015، فقد تم تسجيل تواجد محتشم للمرأة سواء على صعيد رئاسة مجالس الجهات أو كعضوات في مجالسها أو في مجالس العمالات والأقاليم أو في مجالس الجماعات أو كمستشارات فيها، وهو ما يوضحه الرسم البياني أدناه.

4 - مؤشرات الحضور النسائي في الجماعات الترابية بالمغرب:

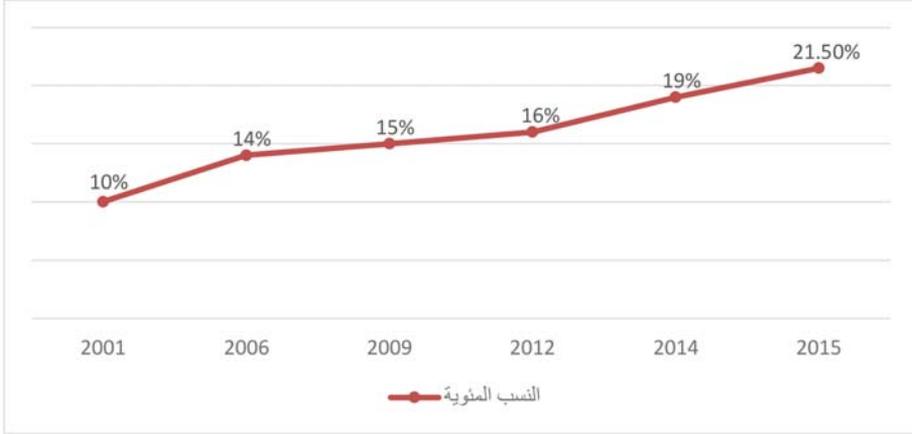


المصدر: نشرة المساواة، واقع المساواة بين الرجال والنساء في أرقام، منشورات المرصد الوطني للمرأة، العدد الأول 2020، ص 47.

إن تواجد المرأة الموظفة بمناصب المسؤولية فالأمر مختلف، بحيث إنها ممثلة تمثيلاً ناقصاً مقارنة مع حضورها داخل هياكل الوظيفة العمومية، والأمر يجد تفسيره في جملة من الاعتبارات السلوكية والسوسيو-ثقافية والترسبات المجتمعية، والتي أولاً، تقوي من تواجد الذكور، وثانياً، تضعف من حظوظ المرأة في الولوج إلى مناصب المسؤولية ومراكز صنع

القرار⁽³¹⁾ وفيما يلي بعض النسب الخاصة بحضور المرأة الموظفة بمناصب المسؤولية داخل الوظيفة العمومية منذ سنة 2001 إلى حدود سنة 2015، وهي فترات كافية لرصد التحولات التي شهدتها تواجد النساء داخل المجتمع المغربي.

5 - مؤشرات حضور المرأة بمناصب المسؤولية بالمغرب:



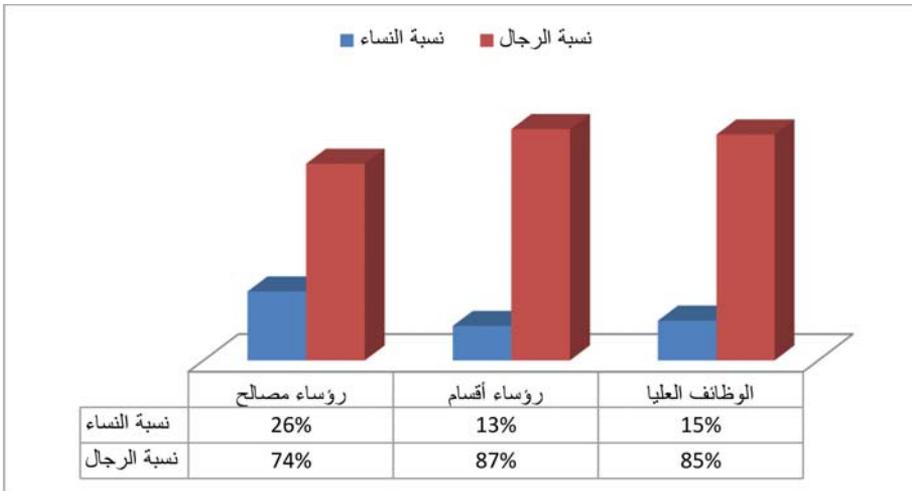
المصدر: وزارة إصلاح الإدارة والوظيفة العمومية، 2017، تقرير عن مكانة المرأة الموظفة بمناصب المسؤولية، مرجع سابق، تركيب شخصي.

بقراءة أولية للمعطيات أعلاه، فالظاهر أن مؤشرات اقتحام المرأة لمناصب المسؤولية في تصاعد مستمر، إذ إنها بلغت مع مطلع الألفية الثانية نسبة 10 %، لتستقر مع سنة 2015 في معدل 21.50% (بالتزامن مع صدور القانون التنظيمي للمالية 130.13)، وهي مؤشرات سبق حصرها في رغبة السلطات العامة في تنزيل كل المقتضيات الدستورية والقانونية المرتبطة بمبادئ المساواة وتكافؤ الفرص والمساواة.

(31) تقرير مكانة المرأة الموظفة بمناصب المسؤولية، مرجع سابق.

وفي السياق ذاته، وبالعودة إلى معدلات الرجال والنساء بالإدارة العمومية، فالملاحظ أن نسبة التأنيث بالموارد البشرية داخل الوظيفة العمومية إجمالاً قد بلغت ما مجموعه 22%، فيما نسبة الرجال وصلت 78 % وهي معدلات تدل على الحضور المتواضع للنساء سواء كموظفات (موارد بشرية) أو كمسؤولات (صانعات للقرار). وفيما يلي نسب الحضور الجنساني ببعض مناصب المسؤولية، وهم موزعين بين رؤساء مصالح ورؤساء أقسام ووظائف عليا، والتي تؤكد بالملاموس الهيمنة الذكورية على مناصب المسؤولية.

6 - نسب حضور النساء والرجال ببعض مناصب المسؤولية:



المصدر: وزارة إصلاح الإدارة والوظيفة العمومية، 2017، تقرير مكانة المرأة بمناصب المسؤولية، مرجع سابق، تركيب شخصي.

سبقت الإشارة إلى أن تحليل مؤشرات حضور المرأة بمراكز صناعة القرار تحكمه جملة من المتغيرات سواء التابعة أو المستقلة، علاوة على أنه يندرج ضمن سياقات مختلفة، منها ما هو محلي مرتبط بمحددات ثقافية/اجتماعية وسلوكية/نفسية، ومنها ما هو عالمي مشترك لا ينحصر فقط بالتجربة المغربية. وهنا تظهر تقارير الأمم المتحدة لسنة 2017، احتلال النساء لوظائف تحتاج كفاءات أدنى ورواتب أقل، كما أنها تعرف غياب الاستقرار الوظيفي. وفي هذا الصدد، تعاني المرأة من تمييز مهني، حيث يشهد قطاع الخدمات أعلى معدل للحضور النسائي بنسبة 61%. والزراعة نسبة 25%، والصناعة معدل 13%، فيما المناصب السياسية تبلغ 23%، والمناصب الإدارية 4%⁽³²⁾. إن مسلسل عدم المساواة بين الجنسين يستمر وبشكل جلي على صعيد مجالات المسؤولية في المؤسسات الحكومية الدولية، إذ يبلغ أعلى معدل النساء في مناصب اتخاذ القرار في المنظمات المذكورة أعلاه بالكاد نسبة (33)⁽³³⁾ 20% (حالة البنك الدولي). وتشير بعض المنظمات إلى معدلات خجولة بشكل غير طبيعي كحالاتي صندوق النقد الدولي بمعدل 4%، والمعهد الدولي للمالية العامة بـ 6%⁽³⁴⁾.

إن النساء الموظفات سواء كموارد بشرية أو صانعات للقرار تعانين من صعوبة التوفيق بين حياتهن المهنية والأسرية، وتحديدًا المسؤوليات عن الأعمال المنزلية والأنشطة المتعلقة بتربية الأطفال أو برعاية أحد الوالدين المسنين، فوفقًا للإحصاءات المقدمة من مرصد مقارنة النوع للوظيفة

(32) "تقرير مكانة المرأة الموظفة"، مرجع سابق، ص 62.

(33) المجلس التنفيذي لصندوق النقد الدولي في نيسان/أبريل 2014، تقرير مكانة المرأة، مرجع سابق، ص 65.

(34) مركز الإبلاغ المالي 2015، تقرير المرأة الموظفة، مرجع سابق، ص 65.

العمومية، فإن 50% من الموظفات متزوجات بالمقارنة مع 47% عازبات ونسبة 3% مطلقات، أما داخل مناصب المسؤولية فالمتزوجات تبلغن نسبة 41%، فيما غير المتزوجات بمعدل 61% في منصب رئيسة مصلحة⁽³⁵⁾.

إن كل هذه الأرقام والإحصائيات تبين بالملموس حجم ما تعانيه النساء داخل منظومة الوظيفة العمومية، ومراكز صناعة القرار من إقصاء وحيث، الأمر الذي يسلط وسائل سياساتنا العمومية في جوانبها المرتبطة بتعزيز ثقافة حقوق الإنسان، وتفعيل آلية المناصفة وضمان تمثيلية حقيقية للمرأة داخل المجتمع المشكلة لنصفه، وبالتالي بات حرياً بنا البحث في مقام أول عن مجمل العوائق التي تقف أمام انخراط النساء في الحياة العامة، وثانياً، اقتراح مداخل وقنوات من شأن تنزيلها الرفع من منسوب حضورهن في هندسة القرارات العامة، وهو الأمر الذي ستعالجه هذه الورقة البحثية من خلال شقها الثاني.

المبحث الثاني

التمكين النسائي في مراكز القرار: المعوقات والمداخل

إذا كانت الحركات النسائية في العالم قد طالبت بضرورة فتح المجال أمام المرأة لاقتحام مجالات ظلت إلى عهد قريب حكراً على الرجال، وهو الأمر الذي تمت الاستجابة له بدرجات معينة تعكس طبيعة النظام السياسي القائم، وخصوصية بناء الاجتماعية والسلوكية، الشيء الذي ساهم في تأنيث عدد من الوظائف ومراكز صنع القرار، فإن بلادنا هي الأخرى قطعت أشواطاً في التمكين، والذي يدخل ضمنه إتاحة الفرصة للنساء في بلوغ

(35) مرصد مقارنة النوع للوظيفة العمومية، تقرير مكانة المرأة الموظفة، مرجع سابق، ص72.

مراكز هندسة القرار، لكن وعلى الرغم من كل هذه المجهودات فلا زالت تعترضها جملة من المعوقات والإكراهات، التي باتت تستدعي بالضرورة اقتراح مداخل وحلول سواء منها المؤسساتية/ الرسمية أو الموازية/ غير الرسمية.

المطلب الأول

معوقات تمكين النساء في مراكز صنع القرار بالمغرب

على الرغم من المكتسبات التي حققتها المرأة في عدد من الأصعدة والمجالات، وساهمت بموجبها في تكسير الصور النمطية داخل المجتمعات، والقائمة على أسبقية الرجل وقدرته في القيام بعدد من المهام التي لا يمكن المرأة الاضطلاع بها، إلا أن هناك عددًا من المعوقات التي لا تساعدها في الولوج إلى جملة من المهام والوظائف، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

أ - معوقات قانونية ومؤسسية⁽³⁶⁾:

تشكلت هذه المعوقات عن الفجوات الناتجة عن السياقين القانوني والمؤسسي اللذين ساهما في تعزيز حضور المرأة داخل الوظيفة العمومية، وتحديدًا في مناصب صنع القرار. والتي يمكن تحديدها في عدم كفاية الضمانات القانونية المعززة لتواجد المرأة في مراكز صناعة القرار، إذ يلاحظ مثلاً غياب قاعدة ملزمة داخل القانون التنظيمي الخاص بالتعيين في الوظائف العليا (02.12)، والتي تتطلب المناصفة في تكوين لجنة فحص

(36) تقرير مكانة المرأة الموظفة في مناصب المسؤولية، مرجع سابق، ص 38.

الترشيحات، علاوة على غياب قاعدة تجبر هذه اللجنة على احترام حصة النساء في هذا الإطار.

ينضاف إلى ذلك عدم ضمان النظام القانوني لرهان التوفيق ما بين الحياتين المهنية والخاصة للمرأة، وذلك من خلال ضمان أكبر نسبة لمشاركة المرأة في سوق العمل. كما أن إشكال التوفيق يعترض النساء أكثر من الرجال. وما يزيد هذا الوضع تعقيداً هو غياب مقتضيات ضد أشكال التحرش في الوظيفة العمومية، لاسيما المعنوي منه والجنسي. ومن المتوقع أن يشكل القانون (103.13) الخاص بمكافحة العنف ضد النساء الذي اعتمده البرلمان في 14 فبراير 2018، ولو جزئياً حلاً لهذا القصور القانوني. وأخيراً، يعد خلو التشريع من التدابير الخاصة المؤقتة لصالح المرأة الموظفة، أحد أبرز الكواحب القانونية والمؤسسية التي تقف أمام أي تمكين حقيقي للنساء في التدرج داخل مسارهن المهني.

ب - معيقات سوسيو- إدارية :

تتجلى في الصورة النمطية القائمة على ثقافة التمييز الجنساني بين الرجل والمرأة داخل المجتمع. إن هذا التمييز وما يتمخض عنه من أفكار نمطية وترسبات مجتمعية وتمييز ضمني، هو ما ساهم ولا يزال في التقليل من مكانة المرأة داخل المجتمع⁽³⁷⁾، ومن إمكانية لعبها لأدوار ريادية في جملة من المهن والوظائف، ويرى البعض أن من مسببات هذا

(37) منى فريد بدران، "تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة العربية في وسط عالم العمل المتغير"، ورقة بحثية مقدمة بمناسبة الاجتماع العربي الثلاثي حول مستقبل العمل، بيروت 3 نيسان 2017، الورقة منشورة على الرابط التالي: <https://urlz.fr/cpyZ> بتاريخ 13 أبريل 2020، الساعة، 51:00.

التمييز، هو الحكم على المرأة انطلاقاً من خصوصياتها الطبيعية، والتي لا تساعد على القيام ببعض المهام في مناصب المسؤولية، إلا أن هذا الطرح يرى البعض عكسه، معتبراً أن المرأة قد اقتحمت جملة من الميادين التي كانت حكراً على الرجال، وأثبتت جدارتها فيها وقدرتها على التأقلم معها. وبالتالي فمن الجيد وضع المرأة على قدم المساواة مع الرجل في المجال المهني مع الإبقاء على أنثويتها⁽³⁸⁾. ينضاف إلى ما تقدم، هيمنة النزعة الذكورية في مناصب المسؤولية وصناعة القرار، وفي هذا الجانب ترى جملة من النساء، أنه لا يزال هناك عدد من الترسبات ذات الطابع الذكوري لدى الرجال، والتي تجد تفسيرها في بعض القرارات الخاصة بالتوظيف أو بالترقية أو بالتعيين في مناصب صنع القرارات: كالعمر والأقدمية والكفاءة... وهذه المعايير ليست متماثلة للرجال والنساء، وقد تكون في الواقع تمييزية ضد النساء.

وعليه، فالظاهر أن السياق السوسيو- إداري ظل مثقلاً بعدد من الصور النمطية، والتي لا زالت تعتقد بأن بعض الصفات المعينة هي متأصلة في الرجال دون النساء من قبيل: القدرة على التحمل، والإصرار، والتنافسية، والقيادة البطولية، والتي تعتبر ضرورية لشغل مناصب المسؤولية ومراكز القرار، والتي تفتقر لها النساء في نظرهم. وعليه فقد بات من الضروري اليوم إعادة التفكير في هذه المحددات التي تفضل تعيين الرجال في مناصب المسؤولية/ مراكز القرار بدل النساء.

في ذات المقام يرى البعض أن إشكالية التوفيق بين واجبات المنصب/ المهنة/ المركز ومتطلبات الأمومة تعد من الكوابح التي تعترض مسيرة المرأة في الولوج إلى مناصب صنع القرار، وتحديدًا عندما يكون أبنائها صغارًا،

(38) تقرير مكانة المرأة في مناصب المسؤولية، مرجع سابق، ص 101

كما أن عدم المساواة في توزيع الأعباء المنزلية بين الرجال والنساء، ونظرة الرجل إلى المسار المهني للمرأة على أنه عمل ثانوي، وأن راتبها هو مكمل للدخل، كلها أمور تساهم في الوقوف أمام تدرج المرأة في سلالم المسؤولية.

المطلب الثاني

مداخل وقنوات تمكين المرأة المغربية في مراكز القرار

لا يزال مسار تمكين المرأة في مراكز صنع القرار طويلاً وشاقاً، ويقتضي تجاوز العديد من الإشكالات والعقبات التي تم رصدها سابقاً، الأمر الذي سيسمح بتبريز النساء وتأهيلهن لمناصب المسؤولية ومراكز القرار⁽³⁹⁾. وهو المعطى الذي تشهد عليه مؤشرات الحضور النسائي المتواضعة من سنة إلى أخرى، إلا أن التحدي اليوم على مهندسي السياسات العمومية ببلادنا، هو العمل بشكل آني على إزالة كل العقبات التي لا زالت تمنع النساء من الولوج إلى مراكز القرار ومناصب المسؤولية، وهو الأمر الذي يمكن بلوغه من خلال المداخل والقنوات الإصلاحية التالية:

- البدء في تنزيل كل التدابير الرامية إلى التمكين الاقتصادي للمرأة، على اعتباره مدخلاً لتمكينها سياسياً، وهو الأمر الذي سيضمن وجودها في المراكز القرارية، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن تنزيل خطة الإنعاش الاقتصادي الرامية إلى مواجهة التداعيات الاقتصادية الناجمة عن تفشي جائحة كورونا، رهين بإدماج حقيقي للنساء في الحياة العامة، والقطع مع مسألة تمكينهن؛

(39) تصريح نزهة الوفي، الوزيرة المنتدبة المكلفة بالمغاربة المقيمين بالخارج، للاطلاع على التصريح يرجى زيارة الرابط التالي: <https://urlz.fr/f24W>، تمت الزيارة بتاريخ 28 فبراير 2021 على الساعة 17:14.

- العمل على التنمية الذاتية للنساء من منطلق عدم تحجيم ظاهرة التأنيث بالوظائف العامة، بناء على معطيات خصوصية مرتبطة بهن. وبالتالي، وجب الارتقاء بهذا التعامل إلى مقارنة معيارية مؤسسة على مبدأ المساواة ومحو كل أشكال التمييز الجنساني في المجتمع، وذلك بدءاً بالمناهج التعليمية والمقررات الدراسية، ومروراً إلى تكريسها كثقافة مجتمعية عبر الاستثمار في وسائل الإعلام بكل أصنافها، وما تتيحه اليوم الثورة التكنولوجية من آليات للاتصال والتواصل؛
- مراجعة الإطار القانوني والمؤسسي المؤطر لحضور المرأة داخل هياكل الوظيفة العمومية، ومناصب صناعة القرار تحديداً، وهنا وجب إعادة النظر في إجراءات التعيين في المناصب العليا عن طريق دمج معيار النوع الاجتماعي في تشكيل لجان الانتقاء، مع إلزامية التباري في تقديم الترشيحات من أجل التعيين ذكوراً وإناثاً؛
- اعتماد تدابير في إطار مشروع النموذج التنموي البديل والجهوية المرتقبة، من شأنها تعزيز وضعية النساء في مواقع القرار والمسؤولية على صعيد المصالح الخارجية، علاوة على مأسسة التعيين على أساس مرجع الوظائف والكفاءات على صعيد نظامي الوظيفة العمومية والترايبية مستقبلاً، مع الأخذ بعين الاعتبار معيار خصوصية المرأة في توصيف الوظيفة أو المنصب الذي من المحتمل تقلده؛
- مراجعة وضعية عمل النساء في الوظيفة العمومية ومناصب المسؤولية، بغية تحقيق موازنة حقيقية بين حياتهن المهنية والشخصية⁽⁴⁰⁾، وذلك بالاعتماد على تدابير تمييزية منها: بلورة مواقيت للدوام الإداري منظمة، ومقننة ومرنة من حيث ترتيبها الزمني، واحترام الحياة الخاص، مع

(40) تقرير المرأة الموظفة في مناصب المسؤولية، مرجع سابق، ص 112.

تجنب الاتصالات في الفترات المسائية أو أيام عطلة نهاية الأسبوع أو أثناء الإجازات، وبرمجة الاجتماعات في حدود ساعات الدوام الإداري المعتاد، وتطوير الخدمات العمومية لرعاية الطفولة المبكرة، والنقل المدرسي، والمقاصف في المدارس والثانويات لفائدة أبناء الموظفين والموظفين.

- تعزيز آليات التتبع والرصد، وتقوية وسائل التشجيع والمواكبة عبر دمج مسألة تأنيث مناصب المسؤولية ومراكز القرار في الوظيفة العمومية، سواء في مشروع النجاعة السنوي للوزارة الذي يأخذ بعين الاعتبار النوع الاجتماعي، أو التقرير الخاص بمواردها البشرية، مع تعزيز نماذج النساء الناجحات، والسعي إلى إبراز المرأة في مراكز صناعة القرار، بغية تحفيز باقي النساء في الوظيفة العمومية.

كل ما سبق، لا بد وأن يواكبه عملاً جماعياً يشارك فيه جميع الفاعلين من سلطات عمومية وأحزاب سياسية ومنظمات نقابية وجماعات ترابية وإعلام ومجتمع مدني، يكون الهدف الأساس منه العمل على إعادة تشكيل الثقافات والسلوكيات والنظرة تجاه المرأة، واعتبارها شريكاً إلى جانب الرجل في رسم وبلورة السياسات العمومية، وهو أمر لن يتحقق إلا بتمكينها من كل الوسائل الكفيلة بتواجدها داخل مناصب المسؤولية ومراكز صناعة القرار⁽⁴¹⁾. بحكم أن هذا التواجد هو المنفذ الحقيقي للتعبير عن قضاياها وطرح مشكلاتها، وتطوير القوانين والتشريعات التي تعالج أوضاعها، والتأثير في الشأن العام، مما يستلزم الاعتراف بحقها في ممارسة هذا الدور من دون قيود ذات طابع تمييزي.

(41) كوتر لقبيلي، "مشاركة المرأة..."، ص 02.

خاتمة

تأسيساً على ما تقدم من محاور هذه الدراسة فيمكن الوقوف على النتائج والخلاصات:

- ❖ إن المغرب قطع أشواطاً مهمة في مسار التمكين النسائي وخاصة في مناصب المسؤولية.
- ❖ إن ربح رهان تمكين المرأة لا زالت تعترضه معيقات وكوابح جمّة تمنع تطوره أولاً كثقافة، وثانياً كممارسة، وما يؤكد هذا المعطى هو الأرقام والإحصائيات التي تم الوقوف عندها سابقاً.
- ❖ إن تعزيز مكانة النساء في المجتمع ليست مسؤولية الدولة لوحدها كفاعل رئيس، بل هي مهمة ملقاة على عاتق كل المتدخلين من أحزاب سياسية ونقابات وهيئات مهنية ومجتمع مدني وإعلام.
- ❖ وأخيراً، أن بلوغ مطلب المناصفة ما بين الرجال والنساء وخاصة في مناصب صنع القرار، لا تحتاج فقط إلى ترسانة تشريعية وتنظيمية، بل هي في حاجة إلى تفعيلها وتنزيلها في شكل سياسات عمومية ملموسة واقعاً.

المراجع المعتمدة

المؤلفات :

- عبد العزيز مازن، "التمكين الذاتي خطوة نحو التمكين المؤسساتي"، الأردن، عمان، 2006.
- أسماء بنعدادة، "المرأة والسياسة: دراسة سوسولوجية للقطاعات النسائية الحزبية"، منشورات المعهد الجامعي للبحث العلمي، سلسلة أطروحات، الطبعة الأولى 2007.
- وسيم حسام الدين أحمد، "التمكين السياسي للمرأة العربية، دراسة مقارنة"، مركز الأبحاث الواعدة في البحوث الاجتماعية ودراسات المرأة، سنة 2017.
- صباح العمراني، "المرأة والمشاركة السياسية بالمغرب"، دون ذكر الناشر، الطبعة الأولى، 2018.

المقالات العلمية والأوراق البحثية :

- نادي النحلي، "صحة المرأة في قانون الشغل المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 83، نوفمبر، دجنبر، 2008.
- محمد بنهال، "المشاركة السياسية للمرأة في المغرب بين المعوقات وسبل التجاوز"، المجلة العربية للعلوم السياسية عدد يناير/ كانون الثاني 2011.
- منى فريد بدران، "تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة العربية في وسط عالم العمل المتغير"، ورقة بحثية مقدمة بمناسبة الاجتماع العربي الثلاثي حول مستقبل العمل، بيروت 3 نيسان 2017، الورقة منشورة على الرابط التالي: <https://urlz.fr/cpyZ>
- منى فريد بدران، "تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة العربية في وسط عالم العمل المتغير"، ورقة بحثية مقدمة بمناسبة الاجتماع العربي الثلاثي حول مستقبل العمل، بيروت 3 نيسان 2017، الورقة منشورة على الرابط التالي: <https://urlz.fr/cpyZ>
- منى عزت، "النساء في مواقع اتخاذ القرار في مؤسسات الدولة ومنظمات المجتمع المدني"، ورقة بحثية منشورة ضمن مؤلف جماعي حول: "المشاركة السياسية للنساء"، منشورات مؤسسة فريدرش أيبيرت، مكتب مصر، 2018.

- إكرام عدنني، " التمكين السياسي للمرأة: تقنية الكوتا أنموذجًا " ، منشورات منتدى السياسات العربية، نوفمبر 2019، متوفر على الرابط التالي: <https://urlz.fr/eZO>

مقالات الرأي:

- لمياء ضاكة، " تمكين النساء بالمغرب: مسار محفوف بالمخاوف والتحديات " ، مقال منشور على جريدة هسبريس على الرابط التالي: <https://urlz.fr/eZhZ>
- هشام فرحان، " ناشطات حقوقيات يرصدن واقع المساواة بين الجنسين في المغرب " ، مقال منشور على جريدة القدس العربي على الرابط التالي: <https://urlz.fr/flwl>

الأطروحات والرسائل:

- فاطمة عمر كازوز، " معوقات تمكين المرأة الاقتصادي والحلول المقترحة بمدينة الجميل، ليبيا -دراسة حالة- "، رسالة لنيل الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالم إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج، السنة الجامعية 2015-2016.
- كوثر لقبيلي، " مشاركة المرأة الحياة السياسية المغربية "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المحمدية، السنة الجامعية 2019-2020.

النصوص القانونية:

- الدستور المغربي ل 2011.
- القانون التنظيمي رقم 02.12 القاضي بالتعيين في المناصب العليا.
- القانون 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز.
- القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13 لسنة 2015.
- القانون 31.13 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات.
- القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء.

التقارير، المذكرات والنشرات :

- تقرير حول الخطة الحكومية إكرام 2 لوزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة على الرابط التالي : <http://www.social.gov.ma/>
- مذكرة اقتصادية للبنك الدولي حول المغرب في أفق 2040 الاستثمار في رأس المال اللامادي لتسريع الإقلاع الاقتصادي : <https://urlz.fr/csA>
- تقرير حول المرأة الموظفة بمناصب المسؤولية في الإدارة العمومية بالمغرب، ماي 2018، وزارة الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري.
- نشرة المساواة، واقع المساواة بين الرجال والنساء في أرقام، منشورات المرصد الوطني للمرأة، العدد الأول 2020.

الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة في التشريع الجنائي البحريني

شيخة أحمد العليوي*

الملخص

ظهرت فكرة المراقبة الإلكترونية كثمرة من ثمرات توظيف التكنولوجيا العلمية الحديثة في مجال العدالة الجنائية، وقد كان المشرع البحريني سابقاً في تبني آلية الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة عن السجن، وذلك من خلال النص عليها في القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة، وذلك يأتي من رؤية المشرع البحريني بأثر المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة في تأهيل المحكوم عليه خارج أسوار السجن، وإعادة إدماجه في المجتمع كعضو فعال فيه، فضلاً عن أثرها في تفادي الأضرار النفسية والاقتصادية والاجتماعية الناتجة عن العقوبات السالبة للحرية. ونظراً لحدثة موضوع "الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة" في القانون الجنائي، أرتأينا دراسة هذه العقوبة في إطار التشريع البحريني.

(*) باحثة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق - جامعة البحرين.

الكلمات المفتاحية: المراقبة الإلكترونية، عقوبة بديلة، المحكوم عليه، العدالة الجنائية.

Abstract

The idea of the Electronic Monitoring emerged as a fruit of the employment of Modern Scientific Technology in the field of Criminal Justice, and the Bahraini legislator was a Pioneer in adopting the mechanism of the Electronic Monitoring as an Alternative Penalty to Jail by stipulating it in the Law No. (18) of 2017 regarding Alternative Penalties and Measures, and this comes from the Bahraini legislator's vision in the effect of Electronic Monitoring as an Alternative Penalty in rehabilitating the convict outside the Jail walls and reintegrating him into society as an effective member in it, as well as its effect on avoiding Psychological, Economic and Social harm resulting from Penalties Depriving Freedom. Since the subject of "Electronic Monitoring as a Modern Alternative Penalty" is a new topic in the Criminal Law, we have considered it to be researched to find out the framework of this Penalty in Bahraini legislation.

Keywords: Electronic Monitoring, Alternative Penalty, Convict, Criminal Justice.

لم يعد الذكاء الاصطناعي محصوراً في مجالات العلوم الاجتماعية، بل أصبح يفتح أبواب العلوم القانونية أيضاً، ليُستعان به في مجال العقوبات إيماناً بالكفاءة التي تقدّمها التقنية والتي أسهمت في تغيير الكثير من المعطيات والمتغيرات. الأمر الذي أدى إلى بروز فكرة المراقبة الإلكترونية كثمرة من ثمرات توظيف التكنولوجيا العلمية الحديثة في مجال العدالة الجنائية.

ويعتبر الخضوع للمراقبة الإلكترونية، أحد العقوبات البديلة المستحدثة التي تم إضافتها إلى النظام العقابي البحريني بموجب القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة الصادر في 19 يوليو 2017، والذي نص في مادته الثانية على أن: "العقوبات البديلة هي: هـ) الخضوع للمراقبة الإلكترونية"، والذي أتى كآلية عقابية حديثة إلى جانب العقوبات البديلة التقليدية المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم (46) لسنة 2002 بإصدار قانون الإجراءات الجنائية البحريني 2002، كوقف تنفيذ العقوبة⁽¹⁾،

(1) تشير المادة (325) من قانون الإجراءات الجنائية على "وقف تنفيذ العقوبة"، حيث تنص على أن: "يفرج فوراً عن المتهم المحبوس احتياطياً إذا كان الحكم صادراً بالبراءة أو بعقوبة أو تدبير غير سالب للحرية أو إذا أمر في الحكم بوقف تنفيذ العقوبة أو إذا كان المتهم قد قضى في الحبس الاحتياطي مدة العقوبة المحكوم بها".

كما تنص المادة (81) من قانون العقوبات البحريني على أن: "للقاضي عند الحكم في جريمة بالغرامة أو الحبس مدة لا تزيد على سنة أن يأمر بوقف تنفيذ العقوبة إذا تبين من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو ظروف جريمته أو سنه ما يحمل على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة"، فالمشروع يجيز وقف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية إذا كانت مدة الحبس لا تزيد على سنة.

والاختبار القضائي، والإفراج الشرطي⁽²⁾.

ولا تعد المناذاة باستبدال عقوبة السجن بعقوبة أخرى بديلة كالخضوع للمراقبة الإلكترونية وليدة اليوم، فقد نادى المؤتمرات الدولية بفكرة العقوبات البديلة كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية في عام 1950، بعد أن تبين أن الاعتماد على العقوبة ذاتها أو على البرامج الإصلاحية التقليدية أصبح غير قادر على الحد من الجريمة والانحراف، فمن هذه المؤتمرات: "المؤتمر الدولي لقانون العقوبات وعلم العقاب"، المنعقد في هولندا عام 1950، الذي أشار إلى أضرار السجن على المتهم اقتصادياً واجتماعياً، ونادى الدول إلى الأخذ ببدايله في حالة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، و"الحلقة الدولية للمعاملة العقابية الحديثة" المنعقدة في فرنسا عام 1959، التي دعت إلى إحلال بدائل غير سالبة للحرية بدلاً من العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، والمؤتمر السادس للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة المنعقد في فنزويلا عام 1980، الذي وصى بضرورة إصدار تشريع ينظم موضوع العقوبات البديلة لعقوبة السجن والعمل على نشره على نطاق واسع⁽³⁾.

(2) تشير المادة (314) من قانون الإجراءات الجنائية إلى الإفراج الشرطي، حيث تنص على أن: "يختص قاضي تنفيذ العقاب بما يأتي: ج - الإفراج تحت شرط وإلغائه".

(3) كما أشار المؤتمر السابع للأمم المتحدة المنعقد في ميلانو عام 1985 إلى أن هدف العقوبات البديلة هي إعادة دمج المحكوم عليهم في الحياة الاجتماعية كأعضاء فاعلين، حيث اعتمد في توصيته رقم (16) ما نصه: "وجوب اتخاذ التدابير اللازمة لعلاج ظاهرة تكديس السجناء، والاستعاضة ما أمكن من عقوبة السجن بالتدابير البديلة والمؤهلة لإعادة دمج المحكوم عليهم في الحياة الاجتماعية أعضاء فاعلين" عبدالله اليوسف، التدابير المجتمعية كبدايل للعقوبات السالبة للحرية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 1424هـ، ص 148.

وقد اتجهت أغلب الآراء القانونية إلى الإقرار بأن الخضوع للمراقبة الإلكترونية كبديل عن السجن يحقق الغرض الفعلي من العقوبة - ولا ينتقص منها - والممثل في تأهيل المحكوم عليه وإعادة إدماجه في المجتمع، لكن خارج أسوار السجن، فضلاً على معالجتها لمشكلة اكتظاظ السجناء وما ينتج عنه من آثار سلبية كتبادل الخبرات الإجرامية، إلى جانب مساهمتها في تخفيف التكاليف المالية الخاصة بالإنفاق على السجناء وإنشائها وإدارة مرافقها والإشراف عليها. الأمر الذي جعل اللجوء إلى اعتمادها في إطار السياسة العقابية الحديثة أمراً أكثر فاعلية.

وبالرغم من الآثار الإيجابية لتطبيق نظام الخضوع للمراقبة الإلكترونية كبديل للسجن، إلا أن ذلك لا يعني المطالبة بإلغاء عقوبة السجن بتاتاً، ذلك أن عقوبة السجن تمثل الحزم لمن يحاول العبث بالأمن والصالح العام، وخاصة لأصحاب السوابق الذين لم تردعهم العقوبة الأولى، إلا أن ما نود تبيانه في هذه الدراسة إلى أن عقوبة السجن لا تؤدي بالضرورة إلى الحد من الجريمة والسلوك المنحرف، كما أنها ليست صالحة لكل الأفراد وفي كل الأوقات والظروف.

ونظراً لحداثة موضوع "الخضوع للمراقبة الإلكترونية" كأحد بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية، وندرة المصادر والكتب العربية التي تشير إلى هذه العقوبة بشكل خاص، ارتأينا دراسة هذه العقوبة بشكل معمق لتبيان حدودها وأطرها المشار إليها بموجب القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة البحريني.

أولاً: إشكالية الدراسة:

يطرح موضوع "الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة في التشريع الجنائي البحريني" إشكالاً حول التأصيل التاريخي لفكرة المراقبة الإلكترونية، وخصائصها.

كما تثير الدراسة تساؤلات حول كيفية تحليل المواد القانونية التي عالج المشرع الجنائي البحريني بها آلية الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة في إطارها، وذلك لاستنباط طريقة تطبيقها، وشروطها، والجهة المختصة بفرضها، والجزاء الذي وضعه المشرع كنتيجة لخرق المتهم لها.

ثانياً: هدف الدراسة:

يكمن هدف الدراسة في تحديد البنيان القانوني للخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة.

ثالثاً: منهجية البحث:

تعتمد هذه الدراسة المنهج التحليلي الوصفي للقانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة البحريني، والذي سينتقل فيه الباحث من دراسة الجزء إلى دراسة الكل، حيث إنه من خلال هذا المنهج سيتم جمع البيانات والعلاقات المترابطة بطريقة دقيقة من أجل الربط بينها بمجموعة من العلاقات الكلية العامة، للتوصل إلى كيفية تنفيذ آلية الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة.

رابعاً: خطة الدراسة:

ارتأينا تقسيم دراسة " الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة في التشريع الجنائي البحريني " إلى مبحثين، يسبق ذلك مقدمة، يلي ذلك خاتمة مع النتائج والتوصيات التي سنتوصل إليها من خلال هذا البحث. وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة:

المطلب الأول: تعريف الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة.

المطلب الثاني: التأصيل التاريخي لفكرة الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة.

المطلب الثالث: خصائص عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة.

المبحث الثاني: البنيان القانوني للخضوع للمراقبة الإلكترونية:

المطلب الأول: آلية تنفيذ المراقبة الإلكترونية.

المطلب الثاني: شروط عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية.

المطلب الثالث: جزاء خرق عقوبة المراقبة الإلكترونية.

المبحث الأول

مفهوم الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة

سلكت مملكة البحرين منهج تطبيق فكرة العقوبات البديلة كبديل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، تزامناً مع تجارب الدول المتقدمة كفرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وكندا في تبني هذا النظام الرائد، والذي انعكس إيجاباً في انخفاض معدلات عدد من الجرائم هناك.

ويعتبر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، أحد الأساليب الحديثة البديلة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، وللتطرق حولها، يتوجب علينا الإشارة إلى تعريفها، والتأصيل التاريخي لها وخصائصها، والتي سنبينها على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة

إن العقوبة هي جزاء يقرره المشرع، وينطق به القاضي، بناء على حكم قضائي على من تثبت صلته بالجريمة. وإن جوهر العقوبة هي إيلام وإيذاء لمن توقع عليه. فهي إيلام يقصده المشرع حين يقرر العقاب من أجل جريمة معينة، ويقصده القاضي حين يقضي به على المتهم بالجريمة، ويقصده المكلف بتنفيذ العقاب حين ينفذه على من حكم به عليه. وهذا ما يميز العقوبة عن التدبير الاحترازي الذي يواجه حالة الخطورة الإجرامية، ولا يقصد به الإيلام حتى ولو تمخض عنه ألم، فهو إيلام غير مقصود⁽⁴⁾.

(4) د. محمد شنه، قانون العقوبات البحريني، القسم العام، الطبعة الثالثة، جامعة البحرين، 2012، مملكة البحرين.

وقد ذهب الفقه الجنائي إلى تعريف المراقبة الإلكترونية، على أنها: "إلزام المحكوم عليه بالإقامة في منزله، أو محل إقامته خلال ساعات محددة وبحيث يتم متابعة ذلك عن طريق المراقبة الإلكترونية"⁽⁵⁾. إلا أن هذا التعريف يعتبر غامضاً، فهو من جانب، يبين بأن العقوبة هي جبرية، في حين أنها أحد البدائل الرضائية للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، ومن ناحية أخرى، لم يوضح التعريف الفقهي ماهية المراقبة الإلكترونية بشكل واضح، بل وكرر المصطلح المراد تفسيره في متن التعريف عندما أشار إلى أنه: "يتم متابعة المحكوم عليه عن طريق المراقبة الإلكترونية"، كما أنه لم يبين بأن نفاذ العقوبة مرتبط بحكم القضاء.

ويعتبر التعريف الفقهي الآخر الذي عرّف المراقبة الإلكترونية بأنها: "نظام إلكتروني للمراقبة عن بعد، بموجبه يمكن التأكد من وجود أو غياب شخص عن المكان المخصص لإقامته بموجب حكم قضائي، حيث يسمح للمحكوم عليه بالبقاء في منزله، لكن تحركاته محدودة ومراقبة بمساعدة جهاز مثبت في معصمه أو في أسفل قدمه"، أكثر وضوحاً من نظيره الأول، لأنه يبين آلية عمل المراقبة الإلكترونية بأنها معتمدة على التقنية، وأوضح طريقة عملها، ومن ثم أوضح ارتباط إنفاذها بموجب حكم قضائي.

ولم يعرّف القانون البحريني رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة الصادر بتاريخ 19 يوليو 2017، المراقبة الإلكترونية، بل عرّف العقوبة البديلة بشكل عام في المادة الأولى منه، والتي أشارت إلى

(5) د. عدنان البرماوي، الوضع تحت مراقبة الشرطة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، 2004، ص372، أشار إليه د. رامي القاضي، نظام المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، العدد 63، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، ص285.

أنها: "إحدى العقوبات المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون، والتي يجوز للقاضي أن يقضي أو يأمر بها بدلاً عن العقوبة الأصلية، في الأحوال المبينة في هذا القانون". في حين أشار القانون إلى آلية تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية في المادة (7) منه، والتي أشارت إلى أن: "الخضوع للمراقبة الإلكترونية يكون بمراقبة حركة وتنقل المحكوم عليه إلكترونياً بوحدة أو أكثر من وسائل المراقبة الإلكترونية المتاحة بوزارة الداخلية".

وفقاً لذلك التعريف، فإن عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية لا يمكن أن تكون عقوبة أصلية أبداً، بل تكون بديلة عنها، كما أنه لا يمكن تنفيذها إلا بموجب حكم قضائي نهائي بات على المحكوم عليه، إلى جانب أنها أحد البدائل الرضائية للعقوبات السالبة للحرية، والتي لا يمكن إجبار المحكوم عليه للأخذ بها بديلاً عن عقوبته الأصلية.

المطلب الثاني

التأصيل التاريخي لفكرة الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة

إن لتحديد أغراض العقوبة أهمية كبيرة في علم العقاب، فهو يساعد على اختيار أفضل أساليب المعاملة العقابية التي تكفل تحقيق هذه الأغراض على النحو الذي تقتضيه مصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة وتحقيق العدالة الجنائية في آن واحد.

وقد تطورت أغراض العقوبة مع تطور الأنظمة العقابية، فكانت تتجسد العقوبة ابتداءً في غرض الانتقام بالتكفير عن المذنب سواءً اتخذ الشكل الفردي أو الانتقام الجماعي، ومن ثم اضطلعت المدارس الجنائية دوراً في التأكيد على الغرض النفعي المتمثل في تحقيق الردع العام، وبعدها أصبح تحقيق العدالة الهدف الآخر الذي يُضاف إلى الردع العام عند أنصار

المدرسة التقليدية الثانية أو الجديدة، وفي مرحلة رابعة أعيد للردع العام أهميته مرة أخرى، وغُلب كغرض للعقوبة الجنائية لدى مدارس الوسط التوفيقية، إلى أن استقر الأمر بإعلاء الهدف التأهيلي والإصلاحي للمجرم كأسمى أهداف العقوبة مجتمعة عند أنصار حركة الدفاع الاجتماعي الجديد⁽⁶⁾.

وعليه، فإن مبررات اللجوء إلى الخضوع إلى المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة تستند إلى حركة الدفاع الاجتماعي القائمة على "الهدف التأهيلي والإصلاحي"، والتي أسست البناء لسياسة جنائية إنسانية ليست قائمة على السجن باعتباره البديل الوحيد للتأهيل والإصلاح، وإنما فتحت المجال لبدائل وخيارات إنسانية عقابية أخرى لتكون صالحة لتأهيل وإصلاح وإدماج المحكوم عليهم في المجتمع مرة أخرى، خارج أبواب السجن أيضًا.

وترجع ظهور فكرة المراقبة الإلكترونية لأول مرة إلى تجارب الأخوين Schwitzgebel عالمي جامعة هارفارد الأمريكية في عام 1964، حيث أعدا نظامًا لمراقبة لاسلكية، وقاما بتجربته في ولاية بوسطن الأمريكية على (16) محكومًا عليهم، وقد استفادوا من نظام الإفراج الشرطي، وتلا ذلك، تجارب أخرى مشابهة في إطار برنامج استهدف التقليل من حالات الانتحار في مدينة سانت لويس الأمريكية عام 1971. أما طريقة اعتماد آلية المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة، فهي ترجع للقاضي الأمريكي Jack love، الذي عرض فكرة إنتاج جهاز الإرسال والاستقبال لاكتمال العناصر الفنية للمراقبة الإلكترونية على أحد موزعي البرمجيات الأمريكية في عام 1977م، لصنع سوار إلكتروني في معصم اليد، مستمدًا بذلك من فكرة المسلسل الكراتوني

(6) أمينة عيسى، العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة وبدائلها، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، 2010، ص 20.

"الرجل العنكبوت" الذي تقضي مجرياته باستطاعة الشرير في المسلسل تحديد مكان بطل القصة بفضل جهاز معصم اليد⁽⁷⁾.

الجدير بالذكر، بأنه دخل مُصطلح الخضوع للمراقبة الإلكترونية إلى النظام العقابي الأمريكي عام 1964، وتم تطبيقه في 1983 بعد نجاحه⁽⁸⁾.

كما يرجع تاريخ طرح فكرة الخضوع للمراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة في فرنسا إلى عام 1990، والذي قدمت اللجنة المعنية بتطوير الخدمات العقابية الفرنسية برئاسة السيد Bonnemaïson اقتراحًا يتعلق بتبني نظام المراقبة الإلكترونية كأحد وسائل علاج مشكلة زيادة أعداد السجناء في المؤسسات العقابية الفرنسية، إلا أن الاقتراح قوبل بالرفض، ومن ثم تم إعادة مناقشته من قبل السيناتور Guy Cabanel في تقريره المقدم إلى رئيس مجلس الوزراء، والذي تضمن اعتبار المراقبة الإلكترونية أفضل الوسائل للوقاية من العود، وقد انقسمت الآراء حوله بين مؤيد ومعارض⁽⁹⁾.

ولم تظهر المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي إلا في عام 1997. ومن ناحية أخرى، تبنت إنجلترا وبلاد الغال نظام المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة عام 1989، والسويد عام 1994، وهولندا عام 1995، وبلجيكا عام 1998، وكذلك طبقت كل من البرتغال وإسبانيا وإيطاليا وألمانيا وسويسرا

(7) د. أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر 2009، ص 9-10.

(8) فريد روابح، السوار الإلكتروني مُراقبة إلكترونية بديلة عن عقوبة الحبس، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الرابع، العدد الثاني، الجزائر، 2019، 223-224.

(9) د. رامي القاضي، انظر المرجع السابق، ص 273.

والمجر المراقبة الإلكترونية في عام 2006⁽¹⁰⁾، كما اعترف المشرع البحريني بنظام المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة من خلال النص عليها في قانون العقوبات والتدابير البديلة الصادر عام 2017، لتكون بذلك - مملكة البحرين - أول دولة خليجية تعترف بالخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة.

المطلب الثالث

خصائص عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة

ومن خلال التعريف السابق والتأصيل التاريخي، يمكن بيان أهم خصائص عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة على النحو الآتي:

أولاً: شرعية عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية:

إن شرعية عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية تتمثل في أنها محددة بنص القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة، وعليه، فإنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بها إلا بعد نفاذ قانون العقوبات والتدابير البديلة، فضلاً عن أن سلطان القاضي مقيد بفرض عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية في الحدود المبنية في القانون المشار إليه، فالمشرع وحده هو الذي يملك بيان الأفعال المعاقب عليها، وتحديد العقوبات التي توقع على مرتكبيها، امثالاً للقاعدة الجنائية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". وقد أكد دستور مملكة البحرين على شرعية عقوبة الخضوع للمراقبة

(10) فريد رواج، انظر المرجع السابق، 223-224.

الإلكترونية في المادة (20)- (أ) التي نصت على أن: " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها".

ثانياً: قضائية عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية:

تعتبر السلطة القضائية هي الجهة المختصة بفرض عقوبة المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة، فهي تصدر بموجب حكم من المحكمة المختصة التي تعينها قواعد الاختصاص، لتنظر في القضايا الجنائية ضمن حدود ولايتها، ولا يجوز لأي جهة أخرى - كالسلطة التنفيذية - فرضها، وإلا أصبح قرار فرضها لعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية مهدداً بالإلغاء لعدم المشروعية.

وقد وضع دستور مملكة البحرين ضمانات دستورية على مبدأ قضائية عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية، حيث نصت المادة (20) الفقرة الثانية منه على أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفقاً للقانون".

ثالثاً: شخصية عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية:

إن شخصية عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية، تعني بأنه لا يستفيد منها إلا المحكوم عليه الذي ارتكب الجريمة أو أسهم فيها دون مساس بغيره من الأبرياء، مادام لم تسند لهم يد في ارتكاب الجريمة سواء بصفتهم فاعلين أصليين أو شركاء. وعليه لا يصح أن تفرض المراقبة الإلكترونية على أحد أفراد أسرة المحكوم عليه أو أصدقائه أو أقاربه.

وقد أكد دستور مملكة البحرين على شخصية عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية في نص المادة (20) الفقرة الثانية منه التي تشير إلى أن: "العقوبة شخصية".

رابعاً: القيمة العقابية لعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية:

تعتبر القيمة العقابية لعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية مثار خلاف بين شراح القانون، فيذهب الاتجاه المؤيد لها، بالاعتراف بها كعقوبة تجمع ما بين الردع والتأهيل، وتقوم بالدرجة الأولى على الثقة بالمحكوم عليه وإبعاده عن عزلة السجن، وضمان إبقائه في المجتمع⁽¹¹⁾. كما يذهب البعض إلى أنها تعتبر أسلوباً فاعلاً في تقرير العقاب، وله منافع للإدارة العقابية، فهو يقلص حالات العود إلى الجريمة، ويخفف من حدة السجن، ويساهم في الاقتصاد في التكاليف المالية الخاصة بالإنفاق على السجن وإنشائها وإدارة مرافقها والإشراف عليها، كما أنه من ناحية أخرى، فإن لهذا النظام منافع أيضاً للمحكوم عليه، فهو يجنبه مساوئ السجن ومضاره، ويسمح له بالاحتفاظ بدفء الحياة العائلية والمهنية، دون فقدانها، ويسمح له أيضاً بأن يصبح جزءاً فاعلاً في تنفيذ عقوبته، ويسهم في المحافظة على مقومات الاندماج الاجتماعي⁽¹²⁾.

في حين يشكك الاتجاه المعارض للقيمة العقابية لعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية في أساسه القانوني، مستندين إلى أن الاعتراف بها يؤدي إلى تآكل العقوبة، ويفقدتها مضمونها وأهدافها⁽¹³⁾. كما يذهب البعض إلى

(11) القاضي أسامة الكيلاني، بحث بعنوان "العقوبات البديلة للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، فلسطين، 2013، 49.

(12) د. رامي القاضي، انظر المرجع السابق، ص 278-283.

(13) القاضي أسامة الكيلاني، انظر المرجع السابق، 49.

أن السوار الإلكتروني ينال من الحرية الإنسانية في الحياة، وحرية التنقل، وسلامة الجسد، ويمس بالحق في الخصوصية وحرمة المنازل، ويمس الذمة المالية التي هي من أهم حقوق الإنسان. كما يذهب البعض المتفق مع هذا الاتجاه إلى أن الخضوع للمراقبة الإلكترونية ليس فيه أي عقوبة، بل يبدو على أنه "مزية"، ومن الأولى أن يكون للعقوبة ذاتها في التهديد والتخويف بما يحقق معه الردع والفائدة الاجتماعية⁽¹⁴⁾.

ونحن نتفق مع ما ذهب إليه الرأي الثاني، فإلى جانب مميزات الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة، إلا أنه لا يمكن القول بأنها تحقق وظيفة العقوبة في الردع، كما أنها لا تمنع من العود في الجريمة، فضلاً عن أنها لا تحقق الحماية المطلوبة للمجتمع، بل وقد تشكل خطراً عليه. ومن الأولى حصرها على جرائم محدودة وعدم إطلاقها على كافة الجرائم المحكوم فيها بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة، وذلك كما فعل المشرع الإسباني من خلال استخدام تطبيق آلية المراقبة الإلكترونية لحماية النساء من أزواجهن في جرائم العنف الأسري فقط حيث بلغ عدد الأزواج الذين يرتدون السوار الإلكترونية في إسبانيا (450) زوجاً⁽¹⁵⁾.

(14) عمر سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000، ص 29.

(15) د. رامي القاضي، انظر المرجع السابق، 264.

المبحث الثاني البيان القانوني للخضوع للمراقبة الإلكترونية

يتوجب علينا لتوضيح البيان القانوني للخضوع للمراقبة الإلكترونية، الإشارة إلى آلية تنفيذها، ومن ثم تبين شروطها، والجزاء المترتب على خرقها، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول آلية تنفيذ المراقبة الإلكترونية

أشار المشرع البحريني إلى المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة في القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة، في المادة (7) التي بيّنت آلية تطبيقها، فأشارت إلى أن: "الخضوع للمراقبة الإلكترونية يكون بمراقبة حركة وتنقل المحكوم عليه إلكترونياً بوحدة أو أكثر من وسائل المراقبة الإلكترونية المتاحة بوزارة الداخلية".

كما حدد قرار وزير الداخلية رقم (76) لسنة 2018 الصادر بتاريخ 16-5-2018م بشأن تحديد الجهة المعنية وآلية تنفيذ العقوبات والتدابير البديلة، الجهة المختصة بتجهيز المحكوم عليه للخضوع للمراقبة الإلكترونية، فنصت المادة (14) منه على أن: "تتولى المديرية الأمنية - بالاشتراك مع الجهات الفنية المختصة - وبمتابعة من إدارة تنفيذ الأحكام، تجهيز المحكوم عليه بإحدى وسائل المراقبة الإلكترونية أو أكثر، والمتاحة بوزارة الداخلية، على أن يحزر مأمور الضبط القضائي بالمديرية الأمنية محضراً بالإجراءات يثبت فيه وسيلة المراقبة التي تم تجهيز المحكوم عليه بها وتفعيلها وبدء التنفيذ".

وبالتالي، يعتمد أسلوب المراقبة الإلكترونية على السماح للمحكوم

عليه البقاء في منزله، بشرط أن تكون تحركاته محدودة، على أن تتم المراقبة بواسطة جهاز شبيه بالساعة أو السوار، يثبت في معصم يد المحكوم عليه أو في ساقه، لذلك أطلق على هذا النظام (السوار الإلكتروني)⁽¹⁶⁾.

ولوسائل المراقبة الإلكترونية عدّة صور تبرز طريقة عمل السوار الإلكتروني، سنوردها على النحو التالي⁽¹⁷⁾:

الصورة الأولى: طريقة البث المتواصل:

وهي متبناه في غالبية الدول التي أخذت بهذا النظام، وبها يرسل السوار كل خمس عشرة ثانية إشارات محددة إلى مستقبل موصل بالخط الهاتفي في مكان إقامة الشخص وينقل هذا المستقبل إشارات أوتوماتيكية إلى نظام معلوماتي مركزي مجهز بتقنيات يمكنها أن تسجل هذه الإشارات والمعلومات، ويوجد هذا النظام لدى الجهة التي تتولى رقابة المحكوم عليه.

الصورة الثانية: وتسمى طريقة التحقق الدقيق:

وبموجبها يرسل نداء تلفوني بشكل أوتوماتيكي إلى بيت أو مكان إقامة الشخص، ويستقبل هذا النداء ويرد عليه عبر رمز صوتي أو تعريف لفظي.

الصورة الثالثة: وهي المراقبة عبر الستلايت (الأقمار الصناعية):

وتكون عن طريق ربط السوار الإلكتروني بقمر صناعي يراقب مكان تواجده، وذلك من خلال توفير معلومات عن الموقع الجغرافي، إذ إن السوار مزود بجهاز استقبال (المتبع بواسطة الأقمار الصناعية) يسمح بتتبعه

(16) القاضي أسامة الكيلاني، انظر المرجع السابق، ص 49.

(17) عبدالله اليوسف، انظر المرجع السابق، ص 18.

بدقة عالية، وهذا النظام معمول به لدى الولايات المتحدة الأمريكية ومملكة البحرين.

الجدير بالذكر، أن المشرع البحريني لم يحدد مدة خضوع المحكوم عليه للمراقبة الإلكترونية، في حين حددها المشرع الفرنسي بخمسة عشر يوماً قابلة للتجديد مرة واحدة، وحددها المشرع الجزائري بمدة أربعة أشهر قابلة للتجديد⁽¹⁸⁾.

المطلب الثاني

شروط عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية

حدد القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة، شروط إخضاع المحكوم عليه لعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة، سنوردها على النحو الآتي.

الشرط الأول: أن تكون العقوبة الأصلية سالبة للحرية قصيرة المدة:

يُستنبط من نص المادة (10) من قانون العقوبات والتدابير البديلة التي تشير إلى أنه: " للقاضي عند الحكم بعقوبة الحبس... " ، بأنه يشترط لتطبيق المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة، أن تكون العقوبة الأصلية التي نطق بها القاضي سالبة للحرية، ومن ثم لا مجال لتطبيق المراقبة الإلكترونية على العقوبات الأخرى الصادرة كالغرامة، ولا يصح قانوناً النطق بها كبديل عن وقف التنفيذ.

(18) المقارنة بين المادة 95. 706 من القانون الفرنسي ق إ ج ، والمادة (65 مكرراً) من قانون الإجراءات الجزائية فيما يتعلق بمدة المراقبة الإلكترونية أشار إليه: فريد روابح، ضمانات حرمة الحياة الخاصة أثناء إجراءات مراقبة الاتصالات الإلكترونية، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة سطيف، المجلد 2، العدد 2، الجزائر، 2020، ص21.

كما اشترط المشرع البحريني مدّة محددة للعقوبة السالبة للحرية والتي يجوز على إثرها الحكم باستبدالها بعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية، وهي مدة لا تزيد على سنة، استنادًا إلى نص المادة (10) من قانون العقوبات والتدابير البديلة من القانون، التي تشير إلى أنه: "للقاضي عند الحكم بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أن يستبدل بها بعد تحديد مدة الحبس عقوبة بديلة...".

ولم يحصر قانون العقوبات والتدابير البديلة جوازية استبدال الحبس بعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية في الجرح فقط، بل أجاز الاستبدال في الجنايات أيضًا متى ما توافرت في الأخيرة مبررات الحكم بعقوبة الحبس، وذلك في الأحوال التي تستخدم فيها الظروف المخففة المنصوص عليها في القانون، إذا نزلت المحكمة بالعقوبة لمدة سنة⁽¹⁹⁾، وذلك استنادًا إلى المادة (10) من قانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة، التي تنص على أن: "للقاضي عند الحكم بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أن يستبدل بها بعد تحديد مدة الحبس عقوبة بديلة...".

واستثنى المشرع البحريني من النص العام، جوازية استبدال عقوبة الحبس لمدة تزيد على سنة أو السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات بعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية، بشرط أن تكون مقترنة بعقوبة الإقامة

(19) ولا تهدف العقوبة السالبة للحرية المؤقتة (قصيرة المدة) إلى تقرير العقاب بقدر أنها تكون موجهة للإصلاح، وعليه تتجه أغلب التشريعات إلى أن يكون نطاق تطبيق العقوبة البديلة في العقوبات الأصلية قصيرة المدة التي لا تزيد على سنة، وهي عقوبة أصلية قد تكون في مواد الجرح والجنايات أيضًا. حيث تكون في مواد الجنايات في الأحوال التي تستخدم فيها الظروف التخفيفية المنصوص عليها في القانون إذا نزلت المحكمة بالعقوبة لمدة سنة. القاضي أسامة الكيلاني، انظر المرجع السابق، ص 10-11.

الجبرية، وذلك في حالة ما إذا تبين من الظروف الشخصية أو الصحية للمتهم عدم ملاءمة تنفيذ عقوبة الحبس أو السجن عليه، حيث تنص المادة (11) من قانون العقوبات والتدابير البديلة على أن: "للقاضي عند الحكم بعقوبة الحبس لمدة تزيد على سنة ولا تتجاوز خمس سنوات أو السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا تبين له من الظروف الشخصية أو الصحية للمتهم عدم ملاءمة تنفيذ عقوبة الحبس أو السجن وفقاً للتقارير التي يطلبها أو تقدّم إليه، أن يستبدلها بها بعد تحديد مدة الحبس أو السجن عقوبة الإقامة الجبرية في مكان محدد وحدّها أو مقترنة بأية عقوبة بديلة أخرى من المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون".

الشرط الثاني: أن تصدر بحكم قضائي:

ويُستنبط من المادة (10) من قانون العقوبات والتدابير البديلة، بأن نظام المراقبة الإلكترونية يشترط أن يصدر بحكم قضائي نهائي بات على المحكوم عليه، وبالتالي لا يمكن أن يفرض من أي جهة إدارية، وفقاً للعبارة التالية: "للقاضي عند الحكم بعقوبة الحبس... أن يستبدل بها".

ويفهم من ذلك أيضاً، بأن حكم استبدال عقوبة الحبس أو السجن بالخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة، أمر متروك تقديره للسلطة التقديرية للقاضي ومن إطلاقات محكمة الموضوع. وعليه، فإن الأمر جوازي له وليس وجوبياً. ولا يمكن فرضه على القاضي من قبل المحكوم عليهم بالعقوبة السالبة للحرية.

ونطرح حيثيات حكم قضائي من أحد محاكم القضاء البحريني يؤكد على ذلك، فقد طعن المتهمون على الحكم الصادر ضدهم من المحكمة الجنائية، والذي يدينهم بجرائم إشعال حريق في الإطارات، والاشتراك في تجمهر في مكان عام مؤلف من أكثر من خمسة أشخاص، وانتهوا إلى أن

الحكم لم يعمل في حقهم قانون العقوبات والتدابير البديلة، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه⁽²⁰⁾. إلا أن محكمة التمييز البحرينية قضت في ذلك بأنه: "من المقرر أن تقدير العقوبة في الحدود المقررة قانوناً هو من إطلاقات

(20) " حيث إن الطاعنين ينعون على الحكم المطعون فيه أنه إذ دانهم وآخرين بجرائم إشعال حريق في الإطارات المبينة بالأوراق من شأنه تعريض حياة الناس وأموالهم للخطر والاعتداء على سلامة جسم موظف عام أثناء تأدية وظيفته، والاشتراك في تجمهر في مكان عام مؤلف من أكثر من خمسة أشخاص، الغرض منه الإخلال بالأمن العام باستخدام العنف وحيازة وإحراز عبوات قابلة للاشتعال - مولوتوف - قد شابه القصور في التسبب والفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع، ذلك أنه جاء مبهمًا غامضًا لم يبين واقعة الدعوى ببيانًا تتحقق به أركان جريمة إشعال الحريق التي دانه بها، ومؤدي الأدلة التي عول عليها في بيان واضح جلي، وعول على أقوال الشاهد الثاني التي تجافي الحقيقة فضلاً عن تناقضها في مواضع عددها، وعول في قضاؤه بالإدانة على اعترافات المتهمين الأول والثاني بتحقيقات النيابة العامة والمتهم الثالث بمحضر جمع الاستدلالات رغم بطلانها، كونها وليدة إكراه مادي ومعنوي فضلاً عن عدولهم عن هذه الاعترافات، مما كان لازمة على المحكمة أن تجرى تحقيقات في هذا الشأن تقف فيه على حقيقته، وكذا على تحريات الشرطة رغم أنها لا تصلح دليلاً في الإدانة وعدم جديتها وبطلانها للشواهد التي أوردتها بأسباب طعنه ومنها عدم الإفصاح عن مصدرها، وعدم توصلها لدور كل متهم في ارتكاب الواقعة وطول مدة إجرائها، كما لم يستظهر الحكم بجلاء أركان جريمتي الاعتداء على سلامة جسم موظف عام وحيازة وإحراز عبوات قابلة للاشتعال والأدلة عليها، وضرب صفحاً عن طلبهم بسماع أقوال باقي شهود الإثبات، وضم الشكوى رقم (56) لسنة 2013 والمقدمة للنيابة العامة بشأن بطلان اعترافه بمحضر جمع الاستدلالات، وأوقع عليهم عقوبة الجريمة الأشد دون أن يفصح عن هذه الجريمة، فضلاً عن أنها عقوبة قاسية لم يراع فيها الحكم ظروف المتهمين، وأخيراً لم يعمل الحكم في حقهم قانون العقوبات والتدابير البديلة، كل ذلك مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.الطعن رقم (372) لسنة 2018 قضائية بتاريخ 03-12-2018 [رفض]

محكمة الموضوع دون معقب ودون أن تسأل عن الأسباب التي من أجلها أوقعت العقوبة بالقدر الذي ارتأته، فإن ما يثيره الطاعنون بشأن العقوبة التي أوقعها عليهم لا يكون مقبولاً. لما كان ذلك، وكان من المقرر أن الأمر بتطبيق مواد القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة هو كتقدير العقوبة في الحدود المقررة بالقانون، مما يدخل في حدود سلطة قاضي الموضوع، فمن حقه وفقاً لما هو مقرر بنص المادة (11) من القانون ذاته تبعاً لما يراه من ظروف شخصية أو صحية تكون قد ألتمت بالمتهم، أن يأمر بتطبيقه وهذا الحق جوازي له ليس للمتهم شأناً فيه، ومن ثم فإن معنى الطاعن في هذا الشأن يكون غير سديد" (21).

ويكون للقاضي عدّة مبررات عند فرض المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة، قد تتعلق بالمحكوم عليه، كأن يكون المحكوم عليه يمارس نشاطاً مهنيًا كما لو كان طبيباً، أو بسبب متابعته تحصيله العلمي، أو تدريب عملي، أو تأهيل مهني، أو ممارسته لعمل مؤقت تقتضي مستلزماته إعادته للاندماج الاجتماعي، أو أن يكون رب أسرة تعتمد أسرته عليه في معاشها، أو أن يكون مريضاً يستلزم معه مرضه الخضوع لعلاج دائم؛ كما لو كان يعاني من مرض الكلى الذي يستلزمه غسل الكلى باستمرار، وهي تقنية يصعب توافرها في مراكز الإصلاح والتأهيل (22). وكذلك تكون عقوبة المراقبة الإلكترونية أكثر ملاءمة إلى جانب الفئات السابقة، بالنسبة إلى فئات كبار السن الذين ليس لديهم سوابق إجرامية، إلى جانب فئة النساء (23).

(21) الطعن رقم 372 لسنة 2018 قضائية بتاريخ 03-12-2018 [رفض].

(22) القاضي أسامة الكيلاني، انظر المرجع السابق، ص 51.

(23) د. نسيغة فيصل، بدائل العقوبات الجنائية القصيرة المدة كآلية إصلاح وتأهيل في ظل السياسة الجنائية المعاصرة: عقوبة العمل للنفع العام أنموذجاً، ملحق خاص

الشرط الثالث: موافقة المحكوم عليه:

لم يُبين المشرع البحريني في قانون العقوبات والتدابير البديلة، ما إذا كان يُشترط موافقة المحكوم عليه لإخضاعه للمراقبة الإلكترونية كبديل لعقوبته السالبة للحرية قصيرة المدة المحكومة عليه. في حين كان لشرح القانون الفرنسي رأي صريح في ذلك، حيث ذهبوا بأنه لا يمكن اتخاذ مُقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية إلا بموافقة المحكوم عليه أو ممثله القانوني إذا كان قاصراً⁽²⁴⁾.

كما اشترط القانون الإنجليزي رضا المحكوم عليه (حتى يتسنى للمحكمة أن تنطق بحظر التجول المصحوب بالمراقبة الإلكترونية، فإذا توقف التنفيذ السليم للمراقبة الإلكترونية على شخص آخر غير المحكوم عليه فلا بد من الحصول على رضاه)⁽²⁵⁾.

وعليه فإنه يشترط رضا المحكوم عليه بعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية، وبالتالي لا يجوز للقاضي إجباره عليها، وذلك باعتبار أن عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية من العقوبات الرضائية⁽²⁶⁾ التي لا يستطيع القاضي فرضها على المحكوم عليه إلا إذا وافق عليها الأخير.

-
- لأبحاث المؤتمر السنوي الرابع بعنوان: "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، العدد (2)، الجزء الثاني، الجزائر، 2017، ص 424.
- (24) فريد روايح، انظر المرجع السابق "السوار الإلكتروني..."، ص 230.
- (25) ياسين مفتاح، المراقبة الإلكترونية الجزائية كعقوبة بديلة عن عقوبة الحبس في القانون الإنجليزي، دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، مجلد 10، العدد 3، الجزائر، 2018، ص 307.
- (26) (فهي تعتبر أحد البدائل الرضائية للعقوبات السالبة للحرية...). د. رامي القاضي، انظر المرجع السابق، ص 285.

الشرط الرابع: وجود محل إقامة أو خط هاتف:

وطالما أن المراقبة الإلكترونية تستلزم بالأساس بقاء المحكوم عليه في منزله وعدم التغيّب عنه، فإنه يجب أن يثبت المعني محل إقامة محدد وثابت في مملكة البحرين حتى يتم تطبيق العقوبة البديلة عليه، وعلى سبيل المخالفة، لا تطبق عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية على الأجنبي الذي ليس له محل إقامة ثابت في مملكة البحرين. وقد أضاف القانون الفرنسي شرط وجود خط هاتفي ثابت دون أي ملحقات (مجيب آلي)، وضرورة الحصول على موافقة مالك أو مؤجر العقار إذا كانت إقامة الشخص في غير منزله⁽²⁷⁾.

المطلب الثالث

جزاء خرق عقوبة المراقبة الإلكترونية

تفترض المراقبة الإلكترونية قيام المحكوم عليه بتنفيذ التزامات محددة تحت إشراف قاضي تطبيق العقوبة، فإذا أقدم المحكوم عليه على أي سلوك مخالف لنظام المراقبة المفروض عليه بحكم القانون، ففي هذه الحالة، سيكون عرضة لتدابير زجرية تدخل في نطاق صلاحية وسلطة قاضي تطبيق العقوبة، فهذا الأخير هو وحده المخول له حق سحب المراقبة الإلكترونية في حالة ثبوت أن المحكوم عليه أخل بالتزامات المراقبة⁽²⁸⁾.

وفي هذا السياق، نلاحظ أن المشرع البحريني أجاز إلغاء نظام المراقبة الإلكترونية والعودة لتنفيذ العقوبة الأصلية أو ما تبقى منها، كجزاء لقيام

(27) فريد روابح، انظر المرجع السابق "السوار الإلكتروني..."، ص 231.

(28) د. محمد سويدي، قانون الجنائي والمسطرة الجنائية، جامعة عبد المالك السعدي- طنجة المجلة المغربية، العدد 397.

المحكوم عليه بخرق العقوبة البديلة، وذلك استناداً لما نصت عليه المادة (16) من قانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة، والتي تشير إلى أنه: "يختص قاضي تنفيذ العقاب بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقوبة البديلة أو إلغائها، وإصدار جميع القرارات والأوامر المتعلقة بها، بعد سماع أقوال النيابة العامة، وله على الأخص ما يلي:

أ) الأمر بتنفيذ العقوبة الأصلية أو ما تبقى منها أو الإلزام بعقوبة بديلة أخرى في حالة الامتناع عن تنفيذ أي من العقوبات البديلة أو الإخلال بها خلال مدة تنفيذها".

الخاتمة

إن نظام المراقبة الإلكترونية المطبق في العديد من الدول، كان نتاجاً للعديد من الإشكالات التي طالت تطبيق العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة التي لا تحقق الأهداف المرجوة من السياسة العقابية الحديثة، حيث دفع العديد من التشريعات الجنائية الحديثة إلى إعادة تقييم هذه العقوبة، وتنظيمها على أساس الهدف الجديد للسياسة الجنائية المعاصرة، وهو التأهيل الاجتماعي للمحكوم عليه دون سلب الحرية.

وقد بيّنا في هذه الدراسة مفهوم الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة في المبحث الأول، ومن ثم تطرقنا إلى البنيان القانوني للخضوع للمراقبة الإلكترونية في المبحث الثاني.

وتوصلنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: إن اعتماد فكرة المراقبة الإلكترونية يعتبر ثمرة من ثمرات الذكاء الاصطناعي، وتوظيف التكنولوجيا العلمية الحديثة في مجال العدالة الجنائية.

ثانياً: تم استحداث آلية الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة حديثة في النظام العقابي البحريني بموجب القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة، إلى جانب العقوبات البديلة التقليدية المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم (46) لسنة 2002 بإصدار قانون الإجراءات الجنائية البحريني 2002، كوقف تنفيذ العقوبة، والاختبار القضائي، والإفراج الشرطي.

ثالثاً: إن المراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة تأتي كنموذج للإصلاح بدل الاعتماد على العقوبة لوحدها أو على البرامج الإصلاحية التقليدية، والتي باتت غير قادرة لوحدها على الحد من الجريمة والانحراف.

رابعاً: إن المطالبة بعقوبة المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة لا تعني المطالبة بإلغاء عقوبة السجن بتاتاً، ذلك أن عقوبة السجن تمثل الحزم لمن يحاول العبث بالأمن والصالح العام، وخاصة لأصحاب السوابق الذين لم تردعهم العقوبة الأولى.

خامساً: إن استبدال العقوبة الأصلية بعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

سادساً: يجب لإنفاذ عقوبة المراقبة الإلكترونية، صدور حكم قضائي نهائي بات على المحكوم عليه.

سابعاً: تعتبر المراقبة الإلكترونية أحد البدائل الرضائية للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، والتي لا يمكن فرضها جبراً على المحكوم عليه إلا إذا وافق عليها الأخير.

ثامناً: لا يمكن للقاضي النطق بعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة أصلية في الجرائم، بل كعقوبة بديلة للعقوبة الأصلية.

تاسعاً: يجوز الحكم في جرائم الجرح بالخضوع للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة، وكذلك في الجنايات متى توافرت مبررات الحكم بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة، وذلك في الأحوال التي تستخدم فيها الظروف المخففة المنصوص عليها في القانون إذا نزلت المحكمة بالعقوبة لمدة سنة.

عاشراً: أجاز المشرع البحريني للقاضي استبدال عقوبة الحبس لمدة تزيد على سنة أو السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات بعقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية، بشرط أن تكون مقترنة بعقوبة الإقامة الجبرية، وذلك في حالة ما إذا تبين من الظروف الشخصية أو الصحية للمتهم عدم ملاءمة تنفيذ عقوبة الحبس أو السجن عليه وفقاً للتقارير التي يطلبها أو تقدم إليه.

حادي عشر: نوصي المشرع البحريني، بالتدخل التشريعي في القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة، لينص على جرائم معينة ومحدودة، ليحصر بها نفاذ تطبيق عقوبة الخضوع للمراقبة الإلكترونية عليها، بدلاً من إطلاقها على كافة الجرائم، وذلك حفاظاً على المصلحة العامة.

ثاني عشر: نوصي المشرع البحريني بالتدخل التشريعي في القانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة، ليحدد مدة لخضوع المحكوم عليه للمراقبة الإلكترونية كعقوبة بديلة.

المراجع

أولاً: التشريعات:

- دستور مملكة البحرين الصادر عام 2002 وتعديلاته.
- قانون العقوبات البحريني الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1976، وتعديلاته.
- قانون الإجراءات الجنائية البحريني الصادر بموجب المرسوم بقانون رقم (46) لسنة 2002، وتعديلاته.
- قانون رقم (18) لسنة 2017 بشأن العقوبات والتدابير البديلة.

ثانياً: الكتب (المراجع):

- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، 1972.
- د. أحمد فتحي سرور، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1983-1982.
- أمينة عيسى، العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة وبدائلها، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، 2010.
- د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، 1982.
- د. سعيد حسب الله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، الطبعة الثانية، 2008، جامعة البحرين، مملكة البحرين.
- د. علي حسين الخلف، د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، 1982.
- علي السماك، الموسوعة القضائية، في التحقيق الجنائي العراقي، مطبعة الجاحظ، 1990.
- عمر سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000.
- د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة أوفست الزمان، بغداد، 1992.

- د. محمد شنه، قانون العقوبات البحريني، القسم العام، الطبعة الثالثة، جامعة البحرين، 2012، مملكة البحرين.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النقري للطباعة، بيروت، 1975.

ثالثاً: البحوث:

- أحسن مبارك طالب، الجريمة والعقوبة والمؤسسات الإصلاحية، دار الطليعة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، بيروت، 1423.
- د. أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر 2009.
- القاضي أسامة الكيلاني، بحث بعنوان "العقوبات البديلة للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، فلسطين، 2013.
- أيمن المالك، بدائل العقوبات السالبة للحرية كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، أطروحة دكتوراه، المملكة العربية السعودية، 2010.
- فريد روابح، السوار الإلكتروني مراقبة إلكترونية بديلة عن عقوبة الحبس، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الرابع، العدد الثاني، الجزائر، 2019.
- فريد روابح، ضمانات حرمة الحياة الخاصة أثناء إجراءات مراقبة الاتصالات الإلكترونية، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة سطيف، المجلد 2، العدد 2، الجزائر، 2020.
- د. رامي متولي القاضي، نظام المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، العدد 63، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، 2015.
- د. سليمان النحوي ود. لحاق عيسى، المراقبة الإلكترونية عقوبة بديلة، مجلة القانون، المجلد 8، العدد (2)، الجزائر، 2019.
- عبدالله اليوسف، التدابير المجتمعية كبديل للعقوبات السالبة للحرية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 1424هـ..

- د. عدنان البرماوي، الوضع تحت مراقبة الشرطة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، 2004.
- علي فهمي سرور، برنامج التواصل بين السجين والمجتمع، تقرير مقدم إلى مؤتمر المؤسسات العقابية، المملكة العربية السعودية، 1407هـ.
- د. محمد سويدي، القانون الجنائي والمسطرة الجنائية، جامعة عبد المالك السعدي- طنجة، المجلة المغربية، العدد
- د. نسيغة فيصل، بدائل العقوبات الجنائية القصيرة المدّة كآلية إصلاح وتأهيل في ظل السياسة الجنائية المعاصرة: عقوبة العمل للنفع العام أنموذجًا، ملخص خاص لأبحاث المؤتمر السنوي الرابع "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، العدد 2، الجزء الثاني، الجزائر، 2017.
- ياسين مفتاح، المراقبة الإلكترونية الجزائية كعقوبة بديلة عن عقوبة الحبس في القانون الإنجليزي، دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، مجلد 10، العدد 3، الجزائر.

رابعًا: الأحكام القضائية:

- أحكام محكمة التمييز البحرينية.
- أحكام محكمة النقض المصرية.

خامسًا: المواقع الإلكترونية:

- الموقع الرسمي لمفوضية الأمم السامية لحقوق الإنسان
<https://www.ohchr.org/AR/Pages/Home.aspx>
- الموقع الرسمي لهيئة التشريع والرأي القانوني /
<https://legalaffairs.gov.bh/>
- شبكة قوانين الشرق /
<https://www.eastlaws.com/>

حوارات
ولقاءات

حوار مع معالي المستشار عبدالله بن حسن البوعيين*

أجرى الحوار: د. علي الصديقي**



في مكتبه الواقع بالمنطقة الدبلوماسية في قلب العاصمة المنامة، كانت لنا فرصة ثمينة في الحوار والنقاش مع قاضي قضاة البحرين، رجلٌ من رجال أرض الحياة، وأحد أبرز أعلام القانون والقضاء في المملكة. بدأ حياته العملية في مجال القانون بعد نيّله شهادة الليسانس في الشريعة والقانون من جامعة الأزهر الشريف بجمهورية مصر العربية، ليلتحق بعدها بوزارة العدل والشؤون الإسلامية موثقاً عام 1988م، ثم قاضياً عام 1995م، ثم مارس العمل الإداري وكيلاً مساعداً لشؤون المحاكم والتوثيق بالوزارة، ثم أسندت إليه مهمة العمل التشريعي وصياغة النصوص القانونية، فعُيّن رئيساً لهيئة التشريع والإفتاء القانوني عام 2006م، حيث تولى خلالها أيضاً إدارة الانتخابات البرلمانية في البلاد. وفي عام 2017م، صدر أمر ملكي بتعيينه نائباً لرئيس المجلس الأعلى للقضاء رئيساً لمحكمة التمييز. لقد جمع في مسيرته العلمية والعملية بين العمل الإداري والتشريعي والقضائي،

(*) نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء، رئيس محكمة التمييز، مملكة البحرين.

(**) رئيس هيئة التحرير.

فكان ممن ساهموا في دفع السلطة القضائية قدمًا إلى الأمام، لتواكب مجرى الحياة وسرعتها الفائقة، كما كانت له بصمات حقيقية في تعزيز الكوادر القضائية البحرينية ورفد القضاء بالأكفاء من أبناء البحرين، فضلاً عن دوره في حلحلة مشكلة بطء التقاضي وتعقيد الإجراءات. خاض تحديات ليست سهلة في الانتقال الجذري وغير المسبوق في بنية القضاء النظامي إلى ما يُعرف بالتقاضي الإلكتروني، استجابة لمقتضيات التكنولوجيا الحديثة، ليصنع من النظام القضائي في البحرين نموذجاً عريماً في تسخير التكنولوجيا والتطورات التقنية في خدمة مرفق القضاء. إنه معالي المستشار عبدالله بن حسن بن أحمد البوعيينين نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء رئيس محكمة التمييز، الذي كان لمجلة الحقوقية شرف لقائه ومحاورته في موضوعات تمس صميم العمل القضائي، فكان صدره رحباً وقلبه مفتوحاً وصريحاً وشفافاً أمام ما عرضنا عليه من تساؤلات واستفهامات.



معالي المستشار عبدالله بن حسن البوعيينين

❖ كيف تعامل القضاء البحريني مع تحديات التقاضي عن بعد، والاستجابة لمقتضيات التحول إلى القضاء الإلكتروني، وأين يمكن تصنيف القضاء البحريني ضمن الأنظمة القضائية المقارنة في التفاعل مع المعطيات الإلكترونية الحديثة؟

في البداية يجب أن نضع بعين الاعتبار أن التحول إلى القضاء الإلكتروني ضرورة حتمية لمواكبة روح العصر، فالتحول ليس مرتبطاً بجائحة كورونا وتداعياتها فحسب، فالعالم كله منذ فترة طويلة يتجه نحو اعتماد الوسائل الإلكترونية لأغراض التسهيل على المراجعين وحماية البيئة، وتذليل الصعاب التي تواجه أصحاب المصالح. فالتحول الإلكتروني في القضاء البحريني بدأ منذ فترة، وهو ليس مرتبطاً بالجائحة، وإنما كشفت أزمة كوفيد-19 ضرورة هذا التحول والحاجة إليه. إن النظام القضائي لدينا كان جاهزاً ومستعداً، ولدينا الكثير من المشاريع كانت قيد التنفيذ قبل الجائحة، فلما تداعى العالم بسبب أزمة كورونا، كان قضاؤنا مستعداً ولم ندخل في حالة ارتباك، كما أن قضاءنا لم يتوقف، فكل ما حصل هو إعادة تنظيم وجدولة الجلسات بغرض تحديد العدد المسموح به في قاعات المحاكم، لمواكبة الحدث الكبير عبر تنظيم دخول المتقاضين والمحامين وأصحاب الحقوق، فلم نمنع أحداً من طلب الحق، فكل ما عملناه هو موازنة بين أمرين: استمرارية العمل القضائي عبر حفظ الحقوق وحمايتها فلا تتعطل العدالة، وبين حماية الناس والحفاظ على صحتهم من انتشار المرض، أي تحقيق (العدالة الناجزة) وحماية (الصحة العامة)، كلاهما لدينا كفتا ميزان تتساوان، ونحن في المجلس الأعلى للقضاء مؤمنون بهذه الموازنة، وهو ما انعكس على كل الإجراءات المتخذة.

ولله الحمد، نحن في البحرين قد حققنا الكثير من الأمور في هذا

الصدد، في حين أن هناك بعض الأنظمة القضائية أعلنت توقفها لفترة معينة لعدم قدرتها على مواكبة المرحلة بسبب عدم استعدادها، ووجود الكثير من الإشكاليات التي تواجهها، ودخلت في إرباك كبير، مما جعلها تتخذ قراراً بالتوقف. ونحن بحمد الله كنا نسيّر مرفق القضاء شأننا في ذلك شأن الكثير من مرافق الدولة، وهو ما أكدته دائماً الفريق الوطني لمكافحة فيروس كورونا برئاسة صاحب السمو الملكي الأمير سلمان بن حمد آل خليفة ولي العهد رئيس مجلس الوزراء الموقر.

اليوم، يسمح نظامنا القضائي برفع الدعوى القضائية، ودفع الرسوم القضائية، وتقديم المذكرات، وغيرها من الإجراءات إلى حين صدور الحكم واستلامه بطريقة إلكترونية، لقد تسهلت المهمة للمتقاضين والمحامين إلى حد كبير، بحيث يمكن للشخص أن يتابع قضيته من الألف إلى الياء وهو جالس في بيته أو في مكتبه. وإذا ما أردت مقارنة نظامنا القضائي بالأنظمة القضائية في المنطقة، فإني أحيل السؤال إليكم كمتابعين ومراقبين ومهتمين من خارج السلطة القضائية، لتطلقوا الحكم والتقييم الموضوعي المجرد على ما قمنا به ونقوم به من جهود، ما يهمننا هو أن يصل الشخص إلى العدالة المنشودة بكل يسر وسهولة مع حفظ كرامته، وهو ما استشعرناه ولمسناه في حقيقة الأمر.

❖ كيف تعامل النظام القضائي البحريني في خصوص حماية المبادئ الدستورية والقانونية التي تحكم مرفق القضاء، في ظل التطورات التكنولوجية والتقنية التي طالت مرفق القضاء وتحولات الترافع الإلكتروني؟

هناك مبادئ وقواعد دستورية منصوص عليها في دستور مملكة البحرين، فضلاً عن مبادئ وقواعد قانونية دولية تستدعي تحقيق العدالة، فهذه المبادئ لم تمس ولن تمس، فما التحول الإلكتروني سوى وسيلة لا

تنال أو تغير من المبادئ والضمانات القانونية الأساسية، فبدلاً من أن تذهب إلى مكتب تقديم الدعاوى بوزارة العدل لتسجيل الدعوى يدوياً، فقد أتينا بالمكتب إلى منزلك أو جهاز الكمبيوتر الخاص بك. فهذا لا ينال من تلك المبادئ، بل على العكس فهو يعززها ويؤكد عليها، وهو ما يتفق مع مبدأ تيسير الوصول للعدالة، فمن القوانين التي صدرت مؤخراً في هذا السياق هو قانون الإجراءات الجنائية والنقل الأثري لمحكمة المتهمين على سبيل المثال: ونحن نؤكد أن المحكمة مفتوحة لمن يريد من الأطراف، وكل ما حصل هو أننا خصصنا قاعة مهياً ومكيفة تحقق كل الضمانات، فضلاً عن كونها خاضعة لسيطرة مرفق القضاء، يمكن للمتهم أن يحضر الجلسة القضائية عبر الأثير منعاً لتداعيات تعريض الصحة العامة للخطر وتسهلاً على مختلف الأطراف، وتأكيداً لعنصر الشفافية وحماية المبادئ والأسس، فإن محامي المتهم على سبيل المثال له الخيار في الحضور مع المتهم في تلك القاعة، أو حضوره في قاعة المحكمة مع القاضي، وبالتالي فإن المتهم أثناء النقل الأثري له كل الصلاحيات والضمانات القانونية في التعبير عن رأيه، والدفاع عن نفسه في كل ما يتعلق بقضيته. فنحن حريصون على عدم المساس بالمبدأ الدستوري والعالمي في اتصال المتهم بمحاميه تحت أي ظرف ولو كان الظرف أزمة كورونا، وما التحول الإلكتروني إلا وسيلة نؤكد استجابتها لكل هذه الضمانات.

وعلى سبيل المثال أيضاً، فإن التحول إلى التقاضي الإلكتروني، لا يمس بتاتاً مبدأ علانية المحاكمة، فالقاضي يصدر حكمه القضائي في جلسة علنية في قاعته، وبالتالي فإن المبادئ متحققة. إن الحكم القضائي بمجرد صدوره يتم تسليمه إلى أطراف النزاع، وهذا للأمانة سبق تاريخي مهم لم يكن موجوداً، فالزملاء من المحامين وأصحاب الحقوق سابقاً كانوا يضطرون إلى انتظار الحكم القضائي لاستلامه بعد أسابيع من صدوره،

وكانت هناك الكثير من المعوقات وقتها، أما الآن فبمجرد النطق بالحكم في الجلسة يدخل الحكم إلى النظام موقعاً من القاضي أو من مجموعة القضاة بحسب الأحوال، ولهذا فإننا نتحدث عن حماية وتعزيز لمبدأ آخر، وهو حق الخصم في الطعن بالحكم عن طريق الاستئناف، بطريقة تفوق ما كان عليه الوضع سابقاً، فإذا كانت المدة (45) يوماً التي حددها القانون لإمكانية تقديم الطعون، فإننا من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة أصبحنا نتيح (45) يوماً بأكملها للخصم، ليقوم بمراجعة وقراءة ودراسة الحكم، ليتمكن من تقديم استئنافه بناءً على الأسباب التي يعتقد بصحتها، وهو ما لم يكن كذلك في السابق، حيث كان الوقت الحقيقي للمحامي أو الخصم المحكوم ضده في دراسته لأسباب الحكم وحيثياته فترة قصيرة، نظراً لاستلامه الحكم متأخراً، وقد كانوا في بعض الأحيان يقدمون طعونهم بناءً على منطوق الحكم دون دراسة أسبابه بشكل كافٍ. أما اليوم فقد تجاوزنا ذلك، وأصبحت هذه العوائق من الماضي بفضل إدخالنا التقنية الحديثة.

وإذا سألتني عن ملف التنفيذ، فهذا يستحق أن يكون له بحث مستقل، نظراً لما فيه تعقيدات وغازارة في التحديات، لأن التنفيذ كما هو معمول به في السابق حيث كان القضاة ينظرون في مجموعة من طلبات التنفيذ، ولقد تضاعفت أعداد ملفات التنفيذ وطلباته، فأصبح لدينا أكثر من (550) ألف طلب تنفيذ في السنة الواحدة من قبل الأطراف طالبة التنفيذ، لقد تضخم العمل بشكل كبير، وطلبات التنفيذ تتوالي علينا يومياً. طبعاً لاشك أننا نسعى تدمراً من التنفيذ وإجراءاته، ولكن في الحقيقة أن القضاء ليس له علاقة سببية مباشرة بكثير من إشكاليات التنفيذ المطروحة، فعلى سبيل المثال تتركز حالات التذمر في أن الشخص لا يدفع المطالبات المالية التي رتبها عليه الحكم القضائي، فهذا الفرض يتعامل معه القضاء في حدود القانون، خاصة إذا كان الشخص لا يملك أموالاً، أو مصادر دخله قليلة جداً لا يستطيع

معها القضاء أن يعطيك أكثر مما يتيح القانون أو ما يسمح به الواقع. وكمثال آخر: أن شخصاً طلب الحجز على عقار ويتذمر من إجراءات البيع بالمزاد العلني، في حين أن العقار قد يكون مرهوناً للبنك رهناً تأمينياً، وبالتالي فإن (الدائن المرتهن) صاحب الحق العيني يتقدم على بقية الدائنين العاديين في المرتبة، فكثير من التحديات تطرح دون توصيف دقيق للمشكلة في حقيقتها، يجب أن نبتعد عن العموميات ونبحث في المشكلة الحقيقية من الوجهة القانونية، لنجد أن أكثرها تتكشف عن عوائق قانونية ليست بفعل القضاء، وهو ما يدركه الزملاء من المحامين بسبب اختصاصهم وعلمهم بالضوابط القانونية.

رغم ذلك، فإن دورنا الرئيسي هو العمل على تقديم أفضل خدمة، وقد سعينا وسنسعى لتقديم أفضل ما يمكننا تقديمه، وسنبذل جهودنا لكل ما سيحقق الكرامة الإنسانية للمتقاضى أو طالب الحق، وبطريقة منتظمة ودون تأخير وبرقابة المجلس الأعلى للقضاء، ونحن اليوم نسعى لقياس الوقت وقياس مدة الخدمة، فنحتسب المدة الواقعة من تاريخ تقديم الطلب وتاريخ صدور القرار، وكم نحتاج في ظل الأعداد المتزايدة من طلبات التنفيذ، وقد استقر الرأي على ضرورة إنجازها في خمسة أيام عمل، وبعض القرارات في فترة أقل قد تصل إلى 24 ساعة، والقضاة الآن يعملون بجهد في هذا الصدد.

❖ صدرت في الفترة الماضية مجموعة من القوانين والتعديلات التشريعية المكملة للعمل القضائي، بغرض التكيف مع مقتضيات التحول نحو الترافع الإلكتروني، برأيكم ما مدى الحاجة لإصدار قانون جديد ينظم (المرافعات الإلكترونية)؟ خاصة أن قانون المرافعات الحالي قديم وأدخلت عليه الكثير من التعديلات.

صحيح أن قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي يعتبر قانوناً

قديمًا، فقد صدر في عام 1971م، وأدخلت عليه-على مر السنين- الكثير من التعديلات، وهذا القانون لا يعيبه قدمه، لأن الحاجة التشريعية متجددة ومستمرة دائمًا، فكل ما يطرأ تعديل تشريعي فإن هذا التعديل يدخل في نسيج القانون، ويتم إدخال النصوص المضافة وإزاحة النصوص الملغاة من القانون، فكل ما دخل إلى قانون المرافعات من تعديلات منذ صدوره وحتى الآن، تجده في تسلسل واضح متناسق من غير ارتباك، فالناظر إلى القانون في شكله النهائي وبصدوره في كتيب من هيئة التشريع والرأي القانوني على سبيل المثال، فلا يجد الفرد صعوبة في الوصول إلى القانون وفق أحدث التعديلات والتي هي من مقتضيات تحقيق الأمان القانوني والتشريعي في البلاد. لذلك فإننا إذا وضعنا بعين الاعتبار طبيعة الحاجات المتكررة، فإن الحاجة إلى التعديلات التشريعية لم ولن تتوقف، فكل يوم سنكون أمام حاجات جديدة.

عندما صدر قانون المرافعات في عام 1971م، لم يكن واضح التشريع يتصور أن التعديلات ستطال القانون بطريقة كما نراها اليوم في آليات التقاضي الإلكتروني. لقد أدخلت موضوعات التقاضي الإلكتروني بسبب المستجدات، فلو أصدرنا اليوم مثلاً قانوناً متكاملًا ينظم المرافعات المدنية والتجارية بطريقة إلكترونية، فقد نجد بعد سنتين أو ثلاث سنوات الكثير من الاحتياجات التي تتطلب تعديلات تشريعية، قد لا نستطيع توقعها اليوم، وهذه طبيعة البشر والمنتج الإنساني الذي لا يستطيع استشراف المستقبل بصورة كاملة، فالكمال لله وحده.

وتأكيدًا على مسألة التعديلات، لاشك أن التعديل التشريعي المهم الذي ورد على قانون المرافعات، هو إدخال نظام (الدعوى المدنية) بوصفها محطة من محطات تطوير القضاء التي نفتخر بها، فقد ضبط نظام إدارة

الدعوى إيقاع المحاكم، ثم جاءت محكمة التمييز ووضعت تلك المبادئ وأكدت على النصوص وضبطها بمبادئ تلتزم بها جميع المحاكم. فهذه واحدة من الأمور التي دائماً ما نؤكد عليها، فيجب أن تكون قواعد إدارة الدعوى منضبطة ومحترمة بدرجة كبيرة وألا تكون مواعيدها متروكة للأفراد إن شاؤوا أخذوا بها أو تركوها، لأن ذلك سيفرغ القانون من محتواه، وهو ما أكدنا عليه في محكمة التمييز فيما قرناه من مبادئ قضائية، والمحاكم جميعها تلتزم بتلك المبادئ.

وكذلك ننوه، بأن لوزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، أن يصدر قرارات تنظيمية، بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء، فقد وردت في كثير من تلك القرارات التنظيمية أمور إجرائية في غاية الأهمية، والتي سهلت اقتضاء أصحاب المصالح لحقوقهم وخدماتهم.

❖ ماذا عن إدخال اللغات الأجنبية في النظام القضائي البحريني؟ ما هي الأسباب والحاجات؟ وأين مواطن التوقعات والمآلات الممكنة في مثل هذه الخطوة؟

اليوم، نحن نتحدث عن (عالمية القضاء) وليس (محلية القضاء)، فالقضاء في العالم اليوم يتعامل مع عقود وصفقات مختلفة ومترامية الأطراف بين دول واتفاقات عابرة للقارات، لم يعد الأمر على المستوى المحلي كما كان موجوداً سلفاً، ففي السابق كانت أغلب القضايا بين تاجر وآخر من الواقع المحلي، والخلافات حول الثمن أو الأجرة أو غيرها في الإطار المحلي، أما اليوم فنحن أمام مستجدات غير مسبوقة، فالشركات اليوم تتعامل عبر الإنترنت وبمبالغ طائلة ومع جهات متعددة. ونحن كجهة قضائية يجب ألا نكون محصورين في دائرة مغلقة، وإلا فلن يطرق بابنا أحد ولن نتصل بالعالم، لقد سبق لغرفة البحرين لتسوية المنازعات أن قررت وجود

لغة أجنبية للنظر في المنازعات التي تختص بها بحسب القانون (500 ألف دينار وأكثر)، إذا كان بين جهات مرخصة من بنك البحرين المركزي أو كانت بتجارة دولية، فمثل هذه الاختصاصات تحتم ألا يكون التقاضي محصوراً على اللغة العربية، فلدينا مكاتب محاماة أجنبية موجودة في البلد، إضافة إلى أنه توجد صفقات كثيرة بلغات أجنبية، فليس من المعقول أن أطلب منهم ترجمة كافة عقودهم وأوراقهم وتقديمها إلى القضاء، وتحمل تكاليفها وتكاليف الترافع باللغة العربية. إن إدخال اللغات الأجنبية أو الاستعانة بقضاة أجنب لديهم سمعة عالمية، سوف يمكننا من تقديم خدمة أفضل في كل ما يتعلق بالمسائل المالية والتجارية، وهو ما سيكون رافداً من روافد الاقتصاد الوطني يجب أن يُدعم لتكون البحرين محطة عالمية، وهو ما أكده أيضاً صاحب السمو ولي العهد في أكثر من مناسبة.

ونحن في المستقبل سوف ندخل اللغة الإنجليزية، فمن أراد التقاضي باللغة العربية فله ذلك، ومن أراد الترافع باللغة الإنجليزية فله ذلك، وهذا المشروع سوف يكون باتفاق الأطراف، وبالتالي لن يكون جبراً على المتقاضين، ونحن نعمل على هذا المشروع في القريب العاجل، لأن الأمر كما تعلم يحتاج إلى تعديل تشريعي يبيح التقاضي بلغة غير اللغة العربية، ومشروع القانون حالياً في مجلس النواب للمناقشة. مع التنويه بأن قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات يسمح بذلك منذ صدوره في عام 2009م، ولكن بالنسبة للمحاكم العادية في النظام القضائي، فالأمر يتطلب تدخلاً تشريعياً. يجب ألا نفكر داخلياً أو إقليمياً، بل يجب أن نفكر تفكيراً عالمياً لنكون منطقة جذب، من خلال إثبات أننا نمتلك مميزات معينة من جهة، وأن لدينا قدرة على حلحلة القضايا الأجنبية من جانب آخر.

المقالات العلمية

الفقه الإسلامي

ونظرية التدابير الاحترازية

أ. د. ضاري خليل محمود*



فرضية ورقة البحث :

تنطلق ورقة البحث هذه من فرضية أن أسس أو بتعبير آخر أن الأفكار الأولى لنظرية التدابير الاحترازية كان قد تناولها جانب من الفقه الإسلامي، ومنه تحديداً ما بحث فيه الإمام ابن حزم الظاهري، وفقاً لما سيأتي بيانه لاحقاً، وليس كما ذهب إليه معظم ما كُتب في القانون الجنائي من أن الفضل في وضع أسس ومبادئ نظرية التدابير الاحترازية يعود إلى الفقيه الإيطالي (فليبيو جراماتيكا)، والفقيه الفرنسي (مارك أنسل)، وذلك في أعقاب الحرب العالمية الثانية.

(*) مستشار قانوني - مملكة البحرين، أستاذ القانون الجنائي وقاضٍ ومدعٍ عام سابق - الجمهورية العراقية.

مضمون فكرة التدابير الاحترازية⁽¹⁾:

من المعلوم أن الجريمة وفقاً للمنطق القانوني الجنائي هي أنها حدثٌ قد وقع فعلاً، وينهض في مواجهة مرتكب الجريمة هذه ردُّ فعل اجتماعي، يتمثل بإيقاع العقاب عليه وفقاً للقانون، فضلاً عما يمكن أن يوجبه من جبر ضررها، الذي غالباً ما يتمثل بالتعويض عما تسببت فيه الجريمة من ضرر.

ولا يخفى أن فرض العقوبة المقررة قانوناً كرد فعل اجتماعي يأتي تالياً على ارتكاب الجريمة، بناءً على مبدأ أن لا عقاب من دون ذنب، كون العقوبة تقابل الجريمة.

ولكن واستناداً إلى فكرة أن من المصلحة الاجتماعية أن تتحرك آليات مكافحة الجريمة ليس فقط بعد ارتكاب الجريمة، وإنما يجب أن تكون هذه الآليات فاعلة أيضاً في منع وقوع الجريمة، وذلك عن طريق معالجة العوامل التي تدفع البعض لارتكابها، لأسباب قد تكون ذاتية تتعلق بالتكوين البيولوجي أو العقلي والنفسي للفاعل، أو لأسباب ذات صلة بمحيطه الاجتماعي كالتفكك الأسري أو الفقر أو البطالة وغير ذلك، ولعل من أهم هذه الآليات هي التدابير الاحترازية التي من شأنها أن تحول دون وقوع الجريمة.

ولذلك فإنه إذا كان أساس فرض العقاب الجنائي يقوم على فكرة مواجهة ضرر الجريمة التي سبق أن وقعت فعلاً، فإن أساس فرض التدابير

(1) جرت التشريعات الجنائية في دول المشرق العربي كما في البحرين ومصر والعراق وسوريا ولبنان والأردن على ترجمة مصطلح (security measures) باللغة الإنكليزية وبلغظ آخر باللغة الفرنسية إلى مصطلح (التدابير الاحترازية) وهي ترجمة دقيقة ومعبرة عن المعنى المقصود، ولكن تشريعات دول المغرب العربي كالجزائر تصر على ترجمة هذا المصطلح ترجمة حرفية وهو (تدابير الأمن).

الاحترافية يقوم على فكرة مواجهة خطر ارتكاب الجريمة التي وإن لم تقع بعد، ولكن العوامل المؤدية إلى وقوعها لم تزل بعد قائمة وفاعلة.

ولعل من أبرز حالات خطر ارتكاب الجريمة ما يُطلق عليه حالة (جنوح الأحداث)، التي تتمثل بوجود حدثٍ متمرد على أسرته لا يعبأ بإرشاد أبويه، هاربٍ عن الدراسة في مدرسته، معتادٍ على المبيت خارج المنزل، وعلى ارتياد أماكن اللهو المشبوهة رفقة أصدقاء السوء من معتادي الإجرام ونحو ذلك.

ومثال ذلك أيضاً حالة مصاب بعاهة عقلية أو نفسية، عُرف عنه عنف السلوك والعدوانية، وخاصة منهم من سبق له ارتكاب جريمة فعلاً، الأمر الذي يجعل منه مصدر خطر جدي يتمثل في احتمال الإقدام من جديد على ارتكاب جريمة تالية.

ومثاله كذلك من يُطلق عليه (المعتاد على الإجرام)، وهو من يكرر ارتكاب الجريمة رغم تطبيق العقاب الجنائي عليه، وكأن السلوك الإجرامي غدا سلوكاً معتاداً لديه إلى الحد الذي يجد نفسه أكثر راحة في السجن من وجوده في الحياة الاجتماعية.

وكذلك حالة إدمان البعض على تناول المسكرات والمخدرات والمؤثرات العقلية، خاصة منها ما كانت سبباً في فرض العقاب عليه سابقاً⁽²⁾.

(2) تجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين مصطلح (الحالة الخطرة)، ومصطلح (الخطورة الإجرامية) وذلك على النحو الآتي: يُقصد في (الحالة الخطرة) أنها الحالة التي يلزم معها اتخاذ التدابير الاحترازية إزاء من يحتمل سلوكه بشكل جدي ارتكاب جريمة ولو لم يكن قد ارتكب جريمة سابقاً، علماً بأن غالبية التشريعات، لم تأخذ بهذه الصورة من تطبيق التدابير الاحترازية إلا في حالات

يتضح مما تقدم بأن التدابير الاحترازية موجهة إلى طوائف من الأشخاص الذي ينطوي سلوكهم على خطر ارتكاب الجريمة، ومن أهمهم: الأحداث الجانحون، والمدمنون على المسكرات، والمخدرات، والمؤثرات العقلية، والمصابون بعاهات عقلية.

أنواع التدابير الاحترازية

تنقسم التدابير الاحترازية في التشريعات الجنائية الحديثة إلى تدابير خاصة بالأحداث، وأخرى خاصة بالبالغين، نعرضهما بإيجاز فيما يأتي:

- التدابير الخاصة بالأحداث:

اختلفت التشريعات الجنائية الوطنية في تحديد سن الحدث ولكن معظمها يلتزم بما نصت عليه الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بحكم انضمامها إليها، في أنه يُعد طفلاً كل من لم يتم الثامنة عشرة من العمر.

وعليه يعد حدثاً كل من أتم سنًا معينة من عمره، وهي في معظم

نادرة، لاعتبارها ماسة بالحقوق والحريات، سندا إلى أن هؤلاء الأشخاص وإن كان سلوكهم ينطوي على خطر، إلا أنهم لم يرتكبوا جريمة، ومن ثم فلا سبيل إلى سلب أو تقييد حريتهم.

أما (الخطورة الاجرامية)، فيقصد بها أنها الحالة التي يلزم معها اتخاذ التدابير الاحترازية إزاء من سبق له أن ارتكب جريمة وقضى مدة عقوبته وأفرج عنه، ولكن سلوكه ما زال يُنبئ بشكل جدي باحتمال ارتكابه جريمة تالية، كأن يستمر من أدين عن تعاطيه المخدرات على ارتياد أماكن اللهو المشبوهة أو مرافقة أفراد موضع شبهات في المتاجرة بالمسكرات والمخدرات أو غيرها من الشبهات الإجرامية، وهو الاتجاه الذي أخذ به المشرع البحريني، شأنه في ذلك شأن غالبية التشريعات الجنائية.

التشريعات التاسعة أو العاشرة، ولم يتم الثامنة عشرة من العمر، وينبغي أن يعامل جنائياً على هذا الأساس إذا ارتكب فعلاً يُعده القانون جريمة، الأمر الذي يعني بأن الطفل الذي لم يتم سن التاسعة أو العاشرة يُعد عديم المسؤولية الجنائية.

وتقسم بعض التشريعات سن الحدث إلى مرحلتين، الأولى وتسمى الحدث (صبي)، وهو من أتم التاسعة أو العاشرة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة، والمرحلة الثانية تسمى فيها الحدث بأنه (فتى) وهو من أتم الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة.

وقد تميزت التشريعات الخاصة بالأحداث من خلال التدابير التي نصت عليها بأنها لا تسعى فقط إلى معالجة الحدث الجانح بتطبيق برامج تأهيلية وتقويمية تضمن علاج جنوحه وإصلاحه، وإنما وبدرجة لا تقل أهمية إن لم تكن تفوقها فعلاً، تسعى إلى وقايته من الجنوح أصلاً قبل أن يقع فيه بشموله بالضمانات الاجتماعية والرعاية الصحية والتربوية، فضلاً عن شموله بالرعاية اللاحقة بعد تنفيذ التدابير عليه بوصفها تمثل الجانب المتمم للإصلاح والتأهيل.

ولذلك أخذت قوانين رعاية الأحداث بمبدأ الاكتشاف المبكر للحدث المعرض للجنوح، ونصت على مسؤولية ومعاقبة الولي عن إهماله لواجباته تجاه الحدث التي قد تؤدي بالحدث إلى الجنوح⁽³⁾.

(3) ينبغي الإشارة إلى أن مسؤولية ولي أمر الحدث هنا تقوم بسبب إهماله رعاية الحدث، بحيث إن هذا الإهمال هو الذي يؤدي إلى جنوح الحدث، أي أن ولي أمر الحدث لا يُسأل عن الجريمة التي يرتكبها الحدث، لأن مساءلة ولي أمر الحدث عن الجريمة التي يرتكبها الحدث تُخل بمبدأ المسؤولية الشخصية عن الجريمة.

كما أعطت هذه القوانين دوراً هاماً لمكاتب أطلقت عليها غالباً مُسمى مكاتب دراسة الشخصية، لتشخيص الحالة الاجتماعية والنفسية للحدث، ونصت أيضاً على استحداث مكاتب للرعاية اللاحقة، للأخذ بيد الحدث بعد انتهاء تنفيذ التدبير الذي طُبّق عليه، بغية مساعدته للاندماج في الحياة الاجتماعية.

علمًا بأن التشريعات الحديثة في دول العالم تطبق هذا النوع من الإجراءات على البالغين أيضاً بالنظر للفوائد الجمة التي تنطوي عليها، وهو ما ينقص معظم التشريعات العربية.

- التدابير الخاصة بالبالغين :

أولاً - التدابير الاحترازية السالبة للحرية أو المقيدة لها:

ويراد بهذا النوع من التدابير الاحترازية مجموعة الإجراءات التي تفضي إلى سلب أو تقييد حرية المحكوم عليه، بغية علاجه إذا كان ممن ارتكب الجريمة بسبب إصابته بمرض عقلي، سواء أكان من عديمي الأهلية أم كان من ناقصيها.

ولعل أهم أهداف هذه المجموعة من التدابير هي إبعاد المحكوم عليه من المحيط الاجتماعي الذي يعيش فيه قبل ارتكابه الجريمة، بغية الحيلولة دون عودته للإجرام قبل إكمال علاجه وتأهيله.

ثانياً - التدابير الاحترازية السالبة للحرية :

ويُقصد بها سلب المحكوم عليه جملة من الحقوق - نص عليها القانون - كان يتمتع بها قبل ارتكابه الجريمة.

ولعل من أهم دواعي حجب هذه الحقوق بالنسبة لبعض المحكوم

عليهم هي عدم أهليتهم للتمتع بها، فضلاً عن إشعارهم ببعض ما يقتضيه الردع الخاص من الإيلاء، كعدم جواز ارتياد أماكن معينة أو الترشح لوظائف ومهام معينة ذات صلة بالجريمة التي كان قد ارتكبها.

ثالثاً - التدابير الاحترازية المادية:

وإن من أهم صور هذا النوع من التدابير: المصادرة، والتعهد بحسن السلوك، وغلق المحل، ووقف الشخص المعنوي وحله.

نظام الرعاية اللاحقة والتدابير الاحترازية:

للضرورة لا بد من بيان مفهوم نظام الرعاية اللاحقة للمفرج عنهم بعد مضي تنفيذ التدابير السالبة للحرية بحقهم، وبالنسبة للمفرج عنهم من البالغين بعد تنفيذ العقوبات السالبة للحرية عليهم.

يجد نظام الرعاية اللاحقة سند ضرورته في أن المحكوم عليه بسلب الحرية، وخاصة إذا استغرق حبسه سنوات، فإنه حين يدخل السجن يواجه صدمة فقد الحرية فيصاب بالكآبة التي قد تقود بعضهم إلى سلوك عدواني أشد، أو تقود بعضهم إلى محاولة الانتحار، فإن المحكوم عليه بعد قضاء مدة الحكم عليه ويعود إلى حريته من جديد، يصاب بصدمة عودة الحرية حين يواجه مجتمعاً قد تغيرت بعض أعرافه وعاداته وتقاليده، بل حتى قواعده الاقتصادية المالية والمصرفية ونظم العمل وغيرها.

ولهذه الأسباب يجب على المجتمع أن يأخذ بيد المفرج عنه لفهم المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها، مثلما يجب أن يساعده للعثور على عمل شريف يقات منه ويعيل أسرته التي قد تكون معتمدة عليه بعد طول فقر وصبر، وإلا كانت عودته إلى حيث كان في السجن أكثر راحة

وأمن له، حيث رفاق ودّعهم، ومبيت، ومأكل، ومشرب، ورعاية صحية مجانية.

والواقع أن نظام الرعاية اللاحقة هو نظام حديث من أنظمة السياسة العقابية، وهو ما تفخر به النظم القانونية المتقدمة في العالم، كونه يضطلع في عملية الأخذ بيد المُفرج عنه بعد انتهاء تطبيق التدبير عليه، مثلما يأخذ بيد البالغ الذي يمضي مدة عقوبته، بغية مساعدته وإرشاده للحصول على عمل أو لإكمال دراسته وغير ذلك من أوجه الرعاية، ليعود عضوًا صالحًا وفعالًا ومنتجًا في المجتمع.

والحقيقة أن النظم الجنائية الحديثة في الدول المتقدمة كما في الولايات المتحدة الأمريكية وأغلب إن لم يكن جميع دول أوروبا، وخاصة منها الدول الإسكندنافية كالسويد والدنمارك وفنلندا، وكذلك اليابان قد أخذت بنظام متكامل للرعاية اللاحقة بالنسبة للمفرج عنهم من المؤسسات العقابية، مخصصة لهم أفضل الإدارات وأفضل المتخصصين.

والواقع أن بعض الدول ومنها اليابان شهدت تأسيس دور أطلقت عليها (بيوت منتصف الطريق)، تديرها منظمات غير حكومية، يعمل فيها عدد من المتطوعين لا سيما الموظفين المتقاعدين ممن لهم خبرة في المجالات الاجتماعية والنفسية والتربوية التعليمية، تعمل بالتنسيق مع الأجهزة الحكومية المختصة، بغية تحقيق أهدافها وتيسير مهامها.

ويُقصد بهذه المؤسسة أن تكون المحطة التي تربط ما بين السجن والمجتمع، ذلك أن هذه البيوت تستقبل المفرج عنهم من السجناء بعد انتهاء فترة الحكم عليهم، لتساعدهم على الاندماج في المجتمع من جديد، بحيث تساعدهم على إيجاد عمل مناسب وغير ذلك من أشكال المساعدة، بما في ذلك تعريفهم على التطورات والمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي لم يطلعوا عليها بما يكفي خلال فترة السجن.

ولذلك تجدر الإشارة إلى أنه ينبغي أن تصاغ أحكام رد الاعتبار على نحو دقيق يتكامل ويتوافق مع نظام الرعاية اللاحقة، بأن لا تشكل قيودًا بقدر ما يجب أن تكون سبيلًا للأخذ بيد المفرج عنه ومساعدته للاندماج في المجتمع عضوًا فاعلاً منتجًا، خاصة وأنه يفترض بأن البرامج الإصلاحية والتقويمية والتأهيلية التي طبقت على المحكوم عليه أثناء فترة حبسه، قد صُممت على نحو يحقق إصلاحه.

أما القول بأن هذه البرامج الإصلاحية في السجن قد لا تكون قد حققت أهدافها في إصلاح المحكوم عليهم، فإن ذلك يعني ومن حيث المبدأ أن هذا الخطأ يُنسب لقصور هذه البرامج، ومن قام على تصميمها وتقريرها، أو بسبب تنفيذها الذي لم يفلح في تحقيق أهدافها، ولا يُنسب إلى المحكوم عليه الذي ظل خاضعًا طائعًا لبرامج سلب الحرية خلال فترة سجنه بحكم القانون.

فكرة التدابير الاحترازية والفقهاء الإسلامي:

لا بد من الإشارة إلى أن أي نظرية أو بناء قانوني لا بد أن يبدأ أولاً كفكرة لا تلبث أن تتطور وتعمق بطريق الإضافة والتقويم، إلى أن تتبلور بعد ذلك وتتكامل.

وقد أشارت المراجع الفقهية القانونية الأجنبية والعربية إلى أن الفضل في طرح فكرة التدابير الاحترازية يعود إلى عالم الإجرام الإيطالي (فليبيو جراماتيكا)، وللفقيه الفرنسي (مارك أنسل) من بعده، وذلك في أعقاب الحرب العالمية الثانية.

كان الأحرى أن يُشار أيضًا إلى فضل المدرسة الوضعية الإيطالية وحركة أو مدرسة الدفاع الاجتماعي قبل ذلك، لا بل أن من الفقهاء الإسلامي

من طرح هذه الفكرة قبل كل هؤلاء بقرون، حيث كان يُكتفى في الإشارة إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية وفقهها قد عُنت بالأطفال، وعلى نحو شرح مبسط يخلو من بحث صلته بفكرة التدابير الاحترازية، أو أنه أهمل كالمعتاد عند التعامل مع منجزات نظام القانون الإسلامي.

وبغية شرح فضل سبق الفقه الإسلامي بطرح فكرة التدابير الاحترازية نبين الآتي:

ورد في الصفحة (347) من المجلد العاشر من كتاب (المُحلى) للإمام ابن حزم الظاهري الأندلسي، وهو المجلد الخاص بالجرائم قوله:

"إلا من فعل هذا من الصبيان أو المجانين أو السكران، في دم أو جرح أو مال، ففرض ثقافة في بيت، ليكف أذاه حتى يتوب السكران ويفيق المجنون ويبلغ الصبي، لقوله تعالى، وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان، وتثقيفهم تعاون على البر والتقوى وإهمالهم تعاون على الإثم والعدوان).

والواقع إن تحليل هذه العبارة التحليل القانوني الدقيق يؤدي بيسر إلى القول بأنها تتضمن بوضوح فكرة التدابير الاحترازية، لأن أسس ومرتكزات نظرية التدابير الاحترازية الحديثة تتطابق معها تمامًا.

وللدلالة على هذا الاستنتاج نوضح الآتي:

على نحو ما تقدم بيانه بشأن نظرية التدابير الاحترازية في التشريعات الحديثة والمعاصرة، فإنها تقوم على المرتكزات الآتية:

1 - وجود أشخاص تتوافر فيهم خطورة إجرامية، منهم الأحداث الجانحين، ومعتادي الإجرام والمصابين عقلياً، ممن ارتكبوا جرائم على النفس أو المال.

2 - هذه الخطورة الإجرامية التي تنبعث من هؤلاء، كانت نتيجة ارتكابهم جريمة سابقة، وأن عوامل وظروف خطورتهم ما زالت قائمة وتحتاج إلى علاج وتقويم و تثقيف، ولو تركوا فإن احتمال ارتكابهم جريمة تالية احتمال جدي وفاعل.

3 - وهذا العلاج يكون في مؤسسات خاصة ليست من السجون بأية حال، لأن في سلوكهم خطر ارتكاب جريمة تالية لم يرتكبوها بعد، لكي يمكن معاقبتهم وإيداعهم الحبس.

4 - ولأن مصادر الخطورة الإجرامية تحتاج إلى علاج، فإن مدة العلاج تكون مرتبطة بزوال الخطورة الإجرامية، إذ رُب مصاب بعاهة عقلية يستعصي على الطب علاجه، مما يُفترض أن يبقى تحت العلاج ما دام مرضه مستمرًا.

والآن لنعود إلى قول الإمام ابن حزم الظاهري، ونطابق مرتكزاته مع مرتكزات نظرية التدابير الاحترازية الحديثة، كالآتي:

1 - قوله، إلا من فعل هذا من الصبيان أي (الأحداث) أو السكارى أي (المدمنين المعتادين) أو المجانين أي (المصابين بالأمراض العقلية). وهم ذات الأشخاص الذين تتوافر فيهم الخطورة الإجرامية في نظرية التدابير الاحترازية الحديثة.

2 - وقوله، (إلا من فعل هذا في دم أو جرح أو مال)، وهو دليل على فكرة الخطورة المنبعثة من احتمال ارتكاب هذه الطوائف الخطرة إجراميًا، جريمة على النفس أو المال.

3 - وقوله، (فترض ثقافة) أي أنه لا يجوز أن يُفرض على هؤلاء عقاب كالحبس، وإنما يجب أن يتلقوا العلاج والتأهيل والتثقيف.

4 - وقوله، (في بيت) أي في مؤسسات تقوم على التأهيل والتثقيف والعلاج وهي ليست سجنًا بأية حال من الأحوال.

5 - وقوله، (حتى يبلغ الصبي) أي تنقضي خطورته ببلوغه ورشده،

(ويتوب السكران) أي يُشفى من إدمانه واعتياده،

(ويُفقد المجنون) أي يُشفى من مرضه العقلي.

الأمر الذي يعني بوضوح بأن فرض التدبير ينقضي بزوال الخطورة التي هي سبب فرضها.

والآن وبعد أن بدى التطابق واضحًا جليًا إلى حدود كبيرة بين مرتكزات قول الإمام ابن حزم الظاهري وبين مرتكزات نظرية التدابير الاحترازية الحديثة، ألا يحق من حيث الحق والعدل والموضوعية العلمية أن نقول في الأقل بأن الإمام ابن حزم الظاهري طرح الأفكار الأولى لمفهوم التدابير الاحترازية، أم يجوز فقط مقارنة وتأصيل الأوضاع القانونية الحديثة، بردها إلى أصولها في القوانين التاريخية القديمة في بلاد ما بين النهرين والفرعنة والإغريق والرومان، إلى حد تخصيص مقررات كاملة لها في كليات الحقوق، كمقرر تاريخ القانون والقانون الروماني، ولكن عندما يجري تأصيل وضع قانوني برد أصوله إلى أحكام الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي، فإنه يصبح دعوة للعودة إلى الماضي والانكفاء عليه.

الكويت والبحرين: تاريخ ثقافي مشترك في تأسيس المجالس الشعبية ووضع القوانين

د. عايد عتيق الجريد*



شهدت بعض إمارات الخليج العربي في أوائل القرن العشرين الميلادي عدة تطورات من ناحية تأسيس (المدارس النظامية)، و(المكتبات الأهلية)، و(الأندية الثقافية)، وإصدار (الصحف)، وتأسيس (الجمعيات الخيرية)، وقيام (مجالس الشورى)، والمجالس الخدمانية كالمجلس (البلدي)، ومجالس (المعارف)، وكانت هذه المجالس وغيرها من الجهات بحاجة إلى وضع قوانين لتنظيم أعمالها، ولخدمة المجتمع وحفظ حقوق المواطنين، وقد برز من بين إمارات الخليج العربي في هذه التطورات (البحرين) و(الكويت)، اللتين كانتا على علاقة وثيقة، وهو ما أدى إلى الاستفادة من بعضهما البعض من أفكار هذه المشاريع.

وعن أبرز هذه المشاريع التي وضع لها قانون يعتبر كحال القوانين الموجودة في البلدان المتقدمة، هو قانون (البلدية الكويتي) عام 1932م، الذي نظم أعمال المجلس البلدي الكويتي الأول، الذي جاءت فكرته من

(*) أستاذ التاريخ الحديث، دولة الكويت.

البحرين، وكانت بداية نقل هذه التجربة البحرينية عندما زار أحد رجال العلم الكويتيين - وهو الشيخ يوسف بن عيسى القناعي - البحرين في أغسطس 1928م، ليستطلع حالتها التجارية، حيث وجدها إمارة تهتم بالنظافة، والفضل في ذلك يرجع إلى المجالس البلدية التي أنشئت فيها منذ عام 1919م، والتي كانت تحمل على عاتقها مهامًا كثيرة منها الشؤون الإدارية كالأمن والتعليم والصحة والمواصلات والأشغال، بالإضافة إلى أعمال البلدية التقليدية، حيث تكون المجلس من (8) أعضاء معينين من قبل الحكومة، ثم زاد عددهم إلى (24) عضوًا، وانتخب الأهالي بعضهم عام 1926م، وكان يترأسه الشيخ عبدالله بن عيسى آل خليفة⁽¹⁾.

هذا الأمر جعل يوسف القناعي يكتب مقالاً نشره في (مجلة الكويت) في ربيع الأول 1347هـ - 1928م، يتناول فيه التغيرات التي طرأت على البحرين من ناحية الخدمات العامة⁽²⁾، كما أنه تحدث بهذا الموضوع مع الشيخ عبدالله الجابر الصباح، الذي اقتنع بإنشاء بلدية في الكويت، وعرض الفكرة على الحاكم الشيخ أحمد الجابر⁽³⁾، فالشيخ عبدالله الجابر وهو أول رئيس للبلدية عام 1930م ذكر: "أنه دار حديث بينه وبين الحاكم الشيخ أحمد الجابر الصباح، على ضرورة إنشاء البلدية بعد اقتراح القناعي الذي عرف بحبه للمشاريع الإصلاحية، فلهذا رحب الحاكم بالفكرة"⁽⁴⁾، بينما يذكر خالد سليمان العدساني سكرتير أول مجلس تشريعي عام 1938م: "إن

(1) عبد الله آل خليفة، علي أبا حسين: تاريخ آل خليفة في البحرين، ج 2، ص 264-267.

(2) مجلة الكويت: عبد العزيز الرشيد، ج 7، ربيع الأول 1347هـ - 1928م، ص 264-268.

(3) يعقوب الحجوي: الشيخ عبد العزيز الرشيد سيرة حياته، ص 158-159.

(4) يوسف الشهاب: رجال في تاريخ الكويت، ج 1، ط 3، ص 169.

فكرة إنشاء المجلس البلدي جاءت عندما توحدت بعض المساعي المخلصة من الشخصيات قبيل عام 1930م، عندما فاوضت الحاكم الشيخ أحمد الجابر بإنشاء مجلسٍ يقوم بمهام البلدية، بحيث يكون مجلسًا منتخبًا من المواطنين للإشراف على تنظيف الكويت، فاضين ضريبة تجبي من أموالهم الواردة من طريق البحر، بمقدار نصف بالمائة من أصل ثمن كل بضاعة قادمة للكويت، بالإضافة إلى الرسم الجمركي المعتاد والبالغ مقداره 4%، الذي كان يجبي لمصلحة الحكومة، الأمر الذي أدى إلى موافقة الحاكم⁽⁵⁾.

مما سبق يتضح لنا أن فكرة إنشاء المجلس البلدي انبثقت نتيجة عدة أسباب، منها حاجة الكويت لمجلسٍ يضطلع بمهام البلدية، باعتباره مشروعًا إصلاحيًا مكملًا للمشاريع الإصلاحية السابقة التي قامت بجهود الإصلاحيين وحكام الكويت مع بداية القرن العشرين كالمشاريع التعليمية والثقافية، أما عن فكرة إنشائه فهي تعود إلى يوسف القناعي، وقد تكون هناك مشاركة في وضعها من قبل مجموعة من الإصلاحيين، ومن ثم نقلت للحاكم الشيخ أحمد الجابر عن طريق الشيخ عبدالله الجابر، لأن في الفترة نفسها التي كان القناعي موجودًا بالبحرين، كانت هناك شخصيات كويتية موجودة هناك كالسيد على السيد سليمان الذي سافر إلى البحرين ليؤسس مع رفاقه مركزًا تجاريًا هناك⁽⁶⁾، وقد شارك القناعي في أول مجلس بلدي، بالإضافة إلى الشاعر خالد الفرج الذي زار البحرين عام 1341هـ - 1922م لبعض المهام التجارية، واستقر بها، وعين عضوًا في (المجلس البلدي البحريني)، فكان متواصلًا مع الإصلاحيين بالكويت، من خلال قصائده التي كانت تحث على

(5) خالد العدساني: مذكرات خالد سليمان العدساني، ص 10.

(6) عبد الله النوري: خالدون في تاريخ الكويت، ط1، ص 110.

النهوض بالعلم والإصلاح ومواجهة الأطماع الغربية⁽⁷⁾، فمن المحتمل أن يكون له دورٌ في طرح الفكرة على (مؤسسي البلدية)، منهم يوسف القناعي وسليمان العدساني والسيد على السيد سليمان، حيث إن الدافع الذي جعل القناعي وغيره من الإصلاحيين يطرحون هذا المشروع؛ المكانة الأدبية التي كانوا يتمتعون بها من خلال تأسيسهم للمدارس والمكتبات، الأمر الذي أدى إلى إحساسهم بالمسؤولية تجاه المشاركة للنهوض بالمجتمع، كما يتأكد لنا أن الإصلاحي عندما يطلع على ما يدور في العالم من إيجابيات تساعد في نهوض وطنه، ينقلها إليه، وهذا ما قام به القناعي وغيره من الإصلاحيين عندما نقلوا تجربة البلدية من البحرين إلى الكويت، كما أنه لا يمكن إغفال حق الحاكم الشيخ أحمد الجابر الذي دعم إنشاء المجلس، خاصةً وأنه كان له دورٌ في إنشاء مجلس الشورى عام 1921م، والعديد من المشاريع التعليمية، فمن خلال الأسباب السابقة تم إنشاء المجلس البلدي.

والجدير بالذكر، أن رجال العلم والمثقفين الكويتيين تأثروا بالكثير من مظاهر التقدم التي كانت تعيشها البحرين في أوائل القرن العشرين، منها قيام المشاريع الثقافية في البحرين، والتي كان أولها (نادي إقبال أوال⁽⁸⁾) الذي

(7) خالد الزيد: خالد الفرغ حياته وأثاره، ط2، ص19.

(8) نادي إقبال أوال: من بين أهم العوامل التي أدت إلى سرعة تبني افتتاح مكتبة عامة في البحرين عام 1913م، تردد الشباب البحريني على مكتبة الإرسالية بالمنامة، التي أسسها القس صموئيل زويمر في عام 1894م، والتي أثارت حفيظة وقلق الأهالي من المتعلمين والمثقفين ورجال الدين، الأمر الذي حدا بمجموعة من الشباب الذين نالوا قسطاً من العلم والثقافة، إلى تبني تأسيس مكتبة عامة تكون بديلاً عن مكتبة الإرسالية، كما نجحوا في تحويلها إلى نادٍ أطلق عليه (نادي إقبال أوال)، للمزيد انظر صحيفة الوسط البحرينية: منصور محمد سرحان، مرور مئة عام على محاولة تأسيس أول مكتبة عامة في البحرين، مملكة البحرين، العدد 3860، 21 جمادى الأولى 1434هـ 2 أبريل 2013م.

تأسس عام 1913م و(النادي الأدبي)⁽⁹⁾ عام 1920م، والتي ساهمت في نشر الثقافة والتعاون الاجتماعي⁽¹⁰⁾، وقد أعجب المثقفون الكويتيون بهذه المشاريع، مما جعلهم يفكرون في نقل هذه التجربة إلى مجتمعهم، وعن ذلك يقول الشيخ عبدالله الجابر: "كانت بداية التفكير في (النادي الأدبي) الكويتي 1342هـ 1923م في جلسة اعتيادية مع مجموعة من الزملاء في الديوانية، ورأينا أن البحرين فيها نادٍ للشباب، واقترحنا حينها أن نؤسس النادي"⁽¹¹⁾.

إن (المثقفين الكويتيين) قد تأثروا بمظاهر التقدم (الثقافي)، التي شهدتها (البحرين)⁽¹²⁾ في تلك الفترة، فكان لها دور كبير في تحفيزهم

(9) النادي الأدبي البحريني 1920-1936م: تأسس في (جزيرة المحرق) عام 1920م، وكان لوجود بعض رجالات الفكر والأدب من بلدان عربية مختلفة أمثال الشاعر السوري محمد الفراتي، والشاعر العراقي محمد صالح بحر العلوم، والشاعر الكويتي خالد الفرج، والشيخ حافظ وهبه من مصر؛ أثره الكبير في تدعيم مسيرة النادي، للمزيد انظر صحيفة الأيام: منصور سرحان، ومضات مضيئة من تاريخ البحرين الثقافي في القرن العشرين، مملكة البحرين، العدد 8351، 28 ربيع الأول 1432هـ 20 فبراير 2012م.

(10) عبد الله آل خليفة، علي أبا حسين: تاريخ آل خليفة في البحرين، ج2، ص262.

(11) يوسف شهاب: رجال في تاريخ الكويت، ج1، ط3، ص249-251.

(12) عن هذه المظاهر يقول الأستاذ أمين الريحاني عن مشاهداته أثناء رحلته التي مر خلالها بالبحرين: "رأيت في البحرين نهضة سياسية هي قرينة (النهضة الأدبية)، وأن فيها من ينشدون (الوحدة العربية)، وفي (نادي البحرين) من يرفعون النهضتين إلى مستوى الفلسفة العالي، ومستوى الإنسانية الأعلى"، كما أن الأستاذ أمين الريحاني أشاد في الدعم الذي حظيت به الثقافة في (البحرين) من قبل الأسرة الحاكمة قائلاً: "إني لا أزال أذكر كلام الشيخ محمد بن عبد الله آل خليفة رئيس النادي الأدبي قوله: "إحمل سلامنا إلى جميع إخواننا الناطقين بالضاد، وبلغهم

لإنشاء (النادي الأدبي)، ولقد أسهمت زيارة المثقفين الكويتيين للبحرين في نقل فكرة إنشاء (النادي الأدبي البحريني) للكويت، خاصةً وأن منهم من زار (البحرين) واستقر بها كالشاعر خالد محمد الفرج، الذي زارها في عام 1341هـ 1922م، وأعجب بأدبائها ونهضتها الفكرية، فشارك في مجال النهضة الفكرية بها⁽¹³⁾، كمشاركته الفعالة في (النادي الأدبي البحريني)⁽¹⁴⁾، حتى أنه تولى سكرتارية (المعارف) في البحرين عام 1925م، كما شارك مشاركة فاعلة في الحراك السياسي القائم آنذاك في البحرين⁽¹⁵⁾، ونرى أن الفرج مثلما كان يوجه قصائده إلى العالم العربي والإسلامي في مواجهة الغرب في استعمارهم للدول الإسلامية، كان أيضًا يوجه قصائد إلى أبناء وطنه في الكويت لتحفيزهم على إنشاء المشاريع الثقافية، خاصةً وأنه بعث العديد من القصائد من البحرين إلى أصدقائه الشعراء في الكويت، والتي كانت تحث على النهوض بالعلم⁽¹⁶⁾.

ومن بين الأدلة التي تؤكد على متانة العلاقة بين مثقفي الكويت والبحرين وتقارب توجهاتهم الثقافية والدينية، أن من أسباب تأسيس نادي إقبال أوائل بالبحرين عام 1913م، ليكون بديلاً لمكتبة (الإرسالية)⁽¹⁷⁾

أنا قد أخذنا على عاتقنا السعي نحو تحقيق أمنيتنا وهو رفع شأن العلم..."،
للمزيد انظر أمين الريحاني: ملوك العرب، ج1، ط8، ص702.

(13) خالد سعود الزيد: أدباء الكويت في قرنين، ج1، ص164.
(14) صحيفة الأيام: منصور سرحان، ومضات مضيئة من تاريخ البحرين الثقافي في القرن العشرين، مملكة البحرين، العدد 8351، 28 ربيع الأول 1432هـ 20 فبراير 2012م.

(15) صحيفة الراي: عباس الحداد، دولة الكويت، العدد 11899، 29 يناير 2012م
(16) خالد الزيد: خالد الفرج حياته وآثاره، ط2، ص19.
(17) إرسالية أمريكية (بروتستانتية) ذات أهداف تنصيرية في منطقة (الخليج العربي) و(الجزيرة العربية)، للمزيد انظر عبد الرؤوف بن مبارك بن جمعة: الشيخ الإمام

الأمريكية⁽¹⁸⁾، كما أنه في العام نفسه قامت جماعة إصلاحية في الكويت، من بينهم الإصلاحي فرحان فهد الخالد الخضير بتأسيس (الجمعية الخيرية العربية) 1331هـ - 1913م، التي كان من ضمن أنشطتها إنشاء مكتبة، ومن هنا يتضح لنا أن المثقفين في (الكويت) و(البحرين) كانوا على اتفاق واتصال، لمواجهة (النشاط التنصيري)، الذي كانت تمارسه (الإرسالية الأمريكية) في كلتا الدولتين.

ومن المؤكد أن هذه العلاقة المتينة كان لها أثر كبير في وضع القوانين المفيدة لتنظيم أعمال هذه المشاريع وخدمة المجتمع وحفظ حقوقه، فمن أبرز القوانين التي وضعت في فترة مبكرة (قانون البلدية الكويتي) عام 1932م المكون من (34) مادة، والذي وضع من قبل أعضاء المجلس البلدي الذي ضم نخبة من رجال العلم والثقافة، وكان لاطلاعهم على تجربة المجلس البلدي البحريني دور في وضع هذا القانون، الذي أعطى صلاحيات واسعة لأعضاء المجلس، حيث كان المجلس بمثابة سلطة تشريعية وتنفيذية، لإدارة بلدية مدينة (المنامة) تأسست في 24 ذو القعدة 1338هـ، 20 يوليو 1920م، ووُضِعَ قانون لها ضم (68) مادة، من بينها مواد تتعلق بالعملية الانتخابية، والتي تتشابه بعضها مع مواد قانون العملية الانتخابية في المجلس البلدي الكويتي⁽¹⁹⁾، الذي تعتبر انتخاباته أول تجربة

والوزير الصالح أحمد بن مهزح المالكي الأزهرى 1270-1344هـ/ 1853-1926م، ط1، ص106-107.

(18) صحيفة الأيام: منصور سرحان، ومضات مضيئة من تاريخ البحرين الثقافي في القرن العشرين، البحرين، العدد 8356، 3 ربيع الآخرة 1432هـ 25 فبراير 2012م.

(19) قانون بلدية المنامة الأساسي: البحرين، 24 ذو القعدة 1338هـ 20 يوليو 1920م.

انتخابية للمجالس في الكويت، كما أنها تعد التجربة الثانية من حيث قيام المجالس بعد مجلس الشورى عام 1921م، الذي جاء بالتعيين، ولذلك جاءت البداية حذرة كونها أولى التجارب الانتخابية في الكويت، نظراً لدخول ما هو جديد على النظام السياسي، فلو نظرنا إلى مواد الترشيح وحق الانتخاب في قانون البلدية الأول عام 1932م، المكون من (34) مادة لاكتشفنا ذلك، حيث نص قانون البلدية الكويتي في المادة (1) "أن المجلس البلدي يتألف من اثني عشر عضواً ورئيساً"، كما أن المادة (2) بينت "أن رئيس المجلس البلدي يكون من آل الصباح ويتم اختياره من قبل الحاكم"، وأوضحت المادة (3) من له حق التصويت فنصت على: "أن الأعضاء ينتخبون من قبل وجهاء البلد من طلبة علم وتجار وكل من له علم باختيار الرجال"، أما المادة (4) والتي تعد من أهم المواد، فقد بينت الشروط الواجب توفرها لعضوية المجلس، حيث جاءت في إحدى عشرة نقطة، على النحو التالي:

- 1 - أن يكون وطنياً صادقاً أميناً متصفاً بالعدالة الظاهرة.
- 2 - أن يكون مالكاً لحواسه بتمامها.
- 3 - أن يكون حول الثلاثين من العمر فأكثر.
- 4 - أن لا يكون من الذين أفلسوا ولم يسترجع اعتباره.
- 5 - أن لا يكون مستخدماً عند حكومة أجنبية ولو بصورة مؤقتة.
- 6 - أن لا يكون قد سبق عليه الحكم بالتشرد.
- 7 - أن لا يكون مدعياً تابعية حكومة أجنبية.
- 8 - أن لا يكون من الموظفين في الحكومة.
- 9 - أن لا يكون من موظفي البلدية.
- 10 - أن لا يكون من متعهدي البلدية أو كفيلاً لهؤلاء المتعهدين.

11- أن لا يكون متعهداً لجباية أو رسم من رسوم البلدية.

من الملاحظ أن العملية الانتخابية اقتصرت على عدد معين من الشخصيات ولم تشمل كافة المواطنين، وبالتالي لم تكن المشاركة الشعبية مكتملة، لكننا نعدّها تجربة في مرحلتها الأولى، خاصة وأن التجربة الأولى من قيام المجالس في الكويت جاءت بالتعيين، وهي تجربة مجلس الشورى في عام 1921م، كما أننا نلاحظ الحذر في مسألة اختيار الناخبين ومن لهم حق الترشيح على أن يكونوا بصفات شخصية معينة، وقد يكون هذا الحذر نابغاً من خوف مشاركة أشخاص لا علم لهم فيما يتصل بهذه الإجراءات.

فقد نصت المادة (3) على من له حق اختيار الأعضاء، بأن يكون على قدرٍ كافٍ من العلم، والتي نصت على: "الأعضاء ينتخبون من قبل وجهاء البلد من طلبة علم وتجار وكل من له علم باختيار الرجال"، لذلك يتضح لنا أن بعض الشخصيات التي نجحت في هذه الانتخابات كان لها دور في المجتمع قبل قيام المجلس البلدي، فمنها من كان له دور في مجال إنشاء المشاريع التعليمية، منهم يوسف القناعي ومشعان الخضير والسيد على سليمان ومرزوق البدر وسليمان العدساني، وبالتالي نجد أن هذه المجموعة هي من شاركت رجال الكويت سواء التجار أو النظام السياسي بإنشاء المشاريع التي تعود فائدتها على الدولة.

أما عن طريقة الاقتراع، فقد أشارت المادة (6) بأن "صفة الانتخاب أن يكتب كل منتخب نصف عدد الأشخاص الذين يتألف منهم المجلس البلدي، ويضع بأدنى الورقة اسمه ويؤرخها، وتوضع في صندوق مغلق يكون مفتاحه عند أحد أفراد لجنة أمانة تهيء لهذا الغرض، ويكون وضع الأوراق في الصندوق بواسطة شق في أعلاه، وعند الانتهاء يفتح الصندوق بحضور جميع أعضاء اللجنة لإبراز تلك الأوراق، وحصرها في قائمة مؤرخة ومذيلة

بتوقيع اللجنة، وتسلم إلى مجلس الإدارة للتسجيل"، وقد جاء في المادة (17): "بأنه يجوز إعادة انتخاب الأعضاء الذين قد أتموا مدة عضويتهم وكذلك المدير"⁽²⁰⁾، وقد ذكر خالد العدساني: "أن طريقة الاقتراع كانت تتم من خلال توزيع أوراق الانتخابات على الناخبين الذين يكتبون اثني عشر اسمًا للمجلس، ويضعونها في صندوق الانتخابات، وبعد سبعة أيام يتم فرز الأصوات بإشراف هيئة مختلفة مؤلفة غالبًا من: يوسف القناعي، وأحمد الحميضي، وأحمد بن خميس، وعبد الله السائر، وموسى المزدي، ويكون رئيس المجلس البلدي هو من يت رأس الهيئة، أما عن المرشحين الذين جاؤوا بالنتيجة بعد الأعضاء الناجحين، فيكونون احتياطيين عند حدوث أي طارئ في عضوية المجلس، وإلى جانب اختيار الأعضاء يتم اختيار مدير البلدية من ضمن الأعضاء الفائزين"⁽²¹⁾، وفيما يخص طريقة اختيار اللجنة المسؤولة عن الانتخابات، نجد إشارة على ذلك من رئيس البلدية في رسائل البلدية عدد رقم (267) بتاريخ 8 محرم 1355هـ، 31 مارس 1936م، فيأتي اختيار اللجنة في نهاية مدة المجلس، حيث يتم انتخاب ستة أشخاص توضع أسماؤهم بكتاب وترسل إلى صندوق بلدية الانتخابات"⁽²²⁾، كما جاء في عدد آخر رقم (410) على أن لا يكون من بين الأسماء أعضاء سبق أن قدموا استقالاتهم من المجلس"⁽²³⁾.

بناء على هذه القواعد تمت انتخابات المجلس البلدي الأول من خلال

-
- (20) بلدية الكويت: قانون البلدية، 9 شوال 1350هـ 17 فبراير 1932م، ص 4-8.
- (21) خالد العدساني: المصدر السابق، ص 13.
- (22) دفتر الرسائل الصادرة عن البلدية: عدد 267، 8 محرم 1355هـ 31 مارس 1936م، ص 106.
- (23) دفتر الرسائل الصادرة عن البلدية: عدد 410، 22 محرم هـ 24 مارس 1938م. أنظر إلى ملحق رقم (9) للاطلاع محضر إحدى الجلسات.

اجتماع خمسين شخصية لاختيار اثني عشر عضوًا، وقد تَكون المجلس من: يوسف القناعي، ومشعان الخضير، وسليمان العدساني، وسيد علي السيد سليمان، ومحمد الغانم، ونصف اليوسف، والسيد زيد سيد محمد، وحمد المرزوق، ومرزوق البدر، ومشاري البدر، وأحمد معرفي، ويوسف الحميضي⁽²⁴⁾.

وقد أوضح قانون البلدية الأول مهام مسؤولي وموظفي البلدية، حيث حددت المادة (5) واجبات الرئيس، والتي جاءت بتسع نقاط، من أهمها المصادقة على جميع ما يقرره المجلس البلدي عند استيفاء شروط القرار، أما فيما يخص المدير، فقد حددت المادة (23) واجباته في ثماني نقاط، من أهمها أن ينفذ جميع قرارات المجلس التي تكون من ضمن سلطاته، أما فيما يخص الكاتب وهو أمين الصندوق، فقد بينت المادة (24) واجباته التي تعددت، ومن أهمها تدوين مقررات المجلس، وتقديم ميزانية شهرية في الواردات والمصروفات بإيضاحات كافية، كما أن المادة (25) بينت أن هناك محصلين تجبى الرسوم من خلالهم أو في الإدارة مباشرة⁽²⁵⁾.

ويمارس المجلس البلدي مجموعة من الاختصاصات حددت من خلال قانون البلدية الأول، الذي صدق عليه حاكم الكويت الشيخ أحمد الجابر الصباح في 9 شوال 1350هـ 21 فبراير 1932م، حيث يمثل المجلس من خلال القانون السلطة التشريعية لأعمال البلدية، وبالتالي يمتلك صلاحيات تشريعية وأدوات رقابية، لذلك أسندت إليه مجموعة من الاختصاصات جاءت في الفصلين الثالث والرابع من القانون، حيث وضع القانون من

(24) خالد العدساني: المصدر السابق، ص10.

(25) بلدية الكويت: قانون البلدية، 9 شوال 1350هـ 17 فبراير 1932م، ص6-16.

خلال الفصل الثالث في المادة (19) وظائف المجلس في خمس عشرة نقطة من أهمها:

- 1 - تخصيص الميزانيات للأعمال المحدودة وغير المحدودة.
 - 2 - مناقشة حسابات البلدية، وتفهم وارداتها، ومصاريفها.
 - 3 - فحص الميزانية المعتادة وغير المعتادة، والحسابات السنوية والمصادقة عليها.
 - 4 - تعيين ما يقتضيه الإصلاح في الطرق أو المشاريع الأخرى التي ينوي تنفيذها كل سنة.
- إلى جانب الوظائف السابقة كانت على المجلس البلدي واجبات يستلزم تنفيذها، حيث جاءت في الفصل الرابع من القانون في المادة (20)، وتمثلت في ثلاث وعشرين نقطة من أهمها:
- 1 - هدم الأبنية التي تقرر البلدية أنها موجبة للخطر.
 - 2 - تفتيش المباني العمومية والكشف عليها عند إنشائها.
 - 3 - المحافظة على نظافة البلد في جميع الأوقات، وإزالة الأقدار ونقلها إلى محلات مناسبة لها.
 - 4 - حراسة الأسواق ليلاً وتنويرها وتحسينها بالكنس والرش.
 - 5 - أثمان الخبز ووزنه وطريقة خبزه ونظافته وصحية الدقيق.
 - 6 - منع ما يخل بالآداب العمومية.
 - 7 - دفن الفقراء المعدمين.
 - 8 - تتبع كل ما يحاذر منه الفسق ومنعه.

9 - مراقبة السيارات والدواب وتفتيشها والتأكد من صحتها وتعيين مواقف لها⁽²⁶⁾.

ولقد أوكلت هذه الاختصاصات إلى المجلس البلدي، نتيجة الأوضاع التي كانت تعيشها الكويت من عدة نواحي، في ظل عدم وجود جهات مختصة للقيام بتلك الأدوار، الأمر الذي أدى إلى تعدد اختصاصاته، بالإضافة إلى أن هذه الاختصاصات تعتبر من ضمن المكتسبات الشعبية التي كان يسعى إليها المجلس الأول لضمها إليه، لكونها مهامًا حيوية تساعد على بناء الوطن، كما أن الدعم الذي حظي به المجلس من قبل الشيخ أحمد الجابر ساعد على تمتعه بالعديد من الصلاحيات، وأما فيما يخص الاختصاصات التي ذكرنا بعضًا منها، يتضح لنا أن المجلس بمثابة مؤثر على حالة جديدة من الوعي والتنظيم المدني، وأنه يسعى للنهوض بالمجتمع، كما يلاحظ أن بعض الاختصاصات أوضحت لنا طبيعة المجتمع في تلك الفترة بأنه مجتمع محافظ يغلب عليه الجانب الديني، وهذا الأمر يحسب لأعضاء المجلس، لأنهم حرصوا على وجود اختصاصات ذات ضوابط دينية للمحافظة على الآداب العامة في المجتمع.

إلى جانب السلطات الواسعة التي كان يتمتع بها المجلس البلدي، كان هناك جهاز تنفيذي ممثلًا بالبلدية لتنفيذ ما يقرره المجلس، وحسب المادة (23) في النقطة الثانية من الواجبات التي تقع على عاتق المدير، تنفيذ جميع قرارات المجلس التي هي من ضمن سلطة المجلس.

في ظل هذه الصلاحيات مارس المجلس البلدي اختصاصاته المنصوص عليها في القانون، وقد وقعت عليه مسئوليات عديدة جاءت

(26) بلدية الكويت: المصدر السابق، ص 8-13.

مجتمعة مع قيامه، يذكرها الشيخ عبدالله الجابر رئيس المجلس البلدي قائلاً: "كان دور البلدية كبيراً وسلطاتها واسعة، وقد قامت بعمليات التنظيم داخل المدينة وخارجها، وشرعت في التثمين، وتوسعة الشوارع، والإشراف على الحراس، وعلى عمليات ذبح الأغنام والأبقار، والتنظيف، ومراقبة سوق السمك، بل كانت المسؤولة عن إجازات القيادة، وحتى الأمن في البلاد"⁽²⁷⁾.

إن وضع مثل هذا القانون في فترة مبكرة رغم عدم وجود خبير قانوني ومتخصصين في القانون، يعطينا دلالة كبيرة على الوعي، وعلى اطلاع أعضاء المجلس على التجارب المفيدة في البلدان، والتي كان من أبرزها التجربة البحرينية، وهذه دعوة للمتخصصين في القانون بدراسة قانون البلدية في البحرين والكويت للاستفادة منه في تطوير القوانين الحالية، التي لا تتمتع بصلاحيات واسعة لأعضاء المجالس البلدية كما كان الحال في السابق.

(27) يوسف شهاب: رجال في تاريخ الكويت، ج1، ط3، ص172.

قانون بلدية الكويت

١٣٥١

المطبعة السلطانية

قانون البلدية والذي يعد من أهم إنجازات المجلس البلدي

(٥)

- ١٠ - أن لا يكون من منعمي (منطري) البلدية أو كقبلا لمؤلاء التعمدين
 - ١١ - أن لا يكون مُنعماً جلبية أو رسم من رسوم البلدية
- المادة ٥ - واجبات الرئيس :
- ١ - المصادقة على جميع ما يقره المجلس البلدي عند استيفاء شروط التتار
 - ٢ - دعوة الأعضاء المحضور في الجلسات الرسمية وغيرها
 - ٣ - دفع التمدى على حقوق البلدية
 - ٤ - التزام دفع الضريبة على كل ممتنع
 - ٥ - اجبار كل من يخالف الاملاحت البلدية سواء كانت من نصوص هذا القانون أو ما يقره المجلس بوقت
 - ٦ - وليس له أن ينفذ أمراً ذا بال الا بمصادقة جميع الاعضاء أو أكثرهم عند الخلاف
 - ٧ - تعيين دورية الليل ورئيسهم وترتيبهم بعد مصادقة المجلس عليهم
 - ٨ - تعيين حرس الاسواق وترتيبهم بعد مصادقة المجلس عليهم
 - ٩ - الوقوف على ملاحظت كل من الدورية والحراس واحلة ما يحصل من الجنايات التي تسيث بالأمن الى السلطة

(٤)

الفصل الأول المجلس البلدي

- المادة ١ - يتألف المجلس البلدي من اثني عشر عضواً ورئيس
 - المادة ٢ - الرئيس يكون من آل الصباح وانتخابه من قبل الحاكم
 - المادة ٣ - الاعضاء ينتخبون من قبل وجهاء البلد من طلبة علم و تجار وكل من له علم باختيار الرجال
- المادة ٤ - شرط العضو :
- ١ - أن يكون وطنياً صادقا أميناً متصفاً بالعدالة الطاهرة
 - ٢ - مالكا لحواصه بنهايا
 - ٣ - حول الثلاثين من العمر فأكثر
 - ٤ - لا يكون من الذين أظسوا ولم يسترجع اعتبارهم
 - ٥ - مستخدماً عند حكومة أجنبية ولو بصورته مؤقتة
 - ٦ - قد سبق عليه الحكم بالنشرد
 - ٧ - دعياً تابعة حكومة أجنبية
 - ٨ - من الموظفين في الحكومة
 - ٩ - من موظفي البلدية

"كوفيد-19" ونظرية الظروف الطارئة

د. جميل محمد بني يونس*



إن المتأمل في الأثر القانوني الذي خلفه كورونا على العقود، لا بد أن يربط بين هذا الوباء الذي فتك بالبشرية، ونظرية الظروف الطارئة والتي نص عليها المشرع البحريني في المادة (130) من القانون المدني، وأن أهم ما تميّز به هذا الفيروس هو سهولة انتشاره، مما أدى إلى مضاعفة الخطورة الناجمة عنه. وقد اتخذت الجهات المسؤولة في مملكة البحرين -وعلى أعلى المستويات- مجموعة من التدابير الوقائية لمواجهة الوضع الاستثنائي الناجم عن هذا الوباء، ومما لا يدع مجالاً للشك أن طبيعة هذه التدابير والمتخذة أيضاً على مستوى دول العالم، وإن تفاوتت بين دولة وأخرى تدل وبشكل واضح على أن هذه الجائحة تتجاوز قدرة الفرد على مواجهتها، وتوقع نتائجها وإمكانية تجنبها، ومن هنا فقد وضع العالم بأسره أمام خطر داهم يتطلب اتخاذ إجراءات مستعجلة وقاسية بعض الشيء، وذلك على مستوى الفرد والجماعة، وهذا ما تم فعلاً بدءاً بتوقيف الدراسة ومنع التجمعات

(* أستاذ القانون المدني المساعد، قسم القانون الخاص / كلية الحقوق، جامعة البحرين.

وإلغاء جميع الفعاليات الرياضية والفنية وحتى الدينية، وقد وصل الأمر إلى إغلاق المجال الجوي والمنفذ البري في مرحلة من مراحل المواجهة، وتخفيض مستوى الخدمات المقدمة في مؤسسات الدولة ومرافقها العمومية. وأما أثر هذه الجائحة على الالتزامات التعاقدية، فإنه يتركز بمدى إمكانية إعادة النظر بهذه الالتزامات، بحثًا عن التوازن بين أطراف العقد، والذي بات مفقودًا بسبب هذا الوباء. إن القوة الملزمة للعقد تقتضي عدم المساس به، ووجوب تنفيذه وفقًا لما اشتمل عليه وبحسن نية، فمن غير الممكن تعديل هذا العقد أو نقضه إلا بإرادة الطرفين، أو وفقًا للأسباب التي يقررها القانون، وعلى هذا نصّت المادة (128) من القانون المدني البحريني، وذلك بقولها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون".

ولكن هذا القول ليس مطلقًا، فمن الممكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد والتي وردت في المادة (130) من القانون المدني كما أسلفنا، وبمقتضى هذه النظرية يمكن تعديل العقد إذا حدثت حوادث استثنائية عامة غير مألوفة وغير متوقعة، وترتب على حدوثها أن تنفيذ العقد أصبح مرهقًا على المدين، ويهدد المدين بخسائر فادحة، وعندها تستطيع المحكمة التدخل، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن تضيّق في مداه أو تزيد في الالتزام المقابل له، ويتطلب تطبيق هذه النظرية تحقق مجموعة من الشروط، وهي:

1 - أن يكون العقد مستمر التنفيذ أو أن يكون فورياً ولكنه مؤجل التنفيذ لفترة زمنية طويلة، وذلك لأن مبدأ القوة الملزمة للعقد يتعلق أساساً بالعقود فورية التنفيذ، حيث ليس للزمن دور جوهري في هذه العقود، وأما العقود الزمنية أو الفورية مؤجلة التنفيذ لفترة زمنية طويلة، فتتأثر

بتغير الظروف لوجود فاصل زمني بين انعقاد العقد وتنفيذه، فهذه العقود تبرم في ظروف عادية، ولكن التنفيذ تراخى إلى ما بعد ظهور فيروس كورونا (كوفيد19)، وهذا من شأنه إلحاق خسارة فادحة بالمدين وإرهاقه، وذلك إذا ما نفذ العقد على النحو المتفق عليه، وسبب ذلك هو ظهور ظرف طارئ استثنائي لم يكن بوسع المدين توقعه أثناء إبرام العقد، ومن هنا فقد اقتضت مبادئ العدالة تعديل هذا العقد وإعادة التوازن إليه، وذلك مرهون بتوافر شروط تطبيق هذه النظرية على كورونا، فإن توافرت هذه الشروط بهذا البواء فإن هذه النظرية ستكون هي الحل المناسب والعملي لتعديل هذه العقود عن طريق القضاء، وذلك بالنسبة لمجموعة من العقود كعقد النقل والتوريد والمقاوله، وغير ذلك من العقود الزمنية والعقود الفورية مؤجلة التنفيذ لفترة زمنية طويلة، حيث إنه من الممكن حصول ظروف استثنائية طارئة خلال المدى الزمني للتنفيذ، فجوهر هذه النظرية هو عدم توقع الظرف، وهذا ما ينطبق على كورونا والذي فاجأ البشرية برمتها.

- 2 - أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة أي حوادث غير مألوفة، ويشترط في هذا الحدث الاستثنائي أن يكون عامًا وغير مقتصر على المدين، ونجد أيضًا أن هذا الشرط ينطبق تمامًا على كورونا.
- 3 - عدم إمكانية توقع الحدث الاستثنائي، وهنا نجد أيضًا أن هذا الشرط متوافر في وباء كورونا، فلم يتوقع أحد ظهور هذا الفيروس.
- 4 - أن تجعل الحوادث الاستثنائية تنفيذ الالتزام مرهقًا للمدين، ومعنى ذلك أن هذا الظرف لا يؤدي إلى استحالة التنفيذ، ولو وصل الأمر إلى هذا الحد أي إلى الاستحالة، فإنه سيكون لنا قول آخر. وهنا نجد أن كورونا جعل بعض العقود مستحيلة التنفيذ، بينما نجد أن أثره اقتصر على إرهاق المدين في البعض الآخر.

وعند توافر هذه الشروط فإنه للقاضي وبناءً على طلب المدين، إعمال حكم هذه النظرية والوارد بنص المادة (130) من القانون المدني البحريني. وعلى ما تقدم فإن فيروس كورونا ظرف طارئ في العقود مستمرة التنفيذ، التي أصبح تنفيذها مرهقاً للمدين بسببه، ويتسبب بخسارة فادحة له، وكذلك الحال في العقود فورية التنفيذ التي كانت مؤجلة التنفيذ لفترة زمنية طويلة. وعليه فإن للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق مداه أو يزيد في مقابله، ولا يجوز الاتفاق على خلاف أحكام هذه النظرية لأنها نظرية اقتضتها العدالة، فلو أن الدائن كان قد احتاط لحكم هذه النظرية، فاتفق مع المدين على أنه - المدين- ملزم بتنفيذ العقد بغض النظر عن الظروف الطارئة إن حصلت مستقبلاً، فإن مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً، فيستطيع المدين التمسك بهذه النظرية وإن كان قد وافق على استبعادها أثناء العقد. بقي أن نشير إلى أن حكم هذه النظرية غير مرتبط بثروة المدين مهما كانت طائلة، فما دامت شروطها متحققة في العقد انطبق الحكم، فمسألة الإرهاق تقاس على التزامات العقد وليس على ثروة المدين وإمكانياته المالية مهما بلغت. لكن فيروس كورونا قد يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد وليس فقط إرهاق المدين، وذلك في بعض العقود، وهذا ما سنتناوله في مناسبة قادمة إن شاء الله.

تاريخ النظم المعاصرة

د. سعيد بن علي الكريديس*



بسم الله أبدأ وبه أستعين، وأصلي وأسلم على سيد المرسلين نبينا
المصطفى الأمين، ثم أما بعد:

الإنسان في كل زمان ومكان يحتاج إلى نظام يضبط سلوكه ويوجهه،
وينظم علاقاته الاجتماعية، ويبين له حقوقه ويفرض عليه واجباته، لكيلا
يُظلم ولا يُظلم، وليعيش في أمن واستقرار وهدوء نفس وطمأنينة بال، غير
أن النظم كأى فكرة في حياة الإنسان تمر بمراحل كالنشأة والتكوين والتطور
والاستقرار، أو التراجع والانحدار ثم الانحسار.

في هذا المقال سأتكلم عن ثلاثة نظم معاصرة، لها تأثيرها البالغ في
حياة البشرية، وهي: الفقه الإسلامي، والنظام اللاتيني، والنظام
الأنجلوسكسوني، وتتمايز هذه النظم فيما بينها لعدة عوامل منها، مصادر
هذه النظم وأهدافها وكمالها وشمولها وانتشارها.

(* أكاديمي ومستشار ومدرب قانوني، المملكة العربية السعودية.

النظام الأول: الفقه الإسلامي:

يُعد الفقه الإسلامي أشهر وأكمل وأشمل النظم على مر العصور، ذلك لأنه قائم على الوحي الإلهي المتمثل في الكتاب والسنة، وينظم حياة البشرية لتحقيق هدف عظيم وسامي أغفلته النظم الأخرى، وهو تحقيق السعادة في الدارين، الدنيا والآخرة؛ ولأنه لا يفرق بين الناس إلا بمعيار التقوى، فالفقه الإسلامي يعتمد على النص الصريح من القرآن الكريم وسنة المصطفى ﷺ الذي زكاه ربنا جلا وعلا في سورة النجم فقال: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾.

وقد مر تكوين الفقه الإسلامي بعدة مراحل، كان أهمها تلك المرحلة التي عاش فيها الرسول ﷺ، وفيها نشأت الأصول والقواعد الكلية والأحكام والأقضية واكتملت، جاء في سورة المائدة قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ﴾، وقد جاءت هذه الأحكام منثورة في القرآن الكريم والسنة النبوية، وبعد وفاة الرسول ﷺ جاءت مرحلة الاجتهاد والتي اشتملت على أقوال كبار فقهاء الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء الراشدين، ثم جاءت مرحلة تكوين المدارس الفقهية، وهو ما يسمى بالمذاهب الفقهية، والتي اشتهر منها أربعة مذاهب، المذهب الحنفي وينسب للإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت (80هـ - 150هـ)، ومن أشهر من أخذ عنه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني، والمذهب المالكي وينسب للإمام مالك بن أنس الأصبحي (93هـ - 179هـ)، وأشهر من أخذ عنه ابن القاسم وابن وهب وأشهب، ويعد الموطأ من أشهر كتبه، والمذهب الشافعي وينسب للإمام محمد بن إدريس الشافعي (150هـ - 204هـ)، ومن أشهر كتبه كتاب الأم الذي أملاه على طلابه في مصر، ويشتمل على مذهبه الجديد، والمذهب الحنبلي وينسب للإمام أحمد

بن حنبل الشيباني (164هـ - 241هـ)، وقد انتشر هذا المذهب بفضل الإمامين ابن تيمية وابن القيم، وهناك بعض الفقهاء المجتهدين العظماء الذين اندثرت مذاهبهم لعدم نجابة أتباعها كحماد والنخعي والشعبي والأوزاعي، وجميع هذه المذاهب الفقهية تربط دليلها الشرعي بالمصادر الأساسية، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وبعض المصادر التبعية كالاستحسان والعرف والاستصلاح أو ما يسمى بالمصالح المرسلة، وهذه المصادر التبعية مستمدة أيضًا من المصدرين الأساسيين الكتاب والسنة.

إن توسع الفقه الإسلامي وتنوع مصادره ميزة عظيمة ومطلب مهم؛ لأنه فقه عالمي لكل الناس في كل العصور، فلا بد أن يكون متجددًا ومتطورًا ومرنًا، ليستوعب النوازل والأحداث المستجدة في حياة الناس في كل زمان ومكان، وقد أحاط الفقه الإسلامي بفضل سموه وكمالته وشموله وثباته ومرونته بكل مستجدات العصر وأحداثه، وقد شهد له بذلك حتى الخصوم، فقد صدر عن المؤتمر الأول للحقوق المقارنة المنعقد بلاهاي في عام 1937م، أن الشريعة الإسلامية مصدرٌ من مصادر التشريع العام، وتعتبر شريعة حية قابلة للتطور، قائمة بذاتها لا تأخذ من غيرها، كما قرر مؤتمر المحامين الدولي عام 1948م تبني الدراسات المقارنة للفقه الإسلامي والتشجيع عليها، وذلك لعلو شأنه ومرونته، وجاء القرار الثالث من مجمع الحقوق المقارنة الدولي المنعقد في باريس عام 1952م، والمتضمن أن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة لا يمارى فيها، وأن اختلاف المذاهب الفقهية ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات، ومن الأصول الحقوقية العظيمة التي تستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة، وتوافق بين حاجاتها، وتحقق العدالة بين الناس، وتوفر لهم الطمأنينة والاستقرار.

النظام الثاني : النظام اللاتيني :

ويسمى نظام القانون المدني The Civil Law System ويُعد هذا النظام من أقدم الأنظمة في العالم، ومن أكثرها تأثيرًا على الأنظمة القانونية الأخرى، وهو يعود في جذوره إلى القانون الروماني، تلك الإمبراطورية التي امتدت حضارتها من البحر الأبيض المتوسط على بحر الشمال ومن بيزنطة إلى بريطانيا، وقد بدأ هذا القانون بتنظيم العلاقات بين الأفراد، لذلك يسمى القانون المدني، لذلك فالقانون المدني هو الأساس في هذا النظام، وقد ظهرت الفروع الأخرى من القانون في فترات لاحقة، كالدستوري والجنائي، وقد قام هذا القانون في الأساس على تجميعات أغسطس وجيستينيان والمسماة (الموسوعة والنظم)، وقد ساهمت الدول الجرمانية، كألمانيا والنمسا وسويسرا في تطوير هذا النظام، كما ساهمت في تطويره الدول اللاتينية كفرنسا وإيطاليا وإسبانيا والبرتغال، والدول الإسكندنافية كالسويد والنرويج والدنمارك وفنلندا، وقد انتشر هذا النظام في معظم الدول الأوروبية عدا بريطانيا، وبعض الدول المستعمرة كدول أمريكا اللاتينية وتركيا واليابان وبلاد الشام والمغرب العربي، وتعتبر فرنسا منبت هذا النظام وحاضنته.

ويتميز هذا النظام بخصائص لعل من أبرزها تقسيمه إلى قسمين: قانون عام، وقانون خاص، ومعيار التفرقة بين هذين القسمين هو بالنظر للمصلحة التي يحكمها ويرعاها كل قسم، فالقسم الذي يحكم ويرعى المصلحة العامة يسمى القانون العام، والقسم الذي يحكم ويرعى المصلحة الخاصة يسمى القانون الخاص، ولكل قسم تفرعاته، فالقسم العام يشتمل على القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الجنائي والقانون المالي والقانون الدولي العام، والقسم الخاص يشتمل على القانون التجاري والقانون

البحري والجوي وقانون العمل والقانون الدولي الخاص، ويتميز النظام اللاتيني بأنه قانون مقنن ومدون، وتتميز قواعده بالعمومية والتجرد، ويعطي النظام اللاتيني للقضاة حرية الاستنباط والتحليل والاستنتاج، لذلك لا بد أن يتصف القاضي اللاتيني بالذكاء الذي يساعده على الربط بين الواقعة الخاصة التي ينظرها، وبين عمومية وتجرد القاعدة القانونية المنطبقة عليها، وعمومية القاعدة القانونية وتجردها ينتج ميزة أخرى، وهي قلة القواعد القانونية، على عكس النظام الأنجلوسكسوني الذي تتميز قواعده بالفردية والخصوصية، مما ينتج كثرتها، والنظام اللاتيني له مصادر، أولها: التشريع التي تسنه السلطة التشريعية، وله مراتب ثلاث: التشريع الدستوري، والتشريع العادي، والتشريع الفرعي أو الثانوي ويسمى (اللوائح). وثانيها: العرف وهو ما يعتاد الناس فعله حتى يستقر في وجدانهم أنه ملزم، وثالثها: من مصادر النظام اللاتيني هو آراء كبار فقهاء القانون، ورابعها: المبادئ العامة للقانون التي تقوم على قواعد العدالة في حالة غياب النص التشريعي والعرف والآراء الفقهية المعتمدة. هذه أبرز سمات النظام اللاتيني.

النظام الثالث: النظام الأنجلوسكسوني:

ويسمى القانون العام The Common Law System وتعتبر إنجلترا هي مهد هذا النظام، وقد كانت إنجلترا تحت سيطرة عدة قبائل جرمانية، من أشهرها (الأنجل) و(السكسون)، ولهذه القبائل قانون مستمد من الأعراف القبلية البدائية، وبالرغم من احتلال الرومان لإنجلترا لفترة أربعة قرون من سنة (500م - 900م)، إلا أن القانون الروماني لم يترك أثرًا في قانونها، فقد تطور النظام الأنجلوسكسوني تطورًا ذاتيًا، ولم يتأثر بالنظم القانونية الأخرى إلا بمقدار ضئيل، ويذكر المؤرخون أن هناك بعض القوانين التي صدرت باللغة الأنجلوسكسونية، منها ما أصدره الملك كنت Kent سنة

600م، والملك كانوت Kanute بين (1017-1035م)، وكانت هذه القوانين إقليمية، فلم تكن عامة لكل إنجلترا، وبعد الغزو النورماندي لإنجلترا في سنة 1066م، قام الملك وليم الفاتح بإلغاء القانون الأنجلوسكسوني، وقام بتحويل إنجلترا من النظام القبلي إلى النظام الإقطاعي، ونشأت المحاكم الإقطاعية، ونشأت محاكم أخرى تطبق القانون الكنسي فيما يتعلق بنظام الأسرة، ثم ظهرت المحاكم الملكية، والتي نشأ منها القانون الإنجليزي المعروف بالقانون العام Common Law وتسمى (محاكم وست منستر)، وهذه المحاكم نشأت لحماية مصالح الملك والمملكة والمصلحة العامة، فكانت المحاكم الملكية تأخذ بالقواعد المنطقية والعقلانية في الإثبات، وتتميز بالقدرة على استدعاء الشهود وجبر المتخصصين على تنفيذ الأحكام عكس المحاكم الأخرى، مما جعل الناس يحرصون على التقاضي أمامها، وبذلك امتد اختصاصها القضائي تدريجياً على كامل المملكة، إلا أنها لا تقبل النظر في كثير من المنازعات القضائية الفردية أو الخاصة، فيضطر المتظلمون لرفع تظلماتهم للملك يلتمسون منه تحقيق العدالة في منازعاتهم، باعتباره مصدر العدالة ورأسها في المملكة، فنشأ ما يسمى بقانون العدالة Equity Law (محكمة المستشار)، وهي محكمة يشرف عليها مستشار الملك، فأصبح هناك نظامان داخل القانون الإنجليزي، وهما القانون العام Common Law وقانون العدالة Equity Law .

أما المرحلة المعاصرة أو الحديثة للنظام الأنجلوسكسوني فقد بدأت منذ سنة 1832م، وفيه تم إصلاح وتحديث النظام الإجرائي الذي كان قائماً على صيغ الدعاوى، ثم توالى الإصلاحات، فتم الدمج بين محاكم Common Law وهي المحاكم الملكية (محاكم وست منستر)، وبين محكمة قانون العدالة Equity Law (محكمة المستشار)، فأصبحت محاكم المملكة جميعها معنية بتطبيق قواعد النظامين معاً، القانون العام وقانون العدالة، أما

مصادر القانون الإنجليزي، فكما تقدم نستدل على أنه قانون قضائي أنتجته المحاكم الملكية ومحكمة المستشار، لذلك فمصدره الأول مصدرًا قضائيًا، فهو يقوم على السوابق القضائية التي أنتجتها المحاكم، ويترتب على ذلك استقرار القانون واستمراره، ويجب على المحاكم الأدنى درجة، الالتزام بأحكام المحاكم الأعلى درجة، وترتب المحاكم الإنجليزية حسب التدرج التالي، مجلس اللوردات وقراراته ملزمة لجميع المحاكم، ثم محكمة الاستئناف، ثم المحكمة العليا، تليها المحاكم الدنيا الجزئية (محاكم التاج والمقاطعات والصلح) وهي أقل درجة ولا يلتزم بأحكامها السابقة، ولكنها تلتزم بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة، وبعد دخول بريطانيا في السوق الأوروبية المشتركة، أصبحت أحكام محكمة العدل الأوروبية ملزمة فيما يدخل في اختصاصها.

وبنهاية هذا المقال نكون قد بسطنا أمام أنظار القارئ الكريم أشهر النظم المعاصرة، وليتبين له دون تأثير على اختياره وقراره ما هو النظام المتفرد في مصادره وأهدافه وشموله وكماله وانتشاره، وما هو النظام الذي يضبط سلوك الفرد وينظم الجماعة ويوجه الإنسان ليسعد في الدارين الدنيا والآخرة، مع العلم أن هناك نظمًا أخرى لم نتطرق لها كالنظام الشيوعي، وذلك لقلّة درجة أثره وانحساره.

والله الموفق،،،

القتل الرحيم

مراجعة تاريخية وإنسانية

د. محمد أحمد جوهر*



تشير المصادر التاريخية إلى بزوغ فكرة القتل الرحيم في العقد الأول من القرن الأول الميلادي، حيث ذكرها المؤرخ الروماني (سيوتونيس) في أحد كتاباته، وأشار إلى موت الإمبراطور الروماني الأول (أغسطس قيصر) في العام 14 ميلادية، على يدي زوجته (ليفيا)، عندما اشتد به المرض في أواخر أيام حكمه، وقامت زوجته بتقديم بضع حبات من التين المسموم، بناء على رغبته في الموت، والخلص من معاناته وآلامه المستمرة، وتذكر المصادر أن وفاته كانت مريحة وغير مؤلمة، حيث استمتع بتناول الثمرات المسمومة في لحظاته الأخيرة.

ومن الممكن جداً أن فكرة القتل الرحيم كانت موجودة قبل تلك الواقعة، ولكنها لم توثق في مصادر تاريخية، ولكن هناك إشارات تدل على استخدامها عند تنفيذ أحكام الإعدام بالشنق، حيث يقوم الحراس بسحب أرجل المحكوم عليه بالإعدام عند تنفيذ الحكم، وذلك لتسريع موته وتجنب

(*) طبيب جراحة الفم والوجه والفكين، وباحث في تاريخ الطب وأخلاقياته، مملكة البحرين.

معاناته، كما تشير إحدى المصادر إلى قتل المواليد المشوهين جسدياً في الحضارة الإغريقية القديمة، ولعل عادة وأد البنات، ودفنهنّ أحياء، تلك العادة البغيضة التي كانت منتشرة أيام الجاهلية، وقبل ظهور الإسلام في الجزيرة العربية، تشكل نمطاً متطرفاً من مفهوم القتل الرحيم، حيث كان يعتقد البعض، بأن قتل الإناث رحمة لهم، وتجنباً للعار والحظ السيئ كما كانوا يعتقدون.

وكلمة الموت أو القتل الرحيم (اليوثانية) تعني باللغة الإنجليزية (Euthanasia)، وهي كلمة لاتينية الأصل تعني (الموت الجيد أو الميسر)، والمعنى هنا يفسر الفكرة، حيث يقوم الشخص المريض باتخاذ قرار بإنهاء حياته، رغبةً منه في التخلص من آلامه ومعاناته من مرض أو سقم عضال، استحال مع الحياة من وجهة نظره، وقد يكون هذا القرار بناء على معاناة نفسية، تؤدي إلى بلوغ الشخص مرحلة متقدمة من الاكتئاب، يقدم نتيجة لها على الانتحار أو إنهاء حياته، وقد استخدمت كلمة الموت الرحيم (Euthanasia) لأول مرة في القرن السابع عشر الميلادي، حيث عرفها الفيلسوف الإنجليزي (فرانسيس بيكون) بأنه موت سهل، غير مؤلم، وسعيد، وخلال تلك الفترة بدأت تظهر مسؤولية الطبيب المؤهل لاتخاذ هذا القرار مع المريض، بناء على تقييمه لحالته الصحية ومعاناته الجسدية.

وفي القرن التاسع عشر الميلادي، بدأ استخدام مادتي (المورفين) و(الكلوروفورم) بشكل واسع في تخفيف الألم المبرح الناتج عن مرض شديد، أو إصابات خطيرة، قد يتعرض لها الجنود والضباط في المواجهات المسلحة أو الحروب، وغيرها من الاستخدامات الأخرى، وتعتبر مادة (المورفين) من العقاقير المسكنة والمخدرة، حيث تمتاز بقوة وسرعة فعاليتها، ومن منا لم يشاهد أحد الأفلام الوثائقية أو السينمائية التي توثق

الحروب وويلاتها، ورأينا بها مشاهد استخدام تلك المادة السحرية، حيث يتم حقنها تحت جلد الجندي المصاب، لتخفيف آلامه من الإصابة، وفي بعض الأحيان، ومع تعاضم الإصابة، يطلب المصاب من الطبيب إعطائه المزيد من (المورفين)، وهنا يرى الطبيب أن شدة الإصابة ستؤدي حتمًا إلى الموت، وقد يكون فقد عضوًا أو طرفًا، أو أصابه نزيفًا حادًا، أو تهتكًا في الأعضاء الداخلية، وتتلاقى أعين الطبيب والمصاب، في إشارة إلى موافقة ضمنية متبادلة على التوقف عن محاولة إنقاذ الجسم، حيث يتأكد المصاب والطبيب من استحالة الحياة، وهنا يقوم (المورفين) بدور الوسيط الآمن والمريح للانتقال من الحياة إلى الموت.

وفي العام 1906م، وتحديدًا في ولاية (أوهايو) بالولايات المتحدة الأمريكية، تم تقديم مشروعات قوانين لإجازة القتل الرحيم لأول مرة، وقد سميت القوانين باسم (قوانين الكلوروفورم)، وفي العام 1935م، تم تأسيس جمعية إجازة الموت الرحيم التطوعي في المملكة المتحدة، وسعت هذه الجمعية إلى كسب تأييد المجتمع، وتقديم مشروع قانون إلى مجلس اللوردات البريطاني، لمناقشة القانون وإقراره، وطلب رئيس الجمعية ومؤسسها (كيلك ميلارد) الدعم والمساندة من جمعية الأطباء البريطانية، ولكن باءت محاولاته بالفشل، ولم يحظ القانون بتأييد أغلبية أعضاء مجلس اللوردات عند طرحه للتصويت في العام 1936م، وحتى اليوم، يجرم القانون البريطاني المساعدة على الانتحار أو القتل الرحيم.

ومرورًا بالعام 1957م، حيث صدر تشريع ديني من دولة الفاتيكان، يجيز الموت التطوعي السلبي، أي جواز فصل أجهزة الإعاشة عن المريض، كأجهزة التنفس الاصطناعي، وجهاز تنظيم ضربات القلب، وذلك بعد التيقن من عدم جدوى إبقاء المريض متصلًا بتلك الأجهزة، ووصولًا إلى العام

1997م، حيث تم إقرار قانون القتل الرحيم في ولاية (أوريغون) بالولايات المتحدة الأمريكية، لتكون بذلك أول ولاية تجيز القتل الرحيم، واليوم هناك (8) ولايات أخرى قامت بإجازة المساعدة على إنهاء الحياة وهي: واشنطن، وفيرمونت، وكاليفورنيا، ومونتانا، وكولورادو، وماين، ونيوجيرسي، وهاواي، ولكن يشترط قيام الطبيب المؤهل بتقييم حالة المريض الصحية والنفسية بدقة، وضرورة وجود شهود على موافقة المريض على أخذ المادة القاتلة، وأن يكون في كامل قواه العقلية عند اتخاذ القرار، بالإضافة إلى إدراكه لكافة تفاصيل الإجراء، والأهم من كل ذلك، قدرة المريض على إعطاء نفسه المادة القاتلة تحت إشراف الطبيب، وهنا يشكل هذا الشرط عائقًا أمام راغبي الموت من أصحاب الإعاقات الجسدية، والأمراض العصبية والعضلية، التي تخور مع مضاعفاتها القوى الجسدية، وحينها لا يستطيع المريض تناول تلك المادة أو حقنها بنفسه، ونجد هنا تقييدًا ضمنيًا لجواز هذه العملية، فالطبيب هنا يقتصر دوره على الإشراف فقط، والتأكد من سلامة المريض العقلية والنفسية عند اتخاذه القرار، فهو في الحقيقة يساعد المريض على الإقدام على انتحار مجاز بقوة القانون، فالشخص هو من أراد انتزاع حق الحياة المقدس من نفسه، ومن المنطقي هنا طرح تساؤل مهم: هل وجود المعاناة الجسدية وتفاقم الآلام تؤثر أو تضعف، أو في بعض الأحيان تغيب أهلية المريض القانونية والأخلاقية لاتخاذ قرار حاسم كهذا القرار؟

اليوم، هناك العديد من الدول قامت بإجازة المساعدة على الانتحار، والقتل الرحيم قانونيًا، وعلى رأسهم سويسرا، والتي أقر بها قانون الموت الرحيم في العام 1937م، كما يوجد بها أشهر مراكز المساعدة على الموت، كمرکز ديجنيتاس (DIGNITAS)، الذي استقبل في العام 2018م فقط على سبيل المثال (221) شخصًا من الراغبين في الانتحار، وشكّل

الراغبون في الانتحار 1، 5% من إجمالي عدد الوفيات، وهناك أطباء وأشخاص متخصصون في تأهيل الشخص المقدم على الانتحار نفسياً ومعنوياً، ونجد شعار المركز يلخص مهامه (للعيش بكرامة، والموت بكرامة)، ولكن سويسرا تجرّم القتل الرحيم، والذي يعتمد على إعطاء أو حقن المريض بمواد أو عقاقير سامة تنهي حياته، ويقتصر دور المركز هنا على المساعدة على الانتحار، كما في الولايات المتحدة الأمريكية، وهنا يجب التفرقة بين مصطلحي (القتل الرحيم) و(المساعدة على الانتحار)، فالأول يكون للطبيب أو الشخص المسؤول دور محوري، فهو من يقوم بحقن المريض أو إعطائه المادة القاتلة، أما الثاني فهو كما وضحنا سابقاً، وفيه يقتصر دور الطبيب أو المختص بالإشراف، وتسهيل حصول المريض على المواد القاتلة، أو وصفها له.

كما قامت العديد من الدول الأوروبية بتشريع قوانين القتل الرحيم، والمساعدة على الانتحار، ولكن باختلاف طفيف فيما يتعلق بآلية تطبيق القانون، فنجد على سبيل المثال في هولندا، كلا الطريقتين مجازتين بحكم القانون، والأدهى من ذلك، السماح للأطفال من عمر 12 عاماً بطلب الموت الرحيم، أو المساعدة على الانتحار، بشرط موافقة الأبوين!، وهنا نطرح تساؤلات مهمة: ماذا يحدث إذا كان الأبوين غير مؤهلين لاتخاذ قرار خطير كهذا؟ وإذا كان الأبوان ليسوا على قيد الحياة، من له الحق في الموافقة على رغبة طفل -لم ينضج عقلياً بعد- في إنهاء حياته؟ وما مدى التعارض الفج بين حقوق الطفل وهذا التشريع؟ وماذا لو كان هذا الطفل تحت سلطة أبوية غير مراعية له ولحقوقه الأساسية؟ في رأيي أن هذا التشريع ينتهك قدسية الطفل وبراءته، التي يجب أن تصان في جميع الأوقات، وتحت كل الظروف.

وإلى جانب هولندا، نجد دولاً أخرى قامت بسن تشريعات تجيز القتل

الرحيم، ومنهم: لوكسمبورغ، وبلجيكا، وفرنسا. وحديثاً، فقد انضمت إليهم كل من إسبانيا في العام 2021م، والبرتغال، حيث قام مجلس النواب بالموافقة على القانون، وسيعرض على المحكمة الدستورية للفصل فيه، ومن خارج القارة العجوز، هناك دول أخرى تسمح بالقتل الرحيم، كأستراليا، وكولومبيا، وكندا.

ولعل من أبرز شواهد العصر على جدلية مفهوم القتل الرحيم، هو ما حدث في أزمة جائحة كورونا (كوفيد-19)، حيث وقع الأطباء في معضلة أخلاقية وطبية، حينما حدث نقص شديد في أجهزة التنفس الاصطناعي نتيجة الضغط غير المسبوق على الخدمات الصحية، وتحديداً أسرة العناية المركزة، وحارت عقولهم في اتخاذ قرارات مصيرية لاختيار الأولى من المرضى لوضعهم على الأجهزة، ومساعدتهم على تعدي الحالة الحرجة من الوباء، فهل يختارون إنقاذ الشباب، فهم مستقبل البلاد، ووقود نهضتها، أم يختارون الطاعنين في السن من أصحاب الأمراض المزمنة، والذين يملكون فرصة ضئيلة للنجاة من براثن هذا الفيروس المتوحش؟ إذاً هل الاختيار هنا يخضع للأرقام والإحصائيات والتوقعات المجردة من العاطفة؟ أم يخضع لقواعد العمل الطبي وأخلاقياته السامية؟ وخاصةً في ظل كارثة صحية عصفت بالعالم أجمع، وحولته إلى ساحة حرب بين عدو خفي والبشرية، فالاختيار هنا قد يؤدي إلى خسارة روح، ويشكل نمطاً غير مباشر من أنماط القتل الرحيم.

أما عن موقف الشرائع السماوية، أو الديانات الإبراهيمية الثلاث، فنجد توحداً في موقف الرفض والتحریم مشترك فيما بينهم، حيث تقر النصوص السماوية بذلك التحريم والتجريم، ففي المسيحية، ذكر في سفر الجامعة 8:8 "ليس لإنسان سلطان على الروح ليمسك الروح ولا سلطان على

يوم الموت"، وفي القرآن الكريم، قال الله تعالى في كتابه المحكم: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (النساء، 29)، وقد حسم شيخ الأزهر السابق (فضيلة الإمام محمد سيد طنطاوي) - رحمه الله - تلك الجدلية، وأقر بعدم جواز قتل المريض الميؤوس من شفائه، ولكن من الممكن فصل أجهزة الإعاشة عنه، إذا تأكد استحالة الحياة، وموت الدماغ، وهو ما أقره أيضًا مجمع الفقه الإسلامي في دورته (22)، والتي عقدت في مكة المكرمة بالمملكة العربية السعودية في العام 2015م.

وهنا نستطيع القول إن صون حياة الإنسان، والحفاظ عليها، ركن رئيسي من أركان المعتقدات الدينية السماوية على مر العصور والأزمنة، ونجد أيضًا تقييدًا حصيلًا ومنطقيًا للحريات المطلقة، التي تسعى دول العالم المتخذة من (النيو ليبرالية) و(العلمانية) شعارًا لها، إلى تشريع قوانين، تطلق العنان لحريات تعتدي على قدسية حياة الإنسان وكرامته، وقد يساء استغلالها، أو تذهب بعيدًا عن غاياتها، ولعل قوانين إجازة الإجهاض من الصور المتطرفة أيضًا لمفهوم حرية التصرف في الجسد والروح، ونجد أن الدول التي أجازت القتل الرحيم أو المساعدة على الانتحار، الغالبة العظمى منها أجازت الإجهاض أيضًا، ونرى التناقض عندما تذهب بعض الدول إلى إلغاء عقوبة الإعدام، مما قد يغوي أصحاب النفوس المريضة بارتكاب الجرائم وزهق الأرواح، دون الخوف من عقوبة الإعدام.

وعلى مر العصور، عورضت مفاهيم وصور الموت الرحيم، أو المساعدة على الانتحار، فنص قسم الأطباء الذي صاغه أبو الطب (أبقراط) على عدم إعطاء عقار مميت لأي إنسان تحت أي ظرف، كذلك كان موقف العديد من الفلاسفة والمفكرين والكتاب حول العالم، فنجد الفيلسوف الألماني (جوته) يعارض تلك المفاهيم حيث قال: "إن الدور الوحيد للطبيب

هو الحفاظ على الحياة بصرف النظر عن قيمة الحياة في نظره، إذ إن ذلك ليس من اختصاصه، فإذا ترك الطبيب لنفسه تقييم قيمة حياة مريضه مرة واحدة، فإنه سيصبح بلا شك أخطر رجل في الدولة"، وكذلك يقدم الكاتب والفيلسوف الإيطالي (جيورجيو أغامبن) في كتابه (المنبوذ - السلطة السيادية والحياة العارية)، نظرة متعمقة في مفهوم الموت، ويوضح من خلال الدراسات والتجارب العلمية والطبية التي يستعرضها، الجدل الذي يواجه تصنيف الموت، والشعرة الدقيقة الفاصلة بين الموت والحياة، حيث تقع في تلك المنطقة الرمادية - حسب وصفه - الإشكاليات القانونية والطبية والأخلاقية، التي تصطدم بالحق الإنساني المطلق في الحياة، كما ويتطرق إلى جدلية إعلان الوفاة استنادًا إلى حالة الدماغ، ومدى الملاءمة الطبية والقانونية لجواز فصل أجهزة الإعاشة المتصلة بالمريض، الغارق في غيبوبة عميقة، انتفت معها صور الحياة أو استحالتها، ويصف تلك الحالة بأنها "حياة بالإمكان انتزاعها دون أن تكون ثمة جريمة قتل".

ولعل من أسوأ التبريرات التي يستند إليها مؤيدي مفاهيم القتل الرحيم والمساعدة على الانتحار، هو تخفيف العبء الصحي والاقتصادي الذي يشكله هؤلاء المرضى - من وجهة نظرهم - على ميزانية الدول، حيث إنهم أصبحوا عالة على المجتمع، دون أمل في عودتهم إلى الإنتاجية والتفاعل في المجتمع، وهنا تناقض صارخ مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي صاغته ووافقت عليه، وأقرته (48) دولة من أصل (58)، في 10 ديسمبر من العام 1948م بالعاصمة الفرنسية (باريس)، وفي المادة الثالثة من الإعلان الذي ينص على حق الحياة والحرية والأمان على شخصه، وأرى هنا في معنى (الأمان على شخصه)، تأكيدًا على وجوب حفظ أمن الإنسان وحياته، حتى من نفسه في بعض الأحيان، حيث إنه من الممكن أن يتخذ الإنسان قرارًا انفعاليًا أو عاطفيًا، تحت ظروف قاهرة، كظروف الألم والمعاناة

والسقم، قد تكلفه حياته، ولذلك من الأولى أن تدعم المجتمعات والدول والحكومات هذا الحق السامي، والحفاظ على كرامة النفس البشرية، والمحافظة على التوازن الفطري والأخلاقي بين حقوق الإنسان وحياته، فلا ينبغي للحريات أن تطغى على الحقوق، ولا العكس أيضاً، وهذا التوازن الذي يصون حياة الإنسان قبل ولادته وعند مماته، فليس من العدالة سلب حياة الإنسان في حال عجزه عن الدفاع عنها.

ديمقراطية المجتمع المدني

خالد فياض*



إن المتتبع للتطورات التي تحدث في عالم اليوم، وما رافقها من حالة مما يسميه البعض بالانفلات العام، تجعل من مطلب ممارسة الديمقراطية داخل منظمات المجتمع المدني وفيما بينها ضرورة عاجلة، فليس من المتصور أن تستقيم نظم الحكم ديمقراطيًا، دون انتقال تنظيمات المجتمع المدني لمرحلة أكثر ديمقراطية، فهذا هو المدخل الأساسي نحو الممارسة الديمقراطية الصحيحة والرشيده. فنمو الفكر والممارسة الديمقراطية داخل تلك التنظيمات وهو من المقدمات الضرورية للإصلاح الديمقراطي من أجل الانتقال إلى نظم حكم ديمقراطية. وهو أحد التحديات الكبرى لاستقرار نظم الحكم الديمقراطية، حيث من الأهمية نمو الفكر والممارسة الديمقراطية في المجتمع مُمثلاً في تنظيمات المجتمع المدني وفيما بينها. فالتنظيم الديمقراطي يكتسب صفة الديمقراطية مثلما تكتسبها الدولة.

ويعد المجتمع المدني من المصطلحات التي شهدت انتشاراً كبيراً في

(* خبير سياسي، مملكة البحرين.

السنوات الأخيرة على المستوى الأكاديمي والسياسي دوليًا ومحليًا. بالإضافة إلى أن منظمات المجتمع المدني قد لعبت دورًا هامًا ومؤثرًا في العديد من التغيرات التي شهدتها العالم في الفترة الأخيرة. حيث بدأ يظهر المجتمع المدني في سياق البحث عن الثقافة الديمقراطية، وأهمية إيجاد بنیان يمكنه من تجسير الفجوة بين كل من المجتمع والنخبة السياسية. وذلك لأن عملية التحول الديمقراطي في أي مجتمع تعتمد على ترسيخ الثقافة السياسية الديمقراطية فيه. إضافة إلى الدور الذي يلعبه المجتمع المدني في عملية التحول الديمقراطي من منطلق بناء الدولة الديمقراطية الحديثة.

كما يعتبر نظام الحكم الديمقراطي نظامًا محدد المعالم، يتطلب وجوده منظومة كاملة ومتكاملة مع بعضها البعض، تتضمن مبادئ ومؤسسات وآليات تضبط عملية تحديد الخيارات واتخاذ القرارات العامة، وتؤكد على حق وواجب مشاركة الملزمين بتنفيذها.

وتعود تلك العلاقة الارتباطية للمجتمع المدني والديمقراطية إلى وجود تشابه في النشأة التاريخية بينهما في الفكر الليبرالي القائم على التعددية الاجتماعية والسياسية، ولعل أشهر الكتابات عن الديمقراطية وعلاقتها بالمجتمع المدني كانت لاليكس دي توكفيل، أحد أهم السياسيين الفرنسيين في القرن التاسع عشر، والذي ألف كتاب "الديمقراطية في أميركا"، والذي حاول من خلاله الاقتراب من واقع الحياة السياسية والاجتماعية في الولايات المتحدة أثناء زيارته إليها في بعثة رسمية من الحكومة الفرنسية آنذاك، وفي الكتاب أكد على هذه العلاقة التشابكية بين الديمقراطية والمجتمع المدني، وذهب إلى القول إلى أن: "الدول التي لا توجد فيها جمعيات أهلية وحين يكون الأفراد عاجزين عن إنشاء شيء يشبهها، لا أرى هناك سدًا حصينًا يمكن أن يمنع الديكتاتورية"، من هنا كانت أهمية المجتمع المدني في عملية التحول الديمقراطي طبقًا لرؤية دي توكفيل.

إن الممارسة الديمقراطية داخل أي تنظيم، واتساع نطاق عضويته وشموله للمواطنين دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو الدين أو المذهب، إضافة إلى نظرة التنظيم غير الإقصائي إلى غيره من منظمات المجتمع المدني الأخرى، هي أقوى الضمانات للممارسة الديمقراطية داخل الدولة، فالتنظيم الاجتماعي الذي لا يؤسس على مبدأ المساواة بين المواطنين، ولا يمارس أعضاؤه الديمقراطية داخله وفي علاقاته ببقية المنظمات السياسية، يصعب عليه ممارسة الديمقراطية في الدولة.

وفي ضوء التشابه بين مقومات وضوابط نظام الحكم في الدولة، والضوابط الحاكمة لإدارة أي تنظيم، يمكننا إجمال المبادئ التي يلزم وجود حد أدنى منها في منظمات المجتمع المدني حتى تكتسب صفة الديمقراطية، فيما يلي:

أولاً: أن تكون سلطة تحديد خيارات التنظيم واتخاذ قراراته من حق أعضائه كلهم. وأن لا يكون في التنظيم سيادة على أعضائه من قبل فرد أو قلة أو مؤسسة. وعلى التنظيم الديمقراطي تأكيد مهنية بيروقراطيته، وعدم تفويض هذه البيروقراطية في اتخاذ القرارات السياسية، وذلك حتى لا تهيمن بحكم تفرغها للعمل في التنظيم على خيارات وقرارات التنظيم العامة، وتصبح هي الموجهة والمسيطرة على السلطات في التنظيم.

ثانياً: أن تكون العضوية هي وحدها مناط الواجبات ومصدر الحقوق لأي تنظيم سياسي. وأن تكون العضوية - من حيث المبدأ - مفتوحة لجميع المواطنين دون إقصاء أو تمييز من حيث الجنس أو العرق أو الدين أو المذهب، وأن يكون اكتساب العضوية متاحاً - من حيث المبدأ - لكل من اكتسب صفة المواطن في الدولة. وهو الأمر الذي قد يثير إشكالية لدى المنظمات الدينية والطائفية والإثنية والمناطقية.

ثالثاً: أن يحتكم أعضاء التنظيم في علاقاتهم الداخلية إلى شرعية نظام أساسي (دستور التنظيم)، مثلما يحتكم المواطنون إلى دستور الدولة الديمقراطية، ومقومات هذا الدستور ما يلي:

1 - أن يكون أعضاء التنظيم هم مصدر السلطة ولا وصاية لفرد أو قلة من الأعضاء على القرار.

2 - سيطرة لوائح التنظيم على آليات إدارة التنظيم.

3 - عدم الجمع بين السلطة التنفيذية في التنظيم والسلطة التشريعية التي يجب أن يمتلكها مؤتمره العام المنتخب انتخاباً دورياً حراً ونزيهاً.

4 - ضمان حرية التعبير في التنظيم، وإتاحة الفرصة لنمو التيارات والأطراف داخل التنظيم، وأخذها أشكال معترف بها داخلياً، وذلك من أجل نمو التنظيمات وبلوغها مستوى الكتل المؤثرة التي تسمح بالتعدد في إطار الوحدة.

5 - تداول السلطة في التنظيم وفق آلية انتخابات دورية حرة ونزيهة وفعالة، تؤدي إلى تداول السلطة وتجديد القيادات من القاعدة إلى القمة.

6 - قبول التنظيم لوجود غيره من تنظيمات المجتمع المدني، وضبط فكره ومنهجه وبرنامجه في ضوء الحقوق والواجبات المتعارف عليها في نظم الحكم الديمقراطية.

ومع ذلك فإننا لا نستطيع أن نغض الطرف عن أن هذا الدور المأمول من منظمات المجتمع المدني، لن يتأتى إلا في ظل بيئة مناسبة تهيئ لذلك، وتعمل من أجله، وهو ما يتأتى بشرطين أساسيين هما:

❖ وجود قوى وتكوينات اجتماعية فاعلة، في ظل دستور وإطار قانوني مرن يستوعب نشاطية تلك المنظمات، مع وجود ثقافة مجتمعية تشجع هذا الدور، وتؤكد محوريته في تأسيس الدولة المدنية الحديثة.

❖ وجود إطار مؤسسي حاكم لمنظمات المجتمع المدني، ومصادر تمويلها، والتزام واضح من تلك المنظمات بالديمقراطية والشفافية في إدارة شؤونها الداخلية، ونمط العلاقة فيما بينها.

❖ إن علاقة التأثير والتأثر بين منظمات المجتمع المدني وقضية الديمقراطية هي علاقة عضوية محورها التأثير المتبادل، فكلاهما لا غنى للآخر عنه، وهو ما يدفعنا إلى القول إن المجتمع المدني عامل محفز للديمقراطية، وهذه الأخيرة هي عامل دعم ومساندة لتلك المنظمات في ظل دولة مدنية حديثة، تؤمن بقيم المواطنة البعيدة عن أي تقاطعات إثنية أو دينية أو جغرافية.

وجدير بالتأكيد أن كل هذه المقومات المطلوبة في التنظيم الديمقراطي هي أسس وضوابط رسمية وقانونية، تستهدف الوصول إلى الممارسة الديمقراطية داخل التنظيم، ولكن أهميتها تتوقف على كيفية تطبيقها على أرض الواقع. كما أنها تحتاج إلى نمو ثقافة ديمقراطية داخل التنظيم وفي المجتمع. فالممارسة الديمقراطية في أي تنظيم كما هي في الدول، مسألة نسبية. فهناك حد أدنى من المبادئ والمؤسسات والآليات التي يجب توفرها في الممارسة حتى تتصف بالديمقراطية. وبعد التأكد من وجود هذا الحد الأدنى، يبقى الفرق وارداً وأحياناً كبيراً بين الممارسات الديمقراطية من حيث درجة النضج والاستقرار ونوعية الديمقراطية وفرص الارتقاء بها.

إلا أنه من الممكن صياغة عدد من التوصيات قد تكون مقدمة لتعزيز دور المجتمع المدني في عملية دعم الثقافة الديمقراطية في المجتمع. ويمكن إجمال هذه التوصيات في الآتي:

1. الالتزام بالأساليب الديمقراطية في تنظيم وإدارة شؤون منظمات المجتمع المدني، بحيث تلتزم جميعها بتطبيق أحكام القانون الخاصة بانتخاب

مجالس إدارتها عن طريق الاقتراع السري، فضلاً عن الالتزام بأسس ومعايير الشفافية والمساءلة في ممارستها لأنشطتها، وكذلك الالتزام بمعالجة الخلافات الداخلية بأساليب ديمقراطية ومؤسسية بما يحفز وحدة الجمعية وتماسكها، ولا شك في أن تبني النهج الديمقراطي في إدارة الشؤون الداخلية للمجتمع المدني، إنما يسهم في تدريب الأعضاء على المشاركة من ناحية، وإشاعة قيم وثقافة الديمقراطية على صعيد المجتمع من ناحية أخرى.

2. تعزيز القدرات المؤسسية لمنظمات المجتمع المدني من خلال تحديث هياكلها الإدارية والتنظيمية على النحو الذي يجعلها أكثر مؤسسية وفاعلية على الصعيد التنظيمي، وأكثر مرونة على صعيد التعامل مع المستجدات والمتغيرات، فضلاً عن تطوير وتحديث قواعد البيانات الخاصة بتلك المنظمات بانتظام، مع وضع الخطط والآليات اللازمة التي تضمن التطوير المستمر لقدرات ومهارات القائمين على شؤون منظمات المجتمع المدني وأعضائها.

3. مراجعة أهداف منظمات المجتمع المدني مع تطوير برامج وآليات عملها، بحيث تتجاوز الطابع الموسمي الذي بات سمة بارزة للعديد من منظمات المجتمع المدني العالمي، فالتزام المنظمة بتنفيذ أنشطة ولو قليلة على مدار العام أفضل من أن تقوم ببعض الأنشطة في بعض المناسبات. فالأنشطة المدروسة والمبرمجة على مدار العام تسمح للمنظمة بأن تعزز حضورها على صعيد المجتمع.

4. العمل من أجل تصحيح صورة منظمات المجتمع المدني لدى الجمهور، حيث مازال الإدراك السلبي من جانب المواطنين يحيط بالعديد منها، خاصة في ضوء وجود صورة ذهنية مشوهة تربط بين هذه المنظمات والخارج تمويلياً وتنظيمياً وفكرياً، الأمر الذي قد يضع العديد من

علامات التوجس والقلق من الاندماج فيها من جانب العديد من الشرائح الاجتماعية.

5. ضرورة تعزيز منظمات المجتمع المدني لقنوات التواصل مع المجتمع، من خلال تعريفه بالمنظمة وأنشطتها والعمل من أجل استقطاب أفراد الشعب للانضمام إليها، وإذا كان هذا الأمر مطلوبًا بالنسبة إلى جميع أشكال منظمات المجتمع المدني، فإنه أكثر أهمية بالنسبة إلى جمعيات الشباب وجمعيات المرأة، حيث يجب أن يشكلوا مكونًا رئيسيًا في عضوية هذه المنظمات.

6. العمل بفاعلية من أجل تنمية وتطوير الموارد المالية الذاتية لتلك المنظمات، فتوافر مصادر ذاتية للتمويل إنما يعزز من استقلالية المجتمع المدني، ويمكنها من تحقيق التأثير المطلوب لها في المجتمع.

7. تفعيل جهود التنسيق بين منظمات المجتمع المدني العاملة في المجال نفسه، وتشجيعها على الاندماج من خلال اتحادات نوعية بين هذه المنظمات، مما يقلص من مظاهر الازدواجية والتكرار في الأنشطة والفعاليات.

8. تفعيل جهود الشراكة مع بعض الوزارات والمؤسسات الحكومية، فجهود منظمات المجتمع المدني يجب أن تتكامل مع جهود أجهزة الدولة ومؤسساتها من أجل معالجة القضايا التي تواجه المجتمع.

أما التوصيات الخاصة بمعالجة الأطر الخارجية لعمل منظمات المجتمع المدني فتتمثل في الآتي:

1. المراجعة الدورية للقوانين والتشريعات المتصلة بعمل تلك المنظمات وتطويرها على النحو الذي يعزز من استقلاليتها. وإيجاد قنوات ملائمة يمكن من خلالها إشراك منظمات المجتمع المدني في مناقشة تلك التشريعات والقوانين.
2. توفير الدعم المالي الحكومي المخصص لمنظمات المجتمع المدني ولو لفترة التأسيس فقط، مع مساعدتها على تطوير مواردها المالية الذاتية من دون وضع اعتبارات الأقدمية أو نوع النشاط في الاعتبار.
3. العمل من أجل تعزيز فرص ومجالات الشراكة بين أجهزة الدولة ومؤسساتها من ناحية، ومنظمات المجتمع المدني العاملة في المجال نفسه من ناحية أخرى، بحيث تتكامل جهود الطرفين من أجل الصالح العام.
4. قيام القطاع الخاص بدور أكثر فاعلية في دعم جهود وأنشطة منظمات المجتمع المدني، وذلك في إطار المسؤولية الاجتماعية لرأس المال، ومن خلال شراكات وبرامج عمل مشتركة تجمع بين القطاع الخاص والمجتمع المدني.
5. مبادرة وسائل الإعلام ومؤسسات التعليم بدعم نشاط منظمات المجتمع المدني، من خلال تغطية أنشطتها ونشر الوعي بأهمية العمل التطوعي باعتباره يمثل جوهر المجتمع المدني الحديث.

خمس خطوات لصياغة قانونية رفيعة

أيمن عبد الرحمن خير*



مقدمة

ينقل عن الرئيس الأمريكي إبراهيم لينكولن قوله: إذا أعطيتني ست ساعات لقطع شجرة فسأقضي الساعة الأولى في شحذ الفأس. فيما يتعلق بالكتابة القانونية، فهل نحن معشر المحامين والقانونيين منشغلون بقطع الشجرة دون أن نعطي الوقت الكافي لشحذ الفأس؟

لا شك أننا نعتقد أننا نملك ناصية الكتابة القانونية، ونستحق التقدير اللازم لهذه المهارة في الكتابة، وأنا غير ملزمين باتباع قواعد الكتابة التي يلتزم بها غيرنا في المجالات الأخرى، مثل الأدب والإعلام. ولكن في الواقع فإن الكتابة القانونية وكتابات القانونيين تواجه نقداً بأنها تتسم بالإطالة والتعقيد وصعوبة الفهم. ولكن هؤلاء المنتقدين فات عليهم فهم الطبيعة الخاصة للكتابة القانونية وأولوياتها. فحيث إن إمتاع القارئ عن طريق جمال

(*) مستشار قانوني، وخبير متخصص في القانون التجاري، سلطنة عمان.

اللغة وجزالة اللفظ تمثل الأولوية في الكتابة الأدبية، فإن الأولوية في الكتابة القانونية تتمثل في إقناع صاحب القرار بتبني حجة الكاتب القانوني، (وقد يكون صاحب القرار هو القاضي أو المحكم أو المتعاقد الآخر في العلاقة التعاقدية).

ولكن في الوقت نفسه فإن اختلاف المقاصد والأولويات لا يعني أن القانوني لا يتقيد بأي قواعد في الصياغة. وعمومًا يمكن تلخيص الإشكالات التي تشوب الكتابة القانونية في النقاط التالية:

(أ) عدم وجود تحليل قانوني محكم بحيث لا يوضح المستند المقدم، وما هي القاعدة القانونية التي تحكم المسألة، وما هو مصدر هذه القاعدة، وكيف تنطبق القاعدة على المسألة.

(ب) استخدام جمل مطولة فيها عدد كبير جدًا من الكلمات في الجملة الواحدة، مما يصيب القارئ بالملل ويصيب عينه بالتعب.

(ت) استخدام جمل ركيكة في الصياغة وعدم مراعاة قواعد النحو والإملاء الصحيحة.

(ث) الكتابة غير المرتبة التي تفتقر من موضوع لآخر دون وجود ترتيب أو تسلسل منطقي للأفكار والموضوعات، وذلك يصيب القارئ بالإرباك والحيرة.

(ج) التكرار غير المنطقي للفكرة نفسها عدة مرات بدون مبرر.

(ح) عدم مراعاة التناسق في تصميم المستند، وعدم اختيار الخط المناسب أو القياس المناسب للخط.

في هذا المقال سأطرح خمس خطوات للوصول إلى كتابة قانونية رفيعة ترضي توقعات القارئ، وتحقق مراد الكاتب. هذه الخطوات هي ثمرة بحث في مئات المستندات القانونية والمذكرات القانونية التي اطلعتُ عليها، مع

البحث في أمهات الكتب التي تناولت أسس الصياغة القانونية، سواء في المراجع العربية أو الإنجليزية.

الخطوة الأولى : مرحلة البحث :

يتخطى العديد من القانونيين هذه الخطوة، ويشرعون في الكتابة مباشرة وهذا خطأ فادح. إن مرحلة البحث تمثل الأساس في هيكل بناء المستند القانوني. فمهما كان إمامك بموضوع المسألة يجب أن تبدأ بهذه المرحلة، وذلك من خلال البحث القانوني. للقيام بذلك عليك أولاً تجميع الوقائع المؤثرة في المسألة بغرض فهم موضوع المسألة. لا تكتفي فقط بالوقائع التي سردها الموكل (في حالة المستشار الداخلي فإن الموكل هو الشركة وقد يكون المدير أو عضو مجلس الإدارة بحسب الحال) بل حاول الوصول إلى معرفة شاملة للموضوع من كل جوانبه. من المهم أيضاً أن تضع في الاعتبار أن ما سرده الموكل هو جزء من الحقيقة وليس كل الحقيقة. بناء على الوقائع التي جمعتها، عليك البحث عن القانون الذي يحكمها. عليك بطرح هذه الأسئلة :

- ❖ هل يوجد تشريع يغطي هذه المسألة؟ ما هو نوع هذا التشريع؟ هل هو قانون أم لائحة؟
- ❖ هل ما زالت القاعدة القانونية سارية أم تم تعديلها أو إلغائها؟
- ❖ هل هناك تشريع آخر يتقاطع مع القانون الذي توصلت إليه؟ ما هي طبيعة هذا التقاطع؟ هل هناك تعارض أو توافق؟ كيف سيخدم أي منهما موقف موكلك؟
- ❖ كيف تعاملت المحاكم مع مثل هذه المسألة في السابق؟ هل هناك سوابق قضائية في هذا الموضوع؟

إنّ طرح مثل هذه الأسئلة كفيّل بأن يجعلك على دراية أفضل بالقاعدة أو القواعد القانونية التي تحكم المسألة، كما تنبهك إلى ما يسمى بـ " النقطة العمياء ". إنّ النقطة العمياء هو تعبير مقتبس من قيادة السيارات، حيث لكل سائق " نقطة عمياء " لا يراها وهو في مقعد القيادة، وإذا كانت هناك سيارة أخرى في مجال النقطة العمياء، فإن ذلك السائق لا يراها، وقد يعتمد إلى الاتجاه بسيارته في الاتجاه الخاطئ وهو لا يدري. إنّ النقطة العمياء في الكتابة القانونية هي النقطة أو النقاط التي لا تراها بسبب قربك الشديد من المسألة القانونية، أو تحيزك لرأي قانوني أو أسلوب معين. قد تكون النقطة العمياء مثلاً تفسيراً تبنيته، ولكنه لا يسري على المسألة المطروحة، أو فيه استثناءات غفلت عنها، أو قد يكون فهمًا ناقصًا للوقائع أو القانون.

الخطوة الثانية: مرحلة التخطيط :

بعد أن تجمعت لديك فكرة كافية عن الوقائع، وبعد أن حصرت القواعد القانونية التي تحكمها، تكون الخطوة التالية هي التخطيط للمذكرة القانونية. إنّ مرحلة التخطيط هي مرحلة جوهرية في عملية الصياغة، وهي تشبه عملية وضع الخرائط التي يقوم بها المهندس، فلا يُتصور أن يشرع المهندس في بناء المنزل مباشرة بدون أن تكون لديه خرائط هندسية توضح عدد الغرف ومساحاتها. وبالطريقة نفسها وفي مرحلة التخطيط يتم وضع الخطوط العريضة للمذكرة في شكل عناوين، ثم العناوين الفرعية وهي بمثابة عدد الغرف وما فيها من نوافذ وأبواب تؤدّي لغرف أخرى. في هذه المرحلة تورد الدفوع التي تخدم موقفك، وتلك التي تضعفه وتضع خطتك للتعامل مع كليها. عليك أيضًا أن تستوضح الغرض من الكتابة في ذهنك، وتحدد الهدف الذي تروجه من المستند. عمومًا عليك بطرح هذه الأسئلة :

- ❖ ما هو الهدف من كتابة هذا المستند أو المذكرة؟
 - ❖ من هو القارئ المستهدف؟ من هو القارئ الرئيسي والقارئ الفرعي للمستند؟
 - ❖ ما مدى معرفة القارئ أو القراء المستهدفين بالموضوع؟ ما هي درجة استيعابهم للمسألة التي سأطرحها؟
 - ❖ ما هي توقعات القراء؟ هل يتوقعون لغة رسمية رصينة أو لغة سهلة ومختصرة؟ ما هي درجة الرسمية المطلوبة؟
 - ❖ هل لدي تجربة سابقة مع هذا القارئ؟ ماذا تقول التجربة وكيف أستفيد منها في هذا المستند؟
- إنّ طرح هذه الأسئلة سيعينك على تحديد درجة التفاصيل والشرح و"نغمة" المستند من حيث درجة الرسمية، واختيار الأسلوب الذي يتناسب مع الغرض ومع القراء المستهدفين. بعد أن تضع النقاط فإنني أنصح بنقلها في ورقة بيضاء لعمل الربط بين النقاط والترتيب في السرد.

الخطوة الثالثة: مرحلة الصياغة:

الآن أنت مسلح بما تحتاجه لبدء الكتابة بعد أن جمعت الوقائع وحصرت القواعد القانونية ثم جهزت خطة الكتابة. الآن عليك بالتنفيذ. في أثناء الصياغة قم باتباع الخطة التي رسمتها، ولكن لا تخش أن تحيد عنها إذا لزم الأمر. عليك بعمل تحليل قانوني للوقائع، بحيث تنزل عليها القواعد القانونية التي حصرتها، لكي تصل إلى النتيجة التي ترغب فيها. عليك بتقديم الدفوع المستمدة من التحليل القانوني والتي تدعمها الوقائع الواردة، مع بيان مصدر القاعدة القانونية التي تستند عليها، والأدلة التي تستند إليها. لكي تحصل على صياغة فعالة إليك النصائح التالية:

(أ) شكل المستند لا يقل أهمية عن مضمونه. استخدم التنسيق المناسب، بحيث يشمل ذلك نوع الخط والحجم. وبالنسبة للمذكرات المقدمة للمحاكم فإنني أنصح بقياس (16)، وأن يكون الخط من نوع Times New Roman. السبب في ذلك أن هذا النوع من الخط يتسم بالرسمية وسهل القراءة. من المهم التناسق في جميع صفحات المستند، بحيث تستخدم الخط نفسه من حيث النوع والقياس، مع إمكانية زيادة حجم الخط للعناوين الجانبية.

(ب) احرص على ترك مساحات بيضاء بين الفقرات، لأنها تعمل بمثابة استراحة قصيرة للعين، وبدون وجود مساحات بيضاء فإن عين القارئ ستصاب بالتعب بسرعة، ويؤدي ذلك للملل، ومن ثم التوقف عن القراءة.

(ت) التقييم للفقرات فكرة جيدة ويستخدمه المحامون في المذكرات، والقضاة في صياغة الأحكام في معظم النظم القانونية التي تتبع نظام القانون العام. والسبب في ذلك هو تسهيل الإشارة لرقم الفقرة بصورة أكثر دقة مع تفادي التكرار. إن ترقيم الفقرات في المذكرات القانونية غير منتشر في الدول العربية، ولكنه أسلوب فعال في الكتابة.

(ث) لكي تجعل الجملة سهلة الفهم التزم ما أمكن بالترتيب التالي: فعل - فاعل - مفعول به. مثلاً: اشترى المدعي العقار رقم (50). إن هذا الترتيب لا يجعل مجالاً للشك في تحديد ما الذي حدث ومن قام بالفعل وعلى من وقع الفعل، كما أنك تستخدم أقل عدد ممكن من الكلمات (4 كلمات). هذا الأمر تزداد أهميته في صياغة العقود، حيث يكون المحك فيها هو تحديد من يقوم بالالتزام. لكن جرب المثال التالي: العقار الذي تم شراؤه من قبل المدعي كان يحمل الرقم (50) (10 كلمات). هل رأيت الفرق؟

(ج) اكتب في جمل قصيرة. إن الجمل الطويلة كما ذكرت تتعب العين و"تتوه" القارئ. يمكن تحقيق ذلك من خلال حذف أي كلمات تفصل بين الفعل والفاعل وجعلها في جمل منفصلة إذا لزم الأمر.

(ح) عليك مراعاة قواعد الإملاء والنحو، وخاصة تطابق الفعل مع الفاعل من حيث العدد والتأنيث والتذكير وقواعد الهمزة وخلافه. عليك أيضاً مراعاة الاستخدام الصحيح لعلامات الإعراب والترقيم مثل النقطة والشوالة والنقطتين.

(خ) تجنب استخدام الأفعال المبنيّة للمجهول ما أمكن، لأنها لا توضح الفاعل كما أنها تزيد من عدد الكلمات في الجملة.

بعد طرح الدفوع التي تدعم موقفك قد يكون من المناسب التفكير في الدفوع التي قد يتقدم بها الطرف الآخر، والتي تتعارض مع موقفك وتقوم بتنفيذها أو الرد عليها. في المستندات التي لا تحتوي على خصومة واضحة يمكن الإشارة للجانب المعاكس من المسألة التي تطرحها وتفندها أو ترد عليها.

بالنسبة لصياغة العقود فيجب أن تكون الصياغة تحدد أطراف العقد بدقة، وتحدد الالتزامات التي سيقوم بها كل طرف من أطراف العقد بصورة لا لبس فيها، مع تجنب الألفاظ التي تحمل التأويل لأكثر من معنى. من الشائع الإشارة لأطراف العقد بعبارة "الطرف الأول" و"الطرف الثاني"، ولكن مثل هذه الصياغة مرهقة للعين للتقارب الشديد بين العبارات، وأقترح استبدالها بعبارات مميزة لأحد طرفي العقد مثل عبارة "البائع" وعبارة "المشتري"، وذلك بسبب أن العقد غالباً سيحتوي على مشترٍ واحد وبائع واحد، كما لا يوجد تشابه بين العبارتين، أو استخدام عبارة "الموظف" و"الشركة" في عقد العمل بدلاً من الطرف الأول والطرف الثاني. وقد يكون

من المناسب طرح هذا السؤال: لو عرض هذا البند أمام المحكمة فكيف سيحكم القاضي بموجه؟ ما هو التفسير المعاكس الذي يحتمله هذا النص؟ وكيف يمكنني أن أتجنبه؟

إنّ طرح مثل هذه الأسئلة سيساعدك على إحكام الصياغة، وتجنب العبارات الفضفاضة أو الغامضة.

الخطوة الرابعة: مرحلة المراجعة:

بعد أن قمت بصياغة المسودة الأولى من المستند حان وقت المراجعة. قد يكون من المناسب طباعة النسخة وقراءتها بصوت مسموع لكي ترى وقع الكلمات وتناسق الجمل. في هذه المرحلة عليك بمراجعة المسودة ومقارنتها بالخطّة التي وضعتها في المرحلة الثانية للتأكد من تغطية جميع النقاط التي ترغب في تغطيتها، أو معرفة التعديلات التي قمت بها على الخطّة. ثم بعد ذلك عليك بمراجعة التسلسل بين الأفكار والترابط بين المواضيع، بحيث تحتوي كل فقرة على فكرة واحدة، وإذا وجدت أن هناك فقرة تحتوي على أكثر من فكرة، فربما من الأفضل تقسيم الفقرة إلى فقرتين. عليك بحذف كل الكلمات الزائدة والعبارات المكررة في هذه المرحلة لأنها "تأكل" من جودة المستند. قد تكتشف الحاجة لإعادة ترتيب الفقرات أو حذف بعضها أو إضافة توضيحات أو إدراج بيانات. عليك الاهتمام بصحة الأرقام والتواريخ والأسماء في هذه المرحلة. كما أن عليك التأكد من صحة الإشارة إلى مصادر القواعد القانونية التي تستند إليها. إذا كنت تستند إلى مادة في القانون فمن الأفضل كتابة المادة كاملة دون الاكتفاء بالرقم فقط، وذلك في المرة الأولى التي تشير فيها للمادة. قد ترى أن فقرة تتعارض مع أخرى وتقرر إزالة هذا التعارض بمزيد من الإيضاح أو حذف إحدهما.

في هذه المرحلة يكون التركيز على الإجابة والتحسين. القاعدة الأساسية هي: خير الكلام ما قل ودل.

الخطوة الأخيرة: مرحلة إعادة المراجعة:

هذه هي الخطوة النهائية، ولكنها قد تكون في عدة مراحل. من الأفضل أن تبدأ مرحلة إعادة المراجعة بعد أخذ استراحة من المسودة ويفضل في اليوم التالي، وذلك بغرض إتاحة الفرصة للنظر للمستند بعين جديدة. تزداد أهمية هذه المرحلة إذا كنت قد قمت بعمل تعديلات في المرحلة السابقة، لأن أي تعديلات تحتاج مراجعة شاملة للمستند لمعرفة تأثير هذه التعديلات على باقي المستند. قد يكون من المفيد عرض المستند على شخص تثق به ليعطيك رأياً موضوعياً، ويجب أن يكون هذا الشخص من غير أفراد الفريق الذين يعملون على القضية لكي تكتمل الفائدة. والسبب في ذلك أن الأشخاص الذين يعملون معك في المسألة نفسها في الغالب قد تأثروا بالأفكار نفسها التي تحملها، ومن الصعب عليهم تقديم رأي مستقل.

يمكن تكرار هذه الخطوة عدة مرات، لأن كل مراجعة تزيد من جودة المستند وامتانه.

الخلاصة

على الرغم من الخصوصية التي تتمتع بها الكتابة القانونية، إلا أنها كغيرها من أنواع الكتابة مبنية على أسس مستمدة من العرف وقواعد المهنة. إن اتباع إستراتيجيات فعالة في الكتابة من الوسائل الجوهرية لإجابة أصول الصياغة.

وعلى الرغم من أن الخطوات الموضحة في هذه الورقة لا تغطي جميع

الحلول، ولكنها تحمل أساسًا صلبًا يمكن أن تبني عليه بما يتناسب مع طبيعة الكتابة والغرض منها، وطبيعة عملك وميولك الشخصية. في نهاية الأمر فإن الكتابة عمل يتسم بالخصوصية، ولكل منا بصمته التي يصعب تكرارها.

ختامًا أرجو أن يساعدك هذا المقال في شحذ فأسك أيًا كان نوعه!

ترجمات

موجز تاريخي عن حالة الاستثناء

جورجيو أجامبن*

ترجمة د. محمد ضريف**



موجز تاريخي عن حالة الاستثناء⁽¹⁾

لقد رأينا سابقًا كيف نشأت حالة الحصار في فرنسا خلال الثورة، بعد وضعها بمرسوم صادر من طرف الجمعية التأسيسية في 8 تموز (يوليو) 1791، حيث اكتسبت ملامحها الصحيحة كحالة حصار وهمية أو حالة حصار سياسية بموجب القانون الإداري الصادر في 27 أغسطس (غشت) 1797، وأخيرًا بمرسوم نابليون الصادر في 24 دجنبر سنة 1814. إن فكرة تعليق الدستور (من "حكم الدستور") والذي تم تقديمه كما رأينا أيضًا من

(*) فيلسوف ومفكر سياسي - إيطاليا.

(**) باحث في حقل القانون الدستوري والعلوم السياسية، جامعة محمد الخامس - الرباط/المملكة المغربية.

(1) النص الأصلي باللغة الانكليزية:

Giorgio Agamben, A Brief History of the State of Exception: An excerpt from- State of Exception, <https://www.press.uchicago.edu/Misc/Chicago/009254.html>.

خلال دستور 22 "فريماير" من السنة الثامنة. المادة (14) من ميثاق 1814 تمنح لصاحب السيادة سلطة "إصدار اللوائح والمراسيم اللازمة لتنفيذ القوانين وأمن الدولة؛ وذلك بسبب غموض الصيغة، حيث لاحظ "شاتوبرياند" أنه "من الممكن في صباح يوم جيد أن يتم مصادرة الميثاق بالكامل لصالح المادة (14)". لقد تمت الإشارة لحالة الحصار صراحةً في القانون الملحق لدستور 22 أبريل 1815، والذي نص على أنه لا يمكن الإعلان عنه إلا بقانون. منذ ذلك الحين، تميزت لحظات الأزمة الدستورية في فرنسا على مدار القرنين التاسع عشر والعشرين بتشريع حالة الحصار. بعد سقوط النظام الملكي، صدر مرسوم من الجمعية التأسيسية في 24 يونيو 1848 يضع باريس في حالة حصار وقد كُلف الجنرال "كافينياك" بمهمة استعادة النظام في المدينة. وهكذا، تم تضمين مادة في الدستور الجديد الصادر في 4 نوفمبر 1848، تنص على أن مناسبات وأشكال وآثار حالة الحصار ستحدّد بحزم، وذلك بقانون. انطلاقاً من هذه اللحظة، ترسخ مبدأ في التقليد الفرنسي (على الرغم من أنه، كما سنرى، ليس بلا استثناءات) يفيد أن سلطة تعليق العمل بالقوانين سيقصر فقط على السلطة التي تنتجها، أي البرلمان (وهذا على عكس التقليد الألماني، الذي منح هذه السلطة إلى رئيس الدولة).

إن القانون الصادر في 9 أغسطس/غشت بفرنسا الذي تم تقييده جزئياً بموجب قانون 4 أبريل 1878، نص على أنه يمكن الإعلان عن حالة الاستثناء السياسية من قبل البرلمان أو من قبل رئيس الدولة في حالة وجود خطر وشيك يهدد الأمن الخارجي أو الداخلي. وقد لجأ نابليون الثالث عدة مرات إلى هذا القانون، وبمجرد تنصيبه في السلطة في يناير 1852، قام بنقل السلطة الحصرية لإعلان حالة الاستثناء إلى رئيس الدولة. تزامنت الحرب الفرنسية البروسية والتمرد الذي عرفته الكومونات مع تعميم غير

مسبوق لحالة الاستثناء، التي أعلنت في أربعين مقاطعة واستمرت في بعضها حتى عام 1876. وعلى أساس هذه التجارب، وبعد الانقلاب الفاشل الذي قام به "ماكماهون" في أيار/مايو 1877، عُدل القانون سنة 1849 لينص على أنه لا يمكن إعلان حالة الاستثناء إلا بقانون وفي حالة لم يكن مجلس النواب منعقدًا، يدعو رئيس الدولة البرلمان إلى عقد دورة في غضون يومين في حالة وقوع "خطر وشيك ناجم عن حرب أجنبية أو تمرد مسلح" (قانون 3 نيسان/أبريل، 1878، المادة 1، 1878).

تزامنت الحرب العالمية الأولى مع حالة استثنائية دائمة في غالبية البلدان المتحاربة. ففي 2 أغسطس/غشت 1914، أصدر الرئيس الفرنسي "بوينكاريه" مرسومًا يضع البلاد بأكملها في حالة استثناء، وتم تحويل هذا المرسوم إلى قانون من قبل البرلمان بعد يومين. وظلت حالة الاستثناء سارية المفعول حتى 12 أكتوبر 1919. وعلى الرغم من أن نشاط البرلمان، الذي عُلّق خلال الأشهر الستة الأولى من الحرب، استؤنف في كانون الثاني/يناير 1915، فإن العديد من القوانين التي صدرت كانت، في الحقيقة، تنازلًا من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية، مثل قانون 10 شباط/فبراير 1918، الذي منح الحكومة سلطة مطلقة لتنظيم إنتاج المواد الغذائية والاتجار بها بموجب مرسوم. وكما لاحظ "تينستن"، فقد تحولت السلطة التنفيذية بهذه الطريقة إلى جهاز تشريعي بالمعنى المادي للمصطلح. على أي حال، خلال هذه الفترة أصبح التشريع الاستثنائي بموجب مرسوم تنفيذي ذو طبيعة حكومية، والذي أصبح الآن مألوفًا تمامًا بالنسبة لنا، وممارسة منتظمة في الديمقراطيات الأوروبية.

وكما هو متوقع، استمر توسع سلطات السلطة التنفيذية في المجال التشريعي بعد انتهاء الأعمال العدائية، ومن المهم أن الطوارئ العسكرية قد

تحولت إلى حالة الطوارئ الاقتصادية (مع استيعاب ضمنى بين الحرب والاقتصاد). في يناير 1924، في وقت الأزمة الخطيرة التي تهدد استقرار عملة "الفرنك"، طلبت حكومة "بوينكاريه" صلاحيات كاملة على المسائل ذات الطبيعة المالية. وبعد نقاشات مستفيضة ومريرة اعتبرت المعارضة أن ذلك يعني تخلي البرلمان عن سلطاته الدستورية. فقد تم تمرير القانون في 22 مارس/آذار، مع تحديد صلاحيات الحكومة الخاصة بأربعة أشهر. وتم طرح تدابير مماثلة للتصويت في عام 1935 من قبل حكومة "لافال"، التي أصدرت أكثر من خمسمائة مرسوم "بموجب قوة القانون" من أجل تجنب تخفيض قيمة الفرنك. لقد عارضت المعارضة اليسارية، بقيادة ليون بلوم، بشدة هذه الممارسة "الفاشية"، ولكن من المهم أنه بمجرد أن تولى اليسار السلطة مع الجبهة الشعبية، طلب من البرلمان في يونيو 1937 صلاحيات كاملة من أجل خفض قيمة الفرنك، وفرض السيطرة على الصرف، وفرض ضرائب جديدة.

وكما لوحظ، فإن هذا يعني أن الممارسة الجديدة للتشريع بموجب المرسوم التنفيذي من طرف الحكومة الذي بدأ العمل به خلال الحرب، أصبح الآن ممارسة مقبولة من جميع الأطراف السياسية. ففي 30 يونيو 1937، تم منح السلطات إلى حكومة Chautemps، حيث حصل "إدوارد داليلير" في 10 أبريل 1938 من البرلمان على صلاحيات استثنائية للتشريع بمرسوم من أجل التعامل مع كل من تهديد ألمانيا النازية والأزمة الاقتصادية. ولذلك يمكن القول إنه حتى نهاية الجمهورية الثالثة كانت الإجراءات العادية للديمقراطية البرلمانية معلقة.

عندما ندرس ولادة ما يسمى بالأنظمة الديكتاتورية في إيطاليا وألمانيا، من المهم ألا ننسى هذه العملية المتزامنة التي حولت الدساتير الديمقراطية

بين الحربين العالميتين، وتحت ضغط نموذج حالة الاستثناء، بدأت الحياة السياسية الدستورية للمجتمعات الغربية بكاملها تتخذ تدريجياً شكلاً جديداً، ربما لم يصل حتى اليوم إلى تطوره الكامل. ففي دجنبر 1939، بعد اندلاع الحرب، حصلت حكومة "داليار" على سلطة اتخاذ جميع التدابير اللازمة لضمان الدفاع عن الأمة بموجب مرسوم. وظل البرلمان منعقداً بعدما عُلق لمدة شهر من أجل حرمان البرلمانين الشيوعيين من حصانتهم، وكانت جميع الأنشطة التشريعية تقع بقوة في أيدي السلطة التنفيذية. وبتولي المارشال "بيتين" السلطة، كان البرلمان الفرنسي ظلماً لنفسه. ومع ذلك، فإن التعديل الدستوري الصادر في 11 يوليو 1940 منح رئيس الدولة سلطة إعلان حالة الاستثناء في جميع أنحاء الإقليم الوطني (الذي كان يحتله الجيش الألماني جزئياً في ذلك الوقت).

يتم تنظيم حالة الاستثناء في الدستور الحالي، بموجب المادة (16)، التي اقترحها "ديغول". وتنص المادة على أنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يتخذ جميع التدابير اللازمة عندما تكون مؤسسات الجمهورية، واستقلال الأمة، وسلامة أراضيها، أو تنفيذ التزاماتها الدولية مهددة على محمل الجد وعلى الفور، ويتوقف العمل المنتظم للمؤسسات الدستورية. "ففي نيسان/أبريل 1961، خلال الأزمة الجزائرية، لجأ ديغول إلى المادة (16) على الرغم من أن أداء المؤسسات العمومية لم يتوقف. ومنذ ذلك الوقت، لم يتم الاحتجاج بالمادة (16) مرة أخرى، ولكن، وفقاً للاتجاه المستمر في جميع الديمقراطيات الغربية، استعويض تدريجياً عن إعلان حالة الاستثناء بشكل معمم وغير مسبوق كنموذج للأمن، وبوصفه الأسلوب العادي للحكم.

* * *

إن تاريخ المادة (48) من دستور "فايمار" منسوج بإحكام في تاريخ ألمانيا بين الحروب، لدرجة أنه من المستحيل فهم وصول هتلر إلى السلطة دون تحليل استخدامات وإساءة استخدام هذه المادة أولاً في السنوات بين عامي 1919 و1933. وكانت سابقتها المباشرة هي المادة (68) من دستور "بسمارك"، التي منحت الإمبراطور، في الحالات التي تعرض فيها إلى التهديد للأمن العام في إقليم الرايخ، سلطة إعلان حالة الحرب، التي اتبعت شروطها وقيودها الشروط المنصوص عليها في القانون البروسي الصادر في 4 يونيو 1851 التي تتعلق بحالة الاستثناء. ففي خضم الفوضى وأعمال الشعب التي أعقبت نهاية الحرب، صوت نواب الجمعية الوطنية على المادة (48) من الدستور الجديد التي تم بموجبها منح الرايخ سلطات طوارئ واسعة للغاية، وقد نصت على: "إذا كان الأمن والنظام العام مهددًا فإن الرايخ الألماني، يجوز له اتخاذ التدابير اللازمة لإعادة الأمن والنظام العام، بمساعدة القوات المسلحة إذا لزم الأمر. ولهذه الغاية، يجوز له أن يعلق كلياً أو جزئياً الحقوق الأساسية المنصوص عليها في المواد (114 و115 و117 و118 و123 و124 و153)".

وأضافت المادة أن القانون سيحدد بالتفصيل الشروط والقيود التي يتعين بموجبها ممارسة هذه السلطة الرئاسية. وبما أن هذا القانون لم يصدر قط، فإن سلطات الرئيس الطارئة ظلت غير محددة إلى الحد الذي لم يستخدم فيه المنظرون بانتظام عبارة "ديكتاتورية رئاسية" في إشارة إلى المادة (48). في عام 1925، كتب المفكر القانوني "كارل شميت" أنه "لم يكن هناك دستور على وجه الأرض قد شرّع بسهولة انقلاباً كما فعل دستور فايمار. وباستثناء وقفه نسبية بين عامي 1925 و1929، استخدمت حكومات الجمهورية باستمرار المادة (48)، فأعلنت حالة الاستثناء، وأصدرت مراسيم طوارئ في أكثر من مائتين وخمسين مناسبة؛ من بين أمور أخرى،

استخدموها لسجن الآلاف من المناضلين الشيوعيين، وإنشاء محاكم خاصة خول إليها النطق بأحكام الإعدام.

إن حالة الاستثناء التي وجدت ألمانيا نفسها أمامها خلال رئاسة "هيندينبورغ" كان لها ما يبررها، فقد اعتبر "كارل شميت" أن الرئيس تصرف كـ "حارس للدستور"؛ ولكن نهاية جمهورية فايمار تثبت بوضوح أن "الديمقراطية المحمية" ليست ديمقراطية على الإطلاق، وأن نموذج الديكتاتورية الدستورية يعمل بدلاً من ذلك كمرحلة انتقالية تؤدي حتماً إلى إقامة نظام شمولي. وبالنظر إلى هذه السوابق، فإن دستور الجمهورية الاتحادية لم يذكر حالة الاستثناء. ومع ذلك، في 24 يونيو 1968، أقر "الائتلاف العظيم المشكل من" الديمقراطيين المسيحيين والديمقراطيين الاجتماعيين قانوناً لتعديل الدستور أعاد تقديم حالة الاستثناء التي تعرف باسم "حالة الضرورة الداخلية"، "ولأول مرة في تاريخ المؤسسة، تم الإعلان عن حالة الاستثناء ليس فقط لحماية النظام العام والأمن، ولكن للدفاع عن "الدستور الليبرالي الديمقراطي". عند هذه النقطة، أصبحت الديمقراطية المحمية هي القاعدة.

في يوم 3 أغسطس/غشت 1914، منحت الجمعية الاتحادية السويسرية المجلس الاتحادي "سلطة غير محدودة لاتخاذ جميع التدابير اللازمة لضمان أمن وسلامة وحياد سويسرا". هذا العمل غير العادي - الذي بموجبه منحت دولة غير متحاربة صلاحيات للسلطة التنفيذية التي كانت أكثر اتساعاً وغموضاً من تلك التي تلقتها حكومات البلدان المشاركة مباشرة في الحرب - هو موضع اهتمام بسبب المناقشات التي أثارها في الجمعية نفسها وفي المحكمة الاتحادية السويسرية عندما اعترض المواطنون واعتبروا أن

القانون غير دستوري. لكن الفقهاء السويسريين عملوا على شرعنة حالة الاستثناء باعتبارها مسألة دستورية، خاصة المادة (2) التي تنص على ما يلي: "إن هدف الاتحاد هو ضمان استقلال الوطن ضد الأجنبي والحفاظ على الهدوء الداخلي والنظام". من خلال هذا، يتضح أن نظرية حالة الاستثناء ليست بأي حال من الأحوال سوى الإرث الحصري للتقليد المناهض للديمقراطية.

* * *

وفي إيطاليا، يكتسي تاريخ حالة الاستثناء وحالتها القانونية أهمية خاصة فيما يتعلق بالتشريعات الصادرة عن مراسيم الحكومة، التابعة للسلطات التنفيذية الطارئة (ما يسمى بالمراسيم القانونية). وفي الواقع، يمكن للمرء أن يقول -من وجهة النظر هذه- إن إيطاليا تعمل كمختبر قانوني سياسي حقيقي وسليم لتنظيم العملية التي تحول بموجبها المرسوم القانوني من أداة استثنائية للإنتاج المعياري إلى مصدر عادي لإنتاج القانون. ولكن هذا يعني أيضًا أن أحد النماذج الأساسية التي تتحول من خلالها عملية التشريع من البرلمان إلى الحكومة، قد تم تفصيلها على وجه التحديد من قبل دولة كانت حكوماتها في كثير من الأحيان غير مستقرة. وعلى أي حال، فإن أهمية مرسوم الطوارئ في هذا السياق في المجال الإشكالي لحالة الاستثناء يُنظر إليه بوضوح.

لم يشر النظام الأساسي لألبرتين (مثل الدستور الجمهوري الحالي) إلى حالة الاستثناء. ومع ذلك، لجأت حكومات المملكة إلى إعلان حالة الحصار عدة مرات: في باليرمو والمقاطعات الصقلية في عامي 1862 و1866، وفي نابولي في عام 1862، وفي صقلية ولونجيانا في عام 1894، وفي نابولي وميلانو في عام 1898، حيث كان قمع الاضطرابات دمويًا

بشكل خاص، وأثار مناقشات ساخنة في البرلمان. لقد كان الإعلان عن حالة الاستثناء بمناسبة زلزال "ميسينا" و"ريجيو كالابريا" في 28 ديسمبر 1908 مجرد حالة مختلفة على ما يبدو. لم يتم الإعلان عن حالة الاستثناء لأسباب تتعلق بالنظام العام، أي لقمع عمليات السطو والنهب التي أثارها الكارثة؛ ولكن كحالة فرضتها كارثة الزلزال، وهو ما عبّر عنه الحقوقيون الإيطاليون بأن الضرورة هي المصدر الرئيسي للقانون.

وفي كل حالة من هذه الحالات، أعلنت حالة الحصار بموجب مرسوم ملكي، وإن كان لا يتطلب مصادقة البرلمان عليه، فإن البرلمان يوافق دائماً، وكذلك مراسيم الطوارئ الأخرى التي لا صلة لها بحالة الاستثناء (ففي عامي 1923 و1924، تم تحويل عدة آلاف من المراسيم القانونية المعلقة الصادرة في السنوات السابقة إلى قانون). وفي عام 1926، صدر قانون للنظام الفاشي ينظم صراحة مسألة المراسيم القانونية. وتنص المادة (3) من هذا القانون على أنه عند تداول مجلس الوزراء، يمكن إصدار القواعد التي لها قوة القانون بموجب مرسوم ملكي. وعندما يتم التفويض للحكومة للقيام بذلك بموجب القانون، وفي الحالات الاستثنائية، التي تكون مطلوبة لأسباب الضرورة الملحة والمطلقة. ولا يخضع الحكم المتعلق بالضرورة والاستعجال لأي رقابة غير الرقابة السياسية للبرلمان. كان لابد من عرض المراسيم المنصوص عليها في البند الثاني على البرلمان لتحويلها إلى قانون؛ ولكن تعليق عمل البرلمان التام أثناء حكم النظام الفاشي جعل هذا الشرط غير ضروري.

على الرغم من أن الحكومات الفاشية كانت قد أساءت استخدام مراسيم الطوارئ بشكل كبير لدرجة أن النظام نفسه رأى في سنة 1939 أنه من الضروري الحد من انتشارها، فإن المادة (77) من الدستور الجمهوري

أنشأت باستمرار فريدة من نوعها يمكن للحكومة أن تتبنى في حالات استثنائية من الضرورة والطوارئ، يمكن للحكومة أن تعتمد "تدابير مؤقتة لها قوة القانون"، والتي كان لا بد من تقديمها في اليوم نفسه إلى البرلمان والتي خرجت عن الواقع إذا لم يتم تحويلها إلى قانون في غضون ستين يوماً من صدورها.

ومن المعروف جيداً أنه منذ ذلك الحين أصبحت ممارسة التشريع من طرف الحكومة بموجب مراسيم قانونية هي القاعدة في إيطاليا. ولم تصدر مراسيم طارئة في لحظات الأزمة السياسية فحسب، مما يتحايل على المبدأ الدستوري القائل بأن حقوق المواطنين لا يمكن تقييدها إلا بموجب القانون (انظر، على سبيل المثال، المراسيم الصادرة لقمع الإرهاب: المرسوم القانوني الصادر في 28 آذار/مارس 1978، العدد 59، الذي تحول إلى قانون 21 أيار/مايو 1978، العدد 191 [ما يسمى بقانون موروا]، والرسوم القانوني الصادر في 15 ديسمبر 1979، رقم 625، المحول إلى قانون 6 فبراير 1980، رقم 15)، ولكن المراسيم القانونية تشكل الآن الشكل العادي للتشريع، لدرجة أنها وصفت بأنها "مشاريع قوانين معززة بالطوارئ المضمونة". وهذا يعني أن المبدأ الديمقراطي للفصل بين السلطات قد انهار اليوم، وأن السلطة التنفيذية قد استوعبت في الواقع، جزئياً على الأقل، السلطة التشريعية. ولم يعد البرلمان الهيئة التشريعية ذات السيادة التي تتمتع بالسلطة الحصرية لإلزام المواطنين بموجب القانون: فهو يقتصر على التصديق على المراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية. من الناحية التقنية، لم تعد الجمهورية الإيطالية برلمانية، بل تنفيذية حاكمية. ومن المهم أنه على الرغم من أن هذا التحول في النظام الدستوري (الذي يجري اليوم بدرجات متفاوتة في جميع الديمقراطيات الغربية) معروف تماماً لدى الفقهاء والسياسيين، إلا أنه ظل دون أن يلاحظه المواطنون على الإطلاق. في

اللحظة التي ترغب فيها في إعطاء دروس في الديمقراطية لمختلف التقاليد والثقافات، لا تدرك الثقافة السياسية للغرب أنها فقدت نفسها بالكامل.

* * *

يعتبر المفهوم القانوني الوحيد في انكلترا المماثل لمفهوم حالة الاستثناء الفرنسية هو مصطلح الأحكام العرفية؛ ولكن هذا المفهوم غامض لدرجة أنه قد وصف بحق بأنه اسم سيئ الحظ لتبرير القانون العام للأفعال التي تقوم بها الضرورة للدفاع عن الكومنولث عندما تكون هناك "حرب داخل المملكة." هذا لا يعني أن شيئاً مثل حالة الاستثناء لا يمكن أن يوجد. وفي قوانين التمرد، تقتصر سلطة التاج في إعلان الأحكام العرفية عموماً على أوقات الحرب؛ ومع ذلك، فإنه ينطوي بالضرورة على عواقب وخيمة في بعض الأحيان بالنسبة للمدنيين الذين وجدوا أنفسهم متورطين فعلياً في القمع المسلح. وهكذا سعى "كارل شميت" إلى التمييز بين الأحكام العرفية والمحاكم العسكرية والإجراءات الموجزة التي لا تنطبق في البداية إلا على الجنود، من أجل تصورها على أنها إجراء وقائي بحت وتقريبها من حالة الاستثناء: "على الرغم من الاسم الذي تحمله، فإن الأحكام العرفية ليست حقاً ولا قانوناً بهذا المعنى، بل هي إجراء يسترشد أساساً بضرورة تحقيق غاية معينة".

لعبت الحرب العالمية الأولى دوراً حاسماً في تعميم الأجهزة التنفيذية الاستثنائية في انكلترا أيضاً. وفي الواقع، وبعد إعلان الحرب مباشرة، طلبت الحكومة من البرلمان الموافقة على سلسلة من التدابير الطارئة التي أعدها الوزراء المعنيون، وتم تمريرها دون مناقشة تقريباً. وكان أهم هذه الأفعال قانون الدفاع عن المملكة في 4 أغسطس/غشت 1914، المعروف باسم DORA، الذي لم يمنح الحكومة سلطات واسعة لتنظيم اقتصاد زمن الحرب

فحسب، بل نص أيضاً على قيود خطيرة على الحقوق الأساسية للمواطنين (على وجه الخصوص، منح المحاكم العسكرية الولاية القضائية على المدنيين).

لقد شهد نشاط البرلمان تراجعاً كبيراً طوال مدة الحرب، مثلما هو الحال في فرنسا وإنجلترا، حيث تجاوزت هذه العملية حالة طوارئ الحرب، كما يتضح الموافقة - في 29 أكتوبر 1920، في وقت الإضرابات والتوترات الاجتماعية - على قانون سلطات الطوارئ. في الواقع هذا ما نصت عليه المادة (1) من القانون بتأكيداها على:

"إذا تبين لجلالة الملك في أي وقت وجود فعل أو تصرف صادر عن شخص أو مجموعة من الأشخاص من شأنه أن يهدد بشكل مباشر ومقصود التدخل في توزيع الغذاء، الماء، الوقود، الضوء، أو وسائل التنقل، أو لحرمان المجتمع، أو أي فئة من المجتمع، من الضرورات الأساسية للحياة، يجوز لجلالة الملك، بالإعلان (الذي تمت الإشارة إليه لاحقاً)، بإعلان حالة طوارئ".

لقد منحت المادة (2) من القانون صاحب الجلالة في المجلس سلطة إصدار اللوائح ومنح السلطة التنفيذية "الصلاحيات والواجبات... اللازمة للحفاظ على السلام"، وأدخلت محاكم خاصة (محاكم مختصرة) للمخالفين. على الرغم من أن العقوبات التي تفرضها هذه المحاكم لا يمكن أن تتجاوز ثلاثة أشهر في السجن (مع الأشغال الشاقة أو بدونها)، فقد تم إدخال مبدأ حالة الاستثناء بطريقة صارمة في القانون الإنجليزي.

* * *

إن المكان المنطقي والعملي لنظرية حالة الاستثناء في الدستور الأمريكي هو في الجدلية بين صلاحيات الرئيس وصلاحيات الكونغرس. وقد

تبلورت هذه الجدلية تاريخياً (وبطريقة مثالية بدأت بالفعل غداة الحرب الأهلية) كصراع على السلطة العليا في حالة الطوارئ؛ أو كصراع على القرار السيادي بتعبير "كرل شميت" لاسيما في بلد يعتبر نفسه مهد الديمقراطية. يكمن الأساس النصي للنزاع قبل كل شيء في المادة (1) من الدستور، التي تنص على: "أنه لا يجوز تعليق امتياز أمر الحضور أمام المحكمة، إلا إذا كان في حالات التمرد أو الغزو التي تتطلب السلامة العامة"، ولكن لا يحدد السلطة التي لها اختصاص البت في التعليق. وتكمن نقطة الصراع الثانية في آخر المادة (1) التي تعلن أن سلطة إعلان الحرب ورفع ودعم الجيش والبحرية تقع على عاتق الكونغرس، والمادة (2) التي تنص على أن يكون الرئيس هو القائد الأعلى للجيش والبحرية في الولايات المتحدة.

ووصلت هاتان المشكلتان إلى ذروتها الحرجة في الحرب الأهلية (1861-1865). عندما أصدر "لنكولن" مرسوماً يقضي برفع عدد الجيش إلى خمسة وسبعين ألف رجل، وعقد جلسة استثنائية للكونغرس في 4 تموز/ يوليو. في الأسابيع العشرة التي مرت بين 15 أبريل و4 يوليو، عمل "لنكولن" في الواقع كديكتاتور مطلق، لهذا السبب أشار إليه كارل شميت في كتابه الديكتاتورية كمثال مطلق على "الديكتاتورية التفويضية". وفي 27 نيسان/أبريل سنة 1862، وفي قرار أكثر أهمية من الناحية التقنية أوذن للجنرال في الجيش بتعليق أمر الحضور أمام المحكمة كلما رأى ذلك ضرورياً على طول الخط العسكري بين واشنطن وفيلادلفيا، حيث وقعت اضطرابات. وعلاوة على ذلك، استمر الحكم المطلق للرئيس في اتخاذ قرار بشأن التدابير الاستثنائية حتى بعد انعقاد الكونغرس، (وهكذا، في 14 فبراير 1862، فرض لينكولن الرقابة على البريد، وأذن باعتقال واحتجاز الأشخاص المشتبه في كونهم يقومون بـ "ممارسات غير مخلصة وغير معقولة").

وفى الخطاب الذي ألقاه أمام الكونغرس عندما انعقد يوم 4 يوليو 1862م، برر الرئيس علناً تصرفاته بأنه صاحب سلطة عليا لانتهاك الدستور في حالة الضرورة. "سواء أكانت قانونية بحثة أم لا"، كما أعلن أن التدابير التي اعتمدها قد اتخذت "في إطار ما يبدو أنه مطلب شعبي وضرورة عامة"، وله اليقين بأن الكونغرس سوف يصادق عليها. كما صرح أيضاً بأن القانون الأساسي يمكن انتهاكه كذلك إذا كان وجود الاتحاد والنظام القضائي ذاته على المحك.

من الواضح أنه في حالة الحرب يكون الصراع بين الرئيس والكونغرس نظرياً في الأساس. والحقيقة هي أنه على الرغم من أن الكونغرس كان يدرك تماماً أن السلطات القضائية الدستورية قد تم انتهاكها، إلا أنه لا يمكنه أن يفعل شيئاً سوى المصادقة على تصرفات الرئيس، وفي 22 سبتمبر 1862، أعلن الرئيس تحرير العبيد سيتم من خلال صلاحياته وحدها، وبعد يومين، تم تعميم حالة الاستثناء في جميع أنحاء أراضي الولايات المتحدة، وأوذن باعتقال ومحاكمة أمام المحاكم العسكرية جميع المتمردين والمحرّضين داخل الولايات المتحدة، وجميع الأشخاص الذين يعملون على معارضة التجنيد الطوعي، ومقاومة الميليشيات، أو كل من يقوم بممارسة خائنة، وتقديم المساعدات والراحة للمتمردين ضد سلطة الولايات المتحدة. عند هذه النقطة، كان رئيس الولايات المتحدة صاحب القرار السيادي بشأن حالة الاستثناء.

وفقاً للمؤرخين الأميركيين، أنه خلال الحرب العالمية الأولى تولى الرئيس وودرو ويلسون شخصياً صلاحيات أوسع من تلك التي ادعاها أبراهام لينكولن. ومع ذلك، من الضروري تحديد أنه بدلاً من تجاهل الكونغرس، كما فعل لنكولن، فضل ويلسون في كل مرة أن يفوض

الكونغرس السلطات المعنية إليه. وفي هذا الصدد، فإن ممارسته للحكم أقرب إلى الممارسة التي ستسود أوروبا في السنوات نفسها، أو إلى الممارسة الحالية، التي تفضل بدلاً من إعلان حالة الاستثناء إصدار قوانين استثنائية. على أي حال، من عام 1917 إلى عام 1918، وافق الكونغرس على سلسلة من الأفعال (من قانون التجسس في يونيو 1917 إلى قانون Overman الصادر في مايو 1918)، التي منحت الرئيس السيطرة الكاملة على إدارة البلاد، ولم تحظر فقط الأنشطة الخائنة (مثل التعاون مع العدو ونشر التقارير الكاذبة)، بل جعلت من بعض الممارسات جريمة مثل طباعة أو كتابة أو نشر أي لغة غير مخصصة أو بذيئة أو مسيئة أو حول شكل حكومة الولايات المتحدة.

لأن السلطة السيادية للرئيس تركز بشكل أساسي على حالة الطوارئ المرتبطة بحالة الحرب، فعلى مدار القرن العشرين، أضحت سرديّة الحرب جزءاً لا يتجزأ من المفاهيم السياسية الأساسية عندما تكون القرارات ذات الأهمية القصوى مفروضة. وهكذا، تمكن فرانكلين روزفلت سنة 1933 من تولي سلطات غير عادية للتعامل مع الكساد الكبير من خلال تقديم أعماله على أنها تصرفات قائد خلال حملة عسكرية:

"أتحمل دون تردد قيادة هذا الجيش العظيم من شعبنا المتفاني لمواجهة مشاكلنا المشتركة... أنا مستعد بمقتضى واجبي الدستوري على تنزيل الإجراءات التي تتطلبها دولة مأزومة ضمن عالم مأزوم.... لكن في حالة فشل الكونغرس في اتخاذ [التدابير اللازمة] وفي حالة استمرار حالة الطوارئ الوطنية، فلن أتهرب من المصير المحتوم الذي سيواجهني بعد ذلك؛ حيث سأطلب من الكونغرس الأداة الوحيدة المتبقية لمواجهة الأزمة - سلطة تنفيذية واسعة لشن الحرب ضد الطوارئ، بقدر القوة التي ستمنح لي إذا تعرضنا للغزو من قبل عدو أجنبي".

من الجيد ألا ننسى، أنه من وجهة النظر الدستورية، قد تم تحقيق الصفقة الجديدة من خلال التفويض للرئيس (عبر مجموعة من القوانين التي بلغت ذروتها في قانون الإنعاش الوطني الصادر في 16 يونيو 1933) سلطة غير مقيدة للتنظيم وللسيطرة على كل جوانب الحياة الاقتصادية للبلد - وهي حقيقة تتوافق إلى حد التطابق بين الطوارئ العسكرية والاقتصادية التي وسمت سياسات القرن العشرين.

أدى اندلاع الحرب العالمية الثانية إلى توسيع هذه السلطات بإعلان حالة طوارئ وطنية "محدودة" في 8 سبتمبر 1939، والتي أصبحت غير محدودة في 27 مايو 1941. وفي 7 سبتمبر 1942، وفي أثناء مطالبة الكونجرس بإلغاء قانون يتعلق بالمسائل الاقتصادية جدد الرئيس مطالبته بالسلطات السيادية خلال حالة الطوارئ: "في حالة فشل الكونجرس في التصرف، والتصرف بشكل مناسب، سوف أقبل المسؤولية، وسأتصرف... يمكن للشعب الأمريكي... أن يتأكد من أنني لا أتردد في استخدام كل القوة المخولة لي لإلحاق الهزيمة بأعدائنا في أي جزء من العالم، حيث تتطلب سلامتنا مثل هذه الهزيمة". حدث الانتهاك الأكثر إثارة للحقوق المدنية (والأكثر خطورة بسبب دوافعه العنصرية فقط) في 19 فبراير 1942، مع اعتقال سبعين ألف مواطن أمريكي من أصل ياباني أقاموا في الساحل الغربي (إلى جانب أربعين ألف مواطن ياباني) الذين عاشوا وعملوا هناك.

إن قرار الرئيس بوش عند إشارته باستمراره على أنه "القائد العام للجيش" بعد 11 أيلول (سبتمبر) 2001، ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار سياق المطالبة الرئاسية بالسلطات السيادية في حالات الطوارئ. إذا كان افتراض هذا الحق الشرعي كما رأينا، يقتضي الإشارة بشكل مباشر إلى حالة الاستثناء، فإن بوش يحاول أن ينتج وضعًا تصبح فيه حالة الطوارئ هي القاعدة، بحيث يصبح التمييز بين السلام والحرب (وبين الأجانب والحرب الأهلية) مستحيلًا.

خمسُ دقائقٍ من فلسفة القانون

جوستاف رادبروخ*

ترجمة: عبدالرحمن عدنان المشعل**



"وهكذا فإن فلسفة القانون يدرسها طالب القانون قبل أن يدرس غيرها، فهي بداية المبتدئ. وكذلك يدرسها رجل القانون بعد أن يتم نضجه، فهي أيضًا نهاية المجتهد" - سمير تناغو⁽¹⁾.

(*) جوستاف رادبروخ (Gustav Radbruch) فيلسوف قانوني ألماني تحول بعد الحرب العالمية الثانية من المدرسة الوضعية والنسبية القانونية إلى المذهب الطبيعي في القانون، للمزيد انظر:

Britannica, The Editors of Encyclopaedia. "Gustav Radbruch". Encyclopedia Britannica, 19 Nov. 2020, <https://www.britannica.com/biography/Gustav-Radbruch>. Accessed 26 April 2021.

(**) عضو هيئة التدريس في قسم القانون - كلية الدراسات التجارية، الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب/ دولة الكويت.

(1) سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف 1974م.

مقدمة بقلم المترجم:

المنهجية في التفكير هي ما تجعل الآراء والأحكام أكثر انضباطًا وإحكامًا، ودون أعمالها يصبح المرء قادرًا على تبرير أي رأي أو حكم. قال سبينوزا مرة: "ما من مُجدِّفٍ إلا ويستند إلى نص" (2). لذلك ينزع الكثير من فقهاء القانون والمشتغلين به كالقضاة، إلى تبني مناهج للتفكير القانوني، بدءًا من مرحلة سن القوانين والتشريعات وصولاً إلى مناهج لتفسير نصوص القانون، بموجبها يضبط العقل القانوني أفكاره، ويُقوِّم مسلكه، ويُبعده عن أي هوى متقلب.

وفرع فلسفة القانون هو المعني بالدرجة الأولى بدراسة منطق التفكير القانوني ومناهجه ومدارسه. وفيه يتناول الفلاسفة والباحثون بتمحيص دقيق أسئلة عدة هي بمثابة الأسئلة الأولية في دراسة القانون. ولطالما كانت الأسئلة البديهية الأولية محل استفزاز للذهن البشري في جميع فروع العلم وحقوقه. كسؤال ما هو القانون؟ وما الذي يجعل من القاعدة الضابطة للسلوك قاعدة قانونية؟ وهل القواعد التي تحدد ما هو قانوني هي بذاتها قواعد قانونية؟ وهل القواعد القانونية قواعد معيارية normative أم قواعد سلطوية؟ وما هي المعيارية القانونية legal normativity؟ ومتى تكتسب القاعدة الصلاحية القانونية legal validity؟ وغيرها الكثير.

وبالرغم من انشغال الباحثين في فلسفة القانون في القانون نفسه، إلا أنهم لا يتخذونه موضوعًا لهم، بل ترتبط مباحث فلسفة القانون بالقانون بصورة عامة وغير مباشرة، فهي لا تبحث عن إجابة في نطاق محدد زمنيًا

(2) سبينوزا، رسالة في اللاهوت والسياسة، ترجمة: حسن حنفي، دار الطليعة - بيروت 1997م.
كتب سبينوزا ذلك على لسان الهولنديين في الفصل الرابع عشر من كتابه المذكور.

ومكانيًا، بل تدرسها بشكل أكثر عمومية تتجاوز هذه الحدود⁽³⁾. وفي معرض ذلك يشير فيلسوف القانون ألف روس Alf Ross⁽⁴⁾ من أن هدف فلسفة القانون هو لعب دور المرآة العاكسة للجهاز المنطقي للقوانين، لا سيما المفاهيمي، من أجل تحليلها أكثر منطقيًا، ومن ثم يكون دور الباحث في فلسفة القانون هو توسيع البحث في الدراسات القانونية، ليشمل ما يعتبره البعض غالبًا مقدمات بديهية في القانون، فهو يتوق إلى تلك المفاهيم الأساسية التي تشغل حيزًا كبيرًا في القانون⁽⁵⁾. فهي إذن ترتفع عن كل الجزئيات المتغيرة باختلاف الزمان والمكان، لتستخلص الأسس التي يقوم عليها القانون أينما حل⁽⁶⁾. أو بعبارة أخرى كما يقول بيارن ملكفيك Bjarne Melkevik هي أفكار على مسافة من القانون وليست تحليلًا يهدف إلى إيضاح القواعد القانونية المعمول بها⁽⁷⁾.

وفي فلسفة القانون، ثمة مدرستان قانونيتان تتنازعان الريادة، مدرسة المذهب الطبيعي ومدرسة المذهب الوضعي⁽⁸⁾. وتتفرع عن كل مدرسة منهما

(3) Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (Princeton University Press 2011).

(4) ألف روس: (Alf Ross) فيلسوف قانوني دنماركي، يعتبر رائد المدرسة الواقعية القانونية في الدنمارك.

Knud Waaben, *Alf Ross 1899-1979: A Biographical Sketch* (2003) 14 *European Journal of International Law* 661 <https://doi.org/10.1093/ejil/14.4.661>.

(5) بيارن ملكفيك، مقدمة في فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد ومروان بوعصيدة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية 2019م.

(6) سليمان مرقس، فلسفة القانون، المنشورات الحقوقية صادر.

(7) ملكفيك. (7n).

(8) يمكن القول بأن هاتين المدرستين، وما تتفرع عنهما من مدارس، هما المهممتان على تاريخ فلسفة القانون إلى يومنا هذا، ومعلومٌ أن ذلك لا يعني أنهما فقط الوحيدتان، بل عرف التاريخ مدارس قانونية أخرى غيرهما، على سبيل المثال لا الحصر، مدرسة الواقعية القانونية عند كل من:

مدارس فرعية أخرى، تجتمع هذه المدارس على نقاط تتشارك فيما بينها وتنفرد على نقاط أخرى. فليست المدرسة الطبيعية على نسق واحد، وليست الوضعية القانونية على وفاق واحد كذلك. فمذهب رونالد دووركين Ronald Dworkin⁽⁹⁾ يختلف عن مذهب أوغسطين، بالرغم من أن كليهما ينتميان للمذهب الطبيعي. والأمر كذلك في المذهب الوضعي، فمذهب جون أوستن⁽¹⁰⁾ John Austin يختلف عن مذهب هارت Hart. وتاريخ فلسفة القانون متذبذب بين هاتين المدرستين، الطبيعية والوضعية، فإذا ما تعب من مثل الطبيعية وتجريدها نزع إلى واقع الوضعية وتجربتها، ومتى ما خيب الواقع آماله وتطلعاته عاد متلهفاً للطبيعية من جديد⁽¹¹⁾.

وقبل الدخول في ترجمة أحد النصوص الممتمة لفلسفة القانون، وددتُ

وأوليفر وندال هولمز Oliver Wendell Holmes, Jr

وألف روس Alf Ross

(9) رونالد دووركين: (Ronald Dworkin) فيلسوف قانوني أمريكي، ينتمي لمدرسة المذهب الطبيعي في القانون، لكنه صاحب منهج جديد عُرف باسم: التفسيرية القانونية

Nicos Stavropoulos, "Legal Interpretivism", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/law-interpretivist/>.

للمزيد حول أفكار دووركين باللغة العربية، انظر:

رونالد دووركين، أخذ الحقوق على محمل الجد (ترجمة: منير الكشو، ed دار سيناترا - المركز الوطني للترجمة 2015م، 1977م.

(10) جون أوستن: (John Austin) فيلسوف قانوني بريطاني، يعتبر رائد الوضعية القانونية التقليدية ومؤسسها بجانب جيرمي بنتام.

Hart, Herbert Lionel Adolphus. "John Austin". Encyclopedia Britannica, 27 Feb. 2021, <https://www.britannica.com/biography/John-Austin>. Accessed 2 May 2021.

(11) مرقص (8) n

كتابة مقدمة تبين أهمية فلسفة القانون التي ربما نكون في أمس الحاجة للحدوث عنها في الأدبيات العربية. فعزمت على كتابة مقدمة عن فيلسوفنا المؤلف رادبروخ، غير أنني سرعان ما تراجعته عن ذلك، حيث لم أجد في ذلك فائدة تذكر للقارئ. فوددت كتابة مقدمة عن أبرز المدارس الفلسفية القانونية في القرن العشرين، لكنني وجدت أن المقدمة تضيق عن هذا العرض. فاخترت أن أعرض مناقشة تمت في الخمسينيات من القرن العشرين بين فيلسوفين بارزين يمثلان المدرستين المذكورتين، وهما: البريطاني هربرت هارت H. L. A. Hart - رأس الوضعية القانونية في القرن العشرين - والأمريكي لون فولر Lon L. Fuller - أحد أبرز المدافعين عن القانون الطبيعي في القرن العشرين-. وقد حاولت أن أبين أبرز المسائل التي دار رحي النقاش حولها، موجزاً في بيانها وتحليلها، وكلني أمل ألا أكون قد أخللت في الإيجاز.

النقاش بين هارت H. L. A. Hart و فولر Lon L. Fuller :

بدأ النقاش عندما نشر الفيلسوف هارت مقالة علمية في مجلة جامعة هارفرد عام 1958م بعنوان "الوضعية والفصل بين القانون والأخلاق"⁽¹²⁾، وفي المجلة نفسها قام الفيلسوف فولر بالرد على مقالة هارت، بمقالة عنوانها: "الوضعية والولاء للقانون: رد على البروفيسور هارت"⁽¹³⁾. وفي عام 1961م كتب هارت كتاباً هاماً من أشهر كتبه كرد على فولر، ولتقديم نظريته في الوضعية القانونية في القرن العشرين بشكل أكثر تفصيلاً، بعنوان:

HLA Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals (1958) 71 Harvard Law Review 593. (12)

LON L FULLER, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart (1958) 71 Harvard Law Review 630. (13)

"مفهوم القانون"⁽¹⁴⁾، بعدها، رد فولر عام 1964م بكتاب هو الآخر، بعنوان: "أخلاق القانون"⁽¹⁵⁾، حاول فيه المحافظة على ما تبقى من أهمية لمذهب القانون الطبيعي؛ الذي تناقص بدرجة كبيرة مع موجة الوضعية في القرن العشرين⁽¹⁶⁾. استمر النقاش بينهم بعد ذلك بمقالات أكاديمية في المجالات العلمية⁽¹⁷⁾.

في بحثه عام 1958م، تناول هارت أشهر ثلاثة نقود يوجهها عادة أنصار المذهب الطبيعي للوضعية القانونية، وهذه المسائل بالذات تعتبر أهم نقاط الاختلاف بين المدرستين، لا سيما النقطة الثالثة التي تعتبر النقطة الجوهرية، ليس فقط في النقاش، بل بين المدرستين ككل. وسنعرض للنقطتين الأوليتين بشكل موجز، واللتي تعتبران كمقدمة تمهيدية للنقطة الثالثة، ثم نبين محل النزاع في النقطة الثالثة.

المسألة الأولى: مفهوم القانون:

في البداية يجب أن نعلم أن كلا الفيلسوفين يعتبران نقطة تحول داخل كل مدرسة ينتميان لها. فبدأ هارت Hart نظريته الوضعية في القانون في نقد الوضعية التقليدية/الكلاسيكية، لا سيما عند جون أوستن، وكذلك فعل فولر

HLA Hart, The Concept of Law (Oxford Clarendon Press 1961). (14)

LON L FULLER, The Morality of Law (Yale University Press 1969). (15)

(16) معلوم أن أثر موجة الوضعية بدأ منذ القرن التاسع عشر وامتد إلى القرن العشرين، وهي موجة بدأت مع كتابات الفرنسي أوجست كونت وأثرت على علوم شتى ومجالات عدة، كالمنطق والقانون. للمزيد:

Feigl, Herbert. "Positivism". Encyclopedia Britannica, 4 Nov. 2020, <https://www.britannica.com/topic/positivism>. Accessed 25 April 2021.

(17) على سبيل المثال نشر هارت عام 1965م مقالة في مجلة هارفرد بعنوان "مراجعة لأخلاق القانون"

Review of The Morality of Law

Fuller ولكن بدرجة أقل، فأنشأ نظريته في القانون الطبيعي وفق منهج مختلف عن سابقه في المذهب الطبيعي التقليدي.

يرى هارت أن نظرية أوستن في القانون باعتباره أمر Command Theory هي نظرية غير دقيقة. يُعرّف أوستن القانون بأنه أمر تصدره سلطة صاحبة سيادة مقرون بجزء عند مخالفته، وعلى المخاطبين طاعته بشكل عام. أي أن ثمة أربعة عناصر تميز القانون عن غيره: 1/ الأمرية 2/ السيادة 3/ العقوبة 4/ الطاعة⁽¹⁸⁾.

لا يتبنى هارت هذا المذهب الصارم من الوضعية، ولا يرى أن مصدر إلزام القاعدة القانونية كونها صادرة من سلطة سيادية، بل يرى أن مصدرها اجتماعي ونابع من كونها متطابقة مع قاعدة أخرى أعلى منها تعطيها الصحة القانونية. legal validity وفي الوقت نفسه لا يرى أن ثمة تلازم بين القانون والأخلاق، ويرفض أي محاولة لربطهما. يقول هارت في كتابه مفهوم القانون: "لقد دافعت في هذا الكتاب عن الرأي الذي يعتبر أن لا وجود لاقتراء ضروري ومفهومي بين مضمون القانون والأخلاق، رغم نقاط الالتقاء العرضية بينهما، وأن القوانين تظل صحيحة كقواعد أو كمبادئ قانونية حتى لو كانت جائرة"⁽¹⁹⁾.

يقسم هارت القواعد القانونية إلى قسمين: 1/ قواعد أولية primary rule، 2/ قواعد ثانوية secondary rule النوع الأول يتوافق مع مذهب أوستن، من كونها أوامر صادرة من سلطة سيادية، بموجبها يتم منح حقوق معينة وحظر أشكالاً معينة من السلوك الإنساني، من قبيل افعال ولا تفعل.

John Austin, The Province of Jurisprudence Determined (Wilfrid E Rumble ed, (18) Cambridge University Press 1995 1832).

Hart (n 16). (19)

بينما يشير النوع الثاني إلى تلك القواعد القانونية التي لا تفرض التزامات ولكن تمنح صلاحيات، سواء على المستوى الخاص أو العام، وتبين كيفية إقرار القواعد الأولية. وهذه القواعد تخاطب القائمين على تطبيق القانون وسنّه، سواء من مسؤولين في الدولة officials وقضاة. وهدفها هو، كما يقول هارت: "تحديد الطريقة التي نتمكن بها من التعرّف على هوية القواعد الأولية وسنّها وإبطالها أو تطويرها وكذلك من معرفة متى يكون هناك انتهاك لها" (20).

وهذا النوع ينقسم بدوره إلى ثلاثة أقسام:

أ - قاعدة التعرّف The Rule of Recognition: وهي بموجبها يمكننا التعرّف على القاعدة القانونية وتمييزها عن غيرها من القواعد الأخرى الضابطة للسلوك، وتمكننا من معرفة مدى سلامة الصياغة الشكلية التي تجعل للقاعدة القانونية قوة نافذة⁽²¹⁾. فلا شرعية للقواعد الأولية إلا متى استجابت لهذا النوع من القواعد⁽²²⁾. غير أن هذه القواعد ليست في حد ذاتها صحيحة ولا خاطئة، فهي في أعلى الهرم، وليس فوقها قاعدة أخرى تمنحها الصلاحية، هي فقط اتفاقية وتم المصادقة عليها، وتُقبل على أنها ضابط سليم لتحديد مدى صحة القواعد القانونية⁽²³⁾.

(20) ibid.

(21) Raymond Wacks, Understanding Jurisprudence (5th editio, Oxford University Press 2017).

(22) Hart (n 16).

(23) هذا النوع من القواعد يُذكرنا بمحاولة الفيلسوف القانوني الوضعي الألماني هانز

كلسن Hans Kelsen

عندما حاول أن يؤسس القانون بشكل علمي محض في نظريته المشهورة: النظرية

ب - قواعد التغيير Rules of Change : وهي التي بموجبها يتم تحديد طرق تعديل القواعد الأولية، سواء أكان ذلك على مستوى الأفراد أم مؤسسات الدولة. فمهمتها هي منح الصلاحية للأفراد أو المشرعين لتسهيل عملية تعديل القواعد الأولية والثانوية⁽²⁴⁾.

ت - قواعد الحكم القضائي Rules of Adjudication : وهي التي تمنح السلطة والصلاحية لبعض الأفراد كالقضاة، من إصدار الأحكام في حالة خرق القواعد الأولية، مثل معاقبة المخالف وتحميله التعويض عن الأضرار⁽²⁵⁾.

ومتى أطاع الأفراد القواعد الأولية، وأطاع المسؤولون القواعد الثانوية والتزموا بها، فنكون بصدد دولة يحكمها القانون. ولا شأن في ذلك لأي اعتبارات أخلاقية أو سياسية، فقد يرفض القاضي قانوناً ما لأنه جائر، أو يرفض الحكم الظالم لدولة ما، غير أن هذا لا شأن له بواجبه بالالتزام بتطبيق القانون على الوقائع.

أما بالنسبة لفولر، فهو بدوره كذلك لا يكتفي بمقولات المذهب الطبيعي التقليدي، ويراه قاصراً عن فهم القانون كمؤسسة اجتماعية أو كممارسة اجتماعية. فبينما يرى المذهب الطبيعي التقليدي أن ثمة مبادئ أخلاقية مستنبطة من العالم الطبيعي أو من الطبيعة الإنسانية، وهي مطلقة وغير نسبية، ومعقولة المعنى والتسبيب، وعلى القائمين على القانون من

المحضة في القانون The Pure Theory of Law وقاعدته التي سماها بالقاعدة الأساسية Grundnorm

Andrei Marmor, "The Pure Theory of Law", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/lawphil-theory/>.

Wacks (n 23). (24)

ibid. (25)

مشرعين ومنفذين وقضاة ومخاطبين، أن تتطابق أفعالهم مع هذه المبادئ، لا تكتفي المدرسة الطبيعية الحديثة بهذا الأمر⁽²⁶⁾.

وينتقد فولر تعريف القانون عند المدرسة الوضعية التقليدية، ويراه بأنه قاصر. فهي لا ترى القانون إلا من جانب واحد، من جانب السلطة، بحيث يكون القانون أمرًا يصدره جانب واحد من طرفي العلاقة، وهي السلطة، وعلى الطرف الآخر طاعته، وهو المخاطب. بينما يرى فولر أن القانون هو علاقة بين طرفين وعلى كليهما واجبات يجب الالتزام بها reciprocal obligations⁽²⁷⁾، فليس صاحب الأمر بمعزل عن أي التزامات. إضافة لذلك، هو ينتقدها لعدم اعتبارها لمثل القانون، وهي الأمر order والأمر الحسن good order والعدالة justice، فالقانون في نهاية المطاف، وفي طبيعته ما هو إلا ممارسة اجتماعية ومؤسسة اجتماعية تسعى بكل جهد لمثل القانون.

ومن جانب آخر، ينتقد فولر المذهب الطبيعي التقليدي، والذي يشبهه فولر بأنه يضع العربة أمام الحصان، عندما يتساءل عن ما الذي على القانون تحقيقه قبل أن يفهم كيف هو القانون وقبل أن يُحقق أي شيء⁽²⁸⁾. يُعرّف فولر القانون بأنه مشروع إخضاع السلوك الإنساني لقواعد الحكم⁽²⁹⁾، وهذا المشروع يجب أن يتوافق مع مجموعة من المعايير إذا ما أراد أن يكون قانونًا. وبتحديد المعايير يتقدم فولر خطوة للأمام، وهو هنا ينتهج منهجًا

(26) لعل أبرز فيلسوفين للمدرسة الطبيعية الحديثة هما فولر ورونالد دويركين، وكلاهما أمريكيان.

(27) LON L FULLER, The Morality of Law (Yale University Press 1969).

(28) Brian H.Bix, Jurisprudence: Theory and Context (8th editio, Sweet & Maxwell 2019).

(29) The enterprise of subjecting human conduct to the governance rules. FULLER, The Morality of Law (n 29).

جديداً عن المذهب الطبيعي التقليدي، يسميه بـ "الأخلاق الداخلية للقانون internal morality of law"، لا تكتفي بمضامين أخلاقية كما تراها المدرسة التقليدية، بل يُقرر مضامين إجرائية يجب اتباعها إذا ما أردنا أن نسمي نظاماً ما نظاماً قانونياً⁽³⁰⁾. يضع فولر ثمانية معايير وهي: 1/ يجب أن تكون القوانين عامة، 2/ يجب أن تُنشر، 3/ يجب التقليل من الأثر الرجعي سواء في سن التشريعات أو في تطبيقها، 4/ يجب أن تكون قابلة للفهم، 5/ يجب أن لا تكون متناقضة، 6/ يجب أن تكون في حدود وسع المخاطبين، 7/ يجب أن تكون ثابتة نسبياً، 8/ يجب أن يكون مضمونها المنشور متطابق مع تطبيقاتها⁽³¹⁾.

الآن، وبعد أن عرضنا بشكل موجز لمفهوم القانون عند الفيلسوفين، نعرض جانباً آخر من النقاش، يدور حول مسألة التفسير القانوني.

المسألة الثانية: مشكلة الغموض *Problem of Penumbra* :

ينشغل القانون بحسب المذهب الوضعي بما هو كائن، بينما هو بحسب المذهب الطبيعي بما يجب أن يكون. لذا، يرى المذهب الطبيعي أن تحديد المعنى المراد للكلمات المستخدمة في القانون لا يكون من غير اللجوء إلى "ما يجب أن يكون"، وهو ما تهرب منه الوضعية. بكلمات أخرى، يقول المذهب الطبيعي أن تحديد المعنى المراد من كلمة معينة

FULLER, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart (n 15). (30)

FULLER, The Morality of Law (n 29). (31)

The eight requirements are: 1/ laws should be general, 2/ they should be promulgated, 3/ retroactive rulemaking and application should be minimized, 4/ laws should be understandable, 5/ laws should not be contradictory, 6/ laws should not require conduct beyond the abilities of those affected, 7/ they should remain relatively constant through time, 8/ there should be congruence between the laws as announced and as applied.

وَرَدَتْ فِي قَانُونٍ مَا، سَيَكُونُ أَوَّلًا بِاللَّجْوَاءِ إِلَى الْمَعْنَى الْقَامُوسِي لَهَا، أَيْ مَعْنَى الْكَلِمَةِ الْحَقِيقِي، وَلَكِنْ لِلْأَسْفِ هَذِهِ الْعَمَلِيَّةُ لَا تَسْعَفُنَا دَائِمًا فِي تَحْدِيدِ الْمَعْنَى فِي سِيَاقٍ مَعِينٍ، وَدَائِمًا تَكُونُ حَمَالَةً أَوْجَهَ، وَمِنْ ثَمَّ يَلْجَأُ الْقَضَاةُ عِنْدَ تَفْسِيرِهِمْ لَهَا إِلَى أَمْرٍ آخَرَ بِجَانِبِ الْمَعْنَى الْقَامُوسِي، وَهُوَ "مَا يَجِبُ أَنْ تَعْنِيَهُ الْكَلِمَةُ". وَمَتَى صَحَّ ذَلِكَ، أَفَلَيْسَ هَذَا لَجْوَاءٌ إِلَى الْغَايَةِ مِنَ الْقَانُونِ بَدَلًا مِنَ الْاِكْتِفَاءِ بِمَا هُوَ قَانُونٌ. يَرَى الطَّبِيعِيُّونَ أَنَّنَا لَا نَسْتَطِيعُ أَنْ نَعْرِفَ الْقَانُونِ مِنْ غَيْرِ الْاِسْتِعَانَةِ بِمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ الْقَانُونُ.

وهنا يجب أن نوضح أمرًا ما، وهو أن الوضعية تؤكد دائمًا على الفصل بين القانون وما يجب أن يكون، والطبيعيون يقولون هنا أن الوضعيين متناقضون، فهم بالرغم من إنكارهم لما يجب أن يكون عليه القانون، فهم في حقيقة الأمر يعملون هذا الشيء دون إدراك منهم، فالقاضي الوضعي يُحدد ما هو القانون عن طريق ما يجب أن يكون عليه.

يرى هارت أن الرد على هذه المشكلة سهلٌ جدًا، وهو بالقول إن ما يجب أن يكون عليه القانون ليس له علاقة بالأخلاق، ولا بأي شيء خارج عن دائرة النظام القانوني. بمعنى أننا صحيحٌ نُحدد ما هو القانون بما يجب عليه أن يكون، لكن ذلك يكون داخل نطاق القانون، دون اللجوء إلى أي شيء خارج إطاره.

في سبيل ذلك يطرح هارت نظريته في اللغة القانونية⁽³²⁾، وهي التي أسماها بالنص المفتوح open texture، وهي ببساطة تشير إلى أن الغموض

(32) عندما كتب هارت كتابه مفهوم القانون كانت الوضعية اللغوية في أعلى موجهتها، وقد استفاد هارت من أعمال اللغويين آنذاك، لا سيما اللغوي أوستن J.L.

Austin.

J.E.Penner and E.Melissaris, Jurisprudence (5th editio, Oxford University Press).

والفراغ في معنى النص القانوني هو أمرٌ لا مفر منه في لغة القانون. فكل نظام قانوني عند هارت ناقص بالضرورة لسببين: 1/ قصور اللغة الطبيعية/ البشرية، 2/ نهائية الإنسان، بمعنى عدم إحاطته لجميع الأمور، ومن ثم يكون أحد وظائف مُنفذي القانون كالقضاة هو سد هذا الغموض والفراغ⁽³³⁾. أحد أشهر الأمثلة التي ضربها هارت في هذا الموضوع هو المثال الآتي: يقول القانون "لا يُسمح للمركبات داخل الحديقة" (vehicles are not permitted in a park). لأول وهلة يتبادر إلى الذهن أن ما تعنيه هذه القاعدة القانونية هو منع السيارات automobiles من الدخول إلى الحديقة. لكن ماذا لو أتى شخص يقود دراجة نارية motorcycles فهل سيدخل أم لا؟ قد يقول شخص نعم. حسنًا، الآن ماذا لو أتى شخص راكبًا لوح تزلج roller skates فهل سيمنع؟ هل يعتبر هذا مركبة vehicles؟ حسنًا ماذا لو كانت هذه الألواح تسير بمحرك؟ بل ماذا عن الكرسي المتحرك wheelchair هل يعتبر مركبة؟ وماذا لو كان يسير بمحرك motorized wheelchair؟

يحتاج هارت هنا أن في كل القواعد القانونية بشكل عام هناك قدر معين من اليقين، يسميه هارت بـ جوهر اليقين core of certainty، وهو ما يطبق على الوقائع الواضحة، ولكن أيضًا ثمة قدر معين من الشك، يسميه بظل الشك penumbra of doubt، وهو ما يطبق على الوقائع غير الواضحة⁽³⁴⁾. لجأ هارت إلى هذه النظرية لأمرين: أولاً: ليثبت أن أهداف وأغراض المشرعين دائماً غير مكتملة وغير دقيقة، وذلك بسبب أنه لا يمكن

H.Bix (n 30).

(33)

(34) يرى البعض أن فكرة وجود قدر معين من اليقين يُحيطه ظلال من الشك في النص، هي فكرة يمكن إرجاعها إلى أعمال القانوني الأمريكي هولمز Oliver Wendell Holmes وأعمال المنطقي اللغوي الفيلسوف برت راند رسل Bertrand

. Russell

لنصوصهم أن تُحيط بكل الوقائع المستقبلية، فمهما كانت غاياتهم واضحة، فلن تحيط علمًا بالمشاكل التي سيثيرها النص مستقبلاً. ثانيًا: ليثبت أن اللغة البشرية هي لغة غير دقيقة، ومهما احتوت الصياغة من دقة فلا مفر من وجود وقائع مستقبلية ستثير الشك حول معناها. وعليه يستخلص هارت من ذلك أن عمل القضاء- وهو أمر ممدوح بالنسبة له- لا مفر له من استخدام سلطته التقديرية لإكمال النص القانوني، وهو ما يعتبر تشريعًا لقانون جديد، وذلك لأن النص مفتوحٌ دائمًا لذلك⁽³⁵⁾. كان الهدف من هذه النظرية هو رد هارت على: أولاً، المذهب الواقعي الأمريكي⁽³⁶⁾، وثانيًا، المذهب الطبيعي عند فولر⁽³⁷⁾.

ينتهاز فولر في معرض هذا السياق الفرصة لإثبات دور الأخلاق في النظام القانوني وارتباطها في مفهوم القانون. يحتاج فولر أن دور القضاء في المسائل الحرجة في تحديد المعنى، كمثال المركبات في الحديقة، لا يخلو من اللجوء إلى الأخلاق لتحديد معنى النص القانوني. فالقاضي لكي يحدد معنى النص في هذه المسائل سيلجأ إلى "ما يجب أن يكون عليه النص" لا ما هو كائن كما تدعي الوضعية. وعليه، فالوضعية تناقض نفسها عندما تفرق نظريًا، وتفصل بين القانون "ما هو كائن"، والأخلاق "ما يجب أن يكون"، وتربطهما عمليًا عندما تجمع بينهما في أرض الواقع وهو ما لا مفر منه. فعندما تواجهنا مشكلة المعنى في النص القانوني، نحاول أن نحدد ما معنى

(35) Hart (n 16).

(36) باختصار شديد، يقوم المذهب الواقعي الأمريكي على الفكرة التالية: أثبت الواقع بالنظر في أحكام القضاء أن القواعد القانونية ليس لها دور بالطلق أو نادرًا جدًا في تحديد نتائج الواقعة محل تطبيق القاعدة القانونية، ومن ثم فليس للنص دور في فهم معنى القاعدة القانونية H.Bix (n 30).

(37) Hart (n 14).

مركبة مثلاً عن طريق تحديد ما يجب أن يكون عليه. فالدرجات يجب ألا تكون داخل معنى مركبات، لماذا؟ لأن القانون كان يشير عند استخدامه لكلمة مركبات إلى المركبات ذات المحرك الكهربائي motorized vehicles التي تلوث بيئة الحديقة. فالقاضي هنا لتحديد ما هو القانون عليه أن يستعين بأسباب خارج القانون، أو ما يجب أن يكون عليه. هنا فولر يقول بأن هذا مثال واضح للعلاقة بين ما هو القانون وما يجب أن يكون عليه.

وكرد على هذا يذهب هارت بأن من الممكن القول بأن عمل القضاة هنا لا يخلو من معايير أخلاقية جزئياً، لكن لا يعني هذا أن الأخلاق موجودة دائماً في النظام القانوني. بالإضافة إلى ذلك، فإن هدف القضاة هو استجلاء غايات المشرع، وهي غايات محايدة، وهي ليست بالضرورة أخلاقية أو غير أخلاقية⁽³⁸⁾.

المسألة الثالثة: مشكلة القوانين الظالمة unjust laws، أو القوانين السيئة أخلاقياً

أثار حكم النازيين الألمان العديد من الأسئلة القانونية والأخلاقية، لا سيما قوانينه التي رآها البعض غير أخلاقية وغير قانونية. بدءاً من مدى مشروعية الحكم النازي نفسه، وعمّا إذا كانت دولته دولة قانون؟ أي يسودها حكم القانون Rechtsstaat أم لا؟ وصولاً إلى مدى وجوب طاعة الأفراد لقوانين الحكم النازي؟ من الناحية القانونية والأخلاقية. يجادل الطبيعيون بأن لتناول هذه المسائل علينا الاستعانة بمبادئ عليا خارج نطاق القانون، وإلا فلن نستطيع أن نحكم على هذه القوانين بالسوء، فليس ثمة معيار داخلي يُسَعَفنا في ذلك، بل المعيار خارجي، ألا وهو الأخلاق.

H.Bix (n 30).

(38)

ونقطة وجوب طاعة قوانين الحكم النازي الجائرة بالذات كانت محل نقاش بين الفيلسوفين هارت وفولر. والنقاش كان حول قضايا عُرفت بقضايا الضغينة cases grudge أو قضية النمام informer case وهي كالتالي:

في عام 1934م و1938م صدرت عدة قوانين تنص على معاقبة الأشخاص الذين يُهينون القائد هتلر علنيًا بالإعدام، وعلى كل شخص يسمع هذه الإهانة أن يُبلغ السلطات فورًا بذلك. وفي عام 1944م قامت زوجة جندي ألماني بالإبلاغ عن قيام زوجها أثناء تواجدهما في منزلهما بإهانة القائد هتلر. حُكم على الجندي بالإعدام ولكن لحسن حظه تم تأجيل الحكم لمدة معينة وتم إرساله للجبهة الشرقية، وقبل تنفيذ العقوبة نجا الزوج منها على إثر سقوط الحكم النازي. وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية تم مقاضاة كُل من الزوجة والقاضي الذي حكم ضد الزوج، استنادًا إلى المادة (239) من قانون الجزاء الألماني الصادر عام 1871م، والتي تنص على معاقبة كل من يحرم شخصًا ما من الحرية unlawful deprivation of liberty.

والسؤال المطروح هنا: هل يجب معاقبة الزوجة؟ حكمت محكمة ألمانيا الشرقية أولاً: بعدم مسؤولية القاضي وتبرئته. وبررت ذلك بالقول إن حكم القاضي كان استنادًا إلى قانون نافذ آنذاك، وبالرغم من وحشيته إلا أن القاضي ملزم بتطبيقه. ثانيًا: بإدانة الزوجة. وبررت ذلك بالقول إن الزوجة فعلت ذلك الفعل، وهو الإبلاغ عن زوجها بكل خبث وحققد، وهو ما يخالف الضمير والأخلاق. ومن المهم الإشارة إلى أن المحكمة لم تحكم بعدم شرعية القانون المذكور لمخالفته للأخلاق⁽³⁹⁾. لكن لنرى الآن كيف تناول الفيلسوفان هذه القضية⁽⁴⁰⁾.

(39) J.E.Penner and E.Melissaris (n 34).

(40) من المهم الإشارة إلى أنه لسوء الحظ فإن تفاصيل القضية لم تصل بشكل صحيح

يجادل الوضعيون أن القانون هو ما هو كائن، والزوجة اتبعت القانون القائم، وليس من واجبها التحري حول ما يجب أن يكون عليه القانون، فالقانون هو أمر صادر من سلطات صاحبة سيادة مقرون بجزءاء. الطبيعيون في الجهة المقابلة سيقولون إنه كان من الواجب عليها عدم إطاعة القانون، أي عدم الإبلاغ عن إهانة زوجها لهتلر، وذلك لأنه يخالف مبادئ الضمير والأخلاق، ومن ثم فلا يوجد ما يبرر إبلاغها عن واقعة إهانة زوجها لهتلر. فالوضعية ترى أن القانون لا يستند في شرعيته لأي اعتبار أو أساس آخر غيره هو، أي غير بنيته الداخلية، فلا يستند إلى أي مفاهيم أخلاقية أو دينية أو غيرها حتى يكون شرعياً أو نافذاً (free-standing). وعلى العكس من ذلك، يرى المذهب الطبيعي أن القانون يستند في شرعية إلى مبادئ خارج بنيته الداخلية، مفاهيم ومعاني ليست قانونية هي من تعطي القواعد القانونية شرعيتها، وهذه المفاهيم هي مفاهيم أخلاقية.

يحاجج هارت بأن القوانين تحت الحكم النازي، على الرغم من وحشيتها وعدم أخلاقيتها، هي في نهاية المطاف قوانين نافذة وشرعية، فهي صادرة من سلطة شرعية آنذاك، وعليه يجب على المخاطبين إطاعتها لأنها قواعد قانونية⁽⁴¹⁾. على الصعيد الآخر، حاجج فولر بالقول إن المفهوم الشكلي لطاعة القانون في مذهب الوضعية القانونية هو محاولة منحرفة لفصل الإلزام القانوني عن غيره من أشكال الإلزام⁽⁴²⁾. وعليه، كان من واجب

للفيلسوفين، فالنقاش حولها، على الرغم من أهميته، كان مبنياً على تصور مغلوط وناقص. فهما تصورا أن المحكمة أبطلت القانون استناداً لعدم أخلاقيته، وهو ما لم يتم، وهذه النقطة هي التي دار عليها النقاش بينهما. للمزيد انظر: . ibid

Hart (n 14). (41)

FULLER, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart (n 15). (42)

قضاة المحاكم في حقبة ما بعد الحكم النازي، طرح أسئلة أخلاقية أثناء نظرهم للمسائل القانونية، كمحاولة لإعادة إحياء ما تبقى من نظام قانوني⁽⁴³⁾. وعلى الرغم من هذا الاختلاف بينهما، فقد اتفقا أن فعلي النميمة والضغينة يستحقا العقوبة، وعليه كان من الأفضل سن قانون جنائي بأثر رجعي يجرم هذا الفعل بدلاً من إبطال نفاذ القانون استناداً لعدم أخلاقيته⁽⁴⁴⁾.

يتخلى هارت في معرض النقاش حول العلاقة بين القانون والأخلاق عن مذهب الوضعية التقليدية الذي يرى بالفصل التام بينهما، ويتبنى قدراً معيناً من مذهب القانون الطبيعي- وهو ما يراه الطبيعيون انتصاراً لهم-. بمعنى أنه في سبيل التغلب على معضلة القوانين الظالمة، يقبل هارت بوجود قدر بسيط من الأخلاق داخل إطار القانون، يُطلق عليه هارت بـ الحد الأدنى للقانون الطبيعي the minimum content of natural law وهو الذي يسمح فقط بالحفاظ على التجانس الداخلي للنظام القانوني.

لا يجادل هارت بأن للأخلاق تأثيراً على تطور القانون، وعلى الصورة التي نتمناها للقانون والمجتمع، وكذلك على طريقتنا في تفسيره، ولكن لا يعني ذلك وجود علاقة ضرورية بينهما⁽⁴⁵⁾. ما يقصده هارت من هذا الحد الأدنى هو أن في كل نظام قانوني وأخلاقي، من الضروري حتى يبقى ويستمر، وجود حد أدنى من الأخلاق التقليدية/العادية conventional morality يكون مصدرها المجتمع نفسه ومقبولة فيه، تقوم بضبط سلوك الأفراد ويترتب على مخالفتها أشكال عديدة من العقوبات، ولكننا يعني ذلك

J.E.Penner and E.Melissaris (n 34). (43)

Wacks (n 23). (44)

Hart (n 16). (45)

وجود معيار أخلاقي نقيس به الصلاحية القانونية⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾. فهارت يفصل بين القانون والأخلاق، ولكن ليس فصلاً تاماً. وهو يؤكد حاجة القانون للأخلاق لكن فقط بالقدر الذي يسمح بالحفاظ على تجانس النظام القانوني.

وهنا يحصل خلافٌ شيق بين الفيلسوفين. يرى هارت بأن مقولة "ما يجب أن يكون عليه القانون" تفهم من وجهة نظر الطبيعيين بأنها محاولة من أجل الحفاظ على قيمة المبادئ الأخلاقية. في حين أن فولر يقول بأن هذه المقولة لا نفهمها نحن الطبيعيون بهذا الشكل، فحاجتنا لهذه المقولة ليست من أجل المحافظة على الأخلاق، بل من أجل الإخلاص للقانون نفسه، فلا ولاء للقانون من غير وجود أساس أخلاقي له⁽⁴⁸⁾. بكلمات أخرى، يرى فولر أن أهمية الأخلاق في النظام القانوني موجودة بالضرورة في مقولات الوضعيين، فعندما نراهم يحاولون التوفيق بين المبادئ القانونية داخل النظام القانوني، هذا الأمر هو بحد ذاته قيمة من أجل الإخلاص للقانون، وهذه القيمة هي في الحقيقة قيمة خارج النظام القانوني نفسه.

Hart (n 14).

(46)

(47) هنا من المهم أن نعلم أن الوضعية القانونية في علاقتها مع الأخلاق، لاسيما في جوابها عن السؤال التالي: هي القانون بطبيعته من الضروري أن يمر على فحص أخلاقي حتى نعطيهِ الصلاحية الشرعية؟، قد انقسمت إلى اتجاهين. الاتجاه الأول هو الوضعية المنغلقة exclusionary positivism وتسمى أحياناً بـ Hard positivism وهي التي تتبنى الفصل التام بين القانون والأخلاق. والاتجاه الثاني هو الوضعية المفتوحة inclusionary positivism وتسمى أحياناً بـ Soft positivism

وهي التي ترى أنه على الرغم من عدم وجود ضرورة لأي مضامين أخلاقية في القانون إلا أنه من الممكن لنظام قانوني ما أن يتبنى معايير أخلاقية ضرورية لإعطاء الشرعية للقواعد القانونية.

FULLER, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart (n 15).

(48)

نوضح المعنى أكثر، يقرر الوضعيون بأن النظام القانوني هو نظام قائم بحد ذاته، ومن ثم فلسنا بحاجة إلى أي لجوء لمبادئ أخلاقية أو غيرها خارج نطاق النظام القانوني، فحتى في سبيل معرفتنا ما يجب أن يكون عليه القانون فنحن لا نخرج عن إطار النظام القانوني. يقول فولر بأن هذا الولاء للقانون الذي يجعلكم تحرصون أشد الحرص على وجود تجانس بين القوانين داخل النظام القانوني، هو في حقيقة الأمر والواقع ليس أمراً داخل النظام القانوني نفسه، بل هو لجوء لأمر خارج القانون، يضطركم أن تلجأوا إليه من أجل الحفاظ على تجانس النظام القانوني داخلياً. فقولكم بأن النظام القانوني يجب أن يكون متجانساً وواضحاً هي في حقيقة الأمر مضامين أخلاقية داخل بنية الوضعية القانونية، لكن الوضعيين لا يدركون ذلك. ولذلك يقول فولر بأن هارت يقبل بأمر لا يعلم هو ما هي تبعاته ومضامينه.

إذن هارت يقبل في الحالات القصوى والحرجة بالسماح بوجود مبادئ أخلاقية فقط من أجل الحفاظ على النظام القانوني، في حين أن فولر يرى أن حاجة القانون للأخلاق هي حاجة دائمة في كل حين، ولا يمكن للقانون أن تكون له قائمة دون التعويل على مبادئ ما وراء بنية القانون نفسه.

لعل من المفيد هنا أن نرجع قليلاً على مفهوم الأخلاق عند فولر. يقسم فولر الأخلاق إلى قسمين: 1/ أخلاق داخلية internal morality، و2/ أخلاق خارجية external morality. يُطابق القسم الثاني بين الأخلاق والقانون، بمعنى أن ما هو أخلاقي يجب أن يكون قانونياً، فبين الأخلاق والقانون تطابق تام. وهذا ما لا يقول به الطبيعيون، على الأقل من وجهة نظر فولر. بينما ما يؤكد الطبيعيون هو القسم الأول. ويعنون به أحياناً بـ الضمير. يحاجج فولر بأن هارت على دراية بالقسم الأول وهو ما يُطلق عليه بـ "العدالة داخل إدارة القانون" (justice in the administration of laws).

فالوضعيون يقرون بأهمية العدالة للنظام القانوني، وأحياناً يُطلقون عليها "مبدأ العدالة الطبيعية" (the principle of natural justice). فالمبدأ الذي يقر بأن "لا يجوز أن يكون الشخص حَكماً وخصماً في الوقت نفسه" هو مبدأ يقره الوضعيون، لأنه يخالف مبدأ العدالة الطبيعية. هنا يقول فولر بأن هذا الاعتراف هو إدخال للأخلاق داخل الوضعية القانونية لكن من الباب الخلفي.

هنا نصل إلى نهاية النقاش. من الواضح أن الاختلاف حول المفاهيم الأساسية، أو بالأحرى الأولوية، كمفهوم القانون نفسه، ومفهوم الصلاحية القانونية، يؤثر بشكل مباشر على النتائج النهائية لكل مسألة قانونية. لذلك، نؤكد مرة ثانية على ما بدأنا به في سياق هذه المقالة، من أهمية تبني منهج في التفكير في المسائل القانونية، فمن دونه يظل المرء دون دراية عن نفسه.

النص المترجم⁽⁴⁹⁾

الدقيقة الأولى:

يُقال للجندي "الأوامر هي الأوامر". ويقول الفقيه القانوني "القانون هو القانون". وبينما يكون الجندي مُلزمًا، لا بحكم الواجب ولا بحكم القانون، بإطاعة الأوامر التي يعلم هو في قرارة نفسه أن موضوعها يشكل جنائية أو جنحة، يُدرك الفقيه القانوني - منذ وفاة آخر محامي للقانون الطبيعي من مائة سنة - أن ليس ثمة استثناءات لصلاحية قانون ما، ولا لمتطلبات الامتثال له من قِبَل الخاضعين له. القانون صالحٌ لأنه قانون، وهو بشكل عام قانون متى كان يملك السلطة لیسود.

(49) تم ترجمة النص من النسخة المنشورة في:

Gustav Radbruch, Five Minutes of Legal Philosophy (1945) (2006) 26 Oxford Journal of Legal Studies 13.

وجهة النظر هذه للقانون ولصلاحيته (نحن نُطلق عليها النظرية الوضعية) جعلت فقهاء القانون والناس كذلك خالين الوفاض من كل حُجة ضد القوانين التعسفية والجائرة والجنائية مهما كانت شدة قسوتها. في نهاية المطاف، تُساوي النظرية الوضعية بين القانون والسلطة، فهناك قانون فقط عندما تكون هناك سلطة.

الدقيقة الثانية :

العديد من المحاولات قد تمت لإكمال هذا المعتقد أو لاستبداله بغيره: القانون هو ما يكون مفيدًا للناس.

وهو ما يعني أن التعسف وخرق العقود وعدم الشرعية هي قوانين "متى كانت مفيدة للناس فقط". ذلك يعني، بشكلٍ عملي، أن كل ما تعتبره سلطات الدولة مُفيدًا للناس فهو قانون، بما في ذلك كل هوى استبدادي أو نزوة، وكل عقوبة غير منصوص عليها في القانون أو أحكام القضاء، وكل قتل للمرضى بصورة غير قانونية. من الممكن اعتبار ذلك أن المصلحة الخاصة لأولئك الذين على رأس السلطة هي بمثابة مصلحة عامة. في حقيقة الأمر، أن تسوية القانون مع المصلحة المتوهمة أو المزعومة للناس هي من قلبت دولة القانون إلى دولة مُخالفة للقانون.

لا وألف لا، لا يعني هذا المعتقد أن: كل ما هو مُفيد للناس هو قانون. بل على عكس ذلك تمامًا: كل ما هو قانوني هو مفيد للناس.

الدقيقة الثالثة :

القانون هو إرادة العدالة، والعدالة تعني الحُكم من دون الأخذ بعين الاعتبار للشخص، ومعاملة الجميع بمسطرة واحدة.

إذا صفق أمرؤٌ ما لاغتيال أحد المعارضين السياسيين، أو أمر بقتل

أناس من عرقٍ آخر، وفي الوقت نفسه يوقع أقسى العقوبات وأكثرها إهانة على الأفعال نفسها التي يرتكبها أولئك الذين هم ضد اتجاهه، كل ذلك ليس من العدالة بشيء ولا من القانون.

متى خانت القوانين بعمدٍ إرادة العدالة - على سبيل المثال عن طريق التعسف في منح حقوق الإنسان ومنعها- فهذه القوانين إذن تفتقر للصلاحيّة، ولا يكون الناس مطالبين بإطاعتها، وعلى فقهاء القانون، أيضًا، أن يتحلوا بالشجاعة لإنكار إضفاء صفة الشرعية القانونية عليها.

الدقيقة الرابعة:

القول بأن المصلحة العامة، جنبًا إلى جنب مع العدالة، هي هدف القانون، هو قولٌ صحيحٌ بلا شك. وصحيحٌ أيضًا القول بأن للقوانين قيمة في حد ذاتها ولذاتها، بما في ذلك القوانين السيئة: فقيمتها تكمن في أنها تحمي القانون من عدم اليقين. وصحيحٌ أيضًا القول بأن قيم القانون الثلاثة - المصلحة العامة واليقين القانوني والعدالة- مع الأخذ بعين الاعتبار القصور البشري، ليست على الدوام متجانسة مع بعضها البعض في القوانين، والملاذ الوحيد عندئذ يكون في موازنة عمّا إذا كان منح الصلاحيّة للقوانين السيئة والقاسية والظالمة يصب في مصلحة اليقين القانوني، أو عمّا إذا كانت الصلاحيّة ستحجب عنها نظرًا إلى ظلمها وتأثيرها السيء على المجتمع. ومع ذلك، فأحد الأمور التي يجب أن تكون راسخة في ضمائر الناس وفقهاء القانون أيضًا بشكل دائم: بأن ثمة قوانين على درجة عالية من الظلم والضرر الاجتماعي يجب أن يتم إنكار صلاحيتها، بل وشرعيتها القانونية بحد ذاتها.

الدقيقة الخامسة:

وعليه، ثمة مبادئ للقانون تزن قيمتها أكبر من أي عملية سن قانونية،

بحيث يتم تجريد القانون الذي يخالفها من أي صلاحية. يُطلق على هذه المبادئ القانون الطبيعي أو قانون العقل. ولنكن صادقين، ما زالت تفاصيل تلك المبادئ مفتوحة للنقاش، ولكن في حقيقة الأمر فإن عمل القرون السالفة أقام أساسًا ثابتًا لها، ووصلت لدرجة واسعة من الإجماع، فيما يطلق عليه بإعلانات حقوق الإنسان والحقوق المدنية، والتي فقط مازال المشكك المؤدلج يستمتع في إثارة الشكوك حول بعضها.

في لغة الإيمان، تم ذكر الأفكار نفسها في آيتين من الكتاب المقدس. مذكورٌ أن على المرء إطاعة السلطات التي لها نفوذٌ عليه⁽⁵⁰⁾، ولكن مذكورٌ أيضًا أن على المرء إطاعة الرب بدلاً من البشر،⁽⁵¹⁾ وليس هذا ببساطة بأمنية متدين، بل رأيٌ قانوني صالح. ولا يكون حل هذا التعارض بين هذين الأمرين باللجوء لقولٍ ثالث، ك: "دع ما لقيصر لقيصر، وما لله لله"⁽⁵²⁾. فالقول هذا أيضًا لا يرسم خطأ واضحًا للتقسيم. أو، بدلاً من ذلك، يدع الحل لصوت الرب، الذي يخاطب ضمير الفرد في كل حالة على حدة.

(50) انظر، الكتاب المقدس، سفر الملك جيمس، 1611، اليهود آية 13:17.

(51) المرجع السابق، القوانين آية 5:29.

(52) المرجع السابق، مارك 12:17.

شخصیات
واعلام

إبراهيم حميدان.. الدستوري الحكيم

الشيخ عبدالناصر بن محمد الصديقي*



تمنيت ومنذ زمن بعيد أن أكتب عن الأفاضل من الرجال المخلصين لمملكة البحرين، عن مفكرين وعلماء، وشعراء وأدباء، عن رجال برعوا في شتى المجالات، وأنواع التخصصات، حتى هيأ الله لي من أخذ بجلباب أفكاري، واستلّ قلمي، ألا وهو الدكتور علي الصديقي الذي حثني على أن أكتب عن إحدى الشخصيات البحرينية في المجال القانوني، فوقع في نفسي من دون سابق تفكير أن أكتب عن شخصية قانونية قوية، كان لها وزنها وثقلها، عن علم من أعلام القانون وهو السيد إبراهيم بن محمد حسن حميدان رحمه الله تعالى، وحينما أتكلم عن رجل من رجال القانون فإن (أبا ياسر) يقف وحده على مضمار هذا العلم من دون مسابق، ويفرق عنهم في كثير من الأمور سنأتي على ذكرها.

ونبدأ مقالنا بالتعريف بهذه الشخصية فهو من مواليد البحرين عام 1938م، درس بمدارس البحرين، ثم أكمل تعليمه الثانوي بجمهورية مصر

(* الأمين العام المساعد لشؤون الجلسات واللجان، مجلس الشورى/مملكة البحرين.

العربية، وحين تخرج التحق بجامعة الرباط عام 1964م، وحصل على شهادة الليسانس في القانون. وكان بصحبة زميله السيد خليفة أحمد البنعلي رحمه الله.

عمل (بو ياسر) مدعيًا عامًا بوزارة الداخلية منذ عام 1970م مدة عامين، ولما تميز في عمله عُيّن وزيرًا للعمل والشؤون الاجتماعية من عام 1972 إلى 1975م، ثم صار وزيرًا للمواصلات منذ 1975 وحتى عام 1992م، وبعدها عُيّن رئيسًا لمجلس الشورى منذ 1992 حتى 2002م، وسوف أقف معكم عند هذه الحقبة التي عاصرت فيها هذا الرجل الشهم، حيث إنني موظف في مجلس الشورى منذ تأسيسه.

إن السيد إبراهيم حميدان-رحمه الله- ترك بصمة واضحة في مجلس الشورى منذ أن صدر الأمر الملكي بتعيينه رئيسًا للمجلس، وهو أول رئيس لمجلس الشورى في مملكة البحرين، عرفته رجلاً صداغًا بالحق، لا يخشى أحدًا، يقول الحق ولا يبالي، عادلاً في أحكامه وفي تعامله مع الجميع، لا يفرق بين موظف في الأمانة العامة وبين عضو من أعضاء المجلس، الكل عنده سواء. لا يفرح بمن يوافق في الرأي ويحترم رأي من يخالفه، كان عفيفًا في كل شيء حتى في الظهور إعلاميًا.

هذا الرجل ألقى الدنيا خلف ظهره، ودبر أذنيه، واستوى عنده سوادها وبياضها، زينته التواضع، رغم علو مركزه، فإنه لم يهتم بدوي الشهرة، ولا علو المركز. ومع ذلك كان أنيقًا في مظهره، وفي اختيار ملبسه.

أما عن علمه ومعرفته بأمور الحياة، وإحاطته بالأمور الدستورية والقانونية، فإليك بيان ذلك:

فعلى مستوى رئاسته لمجلس الشورى، كان حين يفتح جلسة المجلس يدخل بهدوء وتأنٍ، تزينه مشيته الهادئة، وأناقته الرائعة، يجلس على كرسي

الرئاسة واثقاً من نفسه، يطرق بالمطرقة فيسود الصمت القاعة، وكان أول جلسة ترأسها في 16 يناير في الحادية عشرة من صباح يوم السبت عام 1993م، محاطاً بثلاثين عضواً من المثقفين ورجال الدين والقانون والاقتصاد، وأعضاء سابقين في المجلس الوطني، وكان من ضمنهم معالي السيد علي بن صالح الصالح رئيس مجلس الشورى الحالي، والسيد خليفة بن أحمد الظهري رئيس مجلس النواب الأسبق، وغيرهم من التجار والمثقفين، وكان مما قال في افتتاح الجلسة الأولى: "إن هذه الخطوة المباركة بإنشاء مجلس الشورى القائمة على الثقة المتبادلة بين الحكومة والمواطنين، والرغبة الخالصة والصادقة في التعاون والتشاور لتحقيق الآمال وبلوغ الأهداف المشتركة، من أجل ازدهار الوطن وتقدمه ورفاهية شعبه، جعل الله هذه الخطوة المباركة علامة خير مضيئة على درب الخير، وسدد على الخير خطانا".

كان حكيماً في إدارة دفة الحوار، يعطي كل ذي حق حقه، شديد الإنصات، واعياً ومدركاً بما يقال، يعطي المتحدثين مساحة واسعة للحرية والتعبير، ولكن من دون الخروج عن مضمون المناقشة، لا يقبل بالشطط والتجريح، ولا باللمز والتلويح، وكان يصغي إصغاء الحاذق، ثم إذا ما انتهى المجلس من المناقشة، قام ولخص جميع الآراء في إحكام وإتقان. وكان -رحمه الله- ملماً إماماً تاماً بالدستور، واللائحة الداخلية للمجلس من دون الحاجة إلى الاستعانة بالمستشارين إلا فيما ندر، أو كان ذلك بطلب أحد من الأعضاء. وإذا وقع المجلس في نقاش مستفيض وأشكل عليهم أمر، ومالوا عن جديلة القانون، واستبهم الطريق، فإنه هو المبادر لإزالة هذا الإبهام، وإزالة الغموض، ورد الأعضاء إلى الصواب، وإلى أحكام الدستور والأوامر الأميرية المنظمة لعمل المجلس، مستحضراً موادها، مفسراً إشكالها، مظهراً أحكامها.

وكان يحب العمل مبكرًا، ويأتي إليه في ساعة مبكرة جدًا، ويبدأ اجتماعاته في وقت مبكر جدًا، لا يضيع وقت الاجتماع في كلام جانبي، أو مرسل من الكلام، أو كلام لا دخل له في موضوع الاجتماع. فينهي اجتماعه بعد أن يعطي كل ذي حق حقه في الكلام، من دون فضول من القول.

وكان-رحمه الله- على مستوى عالٍ من الأخلاق مع موظفيه، فكانوا بمثابة أبنائه، وكان بمثابة أبيهم، تجمعهم علاقات رائعة، تسودها الاحترام والمحبة.

وأما على مستوى مشاركته في اللجنة العليا لإعداد مشروع ميثاق العمل الوطني، فقد كان نائبًا للرئيس، وكان يصغي بهدوء، ويتابع باهتمام كل ما يقال، وكان كلما استشكل أمر التفت رئيس اللجنة الشيخ عبدالله بن خالد آل خليفة رحمه الله إلى نائبه -وكان ذا وعي وإدراك، وكان له الدور الكبير في إدارة اجتماعات اللجنة بحكمة- يطلب نجدته، واستشارة همته، فيبادر ببيان ما أشكل، وإيضاح ما أبهم، ويجلي لهم الصورة بوثيقة العلم، وسداد الرأي، ويكشف عن خبيء ما يبتغيه المشرع، وبيان حكمته في ذلك. وقد كان هناك مَنْ تَوَجَّس في بداية الأمر من مشروع الميثاق، ولكن حينما بيّن (بو ياسر) بعض حكم المشرع من أن الميثاق إنما جاء ليحقق نقلة نوعية وتغييرًا جذريًا في منهج العمل، ويرسي نهجًا ديموقراطيًا، ويحقق تطلعات الشعب وترسيخ حقوق الإنسان، وأنه إنما جاء لتحديث سلطات الدولة، للوصول إلى انتخابات نيابية من قبل المواطنين كافة، يسانده في ذلك مجلس معين من قبل جلالة الملك، يضم خبراء من أهل الرأي والمشورة والعلم، وأيضا تفاعل الآراء الشعبية من قبل المجلس المنتخب، حينها بعث بالطمأنينة في نفوس أعضاء اللجنة، وأن ذلك يحقق مصلحة كبيرة للبحرين.

كنت أتعجب أشد العجب منه حينما كان يسهر الليل، حيث كانت

جلسات ميثاق العمل الوطني ليلاً في شهر رمضان المبارك، وتستمر جلساته إلى ساعات متأخرة من الليل، ثم يتابع معنا، ويطمئن على صحة ما كتب وما قيل، ثم في اليوم التالي يحضر إلى مجلس الشورى مبكراً، ويدير جلساته واجتماعاته، من دون تعب أو ملل. فقد كان طاقة هائلة في حب العمل والإتقان.

وبعد تفعيل ميثاق العمل الوطني، وصدور الدستور المعدل عام 2002م، وصدور التشكيل الجديد لمجلس الشورى؛ صدر أمر بتعيين الدكتور فيصل رضي الموسوي رئيساً لمجلس الشورى، وانتقل السيد إبراهيم حميدان إلى رئاسة المحكمة الدستورية بأمر ملكي في ديسمبر 2002م، وكان بذلك أول رئيس للمحكمة الدستورية في تاريخ مملكة البحرين، والتي أنشئت بعد المشروع الإصلاحي لجلالة الملك، كما كان أول رئيس لمجلس الشورى في تاريخ مملكة البحرين.

وكان -كما يقال في المحكمة- شديد الاهتمام بكل ما يأتي إليه، ويستشير من حوله، فقد كانت تجربة جديدة وتأسيساً جديداً، لذلك ضمت هذه المحكمة علماء القانون والتشريع، فكان على عاتقه مسؤولية نجاح هذه التجربة الجديدة، فقد نجح في إدارة دفتها بكل اقتدار كما نجح في غيرها من المناصب.

هذا الرجل جمع مكارم الأخلاق، وكان منبع المحامد، ومنتجع الفضائل، صداً بالحق، لا مطمع له في الدنيا، فعاش في هذه الدنيا قنوعاً، وغادرها وهو أشد قناعة، أحبه الناس لصدقه ونزاهته، وأحب الناس لطيب قلبه ووفائه، فسما بين الناس.

من كان فوق محل الشمس موضعه

فليس يرفعه شيء ولا يضع

إن السلاح جميع الناس تحمله
وليس كلُّ ذوات المخلب السبع

فرحمك الله يا أبا ياسر، فقد تربيت على هذه الأرض الطيبة، وعشقت
تراب هذا الوطن، وكنت ابنًا بارًّا، وشرفتها ومثلتها خير تمثيل، وكنت من
خيرة رجال هذا الوطن الطيب، وكنت طيبًا كما هو وطننا، فنعم الرجل
أنت، ونعم الحكيم أنت، ولتفتخر البحرين بأمثالك، ولئن رحلت عنا فإن
إنجازاتك وأعمالك خير شاهد وباقية يسير عليها من خلفك.



معالي الأستاذ/ إبراهيم حميدان - رحمه الله
أول رئيس للمحكمة الدستورية - مملكة البحرين

وقفات من سيرة المرحوم المحامي محمد حسن الحسن

علي محمد الحسن*



أولاً - نشأته وأسرته :

ولد المحامي محمد حسن الحسن رحمه الله يوم الإثنين 26 ربيع الثاني 1331هـ/ 1912م في مدينة المحرق في فريق بن شدة، المحاذي لفريق الشيوخ الذي يقع فيه بيت المغفور له الشيخ عيسى بن علي حاكم البحرين آنذاك، وتوفي عن عمر 84 عاماً في يوم 10 مارس 1996م. وهو من عائلة معروفة، حيث كان جده الكبير حسن بن محمد بن علي الذي تنسب إليه عائلة الحسن يزاول التجارة في الزبارة، وفي عام 1783م نزل جده مدينة المحرق شمالي مسجد بن شدة، وأتى بثروته وتابعيه وأسكنهم بالقرب من البيت، ومن ثم زاول من بعده التجارة ابنه أحمد (المتوفى سنة 1916م)، ثم انتقلت التجارة إلى ابنه إبراهيم (وهو جد المرحوم المحامي المتوفى سنة 1932م). (انظر: مذكرات المحامي محمد الحسن/ كتاب أعيان البحرين للباحث بشار الحادي).

(* خريج جامعة تكساس الجنوبية / الولايات المتحدة الأمريكية، وهو نجل المترجم له (صاحب السيرة).

تلقى تعليمه في مدرسة الهداية الخليفية بالمحرق منذ تأسيسها سنة 1919م، وأكمل دراسته إلى المرحلة الثانوية في آخر مايو 1929م، فكان من المتفوقين في دراسته، حيث نال المرتبة الأولى على طلاب البحرين، وكُرم بساعة يد من قبل وزير المعارف آنذاك المغفور له الشيخ عبدالله بن عيسى آل خليفة.

ويرجع له الفضل في وضع شجرة عائلة الحسن، التي تبين أوصل القربى بين أفراد العائلة لقرابة 300 سنة في البحرين.

ثانيًا - عمله القانوني في المحاماة وفي محاكم البحرين:

كانت بداية انطلاق الوالد في عالم المحاماة عند التحاقه بمحاكم البحرين بعد اتمام تخرجه من المدرسة عام 1929م، فقد كان كاتبًا للمحكمة الشرعية لمدة 15 سنة، فقد تتلمذ على يد كبار قضاة الشرع، وهم العبادلة الثلاثة: (الشيخ عبداللطيف آل سعد، والشيخ عبداللطيف آل محمود، والشيخ عبداللطيف آل جودر). كما اختزنت جعبته بالقضايا الشرعية حتى أصبح مرجعًا فيها عندما امتهن مهنة المحاماة. ومن ثم استدعي من قبل مستشار البحرين تشالز بلغريف لينضم إلى كادر بيت الدولة نظرًا لتقدمه في اللغة الإنجليزية، حيث تم ترقيته من قبل المستشار بلغريف في نوفمبر 1934م إلى رئيس الكتاب. فمن خلال عمله في محكمة الشرع التحق مساءً بمدارس الإرسالية الأمريكية، وتخصص في اللغة الإنجليزية لمدة 8 سنوات، فأصبح متمكنًا من اللغة الإنجليزية تحدثًا وكتابةً، وقد فتحت له اللغة الإنجليزية بابًا للتعرف على الثقافة الغربية من الأدب والشعر.



المحامي/ محمد حسن الحسن - رحمه الله

من هنا نجد بداية انطلاق الوالد محمد الحسن - رحمه الله - في عالم المحاماة منذ التحاقه بمحاكم البحرين عام 1929م، وتوقفه في عدة محطات كتاجر ومدير إداري ومصرفي أكسبته خبرة تراكمية، جعلته مؤهلاً أن يمتهن المحاماة. فأصبحت مهنة المحاماة آخر المطاف في حياته إلى عام 1996م، فقد اتخذها كمهنة أحبها فتبحر بها فأصبح واحداً من فرسانها، حيث لقب بالعديد من الألقاب التقديرية مثل لقب (شيخ المحامين) و(عميد المحامين)، كما أشار الشيخ عبدالرحمن آل خليفة وكيل وزارة العدل آنذاك في كلمته يوم تأبين المرحوم:

"إن محمد حسن الحسن فقيده المحاماة كرس حياته في خدمة العدل والحق، وكان مثلاً في الخلق الطيب والسمعة الحسنة والتحلي بأداب مهنة المحاماة وتقاليدها، فكان علماً من أعلامها وشيخاً من شيوخها".

وتجدر الإشارة إلى أن محاكم البحرين منحتة رخصة مزاوله مهنة المحاماة في محاكم البحرين، وذلك تقديرًا لخبرته الواسعة في المحاكم الشرعية (15 سنة)، بالإضافة إلى خبرته في المجالات المصرفية والتأمينية، ولكونه مديرًا لصندوق التعويضات، فقد كان يحضر المحاكم ويترافع كوكيل عن الصندوق، فكان يشاد بمهنيته وثقافته الواسعة وأسلوبه الراقي في الترافع في القضايا قبل أن يحترف مهنة المحاماة. فحين احترف مهنة المحاماة أصبح مكتبه من أشهر مكاتب المحاماة في البحرين، حيث كان وكيلًا لكثير من الشركات الكبرى والبنوك وبعض السفارات الأجنبية والأفراد.

ثالثًا - عضويات رسمية :

عضوًا بإدارة الأوقاف السنية: عندما كان عضوًا في إدارة الأوقاف السنية، قدم اقتراحًا بابتعاث السيد أحمد إبراهيم المطوع إلى الأزهر الشريف، ليدرس العلوم الدينية كاملة، فاستحسن الأعضاء ما طرحه من اقتراح، فكانت أول بعثة دينية من البحرين إلى الأزهر الشريف.

رئيسًا للجنة التحكيم: في سنة 1966م عين عضوًا ورئيسًا للجنة تحكيم منازعات العمل من قبل دائرة العمل.

مديرًا لصندوق التعويضات التعاونية: في ديسمبر 1963م استدعي من قبل صندوق التعويضات التعاونية في البحرين، حيث طلب منه المرحوم إبراهيم حسن كمال رئيس مجلس الإدارة ليكون مديرًا للصندوق. بذلك أصبح محمد حسن الحسن أول مدير يمسك مؤسسة تأمين في البحرين. ومن خلال عمله ساهم في ترجمة البوالص لصندوق التعويضات التعاونية إلى اللغة العربية، وثم شرع في ترجمة التصديقات (Endorsements). ولكونه ذو خبرة طويلة في المحاكم ومطلع مهنيًا على الأمور البنكية والتأمينية، فقد

أوكل من قبل الصندوق بالإضافة إلى عمله كمدير، أن يحضر المحاكم كوكيل مفوض عن الصندوق، ليترافع في القضايا المرفوعة على الصندوق.

رابعاً - عمله في مجال الترجمة :

التحق بمدرسة الإرسالية الأمريكية لتعلم اللغة الإنجليزية في الفترة المسائية عندما كان موظفًا لدى بيت الدولة، حيث أتقن اللغة بكل اقتدار، فأصبح مترجمًا محترفًا، فكانت اللغة الإنجليزية مصدرًا له لتلقي العلم والمعرفة، فقد منح العديد من الشهادات التي توصي بمهنيته في الترجمة، كمكتب المحامي فلنتاين المتخصص في القضايا الدولية، وكذلك من قبل مستشار حكومة البحرين تشالز بلغريف، حينما كان يعمل في بيت الدولة، كما كانت صحيفة The Gulf Weekly Mirror تستعين به لترجمة المقالات من اللغة العربية إلى اللغة الإنجليزية، بالإضافة إلى بعض الشركات التي تستعين به لإعداد العقود التجارية باللغتين الإنجليزية والعربية.

الجدير بالذكر أنه خلال فترة عمله في بيت الدولة، طلب منه تشالز بلغريف أن يحرق كلمتين باللغة العربية وأخرى باللغة الإنجليزية لحفل افتتاح جسر الشيخ حمد بن عيسى، الذي يربط المحرق بالمنامة. وبتاريخ 28 ديسمبر 1941م، خلال الاحتفال بافتتاح جسر الشيخ حمد بن عيسى بحضور المغفور له الشيخ حمد بن عيسى حاكم البلاد آنذاك، والأعيان وشخصيات البلد، ألقى محمد الحسن الكلمتين باللغة العربية وباللغة الإنجليزية.

خامساً - أعماله التطوعية والوطنية والثقافية :

تأسس غرفة تجارة البحرين: في سنة 1944م، استقال الوالد محمد الحسن - رحمه الله - من بيت الدولة وبأشر العمل التجاري، حيث أسس

شركة الحسن التجارية المتخصصة في استيراد الأقمشة الكشميرية من إنجلترا، ومن أهم المحطات التطوعية التي قام بها تأسيس الغرفة التجارية بالبحرين، إذ كانت قبل ذلك في صورة جمعية تسمى جمعية تجار البحرين العموميين، والتي تم تأسيسها سنة 1939م، وكان السيد أشرف محمدي أول رئيس لها. وبحكم دور محمد حسن الحسن البارز في المجتمع التجاري فكان على تواصل مع عموم التجار، حيث قام برفع رغبة التجار لحكومة البحرين لإنشاء الغرفة، وقد وافقت الحكومة على ذلك، وقد عقدت أول جلسة للغرفة بحضور المستشار بلغريف والمرحوم محمد الحسن ومجموعة من التجار. وقد ترأس المستشار تشالز بلغريف الجلسة الافتتاحية، وبعد انصراف المستشار من الاجتماع ترأس محمد الحسن الجلسة، وتم اختيار أعضاء مجلس الغرفة المرحوم عبدالرحمن حسن القصيبي رئيساً للغرفة، والسيد محمد حسن الحسن سكرتيراً (أميناً للسر)، وتم اختياره سكرتيراً نظراً لمقدرته المتميزة في التحرير باللغتين العربية والإنجليزية، فقد كان هو المقرر لمحاضر الجلسات التي كانت تدون باللغة الإنجليزية حتى سبتمبر 1949م.

كما واصل عمله التطوعي خلال نشاطه التجاري بكل تفان وإخلاص، حيث قام بترجمة قوانين غرف الدول الأجنبية إلى اللغة العربية وتبويبها - (قانون غرفة تجارة كراتشي) - بالإضافة إلى تجميع كل ما يختاره الأعضاء من قوانين، فكانت جهوده متميزة للجميع، وقد رفض رفضاً قاطعاً الحصول على مقابل مادي من قبل الغرفة نظير جهوده التطوعية للغرفة، وهذا ما أشارت إليه مجلة (الحياة التجارية) الصادرة من قبل غرفة تجارة البحرين في عددها (264) ديسمبر 1989م، بمناسبة مرور (50) عاماً على إنشاء الغرفة، حين ذكرت:

"ويستدعي الانتباه في مناقشات الجمعية العمومية للغرفة المنعقدة بتاريخ 20 شعبان 1370هـ، الموافق 26 مايو 1951م، والتي تم فيها إقرار القانون الأساسي للغرفة، حينها اقترح أحد أعضائها أن يخصص راتباً للسكرتير نظير خدماته، وقد أجاب السيد محمد حسن الحسن الذي كان سكرتيراً / أمين السر للغرفة آنذاك، بأنه لا يجب أن نشجع الأعضاء على إدراك منافع مادية من الغرفة التجارية، وأن العمل فيها هو عمل وطني وتطوعي من الدرجة الأولى يسمو على أية منافع ذاتية شخصية".

الحرب العالمية الثانية: من ضمن العمل التطوعي الذي قام به محمد حسن الحسن، أنه تطوع ليكون ضمن الدفعة الثانية من المتطوعين أيام الحرب العالمية الثانية سنة 1939م، للدفاع عن البحرين خلال فترة عمله في بيت الدولة، كما تشير إلى ذلك صورة تجمعه مع نخبة من المتطوعين البحرينيين. وبعد ذلك أمر المغفور له الشيخ سلمان بن حمد حاكم البحرين آنذاك، بإلغاء مهمة المتطوعين كونهم موظفين في بيت الدولة.

أمين الصندوق للجنة لاجئي فلسطين بعد النكبة: على أثر المأساة الإنسانية أعقاب حرب 1948م، واستجابة للظروف العصيبة التي ألمت بالشعب الفلسطيني من تشريد وتهجير وتجويع وترمل وتيتم بتشريد عدد كبير من الشعب الفلسطيني خارج دياره، تم تشكيل صندوق لاجئي فلسطين، وعين محمد الحسن أميناً لصندوق لجنة لاجئي فلسطين، نظراً لعلاقته الطيبة وتواصله مع أعيان البلد، وهذا ما أشارت إليه بعض الوثائق كدفتر وصولات أسماء المتبرعين.

مجلة صوت البحرين: أما عن إسهاماته في المجال الثقافي، فكان محمد الحسن من المؤسسين لمجلة صوت البحرين، حيث يشير محضر الاجتماع الأول للمجلة عن اجتماع لفييف من الشباب في بيت السيد عبدالرحمن الباكر في مساء الأربعاء 28 صفر 1368هـ / 1948م، للتباحث

في إصدار مجلة صوت البحرين، ويشير المحضر إلى تعيين محمد الحسن أميناً لصندوق المجلة.

نادي البحرين والنشاط المسرحي: ساهم في إنشاء نادي البحرين في سنة 1936م، حيث ترأس النادي بداية تأسيسه المرحوم عبدالعزيز الشمالان، والسكرتير راشد عبدالرحمن الزباني، وأسند إلى محمد حسن الحسن أمانة الصندوق. وكان له دور كذلك في إنشاء المسرح، ذكر المرحوم محمد حسن الحسن خلال الندوة التي كانت تجمعهم مع الكاتب خالد البسام في نادي البحرين في 4 مايو 1993م، أن أعضاء نادي البحرين باثروا في تمثيل بعض الروايات التاريخية، ليكون موردًا ماديًا للنادي، وأول تمثيلية قاموا بأدائها هي مسرحية كليوباترا، ثم رواية مجنون ليلى، وأثناء الإعداد لمسرحية قيس ولبنى صادف أن كان محمد الحسن في القاهرة سنة 1936م، فاتصل بعزيز أباضة مؤلف الرواية، وطلب منه نسخة من الأوبرا التي كان يقدمها، ففضى يومين في الفندق إلى أن أنهى كتابة نص المسرحية بخط يده، وأرسلها بالبريد المستعجل إلى نادي البحرين لتمثيل المسرحية.

اقترح لإنشاء شركة تدقيق وبنك مركزي في السبعينات: من خلال تبحره في القضايا التجارية والمحاسبية، اقترح محمد الحسن على الدولة في مقالات مفصلة في جريدة الأضواء (عدد 300 المؤرخ 24 يونيو 1971م) إنشاء شركة مساهمة للتدقيق، لتقوم بالمراقبة الإدارية على دوائر المحاسبة في عموم البحرين، وإنشاء بنك مركزي، والسماح للبنوك الأجنبية الاستثمار في البحرين، ولم يلقَ اقتراحه النور إلا بعد 20 سنة، بعد أن توافدت الشركات الأجنبية المتخصصة في مجال التدقيق والاستثمار في الثمانينات، وتعددت في أرجاء البلاد، بالإضافة إلى استحداث ديوان الرقابة المالية والإدارية مؤخرًا.

مكتبته: تحوي مكتبة المرحوم محمد الحسن عددًا من الكتب والمجلات باللغة العربية واللغة الإنجليزية، فكانت غنية بالكتب العربية الأدبية من شعر ونثر ومجموعات كاملة من كتب التراث العربي والإسلامي، كما أن مكتبته غنية بالكتب الإنجليزية، منها الأدب الإنجليزي والشعر والإدارة الحديثة والتأمين والحقوق، وقد ورث أبناؤه هذه الكتب، والتي يقارب عددها أربعة آلاف كتاب، والجدير بالذكر أن ورثة المرحوم قد تبرعوا بمجموعة من الكتب القانونية القيمة - كصدقة جارية للمرحوم - لمكتبة بنك البحرين الوطني بالمحرق، حيث ضمت المجموعة التي تم التبرع بها (300) عنواناً في مجال القانون الدولي والأحوال الشخصية والمرافعات والقانون التجاري والبحري، ومجموعة كتب أخرى قيمة، وكانت من ضمن تلك المجموعة أيضاً (75) مجلداً قانونياً باللغة الإنجليزية، حيث تأتي هذه المجموعة لسد فراغ حقيقي في حقل المعرفة القانونية، وعليه تم تخصيص حيز في المكتبة سُمي باسمه، يتضمن كتبه القيمة.

إلقاء خطاب بمرور ستين عاماً على إنشاء مدرسة الهداية الخليفية: طلبت منه مدرسة الهداية الخليفية أن يلقي خطاباً بمناسبة مرور ستين عاماً على إنشاء مدرسة الهداية الخليفية في مساء السبت 28 أبريل 1979م، لكونه من الرعيل الأول ممن التحق بمدرسة الهداية الخليفية سنة 1919م.

سادساً - مقابلاته في الصحافة والإذاعة والتلفزيون:

تختزن ذاكرته الكثير من الأحداث والتواريخ بالرغم من تقدمه في العمر، فكان موضع اهتمام من المثقفين والمهتمين، فهناك من يزوره في البيت من المهتمين بتاريخ البحرين، ويسجلون أحاديثه، وأذكر من هذه الزيارات زيارة الأستاذ حسين راشد الصباغ، وكذلك بعض الكتّاب المهتمين

بالثقافة، كالأستاذ الدكتور عبدالحميد المحادين، الذي أجرى معه مقابلة، وكذلك الأستاذ حمد السعيد قام بإجراء مقابلة تليفزيونية، كما قام المرحوم الكاتب الصحفي خالد البسام بعمل عدة لقاءات، ومن ضمن تلك اللقاءات حديثه عن بداية الحركة المسرحية التي كانت تقام في الأندية الثقافية. ويشير الكتاب المرسل بتاريخ 19 أبريل 1987م من المؤرخ البحريني الكبير خليل محمد المريخي على شكره واعتزازه بالمرحوم المحامي محمد الحسن، تقديرًا منه على تزويده بالمعلومات التي تضمنها كتابه "لمحات عن ماضي البحرين" التي كانت لها الأثر الكبير في إنجاز مهمته.

كما أجريت له الكثير من المقابلات الصحفية، حيث أجرى له تلفزيون البحرين أكثر من لقاء، وتم استضافته من قبل الإذاعة، فقد كان ضيفًا أشاد به الجميع لما يتمتع به من ذاكرة قوية تختزن التاريخ، بالإضافة إلى أسلوبه الراقي الذي ينم عن ثقافته الواسعة في مجالات عدة، منها التاريخ الإسلامي والأدب والشعر وتاريخ البحرين القديم والتراث والقضايا القديمة، وقد أشاد الكاتب القدير إبراهيم عبيد في مقاله في أحد الجرائد المحلية، أن المحامي محمد حسن الحسن موسوعة علمية متنقلة وفارس في عالم المحاماة. وكانت رغبة أصدقائه والمهتمين بالتراث أن يوثق هذا الكم من المعرفة في كتاب تستفيد منه الأجيال القادمة، فقد كان الفقيه بمثابة موسوعة من الثقافة والتراث، وكانت خيبة أمل عندما رحل قبل أن يجعل من هذا الحلم حقيقة.

سابعًا - وفاته وتأبينه :

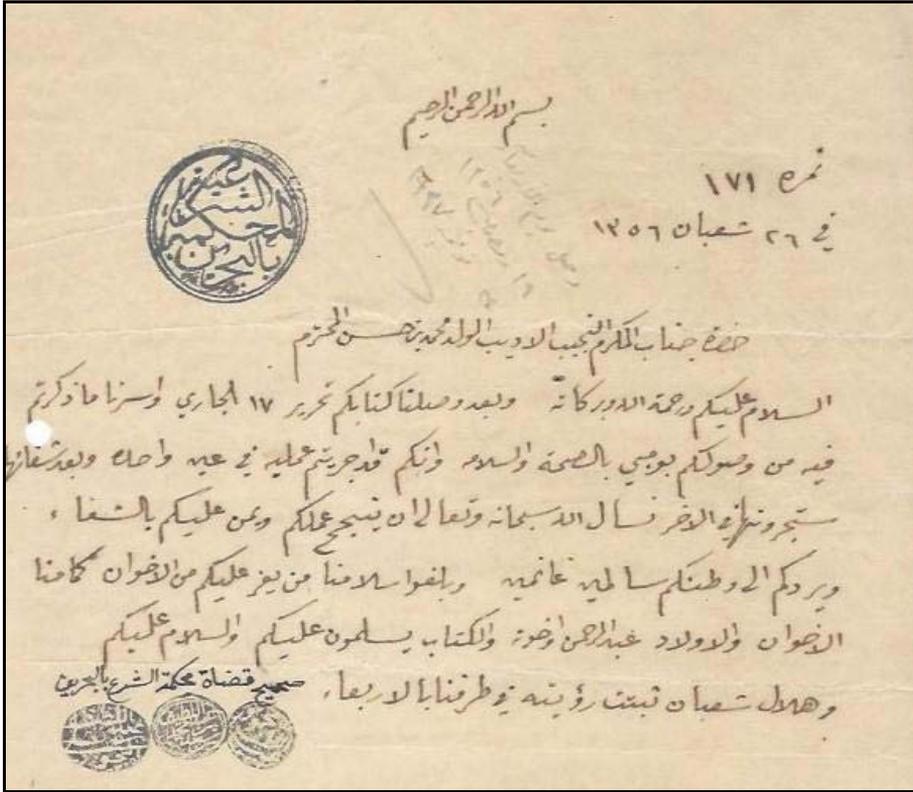
توفي المرحوم المحامي محمد حسن الحسن في يوم 10 مارس 1996م عن عمر يناهز 84 عامًا، حيث تفضل المغفور له الشيخ عيسى بن سلمان آل خليفة حاكم البحرين والمغفور له الشيخ خليفة بن سلمان آل

خليفة رئيس الوزراء الموقر آنذاك، بتقديم العزاء لعائلة المرحوم بنادي الإصلاح في المحرق، كما قدم العزاء كافة الوزراء والأعيان في البلاد.

وأقام نادي البحرين بالتعاون مع جمعية المحامين البحرينية حفل تأبين للمرحوم على شرف وزارة العدل والشؤون الإسلامية، حيث ألقى الكلمات التأيينية، وألقى كلمة وزارة العدل الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن راشد آل خليفة وكيل الوزارة وقتها.

شهادات التكريم التي نالها:

- ❖ شهادة تقدير من نادي المحرق بمناسبة تكريمه كأحد رواد مدينة المحرق سنة 1996م.
 - ❖ شهادة تقدير من جمعية المحامين البحرينيين سنة 1986م.
 - ❖ شهادة تقدير من نادي البحرين سنة 1986م.
 - ❖ أثناء التأيين ألقى سعادة وكيل وزارة العدل الشيخ عبدالرحمن بن محمد آل خليفة كلمة أثنى على محاسن المرحوم ومهنيته العالية. كما تم تسليم عائلة الفقيه شهادة تقدير للمرحوم من جمعية المحامين البحرينية، وشهادة تقدير من نادي البحرين بتاريخ 20-4-1996م.
 - ❖ وأخيراً حصل على شهادة تقدير من جمعية المحامين البحرينية بمناسبة مرور 20 عاماً على تأسيسها.
- انتهى،،،



وثيقة مختومة بختم قضاة المحكمة الشرعية (العبادلة) مرسلة إلى المحامي محمد الحسن،
يتحمدون له بالسلامة بعد إجراء عملية جراحية في عينه.

مرصد
الكتاب

مراجعة كتاب: منظومة حقوق الإنسان ونظامها القانوني في جامعة الدول العربية

تأليف: المستشار محمد جمعة فزيح

عرض: ندى الرياشي*



حقوق الإنسان حقوق متأصلة في جميع البشر، مهما كانت جنسيتهم، أو مكان إقامتهم، أو نوع جنسهم، أو أصلهم الوطني أو العرقي، أو لونهم، أو دينهم، أو لغتهم، أو أي وضع آخر. إن لنا جميع الحق في الحصول على حقوقنا الإنسانية على قدم المساواة وبدون تمييز، وجميع هذه الحقوق مترابطة ومتآزرة وغير قابلة للتجزئة.

لذلك أولى الإنسان في القرن الحادي والعشرين وهو القرن الحالي أهمية كبرى للبحث عن حقوقه في مختلف التشريعات والأنظمة القانونية، ولم يقتصر هذا البحث على الإنسان الذي تخصص في دراسة القانون، بل الإنسان كائن من كان يبحث عن كتاب يثقفه في هذا السياق.

ولم يقتصر هذا البحث على الإنسان الفرد فقط بل اتسع النطاق ليطول دول العالم المختلفة، حيث سعت كل دولة على حدة لبيان أنها الأجدر والأقوى في حماية حقوق الإنسان، وصيانة كرامته، سواء أكان هذا الإنسان

(*) محامية/مملكة البحرين.

مواطناً في إقليمها أم مقيماً، وفي هذا السياق وفي العام 1945هـ، تم تأسيس جامعة الدول العربية والذي جاء إنشاؤها إثباتاً للصلات الوثيقة والروابط العديدة التي تربط بين البلاد العربية جمعاء.

ويبقى السؤال هنا ما علاقة حقوق الإنسان بجامعة الدول العربية؟ هل هناك علاقة بينهما في الأساس؟ وهل تطرق النظام القانوني لجامعة الدول العربية لحقوق الإنسان؟

للإجابة عن هذا السؤال بحثنا في المكتبة العربية عن كتاب يشمل الموضوعين معاً، فوجدنا أن المصادر التي تطرقت لهذا الموضوع قليلة نسبياً، حتى وقع الاختيار على كتاب منظومة حقوق الإنسان ونظامها القانوني في جامعة الدول العربية للكاتب المستشار محمد جمعة فزيح.

ومما يعزز من قيمة الكتاب العلمية، أن الكاتب عضو لجنة حقوق الإنسان بجامعة الدول العربية ورئيس اللجنة سابقاً، مما سيعزز من جوهر الكتاب باحتوائه خبره العملية للكاتب، بالإضافة إلى الجانب النظري.

وهنا تكمن أهمية الدراسة من وجهة نظر الكاتب وأؤيده بها، حيث إنه أشار إلى أنه التمس خلال فترة عمله في جامعة الدول العربية، أن هناك العديد من الأفراد سواء كانوا أفراداً عاديين أم ممن يعملون في مجال حقوق الإنسان، لا يفرقون على سبيل المثال بين اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان ولجنة حقوق الإنسان العربية، فهما لجنتان تفعان ضمن منظومة جامعة الدول العربية، ولكن لكل واحدة منهما نظامها الخاص واختصاصاتها التي تنفرد بها، لذلك سعى الكاتب لإزالة هذه الشائبة من خلال التطرق لها في سطور الكتاب.

هذا بالإضافة إلى حاجتنا دوماً إلى الاستعانة بالمصادر الحديثة المتعلقة بالموضوعات الأخرى بشكل عام وبحقوق الإنسان بشكل خاص،

كون هذه الحقوق قد تتعرض إلى انتهاكات وتغييرات وفقاً للتغيرات العالمية، والاقتصادية، والسياسية، والصحية، فعلى سبيل المثال (هل تعرض حق الإنسان في التنقل إلى قيود أثناء جائحة كورونا؟) هذه الإشكالية لا يمكن استيضاحها إلا بالاستعانة بمصدر حديث كون الجائحة قد تفتت في العام 2020، فالباحث عن هذه الإجابة يحتاج إلى كتاب من مختص بحقوق الإنسان صدر في العام 2020 وما بعده.

هذا ما جعلنا أيضاً نتطرق إلى كتاب المستشار فزيح كونه قد أعده ونشره في العام 2020 مما يضيف له قيمة علمية فعلية، حيث إنه سعى إلى بيان تقييم مدى التزام الدول بتطبيق معايير حقوق الإنسان مع ما تتخذه من إجراءات السيطرة على وباء كورونا.

كما أشرنا سلفاً أن حقوق الإنسان من المواضيع التي لا تستهدف القانونيين فقط، بل تستهدف العامة وكل إنسان يسعى لأن يعي بحقوقه ومكانتها في شتى الأنظمة القانونية، لذلك وجب على من يسعى لكتابة كتاب في هذا السياق، أن يستخدم المصطلحات البسيطة الصريحة بمعانيها، وأن يبتعد عن الغموض والتلمحيات التي قد لا تفهم على نحو صحيح، وأن لا يتشعب بخطة الكتاب ويوجز بما هو مفيد ومتسلسل للقارئ، وأن يسعى إلى أن يوازن بين عدد الصفحات، ليصل إلى القارئ بأفكاره، وتبقى سطور الكتاب راسخة في ذهن قارئها، هذه الأمور وجدت جميعها في كتابنا المختار هنا، وعلى الرغم من عمق الموضوعين (منظومة حقوق الإنسان) من جهة و(نظامها القانوني من جهة أخرى)، فإن الكاتب احتواهما من خلال مبحثين فقط، في المبحث الأول سعى إلى بيان حقوق الإنسان في جامعة الدول العربية، وفي المبحث الثاني تطرق إلى الأجهزة المعنية بحقوق الإنسان في جامعة الدول العربية، وبالرغم من جمالية اختيار خطة الكتاب،

إلا أنني فضلت لو تطرق الكاتب إلى مبحث تمهيدي يبين من خلاله ماهية حقوق الإنسان، وهي المحور الأساسي للكتاب، وتأسيس جامعة الدول العربية، وذلك ليهيئ القارئ فيما بعد إلى المباحث الرئيسية.

وبالعودة إلى المباحث نجد أنها قد احتوت بشكل تفصيلي على ماجاء في عناوينها، مما يحسب للكاتب بالالتزام بالخطة وتمسكه بالمواضيع المطروحة، وأشيد بما تطرق إليه خاصة في الفرع الثالث من المبحث الثاني، بتطرقه إلى المحكمة العربية لحقوق الإنسان كأحدث الأجهزة التي تشكل منها منظومة حقوق الإنسان العربية، كون هذه المبادرة جاءت بمبادرة ملك مملكة البحرين في العام 2011، فأثرى المحتوى ببيان لمحة موجزة عن النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان من حيث تكوين المحكمة، واختصاصاتها، وأحكامها، وقواعد التسوية الودية، والآراء الاستشارية للمحكمة، والتقارير السنوي للمحكمة، وتعديل النظام الأساسي لها، إذ إنه احتوى موضوع المحكمة العربية لحقوق الإنسان بشكل تام، وأشيد بهذا الأمر كون الكاتب بحريني الجنسية، فمن جمالية أي كتاب في موضوع حقوق الإنسان أن يعكس كاتبه تعامل بلاده مع هذا الحق، وسعيها بتطويره وتأصيله على نحو محايد.

في ختام الكتاب تمحّص لدى الكاتب العديد من النتائج والتوصيات فيما يخص منظومة حقوق الإنسان، ونظامها القانوني في جامعة الدول العربية، وأن النتائج والتوصيات كانت جوهرية تنم عن فهم الكاتب وخبرته في سياق كتابه، ولكننا نرى أنه من الأفضل لو أن الكاتب قام بتقسيم النتائج والتوصيات كل على حدة، إذ إن القارئ سيصعب عليه أن يفرق بين النتيجة والتوصية المراد الأخذ بها، خاصةً القارئ غير المتخصص في هذا المجال، ولكن تبقى هذه الإشارة شكلية لا تمس عمق التوصيات المقدمة، ومنها

التوصية التي طالب من خلالها الكاتب باستحداث منصب أمين عام مساعد لحقوق الإنسان في جامعة الدول العربية، من أجل الدفع بملف حقوق الإنسان إلى الأمام، وإلى مراحل أكثر تقدماً وآفاق أكثر رحابة.

أيضاً ما تطرق إليه فيما يخص أعضاء لجنة حقوق الإنسان العربية (لجنة الميثاق)، فقد أشار إلى أهمية وضرورة أن تراعي الدول الأطراف في الميثاق العربي لحقوق الإنسان لدى ترشيحها لعضوية هذه اللجنة أن يكون مرشحها من الشخصيات التي تفيد وتعزز دور هذه اللجنة، وأن يكون مرشحها من الشخصيات المشهود لها بالكفاءة والمعرفة الحقيقية بالدور الذي سيكلف به في هذه اللجنة، وذلك بعد أن بين الكاتب مساوئ أن يصل أشخاص إلى عضوية هذه اللجنة وهم غير مؤهلين في هذا المجال، مما سيؤدي إلى الإرتداد سلبيًا على مسيرة اللجنة ومهامها.

في الختام نرى أن هذا الكتاب ثمرة حقيقة في مجال منظومة حقوق الإنسان ونظامها القانوني في جامعة الدول العربية، حيث إنه من النادر أن نجد كتاب يشمل الجانب النظري والخبرة العملية في هذا السياق، ولكننا وجدنا في هذا الكتاب أن الكاتب توفَّق في اختياره للعنوان والموضوع، وفي تشكيل الخطة البحثية وصولاً إلى زمرة التوصيات القيمة.

منظومة حقوق الإنسان ونظامها القانوني في جامعة الدول العربية

المستشار محمد جمعة جاسم فزيع
عضو

لجنة حقوق الإنسان العربية بجامعة الدول العربية
رئيس اللجنة سابقاً

غلاف الكتاب

التقارير
العلمية

تقرير حول مؤتمر "الميثاق العربي لحقوق الإنسان: الواقع والتحديات" (27-28 مارس 2021م)

إعداد: سوزان عمر يحيى*

مقدمة

بعد فترة طويلة من الإهمال النسبي لحقوق الإنسان، حدثت تطورات هامة في ميدان حقوق الإنسان في السنوات الأخيرة، وأن إعلان الميثاق العربي لحقوق الإنسان في عام 2004، قد شكّل تطوراً هاماً في هذه العملية، وحث على أنه يجب بذل جهود متضافرة لكفالة الاعتراف بهذه الحقوق وهذا الميثاق.

ولتسليط الضوء على هذا الميثاق، وبيان مضامينه، والحث على تطبيقه على أرض الواقع في الدول العربية، وللوقوف على أهم التحديات التي تقف في وجه ذلك، ولوضع الحلول المناسبة لمواجهة هذه التحديات؛ نظمت جامعة الجنان (لبنان)، وجمعية المرصد لحقوق الإنسان (البحرين) مؤتمراً بعنوان: "الميثاق العربي لحقوق الإنسان الواقع والتحديات" برعاية رئيس البرلمان العربي معالي السيد "عادل بن عبد الرحمن العسومي".

(*) ماجستير في حقوق الإنسان، جامعة الجنان/الجمهورية اللبنانية.

وتمثل الهدف من تنظيم هذا المؤتمر في :

- بيان أهمية وجود الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الذي يحث على تعزيز العلاقات العربية وتنظيم آلياته، لضمان الأمن القومي العربي.
- بغية التواصل مع أكبر عدد من الجهات الدولية والإقليمية.
- المراجعة المستمرة للمواثيق والآليات المعنية بحقوق الإنسان من قبل الدول الأطراف للميثاق العربي، والجمعيات والمؤسسات العلمية، وذلك لتطويرها وتوسيع صلاحياتها بما يضمن التأثير الإيجابي على أرض الواقع.

وقد ناقش المؤتمر على مدار يومين متتاليين 27 و 28 آذار (مارس) 2021م، عددًا من المحاور منها:

- ❖ مراحل اعتماد الميثاق العربي لحقوق الإنسان.
- ❖ الحقوق والحريات الواردة في الميثاق.
- ❖ لجنة الميثاق ومكانتها، وماهية الدور الذي يضطلع به لحماية الحقوق والحريات.

وقد قُدمت في هذه المحاور أوراق بحثية على قدر كبير من الأهمية من قبل نخبة من الأساتذة والباحثين في مجال حقوق الإنسان، وقد أثروا المؤتمر بمعلوماتهم ومقترحاتهم القيمة.

ولأن المؤتمر كان على قدر كبير من الأهمية، عكسها الحضور كمًا ونوعًا، وجسدته المناقشات المهمة التي دارت بين الحضور والأساتذة المؤتمرين، فذلك قاذني كطالبة متخصصة في قسم حقوق الإنسان في جامعة الجنان، واكبت كل فعاليات المؤتمر أن توجز محطاته.

اليوم الأول: 27 / آذار (مارس) 2021م:

افتتحت أعمال المؤتمر بكلمة راعي المؤتمر رئيس البرلمان العربي معالي السيد (عادل عبدالرحمن العسومي)، وكلمة الدكتور (سالم فتحي يكن) رئيس مجلس أمناء جامعة الجنان، وكلمة المستشار الأستاذ (محمد جمعة فزيغ) عضو لجنة حقوق الإنسان، ثم كلمة رئيس قسم حقوق الإنسان في جامعة الجنان الدكتور مازن شندب، تلتها كلمة رئيس مجلس إدارة جمعية المرصد البحريني لمراقبة حقوق الإنسان.

وكانت الدكتورة ديمة الرجب، الأستاذة في قسم حقوق الإنسان في جامعة الجنان هي من قدمت الحفل الافتتاحي.

كلمات افتتاحية:

1 - كلمة راعي المؤتمر معالي السيد (عادل عبد الرحمن العسومي) وقد افتتح كلمته بالترحيب الخاص للسادة الأفاضل الدكتور (سالم فتحي يكن)، والمستشار (محمد فزيغ)، والأستاذ الدكتور (مازن شندب) رئيس قسم حقوق الإنسان في جامعة الجنان، والأستاذ (محسن الغريبي) رئيس جمعية المرصد لحقوق الإنسان، والسادة الحضور، وقدم خالص شكره وتقديره لجامعة الجنان في لبنان، وجمعية المرصد لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، على حسن تنظيم أعمال هذا المؤتمر القيم.

ثم بين دور الميثاق العربي لحقوق الإنسان في دراسة التقارير التي تقدمها الدول الأطراف، والقيام بالزيارات الميدانية إذا استوجب الأمر من قبل مندوبيها، وتعاون البروتوكول العربي مع لجنة الميثاق لتعزيز العلاقات بين اللجنة والمرصد العربي لحقوق الإنسان.

وأكد معاليه على أن الدفاع عن حقوق الإنسان وحياته، والعمل جدياً

على تعزيزها وحمايتها، هي رسالة نبيلة وسامية تتطلب جهودًا متواصلة ومتابعة مستمرة، وهو ما يعمل عليه البرلمان العربي في مرحلته الجديدة.

2 - كلمة الدكتور (سالم فتحي يكن) رئيس مجلس أمناء جامعة الجنا في لبنان:

وقد بدأ كلمته بالترحيب براعي المؤتمر السيد (عادل عبد الرحمن العسومي)، وكل من شارك وحضر.

وأكد الدكتور يكن أن الجامعة تلعب دورًا بارزًا كأحد المنصات التي تحوي دورًا بارزًا، نظرًا لحجم الارتباط بين نسبة كبيرة مميزة من أفراد المجتمع، ورسالة ورؤى تلك المؤسسة الأكاديمية فيما تشكله من تأثير عليهم، وكونها تخرج القادة والنخب، وهو ما يعني تحديدًا أن ثقافة حقوق الإنسان والوعي بها، يجب أن تشكل مكونًا رئيسيًا من العملية التعليمية الجامعية، وأن تعزيز القيم والثقافة هي الضمان لتخريج جيل واع ومؤمن بقيم التنوع والتسامح والتعبير والاختلاف المثري.

3 - كلمة سعادة المستشار (محمد فزيح) عضو لجنة الميثاق العربي لحقوق الإنسان:

بدأ السيد (محمد فزيح) كلمته بتقديم خالص شكره وتقديره لكل من نظم هذا المؤتمر وكل من حاضر فيه، ثم بين دور الميثاق العربي لحقوق الإنسان بما يقدمه من إنجازات لضمان حقوق الإنسان، وأن مسمى هذا الميثاق قد تغير من لجنة حقوق الإنسان إلى لجنة الميثاق العربي لحقوق الإنسان، كما أن هذه اللجنة تسعى إلى حماية حقوق الإنسان من خلال التقارير التي تقدمها الدول الأطراف، وتقوم بورش عمل متعددة، وزيارات ميدانية لتلك الدول، إضافة إلى أنها تهدف إلى سيادة القانون واحترام حقوق الإنسان.

كما وأكد على ضرورة دعم الميثاق العربي لحقوق الإنسان والمحافظة عليه، وأن التعاطي الصحيح مع نصوص الميثاق سيؤدي إلى استلهاهم روحها ومعانيها ومراميها في حماية حقوق الإنسان في مفهومها الشامل والمتكامل.

4 - كلمة الدكتور (مازن شندب) رئيس قسم حقوق الإنسان في جامعة

الجنان:

بدأ الدكتور (مازن شندب) كلمته القيمة بترحيب كل من نظم وحضر المؤتمر، وتفاعل باجتماع العناصر الثلاث ألا وهي: (جامعة الدول العربية، وجمعية القيم العربية الإنسانية، وجمعية القيم الإسلامية)، وأكد أن عقد هذا المؤتمر يؤدي إلى الجمع بين العناصر بما يخدم الإنسان العربي، فالمظلة الراعية هي البرلمان العربي، والجامعة الحاضنة فكرياً وعمقاً وعلماً هي الجنان، والمجتمع العربي المدني يتمثل بتحليلته مع جمعية المرصد لحقوق الإنسان في مملكة البحرين الشقيقة.

هذا وقد بين دور قسم حقوق الإنسان في جامعة الجنان في العمل على تعزيز العلاقات العربية وتنظيم آلياته، من خلال الأبحاث والتقارير التي تقدم من قبل الأساتذة والطلبة في هذه الجامعة لخدمة البرلمان العربي، وتقديم مشاريع الحلول لمشاكل المجتمع العربي. وشبه حقوق الإنسان بالجسر الذي يربط الماضي مع الحاضر ليصل إلى المستقبل الواعي لقياس القيم والخصوصيات والاستحقاقات.

5 - كلمة الأستاذ (محسن الغريري) رئيس جمعية المرصد لحقوق

الإنسان:

بدأ كلمته بتقديم الشكر لكل القائمين على هذا المؤتمر، والمشاركين والحاضرين فيه، وبين أهمية التعاون والشراكة المجتمعية بين البرلمان العربي والجامعات ومؤسسات المجتمع المدني، فهو حدث بين جامعة الجنان في

لبنان وجمعية المرصد لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، والتي ستساهم بلا شك في تطوير الآليات العربية المشتركة لحماية حقوق الإنسان وتطويرها بناءً على دراسات وأوراق عمل علمية، ويأمل من البرلمان العربي الأخذ بتوصيات هذا المؤتمر، لتكون محل دراسة ونظر في كيفية تطوير الآلية العربية، للمساهمة في حماية وتعزيز حقوق الإنسان على المستوى العربي.

المحور الأول: مدخل عام ومراحل اعتماد الميثاق العربي لحقوق الإنسان:

رئيسة الجلسة/ الدكتورة (هبة مدور) وهي أستاذة حقوق الإنسان بجامعة الجنان، وقد قدّمت الباحثين لتقديم ملخص عن أوراقهم البحثية عن المؤتمر وهم: الأستاذ الدكتور (محمد أمين الميداني) والدكتورة (ترتيل الدرويش) بورقة بحثية عنوانها (مراحل اعتماد الميثاق العربي لحقوق الإنسان).

1 - الأستاذ الدكتور (محمد أمين الميداني)، أستاذ في جامعة الجنان، رئيس مجلس المركز العربي للتربية على القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان.

وقد ركز في مشاركته بهذا المؤتمر على ثلاث مفاصل أساسية:

1 - تأخير جامعة الدول العربية لاعتمادها الميثاق العربي لحقوق الإنسان في الوقت التي تعد فيه الجامعة أقدم منظمة دولية إقليمية على المسرح الدولي.

2 - تتعلق باعتماد الميثاق ودخوله حيز النفاذ عام (2008)، حيث إن دخول الميثاق حيز النفاذ سمح للقانونيين التحدث عن النظام العربي، فقبل النفاذ لم يكن للقانونيين الحديث عن هذا النظام.

3 - الحديث عن النظام العربي مقابل الأنظمة الإقليمية الأخرى، فهناك أربعة

أنظمة إقليمية لحماية حقوق الإنسان، وهي: (النظام الأمريكي، والنظام الأوروبي، والنظام الأفريقي، وأخيراً النظام المعمول في رحاب منظمة التعاون الإسلامية).

ومع ذلك يجب عدم فقد الأمل لتطوير النظام العربي لحقوق الإنسان وتحديدته للأنظمة الإقليمية الأخرى.

2 - الدكتورة (ترتيل الدرويش)، حاصلة على شهادة الدكتوراه في القانون الدولي الجنائي، أستاذة في قسم القانون الجزائي في كلية الحقوق/ جامعة بيروت العربية، عضو نقابة المحامين في سوريا، لها عدة مؤلفات.

حيث أعطت نبذة تاريخية عن نشأة الميثاق العربي لحقوق الإنسان، مبينة مراحل تطور الاهتمام بحقوق الإنسان عن طريق تشكيل لجان دائمة في الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية، والمصادقة على لجنة الميثاق العربي، ثم مشروع هذا الميثاق سنة (1986)، وسمّي ميثاق حقوق الإنسان، ودخل حيز النفاذ سنة (2008).

وذكرت محطات الميثاق العربي على أنها ثلاث مراحل:

1 - سنة (1994) محاولات صياغة الميثاق، حيث خرج الميثاق بنسخته الأولى ولم يعتمد عليها.

2 - سنة (2004) صدر الميثاق في مؤتمر القمة العربية في تونس.

3 - سنة (2008) دخل الميثاق حيز النفاذ بعد أن صادقت عليه (7) دول.

المحور الثاني: الحقوق والحريات:

رئيس الجلسة الإعلامي (إبراهيم النهام)، وقام بدوره بتقديم السادة الباحثين لعرض مجمل بحوثهم عن المؤتمر:

1 - المستشار (علي عبدالله العرادي) عضو مجلس الشورى - مملكة

البحرين، حاصل على شهادة الماجستير من جامعة جورج واشنطن الذكية. وقدم نبذة مختصرة عن ورقته البحثية التي تناول فيها أبرز الحقوق والحريات في الميثاق للواقع العربي، والتحديات والتي اشتملت على ثلاثة عناوين، وهي:

الأول: تعريف الحقوق والحريات والفرق بينهما.

الثاني: تقسيم الحقوق والحريات، وكيفية تقسيمها من الناحية العملية.

الثالث: كيفية تناول الميثاق العربي لحقوق الإنسان لتلك الحقوق والحريات.

ثم عرج في تعريف الحق، وتقسيم الحقوق والحريات، وبيان كيفية تناول الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

2 - الدكتور (مازن شندب) رئيس قسم حقوق الإنسان في جامعة الجنان/ لبنان:

تشمل ورقته البحثية قراءة نقدية للحقوق والحريات في الميثاق العربي لحقوق الإنسان، وركز انتقاده على بعض الحقوق والحريات التي كان بالإمكان أن ترد في الميثاق بصياغة أقوى وأمتن.

فالحقوق والحريات الواردة في الميثاق تختلف في الواقع عن تلك الواردة في التشريعات الأخرى، فلا يمكن الاختصار بتقديم التشريعات على قواعد الميثاق، وإنما يتجاوز ذلك بفقدان الميثاق على عبارات ذات الصلة، لذا فهو يرى من الضرورة أن تقوم الدول العربية بتعديل الميثاق ليكون الإنسان العربي له حرية التعبير الواضحة.

كما وعرض مسألة العمال الأجانب وخطره على الأمن القومي للدول العربية، ويؤكد أن الميثاق العربي لحقوق الإنسان هو ابن الواقع ولم يأت ليغيّر الواقع.

اليوم الثاني : 28 آذار (مارس) 2021م :

المحور الثالث: آلية الميثاق ولجنته وعلاقته بهيئات حقوق الإنسان :

لقد أدار هذه الجلسة الأستاذ (محمد العرب) مسؤول العلاقات العامة في جامعة الجنان فرع الصيدلة، وقام بتقديم الأساتذة الباحثين لعرض مجمل أوراق بحوثهم عن آلية الميثاق، وكيفية تقديم التقارير من قبل الدول أو الهيئات المدنية وهم :

1 - المستشار (محمد فزيح)، عضو لجنة الميثاق العربي لحقوق الإنسان في جامعة الدول العربية، وكان عنوان محاضرتة (مدخل عن الأجهزة المعنية بحقوق الإنسان في جامعة الدول العربية)، وهي أربعة أجهزة حكومية وغير حكومية. الحكومية: تتمثل في اللجنة العربية الدائمة في حقوق الإنسان. وغير الحكومية: تتمثل في لجنة الميثاق العربي لحقوق الإنسان والمحكمة العربية لحقوق الإنسان.

وخص حديثه عن لجنة الميثاق العربي لحقوق الإنسان، فالاختصاص الرئيسي لهذه اللجنة هو تلقي التقارير من الدول الأطراف حول جهود هذه الدول في إعمال وتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في هذا الميثاق.

وبين آلية كتابة التقارير من حيث المقدمة والمضمون وكيفية تقديمها إلى اللجنة المعنية، واجتماع اللجنة على دراسة نقاط التقرير بصورة نهائية.

2 - الدكتورة (عبير بشير) عضو هيئة تدريس بكلية الحقوق بالجامعة الأردنية.

كان موضوع ورقتها البحثية عن (آلية كتابة التقارير من قبل الدول الأعضاء وشروط هذه التقارير) حيث بينت الأعمدة الرئيسية لكتابة التقرير منها (المبادئ التوجيهية لإعداد التقرير، ودراسة التعليقات العامة من قبل

الدول، وإرفاق الوثيقة الأساسية الموحدة مع التقرير)، كما وبينت شروط وخصائص كتابة التقرير.

بناءً على ما تقدم تكمن أهمية تقديم التقرير في أن الدول تكون بمراجعة شاملة ودائمة لسياساتها وأنظمتها في مشاريعها بشكل تفاعلي وديمقراطي، كما توضح هذه التقارير مدى تأثير الدولة لالتزاماتها أمام الميثاق.

3 - الدكتور (انتصار البناء) عضو مجلس إدارة جمعية مبادئ لحقوق الإنسان.

أكدت على الاهتمام بحقوق الإنسان سواء من الناحية العلمية أو من ناحية نشر الثقافة، لأن قضية حقوق الإنسان قضية حرجة لكثرة الانتهاكات التي تعرضت لها في جميع أنحاء الوطن العربي، كما وبيّنت أن هذا الميثاق يعود إلى سنة (1948)، الذي يؤكد عدم انحيازه لأية طائفة أو جهة معينة.

وذكرت أيضاً خصائص أو شروط التقارير المقدمة من مؤسسات المجتمع المدني، منها: (ضرورة توجيه توصيف التقرير، ويجب الالتزام بمواعيد التقرير، ويستحسن إرفاق صور توضيحية إذا استلزم التقرير ذلك، وإرفاق توصيات واضحة).

المحور الثاني: لجنة الميثاق وعلاقتها بهيئات حقوق الإنسان الأخرى في الجامعة:

بإدارة الإعلامية الكويتية (سارة الخدري)، وبدورها قدمت أسماء السادة الباحثين لعرض مجمل بحوثهم عن المؤتمر وهم:

1 - الدكتور (علوي الباشا) رئيس لجنة حقوق الإنسان في البرلمان العربي، حاصل على شهادة الشريعة والقانون والماجستير في الدراسات الإسلامية.

وكان عنوان بحثه: (العلاقة بين اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان والميثاق العربي لحقوق الإنسان)، وتتمثل هذه العلاقة بعمل الآليات الثلاث المشار إليها سواء في الجامعة العربية أو في البرلمان العربي في إطار متكامل، (فلجنة حقوق الإنسان في البرلمان العربي تعد وتنظم التقارير، أما لجنة الميثاق العربي لحقوق الإنسان فهي لجنة مستقلة تعمل على تنفيذ أحكام الميثاق من خلال التقارير التي تقدمها الدول الأطراف، أما اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان فهي تضع الخطط والإستراتيجيات لتعزيز حقوق الإنسان في الدول العربية). وهذه الآليات الثلاث تتبادل في الآراء والمقترحات عن طريق المشاركة في الاجتماعات والمؤتمرات لتعزيز علاقة التعاون بين الدول العربية.

وفي الختام، كان له العديد من التوصيات والاقتراحات التي من شأنها تشييط دور الميثاق العربي لحقوق الإنسان، لتأمين تلك الحقوق والحريات.

2 - الدكتور (أمين الميداني)، كان عنوان بحثه (العلاقة بين لجنة الميثاق والمحكمة العربية لحقوق الإنسان).

للحديث عن هذه العلاقة يجب الرجوع إلى العلاقات القائمة بين اللجان الإقليمية لحقوق الإنسان والمحاكم المتعلقة بحقوق الإنسان، فعلى سبيل المثال، هناك نظامان، الأول: النظام الأمريكي لحقوق الإنسان، والثاني: النظام الأفريقي لحماية حقوق الإنسان، فهناك علاقة مهمة وأساسية بين هذين النظامين، فضلاً عن ذلك فإن أعضاء اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان لا يتم انتخابهم من قبل الدول الأطراف فقط، بل من غير دول الأطراف أيضاً، لكنهم أعضاء لتلك الدول، والهدف من وراء ذلك؛ حث الدول التي لم تصادق بعد على الاتفاقية الأمريكية لتصادق عليها، لذا يمكن أخذ عبر مفيدة من هذه العلاقات وتطبيقها في الواقع العربي.

الخاتمة

وأهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلت إليها:

- 1 - تشجيع الدول العربية على تأسيس الآليات الوطنية لحقوق الإنسان، بقصد إعداد التقارير الدورية ومتابعة تنفيذ التوصيات التي تصدر عن اللجان الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان.
- 2 - تعزيز مساعي الشراكة بين كافة القطاعات المعنية بنشر ثقافة حقوق الإنسان والحريات الأساسية من جهة، وبين الجامعات والمراكز البحثية التي تضطلع بالمهام البحثية وإعداد الدراسات من جهة أخرى، وذلك لوضع خطط عمل وآليات ومبادرات مشتركة، تسهم في خلق ثقافة حقيقية لقيم حقوق الإنسان والحريات الأساسية.
- 3- دعوة الدول العربية إلى المصادقة على النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان، ليدخل هذا النظام حيز التنفيذ في أقرب فرصة.
- 4 - مطالبة إدارة حقوق الإنسان في جامعة الدول العربية بتحضير بروتوكول يضاف إلى الميثاق العربي، وتبعاً لما نصّت عليه المادة (52) منه، يسمح بتقديم شكاوى حكومية وفردية إلى لجنة الميثاق العربي لحقوق الإنسان.
- 5 - تفعيل العديد من ميثاق هذا المؤتمر لتعزيز حقوق الإنسان وزيادة الوعي الثقافي لكافة المستويات.
- 6 - العمل على إضافة بنود هذا الميثاق ضمن مفردات منهج حقوق الإنسان لطلبة العلوم الإنسانية في الجامعات العربية، ليكونوا على علم ودراية بهذا الميثاق، أو حث الطلبة على كتابة بحوث التخرج ورسائل جامعية عن هذا الميثاق.



جمعية المرصد لحقوق الانسان

تؤمن مجلة "الحقوقية" أن القضايا الحقوقية والقانونية لا تنفك بتأثراً عن اهتمام مختلف العلوم الاجتماعية والإنسانية، لذلك فإنها تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا ذات العلاقة بالشأن الحقوقي والقانوني المرتبط بالواقع العملي قدر الإمكان، وفي سياق استيعاب القراءات الحقوقية والقانونية التي تتصل بالحقول المعرفية المختلفة. وتتوزع موضوعات المجلة على أبواب مختلفة، لكل منها معايير وشروطه الخاصة بالنشر. وترحب المجلة بكل الباحثين والمؤلفين من مملكة البحرين والوطن العربي، وتُعطي الأولوية في النشر للدراسات والمقالات والقضايا التي تتناول مسائل مستجدة على الساحة الحقوقية، أو التي تتناول القانون البحريني.

دار الروافد الثقافية - ناشرون
الحمراء - شارع ليون - برج ليون، ط6
ص.ب. 113/6058
خلوي: + 961 3 69 28 28
هاتف: + 961 1 74 04 37
بيروت - لبنان
email: rw.culture@yahoo.com

ابن النديم للنشر والتوزيع
51 شارع نهار بلعيد فويدر - وهران
هاتف: + 213 661 20 76 03
فاكس: + 213 41 25 97 88
ص.ب. 357 السانبا زرباني محمد
وهران - الجمهورية الجزائرية
email: nadimedition@yahoo.fr

