



جمعية المرصد
لحقوق الانسان

الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة
تعنى بنشر الدراسات والمقالات
والقضايا الحقوقية والقانونية

العدد السابع - ذو الحجة 1445 هـ / يونيو 2024 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 السابع، ذو الحجة 1445هـ/ يونيو 2024م

الحقوقية

مجلة علمية دورية محكمة

تعنى بنشر الدراسات والمقالات والقضايا الحقوقية والفانونية

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.com

البريد الإلكتروني: marsd_bh@hotmail.com

توزيع: دار الروافد الثقافية – ناشرون

بيروت – لبنان

www.dar-rawafed.com

الهيئة الاستشارية

- | | |
|---|-------------------------|
| أستاذ العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية/جامعة القاهرة - مصر. | أ.د. علي الصاوي |
| محام ومستشار قانوني، أستاذ القانون المدني، وعميد كلية الحقوق/جامعة البحرين (سابقاً). | أ.د. صبري حمد خاطر |
| أستاذ القانون العام، عميد كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية (سابقاً)، أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق - جامعة البحرين (سابقاً). | أ.د. محمد باهي أبو يونس |
| رئيس المركز العربي للتربية على القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، ستراسبورغ - فرنسا، أستاذ محاضر في جامعة ستراسبورغ بفرنسا، وأستاذ حقوق الإنسان بجامعة الجنان/طرابلس - لبنان. | أ.د. محمد أمين الميداني |
| أستاذ السياسات العامة، ومستشار بالجهاز الفني/المعهد العربي للتخطيط - الكويت. | أ.د. فيصل حمد المناور |

هيئة التحرير

د. علي فيصل الصديقي

رئيس هيئة التحرير

- | | |
|---------------------------|------------------|
| د. محمد عبد الكريم الزكري | عضو هيئة التحرير |
| د. سهيرا عبداللطيف | عضو هيئة التحرير |
| د. محمد أحمد جوهر | عضو هيئة التحرير |
| د. شيخة أحمد العليوي | عضو هيئة التحرير |

المراجعة اللغوية: د. سهيرا عبداللطيف

المحتويات

- 15 كلمة المرصد
الافتتاحية
- بين ثبات القانون وتغير العمران: قراءة تحليلية
في فكر الشيخ محمد صالح بن يوسف خنجي (1880-1967م)
بقلم: د. علي فيصل الصديقي 19
- الدراسات المحكمة
- القاضي الإداري والقراءات المتصارعة حول النص القانوني
د. أحمد السكسيوي 33
- دور المحكمة الدستورية العليا المصرية في تجسيد النص الضريبي
د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين 105
- الغموض والالتباس في لغة الخطاب القانوني: دراسة دلالية في نماذج مختارة
من النصوص القانونية البحرينية في النصف الأول من القرن العشرين
عبد الله آل سعيد 189
- نظرية الالتزام المستقل:
دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفق التعديل الفرنسي 2016
علاء حميد حسين الغزي 243
- المقالات العلمية
- مبدأ مصالح الطفل الفضلى في القانون الدولي والقانون البحريني
أ.د ضاري خليل محمود 349

الإصلاحات الانتخابية بالمغرب

بين رهانات النص الدستوري وتحديات التنزيل

373 د. إلياس المساوي

نشأة الجريمة المعلوماتية وتطورها - دراسة تاريخية

395 عيسى عبدالرحمن السيد محمد المعلا

شخصيات وأعلام

خيوط كوكو شانيل الخفية في نسيج تشريعات العمل الحديثة

425 د. مشاعل عبدالعزيز اسحق الهاجري

حالة الاستثناء: من المخرج القانوني إلى المدخل الاستبدادي

(نيغري يفضح سياسات الإمبراطورية)

429 د. عزالدين الرتيمي

مرصد الكتاب

مطاردة الساحرات: حينما يصير القانون سلاحاً لحرب اقتصادية

مراجعة كتاب: (القانون، سلاح جديد للحرب الاقتصادية)

تأليف: د. علي العايدي

444 د. محمد الريوش

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 العلميّة المناسبة لرفع معدلات الوعي الحقوقي والقانوني في مملكة البحرين والوطن العربي.

❖ نشر الأبحاث العلميّة 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 والعلميّة.

- ❖ 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 بتأً 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 معرفية وعمق في الموضوع الحقوقي أو القانوني الذي كُتبت فيه، كأن تتناول موضوعاتها في سياق تحليلي أو استنباطي أو مقارنة. كما يجوز أن تقدم الدراسة تعليقاً على حكم قضائي.
- 2 - أن تتم مراعاة الأصول العلمية المعتبرة في متن البحث، والمنهجية

العلمية، والإحالات المرجعية، والالتزام بقيم الأمانة العلمية. حيث ينبغي أن تتضمن تقسيماً علمياً 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)، متضمناً الكلمات المفتاحية فيما لا يتجاوز (300 كلمة).

3 - يجب أن تكتب الدراسة بلغة سليمة وأن تتمتع بالتماسك النصي والمنهجي في العرض بعيداً 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 إقراراً بذلك.

5 - يجب ألا يتجاوز حجم الدراسة شاملاً المراجع والهوامش (10000 كلمة)، ويجوز لهيئة التحرير أن تسمح بتجاوز ذلك الحد إذا رأت أن مقتضيات العلمية 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 العلميّة في الترجمة. كما يجب أن يُقدم المترجم النص الأصلي وجهة نشره وبياناته الأخرى. ويتصدر المتن اسم المؤلف الأصلي، وبيانات النشر، واسم المترجم.

رابعًا - شخصيات وأعلام:

هذا الباب يلقي الضوء على السيرة الذاتية والأعمال العلميّة 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 العلميّة والعملية. على ألا تزيد المادة العلميّة في هذا الباب على (3000 كلمة).

خامسًا - حوارات ولقاءات:

يقدم هذا الباب، حوارًا 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.

سادسًا - مرصد الكتاب:

يتضمن هذا الباب مراجعةً أو عرضًا لكتاب أو ملخصًا لأطروحة علمية، شريطة ألا يكون قد مرّ 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 والعلمية 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 العلمية:

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 المبيّنة 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

نفخر اليوم بإصدار العدد السابع من مجلة الحقوقية التي نحرص من خلالها على الاستمرار والانتظام في الإصدار، والسير على الخطة التي رسمتها بكل جدية دون اكتراث للعقبات التي قد تعترض طريقها، واضعة نصب أعينها رسالتها وأهدافها السامية نحو فتح فضاء أوسع للمفكرين والباحثين والأكاديميين والمهتمين في المجال الحقوقي والقانوني، لنشر أفكارهم وأنشطتهم البحثية، ورصد أحدث المستجدات، وتسييل الضوء على القضايا، وإبرازها في إطار التفكير النقدي والتحليلي.

ويأتي هذا الإصدار ليبين الجهود الكبيرة التي تبذلها هيئة تحرير مجلة الحقوقية في سبيل تقديم المحتوى العلمي المميز وتطويره بما يلبي تطلعات المجتمع، فضلاً عن التأكيد على تفاعل واهتمام الباحثين ووعيتهم بأهمية البحث العلمي باعتباره أداة تقدم الأمم والشعوب، وأساس كل تخطيط، وعماد كل تنمية، وما يتمتعون به من عزم وإرادة على الاستمرار في الإنتاج العلمي وبذل الجهد والوقت للتعامل مع التحديات والصعوبات التي تواجه مسار البحث العلمي، وصولاً للنتائج والتوصيات التي تساهم في تطوير التشريعات والإجراءات في مختلف مجالات الحياة.

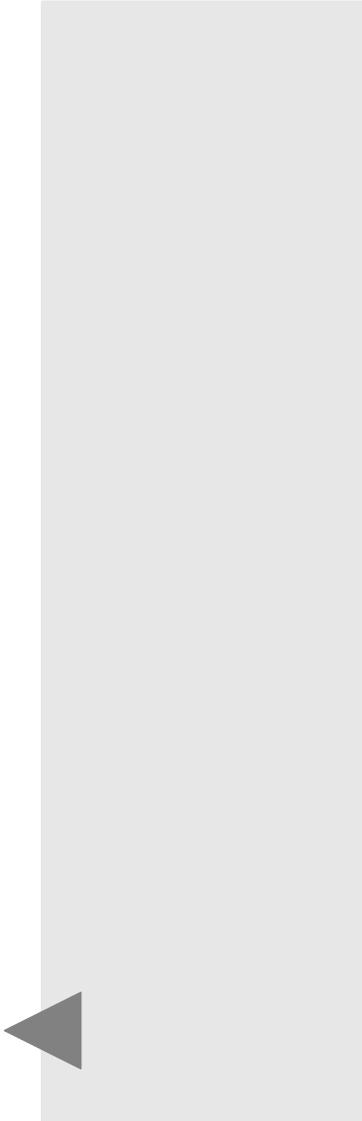
ويزخر العدد السابع من مجلة الحقوقية بالعديد من الأبحاث والمقالات العلمية المتنوعة التي تعالج أدق الموضوعات القانونية والحقوقية

المعاصرة والتي ترتبط بقضايا المجتمع، لتؤكد أن التحديات يجب أن تواجه بدراسات علمية ترصد الواقع وتساهم في تطويره.

في الختام، نتمنى أن يلقي هذا العدد استحسانكم، مكررين الدعوة إلى جميع الباحثين، من داخل مملكة البحرين وخارجها، لوضع بصمتهم العلمية في مجلة الحقوقية بتقديم أبحاثهم ودراساتهم ومقالاتهم في المجالات الحقوقية والقانونية ونشرها في العدد الثامن المزمع إصداره في ديسمبر من هذا العام.

محسن علي الغريري

رئيس جمعية المرصد لحقوق الإنسان



الافتتاحية

بين ثبات القانون وتغيّر العمران:

قراءة تحليلية في فكر الشيخ محمد صالح بن يوسف خنجي

(1880-1967م)

د. علي فيصل الصديقي*

شكّلت العقود الأولى من القرن العشرين نقلة تحوّل انتقالية في تاريخ الجزيرة العربية عمومًا، وتاريخ الدولة البحرينية خصوصًا، حين بدأت تتأسس وتنمو مؤسسات الدولة القومية الحديثة في عدد من دول الخليج ومن بينها البحرين التي كان لمؤسساتها السياسية والإدارية قصب السبق التاريخي في المنطقة، حيث كانت التفاعلات بين مُدن الخليج وموانئها تُحدث أثرًا على مستوى الاقتصاد والاجتماع والسياسة والثقافة. فمن ناحية، تم اكتشاف النفط الذي أدى إلى تحوّل نوعي في الاقتصاد من حالته التقليدية (النفط والزراعة) إلى اقتصاد حديث (النفط والصناعة)، كما برزت إلى جانب ذلك جذور التحولات على صعيد الثقافة والتعليم والممارسة السياسية والإدارية بتأسيس مدرسة الهداية الخليفية (أول مدرسة نظامية في البحرين)، وتشكيل المجلس البلدي في البحرين. لقد ساهمت تلك التحولات -على مستوى الوعي الفكري والنقدي- إلى نفاذ بعض الأفكار والرؤى والتصوّرات الحضارية ذات المرجعيات العالمية المختلفة إلى المجتمعات الإسلامية العربية عمومًا، سيما مع تخرج طلائع بحرينية من جامعة عليكرة الإسلامية في الهند، وآخرون من الأزهر الشريف في مصر، بحيث شكّلت هذه الطبقة

(*) رئيس هيئة التحرير.

المثقفة، وقتئذ، إعلاناً لدخول النخبة البحرينية مرحلة العصرنة ومواكبة الأفكار التي اعتُبرت حديثةً آنذاك.

من بين هذه الحركة التجديدية، لا يبدو-لأول وهلة- أنّ العلوم القانونية قد كانت من بين الأفكار التي تم تداولها، غير أنّ الحقيقة خلاف ذلك، فقد تسربت بعض الأفكار الخاصة بالفلسفة السياسية وإدارة الدولة، وتسربت معها بعض الأطروحات الخاصة بالنظريات الدستورية والقانونية الحديثة. ولنا في هذا الباب نموذج لامع من علماء البحرين ومثقفها، وهو المثقف الأزهرى الفيلسوف الشيخ محمد صالح بن يوسف خنجي العباسي الهاشمي (1880-1967م / 1298-1387هـ)، فمن هو هذا الشيخ؟

أديبٌ بارع، ضليعٌ في اللغة العربية، متبحرٌ في الفلسفة والمنطق، نشأ في بيئة محافظة ودرس حياته الأولى في مدرسة الشيخ أحمد بن مهزغ في المنامة، وكان يستورد الصحف العربية كالمقتطف والهلال ليتمّ تداولها في مجلس الشيخ إبراهيم بن محمد آل خليفة الثقافي⁽¹⁾. يعتبر الشيخ خنجي صاحب فكر تجديدي في ضوء الشريعة وعلم الأصول، كما سيأتي بيانه. رحل في مطلع حياته الدراسية إلى الأزهر الشريف لطلب العلم وهو من أوائل البحرينيين الذين درسوا في الأزهر الشريف متأثرًا بشيخه أحمد بن مهزغ، وبعد عودته إلى البحرين أسس مدرسةً للتعليم الديني (1904م). أمّا حياته العملية فقد كانت مومباي (الهند) مركزًا لأنشطته حتى عودته لاحقًا ليتولى ضبط جلسات ومحاضر الإدارة الخيرية لمدرسة الهداية الخليفية عام 1919م التي تولى رئاستها بعدئذ⁽²⁾. أسس ورفاقه نادي "إقبال أوال الليلي"

(1) بشار الحادي، علماء وأدباء البحرين في القرن الرابع عشر الهجري، الطبعة الأولى 2005م، ص 545.

(2) مبارك الخاطر، مضبطة المشروع الأول للتعليم الحديث في البحرين 1919-1930، دراسات خليجية، البحرين 2011م، ص 35.

1913م وقد انتُخب رئيساً له، وفي هذا النادي قُدمت محاضرات متعددة ونوقشت فيه مناقشات جريئة وفق معايير ذلك الوقت، خاصةً إذا علمنا أنّ أعضائه كانوا يُعيرون بأنهم "عصريّون"، ولحُسن الطالع أن حفظ لنا المؤرخ الكبير الأستاذ مبارك الخاطر -رحمه الله- شيئاً مما قُدم في تلك المحاضرات بعد أن وجدها في ملف بعنوان "منتخبات المحاضرات التي أقيمت في النادي الليلي الملقب بنادي الإقبال".

إن من بين تلك المحاضرات، وباكورتها، محاضرة للشيخ محمد صالح بن يوسف خنجي رئيس النادي، وضع لها عنواناً "المحاضرة الأولى في الدين". ولكنها في حقيقة الأمر تعدّ من روائع ما أنتجت البحرين -مبكراً- في فلسفة القانون وحكمة الشريعة والاجتماع السياسي، كيف لا ولم يُدرك وقتها كثيرون ممن حضرها عميق ما جاءت به كما يقول الخاطر⁽³⁾، لذا يبدو مناسباً أن نقف فيها على ما يعتقده الشيخ فيما يتعلق بتصورات الفلسفة الدستورية والقانونية التي تبناها، وهو ما نستعرضه بالتحليل والاستنتاج فيما يأتي من سطور.

أولاً - في مفهوم الدستور وأقسامه:

الأصل في تعريف الظاهرة الدستورية أننا بصدد مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم شؤون الدولة ونظام الحكم واختصاصات السلطات وطريقة عملها وآلياتها في الدولة، فضلاً عن الحقوق والحريات والمقومات الأساسية في المجتمع. ففكرة وجود قانون ينظم هذه الشؤون فكرة قديمة وُجدت في حضارات متنوعة، منها الحضارة اليونانية كما تحدث بذلك

(3) مبارك الخاطر، الكتابات الأولى الحديثة لمثقفي البحرين 1875-1925، دراسات خليجية (1)، البحرين 1978م-1398هـ، ص60.

أرسطو في كتابه (دستور الأثينيين). بيد أن الحديث عن الظاهرة الدستورية بوصفها فكرة حدائية براقية توسعت مع التطورات التي طالت فكرة العلاقة بين السلطات، انتقالاً من فكرة (تركيز السلطات) حتى وصلت في مراحلها المعاصرة إلى فهم حديث يتخذ تجلياته في نظرية (الفصل بين السلطات)، في وقتٍ لم تكن هذه الفكرة معروفة -بصيغتها تلك- عند الدول الإسلامية والعربية، رغم أن الفقه السياسي الإسلامي ينطوي على مباحث عديدة في تنظيم عمل الخلافة بوصفها مؤسسة حكم وإدارة للدولة.

لقد أصبحت الظاهرة الدستورية، في ظلّ الدولة القومية الحديثة، ظاهرة عالمية تحرص الشعوب والمجتمعات والأنظمة السياسية على وجودها لتكون أساساً تنطلق منه علاقة الحاكم بالمحكوم، وضمناً يكفل به حقوق وحرّيات المواطنين، وتؤسس لواقع المشاركة الشعبية في إدارة الدولة. وقد انتقلت هذه الفكرة إلى الواقع العربي بشكل واضح، بل تأثر المثقفون العرب بمثلها واعتُبرت علامة مميزة من علامات الدولة القانونية الحديثة، وإن كانت الدول تختلف هي الأخرى من حيث تجاربها الدستورية وأشكال دساتيرها. عند هذه النقطة تحديداً ينطلق الشيخ محمد صالح مقرراً أنّ "الدستور غرضه التهذيب وحسن التدبير وانتظام أحوال المعيشة"، وأنّ هذه الدساتير يجب أن تنتمي للواقع الاجتماعي لكل بلاد ما يناسبها حسب طبائعها⁽⁴⁾، فالدستور عنده قيمة أخلاقية قانونية عليا، فهو النظام الأساس الذي يضبط المجتمع وتهذب من خلاله أخلاق الرعايا. فينقسم عنده إلى قسمين: القسم الديني -الأخلاقي: المتعلق بتهذيب النفوس وتزكية الأرواح وهو الدين، والقسم الثاني: يتعلق بسياسة البشر في أحوالهم المدنية وشؤونهم الجنائية والسياسية ويطلق عليه شريعة،⁽⁵⁾ مما يوحي أن مفهوم الدستور عنده هو: النظام

(4) راجع نص المحاضرة نقلاً عن: خاطر، الكتابات الأولى، ص 62.

(5) المرجع نفسه، ص 63.

الأساس للمجتمع، دينًا وحكمًا. ولكن: قد يعترض البعض على ذلك، مستنكرًا، على سند أن الشيخ لم يُصرِّح بمدلول القاعدة الدستورية وفق فهمنا المُعاصر؟

لسنا هنا نزعم أن الشيخ محمد صالح قد طالب بضرورة وجود دستور ينظم الحياة السياسية البحرينية على وفق المفهوم السائد الذي نعرفه اليوم لكلمة الدستور، غير أننا نقطع بأنه كان يتفكّر في مفهوم الدستور ليشكل فهمه الخاص لهذه الكلمة على نحوٍ أوسع مما تحمله الكلمة من معنى اليوم. بل كان الشيخ يدرك حقيقة الفرق بين الدستور والقانون بدليل أن كلمة "الدستور" قد وردت في محاضراته المكتوبة تلك أربع مرات، في الوقت الذي وردت في المحاضرة نفسها كلمات تدلّ على اطلاعه على التطورات القانونية الحاصلة في عدد من الدول العربية ومنها مصر (حيث دراسته الأزهرية)، حين وردت كلمة "القوانين" و"النظامات" و"القواعد" أكثر من مرة في محاضراته، وهي تميّز قطعًا عن مقصده في كلمة "الدستور"، التي كررها في افتتاحية محاضراته بوصفها من القواعد العليا لتنظيم حياة الممالك، فيعطي فيها ملك الدولة دستورًا لرعاياه وللمن يقع تحت حوزته ونُفُوده من وُلاة،⁽⁶⁾ بل نزعم وفق ما اطلعنا عليه، أن أحدًا من أبناء البحرين لم يسبق الشيخ محمد صالح في استخدام كلمة "الدستور". فمن أين جاء بها؟

شكلت الظاهرة الدستورية ومناهج الدسّرة في العصر الحديث، نوعًا من الصدمة الحضارية لبعض المؤلفين في الشرق الإسلامي من أبرزهم الكاتب والمؤرخ المصري رفاعة الطهطاوي (1801-1873م) الذي ذهب إلى فرنسا ودرس أحوالها الاجتماعية والسياسية، وخصص فصلًا من كتابه

(6) المرجع نفسه، ص 62.

الشهير (تخليص الإبريز في تلخيص باريز) لينقل أحكام الدستور الفرنسي آنذاك⁽⁷⁾، فكان للطهطاوي دورٌ بارز في نقل التجربة السياسية الدستورية والقيم القانونية والأخلاقية الفرنسية إلى الواقع العربي، بل تبعه في ذلك كثيرون ممن كتبوا في فقه الحقوق الفرنسية وشرح قوانينها نهاية القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين. لقد كانت هذه البيئة القانونية وزخمها الحقوقي في تصاعد إبان تواجد الشيخ محمد صالح في الأزهر أثناء دراسته في السنوات الأولى من القرن العشرين⁽⁸⁾. ومن هنا يمكن لنا إدراك ما قد يكون من مصادر معرفية للشيخ محمد صالح فيما يتعلق بالمصطلحات القانونية التي استخدمها في تلك الفترة المبكرة من التاريخ السياسي والقانوني والاجتماعي للبحرين. غير أن الشيخ قد أسس لتصوراته الخاصة لمفهوم الدستور، عندما جعل الدين جزءاً منه.

من المهم الإشارة أنه في الفترة التي قام الشيخ بكتابة محاضراته تلك، كان المفهوم الشكلي الحديث للدستور لا يزال بعيداً وهو الدستور باعتباره وثيقة قانونية مكتوبة تنظيم الحياة السياسية، فقد تبلور هذا المفهوم الحديث

(7) رفاعة رافع الطهطاوي، تخليص الإبريز في تلخيص باريز، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1993م، ص 325.

(8) انظر مؤلفات الفقه القانوني المصري إبان تلك الفترة وهي كثيرة في دراسة القوانين الفرنسية على اعتبار أن نقلها للواقع العربي يعتبر إضافة معرفية ضرورية وقتذاك، فقد تصدّى لذلك مجموعة من القضاة والمحامين في مصر من بينهم: أحمد فتحي زغلول باشا وعلي أبو الفتوح باشا ومحمد مجدي باشا وغيرهم. ينظر في بعض تلك المؤلفات وعناوينها: زكي محمد مجاهد، الأعلام الشرقية في المائة الرابعة عشرة الهجرية، المجلد (3)، الطبعة الثالثة 1438هـ، ص 229.

وهنا يجدر التنبيه أيضاً إلى صدور أول دستور في مصر كان في عام 1882، وهو المعروف باللائحة الأساسية الصادرة في عهد الخديوي توفيق، ثم لحقه دستور عام 1879، مما يبعث لنا إشارة إلى اهتمام الشيخ محمد صالح خنجي واطلاعه على مجريات الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية في مصر.

في البحرين بعد سنوات من دعوات الشيخ محمد صالح، وتحديدًا في أحاديث بعض النخب السياسية من المثقفين في منتصف الخمسينات والستينات، أي سنوات المدّ القومي. غير أننا عندما نعود بالزمن إلى الوراء أكثر من ذلك، نجد أنّ فكرة "الدستور" بمفهومها الأوسع كانت حاضرة في فكر الشيخ محمد صالح، لكنها لم تر النور إلا بعد نصف قرن من الزمن من محاضراته.

ثانياً - في مفهوم القانون الطبيعي:

تقوم فكرة القانون الطبيعي، أن هناك معيارًا أخلاقيًا لا يتغير. فنظام الكون يخضع لقوانينه الدائمة والمضطردة التي تتضمن أسس بقاء الكون واستمراره وبالتالي فإنها مثل عليا باقية، كما أنّ أرسطو نفسه بيّن أنّ القانون الطبيعي يضمن سعادة الناس جميعًا، بيد أن الفلاسفة الإغريق قد اختلفوا في مصدر هذا القانون الطبيعي بين من يعيده إلى الإله وبين من يجعل الطبيعة مصدرًا له. وهو ما ألقى بتأثيراته على طائفة من العلماء المسلمين إجمالاً، فقرّر المعتزلة أنّ ثمة قانونًا راسخًا في الكون لا يتغيّر، مصدره الله عزّ وجل يبعث الرسل للأمم ليدلهم عليه.

في مقابل ذلك، ظهر تيار المذهب الوضعي في القانون، وهو مذهب يرى أنّ القانون مجرد تعبير عن مشيئة الدولة، تقرر للمجتمع ما تراه، فالدولة تضع القوانين وتجبر الناس على إنفاذها وطاعتها بتوقيع الجزاء على من يخالفها. وتفرعت عن هذه المدرسة مدارس عديدة منها المدرسة الغائية والمدرسة التاريخية وغيرها باختلاف فروعها.

وعندما نعود إلى محاضرة الشيخ محمد صالح، نبحت فيما قاله في هذا الصدد، نجده يقرر قانونًا طبيعيًا موحدًا بين الأمم، فيقول أنّ هناك

قسماً "يتعلق بتطهير الأخلاق وتهذيب الأنفس وتزكية الأرواح يطلق عليه الدين - وهو واحد على السنة جميع الأنبياء والمرسلين... لا يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال، إذ الغاية التي فيها مقصودة لذاتها لكونها تعد لسعادة الآخرة أولاً وبالذات وإن كانت تفيد سعادة الدنيا أيضاً فلا يمكن أن تُنسخ"⁽⁹⁾، ويبدو هنا اقتراب الشيخ من مدرسة القانون الطبيعي غير أنه يستدرك لتقرير المصدر الديني لهذه الأحكام بقوله أن الدين قد "أتمه الرسول صلى الله عليه وسلم وأكمّله في أصوله وفروعه"⁽¹⁰⁾. وهكذا، يُؤسس الشيخ فكرة القانون الطبيعي على أسس من الدين بوصفه (مصدر إلهي) مصدراً ثابتاً للقيم والأخلاق ذات الطبيعة القانونية لا يتغير بتغير الزمان والمكان.

كما يذكر الشيخ في محاضراته قائلاً: "فحينما وجدت في أي زمان من الأزمنة، أي مكان من الأمكنة، مجموعة في أي ملة من الملل، وأي طائفة من الطوائف، فهناك السعادة وهنالك الأخلاق الفاضلة التي عليها مدار عز الأمم وارتقاؤها"⁽¹¹⁾. ويضيف بلفته رائعة أنّ غياب الأخلاق وإقصاءها من الحياة القومية والرابطة الدينية والسلطة السياسية، سيؤدي إلى ذهاب عزّ الأمة ومجدها وانقراضها أو اندماجها في أمة أخرى، بل عبّر عن ذلك بمصطلح مألوف لدى أهل مدارس القانون المعاصر، فقرر زوال الأمة بموتها الأدبي (المعنوي) كما أشار إلى ذلك نصّاً.

غير أن الشيخ يثبت حقيقةً أخرى، يوازن بها غلواء مذهب الطبيعيين في القانون، فيقرر قسماً من الأحكام المتغيرة في نطاق الحياة اليومية، وهو النطاق "الذي يتعلق بإصلاح الأحوال الاجتماعية سياسية كانت أو مدنية أو

(9) راجع نص المحاضرة نقلاً عن: الخاطر، الكتابات الأولى، ص 62-63.

(10) المرجع نفسه، ص 65.

(11) المرجع نفسه، ص 63.

جنائية، فإنه يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال، فلكل نبيّ نظام خاص وقانون خاص يدير بمقتضاه شئون أمته" (12)، في إشارة إلى أنّ الدين واحد (القانون الطبيعي) وأنّ الشرائع تختلف باختلاف الأمم مما جاء بها الأنبياء، فلكل جعل الله شرعة ومنهاجا. صحيح أنّ الشيخ تحدّث في إطار مناقشته لموضوعات الدين والشريعة، غير أنه يربطها ربطًا مُحكمًا بالعلوم القانونية كما سيأتي بيانه فيما بعد. فمن الملاحظ أنّ الشيخ من جهة: يقرر أحكامًا ثابتة أزلية لا تتغير بفعل تغيّر الزمان والمكان، في حين أنه لاحظ -من جهة أخرى- وجود أحكام قانونية تفصيلية قابلة للتغيير وفق مصالح البلاد والعباد، وهي الأحكام المتعلقة بالأحوال الاجتماعية، والسياسية، والمدنية، والجنائية. ولكن هل يقع اعتناقه للمذهب الوضعي في كل هذه الأحكام، أم في مساحة جزئية منها؟ هذا ما نبهه فيما يأتي.

ثالثًا - الفقه والواقع المتحرّك أو منطقة الفراغ القانوني :

ينطلق الشيخ محمد صالح، في نظره إلى القانون -الشريعة والدين- من خلال تقسيمه إلى قسمين: الأول - قسمها الأخلاقي المتعلق بسعادة الأرواح وتهذيب الأنفس، وهي منطقة لا تقبل الزيادة والانتقاص، في قبالة قسم ثانٍ يتعلق بإصلاح الأحوال الاجتماعية وعرف القسم الثاني بقوله:

"هي تابعة للحضارة والعمران، رقيًا وانحطاطًا، والذي قلنا أنه يتغير تغيرًا لا بد منه، فإنّ القواعد والنظامات التي شرعت لإصلاحها في الأزمنة الأولى قد تحتاج إلى زيادة أو نقصان أو تغيير أو تحوير. هذه الزيادة التي يُراد إدخالها في النظامات والقوانين قد تعثرها الأحكام

(12) المرجع نفسه، ص 62.

الخمسة المشهورة، ويجب أن تكون تلك القواعد والنظامات مبنية ومؤسّسة على القاعدة الكلية الشرعية وهي درء المفسد وجلب المصالح وفي بعض الأحوال على قاعدة ارتكاب أخف الضررين، ودرء المفسد مقدّم على جلب المصالح، ومصادر تلك النظامات والقواعد: الكتاب العزيز، والسنة المتبعة، والاجتهاد في الرأي، والمشاورة في الأمر إنما ينبغي أن يكون من أهل الخبرة والمعرفة بالمصالح من الأمة وهم المرادون بأولى الأمر في قوله تعالى «⁽¹³⁾».

هنا يكشف الشيخ محمد صالح اعتناقه للمنهج الإسلامي في استنباط الأحكام، عبر تأكيده على ضرورة الالتزام بالتراتبية المنهجية في معرفة مصدر الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة، إلى الاجتهاد. كما أنه يشير إلى القواعد الكلية التي يجب الالتزام بها، وهي قواعد منطقية اعتمدها العلماء المسلمون لدراسة الأمور الكلية وتطبيقاتها على الجزئيات. فعبارات المحاضرة التي قدمها الشيخ محمد صالح أعلاه تدلّ على ثمة مستجدات في الحياة الاجتماعية تختلف سبب مواجهتها عن التحديات التي واجهها فقهاء صدر الإسلام، وأنّ أي مستجد سوف يخضع للأحكام الخمسة المشهورة، ومبنية على القواعد الكلية في الشريعة، بما يعني إخضاعها لمبادئ علم الأصول الإسلامي بوصفه منهجاً في تقرير الحكم القانوني لأي حادث أو مستجد، وهو ما يشير إليه عندما تحدث عن أهمية الاجتهاد في الرأي والمشورة من أهل الخبرة والمعرفة بالمصالح من الأمة، بعبارة أخرى كان الشيخ يدرك أهمية الاجتهاد وضرورته في تلك المرحلة التاريخية.

(13) هذا النص يؤكد اطلاقاً من الشيخ على علم أصول الفقه، فهو يضيف في موضع آخر على أن: أحكام الشريعة لا تجري عليها أحكام الناسخ والمنسوخ. ينظر: المرجع نفسه، ص 66.

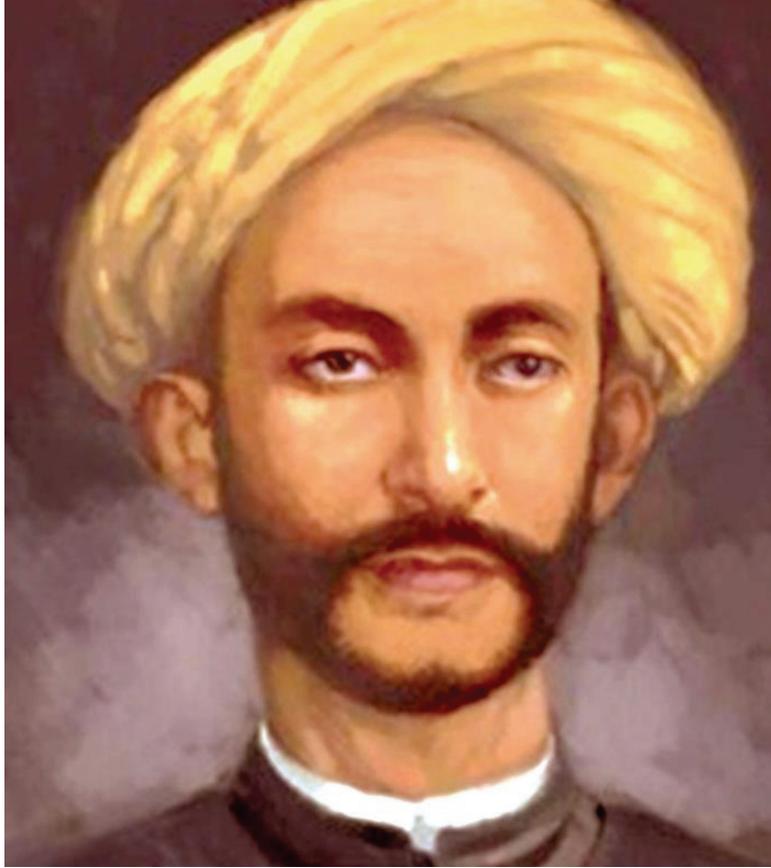
بل أن عبارات الشيخ محمد صالح تدلُّ على اقترابه من فكرة "المصلحة الاجتماعية" ودورها في عملية إصدار القوانين المنظمة لأحوال الناس. وبالتالي فإنَّ سياق حديثه يقودنا إلى "منطقة الفراغ القانوني" التي فيها مساحة للبشر في إقرار قوانينهم الإدارية والاجتماعية والإجرائية دونما حرج، عدا التقيّد بالمقاصد المعتبرة لأحكام الشريعة الإسلامية وفقهها، لتجري عليها الأحكام الخمسة.

أخيرًا، من وجهة نظر استقرائية وتحليلية لمضمون المحاضرة، ننتهي إلى القول بأنَّ الشيخ محمد صالح خنجي يذهب إلى أن مصادر القانون في المجتمع عبارة عن ثلاث طبقات:

1 - الأخلاق العليا (الإتيقيا): وهي القواعد التي تتضمن أحكامًا أتى بها الأنبياء والرسل جميعًا، والمتعلقة بأحكام التوحيد، ولا تجري عليها قواعد النقص والزيادة، ولا قواعد الناسخ والمنسوخ. وهو يقترب هنا من مذهب القانون الطبيعي في جزء منه، ولكنه يختلف عن الطبيعيين مقررًا الطبيعة الإلهية كمصدر لهذا القانون الطبيعي. وهذه القيم العليا جزء من مفهوم الدستور لديه.

2 - القواعد القانونية بالمعنى الواسع (الشرائع): التي تختلف من نبي إلى آخر، تبعًا لتبدل أحوال أممهم وتغيّرها، فلكل أمةٍ دستورها، ولكل نبيٍّ شريعته.

3 - قواعد ونظم إصلاح الأحوال الاجتماعيّة (مستوى تنظيمي): وهي القواعد والقوانين التي تجري عليها أحكام التغيّر والتبدل والتحوّل، بتغيّر الأزمنة والأحوال، والخاصة بالشؤون السياسية والمدنية والجنائية، فهي تقع في منطقة ما يمكن أن يُطلق عليه الفراغ القانوني، فهي خاضعة لمصالح الأمة، وتتغيّر هذه الأحكام تبعًا لعلتها، وتجري عليها الأحكام الخمسة المشهورة إذا تقرّر فيها الاجتهاد.



الشيخ محمد صالح بن يوسف خنجي العباسي الهاشمي
(1880-1967م / 1298-1387هـ)



الدراسات المُدكَّمة

القاضي الإداري والقراءات المتصارعة حول النص القانوني

د. أحمد السكسيوي*

ملخص:

على الرغم من تسارع إيقاع العالم بكل أبعاده الحضارية، سواء في الغرب الذي يشهد تطورات لا حصر لها، أو في الشرق الذي يشهد تحولات بنوية بسبب التأثير المباشر لتطورات الغرب على المفاهيم الشرقية، فإن الخطاب القانوني؛ بوصفه مجموع الأفكار المكتوبة أو الشفوية المنتجة بمناسبة تشريع أو تطبيق أو قراءة نص قانوني معين، ظل ثابتاً في بنيته المؤسساتية والمفاهيمية، ومكرساً للمذهب الوضعي المتأسس في معظم أفكاره على نظرية التفسير الحرفي والنحوي التي تجعل القانون التعبير الوحيد عن فكرة الضبط الاجتماعي. إذ يؤمن أرباب المذهب الوضعي بأن النص القانوني يتميز بمبدأ الكفاءة التنظيمية، وبذلك سادت مبادئ ونظريات المذهب المذكور في معظم الأنظمة القانونية والأوساط الفقهية.

لكن إذا كان الخطاب القانوني في معظم تشكيلاته العالمية ظل وفيماً لهذا المذهب، فإن الواقع القانوني يفيد بأن مختلف المجتمعات أصبحت أكثر تعددية من خلال إزدواجية متناقضة، إذ بالقدر الذي يتزايد بروز الهويات

* دكتور في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة محمد الخامس، الرباط/ أستاذ عرضي بالكلية المتعددة التخصصات بأسفي جامعة القاضي عياض سابقاً.

الوطنية المتعددة المستندة على الدين والعرف، بالقدر الذي يتم استقبال جنوني للمفاهيم القانونية الغربية المتميزة بالتنوع والعولمة، خصوصاً في ما يتعلق بالأنظمة القانونية غير الوضعية، مما يرتب إشكالية وجودية تتمثل في تعددية مرجعيات النظام القانوني وتعقد أنماط قراءة النصوص لدى القاضي، إذ تصبح الوظيفة التفسيرية عاجزة عن فهم العلاقة بين النص القانوني بتحويلات المجتمع.

في ظل المفارقات السابقة، ستكون غاية هذه الدراسة مساءلة وظيفة التفسير الحرفي لدى القاضي الإداري في ظل ما يشهده العالم من تطورات وصراعات فكرية، والدعوة إلى صياغة مناهج جديدة تبتغي إتجاه القاضي الإداري إلى تفكيك من صلاية النص والانفتاح على مصادر جديدة وتجاوز الهيمنة المكرسة من سلطة النص، بغية إنشاء نظرية خاصة بالتوليد القضائي (سيتم تفسير المقصود بالتوليد في ما تقدم من البحث لتصبح بديلاً للتأويل الإداري، كما تهدف هذه الدراسة إلى نقد التأويل الذي تمارسه الإدارة تجاه النص القانوني وسنطلق عليه التأويل الإداري).

الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري - التفسير الحرفي - العدالة الإدارية - المرونة - المبادئ العامة للقانون - التوليد القضائي - التأويل الإداري.

Abstract :

Despite the accelerating pace of the world in all its civilizational dimensions, whether in the West, which is witnessing countless developments, or in the East, which is witnessing structural transformations due to the direct impact of Western developments on Eastern concepts, legal discourse, as a set of written or spoken ideas produced on the occasion of the legislation, application, or reading of a specific legal text, has remained constant in its institutional and conceptual structure, and dedicated to positivism, which is based in most of its ideas on the theory of literal and grammatical interpretation that makes the law the only expression of the idea of social control. The positivists believe that the legal text is characterized by the principle of organizational efficiency, and thus the principles and theories of the aforementioned doctrine have prevailed in most legal systems and jurisprudential circles.

However, if legal discourse in most of its global formations has remained faithful to this doctrine, legal reality shows that different societies have become more pluralistic through a contradictory duality. To the extent that the prominence of multiple national identities based on religion and custom

increases, there is a frantic reception of Western legal concepts characterized by diversity and globalization, especially with regard to non-positivist legal systems. This creates an existential problem of multiple references for the legal system and complexity of the judge's reading patterns of the texts, as the interpretative function becomes unable to understand the relationship between the legal text and the transformations of society.

In light of the above paradoxes, the aim of this study is to question the function of literal interpretation by the administrative judge in light of the developments and intellectual conflicts that the world is witnessing, and to call for the formulation of new approaches that seek to direct the administrative judge towards dismantling the rigidity of the text and opening up to new sources and overcoming the consecrated hegemony of the authority of the text, in order to create a special theory of judicial generation (the meaning of generation will be explained in the following part of the research) to become an alternative to administrative interpretation. This study also aims to criticize the interpretation practiced by the administration towards the legal text, which we will call administrative interpretation.

Keywords: Administrative judge, literal interpretation, administrative justice, flexibility, general principles of law, judicial generation, administrative interpretation.

مقدمة :

يعرف العصر الحالي تحولات إنسانية ناتجة عن عولمة كل المفاهيم الناظمة للحياة المعاصرة، وإنهاء كل العلاقات الثابتة وتكريس الانسيابية والمرونة والانفتاح في كل اللحظات الإنسانية، لكن انفتاح الخطاب الإنساني نحو التعددية والتنوع يعكس على المستوى الواقعي تقلبا لا مثيل له في المفاهيم والعلاقات مما يؤدي بالإنسانية إلى الاتجاه نحو المجهول، ليكون العصر الحالي عصرا ملتبسا في معظم تشكيلاته. ومن ثم إذا جاز لنا أن نفسر مضمون العصر الحالي، فإننا سنفسره من خلال الفكرة التالية: "عصر المفاهيم الملتبسة المنتجة لتأويلات متصارعة"؛ من حيث أن القوى (الدولة، الشركات، المنظمات الدولية، الجيش، المؤسسات الإدارية...) المسيطرة على الحياة اعتمدت على الأيديولوجيا، ناشرة معتقداتها المتغلبة عن طريق المفاهيم البراقة، فبالقدر الذي هيمنت تلك القوى بالقدر الذي

أُفرغت تلك المفاهيم الصلبة من معانيها، تاركة عصرا ملتبسا.

وإذا كان العصر الحالي يتصف بالالتباس من جهة قراءة المفاهيم المؤسسة لأركان هذا العالم، فسيترب على هذا الوصف عدة نتائج متعلقة ببعضها البعض: أولهما؛ تعدد المصادر والمرجعيات المؤسسة للعصر الحالي، ثانيهما؛ تفكك مفهوم السلطة، ثالثهما؛ تنوع الجهات المنوطة بها سلطة تفسير وتأويل كل مظاهر هذا العصر، رابعهما؛ سيولة المفاهيم العملية.

ولما كانت مختلف مظاهر الحياة المعاصرة قد تأثرت بالنتائج المذكورة أعلاه، فإن النظام القانوني بوصفه العنصر الأساسي لتنظيم كل أشكال العلاقات الإنسانية هو الآخر قد اقتحمت بنيته المغلقة كل الاستنتاجات السابقة ليكون وضع النظام القانوني على الشكل التالي:

أصبحت المرجعيات والمصادر المحددة للخطاب القانوني أكثر تعددا، إذ يتأسس التشريع على قوة معيارية تتحكم في قواعده وتوجهها نحو مآلات التطبيق الملائم لطبيعة النظام السائد، ليترتب عن التعدد المعياري الموجه للخطاب القانوني تحولا في مفهوم السلطة المواكبة لتطبيق القانون، فقد انتشرت السلطة في كل مناحي الحياة عن طريق مظاهرها المبتوثة بين سطور القواعد القانونية وداخل بنية المؤسسات العامة، مما خلف تنوعا في المؤسسات التي تحتكر جزء من سلطة تفسير وتأويل النص القانوني، فيساهم تعدد الجهات المفسرة والمأولة إلى سيولة فكرة العدالة (أي عدم الاتفاق على وجه محدد للتأويل يؤدي إلى عدالة معينة) بوصفها مفهوما عمليا متصلا بالنص القانوني اتصالا غائبا.

وإذا تحقق في نظرنا أن النظام القانوني قد تأثر بالتحويلات الإنسانية من خلال تعدد مرجعياته وتحول سلطته وتنوع جهات تفسيره وإذابة المعاني

الثابتة للمفاهيم العملية المحيطة به، فإنه يتحقق بذلك عدم وجود قراءة واحدة لنصوص القانون، إذ تتعدد عملية القراءة، فحق لنا بعد ذلك أن نؤسس الدعوى التالية: "وجود قراءات متصارعة حول النص القانوني داخل نظام قانوني متعدد".

سنتقدم في ما نتناوله إذ سنستثمر المعاني المتضمنة في الدعوى الموما إليها أعلاه في تحليل الجوانب المعيارية والمنهجية المحيطة بإصدار أحكام القاضي الإداري من خلال القراءات المتصارعة الناتجة عن طبيعة القاضي الإداري، إذ يعرف هذا الأخير عدة مفارقات فهو قاض مختلف عن القضاة المدنيين والجنائيون من حيث المناهج والقضايا وطبيعة المتقاضين، لكنه في المقابل ينتج أحكاما قضائية تخضع للمنطق الاستدلالي الحرفي الذي لا يعدو أن يكون استدلالا مألوفا لدى باقي القضاة، لكن جموده على هذا النموذج المنطقي دون التوسع النظري من أجل الرجوع إلى النماذج المنطقية الخاصة بالقاضي الإداري أو توليد نماذج منطقية جديدة تراعي ما أستجد في الحياة الإنسانية إدراكا منه لحقيقة وظيفته التي يجب أن يضطلع بها داخل النسق القانوني جعلته لا يواكب مختلف تطورات القانون الإداري في العصر الحالي.

إذ إن تحولات العصر الحالي ومتغيراته التي تسربت إلى النظام القانوني قد أثرت في بنية القانون الإداري من خلال توسع قواعده التشريعية المنظمة للعلاقات الإدارية (التعمير - الضريبة - نزع الملكية - الوظيفة العمومية - الجماعات الترابية - الأملاك العمومية...) وتنوع القوة المعيارية المؤثرة في صياغة قواعد القانون الإداري (السلطوية - الليبرالية - الاشتراكية - الرأسمالية...)، ومتى تعددت القواعد وتنوعت المرجعيات ترتب عنها تفكك مفهوم السلطة الإدارية من وجهين: الأول؛ اقتحام المؤسسات الخاصة لتصرفات الإدارية بما خلف مفهوما جديدا للسلطة الإدارية ينفي احتكار

الدولة للنشاط الإداري، والثاني؛ تفتت مفهوم السلطة الإدارية الذي كان يتجلى في الجانب البيوي للقانون الإداري وفي الجانب الموضوعي المتمثل في مفهوم الضبط الإداري المتجلى في الشرطة الإدارية وفي مختلف امتيازات الإدارة، لتصبح السلطة الإدارية تعبيراً عن نمط حياتي بعيد عن الجوانب المذكور إذ انتشرت السلطة بصورة رمزية داخل مختلف جوانب الحياة لتؤسس لمقتضيات سلطة إدارية حياتية، وبذلك أصبح القانون الإداري محط تأويلات وتفسيرات متعددة تؤثر في عدم ثبات مفهوم العدالة الإدارية.

من خلال التصورات السابقة يصبح ثبات القاضي الإداري على المنطق الاستدلالي النحوي -سيتم توضيح معنى هذا المفهوم في المطلب الأول من البحث- في تفسير النص القانوني وفي بناء الأحكام القضائية إشكالية مؤثرة في نمط العدالة الإدارية المأمولة، حيث يخلف القاضي الإداري عدة أحكام قضائية لا تعكس حقيقة القضية القانونية وغير منفتحة على الواقع الاجتماعي، وبذلك يكون الحكم القضائي الإداري متخلفاً عن مواكبة التحديات الجديدة التي فرضها العصر الحالي على بنية القانون الإداري، إذ المنهج المتبع ليس شأناً منطقياً وابستمولوجياً فقط، بل ينصرف تجديد المنهج إلى تجديد بنية القانون الإداري وتنقيح العدالة الإدارية من كل شوائب السلطوية واللامساواة.

تعالج هذه الدراسة، من خلال مقارنة نقدية - تحليلية، إشكالية تأثير المنطق الاستدلالي النحوي المتبع من قبل القاضي الإداري في وضعية العدالة الإدارية، إذ يستفاد من الأحكام القضائية الإدارية أن القاضي الإداري يتبع نمطاً توحيدياً في تفسير النصوص القانونية المطبقة مما يخلف حالات من عدم عدالة الحلول القانونية المقدمة من طرفه، وتحاول هذه الدراسة، أن تفتح عقل القاضي الإداري نحو فرضيات تحاول تفكيك من صلابة النص والانفتاح على مصادر جديدة وتجاوز هيمنة سلطة النص، خاصة

وأن تحولات هذا العصر تفرض على القاضي الإداري تحديات جديدة حول فكرة العدالة الإدارية، فإذا سلمنا بوجود التباس مفاهيمي يلف مختلف مظاهر الحياة، فإننا سنسلم بوجود قراءات متصارعة حول تحقيق إحدى معاني العدالة.

في ضوء الإشكالية السابقة، ستنتقل هذه الدراسة بتشريح دقيق للوضعية الحرجة التي يتخبط فيها القاضي الإداري وموضحة في هذا الباب كل المعضلات العملية الناتجة عن إخلاصه لمنهج التفسير الحرفي ومبينة مظاهر محنة العدالة الإدارية بسبب المنطق الاستدلالي النحوي، وسيكون التشريح السابق منطلقاً لبناء وضعية جديدة سيتم تمهيداً ببيان طرق قراءة النص القانوني وسبل استثماره بمنحى تدريجي ينطلق من تخفيف صلابة النص عن طريق آلية المرونة القانونية ويستخدم الإحالة التشريعية على القانون الخاص توليداً لحالات مستقلة وينتهي بانفتاح القاضي الإداري على المساحات المشتركة التي تؤطر نظر العقل القانوني متخلصاً من هيمنة سلطة النص، ومتى حقق القاضي الإداري المراتب المنهجية المذكورة ساعدته في اكتساب منطق استدلالي توليدي يفجر المعاني المضمرة داخل النص ويؤسس لأحكام قانونية جديدة تحقق العدالة الإدارية وتمنع من تأول الإدارة.

المطلب الأول

وضعية حرجة: معضلة التفسير الحرفي ومحنة العدالة الإدارية

تطورت المفاهيم الناظمة للحياة الإنسانية وتحولت بذلك أسس العلاقات الاجتماعية مكرسة فهما جديداً يبدو متميزاً بعدم الثبات ومولداً آثاراً متحركة، لكن في المقابل ظل الفهم القانوني المكرس داخل المحاكم والكليات تقليدياً ينطلق من مسلمات ثابتة لم تعد تجيب على الأسئلة الجديدة التي فرضتها التحولات الإنسانية.

ولقد خلقت هذه المفارقة وضعية حرجة أنتجت عدالة غير مكتملة وأحدثت شرخا بين النسق القانوني الذي ينتج خطابا متعاليا ودوغمائيا في مختلف تشكيلاته (النص القانوني - القضاء - الفقه...) وبين الحياة الإنسانية التي تنتج شروطها الواقعية انضباطا لمظاهر ما بعد الحداثة، وإذا كانت هذه الأخيرة عالم مخترق في بعض أجزائه من طرف اتجاهات غير أخلاقية، فإن انفصاله عن النسق القانوني يؤدي إلى اعتبار القانون خادما وفيما لتلك الحياة اللاأخلاقية الجديدة، فيكون الخطاب القانوني المكرس داخل المحاكم بمثابة سلطة حارسة لمظاهر ما بعد الحداثة، إن الوضعية الحرجة هذه تدفعنا إلى نقد معضلة التفسير الحرفي المولدة لتلك المفارقات من خلال تحليل لنماذج من أحكام القاضي الإداري، كما سنعمل على رصد مختلف محن العدالة الإدارية الناتجة عن سيطرة التفسير الحرفي.

الفقرة الأولى: نقد معضلة التفسير الحرفي

يتبع القاضي الإداري منهجا تفسيريا في تطبيق النصوص القانونية، وهي وظيفة أساسية تعكس تأثيره بالنظام القانوني الذي يتجه إلى الإيمان المطلق بكفاءة النص القانوني، أي اعتبار ملفوظات النص شاملة لكل العلاقات الإنسانية، لكن جمود القاضي الإداري على هذه الوضعية يؤدي إلى إنتاج مواقف سلبية تعاكس الوظائف الحقيقية التي يتميز بها (الإبداع والانفتاح)، حيث لا يستطيع القاضي الإداري في بعض النوازل أن يخرج من النسق القانوني المحدد سلفا، وعدم خروجه عن النسق يرجع إلى سببين اثنين: الأول؛ التكوينات المقدمة في الجامعة والتي تميل إلى دراسة النصوص القانونية دراسة داخلية تعلن عن ألفاظ النص من خلال شرح حرفي، والثاني؛ البنية الشكلية للعدالة القضائية بالمغرب والتي تتميز بتطبيق النصوص تطبيقا حرفيا استنادا على مبدأي "الأمن القانوني" و "الأمن القضائي".

فقد اعتاد المدافعون عن الأمن القانوني إلى ضبط القانون كما هو كائن، أو قل تنقيح القانون من الشوائب المعيارية، وفي تنقيحهم هذا إنما يُخلِّصون القانون من مرجعية الاخلاق، ويرون أن القانون يجب أن يعبر عن ما هو كائن في إطار قانوني عنيف ومسيطر على الطبيعة البشرية. لكن المدافعون عن أهمية سريان الأمن القانوني، إنما يفصلون القانون عن القيم وعملا وواقعا، ثم تراهم بعد حين يبحثون عن مقاصد القانون دون تعديل ما سبق من مزاعمهم، فيسقطون في التناقض الواضح والجلي.

إن الأمن القانوني ليس استقرارا وإنما جمود، إذ يحمل الأمن القانوني التباسا خطيرا بين طياته، يرتبط هذا الالتباس بما يكرسه من نمطية في التعامل مع النص القانوني، من خلال التحكم المبالغ فيه من قبل السلطة التشريعية، والتي هي عملية تثبيت القانون.

ومن ناحية أخرى لا يترك للقاضي في ظل هذا الوضع إلا منطلقا كاشفا لنصوص القانون، أي العملية الإخبارية لا العملية الإنشائية أو سلطة التأويل، وبذلك يهدف الأمن القانوني إلى ثبات العلاقات القانونية من خلال وضع تشريعات واضحة في مقتضياتها وبيئة في جزاءاتها تجعل المتعاملين مع القانون يحسون بالثقة والأمن، لكن أمام تعقيد هذا المبدأ، سيتكرس بسببه تحكم الدولة في كل توجهات المجتمع تحقيقا لأهدافها مما لا يترك مجالاً لإعمال السلطة التقديرية للقاضي⁽¹⁾.

رغم ذلك فإن الأمن القانوني ليس آلية منبوذة، بل إنه مع مرور الوقت، نجد أن العلاقات القانونية بنيت على تشريعات غامضة أو معقدة تؤدي إلى اهتزاز الثقة القانونية، إذ تضطرب العلاقات القانونية، وبذلك

(1) محمد بوكماش وخلود كلاش، مبدأ الأمن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الإداري، مجلة البحوث والدراسات، العدد 24، السنة 14، صيف 2017، ص. 140.

يكون من الواجب البحث عن أساليب تؤدي إلى استقرار المعاملات، فالأمن القانوني شر لا بد منه، وعلى القاضي الإداري أن يتعامل مع هذا المبدأ بمرونة كافية⁽²⁾، دون أن تستحوذ عليه سلطة التفسير الحرفي الناتج عن مبدأ الأمن القانوني.

والتفسير من حيث المبدأ يمارسه كل المتعاملون مع النصوص القانونية، وليس عملية استثنائية كما يظن البعض بل إن تطبيق النص وقراءته يعد تفسيرا، فكلما قرأنا نصا معينا إلا وقد فسرناه، حيث إن النص مهما كان محكما وموضحا لكل الحالات التي يطبق عليها، فإن تنزيله على الحالات الواقعية يحتاج ذاتا عاقلة تبرر اللجوء إلى هذا النص دون غيره، هذا التبرير يكرس لا محالة قراءة الذات العاقلة لهذا النص ومع قراءته للنص فإنه سيعمل على تفسيره حتى يقنع المكلف والمخاطب بالنص والفضة أيضا بصواب لجوئه لذلك النص دون غيره.

ولو افترضنا أن التفسير عملية استثنائية كما يظن البعض، فسيتبع ذلك إمكانية أن نتخلى عن القاضي كذات عاقلة، ونعوضه بألة متميزة بالذكاء الاصطناعي تضع أمامها قضيتك فتضع أمامك النص المطبق دون أي تعليل، لكن الحال لا يستقيم دون تفسير النص الذي تم اللجوء إليه كعملية أولى، أي أن هنالك مستويات أخرى من قراءة النص القانوني. فـ"التفسير ليس مجرد تحليل وصفي للقاعدة، إذ إن القاعدة عندما يتم تطبيقها على أرض الواقع تفقد طبيعتها ومحتواها الأوليين، ولا بد من الإشارة بتعجب

(2) للتوسع في موضوع تعامل القاضي الإداري مع مبدأ الأمن القانوني يراجع أطروحة إبراهيم دليل:

Brahim Dalil, Le Droit Administratif Face Au Principe De La Sécurité Juridique, Thèse De Doctorat En Droit, Université De Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2015, Pp. 12 -24.

كبير الى اللامبالاة التي يتلقى بها القانونيون في أرجاء العالم هذه الواقعة، ان الاخلاص للتفسير هو ميتولوجيا (غير مقبولة) ⁽³⁾، كما أن "فكرة أن النص [القانوني] الواضح ليس بحاجة للتفسير هي فقط وسيلة لإخفاء سلطة التفسير" ⁽⁴⁾.

إن عدم التمييز بين آلية التفسير وآلية التأويل في قراءة النصوص وبعض الآليات الأخرى في القراءة المتعلقة بالسرود والخطاب واللسانيات والحجاج داخل الدراسات القانونية، يشكل معيقا إستمولوجيا في تطوير آليات قراءة الخطاب القانوني، ولعل هذا التأثير يمتد نحو وظائف القاضي الإداري في قراءته للنصوص القانونية وميله نحو التفسير الحرفي، مؤيدا بذلك سلطة النص، ومنساقا نحو النسق القانوني المهمين.

ويمكن الاستدلال على الاستنتاج السابق بقرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض وهي تناقش إمكانات اللجوء إلى تفسير النصوص القانونية والذي جاء فيه الحثية التالية: "إن تفسير النصوص القانونية وتحديد قصد المشرع منها لا يكون له محل إلا إذا كانت هذه النصوص مبهمة أو يكتنفها غموض قد يؤدي إلى الإختلاف في فهم مضمونها مما يقتضي إذ ذاك تدخل القضاء لفك الغموض والإبهام من خلال تطبيق تلك النصوص على الوقائع المعروضة عليه، أما إذا كانت هذه النصوص واضحة ولا تحتاج إلى التأويل فإن دور

(3) انظر: كرستيان أتياس، كتابات في فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد ونقولا متيني، دار نجوى للنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص. 10.

يمكن مقارنة النص العربي بالنص الفرنسي:
Cristian Atias, Epistémologie Juridique, Dalloz, Paris, 2002.

(4) ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد، دار الانوار، ص. 102.

يمكن مقارنته بالنص الفرنسي:

Michel Troper, La Philosophie Du Droit, Collection: Que Sais-Je?, Presses Universitaires De France, 2006.

القاضي ينحصر في تطبيقها على الوقائع المعروضة عليه تحت رقابة محكمة النقض...»⁽⁵⁾.

لقد اتجهت الغرفة الإدارية نحو تأييد سلطة النص وإلى حماية النظرة المحافظة للقانون، كما أنها خلطت بين المفاهيم التالية: التفسير، التأويل، التطبيق، الغموض، قصد المشرع، لقد استعملت المحكمة هذه المفاهيم ظناً منها أنها تؤدي نفس الوظيفة، بل إن القرار ظن أن التفسير عملية نادرة لا يلجأ إليها القاضي إلا عند غموض النص ابتغاء لكشف قصد المشرع وتطبيقاً لنص على واقعة معينة، وأنه بمفهوم المخالفة يحرم على القاضي استعمال التفسير عند وضوح النص، وهذه مسألة غير مقبولة، ما دام أن التفسير عملية عقلانية يلجأ إليها الإنسان كلما أراد أن يشرح ويصف ظاهرة ما سواء نصاً أو خطاباً أو صورة سيميائية...، وقد تكون هذه الظاهرة تحمل في طياتها بعضاً من اللبس أو الغموض أو التعارض أو التناقض، إذك يصير هذا التفسير أكثر كثافة في الاستعمال حتى يصبح تأويلاً يراد به كشف نية المشرع أو غاية التشريع أو تحقيقاً للعدالة أو ينقلب نحو إنشاء حكم ومبدأ قانونيين جديدين.

الفقرة الثانية: محنة العدالة الإدارية أثر لسيطرة التفسير الحرفي

إذا تحكّم التفسير الحرفي في منهج القاضي الإداري مكرساً فهما واحداً وتوحيداً في معظم اجتهاداته، تصير بذلك العدالة الإدارية في محنة لا فكاك منها، فيفقد المجتمع علاقته الإيجابية مع القضاء الإداري ويجمد القاضي الإداري على مواقف دوغمائية، وتسمح لنا الحالات التطبيقية التي

(5) قرار الغرفة الإدارية رقم 138، بتاريخ 10 مارس 2016، ملف اداري 2015/4/2/4694.

سنعرضها في ما تبقى بالوقوف على اتجاه القاضي الإداري نحو تفسير النصوص القانونية تفسيراً ضيقاً وحرفياً مما يشكل تراجعاً في الوظائف الحقيقية التي يضطلع بها، ومن خلال هذه النماذج سنخلص إلى بعض المعاني المختلفة للتفسير على أن نستكمل حديثنا عن مناهج القاضي الإداري في المطالب الأخير من خلال حديثنا عن النزعة التأويلية والتوليدية التي يتسم بها القاضي الإداري حتى نبين أن التأويل هو العملية الحقيقية والخاصة التي من خلالها يمكن الإجابة عن سؤال العدالة الممكنة وكما سنحاول تأسيس نظرية حول التوليد القضائي.

وأول الحالات المستدل بها قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض الذي أعملت فيه "تفسيراً حرفياً فاسداً" من خلال الحثية التالية: " (أن) الخطأ القضائي يبقى رهيناً بإثبات شروط قيام المسؤولية وفقاً للقواعد العامة، فضلاً عن أن الاعتقال وحتى يكون منقطع الصلة بالمشروعية وتقوم مسؤولية الدولة عنه يتعين أن يكون ظاهراً يستمد أساساً من ظروف تفيد بأنه اكتسى صفة التعسف كأن يثبت إيداع المشتبه به في السجن في غير الحالات المنصوص عليها قانوناً، وبالتالي فإن إجراءات اعتقال المستأنف ومحاكمته قد تمت في إطار المقتضيات القانونية المعمول بها بما يندم معه ركن الخطأ المرتب لمسؤولية الدولة الموجب للتعويض" (6).

يشكل هذا القرار دليلاً على توجه القاضي الإداري نحو التفسير الحرفي الضيق، وحيث إن المدعي حاول أن يبين للقضاء الإداري في مختلف درجاته أنه كان ضحية متابعة تعسفية في حالة اعتقال لاتهامه بجريمة الخيانة الزوجية رغم تنازل زوجته على القضية، وحيث إن القراءة الحرفية

(6) قرار عدد 809-1 للغرفة الإدارية بمحكمة النقض، ملف عدد: 2018/1/4/1242، بتاريخ 06-09-2018، غير منشور.

للفصلين 491 و492 من القانون الجنائي يستنتج منهما أنه: أولاً: لا تجوز متابعة أحد الزوجين بجريمة الخيانة الزوجية إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه، ثانياً: تنازل أحد الزوجين عن شكايته يضع حداً لمتابعة الزوج أو الزوجة المشتكى بها بجريمة الخيانة الزوجية، ثالثاً: إذا وقع التنازل بعد صدور حكم غير قابل للطعن، فإنه يضع حداً لأثار الحكم بالمؤاخذة الصادر ضد الزوج أو الزوجة المحكوم عليها.

وحيث إن محكمة النقض لم تراع التفسير الحرفي لهذه المادة، بل إنها لم تناقش مدى تأثير مقتضيات هذه المادة في تحول الاعتقال من قانوني إلى تعسفي يوجب التعويض بناء على مقتضيات الفصل 122 من الدستور المغربي الذي ينص: "على مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية"، بل إنها استبدلته بتفسيرها الحرفي المتمسم بالفساد في الاستدلال والتعليل من أجل وضع أسس للمسؤولية الدولية عن الخطأ القضائي في نازلة الحال من خلال اعتبار أن الاعتقال الحاصل في هذه القضية منضبط لقواعد القانون، وأن أركان المسؤولية غير مكتملة، وحيث إن قراءة حرفية لحالات الاعتقال التعسفي دون النظر في تقاطعاته مع التفسير الحرفي للفصلين 491 و492 يشكل تفسيراً حرفياً مغلقاً يرجع سببه إلى الريبة التي يكنها القاضي الإداري لقواعد القانون الجنائي ما دام أنها قواعد -من حيث المبدأ- المسلم به داخل النسق القانوني المغربي- لا يجوز فيها التفسير الواسع، رغم ما تعانیه هذه المسلمة أيضاً من تهافت ناتج عن تحكم النزعة التقليدية في أبحاث القانون الجنائي رغم أن النظر والعمل السليم يقتضي عكس ذلك⁽⁷⁾.

(7) للتوسع في إشكالية التفسير والتأويل والعدالة الجنائية عند القاضي المغربي يمكن مراجعة الورقة البحثية التالية: أحمد السكسوي، القاضي الجنائي وتشكلات السلطوية في النسق القانوني التقليدي: أسئلة حارقة حول مستقبل العدالة الجنائية (حالة السرقة زمن كورونا)، ورقة بحثية منشورة ضمن المؤلف الجماعي "الدولة والقانون في زمن جائحة

لكن رغم النقد الذي وجهناه إلى القاضي الإداري في هذه القضية، فإن القرار المذكور لم يكن مخالفا للمعقولة، بل إنه اتجه نحو تطبيق القانون، ما دام أن ترتيب التعويض في هذه النازلة سيخلف نقاشا أبستمولوجيا حول حدود اختصاص القاضي الإداري في مراقبة أعمال المحاكم الأخرى الشيء الذي يتعارض مع مبادئ فصل الاختصاص والسلط بين مختلف المحاكم المكونة للعدالة القضائية بالمغرب، لكن إن صح أن الغرفة الإدارية قد بتت في القضية وفق القانون، فإنه لا يصح الإبقاء على التوجه الحرفي المكرس من قبلها، إذ يخلف آثار سلبية من خلال المقاربة الفلسفية حول تحقيق العدالة الممكنة.

يمكن الاستدلال على حالات تطبيقية أخرى من قرارات الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بوصفها محكمة قانون تتعامل حصرا مع مراقبة تعامل المحاكم الاستئناف الإدارية مع القانون، وهذا ما يجعلها أكثر المحاكم التي يجب عليها أن تحرص على قراءات غير حرفية تتجاوز النسق القانوني التقليدي وتكرس العدالة، ومن بين القرارات التي تكرر التفسير الحرفي قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض الذي جاء فيه الحثية التالية: " آثار الطالب أمامها بكون المطلوب أدخل بواجب التحلي بالمروءة الذي تعتبره الإدارة كأحد الشروط الأساسية للتعيين في الوظيفة العمومية، خاصة وأن المطلوب مارس أفعال الوساطة في التشغيل بطرق غير مشروعة ومس بسمعة الإدارة التي ينتمي إليها، وإخلاله بهذا الشرط يجعله غير جدير بالثقة والاحترام الواجبين فيمن يتولى الوظيفة العمومية، حتى ولو لم يخل بواجباته الوظيفية بالمعنى الضيق، خاصة وأن عمله بالإدارة ومركزه هو الذي سهل عليه الاتصال

كورونا"، صدر ضمن سلسلة إحياء علوم القانون، إشراف الدكتور عبد المهيمن حمزة والدكتور نبيل محمد بوحميدي.

بضحاياه والاستيلاء على أموالهم، وهي أعمال ترقى إلى درجة الإخلال الجسيم بالمهام المهنية، والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم المستأنف فيما انتهى إليه، ودون مراعاة ما ذكر، لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون، وعللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه، مما عرضته للنقض. وحيث إن حسن سير العدالة ومصصلحة الطرفين يستلزمان إحالة القضية على نفس المحكمة المنقوض قرارها" (8).

يشكل هذا القرار تكريسا للتفسير الحرفي، من خلال نقضه للقرار الاستئنافي الذي راقب السلطة التقديرية للإدارة في ترتيب جزاء العزل، نتيجة شكاية أحد الأشخاص الذي اتهمه بتسليمه مبلغا ماليا من أجل التوسط لتوظيف أحد أبنائه.

وحيث إن المحكمة الإدارية ومحكمة الاستئناف الإدارية حاولت أن تمارس قراءة واسعة لنصوص الوظيفة العمومية من خلال مبادئ العدالة والإنصاف واعتبرت أن عقوبة العزل لها تبعات جد سيئة في وضعية الموظف الاجتماعية والنفسية، كما اعتبرت أن عقوبة العزل تتسم بالغلو وغير مطابقة مع الفعل المرتكب غير الثابت أنه مارسه بسوء نية، خصوصا وأن الطالب (الموظف) اعترف أنه تسلم مبلغا من المشتكي في إطار أداء دين على عاتق هذا الأخير، كما أن قرار محكمة الاستئناف الإدارية كان أكثر انفتاحا في قراءته للنص وللواقع، من خلال استعماله لمفاهيم تتسم بالتفسير الواسع حيث عللت باستدلال منطقي أن الفعل المرتكب ليس خطأ جسيما يوجب العزل، وأن الإدارة لها من الإمكانيات القانونية في تقويم سلوك الموظف إذا ثبت الفعل، اعتبارا أيضا لخلو سجله من السوابق التأديبية، حيث جاء في

(8) قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 1-551-1 ملف عدد 3952-4-1-2018 بتاريخ 17-05-2018، غير منشور.

قرارها ما يلي: " (أن الأفعال المترتبة) لا ترقى إلى درجة الإخلال الجسيم والخطير بمهامه المهنية مما كان يتطلب عزله فعلا عن عمله، خاصة وأنه ثبت من خلال باقي عناصر المنازعة أنه ما نسب إليه لا يرتبط بأداء وظيفته بالمندوبية الإقليمية للأوقاف والشؤون الإسلامية بسلا، كما أنه ليست له أية سوابق تأديبية منذ تاريخ توظيفه سنة 1998، مما كان يقتضي منها اتخاذ الإجراءات الملائمة وكذا العقوبة المناسبة والتي تأخذ فيها بعين الاعتبار هذا المعطى، وبالتالي تبقى هذه العقوبة مشوبة بغلو بين وظاهر في التقدير، باعتبار أن الإدارة لها في حالة المستأنف عليه من الوسائل البديلة ما يمكنها من إنزال الجزاء والعقوبة المناسبة لوضعه بقصد تقويم سلوكه المهني، وليس اللجوء مباشرة إلى اتخاذ عقوبة العزل في حقه التي تعتبر من أكثر وأشد العقوبات الإدارية صرامة"⁽⁹⁾، لكن الغرفة الإدارية قضت بنقض القرار المذكور وفق ما عرضناه في الحثيات السابقة تقييدا لسلطة التأويل لدى محكمة الاستئناف الإدارية وتثبيتا للتوجه المحافظ من خلال هيمنة التفسير الحرفي.

إن هذا التوجه المثير نحو تكريس التفسير الحرفي، تأييدا لمفاهيم المصلحة العامة والمنفعة العامة أصبح إتجاها عاما، وليست هذه الأمثلة سوى جزء بسيط من النسق العام الذي أصبح يتجه إليه القاضي الإداري في جميع مستويات التقاضي، فنجد مثلا أن محكمة النقض رفضت طلب إعادة النظر، لان الطالب لم يبين مقاله على الفصل المنظم لإعادة النظر أمام محكمة النقض وهو الفصل 379، حيث اتجهت محكمة النقض نحو إغلاق أوجه العدالة رغم معقولية ما ذهبت إليه المحكمة من حيث القانون إلا أنه

(9) قرار محكمة الاستئناف الإدارية عدد 2079 بتاريخ 10/05/2016 في الملف رقم: 2016/7207/108، غير منشور.

يبقى محط مسائلة ونقد فلسفي يستحضر العدالة⁽¹⁰⁾.

إن سلطة التفسير الحرفي التي تحكمت في الأسس المعرفية للقضايا الإداري أنتجت في عدة قرارات مبادئ وتعليقات متناقضة نتيجة التمسك بمنطلقات مختلفة، فالقاضي الإداري ينطلق في بعض القضايا من تفسير حرفي جامد لمفهوم النظام العام والمصلحة العامة⁽¹¹⁾، ينتج عن هذا التفسير عدالة شكلية لا تنصف حقوق المتقاضين ضد النظام العام أو المصلحة

(10) قررت محكمة النقض في الحثية التالية ما يلي:

"لكن حيث إن الطالب قد أسس طعنه بإعادة انظر في القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة النقض على مقتضيات الفصول 402 وما بعده من قانون المسطرة المدنية وهي نصوص خاصة بالتقاضي أمام محكمة الاستئناف من الناحية المسطرية، في حين أن طلبات إعادة النظر في القرارات الصادرة عن محكمة النقض لا تقبل إعادة النظر إلا في نطاق الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية مما تبقى معه الأسباب المقدمة في إطار الفصل 402 المشار إليه أعلاه وما بعده غير مقبول".

- قرار الغرفة الإدارية محكمة النقض عدد 1-719-1 ملف عدد: 4-4-2017-1-4-555 بتاريخ 05-07-2018، غير منشور.

(11) يقدم الفقيه الفرنسي "جاك شوفالييه" تحليلاً متميزاً لمفهوم المصلحة العامة باعتبارها مفهوماً مفصلياً وأساسياً في عملية إنتاج رمزي لمجتمع لا ينظر إلى تشوهات السلطة، إنها في نهاية المطاف فكرة إيديولوجية، لذلك لا يجب اعتبار إيديولوجية المصلحة العامة بمثابة بناء خارق ومُصطنع وطارئ يهدف في البلدان الليبرالية إلى تشجيع العلاقات الاجتماعية والحد من استخدام الإكراه البدني وتيسير الموافقة على السلطة، بالعكس من ذلك، إنه عنصر أساسي وتشكيلي في المجتمعات الحديثة، التي لا يمكن أن تعيش إلا من خلال إنكارها رمزياً وإخفاء عري السلطة، بناءً على الانقسام والتمييز والتمايز، للتوسع أنظر:

- Jacques Chevallier, Réflexions Sur L'idéologie De L'Intérêt Général, Un Article Publié Dans Un Livre Collectif Intitulé: Variations Autour De L'idéologie De L'intérêt Général. Volume 1 / Curapp, Centre Universitaire De Recherches Administratives Et Politiques De Picardie ; Faculté De Droit Et Des Sciences Economiques De Reims ; Sous La Direction De Jacques Chevallier, P.U.F, Paris, 1979, P. 12.

العامة، كما أنه في بعض الحالات الأخرى يعمل على التحرر الجزئي من النظام العام والمصلحة العامة حتى يتسنى له حماية الحقوق والمراكز القانونية للمتقاضين ضد الإدارة - ضد السلطة- ضد المرفق العام.

نجد هذا التضارب في المنطلقات وفي المفاهيم المستعملة في قرارين صادرين عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، فالقرار الأول صادر سنة 2018 ويتعلق بإحدى الطبيبات التي تم تعيينها في مدينة السمارة ملتزمة بالعمل لمدة ثمان سنوات كما هو ثابت من الالتزام الموقع من طرف المعنية بالأمر وفق مقتضيات المرسوم المنظم لذلك، وحيث إن المدعية قامت بتقديم استقالتها لوزارة الصحة لعدم استطاعتها الاستمرار في العمل لظروف عائلية مرتبطة بعمل زوجها بمدينة الرباط، كما أنها عبرت عن نيتها في إرجاع المبالغ التي صرفت لها شهريا طيلة عملها حسب ما صرحت به ملفوظات المرسوم رقم 2,91,527 الصادر بتاريخ 13 ماي 1993، بعد أن رفضت المحكمة الإدارية إلغاء قرار رفض الاستقالة أصدرت محكمة الاستئناف الإدارية قرار بإلغاء الحكم السابق.

وهو القرار المطلوب نقضه من قبل الإدارة، وقد بنت الإدارة وسائل نقضها على مفاهيم تحتمل العديد من التأويلات، ترتبط بمفهوم السلطة والدولة والمجال العام بوصفه هيمنة على المجال الخاص للمجتمع، بررت رفضها بالمصلحة العامة وتعارض قبول الاستقالة مع السياسة الصحية للدولة، وأن قبول الاستقالة في مثل هذه الحالة سيفتح المجال إلى قبول استقالات عديدة لبعض زملائها، إنها مناداة صريحة من طرف الإدارة بتطبيق الأمن القانوني بكل تجلياته السلبية، وقد اتجهت المحكمة إلى نفس التعليقات من خلال قبولها لمصطلح السلطة التقديرية للإدارة الذي صرح به دفاع الوزارة مستمدا إياه من الفصلين 77 و78 من قانون الوظيفة العمومية، دافعا بذلك كل التطورات التي حققها القضاء الإداري الفرنسي أو القضاء

الإداري المغربي في مراقبة السلطة التقديرية للإدارة، وقد صرحت المحكمة بنقض القرار في ضوء التعليقات التالية: "تمسك الطرف الطالب بأن ما نحتة المحكمة يتعارض مع مقتضيات الفصلين 77 و78 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية التي يتعين أن تسري على المطلوبة في النقض باعتبارها موظفة عمومية تربطها بالإدارة علاقة نظامية، وأن لهذه الأخيرة سلطة تقديرية في قبول أو رفض طلب الاستقالة تبعاً لما تقتضيه المصلحة العامة، وتحديدًا مصلحة المرفق العمومي الذي تعمل به المطلوبة في النقض، والمحكمة لما لم تتحقق من تاريخ توقيع الإلتزام بالعمل لمدة ثماني سنوات وتاريخ التوظيف بالنظر إلى تاريخ طلب الاستقالة، وما إذا كانت المعنية بالأمر مخاطبة بمقتضيات المادة 32 المشار إليها، وهي أمور لها تأثير في نتيجة قضائها، لم تجعل لما قضت به أساس من القانون وعللته تعليلاً فاسداً يوازي انعدامه وعرضت قرارها للنقض" (12).

يشكل هذا القرار إتجاهاً محافظاً لمحكمة النقض في حماية المصلحة العامة والنظام والسماح للإدارة بسلطتي التفسير والتأويل القانوني لمقتضيات قانون الوظيفة العمومية والمرسوم المذكور، في حين لا تسمح للقضاة الإداريين في إطار دورها البيداغوجي، بأن يراقبوا سلطة الإدارة في تفسير وتأويل القانون، وأن سلطة النص تتحكم في ذهنية القاضي الإداري.

أما القرار الثاني الصادر عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض صدر سنة 2017 وقد انطلق عكس القرار السابق من مفاهيم أكثر تحرراً من قبضة المصلحة العامة والنظام العام، والجدير بالذكر أن الناظرين تشركان في

(12) قرار الغرفة الإدارية بحكمة النقض عدد: 1/621، ملف رقم: 2017/1/4/4060 بتاريخ: 2018/06/07، غير منشور.

نفس الوقائع، الشيء الذي يطرح سؤالاً منطقياً حول اختلاف التعليقات المدرجة في القرارات الصادرين عن الغرفة الإدارية؟.

فالقرار الأول وفقاً للتحليل الملحق به، رفض الاستقالة بدعوى وجود علاقة نظامية بين الطبيبة (الموظفة) ووزارة الصحة طبقاً لقانون الوظيفة العمومية، وأنه لا يمكن مواجهة الإدارة بالفصول المنظمة لنقض الالتزام وارجاع المبالغ المستفاد منها طبقاً للمرسوم رقم 2,91,527 الصادر بتاريخ 13 ماي 1993 بدعوى المصلحة العامة، والسلطة التقديرية للإدارة في قبول الاستقالة طبقاً لقانون الوظيفة العمومية وهو ما يمكننا أن نستنتج معه أن القرار توسع في منح الإدارة سلطة التأويل القانوني في حين منع على القاضي الإداري سلطة تأويل النص القانوني.

أما القرار الثاني فقد قبل طلب إستقالة المطلوبة في الطعن بعد أن ألغى القاضي الإداري في مختلف درجات التقاضي قرار السلطة الإدارية برفض الإستقالة، وحيث لما قامت الإدارة بنقض قرار محكمة الإستئناف بررت طعنها بنفس الوسائل المستدل بها في القرار الأول، أي من خلال إدعائها بوجود علاقة نظامية بين الطبيبة والوزارة، تخضع لمقتضيات قانون الوظيفة العمومية التي تمنح سلطة تقديرية للإدارة في قبول أو رفض الإستقالة مراعية في ذلك المصلحة العامة والأمن القانوني المستمد من السياسة الصحية للدولة، لكن رغم هذه التبريرات، لم تتجه محكمة النقض نحو الإنتصار إلى المصلحة العامة، بل انتصرت للإرادة الخاصة للطبيبة في الاستقالة طبقاً لمقتضيات المرسوم المذكور دافعة بذلك سلطة الإدارة في التأويل القانوني، وهو تأويل لا محالة يؤثر في مستوى العدالة ويكرس سلطوية وبيروقراطية داخل النصوص المتعامل بها من طرف الإدارة، حيث جاء تعليل المحكمة في هذا القرار على الشكل التالي: "لكن، حيث إن محكمة الاستئناف مصدرة القرار المطعون فيه بالنقض لما عللت قرارها استناداً

إلى مقتضيات المادة 32 مكررة من المرسوم رقم 527-91-2 الصادر بتاريخ 13/05/1993 المتعلق بوضعية الطلبة الخارجيين والداخليين المعينين بالمراكز الاستشفائية، وتبين لها أن هذا المقتضى يسمح للطبيب المقيم المتوفر على صفة موظف أو موظف متدرب بنقض الالتزام بالعمل لدى الإدارة قبل انقضاء المدة المتفق عليها، شريطة إرجاع المبالغ التي استفاد منها، ولما قضت بتأييد الحكم المستأنف استناداً إلى ما ذكر معتبرة رفض الإدارة لطلب الاستقالة مخالفاً للقانون الذي لا يجوز خرقه بعله خدمة الصالح العام، تكون قد أسست قضاءها على سند من القانون الواجب التطبيق ولم تخرق أي مقتضى، وما بالوسيلة على غير أساس⁽¹³⁾.

بعد أن بينا كيف أن التفسير الحرفي قد اجتاح منهج القاضي الإداري، والذي أثر في العدالة الإدارية، كما وضحنا أن التفسير ليس إلا آلية أولية يحتاجها العقل في كل تحليلاته، أي أننا لن نكون أمام قاض إن لم يفسر في مرحلة أولى، فسنحاول في هذه الورقة البحثية، التأسيس لنظرة جديدة حول مناهج القاضي الإداري تهدف إلى تجاوز الوضعية الحرجة الحالية وإنهاء لمحنة التفسير وارتقاء بسلطة القاضي الإداري في التعامل مع النص القانوني.

(13) قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة النقض رقم: 1/955، المؤرخ في: 29/06/2017، ملف إداري رقم: 1940/4/1/2017، غير منشور.

المطلب الثاني

مقدمة أساسية: تحديد منهجي وانفتاح حياتي

لما كانت الوضعية الحرجة الناتجة عن طغيان التفسير الحرفي في منهج القاضي الإداري قد رتبت آفتين: الأولى؛ الإخلاص الأعمى للأمن القانوني بما يكرس هيمنة النص القانوني على مختلف مظاهر التعددية الاجتماعية، والثاني؛ انهيار مقتضيات العدالة الإدارية بما يكرس هيمنة التوجه السلطوي للدولة ومؤسساتها على مختلف أحكام القضاء الإداري، فإن تجاوز الوضعية السابقة يقتضي محاولة وضع أسس جديدة لتعامل القاضي الإداري مع النص القانوني، ولا بد أن تراعي هذه الأسس مسألتين اثنتين: الأولى؛ الحد من آفتي إتباع الأمن القانوني وانهيار العدالة الإدارية، والثاني؛ تفعيل خاصية تعددية مناهج التعامل مع النص القانوني بما يساوق تنوع العلاقات الإنسانية.

وينتج عن مراعاة المسألتين السابقتين تحقق مبدأ تدرج مناهج تعامل القاضي الإداري مع النص القانوني وفق الأشكال الثلاثة التالية: أولاً؛ عدم جمود القضاء الإداري على رأي واحد أثناء قراءة مقتضيات القانون الإداري، حتى يتم تفجير المعاني داخل ألفاظ النص تحقيقاً للمرونة القانونية وتفكيكا لصلابة ألفاظ النص القانوني، ثانياً؛ عدم اكتفاء القضاء الإداري بالمقتضيات التشريعية الإدارية، حتى يتم تأسيس نظريات ووضعيات قانونية جديدة من خلال الانفتاح الإيجابي على قواعد القانون الخاص تحقيقاً للإحالة التشريعية وتجاوزاً للإنغلاق الخطاب القانوني، ثالثاً؛ عدم طلب القضاء الإداري للحلول القانونية من النص القانوني لوحده، حتى يتم استنباط المبادئ الأساسية من الحياة الاجتماعية تحقيقاً للمساحات المشتركة وإنهاء لهيمنة النص القانوني.

الفقرة الأولى : المرونة القانونية تفكيك لصلابة النص

لما استنفذ "المذهب الوضعي"⁽¹⁴⁾ بعض إمكاناته التفسيرية والقدرات في إنتاج قراءات حدائية تنهض بالمجتمع من حيث العدالة وضمأن الحقوق، دفع الكثير من المفكرين والفقهاء والباحثين في محاولة الانقلاب على هذه

(14) يتشكل المذهب الوضعي من كل الآراء الفقهية المؤيدة للنص القانوني باعتباره التعبير الأساسي للإرادة العامة، إذ يكون التأييد المذكور بالتركيز على القانون الموضوع من طرف سلطة عليا تناط بها عملية التشريع تحقيقا لعنصر الشكلية، ويكون هذا القانون بحسب رأيهم منتجا لأثر اجتماعي من خلال ما يحدثه من قواعد في الواقع دون النظر في ما كان يجب أن يحدثه، أي التركيز على ما هو كائن لا ما يجب أن يكون، مستبعدين ذلك عناصر أخرى تتمثل في العدالة والأخلاق.

وتقدم شبكة مؤمنون بلا حدود تعريف للوضعية القانونية أو المذهب الطبيعي على الشكل التالي: "تعتبر الوضعانية القانونية سلبية المذهب الوضعي الذي يعد أوغست كونت رائده، وقد ظهرت بوادرها في علم القانون تبعا للعلموية (scientisme) الطاغية على القرن التاسع عشر، وأضححت هي السائدة لدى غالبية العاملين في القانون، وهي تقوم على الاهتمام بالقانون كما هو كائن لا كما يجب أن يكون، من خلال البحث في: عملية إنتاج القاعدة القانونية من جهة، والمنتوج القانوني عامة من جهة أخرى. وتتميز الوضعانية القانونية بنزوعها نحو العلميّة؛ فهي تعتبر النتاج القانوني فعلا علميا وليس عملا سياسيا، ومن هنا دعوتها إلى تعويض السلطة السياسية بالعلم. ولذلك استبعدت فكرة العدالة من مجال القانون، لاعتقادها أنّ الحكم بها أو بعدمها يفترض وجود معايير غير قابلة للخضوع لضوابط المعرفة العلميّة، ومن هنا دعوة الوضعانية القانونية إلى وضع نظرية محضة في القانون.

ويعدّ هانز كلسن (1881-1973) من أبرز أعلامها، وهو الذي ذهب إلى رفض فكرة الحق الطبيعي، واعتبرها مجرد وهم لافتراضها وجود طبيعة جوهرية للإنسان تتميز بالثبات والوحدة والتعالى على الواقع التاريخي المتغير والمتنوع. وأكد في المقابل أنّ الحقّ الوضعي هو دعامة جميع الحقوق التي يتمتع به الناس من حيث هو جملة القواعد القانونية والقيم الأخلاقية المتفق عليها والمعمول بها في مجتمع ما خلال فترة زمنية معينة. ويتميز الحق الوضعي بقابليته للتعديل وفق حاجة المجتمع المتطورة".

- قسم التحرير، الوضعانية القانونية، مقال منشور في موقع مؤسسة مؤمنون بلا حدود على الرابط التالي: <http://www.mominoun.com>.

المحدودية، من خلال إنتاج فكر قانوني جديد ينطلق من الأهداف التالية: أولاً: إعادة اكتشاف وإحياء فلسفة الأخلاق وفلسفة القانون الطبيعي دفعا للانفصال الذي أحدثه المذهب الوضعي بين العدالة والأخلاق والقانون، ثانياً: إستعمال النقد كوسيلة لدفع ما يشوب القوانين من ظلم، ثالثاً: الانطلاق من فكرة التعددية باعتبارها أساس فهم متطلبات المجتمع، لينتج الفكر القانوني الجديد النتيجة التالية: تحقيق المرونة القانونية في قراءة النصوص بما يمكن من تكريس العدالة، من خلال هذا العرض الموجز سنحاول في ما تبقى من هذا الجزء أن نبين أهم الأسس الفلسفية والقانونية لفكرة المرونة.

لقد كانت المرونة القانونية؛ محط نقاش فكري وفقهي سواء إذا تعلق الأمر بالآراء الفقهية المنتمية للتداول الفرنسي أو الأنجلو-أمريكي، لكن التداول الأخير كان له دور كبير في تعزيز مفهوم المرونة القانونية داخل مجال التشريع والقضاء، لأن القانون البريطاني والأمريكي يسمحان باستعمال القواعد القانونية المرنة وتعطي للقاضي السلطة التقديرية في إنتاج الحكم وفي تأويل القواعد، إذ كان من المألوف في القانون الفرنسي وتوابعه اعتبار التشريع أداة لتحقيق الأمن القانوني من خلال الصياغة الدقيقة والثابتة، فإن الصياغة المذكورة أضحت نمطا غير مقبول من طرف البعض، ذلك أنها تنتج ثلاث آفات: أولاً، لا تعبر القاعدة القانونية الثابتة عن المجتمع وتحولاته، ثانياً؛ عدم قدرة القاعدة القانونية الثابتة على مسانيرة تطورات العلاقات والتصرفات القانونية المنظمة، ثالثاً؛ عدم السماح للقاضي بأن يمارس سلطة تقديرية واسعة.

وكلما رفضت المرونة إلا وزادت الآفات المذكورة استفحالاً، وأن دفع هذه الآفات يقتضي اللجوء المباشر وغير المباشر إلى المرونة القانونية، **Legal Flexibility, Flexibilité juridique**، وتفيد صياغة قواعد قانونية مرنة تضمن استمرار تطبيق أحكام تلك القواعد على معظم الحالات التي تنشأ

مستقبلا، وتتيح الألفاظ المرنة -المستعملة في صياغة القواعد القانونية- للقاضي ممارسة دور تقديري يمكنه من تحقيق العدالة والبت في النوازل المستجدة، كما تسمح المرونة بتعديل التشريعات كلما أصبحت جامدة وغير مواكبة للمجتمع. إن التطرق إلى المرونة القانونية يقتضي التمييز بين ما أنتجه الفقه الفرنكفوني والأنغلو أمريكي في هذه المسألة.

ويعد جون كابورنييه أهم من فكر ونظر حول مفهوم المرونة القانونية في المجال الفرنسي، لقد كانت له نظرة خاصة إلى القانون، جعلته ينتج قراءة جديدة وحدثية لمفهوم القانون وسريانه، إذ بالقدر الذي يحترم المجتمع القانون ويلتجأ إليه مؤمنا بمبدأ سيادة القانون، بالقدر الذي يكون القانون بهذه الصيغة أكثر صلابة وثباتا، وقد يتحول الثبات إلى جمود غير مرغوب فيه، فيقر كابورنييه أن القانون الوضعي لا بد أن يكون متميزا بالاختلاف والتنوع والتقلب والحيوية الداخلية، لتكسر داخله المرونة القانونية بوصفها خلاصة فكر كابورنييه المتجلي في الآتي⁽¹⁵⁾؛ أولا؛ نقض فكرة القانون الأبدي واعتبار قواعد القانون مؤقتة تتغير حسب تطور المجتمعات، ثانيا؛ وجود تنوع داخلي في الممارسة القانونية تدل على عدم كفاية النص القانوني، الثالث؛ أن النص القانوني مصاغ بألفاظ غير مكتملة تتيح للمحكمة إصدار أحكام مرنة، رابعا؛ لا يمكن إضفاء الصبغة القانونية على تصرف ما بصفة دائمة، خامسا؛ يحمل المجتمع تنوعا كبيرا داخل بنياته تجعل من أنه لا يمكن التعبير عن جل فئات المجتمع بنص قانوني واحد.

في حين سيكون غاي بيخور نموذجا للإبداع الفقهي الأنغلو-أمريكي، إذ حاول أن يؤسس لمفهوم المرونة القانونية بوصفها أسلوبا جديدا لتحقيق

Jean Carbonnie, Flexible Droit: Pour Une Sociologie Du Droit Sans Rigueur, (15) L.G.D.J, Paris, 2001, P.9-10.

صالح المجتمع، لما تطرق إلى الأساليب المستعملة من قبل عبد الرزاق السنهوري ولجنة سن القانون المدني المصري الجديد، حيث سعى هؤلاء إلى تحقيق التوازن بين أقطاب متنافرة (فقر - غنى) و(فرد - جماعة) و(تقدم - تقليد) أثناء صياغتهم للقانون المدني، لكن الجمع بين الأشكال المتنوعة داخل المجتمع بصيغ قانونية، يقتضي وضع صيغ تخضع لمبدأ المرونة باعتبارها تعبير عن رحابة التفكير والقدرة على الجمع بين أفراد المجتمع وإذابة الخلافات والتناقضات بينهم، وتكون قاعدة المرونة فاعلة حسب بيخور داخل ثلاثة نطاقات (المجتمع، القانون، الزمان): النطاق الأول؛ تحقيق الانسجام والتوازن الداخلي ضمن النص القانوني ابتغاء تدبير الاختلاف، النطاق الثاني؛ تحقيق التكيف الخارجي بين القانون والمجتمع ابتغاء منح القانون شرعية المجتمع، النطاق الثالث؛ تحقيق القانون لغرضين أساسيين الأول تنظيم المجتمع المعاصر والثاني التطلع لتنظيم المجتمع المستقبلي⁽¹⁶⁾.

انطلاقاً من الإطار النظري السابق سنتجه نحو استثمار الخلاصات النظرية في إنشاء آلية المرونة في مناهج القاضي الإداري، إذ تتميز نصوص القانون الإداري من حيث المبدأ بالمرونة، إذ تعمل السلطة الإدارية على تحقيق أهداف معيارية (المصلحة العامة والمنفعة العامة) من خلال تصرفات قانونية تنضبط للقواعد القانونية من جهة، وتخضع للسلطة التقديرية للإدارة من جهة ثانية، كما أن قاعدة المرونة تركزت بشكل كبير في الفقه والقانون الإنجليزي والأمريكي، ذلك أن طبيعة القانون المشترك، دفعت الفقه إلى إنتاج المرونة القانونية داخل القانون الإداري باعتبارها آلية لتحرير البنية

(16) غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ط 1، 2011، ص. 326 - 332.

الإدارية للدولة من القيود⁽¹⁷⁾ وجعل القرار الإداري أكثر تشاركية وإنصافاً⁽¹⁸⁾.

وتعتمد المرونة القانونية على مناهج تتأسس من مبادئ اللغة والمنطق القانوني والحجاج، كما تعتمد على الأسس الاجتماعية للنصوص القانونية، لتنتج تلك المناهج: تكاملاً بين القوانين، وتعرفاً على مقاصد المشرع، وتحقيقاً للمرونة في تطبيق النصوص القانونية.

ولا شك أن العدالة الإدارية باعتبارها نتيجة عمل القضاء الإداري متميزة عن العديد من أنواع العدالة القضائية، ذلك أن القضاء الإداري أقرب إلى تطبيق المرونة القانونية بسبب تعدد الوقائع في القضايا المعروضة عليه وتنوع الحالات الناتجة عن التصرفات القانونية الإدارية، فيكون التعدد والتنوع في الوقائع والحالات دافعاً لاختيار القضاء الإداري منهج المرونة والانفتاح. ليكون القضاء الإداري مجتهداً في البحث الدائم عن سبل تطبيق النص من خلال إضفاء المرونة على ملفوظاته وأحكامه مراعاة للوقائع المتعددة، فتكون مرونة القضاء الإداري سبباً في إحياء إبداعه من خلال تكريس القضاء الإداري للمرونة القانونية في تطبيق القانون الإداري، ويترتب عنه تحرر القضاء الإداري من الأمن القانوني.

فيكون القضاء الإداري أحرص المؤسسات في التخفيف من تعقيد الإجراءات الإدارية والقضائية، بغية تحقيق العدالة الإدارية، ولا يكون هذا التخفيف إلغاءً لمقتضيات النصوص القانونية المنظمة لتلك الإجراءات، بل

Soochan Ahn, Legitimacy, Flexibility And Administrative Law, Submitted To (17) The Faculty Of Indiana University Maurer School Of Law, In Partial Fulfillment Of The Requirements For The Degree Of: Phd Of Juridical Science May, 2021, P.25.

Adam Perry, The Flexibility Rule In Administrative Law, Cambridge Law Journal- (18) nal, 10 Jan 2017, P.24

ينصرف منهج القضاء الإداري إلى النظر في جزئيات الوقائع وخصوصيات النوازل تمحيصا وتحقيقا، يراد به كشف التعددية المميزة للأثار المترتبة عن التصرفات الإدارية، ومتى تحقق القضاء الإداري من المذكور، تحول نحو تمحيص النص القانوني المنظم لإجراءات النازلة، فيمارس التفسير والتأويل والاستنباط من النصوص المقروءة، حتى أمكنه ذلك التخفيف من الإجراءات الملزمة للأطراف، مستقيا حكمه من جزئيات الوقائع، فلا يخرج حكمه عن وجهين: الأول؛ عدم انطباق المقتضى القانوني مع إحدى جزئيات الوقائع، الثاني؛ اعتبار الجزئيات المدروسة استثناء من النص القانوني.

ويمكن الاستدلال على النتائج المقررة أعلاه، من خلال ما دأب عليه العمل والاجتهاد القضائي من إصدار أحكام تبت في المنازعات الضريبية بمنهج منفتح دافعا للتشدد الإجرائي ومثبتا المرونة، وسيكون الاستدلال السابق قويا ما دام أنه مرتبط بمجال قانوني عرف أهله بالتشدد في تطبيق القانون، استنادا على الأمن القانوني، ودعما للتفسير الحرفي، لكن بقدر تثبت المتدخلين في الميدان الضريبي بتفسير حرفي لمقتضيات القانون الضريبي ومدونة تحصيل الديون العمومية، بقدر تطلع الإدارة الضريبية إلى أن يتعامل القضاء الإداري بمرونة قانونية لأجل الحفاظ على حقوق خزينة الدولة.

تنطلق الإدارة الجبائية من مبدأي "المصلحة العامة والحفاظ على المال العام" للقفز على الضمانات المسطرية المخولة للملزم وتكثيف مسطرة تحصيل الدين الضريبي بما يؤدي إلى الانقلاب على الأسس الداعمة لتحصيل قانوني وعادل، لكن القضاء الإداري يرد على مزاعم الإدارة من خلال روح المواد المنظمة للتقادم في قانون الالتزامات والعقود أو لطرق التحصيل القانوني وما يترتب عنه من إجراءات، رافضا حماية خزينة الدولة بإجراءات لا تحمي حقوق الملزم، ووفق هذا التصور قضت محكمة النقض

ب: " لكن، حيث إن ما جاء بهذا الفرع من الوسيلة لا يمت بصلة لا إلى روح ونص المادة 382 المحتج بخرقها ولا إلى وقائع محددة حصرها الطالب بدقة تبين طبيعتها وصلتها بالمقتضيات القانونية المضمنة بالمواد 36 وما يليها والمادة 123 من مدونة التحصيل وكذا المادة 382 من قانون الالتزامات والعقود ما يكون معه هذا الفرع من الوسيلة غامضا ومبهما كذلك، وتكون بذلك غير مقبولة" (19).

يحاول القضاء الإداري أن يخفف من صلابة الإجراءات التي تنظم المساطر الضريبية، إذ يستثمر المرونة القانونية في النظر في علاقة الوقائع بالنصوص القانونية، مستثنيا تطبيق بعض الأحكام على بعض الوقائع تحقيقا للعدالة، فقد اتجه القضاء الإداري المغربي إلى عدم سريان قاعدة أداء الضريبة قبل أي مطالبة إدارية أو قضائية على كل الحالات، بل من الممكن طلب وقف تنفيذ إجراءات تحصيل الضريبة المقررة، إذا كان الملزم ينازع في أساسها أو في مشروعيتها، كما أن القضاء الإداري قد أعفى من ينازع في المذكور من أن يقدم كفالة جراء طلبه وقف تنفيذ التحصيل⁽²⁰⁾. كما أن القاضي استعمل المرونة في وضع استثناء يقضي بعدم سريان المطالبة الإدارية على الطلبات الرامية إلى وقف إجراءات التحصيل ما دام أنه إجراء وقتي ويتسم بصفة الاستعجال، وأن معظم القضايا الاستعجالية لا تتوقف على سلوك مسطرة التظلم الإداري⁽²¹⁾.

(19) قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد: 1/2469 المؤرخ في : 10/12/2015، ملف إداري رقم: 2015/1/4/4270.

(20) قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 381 بتاريخ 11 أبريل 2013 ملف إداري عدد: 2011-1-4-310.

(21) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 829 بتاريخ 11-10-2006 ملف إداري رقم: 2006-2-4-2737.

لقد شملت المرونة القانونية المطبقة من طرف القضاء الإداري إلى عدم وجوب سلوك مسطرة التظلم الإداري في العديد من القضايا كما هو الشأن بالنسبة للمنازعة المرفوعة من طرف الأجير الخاضع للضريبة من المنبع، إذ أقرت المحكمة الإدارية بالرباط على أن الأجير غير ملزم بسلوك مسطرة التظلم الإداري وفق الحيثية التالية: "أما في الحالة التي تكون فيها وسيلة الاستخلاص هي الحجز من المنبع، فإنه في هذه الحالة لا يكون هناك موجب من حيث المبدأ لإصدار الأمر بالتحصيل، لأن الإدارة المشغلة التي تتولى عملية الحجز ملزمة باقتطاع المبالغ الضريبية قبل صرف الدخول المفروضة عليها لأصحابها، ثم دفع المبلغ المحجوز إلى صندوق المحصل داخل الأجل القانوني المحدد... وحيث إنه تبعا لذلك، فإنه لا مجال لمطالبة المدعي بسلوك مسطرة التظلم الإداري طالما لم يكن هناك أي أمر بالتحصيل صدر في مواجهته"⁽²²⁾ وتنوعت القضايا والأحكام التي استثنت العديد من القضايا من مسطرة التظلم الإداري ك: "منازعة الشخص في صفته كملزم بالضريبة" و"خرق مسطرة الفرض الضريبي أو التصحيح الضريبي" و"عدم إحالة الملف على اللجان الضريبية"⁽²³⁾، وقد كرس المرونة القانونية أيضا المنازعات المتعلقة بالتقادم، إذ اتجهت الغرفة الإدارية إلى استثناء القضايا التي تروم المنازعة في التقادم وفق الحيثية التالية: "أما إذا كان الطاعن - كما في نازلة الحال- قد استند في دعواه على تقادم إجراءات تحصيل الضرائب المطالب بها دون أن ينصب على قانونية أي إجراء من إجراءات التحصيل اتخذ بشأنها من حيث الشكل أو في عدم اعتبار أداءات قام بها، فلا يحتج عليه بعدم سلوك مسطرة التظلم المنصوص عليها في المادة 120 من مدونة تحصيل الديون

(22) حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 29 بتاريخ 5-1-2006 ملف رقم 949-3-2004.

(23) محمد أزهرى، الإستثناءات القضائية من مسطرتي التظلم والتصحيح في المادة الضريبية، مكتبة الرشاد، السطات، 2019، ص. 58 وما بعدها.

العمومية، مما تكون معه الوسيلة المثارة غير مجدية»⁽²⁴⁾

ومتى عرفنا أن القضاء الإداري يلجأ إلى المرونة القانونية باعتبارها انفتاح النص على واقعه، والتخفيف من وطأة الإجراءات الإدارية تحقيقاً لمقتضيات العدالة، فإنه سيلزم بالضرورة معرفة تجديد مناهج القضاء الإداري وخلق أدوار جديدة يضطلع بها القاضي الإداري.

ونتيجة لاستعمال المرونة القانونية يتحرر القضاء الإداري من الأمن القانوني، فليس الأمن القانوني مقتضى يتميز بالكمال المعرفي والاكتفاء التنظيمي حتى يصبح ملزماً لكل المتدخلين في القانون، مستعملين إياه في جميع القضايا القانونية. إذ يعتبر الأمن القانوني أداة تحقق استقرار المعاملات وثبات التنظيم القانوني، وقابليته إلى أن يستوعب الاستثمار الأجنبي ويضع الدولة في المراتب المتقدمة في الصناعة التشريعية⁽²⁵⁾.

لكن بالقدر الذي يحمل الأمن القانوني المعاني الإيجابية، فإنه يحمل أيضاً عدة معانٍ سلبية تتعلق بإغلاق العقل القانوني وإغراق الفكر القانوني في التوجه المحافظ الذي ينزع نحو التفسير الحرفي للنصوص القانونية ويركن إلى الرأي والقراءة المألوفة والمتواترة عبر الزمان. ولما كان الأمن القانوني تتحقق فيه الصفات السلبية لزم أن يتحرر منه القضاء الإداري، معترضاً على تأثيره السلبي في البت في القضايا الإدارية من الوجوه الثلاثة:

(24) قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 744 بتاريخ 15-09-2010 ملف عدد 1056-9-2009.

(25) Luca Volpî Le Concept De Sécurité Juridique Dans Le Régime De L'acte Administratif Unilatéral, Le Village De La Justice: <https://www.village-justice.com/articles/concept-securite-juridique-dans,21081.html#:~:Text=Le%20-principe%20de%20s%C3%A9curit%C3%A9%20juridique%20est%20donc%20n%C3%A9cessairement%20limit%C3%A9%20par,%20Action%20de%20l'administration.>

- الوجه الأول: تقييد القاضي الإداري لمقتضيات الأمن القانوني بأوجه العدالة الإدارية، بما يمكن من إعتبار الأمن القانوني خادماً أميناً لتحقيق العدالة عند تطبيق القانون الإداري.

- الوجه الثاني: عدم لجوء القاضي الإداري إلى الأمن القانوني إذا كان معيقاً حقيقياً في تكييف النص القانوني مع التغيرات الاجتماعية.

- الوجه الثالث: تبني القاضي الإداري للمرونة القانونية بما يتيح له التأويل وخلق الكليات العامة الناظمة للقضايا الإدارية، حتى يتم ضمان قراءات جديدة للنص القانوني وتحقيقاً لتطور مستمر في بنية لاجتهاد القضاء الإداري.

الفقرة الثانية: الإحالة التشريعية تجاوزاً لانغلاق الخطاب

إن الإحالة على القانون الخاص من طرف القاضي الإداري ليس تصرفاً شاذاً أو غير مرغوب فيه، إذ إن التفرقة المزعومة بين القانون الخاص والقانون العام تعبر عن أيديولوجيا تبتغي الهيمنة والعقلنة، لكن ما يجب الخوض فيه هو أن يحاول القاضي الإداري ضبط تعامله مع القانون الخاص تعاملًا إيجابياً، يبتغي به حماية المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، خصوصاً أن بعض القضايا التي يبت فيها القاضي الإداري تتقاطع مع بعض مظاهر وتصرفات القانون الخاص، الشيء الذي يجبر القاضي الإداري على الانفتاح على القانون الخاص.

إن المصلحة العامة تحضر بشكل أساسي في القوة المعيارية لقواعد القانون الإداري، فجل تعاملات الإدارة تنهل من المصلحة العامة باعتبارها مقصد أنشطتها وغاية تصرفاتها، لذلك يجد القاضي الإداري نفسه محاطاً بظلالها في كل تشكيلات القانون الإداري، رغم حساسية المفهوم واتساعه

وتأويلاته التي قد تتسم بالانحراف، إلا أن القاضي الإداري لا يجد أي مخرج للقبول والتسليم بمعقولية المصلحة العامة في مواجهة المصالح الخاصة المتميزة بالاختلاف والتباين والمحدودية.

ولما كانت المصلحة العامة تنبع من النشاط الإداري نفسه⁽²⁶⁾، فإن مقتضيات حمايتها تكون إما من خلال المبادئ العامة لتسيير المرافق العامة وللنشاط الإداري على وجه العموم، أو من خلال التشريعات التي تدخل ضمن القانون الإداري من خلال التصنيف الشكلي، ولهذا نجد أن القاضي الإداري عند دفاعه عن مشروعية المصلحة العامة يلجأ إلى هذه المبادئ أو تلك التشريعات.

لكن ما سنتناوله في هذا الجزء هو إمكانية لجوء القاضي الإداري المغربي إلى قواعد القانون الخاص من أجل الدفاع عن مشروعية المصلحة العامة، وهي عملية إيجابية في حد ذاتها، إذ ليس القانون الخاص منطقة محرمة على القاضي الإداري، بل من الممكن أن يلجأ إليه بمنهجية إيجابية وفاعلة، ولن نطيل في التأسيس النظري لهذا التعامل، بل سنعرض إلى مختلف التطبيقات القضائية مستنتجين بالتحليل والفحص والإستشكال عليها مختلف هذه التعاملات.

لقد اتجه القرار الأول المستدل به إلى الدفاع عن خصوصية الأكرية التي تنصب فوق الملك العام (المصلحة العامة) في مواجهة آثار الكراء التجاري، حيث صرحت محكمة النقض أن المحل الذي كان يستغله مورث الطالبين في الحي الجامعي لا يخضع للحقوق المخولة للتجار المنصوص

(26) لمحاولة التعمق في النشاط الإداري والمصلحة العامة يمكن مراجعة:

Michel Rousset Et Jean Garagnon, Droit Administratif Marocain, Remald, 99, 2017, P. 335.

عليها في ظهير الكراء التجاري أو مدونة التجارة بل إنه عقد إشغال الملك العام، وبهذا يكون قد إتجه القاضي الإداري نحو قواعد القانون الخاص ليستدل بها من خلال تقنية مفهوم المخالفة، حتى يبين أن الملك العام بوصفه يتضمن المصلحة العامة لا يخضع لقواعد الكراء التجاري نتيجة إشغاله من طرف الخواص، حيث جاء في إحدى حيثياتها: "لكن وخلافا لما تمسك به الطالبون فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما لاحظت أن العقد المبرم بين مدير الحي الجامعي بسطات باعتباره أمرا بالصرف، ومورث الطالبين بتاريخ 20/06/1996 المتعلق بالمحل التجاري الخاص ببيع المواد الغذائية هو عقد شغل الملك العام مؤقتا ولا يخضع لكراء المحلات التجارية ولا تطبق بشأنه الأحكام الخاصة بإنهاء عقود الكراء التجارية وفقا لما تنص عليه مقتضيات الفصل 40 من ظهير 24/05/1955. وتبعا لذلك لا يمكن إقامة الأصل التجاري عليه لتبعيته لمؤسسة عمومية، ولا يستفيد من الحقوق التي تخولها قوانين الملكية التجارية، ولا يقبل التصرفات الجارية في القوانين الخاصة كالتفويت والتنازل، مستنتجة من ذلك -عن حق- أن المتنازل الأصلي الذي هو مورث الطالبين عن تسيير المحل موضوع العقد وإنشاء هذا الأخير أصلا تجاريا عليه يعد أمرا مخالفا للقانون ويجعله في وضعية المحتل المذكور" (27).

كما أن القرار الثاني المستدل به في هذا الجزء، قد نحى نفس منحى القرار الأول في تعامله مع القانون الخاص، من خلال علاقة قواعد مسطرة صعوبات المقابلة المنصوص عليها في مدونة التجارة مع مرسوم الصفقات العمومية، وتتلخص نازلة هذا القرار في معاناة إحدى الشركات المتعاقدة مع

(27) قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض رقم: 1/1429، المؤرخ في: 13/10/2016، ملف إداري رقم: 3692/4/1/2015، غير منشور.

صندوق تمويل الطرق من صعوبات مالية ترتب عنها صدور حكم عن المحكمة التجارية بفتح مسطرة التسوية القضائية، وأن الصندوق المتعاقد معها رفض تمكينها من مستحقاتها المالية المترتبة قبل صدور حكم التسوية القضائية، وحيث قد أصدر القاضي المنتدب في إطار صعوبات المقاوله أمرا يقضي بتحويل مستحقات الشركة، وأن الصندوق قام باستئنافه، وقد ارتكز وجه استئنافه على مخالفة القاضي المنتدب لاختصاصاته المنصوص عليها في المادة 638 من مدونة التجارة ليصدر قرارا عن المحكمة التجارية بوجده، وهو القرار المطلوب للنقض، حيث بتت هذه الأخيرة في تنازع الاختصاص بين القاضي التجاري والقاضي الإداري في هذه القضية، وقد تعاملت محكمة النقض مع نصوص مدونة التجارة تعاملًا موضوعيًا جعلها لم تتأثر بقواعدها المتميزة بالمرونة، خصوصًا المادة 638 التي نظمت اختصاص القاضي المنتدب بملفوظات عامة تحتمل التأويل، فقد قضت محكمة النقض باختصاص القضاء الإداري نوعيًا للبت في الطلب وفق الاستدلال التالي: "معلوم أن عقود الصفقات العمومية تعتبر عقودًا إدارية بقوة القانون، وأن النزاعات الناجمة عنها تبقى ضمن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية طبقًا للمادة 8 من القانون المحدث لها حتى وإن كان الطرف المتعاقد مع الإدارة خاضعًا لمساطر معالجة الصعوبة، وبالتالي فإن عدم تصريح القاضي المنتدب بعدم اختصاصه وتصديه لموضوع نزاع إداري يعد خرقًا لقواعد الاختصاص النوعي." (28)

من خلال هذه الاستدلالات العملية السابقة نستنتج أن القاضي الإداري يتعامل مع قواعد القانون الخاص دون أي حظر، ما دام أنها قواعد مساعدة

(28) قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض رقم 1-789-1 ملف عدد: 1299-4-1-14 بتاريخ 14-06-2014 أورده: محمد بفقير، قضايا الصفقات العمومية في قضاء الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، مطبعة النجاح الجديدة، 2017، ص. 37 - 38 - 39.

في فهم واستيعاب والبت في النوازل، خصوصا تلك التي تتضح فيها مشروعية المصلحة العامة.

على العموم نجد أن القضاء الإداري المقارن حاول منذ زمن أن يستمد من قواعد القانون الخاص مجموعة من المبادئ والأحكام التي تأسست بها عدة قواعد أصبحت أحكام خاصة بالقانون الإداري، ولعل نظرية تحول القرارات الإدارية المكرسة في كثير من أحكام القضاء الإداري الألماني والفرنسي دليل على التأثير الإيجابي لدى القاضي الإداري بقواعد القانون الخاص، ونظرية التحول نشأت في القانون الروماني، لكن الفقهاء الألمان هم من صاغوا النظرية على الطريقة الحديثة، وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف جديد فيتحول التصرف الباطل إلى التصرف الصحيح الذي توافرت عناصره⁽²⁹⁾، ولقد نص على هذا المقتضى قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 309: "إذا بطل الالتزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير".

لقد حاول القضاء الإداري كما قلنا أن ينقل هذه النظرية من القانون الخاص إلى القانون العام في كثير من القضايا المعروضة على القضاء الإداري الألماني اعتبارا للدور المركزي الذي لعبه الفقه الألماني في إنتاج هذه النظرية⁽³⁰⁾، ومن بين القرارات المهمة التي أصدرها القضاء الإداري الألماني نجد حكم المحكمة الإدارية "بهسن" الذي قضى بتحول القرار

(29) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، ص. 546.

(30) للتوسع في نظرية التحول في الفقه الألماني يمكن مراجعة:

Brash Victor, Die Konversion Vom Standpunkt Der Geriffs Und Interressenjurisprudenz, Diss, Munster, 1949

Weil Elly, Konversion Rechtsgeschaeften, Diss, Munster, 1949.

الصادر عن جهة إدارية بإنهاء خدمة أحد الموظفين طبقا لقانون التوظيف إلى قرار بسحب تعيينه تطبيقا لأحكام قانون موظفي البوليس الاتحادي ما دام أن أنه يحقق نفس الغرض من القرار الأصلي وهو إنهاء خدمة الموظف⁽³¹⁾. بعد أن بينا مختلف توجهات القضاء الإداري المغربي والمقارن من الإحالة على القانون الخاص بمنهجية عقلانية وإيجابية ضمانا لمشروعية المصلحة العامة، سنبيين في ما تبقى من هذا الجزء التعامل الإيجابي للقاضي الإداري مع قواعد القانون الخاص خدمة للمصلحة الخاصة.

لقد مر معنا في ما سبق أن للقاضي الإداري منهجية إيجابية في تعامله مع القانون الخاص تحقيقا ودفاعا عن مشروعية المصلحة العامة، وسناقش في ما تبقى مظاهر التعامل الإيجابي للقاضي الإداري مع قواعد القانون الخاص دفاعا عن المصلحة الخاصة ضد تعسف المصلحة العامة، حيث أن القاضي الإداري في كثير من القضايا يتعامل تعاملًا أكثر إيجابية مع القانون الخاص عندما يقتضي منطق تعامله تعليلا يحمي المصلحة الخاصة، كما أن العديد من النظريات والقواعد الإدارية يرجع أساسها وأصلها إلى القانون المدني⁽³²⁾.

لكن إحالة القاضي الإداري على قواعد القانون الخاص لا يعتبر عملا ملزما، بل إنه يستطيع أن يبتكر حلولاً أخرى تنضبط إلى المبادئ العامة للقانون أو مبادئ العدالة، وهذا ما اتجه إليه القضاء الإداري المصري - المحكمة العليا بمجلس الدولة المصري - بجواز أن يستعير القاضي الإداري من قواعد القانون الخاص أو يتجاوز هذه الاستعارة وفق الحيثية التالية: "أن

رأفت الدسوقي، فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

Hess V.G.H. Datsh Ver. Bt. 1980, S 348. (31)

على عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري - الجزء الأول، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2014، ص. 27. (32)

روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، ولا تطبق وجوبا على روابط القانون العام فإذا لم يوجد، فلا يلزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتما وكما هي، وإنما تكون له حرিতে واستقلاله في ابتداء الحلول المناسبة للروابط المدنية؛ وما يتلاءم معها وله يطرحها إن كانت غير ملائمة معها، وله أن يطورها بما يحقق التلاؤم⁽³³⁾، يتجه القضاء الإداري المصري إلى مبدأ الحرية في الإحالة على القانون الخاص عند عدم وجود نص قانوني خاص بالنازلة المعروضة عليه، ومن تم ترتب الحرية المذكورة تعاملًا إيجابيًا مع القواعد المدنية أو التجارية أو الجنائية من خلال عملية تأويلية ومرنة تبتغي الحفاظ على هوية القانون الإداري ووجوده.

ورغم التوجه المذكور سابقا، فإن القاضي الإداري المغربي يتأثر بشكل متواصل بقواعد القانون الخاص، لكن ما نسعى إليه هو أن يسلك القاضي الإداري مسلكا إيجابيا في علاقته بقواعد القانون الخاص، والبحث عن الأحكام الإدارية التي سلكت تعاملًا إيجابيًا مع القانون الخاص من أجل حماية المصلحة الخاصة، يقود إلى قرار صادر عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض وتعلق القضية بصفقة مبرمة بين المكتب الوطني للكهرباء والمقاولات العامة للكهرباء، والتي تعثرت أشغال الصفقة، فقام المكتب بفسخ الصفقة مع الشركة ومطالبة هذه الأخيرة بتنفيذ الكفالات بتحويلها إلى حساب المكتب، وحيث إن الشركة فُتحت في حقها مسطرة صعوبات المقاولات، وأن المحكمة التجارية بأكادير قضت بأن الديون المترتبة لصالح المكتب أصبحت منقضية بمقتضى الفصل 1150 من قانون الالتزامات والعقود، لأن المكتب لم يصرح بديونه طبقا للمادتين 686 و687 من مدونة التجارة، ولما سلك المكتب المنازعة الإدارية قضت المحكمة الإدارية بأكادير برفض طلب

(33) حكم المحكمة العليا بمجلس الدولة المصري، الصادر في 2 يونيو 1956 في القضية رقم 57، س 2 ق، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، س 1، ص. 807.

المكتب وأيدته محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش، وأمام الغرفة الإدارية - وهو القرار موضوع القراءة والتحليل - اتجهت نحو منهجية إيجابية في مناقشتها للفصل 1150 من قانون الالتزامات والعقود والذي ينظم أحكام انقضاء الكفالة حيث صرح الفصل بدلالة لفظية عامة ابتدأت بـ "كل" وفق الآتي: " كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة ".

ولما كان حسب الثابت من المناقشات التي ضمنت في القرار المذكور أن المكتب الوطني للكهرباء لم يصرح بديونه إلى السنديك باعتباره التزاما أصليا منقضيا، توجهه الفقرة الأولى من المادة 686 من مدونة التجارة (قبل التعديل) التي تنص على أنه: " يوجه كل الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة، باستثناء المأجورين، تصريحهم بديونهم إلى السنديك. يشعر شخصا الدائنون الحاملون ضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما، وإذا اقتضى الحال، في موطنهم المختار " والمادة 687 من نفس المدونة: " يجب تقديم التصريح بالديون داخل أجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية. ويمدد هذا الأجل بشهرين بالنسبة إلى الدائنين القاطنين خارج المملكة المغربية " فإنه يترتب عليه انقضاء الكفالة كما نص على ذلك الفصل 1150 من قانون الالتزامات والعقود، وهذا ما قضى به القرار في الحثية التالية: " لما كان من الثابت أن الدين الأصلي قد انقضى لعدم التصريح به لدى سنديك التسوية القضائية فإن ذلك يستتبع انقضاء الكفالة الشيء الذي تكون معه مقتضيات الفصل 1150 من قانون الالتزامات والعقود هي واجبة التطبيق " (34).

(34) قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 1-1067، ملف عدد 13-1-4-2763 بتاريخ 2015-06-04.

في قضايا أخرى يحاول القاضي الإداري أن يفتح على قانون الالتزامات والعقود باعتباره قانوناً تتميز قواعده بالشمولية والعمومية، وحيث أنه لما كانت العقود الإدارية⁽³⁵⁾ تتأثر لا محالة في نشأتها وتكوينها بالمبادئ العامة لقانون الالتزامات والعقود، فإن هذا التأثير سيمتد إلى الأعمال والأشغال التي لم تلحقها نظرية العقد، أي ما ينجز بدون صفقة أو عقد إداري، وهذا يمكن استنتاجه من عدة أحكام وقرارات استعملت مثلاً نظرية الدفع غير المستحق أو الإثراء بلا سبب لتعويض المقاوله جراء أشغال تمت خارج ضوابط الصفقة، وهذا ما اتجهت إليه المحكمة الإدارية بفاس في الحثية التالية: "...لكن اعتباراً لكون إنجاز الأشغال، ترتب عنها تحمل المدعي عليه بنفقات أثبتتها الوثائق المدلى بها وتقرير الخبرة وفي المقابل حققت جهة الإدارة المنجزة لهذه الأشغال لفائدتها نفعا ثابتاً، واعتباراً لكون المدعي لم يكن يقوم بإنجاز تلك الأشغال إلا بموافقة الإدارة وتحت إشراف موظفيها فإن مثل هذه الوضعية تشكل إثراء لهذه الإدارة على حساب المدعي بما أنفقه في إنجاز تلك الأشغال..."⁽³⁶⁾.

تعد نظرية الإثراء بلا سبب أهم الحالات التي يتعامل معها القاضي الإداري بمناسبة انفتاحه الإيجابي على قواعد القانون الخاص (القانوني

(35) يمكن مراجعة أحد الأطروحات المهمة التي تحاول أن تؤرخ لنشأة وتطور العقود الإدارية بفرنسا:

Friedrich Clemmy, Histoire Doctrinale D'une Mise En Discours: Des Contrats De L'administration Au Contrat Administratif (1800-1960), Thèse En Vue De L'obtention Du Doctorat, Université Toulouse Capitole, 2016.

(36) حكم المحكمة الإدارية بفاس، ملف عدد 20-00، تحت عدد 239، بتاريخ: 30-4-2002، أورد هذا الحكم: محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مقال منشور بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، الصادرة عن الجامعة العربية، عدد 46، سنة العدد غير مذكورة، ص. 135.

المدني). ولقد طرحت هذه الفكرة في النقاش الفقهي بفرنسا وبعض الدول الفرنكفونية المتجلية في مدى إمكانية انفتاح القاضي الإداري على نظرية الإثراء بلا سبب. وقد طرح كثير من الفقهاء آرائهم حول استحالة تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب لتشيدهم على مسألة المحاسبة العمومية لتجنب أي تمييز للأموال العمومية، كما أن جانب من الفقه يرى أن تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في المنازعات الإدارية سيسمح للقاضي الإداري بالتدخل في شؤون الإدارة⁽³⁷⁾. لكن رغم الحذر الفقهي من النظرية وكذا تضارب الآراء القضائية حولها، تأسست بعد ذلك جسور أبستمولوجية بين قواعد القانون الإداري ونظرية الإثراء بلا سبب من خلال العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي⁽³⁸⁾ والآراء الفقهية المؤيدة⁽³⁹⁾.

نخلص مما سبق أن الإحالة على قواعد القانون الخاص سواء لمصلحة الإدارة أو للمصلحة الخاصة تعد مستوى أول في التعامل المنهجي مع القضايا، طالبا القاضي الإداري بذلك التجديد والتفكير، لكن الإخلاص

Foucart, *Elément De Droit Pubic Et Administratif*, 2ème Ed, 1839, T 2, Droit (37) Adm, P. 160.

- M A. *Cours De Droit Administratif*, Paris, 1847, *Hiérarchie Adm*, No 194, P. 383.

CE 24 Mars 1943, *Sieur Livernet*, Rec. P.80. (38)

- CE 15 Mars 1944, *Sieur Pelou*, Rec. P. 88.

Thérèse Rousseau-Houle, *La Notion D'enrichissement Sans Cause En Droit Administratif Québécois*, *Les Cahiers De Droit*, Volume 19, Numéro 4, 1978, P. 1040. (39)

Delphine Sion, *De L'apport De L'enrichissement Sans Cause Au Droit Des Contrats Administratifs Contribution Au Règlement Indemnitaire Des Situations Péri-Contractuelles*, Thèse Pour Le Doctorat De Droit Public: Présentée Et Soutenue Le 10 Septembre 2016, Aix Marseille Université, Faculté De Droit D'aix-En-Provence, P. 172.

لهذا المستوى في كل القضايا سيضع القاضي الإداري مرة أخرى أمام أزمة المناهج كما بحثناه في الجزء السابق، وعلى القاضي الإداري أن يفتح نحو إنتاج وتطبيق المبادئ العامة للقانون وكذا ممارسة التأويل على نصوص القانون الإداري.

الفقرة الثالثة: المساحات المشتركة انهاء هيمنة القانون

إن الأحكام المستخرجة من النصوص القانونية عن طريق التفسير بوصفه المستوى الأول في تطبيق النص سرعان ما لا تجاري قوة الواقع، ومجريات الحياة، الشيء الذي يترك فراغا بين القانون باعتباره الوجه التنظيمي للدولة والحياة التي تشكل جزئيات العلاقات الإنسانية وانفعالاتها وسلوكياتها المتنوعة والمتعددة، لا يستطيع الأمن القانوني المتبنى من قبل أهل التشريع أن يسري على كل جزئية في واقع غير منتهى من التجديد والتطور والتحديث.

لقد خلق الصدام بين القانون كبنية خطابية والحياة كمجال عام أو خاص مناطق مشتركة تتأسس فيها بعض الأفكار التي تتخذ مرجعا معياريا لضبط العلاقة الملتبسة بين القانون والحياة، تلك الأفكار أضحت مجالا يتجدد باستمرار، ولعل المقاربات المتداخلة بين الفلسفة والقانون، خصوصا الفلسفة العملية، قد أنتجت مجموعة من الأفكار التي تعمل على إنتاج الحلول الممكنة بعيدا عن نص قانوني مغلق، حيث أن مصادر إنتاج هذه الأفكار لا تخرج عن مجال الدين والأخلاق والطبيعة الإنسانية، وأن آلية التفاعل لا تكون إلا بالعقل والمنطق. فالبحث عن مساحات مشتركة تقرب الهوة بين نص مغلق وواقع مفتوح تحتاج إلى معرفة تكاملية وترابطية، غير أن هذه الغاية تختلف باختلاف الشعوب، فقد كان الرومان يستندون على

قانون الشعوب وأما اليونان فيستندون على قانون الطبيعة⁽⁴⁰⁾ باعتبارها مصادر العدالة التي تهتدي بها تلك الدول في تنظيم المجتمعات⁽⁴¹⁾.

لقد طرحت عبارة "المبادئ العامة للقانون" نقاشاً فلسفياً وقانونياً حول طبيعتها ومحتواها ونطاق تطبيقها، وكتعريف أولي يمكن القول أن المبادئ العامة للقانون؛ هي مجموع القواعد غير المشرعة والتي تتميز بالتجريد والعمومية ويتخذها العقل القانوني سبيلاً لحل الأوضاع التشريعية الغامضة أو الوقائع غير التشريعية، ولا يمكن أن نعتبر أن التعريف السابق يشمل جميع الحدود المنطقية للعبارة، بل سنحاول أن نتبع تشكل العبارة من حيث الفلسفة أو القانون، وبداية تشير لفظة "مبدأ" إلى تعدد الدلالات والمعاني التي تحملها، حيث يمكن الدلالة على اللفظ وفق الحقل العلمي المستعملة فيه أو من حيث الوظائف التي يمارسها المستعمل (العالم - الفقيه - الفيلسوف - القاضي - المشرع)، تستعمل اللفظة مثلاً لتقابل القيمة الأساسية المستخرجة من مجال ما (مبادئ الأخلاق - مبادئ الرياضيات - مبادئ الفيزياء...)، وهي أيضاً تدل على التجريد المعمم لمجموعة من البيانات الخاصة، يستعملها الفقهاء للدلالة على العنصر، القيمة، الأداة التي تنطبق على حالات جزئية⁽⁴²⁾.

تعتبر إذن المبادئ العامة للقانون مساحة من المشترك الذي تضم مجموع من الأفكار المجردة التي يتكون منها التراث القانوني - الإنساني،

(40) رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، الدار الجامعية، مصر، 1985، ص. 526.

(41) إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، ج 1، دار القلم، بيروت، 1971، ص. 601 - 602.

(42) Guido Alpa, General Principles Of Law, Annual Survey Of International & Comparative Law, Volume 1 | Issue 1 Article 2, 1994, P.1.

يمكن تسميتها بـ: "القيم المشتركة للغرب"، رغم الطابع الغربي لهذه المبادئ، فإنه يمكن اعتبار الشريعة الإسلامية وما تحمله من قيم ومفاهيم تدل على المشتركات التي يمكن إتخاذها لتكوين المشترك الإنساني في العالم الإسلامي، وعلى هذا المنوال يجب أن تكون المبادئ العامة بوصفها مجموع الصيغ القانونية المجردة التي تتنوع بشكل كبير لتراعي خصوصية كل منطقة (من حيث الدين - من حيث العادات - من حيث العرف...) وكذا تهديم فكرة المركزية الغربية القانونية باعتبارها تتوهم أنها هي من تمتلك الحقيقة القانونية وأن مختلف الحضارات لا تعدوا أن تكون مقلدة لقيمها، وقد طرح الفيلسوف الفرنسي "إدغار موران Edgar Morin" نفس الفكرة بقوله: "نحن سكان العالم الغربي، نعاني دون أن ندرك، [نوعاً] من القصور المعرفي [الذي يتجلى في]: "المركزية الغربية" التي تجعلنا نجثم على عرش العقلانية وتوهمنا بامتلاك الكلي"⁽⁴³⁾.

لكن رغم ذلك فإن المركزية الغربية القانونية ساهمت في تطوير المبادئ العامة للقانون وهي بلا شك مبادئ مهمة وتعتبر أكثر المرجعيات إحالة من طرف المشرع والقاضي، ويمكن استعراض مجموعة من هذه المبادئ المؤثرة في العقل القانوني كما تم تحديدها كمشارك من القيم القانونية مثل (مبدأ الاحترام المتبادل - مبدأ الحقوق العامة - مبدأ المسؤولية الفردية - مبدأ احترام الآخر - مبدأ التعسف في استعمال الحق - مبدأ عدم رجعية القانون - مبدأ الاستقلال التعاقدية...) ⁽⁴⁴⁾.

تبعاً للسياقات السابقة حول المساحات المشتركة تصبح هذه المساحات

Edgar Morin, La Voie: Pour L'avenir De L'humanité, Paris: Fayard, 2011, P. (43) 30.

(44) أشار إلي هذه المبادئ أستاذ القانون الخاص بجامعة روما "غويدو البا": Guido Alpa, Op Cit, Pp. 6 - 7 - 8.

أداة فعالة في القانون الإداري من أجل فتح نصوصه نحو معظم مناحي الحياة، ويمكن أن ننطلق من فرضية بسيطة هي: "قابلية القانون الإداري المغربي ليكون أكثر مرونة وتحورا" كما هو الحال بالنسبة للقانون الإداري الأمريكي الذي يعتبره الباحثون قانونا متحررا بسبب المناهج المتحررة للقضاة بالولايات المتحدة الأمريكية⁽⁴⁵⁾.

إن فرضية التحرر من سلطة نص القانون الإداري سرعان ما تتحقق إذا ما استند هذا القانون على المبادئ العامة المستقاة من المجتمع ومن قواعد العدالة بوصفها مجردة عن كل الوقائع الجزئية، وهي مساعدة في فهم الأوضاع القانونية المعقدة، فالنص مثقل بالعجز عن إحكام القبضة على واقع متغير.

لقد أثرت مثلا المبادئ المستقاة من القانون الإداري والقانون الدستوري الألماني في صياغة المبادئ الكبرى التي تحكم عمل القانون الأوروبي المشترك⁽⁴⁶⁾. بل كان للمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية دور مهم في التأسيس والعمل على الدفاع عن بعض المبادئ العامة للقانون والتي تعبر بشكل أساسي عن تحرر المجتمع من قبضة حرفية النص ومن التطبيقات المنحرفة للنصوص القانونية والتي لا تضمن بأي شكل من الأشكال الحالات والوضعات الخاصة للمجتمع. حيث صرحت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بأن سلطة العفو العام لا يجب أن تتعارض مع مبدأ المساواة العام: "سيكون في قانون العفو انتهاك لمبدأ المساواة العام، إذا لم

Cass R. Sunstein And Adrian Vermeule, Libertarian Administrative Law, The University Of Chicago Law Review, Vol. 82, No. 1, (Winter 2015), Pp. 393-473.

Georg Nolte, General Principles Of German And European Administrative Law: A Comparison In Historical Perspective, The Modern Law Review, Vol. 57, No. 2 (Mar., 1994), Pp. 191-212.

يوجه المشرع القواعد القانونية بناء على معايير العدالة بشكل مفتوح، ومراعاة للظروف الفردية، أي تكون فيها اعتبارات معقولة ومنبثقة عن طبيعة الأشياء، أو تصبح بديهية بشكل من الأشكال"⁽⁴⁷⁾ وفي حكم آخر أيضا أقرت أن أجور الموظفين العموميين يجب أن تخضع لمبدأ المساواة: "إذا فضل المشرع بانتهاكه المادة 3 من القانون الأساسي فئة محددة من الموظفين، فيمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية أن تعلن بطلان القاعدة القانونية"⁽⁴⁸⁾.

وأما القضاء الإداري فقد كان له دور كبير في استقراء المبادئ العامة للقانون من جزئيات التفكير العام لدى المجتمع، إن المساحة التحريرية التي كانت لدى القاضي الإداري الفرنسي جعلته يؤسس لقواعد القانون الإداري، كما أنه بذلك أسس لكثير من المبادئ العامة للقانون، وقد اعترف بأهمية هذه المبادئ منذ سنة 1945، وكان غرض مجلس الدولة الفرنسي آنذاك الدفاع عن الحقوق والحريات وإجبار الإدارة على احترام الحق والحد من تعسفاتها وممارساتها المنحرفة تجاه الفرد - المجتمع⁽⁴⁹⁾.

(47) حكم المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية عدد 10-234 بتاريخ 15 دجنبر 1959 ضمن أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، الجزء الثاني، ترجمة: أحمد السوداني، مؤسسة كونارد ايدهاور، 2017، ص. 149.

(48) حكم المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية عدد 8-28 ضمن أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، الجزء الثاني، ترجمة: أحمد السوداني، مؤسسة كونارد ايدهاور، 2017، ص. 159.

(49) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، مصر، 2018، ص. 61. أمينة جبران، المتحد العلمي في المادة الإدارية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2006، ص. 134.

Jeanneau (Benoit). Les Principes Généraux Du Droit Dans La Jurisprudence Administrative, Thèse De Doctorat, Droit, Poitiers, 1954, Paris, R. Sirey, 1954, P. 22.

Rivero (Jean). Le Juge Administratif Français: Un Juge Qui Gouverne?, Dalloz, 1951, Chronique Vi, P. 23-24.

إن المبادئ العامة تقدم صيغا موحدة لسيادة القانون، فلقد أقر مجلس الدولة الفرنسي على أن المبادئ العامة للقانون يمكن أن تكون مرجعا مهما لقبول الطعن لتجاوز السلطة ضد كل قرار إداري وذلك بهدف احترام مبدأ المشروعية، كما أن المحكمة الإدارية العليا بمصر اتجهت نحو قبول المبادئ العامة للقانون باعتبارها قواعد غير مدونة مستقرة في ذهن وضمير الجماعة يعمل القاضي على كشفها بتفسير هذا الضمير الجماعي العام، وتلك القواعد المستقرة في الضمير تملئها قواعد العدالة المثلى⁽⁵⁰⁾، وتتعدد المبادئ العامة للقانون بشكل مثير ويمكن حصرها في المبادئ العامة المستقاة بغرض حماية مساواة أفراد المجتمع - بهدف حماية الحقوق والحريات - الأمن القانوني للتصرفات الإدارية.

سنحاول في ما تبقى من هذا الفرع أن نركز على تحليل أربعة نماذج للإحالة على المبادئ العامة للقانون من طرف مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري التونسي والجزائري وكذلك القضاء الإداري المغربي. بداية يمكن التمييز بين ثلاث أنواع من المبادئ العامة للقانون كما حددها "جورج فوديل وبيار دوفولفيه Georges Vedel et Pierre Delvolvé"⁽⁵¹⁾ تفترق كل فئة عن الآخرين: أولا: المستوى الأدنى للمبادئ العامة ذات القيمة المكتملة فقط والتي تطبق عند عدم وجود نص يناقضها، الثاني: المبادئ العامة ذات القيمة التشريعية هي في المستوى الوسيط وتفرض على الإدارة، الثالث: المستوى

(50) على حسن عبد الأمير، كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2019، ص. 25.

(51) جورج فوديل وبيار دوفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008، ص. 402. يمكن مقارنتها بالنسخة الفرنسية:

Georges Vedel Et Pierre Delvolvé, Droit Administratif 1, P.U.F.

الأعلى للمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية التي تفرض على المشرع والقاضي الإداري.

لقد كرس القضاء الإداري الفرنسي منهجا متكاملا في الإحالة والتعامل مع المبادئ العامة للقانون وفق الصيغ المذكورة أعلاه، حيث كانت سلطة النص تتحكم في جل ما يصدر عن القضاء الإداري آنذاك، ولم يجد القاضي الإداري أي مخرج من هذه السلطة إلا باستخدام المبادئ العامة للقانون، وقد توالى الاستعمالات المنهجية لمجلس الدولة الفرنسي للمبادئ في هدم الهوية بين القانون والحياة⁽⁵²⁾، ويمكن أن نطرح للنقاش أحد أحكام مجلس الدولة الصادر سنة 1996 المسمى بقضية كوني والمتعلق بالدعوى التي أقامها هذا الأخير من أجل إلغاء المرسوم الصادر من أجل تسليم م. كوني من فرنسا إلى سلطات دولة مالي، ولقد اتجه مجلس الدولة إلى الفكرة التالية: "عملا بمقتضيات المادة 44 من الاتفاق الفرنسي - المالي (فإن التسليم يجب أن يخضع لضوابط سياسية)، وان هذه المندرجات يجب أن تفسر وفقا للمبدأ الأساسي المتعارف عليه في قوانين الجمهورية الفرنسية، وبموجبه يتعين رفض تسليم الأجنبي إذا كان مبني على أغراض سياسية" ⁽⁵³⁾، رغم أن مجلس الدولة اتجه في هذه القضية إلى اعتبار أن مرسوم التسليم مشروع، فإنه خلق نقاشا نظريا وعمليا في مسألة تأويل القاضي الإداري للقواعد الدستورية وكذلك الاتفاقات الدولية، كما أن الحكم في

(52) لتوسع في موضوع دور القاضي الإداري في إختصار الهوية بين القانون والحياة من خلال المبادئ العامة للقانون المستقاة من الإتحاد الأوروبي يمكن مراجعة الأطروحة: - Lamprini Xenou, Les Principes Généraux Du Droit De L'union Européenne Et La Jurisprudence Administrative Française, Thèse De Doctorat / Décembre 2014, Université Panthéon-Assas, Ecole Doctorale Georges Vedel. Droit Administratif, Sciences Administratives Et Science Politique (Ed 7)
Ce. Ass, 3 Juill, Koné, Rec 255. (53)

الحيثية السابقة اعتبر المبادئ الأساسية آلية سامية تنضبط إليها القواعد الدستورية والقوانين وكذلك الاتفاقيات الدولية⁽⁵⁴⁾.

وعلى غرار ما أستدل به من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، فإن القضاء الإداري التونسي هو الآخر استنبط مجموعة من الحلول القضائية من المبادئ العامة للقانون، وهذا ما كرسته المحكمة الإدارية التونسية في قضية أحمد الزايدي ضد وزير الدفاع الوطني سنة 1985 حيث اعتبرت أن مبدأ حق الدفاع معيار أساسي يجب أن تحترمه الإدارة سواء على مستوى المساطر التأديبية أو المساطر التوجيهية ولو لم يكن القانون يقتضي احترام ذلك المبدأ وقد وضحت المحكمة ذلك في الحثية التالية: "فإن احترام حقوق الدفاع مبدأ قانوني عام يتعين على الإدارة أخذه بعين الاعتبار والعمل به وتمكين كل عون يكون موضوع تبعات تأديبية من الدفاع عن نفسه والرد على التهم المنسوبة إليه حتى ولو لم يتضمن القانون الأساسي أحكاما تقتضي ذلك"⁽⁵⁵⁾ لقد كان لهذا الحكم دورا مهما في تثبيت مبدأ حقوق الدفاع بوصفه آلية يتحرر بها من قوة عبارة النص القانوني، ما دام أن هذا المبدأ يتميز بالعمومية ويتسم بالديمومة، ولما كان يتسم بهذين الخاصيتين فإنه لا محال سيحرر ويفتح النص القانوني العباري نحو العدالة، وقد سلك القضاء الجزائري نفس النزعة إن كانت أقل عمقا وبناء من حيث النظر أو العمل في حكم مجلس الدولة الجزائري حيث أبطل تصرفا إداريا سلخته إحدى

(54) مارسو لونغ، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 1، 2009، ص. 769 - 772.

Marceau Long Et Autre, Les Grandes Arrêts De La Jurisprudence Administrative, Dalloz, 2007.

(55) القضية رقم 982 بتاريخ 28 أكتوبر 1985، أورده: محمد رضا جنح وآخرون، الاحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، ط 1، 2007، ص. 311 - 312.

البلديات تجاه حق مكتسب لأحد المواطنين في تملك قطعة أرضية لأن التصرف الإداري خرق المبادئ العامة للقانون⁽⁵⁶⁾.

ويقودنا البحث إلى ما اتجه إليه القضاء الإداري المغربي في علاقته بالمبادئ العامة للقانون، أنه يسير في منحى الإحالة المنطقية على المبادئ العامة للقانون، إما حماية لبعض الحقوق كحق الإضراب⁽⁵⁷⁾ أو ترسيخاً لمبدأ المساواة في العديد من تعاملات الإدارة تجاه مرتفقيها⁽⁵⁸⁾، وعليه فإن مختلف الأحكام والقرارات التي تصدر عن القضاء الإداري المغربي والتي تحيل على المبادئ العامة للقانون لا تخرج عن الأنواع التي ذكرها بعض الباحثين⁽⁵⁹⁾: تحويل المبدأ إلى خاصية العمومية لتطبيقها على نوازل أخرى - استخلاص المبدأ من روح القانون - استخلاص المبدأ من ماهية الأشياء موضوع الدعوى - إخراج المبادئ من بعض المبادئ ذات القيمة الإيديولوجية لتصبح قيم قانونية، وأن المنهجية المتبعة في الاستدلال بالمبادئ العامة للقانون لا تخرج عن وجهين: الأول: تأويل النص القانوني قصد مطابقته مع المبدأ القانوني العام، الثاني تقييد النص القانوني بالمبدأ القانوني العام إذا ما تعارض النص مع المبدأ.

(56) قضية رع ضد ش ط بحضور بلدية الكاليتوس بتاريخ 20-11-2000، أوردته: رشيد خلوقي وآخرون، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، منشورات كليك، ط 1، 2015، ص. 385 - 386.

(57) حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد 732، الصادر بتاريخ 11 فبراير 2007.

(58) قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، عدد 7 المؤرخ في 26 يناير 1968، المجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 7، 1969، ص. 96.

(59) يونس الشامخي، تأملات حول السلطة المعيارية للقاضي الإداري المغربي من خلال المبادئ العامة للقانون، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، Remald، عدد 144-145 يناير - أبريل 2019، ص. 117 - 123.

المطلب الثالث

نتيجة أولية: تأييد التوليد القضائي ونبد التأويل الإداري

لما كان النص القانوني "منطوق تكليفي" يلزم المتلقي "بحكم قانوني"، فإن التعامل معه يتطلب منهجية عقلية ومنطقية تبيّن معانيه وتوضح غموض ألفاظه وتجلي ما أضمر من المقاصد القانونية، ومن ثم يجب على المتلقي "القاضي الإداري/الفقيه الإداري" أن ينطلق من مجموع العمليات العقلية التي تمارس تجاه النص، والتي تفيد في استنباط واستخراج "القضية القانونية في الميدان الإداري" بوصفها الخلاصة النهائية المستفادة والمستخلصة من الفاظ النص ومعانيه باعتبارها دلالة على الأفعال القانونية المستوعبة من خلال النص.

فيكون هذا التعامل تصاعدياً يبدأ بحالة النص القانوني الواضح إلي أن ينتهي بحالة معاني النص القانوني المضمرة، ويراعي هذا التعامل العقلي زمان ومكان تطبيق النص وأحوال المتلقين، وإذا كانت هذه العملية تنضبط إلى النص القانوني وما يحمله من دلالات يستدل بها على القضايا القانونية المتصلة بالنص، حق لنا أن نطلق على هذه العملية "المنهج القضائي السيمائي" لتعلق أحكام القضاة الإداريون في هذا المستوى بمعاني النص القانوني.

وإذا استنفد القاضي الإداري كل إمكاناته العقلية في استخراج القضايا القانونية من النص، يلزمه الانتقال إلى العملية العقلية الثانية التي تخرج المتلقي من ضيق ملفوظات النص ومن تدقيق معانيه الظاهرة أو المضمرة إلى سعة الفعل البشري غير المستوعب داخل النص القانوني، فإن النص مهما أمكنه إحكام ملفوظاته وتحديد معانيها الدالة عليها، فإنه لا يمكن استيعاب تطور الفعل البشري، ومن ثم يجوز لنا أن نطلق على النص القانوني صفة

"النسبية والعمومية" ، ذلك أن القاضي الإداري يضطر إلى توسيع مدارك النسق القانوني من خلال الاجتهاد في تقديم حالات جديدة تغني قواعد النظام القانوني بمبادئ وقضايا قانونية جديدة.

لكن عملية التوسيع لا تستغنى عن النص القانوني ومبادئه المستخرجة منه ، بل يعتبره القاضي الإداري مقدمة أولى يبني عليها تعامله من أجل توليد "القضية القانونية الجديدة" ، ومن تم فإن المتلقي "يشمر ويولد" قضيته الجديدة من خلال استثمار "القضايا والمبادئ القانونية" المستخرجة من النص القانوني بوصفه مقدمة أولى ، ويستند هذا "التوليد" على قواعد تضيي عليه المشروعية ، وهي :

1. صحة الاستدلال.

2. اتصال القضية القانونية بالنسق القانوني المتعمد من أجل توليدها.

3. اتساق القضايا القانونية.

ولما كان استعمال مفاهيم أخرى من قبل الباحثين للتعبير عن العملية العقلية الثانية مثل : "الإنشاء" و"الخلق" يدفع العقل القانوني إلى توهم الكثير من الأفكار الخاطئة أو الغامضة حول عملية الاجتهاد القضائي داخل النسق القانوني ، مما يجعله متخبطا في عدة إشكالات أهمها : آفة الخلط المفاهيمي ، آفة عدم قدرة استخراج مناهج القضاة ، آفة عدم تطبيق العمليات العقلية على النص القانوني ، وبذلك يعجز عن بيان عناصر ومناهج الاجتهاد.

حيث إن مفهوم "الإنشاء/الخلق القضائي" لا يفني بالعرض في بيان الأدوار الحقيقية للقضاة الإداريون طبقا للعملية العقلية الثانية ، فلما كان الإنشاء يفيد تشييد بناية فوق أرض عارية ، ومن تم لا يكون للبناء الجديد تعلق ببناء سابق ، إذ تكون البناية مستقلة في أسسها ولبناتها الأولى ، فإن

الانشاء القضائي هو الآخر يفيد صناعة قضية قانونية بدون الاستناد على مقدمات أولية لنص قانوني سابق، فلقبول الوظيفة الانشائية يشترط استقلال القاضي عن النسق القانوني، أي أن يكون حكم القاضي هو المحدد لتشريع، كما هو حال النظام القانوني الأمريكي والبريطاني، إذ تتيح هذه الأنظمة للقاضي القدرة الوظيفية على السابقة القضائية المعتمدة نصوصاً قانونية.

كما أن استعمال مفهوم "التأويل القضائي" يدخل المتلقي في متاهة الخلط المفاهيمي، ذلك أن مفهومي التفسير والتأويل عرفا نقاشاً طويلاً حول ماهيتهما والأنواع التي تدخل ضمن جنسيهما والاختلاف المحتدم حول العناصر المشتركة بين مفهومي التأويل والتفسير، كما تتعدد المدارس التي تتأسس على إحدى المعاني المستعملة لتعريف التأويل والتفسير، ومتى كان التعدد في الأسس جلياً فإنه سيرتب خلافاً عميقاً في أثار التعامل مع النص القانوني.

وليس من التكرار في شيء أن نبين ونوضح مختلف التعريفات والحدود التي رسمها أهل اللغة والفقهاء الإسلامي وأهل الفلسفة الغربية لمفهوم التأويل والتفسير توضيحاً للاختلاف الحاصل وإظهاراً للخلط البين واستجلاء لأصول المفاهيم المستعملة من قبل أهل القانون، تجاوزاً للفقهاء القانوني الفرنسي نحو أصول المفهومين الموجودين في اللغة العربية والفقهاء الإسلامي وفي فلسفة اللغة الغربية.

وأما أهل اللغة والفقهاء الإسلامي فقد شاع بينهم بعض من التعريفات، فقد حدد ابن منظور تعريفاً للتفسير بقوله هو كشف المراد عن اللفظ المشكل⁽⁶⁰⁾، والتأويل هو إصلاح المعاني إذا أشكلت بلفظ واحد، ويرى

(60) ابن منظور، ص. لسان العرب، 172

الفقهاء أن التفسير هو بيان ظاهر اللفظ اللغوي والتأويل بيان باطن اللفظ وإتجه الشافعي في رسالته إلى تقديم فرق مهم بينهما فالتفسير يكون على جهة الجزم وأما التأويل فيكون على جهة الظن⁽⁶¹⁾. يقول ابن رشد الحفيد عن التأويل: "... ومعنى التأويل هو إخراج دلالة اللفظ من الدلالة الحقيقية إلى الدلالة المجازية..."⁽⁶²⁾، ومما جاء في هذا الباب قول "ابن فرحون" ما يلي: "...أن القضية إذا كانت مشكلة فيكشف عن حقيقتها في الباطن ويستعين بذلك للوصول إلى الحق، وقد أجاب الشيخ أبو عبد الله بن عتاب بعض الحكام في قضية أشكلت بأن قال ووجه الخلاص في هذا على ما كانت القضاة تفعله في شبه ذلك أن تكشف في الباطن عن ذلك، فإذا انكشف لك أمر إجتهدت فيه على حسب ما انكشف لك وفعلت ما يجب في ذلك، فقد كانت القضاة -رحمهم الله تعالى- يستعينون بالكشف عن باطن القضية ولا يخرجون في ذلك عن الواجب..."⁽⁶³⁾ إذن فمهمة التفسير؛ هي الكشف، ومهمة التأويل هي الإنشاء، والأول ممارسة طبيعية تلقائية يمارسها المشرع والقاضي والفقهاء، وأما التأويل فعملية اجتهادية معقدة ولا يمكن تصورهما من قبل المشرع⁽⁶⁴⁾.

(61) الشافعي، رسالة، (دار الكتب العلمية، 1990)

(62) ابن رشد، كتاب فصل المقال وتقرير ما بين الشريعة والحكمة من الاتصال، منشورات الجمل، كولونيا، بغداد، 2007، ص. 22.

(63) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، القدس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص. 45.

(64) لتوسع في مفهوم التأويل في الفقه الإسلامي والقانوني يمكن الإطلاع على: - أديب الصالح تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، (المكتب الإسلامي للنشر، مجلدان، 2008). - الداودي بن بخوش، تأويل النصوص في الفقه الإسلامي، (دار ابن حزم، 2009)

الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، (دار الكتب العلمية، 2010) - محمد الشريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، (أروقة للدراسات والنشر، 2015) - عز الدين

وأما أهل الفلسفة الغربية فقد أقرّوا تمييزاً بين التفسير والتأويل كما هو سيتم توضيحه، "بول ريكور Paul Ricœur⁽⁶⁵⁾" يتحدث عن التأويل بأنه: "... كل تعبير يتصف بظاهرة المعنى المزدوج *double sens*، التي تحيل الحرفية على معنى ثان لا يمكن إدراكه إلا بالإحالة من معنى أول إلى معنى ثان..."⁽⁶⁶⁾، ويرى عالم العقيدة البريطاني دافيد جاسبر David Jasper أن: "... القراءة ليست مجرد البحث عن المعاني، في النصوص، بل هي أيضاً أنحاء التأثير الذي تتركه فينا النصوص، إذ يمكنها أن تغضبنا أو تخيفنا أو تعزينا، فهم النص متغير باستمرار..."⁽⁶⁷⁾، ويذهب الفيلسوف الألماني هانز جورج غادامير Hans-Georg Gadamer بالقول أنه: "... ينبغي أن ينتبه القارئ إلى تحيزه حتى يتمكن النص من الظهور في غيريته والحصول على إمكانية الكشف عن حقيقته المتوارية في مواجهة رأيه المسبق الخاص..."⁽⁶⁸⁾، كما أن الفيلسوف الألماني الكبير مارتن هايدغر Martin heidgger يحدد وظيفة التأويل بأنها: "... البحث المشروع في المعنى المكتشف..."⁽⁶⁹⁾.

لكن الرفض المتواصل من قبل الفقه الإداري لاستعمال القاضي

ناجح، الحجاج في الخطاب القانوني، (كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، تونس، 2012) - سعود بن عبد الله الزدجالي، دراسات تداولية في أصول الفقه، (دار الفارابي، 2016).

- (65) بول ريكور، فيلسوف وعالم إنسانيات فرنسي، إهتم بفلسفة اللغة وفلسفة القانون.
- (66) بول ريكور، مقالات ومحاضرات في التأويلية، ترجمة: محمد محجوب، (دار سيناترا، تونس، 2013) ص. 9.
- (67) دافيد جاسبر، مقدمة في الهرمينوطيقا، ترجمة: وجيه قانصو، (دار العربية للعلوم - ناشرون، منشورات إختلاف، ط 1، 2007)، ص. 22.
- (68) غادامير، فلسفة التأويل، ترجمة: شوقي الزين (منشورات صفاف ودار الأمان، 2017)، ص. 67.
- (69) مارتن هايدغر، الإنطولوجيا: هرمينوطيقا الواقعية، (منشورات الجمل، بغداد، كولونيا، 2011)، ص. 46.

الإداري منهجا تأويليا أو توليديا كما سنؤسس لذلك هو نتيجة منطقية لتكريس "النزعة المحافظة" "conservatisme" في التعامل مع القانون وفي مناهج القاضي المغربي، حيث يتم نبذ ورفض كل الامكانيات لتحقيق "المرونة القانونية" Flexibilité juridique و"المعيار القانوني" "standard juridique". فكلما حاول الباحث أن ينبه إلى عيوب النظام القانوني السائد إلا ورد عليه المحافظون بأن البحث عن المرونة القانونية هو أمر مستبعد لأنه يتيح آفة سلبية تتمثل في تطويع ألفاظ القانون من أجل تبرير الظلم والفساد، وأيضا أن القانون المغربي خاضع في أسسه لنظام قانوني محافظ يتعامل مع النص القانوني بمنهج خالص، واعتراضا على هذا القول سنقوم بالاستدلال على الدعوى التالية: "أن القاضي يجب أن يمتلك آليات توليديه وتأويليه قصد ارتقاء تعامله مع القانون والواقع" من خلال مقدمة فريدة ونتائج متعددة:

أما المقدمة الفريدة فنعرضها وفق الشكل التالي: أن التفسير عملية أولية في التفكير، وأنه متى كان هنالك قاض إداري يتفاعل مع النصوص يكون هنالك تفسير بوصفه عملية لا تخرج عن أن تعلن وجود النص وتشرح مقتضياته حتى يقتنع أطراف القضية بأن النص المحتج به هو الأصلح لوقائع قضيتهم، ويعتمد التفسير على المنهج النحوي واللغوي في شرح النص واتباعه، ومتى علمنا أنه لا مناص من أن يستعمل القاضي الإداري آليات التفسير، فإننا سنعلم أن اتباعه التفسير لا يعني بالضرورة اجتهاده أو خروجه عن ظاهر أو مألوف النص، كما أن اتخاذ القاضي الإداري للتفسير كمنهج لا يعفيه من أن ينطلق نحو التأويل إذا أمكنه ذلك.

ويترتب عن المقدمة الفريدة السابقة عدة نتائج مستمدة من النظر الفلسفي والاستقراء الفقهي وفق الترتيب التالي:

- إن القاضي مطالب لا فقط باحترام القانون، ولكن باعتبار أنه خادمه، فعليه إيجاد حلول ملموسة. وعند الاقتضاء القيام باستنباطات حتى لا يبقى القانون حبرا على ورق⁽⁷⁰⁾.

- كي يكون قرار القاضي عادلا، عليه أن يأخذ القاعدة القانونية على عاتقه ويصادق عليها مؤكدا القيمة فيها بعمل تفسيري يعيد تشكيلها، كما لو أن القاعدة القانونية، لم تكن موجودة من قبل، كما لو أن القاضي يخلقها بنفسه مع كل حالة⁽⁷¹⁾.

- لم يعد بإمكان القاضي أن يقتصر على مجرد الاستنباط من النصوص... القانونية، إن عليه أن يرتقي من "النص" إلى "المقصد" الذي قاد إلى صياغة النص وساق إليه، أي إرادة المشرع، ومن تم كان على الفقيه والقاضي أن يؤول النص تبعا لإرادة المشرع من النص الذي شرع...: إن المعبر، قبل كل شيء، هو الغاية المتوخاة من التشريع، هو روح التشريع وليس منطوقه الثابت من لغته⁽⁷²⁾..

- أن أفضل دور للقاضي هو أن يكون سيد الكلمة، وأن يطوع الكلمات لتلائم الغرض محل البحث، سواء كان ذلك عن طريق الفهم الضمني أو النية المفترضة أو ما يمكن ان يطلق عليه الميل صوب العدل⁽⁷³⁾.

(70) ريمون أودان، النزاع الإداري، ج 1، ترجمة: سيد بالضياف، مركز النشر بالجامعي، تونس، 2014، ص. 285.

(71) Jacques Derrida, Force De Loi, Paris: Galiléens, 1994, P. 50 - 51.

(72) حمو النقاري، من أجل تجديد النظر في علم أصول الفقه من خلال منطق القانون، المؤسسة العربية للفكر والابداع، بيروت، ط 1، 2017، ص. 86.

(73) اللورد ديننج، ترشيد الفكر القانوني، في تفسير القانون والوصايا والعقود، ترجمة: هنري رياض. دار الجيل، ط 1، 1981، ص. 91.

لقد حاول بعض الفقه الإنجليزي، ومن بينهم "اللورد دننج"، أن يؤسس منذ مدة إلى منهج قضائي جديد حول التفسير الواسع لنصوص القانون والمسمى بـ: "التحقق من نية المشرع"، وقد قوبل هذا المنهج الجديد بمعارضة قوية من قبل بعض فقهاء وقضاة إنجلترا من بينهم "ماك ديرموت"، بل إن قاضيا إنجليزيا آخر هو "اللورد سيموند" قد انتقد هذا النهج وسماه في ما بعد "بالتغول السافر على وظيفة المشرع"⁽⁷⁴⁾. وتأسس هذا المنهج الجديد بإنجلترا من خلال حكم محكمة الاستئناف بإنجلترا سنة 1949 بمناسبةبتها في قضية: "Seaford Court Estates Ltd V Asher" والذي جاء في الحكم الحثية التالية: "...المسألة المعروضة للفصل في هذه الدعوى هي فيما إذا كان يمكن لنا أن نمد دلالة الكلمة العادية "عبء" بحيث تشمل عبئا من نوع الطارئ الذي سبق وصفه، وقد سبق لهذه المحكمة أن قررت أن البند الوارد في هذه المادة يجب أن يفسر تفسيراً واسعاً بحيث يعطي فعالية للمبادئ المنظمة الواردة في القانون واعتقد أنه يجب علينا أن نفعل المثل..."⁽⁷⁵⁾.

وقد سبق أن تحدث "فنست سيريل ريتشارد آرثر تشارلز كراب" عن وظائف المحاكم وفصل فيها⁽⁷⁶⁾، والتي حدد من بينها؛ "التفسير" معتمداً

(74) نفس المرجع السابق، ص. 25-27-28

(75) Seaford Court Estates Ltd V Asher [1949] 2 K b 481 Is A Case Englis Law Concerning Interpretation Of An Act Of Parliament.

للإطلاع على الحكم بشكل مفصل يمكن مراجعة:

Alfred Thompson Denning, The Discipline Of Law, London: Butterworths, 1979

Vincent Cyril Richard Arthur Charles Crabbe, Understanding Statutes, Cavendish Publishing, 1994, Pp. 49-51.

ملاحظة: فنست سيريل ريتشارد آرثر تشارلز كراب (V.C.R.A.C) هو القاضي الأعلى المتقاعد من غانا وأستاذ القانون في جامعة جزر الهند الغربية.

Vincent Cyril Richard Arthur Charles Crabbe, Op Cit, Pp. 49-65. (76)

بالأساس على منهج التفسير الواسع للقاضي الانجليزي اللورد ديننج في بعض احكامه، كقضية *seaford Court Estates Ltd. V Asher* سنة 1949، وقد كان هذا اللورد ديننج متأثراً بالمنهج القضائي لمحاكم لكسمبورغ والمسماة بـ "طريقة شمديت للتفسير *The Schematic Method of Interpretation*".

وهكذا يجب أن يكون القضاء الإداري لا يقف عند التفسير الحرفي إذا أمكنه ذلك، حتى يحاول إزالة الحرج التشريعي، وذاك أحفظ لمكانة الاجتهاد في أحكام القاضي الإداري. وسنحاول في ما تبقى من هذا المطلب إلى أن نرصد موقف القاضي الإداري من التأويل الذي يتخذ ضربين: الأول؛ تأويل الإدارة للقانون، الثاني؛ تأويل القاضي الإداري.

وأما المسألة الأولى المتعلقة بتأويل الإدارة للقانون، فمعلوم أنه من الناحية العملية تنشأ وتشرع القوانين في مكاتب الإدارة بوصفها جهاز تحت أوامر السلطة التنفيذية، فلما كان العمل التشريعي في معظمه يطرح للمناقشة أمام البرلمان باعتباره مشاريع قوانين مقدمة من الحكومة وليس مقترحات صادرة عن ممثلي الأمة، فإنه في حقيقة الأمر من سيشرع تلك القوانين هي الإدارة التي تعد تلك التشريعات، ويترتب عن هذه الحقيقة تأثر بعض القوانين بفهم الإدارة من حيث السن ومن حيث التطبيق، وقد يمتد هذا التأثير إلى اتخاذ الإدارة لتأويلات غير سليمة لبعض النصوص، ولا يتم صد هذه التأويلات إلا بسلطة من له حق التفسير والتأويل.

ولهذا يعتبر القاضي الإداري بمثابة مقوم لتلك التأويلات المنحرفة، وهذا ما توجهت إليه المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها المتعلق بإحدى القضايا الضريبية، حيث أقام المدعي قضيته على أساس أن إدارة الضرائب قامت بفرض ضريبة على المبلغ المالي المقدم له بمناسبة المغادرة الطوعية في حين تنص القوانين المنظمة على إعفاء تلك المبالغ من الفرض

الضريبي، وفي ضوء الادعاءات السابقة حاول القاضي الإداري منع إدارة الضرائب من التأويلات التي تنحرف بمبدأ النصية المعمول به في القانون الضريبي. ولما كان القانون صريحاً في مسألة إعفاء المغادرة الطوعية من الضريبة فإنه لا يجوز استعمال التأويل من قبل الإدارة، وهذا ما عبر عنه القاضي في قاعدة الحكم: " لا يجوز فرض ضريبة ما أو الإعفاء منها إلا بنص صريح لا لبس فيه ولا غموض. وان اخضاع التعويض الممنوح للمدعي في اطار المغادرة الطوعية للضريبة العامة على الدخل -والحال أن التعويض المذكور لا يعتبر دخلاً بالمفهوم القانوني الصرف- استناداً إلى تفسير النصوص القانونية أو تأويلها يجعل الضريبة المذكورة باطلة وغير قانونية اعمالاً للمبدأ العام " لا ضريبة إلا بنص صريح " مما يبرر الحكم بإلغائها وبأحقية المدعي في استرجاع قيمتها"⁽⁷⁷⁾ ورغم الخلط الذي وقع فيه القاضي بين التفسير والتأويل وهو توجه عام كما رأينا في ما سبق إلا أنه يظل حكماً مهماً في التعامل مع التأويل الإداري للقانون بنوع من الصرامة حتى لا ينحرف العمل الإداري وتضيع حقوق المجتمع في خضم تأويل إداري غير مؤسس.

أما المسألة الثانية المتعلقة بالوظيفة التأويلية لدى القاضي الإداري، فإن المتفق عليه أن القاضي الإداري يتميز من حيث مناهجه في تعامله مع النصوص، حيث يعتمد على التجريد والتعميم حتى يصل إلى حل القضية ولو بدون وجود نص محدد، كما أن تحركه المثير داخل النظام القانوني يجعله يحيل بكل حرية على الأفكار العامة والمبادئ القانونية الناظمة للتشريع وكذا قياسه على نصوص قانونية تستوعب ألفاظها ومعانيها القضية المعروضة عليه، إذ يلجأ القضاء الإداري إلى فهم جديد للنص القانوني

(77) حكم رقم 3142 ملف عدد: 283-7113-15 بتاريخ: 28-12-2015 الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء- غير منشور.

يستتبط فيه حكما قضائيا يكون خفيا داخل النص أو إنشاء حكم جديد يكمل النص من خلال استعمال الاستدلال الغائي أو المقاصدي.

وهذا ما اتجه إليه القضاء الإداري فيما قضى به من إمكانية الطعن في قرار المحافظ المتعلق بتأسيس الرسم العقاري، معاكسا ومأولا مقتضيات قانون التحفيظ العقاري التي تمنع الطعن في القرار المذكور، ذلك أن القاضي الإداري استند على المبادئ الدستورية المنصوص عليها في الفصل 118 من الدستور المغربي وفق الحيثية التالية: "وحيث إنه إذا كان الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري قد نص على أن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، فإن هذا المنع لا يمكن أن ينسحب أثره على دعوى الطعن بالإلغاء الذي يمكن القضاء الإداري من بسط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية وفحص مدى مطابقتها للقانون، لأن المقصود بعدم القابلية للطعن الطعن العادي لا الطعن الإداري الغير القابل للتحصين مطلقا. وحيث ينص الفصل 118 من الدستور على أن "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة. وحيث إن سمو القاعدة الدستورية على ما عداها من نصوص قانونية يشكل تكريسا للشرعية وسيادة للقانون باعتبارهما من مبادئ دولة الحق والقانون التي تأبى تحصين أي قرار إداري مهما علا شأنه وتعددت مصادره واختلفت مجالاته من الرقابة القضائية لكون القضاء هو الحامي الطبيعي والحارس الأمين للحقوق والحريات" (78).

كما أن القاضي الإداري أحال على المقتضيات الدستورية المنصوص عليها في الفصل 123 من الدستور المغربي حيث يصرح: "يجب على الجميع احترام الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء" ووفق هذا المقتضى فإنه

(78) حكم المحكمة الإدارية بالرباط ملف عدد 2012-5-420 مؤرخ في 2013-3-21.

ما دام أن الدستور نص على وجوب احترام الأحكام القضائية، فإن عدم تنفيذها من قبل المسؤول الإداري سيرتب المساءلة، لذلك يمكن شخصنة المسؤولية عن عدم تنفيذ الأحكام من قبل الأشخاص العامة ليرتب هذا التأويل غرامة تهديدية ضد المسؤول عن التنفيذ⁽⁷⁹⁾، كما أن القاضي الإداري في بعض الأحيان يستعمل التأويل قصد خلق قاعدة قانونية تبتغي التمييز بين العقد الإداري والعقد التجاري⁽⁸⁰⁾.

لكن التحولات التشريعية التي شهدتها النظام القانوني أدت إلى تحول عميق في الوظيفة التأويلية للقاضي الإداري حيث أصبح يتبع في بعض الأحيان التفسير الحرفي للنصوص، نتيجة تزايد الأمن القانوني كآلية لترسيخ الفهم الحرفي للنصوص⁽⁸¹⁾، وإذا كان الأمن القانوني ينفذ في عدم الانحراف في تطبيق القوانين ومنح الحقوق، فإنه لن ينفذ في البت في الأفضية والمنازعات، لذلك وجب البحث عن سبل لفهم جديد لأحكام القاضي الإداري حتى يتبين لنا كيف يمكنه أن ينهض بدور تأويلي متى أمكنه ذلك⁽⁸²⁾.

(79) امر استعجالي رقم 2165، بتاريخ 11-08-2015 ملف عدد 2104-7101-2015 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط.

(80) عبد الرحمن اللمتوني، دور الاجتهاد القضائي خلق القاعدة القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، نوقشت بكلية الحقوق أكادال، جامعة محمد الخامس بالرباط، سنة 2011، ص. 317.

(81) عبد الرحمن اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، عدد 46، سنة 2014، ص. 3 وما بعدها.

(82) للاطلاع على المقاربات الفرنسية التي تحدثت عن مناهج القاضي الإداري وإشكالية صناعة القانون لدى مجلس الدولة الفرنسي وكذا وظيفة تأويل النصوص يمكن مراجعة:

Bruno Latour, La Fabrique Du Droit: Une Ethnographie Du Conseil D'état, La Découverte, 2004.

Yves Gaudemet, Les Méthodes Du Juge Administratif, L.G.D.J, 2013.

وبعد أن بينا كل ما تقدم من إشكاليات مفاهيمية ونظرية وقضايا عملية، جاز لنا الآن أن نؤسس لأسس استعمال مفهوم "التوليد القضائي" تعبيرا عن عملية اجتهاد القاضي الإداري ودفعاً للاختلاف والخلط المفاهيمي وانضباطاً لوضعية القاضي الإداري المغربي المتصل في اجتهاده ومناهجه مع النسق القانوني ومن تم يكون التوليد القضائي عملية عقلية تستند على مقدمات النصوص القانونية وعلى المبادئ والقضايا المستخرجة منها. ويكون التوليد تجديد من داخل النسق القانوني وإضافة لحالات منطقية جديدة، غير مستوعبة في النظام القانوني لكنها متولدة من نصوص قانونية باعتبارها المقدمة الأولى. ليكون التوليد القضائي متضمنا للعناصر التي سيتم ذكرها في ما يلي وما يتصل بها من أوضاع منطقية:

العنصر الأول: توليد القضية القانونية الجديدة من الدلالة اللفظية للقواعد والمبادئ الأصلية: ومضمون هذا العنصر يركز فيه القاضي الإداري على البنية اللغوية للجملة الحاملة للقاعدة أو المبدأ القانوني من أجل الاستدلال على القضية القانونية المتولدة منها، ويمكن أن نطلق عليه التوليد النحوي الداخلي، إذ يستعمل فيه القاضي الإداري كل القدرات اللغوية من أجل الكشف عن أهمية ومنطقية توليد القضية القانونية الجديدة من الدليل البنيوي الظاهر في النص أو المبدأ المولد منه، وتنضوي ضمنها أوضاع منطقية أهمها: البنية النحوية - التركيبية ويستعمل القاضي الإداري بنية الجملة وما تتضمنه من تراكيب وصيغ تضبط الفاظ القاعدة القانونية من

Yves Poirmeur Et Emmanuelle Fayet, La Doctrine Administrative Et Le Juge Administratif, In Le Droit Administratif En Mutation, Presses Universitaires De France, 1993, P. 97.

Jacques Chevallier, Conclusion Générale Les Interprètes Du Droit, In La Doctrine Juridique, Presses Universitaires De France, Pp. 259-282.

أجل توليد القضية القانونية الجديدة، والبنية المعجمية ويعتمد عليها في التذليل على استيعاب تعريف مضمن في قاعدة قانونية لحالات جديدة تقتضيها القضية القانونية الجديدة، كما يفيد في البحث عن الغاية المعجمية لورود هذا التعريف ضمن صياغة النص ومدى انطباقه على الأجزاء المكونة للقضية الجديدة.

العنصر الثاني: توليد القضية القانونية الجديدة من الدلالة المعنوية للقواعد والمبادئ الأصلية: ويبنى العنصر الثاني على مسلمة أساسية تفيد عدم كفاية البنية اللفظية في تنظيم القضايا الجديدة التي تحتاج توليدا، ومن يتجه هذا العنصر إلى بناء فهم توليدي يقوم على كشف الجانب الدلالي في النص أو المبدأ، مؤسسا عليه مقتضيات المعنى المطلوب في القضية الجديدة، وتضم أوضاعا منطقية أهمها: الدلالة المكشوفة وهي الدلالة التي لا يحتاج للتوليد منها عملا تأويليا مكثفا، إذ هي دلالة معنوية مكشوفة تحتاج من القاضي التفسير الواسع لمعاني النص حتى تتبين لديه أجزاء القضية الجديدة المولدة، والدلالة الباطنية وهي الدلالة التي تحتاج للتوليد منها عملا تأويليا مكثفا، إذ هي دلالة معنوية مستترة، تحتاج من القاضي تأويل معاني النص حتى تتبين لديه أجزاء القضية الجديدة المولدة.

العنصر الثالث: توليد القضية القانونية الجديدة من التداولية التواصلية للقواعد والمبادئ الأصلية: وينطلق هذا العنصر من اعتبار أساسي أن قراءة النص القانوني والمبدأ القانوني تحتاج إلى تحويل النص المتكون من كلمات مترابط بينها لتشكل دلالة هذا النص إلى بنية خطابية تقتضي التعامل معه بفكرة التلقي والفهم التواصلية بين المخاطب والمتلقي للخطاب على أرضية الخطاب نفسه، إذ لا بد من فهم الخطاب القانوني ودراسة سياقاته وأسباب بروزه والكشف عن الحجج الكامنة داخله وكذا تتبع حجج المتلقين في فهمهم لهذا الخطاب، تستعمل هذه التقنيات في اللسانيات التداولية وفي

الخطابة الجديدة وتقنيات التواصل التي ستكون سندا مهما في تشكيل معالم التوليد عن طريق التداولية التواصلية، وتتكون من أوضاع منطقية: التداولية السياقية، من خلال فهم تاريخ الخطابات المحيطة بالقاعدة أو المبدأ القانوني والتحليل السياقي لموافقة المشرع أو الفقيه على شمول مضمون القاعدة أو المبدأ القانوني لأجزاء وعناصر القضية المولدة، والتداولية الخطابية، والتي تفيد في التوليد القضائي عن طريق فهم النص القانوني باعتباره خطابا وتوليد القضية الجديدة من الحجج الخطابية حول النص القانوني المثبثة في طلبات ودفعات المتقاضين.

العنصر الرابع: توليد القضية القانونية الجديدة من التداولية الاجتماعية للقواعد والمبادئ الأصلية: يتأسس العنصر الأخير من فهم تداولي منفتح نحو المجتمع انفتاحا يراعي مناهج التعرف على العلاقات الاجتماعية بما هي الأصل في صياغة النص القانوني ووضع المبدأ القانوني، إذ العلاقة الاجتماعية هي ميدان القانون ومضمونه، وتبعاً لذلك وتتأسس من أوضاع منطقية أهمها: تبين الأثر الاجتماعي، من خلال إظهار مواقف المجتمع من تطبيق القاعدة القانونية وما تتركه من آثار اجتماعية تضع حداً بين مضمون القاعدة القانونية المنشورة بالجريدة الرسمية ومضمون القاعدة القانونية المطبقة في أرض الواقع مما يخلق عدة مفارقات اجتماعية تتيح للقاضي إمكانات توليدية، وكشف العادة والعرف الاجتماعي، من خلال النظر في العلاقات الاجتماعية باعتبارها ظواهر سابقة عن التنظيم القانوني، مما يتيح اكتشاف عادات وأعراف المجتمع التي تكون مساوقة للقاعدة القانونية أو التي تكون معاكسة لها في إطار عملية رفض القانون من طرف المجتمع ليرتب عن هذين النوعين من العادات والأعراف اتساع أفق القاضي الإداري بما يضمن له توليد القضية القانونية الجديدة من رحم المجتمع.

بييلوغرافيا

باللغة العربية:

1. ابن رشد، كتاب فصل المقال وتقرير ما بين الشريعة والحكمة من الاتصال، منشورات الجمل، كولونيا، بغداد، 2007
2. ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، القدس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.
3. ابن منظور، لسان العرب.
4. أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، الجزء الثاني، ترجمة: أحمد السوداني، مؤسسة كونارد ايدنهاور، 2017.
5. أحمد السكسيوي، القاضي الجنائي وتشكلات السلطوية في النسق القانوني التقليدي: أسئلة حارقة حول مستقبل العدالة الجنائية (حالة السرقة زمن كورونا)، ورقة بحثية منشورة ضمن المؤلف الجماعي "الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا"، صدر ضمن سلسلة إحياء علوم القانون، إشراف الدكتور عبد المهيم حمزة والدكتور نبيل محمد بوحميدي.
6. إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، ج 1، دار القلم، بيروت، 1971.
7. أديب الصالح تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي للنشر، مجلدان، 2008).- الداودي بن بخوش، تأويل النصوص في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، 2009.
8. أمينة جبران، المتحد العلمي في المادة الإدارية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2006.
9. بول ريكور، مقالات ومحاضرات في التأويلية، ترجمة: محمد محجوب، دار سيناترا، تونس، 2013.
10. جورج فوديل وبيار دولفوفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008.
11. حمو النقاري، من أجل تجديد النظر في علم أصول الفقه من خلال منطق القانون، المؤسسة العربية للفكر والابداع، بيروت، ط 1، 2017.
12. دافيد جاسبر، مقدمة في الهرمينوطيقا، ترجمة: وجيه قانصو، دار العربية للعلوم- ناشرون، منشورات إختلاف، ط 1، 2007.

13. رأفت الدسوقي، فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
14. رشيد خلوقي وآخرون، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، منشورات كليك، ط 1، 2015.
15. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، الدار الجامعية، مصر، 1985.
16. ريمون أودان، النزاع الإداري، ج 1، ترجمة: سيد بالضياف، مركز النشر بالجامعي، تونس، 2014.
17. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، مصر، 2018.
18. سعود بن عبد الله الزدجالي، دراسات تداولية في أصول الفقه، دار الفاربي، 2016.
19. الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، 2010.
20. الشافعي، رسالة، دار الكتب العلمية، 1990.
21. ضمن أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، الجزء الثاني، ترجمة: أحمد السوداني، مؤسسة كونارد ايدنهاور، 2017.
22. عبد الرحمن اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، عدد 46، سنة 2014.
23. عبد الرحمن اللمتوني، دور الاجتهاد القضائي خلق القاعدة القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، نوقشت بكلية الحقوق أكادال، جامعة محمد الخامس بالرباط، سنة 2011.
24. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015.
25. عز الدين ناجح، الحجاج في الخطاب القانوني، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، تونس، 2012.
26. على حسن عبد الأمير، كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2019.
27. على عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري - الجزء الأول، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2014.

28. غادامير، فلسفة التأويل، ترجمة: شوقي الزين منشورات ضفاف ودار الأمان، 2017.
29. غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ط 1، 2011.
30. كرستيان أتياس، كتابات في فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد ونقولا متيني، دار نجوى للنشر والتوزيع، بيروت، 2009.
31. اللورد ديننج، ترشيد الفكر القانوني، في تفسير القانون والوصايا والعقود، ترجمة: هنري رياض. دار الجيل، ط 1، 1981.
32. مارتن هايدغر، الإنطولوجيا: هرمينوطيقا الواقعية، (منشورات الجمل، بغداد، كولونيا، 2011).
33. مارسو لونج، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 1، 2009.
34. محمد أزهرى، الإستثناءات القضائية من مسطرتي التظلم والتصحيح في المادة الضريبية، مكتبة الرشاد، السطات، 2019.
35. محمد الشريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، أروقة للدراسات والنشر، 2015.
36. محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مقال منشور بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، الصادرة عن الجامعة العربية، عدد 46، سنة العدد غير مذكورة.
37. محمد بفقير، قضايا الصفقات العمومية في قضاء الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، مطبعة النجاح الجديدة، 2017.
38. محمد بوكماش وخلود كلاش، مبدأ الأمن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الإداري، مجلة البحوث والدراسات، العدد 24، السنة 14، صيف 2017.
39. محمد رضا جنيج وآخرون، الاحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، ط 1، 2007.
40. ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد، دار الانوار.
41. يونس الشامخي، تأملات حول السلطة المعيارية للقاضي الإداري المغربي من

خلال المبادئ العامة للقانون، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، Remald، عدد 144-145 يناير - أبريل 2019.

باللغة الفرنسية:

1. Brahim Dalil, Le Droit Administratif Face Au Principe De La Sécurité Juridique, Thèse De Doctorat
2. Bruno Latour, La Fabrique Du Droit: Une Ethnographie Du Conseil D'état, La Découverte, 2004.
2. Cristian Atias, Epistémologie Juridique, Dalloz, Paris, 2002.
4. Delphine Sion, De L'apport De L'enrichissement Sans Cause Au Droit Des Contrats Administratifs Contribution Au Règlement Indemnitaire Des Situations Péri-Contractuelles, Thèse Pour Le Doctorat De Droit Public: Présentée Et Soutenue Le 10 Septembre 2016, Aix Marseille Université, Faculté De Droit D'aix-En-Provence.
5. Edgar Morin, La Voie: Pour L'avenir De L'humanité, Paris: Fayard, 2011.
6. En Droit, Université De Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2015.
7. Foucart, Élément De Droit Pubic Et Administratif, 2ème Ed, 1839, T 2, Droit Adm.
8. Friedrich Clemmy, Histoire Doctrinale D'une Mise En Discours: Des Contrats De L'administration Au Contrat Administratif (1800-1960), Thèse En Vue De L'obtention Du Doctorat, Université Toulouse Capitole, 2016.
9. Georges Vedel Et Pierre Delvolvé, Droit Administratif 1, P.U.F.
10. Jacque Derrida, Force De Loi, Paris: Galiléens, 1994.
11. Jacques Chevallier, Conclusion Générale Les Interprètes Du Droit, In La Doctrine Juridique, Presses Universitaires De France.
12. Jacques Chevallier, Réflexions Sur L'idéologie De L'Intérêt Général, Un Article Publié Dans Un Livre Collectif Intitulé: Variations Autour De L'idéologie De L'intérêt Général. Volume 1 / Curapp, Centre Universitaire De Recherches Administratives Et Politiques De Picardie; Faculté De Droit Et Des Sciences Economiques De Reims; Sous La Direction De Jacques Chevallier, P.U.F, Paris, 1979,
13. Jean Carbonnie, Flexible Droit: Pour Une Sociologie Du Droit Sans Rigueur, L.G.D.J, Paris, 2001.
14. Jeanneau (Benoit). Les Principes Généraux Du Droit Dans La Jurisprudence Administrative, Thèse De Doctorat, Droit, Poitiers, 1954, Paris, R. Sirey, 1954.
15. Lamprini Xenou, Les Principes Généraux Du Droit De L'union Européenne Et

La Jurisprudence Administrative Française, Thèse De Doctorat / Décembre 2014, Université Panthéon-Assas, Ecole Doctorale Georges Vedel. Droit Administratif, Sciences Administratives Et Science Politique (Ed 7)

16. Luca Volpi, Le Concept De Sécurité Juridique Dans Le Régime De L'acte Administratif Unilatéral, Le Village De La Justice: [Https://Www.Village-Justice.Com](https://www.village-justice.com).
17. M A. Cours De Droit Administratif, Paris, 1847, Hiérarchie Adm, No 194.
18. Marceau Long Et Autre, Les Grandes Arrêts De La Jurisprudence Administrative, Dalloz, 2007.
19. Michel Troper, La Philosophie Du Droit, Collection: Que Sais-Je?, Presses Universitaires De France, 2006.
20. Rivero (Jean). Le Juge Administratif Français : Un Juge Qui Gouverne?, Dalloz, 1951, Chronique Vi.
21. Thérèse Rousseau-Houle, La Notion D'enrichissement Sans Cause En Droit Administratif Québécois, Les Cahiers De Droit, Volume 19, Numéro 4, 1978.
22. Yves Gaudemet <https://www.lgdj.fr/auteurs/yves-gaudemet.html>, *Les Méthodes Du Juge Administratif*, L.G.D.J, 2013.
23. Yves Poirmeur Et Emmanuelle Fayet, La Doctrine Administrative Et Le Juge Administratif, In *Le Droit Administratif En Mutation*, Presses Universitaires De France, 1993.

باللغة الإنجليزية:

24. Adam Perry, *The Flexibility Rule In Administrative Law*, *Cambridge Law Journal*, 10 Jan 2017.
25. Alfred Thompson Denning, *The Discipline Of Law*, London: Butterworths, 1979
26. Cass R. Sunstein And Adrian Vermeule, *Libertarian Administrative Law*, *The University Of Chicago Law Review*, Vol. 82, No. 1, (Winter 2015).
27. Georg Nolte, *General Principles Of German And European Administrative Law: A Comparison In Historical Perspective*, *The Modern Law Review*, Vol. 57, No. 2 (Mar.1994).
28. Guido Alpa, *General Principles Of Law*, *Annual Survey Of International & Comparative Law*, Volume 1 | Issue 1 Article 2, 1994.
29. Michel Rousset Et Jean Garagnon, *Droit Administratif Marocain*, Remald, 99, 2017.
30. *Seaford Court Estates Ltd V Asher* [1949] 2 Kb 481 Is A Case Englis Law Concerning Interpretation Of An Act Of Parliament.
31. Soochan Ahn, *Legitimacy, Flexibility And Administrative Law*, Submitted To The

Faculty Of Indiana University Maurer School Of Law, In Partial Fulfillment Of The Requirements For The Degree Of: Phd Of Juridical Science May, 2021.

32. Vincent Cyril Richard Arthur Charles Crabbe, Understanding Statutes, Cavendish Publishing, 1994.

باللغة الألمانية :

33. Brash Victor, Die Konversion Vom Standpunkt Der Geriffs Und Interssenjurispudenz, Diss, Munster, 1949
34. Weil Elly, Konversion Rechtsgeschaeften, Diss, Munster, 1949.

دور المحكمة الدستورية العليا المصرية في تجسيد النص الضريبي

د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين*

ملخص:

تعلب المحكمة الدستورية العليا في الحياة القانونية المصرية دوراً هاماً في تحقيق الأمن والاستقرار القانوني وتفعيل مبدأ المشروعية القانونية في أبهى صوره؛ من خلال رقابة مدى مشروعية التشريعات القانونية المختلفة واتفاقها مع النصوص الدستورية؛ ومن خلال تفسير ما غمض من نصوص قانونية في ضوء أحكام الدستور ونصوص القانون والهدف والغاية منه؛ مروراً بإنهاء التنازع الحادث في الاختصاص حول نزاع قضائي معين بين جهتين قضائيتين مختلفتين أو بين جهة قضائية وأخرى شبه قضائية؛ نهاية بحل التنازع الحادث حول أي حكم يجب تنفيذه حال وجود حكمين نهائيين متعارضين؛ ولما كان التشريع الضريبي من أخطر المجالات التي يجب أن تخضع لرقابة القضاء الدستوري لضمان عدم خروجها عن المبادئ الدستورية الخاصة بتحقيق العدالة الاجتماعية، والحفاظ على المساواة بين الأشخاص الخاضعين للضريبة، واحترام الحريات والملكية الخاصة؛ ولأثر التشريعات الضريبية على المالية العامة للدولة؛ ودخول الأفراد وتحقيق رفاهيتهم؛ والإنتاج، والاستهلاك؛ وتقريباً كل مناحي الحياة الاقتصادية في أي دولة.

* جامعة حلوان، جمهورية مصر العربية.

الكلمات الدالة على موضوع البحث: القضاء الدستوري - الضريبة- الرسم -
الرقابة الدستورية- التفسير الدستوري- التنازع القضائي- التنازع في الأحكام.

Abstract:

The Supreme Constitutional Court plays an important role in Egyptian legal life in achieving security and legal stability and activating the principle of legal legitimacy in its best form. By monitoring the extent of the legitimacy of various legal legislations and their agreement with constitutional texts; By interpreting obscure legal texts in light of the provisions of the Constitution, the texts of the law, and its goal and purpose; Passing through the end of the dispute occurring in jurisdiction over a specific judicial dispute between two different judicial bodies or between a judicial body and another quasi-judicial body; An end to resolving the dispute over which ruling should be implemented if there are two conflicting final rulings; Whereas tax legislation is one of the most dangerous areas that must be subject to the oversight of the constitutional judiciary to ensure that it does not deviate from the constitutional principles of achieving social justice, maintaining equality between persons subject to tax, and respecting freedoms and private property; The impact of tax legislation on the state's public finances; the income, achievement and well-being of individuals; production, and consumption; And almost all aspects of economic life in any country.

مقدمة :

تلعب المحكمة الدستورية العليا المصرية منذ إنشائها بموجب القانون رقم (48) لسنة 1979 دورًا هامًا في الحياة القانونية المصرية، فهي الحارسة والوسيلة الأساسية لضمان سمو الدستور وما يحمله من نصوص ومبادئ، وتطبيقه على كافة القواعد القانونية التي تحكم النظام القانوني المصري؛ واطعة مبدأ المشروعية القانونية محل التطبيق في أوجه صوره، حماية للحقوق والحريات، واستقرارًا للنظام القانوني بالدولة، ومن بينها بالطبع القواعد القانونية التي تحكم النظام الضريبي المصري؛ وقد أكد الدستور المصري الصادر عام 2014 والمعدل في عام 2019 في المادة رقم (192) منه على اختصاصات المحكمة الدستورية العليا بالنص على أن: "تتولى

المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أى جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها"؛ وهو ما نص عليه قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 في المادتين رقمي (25، 26) فنص في المادة رقم (25) منه على أن: "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. ثانياً- الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل أحدهما عن نظرها أو تخلت كليهما عنها. ثالثاً: الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى". وتنص المادة رقم (26) منه على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها".

ومن خلال هذه النصوص يتضح الدور الذي يمكن أن تلعبه المحكمة الدستورية المصرية بالنسبة للقواعد القانونية الضريبية؛ بداية من إقامة الرقابة القضائية على هذه القواعد وتحديد مدى موافقتها أو عدم موافقتها لنصوص

الدستور؛ مروراً بتفسير القواعد القانونية الضريبية محل الخلاف عند التطبيق تفسيراً يتوافق مع نصوص الدستور القائم، والظروف المحيطة بنشأة القاعدة الضريبية، آخذة في الاعتبار التطورات التي تطرأ على المجتمع المصري؛ مروراً بحل التنازع سواء تنازع الاختصاص الوظيفي الخاص بنظر المنازعات الضريبية والمقامة بين جهتين قضائيتين مختلفتين أو جهة قضائية وجهة ذات اختصاص قضائي؛ نهاية بإنهاء التنازع الحادث نتيجة صدور حكمين قضائيين نهائيين في منازعة ضريبية من جهتين قضائيتين مختلفتين أو جهة قضائية وأخرى ذات اختصاص قضائي؛ ومن خلال ذلك الدور الهام للمحكمة الدستورية نجدها بأحكامها تتمكن من وضع الإطار الدستوري للنظام القانوني الضريبي المصري محددة ملامحة والمبادئ التي يجب أن يقوم عليها.

أهمية الموضوع: تعد القواعد التشريعية الضريبية من أهم وأخطر القواعد القانونية التي يجب أن تخضع لرقابة القضاء الدستوري بداية لضمان عدم خروجها عن المبادئ والنصوص الدستورية، بل ووضع الإطار الدستوري لها إعمالاً لمبدأ المشروعية الدستورية، ولارتباط هذه التشريعات بالمالية العامة للدولة، ودخول الأفراد وتحقيق رفاهيتهم، والإنتاج، والاستهلاك، وحماية الأموال العامة، والأموال الخاصة بمفهومها الواسع، وتقريباً كل مناحي الحياة الاقتصادية في الدولة، إضافة إلى أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في حالة صدور تشريع ضريبي مخالف للدستور له أثر مالي واسع الخطر على موازنة الدولة ومالياتها، فهو من المفترض أن يؤدي إلى رد الضريبة التي تم تحصيلها والمقضي بعدم دستورتها بعد دفعها بعدة سنوات؛ وبعد أن تكون الدولة قد اعتمدت عليها في تمويل نفقاتها وضبط موازنتها، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة إعادة تدبير النفقات اللازمة لرد الضريبة، مما يؤدي إلى كثرة الخلل والاضطراب في

ميزانية الدولة⁽¹⁾؛ كما أن وجود خلاف داخل مؤسسات الدولة ومواطنيها حول تفسير النص القانوني الضريبي سيؤدي إلى وجود تضارب في تطبيق النص، فالإدارة الضريبية ستفسره بما يحقق صالحها؛ وكذا الممول سيفسره التفسير الذي يحقق مصالحه هو؛ وفي ظل عدم وضوح النص الضريبي سيزيد التهرب الضريبي؛ إضافة إلى أن حدوث تنازع سواء كان التنازع الوظيفي في نظر المنازعات الضريبية الذي قد يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة من جهتين قضائيتين مختلفتين، وأي هذين الحكامين هو الذي سيعتد به ويتم تنفيذه؛ أو قد يؤدي التنازع إلى جريمة إنكار العدالة في حالة تخلي كل من الجهتين القضائيتين عن نظر المنازعة الضريبية مصادرة بذلك الحق الدستوري للمواطن في التقاضي؛ ومن هنا تظهر أهمية دور المحكمة الدستورية العليا في وضع الأطر والقواعد الدستورية للقواعد القانونية الضريبية.

إشكالية البحث: يثير البحث ثمة إشكاليات تتفرع من الإشكالية الرئيسية، وهي دور المحكمة الدستورية العليا في دسترة النظام القانوني للضرائب من خلال الاختصاصات المختلفة التي أتى بها الدستور المصري لها؛ ومن خلال ما نص عليه قانون إنشائها؛ وتتفرع هذه الإشكالية إلى إشكاليات فرعية كل منها يتعلق بالتنظيم القانوني لكل اختصاص من اختصاصاتها وتطبيقاته على التشريعات والقواعد القانونية الضريبية.

وتتمثل الإشكالية الأولى: في الإجابة على الأسئلة المرتبطة بماهية الرقابة الدستورية على التشريعات والقواعد القانونية الضريبية؟!؛ والأهمية القانونية لهذه الرقابة؟!؛ وما هي الإجراءات القانونية للرقابة على دستورية

(1) هشام محمد فوزى عبد الفتاح : رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 1999، ص 189.

التشريعات والقواعد الضريبية؟!؛ وما هو الأثر القانوني المترتب على قبول الدعوى الدستورية والحكم بعدم دستورية النص التشريعي الضريبي؟!؛ وما هو الأثر القانوني المترتب على رفض أو عدم قبول الدعوى الدستورية؟!؛ ومدى جواز إقامة الدعوى الدستورية مرة أخرى بالنسبة للنص التشريعي الضريبي حال رفضها وحال عدم قبولها?!.

وتتمثل الإشكالية الثانية: في الإجابة على الأسئلة المرتبطة بماهية التفسير الدستوري للنص القانوني الضريبي؟!؛ وأهمية التفسير الدستوري للنص القانوني الضريبي؟!؛ ومن هي الجهات صاحبة الحق في طلب التفسير الدستوري للنص التشريعي الضريبي؟!؛ وما هي الطرق والأدوات والوسائل التي تتبعها المحكمة الدستورية عند رقابتها على النص القانوني الضريبي?!.

وتتمثل الإشكالية الثالثة: في الإجابة على التساؤلات المتعلقة بماهية دور المحكمة الدستورية كمحكمة تنازع بالنسبة للمنازعات، والأحكام القضائية الضريبية؟!؛ وما هي أهمية هذا الدور بالنسبة لاستقرار النظام القانوني الضريبي?!.

منهجية البحث: اتبع الباحث في محاولته للإجابة على الإشكاليات التي يثيرها البحث المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص الدستورية والقانونية المرتبطة بالبحث وآراء الفقه؛ والمنهج التطبيقي من خلال استعراض أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا في كل جزئية من جزئياته.

خطة البحث: تقوم خطة البحث على تقسيم الدراسة إلى أربعة مطالب تتبعهم بخاتمة موضحاً بها أهم النتائج والتوصيات التي انتهينا إليها.

المطلب الأول: التحديد الدستوري لمفهوم الضريبة.

المطلب الثاني: المحكمة الدستورية والرقابة على دستورية القوانين الضريبية.
المطلب الثالث: دور المحكمة الدستورية في تفسير القوانين الضريبية.
المطلب الرابع: دور المحكمة الدستورية في فض النزاع في المنازعات والأحكام الضريبية.

المطلب الأول

التحديد الدستوري لمفهوم الضريبة

تحتل الضرائب في العصر الحديث مكانة هامة جداً لكونها أهم إيراد تحصل عليه الدولة لسد حاجتها من النفقات على متطلباتها؛ وقد تطورت الضرائب عبر العصور الزمنية حتى وصلت لما هي عليه الآن؛ فالضرائب لم تكن معروفة من قبل في الأزمنة السحيقة عندما كان الناس يعيشون في هيئة تجمعات بدائية تأخذ شكل العشيرة أو القبيلة؛ ومع مرور الزمن تطورت هذه المجتمعات آخذة شكل الدولة الحديثة، فظهرت حاجات مشتركة بين أفراد المجتمع لن تستطيع الدولة الوفاء بها إلا من خلال فرض ضرائب على أفرادها لتغطية نفقات هذه الحاجات.

الفرع الأول: مفهوم الضريبة

يختلف تعريف الضريبة باختلاف النواحي التي يمكن أن ننظر من خلالها للضريبة سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو قانونية.

أولاً: التعريف الفقهي للضريبة: اهتم الفقه بتعريف الضريبة في جل المؤلفات التي تناولت شرح المالية العامة والضرائب باعتبارها أحد أهم موارد الدولة فعرفت بأنها: " مبلغ نقدي تقتطعه الدولة جبراً بشكل مباشر أو

غير مباشر من ثروة الأفراد بصفة نهائية وذلك لتغطية النفقات العامة، ولتحقيق أغراض التدخل في المجالات الاجتماعية والاقتصادية" (2)؛ وعرفت بأنها: "جزء من أموال تجبرهم الهيئات العامة على دفعه لها لكي تتمكن من أداء الخدمات العامة غير القابلة للتجزئة التي لا يطلبها الأفراد لأنهم لا يشعرون أنها تفيدهم فائدة خاصة، والتي يستفيد منها المجموع مباشرة" (3)؛ وعرفت أيضًا بأنها: "اقتطاع نقدي جبري تفرضه الدولة على المكلفين وفقًا لقدراتهم بطريقة نهائية وبلا مقابل وذلك لتغطية الأعباء العامة وتحقيق أهداف الدولة" (4)؛ وعرفت بأنها: "اقتطاع نقدي جبري تجريه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة على موارد الوحدات الاقتصادية المختلفة بقصد تغطية الأعباء العامة دون مقابل محدد وتوزيع هذه الأعباء بين الوحدات الاقتصادية وفقًا لمقدرتها التكليفية" (5)؛ وعرفت كذلك بأنها: "فريضة نقدية يدفعها الفرد جبرًا إلى الدولة أو إحدى هيئاتها القومية والمحلية وبصفة نهائية مساهمة منه في تحمل الأعباء والتكاليف العامة دون الحصول على مقابل أو منفعة خاصة" (6).

ثانيًا: تعريف المحكمة الدستورية العليا للضريبة: طرح القضاء الدستور

- (2) عبد الحفيظ عبد الله عيد: المالية العامة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 180؛ زهير زواش: محاضرات في المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قسنطينة (2) عبد الحميد مهدي، الجزائر، 2018-2019، ص 43.
- (3) محمود رياض عطية: موجز في المالية العامة، دار المعارف، مصر، 1969، ص 108.
- (4) انظر:
- Christian Schoenauer:** Les Fondamentaux de la Fiscalité, techniques et applications edition ESKN, 6eme edition, Paris, France, 2006, p.10.
- (5) طاهر الجاني: المالية العامة والتشريع الضريبي، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، د. ت، ص 136.
- (6) اعداد حمود القيسي: المالية العامة والتشريع الضريبي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط (9)، 2015، ص 126، 127.

تعريفًا للضريبة محددة ماهيتها فعرفتها بأنها: " فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها، إسهاماً من جهتهم فى أعبائها وتكاليفها العامة، وهم يدفعونها لها بصفة نهائية، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها، فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها، يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها، ومن ثم كان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبةها، وإلا كان ذلك خلطاً بينها وبين الرسم، إذ يستحق مقابلًا لنشاط خاص أتاه الشخص العام -وعوضاً عن تكلفته- وإن لم يكن بمقدارها"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: الدستور المصري وتنظيم الضرائب

يختلف الإطار العام لتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في المجال الضريبي؛ مما أثار تساؤلات حول النطاق المتبادل لاختصاص كل من التشريع واللائحة في المجال الضريبي، وعمّا إذا كان هذا التحديد مرن يسمح بتدخل إحدى السلطتين في اختصاصات الأخرى أم جامد يحول دون هذا التدخل.

أولاً: وضع الضرائب في الدستور المصري: تبني النظام الدستوري المصري منذ القدم فرض الضريبة من خلال القانون منذ أن أوصت لجنة الإصلاح الضريبي المصري بذلك عام 1876؛ ونص أول دستور مصري دستور عام 1923 في المادة رقم (134) منه على أنه: " لا يجوز إنشاء ضريبة أو تعديلها أو إلغائها إلا بقانون ولا يجوز تكليف الأهالي بشيء من الأموال أو الرسوم إلا في حدود القانون"؛ ونص في المادة رقم (135) منه

(7) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم (58) لسنة 17 قضائية "دستورية" الصادر بجلسة 1997/11/15.

على أن: "لا يجوز إعفاء أحد من الضريبة إلا في الأحوال المبينة في القانون"؛ وهو ما كرره دستور عام 1971 في المادة رقم (119) منه من أن: "إنشاء الضرائب العامة وتعديلها أو إلغاؤها لا يكون إلا بقانون ولا يعفى أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون؛ ولا يجوز تكليف أحد بأداء غير ذلك من الضرائب والرسوم إلا في حدود القانون"؛ ونص دستور مصر الحالي الصادر عام 2014 والمعدل عام 2019 في المادة على أن: "يهدف النظام الضريبي وغيره من التكاليف العامة إلى تنمية موارد الدولة، وتحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية الاقتصادية. لا يكون إنشاء الضرائب العامة، أو تعديلها، أو إلغاؤها، إلا بقانون، ولا يجوز الإعفاء منها إلا في الأحوال المبينة في القانون. ولا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب، أو الرسوم، إلا في حدود القانون. ويراعى في فرض الضرائب أن تكون متعددة المصادر. وتكون الضرائب على دخول الأفراد تصاعدية متعددة الشرائح وفقاً لقدراتهم التكاليفية، ويكفل النظام الضريبي تشجيع الأنشطة الاقتصادية كثيفة العمالة، وتحفيز دورها في التنمية الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية. تلتزم الدولة بالارتقاء بالنظام الضريبي، وتبني النظم الحديثة التي تحقق الكفاءة واليسر والأحكام في تحصيل الضرائب. ويحدد القانون طرق وأدوات تحصيل الضرائب، والرسوم، وأي متحصلات سيادية أخرى، وما يودع منها في الخزنة العامة للدولة، وأداء الضرائب واجب، والتهرب الضريبي جريمة"⁽⁸⁾.

(8) وهو ما أخذ به الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 والمعدل عام 2008 في المادة 34-4-1 منه عندما نص على أن: "يحدد القانون القواعد المتعلقة بما يلي: أساس الضرائب بجميع أنواعها ونسبها وكيفية تحصيلها ونظام إصدار النقود".
راجع نص المادة 34-1-4 من الدستور الفرنسي بالفرنسية:

La loi fixe les règles concernant, le taux et les modalités du recouvrement des impositions de toutes natures"

الأمر الذي ننتهي منه إلى أن المشرع الدستوري جعل فرض الضرائب وتحديد سعرها ووعائها والمكلفين بأدائها عملاً تشريعياً محضاً لا يجوز أن يصدر إلا بقانون. فالضريبة لا تتركن على رباط تعاقدى بين الدولة والممول؛ وإنما تحددها قوانين الضرائب بنصوص أمرة وهي التي تحدد شخص الملتزم بأداء الضريبة وأحوال الإعفاء منها؛ ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها؛ وكل اتفاق يخالف نص القانون لا يكتسب أية حجية⁽⁹⁾؛ ويمكن القول بصفة عامة أن اختصاص السلطة التشريعية في المجال الضريبي يعكس الأفكار العامة التي تنظم اختصاصها بشكل عام. بناء على ذلك، قد يكون توزيع الاختصاص بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في المجال الضريبي رأسياً أو أفقياً؛ فقد يكون توزيع الاختصاص رأسياً عندما يتم توزيعه على حسب الموضوعات، بمعنى أنه توجد موضوعات من اختصاص المشرع، كالفرائض الضريبية في الدستور الفرنسي والرائب العامة في الدستور المصري؛ أما الموضوعات الأخرى فهي من اختصاص السلطة اللائحية؛ وقد يكون توزيع الاختصاص أفقياً أي أنه في نفس الموضوع، فإنه لكل من التشريع واللائحة اختصاص، فالمشرع يحدد القواعد الخاصة بالوعاء والسعر وطرق التحصيل، أما السلطة اللائحية فهي تحدد قواعد التنفيذ لهذه القواعد الأساسية؛ ولا يجوز للمشرع أن يتوغل باللائحة على المجال المحجوز للقانون، وإلا فإن الجزء هو رفع الصفة التشريعية عن النص الضريبي⁽¹⁰⁾؛ وبما أن التشريع هو المصدر الوحيد للضريبة فلا قيمة للتعليمات التنظيمية أو التدابير الداخلية، لأن تلك الأعمال ليست إلا أعمالاً

(9) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 525 بتاريخ 19 / 7 / 1961.

(10) محمد محمد عبد اللطيف: الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 13، 14.

إدارية لا تلزم إلا الموظفين، ولا تتقيد بها المحاكم، ولا المكلفين، ولا الدوائر المالية ذاتها التي أصدرتها⁽¹¹⁾.

ثانياً: دور المحكمة الدستورية العليا في التأكيد على قانونية الضريبة: أكدت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها على أن يكون فرض الضريبة بناءً على تشريع صادر من السلطة التشريعية عندما قضت بأن: "وجوب فرض الضريبة بقانون يبين حدود العلاقة بين الملتزم بالضريبة من ناحية، وبين الدولة التي تفرضها من ناحية أخرى، سواء في مجال تحديد الأشخاص الخاضعين لها، أو الأموال التي تسري عليها، وشروط سريانها، وسعر الضريبة وكيفية تحديد وعائها وقواعد تحصيلها، وأحوال الإعفاء منها، والجزاء على مخالفة أحكامها، وإذا كان قانون الضريبة يصدر على هذا النحو، فإنه ينظم رابطتها تنظيمًا شاملاً يدخل في مجال القانون العام، ويبرز ما للخزانة العامة من حقوق قبل الممول، وامتيازاتها عند مباشرتها وبوجه خاص في مجال توكيده حق الإدارة المالية في المبادأة بتنفيذ دين الضريبة على الممول، واعتباره محاولة التخلص منها جريمة معاقباً عليها قانوناً⁽¹²⁾ وقضت كذلك بأن: "السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة، إذ تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها متضمناً تحديد نطاقها؛ وعلى الأخص من خلال تحديد وعائها، وأسس تقديرها؛ وبيان مبلغها، والملتزمين أصلاً بأدائها والمسؤولين عنها، وقواعد ربطها وتحصيلها وتوريدها وكيفية أدائها، وغير ذلك مما يتصل

(11) وفاء شيعاوي: تفسير النصوص الضريبية في إطار مبدأ المشروعية؛ مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خضير بسكرة؛ العدد الثالث؛ ص 143.

(12) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 35 لسنة 13 قضائية "دستورية" بتاريخ 1992/11/7.

ببيان هذه الضريبة، عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون" (13).

الفرع الثالث: الفارق بين الضريبة والفرائض المالية الأخرى

خلصنا مما سبق إلى أن فرض الضريبة لا يكون إلا بتشريع صادر من السلطة التشريعية؛ كما أن إلغاء فريضة الضريبة لا يكون إلا بتشريع صادر من ذات السلطة؛ وبناءً على ذلك يكون أي قرار لائحي أو تنظيمي أو إداري يُخفض من قيمة الضرائب المفروضة؛ أو تحديد الواقعة المنشئة لاستحقاق الضريبة "وعاء الضريبة"؛ أو مكان فرض الضريبة إذا كانت الضريبة إقليمية محددة بنطاق إقليمي معين؛ أم مرتبطة بقاعدة شخصية الضريبة كفرض الضريبة على المواطنين العاملين بالخارج مستنداً لفكرة التبعية السياسية مثلاً؛ أو تحديد المكلفين بأداء الضريبة يعد قراراً أو لائحة غير دستورية (14).

أولاً: الفقه والفارق بين الضريبة والفرائض المالية الأخرى: يتفق غالبية الفقه أن الضرائب العامة هي التي تفرض على جميع سكان الدولة أي أنها تفرض على جميع المواطنين؛ إلا أن هذا الرأي محل تدقيق وهو -ما نؤيده- لأن الضرائب تفرض سواء كانت عامة أو غير عامة على طائفة من الأفراد الذين تتوافر فيهم شروط الخضوع لها، فالقواعد القانونية الضريبية شأنها شأن سائر القواعد القانونية الأخرى، تقسم الأفراد إلى طوائف، وتخضع كل طائفة متماثلة منها إلى قواعد متماثلة، وبالتالي يستحيل أن

(13) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 18 لسنة 18 قضائية "دستورية" بتاريخ 1996/2/7؛ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 9 لسنة 17 قضائية "دستورية" بتاريخ 1996/9/7.

(14) محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 17، وما بعدها.

يخضع الجميع لضريبة واحدة⁽¹⁵⁾؛ ولما كانت الفرائض الضريبية هي استقطاعات مالية ذات طبيعة إجبارية؛ مما يستبعد كل المساهمات المالية لا تحمل هذه الصفة مثل الرسوم وشبه الضريبية، ومقابل أداء الخدمات، أو ثمن الخدمة والأتاوات⁽¹⁶⁾، فالرسوم شبه الضريبية هي مبالغ يتم تحصيلها إجباريًا لأشخاص آخرين غير الدولة بهدف تحقيق هدف اقتصادي أو اجتماعي، ونجد في مصر لها تطبيقات عديدة منها الدمغة في النقابات المهنية كدمغة المحاماة والتي يكون الغرض من تحصيلها تكوين رؤوس أموال تستخدمها النقابة في المعاش والإعانات الخاصة؛ ويتميز الرسم عن الضريبة أنه يكون مقابل خدمة تؤدي للمستفيد؛ كما أن الرسم يتميز بأنه اختياري فالمستفيد له حق الانتفاع بالخدمة أم لا، مثل رسوم القيد في الجامعات، ورسوم زيارة المتاحف؛ وقد يكون الرسم إجباريًا وإلا عرض المستفيد نفسه للعقاب كما هو رسم دمغة المصوغات، وقد يكون الإجبار لأن المستفيد إن لم يدفعه عرض مصالحه للضياع، كرسوم تسجيل الملكية؛ كما يمكن التمييز بين الرسم ومقابل، أو ثمن الخدمة في أن طبيعة الرسم مستمدة بالضرورة من الطبيعة الإدارية للخدمة، كما أنه يتميز بالطبيعة الإلزامية، يفرض على الأفراد مقابل تأدية الخدمة، كما أن الرسم لا يتعادل مع الخدمة المقدمة؛ أما الثمن فهو نظير أداء اقتصادي، وهو اختياري دائمًا، ويكون هناك تعادل بينه وبين الخدمة التي تؤدي مقابلة له⁽¹⁷⁾.

(15) راجع:

TROTBAS (L.), COTTERET (J.M.), Droit fiscal, 7e éd, 1992, Dalloz. p.80.

(16) راجع:

PHILIP (L.), Le partage de la loi et du règlement en matière en fiscal, D.F., 1981. P.163

(17) راجع في تفاصيل ذلك: محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 75، وما بعدها.

ثانيًا: دور المحكمة الدستورية العليا في التفرقة بين الضرائب والفرائض المالية الأخرى: أوضحت المحكمة الدستورية الخطوط الفارقة بين الضريبة والفرائض المالية الأخرى؛ وما يميز الضريبة عنها بقضائها بأن: "وحيث إن الدستور قد مايز بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية، فنص على أن أولاهما: لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون، وأن ثانيتهما: يجوز إنشاؤها في الحدود التي بينها القانون، وكان ذلك مؤداه أن المشرع الدستوري بهذه التفرقة في الأداة، قد جعل من القانون وسيلة وحيدة ومصدرًا مباشرًا بالنسبة للضرائب العامة؛ فالسلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة وتتولى بنفسها تنظيم أوضاعها وتفصيل ما يتصل ببنائها، وذلك على تقدير أن الضريبة العامة هي فريضة مالية يلتزم الشخص بأدائها للدولة مساهمة منه في التكاليف والأعباء والخدمات العامة، ودون أن يعود عليه نفع خاص من وراء التحمل بها، بما ينطوي عليه ذلك من تحميل المكلفين بها أعباء مالية تقتطع من ثرواتهم تبعًا لمقدرتهم التكليفية، ومن ثم فإنه يتعين تقريرها بموازن دقيقة ولضرورة تقتضيها، وهو ما ارتبط من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشريعية ورقابتها للسلطة التنفيذية، ومن هنا كان القانون هو وحده وسيلة فرضها. أما بالنسبة للفرائض والأعباء المالية الأخرى ومن بينها الرسوم التي تستأدى جبرًا مقابل خدمة محددة يقدمها الشخص العام لمن يطلبها عوضًا عن تكلفتها وإن لم يكن بمقدارها، فقد سلك الدستور في شأنها مسلكًا وسطًا بأن أجاز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية في تنظيم أوضاعها، ولكنه لم يشأ أن يكون هذا التفويض مطلقًا وإنما مقيّدًا بالقيود التي حددها الدستور ذاته، وأخصها أن تكون في حدود القانون أي أن يحدد القانون حدودها وتخومها ويشي بملامحها، مبيّنًا العريض من شئونها، فلا يحيط بها في كل جزئياتها، وإنما يكون تفويض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانبها، فالقانون هو الذي يجب

أن يحدد نوع الخدمة التي يحصل عنها الرسم، وحدوده القصوى التي لا يجوز تخطيها بأن يبين حدودًا لها، حتى لا تنفرد السلطة التنفيذية بهذه الأمور، على خلاف ما أوجبه الدستور من أن يكون تفويضها في فرض هذه الرسوم " في حدود القانون"؛ وحيث إن القيود التي قيّد بها الدستور السلطة التشريعية في تفويضها للسلطة التنفيذية في شأن الفرائض المالية الأخرى غير الضريبة العامة، تتفق وكون هذه الفرائض مصدرًا لإيرادات الدولة، ووسيلة من وسائل تدخلها في التوجيه الاقتصادي والاجتماعي، تأكيدًا لإتاحة الفرص المتكافئة للحصول على الخدمات العامة التي تؤديها الدولة وحتى لا تكون الرسوم مجرد وسيلة جباية لا تقابلها خدمات حقيقية يحصل عليها من يدفعها، ولا يتأتى ذلك كله إلا بمسلك متوازن من المشرع لا يكتفى فيه بمجرد إقرار مبدأ فرض الرسم، وإنما يتم تحديده في نطاق السياسة المالية التي تنتهجها السلطة التشريعية في مجال تحديد الإيرادات وضبط الإنفاق، وكفالة تقديم الخدمات التي تلتزم بها الدولة على أساس من العدل الاجتماعي. ولا يتنافى ذلك مع المرونة اللازمة في فرض الرسوم لمجابهة الظروف المتغيرة في تكاليف أداء الخدمة، طالما أن فرضها أو تعديلها لا يكون بقانون في كل حالة على حدة، وإنما يتم ذلك في حدود القانون، أي بقرار من السلطة التنفيذية يقع في دائرة السلطة المقيدة ولا يتجاوز نطاق التفويض الممنوح من المشرع⁽¹⁸⁾.

(18) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 175 لسنة 22 قضائية "دستورية" - بتاريخ 5/9/2004.

المطلب الثاني

المحكمة الدستورية والرقابة على دستورية القوانين الضريبية

تعد الرقابة على دستورية القوانين الضريبية من أهم المبادئ الدستورية التي تكفل احترام القواعد الدستورية؛ وعدم انتهاكها من قبل السلطات التشريعية للدولة؛ مما يعد ضماناً أساسية لحماية حقوق الأفراد في المجتمع وحررياتهم الأساسية؛ وهذه الرقابة تقوم بها المحكمة الدستورية العليا بما يطلق عليه أو يسمى بالدعوى الدستورية.

الفرع الأول: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين الضريبية وأهميتها

يوجد عدد من التعريفات التي تناولت الرقابة على دستورية القوانين؛ وخصائص هذه الرقابة وأهميتها ومنها الآتي:

أولاً: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين الضريبية في الفقه: تتعدد التعريفات الفقهية حول الرقابة على دستورية القوانين والتي يمكن أن تعطي ذات المعنى مع القوانين الضريبية فتعرف بأنها: "الضمانة على تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، وتأكيد على إلزام كافة سلطات الدولة، وعلى رأسها السلطة التشريعية لأحكام الدستور؛ وسمو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية الضريبية، وضمان احترام القواعد الدستورية وعدم الاعتداء عليها؛ فهي الوسيلة الفاعلة لتأكيد هذا السمو والحيلولة دون إصدار قانون ضريبي يخالف أو يعارض هذه القواعد"⁽¹⁹⁾ وتعرف كذلك بأنها: "منع

(19) سليم نعيم خضير الخفاجي: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، مجلة جامعة أهل البيت، العدد الثامن، البصرة، العراق، ص315؛ سعد جمال خيري أبو زنت: إشكالية رقابة الدستورية في فلسطين "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2019، ص8.

صدور نصوص قانونية ضريبية مخالفة للدستور فهي وسيلة لحماية الدستور من أي اعتداء أو خرق تطبيقاً لمبدأ سمو الدستور"، ويقصد بها أيضاً بأنها: "حماية الدستور من أي خرق محتمل من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية"⁽²⁰⁾ وتعرف بأنها: "الرقابة التي تتم بواسطة هيئة تتسم بالكفاية القانونية والخبرة الواسعة ومؤهلات علمية تجعلهم قادرين على الرقابة على مدى ملاءمة واتفاق القوانين الضريبية لأحكام الدستور"⁽²¹⁾ وتعرف كذلك بأنها: "التحقق من مخالفة القوانين الضريبية للدستور تمهيداً لعدم إصدارها إذا لم تصدر أو إلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا كان قد تم إصدارها؛ فهي الوسيلة التي يكفل بها المؤسس الدستوري ضمان أن تكون القوانين الضريبية الصادرة من السلطة التشريعية والتنفيذية غير مخالفة للدستور"⁽²²⁾.

ثانياً: أهمية الرقابة على دستورية القوانين الضريبية: تتجلى أهمية الرقابة على دستورية القوانين الضريبية في عدة نقاط يمكن حصرها في الآتي⁽²³⁾:

1 - الرقابة على دستورية القوانين الضريبية ضرورة حتمية فرضها مبدأ تدرج القوانين وسمو الدستور؛ والذي يقتضي عدم مخالفة القواعد القانونية

(20) أحمد رجب دسوقي إبراهيم: رقابة دستورية القوانين في ظل النظم الدستورية المعاصرة " دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة مصر المعاصرة، العدد رقم (548)، أكتوبر 2022، ص 8.

(21) محمد بن علي معجب الكبير: الرقابة القضائية على دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية، مجلة العلوم الإنسانية والإدارية، العدد (26)، ج (1)، مارس 2022، ص 24.

(22) شهرزاد بوسلطة، جميلة مدور: مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد (4)، ص 345.

(23) عمر العبد الله: الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة" مجلة جامعة دمشق، المجلد (17)، العدد (2)، 2001، ص 2، وما بعدها؛ أحمد رجب دسوقي إبراهيم، مرجع سابق، ص 6، وما بعدها؛ توفيق حارث كاظم: رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، يونيو 2022، ص 17، وما بعدها.

الضريبية للوثيقة الدستورية الأسمى سواء من الناحيتين الشكلية أو الموضوعية.

2 - الرقابة على دستورية القوانين الضريبية دعماً لاحترام الحقوق والحريات فهي ركيزة أساسية في تعزيز حماية الحقوق والواجبات والحريات، وقيام الدولة الدستورية، وعدم العبث بالوثيقة الدستورية، فوجود جهة تقوم بالرقابة على دستورية القوانين الضريبية تكون بمثابة حائط الصد ضد أي شطحات شمولية أو تعسفية، وذلك بتطهير النظام القانوني الضريبي من التشريعات التي تشكل انتهاكاً أو عدواناً على حقوق الإنسان وحرياته.

3 - الرقابة على دستورية القوانين الضريبية تدعم مبدأ الديمقراطية المتمثلة في حماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، لأنها تراقب دستورية القوانين الضريبية، فلا تعتمد على اختصاص السلطة التشريعية بل تفاضل بين نصين متعارضين، النص الدستوري والنص التشريعي الضريبي فتطبق النص الدستوري وتستبعد النص التشريعي الضريبي، فالرقابة على دستورية القوانين الضريبية هي الآلية لضمان حماية للأموال العامة المتمثلة في متحصلات الضرائب، وحماية للأموال الخاصة أموال الممولين.

الفرع الثاني: حالات اتصال الدعوى بالمحكمة الدستورية في الطعن على النص الضريبي

نظم قانون المحكمة الدستورية العليا الشروط الواجب توافرها في الدعوى الدستورية بالطعن على النص الضريبي حتى تكون مقبولة من الناحية الشكلية، وحتى تتمكن من الولوج إلى موضوعها وبحثه.

أولاً: حالات اتصال الدعوى بالمحكمة الدستورية طبقاً للقانون: نصت المادة رقم (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن: "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي: أ - إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية. ب- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

ويتضح من هذا النص أن لقبول الدعوى الدستورية بالطعن على النص الضريبي أن تتوافر حالة من الحالات الثلاثة التالية⁽²⁴⁾:

1 - الحالة الأولى: أما عن طريق الدفع أمام المحكمة التي تنظر موضوع النزاع الضريبي بدفع يدفع أمامها بعدم دستورية نص ضريبي أو لائحة ضريبية فتقوم المحكمة التي تنظر النزاع إذا رأت وجاهة قانونية للدفع بالإذن للشخص الذي قام بالدفع برفع الدعوى الدستورية خلال أجل محدد.

(24) انظر في تفاصيل ذلك: عصمت عبد الله الشيخ: مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات "بالتركيز على النظامين المصري والكويتي"، دار النهضة العربية، 2003، ص130، وما بعدها، محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانين المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص266، وما بعدها.

2 - الحالة الثانية: أن ترى المحكمة التي تنظر موضوع المنازعة الضريبية عدم دستورية بعض نصوص القانون الضريبي أو اللائحة الضريبية الفاصلة في النزاع، فتوقف نظر الدعوى وتحيل من تلقاء نفسها الموضوع للمحكمة الدستورية.

3- الحالة الثالثة: أن تتصدى المحكمة الدستورية العليا بطريق التبعية الدعوى دستورية منظورة أمامها تطرح نزاع في نصوص قانونية أو لائحة ضريبية غير التي تتصدى لها المحكمة الدستورية العليا لكنها مرتبطة بها؛ وأن يكون النص الذي يرد عليه التصدى متصلاً بنزاع مطروح على المحكمة الدستورية العليا⁽²⁵⁾.

وفي حالة عدم توافر أحد هذه الصور الثلاث يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية؛ وفي حالة توافر إحدى هذه الصور، تذهب المحكمة لبحث باقي الشروط القانونية العادية المتطلبية لقبول أي دعوى قضائية من توافر المصلحة والصفة والأهلية في مقيمتها⁽²⁶⁾.

ثانياً: حالات تصدى المحكمة الدستورية العليا في ضوء أحكام الدستورية العليا: هناك عدد من الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا تؤكد على الصور التي يسمح القانون فيها لتصديها للفصل في دستورية التشريعات الضريبية.

1 - أوضحت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها الصورة

(25) وهذه الصورة الثالثة نصت عليها المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 من أن: "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية." (26) محمد نصر الدين كامل: اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، 1989، ص7؛ وما بعدها.

الأولى من التصدي من خلال الدفع بعدم دستورية النص الضريبي فقضت بأن: "ومن حيث أن ولاية هذه المحكمة في نظر الدعاوى الدستورية، لا تقوم إلا باتصالهما بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً طبقاً لأحكام المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا، والمادة الأولى من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على نحو ما تقدم، بحيث لا تقبل الدعوى الدستورية أمام المحكمة العليا إلا لمناسبة دعوى قائمة أمام إحدى المحاكم، ويدفع فيها بعدم دستورية تشريع يطلب تطبيقه في الدعوى وتقدر المحكمة جدية الدفع وضرورة البت فيه للفصل في الدعوى الموضوعية"⁽²⁷⁾.

2 - وفي حكم أكثر من مبدع أوضحت فيه المحكمة الدستورية العليا الصورة الثانية من التصدي للنص الضريبي من خلال الإحالة لها من المحكمة التي تنظر الموضوع؛ موضحة حدود محكمة الموضوع وسلطاتها وصلاحياتها عندما قضت بأن: "بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة على أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها يعني دخولها في حوزتها لتهمين عليها وحدها، فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراءً أو تصدر حكماً يحول دون الفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها. ذلك أن قضاءها بوقف الدعوى المطروحة أمامها وبإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية ما استظهرت تطبيقه من نصوص قانونية -ثارت لديها شبهة عدم دستورتها- على المنازعة المطروحة أمامها؛ يعد محرراً للخصومة الدستورية، وعلى محكمة

(27) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 3 لسنة 2 قضائية "دستورية" بتاريخ 1977/7/2؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 9 لسنة 17 قضائية "دستورية" بتاريخ 1996/9/7.

الموضوع بعد أن تعلقت المسائل الدستورية التي أثارها قرار الإحالة بالمحكمة الدستورية العليا أن تتربص قضاءها فيها باعتباره فاصلاً في موضوعها كاشفاً عن النصوص القانونية الصحيحة التي يتعين تطبيقها في النزاع الموضوعي، بما مؤداه أنه -فيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء من المحكمة الدستورية العليا- بأن المحكمة الدستورية العليا تستمد ولايتها في الرقابة القضائية على الدستورية من نصوص الدستور مباشرة. وإذ كان قانون هذه المحكمة -بتفويض من الدستور- قد رسم لاتصالها بالدعوى الدستورية طرقاً ثلاثة -على سبيل الحصر- من بينها الإحالة بحكم من محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها، فإن ذلك الحكم -حال صدوره- لا يعكس صورة نمطية من صور الحكم بوقف الدعوى تعليقاً المنصوص عليه في قانون المرافعات، والذي يجوز الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المنهي للخصومة الموضوعية بتمامها، إذ إن أحكام قانون المرافعات لا تسري -كأصل عام- إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية. ولازم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية، وإحالة أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي، يمتنع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المنظم له، بما مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا، يتحتم عليها وجوباً النظر في دستورية هذا النص؛ والفصل فيه، ولو ثبت لديها أن حكم الوقف قد طعن فيه، أو أنه قد ألغي أمام محكمة الطعن -رغم عدم جواز ذلك- وإلا كانت متسلبة من اختصاص نيظ بها، ولرانت شبهة إنكار العدالة على تسلبها هذا - وإن قضى بإلغاء قرار الإحالة المحرك للدعوى الدستورية الراهنة، إلا أن تعلقها بالمحكمة الدستورية العليا قبل

هذا الحكم واتصالها بها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المقررة في قانونها، والتزامها دستورياً بأن تقول كلمتها فيها، يقتضي أن تنحى أي عقبة -ولو كانت قانونية- وأن تمضي في نظرها وترفض الطلبات والدفوع المثارة، وتفصل فيما تعرضه من مسائل دستورية، غير عابئة بذلك الحكم، لما يشكله من عدوان على ولايتها في الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية التي اختصها الدستور بها" (28).

2 - أتيح للمحكمة الدستورية العليا أعمال رخصتها في التصدي للنص التشريعي الصورة الثالثة لتصديها لمراقبة مدى دستورية القوانين عندما قضت بأن: "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها..؛ وذلك أن أعمال هذه الرخصة المقررة للمحكمة طبقاً للمادة المذكورة منوط بأن يكون الحكم الذي يرد عليه التصدي متصلاً بنزاع مطروح عليها فإذا انتفى قيام النزاع أمامها - فلا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ أعمالها" (29)..

الفرع الثالث: أثر حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النص الضريبي

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الضريبية ذات طابع قانوني مجرد فلا يراقب القاضي الدستوري ملاءمة النص التشريعي الضريبي أو ضرورته أو

(28) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 25 لسنة 22 قضائية "دستورية" بتاريخ 5/5/2001.

(29) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 26 لسنة 6 قضائية "دستورية" بتاريخ 3/1/1987؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 97 لسنة 4 قضائية "دستورية" بتاريخ 4/6/1988.

حكمته؛ ولكن يراقب فقط مدى اتفاهه أو اختلافه مع الدستور فهى رقابة تعنى بظاهر النصوص القانونية الضريبية دون باطنها أو الباعث عليها⁽³⁰⁾. كان لا بد من الوقوف على معرفة الأثر القانونى لحكم المحكمة الدستورية العليا على النص الضريبى سواء كان الحكم بعدم دستورية النص الضريبى وهو ما سنحاول إيضاحه فيما يلى:

أولاً: القوة القانونية للحكم الصادر بعدم دستورية النص الضريبى: نص الدستور المصرى الحالى دستور 2014 والمعدل فى 2019 فى المادة (195) منه على أن: "تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهى ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة وتكون لها حجىة مطلقة بالنسبة لهم. ونظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار"⁽³¹⁾؛ ومن النص السابق يتضح الخصائص القانونية للحكم الصادر بعدم دستورية النص الضريبى والذى تتمثل فى الآتى:

1 - إن حكم المحكمة الدستورية العليا لا يصدر بإلغاء النص التشريعى الضريبى المخالف للدستور، بل المحكمة تحكم فقط بعدم دستوريته، وهو ما يعنى من الناحية العملية إلغاء وانعدام كل قيمة لهذا النص؛ وينشر الحكم بعدم الدستورية يكون ذو حجىة مطلقة على الكافة وملزم لكل سلطات الدولة، مما ينتج عنه عدم جواز تطبيقه، يعنى إلغاء النص التشريعى الضريبى ضمناً؛ فىكون هناك إلزام على السلطتين التشريعية

(30) عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى ملامحها الرئيسية، شركة الجلال للطباعة، 2003، ص52، وما بعدها.

(31) وهو ما نصت عليه المادة 1/49 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 والمعدل بالقانون 137 لسنة 2021 بتاريخ 15/8/2021 من أن: "أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة".

والتنفيذية بإلغاء النص الضريبي المحكوم بعدم دستوريته أو تعديل أحكامه بما يتوافق وأحكام الدستور؛ ومراعاتهما لما يضعاه من تشريعات ضريبية مستقبلية؛ وبالنسبة للسلطة القضائية فيكون هناك إلزام على جميع المحاكم بالامتناع عن تطبيق النص الضريبي المحكوم بعدم دستوريته سواء في القضايا المطروحة أمامها أو في الدعاوى التي تعرض عليها مستقبلاً⁽³²⁾.

2 - أثر الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يقبل التجزئة بطبيعته فهو حجة على الكافة وليس على أطراف النزاع؛ ويجوز حجية مطلقة تمنع من إثارة النزاع مرة أخرى أمام المحكمة الدستورية لانعدام محل الدعوى بسقوط النص الضريبي من قائمة التشريعات الضريبية⁽³³⁾.

3 - الأحكام الصادرة بعدم دستورية قانون أو نص قانوني ضريبي معين من قانون أو بدستورية القانون أو النص؛ فهي أحكام نهائية غير قابلة للطعن بأي طريق من طرق الطعن سواء العادية أو غير العادية؛ إلا أن هذا لا يمنع من إعادة النظر في الحكم دون المساس بحجتيه في حالة طلب

(32) محمود صبحي علي السيد: الرقابة علي دستورية اللوائح دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا ودول مجلس التعاون الخليجي وفقاً لأحدث التعديلات الدستورية والتطبيقات القضائية، دار النهضة العربية، ط2، 2017، ص904، وما بعدها؛ وقد اختلف الفقه حول أثر الحكم بعدم دستورية القانون أو المرسوم فهناك من يرى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي النص التشريعي أو يبطله؛ واتجاه آخر يرى أنه يؤدي للامتناع عن تطبيق النص دون إلغائه؛ والاتجاه الذي أخذ به المشرع المصري هو أنه يلغي قوة نفاذ النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته؛ رائد صالح قنديل: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية (حجتيه وآثاره) دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع الفلسطيني والمصري؛ مجلة جامعة الأزهر؛ غزة، فلسطين، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد (21)، العدد (1)، 2019، ص 138، وما بعدها.

(33) زينب شريف نعمه، شاكِر جميل ساجت: أثر الحكم بعدم دستورية التشريعات الضريبية دراسة مقارنة، مجلة المعهد، العدد (7)، 2021، ص354.

تصحيح الخطأ المادي بالحكم؛ أو دعوى تفسير الغموض أو الإبهام الواقع في الحكم أو الفصل في طلبات موضوعية أغفل الحكم الفصل فيها⁽³⁴⁾.

ثانياً: القوة القانونية للحكم الصادر بعدم دستورية النص الضريبي في ضوء أحكام المحكمة الدستورية: أكدت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها على عينية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، وعلى الحجية المطلقة للحكم وهو ما سنستعرضه في الآتي:

1 - عينية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية فقطت بأن: "الأحكام الصادرة في دعاوى الدستورية هي بطبيعتها دعاوى عينية، توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري- تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس- لأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي قوة نفاذه أو إلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان"⁽³⁵⁾؛ وقضت كذلك بأن:

(34) رائد صالح قنديل، مرجع سابق، ص 129.

(35) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 136 لسنة 5 قضائية "دستورية"- الصادر بجلسة 17 / 3 / 1984؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 121 لسنة 6 قضائية "دستورية"- الصادر بجلسة 21 / 12 / 1985؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 30 لسنة 27 قضائية "دستورية"- الصادر بجلسة 7 / 5 / 2016.

"الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية هي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية الضريبية المطعون عليها بعيب دستوري وتكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة"⁽³⁶⁾.

2 - الحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا فقضت بأن: "المشروع الدستوري اعتمد في الدستور القائم مبدأ الحجية المطلقة لجميع أحكام المحكمة الدستورية وقراراتها"⁽³⁷⁾، وقضت بأن: "الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية والممانعة من نظر أي طعن دستوري جديد يقتصر نطاقها على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستورتيتها وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً بقضائها؛ أما ما لم يكن مطروحاً على المحكمة ولم يكن مثاراً للنزاع أمامها، ولم تفصل فيه بالفعل، فلا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضي فيه؛ ومن ثم لا تمتد إليه الحجية المطلقة للحكم في الدعوى الدستورية السابقة"⁽³⁸⁾، وقضت كذلك بأن: "ولا تقتصر حجية الحكم الصادر من المحكمة على منطوقه بل يمتد إلى أسبابه التي تعتبر دعامة

(36) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 8 لسنة 7 قضائية "دستورية" - الصادر بجلسة 15/4/1989 .

(37) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 42 لسنة 37 قضائية "دستورية" منازعة تنفيذ - الصادر بجلسة 29/11/2015.

(38) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 227 لسنة 21 قضائية "دستورية" - الصادر بجلسة 2/12/2000؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 82 لسنة 22 قضائية "دستورية" - الصادر بجلسة 19/12/2004 ؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 119 لسنة 25 قضائية "دستورية" - الصادر بجلسة 4/11/2007.

أساسية لا يستقيم المنطوق بغيرها؛ وقد تتضمن هذه الأسباب أحكام فاصلة في مسائل دستورية فرعية، فتشكل مع الحكم الوارد في المنطوق وحدة لا تنفصم، ومن ثم تكون هذه الأسباب كذلك ملزمة للناس كافة ولكل سلطة في الدولة" (39).

الفرع الرابع: النطاق الزمني للحكم الصادر بعدم دستورية النص الضريبي

حددت المادة رقم (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا 48 لسنة 1979 آثار حكم المحكمة الدستورية العليا من حيث النطاق الزمني للنص المقضي بعدم دستورية فنصت على أن: "ويترب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

وجاء في المذكرة الإيضاحية الخاصة بالقانون رقم (188) لسنة 1998 والخاص بتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا للمادة 49 / 3 تبريرًا لهذا التعديل أن: "قد أدى الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام

(39) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 21 لسنة 31 قضائية " دستورية " منازعة تنفيذ - الصادر بجلسة 2010 / 2 / 7، وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 17 لسنة 31 قضائية " دستورية " منازعة تنفيذ - الصادر بجلسة 2010 / 11 / 7.

المحكمة - في غير المسائل الجنائية- إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق، يندرج تحتها الإخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها، وتحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس مصالح المواطنين في مجموعهم؛ وعلاجًا لمشكلة الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات التي كشفت عنها التجربة، وتحقيقًا للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع والحفاظ على أمنه اجتماعيًا واقتصاديًا، وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثيقة، فقد رؤي تعديل حكم المادة رقم (49) من الفقرة الثالثة من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 بما يكفل تحقيق الأغراض الآتية: أولاً: تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدرة الخطورة التي تلازمها. ثانيًا: تقرير أثر مباشر للحكم إذا كان متعلقًا بعدم دستورية نص ضريبي..»⁽⁴⁰⁾.

أولاً: الفقه والتعليق على النطاق الزمني لحكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص ضريبي: اختلف الفقه حول ما جاء به النص السابق ومذكرته الإيضاحية من الأثر الفوري لحكم المحكمة الدستورية وهو ما سنوضحه في الآتي:

1 - هناك من يرى ضرورة لجعل الحكم بعدم دستورية النص الضريبي يكون ذو أثر مباشر على خلاف باقي النصوص القانونية مستندًا إلى أن الدعاوى الدستورية الخاصة بالنصوص الضريبية لا تنشأ إلا بخصوص نزاع حول تطبيق نص ضريبي معين قد يكون مطبق لسنوات؛ والدعوى

(40) راجع: محمود صبحي علي السيد، مرجع سابق، ص 923.

تنظر لسنوات حتى يتم الفصل فيها؛ مما قد تنشأ معه مراكز قانونية وتستقر لفترة طويلة من الزمن يصعب إلغاؤها؛ كما أن ابطال النص الضريبي بأثر رجعي سترتب عليه التزام الدولة بأن ترد كافة المبالغ التي حصلتھا استنادًا لهذا النص والتي تكون صرفتها بالفعل على أعبائها وخططها المختلفة، مما يتسبب في وجود عجز بالموازنة، واضطرار الدولة لفرض ضرائب جديدة لسد ذلك العجز، ويعيق تنمية الدولة وتطوير أوضاعها؛ كما أنه يجب التفرقة بين استفادة الخصوم في الدعوى الدستورية عن غيرهم من أفراد المجتمع العاديين؛ فتكون استفادة الخصوم بأن يكون للحكم أثر رجعي في حقهم لأنهم أصحاب الخصومة الأصلية وهم من يجب أن يحصلوا على الترضية القضائية وضمانًا لفاعلية الحق في التقاضي⁽⁴¹⁾؛ فلا يستثنى من الأثر الفوري المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي سوى استفادة المدعي في الدعوى الدستورية بأثر رجعي مطلق يترد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته، وتتم الاستفادة في هذه الحالة بقوة القانون، وليس بناء على تقدير المحكمة الدستورية⁽⁴²⁾.

2 - وهناك جانب آخر يرى أن هذا التعديل فرق بين الأثر القانوني لأحكام المحكمة الدستورية العليا من حيث الزمان بالنسبة للقوانين، فجعل ما يتعلق بالنصوص الضريبية له الأثر الفوري؛ وما يتعلق بالنصوص القانونية الأخرى الأثر الرجعي هو الأساس إلا إذا وجد القاضي الدستوري إضافة ميعاد آخر لحكمه؛ وبالتالي لن تكون لأحكام المحكمة الدستورية

(41) محمد محمد عمران: الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر في المجال الضريبي، مجلة المال والتجارة، عدد 571، نوفمبر 2016، ص 28، وما بعدها.

(42) راجع: محمود صبحي علي السيد، مرجع سابق، ص 935، 936.

العليا ذات الأثر والدرجة عند تطبيقها من حيث نطاق الزمان؛ كما أنه سيترتب على ذلك الإخلال بمبدأ المساواة بين من يخاطبهم النص الضريبي المحكوم بعدم دستوريته بما إذا كان القانون طبق عليهم أم لم يطبق بعد؛ كما أن أعمال الأثر الفوري لحكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص الضريبي سيشجع الدولة على فرض ضرائب دون اهتمام ببحث مدى اتفاقها مع أحكام الدستور؛ كما أنه يؤدي إلى نوع من التمييز بين الفرد والدولة لا تقبله مبادئ العدالة فهو يعطي للدولة مركزاً متميزاً على مركز الأفراد في الحقوق المالية؛ فالدولة تقتضي الضريبة منذ صدور القانون؛ في حين الفرد لا يستطيع استعادة ما حصل من الدولة في حالة الحكم بعدم دستورية النص الضريبي؛ كما أن الأثر الفوري للحكم الضريبي سيجعل الشخص الذي لم يقدّم بصداد الضريبة وتهرّب حتى صدر الحكم بعدم الدستورية فأعفاه من السداد، في وضع أفضل ممن قام بالسداد ولا يستطيع أن يسترد؛ كما أن النص جعل الاستفادة من الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية النص الضريبي للخصوم في الدعوى الدستورية دون غيرهم الذين يطبق عليهم الحكم بأثر فوري يتنافى مع الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية بكونها دعوى عينية تختص النص القانوني المعابة بعيب دستوري⁽⁴³⁾.

ونحن من جانبنا نرى أن تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة يكون لحكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص ضريبي الأثر الفوري، بالرغم من الوجاهة القانونية للرأى القانوني الآخر، وذلك لما قد ترتبه مثل هذه الأحكام من خلل شديد في موازنة الدولة بل قد تؤدي لافتقار

(43) راجع في تفاصيل ذلك: عبد الحفيظ الشبمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص118، وما بعدها.

الدولة لو كانت المبالغ المحصلة ضخمة خصوصاً مع إنفاقها على المشاريع القومية.

ثانياً: قضاء المحكمة الدستورية والنطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية: نظمت المحكمة الدستورية حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص ضريبي من حيث الزمان فقضت بأن: "الأثر الفوري والمباشر للاعتبارات العملية المتعلقة بصالح الخزانة العامة؛ وينصرف مدلول نص ضريبي على الضرائب بمعناها الفني الدقيق فقد مايز الدستور بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية، فنص في أولاهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون؛ وأن الثانية يجوز إنشاؤها في الحدود التي يبينها القانون"⁽⁴⁴⁾.

الفرع الخامس: الأثر القانوني لحكم المحكمة الدستورية برفض الدعوى

عندما تقضي المحكمة الدستورية العليا برفض الدعوى المقام على دستورية النص الضريبي فيكون الرفض، أما رفض شكلي وأما رفض موضوعي، وفي كل حالة حكم المحكمة الدستورية برفض الدعوى الدستورية له أثر مختلف، وهو ما سنعرضه في الآتي:

أولاً: حالة رفض الدعوى الدستورية على النص الضريبي شكلاً: تتوافر حالة الرفض الشكلي للدعوى الدستورية بالطعن على النص الضريبي عندما يرتكب مقيم الدعوى خطأ في إجراءات رفع الدعوى الدستورية أو إجراءات مباشرتها تؤدي لصدور حكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لعيب شكلي مثل

(44) راجع في هذا حكم المحكمة الدستورية العليا في القضيتين رقمي 184، 185 لسنة 21 قضائية " دستورية " - الصادر بجلسة 13 / 5 / 2007.

الأحكام الصادرة ببطلان صحيفة الدعوى، أو بعدم قبول الدعوى لعدم توافر الصفة والمصلحة أو لعدم مراعاة الميعاد أو لعدم اتصال الدعوى بالمحكمة بالطرق المقررة قانوناً، فلا تحوز الحجية المطلقة بل تتمتع بالحجية النسبية القاصرة فقط على خصوم الدعوى الدستورية⁽⁴⁵⁾؛ وبالتالي يجوز إقامة الدعوى الدستورية مرة أخرى لأنه لم يتم بحث موضوع الطعن، فمن الممكن أن يكون النص المطعون فيه مخالفاً لأحكام الدستور أو متعارض مع المبادئ الضريبية مثل مبدأ العدالة الضريبية أو مبدأ المساواة أمام الضرائب أو مبدأ عدم رجعية التشريعات الضريبية وغيرها من المبادئ الدستورية؛ ولا يعقل أن تخلف بعض الشروط الشكلية نتيجة إهمال أو تقصير أو خطأ من رافعي الدعوى الدستورية وهو الذي منع المحكمة الدستورية من القيام بمراجعة النص الضريبي بحكمها بعدم قبول الدعوى، يمنع من إقامتها مرة أخرى والقول بغير ذلك سيؤدي لتطبيق نصوص غير دستورية على المكلفين بالضريبة تؤدي لمصادرة أموالهم دون وجه حق⁽⁴⁶⁾.

ثانياً: حالة رفض الدعوى الدستورية على النص الضريبي موضوعاً: يتم رفض الدعوى الدستورية على النص الضريبي بعد دراسة مستفيضة للنص أو النصوص محل الدعوى والتأكد من خلوة أو خلوها من ثمة عيوب تخالف الدستور مما يجعله يحوز الحكم الحجية المطلقة مثله مثل الحكم بعدم الدستورية؛ وذلك لأن مثل هذا الحكم لا يصدر إلا بعد دراسة مستفيضة من المحكمة انتهت فيها إلى موافقة النص الضريبي لأحكام الدستور؛ ومن ثم لا يجوز عرض النصوص التي نظرتها المحكمة وأصدرت فيها حكمها مرة أخرى أمامها إذ يؤدي ذلك إلى إثقال كاهل المحكمة بدعاوي كثيرة لا تقدر

(45) محمود صبحي علي السيد، مرجع سابق، ص 904، وما بعدها.

(46) زينب شريف نعمه، شاعر جميل ساجت، مرجع سابق، ص 355، 356.

على مواجهتها من ناحية؛ ومن ناحية أخرى يحد من فاعلية أحكام المحكمة الدستورية⁽⁴⁷⁾.

ثالثاً: أحكام المحكمة الدستورية العليا في حالة رفض الدعوى الدستورية على النص الضريبي شكلاً أو موضوعاً: تنوعت أحكام المحكمة الدستورية العليا موضحة حالات الرفض، وما يمكن إثارته من مسائل دستورية قد فصلت فيها المحكمة، وما لا يمكن إثارته مرة أخرى فجاءت كالتالي:

1 - أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه يمكن إثارة الدعوى الدستورية على النص الضريبي بالرغم من صدور حكم برفضها حال تغير الظروف القانونية التي صدر فيها الحكم فقضت بأنه: "يجوز إثارة الطعن بعدم دستورية قانون أو نص قانوني ضريبي من جديد في حالة إذا تم تعديل الدستور أو إصدار دستور جديد به نصوص تتعلق بهذا القانون؛ إذا كان الطعن مبني على مخالفة موضوعية للقواعد الدستورية؛ حيث إن المقرر أن الرقابة على دستورية القوانين الضريبية من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التي تضمنها الدستور إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره باعتبار أن نصوصه دائماً تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم؛ ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من تشريعات"⁽⁴⁸⁾.

2 - أكدت المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز إقامة الدعوى الدستورية

(47) زينب شريف نعمه، شاعر جميل ساجت، مرجع سابق، ص 353.

(48) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 37 لسنة 33 قضائية "دستورية"- الصادر بجلسة 12/5/2013؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 313 لسنة 23 قضائية "دستورية"- الصادر بجلسة 2/4/2016.

بالرغم من تغير الظروف بتغير الدستور ففضت بأنه: " لا يجوز إثارة الطعن بعدم دستورية قانون أو نص قانوني ضريبي من جديد في حالة إذا تم تعديل الدستور أو إصدار دستور جديد به نصوص تتعلق بهذا القانون؛ إذا كان الطعن مبني على مخالفة شكلية للقواعد الدستورية؛ فالبحث في دستورية هذا النص يكون وفقاً للدستور الذي صدر القانون في ظلّه، ذلك أن الأوضاع والإجراءات الشكلية تصاحب العملية التشريعية من بدايتها إلى نهايتها ولا تكون السلطة التشريعية مخاطبة إلا بأحكام الدستور الذي فرض هذه الأوضاع، فإن هي اتبعتها ونزلت عليها أصبح التشريع الضريبي الصادر مبرراً من العيوب الشكلية خالياً منها⁽⁴⁹⁾.

المطلب الثالث

دور المحكمة الدستورية في تفسير النص الضريبي

إذا اكتنف الغموض بعض نصوص التشريع الضريبي حدث اضطراب في تطبيق هذه النصوص؛ ولكي يزال هذا الغموض لا بد من تفسير هذه النصوص الغامضة تفسير يوضح المغزى منها وكيفية تطبيقها تطبيقاً صحيحاً؛ فالتفسير هو علم حركة القانون؛ فلا يمكن تصور بدهة تطبيق القانون قبل تفسيره؛ فتطبيق القاضي للقانون يتحلل إلى عنصرين المعايينة والقرار؛ أما المعايينة: فهي إدخال النزاع المعروف أمام القاضي في الفروض الخاصة بإحدى القواعد القانونية؛ وأما القرار: فهو أعمال الحل الموجود في هذه القاعدة على النزاع المذكور؛ ولا بد أن يسبق مرحلة المعايينة اللازمة لتطبيق القانون عملية تفسير الفروض الخاصة بكل قاعدة قانونية؛ ولا بد أن تسبقها

(49) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 299 لسنة 24 قضائية "دستورية"- الصادر بجلسة 7/5/2006 .

كذلك عملية تكييف للنزاع المعروف أمام القاضي⁽⁵⁰⁾.

الفرع الأول: ماهية وأهمية تفسير القضاء الدستوري للنص الضريبي

يعتبر التفسير القضائي للنصوص الضريبية المراد تطبيقها على وقائع المنازعات الضريبية من صميم عمل المحكمة الدستورية ومن واجباتها؛ فتطبيق القاعدة القانونية الضريبية يقتضي تفسيرها أولاً؛ وقد نص قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 في المادة (26) منه على أن: "تولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها"⁽⁵¹⁾.

أولاً: مفهوم التفسير القضائي الدستوري للنص القانوني الضريبي: يعرف التفسير القضائي الدستوري للنص الضريبي بأنه: "عملية ذهنية عقلية تهدف للكشف عن معنى النصوص القانونية الضريبية وإزالة ما قد يكتنفها من

(50) عادل أحمد حشيش: التشريع الضريبي المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 17، 18.

(51) وقد جاء في البند (8) من المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا أنه: "التزاماً بما ورد في الدستور عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية... فقد نص القانون على هذا الاختصاص محددًا النصوص التشريعية التي تتولى المحكمة تفسيرها بالقوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بالقوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية طبقاً لأحكام الدستور". راجع: محمد السناري: ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية دراسة تحليلية ونقدية لقانون وأحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، د.ت، ص 38.

غموض أو تعارض من أجل جعلها مورد التطبيق" (52)؛ ويعرف بأنه: "استظهار إرادة النص الضريبي من ثنايا الألفاظ والعبارات التي يتكون منها توطئة لتطبيقه على نحو يتلاءم وتطور الحياة ويحقق غاية النظام القانوني دون مساس بألفاظه أو عباراته ودون صرف إرادته عن مقصدها" (53)، ويعرف كذلك بأنه: "أعمالاً للذهن داخل إطار النص يحقق التعايش بين أمرين يتبدى على ضوء التوفيق بينهما طبيعة مهمة القاضي في ممارسة هذا الاختصاص أولهما: إن القاضي لا ينحصر دوره في ترديد مضمون القانون، وإنما هو باحث في أعماق النص سائراً لأغواره وقوفاً على حقيقة ما قصده المشرع؛ وبلوغاً لحقيقة إرادته حتى يتمكن من كيفية تطبيقه" (54).

ثانياً: أهمية تفسير القضائي الدستوري للنص القانوني الضريبي: تظهر أهمية التفسير القضائي للنص القانوني لدى البعض في كونه يزيل الغموض حول بعض ألفاظ النص القانوني المطلوب تطبيقه، وكذا في حالة تضمن النص لأخطاء مادية أو قانونية أو تعارضه مع نص قانوني آخر؛ إلا أن البعض يرى أن التفسير القضائي لا يشمل النص القانوني الذي يصاب بهذه الأخطاء والعيوب فقط، بل ويمتد إلى النص السليم الواضح باعتبار أن الحكم على النص القانوني "الضريبي" من حيث الوضوح أو عدم الوضوح

(52) محمد كمال خميس الحولي: تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2017، ص17؛ محمد إبراهيم هيوب: دور المحكمة الدستورية العليا في تفسير النصوص الدستورية دراسة مقارنة مع النظام الدستوري في الكويت، المجلة القانونية، المجلد (7)، العدد (3)، مايو 2020، ص12.

(53) جابر محمد حجي؛ مرجع سابق، ص158.

(54) عدنان عجيل عبيد: الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (4)، السنة (8)، 2016، ص 417.

لن يتأتى، ولا يمكن الوصول إليه إلا من خلال خضوع النص نفسه لعملية التفسير ثم الحكم بعدها على النص ومدى وضوحه؛ إضافة إلى أن الحكم على وضوح النص أو عدم وضوحه يختلف من مفسر لآخر؛ فضلاً عن أنه ليس من اللازم أن يكون المعنى الظاهر من ألفاظ النص هو المعنى الصحيح أو المراد من هذا النص، مما يؤدي إلى تطبيق خطأ للنص اعتماداً على وضوح النص؛ فالتفسير القضائي للنص القانوني يحقق أمرين أولهما: فني: يتمثل في كون التفسير يؤدي إلى تطبيق القانون على الوقائع المادية المعروضة على القاضي وليس لها حل ظاهر طبقاً لنص القانون، والثاني: اجتماعي: في كون التفسير يساعد على ردم الهوة بين النص والواقع⁽⁵⁵⁾.

الفرع الثاني: الشروط القانونية والقضائية لقبول تفسير النص الضريبي

وضع قانون المحكمة الدستورية العليا عدداً من الشروط الواجب توافرها حتى يكون طلب تفسير النص الضريبي مقبولاً، وأن يقدم في شكل معين، وبطريقة معينة.

أولاً: الشروط القانونية المتطلبة لتفسير النص القانوني "الضريبي": حدد نص قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 المادة (26) منه أن المشرع تطلب شروطاً معينة حتى يتسنى للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى لطلب التفسير وهما ما وردا في نهاية المادة من أن: "..... وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها".

يجب أن يتضمن طلب التفسير المقدم للمحكمة الدستورية العليا

(55) محمد إبراهيم هيوب، مرجع سابق، ص 13، 14.

البيانات الجوهرية التالية :

1 - قصر المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 والمعدل بالقانون (137) لسنة 2021 تقديم طلب تفسير النص القانوني الضريبي على فئات محددة بعينهم على سبيل الحصر وهم 1. رئيس مجلس الوزراء، 2. ورئيس مجلس الشعب، 3. ورئيس المجلس الأعلى للهيئات القضائية عندما نص في المادة رقم (33) منه على أن: "يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. ويجب أن يبين في طلب التفسير النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقًا لوحدة تطبيقه"؛ وبالتالي لا يملك أحد غير الفئات الثلاثة سالف الذكر تقديم طلب تفسير للمحكمة الدستورية العليا سواء أكان ذلك الشخص هو رئيس الدولة أو أحد الوزراء أو المحافظين أو رئيسًا لإحدى الهيئات الحكومية؛ وهو ما يحد من دور المحكمة الدستورية العليا في تفسير النصوص القانونية "الضريبية" وذلك للأسباب التالية⁽⁵⁶⁾:

أ - حصر طلب تفسير النص القانوني "الضريبي" على رئيس مجلس الوزراء باعتباره رئيس للسلطة التنفيذية، ورئيس مجلس الشعب "النواب حاليًا" باعتباره رئيسًا للسلطة التشريعية، ورئيس المجلس الأعلى للقضاء باعتباره المهيمن على شئون السلطة القضائية، هؤلاء جميعًا بعيدون إلى حد ما عن الواقع العملي وغير ملامسين للنص القانوني "الضريبي" المطلوب تفسيره حتى يتم تطبيقه.

(56) محمد إبراهيم هيوب، مرجع سابق، ص 26، 27.

ب - إذا أثير خلاف قضائي حول تفسير نص قانوني "ضريبي" معين لن يكون أمام القضاء إلا اللجوء للمجلس الأعلى للقضاء بطلب تفسير النص القانوني "الضريبي" الذي لو اقتنع بأهمية تفسير النص القانوني "الضريبي"، سيكلف وزير العدل لتقديم الطلب، مما فيه من إطالة للوقت من شأنه تعطيل تطبيق النص القانوني "الضريبي" وتأخير الفصل في القضايا المرتبطة به. كما أن إطالة الإجراءات الخاصة بطلب تفسير النص القانوني "الضريبي" بالشكل السابق الإشارة إليه سيفتح الباب أمام القاضي في الاجتهاد في تفسير النص القانوني "الضريبي" مما سيؤدي إلى صدور أحكام متضاربة حول نزاعات متماثلة.

2 - توضيح اسم الجهة مقدمة طلب تفسير لأعمال رقابتها بشأن توافر شروط اختصاصها بتفسير النص القانوني الضريبي المطلوب تفسيره من عدمه⁽⁵⁷⁾ وإذا جاء طلب التفسير خاليًا من هذا البيان فإن القاضي الدستوري يقضي بعدم قبوله؛ ويقوم وزير العدل بتقديم طلب التفسير للمحكمة الدستورية العليا عن هذه الجهة". ووزير العدل ليس لديه سلطة تقديرية في تقديم أو عدم تقديم الطلب متى طلبت منه إحدى الجهات المنصوص عليها في القانون تقديمه؛ كما أنه ليس له أن يطلب من تلقاء نفسه تفسير نص قانوني معين، وفي حالة تقديم الطلب من جهة غير وزير العدل فإن القاضي الدستوري يقضي بعدم قبوله.

(57) وبينت اللجنة التشريعية بمجلس الشعب في تقريرها عن مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 العلة من قصور التفسير على الجهات المحددة بالمادة رقم (33) بأن السبب في ذلك: "كفالة الاطمئنان إلى تقدير الأهمية العامة للآثار المترتبة على الاختلاف في التفسير بالنسبة لنص تشريعي، مما يقضي التقدم بطلب تفسيره تحقيقًا لوحدة التطبيق واستقرارًا للمراكز القانونية"؛ محمد السناري، مرجع سابق، ص 122.

3 - تحديد النص الضريبي المطلوب تفسيره فقط تحديداً دقيقاً، لأنه ليس لها الحق في تفسير نص آخر؛ خلافاً لحقها في التصدي في رقابة الدستورية"؛ فهناك نصوص قانونية لا تختص المحكمة الدستورية العليا بتفسيرها والتي تتمثل في: "النصوص الدستورية، واللوائح التنفيذية، ولوائح تنظيم المرافق العامة، ولوائح الضبط أو البوليس، والعقود العامة، والقرارات الإدارية الفردية.

4 - يجب أن يتوافر في النص الضريبي محل التفسير عدد من الشروط والتي تتمثل في الآتي: أولاً: أن يكون النص الضريبي غامضاً: أو يشوبه لبس أو يثير التأيين في فهم ألفاظه وعباراته ويتطلب صياغته البحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع، ومن ثم إذا كان النص المطلوب تفسيره واضحاً، بحيث لا يثير خلاف حوله بالتطبيق؛ تقضي المحكمة بعدم قبول طلب التفسير. ثانياً: أن يكون النص الضريبي قد طبق فعلاً:، ومن ثم لا تختص المحكمة في مجال التفسير التشريعي بالتعرض إلى نصوص قانونية ضريبية متراخية حتى ولو أثير الجدل حول معناها أو غايتها، ولو تعلق ذلك بقطاع كبير من المواطنين لأن هذه النصوص لم تدخل حيز التنفيذ الفعلي، إلا أننا من جانبنا نؤيد ما ذهب له البعض من أن رفض فكرة عدم قبول طلبات التفسير بالنسبة لقوانين متراخية التطبيق هو أمر غير محمود، لأن المشرع عندما يضع قانوناً يهدف من خلاله إلى معالجة موضوع معين، ومن ثم فإن العوار في هذه القوانين لن يظهر إلا بالتطبيق، فلو تراخى التطبيق ليس من حق المحكمة الدستورية رفض طلب التفسير هنا لكون التطبيق هو من أظهر العوار، إضافة لو اعتمدنا الرأي السابق نكون بصدد إلغاء ضمني للتشريع المتراخي في تطبيقه. ثالثاً: أن يتعلق الخلاف بالنص الضريبي ذاته: اختلف الفقه حول ذلك الأمر، البعض هناك من يرى أنه لا بد من التفرقة بين الخلاف في

التفسير والذي يرجع سببه إلى خلاف في وجهات النظر حول تفسير النص ذاته، والخلاف في تطبيق النص، أي تم وضع الرأي موضع التطبيق بصدور أحكام متعارضة متعلقة به؛ وأن الخلاف المعتمد به هو الخلاف في وجهات النظر حول تفسير النص دون صدور أحكام متعارضة؛ على عكس رأي آخر تؤيده، يرى - أن طلب التفسير للنص لا يكون مقبولاً إلا حال صدور أحكام متعارضة عند تطبيق النص، لأن التضارب بشأن التفسير لا يظهر بوضوح إلا عند صدور أحكام متعارضة تبنى على ذات النص، وكلا الحكمين أسند وجهة نظره إلى اعتقاده بشأن تفسير النص موضوع الخلاف⁽⁵⁸⁾ كما تؤيد من جانبنا وجهة النظر الأخرى التي ترى- أنه لا يشترط أن يصل الخلاف في تطبيق النص "الضريبي" المطلوب تفسيره إلى حد صدور أحكام متعارضة حتى يمكن قبول تفسيره من المحكمة الدستورية العليا؛ ولكن يمكن اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير مثل هذه النصوص "الضريبية" لمجرد الخلاف بين السلطات العامة في الدولة على مضمون النص⁽⁵⁹⁾. فلو خلا طلب التفسير مما يشير إلى وجود خلاف بين الجهات عند تطبيق

(58) أحمد سلامة بدر: دور المحكمة الدستورية في تفسير النصوص القانونية، دار النهضة العربية، 2016، ص 37، وما بعدها.

وهو ما ورد بتقرير اللجنة التشريعية بشأن قانون المحكمة الدستورية العليا تبين أنه قد ربط بين الشرط الخاص "بأن يحدث النص المطلوب تفسيره خلافاً في التطبيق"؛ وبين الشرط الخاص "بأهمية النص القانوني المطلوب تفسيره" معبراً عنهما بقوله: "يشترط لاختصاص المحكمة بالتفسير أن يكون النص المطلوب تفسيره قد أثار خلافاً في التطبيق أي صدرت أحكام متضاربة في شأنه ترتب آثاراً لها من الأهمية العامة في حياة المواطنين ما يقتضي توحيد تفسيرها حسماً للمنازعة وعملاً على استقرار المراكز القانونية وتخفيفاً للعبء عن القضاء وتيسيراً للمتقاضين". راجع في ذلك: محمد السناري، مرجع سابق، ص 138، 139.

(59) راجع: محمد السناري، مرجع سابق، ص 148، وما بعدها.

القانون؛ أو أن الخلاف في الرأي حول نص المادة المطلوب تفسيرها؛ وليس في تطبيق النص فإن طلب التفسير يكون غير مقبول⁽⁶⁰⁾.

5 - توضيح الأهمية العملية للنص الضريبي والمبررات والأسانيد التي تستدعي تفسيره؛ وما إذا كانت أهمية النص تقتصر على طرفيه فقط عند تطبيقه أم تمتد للغير، وفي حالة خلو طلب التفسير من هذه البيانات يتم رفضه؛ وفي وصف قانون المحكمة الدستورية العليا للأهمية تتطلب توافر شرطين أولهما: أن يكون للنص أهمية جوهرية وليس ثانوية أو عرضية. ثانيهما: أن يتعلق النص بقطاع عريض من الناس. وفي كل الأحوال فإن تقدير أهمية النص يرجع إلى الجهات طالبة التفسير وحدها تحت رقابة المحكمة الدستورية ذاتها؛ إلا أن هناك رأي فقهي نؤيده يرى - إن فكرة أن هناك نصًا قانونيًا هامًا ونصًا آخر أقل أهمية هذا يتعارض مع طبيعة النصوص القانونية بصفة عامة، والاعتماد في تقدير أهمية النص أو عدم أهميته بالرجوع لعدد المخاطبين بأحكامه، فهناك قوانين تخص فئة من الناس ولها أهمية لا تقل عن أهمية القوانين التي تتعلق بقطاع عريض من المخاطبين به⁽⁶¹⁾.

ثانيا: الشروط القانونية المتطلبة لتفسير النص القانوني "الضريبي" في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا:

تبنى المحكمة الدستورية العليا في أحكامها الشروط التي تطلبها القانون لتصديها لتفسير أي نص ضريبي فقضت بالآتي:

(60) راجع في ذلك: شاعر راضي شاعر: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2004، ص 547 وما بعدها.

(61) راجع في ذلك: أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 45، 46.

1 - أكدت المحكمة الدستورية العليا في أحكامها على الشروط الرئيسية التي يجب توافرها في النص الضريبي حتى يمكنها التصدي له عند طلب التفسير فقضت بأن: "استقر قضاء هذه المحكمة على أن اختصاصها بتفسير النصوص القانونية مشروط بأمرين: (أولهما): أن يكون للنص التشريعي المطلوب تفسيره أهمية جوهرية لا ثانوية أو عرضية تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي ينظمها، ووزن المصالح المرتبطة بها، و(ثانيهما): أن يكون هذا النص فوق أهميته قد أثار عند تطبيقه خلافاً حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التي يربتها فيما بين المخاطبين بأحكامه، بما يفضي عملاً إلى الإخلال بوحدة القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم؛ والتمثلة مراكزهم القانونية إزاءها؛ ويهدر بالتالي ما تقتضيه المساواة بينهم في مجال تطبيقها؛ الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوءه ما قصده المشرع منها عند إقرارها ضمناً لتطبيقها تطبيقاً متكافئاً بين المخاطبين بها⁽⁶²⁾.

2 - أكدت على ضرورة أن يقدم طلب التفسير من وزير العدل فقضت بأن: "لما كان طلب التفسير المطروح في الدعوى الماثلة لم يقدم إلى هذه المحكمة من وزير العدل بناء على طلب أي من الجهات المحددة بالمادة رقم (33)، وإنما قدم إليها مباشرة من المدعي ومن ثم لم يتصل بها اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً لتقديم طلبات التفسير فإن الدعوى

(62) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب تفسير رقم (1) لسنة 15 قضائية "دستورية" تفسير - الصادر بجلسة 1993/1/30؛ وقرار المحكمة الدستورية العليا في طلب تفسير رقم (3) لسنة 36 قضائية "دستورية" تفسير - الصادر بجلسة 2004/3/7؛ وقرار المحكمة الدستورية العليا في طلب تفسير رقم (2) لسنة 26 قضائية "دستورية" تفسير - الصادر بجلسة 2007/3/7.

المتضمنه له تكون غير مقبولة" (63)، وكذا قضائها بأن: "لما كان طلب التفسير المائل لم يقدم إلى هذه المحكمة من وزير العدل بناء على طلب أي من الجهات المحددة في المادة رقم (33) سالفه الذكر، وإنما أحيل إليها من محكمة أسيوط الابتدائية، ومن ثم لم يتصل بها اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً لتقديم طلبات التفسير، فإنه يكون غير مقبول" (64).

3 - أكدت المحكمة الدستورية العليا على ضرورة أن يكون النص محل التفسير قد طبق فعلاً فقضت بأن: "عدم قبول النص القانوني المطلوب تفسيره بسبب أن النص القانوني المطلوب تفسيره لم يكن قد تم تطبيقه بالفعل" (65)، وكذا قضت بأن: "لا تنسحب ولاية المحكمة الدستورية العليا - في مجال التفسير التشريعي - إلى نصوص قانونية تتدنى أهميتها، ولا إلى نصوص ظل تطبيقها - وحتى تقديم طلب التفسير إليها - متراخياً ولو كان الجدل حول معناها أو غاياتها ممتداً إلى قاعدة عريضة من المواطنين، عميقاً في وجدانهم، مثيراً لاهتمامهم أو كان جدلاً يقوم على التنظير والتأصيل، أو يطرح تصوراً مجرداً في شأن الأبعاد المحتملة لتطبيقها.. إذ لا يتصل ذلك كله بدخولها حيز التنفيذ الفعلي ولا باختبارها

(63) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب تفسير رقم (1) لسنة (7) قضائية تفسير - بتاريخ 7/ 3/ 1987؛ وقرار المحكمة الدستورية العليا في طلب تفسير رقم (2) لسنة (9) قضائية تنازع - بتاريخ 2/ 3/ 1991.

(64) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب تفسير رقم (1) لسنة (5) قضائية " تفسير " - بتاريخ 11/ 6/ 1983؛ وقرار المحكمة الدستورية العليا رقم (1) لسنة (4) قضائية تفسير بتاريخ 6/ 11/ 1982؛ وقرار المحكمة الدستورية العليا رقم (40) لسنة (7) قضائية دستورية بتاريخ 7/ 1/ 1987.

(65) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب تفسير رقم (1) لسنة (15) قضائية تفسير - بتاريخ 30/ 1/ 1993.

من خلال تطبيق يكون مظهرًا للخلاف حول معناها أو كاشفًا عن استقرار مفهومها، مستشيرًا بالتالي ولاية المحكمة الدستورية العليا أو نافيًا لها. وحيث إنه متى كان ذلك وكانت النصوص القانونية المطلوب تفسيرها... لم يجر تطبيقها منذ صدورها وحتى تقديم طلب تفسيرها إلى المحكمة الدستورية العليا- بل ظل تنفيذها خامدًا ولم يثير بالتالي خلاف بشأنها تأتي من أعمالها- بالمعنى المقصود في قانون المحكمة الدستورية العليا- فإن طلب التفسير المائل يكون غير مقبول⁽⁶⁶⁾.

الفرع الثالث: الضوابط الفقهية والقضائية لتفسير النص الضريبي

هناك عدد من الضوابط الفقهية والقضائية التي تتبعها المحكمة الدستورية العليا عند تصديها للطلبات المتعلقة بتفسير النص "الضريبي" لا يجوز لها بأي حال من الأحوال أن تحيد عنها.

أولاً: الضوابط التي رأى الفقه وجوب اتباعها عند تصدي المحكمة العليا لتفسير النص "الضريبي": هناك عدد من الضوابط العامة التي قررها الفقه يجب على المحكمة الدستورية العليا عند تصديها لتفسير النص "الضريبي" أن تراعيها، ولا تتجاوزها؛ حتى لا تنقلب من سلطة قضائية إلى سلطة تشريعية.

1 - قواعد التفسير القضائي للنص الضريبي تعد من أصعب وأدق المهام التي تناط للقاضي لأنها تتطلب مهارة وتجربة وسيطرة على روح النص، ويكون التفسير لكشف غموض النص وإزالة الإبهام دون أن يعدله أو يستحدث أحكامًا لا يتناولها، فإذا كانت عبارة النص "الضريبي" قد وردت صريحة الدلالة على المقصودة منها؛ فلا يجوز الاجتهاد مع هذا

(66) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب تفسير رقم (20) لسنة (17) قضائية تفسير - بتاريخ 1995/10/21.

الوضوح في النص بدعوى أن تطبيقه قد يترتب عليه الإضرار ببعض الخاضعين لأحكامه أو بدعوى البحث عن حكمة التشريع، ذلك لأن رعاية العدالة في سن التشريعات وتعديلها في ضوء ما يسفر عن تطبيقها هي مهمة المشرع⁽⁶⁷⁾.

- 2 - الأصل أن النصوص التشريعية ألا تحمل على غير مقاصدها وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها أو يعتبر تشويهاً لها، سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص والتي يجب الوقوف عندها هي تلك التي تعتبر كاشفة عن حقيقة وجهته وغاية من أرواها. فالمحكمة ملزمة بالأخذ بظاهر الألفاظ طالما أشارت وبشكل مباشر إلى هدف المشرع من وراء النص.
- 3 - معرفة قصد المشرع من وراء النص يدعو إلى الاعتماد على الأعمال التحضيرية سواء كانت أعمال سابقة على وضع النص أو معاصرة له لأن ذلك من شأنه أن يعين المحكمة الدستورية العليا على استخلاص مقاصد المشرع بشأن النص المراد تفسيره.
- 4 - التفسير لا يمتد لتصحيح وتصويب الأخطاء التي وقع فيها المشرع أو لمواجهة نتائج لم يكن المشرع قد قدر عواقبها حق قدرها حين أقر النص القانوني الضريبي المطلوب تفسيره.
- 5 - أن يكون قرار التفسير قاطع في تحديد مدلول النص القانوني الضريبي، بحيث ينحسم به ما ثار من خلاف في التطبيق، وتتحدد نهائياً المراكز القانونية للمخاطبين بأحكامه على مقتضى هذا التفسير الملزم.

(67) جابر محمد حجي؛ مرجع سابق، ص 165.

6 - ألا يمس التفسير الدستوري للنص القانوني الضريبي المراكز القانونية المستقرة، فيكون التفسير سبباً في تعديل مراكز قانونية توافرت مقوماتها وفقاً للقانون، واكتمل تكوينها قبل صدور قرار التفسير، وإلا شكل ذلك عدواناً على الحقوق التي تولدت عن هذه المراكز وأصبحت حق ثابت لأصحابها لا يجوز تجريدهم منها.

7 - تفسير النص الضريبي لا يمتد إلى بحث دستوريته، فاختصاص المحكمة الدستورية العليا في مجال التفسير يخولها فقط البحث في إرادة المشرع في النص الضريبي دون تقييم النص دستورياً من ناحية إذا ما كان المشرع مجانب للحق أم منصف؛ وسواء أكان مضمون النص متفق مع أحكام الدستور أم منافي لها، ومن ثم لا يتصور أن يكون طلب تفسير النصوص الضريبية متضمناً الفصل في دستوريته⁽⁶⁸⁾.

8 - تفسير النصوص القانونية يكون بالنظر إليها باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها؛ فلا يفسر أي نص بمعزل عن باقي نصوص القانون أو القوانين الأخرى؛ بل يجب أن يكون تفسيره متسانداً معها بفهم مدلوله بما يقيم التوافق وينأى بها عن التناقض؛ ويجب على القاضي الدستوري أن يدخل في اعتباره أثناء التفسير كافة ما استجد على المجتمع حتى تصبح النصوص القانونية لها القدرة على مواجهة تطورات واحتياجات المجتمع؛ فهو يجتهد ليوائم بين الواقع والقانون فيقوم بالتفسير وفقاً لمقتضيات التطور الفكري والسياسي والاقتصادي والاجتماعي؛ فقد تطرأ ظروف وأحداث جديدة لم تكن بذهن المشرع عند وضع النص القانوني مما يوجب على القاضي أعمال نشاطه التقديري لتطوير النصوص القانونية من خلال التفسير بما يجعلها تتلائم مع الأوضاع

(68) راجع في ذلك: أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 97، وما بعدها.

الجديدة في ضوء الغاية من هذه النصوص⁽⁶⁹⁾.

9 - للقاضي الدستوري عند غموض النص الضريبي أو وجود لبس فيه أن يهتدي في تفسير النص بالوسائل التي تعينه على ذلك؛ سواء باتباع طريقة التفسير الحرفي أو الضيق؛ أو طريقة التفسير الواسع للنصوص⁽⁷⁰⁾.

10 - عدم قبول طلب تفسير نص " ضريبي " أصدرت السلطة التشريعية قانوناً بتفسيره لكونها صاحبة الاختصاص الأصيل بتفسير النصوص القانونية؛ فتفسيرها للنص الضريبي يمنع المحكمة الدستورية العليا من قبول طلب تفسير هذا النص بقرار يصدر منها. فالسلطة التشريعية تستطيع مباشرة حقها في إصدار تشريعات تفسيرية في جميع الأحوال، وسواء تم ذلك قبل إصدار المحكمة الدستورية لقرارها بتفسير معين أو حتى بعد إصدار قرارها في هذا الشأن⁽⁷¹⁾.

ثانياً: الضوابط التي اتبعتها المحكمة الدستورية العليا عند تصديها لتفسير النص " الضريبي " : هناك عدد من الضوابط العامة التي درجت المحكمة الدستورية العليا في اتباعها عند تفسير النص " الضريبي " والتي تتمثل في الآتي :

(69) عدنان عجيل عبيد، مرجع سابق، ص 417، 418.

(70) رمضان صديق: التشريع الضريبي المصري، الجزء الأول الضرائب على الدخول العقارية متضمناً مقدمة في أصول القانون الضريبي، دار النهضة العربية، 2001، ص 44؛ محمد إبراهيم هيوب، مرجع سابق، ص 21.

(71) قررت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا أن: "وغني عن الذكر أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية حقها في إصدار التشريعات التفسيرية بدءاً أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من تفسير". راجع: محمد السناري، مرجع سابق، ص 143، 144.

1 - غموض النص "الضريبي" محل التفسير: فقضت بأن: "وحيث إن الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية، لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في حماة المخالفة الدستورية، ذلك أن هذه المحكمة إنما تباشر رقابتها لضرورة تقتضيها، وهي تكون كذلك كلما كانت النصوص المطعون عليها عسوية على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور"⁽⁷²⁾؛ وقضت كذلك بأن: "وحيث أن قرارات التفسير الصادرة من هذه المحكمة قد تواترت على أنها قد خولت سلطة تفسير النصوص التشريعية بمعناها الشامل لقرارات رئيس الجمهورية بقوانين تفسيراً تشريعياً ملزماً يكون كاشفاً عن إرادة المشرع التي صاغ على ضوءها هذه النصوص محدداً مضمونها لتوضيح ما أبهم من ألفاظها، مزيلاً ما يعتريها من تناقض قد يبدو من الظاهر بينها، مستصفاً إرادة المشرع تحريماً لمقاصده منها، ووقوفاً عند الغاية التي استهدفها من تقريره إياها بلا زيادة أو ابتسار، وتستعين المحكمة في سبيل ذلك بالتطور التشريعي للنص المطلوب تفسيره وبإعماله التحضيرية الممهدة له"⁽⁷³⁾.

2 - إلغاء النص "الضريبي" لا يمنع من طلب تفسيره: فقضت بأن: "القاعدة العامة في سريان القانون من حيث الزمان هي سريان القاعدة القانونية على الوقائع التي تتم في ظلها أي خلال الفترة من تاريخ العمل بها حتى تاريخ إلغائها، والمراكز القانونية التي نشأت وترتبت آثارها في ظلها. تخضع لحكمها وحده ومن ثم لا يكون إلغاء النص التشريعي

(72) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم (73) لسنة 19 قضائية " دستورية" - الصادر بجلسة 1998 / 2 / 7.

(73) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم (2) لسنة 26 قضائية " دستورية" تفسير - الصادر بجلسة 2007 / 3 / 7.

فحسب مبرراً للامتناع عن تفسيره تفسيراً ملزماً بمعرفة المحكمة الدستورية العليا طالما توافرت بشأنه الشروط التي تطلبها المادة رقم (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا⁽⁷⁴⁾.

3 - اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتكليف الدعوى المعروضة عليها وتحديد ما إذا كانت تعد طلب تفسير لنص ضريبي أم عدمه: فقضت بأن: "تكليف الدعوى يخضع لرقابة المحكمة التي تعطيها وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح متقصية في سبيل ذلك طلبات المدعي فيها.... ولما كان المستهدف من الدعوى الماثلة -المودعة صحيفتها باعتبارها دعوى تنازع- بحسب الطلبات فيها هو تفسير نص المادة رقم (25) ثالثاً: من قانون المحكمة الدستورية العليا.. وحيث أنه متى كان ما تقدم وقد انتهت المحكمة إلى أن التكييف القانوني الصحيح للدعوى الماثلة هو كونها دعوى تفسير للمادة رقم (25) ثالثاً: ... ولما كان طلب التفسير المائل إنما يثيره المدعي في هذه الدعوى ولم يكن بناء على طلب أي من هذه الجهات "الجهات المسموح لها طلب التفسير في المادة رقم (33) من قانون المحكمة الدستورية"؛ كما لم يقدم للمحكمة من وزير العدل ومن ثم لم يتصل بها اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً فإنه يكون غير مقبول"⁽⁷⁵⁾

(74) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 51 لسنة 6 قضائية " دستورية " - جلسة 6 / 6 / 1987؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 10 لسنة 7 قضائية " دستورية " - جلسة 4 / 4 / 1988؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 8 لسنة 7 قضائية " دستورية " - جلسة 15 / 4 / 1989.

(75) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 9 قضائية " تنازع " - جلسة 2 / 3 / 1991؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 40 لسنة 13 قضائية " دستورية " - جلسة 6 / 2 / 1993.

4 - عدم قبول تفسير نص "ضريبي" أحدث خلافاً في الرأي ولم يحدث خلافاً في التطبيق: فقضت بأن: "يكون هذا النص قد أثار خلافاً في التطبيق، أما إذا كان ما أثاره النص هو مجرد خلاف في الرأي ولم يحدث خلاف في التطبيق فإن طلب التفسير المقدم للمحكمة الدستورية العليا يكون غير مقبول" (76).

5 - عدم قبول تفسير نص "ضريبي" إذا كان الخلاف في التطبيق لم يكن بسبب النص المطلوب تفسيره، ولكن بسبب صدور تشريعات لاحقة عليه: قضت بأنه: "يشترط لقبول طلب تفسير نص معين أن يكون النص ذاته قد أحدث خلافاً في تطبيقه؛ أما إذا كان الخلاف في التطبيق ليس بسبب النص المطلوب تفسيره؛ ولكن بسبب صدور نصوص أخرى لاحقة عليه فإنه في هذه الحالة ينتفي شرط إحداث النص المطلوب تفسيره خلافاً في التطبيق؛ وبالتالي لا يكون طلب التفسير مقبولاً" (77).

6 - عدم قبول تفسير نص "ضريبي" سبق للمحكمة العليا تفسيره: فقضت بأن: "تداعي المنطق يقتضي القول بأنه إذا طلب تفسير نص قانوني سبق للمحكمة العليا تفسيره فإنه في هذه الحالة؛ لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا إعادة تفسير ذات النص مرة أخرى. خاصة وأن تفسير المحكمة العليا يعد تفسيراً ملزماً" (78).

7 - الطريقة التي تتبعها المحكمة عند تصديها لتفسير النص "الضريبي":

(76) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم (4) لسنة 2 قضائية "تفسير" - جلسة 5 / 12 / 1981.

(77) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (1) لسنة 8 قضائية "دستورية" - الصادر بجلسته 4 / 6 / 1988.

(78) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم (1) لسنة 8 قضائية "دستورية" تفسير - الصادر بجلسته 18 / 5 / 1989.

فقضت بأن: "وحيث إن الأصل في النصوص التشريعية، هو ألا تحمل على غير مقاصدها، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويهاً لها سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص والتي ينبغي الوقوف عندها، هي تلك التي تعتبر كاشفة عن حقيقة محتواها، مفصحة عما قصده المشرع منها، مبينة عن حقيقة وجهته وغايته من إيرادها، ملقبة الضوء على ما عناه بها، ومراد ذلك أن النصوص التشريعية لا تصاغ في الفراغ، ولا يجوز انتزاعها من واقعها محددًا بمراعاة المصلحة المقصود منها، وهي بعد مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص في فلكها، ويفترض دومًا أن المشرع رمى إلى بلوغها متخذًا من صياغته للنصوص التشريعية سبيلًا إليها. ومن ثم تكون هذه المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل نص تشريعي، وإطارًا لتحديد معناه؛ وموطنًا لضمان الوحدة العضوية للنصوص التي ينتظمها العمل التشريعي، بما يزيل التعارض بين أجزائها، ويكفل اتصال أحكامها وتكاملها وترابطها فيما بينها، لتعدو جميعها منصرفة إلى الوجهة عينها التي ابتغاها المشرع من وراء تقريرها - ذلك أن من المقرر قانونًا أنه إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الشمول والاستغراق، غدًا منصرفًا إلى جميع أفراده من غير حصر في عدد معين، ومن ثم كان العام دالًّا على الشمول والاستغراق ولا يخصص بغير دليل؛ فإذا خصص العام بغير دليل، كان ذلك تأويلًا غير مقبول؛ ولازم ذلك أن يحمل كل نص تشريعي أفرغ في صيغة عامة على معنى الاستغراق حتى يقوم الدليل جليًا على تخصيصها" (79)؛

(79) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم (1) لسنة 15 قضائية " دستورية" تفسير - الصادر بجلسة 30/1/1993.

وقضت بأن: "إذا كانت عبارة النص واضحة الدلالة فلا يجوز تأويلها بما يخرجها عن معناها المقصود منها أو الانحراف عنها بدعوى تفسيرها، كما أنها إذا جاءت عامة فإنها تجري على إطلاقها ما لم يوجد ما يقيد أو يخصص أحكامها ذلك أن النص العام لا يخصص إلا بدليل ولا يقيد المطلق إلا بقريئة فإذا ما انتفى ذلك الدليل وتلك القريئة فإنه لا يجوز إسباغ معنى آخر على النص التشريعي وإلا كان تأويلاً له غير مقبول" (80).

الفرع الرابع: الحجية القانونية لقرارات المحكمة الدستورية المتعلقة بتفسير النص الضريبي

نصت الفقرة الأولى من المادة رقم (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 على أن: "أحكام المحكمة في الدعاوى

وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن: "الأصل في تفسير النصوص القانونية وتفهم مدلولها أن تحمل ألفاظها على ما يقضي به الاصطلاح والعرف القانونيان لا ما تقضي به الأوضاع اللغوية، لأن الأصل أن المشرع يستعمل الألفاظ في معانيها القانونية الخاصة لا بمعانيها اللغوية العامة، وذلك لم يقدّم دليل من النص أن المشرع استهدف بلفظ معين معناه اللغوي لا معناه القانوني". راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 368 لسنة 13 ق. عليا- جلسة 1970/4/11؛ وما قضت به محكمة النقض المصرية بأن: "إذ أورد المشرع مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين وهي صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر يرد فيه، إلا إذا تبين أن المعنى الاصطلاحي يجافي قصد المشرع فإن ذلك يؤكد تحول غير هذا المعنى إلى معنى آخر غير ذلك الذي يدل عليه ظاهر النص، ومن ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح يقتضي التقصي عن الغرض الذي رُمى إليه المشرع والقصد الذي أملاه". راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم 510 لسنة 55 ق- جلسة 1990/4/5.

(80) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 26 قضائية " دستورية " الصادر بجلسته 2004/3/7.

الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة. وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها...".

وعلى ذلك يكون الأثر القانوني لقرارات المحكمة الدستورية العليا في مجال تفسير النصوص التشريعية "الضريبية" يتمثل في أن ما تحويه تلك القرارات من تفسير لنص "ضريبي" معين يكون ملزماً لجميع سلطات الدولة والکافة. إلا أن هذا الأمر يحتاج لتحديد ما هي قرارات التفسير للنصوص "الضريبية" الصادرة من المحكمة الدستورية العليا والتي تحمل معنى الإلزام؟!؛ وما هي الجهات الملزمة بهذه القرارات؟!؛ إضافة إلى تحديد سريان هذه القرارات من حيث الزمان.

أولاً: النطاق الموضوعي لقرارات المحكمة الدستورية العليا التي تتصف بالإلزامية: إذا تم استعراض قرارات المحكمة الدستورية العليا بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها بتفسير النص الضريبي؛ نجد أنها لا تخرج عن أربعة أنواع من القرارات هي: 1- قرار المحكمة بعدم قبول طلب التفسير لعدم تحقق الشروط التي تطلبها القانون فيه. 2- قرار قبول طلب التفسير إذا تحققت فيه الشروط القانونية التي تجعله مقبولاً. 3- قرار المحكمة برفض طلب التفسير لعدم اختصاصها بتفسير النص الضريبي محل الطلب.

إذا كان الأثر القانوني لقرارات التفسير الصادرة من المحكمة الدستورية العليا الخاصة بالنص الضريبي يتمثل في التزام جميع سلطات الدولة والکافة بما تضمنته تلك القرارات من تفسيرات، لذلك يجب علينا بحث نطاق ذلك الالتزام من حيث الموضوع، والذي يتمثل في الآتي:

1 - القرارات التي يعطيها قانون المحكمة الدستورية العليا صفة الإلزامية هي القرارات المتضمنة لتفسير النص القانوني "الضريبي" فقط؛ وكذا

قرارها برفض طلب التفسير لعدم اختصاصها بنظره؛ أما قرارها بعدم قبول نظر طلب التفسير لعدم توافر شروطه فهو قرار غير ملزم حيث لا يمنع من تقديم طلب آخر للمحكمة الدستورية العليا بتفسير النص القانوني "الضريبي" بعد استيفاء الشروط المطلوبة⁽⁸¹⁾.

2 - يتحدد النطاق الموضوعي للالتزام بقرارات التفسير الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بحدود النصوص التشريعية "الضريبية" التي تضمنها القرار التفسيري للمحكمة الدستورية العليا دون سواها من نصوص تشريعية أخرى؛ فإذا كان القرار التفسيري قد تضمن تفسير مادتين من مواد قانون "ضريبي" معين، فإن الالتزام بالتفسير الصادر من المحكمة الدستورية يكون في حدود هاتين المادتين فحسب حتى إذا كان طلب التفسير المقدم للمحكمة الدستورية العليا يتضمن تفسير عدد أكثر من المواد أرقام (3 أو 4 أو 5.. ألخ مواد)؛ فالعبرة ليست بما طلب من المحكمة تفسيره من مواد قانونية "ضريبية"؛ بل العبرة بما قامت هي بتفسيره فعلاً وتضمنه القرار الصادر منها بالتفسير⁽⁸²⁾.

ثانياً: النطاق الزمني لسريان قرار تفسير النص "الضريبي": تفسير النص الضريبي الهدف منه الكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع ولما كانت قرار التفسير ليس قراراً منشأ وإنما قرار كاشف يكشف كيفية تطبيق النص القانوني القائم والموجود فيذهب إلى وقت صدور القانون؛ فيبدأ العمل بقرار التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا بتفسير نص "ضريبي" معين من تاريخ صدور القانون؛ وليس من تاريخ صدور الحكم التفسيري من المحكمة، ونشره بالجريدة الرسمية؛ ولا يجوز القول بأن أحكام المحكمة

(81) راجع في ذلك: محمد السناري، مرجع سابق، ص 200، 201.

(82) راجع في ذلك: محمد السناري، مرجع سابق، ص 210.

الدستورية العليا بأن يطبق بأثر فوري في الأحكام المتعلقة بالنص الضريبي لأنه لا يمكن القياس على النص الذي أعطى للحكم الدستوري الأثر الفوري لأنه يلغي الأثر القانوني للنص الضريبي؛ أما طلب التفسير فهو يحدد الطريقة التي يجب بها تطبيق النص الضريبي؛ إلا أن هناك استثناءات على الأثر الرجعي لقرار تفسير النص الضريبي فيطبق التفسير بأثر فوري؛ منها حالتان: الحالة الأولى: حالة عدم المساس بالأحكام الصادرة في الأحكام الضريبية التي حازت قوة الأمر المقضي به أي التي استنفذت كافة طرق الطعن فيها، وأصبح الحكم الصادر فيها عنوان الحقيقة، ولا يصح المساس به بناء على قرار التفسير⁽⁸³⁾؛ وهو ما يؤكد قرار المحكمة الدستورية العليا من أنه: "لا يجوز عند إعمال قاعدة الأثر الرجعي لقرارات المحكمة الدستورية العليا بالتفسير المساس بالأحكام القضائية النهائية السابقة على صدور قرار التفسير، نظرًا لأن هذا النوع من الأحكام يكون عنوانًا للحقيقة القانونية ولا يجوز المساس به"⁽⁸⁴⁾ إلا أننا من جانبنا نرى - أن في هذه الحالة يمكن اعتبار صدور قرار بتفسير نص ضريبي حالة جديدة لم تكن موجودة عند نظر النزاع الضريبي مما يسمح بالطعن عليها بالتماس إعادة النظر؛ والحالة الثانية: هي عدم المساس بالمراكز القانونية المستقرة قبل صدور قرار التفسير والقول

(83) راجع في ذلك: أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 110، وما بعدها. وهو ما يتوافق ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بأن: "وتسري القاعدة القانونية اعتبارًا من تاريخ العمل بها على الوقائع التي تتم في ظلها وحتى إلغائها، فإذا حلت محل القاعدة القديمة قاعدة قانونية أخرى، فإن القاعدة الجديدة تسري من الوقت المحدد لنفاذها، ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لكل من القاعدتين، وتظل المراكز القانونية التي اكتمل تكوينها وترتبت آثارها في ظل القانون القديم، خاضعة لحكمه وحده". راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 195 لسنة 20 قضائية " دستورية " - الصادر بجلسة 1/1/2000.

(84) راجع: قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم (1) لسنة (2) قضائية " تفسير " - الصادر بجلسة 5/6/1981.

بغير ذلك من شأنه المساس بالمراكز القانونية وإهدار ما ترتب عليها من آثار يصعب بل يستحيل تداركها؛ والتي تعد تطبيق غير مباشر للحالة الأولى: فمما لا شك فيه أن احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها من الأمور المسلم بها في الدول؛ لذلك كافة القوانين تسري بأثر فوري ولا تسري بأثر رجعي إلا على سبيل الاستثناء وفي ضرورة تدعو لذلك⁽⁸⁵⁾؛ وبالطبع إذا كان سيطرتب على تفسير النص "الضريبي" زيادة في قيمة المطالبات المالية المطالب بها الممول لصالح الإدارة الضريبة؛ وكان ذلك على تقدير سابق، قام الممول بسداده فلا يجوز لها مطالبتة بتلك الفروق؛ وإلا كان للممول الحق في مطالبتها بما قام بسداده من قيمة ضرائب تزيد عما قرره القانون.

الفرع الخامس: الجهات الملزمة بقرارات المحكمة الدستورية العليا بتفسير النص الضريبي

التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا تلتزم به السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية، كما تلتزم به كافة الهيئات، والأفراد في الدولة، وتلتزم به المحكمة الدستورية العليا ذاتها.

أولاً: مدى إلزامية السلطة التشريعية بقرارات تفسير النصوص "الضريبية" الصادرة من المحكمة الدستورية العليا: السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في تفسير النصوص التشريعية ومن ثم لا يقيدتها في ممارسة هذا الاختصاص التفسيرات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا؛ وهو ما ورد بتقرير اللجنة التشريعية حول قانون المحكمة الدستورية العليا من أن: "بالرغم من اشتراك التفسير الملزم الذي تختص به المحكمة

(85) محمد حمدي عبد العليم علام: الانحراف التشريعي بين النظرية والرقابة القضائية "دراسة مقارنة"، مجلة روح القوانين، العدد (103)، يوليو 2023، ج(1)، ص 739.

مع التفسير التشريعي الذي يصدر من مجلس الشعب وله صفة العموم والتجريد...إلا أن ذلك لا يمس بحق مجلس الشعب في إصدار تفسيرات تشريعية ملزمة بشأن أي نص في قانون دون أن يتقيد مجلس الشعب في ذلك بقرارات التفسير الصادرة من المحكمة لأن المجلس يكون في هذه الحالة أصيلاً يمارس سلطته التشريعية المقصورة عليه دستورياً وليس مفوضاً من المشرع العادي في مباشرة هذا الاختصاص بصفة محدودة كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا؛ وغني عن الذكر أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية لحقها في إصدار التشريعات التفسيرية بداءة أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من تفسير؛ إلا أنه ماذا يحدث لو حدث تعارض بين تفسيرين لنص "ضريبي" أحدهما صادر عن السلطة التشريعية؛ والآخر عن المحكمة الدستورية العليا؟! وأي التفسيرين أولى بالتطبيق. لا يخرج هذا الأمر عن الفروض الثلاثة التالية⁽⁸⁶⁾:

- 1 - إذا كانت السلطة التشريعية قد أصدرت قانوناً بتفسير خاص بنص "ضريبي" معين قبل تقديم طلب التفسير عن ذات النص للمحكمة الدستورية العليا؛ في هذه الحالة يتعين على المحكمة الدستورية العليا رفض الطلب التفسيري لأن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في إصدار القوانين وتفسيرها قد أصدرت القانون التفسيري وهذا القانون ملزم لكافة سلطات الدولة بما فيها المحكمة الدستورية العليا.
- 2 - إذا أصدرت السلطة التشريعية قانوناً بتفسير نص قانوني "ضريبي" أثناء نظر المحكمة الدستورية العليا لطلب تفسير ذلك النص؛ يتعين على المحكمة رفض الطلب التفسيري لذات السبب السابق.

(86) راجع : محمد السناري، مرجع سابق، ص 204.

3 - إذا أصدرت السلطة التشريعية قانوناً تفسيريًا خاصًا بنص قانوني "ضريبي" معين بعد إصدار المحكمة الدستورية العليا قرارها بتفسير ذات النص القانوني؛ يلغي تفسير المحكمة الدستورية بمجرد نشر القانون التفسيري في الجريدة الرسمية.

ثانيًا: مدى إلزامية السلطة القضائية بقرارات تفسير النصوص "الضريبية" الصادرة من المحكمة الدستورية العليا: أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا إلى أن: "اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية "الضريبية" لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين "الضريبية" وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها ما دام لم يصدر بشأن النص "الضريبي" المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا"؛ وهو ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في أحكامها من أن: "اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية. لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى في تفسير تلك النصوص وتطبيقها على الواقعة المعروضة. ما دام لم يصدر تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية طبقًا للأوضاع المقررة في قانونها. التفسيرات والتقارير القانونية التي ترد في مدونات حكم المحكمة الدستورية العليا. لا تقيّد محكمة النقض أو غيرها من أعمال اختصاصها في تفسير هذه النصوص. ما دام لم ينته الحكم إلى دستورية أو عدم دستورية النصوص المطعون عليها"⁽⁸⁷⁾.

وبالتالي فبمجرد صدور تفسير المحكمة الدستورية العليا للنص "الضريبي" تكون قراراتها في هذا الشأن ملزمة لكافة المحاكم على اختلاف

(87) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 11838 لسنة 60 قضائية "تنازع" - الصادر بجلسة 13/4/1997.

درجاتها وأنواعها. ويجب تطبيقها على كافة المنازعات المعروضة عليها؛ وفي كل المراحل التي تكون عليها الدعاوي المتعلقة بهذه المنازعة حتى ولو كان ذلك أمام المحاكم العليا "كمحكمة النقض، والإدارية العليا"؛ وإلا وصم حكم هذه المحاكم بمخالفة القانون إذا أخذت بتفسير آخر غير التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا⁽⁸⁸⁾.

ثالثاً: مدى التزام المحكمة الدستورية العليا بقراراتها التفسيرية الصادرة منها الخاصة بنصوص "ضريبية": تلتزم المحكمة الدستورية العليا بقرارات التفسير التي تصدرها حين ممارستها لاختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين "الضريبية"؛ بل أنها تلتزم بقرارات التفسير الصادرة منها حين قيامها بتفسير النصوص القانونية "الضريبية"، ويتمثل ذلك في امتناعها عن تفسير نص قانوني "ضريبي" سبق لها تفسيره والالتزام بما سبق لها تفسيره من نصوص قانونية "ضريبية" في حالة قيامها بتفسير نص قانوني "ضريبي" آخر مرتبط أو مترتب عليه. وهو ما يعد تطبيق للقواعد القانونية العامة التي تقضي بإلزام كل سلطة عامة بالعمل القانوني الصادر منها إلى أن يتم تعديله أو إلغائه حتى إذا كان هذا التعديل أو الإلغاء لا يتم إلا بمعرفتها⁽⁸⁹⁾؛ وهو ما نجد له تطبيق في قرارات المحكمة الدستورية من أن: "ولما كانت قرارات التفسير الصادرة من المحكمة الدستورية العليا قرارات نهائية ولا يجوز الطعن فيها طبقاً للمادة رقم (48) من قانون المحكمة الدستورية العليا فإن على المحكمة الدستورية العليا أن تلتزم بها عند ممارستها لاختصاصاتها المختلفة بما فيها اختصاصها بتفسير النصوص التشريعية"⁽⁹⁰⁾.

(88) راجع في ذلك: محمد السناري، مرجع سابق، ص 207.

(89) راجع في ذلك: محمد السناري، مرجع سابق، ص 208، 209.

(90) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 5 لسنة 5 قضائية "تنازع" - الصادر بجلسة 1/4/1989.

المطلب الرابع

دور المحكمة الدستورية في فض النزاع في المنازعات والأحكام الضريبية

حدّدت القوانين الضريبية الاختصاص القضائي لنظر المنازعات المترتبة على تطبيقها؛ ومن الممكن أن تسمح تلك القوانين لأكثر من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي للفصل في هذه المنازعات؛ وفي حالة تعدد الجهات القضائية التي يُسمح بإقامة النزاع الضريبي أمامها؛ يمكن أن يترتب عليه حال تعددها أن تصدر أحكام نهائية متعارضة؛ لا يمكن الوقوف على أيهما أولى بالتطبيق على موضوع النزاع؛ كما يمكن أن يترتب على تعدد الجهات القضائية التي تنظر النزاع الضريبي؛ أن يتخلى كل منها عن نظره للنزاع الضريبي لغيره من الجهات باعتباره أنه غير مختص، والذي يترتب عليه أن لا يجد أطراف المنازعة الضريبية من يقرر حقوقهما بحكم فاصل لنزاعهما.

الفرع الأول: ماهية النزاع وأنواعه

إن تنوع الجهات القضائية داخل البلد الواحد من جهة تابعة للقضاء العادي، وجهة تابعة للقضاء الإداري، ووجود هيئات لها اختصاص قضائي من شأنه أن يفرض وجود حالات للنزاع في الاختصاص بين هذه الجهات حول من المختص بنظر النزاع من الناحية القانونية؛ كما من المتصور أن يترتب عليه صدور أحكام قانونية نهائية فاصلة في المنازعات الضريبية متعارضة.

أولاً: ماهية النزاع: يعرف تنازع الاختصاص من الناحية القانونية بأنه: "تنازع جهتين قضائيتين بخصوص النظر في موضوع معين كالتنازع الذي يحصل بين القضاء العادي والقضاء الإداري في الدول التي تأخذ بنظام

القضاء المزدوج، أو التنازع الذي يحصل بين محكمتين تتبعان نظاماً قضائياً واحداً؛ كما قد يكون التنازع نتيجة صدور حكمين نهائيين متناقضين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين، أو من جهة قضائية وأخرى ذات اختصاص قضائي⁽⁹¹⁾.

ثانياً: أنواع التنازع في المنازعات الضريبية: هناك صور للتنازع تتعلق بالاختصاص الوظيفي مثل التنازع بين جهتين قضائيتين مختلفتين حول المنازعات الضريبية؛ أو بين جهة قضائية وجهة شبه قضائية "هيئة التحكيم"؛ وتعلق بالأحكام القضائية: وهي تتمثل في صدور حكمين نهائيين مختلفين⁽⁹²⁾:

الصورة الأولى: تنازع الاختصاص الوظيفي الإيجابي: ويقصد به ادعاء جهتين قضائيتين مختلفتين اختصاصهما بنظر المنازعة الضريبية؛ خصوصاً في ظل وجود قضاء عادي وقضاء إداري أو بين جهة قضائية وجهة ذات اختصاص قضائي "مثل هيئات التحكيم"، وذلك برفضهما الدفع المثار أمامهما بعدم الاختصاص أو ضمناً باستمرار الجهتين بنظر المنازعة الضريبية رغم الدفع بعدم الاختصاص؛ ومن هنا ظهر أهمية دور المحكمة الدستورية العليا في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الضريبي؛ لأنه لو استمرت

(91) بكر عبد الفتاح السرجان: تنازع الاختصاص القضاء المدني: المشكلة والحل في القانون الإماراتي "دراسة تحليلية"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد (15)، العدد (1)، يونيو 2018، ص 74، وما بعدها؛ مروة موفق مهدي: الجهة المختصة بحل إشكاليات تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والعادي في العراق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص بالتدريسيين وطلبة الدراسات العليا، (1)، 2020، ص 418.

(92) محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص 327؛ مروة موفق مهدي، مرجع سابق، ص 419.

الجهتان القضائيتان المختلفتان في نظر النزاع سيؤدي إلى تبديد الجهد والوقت والمال فضلاً عن احتمال صدور أحكام متناقضة في ذات المنازعة الضريبية.

الصورة الثانية: تنازع الاختصاص الوظيفي السلبي: وهي الصورة المعاكسة للصورة الأولى فكل من الجهتين القضائيتين المقام أمامها المنازعة الضريبية يقضي بعدم اختصاصه بنظر النزاع، وهنا يظهر دور المحكمة الدستورية العليا في تحديد أي الجهتين القضائيتين هي المختصة بنظر النزاع الضريبي؛ وإلا كنا أمام حالة إنكار عدالة.

الصورة الثالثة: تنازع في تنفيذ الأحكام: وهذه الحالة هي حالة وجود حكمين نهائيين صادرين في ذات النزاع الضريبي من جهتين قضائيتين مختلفتين أو من جهة قضائية وجهة ذات اختصاص قضائي؛ أحد هذه الأحكام بالرفض، والحكم الثاني بالقبول مما يتعذر معه الوقوف على أي الحكمين يجب تنفيذه وأيهما لا ينفذ؛ مما نكون معه في حالة من حالات إنكار العدالة⁽⁹³⁾.

الفرع الثاني: دور المحكمة الدستورية في تحديد الجهة المختصة بالمنازعات الضريبية

واجه المشرع المصري حالة وجود تنازع حول الاختصاص القضائي بالفصل في المنازعات والدعاوى القضائية، من خلال إسناد هذا الأمر للمحكمة الدستورية العليا فنص في المادة رقم (31) منه على ذلك من أن: "لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء

(93) مروة موفق مهدي، مرجع سابق، ص 419.

المختصة بنظر الدعوى في الحالة المشار إليها في البند ثانيًا من المادة رقم (25)؛.....". ويجب أن يبين في الطلب موضوع النزاع، وجهات القضاء التي نظرت، وما اتخذته كل منها في شأنه. ويترتب على تقديم الطلب وقف دعاوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فيه". وتنص الفقرة الثانية من المادة رقم (25) من قانون المحكمة الدستورية على أن: "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً:.....ثانيًا: الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل أحدهما عن نظرها أو تخلت كليهما عنها. ثالثًا:..."

أولاً: شروط قبول المحكمة الدستورية لدعوى التنازع في المنازعات الضريبية: يشترط لقبول دعوى التنازع في المنازعات الضريبية طبقاً للنص السابق الآتي⁽⁹⁴⁾:

1 - وحدة موضوع المنازعة الضريبية أي أن يعرض موضوع المنازعة الضريبية أمام جهتين من جهات القضاء "قضاء عادي، وقضاء إداري" أو هيئة قضائية وإحدى الهيئات ذات الاختصاص القضائي "مثل هيئات التحكيم". ويترتب على ذلك الشرط السابق نتيجتان:

أ - ألا تكون إحدى جهتي التنازع قد فصلت بحكم قضائي نهائي في موضوع النزاع الضريبي؛ لأنه لو حدث ذلك ستكون استنفذت ولايتها القانونية عن موضوع النزاع، وبالتالي سيكون موضوع النزاع الضريبي مطروحاً على جهة واحدة فلا يوجد تنازع في الاختصاص".

(94) محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص 336، 337.

ب - ألا يكون الذي ينازع الجهة القضائية أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جهة أخرى إدارية مثل اللجان الإدارية "كلجان الطعن الضريبي مثلاً".

2 - أن تقضي الجهات القضائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي باختصاصهما وظيفياً أو بعدم اختصاصهما وظيفياً بنظر المنازعة الضريبية.

3 - اتحاد الموضوع والخصوم في الدعويين محل النزاع.

4 - صدور الحكمين محل النزاع من محكمتين مستقلتين وظيفياً وليستا متحدتين وظيفياً.

5 - لا تقبل دعوى تنازع الاختصاص الوظيفي إذا كان أحد الحكمين المتنازعين صادراً من المحكمة الدستورية العليا.

ثانياً: المحكمة الدستورية ودورها في فض النزاع الإيجابي والسلبي في المنازعات الضريبية: كان من الممكن حدوث تنازع في الاختصاص الوظيفي القضائي بالنسبة للمنازعات الضريبية عندما كان القانون يجيز إقامة المنازعة الضريبية أمام القضاء الإداري؛ وأمام القضاء العادي؛ إلا أنه بعدما صدر حكم المحكمة الدستورية العليا بقصر نظر المنازعات الضريبية على جهة القضاء الإداري دون غيرها عندما⁽⁹⁵⁾ إلا أنه من المتصور أن يحدث التنازع

(95) وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في حكمها بأن: "وحيث إنه متى كان ذلك، وكان المرجع في تحديد بنیان الضريبة العامة على المبيعات وعناصرها ومقوماتها وأوضاعها وأحكامها المختلفة، بما في ذلك السلع والخدمات الخاضعة للضريبة، والمكلفين بها والملتزمين بعبئها وقيمة الضريبة المستحقة ومدى الخضوع لها والإعفاء منها إلى قانون هذه الضريبة، وإلى القرار الصادر من الجهة الإدارية المختصة تنفيذاً لأحكامه، فإن المنازعة في هذا القرار تعد منازعة إدارية بحسب طبيعتها، تندرج ضمن الاختصاص المحدد لمحاکم مجلس الدولة طبقاً لنص المادة رقم (174) من الدستور الحالي الصادر بتاريخ 2012/12/25. وإذ أسند النصاب المطعون فيهما الاختصاص بالفصل في تلك المنازعات إلى المحكمة الابتدائية التابعة لجهة القضاء العادي، فإن

الوظيفي حال تم إقامة النزاع الضريبي أمام القضاء الإداري؛ وفي الوقت

مسلك المشرع على هذا النحو يكون مصادماً لأحكام الدستور الذي أضحي بمقتضاه مجلس الدولة، دون غيره من جهات القضاء - وفي حدود النطاق المتقدم ذكره - هو صاحب الولاية العامة في الفصل في كافة المنازعات الإدارية وقاضيه الطبيعي، والتي تدخل ضمنها الطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب. ولا وجه للاحتجاج في هذا الشأن بأن البند السادس من المادة رقم (10) من القانون الحالي بشأن مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972، جعل مباشرة المجلس لهذا الاختصاص رهناً بصدور القانون المنظم لكيفية نظر منازعات الضرائب أمام محاكمه - إذ لم يخص المشرع الدستوري - سواء في ظل دستور سنة 1971 أو الدستور الحالي - نظر تلك المنازعات والفصل فيها بقواعد إجرائية استلزم صدور قانون بها، استثناء من القواعد التي تخضع لها سائر المنازعات الإدارية الأخرى، التي عهد لمجلس الدولة بالفصل فيها، كما أن التراخي في سن القانون المنظم لكيفية نظر هذه المنازعات أمامه إعمالاً للنص المذكور - والذي طال إهماله من تاريخ العمل بالقانون رقم (47) لسنة 1972 المشار إليه في 5/10/1972 - أو تضمين قانون الضريبة تلك القواعد، لا يعد مبرراً ولا مسوغاً لإهدار الاختصاص الذي احتفظ به الدستور لمجلس الدولة، بل يناهض ما انتهجه المشرع في شأن الضريبة على العقارات المبنية، إذ نصت المادة رقم (7) من قانون هذه الضريبة الصادر بالقانون رقم (196) لسنة 2008 على أن: - يختص القضاء الإداري دون غيره بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون كما يتصادم مع الالتزام الدستوري الذي يفرضه نص المادة رقم (75) من الدستور بكفالة الحق لكل مواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، والذي يقتضي أن يوفر لكل فرد نفاذاً ميسراً إليه، وإزالة العوائق خاصة الإجرائية منها التي تحول دون حصوله على الترضية القضائية التي يطلبها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، والقول بغير ذلك مؤداه ولازمه استتار المشرع وراء سلطته في هذا الشأن ليصرفها في غير وجهها، فلا يكون عملها إلا انحرفاً عنها. وحيث إنه لما كان ذلك، وكان النصان المطعون فيهما يمثلان إخلالاً باستقلال السلطة القضائية، وينتقصان من اختصاص مجلس الدولة، باعتباره صاحب الولاية العامة دون غيره بالفصل في كافة المنازعات الإدارية وقاضيه الطبيعي، بالمخالفة لنصوص المواد أرقام (74، 75، 168، 174) من الدستور الحالي الصادر بتاريخ 25/12/2012، مما يتعين معه القضاء بعدم دستوريتها. راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 162 لسنة 31 قضائية "دستورية" - الصادر بجلسة 7/4/2013.

نفسه إقامته أمام جهة ذات اختصاص قضائي "مثل هيئات التحكيم"؛ ومن هنا كان لا بد من توضيح مدى جواز التحكيم في المنازعات الضريبية؟!، ومفهومه، وما هو مصير هذا التنازع الوظيفي إن وجد؟!.

1 - مدى جواز التحكيم في المنازعات الضريبية: هناك خلاف فقهي حول ما إذا كانت المنازعات الضريبية تقبل التحكيم أم عدمه.

أ - هناك جانب من الفقه يرى عدم جواز التحكيم في المنازعات الضريبية: ويستند في ذلك إلى كون التحكيم طبقاً للقوانين المقارنة وقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 لا يكون إلا في المسائل المالية التي يملك أصحابها التصالح عليها وهو ما نصت عليه المادة رقم (11) من أن: "... لا يجوز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح". ولا يجوز الصلح إلا في المسائل المالية التي يملك أصحابها التنازل عنها؛ ولا شك أن الضريبة العامة تخرج عن هذه المسائل فهي حق للدولة ولا يملك أحد التنازل عنه؛ كما أن قوانين الضرائب قوانين عامة بها قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها؛ كما أن العلاقة بين الإدارة الضريبية والمكلفين بالضريبة علاقة تنظيمية أساسها حكم القانون؛ في حين يعد الاتفاق على التحكيم بمثابة عقد يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مصدرًا لسلطان إرادتهم؛ إضافة إلى أن فرض الدولة للضريبة يعد أحد أهم المظاهر الأساسية التي تبرز فيها الدولة كسلطة ذات سيادة ومن ثم يكون عقد الاتفاق على التحكيم بمثابة تنازل من الدولة عن سيادتها ومساواتها بالأفراد رغم أن الدين الضريبي ليس كديون الأفراد⁽⁹⁶⁾.

(96) عبد الحكيم عطا إبراهيم: التحكيم والمنازعات الضريبية، مجلة التشريع المالي والضريبي، العدد (77)، السنة (41)، فبراير 1992، ص 173.

ب - هناك جانب من الفقه - نوّده- يرى جواز التحكيم في المنازعات الضريبية: يستند هذا الجانب إلي أنه إذا كان الأصل هو عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي منها الضرائب؛ إلا أن قانون التحكيم المصري يسمح بالتحكيم في أي منازعة أيًا كانت فينص في المادة الأولى منه على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"⁽⁹⁷⁾؛ كما أنه تحت وطأة الظروف الاقتصادية من ناحية، وتشابك العلاقات الاقتصادية الدولية من ناحية أخرى أصبحت الدولة تتجه في تشريعاتها الضريبية إلى السماح باللجوء للتحكيم في مواد الضريبة بالرغم من تعلقها بأمور تتصل بسياسة الدولة الاقتصادية؛ وذلك تحت وطأة الضغوط الخارجية من قبل المنظمات الدولية، وكذلك وجود حالات تقتضي قواعد العدالة السماح بشأنها باللجوء إلى التحكيم لحسمها مثل الازدواج الضريبي الذي تتم تسويته عادة عن طريق

(97) وعليه يمكن تعريف التحكيم في المنازعات الضريبية بأنه: "ذلك النظام القانوني الذي يمكن من خلاله عرض النزاع الضريبي بين الممول ومصصلحة الضرائب على شخص أو هيئة معينة لفض النزاع طالما يسمح القانون باللجوء لهذه الطريقة لتسوية النزاع ووفقًا للإجراءات التي يحددها القانون" راجع: صلاح حامد: جدوى التحكيم في فض المنازعات الضريبية دراسة تحليلية في ضوء آراء الفقه والتشريعات الضريبية المقارنة والاتفاقيات الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، ج (3)، السنة (65)، يوليو، 2014، ص 1089.

الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية والتي تنص من بين نصوصها على جواز اللجوء للتحكيم لتسوية النزاعات الضريبية التي تنشأ جراء تطبيق هذه الاتفاقيات ووفقاً للإجراءات والضوابط المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات⁽⁹⁸⁾.

الفرع الثالث: دور المحكمة الدستورية في فض النزاع بين الأحكام الضريبية المتعارضة

يظهر دور المحكمة الدستورية العليا في هذه الحالة عند وجود حكمين نهائيين صادرين في ذات النزاع الضريبي من جهتين قضائيتين مختلفتين أو من جهة قضائية وجهة ذات اختصاص قضائي؛ حكم منهما جاء بالرفض، والحكم الثاني جاء بالقبول أو وجود تناقض في منطوقهما أو الأسباب المستند إليها كلاهما، مما يتعذر معه الوقوف على أي الحكمين يجب تنفيذه وأيهما يطرح ولا ينفذ؛ وإلا سنكون في حالة من حالات إنكار العدالة لتعذر تنفيذ الحكمين دون تدخل سلطة عليا تحدد من ينفذ ومن لا ينفذ⁽⁹⁹⁾.

وهو ما نظّمه المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 والمعدل بالقانون (137) لسنة 2021 فأسند إليها وظيفة حل هذه الإشكالية القانونية بالنص في الفقرة الثانية من المادة رقم (25) على أن: "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً:.....ثانياً:..... ثالثاً: الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين

(98) كريمة بن حمدوش: إجراءات التحكيم كآلية استثنائية لفض النزاعات الجبائية الدولية الناشئة عن تطبيق أحكام اتفاقيات منع الازدواج الضريبي، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قسنطينة (2) عبد الحميد مهري، الجزائر، المجلد (8)، العدد (1)، مارس 2022، ص 608، وما بعدها.
(99) مروة موفق مهدي، مرجع سابق، ص 419.

نهائين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها"؛ وجاءت المادة رقم (32) توضح الجانب الإجرائي لكيفية اختصاصها في الفصل في النزاع بين الأحكام القضائية بالنص على أن: "لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا الفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائين متناقضين في الحالة المشار إليها في البند ثالثاً: من المادة رقم (25)؛ ويجب أن يبين في الطلب النزاع القائم حول التنفيذ، ووجه التناقض بين الحكمين. ولرئيس المحكمة أن يأمر بناء على طلب ذوي الشأن بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما حتى الفصل في النزاع".

أولاً: دور المحكمة الدستورية العليا في تحديد أي الحكمين القضائيين هو الواجب النفاذ: هناك عدد من الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في إنهاء النزاع الحادث في الأحكام القضائية النهائية الصادرة من جهات قضائية مختلفة؛ منها ما قضت به من أن: "المادة رقم (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم (48) لسنة 1979، تنص على أن "تختص المحكمة الدستورية العليا، دون غيرها، بما يأتي: أولاً:..... ثانياً:..... ثالثاً: الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها." وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط قبول طلب الفصل في التناقض بين حكمين نهائين طبقاً للبند "ثالثاً" من المادة رقم (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن يكون النزاع بشأن حكمين نهائين، صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين، تعامداً على محل واحد، وكانا حاسمين لموضوع الخصومة ومتناقضين بحيث يتعذر تنفيذهما معاً، بما مؤداه أن إعمال هذه المحكمة لولايتها في مجال التناقض المدعى به بين حكمين نهائين يتعذر تنفيذهما

معاً، يقتضيها أن تتحقق أولاً: من وحدة موضوعهما، ثم تناقض قضاءيهما بتهادمهما معاً فيما فصلاً فيه من جوانب الموضوع. فإذا قام الدليل على وقوع هذا التناقض، كان عليها عندئذ أن تفصل فيما إذا كان تنفيذهما معاً متعذراً، وهو ما يعني أن بحثها في تعذر تنفيذ هذين الحكمين، يفترض تناقضهما، ولا يقوم هذا التناقض -بداهة- إن كان موضوعهما مختلفاً- وحيث إن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن المفاضلة التي تجريها بين الحكمين النهائيين المتناقضين لتحديد على ضوءها أيهما أحق بالاعتداد به عند التنفيذ، إنما تتم على أساس ما قرره المشرع من قواعد توزيع الولاية بين جهات القضاء المختلفة⁽¹⁰⁰⁾.

ثانياً: دور المحكمة الدستورية في تحديد أي الحكمين الصادرين من جهة قضائية؛ وجهة ذات اختصاص قضائي هو الواجب النفاذ: هناك عدد من الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في إنهاء النزاع الحادث في الأحكام الصادرة من جهة قضائية وجهة ذات اختصاص قضائي؛ منها قامت المحكمة الدستورية في الحكم في تنازع بين حكمين أحدهما صادر من القضاء الإداري وبين هيئة تحكيم في منازعة ضريبية فكانت وقائع الدعوى كالآتي: "الشركة المدعى عليها، كانت قد تقدمت بطلب تحكيم إلى هيئة التحكيم بوزارة العدل، قيد برقم 61 لسنة 2017 تحكيم، ضد المدعين، طالبة الحكم بإعفائها وعدم خضوعها لأداء الضريبة العقارية على

(100) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 20 لسنة 1 قضائية "دستورية" "تنازع"- الصادر بجلسة 1981/3/7؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 9 لسنة 14 قضائية "دستورية" منازعات تنفيذ - الصادر بجلسة 1994/1/1؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 15 لسنة 27 قضائية "دستورية" "تنازع"- الصادر بجلسة 2006/12/10؛ وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 18 لسنة 37 قضائية "دستورية" تنازع - الصادر بجلسة 2020/1/4.

العقارات المبنية، المملوكة لها، وما يترتب على ذلك من آثار، وعدم أحقيتهم في اقتضاء الضريبة العقارية المقدرة من قبلهم، وبراءة ذمتها من سداد أي ضرائب أو رسوم عقارية، وذلك على سند من القول بأنه بتاريخ 5 / 1 / 2015، صدر قرار لجان الحصر والتقدير، متضمنًا تقدير القيمة الإيجابية المتخذة أساسًا لحساب الضريبة العقارية على العقار رقم (4) المملوك للشركة، فبادرت بالطعن على ذلك التقدير أمام لجنة الطعن الضريبي، فقضت اللجنة بقبوله شكلاً ورفضه موضوعاً. الأمر الذي حدا بالشركة إلى تقديم طلب التحكيم المار ذكره، وبجلسة 18 / 3 / 2018، قضت هيئة التحكيم في موضوع طلب التحكيم، بعدم خضوعها للضريبة على العقارات المبنية وفقاً للقانون رقم (196) لسنة 2008 بشأن الضريبة على العقارات المبنية. ومن جهة أخرى، أقامت الشركة المدعى عليها الدعوى رقم 8213 لسنة 28 قضائية، أمام محكمة القضاء الإداري بأسيوط، ضد وزير المالية، وآخرين، بغية الحكم ببراءة ذمتها من مقدار الضريبة المستحقة على العقار المشار إليه، على سند من أنها معفاة من الضريبة على العقارات المبنية. وبجلسة 29 / 11 / 2018، حكمت المحكمة برفض الدعوى. وإذ تراءى للمدعين أن هذين الحكمين النهائيين قد تعامدا على محل واحد، وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معاً، وهو ما يستنهض ولاية المحكمة الدستورية العليا لفض هذا التناقض إعمالاً لأحكام البند ثالثاً من المادة رقم (25) من قانونها، فقد أقاموا دعواهم المعروضة بطلبتهم السالفة البيان⁽¹⁰¹⁾.

(101) وقضت المحكمة الدستورية في هذا النزاع بالآتي: "وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط قبول طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين قضائيين نهائيين متناقضين، طبقاً للبند ثالثاً من المادة رقم (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم (48) لسنة 1979، هو أن يكون أحد الحكمين صادراً من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة

ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، وأن يكونا قد تعامدا على محل واحد، وتناقضا بحيث يتعذر -عقلاً ومنطقاً- اجتماع تنفيذهما معاً، مما يستوجب أن تتولى المحكمة الدستورية العليا حسم هذا التناقض، بالمفاضلة بين الحكمين على أساس من قواعد الاختصاص الولائي، لتحدد على ضوءها أيهما صدر من الجهة التي لها ولاية الفصل في الدعوى، وأحقهما بالتالي بالتنفيذ. وحيث إن الموضوع في الدعويين المار بيانهما، إنما يتعلق بمحل واحد، لكون الحكم الصادر عن هيئة التحكيم الإجباري بوزارة العدل، في طلب التحكيم رقم 61 لسنة 2017، قد قضى بعدم خضوع الشركة المدعى عليها للضريبة على العقارات المبنية، في حين قضت محكمة القضاء الإداري بأسقوط، في الدعوى رقم 8213 لسنة 28 قضائية، برفض طلب إعفاء الشركة من أداء تلك الضريبة. ومن ثم يكونان قد تعامدا على محل واحد، وحسما النزاع في موضوعه، وتناقضا فيما قضا به بحيث يتعذر تنفيذهما معاً. الأمر الذي يستنهض ولاية المحكمة الدستورية العليا لفض هذا التناقض. وحيث إن المادة رقم (18) من قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم (97) لسنة 1983 تنص على أن تعتبر شركة قطاع عام: 1- كل شركة يمتلكها شخص عام بمفرده أو يساهم فيها مع غيره من الأشخاص العامة أو مع شركات وبنوك القطاع العام... 2-وحيث إن الشركة المدعى عليها هي شركة مملوكة وتابعة منذ إنشائها للهيئة المصرية العامة للبتترول (أحد الأشخاص الاعتبارية العامة)، وخاضعة لإشرافها، مما يقطع بتمتعها بوصف شركة قطاع عام، ومن ثم تخضع في كافة شؤونها التنظيمية لأحكام قانون هيئات القطاع العام وشركاته المشار إليه. وحيث إن المادة رقم (56) من القانون السالف البيان تنص على أن يفصل في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام وبعضها وبعض أو بين شركة قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى عن طريق التحكيم دون غيره على الوجه المبين في هذا القانون. ومفاد ما تقدم أن المشرع في قانون هيئات القطاع العام وشركاته، قصر الفصل في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام بعضها وبعض، أو بين شركة قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى، عن طريق التحكيم دون غيره، كآلية قدر -وقت صدور القانون المشار إليه- أنها تتفق مع الطبيعة الخاصة لهذه الكيانات- ومن ثم فإنه لا يكون لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري أو محاكم القضاء المدني اختصاص بنظر النزاعات الناشئة بين الجهات الحكومية وإحدى شركات القطاع العام، وذلك إعمالاً لعموم دلالة نص المادة رقم (56) من القانون رقم (97) لسنة 1983 المشار إليه. متى كان ما تقدم، وكانت رحي النزاع الموضوعي قد دارت بين الشركة المدعية، باعتبارها شركة قطاع عام، ومصصلحة الضرائب العقارية، بشأن استحقاق

خاتمة البحث

تقوم المحكمة الدستورية العليا بعدد من الأدوار الهامة الضابطة والمؤطرة للتشريعات الضريبية؛ بداية من تحديدها لمفهوم الضريبة؛ وتحديد السلطة المنوط بها إصدارها مروراً؛ بالرقابة على دستورية النصوص الضريبية؛ وبحث مدى توافقها أو تنافرها واختلافها مع الدستور؛ ووفقاً على تفسير نصوصها في إطار النص الدستوري؛ نهاية بإزالة التنازع في منازعات الضرائب وأحكامها. وقد تناولنا في بحثنا هذا الأدوار التي يمكن أن تقوم بها المحكمة الدستورية في ترسيخ دستورية النص الضريبي وتطبيقه. وانتهينا إلى النتائج التالية:

1 - عرفت المحكمة الدستورية العليا الضريبة بأنها: "فريضة مالية تقتضيها

الضريبة على العقارات المبنية، ومن ثم يكون الحكم الصادر في هذا النزاع من هيئة التحكيم المنصوص عليها في القانون رقم (97) لسنة 1983 المشار إليه، قد صدر من الجهة التي لها ولاية الفصل فيه، ويكون الأحق بالتنفيذ، دون حكم محكمة القضاء الإداري بأسبوط، وهو ما تقضي به المحكمة. وحيث إنه عن طلب وقف تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بوزارة العدل بجلسة 18 / 3 / 2018، في طلب التحكيم رقم 61 لسنة 2017، فمن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب وقف تنفيذ أحد الحكمين المتناقضين أو كليهما يُعد فرعاً من أصل النزاع حول فض التناقض بينهما. وإذ تهيأ النزاع المعروض للفصل فيه، وانتهت المحكمة فيما تقدم إلى القضاء بالاعتداد بحكم هيئة التحكيم الإجباري بوزارة العدل، دون حكم محكمة القضاء الإداري بأسبوط، فإن مباشرة رئيس المحكمة الدستورية العليا، الاختصاص المقرر له بنص المادة رقم (32) من قانونها المشار إليه، في شأن هذا الطلب، يكون قد بات غير ذي موضوع. فللهذه الأسباب: حكمت المحكمة: بالاعتداد بحكم هيئة التحكيم بوزارة العدل، الصادر بجلسة 18 / 3 / 2018، في طلب التحكيم رقم 61 لسنة 2017، دون حكم محكمة القضاء الإداري بأسبوط، الصادر بجلسة 29 / 11 / 2018، في الدعوى رقم 8213 لسنة 28 قضائية". راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 25 لسنة 41 قضائية "دستورية" تنازع" - الصادر بجلسة 5 / 3 / 2022.

الدولة جبراً من المكلفين بأدائها، إسهاماً من جهتهم فى أعبائها وتكاليفها العامة، وهم يدفعونها لها بصفة نهائية، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها".

2 - أكدت المحكمة الدستورية العليا على قانونية الضريبة بقولها أن: "يكون فرض الضريبة بناءً على تشريع صادر من السلطة التشريعية عندما قضت بأن: "وجوب فرض الضريبة بقانون يبين حدود العلاقة بين الملتزم بالضريبة من ناحية، وبين الدولة التي تفرضها من ناحية أخرى، سواء فى مجال تحديد الأشخاص الخاضعين لها، أو الأموال التي تسري عليها، وشروط سريانها، وسعر الضريبة وكيفية تحديد وعائها وقواعد تحصيلها، وأحوال الإعفاء منها، والجزاء على مخالفة أحكامها".

3 - فرقت المحكمة الدستورية العليا بين الضريبة والفرائض المالية الأخرى بقولها بأن: "ومن هنا كان القانون هو وحده وسيلة فرض الضرائب. أما بالنسبة للفرائض والأعباء المالية الأخرى ومن بينها الرسوم التي تستأدى جبراً مقابل خدمة محددة يقدمها الشخص العام لمن يطلبها عوضاً عن تكلفتها وإن لم يكن بمقدارها، فقد سلك الدستور فى شأنها مسلكاً وسطاً بأن أجاز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية فى تنظيم أوضاعها".

4 - المحكمة الدستورية تراقب مدى توافق النص التشريعي الضريبي مع نصوص الدستور؛ ويكون ذلك فى ثلاثة حالات حددها القانون (48) لسنة 1979 قانون إنشائها: الحالة الأولى: من خلال الدفع بعدم دستورية نص أو أكثر من قانون ضريبي أمام محكمة تنظر موضوع نزاع ضريبي؛ وتتأكد المحكمة من جدية الدفع وأن النص موضع الدفع هام للفصل فى موضوع النزاع؛ فتوقف محكمة الموضوع نظر النزاع وتسمح للدافع بإقامة الدعوى الدستورية خلال أجل ثلاثة أشهر؛ الحالة الثانية:

من خلال إحالة محكمة الموضوع لنص أو أكثر من قانون ضريبي ترى عدم دستورتها، وأهمية الفصل في دستورية أم عدم دستورية للفصل في النزاع المعروض عليها؛ الحالة الثالثة: من خلال تصديها للفصل في دستورية نصوص قانون ضريبي بمناسبة نظرها منازعة دستورية خاصة بنص ضريبي منظورة أمامها.

5 - حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص ضريبي يمنع تطبيق كافة سلطات الدولة لهذا النص أي بعدم النص فهو: "حكم عيني يصدر في مواجهة كافة ويلتزم به الكافة"؛ لكنه بالرغم من ذلك لا يلغيه؛ وحكم المحكمة الدستورية يكون له الأثر الرجعي في كافة التشريعات ما عدا التشريع الضريبي فيكون بأثر فوري حفاظاً على الاستقرار المالي للدولة؛ وأعطى قانون المحكمة الدستورية العليا الحق للمحكمة في تحديد تاريخ إعمال أثر حكمها؛ إلا أن القانون أعطى الأثر الرجعي للحكم الخاص بالنص الضريبي بين طرفي الدعوى الدستورية فيما يمكن أن نطلق عليه "الأثر النسبي لحكم المحكمة الدستورية".

6 - الحكم بدستورية نص ضريبي يمنع إثارة الطعن عليه مرة أخرى بعدم الدستورية؛ إلا إذا كان الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية كان لسبب من الأسباب الشكلية.

7 - تتصدى المحكمة الدستورية لتفسير النص الضريبي من خلال طلب يقدم إليها من قبل وزير العدل المصري، بناء على طلب جهة من الجهات الثلاثة: رئيس المجلس التشريعي - رئيس مجلس الوزراء - رئيس المجلس الأعلى للقضاء؛ ويجب أن يتضمن الطلب: اسم الجهة طالبة التفسير - النص القانوني المطلوب تفسيره - الأهمية القانونية لذلك النص - الخلاف الدائر حول تفسير النص.

8 - قرار المحكمة الدستورية بتفسير نص ضريبي ملزم لكافة سلطات الدولة؛ منذ تاريخ صدور النص القانوني أي له الأثر الرجعي إلا إذا ترتب عليه إضرارًا بالمراكز القانونية المستقرة أو المساس بأحكام قضائية نهائية؛ كما أن قرار المحكمة الدستورية لا يمنع السلطة التشريعية من إصدار تشريع تفسيري يتعارض مع قرارها التفسيري؛ وفي هذا يكون التشريع التفسيري للقانون الضريبي أولى في التطبيق من قرار المحكمة الدستورية بالتفسير لأن السلطة التشريعية هي المنوط بها أصلاً التشريع.

9 - لا تستطيع المحكمة الدستورية مد تفسيرها لنصوص ضريبية لم يطلب منها تفسيرها؛ وذلك على خلاف رقابتها لدستورية النصوص الضريبية.

10 - تقوم المحكمة الدستورية بفض تنازع الاختصاص بين جهات قضائية مختلفة أو بين جهات قضائية وجهات ذات اختصاص قضائي حال إذا قام نزاع فعلياً بينهما حول اختصاصهما بالمنازعة الضريبية سواء أكان هذا النزاع إيجابياً: بادعاء كل منهما اختصاصه بالمنازعة الضريبية أو نزاع سلبي: بتخلي كل منهما عن نظر المنازعة الضريبية؛ ففي الحالة الأولى: حالة التنازع الإيجابي: يمكن أن يترتب على تنازعهما على الاختصاص المنازعة الضريبية صدور أحكام متعارضة فيها؛ أما في الحالة الثانية: حالة النزاع السلبي: لن يتمكن طرفي النزاع من حسمه مما يعد إنكاراً للعدالة.

11 - تقوم المحكمة الدستورية العليا أيضاً في حالة وصول التنازع إليها بعد صدور أحكام قضائية متعارضة ومتناقضة على ذات المنازعة الضريبية من جهتين قضائيتين أو من جهة قضائية وجهة ذات اختصاص قضائي بتقرير أي الحكمين هو الواجب التنفيذ.

وبعد أن استعرضنا نتائج البحث والتي أظهرت أهمية الدور الذي يمكن

أن تلعبه المحكمة الدستورية العليا في حياة النص الضريبي بداية من تحديد دستوريته وتوافقه مع الدستور، وبالتالي منحه الحياة القانونية والتطبيق؛ وبين الحكم بعدم دستوريته وبالتالي خروجه من الحياة القانونية فلا يبقى غير اسمه على الورق حبر بلا نبض ولا حياة؛ مروراً بدورها الخلاق في كشفها عن نية المشرع بتفسيرها تفسيراً جازماً قاطعاً للنص الضريبي حال وجود خلاف حول تفسيره أدى لصدور أحكام قضائية متعارضة أو اختلاف المؤسسات العامة حول تطبيقه؛ نهاية بدورها المبدع الفاصل بتحديد أي الجهات القضائية أو ذات الاختصاص القضائي المختصة بنظر المنازعات المترتبة على تطبيقه؛ وأي الأحكام القضائية حال صدور أحكام متعارضة متعلقة بتطبيقه هو الواجبة النفاذ.

وفي النهاية أذكر شعر الإمام الشافعي:

كلما أدبني الدهر أراني نقص عقلي

وكلما ازددت علماً زادني علماً بجهلي

ثبت المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1 - الكتب:

- اعاد حمود القيسي: المالية العامة والتشريع الضريبي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط (9)، 2015.
- أحمد سلامة بدر: دور المحكمة الدستورية في تفسير النصوص القانونية، دار النهضة العربية، 2016.
- رمضان صديق: التشريع الضريبي المصري، الجزء الأول الضرائب على الدخل العقارية متضمناً مقدمة في أصول القانون الضريبي، دار النهضة العربية، 2001.
- عادل أحمد حشيش: التشريع الضريبي المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- عبد الحفيظ الشبمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- عصمت عبد الله الشيخ: مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات "بالتركيز على النظامين المصري والكويتي"، دار النهضة العربية، 2003.
- عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، شركة الجلال للطباعة، 2003.
- طاهر الجانبي: المالية العامة والتشريع الضريبي، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، د. ت، د. ن.
- محمد السناري: ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية دراسة تحليلية ونقدية لقانون وأحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، د. ت.
- محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانين المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- محمد محمد عبد اللطيف: الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، دار النهضة العربية، 2000.
- محمد نصر الدين كامل: اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، 1989.

- محمود صبحي علي السيد: الرقابة على دستورية اللوائح دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا ودول مجلس التعاون الخليجي وفقاً لأحدث التعديلات الدستورية والتطبيقات القضائية، دار النهضة العربية، ط2، 2017.

2 - الرسائل العلمية:

- توفيق حارث كاظم: رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، يونيو 2022.
- سعد جمال خيرى أبو زنط: إشكالية رقابة الدستورية في فلسطين "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2019.
- شاكور راضي شاكور: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2004.
- محمد كمال خميس الحولي: تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2017.

3- المجلات العلمية:

- أحمد رجب دسوقي إبراهيم: رقابة دستورية القوانين في ظل النظم الدستورية المعاصرة "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة مصر المعاصرة، العدد رقم (548)، أكتوبر 2022.
- بكر عبد الفتاح السرجان: تنازع الاختصاص القضاء المدني: المشكلة والحل في القانون الإماراتي "دراسة تحليلية"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد (15)، العدد (1)، يونيو 2018.
- جابر محمد حجي: تفسير النصوص في القضاء الدستوري دراسة في قضاء المحكمة العليا المصرية، المجلة القانونية، العدد الثالث.
- رائد صالح قنديل: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية (حجته وآثاره) دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع الفلسطيني والمصري؛ مجلة جامعة الأزهر؛ غزة، فلسطين، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد (21)، العدد (1)، 2019.
- زينب شريف نعمه، شاكور جميل ساجت: أثر الحكم بعدم دستورية التشريعات الضريبية

- دراسة مقارنة، مجلة المعهد، العدد (7)، 2021.
- سليم نعيم خضير الخفاجي: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، مجلة جامعة أهل البيت، العدد الثامن، البصرة، العراق.
- شهرزاد بوسلطة، جميلة مدور: مبدأ الرقابة علي دستورية القوانين وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد (4).
- صلاح حامد: جدوى التحكيم في فض المنازعات الضريبية دراسة تحليلية في ضوء آراء الفقه والتشريعات الضريبية المقارنة والاتفاقيات الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، ج (3)، السنة (65)، يوليو، 2014.
- عبد الحكيم عطا إبراهيم: التحكيم والمنازعات الضريبية، مجلة التشريع المالي والضريبي، العدد (77)، السنة (41)، فبراير 1992.
- عدنان عجيل عبيد: الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (4)، السنة (8)، 2016.
- عمر العبد الله: الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة" مجلة جامعة دمشق، المجلد (17)، العدد (2)، 2001.
- كريمة بن حمدوش: إجراءات التحكيم كآلية استثنائية لفض النزاعات الجبائية الدولية الناشئة عن تطبيق أحكام اتفاقيات منع الازدواج الضريبي، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قسنطينة (2) عبد الحميد مهري، الجزائر، المجلد (8)، العدد (1)، مارس 2022.
- محمد إبراهيم هيوب: دور المحكمة الدستورية العليا في تفسير النصوص الدستورية دراسة مقارنة مع النظام الدستوري في الكويت، المجلة القانونية، المجلد (7)، العدد (3)، مايو 2020.
- محمد بن علي معجب الكبيري: الرقابة القضائية علي دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية، مجلة العلوم الإنسانية والإدارية، العدد (26)، ج (1)، مارس 2022.
- محمد حمدي عبد العليم علام: الانحراف التشريعي بين النظرية والرقابة القضائية "دراسة مقارنة"، مجلة روح القوانين، العدد (103)، يوليو 2023، ج (1).
- محمد محمد عمران: الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر في المجال الضريبي، مجلة المال والتجارة، عدد 571، نوفمبر 2016.

- مروة موفق مهدي: الجهة المختصة بحل إشكاليات تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والعادي في العراق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص بالتدريسيين وطلبة الدراسات العليا، (1)، 2020.
- وفاء شيعاوي: تفسير النصوص الضريبية في إطار مبدأ المشروعية؛ مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خضير بسكرة؛ العدد الثالث.

المراجع الأجنبية:

- Christian Schoenauer: Les Fondamentaux de la Fiscalité, techniques et applications edition ESKN, 6eme edition, Paris, France, 2006.
- PHILIP (L.), Le partage de la loi et du règlement en matière en fiscal,D.F.,1981.
- TROTBAS (L.), COTTERET (J.M.),Droit fiscal,7e éd,1992,Dalloz.

الغموض والالتباس في لغة الخطاب القانوني

دراسة دلالية في نماذج مختارة من النصوص القانونية البحرينية

في النصف الأول من القرن العشرين

عبد الله آل سعيد*

ملخص

الأهداف: تهدف هذه الدراسة لاستكشاف ظاهرة الغموض والالتباس، وحضورها في الخطاب القانوني، من خلال دراسة تأثيرهما العملي على النصوص القانونية، وكيفية الوقاية من الغموض والالتباس، من خلال دراسة النصوص القانونية البحرينية منذ فترة العشرينات حتى الخمسينات من القرن العشرين.

المنهجية: تضمّن البحث جانبين: جانب نظري ارتكز على دراسة الخطاب القانوني من خلال إعلانات الحكومة في النصف الأول من القرن العشرين، مضافاً إلى دراسة ظاهرة الغموض والالتباس في الخطاب القانوني، وجانب تطبيقي قُدّمت فيه مجموعة من نماذج نصوص قانونية في مطلع القرن العشرين، ودرستها وتحليلها من جهة تداولية.

النتائج: من أهم النتائج التي وصلت إليها هذه الدراسة معرفة طرق وقوع الغموض والالتباس في الصياغة القانونية؛ وذلك للوصول إلى درجة عالية من ضبط النص القانوني من ناحية الدقة والوضوح، بالإضافة إلى إثبات كيف نجح المشرّع في تفادي الغموض والالتباس في القانون.

* باحث دكتوراه في اللسانيات القانونية، بوليتكنك البحرين.

التوصيات: تكثيف الدراسات المنتمية لحقل اللسانيات القانونية، لا سيّما التي لها تأثير على الصياغة القانونية، كالغموض والالتباس، وصولاً إلى أعلى درجة من الوضوح والدقة في القانون. كلمات مفتاحية: الغموض، الالتباس، الخطاب القانوني، لغة القانون، الصياغة القانونية، التداولية، الدلالة، اللسانيات القانونية

Abstract:

This paper aims to study and address the ambiguity and vagueness in the legal discourse language, besides its presence in various discourses of Arabic culture. The study will focus on a collection of Bahraini legal texts from the 1920s to the 1950s and will examine the reasons for this phenomenon and ways to prevent it.

The study consists of an introduction and four sections. In the first section, we define the concept of legal discourse. The second section examines the nature of legal discourse in that era from a historical and linguistic perspective. The third section explains the concept of vagueness and its applications. The fourth section is devoted to discussing the concept of ambiguity, the difference between it and ambiguity, and analyzing some applied models. Finally, we conclude with the most important results in the conclusion.

This study depends on describing and identifying the phenomenon, then will draw on the pragmatic approach after analyzing the selected models.

Key words: vagueness / Ambiguity / Bahraini legislation / indeterminacy / pragmatic approach / legal discourse / legal linguistics

مقدمة:

تُعَدُّ ظاهرة الغموض والالتباس من أهم الظواهر المرتبطة بفهم دلالة الخطاب وتحقيق إنجازهِ، فالمتكلم من خلال الخطاب يسعى لإيصال مقصده الذي يريد إفهامه للمخاطب، وقوام ذلك هو الاهتمام بخطابه في صورته التلفظية وذلك من خلال وضوح التعبير الدلالي والتركيبى ودقته، الأمر الذي من شأنه أن يوضح قصده من هذا التلفظ وهو ما يريد المتكلم إنجازهِ من القول، ليحقق بذلك التأثير العملي على المخاطب كإقناعه أو إغرائه أو تحذيره إلى آخره من الأغراض، ولارتباط فعل التلفظ بفعل الإنجاز والتأثير

وجب على المتكلم تجنب أي غموض أو التباس يؤثر على إفهام المخاطب، إذ أن عملية الفهم تؤسس على مجموعة من المبادئ التعاونية بين المتكلم والمخاطب، مما يعين المخاطب على تحديد مقصدية الخطاب من خلال نظام لغوي يألفه ويعتاد استعماله، فلا ينبنى الخطاب على "مجرد النطق بألفاظ مرتبة على مقتضى مدلولات محددة، (..) وإنما حقيقته كامنة في كونه ينبنى على قصدين اثنين: أحدهما يتعلق بـ (التوجه إلى الغير)، والثاني يتصل بـ (إفهام هذا الغير)"⁽¹⁾.

وتزداد وظيفة الخطاب عمقاً إذا ما اتصلت بالخطاب القانوني؛ ذلك لأنّ وظيفته غير مقصورة على الإفهام والإبلاغ، إنّما غايته أيضاً تطبيق الخطاب الذي يتوخى العدالة وإجرائه، وتتمظهر هذه الوظيفة في القوّة الإنجازية للأمر والنهي والإثبات والنفي انطلاقاً من سلطة أمرة ملزمة موجبة لإذعان المخاطب لها دون أن تلجأ لأسباب تقنعه بفائدة هذه القاعدة القانونية من تلك⁽²⁾، يقول السنهوري وأبوستيت: "ولا بد لكل قاعدة قانونية من جزاء، وإلا فلا تعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح بالرغم من نص القانون

(1) عبد الرحمن، طه: اللسان والميزان أو التكوثر العقلي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 1998م، ص 213 وما بعدها.

(2) للإلزام مراتب في الخطاب القانوني؛ فالقواعد القانونية من حيث قوّة إلزامها تنقسم إلى قواعد أمرة، وقواعد مكتملة أو مفسرة أو مقررة، ففي القواعد الأمرة والناهية ينعدم فيها سلطان إرادة الأفراد ويجبرون على الالتزام بها، فلا يستطيعون التحلل من أحكامها أو استبعاد تطبيقاتها عنهم، ومثالها كافة القواعد التي تنهى عن ارتكاب الجرائم أو تلك القواعد التي تحدد سعر الفائدة، وأما في القواعد المكتملة أو المفسرة أو المقررة فالإلزام فيها لا يعدم سلطان إرادة الأفراد بالاتفاق على خلافها فترك للأفراد الحرية في تنظيم علاقاتهم والاتفاق على عدم تطبيقها كالقاعدة التي تعد الثمن في البيع المطلق معجلاً ما لم يتفق على أن يكون البيع مؤجلاً أو مقسماً لأجل معلوم، وهذا لا يعني فقدان القواعد المكتملة أو المفسرة أو المقررة للإلزام؛ حيث إن كل القواعد القانونية

عليها، بل تعتبر في هذه الحالة محض نصيحة يستطيع الشخص ألا يعبأ بها، [...] لكن هذا القول لا يقلل شيئاً من دور الجراء؛ ذلك أن ما يهم ليس هو في أن القاعدة القانونية تطاع عن إرادة وشعور بلزومها أو لا، إنما المهم هو أن يكون معروفاً سلفاً أنه إذا لم يتبعها الفرد طواعية فإن جزاءها واقع حتماً عليه" (3)، فالخطاب القانوني خطابٌ استعلائي يستمد من سيادته سلطة الأمر والنهي والإباحة والمنع، مما يعني أن ملفوظاته لها قوة إنجازية ملزمة (4)، وهذه القوة الإنجازية للملفوظ بحسب نظرية أفعال الكلام (Speech act theory) (5) تبرز لنا المنحى التداولي في الخطاب القانوني، ف"القانون لا يكتسب قيمته إلا إذا تحوّل إلى واقع منجز، وممارسة اجتماعية من خلال "الخطاب"، ولعل القانون هو الخطاب الوحيد الذي لا تكون له قيمة ولا يتحقق اشتغاله إلا بتطبيقه في الواقع فعلاً (6)(7).

من أجل ذلك سيكون البعد عن إجمال الدلالة مقصداً أكيداً في لغة الخطاب القانوني؛ إذ من طبيعة اللغة القانونية إرسال رسائلٍ محدّدة وواضحة وشاملة، مما يقتضي أن تكون الصياغة القانونية حذرة ومراعى فيها العناية

-
- ملزمة ولكنها تصنف بالنسبة إلى درجة إلزامها إلى قواعد يجوز للأشخاص الاتفاق على خلافها لأنها تتصل بالمصالح الشخصية في المجتمع ولا تمثل إرادة المجتمع العليا، راجع: (الداودي، غالب علي: المدخل إلى القانون، ص 89 - 92).
- (3) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، وأبوستيت، أحمد حشمت: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، ص 17.
- (4) راجع: علوي، عبد السلام إسماعيلي: الحجاج والقانون، مقالة ضمن الكتاب الجماعي: (الحجاج مفهومه ومجالاته، ج 1، ص 831).
- (5) راجع: (بوقرة، نعمان: اللسانيات اتجاهاتها وقضاياها الراهنة، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب الحديث، إربد، 2009م، ص 185).
- (6) يشترك علم الفقه مع القانون في هذه الجهة، فلا قيمة واقعية فعلية للفقه إلا إذا طُبّق على أرض الواقع.
- (7) كاظم، مرتضى جبار: اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، ص 36.

الشديدة بغية أن يدلّ ظاهرها على مراد المشرّع بالشكل الذي يؤمن فيه من حصول الالتباس والغموض⁽⁸⁾، فالخطاب القانوني التشريعي مصوغ على شكل قواعد قانونية لا بد من تحقق صفتين فيهما تتوازن مع الخطاب⁽⁹⁾، وهما صفة التجريد وصفة العموم⁽¹⁰⁾، ثم إنّ المشرّع - بوصفه أحد ركني الخطاب - لا يعبر عن إرادته الشخصية؛ بل يعبر "إرادة الشعب بواسطة

- (8) يجدر الذكر أنّ المحكمة الدستورية البحرينية في حكمها الصادر في الدعوى (د/ 05/ 2 - السنة الثالثة القضائية - بجلسة 26/03/2007) نبّهت على أهمية هذه الفكرة، فمن ضمن نص الحكم: "لا يجوز أن يكون تفسير النصوص التشريعية موطناً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها؛ ذلك أنّ المجال الطبيعي للتفسير لا يعدو أن يكون وقوفاً على المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية، وهي مقاصد لا يجوز توهّمها أو افتراضها كي لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداءً، بل مناطقها ما تغيّاه المشرّع حقاً من صياغتها، وتلك هي الإرادة الحقيقية التي لا يجوز الالتواء عنها، ويفترض في النصوص القانونية التي تكون مبلورة لها، وهي إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها، أو يعد مسخاً أو تشويهاً لها، أو نكولاً عن حقيقة مراميها، أو انتزاعاً لبعض ألفاظها من سياقها"، وهذا أمر مقرر تفسير العقد من القانون المدني البحريني، حيث نصّت المادة 125 على أنّه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".
- (9) هناك أربع خصائص جوهرية للقاعدة القانونية: فأولاً: أنّها قاعدة سلوكية عامّة ومجرّدة، وثانياً: أنّها تنظّم روابط اجتماعية، وثالثاً: أنّها تهتم بالسلوك الخارجي للشخص، ورابعاً: أنّها تقتزن بجزء مادي حال توقعه السلطة العامة على من يخالف أحكامها، راجع: (الداودي، غالب علي: المدخل إلى علم القانون، ص 27).
- (10) نقصد بالعموم هنا الشمول، بحيث تشمل القاعدة القانونية جميع الحالات التي تتلبّس بها، ومن هنا نفهم أن وجود قانون يخاطب فرداً واحداً لا يؤثر في عموم القاعدة القانونية؛ كالقانون الذي ينظّم وراثه العرش الملكي؛ وذلك لأن عموم القاعدة معناه توجّه الخطاب إلى الناس الفعليين والذين سيأتون فيما بعد (ما يسمّيه المنطقة بالقضية الحقيقية)، فالأفراد محدّدون بالصفة والمبدأ الذي يتلبّسون به فتشملهم القاعدة القانونية، راجع: (السنهوري، عبد الرزاق، وأبوستيت، أحمد: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، د.ط، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950م، ص 14).

ممثليه، إنه يعلن عن نفسه بصيغة هي بالضرورة عامّة ومجرّدة وتتوجّه إلى الجميع دون تمييز في الأنظمة والأشخاص" (11).

ولما فُقدت المقاربة اللسانية للخطاب القانوني البحريني في نشأته، كانت هذه الدراسة التي تبحث ظاهرة الغموض والالتباس في هذا النوع من الخطاب، وتتبع تطوّر اللغوي وتأثير ذلك في الوقاية من الغموض والالتباس، ثم إنّ هذه الدراسة ستتحدد بفترة العشرينات حتى الخمسينات من القرن العشرين، حيث النقلة القانونية والتشريعية المهمة التي أسست لدولة المؤسسات والقانون في تلك الفترة التي "شهدت بداية التحول من مرحلة النظم والتشريعات العرفية إلى أنظمة وتشريعات مكتوبة" (12)، وتكمن أهميّة هذه الدراسة من جهتين: أحدهما بحث فكرة الغموض والالتباس وتأثيرها على اللغة القانونية، وثانيهما: إثراء البحث في حقل اللسانيات القانونية، بغية الوصول إلى أقصى درجات الانتفاع العملي من الأبحاث اللغوية في بعدها التطبيقي، كما أنّ هذه الدراسة تقتضي السير بخطوات متأنّية جراء صعوبة تداخل المصطلحات وفهم الطبيعة الخاصّة لحقل القانون، بالإضافة إلى صعوبة إيجاد المادة المكوّنة للفرضيّة؛ وذلك لكون هذه النماذج متناثرة على مدى أكثر من إعلان حكومي من فترة العشرينات حتى فترة خمسينات القرن العشرين، فليس من اليسير الحصول على نماذج تدعم الجهة النظرية لهذا البحث، وحسبي أن تكون هذه المحاولة مثاراً للبحث اللساني في هذا الميدان التطبيقي الحافل.

(11) فلسفة القانون: ص 64.

(12) الصديقي، علي: تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين، دراسة قانونية تاريخية وثائقية، الطبعة الأولى، مركز عيسى الثقافي، المنامة، 2019م، ص 5.

كما لا أجد من الضرورة بيان جدوى البحث في تاريخ الأشياء؛ إذ باتت الدراسات التاريخية للعلوم رافداً للدراسات اللغوية والفكرية، خصوصاً إذا ما كنّا نبحث عن الخطاب القانوني في مملكة البحرين، إذ قلّما بُحث هذا الخطاب من الناحية التاريخية؛ وهذا ما يزيد هذا المبحث أهمية وقيمة، حيث سنلجأ إلى بعض الوثائق التاريخية التي عكست لنا طبيعة هذا الخطاب، وكيف تطوّر تطوراً لغوياً على صعيد الكتابة والنشر، ثم إنّ هذا البحث سيتحدد بالعقود الأولى من القرن العشرين، حيث النقلة القانونية والتشريعية المهمة التي أسست لدولة المؤسسات والقانون، فقد "شهدت بداية التحول من مرحلة النظم والتشريعات العرفية إلى أنظمة وتشريعات مكتوبة"⁽¹³⁾، الأمر الذي يهّمنا جداً في البحث عن لغة الخطاب وبحث قضية الغموض والالتباس فيها، كلّ هذا سيمكّننا من الوقوف على إجابة وافية حول سيرورة لغة الخطاب القانوني منذ مطلع القرن العشرين إلى ما أضحت عليه لغة الخطاب القانوني اليوم.

وتهدف الدراسة إلى الكشف عن ظاهرتي الغموض والالتباس، وبحث حضورهما في الخطاب القانوني، والكشف عن دور الجانب الاستعمالي فيهما، وتأثيرهما العملي على القاعدة القانونية، بالإضافة إلى طبيعة الخطاب القانوني، والتقنيات التي يمكن من خلالها الحد من وقوع الغموض والالتباس، توخياً لدقّة الصياغة القانونية.

وتعتمد هذه الدراسة على إجراءات منهجية ستخدم جانبها النظري والتطبيقي، فمن الجانب النظري ستسلّط الضوء على الحقبة التاريخية التي

(13) الصديقي، علي: تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين، دراسة قانونية تاريخية وثائقية، الطبعة الأولى، مركز عيسى الثقافي، المنامة، 2019م، ص5.

تضمّنتها إعلانات الحكومة، والسمات اللغوية لهذه الإعلانات، ومفهوم الخطاب القانوني، وبحث ظاهرة الغموض والالتباس بحثاً معرفياً، أما في الجانب التطبيقي فتبدأ الدراسة باستقراء مجموعة كبيرة من الإعلانات الحكومية المودعة لدى المكتبة البريطانية منذ فترة العشرينات حتى فترة الخمسينات، واستلال النماذج التي يمكن من خلالها بحث هذه الظاهرة، ثم تحليل هذه العيّنات ووصف الظاهرة ومقاربتها مقارنة تداولية.

المبحث الأول

مفهوم الخطاب القانوني

يشكّل الخطاب مجموعة من النصوص ذات العلاقة المشتركة، فهو تابع مترابط من الاستعمال النصّي الذي تحكمه العلاقة التفاعلية بين المتحاورين يُعرض من خلالها نصوصاً/أفعالاً خطابية (Discourse actions) في سياق ونطاق خاص، وبالتالي يتنوّع هذا الخطاب بتنوّع نطاقاته وحقوقه، فإنّ كان الحقل الذي يرتبط به ويضاف إليه، ومن هنا تتنوّع الخطابات بحسب الحقوق التي تنتمي إليها من الاقتصاد والسياسة والاجتماع والقانوني، وهلمّ جرّاً.

إذن.. ثمة علاقة تفاعلية كبرى بين النص والخطاب، هذا الاقتران بين النص والخطاب جعل أمثال مايكل ستابز (Michael Stubbs) يرى عدم ضرورة التفريق بين النصّ والخطاب من جهة نظرية، فالنص والخطاب مترادفان حتى عرّف النصّ بأنه "كلّ خطاب تم تشييته بواسطة الكتابة"⁽¹⁴⁾، بالرغم من سعي ستابز لوضع بعض الفروق التي تأتي في أهمّها أنّ الخطاب

(14) فضل، صلاح: بلاغة الخطاب وعلم النص، عالم المعرفة، الكويت، العدد 164، أغسطس، 1992م، ص232.

أطول من النص وأكثر تماسكاً⁽¹⁵⁾؛ غير أننا ننظر إلى الخطاب من الجهة الإجمالية بوصفه نصاً لغوياً جرى استعماله في سياق معين، إذن نريد -هنا- أن ننظر إلى الخطاب معادلاً للنص وظروف إنتاجه، كما تمثله هذه المعادلة: (الخطاب = النص + ظروف إنتاجه)⁽¹⁶⁾، ووفقاً لذلك سينتج النص عن فعالية تواصلية معتمدة في التكوين على السياقات الداخلية، فإذا نظرنا إلى الأطراف خارج اللغوية التي نحتاجها في تحليل الخطاب والكشف عن مكانم الدلالات التي يدلّ عليها النص، وبذلك سيشكل النص الخطاب، ويكمل النص الخطاب ويحقق معناه، وبالتالي فإنّ الخطاب يشمل كلّ إنتاج لغوي يربط في النص ربط تبعية بين بنيته الداخلية وظروفه المقامية، وتشمل هذه البنية الداخلية الصوت والصرف والتركيب والدلالة.

وبناءً على المعادلة السابقة، يمكن النظر إلى النص القانوني من جانبين، جانب النصية فيه وذلك بـ "إغفال العوامل والمساعدات التي اشتغلت على إنتاجه وتلك التي تنهياً لتفكيكه وما يحيط به من علامات سياقية"⁽¹⁷⁾، والجانب الآخر هو جانب الخطاب فيه؛ وذلك من خلال النظر إلى النصّ وبحث سياقاته الداخلية وقوانينه من الصرف والصوت والتركيب والدلالة، بالإضافة إلى ظروف إنتاج هذا النص والعوامل المساعدة على فهمه وتكوينه وتوجيهه وتفسيره⁽¹⁸⁾، وكذلك الملابس التي تحيط به منذ إنتاجه إلى مرحلة تلقيه.

(15) According to:

- Stubbs, M. (1983). *Discourse analysis: The sociolinguistic analysis of natural language* (Vol. 4). University of Chicago Press. P9.

- Mills, S. (1997). *Discourse*. London and New York: Routledge.P4.

(16) راجع:

- شارودو، باتريك، ومنغنو، دومينيك: معجم تحليل الخطاب، ص 181.

- علي، محمد محمد يونس: المعنى وظلال المعنى، ص 139.

(17) كاظم، مرتضى جبار: اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، ص 33.

(18) من العوامل المساعدة على فهم النص السياق الاجتماعي، فمثلاً إذ قد يستحضر القاضي

ثم إن اللغة - بوصفها وعاءاً للفكر الإنساني - لا تتخذ شكلاً واحداً من حيث التداول، وإنما تختلف الاستعمالات في كلِّ حقل من الحقول المعرفية حتى ينشأ عرفاً خاصاً له مصطلحاته الخاصة تُتداول فيه لغة خاصة بالأوساط الفكرية المنتمية لحقل معرفيٍّ ما، فلغة الفقهاء في محاوراتهم العلمية تختلف عن لغة الأطباء منها عن لغة المهندسين والفلاسفة؛ ذلك لأن كل تخصص يشكل المادة المعرفية التي تكوّن الوسط الفكري الخاص الذي يقتضي لغة خاصة، ومن هنا تأتي لغة القانون، هذا العلم الذي يعد من أقرب الميادين التي تؤدي اللغة فيها دوراً مهماً وحيوياً، حيث إن القانون "مجموعة قواعد السلوك العامة المجردة الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترن بجزء مادي حال، وتقرير الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الحاجة" (19)، وهذه القواعد التشريعية المنصبة على الأفراد تُصاغ بلغة قانونية دقيقة خاضعة لقواعد الفهم العرفي من جهة، ولها خصائصها وألفاظها ومصطلحاتها من جهة أخرى (20)، فاللغة إذن وسيلة التعبير عن الأفكار القانونية، ولا تنضبط قاعدة قانونية إلا بصياغة لغوية سليمة ودقيقة، ولا تضبط دلالات القوانين وفهمها دون الوصول إلى قواعد اللغة، بل "إن

عند قراءة التشريع الوقائع ذات الصلة بالنص وظروف تشريعه، فقد تعطي النص معنى مجملاً وواسعاً تبعاً لمصلحة العدالة، ففي إحدى القضايا نظرت المحكمة فيما تفيد به كلمة (إجراءات) الواردة في قانون تسوية الديون الذي يمنع التسوية دون إذن بها، فاستشعرت في ضائها الكساد الاقتصادي وتأثيره، ونظرت إلى النص التشريعي ضمن هذه الظروف، ولذا أعطت كلمة (إجراءات) معنى متحرراً وواسعاً، راجع: (دريدجر، إلمار: تفسير القوانين، النص والسياق والتفسير المقاصدي، تر: محمد سراج، وأحمد ضبش، الطبعة الثانية، مركز نهوض للدراسات والبحوث، بيروت، 2023م، ص 249).

(19) الداودي، غالب علي: المدخل إلى علم القانون، ص 19، ونحوه: كيرة، حسن: المدخل إلى القانون، ص 20.

(20) راجع: ماتيلها هايكي: المعجم القانوني، من كتاب: تيرسما، بيتر، وصولان، لورانس: اللغة والقانون، تر: حافظ إسماعيلي علوي، ص 89.

أدقّ موطن تطبق فيه قواعد علم الدلالة ومفاهيمه هو علم القانون؛ لأن مدار الحكم فيه على الدلالات المختلفة للأقوال والافعال. وإذا كان علم الدلالة في اللسانيات يقوم على معاني الألفاظ والجمل والسياقات، فإن العلوم القانونية كلها تفعل ذلك، وتضيف إليه تركيزها على دلالات الأحداث، والمواقف، والأفعال، والعلاقات. وتجعل كل أولئك مؤثرة إيجاباً أو سلباً في الحكم، بل إن القوانين نفسها تحسب هذه الأمور وترصدها، وتحدد أكثر تبعاتها، وتبني الأحكام على أساس ذلك⁽²¹⁾.

ومن هنا تشكّل اللغة القانونيّة خطاباً موجّهاً للأفراد من أجل الالتزام به والعمل ضمن نطاقه، مما يقتضي أن يكون ثمة وسطاً تواصلياً تفاعلياً يمكن من خلاله الاتفاق على مرجعية فهم للنص المكتوب، هذا الوسط تشكّله اللغة محمّلة بقواعدها الخاصّة وضوابطها المحدّدة التي يدرسها علم اللغة⁽²²⁾، ومع ذلك فإنّ الاحتكام إلى هذا الوسط التواصلّي لا يعني تجريد الخطاب القانوني من خصائصه ومصطلحاته، وبهذا فإن لغة الخطاب القانوني ليست تلك التي تشبه لغة الخطاب اليومي لدى آحاد الناس في حياتهم العامّة، بل هي "لغة تتميز بعدة خصائص في ألفاظها ومصطلحاتها، وتراكيبها وسياقاتها، ومعاني عباراتها وطريقة نظمها وتأليفها. ولا يعني هذا

(21) استيتية، سمير: اللسانيات، المجال والوظيفة والمنهج، الطبعة الثانية، دار عالم الكتب الحديث، إربد، 2008م، ص493.

(22) تبلغ دقّة الدراسة اللغوية للقانون بتتبع حتى آثار بعض الحروف في نصوص التشريع، فعلى سبيل المثال عندما يأتي المشرّع ويقول: "ينظّم بتشريع خاص"، فالباء حرف جرّ يدل على الإلصاق، ومعنى ذلك أنّ المشرّع قد ألصق التنظيم بتشريع خاص عبر حرف الجر (الباء)، وأما كلمة (خاص) فجاء بها ليحدّد طبيعة هذا التشريع حتى لا يحصل التباس بغيره، راجع: (شيبه، عادل حمزة، دلالة الألفاظ على المعاني والأحكام عند القانونيين - دراسة في ضوء التقنين المدني، د.ط، دار المعارف، القاهرة، 2021م، ص9).

التمييز أو وجود هذه الخصائص، أنّ لغة القانون أو لغة الخطاب التشريعي لغة خارجة عن الاحتكام لضوابط اللغة العامة وقواعد النظام اللغوي، فهي مقيدة به وخاضعة له، وملتزمة بثوابته ومبادئه من حيث ضوابط الاستعمال وقواعد التوليد والاشتقاق، وأساليب التعبير وعموم القواعد الأخرى المقررة في علوم اللغة المختلفة، ولكن ثمة خصوصية تميّز الصياغة القانونية وغيرها»⁽²³⁾.

ومن هنا كان الخطاب القانوني تعبيراً -سواء أكان لفظياً أم كتابياً- يتبع أسلوباً مخصوصاً يختلف عن اللغة العادية، ينطلق هذا التعبير من مرسل يمتلك صفة قانونية بأن يمثل منصّة قانونية رسمية أو مساعدة، يحمل رسالة قانونية مستهدفاً فيها المخاطب بالقانون الذي يمثل هنا الأفراد من المواطنين وغيرهم، وذلك لغاية إلزامهم بالقانون -على تفاوت في هذا الإلزام- وإقناعهم بالعمل عليه لضمان المصلحة العليا⁽²⁴⁾.

ثم إنّ هذا الخطاب القانوني الذي يشكّل لغة القانون يكون في كثير من مساحاته مكتوباً، ونصوصه مختلفة من تشريعات وأحكام المحكمة وعقود وتعليقات مقدّمة من قبل النيابة العامّة، وغير ذلك من النصوص التي تشكّل اشتغلاً حيويّاً للسانيات القانونية، على أنّ هناك من يميّز بين لغة القانون

(23) علوي، حافظ إسماعيلي: اللسانيات والقانون - بحوث وترجمات، الطبعة الأولى، دار كنوز المعرفة، عمّان - الأردن، 2022م، ص 23، عن: (فونتير، عبد الإله: اللغة العربية والنص التشريعي، تأملات وإشكالات، ص 60) ضمن أبحاث كتاب: اللغة العربية في الخطاب التشريعي والإداري والإعلامي في المغرب، ندوة أكاديمية المملكة المغربية، الرباط 20-21 أكتوبر 2010م، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الندوات، 2011م.

(24) يُنظر: الحسيني، محمد عبد الكريم: أركان وخصائص الخطاب القانوني الفعّال، مقالة، عن موقع نقابة المحامين المصريين، تاريخ الزيارة: 13 ديسمبر 2023م، برابط: <https://shorturl.at/lsyZ4>.

ولغة التواصل بالقانون، حين يشكّل الأوّل القوانين المكتوبة والمسطرات القانونية والعقود، والثاني يشمل النص المنطوق والمكتوب عبر تواصل المحامين مع موكلهم، أو استنطاق الشرطة والمحاكمة، وحديث القاضي والمرافعات الشفوية التي تحدث في المحكمة، فلغة القانون في حديث المحامي يشكّل فيه الخطاب القانوني شفرة مهنيّة يحتمّ عليه استعمال العديد من الخصائص التي تقضيها طبيعة اللغة القانونية، مع أنّ الملاحظة الجديرة بالاهتمام ما لاحظها بعض الباحثين أنّه عند مراقبة خصائص اللغة القانونية التي تجري في قاعة المحكمة نجد أنّ: "المحامين عندما يكونون متحمّسين بما فيه الكفاية، فإنهم سرعان ما يتخلون عن اللغة القانونية"⁽²⁵⁾.

المبحث الثاني

تاريخ الخطاب القانوني البحريني

أ. النظام القانوني في مطلع العشرينات :

وبتسليط الضوء على النظام القانوني السائد في البحرين مطلع عشرينات القرن الماضي، نجد تنوعاً في مصادر النظام القانوني⁽²⁶⁾، فقد اعتمد على العرف والدين والتشريع بمساحات متفاوتة⁽²⁷⁾، ففي عهد الشيخ عيسى بن

(25) بيتيكليرك، أديل: اللسانيات القضائية: التحليل في خدمة العدالة، مقالة علمية مترجمة ضمن كتاب: (علوي، حافظ إسماعيلي: اللسانيات والقانون، ص76).

(26) اعتمدنا في البيان التاريخي والقانوني للحقبة الزمنية التي ندرسها على ما كتبه صديقنا الدكتور علي الصديقي في كتابه (تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين، دراسة قانونية تاريخية وثائقية، الطبعة الأولى، مركز عيسى الثقافي، المنامة، 2019م).

(27) للاطلاع على مصادر القاعدة القانونية والتفاصيل المتعلقة بها، راجع:

علي آل خليفة (1848-1932م)⁽²⁸⁾ كان النظام القانوني معتمداً على قواعد الشريعة الإسلامية طبقاً للمذهب المالكي، ويشمل ذلك القضايا الجنائية أو المدنية أو التجارية أو الأحوال الشخصية، "عدا بعض المنازعات الأسرية التي يتبع في شأنها الإفتاء طبقاً لمذهب آخر كالمذهب الشافعي أو الجعفري"⁽²⁹⁾، وعليه فقد كان الحاكم يعين القضاة الشرعيين من علماء الدين للنظر في القضايا المتنوعة، وتوزع القضاء في البحرين ففي منطقة ستره كان القاضي هو الشيخ محمد بن علي الستري، وفي المنامة الشيخ قاسم بن مهزح (ت 1941م)⁽³⁰⁾، وإلى جانب ذلك يأتي القضاء القبلي، حيث كان شيخ القبيلة متولياً لمسؤولية النزاعات تبعاً لقواعد العرف والعادة؛ بالإضافة إلى الأحكام الشرعية الإسلامية، وتأتي محكمة ثلاثة مختصة بالنزاعات المختصة بالغوص وتجارة اللؤلؤ، وتسمى (محكمة السالفة)؛ وترجع هذه التسمية الشعبية إلى ما يقوله النوخذة والغواص عند التنازع أمام الهيئة التحكيمية، فيطلبون من الخصمين رواية ما حدث بينهما بقولهم: عدّ السالفة⁽³¹⁾، بالإضافة إلى المحكمة المشتركة التي تختص بالنظر في

- كيرة، حسن: المدخل إلى القانون، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014م، ص 193.

- الداودي، غالب: المدخل إلى علم القانون، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان - الأردن، 2012م، ص 109.

(28) للاطلاع على عهد الشيخ عيسى بن علي، راجع: عبد الله، محمد، وزين العابدين، بشير: تاريخ البحرين الحديث (1500 - 2002)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات التاريخية، جامعة البحرين، الصخير، 2009م، ص 165.

(29) الصديقي، علي: تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين، ص 15.

(30) المبارك، إبراهيم: حاضر البحرين، الطبعة الأولى، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 2004م، ص 64.

(31) راجع: الصديقي، علي: تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين، ص 23.

الدعاوى المرفوعة من قبل الأجانب ضد رعايا البحرين، وكان يرأسها حاكم البحرين والمعتمد السياسي البريطاني.

غير أنه وفي العام 1919م حدث تغيير ملفت على الصعيد التشريعي في البحرين، حيث صدر الأمر بتطبيق القوانين المدنية والجنائية المعمول بها في الهند على سكان البحرين، وهو ما يسمى بقانون (مجلس البحرين التنفيذي)، وجراء ذلك طُبِّقَ قانون تسجيل الولادات والموت والزواج عام 1922م، وقانون الوراثة الهندي عام 1927م وغيرها من القوانين، كما اعترف مجلس البحرين التنفيذي بدور القضاء الشرعي وبالصفة القانونية لمحكمة السالفة، واستمر هذا الوضع لغاية تولّي الشيخ حمد بن عيسى بن علي آل خليفة (1932 - 1942م) مقاليد الحكم، وشهد عصره تطورات تشريعية وتحولات قانونية أحدثت نهضة في تأسيس البنية القانونية للدولة الحديثة، حيثُ كانت للحاكم السلطة في إصدار قوانين وتشريعات مختصة بالبحرين ومتوافقة والظروف الاقتصادية والاجتماعية لأهلها؛ وذلك لمعالجة القصور التشريعي للقوانين الجنائية والمدنية الهندية التي لا يمكن تطبيقها بحذافيرها نتيجة لاختلاف الظروف بين الهند والبحرين⁽³²⁾، مضافاً التطورات القانونية في عهد الشيخ سلمان بن حمد آل خليفة (1942 - 1961م)، وقد كان النظام القانوني في البحرين آنذاك محكوماً "بموجب قواعد الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي، بالإضافة إلى الأعراف التجارية والمهنية النافذة بشأن الغوص والزراعة، مع إضافات بسيطة تصدر من خلال شيخ البحرين من قرارات وقوانين تنظم مختلف شؤون الحياة"⁽³³⁾، ونتيجة لهذا كان الانتقال إلى المناهج القانونية المكتوبة وفق المنهجية القانونية أمراً جديداً

(32) راجع: المصدر السابق نفسه، ص 75.

(33) المصدر السابق نفسه.

وصعباً، وكان ذلك بشكل إعلانات تقوم الحكومة من خلالها بإبلاغ ما تريده للعموم، مما شكل -بصورة عامة- الإرهاصات الأولى للجريدة الرسمية التي تكون فيها القوانين والتشريعات آنذاك.

ب. النصوص القانونية في إعلانات الحكومة:

عرّف بعض الباحثين الإعلانات الحكومية في تلك الفترة بأنها: "القوانين أو القرارات الإدارية التي كانت تصدر في البحرين لتنظيم العمل الإداري في الدولة، وتكون بتوقيع حاكم البلاد أو نائبه، أو مستشار الحكومة، ويعطى كل إعلان رقمًا خاصًا به" (34)، ويُلاحظ على هذا التعريف إغفاله مجموعة كبيرة من الإعلانات التي تضمّنت بعض ما يخرج عن الجانب التشريعي مثل الإعلان عن الوظائف الشاغرة أو مفقودات أو الإرشادات الوقائية أو توضيح بعض المراكز القانونية لبعض الشركات، أو الإخبار بأحداث مهمّة كالإعلان عن ارتفاع مرض الجدري مثلاً، وغير ذلك مما لا يأخذ الطابع التشريعي القانوني، ذلك الطابع الذي ينظّم ويحكم سلوك الأفراد في المجتمع على نحو الإلزام وإيقاع الجزاء على المخالفة، فمن خلال هذه النظرة التي تشكّل مفهوم القاعدة القانونية، يمكن إطلاق صفة القانون على مجموعة لا بأس بها من الإعلانات التي أصدرتها الحكومة، وللخروج بمفهوم شامل لكافة الإعلانات الحكومية في تلك الفترة على أنواعها (قوانين، وقرارات إدارية، ولوائح، وبلاغات، وقرارات تعيين، وإخبارات بأمر)، ذهب الدكتور الصديقي إلى كون هذه الإعلانات بمثابة وسيلة النشر الرسمية التي تتخذها الحكومة من أجل إبلاغ المواطنين، إذ لم

(34) حمزة، مناف: معجم التعمير والخرائط والوثائق العقارية البحرينية، الطبعة الأولى، د.ن، المنامة، 2001م، ص16.

تكن ثمة جريدة رسمية تعنى بنشر ما يهم الدوائر الحكومية بصورة دورية منتظمة، فبواسطة هذه الإعلانات يحقق الخطاب القانوني جانبه الإبلاغي وهو ما يسمّى (نشر التشريع)⁽³⁵⁾، ويتحقق ذلك "بإبلاغ مضمونه إلى الكافة وحمله إلى علمهم أو إتاحة فرصة العلم به لهم لازم كذلك، إذ هم المكلفون بأحكامه فلا مناص من إعلامهم بها حتى يوفقوا مسكلهم عليها، ذلك أنه لا تكليف إلا بمعلوم، والتشريع لا يكون معلوماً للمكلفين إلا بإشهاره بينهم وإذاعته فيهم"⁽³⁶⁾، وتعدّ (الجريدة الرسمية) الوسيلة القانونية الوحيدة لإشهار التشريع وإذاعته في يوم الناس هذا، وكان أول إصدار للجريدة الرسمية في البحرين بصورة منتظمة في عام 1948م⁽³⁷⁾.

ولأجل تحقيق غرض الإفهام للعموم، اتخذت الإعلانات الحكومية من الفترة (1920 حتى 1950م) أسلوباً سهلاً مبسطاً، ظهرت فيه ملامح الاقتراب إلى اللهجة العامية بشكل ملحوظ، حيث نجد الكثير من المفردات والتراكيب اتخذت من العامية، إذ تميّزت خاتمة كل إعلان بجملته (ليكون معلوم) أو (ليكن معلوم) هكذا دون تنوين النصب، وهذه العبارة تحقق مبدأ الإبلاغ للمراد الجدّي الذي يريده المتكلّم، وهذا ما يدرج عليه الناس في لغتهم اليومية حيث يقولون: (يكون في معلومك) في بداية حديثهم أو (صار معلوم؟)، مع ملاحظة عدم الاهتمام بالقواعد النحوية في عدد لا بأس به من الإعلانات، فمثلاً نجد في بعض الإعلانات: "إذا أحداً من الأشخاص

(35) راجع: الصديقي، علي: تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين، ص 86-87.

(36) كبيرة، حسن: المدخل إلى القانون، ص 228.

(37) راجع: الشايحي، هلال: الصحافة في الكويت والبحرين منذ نشأتها حتى عهد الاستقلال، الطبعة الأولى، بانوراما الخليج، المنامة، 1989م، ص 194، عن: (الصديقي، علي: تاريخ النظام القانوني في البحرين، ص 87).

سكن في قطعة أرض أو ملكًا" (38) بنصب (أحد) والصواب رفعها على الفاعلية، أو في عدم المطابقة بين الصفة والموصوف من جهة التعريف والتذكير، كما في عبارة "سيدرّب حمام الزاجل" (39).

وأما بخصوص المفردات فنجد اتباع اللهجة العامية في كثير من الموارد، فمثلاً يتم التعبير عن الأموال بال (دراهم)⁽⁴⁰⁾ نتيجة تداول مثل هذا التعبير في العامية مع العلم أنّ عملت الدرهم غير متداولة إلى يوم الناس هذا كسكّة محلّية في البحرين، أو كلمة (يشرد) في عبارة: "يشرد من نوحذاه" (41) وهو من التعبيرات المتداولة إلى الآن، وكذلك كلمة (كلافة) بمعنى التعب والمشقة⁽⁴²⁾، وغير ذلك من الكلمات اللهجية التي وردت في هذه الإعلانات.

وتطغى مجموعة كبيرة من الكلمات الأجنبية التي ترجمت ترجمة حرفية في الإعلانات الحكومية آنذاك، فمثلاً كلمة (نوتس) ترجمة حرفية لـ (Notice) بالإنجليزية، وجمعت على التكسير (نوتيس)، وكذلك كلمة (الوليس) ترجمة حرفية لـ (Police) بالإنجليزية⁽⁴³⁾، وكلمة (الچايخانة)

(38) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين [101] 326/201 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1227.

(39) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين [79] 458/157 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1227.

(40) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين [101] 326/201 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1227.

(41) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين [101] 326/7 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1227.

(42) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين [101] 326/309 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1227.

(43) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين [101] 326/31 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1227.

المتجمة حرفياً من الفارسية، وجمعت جمعاً مؤنثاً سالمًا (چایخانات)⁽⁴⁴⁾، وكذلك تركيب (موتور سيكل) الذي هو ترجمة حرفية لـ (motorcycle) بالإنجليزية، جمعت كلمة (موتور) جمع تكسير، وكلمة (سكيل) جمع مؤنث سالم فورد في بعض الإعلانات (المواتر سيكلات)، وكذلك كلمة (قمندان الوليس) ترجمة من (Police Commander)، وعُبر في كثير من الإعلانات عن الرقم بكلمة (نمرة) عن الفارسية، نعم هناك محاولات تالية للتخلص من الترجمة الحرفية، مثل ترجمة (الفونغراف) / (phonograph) بالحاكي⁽⁴⁵⁾.

أما المتغيرات الصرفية التي تأثرت تأثرًا كبيرًا باللهجة العامية، إبدال ياء صيغة (تفعيل) إلى الواو لغرض التيسير، فكتبت في بعض الإعلانات كلمة "تسلوم الطلب (.). بدون تسلوم أجار" بدلًا من تسليم⁽⁴⁶⁾، وإبدال السين صادمًا في بعض الكلمات مثل: (فانوص)⁽⁴⁷⁾، وكذلك إبدال الياء في كلمة (أضيق) واوًا فأصبحت (أضوق) في عبارة: "أن اللؤلؤة ثقبه بخرق أضوق"⁽⁴⁸⁾.

هذه مجموعة من الملامح التي تعطينا صورة إجمالية موجزة عن طبيعة اللغة في الإعلانات الحكومية، مع أنّ التطور اللغوي هنا ناحية الكتابة

-
- (44) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين [101] 326 /IOR/R/15/2/1227 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند [175].
- (45) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين [104] 458 /407 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند [175].
- (46) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين [101] 326 /201 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند [175].
- (47) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين [101] 326 /201 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند [175].
- (48) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين [101] 326 /309 والمكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند [175].

بالعربية الفصحى خصوصًا في الإعلانات المتأخرة، غير أننا راعينا الاختصار نظرًا لطبيعة البحث.

المبحث الثالث

مفهوم الغموض

يرتبط الغموض (Vagueness) معجميًا في الاستعمال الأولي المحسوس بالخفاء، يقول ابن منظور (ت 711 هـ): "والغَمْضُ والغامِضُ: المُطْمِئِنُّ المنخفض من الأرض، وقال أبو حنيفة: الغَمْضُ أشدُّ الأرض تطامناً، يطمئنُّ حتى لا يرى ما فيه، [...] وَقَدْ غَمَّضَ المَكَانَ وَغَمَّضَ وَغَمَّضَ الشَّيْءُ وَغَمَّضَ يَغْمُضُ غَمُوضًا فِيهِمَا: خَفِيَ [...]»⁽⁴⁹⁾ ثم انتقل المعنى للمشابهة إلى الكلام، فالغامض من الكلام هو ما خفي المراد منه فلا يدرك فحواه كالأرض المتطامنة التي لا يدرك ما فيها، ويخفي المراد من الكلام إذا ترك مفهومه في سياق معيّن مجالاً مفتوحاً يصعب من خلاله تحديد المعنى الدقيق للكلمة⁽⁵⁰⁾، دعونا نتأمل في كلمات مثل (غني، وفقير، وطويل، وقصير، وقريب، وبعيد)⁽⁵¹⁾، فهذه الكلمات نفهمها للوهلة الأولى، ولكن يكتنفها الغموض في محدّداتها ودرجاتها، قد لا نختلف في الحكم على الشخص

(49) ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 1414 هـ، ج7، ص200، مادة (غمض).

(50) راجع: صبره، محمود: المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية، الطبعة الأولى، المجموعة الدولية للتدريب (صبره جروب)، القاهرة، 2019م، ص100.

(51) تقل وجود مثل هذه المصطلحات الغامضة في اللغة القانونية بشكل كبير، إلا أنّها موجودة وسنلاحظ ذلك في الإعلانات التي بين أيدينا كالحكم على شيء بصفة (معقول) مثلاً، على كل حال :

(Marmor, Andrei, 'Varieties of Vagueness in the Law', *The Language of Law* (Oxford, 2014; online edn, Oxford Academic, 19 June 2014), p85).

الذي يزيد طول قامته عن مترين طويل، لكن ماذا لو كان طول الشخص مترًا وثمانية وستين (سم)، هل يسمّى طويلًا أم لا؟ ففي مجال التطبيق لا نعدّ هذا الشخص طويل القامة مقابل الشخص الذي طوله مترين، ولكننا في الوقت ذاته لو جئنا به مع أشخاص أطوالهم بين المتر والمتر وعشرين (سم)، فإنه سيكون طويل القامة بالنسبة إليهم، وعلى ذلك فكيف يمكننا أن نضع حدًا فاصلاً للحكم بطول فلان أو قصره؟ هذا الأمر سيكون غير واقعي؛ وذلك لأن مجالات الاستعمال لا تتيح لنا ذلك لاختلاف الأطوال بين كل بلد والآخر، مما يجعل وصف شخص بالطول مثلًا أمرًا نسبيًا لعدم وجود حد دقيق مميز يجعلنا من خلاله نحكم على أحدهم بالطول أو القصر⁽⁵²⁾ مثال آخر: ونضرب مثالًا آخر بمفهوم تغيب فيه الحدود المميزة مما يجعله مفهومًا نسبيًا، وهو مفهوم (الغنى)، فكم يلزم من المال حتى يطلق على أحدهم وصف غني؟ فقد تحكم أنت بأن إعطائه مبلغ خمسة آلاف دينارًا يجعله غنيًا، غير أن فردًا آخر يرى أن هذا المبلغ لا يجعله غنيًا ويطلب بضعف المبلغ ليصح أن يسمّى من يمتلك هذا المبلغ غنيًا، فلا نجد حالة حدودية يمكن من خلالها الحكم على فلان أنه غني أو غير غني، مما يجعلنا أمام كلمة غامضة⁽⁵³⁾.

(52) راجع: برفريقة، عمار: دراسة مقارنة لظاهرتي الالتباس والغموض في اللغة (مقالة بحثية)، العدد 15، مجلة معارف، قسم الآداب واللغات، السنة الثامنة، الجزائر، ديسمبر 2013م، ص 84.

(53) بحث (Andrei Marmor) مفهوم الغموض بشكل موسّع، وفضّل في هذه الأمثلة مشيرًا إلى المفارقة الرياضية التي تكتنف الغموض وهي (the paradox of the heap) أو (the sorties paradox) ولكننا رعاية للاختصار نكتفي فقط بهذه الإشارة، ولمن يريد التعمّق عليه يراجع المصدر أدناه:

(Marmor, Andrei, 'Varieties of Vagueness in the Law', *The Language of Law* (Oxford, 2014; online edn, Oxford Academic, 19 June 2014), p85).

إذن يشير الغموض إلى غياب الحدود المميّزة للمعنى⁽⁵⁴⁾، مما يؤدي إلى عدم وضوح المعنى في كلمة أو عبارة يقولها، أو ينتج عن قلة المعلومات التي يحتويها الخبر الذي يريده المتكلّم، فيكون قصده غير واضح بشكل عام أو غير دقيق في معناه لدى المخاطب⁽⁵⁵⁾، فيقع المخاطب أمام حالتين متعاقتين: أولهما أن يتوقّف نتيجة عدم وضوح المعنى بالكلية ويطلب التوضيح من المتكلّم، ثانيهما أن يؤوّل كلام المتكلّم عن طريق استظهار أحد المعاني التي يطمئنّ أن المتكلّم يريدّها، ويعتمد في هذا الاطمئنان على وجود قرينة تؤيّد المعنى الراجح، فإنّ عدم القرينة توقّف وعاد للحالة الأولى؛ حيث لا يصح ترجيح أحد المعاني المحتملة دون وجود مرجح يُعتمد عليه وإلا عُدّ تعسفاً في التأويل وتقويل للمتكلّم بما لم يقله أو يقصده، وتزداد خطورة هذا النوع من التأويل في الحياة العملية عندما يرتبط بالنص التشريعي؛ ولأجل هذا منع المشرّع البحريني جواز تفسير الغموض في الحكم، حيث جاء في المادة (23) من المرسوم بقانون رقم (22) لسنة 2021م، بإصدار قانون التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ما نصّه: " إذا كان في الحكم المطلوب تنفيذه إبهام أو غموض، أو كان فيه ما يحتاج للإيضاح، فلا يجوز لقاضي محكمة التنفيذ تفسيره أو إيضاحه، ويتعين عليه قبل تنفيذه أن يستوضح كتابةً من المحكمة التي أصدرته عما ورد في الحكم من إبهام أو غموض " ⁽⁵⁶⁾.

(54) راجع:

(Poscher, Ralf. (2011) "Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation", p4).

(55) راجع: جبار، مرتضى: الغموض والالتباس في اللغة القانونية، د.ع، كلية الإمام الكاظم للعلوم الإسلامية، بغداد، 2020م، ص8.

(56) وزارة شؤون الإعلام - مملكة البحرين: الجريدة الرسمية، العدد (3552)، بتاريخ 16 سبتمبر 2021م، ص19).

ومن الأمثلة الشهيرة لوقوع الغموض في القانون هو هذا النص: "لا يسمح بدخول المركبات ذات المحركات (motor vehicle) إلى المتنزه"⁽⁵⁷⁾، فقد تبدو لنا للوهلة الأولى وضوح النص في العديد من الحالات، ولكن ماذا لو صادفنا حالة من الحالات الحدودية التي لا ندري انطباق وصف (المركبة ذات المحركات) عليها أم لا؟ خذ مثلاً الدراجة المزودة بمحرك كهربائي صغير؟ هل تنطبق عليها حالة المنع لانطباق الوصف عليها أم لا؟ مما يفتح المجال لتأويلين مع معرفتنا الأولى بالمعاني، إذ نحن لا نختلف حول معنى (مركبة آلية/ motor vehicles) ولكننا نختلف في انطباقه على بعض الحالات مما يؤدي إلى اختلاف التفسيرات، ومن هنا عندما تواجه المحكمة قراراً بشأن تصنيف قضية حدودية (borderline case) لمصطلح غامض، فإن عدم التحديد الدلالي للتصنيف لا يعني بالضرورة أن القانون ساكت عن هذه الحالة، إذ قد يحدد سياق التشريع حلاً يمكن من خلاله الإجابة عن بعض الحالات الحدودية المختلف فيها، وبالتالي الوصول إلى المعنى المقصود لدى المتكلم، فلنفترض أنه في المثال السابق جاء القانون تلبية لاحتياجات سكان المدينة حول الضوضاء والتلوث في المتنزه، يمكننا هنا أن نقول إن القانون غير موجّه لمستخدمي الدرجات الكهربائية التي لا تصدر صوتاً، وبالتالي يمكن القول إن القصد الأساسي للمشروع هنا حظر المركبات التي تسبب ضجيجاً وتلوث البيئة⁽⁵⁸⁾.

(57) هذه ترجمة التقريبية، والنص الأصلي كالتالي:

"No motor vehicles are allowed in the park"

راجع:

Marmor, Andrei, 'Varieties of Vagueness in the Law', *The Language of Law*, P92.

Ibid, P93.

(58)

والحاصل أنّ الغموض (semantic vagueness)، يستخدم دلاليًا للإشارة إلى عدم وضوح العلاقة بين معنى الكلمة وانطباقها على الأشياء التي تنطبق عليها معاني تلك الكلمات، فينشأ لدينا نطاق إيجابي محدد (definite extension) وهي الأشياء التي ينطبق عليها معنى الكلمة أو العبارة على سبيل اليقين، نطاق سلبي محدد أيضًا (definite non-extension) وهي الأشياء التي لا ينطبق عليها معنى الكلمة أو العبارة على سبيل اليقين، وحالات الحدودية (borderline cases) لا يمكن الجزم بكونها داخلة ضمن الامتداد الإيجابي أو السلبي، فمن جهة دلالية لا نستطيع الحكم بخطأ الانطباق وصواب الانطباق، مما يجعلنا حائرين لا نستطيع الجزم بشيء⁽⁵⁹⁾.

أ. منشأ الغموض:

ينشأ الغموض من عموم دلالة الكلمة المستخدمة، أو قلة المعلومات التي يحتوي عليها الخطاب وهو ما يطلق عليه (conversational vagueness)⁽⁶⁰⁾، فيكون الكلام من ناحية دلالية واضح ولكنه غامض من جهة نقص المعلومات التي يشارك بها المتكلم مما يسبب اختلافًا في ثابت الكمية (maxim of quantity) بشكل خاص الذي يشترط على المتكلم أن يعطي كمية محدّدة من المعلومات المطلوبة منه بما له علاقة بالمقام، ومبادئ التعاون (cooperative principle) عند جرايس (Paul Grice)⁽⁶¹⁾ بشكل عام، فيكون

(59) راجع:

Marmor, Andrei, 'Varieties of Vagueness in the Law', *The Language of Law*, P86.

Ibid: P91.

(60)

(61) يقترح جرايس ضمن جهوده التداولية من كون المتخاطبين يتفقون على مبادئ تعاونية في حديثهم، فالتكلم يسهم في المحادثة بكيفية عقلانية ومتعاونة لتيسير تأويل أقواله من قبل

معنى الكلام غير واضح الانطباق على بعض المصاديق لوجود حالات حدودية نشك فيها، مما يجعلنا حائرين أمام بعض الحالات هل ينطبق عليها هذا المعنى أو لا، فتتعدد التفسيرات للكلمة أو العبارة ولا ثمة مرجح إلا بالنظر إلا من جهة المشرع نفسه بالعودة له وطلب التفسير منه، ومن ثم إطلاق صفة (الغموض) على تعبير أو مفردة ما، تفهم عادة في القانون على شيء غير متيقن من معناه، ف"القانون يصبح غامضاً إذا ما اختلفت العقول والأفهام حوله أو كانت غير متأكدة من معناه"⁽⁶²⁾.

ب. نماذج من الغموض:

دعونا ندرس جانب الغموض في عيئة من الإعلانات الحكومية الصادرة في الفترة بين 1920م حتى 1950م، فيما يلي من الأمثلة:

هناك كلمات مثل: غني، وطويل، وراشد، وقاصر.. إلخ يكون فيها

المخاطب، ومن خلال هذه الفكرة يقترح (جرايس) أربع ثوابت للمحادثة، الأول يتعلّق بالكم ويسمّيه (maxim of quantity)، والثاني يتعلّق بالنوع (maxim of quality)، والثالث يتعلّق بالعلاقة (maxim of relation)، والرابعة يتعلّق بالكيفية (maxim of manner)، ويقتضي الالتزام بهذه الثوابت تمكين المتحاورين من فهم بعضهم البعض من غير غموض، وقد بحثنا ذلك بشكل مفصّل في كتابنا: (آل سعيد، عبد الله: دور الظاهر اللغوي في صناعة المغالطة، الطبعة الأولى، دار كنوز المعرفة، عمّان، 2014م، ص82).

(62) هذه ترجمة الباحث، والنصّ الأصلي كالتالي:

“Statute is ambiguous when reasonable minds differ or are uncertain as to its meaning”

راجع:

Lanuis, David, 'Indeterminacy in the Law', *Strategic Indeterminacy in the Law*, Oxford Studies in Language and Law (New York, 2019; online edn, Oxford Academic, 18 July 2019), P123.

الغموض جلياً (transparently vagueness) لعدم وجود معيار واضح يمنع الحالات الحدودية لهذه المعاني، فإذا أراد المشرع -لا سيما في القانون الحديث- استعمال مثل هذه الكلمات فإنه سيجعل معايير تحدّد الحالات التي تنطبق عليها هذه المعاني (definite extension)، مما يجعل الحالات الحدودية (borderline cases) غير واردة بعد هذا التحديد، كأن يجعل المعيار رقمًا فيقول في تعريف سنّ الرشد مثلاً فيقول: "سن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"⁽⁶³⁾، أو يحدّده بتعريف جامع للأفراد وطارد للأغيار يمنع وجود أي غموض في كلامه، فمثلاً تعريف كلمة (الليل) في قانون العمل إذ يبيّن بأنه: "الفترة ما بين الساعة السابعة مساءً والساعة السابعة صباحاً"⁽⁶⁴⁾، أما إذا فقدنا هذا التحديد فسنقع في الغموض.

على قلة الأمثلة التي لدينا -نتيجة توخّي المشرع الدقة في الإعلانات الحكومية آنذاك- يمكننا التذليل على بعض الأوصاف التي جاءت في الإعلانات دون وجود تحديد معيّن لها، مما يوقعنا في الغموض، بالإضافة إلى المواضيع التي تجنّب فيها الصائغ الغموض، لاحظوا الأمثلة الآتية:

(نموذج تطبيقي 1) الإعلان رقم 1339/17 الصادر عام 1929م ونصّه: "نعلم للعموم انه لا يجوز لأحدًا من الناس ولا لاصحاب القواري واصحاب الحمير ان يشيلون التراب من الأراضي اللتي داخله في حدود البحريه بدون اجازة وذلك الحدود هو من جهة الجنوب من حد القضيبه من جنوب الى حد محلة الميناويه من الغرب ومن حد السويفيه من جهة الغرب الى حد كوكب الذي يشتقون منه البانيان غربًا جنوبًا ما عدى الأراضي اللتي بالقرب من بستان الحاج عبد العزيز خنجي والحاج محمد

(63) راجع ما قرره المشرع البحريني، المادة (13) من المرسوم بقانون رقم (7) لعام 1986م.

(64) المادة (1) من قانون العمل في القطاع الأهلي، رقم (36) لسنة 2012م، وتعديلاته.

طيب خنجي من جهت الشرق بشرط لا يكون الحفر يصير عميق - فلهذا كل من يخالف هذا الأمر يكون مسئولاً لدى الحكومه ليكون معلوم" (65).

تضمنت الجملة الخبرية (لا يجوز) معنى النهي عن إزالة التراب من الحدود البحرية، وبمقتضى المفهوم أن هذا المنع لا يشمل إزالة الصخور من الحدود البحرية، ولو أراد المشرع أن يشمل الصخور في المنع لنصّ على ذلك، وبما أنه سكت عن ذلك ولم ينصّ كان الحكم محصوراً بإزالة التراب. وقد نناقش في مدى توخي الدقة في التعبير بكلمة (التراب) حيث إنّ هناك فرقاً بين التراب والرمل من جهة الاستعمال الدلالة والاستعمال التداولي؛ فمن غير المألوف أن يقال: استخراج التراب البحري! وأما بالنسبة إلى تحديد الحدود بهذا الشكل فقد كان متداولاً بناءً على معرفة القاطنين العارفين بهذه الجهات؛ غير أنه لا يمنع من وجود بعض الحالات التي من شأنها أن تكون موضع إثارة حول دخولها من انطباق المنع عليها أم لا.

(نموذج تطبيقي 2) لاحظوا الطبيعة التحديدية في الإعلان الصادر سنة 1941م في العدد 16-1360: "ممنوع اخذ الطين والقرم في البحر ما بين مقطع توبلي وردم الكوري" (66) مع التفاتنا إلى الطبيعة التداولية للخطاب حيث نجد بعض المسميات قد اختلفت في عصرنا هذا خذ مثلاً (ردم الكوري) الواردة في الإعلان، ومن هنا كان المشرع اليوم دقيقاً للغاية في تحديد الحدود بالإحداثيات الدقيقة منعاً لأي غموض، فيقول مثلاً:

(65) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عمامة)، إلخ من حكومة البحرين (146) و[326/291] المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1227.

(66) نقلنا الوثيقة من موقع هيئة التشريع والرأي القانوني، (تاريخ الزيارة: 20 ديسمبر 2023م)، وبرايط: <https://www.lloc.gov.bh/PDF/N0947.pdf>

"تخصّص المنطقة البحرية الشرقية في المياه الإقليمية لمملكة البحرين والمبيّنة حدودها وإحداثياتها في الخارطة المرافقة لهذا القرار، لاستخراج الرمال البحرية لأغراض الإنشاءات والبناء، ويُحظر استخراجها لأغراض الدفان" (67).

ويوقّنا النموذج الأول في غموض آخر في قوله: "بشرط لا يكون الحفر يصير عميق" (68)، إذ يحتاج المتلقّي لمعيار واضح للحفر العميق كأن يحدّد مثلاً درجة العمق (لا يقل عن كذا قدمًا)، وقد يكون من الواضح أن الحفر بمقدار 10 أمتار يعدّ حفرًا عميقًا، ولكنّ الكلام في الحالات الحدودية من قبيل الحفر بمقدار ثمانية أمتار أو أربعة مثلاً؟ لا ندرى، في مقابل ذلك كان الصائغ ملتفتًا إلى الغموض في كلمات مثل (عميق) و(واسع)؛ ولأجل ذلك نصّ في البند الخامس من الإعلان رقم 1353/39 الصادر سنة 1935م بشأن حفر الآبار: "العمق والدرجة والسعة المطلوبة لتحكيم كل بئر ستقرر من جانب الحكومة" (69)، فتحديد درجة العمق يجعل النصّ دقيقًا ومحدّدًا.

(نموذج تطبيقي 3) قد يكون الغرض من استخدام مصطلحات واضحة الغموض هو صعوبة إيجاد صياغة دقيقة تغيب فيها جميع الافتراضات المخالفة أو الحالات الحدودية لا سيّما في المعاني المجرّدة (70)، فيجعل

(67) راجع: المادة (1) من قرار رقم (77) لسنة 2019م بشأن تحديد المنطقة الحكومية لاستخراج الرمال البحرية.

(68) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين (146) و[326/291] المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1227.

(69) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين (6ظ) و[12/390] المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1227.

(70) تقوم الطبيعة التداولية للخطاب القانوني على كون اللغة نشاطًا تواصليًا يرتبط باستعمال

إيكال تشخيص انطباق المفهوم على الحالة الحدودية المتنازع حولها على أمل وجودها إلى المحكمة⁽⁷¹⁾، نجد كلمات غامضة مثل (ضروري / معقول) وهي كلمات نادرة الاستخدام فيما سبرناه من إعلانات، لاحظوا مثلاً نص الإعلان رقم 70 / 17 الصادر سنة (1927م) بشأن منع الخروج ليلاً: "ممنوع الخروج في الليل في طريق بلد المنامه من الساعه اربع عربي من الليل وجميع القهاوي اتقفل الى الصبح والذي عنده شغل ضروري بعد الساعه اربع يكون يحمل معه فانوص واذا سأله الوليس يعطي جواب معقول - والذي ما عنده فانوص ولا عنده جواب معقول يقبض عليه الوليس الى الصبح لاجل التحقيق ومن يخالف هذا الامر يعرض نفسه للمعاقبه ليكون معلوم"⁽⁷²⁾.

لاحظوا غموض كلمة (ضرورة) و(معقول) حيث يغيب معيار التحديد، وقد يقال إن المعيار محدّد بالضرورة العرفيّة (النوعيّة) لا بالضرورة

النظام العلاماتي (الدلالي) وتوجيه معانيه بحسب قصد المتكلم والسياق، فلا يدور فهم اللغة على معرفة الكلمات ومعانيها الدلالية وحسب، وإنما مواطن استعمالها وتعدد سياقاتها، بالإضافة إلى النظر المقصدي لها، ومن هنا تأتي غرابة الدعوة إلى تأسيس ثب قانوني يعرف المفردات غير المعروفة في القانون أو معرفة تعريفاً يشوبه النقص، تعريفاً جامعاً مانعاً، وضرب لنا مثلاً بضرورة تعريف (الإهانة) تعريفاً شافياً، راجع: (القاسمي، علي: علم المصطلح - أسسه النظرية وتطبيقاته العلمية، الطبعة الثانية، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 2019م، ص 284 وما يليها) بدلالة (كاظم، مرتضى جبار: اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، ص 129)، أقول: إن تحقيق مثل هذه الدعوة دونه خرط القتاد.

(71) راجع:

Marmor, Andrei, 'Varieties of Vagueness in the Law', *The Language of Law*, P97.

(72) راجع: ملف 17 / 6 | بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين (16) و[31] / 326 [المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1230.

الشخصية، فالناس تقدّر أنّ الضرورة قد تكون لطارئ أو حادث صحيّ ملجئ للخروج للبحث عن طبيب مثلاً، فيكون جواب الخروج معقولاً تبعاً لهذه الضرورة، غير أنّ هذا النصّ -ونظراً للطبيعة التجريدية لمفردة ضرورة- لا يعطي صورة واضحة في حالة النزاع حول حالة خروج معيّنة هي ضرورة أم لا؟ كالذهاب إلى صديق لكي يشرح له مسألة يتوقّف عليها النجاح في الامتحان؟ فيكون هذا الأمر بالنسبة له ضرورة، وكذلك الحال في معيار (معقول)، فهل هذا جواب معقول عند رجل الشرطة أم لا؟ لا نعلم. ونلاحظ هنا أيضاً أن المشرّع اكتفى بإيقاع العقاب على المخالف، دون أن يحدّد لنا طبيعة هذا العقاب، أيكون بالغرامة أم بالسجن أم بكليهما؟ وما مقدار كلٍّ من الغرامة أو السجن؟ الأمر الذي يجعل للمحكمة صلاحية تحديد طبيعة العقاب ونوعه، لا سيّما إذا ما التفتنا إلى طبيعة النظام القانوني في تلك المرحلة⁽⁷³⁾.

(نموذج تطبيقي 4) ونعود إلى غموض مفردة (معقول) إذ ارتبطت هذه المرة بمفهوم الصورة المعقولة للمدخرات الغذائية (وغيرها)، لاحظوا الإعلان رقم 1363/23 الصادر عام 1944م، بشأن منع احتكار الأطعمة وغيرها، وقد جاء في البند الأول منه: "لا يسمح لاي احد من جميع السكان ان يشتري او يدخر من المواد الغذائية او غيرها اكثر مما يحتاج اليه بصورة معقولة"⁽⁷⁴⁾، فما هي حدود الصورة المعقولة للاحتياج؟ وما المعيار في ذلك؟ هذا الغموض يجعلنا مختلفين في بعض الحالات المختلف في

(73) الصديقي، علي: تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين، ص 293.

(74) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين (110ظ) و[458/220] المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2 . 1230

دخولها ضمن النطاق المحدد للتخزين المعقول.

من المحتمل جدًا أن غاية المشرِّع في اللجوء لمثل هذا الغموض - الذي يصعب تحديد معناه المجرّد بشكل دقيق- هي منح الأشخاص سلطة تقديرية لتحديد الصورة المعقول للتخزين وفق الاحتياج من عدمها، فعلى سبيل المثال يعطي المشرِّع السلطة التقديرية لتشخيص الحذر الواجب عند قيادة السيارة فيقول: سق بحذر، فيحمّله وفقًا لهذه السلطة التقديرية المسئولية الكاملة⁽⁷⁵⁾، وأما في الحالات الحدودية التي تفرضها كلمة (معقول) فيوكل تحديدها إلى قرار المحكمة الذي يكون باتًا ونهائيًا، نلاحظ ذلك جليًا في البند الثالث من الإعلان "كل من يخالف أو يحاول ان يخالف أو يحرض على مخالفة الاوامر المذكورة اعلاه سيعرض نفسه حين ادانته لمصادرة بضاعته التي خالف أو حاول ان يخالف أو حرض على مخالفة هذه الاوامر ولغرامة قد تبلغ الفين روبية او بضعف قيمة البضاعة المصادر او بحبس قد يمتد الى سنتين"⁽⁷⁶⁾، حيث علّق المعاينة-التي وضح تفاصيلها هنا بخلاف ما أشرنا له في الإعلان السابق- على الإدانة بعد تكفل المحكمة بتشخيص الموضوع بدقّة.

إذن إنّ في استعمال مفاهيم مثل (معقول / ضرورة) وما إلى ذلك من المفاهيم التي يعترتها الغموض⁽⁷⁷⁾، اعتمادًا على العرف الاجتماعي الذي

(75) راجع:

Marmor, Andrei, 'Varieties of Vagueness in the Law', *The Language of Law*, P98.

(76) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين (110ظ) و[220/458] المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2 .1230

(77) للاستزادة راجع: صبره، محمود: أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، الطبعة الرابعة، المجموعة الدولية للتدريب (صبره جروب)، القاهرة، 2019م، ص282.

يتكئ عليه السياق التداولي للخطاب، حيث يعدّ العرف من العوامل التواصلية التداولية التي تؤثر في فهم الألفاظ بناءً على مقصدية المشرّع، بل إنّ المشرّع قد اعتمد في تحديد ضوابط بعض المفردات الغامضة على العرف السائد، فمثلاً لما أن يجرم ارتكاب الفعل المخل بالحياء، يتكئ في ضابطه على الشعور العام السائد في زمان ومكان الواقعة، هذا الشعور الذي تحكمه المنظومة الدينية الأخلاقية والعادات والتقاليد لكل مجتمع⁽⁷⁸⁾، وتقرّر المحكمة فيما إذا حصل شك في انطباق الحالة الحدودية على المفهوم الغامض.

أما في العقود فورود هذه المفاهيم الغامضة، ومن أبرزها مفهوم كلمة (معقول)، التي كثيراً ما تسبّب حالاتها الحدودية نزاعاً حامياً بين المتعاقدين، فإنها تحمل وفق ضوء شرف التعامل ومبدأ حسن النية، فبحسب العادة يكون مقياس المعقولية من خلال النظر في كيفية تصرف الغير مطلقاً يتمتع بنفس الخبرة في ظل نفس الظروف⁽⁷⁹⁾.

ويشكّل القصد دوراً أساسياً في تضمين فعل التوجيه، فعمدة فهم قصد المتكلم لا تدور على فهم معاني الألفاظ كما دلّت دلالاتها الوضعية وحسب، وإنما معانيها بربطها بدلالاتها الاستعمالية المرتبطة بقصد المتكلم⁽⁸⁰⁾، فعندما يستخدم المتكلم فعل توجيه معين (كأن يأمر أو ينهى) إنما يقصد بذلك الإلفات إلى القوّة الإنجازية للفعل الكلامي، فكلّ الجمل

(78) راجع: كاظم، مرتضى جبار: اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، قراءة استكشافية للتفكير التداولي عند القانونيين، الطبعة الأولى، منشورات الاختلاف، الجزائر، 2015م، ص 127، ويعبّر عن ذلك بفكرة مرونة مفهوم الآداب وكذلك النظام العام ونسبيتهما، راجع: كيرة، حسن: المدخل إلى علم القانون، ص 49.

(79) راجع:

Marmor, Andrei, 'Varieties of Vagueness in the Law', *The Language of Law*, P98.

(80) تؤدي اللغة في الخطاب القانوني فعالية اجتماعية لتحقيق أغراض المشرّع وتنفيذ

تقال ليكون لها قوّة إنجازيّة، ويشكّل العرف الاجتماعي في ذلك دورًا أساسيًا إذ يقوم على تعاقد بين المتكلّم والمخاطب -وفق نظر جرايس- فتنتقل المعاني من أبعاد دلالية وقصدية عبر الالتزام بمبادئ التعاون مما يجعل المخاطب يدرك قصد المتكلّم دون أي غموض⁽⁸¹⁾، وفي بعض الأحيان يقيّد المتكلّم فعل الإنجاز بتقييده بعلة صدر لأجلها هذا الفعل، فيفهم المتلقّي أنّ المتكلّم يريد منه إنجاز الفعل في حالة وجود العلة فقط، غير أنّ الأمر يقودنا إلى غموضٍ ما إذا ما كان الأمر متعلّقًا بالنصوص التشريعية في الخطاب القانوني بحسب المدوّنة التي بين أيدينا، لاحظوا (نموذج تطبيقي 5) إعلان الحكومة رقم 1353/39 الصادر عام 1935م بشأن حفر الآبار؛ إذ ينص في البند الأول منه: "لا يجوز حفر آبار ما دون اخذ رخصة من الحكومة والطلب لذلك يجب ان يكون كتابيا وفي الوقت الحاضر لا يمكن حفر آبار في بلدة المنامة والمحرق والحد وقلالي. حيث هناك قد اصبح الماء مخطرا لصحة العموم"⁽⁸²⁾، قد يحدّد سياق التشريع وهو (عدم صلاحية الماء للاستعمال) غرضه فيكون الدافع للنهي عن حفر الآبار في المناطق المذكورة هو الخوف على صحّة العموم، وبالتالي هل لنا أن نحكم بعدم مخالفة هذا القانون لمن حفر بئرًا في المنامة مثلًا وتأكّد من سلامة الماء فيها؟ بناءً على كون العلة تدور مدار معلولها وجودًا وعدمًا، هناك غموض يكتنف هذه المسألة.

الأداءات والإنجازات، ومع ذلك فلا بد للمشرّع أن ينطلق من اللغة وذلك ليوائم فعله التلقظي فعله الإنجازي، ويمكن أن تتسع هذه الفكرة إذا ما راجعنا: كاظم، مرتضى جبار: اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، ص 107.

(81) راجع: الشهري، عبد الهادي: استراتيجيات الخطاب، مقارنة لغوية تداولية، الطبعة الأولى، دار الكتب الجديدة المتحدة، بيروت، 2004م، ص 44.

(82) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين (6ظ) و[390/12] المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1229.

ونجد في هذا الإعلان السابق محدّدات شكّلت وقاية من الغموض، كما في البند الثالث حيث ينصّ الإعلان: "اقل مقدار من الأنابيب المطلوبة لتحكيم البئر تكون 90 قدما الا اذا تعرض لها جبل (قبل التسعين قدم) فحينئذ تشعر الحكومة لتكشف عليه"، غير أنّ ثمة وصفاً غامضاً يواجها هنا لاحظ النصّ الآتي: "والنوع الطيب من الأنابيب فقط يجب ان يستعمل وذلك لكي تمنع الرشح من اسفل وتمنع تدنيس الأرض"⁽⁸³⁾، فغاية المشرّع هي منع الرشح من أسفل ومنع تدنيس الأرض، وهي قد تصدق مع استعمال النوع الطيب من الأنابيب، وقد تصدق مع استعمال غيرها، كما لو استخدمت أنابيب ليست من النوع الطيب، ولكن اتخذت وسائل أخرى تمنع من الرشح وتمنع تدنيس الأرض، فهناك غموض ما، فما كان مانعاً الرشح وتدنيس الأرض انطبق عليه النطاق المحدد، وما لم يكن كذلك انطبق لم يكن ضمن النطاق بصورة محددة (definite non-extension)، غير أنه بالرغم من وجود هذه العلة التي تحدد مقصدية المتكلّم لا زال هناك غموض يعترى طبيعة النوع الجيد من الأنابيب، إذ قد تبقى بعض الحالات الحدودية تكون محللاً للغموض نتيجة لظنّ شخصي أنّ هذا الأنبوب لا يسبب تسريباً، وإذا به يجد خلاف ذلك، فهل مع ظنّه هذا يعدّ مخالفاً للقانون أم لا؟ وقد يناقش في هذا المثال غير أنّ الذي أريد قوله هو وجود معيار دقيق يجعل القانون واضحاً، كأن يقال: يجب أن تكون الأنابيب مطابقة للمواصفات والمقاييس المحددة بموجب نصّ قانوني آخر.

ونتيجة لقلّة المعلومات التي يخبرنا بها المتكلّم، نقع في حالات حدودية غامضة، خذ مثلاً (نموذج تطبيقي 6) إعلان الحكومة في العدد 18/

(83) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين (6ظ) و[390/12] المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1229.

1369 الصادر عام 1950م، بشأن منع استعمال الحاكي (الفونغراف) في عشرة محرّم الحرام، إذ ينصّ الإعلان: "نخبر العموم انه ابتداء من غرة محرم 1370 حتى نهاية اليوم الثالث عشر منه - ممنوع استعمال الحاكي (الفونغراف) سواء في البيوت او المقاهي- احتراماً للأيام العشر الاول. وقد طلب الى دائرة الشرطة القبض على كل من يخالف هذا المنع لتحريه محضر مخالفة ضده"⁽⁸⁴⁾، وهنا نتساءل ماذا لو استُخدم الفونغراف لتشغيل القرآن الكريم أو التواشيح الدينية، هل سيشمله القرار أم لا؟ قد يقال إنه من الناحية الدلالية سيكون القرار شاملاً وبالتالي يعد مشغّل الفونغراف مخالفاً حتى لو شغل غير الأغاني، ولكنّ بالمراجعة لمقتضيات الخطاب نجد أنّ المشرّع أراد من هذا التشريع احترام الأيام العشر الأوئل من محرّم الحرام وذلك لكونه زمن إقامة العزاء، وبالتالي يكون تشغيل الموسيقى والغناء بواسطة الفونغراف (الذي كان مشتهراً بتشغيل أسطوانات الغناء فيه) متعارضاً مع رغبة المشرّع في هذا الإعلان، غير أنّ دلالة النصّ على المنع مطلقة، ومن هنا نقع في حالة من الغموض.

المبحث الرابع مفهوم الالتباس

يرتبط الالتباس (ambiguity) بعدم الوضوح والتحديد، من هنا نجد في المعجم ثمة ارتباط وثيق بين الالتباس والاختلاط حتى تكون الأشياء متشابهة غير محدّدة، قال ابن منظور (ت 711 هج): "واللَّبْسُ واللَّبْسُ:

(84) راجع: ملف 17/6 | بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين (204) و[407/458] المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2. 1230.

اِخْتِلَافُ الْأَمْرِ. لَبَسَ عَلَيْهِ الْأَمْرَ يَلْبَسُهُ لَبْسًا فَالْتَبَسَ إِذَا خَلَطَهُ عَلَيْهِ حَتَّى لَا يَعْرِفَ جِهَتَهُ (..) وَلَا بَسْتُ الْأَمْرَ: خَالَطْتُهُ. وَفِيهِ لُبْسٌ وَلُبْسَةٌ أَي التَّبَاسُ. (..)؛ يُقَالُ: لَبَسْتُ الْأَمْرَ عَلَى الْقَوْمِ أَلْبَسُهُ لَبْسًا إِذَا شَبَّهْتَهُ عَلَيْهِمْ وَجَعَلْتَهُ مُشْكِلًا⁽⁸⁵⁾، ويشير مصطلح الالتباس الذي نقصده إلى دلالة لفظ أو تركيب على أكثر من معنى⁽⁸⁶⁾، فهو بمعنى آخر قابلية تعدد المعاني في الجمل أو الكلمات، مما يسبب وجود أكثر من فهم لدلالة الفعل التلقظي الملبس، إذًا يعني الالتباس قابلية تعدد تفسير الكلمة أو النص على أكثر من معنى⁽⁸⁷⁾، مما يجعل المخاطب غير متيقن من القصد الواضح للمتكلّم من ناحية الاستعمال، ولا تختلف المقاربة القانونية لمفهوم الالتباس عن المقاربة اللسانية، فقد عدّت المحكمة الأمريكية العليا (US Supreme Court) التشريع ملتبسًا عندما تختلف أفهام العقلاء أو تكون غير متأكدة من معناه⁽⁸⁸⁾.

وينقسم الالتباس من حيث نشأته إلى قسمين: التباس لساني (linguistic ambiguity) والتباس غير لساني (extralinguistic ambiguity)، أمّا الالتباس

(85) ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 1414 هـ، ج 6، ص 205، مادة (لبس).

(86) راجع بوقريفة، عمار: دراسة وصفية لظاهرة الالتباس في اللغة، العدد 31، مجلة التواصل في اللغات والثقافة والآداب، سبتمبر 2012م، الجزائر، ص 162.

(87) راجع: (Poscher, Ralf. (2011) "Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation", p4).

(88) هذه ترجمتنا، أما النص الأصلي فهو كالتالي: "Statue is ambiguous when reasonable minds differ or are uncertain as to its meaning".

راجع:

Lanuis, David, 'Indeterminacy in the Law', *Strategic Indeterminacy in the Law*, Oxford Studies in Language and Law (New York, 2019; online edn, Oxford Academic, 18 July 2019), P123.

غير اللساني فهو الذي ينشأ من السياق خارج اللغوي، نتيجة لاختلاف الثقافات والعادات حيث تؤثر في الجانب الدلالي للكلمات⁽⁸⁹⁾، مما يجعلها مختلفة في الاستعمال من مكان إلى مكان، خذ على سبيل المثال هذا الحوار لخليجي في القاهرة:

- لو سمحت، أعطني لبنًا من فضلك؟

- قلتُ لك (لبن) ولم أقل (حليب).

- إذن.. قل تريد (لبن رائب) وخلصني! تفضّل!

نجد في هذا الحوار، التباسًا دلاليًا وقع بسبب اختلاف المعنى التداولي لكلمة (لبن) بين الخليجين والمصريين، فالخليجيون يستعملون كلمة (لبن) للدلالة على (الرائب)، بخلاف المصريين الذين يعنون به -عند الإطلاق- الحليب، وإذا أرادوا معنى اللبن -في فهم الخليجين- استعملوا الإضافة فيقولون: لبن رائب، أو لبن جميد أو لبن مخيض (بحسب اختلاف اللهجات) أو يستغنون عنها فيقولون (رائب)، مما يسبب التباسًا لطيفًا.

أما الالتباس اللساني، فمصدره العناصر اللغوية في الفعل التلفظي نفسه، فتفتح دلالته على أكثر من تفسير، الأمر الذي يجعل المتلقي غير قادر على تحديد الخيار الذي يقصده المتكلم⁽⁹⁰⁾، ونتيجة لمناشئ وقوعه ينقسم إلى قسمين أساسيين: أحدهما الالتباس المعجمي (lexical ambiguity) ويحدث نتيجة استخدام كلمة لها أكثر من معنى في الجملة، ويجري في النعوت كما في قولنا مثلاً: (الطعام حارٌّ) فهذا المحتوى القضوي إذ يشير

(89) راجع: بوقريقة، عمار: دراسة وصفية لظاهرة الالتباس في اللغة، مجلة التواصل في اللغات والثقافة والآداب، العدد 31، سبتمبر 2012م، ص 160 و170.

(90) راجع: المصدر السابق نفسه.

المسند/الحكم (حارٌّ) إلى معنيين محتملين: يدلُّ الأوّل على كون الطعام ساخناً، والثاني كون الطعام حارّاً جرّاء التوابل المستخدمة، ويُحتمل قصد الأمرين، فلا نستطيع تحديد قصد المتكلّم بدقّة، قد يكون هذا المثال متداولاً في لغة الناس العاديّة⁽⁹¹⁾، ولكن انظر مثلاً إلى المثال القانوني في كلمة (مال)، إذ قد تفسّر على أنّ المقصود بها الأموال النقدية، بينما قد يقصد منها المشرّع الممتلكات على نحو مطلق، بحيث يشمل الأموال النقدية أو العينية⁽⁹²⁾، وثانيهما الالتباس التركيبي (Structural ambiguity) الذي ينشأ من تداخل في تراكيب الجملة لتكون قابلة للحمل على أكثر من معنى، فمثلاً نقول: (هذا كتابٌ عليّ)⁽⁹³⁾، فهذا المركّب الإضافي يحمل معنيين الأوّل أنّ

(91) عالج الفقهاء الشريعة الإسلامية في (كتاب الإقرار) الأقرار التي تتضمن غموضاً أو التباساً، وجعلوها تحت عنوان (الأقارير المجملة/ الأقرار المبهمة)، كأن يقول: لفلان عليّ مال، أو مال كثير، أو شيء، أو له عليّ ألف ودرهم، فلا يعلم هل قصد في الألف الدينار أم الدرهم، راجع: (القرافي، شهاب الدين: الذخيرة، تح: محمد حجي، د.ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م، ج9، ص286)، و(النجفي، محمد حسن: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تح: محمود القوجاني، الطبعة السابعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981م، ج35، ص15 و32).

(92) هذا يعدّ من الالتباس الناشئ من المشترك اللفظي لا من تعدد المعاني، وأخذنا المثال من (صبره، محمود محمد علي: أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر - المحلة الكبرى، 2004م، ص292)، ويقول (R. Poscher) إن هذا النوع من الالتباس نادر الوقوع في الخطاب القانوني، حيث إن القانون سيراقي الاشتراك في كلمة (Bank) على سبيل المثال، حيث إنها مشتركة بين ضفة النهر وبين البنك التجاري، فلو نص القانون على إيداع المال في البنك، فمن البعيد أن يفهم أحد أن المعنى أن تلقي مالك في النهر! أقول: ربما هذا الحكم يجري على اللغة الإنجليزية ولا يُسرّى إلى العربية إلا بعد تأمل، على أنّ السياق هنا شكّل قرينة على تحديد المعنى المراد، وهذا ما قد لا يتيسّر بشكل مطّرد. راجع:

(Poscher, Ralf. (2011) "Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation", p3).

(93) وذكر محمد محمد يونس علي نماذج كثيرة من هذا النوع من اللبس، راجع: (علي،

عليًا اشترى الكتاب فدخل في ملكه، والثاني أنّ عليًا مؤلف الكتاب، فالبنية السطحية هنا تنضوي تحتها بنيتان عميقتان مختلفتان، وكذلك في قولنا مثلاً: (لم يكن كلّ الطلاب في الحفلة)، حيث من المحتمل أنّ المتكلم قصد نفي مجيء كلّ الطلاب فيكون المفهوم: حضر جزءٌ من الطلاب الحفلة وليس كلّهم، أو يحتمل أنّه قصد تسليط النفي على جميع الطلاب، فيكون المفهوم: غاب جميع الطلاب عن الحفلة⁽⁹⁴⁾.

ويحدث الالتباس في العقود والقوانين عندما تكون الصياغة ملبسة وغير واضحة، ويميّز القانونيون بين نوعين من الالتباس، الأوّل يسمّونه (ambiguas lates) وهو وجود أكثر من تفسير لتعبير قانوني معيّن بسبب حقائق وأدلة خارجية، لا من حيث التعبير نفسه، بخلاف النوع الثاني (ambiguitas patens) الذي ينشأ من وجود تعبير قانوني يمكن حمله على أكثر من تفسير مقبول⁽⁹⁵⁾.

ولعلّ أبرز الأمثلة التقليدية في الخطاب القانوني على الالتباس الناشئ من أشياء خارجة عن اللغة (ambiguas lates) قضية شركة رافلز ويشيلهاوس التي حدثت عام 1864م، أي قبل وجود الاتصالات من البرقيات والهواتف وغيرها، حيث وقّع الطرفان على عقد مفاده أنّ البضاعة (التي كانت عبارة عن قطن مستورد من بومبي إلى ليفربول) ستشحن على سفينة اسمها بيرلس

محمد محمد يونس: المعنى وظلال المعنى - أنظمة الدلالة في العربية، الطبعة الثانية، دار المدار الإسلامي، بيروت، 2007م، ص314.

(94) راجع: جبار، مرتضى: الغموض والالتباس في اللغة القانونية، د.ع، كلية الإمام الكاظم للعلوم الإسلامية، بغداد، 2020م، ص8.

(95) راجع الحاشية رقم (2) من:

Lanuis, David, 'Indeterminacy in the Law', *Strategic Indeterminacy in the Law*, Oxford Studies in Language and Law (New York, 2019; online edn, Oxford Academic, 18 July 2019), P123.

(Peerless)، ولم يدر في أذهانهما أنّ هناك سفينتين بالاسم نفسه، الأولى ستغادر بومبي إلى ليفربول في أكتوبر، والثانية في ديسمبر، فظنّ المشتري أنّ الشحنة ستصله في أكتوبر على السفينة التي قصدها، بينما قصد البائع من حين العقد إرسال الشحنة في ديسمبر، ولم يكن كلٌّ منهما عالمًا بقصد الآخر، فلمّا أن وصلت سفينة بيرليس الأولى في أكتوبر لم يجد المشتري شحنته، فغضب جراً مخالفة العقد وخرقه، ورفض استلام الشحنة بعد أن وصلت سفينة بيرليس الثانية في ديسمبر، وجرّاء ذلك قام البائع برفع قضية على المشتري⁽⁹⁶⁾، غير أنّ المحكمة لم تجد تفسيراً معقولاً من شروط العقد التي من شأنها أن تحدّد المرجع الصحيح لاسم (بيرلس)، ولم يكن هناك اتفاق على مسمّى واحد مشترك في الحقيقة، وعليه فلا يوجد عقد ملزم⁽⁹⁷⁾.

وبغضّ النظر عن وقائع هذه القضية النادرة الحدوث في يومنا هذا، يمكن أن يُحدّد قصد المتكلّم في الالتباس بتوافر القرائن من السياق، فالسياق كثيراً ما يساعد على تحديد قصد المتكلّم وإن كان فعله التلقضي ملبساً.

أ. الفرق بين الغموض والالتباس:

كثيراً ما يتساهل في تحديد الغموض من الالتباس؛ وذلك لارتباطهما بمعنى جامع وهو حالة عدم التحديد للمعنى (Indeterminacy)، إلاّ إنه هناك

(96) راجع:

Schane, Sanford. "Ambiguity and Misunderstanding in the Law." T. Jefferson L. Rev. 25 (2002): 167.

(97) راجع:

Lanuis, David, 'Indeterminacy in the Law', *Strategic Indeterminacy in the Law*, Oxford Studies in Language and Law (New York, 2019; online edn, Oxford Academic, 18 July 2019), P124.

سماتٍ يمكن من خلالها ملاحظة الفرق بين الغموض والالتباس، حيث يرتبط الغموض بالشك في انطباق المفهوم العام على بعض الأفراد المشكوكة كما في الحالات الحدودية؛ وذلك بسبب طبيعة المفردات التي استخدمها المتكلم إذ تغيب فيها الحدود النهائية للمعنى، أو يرتبط بخفاء قصد المتكلم نتيجة نقص في معلومات الخبر، فيكون المعنى غير واضح وتردّد في القصد الدقيق للمتكلم ولو في بعض الحالات، بينما يرتبط الالتباس بانفتاح دلالة الكلام على أكثر من معنى محتمل، وبالتالي نشكّ في تعيين أيّ من المعاني التي قصدها المتكلم، فالالتباس اشتباه في المعنى المقصود هل أراد المتكلم (أ) أم (ب)؟، أما الغموض فنشك في دخول المصداق (س) تحت المفهوم العام للكلمة.

وتعدّد التأويلات في الغموض والالتباس، غير أنّها في الغموض تكون بين نفي انطباق المعنى أو إثباته، أو اجتهادًا في الوصول إلى قصد المتكلم، بينما في الالتباس فالتأويلات تحمل طابعًا إقصائيًا لمعنى دون آخر؛ وذلك لتعدد المعاني في الالتباس ودوران الخلاف في المعنى المقصود، فإذا رجّح أحد المعاني في الالتباس أقصيت بقيّة المعاني التي يدلّ عليه اللفظ أو التركيب الملبس، فمثلاً تركيب (هذا كتاب علي) لو رجّحنا معنى الجملة هذا الكتاب من تأليف عليّ، انتفى عندنا المعنى الثاني وهو أنّ هذا الكتاب ملك عليّ بالشراء، بينما في الغموض لا تقصي التأويلات بعضها البعض، بمعنى أنّنا لو قلنا (محمد رجل طويل، ومتوقع أن يلعب كرة السلة)، سيتشكل عندنا نطاق طول معيّن على اختلاف في التعيين⁽⁹⁸⁾.

(98) راجع: برقرية، عمار: دراسة مقارنة لظاهرتي الالتباس والغموض في اللغة (مقالة بحثية)، ص 88.

ب . نماذج من الالتباس :

يمكن أن تتعدد تفسيرات النص القانوني نظراً لوجود التباس معجمي قد نجح في تحديده من خلال بعض القرائن، أما لو لم نجح فسيتداخل عندنا الغموض والالتباس إذا ما نظرنا إلى الغموض بأنه عدم القدرة على تحديد قصد المتكلم حتى ولو استعنا بالسياق، لاحظوا مثلاً (نموذج تطبيقي 7) بشأن الذهاب إلى (توانكي) الماء، ما نصّه: "جميع النساء ممنوعين ان يروحون الى توانكي الماء لاجل اخذ الماء او الغسل او التغسيل وغير ذلك من الساعة ثلاث عربي من الليل الى الصبح - ايضا جميع الرجال ممنوعين من اخذ الماء من التوانكي او الغسل او التغسيل للثياب من الساعة اربع عربي من الليل الى اذان الصبح"⁽⁹⁹⁾.

نلاحظ أنّ هذا النص قد يحمل على تفسيرين سببهما الالتباس في كلمة (الصبح) بين أذان الفجر والشروق مثلاً، فالمنع ممتد في القراءة الأولى من الساعة الثالثة بعد الغروب حتى شروق الشمس، والمعنى الثاني يمتد المنع حتى أذان الفجر، وقد نركن في فكّ هذا الالتباس إلى السياق، ونقول إنّ مراد المتكلم محدّد في الإعلان بقريئة تحديد المراد من الصبح عند حديثه عن الرجال ب (أذان الصبح)، وبالتالي سنقصي الدلالة المحتملة الأخرى وهي (شروق الشمس) إذا ما نظرنا إلى الدلالة الإقصائية للالتباس، غير أنّنا قد نحتمل وجود غموض في هذا النصّ إذا ما نظرنا إلى طبيعة الغرض من وراء تحديد فترة منع النساء من الخروج، إذ يحتمل جداً أن يكون المشرّع جنّب النساء الخروج في الساعات المظلمة حمايةً لهنّ، وعليه فبواسطة هذه القريئة سيحمل مدلول كلمة (الصبح) على الشروق خاصّة للتوافق مع الغرض

(99) راجع: ملف 17/6 I بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين] "55و [326/ IOR/R/15/2/1227 (المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند.

التشريعي، غير أن هذا الاحتمال يضعف لعدم وجود سياق داخلي يدعم هذه النظرة، مما يجعلنا والحالة هذه غير جازمين بمراد المتكلم مما ينطبق عليه مفهوم الغموض لا الالتباس، والأمر نفسه أعني الالتباس الحاصل في كلمة (الصبح) ينطبق على النموذج التطبيقي الثالث الذي ذكرناه سابقاً، حيث ينص على الآتي: "ممنوع الخروج في الليل في طريق بلد المنامة من الساعة اربع عربي من الليل وجميع القهاوي اتقفل الى الصبح"⁽¹⁰⁰⁾ إذ يحتمل النص معينين: الأوّل منع فتح المقاهي إلى أذان الفجر، والثاني منع فتح المقاهي إلى حين شروق الشمس.

وثمة التباس تركيبى يعتري هذا النموذج أيضاً، لاحظوا معي تكملة النص: "والذي عنده شغل ضروري بعد الساعة اربع يكون يحمل معه فانوص واذا سأله الوليس يعطي جواب معقول - والذي ما عنده فانوص ولا عنده جواب معقول يقبض عليه الوليس الى الصبح لاجل التحقيق ومن يخالف هذا الامر يعرض نفسه للمعاقبه ليكون معلوم"⁽¹⁰¹⁾، فجملة (والذي ما عنده فانوص ولا عنده جواب معقول) فرضٌ بتحقيقه يقع الحكم وهو أن تقبض عليه الشرطة لغاية الصبح (هنا أيضاً ثمة التباس عرضنا تحليله) للتحقيق معه، ومن هنا تتعدد القراءات، حيث إن توجه النفي وتكراره يقتضي الشركة بين (عدم وجود الفانوص مع الجواب المعقول) لتحقق الحكم، أما لو انطبق أحد الطرفين (عنده فانوص ولا عنده جواب معقول) أو (ما عنده فانوص وعنده جواب معقول) فهل تشمله العقوبة؟ هذا محتمل، ومن هنا تكون الجملة ملتبسة وقابلة للحمل على أكثر من معنى.

(100) راجع: ملف 17/6 I بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين] "و [32616/

31)المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند. IOR/R/15/2/1227.

(101) راجع: ملف 17/6 I بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين] "و [32616/

31)المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند. IOR/R/15/2/1227.

(نموذج تطبيقي 8) ومن الالتباس المعجمي أيضًا، ما جاء في الإعلان الصادر سنة 1939م في العدد 1348/32 بشأن اليانصيب، حيث نصّ: "ليكن معلومًا لدى العموم أنه من تاريخه وفي المستقبل أن عمل اليانصيب (اللاتري) ممنوع في البحرين، وكل شخص يوجد أنه يعمل اليانصيب (اللاتري) يعرض نفسه للعقاب"⁽¹⁰²⁾، حيث تتعدد الأفهام حول عمل اليانصيب، حيث يمكن أن يكون معنى عمل اليانصيب هو عمل بطاقات اليانصيب، أو الإعلان عن اليانصيب وإدارته، أو الانخراط في نشاط فيه اليانصيب ك شراء بطاقات اليانصيب أو الترويج لليانصيب، فالصياغة هنا ملتبسة، وقد تدلّنا الترجمة المثبتة في وثيقة الإعلان أنّ المراد من عمل اليانصيب هو الأوّل إذ ورد التركيب: (running a lottery) مقابل المركب (عمل اليانصيب)، غير أنّه بغية الوصول لفهم دقيق ومحدّد يفك الالتباس الحاصل في الإعلان، لا بد من الرجوع إلى أي قرينة من النصوص الأخرى التي عالجت اليانصيب، لنجد أنّ المشرّع قصد المعنى الثاني من قوله (عمل اليانصيب)؛ بالإضافة إلى عدوله عن هذه الصياغة الملتبسة لتكون صياغة واضحة وتحدد قصده بدقّة، (نموذج تطبيقي 9) حيث جاء في الإعلان الصادر سنة 1946م في العدد 1365/49 تفصيلٌ يوضّح الإعلان السابق، وفيه: "2- أي شخص يجعل له محلا مكتبا لغرض سحب اليانصيب (اللاتري) يعد مجرما ويكون معرضا للعقوبة التي يمكن ان تمتد لحبس 6 أشهر او بغرامة او بكليتهما معا. 3- كل شخص تكون له علاقة باي (لاتري) يانصيب في البحرين او في محل آخر كان يقوم بما يأتي- (أ) طبع بطاقات اليانصيب (ب) بيع او توزيع البطاقات اليانصيب (ج) بالاعلان

(102) راجع: ملف 17/6 Iبيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين] "118و1 IOR/R/15/2/ الهند من مكتب (المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند

باليانصيب او بطاقات اليانصيب (د) بان يحوز على بطاقات او اعلانات او قائمة تتعلق بجائزة اليانصيب او بيانات تتعلق بجائزة اليانصيب (هـ) بجلب او ارسال بطاقات او إعلانات اليانصيب الى البحرين (و) بارسال متحصلات او بيانات او بطاقات عن مثل هذه اليانصيب الى خارج البحرين. سعتبر جانيا وسيكون معرضا للعقوبة وهي غرامة قد تمتد الى مبلغ الف روبية. ليعلم" (103).

وسبقت الإشارة إلى أن الغموض لا يقصي الدلالات المحتملة في الذهن، كما لو قرأنا هذه الجملة: (محمد غني) فإنه ستتشكّل عندنا درجة ما من الغنى الذي يتصف به محمد، ولكننا لن نستطيع أن نقصي باقي الدلالات الأخرى، حيث لا يدلّ السياق على مراد المتكلم الدقيق، في حين أنّ الالتباس إقصائي الدلالة؛ وذلك لأن ظهور أحد المعاني في النصّ وتغليبها يقصي المعاني الأخرى بالضرورة ويؤدي هذا إلى تقلص الرقعة الدلالية للكلمة بخلافه في الغموض (104).

ووجدنا أنّ المشرّع قد التفت إلى ما يمكن أن تحدثه إحالة الضمير من التباس مرجعي (reference ambiguity)، مما يؤدي إلى عدم وضوح مقصوده، ولهذا يلجأ إلى توضيح المقصود بالضمير بذكر الاسم المحال إليه صراحةً، (نموذج تطبيقي 9) لاحظوا معي الإعلان الصادر في عام 1935م بشأن موسم الغوص لسنة 1354هج، إذ ينصّ البند الثالث عشر منه: "إذا دش النوخدي الغوص عن الرفيق في وقت الصيفية فهو (اي النوخدي) ملزم بدفع

(103) راجع: ملف 17/6 إبيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين] "134ظ] IOR/R/15/2/268/458(المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/268/458) 1230.

(104) راجع: برقرية، عمار: دراسة مقارنة لظاهرتي الالتباس والغموض في اللغة (مقالة بحثية)، ص88.

الخرجية الى الرفيق المذكور. وكذلك اذا استلم الرفيق الخرجية ولم يدش الغوص لغير سبب شرعي فهو (اي الرفيق) ملزم بترجيع هذا المبلغ الى النوخدى⁽¹⁰⁵⁾، حيث يحتمل عود الضمير الأوّل (هو) على الاسم الأقرب له وهو هنا (الرفيق)، وقد يحتمل أنّه يعود على (النوخدى)، ولأجل منع اللبس ذكر المشرّع الاسم الذي يعنيه صراحة، وكذلك الحال في الضمير الثاني حيث صرّح أنه يعود على (النوخدى) لا (الرفيق).

وقد يكون الالتباس غير لساني، ناشئ من خارج اللغة فمثلاً (نموذج تطبيقي 11) لاحظوا معي نصّ هذا الإعلان الصادر سنة 1950م في العدد 1369/53: "ممنوع على اي شخص ان يرهن بيت سكناه سواء اكان لديه لدين غوص او لدين اخر او لقرضة او لغرض اخر"⁽¹⁰⁶⁾، يمكننا القول إنّه بحسب هذا النصّ لا يوجد ثمة التباس لساني، غير أنّنا لو نظرنا إلى الواقع الخارجي سيحتمل النصّ أكثر من قراءة؛ الأولى: منع بيع أو رهن بيت المسكن حتى لو تعدد، ومثاله رجل تزوّج زوجتين وقد أفرد لكل واحدة بيتاً يملكه ويسكن فيه، فيمتنع طالما يسمّى بيت مسكن، والثانية: اقتصار المنع على من يمتلك بيتاً واحداً فقط، أما الذي يمتلك بيتاً يسكن فيه وبيوتاً لا يسكن فيها فيسمح له ببيعها أو رهنها، غير أنّ النصّ للأمن من اللبس حدّد قصده بقوله: "ان البيت المقصود في هذا الإعلان هو البيت الذي يملكه ويسكنه الشخص فان كان لديه اكثر من بيت فله الحرية بأن يرهن البيت او البيوت التي لا يسكنها"⁽¹⁰⁷⁾.

(105) راجع: ملف 17/6 I بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين] "3ظ [6/390

(المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1229

(106) راجع: ملف 17/6 I بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين] "206ظ [458/

412 (المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1230

(107) راجع: ملف 17/6 I بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين] "206ظ [458/412

(المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1230

(نموذج تطبيقي 12) وقد يعدّ من الالتباس الخارج لغوي الالتباس الحاصل من كلمة (الحريق)، لاحظوا معي إعلان الحكومة الصادر سنة 1935م برقم 1354/28 الذي ينصّ على: "نخبر العموم ان المقصود من كلمة (حريق) المطبوعة في اوراق ضمانات حكومة البحرين هو حريق النار لا غير ليكن معلوماً"⁽¹⁰⁸⁾، من الغريب حقاً أن يحدّد الحريق لسانياً بشيء غير النار، غير أنّ البحث حول دلالات جملة (احترق الزرع) قد يفتح التباساً من جهة تداولية، إذ يحتمل أنّ النار اضطرت في الزرع فاحترق، وقد يراد تلك الظاهرة التي تؤدي إلى تيبس أوراق المزروعات حتى تصبح كالمحترق جرّاء التأثير بالعوامل الجويّة كالرياح الشديدة أو موجات الحر الشديد أو الصقيع، وهو تعبير مجازي يستعمله أهل البحرين إذ يقولون: احترق الزرع، فيلتبس المعنى حينئذ، ليأتي هذا الإعلان ويمنع الالتباس بتوضيح أنّ المقصود من مفردة الحريق المطبوعة في أوراق ضمانات الحكومة هو حريق النار لا المعاني الأخرى المستعملة.

الخاتمة (بيان أبرز النتائج)

سلطت هذه الدراسة الضوء على لغة الخطاب القانوني من الجانب التشريعي، فتيّن أنّ هذا الخطاب يحمل مقصدين، تجسّد الأوّل في كونه خطاباً موجّهاً للأفراد لحملهم على الالتزام بمضمونه والعمل بمقتضاه لتحقيق الغاية الأسمى من القانون، وأما المقصد الثاني فيحمل وظيفة الإفهام التي تتم من خلال توخّي الدقّة والوضوح في الدلالات والتراكيب، وذلك للوقوف ضد أي تفسيرات من شأنها أن تعطل النصّ وتصرفه عن غير ما

(108) راجع: ملف 17/6 I بيانات وإعلانات (عامّة)، إلخ من حكومة البحرين] "23ظ [390/46 (المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند IOR/R/15/2/1229.

يتغيّاه المشرّع، وهذه ليست بالوظيفة السهلة إذا ما نظرنا إلى طبيعة اللغة التي تشكّل فيها اتساع المعاني والدلالات والتباس التراكيب ظاهرة مبحوثة، من أجل ذلك يمكن للبحث في الغموض والالتباس في لغة الخطاب القانوني أن يحسّن من الصياغة القانونية ويوصلها إلى درجة كبيرة من الدقّة والوضوح، ومن أبرز النتائج التي يعطينا إياها هذا البحث:

- يشمل الخطاب كلّ إنتاج لغوي يرتبط بالنص من جهة بنيته الداخلية وظروفه المقامية، فالخطاب حصيلة النص مع ظروف إنتاجه.

- ينظر إلى الخطاب القانوني من جانب النص وبحث سياقاته الداخلية وتكويناته (الصوت والصرف والتركيب والدلالة)، بالإضافة إلى العوامل المساعدة على فهمه وتكوينه وتوجيهه وتفسيره، والملابسات التي تحيط به منذ إنتاجه إلى مرحلة تلقّيه.

- يتمثّل الخطاب القانوني في لغة القانون من خلال النص المكتوب مثل التشريعات والأحكام والعقود، ولغة التواصل بالقانون من خلال النص المنطوق عبر المرافعات الشفوية وحديث القضاة وتواصل المحامين موكلهم، وغيرها.

- شهدت فترة العشرينات إلى الخمسينات من القرن الماضي تحوّلات تشريعية مهمّة، من أبرزها إصدار قوانين وتشريعات في صورة الإعلانات الحكومية.

- مثّلت إعلانات الحكومة وسيلة النشر الرسمية التي تتخذها الحكومة من أجل إبلاغ المواطنين بكل ما تريد بيانه لهم، سواء كان خطاباً تشريعياً أم لا.

- تميّزت الإعلانات الحكومية بالكثير من الملامح اللهجية،

والمفردات المتداولة الشائعة حينها، مما تعد دراستها لغويًا منبعًا للكثير من الظواهر اللهجية في البحرين.

- ينشأ الغموض من عموم دلالة الكلمة المستخدمة مما يؤدي إلى الشك في انطباقها على بعض المصاحيق أو قلّة المعلومات التي يحتويها الخبر الذي يريده المتكلم مما يؤدي إلى خفاء مراده، بينما ينشأ الالتباس من جهة الألفاظ نفسها ومن جهة اختلاف الثقافات والعادات لدى المتكلمين.

- يدلّ الالتباس على قابلية حمل اللفظ أو التركيب على أكثر من معنى محتمل، مما يجعل المخاطب أمام أكثر من قراءة محتملة لمراد المتكلم، ويعدّ التشريع ملتبسًا إذا تعدّدت أفهام العقلاء أو كانت غير متأكدة من معناه.

- هناك من يتساهل في التمييز بين الغموض والالتباس نظرًا لاشتراكهما في المعنى غير الواضح والمحدّد، غير أنّ الغموض يتعلّق بالاشتباه في دخول بعض المصاحيق تحت المفهوم العام للكلمة، أو قلّة عدم وضوح المقصود نتيجة لغياب المصداق الخارجي، أما الالتباس فيتعلّق بالاشتباه في تعيين المفهوم الذي قصده المتكلم من بين المفاهيم المتعدّدة التي يحتملها النصّ.

- يتوخّى المشرّع أن يدلّ ظاهر كلامه على مقصده بشكل واضح، دون غموض فيه أو التباس يعتريه، وبمقتضى ذلك لا يجوز أن يكون تفسير النصّ التشريعي بما يخرج عن معناه أو يتجاوز مقاصد المشرّع فيها، وبالتالي فإن حمل النصّ على غير الظاهر دون وجود قرينة حمل باطل، فمناطق النصّ التشريعي ما قصده المشرّع وأراده حقًا، فلا يجوز نسبة الإرادة إلى ما يناقض عبارة النصّ أو يعدّ مسحًا لها أو نكولًا عن حقيقة مراميها أو انتزاعًا لبعض ألفاظها.

- تتولّى المحكمة تفسير ما يقع في النص التشريعي أو الحكم القضائي من إبهام أو غموض.

- توخّى المشرّع البحريني في العصر الحديث دقة عالية في الصياغة القانونية، وتجنّب ما وقع من غموض أو التباس في بعض الإعلانات الحكومية قديماً.

- يتعمّد المشرّع أحياناً أن يستعمل كلمات غامضة ويمنح السلطة التقديرية للأشخاص في تفسيرها بمقتضى العرف، فتكون واضحة وفق معيار العرف، وتتولّى المحكمة تفسير الحالات الحدودية المشكوك في انطباق المفهوم عليها.

قائمة المصادر والمراجع :

أولاً: الكتب العربية :

- استيتية، سمير: اللسانيات، المجال والوظيفة والمنهج، الطبعة الثانية، دار عالم الكتب الحديث، إربد، 2008م.
- آل سعيد، عبد الله: دور الظاهر اللغوي في صناعة المغالطة، الطبعة الأولى، دار كنوز المعرفة، عمّان، 2014م.
- بوقرة، نعمان: اللسانيات اتجاهاتها وقضاياها الراهنة، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب الحديث، إربد، 2009م.
- حمزة، مناف: معجم التعمير والخرائط والوثائق العقارية البحرينية، الطبعة الأولى، دن، المنامة، 2001م.
- الداودي، غالب: المدخل إلى علم القانون، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان - الأردن، 2012م.
- السنهوري، عبد الرزاق، وأبوستيت، أحمد: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، د.ط، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950م.
- الشايجي، هلال: الصحافة في الكويت والبحرين منذ نشأتها حتى عهد الاستقلال، الطبعة الأولى، بانوراما الخليج، المنامة، 1989م.
- الشهري، عبد الهادي: استراتيجيات الخطاب، مقارنة لغوية تداولية، الطبعة الأولى، دار الكتب الجديدة المتحدة، بيروت، 2004م.
- شبيبة، عادل حمزة، دلالة الألفاظ على المعاني والأحكام عند القانونيين - دراسة في ضوء التقنين المدني، د.ط، دار المعارف، القاهرة، 2021م.
- صبره، محمود محمد علي :
- 1. أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، الطبعة الرابعة، المجموعة الدولية للتدريب (صبره جروب)، القاهرة، 2004م.
- 2. المشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية، الطبعة الأولى، المجموعة الدولية للتدريب (صبره جروب)، القاهرة، 2019م.
- الصديقي، علي: تاريخ النظام القانوني في البحرين خلال العقود الأولى من القرن العشرين، دراسة قانونية تاريخية وثائقية، الطبعة الأولى، مركز عيسى الثقافي، المنامة، 2019م.

- عبد الرحمن، طه: اللسان والميزان أو التكوثر العقلي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 1998م
- عبد الله، محمد، وزين العابدين، بشير: تاريخ البحرين الحديث (1500 - 2002)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات التاريخية، جامعة البحرين، الصخير، 2009م.
- علوي، حافظ إسماعيلي: اللسانيات والقانون - بحوث وترجمات، الطبعة الأولى، دار كنوز المعرفة، عمّان - الأردن، 2022م.
- علي، محمد محمد يونس: المعنى وظلال المعنى - أنظمة الدلالة في العربية، الطبعة الثانية، دار المدار الإسلامي، بيروت، 2007م.
- فضل، صلاح: بلاغة الخطاب وعلم النص، عالم المعرفة، الكويت، العدد 164، أغسطس، 1992م.
- القاسمي، علي: علم المصطلح - أسسه النظرية وتطبيقاته العلمية، الطبعة الثانية، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 2019م.
- كاظم، مرتضى جبّار: اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، قراءة استكشافية للتفكير التداولي عند القانونيين، الطبعة الأولى، منشورات الاختلاف، الجزائر، 2015م.
- كيرة، حسن: المدخل إلى القانون، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014م.
- المبارك، إبراهيم: حاضر البحرين، الطبعة الأولى، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 2004م.

ثانياً: الأبحاث والمقالات:

- برريقة، عمار:
1. دراسة مقارنة لظاهرتي الالتباس والغموض في اللغة (مقالة بحثية)، العدد 15، مجلة معارف، قسم الآداب واللغات، السنة الثامنة، الجزائر، ديسمبر 2013م.
 2. دراسة وصفية لظاهرة الالتباس في اللغة (مقالة بحثية)، العدد 31، مجلة التواصل في اللغات والثقافة والآداب، الجزائر، سبتمبر 2012م.
- كاظم، مرتضى جبّار: الغموض والالتباس في اللغة القانونية، د.ع، كلية الإمام الكاظم للعلوم الإسلامية، بغداد، 2020م.

ثانياً: المصادر والمراجع المترجمة:

- أوستين: نظرية أفعال الكلام العامّة - كيف ننجز الأشياء بالكلام، تر: عبد القادر قينيني، الطبعة الأولى، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، 1991م.
- تيرسما، بيتر، وصولان، لورانس: اللغة والقانون، تر: حافظ إسماعيلي علوي، الطبعة الأولى، دار كنوز المعرفة، عمّان، 2023م.
- دريدجر، إلمار: تفسير القوانين، النص والسياق والتفسير المقاصدي، تر: محمد سراج، وأحمد ضبش، الطبعة الثانية، مركز نهوض للدراسات والبحوث، بيروت، 2023م.
- روبول، آن - موشلار، جاك: التداولية اليوم، ترجمة: سعيد علوش، مراجعة: لطيف زيتوني، الطبعة الأولى، دار الطليعة، لبنان، 2003م.
- شارودو، باتريك ومنغونو، دومينيك: معجم تحليل الخطاب، ترجمة: عبد القادر المهيري وحماّدي صمود، دار سيناترا - المركز الوطني للترجمة، تونس، 2008م.

ثالثاً: الوثائق والتقارير:

- المكتبة البريطانية: أوراق خاصة وسجلات من مكتب الهند:
 1. ملف 17/6 I بيانات وإعلانات (عامة)، إلخ من حكومة البحرين، IOR/R/15/2/1229.
 2. ملف 17/6 IV بيانات وإعلانات عامة صادرة عن حكومة البحرين، IOR/R/15/2/1230.
 3. ملف 17/6 III بيانات وإعلانات عامة صادرة عن حكومة البحرين، IOR/R/15/2/1229.

رابعاً: المصادر والمراجع الأجنبية:

- Lanus, David, 'Indeterminacy in the Law', *Strategic Indeterminacy in the Law*, Oxford Studies in Language and Law (New York, 2019; online edn, Oxford Academic, 18 July 2019).
- Marmor, Andrei, 'Varieties of Vagueness in the Law', *The Language of Law* (Oxford, 2014; online edn, Oxford Academic, 19 June 2014), p85).
- Mills, S. (1997). *Discourse*. London and New York: Routledge

-
- Poscher, Ralf. (2011) “**Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation**”. Written to appear in: Oxford handbook on Language and law, OUP, forthcoming, 2011.
 - Stubbs, M. (1983). **Discourse analysis: The sociolinguistic analysis of natural language** (Vol. 4). University of Chicago Press.

نظرية الالتزام المستقل

دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفق التعديل الفرنسي 2016

علاء حميد حسين الغزي

ملخص

لم نجد دراسة في الفقه القانوني المقارن تسلط الضوء على -نظرية الالتزام المستقل- بالرغم من مرور أكثر من ثلاثة قرون وهذا بسبب أصالة الفكرة المستحدثة التي تخرج عن النهج التقليدي المتبع، فالأصل أن الالتزامات تحكمها قاعدة (الفرع يتبع الأصل)، أو الالتزام التبعي، ويتمثل ذلك في ارتباط الفرع بالأصل بكل ما يرد عليه في الأحكام من صحة أو بطلان، أما موضوع البحث يتجسد بفكرة نقيضة للقاعدة أعلاه، إذ تنطلق الدراسة من أن هناك مجموعة من الأوضاع القانونية ترفض قاعدة الفرع يتبع الأصل وفكرة الالتزام التبعي، بل تنشأ أوضاع مستقلة عن أصلها في الالتزام الواحد كما في اتفاق التحكيم الذي سنسميه -الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، وهذه الحالة توصف بأنها -الالتزام مستقل L'obligation autonome- عن الالتزام الأصلي في التصرف الواحد. وسنقتصر على بعض التطبيقات وهي الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، والورقة التجارية كما سنأتي عليها تباعاً. إن عدم التسليم بشمولية قاعدة الفرع يتبع الأصل، من خلال تأسيس وضع قانوني جديد قائم على ثلم القاعدة أعلاه وبحكم مخالف لما جاءت به هذه

القاعدة، ويتمثل ذلك في إثبات إن هناك -التزام مستقل⁽¹⁾ autonome L'obligation - مقابل التزام تبعي، وأن هناك أوضاعًا يكون فيها الفرع لا يتبع الأصل.
الكلمات المفتاحية: القانون المدني؛ نظرية الالتزام المستقل، تجديد في نظرية الالتزام.

Abstract

We have not found a study in comparative legal jurisprudence that sheds light on - the theory of independent obligation - despite the passage of more than three centuries. This is due to the originality of the new idea, which departs from the traditional approach followed. The original is that obligations are governed by the rule (the branch follows the original), or accessory obligation, which is represented by This is in the connection of the branch to the original with all that is mentioned in the rulings, whether valid or invalid. As for the subject of the research, it is embodied in the idea of its opposite to the above rule. The study starts from the fact that there is a group of legal situations that reject the rule of the branch follows the original and the idea of accessory obligation. Rather, situations arise independent of its origin. In a single obligation, as in the arbitration agreement, which we will call - the obligation arising from the arbitration agreement, and this case is described as - an independent obligation - L'obligation autonome - from the original obligation in the single disposition. We will limit ourselves to some applications, namely the obligation arising from the arbitration agreement and the commercial paper, as we will discuss them successively.

Failure to acknowledge the comprehensiveness of the branch rule follows the original, by establishing a new legal situation based on the furrow of the above rule and with a ruling that contradicts what this rule came with, and this is represented in proving that there is - an independent obligation - autonome L'obligation - in exchange for a subordinate obligation, and that There are situations in which the branch does not follow the parent.

Keywords: civil law; The independent commitment theory is a renewal in the commitment theory.

(1) راجع كتابنا "نظرية الالتزام المستقل" دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022، ص 11 وما بعدها.

تحتل نظرية الالتزام مكانة مرموقة في أي نظام قانوني، وهي المكانة التي أهلتها لأن تكون العمود الفقري للقانون المدني، وأن نظرية الالتزام هي دعامة القانون المدني فهي من هذا القانون بمثابة -نظرية القيمة- من علم الاقتصاد السياسي. وتتسم نظرية الالتزام بالثبات والاستقرار في التقنين المدني الفرنسي، وهذا يرجع إلى أسباب منها أن نظرية الالتزام تتميز بالتجريد: وبالتالي التعميم، قد بلغ حدًا لم يبلغه في أي فرع آخر من فروع القانون وقد استعرض الفقه الالتزام وبيّن طبيعة العلاقة الناشئة عنه⁽²⁾.

(2) ويذهب جانب من الفقه بأن الالتزام رابطة قانونية أو علاقة قانونية. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات نظرية العقد، مطبعة النوري، الجزء الأول، 1943، ص 23. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 2، بيروت، ص 24. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 15. العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 95 - 96. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مطبعة وهبه، 1966، ص 13-14. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد، بدون ذكر اسم المطبعة، ط 4، 1987، ص 20 - 21. أحمد حشمت أبو ستيت، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1965، ص 120 وما بعدها. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، 1977، ص 3-4. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد، بدون ذكر اسم المطبعة، 1984، ص 8-9. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 1. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، ج 1، 2020، ص 5. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، 2017، ص 4. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، ط 2، 1995، ص 14. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 1988، ص 14. شحاتة شفيق، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، مطبعة الاعتماد، ص 123. الآن بينابنت، القانون المدني الموجبات، القانون المدني الموجبات أو الالتزامات، المؤسسة

وقد تناول القانون المدني الفرنسي المعدل 2016 "الالتزام" بمناسبة العقد في المادة 1101 بوجه عام: بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص أو عدة أشخاص على أداء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل".

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes

الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الجزء الأول، ص 9 - 10. عاطف النقيب، النظرية العامة للموجبات، مصادر الالتزام، بدون ذكر اسم المطبعة، بيروت، ص 8. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، دار الثقافة، بيروت، ج 1، بدون ذكر السنة، ص 10. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات، بدون ذكر اسم المطبعة، ج 1، بيروت، 1960، ص 20. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، 1972، ص 25-26. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دون ذكر اسم المطبعة، 1950، ص 19. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، العاتك لطباعة الكتاب، ط 4، 2010، ص 6. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة وائل، الأردن، ص 24 وما بعدها. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، إحسان للنشر والتوزيع، العراق، 2014، ص 15. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، بدون ذكر اسم المطبعة، ص 6. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ص 5. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، ج 1، ط 1، 1999- ص 9. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 12. مأمون كربزي، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، بدون ذكر اسم المطبعة، المجلد الأول، ط 2، بيروت، ص 31-32. محمد بقبق، النظرية العامة للالتزامات التصرف القانوني، مطبعة الأطرش للنشر، تونس، 2009، ص 8. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5، الجزائر، ص 311 وما بعدها. نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن قاسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 2020، ص 5 وما بعدها. هدى عبد الله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020، ص 19.

s'obliger envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

وقد يختلط العقد⁽³⁾ مع بعض المفاهيم الكلية كالعمل القانوني⁽⁴⁾ والاتفاق⁽⁵⁾. وقد تناول قانون الموجبات والعقود اللبناني الالتزام (الموجب)، في المادة الأولى من قانون الموجبات والعقود، وعرف الموجب بأنه " رابطة قانونية تجعل لشخص أو لعدة أشخاص حقيقيين أو معنويين صفة المديون تجاه شخص أو عدة أشخاص يوصفون بالدائن. وقد وضع قانون الموجبات والعقود باللغة الفرنسية ثم جرى ترجمته إلى اللغة العربية ولم يخلُ من عيوب في التعبير القانوني والصيغة، الأمر الذي يقضي الرجوع إلى الصيغة الفرنسية عند التباين بين النص العربي والنص الفرنسي أو الغموض أو الالتباس في النص. وقد نصت المادة (121) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي الالتزام بأنه " حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقًا عينيًا أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل" وقد حذف النص في المشروع النهائي باعتبار أن التعريف من مهمة الفقه وليس المشرع⁽⁶⁾. أما القانون المدني العراقي تناول الالتزام في

(3) Colin F. Padfield, Law, at p117.

يعرف جانب من الفقه الإنكليزي العقد بأنه: اتفاق يُنفذ بالقانون Agreement enforceable by law أي أن العقد هو ذلك النوع من الاتفاق الذي يعترف به القانون ويُنفذه بواسطته من خلال المحاكم. وعرفه William Ansn SIR بأنه اتفاق ملزم قانونًا معقود بين طرفين أو أكثر به يكتسب طرف أو أكثر حقوقًا في قيام طرف آخر أو أطراف آخرين بعمل أو بامتناع عن عمل.

"..A leglly binding agreement made between two or more parties, by which rights are acquired by one or more to acts or for bearances on the part of the other or others". SIR William Ansn.

Ansons Law of Contract, 24th ed, Lndon, p21. (4)

Henri et léon mazead - Jean mazeaud, françois chabas, leçons dedroit civil - obligation montchrstion Delta, 9ème édition 2000, p 49. (5)

(6) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية.

المادة (73) بأنه "رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقًا عينيًا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل".

وكون الالتزام كواجب أو ارتباط قانوني فإن القانون يكفل احترامه من خلال تنفيذه قسرًا، ولا تقتصر الحماية على الالتزامات أو الحقوق الشخصية بل تمتد إلى غيرها من الحقوق العينية سواء أكانت حقوق لصيقة بالشخصية أم حقوق ذهنية كالملكية الفكرية أو حقوقًا ينظمها القانون بوجه عام، وهذه الخصيصة تعطي للالتزام معنى خاصًا في نطاق الدراسات القانونية، فإذا قلنا أن فلانًا ملتزم، فهذا يعني أنه مرتبط ارتباطًا يكفل القانون الوفاء به.

وإن موضع البحث يتجسد في الالتزامات تحكمها قاعدة -الفرع يتبع الأصل- من خلال ارتباط الفرع بالأصل بكل ما يرد عليه في الأحكام من صحة أو بطلان، والالتزام المستقل نقيض للقاعدة أعلاه، وهذا ما يعضده مجموعة من الأوضاع القانونية التي ترفض قاعدة الفرع يتبع الأصل بل تنشأ تصرفات مستقلة عن أصلها في ذات التصرف القانوني كما في اتفاق التحكيم الذي سنسميه -الالتزام الناشئ- عن اتفاق التحكيم وبعض التطبيقات العملية الأخرى كالورقة التجارية، وهذه الحالة لا يمكن أن توصف إلا بأنها -التزام مستقل- عن الالتزام الأصلي في التصرف الواحد.

وقد درج الفقه القانوني على تسمية -اتفاق التحكيم- ونرى أن "الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم"؛ أدق من الناحية القانونية وهذه التسمية أطلقناها لأول مرة. حيث إن الدراسة تبحث في فكرة الالتزام المستقل كأحد الأفكار التي تنتمي لنظرية الالتزام بوجه عام، والتساؤل الذي يطرح هنا: ما هو الإطار النظري والعملي للالتزام المستقل؟

وهنا تثار عدة تساؤلات فرعية منها: ما هو المائز بين الالتزام المستقل والالتزام غير المستقل؟ ما الأساس المنطقي والفلسفي للالتزام المستقل؟ ما

هي حدود الاستقلال ومنطقته في نظرية الالتزام بوجه عام؟ ما هو الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم وماهي طبيعته؟ هل إن للالتزام المستقل أثرًا في الالتزام الصرفي؟

إن صعوبات الدراسة تكمن في أن نظرية الالتزام المستقل أنها لم تظفر بأي دراسة متكاملة، بل لا توجد دراسة تناولت الفكرة بكاملها من حيث تأصيلها وتطبيقاتها وصياغة نظرية عامة لها، فبعد بحث شاق في الفقه الفرنسي والمقارن لم تظفر بأي دراسة في هذا الصدد.

وقد حاول الباحث الاعتماد على دراسة التأصيل النظري للالتزام المستقل من خلال ركائز منطقية وفلسفية دراسة تفصيلية لكي تنير له الطريق في رسم الآثار القانونية للالتزام المستقل، لذلك لا بد من التمييز ما بين ماهية الالتزام المستقل عن الالتزامات المترابطة الأخرى التي تعززها القواعد العامة، كما ينبغي البحث في معيار التمييز بين الالتزام المستقل والالتزام غير المستقل.

أما منهج الدراسة الذي اتبعه الباحث يتمثل في ثلاثة مناهج كالتالي: المنهج التأصيلي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن، فأما المنهج التأصيلي؛ فإن أي نظرية جديدة في حقل القانون الخاص يجب أن يكون لها تأصيل فلسفي ومنطقي تركز عليه، يتمثل في النظرية المادية والشخصية ونضيف إليها نظرية جديدة هي النظرية الذاتية. والمنهج التحليلي؛ لأنه كان من اللازم تحليل فكرة الالتزام المستقل، لبيان معنى الاستقلال وحدوده ومنطقه. والمنهج المقارن من خلال المقارنة مع التشريعات الفرنسية والمصرية والعراقية واللبنانية، معززًا ذلك بأحكام قضائية لمحاکم التمييز الفرنسية والمصرية والعراقية واللبنانية لتدعيم أسس الدراسة في إطارها النظري لذا سنقسم دراستنا على ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول

التأصيل النظري للالتزام المستقل

تعدّ نظرية الالتزام المستقل نظرية جديدة طرحت في ميدان القانون المدني إلا أن لها آثاراً في القانون التجاري، وأقيمت نظرية الالتزام المستقل على ذاتية أو ماهية لم يتم التطرق لها مما استلزم البحث في الأفكار المجاورة لها ومن أهم هذه الأفكار هو التصرف المسبب⁽⁷⁾، والتصرف المجرد⁽⁸⁾.

المطلب الأول

ماهية نظرية الالتزام المستقل

لم نجد على حد علمنا تعريفاً مباشراً أو غير مباشر للالتزام المستقل، وهذا يعود بطبيعة الحال إلى فكرة الموضوع المبتكرة والتي تم دراستها بوصفها نظرية، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة إيراد تعريف للالتزام المستقل مبنياً على جملة من الأسس القانونية التي قد تتناقض معه. ولكي نستطيع الوقوف على تصوير كامل للالتزام المستقل، سنتبع القواعد المنطقية كقاعدة الحل والتعريف بالنقض من خلال رسم حدود الالتزام المستقل. وأن الأفكار القانونية المجاورة للالتزام المستقل التي ينبغي بحثها حتى يمكن الوصول لمنطقة الالتزام المستقل هي التصرف المجرد والتصرف المقيد -المسبب- وهي كالآتي:

(7) العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 77.

(8) د. مصطفى العوجي، القانون المدني العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 1، بيروت، 2016، ص 219.

أولاً: التصرف المقيّد (المسبب) Cause promesse :

ويقصد بالتصرف المقيّد -المسبب- في التشريعات اللاتينية هو التصرف الذي يلزم السبب La cause وهو الغالب في التقنيات اللاتينية، أما الفقه يذهب إلى أن التصرف المقيّد بأنه التصرف الذي يرتبط بسببه صحة وبطلاً⁽⁹⁾، وقد تناوله آخرون بأنه التصرف المرتبط بالإرادة المنشئة له وهذه الإرادة إما أن تكون ظاهره أو باطنية؟ والذي يلاحظ بالتصرف المقيّد وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه⁽¹⁰⁾، في أن التصرفات عموماً أنها تتأثر وتتقيّد بعوارض كالشروط الفاسخة والواقفة وترتبط بأسباب وجودها وهي الإرادة⁽¹¹⁾، وأن هذه التصرفات تتوقف على الشروط المقتترنة بها والمعلقة عليها وعلى الإرادة التي أنشأتها فإذا كانت هذه الإرادة مشروعة كان التصرف صحيحاً وبخلاف ذلك إذا كانت غير مشروعة فإن التصرف الناتج عنها يكون باطلاً.

والجدير بالذكر أن المشرع المدني الفرنسي قد تخلى عن فكرتي المحل والسبب واستبدلها بفكرة جديدة اصطلح عليها مضمون العقد Le contenu du contrat، وقد نظمها في المادة (1128)، أن المضمون المشروع licite المؤكّد certqin شرط أساسي لصحة العقد. وقد أورد تنظيم فكرة بديلة في المواد من (1162) إلى (1171) تحت عنوان مضمون العقد. ومن خلال

(9) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 217.

(10) العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 359. د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مكتبة عين شمس، ج 1، بدون ذكر سنة، ص 138 وما بعدها. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المكتبة القانونية، ج 1، بغداد، 2007، ص 221 وما بعدها.

(11) د. عبد المجيد الحكيم، المرجع نفسه، ص 160 وما بعدها. د. سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية نظرية العقد وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 258 وما بعدها.

دمج المشرع المدني الفرنسي في المادة (1128) (السبب والمحل)، وهما
أركان العقد وأطلق عليهما (مضمون العقد) Le contenu du contrat .

أما المشرع المصري تناول السبب La cause باعتباره ركنًا من أركان
العقد في المادتين (136 و 137) مدني مصري، وأن السبب إجابة على
سؤال لماذا الدين؟ في حين أن المحل هو إجابة على سؤال بماذا الدين؟
وهذين السؤالين لتوضيح مفهوم السبب كون العقد دائمًا هدف من أجله
التزام المدين، فالسبب هو الغرض الذي يسعى إليه المتعاقد من خلال
العقد. وبما أن السبب هو ما يسعى إليه المتعاقدون، فإن الغرض إما يكون
مباشرًا وهو سبب موضوعي، أو يكون غرضًا غير مباشر وهو سبب ذاتي أو
شخصي ويختلف من متعاقد إلى آخر، وهذا ما يفرق بين سبب الالتزام،
وهو السبب المباشر أو الموضوعي، أو سبب العقد، ويقصد به السبب غير
المباشر أو الشخصي. والجدير بالذكر أن القانون المصري يجمع بين
المفهومين الموضوعي والشخصي معًا.

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فإن السبب يشكل ركنًا من أركان
العقد وهذا ما نصت عليه المادة (177)، ولا بد أن يكون هذا السبب هو
الذي حمل أطراف العقد على الالتزام بالموجبات التي حددها العقد.
فالالتزام دون سبب أمر مستغرب، ولا يمكن أن يصدر إلا عن مجنون أو
فاقد لإرادته، فالإنسان يلتزم بموجب (التزام)، تحقيقًا لهدف معين كبائع
البيت يهدف إلى قبض ثمنه والمشتري إلى تملكه. فإذا التزم شخص ببيع
شيء ولم يقابل هذا الالتزام تحديد للثمن اعتبر هذا الالتزام باطلاً لفقدان
السبب.

الملاحظ أن السبب ليس فقط لإكمال أركان العقد بل غايته الالتزام
من انعدام السبب وتوفير ضمان مشروعيته وصحته وتوافقه مع النظام العام

والآداب العامة. فإذا تخلف السبب أو فقد أحد مقوماته أدى ذلك إلى بطلان العقد أو انعدامه. فالهدف الرئيسي من نظرية السبب في العقد هو ضمان تكوينه بصورة صحيحة ومشروعة.

وقد أخذ المشرع اللبناني بالنظريتين معاً التقليدية السائدة بالسبب القصدي وأيضاً أخذ بالنظرية الحديثة أي بالباعث الدافع. أما المشرع العراقي المدني تناول السبب في المادة (132) ونص على أنه 1- " يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو الآداب. 2- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقيم الدليل على غير ذلك. 3- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك" (12).

نلاحظ أن المشرع قد أبقى في التقنين المدني على النظرية التقليدية في السبب وأخذ أيضاً بالنظرية الحديثة، واشترط أن يكون السبب المقصود مشروعياً بالباعث.

والجدير بالذكر أننا ننظر للتصرف بمعزل عن السبب أو عوارض الإرادة؛ والسبب في ذلك أن موضع البحث في أثر الالتزام، فلا يهم إن كان الالتزام مسبباً أم غير مسبب أو اعتراه أي عارض من عوارض الإرادة، وقد تناولها الباحث كونها تصرفات مجاورة للالتزام المستقل وهي أقرب الأفكار للالتزام المستقل.

ثانياً: التصرف المجرد L'acte abstraite :

نرى أنه تكمن جذور التصرف المجرد في القانون الروماني، وقد أفسح

(12) القانون المدني العراقي 40 لسنة 1951.

لها القانون الألماني مجالاً واسعاً للتصرف المجرد إلى جانب التصرف المسبب السالف الذكر، ولا يعتد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها في العقود الشكلية. بعد ذلك انتصر مذهب الرضائية في القرون الوسطى على يد الكنسيين، فأصبحت الإرادة وحدها -مجردة من الشكل- ملزمة. ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا القيد، فهي من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل.

أما الإرادة المجردة فنعتقد أن من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية. فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقترب بسببها. ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة، وهذا ما يسمى -التصرف المجرد- *L'acte abstraite*.

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب. فالدائن في التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لعيب الإرادة أو عيب في السبب. وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائنة، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى. ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار⁽¹³⁾. وإذا كان التعامل يتنازع عاملان، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار، فإن التصرف

(13) العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 375.

المسبب يستجيب للعامل الأول، ويستجيب التصرف للمجرد للعامل الثاني.

وبعد أن ساد مذهب الرضائية، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقده إلا بظهور التصرف المجرد ففيه ينتصر عامل الإرادة على الإرادة. ومن هنا أيضًا كان التصرف المجرد رجوعًا مهذبًا إلى التصرف الشكلي، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار، هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد، تطورًا تعاقب فيه عاملا الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة، كان الظفر في مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر.

ومن هنا كان التصرف المجرد رجوعًا مهذبًا إلى التصرف الشكلي، وكلاهما يستجيب لعامل الاستقرار، ولكن التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة. على أن التصرف المجرد على شدة الحاجة إليه في استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها واحتياجها إلى أدوات ائتمان ثابتة، فلم يظفر في القوانين اللاتينية، وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة إلا بمكان ضيق محدود.

وعلى النقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد في القوانين الجرمانية، وهي تأخذ بالإرادة الظاهرة، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة. ولا غرابة في ذلك؛ كون التصرف المجرد يتماشى مع الإرادة الظاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية⁽¹⁴⁾.

وبإقرارها التصرف المجرد في حالات كثيرة. فجلعت عقود انتقال

(14) العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 377-376 وما بعدها.

الملك عقودًا مجردة تنتقل الملك بصرف النظر عن صحة العقود التي أنشأت الالتزام بنقل الملكية وجعلت كثيرًا من العقود التي تنشئ الالتزام عقودًا مجردة تصح ولو لم يكن لها سبب أو كان لها سببها غير مشروع، وذلك كحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والإنابة في الوفاء. بل سارت في هذا الطريق إلى مدى أبعد، فرسمت خطوطًا رئيسية للتصرف المجرد، وردته إلى قاعدة عامة، ونصت على أنه يجوز بوجه عام تجريد الالتزام من سببه، فيتخذ صورة التعهد المجرد بالوفاء *Promesse abstraite de paiement* أو الاعتراف المجرد بالدين *Reconnaissance abstraite de dette* وهي الطائفة الثانية، ولكن نتناول قبلها الطائفة الأولى وهي عقود انتقال الملكية.

يذهب في هذا الاتجاه جانب من الفقه إلى أن التصرف المجرد له مبني وفق الإرادة الظاهرة. ويصح التصرف سواء كانت الإرادة ظاهرة أم باطنة، وبهذا يترتب أن التصرف المجرد *L'acte abstraite* نظام يخرج عن القواعد العامة، ولا فرق بين القانون الألماني والقانون الفرنسي، بل يذهب إلى أكثر من ذلك؛ كونه يرفض أن يكون المعيار في التصرف المجرد هو تجرده عن السبب، أما معياره في ذلك هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطنة ليتمخض إرادة ظاهرة.

وأن التصرف المجرد بتجرده عن الإرادة الباطنة فهو يتجرد في الوقت ذاته عن السبب، سواء اعتبر السبب عنصرًا مستقلًا عن الإرادة الباطنة كما هي الحال في القوانين اللاتينية، أو اعتبر عنصرًا غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعدّ من مقومات هذه الإرادة كما هي الحال في القانون الألماني. فالتصرف المجرد يتميز في جميع الأحوال بتجرده عن السبب على أن المذهب مميز في هذه الفكرة. وأن الأفراد لا يملكون تجريد تصرفاتهم إلا

في الحدود التي يسمح بها القانون. فالتصرف القانوني في القانون الألماني مقيد كقاعدة عامة أي خاضع للقواعد المنصوص عليها في مواد مقننة، وهذه القواعد مهمتها ضمان الاتفاق بين التعبير عن الإرادة والإرادة الحقيقية ومخالفتها تؤدي إلى بطلان التعبير بطلاناً مطلقاً أو نسبياً⁽¹⁵⁾.

يخلص أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب فقط، بل يتميز بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها.

وبينما كانت الميزة الأساسية للطائفة الثانية هي ذكر الأساس القانوني لهذه التصرفات وارتباطها بسببها، أما في الطائفة الأولى وهي التي يكون فيها سببها منفصلاً عن محتواها التعاقدية، فإن الوعد الملتزم به أحد المتعاقدين بدون السببية أو معه، يؤخذ بنظر الاعتبار عند التعاقد، هذه هي الحالة النموذجية لأنظمة القانونية الأولى وفق ما اصطلح بعض الفقه⁽¹⁶⁾، هو التصرف الذي يتجرد عن إرادته أو عن سببه.

وفي رأي آخر⁽¹⁷⁾، أن التصرف المجرد: هو تجريد الالتزام من سببه، وهو استثناء من القاعدة العامة في اشتراط وجود السبب إنما يفسره في حالات التي يتقرر فيها التجريد، الحاجة إلى وقاية الدائن من أن يفاجأ ببطلان التزام المدين قبله لعيوب قد تشوب علاقة المدين بشخص ثالث. وتناوله رأي آخر⁽¹⁸⁾، بأنه هو التصرف الذي يصح بغض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، وبذلك يرفض أن يكون المعيار في

(15) د. محمود أبو عافية، المرجع السابق، ص 289.

(16) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 269. د. محمود أبو عافية، المرجع نفسه،

ص 285. د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 218.

(17) العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 376.

(18) د. محمود أبو عافية، المرجع السابق، ص 287 وما بعدها.

التصرف المجرد هو تجرده عن السبب، ويذهب إلى أن المعيار هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطن ليتمخض إرادة ظاهرة.

وقد تم تقسيم التصرف المجرد طبقاً للزاوية التي ينظر إليها فقد يتمظهر الالتزام المجرد بسبب الشكلية أي الإطار العام الذي رسمه القانون وبسبب الإجرائية أي الذي يتجرد عن إثباته أو بسبب الموضوعية أي المتعلق بإرادته. والجدير بالذكر أن التصرفات المجردة، قد أفسح لها المجال واسع وهي طائفتان: طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات وهما:

1 - عقود انتقال الملكية: تنتقل بها الملكية -والحق العيني بوجه عام- دون اعتبار للسبب. ذلك أن الملكية في التقنيات لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها، بل لا بد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية، من خلال التسجيل في السجل العقاري⁽¹⁹⁾.

2 - عقود منشئة للالتزامات:

أ - حالات معينة بذاتها، منصوصاً عليها كحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والإنابة في الوفاء، فيما عدا الأوراق التجارية والسندات، ويكون العقد مجرداً، فيتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق الشخصي دون اعتبار للسبب في هذه الحوالة أو في التنازل، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى

(19) قانون الموجبات والعقود اللبناني نص في المادة (393) على أنه "أن بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على عقار لا يكون له مفعول حتى بين المتعاقدين، إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري". أما القانون المدني العراقي بالمادة (508) ونصت على أنه "بيع العقار لا ينقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون".

الإثراء، كذلك التزام المناخ للمناخ لديه بالوفاء -التزام مجرد- L'acte abstraite عن السبب فلا يستطيع المناخ أن يحتج على المناخ لديه بما له أن يحتج به من دفع ضد المنيب.

ب -التعهد لمجرد الوفاء Promesse abstraite de paiement والاعتراف المجرد بالدين Reconnaissance abstraite de dette وهما صورتان للتصرف المجرد. فتضع التقنيات الألمانية قاعدة عامة للتصرف المجرد، وتجزئ أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالدين مجرداً. فيوجد الالتزام في ذمته منفصلاً عن السبب، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع⁽²⁰⁾. وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح، فيتخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام. وقد أخذ الاجتهاد الفرنسي من خلال محكمة التمييز الفرنسية في قرار بدائي جاء فيه⁽²¹⁾ "إن عقد الضمان المستقل بأنه عقد يلتزم به المصرف بموجبه، بناء على طلب مصدر الأمر، أن يدفع مبلغاً من المال متفقاً عليه لمن صدر لمصلحته هذا الأمر دون إبطاء ودون إثارته أي اعتراض مهما كان سبب الموجب (الالتزام)".

ويمكن تصور الوضع العكسي بأن يطلب المصدر من المستورد إصدار أمرٍ لمصرفه لدفع مبلغ من المال إلى المصدر غب الطلب، وذلك ضماناً لدفعه ثمن بضاعة المورد إليه. وهذا ينطبق أيضاً على المقاول أو صاحب المشروع يمكنه أن يطلب من الطرف الآخر المتعاقد معه إصدار أمر إلى مصرفه لدفع مبلغ من المال له غب الطلب وذلك ضماناً لإنفاذ موجباته

(20) العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 378 - 379.

Cass. Com. 2 fév. 1988. D. 1988. Som. 239.

(21)

(التزاماته). وأن وصف هذا الضمان بالمستقل لانفصاله تمامًا عن العقد الأساسي الذي يربط مصدر الأمر بالمستفيد من هذا الضمان. فلا يستطيع لا مصدر الأمر ولا المصرف إثارة أي دفع أو اعتراض أو تأجيل للدفع في وجه المستفيد الأمر. فقد انفصل هذا العقد عن العقد الأصلي ليكتسب كياناً مستقلاً عنه وعن العلاقة القائمة بين أطراف العقد الأساسي.

والجدير بالذكر قد عرف في فرنسا بالضمان المستقل أو بالضمان غب أول طلب Garantie indépendante ou Garantie à première demande غايته توفير ضمانة مستقلة عن الالتزام الأصلي.

أما منطقة الالتزام المستقل فمن خلال استظهار مفهومي التصرف المجرد والتصرف المقيّد -المسبب- وهما أقرب الأفكار من الالتزام المستقل يمكننا بعد ذلك أن نبيّن موقع أو مكان أو منطقة الالتزام المستقل من الأوضاع القانونية بل من نظرية الالتزام كلها. ومنطقة الالتزام المستقل تتحدد بحددين: الحد الأول: يتمثل الالتزام المستقل في دائرة الالتزامات التي يكون موقعها في آثار التصرفات⁽²²⁾ الحد الثاني: يتجسد الالتزام المستقل والذي يقع كما قلنا في دائرة الالتزامات بوجه عام في مرحلة لاحقة لوجود التصرف.

وعليه فإن التصرف سواء أكان مجرداً أم مقيّداً -مسبباً- هو غير الالتزام؛ لأن الالتزام هو أثر للتصرف لا ذات التصرف، ومن ثم لا يمكن القول أن التصرف المجرد هو ذاته الالتزام المستقل؛ لأن الالتزام المستقل قد يكون أثراً للتصرف المجرد أو المقيّد. وأن سبب الالتزام المستقل هو غير

(22) الالتزامات مع الحقوق تمثل الآثار لكل تصرف أو واقعه وقد درج الفقه على إيراد الالتزامات في باب الآثار باعتبارها نتيجة يتوخاها الإنسان من تصرفاته، كالوفاء بمقابل وهو اتفاق الدائن والمدين على أن يوفي المدين للدائن بشيء آخر غير محل الالتزام. وقد نص بالمادة (399) مدني عراقي.

سبب التصرف المجرد أو المقيد؛ لأن سبب هذا الأخير، هو ذات الإرادة سواء أكانت ظاهرة أم باطنة، أما سبب الالتزام المستقل هو التصرف في ذاته، بمعنى أن كل تصرف وأثره يتكون من عملية مركبة وهي: (إرادة + تصرف + التزامات وحقوق). ولكن يمكن أن يتشابه الالتزام المستقل مع التصرف المجرد فإن كلاهما ينفصلان عن حكم السبب المنشئ لهما فكما أن التصرف المجرد مستقل بحكمه عن إرادته سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة فكذلك أن الالتزام المستقل ينفصل أو يستقل عن سبب وجوده والتصرف بذاته.

وصفوة القول يمكن أن نعطي تعريفاً للالتزام المستقل بالقياس على تعريف فكرة التصرف المجرد بأن الالتزام المستقل: (هو الأثر الذي ينفصل أو يستقل عن حكم سبب وجوده "التصرف" صحته وبطلانه، وكان هذا الانفصال أو الاستقلال عن حكم سبب وجوده هو تحقيق لغاية جديدة أو يبتكرها الأطراف كتحويل العقد أو تفرض نفسها كأثار عقد الشركة الباطل).

المطلب الثاني

تمييز الالتزام المستقل عن الالتزام غير المستقل

إن للالتزام المستقل ذاتية تختلف عن الالتزام غير المستقل، ويمكن أن نلتزم التمييز بينهما في كل من السبب وكذلك معيار التمييز أو المائز. وأن الغاية من تمييز الالتزام المستقل عن الالتزام غير المستقل لمعرفة مدى انفصال العوامل أو العناصر القانونية التي تؤثر عليها صحة وبطلانه، ويبقى هذا الالتزام صحيح وقائم بذاته وهنا نكون أمام -التزام مستقل - obligation autonome. والسؤال ما هو المائز بين الالتزام المستقل والالتزام غير المستقل؟ لذلك سنقسم هذا المطلب إلى أولاً: التمييز السببي، ثانياً: التمييز الغائي.

أولاً: التمييز السببي: ونقصد بالتمييز السببي مورداً:

المورد الأول: يتمثل في بيان السبب من إطلاق مصطلح الالتزام المستقل وسبب إطلاق مصطلح الالتزام غير المستقل، إذ إن وصفنا للالتزام بأنه مستقل هو بسبب أن بعض الالتزامات تنفصل عن العوامل أو العناصر القانونية التي تؤثر عليها صحةً وبطلاناً، وتبقى هذه الالتزامات صحيحة وقائمة بذاتها، مهما كان صحة أو بطلان العوامل أو العناصر المحيطة بها لأنها التزامات (تستقل بأحكامها عن الالتزامات الأخرى والمرتبطة معها)⁽²³⁾. بخلاف الالتزامات غير المستقلة التي لا يمكن أن تستقل بأحكامها بمعزل عن العناصر القانونية المحيطة بها كعدم تصور استقلال الالتزام التبعية عن الالتزام الأصلي أو عدم تصور استقلال حكم تسليم المبيع عن عقد البيع، وكذلك التزام الكفيل في عقد الكفالة⁽²⁴⁾.

إذ إن الالتزام التبعية الذي يعد من الالتزامات غير المستقلة وقد نصت

(23) هناك حالات يتجرد فيها الالتزام من سببه، فيبقى الالتزام قائماً ولو لم يوجد له سبب، فلا يجد المدين في علاقته بدائنة أن يثبت أن التزامه لا سبب له، فلا يكون التزامه باطلاً ويتعين عليه الوفاء به، وهذا هو الحال في الإنابة في الوفاء. وتتميز هذه الحالات الاستثنائية بأن سبب الالتزام فيها لا يتصل بعلاقة المدين بدائنة، بل هو يتصل بعلاقة بين المدين وشخص ثالث، ففي الإنابة يلتزم المانح قبل المانح لديه، ويرجع سبب الالتزام إلى العلاقة بين المانح والممنوب، فإذا كان المانح قد التزم قبل المانح لديه، يريد بذلك أن يوفي بدين عليه للممنوب، ثم يتبين أن هذا الدين لا وجود له، فليس له أن يتمسك قبل المانح لديه بأن التزامه قبله ليس له سبب، بل يجب عليه الوفاء بذلك الالتزام، ويكون الرجوع له بعد ذلك على الممنوب استناداً للمادة (361) من القانون المدني المصري.

(24) إن التزام الكفيل يدور وجوداً وعدمًا مع التزام المدين الأصلي، فلا تنعقد الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً، وبهذا المعنى فإن الكفالة تنشئ التزاماً تابعاً؛ لأن الغرض من الكفالة ضمان التزام المدين. د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثالث، عقد الكفالة، 1993، ص 14-15.

التشريعات موضع المقارنة على أحكام الالتزام التبعي وجعلته مرتبطاً بالالتزام الأصلي ونجد ذلك جلياً عند المشرع اللبناني في المادة (79) التي نصت على أنه: "إذا وجد موجبان فأحدهما يعد أصلياً والآخر إضافياً إذا كان الأول أساساً للثاني ولا سيما فيما يلي: 1- حينما يكون أحد الموجبين نتيجة قانونية للآخر كموجب التعويض من ضرر ناجم عن عدم تنفيذ موجب سابق. 2- حينما يعقد أحد الموجبين اعتباراً للموجب الآخر (كبند جزائي أو كفالة أو رهن)". كذلك المادة (291) والتي نصت على "أن سقوط الموجب الأصلي يؤدي إلى سقوط الموجبات الفرعية والتأمينات المنقولة التي كانت مختصة بالدين. وينشأ عنه حق محو القيود المختصة بالتأمينات غير المنقولة". أما المادة (1087) والتي نصت على أنه: "جميع أسباب البطلان أو السقوط المختصة بالموجب الأصلي تسقط الكفالة".

وتناوله أيضاً المشرع المدني الفرنسي تناول في المادة (2311) والتي نصت على أنه: "يسقط الالتزام الناتج عن الكفالة للأسباب ذاتها التي تسقط بها الالتزامات الأخرى".

المورد الثاني: ونعني بالتمييز السببي بهذا الصدد هو أن لكل التزام لابد أن يكون له سبب، وهذا الشرط يشترك به الالتزام المستقل مع الالتزام غير المستقل، إذ لا يمكن أن نتصور أن الالتزام بوجه عام لا يكون له سبب وهذا ما هو لدى التشريعات المقارنة اللاتينية التي تطلق على التصرف الذي يلزم فيه السبب.

والذي يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع المدني الفرنسي قد تخلى عن فكرتي المحل والسبب واستبدالها بفكرة جديدة اصطلح عليها مضمون العقد Le contenu du contrat ونظمها بالمادة (1128)، أن المضمون المشروع licite المؤكد certqin شرط أساسي لصحة العقد. وقد أورد تنظيم فكرة بديلة

في المواد من (1162 إلى 1171) تحت عنوان مضمون العقد. ومن خلال دمج المشرع المدني الفرنسي في المادة (1128) (السبب والمحل)، وهما أركان العقد وأطلق عليهما (مضمون العقد) Le contenu du contrat⁽²⁵⁾، ولم يذكر السبب بشكل صريح بل ذكر ضمناً في نصين آخرين يدلان عليه وهما:

* ما نصت عليه المادة (1162) على أنه: "لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه سواء كان الهدف معلوماً أو غير معلوم من جانب جميع الأطراف". يقصد بالهدف، البواعث الحاسمة التي يبسط القضاء الفرنسي رقابية تقليدية على مشروعيتها طبقاً للنظرية الحديثة في السبب، بذلك يكون المشرع الفرنسي قد أدمج (السبب مع المحل)، ولكنه يبقى التفريق بينهما ضمناً.

* ونص المادة (1169) على أنه: "يكون عقد المعاوضة باطلاً من وقت إنشائه، إذا كان المقابل المتفق عليها لصالح طرفي الملتزم وهماً أو تافهاً". وهنا السبب القصدي الذي يلزم وجوده في عقد المعاوضة، وأن كان النص يتكلم عن عقد المعاوضة في تعريفه للمادة (1107) إلا أنه بالنسبة لعقود التبرع فإن وجود السبب يختلط مع المحل كما في المادة (1169) وينحصر نطاق تطبيقها على مرحلة الانعقاد واستلزم وجود السبب، وبهذا فإن السبب موجود ضمناً.

وقد خالف القضاء الفرنسي موقف مشرعه في اعتماده على السبب في قرار لمحكمة التمييز الفرنسية ومورد المخالفة يتمثل في أن القضاء الفرنسي

(25) يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد استعمل مصطلحين لمعنى واحد ففي المادة (1128) التي نصت على استعمال مصطلح (مضمون مشروع موكد) والذي يراد به مضمون العقد Le contenu du contrat نفسه الذي تطرق له في المواد (1162 - 1171) من القانون المدني الفرنسي المعدل 2016.

قد أصر بالاعتماد على السبب كركن في العقد وبانتفائه أبطل عقد الإيجار لصالة عرض أفلام لفقدانه السبب باعتباره غايه الإيجار أن يكون العمل تجارياً بتأجيرها في قرية يبلغ سكانها (1314) نسمة فقط معتبرة أنه مقابل بدل إيجار لا توجد إمكانية للاستثمار لصالة عدد سكانها فيكون العمل التجاري محكوماً بالفشل ويكون المقابل لبدل الإيجار معدم السبب، وهذا مخالف لما جاء به نص المادة أعلاه من القانون المدني الفرنسي التي لم تأخذ بنظرية السبب واستبدلته بفكرة جديدة اسمها محتوى العقد⁽²⁶⁾. وهذا مخالف لما جاء به نص المادة أعلاه من القانون المدني الفرنسي التي لم تأخذ بنظرية السبب واستبدلته بفكرة جديدة سبق ذكرها.

أما المشرع المدني المصري نص بالمادة (136) على أنه: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً". أما قانون العقود والموجبات اللبناني نص بالمادة (177) على أنه: "لا مندرجة 1- عن وجود الرضا فعلاً. 2- عن شموله لموضوع أو لعدة مواضيع. 3- عن وجود سبب يحمل عليه. 4- عن خلوه من بعض العيوب. 5- عن ثبوته، في بعض الأحوال، بشكل معين". أما المشرع اللبناني قد ميّز بين سبب الموجب وسبب العقد⁽²⁷⁾، ووضع مفهوماً مفصلاً لسبب الموجب وسبب العقد وفق المادتين (195 و200)، ويكون الموجب باطلاً إذا انقضى وجوده أو كان غير صحيح أو غير مباح م 201، مما يؤدي إلى بطلان العقد، أي كان الدافع الشخصي على إنشائه غير مباح م 200. ونصت المادة (197) على أنه: "يكون السبب غير صحيح إذا التزم فريق أمراً بسبب وهمي كان يعتقد خطأ أنه موجود، أن السبب الظاهري لا يكون

(26) Cass. Civ. 1^{er}. 3 juil 1996. J,C,P, 1996. IV. 1998.
(27) قانون الموجبات والعقود في المادة (194) نص على أنه: "يميز بين سبب الموجب وسبب العقد".

في الأساس مفسدًا بنفسه للعقد بل يبقى العقد صحيحًا إذا كان السبب الحقيقي للموجب مباحًا" (28).

ونرى أن المشرع اللبناني قد أجاد في تمييزه بين سبب الالتزام وسبب العقد، ويمكن أن نعهده سندًا قانونيًا قويًا للالتزام المستقل الذي نبهته، إذ ينطبق موقف المشرع اللبناني مع ما نريده في أن الالتزام قد يستقل عن العقد إذا استمر سببه دون سبب العقد، وهذه هي الفكرة الأساسية لنظرية الالتزام المستقل.

أما المشرع المدني العراقي نص بالمادة (132) على أنه: "1- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو الآداب، 2- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، 3- أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك".

ثانياً: التمييز الغائي:

هو المعيار الذي نميز به الالتزام المستقل عن غير المستقل هي الغاية أو الغرض المبتكر أو الجديد أو المستحدث من وجود الالتزام إذا كان الغرض يتحقق من الالتزام بصورة منفصلة عن سببه فيعد بهذه الحالة -التزام مستقل - Obligation autonome. نقصد بالتمييز الغائي أن هناك معياراً أو

(28) نلاحظ أن صياغة نص المادة (197) على أنه: " يكون السبب غير صحيح إذا التزم فريق أمراً بسبب وهمي كان يعتقد خطأ أنه موجود، أن السبب الظاهري لا يكون في الأساس مفسدًا بنفسه للعقد بل يبقى العقد صحيحًا.. والعبارة الأدق هي "إذا تبين أن السبب الظاهري لا يكون في الأساس مفسدًا بنفسه للعقد بل يبقى العقد صحيحًا...".

مائرًا أو ضابطًا يجعلنا نميز بين الالتزام المستقل والالتزام غير المستقل، وهذا المعيار أو الضابط أو المائر هو (الغرض أو الجديد أو المستحدث أو المفروض أو المبتكر)، ونعني بذلك أن هناك بعض التصرفات التي تنشأ لتحقيق غرض معين، إلا أنه وبعد نشوئها وإثاء الشروع بتنفيذها قد تبطل أي هذه التصرفات ومن ثم يبطل معها الغرض الذي أنشئت من أجله، مما يترتب على ذلك تحلل الأطراف من التزامات هذا التصرف، ولكن على الرغم من بطلان مثل هذه التصرفات والغرض الذي أنشئت من أجله والالتزامات المترتبة عليه فقد تنشئ في ذهن الأطراف أو المتعاقدين غرضًا جديدًا أو غرضًا يفرض نفسه أو قد يبتكر الأطراف غرضًا مستحدثًا لتحقيق مصالح جديدة يدفعهم لتنفيذ بعض الالتزامات الناشئة من التصرف الأصلي الباطل لكي يحققوا هذا الغرض الجديد أو المفروض أو المبتكر، وأن هذه الالتزامات التي يقوم الأطراف بتنفيذها بصورة مستقلة لتحقيق الغرض الجديد فهي التزامات مستقلة عن التصرفات الباطلة.

أما إذا لم تستطع الأطراف أن تبتكر أو تجد غرضًا جديدًا يتحقق ببعض التزامات التصرف الأصلي الباطل، فإننا نوصف مثل هذه الالتزامات بأنها غير مستقلة عن التصرف الأصلي الباطل مثال ذلك الشرط الجزائي⁽²⁹⁾،

(29) الشرط الجزائي *La clause pénale*، هو اتفاق يحدد فيه المتعاقدين مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يف المدين بالتزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه. ويكون التزامًا تابعًا وأن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الالتزام التابع، أي الشرط الجزائي، وبطلان الالتزام الأصلي، لأي سبب من أسباب البطلان، يستتبع بطلان الشرط الجزائي، ولا يوجد مستقلاً بنفسه بل يكون دائماً مستقلاً تابعاً للالتزام الأصلي، أيًا كان مصدر هذا الالتزام، وأيًا كان محله. د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 577. عبد الحكيم المجيد، القانون المدني وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 60.

والعربون⁽³⁰⁾، فإن الغرض الأساسي من نشوء العربون والشرط الجزائي مرتبط بالتصرف الأصلي ومن ثم لا يمكن أن يستقل الالتزام بدفع العربون أو الشرط الجزائي إلا بتحقيق الالتزام الأصلي، ومن ثم بطلان الالتزام الأصلي لا يمكن أن تسعفا الالتزامات التبعية كالشرط الجزائي والعربون من ابتكار أو استحداث غرضٍ جديدٍ.

بخلاف الالتزامات التي تنشأ من التصرفات الباطلة وتسعفنا لابتكار غرض جديد كما في حالة تحول العقد الباطل إلى صحيح؛ لأن الغرض الجديد من العقد المتحول قد نشأ بعد بطلان العقد الأصلي لكن المتعاقدين قد ابتكرا غرضاً جديداً يستلزم منهم تنفيذ التزامات مستقلة من العقد الأصلي

(30) د. عبد الحكيم المجيد، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، مصادر الالتزام، الكتبية القانونية، ج 1، ط 4، بغداد، 2010، ص 53. العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، البيع والمقايضة، ج 4، منشأة المعارف، 2004، ص 75. د. نبيل إبراهيم سعد، ص 145 وما بعدها. والجدير بالذكر أن في التعريفات العربون إحدى الدالتين: الأولى: دلالة العدول. الثانية: دلالة البتات. وقد تناول المشرع المدني الفرنسي نص بالمادة (1590) على أنه: "إذا تم الوعد بالبيع مقرونًا بعربون يكون كل من المتعاقدين حرًا في العدول عنه، فمن أعطى العربون بخسارته له، ومن قبض العربون برده مضاعفًا". وقد عدلت المادة (1124) مدني فرنسي 2016 الخاصة بالوعد الملزم لجانب واحد. أما المشرع المصري نص بالمادة (103) على أنه "1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق لغير ذلك. 2- فإذا عدل من دفع العربون وقت، فقدته وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر". قانون الموجبات والعقود اللبناني نص بالمادة (493) على أنه: "إن الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم المرء بيع شيء من شخص آخر لا يلتزم شراءه في الحال ومن طبيعة هذا العقد أنه غير متبادل، وهو لا يولد موجبًا ما على الموعد بل يلتزم الواعد بوجه بات، فلا يستطيع الرجوع عن عرضه بل يجب عليه انتظار قرار الشخص الموعد". المادة (92) مدني عراقي "يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتًا لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك".

الباطل، بل قد لا تبتكر الأطراف غرضاً جديداً لتنفيذ بعض الالتزامات مستقلة عن التصرف الأصلي الباطل، بل قد يفرض الغرض الجديد نفسه على الأطراف ويلزمهم بتنفيذ بعض الالتزامات التي تستقل عن التصرف الباطل كما في حالة الآثار المترتبة على عقد الشركة الباطل، إذ إن الغرض من عقد الشركة قبل بطلانه يتجسد في المردود الربحي ومزاولة النشاط التجاري، أما بعد بطلانه فقد استحدث غرض فرض نفسه على أطراف عقد الشركة وهذا الغرض يتجسد في تصفية آثار عقد الشركة واستلزام في الوقت نفسه تنفيذ بعض الالتزامات العقد الباطل إلا أنها تستقل عنه وتهدف لتحقيق الغرض الجديد.

ونرى أن على الرغم من ابتكارنا لمعيار الغرض أو الجديد أو المستحدث الذي نعتقد أنه يصلح للتمييز بين الالتزام المستقل والالتزام غير المستقل، إلا أننا نجد هذه الفكرة قد تنسجم مع توجه المشرع اللبناني الدقيق عنده تمييزه بين سبب الالتزام (الموجب)، وسبب العقد كما تمت الإشارة إليه فيما سبق. ومورد الملاءمة بين فكرة الغرض الجديد والتفريق بين سبب الالتزام وسبب العقد؟ تتمثل في أن القانون اللبناني قد جعل الالتزام (من حيث الأصل أنه كيان أو عنصر قائم بذاته وبسببه وهو غير كيان العقد وسبب وجوده، إلا أن موضع الارتباط بينهما أي بين الالتزام والعقد، أن الالتزام عده المشرع اللبناني عنصراً خارجياً مستقلاً إلا أنه مؤثر في تنفيذ العقد من عدم تنفيذه).

المبحث الثاني أساس نظرية الالتزام المستقل

لكل نظرية تطرح في حقل القانون لا بد أن يكون لها أساسٌ علميٌّ تتأسس عليه، ونظرية الالتزام المستقل قد نجد لها أساساً فلسفياً ومنطقياً، إذ إن الالتزام المستقل لم يخرج عن الأساس الذي وضعه القانون كما وأن تأسيس نظرية لا بد أن يعتمد على أسس مهمة. وإذا كانت الأسس الفلسفية والمنطقية تعبر عن ركائز عامة في تكوين النظريات، فإنها في الوقت نفسه يمكن أن تصلح مبررات لوجود الالتزام المستقل فضلاً عن الأسس القانونية الداعية لتأسيس مثل هكذا نظريات، كاستقرار التعامل وحماية الحقوق والائتمان للأطراف المتعاقدة والضمان الذي يحققه -الالتزام المستقل- من خلال الآثار والتطبيقات التي يحققها الالتزام المستقل فهي جديرة بالبحث في أصلها؛ كونها آثاراً مقننة في القانون المدني، وهو وضع قانوني له ارتدادات عملية تتمثل بالآثار القانونية التي أجبرت التشريعات المقارنة على وضع جملة من التطبيقات سواء أكانت مدنية أم تجارية، أما التي أصلها في القانون المدني فهي الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، والإنبابة الناقصة، وتحول العقد، أما الآثار القانونية في القانون التجاري فهي في الورقة التجارية، وفي العمليات المصرفية والتي سنتناولها في الفصل الثاني بشكل مفصل، لذلك سنقسم المبحث الأول على مطلبين، المطلب الأول: الأساس الفلسفي. والمطلب الثاني: الأساس المنطقي.

المطلب الأول الأساس الفلسفي

طرح الفلاسفة نظريات متعددة إذ إن كل حكم من الأحكام القانونية لا بد أن يكون له جذر فلسفي أسسه له فلاسفة القانون. ولا يخرج عن هذه القاعدة موضوع الالتزام المستقل، والتساؤل الذي يثار بهذا الصدد: ما هو الأساس الفلسفي الذي يبرر نشوء الالتزام المستقل؟ للإجابة عن ذلك فإن الأمر يتوقف على معرفة العنصر الأساسي في الالتزام، مما يتبع ذلك استعراض النظريات في هذا الصدد، وهناك نظريتان تقليديتان ونضيف عليهما -نظرية جديدة- في تفسير العنصر الجوهرية في الالتزام وهما:

أولاً: النظرية الشخصية Théorie subjective :

يرى أنصار النظرية الشخصية أن الأمر الجوهرية هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين⁽³¹⁾ وواضح أن هذا المذهب يتأثر في تحديد طبيعة الالتزام بالأصول التاريخية للالتزام عند الرومان، وزعيم هذه المذهب سافيني Savigny وهي صورة مصغرة من الرق، فالسلطة تمنح لشخص على شخص آخر، وقد تستغرق سلطة الدائن كل حرية المدين وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة، وقد لا تتناول السلطة إلا بعد هذه الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين، وبذلك يكون الرق والالتزام شيئين من طبيعة واحدة، ثم وقفت عند الحبس، وبعد التطور أصبحت قاصرة على التنفيذ على مال المدين، وقد سادت هذه النظرية في الفقه الفرنسي، ويتبنى فكرة

(31) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات نظرية العقد، مطبعة النوري، الجزء الأول، 1943، ص 20. العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 92.

السيادة، إذ الالتزام عنده خضوع الدائن على المدين، وقد ترد عناصر طبيعية فيمتلكها، وقد تصل إلى حرية شخص، وهي بهذا المعنى لا تقتصر على الالتزام، وإنما تشمل جميع الحقوق، وعنده الالتزام والملكية يتفقان في الطبيعة ويختلفان في الدرجة، وهذا هو الطابع الروماني لذا نلاحظ أنه يعتبر الالتزام رابطة شخصية أقل درجة للخضوع من الرق، ولم يكتب للنظرية الشخصية النجاح في ألمانيا؛ لأن جانب كبير من الفقه تبنى النظرية المادية.

ثانياً: النظرية المادية Objective Théorie :

يقابل النظرية الشخصية -التقليدية- في الالتزام فكرة حديثة تصور الالتزام بأنه علاقة بين الدائن وذمة المدين، أو ذمتين تكون ذمة المدين في مواجهة ذمة الدائن، وهنا نكون أمام فكرة الالتزام كفكرة اقتصادية موضوعية بحتة، إذ إن ما يهم في الالتزام هو قيمته، أما شخصيتا الدائن والمدين فهما أقل أهمية، بحيث لا يضر الالتزام شيئاً أن يفصل عن الدائن وعن المدين، وعندئذ يؤدي الالتزام الدور الذي كان يؤديه، أن هذه النظرية المادية التي تزعمها جيبيرك Gierke الذي أراد للالتزام في الفكرة الجرمانية ألا يقف عند الرابطة الشخصية كما في القانون الروماني، فاعتبر محل الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية، بمعنى أن محل الالتزام هو العنصر الأساسي، وتجرده من الرابطة الشخصية ليكون عنصر الالتزام مالياً أكثر منه علاقة شخصية، فيفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين، ويختلط بمحله، والمحله له قيمه مجردة تلقى به في سوق التعامل شأنها شأن الأموال المادية الثابتة والمنقولة، وبذلك يستقل الالتزام عن شخص الدائن وعن شخص المدين وتكون العبرة بقيمته المادية⁽³²⁾ وهذا يعني أن النظرية

(32) العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 93. د. إسماعيل غانم،

المادية الجرمانية للالتزام نظرية مادية موضوعية، لذلك ذاع صيتها وانتشرت في أغلب تقنيات بلدان العالم. وقد وضع الأستاذ بلانيول planiol تعريفًا للالتزام وفقًا لفكرة الرابطة الشخصية، بأن الالتزام علاقة بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين.

وبلحاظ ما طرح في التعريف فإنه حاول التقريب ما بين الحق العيني والحق الشخصي، والحق العيني يفترض صلة مباشرة بين شخص وشيء، وهذا لا يعني إلزام الشيء بواجب قبل صاحب الحق العيني، فالواجبات لا تلزم إلا الأشخاص، وهذا إبراز خصيصه الحق العيني الأساسية، ومعنى هذا أنه لا وساطة للحد بين صاحب الحق والشيء محل حقه.

ولكن دعوة الأستاذ بلانيول planiol لترك التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني، وقيم التفرقة على أساس محل الحق، ويذهب إلى أن الحقوق تفرض علاقات بين الأشخاص، والواجبات لا تلزم إلا الأشخاص، ويساوي بين الحق العيني والحق الشخصي بأنه يفرض التزامًا على عاتق المدين، وأن المدين في الحق الشخصي شخص معين يرتبط بالدائن، أما الحق العيني فهو يربط صاحبه بالناس كافة، وكلا الحقيين -الشخصي والعيني- يقابلهما التزام، ولكن التزام سلبي أمام الحق العيني دائمًا وهو الامتناع عن التعرض لصاحبه في مباشرة حقه، والتزام المدين يكون إيجابيًا، القيام بعمل، أو سلبيًا، الامتناع عن عمل⁽³³⁾. ويوجه النقد لهذا الرأي في نقطتين:

المرجع السابق، ص 31. د. عبد الحي حجازي. النظرية العامة في الالتزام وفقًا للقانون الكويتي، المرجع السابق، 1982، ص 82-83. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في القانون المدني في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 95. (33) العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 106.

1 - يفرض على الكافة واجب احترام -الالتزام- سواء أكان شخصياً أم عينياً، أو مالياً أو غير مالي فهذا الالتزام السلبي العام وما يميز الحق العيني- بأنه الالتزام السلبي قائم بالنسبة لجميع الحقوق وهي قائمة على أساس الحماية القانونية التي تشترك في تكوين الحق في نظر الأستاذ بلانيول planiol إذ إن فكرة الحق تشترك في تكوين الحق، ويفرض عنصر الاحترام على الكافة لتحقيق الحماية.

2 - إن الالتزام السلبي لا يصلح لتمييز الحقوق عن بعضها، فكما يجب على الكافة عدم التعرض لحق المالك، فإن عليهم احترام حق الدائن، وهذا ينطبق على صاحب الحق الشخصي، الدائن، فله أن يطالب بالتعويض إذا تم التعرض له.

خلاصة القول يتوجب التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني على أساس محل الحق لا على أساس الملتزمين به. إن الاختلاف بين وجلي بين الالتزام السلبي عن الالتزام الذي يلتزم به المدين في حقه الشخصي، وهنا يجب التفرقة الحق العيني والحق الشخصي على أساس محل الحق لا على أساس الملتزمين به.

وبلحاظ ما تقدم نجد أن الفرق بين الالتزام في ذاته والحق الشخصي وفقاً للنظريتين أعلاه فإن المائز -واضح وبين- حيث إن الترادف غير سديد إذ لا يصح أن يكون الالتزام مرادفاً للحق الشخصي، إنما هو يقابله والذي يجمع وإياه التلازم والتناظر، فكل حق يقابله واجب، ولا يكون هذا التلازم والتقابل الحق والواجب واحداً، ولا يصح أيضاً أن نجعل مفهوم الحق الشخصي والالتزام واحداً، وإن كان المحل الذي ينصب عليه متحداً، ويكفي أن يختلف من جهة الاعتبار ليتحقق اختلاف المفهوم والمعنى.

صفوة القول: فإن التلازم بين الأمرين شيء، واتحادهما شيء آخر،

وأن طبيعة الحق الشخصي إيجابية تقوم على غرض الاستيفاء والاستغناء في أحد الجانبين، وطبيعة الالتزام سلبية تقوم على فكرة الإيفاء أو الافتقار بتفريغ العهدة والذمة من الجانب الآخر. وعند عرض النظريتين أعلاه عن موضوع الالتزام المستقل يكمن في أن نعتبر أن كلا النظريتين تصلحان كأساس فلسفي، فالنسبة للنظرية الشخصية القائمة على الرابطة بين الأشخاص التي يمكن أن يكون الالتزام المستقل ناتجاً منها كما في حالة تحول العقد⁽³⁴⁾، ويتلخص تحول العقد أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف أخرى، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل، إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف

(34) بالرغم من تصدي الرومان إلى فكرة التصرف القانوني لكنهم لم يصلوا لتحديد علمي دقيق، بل تعددت التعبيرات ويرجع ذلك إلى طبيعة القانون الروماني أما الاصطلاحات فهي *factum, contractum, actum, actus, negotium, gestum*، عنى الفقه للتوصل لمبدأ عام ينظم الأنواع المختلفة لهذه المصطلحات المختلفة بحيث تكون تطبيقاً للتصرف القانوني، وظهر هذا الاصطلاح في أواخر القرن التاسع عشر، وطبقاً لرأي Vlasak أن أول من أوجد هذا التعبير هو Heise في كتابه Grundriss, 1807 p. ويقابله في الفقه الإيطالي *Negozioguridico* بمعنى التصرف القانوني أو العمل، والجدير بالذكر أن القانون الإيطالي نفسه لا يزال يصدر في تكوينه *Contratto* كما هو الحال في الفقه والقانون الفرنسي والمصري، والواقع أن هذا الموقف في الفقه الإيطالي والفرنسي ينتهي إلى نتيجة شاذة عنده المقارنة بين فقه القانون الخاص وفقه القانون العام وخاصة الإداري، فهذا الوضع غير موجود في الفقه الألماني إذ يصدر عن فكرة التصرف القانوني سواء كان في نطاق القانون الخاص أو القانون العام، أما الفقه اللاتيني فبينما يقوم القانون الخاص على أساس العقد، يقوم القانون العام على أساس التصرف القانوني وهو في القانون الإداري القرار الإداري، والواضح أن القرار الإداري يستغرق الجزء الأكبر من نشاط الإدارة يعكس أعمالها التعاقدية، وهذا واضح هو الذي أدى إلى غموض وعدم وضوح نظرية القرار الإداري من حيث تكوينه وانقضائه وخاصة من حيث البطلان في الفقه اللاتيني والمصري. د. أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، 1958، ص 93. وما بعدها. العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 402 وما بعدها.

الصحيح. وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً.

إذ إن نظرية تحول العقد التي تقتضي تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إذا انصرفت إرادة الأطراف إلى ذلك، حيث إن الالتزام المستقل قد تجسد بالعقد الجديد المتحول⁽³⁵⁾ الناتج من انصراف إرادة الأطراف التي هي المظهر الجلي للنظرية الشخصية. ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح، الكمبيالة التي لم تستوف الشكل الواجب فتحولت من كمبيالة باطلة إلى سند عادي صحيح. ولم ينص القانون المدني الفرنسي على تحول العقد Conversion de contrat، ولكن تصدى الفقه الفرنسي من خلال الاعتماد على دور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، حيث يذهب لإمكان إعمال التحول ولو لم تتجه الإرادة إليه فعلاً، وهذا ما ينطبق بالفعل مع أساس تحول العقد، فمقتضى هذا النظام لا تتجه الإرادة الحقيقية إلا إلى العقد الباطل، أما العقد الصحيح فيكون مستنداً إلى الإرادة الافتراضية، ويعد هذا الرأي خروجاً عن الدور التقليدي الذي تلعبه الإرادة في النظرية التقليدية، والتي تعتبر أن الإرادة الحقيقية هي منشأ الالتزامات المتولدة عنها.

والمشروع المدني الفرنسي لم يتناول بشكل صريح تحول العقد Conversion de contrat وليس معنى ذلك أن القانون المدني الفرنسي يجهل تماماً نظرية تحول العقد؛ كونه أورد بعض التطبيقات الخاصة به، دون أن يتبناها كنظرية ضمن نظام قانوني، وقد نصت المادة (979) مدني فرنسي

(35) د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 484 وما بعدها. العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 402-403 وما بعدها. د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص 76. د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 294 وما بعدها.

على أنه: "إذا كانت الوصية السرية لم يراع فيها الشكليات القانونية، فإنها تكون باطلة كوصية سرية، ولكنها مع ذلك لها أن تتحول إلى وصية بخط اليد". والمادة (507) مدني فرنسي التي نصت على أنه: "يمكن إجراء القسمة الودية تجاه الشخص المحمي بناء على ترخيص من مجلس العائلة. أو في حال عدم وجود القاضي الذي يعين عند الاقتضاء كاتبًا بالعدل ليقوم بإجراءاتها ويمكن أن لا يكون إلا جزئية يخضع بيان التصفية لموافقة مجلس العائلة أو في حال عدم وجوده لموافقة القاضي يمكن أيضًا إجراء القسمة قضائيًا وفقًا للمادتين (840 و842) أي قسمة أخرى تعتبر وقتيه". كذلك المادة (466) مدني فرنسي قبل التعديل المتعلقة بنظام الميراث، من أنه للحصول على الآثار العقدية بالنسبة للقاصر تجاه البالغين، فإن القسمة يجب أن تكون أمام القضاء. ومع ذلك يستطيع مجلس العائلة أن يجيز القسمة ثم يسمى كاتب بالعدل. وعند احترام هذه الشكلية، تعتبر القسمة مؤقتة⁽³⁶⁾. يخلص أن المشرع الفرنسي من خلال التطبيقات المذكور آنفًا الخاصة بتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، يعدّ اعترافًا ضمنيًا بنظرية تحول العقد.

أما القانون المدني الألماني تناول تحول العقد في المادة (140) "إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر فهذا العمل الأخير هو الذي يأخذ به إذا افترض أن المتعاقدين كانا يرادانه لو كانا يعلمان بالبطلان". نلاحظ أن المشرع الألماني يذهب إلى أن التصرف القانوني الباطل قد تضمن رغم بطلانه عناصر تصرف أخرى فيتحول التصرف الباطل إلى التصرف الذي توافرت فيه عناصره وهو التصرف الصحيح إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنهما كانا يعلمان بالبطلان. ويذهب جانب من الفقه الألماني يوهانس هاجر Johannes hager إلى أنه لا

(36) القانون المدني الفرنسي 1804 المعدل 2016.

يوجد فرق بين العقد الباطل والجزئي. وهذا متوافق مع النتائج التي لا تفرض تحول العقد مسبقاً بأنه يخصص العقد الآخر لنوع مختلف. أما من حيث الشروط التي يجب تضمين العمل التجاري الجديد في الشرط الساقط ومن المسلم به عموماً أن العقود يجب من حيث الشروط التي يجب تضمين العمل التجاري الجديد في الشرط الساقط ومن المسلم به عموماً أن العقود يجب ألا تستند إلى العقد المعاد تحويله على وجه الخصوص ولا ينبغي الاستناد إلى أي شروط أساسية غير موجودة⁽³⁷⁾.

أما القانون المدني المصري فقد كان أول التشريعات العربية التي أخذت بتحول العقد عن التشريع الألماني وقد نص بالمادة (144): "إذا العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد". والبطلان قد يكون كاملاً تاماً أو جزئياً المادة (143) مدني مصري، ويكون البطلان نهائياً أو تاماً، أما التصرف الباطل مؤقتاً أي معلق أو موقوف فيجب تمييزه عن التصرف الباطل نهائياً، ففي التصرفات الموقوف يكون البطلان غير مؤكد، وإنما يتحقق هذا التأكد خلال واقعة لاحقة، كما في عمل التصرف غير المالك الصادر دون رضا صاحب الشأن⁽³⁸⁾. وقد تناول المشرع المصري بالأخذ بنظام تحول العقد في بعض التطبيقات له ومنها (254، 255، 320، 321)، أما القانون التجاري المصري حيث كانت هناك تطبيقات في نظام التحول في المواد (108، 113، 135) حرصاً من واضع التشريعات لضمان الحقوق للعاقدين

Johannes hager, Gesetzes-und Sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung (37) von Rechtsgeschäfte, Dissertation Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der, Universität zu München, 1983,p 221.

(38) المادتين 466 - 467 مدني مصري الخاصة ببيع ملك الغير.

واستقرار المعاملات التي تقضي بها الأعراف في بعض الموارد. وقد تناول الاجتهاد القضائي في قرار الحكم جاء فيه: "وإن كان الأصل في العقد الباطل أن لا ينتج أثراً قانونياً، إلا أنها واقعة قانونية لها وجود مادي قد ينتج بعض الآثار العرضية التي لم يقصد المتعاقدين تحقيقها ولم يتوقع أحد حصولها وقت التعاقد"⁽³⁹⁾. يلحظ أن القضاء المصري طبق نظرية التحول بالاستناد إلى تطبيقات أشرنا إليها سابقاً. وفي اجتهاد قضائي آخر⁽⁴⁰⁾ جاء فيه: "إن فكرة تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح تفترض قيام العقد الجديد بين نفس العاقدین بصفاتهما التي اتصفا بها في العقد القديم، فليس في سلطة القاضي إجراء أي تغيير في هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول. لما كان ذلك فإن تحول العقد يكون ممتنعاً إذا كان يستلزم ذلك إدخال متعاقد جديد ليعقد العقد. وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقصد بتحول العقد الأصلي الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلاً لغيره إلى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية، فإنه لا يكون قد خالف القانون".

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني، لم يورد نصاً يعالج فيه تحول العقد، ولكن من خلال مراجعة موقف الفقه اللبناني نلاحظ أنه تناول شأن ما ذهب إليه آراء الفقهاء الأخرى⁽⁴¹⁾. وهناك تطبيقات في قانون الموجبات كالمواد (942-943) التي تتناول القسمة في حال بطلانها، ويمكن أن

(39) قرار محكمة الاستئناف المصرية بالعدد 277 الصادر في 26/ نوفمبر/ 1994، مجلة المحاماة المصرية، العدد السادس، س 16، 1995، ص 629.

(40) حكم محكمة النقض رقم 2912 لسنة 1970 جلسة 26/ 11/ 1970، مجلة المحاماة المصرية، العدد الخامس، ص 98.

(41) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 266-267. ويعضد هذا الاتجاه بالقول: "المبدأ ثابت وإن كان القانون اللبناني لا يشير إليه صراحة.. ولا يقتصر مبدأ التحول على العقد الذي ينشئ الموجبات، بل يشمل أيضاً التصرفات المنطوية على عدول عن

تتحول إلى قسمة مهياة، كذلك في القانون التجاري في المواد (315) التي اشترطت عدة شروط يجب توافرها في سند السحب وفي حال عدم توافرها يؤدي إلى بطلان السند، والمادة (316) التي تنقصه البيانات الواجب توافرها في سند السحب تؤدي إلى بطلانه، والبطلان هنا لا يعني بالتأكيد فقدان السند لأية قيمة قانونية، وممكن أن يتحول إلى سند من الأسناد التجارية أو العادية⁽⁴²⁾. أما الاجتهاد القضائي اللبناني في قرار جاء فيه: "أن السحب الذي يكون معيياً شكلاً لعدم انطباقه على المادتين (315 - 316) لا يعتبر باطلاً ومسقطاً لحقوق حامله بل يصبح وعداً بالدفع غير خاضع لإحكام السندات"⁽⁴³⁾. وفي قانون أصول المحاكمات المدنية في المادة (144) يتحول المحرر الذي لم يكسب صفة الرسمية لعدم اتباع إجراءات معينة إلى محرر عرفي متى كان ذوي الشأن قد وقعوه بإمضاءاتهم أو أختامهم أو بصمات أصابعهم⁽⁴⁴⁾.

أما القانون المدني العراقي تأثر بالقانون المدني المصري وقد نص بالمادة (139) على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً". إلا أنه تميز في

تصرفات سابقة كما لو كانت الوصية باطلة فإنها تصلح كرجوع عن وصية سابقة". د. خليل جريح، النظرية العامة للموجبات والعقود، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، الجزء الثاني، بيروت، 1958، ص 402.

(42) د. علي البارودي، فريد العريني، القانون التجاري الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعة، الجزء الثاني، 1961، ص 313.

(43) قرار الحاكم المنفرد في طرابلس، المرقم 2045 بتاريخ 9 تشرين الأول، 1952، النشرة القضائية، س 9، 1953، ص 485.

(44) قرار محكمة الاستئناف المدنية في النبطية، المرقم 95/52 في 21/12/1995، مجلة العدل، س 29، 1995، ص 390.

مسألة جوهرية بأنه قصر التحول على العقود الباطلة بطلاً مطلقاً دون العقود القابلة للإبطال⁽⁴⁵⁾. والجدير بالذكر أن مشرعنا العراقي لم يأخذ بنظرية البطلان في الفقه الغربي وإنما أقر نظرية الفقه الإسلامي فيه، فالبطلان وفق القانون المدني ليس له تدرج وإنما على درجه واحدة⁽⁴⁶⁾ ونص بالمادة (140): "إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد". والمشرع يبيّن أن الإرادة اللازمة لإعمال التحول هي ليست الإرادة الحقيقية بل هي الإرادة الافتراضية أو التصورية⁽⁴⁷⁾.

بلحاظ ما تقدم فبالرغم من تقابل النص المدني المصري بالمادة (143) قبال المادة (139) مدني عراقي ولكن هناك اختلاف في أمرين هما: أولاً: إن المشرع المصري نص على الشق القابل للإبطال بالإضافة إلى الشق الباطل، أما القانون العراقي لم يأخذ بنظرية العقد القابل للإبطال أو الباطل نسبياً، بل أخذ بنظرية العقد الموقوف من الفقه الإسلامي، وقد تناوله في مواد (134 - 135 - 136). ثانياً: الإبطال يسري على العقد إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، ولم يورد المشرع العراقي هذا النص، ولكن يفهم من سياق النص ضمناً، ونلاحظ ذلك من خلال استخدام أداة الاستثناء (إلا).

أما بالنسبة لدور النظرية المادية في الالتزام المستقل في نشوئه فهو

(45) د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص 264. د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1974، ص 373.

(46) د. حسن علي ذنون، المرجع نفسه، ص 56. د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص 271.

(47) قرار محكمة استئناف بغداد الاتحادية، العدد 316/ب/2006 في 2006/12/27.

أكثر وضوحًا من النظرية الشخصية إذ إن الالتزام المستقل عادةً ما يميل إلى ارتباطه بموضوع العقد لا بأشخاصه كما في حالة ترتب الآثار القانونية على عقد الشركة الباطل، إذ إن من الآثار الأصلية لنظرية البطلان هو التزام الشركاء في عقد الشركة في بعض الآثار الناتجة من العقد الباطل على الرغم من انصراف نية الأطراف على عدم إنشاء عقد ما، ولكن أن موضوع عقد الشركة يستلزم بقاء بعض الالتزامات مستقلة عن الالتزام الأصلي، ولا يمكن تفسير الالتزامات المستقلة إلا وفقًا للنظرية المادية، ومن ثم فإنها تصلح كأساس فلسفي آخر للالتزام المستقل.

أما رأي الباحث فإنه يرى أن الأساس الفلسفي للالتزام المستقل يتمثل أساسًا جديدًا يمكن أن يضاف كنظرية ثالثة ونصطلح عليه - بنظرية الالتزام الذاتي - Théorie de L'obligation subjectif. وهذا الأساس لا نريد به النظرية الشخصية التي قد يطلق عليها بالذاتية وهو إطلاق غير دقيق لسببين:

1 - إن الذات تُعبر عن جوهر الشيء بالنظر للشيء ذاته⁽⁴⁸⁾ وهي غير الشخص التي تعبر عن قيام الالتزام بالنظر لشخص آخر لا للشخص ذاته، ولذلك اعتبر العنصر الجوهري في النظرية الشخصية هي الرابطة الشخصية لا الشخص نفسه.

2 - إن مصطلح الذات يطلق على الشيء غير الحي⁽⁴⁹⁾ ولا يمكن

(48) الشيخ المجدد محمد رضا المظفر، المنطق، مؤسسة جمعية منتدى للنشر، ج، 1388 هجري، 1968م: هو أكاديمي فلسفي عراقي مؤسس كلية الفقه جامعة الكوفة وعميدها، أبرز علماء المجددين في المنطق والفلسفة ولد عام 1904 وبدء حياته الدراسية وهو ابن 12 سنة إلى أن وصل مراحل عليا. فإلى جانب الفقه والأصول والمنطق والفلسفة درس الرياضيات والفلك والعروض توفى ر.ح 1964 وترك علمًا ينتفع به.

(49) الذاتي: هو المحمول الذي تتقوم ذات الموضوع به غير خارج عنها، ونعني -بما تتقوم ذات الموضوع به- أن ماهية الموضوع لا تتحقق إلا به فهو قوامها، سواء كان هو نفس

إطلاقه على الإنسان؛ لأن الإنسان يعبر عن كلمته المرادفة هي النفس، أي الذات مصطلح يقابل لا يرادف النفس الذي يوصف به كل كائن حي⁽⁵⁰⁾.

ونقصد بالأساس الذاتي للالتزام والذي يقوم عليه الالتزام المستقل هو: (كل وحدة أو عنصر يساهم في بناء أو تركيب تصرف قانوني ما أو واقعة قانونية معينة وأن هذه الوحدة أو العنصر له ذات خاصة به). ولتوضيح ذلك: إن كل تصرف أو واقعة هي مركبة من مجموعة عناصر أو الوحدات البنائية فمثلاً عقد البيع مركب من عناصر أو وحدات متعددة كالبيع والتمن والتسليم والمدة والأشخاص⁽⁵¹⁾ وأن كل عنصر أو وحدة قائم بذاته.

وعلى المعطى المتقدم إن الالتزام المستقل يتجسد بالوحدات أو

الماهية كالحیوان المحمول على الإنسان أو الناطق المحمول عليه، فإن نفس الماهية أو جزأها يسمى (ذاتياً). وعليه، فالذاتي يعم النوع والجنس والفصل، لأن النوع نفس الماهية الداخلة في ذات الأفراد، والجنس والفصل جزآن داخلان في ذاتها. الشيخ المجدد الشيخ محمد رضا المظفر، المنطق، مؤسسة جمعية منتدى للنشر، ج1، 1388 هجري، 1968م ص 90.

(50) بهاء الدين عبد الله ابن عقيل، شرح ابن عقيل، باب معنى النفس، مطبعة سيد الشهداء، ص 206-207. جاءت كلمة "نفس"، في باب التوكيد على نوعين: الأول: لفظي والثاني: معنوي وهو على ضربين أيضاً، أحدهما ما يرفع توهم مضاف إلى المؤكد وله لفظان: نفس، عين. والجدير بالذكر أن كلمة (نفس)، معرفة أو نكرة مضافة أو غير مضافة مفردة أو مجموعة وردت أكثر من مائتي مرة في القرآن الكريم و كلا يدل على ذات الإنسان وليس صفة أو خبره. ابن منظور، لسان العرب، دار النوادر، المجلد العاشر، ص 222 وما بعد.

(51) العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، منشأة المعارف، ج4، الإسكندرية، 2004، ص 36 وما بعدها. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، عقد البيع، بدون ذكر المطبعة، ج3، القاهرة، 1990، ص 57 وما بعدها. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2015، ص 17 وما بعدها. محمد. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة العاتك، القاهرة، بدون ذكر سنة، ص 25 وما بعدها.

العناصر القائمة بذاتها والتي تكون صحيحة في التصرف أو الواقعة المركبة، وهذه الفكرة هي غير النظرية المادية التي يكون بينهما خيطاً رفيعاً جداً؛ لأن النظرية المادية لا تفكك بين عناصر أو وحدات محل التصرف أو الواقعة، أما ما تبنيه فهو يفكك بين عناصر المحل في ذاته إلى أجزاء أو وحدات متعددة كل منها قائم بذاته. بل أكثر من ذلك أن النظرية المادية لا تصلح كأساس عام لتفسير نظرية الالتزام المستقل، لأن المحل لو كان في بعض عناصره باطلاً فينصرف أثر البطلان على العناصر الأخرى والعكس صحيح. أما ما نريده من نظرية الالتزام الذاتي فإن بطلان بعض عناصر المحل لا يؤثر على العناصر الأخرى في ذات المحل، طبقاً لمبدأ التفكيك بين الوحدات أو العناصر بذاتها.

ثالثاً: نظرية الالتزام الذاتي:

هذه النظرية الجديدة التي طرحناها هي الوحيدة التي تفسر نشوء التزامات مستقلة عن أسباب ومصادر نشوئها إذا كانت باطلة. ونرى أن الأوضاع القانونية والتطبيقات التي أرجعها الفقه إلى النظرية المادية مثل الآثار الأصلية لعقد الشركة الباطل وغيرها من التطبيقات⁽⁵²⁾ لا يمكن أن ترجع للنظرية المادية سالفه الذكر، بل ترجع إلى النظرية التي طرحناها وهي نظرية الالتزام الذاتية Théorie de L'obligation subjectif؛ لأن النظرية المادية لا يمكن أن تفسر لنا مسألة تفكيك ذات الموضوع إلى جزئين صحيح وآخر باطل كما في آثار عقد الشركة الباطل، لأن مثل هذه الآثار قد تم تفكيكها

(52) د. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري والبحري، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2010، ص 134-135. د. سميحة القلوبى، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ط6، القاهرة، 2014، ص 100 وما بعدها.

عن مصدر نشوئها وهو العقد في ذاته، في حين أن المحل بما هو لا يمكن تفكيكه إذا كان في جزء منه باطل وهذا ما أراد به أنصار النظرية المادية كالفيلسوف جييريك Gierke؛ لأن نظريتهم قائمة بالنظر إلى النظرية الشخصية، أو اعتبروا أن العنصر الجوهرى هو محل الالتزام في مقابل الأشخاص⁽⁵³⁾ ولم ينظروا إلى ذات الالتزام ومدى إمكانيته من التفكيك من عدم التفكيك في عناصره. كما الذي نلاحظه، أن فكرة تفكيك الالتزام غير فكرة تجزئة الالتزام أو العقد، إذ تم تعريف تجزئة العقد بأنه توزع أركان وآثار العقد في أكثر من مكان أو زمان وهو شائع في عقود التجارة الدولية⁽⁵⁴⁾.

أما ما نريده من فكرة تفكيك الالتزام التي يقوم عليه الالتزام المستقل لا علاقة له بالمكان أو الزمان، وإنما ينظر له من ناحية الصحة والبطلان في ذات العقد، لأن ما نقصده من التفكيك بالنظر على احترام العناصر الصحيحة داخل التصرف أو الواقعة وتمييزها عن العناصر الباطلة أو الفاسدة داخل التصرف أو الواقعة أيضًا، فهي غير متعلقة بتوزيع أجزاء الالتزام الصحيح في كل عناصره.

يخلص أنه بالرغم من بطلان التصرف القانوني الأصلي، وتوفر عناصر

(53) نلاحظ أن تحليل الالتزام الشخصي على اعتبار أنه حق على شيء أدى لانتشار النظرية المادية، وتساند هذه النظرية، نظريتان هما: نظرية الذمة المالية، ونظرية المديونية والمسئولية، فالذمة المالية patrimoine وتذهب هذه النظرية إلى الناحية المادية، ولا ارتباط بالشخص، فهي مجموعة من المال يتكون من عناصر إيجابية وأخرى سلبية، ويستند إلى غرض مخصص، وبما أن الالتزام من عناصر الذمة المالية التي هي شيء مادي فإنه يكسب منها الصيغة. العلامة عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 92 وما بعدها.

(54) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 52 وما بعدها.

تصرف قانوني مستقل آخر صحيح اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدين إليه، وينتج عن التصرف الباطل أثرًا قانونيًا وهو تصرف قانوني مستقل عن التصرف الأصلي، وقد كان من المنطقي أن الالتزام الأصلي الباطل يؤثر في التصرف القانوني المستقل الصحيح فيبطل لأي سبب من أسباب البطلان، وفقًا لقاعدة الفرع يتبع الأصل بالحكم، ولكن خلافًا للأصل يبقى التصرف القانوني المستقل صحيحًا، حرصًا من المشرع لتحقيق الضمان لأطراف العقد لتجنب بطلان العقود وما يترتب عليها من مشكلات ولاستقرار المعاملات يعطي الثقة لدى المتعاملين.

المطلب الثاني الأساس المنطقي

سنستعرض في الأساس المنطقي نقطتين الأولى تبحث في أساس الالتزام المستقل وفقًا للمنطق الأرسطي ووفقًا للمنطق القانوني وعلى النحو الآتي (55).

(55) يفترق الأساس المنطقي عن الأساس الفلسفي، من حيث إن علم المنطق: هو علم آلي مستقل يدرس مبادئ الاستنتاج الصحيح وهو يتبع للتمييز بين التفكير الجيد والتفكير السيء، كما يعتبر طريقة لدراسة الحجج والاستدلال عليها ويساعد بذلك على التعليل المنطقي؛ كونه وسيله لمعرفة الحقيقة والمعتقدات الصحيحة اعتمادًا على مجموعة معايير التي يجب استخدامها لذلك، وله تطبيقات في القانون التي تمت دراسته تحت عنوان المنطق القانوني. ويعرفه آخرون بأنه: آلة قانونية تعصم الفكر والذهن من الخطأ. محمد رضا المظفر، المرجع السابق، ص 11. أما الفلسفة: فهو علم قائم بذاته، يحلل الأفكار والظواهر المتعددة، لتوسيع مدارك العقول ومن خلالها يتم تمييز ونقد ومقارنة الخطأ والصواب. خلاصة القول: الفارق من حيث موضوع، الفلسفة موضوعها الموجود بما هو موجود، وهو علم يبحث في حقائق الأشياء. أما المنطق: فهو يبحث في تنظيم الأفكار بشكل آلي. أبي عبد المعز محمد علي فركوس، المنطق الأرسطي، دار الرغائب والنفائس، ط 1، الجزائر، 2006، ص 18. لذلك جمعناهما (المنطق والفلسفة)، تحت فرع واحد.

أولاً: المنطق الأرسطي:

يعدّ المنطق الأرسطي الأداة العلمية للتفكير السليم في كل الميادين العلمية⁽⁵⁶⁾ ومن ثم يعدّ عاملاً مهماً في تأسيس النظريات القانونية ومنها نظرية الالتزام المستقل. فإذا أردنا أن نؤصل موضوع الالتزام المستقل وفقاً للمنطق الأرسطي نجد أن الكثير من القواعد المنطقية حاکمة لنشوء الالتزام المستقل، ومن هذه القواعد، قاعدة الذاتى والعرضى⁽⁵⁷⁾. ونعني بالذاتى فى المنطق هو ما يتشكل منها جوهر الشيء ووجوده، أما العرضى فهى الأشياء

(56) أبى عبد المعز محمد على فرکوس، المرجع السابق، ص 11 وما بعدها.
(57) العرضى: هو المحمول الخارج عن ذات الموضوع، لاحقاً له بعد تقومه بجميع ذاتياته، كالضاحك اللاحق للإنسان، والماشى اللاحق للحيوان، والتمتيز اللاحق للجسم. وعندما يتضح الاصطلاح تدخل الآن فى بحث باقى الكليات الخمسة، وقد بقى منها أقسام العرضى، فإن العرضى ينقسم إلى: الخاصة والعرض العام. لأن العرضى: إما يختص بموضوعه الذى حمل عليه، أى لا يعرض لغيره، فهو -الخاصة- سواء كانت مساوية لموضوعها كالضحك بالنسبة إلى الإنسان، أو كانت مختصة ببعض أفراده كالشاعر والخطيب والمجتهد العارضة على بعض أفراد الإنسان، وسواء كانت خاصة للنوع الحقيقى كالأمثلة السابقة، أو للجنس المتوسط كالتمتيز خاصة الجسم، والماشى خاصة للحيوان، أو للجنس الأجناس، كالموجود لا فى موضوع خاصة الجوهر. وإما أن يعرض لغير موضوعه أيضاً أى لا يختص به فهو -العرض العام- كالماشى بالقياس إلى الإنسان، والظاهر بالقياس إلى الغراب، والتمتيز بالقياس إلى الحيوان، أو بالقياس إلى الجسم النامى. وعليه، يكمن تعريف الخاصة والعرض بما يأتى: الخاصة: الكلى الخارج المحمول الخاص بموضوعه. العرض العام: الكلى الخارج المحمول الخاص بموضوعه وغيره. الذاتى: هو المحمول الذى تتقوم ذات الموضوع به غير خارج عنها، ونعني -بما تتقوم ذات الموضوع به- أن ماهية الموضوع لا تتحقق إلا به فهو قوامها، سواء كان هو نفس الماهية كالحيوان المحمول على الإنسان أو الناطق المحمول عليه، فإن نفس الماهية أو جزأها يسمى (ذاتياً)، وعليه، فالذاتى يعم النوع والجنس والفصل، لأن النوع نفس الماهية الداخلة فى ذات الأفراد، والجنس والفصل جزآن داخلان فى ذاتها. خلاصة القول: إن النص الذاتى أمر داخل فى حقيقة الشيء، أما العرضى أمر خارج حقيقة الشيء ولازم له.

الخارجية التي ترد على الموضوع أي بالتعبير المنطقي للمحمولات⁽⁵⁸⁾ والذات حكمه ثابت وإن تغيرت عوارضه، وهو قائم بذاته كالإنسانية فهي قائمة بذاتها، أما العرضي فهو ما لم يقم بذاته بل قائم بغيره كاللون الأبيض، بل يحتاج إلى موضع وهو على قسمين:

1 - العرض اللازم: ونعني به ما يمتنع انفكاكه عن الماهية، كالكتاب بالقوة بالنسبة للإنسان، والعرض المفارق هو ما لا يمتنع انفكاكه عن الشيء كالصفات المتغيرة كحمرة الخجل والشيب عند الإنسان⁽⁵⁹⁾. وعند عرض القاعدة المنطقية أعلاه فإن الالتزام المستقل نجد أساسه المنطقي في الذاتي والعرضي المفارق: أما في الذاتي لأن الالتزام حتى يكون مستقلاً لا بد أن يكون قائماً بذاته بغض النظر عن صحة أو بطلان السبب القانوني لوجوده، أما بأنه عرض مفارق؛ أي يجب أن يكون الالتزام المستقل غير مرتبط ارتباطاً ذاتياً بمصدره ووجوده القانوني وقابل للانفكاك عنه، مثل إمكانية تصور وجود عقد الهبة عند انعدام عقد البيع إذا أريد به هذا الأخير. أما إذا كان الالتزام غير قابل للانفكاك فلا يمكن أن نتصور فكرة الالتزام المستقل

(58) (الذاتي من وجهتين: الأول يذهب إلى أن الذاتي: في باب الحمل أيضاً - ولكنه في هذا القسم وصف لنفس الحمل لا للمحمول كما في الأخيرين، فيقال الحمل الذاتي ويقابله الحمل الشائع. الثاني يذهب إلى أن الذاتي: في باب العلل - يقابله الاتفاق، مثل أن يقال اشتعلت النار- فاحترق الحطب لا مثل ما يقال: فتح الباب فأبرقت السماء، فإن هذا أمر اتفاقي. إذ عرفت هذه المعاني للذاتي فاعلم أن المقصود من الذاتي ما يعم الأول على الثاني، ويجمعهما البيان أن يقال: الذاتي هو المحمول الذي يؤخذ في حد الموضوع أو الموضوع أو أحد مقوماته يؤخذ في حده. العرضي: هو المحمول الخارج عن ذات الموضوع لاحقاً له بعد تقومه بجميع ذاتياته كالضاحك والماشي. عبد الهادي الفضلي، تلخيص المنطق، مؤسسة دار العلم للطباعة والنشر، ج 1، ط 1، 1365 هجري، ص 118.

(59) علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، دار النفائس، ص 332.

به، في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي *L'intuitus personae*⁽⁶⁰⁾ وقد نص المشرع المدني الفرنسي بالمادة (1237) على أنه: "إن التزام القيام بعمل معين لا يمكن القيام به من قبل شخص ثالث خلافاً لإرادة الدائن عندما تقتضي مصلحة هذا الأخير بأن يقوم به المدين بذاته".

أما المشرع المدني المصري نص بالمادة (208) وجاء النص مطابقاً مع المشرع المدني العراقي بالمادة (249) وقد نصت على أنه: "في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين". أما قانون العقود والموجبات اللبناني بالمادة (292) نص على أنه: "يجب على المدين أن ينفذ بنفسه الموجب حينما يستفيد من نص العقد أو من ماهية الدين أن من الواجب عليه أن يقوم هو بنفسه بالتنفيذ، أما في غير هذه الأحوال فيصح أن يقوم بالتنفيذ أي شخص كان من غير علم من المدين وبدون أن يحق للدائن الاعتراض على هذا التدخل". ويمكن القول إن العقود ذات الاعتبار الشخصي هي العقود التي يكون لشخص المتعاقد أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في إبرامها، كعقد القيام بعمل، كالرسم أو المحامي فلا يمكن أن نتصور فيه التزام مستقل، لأن الالتزامات في هذه العقود غير قابله للانفكاك عن شخص متعاقدتها.

2 - العرض غير اللازم (المفارق):

العرضي لازم ومفارق: اللازم: ما يمتنع انفكاكه عقلاً عن موضوعه، كوصف الفرد للثلاثة والزوج للأربعة والحرارة للنار... الخ. أما المفارق: هو ما لا يمتنع انفكاكه عقلاً عن موضوعه، كأوصاف الإنسان المشتقة من أفعال

(60) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 399 وما بعدها.

وأحواله مثل قاعد، نائم، صحيح، سقيم... الخ. وإن كان لا ينفك أبدًا فترى أن وصف العين بالزرقاء لا ينفك عن وجود العين، ولكنه مع ذلك يعد عرضيًا مفارقًا؛ لأنه لو أمكنت حياته لإزالة الزرقاء لما امتنع ذلك وتبقى العين عينًا، وهذا لا يشبه اللازم، فلو أوردنا وصفًا بأن الفرد للثلاثة والزوج للأربعة باستعمال الحيلة لسلخ وصف الفرد عن الثلاثة لما أمكن أن تبقى الثلاثة ثلاثة، ولو قدر وصف الحرارة عن النار لبطل وجود النار، وهذا معنى امتناع الانفكاك عقلاً، ويقسم اللازم قسمين الأول: بين بالمعنى الأخص، وبين بمعنى الأعم وكالآتي:

البيّن بالمعنى الأخص: ما يلزم من تصور ملزومة تصوره، بلا حاجة إلى توسط شيء آخر. والبيّن بالمعنى الأعم: ما يلزم من تصوره وتصور الملزوم وتصور النسبة بينهما الجزم بالملازمة، مثل الاثنان نص الأربعة أو ربع الثمانية، فإنك إذا تصورت الاثنان قد تغفل عن أنها نصف الأربعة أو ربع الثمانية، ولكن إذا تصورت أيضًا الثمانية مثلًا وتصورت النسبة بينهما تجزم أنها ربعها، وكذا إذا تصورت الأربعة والنسبة بينهما تجزم أنها نصفها⁽⁶¹⁾. وقد كان هذا القسم من البيّن أعم؛ لأنه مفارق فيه بين أن يكون تصور الملزوم كافيًا في اللازم وانتقال الذهن إليه، وبين ألا يكون كافيًا، بل لابد من تصور اللازم وتصور النسبة للحكم بالملازمة، إنما يكون تصور الملزوم كافيًا في تصور اللازم عندما يألف الذهن الملازمة بين الشئيين على وجه يتداعى عنده المتلازمان فإذا وجد أحدهما في الذهن وجد الآخر تبعًا له، فتكون حينئذ الملازمة الذهنية.

غير البيّن: وهو ما يقابل البيّن مطلقًا، بأن يكون التصديق والجزم بالملازمة لا يكفي فيه تصور الطرفين والنسبة بينهما، بل يحتاج إثبات

(61) الشيخ محمد رضا المظفر، المرجع السابق، ص 99.

الملازمة إلى إقامة الدليل عليه مثل الحكم بأن المثلث زواياه تساوي قائمتين، فإن الجزم بهذه الملازمة يتوقف على البرهان الهندسي، ولا يكفي تصور زوايا المثلث وتصور القائمتين وتصور النسبة للحكم بالتساوي⁽⁶²⁾. خلاصة القول: معنى اليقين مطلقاً ما كان لزومه بديهياً، وغير اليقين ما كان لزومه نظرياً. ولا نجد تلازم بين العقد الأصلي والالتزام المستقل في هذا الموضوع.

ثانياً: المنطق القانوني:

يتجسد المنطق القانوني من خلال الالتزام المستقل لحماية الدائنين في استقرار المعاملات وحماية الحقوق وعلى النحو الآتي:

1 - استقرار المعاملات: إن أهم أساس تقوم عليه الأوضاع القانونية هو استقرار التعامل، ونقصد باستقرار التعامل هو سكون المعاملات ما بين الأفراد بصورة تنسجم مع النظام العام بعيداً عن الاضطراب والفوضى وتجاوز الحقوق والتجاوز على الحقوق. أما الالتزام المستقل فيجد أساس الحكم به في استقرار التعامل، إذ إن تنفيذ الالتزامات والحقوق هي من المسائل القانونية التي ينشدها الأطراف في كل تصرف من التصرفات، وهي الأصل التي بنيت عليها كل الأحكام، إذا استطعنا أن نفكك ما بين الالتزامات الناشئة من مصدر واحد يستلزم التفكيك بين حكم صحتها وبطلانها، والسبب في ذلك وما يعزز ذلك الحجج الآتية:

أ - كون الأصل لا بد أن تكون التصرفات والمعاملات صحيحة ونافذة.
ب - إن مسألة البطلان هي استثناء من القواعد العامة وبذلك لا يجوز التوسع بهذا الاستثناء، فكلما التمسنا تضيق لهذا الاستثناء ينبغي تطبيقه

(62) الشيخ محمد رضا المظفر، المرجع نفسه، ص 100.

والعمل به، وفيما إذا استطعنا أن نحافظ على بعض الالتزامات في التصرفات الباطلة يجب تطبيق القاعدة أعلاه.

2 - حماية الحقوق: إن الالتزامات المستقلة أهمية بالغة في حماية حقوق الأفراد، إذ إن كل التصرفات يترتب عليها حقوق وهذه الحقوق ضرورة ويجب احترامها بغض النظر عن مصدرها، وثم يستلزم القول من احترام الحقوق بغض النظر عن مصدرها هو الإقرار بنظرية الالتزام المستقل وما يعضد هذا الكلام السببين الآتيين:

أولاً: إنّ الالتزامات المستقلة تنشئ لحماية الحقوق بغض النظر عن مصدر نشوئها وهذا ما نجده في مصادر الالتزام تحديداً في الواقعة القانونية (الكسب دون سبب والعمل غير المشروع)، وهذا ما يؤيده جانب من الفقه⁽⁶²⁾ بإعلانه أن دعوى الكسب دون سبب وسيلة للمحافظة على الحقوق وعلى قيم الذمة، وهذه هي نظرية المساواة النسبية للذمم وبذا تعتبر الواقعة القانونية ضرباً من الإضرار بالغير في العمل غير المشروع، وأن من أثرى على حساب غيره لا يجوز له أن يحتفظ بما أثرى، وإلا عد ذلك خطأ يسأل عنه وفق المسؤولية التقصيرية، وقد رد على هذا بأن واقعة الإثراء بلا سبب لا يشترط فيها أن تقترن بخطأ من المثرى، وبذلك لا يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع، وإنما غير مشروع هو النتيجة التي أدت إليها الواقعة لا الواقعة ذاتها⁽⁶³⁾. وقد تناول القانون المدني الفرنسي بالمادة (1303) التي نصت على أنه: "خارج نطاق حالات الفضال ودفع غير المستحق، يجب على من يستفيد من إثراء غير مبرر على حساب الغير دفع تعويض لمن به افتقار يعادل أقل القيمتين الإثراء أو الافتقار".

(63) د. صلاح الدين الناهي، القانون المدني العراقي، محاضرات ألقاها في معهد الدراسات العالمية، 1958، ص 201.

أما المشرع المصري فقد نص بالمادة (179) على أنه: "كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الأثر فيما بعد". والملاحظ هناك قيدان هما عبارة عن كون هذه الدعوى احتياطية، أي لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة أخرى، وشرط بقاء الإثراء وقت رفع الدعوى. ويذهب البعض⁽⁶⁴⁾ بشكل واضح بربط ما بين السبب في الإثراء، والصفة الاحتياطية للدعوى، ويفسر الفقه في مصر وفرنسا هذا المبدأ بقوله إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية، ولا يوجد مبرر سوى أخذ السبب في الإثراء بمعنى الغرض الشخصي المنشود، أما إذا أخذناه بمعنى السبب المنشئ، فإن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها في الحالة المذكورة في المتن، كحالة المشتري الذي يدفع الثمن دون أن ينقل إليه ملكية المبيع، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى الإثراء بل يرجع بدعوى البيع، لا لأنها دعوى احتياطية، وإنما لأن الإثراء له سبب العقد القائم.

ثانياً: إن القول بفسخ وانقضاء أي تصرف يكون باطلاً في جزء منه وشمول الجزء الصحيح بالبطلان هو قول يجافي الواقع القانوني ومبدأ الاقتصاد في بطلان التصرفات، كما ينقض فكرة تصحيح العقود⁽⁶⁵⁾، وتحولها إلى عقود صحيحة⁽⁶⁶⁾، لأن كل هذه الأوضاع التي نظمها القانون في تصحيح العقود والاقتصاد في فسخها هو لحماية حقوق الأفراد قدر الإمكان.

(64) العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، 948 وما بعدها.

(65) د. محمود أبو عافية، المرجع السابق، حاشية رقم 7، ص 196.

(66) العلامة د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 974 وما بعدها.

3 - الضمان: يحقق الالتزام المستقل ضماناً لحقوق المتعاقدين بالرغم من بطلان العقد، ويبقى الالتزام المستقل نافذاً خلافاً للقاعدة -الفرع يتبع الأصل- إذ يتجسد ذلك في تطبيقات قانونية مقننة الغاية منها الاقتصاد من البطلان واستقرار المعاملات.

المبحث الثالث

الآثار القانونية للالتزام المستقل

في التطبيق العملي

إنّ الالتزام المستقل de obligation autonome ليس مفهوماً نظرياً فحسب بل هو وضع قانوني له ارتدادات عملية تتمثل بالآثار القانونية التي أجبرت المشرع المقارن على وضع جملة من التطبيقات المدنية⁽⁶⁷⁾، والتجارية⁽⁶⁸⁾: أما بالنسبة لآثار الالتزام المستقل المدنية والتي يعد فيها القانون المدني مهد نظرية الالتزام المستقل، ومن جملة آثار القانونية التي يرتبها الالتزام المستقل هو الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم كما يؤثر الالتزام المستقل في الإنباء الناقصة بوصفها طريقاً من طرق الوفاء.

كما يلاحظ أن أصل نشأة نظرية الالتزام المستقل هي في القانون المدني، لذلك فإن أول الآثار التي تترتب عليه لا بد أن تكون آثاراً مدنية والالتزام المستقل مظاهره متعددة وتطبيقاته غزيرة في القانون المدني ومن

(67) نصت المادة (1303)/ رابعا مدني فرنسي المعدل 2016 على أنه: "ليس للمفتقر دعوى على أساس الإثراء غير المبرر عندما يكون لديه دعوى أخرى متاحة له أو عندما يصطدم بعقبة قانونية، كالتقادم".

(68) د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2006، ص 12 وما بعدها.

أجلى صور هذه الآثار والتطبيقات تتجسد في صحة الالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم عندما يكون العقد الأصلي باطلاً، كما ونجد أثرًا واضحًا للالتزام المستقل في الأحكام القانونية المنظمة للإبادة الناقصة، وغيرها من المسائل أو التطبيقات التي يؤثر فيها الالتزام المستقل كتحويل العقد وانتقاص العقد وآثار عقد الشركة الباطل التي سنتناولها ضمناً وبصورة ثانوية لكي نبتعد عن التشعب المفرط⁽⁶⁹⁾. أما الآثار التي يترتبها الالتزام المستقل من الناحية التجارية إذ إن نظرية الالتزام المستقل نجد تأثيرها واضحاً في الالتزامات الناشئة عن الورقة التجارية التي تتميز في تعدد التواريخ والالتزامات الناشئة عنها واستقلال التواريخ.

المطلب الأول

الموقف التشريعي من استقلال الالتزام الناشئ

عن اتفاق التحكيم وآثاره

إن ما ينشأ عن الالتزام المستقل الناشئ عن اتفاق التحكيم هو التزام المستقل، لا يترتب عليه بطلان أو فسخ أو زوال العقد الأصلي، ويرتب الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم كل آثاره ويلزم الأطراف بتنفيذه، على أن يكون الشرط صحيحاً في ذاته، وبهذا الوصف فإن الاستقلالية في هذا الالتزام ميزة جوهرية فصفة الاستقلالية تنطبق على الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم متى ما كان مستقلاً عن العقد الأصلي، وبهذا المعنى ما يعنينا مدى الضمان الذي يحققه الالتزام المستقل، حيث ينافس التأمينات العينية والشخصية في بعض الحالات بالرغم من تقنينها، ويستمد قوة الإلزامية من تطبيقات مقننة تستند على مبادئ استقرار المعاملات، وقواعد العدالة، والتي

(69) د. أحمد يسري، المرجع السابق، ص 176 وما بعدها.

يسعى المشرع والاجتهاد القضائي لتدعيم هذين المبدأين لما لهما من أثر كبير على صيانة الحقوق العامة.

ويسود إعمال مبدأ الالتزام المستقل الناشئ عن اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، ونعني به أحد المعنيين، الأول استقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ويتمثل ذلك في مبدأ استقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود موضوع النزاع والذي يتضمن شرط التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير العقد، أما الثاني استقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن جميع القوانين الوطنية.

وقد أصبح إعمال مبدأ استقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي سواء أكان ضمن شروط العقد الأصلي الذي يثار النزاع بشأنه أم كان في شكل الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أما استقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن جميع القوانين الوطنية، فإنه لا يقصد به أن يصبح الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، عقداً بلا قانون، وإنما يحدد هذا المبدأ منهجاً لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم⁽⁷⁰⁾ وقد دعت الحاجة في النظم القانونية إلى بحث العلاقة التي تربط بين الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، وقد تبلورت تلك الحاجة عند النظر إلى وظيفة وموضوع الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، من خلال حسم المنازعات التي تنشأ عن العقد الأصلي، فيتم التمسك ببطلان العقد عندما يعتريه أحد العيوب التي من الممكن أن تؤدي إلى

(70) د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي والدولي، دراسة مقارنة، مكتبة أحمد أبو الوفا، الإسكندرية، 2016، ص 97.

بطلانه، وبناء على ذلك قد يصار إلى إبطال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم تبعاً لذلك العقد، إذ كرست النظم القانونية مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لحمايته من الآثار المترتبة عليه من جانب، ولحصص النظر في المنازعات الناشئة بين أطراف العقد بيد المحكمين من جانب آخر، ومدى الضمان الذي يحققه الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم لأطرافه:

1 - في ظل أصول المرافعات المدنية الفرنسية المعدل 48 لسنة 2011 أخذ بمبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وهذه النصوص المتعلقة بالتحكيم⁽⁷¹⁾ فقد أورد نصاً صريحاً يؤكد على الأخذ بمبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك في المادة (1447) والتي نصت على: "إن اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يتعلق به، وهو لا يتأثر بعدم فعالية هذا العقد"⁽⁷²⁾. يخلص من النص أن المشرع الفرنسي وفق -التعديل الجديد- قد حسم الخلاف الذي كان سائداً في ظل القانون السابق، بخصوص الأخذ بمبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم من عدمه.

أما موقف القضاء الفرنسي فقد كان صريحاً حتى قبل صدور مرسوم التعديل الجديد المرقم 48 لسنة 2011 مقررًا في العديد من أحكامه بمبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وما أصدرته محكمة النقض الفرنسية في أول حكم لها في قضية جوسيه Gosset⁽⁷³⁾ في

(71) القانون الفرنسي الجديد المرقم 48 لسنة 2011 منشور باللغة العربية في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثالثة، 2011، ص 819.

(72) وردت هذه المادة بخصوص التحكيم الداخلي في فرنسا، إلا أنها تسري أيضاً على التحكيم الدولي إعمالاً للإحالة الصريحة الواردة في المادة (1506) من القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم.

(73) Cour de cass. 7 mai 1963, arrêt Gosset. JCP. 1963, 11 no 13405. D. p. 545, (73) JDI. 1964m p. 82.

عام 1963 و تتلخص وقائعها في صدور حكم تحكيم في إيطاليا يقضي بإلزام مستورد فرن فرنسي يدعى جوسيه بدفع تعويض لصالح مصدر إيطالي، تعاقد الطرف الفرنسي معه على استيراد كمية من البذور ولم يقيم بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وعند تنفيذ حكم التحكيم في فرنسا دفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ تأسيساً على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد كون الأخير قد وقع باطلاً مطلقاً، لمخالفته القواعد الآمرة في القانون الفرنسي المنظمة لعمليات الاستيراد والتصدير. بيد أن محكمة التمييز الفرنسية رفضت هذا الدفع، وأصدرت حكماً هاماً جاء فيه: في إطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء أتم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أم تم إدراجه فيه فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل، إلا إذا ظهرت ظروف استثنائية، يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف. يتضح من وقائع القضية أنها غيرت موقف القضاء الفرنسي، الذي كان لفترة طويلة يرفض تطبيق مبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، وأخذ بتطبيق هذا المبدأ في التحكيم التجاري الدولي دون التحكيم الداخلي. ويذهب جانب من الفقه⁽⁷⁴⁾ إلى أن القضاء الفرنسي رغم تقريره لمبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم في القضية أعلاه بعبارة سائغة إلا أن الغريب فيه أن يقتصر هذا المبدأ على التحكيم الدولي دون الداخلي، مع أن الحجج التي استندت إليها محكمة التمييز الفرنسية، لتبرير مبدأ الاستقلالية، تنصرف إلى نوعي التحكيم، وعلى هذا فليس هناك مبرر للتفريق بينهما ولهذا لم تقم المحاكم الفرنسية بالحل الذي أخذت به

(74) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص196.

المحكمة العليا بما يتضمنه من أصل واستثناء وأصرت على تأكيد مبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء. وقد ظل القضاء الفرنسي سائراً على تكريس مبدأ الاستقلالية، بالرغم من عدم وجود نص صريح في قانون المرافعات الفرنسي، حتى وضع -التعديل الجديد- وقد نص الاجتهاد الفرنسي صراحة على هذا المبدأ⁽⁷⁵⁾ ولازال العمل بهذا المبدأ في القضاء الفرنسي. يخلص أن الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، لا يتأثر في بطلان العقد الأصلي، سواء من خلال إدراجه ضمن بنود العقد، أم من خلال الاتفاق عليه بصورة التزام مستقل.

ويذهب الباحث إلى أن مسألة استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، عن العقد الأصلي، لا تثار إلا في حالة واحدة، هي في حال إدراجه ضمن بنود العقد، ويسمى (شرط التحكيم)، أما في حالة الاتفاق عليه بعد إبرام العقد، وقبل نشوء النزاع بين الأطراف، ويسمى (مشاركة التحكيم)، وفي هذه الحالة أن موضوع استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، لن يثار، وذلك لأنه سيكون في هذه الحالة مستقلاً استقلالاً تاماً عن العقد الأصلي، والضمان الذي يقدمه يستمد عادة من عناصره المستقبلية لهذا النشاط، وتطور الضمانات لم يعد ينحصر، كما كان من قبل في التنازع التقليدي بين دور كل من التأمينات العينية والتأمينات الشخصية، وإنما ظهرت معطيات جديدة أدت إلى انقلاب في الموازين والعلاقة بين التأمينات الشخصية والتأمينات العينية من ناحية وأظهرت، من ناحية أخرى، قصور أنظمة التأمينات بصفة عامة لمواجهة المعطيات واستيعابها، هذه التغيرات

(75) قرار محكمة استئناف باريس، الغرفة المدنية، المرقم 6/6750، تاريخ 17/1/2008، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الأول، 2009، ص 620.

وإن كانت تكشف عن وجود الظاهرة الجديدة، إلا أنها مبالغ فيها، حيث إن التأمينات والائتمان مازالا يعملان، لكن قد حدث لهما بعض التحول، كشرط الاحتفاظ بالملكية، وبصفة خاصة في نطاق التأمينات الشخصية، كخطابات النوايا والثقة وشرط الضمان بمجرد الطلب، والإبادة الناقصة⁽⁷⁶⁾ وفكرة الضمان تعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد، وعلى النقيض من ذلك نجد أن فكرة التأمينات تعبر عن نظام قانوني محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة، ونجد أن التأمينات تعد نوعاً من الضمانات، حيث إن التأمينات أنشأت فرعاً مستقلاً تقوم حوله أنظمة أساسية، هي الكفالة والرهن والامتياز والاختصاص كما معمول به في مصر، بينما الضمانات لم تنحصر في فرع معين من فروع القانون، وإنما نجد هناك أنظمة قانونية في الالتزامات تقوم على وظيفة الضمان بصفة أصلية أو عارضة، وقد أدى التطور الحديث إلى العودة إلى المنبع قانون الالتزامات وقانون الأموال، مما أدى إلى بروز وظيفة الضمان التي تحققها هذه الأنظمة في الوقت الحاضر، يستنتج من ذلك الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، يوفر ضماناً لأطرافه من خلال استقلاله عن العقد الأصلي، فإذا بطل العقد يبقى الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، صحيحاً لعدة اعتبارات منها استقرار المعاملات، وقواعد العدالة، وينشأ عن ذلك "التزام مستقل" عن العقد الأصلي، ويعتبر ذلك خروجاً على قاعدة أن الفرع يتبع الأصل.

2 - أما بالنسبة للقانون الأنجلوأمريكي، فلم يهمل القضاء الإنجليزي⁽⁷⁷⁾

(76) د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دراسة مقارنة، بدون ذكر المطبعة، ط3، الإسكندرية، 2006، ص9 وما بعدها.

(77) فقد قضت محكمة استئناف لندن في قضية شهيرة عام 1987 رفعتها شركة ألمانية DST ضد شركة بترول تنتمي إلى إمارة رأس الخيمة وتعرف باسم RAKOIL لتنفيذ حكم تحكيم صادر في سويسرا لصالح الأولى، أن شرط التحكيم يشكل في ذاته عقداً مستقلاً

وقانون التحكيم الإنجليزي⁽⁷⁸⁾ فكرة استقلال الالتزام بشرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، وهذا ما نصت عليه المادة (7) من القانون المذكور⁽⁷⁹⁾. ولم يختلف الموقف في الولايات المتحدة الأمريكية عنه في بريطانيا⁽⁸⁰⁾. - أما في مصر لم يشر القانون المصري إلى مبدأ استقلال الالتزام الناشئ عن

يشكل عن العقد الأصلي ولا يخضع لذات القانون الواجب التطبيق عليه وإنما لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم د. أحمد مخلوف، مقال مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية ضمن دراسات قانونية في التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، ص 118 وما بعدها.

(78) يتكون قانون التحكيم الإنجليزي الصادر 1996 من 110 مواد موزعة بين أربعة أجزاء، الجزء الأول وعنوانه التحكيم بموجب اتفاق التحكيم، ويضم 84 مادة، أما الجزء الثاني وعنوانه أحكام أخرى تتعلق بالتحكيم، ويضم المواد من 85 إلى 98، أما الجزء الثالث وعنوانه الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها ويضم المواد من 99 إلى 104، أما الجزء الرابع هو مخصص لأحكام عامة تضمنتها المواد من 105 إلى 110، وقد ألحقت بالقانون أربعة ملاحق أولها يتضمن حصر النصوص الأمرة في القانون، وثانيها التعديلات التي يجب إدخالها على الجزء الأول من القانون حال تطبيقه على القضاة عندما يعينون محكمين، وثالثها يحدد التعديلات التشريعية المترتبة على القانون، ورابعها يحدد التعديلات التشريعية التي ألغها القانون الجديد.

(79) وقد قضت المادة (7) من قانون التحكيم الإنجليزي الصادر عام 1996 على: "ما لم يتفق الأطراف على العكس، لا يعد اتفاق التحكيم، الذي يشكل أو يمكن أن يشكل جزءاً من اتفاق حر مكتوب أو غير مكتوب غير صحيح أو غير موجود أو غير نافذ، بسبب عدم صحة أو عدم وجود أو عدم نفاذ هذا الاتفاق الآخر، وسيعامل اتفاق التحكيم هنا، كاتفاق مستقل عن الاتفاق الذي يتضمنه.

(80) أما الولايات المتحدة الأمريكية فإن النظم القانونية المعمول بها تأخذ بذات القاعدة البريطانية تأثيراً بالتقليد الأنجلوسكسوني، ومن ناحية أخرى فإن القانون الأمريكي قد تحرر من التقاليد منذ عام 1967 عندما قررت المحكمة العليا الفيدرالية تبنى مبدأ الالتزام المستقل للتحكيم تماشيًا مع الاتجاهات الليبرالية الحديثة التي تشجع التحكيم وتدعمه كنظام قائم بذاته وغير خاضع للقضاء الوطني في تحديده لسلطاته دائرية اختصاصه. فالأصل هو ضرورة النظر إلى شرط التحكيم كحقيقة قانونية مستقلة، حتى ولو كان العقد الأصلي محل اعتراض من حيث عدم صحته.

Prima print v. Flood canklin: 1967. 388 us. 395.

اتفاق التحكيم في المواد التي كانت تنظم التحكيم في قانون المرافعات الملغاة⁽⁸¹⁾ بالمواد من (501 إلى 513) وقد ذهب رأي في فقه المرافعات المصري قبل صدور قانون التحكيم الجديد، إلى أنه لا يجوز إعمال شرط التحكيم الذي يرد في عقد يتمسك فيه أحد الخصوم ببطالانه أو فسخه، لأن المحكم لا يملك الحكم بنفسه في شأن توافر صفته كمحكم أو عدم توافرها أو في شأن جواز طرح التحكيم عليه أو عدم جوازه أو بطلان أو صحة الاتفاق على منحه سلطة الحكم في النزاع⁽⁸²⁾ وينكر هذا الرأي الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص.

مع ذلك يذهب رأي آخر في فقه المرافعات المصري بخلاف الرأي السابق إذ يرى إعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنه⁽⁸³⁾. أما فقه التحكيم التجاري الدولي في مصر فقد أخذ بإعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم قبل صدور قانون التحكيم الجديد، إذ أصبح هذا المبدأ مستقرًا عليه في القضاء على الصعيد الدولي⁽⁸⁴⁾. وقد تم إعمال مبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، من خلال قانون التحكيم المصري⁽⁸⁵⁾ الذي حسم الخلاف السابق الذي كان سائدًا في الفقه المصري حول مدى استقلالية

(81) قانون المرافعات المدنية والتجارية المرقم 13 لسنة 1968 - الباب الثالث- التحكيم في المواد 501 إلى 513 وبعدها صدر قانون التحكيم التجاري الدولي المصري 27 لسنة 1994 لاغيًا هذه النصوص في المادة الثالثة كما ألغى أي حكم مخالف لهذا القانون.

(82) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، مكتبة أحمد أبو الوفا، ط5، الإسكندرية، 2015، ص13 وما بعدها.

(83) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص927.

(84) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، 1981، ص 24.

(85) قانون التحكيم المصري المرقم 27 لسنة 1994.

الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي⁽⁸⁶⁾ متبني مبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، حيث جاء نص المادة (23) على أنه: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأصلي الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته"، وفي مجال التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم الذي يبرم إما مستقلاً أو ضمن شروط تصرف قانوني، يعد، فيما عدا بعض الظروف الاستثنائية والتي لم تكن محل ادعاء في القضية، متمتعاً باستقلال قانوني كامل عن ذلك التصرف، بحيث لا يتأثر بما يتعرى هذا التصرف مستقلاً من عدم صحة⁽⁸⁷⁾.

يتضح من النص أن المشرع المصري في قانون التحكيم قد نص بشكل صريح على إعمال مبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وعدم تأثيره بما قد يلحق العقد الوارد فيه من بطلان أو فسخ أو إنهاء، وهذه أهم المبادئ المترتبة على مبدأ الاستقلالية. يخلص أن المشرع المصري، قد نص بشكل صريح على إعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وعدم تأثره بما لحق العقد الوارد فيه من بطلان أو فسخ أو إنهاء، ويترتب عليها أهم النقاط وهي كالآتي:

أ - قد تكون هناك أسباب تؤدي إلى بطلان العقد الأصلي، وفي الأصل يسري هذا البطلان على جميع شروطه، ولكن قد استقر العمل في مجال التحكيم التجاري الدولي بخلاف ذلك، واعتبر الالتزام الناشئ عن

(86) ينظر في الخلاف الفقهي تفصيلاً: د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 2011، ص 105 وما بعدها. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط 1، 1998، ص 92. د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 170 وما بعدها.

(87) د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع نفسه، ص 97.

اتفاق التحكيم، مستقلاً عن باقي الشروط العقد الأصلي، ويكون للمحكمن الفصل في المنازعات الناشئة عنه.

ب - إن إعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، يجب أن يكون الاتفاق صحيحاً في ذاته، لا يعتره عيب من عيوب الإرادة.

ج - إن المادة (23) من قانون التحكيم المصري، ذكرت مبدأ استقلال شرط التحكيم، ولم يستخدم مصطلح اتفاق التحكيم، ويذهب جانب من الفقه الراجح إلى أن تعبير اتفاق التحكيم يعكس حقيقة قانونية مقتضاها وحدة الظاهر، وليس فقط لضم شرط التحكيم، ومشاركة التحكيم تحت عنوان واحد⁽⁸⁸⁾ ومتى كان اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي، وحرر قبل وقوع النزاع، فينشأ عنه الالتزام المستقل الناشئ عن اتفاق التحكيم، إذ لا يعد هذا الالتزام تابعاً للعقد الأصلي، أما إذا كان هناك تحرير مشاركة تحكيم بعد وقوع النزاع، فإذا تعلق هذا النزاع بطلب بطلان للعقد الأصلي، فإنه يتعين ذكره في مشاركة التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة 2/10 من قانون التحكيم المصري، وإلا يعد اتفاق التحكيم باطلاً، وهنا لن تثار مسألة الاستقلال أو التبعية.

د - يثار هنا التساؤل هل مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم يعد تطبيقاً لنظرية انتقاص العقد التي قننتها المادة (143) من التقنين المدني المصري، والتي تنص على: "إذ كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله"، ويذهب إلى أن الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، مستقلاً عن العقد الأصلي، ينظم

(88) د. سامية راشد، المرجع السابق، ص75.

العلاقات القانونية وكيفية حل المنازعات التي تنشأ بين الطرفين، والعقد الأصلي ينظم العلاقات القانونية بين الطرفين، أن هناك عقداً واحداً ينظم في جزء من العلاقة القانونية بين طرفين، وفي الجزء الآخر يمثل اللجوء إلى التحكيم، وهنا يكمن تطبيق انتقاص العقد، ويتجلى أمامنا مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، عن العقد الأصلي⁽⁸⁹⁾. ويذهب رأي آخر بخلاف ذلك، ويقول إن تطبيق نظرية انتقاص العقد تفرض أن العقد كان ممكن أن يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، وعليه فإذا كان العقد الأصلي باطلاً، ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فلا يستقيم القول، إن شرط التحكيم هو الذي يبقى وحده دون باقي الشروط التي تحكم موضوع العلاقة القانونية بين الطرفين، إلا أن العكس صحيح ويمكن القول بأنه يمكن تطبيق نظرية انتقاص العقد، فإنه متى كان شرط التحكيم باطلاً، فإن باقي شروط العقد الأصلي تظل صحيحة، إن لم يلحقها سبب من أسباب البطلان، وعلى الطرفين، ومتى كان شرط التحكيم باطلاً، فإن باقي شروط العقد تظل صحيحة، إن لم يلحق بها سبب من أسباب البطلان، عندما يثار النزاع بينهما أن يلجأ إلى قضاء الدولة دون عرضه على التحكيم⁽⁹⁰⁾. وقد تبني القضاء المصري هذا الاتجاه حيث قضت محكمة استئناف القاهرة "إن شرط التحكيم يعد اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأصلي ولا يترتب ثمة أثر على بند التحكيم عند بطلان أو فسخ إنهاء العقد الأصلي.."⁽⁹¹⁾.

(89) د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 216.

(90) د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 106.

(91) قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة التجارية، الدعوى المرقمة 103 لسنة 162 قضائية، تاريخ 2010/6/8، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، السنة الخامسة، 2013، ص 552. قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 91 تجاري،

3 - القانون اللبناني أصدر المرسوم الاشتراعي رقم (90) لسنة 1983، قانون أصول المحاكمات المدنية الذي ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي⁽⁹²⁾ ولم يتضمن القانون، نصًا صريحًا يكرس مبدأ الالتزام المستقل الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، بل كان هناك بصورة غير مباشرة بالمادة 762 م.م.ع⁽⁹³⁾ وبموجب التعديل المرقم 440 لسنة 2002 أصبح بالإمكان حل المنازعات التي تنشأ عن صحة عقد التحكيم، فتعرف البند التحكيمي بطريقة غير مباشرة إذ تنص على "يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندًا ينص على أن يحل الخلاف عن طريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره، ويدرج البند التحكيمي عادة في العقد الذي يبرمه الفرقاء ويكون جزاءً منه، كما يمكن أن يكون مدرجًا في وثيقة مستقلة يحيل إليها العقد المذكور، ولا يصح إلا إذا نظم بإحدى الطريقتين المتقدمتين، ويجب أن يشمل تحت بطلانه، على تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو صفاتهم أو بيان الطريقة التي يعينون فيها المادة 763 م.م. واتفاق التحكيم لا أثر له على الأشخاص الثالثين الذين ليسوا فرقاء في العقد⁽⁹⁴⁾. ولكن الاجتهاد اللبناني كرس الالتزام المستقل الناشئ عن اتفاق

-
- تاريخ 27/11/2002، منشور في المجلة العالمية اللبنانية للتحكيم العربي الدولي، العدد الحادي والثلاثون، 2004، ص 26.
- (92) د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الثاني، 2009، ص 583.
- (93) نصت المادة (762) على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندًا ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره" وتقابلها المادة (1442) أصول المحاكمات المدنية الفرنسي.
- (94) المشار إليه مروان كركبي، أصول محاكمات المدنية والتحكيم، المنشورات الحقوقية صادر، ج 2، بدون ذكر سنة، ص 350.

التحكيم في -التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي- استناداً للمادة (785) من قانون أصول المحاكمات المدنية، والتي تمنح المحكم سلطة الفصل في المنازعة التي يثيرها أحد الخصوم في أعمال المبدأ أو مدى الولاية العائدة إليه⁽⁹⁵⁾. وفي حكم لمحكمة استئناف بيروت قضت بأن "البند التحكيمي ضمن إطار القانون الدولي الخاص هو كيان مستقل عن كيان العقد الذي يتضمنه، بحيث إن زوال العقد قبل إقامة الدعوى ليس من شأنه أن يؤثر في صحة هذا البند"⁽⁹⁶⁾، وأيضاً حكم آخر تضمن فكرة الالتزام المستقل الناشئ عن الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، نافذاً بالرغم من بطلان العقد⁽⁹⁷⁾.

5 - أما موقف قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم 83 لسنة 1969 من أعمال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، حيث لم يتضمن قانون المرافعات المدنية العراقي -أي نص- صريح يشير إلى الأخذ بمبدأ أعمال استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وبالرغم من أن أحكامه اقتصرت على معالجة التحكيم المحلي الذي يجري داخل

A. Civ. Lre, 16 juill. 1992. JCP. 1992. IV.2678.

b. Com. 4 juin 1985: JCP. 1985. IV. 283.

(95) د. إدوارد عيد، موسوعة أصول محاكمات والإثبات والتنفيذ، الجزء العاشر، التحكيم، بدون ذكر دار نشر، 1988، ص191.

(96) حكم محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، رقم 1004/2010، تاريخ 2010/7/21 منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، 2010، ص402. وكذلك حكم محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، رقم 768/2008، تاريخ 2008/5/20، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 45، 2008، ص48. وفي التحكيم الداخلي حكم الاستئناف في بيروت، الغرفة الثالثة، تاريخ 14 تشرين الأول/2004، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد32، ص21.

(97) حكم محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، في 19/12/2000، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 17، ص78.

العراق، فإنه لم يشر بشكل صريح أو ضمني أيضاً لإعمال مبدأ استقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، في التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. وقد اتجهت جهود المعنيين بخطى حثيثة لإعداد مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، ليكون من بين أهدافه إيجاد قواعد تحكيم تنسجم مع قواعد التحكيم التجارية الدولية، لكي يواكب التطور القانوني في مجال التحكيم الدولي، وقد استقى المشروع جل أحكامه من التشريع المقارن، وخاصة قانون التحكيم المصري⁽⁹⁸⁾، وقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم الدولي، الصادر عام 1985 والذي تم تعديله في عام 2006⁽⁹⁹⁾. وقد تبني مشروع قانون التحكيم العراقي⁽¹⁰⁰⁾ إعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وأكد عليه بنص صريح لا لبس فيه، من خلال نص المادة (8) على أنه: "يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على انقضاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم، حتى إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"⁽¹⁰¹⁾. والملاحظ على النص أعلاه أن المشرع العراقي قد استعان بها من خلال وقائع اعتمد عليها المحاكم القضائية والتحكيمية، بمدى ارتباط الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والتي أهمها:

(98) قانون التحكيم المصري المرقم 27 لسنة 1994.

(99) الجدير بالذكر أن قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، اعتمد على المواد في قانون الأونسترال النموذجي مع أوجه الاختلاف.

(100) الجدير بالذكر أن قانون التحكيم العراقي قد عدل في بعض مواد الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وقد أصبح العراق أحد الأعضاء الذين انضموا لاتفاقية نيويورك للتحكيم لعام 1958 وحسب بنود الاتفاقية المبرمة والمصادق عليها من قبل العراق والمنشور بالوقائع العراقية رقم 14 لسنة 2021.

(101) المادة (8) من مشروع قانون التحكيم العراقي الجديد، تقابلها المادة (23) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

أ - النص بشكل صريح لإعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، مسائراً بذلك الاتجاهات التشريعية الحديثة في الاعتراف بمبدأ الاستقلالية مراعيًا بذلك متطلبات التجارة الدولية.

ب - حسم المشرع العراقي في قانون التحكيم المعدل موقفه من إعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، فأكد عليها، ووضع حدًا لكل جدل بهذا الخصوص، وذلك من خلال نص المادة (8) التي نحن بصدددها، فقد اعتبر أن شرط التحكيم يعد اتفاقًا مستقلًا عن العقد الذي يتضمنه، وهذا يعني أن بطلان العقد الرئيسي لا يؤثر على الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم ولا يبطله، وإنما يبقى فاعلاً ويوجب إعماله.

ت - بالرغم من تبني المشرع العراقي لإعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، التوجه التشريعي الحديث، إلا أنه لم يعالج الحكم المترتب على بطلان شرط التحكيم في عقد صحيح، كما فعل كلاً من التقنين الفرنسي والمصري واللبناني. ولهذا الحكم أهمية، لأنه يجب على تساؤل هام يتعلق بمصير الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم الباطل في عقد صحيح، لذلك يتوجب على المشرع العراقي أن يبين موقفه بشكل واضح وصريح في هذا الجانب، ويتبنى في مشروع قانون التحكيم ما أخذ به القانون الفرنسي المصري واللبناني. أما بالنسبة للآثار فهي أثر موضوعي وأثر إجرائي، إذ إننا سنتناول الأثر الأول دون الثاني؛ كونه يرتبط بالدراسة موضع البحث بينما الثاني يكون خارج نطاق بحثنا.

إن الأثر الموضوعي لاستقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم: يعتبر عدم ارتباط العقد الأصلي من أهم الآثار أو النتائج المباشرة المترتبة على مبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، وهذا معناه أن هناك استقلالاً بين الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وفي بعض

الأحيان يكون العقد الأصلي منعدماً، فهل يتم التمسك بإعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم؟ وهنا يتوجب علينا معرفة نطاق قاعدة عدم ارتباط المصير بين الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، ومضمون القاعدة. إن نطاق قاعدة عدم ارتباط مصير الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، بالعقد الأصلي أثارت جدلاً فقهيًا واسعاً، وهي الحالة التي يكون فيها العقد منعدماً، ويبرز السؤال هل يمكن التمسك بإعمال المبدأ؟

فقد ذهب جانب من الفقه⁽¹⁰²⁾ إلى التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه، باعتبار أن العيب الذي يلحق به منذ انعقاده يؤدي إلى انعدامه، يختلف عن العيب الذي يؤدي إلى بطلانه، وأن الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، بينما على العكس من ذلك، يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه. في حين يرى جانب آخر من الفقه⁽¹⁰³⁾ أنّ التفرقة السابق بين بطلان العقد وانعدامه، تعتبر من المشاكل الشائكة لا داعي للخوض بها حالياً لأن يخرجنا عما نسعى إليه، خاصة وأن مفهوم الانعدام من الموضوعات التي يصعب تحديدها، ولهذا فإن استبعاد استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، بحجة أن أحد الأطراف يدعي عدم وجود العقد الأصلي، ورفض الاعتراف للمحكم الفصل في اختصاصه في مثل هذه الحالة، قبول المخاطرة، والسماح لأحد الأطراف بالالتجاء إلى الوسائل الاحتياطية التي يسعى لإعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم إلى تفاديها. وإن الادعاء بعدم وجود العقد الأصلي، لا يكفي إذاً لاستبعاد اختصاص المحكم، وللمحكم أن يقدر صحة الادعاء، فإذا لاحظ فعلاً أن

(102) د. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط 3، القاهرة، 2007، بند 38، ص 69.

(103) د. مصطفى محمد جمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 1، ط 1، 1998، ص 355-356.

العقد الأصلي غير قائم، ولا وجود له قانوناً، لعدم توافر أحد أركانه، فيجب عليه بدون شك أن يقضي بعدم اختصاصه إذا ما اتضح له أن هذا الانعدام يسري أيضاً على الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، ليس كمجرد نتيجة مترتبة على انعدام العقد الأصلي، ولكن لأن سبب الانعدام الذي لحق بالعقد الأصلي يلحق أيضاً بالالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم⁽¹⁰⁴⁾. والجدير بالذكر يذهب بعض الفقهاء⁽¹⁰⁵⁾، من يفرق بين مسألتي بطلان العقد الأصلي وانعدامه.

وهناك من رفضها بشكل صريح كاتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، من خلال نص المادة الخامسة على أنه: "لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الأصلي الذي يشكل الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم جزءاً منه"، وكذلك قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام 1976، والتي تم تعديلها عام 2010، في المادة (23)، كذلك القانون النموذجي 1985، المعدل 2010 في المادة 16/ أولاً، ولائحة غرفة التحكيم التجاري الدولية في باريس في المادة 6/ رابعاً، ولائحة التحكيم الدولي لهيئة التحكيم الأمريكية AAA الصادرة عام 1992 في المادة 15/ أولاً. إلا أن هذا الاتجاه انتقده جانب من الفقه⁽¹⁰⁶⁾، حيث يرى أنه لا يمكن التسليم به، فاتفاقية جنيف الأوروبية لم تتعرض على الأقل صراحة لمبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ولا للآثار المترتبة

(104) د. حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 45.

(105) د. حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 174.

(106) د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، 194 وما بعدها.

عليه، حتى يمكن القول إن الاتفاقية الأوروبية ترفض أو تقر التفرقة بين حالة انعدام العقد وبطلانه، أما اللوائح التحكيمية، فإن لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة، والقانون النموذجي، قد أشارا صراحة إلى عدم تأثير الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، ولم يشير إلى حالة انعدام العقد، وهنا يمكن القول بأنهما (اللائحة، والقانون النموذجي)، يقران باستقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حالة بطلان الأخير، دون حالة انعدامه، استناداً إلى إغفالها الإشارة إلى حالة انعدام هذا العقد، أما لائحة التحكيم للجمعية الأمريكية للتحكيم لعام 1992، فإنها اكتفت بالنص على إعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، دون الآثار التي تترتب عليه، حتى يمكن القول بأنها تقرر استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد في حالة انعدامه، ولا يستثنى من ذلك سوى لائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، فهي الوحيدة التي تميّز بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه، حيث نصت بشكل صريح يظل المحكم مختصاً، حتى في حالة عدم وجود العقد أو بطلانه.

يخلص من ذلك إقرار إعمال مبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم في كلتا الحالتين، والملاحظ أن نصوص القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم تناصر الاتجاه الذي يميز بين حالة بطلان العقد وانعدامه. وقضت محكمة التمييز الفرنسية في 10 يوليو 1990 في قضية شركة (Cassia) ضد شركة (Piainvestments Ltd): "في إطار التحكيم الدولي، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيد بوجود العقد الأصلي، من حيث الشكل، الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به، ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقاً للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص، التي تطبق على

شكل العقد الأصلي" (107). الملاحظ من قرار محكمة التمييز الفرنسية، أنها قد تبنت التفرقة بين حالة انعدام العقد وبين حالة بطلان، الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، لن يكون له وجود إذا كان العقد الأصلي الذي تضمنه لا وجود له، ثم أن عدم وجود العقد يعد القيد الوحيد الذي يرد على أعمال مبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، اتجاه العقد الوارد فيه (108).

ويرجح الباحث الرأي الذي يميز بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه، لاتسامه بالواقعية وكونه يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية، وكذلك أن انعدام العقد يعني عدم وجود الإرادة الحقيقية للأطراف، وهذا يؤدي إلى انعدام الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، فليس من الصواب أن يكون هناك اتفاق على التحكيم للفصل في نزاع ناشئ عن عقد لم تكتمل أركانه العامة، بمعنى أن فقدان رضا أحد الأطراف بالعقد الأساسي، يؤدي إلى عدم وجود اتفاق، سواء أكان عقداً أصلياً أم الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم.

أما عدم ارتباط مصير الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، فتعتبر من أهم النتائج المترتبة على أعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، وهذا معناه أن هناك استقلال بين الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، والسؤال هنا في حال انعدام العقد الأصلي فهل يمكن التمسك بأعمال مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم؟ وهل يعتبر الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، التزام مستقل عن العقد الأصلي.

(107) قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، 939/2011، تاريخ 7/7/2011، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثانية، 2011، ص442.

(108) Cass. Civ, 10 Juillet, rev. aeb. 1990. P. 851, Note, J.H. Moitry et C. Vernece.

والمقصود بقاعدة عدم ارتباط المصير بين الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم والعقد الأصلي. إن سبب وجود وصحة سريان الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم لا يتأثر بمصير العقد الأصلي، وإن كانا في وثيقة واحدة، إلا أنهما في الحقيقة مستقلان ومنفصلان، لا يتأثر أحدهما بالآخر، وأن الادعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم تم توقيعه، ولكن لم يدخل مرحلة النفاذ أو أنه باطلاً أو تم فسخه، أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها، فهذا لا يؤدي إلى عدم فعالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم أو المساس به، وأن التوصل إلى تسوية بشأن الحقوق الواردة في العقد الأصلي، لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم⁽¹⁰⁹⁾، ويشترط لكي يترتب على استقلالية مبدأ الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، الأثر المهم أن يكون صحيحاً بذاته، فلو أن العيب الذي يمس العقد من شأنه أن يمس أيضاً الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، كعيب الرضا مثلاً فإن كلاً منهما يعد باطلاً⁽¹¹⁰⁾، ولا يكون لمبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم في هذه الحالة أي أثر، أما إذا كان البطلان خاصاً بالعقد، كما لو كان العقد ذاته مخالفاً للنظام العام، ففي هذه الحالة يمكن التمسك بمبدأ استقلالية الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وعدم تأثره بما لحق الأخير من بطلان⁽¹¹¹⁾، وبالرغم أن المنطق القانوني يذهب إذا بطل العقد فإن جميع بنوده تكون باطلة، وإذا كان الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم، يعتبر بنداً في العقد، فإن آثار البطلان

(109) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها.

(110) محكمة النقض الفرنسية، الطعن رقم 2009/2650، مدني، تاريخ 2009/10/15، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع، السنة الثالثة، 2011، ص 335.

(111) د. سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 219.

تمتد إليه، أي أن بطلان العقد لأي سبب كان، فإن هذا البطلان يشمل الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم باعتباره جزءاً منه، وهذا خروج عن قاعدة الفرع يتبع الأصل. لكن عدم الارتباط أو التأثير بما طرأ عليه من مؤشرات، إنما جاء تلبية لاعتبارات التجارة الدولية⁽¹¹²⁾.

وفيما يخص الاختصاص، فإن بعض التشريعات وكذلك قواعد بعض المنظمات التحكيمية تربط بين المبدأين، كالقانون النموذجي لسنة 1985، وقواعد غرفة التجارة الدولية ومحكمة لندن للتحكيم الدولي وقواعد الأونسترال سنة 1976 المعدلة 2010، ويعنى بهذا منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في تخصصها بنظر النزاع المعروض عليها، بحيث تختص بتقرير ما إذا كانت مختصة أو غير مختصة فيما يتعلق بالقضية التحكيمية التي يقيمها أحد طرفي النزاع. وأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مبدأ أساسي الذي يسمح بالحوول دون لجوء الأطراف إلى تأخير أو عرقلة سير التحكيم، عن طريق الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية، كما يعطي المحكمين صلاحية البت باختصاصهم⁽¹¹³⁾، وتحصر التشريعات الوطنية المختصة بالتحكيم، والاتفاقيات وقرارات الهيئات واللوائح هيئات التحكيم، على النص صراحة على مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالفصل في مسألة اختصاصه⁽¹¹⁴⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص،

(112) د. محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص 69.

(113) د. عبده جميل غصوب، وسائل المماثلة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، تموز، 2010، ص 160.

(114) د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 3، بيروت، 2008، ص 162. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 182.

يجد أساسه ومصدره في استقلالية اتفاق التحكيم وأنه من المبادئ المترتبة عليه⁽¹¹⁵⁾، وتكمن أهمية أعمال المبدأ بالحؤول دون لجوء أحد الأطراف إلى تأخير أو عرقلة سير التحكيم، من خلال الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية، كما يعطي المحكمين صلاحية البت باختصاصهم⁽¹¹⁶⁾، والبيّن أن استقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم تأثير كبير على اختصاص هيئة التحكيم، إذ لا يجوز لها أن تنظر في نزاع يتعلق ببطلان العقد الأصلي، إلا إذا سلمنا باستقلال الالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وقد تناول فقهاء القانون، تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص. فقد تناوله جانب من الفقه بأنه: منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها بنظر النزاع المعروف عليها، بحيث تختص بتقرير ما إذا كانت مختصة، أو غير مختصة، فيما يتعلق بالقضية التحكيمية التي يقيمها أحد طرفي اتفاق التحكيم أمامها⁽¹¹⁷⁾. وتناوله اتجاه آخر بأنه: أن لهيئة التحكيم، دون غيرها، ولاية الفصل في جميع الادعاءات التي أساس اختصاصها ونطاقها⁽¹¹⁸⁾. قد أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة (1465) من المرسوم المرقم 48 لسنة 2011 المعدل للنصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية، والتي نصت على: "تكون الهيئة التحكيمية وحدها صاحبة الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بسلطتها القضائية"⁽¹¹⁹⁾.

(115) د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 208، د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 107. د. سيد علي قاسم، نسبة اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 39-40 وما بعدها.

(116) د. عبده جميل غصوب، المرجع نفسه، ص 161.

(117) د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع نفسه، ص 107.

(118) د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 88.

(119) حكم محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، القضية المرقمة 09/11872،

المطلب الثاني

تطبيقات الالتزام المستقل في الالتزام المصرفي

إن التوقيع على الورقة التجارية ينشأ في ذمة الموقع التزاماً مستقلاً ومميزاً عن الالتزام الأصلي الذي من أجله حررت الورقة أو ظهرها، وهذا يعني أنه لا يستند الالتزام المصرفي للعلاقات السابقة لإنشائه، وإنما يكون له كيان قائم بذاته ووجوده مستقل، فإذا انقضت أو بطلت أو فسخت، فلا أثر لذلك في الالتزام المصرفي الذي يبقى قائماً منتجاً لآثاره، والحامل الذي يتلقى حقه المصرفي من مضمون السند لا يعتبر خلفاً خاصاً لمن نقل الورقة إليه، ولا ينطبق عليه قاعدة (ليس للشخص أن ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يكون له)، والسبب في ذلك تعارضها مع مبدأ استقلال التوقيعات، وكل حامل للورقة التجارية يعد دائماً أصلياً، له حق مجرد، ومستقل، عن حقوق الحاملين السابقين ويكون بمنأى عن الدفع الشخصية للعلاقات السابقة.

إن معالجة التظهير على أنه التفريغ عن الحق، فإننا ننجر إلى القول إن الحامل الجديد لسند الصرف لا يمكن أن يجد حقاً (دينياً)، أفضل من المظهر، وبالتالي أن عليه أن يتحمل كل الاستثناءات (الدفع)، التي يمكن للمدين أن يدفع بها بوجه المظهر، ولكن التشريع المصرفي عرف مبدأ

بتاريخ 12/ مايو/ 2010، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، 2010، ص 583. قرار محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، بدون رقم، تاريخ 9/ 7/ 2008، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث، السنة الثالثة، 2009، ص 893. والملاحظ أن المادة وردت في التحكيم الداخلي في فرنسا، إلا أنها تسري على التحكيم الدولي، إعمالاً للإحالة الصريحة الواردة في المادة (1506) من المرسوم الجديد بشأن التحكيم الدولي، وقد أكدت الأحكام الحديثة، الصادر في فرنسا، على مبدأ الاختصاص بالاختصاص " Le Compétence competence.

مناقضاً، فهو يقرر بأن الشخص المسؤول تسديد سند الصرف لا يمكنه أن يواجه الحامل بكل الدفع التي بإمكانه أن يوجهها ضد الحاملين السابقين⁽¹²⁰⁾. وتكمن فائدة القاعدة من خلال تداول السند المصرفي، وللشخص الملتزم بالتسديد من أجل تداول السند المصرفي، وإذا كان مسموحاً للشخص الملاحق بالتسديد أن يواجه الحامل بكل الدفع التي كان بإمكانه مواجهة الساحب بها أو أحد المظهرين السابقين، فإذا تعددت التظهيرات يضعف السند من جراء تعدد الدفع، وحتى لا يتعرض الحامل لرفض الدفع (التسديد) فمن الضروري القيام عند كل إصدار بتظهير الدفع. أما إذا ثبت تزوير أحد التوقيعات الواردة على الورقة فلا يترتب على ذلك بطلان التوقيعات الأخرى، وقد أورد بعض التطبيقات نصوص في التقنين التجاري كبطلان توقيع عديم الأهلية دون تأثر باقي الموقعين، والتطبيقات الأخرى ظهرت إعمالاً لتبني الآراء الفقهية والقضاء لمبدأ الاستقلال، والتطبيقات هي، تطهير الدفع، توقيع ناقص الأهلية، تزوير التوقيع لأحد الموقعين صرفياً.

ينشأ عن قاعدة استقلال التوقيعات أهم المبادئ المطبقة في الأوراق التجارية، وهو مبدأ التطهير من الدفع *L'inopposabilité des exceptions*، وهو يعني أنه لا يجوز للمدين المصرفي أن يتمسك في مواجهة الحامل حسن النية، بالدفع الناشئة عن سبب الالتزام المصرفي، أي عن العلاقات الأصلية السابقة لإنشاء السند، إن قاعدة تطهير الورقة التجارية من الدفع في العلاقة بين المدين والحامل تعتبر أثراً من آثار التطهير التي يتفق وطبيعة الالتزام المصرفي وتستقل به الورقة التجارية بحسب ما تنهض به من وظائف⁽¹²¹⁾،

(120) ربير - رويو، المطول في القانون التجاري، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، ط2، ج2، بيروت، 2011، ص272-273.

(121) حكم محكمة النقض المصرية المرقم 4783 لسنة 79 ق - جلسة 2017/11/15.

وبمعنى آخر يقصد به حرمان المدين الصرفي من التمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع التي يملك التمسك بها في مواجهة المظهر⁽¹²²⁾ وذلك بخلاف القواعد العامة التي تجيز للمدين (المحال عليه) أن يتمسك بالدفع التي تكون له قبل المحيل في مواجهة المحال إليه وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما تجيز له التمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة، كون الحوالة بالنسبة إليه مجرد إحلال دائن محل آخر دون أن يطرأ بسبب ذلك تعديل في الحق ذاته، أما إذا تعلق بالحق سبب من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، يستطيع المحال عليه التمسك بهذا الدفع في مواجهة المحال له⁽¹²³⁾. إن المشرع بإقراره مبدأ استقلال الالتزام الصرفي، وتطهير الدفع،

(122) جورجيت صبحي قليني، مبدأ استقلال التوقيعات في الأوراق التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون ذكر سنة، ص 207.

(123) يعتبر الدفع بالمقاصة استثناءً من مبدأ التطهير من الدفع "L'inopposabilité des exceptions" نص عليه القانون المدني الفرنسي بالمادة (1295) "إن المدين الذي قبل قبولاً محض بسيط تنازل الدائن عن حقوقه لصالح شخص ثالث لا يمكنه أن يحتج بوجه المتنازل له بالمقاصة التي كان باستطاعته الاحتجاج بها بوجه المتنازل قبل قبوله وبالنسبة إلى المتنازل الذي لم يقبل به المدين، ولكنه قد أبلغ إليه فإنه لا يمنع المقاصة إلا بشأن الديون اللاحقة لهذا التبليغ". أما القانون المدني المصري تناوله بالمادة (368) على أنه: "إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبله للحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل، أما إذا المدين لم يقبل الحوالة ولكنه أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة". أما القانون الموجبات والعقود اللبناني بالمادة (285) "1.. فيحق للمدينون أن يدلي بأسباب الدفع والدفاع التي كان يحق له أن يدلي بها تجاه المتفرغ له ويجري الأمر بالعكس إذا كان المدينون قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط...". وقد تناوله القانون المدني العراقي بالمادة (417) "إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك على المحال له بالمقاصة التي كان يتمسك بها قبل الحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل..". يتضح من النصوص أن المدين (المحال عليه)، لا يحرم من التمسك قبل المحال له بدفع المقاصة بشرطين: أن يكون قد قبل الحوالة، فإذا أعل

قد خرج عن القواعد العامة المقررة بشأن التفويض أو الحوالة عن الحق في القانون المدني، التي تقضي بأن يحال الحق من شخص الى آخر بالإحالة والشروط التي يكون عليها وما يشوبها من العيوب والدفع المتعلقة به تبقى ملازمة له في انتقاله، ويجوز الاحتجاج بها في مواجهة المحال إليه وهذا ما تنص عليه التقنينات المدنية⁽¹²⁴⁾.

وهنا يحق للمدين أن يدفع بالأسباب التي يحق له أن يدلي بها تجاه المفوض له، أما إذا طبقنا قاعدة حوالة الحق على حامل السند التجاري لكان من الممكن مواجهة بالدفع الناشئة عن العلاقة بينه وبين من ظهر له السند، وأيضاً بالدفع الناشئة عن سائر العلاقات السابقة، ويترتب على ذلك أنه كلما انتقل السند التجاري كلما زاد ما يتعرض له الحامل من أسباب الانقضاء أو البطلان، بما تضيفه العلاقات الجديدة إلى العيوب السابقة، وهذا الأمر يحول دون تداول السند التجاري، لذلك كان لا بد للمشرع من مخالفة القاعدة العامة في حوالة الحق، ليبني القواعد الخاصة للسند التجاري، والمتعلقة باستقلال التوقيعات، وتطهير الدفع، وقد عنى المشرع

بها فقط جاز له التمسك بالدفع. 2- أن يكون قد قبل الحوالة دون تحفظ، فإذا أعلن وقت القبول احتفاظه، جاز له التمسك به.

(124) نص القانون المدني الفرنسي 1804 المعدل 2016 بشكل صريح في المادة (1692) "يتضمن بيع الحق أو حوالاته ملحقات هذا الدين أمثال الكفالة والامتياز والرهن العقاري". التقنين المدني المصري في المادة (307) "تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط". قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (285) "أن التفرغ ينقل إلى المتفرغ له الدين مع جميع ملحقاته كالكفالة والامتياز والرهن والتأمينات العينية غير المنقولة وفقاً للصيغ والشروط المنصوص عليها في قانون الملكية والحقوق العينية كما ينقل إليه جميع العيوب الملتنقة بالدين والخصائص الملازمة له..". القانون المدني العراقي في المادة (365) "ينتقل الحق إلى المحال له بصفته وضمائنه كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد وأقساط".

لإقرار المبدأين لضرورة تسهيل تداول السند التجاري بجعل حامله مطمئنًا إلى وفاء قيمه في الاستحقاق من دون أن يتعرض للدفع في مواجهة العيوب الناشئة عن التواقيع السابقة، أو عن الالتزام الأساسي الذي حررت من أجله الورقة التجارية، ويشترط لتطبيق قاعدة استقلال التوقيعات، وتطهير الدفع أن يكون الحامل حسن النية، أما إذا كان سيء النية، أي علما بوجود العيوب المبطللة للالتزام المصرفي، وقد تعمد عند إحرازه السند الإضرار بالمدين، فيجوز عندئذ التمسك في مواجهته بالدفع الناشئة عن ذلك، وقد نص القانون التجاري المصري بالمادة (494) على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (479) من هذا القانون ليس لمن أقيمت عليه دعوى بموجب شيك أن يحتج على حامله بالدفع المبينة على علاقاته الشخصية بساحب الشيك أو حامله السابقين ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله على الشيك الإضرار بالمدين"، وتناول القانون التجاري اللبناني بالمادة (331) "أن الأشخاص المدعى عليهم بسند سحب لا يحق لهم أن يدلوا على حامله بالدفع المبينة على علاقاتهم الشخصية بساحب السند أو بحامله السابقين ما لم يكن حامل السند قد تعمد عند إحرازه الإضرار بالمدين" وتناولها القانون التجاري العراقي بالمادة (57) "ليس لمن أقيمت عليه دعوى بحوالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبينة على علاقاته الشخصية بساحبها أو حاملها السابقين ما لم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الإضرار بالمدين". ولا يعمل بمبدأ تطهير الدفع إلا بشروط:

1 - أن تكون ورقة تجارية: يجب لسريان مبدأ التطهير من الدفع، أن تكون الورقة التجارية بإحدى صور السند موقع من تاجر أو صادر نتاج عملية تجارية.

2 - الحصول على الورقة بطريق التطهير الناقل للملكية: إن التطهير وحده الذي يظهر الحق الثابت في الورقة من الدفع العالقة بها، وما يشترطه

القانون التجاري من يوجب أن تتوافر في التظهيرات من بيانات، أما إذا تم التوقيع للتنازل عن الورقة بطريق الحوالة المدنية، فلا إعمال لمبدأ التظهير من الدفع.

3 - حسن النية: معنى حسن النية *porteur de bonne foi* أن كل من اكتسب ورقة تجارية عن طريق تظهير تملكي أو توثيقي دون أن يكون عالمًا حين التظهير بوجود دفع للمدين المصرفي قبل المظهر أو ملتزم آخر بموجب الحوالة التجارية يكون جديرًا بحماية قاعدة التظهير من الدفع، وعلى من يدعى (المدين)، عكس ذلك يقع عليه عبء الإثبات، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية⁽¹²⁵⁾، بهذا الاتجاه في حكم لها قضت فيه "أن تبقي الورقة التجارية بمقتضى تظهير ناقل للملكية قرينة على حسن نية حاملها، للمدين نفي هذه القرينة بالدليل العكسي، علم الحامل وقت التظهير بوجود دفع يستطيع المدين توجيهه للمظهر، كفايته لاعتباره سيء النية". أما الحامل سيء النية فقد نبذه العرف التجاري وقد قصد بسوء النية *foi Mauvaise* أنه المحال المتواطئ بين المظهر والمظهر إليه على الإضرار بالمدين في الورقة بقصد حرمانه من الدفع التي يجوز له توجيهها إلى المظهر⁽¹²⁶⁾ وقضت محكمة النقض الفرنسي⁽¹²⁷⁾، بأن سوء النية يكمن في وعي الضرر الذي يسببه التظهير، بالمدين المصرفي، بأن يضع هذا المدين في استحالة الإفادة

(125) حكم محكمة النقض المصرية المرقم 4884 لسنة 73 ق - جلسة 2014/4/16. حكم محكمة النقض المصرية المرقم 1315 لسنة 74 ق - جلسة 2011/12/13. حكم محكمة النقض المصرية المرقم 176 لسنة 74 ق - جلسة 2010/12/13.
(126) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص 22-223. د. إدوارد عيد، المرجع السابق، ص 200-201.

(127) حكم محكمة النقض الفرنسية، المصنف الدوري، نقض تجاري، 1964/2/13949/ مذكرة Gavalda، 29/ حزيران/1964. حكم محكمة النقض رقم 190، المجلة الفصلية، القانون التجاري، 1972، 969، M.Cabrilla و Lange - Rives.

من إحدى وسائل الدفاع المنبثقة من علاقاته بالساحب أو بأحد المظهرين السابقين.

وقد قضت محكمة النقض المصرية "أن تمسك الطاعن بسوء نية الشركة المطعون ضدها وقت تظهير السندات مدلاً على ذلك بالسجل التجاري للشركتين المظهرة والمظهر إليها والذي يثبت أن كليهما ضمن شركات واحدة ويحملان ذات العلاقة التجارية، دفاع جوهرى"⁽¹²⁸⁾، ولا يكفي أن يثبت المدين سوء نية الحامل بمعنى أنه يعلم بوجود دفع قبل التظهير على الورقة التجارية، إنما يجب أن يثبت التواطؤ بينه وبين المظهر على حرمانه من الدفع.

أما الأساس القانوني لمبدأ التظهير من الدفع، حيث تبنى الفقه تفسير المبدأ بشكل خاص بتحليل تظهير سند الصرف، أن الآثار للتفريغ عن الحق لا يتحقق، واستنتج الفقه عدم وجود تفريغ عن الحق، وسعى إلى استخراج الحق المباشر للحامل من التعاقد لمصلحة الغير أو من التفويض، خلافاً للقواعد العامة. إن التظهير هو تفريغ، إنما يجب اعتباره تفريغاً عن السند لا تفريغاً عن الحق. إن الحامل الجديد يستفيد من الحق الذي يعطيه السند، وله حق مباشر لأن هذا الحق مرتبط بحيازة السند⁽¹²⁹⁾. أما نطاق تطبيق مبدأ تظهير الدفع، فقد وضعه المشرع لحماية الحامل حسن النية كما قدمنا، حيث ينحصر نطاق تظهير الدفع بالحالات التي يكون فيها الحامل بحاجة إلى حماية وتقسم إلى نوعين الأول الدفع التي يطهرها التظهير، والثاني الدفع التي لا يطهرها التظهير.

النوع الأول: الدفع التي يطهرها التظهير: يحق للمدين التمسك

(128) حكم محكمة النقض المصرية المرقم 2618 لسنة 77 ق - 2014 / 4 / 8.

(129) ريبير - روبلو، المرجع السابق، ص 274.

بالدفع التي يظهرها التظهير في مواجهة الحامل، ولا يحق للمدين الاحتجاج بها على الحامل حسن النية بعد تظهير السند إليه، وأهم الدفع هي:

أ - الدفع الناشئة عن بطلان العلاقة الأصلية أو فسخها أو انقضائها: يوقع على السند من قبل الساحب أو المظهر لتنفيذ التزام سابق ناشئ عن علاقة أصلية بين الموقع والمستفيد، فإذا كانت العلاقة الأصلية يعترئها البطلان لعيب الشكل أو في العلاقات الأصلية، وبذلك يحق للمدين التمسك بالبطلان قبل معاقدة الذي وقّع له السند، ولكن إذا انتقل السند إلى حامل آخر حسن النية، فلا يجوز للمدين التمسك قبل الحامل الجديد بالبطلان، لأن الحامل الجديد كان حسن النية لا يعلم بوجود أضرار بالمدين عند التظهير. أما في حالة انقضاء العقد أو الفسخ، وللموقع التمسك بالدفع الناشئ عن ذلك قبل الشخص الذي التزم نحوه مباشرة، ولكن لا يحق له التمسك بالدفع قبل الحامل حسن النية.

ب - الدفع الناشئة عن عيوب الإرادة: قد يشوب السند عند توقيع الساحب أو المظهر أحد عيوب الإرادة، كالغلط أو الإكراه، كالشخص الذي يوقع معتقداً بأنه مدين للمستفيد أو المظهر له والحقيقة أنه غير مدين له، أو وقع تحت تأثير الغش والإكراه، فيحق للمدين التمسك ببطلان الالتزام الصرفي في مواجهة دائنه المباشر لعيب الرضا، والجدير بالذكر أن عيوب الرضا غير ظاهرة في السند، ولا يمكن للمتعاقد تتبع الحملة السابقين للسند عن التزاماتهم السابقة من خلال توقيعهم.

ت - الدفع الناشئة عن انتفاء السبب أو عدم مشروعيته: قد لا يستند الالتزام الموقع على السند إلى سبب، أو أن السبب غير مشروع، فالساحب أو المظهر حق التمسك بالدفع الناشئ عن انعدام السبب قبل المستفيد أو

المظهر له المباشر، وغني عن التعريف بأنه لا يستطيع الاحتجاج بهذا الدفع قبل الحامل حسن النية.

أما النوع الثاني: الدفع التي لا يطهرها التظهير: للمدين الموقع على السند أن يتمسك ببعض الدفع ليس فقط قبل من أصدر السند أو ظهر لمصلحته السند، بل قبل أي حامل أيضاً، معنى ذلك أن العيب الذي يشوب العلاقة الأصلية يكون مؤثراً في الالتزام المباشر قبل الحامل والدفع هي:

أ - دفع ناشئة عن العلاقة الشخصية بين الملتزم والحامل: يكون موقع السند الحق قبل الحامل بالرجوع عليه بقيمة السند بالدفع الناشئة عن العلاقات الشخصية، وعلى سبيل المثال للساحب أن يطالب الحامل بالوفاء، بعد امتناع المسحوب عليه، وأن يحتج قبله بالمقاصة بسبب وجود دين مستقل عن السند، وكذلك يعود للمسحوب عليه أيضاً أن يتمسك قبل الحامل بالمقاصة بين الدين المترتب في ذمته وقيمة السند.

ب - دفع لا يكون فيها الحامل بحاجة إلى حماية: هناك حالات يكون فيها لحامل الورقة التجارية بحاجة لحماية، كإغفال الشكلية في الورقة التجارية التي اشترط المشرع وجودها لصحة السند وهي بيانات نص عليها القانون التجاري المصري بالمادة (474) والقانون التجاري اللبناني (409) بالمادة والقانون التجاري العراقي بالمادة (134)، وفي حال إغفال أحد البيانات يتحول من سند صرفي إلى سند عادي.

ت - دفع تكون فيها حماية الغير أولى من حماية الحامل: أهم

(130) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص 116-117.

(131) د. أكثم خولي، المرجع السابق، ص 24.

(132) د. محسن شفيق، المرجع نفسه، ص 99.

الحالات كالتالي :

1 - فقدان الأهلية: يحق للموقع على السند إذا كان فاقد الأهلية أن يتمسك ببطلان التزامه بسبب هذا العيب قبل حامل السند وإن كان حسن النية، وهذا ما نص عليه القانون التجاري المصري بالمادة (479) وتقرير هذا البطلان لهم لحماية فاقد الأهلية، لأنه أولى بالرعاية من الحامل، والقانون يحميه من التحايل⁽¹³⁰⁾.

2 - تزوير السند: يحق للشخص الذي زور توقيعه أن يتمسك تجاه حامل للسند وإن كان حسن النية بالدفوع الناشئة عن ذلك.

3 - انتفاء سلطة التوقيع على السند أو تجاوز حدود السلطة: الشخص الذي يحصل على توقيع السند باسمه دون تفويض، وبذلك يتجاوز الوكيل حدود سلطة الوكالة، وهنا يحق للموكل أن يدفع بعدم التزامه كون التصرف خارج حدود الوكالة، فيكون الوكيل ملتزمًا شخصيًا عندما وقع على السند ونص القانون التجاري اللبناني (321)، والقانون التجاري العراقي (135). لكن هناك أحكام استثنائية من الأصل العام قد تؤثر على حكم انتفاء سلطة التوقيع على السند أو عند تجاوز الحدود ومن هذه الأحكام:

إن انعدام أو نقص أهلية أحد الموقعين على الورقة التجارية في ظل مبدأ استقلال التوقيعات: إن كل من يضع توقيعه المصرفي على السند يلتزم بأن يؤدي قيمة الورقة التجارية ويشترط توافر الشكلية، والأهلية، ويقصد بالشكلية البيانات التي حددها المشرع لاكتمال الورقة التجارية شكلها القانوني، لكي تحقق الورقة الغاية باعتبارها أداة وفاء وضمن، وبمعنى آخر

(133) حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 884/مدنية/ الثالثة/ 1974 بتاريخ 5/9/1974، النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، 1974، ص 119.

(134) قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي 304 لسنة 1942 المعدل 2019.

الشكلية قوامها ما يحدده المشرع في فحوى السند⁽¹³¹⁾، أما الأهلية فكل موقع على الورقة التجارية يلتزم بأداء قيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق، فمن اللازم أن يكون بالغاً وغير محجور عليه لعتته أو سفه أو غفلة أو جنون⁽¹³²⁾، وقد قضت محكمة التمييز العراقية "بأن تظهير الصغير باطلاً"⁽¹³³⁾، ولا يشذ الالتزام المصرفي عن غيره من الالتزامات، ولكن تناول القانون التجارة الفرنسي بالمادة (22)، والمشرع التجاري في المادة (110) نصت على أنه: "الكمبيالات المسحوبة من القصر الذين ليسوا تجاراً أو من يدعي الأهلية والتحاويل والقبول الممضاة منهم تكون باطلة بالنسبة لهم". أما قانون التجارة اللبناني⁽¹³⁴⁾، نص على استقلال التوقيع بالمادة (320) "إذا كان السند محتوياً على توابع أشخاص لا يجوز لهم الالتزام بسند سحب أو على توابع مزورة أو توابع أشخاص وهميين أو توابع لا يصلح لا سبب آخر لإلزام الأشخاص الذين وقعوا على سند السحب أو الذين جرى توقيع السند باسمهم، فذلك لا يحول دون صحة التزام سائر الموقعين على السند"، والقانون التجاري العراقي بالمادة (47) "إذا حملت الحوالة توقيعات أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو لأشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لأسباب أخرى لأصحابها أو لمن وقعت الحوالة بأسمائهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة".

يلخص بأنه إذا كان التزام أحد الموقعين باطلاً لانعدامه أو كان مزوراً، فلا يبطل مع ذلك التزامات الموقعين الآخرين، ولا يجوز للمدين المصرفي الاحتجاج على الحامل حسن النية بالدفع التي كان يحق له أن يحتج بها على الموقعين الآخرين، وسنتناول أثر انعدام الأهلية لأحد الموقعين على الورقة على باقي التوقيعات أولاً، ومسؤولية الضامن الاحتياطي لعديم الأهلية ثانياً.

وأثر انعدام الأهلية لأحد الموقعين على باقي التوقيعات: إن التوقيعات التي تكون صحيحة لا تتأثر بما يشوب التوقيعات الأخرى، إنما يقتصر على الالتزام المترتب على التوقيع الذي شابه العيب فقط وتبقى ومحصنة بمبدأ استقلال التوقيعات، الذي يعد بمثابة تحصين قوي للتوقيعات الواردة في الورقة التجارية والحائل بينه وبين التوقيعات التي كانت معيبة، وتأسيساً على ذلك فإذا أنشا توقيع القاصر أو عديم الأهلية التزاماً باطلاً، تنحصر صفة البطلان على تلك الالتزامات فقط، دون باقي الالتزامات المترتبة على باقي التوقيعات.

وفي حال تزوير أحد التوقيعات المصرفية وأثره في ظل مبدأ استقلال التوقيعات: فإن الموقع على الورقة التجارية يكون ملتزماً صرفياً بإعلان أرادته ليكون ملزماً بأداء قيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق، وقد يقحم على الورقة التجارية توقيع منسوب لشخص غير الشخص الحقيقي، ودون علمه، ودون إهمال منه سهل لغيره وضع توقيعه على الورقة، فلا التزام عليه قبل أي حامل للورقة وإن كان حسن النية، ويحق لمن زور توقيعه التمسك بهذا الدفع قبل الحامل حسن النية، وكون أساس الالتزام المصرفي يكمن في إعلان الموقع عن إرادته خلال توقيعه، وكونه لم يضع توقيعه ولم يعلن ذلك، فلا مسؤولية عليه لأنه لم يكن ملتزماً بإرادة في الالتزام المصرفي. وقد تطرقت بعض التشريعات الداخلية والدولية إلى مسألة أثر انعدام أو تزوير أو نقص في الأهلية على الالتزام المصرفي، فإن القانون التجاري المصري في المادة (139) نص على أنه: "يلزم الضامن الاحتياطي بالوفاء على وجه التضامن بالأوجه التي يستلزم المضمون على حسبها ما لم توجد شروط بخلاف ذلك بين المتعاقدين". وقد نصت المادة (110) على أنه: "الكيميالات المسحوبة من القصر الذين ليسوا تجاراً أو من يدعي الأهلية والتحاويل والقبول الممضاة منهم تكون باطلة بالنسبة لهم". وقانون التجارة

اللبناني، نص على استقلال التوقيع بالمادة (320) "إذا كان السند محتويًا على توابع أشخاص لا يجوز لهم الالتزام بسند سحب أو على توابع مزورة أو توابع أشخاص وهميين أو توابع لا يصلح لا سبب آخر لإلزام الأشخاص الذين وقعوا على سند السحب أو الذين جرى توقيع السند باسمهم، فذلك لا يحول دون صحة التزام سائر الموقعين على السند".

الخاتمة

بعد أن انتهينا من هذا الجهد المتواضع الذي لا ندعي كماله؛ إذ إن الكمال لله وحده، أما بعد فإن سياقات البحث العلمي تلزمنا أن نبذل الجهد لبيان نتائج البحث من خلال تحديد مكان لم تغطِ بدراسات سابقة وما توصل إليه الباحث من نتائج ومقترحات وهي كالآتي:

النتائج:

1 - تبين من خلال الدراسة أن تعريف الالتزام المستقل: هو الأثر الذي ينفصل أو يستقل عن حكم سبب وجوده "التصرف" صحةً وبطلاناً، وكان هذا الانفصال أو الاستقلال عن حكم سبب وجوده هو لتحقيق غاية جديدة أو حاجة يبتكرها الأطراف كما في تحول العقد أو لوجود ضرورة قد تفرض نفسها كأثار عقد الشركة الباطل.

2 - نتجت عن الدراسة تأسيس وضع قانوني جديد قائم على ثلم قاعدة -الفرع يتبع الأصل- وبحكم مخالف لما جاءت به هذه القاعدة، ويتمثل ذلك في إثبات أن هناك "التزاماً مستقلاً" في مقابل التزام تبعي، وأن هناك أوضاعاً لا يتبع فيها الفرع الأصل.

3 - تبين من دراسة ذاتية نظرية الالتزام المستقل بأنها تتكون من وحدات أو عناصر قائمة بذاتها والتي تكون صحيحة في التصرف أو الواقعة المركبة، وهذه الفكرة هي غير النظرية المادية التي يفصل بينهما خيط رفيع جداً؛ لأن النظرية المادية لا تفكك بين عناصر أو وحدات محل التصرف أو الواقعة، إما ما تبنيه فهو يفكك بين عناصر المحل في ذاته إلى أجزاء أو وحدات متعددة كل منها قائم بذاته. بل أكثر من ذلك أن النظرية المادية لا تصلح أساساً عامّاً لتفسير نظرية الالتزام المستقل، لأن المحل لو كان في بعض عناصره باطلاً فينصرف أثر البطلان على العناصر الأخرى والعكس صحيح. أما ما نريده من نظرية الالتزام المستقل بذاتها فإن بطلان بعض عناصر المحل لا يؤثر على العناصر الأخرى في ذات المحل، طبقاً لمبدأ التفكيك بين الوحدات أو العناصر بذاتها. ونظرية الالتزام المستقل التي طرحناها هي الوحيدة التي تفسر نشوء التزامات مستقلة عن أسباب ومصادر نشوؤها إذا كانت باطلة. ونرى أن الأوضاع القانونية والتطبيقات التي أرجعها الفقه إلى النظرية المادية مثل الآثار الأصلية لعقد الشركة الباطل وغيرها من التطبيقات، لا يمكن أن ترجع للنظرية أعلاه (المادية)، بل ترجع إلى النظرية التي طرحناها وهي -نظرية الالتزام الذاتي- Théorie de obligation subjectif؛ لأن النظرية المادية لا يمكن أن تفسر لنا مسألة تفكيك ذات الموضوع إلى جزء صحيح وآخر باطل كما في آثار عقد الشركة الباطل، لأن مثل هذه الآثار قد تم تفكيكها عن مصدر نشوئها وهو العقد في ذاته، في حين أن المحل بما هو لا يمكن تفكيكه إذا كان في جزء منه باطل وهذا ما أراد به أنصار النظرية المادية؛ لأن نظريتهم قائمة بالنظر إلى النظرية الشخصية، أو اعتبروا أن العنصر الجوهري هو محل الالتزام في مقابل الأشخاص، ولم ينظروا إلى ذات الالتزام ومدى إمكانيته من التفكيك من عدمه في عناصره. أما ما نريده من فكرة تفكيك الالتزام التي يقوم عليه

الالتزام المستقل لا علاقة له بالمكان أو الزمان، وإنما ينظر له من ناحية الصحة والبطلان في ذات العقد، لأن ما نقصده من التفكيك بالنظر على احترام العناصر الصحيحة داخل التصرف أو الواقعة وتمييزها عن العناصر الباطلة أو الفاسدة داخل التصرف أو الواقعة أيضًا، فهي غير متعلقة بتوزيع أجزاء الالتزام الصحيح في كل عناصره. وبهذا تكون (نظرية الالتزام المستقل في ذاتها)، هي التي تفسر نشوء التزامات مستقلة عن أسباب ومصادر نشوئها إذا كانت باطلة بخلاف النظرية المادية.

4 - تبين من الدراسة أن النظرية الشخصية والنظرية المادية تصلحان لكي يكون في بعض التطبيقات التزام مستقل ولكن في النظرية المادية أكثر وضوحًا، أما الأساس الفلسفي للالتزام المستقل يتمثل أساسًا جديدًا ونظيفًا نظرية الثالثة ونصطلح عليها - بنظرية الالتزام الذاتي - *Théorie de obligation subjectif*. وهذا الأساس لا نريد به النظرية الشخصية التي قد يطلق عليها بالذاتية وهو إطلاق غير دقيق لسببين: الأول: إن الذات تُعبر عن جوهر الشيء بالنظر للشيء ذاته، وهي غير الشخص التي تعبر عن قيام الالتزام بالنظر لشخص آخر لا للشخص ذاته، ولذلك اعتبر العنصر الجوهري في النظرية الشخصية هي الرابطة الشخصية لا الشخص في نفسه. ثانيًا: إن مصطلح الذات يطلق على الشيء غير الحي، ولا يمكن إطلاقه على الإنسان، لأن الإنسان يعبر عن كلمته المرادفة هي النفس، أي الذات مصطلح يقابل لا يرادف النفس الذي يوصف به كل كائن حي.

5 - إنَّ لنظرية الالتزام المستقل أساسًا قانونيًا بالإضافة للأساس الفلسفي والمنطقي باعتبار أن الأساسين الآخرين لا ينفكان عن تأسيس أي فكرة بشرية.

6 - استنتجنا أن سبب استقلال الالتزام هو الحاجة المبتكرة أو

المفروضة على الأطراف، وهي غير سبب نشوء التصرف الذي نتج عنه الالتزام.

7 - إن نظرية الالتزام المستقل يتسع نطاقها لكي تشمل ميدان القانون المدني والتجاري، ونلتمس ذلك من خلال التطبيقات الجلية لها كأثار الورقة التجارية وعقد الشركة الباطل والالتزام الناشئ عن اتفاق التحكيم في ميدان القانون المدني.

8 - وضوح الالتزام المستقل أكثر في القانون التجاري بالرغم من أن القانون المدني يعتبر مهدياً لنظرية الالتزام المستقل؛ والسبب في ذلك كثرة التعاملات التي تحتاج إلى ثقة وضممان الحقوق والتزامات متبادلة مما حدا بالتشريعات الخروج عن الأصل في التعاملات لاستقرارها، فإذا بطل الالتزام الأصلي يبقى الالتزام المستقل صحيحاً وهو خروج عن الأصل.

9 - نظرية الالتزام المستقل دراسة متواضعة تسلط الضوء على منطقة في نظرية الالتزام وتبسط البساط لتفتح أفقاً جديدة للخروج عن النهج التقليدي ضمن ركائز فلسفية ومنطقية وقانونية.

التوصيات :

1 - توصي الدراسة المشرع العراقي والمقارن بتقنين النصوص لتنظيم نظرية الالتزام المستقل؛ لكي نتجنب الاجتهاد القضائي لتطبيق الآراء الشخصية في بعض الموارد للالتزامات المستقلة، وهذا ما لم تلتفت إليه التشريعات المقارنة باستثناء القانون اللبناني بصورة غير مباشرة عندما ميز بين سبب العقد وسبب الالتزام.

2 - تقترح الدراسة بإيراد -نظرية الالتزام المستقل- من ضمن مفردات

المناهج الدراسية للقانون المدني الالتزامات للمراحل الأولية، لأهميتها في تفسير الكثير من الأوضاع القانونية.

3 - توصي الدراسة في أن استقرار التعاملات والضمان والائتمان الذي يحققه الالتزام المستقل بالرغم من أنه لم يقنن في جميع التشريعات المقارنة، فإذا قنن كان فيه ثقة وضمان وائتمان للمتعاقد في العقود المدنية والتجارية أكثر.

مراجع اللغة العربية

أولاً: المراجع القانونية العامة:

- 1 - علاء حميد حسين الغزي، "نظرية الالتزام المستقل" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022.
- 2 - إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، 1966.
- . محاضرات في النظرية العامة للحق، مكتبة عبد الله وهبه، ط3، 1966.
- 3 - الآن بينابنت، القانون المدني الموجبات، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون سنة.
- 4 - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
- 5 - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعة، بيروت، 1988.
- . توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1982.
- 6 - جاك غستان، المطول في القانون المدني تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 2، بيروت، 2008.
- 7 - جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، بدون اسم مطبعة، ج1، بيروت، 1960.
- 8 - جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة العاتك، القاهرة، بدون ذكر سنة.
- 9 - حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، ط2، 1995.
- 10 - حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزام، مطبعة السنهوري، بغداد، بدون ذكر سنة.
- 11 - حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات نظرية العقد، مطبعة النوري، الجزء الأول، 1943.
- 12 - حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، ج1، ط1، 1999.

- 13 - حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة السنهوري، بغداد، بدون ذكر سنة.
- 14 - خليل جريح، النظرية العامة للموجبات والعقود، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، الجزء الثاني، 1958.
- 15 - زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، دار الثقافة، بيروت، ج1، بدون سنة.
- 16 - سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2014.
- 17 - سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، بدون اسم المطبعة، ج2، في الالتزامات، ط4، القاهرة، 1987.
- الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات أحكام الالتزام، ج2، بدون اسم مطبعة، ط2، القاهرة.
- 18 - سميحة القلوبى، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ط6، القاهرة، 2014.
- 19 - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، سنة 2009.
- 20 - صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، ج1، بيروت.
- 21 - صلاح الدين الناهي، القانون المدني العراقي، محاضرات ألقاها في معهد الدراسات العالمية، 1958.
- 22 - عاطف النقيب، النظرية العامة للموجبات مصادر الموجبات، بدون اسم المطبعة، بيروت.
- نظرية العقد، مكتبة صادر لمنشورات الحقوقية، ط2، بيروت، 1998.
- 23 - عبد الحكيم المجيد وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، مكتبة السنهوري، ج2، بيروت، 2015.
- 24 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة في الالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، ج1، الكويت، 1982.
- 26 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، منشأة المعارف، ج4، الإسكندرية، 2004.

- الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، انقضاء الالتزامات، 1984.
- شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت، 1998.
- نظرية الالتزام بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 27 - عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام، بدون ذكر مطبعة، ج2، بدون ذكر سنة.
- نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون اسم مطبعة، ج1، 1984.
- 28 - عبد الحكيم المجيد، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، ج1، ط4، بغداد، 2010.
- الوسيط في نظرية العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، ج1، بغداد، 1967.
- الموجز في شرح القانون المدني، المكتبة القانونية، ج1، بغداد، 2007.
- 29 - عبد المنعم البدر، أحكام الالتزام، بدون ذكر المطبعة، بيروت، 1965.
- 30 - عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، بدون ناشر.
- 31 - علي البارودي، د. فريد العريني، القانون التجاري الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعة، الجزء الثاني، 1961.
- 31 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، الجزائر.
- 32 - غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة المعارف، ج1 في مصادر الالتزام، بغداد، 1971.
- 33 - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط6، 2016.
- 34 - مأمون كرزبي، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، بدون ذكر اسم المطبعة، المجلد الأول، ط2، بيروت.
- 35 - محمد بقبق، النظرية العامة للالتزامات التصرف القانوني، مطبعة الأطرش للنشر، تونس، 2009.
- 36 - محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، ج1، الإسكندرية، 2017.
- 37 - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

- 38 - محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- شرح أحكام عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2015.
- 39 - محمود جمال الدين زكي، مشكلات في القانون المدني، مطبعة جامعة القاهرة، ج2. 1978.
- 40 - محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بدون ذكر سنة.
- 41 - مروان كركبي، أصول محاكمات المدنية والتحكيم، المنشورات الحقوقية صادر، ج2، بدون ذكر سنة.
- 42 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط1، دمشق، 1999.
- 43 - مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري والبحري، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2010.
- 44 - مصطفى مرعي، خطابات الضمان عمليًا ونظريًا، القاهرة، معهد الدراسات المصرفية، 1975.
- 45 - مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، إحسان للنشر والتوزيع، ط1. 2014.
- 45 - نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن قاسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 2020.
- النظرية العامة للالتزام وأحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 46 - هدى عبد الله، نظرية العقد بين الحاضر والمستقبل، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2020.
- 47 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- 48 - هدى عبد الله، في الموجبات على وجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020.
- 50 - وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري - دراسة مقارنة - المطبعة التجارية الحديثة، ط1، القاهرة، 1955.

ثانياً: المراجع القانونية المتخصصة:

- 1 - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط1، 1998.
- 2 - إبراهيم دسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق جامعة الكويت.
- 3 - إبراهيم نجيب سعد، حكم التحكيم، أطروحة دكتوراه، باريس، 1969.
- 4 - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، ط4، 2000.
- التحكيم بالقضاء والصلح، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 1996.
- 5 - أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية ضمن دراسات قانونية في التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2003.
- 6 - أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، 1958.
- 7 - إدوارد عيد، الإسناد التجاري، مطبعة النجوى، ط1، 1967.
- موسوعة أصول محاكمات والإثبات والتنفيذ، الجزء العاشر، التحكيم، بدون ذكر دار نشر، 1988، ص191.
- 8 - أكثم أمين خولي، دروس في الأوراق التجارية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1958.
- القانون التجاري، بدون ذكر اسم المطبعة، 1970.
- 9 - أنور علي الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 10 - ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، مجلة القضاء، 1982.
- 11 - حسام الدين ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1999.
- 12 - حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم. دار الفكر الجامعي، 1996.
- الاتفاق على التحكيم في عقود الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 2001.
- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

- 13 - ربير - روبلو، المطول في القانون التجاري، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، ط2، ج2، بيروت، 2011.
- 14 - روجيه عاصي، هل آن الأوان لإعادة النظر في قانون التحكيم اللبناني، مجلة التحكيم العالمية العدد السادس عشر، السنة الرابعة، 2012.
- 15 - سامي منصور، إنقاص البند الجزائي وما ينطوي عليه من طبيعة قانونية، النشرة القضائية، 1975.
- 16 - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة باتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
- 17 - سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 18 - سيد علي قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 19 - صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية، مكتبة الكتب العربية، بغداد، 1965.
- 20 - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
- . موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، 2008.
- . موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الثاني، 2009.
- 22 - عبد الحي حجازي، سندات الائتمان المصرفية، المطبعة العالمية، ج1، 1957.
- 23 - عبده جميل غصوب، وسائل المماطلة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، تموز، 2010.
- 24 - علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 25 - علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- . القانون التجاري، دار النهضة العربية، بدون ذكر سنة.

- . خطاب الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، 1991.
- 26 - علي يونس، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة عين شمس، بدون ذكر سنة.
- 27 - فائق الشماع، الإيداع المصرفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج 1، 2011.
- 28 - فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، 1977.
- . نظرية البطالان في قانون المرافعات، رسالة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1958.
- 29 - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- 30 - كريم حافظ، نحو أسلوب جديد للمنح الدراسية التحكيم، بحث غير منشور.
- 31 - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1973-1974.
- . التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- . القانون التجاري المصري الأوراق التجارية، دار المعارف، ط1، الإسكندرية، 1954
- 32 - محمد القلوبي، نظم التحكيم المقارنة في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ط2، 2001.
- 33 - محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1947.
- 34 - محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي والدولي، دراسة مقارنة، مكتبة أحمد أبو الوفا، الإسكندرية، 2016.
- . التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 2011.
- . القانون التجاري، دار المعارف، الجزء3، 1981.
- . الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة، 1975.
- 35 - محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2007.
- 36 - محي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك، بدون ذكر دار طبع، الجزء الثاني، 1987.
- 37 - مصطفى كمال طه. د.علي البارودي، القانون التجاري، الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.

- الأوراق التجارية والإفلاس في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، ط الأولى، بيروت، 1968.
- العقود التجارية وعمليات البنوك، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016.
- 38 - مصطفى محمد جمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 1، ط 1، 1998.
- 39 - مصطفى العوجي، القانون المدني الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020.
- أ39 - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والتبعية وغير التبعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دراسة مقارنة، بدون ذكر المطبعة، ط 3، الإسكندرية، 2006.
- 40 - فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار الشفافة، ج 2، الأردن، 2009.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح:

- 1 - جورجيت صبحي قليني، مبدأ استقلال التوقيعات في الأوراق التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون ذكر سنة.
- 2 - عاطف شهاب بيومي، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، 2011.
- 3 - منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، دار الكتب القانونية، بابل، 2006.

رابعاً: الكتب المنطقية والفلسفية:

- 1 - أبي عبد المعز محمد علي فركوس، المنطق الأرسطي، دار الرغائب والنفائس، ط 1، الجزائر، 2006.

- 2 - الشيخ المجدد محمد رضا المظفر، المنطق، مؤسسة جمعية منتدى للنشر، ج، 1388 هجري، 1968م.
- . الدلالة العقلية، بدون ذكر اسم المطبعة، 1968.
- 3 - عبد الهادي الفضلي، تلخيص المنطق، مؤسسة دار العلم للطباعة والنشر، ج1، ط1، 1365 هجري.

خامساً: القوانين:

أ - التشريعات والاتفاقيات الدولية.

- 1 - قواعد الأونسيترال للتحكيم 1976 المعدلة 2013.
- 2 - اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961.
- 3 - اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، الموقعة 1958.
- 4 - قواعد التحكيم الدولي لسنة 1976 والتي تم تعديلها سنة 2010.
- 5 - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في سنة 1985 المعدل سنة 2006.

ب - التشريعات واللوائح الداخلية:

- 1 - القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 المعدل عام 2016.
- 2 - القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 3 - قانون الموجبات والعقود الصادر، 1932 المعدل.
- 4 - القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951.
- 5 - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية.
- 6 - قانون التجاري الفرنسي 912- 2000 المعدل 2019.
- 7 - قانون التجاري المصري 17 لسنة 1999.
- 8 - قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي 304 لسنة 1942 المعدل 2019.
- 9 - القانون التجاري العراقي رقم 30 لسنة 1984.

- 10 - قانون التحكيم الإنجليزي الصادر 1996.
- 11 - قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- 12 - قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم 83 لسنة 1969.
- 13 - قانون أصول محاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983.

سادسًا: أحكام التمييز القضائية باللغة العربية:

- 1 - حكم محكمة النقض الفرنسية، المصنف الدوري، نقض تجاري، 1964/2/13949 / مذكرة Gavalda، 29 / حزيران/ 1964.
- 2 - حكم محكمة النقض رقم 2912 لسنة 1970 جلسة 1970/11/26، مجلة المحاماة المصرية، العدد الخامس.
- 3 - حكم محكمة النقض رقم 190، المجلة الفصلية، القانون التجاري، 1972، 969، Lange - Rives و M.Cabrilla.
- 4 - حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 884/مدنية/ الثالثة/ 1974 بتاريخ 5/9/1974، النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، 1974.
- 5 - حكم محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، رقم 1004/2010، تاريخ 21/7/2010 منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، 2010.
- 6 - حكم محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، رقم 768/2008، تاريخ 20/5/2008، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 45، 2008.
- 7 - حكم الاستئناف في بيروت، الغرفة الثالثة، تاريخ 14/ تشرين الأول/ 2004، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 32.
- 8 - حكم محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، في 19/12/2000، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 17.
- 9 - حكم محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، القضية المرقمة 11872/09، بتاريخ 12/ مايو/ 2010، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، 2010.
- 10 - حكم محكمة النقض الفرنسية، الطعن رقم 2650/2009، مدني، تاريخ 15/

- 2009 /10، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع، السنة الثالثة، 2011.
- 11 - حكم محكمة النقض المصرية المرقم 4884 لسنة 73 ق - جلسة 2014 /4 /16.
- 12 - حكم محكمة النقض المصرية المرقم 1315 لسنة 74 ق - جلسة 2011 /12 /13.
- 13 - حكم محكمة النقض المصرية المرقم 176 لسنة 74 ق - جلسة 2010 /12 /13.
- 14 - حكم محكمة النقض المصرية المرقم 2618 لسنة 77 ق - 2014 /4 /8.

سابعًا: القرارات الاستئنافية بالقضايا باللغة العربية:

- 1 - قرار الحاكم المنفرد في طرابلس، المرقم 2045 بتاريخ 9 تشرين الأول، 1992، النشرة القضائية، س9، 1993.
- 2 - قرار محكمة الاستئناف المصرية بالعدد 277 الصادر في 26 /نوفمبر/ 1994، مجلة المحاماة المصرية، العدد السادس، س 16، 1995.
- 3 - قرار محكمة الاستئناف المدنية في النبطية، المرقم 95 /52 في 21 /12 /1995، مجلة العدل، س29، 1995.
- 4 - قرار محكمة الاستئناف المدنية في النبطية، المرقم 95 /52 في 21 /12 /1995، مجلة العدل، س29، 1995.
- 5 - قرار استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، رقم 1714 في 14 /10 /2004، المجلة اللبنانية للتحكيم 2004، العدد 32.
- 6 - قرار محكمة استئناف بغداد الاتحادية، العدد 316/ب/ 2006 في 27 /12 /2006.
- 7 - قرار محكمة استئناف باريس، الغرفة المدنية، المرقم 6/6750، تاريخ 1 /1 /2008، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الأول، 2009.
- 8 - قرار محكمة استئناف باريس، الغرفة المدنية، المرقم 6/6750، تاريخ 1 /1 /2008، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الأول، 2009.
- 9 - قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، رقم 768 /2008، تاريخ 20 /5 /2008، منشور في مجلة التحكيم اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 45، 2008.
- 10 - قرار محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، بدون رقم، تاريخ 9 /7 /

- 2008، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث، السنة الثالثة، 2009.
- 11 - قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة التجارية، الدعوى المرقمة 103 لسنة 162 قضائية، تاريخ 8/6/2010، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث العشر، السنة الخامسة، 2013.
- 12 - قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، قرار رقم 1004/2010، تاريخ 21/7/2010، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، 2010.
- 13 - قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 91 تجاري، تاريخ 27/11/2002، منشور في المجلة العالمية اللبنانية للتحكيم العربي الدولي، العدد الحادي والثلاثون، 2004.
- 14 - قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، 939/2011، تاريخ 7/7/2011، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثانية، 2011.
- 15 - قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، 939/2011، تاريخ 7/7/2011، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثانية، 2011.
- 16 - قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، 939/2011، تاريخ 7/7/2011، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثانية، 2011.

ثامناً: المراجع الفرنسية:

- 1 - Droit civil Les obligations, 12 éme édition François Terré, Dalloz, 2019.
- 2 - Henri et léon Mazead - Jean Mazeaud, François chabas, leçons de droit Civil - Obligation - théorie générale T11 - premier volume, 9ème édition 2000- Delta.
- 3 - Sefton-Green ruth: La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglais, L.G.D.J. paris, 2000.
- 4 - Flour Jacques, Aubert jean-Luc et savaux eric: Droit civil; les obligations, I.L'acte juridique, 13ème édition;Dalloz, 2008.

تاسعاً: المراجع الألمانية:

- 1 - Johannes hager, Gesetzes-und Sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäfte, Dissertation Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der, Universität zu München, 1983.

عاشراً: المراجع الإنكليزية:

- 1 - Ansons Law of Contract, 24th ed, Lndon, 2016.
- 2 - Chitty on contracts, London, 1989.

أحد عشر: القرارات والأحكام باللغة الفرنسية: La jurisprudence

- 1 - Cass.com 7 décembre 2004, troisièmecirculairecivile, n° 214, 2005 Cass. Com 2e, 20 mars 2003: ed. 2003.
- 2 - Cour de cassation - Première chambre civile - 16 mars 1999 - n° 97-12.930.
- 3 - Cass. Civ 3 juli 1996. JCP. 1996. IV.1998.
- 4 - Cass. Civ. 1 ch 10 oct. 1995. JCP.1996. 22580 note paisant et JCP 1996. 3914 note Billiau.
- 5 - Cass. Civ, 10 Juillet, 1990. P. 851, Note, J.H. Moitryet C. Vernee.
- 6 - Cass. Civ 12 juillet 1989. JCP. 1989. IV. 389 et note fabre-Magnan. JCP 199.
- 7 - Cass. Com. 2 fév. 1988. D. 1988. Som 239.
- 8 - Cour d'appel de paris (15e ch. b) 31 mai 1979, D.1980.426 noteparleani.
- 9 - Cass.com 3 avril 1978, Bull. Civ. IV.
- 10 - Cass. Com. 6 mai, 1969, J.C.P. P. 1970.



المقالات العلمية

مبدأ مصالح الطفل الفضلى في القانون الدولي والقانون البحري

أ.د. ضاري خليل محمود*

المقدمة

الطفل أضعف كائن بشري في بدنه وقواه العقلية لأنه لا يقوى على دفع الأذى عن نفسه ودفع الضرر عن ماله، وهو فضلاً عن ضعفه البدني بسبب عدم تكامل تكوينه الجسماني، يعاني أيضاً من ضعف آخر قد يفوق الضعف الأول أهمية وهو عدم تكامل ملكاته العقلية والنفسية، حيث لا تسعفه سنوات عمره القصيرة من إدراك عادات وأعراف وتقاليد المجتمع الذي يعيش فيه، ولذلك يسهل أن يرتكب هو ما يخالف تلك العادات والتقاليد والأعراف المجتمعية بما فيها القواعد القانونية، مثلما يسهل أن يقع ضحية للخداع والغش بما في ذلك الجريمة.

ولذلك أحاطت الصكوك الدولية الحديثة الطفل بجوانب واسعة من الحماية لكي تُلزم القوانين الوطنية على إحاطته بشتى صور الحماية القانونية، إذا لم تكن تلك القوانين قد فعلت ذلك، أو أنها فعلت ذلك ولكن على نحو غير كافٍ ووافٍ.

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

ويُلاحظ بأنه على الرغم من كل هذه الحماية مازال العبث في حقوق الطفل والطفولة في الحياة وفي النمو والتكامل الإنساني يجري في مختلف دول العالم على نطاق واسع، من خلال عمليات تجنيد الأطفال، واستغلالهم في الأنشطة الإباحية والجنسية، واستغلالهم في العمل وفي التسول، وحتى في انتزاع أعضائهم البشرية للإتجار بها.

ومن هنا كانت الحاجة إلى أن يُحاط الأطفال بالحماية القانونية الدولية من خلال ما تقرره الاتفاقيات والإعلانات والقرارات الدولية، بغية ضمان تطبيقها الواقعي العملي الفعّال في دول العالم، وأن يُحاط الأطفال أيضاً بالحماية القانونية الوطنية، ووجوب أن يكون برنامج عمل وطني دستوري وقانوني وإجرائي تطبق فيه الدول ما التزمت به عند المصادقة أو الانضمام إلى الاتفاقيات الخاصة بحماية الطفل.

وانطلاقاً من الفكرة المحورية آنفة الذكر نتولى في مبحثين دراسة وجيزة لمبدأ مصالح الطفل الفضلى في القانون الدولي وفي القانون البحريني.

المبحث الأول

مبدأ مصالح الطفل الفضلى في القانون الدولي

ونعرض ضمن نقطة البحث هذه، المعنى القانوني لمبدأ مصالح الطفل الفضلى، ومصادر هذا المبدأ في القانون الدولي، وذلك في مطلبين كما يأتي.

المطلب الأول

المعنى القانوني لمبدأ مصالح الطفل الفضلى

تعني كلمة المصلحة أو المصالح، المنافع والمزايا والحقوق بوجه عام إذا تعددت وتزاحمت وصار ما بينها تفضيل، أما كلمة الفضلى فهي صيغة

مبالغة وتعظيم وتقديم للمُبَالِغ فيه على غيره مما يتزاحم معه أو يُقارن به. وعلى ذلك فإن هذا المبدأ يعني أن مصالح الطفل الفضلى، أي حقوقه وحاجاته، مُفضلة على غيرها من الحقوق إذا رافقتها أو تزامنت معها، فحقوق الطفل ومصلحته تتقدم على غيرها من حقوق الآخرين ولو كانوا من أولياء أموره كالأب والأم. وتكمن علة تفضيل مصالح الطفل على غيرها في الطفل والطفولة ذاتها، حيث ثبوت الضعف فيها مما يتعين وجوب رعايتها وحمايتها كيما تنمو ويشد عودها، ولذلك عُرِّفَ الطفل لغةً بأنه المولود مادام ناعماً رخصاً، ويبقى له هذا الاسم حتى يميز⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح الشرعي فإن الطفل هو من لا يفهم ولا يفقه ويعتمد في عيشه على من يرعاه لأنه ضعيف في بدنه وحواسه وعقله حتى تتكامل وتتزايد قواه بتقدم سنه مصداقاً لقوله تعالى في الآية 54 من سورة الروم ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ﴾.

أما الطفل في المفهوم القانوني فهو إنسان كامل الخلق والتكوين ويمتلك القدرات العقلية والنفسية والبدنية التي لا ينقصها سوى النضج والتكامل ليتمكن الطفل من تمييز وإدراك القيم والمفاهيم الحياتية في المحيط الاجتماعي الذي يعيش فيه⁽²⁾. وعلى الرغم من أن المفهوم المتقدم للطفل هو المفهوم القانوني السائد في القانون الدولي والقوانين الوطنية للدول من حيث المضمون إلا أن مفهوم الطفل من حيث الحدود العمرية قد يختلف في القانون الدولي عنه في القوانين الوطنية للدول، مثلما قد يختلف فيما بين القوانين الوطنية من دولة لأخرى.

(1) المعجم الوسيط، جزء 1، مطبعة مصر 1961، ص 566 / تاج العروس من جواهر القاموس، دار الحياة، بيروت، ص 417.

(2) حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 18.

وفي إطار القانون الدولي فإن أحكام المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل التي انضمت إليها مملكة البحرين عام 1992 اعتبرت سن الطفل يبدأ بولادته حياً حتى بلوغه سن الثامنة عشرة، فإن هو أتم هذه السن غادر مرحلة الطفولة ودخل سن البلوغ والتمتع بالأهلية القانونية⁽³⁾.

أما في القوانين الوطنية فإن حدود سن الطفولة عادة ما ينظمها القانون المدني وقوانين أخرى ذات صلة بتحديد المركز القانوني للطفل، بما في ذلك مركزه القانوني في القانون الجنائي. فالقانون المدني البحريني لسنة 2001 في المواد أرقام (73 و 74 و 75) منه، وشأنه في ذلك شأن معظم القوانين المدنية العربية، قد عبّر عن الطفل بلفظ (الصغير) والذي ينقسم إلى (الصغير غير المميز والصغير المميز) والصغير غير المميز هو الصغير الذي لم يتم السابعة من عمره والذي تثبت له أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، أما إذا أتم سن السابعة حمل مُسمى (الصغير المميز)، فإذا أتم الصغير المميز سن الثامنة عشرة في بعض القوانين أو سن الحادية والعشرين في قوانين أخرى صار بالغاً كامل الأهلية القانونية وتثبت له حينئذٍ أهلية الوجوب وأهلية الأداء معاً.

وفي إطار تحديد سن الطفل بينت أحكام المادة رقم (9) من قانون الطفل لسنة 2012 بأن الطفل في هذا القانون هو كل من لم يتجاوز ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، وذلك مع مراعاة القوانين النافذة الخاصة بالمنظمة لمن هم دون هذا السن. كما كرس أحكام المادة رقم (2) من قانون العدالة الإصلاحية للطفل وحمائتهم من سوء المعاملة لسنة 2021 تحديد سن الطفل بقولها: يقصد بالطفل في تطبيق أحكام هذا القانون، كل إنسان لم يتجاوز

(3) باسيل يوسف - نحو تطبيق اتفاقية حقوق الطفل - بحث نشرته منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسيف) - ص 8.

سنه ثمانى عشرة سنة ميلادىة كاملة وقت ارتكابه الجريمة، أو عند وجوده فى إحدى حالات التعرض للخطر المنصوص عليها فى المادة رقم (12) أو سوء المعاملة المنصوص عليها فى المادة رقم (40) من هذا القانون.

وانعكاساً للمعايير الدولية لا سيما تلك التى قررتها اتفاقية حقوق الطفل بشأن ترجيح مصالح الطفل الفضلى على غيرها من المصالح فى القانون البحرىنى، فقد نصت المادة رقم (3) من قانون الطفل لسنة 2012: (تكون لحماية الطفل ومصالحه الفضلى الأولوية فى جميع القرارات أو الإجراءات المتعلقة بالطفولة أياً كانت الجهة التى تصدرها أو تباشرها)، مثلما نصت المادة رقم (1) من قانون العدالة الإصلاحية للأطفال وحمايتهم من سوء المعاملة رقم (4) لسنة 2021: (يهدف هذا القانون إلى تحقيق العدالة الإصلاحية للأطفال، ورعايتهم وحمايتهم من سوء المعاملة، وتكون لمصالح الطفل الفضلى الأولوية فى جميع الأحكام والقرارات والإجراءات المتعلقة به، أياً كانت الجهة التى تصدرها أو تباشرها).

والواقع تُعد أحكام المادتين أنفتى الذكر من غرر الأحكام القانونية الدالة على الشمول الفعّال لرعاية مصالح الطفل الفضلى. وإذا كان قد أمكن التوصل إلى مفهوم متقارب نسبياً للطفل والطفولة من خلال أحكام القوانين الوطنية والقانون الدولي، فإن مفهوم مصالح الطفل الفضلى لم يُحدد على نحو واضح دقيق يصلح أن يُعد تعريفاً قانونياً، ولكن يمكن تكوين تصور أو مفهوم لهذا المصطلح، وذلك من خلال المعنى العام لسياق عدد من نصوص اتفاقية حقوق الطفل ومن نصوص القوانين الوطنية التى تناولت هذه الحقوق، وهى فى المجمعل وجوب ترجيح مصلحة الطفل على المصالح الأخرى إذا تزامت معها أو نافستها.

وينعكس المعنى المتقدم بوضوح فى أحكام اتفاقية حقوق الطفل التى

اعتبرت موضوع مصالح الطفل الفضلى من المبادئ الأساسية والموجهة للمعايير الدولية ذات الصلة، وللتشريعات الوطنية (Guiding principles.)

كما وينعكس هذا المعنى أيضًا بوضوح أكثر في عدد من نصوص هذه الاتفاقية ومنها المواد أرقام (3 و9 و19 و20 و27 و40)، وخاصة بما جاء بالفقرة الأولى من المادة رقم (3) التي أكدت على أن جميع الإجراءات ذات الصلة بالأطفال التي تقوم بها المؤسسات العامة أو الخاصة أو المحاكم أو الإدارات الحكومية والهيئات التشريعية يجب أن تولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى، (The best interests of the child be a primary consideration) وهو الأمر الذي كان واضحًا أيضًا بنص المادة رقم (3) من قانون الطفل لسنة 2012 بقولها: (تكون لحماية الطفل ومصالحه الفضلى الأولوية في جميع القرارات أو الإجراءات المتعلقة بالطفولة أيًا كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها)، وفي نص الجملة الثانية من المادة رقم (1) من قانون العدالة الإصلاحية للأطفال وحمايتهم من سوء المعاملة رقم (4) لسنة 2021 البحريني بقولها: (وتكون لمصالح الطفل الفضلى الأولوية في جميع الأحكام والقرارات والإجراءات المتعلقة به، أيًا كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها).

المطلب الثاني

مصادر مبدأ مصالح الطفل الفضلى

على الرغم من أن الإرث الإنساني منذ القدم قد أشار إلى عناية الإنسان والمجتمع بالطفل كون أن هذه العناية فطرة فطر الله تعالى عليها البشر، ومن ذلك ما أشارت إليه الشرائع السماوية وحتى الوضعية القديمة على نحو ساعد حديثًا على تقديم نظام متكامل التنظير لحماية الطفل في نطاق القانون الدولي والقوانين الوطنية للدول.

وفي إطار هذا المعنى تناول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 مبدأ مصالح الطفل الفضلى بنصوص عامة، كان منها تكريم الإنسان بالحرية منذ ولادته حياً (المادة الأولى)، وبنصوص خاصة منها الفقرة الثانية من المادة (الخامسة والعشرين) بقولها: (للأمومة والطفولة حقٌّ في رعاية ومساعدة خاصّتين. ولجميع الأطفال حقُّ التمتعُّ بذات الحماية الاجتماعية سواء وُلدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار).

ومن ثم فإن للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصّتين، وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء كانت ولادتهم ناتجة عن زواج شرعي أم بطريقة غير شرعية، مثلما أكدت الفقرة الأولى من المادة (السادسة والعشرين) على وجوب تمتع الأطفال بمصلحة فضلى في التعليم بقولها: (لكل شخص الحق في التعليم، ويجب أن يكون التعليم في مراحله الأولى والأساسية على الأقل بالمجان، وأن يكون التعليم الأولي إلزامياً). علماً بأن الإشارة إلى مضمون هذا المبدأ وردت أيضاً في عدد من الصكوك الدولية اللاحقة ومنها إعلان حقوق الطفل لسنة 1959 على نحو يُكرس المبادئ التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽⁴⁾.

كما أن أحكام العهدين الدوليين الخاصين بالحقوق المدنية والسياسية وبالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 اللذين انضمت إليهما مملكة البحرين، أوردتا نصوصاً بشأن حماية مصالح الطفل الفضلى وبخاصة ما نصت عليه المادة (العاشرة) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بقولها: (تقر الدول الأطراف في هذا العهد: أولاً: وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية

(4) محمد وفيق أبو أتله، موسوعة حقوق الإنسان، المجلد الأول، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة 1970م، ص 579.

والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصاً لتكون هذه الأسرة وطوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيلهم. ثانياً: وجوب توفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل الوضع وبعده، وينبغي منح الأمهات العاملات أثناء الفترة المذكورة إجازة مأجورة أو إجازة مصحوبة باستحقاقات ضمان اجتماعي كافية. ثالثاً: وجوب اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لصالح جميع الأطفال والمراهقين دون أي تمييز بسبب النسب أو غيره من الظروف. ومن الواجب حماية الأطفال والمراهقين من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي. كما يجب جعل القانون يعاقب على استخدامهم في أي عمل من شأنه إفساد أخلاقهم أو الإضرار بصحتهم أو تهديد حياتهم بالخطر أو إلحاق الأذى بنموهم الطبيعي. وعلى الدول أيضاً أن تفرض حدوداً دنياً للسن يحظر القانون استخدام الصغار الذين لم يبلغوها في عمل مأجور ويُعاقب عليه). وقد ضمنت المادة (الثالثة عشرة / 2 - أ) من العهد الدولي ذاته للأطفال مصلحة فضلى صريحة بتقرير حقهم في التربية والتعليم، وذلك بجعل الدول الأطراف تضمن لهم أن يكون التعليم الابتدائي إلزامياً ومجانياً.

أما بالنسبة للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فقد تضمن هو الآخر أحكاماً تحمي حقوقاً فضلى للطفل إلا أن نص (المادة الرابعة والعشرين) منها قد انفرد فنص على: (1: يكون لكل ولد، دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب، حق على أسرته وعلى المجتمع وعلى الدولة في اتخاذ تدابير الحماية التي يستلزمها كونه قاصراً. 2: يتوجب تسجيل كل طفل فور ولادته ويُعطى اسماً يُعرف به. 3: لكل طفل حق اكتساب جنسية).

وفي إطار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 التي انضمت إليها البحرين، قد أوردت جملة أحكام ذات مضمون ينطوي على جوانب من مبدأ حماية مصالح الطفل الفضلى، ومنها نص (الفقرة (ب) من المادة الخامسة) بقولها: (تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي: كفالة تضمين التربية العائلية فهمًا سليمًا للأمم بوصفها وظيفة اجتماعية، والاعتراف بكون تنشئة الأطفال وتربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين على أن يكون مفهومًا أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات).

كما وردت إشارات عديدة لمضمون مبدأ مصالح الطفل الفضلى في إعلان المبادئ الاجتماعية والقانونية الخاصة بحماية ورعاية الأطفال الذي جرى اعتماده من الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1986، وكذلك في ميثاق حقوق الطفل العربي الذي انضمت إليه البحرين.

ولعل من أهم الجهود الدولية التي جرى اتخاذها في إطار ضمان حماية مصالح الطفل الفضلى، ما كرسته اتفاقية حقوق الطفل على نحو ما سبق بيانه آنفًا وما انطوت عليه أحكام البروتوكولين الإضافيين لاتفاقية حقوق الطفل بشأن منع إشراك الأطفال في المنازعات المسلحة وبشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية.

علمًا بأن أحكام المادة رقم (8) من البروتوكول الأول وأحكام المادة رقم (12) من البروتوكول الثاني قد وضعت آلية لمتابعة الدول الأطراف لضمان التزامها بهذه الأحكام من خلال تقديم تقارير دورية بشأنها إلى لجنة حقوق الطفل.

المبحث الثاني

مبدأ مصالح الطفل الفضلى في القانون البحريني

إن نظرة فاحصة لأحكام القوانين التي عكف على إصدارها المشرع البحريني بغية كفالة حقوق الطفل الفضلى تؤكد على التماهي الكامل للقانون البحريني في أعمال المعايير الدولية المتعلقة بحماية مصالح الطفل الفضلى، لا بل أن النظرة الموضوعية للمجالات التي احتوتها القوانين البحرينية في حماية مصالح الطفل الفضلى تؤكد بأنها فاقت في بعض الجوانب حتى المعايير الدولية، وهو مما ينبغي ألا يكون محل استغراب لسببين، الأول هو أن العمق الفكري والأخلاقي للقانون البحريني يستمد كينونته من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، والسبب الثاني يستمد وجوده من الأبعاد الإنسانية التي اتخذها المشرع البحريني منهجاً تشريعياً له. وبناءً على ذلك سنتولى إيضاح آفاق حقوق الطفل التي حماها القانون البحريني في مجال الرعاية الشخصية للطفل، وضمان مصالح الطفل الفضلى في مجال القانون الجنائي وإجراءاته، وهو ما سنتولى بيانه بإيجاز في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

مصالح الطفل الفضلى في مجال الرعاية الشخصية للطفل

تتعدد مجالات الرعاية الشخصية للطفل تحقيقاً لمصالحه الفضلى، وذلك بدأ من ولادته حتى بلوغه سن الثامنة عشرة حيث يغادر فيها مرحلة الطفولة، لا بل أن الأحكام القانونية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية التي توجب رعاية الأمومة تتيح للطفل العناية حتى خلال مدة كينونته جنيناً قبل ولادته. ولذلك نعرض بإيجاز أهم مجالات الرعاية الشخصية التي يستلزمها تحقيق مصالح الطفل الفضلى، التي ضمنتها القوانين البحرينية للطفل على النحو الآتي:

أولاً: حق الطفل في التمتع بالشخصية القانونية منذ ولادته:

ضمنت المادة رقم (6) من قانون الطفل لكل طفل الحق في أن يكون له اسم يميزه، ويسجل هذا الاسم عند ميلاده في سجلات المواليد وفقاً لأحكام القوانين ذات الصلة، على ألا يكون منطوياً على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل أو منافياً للعقائد الدينية. وبتمتع الطفل بالشخصية القانونية وفقاً لأحكام المادة رقم (9) من القانون المدني، فإنه بموجب ذلك يتمتع بذمة مالية يثبت له بموجبها، التمتع بأهلية الوجوب التي تستقبل المنافع، كالإرث والوصايا والهبات، دون أهلية الأداء التي تمنع من أن تترتب على ذمته المالية أية التزامات غير نافعة. وجرياً مع ما تقدم فقد ألزمت المادتان (2 و3) من قانون الطفل الدولة بأن تكفل للطفل:

- ❖ حماية قانونية تهيئ بموجبها الظروف المناسبة لتنشئته تنشئة صحيحة من كافة النواحي.
- ❖ التمتع بالحقوق المنصوص عليها في هذا القانون دون تمييز بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو الإعاقة أو اللغة أو الدين أو العقيدة، مع مراعاة ما نصت عليه القوانين النافذة الأخرى من أحكام ومزايا خاصة بالطفل البحريني.
- ❖ أن تكون لمصالحه الفضلى الأولوية في جميع القرارات أو الإجراءات المتعلقة بالطفولة أيًا كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها.

ثانياً: حق الطفل في الرعاية الصحية:

- ❖ ألزمت المادتان (13 و14) من قانون الطفل الدولة بأن تكفل للطفل:
- ❖ توفير خدمات الفحص الدوري للأم الحامل قبل الولادة، وكذلك

خدمات الفحص الدوري للطفل عند الولادة للكشف عن الأمراض الوراثية والخطيرة.

❖ توفير خدمات الفحوصات الدورية للتأكد من النمو الصحي والسليم للطفل بما في ذلك متابعة تحصينه بتطعيمات الوقاية من الأمراض المعدية مجاناً.

وفي حال أن ثبت تقاعس الوالدين أو المتولي رعاية الطفل علاجه من مرض شديد أو خطير جرى تشخيصه، وكان من الممكن الشفاء منه، فإن للطبيب الاستشاري عرضه حالاً على لجنة طبية متخصصة، لإبداء الرأي بشأنه وإبلاغ الوالدين أو المتولي رعايته بأهمية وضرورة العلاج، وإذا رفضا علاجه، جاز لوزارة الصحة التدخل لحماية الطفل وتوفير العلاج اللازم له.

ثالثاً: حق الطفل في الرعاية البديلة:

كفلت أحكام المواد أرقام (24 و 25 و 26) من قانون الطفل تنظيم حضانة أسرية للأطفال مجهولي الأب أو الأبوين أو الأيتام أو ممن تتشابه ظروفهم مع هؤلاء، على أن تقوم وزارة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية بوضع نظام للرعاية البديلة، يهدف إلى توفير الرعاية الاجتماعية والنفسية والصحية للأطفال الذين حالت ظروفهم دون استمرارهم في أسرهم الطبيعية، وذلك بإيوائهم في مؤسسة مختصة في الرعاية الاجتماعية على نحو ما بينته المادة رقم (26) من قانون الطفل.

والواقع أن أبهى وأروع ما التزم به المشرع البحريني في أحكام هذه المادة من بُعد إنساني رفيع المستوى، من حيث الرعاية الاجتماعية للطفل حتى في مستقبله البعيد، جواز استمرار الطفل في هذه المؤسسة إذا كان

ملتحقًا بالتعليم العالي إلى أن يتم تخرجه متى كانت الظروف التي أدت إلى التحاقه بالمؤسسة قائمة واجتاز مراحل التعليم بنجاح.

رابعًا: حق الطفل في حضانة صالحة وأمينة عند الحكم بالتفريق بين والديه:

ويُقصد بالتفريق هنا حل الرابطة الزوجية من طرف واحد، أي الطرف الذي بيده العصمة من والدي الطفل، وحل الرابطة الزوجية بالخلع الجاري بالرضا والاختيار بين والدي الطفل، وحل الرابطة الزوجية بطريق التفريق القضائي. وقد استقرت مبادئ القانون والقضاء والفقهاء على ضرورة:

- ❖ إيلاء الطفل عناية ورعاية فائقة في ظل ظروف وقوع الفُرقة بين والديه، بغية ضمان تكيفه النفسي على تقبل الأوضاع الجديدة لافتراق والديه وتفادي آثارها السلبية على وضعه النفسي.
- ❖ عد الإضرار الجدي لأحد الزوجين بالأولاد من أسباب التفريق، كتعريضهم للعنف أو سوء الأخلاق.
- ❖ ضمان حق الطفل في استمرار علاقة منتظمة بوالديه المنفصلين بأن يشاهداه ويتصلوا به على وجه ما يقرره القضاء من تحديد الزمان والمكان شريطة أن تكون مصلحة الطفل هي الراجحة على أي مصلحة أخرى من المصالح المتعارضة لوالديه.
- ❖ وفي حال وجود خلافات بشأن زيارة الطفل المحضون ومشاهدته بينت أحكام المادتين رقمي (28 و29) من قانون الطفل بأن يُصار إلى تنفيذ حكم الزيارة للطفل المحضون الصادر من المحكمة المختصة في المراكز الاجتماعية المخصصة لأجل هذا الغرض بما يضمن الأمان النفسي والاجتماعي للطفل، على أن تلتزم وزارة العمل والتنمية الاجتماعية بتخصيص أماكن في المراكز الاجتماعية بكافة محافظات المملكة لتنفيذ

حكم الزيارة يعمل في فترات صباحية ومساءية طوال الأسبوع.

وإذ يُقصد بالحضانة، تربية الطفل وتدريب شؤونه من طرف مَنْ له الحق في حضانته قانوناً، وإنما ينبغي أن تُرجح مصلحة الطفل على أي مصلحة أخرى لوالديه، فيُحكم بالحضانة لمن يثبت أن مصلحة الطفل تتحقق فيه ولا عبرة لأي مصلحة أخرى. وعلى ذلك فإن الحضانة ليست ميزة للأم كما يُعتقد عادة، فإذا ثبت إصابتها بمرض خطير على الطفل كالمرض العقلي أو الأمراض المعدية السارية، كمرض السل أو نقص المناعة المكتسبة (الإيدز)، أو ثبوت وجود خلل أخلاقي سلوكي جسيم، كامتهان الدعارة أو البغاء، ونحو ذلك من أسباب، فلا تكون الأم حينئذٍ أهلاً لحضانة الطفل. ولعل من أهم ما يُراعى عند الحكم بحضانة الطفل:

1 - ضمان حق الطفل في رضاعة طبيعية، وهو الحق الذي تيسره له حضانة أمه له في المعتاد من الظروف، ولذلك كانت الأم هي الأولى بحضانة الطفل، فضلاً عن الطفل وإن تجاوز سن الرضاعة يبقى يأنس لأمه لنشأته في أحضانها وقربه منها، إلا إذا توفر فيها سبب من أسباب عدم أهليتها للحضانة على وجه ما تقدم بيانه.

2 - ضمان حق الطفل بالإنفاق عليه ضماناً لحقه في النمو البدني والنفسي والثقافي عن طريق رعايته الصحية وتعليه مادام قاصراً أو طالب علم، على أن تُقدر النفقة على نحو مجزٍ يسد حاجاته الإنسانية بمعيار أقرانه وفق الظروف الاقتصادية للقدرة على الإنفاق من يُسر أو عسر، ووفق الظروف والأحوال الاقتصادية العامة لغلاء المعيشة وحاجة المحضون.

3 - منح الطفل حق اختيار الحاضن عند بلوغه العمر الذي يؤهله الاختيار بين أبويه، بما لا يخل بحق غير الحاضن من الأبوين بتنظيم أماكن وأوقات مشاهدته والاتصال به.

ولعل من بين العديد من مظاهر العناية الفائقة للمشرع البحريني بمصالح الطفل الفضلى ما قرره المادة رقم (346) من قانون الإجراءات الجنائية في أنه إذا كان محكوماً على رجل وزوجته بالحبس مدة تزيد على سنة ولو عن جرائم مختلفة ولم يكونا مسجونين من قبل جاز تأجيل تنفيذ عقوبة أحدهما حتى يُفرج عن الآخر إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتجاوز خمس عشرة سنة.

خامساً: حق الطفل بالتعليم والثقافة:

قرر المشرع البحريني بموجب أحكام المادة السادسة من قانون التعليم لسنة 2005 تأسيس نظام تربوي وتعليمي، يضمن للطفل الحق الأدنى من التعليم الذي لا غنى عنه لإثبات حقه في التعليم باعتباره الأساس لنمو الشخصية الإنسانية وتطورها، يقوم على المبادئ الآتية:

1 - إن التعليم الأساسي الذي يستغرق تسع سنوات دراسية على الأقل، حق للأطفال الذين يبلغون السادسة من عمرهم في بداية العام الدراسي.

2 - التزام الدولة بتوفير التعليم للأطفال، بما يستوجب ذلك توفير المباني المدرسية المناسبة، والمناهج والكتب الدراسية التي تحقق أهداف التعليم المقررة قانوناً.

3 - إلزام الآباء وأولياء الأمور بإلحاق أبنائهم ومن في رعايتهم من الأطفال بالمدارس عند بلوغهم سن السادسة من العمر.

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام المادة السابعة من قانون التعليم قضت بأن يكون التعليم الأساسي والثانوي مجاناً بمدارس المملكة. كما قررت

أحكام المادة الثامنة من قانون التعليم قيام المسؤولية الجنائية بفرض عقوبة جنائية على والد الطفل أو المتولي أمره إذا تسبب في تخلف الطفل الذي بلغ سن الإلزام عن الالتحاق بالتعليم، أو انقطاعه دون عذر مقبول عن الحضور إلى المدرسة مدة عشرة أيام متصلة أو منفصلة خلال السنة الدراسية، ولا تحرك الدعوى الجنائية في الحالتين إلا بناء على طلب من الوزارة، وبعد قيامها بإنذار المخالف بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول. كما قضت أحكام المادتين رقمي (38 و39) من قانون الطفل حق الطفل في تلبية حاجاته الثقافية في شتى المجالات المعرفية والفنية، والاطلاع على التراث الإنساني والتقدم العلمي. تكفل الدولة حق الطفل في تلبية حاجاته الثقافية في شتى المجالات المعرفية والفنية، وتتيح له فرص التواصل والاطلاع على التراث الإنساني والتقدم العلمي، وتأسيس مكتبات وأندية للأطفال في جميع محافظات المملكة يراعى فيها احتياجات الأطفال من ذوي الإعاقة.

سادساً: حق الطفل في الحماية من التعرض للعنف أو سوء المعاملة:

لقد كفلت أحكام المواد أرقام (44 - 49) من قانون الطفل حماية واسعة للطفل مما قد يتعرض له من سوء المعاملة مصحوبة بآليات قانونية وإدارية تركز عملياً هذه الحماية. ويدخل في مفهوم سوء المعاملة بموجب أحكام المادة رقم (44)، كل فعل أو امتناع من شأنه أن يؤدي إلى أذى مباشر أو غير مباشر للطفل يحول دون تنشئته ونموه على نحو سليم وآمن وصحي، ويشمل ذلك سوء المعاملة الجسدية أو النفسية أو الجنسية أو الإهمال أو الاستغلال الاقتصادي.

ويقصد بسوء المعاملة الجسدية، كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى الإيذاء

الجسدي المتعمد للطفل، فيما يقصد بسوء المعاملة النفسية، كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالنمو النفسي والصحي للطفل، أما سوء المعاملة الجنسية فيُقصد به، تعريض الطفل لأي نشاط جنسي أو إباحي مباشر أو غير مباشر لجسد الطفل، بما في ذلك تعريض الطفل لمشاهدة الأفلام أو الصور الإباحية أو استخدامه في إنتاجها أو توزيعها بأي شكل من الأشكال.

وفي إطار التكريس العملي القانوني والإداري لحماية الطفل من سوء المعاملة فقد قررت أحكام المواد أرقام (45 و 46 و 47 و 48) من قانون الطفل:

1 - عدم اشتراط أن يكون رفع الدعوى الجنائية المتعلقة بسوء معاملة الطفل الجسدية أو الجنسية عن طريق تقديم شكوى شفهية أو كتابية إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي.

2 - عدم جواز التنازل مطلقاً عن الدعوى الجنائية المتعلقة بسوء معاملة الطفل.

3 - سلب الولاية على الطفل أو استبدالها حتى من والدي الطفل إذا عامله بعنف أو سوء معاملة، وتتولى النيابة العامة تعيين من يمثل الطفل قانوناً. مع التنويه إلى أن أحكام المادة رقم (56) من القانون ذاته ألزمت - في هذه الحالة- وزارة العمل والتنمية الاجتماعية تدبير مكان آمن لرعاية الطفل خارج عائلته، بصفة مؤقتة أو دائمة.

4 - وجوب قيام كل من وصل إلى علمه معلومات تتعلق بتعرض طفل للعنف أو سوء المعاملة بإبلاغ مركز حماية الطفل أو النيابة العامة أو مراكز الشرطة أو الجهات المسؤولة بوزارات العدل والداخلية والصحة والتربية والتعليم.

5 - إلزام أي طبيب يتبين له عند فحص طفل أنه قد تعرض للعنف أو سوء المعاملة أو أن خروجه من المستشفى يعرض حياته وسلامته للخطر، ورفض الوالدان أو المتولي رعايته بقاءه في المستشفى، وجب على الطبيب إبقاء الطفل في المستشفى وإبلاغ مركز حماية الطفل لاتخاذ ما يلزم في هذا الشأن.

هذا وقد منحت أحكام المادة رقم (50) من قانون الطفل صلاحيات واسعة لحماية الطفل من العنف أو سوء المعاملة التي من أهمها الآتي:

1 - اتخاذ كافة التدابير المباشرة والعاجلة لحماية الطفل من سوء المعاملة.

2 - دراسة حالات من تعرض من الأطفال لسوء المعاملة من النواحي الصحية والنفسية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية، واتخاذ الإجراءات المناسبة لها.

3 - متابعة حالات من تعرض من الأطفال لسوء المعاملة بصفة دورية في حالة تسليمه إلى الوالدين أو المتولي رعايته.

4 - توفير رعاية بديلة خارج العائلة لمن تعرض من الأطفال لسوء المعاملة بصورة عاجلة ومؤقتة، وذلك إذا كانت حياة الطفل مهددة بالخطر أو إذا وقع اعتداء جنسي عليه من الوالدين أو المتولي رعايته.

5 - اتخاذ كافة إجراءات تأهيل الطفل الذي تعرض لسوء المعاملة وعائلته بما يكفل عودته إلى أسرته بحالة طبيعية، بما في ذلك العلاج والتأهيل النفسي، والدورات التأهيلية والتعليمية، وتنمية المهارات الاجتماعية، ومهارات حماية الذات لدى الطفل، ومعالجة الإدمان لدى الوالدين أو المتولي رعايته.

6 - توفير خط ساخن لتلقي الحالات أو الشكاوى المتعلقة بسوء المعاملة.

سابعاً: حق الطفل في الحماية من الاستغلال الماس بحقوق الطفولة:

نص قانون العدالة الإصلاحية للأطفال على عدد من الأفعال الماسة بحقوق الطفولة وعدّها من الجرائم المعاقب عليها بموجب أحكامه، نشير فيما يلي إلى الأهم منها مما نصت عليه أحكام المواد أرقام (57 و59 و60) منه:

1. أعمال استدراج الأطفال واستغلالهم عبر الشبكة الإلكترونية "الإنترنت" وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة في أمور منافية للآداب العامة والنظام العام أو لا تتناسب مع أعمارهم.

2. استغلال الطفل في مختلف أشكال الإجرام المنظم وغير المنظم بما في ذلك زرع أفكار التعصب والكراهية فيه، وتحريضه على القيام بأعمال العنف والترويع.

3. استغلال الأطفال في التجمعات والمسيرات والمظاهرات التي يكون الغرض منها سياسياً.

المطلب الثاني

ضمان مصالح الطفل الفضلى في مجال القانون الجنائي وإجراءاته

أولاً: حالة أن يكون الطفل قد ارتكب الفعل المُكوّن للجريمة:

أقام المشرع البحريني أساساً قانونياً وأخلاقياً سامياً في ضمان الحماية الجنائية للطفل، تلك الحماية التي اتخذت صورتين، الأولى عندما يقع من الطفل عمل يُعاقب عليه القانون، أي عندما يقوم الطفل بفعل مكوّن لجريمة، والثانية عندما يقع على الطفل من جهة غيره فعل يُعاقب عليه القانون، أي عندما يكون الطفل مجنياً عليه في جريمة تُرتكب ضده.

ويقوم أساس حماية الطفل جنائياً على الوجه المتقدم على حقيقة علمية تقتضاها، حداثة عمره وجهله بمنظومة العادات والقيم والأعراف الاجتماعية للمجتمع الذي يعيش فيه، وذلك بسبب عدم تكامل مداركه العقلية ونضجه النفسي، ومن ثم فإنه والحالة هذه يكون المسؤول الحقيقي عما يبدر منه من أفعال كانحراف السلوك هو ولي أمره أو أسرته وحتى المجتمع، وعليهم جميعاً مسؤولية تربيته وتأهيله. وتظهر رعاية المشرع البحريني للطفل في المجال الجنائي في عدد من المظاهر نشير إلى أهمها بإيجاز فيما يأتي:

1 - منع المسؤولية الجنائية للطفل الذي لم يتم الخامسة عشرة من

عمره:

وإذ قررت ذلك أحكام المادة رقم (32) من قانون العقوبات البحريني بقولها: (لا مسؤولية على من لم يجاوز الخامسة عشرة من عمره حين ارتكاب الفعل المكوّن للجريمة...). وإذ قرر قانون العدالة الإصلاحية للأطفال وحمايتهم من سوء المعاملة رقم (4) لسنة 2021 هذا المبدأ العام

بنص المادة رقم (3) منه بقولها (لا مسئولية جنائية على الطفل الذي لم تتجاوز سنه خمس عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة، وتتبع في شأنه الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون)، فإنه أورد جملة من الأحكام القانونية التفصيلية التي أكدت على أن الطفل في هذه السن لا يسأل جنائياً عما يصدر منه من أفعال مكونة للجريمة، وإن كل الذي نص عليه القانون اتخاذ إجراءات تضمن حمايته بطريق العناية بتربيته وتأهيله وتقويم سلوكه لمنع أذاه عن المجتمع ولتطور شخصيته تطوراً صحياً سليماً⁽⁵⁾.

2: شمول الأطفال هذه الفئة العمرية في حال ارتكابهم فعلاً مكوناً للجريمة بأحكام المسؤولية الجنائية المخففة (Diminished responsibility):

فالأحداث وإن كانوا من طبيعبي التكوين العقلي والنفسي إلا أن ملكاتهم العقلية والنفسية تكون غير مكتملة النضج كما هي عند الإنسان البالغ الرشيد، وغير منعدمة كما هي عند الصغير غير المميز، ومن ثم فإن أهلية الأحداث لتحمل المسؤولية الجنائية تكون ناقصة، ولذلك تنعقد مسؤولية المجتمع ممثلاً بالسلطة التشريعية، بسن قواعد قانونية تضمن رعايتهم قبل الجنوح عن طريق وقايتهم منه، وتضمن تقويمهم وتأهيلهم إذا وقعوا فيه، تركز على نظام تدابير خاصة بعيدة عن القواعد القانونية الجنائية الموضوعية والإجرائية التي تُطبق على البالغين، الأمر الذي يستوجب بغية تحقيقه جملة من الأحكام القانونية والإجراءات، نذكر فيما يلي الأهم منها:

❖ وجود نظام قضائي بالأطفال من هذه الفئة العمرية يختص بالتحقيق معهم (النيابة الخاصة بالأحداث)، ومحاكمتهم وهي المحكمة المختصة بنظر الدعاوي الجنائية المرفوعة ضدهم (محاكم العدالة الإصلاحية).

(5) مصطفى العوجي، دور القضاء في معاملة الأحداث المنحرفين، سلسلة الدفاع الاجتماعي، العدد 3، 1981، ص 107.

- ❖ يجب أن يتولى التحقيق مع الأطفال من هذه الفئة العمرية جهاز قضائي متخصص بقضايا الأحداث (النيابة الخاصة بالأحداث) أو قاضي تحقيق الأحداث.
- ❖ عدم جواز حبس الأطفال من هذه الفئة العمرية احتياطياً إلا في الجرائم الأكثر خطورة، على أن يُنفذ حبسه الاحتياطي في مكان مخصص لهم فقط، تشرف عليه وتديره شرطة مؤهلة ومتخصصة أيضاً.
- ❖ وجوب دراسة شخصية الأطفال من هذه الفئة العمرية من النواحي الاجتماعية والنفسية لبيان نضجه الانفعالي، ومدى قدرته على إدراك ماهية وطبيعة فعله المخالف للقانون، فضلاً عن دراسة محيطه الاجتماعي الأسري والمدرسي وأي أجواء أخرى محيطة به.
- ❖ تكون محاكمة الأطفال من هذه الفئة العمرية سرية، ولا يمنع أن تجري بحضور ولي أمره أو من يقوم مقامه، والمعنيين بشؤون الأحداث ممن ترى المحكمة فائدة من حضورهم.
- ❖ وجود مؤسسات للإصلاح الاجتماعي خاصة بتأهيل الأطفال من هذه الفئة العمرية عند الحكم عليهم عن ارتكابهم أفعالاً مخافة للقانون تعمل في إطار مفهوم المدارس التأهيلية والتقويمية للمدد التي يقضي الحدث فيها المدة التي يقررها القضاء.
- ❖ شمول الأطفال من هذه الفئة العمرية بالرعاية اللاحقة. ويقصد بالرعاية اللاحقة، رعايتهم بعد انتهاء مدة التدبير المطبق عليهم بما يضمن إعادة اندماجهم في المجتمع بإرشادهم لمواجهة متطلبات الحياة واكتشاف مؤهلاتهم ومهاراتهم وتقديم المساعدة لهم بإعادتهم إلى أسرهم، ومساعدتهم على إيجاد عمل يحسنوه، بالتعاون مع أجهزة الدولة ذات الاختصاص بالشؤون الاجتماعية والعمل.

ثانياً: حالة أن يكون الطفل هو المجني عليه:

ضمن المشرع البحريني حماية جنائية خاصة لمن كان دون سن الثامنة عشرة إذا كان هو المجني عليه ضمناً لمصالحة الفضلى في الحق في الحياة والسلامة البدنية ضد عديد أنواع الجرائم التي تقع عليه، ونستعرض فيما يلي بإيجاز أهم مظاهر هذه الحماية:

1 - ضمنت أحكام الفقرة (ب) من المادة الأولى من القانون بشأن مكافحة الإتجار بالأشخاص لسنة 2008 من قبيل جرائم الإتجار بالبشر، حماية جنائية واسعة النطاق عندما عدّت مجرد تجنيد أو نقل أو تنقل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشرة، أو من هم في حالة ظرفية أو شخصية لا يمكن معها الاعتراف برضاؤهم أو حرية اختيارهم، متى كان ذلك بغرض إساءة استغلالهم ولو لم يقترن الفعل بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة السابقة. كما ضمنت أحكام الفقرة (ج) من المادة ذاتها، هذه الحماية الواسعة أيضاً عندما افترضت علم الجاني بالسن الحقيقية للمجني عليه الذي لم يبلغ من العمر ثماني عشرة سنة ومنعت عنه الاحتجاج بخلاف ذلك.

2 - عدم اعتداد قانون العقوبات بأحكام المواد أرقام (344 و 344 و 346 و 347) برضا المجني عليه في جرائم الاغتصاب والاعتداء على العرض إذا لم يكن قد تعدى سن الحادية والعشرين، ولكنه راعى في تقدير العقوبة تخفيفاً كلما تقدمت المجني عليها في العمر إلى ما قبل سن الحادي والعشرين. ويلاحظ على أحكام الجملة الثالثة من المادة رقم (344) أنها افترضت عدم رضا المجني عليها في جريمة اغتصاب أنثى لم تتم الرابعة عشرة، مثلما افترضت أحكام الجملة الثالثة من المادة رقم (346) عدم رضا المجني عليه إذا لم يتم الرابعة عشرة في جريمة الاعتداء على العرض.

- 3 - عَدَّ قانون العقوبات الجرائم الواقعة على حقوق الأطفال من جرائم الخطر التي يعاقب القانون على مجرد ارتكاب الفعل ولو لم يترتب عليها أذى أو ضرر معين، ولعل من بين أهم هذه الجرائم:
- ❖ جريمة الامتناع عن تسليم الصغير ممن يتكفل بتربيته إلى من قرر القضاء أن يكون حاضن الصغير (المادة 318) من قانون العقوبات.
 - ❖ جريمة خطف الصغير من حاضنه الشرعي حتى إذا وقع الخطف بغير تحايل أو إكراه، ولو تم ذلك من والدي الطفل أو جديه (المادة 319) من قانون العقوبات.
 - ❖ عَدَّ سن المجني عليه الذي يقل عن الثامنة عشرة سبباً لتشديد العقوبة في جريمة التحريض على الفجور أو الدعارة (المادة 324) من قانون العقوبات.
 - ❖ عَدَّ سن المجني عليه الذي يقل عن الثامنة عشرة سبباً لتشديد العقوبة في جريمة حمله بطريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة (المادة 325) من قانون العقوبات.
 - ❖ ضَمَّنَ القانون نوعاً من الحماية الإجرائية مقتضاها أنه يجوز للنيابة العامة ولمحكمة الموضوع في حالة وقوع جنائية أو جنحة على نفس صغير لم يبلغ الخامسة عشرة من العمر، أن تأمر بتسليمه إلى شخص مؤتمن يتعهد بملاحظته والمحافظة عليه أو إلى مؤسسة خيرية معترف بها حتى الفصل في الدعوى (المادة 251) من قانون الإجراءات الجنائية.

الإصلاحات الانتخابية بالمغرب بين رهانات النص الدستوري وتحديات التنزيل

د. إلياس المساوي*

مقدمة:

إن الهدف من الأخذ بالنظام النيابي وتفضيله على غيره من صور الديمقراطية إنما يعود في الواقع إلى استحالة تطبيق الديمقراطية المباشرة، وصعوبة وفشل تطبيق الديمقراطية شبه المباشرة لأسباب كثيرة مردها إلى عدم كفاءة الشعوب للقيام بهذه المهمة الخطيرة وهذا العبء المعقد الثقيل، وعلى هذا الأساس، فإن الدعامة الأساسية التي يقوم عليها النظام النيابي هي وجود برلمان ينتخبه الشعب. وعلى ذلك فإن الانتخاب يعتبر من أهم أسس النظام النيابي. لقد اختار المغرب أن ينبع هذا النهج التمثيلي منذ أن تمت دسترة نظام الحكم في سنة 1962، وجعل منذ البداية مؤسسة البرلمان كنتاج الإرادة الأغلبية من الناخبين مع الأخذ بنظام التعددية الحزبية. وعلى طوال هذا المسار من التأسيس الديمقراطي كانت العملية الانتخابية في جوهر

* تخصص: القانون الدستوري والعلوم السياسية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله/ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، المغرب

النقاش السياسي، وتأتي لتعبر عن رأي أطراف الصراع السياسي وتكشف عن طبيعة سلوك الفاعل في هندسة النظام الانتخابي.

تعتبر الانتخابات بصفة عامة ملعباً للرهانات بامتياز، سواء تعلق الأمر بالرهانات المرتبطة بالناطقين باسم الدولة أو بالرهانات المرتبطة بالناطقين باسم المجتمع، وتزداد الشحنات الطاقية لهذه الرهانات عندما يتعلق الأمر بالانتخابات التشريعية، لكونها تؤسس لذلك الربط والترابط المعياري والسياسي بين الأضلاع الأساسية للحكم أو ممارسة السلطة، وهي نفاذ النص الدستوري وشرعية الصوت الانتخابي وحصيلة المنجز الحكومي، فعبّر الانتخابات التشريعية لمجلس النواب يتم اختيار أعضاء هذا الأخير، وتحديد الحزب الذي سيتأخر الحكومة، وعبر موازين القوى التي تخترق مجلس النواب ومن خلال مشاورات سياسية ملبرلة⁽¹⁾، يتم بناء الأغلبية الحكومية، وعبر هذه الأخيرة يتم تشكيل الحكومة، ومن خلالها تمارس السلطة التنفيذية، وتصاغ السياسات العمومية، وتبنى القرارات الرسمية المعبرة عن الرهانات المنتصرة⁽²⁾.

بالنظر لأهمية البرلمان في إطار النظام الدستوري المغربي، فإن المشاركة في انتخاب أعضائه تعتبر جد حاسمة في طبيعة ونوعية التشريعات والسياسات العمومية التي سيعتمدها، ولهذا فمحطة انتخابات 7 أكتوبر 2016 والثامن من شتنبر 2021 الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس النواب الذي تنبثق منه الحكومة، تعتبر محطة تاريخية يتطلب تحليلها الوقوف بدقة

(1) من اللبرالية.

(2) عبر المنعم لزعر: "تصدر الانتخابات التشريعية بين رهانات الأحزاب السياسية ورهانات المجتمع"، مقال ضمن المؤلف الجماعي المعنون بـ "قراءة في الاستحقاقات الانتخابية لسنة 2021"، تحت إشراف الأستاذين بنيونس المرزوقي ومحمد رضا مقتدر، مطبعة شمس برينت، الطبعة الأولى، 2021، ص: 49.

على الصيغة التي تمارس بها هذه العملية المهمة على أرض الواقع.

ويعتبر البرلمان من بين أهم المؤسسات الدستورية في مختلف البلدان الديمقراطية وكذلك في البلدان السائرة في طريق الديمقراطية، حيث تشكل السلطة التشريعية التي تتولى تمثيل الأمة، التي يتم انتخابها من قبل الشعب (الناخبون والناخبات)، وتقوم بممارسة العديد من الوظائف والأدوار في مجالات التشريع والرقابة على العمل الحكومي وتقييم السياسات العمومية⁽³⁾.

ويُعدّ تواجد البرلمان، وانتخابه بطريقة شفافة ونزيهة، أحد الشروط الأساسية لوجود الديمقراطية ولإرساء دعائم دولة القانون. فالبرلمان هو الممثل الأسمى للأمم، وهو المعبر عن إرادتها، وهو المكلف بوضع السياسات العمومية والموافقة عليها، والتي تهتم سائر المجالات السياسية والاقتصادية والضريبية والاجتماعية والثقافية والبيئية وكذلك الشؤون الدولية. كما أنه هو المختص بمراقبة عمل الحكومة، ومراعاة مدى احترامها لبرنامج الحكومة الذي تقدمت به أمامه، ومدى قيامها بتنفيذ وتفعيل السياسات

(3) ومن ثم فإن جميع الأنظمة السياسية لدول العالم، لا يمكن لها أن تكون ديمقراطية دون تمتيع الأفراد بحقوقهم وحياتهم، وعلى رأسها الحق في المشاركة السياسية، والتي تتجلى بالأساس في الانخراط في العمليات الانتخابية، بهدف تدبير الشأن العام للدولة، ذلك أن شرعية النظام السياسي حسب "ماكس فيبر" تكون مستندة على قرارات مشروعة وعقلانية في إطار إجراءات قارة مقبولة، وهذه الإجراءات القارة والمقبولة تعني في مشاركة الفرد سياسياً في تدبير الشأن العام عبر آلية الانتخاب، الذي يجب أن يجري في إطار ديمقراطي وجو تطبعه الحرية والنزاهة والشفافية.

خالد الشرقاوي السموني: "المجلس الدستوري رقابته على الانتخابات التشريعية"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط أكذال، السنة الجامعية، 2004/2003، ص: 1.

العمومية الواردة في صيغة قوانين، والتي من شأنها الاستجابة لتطلعات الشعب وتحسين أوضاعه المادية والمعنوية⁽⁴⁾.

- الإشكالية المحورية:

وبناء على ما تقدم، فإن الإشكالية المحورية التي ستعالجها هذه الدراسة ستتمحور حول مدى قدرة الإصلاحات الانتخابية بالمغرب في المساهمة في تخليق الحياة السياسية والدفع ببلوغ الانتقال الديمقراطي المنشود؟

- المنهجية المعتمدة:

لمعالجة هذه الإشكالية سنستعين بمنهج تحليل المضمون لقراءة المضامين المستجدة في الوثيقة الدستورية لسنة 2011 والقوانين التنظيمية⁽⁵⁾ ذات الصلة وتأثيرها على تخليق الحياة السياسية بالمغرب في الشق المتعلق بالانتخابات التشريعية، كما نستند إلى المنهج النسقي الذي يوفر لنا أدوات لتفسير التعديل الدستوري ودوره في مساءلة الظاهرة الانتخابية بالمغرب على ضوء المشاركة السياسية، ورصد مختلف المحددات الفاعلة في السلوك الانتخابي للمغاربة.

- خطة البحث:

ولمعالجة هذه الإشكالية والإحاطة بجوانبها الرئيسية سوف أعمل على تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مطلبين رئيسيين:

-
- (4) أحمد مفيد: "الانتخابات التشريعية: قراءة في المسار والنتائج"، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 23 صيف 2017، ص ص: 27-28.
- (5) القوانين التنظيمية تأتي في الرتبة الثانية بعد الدستور وهدفها هو تفسير وإكمال بناء الوثيقة الدستورية.

المطلب الأول: الإطار القانوني للانتخابات التشريعية بالمغرب

المطلب الثاني: ضعف الثقافة السياسية ودورها في التأثير على

سلوك الانتخاب

المطلب الأول

التأثير القانوني للانتخابات التشريعية

شهد النظام الانتخابي المغربي العديد من الإصلاحات الهامة في مختلف مراحلها، في سبيل حوكمة الفعل الانتخابي وتعزيز ثقة الناخبين في العملية الانتخابية والسياسية، بحيث عمد المشرع المغربي إلى اتخاذ مجموعة من الإصلاحات على المستويين الإجرائي والتنظيمي، مسّت مختلف جوانب العملية الانتخابية لضمان قيم النزاهة والمصداقية، وضمان مستوى التمثيل لمختلف شرائح المجتمع، وكان أهمها تغيير نمط الاقتراع لسنة 2002⁽⁶⁾، وتلك التي أعقبت الإصلاحات الدستورية لسنة 2011، والتي شملت خصوصاً مدونة الانتخابات، وقانون الأحزاب السياسية، ثم تعديل القاسم الانتخابي⁽⁷⁾، وهو ما أعاد النقاش حول الأسس التي ينبني عليها النظام الانتخابي الديمقراطي⁽⁸⁾.

(6) ليس النقاش حول نمط الاقتراع بالمغرب جديداً، فقد طرح منذ الاستقلال خلال وضع الإطار القانوني للانتخابات سنة 1960. وقد حسم الأمر حينها لصالح نظام الاقتراع الأحادي الاسمي في الدورة الواحدة، وظل العمل جارياً بهذا النمط من الاقتراع في جميع المحطات الانتخابية التي عرفها المغرب إلى غاية انتخابات 2002 التشريعية، حيث تم استبداله بالاقتراع بالتمثيل النسبي أي الاقتراع اللاتحي حسب التعبير المتداول.

(7) قانون 04،21 المتعلق بتغيير وتنظيم القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1،21،39 بتاريخ 8 رمضان 1442، الموافق ل 21 أبريل 2021، ج.ر عدد 6987، بتاريخ 5 شوال 1442، الموافق ل 17 ماي 2021، ص: 3405.

(8) عبد الغني الرتبي: "تراكم الإصلاحات الانتخابية بين متطلبات حوكمة الفعل الانتخابي

فيما يتعلق بمجلس النواب، وبالرجوع إلى المقتضيات الدستورية بخصوص العمليات الانتخابية فقد أشار دستور 2011⁽⁹⁾ العديد من فصوله إلى كيفية تنظيم وحماية هذه العملية المهمة، حيث نجده ينص في الفقرة الأخيرة من الفصل الثاني على اختيار الأمة لممثليها في المؤسسات المنتخبة بالاقتراع الحر والنزيه المنتظم"، ثم نص في الفقرة الثانية من الفصل السادس على أن "تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنات، والمساواة بينهم، في الحياة السياسية..."، ثم الفصل 11 الذي أكد على أن "الانتخابات الحرة النزيهة والشفافة هي أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي. السلطات العمومية ملزمة بالحياد التام إزاء المترشحين، بعدم التمييز بينهم".

بالإضافة إلى الفصل 19 الذي أكد على أن "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي المقتضيات الأخرى وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها".

والفصل 30 الذي ينص "على لكل مواطنة ومواطن، الحق في التصويت والترشيح للانتخابات، شرط بلوغ سن الرشد القانونية والتمتع بالحقوق

ومحدودية التأثير"، مقال ضمن المؤلف الجماعي المعنون بـ "قراءة في الاستحقاقات الانتخابية لسنة 2021"، تحت إشراف الأستاذين بنيونس المرزوقي ومحمد رضا مقتدر، مطبعة شمس برينت، الطبعة الأولى، 2021، ص: 154.

(9) دستور 29 يوليوز 2011 الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 1,11,91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 28 من شعبان 1432 (30 يوليوز 2011) عدد 5964 مكرر.

المدنية والسياسية. وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين الرجال والنساء في الولوج الوظائف الانتخابية".

وعليه، فإن الدستور الجديد يكون قد أحاط العملية الانتخابية بمجموعة من الضمانات وربطها بمجموعة من الإجراءات والتدابير لضمان شفافية ونزاهتها وأوكل للقوانين التنظيمية كيفية تنظيمها⁽¹⁰⁾.

وإعمالاً لمقتضيات دستور 2011، صدر القانون التنظيمي رقم 20,16⁽¹¹⁾ القاضي بتغيير وتتميم القانون التنظيمي 27,11 المتعلق بمجلس النواب. وقد تضمن هذا القانون النص في المادة الأولى منه على أن "يتألف مجلس النواب من 395 عضواً ينتخبون بالاقتراع المباشر عن طريق الاقتراع باللائحة ويتوزعون كما يلي:

305 أعضاء ينتخبون على صعيد الدوائر الانتخابية المحلية المحدثة طبقاً لأحكام المادة 2 بعده، و90 عضواً ينتخبون برسم دائرة انتخابية وطنية تحدث على صعيد تراب المملكة، يجري الانتخاب بالتمثيل النسبي حسب قاعدة أكبر بقية ودون استعمال طريقة مزج الأصوات والتصويت التفاضلي⁽¹²⁾. غير أنه في حالة انتخاب جزئي وإذا تعلق الأمر بانتخاب عضو

(10) عبد الحليم الطالبي: "القوانين التنظيمية في الهندسة الدستورية لدستور 2011، دراسة تحليلية قانونية سوسيو قضائية وفق التشريعات المقارنة لنماذج بعض القوانين التنظيمية"، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، الطبعة الأولى، 2020، برلين، ص: 110.

(11) الظهير الشريف رقم 1,16,118 صادر في 6 ذي القعدة 1437 (10 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 20,16 القاضي بتغيير وتتميم القانون التنظيمي رقم 27,11 المتعلق بمجلس النواب.

(12) غير أن القانون التنظيمي رقم 04,21 غير من طريقة انتخاب هؤلاء الأعضاء (90 عضواً)، بحيث أصبحوا ينتخبون على صعيد الدوائر الجهوية وفق الشكل التالي:
- طنجة - تطوان - الحسيمة: 8 مقاعد.

واحد، يجري الانتخاب بالتصويت العام بالأغلبية النسبية في دورة واحدة. وتنص الفقرة الثانية من المادة (23) من القانون التنظيمي رقم 04,21⁽¹³⁾ على أنه " ... فيها يخص الانتخابات على صعيد الدائرة الانتخابية الجهوية ... يجب أن تشمل كل لائحة ترشيحات مقدمة برسم الدوائر الانتخابية الجهوية على أسماء مترشحات لا يقل عددهن عن ثلثي عدد المقاعد الواجب ملؤها في كل دائرة انتخابية جهوية. وتُخصَّص المرتبتان الأولى والثانية في كل لائحة ترشيحاً حصرياً للنساء، ولا يحول ذلك دون "حقهنّ في الترشح برسم المقاعد المحددة للدوائر الانتخابية المحلية" ويشترط أيضاً للترشح برسم الدوائر الانتخابية الجهوية التسجيل في اللوائح الانتخابية العامة لإحدى الجماعات الواقعة في النفوذ الترابي للجهة المعنية بالترشيح.

-
- الشرق: 7 مقاعد
 - فاس - مكناس: 10 مقاعد
 - الرباط - سلا - القنيطرة: 10 مقاعد.
 - بني ملال - خنيفرة: 7 مقاعد
 - الدار البيضاء - سطات: 12 مقعداً.
 - مراكش - أسفي: 10 مقاعد
 - درعة - تافيلالت: 6 مقاعد.
 - سوس - ماسة: 7 مقاعد.
 - كلميم - واد النون: 5 مقاعد.
 - العيون - الساقية الحمراء: 5 مقاعد.
 - الداخلة - واد الذهب: 3 مقاعد.
- (13) القانون رقم 04,21 المتعلق بتغيير وتنظيم القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1,21,39 بتاريخ 8 رمضان 1442، الموافق ل 21 أبريل 2021، الجريدة الرسمية عدد 6987، بتاريخ 5 شوال 1442، الموافق ل 17 ماي 2021.

وكما يبدو من خلال مقتضيات المادة الأولى من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، لم يطرأ أي تغيير في عدد أعضاء المجلس مقارنة مع تجربة سنة 2011، فالتغيير الجوهرى الذي حدث بهذا الصدد هو الذي يتعلق بـ 90 عضوًا الذين صاروا يُنتخبون برسم الدوائر الانتخابية الجهوية⁽¹⁴⁾، بعدما كانوا يُنتخبون برسم دائرة وطنية تحدث على صعيد تراب المملكة⁽¹⁵⁾.

وقد أشار القانون التنظيمي في مواده من (21) إلى (30) على مجموعة من الإجراءات والتدابير، من أجل الترشيح للانتخابات التشريعية البرلمانية، فأول مرة أعطى إمكانية الترشح لعضوية مجلس النواب للمرشحين بدون انتماء سياسي (المادة 23 الفقرة 15) وأيضًا إلى المغاربة المقيمين بالخارج، على أن يقدموا ترشيحاتهم للانتخابات على مستوى الدوائر الانتخابية المحلية، والدائرة الانتخابية الجهوية (المادة 22) فإن الترشح لعضوية مجلس النواب يجب أن يحتوي على مجموعة من الوثائق⁽¹⁶⁾ والأمر نفسه بالنسبة للمترشحين الذي يريدون الترشح بدون انتماء سياسي، فقد نص القانون

(14) الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون التنظيمي رقم 04,21 المغير والمتمم للقانون 27,11 المتعلق بمجلس النواب.

(15) الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون التنظيمي رقم 27,11 المتعلق بمجلس النواب.

(16) وصل دفع مبلغ الضمان 5000 (درهم..)

- نسخة من السجل العدلي لكل مترشح.

- شهادة القيد في اللوائح الانتخابية العامة، بعد تاريخ آخر حصر لها بصفة نهائية.

- التزكية مسلمة من طرف الحزب السياسي أو تحالف الأحزاب السياسية الذي تتقدم باسمه اللائحة أو المترشح.

- المادة (23) من الظهير الشريف رقم 1.16.118 صادر في 6 ذي القعدة 1437 (10 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 20.16 القاضي بتغيير وتتميم القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب.

التنظيمي على إرفاق ملفاتهم بمجموعة من الوثائق لدخول غمار الانتخابات⁽¹⁷⁾.

إلى جانب التعديلات التي طرأت على القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، فقد عرفت هذه الاستحقاقات تعديلات جوهرية مسّت القانون التنظيمي المتعلق بالأحزاب السياسية⁽¹⁸⁾.

لقد استهدف هذا القانون تجاوز الاختلالات التي سبق وأن رصدتها المجلس الأعلى للحسابات⁽¹⁹⁾ بخصوص تمويل الحملات الانتخابية، خصوصاً تلك الصعوبات المرتبطة بإرجاع مبلغ التسبيق غير المستحق، والذي تكون الأحزاب قد قامت بإنفاقه خلال الحملة الانتخابية، ولتحقيق مبدأ المساواة في الاستفادة من الدعم العمومي للأحزاب السياسية، فقد

(17) نص مطبوع لبرامجهم.

- بيان عن مصادر تمويل حملاتهم.

- وثيقة تتضمن: لائحة التوقعات المصادق عليها وفق الشروط المنصوص عليها في (المادة 23).

- لا يجوز لناخب أو منتخب أن يوقع لأكثر من لائحة ترشيح واحدة أو لأكثر من مترشح واحد بدون انتماء سياسي.

- الوثيقة يجب أن تتضمن أرقام البطائق الوطنية للتعريف للموقعين، والهيئة التابعين لها، أو اللائحة الانتخابية العامة المقيدين فيها، وأن تكون موضوع إيداع واحد - عبد الحليم الطالب: "القوانين التنظيمية في الهندسة الدستورية لدستور 2011، دراسة تحليلية قانونية سوسيو قضائية وفق التشريعات المقارنة لنماذج بعض القوانين التنظيمية"، مرجع سابق، ص: 116.

(18) ظهير شريف رقم 1,21,37 صادر في 8 رمضان 1442 (21 أبريل 2021) بتنفيذ القانون رقم 07,21 القاضي بتغيير القانون التنظيمي رقم 29,11 المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية عدد 6987، 5 شوال 1442 (17 ماي 2021)، ص: 3417.

(19) المجلس الأعلى للحسابات هو مؤسسة دستورية مغربية دورها المساهمة الفعالة في عقلنة تدبير الأموال العامة وتمارس كليا وظيفتها كمؤسسة عليا للرقابة مستقلة بذات الوقت عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية.

عمد هذا القانون إلى تقسيم المبلغ الكلي لمساهمة الدولة على الشكل التالي:

تمنح الدولة للأحزاب السياسية المؤسسة "بصفة قانونية"، المشاركة في الانتخابات العامة التشريعية، والتي غطت على الأقل ثلث عدد الدوائر الانتخابية المحلية الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس النواب، شريطة أن تكون هذه الدوائر موزعة على الأقل على ثلاثة أرباع (3/4) جهات المملكة، وغطت على الأقل نصف عدد الدوائر الانتخابية الجهوية الخاصة بانتخاب أعضاء المجلس المذكور، دعمًا سنويًا للمساهمة في تغطية مصاريف تديرها.

ويشترط أيضًا للاستفادة من الدعم المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه ما يلي:

1. فيما يخص الدوائر الانتخابية المحلية، أن يكون مترشح ولا يزيد سنه على أربعين سنة مرتبًا في المرتبة الأولى في ثلاث لوائح على الأقل من لوائح الترشيح المقدمة بتزكية من الحزب المعني؛

2. فيما يخص الدوائر الانتخابية الجهوية، أن تكون مترشحة مقيمة خارج تراب المملكة مرتبة في المرتبة الأولى في لائحة واحدة على الأقل من لوائح الترشيح المقدمة بتزكية من الحزب المعني، وأن تكون مترشحة لا يزيد سنها على أربعين سنة مرتبة في المرتبة الأولى في لائحة واحدة على الأقل من لوائح الترشيح المقدمة بتزكية من الحزب المعني⁽²⁰⁾.

(20) يمنح الدعم المشار إليه أعلاه وفق القواعد الآتية بعده:

أ. تخصص حصة سنوية جزافية للأحزاب السياسية المشار إليها أعلاه توزع بالتساوي فيما بينها؛

ب. تستفيد من مبلغ إضافي يعادل الحصة الجزافية السالفة الذكر، الأحزاب السياسية

من أجل حكامه أمثل لهذا الدعم، ألزم المشرع الأحزاب السياسية التي استفادت من مساهمة الدولة في تمويل حملاتها الانتخابية أن تقوم بفتح حساب بنكي خاص بموارد ومصاريف الحملة الانتخابية وأن تثبت كذلك أن مآل المبالغ التي منحت من أجلها.

كما ألزمت كل حزب سياسي أن يُرجع تلقائياً إلى الخزينة كل مبلغ لم يستعمله من الدعم الذي تلقاه وفق أحكام المادة (32) أعلاه. كما يجب على كل حزب سياسي أن يرجع تلقائياً إلى الخزينة كل مبلغ غير مستحق،

التي حصلت على الأقل على نسبة 1% دون أن تصل إلى نسبة 3% من عدد الأصوات المعبر عنها في الانتخابات العامة التشريعية، برسم مجموع الدوائر الانتخابية المحلية؛ ج. يخصص دعم سنوي للأحزاب السياسية التي حصلت على نسبة 3% على الأقل من عدد الأصوات المعبر عنها في الانتخابات المشار إليها أعلاه، ويوزع هذا المبلغ على أساس عدد المقاعد وعدد الأصوات التي حصل عليها كل حزب خلال الانتخابات نفسها.

- استثناء من القواعد المنصوص عليها في البندين «ب» و «ج»، يصرف سنوياً لكل حزب من الأحزاب السياسية المشار إليها أعلاه عن كل مقعد فاز به، على صعيد دائرة انتخابية محلية بتزكية منه، مترشح مقيم خارج تراب المملكة أو مترشحة. مبلغ يعادل خمس مرات المبلغ الراجع لكل مقعد عملاً بالقاعدة المقررة في البند «ج» السالف الذكر.

- يصرف دعم مستوي إضافي لفائدة الأحزاب السياسية المشار إليها أعلاه يخصص لتغطية المصاريف المترتبة على المهام والدراسات والأبحاث التي تنجز لفائدتها من طرف الكفاءات المؤهلة بهدف تطوير التفكير والتحليل والابتكار في المجالات المرتبطة بالعمل الحري والسياسي. وتستفيد الأحزاب السياسية المشار إليها أعلاه أيضاً، مرة واحدة كل أربع سنوات من مبلغ مالي للمساهمة في تغطية مصاريف تنظيم مؤتمراتها الوطنية والعادية.

- ويحدد مبلغ هذه المساهمة بنسبة 50 في المائة من مبلغ الدعم السنوي المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة، الراجع للحزب السياسي برسم السنة السابقة لعقد مؤتمره الوطني. - راجع المادة (32) من القانون التنظيمي رقم 07,21 القاضي بتغيير القانون التنظيمي رقم 29,11 المتعلق بالأحزاب السياسية.

وكل مبلغ لم يستعمله من المساهمة التي تلقاها عملاً بأحكام المادة (34) من هذا القانون، وفي حالة عدم إرجاع المبالغ المذكورة، يفقد الحزب السياسي بحكم القانون حقه في الاستفادة من الدعم العمومي⁽²¹⁾. وتكفلت المادتان (44 و45) بتحديد المساطر المتبعة من طرف المجلس الأعلى للحسابات لمراقبة صحة صرف الدعم المقدم من طرف الدولة للأحزاب السياسية.

إن هذا الإجراء في جوهره جد مهم، لأن التمويل العمومي للأحزاب السياسية هو عصب الانتخابات، بحيث يتعذر على الحزب المبتدئ، أو الحزب غير المتواجد في البرلمان أن يحصل على مقاعد في غياب الدعم المالي العمومي⁽²²⁾.

المطلب الثاني

ضعف الثقافة السياسية ودورها في التأثير على السلوك الانتخابي

يعتبر السعي لشغل مناصب قيادية في الحزب والترشح في قوائم الانتخابية والتعيين بواسطته في وظائف تنفيذية، أحد أهم أهداف الانضمام للحزب، وحق مشروع لكل مناضل؛ لكن في بعض الأحيان تحضر الانتهازية الحزبية، وتجد بعض المناضلين غير المستفيدين من فرص الترشح، يلجؤون إلى تأسيس أحزاب جديدة أو الالتحاق بأحزاب أخرى أو الدخول في قوائم حرة، أو العمل لصالح أحزاب منافسة دون الترشح انتقاماً من أحزابهم

(21) المادة (43) من القانون نفسه.

(22) محمد زين الدين: "نظرة تحليلية لنتائج انتخابات مجلس النواب المغربي ليوم سابع أكتوبر 2016"، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 23 صيف 2017، ص:

الأصلية وتحضيرًا للاستحقاقات القادمة، رفضًا لما يسمى الديمقراطية الوصائية التي تعتمد في رأيهم، على معيار الولاء والطاعة والمحسوبية وحتى الرشوة.

وخلال تتبعنا للعملية الانتخابية الخاصة بعضوية مجلس النواب، يمكن أن نورد مجموعة من الظواهر السلبية التي لازالت تنخر هذه العملية التي كان يعول عليها أن تساهم في ترسيخ الخيار الديمقراطي ببلادنا وهي كما يلي:

أولاً: اللجوء للأعيان وتفشي ظاهرة المتاجرة بالتزكيات:

تهافت الأحزاب السياسية على الأعيان قصد وضعهم في صدارة لوائحها، مقابل، إقصاء المناضلين المنتظمين في هياكل الحزب، لأن المهم عند قادة هذه الأحزاب هو انتزاع مقعد انتخابي، والانتخابات التشريعية حبلى بمئات الحالات لمرشحين تصدروا لوائح أحزاب من دون أن يكون لهم أي انتماء سابق لهذه الأحزاب.

المتاجرة في منح التزكيات للترشح بناء على معايير القرابة والزبونية والمحسوبية والرشوة، مما يؤدي بهؤلاء إلى ترك أحزابهم والبحث عن أحزاب تقبل منحهم التزكيات التي حرموا منها من طرف أحزابهم الأم، أو تأسيس حزب سياسي جديد. والاستعانة بسماسرة الانتخابات لاستمالة الناخبين للتصويت لهذا الحزب أو ذاك مقابل رشاوي عينية يحصل عليها السماسرة من المرشحين، أو مقابل وعود بقضاء مآربهم ومصالحهم من طرف المرشحين عند نجاحهم في الوصول إلى قبة البرلمان⁽²³⁾.

(23) زكرياء أفنوش: "المبتغى من تغيير نمط الاقتراع داخل النسق السياسي المغربي والنتائج المحصل عليها"، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 23 صيف 2017، ص:

لكن الخطير في الأمر هو أنه ليست الأحزاب السياسية التي يتم توصيفها بالإدارية هي من تتسابق لضم هؤلاء الأعيان، بل حتى الأحزاب السياسية التي تطلق على نفسها "تقدمية" وتتشدق بطهرانية مسارها السياسي، تتنافس بدورها وتتسابق لاستقطابهم ومنحهم مواقع متقدمة داخل الهرمية الحزبية؛ فالكل بات منشغلاً بالبحث عن الأعيان القادرين على تغطية نفقات الانتخابات ويتوفرون على رصيد رمزي يمكن أن يستثمر في العملية الانتخابية ويحقق التفوق لصالح أحزاب افتقدت إلى التجذر السياسي.

فالأحزاب السياسية تعي جيداً أن المناضل الحزبي أصبح غير قادر بمخزونه الثقافي المحترم وتاريخه النضالي، أن يجاري الأعيان الذين يملكون ذخيرة قوية من الأصوات ويتوفرون على ترسانة كبيرة من المؤثرات، تكسبهم رهان الانتخاب؛ فالمناضل الحزبي اقتصر دوره في تأثيث المشهد الحزبي وإضفاء المشروعية على سلوكاته، والاستعانة به في المحافل العلمية والندوات الثقافية التي تقتضي أن يظهر المناضل ليملاً الكراسي فقط ويسدد فاتورة ذلك اللقاء.

وقد شكّل هذا السلوك نوعاً من النكوص في الحياة السياسية عموماً والحياة الحزبية على وجه الخصوص، وكّرّس نوعاً من السلوكيات غير المرغوب فيها، كظاهرة الترحال السياسي المفرط، وغياب الولاء للحزب والانتماء إليه والدفاع عن برنامجه وتوجهاته وأيديولوجيته ومشروعه المجتمعي⁽²⁴⁾.

(24) زكرياء أفنوش: "حول أزمة الأحزاب السياسية بالمغرب"، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، العدد 60/59، السنة 18-2021، ص: 62-63.

ثانياً: استمرار انتشار بعض الظواهر في الحملة الانتخابية:

إن الانتخابات التشريعية للسابع من أكتوبر 2016، أو الثامن من شتنبر 2021⁽²⁵⁾ لم تختلف كثيراً عن مثيلاتها من الاستحقاقات السابقة، حيث استمر التركيز في اللقاءات العمومية وفي الندوات المحلية على تبادل الشتم والتهم بل والقذف في حق بعض الشخصيات الحزبية وبعض التنظيمات السياسية، ولم يتم الاعتداد كثيراً بالبرامج الحزبية وبالمشاريع المجتمعية وبدائل السياسات العمومية.

لقد كان المتتبعون للوضع الحزبي المغربي يتساءلون دوماً عن حقيقة امتلاك الأحزاب السياسية لبرامج واضحة المعالم، قابلة للتنزيل ومؤسسة على معطيات دقيقة تنم عن إلمام كاف ببنية المجتمع المغربي، وكان الجواب عن هذا التساؤل تتحكم فيه إلى حد بعيد وضعية المجيب ومنطلقاته؛ هل هي وضعية المتتبع المستقل أو وضعية المناضل الحزبي، بل إن التساؤل يمتد ليشكك في مدى إدراك هذه الأحزاب السياسية لمدلول البرامج، خاصة وأن هذه الأحزاب أثناء الحملات الانتخابية، كانت تتقدم بمجموعة من الوعود المصاغة بشكل إنشائي والخالية من أي تدقيق، وتسميها برامج لدرجة تدفع إلى القول بعدم قدرة هذه الأحزاب على التمييز بين البرامج الانتخابية والوعود الانتخابية⁽²⁶⁾.

فالارتجالية والشعبوية أصبحتا العنوان الأبرز للبرامج الانتخابية للأحزاب السياسية، وبدلاً عن الفراغ المهول في الأفكار

(25) خلال الحملة الانتخابية لانتخابات الثامن من شتنبر قلت التجمعات العمومية بسبب تفشي جائحة كورونا.

(26) حسن طارق: "من أجل عودة السياسة للحقل الانتخابي"، جريدة دفاتر سياسية، عدد 83، يوليو 2006، ص: 10.

والمخططات الموضوعية والواقعية؛ كما أن ركون بعض السياسيين إلى هذا النوع من الفضاظة والانتهاكات المغرضة بعضهم لبعض، لجلب الانتباه وتسفيه الآخرين من المعارضين والمنافسين، لا يرفع أبداً من مستوى الفعل السياسي المنشود، والذي يحتاج إلى إرادة سياسية وطنية ومواطنة، ومسؤولية وأخلاق⁽²⁷⁾.

إن تطرق الحملة الانتخابية للكثير من المواضيع التي تدخل في نطاق اختصاصات الجماعات الترابية، يطرح سؤالاً عريضاً حول الأدوار الحقيقية للنائب البرلماني هل هي التشريع والرقابة على العمل الحكومي أو الوساطة لدى الإدارات والمرافق أو تقديم خدمات القرب؟

استغلال اسم الملك في الحملات الانتخابية على الرغم من كون الملك لا يتدخل دستورياً في الشأن الانتخابي ولا في الصراع السياسي بين الأحزاب السياسية، وهذا ما تؤكد مقتضيات دستور 2011، حيث نجد المشرع الدستوري يحدد بشكل صريح وواضح اختصاصات السلطات العامة والعلاقة بين السلط، فالباب الثالث خاص بالملكية وفيه تحديد لصلاحيات الملك باعتباره أميراً للمؤمنين وباعتباره رئيساً للدولة، والباب الرابع خاص بالسلطة التشريعية، والباب الخامس خاص بالسلطة التنفيذية، والباب السادس خاص بالعلاقة بين السلط وخصوصاً العلاقة بين الملك والسلطة التشريعية والعلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أما الباب السابع فقد خص به المشرع الدستوري السلطة القضائية⁽²⁸⁾.

(27) حسن مسكين: "الحياة السياسية في المغرب المعاصر الحكومة والمعارضة نموذجاً، دراسة في الخطاب والممارسة"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2016، ص: 109.

(28) إلياس المساوي: "توزيع السلط في النظام الدستوري والسياسي المغربي على ضوء دستور 2011 وإشكالية الانتقال الديمقراطي"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في

وبالنظر لهذا التحديد الدستوري لاختصاصات السلطات العامة، فمن غير المقبول حمل الملك موضوعاً مركزياً في الحملة الانتخابية، لأن الهدف من الحملة الانتخابية هو التعريف ببرامج الأحزاب السياسية ومشاريع السياسات العمومية والبدائل التي تقترحها للنهوض بأوضاع البلاد في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. أما المزايدات السياسية فتبقى مجرد مزايدات ولن تكون في صالح تنافسية الانتخابات التي يعتمد فيها أساساً على التنافس بين البرامج والمشاريع المجتمعية.

ولهذا، فعوض من استغلال الملك في الحملة الانتخابية، ينبغي التركيز على المواضيع السياسية التي تشكل تعاقداً سياسياً بين الأحزاب السياسية والناخبين والتي على أساسها تتم المحاسبة والمساءلة⁽²⁹⁾.

خاتمة :

ختاماً، يمكن التأكيد على أن أهم مكتسب نوعي جاءت به الانتخابات يتمثل في كون نتائجها تعتبر هي الحاسم في تعيين رئيس الحكومة، وهو بطبيعة الحال يستجيب مقتضى يستجيب لمتطلبات تقوية الطابع البرلماني للنظام السياسي المغربي، خصوصاً وأن مجلس النواب ينتخب عن طريق الاقتراع المباشر، مما يجعله في مركز المسؤولية التي يتحملها إلى جانب الحكومة المنبثقة عنه، وهو الأمر الذي قد يعطي دفعة قوية لوظيفة الانتخابات ويجعل السلوك الانتخابي مستقبلاً سلوكاً عقابياً رادعاً.

القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2023-2024، ص: 366.
(29) أحمد مفيد: "الانتخابات التشريعية: قراءة في المسار والنتائج"، مرجع سابق، ص: 33.

في الآن نفسه، ولتجاوز بعض الظواهر التي تسيء لورش الانتقال الديمقراطي بالمغرب، ينبغي التأكيد على أن بعض السلوكيات التي ترافق العملية الانتخابية يجب تجاوزها من خلال تفعيل الحقيقي لمقتضيات الدستور. لأن الإشكال الحقيقي ليس في الدستور بقدر ما هو في الممارسة، وهذه الأخيرة مرتبطة بالفاعلين السياسيين ولهذا فالتغيير الإيجابي ودعم الانتقال الديمقراطي، لا يمكن أن يتم إلا من خلال الارتقاء بالخطاب السياسي والنهوض بطبيعة ونوعية الممارسة السياسية.

كما أن المدخل الحقيقي لتحسين المشاركة السياسية هو نهوض الأحزاب السياسية بالأدوار المنوطة بها طبقاً لمقتضيات الدستور والقانون التنظيمي الخاص بها واحترام الضمانات الأساسية للنزاهة الانتخابية، والتفاني في وضع السياسات العمومية المستجيبة للحاجيات الأساسية للمواطنين والمواطنين في مختلف المجالات وفي كافة أرجاء التراب الوطني. كما أن من مسؤولية كل من البرلمان ورئيس الحكومة والحكومة هو تفعيل الاختصاصات المسندة إليهم كل في مجال اختصاصه، وذلك في إطار احترام فصل السلط والتعاون بينها المنصوص عليه في مقتضيات دستور 2011.

المراجع المعتمدة:

- الكتب:

- حسن مسكين: "الحياة السياسية في المغرب المعاصر الحكومة والمعارضة نموذجًا، دراسة في الخطاب والممارسة"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2016.

- عبد الحليم الطالب: "القوانين التنظيمية في الهندسة الدستورية لدستور 2011، دراسة تحليلية قانونية سوسيو قضائية وفق التشريعات المقارنة لنماذج بعض القوانين التنظيمية"، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، الطبعة الأولى، 2020.

- الأطروحات الجامعية:

- إلياس المساوي: "توزيع السلط في النظام الدستوري والسياسي المغربي على ضوء دستور 2011 وإشكالية الانتقال الديمقراطي"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2023-2024.

- خالد الشرفاوي السموني: "المجلس الدستوري رقابته على الانتخابات التشريعية"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط أكادال، السنة الجامعية، 2003-2004.

- الدراسات العلمية:

- أحمد مفيد: "الانتخابات التشريعية: قراءة في المسار والنتائج"، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 23 صيف 2017.

- حسن طارق: "من أجل عودة السياسة للحقل الانتخابي"، جريدة دفاتر سياسية، عدد 83، يوليو 2006.

- زكرياء أفنوش: "المبتغى من تغيير نمط الاقتراع داخل النسق السياسي المغربي والنتائج المحصل عليها"، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 23 صيف 2017.

- زكرياء أفنوش: "حول أزمة الأحزاب السياسية بالمغرب"، مجلة مسالك في الفكر

والسياسة والاقتصاد، العدد 60/59، السنة 18-2021.

- عبد الغني الرتبي: "تراكم الإصلاحات الانتخابية بين متطلبات حوكمة الفعل الانتخابي ومحدودية التأثير"، مقال ضمن المؤلف الجماعي المعنون بـ "قراءة في الاستحقاقات الانتخابية لسنة 2021"، تحت إشراف الأستاذين بنيونس المرزوقي ومحمد رضا مقتدر، مطبعة شمس برينت، الطبعة الأولى، 2021.
- عبر المنعم لزعر: "تصدر الانتخابات التشريعية بين رهانات الأحزاب السياسية ورهانات المجتمع"، مقال ضمن المؤلف الجماعي المعنون بـ "قراءة في الاستحقاقات الانتخابية لسنة 2021"، تحت إشراف الأستاذين بنيونس المرزوقي ومحمد رضا مقتدر، مطبعة شمس برينت، الطبعة الأولى، 2021.
- محمد زين الدين: "نظرة تحليلية لنتائج انتخابات مجلس النواب المغربي ليوم سابع أكتوبر 2016"، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 23 صيف 2017.

- القوانين:

- دستور 29 يوليوز 2011 الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 1,11,91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 28 من شعبان 1432 (30 يوليوز 2011) عدد 5964 مكرر.
- دستور 14 دجنبر 1962 الصادر بموجب ظهير شريف بتاريخ 17 رجب 1382 (14 دجنبر 1962) منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 22 رجب 1382 (19 دجنبر 1962) عدد 2616 مكرر.
- القانون رقم 04,21 المتعلق بتغيير وتميم القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1,21,39 بتاريخ 8 رمضان 1442، الموافق لـ 21 أبريل 2021، الجريدة الرسمية عدد 6987، بتاريخ 5 شوال 1442، الموافق لـ 17 ماي 2021.
- الظهير الشريف رقم 1.16.118 صادر في 6 ذي القعدة 1437 (10 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 20.16 القاضي بتغيير وتميم القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب.
- ظهير شريف رقم 1,21,37 صادر في 8 رمضان 1442 (21 أبريل 2021) بتنفيذ القانون رقم 07,21 القاضي بتغيير القانون التنظيمي رقم 29,11 المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية عدد 6987، 5 شوال 1442 (17 ماي 2021).

نشأة الجريمة المعلوماتية وتطورها

دراسة تاريخية

عيسى عبدالرحمن السيد محمد المعلّ*

مقدمة :

لقد ألقى التقدم التقني بظلاله على شتى مجالات الحياة في السنوات الماضية وكان له بالغ الأثر في رفع مستوى السعادة والرفاهية الإنسانية لما حققه من تيسير سبل التواصل وانتقال المعلومات بين مختلف الشعوب والحضارات وتسهيل حركة المعاملات، فضلاً عن فوائد عديدة أخرى لا تعد ولا تحصى.

غير أنه بقدر ما كان لذلك التقدم مجالات استخدام مشروعة وفوائد جمة، فقد كان له، في المقابل، مجالات استخدام غير مشروعة طورته العقول ذات الميول الإجرامية واستخدمتها لتنفيذ أعمالها غير المشروعة، ومن هنا ظهرت الجريمة المعلوماتية كأحد الظواهر الإجرامية المستحدثة التي باتت - ولا تزال - تمثل هاجساً أمنياً لدول العالم أجمع. وحيث أن الإحاطة الشاملة بكل أبعاد ظاهرة الجريمة المعلوماتية -

* قاضي بالمكتب الفني لمحكمة التمييز، مملكة البحرين.

شأنها شأن سائر الظواهر الأخرى - لا تتأتى بمعزل عن سياقها التاريخي، فقد كان من الواجب المتحتم تتبع الجذور التاريخية لها والتنقيب في أحداثها ووقائعها واستكشاف دوافعها ومعالمها الرئيسية وتخليط الضوء على التطورات التي مرت بها كافة منذ نشأتها الأولى وصولاً إلى أنماطها المعقدة الحالية، وهذا هو عين ما قامت به هذه الدراسة.

إشكالية البحث وتساؤلاته:

ليست الجريمة المعلوماتية وليدة اليوم، بل مضى على ولادتها نحو ما يزيد على نصف قرن من الزمان غدت معه مجالاً واسعاً معقداً فيه تشعب وتنوع يصعب الإمام به كلية من دون عناء أو مشقة علمية. وفي ضوء ذلك، تبرز إشكالية البحث في إجابة ومعالجة عدة تساؤلات رئيسية هي:

- 1) كيف تأثر تطور الجريمة المعلوماتية على مدى العقود الماضية بالتقدم التقني؟ وما هي المعالم الرئيسية لهذا التطور؟
- 2) ما هي دوافع ارتكاب الجريمة المعلوماتية؟ وكيف تطورت هذه الدوافع مع مرور الزمن؟
- 3) ما هي العواقب الاقتصادية والمجتمعية لتطور الجريمة المعلوماتية؟ وما أثر هذا التطور على المعاملات التجارية وعلى الحكومات والأفراد؟

أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تحقيق هدفاً رئيسياً يتمثل في استعراض شامل لتاريخ الجريمة المعلوماتية بدءاً من نشأتها وحتى آخر تطور لها. وتتفرع عن الهدف سالف الذكر أهداف أخرى يسعى البحث إلى تحقيقها وهي:

1) التوصل إلى فهم عميق للدوافع التي تحرك الأفراد والجماعات إلى ارتكاب الجريمة المعلوماتية.

2) توثيق التطورات التي طرأت على أساليب ارتكاب الجريمة المعلوماتية وسائر التغيرات في التقنيات المستخدمة في ارتكاب الجريمة وأهدافها.

3) بيان الآثار الاقتصادية والمجتمعية لتطور الجريمة المعلوماتية بوجه عام.

أهمية البحث :

يطرح البحث موضوعاً جوهرياً يتيح - من خلال استعراض التطور التاريخي للجريمة المعلوماتية منذ نشأتها - فهم الظاهرة ومواكبة التحديات دائمة التطور التي تثيرها الجريمة المعلوماتية والتصدي لها من خلال وضع التدابير الفعالة اللازمة بما يحقق الأمن المعلوماتي أو أمن الفضاء السيبراني ويكفل حماية الأفراد والمنظمات في العصر الرقمي، ولذلك فإن البحث يكتسب أهمية قصوى في وقتنا الراهن.

منهج البحث :

لقد فرضت طبيعة البحث اتباع المنهج التاريخي الذي لا يُعنى بمجرد السرد التاريخي لظاهرة الجريمة المعلوماتية فحسب، وإنما بالسرد التاريخي للواقعة مصحوباً بالتحليل الذي يستنير على ضوء الخبراء والباحثين في هذا المجال في إدراك كنه الظاهرة وجميع التغيرات التي طرأت عليها وأسباب تنوعها بما يتيح له - إن شاء الله - وضع الإجراءات والسياسات الضرورية الكفيلة بالوقاية منها ومن أخطارها ومكافحتها.

خطة البحث :

ينقسم البحث إلى أربعة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول: يتناول الجريمة المعلوماتية في ستينيات وسبعينيات القرن العشرين (1960م - 1970م).

المبحث الثاني: يتناول الجريمة المعلوماتية في العقدتين الأخيرين من القرن العشرين (1980م - 2000م).

المبحث الثالث: يتناول الجريمة المعلوماتية في العقد الأول من الألفية الجديدة (2001م - 2010م).

المبحث الرابع: يتناول الجريمة المعلوماتية ما بعد العقد الأول من الألفية الجديدة (2011م - الآن).

المبحث الأول

الجريمة المعلوماتية في ستينيات وسبعينيات القرن العشرين (1960م - 1970م)

تشير التقارير الرسمية المنشورة إلى أن الجرائم المعلوماتية لم تظهر بشكل ملحوظ إلا في نهاية ستينيات القرن الماضي⁽¹⁾ وهي الفترة التي شهدت ولادة شبكة أربانت ARPANET⁽²⁾ التي جعلت الاتصال بين الحواسيب الآلية واقعًا ملموسًا، والتي جاءت متبوعة بظهور رسائل البريد

(1) Susan W. Brenner: Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace (Crime, Media, and Popular Culture), 1st Edition, Praeger, 2010, p. 10.

(2) تعد شبكة أربانت APRANET أول شبكة معلوماتية متطورة على الإطلاق والنواة الأولى لشبكة الانترنت، وأنشأتها وكالة مشروعات الأبحاث المتقدمة للدفاع التابعة لوزارة الدفاع في الولايات المتحدة الأمريكية (البنجاجون) بغية التفوق عسكريًا وتكنولوجيًا على الاتحاد السوفيتي إبان الحرب الباردة. ينظر:

Anita Lavorgna: Cybercrimes: Critical Issues in a Global Context, 1st Edition, Springer, 2020, p. 11.

الإلكتروني E-Mails في مطلع سبعينيات القرن الماضي⁽³⁾، ثم شبكة إيثرنت . Ethernet

وفي تلك الحقبة الزمنية حيث لم تكن هناك سوى حواسيب مركزية ضخمة Mainframe Computers، كانت الجرائم المعلوماتية مختلفة تمام الاختلاف عما نحن بصدده الآن، لاسيما وأن الحواسيب المركزية كانت غالبية الثمن وكبيرة الحجم بما يكفي لملء غرفة بأكملها، وكان استخدامها عسيرًا بحيث كانت البيانات تعالج عن طريق تحويلها إلى موجات كهربية نابضة بتثقيب بطاقة معينة على نمط معين تستطيع الحواسيب تلك قراءتها، فلذلك كان استخدامها مقصورًا على ثلة من الفنيين المتخصصين، وتبعًا لهذا، انحصر اقتراح معظم الجرائم المعلوماتية في نطاق هذه الفئة التي أطلق عليها اسم "المطلعين" Insiders باعتبارها مكونة من أشخاص متاح لهم الوصول إلى تلك الحواسيب واستخدامها والاطلاع على البيانات المخزنة فيها بحكم عملهم، وقد كان للاحتيال المعلوماتي النصيب الأكبر من جرائم المطلعون، إذ كانوا يستخدمون السلطات الممنوحة لهم بحكم عملهم في إثراء أنفسهم⁽⁴⁾.

ومن ذلك أن رئيسًا للصرافين في بنك التوفير في مدينة نيويورك الأمريكية اختلس ما يزيد على 1,5 مليون دولار أمريكي من خلال التلاعب بمعلومات الحسابات على النظام المعلوماتي الخاص بالبنك على مدار ثلاث سنوات منذ مطلع العام 1970م⁽⁵⁾.

ومن ذلك أيضًا أن أحد الصرافين في أحد البنوك في ولاية كاليفورنيا

Anita Lavorgna: Op Cit. p. 11. (3)

Susan W. Brenner: Op. Cit. p. 11. (4)

Babak Akhgar & Andrew Staniforth & Francesca Bosco: Cyber Crime and Cyber Terrorism Investigator's Handbook, 1st Edition, Syngress, 2014, p. 20. (5)

الأمريكية استغل صلاحيته في الدخول إلى النظام المعلوماتي الخاص بالبنك لاختلاس عشرة آلاف دولارًا أمريكيًا من رئيسه في العمل، ما دفع هذا الأخير إلى أن يقوم بترقيته لوظيفة أعلى ذات راتب أعلى بدلًا من التبليغ عنه، شريطة إبقاء الأمر سرًا⁽⁶⁾.

وعلى الرغم من أن الاحتيال المعلوماتي كان الأكثر شيوعًا بين المطلعين، إلا أنهم استغلوا صلاحياتهم في استخدام الحواسيب المركزية لمآرب إجرامية أخرى أيضًا، ومنها على سبيل المثال، إفشاء المعلومات - وكثيرًا ما تكون أسرارًا تجارية Trade Secrets - لقاء مبالغ مالية متفاوتة. ففي واقعة مشهورة، سرق موظفو جمعية إدارة الأدوية أسماء المخبرين ومعلومات حول التحقيقات الجارية في شأن بعض قضايا المخدرات وباعوها لتجار المخدرات⁽⁷⁾.

وغني عن البيان أنه إبان تلك الحقبة وتحديدًا في العام 1971م ظهر ما يعد أول برنامج ضار على الإطلاق وهو الفيروس الزاحف The Creeper Virus الذي انتشر سريعًا في ثنانيا شبكة الأربانت بفضل قدرته على نسخ

(6) Susan W. Brenner: Op. Cit. p. 12.

ولعل هذا هو بالذات السبب الذي دفع عضو مجلس الشيوخ أبراهام ريبكوف إلى القول: إن ذات البنوك التي ستقوم بإبلاغ الشرطة عما يقع ضدها من سطو مسلح، لن تقول شيئًا للشرطة عندما يستغل أحد المطلعين النظام المعلوماتي الخاص بالبنك لسرقة البنك، حتى لا تشوه سمعتها.

“Nobody blames the bank for the robbery. But a slick white-collar criminal manipulates that same bank’s computer and steals \$500,000 - and all too often the bank officials have nothing to say. They would rather absorb the loss than call in the police. They are fearful of the bad publicity...”

نقلًا عن:

Andrew Tully: Inside the FBI, eNet Press Inc., 2015, p. 24.

(7) Susan W. Brenner: Op. Cit. p. 12.

نفسه ذاتياً والتكاثر، ورغم أن الفيروس - لحسن الحظ - لم تترتب عليه أضرار فادحة تذكر ولا خسائر جسيمة وهو تحديداً ما كان يصبو إليه المبرمج الأمريكي بوب توماس Bob Thomas حين ابتكره كاختبار أمني لمعرفة ما إذا كان إيجاد برنامج ذاتي النسخ أمراً ممكناً من عدمه، إلا أن البعض ادعى بأن الفيروس تسبب في تعطيل تشغيل بعض البرامج الأخرى وبأن الرسالة التي كان الفيروس يظهرها "أنا زاحف: امسكني إن استطعت" "I'M THE CREEPER: CATCH ME IF YOU CAN" كانت تشكل مصدر إزعاج لهم⁽⁸⁾.

الجدير بالذكر أن تلك الحقبة كانت بداية ظهور الملامح الأولى للقرصنة المعلوماتية HACKING، وقد كانت مقتصرة حينذاك على مجرد اختراق نظام الهاتف بغية إجراء مكالمات بعدية المدى من دون دفع ثمنها الباهظ، هذه القرصنة أطلق عليها اسم PHREAKING وهو اسم مركب تكون عقب اتحاد كلمتين هما: كلمة "PHONE"، أي هاتف، وكلمة "FREAK"، ودلالاتها غريب، عجيب، غير عادي، خارق، إلخ⁽⁹⁾.

والمتفق عليه أن قرصنة نظام الهاتف PHREAKERS تمكنوا من إجراء المكالمات البعيدة المدى مجاناً عن طريق التلاعب بنظام شركة AT&T للاتصالات وذلك بمحاكاة النغمة ذات التردد 2600 هرتز التي تسمح بالتحكم في الخطوط الرئيسة لنظام الشركة ومن ثم إجراء المكالمات خلسة وبالمجان، ويذكر أن البعض منهم تمكنوا من بلوغ غايتهم بمجرد التصفير بالفم، وأشهرهم، جاك إنجريسيا Jack Engressia الشخص الأعمى الذي يعد

(8) ينظر:

Nancy E. Marion & Jason Twede: Cybercrime (An Encyclopedia of Digital Crime), ABC-CLIO, LLC, 2020, p. 250.

Susan W. Brenner: Op. Cit. p. 13. (9)

أول من اكتشف أمر التردد 2600 هرتز عام 1957م وهو لا يزال في الثامنة من عمره⁽¹⁰⁾، أما السواد الأعظم منهم فقد كانوا يستخدمون أجهزة مولدة للنجمة ذات التردد 2600 هرتز، ومن هذه الأجهزة الصندوق الأزرق Blue Box الذي ثار الخلاف بشأن من ابتكره، إذ ذهب البعض إلى أن صانعه هو أسطورة القرصنة جون دراير John Draper الملقب بكابتن كرانش Cap'n Crunch الذي بدأ بالقرصنة عن طريق صافرات كانت توجد في علب حبوب الكابتن كرانش، لها القدرة على محاكاة النغمات التي تستخدمها شركات الهاتف، مما يسمح له بإجراء مكالمات هاتفية مجانية⁽¹¹⁾، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الجهاز من صنع ستيف جوبز Steve Jobs وستيف وزيك Steve Wozniak⁽¹²⁾.

وعلى كل حال، شكلت قرصنة نظام الهاتف - كما تقدم - المكون الأساس لثقافة القرصنة اللاحقة، ولا عجب، فمعظم قرصنة نظام الهاتف PHREAKERS ازداد اهتمامهم بالتكنولوجيا مع تقدمها حتى أصبحوا قرصنة محترفين HACKERS⁽¹³⁾.

Ibid. (10)

ينظر: (11)

Atul Jain: Cybercrime: Issues, Threats and Management, volume 2, ISHA BOOKS, Delhi, India, 2005, p. 63.

ينظر: (12)

Robert Moore: Cybercrime: Investigating High-Technology Computer Crime, 2nd Edition, Routledge, 2015, p. 47.

Atul Jain: Op. Cit. p. 64. Susan W. Brenner: Op. Cit. p. 14. (13)

المبحث الثاني

الجريمة المعلوماتية في العقدين الأخيرين من القرن العشرين (1980م - 2000م)

مثلت الثمانينيات والتسعينيات حقبة محورية في تاريخ تطور الجريمة المعلوماتية، ففي ربيع عام 1982م قدمت شركة كومودور انترناشيونال Commodore International أشهر حاسوب شخصي Personal PC للاستخدام المنزلي والمكتبي ألا وهو حاسوب "كومودور 64" Commodore 64 الذي اكتسح العالم وبات أكثر الأجهزة الالكترونية مبيعاً على مر العصور، فقد تم بيع نحو 3,5 مليون وحدة بحلول منتصف عام 1986م⁽¹⁴⁾.

وفي عام 1984م تم تقسيم شبكة أربانت ARPANET إلى شبكتين: الشبكة الأولى للاستخدامات العسكرية سميت "ميل نت" MIL NET والشبكة الأخرى خصصت لعموم الناس وتولتها مؤسسة العلوم الوطنية الأمريكية National Science Foundation (NSF) وسميت أولاً "سي اس نت" CS NET حتى طورتها المؤسسة بالتعاون مع شركة "أي بي أم" IBM عام 1986م وبات يطلق عليها "ان اس اف نت" NSFNET⁽¹⁵⁾، على أنه في العام السالف كان لا يزال هناك قرابة 5000 مضيفاً (أجهزة كمبيوتر) على الشبكة، هذا إلى أن أنشأت المؤسسة خمسة مراكز وطنية للحاسوب الفائق Super Computer Centers حتى تنامت بشكل هائل أعداد عمليات الربط والاتصال Connections إلى ما يزيد عن 10,000 في العام 1987م، ثم - ومع تطوير شبكة NSFNET - إلى ما يزيد عن 100,000 مضيف Host على

Anita Lavorgna: Op. Cit. p. 11.

(14)

(15) أمير فرج يوسف: جرائم تقنية المعلومات بدول الخليج العربي، دار الكتب والدراسات العربية، 2016م، ص 142.

الخادم Server⁽¹⁶⁾، وبحلول العام 1990م أصبحت شبكة NSFNET العمود الفقري لشبكة الانترنت بدلاً من شبكة ARPANET⁽¹⁷⁾.

والواقع أن ذلك كله خلق أرضاً خصبة لتنامي الجرائم المعلوماتية وانتشارها، ففي الثمانينيات بزغ فجر جماعات الهاكرز Hacking Groups، ومنها: جماعة فيلق الموت Legion of Doom، وجماعة أمراء الحرب The Warelords في الولايات المتحدة الأمريكية، وجماعة الكايوس أو بتعبير أدق نادي الفوضى الحاسوبية Chaos Computer Club⁽¹⁸⁾، وجماعة "414" التي تكونت من ستة شبان تراوحت أعمارهم ما بين 16 - 22 سنة، قاموا باختراق نحو 60 نظاماً معلوماتياً أو أكثر وبتدمير البيانات المخزنة في نظامين من تلك الأنظمة، وقد تمكن مكتب التحقيقات الفيدرالي (FBI) من القبض على هؤلاء، فلم يحاكم إلا اثنان منهم، في حين الأربعة الآخرين اكتفوا بدفع تعويضات عن الأضرار التي تسببوا فيها والتعهد بعدم العودة إلى القرصنة أو الاختراق مجدداً⁽¹⁹⁾، ولم يكن الاثنان أول من يحاكمان من أجل اقرار جرمية معلوماتية، إذ أن أول من قدم للمحاكمة لهذا السبب هو يان مورفي Ian Murphey الملقب كابتن زاب Captain Zap وكان ذلك في العام 1981م بعد أن اخترق النظام المعلوماتي الخاص بشركة AT&T ليغير ساعاتها الداخلية مما أدى إلى تقليل تكاليف المكالمات في أوقات الذروة

Atul Jain: Op. Cit. p. 70.

(16) نقلاً عن:

(17) ينظر:

تاريخ الدخول: 2022/3/26م.

Thomas J. Holt, Adam Bossler & Kathryn Seigfried-Spellar: Cybercrime and Digital Forensics: An Introduction, 2nd Edition, Routledge, 2017, p. 95.

Alex Alexandrou: Cybercrime and Information Technology, 1st Edition, CRC Press, 2022, p. 61.

Susan W. Brenner: Op. Cit. p 16.

(19)

لتكون هي والمكالمات التي تجرى في غير تلك الأوقات بذات التكلفة⁽²⁰⁾.

وفي عام 1984م اتهم أربعة مراهقين باختراق نظام مركز مارشال لبعثات الفضاء NASA Marshall Space Flight Center وأقر هؤلاء للشرطة بأنهم استخدموا تقنيات تعلموها من فيلم المناورات "War Games" الذي صدر عام 1983م، ويتعلق بدخول مراهق إلى نظام أحد الحواسيب العملاقة للجيش الأمريكي مما كاد يتسبب بحرب نووية عالمية Global Thermonuclear War، وقد كان هذا الفيلم الشرارة التي أطلقت العنان لثقافة القرصنة أو الاختراق، ولا غرو في ذلك، فقد كان الفيلم مصدرًا للإلهام الشاب الألماني ماركوس هيس Markus Hess الذي جندته المخابرات السوفيتية (KGB) للتجسس على الأنظمة المعلوماتية العسكرية في الولايات المتحدة الأمريكية والذي تمكن من اختراق نحو 400 حاسبًا آليًا عسكريًا، فضلًا عن اختراق قاعدة بيانات مقر وزارة دفاع الولايات المتحدة "البنتاغون" PENTAGON⁽²¹⁾.

وفي العام 1986م أطلق أخوان باكستانيان أمجد فاروق علوي Amjad Farooq Alvi وباسط فاروق علوي Amjad Farooq Alvi أول فيروس يعمل عند بدء التشغيل⁽²²⁾ وقد أطلق عليه اسم "العقل الباكستاني" Pakistani

Alex Alexandrou: Op. Cit. p. 61. Nancy E. Marion & Jason Twede: Op. Cit. p. xviii. (20)

Susan W. Brenner: Op. Cit. p 16. (21)

(22) تحتاج الحواسيب الآلية عند تشغيلها إلى تعليمات خاصة داخلية لمعرفة مكونات تلك الأجهزة، وهي توجد عادة في ملفات تسمى "ملفات النظام" System Files، التي تحتوي على البرامج الخاصة ببدء التشغيل، ومن ضمنها برنامج الإقلاع Boot Sector الذي تتسلل إليه هذه النوعية من الفيروسات لتقوم بإتلاف محتوياته والعبث به، ما يؤدي إلى تعطل عملية الإقلاع أو بدء التشغيل. يراجع: د. نديم منصور: سوسولوجيا الإنترنت، منتدى المعارف، 2014م، هامش ص 205.

Brain، ويقال إن الفيروس أصاب برنامج الإقلاع في العديد من حواسيب أي بي ام (IBM) الشخصية⁽²³⁾.

وتبع ذلك اكتشاف فيروس القدس Jerusalem Virus وهو أول فيروس يصيب الملفات File Infecting Viruses وذلك في العام 1987م⁽²⁴⁾. وبعدها بعام وتحديداً في الثاني من شهر نوفمبر عام 1988م، وقعت حادثة موريس الشهيرة حيث أطلق طالب جامعي يدعى روبرت موريس Robert Morris دودة حاسوبية سميت فيما بعد على اسمه "دودة موريس" Morris Worm، أصابت ودمرت 6000 حاسباً آلياً من أصل 60,000 حاسباً متصلاً بالإنترنت آنذاك، أي أنها أصابت 10% من إجمالي الحواسيب المتصلة بالإنترنت، ما أدى إلى أضرار جسيمة قدرت بنحو 98 مليون دولار أمريكي⁽²⁵⁾.

ومع انتشار الحواسيب الشخصية بين الناس مطلع التسعينيات وظهور شبكة الويب المعروفة بالشبكة العنكبوتية العالمية World Wide Web (WWW) التي ابتكرها العالم البريطاني تيم برنرز لي Tim Berners-Lee ومعها بروتوكول نقل النص الفائق Hypertext Transfer Protocol (HTTP) ولغة ترميز النص الفائق Hypertext Markup Language (HTML)، مضافاً إلى ذلك، نشأة

(23) Susan W. Brenner: Cybercrime and the Law: Challenges, Issues, and Outcomes, Northeastern University Press, 2012, p. 37.

(24) Nancy E. Marion & Jason Twede: Op. Cit. p. xix.

فيروس الملفات File Infecting Virus يعنى بمهاجمة البرامج المخزنة في جهاز الحاسوب، كالتطبيقات المكتبية Office Application مثل برنامج معالجة النصوص Microsoft word وبرنامج معالجة الجداول Microsoft Accel، والألعاب وغيرها، ويعمل على العبث بمحتويات الملفات التي تنتهي بامتداد (.com), (.exe), (.bin), (.sys) وتدميرها. يراجع:

د. نديم منصورى: سوسولوجيا الإنترنت، مرجع سابق، هامش ص 205.

(25) Alex Alexandrou: Op. Cit. p. 62.

التجارة الإلكترونية E-commerce (مثل: إيباي eBay وأمازون Amazon) في منتصف التسعينات⁽²⁶⁾ أخذت الجريمة المعلوماتية تنتشر انتشاراً واسعاً وسريعاً، وتبعاً لهذا، ازدادت كمّاً ونوعاً وتعقيداً.

ففي عام 1991م ظهر فيروس مايكل أنجلو Michelangelo Virus وهو كفيروس العقل الباكستاني يصيب برامج الإقلاع، وهذا الفيروس كان يقوم بزراعة نفسه في منطقة التشغيل بالقرص الصلب في عدد كبير من الحواسيب وكان يظل خاملاً فيها إلى حين يوم ميلاد الفنان مايكل أنجلو، فيهجم على برنامج الإقلاع في محرك الأقراص الثابتة أو محرك الأقراص المرنة⁽²⁷⁾.

وفي عام 1994م اخترق كل من الطفل ريتشارد برايس Richard Pryce تحت اسم Data streamer والشاب ماثيو بيفان Mathew Bevan تحت اسم Kujji من المملكة المتحدة أنظمة معلوماتية حكومية عديدة، منها: النظام المعلوماتي الخاص بقاعدة جريفيس الجوية Griffiss Air Force Base بالولايات المتحدة الأمريكية، والنظام المعلوماتي الخاص بوكالة ناسا (NASA)، والنظام المعلوماتي الخاص بمعهد أبحاث الطاقة الذرية الكوري (KAERI) Korea Atomic Energy Research Institute⁽²⁸⁾. وفي العام نفسه تمكن شاب روسي يدعى فلاديمير ليفين Vladimir Levin من سرقة عشرة

(26) Anita Lavorgna: Op. Cit. p. 11.

(27) Joshua B. Hill & Nancy E. Marion: Introduction to Cybercrime: Computer Crimes, Laws, and Policing in the 21st Century, Praeger, 2016, p. 43.

(28) ينظر: Joshua B. Hill & Nancy E. Marion: Op. Cit. p. 44.

د. مصطفى علي خلف: الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، طبعة نادي القضاة، مصر، 2017م، ص 18، 19.

وأكثر تفصيلاً:

Susan W. Brenner: Cybercrime and the Law: Challenges, Issues, and Outcomes, Op. Cit. p. 176 - 178.

ملايين دولار أمريكي من حسابات بنكية مختلفة بعد أن اخترق النظام المعلوماتي الخاص بسيتي بنك Citibank⁽²⁹⁾.

وفي عام 1997م اخترق كارلوس فيليبى سلجادو الابن Carlos Phillipe Salgado Jr. تحت اسم (SMAK) اخترق أحد الخوادم التي يستخدمها أحد مزودي خدمة الإنترنت (ISP) وزرع فيه أداة التقاط حزم البيانات المارة بالشبكات Packet Analyzer⁽³⁰⁾ لالتقاط بيانات العملاء وكلمات المرور الخاصة بهم، وبفضل ذلك تمكن من سرقة العديد من أرقام بطاقات الائتمان وقد بلغ مجموعها 60,000 بطاقة⁽³¹⁾.

ثم في عام 1998م شن ثلاث شبان سلسلة من هجمات الحرمان من الخدمة أو هجمات حجب الخدمة Distributed Denial of Service Attacks (DDoS) استهدفت أكثر من 500 نظامًا معلوماتيًا فيدراليًا أمريكيًا، مما أسفر عن فقدان الكثير من المعلومات الحكومية الحساسة⁽³²⁾.

ثم في عام 1999م، انتشر فيروس ميليسا Melissa Virus من صنع ديفيد سميث David L. Smith الذي ضمنه مستند وورد Word Document باسم (alt.sex)، وهكذا، انتشر الفيروس انتشارًا واسعًا بين ملايين العملاء والمستخدمين، مما أدى إلى حدوث خسائر فادحة بلغت 80 مليون دولار أمريكي⁽³³⁾. وتبع ذلك بعام واحد، حادثة فيروس حشرة الحب Love

Joshua B. Hill & Nancy E. Marion: Op. Cit. p. 44. (29)

Nancy E. Marion & Jason Twede: Op. Cit. p. xxi.

(30) ويطلق عليه أيضًا اسم Packet Sniffer.

Susan W. Brenner: Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace....., Op. Cit. p. 28. (31) أكثر تفصيلاً ينظر:

Joshua B. Hill & Nancy E. Marion: Op. Cit. p. 45. (32) ينظر:

Alex Alexandrou: Op. Cit. p. 62. (33)

Bug Virus الذي انتشر كمرفق لرسالة عبر البريد الإلكتروني بعنوان " أنا أحبك " (I LOVE YOU) وتسبب بمجرد فتحه في تدمير الملفات المخزنة ومحوها، فضلاً عن التقاط كلمات المرور، وكان انتشار الفيروس سريعاً وواسعاً أفضى إلى إصابة نحو 50 مليون حاسباً آلياً في كل أرجاء العالم، من بينها: النظام المعلوماتي لوكالة ناسا (NASA) ووكالة المخابرات المركزية الأمريكية (CIA) Central Intelligence Agency، ويذكر أنه بسبب هذا الفيروس، قررت العديد من مختلف الشركات الكبيرة حول العالم إلغاء نظام البريد الإلكتروني الخاص بهم، وهو ما نتجت عنه أضرار اقتصادية هائلة قدرت ما بين 2 - 9 مليار دولار أمريكي⁽³⁴⁾.

وفي العام ذاته، أي 2000م، وعلى غرار هجمات حجب الخدمة (DDoS) التي شنها الشبان الثلاث السالفون للذكر، شن الطفل البالغ من العمر 15 سنة ميلادية مايكل كالس Michael Calce المعروف باسم "Mafiaboy" سلسلة من الهجمات على عدة مواقع مختلفة، منها: موقع أمازون Amazon وياهو Yahoo وسي ان ان CNN، ما أدى إلى تعطيلها⁽³⁵⁾.

ومن هنا أخذت الجرائم المعلوماتية تتطور تدريجياً وتأخذ منحى مغايراً عما بدت عليه في العهود السابقة، هو أشد خطراً وأكثر إضراراً.

Emilio C. Viano: Cybercrime, Organized Crime, and Societal Responses: International Approaches, Springer, 2016, p. 89. (34)

(35) أكثر تفصيلاً ينظر:

Susan W Brenner: Cyberthreats: The Emerging Fault Lines of the Nation State, 1st edition, Oxford University Press, 2009, P. 32, 33.

المبحث الثالث الجريمة المعلوماتية في العقد الأول من الألفية الجديدة (2001م - 2010م)

خلال هذه الحقبة، انتشرت الهواتف المحمولة Cell phones وغيرها من الأجهزة المحمولة والمتنقلة انتشاراً مهولاً بحيث أصبحت جزءاً لا يتجزأ من حياة الناس العادية ومعاملاتهم، وبخاصة مع ظهور مصطلح الحكومة الالكترونية e-government⁽³⁶⁾، ومواقع التواصل الاجتماعي مثل فريندستر Friendster عام 2002م، ثم يوتيوب Youtube عام 2005م، ثم فيس بوك Facebook وماي سبيس MySpace ولينكد إن LinkIn وتويتر Twitter، وأخيراً انستغرام Instagram عام 2010م، الأمر الذي أدى بالجرائم المعلوماتية إلى بلوغ ذروة الانتشار والتفشي والتعقيد، حتى أن شركة مايكروسوفت

(36) يعبر مصطلح الحكومة الالكترونية عن التحول الرقمي للمعاملات والخدمات الحكومية، وهدفه تقديم خدمة مميزة للمواطن هي أسرع وأيسر، مما يوفر المناخ المشجع للاستثمار، فضلاً عن توفير معلومات دقيقة ومحدثة باستمرار تساعد على التخطيط طويل المدى، ورفع جودة الأداء الحكومية وجودة المراقبة والمتابعة، وتوفير ما تكابده المعاملات التقليدية من مال وجهد ووقت. أكثر تفصيلاً ينظر: د. صفوان المبيضين: مقدمة في الحكومة الإلكترونية، دار اليازوري العلمية، 2020م، ص 13 وما بعدها.

الجدير بالإشارة أن مصطلح الحكومة الالكترونية لم يكن له صدى في أرجاء العالم حينما ظهر عام 1995م، فقد طار صيته وذاعت شهرته في مؤتمر نابولي بإيطاليا عام 2001م، ولهذا يذهب البعض إلى أن هذا العام الأخير هو الميلاد الرسمي والسياسي للمصطلح. ينظر:

محمد صادق إسماعيل: الحكومة الإلكترونية وتطبيقاتها في الدول العربية، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2010م، ص 76.

Microsoft في عام 2003م أعلنت مكافأة نقدية لمن يساهم في القبض على المجرمين المعلوماتيين⁽³⁷⁾.

ويذكر أنه خلال هذه الحقبة سجلت أول محاولة تحيل إلكتروني Phishing عام 2001م حين استهدفت العملية العملة الذهبية الإلكترونية "إي غولد" E-gold وقد باءت العملية بالفشل⁽³⁸⁾، وأنه في نهاية عام 2003م تمكن المجرمون بفضل هذه الطريقة من التحيل على الكثير من عملاء إي باي eBay وبي بال PayPal حتى قيل إنه ما بين العامين 2003م و2004م وقع حوالي 1,2 مليون مستخدم في الولايات المتحدة ضحية للتصيد الاحتمالي وإن الخسائر المالية من جراء تلك العمليات بلغت نحو 929 مليون دولار أمريكي⁽³⁹⁾. ولعل من أشهر هجمات التصيد الإلكتروني، هجمات التصيد بالحربة Spear phishing التي شنت على موقع وزارة الدفاع الأمريكية عام 2007م والتي تمكن بفضلها المجرمين من اختراق الموقع والوصول إلى معلومات حساسة، ما دفع المسؤولين في الوزارة إلى إجراء تغييرات كلية وجذرية بهدف تأمين المعلومات⁽⁴⁰⁾، ومنها أيضًا تلك التي

Joshua B. Hill & Nancy E. Marion: Op. Cit. p. 50. (37)

(38) ينظر:

<https://www.phishing.org/history-of-phishing#:~:text=In%202001%2C%20however%2C%20phishers%20turned,it%20planted%20an%20important%20seed.>

تاريخ الدخول: 2022/4/7م.

Ibid. (39)

وقيل: إن الولايات المتحدة الأمريكية تعد من أكثر الدول حول العالم تضرراً من التحيل الإلكتروني.

ينظر:

د. كريم منشد خنياب: جرائم النصب والاحتيال وعلاقتها بالجرائم المشابهة لهما في القانون الجنائي، الآن ناشرون وموزعون، 2017م، ص 69.

Nancy E. Marion & Jason Twede: Op. Cit. p. xxiv. (40)

أدت إلى تحويلات بنكية بقيمة 1,9 مليون دولار أمريكي من حسابات شركة إكسبري ميتل Experi-Metal المصرفية عبر الإنترنت في العام 2009م⁽⁴¹⁾.

كما ظهر خلال هذه الحقبة هجوم الروبوتات المعروف باسم هجوم بوت نت Botnet Attack التي تشنها أجهزة بوت نت وهي من أكثر الأجهزة المرغوب فيها من المجرمين لقدرتها على إرسال ملايين الرسائل المزعجة أو الرسائل العشوائية Spam يومياً، فضلاً عن قدرتها على إطلاق شتى صنوف الهجمات الإلكترونية مثل هجمات حجب الخدمة (DDoS)، ففي عام 2006م، شنت عدة هجمات حجب الخدمة على موقع شركة Blue security بواسطة أجهزة بوت نت، ما أجبر الشركة على التخلي عن بذل الجهد والمال في سبيل مكافحة الرسائل المزعجة Spam⁽⁴²⁾. وتلت تلك الهجمات بعام واحد هجمات أخرى شنتها أجهزة بوت نت استهدفت إجراء معاملات احتيالية لعدد من حسابات مستخدمي موقع إي باي eBay⁽⁴³⁾.

أما على الصعيد الديدان الحاسوبية، فيذكر أنه أطلقت في العام 2001م، ثلاثة ديدان حاسوبية رئيسية⁽⁴⁴⁾، أولها: دودة الكود الأحمر 1 "Code Red 1" التي أصابت أكثر من 360,000 حاسباً آلياً في غضون ستة أيام فقط والتي تسببت في تعطيل الانترنت وبشن هجمات متفرقة لحجب خدمة شبكة البيت الأبيض الأمريكي. ثانيها: دودة الكود الأحمر 2 "Code 2 Red 2" التي كانت تقوم بزرع باباً خلفياً في الحواسيب المصابة يسمح

See Experi-Metal, Inc., v. Comerica Bank. (41)

Giorgio Franceschetti & Marina Grossi: Homeland Security Technology Challenges: From Sensing and Encrypting to Mining and Modeling, Illustrated edition, Artech House Publishers, 2008, p. 91. (42)

Ibid. (43)

Ibid. p. 92. (44) ينظر:

للمجرمين اختراقها والتحكم فيها عن بعد. ثالثها: دودة Nimda التي لم تختلف عن سابقتها كثيرًا.

غير أن أسرع دودة حاسوبية انتشارًا شهدتها هذه الحقبة كانت دودة سلامر Slammer التي أصابت ما يزيد على 75,000 حاسبًا آليًا في عشر دقائق فقط، ونتيجة لهذا الانتشار السريع، تعطلت في فنلندا أجزاء من الإنترنت وخدمة الهواتف، وأنظمة حجز شركات الطيران، وشبكات بطاقات الائتمان، و13,000 جهاز صراف آلي على شبكة بنك أمريكا⁽⁴⁵⁾.

الجدير بالذكر أن هذه الحقبة شهدت لجوء عصابات الإجرام المنظم إلى غسل الأموال عبر الإنترنت، والإتجار بالمواد المخدرة والمؤثرات العقلية وغيرها من المواد التي لا تصرف إلا بوصفات طبية، وترويج الدعارة، وتمويل الإرهاب والترويج له من خلال نشر مقاطع تعليمية في صنع المتفجرات ونحوها بغية تجنيد الأشخاص⁽⁴⁶⁾، وخلالها أيضًا بدأ التجسس الإلكتروني Cyber Spyware وأدوات الحرب الإلكترونية Cyber-warfare tools تطفوان على الساحة، ففي عام 2002م قبضت السلطات الروسية على شخص لصلوعه في التجسس إلكترونيًا لحساب الولايات المتحدة الأمريكية، وقد اتهم باختراق النظام المعلوماتي الخاص بجهاز الأمن الفيدرالي الروسي وجمع الأسرار وبإفشائها إلى المسؤولين في وكالة المخابرات المركزية الأمريكية (CIA)⁽⁴⁷⁾، وفي واقعة كادت أن تكون أكبر سرقة على مر التاريخ، شرع مجرمين في سرقة نحو 420 مليون دولار أمريكي من أحد البنوك في لندن عن طريق استخدام أجهزة التجسس الإلكتروني⁽⁴⁸⁾.

Ibid. (45)

Joshua B. Hill & Nancy E. Marion: Op. Cit. p. 51. (46)

Ibid. (47)

Ibid. (48)

وفي عام 2010م، اكتشفت الدودة الحاسوبية Stuxnet وهي أداة حرب إلكترونية أنشأتها حكومتا أمريكا والكيان المحتل لفلسطين بهدف تعطيل برنامج إيران النووي، وقد كانت المهمة الرئيسية لها هي جمع وتحليل بيانات الوقت الفعلي أو الحقيقي real-time data، ويذكر أنها تسببت بأضرار جسيمة لبرنامج إيران النووي⁽⁴⁹⁾.

المبحث الرابع

الجريمة المعلوماتية ما بعد العقد الأول من الألفية الجديدة

(2011م - الآن)

شهدت هذه الحقبة تطوراً تقنياً متسارعاً وانتشاراً تقنياً مخيفاً لم تشهدهما أي حقبة من قبل، حتى لم يعد هناك مكاناً، خاصاً كان أم عاماً، لم تطرق تلك الأجهزة بابه، ولا عجب، ففي شهر يناير من عام 2022م بلغ عدد مستخدمي الإنترنت 4,95 مليار مستخدماً حول العالم، أي ما يعادل 62,5% من سكان الأرض⁽⁵⁰⁾، وكان لابد تبعاً لهذا أن تظهر أنماط جديدة من الإجرام المعلوماتي وتتسع نطاق الممارسات غير المشروعة على مستوى العالم الافتراضي، ولكن الأدهى من ذلك والأمر هو رعاية ومساندة، بل واستخدام حكومات معظم الدول تقنيات المعلومات لأغراض غير مشروعة تحت ستار حماية الأمن القومي، ومن ذلك التجسس الإلكتروني والتدخل في شئون الدول الأخرى وتوجيه الرأي العام وبث الأخبار المزيفة، حتى قيل - وبحق - إننا بتنا نعيش في عصر المراقبة التقنية⁽⁵¹⁾، ومن هنا، يتضح

Alex Alexandrou: Op. Cit. p. 67.

(49)

(50) ينظر:

تاريخ الدخول: 2022/4/10م.

Alex Alexandrou: Op. Cit. p. 67.

(51) ينظر:

بجلاء أن التطور الذي شهدته هذه الحقبة جاء على حساب مذبج
الخصوصيات الشخصية.

في عام 2011م استطاع مجرمون اختراق النظام الأمني RSA's two-factor SecurID لشبكات الوكالات الحكومية الأمريكية وسرقة معلومات حساسة مكنتهم من سرقة شركات أجنبية مستثمرة في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد وجهت التحقيقات في أمريكا أصابع الاتهام إلى الجيش الصيني بأنه هو مدبر الهجوم الإلكتروني⁽⁵²⁾.

وما بين العامين 2013م و2014م تعرضت شبكة ياهو Yahoo لأكبر اختراق أمني في تاريخها، ورغم أن ياهو لم تعلن على نحو الدقة عدد المستخدمين الذين توصل المخترقون لبياناتهم الشخصية، إلا أنها أشارت إلى أن الاختراق طال ما يقارب المليار مستخدم حينذاك⁽⁵³⁾.

وفي عام 2015م تمكنت جماعة "فريق التأثير" The Impact Team من اختراق قاعدة بيانات موقع آشلي ماديسون Ashley Madison وسرقة المعلومات الشخصية الخاصة بـ 37 مليون مستخدم ثم إفشاؤها، ما ولد لدى هؤلاء انزعاجًا شديدًا وشعورًا بالإحراج والإذلال⁽⁵⁴⁾.

وفي عام 2017م، انتشر البرنامج الخبيث "وانا كراي" WannaCry وهو نوع من أنواع برامج الفدية أو تسمى أيضًا ببرمجيات الاستفزاز Ransomware، في الحواسيب الآلية التي تعمل بنظام Windows فعطل عملها

(52) Neal Leavitt: Internet Security Under Attack: The Undermining of Digital Certificates, IEEE Computer, vol. 44, no. 12, December 2011, p. 17-20

(53) Kevin F. Steinmetz & Matt R. Nobles: Technocrime and Criminological Theory, 1st Edition, Routledge, 2017.

(54) Benjamin Edwards, Steven Hofmeyr & Stephanie Forrest: Hype and heavy tails: A closer look at data breaches, Journal of Cybersecurity 2, no. 1, 2016, p. 3-14.

وأعاق أصحابه من الوصول إلى الملفات المخزنة فيها ما لم يدفعوا لصانع البرنامج فدية بالعملة الرقمية "بيتكوين" Bitcoin، والطامة أن البرنامج تسبب في تعطيل عمل مؤسسات حيوية في أكثر من 70 دولة، أهمها: هيئة الخدمات الصحية الوطنية (NHS) في المملكة المتحدة، مما أدى إلى انهيار نظام السجلات الطبية بأكمله، وتبعاً لهذا، تعذر على العاملين في المجال الطبي الوصول إلى السجلات الطبية والاطلاع على الوصفات الطبية وتسجيل المرضى وتأجيل إجراء العمليات الجراحية المستعجلة، وهذا خلق حالة عامة من الهلع والفوضى بين الكادر الطبي وعموم الناس على حد سواء⁽⁵⁵⁾.

وفي واقعة مشابهة، أصابت إحدى برمجيات الفدية أنظمة البيانات في أحد المستشفيات بمملكة البحرين في العام 2019م، ما أدى إلى ارباك الخدمة الطبية فيها لفترة وجيزة حتى تداركت السلطات البحرينية الأمر بسرعة حاسمة.

واللافت للنظر، أن ما أحدث نقلة نوعية في الإجرام المعلوماتي هو التزييف العميق أو ما يطلق عليه تطبيق "ديب فيك" Deep Fake وهو حيلة رقمية تتم باستخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي ولها طابع شديد الواقعية تتمثل في استنساخ الأصوات واستبدال وجوه الأشخاص في صور أو مقاطع فيديو معينة بوجوه أشخاص آخرين غيرهم إلى الحد الذي يصعب - إن لم يكن مستحيل بالعين المجردة - التفريق بين ما هو حقيقي وما هو مزيف. ففي عام 2019م تمكن مجرمين، بفضل تطبيق "ديب فيك" وتقنية أخرى من تقنيات الذكاء الاصطناعي تسمح بتقليد الأصوات، من الظهور بهيئة رئيس إحدى شركات الطاقة الألمانية بالمملكة المتحدة أثناء المكالمات الهاتفية التي أجروها مع المدير التنفيذي للشركة والتي نجحوا في إخداعه وجعله يرسل

Alex Alexandrou: Op. Cit. p. 72.

(55)

لهم تحويلًا إلكترونيًا بقيمة 234،000 دولار أمريكي⁽⁵⁶⁾.

وبنفس الطريقة تقريبًا، تمكن مجرمين من سرقة نحو 35 مليون دولار أمريكي من أحد البنوك الإماراتية في العام 2020م وذلك بعد أن قاموا باستنساخ صوت مدير إحدى الشركات الكبيرة، فأقنعوا بذلك مدير البنك بتحويل المبلغ المطلوب⁽⁵⁷⁾.

وبرزت مخاوف كبيرة من خطر التطبيق على الصعيد الدولي حينما ظهر مقطع مزيف للرئيس الأوكراني فولوديمير زيلينسكي نشر على محطة فضائية أوكرانية عقب اختراقها وهو يحث قواته على إلقاء الأسلحة والاستسلام للقوات الروسية المستمرة في حربها التي شنتها على أوكرانيا في الرابع والعشرين من شهر فبراير عام 2022م، وقد تم تداول المقطع على نطاق واسع عبر مختلف وسائل التواصل الاجتماعي وأبرزها اليوتيوب.

وهكذا، استفحل خطر الإجرام المعلوماتي حتى بلغ حد الجنون بفضل تقنيات الذكاء الاصطناعي التي باتت الجريمة المعلوماتية ترتكب بسببها بيسر وبطريقة آلية Automated bot attacks لا تحول بينهما مشقة أو عناء.

النتائج:

أولاً: أن كل حقبة زمنية سجلت تطوراً نوعياً في ظاهرة الإجرام المعلوماتي وزيادة مرعبة في معدلات ارتكابها، وهذا التطور وتلك الزيادة لا تزالان ملحوظتان إلى يومنا الآن.

(56) Nir Kshetri: Cybersecurity Management: An Organizational and Strategic Approach, University of Toronto Press, 2021, p. 290.

(57) ينظر: <https://www.unite.ai/deepfaked-voice-enabled-35-million-bank-heist-in-2020/> تاريخ الدخول: 2022 / 4 / 11م.

ثانيًا: أن بداية كل حقبة زمنية لا تعني بالضرورة نهاية سابقتها، لأن كل حقبة زمنية جديدة شهدت الجرائم السابقة ذاتها، ولكن بطريقة متطورة أكثر، فضلًا عن ولادة أنماط جديدة من الجرائم المعلوماتية لم تكن معروفة من قبل.

ثالثًا: أن الدوافع إلى ارتكاب الجريمة المعلوماتية تراوحت في بادئ الأمر بين الفضول والكسب المادي البسيط، ثم أخذت تتحول من نمط الإجرام الفردي إلى نمط الإجرام المنظم الذي امتد أثره وضرره ليشمل جميع النواحي الاقتصادية والاجتماعية والأمنية (العسكرية) والسياسية والصحية (من خلال استهداف نظم معلومات العيادات والمستشفيات) لدول العالم قاطبة.

رابعًا: أن حجم الخسائر المالية المترتبة على الجريمة المعلوماتية تقدر بوجه عام بملايين ومليارات الدولارات، وأن الهجمة الالكترونية الواحدة من شأنها أن تؤثر أو تعطل آلاف، بل ملايين الحواسيب الآلية في شتى أرجاء المعمورة في آن واحد.

خامسًا: أن تطور الجريمة المعلوماتية سوف يستمر ما شاء الله أن يستمر لارتباطه بالتطور التقني الذي يشهد تطورًا مستمرًا لامتناهياً، ولعل هذا هو بالذات ما يضيف على ظاهرة الإجرام المعلوماتي تعقيدات وصعوبات ليس من اليسير تجاهلها أو القفز فوقها من حيث دراستها وتحليلها والتصدي لها.

التوصيات:

أولاً: يوصي الباحث جميع الخبراء والباحثين في مجال الجريمة المعلوماتية أن يكون تحليلهم للظاهرة مستندًا على رؤى وخلفيات تاريخية حتى يضحى قائمًا على أساس علمي قويم.

ثانيًا: يوصي الباحث بالحرص على استغلال التحليل التاريخي لظاهرة الجريمة المعلوماتية في استشراف ما ستؤول إليه مستقبلًا حتى يتسنى من بعد وضع التدابير الوقائية الكفيلة بمنعها قبل وقوعها.

ثالثًا: يوصي الباحث بأن تؤخذ بعين الاعتبار الدوافع المختلفة إلى ارتكاب الجريمة المعلوماتية عند التجريم والعقاب لما لذلك من أهمية خاصة قد تجعل من الجاني عونًا للسلطات في عمليتي الوقاية والمكافحة على حد سواء.

قائمة المراجع :

أولاً: المراجع العربية :

- 1 - أمير فرج يوسف: جرائم تقنية المعلومات بدول الخليج العربي، دار الكتب والدراسات العربية، 2016م.
- 2 - د. نديم منصور: سوسيولوجيا الإنترنت، منتدى المعارف، 2014م.
- 3 - د. مصطفى علي خلف: الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، طبعة نادي القضاة، مصر، 2017م.
- 4 - د. صفوان المبيضين: مقدمة في الحكومة الإلكترونية، دار اليازوري العلمية، 2020م.
- 5 - محمد صادق إسماعيل: الحكومة الإلكترونية وتطبيقاتها في الدول العربية، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2010م.
- 6 - د. كريم منشد خنياب: جرائم النصب والاحتيال وعلاقتها بالجرائم المشابهة لهما في القانون الجنائي، الآن ناشرون وموزعون، 2017م.

ثانياً: المراجع الأجنبية :

- 1 - Susan W. Brenner: Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace (Crime, Media, and Popular Culture), 1st Edition, Praeger, 2010.
- 2 - Anita Lavorgna: Cybercrimes: Critical Issues in a Global Context, 1st Edition, Springer, 2020.
- 3 - Babak Akhgar & Andrew Staniforth & Francesca Bosco: Cyber Crime and Cyber Terrorism Investigator's Handbook, 1st Edition, Syngress, 2014.
- 4 - Andrew Tully: Inside the FBI, eNet Press Inc., 2015.
- 5 - Nancy E. Marion & Jason Twede: Cybercrime (An Encyclopedia of Digital Crime), ABC-CLIO, LLC, 2020.
- 6 - Atul Jain: Cybercrime: Issues, Threats and Management, volume 2, ISHA BOOKS, Delhi, India, 2005.
- 7 - Robert Moore: Cybercrime: Investigating High-Technology Computer Crime, 2nd Edition, Routledge, 2015.
- 8 - Thomas J. Holt, Adam Bossler & Kathryn Seigfried-Spellar: Cybercrime and Digital Forensics: An Introduction, 2nd Edition, Routledge, 2017.

- 9 - Alex Alexandrou: Cybercrime and Information Technology, 1st Edition CRC Press, 2022.
- 10 - Susan W. Brenner: Cybercrime and the Law: Challenges, Issues, and Outcomes, Northeastern University Press, 2012.
- 11 - Joshua B. Hill & Nancy E. Marion: Introduction to Cybercrime: Computer Crimes, Laws, and Policing in the 21st Century, Praeger, 2016.
- 12 - Emilio C. Viano: Cybercrime, Organized Crime, and Societal Responses: International Approaches, Springer, 2016.
- 13 - Susan W Brenner: Cyberthreats: The Emerging Fault Lines of the Nation State, 1st edition, Oxford University Press, 2009.
- 14 - Giorgio Franceschetti & Marina Grossi: Homeland Security Technology Challenges: From Sensing and Encrypting to Mining and Modeling, Illustrated edition, Artech House Publishers, 2008.
- 15 - Neal Leavitt: Internet Security Under Attack: The Undermining of Digital Certificates, IEEE Computer, vol. 44, no. 12, December 2011.
- 16 - Kevin F. Steinmetz & Matt R. Nobles: Technocrime and Criminological Theory, 1st Edition, Routledge, 2017.
- 17 - Benjamin Edwards, Steven Hofmeyr & Stephanie Forrest: Hype and heavy tails: A closer look at data breaches, Journal of Cybersecurity 2, no. 1, 2016.
- 18 - Nir Kshetri: Cybersecurity Management: An Organizational and Strategic Approach, University of Toronto Press, 2021.

ثالثًا: المواقع الإلكترونية:

- 1 - <https://sciencenode.org/feature/a-brief-history-of-the-internet-.php>
- 2 - <https://www.phishing.org/history-of-phishing#:~:text=In%202001%2C%20however%2C%20phishers%20turned,it%20planted%20an%20important%20seed.>
- 3 - <https://datareportal.com/global-digital-overview.>
- 4 - <https://www.unite.ai/deepfaked-voice-enabled-35-million-bank-heist-in-2020.>



شخصیات
واعلام

خيوط كوكو شانيل الخفية في نسيج تشريعات العمل الحديثة

د. مشاعل عبدالعزيز اسحق الهاجري*

تعرف دار شانيل بأنها من كبريات دور الأزياء الفرنسية. ولكن يعرف القليلون دور مصممة الأزياء كوكو شانيل في تحرير المرأة من لباسها التقليدي، لا سيما خلال فترة الحرب العالمية الأولى (1914-1918م) التي شهدت توجه الرجال للجبهاوات واضطرار النساء لشغل الوظائف التي تركها الرجال وراءهم، مما استدعى دخول المرأة لسوق العمل، وهو أمر كان لا بد لها معه من أن تتحرر من الملابس الفيكتورية التقليدية (لقد كان مما ساهم في ذلك هو حقيقة أنه قد أصبح هناك تحولٌ نوعيٌّ جذريٌّ في أهمية القدرة البدنية للعمل، فبعد أن كان أداء العمل اليدوي يتطلب قدرات بدنية عالية لا تتوافر عادةً إلا في الرجال، اختلف الأمر تمامًا بعد دخول الآلة، فتحوّلت وظيفة العامل -في كثير من الحالات- إلى مجرد إدارة الآلة والإشراف على أدائها، وهو الأمر الذي لا يتطلب مجهودًا بدنيًا كبيرًا، مما كان سببًا معتبرًا في دخول النساء إلى سوق العمل). لقد كان لتصاميم كوكو شانيل دورٌ مهمٌ في أن تصبح المرأة، بعد غياب، إحدى الفئات العمالية الأساسية التي يخاطبها قانون العمل.

* أستاذ مشارك، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

وبهذا الصدد، كان لشانيل العديد من الإبداعات التجديدية التي أحدثت ثورة في مجال لباس المرأة، مما سهل تسويق النساء في سوق العمل، ومن أبرزها: الطقم ذو القطعتين (التاير)؛ البناطيل للنساء لأول مرة (لاحظ أن ظهور البناطيل كانت له دائماً آثاراً حضارية كبيرة، فبالإضافة إلى تسهيل دخول المرأة لسوق العمل، كانت البناطيل هي ما مكّن المغول من السيطرة على نصف العالم من خلال أثرها في تسهيل ركوب الخيل والبقاء على ظهورها لفترات طويلة)؛ وقماش الجيرسي الرخيص؛ والشعر القصير؛ والتصاميم البسيطة والمباشرة؛ والألوان الطبيعية (أسود، أبيض، رمادي، بيج)؛ والملابس الواسعة غير اللاصقة بالجسم (للسماح بحرية الحركة، كانت شانيل تحرص على إضافة 10 سم في قماش الظهر حتى يمكن الاستدارة والانحناء بسهولة). كما صار للعطور أرقام مباشرة وليس أسماء (لم ترتض شانيل أن تسمي عطورها بأسماء حالمة مثل "السحر" أو "الخيال" أو عدا ذلك من "الهراء"، كما أسمته!)

كل ذلك، اختصرته شانيل في عبارة شهيرة: "لأول مرة في التاريخ، صار بوسع المرأة أن تثني أكمام القميص للعمل!"

وبعد، فمن المؤكد أن كوكو شانيل لم تكن سبباً مباشراً لدخول المرأة إلى سوق العمل، وبذلك، فإنّ القارئ لن يجد كتاباً واحداً في فقه قانون العمل يشير لدور كوكو شانيل وعلاقته في تشريعات العمل. ولكننا إذا ما نظرنا جيداً، فإننا سوف نجد العديد من الخيوط الخفية التي تربط بين تصاميمها التي دفعت بالمرأة إلى قلب العمل بقوة وبحرية وبين نسيج جميع تشريعات العمل المقارنة، التي تظهر فيها المرأة عنصراً أساسياً ومعتبراً في نظر المشرّع.



كوكو شانيل

حالة الاستثناء: من المخرج القانوني إلى المدخل الاستبدادي (نيغري يفضح سياسات الإمبراطورية)

د. عزالدين الرتيمي*

«La guerre globale ne doit pas seulement porter la mort, elle doit aussi produire et réguler la vie»

Michael Hardt et Antonio Negri, *MULTITUDE Guerre et Démocratie a l'âge de l'empire*, p. 36.

تقديم:

تعمل هذه الورقة على متابعة استتبعات " حالة الاستثناء " L'état d'exception في ما أبعد من النشأة والتطور، وذلك من خلال رصدنا إماما في مجالها الحقوقي ومنبتها القانوني، وكيف تلقفها الخطاب الفلسفي وبخاصة مع أنطونيو نيغري الذي أدرجها في سياق افتكاره للحرب في الراهن الإمبراطوري المتأمرِك. ولا ننكر أن التفكير في المشكل قد سبق نيغري وهاردت، فقد بانت الملامح الأولى لهذه الحالة مع كارل شميث بخاصة وهو يتابع انعكاسات الانتقال من " القاعدة " إلى " الاستثناء " والتي

* أستاذ فلسفة، متحصّل على الدكتوراه في الفلسفة الحديثة والمعاصرة، له العديد من المقالات والترجمات، جلّها حول فلسفة أنطونيو نيغري. عضو مخبر بحث الفينومينولوجيا والمعارف المتداخلة، كلية الآداب والعلوم الإنسانية بصفاقس، تونس.

لم تزدّها كتابات جورجيو أغومبان إلاّ تأصيلاً. إلاّ أن تشديدنا على نيغري بخاصة، فلأنّه ابن زمانه الذي يقول الأشياء دون تنميق ويفضح كوارثيّة الراهن دونما تزويق ويبحث عن البدائل الراديكاليّة في عالم سطحه التسويق. من ثمة سنحاول التفكير في تحولات الحروب ليستقرّ المقام بنا ونحن نسائل حقوق الإنسان في زمن تأبّدت فيه حالات الاستثناء المصطنعة حتى حلّت محلّ القاعدة. فما دلالة حالة الاستثناء تحديداً؟ وكيف طوّعت الدولة الحديثة ظاهرة الحرب لتكون مطيّة لتأييد هذه الحالة؟ وما الذي يجمع نيغري بكارل شميث وأغومبان في تشخيص هذه المكيدة الإمبراطوريّة؟ وهل من سبيل لتجاوز هذا المطبّ الكارثي؟

1. حالة الاستثناء دلالة ونشأة

للاستثناء دلالة مخصوصة في اللغة العربيّة إذ له أركانه وأدواته وأنواعه وأحكامه إلاّ أن مقصد بحثنا لا يستهدف الاستثناء في حدّ ذاته بل "حالة الاستثناء"، وإضافة "حالة" هو من عين الواقعة المستجدّة والتي سترجنا رأساً في السجّل القانوني وفي التفكير السياسي. وبعودة إلى المعاجم تبيّن أن التعرّف على هذه الحالة مرهون بالتعرّف على حالة الطوارئ، وهي "اصطلاح يطلق على الظروف غير العاديّة أو الطارئة التي تمرّ بها دولة معيّنة، ممّا يتطلّب - لحفظ النظام العام - تطبيق قواعد استثنائيّة تخالف القواعد القانونيّة التي تطبّق في الظروف العاديّة، وذلك لمواجهة تلك الظروف الطارئة"⁽¹⁾. تحيل حالة الاستثناء إذن على جملة التدابير التي يمكن اتخاذها لمواجهة كلّ طارئ يمكن أن يهدّد سيادة الدولة أو يضرّ ب"السلامة

(1) معجم القانون، القاهرة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميريّة، 1460 هـ 1999 م. ص.

العامّة". إنها المخرج القانوني الذي يقع اللجوء إليه لتلافي " تلك الحالة من الخطر الجسيم والداهم، التي يتعذر تداركه بالوسائل العادية ما يدفع السلطات القائمة على حالة الضرورة للجوء إلى الوسائل القانونيّة الاستثنائيّة، لدفع هذا الخطر ولمواجهة الأزمات"⁽²⁾. إنّ المقصد في الظاهر هو الحفاظ على كيان الدولة وبالتالي الحفاظ على سيادة الدولة ومواطنه الأفراد، لذلك ارتبط مشكل الاستثناء بمسألة الحقوق بالأساس، نعني إمكان التوفيق بين هيبة الدولة من ناحية واحترام القواعد القانونيّة من ناحية ثانية.

يذكر كارل شميث⁽³⁾ ومن بعده هاردرت ونيغري أنّ بدايات تشكّل هذا المفهوم إنّما كان في ألمانيا⁽⁴⁾ ليتحوّل جغرافياً إلى فرنسا ومستعمراتها ومنه إلى الولايات المتحدة الأمريكيّة بخاصّة. ليس يهمنّا تتبّع النشأة بقدر ما سنعاين الاستتبعات الشنيعة لانعدام الرقابة في الحالات الاستثنائيّة، نعني انحلال قاعدة التفريق بين السلط كما نادى بها منتسكيو، هذا الانحلال

(2) انظر: د، عقل عقل، الظروف الاستثنائية والقانون الدستوري، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني لسنة 2013 المجلد 7 - ص 210.

(3) انظر في هذا المقام بخاصّة كتابه: أغومين، جورجيو، المنبذ، السلطة السيادية والحياة العارية، ترجمة وتقديم وتعليق، عبد العزيز العيادي. دار الجمل، 2017. في هذا الكتاب وفي جزئه الأوّل: منطق السيادة وتحديد في العنصر الأوّل، ص. 31: مفارقة السيادة، نجد تعريفا للسيادة به نفهم حالة الإستهناء، وهو أن يكون "صاحب السيادة كائن في نفس الوقت خارج النظام القانوني وداخله" (شميث، اللاهوت السياسي. أربعة فصول في مذهب السيادة، ص. 17)

(4) يذكر أن جنرالا ألمانيا يدعى فون بنهاردتي G. Von. Benhardi وهو صاحب كتاب، *Germany and the next war* قال صراحة: "تعدّ الحرب من حيث فائدتها الأولى أنّها ضرورة بيولوجيّة وعامل تعديل للحياة الإنسانيّة". أورد هذا الشاهد، فتحي التريكي في كتابه:

Fathi Triki, *Les philosophes et la guerre*, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, p. 25.

الذي سيؤدّي حتما إلى تجمّع السلط الثلاث بيد شخص واحد، سمّاه هوبس "الإله الفاني" القادر ظاهريًا على تخليص رعاياه من حالة "الحرب المزرية". هكذا ادّعت الحداثة وهي تشيّد أسوار هيمنتها. لم يكن الاستعداد للحرب العالميّة الأولى عبر تكثيف الصناعة الحرّية وحسب، بل كانت دوائر الهيمنة تتدبّر المستقبل قانونيًا لتتحكّم في المستقبل سياسيًا. ومن ثمّة فكّرت في ما يمكن أن يخترق علويّة الدستور، أي في ما يمكن أن يتجاوز القانون قانونيًا. هنا تحديدا كانت الاجتهادات التشريعيّة في فرنسا ما قبل مرحلتها الاستعماريّة وتحديدًا في 1789/12/13، لتتدعّم أكثر في ألمانيا لتقوية شوكة الملك الذي أعطته هذه التشريعات سلطات واسعة. ولئن قامت بعض الدول العربيّة باستنساخ هذه القوانين وتنزيلها في الواقع محليًا دون رقيب، فإنّ دول "مارقة" كبرى ستوسّع مجال السلطات الواسعة أصلاً، من خلال التفكير مليًا في ما يمكن أن يكون سببًا كافياً للالتجاء إلى حالة الاستثناء؛ هنا تحديدا صوّبت أمريكا بالخصوص مجال اهتمامها لمنقلب على غاية من الخطورة، نعني الانتقال من "الحرب الدفاعيّة" في معناها الكلاسيكيّ، إلى "الحرب التأمينيّة"، نعني الحرب التي لا تبحث عن عدوّها إلّا على جهة ما هو العدوّ الذي لا يمكن الإطاحة به نهائيًا. إنّ عدم الإطاحة بالعدوّ يعني ديمومة حالة الاستثناء، أي ديمومة الإجراءات التي لا يكون فيه للقرارات والمراسيم والقوانين والساتير قيمة تذكر. فعن أي موثيق - يسأل المتحيّل - نتحدّث والعدوّ يمتلك "أسلحة دمار شامل"؟ وأيّ علويّة للدستور والارهاب يقطف الأرواح بلا هوادة. من هنا كانت اللعبة وعلى هذا الأساس بدأت المخاتلة.

قد لا نفهم مآلات حالة الاستثناء هذه إلّا متى فكّرنا في أمرها في سياق ما تعاش بداخله، نقصد الحرب بوصفه مجالها الحيوي وإطارها الذي ينزع عن الشرعيّة شرعيّتها من أجل التأسيس لمشروعيّة وإن كانت على

حساب سيادة الدول وحقوق الأفراد، وهي أمور قد تزيد من توضيح "المكائد الدامية لنظام عالمي جديد" على حدّ عبارة جورجيو أغومبان.

2. الحرب وتحولاتها.

شغلت مشكلة الحرب معظم الفلاسفات قديمها وحديثها وخاصة أيام الناس هذه، فقد حاولت فلسفات العقد الاجتماعي كلّ بحسب طريقته تخليص البشريّة من حالة الحرب التي سادت في حالة الطبيعة والتي اعتبرها هوبس بخاصّة "حالة حرب الكلّ ضدّ الكلّ". ولعلّ هذه الحرب المعمّمة في "حالة الطبيعة" ستقلب لتكون خاصيّة وجوديّة في أيامنا، وهو ما حدى بنيتشه أن يقرّ جازما: "يعد الحرب الحالة الاعتياديّة، إننا لا نظفر بالسلم إلّا في مراحل معينة"⁽⁵⁾ تلك هي الحداثة وهي ترسم آيات هينمتها الثاوية خلف الوجه الجميل الذي يتغنّي بتحرير الشعوب ونشر الثقافة وتعميم الديمقراطية.

"لقد تحوّلت الحرب لتصبح ظاهرة عامة، معمّمة ولا منتهية"⁽⁶⁾، هكذا يعلن هاردت ونيغري عن تحوّل رهيب من الحروب الكلاسيكيّة إلى حروب معاصرة. للمعاصرة وجهها القبيح الذي جعل المنازل تساقط فوق رؤوس ساكنيها بدم بارد، ويقتل المئات يوميًا كما لو أن الأمر اعتياديّ، هو ذا الأمر في غزّة رغم قرارات لاهاي. لقد كشفت الأحداث الما بعد

(5) أورده :

Fathi Triki, Les philosophes et la guerre, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne. p. 25.

Negri, Antonio, *Multitude, guerre et démocratie à l'âge de l'empire*, traduit de l'anglais (États-Unis) par Nicolas Guilhot, Éditions la découverte. Paris, 2004. p. 15.

استعماريّة (أو قل إن شئت الاستعماريّة الجديدة) أنّ النزال اليوم لم يعد بالمرّة بين الجيوش كما لم يعد منحصرًا بين دولة وأخرى. ثمّة اليوم نزال افتراضيّ وحروب سبرانيّة، ثمّة حروب مباشرة وأخرى بالوكالة، كما ثمّة حروب معلنة وأخرى خفيّة. ليس أخطر اليوم من حرب النماذج والتي تدار خلسة في مراكز نحن نجهل مواقعها ولا نعرف سوى كوارثها. بعد واقعة العولمة تحوّل كلّ شيء. لقد تعمّمت الحرب حتّى أصبحت بلا مركز، بل "تطوّرت" حدّ أصبحت فيه حشود الجيوش بلا معنى، ثمّة بوارج وغوّاصات لا تراها الأعين كما ثمّة أجيال جديدة للطائرات تتنافس القوى الكبرى على امتلاك أكبرها والتحكّم في أصغرها، أمّا في البرّ فثمّة ميركافا وأخواتها. إلّا أن هذه الترسانة ليست إلّا عتادا تقليديًا "للحرب بوصفها آليّة تحكّم". فلئن كانت الحروب في معناها التقليدي التّمظهر الأخير لانعدام التفاهم فيجبر عليها الحكّام حفاظًا على السيادة فهاهي اليوم تأخذ استراتيجيا جديدة أساسها التحكّم وغايتها السيطرة وإن كان العدو افتراضيًا. لقد أصبحت الحروب تُنمذج لغايات منفلة من الزمان ومبثوثة في المكان.

تعدّ الحرب في صيغتها التقليديّة كما عرفها كارل فون كلوزوفيتش، "مواصلة للسياسة بطرائق أخرى" وهو ما يشي بانفصال السياسيّ عن الحربيّ، رغم تأكيد كلوزوفيتش على الترابط والتعلق، وهو الأمر الذي شدّد عليه كارل شميث بدقّة نادرة⁽⁷⁾، هذا الترابط الذي يسوس العلاقات الدوليّة المحكومة أساسا بثنائيّة، صديق، عدو⁽⁸⁾ إنّ انفصال السياسيّ عن الحربي هو من عين فصل السياسيّ عن الاجتماعي الذي حرصت الحداثة أيّما

(7) انظر: Carl Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan.*

(8) مايكل هارد وأنطونيو نيغري، جَمْعُ، الحرب والديمقراطيّة في العصر الإمبراطوري، مصدر سابق، ص. 19.

حرص على رعايته بحثاً عن إمكان مواصلة السيطرة وزيادة الهيمنة، هذا الفصل وإن حيّد الاجتماعيّ داخل الدولة من أجل الحفاظ على تماسك السياسيّ ليفعل فعله دون رقيب فإنّه تعولم خارجياً عبر إدارة الصراعات خارج المجال الحيويّ الذي يمكن أن يمسّ هرميّة الاجتماعيّ الداخليّ. لقد أصبحت الحروب تُخاض خارج الحدود دون المساس بسيادة الدول "العظمى" أو التأثير على مواطنها "الأرقي"، إنها تُخاض في قلب إفريقيا وفي العراق وفي أفغانستان بالنسبة للحروب الأمريكيّة أو في سوريا وأكرانيا بالنسبة للحروب الروسيّة. إنها تُخاض في أيّ شبر من العالم وفي أيّ لحظة يريدونها أصحاب القرار الذين لا همّ لهم سوى عولمة الحالة وتعميم الاستثناء.

3. حالة الاستثناء، من الحيلة القانونية إلى التحايل الإمبراطوريّ.

للحداثة ألعيبها التي لا تنتهي، ومخاتلاتها التي لا يمكن التفتّن إليها إلاّ متى خرجنا من سياقها وابتعدنا عن خطابات الما أبعد التي لا تزيدنا إلاّ رساخة. ولعلّ من بين هذه الألعيب والمخاتلات تطويع حالة الاستثناء وتفعيلها لتكون آليّة هيمنة دائمة وسيطرة لا تعرف الحدود. هنا كان الاشتغال على الحرب.

الحرب بالجواهر هي "حالة استثناء محدّدة"⁽⁹⁾، إلاّ أنّ هذا الاستثناء سرعان ما تحوّل إلى "قاعدة". ويعرف أهل القانون ومتعهّدي الحقوق أنّ الاستثناء، من المفاهيم الأساسيّة والهامة عبر التاريخ كما نصّت عليه العديد من التشريعات بناءً على مبدأ القاعدة الرومانية التي تقول "إنّ سلام الشعب

(9) المصدر نفسه، نفس الصفحة.

فوق القانون أو هي الشرعية الأعلى⁽¹⁰⁾، وتُعرف حالات الاستثناء - كما بينا أعلاه - بالفترات العصبية التي تمرّ بها الدولة نتيجة أفعال بشرية من مثل التمرد أو العصيان أو الانقلاب وغيرها أو نتيجة ظواهر طبيعية كالزلازل أو الفيضانات أو الأوبئة وغيرها. هنا قد لا يكون لتفريق السلط قيمة كما لا تسير المؤسّسات سيرها الطبيعي إذ يمكن للقائد الحربي أن يكون في الآن نفسه وزيرا للعدل. إلّا أن هذه الاجراءات الاستثنائية قد تتأبّد لتكون منفذا للاستبداد عبر ردّ المؤقت دائما والخاص عاما والاستثناء قاعدة. تلك هي ألاعب السيادة المعاصرة حيث لا رهان سوى التأسيس لمشروع حرب دائمة على خلاف ما كان يطمح كانظ تأسيسه، نقصد مشروع سلم دائم.

في حالة الاستثناء، ليس من حقك الحديث عن الحق ولا يجوز البتة في حضرة الارهاب أن تنسب بنت شفة حول حقوق الإنسان، ليس من حقك الشفقة على معتقلي غوانتانامو ولا تمتلك الجرأة أن تندّد بما حدث في أبو غريب! لقد صرّح توني بليمر مرّات عدّة بأن حقوق الانسان يجب أن تلغى في حضرة الارهاب. أن تعلن مالدين ألبرايت ذات لقاء، مبرّرة إلتجاء الولايات للمتحدة الأمريكية للقوة: "لأننا أمريكا"، أمر يشي بأنها الاستثناء داخل الاستثناء، أو هي منمذجة الاستثناءات. داخل لعبة الاستثناء يمكن للدول تأييد هيمنتها ومواصلة استعمارها بطرق ناعمة. بل بفضلها يمكن تركيع مجلس الأمن وتوجيه صندوق النقد الدولي وغيرها من المؤسّسات التي تدّعي الكونية وهي المتورّطة إلى أقصى الحدود في الخصوصية. في ظلّ الاستثناء يمكن للطاغية أن يبرّر طغيانه كما يمكن للدول المهيمنة أن تزيد من هيمنتها. داخل عين المجرى أمكن للإمبراطورية في أيامنا ممثلة في

(10) أمير حسن جاسم - نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة - مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية - العدد 8 - المجلد 14 يوليو 2007 - ص 237.

الولايات المتحدة الأمريكية رأساً تأصيل القوة بعيداً عن الحق. لقد تأججت الحروب المعاصرة حسب أنطونيو نيغري نتيجة هذا الاستثناء الألماني والذي تأوَّج أميركيًا ليقرب معادلة كلوزوفيتش رأساً على عقب؛ لقد انتقلنا من "الحرب مواصلة للسياسة بطرائق أخرى" لتكون السياسة مواصلة للحرب بطرائق مبتكرة، وهو ما يعني تحوُّل الحرب من نقمة إلى نعمة بالنسبة للدول التي تسوسها وتحسن إخراجها من بعدها التركيبي إلى حدود بعدها التداولي. لقد تحوَّلت من شرٍّ محض إلى خير مطلق، بل هي المطلق الجديد مينتافيزيقيًا. ليس السلم المدني سوى لحظة انتقال من حرب إلى أخرى ومن دمار إلى دمار. بعد أن أنهت أمريكا حربها الباردة أجمت حربها الساخنة، لقد ابتكرت عدوَّها الجديد وهي بصدد إنهاء تفتيت الإتحاد السوفياتي. إنَّه الإرهاب هذه المرَّة وما الطائرة والبرجين سوى لحظة هوليوذيَّة أتقنت إخراجها للعالم لتشريع في حالة الاستثناء الجديدة وما أسلحة الدمار الشامل في العراق سوى بروباغندا سياسيَّة لتبرير النزعة الاستعماريَّة المعاصرة. لقد دخلنا طور ابتكار الأسماء الجديدة والجذابة والتي يقع التصريح بها من قادة الحرب في لمح البصر بعد أن أعدت جيِّداً في مراكز البحوث الاستراتيجيَّة.

ليس اعتباطاً أن يقرَّ نيغري بأنَّ الحرب قد تحوَّلت إلى "آليَّة تحكِّم"، وبالفعل، ثمَّة حروب "صامتة" تحوُّل بمقتضاها العالم إلى قرية صغيرة منصهرة بالكلية في ما تفرزه الحروب وما يعلن عنه القادة من "انتصارات". لقد كانت الحرب حالة استثنائيَّة ليصبح الاستثناء أداة حربيَّة وكانت الحرب مواصلة للسياسة إذ بالسياسة تصبح مواصلة للحرب. هو ذا تغيير المواقع الجهنمي الذي يخلق المشروعيَّة للتدخل في أي شبر من العالم، بتعلَّة حالة الاستثناء. هنا لا سيادة للدول ولا مواطنة للأفراد، كل ما هنالك برنامج عمل إمبراطوريٍّ مقصده جعل الجميع تحت التصرف. من أجل ذلك كان الابتكار، نقصد ابتكار حروب وإن كانت وهميَّة من نوع الحرب على الفقر

(أمريكا 1960) والحرب على المخدرات (أمريكا 1980) وصولاً إلى الحرب على الإرهاب (بداية من سنة 90 وبخاصة منذ 2001). لقد نقلتنا هذه الحروب من الواقعي إلى الافتراضي ومن العدو المعلوم إلى العدو المجهول. إننا ازاء حرب "لا متعيّنة ولا مادّية"⁽¹¹⁾، ومن خاصيّة هذه الحروب المعاصرة تحكّم منمذجيها في تواريخ انطلاقها وتصرفهم في تواريخ الانتهاء بحسب الحاجة والمصلحة وتحقّق الأهداف في علاقة بحرب أخرى.

تعدّ حالة الاستثناء التي أخذت الإرهاب مطبّتها مدخلا نحو ديمومة لا تعرف النهاية. وبالفعل، فقد أعلن ساستها مرارا أنّ حربهم ستمتدّ لسنوات وأنها ستعاصر أجيالاً⁽¹²⁾. إنّها الحرب المفتوحة انفتاح العالم على اللانهائيّ واللامحدود. وعلى هذا الأساس لم تعد مقولة النصر مالكة لمعناها المعتاد، لأنّ الباراديغم القديم المبني على النصر والهزيمة أضحى بلا معنى. وأمام لا مرئيّة العدو أو مفهوميته الاصطناعيّة دخلت البشريّة عصر الحرب الشاملة أو الحرب الكليّة، التي لا تعرف أعداءها بل تبتكرهم كلّ حين. لقد دخلنا عصر تشكيل الأعداء وصناعتهم ورعايتهم وتعهّدهم. لقد استعادت الحروب المعاصرة ويلات الحروب الدينيّة وإن على شاكلة جديدة⁽¹³⁾، بل يقرّ نيغري وهاردت صراحة أنّ حرب الغرب على الإسلام في الآونة الأخيرة ليس إلّا استئنافاً للحروب الأشدّ ضراوة على حدّ عبارة ابن خلدون، نقصد الحروب التي تقام على العقيدة. بهذا المعنى ليست المعاصرة سوى الحنين غير المعلن لعصر الظلمات، أو هي العودة إلى أوروبا القديمة ما قبل الثورة الفرنسيّة. تعدّ الحروب المعاصرة كفراً بالثورة الفرنسيّة أو هي التمرد على

(11) مايكل هاردت وأنطونيو نيغري، جمع، حرب وديمقراطية في عصر الإمبراطوريّة، مصدر سابق، ص. 28.

(12) المصدر نفسه، نفس الصفحة.

(13) انظر: المصدر نفسه، ص. 30.

الأنوار بطرائق مستحدثة، المهمّ أن تكون كلّ الطرق تؤدّي على الدوام إلى روما الجديدة، نعني واشنطن ونيويورك.

أن يتعمّم الحرب وأن يتأبّد الاستثناء معناه دخول "النظام العالمي الجديد" حيّز التنفيذ، أي توديع القيم الكونيّة ونعني توديع، "حقوق الإنسان والحريّات والثقافة والديمقراطيّة"⁽¹⁴⁾. ومن ثمة جاءت الحاجة إلى الديمقراطية الشاملة أو المطلقة أو الراديكاليّة بديلا للديمقراطيّة الصوريّة، أي الديمقراطية المقامة على المقاس. لقد أصبحت الديمقراطية ذاتها أمرا استثنائيّا إذ يمكن الانقلاب عليها بمجرد تحريك ألعوبة الاستثناء، كما يمكن الانقضاض على مراكزها بمجرد شعور أهل القرار العالمي بالخطر الداهم على مصالحهم الحيويّة. لقد كانت السودان في مأمن من كلّ المخاطر إذ بالحرب تستعر بين أبناء الشعب الواحد، وهي من النماذج التي يمكن من خلالها التعرّف على أن الحريّات والديمقراطيّة من الأمور التي لا قيمة لها مقابل مناجم الذهب والفضّة.

تعدّ الحرب "العنصر الأساسيّ للحياة الاجتماعيّة"⁽¹⁵⁾، إنها تحمل جدليتها الخاصة والمستحدثة والتي تبحث عن حفظ الحياة عبر تعميم الموت وضمان العيش عبر سحق الآخرين. الحرب هي بالجواهر "الإنتاج المحض للموت"⁽¹⁶⁾، نعني موت الإنسانيّة وموت الكينونة أيضا. لقد أصبحت الحرب نمط وجود إنها أنطولوجيا الراهن، وهي الأنطولوجيا المدجّجة

(14) هكذا حدّدها إدغار موران في كتابه، السلطة الجهنميّة، مجلّة الفكر العربيّ المعاصر، العدد، 134 - 135، خريف، 2006، صص. 42 - 43.

(15) مايكل هاردي وأنطونيو نيغري، جمع، حرب وديمقراطية في عصر الإمبراطوريّة، مصدر سابق، ص. 30.

(16) المصدر نفسه، ص. 34.

بالأسلحة والمنمّقة ببعض الخطابات المنمذجة بدقّة نادرة في مراكز البحوث الاستراتيجية التي نعرف مخرجاتها ولا نعلم أمكنتها.

وبعد أن كان أسلافنا يعيشون على وقع "حروب الدفاع" أصبحنا نعاصر "حروب التأمين"، وهي الحروب التي تأبّد فيها الاستثناء ليصبح قاعدة، هنا تحديدا تنامي "تقنية التعذيب" لتجد السلطة الحيويّة أرقى أشكال تحكّمها، وهنا تنبت المفارقات العجيبة؛ إذ يصبح الدكتاتوري والديمقراطي سيّان، فالأوّل يعذب لأنّ التعذيب أساس الحفاظ على سلطانه والثاني يعذب لأن التعذيب ضرورة أملتتها حالة الاستثناء. إذ "يعدّ التعذيب في منطق حالة الاستثناء تقنية مؤكّدة للسلطة، لا بل حتميّة ومبرّرة"⁽¹⁷⁾، وأن يتحوّل التعذيب إلى "تقنية مؤكّدة" معناه أن الدولة الحديثة أعدت أجهزتها بحسب حالات الاستثناء، لا بحسب الحالات الاعتياديّة. والظاهر من هذا أننا نعيش في عالم أيسر ما فيه تلفيق التهم، لا للأفراد وحسب بل للدول والأمم، هنا يكون القتل والتهجير والتنكيل بالأفراد متساوقا مع التخريب والتدمير والتحطيم للأوطان، ومتناغما مع الإذلال والتركيع والتطويع للأمم. والأغرب حينما تخرس المنظمات العالميّة التي قُدّت هي الأخرى على المقاس، وهذه قصّة أخرى ليس المقام لنبش ما في طيّاتها من نتونة.

لقد أفلح فوكو في كشف جهنميّة السلطة الحيويّة وهو يقول في إرادة المعرفة (ص. 177): "كان التحكّم بالرقاب هو أحد الامتيازات الخاصة بالسلطة السياديّة لزمان طويل"، كما أبدعت حنا آرنت في كشف ألعيب "الدولة - أمة ونهاية حقوق الإنسان"، وما كتابها الإمبرياليّة سوى تصفية حساب مع أكذوبة حقوق الإنسان، كما كان جيرجيو أغومبان بارعا في ربط الحقوقي بالسياسيّ بالإتيقي ليكشف الوهن الحاق بإنسان اليوم، هذا الذي

(17) المصدر نفسه، ص. 41.

فقد إنسانيته نتيجة حالات الاستثناء. إن الإنسان ما عاد يعرف من يكون، ببساطة لأنه يقيم داخل الاستثناء، هذا "الذي لا يمكن استغراقه، إنه يفلت من كل صياغة عامة"⁽¹⁸⁾. هو ذا الافلات بوصفه التعليق اللاقانوني للقانون أو هو المخرج القانوني لإحلال اللاقانون. وتلك هي البشاعة التي ظهر بها العالم وبكل وقاحة.

خاتمة أو ما الحلّ؟

يلتقي أنطونيو نيغري وكارل شميث وجورجيو أغامبان، في تشخيص مشكل حالة الاستثناء باعتبارها العصب الحيّ للهيمنة، أو الأرضيّة الصلبة للاستبداد العالمي. إلا أن ما يميّز نيغري هو البحث عن بديل. وبالفعل؛ فتفكيره إنّما يندرج في إطار فضح الإمبراطوريّة وتخريب سياساتها، ليكشف ضرورة ميلاد استثناء من رحم حالة الاستثناء، ذلك هو الجمع Multitude وهو ينسج خيوط تسديّه من داخل الانهك الإمبراطوريّ أو هو الفدرات الثوريّة وهي ترسي دعائم اقتدارها وتصون كينونتها التي عملت الحداثة حثيثا على إدراجها وتطويعها. إذا كانت حالة الاستثناء تسود العالم فهي من عين المشترك الذي يتوجّب تفعيله وتنتيجه ضديًا.

ولئن كانت حالة الاستثناء هي بالجوهر التخريب المتعمّد للعالم لتعيش الأقلية على حساب الأكثرية فإنّ الاستثناء داخل الاستثناء هو التخريب الراديكالي لهذا التخريب. ثمّة حرب ضدّ الحرب وسلب ضدّ السلب وفراغ لملئ الفراغ. تلك هي ملامح المقاومة التي لا تحتملها الحداثة ولا تستوفيها خطابات ما بعد الحداثة، لذلك كانت خاصيّة الحداثة المغايرة. إنّ ما يميز

(18) أغومين، جورجيو، المنبوذ، السلطة السيادية والحياة العارية، مصدر سابق، ص. 31.

نيغري عن كلّ أقرانه هو استلاله للبدائل من عمق الأزمات، ذلك هو التنتيج والانتاج وإعادة الإنتاج، إذ بان أنّه "من الآكد في نظرنا أنّه لا بديل عن العالم، كلّ البدائل توجد في العالم" (19). وعلى هذا الأساس نفهم قوله إنّ الحرب المعمّمة لا تحمل في طياتها الموت فقط بل من داخلها يمكن أن تنتج الحياة، تلك هي السياسة الحيويّة وهي تقارع السلطة الحيويّة. وذلك هو المعنى العميق لتفعيل الأزمة وردّها صونا للكينونة.

Negri, Antonio, *Art et Multitude, Neuf lettres sur l'art suivies de Métamorphoses*, (19)
Traduit de l'italien par Judith Revel, Nicolas Guilbot, Xavier Leconte et Nicole
Sels, éd., Mille et une nuits, mai, 2009. p. 26.



مرصد
الكتاب

مطاردة الساحرات: حينما يصير القانون سلاحاً لحرب اقتصادية

مراجعة كتاب: (القانون، سلاح جديد للحرب الاقتصادية)

تأليف: د. علي العايدي*

مراجعة: د. محمد الريوش**

ليس لدي أي مشاعر سلبية تجاه رجال الهزيمة وهدنة 1940. إنني أتفهم جيداً أولئك الذين رفضوا اتباع ديغول. لقد كانوا مستقرين، ناعمين في رغد العيش، أو ما أسموه بـ "الحالة الإنسانية". لقد تعلموا وعلموا "الحكمة"، هذا البابونج السام الذي تسكبه عادة الحياة شيئاً فشيئاً في حناجرنا، بطعمها الحلو المتمثل في التواضع والركون والقبول.

Romain Gary, *La Promesse de l'aube* –

رومان غاري، وعد الفجر

المدخل:

لا تكاد تخلو مقولاتنا الاجتماعية اليومية من الإحالة على الثقة في القانون بوصفه نظاماً متكاملًا لضمان الحقوق؛ ذلك أن أول درس يتلقاه

* أستاذ بجامعة العلوم السياسية، باريس.

** باحث في علوم الشريعة الإسلامية.

طالب القانون هو أن الغاية من القانون هي تحقيق السلام والأمن الاجتماعيين. لأجل ذلك فإن كل نظرة للقانون ينبغي أن تكون من خلال هذا المنظار، منظار "تحقيق السلام والأمن الاجتماعيين" سواء في نطاق تطبيق القانون على المستوى الجزئي أو الكلي. ولأجل تحقيق تلك المبادئ أوجدت أجهزة عملية لمراقبة القوانين والسهر على تطبيقها.

إلا أن الحقيقة غير ذلك، فعادة ما يكون للقانون أهداف غير معلنة، أو أهداف يمكن أن تكون بمثابة ذرائع لتحقيق غايات وطموحات ذات أبعاد سياسية أو اقتصادية أو عنصرية وهذا يذكرنا في هذا المقام بمطاردة الساحرات في أوروبا⁽¹⁾ (القرنان السادس عشر والسابع عشر): حيث استُخدمت قوانين مكافحة السحر لاضطهاد وإعدام الآلاف من الأشخاص، معظمهم من النساء، المتهمين بممارسة السحر، وكانت هذه الاتهامات في كثير من الأحيان ذات دوافع سياسية أو مدفوعة بالحماسة الدينية. فالغاية التي كان لأجلها القانون حميدة، بيد أن نطاق تطبيقها عرف نوعاً من المجازفة والشطط؛ منذ ستينيات القرن الماضي عرف العالم موجة تحديثية من القوانين، أسهمت في ضبط معالم صورة العلاقات الدولية الجيوسياسية، ومن ذلك ما يعرف بقوانين مكافحة الفساد، التي لم تكن في آخر المطاف سوى صورة من صورة الهيمنة الأمريكية الذي كانت أوروبا مسرحه الأول؛ إن تلك القوانين جعلت العالم يعيش حالة حرب اقتصادية؛ سلاحها الفتاك هو "القانون" الذي يستهدف الخصوم الجيوسياسيين للولايات المتحدة الأمريكية.

(1) لتعميق النظر في هذه الفكرة يمكن الرجوع إلى هذه الكتب:

The Witch-Hunt in Early Modern Europe" by Brian P. Levack; London and New York Longman, 1987.

في هذا السياق يأتي كتاب عن "القانون، سلاح جديد للحرب الاقتصادية: كيف تعمل الولايات المتحدة على زعزعة استقرار الشركات الأوروبية" (Actes Sud، 2019)، للدكتور علي العايدي الباحث في العلوم السياسية، الأستاذ بجامعة العلوم السياسية بباريس؛ من أعماله المنشورة العناوين الآتية: "أسرار الحرب الاقتصادية" (Seuils، 2004)، "التاريخ العالمي للحرب الاقتصادية" (Perrin، 2016)، و"التاريخ العالمي للحماية" (Passés/Composés، 2022).

يسعى علي العايدي في كتابه الذي يحمل عنوانين: أحدهما تقرير: "القانون، سلاح جديد للحرب الاقتصادية" والآخر استشكالي تفصيلي: "كيف تعمل الولايات المتحدة على زعزعة استقرار الشركات الأوروبية" لتشريح الترسنة التشريعية التي تمتد لعقود من الزمن؛ يضع علي العايدي أمامنا سردية يعيد فيها النظر في منهجية تعامل الولايات المتحدة الأمريكية مع نظرائها. إن القوانين العابرة للحدود التي تسنها الولايات المتحدة الأمريكية تستهدف بشكل مباشر مصالح الشركات الأوروبية بشكل عام، والشركات الفرنسية بشكل خاص عن طريق: فرض غرامات باهظة وإضعاف الوضعية المادية والاعتبارية لهاته الشركات. لو أوجزنا لقلنا إن واشنطن تلعب دور "الشريف" الاقتصادي للحفاظ على مصالحها القومية وثروتها.

يتوزع الكتاب على ثلاثة فصول رئيسة تتخللها خمس عشرة فقرة متسلسلة الترقيم من بداية الكتاب إلى نهايته ومقدمة وخاتمة في زهاء ثلاثمائة وخمسة وعشرين صفحة. يسائل المؤلف في هذا الكتاب عددًا من القوانين ومشاريع القوانين وتطبيقها خارج الحدود الإقليمية للولايات المتحدة الأمريكية؛ إذ إنه من وجهة نظر الباحث فالعالم يعيش في حالة حرب اقتصادية شاملة، سلاحها وعتادها وعدتها ليس سلاحًا كلاسيكيًا محضًا وإنما سلاحها "القانون".

يستهل الباحث بمقدمة طويلة (ص: 19—27) يستعرض من خلالها سردية يتتبع فيها المسار العام للشركة الفرنسية العامة للكهرباء Compagnie générale d'électricité (CGE)، والتي ازدهرت إلى أواخر ثمانينيات القرن الماضي قبل أن يتم تفكيكها خلال عمليات الخصخصة عام 1987. كما يسلط الضوء على عواقب تراجع بل إخفاق التصنيع في فرنسا على مدى العقود المتتالية. والأهم من ذلك، أن المؤلف يتناول الآثار السلبية لتشريعات الأمريكية العابرة لحدودها الإقليمية، ويكشف النقاب عن كيفية استخدام الولايات المتحدة للقانون بوصفه سلاحًا اقتصاديًا يكرس من هيمنتها العالمية. ولعل الإشكال الرئيس المطروح هو السيادة الاقتصادية للدول الأوروبية في مواجهة هذه الحرب الاقتصادية التي تدبرها الولايات المتحدة، الشيء يدعو إلى يقظة أوروبية لأجل تدخل قانوني وسياسي قوي لحماية المصالح القومية ضد هذا التدخل الأمريكي.

ثانياً: القوانين العابرة لحدود الإقليمية للعم سام:

في الفصل الأول (ص: 29-141) من الكتاب والمعنون بـ"القوانين العابرة لحدود الإقليمية للعم سام" والذي يمتد على طول فقرات ذات العناوين الدالة الآتية:

1. قانون مكافحة الفساد الخارجي أو متابعة الشركات الفاسدة.
2. سن قوانين لأجل فرض العقوبات الاقتصادية.
3. ترسانة قانونية حامية متطرفة.
4. الأمر للمدعي العام وليس للقاضي أبداً.
5. سخط النواب الفرنسيين.

6. أمركة القضاء الفرنسي.

يوضح علي العايدي من خلال هذا الفصل وفقراته أن قانون مكافحة الفساد الخارجي (FCPA) Foreign Corrupt Practices Act، الذي صدر في عام 1977 في الولايات المتحدة يهدف إلى توقيف الموظفين العموميين الأجانب الفاسدين الذين تربطهم علاقات عملية مع الشركات الأمريكية. وقد استخدمت شركة لوكهيد قانون مكافحة الفساد على نطاق عالمي للظفر بالصفقات، في حين تورطت شركة بانانا جيت في رشاوى للتأثير على السياسات التجارية لرئيس أمريكا الجنوبية. كما دفعت هذه الفضائح الكونجرس إلى دينامية في سن القوانين ذات علاقة، مما أعاد الاهتمام بحجم المخاوف بشأن الأمن القومي والصورة الدولية للولايات المتحدة.

لقد مهد قانون مكافحة الفساد الخارجي الطريق أمام الجهود الدولية لمكافحة الفساد، مع اعتماد اتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في وقت لاحق لمكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب، الشيء الذي يعكس طموح الولايات المتحدة في تعزيز المعايير الأخلاقية الأمريكية على مستوى العالم.

وفي نهاية المطاف، أثبت قانون مكافحة الفساد الخارجي أنه أداة ناجعة لتعزيز أخلاقيات الشؤون التجارية الأمريكية على المسرح العالمي. وعلى الرغم من أن تطبيقه خارج الحدود الإقليمية أثار مخاوف، إلا أن القانون ساعد في تشكيل المعايير الدولية لمكافحة الفساد وشجع الدول الأخرى على اعتماد تدابير مماثلة. وكان الهدف هو تأسيس قيادة معنوية وأخلاقية للشركات الأمريكية، مع السعي إلى إلهام الالتزام العالمي بممارسات الأعمال الشفافة والأخلاقية.

وقد واجه قانون مكافحة الفساد الخارجي، الذي بدأ في عهد رئاسة

جيمي كارتر، لأول مرة عقبات على المستوى الدولي، مع مقاومة وخاصة فيما يتعلق بمسائل السيادة القانونية. وعلى الرغم من النكسات التي عرفتھا الولايات المتحدة على المستوى الدولي في الأمم المتحدة وغرفة التجارة الدولية، فقد واصلت جهودها لتوسيع نفوذها القانوني. وقد توجت هذه الجهود بتبني منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في عام 1997 لاتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية. وقد تمت المصادقة على هذه الاتفاقية، التي تأثرت بشدة بقانون مكافحة الفساد الخارجي، من قبل العديد من البلدان، مما أدى إلى توسيع نطاق التشريعات الأمريكية لمكافحة الفساد على مستوى العالم. وقد ساعدت هذه التدابير في جعل معايير مكافحة الفساد الأمريكية معيارًا عالميًا، على الرغم من أن تطبيق ذلك على المستوى العملي لا يزال يثير الكثير من الجدل.

ويمكن هنا التمثيل لذلك بمجموعة من القوانين:

- ❖ قانون سارابينز-أوكسلي Sarbanes-Oxley (SOX): تم تبنيه عام 2002 في أعقاب فضيحة إنرون، وهو يشكل إصلاحًا كبيرًا في مجال الأمن المالي. حيث يفرض معايير محاسبية وشفافية صارمة على الشركات، الأمريكية والأجنبية، المدرجة في الولايات المتحدة.
- ❖ قانون السرية المصرفية (BSA): يعود تاريخه إلى عام 1970، ويفترض هذا القانون من المؤسسات المالية الأمريكية تنفيذ برامج مراقبة لمنع وكشف غسل الأموال وتمويل الإرهاب. وله نطاق دولي ويؤثر أيضًا على الفروع الأمريكية للبنوك الأجنبية.
- ❖ قانون المنظمات الفاسدة والمتأثرة بالابتزاز Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO): تم استخدامه لمكافحة الاحتيال والفساد، وتم تطبيقه على المسؤولين التنفيذيين في FIFA بسبب الأنشطة المشبوهة المتعلقة بمنح كأس العالم.

❖ **Foreign Sovereign Immunities Act** قانون الحصانات السيادية الأجنبية (FSIA): تم إقراره عام 1976، وهو لا يعترف بالحصانة القضائية للدولة ويسمح برفع دعاوى مدنية في الولايات المتحدة ضد دول أجنبية لارتكاب جرائم شنيعة مثل التعذيب أو أخذ الرهائن.

❖ **Justice Against Sponsors of Terrorism Act (JASTA)**: تم إقراره في عام 2016، حيث يسمح لأقارب ضحايا هجمات 11 سبتمبر/أيلول 2001 بمقاضاة الدول الأجنبية لدورها المزعوم في هذه الهجمات.

ثالثاً: القانون الأمريكي: آلة حرب اقتصادية عنيدة:

وفي فصل (ص: 151-203) بعنوان: "القانون الأمريكي: آلة حرب اقتصادية عنيدة" والذي يستمر على طول فقرات ذات عناوين دالة ومستمرة الترقيم من أول الكتاب:

7. الشركات الأوروبية في مرمى.

8. إيرباص الهدف التالي للمدعين العامين الأمريكيين.

9. الحراس وصائدوا الجوائز.

10. الهيمنة المقلقة للمؤسسات التشريعية الأنجلوسكسونية.

لقد أثبت القانون الأمريكي أنه سلاح اقتصادي مريع، لما فيه من ميل ملحوظ لاستهداف الشركات الأوروبية. إن التفاوت الغريب في العقوبات، يجعل من الشركات الأمريكية مفلتة دائماً من "رادار" العقوبة، الشيء الذي يبعث على القلق ومخاوف بشأن عدالة المعاملة. وقد أدى الكشف عن الممارسات الفاسدة داخل الشركات الأوروبية إلى فرض غرامات كبيرة، مما

أضاف المزيد من الغرامات إلى خزائن الولايات المتحدة، في حين أثار تساؤلات حول مشروعية هذه العدالة الاقتصادية.

وتوضح الوضعية الرمزية لشركة ألتوم Alstom، وسيمنس Siemens، وألكاتيل Alcatel-لوسنت، Lucent- هذه الديناميكية. وكان لزاماً على الشركات الأوروبية، التي كثيراً ما كانت مستهدفة بممارسات فاسدة، أن تواجه غرامات كبيرة، في حين بدا الأمر وكأن نظيراتها الأميركية تتمتع بالإفلات النسبي من العقاب.

إن استحواذ شركة جنرال إلكتريك على شركة ألتوم، والذي سهلته مشاكل قانونية وغرامة كبيرة، يثير تساؤلات حول تقارب المصالح بين وزارة العدل الأميركية والفاعلين الاقتصاديين. يشير المحللون إلى قوة المادة القانونية الأميركية، ويتساءلون عن آثار هذه الديناميكية على السيادة الاقتصادية للدول الأجنبية، في حين يسلطون الضوء على الحاجة إلى التفكير المتعمق في قضايا مكافحة الفساد وتأثيرها على العلاقات التجارية الدولية.

وفي هذا الصدد يواجه بنك Banque nationale de Paris BNP، البنك الرائد في فرنسا، غرامة تاريخية تزيد على 9 مليارات دولار فرضتها السلطات الأمريكية بسبب معاملات بالدولار مع دول محظورة. وتتعلق الشكوك بالتبادلات مع إيران وكوبا. ومن الواضح أن المسؤولين التنفيذيين في البنك لم يكونوا على علم بحجم المشكلة على الرغم من التحذيرات.

هنا نحن أمام نموذجين قانونيين متعارضين، على مدى عقدين من الزمن، القانون الدولي الخاص والقانون العام، وخاصة في المجال الاقتصادي. ويستند القانون الدولي الخاص الأوروبي، إلى القواعد والنظام العام، في حين ينبنى القانون العام الأنجلوسكسوني على الصفقات والتعاملات بوصفها أحد مصادر القانون. ويهيمن القانون العام على قطاع

الأعمال، حيث تتجه الشركات الفرنسية المتعددة الجنسيات نحو الشركات الأنجلوسكسونية، اعترافاً بقدرتها التنافسية على المستوى الدولي. وفي هذا الصدد يرى علي العايدي أنه يجب على رجال القانون الفرنسيين توحيد جهودهم للتنافس في هذه المعركة القانونية العالمية.

رابعاً: واشنطن عازمة على إخضاع الاقتصاد الأوروبي:

في فصل ثالث معنون: بـ "واشنطن عازمة على إخضاع الاقتصاد الأوروبي" والذي يستمر على طول الفقرات الآتية:

11. قوانين سرقة المعلومات الاقتصادية العالمية.
12. أجهزة المخابرات الأمريكية على جبهة حرب اقتصادية.
13. الفساد ممارسة عفا عليها الزمن!
14. أوروبا مشلولة.
15. فرنسا المشلولة.

يحتوى الفصل الثالث (ص: 205-311): على ثلاث قضايا رئيسية:

1. الفساد الدولي والقانون الأمريكي المتطفل: ولا أدل على ذلك من استخدام الولايات المتحدة للقوانين للتدخل في قضايا الخارجية باسم الأمن القومي، ما يقوم مبرراً لتدخلها في شؤون حلفائها. على مدار عقدين من الزمن، لقد نشرت واشنطن قوانين تهدف إلى مكافحة الدول غير الديمقراطية والإرهاب والجريمة الدولية رسمياً. ومع ذلك، تعرضت هذه القوانين لانتقادات بسبب اتساع نطاق تطبيقها، الشيء الذي سمح للولايات الأمريكية بجمع معلومات ضخمة ضد الشركات الأوروبية ومن ثم معاقبتها لمجرد الاشتباه.

2. مكافحة الفساد بوصفه أداة للتفوق الاقتصادي: تسلط دراسة أجريت عام 1999 الضوء على تنفيذ الولايات المتحدة لسياسة مكافحة الفساد، وذلك باستخدام منظمات مثل منظمة الشفافية الدولية لتعزيز المعايير القانونية لمكافحة الفساد والتأثير على العالم لتبني قواعد ليبرالية جديدة. يوصف قانون مكافحة الفساد الخارجي لعام 1977 بأنه واجهة تصالحية بين المواطنين الأمريكيين وشركاتهم، ويخدم المصالح الوطنية ويسهم في إنتاج جيل جديد من نماذج الفساد التي تعتمد على شبكة معلومات عالمية.

3. استغلال المساعدات الإنسانية للنفوذ الأمريكي: لقد ساعدت الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية وغيرها من المنظمات غير الحكومية في تعزيز حقوق الإنسان والديمقراطية، ولكنها اتُهمت أيضًا بخدمة المصالح الاقتصادية الأمريكية من خلال تكريس المبادئ الليبرالية الاقتصادية. ويشير المحللون أيضًا إلى التمويل الأمريكي الذي تحصل عليه منظمة الشفافية الدولية في الغالب، مما يثير الشكوك حول حيادها. وباختصار، يشير علي العايدي إلى أن الولايات المتحدة تستخدم بشكل استراتيجي مكافحة الفساد والمنظمات غير الحكومية لتعزيز نفوذها الاقتصادي العالمي.

في مقابل ذلك تجد أوروبا نفسها في مأزق في مواجهة القوانين الأميركية العابرة للحدود الإقليمية، وهو ما يتضح من قضية بنك بي إن بي باريباس والعقوبات الاقتصادية. ويعرب لوران فايوس، وزير الخارجية، عن إحباطه من تدخل القانون الأمريكي في الشركات الفرنسية، لكن أوروبا تظل منقسمة وغير مبالية ما عدا المملكة المتحدة وإيرلندا اللتان تبديان قلقًا حقيقيًا. في حين تبدو الدول الأعضاء الأخرى في الاتحاد الأوروبي غير مبالية، بل نجدها مؤيدة لأميركا. فالتشريعات الأوروبية الصادرة عام 1996 تعتبر بالية، ومحاولات الإصلاح تتعرقل بسبب الخوف من التصعيد مع الولايات المتحدة.

ويرى المؤلف أن الولايات المتحدة سعت منذ فترة طويلة إلى جعل أوروبا تابعة عسكريًا وسياسيًا واقتصاديًا. والفكرة هي أن الأميركيين يريدون إبقاء الدول الأوروبية في حالة من التبعية يبررها الأمن، وبالتالي جعلها مطيعة للمصالح الأميركية. تروم الأهداف الجيوسياسية للولايات المتحدة إلى تجنب التحالفات بين الدول التي تعتبر "همجية"، وخاصة روسيا والصين.

يرى علي العايدي إلى أن انتخاب دونالد ترامب عام 2016 كان بمثابة نهاية للأوهام الأوروبية حول الخلاص المحتمل من الولايات المتحدة. ومع ذلك، فهو يؤكد أن سياسات ترامب هي مجرد استمرار لسياسات أسلافه، مشيرًا إلى أن آلة الحرب الاقتصادية الأمريكية بدأ تشغيلها من قبل الرؤساء السابقين.

خاتمة:

إن كتاب علي العايدي هذا يمثل دعوة صارخة منه للنخب الأوروبية إلى اليقظة وفهم طبيعة العلاقات الدولية واتخاذ الإجراءات اللازمة للدفاع عن مصالح أوروبا الاقتصادية. بل إنه يرى أن أوروبا يجب أن تختار بين أمرين لا ثالث لهما: إما الخضوع للضغوط الأمريكية أو تأكيد سيادتها ونموذجها القائم على قوة القانون. (ص: 325)

إن هذا الكتاب وإن كان وضع نصب عينيه دراسة ظاهرة الهيمنة الأمريكية على أوروبا، خدمة لمصالحها الخاصة؛ فإنه يدفعنا أيضًا إلى النظر في تبعات هاته الهيمنة ووسائلها؛ فتبعاتها لا شك هي فقدان الشعوب لسيادتها ومن ثم فقدان الحق والسلطة وحرية التصرف؛ ثم إن ذلك لا يكون إلا بالقانون، ذلك المعيار الذي يخضع له الجميع ويجلب الاحترام والتقدير، أصبح آلة سياسية تمارس لأجل إخضاع الغير.

إن تركيز علي العايدي على أوروبا بوصفها مجالاً للدراسة وإن أشار هنا وهناك في متن الكتاب إلى بلدان أخرى كالصين وروسيا وإيران وغيرهما من البلدان العربية أو الأمريكية اللاتينية، في نظري ليس تركيزاً حاصراً للنماذج وإنما قابلاً للتعميم.

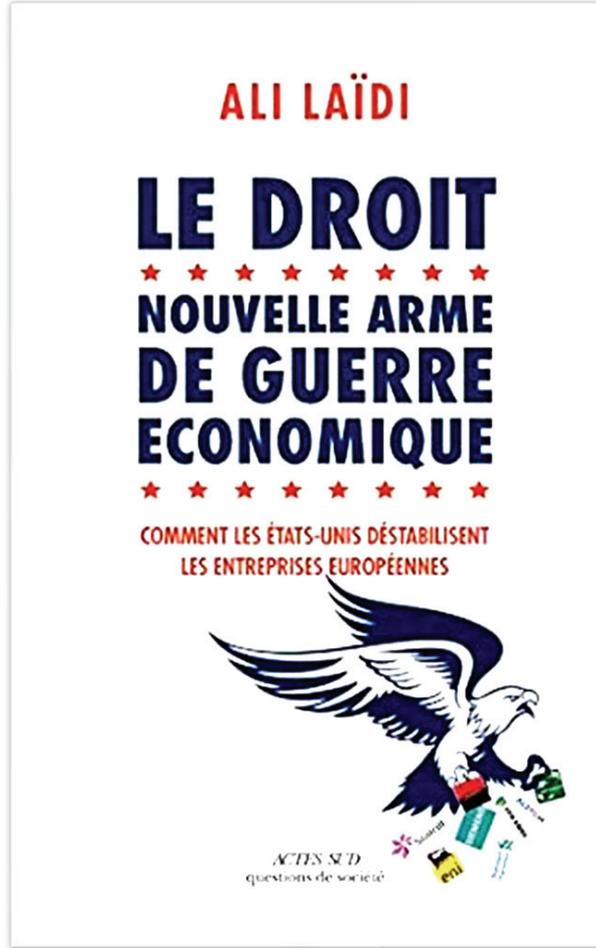
يقودنا العرض الموضوعي لكتاب "القانون، سلاح جديد للحرب الاقتصادية: كيف تعمل الولايات المتحدة على زعزعة استقرار الشركات الأوروبية" إلى سؤال: إن كان القانون يستعمل بوصفه سلاحاً في حرب اقتصادية، فهل يمكن استعماله في حروب أخرى: اجتماعية وثقافية؟ الشيء الذي لا يشير إليه الكتاب، هو أننا أمام تحديات ثقافية واجتماعية وسياسية. إننا إزاء قانون يكون ضد القانون نفسه، بل وبمعنى أدق ضدًا على الديمقراطية في أحيان كثيرة كما شاهدناه في بعض الدول الأوروبية التي منعت مظاهرات سلمية بذريعة الإخلال بالنظام العام⁽²⁾.

إن القانون بوصفه سلاحاً يملك في محضنه كل الأسباب المؤدية إما إلى صراع إقليمي على المستوى البعيد أو بالأحرى إلى تفكك على مستوى العلاقات الداخلية بين البلدان، والتي ربما كان أهم صورة لها انسحاب المملكة المتحدة من الاتحاد الأوروبي سنة 2020.

إنّ القانون الدولي ليس ألواحاً كألواح حمورابي ولا نوعاً من العنف المبرر بين الدول؛ فإذا كان يمكن تبرير ذلك على المستوى الجزئي فإنه على المستوى الكلي أي في إطار قانون دولي عام يكون الأمر فيه نوعاً من التعدي على مفهوم السيادة الإقليمية.

(2) مقال خبري على موقع france24 بعنوان: السلطات الفرنسية تقر حظر المظاهرات المؤيدة للفلسطينيين تحسباً لـ "اضطرابات في النظام العام" نشرت في: 2023/10/12.

إن ما يمكن الاستغراب له أن التغييرات الثقافية والاجتماعية، يصاحبها تغيير في المبادئ والقيم، بل القواعد العامة للقانون الدولي؛ إنه في الوقت الذي كنا نسمع فيه "أن من يملك المعلومة يملك السلطة" فإن يبرز معنا إلى السطح عبارة جديدة يدور حولها الكتاب قيد القراءة والمراجعة، وهي: "أن من يملك القوة يملك القانون".



غلاف الكتاب الصادر باللغة الفرنسية



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 كافة أرجاء الوطن العربي، وتُعطي الأولوية في النشر للدراسات والمقالات والقضايا التي تتناول مسائل مستجدة على الساحة الحقوقية.



دار الروافد الثقافية - ناشرون
الإمارات العربية المتحدة - مركز الأعمال - مدينة الشارقة
للنشر - المنطقة الحرة - خلوي: +961 3 69 28 28
email: rw.culture@yahoo.com
توزيع: دار الروافد الثقافية - الحمراء - شارع ليون -
برج ليون، ط6 - بيروت - لبنان - ص.ب. 113/6058
هاتف: +961 1 74 04 37

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